

< 토론회 >

성폭력 가해자의 명예훼손, 무엇이 문제인가?

- 일시 : 2002년 10월 22일 (화) 오후 2시
- 장소 : 국가인권위원회 11층 배움터
- 공동주최 :
 - 민변 여성인권위원회
 - 성폭력가해자 역고소 대책회의
 - 성폭력 추방운동에 대한 명예훼손 역고소
공동대책위원회 (이상 가나다순)

성폭력 가해자의 명예훼손 무엇이 문제인가?

인권정보자료실
Mc1.16

공동대책위원회

~ < 토론회 >

성폭력 가해자의 명예훼손, 무엇이 문제인가?

- 일시 : 2002년 10월 22일 (화) 오후 2시
- 장소 : 국가인권위원회 11층 배움터
- 공동주최 :
 - 민변 여성인권위원회
 - 성폭력가해자 억고소 대책회의
 - 성폭력 추방운동에 대한 명예훼손 억고소 공동대책위원회 (이상 가나다순)

토론회 순서

사회	정강자(한국여성민우회 공동대표)
사례발표	
2:10~2:25	1. 성폭력 가해자에 의한 명예훼손 역고소 사례 발표 : 장임다혜 (성차별판결모니터링모임 회원)
발제	
2:25-3:25	1) 형사절차 속에서 불신되는 '성폭력범죄' 피해 고소여성 - 그 현실과 입법론적 대책 : 조국 (서울대 법과대학 교수) 2) 명예훼손 사건에서 성폭력 사실의 판단기준 : 이정희 (변호사, 법무법인 덕수, 민변 여성인권위원회) 3) 법여성학적 관점에서 본 명예훼손 - 위법성조각사유를 중심으로 : 박선영 (서울대 법과대학 연구교수) 4) 성폭력 피해사실 공개의 공익적 의미 : 조순경 (이화여대 여성학과 교수)
토론	
3:30-4:00	권수현 (한국여성민우회 가족과 성 상담소) 오정진 (한국여성개발원 연구원)
4:00-5:00	질의응답 및 종합토론

글 순서

사례발표

1P	1. 성폭력 가해자에 의한 명예훼손 역고소 사례발표 : 장임다혜 (성차별판결모니터링모임 회원)
----	---

발제

11P	1) 형사절차 속에서 불신되는 '성폭력범죄' 피해 고소여성 - 그 현실과 입법론적 대책 : 조국 (서울대 법과대학 교수)
25P	2) 명예훼손 사건에서 성폭력 사실의 판단기준 : 이정희 (변호사, 법무법인 덕수, 민변 여성인권위원회)
43P	3) 법여성학적 관점에서 본 명예훼손 - 위법성조각사유를 중심으로 : 박선영 (서울대 법과대학 연구교수)
83P	4) 성폭력 피해사실 공개의 공익적 의미 : 조순경 (이화여대 여성학과 교수)

성폭력 가해자에 의한 명예훼손 역고소 사례 발표

장임다혜 (성차별판결모니터링모임 회원)

90년대 이후 여성운동은 한국 사회에 성폭력 문제의 심각성을 알리고 해결을 촉구하기 위해 성폭력 사건을 공론화해왔다. 성폭력 사건의 공론화과정에서 그 동안 그 피해의 심각성이 제대로 인지되지 않았던 여러 성적 폭력 행위가 명명되고 가시화되었으며, 이를 제재할 수 있는 제도적인 장치(법이나 공동체 규칙, 학칙 등)가 마련되었다. 특히 성적 폭력으로 고통을 받아왔던 많은 여성들은 이러한 공론화 과정을 통해, 스스로를 피해자로 인지하고 피해의 경험이 혼자만의 것이 아니며 성폭력이 사회적인 문제라는 사실을 자각함으로써 힘을 얻을 수 있었다. 이러한 성폭력 사건의 공론화는 90년대 후반부터 더욱 활성화되었으며, 최근에는 다양한 공동체(운동단체, 학교 등)에서 성폭력 사건의 해결 방식으로 공론화방법을 선택하고 있다. 소속 공동체의 주의환기를 위해 성폭력 가해자의 실명사과문을 공개하는 것, 2,3차 피해를 막기 위해 성폭력 사건을 공개하는 것, 그리고 자신의 성폭력 피해를 알리고 도움을 요청하기 위해 피해자 스스로 그 피해를 커밍 아웃하는 것 등 이미 다양한 방식의 공론화가 제도화되거나 관례화되어 이루어지고 있다. 최근 <운동사회 성폭력 뿌리뽑기 100인 위원회>의 성폭력 가해자 실명공개 역시 이러한 맥락에 있다.

그러나 이러한 흐름에 대한 반동으로, 최근 공론화된 성폭력 사건에 대해 성폭력 가해자들이 피해자와 주변인, 지원단체를 명예훼손 등으로 역고소하는 사례가 늘고 있다. 물론 그 동안 성폭력 가해자들이 자신의 입지를 세우기 위해, 성폭력 사건의 특수한 성격상 명확한 법적 증거가 존재하지 않는다는 사실

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀◀

을 이용해 무고죄, 협박죄, 모욕죄 등을 이용하여 역으로 고소한 경우가 있어왔다. 그러나 최근 발생한 일련의 명예훼손 역고소 사태는 특정한 경향성을 띄고 있으며, 특수한 상황을 만들어내고 있다. 여기서는 성폭력 가해자에 의한 명예훼손 역고소 사례들을 분석하고, 이러한 움직임들이 어떤 맥락에서 문제인가를 간단히 짚어보려고 한다.

1. 검토 사례

- ① 경산 경산대학교 K교수 - 피해자(무고)/ 대구여전 (사이버명훼손)
- ② 경북대 L교수 - 대구여전 (사이버 명훼손)
- ③ 대구시립합창단 성희롱 사건 - 피해자4인(명훼손)/ 가해자(무고죄) / 조사형사(편파수사및강압수사)
- ④ 나** 스토킹 사건 - 민우회 상담소 전대표와 게시판 관리자 (사이버 명훼손)
- ⑤ 죽암휴게소 사건 - 피해자 (무고 & 명훼손)
- ⑥ 서울대 이** 사건 - 피해자 (명훼손 & 사전자)
- ⑦ 서울대 나** 사건 - 피해자와 대리인 및 관악여모1인 (명훼손)
- ⑧ 동국대 K교수 사건 - 피해자(무고&명훼손) / 동료교수1인(업무방해&명훼손)
- ⑨ KBS 노조 강**사건 - 피해자와 100인위(명훼손)
- ⑩ 소설가 박** 사건 - 피해자와 100인위와 여성신문기자 등(명훼손)
- ⑪ 중앙대 안성 캠퍼스 -총여학생회장과 학내 학보사 기자2인 (명훼손)
- ⑫ 안양여전 건 - 피해자(무고)
- ⑬ 제주도 우**지사 건 - 제주여민회와 피해자(명훼손)
- ⑭ 서울산업대 K교수 - 피해자와 산업디자인과 학생들(명훼손)
- ⑮ 심** 건 (박**사건) - 피해자와 대책위1인 및 여성신문(명훼손)

※ 그 외

- 서울대 화학과 신교수

▶▶▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

- 서울대 약대 구교수
- 중앙대 무용과 K교수

~

2. 유형별 분류 및 분석

위에 제시한 사건들은 모두 피해자나 혹은 지원단체(여성단체, 학내 비상대책위원회 등)에 의해 공동체 내부에서 혹은 사회적으로 공론화된 성폭력 사건이다. 그 공론화 방식은 다양했는데, 크게 ①피해를 알리고 구제를 요청하는 방법으로서 공론화했던 경우(신교수 사건 당시 피해자의 대자보, 제주도 우지사 성추행 사건, 서울 산업대 K 교수 성희롱)와 ②학내/단체 내에서 해결을 시도 하였으나 이루어지지 않아 공론화한 경우(KBS 노조 강00 사건, 서울대 나00 사건, 동국대 K교수 사건, 중앙대 안성 캠퍼스 공00 사건), ③고소나 소송 중인 사건을 언론/게시판 등으로 알린 행위를 역고소한 경우(경산 K대 교수, 경북대 L 교수, 소설가 박** 사건), ④피해자들의 성폭력 행위에 대한 문제제기 행위를 명예훼손으로 고소한 경우(죽암 휴게소 사건)가 있다. 기타 여성단체가 지원 사건 종료 이후 성과를 알렸던 경우(나** 스토킹 사건)나 가해자의 동의 하에 쓰여진 공개 대자보를 이후 문제시 삼은 경우(서울대 이00 사건), 언론의 기사 보도를 역고소한 경우(여성신문 : 심00사건 / 박**사건)가 있다.

1) 법적 고소를 통한 사건해결의 시도

- ① 성폭력 고소 이전에 역고소하는 경우 : 원광대 심**교수사건, 서울대 이00사건, 서울대 나00사건, 서울대 신**교수사건, 서울산업대 K교수 사건
- ② 성폭력 고소 이후 유죄판결 이전에 역고소하는 경우 : 박**사건, 중앙대 안성캠퍼스 공00사건, 제주도 우**사건, 대구시립합창단사건
- ③ 성폭력 유죄판결 이후에 역고소하는 경우 : 민우회 스토킹사건, 경산 K

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? <<<<<<

대 교수사건, 대구 경북대 K교수사건, 죽암휴게소사건

④ 성폭력 무혐의 판결 이후에 역고소하는 경우 : 동국대 김 교수 사건

성폭력 사건의 특수성은 대개 가해자와 피해자, 두 사람만이 있을 때 발생한다는 점, 그것이 육체적일 뿐만 아니라 정신적인 침해라는 점 등으로 인해 예외적인 경우를 제외하고 성폭력 피해사실을 입증할 증거가 불충분하다는 데에 있다. 게다가 사법부와 재판부의 남성중심적인 태도로 인해, 성폭력 사건을 법에 호소하는 경우 성폭력 사건의 승소률은 매우 낮으며 피해자들은 그 과정에서 많은 어려움을 겪는다. 실제 피해자들이 법적으로 성폭력 사건을 제기하는 것을 회피하는 경우도 많이 있으며, 피해자의 상황에 따라 뒤늦게 성폭력 사건의 해결을 시도하기도 한다. 그렇기 때문에 피해자들은 다른 방식의 해결을 시도하며 이 과정에서 성폭력 피해사실의 공개가 이루어지기도 한다. 이러한 상황에서 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소가 가해자에게 놀라운 무기로 돌변하는 것을 위의 사례들을 통해 알 수 있다. ④성폭력 무혐의 판결 이후에 역고소하는 경우나 아예 시효 등의 문제로 법적으로 제기할 수 없는 경우, 가해자의 명예훼손 역고소로 인해 가해자와 피해자가 완전히 뒤바뀌는 상황이 발생하기도 한다.

또한 우리 형법상 명예훼손이 사실의 적시에도 성립(형법 제307조 1항)한다는 것을 이용하는데, ①성폭력 고소 이전에 역고소하는 경우, 명예훼손 역고소는 가해혐의를 부인하는 강한 수단이자 피해자들의 사건해결 노력을 압박하고 위협하는 행위로 악용된다. ②성폭력 고소 이후 유죄판결 이전에 역고소하는 경우, 가해자는 수사기관/재판기관에 자신의 무죄와 '피해'를 주장하는 동시에, 피해자들을 압박하여 합의 또는 협상의 카드로 악용한다. 위의 경우 모두, 가해자는 마치 명예훼손 승소가 성폭력 사건의 무죄입증과 연결되는 듯 성폭력사건과 명예훼손사건을 같은 수준에서 저울질하며 사건의 구도를 호도한다. ③성폭력 유죄판결 이후에 역고소하는 경우, 가해자는 성폭력 사건의 공론화가 '중치벌'이뿐만 아니라 '가해자 인권'을 해치는 행위라고 제기하며, 가해자에게 너그러운 사회적 분위기에 편승하려 한다.

>>>>>> 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

2) (적극적) 공론화를 통한 사건해결 시도

(1) 가해자 실명공개한 경우

- ① 피해자가 직접 공개 : 서울대 신 교수사건, 제주도 우 사건
- ② 여성단체를 통한 공개 : 강 사건, 박 사건, 제주도 우 사건, 민우회 스토킹사건
- ③ 대학내 학생기구를 통한 공개 : 서울대 이00사건, 중앙대 안성캠퍼스 공00사건, 동국대 K교수사건, 서울산업대 김교수사건

(2) 비실명 사건 공개

- ① 대학내 학생비대위를 통한 공개 : 서울대 나00사건
- ② 여성단체를 통한 공개 : 대구 경북대 L교수사건, 경산K대 교수사건, 대구 시립합창단사건, 원광대 심 교수사건

위의 분류를 통해 알 수 있듯, 짧은 시일 내에 폭발적으로 증가한 '성폭력 가해자에 의한 명예훼손 역고소' 현상의 문제는, 피해자와 주변인뿐만 아니라 사건 해결을 지원하는 여성단체를 대상으로 고소가 이루어진다는 사실을 볼 때 성폭력 사건 및 피해사실의 공론화에 대한 직접적인 반대의 움직임이라는 점에 있다. 여성들과 여성운동에 의해 이루어진 성폭력 공론화의 역사는 자신의 피해사실을 드러냄으로써 스스로를 '정조를 상실한' 여자가 아닌 성폭력 사건의 '피해자'로 정체화해온 역사인 동시에 성폭력 문제를 공론화 장에서 제기함으로써 그것이 심각한 사회적 문제라는 것을 알리고 국가적인 차원에서의 해결을 촉구했던 여성운동의 역사이다. 성폭력 가해자에 의한 명예훼손 역고소는 성폭력 사건의 공론화를 법적으로 막는 역효과를 가지며 피해사실을 공론화해온 역사적 의미를 저해한다.

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀◀

<표 2>

가해자	사건	학내·단체내	법정	역고소	현재상황
서울대 나00 사건	01.4 강간미수	<ul style="list-style-type: none"> 01.4 학내상 담소 신고 01.6 학내 여성운동단위에서 사건공개 	<ul style="list-style-type: none"> 02.6 강간미수로 기소 	<ul style="list-style-type: none"> 01.8 피해자(명혜) 02.5 대리인(명혜) 02.5 학내여성운동 모임1인(명혜)->불기소처분->가해자 항고 	재판 진행중
중앙대 안성겸 공00 사건	02.1 성추행	<ul style="list-style-type: none"> 학내 여성운동모임에서 대자보로사건공개 학내상담소가 가해자 징계(무기정학) 	<ul style="list-style-type: none"> 성추행 혐의 기소유예 	<ul style="list-style-type: none"> 명예훼손으로 총여학생회장과 학보사 기자를 고소함 -> 총여학생회장 벌금 50만원으로 약식기소 -> 기자는 무혐의 	--
서울산업대 김교수	02.3 성희롱	<ul style="list-style-type: none"> 02.4 소속학과 학생회에서 사건 공개 02.8 학내징계로 5인이 제적, 4인이 무기정학, 1인이 유기정학 처분 	--	<ul style="list-style-type: none"> 02.5 피해자(명혜) 02.5 대책위학생들(명혜) 	검찰 조사 중
나00 스토킹	스토킹 (00년12월 민우회상담 소로상담요청)	--	<ul style="list-style-type: none"> 01.3 폭행 및 협박으로 고소 01.11 1심 징역 1년6개월 02.4 2심 집유3년 	<ul style="list-style-type: none"> 02.4 민우회상담소 2인(명혜) 02.6 피해자(폭행 및 협박, 위증) 	<ul style="list-style-type: none"> 명혜는 검찰조사진행중 피해자쪽은?
죽암휴게소 박00	성추행	<ul style="list-style-type: none"> 01.7 문제제기 02.1 가해자 전직조치 02.7 피해자 7인이 성추행으로 박00고소 	<ul style="list-style-type: none"> 01.11 청주지방노동사무소에서 증거불충분으로 무혐의 처리 02.1 대전지방노동청에서 성희롱 판정 	<ul style="list-style-type: none"> 02.5 원직복직소송 통해 죽암휴게소로 복직 02.6 피해자(명혜)손/모욕죄/협박죄) 구속기소 	--

▶▶▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

<표 3>

가해자	사건	학내·단체내	법정	역고소	현재상황
KBS 노조 강00	96.1 강간미수 97.3 성추행	<ul style="list-style-type: none"> 00.10 노조 내부해결 시도 01.2 100인 위원회의 사건 공개 	<ul style="list-style-type: none"> (고소기한 만료로 고소 못함) 	<ul style="list-style-type: none"> 00.11 피해자 명예훼손/협박고소 -> 취하 01.2 피해자/100인위 명예훼손 고소 	<ul style="list-style-type: none"> 재판 진행중
제주도 우00 지사	02.1 성추행	<ul style="list-style-type: none"> 02.2 기자회견 및 인터넷상 공개 02.2 여부에 성희롱 제소 02.4 민간진상조사위원회 보고서공표 02.7 여성부 성희롱판정 	--	<ul style="list-style-type: none"> 02.3 피해자(명혜) 제주여민회대표(명혜) 02.5 명예훼손무혐의 	--
소설가 박00	--	<ul style="list-style-type: none"> 00.1 연세대 총여학생회로 신고됨 	<ul style="list-style-type: none"> 01.7월 강간/혼빙간/무고/협박등으로기소 1심에서 징역 2년 판결 -> 박일문이 항소 현재 2심 재판진행 중 	<ul style="list-style-type: none"> 01.4 (?) 피해자(명혜) 100인위1인(명혜) 진보넷1인(명혜) 여성신문기자1인(명혜) ->01.7 모두 무혐의 처분 	<ul style="list-style-type: none"> 20여명을 또 다시명예훼손으로 고소하였음(진보넷, 100인위등)
? (안양)	01.3 성추행	--	<ul style="list-style-type: none"> 01.5 고소 	<ul style="list-style-type: none"> 01.7 피해자(무고죄) 01.9 구속수감 	--
원광대 심00 교수	00.5 성추행	<ul style="list-style-type: none"> 박00사건 대책위원회(우리모두사이트 게시) 	--	<ul style="list-style-type: none"> 01.? 여성신문사(명혜) 최부자기자(명혜) 대책위1인(명혜) ->모두 무혐의 	--

형사절차~속에서 불신되는 '성폭력범죄' 피해 고소여성

- 그 현실과 입법론적 대책

曹 國(서울대학교 법과대학 교수)

I. 들어가는 말

'성폭력범죄'¹⁾의 다수는 목격자가 없고 피해자가 유일한 증인인 경우가 많으며, 범죄가 발생하였는가에 대한 판단은 고소인과 피고소인 간의 진술에 의존하여 이루어질 수밖에 없다. 그런데 수사기관 및 법원은 피고소인이 성폭력범죄인인지, 또는 고소인이 무고자(誣告者), 이른바 "꽃뱀"인지를 확인해야 하므로 양자의 진술의 신빙성을 철저히 검토하지 않을 수 없다. 이 과정에서 성폭력범죄 가해자의 경우 자신이 받은 사회적 비난과 중형을 회피하기 위하여 고소인이 범행을 유발하였다는 주장을 퍼거나 또는 고소인의 진술이 신빙성이 없게 만드는 주장을 적극적이고 일관되게 전개하는 반면, 성폭력범죄 피해자의 경우는 이미 범죄로 인하여 정신적·신체적 피해를 입어 이른바 "강간증후군"(rape trauma syndrome)²⁾ 상태에 있는데다가 피해자진술 과정 자체가 또 한번의

1) 이 글에서 '성폭력범죄'라는 개념은 형법 제23장의 강간 및 추행에 관한 죄 및 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제2조에 정의된 '성폭력범죄'를 포괄하는 광의의 개념으로 사용한다.
2) 이에 대해서는 A. W. Burgess & L. L. Holmstrom, "Rape Trauma Syndrome", American Journal of Psychiatry (1974); 조은경, "강간피해의 심리적 반응에 대한 고찰", 『피해자학연구』 제3호 (1994), 75면 이하 등을 참조하라. 버지스와 홀스트롬에 따르면 강간피해자는 공포, 분노, 걱정 등 극도로 넓은 범위의 감정

폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀

고통을 수반하는 것이기에 진술과정에 소극적 또는 일관되지 못하는 태도를 보이게 된다. 이러한 상황에서 수사기관 및 법원은 양자간의 '중립'을 지키면서 사실관계를 냉정히 판단한다는 입장을 취하지만, 사실 그 '중립'은 이미 성폭력범죄에 대한 남성중심적 지배관념에 의해 직·간접적으로 영향을 받고 있는 것이기에 실제로는 '중립'이 되기 힘들다는데 문제가 있다.

이 글은 우리 사회에 존재하고 있는 성폭력범죄에 대한 남성중심적 관념이 어떠한 것인지, 그리고 이러한 관념에 따라 강간피해 고소여성의 경우 우리 형사절차에서 어떠한 처지에 놓이게 되는지를 검토하고, 성폭력범죄의 피해자의 "제2차 피해자화"를 막기 위해서 우리 형사절차는 어떻게 변화해야 하는가에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 성폭력범죄에 대한 남성중심적 편견 비판

정경자가 말하였듯이 우리 사회에서 "성폭력은 유일하게 피해자가 비난받는 범죄"이며, 한인섭의 말을 빌리면 "성폭력의 경우 가해자가 오히려 큰소리치고, 피해자는 얼굴과 이름도 감추어야 하는 것이 우리 성문화의 현주소"이다. 사실 성폭력범죄가 발생하면 가해자보다 피해자가 부끄러워하며, 가해자에게 못지 않은 사회적 비난과 의심이 눈길이 피해자에게 쏟아지는 것이 우리 현실이다. 그 이유는 우리 사회에 성폭력범죄에 대한 남성중심적 관념이 지배하고 있기 때문인데, 로스는 총망라하여 제시한 강간에 대한 잘못된 17가지 관념을 시사하는 바가 크다.

을 경험하는 "격심한 국면"(acute phase)을 겪고, 사건 이후 몇 주 동안은 공포, 모욕, 당황, 분노, 원한, 자기책망 등의 감정을 드러낸다. 그리고 강간피해자의 생활양식에서도 다양한 해체가 일어나는데, 예컨대 신경활동의 증가, 수면형태의 급격한 변화, 공포반응 등이 그 예이다(Burgess & Holmstrom, at 982-985).
 3) Carol Bohmer & Audrey Blumberg, "Twice Traumatized: The Rape Victim and the Court," 58 Judicature 391 (1975).
 4) 정경자, "성폭력 피해현황과 그 대책", 『피해자학연구』 제2호 (1993), 72면.
 5) 한인섭, "성폭력의 법적 문제와 대책", 『인간개발연구』 제3권 제1호 (1996), 191면 [이하 '한인섭'로 약칭].

▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

즉, (1) 여성은 강간당하고 싶은 환상을 갖고 있다, (2) 여성이 성교에 대하여 "안돼"라고 말할 때, 그녀의 진정으로 뜻하는 것은 "좋아"이다, (3) 여성이 강간을 당할 것이라면, 그녀는 그것을 즐기는 편이 낫다, (4) 여성은 종종 성폭행과 강간을 도발·유혹한다, (5) 고상한 여성은 강간당하지 않는다, (6) 혼외 성교에 동의한 적이 있는 여성은 난잡한 사람이며, 성교를 요구하는 어떤 남성에 대해서도 동의를 할 개연성이 있다, (7) 흑인 여성은 난잡하다, (8) 여성이 진정 강간당하지 않으려고 한다면 강간을 막을 수 있다, (9) 강간당한 여성은 자연스러운 반응은 즉각 경찰에서 신고하는 것이다, (10) 강간하는 남성은 정신병이 있거나 정서적으로 질병이 있는 사람이며, 보통 남성은 강간을 하지 않는다, (11) 여성은 자신이 알지 못하는 사람에 의해서만 강간당한다, (12) 혼외 성교에 동의한 적이 있는 여성은 진실을 말할 것이라고 믿을 수 없다, (13) "악성격"(bad character)을 가진 여성은 기꺼이 무차별적 혼외 성교를 맺을 개연성이 있고, 따라서 진실을 말할 것이라고 믿을 수 없다, (14) 여성, 적어도 일정 부류의 여성은 강간당해 마땅하다, (15) 강간을 신고하는 여성은 피고인, 남성 일반, 남편 또는 과거의 연인에 대한 악의로 가득 차 있거나, 또는 자신이 성교에 동의하였기에 부모, 남편, 연인으로부터 징벌을 받는 것을 두려워하기에 종종 허위 고소를 한다, (16) 여성이 강간당하였다고 의식적으로 거짓말을 하지 않는 경우에도 강간은 그녀의 환상 속에서만 존재할 수 있다, (17) 극단의 강제력이 사용되지 않는 한 동의 없는 성교는 단지 성교행위일 뿐이다. 이러한 강간에 대한 관념은 강간피해 고소여성에게 절대적으로 불리한 조건을 형성하지 않을 수 없다.

먼저 이러한 관념은 강간죄의 보호법익이 여성의 "성적 자기결정권"(right to sexual autonomy 또는 Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung)이라는 점을 철저히 무시하는 데서 출발한다. 여성에게 "성적 자기결정권"이 있다는 것은 여성이 스스로 성행위를 선택하지 않는 한 그 어떠한 이유로도 성행위를 강요할 수 없다는 의미이다. 혼외 성교의 경험 유무, "야한" 복장 여부 등은 성폭력범죄가 범해졌는가를 판단하는데 아무런 의미를 가지지 않으며, 또 가져서도 안 된다. 그리고 여성이 진정 저항하면 강간을 당하지 않는다는 관념은 모든 여성에게 균일한 방식으로 그리고 가부장제가 요구하는 방식으로 강간에 대

6) Beverly J. Ross, "Does Diversity In Legal Scholarship Make a Difference?: A Look At the Law of Rape", 100 Dick. L. Rev. 795, 808-810 (1996).

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀

응하기를 요구하는 것으로, 7) 강간범 앞에서 피해자가 느끼는 엄청난 공포와 당혹상태를 무시하고 피해자의 곤경에 대한 이해가 완전 결여되어 있다. 8) 또한 수잔 에스트리치가 지적한 것처럼, 여성이 강간에 대한 환상을 갖고 있다는 주장은 남성의 창작물로, 이는 여성은 “어떤 남성으로부터라도 무시당하고 물건처럼 취급되기를 원”하는 존재로 규정하는 셈이다. 9)

그리고 강간피해자가 과거 합의에 따른 성관계 경험이 있는가 여부로 피해자의 신빙성과 이후 피고인과의 성교에서의 동의 유무를 판단하는 것은 오류이다. 이러한 이해방식은 여성에게만 ‘정숙’과 ‘순결’을 요구하고, 이를 어긴 여성의 강간피해 주장은 의심·배척하는 남성중심적 편견의 산물이다. 현대 사회에서 다수의 여성들이 합의에 기초하여 혼인 전에 남성과 성관계를 맺고 있고 이러한 행위는 더 이상 반윤리적 또는 ‘정숙’하지 못한 행위로 비난받을 수 없는 바, 여성의 과거 성관계 이력은 당해 강간사건에서 고소여성의 진술의 신빙성 유무나 피고인과의 성교에의 동의 여부를 밝히는 데 관련성이 있다고는 볼 수 없다. 10) 요컨대, 과거 피해자와 제3자와의 성교 동의를 이후 피고인과의 성교 동의로 연결시키는 것은 오류이다.

또한 피해자의 복장, 직업, 생활방식 등을 이유로 강간피해에 대한 피해자의 진술의 신빙성을 격하하거나 나아가 피해자의 강간 ‘유발’을 강조하는 것은 피해자의 프라이버시와 인격권에 대한 중대한 침해임에 틀림없다. 예컨대, 짧은 치마를 입을 것인가 말 것인가는 전적으로 피해자의 자유이며 짧은 치마를 입은 여성을 강간할 자유는 결코 용인할 수 없는 것이기에, 짧은 치마에 도발되어 그 여성을 강간하였기에 피해자도 책임이 있다는 주장은 어불성설이다.

7) Susan Estrich, *Real Rape* 30, 64-66 (1987); Susan Schwartz, "An Argument for the Elimination of the Resistance Requirement from the Definition of Forcible Rape", 16 *Loy. L.A. Rev.* 567, 568-69 (1983).

8) 한인섭, “형법상 폭행개념에 대한 이론(異論)”, 『형사법연구』 제10호 (1988), 124면; 박상기, 『형법총론』 (전정판, 1999), 124면. 피해자의 필사적 저항을 전제로 하는 강간죄에서의 폭행·협박 개념의 문제점에 대해서는 조국, “아내 강간’의 성부와 강간죄에서의 ‘폭행·협박’의 정도에 대한 재검토”, 한국형사정책학회, 『형사정책』 제13-1호 (2001/7), 18-19면을 참조하라.

9) Estrich, at 5.

10) Abraham P. Ordovery, "Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity," 63 *Cornell L. Rev.* 90, 96-102 (1977).

▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

한편 우리 사회에서 발생하고 있는 성폭력범죄의 현실은 여성이 남성을 분능을 ‘도발’하여 성폭력범죄가 생기는 경우는 극히 일부분에 불과하며 대부분의 성폭력범죄는 계획적으로 이루어짐을 보여준다. 11) 또한 성폭력범죄의 다수는 낮은 남성이나 정신이상자 등의 별종의 남성에 의해 범해지는 것이 아니라 친족, 직장동료, 친구, 선후배 등 평소 서로 얼굴을 아는 가까운 남성에 의해 범해지고 있다. 12) 성폭력범죄인은 “괴물”이 아니라 통상의 남성인 것이다. 그리고 성폭력범죄는 “폭행”이 방정하지 않은 “난잡”한 여성에 대해서만 일어나는 것이 아니다. 통계에 따르면 미성년자에 대한 성폭력범죄가 여성피해자의 절반에 달하고 있으며 성폭력범죄는 연령에 관계없이 여성 전체를 위협하고 있다. 13) 피해자의 직업도 다양하게 특정 직업의 여성들만 범죄피해를 입고 있는 것이 아니다. 14)

그리고 성폭력범죄 피해자들은 범죄발생 후 즉각 신고하기보다는 오히려 자신의 프라이버시를 지키기 위하여 또는 형사절차에서의 예상되는 수모를 생각하여 아예 법에 호소하지 않고 있다. 15) 우리나라의 조사연구에 따르면 강간, 강간미수 및 심한 추행 등 “심한 성폭력”의 경우 신고율은 6.1%이 지나지 않았다. 16) 성폭력범죄의 피해자들은 “보복에 대한 두려움, 경찰, 병원 및 재판절차에 대한 공포심, 부모의 책망에 대한 두려움(특히 십대들), 특히 남들이 안 믿어줄지도 모른다는 두려움, 당혹감, 책임감, 자책감, 남자친구 혹은 남편이 그 사실을 알았을 때 자기 자신이나 상대방(강간범)을 가만두지 않을 거라는 두려움, 그리고 더 나아가서는 형사사법제도 자체에 대한 불신감 등” 17)의 이유로 하여 신고를 꺼리게 되고, 다수의 성폭력범죄는 “암수”영역에 묻혀 있는 것이다.

11) 정경자, 72면.

12) 정현미, “성폭력범죄 형사절차상 이차적 피해”, 『피해자학연구』 제8호 (2000), 166면.

13) 정경자, 73면; 정현미, 165면.

14) 정경자, 73면.

15) 김성언, 『성폭력의 실태와 원인에 관한 연구(II)』, 한국형사정책연구원 (1998), 115-116면.

16) Id.

17) 안드류 카르멘(조병인 역), “피해자비난론 대 피해자옹호론”, 『피해자학연구』 제2호 (1993), 96면.

III. '성폭력범죄 피해자'에 대한 불신과 '제2차 피해자화'

이상과 같은 왜곡된 관념이 지배하고 있는 상황에서 성폭력범죄 피해여성이 가해자의 처벌을 위해 나서기는 쉽지 않다. 이러한 현실을 딛고 서서 범죄신고를 하여도 새로운 난관이 기다리고 있다. 기존의 형사절차 역시 성폭력범죄에 대한 왜곡된 관념으로부터 자유롭지 않았던 바, 성폭력범죄 피해자는 형사절차 안에서 어떤 격려와 위로를 받기는 어려웠으며, 오히려 의심과 비난의 대상이 되어 피해자의 "제2차 피해자화"가 초래되어 온 것이다. 토리의 말을 빌자면,

"강간은 피고인과 고소인간의 역할전도를 수반하는— 그에 따라 피해자가 심판대에 올려지는— 유일한 범죄이다. 여성 피해자는 자신의 무죄를 입증해야 하는 반면, 남성 피고인은 마치 자신의 명예가 훼손된 것처럼 취급된다. ... 많은 강간죄 기소에서 모든 실제적(practical) 이유 때문에 피해자는 의사(擬似) 피고인이 된다."¹⁸⁾

이 점에 대하여 보다 구체적으로 살펴보자면, 수사과정에서 수사기관은 피해자의 진술을 받을 때 강간이 존재하였는가와 관련성이 없는 질문, 예컨대 피고인이 사정을 하였는지, 삽입시간은 얼마나 길었는지, 삽입 동안 피해자의 느낌은 어떠하였는지 등을 세세하게 질문하고, 나아가 피해자가 충분히 반항하였는지 여부를 질문함으로써 피해자에게도 죄책감을 느끼게 만들고 있다.

그리고 재판과정에서 이루어지는 피해자에 대한 증인신문에서 피고인의 변호인은 피해자가 밤늦게 술을 마셨다, 피해자가 '야한' 복장을 하고 있었다, 피해자가 밤에 길거리를 거닐었다, 피해자가 잠옷 바람으로 문을 열어주었다, 피해자가 가출소녀이다, 피해자의 직업이 유흥업소 종사자이다, 피해자가 과거 피고인 외의 제3자와 동침에 기초한 성관계를 맺은 적이 있다¹⁹⁾ 등¹⁹⁾ 당해 사건에

18) Morrison Morrey, "When Will We Be Believed? Rape Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions", 24 U.C. Davis L. Rev. 1013, 1058-1059 (1991).

19) 박선미, 300-308면.

서 피고인이 피해자의 성적 자기결정권을 침해하였는가와는 무관한, 그리고 피고인의 자기방어를 위해서도 결정적이지 않은 사항들을 집요하게 신문하고 있다. 이러한 신문은 피해자가 한 진술의 신뢰도에 부정적인 영향을 미치거나 (피고인이 범행을 부인하는 경우), 피고인의 양형이 유리하게 결정될 수 있도록 하기 위해, (피고인이 범행을 자백한 경우)²⁰⁾ 이루어지고 있다고 보인다. 강간죄의 핵심은 피해자의 성적 자기결정권이 침해되었는가 여부이지만, 피해자의 품행, 평판 및 성관계를 문제삼아 강간죄를 둘러싼 남성중심적 편견을 작동 시킴으로써 피고인에게 유리한 판결을 획득하려는 기술이 사용되고 있는 것이다. 또한 이러한 반대신문이 진행될 때 검사는 논점을 벗어난 것이라는 이의를 적극적으로 제기하지 않고 있고, 판사 역시 이러한 방식의 신문을 제지하지 않고 있는 실정이다.²¹⁾

현행법상 강간 여부를 판단하는 핵심사안과 관계없는 강간피해자의 품행, 평판 및 성관계 이력에 대한 무차별적 침해를 통제할 수 있는 법적 근거가 없는 것은 아니다. 먼저 형사소송법 제299조는 "재판장은 소송관계인의 진술 또는 신문이 중복된 사항이거나 그 소송에 관계없는 사항인 때에는 소송관계인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있다"라고 규정하여 불필요한 변론을 제한할 수 있는 근거를 제공하고 있다. 여기서 "소송에 관계없는 사항"이란 영미 증거법에서 말하는 '관련성(relevance) 없는 사항을 뜻하는 것으로 이해된다.²²⁾ 한편, 형사소송규칙 제74조 제2항은 "위협적이거나 모욕적인 신문"을 금지하고 있으며, 동 규칙 제77조는 증인의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항의 신문에서 "증인의 명예를 해치는 내용의 신문"을 금지하고 있다.

그런데 우리 강간재판에서 피해자의 품행, 평판 및 성관계 이력은 "소송에 관계없는 사항"으로 파악되지 않고 있으며, 오히려 피해자 진술의 신빙성을 비

20) Id. 305면.

21) 박선미, "여성학적 관점에서 본 강간범죄의 재판과정," 『형사정책』 제4호 (1989), 300-305, 310-312면.

22) 서일교, 형사소송법 (8개정판, 1979), 319면; 이재상, 형사소송법 (제5판, 1996), 404면; 배종대·이상돈, 형사소송법 (제4판, 2001), 445면. 미국 증거법상 "관련성있는 증거"는 "행동을 결정하는데 있어 중요한 사실이 존재하는가에 대하여, 그 증거가 없는 경우보다 있는 것이 그 개연성을 늘리거나 또는 떨어뜨리는 경향을 가진 증거"라고 정의된다(Fed. R. Evid. 401).

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀

판하고, 성교에 대한 피해자의 동의를 입증하기 위한 유력한 근거로 사용되고 있다고 보인다. 박선미가 지적한 것처럼, "사건과 아무런 관련이 없는 피해자의 개인적 성경험에 초점을 두고 재판이 진행되는 현상은 순결하지 않은 여성의 진술보다는 피고인의 진술이 더 신뢰받을 수 있음을 역으로 나타내"는 것이라 하겠다.²³⁾

요컨대 기존의 성규범이나 역할모델을 따르지 않는 여성으로 낙인찍히는 피해자의 경우는, 형사절차의 전과정에서 "보호받기보다는 불신 받는 경향이 있고 이를 또한 형사사법실무자들이 수용하고 있"다고 보인다.²⁴⁾ 미국의 페미니스트 여성법학자의 다음과 같은 지적은 우리 현실을 설명하는 데도 유효하다.

"강간이라고 외치는 여성은 믿음을 얻지 못한다. 강간이라고 외치지 않고 조용히 고소를 한 여성조차도 진짜 피해자처럼 행동하지 않았다는 이유로 믿음을 얻지 못한다. 강간고소를 지연한 여성은 불신 당한다. 즉각 강간고소를 행한 여성은 그녀의 악의 또는 환상이 의심받는다."²⁵⁾

이상과 같은 상황 아래에서 강간피해자는 강간 피해가 마치 자신의 잘못된 낡 자신을 비하하게 되고, 고소 자체를 후회하거나 법정증언을 꺼리게 되며, 결국 범죄인에 대한 처벌은 난관에 처할 수밖에 없다.²⁶⁾ 물론 성폭력범죄 사건에서 피해자와 피고인이 과거 합의에 따른 성관계를 계속 해왔다거나, 피해자의 몸속에 발견된 정액은 피고인의 것이 아니라거나, 피해자가 과거 허위의 강간고소를 행한 적이 있다거나 하는 사안은 피해자의 프라이버시와 연관되어 있기는 하나, 당해 사건에서 피고인의 자기방어를 위하여 필수적으로 짚고 넘어가야 할 사항이므로 이에 대한 신문은 실제진실발견을 위하여 필요할 것이다. 그러나 피해자의 품행, 평판 및 성관계 이력에 대한 무차별적 신문허용은 많은 강간피해자가 형사절차에서 예상되는 당혹과 수모 때문에 범죄인 처벌을 중도에 포기하게 만들고, 또한 당해 재판의 쟁점을 흐뜨려 놓기도 하는 것이다.²⁶⁾

23) 박선미, 308면.

24) Id. 308면.

25) Aviva Orenstein, "No Bad Men!: A Feminist Analysis of Character Evidence in Rape Trial," 49 Hastings L. J., 664, 664 (1998).

26) Clifford S. Fishman, "Consent, Credibility, and the Constitution: Evidence Relating Sex Offense Complaint's Past Sexual Behaviors", 44

▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

IV. 성폭력특별법상 피해자보호조항의 의의와 미비점

성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률(이하 '성폭력특별법'으로 약칭)은 성폭력범죄의 경우 '특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법'에 따른 소송절차상의 특례 외에 새로운 특례규정을 두었다. 즉, 형법상의 강간죄에 해당되더라도 형사소송법 제224조의 고소제한 규정에 의하여 처벌되지 못하던 자기 또는 배우자의 직계존속의 성폭력범죄를 처벌할 수 있게 하고(제18조), 성폭력피해자의 생활을 보호하기 위하여 심리를 비공개적으로 할 수 있도록 하며(제22조), 법원이 성폭력피해자를 증인으로 신문하거나 수사기관이 피해자를 조사하는 경우 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석할 수 있도록 하고(제22조의 2), 성폭력피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 현저히 곤란한 사정이 있는 경우 증거보전의 청구를 할 수 있도록 하며(제22조의 4), 또한 성폭력피해상담소, 성폭력피해자보호시설 등의 설치근거를 마련하고 있다(제23조-34조). 한편 1999년 2월 검찰총장의 지시한 "성범죄수사 및 공판관여시 피해자보호에 관한 지침"도 수사절차에서 성폭력범죄 피해자보호의 필요성을 일깨운 것으로 의미가 있다.

이러한 조치에 대하여 법학계 일부에서는 성폭력범죄자를 확정짓는 절차의 투명성을 제거하고 있고, 피고인의 방어적 참여권을 박탈한다는 비판이 있으나,²⁷⁾ 이러한 비판에는 성폭력피해자가 어떠한 심리적·육체적 고통 속에 빠지게 되는지, 그리고 형사절차의 전과정에서 얼마나 프라이버시가 침해되고 또한 소외되고 있는가에 대한 고려가 결여되어 있다고 보인다. 성폭력피해자에 대한 형사절차상의 보호조치로 형사피고인의 권리가 일정하게 약화되는 것은 사실이지만, 그 약화는 성폭력피해자의 프라이버시 침해와 고통 등을 고려할 때 의식적으로 감수할 수 있는 범위와 정도의 것이라고 본다.

오히려 우리의 입장은 사실 성폭력특별법에서의 피해자 보호규정은 '과잉'이

Cath. U. L. Rev. 709, 716 (1995); Gaivin, at 796-798 참조하라.

27) 이상돈, 「형법학」(1999), 79-80면.

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀

문제가 아니라 오히려 '과소'가 문제라고 본다.²⁸⁾ 1998년 한국여성단체연합이 여성폭력추방주간에 맞춰 선포한 "성폭력피해자권리헌장"은 "(1) 직업, 나이, 이전의 성경험, 피해시의 상황, 가해자와의 관계와 상관없이 피해자로 인정받고 대우받을 권리, (2) 사건과 관련된 질문만 받을 권리, (3) 이전의 성경험에 대한 질문을 받지 않을 권리, (4) 고소시 자신의 신분이 외부로 노출되지 않고 보호받을 권리, (5) 신변안전조치를 요청할 권리, (6) 수사, 재판과정에서 편안한 환경에서 진술할 수 있도록 가족, 변호사, 상담원 등과 함께 배석할 권리, (7) 사생활보호, 심리적 안정을 위해 비공개재판을 신청할 권리, (8) 가해자가 있는 자리에서 증언하기 어려울 경우 가해자의 퇴정을 신청할 권리, (9) 가해자로 인한 정신적, 신체적, 경제적 피해의 책임을 가해자에게 묻고 보상을 요구할 권리" 등을 내용으로는 하는 성폭력피해자의 수사·재판과정에서의 권리를 선언한 바 있는데, 이를 주목할 필요가 있다고 본다. 그리고 1999년 2월 검찰총장의 지시한 "성범죄수사 및 공판관여시 피해자보호에 관한 지침"도 수사절차에서 성폭력범죄 피해자보호의 필요성을 일깨운 것으로 의미가 있다.

이러한 관점에서 우리는 최근 전재희 의원 등 국회의원 28명이 제출한 '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 증개정법률안'에서 수사기관이 피해자로부터 진술을 청취할 때—피해자가 명시적인 의사에 의하여 이를 원하지 아니하는 경우는 제외하고—비디오 등 영상물에 의하여 진술상황을 녹화하도록 하고(안 제21조의 2 제1항), 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있도록 함으로써(안 제21조의 2 제2항), 이후 수사과정에서 불필요한 진술반복으로 제2의 인권침해를 당하는 일이 없도록 하게 만들고, 수사기관의 조사나 법원의 증인신문 과정에서 가족 등 신뢰관계에 있는 사람이 동석하는 것을 의무화하고(안 제22조의3 제1항), 또한 13세 미만의 미성년자 및 장애인이 피해자일 경우에도 의무화하고(안 제22조의3 제3항), 또한 법원의 증인신문시 13세 미만의 미성년자이거나 장애인에 대하여는

28) 이 점에 대해서는 이재상·이호중, 「형사절차상 피해자보호방안」(한국형사정책연구원, 1993), 104면 이하; 서보학, "형사절차상 성범죄 피해아동의 보호방안," 한국형사정책연구원, 「형사정책연구」 제7권 제4호(1996 겨울호), 200면; 정현미, 「성폭력범죄 형사절차상 피해자보호」(한국형사정책연구원, 1999), 136-137면; 한인섭 I, 194-197면 등을 참조하라.

▶▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가.

비디오 그 밖의 중계장치에 의하여 신문할 수 있도록 하는 것(안 제22조의4) 등을 골자로 한 성폭력범죄처벌 및 피해자보호법 개정안을 국회에 제출한 것에 긍정적으로 평가한다.²⁹⁾

수사기관의 수사 및 법원의 심리가 성폭력피해자의 특성을 고려하지 않음으로 발생하는 피해자의 인권침해를 방지하려는 법안의 문제의식을 높이 되어야 한다. 특히 미국과 독일 등에서 사용하고 있는 성폭력범죄 피해자에 대한 비디오(CCTV) 중계를 통한 증인신문의 도입은 적극적으로 고려해야 할 것이다.³⁰⁾ 그러나 법안 제21조의 2 제2항의 경우 영상물에 수록된 피해자의 진술부분은 형사소송법상의 전문증거(hearsay)인데 작성자의 진술만으로 증거능력을 부여받을 수 있도록 하는 것은 형사소송법상 전문증거에 관한 규정 및 전문증거배제의 법칙에 위배되는 문제가 있다. 피해자의 진술이 수록되어 있는 영상물은 전문증거인 피해자의 진술조서와 같이 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정된 때 한하여 증거능력이 인정되어야 할 것이다. 그리고 법안 제22조의 3에서 가족 등 신뢰관계에 있는 사람이 의무적으로 동석시키는 것으로 규정하기 보다는 현행 법 제22조의 2처럼 임의적 재량사항으로 두고, 신청권자에 법정대리인을 추가하는 것이 타당하다고 보인다.

그리고 우리 형사재판에서 성폭력범죄 피고인의 변호인이 "피해자가 한 진술의 신뢰도에 부정적인 영향을 미치거나(피고인이 범행을 부인하는 경우), 피고인의 양형이 유리하게 결정될 수 있도록 하기 위해(피고인이 범행을 자백한 경우)"³¹⁾ 피해자의 성적 자기결정권을 침해하였는가와는 전혀 무관한 사항들을 거의 무제한적으로 반대신문과정에서 다루고 있다는 점을 고려할 때, 미국의 연방과 주에 걸쳐 제정된 "강간방지법"(rape shield law)³²⁾을 도입하여 성폭력

29) 동아일보, 2002.5.19 (일); 한겨레, 2002.5.19 (일).
30) Gail S. Goodman et. al., "Protecting the Child Witness: Hearsay Techniques and Other Innovations: Innovations for Child Witnesses: A National Survey", 5 Psych. Pub. Pol. and L. 255 (1999); Helen L. Westcott, et. al., "Protecting the Child Witness: Hearsay Techniques and Other Innovations: Children, Hearsay, and the Courts: A Perspective From the United Kingdom", 5 Psych. Pub. Pol. and L. 282 (1999) 등을 참조하라.
31) 박선미, 305면.
32) 이에 대한 상세한 논의는 조국, "강간피해 고소여성의 성관계 이력의 증거사용 제한 — 미국 "강간방지법"을 중심으로", 한국법학원, 「저스티스」 제69호

피해자 권리

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀◀

←
우리나라에 도입
적용

범죄 피해자의 과거 성이력(性履歷)과 성향(predisposition)이 형사재판에서 사용되는 것을 제한하는 조치도 필요하다. 예컨대, 미국의 '연방증거규칙'(Federal Rules of Evidence) 제412조는 성범죄 피해자의 성력과 성향은, (1) 피해자에게서 채취된 정자가 피고인의 것이 아니라거나, 피해자가 입은 상처 등이 피고인에 의해 가해진 것이 아니라는 것을 입증하기 위한 경우, (2) 피고인이 피해자의 동의를 입증하기 위한 경우, (3) 피해자의 성이력과 성향 증거의 배제가 피고인의 헌법상의 권리를 침해하는 경우 이외에는 사용될 수 없도록 규정하고 있다.³³⁾

V. 맺음말

현재 우리나라 성폭력범죄 사건에서는 피고인만이 아니라 피해자도 사실상 재판권을 받고 있다. 그리고 강간죄의 보호법익이 여성의 성적 자기결정권이라는 점은 이론적으로 인지되고 있으나, 실제 재판과정에서는 이와 관계없는 사안에 초점이 맞추어지기 일쑤이다. 우리 형사절차는 피해자 여성을 꼼꼼히 방탕한 메살리나(Messalina)와 순결·정숙한 루크레티아(Lucretia)의 두 유형으로 일도 양단식으로 나눈 뒤,³⁴⁾ 강간피해자의 상당수를 전자의 유형으로 간주하여 이들을 의심하고 추궁하고 있는 것이다.

<해설>

우리나라에서 여성주의 운동의 성장 결과 성폭력특별법이 제정되어 성폭력범죄 피해자 보호를 위한 절차규정을 신설하였으나, 메살리나로 간주되어 불신되는 강간피해 고소여성을 보호하는 입법적 조치는 존재하지 않는다. 미국을

(2002/10)를 참조하라.

33) 이에 대해서는 C.B. Mueller & L. C. Kirkpatrick, *Federal Rules of Evidence*, 98-103 (1995)을 참조하라. 그 외의 영미권 국가에서도 이와 유사한 입법적 조치가 취해졌고[Sexual Offences (Amendment) Act, 1976, § 2 (Eng.); Criminal Code § § 276-277, R.S.C. 1985, ch. C-46 (Can.); Crimes Act, 1900, § 409 (Austl. N.S.W.)], 프랑스의 경우는 판례를 통하여 유사한 입장을 취하고 있다 [Catherine Elliott, *French Criminal Law* 176 (2001)].

34) 이러한 구별은 'People v. Abbot 판결'[19 Wend. 192 (N.Y. 1838)]에서 제시된 바 있다.

▶▶▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

비슷한 영미권 국가에서 제정된 "강간방지법"의 내용을 참조하면서 강간피해자의 인격과 프라이버시를 보호하여 재피해자화를 막고, 재판의 초점을 피해자의 도덕성이 아니라 피고인의 유죄 문제로 맞추도록 하는 입법적 노력이 필요하다고 본다. 그 속에서 "남성중심의 재판" 과정에서 발생하는 "여성의 고난"³⁵⁾은 줄어들 수 있을 것이다 (2002. 10. 22)

35) Vivian Berger, "Man's Trial, Women's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom," 77 Colum. L. Rev. 1 (1977).

명예훼손 사건에서 성폭력사실의 판단기준

이정희(변호사, 민변 여성인권위원회)

1. 글을 읽어

- 입증책임 누구에게?
- 피해자/가해자 관중을 누구의 말을 믿을 것인가.
 - 피해자 스스로 밝히지 않을 때 있다. 적안한다. 애 함께 있었는지 스스로 잘 설명 못함
 - 피해자 인정: 객관적/공공성이 크다. 어떻게 연결될 것인가.

성폭력 피해자가 성폭력 사실을 타인에게 알릴 경우, 가해자는 피해자를 명예훼손 혐의로 고소하여 맞대응하는 경우가 상당히 많다. 통상 그 대부분은 피해자의 성폭력 주장이 허위라면서 형법 제307조 제2항 허위사실에 의한 명예훼손혐의로 고소하는 것이다. 이에 대하여 피해자로서는 성폭력이 있었던 것이 진실이고 이를 다른 사람에게 알린 행위에 공연성이 없다거나, 이 행위가 공공의 이익을 위한 것이어서 형법 제310조에 따라 위법성이 조각된다고 주장하게 된다.

성폭력 사건이 고소되어 있는 경우, 성폭력 피해자에 대한 명예훼손 피의사건은 통상 동일한 수사기관과 담당자에게 배당되는데, 수사기관으로서는 성폭력혐의로 고소된 성폭력 가해자와, 성폭력 가해자로부터 명예훼손 혐의로 고소된 성폭력 피해자를 모두 피의자로 삼아 조사하면서 누구의 말이 타당한지를 판단하여야 한다. **성폭력 사건이 고소기간 도과 등으로 고소할 수 없는 지경에 이른 경우에는, 성폭력 피해자만이 피의자 지위에서 그 주장의 진실성을 조사 받게 된다**

그런데 성폭력 사건 중에서도 성폭력이 있었는지 여부에 대하여 정액 등의 물증이나 목격자 등 제3자의 인증이 있는 사건은 매우 적은 수이고, 대다수 사건에서는 피해자와 가해자의 상반된 주장만이 있고 다른 뚜렷한 증거가 없는

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀

경우가 많다. 결국 수사기관에서는 가해자와 피해자의 상반된 주장 가운데 하나를 받아들여 성폭력이 있었는지 여부를 판단하여야 하는바, 이 때 어떤 기준으로 판단할지가 문제된다. 이 글에서는 명예훼손 고소사건에서 성폭력이 있었는지 여부를 밝힐 입증책임이 누구에게 있는지, 성폭력 사실의 판단기준은 무엇인지에 대하여 검토한다.

근거법칙의 상하
→ 의심스러울 때
: 피고인의 이익으로
(형법 제307조 제2항)
* 그에 준하여 x)

2. 성폭력 사실의 입증책임

가. 형법 제307조 제2항에 의한 입증책임

형법 제307조 제2항은 “공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자”를 처벌하도록 정하여, 허위사실적시를 행위태양의 구성요소로 하고 있다. 따라서 성폭력피해자가 허위사실에 의한 명예훼손혐의로 고소된 경우, 검사가 성폭력 피해자를 이 혐의로 기소하려면 피해자의 성폭력 주장이 허위임을 입증하여야 한다. 또한 그 입증의 정도는 합리적인 의심의 여지가 없을 정도여야 하므로, 1) 검사로서는 피해자의 성폭력 주장이 허위로 추정된다는 정도가 아니라 피해자의 성폭력 주장이 허위임이 합리적 의심의 여지 없이 인정될 정도가 되었을 때 기소할 수 있을 것이다.

나. 형법 제310조에 의한 입증책임 전환 여부

형법 제310조는 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의

1) 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 할 것이고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이므로, 사실의 허위성이 추정된다는 것만으로는 유죄를 인정할 수 없다(대법원 1996. 4. 12. 선고 94도 3309판결).

▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”라고 하여 명예훼손죄의 특수한 위법성 조각사유를 마련하고 있다. 종래의 통설²⁾은 이 규정이 사실의 진실성에 대한 거증책임을 피고인에게 지운 거증책임의 전환에 관한 규정이라고 하였다.

그러나 형사소송법에는 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)”라는 원칙이 적용되므로, 형벌권의 존부와 범위에 관한 사항의 거증책임은 모두 검사에게 있고, 이에 대한 예외를 인정하기 위하여는 명문의 규정이 있어야 하는데, 이 규정을 입증책임전환규정이라고 보는 것은 무리가 있다. 곧, 일본 형법 제230조의2는 “전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고 그 목적이 오로지 공익을 위하는 데 있다고 인정되는 때에는 사실의 진부를 판단하여 진실이라는 증거가 있으면 벌하지 아니한다”라고 정하고, 독일 형법 제186조도 “사실이 진실이라고 증명되지 아니하는 때에는 …에 처한다”라고 정하므로, 이를 거증책임의 전환에 관한 규정이라고 볼 수 있다. 그러나 형법 제310조는 위법성 조각사유의 요건만을 정하고 있을 뿐이고 증명에 관하여는 아무런 규정도 두지 않고 있다. 따라서 본조를 거증책임의 전환에 관한 규정이라고는 볼 수 없다.³⁾

곧, 피고인은 위법성 조각사유의 존재에 대하여 주장책임이나 증거제출책임이 있지만, 기소사실의 입증이 불분명할 경우 불이익이 귀속될 입증책임은 여전히 검사에게 있다. 따라서 검사로서는 성폭력 피해자를 제307조 제2항에 의거하여 기소하기 위하여는 피해자의 성폭력 주장에 위법성 조각사유가 되는 진실성과 공익성이 존재하지 않는다는 점, 곧 피해자의 성폭력 주장이 허위이며 공공의 이익을 위한 것이 아니라는 점까지 입증하여야 한다.

반면 피해자로서는 성폭력이 사실이거나 또는 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있었고 공공의 이익을 위한 행위라는 점을 주장하여 검사가 제출한 증거의 증명력을 흔들어서 그 결과 성폭력 주장이 합리적 의심의 여지 없이 허위라고는 할 수 없다는 정도까지 만들면 될 뿐이지, 성폭력 사실이 있었다는 점을 완벽하게 입증할 필요는 없다.

2) 유기천, 형법학[각론강의 하](일조각, 1982), 제140쪽; 정성근, 형법각론[전정판](법지사, 1996), 제220쪽; 진계호, 신고 형법각론(대왕사, 1986), 제289쪽.
3) 이재상, 형법각론(박영사, 신정판, 1996), 제179-180쪽. 김일수, 배종대 교수 역시 같은 입장을 취하고 있다. 김일수, 형법각론[제3판](박영사, 1999), 제171-172쪽; 배종대, 형법각론[개정판](홍문사, 1996), 제231쪽.

3. 성폭력이 사실인지 여부를 판단하는 기준

가. 진술의 신빙성 판단 기준

피해자와 가해자의 상반된 주장만 있고 다른 뚜렷한 증거가 없는 성폭력 사건의 경우, 양자의 진술 가운데 무엇을 믿을 것인가가 문제이다. 결국 어느 쪽의 진술이 더 신빙성이 있는지 여부에 따라 성폭력이 사실인지 여부를 판단할 수 밖에 없고, 그 신빙성 판단은 경험칙에 의하게 된다. 통상 진술의 신빙성은 그 진술의 내용을 살펴 판단하는데, 일관성 없는 진술, 상호모순된 진술, 객관적 사실에 부합하지 않는 진술의 신빙성은 부인되는 경우가 많고, 또한 경험칙에 어긋나는 진술, 진술동기 및 경위에 합리성이 결여된 진술의 신빙성 역시 부인된다. 반면 구체적이고 상세한 진술, 객관적으로 합리성이 있는 진술 등은 신빙성이 인정되는 경우가 많다.⁴⁾

이는 통상의 범죄피해자들이 범죄발생 당시 극력 저항하거나 발생 직후 이를 즉시 다른 사람에게 알리거나 신고하며, 범죄발생경위나 시간, 장소의 특징 등을 정확히 기억하고 있어서 구체적인 점에서 일관되고 의문점이 없는 진술을 하는 반면, 가해자들은 사실을 부인하기 위하여 잘 기억이 나지 않는다고 하거나 상호모순되는 진술을 한다는 경험을 일반화한 기준이다. 이 때 피해자와 가해자는 근대법이 전제하는 일반적인 평균인으로서, 수평적인 지위에 있는 존재로서 사고된다.

나. 성폭력 피해자 진술의 신빙성 문제

(1) 수사기관에서는 성폭력 피해자에 대하여도 위와 같은 기준을 적용하는 경우가 많다.⁵⁾ 성폭력 발생경과에 대한 진술의 구체성과 일관성, 가해자에 대

4) 수사절차론, 사법연수원(1998), 제93-97쪽.
5) 서울대 신교수 성희롱 손해배상청구소송의 2심 재판부는, "성에 관한 관념은 남녀간에 상당한 편차를 보이고 있고 이러한 남녀간의 인식 차이를 시정하는 사

한 일관된 거부와 항의가 있었다고 인정될 경우에는 성폭력 피해자 진술에 신빙성을 부여하기가 용이하다. 따라서 수사기관에서는 성폭력 피해자에게 발생 경위를 상세히 진술할 것을 요구하고, 성폭력 당시 저항하였는지를 집중적으로 묻는다.

(2) 그러나 위와 같은 요건을 충족하는 성폭력은 길을 가다 모르는 사람에게 의하여 갑자기 일어난 것과 같은 경우 외에는 오히려 드물다. 아는 사람과 함께 길을 가거나 술을 마시는 등의 상황에서 나아가 성폭력이 일어난 경우에는, 피해자로서는 성폭력을 당하더라도 저항을 제대로 하지 못하는 경우가 많은 반면, 성폭력 발생사실을 다른 사람에게 즉시 알리는 경우는 상당히 적은 편이다. 이는 성폭력 피해자가 가해자와 일정한 인적 관계를 맺고 있어서 고용관계 등 일정한 권력관계에서 열등한 지위에 있는 피해자로서는 그 성폭력 사실을 공개하는 데 일정한 부담이 따르며 자신의 사회 경제적 불이익을 고려하지 않으면 안 되는 상황에 있다는 점과도 관련된다. 또한 성폭력을 당했다는 것이 피해자의 언행에 대한 의구심과 피해자 개인에 대한 부정적 평가를 불러일으키는 요소로 작용하는 현실도 피해자가 즉시 발설하지 못하도록 하는 데 큰 역할을 한다.

(3) 피해자가 술을 마시는 등으로 일정한 발단을 제공하였다고 평가되는 반면, 상황도 제대로 기억하지 못하고, 피해자가 저항하지 않았거나 사건 직후 구조를 요청하지 않고 언제든지 연락하여 만날 수 있거나 자주 마주쳐야 하는 가해자에게 별다른 항의표시도 하지 않았거나, 가해자에게 계속하여 연락을 취하거나 만나다가 오랜 기간이 지난 후에야 성폭력 사실을 발설하는 것은, 일반적인 범죄피해자로부터 기대되는 신빙성 있는 진술과는 상당히 거리가 있는 것이다.

성폭력 피해자들의 입장에서 볼 때 아직까지 수사기관이 자신에게 우호적이지 않으며 수사기관에서 말하고 싶지 않은 개인적인 사항을 말하여야 하고 말

회적, 법적 노력이 필요함은 물론이다. 그 뿐 아니라 여성의 입장에서든 원하지 않는 성적 접근을 대하였을 때 이를 명백히 표시하여야 하며, 그러한 노력이 여성의 지위를 스스로 보호할 수 있게 된다는 점을 의식하여야 한다"고 하였다(서울고등법원 1995. 7. 25. 선고 94나15358 판결). 이는 성폭력위기사황에 놓인 여성은 명백한 거부 의사를 표명하여야 한다는 고정관념을 나타낸 것으로 보인다.

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀

한다 하더라도 또다시 의심받는다든가 인상을 가지게 되는 수사관행이 계속되고 있는 것 역시 피해자의 자연스럽고 일관된 진술을 막는 요소이다.

한두 차례 진술과 가해자와의 대질신문에서 피해자가 일관된 진술을 하지 못하거나 의문점을 해소시키지 못할 경우, 수사기관으로서는 오히려 피해자 진술의 신빙성을 의심하게 되고, 무고의 가능성을 배제하지 않고 피해자 진술의 진위를 시험하는 질문을 집중적으로 던지는 경우가 많다.

(4) 더구나 성폭력 피해자가 성폭력 사건의 고소인이 아니라 명예훼손 사건의 피의자 자격으로 성폭력 주장이 진실인지 여부를 조사받는 상황에서는, 수사기관으로서는 피해자의 주장이 허위가 아닌지를 밝히기 위하여, 왜 저항하거나 제3자에게 도움을 요청하지 않았는지, 사건 당시의 정황을 일관되게 진술하지 못하는 이유가 무엇인지, 왜 상당 기간이 지난 후에야 성폭력 사실을 말하게 되었는지를 집요하게 추궁하게 된다. 성폭력 고소기간 도과 등으로 성폭력 사건 자체는 처벌할 수 없는 상태에서 성폭력 피해자가 이와 같은 처지에 놓이게 되면, 피해자 진술의 신빙성을 획득하기란 매우 어려운 일이다.

다. 성폭력 피해자와 가해자 유형의 정립 필요성

(1) 이와 같이 수사기관에서 성폭력 피해자의 진술에 신빙성을 부여하지 아니하는 근본적인 이유는, 수사기관에서 접하는 성폭력 피해자 진술이 다른 일반 범죄의 피해자 진술과 그 일관성과 논리성에서 상당히 차이가 나고, 수사기관이 이를 성폭력 피해자 진술의 신빙성을 부인하는 방향으로 연결지을 뿐 성폭력 사건 자체의 특성과 성폭력 피해자 및 가해자의 반응양태의 특성과 연관지어 이해하지 않기 때문이다.

그러나 고용관계나 사제관계, 가족관계에서 일어나는 성폭력은 수평적 관계에 있는 개인들 사이에서 일어나는 것이 아니라, 남성과 여성의 불평등한 관계, 지배와 종속의 권력관계에서 발생한다는 점에서 다른 일반 폭력 범죄등과는 상당한 차이가 있다. 가해자와 불평등한 입장에 있는 피해자는 평등한 입장에서 있는 당사자간의 행동과는 다르게 행동할 수 밖에 없고, 다른 일반적인 범죄피

▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

해자들과 다른 양상을 보이는 경우가 오히려 더욱 많다.

(2) 수사기관이 불필요하게 성폭력 피해자 진술의 신빙성을 의심하고 추궁하는 방향으로 나아가 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 방향으로 수사를 진행하지 않기 위해서는, 상급자, 스승, 가족 등 각 유형별 성폭력의 특징과 그 유형과 구체적 정황에 따라 피해자가 취할 수 밖에 없었던 반응을 세밀히 분석하고 일반화하여야 한다.

법

곧, “일반적인 범죄 피해자”에서 나아가서 성폭력피해자의 특성이 강조된 “성폭력 피해자”의 유형을 정리하고 사회 일반에 널리 인식시켜 이를 경험칙의 내용으로 만들 필요가 있다. 성폭력 범죄의 특성과 성폭력 피해자의 반응이 통상의 다른 범죄와 구별된다는 점이 인식되면, 성폭력 피해자 진술의 비일관성이나 모순점 등이 성폭력 피해자의 특성으로 이해될 여지가 좀 더 넓어질 것이다.

(3) 아울러 “성폭력 가해자”의 유형 역시 경험칙으로 정립되어야 할 필요가 있다. 수사기관으로서는 다른 일반 범죄의 가해자들에 대하여 그 범죄를 저지를 만한 충분한 경제적, 심정적 동기가 있음을 밝히려고 한다. 범죄의 동기는 공소유지와 양형에 매우 중요한 요소가 되기 때문이다.

그런데, 성폭력 가해자들에게는 이처럼 납득될 수 있는 이렇다 할 동기가 없는 경우가 상당하다. 사회적으로나 그 직장과 학교에서나 아무런 문제가 없고 부족한 것도 없으며 바람직한 사회의 일원으로 비추어지는데 성폭력을 자행하는 것은, 통상 일반 범죄자의 동기판단기준으로 보아서 쉽게 납득되지 않는 것이다. 단적으로 말하여, 수사기관이 볼 때는 “그 사람은 성폭력을 할 아무런 이유가 없다”는 것이다. 구체적인 이해관계 때문이 아니라 각 개인에게 내재화된 우리 사회의 잘못된 성의식과 지배종속의 관계가 성폭력을 유발하고, 소위 바람직한 유형의 남성이 그 가해자가 되는 경우가 많다는 점부터 수사기관에 인식되어야 한다.

그 밖에 성폭력 가해자가 상습적으로 여러 사람에게 대하여 성폭력을 할 경우 피해자의 주장과 같은 성폭력이 있었을 가능성이 높다는 점은 어느 정도 받아들여지는 것으로 보이나, 피해자가 유발하였다거나 암묵적으로 동의하였다는 주장, 주취상태라는 변명 등이 일반적으로 일어난다는 점에 대하여도 인식의

확산이 필요하다.

라. 사회심리학적 연구와 인식확산의 필요성

(1) 수사기관이 이처럼 성폭력 사건의 특성과 성폭력 피해자와 가해자의 특성에 대한 인식을 갖도록 하기 위하여는, 사회학적, 심리학적, 의학적 연구가 축적되어 활용될 수 있도록 하는 것이 매우 중요하다. 성폭력 피해자의 정신적 피해와 재활을 위한 연구는 실천과 함께 계속되어 왔지만, 성폭력 사건에 대한 경험칙을 형성할 수 있을 정도의 연구는 이루어지지 않은 것으로 보인다.

이 점에 대한 연구가 축적되면, 구체적인 사건에서 검사와 판사로 하여금 이러한 내용의 경험칙을 적용하여 사건을 판단하여야 한다는 것을 주장하고 그 근거자료로 활용함으로써, 성폭력 피해자 진술의 신빙성 인정에 긍정적 역할을 할 수 있을 것이다.

(2) 또한 이러한 연구성과는 사회 구성원 전반의 인식변화에 활용되어야 한다. 수사기관과 법원이 적용하는 경험칙은, 실은 사회 일반인의 시각을 반영한 것이므로, 성폭력에 대한 사회 전체의 시각 변화가 있을 때에 경험칙의 내용이 변화할 수 있을 것이다.

마. “피해자 관점”에 대하여

(1) 성폭력이 있었는지 사실확정 여부를 놓고, 피해자 관점에서 보면 사실이 라고 인정하게 된다는 주장이 거론되기도 한다. 가해자와 피해자 사이에 행위 자체를 두고 논란이 없고 그 행위가 성폭력 또는 더 자세한 성희롱인지 아닌 지(성희롱인지 여부가 문제되는 경우가 더 많을 것이다), 가해자의 행위가 성적 인 동기를 가진 것인지에 관하여만 다툼이 있을 경우에는 유용할 수 있다. 그러나 이 때에도 피해자 관점만이 유일한 기준이라고는 할 수 없고, 통상적인 성폭력피해자의 대응을 참작하고 구체적인 전후 정황을 고려하여 성폭력이라고

할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다.

(2) 그러나 강간 등의 행위가 일어났는지 자체를 두고 논란이 있는 경우에는, 피해자의 관점이라고 하여 사실의 존재 여부에 대한 피해자의 주장을 그대로 받아들이기는 어렵다. 더구나 중립성과 객관성의 신화에 지배되는 법률가들로서는 더욱 그러하다. 법률실무교육에서부터 피고인의 자백이 사실을 축소할 수 있다는 점 못지 않게 피해자와 이해관계가 상반되는 고소인에 의하여 범죄 사실이 과장될 수 있다는 점이 강조된다. 강간당한 사실이 없는데 강간당했다고 꾸며내어 고소하는 경우가 있으니 고소인의 진술을 무조건 믿어서는 안된다는 것 역시 빠짐없이 지적되는 사항이다.⁶⁾

따라서, 이 때에는 성폭력 피해자의 일반적인 반응이 어떤 것인지 파악하고 그 기준에 비추어 피해자 주장의 신빙성을 판단하여야 할 것이다.

(3) 피해자의 말을 전파한 제3자가 역시 명예훼손혐의로 고소되었을 경우, 그가 피해자의 관점에서 본다는 명제에 입각하여 피해자의 말을 사실로 믿었다고 주장한다면 그 설득력이 상당히 떨어질 수밖에 없다. 제3자는 대체로 언론사나 여성운동단체 또는 대학 내 여학생이 되는데, 그 조사권한이 없거나 충분하지 아니하여 가해자에 대한 조사를 하지 않거나 조사의 객관성을 보장할 절차를 준수하지 않은 채 조사한 결과 일방적인 발표라는 인상을 주는 경우가 있다. 이 경우 제3자로서는 그들이 성폭력 범죄와 성폭력 피해자의 특성을 잘 이해하고 있으며 그런 견지에서 볼 때 피해자의 말에 진실성과 신빙성이 있다는 점을 상세히 주장하는 것이 필요할 것이다.

6) 수사절차론, 위의 책, 제148쪽.

참 고 자 료⁷⁾

-水谷英夫著 “Sexual Harassment의 실태와 법리”(信山社)에서 발췌-

성폭력사건은 제3자가 없는 “밀실”에서 일어나는 경우가 많기 때문에 사실 인정의 입증이 매우 어렵다. 그러므로 재판에서는 성적언동의 존재를 가지고 싸우게 된다.

학내성폭력사건의 특징상 피해자는 가해자에게 강하게 저항을 못 하거나 성폭력을 당한 후에도 제3자에게 말을 못 하는 경향이 있다. 가해자는 그래서 성폭력 사실은 없었다 또는 “강제”로 한 것은 아니었다 등 성폭력 사실을 부정한다.

이렇게 증거가 없는 경우 재판에서는 가해자와 피해자의 공술내용을 비교하여 어느 쪽이 보다 신빙성이 있는지에 따라 판단을 한다.

이 신빙성을 판단하는 기준은 “經驗則”에 따른 것이어야 하는데 “경험칙”은 “일상생활상의 일이나 과학적, 전문적인 일에 대해 우리가 얻는 많은 경험적 지식 속에서 개인차이를 제거한, 높은 개연성을 가지고 일정의 사실을 추론시킬 만한 일반화된 지식, 법칙”을 말한다.

구체적으로 말하면 당사자의 공술태도(주장에 일관성이 있는가), 일상적 언행(가해자가 피해자 외에도 성폭력을 가한 적이 있는가, 또는 피해자가 가해자에게 개인적인 원한을 기지고 있지 않았는가) 등으로 당사자의 주장의 합리성이 검토된다.

그러나 성폭력의 피해자들은 흔히 일반인들이 평상시에 하는 합리적 행동으로는 다룰 수 없는 행동을 하는 경향이 있다. (위에서 언급했듯이 가해자에게 강하게 저항을 “못”했거나, 성폭력을 당하고 나서 바로 주위사람들에게 말을 “못”하는 등) 그러므로 종래의 재판에서는 일반인의 합리적 행동을 전제로 한 경험칙을 적용해 피해자의 주장을 물리치는 경향이 강했다. (요코하마 성폭력 사건 一審판결, 아키타 현립 농업 단대 사건 一審판결 등)

하지만 요즘은 직장이나 교육현장에서 일어나는 성폭력사건이 그 본질상 지배종속관계를 이용, 난용 한 성적언행이며 그래서 가해자와 불평등한 입장에

7) 아래 내용은 동국대 교수 성추행 사건의 피해자 본인의 자료조사에 상당한 도움을 받은 것이다. 水谷英夫, “Sexual Harassment의 실태와 법리(신영사)” 참조.

있는 피해자는 평등한 입장에 있는 당사자간에서 이루어지는 행동과는 다르게 행동할 수밖에 없다는 사실이 사회심리학 등의 연구, 분석이 진행됨으로 성적 피해나 지배종속관계 속에서 피해자가 취할 합리적 행동을 전제로 한 새로운 경험칙에 근거한 성폭력 사실 존재의 유무를 인정하는 재판 예가 등장하기 시작했다. (요코하마 성폭력사건 二審판결, 아키타 현립 농업 단대 사건 二審판결 등)

이렇게 성폭력사건은 법적 판단, 사실인정에 있어서 종래의 재판 법리가 예상 못 했던 사건이었다. 새로운 문제에는 새로운 기준을 마련해야 했다는 것이다. 오늘날 재판에 있어서는 성폭력에 관한 합리적인 인간의 행동을 판단한다는 새로운 “被害者像” 형성을 위해 노력하고 있고 지금까지의 판례가 축적되면서 사실인정에 관한 판단기준과 규정이 형성되고 있고, 말하자면 사실인정에 관한 “경험칙”으로 성폭력 “법리”가 형성되고 있다.

그리고 성폭력 문제는 재판소를 벗어나도 남녀기회균등법, 인사원 규칙이 1999년부터 시행되면서 민간기업의 사업주에게는 성폭력“배려의무”가 과해지고 공무원직장에서는 성폭력 방지 등 의무가 과해졌다. 그러한 의무가 과해진 직장, 학교에서 성폭력사건이 일어난 경우 사업주 또는 그 조직의 장이 그 사실관계를 확인하는 것을 배려의무 내용으로 하고 있다. 그러나 이러한 조직의 장은 재판기관이 아닌 관계로 조사능력도 판단기준도 갖추어있지 않다. 그러나 그러한 의무가 과해져 있는 한 조직의 장들에게 그 판단기준을 세우는 일은 중요한 일이라고 할 수 있다.

이하의 판례들을 참고로 할 수 있을 것이다.

<요코하마 성폭력사건>

사건의 개요

원고 여성 종업원은 파견된 직장의 상사인 남성 영업소장한테 성폭력을 당했다고 남성상사, 파견회사와 파견된 직장을 상대로 소송을 걸었다. 원고 주장을 의하면 남성상사는 6개월에 걸쳐 사무실에서 둘만 있을 때 원고의 어깨를 안거나 쓰다듬고, 허리를 만지고 머리를 어루만지는 일을 계속했었는데, 사무

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? <<<<<<

실에서 둘만 있었을 때 뒤에서 원고를 안고 목덜미와 입술에 키스하고 혀를 원고의 입 속에 넣으려 하고, 옷 위에서 가슴과 아랫배를 만지고 허리를 밀착시켜 위아래로 움직이는 등 약 20분 동안 강제로 성추행을 했다.

재판에서는 그러한 성적언행이 존재했는가 쟁점이 되었다. 원고 주장을 의하면 피고는 갑자기 “한번 꼭 안아보고 싶었다”, “예쁘니까” 등 말을 하면서 원고에게 위와 같은 성폭력을 가했다고 한다. 원고는 팔꿈치와 허리로 상사를 뿌리치려고 저항했지만 상사는 집요하게 행위를 계속해 원고가 겨우 “휴게 시간이 다 됐는데요”, “안 돼요” 등 말을 하는데 상사는 히죽 웃으면서 “아 좋았어”, “예쁜 애랑 하면 좋아”, “일 그만두지 마”, “미안하다” 등 말하면서 20분 후에야 행위를 그만 했다. 남성상사는 3일 후 원고에게 자신의 잘못을 인정하면서 사과를 했으나 나중에 다시 사실을 부정하기 시작해 반성하는 태도도 안 보이기 때문에 원고는 약 1개월 후에 사건에 대해서 사장에게 보고했다. 사장한테 질책을 받은 피고는 그 후 원고가 일을 할 수 없게 보복을 시작해 원고는 퇴직할 수밖에 없게 되었다.

⇒남성상사는 이에 대해서 자신이 관련했던 상품의 매상 성적이 향상하고 TV취재를 받고 난 후라서 흥분하고 있었으며, 같이 취재를 받은 원고와 기쁨을 나누자고 생각해서 무심코 원고를 안았던 것이고, 3일 후에 원고에게 사과한 것은 직장에 물의를 빚은 일에 대한 사과였고 원고의 주장을 사실로 인정해서 한 사과가 아니다. 원고가 일을 못 하게끔 한 적은 없고 원고가 스스로 일을 안 하게 되어가고 고립해 퇴직한 것이라고 반론했다.

일심판결은 아래와 같은 견해로 피고의 주장은 인정하여 성적언행의 존재를 부정했다.

«1)20분이라는 긴 시간 동안 원고가 피고의 마음대로 성폭력을 당하고 있었다는 것을 사실로 생각하기는 어렵다. 강제 성폭력이라고 할 수 있는 행위에 대해서 저항하거나 밖으로 나가서 구원을 청하는 등의 행동을 할 수 있었음에도 불구하고 원고는 그러한 행동을 안 했었고 오히려 냉정한 사고 및 대응이 있었던 것으로 보여, 그러한 언동은 자연스럽다고 할 수 없다.

2)원고가 저항해서 도망가지 않았던 이유로서 “괜히 상사를 부추기게 되면 곤란하다”, “피고에 대한 존경심과 은혜가 있었다” 등의 공술은 성적자유를 현저하게 침해하는 강제 성폭력행위 같은 일에 대한 대응으로는 너무나 냉정하고 침착한 사려 및 대응에 기인하는 것이며 납득하기 어렵다.

▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

3)원고가 반사적으로 비명을 지르는 등의 행동을 안 한 이유로 “큰 소리를 내도 소용없다”, “소리를 지르고 밖의 사람들이 들어오면 일이 커지고 공개되니까 소리를 지르는 생각은 없었다” 라고 공술 자체 일관성이 없고 변천하고 있고, 그 날 저녁 동료에게 피고한테 당한 행위에 대해 공표하고 있다는 것과 그 후에도 거래처 업자나 이웃 사람들에게 성폭력을 당했다는 이야기를 하고 있다는 것이 소리를 지르지 않은 이유와 모순하기 때문에 신용하기가 어렵다.

4)원고는 피고한테 성폭력을 당한 직후에도 평소와 다를 것 없이 둘만의 사무실에서 점심을 같이 하고 있다는 것이 자연스럽지 못하다.

5)원고는 그 날 저녁에 동료와 이야기를 했는데 그 내용은 피고가 원고를 안았다는 뜻에 이야기였지만 그것 이상으로 구체적인 이야기는 하지 않았고 약 한달 후에 상사에게 직접 항의해서 사정청취를 받았을 때에도 원고 주장에 맞는 구체적인 이야기는 안 했었다.

6)원고가 주장한 것과 같은 상황이 있었다면 원고에게는 사건 직후에 피고의 상황을 동료 및 상사에게 전해야할 기회가 몇 번 있었을 때 피해의 중심 되는 부분 또는 적어도 그런 일이 있었다고 알 수 있을 만한 언동이 동료들에게 했어야 자연스럽지만 그러한 언동이 하나도 없었다는 것이 너무나 자연스럽지 못하다. > 1995년3월24일@요코하마 지방재판소

그러나 이심판결에서는 아래와 같은 이유로 성폭력 사실의 존재를 인정했다.

《1)여성 종업원의 공술내용은 남성상사가 여성종업원의 어깨 및 머리를 만졌다는 날짜와 시간 그리고 횟수를 일일이 특정하는 것은 아니지만 충분히 구체적이다.

2)남성 상사가 어깨 등을 만지는 것은 사무소에 둘만 있을 때에 만 이루어지고 있고 이에 대해 여성 종업원은 남성 상사가 스킨십(애정표현)을 하고 있는 것일지도 모른다고 생각하고 있고, 설마 직장에서 성적욕구를 해소하려고 하리라고는 생각도 못했기 때문에 그 때 당시에는 남성 상사에게 항의하려는 생각은 없었고 그래서 항의도 안 했던 것이다.

3)남성 상사는 예전에도 원고 이외에 여성 종업원에게 똑같이 성적 접촉을 계속해 그것이 원인이 되어서 그 여성 종업원이 퇴직하게 된 일이 있었다.

4)이러한 사실은 직장에 있어서 남성 상사의 특정한 행동의 경향을 나타내는 것으로 원고 여성의 공술내용의 진실성을 보강하는 사정이라 할 수 있다.》

1997년 11월 20일@도쿄 고등재판소

〈아키타 현립 농업 단대 사건〉

사건의 개요

아키타현(현/지방행정구역)농업 단기대학 연구실에서 연구 보조원으로 근무하던 원고 여성이 상사인 피고 남성 교수와 같이 국제회의에 참석했을 때 숙박했던 호텔에서 피고로부터 강제 성추행을 당했다고 원고가 피고에게 慰謝料 지불을 청구한 사건이다. 원고의 주장에 의하면 숙박했던 호텔에서 피고가 원고의 방에 “좀 들어가도 될까” 하면서 들어와, 갑자기 원고의 팔을 세계 잡더니 원고 몸을 당겨 침대에 쓰러뜨려 옷 위에서 가슴을 만지고 피고의 아랫배를 원고의 아랫배로 밀착시켰다. 원고는 양쪽 손으로 저항하면서 겨우 피고로부터 떨어져 침대 왼쪽 바닥에 굴러 떨어졌다. 얼른 테이블 뒤쪽에 달려가자 피고는 더 이상 원고에게 성폭력을 가하지 않았다. 이후 원고가 피고에게 숙박확인서를 전해준 다음에 피고는 아무한테도 말하지 말라고 이야기하고 방밖으로 나갔다.

⇒피고는 이에 대해서 피고는, 호텔을 체크아웃할 때 원고가 평소부터 늦는 경향이 있는 것을 알고 있었기 때문에 원고로부터 숙박확인서를 받아놓고 먼저 계산을 하려고 원고의 방을 찾아갔는데 그 때 평소부터 일을 잘하고 협력적이었던 원고에게 감사의 마음과 격려를 하려고 원고 어깨에 양손을 올렸을 뿐이고 그 때 원고는 조금 놀라면서 약간 물러났기 때문에 “아니야”라고 하면서 손을 떼고 그대로 방을 나갔을 뿐이라고 주장했다.

1심판결은 다음과 같은 이유로 피고의 주장을 인정해 성폭력 사실의 존재를 부정했다.

《1)원고 공술내용을 자연스럽게 못하거나 합리적이지 못하다고 단정할 수는 없으나, 강제 성폭력행위에 대한 원고의 대응 및 그 직후의 언동에 대한 공술은 통상이 아니고(보통 생각하는 행동이라고 할 수 없고) 자연스럽게 못한 점이 많아 증대한 疑念이 있다.

2)원고가 주장하는 강제 성폭력행위가 있었다면, 반사적으로 도움을 구하려

나 저항하는 것이 통상적인데 원고는 소리도 지르지 않았고 피고가 하는 대로 당하고 양쪽 어깨를 억누르는 피고에게 저항을 안 했다는 것은 원고와 피고와의 관계, 원고의 나이, 원고의 경력을 생각하면 통상적이라고 할 수 없다.

3)강제 성폭력행위를 당한 피해자는 정신없이 도망가려고 하거나 반사적으로 저항하는 것이 보통이고 또 공포심 때문에 끝까지 저항하지 못하는 경우도 있겠지만 원고의 대응은 그 어느 쪽 경우도 아니고 강제 성폭력행위의 피해자가 취하는 태도에는 맞지 않은 냉정한 사고에 의한 대응이고 자연스럽지 못하다.

4)강제 성폭력행위로부터 피한 피해자는 얼른 상대에게 나갈 것을 요구하거나 상대를 비난하는 언동을 하는 것이 보통인데 원고는 그렇지 않았고 오히려 말을 머뭇거리고 있는 피고에 대해 “그러니까, 아무한테도 말하지 말라는 소리 입니까?”라고 냉정한 사고에 의해 대응하고 있고 또 피고가 요구하는 서류(숙박확인서)를 두 번이나 내밀었고, 폭력적인 강제 성폭력행위를 당한 직후의 피해자 태도로써는 지극히 자연스럽지 못하다.

5)사건 이후의 사정을 보아서도 사건 후에 잡지에 게재된 원고와 피고의 통화내용을 녹음한 테이프의 녹취록은 원고의 공술과 같은 강제 성폭력 사실이 없었다는 것을 뒷받침하면서 원고의 양쪽 어깨에 손을 올린 행위 밖에 없었다는 피고의 공술을 뒷받침하기에 충분한 객관적 증거라고 할 수 있다.》1997년 1월 28일@아키타 지방재판소

그러나 항소심판결은 아래와 같은 이유로 성폭력사실의 존재를 인정했다.

《1)성적피해자의 행동양식을 一義적으로 경험칙화하여 거기에 맞지 않는 행동을 가공이라고 해서 배척할 수는 없다.

2)원고가 피고에 대해서 개인적으로 상당히 안 좋은 감정으로 가지고 있었다고 하더라도, 적어도 피고가 직장 상사이고 일을 계속하는 한 앞으로도 일상적으로 피고와 만나야한다는 것과 피해를 공개적으로 할 수 없는 것이 성적인 피해의 특징인 것을 고려하면 강제 성폭력행위를 당하긴 했지만 일을 크게 하지 않기 위해 그 상황을 넘어가는 방향으로 행동하여 제3자에게 들키지 않게 행동하는 경우도 충분히 있을 것이다.

3)원고는 사건 이후 곧 가까운 사람에게 피해사실을 구체적이진 못했으나 말하고 있고, 직장에 있어서도 제3자가 보기에 자연스럽게 못한 느낌을 들게 했고 전직을 의뢰하는 등 직장에 있어 원고와 피고의 관계가 현저히 변한 것처럼

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀◀

럼 보였다는 것 등, 원고가 사건에 의해 실제로 성적 피해를 입었다고 推認해도 무리가 없을 만한 간접증거도 존재한다.

4)피고는 체크아웃을 할 때 필요한 서류를 받고 평소의 감사와 격려를 표현하기 위해 원고 방안까지 들어갈 필요는 없었고 방에 들어가기 전에 그 목적을 설명한 흔적도 없다.

5)사건 이전, 이틀 밤에 걸쳐 피고는 원고를 자신의 방으로 들어오게 해서 심야까지 긴 시간 동안 대화를 하게 한 행동도 직장 상사와 부하라는 관계상 적당한 행위라고는 볼 수 없고, 피고의 공술을 평가함에 있어 신용성을 마이너스로 기울이는 요소가 된다. > 1998년 12월 10일 @센다이 고등재판소 아키타 지부

<八王子小學校 사건>

사실의 개요

<원고인 초등학교 여성 교사가 피고인 동 초등학교 남성 교장으로부터 중학교 견학 종료 후 간담회에 참석해 같이 집으로 가는 길에 성추행을 당했다고 고소하였다. 원고 주장에 의하면 원고여성은 피고가 원하는 대로 대중술집에서 식사와 술을 같이 하여 그 후 자신의 오토바이로 집에 가려고 인사를 했는데 피고는 어두운 곳에서 원고 장면으로 다가와서 바지 앞쪽을 열어 성기를 노출해 원고의 손으로 만지게 하였다. 이에 대해 원고는 “그만 하세요”라고 했지만 피고는 같은 행위를 반복해 “오늘은 당신과의 기념이 되는 좋은 날이었다. 내가 교장이 아니었더라면...” 등 말하고 떠났다. >

⇒이에 대해 피고는 헤어질 때 원고가 말하는 것과 같은 야비한 행동을 했다는 사실은 전혀 없다고 하여 전면적으로 사실을 부정했으나 판결은 다음과 같은 이유로 원고 여성의 주장을 인정하여 성추행사실의 존재를 인정했다.

<1>원고와 피고의 각 공술을 비교해 보면 원고의 공술은 수업을 견학한 다음에 피고가 취한 야비한 행위 및 그 앞뒤의 상황이 구체적 그리고 상세하며 중시 일관하는데 비해 피고의 공술은 술집을 나갈 때까지의 공술이 비교적 상세한데 원고가 피고와 헤어졌을 때 상황에 대해서는 구체적인 공술이 없어, 자

▶▶▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

연스럽지 못 하다.

2)특히 피고는 원고가 오토바이를 가지고 온 것과 집에 가는 방법을 몰랐다 등 말할 뿐만 아니라 피고 자신의 귀가 방법에 대해서도 “아마 택시로 집에 갔다고 생각합니다”라고만 말하고 원고와 헤어진 시점에 일어난 일에 대해서 고의로 공술을 피하는 경향이 보인다. > 1996년 4월 15일@도쿄 지방재판소 八王子지부

<오오사카 색슈얼하라스멘트 사건>

사건의 개요

<영어 번역 겸 무역 담당의 중국인 여성 종업원이었던 원고는 그 고용주인 피고 회사 사장과 상하이로 출장을 나갔을 때 체재했던 호텔에서 성추행을 당했다고 해서 회사를 고발했다. 원고 여성의 주장에 의하면 출장으로 이용한 호텔에서 사장이 자신의 방으로 오라고 해서 일에 대한 회의를 하는데 사장이 “A사의 사장이 중국인 여성을 사무원으로 고용하고 있다. 그 여성이 A사 사장의 여자가 아닐까?” 등 말을 하면서 침대에 누워 자기 옆의 빈자리를 가리키며 손으로 쳐 원고에 대해 여기에 누워 보라는 뜻의 행위를 했다. >

⇒피고는 호텔 방에서 원고를 침대에 눕게 한 사실은 없다고 이 사실을 전면적으로 부정했으나 판결은 다음과 같은 이유로 원고의 주장은 인정하여 성추행 사실의 존재를 인정했다.

<원고 본인의 공술은 구체적 그리고 상세하며 부자연스러운 점은 전혀 없고 또, 사실을 과장 또는 왜곡한다고 보이는 부분도 없기 때문에 신용할 수 있다.> 1997년 10월 30일@오오사카 지방재판소

법여성학적 관점에서 본 명예훼손

-위법성조각사유를 중심으로-

박선영(서울법대 연구교수)

I. 문제의 제기

1. 권리의식과 법의 변화

정치·경제·사회적 변동은 국민의 의식을 변화시키고 그 파장은 법과 권리의 관계에까지 미치며, 국민의 인권의식의 高揚은 특정 조항을 헌법에까지 올려놓게 만든다. 예컨대, 봉건적 신분을 탈피하여 경제적 자유를 실현하고자 자유와 평등을 부르짖었던 근대 시민혁명으로 자본주의 확립에 필요한 신체적 자유권과 절대적인 소유권이 보장되었으나, 결과적으로 시민사회에서 경제적 약육강식이 법의 이름으로 조장되었고, 그에 대한 반작용으로 사회적 기본권이 헌법에 등장하게 되었다.

그러나 인간의 존엄권과 사회적 기본권이 헌법전에 등장한 뒤에도 여성의 권익은 오랫동안 전근대적인 단계에 머물렀고, 선진국을 중심으로 뒤늦게 여성의 권익을 보호할 필요성에 대한 인식이 싹튼 후, 수많은 세월과 험난한 우여곡절을 거쳐 우리나라의 현행 헌법에도 남녀평등권(제11조), 여성의 근로 보호(제32조 제4항), 여성의 복지와 권익 보호(제34조 제3항), 혼인과 양성평등(제36조) 등 여성에 관한 4개의 조항이 등장하였다. 역설적으로 말하면, 우리 헌법에 여성에 관한 조항이 네 개나 존재한다는 사실은 지금까지 여성에 대한 차별과 권익 침해가 그만큼 많았다는 증거이며, 그 권익의 실현이 아직도 요원하다

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀

는 것을 보여주는 징표하고 할 수 있다.¹⁾ 우리나라는 해방 이후 제헌헌법에서 부터 비록 형식적·외형적이기는 하나 여성의 권익을 신장시키는 조항을 처음 부터 도입하였고, 그 결과 50여 년에 지나지 않는 비교적 짧은 기간에 여성의 권리가 많이 신장되기는 하였으나, 아직도 사회 전반에 뿌리깊게 남아 있는 유교문화와 家父長的 傳統 속에서 힘겨운 고뇌의 단계를 벗어나지 못하고 있는 실정이다. 특히 性과 관련된 제반 법문화가 더욱 그러하다.

2. 성폭력과 명예훼손

법은 사회 변동을 반영하기도 하지만 사회 변동을 촉진하는 역할을 하기도 하는바, 오랜 관행이 법으로 정착되기보다는 법을 제정함으로써 비로소 관행을 바꾸는 경향이 농후한 우리 사회에서는 법의 중요성이 그만큼 크다고 할 수 있다.

성에 관한 범죄는 인류의 역사와 그 궤를 함께 한다고 해도 과언이 아닐 정도로 뿌리가 깊지만, 최근에는 性 개방 풍조와 더불어 날이 갈수록 여성을 性의 도구로 사용하고 범죄의 수단으로 악용하는 사례가 늘고 있어 사회문제가 되고 있다. 특히 직장이나 학교 등 특별권력관계 내에서 이루어지는 각종 성범죄는 그 동안 일반에 공개되지 않았으나, 1990년대 이후 우리나라에서도 여성의 性에 관한 談論이 공개적으로 활발하게 이루어지기 시작하면서, 지난 1993년 소위 서울대 禹조교사건²⁾을 계기로 성희롱(sexual harassment) 등 여성의 性을 매개로 한 법적 문제가 본격적으로 논의되기 시작하였다.³⁾ 그 후 남녀고용평등법과 남녀차별금지및구제에관한법률, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 등 성범죄로부터 여성을 보호하고자 하는 일련의 법률이 제정되었고, 특히 여성인 청소년의 보호와 관련된 입법과 정책에 있어서는 괄목할 만한 진전을 보였으나, 최근에는 직장이나 학교, 또는 단체 등에서 성희롱이나 성차별, 강제추행 또는 강간 등(이하 '성폭력'이라 통칭함)을 당했다고 폭로한 여성을 상

1) 자세한 것은拙著, 법학개론, 동현출판사, 2002, 531-641쪽 참조.
 2) 대판 1998. 2. 10. 95다39533; 서울고법판 1995. 7. 25. 94나15358; 서울지법판 1994. 4. 18. 93가합77840.
 3) 구체적인 사건의 내용은拙著, 주1)의 책, 609-614쪽 참조.

▶▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

대로 가해자 또는 가해자로 지목된 자(이하 '성폭력가해자'라 통칭함)가 명예훼손소송(민사상의 손해배상청구와 형사고소를 모두 포함한다)을 제기하는 사례가 늘어나면서, 과연 이와 같은 逆告訴가 정당한 것인가, 만일 부당하다면 그 근거는 무엇이며, 그에 관한 法理는 무엇인가, 하는 문제가 話頭로 대두하고 있다. >

우리나라에서는 2000년도를 전후하여 명예훼손소송이 급증하기 시작하였는바, 위로는 대통령⁴⁾부터 전직 국무총리⁵⁾나 청와대 경제수석⁶⁾, 전·현직 행정부공무원⁷⁾, 전·현직 국회의원⁸⁾, 검사⁹⁾, 군인¹⁰⁾, 경찰관¹¹⁾, 변호사¹²⁾, 연예인¹³⁾, 방송진행자¹⁴⁾, 언론인¹⁵⁾ 등이 언론보도를 이유로 명예훼손소송을 제기하는 일이 급증하고 있기는 하나,¹⁶⁾ 성폭력가해자가 피해자를 상대로 제기하는 명예훼손소송은 위에서 언급한 일련의 명예훼손소송과는 그 태양과 법리를 달리할 수밖에 없다는 점에서 주목된다.

최근에만 해도 도지사의 성추행 사실을 공개한 피해자와 그를 도왔던 시민단체가 명예훼손으로 고소당했고, 방송사 노조간부의 성폭력 사실을 공개했던 피해자와 사회단체 및 그 사실을 보도했던 언론사 기자에 대해 명예훼손소송이 제기되었으며, 부녀회장에 대한 里長의 성추행 사건에서도 피해자가 무고죄로 고소당했고, 대학교수가 조교를 강간한 사건과 또 다른 대학교수의 제자 성희

4) 서울지법판 1998. 7. 1. 97가합88220.
 5) 서울지법판 2000. 1. 19. 99가합42730.
 6) 대판 2000. 7. 28. 99다6203; 서울고법판 1998. 12. 24. 98나47575; 서울지법판 1998. 8. 12. 98가합15397.
 7) 대판 2000. 11. 10. 99도5691; 서울지법판 2002. 10. 1. 2001가합30686; 1998. 11. 18. 97가합83683.
 8) 서울지법판 1999. 9. 1. 98가합107104; 1997. 12. 10. 96가합22315.
 9) 서울지법판 2000. 6. 7. 99가합88873; 수원지법 성남지원판 2000. 4. 28. 99가합2207; 서울지법판 2000. 2. 2. 99가합77460.
 10) 서울지법 남부지원판 2000. 2. 10. 99카합2941; 서울지법판 2000. 7. 12. 99가합90005; 2000. 3. 29. 99가합34685; 2000. 8. 23. 99가합30768.
 11) 서울지법판 1998. 4. 15. 96가합84238.
 12) 서울지법판 1998. 11. 25. 97가합70274; 1998. 97가합93499.
 13) 서울지법판 1997. 2. 26. 96가합31227.
 14) 서울지법판 2000. 2. 2. 99가합84277.
 15) 서울고법판 1997. 6. 25. 96나50997; 서울지법판 남부지원 1996. 11. 22. 93장kq11471.
 16) 자세한 내용은拙著, 言論情報法研究I -21세기 표현의 자유-, 법문사, 155-342쪽 참조.

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀◀

통 사건에서도 사회단체가 명예훼손으로 고소되었으며, 대학생이 동료 학생을 강간한 사건에서 그 사실을 대자보로 공개한 선배와 여학생회를 역시 명예훼손으로 고소하는 사건 등이 잇달아 일어나고 있다.

이와 같은 일련의 사건들은 대체로 여성에 대한 성폭력을 공론화시킨 피해자와 관련자, 시민단체 또는 언론사나 기자 등을 상대로 가해자가 명예훼손이라는 무기로 법적 대응을 시도하거나 가해자를 위협하는 수단으로 사용하고 있음을 보여주고 있는바, 本稿에서는 이들 명예훼손소송이 지니는 문제점을 法女性學的인 觀點¹⁷⁾에서 짚어보고, 명예훼손의 위법성조각사유로서의 '공익성'과 '진실성' '상당성'을 어떻게 해석할 것인가의 문제와 부당제소(부당고소)의 해결 방안을 중점적으로 다루고자 한다.

II. 명예훼손의 일반적인 法理

1. 표현의 자유와 명예훼손

현대 민주국가에서 개인의 언론·출판의 자유(또는 표현의 자유)는 여론을 자유롭게 형성하고 전달함으로써 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나간다는 점에서 최대한 보장되어야 하는 원초적 기본권(Urgrundrecht)으로서 다른 어떤 기본권보다도 우월한 지위(preferred position)를 누리지만,¹⁸⁾ 그에 못지 않게 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀

17) 本稿에서 사용하는 法女性學(Feminist Jurisprudence)이란 19세기에 확립되기 시작한 女性倫理學(Feminist Ethics)을 기초로 법학분야에 있어서 오랜 세월동안 고착화된 남성 주도의 입법과 법해석에 대한 비판적 고찰을 통하여 여성이 어떻게 사회적으로 배제되고 억압되어 왔는지를 규명하고 실질적인 평등을 이루기 위한 전제로서의 法理 확립을 위한 방법론을 의미한다. 자세한 내용은 拙著, 주1)의 책, 534-546쪽; Frances E. Olsen(ed.), *Feminist Legal Theory*, Vol. I, Dartmouth, Sydney, 1995, 17-52쪽; Leonard W. Levy & Kenneth L. Karst, *Encyclopedia of the American Constitution*, Vol.3, 2nd ed., MacMillan Reference U.S.A., N.Y., 2000, N.Y., 1032-1033쪽; Rosemarie Tong & Katherine O'Donovan, *Encyclopedia of Applied Ethics*, Vol. 2, Academic Press, 1998, 261-278쪽.

18) T. Barton Carter, Marc A. Franklin & Jay B. Wright(이하 Carter 외라

▶▶▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

등 私的인 법익의 보호 또한 중요하다.¹⁹⁾ 때문에 우리 헌법 제21조는 제1항에서 '모든 국민은 언론·출판의 자유와 결사의 자유를 가진다'고 규정해 놓고 있으면서, 제4항에서 '언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 배상을 청구할 수 있다'고 규정하여 표현의 자유의 내재적 한계를 명시하고 있다. 이는 다시 말하여 표현의 자유가 현대민주정치에 있어서 필수불가결한 조건이기는 하지만 절대적인 것은 아니고, 언론·출판이 그 내재적 한계를 벗어나 타인의 명예나 권리를 침해한 경우에는 事後責任을 추궁할 수 있다는 것을 규정하고 있는 것이다. 결국 표현의 자유와 개인의 사적 이익²⁰⁾이 충돌하였을 때의 문제 해결은 구체적인 경우에 사회적인 여러 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익과 개인의 법익에 의하여 달성되는 가치를 비교 형량한 뒤 그 규제의 폭과 방법을 정하게 된다.²¹⁾

이러한 맥락에서 우리 형법은 제307조에서 일반적인 명예훼손죄를 규정하면서, 제310조에서 명예훼손행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 것일 때에는 처벌하지 아니한다는 위법성조각사유를 두고 있는바, 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 공익에 관한 것으로서 진실하거나 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있으면 명예훼손죄는 성립하지 아니한다. 한 마디로 공익성과 진실성, 상당성을 위법성조각사유로 명시하고 있는 것이다. 그런데 민법에는 이와 같은 규정이 없이 단지 명예훼손의 경우의 특칙(제764조)만을 규정하고 있어 명예훼손죄에 관한 형법상의 위법성조각사유가 과연 민법에

함), *The First Amendment and the Forth Estate, The Law of Mass Media*(8th ed.), Foundation Press, 2001, N.Y., 69쪽.

19) 拙著, 주16)의 책, 155쪽.

20) 언론에 의하여 침해되는 개인의 법익이 무엇이나에 관하여 우리 헌법은 단순히 '명예나 권리'라고 하고 있으나, 그 구체적인 내용에 관하여 학자들은 대체로 인격권이라고 보고 있다. 우리 헌법은 인격권에 관한 명문의 규정을 두고 있지 아니하지만, 학자들은 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 제17조 사생활의 비밀과 자유, 제37조 제1항, '헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리' 조항 등으로부터 도출해 내고 있으며, 인격권의 개념에 관하여는 '자신과 분리할 수 없는 인격적 이익의 향유를 내용으로 하는 권리로서 생명·신체·건강·명예·정조·성명·초상·사생활의 비밀 등의 보호를 내용으로 하는 권리'로 보고 있다. 권영성, *헌법학원론*, 법문사, 2002, 348쪽.

21) 대판 1988. 10. 11. 85다카29.

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀◀

도 적용되는 것인가에 관하여 논란이 일고 있으나, 판례는 형법의 위법성조각 사유에 관한 이론이 민사상에도 그대로 적용되는 것으로 보고 있다.²²⁾ 즉, “형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 그 행위에 위법성이 없고, 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 한다”는 것이 대법원의 확고한 입장이다.²³⁾

그러나 지금까지 명예훼손을 당한 경우에 피해자의 대응은 대부분 형사고소에 의한 처벌이 주종을 이루고 있을 뿐, 민사상의 명예훼손에 의한 손해배상(제751조)이나 명예회복에 적당한 처분(제764조) 등에 의한 해결은 상대적으로 적은 편이었다. 그러다 보니 이에 관한 판례도 많지 않으며 명예훼손의 성립요건이나 위법성조각사유 또는 면책사유에 관하여도 불명확한 부분이 많고, 따라서 일관된 法理가 성립되어 있지도 못한 실정이다.²⁴⁾

이하에서는 표현의 자유와 관련하여 세계에서 가장 많은 판례를 통해 다양한 법리를 개발해 내고 있는 미국의 경우를 우리와 대비하여 살펴본다.

2. 미국에서의 명예훼손의 범리

미국은 초기에는 명예훼손행위에 대하여 다른 형태의 불법행위보다 엄격한 책임을 지우는 보통법(commonlaw)상의 이른바 엄격책임주의(strict liability rule)²⁵⁾를 적용하여 왔으며, 명예훼손적인 발언은 미국헌법 수정 제1조(이하

22) 대판 2002. 5. 10. 2000다68306; 2002. 5. 10. 2000다50213; 2002. 1. 22. 2000다37524; 2001. 10. 9. 2001도3594; 2000. 11. 10. 99도5691; 2000. 7. 28. 99다6203; 2000. 5. 12. 99도5734; 2000. 2. 25. 98도2188; 2000. 2. 11. 99도4579; 2000. 2. 11. 99도 3048; 1999. 4. 27. 98다16203; 1999. 1. 26. 97다10215, 10222; 1998. 10. 27. 98다24624; 1998. 10. 9. 97도158; 1998. 9. 8. 98도1949; 1998. 7. 14. 96다17257; 1998. 5. 22. 97다57689; 1998. 5. 8. 97다34563; 1998. 5. 8. 96다36395; 1997. 9. 30. 97다240207; 1996. 5. 28. 94다33828; 1996. 10. 11. 95다36329; 1994. 5. 10. 93다36622; 1998. 10. 11. 85다카29.

23) 대판 2002. 5. 10. 2000다68306; 1988. 10. 11. 85다카29.

24)拙著, 주16)의 책, 157쪽.

25) 엄격책임주의란 명예훼손에 따른 손해배상을 청구하기 위하여 원고는 피

▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

‘수정헌법 제1조’라 함)에 의해 보호받지 못한다는 입장을 견지해 왔으나,²⁶⁾ 1960년대 이후 일련의 판례를 통하여 개인의 법익보다는 국민의 알권리를 중시함으로써 결과적으로 표현의 자유를 보다 넓게 보호하려는 경향을 보이고 있다.²⁷⁾ 특히 언론에 의한 명예훼손은 사인에 의한 경우보다 그 책임을 현저히 완화하는 판례를 만들어냈고,²⁸⁾ 이 판례는 다시 公的人物(public figure) 이론으로 발전하면서 그 범위가 더욱 확대되었으며,²⁹⁾ 다시 명예훼손의 판단은 피해자의 신분에 따르지 아니하고 발언의 내용에 따라 판단하는 이른바 公的關心事(public issue, public concern) 이론을 창출해 냈고,³⁰⁾ 공적 관심사는 다시 公益(public interest) 이론으로 확대 발전하였다.³¹⁾ 즉, 公人是 공무원(public official)으로 축소³²⁾되면서 善意(good motive)와 정당화할 수 있는 목적(justifiable ends)이 있으면 공적 관심사는 진실로서 공익성을 갖는 것³³⁾으로 보게 된 것이다.³⁴⁾ 다시 말해 식민지시대부터의 전통에 따라 지금도 私人에 대한 명예훼손에 대하여는 엄격책임주의가 적용되지만, 면책사유로서의 항변(defence)이 정당성(justification)³⁵⁾이나 진실(truth),³⁶⁾ 공정한 논평(fair comment),³⁷⁾ 사죄(apology),³⁸⁾ 특권(privilege)³⁹⁾ 등의 이론으로 확대·발전하

고가 객관적으로 보아 상대방의 명예를 훼손한다고 인정될 수 있는 내용을 발표했다는 사실만 입증하면 족하고, 그 내용의 허위성이나 그에 관한 피고의 고의·과실 등을 입증할 필요는 없이 바로 손해발생이 추정되므로, 피고는 일종의 무과실책임에 가까운 엄격한 책임을 지게 된다는 의미에서 명명된 이론이다. Marc A. Franklin, *Mass Media Law Cases and Materials*, 3th ed., The Foundation Press, Inc., 1987, 109-110쪽.

26) *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250(1952).

27) Carter 외, 주18)의 책, 85-186쪽.

28) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254(1964).

29) *Curtis Pu. Co. v. Butts*, 388 U.S. 130(1967).

30) *Rosenbloom v. Metromedia Inc.*, 403 U.S. 29(1971); *Dun & Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders Inc.*, 105 S. Ct. 2939(1985).

31) *Auvil v. CBS*, 116 S.Ct. 1567(1996).

32) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323(1974).

33) *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749(1985); *Dameron v. Washington Magazine, Inc.*, 476 U.S. 1141(1986); *Bank of Oregon v. Independent News, Inc.*, 298 Or. 434(1985); *Time, Inc. v. Firestone*, 424 U.S. 448(1976).

34) *Auvil v. CBS*, 116 S. CT 1567(1996).

35) Carter 외, 주18)의 책, 97쪽.

36) *Auvil v. CBS*, 116 S.Ct. 1567(1996).

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀◀

면서 公人에 대한 명예훼손에 대하여는 현대사회에서의 국민의 알권리가 강조되면서 현실적 악의(actual malice)⁴⁰⁾까지 요구하는 등 그 성립을 어렵게 하고 있다.

그 밖에 행위자가 언론기관인 경우에는 가해행위의 악의(malice)나 고의(willfulness)·과실(gross negligence)·사기(fraud) 여부에 따라 손해배상의 범위도 명목상의 손해(nominal damage)와 징벌적 손해(punitive damage)⁴¹⁾로

37) 공정한 논평의 항변은 현대 언론판례에서도 그대로 적용되는바, ① 공공의 이익에 관한 것이어야 하고, ② 사실에 기초한 비평이어야 하지만, ③ 사실에 관한 주장이 아니라 자신의 의견표명이어야 하고, ④ 그 의견표명에 악의나 나쁜 동기가 없어야 하며, ⑤ 공정한 논평이 되기 위해서는 설령 잘못된 것이더라도(misguided) 공정하고 정직하게 진술된 의견이어야 한다. 그 까닭은 헌법상 보장되는 표현의 자유는 '잘못된 생각'이라는 개념은 존재하지 아니하며, 비록 이단적이거나 호도된 것으로 보이는 생각이라도 그것이 의견으로 표현되었을 때에는 그에 상응하는 다른 의견을 통하여 비판·교정되는 것이지 사법절차에 의하여 그 당부가 결정되는 것은 아니기 때문이다. Marc A. Franklin, 주25)의 책, 218-227쪽. Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323(1974); Ollman v. Evans, 713 F.2d 838(D.C.Cir. 1983); Milkovich v. Lorain Journal Co., 497 U.S. 1(1990).

38) Barr v. Matteo, 360 U.S. 564(1959).

39) 특권은 향유주체와 표현내용에 따라 절대적 특권(absolute privilege)과 상대적 특권(conditional privilege) 또는 제한적 특권(qualified privilege)으로 나뉘는바, 절대적 특권은 국회의원이 의회 내에서 한 진술, 의회의 명령에 의하여 발행된 보고서·의사록, 소송절차에 참가한 자들의 진술, 직무상 통신 중의 진술, 직무와 관련된 진술 등 극히 제한된 경우에만 인정된다. 반면에 상대적 특권 또는 제한적 특권은 공공의 이익에 관한 사항, 발표자의 이익에 관한 사항, 타인의 이익에 관한 사항, 공통이익에 관한 사항 등에 따라 달라진다. Carter 외, 주18)의 책, 98쪽. Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568(1942); Beauharnis v. Illinois, 343 U.S. 250(1952).

40) 現實的 惡意라 함은 명예훼손의 피해자가 公人인 경우 그에 관한 발언과 보도가 일부 허위라 하더라도 행위자가 현실적으로 惡意를 갖고 그에 관한 발언과 보도를 했다고 하는 사실을 피해자가 입증하지 못하면 손해배상을 받을 수 없다고 하는 이론이다. 즉, 공인이 명예훼손의 피해자인 경우에는 발언자가 '허위임을 알고 있었거나 무오할 정도로 무시(knowledge or reckless disregard of its falsity)'하여 발생한 결과임을 원고가 입증하여야 하는 것이다. New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964); St. Amant v. Thompson, 390 U.S. 727(1968); Herbert v. Lando, 441 U.S. 153(1979); Bose Corp. v. Consumers Union, 466 U.S. 485(1984); Harte-Hanks Communications, Inc. v. Connaughton, 491 U.S. 657(1989).

41) 징벌적 손해배상은 손해의 입증과는 무관하게 악의의 가해자에게 큰 금액

▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

나누어 판단하게 되었으며,⁴²⁾ 그와 관련된 입증책임의 문제를 해결하기 위한 수많은 판례⁴³⁾와 법리가 축적되어 왔다.⁴⁴⁾

III. 명예훼손의 위법성조각사유

1. 진실성

(1) 적시된 사실의 진실성

명예훼손의 위법성이 조각되기 위해서는 우선 적시된 내용이 진실할 것(진실성)을 요한다. 다만, 세부적인 부분까지 모두 진실하여야 하는 것은 아니고, 주요사항이 진실하면 세부사항은 다소 진실에 부합하지 아니한다 할지라도 진실성이 인정되며, 다소 과장된 표현이 있더라도 주된 사항이 진실하면 진실성을 인정받을 수 있다는 것이 우리 대법원의 오랜 입장이다.⁴⁵⁾

여기서 말하는 '사실의 적시'는 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실 관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며, 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것을 말하고, 그 진술이 사실의 적시인가 또는 의견인가를 구별

의 배상을 명함으로써 악의의 가해자를 응징하고 유사한 해악의 재발을 방지하는 것이 사회적 이익에 부합한다는 논리에 근거하고 있다.拙著, 주16)의 책, 188-189쪽.

42) Reynolds v. Pegler, 350 U.S. 846(1955); Gertz v. Robert Welch Inc., 105 S. Ct. 2939(1985).

43) Near v. Minnesota, 283 U.S. 697(1931); U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144(1938); Yates v. U.S., 354 U.S. 298(1957); Barr v. Matteo, 360 U.S. 564(1959); Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64(1964); St. Amant v. Thompson, 390 U.S. 727(1968); Bose Co. v. Consumer Union, 466 U.S. 485(1984); Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepps, 106 S.Ct. 1588(1986).

44) Carter 외, 주18)의 책, 145쪽; Marc A. Franklin, 주25)의 책, 136쪽.

45) 대판 2002. 1. 22. 2000다37524; 2001. 10. 9. 2001도3594; 2000. 2. 25. 98도 2188; 1998. 9. 8. 98도1949; 1997. 8. 29. 97다19755; 1993. 12. 28. 93다13544; 1958. 9. 26. 4291형상323.

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀◀

함에 있어서는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적인 정황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.⁴⁶⁾ 다시 말해 의견이나 논평, 만평은 명예훼손의 대상이 아니며,⁴⁷⁾ 따라서 사실의 적시와 의견 또는 논평의 구별이 요구되는바, 우리 대법원은 “의견 또는 논평을 표명하는 표현행위로 인한 명예훼손에 있어서는 그 의견 또는 논평 자체가 진실인가 혹은 객관적으로 정당한 것인가 하는 것은 위법성 판단의 기준이 될 수 없고, 그 의견 또는 논평의 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라는 증거가 있는가, 혹은 그러한 증거가 없다면 표현행위를 한 사람이 그 전제가 되는 사실이 중요한 부분에 있어서 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는가 하는 것이 위법성 판단의 기준이 되는 것이므로, 어떠한 표현행위가 명예훼손과 관련하여 문제가 되는 경우 그 표현이 사실을 적시하는 것인가 아니면 의견 또는 논평을 표명하는 것인가, 또 의견 또는 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는 것인가 그렇지 아니한가를 구별할 필요가 있고, 신문 등 언론매체가 특정인에 대한 기사를 게재한 경우 그 기사가 특정인의 명예를 훼손하는 내용인지 여부는 당해 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접하는 방법을 전제로 기사에 사용된 어휘의 통상적인 의미, 기사의 전체적인 흐름, 문구의 연결 방법 등을 기준으로 하여 판단하여야 할 것인데, 이는 사실 적시와 의견 또는 논평 표명의 구별, 의견 또는 논평 표명의 경우에 전제되는 사실을 적시하고 있는 것인지 여부의 판별에 있어서도 타당한 기준이 될 것이고, 아울러 사실 적시와 의견 또는 논평 표명의 구별, 의견 또는 논평 표명의 경우에 전제되는 사실을 적시하고 있는 것인지 여부의 판별에 있어서는 당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등도 함께 고려하여야 할 것이므로, 신문기사 가운데 그로 인한 명예훼손의 불법행위책임 인정 여부가 문제로 된 부분에 대하여 거기서 사용된 어휘만을 통상의 의미에 좇아 이해하는 경우에는 그것이 증거에 의하여 그 진위를 결정하는 것이 가능한 타인에 관한 특정의 사항을 주장하고 있는 것이라고 바로 해석되지 아니하는 경우라도 당해 부분 전후의 문맥과 기사가 게재될 당시에 일반의 독자가 가지고 있는 지식 내지 경험 등을 고려하여 볼 때에 그 부분이 간접적으

46) 대판 1998. 3. 24. 97도2956.
47) 대판 2000. 7. 28. 99다6203.

▶▶▶▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

로 증거에 의하여 그 진위를 결정하는 것이 가능한 타인에 관한 특정의 사항을 주장하는 것이라고 이해된다면 그 부분은 사실을 적시하는 것으로 보아야 할 것이고, 이를 묵시적으로 주장하는 것이라고 이해된다면 의견 또는 논평의 표명과 함께 그 전제되는 사실을 적시하는 것으로 보아야 한다⁴⁸⁾고 밝힌 바 있다.

요컨대 순수한 의견이나 가치판단, 논평만으로는 타인에 대한 명예훼손이 인정되지 않지만, 의견 등을 표명하는 방법에 사실이 적시되어 있거나 간접적 또는 우회적인 방법으로라도 전제되어 있으면 명예훼손이 될 수 있다는 것이다.⁴⁹⁾

우리 대법원이 판례를 통해 진실성을 인정한 것들은 대체로, 공식적인 보도자료(press release)나 수사기관의 발표,⁵⁰⁾ 수사기관에서의 진술, 국회특별위원회에서의 조사내용 또는 발표,⁵¹⁾ 사건 관계자들의 진술, 관련 전문기관의 서면질의내용,⁵²⁾ 범행 실행자의 진술, 관계자들의 과거진술내용, 수사기록,⁵³⁾ 당국의 발표,⁵⁴⁾ 판결문의 복사 또는 게재⁵⁵⁾ 등으로 대부분 행정상의 공표에 해당하는 것들이다.⁵⁶⁾ 행정상의 공표는 정보원의 신뢰도가 높고 보도의 신속성이나 사실탐지능력의 한계, 피의자가 체포되어 있어 직접 취재가 현실적으로 어려운 점 등을 고려하여 자료나 정보원의 신빙성을 중요시한 결과라고 볼 수 있다.⁵⁷⁾ 이에 비하여 대법원이 진실성을 인정하지 아니한 사례는, ‘관계자들의 의견을

48) 대판 1999. 2. 9. 98다31356.
49) 대판 2002. 1. 22. 2000다37524, 37531.
50) 대판 1999. 1. 26. 97다10215, 10222; 1998. 7. 14. 96다17257; 1996. 8. 20. 94다29928.
51) 대판 2002. 6. 28. 2000도3045.
52) 대판 1996. 10. 11. 95다36329.
53) 대판 1998. 2. 27. 97다19038.
54) 대판 1999. 1. 26. 97다10215, 10222; 1998. 5. 8. 96다36395; 1996. 5. 28. 94다33828.
55) 대판 1989. 2. 14. 88도899.
56) 물론 대법원 판례 중에는 행정상공표에 의한 경우에도 기업에 대한 명예훼손을 인정한 판례도 있으나(대판 1998. 5. 22. 97다57689), 이는 매체의 특성상 확인을 하였어야 한다는 것이고, 신속성을 요하는 일간신문이나 방송뉴스의 경우에는 행정상의 공표는 신빙성 있는 자료나 정보원으로 인정받고 있다.
57)拙著, 주16)의 책, 183쪽.

성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가? ◀◀◀◀◀

청취하지 아니한 경우, 58) '다른 언론매체의 보도내용을 그대로 인용', 59) '충분한 조사활동의 미비' 60), 피해자나 제보자의 불확실한 진술이나 고소장만을 토대로 한 경우 61) 등이다.

(2) 상당성

공표된 내용이 비록 진실한 사실은 아니지만 사실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우(상당성)에도 명예훼손은 인정되지 아니한다는 것이 우리 대법원의 확고한 입장이다. 다시 말해 형법 제310조상의 위법성조각사유는 진실성과 공익성만을 명문으로 규정하고 있으나, 대법원은 판례로서 '상당성'이 인정되는 경우에도 명예훼손을 인정하지 않는다.

이 때 상당성이 위법성조각사유나, 책임조각사유나에 관해서는 판례의 태도가 일관되지 않고 엇갈리고 있다. 62) 사실을 적시함으로써 명예를 훼손하였다면 일단 위법성이 있는 것이고, 다만 적시된 사실을 행위자가 진실이라고 믿었고, 그렇게 믿은 데 상당한 이유가 있었다면 명예훼손의 고의, 과실이 없었다고 보는 것이 합당하므로 엄밀한 의미에서는 책임조각사유로 보는 것이 옳을 것이나, 63) 최근에는 진실성과 상당성, 공익성을 모두 함께 명예훼손의 위법성조각사유로 통칭하여 논하는 것이 보통이다.

상당성의 기준에 관하여 대법원은 "행위자가 그 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지의 여부는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실 확인의 용이성, 보도로 인한 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 보도 내용의 진위 여부를 확인하기

58) 대판 1998. 5. 8. 97다34563.

59) 대판 2002. 5. 10. 2000다50213; 1996. 5. 28. 94다33828.

60) 대판 1988. 10. 11. 85다카29.

61) 대판 2002. 5. 10. 2000다512013; 2000. 5. 12. 2000다5510; 1999. 6. 11. 99다14914; 1997. 10. 28. 96다38032.

62) 위법성조각사유로 인정한 판례는 대판 2002. 5. 10. 2000다50213; 1988. 10. 11. 85다카29; 1996. 5. 28. 94다33829; 1996. 10. 11. 95다36329 등이 있으며, 책임조각사유로 인정한 판례로는 대판 2002. 5. 10. 2000다68306; 2001. 1. 19. 2000다10208; 1999. 12. 1. 98다6381; 1995. 6. 16. 94다35718; 1998. 5. 8. 96다36395 등이 있다.

63)拙著, 주16)의 책, 184쪽.

▶▶▶▶▶ 성폭력 가해자의 명예훼손 역고소, 무엇이 문제인가?

위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다" 64)고 판시하고 있다. 상당성이 인정된 구체적인 사례로는, '자료의 확실성과 표현방법', 65) '정보원의 신뢰성 또는 피해자와의 대면성', 66) '사전조사와 점검' 67) 등이다.

결국 상당성이 인정되기 위하여는 단순히 풍문이나 억측에 의거해 사실을 밝히는 것만으로는 부족하고 진실을 뒷받침할 만한 합리적인 자료나 근거가 있어야 한다.

상당성을 판단하는 시점은 그 사실을 공표할 당시를 기준으로 하나, 그 이후에 드러난 객관적 사실이나 자료도 참고한다. 68)

2. 공익성

(1) 개념과 내용

언론의 자유는 그것이 여론을 형성하고 국민의 알권리를 보장한다는 점에서 민주국가에 있어 절대적이고도 본질적이며 모든 자유의 基底에 존재하는 궁극적인 기본권(finale Grundrecht)으로 인정받고 있기 때문에, 69) 명예훼손적 표현행위라도 그것이 진실한 사실로서 '오로지 공공의 이익에 관한 때'(공익성)에는 처벌하지 아니한다(형법 제310조). 이는 오늘날 민주주의의 요체인 언론의 자유는 비판의 자유를 그 핵심으로 하고 있고 공정한 비판이야말로 사회 발전의 불가결한 요소인데, 적시되는 사실이 진실이고 또한 그 적시가 공익성을 지닌 경우까지 처벌한다면 언론의 자유와 국민의 알권리가 증대한 제한을 받게 되기 때문이다.

64) 대판 2002. 5. 10. 2000다50213; 1993. 11. 26. 93다18389.

65) 대판 1998. 2. 27. 97다19038.

66) 대판 1997. 9. 30. 97다24707.

67) 대판 1994. 5. 10. 93다36622; 1988. 10. 11. 85다카29.

68) 대판 1996. 8. 20. 94다29928.

69)拙著, 주16)의 책, 208쪽.

