



강간죄 개정을 위한 릴레이 리포트 2탄

업무상 위력에 의한 성폭력: 동의도, 거부도 표하기 어려울 때

일터에서 일어나는 성폭력은 가장 빈번한 성폭력이다. 한국성폭력 상담소 통계에 따르면 피해자-가해자 관계에서 '직장 내 관계'가 2020년 30.1%, 2022년 22%로 제일 높다. 어떻게 일터에서 성폭력이 가능할까? 일터의 고용, 배치, 평가, 승진을 결정하는 위계가 전횡과 배제, 성차별, 남성중심주의, 성폭력 방조문화와 만나면 일터는 성희롱, 성폭력, 갑질과 착취, 성매매가 일어나고 으레 있는 일로 묵살되는 대표적 사회단위가 된다.

개별 사업장만이 문제가 아니다. 2016년 트위터에서 일어난 #OO_내_성폭력 해시태그 운동은 #교회 #문학계 #클래식계 #웹툰 #군대 등 '소속집단' 안에서 일어나는 성폭력을 고발했다. 각 집단에는 자원을 배분하거나 회수할 수 있는 권력자가 존재하고, 이들의 우월적 행위에 문제제기하지 않고 의문도 품지 않는 주변 구조가 있다. 이때 자행되는 성폭력은 피해자의 생계, 진로-학업, 인간관계, 사회생활을 가로막는다. 우월적 지위에 의한 성폭력은 미투운동에서 집중

조명됐다. 고용하거나 해고할 수 있고, 평판을 좌우하고, 다시는 발을 못 붙이게 할 수 있는 자가 자행한 강간, 추행, 성희롱은 법이 있어도 피해자가 신고할 수 없었다. 학교 폭력, 군대내 폭력, 직장 갑질, 아동학대처럼 피해자는 좌절, 고립에 놓인다.

이런 성폭력이 극심한 폭행·협박을 사용할까? 이런 성폭력에서 피해자의 저항여부가 중요할까? 그렇지 않다. 명시적으로 말하지 않아도 알아서 작동하는 권력적 지위, 그 면전에서 즉시 소리지르고, 밀치고, 몸싸움하고, 뛰쳐나올 수 있는 사람은 현실에 거의 없다.

형법 303조 '업무상 위력에 의한 간음'죄가 가리키는 현실

미투운동 전후 우월적 지위에 의한 성폭력 사건 일부는 강간, 추행 죄와는 다른 법조항으로 고발되었다. '업무상 위력에 의한 성폭력'이다. 업무상 위력에 의한 성폭력은 무엇인가? 법에서 확인하면 형법과 성폭력특별법 상의 아래 조항을 말한다.

☑ 형법 제303조(업무상위력 등에 의한 간음) ①업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ②법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

☑ 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 10조(업무상 위력 등에 의한 추행) ① 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

업무상 위력에 의한 간음은 1953년 형법 제정 당시 '부녀의 정조 보호'를 입법목적으로 하면서 강간죄·강제추행죄보다 가벌성이 낮은 보충적 유형의 범죄로서 마련되었다. '위력'에 의한 간음(형법 303조)은 '폭행·협박'을 통한 강간(형법 297조)보다 요구하는 힘이 낮다. 피해자의 저항에 대해서도 강간죄는 '현저히 항거가 불가능하거나 곤란한 정도'를 요구하지만, 위력은 '피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력'을 말한다*.

그런데 미투운동 시기 '업무상 위력 간음죄'가 주목받은 것은 단순히 낮은 지표/수단이어서가 아니다. 그동안 강간·강제추행죄가 구제하지 못했던 권력 성폭력의 구조가 드러났기 때문이다. 폭행·협박 없는 성폭력의 문제 말이다. '위력', '위계에 의한 성폭력' 개념의 중요성은 강간죄 체제의 한계 때문에 대두되었다.

'위력 간음죄'와 나란히 존재해온 '위계에 의한 간음죄'에 대해 협소한 판례를 뒤집고 적극적 판결을 낸 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 판결에서 대법관 민유숙, 노정희의 보충의견은 다음과 같았다. 그동안 성폭력 관련 법률이 역동적으로 제·개정되어온

*대법원 1998.1.23. 선고 97도2506판결, 2008.2.15. 선고 2007도 11013 판결, 대법원 2008.7.24. 선고 2008도 4069판결 등 참조

이유는, 성폭력범죄를 “폭행·협박 즉 피해자의 의사가 완전히 제압 될 수 있는 물리적 강제력을 수단으로 하는 것으로 상정하였던 전통적 사고의 틀에서는 지금 우리 사회에서 발생하는 성폭력범죄에 제대로 대처할 수 없다는 문제의식에서 비롯되었다”고 말한다.

업무상위력 조항이 있으니 강간죄 개정은 필요 없다?

그럼에도 일부 논자는 ‘업무상 위력 간음죄’를 강간죄 개정을 반대하는 논거로 사용한다. 최협의 폭행·협박이 없어도, 위력에 의한 성폭력을 처벌하는 조항이 있으니 보완되고 있지 않냐는 것이다. 정말 그럴까. 업무상 위력 간음, 추행죄의 존재는 강간죄 개정이 필요하지 않은 이유가 될 수 있을까?

첫째, 업무상 위력간음죄는 얼마나 현실을 포섭하는지 살펴보자. 통계청 국가통계포털의 경찰청 범죄통계에 의하면 '업무상 위력에 의한 간음' 발생건수는 2016년 18건, 2017년 24건, 2018년 30건, 2019년 27건, 2020년 32건, 2021년 24건이다. 같은 기간 '강간죄' 발생건수는 2017년 5,223건, 2018년 5,293건, 2019년 5,310건, 2020년 5,313건, 2021년 5,263건이다.

업무상 위력간음죄가 존재하는 이유는 업무나 고용 기타 관계 때문에 보호나 감독을 받는 관계에서 성폭력이 발생할 수 있으며 처벌이 필요한 현실 때문이다. 구금 상태에서 감호하는 위치에 있는 자가

저지른 삽입 침해도 별도로 처벌하는 조항이다. 권력관계에서 발생하는 성폭력을 살피는 것이다. 그러나 실제로 업무상위력에의한간음죄 고소·고발 사건은 강간죄로 고소·고발된 사건의 0.45%다. 사실상 사문화되어 있다.

두 번째, 업무상 위력간음죄는 물리적 폭력 위주 패러다임에서 판단된다. 왜 이렇게 적을까? 여전히 폭행·협박을 중심으로 한 물리적 폭력 위주의 강간죄 개념과, 물리적 폭력이 극심하지 않다면 피해를 당했을리 없다는 인식이 팽배하기 때문이다. 이는 법조인들 사이에서도 마찬가지다. 2018년 안희정 전 충청도지사 성폭력 사건 1심 직후 어느 라디오 방송에서 일부 법조인들은 '성인 여성에 대한 위력 성폭력은 인정이 어렵다'고 말했다. 내용을 살펴보자.

“왜냐하면 업무상 위력에 의한 간음이라고 하는 게 사실 입증되기가 매우 어렵고 대부분의 경우에는 미성년자이거나 장애인이거나 이런 분들에 대해서 인정이 되어 왔던 건이기 때문이에요. 성인 여성이고 또 어느 정도 사회적인 그런 지위나 판단 능력이 있는 분들에 대해서는 사실은 상당히 어렵습니다*.”

위 언급은 '업무상 위력 등에 의한 간음죄'에서 '업무, 고용 관계'는 아예 삭제하는 인식을 보여준다. 가해자가 지위를 이용해 성폭력을

*"법조인들 "안희정, 2심도 무죄 가능성 높다"", CBS 김현정의 뉴스쇼, 2018.8.15.

저지른 점에 핵심을 두는 게 아니라 피해자가 장애가 있는지, 연령이 어떤지에 따라 성립여부를 가르고자 한다. 또한 성인여성이고 판단 능력이 있다면 법적용이 어렵다고 단정하고 있다. '폭행과 협박이 극심하고', '저항을 얼마나 했는지', '저항이 불가능하거나 현저히 곤란할 정도'였어야 강간 피해자일 수 있다는 강간죄의 패러다임이 업무상 위력 간음죄에도 적용하고 있음을 알 수 있다.

업무상 위력 등에 의한 간음·추행 판결을 분석한 한겨레신문 보도*에서 한 검사 출신 변호사는 "업무상 위력 등에 의한 간음·추행이 피해자의 의사에 반해 이뤄진다는 점에서 그 이면을 들여다보면 강간이나 강제추행과 사실상 다를 게 없는데도 법원은 '업무상 위력'의 성립 범위를 지나치게 좁게 해석해 가해자에게 면죄부를 주는 경향이 있다"라고 지적했다.

업무상 위력간음죄 고소·고발과 강간죄 고소·고발이 2021년 기준 각각 24건과 5,263건인 현실은 무엇을 의미하는가? '업무상 위력 간음죄'가 있으니 '강간죄'는 개정되지 않아도 된다는 주장은 무색하다. 강간죄 패러다임 때문에 업무상 위력간음죄는 취지와 목표도 제대로 실현되지 않고 있다.

업무상 위력은 동의도 거절도 못하도록 '의사를 방해/왜곡한 힘'으로 보아야

업무상 위력성폭력에서 '위력'을 어떻게 해석할지 형법적인 논의도

*"안희정 혐의 '권력형 성폭력' 판례... '징역 1년'도 드물었다", 한겨레신문, 2018.3.26.

최근 활발하다. 안희정 전 충남도지사 사건 1심 재판부가 '위력은 있었지만, 행사하지 않았다'라며 무죄를 선고한 후다. 김성돈(2019)*은 위력간음죄의 가해자, 피해자 사이 커뮤니케이션이 일반적인 커뮤니케이션, 즉 '수용/불수용을 자신의 의사에 기하여 선택하는 것'이 아니었기 때문에 자유의사를 왜곡하는 힘으로 보아야 한다고 말한다. 유주성(2019)**은 성폭력 관련 조항의 보호법익이 정조에서 성적자기결정권으로 바뀐 이후 모두 동의를 요하고 있다고 전제하면서, 위력에 의한 간음은 '하자 있는 의사'에 의한 간음으로, 피해자 저항 여부에 초점을 맞추기보다 동의 결여에 대한 가해자의 인식 착오 주장을 엄격하게 판단해야 한다고 제안한다.

2021년 UN인권이사회가 채택한 <강간에 관한 특별보고서> 및 <모범적 입법을 위한 프레임워크>는 강간의 성립여부를 동의여부로 하고, 권력적 지위나 권위 남용에서는 동의가 없다고 추정해야 하며, 권력, 위력, 영향력 또는 피해자와의 종속관계가 있는 지위 등을 열거하고 있다.

강간죄는 '동의를 부재한' 성적 침해로 구성요건이 변경되어야 한다. 폭행 협박은 말할 것도 없는 '가중사유'다. 업무, 고용, 그밖의 관계를 이용한 위력의 행사는 동의도 거절도 왜곡하고 하자있게 만드는 힘으로 살피지고 가중되어야 한다.

*김성돈(2019), "형법상 위력개념의 해석과 업무상 위력간음죄의 위력", <형사정책연구> 2019년 30권 1호, 123~155쪽.

**유주성(2019), "'업무상 위력에 의한 간음죄' 해석론", <형사법연구> 2019년 31권 1호, 111-132쪽.

글쓴이: 한국성폭력상담소