

심리적 지배 개념의 법적 의의와 형사법적 쟁점 검토

김 해 미*

국 | 문 | 요 | 약

본 논의에서는 정신적 수단으로 심리에 위해를 가하는 ‘가스라이팅’과 ‘그루밍’에 관한 논점을 어떻게 법학적으로 포섭할지 다루고 있다. 사회적으로 큰 이슈가 되었던 몇몇 사건 이후에 이와 같은 용어가 대중적인 인지도를 얻게 되면서, 언론과 대중이 이를 범죄 해석에 활용하고 있고 일부 판결에서도 직접적인 논점으로 등장하기도 하였다. 그런데 용어 자체는 상당히 최근에 생겨난 개념이지만, 이러한 개념은 이전에 없었던 행위를 지칭하는 용어가 아니라, 이전에는 세뇌, 심리적 압박, 심리적 장애와 같은 것으로 지칭되던 행위를 새롭게 조명하고 있는 말이라고 할 수 있다. 단순한 심리적 고통과 달리, 형법적인 시각에서 바라봤을 때 이들은 비폭력적인 수단을 이용한 범죄 유형에서 범죄 성부와 관련해서 새로운 시각을 제공하고 있다. 그런데 이와 같은 개념들은 학술적으로 합의가 되지 않았을 뿐더러 그 행위양태가 모호하여 그대로 법적 쟁점으로 삼을 수 없어 이들을 논할 수 있는 법도그마틱과 같은 구체적인 기준이 필요하다. 이들은 심리학과 같은 인접학문영역에서는 심리적 조작(psychological manipulation)에 해당한다고 할 수 있는데, 행위가 심리적 조작 수준에 머물러서는 형법적인 의미를 가지기 어렵다. 본 논의에서는 법도그마틱으로서의 심리적 지배 개념을 제시하면서 이른바 ‘가평계곡 살인사건’에서 논의한 바처럼 행위가 심리적 지배 수준에 이르러야 법률적 차이를 분명히 할 수 있을 것으로 보았다.

판결에서 심리적 지배라는 용어를 사용하여 직접적으로 사건을 논하지는 않지만, 강한 심리적 영향력을 이용하여 비폭력적인 수단으로 위해를 야기하였을 경우 범죄의 성립을 인정한 판결들이 있다. 본 논의에서는 이러한 판결례를 분석하여 유형화함으로써 심리적 지배라는 개념을 구체화하기를 시도하였다. 심리적 지배 개념을 구체화하자는 논의는 심정형법화로 이어질 수 있다는 비판, 형사법의 전단계화로 이어질 수 있다는 우려와 직면할 수 있다. 그러나 이는 형법이 포섭할 수 있는 행위를 넓혀 과잉 처벌하겠다는 것이 아니라, 피해자 보호를 위해 보다 적극적으로 법을 해석하고자 함에 그 목적이 있다. 또한 법리를 구체화하여 자의적인 해석 가능성을 최소화할 필요도 있다. 본 논의에서는 현행 형법 규정을 다각도로 분석하면서 심리적 지배개념을 범죄규정에서 어떻게 포섭할 수 있을지 여러 쟁점과 가능성을 검토하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.9.30.3.259>.

❖ 주제어 : 가스라이팅, 그루밍, 심리적 지배, 심리적 조작, 심정형법

* 고려대학교 형법전공 법학박사.

I. 문제의 제기

현행법상 심리적 또는 정신적인 수단으로 정신상의 위해를 가하는 행위 자체는 형법 규정이 명시하는 영역이 아니다. 법 해석상 감금죄, 강간죄와 같은 경우, 심리적 압박 또는 장애가 범죄 성립 수단이 될 수 있고, 학설상으로는 협박죄의 성립에 있어 피해자가 심리적으로 위협을 느꼈는지 여부, 다시 말해 공포심을 일으켰는지 여부가 요건이 된다고 보는 입장¹⁾도 있다. 그러나 물리적·신체적인 접촉 없이, 심리적인 방법을 이용하여 정신적인 괴로움만을 유발하였을 때, 이는 개인의 내심에서 일어나는 작용이기 때문에 추단하는데 한계가 있다. 따라서 이를 범죄로 규정한다면 구성요건의 정형성과 명확성이 결여되어 죄형법정주의의 보장적 기능을 침해할 수 있다.

특별법상으로 심리적인 학대 행위에 처벌을 규정한 예외적인 경우도 있다. 2011년 개정된 「아동복지법」 제17조 제5호²⁾에서 ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’를 금지하고 있고 제71조 제1항 제2호에서 이 같은 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 해당한다고 규정하고 있다. 2014년에 해당조항의 위헌여부를 놓고 헌법소원³⁾이 제기된 바 있는데, 해당 규정이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지가 문제되었다. 헌법재판소는 “아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위”라는 규정이 다소 추상적이고 광범위할 수 있음을 인정하면서도, 어떠한 행위가 정서적 학대행위에 해당하는지에 관하여는 아동에게 가해진 유형력의 정도, 행위에 이르게 된 동기와 경위, 피해아동의 연령 및 건강 상태, 가해자의 평소 성향

1) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도606 전원합의체 판결에서 협박죄의 본질에 관해 위협범설(기수 성립에 있어 피해자가 현실적으로 공포심을 느낄 것을 요구하지 않는 입장)과 침해범설(피해자가 현실적으로 공포심을 느껴야 기수가 되며 그렇지 않았다면 미수에 그친다고 보는 입장) 중에서 위협범설을 협박죄의 본질로 보았다.

2) 아동복지법 제17조(금지행위) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 아동을 매매하는 행위
2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위
3. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위
5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위(「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조제1호에 따른 가정폭력에 아동을 노출시키는 행위로 인한 경우를 포함한다).

3) 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2014헌바266 결정.

이나 행위 당시의 태도, 행위의 반복성이나 기간 등에 비추어 법관의 해석과 조리에 의하여 구체화될 수 있어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다고 하였다. 위 판단의 타당성에 대한 의문은 별론으로 하더라도, 이처럼 심리적으로 위해를 가하는 행위를 형법이 적용되는 대상으로 규정한다면 특히 명확성이 문제될 수 있다. 심리적 폭력이라는 용어가 대중적으로 널리 사용되고 있고, 민법상 불법행위로 인한 정신적 고통에 위자료를 배상케 할 수 있지만, 이러한 이유로 형법적 관점에서 정신적인 방법으로 심리에 위해를 가하는 행위는 침해행위의 일반적 양태가 아니며 예외적으로 규율할 수 있다.

이처럼 정신적 방법으로 심리에 위해를 가하는 행위 자체는 형법이 전통적으로 규정하는 영역이 아니지만, 최근 ‘그루밍’과 속칭 ‘가스라이팅’이라고 칭하는 개념이 널리 알려져 대중적인 인지도를 얻으면서 이 같은 행위들이 어떻게 형법에 포섭될지 논의가 제기되고 있다. 이 같은 행위들은 심리에 고통을 가하는 행위의 수준을 넘어서 수 있는 데, 피해자의 심리에 중대한 영향을 미쳐 피해자를 통제하는 단계에까지 나아갈 수 있다는 점을 그 특징으로 한다. 만약 이 같은 행위가 피해자로 하여금 형법상 규정된 범죄를 받아들이게 한다면 어떠한가? 이처럼 이들은 범죄와 결부되면 중대한 위해를 야기할 수 있다. 이 같은 사실의 중요성 때문에 형법 영역에서도 위와 같은 개념들을 조명하기 시작하였다.

그런데 이 같은 행위들이 과거에 존재하지 않았던 것은 아니다. 위와 같은 개념이 널리 알려지기 이전에는 이들은 법학에서 ‘세뇌’ 또는 ‘심리적 압박’과 같은 용어로 지칭되었으나 중대하게 고려하지는 않았다. 그런데 ‘가스라이팅’ 또는 ‘그루밍’과 같은 새로운 개념이 널리 알려지면서 종전에는 인식되지 않았던 범위까지 고려되고 있다. 이에 학계의 관심이 점차 증가하고, 판결의 쟁점과 판결문에서도 등장하기에 이르렀다⁴⁾. 특히 미디어 보도에서는 이러한 개념을 범죄와 판결을 분석하는데 적극적으로 활용하고 있다. 2021년 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘청소년성보호법’)」이 개정되어 이른바 ‘온라인 그루밍’ 범죄⁵⁾가 제정되기도 하였다. 말하자면, 이 같은 행위들의 법적 성질

4) 본 논의에서는 후술할 이른바 ‘가평계곡 살인사건’과 ‘도지사 여비서 성폭력 사건’을 주로 예로 들어 이를 논하였다.

5) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제15조의2(아동·청소년에 대한 성착취 목적 대화 등).

이 형법의 전통적인 영역에 속하지 않는 것은 아니다. 다만, 이들은 그 경계가 되는 영역을 확장하고자 하는 논의라는 점에서 중요한 의의가 있다.

문제는 이들이 개념상 모호하여 형법상으로 포섭될지 명확하지 않은 경우가 있다는 점이다. 사실 이 같은 개념에 대해 학술적으로 합의된 바가 없다. 서구권에서는 이 같은 용어를 일정 기간 사용하여 어느 정도 개념이 정립된 상황이나, 우리나라에서는 이와 관련된 논의가 시작되었을 뿐이다. ‘그루밍’의 경우 관련 법률이 제정되었음에도 용어의 정확한 개념을 설정하지 못하였다.⁶⁾ 더욱이 ‘가스라이팅’은 학술 용어가 아니라 대중적인 유행어에 가깝고, ‘그루밍’과 같은 개념은 심리학적 개념이지만 행위 양태가 다양하고 정형적이지 않다. 이처럼 인접 학문영역에서 형성되고 있는 개념을 형법으로 포섭하려면 이를 그대로 도입할 수 없고, 이러한 행위들을 포섭할 수 있는 법도그마틱과 같은 구체적인 기준이 필요할 것이다. 이는 모호한 개념을 바탕으로 한 자의적인 법해석을 막기 위함이다. 본 논의에서는 이를 ‘심리적 지배’라는 개념으로 논하고 있다. ‘심리적 지배’는 이른바 ‘가평계곡 살인사건’⁷⁾에서 검찰이 주장한 ‘가스라이팅’ 쟁점을 대신할 용어로 사용되면서⁸⁾ 본격적으로 활용되고 있다. 이에 ‘심리적 지배’ 개념의 법적 의의를 탐구하고, 이를 형법적으로 포섭하는데 기여할 가능성을 논하고자 하였다.

II. 법도그마틱으로서 심리적 지배 개념의 필요성 논의

정신적 방법으로 심리에 위해를 가하는 행위 중 ‘가스라이팅’ 또는 ‘그루밍’과 같은 개념들이 형법적으로 포섭되려면 어떤 구성요건에 해당하는지를 논해야 한다. 그런데 이 같은 개념들은 본래 모호하고 정형적이지 않기 때문에 구성요건적 행위에 이르려면, 이를 논할 구체적인 기준인 법도그마틱을 필요로 한다. 먼저 이와 같은 행위들이 인접 학문 영역에서 어떻게 정의되는지 살펴볼 필요가 있다.

6) 김두상, “아동·청소년에 대한 그루밍 성범죄에 대한 고찰” 강원법학 제68권, 2022, 158쪽.

7) 인천지방법원 2022. 10.27. 선고 2022고합308, 2022전고31(병합), 2022보고30(병합) 결정.

8) 중앙일보, 2022.08.26., “계곡살인 법정 나온 이수정 ‘이온해, 자아도취적 가스라이터’”, <https://www.joongang.co.kr/article/25097334> 기사에서 이와 관련한 증인 심문 과정이 나타나있다.

1. 심리학 관점에서 분석한 가스라이팅과 그루밍

‘가스라이팅’이란 용어는 1938년에 연극으로 상연되고 1944년 영화화된 ‘Gaslight’라는 제목의 공연에서 비롯되었다. 극에서 가해자인 남편은 주인공인 아내로 하여금 스스로 미쳤다고 의심하게끔 만든다. 극에서 남편은 아내를 정신적으로 조종(manipulation)하여 아내의 현실감각, 판단력, 기억력에 영향을 미치고, 아내가 스스로에게 갖는 확신을 약화시켜⁹⁾ 유산을 빼앗는다. 이처럼 가스라이팅이란 용어는 그 어원이 공연의 제목에서 유래된 것이고, 심리학에서 정의하는 학문적 용어가 아니다. 이는 개인적 관계에서나 혹은 직장에서 발생할 수 있는 개인 간 역학관계를 설명하는 아미추어 심리학, 다시 말해 대중심리학에서 사용하는 유사 심리학 용어라고 할 수 있다.¹⁰⁾ 미국의 타임지에서 2010년대 중반까지 20년 동안 9번 정도만 사용되었을 뿐, 거의 사용되지 않던 이 용어는 미국의 대선기간동안 트럼프 전 대통령이 보였던 행보를 미디어가 평하면서 널리 사용되기 시작하였다. 미국 언어연구회에서 이를 2016년 가장 많이 사용된 신조어로 선정하였고, 2018년 Oxford University Press에서 가장 인기 있는 신조어 2위로 선정하였으며 2022년 미국의 유명 사전출판사 미리엄 웹스터는 올해의 단어로 ‘가스라이팅’을 선정하였다.¹¹⁾

이처럼 대중의 인지도가 높고 미디어에서도 많이 사용되는 신조어이지만, 학술 용어는 아니다. 그럼에도 이 같은 용어가 남용되면서 이러한 개념들로 표상될 수 있었던 중대한 위해의 의미를 약화시키거나 축소시킨다는 우려가 있다.¹²⁾ 그렇다면 ‘가스라이팅’은 심리학의 어떤 개념에 근접한가? 옥스퍼드 사전에서는 가스라이팅을 피해자가 스스로를 의심하도록 심리적 수단을 이용하여 사람을 조작(psychological manipulation, 또는 조종)하는 것으로 정의한다. 또한 가스라이팅은 피해자에게 거짓정보를 제시하며 심리적으로 학대(psychological abuse) 또는 위협(intimidation)을 가하는 형태를 가리킨다고 한다. 이는 피해자 스스로 자신의 기억과 인식을 의심하게 만드는 목적을 갖고 있

9) 오세연, 송혜진, “사례분석을 중심으로 한 가스라이팅 범죄의 진행과정에 관한 연구”. 한국융합과학회지 제10권 제5호, 2021, 102-103쪽.

10) “Gaslighting at Work—and What to Do About It”, Harvard Business Review, 2021, <https://hbr.org/podcast/2021/12/gaslighting-at-work-and-what-to-do-about-it>

11) “Word of the Year 2022”, www.merriam-webster.com.

12) “Word of the Year 2018: Shortlist”. Oxford University Press. Retrieved 15 November 2018.

다.¹³⁾ 2021년 미국 심리학회에서는 가스라이팅을 정신 질환을 유발할 정도로 극단적인 심리적 조종이라고 정의하였다.¹⁴⁾

그루밍은 심리학적으로 심리적 조작의 일종에 속한다. 단어의 사전적 어원은 마부들이 말을 빗질하고 목욕시켜 말끔하게 꾸미는 행위인 grooming인데, 일반적으로 길들이기를 뜻하는 말로 사용되었다. 최근 성범죄, 특히 아동을 길들이 성범죄에 이끄는 과정을 가리키는 용어로도 사용되고 있다. 이를 아동 성범죄의 수법이라는 뜻으로 처음 사용한 계기는 명확하지 않으나, 1995년에 Anna C. Salter가 발표한 “Transforming Trauma: A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse”라는 책에서 아동성범죄에 대해 그루밍이라는 용어가 본격적으로 사용되었다고 한다. Anna C. Salter가 발표한 바에 따르면, 그루밍이란 ‘아동의 성적 학대는 좀 더 용이해지는 한편 범죄 상황이 외부로 노출될 위험성은 낮아지도록 교묘하게 조종하는 과정’이라고 하였다.¹⁵⁾

이후 학계의 연구가 계속되어 그루밍에 대한 개념이 어느 정도 형성되기에 이르렀다. 그루밍은 일반적으로 아동의 성적 착취를 목적으로 저항을 약화시키는 방법으로 아동 혹은 아동의 가족과 정서적인 연결고리를 만드는 행위를 가리킨다.¹⁶⁾ 2007년 ‘란사로테 협약’이라 불리는 “성착취 및 성학대로부터의 아동보호에 대한 유럽의회 협약(Council of Europe’s Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, 2007)”은 그루밍을 ‘아동을 성적 만족의 대상으로 삼으려는 욕구로 동기화된 성적 학대의 준비’라고 하였고¹⁷⁾ 2010년 영국 아동 착취 및 온라인 보호 센터(Child Exploitation and Online Protection Centre)는 그루밍을 이웃의 피해를 길들이 성적 착취의 대상으로 삼는 행위로 정의하였다. 법정신의학자 마이클 웰너(Michel Welner)는 아동 성범죄에 이르는 그루밍의 6단계를 다음과 같이 설명한다. 가해자는 피해자 물색, 접근하기·피해자와 신뢰 쌓기·피해자의 욕구 충족시키기·피해자 고립하기·피해자와 자연스러운 신체 접촉을 유도하며 성적인 관계 형성·회유와 협박을 통한 통제

13) <https://definitions.uslegal.com/g/gaslighting/>

14) “APA Dictionary of Psychology”. APA.org. American Psychological Association. Retrieved 7 July 2021.

15) 김정연, “온라인 그루밍 처벌규정의 도입 의의와 과제”, 형사정책 제33권 제2호, 2021, 125쪽.

16) Ezioni, L. (2021) The crime of grooming. Child & Fam. LJ, 8, 1, p.6.

17) 김정연, “온라인 그루밍 처벌규정의 도입 의의와 과제”, 형사정책 제33권 제2호, 2021, 125쪽.

라는 단계를 거쳐 피해자와 신뢰감과 친밀감을 쌓는다. 이를 정리하자면, 그루밍은 성적 착취를 목적으로 하는 가해자는 피해 아동의 폭로를 막고자 신뢰를 쌓고 심리적으로 길들여 성적 학대를 자연스럽게 받아들이게 하는 과정으로 정의할 수 있다.¹⁸⁾

2. 가스라이팅과 그루밍 개념의 형법 포섭가능성

가. 포섭상의 난점

본래 심리적으로 위해를 가하는 행위들은 판례에서 ‘세뇌’ 또는 ‘심리적 압박’과 같은 용어로 지칭되었다. 그런데 ‘가스라이팅’, ‘그루밍’과 같은 개념이 정립되면서 기존의 개념만으로는 심리적 방법으로 위해를 가하는 다양한 행위를 지칭하기 어렵다는 인식이 확산되었다. 그렇다면, 가스라이팅과 그루밍 개념이 형법적으로 포섭 가능한 개념인가? 다시 말해, 가스라이팅, 그루밍 개념이 형법의 구성요건을 충족할 수 있는가?

일반적으로 ‘가스라이팅’이란 개념은 피해자의 심리를 통제하고 구속하며 현실을 오도케 하고, 지시를 따르게 함을 특징으로 한다. 피해자를 심리적으로 굴종하게 만듦으로써 가해자의 요구를 거절하지 못하게 하는 것이다. ‘그루밍’이란 개념은 성범죄 목적으로 아동에게 접근하면서 아동을 친밀하고 안전하게 소통할 대상으로부터 떨어뜨리고, 자신을 더욱 신뢰하게 만들면서 피해자를 고립시키는 것을 말한다. 가해자들의 의사소통 전략은 피해자와의 관계를 형성하고 신뢰를 구축하는데 중요하게 작용하며, 궁극적으로 피해자들로 하여금 가해자들의 성적 행동을 용인하게 한다.¹⁹⁾

가스라이팅이나 그루밍과 같은 행위들은 큰 틀에서는 심리적 학대의 일종이다. 이른바 심리적 학대(psychological abuse)에 속하면서 타인의 심리를 조종한다는 점에서 심리적 조작(psychological manipulation; 또는 조종)에 속한다는 공통점을 갖고 있다. 이처럼 가스라이팅과 그루밍 개념은 심리학적으로는 심리적 조작에 가깝는데, 행위양태적 측면에서는 정형화된 요소가 없다. 가스라이팅 개념은 서구권에서 가정폭력에서 배우자의 학대를 정의하는 개념에서 출발하였고 가족법(family law)으로의 포섭가능성이 다뤄

18) 김정연, “온라인 그루밍 처벌규정의 도입 의의와 과제”, 형사정책 제33권 제2호, 2021, 126쪽.

19) 윤정숙, 이태현, 김정숙, “아동·청소년 성범죄에서 그루밍(Grooming)의 특성 및 대응방안 연구”, 한국형사법무정책연구원, 2019, 17쪽.

진 반면²⁰⁾, 그루밍은 아동학대와 아동대상 성범죄가 이뤄지는 과정에 초점을 맞춰 형성되었다. 두 개념은 논의의 배경과 목적만이 구체화되어 있을 뿐, 행위 양태는 모호하고 정형적이지 않은 특성을 보인다. 다시 말해, 어떤 경우가 가스라이팅 또는 그루밍과 같은 심리적 조작행위에 해당하는지 분명히 규정할 수 없다.

또한 이 같은 개념을 정의하는 필수적인 요소가 무엇인지도 말하기도 어렵다. 예컨대, 그루밍 행위를 구성하는 필수요소는 무엇인가? ‘아동’, ‘심리적으로 길들이는 행위’, ‘신뢰 혹은 친밀감’이 있어야 하는가? 아동이 극도의 두려움을 품게 하여 심리적으로 통제하였다면, 이는 그루밍에 해당하지 않는가? 이러한 이유 때문에 심리적인 조작 행위라는 모호한 개념을 곧바로 법적 쟁점으로 삼는 것은 적절치 않다. 이 경우 야기되는 문제를 다음의 판결에서 확인할 수 있다. 충남도지사의 여비서 성폭력 사건의 1심 판결²¹⁾은 국내 판례상 그루밍 성폭력이 직접 쟁점으로 대두된 첫 판결로 추정된다. 1심 판결에서는 피해자가 증언한 피고인의 행동을 성적 그루밍으로 볼 수 있는지의 여부가 주요 쟁점으로 대두되었다. 이 사건은 특히 성인 대상 성적 그루밍을 인정할 수 있는지가 문제되었는데, 성인대상 성적 그루밍은 아동·청소년을 대상으로 한 그루밍과 달리 전세계적으로 인정되거나 논의된 예가 거의 없고 연구된 바도 극히 드물다.²²⁾ 그루밍 개념 자체가 신뢰할 만한 보호자로부터 아동을 고립시킨 뒤 심리적으로 길들이 의존하게 한 뒤 성적 학대를 용인케 하는 현상을 아동 대상의 성착취로 규정하고 설명하기 위한 시도에서 형성된 것이기 때문이다. 재판 과정에서 전문심리위원은 ‘피고인이 피해자에게 능력을 넘어서는 보직을 준 것, 가벼운 신체 접촉부터 점차 강도 높은 성폭력으로 이행된 것, 보상 제공한 것, 피해자를 특별 대접한 것’ 등을 바탕으로 피해자가 그루밍의 심리상태에 빠져 있었다고 볼 가능성도 있다고 평가함으로써 성인대상 성적 그루밍의 성립을 논하였다. 그러나 법원은 성인 대상 성적 그루밍은 사실상 연인이나 부부 사이에서도 유사하게 발생할 수 있고, 이를 법적으로 처벌하는 것은 전세계적으로 그 사례가 없으며 전문직으로 활동하는 성인 여성이 약 한 달 사이에 그루밍에 이를 수 있다고 보기도 어렵다고 판단하여 이를 그루밍으로 본 전문심리위원의 의견을 배척하고 무죄를 선고하였다. 그런

20) Knapp, D. R. (2019). Fanning the flames: Gaslighting as a tactic of psychological abuse and criminal prosecution. Alb. L. Rev., 83, 313, p. 314.

21) 서울지방법원 2018.8.14. 선고 2018고합75 판결.

22) 공정식, “성인대상 성적 그루밍 방식의 성폭력 평가”, 안전문화연구 제12권, 2021, 159쪽.

데, 이처럼 성인대상 그루밍이 성립할 수 있는지 아닌가를 판결 쟁점으로 논하는 시도 자체가 타당치 않다. 본래 모호하고 학계에서도 합의되지 않은 개념을 바탕으로 범죄의 성립을 논할 수 없기 때문이다.

물론 성인대상 성적 그루밍의 단계를 제시한 연구도 있다. Grant Sinnamon은 그루밍의 7단계를 검토하면서 아동·청소년보다 상황판단이나 정보네트워크 등에서 더 월등한 힘을 가진 성인일지라도 성적 그루밍의 대상이 될 수 있다고 한다. 그러나 성인대상 성적 그루밍과 아동 대상 그루밍이 다른 양상으로 전개되는 것은 별론으로 하더라도, 연인 간 낭만적 성관계와 그루밍을 구분하기 어려워²³⁾ 이를 성인 대상으로 영역을 넓히는 것은 모호함을 가중시킨다. 게다가 학자들마다 그루밍의 개념을 다르게 제한하고 있고 이는 법학적으로도 구체화되지 않은 개념이므로 이를 바탕으로 법적 논의를 전개할 수 없다.

2심 판결²⁴⁾에서는 1심 법정에서 중요하게 다룬 그루밍 쟁점을 판단하지 않고 피고인과 피해자의 관계로 인하여 피해자가 피고인의 지시에 순종하여야만 하고 그들 사이에 일어나는 내부적인 사정을 쉽게 드러낼 수 없는 취약한 처지에 있음을 이용하여 피해자의 성적 자기결정권을 현저히 침해한 바, 유죄가 성립한다고 판시하였다. 사실상 판결에서 드러난 피고인의 행위는 명시적 폭력이나 협박이 수반되지 않은 성범죄의 양태를 보이는데, 이는 그루밍 뿐만 아니라 흔히 가스라이팅이라고도 정의되는 행위와 중복된다. 이처럼 이는 심리적 조작행위의 일종에 해당한다고 말할 수 있을 뿐, 정확히 어떤 행위라고 규정하기 어렵다. 일각에서는 2심 판결을 두고 현행 법률상 ‘성인대상 성적 그루밍’에 대하여 명시적 처벌규정이 없어 법률적 판단을 하지 않았다고 해석하기도 하나²⁵⁾, 이는 입법적 공백의 문제가 아니라 법적으로 정의될 수 없는 개념을 적용했기 때문에 법적인 판단이 불완전하기 때문이라고 봐야한다. 이 같은 오류는 가스라이팅을 쟁점으로 삼은 ‘가평계곡 살인사건’ 판결에서도 드러난다. 가스라이팅의 개념 자체도 법에서 포섭할 수 있을 만큼 구체화되지 않았음에도, 이를 바탕으로 직접 살인을 주장한 검찰측 입장은 타당하지 않다. 범죄 성립여부는 별론으로 하고, 이를 논의하려면 심리적인 조작행위가 어떻게 범죄로 포섭되는지에 대해 구체적으로 논의해야 할 것이라 생각된다.

23) 공정식, “성인대상 성적 그루밍 방식의 성폭력 평가”, 안전문화연구 제12권, 2021, 145쪽.

24) 서울고등법원 2019.2.1. 선고 2018노2354 판결.

25) 공정식, “성인대상 성적 그루밍 방식의 성폭력 평가”. 안전문화연구, 제12권, 2021, 148쪽.

나. 구체적 기준의 필요성

앞서 살펴본 것처럼 가스라이팅, 그루밍과 같은 개념은 정형적이지 않고 모호하여 곧 바로 형법상 구성요건적 행위로 포섭하기는 어렵다. 이들 개념을 직접적으로 형법으로 포섭하여 적용할 경우 자의적인 해석을 야기하거나 법관에 의한 법 형성으로 이어질 수 있다. 그런데 이들은 개념 자체로는 명확하지 않더라도, 심리적 조작행위를 통하여 피해자를 통제하고 구속하여 범죄를 용인하게 하거나, 저항하지 못하게 한다는 점에서 형법적 의미를 갖는 행위임은 분명하다. 이들은 경우에 따라 실정법상 구성요건적 행위로 해석될 수 있는데, 후술할 것이나 예컨대 위력, 위계, 유인 등으로 해석할 수 있다. 이 같은 해석은 기존 구성요건의 경직적 해석에서 벗어나 이 같은 행위도 적극적으로 형법으로 포섭하려는 시도가 될 수 있다.

따라서 이 같은 행위를 형법으로 포섭하려면 구체화된 기준으로서의 법 도그마틱이 필요하다. 법을 해석하여 구성요건적 사실이 될 수 있는 사실상(de facto) 개념을 법적(de jure)으로 포섭하고자 할 때 법도그마틱은 그와 같은 논증을 구체화할 수 있게 한다. 실정 형법을 해석하고 사안을 법률에 적용하기 위해 필요한 규칙을 연구하는 방법인 법도그마틱은 형사정책적 결정에 따라 실정 형법을 해석하고 적용하는 역할을 담당한다. 이는 법을 해석하는 공식을 만들어줌으로써 판단자의 감정이나 자의에 판단이 내맡겨지지 않도록 하는데 기여한다.²⁶⁾ 특히 심리적 조작행위라는 현상 자체가 모호하여 기존의 도그마틱이 제대로 기능하기 어려운 만큼, 이를 새롭게 논의해볼 필요가 있다. 본 논문에서는 이를 심리적 지배라는 개념으로 구체화하고자 하며, 심리적 조작행위가 형법상으로 포섭될 수 있는 단계로서의 심리적 지배 개념을 모색하고자 한다.

3. 구체적 기준으로서 ‘심리적 지배’ 개념 제시

이른바 ‘그루밍 성폭력’ 개념이 알려진 2010년대 후반²⁷⁾부터 ‘심리적 지배’라는 용어

26) 배종대, 홍영기, 「형사정책」, 홍문사, 2019, 8쪽, 15쪽.

27) 2010년대 후반부터 아동 성폭력 관련사건과 관련하여 ‘그루밍 성폭력’ 쟁점이 등장하기 시작하였고, 2018년 ‘도지사 여비서 성폭력 사건’ 판결에서 쟁점으로 대두되며 대중적 인지도를 얻게 되었다.

가 사용되기 시작하였으나 이러한 용어가 본격적으로 대두된 시기는 사회적으로 크게 이슈가 되었던 2021년 ‘가평계곡 살인사건’ 1심판결²⁸⁾ 이후부터로 볼 수 있다. 이 사건에서 검찰이 가해자의 ‘가스라이팅’을 ‘심리적 지배’로 칭하면서 용어가 널리 알려졌고, 이는 이후부터 ‘가스라이팅’이나 ‘그루밍’을 설명하는 용어로 사용되기 시작하였다.

이 사건 공소사실의 주된 요지는, ① 피해자의 배우자이자 피고인인 A가 장기간의 생활고와 사회적 고립으로 자존감과 합리적인 판단 능력을 상실한 피해자로 하여금 피고인 A의 요구를 쉽게 거부하거나 저항하지 못하도록 심리적으로 제압하여 속칭 ‘가스라이팅’을 하였고 ② 이에 따라 피고인들이 공모하여 피해자로 하여금 구명조끼 등 아무런 구호장비 없이 맨몸으로 물속으로 뛰어 내리도록 한 후 피해자를 구하지 아니하여 피해자를 사망하게 하였다는 것이다. 검찰 측은 피고인들이 피해자에 대한 심리적 지배, 이른바 ‘가스라이팅(Gas-lighting)’을 행하였고, 가해자가 수영을 하지 못하는 피해자에게 물속으로 뛰어내리라고 하여 살해한 것이 작위에 의한 살인죄가 성립한다고 주장하였다. 검찰은 이처럼 작위(가스라이팅)에 의한 살인으로 기소하였다가 후에 공소장을 변경하여 부작위에 의한 살인 혐의를 추가하였다.

1심 판결은 앞서 인정한 사실 및 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 사실 및 사정에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 피해자에 대한 심리적 지배를 통한 작위에 의한 살인죄가 성립한다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보았다. 2심 판결²⁹⁾에서도 재판부는 1심과 마찬가지로 이를 심리적 지배에 의해 피해자를 물속으로 뛰어내리게 해 살해한 작위에 의한 살인이 아니라, 물에 빠진 피해자를 그대로 두면 사망할 수 있다는 사정을 인식했음에도 구호 조치를 제대로 이행하지 않은 ‘부작위에 의한 살인’을 범했다고 판단하였다. 이에 더하여, 2심 판결에서는 피해자와 가해자의 관계를 심리적 굴종 관계가 형성된 것으로 보았으나, 지배가 됐는지는 불분명하다고 판단하였고, ‘심리적 굴종’ 역시 ‘가스라이팅’과 법률적 차이가 모호하다고 하였는데, 이는 타당한 지적이라고 생각된다.

최근 미디어 보도는 가스라이팅과 그루밍을 ‘심리적 지배’의 일종으로 논하고 있는데,

28) 인천지방법원 2022. 10.27. 선고 2022고합308, 2022전고31(병합), 2022보고30(병합) 결정.

29) 서울고등법원 2023.4.26. 선고 2022노2858결정.

가스라이팅은 심리상태에 조작을 가하여 스스로를 불신하도록 지배하는 심리적 지배로, 그루밍은 가해자가 피해자를 만나 호감을 얻거나 돈독한 관계를 만드는 등 심리적으로 지배한 뒤 성폭력을 가하는 것으로 정의하고 있다. 이처럼 미디어가 ‘심리적 지배’라는 용어를 ‘가스라이팅’ 또는 ‘그루밍’과 같은 의미로 사용하고 있지만, 이는 동의어라고 보기 어렵다. 심리적 지배라는 표현은 ‘가스라이팅’과 같은 모호한 개념을 대용하기 위해 만들어졌지만, 이 역시 심리학적 용어나 학술 용어가 아니고 어떠한 개념을 갖는지도 분명하지 않다. 그러나 ‘가스라이팅’ 혹은 ‘그루밍’과 같이 심리적 영향을 강하게 받은 상태에서 중대한 위해를 가할 경우를 법으로 포섭하려면 그 개념이 분명해야 하고, 법적으로 구체화되어야 한다. 2심 판결에서 지적인 바처럼 이러한 심리적 현상들과 법적 차이가 분명해야 할 것이며, 법리를 구체화할 수 있도록 법도그마틱적인 개념이 필요할 것이다. 이에 따라 법도그마틱으로서 ‘심리적 지배’ 개념을 구체화하고자 한다.

Ⅲ. 판결을 통한 분석과 유형화

1. 심리적 지배 개념의 법도그마틱적 논의

최근 논의되고 있는 심리적 조작행위와 관련한 쟁점들을 형법으로 포섭하려면, 법적으로 구체화된 개념이 필요할 것이라고 논하였다. 이는 인접학문 영역에서 형성된 개념이 어떤 특성을 갖고 있는지 정리한 뒤, 법도그마틱으로서의 개념을 구체화하는 작업이다. 본 논의에서는 ‘심리적 지배’ 개념을 통해 심리적 조작행위를 형법으로 포섭할 수 있는 법도그마틱을 구체화하고자 한다.

앞서 논한 ‘가평계곡 살인사건’ 2심 판결이 심리적 지배 개념에 관해서 논한 바를 발전시키면, 중요한 논의를 구체화할 수 있다. 2심 판결에서는 검찰이 주장했던 가스라이팅으로 인한 심리적 굴종상태가 심리적 지배에 이르렀는지 분명하지 않고, 가스라이팅과의 법률적 차이가 모호하다고 하였다. 최근 언론 보도를 살펴보면, 가스라이팅, 그루밍과 같은 개념이 남용되는 경향이 있는데, 심리적으로 영향을 미치는 행위에 불과한 행위를 심리적 조작을 하는 행위로 해석하거나, 더 나아가 일체를 범죄시키는 경우가 있다. 최근

감금죄에 관한 판결의 언론 보도에서는 피고인이 심리적 장해수단으로 피해자가 한정된 구역을 벗어나지 못하게 하여 행동의 자유 제한이 인정된 경우에도 감금에 해당한다고 설시하자 가스라이팅을 수단으로 한 감금이 인정되었다고 해석하는 경우가 있었다.³⁰⁾ 그러나 심리적 장해 수단과는 달리 가스라이팅이나 그루밍과 같은 심리적 조작 개념은 피해자가 현실을 오도하고 가해자에게 의존케 하거나 착취를 받아들이게 한다는 점에서 차이가 있어 이를 구별할 기준이 필요하다. 심리적 조작 행위는 내심에서 일어나는 작용이기 때문에, 이를 형법적으로 다룰 단계에 이르려면 단순한 조종을 넘어 형법적으로 의미를 갖는 행위에 이르러야 한다.

심리적 조작 개념을 형법 관점에서 다루려면 이 같은 개념이 범죄의 성립과 연관되어야 함은 분명하다. 예컨대 이 같은 행위가 범죄 행위의 예비거나 범죄행위가 수반되어야 할 필요가 있다. 또한 피해자가 당한 심리 조작이 현실을 오도하거나 착취를 받아들이는 등의 수준을 넘어 범죄 행위에 저항할 수 없는 정도에 이르러야 한다. 재판부가 논한 바를 구체화해보자면, 심리적 조작행위와 단순한 조작 수준을 넘어 심리적 지배의 수준에 이르러 범죄의 대상이 됨에도 항거하지 못하는 경우를 구분하면 법률적 차이를 분명히 할 수 있다. 후자의 행위는 단순한 심리적 조작과 달리 형법으로 포섭할 수 있는 행위가 될 수 있다.

가평계곡 살인 사건의 판결 이후 판결에서 심리적 지배의 개념을 직접적으로 논하지는 않으나, 범죄의 성부에 있어 피고인과 피해자간의 심리적 관계 형성과정과 그로 인한 영향력을 고려하는 판결들이 있었고 언론에서는 이를 심리적 지배로 해석하고 있다. 법도그마틱으로서 심리적 지배 개념을 구체화함으로써 심리적 조작 개념의 법 적용 범위를 구체화하고 이를 바탕으로 자의적인 법 해석을 방지할 수 있을 것이다.

2. 분석적 방법을 통한 개념 구체화

논한 바와 같이 심리에 미치는 영향력이 심리적 조작 수준에 미치더라도 형법으로 포섭하려면 범죄와 결부되어야 한다. 심리적 조작행위에 범죄 행위의 예비 또는 범죄행위

30) YTN기사, 2023.1.18., “[뉴스라이더] 또 가스라이팅 범죄...‘중감금치상’ 혐의 적용되나?”, https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202301180904502104

가 수반되어야 형법 규정이 적용될 수 있는데, 이 같은 행위가 단순한 심리 조종을 넘어서서 심리적으로 지배되는 단계에 이르면 범죄의 성립여부에 영향을 미칠 수 있다. 다시 말해 피해자가 심리적으로 지배되는 단계에서는 피해자가 범죄에 동의하는 것과 같은 외형으로 비치지만 실제로는 범죄에 저항하기 어렵다. 또는 범죄에 저항할 수 없을 정도로 굴종된 상태에 이르면 범죄를 용인하는 것과 같은 양상으로 전개될 수 있다. 이 경우 형법을 적용할 수 있는 물리적·신체적 폭력이 수반되는 경우와 달리 판단이 복잡할 것이다. 폭력이 수반되지 않는 심리적 조종행위는 행위 양태가 분명히 규정되지 않고, 결과와 행위 간의 인과관계를 규명하기 어려워 법 적용이 모호해진다. 심리적인 지배 상황에서 내면의 작용을 입증할 수 없기에 외부적으로 드러난 사정으로 추단할 수밖에 없다. 행위와 결과 사이의 인과관계 규명을 위하여 심리적인 지배로 인정되는 행위를 구체적으로 설정할 필요가 있다. 이를 구체화할 수 있는 법 도그마틱으로서 심리적 지배 개념을, 이와 관련한 여러 판결의 법리를 통해 정리해보았다.

가. 피해자의 취약한 처지를 이용

심리적 조종행위 등을 통하여 심리적 영향력을 미쳤고 이를 바탕으로 범죄를 행하였음을 인정한 판결례를 살펴보면, 피해자의 취약한 처지를 이용하여 범죄를 행한 경우로 유형화할 수 있다. 예컨대 충남도지사의 여비서 성폭력 사건 2심 법정에서의 판결은 유죄를 선고하면서 다음과 같이 설시하고 있다. 피고인은 피해자가 지방별정직공무원이라는 신분상의 특징과 도지사와 비서라는 피고인과 피해자의 관계로 인하여 피고인의 지시에 순종하여야만 하고 그들 사이에 일어나는 내부적인 사정을 쉽게 드러낼 수 없는 취약한 처지에 있음을 이용하였음을 유죄의 증거로 인정하였다. 1심 판결에서는 권력적 상하 관계에 놓인 남녀가 성관계를 가졌다는 사실만으로 처벌할 수는 없고 상대방의 자유의사를 제압할 정도의 위력이 존재하고 행사되어야 하는데, 가해자가 평소 자신의 위력을 행사하거나 이를 남용해 피해자나 직원의 자유의사를 억압했다는 증거가 부족하다고 하였으며 이른바 ‘그루밍’ 상태인지 아닌지, 학습된 무기력 상태는 아닌지 등을 신중히 살펴봤으나 제반 증거나 상황을 고려할 때 피해자가 이런 상황에 빠져 있다고 보기도 어렵다고 판시하여 무죄를 선언하였다. 그러나 2심 판결에서는 피고인과 피해자의 관계를 고려하건대 도지사와 비서라는 관계로, 피해자가 지시에 순종해야만 하는 처지에 있음을 고려

하여 유죄를 인정하였고 대법원³¹⁾에서 유죄로 확정되었다.

해당 사건은 성폭력을 ‘성인지 감수성’의 측면에서 이해해야 한다는 주장을 본격화한 계기가 된 사건이다. 법원은 강간죄의 요건으로서의 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다고 판시³²⁾하였고 ‘성인지 감수성’을 잃지 않을 것을 논한 바 있다.³³⁾ 해당 사건에서 재판부는 성범죄 사건에서 피해자의 진술이 사소한 부분에서 다소 일관성이 없거나 최초 진술이 다소 불명확하게 바뀌었다 해도 그 진정성을 함부로 배척해선 안 된다고 하였다. 그러나 ‘성인지 감수성’은 모호하고 주관적이라는 단점이 있다. 여기서 심리적 지배 개념을 이용해 강간죄 성립요건으로서의 ‘피해자의 항거불능’에 대한 해석을 구체화할 수 있다. 심리적 조종행위가 ‘피해자의 취약한 처지를 이용’하여 심리적으로 지배하는 수준에 이르렀을 때, 피해자가 항거불능 상태였음을 인정할 수 있다.

‘자매를 11년간 성폭행한 학원장’ 사건³⁴⁾ 판결에서는, 가정 형편이 어려운 자매가 학원비를 걱정하는 점을 이용해 당시 9세이던 피해자를 강제로 추행하고, 이후 주말에 무료로 일대일 수업을 해주겠다고 제인한 뒤 성폭행을 가한 사실을 토대로 청소년성보호법 위반(위계 등 간음) 등을 인정하였다. 피고인은 ‘피해자의 동의나 합의’ 아래 성관계를 맺었다고 주장하였으나, 법원은 자매가 어려운 형편에 학원을 다니며 원장의 말을 거역할 수 없었고 무료로 교습을 해준다고 환심을 산 뒤 성을 착취한 점 등을 부모에게 알릴 수 없었던 점, 피고인이 이 같은 처지를 이용하였음을 들어 이 같은 주장을 받아들이지 않았다. 2022년 ‘어학원장이 우등생의 학습성취욕을 이용하여 성폭행한 사건’ 사실을 인정한 1심판결³⁵⁾에서는 피해자가 영어 학습에 강한 성취욕이 있다는 점을 이용해 친밀한 관계를 형성하고 부모에게도 신뢰를 얻게 되자 해외의 어학캠프에 동행하는 등 부모와 분리하고 정신적으로 고립시키는 등의 행위를 하였다는 점을 고려하였다.

이처럼 폭력적 수단이 수반되지 않는 경우, 피해자에게 심적인 영향력을 미치는데 피

31) 대법원 2019. 9. 9 선고 2019도2562판결.

32) 대법원 2005. 7. 28 선고 2005도3071판결.

33) 대법원 2018. 4. 12 선고 2017두74702 판결.

34) 서울신문, 2023.04.07., “‘행복하게 사는 게 복수’... 자매 11년 간 성폭행한 학원장 징역 20년”, <https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230407500070>

35) 한국일보, 2022.06.28., “제주 어학원장 ‘그루밍 성범죄’ 전말...우등생 학습성취욕 이용해 지배”, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2022062601150005274?did=NA>

해자의 취약한 처지를 이용하는 유형이 있다. 피해자의 취약한 처지는 경제적 환경에서 기인할 필요가 없으며 성인도 그 대상이 될 수 있다. 가해자가 이 같은 처지를 유발할 필요도 없다. 그런데 이와 같은 유형의 사건 판결례 중 다음의 사건은 이와 관련하여 비판할 만한 부분이 있다. 연예인을 시켜주겠다며 접근해 15세 중학생과 수차례 성관계를 맺고 임신을 하게 한 연예기획사 대표가 상습 성폭행 혐의로 기소되었는데 1심과 2심에서는 각각 유죄로 판결하였으나 대법원³⁶⁾에서 무죄를 확정하였다. 사건에서 피고인은 중학생과 수차례 성관계를 하고 피해자가 임신한 채 가출하자 한 달간 동거하였는데 이후 성폭행을 신고한 사안에서 피해자가 평소 기획사 대표에게 보낸 편지와 문자 메시지에서 ‘사랑한다’는 표현을 한 점, 다른 사건으로 구속된 피고인을 면회하고 편지를 쓴 점 등을 토대로 피고인과 피해자를 연인간 관계로 해석하였다.³⁷⁾ 해당 판결은 그루밍 성폭력의 특징을 제대로 이해하지 못했다는 비판을 받기도 하였다. 해당 사건의 문제는 심리적으로 지배된 피해자의 경우 가해자를 사랑한다고 믿음으로써 성 착취를 받아들이게 할 수 있기 때문에, 지나치게 단편적으로만 판단하고 관찰한 점이다. 특히 부모와 분리되어 고립된 미성년자의 경우 이러한 심리적 지배가 더 용이하였을 것을 고려해야 한다. 이 판결의 경우 피해자가 피고인의 행위에 진실로 동의한 것인지 살펴볼 때, 피해자의 취약한 처지를 이용하여 심리적 영향력을 행사함으로써 심리적인 지배 정도에 나아갔는지 살펴봐야 할 것이다.

나. 항거가 불능할 정도의 심리적 영향력 행사

2021년 7월 교회 교인 성폭력 사건에 관한 1심판결³⁸⁾에서 피고인 목사가 교회 신도를 대상으로 추행 등의 성적 행위를 하여 청소년성보호법 위반(유사성행위, 준강제추행, 위계 등에 의한 간음추행)등으로 기소되었고 판결에서 유죄가 인정되었다. 판결에서는 다음과 같은 사정을 고려하였다. ① 피해자들은 어린 시절부터 교회 신도로서 피고인에

36) 대판 2017. 11. 9, 2015도17068, 2015전도260.

37) 김정연, “성폭력범죄 판결에서 나타난 ‘그루밍’ 성범죄의 피해특성과 관련 개정 법률규정에 대한 비판적 검토”, *피해자학연구* 제27권 제2호, 2019, 38쪽.

38) NEWSNJOY보도, 2021.07.09., “신도들 심리적으로 지배한 후 범행”...재판부도 사실상 ‘그루밍 성폭력’ 인정”, <https://www.newsnjoy.or.kr/news/articleView.html?idxno=303031>. 해당 사건은 2022년 4월 28일 대법원에서 항소가 기각되어 유죄가 확정되었다.

게 순종해야 한다는 취지의 가르침을 받아 왔고, 피고인을 의존하며 관계가 단절되는 것을 두려워했으며 ② 피고인은 담임목사 아들인 동시에 교회 전도사로서 학생부의 큰 존경과 신뢰를 받아 왔고, 피해자들에게 상당한 신앙적·정신적인 영향력을 미친 것으로 판단된다. 피고인은 종교 지도자로서 종교적 교리를 설파하는 한편, 일상생활에서도 피해자들에게 다양한 정서적·물질적 도움을 제공했고 이에 따라 피해자들은 더욱 피고인의 말을 절대적으로 신뢰하게 됐다. ③ 각 행위 당시 피해자 연령과 상황, 피고인의 영향력, 피해자들이 인식한 피고인들의 개인적인 특별한 관계 등에 의해, 피해자들은 행위나 피해 내용에 대해 즉시 인지하기 어려웠던 것으로 판단된다. 이런 경위로 피해자들의 자유 의사, 자기 결정권이 제압되었다. 판결은 피고인이 상당한 위력을 행사하여 피해자들이 추행 등 성적 행위에 대해 적극적으로 저항하지 못한 것을 인정하였다.

해당 판결은 교인에게 미친 정신적 영향력과 신뢰 등으로 피고인들의 심리를 조종하였음을 인정하고 이를 바탕으로 피해자들이 성폭행에 저항할 수 없었다고 판단한 것으로 볼 수 있다. 이처럼 강한 정신적 영향력을 받아 항거가 불가능한 수준에 이르면 심리적인 지배에 이르렀다고 판단할 수 있다. 이와 유사한 판결들을 검토해보면, 피고인 목사와 교인 사이의 성관계가 합의에 의해 이루어졌으므로 강간이 아니며, 강제추행은 목사와 교인 사이에 있을 수 있는 접촉이라고 주장한 사건이 있다. 법원은 피해자들이 피고인을 맹신하고 신적인 존재로 여겨 성폭행을 인식하지 못하거나 요구에 저항할 수 없었음을 들어 상습 준강간죄를 인정하였다.³⁹⁾

심리적 지배 상황 하에서 피해자들은 강한 심리적 영향력을 받아 ‘오인’, ‘착각’, ‘부지’ 등에 이르면 합리적인 판단능력을 상실할 수 있다. 이 경우 피해자는 ‘항거불능’의 상황에 놓일 수 있다. 그러나 심리적 영향력을 받는 상황과 환경은 개인마다 달라 정형화하기 어려우므로 개별적으로 맥락을 파악해야 하는 어려움이 있다. 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 판결에서 피고인은 스마트폰 채팅 애플리케이션을 통하여 알게 된 14세의 피해자에게 자신을 고등학교 2학년이라고 거짓으로 소개하고 채팅을 통해 교제하던 중 자신을 스토킹 하는 여성 때문에 힘들다며 그 여성을 떼어내려면 자신의 선배와 성관계를 하여야 한다는 취지로 피해자에게 이야기하였다. 피해자는 피고인과 헤어지

39) NEWSIS 보도, 2021.06.05., “신도들 세뇌해 상습 강간한 70대, 항소심도 중형 선고”, https://newsis.com/view/?id=NISX20210604_0001465635&cID=10807&pID=10800

는 것이 두려워 피고인의 제안을 승낙하였고 피고인을 마치 자신이 언급하였던 선배인 것처럼 행세하여 간음한 사안이다. 본 사례는 성인의 관점에서는 피해자를 이해하기 힘든 측면이 있다.⁴⁰⁾ 판례에서는 위계에 의한 간음죄의 성립을 인정하면서 해당 죄의 보호 대상인 미성년자, 심신미약자, 피보호자·피감독자, 장애인 등은 나이, 정신기능 등의 장애, 행위자와 피해자 사이의 종속적인 관계 등으로 인해 행위자를 비롯한 외부의 영향으로부터 자신을 방어하기 어렵고 내부 정신작용이 왜곡되기 쉽다고 하였다. 이처럼 심리적 영향력이 지배에 이르는 단계를 논함에 있어 자기결정권을 행사할 수 있는 대상과 자기결정권 행사에 제약이 있는 대상의 보호 정도를 고려한 법리를 구성할 필요가 있다.⁴¹⁾

다. 피해자의 자기결정권을 현저히 침해

일명 ‘가스라이팅 성매매’ 사건⁴²⁾에서는 2013년 사회초년생인 피해자가 직장동료로 일하던 피고인에게 크게 의지하게 되자, 피해자에게 영향력을 행사하여 이혼과 재혼을 종용하고 개명을 강요하였고, 이를 핑계로 약 2500여건의 성매매를 강요하여 5억원을 갈취하면서 피해자를 폭행하거나 피해자가 잠적하자 위치정보를 수집한 뒤 협박하는 등 성매매 알선, 감금, 폭행 등의 혐의가 인정되었다. 피고인들은 다른 혐의를 인정하면서도 성매매 알선혐의는 부정하였으며, 피해자가 자발적으로 성매매를 하였다고 주장하였으나 법원이 이를 받아들이지 않았다.⁴³⁾ 이 사안과 같은 경우 물리적인 폭력이 수반되었으므로 강한 심리적 영향력을 행사하여 피해자를 통제하였다는 사실 또한 인정하기 용이하였을 것으로 보이나, 폭력이 수반되지 않은 경우 심리적 지배의 정도에 이르렀는지 판단하기 어려울 것으로 보인다. 이 사건에서 법원은 가해자가 강한 심리적 영향력을 행사하여 자기결정권을 상실하였는지 여부를 따지고 있다. 법원은 피해자 연령과 상황, 피고인

40) 김두상, “아동·청소년에 대한 그루밍 성범죄에 대한 고찰”, 강원법학 제68권, 2022, 162쪽 각주 22번에서 필자가 제시한 의견이다.

41) 김정연, “성폭력범죄 판결에서 나타난 ‘그루밍’ 성범죄의 피해특성과 관련 개정 법률규정에 대한 비판적 검토” 피해자학연구 제27권제2호, 2019, 41쪽.

42) NEWSIS 보도, 2023.07.21., “‘가스라이팅 성매매’ 2500차례나 강요…화대 5억 채권 일당 징역형 구형”, https://newsis.com/view/?id=NISX20230721_0002385888&cID=10810&pID=10800

43) 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제2조 성매매 알선등의 행위 중 ‘성매매를 알선·권유·유인 또는 강요하는 행위’ 중 성매매 강요에 해당한다.

의 영향력, 피해자들이 인식한 피고인들의 개인적인 특별한 관계 등에 의해, 피해자들은 행위나 피해 내용에 대해 즉시 인지하기 어려웠던 것으로 판단하였고, 이런 경위로 피해자들의 자유의사, 자기 결정권이 제압되었다고 보았다.

판결례를 살펴보면 심리적인 지배 상황에서 죄의 성립을 인정함에 자기결정권의 침해, 또는 자유의사의 제압을 중요 쟁점으로 검토하고 있다. 앞서 살펴본 도지사의 ‘여비서 성폭력 사건’에 관한 판결은 피고인과 피해자의 관계를 고려해보건대 피해자의 성적 자기결정권을 현저히 침해된 사실을 고려하여 유죄로 판시하였고, ‘교회 교인 성폭력’ 사건의 판결에서도 피해자들의 자유의사, 자기 결정권이 제압된 사정을 고려하였다. 주로 위력과 관련하여 성적 자기결정권이 상실된 사정이 고려된다. 심리적 지배의 경우 피해자가 현실을 오도게 하거나 피해자를 심리적으로 길들여 스스로 결정하지 못하게 하는 것과 같은 양상으로 나타나므로, 범죄의 동의와 관련하여 자기결정권의 상실 문제를 검토할 필요가 있을 것이다.

그런데 심리적 지배와 관련한 문제는 주로 가정폭력, 데이트폭력, 성폭력과 결부되는데 피해자가 자기결정권을 상실하여 스스로 사망에 이르는 상황에서 생명을 침해한 범죄와 관련한 쟁점을 검토할 수 있을 것인지는 복잡한 문제가 될 것으로 보인다. 앞서 살펴본 ‘가평계곡 살인사건’ 판결에서는 검찰이 이른바 가스라이팅에 의하여 직접 살인이 성립하였다고 주장한 바가 주요 쟁점이었는데, 어느 정도의 심리적 지배에 이르러야 자기결정권을 상실해 사망에 이르렀음을 인정할지 구체적으로 법리를 논하지 않고서는 이 같은 주장은 인정되기 어려울 것으로 보인다. 이를 논하려면 생명을 침해한 범죄를 인정할 정도의 심리적 지배와 피해자의 행위 사이의 인과관계를 어떻게 인정할 수 있을 것인가에 대한 쟁점을 분명히 다뤄야했으리라고 생각된다.

3. 심리적 지배 개념의 법적 의의

심리적 지배 개념은 심리적인 방법을 수단으로 하여 위해를 가하는 행위 중에서 형법적 의미를 갖는 행위를 구체화할 수 있게 한다는 점에서 의의가 있다. 개인의 심리에 대한 현대사회의 관심은 형법의 영역으로도 옮겨가며 심리를 조종당한 이를 형법적으로 보호할 수 있는지에 대한 논의를 제기한다. 형법은 보다 적극적으로 이 같은 행위를 포

섭해 피해자를 보호하는 방향으로 나아갈 수 있다. 그러나 가스라이팅이나 그루밍과 같은 모호하고 정형성이 없는 개념을 형법으로 모두 포섭할 수는 없기 때문에 이를 구체화할 수 있는 기준으로서 법 도그마틱이 중요하다. 논한 바와 같이 피해자의 취약한 처지를 이용하거나, 항거가 불가능할 정도의 심리적 영향력을 행사하거나 피해자의 자기결정권을 침해하는 정도에 이르면 심리적 조작이 심리적 지배에 이르렀다고 보아 형법적 의미를 갖는다고 할 수 있다.

심리적 지배 개념은 쟁점이 될 형법 각칙상의 구성요건을 적극적으로 해석하는데 기여할 수 있다. 이는 피해자 보호를 위한 형사정책을 실현하는 방향으로 나아가고자 하는 시도이다. 또한 법의 자의적인 해석을 막고 실정법 내에서 심리에 위해를 가하는 행위 중 의미 있는 행위를 가려내는 기준이 될 수 있다.

IV. 심리적 지배 상황에 관한 현행 형법규정 해석 구체화

심리적 지배 개념을 바탕으로 현행 형법 규정의 법리 해석을 보다 구체화할 수 있을 것이다. 이를 논하고자 심리적 지배 개념이 쟁점이 될 형법 영역을 더 좁혀 논하고, 이를 다시 행위 유형별로 분석하였다.

1. 형법 규정에 따른 유형화

가. 심리적 지배 쟁점의 영역

판례를 분석하면, 심리적 지배는 피해자를 오도케 하거나 길들이는 심리적 조작행위가 피해자의 취약한 처지를 이용하거나, 강력한 심적 영향력을 행사하여 항거를 불가능하게 하거나, 피고인의 행위에 동의하는 것처럼 보이게 하나 실제로는 피해자의 자기결정권을 상실케 하는 단계에 이른 경우를 가리킨다고 할 수 있다. 심리적 지배의 개념을 형법 규정으로 포섭하기 위해 심리적 지배 개념의 쟁점이 될 영역을 분류해볼 수 있다. ① 심리적 지배를 행하기 위해 신뢰를 쌓는 등 범죄에 이용하기 전 준비하는 단계가 있다. 이는 전통적인 형법 규정이 적용되지 않는 영역이다. ② 비폭력적인 행위를 통해 착

취하는 등 범죄의 대상으로 삼는 경우가 있다. ③ 신체적, 물리적 행위를 수반하는 폭력이 수반되는 동시에 이를 더 용이하게 하고자 심리적인 지배를 수단으로 하는 경우가 있다.⁴⁴⁾

①은 일반적으로 형법이 규율하지 않는 영역이며, 심리적 지배 단계 자체를 범죄화할 수 없다. 다만, 해외에서는 특히 영국에서 이를 범죄로 규정한 바 있다. ③의 경우, 기존의 형법 규정으로도 의율이 가능하여 심리적 지배 개념이 쟁점이 되지 않을 것이다. 심리적 지배 개념을 통한 법리 구체화가 문제되는 영역은 ②의 영역이 될 것이다. 심리적 지배 상황을 기존의 형법 규정으로 의율할 수 있는지 모호한 경우를 아래에서 구체적으로 논의해보고자 한다.

2. 행위 유형별 분석

형법이 의율하는 행위유형별로 분석해보자면, 심리적 지배 상황에서 피해자가 ① 가해자의 범죄실행 도구가 되거나⁴⁵⁾ ② 범죄의 대상이 되더라도 이에 항거하기 어려운 경우로 분류해볼 수 있다. ①의 경우, 피해자의 면책사유를 검토할 수 있으나 ②의 경우 범죄의 성립과 관련한 문제를 검토해볼 수 있다. 심리적 지배 상황을 양형요소 정도로 고려하는 것이 타당하다는 의견⁴⁶⁾이 있으나, 심리적 지배 상황이 범죄의 성립에 관한 판단을 어렵게 하는 이상, 구체적으로 검토해볼 필요가 있다.

가. 범죄를 행하게 하거나 범죄의 도구로 이용되는 경우

심리적 지배를 받은 피해자가 범죄를 행하거나 범죄의 도구로 이용되는 경우, 적법한 행위예의 기대가능성이 없다고 판단될 때 책임조각사유를 검토할 수 있다.⁴⁷⁾ 가해자는

44) 이 같은 영역 구분은 함현지, “성범죄의 예비·음모행위로서의 ‘그루밍’에 관한 고찰”, 저스티스 제184권, 2021에서 그루밍의 영역을 구분한 바를 바탕으로 하였다.

45) 오세연, 송혜진, “사례분석을 중심으로 한 가스라이팅 범죄의 진행과정에 관한 연구”, 한국융합과 학회지 제10권 제5호, 2021, 103쪽.

46) 부산일보, 2023.03.20., “가스라이팅 범죄 왜 못 막나...‘심리적 지배’ 범죄 느는데 수사·재판 지침도 없어”, <https://www.busan.com/view/busan/view.php?code=2023032018392189111>

47) 다만, 이는 적법행위가 기대불가능한 구체적 사건에 대하여 기대가능성을 보편화된 기준으로서 판단하는 것이 아니라, 강요된 행위 또는 형법 각칙의 해당규정을 검토하는 것이다. 따라서 형법규

피해자와 공범 관계가 성립하는데, 피해자의 책임조각사유가 인정될 때 가해자의 경우 간접정범이 성립할 수 있다. 피해자에게 책임조각사유가 없다면 가해자의 경우 공동정범, 교사범 등을 고려해볼 수 있다.

심리적 지배가 심신장애의 정도에 이르는 경우 형법 제10조를 검토할 수 있는데, 형법 제10조 제1항에서 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다고 규정하고 있다. 만약 심리적 지배가 심신장애에 이르지 않더라도 제2항에 따라 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다. 형법 제10조의 심신장애의 유무 및 정도를 판단할 때, 반드시 전문인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 제반자료와 공판정에서의 피고인의 태도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.⁴⁸⁾ 형법 제10조 이외에도 형법 제12조의 강요된 행위를 검토할 수 있는데, 형법 제12조의 규정은 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 벌하지 아니한다고 규정하고 있다. 피해자가 오랜 기간 지속된 심리적 압박으로 인해 적법한 행위를 할 기대가능성이 없다면 형법 제12조를 고려해볼 수 있다. 여기서 말하는 저항할 수 없는 폭력에서는 절대적 폭력이 제외된다. 형법 제12조 소정의 저항할 수 없는 폭력은, 물리적으로 대항할 수 없는 경우뿐 아니라 심리적으로 이를 거부할 수 없는 처지에 있는 경우를 포함하고, 협박이란 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 달리 막을 방법이 없는 협박을 말하며, 강요라 함은 피강요자의 의사결정이나 활동의 자유가 침해되어 강요자가 요구하는 일정한 행위를 하게 하는 것을 말한다.⁴⁹⁾

나. 범죄의 피해자가 되는 경우

심리적 지배로 인하여 범죄를 범하게 하거나 범죄의 도구가 되었을 때보다 범죄의 피해자가 되는 경우 검토가 복잡해진다. 범죄의 피해자가 심리적으로 지배되었는지의 여부

정이 정하고 있는 요건에 대한 판단에 관한 문제라 할 수 있다. 배종대, 「형법총론」 제9개정판, 홍문사, 2008, 476쪽.

48) 대법원 1991. 9. 13. 선고 91도1473 판결.

49) 이재상, 장영민, 강동범, 「형법총론」 제11판, 박영사, 2022, 382-385쪽.

를 고려하지 않을 경우 범죄의 성립요건을 충족하지 못하거나 피해자가 범죄에 동의하였다고 볼 수 있게 된다. 이에 따라 심리적 지배 상황을 포섭할 때 현행법상 규정을 어떻게 해석할 지 논하고자 하였다.

1) 강간죄에서의 협박

예컨대, 형법 제297조 강간죄의 경우, 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하고 있다. 폭행 또는 협박의 죄협의를설에 의하면 강간죄의 폭행·협박은 ‘상대방의 반항이 현저히 곤란할 정도의 폭행·협박’이며 판례도 이처럼 보고 있다. 최근 해석상 강간죄의 폭행·협박이 인정되는 범위는 ‘성인지감수성’을 고려하는 판례 경향상 넓어지고 있는 것으로 보인다. 특히 ‘반항이 현저히 불가능할 정도의 협박’의 해석에 있어 심리적 지배개념을 구체화할 필요가 있다. 이는 심리적 지배 상황에서 항거가 현저히 곤란하여 강간죄의 성부가 모호해지는 경우에 대한 판단 기준을 제시할 것이다.

물론, 피해자가 심리적으로 가해자에게 속박되어 있다고 하더라도 ‘반항이 현저히 곤란할 정도의 협박’이라기 보기 어려울 수 있다. 이 같은 경우 제299조 준강간죄의 규정으로 가해자의 경우 ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자’에 해당하는지 검토할 수 있다. 이에 피해자에 대한 심리적 지배가 항거불능의 수준에 이르렀는지 여부를 판단하는 기준이 필요할 것으로 보인다.

2) 위계 또는 위력에 의한 간음·추행

강간죄 또는 준강간죄에 해당하지 않더라도 피해자가 심리적으로 지배되는 경우, 위계 또는 위력에 의한 간음 또는 추행이 성립할 수 있다. 형법 제302조에서는 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있으며, 제303조 제1항에서 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 또한 13세미만의 미성년자, 장애인에 대한 위계 또는 위력의 간음에 대하여 「성폭력 범죄의 처벌 등에 관한

특례법(이하 ‘성폭력특례법’))에서 규정하고 있고, 아동·청소년에 대한 위계 또는 위력의 간음에 대하여 청소년성보호법에서도 규정하고 있다. 앞선 판결에서 본 바와 같이 피해자들을 심적으로 지배하여 적극적으로 저항하지 못하게 한 경우에도 위력에 의한 간음 또는 추행이 성립할 수 있다.

위력이란 사람의 의사를 제압할 만한 힘을 사용하는 것으로, 폭행·협박을 행사하는 강요 정도에 이르지 못하더라도 사람의 의사를 제압하기에 충분한 세력이다.⁵⁰⁾ 판례는 위력의 의미와 관련하여 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로 폭행·협박뿐 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, 위력행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되고, 이 경우에 있어서의 위력은 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것임을 요하는 것은 아니라 할 것이라고 하였다.⁵¹⁾ 이에 따라 심리적으로 지배된 피해자들의 자유의사, 자기 결정권이 제압된 것이 위력이 행사된 것으로 볼 경우가 있을 것이다.

심리적 지배 상황에서 위계에 의한 간음이 성립했다고 볼 수도 있다. ‘위계’라 함은 행위자의 행위목적 달성을 위하여 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 뜻한다.⁵²⁾ 대법원은 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 판결에서 ‘위계’의 대상은 간음행위 그 자체에 대한 오인, 착각, 부지에 한한다는 종전 판례의 태도를 변경하였다. 이는 앞서 다룬 사건(피고인은 스마트폰 채팅 애플리케이션을 통하여 알게 된 14세의 피해자에게 자신을 고등학교 2학년이라고 거짓으로 소개하고 채팅을 통해 교제하던 중 자신을 스토킹 하는 여성 때문에 힘들다며 그 여성을 떼어내려면 자신의 선택과 성관계를 하여야 한다는 취지로 피해자에게 이야기하여 성관계를 한 사건)의 판결인데, 피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 간음행위 자체일수도 있고, 간음행위에 이르게 된 동기이거나 간음행위와 결부된 금전적 비금전적 대가와 같은 요소일 수도 있다고 하여 종래의 태도를 변경하여 위계에 의한 간음죄의 성립을 인정하였다.

판례는 이와 같은 결정의 이유로 왜곡된 성적 결정에 기초하여 성행위를 하였다면 왜곡이 발생한 지점이 성행위 그 자체인지 성행위에 이르게 된 동기인지는 성적 자기결정권에 대한 침해가 발생한 것은 마찬가지라는 점에서 핵심적인 부분이라고 하기 어렵다고

50) 오영근, 「형법각론」 제7판, 박영사, 2022, 41쪽.

51) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도3341 판결.

52) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결.

하였다. 또한 성폭력범행에 특히 취약한 사람을 보호하고 행위자를 강력하게 처벌하려는 입법태도, 피해자의 인지적 심리적 관계적 특성으로 온전한 성적 자기결정권 행사를 기대하기 어려운 사정 등을 종합하면, 행위자가 간음의 목적으로 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성하였다면 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 인정할 수 있고, 따라서 위계에 의한 간음죄가 성립한다. 판례는 행위자의 위계적 언동이 존재하였다는 사정만으로 위계에 의한 간음죄가 성립하는 것은 아니므로 위계적 언동의 내용 중에 피해자가 성행위를 결심하게 된 중요한 동기를 이룰 만한 사정이 포함되어 있어 피해자의 자발적인 성적 자기결정권의 행사가 없었다고 평가할 수 있어야 한다고 하면서, 이와 같은 인과관계를 판단함에 있어서는 피해자의 연령 및 행위자와의 관계, 범행에 이르게 된 경위, 범행 당시와 전후의 상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다고 하였다. 이를 두고 판례가 인과관계를 따져야 한다는 전제를 두기는 하였으나, 위계의 대상을 확연히 넓혔다⁵³⁾고 평가하기도 한다. 이러한 관점에서 보건대, 심리적 지배된 피해자를 대상으로 하여 이를 이용해 성관계를 하였다면 위계에 의한 간음죄가 성립할 가능성이 확대되었다고 볼 수 있다.

그러나 이 같은 요건으로 심리적 지배에 의한 성적 폭력이 모두 포섭되는 것은 아니다. 심리적 조작 단계는 친밀감을 형성하고 신뢰를 갖게 함으로써 현실을 오도케 하거나 판단력을 상실하게 하는 단계를 거치는데, 이러한 사실이 ‘항거불능’과 ‘위력’, ‘위계’에 해당하지 않는 경우도 있기 때문이다. 법리를 구체화하여 심리적 지배가 이 같은 기준을 충족하지 못하는 경우를 논할 수 있을 것이다.

3) 위계 등에 의한 촉탁살인

위계 또는 위력 등을 요건으로 하는 범죄 중 제253조에서 위계 등에 의한 촉탁살인 등을 규정하고 있다. 위계 또는 위력 없이 자살을 결의하게 되면 자살교사죄에 해당하지만, 심리적 지배에 의해 자살을 결의하게 하는 경우 위계 또는 위력에 의한 살인 규정을 적용할 수 있다. 그러나 ‘가평계곡 살인사건’과 같이 피해자가 자살을 결의하지 않았음에도 심리적으로 지배되어 지시하는 대로 행동했다면 이러한 규정이 적용될 수 없을 것

53) 김정연, “성폭력범죄 판결에서 나타난 ‘그루밍’ 성범죄의 피해특성과 관련 개정 법률규정에 대한 비판적 검토”, 피해자학연구 제27권 제2호, 2019, 41쪽.

이다. 이 같은 경우는 단순 살인죄를 검토하는 것이 타당한데, 어느 정도의 심리적 지배에 이르러야 할지는 구체화가 필요하다.

이처럼 심리적인 지배로 범행의 대상이 되는 경우 이에 항거하지 못하는 등, 범죄 구성요건의 표지를 충족하기 어려운 경우가 있다. 이에 법규정의 해석으로 이를 포섭할 수 있을지 혹은 포섭할 필요가 있는지 등을 더 논의해볼 필요가 있을 것이며, 범죄를 구성하는 심리적 지배의 기준에 대한 명확하고 구체적인 논의가 수반되어야 할 것이다.

4) 약취와 유인

약취와 유인의 죄에는 미성년자의 약취유인죄와 영리를 위한 약취 유인·매매죄 등이 있다. 이는 사람을 약취 또는 유인하여 자기 또는 제3자의 실력적 지배하에 둠으로써 개인의 자유를 침해하는 죄이다. 판례는 약취행위는 폭행 또는 협박을 수단으로 하여 미성년자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 범인이나 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 말하는 것이라고 해석하고 있어⁵⁴⁾ 비폭력적인 심리적 지배의 경우, 약취에 해당하지 않을 것이다. 유인의 경우, 판례는 미성년자 유인죄의 기망 또는 유혹을 수단으로 하여 미성년자를 피어 그 하자 있는 의사에 따라 미성년자를 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈하게 하여 자기 또는 제3자의 사실적·실력적인 지배관계를 의미한다고 한다.⁵⁵⁾ 따라서 유인 행위는 물리적, 실력적 지배 수준에 나아가야 하므로 비폭력적인 심리적 지배 쟁점이 문제될 가능성은 크지 않을 것으로 보인다.

5) 성범죄의 예비음모

2020년 성범죄의 예비음모죄가 신설되어 성폭력 등의 준비 또는 성폭력 모의도 처벌할 수 있게 되었다. 형법 제305조의3에서 강간, 유사강간, 준강간, 강간상해, 미성년자에 대한 간음 또는 추행을 범할 목적의 예비 또는 음모를 규정하고 있다. 성폭력특례법 제

54) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도8485 판결.

55) 대법원 1998. 5. 15. 선고 98도690 판결.

15조의2와 청소년성보호법 제7조의 2에서도 예비음모죄를 규정하고 있다. 이렇게 신설된 성범죄의 예비음모는 폭력범죄인 강간 등의 죄뿐만 아니라 위계간음죄의 예비음모까지도 처벌하도록 규정하고 있다. 기존 형법이 규정하던 예비·음모의 죄는 내란죄, 외환죄 등 보편적 법익에 관한 것이거나 개인적 법익에 관한 죄 중 살인죄나 강도죄와 같은 중대한 폭력범죄에 한정된 것이었는데⁵⁶⁾ 성범죄에 대해 예비음모죄를 규정한 것은 예비음모가 규정되어 있는 다른 중범죄와 마찬가지로 성범죄를 중대범죄로 취급하기로 하였음을 뜻한다고 볼 수 있다.

이처럼 성범죄의 예비·음모를 규정하였다고 하더라도, 판결로 법리가 구체화되기 이전에는 어떠한 행위가 예비·음모를 규정되는지 쉽게 예측하기 어렵다. 예비와 음모란 범죄의 실행을 목적으로 하는 준비행위로서 실행의 착수에 이르지 않은 것을 뜻한다. 객관적 요건인 외적 예비행위 자체는 수단과 방법에 제한이 없고, 판결로 법리가 구체화된다. 따라서 예비·음모 행위는 무한정하면서 무정형하다고 할 수 있다.⁵⁷⁾ 이 같은 규정이 신설되면서 어떠한 성적 목적이 미필적이라도 인정된다면 성범죄의 예비음모죄를 적용받을 가능성이 있다⁵⁸⁾고 해석하기도 한다. 이를 따져보면 성범죄를 범할 목적으로 피해자에 대한 심리적 지배를 행할 경우, 그러한 심리적 지배를 행한다는 사실 자체로도 예비음모죄가 성립되었다고 볼 수도 있을 것이나, 아직까지는 분명하지 않다.

이처럼 성범죄에 대한 예비·음모죄가 신설되어 관련 법익을 보다 강력하게 보호할 수 있다고 평가할 수 있지만, 예비·음모죄가 신설되었다는 것만으로는 심리적 지배 행위에 대해 성범죄의 예비음모죄의 성립을 인정할 수 있다고 볼 수는 없다. 일각에서는 심리적 지배의 일종으로 ‘그루밍’ 단계의 행위를 성범죄의 예비·음모로 해석할 수 있다고 보는데, 이 또한 미지수로 남아있다⁵⁹⁾고 할 수 있어, 구체적인 해석이 필요할 것이다.

3. 제언

살펴본 것처럼 심리적 지배 상황에서 범행의 대상이 됨에도 이에 제대로 저항하지 못

56) 함현지, “성범죄의 예비·음모행위로서의 ‘그루밍’에 관한 고찰”, 저스티스 제184권, 2021, 248쪽.

57) 이재상, 장영민, 강동범, 「형법총론」 제11판, 박영사, 2022, 444쪽.

58) 함현지, “성범죄의 예비·음모행위로서의 ‘그루밍’에 관한 고찰”, 저스티스 제184권, 2021, 254쪽.

59) 김두상, “아동·청소년에 대한 그루밍 성범죄에 대한 고찰”, 강원법학 제68권, 2022, 165쪽.

할 때 범죄의 성립요건을 충족하는지 아닌지가 모호한 경우가 있다. 심리적 지배에 굴종한 상태의 피해자를 상대로 범행을 하는 경우 피해자가 이에 동의하였다고 해석되거나, 반향이 어려웠거나 항거가 불능하지 않았다고 해석될 수 있기 때문이다.

심리적 조작행위에 형법을 적용할 때, 다시 말해 현행법규의 적용가능성을 따질 때 가스라이팅이나 그루밍과 같은 모호한 개념으로 이를 살필 것이 아니라, 심리적인 지배 상황에 이르렀는지를 판단하는 것이 주요할 것으로 보인다. 이는 일반적인 심리적인 영향과 심리적 지배 상황을 구분하는 중요한 기준이 된다. 그리고 앞서 논의한 바와 같이 심리적 지배에 이르는 행위들을 개별적인 구성요건적 상황에 포섭할 수 있는지 법리를 보다 구체화할 필요가 있다. 예컨대 가해자의 심리적 지배가 ‘위력’의 수준에 이르렀다고 보거나, 심리적 지배 상황에 이에 대한 반향이 불가능한 상태였음을 보이거나, 동의한 것이 아니라고 볼 만하다고 평가하는 등으로 해석할 수 있다. 이처럼 심리적 조작행위나 심리적 지배행위와 같은 개념은 비교적 최근에 등장하였고 이에 대한 법리가 구체화되지 않았다. 그럼에도 이에 대한 대중과 학계의 관심이 상당한 바, 심리적 지배에 관한 구성요건적 사실을 보다 적극적으로 해석할 법리를 제시해야 한다. 현행 형법규정에 대한 기존의 해석으로도 사건을 논할 수 있지만, 그 경계가 모호한 경우 법관에 의한 법 형성 또는 법 창조가 될 수도 있는 만큼, 심리적 지배가 있는 상황에서 개별적 구성요건의 적용 법리를 구체화하는 시도는 중요하다. 심리적 조작 행위는 양형에서나 고려할 사항이라고 보는 의견도 있지만, 이 같은 모호하고 정형적이지 않은 행위가 범죄의 성립에 있어서 중요한 쟁점으로 자리 잡고 있는 만큼, 심리적 지배 개념으로 개별 구성요건 논의를 전개하는 것을 제안한다.

V. 결론

전통적인 개인의 기본권의 영역은 주로 개인의 생명과 신체, 재산을 보호하는 방식으로 형성되었다. 최근 사회의 경향성과 이슈화된 쟁점들을 살펴보면, 개인의 마음에도 관심을 갖는 시대가 도래한 듯하다. 마음에 가해지는 고통 모두를 형법이 규율할 수는 없지만, 범죄의 성부와 관련 있는 경우를 기존의 법도그마틱으로 충분히 다루기 어렵다

면, 형법이 적극적으로 이를 포섭할 필요도 있다. 최근 심리에 관한 여러 현상들을 가스라이팅, 그루밍과 같은 개념들로 지칭하고 있고, 이러한 개념들이 인지도를 얻기 시작하면서 법의 영역에서도 이를 고려하여 판결의 쟁점으로 삼거나 법을 제정하는 양상이 나타나고 있는 것도 이와 같은 맥락에서 해석할 수 있다. 그러나 이와 같은 개념들을 그대로 법적 쟁점으로 포섭하는 것은 문제가 있다. 가스라이팅과 같은 개념은 심리학적 개념이 아닌 대중적인 유행어에 가깝고, 그루밍의 개념은 모호하고 광범위하여 학계에서도 합의되지 않았다. 이러한 모호한 개념들을 판결에서 쟁점으로 삼을 때 개념이 구체화되지 않아 혼란이 발생하거나, 법을 자의적으로 해석하여 적용하는 일이 나타난다.

이 같은 개념들은 심리학적으로는 심리적 조작행위에 근접한 개념이고, 그 행위 양태 또한 정형적이지 않아 이러한 개념을 곧바로 법으로 포섭할 수 없다. 이는 전통적으로 형법이 명시적으로 규정하지 않는 내심의 작용이기 때문에, 심리적 조작행위 일체를 법으로 다루는 것도 가능하지 않다. 따라서 본 논의에서는 이를 다룰 수 있는 법도그마틱 개념이 필요하다고 생각하였고, 이를 판결에서 논의된 바 있으며 최근 언론에서도 주목하고 있는 ‘심리적 지배’라는 개념으로 논의하였다. 형법이 포섭할 수 있는 심리적 조작행위는 범죄행위의 예비로서, 또는 범죄행위에 수반되는 행위로서 범죄와 관련이 있어야 하고, 이는 심리적으로 지배되는 수준에 이르러야 형법상 의미가 있을 것이다. 또한 본 논의에서는 심리적 지배 쟁점을 논의하는 영역을 더 좁게 설정한다. 범죄를 위해 심리적인 지배를 시도하는 단계의 행위는 형법에서 전통적으로 다루는 영역이 아니다. 또한 폭력적인 행위가 수반되는 심리적 지배행위의 경우 기존의 형법 규정으로 충분히 다룰 수 있다. 그러나 비폭력적인 방식으로 심리적으로 지배된 피해자가 범죄의 대상이 된 경우, 범죄의 성립여부 자체가 모호해져 심리적 지배가 중요한 쟁점이 된다.

일각에서는 이를 적극적으로 다룰 경우 형법의 보장적 기능을 침해할 수 있어 심리적인 지배를 양형상 요소로만 다루는 것이 적합하다고 본다. 그러나 현재의 판결을 살펴보면 심리적인 지배 여부가 범죄 성립 여부에서 중요한 쟁점이 되는 양상으로 나타나므로, 이를 양형에서만 고려하는 것은 타당하지 않다. 이와 반대되는 입장에서는 오히려 이들을 포섭할 수 있는 새로운 법을 제정하여 처벌의 공백을 없애야 한다고 주장하기도 한다. 예컨대 영국 법에는 이른바 ‘가스라이팅 범죄’라고 칭해지는 형법 규정이 있다. 2015년 제정된 Serious Crime Act 2015 Section 76에서는 친밀한 관계(intimate

relationship)에서의 강압적 또는 통제적 행동을 범죄로 규정하여⁶⁰⁾, 중대한 신체적 폭력에는 이르지 못하나 극단적인 심리적 또는 정서적 학대에 해당하는 행동을 경험한 피해자를 보호하고 있다.⁶¹⁾ 이는 삶의 통제권을 잃게 할 지속적인 학대에 노출될 수 있는 피해자들을 보호하고자 함에 그 목적이 있고, 가장 가까운 이들의 신뢰를 위배하는 것은 옳지 않으며, 정서적 또는 통제적인 학대를 용납하지 않을 것이라는 메시지를 역설한다고 한다.⁶²⁾ 그러나 판례법주의 국가인 영미법의 체계와 달리 법 정형성과 명확성 원칙을 중시하는 법체계에서는 이 같은 법을 규정할 경우 명확성의 요구에 크게 위배될 수 있다. 또한 심리적 조종을 독립적 구성요건으로 규정하는 경우, 심리적 위해라는 내면의 작용 자체를 법적으로 규정할 것이 아니라 영국의 법 규정과 같이 ‘강압적’, ‘통제적’이라는 용어를 사용하여 규정하게 되는데 이는 과잉형법, 또는 형사법의 지나친 전단계화가 될 것이라는 비판이 제기될 수 있다. 이와 같은 관점에서, 형법의 주관성 요소를 연구하는 미국의 Erin Sheley 교수는 강압적 통제의 범죄화는 물리적 폭력에 속하지 않는 대인 관계적 행동을 규율하는 폭넓은 형식을 포착할 것을 목표로 한다고 보면서⁶³⁾, 이는 지나치게 애매모호하고 광범위하며 사람의 생각을 범죄화할 수 있다는 점에서 실체적 문제를 야기할 수 있다고 본다.⁶⁴⁾ Sheley 교수는 강압적 통제 규정과 유사한 구조와 목표를 갖는 여타 실체법적 규정, 예컨대 Child and Elder Abuse(아동 및 노인학대), Stalking(스토킹), False Imprisonment(불법 감금), Blackmail(협박), Criminal Conspiracy(범죄 음모), Fraud(사기) 등을 검토하고 조사함으로써 이 같은 문제를 해결하고, 위험적인 변칙을 창출하지 않아야 한다고 주장한다.⁶⁵⁾

60) The new § 76 states: (1) A person (A) commits an offence if—

- a. A repeatedly or continuously engages in behaviour towards another person (B) that is controlling or coercive,
- b. at the time of the behaviour, A and B are personally connected,
- c. the behaviour has a serious effect on B, and
- d. A knows or ought to know that the behaviour will have a serious effect on B.

61) <https://www.gov.uk/government/news/coercive-or-controlling-behaviour-now-a-crime>

62) <https://www.gov.uk/government/news/coercive-or-controlling-behaviour-now-a-crime>

63) Sheley, E. (2020). Criminalizing Coercive Control Within the Limits of Due Process. *Duke LJ*, 70, 1321, p. 1325.

64) Sheley, E. (2020). Criminalizing Coercive Control Within the Limits of Due Process. *Duke LJ*, 70, 1321, p. 1338-1345.

65) Sheley, E. (2020). Criminalizing Coercive Control Within the Limits of Due Process. *Duke*

이처럼 본 논의에서는 심리적 지배에 관한 법도그마틱적 논의를 바탕으로 법해석을 보다 구체화할 것을 제언하였다. 이에 관한 새로운 범죄를 창설할 것이 아니라, 법의 해석 기준을 구체화·세분화하는 것이다. 이는 형법이 보장적 기능을 핵심으로 하면서도 경직성을 극복하고 피해자 보호 이념을 추구하고자 하는 정책을 실현하는 것이라 할 수 있다.

참고문헌

[단행본]

- 배종대, 홍영기, 『형사정책』, 홍문사, 2019.
- 배종대, 『형법총론』 제9개정판, 홍문사, 2008.
- 오영근, 『형법각론』 제7판, 박영사, 2022
- 이재상, 장영민, 강동범, 『형법총론』 제11판, 박영사, 2022.

[논문]

- 공정식, “성인대상 성적 그루밍 방식의 성폭력 평가”, 안전문화연구 제12권, 2021.
- 김두상, “아동·청소년에 대한 그루밍 성범죄에 대한 고찰”, 강원법학 제68권, 2022.
- 김정연, “온라인 그루밍 처벌규정의 도입 의의와 과제”, 형사정책 제33권 제2호, 2021.
- 김정연, “성폭력범죄 판결에서 나타난 ‘그루밍’ 성범죄의 피해특성과 관련 개정 법률규정에 대한 비판적 검토”, 피해자학연구 제27권 제2호, 2019.
- 오세연, 송혜진, “사례분석을 중심으로 한 가스라이팅 범죄의 진행과정에 관한 연구”, 한국융합과학회지, 제10권 제5호, 2021.
- 윤정숙, 이태현, 김정숙, “아동·청소년 성범죄에서 그루밍(Grooming)의 특성 및 대응방안 연구”, 한국형사법무정책연구원, 2019.
- 전수아, 권하늬, 정한나, 김수영, “아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 관한 연구”, 사회복지연구 제52권 제1호, 2021.
- 함현지, “성범죄의 예비·음모행위로서의 ‘그루밍’에 관한 고찰”, 저스티스 제184권, 2021.
- Ezioni, L. (2020). The crime of grooming. Child & Fam. LJ, 8, 1.
- Knapp, D. R. (2019). Fanning the flames: Gaslighting as a tactic of psychological abuse and criminal prosecution. Alb. L. Rev., 83, 313.
- Sheley, E. (2020). Criminalizing Coercive Control Within the Limits of Due Process. Duke LJ, 70, 1321.

Discussions of the concept of psychological domination as a criminal law issue

Kim, Hae Mi

This discussion deals with how to legally embrace the issues of “gaslighting” and “grooming”. As such terms gained popular recognition after several incidents, the media and the public are using them for criminal interpretation, They have also emerged as a direct issue in some rulings. Although the term itself is a fairly recent concept, but concepts do not indicate the actions that have not existed before. Unlike psychological pain, they provide a new perspective on the type of crime using nonviolent means. However, these concepts have not been agreed academically. Therefore, specific standards such as legal dogmatic are needed to discuss them. They can be said to be psychological manipulation in adjacent academic areas such as psychology, but it is difficult to have criminal meaning if the behavior remains at the level of psychological manipulation. This discussion shows that legal differences can be made clear only when the act reaches the level of “psychological domination”.

Although the case is not directly discussed using the term psychological control in the judgment, there are rulings that deal with a crime using strong psychological influence. This study attempted to materialize the concept of psychological domination by analyzing and categorizing these rulings. Embodying the concept of psychological domination may face criticism that it can lead to the pre-stageization of criminal law. However, the purpose of this study is not to expand the realm of criminal law, but to interpret the law more actively to protect victims. It is also necessary to minimize the possibility of arbitrary interpretation by specifying the legal principles.

❖ Key words: Gaslighting, Grooming, Psychological manipulation, Psychological domination, Emotionalization of criminal law