



강간죄 개정을 위한 릴레이 리포트 5탄

장애여성이 '주체'가 되는 동의

지난 2월 8일, 한동훈 법무부 장관은 비동의 강간죄 개정에 대한 입장을 묻는 국회 대정부질문에서 '아동, 장애인 등은 특별법이 있고, 실질적으로 동의를 요하지 않는 규정들이 특별법상 굉장히 많다. 특별법으로 상당부분 비동의 강간죄의 필요성을 많이 메꾸고 있다'고 주장하였다. 그렇다면 과연 장애여성 성폭력 사건은 '폭행·협박' 없어도 특별법 안에서 제대로 처벌되고 있을까?

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

제6조 (장애인에 대한 강간·강제추행 등)

④ 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 사람을 간음하거나 추행한 사람

⑤⑥ 위계(僞計) 또는 위력(威力)으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 간음/추행한 사람

위 내용이 장애인 성폭력 사건에서 '폭행·협박' 없어도 처벌할 수 있는 특별법 조항이다. 해당 조항의 입법취지는 비장애인과 다르게 '폭행·협박'이 전제되지 않아도 성폭력은 충분히 발생할 수 있기 때문에 폭넓게 판단하기 위함이다. 위 조항으로 범죄를 입증하려면 다음과 같은 요건이 충족되어야 한다. 1) 피해자의 장애정도가 심하여 항거불능 상태였는지, 2) 가해자는 피해자의 장애를 알고 이용했는지, 3) '폭행·협박'이 아닌 '위계·위력'을 사용했는지다. 수사기관과 사법부는 각 요건들을 입법취지에 맞게 폭넓게 해석하고 있을까? 지원현장의 경험을 기반으로 보면 매우 협소하게 판단하고 있다. 따라서 장애여성 성폭력 피해자 지원현장은 다음과 같은 첨예한 질문과 문제의식을 가지게 된다.

첫 번째, 피해자의 항거불능 상태는 '장애가 얼마나 심한가'이다. 수사기관은 피해자의 장애정도 파악을 위해 피해자 가족, 지원기관에 종합심리평가결과, 장애인등록증, 의사소견서 등의 제출을 요구한다. 그리고 피해자의 진술을 청취한 주변인들을 참고인 또는 증인으로 소환하여 피해자의 인지능력, 사리분별력/대처 및 문제해결 능력, 의사소통 정도, 상황에 대한 이해도 등을 질문한다. 재판에서 무려 9명이 증인으로 출석하여 11회의 증인신문이 이뤄진 경우도 있었다. 이와 같은 과정을 통해 장애여성 피해자가 얼마나 무력하고 무능한 존재인지 철저하게 입증되어야만 피해자로서의 '자격'을 부여받는다. 그러나 피해자의 '장애무능'을 입증함으로써 가해자의 유죄를 판결하는 방식은 피해자에 대한 정당한 권리보장이라고 보기 어

럽다. 이는 오히려 피해자의 권리를 침해하는 것이며, 그로 인해 사회적 차별과 인권의 문제들이 드러나기 어렵게 된다.

"장애여성 중에서도 무능력하고 무성적인 존재를 선별하여 보호하고자 하는 법의 태도는 성적 자율성 대신 성적 보호를 선택한 것처럼 보이지만 성적 자율성과 성적 보호 어느 하나도 제대로 달성하지 못하게 된다. 성폭력으로부터의 보호와 성적 자율성의 증대는 양자 택일의 문제가 아니라 동시에 추구되어야 달성될 수 있다*."

대부분의 장애여성 성폭력 피해자는 장애정도가 심하지 않은 경우가 많다. 수사기관은 '일반 초·중·고 졸업, 직장 근무, 일반적인 의사소통이 가능하였고, 응용력이 떨어졌을 뿐 일상적인 정상생활이 가능하였고, 대중교통을 이용해 먼 거리를 혼자 이동하거나, 지능에 비해 사회적 기능을 비교적 잘 해내고 있고, 진술시 의사표현은 어느 정도 명확하게 하는 편이며, 독립적인 생활하는 것이 가능하다' 등의 파악된 내용을 바탕으로 장애여성이 일상생활이 가능한 '의사결정 능력'이 있기 때문에 항거불능 상태가 아니며, 성적자기결정권을 행

*김정혜 (2016), "지적장애여성 성폭력 판결의 판단 근거 분석 - 피해자의 장애에서 가해자의 "장애 이용"으로", <장애여성공감 성폭력상담소 활동 15주년 토론회: 장애와 성폭력, 이게 최선입니까?> 자료집.

사하지 못 할 정도의 장애는 아니라고 판단한다. 왜 장애여성 성폭력 사건의 유무죄 판단 근거가 피해자의 '장애'가 되어야 하는가? 왜 장애여성의 일상생활능력이 성적자기결정권 행사 능력으로 협소하게 해석될 수 밖에 없는가?

두 번째, 대부분의 가해자들은 장애를 몰랐다고 주장한다. 장애를 '이용'한 고의성을 부인하는 것이다. 수사기관과 사법부도 앞서 언급한 장애여성의 일상생활능력을 근거로 가해자가 장애를 몰랐을 수 있다고 가해자의 주장에 손을 들어준다. 심지어 '뜯뜯해서, 동정심에 물건을 사주고, 학용품점을 구경가고, 훈계한 적은 있는데, 돈을 달라고 해서 줬다' 등 가해자가 피해자의 장애를 알았다는 것을 의심할 만한 언행이 충분함에도 가해자의 진술신빙성은 인정을 받는다.

세 번째, '예쁘다, 사랑한다, 결혼하자, 돈을 벌게 해주겠다, 필요한 거 사주겠다' 등 가해자의 고의적인 언행은 피해자가 '사랑을 해줘야 하나, 호감, 절친, 예뻐서 준 거'와 같이 생각될 정도로 충분히 '오인, 착각'을 일으킬 수 있다. 그러나 해당 언행은 친근감을 표시하며 접근하는 행위, 만남을 제안하는 내용, 편익을 제공하는 것에 불과할 뿐 피해자에게 '오인, 착각'을 일으키는 행위인 '위계'로 판단하지 않는다. 가해자의 위계적 언동으로 피해자가 피해 행위에 이르게 된 맥락적 동기와 내심의 의사, 가해자가 피해자의 심적 상태를 이용한 점은 중요하게 분석되지 않는다. 그로 인해 피해자는 본인 의사에 기반

하여 스스로 선택하여 '자발적으로 합의'한 것이 된다.

'위력'의 경우, 도구를 이용해 목을 누르고, 양팔을 잡고, 손목을 잡은 채, 어깨를 누른 행위가 피해자에게 충분히 위협적인 상황임에도 위력을 행사했다고 판단하지 않는다. 최소한의 '물리적인 위력'조차도 인정되지 않는다. 앞선 릴레이 리포트 2탄에서 성인여성에게 대한 '위력' 성폭력은 인정이 어렵다고 하면서, 미성년자이거나 장애인인 경우에 해당된다고 주장한 내용("왜냐하면 업무상 위력에 위한 간음이라고 하는 게 사실 입증되기가 매우 어렵고 대부분의 경우에는 미성년자이거나 장애인이거나 이런 분들에 대해서 인정이 되어 왔던 건이기 때문이에요.")이 있었다. 위세와 권세인 위력이 왜 나이와 장애여부로만 판단되어야 하는가? **'위력'은 차별적이고 불평등한 위치에 있는 '누구나'에게 행해질 수 있다.** 수사기관과 사법부는 '위력'에 대한 아래의 대법원 판례를 적극 적용해야 한다.

'위력'이란 피해자의 성적 자유의사를 제압하기에 충분한 세력으로 유형적, 무형적이든 묻지 않으며, 폭행·협박 뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하다. 위력으로서 추행한 것인지 여부는 피해자에 대하여 이루어진 구체적인 행위의 경위 및 태양, 행사한 세력의 내용과 정도, 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 피해자에게주는 위압감 및 성적 자유의사에 대한 침해의 정도, 범행 당시의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고...

대법원 2019.6.13 선고 2019도3341 판결 등

장애여성이 동의의 '주체'가 되지 못하게 하는 구조적 차별에 저항하기

앞서 언급되었듯, 한동훈 법무부 장관은 실질적으로 '동의를 요하지 않는' 규정들이 특별법으로 많다고 했다. 법적용에서 그 대상은 '보호'라는 이유로 사리분별 및 동의능력 등이 성인(성년)의 결정과 동일하지 않다고 판단되는 미성년자(아동·청소년), 장애인일 것이다. 그렇다면 장애여성 피해자의 '동의'란 무엇일까?

장애여성은 시민, 동료, 친구로서 존중받아본 경험보다 무시와 차별을 일상적으로 경험하며 살아간다. 장애여성 피해자가 피해 당시 가해자의 요구를 참고 들어줌으로써 상대방의 기분을 상하지 않게 하는 것 외에 선택할 수 있는 것은 무엇이 있었을까? 일상의 차별이 내재화되어 있는 장애여성이 본인에게 성적권리가 있고 상대방에게 동의여부를 말하고 선택할 수 있는 사람이라는 경험을 하는 것이 가능할까? 동의의 표현은 자유권에 기반해 진공상태에서 스스로 '의지'를 가지고 표현 가능한 '능력'의 문제가 아니다. '동의'의 권리는 당연히 존재하지만 그것을 실현시키는 과정은 실패와 연습, 좌절, 지지 등 평등을 위한 대안적 관계와 사회적 조건들이 필요하다. 따라서 국가와 사법부의 책무는 장애여성의 취약성과 능력의 입증이 아닌 취약한 인권의 고리를 찾는 것*이다. 그리고 장애여성의 불평등한

*이진희 (2023), "장애여성의 몸과 섹슈얼리티", <인천대학교 기초학문진흥을 위한 제2차 컬로퀴엄> 자료집.

위치성과 구조적 차별에 대한 통합적인 이해에 기반하여 장애여성의 진정한 '동의'에 대해 판단할 수 있는 사회적·사법적 역량을 강화하기 위해 강간죄를 개정해야 한다.

강간죄개정운동이 구성요건을 '동의여부'로 바꾸고자 하는 것은 동의를 요하지 않는, 부동의 의사가 무시되기 쉬운 존재들이 무력한 피해자로만 호명되지 않도록 하기 위함이다. 또한 시민으로서 필요한 사회적 권리의 조건들을 더 알려내고 구체적으로 요구하기 위함이다. 장애여성운동은 강간죄 개정운동을 통해 '장애여성은 동의를 '요'하지 않는 존재가 아니라 동의의 '주체'이며, 장애여성의 '항거불능'한 삶을 강요하는 구조적 차별에 저항하며 진정한 '동의'가 무엇인지'를 더욱 명확히 드러낼 것이다.

글쓴이: 장애여성공감