

법률 상담 의 견 서

2021. 08. 14.

수신 :

발신 : 연세공익법률지원센터(02-2123-2995)

제목 : 직장 내 성희롱 등에 대한 답변서

당 센터는 상기 제목과 관련하여 검토를 마치고 다음과 같은 의견을 드립니다.

당 센터가 보내드리는 의견은 법학전문대학원생이 작성한 것으로 답변내용이 부정확할 수 있으니 상담내용은 참고자료로만 사용하시기 바랍니다.

다 음

1. 사안의 개요 및 질문

2년 전, 의뢰인의 직장 사수인 가해자는 회식에서 취한 의뢰인을 집에 데려다 주겠다고 하고, 의뢰인의 집에서 범행을 하였습니다. 그 이후 가해자는 의뢰인에게 사과를 하고 다시는 이런 일이 없을 것이라고 구두약속을 하였습니다.

첫 번째 범행으로부터 3개월 후, 가해자는 의뢰인에게 두 번째 범행을 하였습니다. 가해자는 그 다음 날 먼저 의뢰인에게 전화를 걸어 의뢰인이 유혹하여 성관계를 맺었다고 주장하였습니다. 의뢰인은 취한 탓에 기억이 없어, 그럴 리가 없다고만 대답하였습니다.

이에 대하여 의뢰인은 가해자 고소 시의 승소 가능성에 대해 질의하였습니다.

2. 결론

첫 번째 범행의 경우, 가해자가 자신의 범행에 대해 시인하고 사과하였음이 인정되면 그에 대하여 처벌이 이뤄질 가능성이 높습니다. 다만 구체적인 상황에 따라 어떤 범죄요건에 해당하는지, 사안에서 그 범죄의 성립을 인정할 수 있는지가 달라질

수 있습니다.

간음이 있었던 경우 당시 상황에 따라 가해자에게 강간죄, 준강간죄, 업무상 위력에 의한 간음죄가 인정될 수 있습니다. 추행의 경우에는 상황에 따라 가해자에게 강제추행죄, 준강제추행죄, 업무상 위력에 의한 추행죄가 인정될 수 있습니다.

두 번째 범행의 경우, 가해자에게 준강간죄의 성립이 문제됩니다. 이와 관련하여 의뢰인이 범행 당시 알코올로 인하여 정상적인 의사결정능력을 가지지 못하였음에 대해 신빙성을 인정받는 것이 관건이 될 것으로 보입니다. 또한 이를 위해서는 ‘의뢰인이 정상적인 상태였다면 가해자와 성관계를 맺는 것에 동의할 리가 없었다는 점’을 뒷받침할 수 있는 정황에 대하여 의뢰인 측의 진술이 일관되고 모순이 없다고 인정되어야 할 것입니다.

3. 답변

1) 가해자에게 가능한 죄책

‘직장 내 성희롱’ 자체는 가해자에 대한 형사처벌 규정이 없습니다. 그러나 성희롱의 수준을 넘어 추행이나 간음의 수준에 이른 경우 형사처벌이 가능하므로 이에 대해 확인하겠습니다.

첫 번째 범행과 관련하여 자세한 사정이 나타나 있지 않습니다. 따라서 크게 간음과 추행이 있었던 경우로 나누어 의뢰인의 상황에 해당할 가능성이 있는 죄를 살펴보겠습니다. 두 번째 범행에서는 술에 취한 상태에서 성관계가 이뤄진 것으로 보입니다. 이에 대해서는 준강간죄가 적용될 가능성이 높으므로, 첫 번째 범행의 가능한 죄를 살펴보는 과정에서 함께 검토하겠습니다.

(가) 간음이 있었던 경우

강간의 요건인 간음은 성교행위로서 남성기를 여성기에 삽입하는 것입니다. 입과 같이 성기를 제외한 다른 신체 내부에 성기를 삽입하는 경우에는 유사강간이 됩니다. 강간죄와 유사강간죄, 준강간죄와 준유사강간죄가 대응됩니다. 다만 업무상 위력 등에 의한 준강간에 대하여 처벌하는 규정은 없습니다.

다음으로 간음이 발생한 상황과 관련하여 가능한 죄를 살펴보겠습니다.

(1) 준강간죄

사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음을 한 경우입니다.

판례에 따르면 (i) 피해자가 깊은 잠에 빠져 있거나 술에 의하여 일시적으로 의식을 잃은 상태, 또는 (ii) 완전히 의식을 잃지는 않았더라도 정상적인 판단과 대응·조절을 할 수 없는 상태에 있는 경우 심신상실 또는 항거불능 상태가 인정됩니다.

술에 취해 수면에 빠지는 등 의식상실(패싱아웃)이 있었다면 심신상실 상태를 용이하게 인정할 수 있습니다. 문제가 되는 것은 일정 시점부터 기억을 하지 못하는 알코올 블랙아웃(속칭 필름이 끊긴 상태)이 있었으나 의식을 잃지는 않은 경우입니다.

이 경우 대법원은 범행 당시 피해자의 음주량과 음주 속도, 평소 주량, 음주로부터 범행 발생까지 경과한 시간, 범행 당시 확인되는 피해자의 상태 및 언행, 피고인과의 평소 관계, 범행의 계기와 정황 및 그 경위 등을 고려하여 심신상실 또는 항거불능 상태의 여부를 확인해야 한다고 보았습니다. 중요한 것은, 피해자가 피고인과 객실에 나란히 들어가거나 발음을 토박토박 하고 비틀거리지 않은 것과 같이 단편적인 모습을 볼 때 심신상실 상태에 있는 것으로 보이지 않는 경우입니다. 그러나 이러한 경우에도 (i) 피해사실 전후의 객관적 정황상 피해자가 심신상실 등이 의심될 정도로 비정상적인 상태에 있었음이 밝혀지거나, (ii) 피해자와 피고인의 관계 등에 비추어 피해자가 정상적인 상태였다면 피고인과 성관계를 맺거나 이에 수동적으로나마 동의하리라고도 보기 어려운 사정이 있으면 심신상실 상태가 인정될 수 있습니다.

두 번째 범행과 관련하여 의뢰인은 최소한 알코올 블랙아웃의 상태에 있었던 것으로 보입니다. 따라서 준강간죄가 성립하기 위해서는 (i) 알코올의 영향으로 의사를 형성할 능력이나 성적 침해행위에 맞서려는 저항력이 현저하게 저하되어 항거불능에 이르렀다거나, 혹은 (ii) 정상적인 상태였다면 피고인과 성관계를 맺는 것에 대해 동의할 리가 없었다는 등의 정황이 인정되어야 할 것입니다.

(2) 강간죄

만약 심신상실이나 항거불능의 상태를 인정할 수 없다면 강간죄를 검토할 수 있습니다. 형법 제297조는 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”고 규정하고 있습니다. 강간죄의 폭행 또는 협박은 피해자의 저항을 억압하거나 저항을 하는 것이 현저하게 곤란할 정도에 이르러야 합니다.

(3) 업무상 위력 등에 의한 간음죄

만약 강간에 이르는 정도의 폭행이나 협박을 인정하기 어렵다면 업무상 위력에 의한 간음죄를 검토할 수 있습니다. 형법 제303조 제1항은 “업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있습니다.

가해자는 의뢰인의 사수이기 때문에 의뢰인은 업무로 인하여 가해자의 보호, 감독을 받는 사람이라고 볼 수 있습니다. 따라서 위력의 행사 여부가 문제됩니다.

위력이란 피해자의 자유의사를 제압할 수 있는 힘입니다. 그러나 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 필요는 없습니다. 위력은 폭행·협박뿐만 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세도 포함됩니다. 피해자에게 고용, 승진, 급여 등으로 직접 심리적 부담을 주는 것이 지위나 권세에 의한 위력 행사의 대표적인 예입니다. 그러나 위력의 행사는 무형적으로도 가능합니다. 업무고용관계에서 아무런 장애 없이 자유의사에 따라 성적 결정을 할 수 있었던 것이 아니라면 위력의 행사가 인정될 수 있습니다.

이와 관련하여 자치단체장이 비서를 방에 불러 성적 접촉을 한 것에 대해 위력의 행사를 인정한 사례를 보겠습니다. 해당 사건에서 법원은 다음의 세 가지 사실에 주목했습니다. ①자치단체장이 비서의 임면을 결정하고 그의 평가가 향후 진로에 큰 영향을 미치는 사실, ②사실상 자치단체장의 지시를 거부하거나 이의를 제기할 수 없는 수직적인 업무환경, ③피해가 주로 새벽에 피고인의 방이라는 밀폐된 공간에서 발생하여 적극적 대처가 어려운 사실. 이는 모두 피해자가 가해자의 요구에 대해 자유롭게 성적의사를 결정할 수 없었던 사정을 보여줍니다.

따라서 가해자가 업무상 위력을 직접 이용하지 않은 경우에는 다음과 같은 사정이 중요합니다. ①가해자가 피해자에게 업무상 불이익을 줄 수 있는 지위와 영향력을 가졌고, ②그러한 불이익으로 인해 거부 의사를 밝히는 것이 사실상 어려워야 합니다. ③그 외에 주변에 도움을 요청할 사람이 없거나 밀폐되어 벗어나기 곤란한 등, 자유로운 의사결정을 억압하는 시공간적 상황의 존재도 위력 행사를 판단하는데 참고될 수 있습니다.

(나) 추행이 있었던 경우

추행이란 ①일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고, ②선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위이며, ③피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것이어야 합니다. 억지로 키스를 하거나 강제로 껴안는 행위, 엉덩이나 가슴, 성기를 만지는 행위 등이 추행의 대표적인 예입니다.

또한 대법원은 추행에 있어 신체 부위에 따라 본질적인 차이가 없다고 보았습니다. 직장상사가 피해자의 의사에 반하여 어깨를 주무른 것에 대해 업무상 위력에 의한 추행을 인정한 사례가 있습니다. 해당 사례에서 대법원은 피해자가 피고인의 어깨를 주무르는 것에 대해 평소 수치스럽게 생각해 왔고, 피고인이 어깨를 주무른 것에 대해 피해자가 소름이 끼치도록 혐오감을 느꼈다는 점에서 어깨가 통상 추행부위로 여겨지지 않았음에도 불구하고 추행을 인정한 것으로 보입니다.

대법원은 그 이후 피해자에게 헤드락을 한 사안과 피해자의 손등을 10초 간 문지른 사안에 대해서도 추행을 인정했습니다. 두 사안에서는 공통적으로 ①문제행위를 전후한 가해자의 언동에서 성적 의도가 유추되는지, ②피해자가 문제행위에 대해 어떤 반응을 보였는지가 추행의 판단기준이 되었습니다. 또한 헤드락 사건에서 대법원은 ③문제행위에 대한 주변인의 인식과 반응도 참고할 수 있다는 태도를 보였습니다. 따라서 신체 부위로 인해 추행 여부가 문제되는 사안에서는 위의 세 가지 사정이 중요합니다.

다음으로 추행이 발생한 상황과 관련하여 가능한 죄를 살펴보겠습니다.

(1) 준강제추행죄

형법 제299조는 “사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조(강간), 제297조의2(유사강간) 및 제298조(강제추행)의 예에 의한다”고 규정하고 있습니다. 이에 대해서는 간음이 아닌 추행이라는 점을 제외하고는 준강간죄에서의 설명이 동일합니다.

(2) 강제추행죄

만약 심신상실이나 항거불능의 상태를 인정할 수 없다면 강제추행죄를 검토할 수 있습니다. 형법 제298조는 “폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는

10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있습니다.

강제추행죄는 폭행 또는 협박을 하여 저항을 곤란하게 한 뒤 추행행위를 한 경우 적용됩니다. 강제추행의 폭행과 관련하여 중요한 점은, 팔로 껴안고 강제로 입을 맞추는 경우와 같이 추행행위 자체가 폭행행위가 될 수 있다는 것입니다. 이를 기습추행이라고 하는데, 기습추행의 경우에는 피해자의 의사에 반하는 이상 그 폭행(추행)행위가 피해자가 저항하는 것이 곤란한 정도에 이르지 않더라도 강제추행죄가 될 수 있습니다.

(3) 업무상 위력 등에 의한 추행죄

강제추행에 이르는 정도의 폭행이나 협박이 인정될 수 없다면 업무상 위력에 등에 의한 추행죄를 검토할 수 있습니다. 성폭력처벌법 제10조 제1항은 “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”고 규정하고 있습니다. 이 역시 간음이 아닌 추행을 하였다는 차이가 있을 뿐, 업무상 위력 등에 의한 간음죄에서 살펴본 내용과 동일합니다.

2) 승소할 수 있는 가능성

의뢰인은 두 범행 모두 CCTV 등의 증거가 없다고 하여 현재 가해자의 범행을 증명할 물증은 없는 것으로 보입니다. 그러나 성범죄의 경우 피해자의 진술이 판단기준에 부합하여 신빙성이 인정되면 그러한 진술이 유일한 증거여도 형사처벌이 이뤄질 수 있습니다. 따라서 본건의 승소 가능성은 의뢰인 측 진술의 신빙성이 어느 정도로 인정될 수 있는지가 관건이 될 것입니다.

피해자 등의 진술은 ①그 내용의 주요한 부분이 일관되고, ②경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없으며, ③허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않으면, 특별한 이유 없이 그 신빙성을 함부로 배척할 수 없습니다.

그러므로 피해사실, 피해 전후의 상황 등을 가능한 한 구체적이고 정확하게 이야기할 수 있어야 합니다. 사실이 아닌 추측이나 과장은 최대한 배제하고, 모르는 부분은 모른다고, 기억할 수 없는 부분은 기억나지 않는다고 사실대로 말하는 것이 좋습니다. 또한 2년 전 사건인 만큼 그 정황이 정확하게 기억이 나지 않을 수 있고,

형사절차의 진행이 길어지면서 전에 했던 답변이 기억이 나지 않아, 전체적인 진술에 일관성이 없어지거나 모순이 생겨 불리해질 수 있습니다. 따라서 미리 당시 상황을 자세하게 정리해보는 것도 좋습니다. 또한 퇴사동기와 직장동료가 의뢰인의 진술에 부합하는 참고인 조사를 할 수 있다면 신빙성을 인정받는 데 도움이 될 것입니다.

첫 번째 범행의 경우, 가해자는 사과와 함께 ‘다시는 이런 일이 없을 것’이라고 구두로 약속하였다는 사실이 법원에 받아들여진다면 해당 행위가 의뢰인의 의사에 반하여 행해졌다는 신빙성이 인정될 가능성이 높습니다.

다만 두 번째 범행의 경우, 다음날 가해자가 먼저 ‘유혹하여 성관계를 맺었다’라고 전화를 하였고, 의뢰인은 당시에 대한 기억이 없습니다. 이와 관련하여 위 ‘준강간죄’에서 확인한 것처럼, ‘피해자와 피고인의 관계 등에 비추어 피해자가 정상적인 상태였다면 피고인과 성관계를 맺거나 이에 수동적으로나마 동의하리라고도 보기 어려운 사정’이 있었다는 것을 증명하는 것이 중요하다고 보입니다.

이와 관련하여 다음과 같은 점들을 살펴볼 수 있을 것입니다. ①첫 번째 범행에 대해 가해자가 의뢰인에게 사과하고 다시는 이런 일이 없을 것이라고 한지 3개월 만에 의뢰인이 가해자에게 성적으로 유혹을 했다고 하기는 어려워 보입니다. (다만, 유혹의 가능성과 관련하여 의뢰인의 만취 시 습관이 문제될 수도 있습니다.) ②의뢰인은 가해자와의 전화에서도 의뢰인의 의사에 의하여 성관계를 맺었을 리가 없다고 계속 주장하였습니다. ③두 번째 범행에서의 성관계 이후 정신적 고통으로 우울증과 수면장애가 생겨 심리상담과 정신과치료를 받아오고 있습니다. ④의뢰인은 회사가 탄탄한 입지를 가진 가해자의 말만 믿고 의뢰인의 말을 믿지 않을 것이라고 걱정하였고, 해당 사건을 공론화할 경우 불이익을 받거나 어렵게 들어간 회사를 그만두어야 할지도 모른다는 두려움 때문에 가해자의 범행이 의사에 반한 것임에도 공개적으로 항의하기 어려웠습니다. 이러한 점들은 해당 성관계가 의뢰인의 의사에 반하는 것으로 심신상실이나 항거불능 상태에서 이뤄졌음을 증명하는 데 유리하게 작용할 수 있을 것으로 보입니다.

한편 사내 신고와 형사고소 이전, 가해자에게 성범죄 사실을 지적하는 내용증명을 보내는 것을 고려할 수 있습니다. (i) 내용증명에 대해 가해자가 범죄를 인정하는 취지의 의사표시를 하는 경우, 의뢰인의 진술을 뒷받침하는 증거를 확보할 기회가 될 수 있습니다. (ii) 가해자가 내용증명에 대해 무시하거나 부정적으로 답변하더라도, 이는 가해자가 범죄를 부인하거나 반성하지 않는 태도로 여겨져 양형에 불리한 영향을 미칠 수 있습니다.

내용증명을 작성하실 경우, 객관적인 피해 사실과 피해로 인한 고통을 설명하고, 이에 대하여 적절한 사과를 원하며 그러한 사과가 없을 경우 법적 조치를 취하겠다는 정도의 내용이 적절합니다. 그러나 그 내용이 금전요구나 인터넷 폭로 등, 협박적으로 여겨질 수 있는 경우에는 협박죄로 처벌받을 수 있으므로 주의해야 합니다.