

여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(III)

: 여성폭력 관련 판례를 중심으로

윤덕경 · 박복순 · 황의정 · 김차연 · 정선영



한국여성정책연구원
Korean Women's Development Institute



2014

연구보고서 - 18

여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ) : 여성폭력 관련 판례를 중심으로

연구책임자 : 윤 덕 경 (본원 연구위원)
공동연구자 : 박 복 순 (본원 연구위원)
 황 의 정 (본원 연구원)
 김 차 연 (변호사)
 정 선 영 (본원 위촉연구원)



한국여성정책연구원
Korean Women's Development Institute

이 보고서를 다음과 같이 인용해 주십시오.

윤덕경·박복순·황의정·김차연·정선영(2014). 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ) -여성폭력 관련 판례를 중심으로-. 서울: 한국여성정책연구원

한국여성정책연구원(구 한국여성개발원)은 국무총리실 산하 정부출연 연구기관으로, 한국의 여성정책에 대한 종합 연구를 통해 양성평등 실현, 여성의 사회참여 확대 및 복지 증진, 가족 그리고 국가 발전에 기여하는 여성정책 Think-Tank이다.

발 간 사

그동안 여성·가족 관련 법제의 발전과 함께 여성폭력 분야의 판례가 상당 부분 축적되어 왔으나 본격적으로 양적인 차원에서 판례를 분석하고 개선 방안을 제시한 연구는 거의 없었습니다. 본 연구에서는 여성폭력 관련 판례 중 성폭력, 가정폭력을 중심으로 한 성인지적 분석을 통해 입법과제를 제안하고자 합니다.

여성폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석은 남성 중심적인 사회통념을 해소하고 남녀 간의 힘의 불균형 상황을 시정하며 남녀가 함께 하는 균형적인 삶의 방향을 제시해 줄 수 있을 것입니다. 또한 폭력피해자의 다수를 차지하는 여성의 인권보장에 기여할 수 있으며, “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다”고 하는 대한민국 헌법 제10조의 실질적인 실현을 가능하게 할 수 있을 것입니다.

본 연구는 특히 성폭력, 가정폭력 판례를 수집하여 분석한 양적, 질적 분석을 포괄하는 실증적인 연구로서 판결문 목록작성, 판결문 입수, 코딩 및 통계분석이라는 일련의 과정을 수행하는데 시간과 인력이 절대적으로 필요한 연구입니다. 국책연구기관인 본원에서 이러한 대단위 과제를 수행했다는 점에서 의의가 크다고 하겠습니다. 이 과정에서 연구를 위해 가정보호 사건 결정례를 지원해 주신 서울가정법원 관계자 여러분께 진심으로 감사드립니다. 본 보고서에서 제안한 입법과제가 성인지적 관점에서의 여성폭력 관련 판례개선에 크게 기여할 수 있기를 기대합니다.

본 연구를 위해 수고하신 연구진과 연구지원에 애쓴 노수향, 안서연 연구조사원, 워크숍 발표자, 토론자, 전문가 여러분의 노고에 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

2014년 12월
한국여성정책연구원
원 장 이 명 선

연구요약

I. 서론

1. 연구의 필요성 및 목적

여성에 대한 폭력이 남녀 간의 불평등한 힘의 관계라고 선언한 1993년 여성폭력철폐선언 이래 2014년의 유럽평의회 협약이 여성폭력 및 척결을 요청하는 것은 이 세상에 아직도 남녀 간의 힘의 불균형이 존재한다는 사실을 반증하는 사례라고 하겠다. 여성폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석을 통해 남성 중심적인 사회통념을 차츰 제거해 나가는 것은 남녀 간의 힘의 불균형 상황을 시정하고 남녀가 함께 하는 균형적인 삶의 방향을 제시해 줄 수 있을 것이다. 또한 폭력피해자의 다수를 차지하는 여성의 인권보장에 기여할 수 있으며, “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다”고 하는 대한민국 헌법 제10조의 실질적인 실현을 가능하게 할 수 있을 것이다.

그동안 여성·가족 관련 법제의 발전과 함께 여성폭력 분야의 판례가 상당 부분 축적되어 왔으나 본격적으로 양적인 차원에서 판례를 분석하고 개선방안을 제시한 연구는 없었던 것 같다. 이 연구는 ‘여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제’를 제안하는 것을 목적으로 기획된 3년 연구의 마지막 년도에 해당한다. 1차 연도는 노동영역을 중심으로 고용상의 성차별, 직장내 성희롱, 여성근로자 보호, 여성근로자의 업무상 재해, 여성비정규직 관련 판례와 결정례에 대한 성인지적 분석을 하고 입법과제를 제안하였으며, 2차 연도는 가족 영역을 중심으로 친양자 입양, 자의 성과 본, 자녀 양육비, 재산분할에 관한 판례와 결정례에 대한 성인지적 분석을 하고, 입법과제를 제안한 바 있다. 이에 본 연구에서는 여성폭력 관련 판례 중 성폭력, 가정폭력을 중심으로 한 성인지적 분석을 통해 입법과제를 제안하고자 한다.

2. 연구내용

본 연구는 『여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제』의 세 번째 연구로서 총 3장으로 구성되어 있다. 제 1장에서는 본 연구의 필요성과 목

적, 연구내용 및 연구방법, 본 연구의 차별성, 성폭력·가정폭력 판례연구간 특수성에 대해 기술하였다. 제 2장에서는 「형법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 개정 내용을 검토·평가하여 시사점을 도출하였고, 가정폭력의 국가적 개입을 시작한 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 탄생배경과 개정사항 및 시사점을 제시하였다. 제 3장에서는 성폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석을 실시하였다. 성폭력 관련 판례분석은 성인지적 관점을 갖고 2000년과 2013년에 3심까지 진행된 강간과 강제추행 사건 705건을 통해 성폭력 관련 범죄의 실태를 범죄자, 피해자, 범행, 처분결과로 나누어 살펴보고, 특히 범죄 성립 및 양형과 관련하여 성인지적 관점에서 문제될 수 있는 부분에 대해 구체적인 판례를 들어 내용분석을 시도하였다. 제 4장에서는 가정폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석을 실시하였다. 가정폭력 유형 중 배우자 폭력과 대표적인 물리적 폭력 유형인 상해, 폭행을 중심으로 서울가정법원의 협조로 제공받은 2013년 중반 이후 결정이 내려진 56건의 가정보호사건과 형사재판으로 처리된 582건을 통해 가정폭력의 실태를 파악하고 성인지적 관점에서의 법 해석 및 집행과정의 문제점을 분석하였다. 제 5장에서는 이상의 분석에 기초하여 성인지적 관점에서의 여성폭력 관련 판례 개선을 위한 입법과제를 제시하였다.

3. 연구방법

연구방법으로 문헌연구, 판례수집 및 분석, 여성폭력 관련 판례에 대한 주제별 워크숍, 전문가 자문회의를 이용하였다.

판례수집 및 분석과 관련하여 성폭력판례는 2000년과 2013년에 3심까지 진행된 강간과 강제추행 사건 705건을 분석하였고, 가정폭력판례는 배우자 폭력과 상해, 폭행을 중심으로 한 56건의 가정보호사건과 582건의 형사사건에 대하여 성인지적 분석을 하였다. 여성폭력 관련 판례에 대한 주제별 워크숍은 성폭력, 가정폭력 판례에 관한 성인지적 관점이 무엇인가를 주제로 워크숍이 진행되었으며, 전문가 자문회의는 연구방향, 조사표 내용, 보호처분 결정례 입수방법 등에 관한 회의 또는 서면자문으로 이루어 졌다.

II. 여성폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화

1. 성폭력 관련 법률의 변천 및 운용상의 변화

가. 성폭력 관련 법률의 변천

성폭력 관련 법률은 「형법」, 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘구 성폭법’이라 함), 「청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 ‘구 청소년성보호법’이라 함), 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 ‘아청법’이라 함), 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력특별법’이라 함)의 순으로 제정 또는 개정되었는데, 형법 제32장 “정조에 관한 죄”가 우리 법에서 규정한 최초의 성폭력 범죄이다. 정조에 관한 죄를 포함한 제정 형법은 1953. 9. 18. 제정되었고 1953. 10. 3.부터 시행되었다. 성폭력 범죄는 구 성폭법이 제정되어 시행된 1994. 4. 1.전까지 형법 제297조부터 제306조까지 총 10조문의 “정조에 관한 죄”를 적용하였다.

1994. 1. 5. 구 성폭법이 제정되고 1994. 4. 1.부터 시행되었다. 구 성폭법은 존속 등 연장의 친족에 의해 강간·추행과 신체장애자에 대한 추행을 처벌하도록 하고 이를 모두 비친고죄로 규정하는 것을 주된 내용으로 하여, 통신매체의 발달을 고려하여 전화·우편·컴퓨터등 통신매체를 이용한 음란행위와 버스·지하철·극장 등 공중밀집장소에서의 추행을 처벌하도록 하였다. 또한 성폭력범죄를 범한 자에 대하여 선고유예 또는 집행유예를 할 때에는 일정기간 보호관찰을 명할 수 있도록 하고, 성폭력범죄를 사회보호법에 의한 보호감호대상범죄로 보도록 하며, 성폭력범죄의 수사 또는 재판에 관여하는 자는 피해자의 신원과 사생활비밀을 누설하지 못하도록 하고, 피해자의 신청이 있으면 성폭력범죄에 대한 심리를 비공개로 할 수 있도록 하며, 성폭력범죄를 예방하고 성폭력피해자를 보호하기 위하여 성폭력상담소 및 성폭력피해자보호시설을 설치·운영할 수 있도록 하여 성폭력 가해자의 재발 방지와 성폭력피해자의 보호를 위한 절차를 규정하였다. 이후 구 성폭법은 1997. 8. 22. 개정으로 친족의 범위를 더 확대하고, 신뢰관계인 동성 조항을 신설하였으며, 1998. 12. 28. 개정으로 카메라 등 설치촬영, 이른바 몰래카메라를 처벌하는 조항을 신설하여, 친족 성폭력 처벌을 강화하고 성폭력 피해자를 보호하는 방향으로 그 조문들을 정비하였다.

2000. 2. 3. 구 청소년성보호법이 제정되어 2000. 7. 1.부터 시행되었다. 구 청소년성보호법은 청소년 본인, 청소년을 알선한 자 또는 청소년을 실질적으로 보

호·감독하는 자에게 금품 기타 재산상 이익이나, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 이를 약속하고 성교행위 또는 유사성교행위를 하는 청소년의 성을 사는 행위를 처벌하고(법 제2조 및 제5조), 폭행·채무·고용관계 등을 이용하여 청소년의 성을 사는 행위의 상대방이 되도록 강요한 자와 청소년의 성을 사는 행위를 알선하거나 장소·자금·토지·건물 등을 제공한 자를 처벌하며(법 제6조 및 제7조), 청소년이 등장하는 청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자, 영리를 목적으로 판매·대여·배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자 및 청소년이용음란물 제작자에게 청소년을 알선한 자 등을 처벌하고(법 제8조), 청소년에 대하여 강간, 강제추행 등 성폭력을 가하거나 위계 또는 위력으로 청소년을 간음 또는 추행한 자를 가중처벌하며(법 제10조), 청소년의 성을 사는 행위를 한 자 등이 법에 정한 범죄행위를 범하고 형이 확정된 자에 대하여는 청소년보호위원회가 당해 범죄자의 신상을 공개할 수 있도록 하는 것(법 제20조)을 주요내용으로 하였다.

성범죄자에 대한 처벌 강화와 재범방지 등을 위하여 2010. 4. 15. 성폭력특별법이 전격적으로 제정·시행되었는데, 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력범죄의 처벌을 강화하고, 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서의 성폭력범죄에 대해서는 「형법」상 형의 감경 규정을 적용하지 않을 수 있도록 하며, 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행하도록 하고, 디엔에이(DNA)증거 등 입증 증거가 확실한 성폭력범죄의 경우 공소시효를 10년 연장하도록 하며, 성인 대상 성범죄자의 신상정보를 인터넷에 등록·공개하도록 하는 것을 주요내용으로 하였다.

2012. 12. 18. 성폭력 관련 법률이 대규모로 개정되어 2013. 6. 19.부터 현재까지 시행되고 있다.

나. 쟁점별 법 개정사항

강간죄의 객체에 대해서 형법 제297조는 2012. 12. 18.자로 개정되기 전까지 ‘부녀’라는 용어를 사용하여 강간죄의 객체를 ‘사람’이 아닌 ‘부녀’로 한정하고 있었는데, ‘부녀’만을 성폭력의 객체로 규정했던 배경에는 ‘정조에 관한 죄’로 대표되는 이중 기준의 성도덕, ‘수태가능성’을 성폭력의 보호법익으로 보는 가부장성이 있음을 알 수 있다. 이는 부부의 경우 ‘상호충실의무’에 따른 수인의무의 문제로도 나타난다. 그 결과 성전환자와 아내가 성폭력의 객체인가가 논란의 대

상이 되었으며, 판례는 성전환자와 아내의 경우 강간죄의 객체가 아니라고 판시하여 왔다. 강간죄의 객체로 남자를 인정하지 않았던 것도, 부부강간이 그 동안 인정되지 않았던 것도, 데이트성폭력이 인정되지 않는 것도, 여성의 정조는 여성이 아닌 남편이나 애인에 의하여 이른바 외간 남자들로부터 보호되어야 한다는 인식의 영향이 컸기 때문이다(이미경, 2012a:33). 그러던 것이 성폭력의 보호범의 개인의 성적 자기결정권이라는 지속적인 문제제기의 결과 점차 판례가 변화를 보이기 시작했으며, 결국 2012. 12. 18.자로 강간죄의 객체가 ‘사람’으로 개정되어 피해자의 범위, 즉 보호범위를 확대하였다.

친족관계에 의한 성폭력 범죄의 처벌에 관해서는 형법에 별도의 규정이 없었으며 구 성폭법에서 처음으로 규정하였는데, 구 성폭법은 존속 등 연장의 친족에 의한 강간·추행과 신체장애자에 대한 추행을 처벌하도록 하고 이를 모두 비친고죄로 규정함으로써 그 특수성을 반영토록 하였다. 이후 친족관계에 의한 성폭력 범죄의 “친족” 범위는 2012. 12. 18.자 개정으로 ‘동거하는 친족’까지 점차 그 범위를 확대하는 방향으로 개정되었다.

성폭력범죄의 법정형에 대한 법률개정의 내용을 살펴보면, 성폭력범죄에 대한 강경처벌정책에 따라 법정형은 수차례의 개정을 통해 지속적으로 상향조정되었으며, 엄벌주의와 온정주의라는 상반된 두 가지 경향성을 보여 왔다. 즉 성폭력 피해자가 ‘연약하고 보호받아야 하는 피해자’인 경우에는 법정형이 높은 반면, ‘자기방어 능력이 있는 데도 끝까지 저항하지 않은 의심스러운 피해자’인 경우에는 상대적으로 낮은 법정형을 규정하고 있는 것이다. 다시 말해 높아진 형량은 피해자들을 ‘보호받을 만한 피해자’와 ‘당할 만한 피해자’로 이분화 하고, 후자에 속한다고 판단된 피해자들에 대해 범죄의 성립과 입증에 보다 엄격한 기준을 요구하게 되며, 그 결과 처벌받지 않는 가해자, 보호받지 못하는 피해자가 발생하게 된다. 이러한 현상은 우리 사회의 성폭력 문제에 대한 전체적인 해결의 관점에서 볼 때 바람직하다고 볼 수 없다.

제정형법은 성폭력범죄에 대하여 피해자의 명예와 사생활을 보호한다는 이유에서 성폭력범죄를 친고죄로 규정하였다. 그러나 그 취지와 달리 친고죄는 오히려 합의강요 내지 협박의 요인이 되어 피해자를 진정으로 보호하지 못하고 2차 피해마저 야기하는 ‘트로이목마’로 작용한다는 비판을 받아왔으며, 그 결과 2012. 12. 18.자 개정 시에는 성폭력 관련 법률에서 친고죄 규정은 전면 삭제되었다. 하지만 수사기관과 법원이 여전히 가부장적, 성편향적으로 성폭력 사건을 대하는 한 단순히 법률상 친고죄를 폐지한 것만으로 모든 문제가 해결되기는 어렵

다. 따라서 친고죄 폐지 전후로 수사기관과 법원의 태도가 어떻게 변화하였는지를 살펴볼 필요가 있다. 다만 고소수준과 기소율 등은 판례분석의 대상 밖이며, 친고죄가 전면 폐지된 지 이제 막 1년이 지난 시점이라는 점에서 본 검토로서는 한계가 있음을 밝혀둔다.

유사강간죄 신설의 배경을 살펴보면, 성폭력 관련 법률의 개정은 성폭력범죄의 외연을 확장하는 방향으로 이루어졌던 반면 행위태양의 측면에서는 ‘성기삽입행위’만을 강간죄로 규정하고 있어 유사성교행위에 의한 성적 자기결정권을 제대로 보호하지 못한다는 비판을 받아왔다. 유사강간죄는 아동·청소년 및 장애인 대상 성폭력에서 규정하기 시작하여 2012. 12. 18.자 개정으로 성인대상 성폭력범죄로 확대되었다. 그로써 형법은 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄라는 삼분화된 구조를 가지게 되었다. 이로써 기존 남성 비장애인의 경우 강제추행으로 처벌하던 행위에 대해서도 강간죄로 처벌하는 것이 가능해졌고, ‘강간’을 남성의 성기를 여성의 성기에 삽입하는 행위 즉 ‘이성 성기 간 결합’으로 한정할 수 없게 되었다(김정혜, 2013:38).

장애인에 대한 성폭력 관련 법률의 개정은 구성요건 내지 입증책임을 완화하는 방향으로 전개되어 왔다. 구체적으로는 크게 두 가지 쟁점을 중심으로 이루어져왔는데, ‘성폭력의 객체’와 행위태양에서의 ‘항거불능 상태에 있음을 이용하여’의 부분이다. 제정 당시 ‘항거불능’을 요건으로 했던 배경에는 ‘장애상태를 이용하였다면 특별한 폭행이나 협박이 없다고 하더라도 그 성폭력을 처벌하겠다’는 장애라는 특수한 상황에 비취 구성요건 내지 입증책임을 완화시키려는 고려가 있었다. 그러나 장애인을 보호하기 위한 ‘항거불능’ 조항은 법원에서 ‘항거불능’의 해석자체를 엄격하게 하는 탓에 도리어 성폭력의 인정을 어렵게 하는 결과를 낳았고, 이러한 비판에 따라 결국 2011. 11. 17.에 ‘항거불능상태를 이용하여’라는 문구가 삭제되었다(제1항과 제4항으로 분리규정). 하지만 여전히 엄격한 해석의 대상이 되는 항거불능의 요건이 사라졌던 것은 아니었고, 2012. 12. 18.자 개정으로 ‘항거곤란’이 추가됨으로써, 저항의 곤란함이 ‘현저한’ 수준에 이르지 않더라도 장애인 준강간죄로 처벌할 수 있도록 구성요건이 완화되었다. 이처럼 장애인에 대한 성폭력 관련 법률은 어떻게 하면 “장애라는 특수한 상황”과 “성인지적 관점” 모두를 고려한 합리적인 요건으로 구성할 수 있는가를 중심으로 개정되어 왔다.

2. 가정폭력 관련 법률의 변천 및 운용상의 변화

가. 가정폭력특례법의 변천

1980년대부터 여성단체들은 끊임없이 가정폭력 등 여성에 대한 폭력문제를 중대한 인권침해문제로 인식시키려고 노력하였다. 1990년대에 들어서서는 여성들이 자신을 상습적으로 구타하던 남편들을 살해하는 일련의 사건들이 발생하면서부터 가정폭력문제에 대한 인식의 전환이 이루어지기 시작하였다. 이 사건들의 판례에서 남편들에 의한 심각한 가정폭력이 오랜 기간 상습적으로 자행되었지만, 아내들은 아무런 대책 없이 가정 내에서 폭력을 당해왔고, 가정폭력의 피해자인 아내와 자녀들이 가정폭력가해자인 남편과 아버지를 살해함으로써 형사사건의 피의자가 되었다는 사실의 연결고리가 당시 사회에 매우 충격적으로 전달되었다. 그 결과, 가정폭력을 더 이상 가정 내의 사적인 문제로 볼 것이 아니라 사회적 문제로 인식하고 정책적으로 이를 해결하기 위한 방안을 모색하여야 한다는 움직임이 시작되었다(국회여성특별위원회, 1998:130).

또한 1995년 북경세계여성회의 행동강령 등 가정폭력규제에 대한 국제기준이 제시되고, 여성에 대한 폭력을 제거하기 위한 국가의 의무와 책임이 강조되면서 가정폭력규제법을 제정하기 위한 입법운동은 탄력을 받았다(박소현, 2013:110). 1995년 제정된 「여성발전기본법」은 국가 및 지방자치단체에 가정폭력문제에 대한 시책을 강구하도록 책임을 부과하였고, 1996년 7월에는 전국의 22개 사회단체가 참여한 '가정폭력방지법제정추진 범국민운동본부'가 결성되어, 1996년 9월 가정폭력방지법 시안을 내놓고 입법청원을 하는 등 가정폭력방지법 제정운동에 매진하였다(박소현, 2013:111).

가정폭력 관련 법안들에 관한 국회 심의과정에서 가정폭력처벌과 피해자 보호에 관한 내용을 하나의 법체계에 담는 경우 현실적으로 가정폭력피해자의 보호에 관한 규정들이 처벌에 관한 규정들에 묻혀서 관심이 적어지거나 실효성이 없어질 우려가 있다는 이유로 처벌 관련법과 피해자보호 관련법을 분리하여 제정하기로 하고, 1년여의 심사 끝에 가정폭력특례법은 1997년 12월 13일 법률 제 5436호로 제정, 공포되어 1998년 7월 1일부터 시행되었다. 이렇게 만들어진 가정폭력특례법은 법 제정의 시급성 때문에 가부장성을 내재한 제약을 안고 탄생하였으나, 그 시행과정에서 드러난 한계를 극복하기 위해 여러 차례 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

나. 쟁점별 개정사항 및 운용상의 변화

이와 같은 가정폭력특례법의 변화 내용을 각 쟁점별로 살펴보면 다음과 같다.

법의 목적에 있어 가정폭력특례법 제정 당시에는 “가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하여 건강한 가정을 육성하는 것”만을 목적으로 삼고 있었다. 그러나 법의 목적에서 ‘가정유지’만을 지나치게 강조하여 피해자 보호에 철저하지 못한 결과를 낳는다는 비판(김은경, 2002:19)이 제기되면서, 제6차 개정(2002. 12. 18. 법률 제6783호)시 “피해자와 가족구성원의 인권 보호”를 추가하였다. 현재 이 법은 “가정폭력범죄의 형사처벌 절차에 관한 특례를 정하고 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 위한 보호처분을 함으로써 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 가꾸며 피해자와 가족구성원의 인권을 보호함을 목적”으로 하고 있다(제1조).

가정폭력범죄의 유형에 대해서는 직접적으로 정의하지 않고 같은 법 제2조제3호에 의하여 가정구성원 사이에 형법상 개별행위를 충족하는 범법행위가 있으면 가정폭력범죄의 범주로 포함하는 간접적인 형태로 규율하였다. 이에 따르면 가정폭력범죄에는 가정폭력 중에서 형법상의 상해, 폭행, 유기, 학대, 체포, 감금, 협박, 명예훼손, 주거침입, 권리행사방해, 공갈, 재물손괴가 포함되며, 위 조항에 대한 가중처벌의 경우를 포함한다. 제정 가정폭력특례법에는 여기에 아동복지법 위반죄가 포함되어 있었으나, 2007년 개정에서 아동복지법 위반죄는 상해, 학대, 유기 등의 한 태양으로 볼 수 있으므로 ‘가정폭력범죄’로 별도로 규율할 필요가 없다는 법무부 의견을 수용하여 삭제하였으며, 2012년 개정에서는 가정구성원에 의한 성범죄를 가정폭력범죄에 추가하여 가정폭력특례법 및 피해자보호법에 따른 보호와 지원을 받을 수 있도록 하였다.

가족구성원의 범위에 대해서는 배우자(사실상 혼인관계에 있는 사람 포함) 또는 배우자였던 사람, 자기 또는 배우자와 직계존비속 관계(사실상의 양친자관계 포함)에 있거나 있었던 사람, 계부모와 자녀의 관계 또는 적모와 서자의 관계에 있거나 있었던 사람, 동거하는 친족 등으로(제2조제2호) 정의하고 있다. 따라서 동거하고 있지 않은 친형제자매 사이의 폭력은 이 법의 규율대상이 되지 않는다. 이는 제정 이후 개정된 바 없다. 다만, 2014년 개정에서는 가정폭력특례법의 가정구성원의 범위에 속하는 직계존비속 사이, 특히 직계존속에 의한 아동에 대한 가정폭력범죄는 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 제정·시행(2014. 9. 29.)에 따라 아동학대범죄에 해당하는 경우에는 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한

특례법」을 우선적으로 적용되도록 하고 있다.

경찰의 사건처리와 관련하여서는 가정폭력특례법은 제정 당시 경찰의 응급조치와 임시조치 청구에 관한 내용을 담았다. 그럼에도 불구하고 가정폭력 범죄가 줄지 않는 것을 경찰의 초기대응이 미흡하기 때문이라는 비판이 지속되었다. 이에 대하여 임시조치 위반에 대한 제재조치가 제6차 개정(2002. 12. 18.)시 도입되었고, 제10차 개정(2007. 8. 3.)에서 임시조치의 청구요건을 개선하고 피해자의 임시조치 신청 및 청구를 요청할 수 있는 권한을 신설하였다. 나아가 가장 중요한 변화는 제13차 개정(2011. 7. 25.)에서 이루어졌는데, 이 개정을 통하여 긴급임시조치제도를 도입하였다.

검찰의 사건처리와 관련하여 제정 가정폭력특례법에서 검사는 가정폭력 사건처리에서 경찰의 임시조치 신청에 대해 법원에 청구하는 역할과 가정폭력사건처리를 형사사건으로 할지, 가정보호사건으로 할지를 결정하는 중요한 역할을 하였다. 개정을 통해 달라진 내용은 보호처분 대상의 확대(제7차 개정(2005. 1. 27.))와 상담조건부 기소유예 제도의 도입(제10차 개정(2007. 8. 3.))을 들 수 있다.

법원의 사건처리절차 개선 및 실효성 확보의 측면에서도 가정폭력특례법은 몇 가지 변화가 있었다. 우선, 임시조치 및 보호처분과 관련하여 제10차 개정(2007. 8. 3.) 시 접근금지 및 접근제한의 대상에 피해자 외에 가정구성원을 추가하고, 「전기통신기본법」에 따른 전기통신을 이용한 접근금지 또는 접근제한을 추가하였으며(제29조제1항 및 제40조제1항), 격리 및 접근금지의 연장 횟수를 1회에서 2회로 연장하고, 사회봉사명령·수강명령의 시간을 최대 100시간에서 200시간으로 연장하였다(제29조제5항 및 제41조). 이어서 가정보호 송치사건에 대한 조사·심리 및 처분 결정·변경·취소와 관련하여 제6차 개정(2002. 12. 18.) 시 심리결과 불처분 결정을 하거나 보호처분을 취소하는 경우 그 가정보호사건이 검사의 송치에 의한 사건인 경우에는 검사에게, 법원의 송치에 의한 경우에는 이를 송치한 법원에 이송하도록 하는 내용을 추가하였다(제37조제2항 및 제46조). 또한 제10차 개정(2007. 8. 3.) 시에는 판사의 보호관찰소의 장에 대한 조사요구권이 신설(제21조)되었고, 감호위탁기관에서 가정폭력행위자에 대한 교육을 실시하도록 의무화하였다(제40조제6항). 그밖에도 피해자보호명령제도의 도입, 과태료 부과 대상 확대 및 과태료 금액 인상, 보호처분 및 피해자보호명령 상습위반자에 대한 처벌 강화, 가정보호사건의 재판기록에 대한 열람 제한 등의 변화가 있었다.

3. 소결

1953년 제정 형법부터 현재까지 이루어진 성폭력 관련 법률의 제·개정내용을 주요 쟁점별로 검토하고, 이를 성인지적 관점에서 평가해 볼 때 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다.

첫째, 법원과 국회가 기존의 성 편향적 관점에서 벗어나 성폭력 범죄의 보호법익이 ‘성적 자기결정권’임을 인정하게 되었고, 이는 강간죄의 객체가 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 변화하고, 유사강간죄가 신설되는 결과로 나타났다. 강간죄와 유사강간죄, 강제추행죄를 구분하는 실익이 있는지 여부에 관하여는 이론이 있다고 하더라도, 법원과 국회가 다양한 양태의 성폭력 범죄를 인지하고 여기에 대처하려는 노력을 보이고 있다는 점은 고무적이라 할 수 있다.

둘째, 아동·청소년과 장애인에 대한 성폭력 범죄를 중심으로 법률과 판례가 변화하여 왔고, 구체적으로는 친고죄 폐지, 친족관계 범위 확대, 법정형의 강화로 나타났다. 아동·청소년과 장애인에 대한 성폭력은 성인 성폭력에 비하여 추가적인 보호를 요구하므로 이들을 위한 추가적인 절차나 정책을 마련하는 것은 바람직한 일이다. 하지만 다른 한 편으로는, 법원과 국회가 성적 자기결정권에 대한 숙고와 이해보다는, 성적 자기결정권을 완전히 행사할 수 없는 존재에 대한 가부장적인 보호에 더 익숙한 것이 아닌가 하는 우려가 있다.

셋째, 이러한 보호법익에 관한 우려는 강간죄의 요건인 ‘폭행 또는 협박’을 “피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것”이라는 매우 좁은 범위에서 인정하고 있고, 이에 대하여는 이렇다 할 판례의 변경이나 법률 제·개정이 없는 점에서 다시 확인된다. 약 80%에 해당하는 대부분의 성폭력 범죄는 성인을 대상으로 하고 있고, 이 대부분의 성폭력 범죄가 인정되려면 여전히 피해자가 극도로 저항을 하여 항거불능 상태였음을 증명하여야 한다. 바꾸어 말하면 피해자는 극도로 저항을 하지 않았기 때문에 강간을 당한 것이 되고, 이는 강간죄의 보호법익이 ‘성적 자기결정권’이라고 보는 것과 부합하지 않는다. 판례가 명시적으로 인정하고 있는 성폭력 범죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’의 침해 여부가 성폭력 범죄의 성립인정 여부를 결정하도록 법률의 개정 또는 판례의 변화가 필요하다 할 것이다.

가정폭력특례법 또한 법이 시행된 지 16년이 되었고, 앞서 살펴본 바와 같이 여러 차례 변모를 거쳐 현재에 이르고 있음에도 여전히 현실 개선은 이루어지지 않고 있고, 가정폭력특례법의 실효성을 더욱 높이기 위한 여러 개정안들이 제안

되고 있다.

먼저, 근본적으로 법의 목적에서 가정보호를 삭제하고, 거기에 맞게 용어 및 법 전반의 틀을 수정할 것에 대한 제안이 꾸준히 이어지고 있다.

가정폭력의 재범률을 낮추기 위해서는 재범위험성에 따른 사건처리를 하여 재범위험성이 있는 경우에는 상담조건부 기소유예 등의 조치를 제한하고, 검사의 가정보호 송치기준을 구체적으로 마련하여 재범의 위험성이 존재하는 경우에는 가정보호사건으로 송치하지 못하게 하고, 그로 인해 형벌을 받게 되는 경우 가정폭력특례법상에 형벌에 대한 부가처분의 근거가 마련되어 있지 않기 때문에 보호관찰제도로 수강명령이나 이수명령 등을 부과할 수 있도록 하자는 제안이 있다.

아울러 가정폭력피해자가 수사나 재판과정에서 제대로 된 경호 없이 가정폭력 가해자와 마주하게 되면 신변에 대한 위협 때문에 제대로 된 의사표현 뿐만 아니라 거듭 가정폭력을 당할 수 있기 때문에 가정폭력피해자가 신변의 위협을 느끼지 않은 상태에서 절차를 이용할 수 있도록 법원의 검사에 대한 신변안전초치 요청권을 신설하는 내용과 피해자 또한 학습된 무력감 때문에 가정폭력을 당하고도 신고를 하지 못하는 경우가 있을 수 있기 때문에 가족관련 상담 업무 등을 하는 종사자도 가정폭력신고의무자에 추가하여 가정폭력의 문제를 구체적으로 드러낼 수 있도록 하는 내용의 제안이 있다.

또한 가정폭력에 대한 신고가 이루어지더라도 수사기관의 초기대응이 미흡할 경우 효율적인 대처가 어렵기 때문에 폭력행위가 진행 중이거나 진행이 종료된 직후의 경우 등 현행법의 요건을 충족하는 경우에는 체포하도록 하고, 행위자가 주취상태에 있는 경우 24시간 이내에 유치장 보호를 가능토록 하여 폭력행위의 재발을 막아야 한다는 제안과 긴급임시조치의 실효성 제고 차원에서 과태료 부과를 해야 한다는 제안이 있다.

그 밖에 피해자보호명령 제도의 보완으로 피해자와 가족구성원의 주거권 보장을 위해 공동사용주거의 사용·수익 및 처분행위 금지 및 가해자의 면접교섭권 행사를 제한하자는 제안도 있다.

이러한 개정안이 담고 있는 내용은 모두 가정폭력이 근절되지 않은 현실 개선과 폭력의 악순환 속에서 살아가고 있는 피해자와 가정구성원의 효율적 구제를 위한 필요에서 나온 것이므로 하루 빨리 개정이 되어야 할 것이다.

III. 성폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석

1. 성폭력 관련 판례의 분석범위

성폭력 관련 판례의 분석범위는 내용적으로는 강간과 강제추행을 중심으로 하고, 시간적으로는 아청법의 제정일시를 기준으로 한 2000년의 1년과 최근의 1년을 중심으로 2000. 1. 1.-2001. 1. 31.과 2013. 1. 1.-2014. 2. 28.의 두 시기를 중심으로 하였으며, 심급별로는 3심까지 진행된 판결 중 3심 모두 판결문이 있는 사건을 대상으로 하였다.

2. 판례를 통해 살펴본 성폭력범죄의 실태

가. 분석대상 성폭력범죄의 특징

최종 분석대상이 된 판결문은 총 705건으로, 그 중 강간 사건은 471건으로 전체의 66.8%를 차지하고 있으며, 강제추행 사건은 234건으로 전체의 33.2%를 차지하고 있다. 이를 시기별로 나누어 살펴보면 2000년에 선고된 사건은 107건으로 전체의 15.2%를 차지하고 있으며, 2013년에 선고된 사건은 598건으로 전체의 84.8%를 차지하고 있다. 강간과 강제추행으로 나누는 성폭력범죄의 적용 법률은 형법, 성폭력특별법, 아청법이며, 해당 법률에 따라 구체적인 죄명은 다소 다른 점을 알 수 있다. 또한 분석대상 판결문을 대상으로 국민참여재판 여부를 살펴보았는데, 1심에서 국민참여재판으로 진행된 사건은 9건으로 전체의 1.3%로 나타났다.

나. 성폭력범죄자의 특성

범죄자 수에 대한 분석은 각 사건의 대표범죄 범죄자를 기준으로 하였으며, 1개의 사건 안에 복수의 범죄유형이 존재하는 경우에는 법정형이 가장 중한 범죄의 범죄자 1명 또는 그 범죄의 공범이 있는 경우에는 주범의 정보를 분석대상으로 하였다. 그 결과, 단독 범행이 강간의 경우 2000년 84.9%에서 2013년 94.5%로, 강간추행의 경우 2000년 90.5%에서 2013년 99.1%로 증가하며, 공범이 있는 경우보다 단독으로 범행하는 비율이 증가하였음을 살펴볼 수 있다. 또한 성폭력판례에 나타난 범죄자 성별을 살펴보면, 전체 705건 중 남성이 99.9%, 여성이 0.1%로

나타나 남성이 압도적으로 많은 것을 알 수 있다.

성폭력범죄의 범죄자 연령은 전체로 보면 30대, 40대, 20대 순으로 많은 분포를 보이고 있으나, 이를 범죄 유형별로 시기별 변화를 살펴보면, 강간 사건에서는 2000년에는 20대, 30대 순으로 높은 분포를 보였으나, 2013년에는 30대, 20대 순으로 범죄자의 연령이 다소 높아지고 있는 것을 알 수 있다. 이러한 경향은 강제추행 사건에서도 동일하게 나타나고 있다.

이밖에도 범죄자가 범행 당시 음주상태인 경우는 전체 705건 중 19.7%이고, 범행 당시 지적·신체적 장애를 가진 범죄자는 전체의 2.0%를 차지했다.

성폭력사건의 범죄자와 피해자와의 관계를 살펴보면, 아는 사람이 51.0%로 49.0%로 나타난 모르는 사람보다 다소 많은 것을 알 수 있으며, 성폭력사건 범죄자의 범죄경력 유무를 살펴 본 결과 범죄경력이 없는 범죄자는 전체의 57.2%, 범죄경력이 있는 범죄자는 42.8%인 것으로 나타났다.

다. 성폭력피해자의 특성

성폭력범죄의 피해자 수는 전체 사건을 기준으로 1명인 경우가 94.0%로 절대 다수를 차지하고 있음을 알 수 있다. 피해자의 성별은 분석대상 사건의 98.9%가 여성으로 절대 다수가 여성이었으며, 성폭력범죄의 범행일시를 기준으로 피해자의 연령을 살펴보면, 성폭력범죄의 피해자의 연령은 10대, 20대, 30대 순임을 알 수 있다. 사건 당시 피해자의 특이사항으로 음주상태, 지적 장애, 신체적 장애, 정신과 병력, 수면상태, 외국인 등으로 살펴본 결과, 음주상태가 전체의 12.1%, 지적 장애가 전체의 7.8%, 수면상태가 전체의 7.4%에서 나타나고 있다.

피해자의 변호사 선임 여부의 경우, 피해자가 변호사를 선임한 경우가 0.3%로 아직까지는 그 활용이 미미함을 살펴볼 수 있다. 그러나 판결문상 동석여부를 명시한 경우만을 분석대상으로 하였으므로 실제로는 더 많이 존재할 수 있음을 유의할 필요가 있다. 또한 재판과정에 지원단체의 참여 여부를 살펴보면, 지원단체가 참가하지 않은 경우는 99.0%, 지원단체가 참가한 경우는 7건(1.0%)으로 나타났다.

라. 범행의 특성

성폭력범죄의 범행방법은 전체적으로 폭력을 사용한 경우가 23.2%, 말로 협박한 경우가 16.3%, 위계·위력을 사용한 경우가 12.3%로 많은 비중을 차지하였으

며, 그 밖에도 다양한 방법이 이용되고 있었다. 이에 따른 성폭력 범죄의 피해결과로 신체적 피해에 대해 살펴본 결과, 판결문 상에서 나타나지 않는 경우가 78.4%이고, 나머지 21.6%에서 신체적 피해가 있었던 것으로 나타났다.

정신적 피해에 관한 분석은 피해자가 성폭력사건으로 인하여 우울증, 외상 후 스트레스 장애 진단을 받거나, 수면 장애 등의 극심한 정신적 고통을 받고 있음이 판결문상 명시되어 있는 경우만을 분석 대상으로 하였을 때, 전체 사건에서 정신적 피해가 있는 경우는 15.3%로 나타났으며, 강간 사건의 경우는 2000년에는 5.8%, 2013년에는 19.7%로 정신적 피해가 증가하고 있음을 살펴볼 수 있다. 또한 강제추행 사건의 경우도 2000년에는 판결문 상 정신적 피해가 전혀 드러나지 않았지만, 2013년 사건에서는 12.7%의 사건에서 정신적 피해가 드러나고 있어 그 증가 경향이 같음을 살펴볼 수 있다.

마. 처분결과

1심 선고를 기준으로 성폭력사건의 연도별 적용 법률을 살펴보면, 강간의 경우 2000년에 비해 2013년에는 형법, 성폭력특별법의 적용은 줄고 아동·청소년보호법의 적용은 늘었다. 강제추행의 경우 2000년에 비해 2013년에는 형법, 성폭력특별법, 아동·청소년보호법의 적용이 모두 늘었다. 아동·청소년보호법은 2000. 7. 1.부터 시행되었으므로 아동·청소년보호법 위반의 강간, 강제추행죄 건수는 나타나지 않았다. 성폭력사건과 다른 범죄와의 경합 여부를 살펴 본 결과는 전체 사건의 56.0%인 395건이 경합범인 것으로 나타났다.

성폭력사건의 범죄자가 받은 심급별 선고형을 살펴보면, 심급이 진행될수록 징역과 벌금형은 줄고 무죄와 선고유예가 다소 늘어나는 양상을 살펴볼 수 있다. 또한 3심에서 원심으로 파기환송되는 비율도 전체의 2.3%에 해당하였다. 보다 세분하여 범죄유형에 따른 시기별 차이를 살펴보면, 강간 사건에서는 시기별로 징역형과 무죄를 선고받은 비율의 차이는 크지 않았지만, 강제추행 사건에서는 2000년에 비해 징역형보다는 벌금형과 무죄의 선고 비율이 높아진 것을 알 수 있다.

성폭력범죄 전반에 걸쳐 1심에서의 양형가중사유를 살펴보면, 범행사실 부인(11.6%), 피고인의 반성 없음(10.4%), 피해자의 정신적 고통(10.1%), 피해회복을 위한 노력 없음(8.5%), 피해자의 처벌의사(8.4%) 순으로 언급되고 있다. 반대의 경우인 1심에서의 양형감경사유를 살펴보면, 범행전력 없음(17.2%), 피고인의 반

성 있음(14.3%), 피해자와 합의(11.8%), 동종전과 없음(11.8%) 순으로 언급되고 있다.

강간죄의 경우, 경합범을 제외한 단순 범행에 대해 죄명에 따라 심급별·시기별 평균 형량의 차이는 대체로 2000년에 비해 2013년의 평균 형량이 높고, 1심에 비해 3심의 평균 형량이 낮은 것을 알 수 있다. 또한 경합범을 포함한 경우에는 대체로 2000년에 비해 2013년에 형량이 높아지고, 1심에 비해 3심의 평균 형량은 낮아진 것으로 나타났다. 2000년과 2013년을 비교할 때 1심 평균 형량의 경우 성폭력특별법상 특수강도강간죄가 108.1개월에서 105.0개월로 낮아진 것을 제외하고는 모두 높아졌다. 3심 평균 형량은 2000년에 비해 2013년에 모두 예외 없이 높아졌다.

부가처분으로는 성폭력 치료프로그램 이수명령, 위치추적 전자장치부착명령, 신상정보등록 및 공개 등이 있다. 이 중 성폭력 치료프로그램 이수명령은 2000년 사건에는 존재하지 않고, 2013년 사건에서만 살펴볼 수 있다. 2013년 분석대상 판결 598건 중 1심에서는 377건인 63.0%의 사건에 성폭력치료프로그램 이수명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있으며, 항소 및 상고를 거치면서 최종심에서 성폭력 치료프로그램이 부가된 것은 2013년 분석대상 판결 중 60.9%로 수치가 낮아졌다. 2013년 강간 사건의 71.7%와 강제추행 사건의 41.3%에 성폭력 치료프로그램 이수명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다.

위치추적 전자장치부착명령 또한 2000년 사건에서는 살펴볼 수 없고, 2013년 분석대상 판결 598건 중 1심에서는 150건인 25.1%의 사건에 위치추적 전자장치부착명령이 부가되었고, 항소 및 상고를 거치면서 최종심에서 위치추적 전자장치부착명령이 부가된 것은 2013년 분석대상 판결 중 24.7%로 수치가 낮아지며, 2013년 강간 사건의 31.4%와 강제추행 사건의 12.7%에 위치추적 전자장치부착명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다.

부가처분 중 신상정보등록명령 또한 2000년 사건에서는 살펴볼 수 없고, 2013년 사건에서만 살펴볼 수 있다. 2013년 분석대상 판결 598건 중 1심에서는 513건인 85.8%의 사건에 신상정보등록명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있었는데, 항소 및 상고를 거치면서 최종심에서 신상정보 등록명령이 부가된 것은 2013년 분석대상 판결 중 82.8%로 수치가 낮아지며, 2013년 강간 사건의 88.6%와 강제추행 사건의 72.3%에 신상정보 등록명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다.

바. 항소·상고 여부 및 결과

항소여부를 살펴보면, 피고인이 항소를 제기한 경우가 64.0%로 가장 높았고, 쌍방이 항소를 제기한 경우는 28.9%, 검사가 항소를 제기한 경우 7.1%로 나타났다. 그 결과 항소가 기각된 사건이 전체의 53.3%, 항소가 인용된 사건이 전체의 46.7%를 차지한다. 항소주체별 주장내용으로는 양형부당에 대한 주장이 피고인 항소 사건의 80.1%, 검사 항소 사건의 76.4%에서 주장되어 가장 많았고, 그 다음이 사실오인 및 법리오해에 대한 주장으로 피고인 항소 사건의 68.1%, 검사 항소 사건의 31.1%에서 주장되었다. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 인정이유를 분석해보면, 증거 없음이 34.5%, 피해자 진술의 신빙성 없음이 25.0%, 사건의 정황 19.0%, 피의자 진술의 취지 및 주장의 신빙성 있음이 14.3%로 나타났다. 또한, 검사의 항소심에서의 사실오인 및 법리오해에 관한 주장이 인정된 31건에서 인정이유를 살펴보면, 피해자 진술의 구체성·일관성·신빙성 있음이 42.9%, 사건의 정황이 26.5%로 많은 비중을 차지하는 반면, 사실오인 및 법리오해에 관한 주장이 인정되지 않은 46건에서의 불인정 이유를 살펴보면, 증명력 부족이 31.5%로 가장 많고, 피해자 진술의 구체성·일관성·신빙성 없음이 25.9%로 많은 비중을 차지하고 있다.

상고여부를 살펴보면, 피고인이 상고를 제기한 경우가 88.9%로 가장 높았고, 검사가 상고를 제기한 경우는 9.8%, 쌍방이 상고를 제기한 경우 1.3%로 나타났으며 상고결과로는, 상고가 기각된 사건이 전체의 97.3%, 파기 환송된 사건이 2.7%에 해당한다.

다음으로, 피고인이 항소심에서 양형부당을 주장하여 그 주장이 인정된 183건을 대상으로 그 인정이유를 살펴보면, 피해자와의 합의가 17.8%, 피고인의 반성 있음 14.2%, 범행전력 없음 11.6% 순으로 나타났다. 그 밖에 피해자에게 행사한 유형력의 정도가 비교적 중한 것이라고 보기 어려움 6.6%, 범행사실 시인 6.1%, 미수 4.6% 등이 있었으며, 우발적 범행, 범행 당시 음주여부, 피고인과 피해자의 관계, 피해자가 범행의 빌미 제공 등이 고려되고 있는 점은 성인지적 관점에서 보다 깊은 고찰이 필요하다.

3. 성폭력 관련 판례에 대한 내용 분석

가. 성폭력 관련 판례의 주요 쟁점별 변화

강간죄의 객체를 둘러싸고 그동안 성전환자와 아내가 강간죄의 객체가 될 수 있는지가 논란이 되어 왔으며, 시간의 흐름에 따라 법해석상의 변화를 보여 왔다. 성전환자 관련 판례는 1996년 판례(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결)에서 성전환자를 여자로 볼 수 없다는 입장에서 성전환자의 강간죄를 인정하지 않았으나 2009년 판례(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결)에서는 이를 인정하고 있다. 이 두 개의 판결은 성전환자에 관한 생물학적 요소를 인정한 판결과 사회적 요소를 인정한 판결로 성전환자의 강간죄 인정여부에 관한 대비되는 판결이다. 이 판결이 나온 이후 2012년에 형법이 강간죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 개정하여 성전환자가 강간죄의 객체로 될 수 있도록 한 것은 이 판결들이 법 개정에 견인차 역할을 한 것으로 볼 수 있다.

부부강간죄에 관한 판례는 형법에는 강간죄 인정 시 배우자를 제외한다는 규정이 없는 상황에서 법 해석상 부부강간죄를 인정하지 않다가 인정하는 쪽으로 변화되는 모습을 보여 준다. 1970년 판례는 부부간에는 성교관계에 대한 수인의 무가 있기 때문에 실질적인 부부관계가 유지되는 이상 배우자는 강간죄의 객체가 될 수 없다고 해석하였으나 2013년 전원합의체 판결에서는 실질적인 부부관계가 있는 경우에도 폭행, 협박으로 강간하는 것까지 수인할 의무는 없으며 따라서 강간죄가 성립한다고 보았다. 부부간의 성적 수인의무가 전제되어야 하지만 성적 자기결정권은 보호받아야 한다는 것을 천명한 판결이라는 점에서 의미가 크다.

친족관계의 범위와 관련하여, 구 성폭법에 친족관계에 의한 강간죄가 규정되어 있었으나 구 성폭법이 친족의 범위를 좁게 규정하여 사실혼 관계에 의한 아버지를 친족관계에 의한 강간죄의 가해자로 인정할 수 없었으나 친족의 범위에 관한 법 개정을 통해 앞의 미비점이 해결되었다.

장애인에 대한 성폭력과 관련하여서는 정신적인 장애가 있는 사람이 객체로 추가된 계기가 된 판례(대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3392 판결)와 ‘항거불능’을 요건을 할 때의 판례(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결)의 경향과 ‘항거불능’을 요건으로 할 때 ‘항거불능’을 확대 해석한 대법원 판결(대법원 2007. 7. 27. 선고 2005도2994 판결)을 중심으로 살펴보고자 하였다. 첫 번째 판결에서 대법원은 “형벌 법규는 그 보장적 기능과 명확성, 그리고 유추해석을 금지하는 죄형법

정주의의 원칙에 비추어 볼 때, 엄격하게 해석하여야 할 것이며, 구 성폭법 제8조에서 ‘신체장애’로 국한하여 규정하고 있다면 위 신체장애에는 정신지체, 정신박약 등의 정신적인 장애는 포함되지 않는다고 해석해야 한다”고 하여 성폭법 제8조의 적용을 배척하였다. 두 번째 판결에서 구 성폭법 제8조의 ‘항거불능’의 해석과 관련하여 “제8조의 구성요건에 해당하기 위해서는 피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었어야”하며, “이러한 요건은 형법 제302조가 위계·위력으로써 미성년자·심신미약자를 간음·추행하는 경우를 따로 처벌하는 것에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 한다.”고 판시함으로써 ‘항거불능’의 의미를 매우 엄격하게 해석하고 있다. 세 번째 판결에서는 항거불능 상태를 유발하는 원인을 좀 더 넓히는 판단을 하여, 제8조의 ‘항거불능’이 장애 그 자체로 항거불능인 상태에 있는 경우 뿐 아니라, 신체장애 또는 정신상의 장애가 ‘주된 원인’이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하여야 한다고 판시하였다. 특히 정신적 장애의 경우 ‘항거불능’ 판단 시 고려할 요소를 확대하여 정신상 장애 정도 뿐 아니라, 피해자와 가해자의 신분을 비롯한 관계, 주변 상황 내지 환경, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 장애가 상호작용하여 저항이 곤란한 상태를 유발하고 강화할 수 있음을 반영한데 의의가 있다.

나. 성폭력 관련 판례에 대한 내용 분석

형법은 제정 시부터 지금까지 “폭행 또는 협박”을 구성요건으로 하고 있으며, “폭행 또는 협박”이 어느 정도에 이르러야 하는지에 대하여 판례는 “피해자의 항거를 불가능하게 현저히 곤란하게 할 정도일 것”을 요구하고 있다(대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결 등). 성폭력 범죄에 대한 국민적 관심이 높아지고 그에 따라 성폭력 관련법이 개정됨에 따라 판례의 태도도 조금씩 변화의 움직임을 보이고 있으나, 여전히 최협의설이 가진 본질적인 한계로 인해 마땅히 처벌받아야 할 성폭력 범죄자임에도 무죄로 선고되는 경우가 다수 발생하고 있어 문제이다. 강간죄가 성립하기 위한 “폭행 또는 협박”에 해당하는가는 법원이 “폭행 또는 협박”이 있었는지 여부를 판단하는 자료를 어디까지 인정하고, 또 그 자료를 어떤 관점에서 어떤 방식으로 해석하는가에 따라 달라진다. 이에 따라 법원이 피해자의 관점과 경험에 기반을 둔 합리적이고 중립적인 판단기준을 정립하는 것이 필요하다는 주장이 꾸준히 제기되었으며, 그에 따라 대법원 2005. 7. 28. 선

고 2005도3071 판결 등에서 강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 “피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며”, 사후적으로 보아 피해자가 성교 전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다.”고 판시하는 등 긍정적인 변화의 움직임을 보이고 있다.

다음으로 피해자 진술의 신빙성과 관련하여, 성폭력범죄는 그 특성상 피해자 진술의 신빙성이 유일한 증거로 제시되는 경우가 많다. 다시 말해 법원이 피해자 진술의 신빙성을 인정하지 않는다면 곧바로 “이를 달리 인정할 증거가 없으므로”, “범죄사실의 증거가 없는 때에 대하여 무죄”가 선고되는 경우가 많다. 따라서 성폭력범죄에서 피해자 진술의 신빙성이 인정되는지는 특히 중요한 위치를 차지한다. 그러나 성폭력범죄에서 피해자 진술의 신빙성에 대한 판단기준은 매우 추상적이기 때문에, 실무에서는 판사가 “성폭력 피해의 맥락”과 “성폭력 피해자 진술의 특성”을 얼마나 이해하고 있는지 여부가 실제 재판결과에 큰 영향을 미치게 된다. 결국 “피해자 진술의 신빙성을 배척할 만한 사유로 보는지” 여부는 법원이 성폭력범죄를 바라보는 관점에 따라 달라질 수 있음을 의미한다. 판례의 경향을 살펴보면 종전에는 사소한 부분에 일관성이 없는 경우에도 무죄를 선고하는 등 성폭력 피해의 맥락 내지 피해자의 특성을 이해하지 못하는 사례가 많았으나, 최근에는 진술이 전반적으로 일관된다면 사소한 부분이 일관되지 못하여도 성폭력 범죄의 특성을 고려하여 진술의 신빙성을 인정하는 등 합리적인 판단이 늘어나고 있다. 하지만 여전히 성폭력행위 중의 사소한 순서에 관하여 피해자가 일관되지 않는다는 진술을 한다는 이유로 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 등 불합리한 판결도 발견되고 있다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결).

다음으로 양형과 관련하여, 국민적 공분을 일으키는 성폭력 사건이 발생할 때마다 성폭력 범죄의 법정형은 지속적으로 상향되었는데, 이러한 배경에는 형법에 규정된 감경제도를 통해 법정형의 하한보다 낮은 선고형을 부과하는 법원의 온정적 판결에 대한 비판이 있었다. 하지만 법정형을 상향한 취지와 다르게 법정형이 지나치게 높아지자 법원은 기본적으로 법정형을 감경하는 것이 원칙이 되었고, 법정형과 선고형의 괴리현상이 심화되는 악순환이 나타났다. 특히 형량결정에서 양형인자가 부당하게 고려되거나 불균형하게 고려되고 있다.

양형감경사유 중 피고인이 초범이거나 피고인에게 동종 범죄전력이 없는 점은 다수 사례에서 형량감경 및 집행유예결정에 유리한 요소로 작용하고 있는데, 피고인이 초범이거나 피고인에게 동종 범죄전력이 없다고 하여 당연히 형량을 감경하는 것은 부당하다. 특히 초범이라고 하여도 몇 년에 걸쳐 여러 차례 반복된 성폭력의 경우이거나 의붓아버지의 12세 딸에 대한 성폭력범죄를 두고 가해자를 초범이라고 하여 형을 감경하는 것은 납득하기 어렵다.

피해자의 처벌불원 내지 피해자와의 합의와 관련하여, 성폭력범죄라는 것이 재산범죄와 같이 피해회복이 금전으로 가능한 것이 아닐 뿐더러, 현실에서는 피해자에게 도움이 되기보다 2차 피해 등 현실에 미치는 부정적인 영향이 높고, 나아가 성폭력범죄자 내지 잠재적 성폭력범죄자에게 성폭력을 범해도 합의만 이루면 가벼운 형벌을 받는다는 인식은 성폭력범죄의 예방에 결코 도움이 되지 않는다. 따라서 피해자의 합의를 반영하더라도 적어도 감경에 결정적인 역할을 하는 것은 배제하여야 한다. 또한 이때의 “처벌불원”은 어디까지나 가해자의 진정한 반성에서 비롯된 합의를 위한 진지한 노력과 피해자의 진정한 용서와 회복된 피해를 전제로 하여야 하며, 단순히 “합의되었다”는 점만을 감경요소로 양형에 고려해서는 안 된다. 만약 “합의되었다”는 것만으로 양형의 감경요소로 삼는다면, 친고죄를 폐지한 취지는 결국 달성되기 어려우며, 이는 다시 말해 피해자의 피해가 회복될 수 없고 2차 피해를 야기할 수 있음을 뜻한다. 즉 여전히 친고죄가 야기한 문제가 개선되지 않고 있는 상황에서, 실질적으로 비슷한 효과가 있는 형량감경의 문제를 그대로 두는 것은 친고죄를 폐지한 취지와 그 배경에 있는 성폭력피해 현실과 부합하지 않는다.

피해자와 가해자의 관계와 관련하여, 친족관계 내지 가해자와 피해자가 전혀 모르는 사이인 경우에는 형량이 높게 나타나는 반면, 가해자와 피해자가 아는 경우에는 선고형량이 낮고, 집행유예율도 높은 경향을 보였다. 그런데 성폭력범죄는 아는 사이에서 발생하는 비율이 가장 높으며, 그 기간도 지속적이고 반복적으로 발생하는 경향을 나타낸다. 또한 피해의 정도에서도 피해자의 신뢰를 배신하였다는 면에서 피해자가 입는 피해 역시 모르는 사이에서 입은 성폭력 피해에 비해 반드시 낮다고 볼 수 없다. 그러므로 가해자와 피해자간의 관계를 양형인자로 삼기 위해서는 그 관계가 성폭력범죄가 발생하는 과정에 어떻게 작용하였으며, 피해자에게 어느 정도의 피해를 입혔는가를 구체적으로 밝히고, 그 정도에 따라 감경하여야 할 것이다.

음주상태에서의 성폭력범죄가 사회적 이슈로 나타나자, 국회는 입법적 해결을

도모하였고, 2012. 12. 18.에 개정되어 2013. 12. 19.에 시행된 성폭력특별법은 전체 성폭력범죄에 대하여 심신미약 감경규정인 「형법」 제10조제1항·제2항을 적용하지 아니할 수 있다고 규정하기에 이르렀다. 하지만 여전히 “적용하지 아니할 수 있다”고 규정하고 있는바, 음주로 인한 명정상태에 있음을 이유로 감경할 것인지 여부는 여전히 법원의 재량으로 남아 있다. 분석결과 법원은 음주로 인한 감경에는 비교적 소극적인 태도를 취해 왔으나, 드물게 “술을 많이 마신 상태에서 우발적으로 범행한 것”을 감경사유로 삼고 있는 사례도 나타나고 있는데, “술을 많이 마신 상태에서 우발적으로 범행한 것”을 감경사유에서 제외시키는 방안
에 대한 논의가 필요할 것이다.

피고인의 반성과 관련하여, 피고인의 반성이 피고인에게 유리한 양형인자로 작용하려면 그 반성의 진정성이 인정되는 경우여야 한다. 하지만 양형실무에서는 형량을 감경한 사례 중에 피고인의 반성을 유리한 양형인자에서 제외한 판결은 찾아보기 어려울 만큼, 법원은 형량을 감경할 때 피고인이 반성하고 있음을 대부분의 사례에서 언급하고 있는데, 과연 어떤 점에서 피고인이 진정으로 반성하였다고 판단하였는지를 실시한 예는 찾아보기 어려웠다. 가해자의 반성을 감경요소로 고려하려면 피고인이 자신의 범행을 인정했는지, 후회나 죄책감의 표시는 어느 면에서 확인되는지, 가해자가 자신의 범행을 정당화하지는 않았는지를 꼼꼼히 판단한 후에 감경요소로 고려하는 것이 필요하다. 또한 판결이유에서 어떠한 점에서 진정한 반성이 있었다고 판단하였는지를 실시해야 할 것이다.

4. 소결

성폭력피해자 중 지적 장애 상태가 특히 증가한 것으로 나타나는바 경계성 장애자 등 특히 성폭력에 취약한 피해자들의 성폭력범죄 예방을 위한 각별한 주의와 대책이 요구된다. 또한 수면상태도 증가하고 있는데 주거침입과 함께 성폭력범죄가 이루어지는 특수강도강간죄의 차단방안이 구체적으로 마련되어야 한다. 정신적 피해를 경험하는 피해자가 증가하고 있으며 대책마련이 필요하다. 강간죄 1심 기준 평균선고형량은 형법상 강간살인치사죄, 성폭력특별법상 친족관계강간, 13세 미만 강간, 강간살인치사죄 등이 2000년에 비해 2013년에 형량이 높아 졌으나 법정형의 하한보다 낮은 형을 선고하는 문제는 아직도 남아 있다.

한편 강간죄의 폭행·협박의 문제는 피해자의 입장에서 관찰하고 판결을 내리는 방식으로 재판에 임해야 할 것이다. 미리 성폭력피해자는 어떠하다라고 피해

자상을 전제해 놓고 거기에 맞지 않으면 의심하고 폭행, 협박이 없다고 보아 강간죄를 인정하지 않는 것은 다분히 남성중심적인 사고에 근거한다고 하겠다. 진술의 신빙성 문제 역시 피해자의 입장을 고려해서 판단해야 한다. 성폭력사건에서는 피해자의 진술이 유일한 증거일 가능성이 높는데 일부 진술에 다소 과장된 부분이나 일관되지 못한 부분이 있더라도 피해자가 피해상황을 부각시키거나 그 당시 상황의 기억과정에서 흥분이 일어나거나 시간경과에 따른 기억의 쇠퇴나 착각에 의한 것으로 봐야 한다는 판례(대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14392 판결)는 피해자의 상황을 고려하고 있다는 점에서 그 의미가 크다. 이런 이유로 1심에서 유죄를 받았으나 2심에서 무죄로 되는 경우가 많은데, 2심 재판부의 보수성을 극복해 나가야 할 것이며 피해자 진술의 오염이나 기억의 쇠퇴를 막기 위해 피해자의 최초 진술을 증거자료화하는 것이 필요하다. 양형 관련해서는 양적 분석에서도 살펴보았듯이 음주감경의 가능성이 다분히 있어 보인다. 양형감경사유 중 피고인의 반성이나 처벌 불원, 피고인의 피해자 가족 부양 등을 감경사유로 하는 것에 대한 진지한 고민이 필요하다. 이것들은 ‘성범죄 양형기준’에 포함되어 있는 사유들인데 다른 범죄유형에서는 가능한 사유이더라도 성폭력범죄의 특수성을 반영하여 감경사유에서 제외시키는 방안에 대해 논의가 필요하다.

IV. 가정폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석

1. 가정폭력 관련 판례의 분석범위

가정폭력이 원인이 된 살인사건에 대한 분석은 그동안 많이 이루어져 왔기 때문에 선행연구 결과를 검토하는데 그치고 본 연구에서는 다시 다루지 않았다.

가정폭력특례법은 가정폭력 사건에 대한 형사절차의 특례를 정하고 있기 때문에 가정폭력이 형사사건으로 다루어지는 경우는 매우 드물고, 대부분이 검찰단계에서 불처분되거나 가정보호사건으로 처리되고 있다. 때문에 기록이 남아있는 경우는 가정보호처분 결정과 가정폭력이 형사사건으로 다루어지는 경우가 존재한다.

분석대상의 첫째는 가정보호처분 결정사건이다. 2008년 이후 가정보호처분 결정사건에 대한 정보가 공개되고 있지 않아 사건기록에 대한 접근에 어려움이 있으나, 가정폭력 사건이 신고된 경우 대부분이 가정보호사건으로 다루어지고 있는

현실을 감안할 때, 가정보호사건을 전혀 다루지 않고는 가정폭력사건의 전체 면을 살펴볼 수 없다. 따라서 서울가정법원의 협조를 얻어, 56건의 사건기록을 열람한 결과를 가지고 부족하나마 가정보호 처분결정에 대한 내용을 분석하였다.

두 번째는 가정폭력 범죄의 극히 일부에 해당하는 가정폭력 사건이 형사사건으로 처리된 경우와 형사사건으로 처리되는 과정에서 가정보호사건으로 송치되는 경우를 가정폭력 관련 판례 분석의 대상으로 선정하였다.

가정폭력특례법의 정의에 의하면 가정폭력의 정의 및 그 유형은 다양하지만, 본 연구의 목적이 판례에 대한 성인지적 분석이라는 점을 감안하여 가족구성원 중에서도 배우자 관계로 한정하였으며, 그 중에서도 물리적 폭력에 해당하는 상해와 폭행을 중심으로 다루고자 한다.

2. 가정보호사건에 대한 분석

가. 법원의 가정보호사건 일반 현황

서울가정법원의 가정보호처분결정의 분석에 앞서, 법원의 가정보호사건 일반 현황을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 2012년을 기준으로 법원에서 담당한 가정보호사건은 검사 송치가 약 99%, 법원 송치·이송은 대략 1% 정도의 비중을 차지하였다. 이러한 비율은 해마다 비슷한 정도를 나타내었다.

둘째, 가정폭력특례법의 시행 초기인 1999년의 보호처분 비율은 56.7%였으나, 그 이후 2002년 42.7%까지 감소하다가 점차 상승하여 2012년 기준으로 보호처분 비율은 62.1%를 보이고 있다. 보호처분의 결정내역에 있어서도 시행초기에는 보호관찰, 접근행위 제한, 사회봉사·수강명령 순으로 많은 비중을 차지하고 있는 반면, 최근에는 상담위탁, 보호관찰, 사회봉사·수강명령이 많은 비중을 차지하고 있다.

셋째, 가정보호사건 중 보호처분 결정으로 종결된 가정보호사건의 행위자와 피해자의 관계를 보면, 시행 초기는 물론 최근까지도 배우자 관계가 가장 많은 비중을 차지하고 있는 점은 같다. 하지만 비율 구성면에서 행위자와 피해자의 관계 중 배우자 관계는 줄어들다가 70% 이상의 일정 비율을 유지하고 있으며, 직계 존·비속관계는 줄어든 반면, 동거하는 친족관계와 계부모·자 또는 적모·서자의 관계는 그 비중이 확대되고 있는 것을 알 수 있다.

넷째, 가정보호사건의 죄명별 접수현황을 보면 시행 초기는 물론 최근까지 공

통되게 상해·폭행 사건이 대부분을 차지하고 있음을 알 수 있다.

이상의 내용을 종합하면 가정보호사건은 대부분 검사의 송치로 접수되고 있으며, 접수된 사건의 60% 가량이 가정보호처분을 받게 된다. 그리고 가정보호사건으로 송치된 대부분의 사건은 배우자를 대상으로 하는 상해, 폭행에 해당하는 죄명임을 알 수 있다. 따라서 본 연구의 대상으로 좁힌 배우자 대상 상해, 폭행죄에 해당하는 사건들은 가정폭력의 전체 사건은 아니지만, 가정폭력 사건의 전반적인 내용을 이해하는 데에는 부족하지 않을 것으로 생각한다.

나. 서울가정법원의 가정보호사건 분석

분석대상 결정문은 2013년 7월 25일부터 2014년 2월 5일까지 이루어진 결정 중 서울가정법원이 사건기록의 열람을 허용해 준 58건의 사건이다. 이 중 5건은 존속폭행이나 아동학대건으로 배우자 관련성이 없어 제외하였다. 53건 중 쌍방 폭행이나 상해로 행위자가 독립된 건이 3건이 존재하여 최종 56건을 분석대상으로 삼는다. 분석 내용을 살펴보면 다음과 같다.

분석대상 결정문의 피의자의 성별은 남성이 53명, 여성이 3명으로 남성이 절대 다수를 차지하여 가정폭력은 남성이 여성을 통제하기 위해 사용하는 수단으로 사용되고 있음을 알 수 있으며, 여성이 피의자로 등장한 3건 모두 쌍방 다툼이 원인이 된 경우였다. 또한 피의자와 피해자의 관계를 보면 법률혼인 부부로서 남편이 피의자인 경우가 42건으로 가장 많았고, 동거남인 경우가 8건, 이혼 후 재결합하거나 동거관계를 유지하고 있는 전남편인 경우가 2건, 이혼한 전남편이 1건 존재하였다. 여성이 피의자인 경우는 아내가 2건, 동거녀가 1건이었다.

가정보호사건의 죄명은 56건 중 폭행이 32건, 상해가 20건, 재물손괴가 3건, 특수협박이 1건이었으며, 이 중 흉기 사용 등으로 가중 요인이 있는 경우는 폭행이 1건, 상해가 5건 있었다. 또한 폭행에 협박이 경합된 경우가 1건 존재하였으며, 재물손괴에는 폭행과 협박이 각각 1건씩 경합하였다.

가정폭력범죄에 대한 인지는 자진 출두하여 상호 조사받기를 원한 경우(2013버1290), 한참이 지난 범죄사실에 대해 추후 고소한 경우(2013버1168)를 제외하고 대부분 위급한 상황에서 112 신고가 접수되어 현장출동으로 인지된 경우가 대부분이었다. 신고인은 피해자 본인과 자녀(아들, 딸) 등 가정폭력 현장에 있던 가족구성원인 경우가 많았고, 이웃주민의 신고(2013버895)에 의한 건은 분석대상 결정문 중 1건밖에 존재하지 않았다. 그 밖에 친정엄마가 신고한 건도 1건 있었다.

현장에 출동한 사법경찰은 예전과 달리 매우 적극적으로 사건을 처리하는 모습을 보여주고 있는데, 폭행행위가 이미 종료된 상태에서도 피해자의 진술과 피의자의 범죄사실 인정 혹은 당시 정황 등을 고려하여 범죄사실이 인정되는 경우 피의자를 현행범으로 체포하는 모습을 보였다. 이렇듯 현행범에 대한 해석을 완화하여 적용함으로써 그동안 여성계에서 주장해 온 현행범 체포 원칙을 부분적으로 수용한 것으로 보인다. 하지만 현행범으로 체포된 피의자들은 거의 모두 사건에 대한 조사 직후 석방되어 가정으로 복귀하는 모습을 보였다. 또한 피해자의 의사에 따라 적극적으로 긴급임시조치 및 임시조치가 신속하게 내려지고 있고, 실제 긴급임시조치 건수도 2012년 119건에 불과했던 것이 2013년에는 1,002건으로 10배 가까이 급증했음을 보여주고 있지만, 경찰의 명령위반에 대한 제재조치가 미흡하여 그 실효성에 의문이 제기되고 있다.

죄명이 폭행에 해당하는 경우 피해자의 명시적 의사에 반해서 처벌할 수 없는 범죄로 불기소(공소권없음) 의견이 다수를 차지하였다. 그러나 상해나 그 밖의 피해자의 의사에 구애받지 않을 수 있는 범죄에서도 경찰은 사건처리과정에서 피해자의 의사를 존중한 사건처리를 하고 있음을 살펴볼 수 있었다. 나아가 경찰 단계에서의 피해자의 의사는 처음부터 처벌을 원치 않는다는 의사를 표명한 경우도 존재했지만, 뒤에 가서 처벌의사를 철회하는 등 번복되는 경우가 많았다.

경찰에게 수사결과를 보고받은 검사는 그 이후 피해자의 의사확인을 거쳐 가정보호 사건 송치 여부를 결정한다. 또한 검사는 경찰의 임시조치 신청을 법원에 청구하는 중간 역할도 하고 있다. ‘가정폭력 사건처리 및 피해자 지원에 관한 지침’에 따르면 검사는 가정폭력사건을 처리함에 있어 피해자의 처벌의사, 피해정도, 현재 상태 등을 충분히 고려하여야 하고(지침 제10조), 결정전 면담제도를 활용하거나 전화 등 통신수단을 이용하여 가정폭력행위자에 대한 처벌여부, 가정유지 희망여부, 피해자 지원 및 보호조치 희망여부 등에 관한 피해자 의사를 확인하여 가정폭력 사건을 처리한다. 그러나 사건기록에 의하면, 결정전 면담제도 보다는 통신수단을 이용한 의사확인이 대부분이었다. 피해자의 의사는 경찰단계에서 처벌을 원한다는 강력한 의사를 보였던 사건에서조차 이 단계에서 번복되는 경향을 보였다. 또한 형법상 반의사불벌죄로 규정되지 아니한 범죄에서도 검찰단계에서 피해자의 의사를 확인하는 단계를 두어 사건처리에 중요한 영향을 미치고 있었다. 더욱이 피해자의 처벌의사 보다는 가정유지 의사가 더 중요하게 다루어지고 있는 사건도 종종 존재하였다.

가정보호사건으로 송치되면 법원에서는 조사·심리·결정을 위해 경찰과 검찰

단계의 조사와는 별개의 조사를 진행한다.

우선, 결정전 조사는 범행 등에 관한 사항, 피조사자에 관한 사항, 조사자 의견으로 구성되어 있다. 범죄 등에 관한 사항은 1. 본 건 관련 사항(본건의 개요(범죄사실), 본건의 정황 및 동기, 본건 이후의 정황), 2. 가정폭력 실태 등(가정폭력 실태, 갈등해소 가능성, 범죄경력 등)을 담는다. 피조사자에 관한 사항은 1. 가족 사항 및 성장과정, 2. 생활환경(주거사항, 직업사항, 경제상태), 3. 정신 및 신체상태(신체 및 건강상태, 음주문제 등, 성격 및 심리상태), 4. 학교상황, 5. 대인관계 및 여가활동, 6. 기타 참고사항(진술태도, 향후 생활계획)으로 구성되어 있다. 이상을 종합하여 조사자 의견은 조사결과와 조사자 처분의견을 제시하고 있었다. 조사보고는 대략 한 달의 기간을 두고 명하였다. 결정전 조사는 가정법원의 가사조사관을 통하거나, 보호관찰소의 장에게 명하여 할 수 있지만, 현 담당판사와의 인터뷰에 의하면 가사조사관의 인력이 부족하기 때문에 결정전 조사는 보호관찰소를 활용하고, 집행조사를 가사조사관을 활용하고 있다고 한다.

판사는 심리의 결과 보호처분이 필요하다고 인정한 때에는 결정으로 가정폭력행위자가 피해자 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한, 가정폭력행위자가 피해자 또는 가정구성원에게 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한, 친권자인 가정폭력행위자의 피해자에 대한 친권행사의 제한, 「보호관찰등에관한법률」에 의한 사회봉사·수강명령, 「보호관찰등에관한법률」에 의한 보호관찰, 「가정폭력방지및피해자보호등에관한법률」이 정하는 보호시설에의 감호위탁, 의료기관에의 치료위탁, 상담소 등에의 상담위탁의 처분을 할 수 있다.

분석대상 결정문상의 보호처분은 위의 결정전 조사를 거친 후 조사관의 조사 의견을 참고하고, 심리를 거쳐 이루어지고 있었는데, 56건의 보호처분 결정 내용은 상담위탁이 16건(28.6%)으로 가장 많고, 그 다음이 수강명령 12건(21.4%), 보호관찰 10건(17.9%) 순으로 많았다.

3. 가정폭력 관련 형사재판사건에 대한 분석

가. 분석대상 판결문

가정폭력에는 다양한 범죄유형이 있지만, 여러 한계로 신체에 대한 유형력의 행사인 상해와 폭행을 중심으로 살펴보고자 하였다. 분석대상 판결문 582건 중 상해는 499건으로 전체의 85.7%를 차지하며, 폭행은 83건으로 14.3%를 차지하고

있다. 또한 분석대상 판결문은 1심으로 종결된 건이 440건으로 전체의 75.6%를 차지하고 있으며, 2심으로 종결된 건은 137건으로 23.5%이며, 최종심까지 간 것은 5건에 불과하다. 항소심이 진행된 142건에서 쌍방 항소한 경우까지 포함하여 피고인은 119건에서 항소를 하였고, 검사가 항소한 경우는 43건에 불과하여 피고인이 1심 사건 결과를 다투는 경우가 더 많았다.

항소인별로 항소이유를 살펴보면, 한 사건에서 여러 이유를 주장하는 경우가 존재하기 때문에 중복응답으로 분석한 결과, 피고인이 양형이 너무 무겁다는 이유로 항소한 경우가 58.9%를 차지하며, 검사가 양형이 너무 가볍다는 이유로 항소한 경우가 79.1%를 차지하여 피고인과 검사 모두 양형부당을 주장하는 경우가 다른 이유에 비해 월등히 많았다. 두 번째는 사실오인을 주장하는 경우로 피고인은 43사례에서, 검사는 13사례에서 주장하였다. 세 번째로는 법리오해를 주장하는 경우가 피고인은 12사례에서, 검사는 5사례에서 주장하였다. 그 밖에 검사의 항소이유에 존재하지 않는 이유가 피고인 측에서는 주장하고 있는 경우가 있는데, 심신장애나 심신미약을 주장한 경우가 13사례, 정당방위를 주장한 경우가 2사례 존재하였다.

상고심까지 진행된 5건 중 피고인이 상고한 경우는 4건, 검사가 상고한 경우는 1건이 존재한다. 피고인의 상고이유는 법리오해와 양형부당을 주로 주장하였으나, 모두 기각되었다. 양형부당은 형사소송법 제383조제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 대해서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되는데, 그 요건을 충족하지 못하였다는 이유였다.

검사가 상고한 건(대법원 2012. 12. 26. 선고 2011도9117 판결)은 1심에서 아내에 대한 상습상해와 상습폭행으로 징역 1년 6월에 집행유예 2년의 유죄선고를 받았는데, 피고인이 공소사실을 극구 부인하면서 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 입증되었다고 보기 어려움에도 불구하고 유죄로 인정한 것은 사실을 오인한 것이라고 주장하여 무죄 선고를 받은 사안이다. 이에 대해 검사가 상고하였는데, 상고심은 원심을 파기하면서 원심법원에 환송한 결과, 최종적으로 항소기각이 되어 유죄판결이 확정되었다.

나. 분석대상 판결문의 가해자와 피해자 분석

분석대상 판결문의 가해자의 성별 분포를 살펴보면, 분석대상인 582건 중 여성이 가해자로 고소되거나 신고된 사건은 15건(2.6%)에 불과하였다. 나머지 567

건(97.4%)의 가해자는 모두 남성이었다. 이는 고소되거나 신고되는 배우자 폭력의 절대 다수가 남성이 여성에게 가하는 폭력임을 알 수 있다. 또한 형사사건으로 처리된 배우자 폭력의 피고인과 피해자의 관계를 살펴보면, 분석대상 판결의 88.0%인 512개 사건이 배우자이거나 배우자이었던 사이에 발생하였고, 이외에 동거인 관계이거나 동거인 관계이었던 사이에서 발생한 사건은 8.4%인 49건, 판결문상 정보가 불충분하여 관계 추정만 가능한 사건은 1.4%인 8건이 있었는데, 동거인으로 추정되는 경우는 1건, 배우자로 추정되는 경우는 7건이었다.

가정폭력특례법에 의하면 사실상 혼인관계를 포함하여 배우자 관계만을 포함하고 있으나, 실무에서 사실상 혼인관계와 동거관계의 획을 긋는 것이 어렵기 때문에 동거관계도 가정폭력 대상 사건으로 다루어지고 있음을 확인할 수 있었다. 또한 애인 및 내연관계는 가정폭력특례법의 보호대상에 포함되지 않지만, 친밀한 관계에서 발생하는 폭력의 경향을 살펴보기 위해 포함시켜 분석한 결과 13건(2.2%)이 존재하였다. 한편, 남성이 피해자인 사건에서는 과거 관계가 존재하지 않은 반면, 여성이 피해자인 사건에서는 현재 관계는 없지만, 이전 관계 때문에 피해를 입은 경우도 36건이나 존재하였다.

다. 분석대상 판결문의 범죄사실 분석

배우자 폭력의 양상을 보다 구체적으로 살펴보기 위해 분석대상이 된 582건의 판결문 속에 기술되어 있는 범죄사실을 일일이 나열한 결과, 1,612건의 범죄사실이 존재하였다. 그 중 배우자를 대상으로 한 범죄사실은 1,377건이었으므로, 여기서는 배우자 폭력에 관한 범죄 내용분석을 위해 1,377건을 대상으로 하였다.

배우자 폭력에 관한 형사사건 중 상해와 폭행을 한정하여 수집하였지만, 수집된 사례에 기재된 범죄사실을 펼쳐봤을 때, 그 속에는 협박, 재물손괴, 감금, 주거침입, 보호처분 불이행, 모욕·공갈·강요, 강간 등 다양한 가정폭력범죄가 존재하였다.

또한 가해자가 폭력을 행사한 원인을 범죄사실을 중심으로 살펴보면 다음과 같다. 대상이 된 전체 1,437건 중 신체접촉거부·외도·외도의심을 포함한 동거의무 관련이 270건으로 18.8%를 차지하였으며, 부양의무 관련이 148건(10.3%), 양육·집안일 등 협조의무 관련이 87건(6.5%), 생활양식 및 가치관의 차이가 752건(52.3%), 가정폭력에 대한 신고 관련이 103건(7.2%), 이혼 관련이 76건(5.3%)으로 나타났다.

형사재판에서 다루어진 배우자 폭력 사건의 1심 선고결과는 582건 중 430건(73.9%)이 징역형의 선고를 받았다. 그 중 징역으로 실형을 받은 경우는 21.6%에 불과하고, 그 나머지인 320건에서 선고유예나 집행유예 선고를 받았다. 그 다음은 벌금형으로 13.7%, 가정보호사건 송치는 11.5%로 나타났다. 그러나 항소와 상고의 결과를 모두 종합하여 볼 때, 배우자 폭력과 관련하여 최종 확정된 형은 징역형이 424건(72.9%)으로 가장 많고, 벌금형이 84건(14.4%), 가정보호사건 송치결정이 70건(12.0%), 무죄 판명이 난 경우는 4건(0.7%)이 존재한다.

징역형이 선고된 424건 중 271건(63.9%)은 준수사항의 부과와 함께 집행유예가 선고되었고, 징역형을 선고받고 실형을 복역한 경우는 성범죄로서 준수사항을 부과받은 1건을 합쳐 90건(21.2%)이었으며, 준수사항의 부가없이 집행유예가 선고된 경우도 58건(13.7%)이나 되었으며, 선고유예가 된 경우도 5건(1.2%)이 존재하였다. 또한 준수사항이 부가된 272건 중 가장 많은 유형은 가정폭력 치료강의와 보호관찰이 병과된 경우로 58건이 있었으며, 이어서 가정폭력 치료강의만을 부가한 경우가 48건으로 두 번째 유형에 해당하였다. 세 번째 유형은 가정폭력치료강의와 사회봉사명령을 부가한 것이었다.

최종 선고형에 미치는 영향 요인을 분석하기 위하여 먼저, 사건에 기재된 범죄 사실이 여러 개인 경우와 단수인 경우를 나누어 각각의 최종 선고형이 어떻게 나뉘는지를 살펴보았다. 그 결과, 형사재판을 진행하면서 다시 가정보호사건으로 송치된 사건을 보면 범죄사실이 하나이건 복수이건, 또한 범행수법에 가중요소가 있든 없든 상관없이 기준이 없이 가정보호사건으로 송치되었다.

그 다음으로는 치료일수(결과의 중합 정도)가 최종형에 어떠한 영향을 미치고 있는지 알아보고자 배우자 폭력 관련 형사재판기록에 치료일수가 기재되어 있는 421건을 최종형과 교차분석한 결과 일관된 흐름을 읽을 수 없었으며, 이를 통해 결과의 중합은 형의 결정에 아무런 영향을 미치지 못하고 있음을 알 수 있다.

반면, 선고 당시의 가해자와 피해자의 관계가 최종형에 미친 영향을 교차분석을 한 결과, 확연한 차이를 보였다. 즉, 선고 당시 관계가 유지 중이면 가정보호사건으로 송치하거나 징역형을 선고하더라도 집행유예와 함께 준수사항을 부가하는 결정을 하는 경향이 뚜렷한 반면, 선고 당시의 관계가 종료된 상태이거나 종료가 예견되는 경우에는 징역형을 선고하더라도 준수사항의 부가 없이 단순히 집행유예로 종결짓는 경향을 보인다.

또한 형사재판으로 처리하는 사건과 가정보호사건으로 송치하는 사건의 처리 기준이 있는지 분석한 결과, 다른 어떤 요인보다도 피해자의 의사(처벌 불원, 관

계지속 의사 있음, 합의 있음)가 절대적인 영향을 미치는 것으로 보인다.

마지막으로 배우자 폭력 사건으로 형사처분을 받은 분석대상 판결문을 대상으로 양형 가중사유와 양형 감경사유를 살펴보았더니, 형을 부가하는 이유와 감경하는 이유에는 모순이 크게 나타났다.

4. 소결

이상 극히 일부이지만, 서울가정법원의 가정보호 결정례 56건과 가정폭력범죄가 신고되어 형사사건으로 처리되는 경우를 분석하였다.

가정폭력 판례의 분석대상의 배우자 폭력 중에서도 상해와 폭행으로 한정하였고, 열람신청 결과 제공받은 판결문은 사건처리 과정 및 그 내용을 살펴보는 데 한계는 있었지만, 범죄사실을 통해 가정폭력을 행사한 원인과 피해자와 가해자의 관계에 따라 어떠한 처벌이 내려졌는지를 살펴볼 수 있어 유용한 자료였다. 또한 세세한 사건처리과정 및 그 내용은 열람한 사건수는 적지만 가정보호사건의 결정례에 첨부된 관련서류의 기록을 통해 보완할 수 있었다.

그 결과 거의 대부분의 사건에서 가해자는 남성이고 피해자는 여성으로 가정폭력은 그 자체가 남성이 여성을 통제하는 수단으로 폭행을 행사하는 대표적인 성별 범죄임을 알 수 있었으며, 범죄사실에 기록된 내용을 통해 배우자 폭력의 실상 및 법 집행과정 및 법 해석과정에서의 운용실태가 가정폭력 피해자인 여성에게 부정적인 영향을 미치는 요인을 찾아볼 수 있었다.

분석대상 판결문 속의 피해자의 거의 다수가 여성이었으며, 가해자와의 관계는 현재의 배우자 관계뿐만 아니라 과거의 관계로 이어지는 경우도 존재하였다. 이는 여성으로 하여금 단순히 폭력 남편과의 관계를 끊으면 폭력으로부터 자유로울 수 있다는 기대를 저버리게 한다.

또한 피해자가 가해자로부터 맞는 이유는 단순히 생활양식이나 가치관의 차이로 볼 수도 있지만, 그 속을 깊이 들여다보면 가해자인 남성에게 존재하는 남성 우월의식과 보수적인 성역할 관념이 존재하며, 그 기대에 어긋나는 행동과 말을 했을 때 폭력이 행사되는 경우가 많음을 확인할 수 있었다. 또한 배우자를 독립된 인격체로 생각하지 않고 자기가 통제할 수 있는 하나의 소유 객체로 생각하며 분풀이 대상으로 폭력을 휘두르는 경우도 많이 존재하였다.

실태가 이러한데도 불구하고 가정폭력특례법과 이에 근거한 법 집행과정의 전 받은 ‘가정보호’에 치우친 법 집행을 해오고 있음을 확인할 수 있었다.

법 집행과정 전반에서 ‘피해자의 의사’를 절대적으로 존중하고 있었다. 피상적으로 보면 피해자의 의사를 존중하는 것이 잘못된 것이 아니지만, 여기에 가정폭력의 특성, 특히 피해자의 특성을 접목시키면 기계적인 피해자의 의사 존중의 해악을 살펴볼 수 있다. 즉, 피해자는 이혼을 결심하지 않는 이상, 가해자로부터 자유로울 수 없다. 이혼을 결심하더라도 보복에 대한 두려움을 떨쳐버릴 수 없다. 이처럼 피해자는 진정한 의사를 표현할 수 없는 상황적 어려움으로 인해 피해자의 의사는 가해자의 의사로부터 자유로울 수 없으며, 때로는 가해자의 의사가 피해자의 의사로 둔갑하게 되며, 결국 가정폭력은 가해자의 의사에 따라 그 처벌여부가 결정되게 된다는 우스꽝스러운 결과가 되어 버린다.

가정폭력을 한 가정 내의 남편과 아내의 문제가 아니라 사회문제로 단호히 대처하겠다는 국가의 입장을 법 집행과정에서 개인의 의사에 맡긴 집행을 하게 됨으로써 국가 또한 여전히 가정폭력을 가정 내의 문제로 바라보고 있을 뿐이다. 또한 법 집행자들의 인식 속에서도 가정폭력에 대한 상반된 입장 차이로 그 처벌의 수준을 결정함에 영향을 미치고 있는 모습을 살펴볼 수 있었다.

결론적으로 배우자 폭력은 여성의 인권을 침해하는 범죄라는 인식 기반 하에서, ‘가정보호’가 아닌 ‘피해자와 가정구성원의 인권보호’가 우선인 법이 되도록 하는 법 개정과 함께 방향성 전환에 따른 법운용 실태의 변화를 꾀하기 위한 인식전환 교육이 이루어져야 할 것으로 보인다.

V. 성인지적 관점에서의 여성폭력 관련 판례 개선을 위한 입법과제

1. 성폭력 관련 개선 과제

가. 입법과제

형벌이 범죄억제력의 효과를 가지려면 강한 처벌에 앞서 ‘처벌의 확실성’과 ‘신뢰’와 그에 따른 ‘예측가능성’이 확보되어야 한다. 그런데 지난 몇 년 사이 법체계를 고려하지 않은 채 단순히 형량만 강화한 탓에, 양형은 균형을 잃었고 실무는 혼란을 겪고 있다. 그리고 그에 따라 처벌의 확실성에 대한 신뢰를 상실했다. 특히 강제로 성폭력을 입었음에도 강간죄의 엄격한 요건을 충족하지 못하여 가해자가 무죄로 판결받는 현실은 피해 당사자는 물론 국민의 법원에 대한 신뢰를 상실하게 하였다. 따라서 형량을 강화하기 전에, 강간 요건을 재정비하여 성

적 자기결정권을 침해한 성폭력범죄가 발생하였을 때 형벌권이 작동하지 않아 피해자가 보호받지 못하는 영역을 최소화하여야 한다. 이를 위해 입법론적 방법으로 첫째, “사람”을 객체로 하는 위력에 의한 간음죄를 신설할 필요가 있으며 둘째, 강간죄 조항을 개정하여 위력을 포함한 폭행·협박의 정도를 구체화하여 입법화하는 방법을 생각해볼 수 있다. 셋째, 비동의간음죄를 신설하는 것으로 여기서 비동의간음죄는 항거곤란의 정도는 아니었지만 피해자의 동의 없이 간음한 경우, 그리고 항거곤란을 입증하기는 어렵지만 동의가 없었음을 입증할 수 있는 경우, 저항의 외적 표시를 남길 여지가 없이 공포심에 짓눌려 당한 경우에 가해자를 처벌하여 처벌의 공백을 메우기 위한 것이다. 관련하여 종전에 ‘여성인권법 연대’에서는 특별법 형태의 법규정이 갖는 한계를 극복하기 위해 처벌규정을 형법에 넣고, 강간과 강제추행의 규정을 새롭게 정의하여 비동의간음죄를 신설하는 등의 법체계를 대폭 수정한 형법개정운동을 벌였으나 국회에 의원입법으로 상정만 되었다가 성과 없이 마무리된 사례가 있었다(이미경, 2012a:3).

나. 법해석 변경과제

우리 법원은 기본적으로 폭행·협박의 정도에 있어 최협의의 폭행·협박설을 취하고 있는바, 그 정도가 “항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였을 것”에 이르지 않으면 성폭력 가해자를 강간죄로 처벌할 수 없는 처벌공백의 문제를 낳았으며, 강간을 ‘화간’으로 의제하는 결과를 가져오며 대응하여 피해자를 무고죄의 가해자로 만드는 결과를 가져올 수 있다. 또한 재판과정에서는 강간사실이 오히려 피해자에게 치명적인 타격이 되는 현실에서 유독 강간범죄 피해자의 진실성을 의심하여 강간사건을 ‘피해자 재판’으로 만들고 있다(국회입법조사처, 2011:173). 이러한 처벌공백의 문제를 해결하기 위해 폭행·협박의 정도를 확대하는 것이 필요하다. 관련하여 미국판례가 들고 있는 이른바 합리적인 저항(reasonable resistance)에 따른 강간을 인정할 필요가 있다. 미국의 경우 과거 최대한(to the most)의 저항을 요건으로 들다가 불합리성에 대한 비판이 제기되자 현재는 합리적인 저항을 기준으로 강간죄를 판단하고 있는바, 예를 들어 칼을 사용한 협박이 있었다면 피해자가 아무런 저항을 하지 않더라도 합리적인 저항이 있는 것으로 인정하고 있다(장다혜, 2014:17-18).

법원은 아동·청소년 피해자의 진술의 신빙성 판단에서 “최초 진술”의 신빙성을 높게 인정하여야 한다. 최초 진술의 신빙성을 법정진술보다 높게 인정하기 위

해서는 그 전제로 영상녹화, 전문가 동석 및 의견제출 등 최초 진술의 신빙성을 담보하기 위한 장치가 필수적이다. 그 장치로 실무에서는 영상녹화 시에 전문가가 동석하고, 전문가가 아동 진술의 신빙성에 대한 의견을 제출하는 방식을 활용하고 있다. 그러나 위와 같은 제도가 마련되어 있음에도 재판실무에서 영상녹화의 활용도는 높지 않으며, 최초 진술보다 상대적으로 법정진술에 보다 높은 신뢰를 보이고 있다. 이는 법정진술을 중요시하는 재판관행에서 기인하는 데, 즉 보통 법원은 법정에서 직접 보고 들은 진술에 보다 높은 신빙성을 가지기 때문이다. 하지만 이러한 관행은 바람직하지 않으며, 만약 법원이 직접 눈과 귀로 들을 필요가 있다면, 증거보전 등 제도를 통하여 최초 진술 시에 법원이 동석하는 것으로 해결해야 할 것이다.

양형과 관련하여서는 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력범죄에 대하여는 “처벌불원”을 감경요소에서 배제해야 한다. 형량결정에서 긍정적인 양형인자를 쉽게 반영하지 않음으로써 불법에 따른 책임을 확실하게 부과할 필요가 있기 때문이다. 또한, 현재 실무에서는 일단 합의서가 제출되었다면 그 처벌불원(합의)의 배경, 경위 등을 검토하지 않은 채 처벌불원(합의)으로 형을 감경하거나 집행유예를 선고하는바 형식적인 판단에 치우쳐 측면이 있다. 그에 따라 처벌불원(합의)으로 감경된 사건 중에는 가해자 측의 집요한 요구나 협박 등에 합의가 이루어진 경우를 배제하기 어려우며, 특히 가해자가 친족, 직장동료 등 가해자와 피해자가 아는 관계에서는 가해자 외의 제3자의 회유도 배제하기 어렵다. 따라서 법원은 처벌불원(합의)이 진정하게 이루어진 것인가를 구체적인 정황을 통해 탐구하고 확인하여야 한다.

가해자의 반성을 감경요소로 고려하려면 피고인이 자신의 범행을 인정했는지, 후회나 죄책감의 표시는 어느 면에서 확인되는지, 피해자가 자신의 범행을 정당화하지는 않았는지를 꼼꼼히 판단한 후에 감경요소로 고려하는 것이 필요하다. 또한 판결이유에서 어떠한 점에서 진정한 반성이 있었다고 판단하였는지를 설시해야 할 것이다.

판례는 강간상해죄에 있어서의 “상해”의 개념에 대하여 “피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로서, 피해자가 입은 상처가 극히 경미하여 굳이 치료를 할 필요가 없고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면, 그로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 강간상해

죄에 있어서의 상해에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2004도 483 판결 등 참고)”라고 판시하고 있다. 이때 생활기능에는 당연히 외상 후 스트레스 장애와 같은 정신적 기능도 포함된다고 보아야 한다. 그런데 기소권자인 검사와 법원은 피해자가 심한 정신적 피해를 입었을 것임에도 불구하고, 강간치상 또는 강간상해죄를 인정하는 사례는 찾아보기 어려웠다. 생각건대 정신적 고통으로 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다면, 피해자에게 있어 “생활기능 장애”라는 피해는 동일한 것이므로, 정신적 고통을 신체적 고통과 달리 취급할 이유가 없다.

집행유예는 특별예방적 차원에서 피고인의 재범의 가능성이 낮을 때 선고하는 것으로, 가해자가 향후 범죄를 행할 가능성이 낮을 때에 선고할 수 있다. 따라서 집행유예는 이와 같은 재범의 가능성이 있는지를 중심으로 검토하여야 하며, 합리적인 근거를 바탕으로 선고되어야 한다. 이를 위하여 재범위험성을 더 효과적으로 판단할 수 있는 방법이 도입될 필요가 있으며, 관련하여 국내에서도 성범죄자 재범위험성 평가척도(K-SORAS)가 도입되었는바 이를 적극적으로 활용하여야 한다. 다만 현재 행해지는 재범위험성 평가척도를 그대로 도입하기보다, 성폭력범죄의 특수성에 입각한 재범위험성 판단 기준이 전문적으로 마련될 필요가 있다(박은정, 2014:76). 현재의 보호관찰소에서 행해지는 평가척도는 일반 범죄자들에 대한 재범위험성 평가기준과 그다지 크게 차별화 되어 있지 않고 성폭력범죄자의 특수성이 고려되지 않아 주거의 안정성, 직업의 유무, 가족관계 등에 따라 재범위험성을 평가함에 따라 실제로 재범위험성이 높다고 보이는 사례에서 주거가 있고, 직업이 있으며 가족이 존재한다는 이유로 재범위험성이 낮다고 평가를 받는 사례들도 있기 때문이다.

다. 법제도 운영상의 개선과제

대법원 양형위원회는 성폭력범죄에 대한 양형기준을 만들어 2009. 7. 1.부터 시행함으로써 양형의 합리화를 꾀하고 있으며(법원조직법 제81조의2 이하의 규정), 2013. 4. 22. 수정되고 2013. 6. 19. 시행된 양형기준까지 4년 사이에 총 5차례를 개정하는 등 타당하며 균형 있는 양형을 하기 위한 노력을 보이고 있다. 그러나 여전히 형량결정에서 양형인자가 부당하게 고려되거나 불균형하게 고려되고 있으며, 법원이 판결문에 양형기준 적용과정을 실시하고 있으나 단순히 양형기준표에 열거된 사유를 나열하는데 그치는 경우가 많아 납득하기 어려운 경우가

다수 나타나고 있다. 그 이유는 추측하건대 대법원의 양형기준이 관행을 기본으로 정해지는 데에 있는 것으로 보인다. 따라서 이후로는 양형관행에 따르기보다 피해자, 수사기관, 여성단체, 시민단체 등 입장을 적극 반영하여 올바른 양형기준을 수립해나갈 필요가 있다.

또한, 합리적인 양형기준을 마련하는 것과 함께, 양형기준 간 비율을 정하고, 어떤 기준을 어느 정도 고려하였을 때 합리적인가를 평가할 수 있는 “양형부당 평가를 위한 척도”가 마련되어야 할 것이다. 다음으로 사회적으로는 양형기준이 양형실무에 잘 정착할 수 있도록 법정 밖에서 모니터를 할 필요가 있다. 이를 위해 판결문에 양형이유를 실시하도록 강제하는 방법을 생각해볼 수 있다.

공판과정에서의 성폭력피해자의 2차 피해 방지를 위하여 최근에 도입된 피해자에 대한 변호사제도의 활용이 적극적으로 이루어 져야 할 것이다.

2. 가정폭력 관련 개선과제

가. 입법과제

법 제정 이후에도 가정폭력 사건처리의 전 과정에서 가정보호가 우선적으로 됨으로써 피해자의 절대 다수인 여성들이 사회로부터 보호받지 못하고, 가장 안전해야 할 가정 안에서 상습적이고 지속적인 폭력을 당하는 현실을 극복하는데 가장 앞서야 하는 것은 가정폭력의 입법의 패러다임을 가정보호에서 피해자보호로 전환하는 것이어야 한다. 이를 위해서는 현행법의 가정보호사건으로 처리할 수 있다는 규정을 폐지하고, 가정폭력을 일반 형사사건으로 처리하되, 피해자 보호의 측면을 강화하는 방향으로 현행 가정폭력특례법을 개정할 필요가 있다(신주희, 2013:165).

또한 현 가정폭력특례법은 형법상의 죄를 차용하면서 그 죄가 다른 법률에 의하여 가중처벌되는 죄를 추가한다고만 규정함으로써 성폭력범죄의 특례법상의 죄를 포섭할 수 없는데, 이러한 점을 보완하기 위해서는 가정폭력범죄를 규정한 가정폭력특례법의 근본적인 개정이 뒤따르기 전까지 형법 외에 성폭력특별법상의 성범죄를 추가하여 규정할 필요가 있겠다.

나아가 가정폭력사건이 일반 형사사건보다 경미한 범죄로 다루어지는 현실 극복을 위해서는 가정 내의 폭력은 일반 형사사건보다 더 무거운 처분을 받을 수 있도록 하여야 한다. 가정폭력 범죄에 대한 가중처분은 기존에 성폭력 범죄에 대한 법정형을 인상하는 것과 같이 형기를 늘리는 방식과는 차별화되어야 한다. 가

정폭력범죄에 해당하면 이중형벌 부과의 예외로서 형벌도 받고 형 이수과정에서 혹은 형 이수와는 별도로 부가처분을 받을 수 있도록 설계할 필요가 있다.

한편, 현행 가정폭력특례법 상의 거의 모든 절차에서 ‘피해자의 의사’에 따라 처리함으로써 가정폭력범죄에 대한 처리가 형법이나 가정폭력특례법이 정한 목적(특히 피해자의 인권보호) 달성을 위해서가 아니라 피해자의 의사에 따라 처리되는 경향이 있다. 그러나 피해자의 의사는 진정한 의사인지에 대한 의구심이 있으며, 지금까지 법이 제대로 작동하지 못하게 하는 중요한 요인으로 지적할 수 있기 때문에, 이러한 점을 극복하기 위해서는 피해자의 진정한 의사 확인을 위한 절차가 보완되어야 한다.

나. 법해석 변경과제

가정폭력범죄에 대한 형사사건 기록의 분석은 법운용 과정에서의 성인지성을 제고하는데 매우 유용한 작업이라고 생각한다. 하지만 분석대상 판결문을 선별하는 과정에 많은 어려움이 존재하여 상당히 많은 시간을 분석대상 판결문을 찾아내는데 쓸 수밖에 없는 어려움이 있었다. 이러한 어려움을 극복하고 유용한 자료의 지속적인 생산을 뒷받침하기 위해서는 우선은 가정폭력범죄로 형사처벌을 받은 사건을 선별할 수 있는 기록을 관련 사건기록에 병기해줄 필요가 있다.

배우자 폭력이 형사사건이나 가정보호사건으로 다루어질 때 최종형의 결정에는 선고나 결정 당시의 관계가 영향을 미치고 있음을 살펴볼 수 있었다. 이는 가정폭력을 가정내 문제로만 바라보는 시각에서 벗어나지 못한 것으로, 가해자와 피해자의 가족관계가 종료되면 처분의 필요성이 없어진다는 고정관념에 근거한 것이다. 하지만 관계가 종료되었다고 가해자의 폭력성을 교정할 수 있는 처분을 내리지 않는다면 가해자의 폭력성은 치유되지 아니한 채 다른 배우자와의 관계에서 재발될 우려가 있다. 따라서 관계 유지 유무가 아닌 가해자의 폭력성에 따른 처분을 내릴 수 있도록 하여야 할 것이다.

또한 담당 판사의 가정폭력의 특수성 및 인식 제고를 위한 교육과 주취 상태의 범행에 대한 관대한 해석의 제한 또한 지속적으로 요구된다.

다. 법제도 운용상의 개선과제

가정폭력사건이 접수되었다 할지라도 그 사건이 형사처벌되거나 가정보호사건으로 송치되는 비율 자체가 너무 적은 것은 공식통계를 통해 확인할 수 있었

다. 또한 설령 이 단계를 넘어 형사사건으로 기소되거나 가정보호사건으로 송치된다고 할지라도 대부분의 사건이 징역형의 실행이 아닌 집행유예에 준수사항의 부가처분을 받고 종결되거나 재차 가정보호사건으로 송치하는 처분이 내려지고 있다. 이러한 사건처리 결과에 영향을 미치는 가장 중요한 기준은 다른 어떤 요소보다도 피해자의 처벌불원 의사와 가정유지 의사에 있음을 확인할 수 있었다. 즉, 가정폭력범죄로부터 피해자와 가정구성원의 보호를 위해서 그 무엇보다 시급히 개선되어야 할 사안은 사건처리의 기준을 마련하여 피해자의 의사를 존중하여 처리할 사건과 그렇지 않을 사건을 가리는 것이다.

향후 가정폭력이 한 가정 내에서 반복적으로 일어나는 현상을 단절하기 위해서는 피해자와 가해자의 관계, 합의 여부보다도 우선적으로 죄질의 무거움, 재범의 위험성, 피해자와의 격리 필요성 등을 우선적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다. 즉, 폭력으로 멍든 가정을 적절한 개입 없이 형식적으로 유지하는 것보다는 피해자와 가족구성원의 인권보장을 더 우선 가치로 고려해야 한다. 특히, 피해자의 의사를 존중하여 처리하는 사안에서도 가정폭력의 특성상 피해자의 의사가 가해자와의 관계 때문에 왜곡될 수밖에 없는 사안이 존재하기 때문에 피해자의 의사의 진정성을 확인할 수 있는 절차적 수단을 마련하여야 할 것이다.

더욱이 피해자의 의사 존중은 피해자가 원하는 바를 제대로 표현할 수 있을 때 의미가 있게 된다. 피해자의 진정한 의사 표현은 가해자와 얽여 있는 상황적 구속에서 벗어날 수 있도록 하는 지원과 함께 법에 대한 정보를 제대로 알고 있을 때에만 가능하다. 때문에 가정폭력사건 처리과정에서 반드시 대면하게 되는 사법경찰관의 피해자에 대한 권리고지는 피해자의 의사를 존중하여 사건을 처리하는 가정폭력특례법의 사건처리결과를 좌우할 정도로 매우 중요하다. 피해자들은 사건 처리과정에서 자신들의 권리에 대하여 고지를 받지 못하면 절차적 권리를 보장받지 못하기 때문이다. 따라서 피해자에 대한 권리고지가 서면에 의한 형식적인 고지가 아니라 서면과 함께 구두로 충분한 설명이 이루어질 수 있도록 하는 운용상의 변화가 필요하다.

3. 여성폭력 관련 공통의 개선과제

: 법집행자들의 성인지적 관점과 인권감수성 함양

성폭력범죄의 판결은 유사한 사건임에도 불구하고 유무죄를 달리하거나, 크게 다른 형량이 선고되는 경우가 많다. 이러한 원인은 많은 경우 판사의 성폭력 피

해의 맥락에 대한 이해의 차이에 있다고 볼 수 있다. 가정폭력 사건 또한 담당 인력이 가정폭력의 특수성을 이해하고 있는 경우와 그렇지 않은 경우의 사건처리 결과가 상이하게 나타날 수 있는 가능성을 구체적인 사례를 통해 살펴보았다.

때문에 성폭력·가정폭력 사건에 대한 특수성을 인식하고 전문적인 사건처리를 할 수 있는 전문 인력을 확보하는 것은 중요하다.

현재 경찰과 검찰에서는 각각 성폭력·가정폭력 전담경찰과 성폭력·가정폭력 전담검사를 두고 전문성을 확보하기 위한 노력을 기울이고 있다. 하지만 이 분야의 전문성을 지닌 인력이 절대적으로 부족한 실정이며, 전문인력 중에서도 전문성이 충분히 검증된 인력도 부족하기 때문에 이들이 성폭력·가정폭력 사건에 대한 특수성을 인식하고 전문적인 사건처리를 할 수 있도록 지속적인 보수교육을 실시하여야 한다.

목 차

I. 서론	1
1. 연구의 필요성 및 목적	3
2. 연구내용 및 방법	8
가. 연구내용	8
나. 연구방법	9
3. 본 연구의 차별성	18
4. 연구의 한계	23
가. 수사기록 등 다양한 자료에 의한 사건검토 필요	23
나. 각 폭력간 법체계의 특수성에 따른 판례분석 내용의 일관성 제약 ..	24
5. 기대 효과	25
가. 법학연구의 기초자료 제공	25
나. 여성폭력 관련 사건의 판단에 있어 법원의 성인지 감수성 제고 ..	25
다. 여성폭력 관련 판례의 개선 방향 제공	25
라. 여성폭력 피해자의 인권보장에 기여	25
II. 여성폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화	27
1. 성폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화	29
가. 성폭력 관련 법률의 변천	29
나. 쟁점별 법 개정사항	36
2. 가정폭력 관련 법률의 변천 및 운용상의 변화	53
가. 가정폭력특례법의 변천	53
나. 쟁점별 개정사항 및 운용상의 변화	58
3. 소결	69
가. 성폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화	69
나. 가정폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화	70

Ⅲ. 성폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석	75
1. 성폭력 관련 판례의 분석범위	77
2. 판례를 통해 살펴본 성폭력범죄의 실태	78
가. 분석대상 성폭력범죄의 특징	78
나. 성폭력범죄자의 특성	82
다. 성폭력피해자의 특성	89
라. 범행의 특성	94
마. 처분결과	97
바. 항소·상고 여부 및 결과	120
3. 성폭력 관련 판례의 주요 쟁점별 변화 및 내용 분석	128
가. 성폭력 관련 판례의 주요 쟁점별 변화	129
나. 성폭력 관련 판례에 대한 내용 분석	143
4. 소결	195
Ⅳ. 가정폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석	199
1. 가정폭력 관련 판례의 분석범위	201
2. 가정보호사건에 대한 분석	203
가. 분석대상 가정보호처분 결정례	203
나. 법원의 가정보호사건 일반 현황	204
다. 서울가정법원의 가정보호사건 분석	207
3. 가정폭력 관련 형사재판사건에 대한 분석	232
가. 분석대상 판결문의 선별과정	232
나. 분석대상 판결문의 분석	233
다. 분석대상 판결문의 가해자와 피해자 분석	238
라. 분석대상 판결문의 범죄사실 분석	242
마. 선고형 및 양형이유 분석	253
4. 소결	265
Ⅴ. 성인지적 관점에서의 여성폭력 관련 판례 개선을 위한 입법과제	269
1. 성폭력 관련 개선 과제	271

가. 입법과제	271
나. 법해석 변경과제	280
다. 법제도 운영상의 개선과제	299
2. 가정폭력 관련 개선과제	302
가. 입법과제	302
나. 법해석 변경과제	306
다. 법제도 운용상의 개선과제	307
3. 여성폭력 관련 공통의 개선과제 : 법집행자들의 성인지적 관점과 인권감수성 함양	309
■ 참고문헌	313
■ 부 록: 분석대상 판결문	319
1. 성폭력 형사재판사건 관련 분석대상 판결문	321
2. 가정폭력 형사재판사건 관련 분석대상 판결문	349
■ Abstract	379

표 목 차

<표 -1>	성폭력판례 분석대상 판결문 현황	11
<표 -2>	성폭력판례의 분석틀	12
<표 -3>	가정폭력 형사사건의 분석대상	15
<표 -4>	가정폭력 관련 판례의 분석틀	15
<표 -5>	주제별 워크숍 내용	17
<표 -1>	강간죄 객체 관련 법률 개정내용	37
<표 -2>	친족의 범위 관련 법률 개정내용	38
<표 -3>	법정형 관련 법률 개정내용	40
<표 -4>	성범죄 양형기준	43
<표 -5>	친고죄 관련 법률 개정내용	45
<표 -6>	행위태양 관련 법률 개정내용	49
<표 -7>	성폭력범죄의 행위태양별 처벌규정의 내용	50
<표 -8>	장애인 대상 성폭력 관련 법률의 개정내용	51
<표 -9>	가정폭력특례법 개정 연혁 및 주요 개정내용	57
<표 -10>	가정폭력특례법 관련 19대 국회 계류 법안(2014. 10. 24. 기준) ..	71
<표 -1>	성폭력범죄 분석대상 판결의 시기별·유형별 분포	78
<표 -2>	성폭력범죄의 시기별 죄명 분포	79
<표 -3>	국민참여재판 여부(1심)	80
<표 -4>	국민참여재판사건의 배심원 의견과 선고형 비교(1심)	81
<표 -5>	성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 수	83
<표 -6>	성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 성별	84
<표 -7>	성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 국적	84
<표 -8>	성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 연령	85
<표 -9>	성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 특이사항	86
<표 -10>	성폭력범죄 유형별·시기별 피해자와의 관계	86
<표 -11>	성폭력범죄 유형별·시기별 아는 사람에 의한 성폭력 피해	87

<표	-12> 성폭력범죄 유형별·연도별 범죄경력 유무	87
<표	-13> 성폭력범죄 유형별 범죄경력 유형에 따른 시기별 비교	88
<표	-14> 변호사 선임여부(1·2심)	88
<표	-15> 변호사 유형에 따른 항소 결과	89
<표	-16> 성폭력범죄 유형별·시기별 피해자 수	89
<표	-17> 성폭력범죄 유형별·시기별 피해자 성별	90
<표	-18> 피해자 연령에 따른 성폭력범죄 유형별·시기별 비교	91
<표	-19> 공범이 존재하는 경우 범죄자와 피해자의 연령대 관계	92
<표	-20> 성폭력범죄 유형별·시기별 피해자의 특이사항	93
<표	-21> 피해자의 변호사 등 선임여부	94
<표	-22> 지원단체 참여 여부	94
<표	-23> 성폭력범죄 유형별·시기별 범행방법	95
<표	-24> 신체적 피해 유무	96
<표	-25> 신체적 피해 유형	96
<표	-26> 정신적 피해 유무	97
<표	-27> 시기별 적용 법률(1심)	98
<표	-28> 경합 유무의 성폭력범죄 유형별·시기별 비교	98
<표	-29> 성폭력범죄 유형별·시기별 경합범 유형 비교	99
<표	-30> 심급별 선고형의 종류	100
<표	-31> 성폭력범죄 유형별·심급별·시기별 선고형의 종류	101
<표	-32> 성폭력범죄 유형별·심급별·시기별 선고형의 종류	101
<표	-33> 시기별 양형가중사유 비교	102
<표	-34> 시기별 양형감경사유 비교	105
<표	-35> 강간죄(경합범 제외)의 죄명별·심급별·시기별 평균형량 비교 ...	107
<표	-36> 강간죄(경합범 포함)의 죄명별·심급별·시기별 평균형량 비교 ...	108
<표	-37> 강간죄의 피해자 연령별·심급별·시기별 평균형량 비교	109
<표	-38> 강간죄의 피해자와의 관계별·심급별·시기별 평균형량 비교 ...	110
<표	-39> 강제추행죄의 피해자와의 관계별·심급별·시기별 평균형량 비교	111
<표	-40> 가해자의 음주여부와 심급별·시기별 평균형량 비교(강간 사건) ..	111

<표	-41>	강간죄의 피해자의 음주여부와 심급별·시기별 평균형량 비교 ..	112
<표	-42>	심급별·범죄유형별 성폭력 치료프로그램 이수명령 현황	113
<표	-43>	범죄유형별 성폭력 치료프로그램 이수시간 현황(3심 기준)	114
<표	-44>	심급별·범죄유형별 위치추적 전자장치부착명령 현황	115
<표	-45>	피고인의 전자장치부착명령 부당 주장에 대한 인정이유	115
<표	-46>	범죄유형별 위치추적 전자장치부착명령 기간 현황	116
<표	-47>	심급별·범죄유형별 신상정보등록 및 공개 현황	117
<표	-48>	피고인의 신상정보공개 및 고지명령 부당 주장에 대한 인정이유	118
<표	-49>	범죄유형별 신상정보공개 기간 현황	119
<표	-50>	성폭력범죄자의 기타 부가처분 현황	119
<표	-51>	항소주체 별 항소결과	120
<표	-52>	피고인의 항소 주장내용 및 법원의 인정유무	121
<표	-53>	상고주체 별 상고결과	122
<표	-54>	피고인의 상고 주장내용 및 법원의 인정유무	122
<표	-55>	피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 인정이유	123
<표	-56>	검사의 사실오인 및 법리오해 주장 내용	124
<표	-57>	검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 인정이유	125
<표	-58>	검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 불인정 이유	126
<표	-59>	피해자진술의 신빙성 주장에 대한 법원의 판단	126
<표	-60>	심급별 피고인의 양형감경사유 비교	127
<표	-1>	법원의 가정보호사건 사건 접수내역	204
<표	-2>	가정보호사건 처리내역	205
<표	-3>	가정보호사건 가정구성원별 현황	206
<표	-4>	가정보호사건 죄명별 접수현황	207
<표	-5>	서울가정법원 가정보호사건 분석대상 결정문의 사건정보	208
<표	-6>	가정폭력 재범 위험성 조사표(개선 전)	217
<표	-7>	가정폭력 재범 위험성 조사표(개선 후)	218
<표	-8>	재범위험성에 따른 경찰의 응급조치 및 임시조치 결과 비교 ..	219
<표	-9>	서울가정법원 보호처분의 내용	226

<표	-10> 서울가정법원 가정보호처분 결정변경 건	231
<표	-11> 분석대상 내 사건분포(가정폭력 형사사건)	233
<표	-12> 1심 선고일 기준 분석대상 판결문의 시기별 분포	234
<표	-13> 분석대상 판결문의 최종 심급	234
<표	-14> 항소인 분류	235
<표	-15> 항소이유(중복응답)	235
<표	-16> 상고인 및 상고이유(중복응답)	236
<표	-17> 사건유형별 가해자 성별	238
<표	-18> 피해자 성별 피고인과 피해자의 관계	239
<표	-19> 피해자 성별 범행 당시 피고인과 피해자의 관계	240
<표	-20> 피해자의 피고인과의 과거관계	240
<표	-21> 가해자 및 피해자의 연령 분포	241
<표	-22> 배우자 관계의 지속기간	242
<표	-23> 가정폭력 사건유형별 범죄사실 수	242
<표	-24> 배우자 폭력 범죄분석 대상 선정	243
<표	-25> 범죄사실 기준 1심선고일과 범죄일간의 경과기간	244
<표	-26> 범죄사실 기준 범행시간대	244
<표	-27> 범죄사실 기준 범행 장소	245
<표	-28> 범죄사실 기준 범행종류	246
<표	-29> 범죄사실 기준 범행종류의 가중 분류	247
<표	-30> 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-동거의무 관련	248
<표	-31> 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-부양의무 관련	249
<표	-32> 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-협조의무 관련	249
<표	-33> 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-생활양식 및 가치관의 차이 등	250
<표	-34> 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-신고 관련	251
<표	-35> 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-이혼 관련	252
<표	-36> 폭행원인 분노조절 취약, 대화방법 문제, 음주문제	253
<표	-37> 1심과 최종형 비교	254
<표	-38> 항소 및 상고 결과	255

<표	-39> 집행유예 처분 준수 사항	256
<표	-40> 범죄사실 수와 가중유무에 따른 최종형	257
<표	-41> 치료일수에 따른 최종형의 차이	258
<표	-42> 최종 선고 당시의 관계에 따른 최종형의 차이	258
<표	-43> 배우자폭력 형사사건의 양형 가중 이유(중복응답)	260
<표	-44> 양형 감경 이유(중복응답)	261

그림 목 차

[그림 -1] 여성폭력 관련 판례 분석 연구의 흐름도	9
[그림 -1] 가정보호사건 처리 흐름도	201

I

서론

1. 연구의 필요성 및 목적	3
2. 연구내용 및 방법	8
3. 본 연구의 차별성	18
4. 연구의 한계	23
5. 기대 효과	25

1. 연구의 필요성 및 목적

본 연구는 여성폭력¹⁾ 관련 판례의 성인지적 분석에 관한 연구로 성폭력, 가정폭력을 그 대상으로 한다.

여성폭력은 성폭력, 가정폭력, 성매매, 성희롱, 스토킹 등 그 범위가 다양하지만 본 연구에서는 성폭력, 가정폭력으로 대상을 한정하고자 한다. 그렇게 한 이유는 성폭력, 가정폭력이 피해자 중 많은 경우가 여성이고, 폭력문제를 법적으로 다루는데 있어서 성편견적이거나 남성중심적인 인식이 많이 작용하는 것으로 보고되고 있으며, 1990년대에 범죄처벌 등에 대한 특별법령이 입법화된 공통점을 갖고 있기 때문이다. 또한 연구시간, 예산, 인력 등 연구조건을 감안할 때 여성폭력의 많은 부분을 다루기에는 어려움이 있기 때문에 여성에 대한 2가지 대표적인 폭력으로 한정하였다. 성매매도 이러한 조건에 합당한 여성폭력 중 하나라고 할 수 있으나 현행법상 성매매피해자와 성매매범죄자로 나누어지는 특수성을 갖고 있고, 특별법이 2004년 제정되어 후발법령이라는 점에서 성매매판례에 대한 연구는 다음 기회로 미룬다.

이상과 같은 성폭력, 가정폭력 간 공통점에도 불구하고 양 폭력 간에는 법 체계나 성인지적 관점과 관련된 쟁점의 논의여부가 같지 않다는 등의 차이점을 갖고 있다. 차이점에 관해서는 ‘연구의 한계’에서 다시 언급할 것이며, 이러한 양 폭력 간 차이점, 한계 속에서도 공통적으로 판례를 통해 성인지적 분석을 하려 했다는 점에서 큰 의의를 발견할 수 있을 것이다.

일반적인 폭행사건의 경우는 사건발생과 처리 간에 다른 관념이 끼어 들

1) ‘여성폭력’ 또는 ‘여성에 대한 폭력’의 정의는 1993. 12. 12. 제48차 UN총회에서 채택된 여성폭력철폐선언(Declaration on Violence against Women)에서 국제문서사상 처음으로 규정하였다. 이 선언에서 여성에 대한 폭력을 남녀 간의 불평등한 힘의 관계를 단적으로 나타내고, 여성의 종속적 지위를 고착시키며, 여성의 인권과 기본적 자유를 침해하는 것이고, 여성차별철폐협약이 제시한 여성차별에 해당됨을 확인하고 있다. 또한 여성에 대한 폭력을 ‘공사 모든 영역에서 여성에게 신체적, 성적 또는 심리적 손상이나 괴로움을 주거나 줄 수 있는, 성별에 기반한(gender-based) 폭력행위, 그리고 그러한 행위를 하겠다는 협박, 강제, 임의적인 자유박탈’로 정의하고, 여성폭력의 범주를 가족 내 폭력, 일반사회에서의 폭력, 국가에 의한 폭력으로 구분하였다(김엘림·윤덕경·박현미, 1999:6).

4 ●●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

여지가 적으나 성폭력이나 가정폭력의 경우는 성 편견, 통념이나 남성 중심적인 사고에 기반하여 판단함에 따라 폭력이 발생한 경우에도 당해 폭력에 합당하는 범죄로 처벌되지 않거나 경미한 처벌을 받게 되는 경우가 발생한다.

성폭력, 가정폭력에 관한 성 편견이나 남성 중심적인 사고를 하는 경향은 형법이 제정된 1953년 이래로 아니 그 이전부터 사회문화적 관념으로 존재해 왔으며, 법을 집행하거나 해석하는 사법기관 담당자들의 인식에도 영향을 주었고, 판례도 그 영향을 받게 된다.

판례는 추상적인 법률을 구체적인 사례에 적용하는 과정으로 법 해석을 통해 법률을 적용해 가게 된다. 법률에 성 편견적인 규정이 있으면 판례도 그에 따르게 되지만, 법률은 여러 번의 개정을 통해서 이러한 규정들을 개선해 나가고 있다. 또한 판례는 법 해석을 통해 법률을 적용해 나가는데 이 과정에서 성폭력, 가정폭력의 피해자 관점 다시 말해 여성의 관점을 반영하지 못한 사례가 발견된다. 예를 들면, 성폭력의 경우 폭행·협박을 최협의설로 해석하거나 가정폭력의 경우 가정폭력피해자의 가해자 살인사건의 정당방위 인정에 관한 쟁점에서 정당방위 요건을 구성하는 침해의 현재성이나 상당한 이유에 가해자 살인의 경우를 포섭하지 못하는 경우가 그것이다.

형법이 시행된 지 60년이 지나면서 판례의 이러한 경향은 고정되어 있는 것은 아니며 변화되는 부분이 있다.

2013년 대법원 전원합의체 판결²⁾로 인정된 부부강간 판결을 비롯하여 기존의 법리에서 해석을 변경하는 경우가 나타나고 있으며, 피해자의 관점이 조금씩 반영되고 있다는 점에서 고무적이라고 할 수 있다.

부부사이의 강제적 성관계를 강간죄로 처벌할 수 있다는 위 판결(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 판결)은 별거나 이혼소송 등 실질적 부부관계가 없는 것으로 볼 수 있을 때에만 부부강간죄를 인정하던 것에서 부부관계가 존재하는 경우에도 부부강간이 인정될 수 있는 것으로 변경되어 가족관계를 보는 사회의 인식변화를 잘 반영해 주고 있다.

2) 전원합의체 판결은 대법원에서 중전의 판결과 다른 판결을 하기 위해서 대법관 전원의 3분의 2이상의 찬성을 필요로 한다(『법원조직법』 제7조제1항 제3호).

또한 강간죄의 폭행, 협박과 관련된 최협의설은 극도로 저항할 것을 요구하였으나 최근에는 피해자에게 물리적인 폭행을 가하거나 언어적인 협박을 전혀 하지 않더라도 주변 정황상 피해자가 ‘위해’를 감지할 수 있었으면 유형력이 행사된 것으로 인정한다는 등 폭행, 협박을 완화하는 듯한 대법원 판결이 나오고 있어 긍정적으로 평가된다.

대법원이 실질적인 부부관계가 있는 경우에 대한 부부간 인정판결을 내리기까지는 1953년 형법 제정 이후 60년이 지나서야 이루어진 일로서 판례의 변경은 입법에 의한 경우가 아니라면 사회의 인식변화에 따르게 되므로 그 속도가 더디게 진행된다고 할 수 있다.

한편 가정폭력은 가정의 문제로서 개인사에는 국가가 관여할 수 없다는 인식하에 범죄로서 인정되지 않다가 1990년대 가정폭력특례법(1997년 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제정)이 여성폭력추방운동의 산물로서 제정되면서 국가의 적극적인 개입이 필요한 사회적 범죄임을 표방하게 되었다.

가정폭력의 피해자는 대부분 여성이고, 가해자는 남성인 경우가 가정폭력에서 큰 비중을 차지하고 있는데, 남성의 여성에 대한 폭력은 남성이 여성보다 우월하고 남성과 함께 사는 여성은 남성의 소유물이라고 하는 가부장적 사고에 기인하여 이러한 관념이 확대 재생산되어 왔다.

이러한 인식은 가정폭력특례법 적용과정에서의 수사기관이나 재판과정에서의 판사들의 행동에 영향을 미쳐 경찰의 가정폭력 사건에 대한 미흡한 개입이나 가정폭력 피해자인 여성을 가해자인 남편과 다르게 대하거나 여성피해자의 사정, 특수성을 고려하지 않는 등의 성 편향적인 판결을 양산해 내는 결과를 초래하였다.

오랜 기간 가정폭력 피해자의 반격에 의한 가해자 살인행위에 대해 우리 법원은 정당방위 이론을 적용하지 않고 있으며, 동일한 폭행, 상해의 경우 일반인 간의 행위에 비해 부부간의 경우는 상대적으로 경미한 처벌을 받는 것 등은 성인지적 관점에서 문제로 지적될 수 있다.

여성폭력 관련 판례분석을 통해 1953년 형법 시행 이후 60년이 지나는 과정에서 성인지적 관점에서 긍정적으로 변화된 것으로 볼 수 있는 판결과

6 ●●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

아직도 성편향이나 남성 중심적인 인식에 근거한 판결은 어떤 것이 있고, 남성 중심적인 것을 성 중립적인 것으로 개선하기 위해서는 어떤 것이 개선되어야 하는지를 제시할 필요가 있다. 특히 성폭력의 경우 2009년부터 성폭력범죄의 양형기준을 세분화하여 규정한 ‘성범죄 양형기준’이 시행되고 있는 바, 양형기준이 시행되고 있는 현 시점에서 양형기준은 적절하게 시행되고 있는지 성인지적 관점에서 문제되는 부분은 없는 지 등에 관한 고찰이 이루어져야 할 필요가 있는 것이다.

판례는 법관이라는 사람이 하는 일이기 때문에 인식에 있어서의 개인적인 편차나 재량을 필요로 하는 부분이 있을 것이며, 전통적인 고정관념을 무의식적으로 반영하는 경우도 있을 것이다. 또한 판례에서 추구해 온 ‘합리성’이나 ‘객관성’은 사실은 남성의 관점이 반영된 것이기 때문에 진정한 합리성이나 객관성 정립을 위해서는 여성의 관점이 반영될 필요가 있다.³⁾ 성폭력특별법이 제정된 지 20년이 지난 시점에서 남성 중심적인 사회통념에 대한 인식의 변화를 통해 이러한 사회통념이 판례에 반영되는 것은 지양되어야 한다. 여성폭력의 근본원인인 남녀 간의 힘의 불균형과 구조적 불평등을 척결하고 폭력 피해여성의 인권과 인간존엄성을 보장받는 것이 절대적으로 필요하다.

여성에 대한 폭력이 남녀 간의 불평등한 힘의 관계라고 선언한 1993년

3) 1998년에 피해자는 약 3개월전 친구의 소개로 알게 된 피고인과 술을 마시고 노래방을 가려고 하다가 여관으로 가게 되었고, 여관에서 피고인이 강간을 시도하자 피해자는 반항했고 피고인은 주먹과 그곳에 있던 전화수화기로 피해자의 머리를 여러 번 때려 상처를 입혔으나 피해자가 계속 반항하는 바람에 강간은 미수에 그친 사건(서울고등법원 1998. 12. 2. 선고 98노2355 판결)에서 2심 법원은 여관에 들어가기로 동의한 피해자의 행위를 성교에 동의한 것으로 보고 있다. 이것은 남성 편향적인 관점에 의해 피해자의 행위를 판단한 것으로 법관은 여관방에 함께 들어가면 성관계에 동의한 것이고 일단 동의하면 절대 철회하지 않을 것이라는 잘못된 가정을 하고 있다. 또한 한번이라도 성관계를 한 적이 있는 여성이라면 그 후 모든 성관계를 수락할 것이라는 과도한 가정을 경험칙이나 합리성이라는 이름으로 받아들이고 있다. 이러한 법관의 태도는 확인되지 않은 일방의 ‘가정’이라는 점에서 비합리적이며, 한 성에 편향된 관점에서 사실을 판단하고 있다는 점에서 객관적이지 않다 : 2014년 한국여성정책연구원 위크숍에서 장다혜 박사가 ‘성폭력 법담론 : 합리적 법해석과 입법적 해결을 위하여’ 논문에서 발표한 내용이다(2014. 8. 8.).

여성폭력철폐선언 이래 2014년의 유럽평의회 협약⁴⁾이 여성폭력 및 척결을 요청하는 것은 이 세상에 아직도 남녀 간의 힘의 불균형이 존재한다는 사실을 반증하는 사례라고 하겠다. 여성폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석을 통해 남성 중심적인 사회통념을 차츰 제거해 나가는 것은 남녀 간의 힘의 불균형 상황을 시정하고 남녀가 함께 하는 균형적인 삶의 방향을 제시해 줄 수 있을 것이다. 또한 폭력피해자의 다수를 차지하는 여성의 인권보장에 기여할 수 있으며, “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다”고 하는 대한민국 헌법 제10조의 실질적인 실현을 가능하게 할 수 있을 것이다.

그동안 여성·가족 관련 법제의 발전과 함께 여성폭력 분야의 판례가 상당 부분 축적되어 왔으나 본격적으로 양적인 차원에서 판례를 분석하고 개선방안을 제시한 연구는 없었던 것 같다. 이 연구는 ‘여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제’를 제안하는 것을 목적으로 기획된 3년 연구의 마지막 년도에 해당한다. 1차 연도는 노동영역을 중심으로 고용상의 성차별, 직장내 성희롱, 여성근로자 보호, 여성근로자의 업무상 재해, 여성비정규직 관련 판례와 결정례에 대한 성인지적 분석을 하고 입법과제를 제안하였으며, 2차 연도는 가족 영역을 중심으로 친양자 입양, 자의 성과 분, 자녀 양육비, 재산분할에 관한 판례와 결정례에 대한 성인지적 분석을 하고, 입법과제를 제안한 바 있다.

이에 본 연구에서는 여성폭력 관련 판례 중 성폭력, 가정폭력을 중심으로 한 성인지적 분석을 통해 입법과제를 제안하고자 한다.

4) 2014. 8. 1.부터 발효된 여성폭력 예방 및 척결에 관한 유럽평의회 협약(Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women)은 모든 형태의 폭력으로부터 여성을 보호하고 여성폭력과 가정폭력을 예방, 처벌, 근절할 것을 목적으로 하는 유럽을 대표하는 협약이다(한국여성평등교육진흥원, 2014:15).

2. 연구내용 및 방법

가. 연구내용

첫째, 여성폭력 관련 판례의 성인지적 분석의 의의 등에 대해 연구하였다. 여성폭력의 의미, 남성 중심적 사회통념과 성인지적 분석의 필요성, 여성폭력 관련 판례분석에 관한 선행연구 분석, 성폭력·가정폭력 판례연구간 특수성에 대해 기술하였다.

둘째, 여성폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화에 대해 연구하였다. 「형법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 개정 내용과 주요 판례를 검토하고 평가 및 시사점을 제시하였다. 가정폭력의 국가적 개입을 시작한 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 탄생배경과 개정사항 및 시사점을 제시하였다.

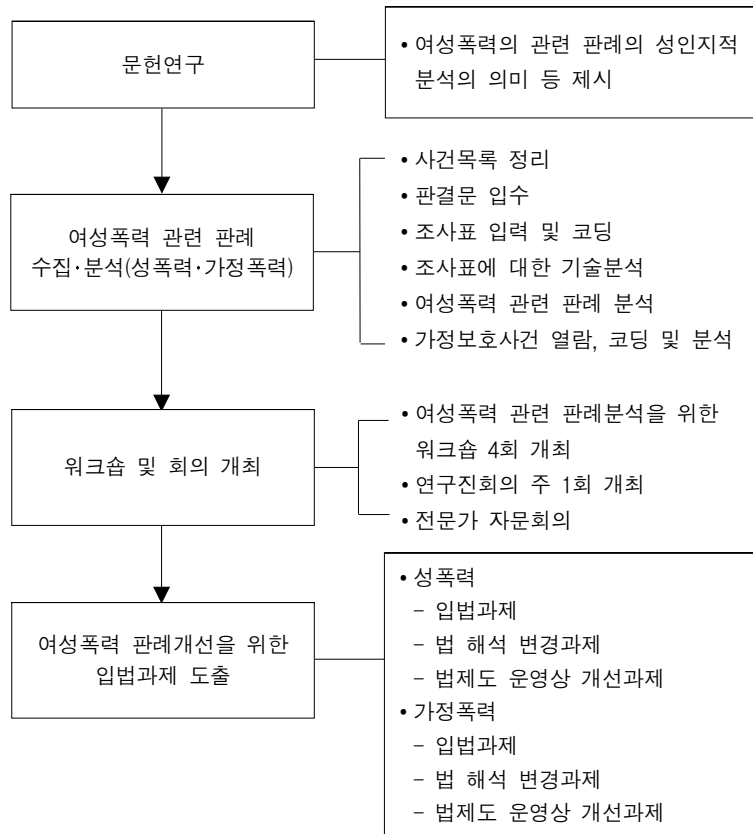
셋째, 성폭력 판례에 대한 성인지적 분석을 실시하였다. 성폭력 판례분석은 강간, 강제추행죄 705건에 관한 성인지적 분석을 실시하였다. 판례를 통한 성폭력실태는 범죄자, 피해자, 범행, 처분결과로 나누어 양적 데이터를 통해 분석하였고, 내용 분석은 성인지적 관점에서 문제점으로 될 수 있는 부분에 대해 구체적인 판례를 들어 설명하였다.

넷째, 가정폭력 판례에 대한 성인지적 분석을 실시하였다. 가정폭력 판례 분석은 가정폭력 중 배우자 폭력 유형으로 한정하여 서울가정법원의 협조하에 제공받은 2013년 중반 이후 결정이 내려진 56건의 가정보호사건에 대한 질적 분석과 가정폭력의 다양한 유형 중 상해, 폭행을 중심으로 형사재판으로 처리된 사건 582건을 중심으로 양적 분석을 시도하였다.

다섯째, 성인지적 관점에서의 여성폭력 관련 판례 개선을 위한 입법과제를 제시하였다. 여성폭력 관련 판례개선을 위한 법 해석 변경과제, 법 개선과제, 법 제도 운영상 개선과제를 성폭력, 가정폭력 순으로 제시하였다.

나. 연구방법

여성폭력 관련 판례 분석은 다음과 같은 연구방법을 이용하여 진행되었다.



[그림 I-1] 여성폭력 관련 판례 분석 연구의 흐름도

1) 문헌연구

현행 여성폭력 관련 판례에 관한 각종 문헌을 통해 여성폭력 관련 판례 연구에 관한 선행연구를 살펴보고, 성인지적 분석의 의의를 제시하였다. 또한 여성폭력 관련 쟁점별로 성인지적 관점에서 문제가 되는 판결의 제시와 논점에 대해 살펴보았다.

2) 판례수집 및 분석

가) 성폭력

(1) 성폭력 관련 판결문 검색 및 입수

성폭력 범죄는 「형법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(구법은 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(구법은 「청소년의 성보호에 관한 법률」)에 구체적으로 열거되어 있으며, 기본적인 강간죄와 강제추행죄에 특별 구성요건을 추가하고 있으므로 전체적으로 강간과 강제추행으로 대별될 수 있다.

검색방법은 법원행정처 내 판결문열람정보실을 방문하여 ‘강간’, ‘강제추행’이라는 검색어와 3심까지 진행된 판결문을 검색하는 것으로 하였다. 현존하는 성폭력 판결문을 모두 검색, 입수하기에는 시간과 인력상 제약이 있으므로 3심 판결선고 일시 기준으로 2000. 1. 1. - 2001. 1. 31, 2013. 1. 1. - 2014. 2. 28.로 특화하였다. 이와 같이 정한 배경은 「청소년의 성보호에 관한 법률」(2000. 7. 1.)의 시행 전후와 최근 시점의 판례간의 차이점 등을 살펴보기 위한 것이었다.⁵⁾

법원행정처 내 판결문열람정보실은 일반인도 이용할 수 있지만 하루 열람의 횟수와 시간을 제한하는 관계로 판결문의 사건번호 등 몇 가지 주요 사항만 알아 오기 위해서도 4개월 정도의 시간이 소요되었다. 판결문 검색 결과 강간 571건, 강제추행 144건이 검색되었다.

판례 입수는 2013년 이후에 선고된 사건은 인터넷 열람이 가능하지만, 그 이전에 선고된 것은 직접 해당 법원에 판결문 제공 신청을 하여 E-mail 등으로 입수하였다. 판결문 DB가 미흡하여 2000년 초반부의 판결문은 입수할 수 없었고, 군사법원 판결, 파기환송사건의 최종심 판결, 열람제한, 1, 2심 판결문이 보관되지 않은 경우 등은 판결문을 입수하지 못했다. 그 결과 전기에 해당하는 강간판례 182건 중 97건, 강제추행판례 21건 중 11건, 후기

5) 원래 연구중간 단계에서는 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」(1994. 4. 1.)이 시행된 전후 비교를 위해 1993. 10. 1. - 1994. 10. 31까지의 사건을 포함하였으나, 판례 수집 과정에서 오랜 시간이 경과된 사건에 대한 판례입수의 어려움 때문에 두 시기로 제한하였다.

에 해당하는 강간판례 496건 중 474건, 강제추행판례 147건 중 133건으로 총 715건을 입수하였다.

715건의 판결문 중 공소기각 또는 공소장 변경 등으로 2, 3심에서는 강간·강제추행 사건이 아닌 다른 사건으로 진행되거나, 판결문 내용상 연구 목적과 취지에 맞지 않는 10건의 사건들은 분석대상에서 제외하였다. 또한 사건명에 ‘강간’으로 검색하여 얻어낸 판결문이 실제 내용상 강제추행 사건인 경우가 93건에 달하여 각 사건 수의 변화가 있었다.

따라서 최종 분석대상이 된 판결문은 전기에 강간 86건, 강제추행 21건과 후기에 강간 385건, 강제추행 213건 총 705건을 분석대상으로 삼았다.

〈표 I -1〉 성폭력판례 분석대상 판결문 현황

(단위 : 건)

구분		대법원방문 검색 목록	입수	분석
강간	2000	182	97	86
	2013	496	474	385
	소계	678	571	471
강제추행	2000	21	11	21*
	2013	147	133	213
	소계	168	144	234
전체		846	715	705

* 강제추행 사건수 중 입수건수에 비해 분석건수가 많은 것은 사건명이 예컨대 ‘13세 미만 미성년자 강간 등’으로 현출되었으나 사건내용이 강제추행을 다루는 경우를 강제추행으로 분석하게 되었기 때문이다.

(2) 입수된 성폭력 판결문 분석

판결문에서 성폭력 관련 성인지적 분석을 위해 알고 싶은 내용을 조사표로 만들어서 엑셀시트에 코딩작업을 실시하고 이어서 데이터 클리닝을 하였다.

엑셀과 SPSS를 통해 빈도분석과 교차분석을 실시하였다.

〈표 I -2〉 성폭력판례의 분석틀

구분		세부 내용
1. 범죄자	사회인구학적 특성	범죄자 수별 건수 범죄자 성별 건수 범죄자 국적별 건수 범죄자 연령별 건수 범죄자 직업별 건수 범죄자 특이사항별 건수(음주상태, 지적·신체적 장애, 정신과 병력) 범죄자와 피해자의 관계별 건수(모르는 사람, 아는 사람, 애인·이성친구, 가족 및 친척, 배우자) 범죄자와 피해자의 관계별 1심, 3심 선고형량(모르는 사람, 아는 사람, 애인·이성친구, 가족 및 친척, 배우자)
	범죄경력	범죄경력 유무 범죄경력 유형(동종, 이종, 동종·이종) 동종전과 횡수 동종전과 내용
	변호사 선임여부	1심·3심 변호사 선임여부(국선, 사선)
2. 피해자	사회인구학적 특성	피해자 수별 건수 피해자 성별 건수 피해자 연령별 건수(13세 미만/13세 이상-19세 미만/19세 이상-64세 미만/ 65세 이상) 피해자 직업별 건수 피해자 특이사항별 건수(음주상태, 지적 장애, 신체적 장애, 정신과 병력, 수면상태, 기타) 피해자 음주상태와 선고형량과의 관계
	법조 관계인 정보	1심 피해자의 변호사 선임 현황 1심 지원단체 선임현황
3. 범행		범행방법 피해결과

구분		세부 내용
4. 처분결과	사건정보	처분죄명별 건수(1심) 범죄유형별 경합범 여부(1심) 범죄유형별 선고형의 종류(1심, 3심) 범죄유형별 유기징역의 형량(1심) 범죄유형별 유기징역 평균형량 및 집행유예평균 유예기간(1심, 3심) 강제추행 평균 벌금액수(1심) 범죄유형별 항소여부 및 그 결과 범죄유형별 상고여부
	피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단	심신미약 - 심신미약 주장 및 인정유무(1심, 2심, 3심) 사실오인 및 법리오해 - 사실오인 주장 유무(1심, 2심, 3심) - 사실오인에 대한 주장내용(1심, 2심, 3심) - 사실오인에 대한 주장인정 유무(1심, 2심, 3심) - 피고인 주장에 대한 불인정 판단의 이유(1심, 2심, 3심) - 피고인 주장에 대한 인정 판단의 이유(1심, 2심, 3심) 양형부당 - 양형부당 주장 유무(2심, 3심) - 양형부당에 대한 인정유무(2심, 3심) - 가중요소(1심, 2심, 3심) - 감경요소(1심, 2심, 3심) - 양형부당 인정판단의 이유 무죄배경(1심, 2심, 3심) - 피고사건이 범죄로 되지 않는 경우 - 범죄사실의 증거가 없는 경우 신상정보 등록, 공개, 고지 - 신상정보 등록 부당 주장 유무(2심, 3심) - 신상정보 등록 부당 주장 인정 유무(2심, 3심) - 신상정보 등록 부당 주장 인정 판단이유(2심, 3심) - 신상정보 공개·고지 부당 주장 유무(2심, 3심) - 신상정보 공개·고지 부당 주장 인정 유무(2심, 3심) - 신상정보 공개·고지 부당 주장 인정 판단이유(2심, 3심) 위치추적 전자장치 부착명령 - 위치추적 전자장치 부착명령 부당 주장 유무(2심, 3심) - 위치추적 전자장치 부착명령 부당 주장 인정 유무(2심, 3심) - 위치추적 전자장치 부착명령 부당 주장 인정 판단이유(2심, 3심) 성충동 약물치료 - 성충동 약물치료 부당 주장 유무(2심, 3심) - 성충동 약물치료 부당 주장 인정 유무(2심, 3심) - 성충동 약물치료 부당 주장 인정 판단이유(2심, 3심)

나) 가정폭력

(1) 가정폭력 관련 판결문 검색 및 입수

「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘가정폭력특례법’이라 함)은 가정폭력을 ‘가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위’라고 정의하면서 이에 그치지 않고 가정폭력 범죄의 범주를 형법에 근거하여 한정짓고 있다. 상해와 폭행의 죄, 유기와 학대의 죄, 체포와 감금의 죄, 강간과 추행의 죄, 명예에 관한 죄, 주거침입의 죄, 권리행사를 방해하는 죄, 사기와 공갈의 죄, 손괴의 죄 중에 일부가 가정폭력 범죄의 범주에 속하지만, 이들을 모두 분석대상으로 삼는 것은 시간과 연구인력의 제한으로 신체적 폭력의 대표 유형인 상해와 폭행으로 제한하였다.

가정폭력 관련 분석대상 판결문을 수집하기 위해 색인어를 도출하였다.⁶⁾ 2014년 2월과 3월 법원행정처 내 판결문열람정보실을 방문하여 “가정폭력”과 “가정보호사건”이라는 색인어와 “상해죄”와 “폭행죄”를 각각 매치시켜 사건을 조회하였다. 중복 현시된 사건들과 상해와 폭행이라는 죄명 속에서 겹치는 사건들을 정리한 결과 총 894건의 목록을 만들었다.

2013년 이후 선고된 사건인 경우 판결문 인터넷 열람을 통해 입수하였으며, 그 이전에 선고된 사건의 경우는 해당법원에 판결문 제공 신청을 하여 입수하였다. 그 과정에서 여러 요인으로 2014년 9월 3일을 기준으로 입수되지 않은 사건 61건과 색인어를 통해 검색하다 보니 가정폭력이라는 용어가 사건 속에서 나타나 있지만 최종적으로 가정폭력과 무관한 사건인 120건은 제외하였다. 그리고 본 연구의 목적인 여성관련 판례를 성인지적으로 분석하는 것이므로 다양한 가족구성원 사이의 폭력 범죄 중에서도 배우자 관계에 초점을 두고자 그 밖의 가족구성원 사이에 이루어진 가정폭력 사건 또한 분석대상에서 제외하였다. 이런 과정을 통해 최종적으로 분석대상 판결문은 총 582건으로 한정한다. 이 중 상해는 499건(85.7%), 폭행은 83건(14.3%)으로 구성되었다.

6) 가정폭력은 형사재판기록에 가정폭력사건임이 따로 표시되어 있지 않아, 관련 사건을 추적하는데 어려움이 있었다.

〈표 I-3〉 가정폭력 형사사건의 분석대상

(단위 : 건, %)

구분	빈도	구성비
배우자폭력	582	65.1
기타 가정폭력	129	14.8
가정폭력 무관	120	13.1
판결문 미입수	61	6.8
판결문내 정보 없음	2	0.2
전체	894	100.0

또한 형사사건이 가정보호사건으로 송치되는 경우에는 그 결과를 알 수 없기 때문에 형사사건과 더불어 가정폭력 사건 처리의 중요한 한 축을 차지하고 있는 가정보호사건처리의 과정과 결과를 살펴보기 위해 서울가정법원의 협조를 얻어 2013년 7월 25일부터 2014년 2월 5일까지 이루어진 결정 중 열람을 허용해 준 56건에 대한 사건처리 기록을 분석대상으로 추가하였다.

(2) 입수된 가정폭력 판결문 분석

판결문에서 가정폭력 관련 성인지적 분석을 위해 알고 싶은 내용을 조사표로 만들어서 엑셀시트에 코딩작업을 실시하고 이어서 데이터 클리닝을 하였다. 이후 엑셀과 SPSS를 통해 빈도분석과 교차분석을 실시하였다.

〈표 I-4〉 가정폭력 관련 판례의 분석틀

구분	세부 내용
1. 사건정보	처분죄명(검색기준별) 심급 1심/2심/3심 선고일, 선고법원, 사건번호 복수 범행사실 존재 여부 및 범죄사실 건수 (범죄 경합여부) 배우자폭력 관련 유무 (사건당 최소 한 건 이상 존재하는 경우 관련 있음)

16 ●●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

구분		세부 내용
2. 범죄자	사회인구학적 특성	피고인 성별/연령/국적/피고수 피고인 특이사항 (음주상태, 지적·신체적 장애, 정신과 병력) 피해자와의 관계 1심 선고형량
	범죄경력	범죄경력 유무 범죄경력 유형(동종, 이종, 동종·이종) 동종전과 횡수 동종전과 내용 공무집행방해와의 경합 유무
	변호사 선임여부	1심/2심/3심 변호사 선임여부(국선, 사선) 및 수
3. 피해자	사회인구학적 특성	피해자 성별/연령/국적/피해자 수 피해자 특이사항 (음주상태, 지적 장애, 신체적 장애, 정신과 병력, 기타)
4. 관계		피고인과 피해자의 관계 범행 당시의 관계 선고 당시의 관계 관계 지속 기간 범행 당시와 선고 당시의 관계 변화 유무
5. 범행	범죄사실 별	1심 선고일과 범행일의 간격 범행 시간대 범행 장소 범죄명(범죄사실 기준) 폭력행사의 원인 범행별 가중요소 유무(흥기, 상습, 공동 등) 폭력행사 시 물건사용 유무 및 사용한 물건 범행수법(구체적으로 기재) 피해결과(신체/재산, 치료일수/피해금액 등)
6. 항소 및 상고 유무		항소여부 및 항소인 항소이유 및 그 결과(사실오인, 법리오해, 양형부당, 정당방위, 심신 장애 주장 유무 및 인정 여부) 상고여부 및 상고인 상고이유 및 그 결과(법리오해, 양형부당 주장 유무 및 인정 여부)
7. 양형가중 및 감경요소		심급별 양형가중요소 심급별 양형감경요소
8. 처분결과		1심/2심/3심/최종형 선고형의 종류 1심/2심/3심/최종형 유기징역의 형량 1심/2심/3심/최종형 집행유예기간 1심/2심/3심/최종형 준수사항 부과 유무 및 종류 1심/2심/3심/최종형 벌금액수

3) 여성폭력 관련 판례에 대한 주제별 워크숍

성폭력, 가정폭력 판례분석에 대한 워크숍을 개최하였다. 성폭력, 가정폭력 판례에 관한 성인지적 관점이 무엇인가에 초점을 두고 주제발표와 토론을 하였으며, 참가자들의 활발한 토론을 통해 여성폭력 판례의 성인지적 분석에 관한 인식의 영역을 확대하는 기회가 되었다.

〈표 I-5〉 주제별 워크숍 내용

연번	일시	제목	발제자	토론자
1	2014.4.24. (목) 14:00	가정폭력 판례분석에 있어서의 성인지적 관점 따라 잡기	고미경 (가정폭력상담소장)	허민숙(이화여자대학교 한국여성연구원 연구교수)
2	2014.6.13. (금) 15:00	가정폭력의 가부장성 분석을 통한 법제도 개선방안	박소현 (한국가정법률상담소 법률구조2부장)	연구진, 참석자 종합토론
3	2014.8.8. (금) 15:00	성폭력 판례분석에 있어서의 성인지적 관점 따라잡기	장다혜 (한국형사정책연구원 부연구위원)	연구진, 참석자 종합토론
4	2014.12.22. (월) 15:20	성인지적 관점에서의 여성폭력 관련 판례분석과 입법과제	윤덕경 (한국여성정책연구원 연구위원)	최창행 (여성가족부 권익정책과 과장) 김정혜 (공익인권법 재단 공감) 박소현 (한국가정법률상담소 상담부장)

4) 전문가 자문회의

연구방향의 적절성, 연구결과의 정책 활용 가능성 제고를 위한 의견 수렴, 조사표 내용, 보호처분 결정례 입수방법 등에 관한 전문가 자문회의, 서면 자문을 실시하였다.

3. 본 연구의 차별성

본 연구의 차별성을 밝히기 위해 여성폭력 관련 판례에 대한 분석을 시도한 선행연구를 검토해 보고자 한다.

우선 성폭력 판례에 관한 성인지적 분석과 관련된 선행연구를 검토해 보기로 한다.

노성호 외 연구(1999년)는 성폭력범죄의 양형실태를 분석한 연구이다.

성폭력특별법의 시행을 전후로 검찰의 성폭력범죄자에 대한 처리동향과 법원의 선고현황을 살펴보고, 성폭력범죄자에 대한 양형에 영향을 미치는 요인에 대해 고찰하였다(노성호 외, 1999:21-24). 전자를 통해서 성폭력범죄에 대한 강력한 처벌이라고 하는 성폭력특별법의 본래 취지가 성폭력범죄자의 처리에 실제로 반영되고 있는 지를 파악하였다. 후자를 통해서 성폭력범죄의 양형에 영향을 미치는 양형인자를 경험적으로 고찰함으로써 양형의 불균형을 극복하고 일관성을 지향하는 양형 합리화를 위한 기초자료를 제공하고자 하였다. 또한 성폭력범죄자에 대한 형사사법기관의 최종적인 판단에서 성폭력범죄에 대한 남성 중심적인 사회적 통념이 어느 정도 반영되어 있는 가를 밝혀냄으로써 성폭력특별법 제정의 본래 취지가 실제로 반영되고 있는 지를 과학적으로 검증해 보고자 하였다.

이를 위한 연구방법의 하나로 1994년에서 1998년 사이에 1심에서 강간 등의 죄명으로 확정판결을 받은 786개의 사례를 분석하였다.

주요 분석사항은 성폭력범죄 양형의 일반적 특성과 양형에 대한 요인별 고찰을 하였으며, 주요 결과로는 범행 당시 가해자의 음주상태, 피해자의 저항정도가 낮다는 것, 피해자와 가해자간 지속적인 친분관계가 있다는 것이 형량을 감경해 주는 요인으로 작용한다는 것을 밝혀냈다. 여기서 남성의 성적 욕구가 충동적이고 음주상태에서는 남성의 자기제어능력이 상실되어 충동에 따라 행동하는 경향이 강하므로 성폭력범죄가 발생한다거나 피해자의 저항정도가 낮다는 것이 “여자가 끝까지 저항하면 강간은 불가능하다”는 통념을 양형에 그대로 반영되고 있음을 지적하였다. 범행이전의 피해자와 가해자간 지속적인 친분관계가 선고형량 감경에 영향을 주는 것은 범행

이전에 함께 음주나 유흥을 즐겼는지에 관심을 두고 피해자에게 어느 정도 유책성이 있음을 내포하는 것으로 성폭력범죄의 본질을 호도할 가능성이 있다고 보았다.

이에 대해 필자는 음주감정이 남성에게 변명의 기회를 주고, 피해자의 저항 정도는 상황에 따라서 오히려 가해자의 강압이나 폭력의 정도를 보여주는 인자로서 고려되어야 하며, 피해자와 가해자가 범행이전부터 알고 지낸 가깝고 친밀한 사이라 하더라도 여전히 개인의 성적 자기결정권은 동등하게 보호받아야 한다는 것을 강조하면서 성폭력특별법이 진정으로 여성들을 성폭력 범죄로부터 보호하기 위해서는 성폭력에 대한 사회문화적 인식과 통념의 전환이 선결되어야 한다는 것을 제시하였다.

한국성폭력상담소(2007)의 ‘성폭력을 조장하는 대법원 판례 바꾸기’ 자료집에 의하면, 대법원 판례 중 법조인들의 성편향적인 사법관행을 찾아내어 대법원 판례의 변화를 촉구하기 위해 기획된 연구이다.

폭행·협박을 매우 협소하게 판단하는 강간죄의 최협의설, 항거불능 상태임을 따로 입증해야 하는 장애인 성폭력, 성폭력 성립 자체를 인정하지 않는 아내강간, 진술의 신빙성과 일관성이 부족하다는 이유로 인정받기 어려운 아동성폭력 등의 문제를 대법원 판례평석을 통해 문제제기하고 있다(한국성폭력상담소, 2007). 이를 통해 장애인 대상의 성폭력 유형을 구체화하는 방향으로의 법 개정과 부부강간을 인정하는 대법원 판례의 출현에 구체적인 근거를 제공하였다.

조희진(2009)의 연구는 아동대상 성폭력범죄의 양형기준에 관한 연구이다. 법정형의 상향을 통해 엄격한 사법처리를 예정하고 있는 성폭력범죄, 특히 아동대상 성폭력범죄에 대하여 법원에서 실제 선고한 양형을 분석하고, 2009. 4. 27. 이후 시행될 양형기준제 도입시 어떤 방향으로 양형이 변화될 것인지를 예측하며, 현재 우리나라의 형사사법 시스템상의 양형제도와 새로 도입될 제도의 문제점 및 그에 대한 해결책을 점검하기 위해 수행되었다(조희진, 2009:175-176).

연구방법으로는 2007년에 서울 중앙지방법원에서 선고된 실제 아동대상 성폭력 사건 15건에 대한 범죄사실, 선고형 및 검찰 구형, 양형에 관한 판결

이유를 검토하였으며, 양형기준 초안의 문제점으로 여전히 아동 대상 성폭력범죄에 대하여 관대한 양형이 예상되는 등 성폭력특별법상의 상향된 양형에 제대로 반영되지 않았다는 점을 지적하고, 양형인자로서 친족 간의 범행의 문제점과 특별 양형인자 고려시의 문제점으로 임신이나 성병감염의 평가, 합의, 본인의 책임이 없는 심신미약 등에 대한 문제점을 지적하였다. 2009년 성범죄양형기준이 시행되고 4차례의 개정이 이루어진 상황에서 양형기준에서 문제되는 부분이 있는 것으로 지적되고 있다.

한국여성변호사회(2014)의 연구는 아동·청소년 대상 성범죄에 관한 판례 분석을 내용으로 한다. 2013. 6. 19. 전후부터 2014. 3.까지 전국의 각급 법원에서 확정된 판결 169건(피고인 대상 224명)을 대상으로 양형의 변화와 문제점을 살펴보았다(한국여성변호사회, 2014:41-58).

분석결과는 관대한 양형과 높은 집행유예의 현실이 양형기준 또는 법정형의 문제임을 지적하고, 양형의 감경사유에서 주취감경이 아직도 존재하고 있고, 동종 성범죄 전력이 없다는 이유로 ‘형사처벌 전력 없음’의 감경을 하는 것, ‘진지한 반성’과 관련하여 법원은 ‘나름대로의 반성’이라는 표현을 사용하면서 판결문에 이에 대한 상세한 설명을 하지 않는 것의 문제점 등을 지적하였다. 정책제언으로 법정형 또는 양형기준을 상향조정하고 집행유예사유로서 적절하지 않은 ‘피고인의 구금이 부양가족들에게 과도한 곤궁’, ‘우발적 범행’, ‘피고인의 건강상태’ 등은 성범죄의 집행유예사유로 적절하지 않으므로 배제할 필요가 있다. 또한 친족 간 범행에서 처벌불원의사(합의)를 감경인자에서 제외하고, 외상 후 스트레스 장애는 상해로 인정하고 감경사유에서 배제하는 것이 필요하다는 제언을 하였다.

본 연구는 형법 제정 이후 성폭력 범죄의 판례가 어떻게 변화되고 있는가를 분석하고 성인지적 관점에서 고쳐져야 할 것은 무엇인가를 제시하는 연구로서 2000년과 2013년의 성폭력 판례를 수집하여 양적, 질적으로 분석함으로써 시기에 따른 판례의 변화과정을 볼 수 있다는 점에서 기존 연구와의 차별성을 갖는다. 또한 이상의 연구들은 성폭력 범죄를 내용으로 하고 있으나 성폭력 판례를 양적으로 분석한 3연구 중 성인지적 분석이 포함된 것은 1999년 연구이고 나머지 연구는 아동·청소년 대상의 성범죄 양형기준

과 관련된 양형분석에 초점을 맞추고 있다. 본 연구가 성폭력 피해자 연령을 구분하지 않고 전 연령을 대상으로 하면서, 성폭력 판례의 양적·질적 분석을 통한 본격적인 성인지적 분석을 시도했다는 점에서 그 의의가 크다고 할 것이다.

이어서 가정폭력 관련 판례에 대한 선행연구를 검토하고자 한다. 가정폭력 관련 판례는 그동안 살인사건을 중심으로 이루어져 왔다.

고미경·허민숙(2012)은 가정폭력 과정에서 여성이 살해된 121건의 살인 사건과 가정폭력 피해자에 의한 가해자 사망사건 21건을 통해 살인과 젠더 관계를 분석하고 있다. 법원은 그동안 객관성과 중립성을 이유로 장기간 가정폭력 피해라는 특수한 상황을 고려하지 않은 채 정당방위 주장을 배제해 왔지만, 정당방위 인정여부를 판단함에 있어서 논리성을 결여한 침해의 현재성에 대한 법원의 판단, 단 한 번도 넘지 못한 사회통념상 상당성 있는 행위의 판단, 피해자에게 도망가지 않았음에 대한 책임을 묻는 재판부, 가해남성만을 대변하는 듯한 법원의 태도 속에서 남성의 이해와 남성의 관점을 대변하고 있는 모습을 살펴볼 수 있으며, 가정폭력 사건에서 성별에 기반한 상황과 사건을 판단하고 해석하는 것이 극명하게 드러나고 있음을 짚고 있다.

김현정·이수정(2007)의 연구는 피학대 여성의 남편 살해 사건을 판결하는 과정에 있어서 피학대 여성의 경험이 고려되어야 할 정보로 제공될 때 판결에 어떠한 변화가 오는가를 모의 배심원 실험을 통해 살펴보았다. 상황 시나리오, 외도시나리오, 학대시나리오를 피험자에게 읽게 한 후 판결하도록 하고 그 결과를 분석하였다.

박미랑(2013)은 2009. 9. 1. - 2013. 3. 1심판결에서 유죄확정판결을 받아 양형기준이 적용된 살인사건 중 참작할만한 동기에 해당하는 사건을 선택하여 근거이론에 기반한 질적 내용분석을 한 결과, 가정폭력이 살인으로 이어지는 정황과 가해자-피해자 특징, 그리고 형사사법체계의 가정폭력에 대한 가부장적 시선을 읽어내고 있다. 특히 가정폭력피해자가 여성일 경우 지속적인 폭력을 외부에 신고하거나 이혼하지 않았다는 사실에 대하여 비난하는 내용이 판결문에서 쉽게 발견되었다고 밝히고 있다.

이명숙(2006)은 부부간의 성폭력과 가정폭력 피해 아내의 남편 살해에 대한 쟁점과 법제도적인 보완 등에 대해 살펴보면서, 특히 가정폭력 피해아내 남편살해의 법적용의 쟁점과 문제점을 살인의 고의, 아내를 살해한 남편과의 형평성, 정당방위 주장, 면책적 긴급피난, 정당한 행위 주장, 심신장애 측면으로 살펴보고 그에 대한 향후 법적방안에 대한 제언을 하고 있다.

김영희 외(2004)는 『여성 살인범의 특성, 범죄이유, 그리고 재활가능성 : 치료적 사범이념의 현실적 구현방안을 위한 심층면담 연구』에서 청주 여자 교도소에 수감되어 있는 재소자들을 남편을 살해한 여성 재소자와 다른 범죄로 수감된 재소자들로 구분지어 공식기록, 자기보고설문지 그리고 심층면담에 이르는 광범위한 연구를 실시하여 남편 살해 여성의 특성, 범죄이유, 재활가능성을 살펴보았다.

김지영 외(2010)는 『남편살해 피학대여성의 사회심리적 특성에 따른 형법적 대응방안』에서 12명의 심층면접사례와 2명의 수사재판기록에 관한 사례분석과 살인, 과실치사, 폭행, 남편, 아내, 주부, 정당방위, 과잉방위, 오상방위, 긴급피난, 가정폭력, 심신상실, 심신미약, 학대, 변태 등 검색어로 교차검색 70개의 판결문기록 조사를 통해 남편을 살해한 피학대여성들에 대한 절차법적, 실체법적 개선방안의 가능성을 제시하고 있다.

양현아·김현경(2012)은 『가정폭력 “피/가해자”의 탄생 : 가정폭력 피해자의 처절한 사적 구제』에서 가정폭력 피/가해자를 바라보는 법원의 시각을 정당방위 판단과 심신장애 판단을 통해 진단해 보고, 법과 국가의 부재로 가정폭력이 방치되고 있는 현실과 그로 인한 처절한 사적 구제에 의존할 수밖에 없는 현실 속에서 가정폭력 피/가해자의 탄생과정을 짚어보고, 피해자로서의 피고인을 치유하고 회복하는 것으로의 치유적 사법적 길을 열어 가야 함을 강조하고 있다.

이수정·서진환(2005)는 외국에서 남편을 살해한 폭력피해 여성을 위해 이루어지고 있는 전문가 증언의 근거와 논리를 제공해주는 연구결과를 고찰하고, 국내에서 가정폭력 피해자로서 배우자를 살해하고 수감 중인 여성들의 심리적 특징과 폭력피해 경험 및 범행 후 사법체계에서의 경험을 살펴봄으로써 외국의 논리의 국내적용가능성을 논의하고 실증적 자료를 찾고

자 하였다.

가정보호사건에 대한 결정례 분석도 많지는 않지만 일부 존재한다. 박소현(2013)은 가정폭력특례법이 규범력을 갖지 못하는 원인을 가정폭력특례법에 내재되어 있는 가부장성이라고 보고, 법 곳곳에 내재되어 있는 가부장성을 분석하면서 법제도 개선방안을 제시하고 있다. 그 중에서 특히 1998년에서 2011년 서울가정법원 가정보호사건 중 상담위탁 보호처분결정을 받은 법원 결정례를 분석하고, 더불어 상담위탁 보호처분의 상담일지 내용 분석을 곁들이고 있다는 측면이 두드러진다. 2008년 이후 가정보호처분 결정 사건에 대한 공개가 금지되어 있기 때문에 방대한 양의 가정보호사건을 분석할 수 있었던 것은 한국가정법률상담소에서 오랫동안 가정폭력 상담업무를 수행해 왔기 때문에 가능한 부분이 있다. 가해자들은 폭력행사 원인에서 가부장성의 특성을 나타냈고, 가해자에 대한 성행교정처분으로 상담위탁 보호처분이 가해자의 가부장성 교정에 효과가 있기 때문에 상담위탁 보호처분이 강화되어야 한다는 정책 제언까지 하고 있다.

본 연구는 그동안 한 번도 시도된 적이 없는 가정폭력범죄의 대표적인 유형인 상해와 폭행을 중심으로 한 형사사건기록에 대한 분석을 통해 가정보호사건으로 처리된 것과 형사사건으로 처리된 것의 차이를 성인지적 관점에서 파악하려고 시도한 점에서 의미가 깊다. 또한 2013년 하반기 이후에 다루어진 가정보호처분 결정에 대한 내용분석을 통해 정부의 가정폭력에 대한 4대약 체결의지로 표방 이후 사건처리과정에서 어떠한 변화를 보이고 있는지 짚어보며, 성인지적 관점에서 개선안을 도출하려고 시도한 점에서 기존 연구와의 차별성을 갖는다.

4. 연구의 한계

가. 수사기록 등 다양한 자료에 의한 사건검토 필요

여성폭력 관련 사건을 다루는 형사사법기관의 남성 중심적 사고는 법원에 국한된 것은 아니고 법원 이전 단계인 경찰, 검찰을 통해 연속적으로 이

루어 진다는 것은 잘 알려진 사실이다. 따라서 법원의 판결문뿐만 아니라 피의자 신문조서, 피해자 진술서 등 수사기록이나 법원의 다른 자료들을 검토해야 하나 본 연구에서 법원의 판결문만을 검토한 것은 연구의 한계로 작용한다.

수사기록 등을 본다면 폭력피해자에 대한 성 편향적인 태도나 2차 피해 등의 내용을 더욱 풍부하게 발견할 수 있을 것으로 생각되며, 추후의 연구에서 다양한 방법들이 시도될 수 있기를 기대한다.

나. 각 폭력간 법체계의 특수성에 따른 판례분석 내용의 일관성 제약

본 연구는 성폭력, 가정폭력 관련 법률과 판례 체계가 다르기 때문에 따로 떼어 독자적으로 연구해야 했으나 함께 연구함으로써 발생하는 연구의 제약 요소들이 있다.

첫째, 본 연구에서 다루고 있는 성폭력, 가정폭력 관련 법체계가 상이하다는 점이다. 성폭력의 경우 일반법인 형법을 중심으로 처벌강화가 필요한 범죄유형은 성폭력특별법이나 아동·청소년성보호법에서 규율한다. 반면에 가정폭력의 경우는 상해, 폭행, 재물손괴 등 가정폭력범죄를 형법에서 규율하고, 가정폭력특별법은 행위자에 대한 환경의 조정과 성행의 교정을 위한 보호처분을 내리는 것을 내용으로 함으로써 형사법 체계와 구별되는 가정보호체계가 따로 존재한다.

2012년 현재 가정폭력에서 형사사건으로 기소되는 것이 14.9%, 가정보호사건으로 송치되는 것이 19.9%로서 가정폭력 판례는 형사기소사건과 가정보호사건을 모두 다루어야 한다. 반면에 성폭력은 형사기소된 사건만 다루면 되기 때문에 양적 분석에 있어서 가정폭력 쪽이 더 복잡함을 보여 준다.

둘째, 성폭력, 가정폭력 간 기존의 연구 속도가 상이하다는 점이다. 관련 법률의 변천과 판례의 변화와 관련하여 성폭력은 쟁점별 논의가 활발하게 이루어져 이 부분을 기술할 수 있었으나 가정폭력의 경우는 관련 법 체계가 달라서 판례의 변화에 관한 쟁점별 논의가 없고 따라서 가정폭력특별법의 제정배경과 내용 등을 기술함으로써 양쪽이 다른 점을 나타내고 있다.

또한 성폭력의 경우는 기존에 양형분석에 관한 연구들이 존재하기 때문

에 연장선상에서 발전적인 연구가 가능하나, 가정폭력은 판례분석 연구가 없고 연구를 개척해 나가야 하는 상황에서 어려움이 있었다.

5. 기대 효과

가. 법학연구의 기초자료 제공

여성폭력 관련 판례에 대한 본격적인 연구를 수행하고 법학연구에 있어서 기초자료를 제공할 수 있다.

나. 여성폭력 관련 사건의 판단에 있어 법원의 성인지 감수성 제고

여성폭력 관련 판례의 성인지적 분석을 통해 법원이 여성폭력 사건을 판단함에 있어서 남성주의적 시각을 배제하고 성인지 감수성을 높일 수 있다.

다. 여성폭력 관련 판례의 개선 방향 제공

여성폭력 관련 판례가 성 중립적이고 합리적인 방향으로 나가는데 기여할 수 있으며, 여성폭력 관련 개정 법률에 나타난 입법자의 의지를 판례에 적극적으로 반영할 수 있다.

라. 여성폭력 피해자의 인권보장에 기여

여성폭력 가해자에 대한 적절한 처벌 등 합리적인 판결은 범죄자에 대한 확실한 법 집행을 통해 여성폭력 가해자는 반드시 처벌된다는 믿음을 강화시키도록 하여 여성폭력 피해자의 인권보장에 기여할 수 있다.

II

여성폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화

- | | |
|--------------------------------|----|
| 1. 성폭력 관련 법률의 변천과
운용상의 변화 | 29 |
| 2. 가정폭력 관련 법률의 변천 및
운용상의 변화 | 53 |
| 3. 소결 | 69 |

1. 성폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화

가. 성폭력 관련 법률의 변천

성폭력에 대한 법률 개정의 노력은 그 방향성이 올바르게 설정되지 않을 때 오히려 우리 사회의 근본적인 성폭력 문제의 해결을 방해하는 결과를 낳을 수 있다. 따라서 성폭력 관련 법률의 방향성을 올바르게 설정하기 위하여 법률의 제 규정이 실제 판례에서 어떻게 적용되고 있는지를 성인지적 관점에서 분석하고 평가하는 것은 매우 중요하다. 법률 개정 전후의 판결을 비교함으로써 개정을 통해 달성하고자 한 개정목적이 실제 법원의 판결을 통해 달성되었는지를 확인할 수 있을 것이며, 만약 그 목적이 달성되지 않는다면 어떤 방향으로 개정되어야 하는지에 대한 입법론적 해결방법을 모색할 수 있을 것이다.

다른 한편 법률을 적용하는 법원 역시 성인지적 관점에서 최대한 중립적이고 합리적으로 판단하여야 할 것인 바, 그렇지 않고 법원이 재판과정에서 2차 피해 등 성폭력피해자의 인권을 침해하는 문제를 스스로 만들어 내고 있다면, 그 문제점을 드러내서 조속히 시정할 것을 촉구할 필요가 있다. 판례에 대한 평가와 분석은 이처럼 재판과정에서의 법원이 가진 문제점을 발견하여 성폭력피해자의 인권을 보장하는 방향으로 판례를 이끌어 나갈 수 있다는 점에서도 중요한 의미를 가진다.

이하에서는 본격적으로 판례를 분석·평가하기에 앞서, 성인지적 평가를 요하는 주요 쟁점별로 1953년 제정형법부터 현재까지 이루어진 성폭력 관련 법률의 개정내용과 그 개정의 배경을 검토하였다. 그리고 이들 개정내용을 성인지적 관점에서 평가함으로써 이후 연구를 위한 시사점을 발견해보고자 한다.

성폭력 관련 법률은 「형법」, 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘구 성폭법’이라 함), 「청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 ‘구 청소년성보호법’이라 함), 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 ‘아청법’이라 함), 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력특별법’이라 함)의 순으로 제정 또는 개정되었다. 이하에서는 이들 법률의 제·

개정 배경과 이유, 주요 내용을 시간 순으로 살펴보겠다.

1) 형법 제정 시기

형법 제32장 “정조에 관한 죄”가 우리 법에서 규정한 최초의 성폭력 범죄이다. 정조에 관한 죄를 포함한 제정 형법은 1953. 9. 18. 제정되었고 1953. 10. 3.부터 시행되었다. 정조에 관한 죄는 형법 제297조 (강간) “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”로 시작하여, 제298조 (강제추행), 제299조 (준강간, 준강제추행), 제300조 (미수범), 제301조 (강간등에 의한 치사상), 제302조 (미성년자등에 대한 간음), 제303조 (업무상위력등에 의한 간음), 제304조 (혼인빙자등에 의한 간음), 제305조 (미성년자에 대한 간음, 추행)을 규정하였고, 형법 제306조 (고소)로 강간 등이 친고죄임을 명시하였다. 성폭력 범죄는 구 성폭법이 제정되어 시행된 1994. 4. 1.전까지 형법 제297조부터 제306조까지 총 10조문의 “정조에 관한 죄”를 적용하였다.

2) 구 성폭법 제정 시기

1994. 1. 5. 구 성폭법이 제정되고 1994. 4. 1.부터 시행되었다. 구 성폭법은 1991년 발생한 김부남 사건, 1992년 발생한 충주 계부 살해사건 등의 영향을 받아 제정되었다. 두 사건은 모두 아동기에 당한 성폭력 피해자가 그 가해자를 살해한 사건이었는데, 이 사건들이 언론을 통해 보도되면서 아동·청소년 성폭력 피해의 심각성과 근친에 의한 성폭력 피해의 지속성과 특수성 등이 부각되었기 때문이다. 이에 따라 구 성폭법은 존속 등 연장의 친족에 의해 강간·추행과 신체장애자에 대한 추행을 처벌하도록 하고 이를 모두 비친고죄로 규정하는 것을 주된 내용으로 하여, 통신매체의 발달을 고려하여 전화·우편·컴퓨터등 통신매체를 이용한 음란행위와 버스·지하철·극장 등 공중밀집장소에서의 추행을 처벌하도록 하였다. 또한 구 성폭법은 성폭력범죄를 범한 자에 대하여 선고유예 또는 집행유예를 할 때에는 일정기간 보호관찰을 명할 수 있도록 하고, 성폭력범죄를 「사회보호법」에 의한 보

호감호대상범죄로 보도록 하며, 성폭력범죄의 수사 또는 재판에 관여하는 자는 피해자의 신원과 사생활비밀을 누설하지 못하도록 하고, 피해자의 신칭이 있으면 성폭력범죄에 대한 심리를 비공개로 할 수 있도록 하며, 성폭력범죄를 예방하고 성폭력피해자를 보호하기 위하여 성폭력상담소 및 성폭력피해자보호시설을 설치·운영할 수 있도록 하여 성폭력 가해자의 재발 방지와 성폭력피해자의 보호를 위한 절차를 규정하였다.

이후 구 성폭법은 1997. 8. 22. 개정으로 친족의 범위를 더 확대하고, 신뢰관계인 동성 조항을 신설하였으며, 1998. 12. 28. 개정으로 카메라 등 설치촬영, 이른바 몰래카메라를 처벌하는 조항을 신설하여, 친족 성폭력 처벌을 강화하고 성폭력 피해자를 보호하는 방향으로 그 조문들을 정비하였다.

3) 아청법 제정 시기

2000. 2. 3. 구 청소년성보호법이 제정되어 2000. 7. 1.부터 시행되었다. 구 청소년성보호법 제정이유에 의하면, 이른바 원조교제가 사회적 문제로 대두되자, 청소년의 성을 사는 행위, 성매매를 조장하는 온갖 형태의 중간매개행위 및 청소년에 대한 성폭력행위를 하는 자들을 강력하게 처벌하고, 성매매와 성폭력행위의 대상이 된 청소년을 보호·구제하는 장치를 마련함으로써 청소년의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 복귀할 수 있도록 하는 한편 청소년을 대상으로 하는 성매매 및 성폭력 행위자의 신상을 공개함으로써 범죄예방효과를 극대화하려는 목적으로 제정되었다. 이에 따라 구 청소년성보호법은 청소년 본인, 청소년을 알선한 자 또는 청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자에게 금품 기타 재산상 이익이나, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 이를 약속하고 성교행위 또는 유사성교행위를 하는 청소년의 성을 사는 행위를 처벌하고(법 제2조 및 제5조), 폭행·채무·고용관계 등을 이용하여 청소년의 성을 사는 행위의 상대방이 되도록 강요한 자와 청소년의 성을 사는 행위를 알선하거나 장소·자금·토지·건물 등을 제공한 자를 처벌하며(법 제6조 및 제7조), 청소년이 등장하는 청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자, 영리를 목적으로 판매·대여·배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자 및 청소년이용음란물 제작자에게 청소년을 알

선한 자 등을 처벌하고(법 제8조), 청소년에 대하여 강간, 강제추행 등 성폭력을 가하거나 위계 또는 위력으로 청소년을 간음 또는 추행한 자를 가중 처벌하며(법 제10조), 청소년의 성을 사는 행위를 한 자 등이 법에 정한 범죄행위를 범하고 형이 확정된 자에 대하여는 청소년보호위원회가 당해 범죄자의 신상을 공개할 수 있도록 하는 것(법 제20조)을 주요내용으로 하였다.

2003. 12. 11. 구 성폭법도 13세 미만이거나 장애인인 성폭력 피해자의 영상물 녹화장치에 의한 촬영과 보존, 신뢰관계인 동석, 증거보전청구, 성폭력범죄 피해자의 중개장치에 의한 신문 등을 주요내용으로 하여 개정되었고, 2004. 3. 12.부터 시행되었다. 구 성폭법은 다시 2006. 10. 27. 13세 미만의 사람에 대한 유사강간행위 처벌, 장애인 보호시설 종사자의 장애인에 대한 성폭력행위처벌, 친고죄 범위 축소, 성폭력범죄 피해자의 인적사항 등 공개 금지 등을 주요 내용으로 하여 개정·시행되었다. 이처럼 구 성폭법은 13세 미만이거나 장애인인 성폭력 피해자의 보호를 위해 형사절차를 정비하는 방향으로 개정되었다. 2004년에 있었던 밀양 여중생 성폭행 사건, 2006년 용산 초등학교 살해사건 등 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력 범죄가 세간에 알려지면서, 구 성폭법과 구 청소년성보호법은 13세 미만의 미성년자와 청소년을 대상으로 한 성범죄의 처벌을 강화하는 방향으로 개정되었다.

2007. 8. 3. 구 청소년성보호법은 청소년 대상 성범죄의 친고죄를 폐지하고 반의사불벌죄로 변경하였으며, 피해 청소년의 보호를 확대 강화하고, 청소년 대상 성범죄자의 신상정보 등록 및 열람 강화와 취업제한 범위를 확대하는 것을 주요내용으로 하여 개정되었고, 2008. 2. 4.부터 시행되었다.

2008. 6. 13. 구 성폭법은 13세 미만의 미성년자를 상대로 한 성폭력범죄의 법정형을 상향 조정하고, 항문에 손가락 등을 넣는 행위를 유사강간행위로 규정하여 처벌하는 것을 주요 내용으로 하여 개정·시행되었다.

2009. 6. 9. 구 청소년성보호법이 아청법으로 전부 개정되어서 2010. 1. 1.부터 시행되었다. 이 전부개정은 제명을 「청소년의 성보호에 관한 법률」에서 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」로 개정하여 아동도 이 법에 따른 보호대상임을 명확히 하고, 아동·청소년을 대상으로 한 유사 성교 행

위 및 성매수 유인행위의 처벌 규정을 신설하며, 성범죄 피해자 및 보호자에 대한 합의 강요행위를 처벌하는 규정을 신설하도록 하고, 아동·청소년 성범죄자는 재범가능성 및 범죄의 경중 등을 고려하여 정보통신망을 통하여 신상정보를 공개하도록 함으로써 아동·청소년 성범죄에 대한 경각심을 제고하고, 양벌규정을 보완하며, 의무의 실효성 확보를 위하여 신고의무자 과태료를 신설하는 등 제도 전반의 미비점을 개선하고 보완하여 아동·청소년의 성보호를 더욱 강화하기 위하여 이루어졌다.

4) 성폭력특별법 제정(아청법 개정, 형법 개정) 시기

2010. 4. 15. 성폭력특별법이 전격적으로 제정·시행되고, 아청법과 형법도 동일한 취지로 개정되었다. 2010. 4. 15. 성폭력특별법 제정과 아청법 및 형법 개정에는 이른바 조두순 사건이 영향을 미쳤다. 범행이 있었던 2008년 당시 56세였던 조두순은 당시 8세였던 피해자를 유인하여 강간하고 그 과정에서 상해를 입혔다. 법원은 그 피해의 참혹함과 죄질과 범정의 중합, 재범위험성이 높음을 인정하였지만, 고령이고 범죄가 심신미약인 음주상태에서 이루어진 점 또한 인정하여 형을 감경하였다. 이에 따라 유아 성폭행 가해자의 처벌 강화, 음주 등으로 인한 심신장애 상태를 이유로 한 형의 감경의 타당성, 미성년자 성폭행의 공소시효 연장, 성범죄자 신상정보 등록 및 공개에 대한 범국민적인 논의가 이루어졌고 그 결과 중 하나로 성폭력특별법이 제정되었다.

이에 따라 성폭력특별법은 성범죄자에 대한 처벌 강화와 재범방지 등을 위하여, 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력범죄의 처벌을 강화하고, 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서의 성폭력범죄에 대해서는 「형법」상 형의 감경 규정을 적용하지 않을 수 있도록 하며, 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행하도록 하고, 디엔에이(DNA)증거 등 입증 증거가 확실한 성폭력범죄의 경우 공소시효를 10년 연장하도록 하며, 성인 대상 성범죄자의 신상정보를 인터넷에 등록·공개하도록 하는 것을 주요내용으로 하였다.

같은 날인 2010. 4. 15., 아청법도 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력 범죄의 처벌을 강화하고, 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서의 성폭력범죄에 대해서는 「형법」상 형의 감경 규정을 적용하지 않을 수 있도록 하며, 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행하도록 하는 등 성폭력특별법과 같은 취지로 개정되었다. 성폭력특별법과 아청법의 미성년자 성폭행 범죄의 공소시효 진행은 아직 공소시효가 달하지 않은 자에게도 소급하여 적용하였으며, 같은 날인 2010. 4. 15., 형법 또한 법정형을 상향조정하였다.

2011. 9. 15. 아청법은 아동·청소년의 성보호를 더욱 강화하기 위하여 청소년의 성적 행위를 표현한 아동·청소년이용음란물의 범위를 확대하고, 온라인서비스제공자에 의하여 제공되는 정보통신망을 이용한 불법 음란물의 유통을 방치한 온라인서비스제공자를 처벌하며, 장애인인 아동·청소년에 대한 간음등에 대한 처벌을 강화하고, 성범죄 피해아동·청소년 등에 대한 변호인 선임의 특례를 정하며, 성매매범죄를 신고한 자에게 포상금 지급, 형의 집행종료 후 보호관찰제도를 도입하는 내용으로 다시 개정되었고, 2012. 3. 16. 시행되었다.

2011. 11. 17. 성폭력특별법은 일명 ‘도가니법’으로, 특히 장애인과 13세 미만에 대한 성폭력 범죄의 처벌을 강화하는 방향으로 개정·시행되었다. 개정법은 13세 미만의 여자와 장애가 있는 여자에 대하여 강간죄를 범한 사람을 무기징역에 처할 수 있게 하며, 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 장애인에 대하여 성폭력범죄를 범한 경우에 형의 2분의 1까지 가중하게 하고, 13세 미만의 여자 및 장애가 있는 여자에 대하여 강간 또는 준강간의 죄를 범한 경우에 공소시효의 적용을 배제하는 것을 주요내용으로 하였다.

2012. 2. 1. 아청법도 처벌을 강화하는 방향으로 개정되어 2012. 8. 2.부터 시행되었다. 개정법은 ‘아동·청소년대상 성범죄’의 범위를 확대하고, 13세 미만의 여자 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 강간·준강간의 죄를 범한 경우에는 공소시효의 적용을 배제하며, 반의사불벌죄로 규정하고 있던 ‘업무상 위력 등에 의한 추행’의 죄를 비친고죄화 하고,

아동·청소년 대상 성범죄자 취업제한 대상에 가정을 직접 방문하여 아동·청소년에게 교육서비스를 제공하는 업무를 추가하며, 취업제한 대상 기관에 의료기관을 추가하는 등 성범죄자에 대한 처벌 및 제재를 강화하였다.

5) 성폭력특별법 전부개정, 아청법 전부개정, 형법 일부 개정(2012. 12. 18.) 시기 이후 현재까지

2012. 12. 18. 성폭력 관련 법률이 대규모로 개정되어 2013. 6. 19.부터 현재까지 시행되고 있다. 성폭력특별법은 친고죄로 인하여 성범죄에 대한 처벌이 합당하게 이루어지지 못하고 피해자에 대한 합의 중용으로 2차 피해가 야기되는 문제가 있으므로 친고죄 조항을 삭제하고, 친족의 범위에 ‘동거하는 친족’을 포함하며, 장애인과 13세 미만인 자에 대한 강간죄의 객체를 ‘여자’에서 ‘사람’으로 변경하였고, 강제추행 및 준강제추행의 죄등을 공소시효의 적용 배제 대상에 포함시켜 공소시효 적용 배제 범죄를 확대하며, 이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 개정규정을 적용하게 하였다. 또한 성적 목적을 위한 공공장소 침입죄를 신설하고, 성폭력범죄 피해자를 보호하기 위하여 성인 피해자 또한 법률적 조력을 위한 변호사를 선임할 수 있도록 하며, 법원에 출석하는 피해자 등을 보호·지원하기 위한 증인지원관을 두도록 하고, 의사소통 및 의사표현에 어려움이 있는 성폭력범죄 피해자에게 형사사법절차에서 도움을 주기 위한 진술조력인의 법적 근거를 마련하며, 판결 전 조사에 관한 규정을 두어 법원은 성폭력범죄를 범한 피고인에게 보호관찰, 사회봉사 또는 수감을 명하기 위하여 필요한 경우 보호관찰소의 장에게 신체적·심리적 특성 및 상태, 정신성적 발달과정 등 피고인에 관한 사항의 조사를 요구할 수 있도록 하고, 등록대상자 신상정보의 공개와 고지는 여성가족부장관이 집행하는 것으로 하여 관련 규정을 삭제하고 아청법에 따르도록 하여 현행 제도의 운영상 나타난 미비점을 개선·보완하였다.

아청법도 공중 밀집 장소에서의 추행, 통신매체를 이용한 음란행위 등 반의사불벌죄로 규정되어 있던 조항을 삭제하고, 아동·청소년이용음란물의 범위와 소지 개념을 명확히 하며, 음주 또는 약물로 인한 감정 배제

규정의 적용 대상을 확대하고, 공소시효의 적용 배제 대상을 확대하고 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용하도록 하였으며, 신상정보의 등록 및 공개 관련 소관 부처의 중복 문제를 해소하기 위하여 등록에 관한 사항은 법무부장관이 집행하도록 하고 이 법에서는 관련 조항을 삭제하며, 현재 읍·면·동까지만 공개하던 것을 도로명 및 건물번호까지로 확대하고 경계를 같이 하는 읍·면·동 게시판에도 신상정보를 공지하도록 하는 등 신상정보 고지 제도를 확대하며, 성범죄자의 취업제한 기관을 확대하여 성범죄자에 대한 관리를 보다 강화하도록 하였다.

형법도 변화된 시대 상황을 반영하여 다양한 성범죄에 효과적으로 대처하기 위하여 성범죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 확대하며, 친고죄 및 혼인빙자간음죄를 폐지하고, 유사강간죄를 신설하였다. 이러한 성폭력 범죄 객체의 변화는 ‘성적 자기결정권’이 강간죄의 보호범의이라는 인식이 일반화되었기에 가능한 것이었다.

나. 쟁점별 법 개정사항

이상 성폭력 관련 법률의 변천을 시기별로 살펴본 바, 주요 개정사항으로는 강간죄의 객체 확대, 친족관계에 의한 성폭력 범죄의 처벌 대상이 되는 친족의 범위 확대, 아동·청소년과 장애인 대상 성폭력 범죄를 중심으로 한 법정형의 상향 조정, 친고죄의 폐지, 유사강간이라는 행위태양의 신설, 장애인 대상 성폭력 범죄에서의 객체 확대 및 입증책임의 완화 등을 뽑아볼 수 있다.

성폭력 관련 법률의 변화에 따른 판례의 변천은 장에서 따로 살펴보기로 하며, 이하에서는 성폭력 관련 법률의 변천을 주요 쟁점 사항별로 살펴보고자 한다.

1) 강간죄의 객체 - ‘부녀’에서 ‘사람’으로 개정

가) 법률개정의 내용

형법 제297조는 2012. 12. 18.자로 개정되기 전까지 ‘부녀’라는 용어를 사

용하여 강간죄의 객체를 ‘사람’이 아닌 ‘부녀’로 한정하고 있었다. 다른 관련 법률도 강간죄의 객체를 ‘여자’ 또는 ‘부녀’로 한정하고 있었지만 현재에는 모두 ‘사람’ 등 성 중립적인 단어로 변경하여, 피해자의 범위, 즉 보호범위를 확대하였다.

〈표 Ⅱ-1〉 강간죄 객체 관련 법률 개정내용

법령	공포일	개정내용
아청법	2011.9.15.	강간과 강제추행의 객체를 ‘여자 아동·청소년’에서 ‘아동·청소년’으로 변경(제7조제1항).
형법	2012.12.18.	강간죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 변경(제297조).
성폭력특별법	2012.12.18.	장애인에 대한 강간, 13세 미만의 미성년자에 대한 강간의 객체를 ‘여자’에서 ‘사람’으로 변경(제6조제1항, 제5항, 제7조제1항, 제5항).
군형법	2013.4.5.	군형법상 전지강간죄와 강간죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 개정(제84조제1항, 제92조).

나) 법률개정의 배경

형사법이 성평등에 부합하는지 여부를 살피고자 한다면, 형법의 구성요건들이 특정한 성에 특혜를 주는 반면 다른 성에 불평등을 초래하는 것은 아닌지, 오늘날 형사정책적으로 부적절하거나 성고정관념에서 비롯된 것은 아닌지의 관점에서 검토하여야 한다(정현미, 2007:223). 강간죄의 객체가 ‘부녀’인 점을 이와 같은 관점에서 검토하면 ‘부녀’만을 성폭력의 객체로 규정한 배경에는 ‘정조에 관한 죄’로 대표되는 이중 기준의 성도덕, ‘수태가능성’을 성폭력의 보호법익으로 보는 가부장성이 있음을 알 수 있다. 이는 부부의 경우 ‘상호충실의무’에 따른 수인의무의 문제로도 나타난다. 그 결과 성전환자와 아내가 성폭력의 객체인가가 논란의 대상이 되었으며, 판례는 성전환자와 아내의 경우 강간죄의 객체가 아니라고 판시하여 왔다. 정조에 기반한 성폭력의 법적·사회적 의미는 피해자들을 이분화하여 보호할만한 가치가 있는 여성을 유형화하고, 이를 벗어난 피해자는 진정한 피해자가 아닌 것으로 분류한 것이다(이미경, 2012a:33). 강간죄의 객체로 남자를 인정

하지 않았던 것도, 부부강간이 그 동안 인정되지 않았던 것도, 테이트성폭력이 인정되지 않는 것도, 여성의 정조는 여성이 아닌 남편이나 애인에 의하여 이른바 외간 남자들로부터 보호되어야 한다는 인식의 영향이 컸기 때문이다(이미경, 2012a:33). 한편 행위태양의 면에서는 구강성교, 항문성교 등 다양한 성교형태는 성적 자기결정권을 침해함에도 불구하고 강간죄를 구성하지 못했다. 그러던 것이 성폭력의 보호법익은 개인의 성적 자기결정권이라는 지속적인 문제제기의 결과, 결국 2012. 12. 18.자로 강간죄의 객체가 ‘사람’으로 개정되었고, 유사강간죄가 신설되기에 이르렀다.

2) 친족관계의 범위

가) 법률개정 내용

친족관계에 의한 성폭력 범죄의 처벌에 관해서는 형법에 별도 규정이 없으며, 구 성폭법에서 처음으로 규정하였다. 구 성폭법은 존속 등 연장의 친족에 의한 강간·추행과 신체장애자에 대한 추행을 처벌하도록 하고 이를 모두 비친고죄로 규정함으로써 그 특수성을 반영토록 하였다. 이후 친족관계에 의한 성폭력 범죄의 “친족” 범위는 2012. 12. 18.자 개정으로 ‘동거하는 친족’을 포함하기까지 점차 확대되는 방향으로 개정되었다. 이하에서는 강간죄의 주체 중 친족의 범위에 관하여 성폭력 관련 각 법률이 어떤 방향으로 개정되었는지를 연대순으로 살펴보기로 한다.

〈표 Ⅱ-2〉 친족의 범위 관련 법률 개정내용

법령	공포일	개정내용
구 성폭법	1994.1.5.	제정 성폭법은 친족관계에 의한 강간죄의 주체를 “존속 등 연장의 친족”으로 규정하면서(제7조제1항), 이때 ‘존속 또는 친족’의 범위에 관하여 “사실상의 관계에 의한 존속 또는 친족을 포함한다”고 규정하고 있었음(제7조제4항).
구 성폭법	1997.8.22.	친족관계에 의한 강간죄의 주체를 “4촌 이내의 혈족과 2촌 이내의 인척”으로 그 범위를 확대함(제7조). 이로써 존속의 친족 또는 의붓아버지에 의한 강간의 경우에도 가중처벌이 가능해짐.

법령	공포일	개정내용
구 청소년 성보호법	2007.8.3.	피해 청소년의 보호를 위하여 가해자가 친권자 또는 후견인인 경우에는 검사로 하여금 법원에 친권상실신고 또는 후견인해임결정을 청구하도록 하고, 법원은 친권상실신고를 하는 경우 후견인을 선임하거나 보호시설에 보호위탁 등을 결정할 수 있도록 함(법 제14조 및 제15조). 친부(親父) 등에 의한 성범죄는 지속성을 특성으로 하고, 이를 근절하기 위해서는 가해자를 피해자로부터 격리하는 등 국가의 적극적 개입의 필요성을 개정 이유로 실시함.
아청법	2010.4.15.	검사는 사건의 가해자가 피해아동·청소년의 친권자나 후견인인 경우에 법원에 친권상실신고 또는 후견인 변경 결정을 청구하도록 개정함(제14조제1항). 또 검사는 성범죄의 피해를 받은 아동·청소년의 보호가 지속적으로 필요한 경우 가해자의 분리 또는 퇴거 조치, 보호시설에 대한 보호위탁결정 등의 보호처분을 법원에 청구할 수 있도록 하고, 법원은 6개월의 범위 내에서 보호처분을 선고하도록 하며, 보호처분을 위반할 경우 처벌 규정을 신설함(법 제28조의2부터 제28조의4까지 및 제48조제2항).
성폭력 특별법	2012.12.18.	친족관계에 의한 강간죄의 ‘친족’의 범위에 ‘동거하는 친족’을 포함토록 함(제5조제4항).

나) 법률개정의 배경

전체 성폭력의 큰 비중(1992년 기준 약 20%)을 차지하는 친족성폭력은 90년대 초 일련의 친족성폭력이 언론의 주목을 받으면서 그 심각성이 드러났다. 특히 친족성폭력은 오랜 기간 지속적으로 이루어지고 가족·친구들에게 알리거나 도움을 받기 어려우며 피해자의 육체적·정신적 피해가 극심하다는 특수성을 가지고 있는바, 구 성폭법은 친족성폭력 가해자를 가중처벌하는 특례를 규정하여 친족성폭력 피해자를 보호하고자 했다. 그런데 이후 9살 때부터 12년 동안 의붓아버지로부터 지속적으로 성폭력을 당한 피해자가 의붓아버지를 살해한 사건(이른바 충주 계부 살해사건)에서 대법원이 명문해석에 따라 친족성폭력 규정을 적용하지 않음으로써, 실제 친족성폭력 특례에 따라 보호받아야 할 피해자가 보호받지 못하는 문제점이 드러났고 이에 구 성폭법은 1997. 8. 22.자 개정으로 친족관계의 범위를 “4촌 이내의 혈족과 2촌 이내의 인척”으로 확대하게 된다. 그리고 2012. 12. 18.자 개정 성폭력특별법은 동거하는 친족까지 그 범위를 확대했다.

3) 법정형

가) 법률개정의 내용

성폭력범죄에 대한 강경처벌정책에 따라 법정형은 수차례의 개정을 통해 지속적으로 상향조정되었으며, 특히 아동·청소년, 장애인 대상 성폭력범죄를 중심으로 법정형이 상향되었다. 현재 유기징역형의 상한은 외국에 비해 서도 높은 수준으로, 현재 수준에 이르기까지 그 구체적인 법률의 개정내용을 살펴보면 다음과 같다.

〈표 Ⅱ-3〉 법정형 관련 법률 개정내용

법률	공포일	개정내용
형법	1953.10.3.	강간죄는 3년 이상의 유기징역, 강제추행죄는 10년 이하의 징역 또는 5만원(1995.12.29. 1천500만원으로 개정) 이하의 벌금에 처하도록 함.
구 성폭법	1994.1.5.	야간주거침입절도 또는 특수절도의 죄를 범한 자가 강간 내지 준강간·준강제추행의 죄를 범한 때에는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에, 특수강도의 죄를 범한 자가 강간 내지 준강간·준강제추행의 죄를 범한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인이상이 합동하여 강간 또는 준강간, 장애인에 대한 강간의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인이상이 합동하여 강제추행 또는 준강제추행, 장애인에 대한 강제추행의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에, 존속 등 연장의 친족이 강간의 죄를 범한 때에는 5년 이상의 유기징역에, 존속 등 연장의 친족이 강제추행의 죄를 범한 때에는 3년 이상의 유기징역에, 강간등 상해·치상의 죄를 범한 자는 무기 또는 7년 이상의 징역에, 친족관계에 의한 강간등 상해·치상 또는 장애인에 대한 강간등 상해·치상의 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에, 야간주거침입절도 또는 특수절도의 죄를 범한 자가 강간 내지 준강간·준강제추행의 죄를 범한 자가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인이상이 합동하여 강간의 죄를 범한 자가 사람을 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에, 친족관계에 의한 강간 등 치상 또는 장애인에 대한 강간 치상의 죄를 범한 자가 사람을 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하도록 함.

법률	공포일	개정내용
구 성폭법	1997.8.22.	제5조제1항의 가중처벌대상에 야간주거침입절도등의 미수범에 의한 강간과 주거침입강간을 추가하는 대신 그 법정형에서 사형을 삭제하는 한편, 동조 제2항의 가중처벌대상에도 특수강도의 미수범에 의한 강간을 추가함.
	2003.12.11.	특수강도강간등(제5조), 특수강간등(제6조), 친족관계에 의한 강간등(제7조) 등의 상해·치상과 살인·치사를 성폭력범죄에 포함시킴과 아울러 형법의 개정으로 강간살인·치사의 법정형이 상향조정됨에 따라 형량을 개정형법에 맞게 조정함.
	2008.6.13.	13세 미만 대상 가해자에 대한 법정형을 5년 이상에서 7년이상으로 상향 조정하였으며, 13세 미만 대상 유사강간 행위자에 대한 법정형도 3년에서 5년 이상으로 상향조정함(제8조의2, 제9조제1항, 제10조).
성폭력 특별법	2010.4.15.	13세 미만 미성년자 강간의 경우 기존의 7년 이상의 유기징역으로 처벌하던 것을 10년 이상의 유기징역으로 형량을 상향함(제7조제1항).
형법	2010.4.15.	유기징역의 상한을 기존 15년에서 30년으로 상향조정하고, 가중할 때의 상한도 현행 25년까지에서 50년까지로 조정함(법 제42조). 강간 등 성폭력범죄를 범하는 경향이 있는 자는 다시 성폭력범죄를 저지를 가능성이 대단히 높으므로 성폭력범죄를 억제하고 잠재적 피해자를 보호하기 위하여 강간·추행죄 등 성폭력범죄의 상습범에 대한 가중처벌 규정을 신설함(법 제305조의2 신설).
성폭력 특별법	2011.11.17.	제19차 개정은 일명 ‘도가니법’이라 지칭되는 개정으로, 13세 미만의 여자와 장애가 있는 여자에 대하여 강간죄를 범한 사람을 무기징역에 처할 수 있게 하며, 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 장애인에 대하여 성폭력범죄를 범한 경우에 형의 2분의 1까지 가중하게 함(제6조, 제7조제1항, 제8조, 제9조).

나) 법률개정의 배경

성폭력 관련 법률은 개정을 거듭하면서 엄벌주의와 온정주의라는 상반된 두 가지 경향성을 보여 왔다. 즉 성폭력 피해자가 ‘연약하고 보호받아야 하는 피해자’인 경우에는 법정형이 높은 반면, ‘자기방어 능력이 있는 데도 끝까지 저항하지 않은 의심스러운 피해자’인 경우에는 상대적으로 낮은 법정

형을 규정하고 있다. 특히 2000년도 중후반부터 있었던 일련의 아동성폭력 사건이 발생하면서 이러한 경향성은 뚜렷해졌다. 구체적으로는 아동 성폭력, 장애인 성폭력 등에 대한 처벌의 형량이 상향되었으며, 전자발찌, 성충동약물치료, 신상정보공개 제도 등 성폭력범죄자를 감시하는 제도가 확대되었다. 사형제나 사회로부터의 영원한 격리, 화학적 거세, 심지어 물리적 거세까지 논의되는 것은 바로 이러한 엄벌주의 경향의 대표적인 예라고 할 수 있다.

성폭력의 법정형은 특별법들의 개정 과정에서 지속적으로 상향되었는데, 그것이 곧바로 높은 선고형으로 이어지지는 않았다. 즉 법원의 양형부과 경향을 보면, 대부분 선고형은 법정형보다 2분의 1이하로 적게 부과되었으며 다만 대중의 공분을 불러일으키는 흉악한 성폭력 사건의 경우 강하게 처벌하는 경향을 보여 왔다. 그 예로 제주지법 1999. 12. 22. 선고 99고합98 판결에서는 법정형이 7년 이상인 친족관계에 의한 강간사건이었으나 1심에서 2년 6개월이 선고되었고, 서울지법 1999. 12. 27. 선고 99고합745 판결에서는 법정형이 3년 이상인 강간사건에서 선고형은 3년으로 법정형의 하한을 선고하고 있는 것이다.

이러한 경향에 대한 반성으로 법원 양형위원회는 아래 <표 4>와 같이 성폭력범죄에 대한 양형기준을 만들어 양형의 합리화를 꾀하고 있는데, 피해자의 처벌불원의사가 있다면 집행유예를 선고할 수 있는 등 여전히 법원에 폭넓은 재량이 인정되기 때문에 양형기준이 개선되어야 한다는 주장이 지속적으로 제기되고 있으며, 다른 한편 그런 이유로 형량이 더 강화되어야 한다는 악순환 적인 주장도 나오고 있다. 문제되는 예로 서울북부지방법원 2011. 7. 22. 선고 2011고합176 판결의 경우, 주요공정사유로 ‘추행범죄에서 추행의 정도가 약한 경우’와 ‘처벌불원’으로 2개이고, 주요부정사유로는 ‘범행에 취약한 피해자’ 1개여서 그 개수의 차이가 1개임에도 불구하고 집행유예를 선고한 판례를 들 수 있다.

〈표 Ⅱ-4〉 성범죄 양형기준⁷⁾

【 집행유예 기준 】			
구분		부정적	긍정적
주요 참작 사유	재범의 위험성 등	<ul style="list-style-type: none"> • 계획적 범행 • 가학적·변태적 침해행위 또는 극도의 성적 수치심 증대 • 특별보호장소에서의 범행(13세 미만 대상 성범죄인 경우) • 동종 전과(10년 이내 집행유예 이상) • 반복적 범행 • 범행에 취약한 피해자 • 위험한 물건의 사용 • 유간 	<ul style="list-style-type: none"> • 강제추행에서 유형력의 행사가 현저히 약한 경우(13세 이상 대상. 단, 장애인 대상 성범죄는 제외) • 공범의 범행수행 저지·곤란 시도 • 추행범죄에서 추행의 정도가 약한 경우
	기타	<ul style="list-style-type: none"> • 성폭법 제5조가 규정하는 형태의 범행인 경우 • 임신 • 중한 상해 	<ul style="list-style-type: none"> • 상해결과가 발생하였으나 기본범죄가 미수에 그친 경우 • 처벌불원
일반 참작 사유	재범의 위험성 등	<ul style="list-style-type: none"> • 2회 이상 집행유예 이상 전과 • 사회적 유대관계 결여 • 심신장애 상태를 야기하여 범행한 경우 • 약물중독, 알코올중독 • 진지한 반성 없음 	<ul style="list-style-type: none"> • 동종 전과 없고, 집행유예 이상의 전과가 없음 • 사회적 유대관계 분명 • 우발적 범행 • 자수 • 진지한 반성 • 폭행·협박이 아닌 위계·위력을 사용한 경우(13세 이상 대상) • 피고인이 고령
	기타	<ul style="list-style-type: none"> • 공범으로서 주도적 역할 • 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 	<ul style="list-style-type: none"> • 공범으로서 소극 가담 • 상당 금액 공탁 • 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음 • 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반

【 집행유예 참작사유의 정의 】

양형인자와 동일한 집행유예 참작사유

- 양형인자의 정의 부분과 같다.

전과의 기간 계산

- 전과의 기간은 집행유예는 판결 확정일, 실형은 집행 종료일로부터 범행시까지로 계산한다.

7) 대법원공고 제2012-1호(2012.2.10., 일부개정)

반복적 범행

- 범행 내용, 처벌 전력 및 경합범 등을 종합적으로 고려하여 유사한 범행을 반복적으로 범하였다고 판단되는 경우를 의미한다.
- 다만, 수회의 간음행위가 단일범죄가 되는 경우는 제외한다.

우발적 범행

- 피해자를 유인하거나 심신미약의 상태에 이르도록 하는 등 범행의 계획 또는 사전준비가 없고, 범행의사 없이 다른 목적으로 피해자와 접촉하는 과정에서 비로소 범행의사를 가지고 저지른 범행을 의미한다.

【 집행유예 참작사유의 평가원칙 】

권고되는 형이 징역형인 경우 그 집행 여부를 판단함에 있어 주요참작사유는 일반참작사유보다 중하게 고려함을 원칙으로 하되, 권고 기준은 아래와 같다.

- ① 주요긍정사유만 2개 이상 존재하거나 주요긍정사유가 주요부정사유보다 2개 이상 많을 경우에는 집행유예를 권고한다.
- ② 주요부정사유만 2개 이상 존재하거나 주요부정사유가 주요긍정사유보다 2개 이상 많을 경우에는 실형을 권고한다.
- ③ 위 ① 또는 ②에 해당하나 일반부정(긍정)사유와 일반긍정(부정)사유의 개수 차이가 주요긍정(부정)사유와 주요부정(긍정)사유의 개수 차이보다 많은 경우이거나, 위 ① 또는 ②에 해당하지 않는 경우에는 집행유예 참작사유를 종합적으로 비교·평가하여 집행유예 여부를 결정한다.
- ④ 위 ③에 해당하는 경우에도, 아래의 사유에 해당하는 때에는 실형을 권고한다.
 - 13세 미만 대상 강간, 강제유사성교 또는 장애인(13세 이상) 대상 강간
 - 강도강간, 특수강도강제추행
 - 3인 이상 피해자 대상 계속적·반복적 범행
 - 3년 이내 집행유예 이상 동종 전과

성폭력범죄의 신고율, 기소율, 유죄인정률, 중형선고율 등을 감안하여 볼 때, 중형 위주의 강력한 처벌 대책은 한계를 가지고 있다. 현실에 있어서의 성폭력 사건은 85%가 아무런 가중처벌 요소가 없는 성인 피해자로 전형적인 피해자상에 부합하지 않는 경우가 대부분이기 때문이다. 다시 말해 높아진 형량은 피해자들을 ‘보호받을 만한 피해자’와 ‘당할 만한 피해자’로 이분화하고(이미경, 2012a:59), 후자에 속한다고 판단된 피해자들에 대해 범죄의 성립과 입증에 보다 엄격한 기준을 요구하게 되며, 그 결과 처벌받지 않는 가해자, 보호받지 못하는 피해자가 발생하게 된다. 우리 사회의 성폭력 문제에 대한 전체적인 해결의 관점에서 볼 때 이러한 상황은 적절하다고 볼 수 없다.

4) 친고죄

가) 법률개정 내용

제정형법은 대부분의 성폭력범죄를 친고죄로 규정하였다. 그러나 친고죄로 야기되는 여러 문제에 대해 지속적인 비판이 있었고, 그 결과 2012. 12. 18.자 개정 시에는 성폭력 관련 법률에서 친고죄 규정은 전면 삭제되었다. 이하에서는 친고죄가 전면 폐지되기까지 성폭력 관련 각 법률이 어떤 과정을 거쳤는지를 살펴보기로 한다.

〈표 Ⅱ-5〉 친고죄 관련 법률 개정내용

법령	공포일	개정내용
형법	1953.9.18.	제정형법은 성폭력 목적의 약취, 유인, 수수 또는 은닉한 죄(제296조; 제32장 약취와 유인의 죄)와 강간치사상, 업무상위력등에 의한 간음, 혼인빙자등에 의한 간음을 제외한 정조에 관한 죄의 모든 성폭력범죄를 친고죄로 규정함(제306조; 제33장 정조에 관한 죄).
구 성폭법	1994.1.5.	제정 성폭법은 특수강도강간 등, 친족성폭력, 장애성폭력 등에 한하여 비친고죄로 규정함. 흉악범죄 및 고소가 불가능한 성폭력에 대하여 부분적으로 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있도록 한 것임. 당시 형사소송법(제224조; 자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못한다)에 의하면 근친성폭력 피해자는 고소조차도 할 수 없었다는 점에 배경이 있음.
구 성폭법	1997.8.22.	13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등의 죄를 비친고죄로 규정함.
	1998.12.28.	신설한 카메라 등 이용 촬영죄(제14조의2)를 비친고죄로 규정함. 당시 전조인 통신매체이용음란죄(제14조)와 업무상 위력등에 의한 추행(제11조), 공중밀집장소에서의 추행(제13조)가 친고죄임에 따라 당시 카메라 등 이용 촬영죄가 친고죄인지 여부에 대해 다툼이 있었고, 1심법원은 친고죄로 판단하였으나 서울고등법원은 “친고죄에 관한 규정은 공소권 유무에 관한 중요한 규정이므로 반드시 명문의 규정이 있어야 할 것이고, 형벌법규의 해석에 있어서 유추해석은 허용되지 않으므로, 성폭력특별법 제14조의2 위반죄가 친고죄를 열거하고 있는 같은 법 제15조에서 제외되어 있음이 명백한 이상, 위 죄를 친고죄라고 볼 수는 없다.”고 하여 비친고죄로 본 판결이 있었음(서울고등법원 1999. 11. 23 선고 99노2442 판결).
구 청소년 성보호법	2005.12.29.	13세 이상 19세 미만의 아동과 청소년은 친고죄에서 반의사불벌죄로 규정함.

법령	공포일	개정내용
구 성폭법	2006.10.27.	신설한 피구금자 추행죄와 장애인보호시설종사자의 간음·추행죄를 신설하면서 비친고죄로 규정함.
구 청소년 성보호법	2007.8.3.	청소년 대상 성범죄에 대한 친고죄를 반의사불벌죄로 변경하였는바, 구체적인 개정이유로 (1) 청소년 대상 성범죄를 친고죄로 하고 있어 형사처벌을 민사손해배상으로 전락시켜서 범죄자에 대한 정당한 처벌을 가로 막고 있고, (2) 청소년 대상 성범죄를 친고죄에서 반의사불벌죄로 변경하여 청소년 대상 성범죄자를 정당하게 처벌할 수 있도록 함을 들고 있음.
아청법	2009.6.9.	13세 이상 19세 미만의 아동과 청소년은 친고죄에서 반의사불벌죄로 규정하였으며, 업무상 위력에 의한 추행, 공중 밀집 장소에서의 추행, 통신매체를 이용한 음란행위에 대해서 반의사불벌죄로 규정함.
	2010.4.15.	반의사불벌죄의 범위를 아동·청소년을 대상으로 하는 추행, 통신매체를 이용한 음란행위 등의 죄로 대폭 축소함(제16조). 그로써 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력은 3가지의 반의사불벌죄의 항목만 제외하고 친고죄가 전면폐지됨.
	2012.2.1.	업무상 위력에 의한 추행을 비친고죄로 규정함.
	2012.12.18.	반의사불벌죄 규정을 모두 삭제함.
성폭력 특별법	2012.12.18.	친고죄 조항을 전면 폐지함(제15조 삭제). 친고죄로 인하여 성범죄에 대한 처벌이 합당하게 이루어지지 못하고 피해자에 대한 합의 종용으로 2차 피해가 야기되는 문제가 있음을 제정이유로 들고 있음.
형법	2012.12.18.	추행·간음 목적의 약취·유인·수수·은닉죄 및 강간죄 등 성폭력범죄 모두에 관하여 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있도록 한 친고죄 규정을 삭제함(제296조 및 제306조 삭제).

나) 법률개정의 배경

친고죄는 피해자 기타 법률이 정한 자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 범죄로, 피해자의 명예나 사생활을 존중할 필요가 있는 경우이거나 죄질이 경미한 경우에 인정된다. 그리고 제정형법은 성폭력범죄에 대하여 피해자의 명예와 사생활을 보호한다는 이유에서 성폭력범죄를 친고죄로 규정하였다. 그러나 그 취지와 달리 친고죄는 오히려 합의강요 내지 협박의 요인이 되어 피해자를 진정으로 보호하지 못하고 2차 피해마저 야기하는 ‘트로이목마’로 작용한다는 비판을 받아왔으며, 낮은 기소율과 낮은 형량에 대하여도 의문이 제기되었다(이미경, 2012a:105).

이러한 지속적인 문제제기에 따라 친고죄는 피해자 연령 및 범죄유형에

따라 점진적으로 폐지되었고, 2012. 12. 18.자 개정 시에는 드디어 형법과 성폭력특별법에서 친고죄는 전면 폐지되기에 이르렀다. 이제 성폭력범죄는 고소 없이도 처벌할 수 있는 범죄가 된 것이다.

다) 친고죄 폐지에 따른 변화

(1) 낮은 고소수준, 낮은 기소율, 낮은 유죄선고율

친고죄가 폐지되면서 친고죄에 따른 문제들이 해결되고 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 구체적으로는 고소수준과 기소율, 2차 피해를 야기하던 법원의 태도, 합의의 점이 고려되는 정도를 포함한 법원 양형위원회 기준 변화 등이 될 수 있다. 그리고 만약 그렇지 않다면 그 원인을 파악하여 개선안을 마련하여야 할 것이다.

범죄백서에 따르면 2000년부터 2010년 사이의 전체 성폭력 사건 중 불기소 처리된 사건의 수는 48,418건으로 불기소사건 중 67.9%, 전체 사건 중 31.0%에 해당하는 비율을 차지하였다(이경환, 2012:45). 강간치상죄의 경우 2010년에는 47.7%로 전체범죄 기소율 41.1%보다 다소 높다는 점과 비교하여 보면, 유사한 성폭력 범죄임에도 불구하고 친고죄 조항 적용 여부에 따라서 기소율이 달라짐을 알 수 있으며, 이는 성폭력범죄에 대한 친고죄 조항이 성폭력 범죄의 낮은 신고율과 유죄선고율에 일조함을 말해준다(이미경, 2013:16). 이와 같은 현상에 대해 UN여성차별철폐위원회(CEDAW)는 제49차 최종권고 중 성폭력에 대하여 성폭력 피해자가 그들의 사건을 기소하기 위해 고소장을 제출해야 하는 형법조항과 그 결과로 인한 피해자의 낮은 고소수준, 그리고 낮은 기소율 및 유죄선고율에 대해 우려를 표명한바 있다.

(2) 2차 피해

친고죄 폐지를 주장하는 여러 연구들은 친고죄 조항은 가부장적·온정주의적 문화를 기반으로 하고 있으며, 판례도 그것을 나타내고 때로는 생산해내고 있으며, 그로 인해 피해자들은 수사와 재판과정에서 2차 피해를 경험하고 있음을 보여주었다. 친고죄 조항의 적용을 받는 성폭력은 비친고죄인

성폭력에 비교하여 상대적으로 무겁지 않은 범죄로 인식된다. 이는 친고죄 폐지가 ‘비장애 성인 여성’인 경우, 아동 혹은 장애여성 대상 성폭력 사안보다 폐지속도가 더디었다는 것으로도 알 수 있다. 법원은 피해자가 친고죄가 적용되는 비장애 성인 피해자인 경우에는 피해자를 ‘자기방어 능력이 있는데도 끝까지 저항하지 않은 의심스러운 피해자’로 바라보고 가해자에 대해 온정적으로 대하는 반응을 보이는 것이다(한국성폭력상담소, 2003:87). 그리고 그 결과 피해자는 공정한 판결을 받지 못함은 물론 피해자의 고소 결정 관련 중압감, 가해자측에 의한 피해, 수사·재판기관에 의한 피해, 고소기간 도과, 피해자 지인에 의한 피해 등의 2차 피해를 입게 되는 것이다(한국성폭력상담소, 2003:87-100).

(3) 합의의 점이 고려되는 정도를 포함한 법원 양형위원회 기준 변화

1심 판결 선고 이후의 고소 취소는 친고죄 범죄에서 고소취소로서 효력을 발생시키지 못한다. 그러나 고소를 취소하는 것은 피해자가 처벌을 원치 않는 의사표시이므로, 양형단계에서 “범행 후의 정황”을 변경시키는 것으로 판단된다(형법 제51조제4호). 다시 말해, 고소취소를 통해 형이 감경된다. 현재 대법원 양형위원회가 제시한 성폭력 범죄 집행유예 기준에서 피해자의 처벌불원은 주요긍정사유로 인정되고 있다. 특히 1심 재판까지 고소 취소가 되지 않은 친고죄 범죄가 2심 재판과정 중 피고인과 피해자 간의 합의로 인해 고소취소가 되는 경우, 다른 범죄에 비해 2심 재판에서의 형 감경의 정도는 매우 커진다(이미경, 2013:13).

(4) 친고죄 폐지 이후의 방향모색

2012. 12. 18.자 개정으로 성폭력범죄가 모두 비친고죄로 규정됨으로써 종전에 친고죄로 인한 문제점은 어느 정도 해결될 것으로 기대된다. 하지만 수사기관과 법원이 여전히 가부장적, 성편향적으로 성폭력 사건을 대하는 한 단순히 법률상 친고죄를 폐지한 것만으로 모든 문제가 해결되기는 어렵다. 따라서 친고죄 폐지 전후로 수사기관과 법원의 태도가 어떻게 변화하였는지를 살펴볼 필요가 있다. 다만 고소수준과 기소율 등은 판례분석의 대상

밖이며, 친고죄가 전면 폐지된 지 이제 막 1년이 지난 시점이라는 점에서 본 연구에서는 한계가 있음을 밝혀둔다.

5) 강간죄의 행위 태양 - 유사강간죄의 신설

가) 법률개정 내용

성폭력 관련 법률의 개정은 성폭력범죄의 외연을 확장하는 방향으로 이루어졌던 반면 행위태양의 측면에서는 ‘성기삽입행위’만을 강간죄로 규정하고 있어 유사성교행위에 의한 성적 자기결정권을 제대로 보호하지 못한다는 비판을 받아왔다. 유사강간죄는 아동·청소년 및 장애인 대상 성폭력에서 규정하기 시작하여 2012. 12. 18.자 개정으로 성인대상 성폭력범죄로 확대되었다. 그로써 형법은 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄라는 삼분화된 구조를 가지게 되었다. 유사강간행위가 성폭력범죄로 규정되기까지의 개정 과정과 현재 삼분화된 구조에서의 각 행위유형과 처벌은 다음과 같다.

〈표 Ⅱ-6〉 행위태양 관련 법률 개정내용

법령	공포일	개정내용
구 청소년 성보호법	2005.12.29.	유사성교행위와 함께 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로써 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위도 성을 사는 행위로 규정, 처벌하도록 함(제2조).
구 성폭법	2006.10.27.	13세 미만의 미성년자에 대한 유사강간 처벌 조항을 신설함(제8조의2 제2항). 본인 의사에 반하여 촬영된 성적 촬영물의 유통행위에 대한 처벌 조항을 신설하여 촬영한 사람뿐만 아니라 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자도 촬영한 자와 같은 법정형으로 처벌하는 한편, 영리목적으로 정보통신망을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 가중처벌하도록 함(제14조의2 제2항).
아·청법	2009.6.9.	13세 이상 19세 미만의 아동과 청소년에 대한 유사강간행위를 처벌하도록 규정함(제7조제2항).
성폭력 특별법	2011.11.17.	장애인에 대한 유사강간죄 처벌 조항을 신설함(제6조제2항).

법령	공포일	개정내용
형법	2012.12.18.	유사강간죄(제297조의2)를 신설하고 관련 조문(제299조부터 제301조까지, 제301조의2, 제305조 및 제305조의2)을 정비함. 형법 개정에 따라 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(제2조제3호, 제4호), 치료감호법(제2조의2 제1호)의 관련 규정도 정비됨.
성폭력특별법	2012.12.18.	형법의 유사강간죄 신설에 따라 유사강간죄를 처벌할 수 있도록 관련 조문을 정비함(제2조, 제3조, 제9조).
군형법	2013.4.5.	군형법상 유사강간죄(제92조의2)를 신설함.

〈표 II -7〉 성폭력범죄의 행위태양별 처벌규정의 내용

죄명	법률	행위유형	처벌
강간죄	형법 제297조	폭행 협박으로 사람을 강간	3년 이상
유사강간죄	형법 제297조2	폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위	2년 이상의 유기징역
강제추행죄	형법 제297조	폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행	10년 이하의 징역 또는 1천500만 원 이하의 벌금

나) 법률개정의 배경

여성인권운동단체는 성폭력특별법이 제정될 당시 성폭력범죄의 법적 개념을 ‘성적 자기결정권의 침해’죄로 명확하게 규정할 것을 주장한 바 있다. 이와 같이 성폭력범죄를 성적 자기결정권에 대한 침해죄로 명시하는 것이 주요했던 이유 중 하나에 항문성교, 구강성교 등 유사성교행위에 의해 침해되는 성적 자기결정권 침해의 보호가 있었다. 그러던 것이 앞서 본 친고죄 전면폐지, 음행매개죄에서 ‘음행의 상습없는’ 삭제, 강간죄 객체를 ‘사람’으로 변경한 것과 함께 유사강간죄를 신설함으로써 어느 정도 보호의 흠결은 메울 수 있게 되었다. 그로써 이제 기존 남성 비장애인의 경우 강제추행으로 처벌하던 행위에 대해서도 강간죄로 처벌하는 것이 가능해졌고, ‘강간’을 남성의 성기를 여성의 성기에 삽입하는 행위 즉 ‘이성 성기 간 결합’으로 한정할 수 없게 되었다(김정혜, 2013:38).

6) 장애인에 대한 성폭력 범죄

가) 법률개정 내용

장애인에 대한 성폭력 관련 법률의 개정은 구성요건 내지 입증책임을 완화하는 방향으로 전개되어 왔다. 구체적으로는 크게 두 가지 쟁점을 중심으로 이루어져왔는데, 첫째 성폭력의 객체와 둘째, 행위태양에서의 ‘항거불능 상태에 있음을 이용하여’의 부분이다. 그 외 법원의 판결에 대하여는 법원이 ‘진술의 신빙성’을 무엇을 근거로, 어떤 기준과 관점으로 판단하는가도 주요 쟁점이 되어 왔다. 앞선 두 가지 쟁점을 두고 이루어진 법률의 개정내용을 살펴보면, 다음과 같다.

〈표 Ⅱ-8〉 장애인 대상 성폭력 관련 법률의 개정내용

법률	공포일	개정내용
구 성폭법	1994.1.5.	객체를 신체장애자로만 규정하고 있었으며, “항거불능인 상태를 이용할 것”을 요건으로 하고 있었음.
	1997.8.22.	객체인 장애인의 범위를 신체장애뿐 아니라 정신상의 장애로 확대하였으며, 조문의 이름도 ‘장애인에 대한 준강간등’에서 ‘장애인에 대한 간음 등’으로 변경함.
	2006.10.27.	제11차 개정은 2004년 12월 밀양집단성폭력사건과 2006년 초 대정 연쇄성폭력사건이 발생하면서 추진되었는데, 당시 개정안 의 하나로 “장애인의 항거불능의 재개념화”에 관한 내용이 있었으나, 개정안에 그쳤으며 다만 장애인 보호시설의 장 및 종사자의 장애인에 대한 성폭력행위 처벌 규정이 신설됨.
성폭력 특별법	2011.11.17.	제19차 개정은 일명 ‘도가니법’이라 지칭되는 개정으로, 당시 도가니 사건을 계기로 장애인 성폭력 관련 규정이 대폭 개정되었는데, 대표적으로 ‘항거불능 상태에 있음을 이용하여’라는 문구가 삭제되었다. 그와 함께 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자 및 사람에 대한 범죄를 항을 나눠 유형화하고(강간(제1항), 폭행 또는 협박에 의한 유사강간죄(제2항), 강제추행죄(제3항), 준강간·준강제추행죄(제4항), 위계 또는 위력에 의한 간음(제5항), 위계 또는 위력에 의한 추행(제6항), 장애인 보호시설의 장 및 종사자의 장애인에 대한 성폭력행위(제7항)) 전반적으로 처벌을 강화하였으며, 강간 또는 준강간의 죄의 공소시효를 배제함.
	2012.12.18.	제21차 개정으로 드디어 남성이 객체에 포함되었고, 제19차 개정에서 삭제되었던 ‘항거불능’이 ‘항거불능 또는 항거곤란인 상태로 있음을 이용하여’의 내용으로 추가됨.

나) 법률개정의 배경

제정 당시 ‘항거불능’을 요건으로 했던 배경에는 ‘장애상태를 이용하였다면 특별한 폭행이나 협박이 없다고 하더라도 그 성폭력을 처벌하겠다’는 장애라는 특수한 상황에 비취 구성요건 내지 입증책임을 완화시키려는 고려가 있었다. 그러나 이처럼 장애인을 보호하기 위한 ‘항거불능’ 조항은 법원에서 ‘항거불능’의 해석자체를 엄격하게 하는 탓에 도리어 성폭력의 인정을 어렵게 하는 결과를 낳았다. 다시 말해 판례는 강간죄와의 균형상 ‘장애로 인하여 저항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태를 이용하였을 것’을 요구하였다. 또한 다른 한편 피해자가 자신의 장애를 더욱 비하하고 자신의 성경험과 성지식, 지적능력이 떨어지는 성적 자기결정권이 없는 존재임을 주장하여야만 성적 자기결정권의 침해를 인정받고 보호받을 수 있는 존재가 되어버리는 딜레마에 빠져있다는 비판을 받아왔다(이미경, 2012a:81).

이러한 비판에 따라 결국 2011. 11. 17.에 ‘항거불능상태를 이용하여’라는 문구가 삭제되었다(제1항과 제4항으로 분리규정). 하지만 여전히 엄격한 해석의 대상이 되는 항거불능의 요건이 사라졌던 것은 아니었다. 형법 제297조의 강간죄가 성립하기 위해서는 ‘최협의의 폭행·협박’이 있었어야 하며, 형법 제299조 역시 ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용한 간음’일 것을 요하므로 장애인에 대하여 ‘장애인의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음’하였을 것이 요청되었기 때문이다. 다시 말해 장애인 성폭력 피해자들은 가해자의 행위수단이 얼마나 극악했는지, 혹은 극악한 상황에 얼마나 저항했는지를 입증해야 하거나, 장애로 인한 ‘심신상실’ 상태에 있었음을 입증하여야만 했다(김정혜, 2013:50).

그러던 것이 2012. 12. 18.자 개정으로 ‘항거곤란’이 추가됨으로써, 저항의 곤란함이 ‘현저한’ 수준에 이르지 않더라도 장애인 준강간죄로 처벌할 수 있도록 구성요건이 완화되었다. 이러한 개정 방향에 대해서는 무조건적으로 항거불능의 범위를 넓히는 것이 능사가 아니라는 비판이 있었는데, 구 성폭법 제8조는 제정 당시부터 장애인의 성적 자기결정권을 지나치게 무시하는 방향으로 접근한다는 우려가 있었고, 구 성폭법 제8조의 범위 확장은 필연적으로 형법상 심신미약간음죄 및 강간·강제추행죄 등과의 충돌 문제

를 야기하며, 19세 미만의 장애인 피해자에 대해서는 오히려 부정적인 결과가 야기될 수도 있다는 지적이다(이경환, 2010:86).

이처럼 장애인에 대한 성폭력 관련 법률은 어떻게 하면 “장애라는 특수한 상황”과 “성인지적 관점” 모두를 고려한 합리적인 요건으로 구성할 수 있는가를 중심으로 개정되어 왔다.

2. 가정폭력 관련 법률의 변천 및 운용상의 변화

가정폭력은 일반적으로 아동학대, 노인학대 등을 포함하여 가정 내에서 가정 구성원들 사이에서 일어나는 모든 폭력, 즉 가정 내 폭력으로 이해할 수 있다. 그러나 가정폭력은 역사적으로 가정 내에서 여성을 통제하는 수단이 됨으로써 결국 여성의 종속과 남성의 지배를 강화하는 기재로 작용해 왔다는 점을 감안할 필요가 있다. 따라서 사회학적인 의미에서의 가정폭력은 ‘가정 내에서 주로 여성에게 자행되는 폭력 또는 여성에게 직접적으로 부정적인 영향을 끼치고자 의도된 폭력’이라고 할 수 있다.

본 연구에서 여성폭력 관련 판례 중 가정폭력 관련 판례를 성인지적으로 분석하는 것을 목적으로 하므로, 이러한 연구목적에 맞춰 가정구성원 사이의 폭력 중에서도 배우자 폭력에 주목하고자 한다.

가. 가정폭력특례법의 변천

1) 가정폭력특례법의 제정

가정폭력특례법이 제정되기 이전에는 가족을 포함한 모든 개인 간의 폭력은 형법의 규율대상이었다. 그러나 형법상의 법정형이 너무 높고 배우자를 형사처벌하여야 한다는 부담 때문에 가정폭력의 피해자인 아내가 부부 관계를 단절하겠다는 결단을 내리기 전에는 실제로 법의 적용을 구하기는 불가능하였다(박소현, 2013:106). 더욱이 형법에서 폭행죄를 반의사처벌죄로 처벌하는 법원칙이 확립되어 가해자의 처벌을 피해자의 의사에 맡기게

됨에 따라 가해자인 남편이나 주위의 비난을 의식할 수밖에 없는 피해자는 적극적으로 법의 도움을 구할 수 없는 처지로 몰리게 되었다(박소현, 2013:107). 이러한 이유로 가정폭력에 적절히 대응하기 위한 법제정이 요구되었다.

1980년대 초부터 여성단체들이 끊임없이 가정폭력 등 여성에 대한 폭력 문제를 중대한 인권침해문제로 인식시키려고 노력하였지만, 가정 내에서의 폭력문제가 오랫동안 만연되어 있으면서도 공론화하는 것을 꺼려하고 가정폭력에 대해 관대한 이중적 사회의식과 법을 제정하고 해석, 적용, 집행하는 권한을 가진 자의 절대 다수가 남성으로 구성된 체제에서 형성되고 운영되어 온 형사법체계가 여성에 대한 폭력문제를 사회적 이슈와 인권보장의 입법과제로 부각되는 것을 지연시켰다(김엘림·윤덕경·박현미, 1999:10). 또한, 남의 가정문제에 개입하여서는 안 된다는 강한 금기의식, 아내와 자녀를 자신이 마음대로 할 수 있는 소유물로 취급하는 남성주의적, 가부장적 의식이 가정폭력문제를 법적 보호에서 방치하였다(김엘림·윤덕경·박현미, 1999:10-11).

1990년대에 여성들이 자신을 상습적으로 구타하던 남편들을 살해하는 일련의 사건들이 발생하면서부터 가정폭력문제에 대한 인식의 전환이 이루어지기 시작하였다.⁸⁾

가정폭력특례법의 제정을 촉구하게 된 계기가 되었던 사건들은 남편들에 의한 심각한 가정폭력이 오랜 기간 상습적으로 자행되었지만, 아내들은 아무런 대책 없이 가정 내에서 폭력을 당해왔고, 가정폭력의 피해자인 아내와 자녀들이 가정폭력가해자인 남편과 아버지를 살해함으로써 형사사건의 피의자가 되었다는 사실의 연결고리가 당시 사회에 매우 충격적으로 전달되었다(박소현, 2013:110). 그 결과 가정폭력을 더 이상 가정 내의 사적인 문제로 볼 것이 아니라 사회적 문제로 인식하고 정책적으로 이를 해결하기 위한 방안을 모색하여야 한다는 움직임이 여성단체들을 중심으로 전개되기

8) 가정폭력특례법 제정을 촉구하게 된 계기된 되었던 사건들로 대표적인 사례로 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도3336 판결, 서울고등법원 1994. 11. 4. 선고 94노 2240 판결, 서울고등법원 1996. 2. 13. 선고 93노2953 판결 등이 있다.

시작하였다(국회여성특별위원회, 1998:130).

이러한 사회적 움직임 속에서 북경세계여성회의 행동강령 등 가정폭력규제에 대한 국제기준이 제시되고 여성에 대한 폭력을 제거하기 위한 국가의 의무와 책임이 강조되면서 가정폭력규제법을 제정하기 위한 입법운동도 탄력을 받게 되었다(박소현, 2013:110). 1995년 제정된 ‘여성발전기본법’은 국가 및 지방자치단체에 가정폭력문제에 대한 시책을 강구하도록 책임을 부과하였고, 1996년 7월에는 전국의 22개 사회단체가 참여한 ‘가정폭력방지법 제정추진 범국민운동본부’가 결성되어⁹⁾, 1996년 9월 가정폭력방지법 시안을 내놓고 입법청원을 하는 등 가정폭력방지법 제정운동에 매진하였다(박소현, 2013:111).

가정폭력 관련 법안들에 관한 국회 심의과정에서 가정폭력처벌과 피해자 보호에 관한 내용을 하나의 법체계에 담을 경우 가정폭력피해자 보호관련 규정들이 처벌관련 규정들에 묻혀서 실제로 실효성이 없어 질 수 있고, 한 개의 법안에 소관 부처가 다른 두 가지 내용의 법이 병존함으로써 행정절차상 어려움이 예상된다는 이유에 따라 처벌 관련법과 피해자보호 관련법을 분리하여 제정하기로 하고, 1년여의 심사 끝에 가정폭력특례법은 1997년 12월 13일 법률 제5436호로 제정, 공포되어 1998년 7월 1일부터 시행되었다.

2) 가정폭력특례법의 개정

가정폭력특례법 제정 당시 가정폭력을 사회적·공적 문제로 인식하여 대처하여야 한다는 점과 경찰의 초기개입을 강화하고 가정폭력 신고 후 피해자에 대한 보호조치를 강화하여야 한다는 점에 대하여는 공감대가 형성되

9) 가정폭력방지법 제정추진 범국민운동본부에 참여한 단체는 한국가정법률상담소, 경제정의실천시민연합, 녹색연합, 민주사회를 위한 변호사모임, 민주화를 위한 전국교수협의회, 신사회공동선운동연합, 아동학대예방협회, 인도주의실천의사협의회, 장애우권익문제연구소, 전국민주노동조합총연맹, 전문직여성클럽한국연맹, 참교육을 위한 전국학부모회, 참여민주사회시민연대, 천주교정의구현전국연합, 한국노동조합총연맹, 한국노인의전화, 한국민족예술인총연합, 한국여성단체연합, 한국여성유권자연맹, 한국프로듀서연합회, 환경운동연합 등 총 22개 단체이다(국회여성특별위원회, 1998:131).

었다. 그러나 가정폭력특례법의 정책방향에 있어서 ‘가정의 보호’와 ‘피해자의 인권보호’를 어떻게 조화시킬 것인가와 가정보호사건과 형사사건을 가르는 기준에 대한 많은 논란이 있었지만, 전자는 ‘가정의 보호’를 제정법의 목적으로 채택하고, 후자는 특별한 기준을 정하지 않은 채 검사의 재량에 맡겨둔 채 마무리되었다. 법 제정의 시급성 때문에 가부장성을 내재한 제약을 안고 탄생한 가정폭력특례법은 시행과정에서 드러난 한계를 극복하기 위해 여러 차례 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

현행 가정폭력특례법은 제1장 총칙, 제2장 가정보호사건, 제3장 피해자보호명령, 제4장 민사처리에 관한 특례 그리고 제5장 벌칙 규정으로 구성되어 있다. 제1조부터 제3조까지로 구성되어 있는 제1장 총칙규정은 가정폭력특례법의 목적과 용어의 정의 그리고 다른 법률과의 관계로 구성되어 있고, 제2장 가정보호사건은 가정폭력사건에 대한 신고의무를 비롯한 가정폭력범죄에 대한 응급조치(제5조) 및 임시조치와 그리고 검사 및 법원의 송치와 관할 등에 관해 규정하고 있는 제1절 통칙(제4조 내지 제18조의2)과, 가정폭력사건에 대한 임시조치와 가정보호사건의 처리절차를 규정하고 있는 제2절 조사·심리(제19조 내지 제39조), 가정폭력범죄에 대한 보호처분에 관해 규정하고 있는 제3절 보호처분(제40조 내지 제48조), 그리고 임시조치 및 보호처분에 대한 항고와 재항고절차를 규정하는 제4절 항고와 재항고(제49조 내지 제54조)로 구성되어 있다. 제3장은 2011년 개정 시에 신설된 장으로 피해자보호명령에 대하여 규정하고 있다(제55조 내지 제55조의9). 제4장은 민사처리에 관한 특례규정으로 가정폭력사건 피해자에 대한 배상명령절차를 규정한 것이고(제56조 내지 62조), 제5장은 보호처분을 위반한 가해자와 비밀엄수의무와 소환불응자에 대한 벌칙을 규정하고 있다(제63조 내지 제66조). 개정연혁 및 주요 개정내용은 <표 9>와 같다.

이하에서는 가정폭력특례법이 다루고 있는 주요 내용을 중심으로 어떠한 변화과정을 거쳐 왔으며, 법 개정 이후 운용상의 변화를 살펴보고, 그럼에도 극복하지 못한 한계가 존재하는지 검토하고자 한다.

〈표 Ⅱ-9〉 가정폭력특례법 개정 연혁 및 주요 개정내용

개정 차수	공포번호	공포일자	시행일자	주요내용
1	제5676호	1999.1.21.	1999.2.22.	·아동 정의(아동복지법 제2조의 규정에 해당 하는 자) 추가 ·비밀엄수 등 의무범위에 아동의 교육을 담당 하는 교사 및 교장 포함
6	제6783호	2002.12.18.	2003.3.19.	·법의 목적에 건강한 가정 육성 외에 피해자 와 가족구성원의 인권 보호 추가 ·임시조치의 실효성 확보조치로 위반시 유치 장이나 구치소 유치 청구 가능케함 ·가정보호사건 불처분결정/취소결정 검찰청 검사에게 송치하거나 송치법원에 이송 ·보호처분 결정 항고인에 검사 추가
7	제7356호	2005.1.27.	2005.1.27.	·친고죄나 반의사불벌죄 해당행위가 피해자 의 고소가 없거나 불처벌의사표시의 경우에 도 보호처분의 심리대상이 될 수 있도록 함 ·보호처분 불이행시 과태료 부과
9	제8434호	2007.5.17.	2008.1.1.	·가정보호사건 소송기록 비공개
10	제8580호	2007.8.3.	2007.8.3.	·가정폭력범죄의 범위 조정 ·임시조치의 청구요건 개선 및 피해자의 임시 조치 신청·청구 요청권 신설 ·상담조건부 기소유예제도 명문화 ·보호관찰소의 결정전조사 명문화 ·임시조치 및 보호처분 유형추가 ·임시조치 및 보호처분 기간 연장 ·가정폭력행위자 교육의무화 ·과태료 상한을 100에서 500만원으로 인상
11	제10573호	2011.4.12.	2011.4.12.	·알기 쉬운 법령 정비
13	제10921호	2011.7.25.	2011.10.26.	·긴급임시조치 ·피해자보호명령제도 도입
16	제11150호	2012.1.17.	2012.1.17.	·보호처분 상습위반자 등에 대한 처벌 신설 ·가정폭력범죄 신고의무자 추가 및 위반에 대 한 처벌 규정 마련 ·가정폭력범죄에 가족구성원에 의한 성범죄 추가
17	제12340호	2014.1.28.	2014.9.29.	·아동학대범죄에 아동학대범죄처벌법 우선 적용

출처 : 법제처(<http://www.law.go.kr>) 자료 재구성.

나. 쟁점별 개정사항 및 운용상의 변화

1) 법의 목적

제정 당시에는 “가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하여 건강한 가정을 육성하는 것”만을 법의 목적으로 삼고 있었다. 가부장적 권력과 문화가 가정폭력이 발생하는 근본적인 원인이므로 가정의 해체를 무릅쓰고라도 가정폭력가해자에 대하여 강력한 형사처벌이 필요하다는 의견도 강력히 제기되었으나 제정 당시 ‘가정보호’를 법의 목적의 전면에 내세웠던 배경에는 강력한 형사처벌 위주로 대응하게 되면 피해자들이 오히려 가정폭력의 신고를 주저하게 될 것이라는 점, 가정에 대한 사회복지적 지원이 매우 열악한 상황에서 가해자 처벌로 인하여 가정이 해체되는 결과가 발생하면 그 피해가 고스란히 피해자에게 돌아갈 우려가 있는 점, 이것이 역으로 가정폭력사건에 대한 국가개입을 주저하게 함으로써 결국 처벌 위주의 법은 실효성이 없을 것이라는 점이 보다 중요한 요소로 고려된 것이다(이찬진, 1996:16-17).

법의 목적에서 ‘가정유지’만을 지나치게 강조하여 피해자 보호에 철저하지 못한 결과를 낳는다는 비판(김은경, 2002:19)이 제기되면서, 제6차 개정(2002. 12. 18. 법률 제6783호)시 “피해자와 가족구성원의 인권 보호”를 추가하였다.

현재 이 법은 “가정폭력범죄의 형사처벌 절차에 관한 특례를 정하고 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 위한 보호처분을 함으로써 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 가꾸며 피해자와 가족구성원의 인권을 보호함을 목적”으로 하고 있다(제1조).

법의 목적이 제정 당시와 달리 ‘가정보호’ 외에 ‘피해자와 가족구성원의 인권 보호’가 추가되었음에도 불구하고, 그 이후 현장의 변화는 거의 읽히지 않는다. 여전히 현장에서는 가정폭력특례법의 목적이 ‘가정을 보호’하는 것이라는 인식이 팽배해 있다(정춘숙, 2012:26). 이는 제정 당시에는 ‘가정보호’만을, 2002년 개정 이후에는 ‘피해자의 보호’를 추가하였지만, 그 전면

에 여전히 ‘가정보호’를 내세우면서, 피해자 보호를 위한 입법 패러다임에는 전혀 변화가 없었기 때문이다. 제정 당시부터 ‘폭력의 종식’ 보다는 ‘이혼방지’에 초점을 둬으로써 가정폭력을 형사사건보다는 가정보호사건으로 처리하려는 경향이 강하였고, 그 결과 가정폭력 피해자는 가정의 정상화를 위한 협력의무가 있는 동반자로서 위치 지워지는 결과를 낳았기 때문이다(김은경, 2013:26). 또한 가정폭력특례법의 시행에도 불구하고 심각한 학대 사건이 접수되어 처리되는 경우에도 “피해자 의사존중” 규정에 의해 가벼운 제재로 처리되는 관행이 유지되고 있다(김은경, 2013:26).

법 제정 이후에도 가정폭력 사건처리의 전 과정에서 가정보호가 우선적으로 됨으로써 피해자의 절대 다수인 여성들이 사회로부터 보호받지 못하고, 가장 안전해야 할 가정 안에서 상습적이고 지속적인 폭력을 당하는 현실을 극복하는데 가장 앞서야 하는 것은 가정폭력 관련 입법의 패러다임을 가정보호에서 피해자보호로 전환하는 것이어야 한다.

2) 가정폭력의 개념 및 유형

가정폭력특례법은 가정폭력을 ‘가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위’라고 정의하고(제2조제1호) 있으며, 법 제정 이후 개정된 바 없다. 그리고 가정폭력특례법은 가정폭력범죄의 유형을 직접적으로 정의하지 않고 같은 법 제2조제3호에 의하여 가정구성원 사이에 형법상 개별행위를 충족하는 범법행위가 있으면 가정폭력범죄의 범주로 포함하는 간접적인 형태로 규율하고 있다. 이에 따르면 가정폭력범죄에는 가정폭력 중에서 형법상의 상해, 폭행, 유기, 학대, 체포, 감금, 협박, 명예훼손, 주거침입, 권리행사방해, 공갈, 재물손괴가 포함되며, 위 조항에 대한 가중처벌의 경우를 포함한다. 제정 가정폭력특례법에는 여기에 아동복지법 위반죄가 포함되어 있었으나, 2007년 개정에서 아동복지법 위반죄는 상해, 학대, 유기 등의 한 태양으로 볼 수 있으므로 ‘가정폭력범죄’로 별도로 규율할 필요가 없다는 법무부 의견을 수용하여 삭제하였으며, 2012년 개정에서는 가정구성원에 의한 성범죄를 가정폭력범죄에 추가하여 가정폭력특례법 및 피해자보호법에 따른 보호와 지원을 받을 수 있도록 하였다.

가정폭력범죄에 성범죄 추가의 의미는 크지만, 이 또한 형법상의 강간과 추행의 죄의 일부를 포함하는 방식으로 여전히 규정방식의 변화는 없었고, 이러한 가정폭력범죄의 항목에 기존의 형법 및 성폭력특별법상의 범죄조항만을 나열하는 규정 방식은 가정폭력의 특성에 부합하는 새로운 범죄항목에 대한 검토의 부재로 가해자가 피해자를 기능적으로 지배하는 다양한 가정폭력 유형을 포괄하지 못하게 되고, 가정폭력범죄를 일반폭력범죄와 비교하여 왜 특별한 절차로 다루어야 하는지에 관한 통찰이나 가정폭력에 대한 법적 개입의 근거를 제공해 주지 못한다는 단점(김은경, 2002:82)과 가정폭력에 대한 효율적 범죄 대응을 막는다는 점에서 비판이 제기되고 있다(한인섭, 1999:307).

3) 가정구성원의 범위

가정폭력특별법에서 ‘가정구성원’은 배우자(사실상 혼인관계에 있는 사람 포함) 또는 배우자였던 사람, 자기 또는 배우자와 직계존비속 관계(사실상의 양친자관계 포함)에 있거나 있었던 사람, 계부모와 자녀의 관계 또는 적모와 서자의 관계에 있거나 있었던 사람, 동거하는 친족 등으로(제2조제2호) 정의하고 있다. 따라서 동거하고 있지 않은 친형제자매 사이의 폭력은 가정폭력특별법의 규율대상이 되지 않는다. 이 또한 제정 이후 개정된 바 없다.

가정폭력특별법은 법 문구상 법률혼이나 사실혼 관계의 배우자에 국한하고 있어, 여기에 동거관계나 동거관계에 이르지 않은 애인 등을 포함하고 있지 않다. 동거관계는 친족법의 법리에 따라 사실혼으로 인정받을 수 있는 당사자의 혼인의사는 없지만, 지속적인 동거관계를 영위하고 있는 경우로 실무에서는 지속적인 동거관계가 인정되고 행위자의 성행교정의 필요성이 있고, 접근금지 등 피해자 보호의 필요가 인정될 때에는 가정폭력특별법의 규정에 따른 사실혼을 인정하는 것으로 폭넓게 해석하고 있다고 한다(김유진, 2013:75). 또한 전배우자를 가정폭력사건으로 포괄하고 있지만, 이에 대하여 전배우자에게 과도한 혜택을 주는 것이라는 견해(조국, 2004:148)가 있으나, 이는 가정폭력사건을 형벌이 아닌 가정보호처분으로

다름으로써 일반 형사사건보다 경미한 범죄로 다루어고 있는 현실적인 이해가 내재해 있다.

이러한 현실 이해 속에서 가정폭력특례법이 포섭하는 범위를 확대하여야 한다는 주장은 가해자군에 속하는 사람들에 대한 혜택으로 그 범위를 넓히자는 주장으로 읽힐 수 있지만, 가정폭력범죄의 특성에 대한 제대로 된 이해와 그에 따른 집행이 이루어질 것을 기대한다면 그 범위 확대에 대한 고려가 필요하다.

변화하는 가족, 즉 혼인의사 없이 동거하는 커플이 늘고 있고, 성관계에 대한 개방의식이 확산됨에 따라 애인 관계 등 친밀한 관계에서도 폭력이 행사되는 현상에 대한 이해를 기반으로 해서 가정폭력특례법이 다루는 가정구성원의 범위를 확장할 필요가 있다는 것이다(양현아, 2005:3).

또한 2014년 개정에서는 가정폭력특례법의 가정구성원의 범위에 속하는 직계존비속 사이, 특히 직계존속에 의한 아동에 대한 가정폭력범죄는 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 제정·시행(2014. 9. 29.)에 따라 아동학대범죄에 해당하는 경우에는 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 우선적으로 적용하도록 하고 있다.

4) 경찰에서의 사건처리를 둘러싼 변화(임시조치, 긴급임시조치)

가정폭력범죄 발생 시 피해자가 최초로 접하는 경찰의 초기대응은 이후 피해자의 대응에 미치는 영향이 크다. 이에 가정폭력특례법은 제정 당시 경찰의 응급조치와 임시조치 청구에 관한 내용을 담았다. 그럼에도 불구하고 가정폭력 범죄가 줄지 않는 것을 경찰의 초기대응이 미흡하기 때문이라는 비판이 지속되었다. 이에 대해 가정폭력에 대한 경찰의 인식도 문제이지만, 피해자의 안전을 위협하는 상황에서도 적절하게 보호할 수 있는 권한의 부재로 적절한 조치를 취할 수 없다는 문제가 지적되었다¹⁰⁾.

10) 이에 대한 문제지적은 김재민(2007), 경찰의 가정폭력사건 개입현황과 피해자 안전확보를위한 법령 개선방안, 가정폭력 사건에 대한 경찰의 초기 대응과 피해자 안전확보를 위한 열린포럼, 2007. 11. 28. 경찰청·한국여성의전화연합, pp.46-66 참조.

이러한 문제점을 시정하기 위해 그 동안 법 규정이 실효적으로 작동할 수 있도록 지속적인 보완과 부족한 권한을 강화하는 방향으로의 개정이 이루어졌다.

우선, 임시조치 위반에 대한 제재조치가 제6차 개정(2002. 12. 18.)시 도입되었다. 검사는 가정폭력행위자에 대한 피해자 등으로부터의 격리와 퇴거 등의 임시조치에도 불구하고 가정폭력행위자가 그에 위반하여 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 경찰관서 유치장이나 구치소에의 유치를 법원에 청구하여 임시조치의 실효성을 확보할 수 있도록 하였다(제8조제2항).

또한 제10차 개정(2007. 8. 3.)에서 임시조치의 청구요건을 개선하고 피해자의 임시조치 신청 및 청구를 요청할 수 있는 권한을 신설하였다. 제정 당시에는 가정폭력범죄에 대한 응급조치에도 불구하고 가정폭력범죄가 재발할 우려가 있다고 인정하는 때에 검사가 청구할 수 있다는 제한이 있었지만, 검사가 임시조치를 청구함에 있어서 사법경찰관리의 응급조치 선행요건을 삭제하여 검사는 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 바로 임시조치를 청구할 수 있도록 하고, 피해자의 임시조치 신청·청구 요청권을 신설하여, 피해자가 임시조치의 청구 또는 신청을 요청할 수 있도록 하고, 요청을 받은 사법경찰관이 임시조치를 신청하지 아니하는 경우에는 그 사유를 검사에게 보고하도록 의무화하였다.

아울러 이와 관련한 가장 중요한 변화는 제13차 개정(2011. 7. 25.)에서 긴급임시조치제도를 도입한 것이다. 사법경찰관이 응급조치에도 불구하고 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 피해자나 그 법정대리인의 신청에 의하여 긴급임시조치를 할 수 있으며(제8조의2), 긴급임시조치를 한 때에는 지체 없이 검사에게 임시조치를 신청하여 검사의 청구로 법원에 임시조치를 청구하도록 하고, 임시조치를 청구하지 아니하거나 법원이 임시조치의 결정을 하지 아니한 때에는 즉시 긴급임시조치를 취소하도록 하였다(제8조의3).¹¹⁾

11) 경찰관이 가정폭력 신고를 받고 출동하여도 가정폭력을 가정내 문제로 치부하는 인식이 높고 경찰관이 보다 적극적으로 개입할 수 있는 제도적 뒷받침이 부족하

경찰이 현장출동시 응급조치를 취한 비율은 지속적으로 증가해왔으나, 경찰단계의 초기 임시조치가 2001년 이래 지속적으로 감소해왔었다. 이는 그동안의 가정폭력에 대한 형사사법적 개입방향이 가정해체의 방지에 초점을 두면서 더불어 경찰의 미혼적인 대처로 인한 것으로 보이나, 최근의 경찰청 통계자료에서는 2%대에서 8%대까지 급증한 것으로 나타나 법 개정 이후의 경찰의 적극적인 대처를 살펴볼 수 있다(김은경, 2013:20).

5) 검찰의 사건처리를 둘러싼 변화

가정폭력특례법 제정 당시에 검사는 가정폭력 사건처리에서 경찰의 임시조치 신청에 대해 법원에 청구하는 역할과 가정폭력사건처리를 형사사건으로 할지, 가정보호사건으로 할지를 결정하는 역할을 중요하게 하였다. 법 시행 이후 검찰의 사건처리 과정에서 달라진 내용은 보호처분 대상의 확대와 상담조건부 기소유예 제도의 도입을 들 수 있다.

다음은 지적에 따라 가정폭력 피해자 보호를 강화하기 위한 사법경찰관리의 현장조사권이 2012. 2. 1. 가정폭력방지법 개정 시 도입되었다(제9조의4).

제9조의4(사법경찰관리의 현장출동 등) ① 사법경찰관리는 가정폭력범죄의 신고가 접수된 때에는 지체 없이 가정폭력의 현장에 출동하여야 한다.

② 제1항에 따라 출동한 사법경찰관리는 피해자를 보호하기 위하여 신고된 현장 또는 사건 조사를 위한 관련 장소에 출입하여 관계인에 대하여 조사를 하거나 질문을 할 수 있다.

③ 가정폭력행위자는 제2항에 따른 사법경찰관리의 현장 조사를 거부하는 등 그 업무 수행을 방해하는 행위를 하여서는 아니 된다.

④ 제2항에 따라 출입, 조사 또는 질문을 하는 사법경찰관리는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

⑤ 제1항에 따른 현장출동 시 수사기관의 장은 긴급전화센터, 상담소 또는 보호시설의 장에게 가정폭력 현장에 동행하여 줄 것을 요청할 수 있고, 요청을 받은 긴급전화센터, 상담소 또는 보호시설의 장은 정당한 사유가 없으면 그 소속 상담원을 가정폭력 현장에 동행하도록 하여야 한다.

⑥ 제2항에 따라 조사 또는 질문을 하는 사법경찰관리는 피해자·신고자·목격자 등이 자유롭게 진술할 수 있도록 가정폭력행위자로부터 분리된 곳에서 조사하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

가) 보호처분 대상의 확대

가정폭력 사건에 대하여 검사는 사건의 성질, 동기 및 결과, 가정폭력 행위자의 성행 등을 고려하고, 피해자의 의사를 존중하여, 형사재판부에서의 형사처벌보다는 보호처분을 하는 것이 적절하다고 판단될 때 가정보호사건으로 송치하여 처리한다(제9조). 제정 당시에는 가정폭력범죄가 친고죄와 반의사불벌죄에 해당하는 경우 피해자의 고소가 없거나 처벌의사가 없는 경우에 불처분 결정을 하도록 규정하고 있었으나, 제7차 개정(2005. 1. 27.)시 해당 가정폭력범죄를 그대로 방치하는 결과가 되어 가정폭력 행위자의 성행 교정의 기회를 차단하게 되므로, 그러한 경우에도 비형벌적 처분인 보호처분의 심리대상이 될 수 있도록 하는 개정이 이루어졌다.

나) 상담조건부 기소유예제도

검사는 가정폭력행위자의 성행, 범행경위, 전력 등을 종합하여 볼 때 가정폭력행위자에게 전문적인 상담이 필요하다고 판단되는 경우 또는 가정폭력행위자에게 주벽이나 약물, 알코올 남용 등의 습성이 있어 지속적 관찰과 계도 등의 상담이 필요하다고 판단되는 경우에는 상담조건부 기소유예 처분을 하고 있다(박은정, 2013:152). 이 제도는 2003년부터 내부적으로 운영되어 오던 것¹²⁾에 제10차 개정(2007. 8. 3.)시 법적 근거를 마련한 것이다.

상담조건부 기소유예제도는 도입 당시에도 찬반의견¹³⁾이 팽배하였지만, 제도 도입 이후 시행과정에서도 그 효용과 한계에 대한 지적이 있다. 즉, 상담조건부 기소유예 제도는 재범억제 및 심리·정서적 폭력감소에 일정한 효과를 보이고 있으며, 가정폭력사건 처리방법의 다양화에 기여하고, 처분시간을 단축시켜 가정보호사건 송치제도의 보완에 효과가 있는 반면(조주은,

12) 상담조건부 기소유예 제도는 여성가족부의 후원을 받아 2003년 6월 대구지방법 검찰청 상주지청에서 처음으로 시범 실시되었다.

13) 상담조건부 기소유예 제도의 도입 당시 찬반의견이 팽배하였다. 한국가정법률상담소는 제도의 법제화 당시 그간의 시범실시 성과를 바탕으로 검찰의 상담조건부 기소유예제도가 상당한 효과가 있다고 주장한 반면, 한국여성의전화연합은 이 제도의 시행이 결국 가해자 처벌만 완화하는 결과를 가져올 것으로 우려를 표명하였다.

2013:15-26), 상담조건부 기소유예대상자 선정과정에서 부적절한 사람을 선정할 수 있는 우려와 최장 40시간으로 상담시간이 짧아 성행교정의 효과를 가져오기에는 시간이 짧으며, 제도화 이후 상당한 시간이 흘렀음에도 불구하고 그동안 상담불성실자에 대한 관리 및 상담실적 관리가 제대로 되지 않아¹⁴⁾, 가정폭력문제의 심각성에 대한 인식을 약화시켜 왔다는 것이다(조주은, 2013:26-27).

대검은 이러한 한계점을 극복하기 위하여 2013. 7. 5. 기존의 상담조건부 기소유예 관련 지침을 폐지하고, 현재는 ‘가정폭력사건 처리 및 지원에 관한 지침’¹⁵⁾ 및 ‘가정폭력사범 조건부 기소유예처리지침’¹⁶⁾을 제정하여 시행하고 있다(구정모, 2014:23-24).

가정보호사건 처리의 기준에 대해서는 제정 당시부터 가정보호사건이라는 절차상의 특례를 인정함에 따라 가정법원에 송치하는 사건과 기소절차에 따르는 형사사건을 어떠한 기준으로 구분할 것인가가 논란이 되었고, 가정폭력범죄 중 단기 3년 이상에 해당하는 사건과 관할법원의 심리결과 검찰송치처분을 한 사건을 제외한 사건, 피해자나 법정대리인이 관할법원에 가정보호처분을 신청한 사건을 가정보호사건으로 처리하도록 기준이 제시되었다¹⁷⁾. 그러나 제정된 가정폭력특례법은 가정폭력사건을 가정보호사건으로 처리하는 특례규정을 두었지만, 검찰의 형사사건과 가정보호사건의 처리기준에 대한 규정을 도입하지 않은 결과 가정폭력사건을 처리하는데 검사의 재량이 매우 넓게 인정되었다(이호중, 2008:133).

가정보호사건의 선별 기준의 미비는 가정폭력의 재범위험성 등 피해자 보호가 우선이 되어야 할 사건에서조차 가정보호라는 원칙하에 가정보호사건 일변도의 사건처리로 흐름으로써 많은 비판을 받아왔다.

위의 사건처리지침에 따르면 검사는 가정폭력사건을 처리함에 있어서 피

14) 2013년 이전까지 상담조건부 기소유예 불성실이행자에 대한 통계관리를 하지 못하였으며, 상담과정 및 상담결과에 대한 피드백을 통한 사후대책 강구, 불성실이행자에 대한 기소유예 취소나 가정보호사건 송치, 상담중도 탈락자에 대한 재수사 등 사후관리가 제대로 이루어지지 않았다고 한다(조주은, 2013:13).

15) 대검 예규 제687호, 2013. 7. 5. 제정.

16) 대검 예규 제688호, 2013. 7. 5. 제정.

17) 가정폭력방지법 시안 제7조.

해자의 처벌의사, 피해정도, 현재 상태 등을 기준으로 삼아야 하며(제10조 제1항), 사건처리 전 반드시 피해자의 의사를 확인하도록 하고 있으며(제7조), 결정전 피의자와 피해자를 소환하여 면담을 실시하거나 ‘피해자의 진정한 의사’를 확인하기 위하여 피해자에 대한 결정전 전문가 상담을 의뢰하여 처분할 수 있도록 하고 있다(제8조, 제9조).

6) 법원의 사건처리절차 개선 및 실효성 확보를 위한 개정

법원은 가정폭력특례법상 임시조치에 대한 결정, 취소, 변경 및 가정보호 송치사건에 대한 조사·심리 및 처분·변경·취소 결정, 피해자보호명령 청구에 따른 심리 및 결정을 하고 있다.

가) 임시조치 및 보호처분 관련 변화

우선, 임시조치 및 보호처분과 관련하여 가정폭력특례법 제10차 개정(2007. 8. 3.) 시 상당한 변화가 있었다. 임시조치 및 보호처분의 하나인 접근금지 및 접근제한의 대상에 피해자 외에 가정구성원을 추가하고, 임시조치와 보호처분의 한 유형으로 「전기통신기본법」에 따른 전기통신을 이용한 접근금지 또는 접근제한을 추가하였다(제29조제1항 및 제40조제1항). 아울러 임시조치 중 격리 및 접근금지의 연장 횟수를 1회에서 2회로 변경하고, 보호처분 중 사회봉사명령·수감명령의 시간을 최대 현행 100시간에서 200시간으로 연장하였다(제29조제5항 및 제41조). 또한 임시조치결정을 집행하는 자의 가정폭력행위자에 대한 임시조치의 내용, 불복방법, 위반 시 처벌 등의 고지의무를 부과하였으며, 격리 또는 접근금지의 임시조치 결정 이후 피해자 또는 가정구성원이 주거나 직장 등을 옮긴 때에는 임시조치결정 변경을 신청할 수 있도록 하였다(제29조의2).

나) 가정보호사건에 대한 조사·심리 및 처분 결정·변경·취소 관련 변화

이어서 가정보호 송치사건에 대한 조사·심리 및 처분 결정·변경·취소와 관련¹⁸⁾된 개정 내용을 살펴보면, 제6차 개정(2002. 12. 18.) 시 심리결과 불

처분 결정을 하거나 보호처분을 취소하는 경우 그 가정보호사건이 검사의 송치에 의한 사건인 경우에는 검사에게, 법원의 송치에 의한 경우에는 이를 송치한 법원에 이송하도록 하는 내용을 추가하였다(제37조제2항 및 제46조). 아울러 보호처분의 변경·취소와 그에 대한 항고 등은 가정폭력범죄 가해자의 인권이나 피해자 보호를 위한 중대한 조치이므로 공익의 대표자인 검사도 이를 청구할 수 있도록 하는 내용의 개정이 있었다(제45조제1항, 제46조, 제47조 및 제49조제1항, 제2항).

또한 제10차 개정(2007. 8. 3.) 시 가정보호사건에 대한 심리를 위하여 실무상 활용되어 왔던 보호관찰소의 결정전조사를 명문화하여 판사는 조사관 외에 그 법원의 소재지 또는 가정폭력행위자의 주거지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 가정폭력행위자·피해자 및 가정구성원에 대한 심문이나 그들의 정신·심리상태, 가정폭력범죄의 동기·원인 및 실태 등의 조사를 요구할 수 있도록 하는 판사의 보호관찰소의 장에 대한 조사요구권이 신설(제21조)되었다. 아울러 가정폭력방지법이 정하는 보호시설의 하나인 감호위탁기관에서 가정폭력행위자에 대한 교육을 실시하도록 의무화하였다(제40조제6항).

-
- 18) 가정보호사건에 대한 심리절차는 일반 형사사건의 심리절차와 다른 특수성을 지니고 있다. 즉, 판사가 적극적으로 사실심리를 주도하며, 직권으로 증거조사를 실시하여 얻은 증거를 종합하여 범죄사실 및 보호처분의 필요성에 대해 심증을 형성한다. 사건자체의 경중, 당사자들의 관계, 사건의 발생원인, 사건 이후의 사정변경, 행위자와 피해자의 현재 상태 등이 중요한 판단요소가 된다(김유진, 2013:76). 그와 같은 심리를 위하여 가정폭력특례법은 조사관 또는 보호관찰소의 장에게 행위자, 피해자 및 가정구성원에 대한 심문이나 그들의 정신·심리상태, 가정폭력범죄의 동기·원인 및 실태 등의 조사를 명하거나 요구할 수 있는 조사명령제도를 두고 있다(김유진, 2013:76). 가정폭력범죄에 대한 법원의 개입은 신속한 개입이 필요하다는 점을 고려하여 가정보호사건의 심리기간을 3개월로 제한하고 있으며, 심리기일에 피해자를 함께 소환하여 피해자의 진술이나 의견을 듣는 등 피해자의 진술권을 보장하고 있다. 또한 가정보호재판은 처분 이후에도 그 집행상황에 관하여 판사가 관여하여 처분기간을 연장하거나 처분의 종류를 변경하는 경우도 있다는 점에서 일반 형사사건과의 특수성이 존재한다(김유진, 2013:77).

다) 피해자보호명령제도의 도입

제13차 개정(2011. 7. 25.) 시에는 피해자가 스스로 안전과 보호를 위한 방책을 마련하여 이를 직접 법원에 청구할 수 있도록 하는 피해자보호명령제도가 도입되었다. 가정폭력특례법에 피해자보호명령제도에 관한 하나의 장(제3장)을 신설함으로써 가정폭력의 피해자 또는 그의 법정대리인은 법원에 피해자보호명령을 청구할 수 있고, 판사는 가정폭력으로부터 피해자의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 가정폭력행위자에게 피해자 및 가정구성원의 주거로부터의 퇴거, 피해자 및 가정구성원의 주거 또는 직장 등에서 100미터 이내의 접근금지, 가정폭력행위자의 친권 제한 등의 피해자보호명령을 할 수 있게 되었다.

라) 처분의 실효성 확보를 위한 개정

(1) 과태료 부과대상 확대 및 과태료 금액 인상

제6차 개정(2002. 12. 18.) 시 소환 불응자, (집행) 보고서 또는 의견서 제출 요구 불응자, 보호처분 중 사회봉사·수강명령, 보호관찰, 감호위탁, 치료위탁, 상담위탁처분을 불이행한 자에 대하여 100만 원을 상한으로 하여 과태료를 부과할 수 있도록 하는 규정이 신설되었으며, 제10차 개정(2007. 8. 3.)에 의하여 과태료 상한이 500만 원으로 인상되었다. 또한 제13차 개정(2011. 7. 25.)에서는 과태료 부과대상에 임시조치 중 금지명령의 성격을 갖는 격리 또는 접근금지 조치를 이행하지 아니한 경우도 포함하였다(제65조 제4호). 제16차 개정(2012. 1. 17.)에서는 직무 수행 중 알게 된 가정폭력범죄에 대해 신고의무를 부여하고 있는 자에 사회복지전담공무원 등을 추가하고, 이를 위반한 경우에는 300만 원 이하의 과태료를 부과(제63조제2항)하는 개정이 이루어졌다.

(2) 보호처분 및 피해자보호명령 상습위반자에 대한 처벌 강화

제13차 개정(2011. 7. 25.)에서는 피해자보호명령 또는 임시보호명령을 받고 이에 따르지 아니한 가정폭력행위자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원

이하의 벌금에 처하도록 하였다(제63조). 제16차 개정(2012. 1. 17.)에서는 보호처분 상습 위반자, 피해자보호명령·임시보호명령 상습 미이행자에 대한 처벌을 3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금으로 강화함으로써 가정폭력범죄의 재발방지를 꾀하고 있다.

마) 가정보호사건의 재판기록에 대한 열람 제한

그 밖에 가정폭력특례법 제9차 개정(2007. 5. 17.) 시 가정보호사건에 관하여는 그 성격 상 일반인에 대한 소송기록의 공개가 적합하지 아니하기 때문에 확정된 재판기록에 관하여 일반인도 열람할 수 있도록 하는 「민사소송법」의 규정을 이 법의 준용대상에서 제외함으로써 가정보호사건 당사자의 사생활 침해 및 명예훼손을 방지하려는 개정이 이루어졌다.

3. 소결

이상 성폭력 관련 법률과 가정폭력 관련 법률의 변천과 그 운용상의 변화를 살펴보았다. 각 영역에서 해당 법률의 변화가 성인지적 관점에서 갖는 의미와 한계를 평가하면 다음과 같다.

가. 성폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화

1953년 제정형법부터 현재까지 이루어진 성폭력 관련 법률의 제·개정 내용을 주요 쟁점별로 검토하고, 이를 성인지적 관점에서 평가해 볼 때 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다.

첫째, 법원과 국회가 기존의 성 편향적 관점에서 벗어나 성폭력 범죄의 보호법익이 ‘성적 자기결정권’임을 인정하게 되었고, 이는 강간죄의 객체가 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 변화하고, 유사강간죄가 신설되는 결과로 나타났다. 강간죄와 유사강간죄, 강제추행죄를 구분하는 실익이 있는지 여부에 관하여는 이론이 있다고 하더라도, 법원과 국회가 다양한 양태의 성폭력 범죄를

인지하고 여기에 대처하려는 노력을 보이고 있다는 점은 고무적이라 할 수 있다.

둘째, 아동·청소년과 장애인에 대한 성폭력 범죄를 중심으로 법률이 변화하여 왔고, 구체적으로는 친고죄 폐지, 친족관계 범위 확대, 법정형의 강화로 나타났다. 아동·청소년과 장애인에 대한 성폭력은 성인 성폭력에 비하여 추가적인 보호를 요구하므로 이들을 위한 추가적인 절차나 정책을 마련하는 것은 바람직한 일이다. 하지만 다른 한 편으로는, 법원과 국회가 성적 자기결정권에 대한 숙고와 이해보다는, 성적 자기결정권을 완전히 행사할 수 없는 존재에 대한 가부장적인 보호에 더 익숙한 것이 아닌가 하는 우려가 있다.

셋째, 이러한 보호법익에 관한 우려는 강간죄의 요건인 ‘폭행 또는 협박’을 “피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것”이라는 매우 좁은 범위에서 인정하고 있고, 이에 대하여는 이렇다 할 판례의 변경이나 법률 제·개정이 없는 점에서 다시 확인된다. 약 80%에 해당하는 대부분의 성폭력 범죄는 성인을 대상으로 하고 있고, 이 대부분의 성폭력 범죄가 인정되려면 여전히 피해자가 극도로 저항을 하여 항거불능 상태였음을 증명하여야 한다. 바꾸어 말하면 피해자는 극도로 저항을 하지 않았기 때문에 강간을 당한 것이 되고, 이는 강간죄의 보호법익이 ‘성적 자기결정권’이라고 보는 것과 부합하지 않는다. 성폭력 범죄의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’의 침해 여부가 성폭력 범죄의 성립인정 여부를 결정하도록 법률의 개정 또는 판례의 변화가 필요하다 할 것이다.

나. 가정폭력 관련 법률의 변천과 운용상의 변화

가정폭력특례법이 시행된 지 16년이 되었고, 앞서 살펴본 바와 같이 여러 차례 변모를 거쳐 지금에 이르고 있다. 그러나 3년 주기로 여성가족부가 실시하고 있는 가정폭력 실태조사 결과¹⁹⁾에 의하면 조사 시기에 따라 증감의

19) 2013년 실시한 가정폭력실태조사에 의하면, 지난 1년간 만 19세 이상 65세 미만 기혼남녀의 부부 폭력률은 45.5%로 2007년 조사보다는 5.2%p 증가하고, 2010년 조사보다는 8.3%p 감소한 것으로 나타나고 있다(여성가족부, 2013:140-141).

변화는 있지만 여전히 높은 부부폭력 발생률을 보이고 있으며, 가정폭력특례법의 제정을 촉구하게 된 배경이 되었던 가정폭력 피해자가 사망에 이르게 된 사건은 지금도 끊임없이 발생하고 있고, 심지어는 폭력에 시달리던 피해자가 국가의 적극적인 지원을 받지 못한 채 사적 구제로 남편을 살해하는 사건도 발생하고 있다.²⁰⁾ 이러한 현실은 가정폭력특례법이 실효적으로 작동하지 못함을 보여주는 것이다. 김은경(2013)은 그 근본적 원인은 가정폭력에 대한 형사소송절차와 가정보호절차라는 이원적 개입 구조 때문이며(김은경, 2013:17), 가정보호를 목표로 한 개입방향과 그 논리적 결과로서 높은 불기소율과 불처분율, 단순 보호사건화 전략은 고위험 집단의 신변안전과 피해구제 문제를 여전히 방치시키고, 오히려 ‘가정폭력은 경미한 범죄’라는 잘못된 인식만 재생산시키고 있다고 지적한다(김은경, 2013:18).

현재 가정폭력특례법의 운영과정에 나타난 문제점을 시정하고 실효성을 제고하기 위한 개정안들이 발의되어 계류되어 있는 것만 해도 <표 -10>에서 제시한 바와 같이 11건이나 된다.

<표 II -10> 가정폭력특례법 관련 19대 국회 계류 법안(2014. 10. 24. 기준)

발의 의원일	대표발의 의원	제안이유	주요내용
2012. 8. 27.	강은희 의원	수사기관의 적극적인 개입 부족으로 충분한 구제가 이루어지지 않음	현행법의 요건을 충족한 경우 체포 하고, 주취상태인 행위자 유치장 보호 로 재발 예방 긴급임시조치 불이행시 과태료 부과
2012. 9. 5.	전정희 의원	재범의 위험성 줄이기 위해 가정폭력 범죄자에 대한 보안처분의 필요성	보호관찰제도를 도입하고 재범예방 에 필요한 수감명령, 이수명령 제도 신설
2012. 11. 7.	이자스민 의원	감호위탁 보호처분 시설이 선정상 의 문제(피해자와 동일한 시설에서 생활하게 되는 문제)로 제대로 활용 되지 못하고 유명무실	감호위탁시설을 법무부장관이 지정 한 시설로 하고, 실효성 제고

20) 가정폭력 살인사건에 대한 젠더분석은 한국여성의전화(2013), 가정폭력 가해자 사망사건과 피해자 살해사건에 대한 판결분석 토론회 자료집(2013. 12. 3.) 참조.

발의 연월일	대표발의 의원	제안이유	주요내용
2012. 12. 3.	박남춘 의원	재범위험성에 대한 면밀한 검토 없이 이루어지는 사건처리로 인해 가정 폭력범죄가 재발되는 악순환	수사결과 재범위험성 있는 경우 상담 조건부 기소유예처분 제한 가정보호사건 송치나 결정시 재범 위험성 고려 처리 의무
2013. 1. 3.	김학용 의원	가정보호사건의 불처분율이 높아 피해자와 가족구성원의 인권 보호 한계	검사의 가정보호사건 송치 기준 마련 형벌에 대한 부가처분 근거 마련
2013. 2. 6.	강은희 의원	피해자보호명령제도의 보완	주거권 보호 및 면접교섭행사 제한 추가
2013. 4. 8.	남인순 의원	가정보호 명목아래 무조건 약하게 처벌하는 것에 의한 폐해	법의 목적조항 및 용어 재정의 주거침입의 죄 장 전체 포함 가정보호사건의 처리기준 명확화 상담조건부 기소유예 제도 폐지
2013. 7. 15.	김상희 의원	제대로 된 경호 없이 가정폭력가해자와 마주하게 되는 등 제도적 미비로 인한 2차 피해 발생	가정폭력피해자가 신변의 위협을 느끼지 않은 상태에서 절차 이용 가능하도록 법원의 검사에 대한 신변안전 조치 요청
2014. 3. 21.	김윤덕 의원	형법 개정으로 추가된 유사강간죄 반영	가정폭력범죄에 유사강간죄 추가 (제297조의2)
2014. 5. 28.	이자스민 의원	법 적용에 있어 문제해결의 초점이 가정유지 쪽에 맞추어져 있어 피해자 등의 인권보호 및 권리회복 등이 불충분	피해자와 가족구성원의 인권을 더욱 보호할 수 있도록 개정
2014. 7. 11.	김상희 의원	가정폭력 사건을 수사기관에 신고하지 않는 경향	신고의무자에 가정 관련 직무종사자 추가

개정안들은 모두 가정폭력의 특성에 대한 충분한 이해 없이 이루어져 왔던 수사과정 및 법 집행 과정에서의 문제점을 지적하고 있다.

가정폭력특례법상 법의 목적으로 가정유지와 피해자와 가족구성원의 인권보호가 동시에 규정되어 있음에도 불구하고 그동안 수사 및 법 집행과정에서 가정유지보다는 피해자와 가족구성원의 인권보호 쪽으로 치우친 경향을 보여 왔으며, 이로 인해 가정폭력범죄가 재발되는 악순환과 가정폭력은 일반형사처벌이 아니라 가정보호로 가볍게 처벌된다는 인식을 갖게 되었다는 문제인식 하에 근본적으로 법의 목적에서 가정보호를 삭제하고, 거기에

맞게 용어 및 법 전반의 틀을 수정할 것을 제안하고 있다. 그 밖에 실제 발생하고 있으며 발생 가능성이 있음에도 불구하고 가정폭력특례법상 가정폭력범죄유형에 담겨있지 않은 유사강간죄와 주거침입죄 등을 추가하여야 한다는 제안이 있다.

또한 가정폭력의 재범률을 낮추기 위해서 재범위험성에 따른 사건처리를 하여 재범위험성이 있는 경우에는 상담조건부 기소유예 등의 조치를 제한하고, 검사의 가정보호사건 송치기준을 구체적으로 마련하여 재범의 위험성이 존재하는 경우에는 가정보호사건으로 송치하지 못하게 하고, 그로 인해 형벌을 받게 되는 경우 가정폭력특례법상에 형벌에 대한 부가처분의 근거가 마련되어 있지 않기 때문에 보호관찰제도로 수강명령이나 이수명령 등을 부과할 수 있도록 하자는 제안이 있다.

아울러 가정폭력피해자가 수사나 재판과정에서 제대로 된 경호 없이 가정폭력가해자와 마주하게 되면 신변에 대한 위협 때문에 제대로 된 의사표현 뿐만 아니라 거듭 가정폭력을 당할 수 있기 때문에 가정폭력피해자가 신변의 위협을 느끼지 않은 상태에서 절차를 이용할 수 있도록 법원의 검사에 대한 신변안전초치 요청권을 신설하는 내용과 피해자 또한 학습된 무력감 때문에 가정폭력을 당하고도 신고를 하지 못하는 경우가 있을 수 있기 때문에 가족관련 상담 업무 등을 하는 종사자도 가정폭력신고의무자에 추가하여 가정폭력의 문제를 구체적으로 드러낼 수 있도록 하는 내용의 제안이 있다.

또한 가정폭력에 대한 신고가 이루어지더라도 수사기관의 초기대응이 미흡할 경우 효율적인 대처가 어렵기 때문에 폭력행위가 진행 중이거나 진행이 종료된 직후의 경우 등 현행법의 요건을 충족하는 경우에는 체포하도록 하고, 행위자가 주취상태에 있는 경우 24시간 이내에 유치장 보호를 가능토록 하여 폭력행위의 재발을 막아야 한다는 제안과 긴급임시조치의 실효성 제고 차원에서 과태료 부과를 해야 한다는 제안이 있다.

그 밖에 피해자보호명령 제도의 보완으로 피해자와 가족구성원의 주거권 보장을 위해 공동사용주거의 사용·수익 및 처분행위 금지 및 가해자의 면접교섭권 행사를 제한하는 내용이 있다.

개정안이 담고 있는 내용 모두가 가정폭력이 근절되지 않은 현실 개선과 폭력의 악순환 속에서 살아가고 있는 피해자와 가정구성원의 효율적 구제를 위한 필요에서 나온 것으로 하루 빨리 개정이 되어야 한다.

이하에서 장을 바꾸어 살펴보는 가정폭력 판례를 통한 법집행 결과의 검토는 피해자의 대부분이 여성인 가정폭력범죄에 대한 그동안의 법집행 관행이 여성의 삶에 얼마나 부정적인 영향을 미쳤는지를 살펴보는 것으로 위의 가정폭력특례법의 개정안들이 담고 있는 개정방향이 향후 나아가야 할 방향이며, 이를 뒷받침하는 자료로서 유용하게 활용될 것으로 기대된다.

III

성폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석

1. 성폭력 관련 판례의 분석범위	77
2. 판례를 통해 살펴본 성폭력범죄의 실태	78
3. 성폭력 관련 판례의 주요 쟁점별 변화 및 내용 분석	128
4. 소결	195

1. 성폭력 관련 판례의 분석범위

성폭력 관련 판례의 분석범위는 내용적으로는 강간과 강제추행을 중심으로 하고, 시간적으로는 2000. 1. 1.-2001. 1. 31.과 2013. 1. 1.-2014. 2. 28.의 두 시기를 중심으로 하였으며, 심급별로는 3심까지 진행된 판결을 대상으로 하였다.

내용적인 범위인 ‘강간’과 ‘강제추행’은 형법, 성폭력특별법, 아청법상의 관련 조항에 해당되는 죄명을 모두 포함하는 개념이다. 예컨대 ‘강간’은 형법상 강간(제297조), 유사강간(제297조의2), 준강간(제299조), 미수범(제300조), 강간상해·치상(제301조), 강간살인·치사(제301조의2), 미성년자 등에 대한 간음(제302조), 업무상 위력 등에 의한 간음(제303조), 미성년자에 대한 간음(제305조), 성폭력특별법상 특수강도강간(제3조), 특수강간(제4조), 친족관계에 의한 강간(제5조), 장애인에 대한 강간(제6조), 13세 미만의 미성년자에 대한 강간(제7조), 강간상해·치상(제8조), 강간살인·치사(제9조), 업무상 위력 등에 의한 추행(제10조)을 포함한다. 강제추행의 경우도 마찬가지이다.

시간적인 범위인 2000. 1. 1.-2001. 1. 31.과 2013. 1. 1.-2014. 2. 28.의 두 시기는 아청법의 제정일시를 기준으로 한 2000년의 1년과 최근의 1년을 중심으로 하였다. 최근 일시는 본 연구진의 판결문 입수가능시기로서, 1개월을 추가하였다. 원래는 구 성폭법 제정시기인 1994년을 기준으로 한 1년을 분석대상으로 설정하였으나 판결문 보존이 되어 있지 않아서 분석범위에서 제외하였다.

심급별로는 3심까지 진행된 판결문을 대상으로 하였으며, 3심에서 파기환송된 경우는 그 이후의 판결문을 찾을 수가 없어서 3심까지를 대상으로 하였다.

분석대상 판결문의 입수 및 분석대상 선정의 과정은 <표 1>에서 기술한 바와 같다.

2. 판례를 통해 살펴본 성폭력범죄의 실태

가. 분석대상 성폭력범죄의 특징

1) 시기별·유형별 분포

최종 분석대상이 된 판결문은 총 705건으로, 그 중 강간 사건은 471건으로 전체의 66.8%를 차지하고 있으며, 강제추행 사건은 234건으로 전체의 33.2%를 차지하고 있다. 또한 시기별로 나누어 살펴보면 2000년에 선고된 사건은 107건으로 전체의 15.2%를 차지하고 있으며, 2013년에 선고된 사건은 598건으로 전체의 84.8%를 차지하고 있다. 이하에서 강간 사건과 강제추행 사건을 함께 일컬을 때는 성폭력판례라고 한다.

〈표 Ⅲ-1〉 성폭력범죄 분석대상 판결의 시기별·유형별 분포

(단위 : 건, %)

구분	2000년	2013년	전체
강간	86(18.3)	385(81.7)	471(66.8)
강제추행	21(9.0)	213(91.0)	234(33.2)
전체	107(15.2)	598(84.8)	705(100.0)

2) 죄명 분포

성폭력범죄의 적용 법률은 형법, 성폭력특별법, 아동법으로 나뉘며 구체적인 죄명은 다음과 같다.

〈표 Ⅲ-2〉 성폭력범죄의 시기별 죄명 분포

(단위 : 건, %)

적용 법률	죄명		2000년	2013년	전체
형법	강간	강간	14(13.1)	38(6.4)	52(7.4)
		미성년자의제강간	1(0.9)	2(0.3)	3(0.4)
		강간상해·치상	4(3.7)	10(1.7)	14(2.0)
		강간살인·치사	2(1.9)	1(0.2)	3(0.4)
		강도강간	2(1.9)	4(0.7)	6(0.9)
		강간미수	-	17(2.8)	17(2.4)
	강제 추행	강제 추행	2(1.9)	102(17.1)	104(14.8)
		강제 추행상해·치상	7(6.5)	13(2.2)	20(2.8)
		강제 추행살인·치사	1(0.9)	-	1(0.1)
		강제 추행미수	-	1(0.2)	1(0.1)
성폭력	강간	특수강도강간	22(20.6)	52(8.7)	74(10.5)
		특수강간	11(10.3)	28(4.7)	39(5.5)
		친족강간	4(3.7)	36(6.0)	40(5.7)
		장애인강간(준강간)	2(1.9)	30(5.0)	32(4.5)
		13세미만강간	1(0.9)	33(5.5)	34(4.8)
		강간상해·치상	11(10.3)	13(2.2)	24(3.4)
		강간살인·치사	5(4.7)	7(1.2)	12(1.7)
		강간미수	7(6.5)	51(8.5)	58(8.2)
	강제 추행	특수강도강제 추행	5(4.7)	14(2.3)	19(2.7)
		특수강제 추행	1(0.9)	8(1.3)	9(1.3)
		친족강제 추행	1(0.9)	1(0.2)	2(0.3)
		장애인강제 추행	-	7(1.2)	7(1.0)
		13세미만강제 추행	-	24(4.0)	24(3.4)
		강제 추행상해·치상	4(3.7)	2(0.3)	6(0.9)
		공중밀집장소에서의 추행	-	1(0.2)	1(0.1)
		강제 추행미수	-	3(0.5)	3(0.4)
아청법	강간	강간	-	57(9.5)	57(8.1)
		강간미수	-	6(1.0)	6(0.9)
	강제 추행	강제 추행	-	37(6.2)	37(5.2)
전체			107(100.0)	598(100.0)	705(100.0)

3) 국민참여재판 여부(1심)

국민참여재판제도는 국민이 형사재판에 배심원 또는 예비배심원으로 참여하는 제도로, 2007년 6월 1일 공포된 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」을 근거로 2008년 1월 1일부터 시행되어오고 있다.²¹⁾ 분석대상 판결문을 대상으로 국민참여재판 여부를 살펴보았는데, 1심에서 국민참여재판으로 진행된 사건은 9건으로 전체의 1.3%로 나타났다.

〈표 Ⅲ-3〉 국민참여재판 여부(1심)

(단위 : 건, %)

구분	빈도	구성비
국민참여재판	9	1.3
국민참여재판 아님	696	98.7
전체	705	100.0

배심원의 유죄·무죄에 대한 평결과 양형에 관한 의견은 ‘권고적 효력’을 지닐 뿐 법적인 구속력은 없지만, 국민참여재판으로 진행된 9건 중 7건은 배심원의 유·무죄 평결 의견과 일치하는 결정을 내렸으며, 양형의견 또한 배심원의 다수 의견이나 배심원 의견이 다양하게 나뉘어 있는 경우에는 중간 정도의 양형으로 결정하는 경향을 살펴볼 수 있다.

국민참여재판에서 판사가 배심원의 평결과 달리 독자적 결정을 내릴 수 있는데, 이 경우에 판사는 피고인에게 배심원의 평결 결과를 알리고, 평결과 다른 선고를 한 이유를 판결문에 분명히 밝혀야 한다. 그런데 국민참여재판으로 진행된 9건 중 2건에서 평결과 다른 선고를 한 이유를 밝히고 있었다.

인천지법 2013. 5. 20. 선고 2013고합181 판결은 배심원 9명 중 7명이 무죄의견을 제시하였으나, 배심원 평결과 달리 유죄를 인정하였다. 판결에서는 “무죄의견을 제시한 배심원들은 주거침입과 묵시적 동의 및 강간죄에

21) 네이버지식백과_두산백과. 2014. 12. 10. 방문.

<http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1269415&cid=40942&categoryId=31721>

〈표 Ⅲ-4〉 국민참여재판사건의 배심원 의견과 선고형 비교(1심)

(단위 : 년)

연번	사건번호(1심)	사건명	배심원 평결 및 양형 의견		1심 선고
			유무죄 의견	양형의견	
1	서울북부지법 2012.10.22. 선고 2012고합286 판결	(특례법위반) 특수강간(미수) 주거침입강간등 (강제추행) 특수강제추행	유죄(7명) 부착명령 찬성(7명) (만장일치)	징역 2.5(1명) 징역 3(3명) 징역 3.5(2명) 징역 5(1명)	징역 3.5 부착명령 기각
2	서울북부지법 2012.12.27. 선고 2012고합527 판결	(특례법위반) 특수강간	유죄 (만장일치)	-	징역 3
3	제주지법 2012.11.20. 선고 2012고합227 판결	(특례법위반) 강간등살인 (강간미수) 사체유기 사체손괴	유죄(6명) 무죄(3명)	무기 (2명) 징역 24(1명) 징역 23(4명) 징역 20(2명)	징역 23
4	인천지법 2013.6.3. 선고 2013고합219 판결	(아청법위반) 강간등 상해	유죄(4명) 무죄(3명)	징역 5(4명) 징역 3(3명)	징역 4
5	서울북부지법 2012.11.26. 선고 2012고합467 판결	(특례법위반) 강간등치상 13세미만미성년자 강간(미수)	유죄(9명) 부착명령 찬성9명 (만장일치)	징역 7(4명) 징역 10(3명) 징역 12(1명) 징역 25(1명)	징역 7 전자장치 부착 20
6	인천지법 2013.5.20. 선고 2013고합181 판결	(특례법위반) 주거침입강간등 (미수)	유죄(2명) 무죄(7명)	-	징역 2
7	인천지법 2012.9.24. 선고 2012고합856 판결	(특례법위반) 주거침입강간등 강간등상해 집단·흥기등상해 특수강도	유죄(7명) (만장일치)	징역 3.5(4명) 징역 3(2명) 징역 2.5(1명)	징역 3.5
8	서울동부지법 2012.7.27. 선고 2012고합183 판결	강제추행상해 마약류관리에관한 법률위반	유죄(9명) (만장일치)	징역 2.5(5명) 징역 3(4명)	징역 2.5
9	서울중앙지법 2013.4.6. 선고 2012고합1518 판결	(아청법위반) 준강간등 (성폭법위반) 13세미만미성년자 강간등	유죄(5명) 무죄(2명) 부착명령 기각7명 (만장일치)	징역 12(1명) 징역 10(1명) 징역 8(1명) 징역 6(2명) 징역 3(1명) 기권 (1명)	징역 8

있어서 폭행·협박의 개념을 어려워하였고, 피고인을 강간미수로 처벌하는 것도 지나치게 가혹하다고 판단하였던 것으로 보인다. 그러나, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 피해자가 자고 있는 모텔방에 침입한 사실 및 피고인이 강간의 실행의 착수에 나아간 사실을 인정할 수 있으므로, 배심원의 평결과는 다르게 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(주거침입강간 등)죄의 유죄를 인정한다.”고 밝히고 있다. 일반 국민으로 구성된 배심원들이 정확한 법리를 이해하고 판단을 내리는 것이 어려울 수 있다는 측면에서 합리적인 판단으로 보인다.

서울북부지법 2012. 10. 22. 선고 2012고합286 판결은 배심원 만장일치의 유죄의견과 징역 2년 6월부터 징역 5년에 걸친 양형의견에 따라 징역 3년 6월을 선고하였다. 다만 전자장치 부착명령 관련 배심원 의견은 전원 찬성의견이었으나 1심에서는 부착명령 청구를 기각하면서 그 이유를 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 단정하기 어렵다 할 것이므로 배심원들의 의견과는 다른 판결을 선고한다고 밝히고 있다. 이 사건의 부착명령 청구사건 부분에 대한 판단이유를 구체적으로 살펴보면 “ 성폭력범죄의 전력이 없는 점, 한국 성범죄자 재범위험성 평가척도(K-SORAS) 검사 결과 총점 13점으로 성범죄 재범위험성이 중간(7~12점)수준에 불과한 점, 정신병질자 선별도구(PCL-R) 적용결과 중간 수준으로 평가되어 피부착명령 청구자의 성폭력범죄 재범가능성이 중간 수준으로 판단되는 점 등의 사정을 인정할 수 있고, 달리 피부착명령청구자에게 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다는 점을 인정할 만한 자료가 없는바, 피부착명령청구자에게 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 단정하기 어렵다”고 밝히고 있다. 재범 위험성 평가를 위한 기준 확립이 필요함을 살펴볼 수 있다.

나. 성폭력범죄자의 특성

1) 사회인구학적 특성

가) 범죄자 수

범죄자 수에 대한 분석은 각 사건의 대표범죄 범죄자를 기준으로 하였으

며, 1개의 사건 안에 복수의 범죄유형이 존재하는 경우에는 법정형이 가장 중한 범죄의 범죄자 1명 또는 그 범죄의 공범이 있는 경우에는 주범의 정보를 분석대상으로 하였다.

그 결과, 단독 범행이 강간의 경우 2000년 84.9%에서 2013년 94.5%로, 강간추행의 경우 2000년 90.5%에서 2013년 99.1%로 증가하며, 공범이 있는 경우보다 단독으로 범행하는 비율이 증가하였음을 살펴볼 수 있다. 또한 범죄 유형별로 살펴보면 강제추행의 경우는 공범이 있는 경우 최대가 2명이지만, 강간 사건은 공범이 있는 경우 최대 4명 이상인 경우도 존재하며, 강간 사건이 강제추행 사건보다 다소 공범률이 높은 것을 알 수 있다.

〈표 Ⅲ-5〉 성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 수

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
1명	73(84.9)	364(94.5)	19(90.5)	211(99.1)	667(94.6)
2명	5(5.8)	13(3.4)	2(9.5)	2(0.9)	22(3.1)
3명	5(5.8)	7(1.8)	-	-	12(1.7)
4명 이상	3(3.5)	1(0.3)	-	-	4(0.6)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

나) 범죄자 성별

성폭력판례에 나타난 범죄자 성별을 살펴보면, 전체 705건 중 남성이 99.9%, 여성이 0.1%로 나타나 남성이 압도적으로 많은 것을 알 수 있다. 여성이 범죄자로 등장한 사건은 2013년도의 강제추행 사건에서 1건이 존재할 뿐이다.

〈표 Ⅲ-6〉 성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 성별

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
남성	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	212(99.5)	704(99.9)
여성	-	-	-	1(0.5)	1(0.1)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

다) 범죄자 국적

성폭력판례에 나타난 시기별 범죄자의 국적을 살펴보면, 2000년에는 강간과 강제추행 사건 모두에서 외국인이 범죄자인 경우는 존재하지 않았는데, 2013년 사건에서는 외국인 범죄자가 강간 사건에서는 9건이 등장하였고, 강제추행 사건에서는 1건이 등장한 것을 알 수 있다. 우리 사회가 다문화사회로 진행됨에 따라 앞으로 외국인 범죄자 수는 더욱 증가할 수도 있을 것이다.

〈표 Ⅲ-7〉 성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 국적

(단위 : 명, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
한국인	86(100.0)	376(97.7)	21(100.0)	212(99.5)	695(98.6)
외국인	-	9(2.3)	-	1(0.5)	10(1.4)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

라) 범죄자 연령

성폭력범죄의 범죄자 연령은 전체로 보면 30대, 40대, 20대 순으로 많은 분포를 보이고 있으나, 이를 범죄 유형별로 시기별 변화를 살펴보면, 강간 사건에서는 2000년에는 20대, 30대 순으로 높은 분포를 보였으나, 2013년에

는 30대, 20대 순으로 범죄자의 연령이 다소 높아지고 있는 것을 알 수 있다. 이러한 경향은 강제추행 사건에서도 동일하게 나타나고 있는데, 2000년에는 30대, 40대, 10대 순이었으나, 2013년에는 50대, 40대, 30대 순으로 범죄자의 연령이 높아지고 있다. 또한 강간 사건과 강제추행 사건의 범죄자 연령은 2013년 사건을 기준으로 강간 사건은 30대와 20대의 연령층이 많고 강제추행 사건은 50대와 40대의 연령층이 많아 강간 사건이 강제추행 사건보다 범죄자 연령이 낮음을 알 수 있다.

〈표 Ⅲ-8〉 성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 연령

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
10대	12(14.0)	27(7.0)	3(14.3)	3(1.4)	45(6.4)
20대	34(39.5)	91(23.6)	2(9.5)	25(11.7)	152(21.6)
30대	19(22.1)	124(32.2)	8(38.1)	47(22.1)	198(28.1)
40대	14(16.3)	81(21.0)	6(28.6)	53(24.9)	154(21.8)
50대	7(8.1)	41(10.6)	1(4.8)	60(28.2)	109(15.5)
60대	-	18(4.7)	-	17(8.0)	35(5.0)
70대	-	3(0.8)	1(4.8)	8(3.8)	12(1.7)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

2) 그 밖의 성폭력범죄자의 특성

가) 범죄자 특이사항

범죄자의 특이사항으로 범행 당시 범죄자가 음주상태였는지 여부와 범죄자에게 지적·신체적 장애, 정신과 병력 및 알코올 의존증이 존재하는지의 여부를 분석한 결과, 음주상태에서의 범행은 전체 705건 중 19.7%인 139건에서 특이사항이 존재하였고, 범행 당시 지적·신체적 장애를 가진 범죄자는 전체의 2.0%인 14건에서 존재하였다. 또한 정신과 병력과 알코올 의존증

이 존재하는 범죄자도 각각 4건과 5건이 존재하였다. 범죄유형에 따른 시기별 변화를 살펴보면 음주상태와 장애를 가진 범죄자는 2000년에 비해 증가한 것을 알 수 있다.

〈표 Ⅲ-9〉 성폭력범죄 유형별·시기별 범죄자 특이사항

(단위 : 건, %)

구분 N=705	특이사항 있음	강간		강제추행	
		2000년	2013년	2000년	2013년
음주상태	139(19.7)	9(1.3)	90(12.7)	5(0.7)	35(5.0)
지적 장애·신체적 장애	14(2.0)	2(0.3)	5(0.7)	1(0.1)	6(0.9)
정신과 병력	4(0.6)	-	4(0.6)	-	-
알코올 의존증	5(0.7)	-	3(0.4)	-	2(0.3)

나) 피해자와의 관계

전체 사건을 기준으로 성폭력사건의 범죄자와 피해자와의 관계를 살펴보면, 아는 사람이 51.0%로 49.0%로 나타난 모르는 사람보다 다소 많은 것을 알 수 있다. 시기별로는 2000년에는 모르는 사람에 의한 성폭력범죄가 많았으나, 최근에는 아는 사람에 의한 성폭력범죄가 증가한 것을 살펴볼 수 있다. 특히 강간 사건의 유형에서 아는 사람에 의한 증가는 더욱 두드러진다.

〈표 Ⅲ-10〉 성폭력범죄 유형별·시기별 피해자와의 관계

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
모르는 사람	54(62.8)	151(39.2)	15(71.4)	126(59.2)	346(49.0)
아는 사람	32(37.2)	234(60.8)	6(28.6)	87(40.8)	359(51.0)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

아는 사람의 유형을 보다 세분하여 살펴보면 <표 Ⅲ-11>과 같다. 한번이라도 스친 적이 있는 단순히 아는 관계보다는 애인·이성 친구나 가족 및 친

척에 의한 강간 사건이 소폭 증가한 것을 알 수 있는데, 이는 아는 사람에 의한 성폭력범죄를 신고하기 어려웠던 상황에서 벗어나 신고해야 한다는 인식의 증가에서 비롯된 것으로 보여 고무적이라 하겠다.

〈표 Ⅲ-11〉 성폭력범죄 유형별·시기별 아는 사람에 의한 성폭력 피해
(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
애인·이성 친구	2(6.2)	19(8.1)	-	-	21(5.8)
가족 및 친척	7(21.9)	70(29.9)	1(16.7)	7(8.0)	85(23.7)
기타 아는 사람	23(71.9)	145(62.0)	5(83.3)	80(92.0)	253(70.5)
아는 사람(전체)	32(100.0)	234(100.0)	6(100.0)	87(100.0)	359(100.0)

다) 범죄경력 유무 및 유형

성폭력사건 범죄자의 범죄경력 유무를 살펴 본 결과 범죄경력이 없는 범죄자는 전체의 57.2%, 범죄경력이 있는 범죄자는 42.8%인 것으로 나타났다.

〈표 Ⅲ-12〉 성폭력범죄 유형별·연도별 범죄경력 유무
(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
범죄경력 있음	45(52.3)	192(49.9)	9(42.9)	56(26.3)	302(42.8)
범죄경력 없음	41(47.7)	193(50.1)	12(57.1)	157(73.7)	403(57.2)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

범죄경력이 있는 경우의 범죄경력 유형을 2000년과 2013년을 비교한 결과 이종범죄 경력이 있는 경우는 감소한 반면, 동종범죄 경력이 있는 경우는 증가한 것으로 나타나 성폭력범죄의 재범방지를 위한 노력이 더욱 필요함을 살펴볼 수 있다.

〈표 Ⅲ-13〉 성폭력범죄 유형별 범죄경력 유형에 따른 시기별 비교

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
동종	7(15.6)	48(25.0)	-	24(42.9)	79(26.2)
이종	38(84.4)	126(65.6)	7(77.8)	27(48.2)	198(65.5)
동종·이종	-	18(9.4)	2(22.2)	5(8.9)	25(8.3)
전체	45(100.0)	192(100.0)	9(100.0)	56(100.0)	302(100.0)

라) 변호사 선임여부(1·2심)

1심 변호사 선임여부를 살펴보면, 국선 변호사가 50.8%로 가장 많았고, 사선 변호사가 48.8%로 나타났다. 2심에서는 국선 변호사를 선임한 경우가 54.3%, 사선 변호사를 선임한 경우가 44.4%로 나타나고 있어 국선변호사 선임이 약간 증가한 것을 볼 수 있다.

〈표 Ⅲ-14〉 변호사 선임여부(1·2심)

(단위 : 건, %)

구분	1심	2심
국선	358(50.8)	383(54.3)
사선	344(48.8)	313(44.4)
판결문상 드러나지 않음	3(0.4)	9(1.3)
전체	705(100.0)	705(100.0)

항소심에서 변호사의 유형에 따라 항소 결과의 차이가 있는지 살펴본 결과, 항소 인용률이 국선에서 사선으로 변화된 유형이 53.0%의 인용률로 가장 높았으며, 그 다음이 사선 변호사를 유지한 유형으로 52.6%의 인용률을 보였다. 반면 국선 변호사를 유지한 유형은 43.2%의 항소 인용률을 보였으며, 사선 변호사에서 국선 변호사로 변화된 유형은 인용률이 39.6%로 떨어지는 것을 살펴볼 수 있다.

〈표 Ⅲ-15〉 변호사 유형에 따른 항소 결과

(단위 : 건, %)

구분	국선-〉사선	사선유지	국선유지	사선-〉국선	전체
항소 기각	31(47.0)	117(47.4)	162(56.8)	58(60.4)	368(53.0)
항소 인용	35(53.0)	130(52.6)	123(43.2)	38(39.6)	326(47.0)
전체	66(100.0)	247(100.0)	285(100.0)	96(100.0)	694(100.0)

* 판결문상 정보 없음 11건 제외.

다. 성폭력피해자의 특성

성폭력피해자에 대한 분석은 대표범죄의 피해자를 기준으로 하였고, 피해자가 여러 명 있는 경우에는 나이가 어린 피해자를 기준으로 피해자 1명의 정보를 입력하여 분석하였다.

1) 사회인구학적 특성

가) 피해자 수

성폭력범죄의 피해자 수는 전체 사건을 기준으로 1명인 경우가 94.0%로 절대 다수를 차지하고 있음을 알 수 있다. 이를 범죄 유형별로 나누어 살펴보면, 강간의 경우는 피해자가 1명인 경우가 2000년에 비해 2013년에 증가하고 있음을 알 수 있고, 강제추행의 경우는 피해자가 1명인 경우는 감소한 반면, 복수 피해자를 대상으로 한 범행이 증가한 것으로 나타났다.

〈표 Ⅲ-16〉 성폭력범죄 유형별·시기별 피해자 수

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
1명	74(86.0)	371(96.4)	21(100.0)	197(92.5)	663(94.0)
2명	9(10.5)	10(2.6)	-	11(5.2)	30(4.3)
3명	2(2.3)	3(0.8)	-	1(0.5)	6(0.9)
4명 이상	1(1.2)	1(0.3)	-	4(1.9)	6(0.8)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

나) 피해자 성별

성폭력사건의 피해자의 성별은 분석대상 사건의 98.9%가 여성으로 절대 다수가 여성임을 알 수 있다. 남성 피해자도 전체 705건 중 8건이 존재하는데, 그동안 강간죄의 객체가 여성으로 제한되어 있었던 탓에 강간 사건에서의 남성 피해자는 존재하지 않고 대부분이 강제추행의 피해를 당한 것으로 나타났으며, 2000년에는 전혀 존재하지 않던 남성 피해자가 2013년에는 8건으로 최근 들어서 나타나고 있는 것을 살펴볼 수 있다. 이는 최근의 강간죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 변경한 이후 성폭력범죄의 피해자가 남성도 될 수 있다는 인식의 전환에서 비롯된 것으로 보이며, 향후에는 범죄 유형을 불문하고 남성 피해자의 증가가 예상된다.

〈표 Ⅲ-17〉 성폭력범죄 유형별·시기별 피해자 성별

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
남성	-	1(0.3)	-	7(3.3)	8(1.1)
여성	86(100.0)	384(99.7)	21(100.0)	206(96.7)	697(98.9)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

다) 피해자 연령

성폭력범죄의 범행일시를 기준으로 피해자의 연령을 살펴보면, 성폭력범죄의 피해자의 연령은 10대, 20대, 30대 순임을 알 수 있다.

범죄 유형별로 시기별 변화를 살펴보면, 강간 사건과 강제추행 사건 모두 10대 피해자 비율이 증가하고 있는 것이 두드러진다. 10세 미만의 성폭력범죄 피해자도 해당 시기에서 차지하는 비율은 강간 사건은 소폭 증가하고 강제추행 사건은 감소하는 것으로 나타났지만, 사례수로는 10건 이상 존재하는 것을 살펴볼 수 있다. 이처럼 10대와 10세 미만의 아동·청소년들이 성

폭력범죄의 피해 경험이 높아진 것을 눈여겨 볼 필요가 있으며, 이들의 범죄노출을 예방할 수 있는 현실을 반영한 대책방안이 모색되어야 할 것이다.

〈표 Ⅲ-18〉 피해자 연령에 따른 성폭력범죄 유형별·시기별 비교

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
10세 미만	1(1.2)	12(3.2)	2(10.0)	18(8.7)	33(4.8)
10대	30(37.0)	178(47.2)	3(15.0)	66(32.0)	277(40.5)
20대	22(27.2)	105(27.9)	8(40.0)	57(27.7)	192(28.1)
30대	19(23.5)	37(9.8)	3(15.0)	25(12.1)	84(12.3)
40대	4(4.9)	23(6.1)	2(10.0)	20(9.7)	49(7.2)
50대	3(3.7)	16(4.2)	2(10.0)	13(6.3)	34(5.0)
60대	2(2.5)	3(0.8)	-	3(1.5)	8(1.2)
70대 이상	-	3(0.8)	-	4(2.0)	7(1.0)
전체	81(100.0)	377(100.0)	20(100.0)	206(100.0)	684(100.0)

* 피해자 연령 미상 21건 제외

라) 공범이 있는 경우와 피해자 연령과의 관계

성폭력범죄의 공범이 존재하는 경우는 <표 5>에서 살펴본 바와 같이 전체 705건 중 5.4%에 해당하는 38건이 존재한다. 피해자의 연령을 알 수 없는 2건을 제외하고 공범이 존재하는 경우 범죄자와 피해자의 연령대를 교차분석한 결과, 공범자의 연령층은 20대가 36.1%로 가장 많고, 10대가 25.0%, 30대가 22.2% 순으로 나타났다. 피해자의 연령대는 10대가 52.8%로 가장 많고, 20대가 36.1%로 그 다음을 차지하고 있다. 이 분석에서 알 수 있는 바는 공범이 존재하는 경우 다수가 10대 청소년들로 성폭력범죄가 집단으로 행해지는 경우 10대 청소년들이 또래집단인 10대 청소년들을 대상으로 가해를 하는 유형이 존재한다는 것이다.

〈표 Ⅲ-19〉 공범이 존재하는 경우 범주자와 피해자의 연령대 관계

(단위 : 건, %)

피해자의 연령대	범주자의 연령대							전체
	10대	20대	30대	40대	50대	60대	70대	
10대	5 (13.9)	8 (22.2)	4 (11.1)	-	-	2 (5.6)	-	19 (52.8)
20대	2 (5.6)	5 (13.9)	3 (8.3)	2 (5.6)	1 (2.8)	-	-	13 (36.1)
30대	1 (2.8)	-	1 (2.8)	-	-	-	-	2 (5.6)
40대	-	-	-	-	-	-	1 (2.8)	1 (2.8)
50대	1 (2.8)	-	-	-	-	-	-	1 (2.8)
전체	9 (25.0)	13 (36.1)	8 (22.2)	2 (5.6)	1 (2.8)	2 (5.6)	1 (2.8)	36 (100.0)

2) 기타 성폭력피해자의 특성

가) 피해자의 특이사항

사건 당시 피해자의 특이사항으로 음주상태, 지적 장애, 신체적 장애, 정신과 병력, 수면상태, 외국인 등으로 살펴본 결과, 음주상태가 전체의 12.1%, 지적 장애가 전체의 7.8%, 수면상태가 전체의 7.4%에서 나타나고 있다. 성폭력피해자 중 지적 장애 상태가 특히 증가한 것을 볼 수 있는데 경계성 장애인 등 특히 성폭력에 취약한 피해자들의 성폭력범죄 예방을 위한 각별한 주의와 대책이 요구된다. 또한 수면상태도 증가하고 있는데 주거침입과 함께 성폭력범죄가 이루어지는 특수강도강간 등의 죄의 증가와 무관하지 않은 것으로 보인다.

〈표 Ⅲ-20〉 성폭력범죄 유형별·시기별 피해자의 특이사항

(단위 : 건, %)

구분 N=705	특이사항 있음	강간		강제추행	
		2000년	2013년	2000년	2013년
음주상태	85(12.1)	3(0.4)	66(9.4)	4(0.6)	12(1.7)
지적 장애	55(7.8)	1(0.1)	45(6.4)	-	9(1.3)
신체적 장애	4(0.6)	1(0.1)	2(0.3)	-	1(0.1)
정신과 병력	1(0.1)	-	-	-	1(0.1)
수면상태	52(7.4)	1(0.1)	30(4.3)	1(0.1)	20(2.8)
기타	10(1.4)	-	7(1.0)	-	3(0.4)
외국인	7(1.0)	-	7(1.0)	-	-

나) 피해자의 변호사 선임 여부

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」은 성폭력 범죄의 피해자 및 그 법정대리인은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호사를 선임할 수 있다고 규정하여 성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례를 인정하고 있다(제27조제1항, 시행 2013.6.19. 법률 제11556호, 2012.12.18., 전부개정).

피해자의 변호사 선임 여부를 살펴보면, 피해자의 변호사를 선임한 경우가 0.3%로 아직까지는 그 활용이 미미함을 살펴볼 수 있다. 또한 피해자가 기타 조력인을 선임한 6건의 경우는 신뢰관계인이 5건, 진술조력인이 1건으로 나타났다. 신뢰관계인의 참여건수는 매우 적은 것으로 나타났는데, 판결문상 동석여부를 명시한 경우만을 분석대상으로 하였으므로 실제로는 더 많이 존재할 수 있음을 유의할 필요가 있다.

〈표 Ⅲ-21〉 피해자의 변호사 등 선임여부

(단위 : 건, %)

구분		빈도	구성비
선임		2	0.3
비선임		681	96.6
기타	신뢰관계인	5	0.8
	진술조력인	1	
판결문상 알 수 없음		16	2.3
전체		705	100.0

다) 지원단체 참여 여부와 지원단체

재판과정에 지원단체의 참여 여부를 살펴보면, 지원단체가 참가하지 않은 경우는 99.0%, 지원단체가 참가한 경우는 7건(1.0%)으로 나타났다. 참여한 지원단체가 판결문상 드러나지 않은 경우가 3건 존재하였으며, 판결문상 구체적으로 명시된 4건 중 지원단체로는 경기남부원스톱지원센터, 경북 해바라기 여성·아동센터, 경찰법원 원스톱지원센터, 대전 원스톱지원센터 등이 있었다.

〈표 Ⅲ-22〉 지원단체 참여 여부

(단위 : 건, %)

구분	참여	비참여	전체
빈도(구성비)	7(1.0)	698(99.0)	705(100.0)

라. 범행의 특성

1) 범행 방법

성폭력범죄의 범행방법은 전체적으로 폭력을 사용한 경우가 23.2%, 말로 협박한 경우가 16.3%, 위계·위력을 사용한 경우가 12.3%로 많은 비중을 차지하였다. 그 밖에도 다양한 방법이 이용되고 있었으며 그 내용은 <표 -23>을 보면 알 수 있다. 범죄 유형별로 범행수법의 시기별 변화를 살펴보

면, 강간의 경우 2000년에 비해 2013년 사건에서는 위계·위력 사용과 정신적 장애 이용, 수면과 음주상태 이용의 방법이 증가한 것을 살펴볼 수 있으며, 강제추행의 경우 강간의 경우와 마찬가지로 위계·위력 사용과 정신적 장애 이용, 수면상태 이용의 방법이 증가한 것 외에 놀이·애정·칭찬의 방법을 이용한 것이 두드러진다.

〈표 Ⅲ-23〉 성폭력범죄 유형별·시기별 범행방법

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
말로 협박	48(25.3)	122(17.4)	9(20.9)	24(7.7)	203(16.3)
폭력 사용	56(29.5)	186(26.5)	12(27.9)	35(11.2)	289(23.2)
흉기 사용	35(18.4)	69(9.8)	5(11.6)	8(2.6)	117(9.4)
약물 사용	-	5(0.7)	-	-	5(0.4)
인신 속박 및 감금	23(12.1)	76(10.8)	5(11.6)	16(5.1)	120(9.6)
위계·위력 사용	7(3.7)	93(13.2)	5(11.6)	48(15.4)	153(12.3)
정신적 장애 이용	1(0.5)	31(4.4)	-	9(2.9)	41(3.3)
신체적 장애 이용	1(0.5)	3(0.4)	-	2(0.6)	6(0.5)
수면상태 이용	3(1.6)	33(4.7)	1(2.3)	22(7.1)	59(4.7)
음주상태 이용	3(1.6)	47(6.7)	1(2.3)	6(1.9)	57(4.6)
놀이·애정·칭찬	-	19(2.7)	4(9.3)	48(15.4)	71(5.7)
사칭·위장	1(0.5)	4(0.6)	-	10(3.2)	15(1.2)
기타	4(2.1)	4(0.6)	-	7(2.2)	15(1.2)
뒤에서 다가가	-	-	-	42(13.5)	42(3.4)
지나가다가	-	-	-	11(3.5)	11(0.9)
공공장소(화장실, 공원)	-	-	-	5(1.6)	5(0.4)
주거침입	4(2.1)	5(0.7)	1(2.3)	11(3.5)	21(1.7)
유인	2(1.1)	-	-	2(0.6)	4(0.3)
금전등의 교부	-	1(0.1)	-	-	1(0.1)
변태행위	2(1.1)	5(0.7)	-	6(1.9)	13(1.0)
전체	190(100.0)	703(100.0)	43(100.0)	312(100.0)	1,248(100.0)

* 복수응답결과

2) 피해 결과

가) 신체적 피해

성폭력 범죄의 피해결과로 신체적 피해에 대해 살펴본 결과, 판결문 상에서 나타나지 않는 경우가 78.4%이고, 나머지 21.6%에서 신체적 피해가 있었던 것으로 나타났다.

〈표 Ⅲ-24〉 신체적 피해 유무

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
판결문상 드러나지 않음	55(64.0)	290(75.3)	9(42.9)	199(93.4)	553(78.4)
판결문상 드러남	31(36.0)	95(24.7)	12(57.1)	14(6.6)	152(21.6)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

판결문상 신체적 피해가 드러난 경우 중 신체 피해의 유형은 음부이외의 외상이 61.2%로 가장 많은 비중을 차지하였으며, 음부의 상처·감염은 21.1%, 사망은 11.2%로 나타났다.

〈표 Ⅲ-25〉 신체적 피해 유형

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
음부이외의 외상	19(61.3)	54(56.8)	11(91.7)	9(64.3)	93(61.2)
음부의 상처·감염	6(19.4)	21(22.1)	-	5(35.7)	32(21.1)
사망	6(19.4)	10(10.5)	1(8.3)	-	17(11.2)
임신	-	3(3.2)	-	-	3(2.0)
기타	-	7(7.4)	-	-	7(4.5)
판결문상 드러남	31(100.0)	95(100.0)	12(100.0)	14(100.0)	152(100.0)

나) 정신적 피해

정신적 피해에 관한 분석은 피해자가 성폭력사건으로 인하여 우울증, 외상 후 스트레스 장애 진단을 받거나, 수면 장애 등의 극심한 정신적 고통을 받고 있음이 판결문상 명시되어 있는 경우에 해당된다. 성폭력피해자의 정신적 피해부분은 상당히 많이 있을 것으로 예상되지만 여기서는 판결문에 명시된 것만을 대상으로 하였으므로 적게 평가될 가능성이 있다는 점을 감안할 필요가 있다.

〈표 Ⅲ-26〉 정신적 피해 유무

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
있음	5(5.8)	76(19.7)	-	27(12.7)	108(15.3)
없음	81(94.2)	309(80.3)	21(100.0)	186(87.3)	597(84.7)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

전체 사건에서 정신적 피해가 있는 경우는 15.3%로 나타났으며, 강간 사건의 경우는 2000년의 5.8%의 사건에서 정신적 피해가 드러난 반면 2013년의 사건에서는 19.7%의 사건에서 정신적 피해가 드러나고 있어, 그 피해가 증가하고 있음을 살펴볼 수 있다. 또한 강제추행 사건의 경우도 2000년에는 판결문 상 정신적 피해가 전혀 드러나지 않았지만, 2013년 사건에서는 12.7%의 사건에서 정신적 피해가 드러나고 있어 그 증가 경향이 같음을 살펴볼 수 있다.

마. 처분결과

1) 시기별 적용법률 및 경합범 여부

가) 성폭력사건의 시기별 적용법률 비교(1심)

1심 선고를 기준으로 성폭력사건의 시기별 적용 법률을 살펴보면, 강간의

경우 2000년에 비해 2013년에는 형법, 성폭력특별법의 적용은 줄고 아청법의 적용은 늘었다. 강제추행의 경우 2000년에 비해 2013년에는 형법, 성폭력특별법, 아청법의 적용이 모두 늘었다. 아동·청소년성보호법은 2000. 7. 1.부터 시행되었으므로 아동·청소년성보호법 위반의 강간, 강제추행죄 건수는 나타나지 않은 것으로 보인다.

〈표 Ⅲ-27〉 시기별 적용 법률(1심)

(단위 : 건, %)

죄명	적용 법률	2000년	2013년	전체
강간	형법	24(22.4)	72(12.0)	96(13.6)
	성폭력특별법	62(57.9)	250(41.8)	312(44.3)
	아청법	-	63(10.5)	63(8.9)
	강간 전체	86(80.3)	385(64.3)	471(66.8)
강제추행	형법	10(9.3)	116(19.4)	126(17.9)
	성폭력특별법	11(10.3)	60(10.0)	71(10.1)
	아청법	-	37(6.2)	37(5.2)
	강제추행 전체	21(19.6)	213(35.6)	234(33.2)
전체		107(100.0)	598(100.0)	705(100.0)

나) 경합범 여부

성폭력사건과 다른 범죄와의 경합 여부를 살펴 본 결과, 전체 사건의 56.0%인 395건이 경합범인 것으로 나타났다.

〈표 Ⅲ-28〉 경합 유무의 성폭력범죄 유형별·시기별 비교

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
경합	64(74.4)	244(63.4)	7(33.3)	80(37.6)	395(56.0)
비경합	22(25.6)	141(36.6)	14(66.7)	133(62.4)	310(44.0)
전체	86(100.0)	385(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	705(100.0)

경합범 중 경합 유형을 살펴보면, 동종과 이종이 경합한 것을 포함하여 동종 경합이 전체의 59.7%로 나타났으며, 강간 사건과 강제추행 사건을 포함하여 모두 2000년에 비해 최근 들어 동종 경합범이 증가하고 있는 경향을 살펴볼 수 있다. 동종 경합범이 증가하는 것은 여러 가지 성폭력범죄를 저질러서 재판을 받는 사람이 많다는 뜻으로 성폭력범죄를 예방하고 재범을 방지할 수 있는 실질적인 대책마련이 시급하다고 할 것이다.

〈표 Ⅲ-29〉 성폭력범죄 유형별·시기별 경합범 유형 비교

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
동종	12(18.8)	121(49.6)	-	26(32.5)	159(40.3)
이종	31(48.4)	75(30.7)	7(100.0)	46(57.5)	159(40.3)
동종·이종	21(32.8)	48(19.7)	-	8(10.0)	77(19.4)
경합 전체	64(100.0)	244(100.0)	7(100.0)	80(100.0)	395(100.0)

2) 선고형의 종류 및 형량

가) 선고형의 종류

성폭력사건의 범죄자가 받은 심금별 선고형을 살펴보면, 심급이 진행될수록 징역과 벌금형은 줄고 무죄와 선고유예가 다소 늘어나는 양상을 살펴볼 수 있다. 또한 3심에서 원심으로 파기환송되는 비율도 전체의 2.3%에 해당하는 16건이 존재한다. 이는 검사의 항소율(36.0%)과 상고 제기 비율(11.1%)보다 피고인의 항소 제기율(92.9%)과 상고 제기 비율(90.2%)이 월등히 높은 현실에서 상급심으로 갈수록 피고인의 주장이 약간이나마 받아들여질 가능성이 있기 때문으로 보인다.

징역형을 선고받은 성폭력사건의 범죄자 중 집행유예를 선고받은 경우는 1심에서는 전체의 5.0%에서 2심에서는 전체 사건의 7.2%로 올라가다가 3심에서는 다시 6.1%로 낮아지는 경향을 살펴볼 수 있다.

〈표 Ⅲ-30〉 심급별 선고형의 종류

(단위 : 건, %)

구분	1심	2심	3심
징역 이상	546(77.4)	523(74.2)	523(74.2)
징역+집행유예	35(5.0)	51(7.2)	43(6.1)
벌금	70(9.9)	62(8.8)	64(9.1)
무죄/공소기각	54(7.7)	68(9.6)	57(8.1)
선고유예	-	1(0.1)	2(0.3)
파기환송	-	-	16(2.3)
전체	705(100.0)	705(100.0)	705(100.0)

이를 보다 세분하여 범죄유형에 따른 시기별 차이를 살펴보면, 강간 사건에서는 시기별로 징역형과 무죄를 선고받은 비율의 차이는 크지 않았지만, 강제추행 사건에서는 2000년에 비해 징역형보다는 벌금형과 무죄의 선고 비율이 높아진 것을 알 수 있다. 강간 사건의 경우 징역형이 선고되는 경우에 집행유예가 붙은 경우는 최종심을 기준으로 2000년에는 전체 사건의 9.3%를 차지하였으나, 2013년에는 2.6%로 그 비율이 낮아진 것을 살펴볼 수 있다. 반면 강제추행 사건의 경우에는 징역형이 선고되는 경우에 집행유예가 붙는 비율은 최종심을 기준으로 2000년에는 9.5%였으나, 2013년에는 10.8%로 그 비율이 다소 높아진 경향을 살펴볼 수 있다. 성폭력사건에서 징역형은 감소하고 벌금형은 증가하며, 특히 무죄가 증가하고 있는 것은 눈여겨보아야 부분이다. 각 심급에서 밝힌 무죄 선고의 배경은 범죄사실의 증명이 없다고 밝힌 경우가 대부분이며, 일부는 범죄가 되지 않는다고 밝히고 있는 경우도 존재한다.

〈표 Ⅲ-31〉 성폭력범죄 유형별·심급별·시기별 선고형의 종류

(단위 : 건, %)

구분	강간 2000년			강간 2013년		
	1심	2심	3심	1심	2심	3심
징역 이상	78(90.7)	71(82.6)	71(82.6)	349(90.6)	346(89.9)	341(88.6)
징역+집행유예	2(2.3)	8(9.3)	8(9.3)	8(2.1)	11(2.9)	10(2.6)
무죄	6(7.0)	7(8.1)	4(4.7)	28(7.3)	28(7.3)	25(6.5)
파기환송	-	-	3(3.5)	-	-	8(2.1)
소계	86(100.0)	86(100.0)	86(100.0)	385(100.0)	385(100.0)	385(100.0)

〈표 Ⅲ-32〉 성폭력범죄 유형별·심급별·시기별 선고형의 종류

(단위 : 건, %)

구분	강제추행 2000년			강제추행 2013년		
	1심	2심	3심	1심	2심	3심
징역 이상	18(85.7)	13(61.9)	16(76.2)	101(47.4)	93(43.7)	95(44.6)
징역+집행유예	3(14.3)	6(28.6)	2(9.5)	22(10.3)	26(12.2)	23(10.8)
벌금	-	-	-	70(32.9)	62(29.1)	63(29.6)
무죄	-	2(9.5)	2(9.5)	20(9.4)	31(14.6)	26(12.2)
선고유예	-	-	-	-	1(0.5)	2(0.9)
파기환송	-	-	1(4.8)	-	-	4(1.9)
소계	21(100.0)	21(100.0)	21(100.0)	213(100.0)	213(100.0)	213(100.0)

나) 양형실태

(1) 양형가중사유(1심)

성폭력범죄 전반에 걸쳐 1심에서의 양형가중사유를 살펴보면, 범행사실 부인(11.6%), 피고인의 반성 없음(10.4%), 피해자의 정신적 고통(10.1%), 피해회복을 위한 노력 없음(8.5%), 피해자의 처벌의사(8.4%) 순으로 언급되고

있다.

양형가중사유에 대한 범죄유형에 따른 시기별 변화를 살펴보면, 강간 사건의 경우 가중사유에 대하여 2000년에는 반인륜적 범죄(16.1%), 범행전력 있음(12.9%), 피해자와 합의 없음(9.7%), 피해자의 처벌의사(9.7%), 누범기간(9.7%), 상습범(9.7%) 순으로 언급되고 있었으나, 2013년에는 범행사실 부인(10.1%), 피고인의 반성 없음(9.9%), 피해자의 처벌의사(9.5%), 피해회복을 위한 노력 없음(9.2%), 피해자의 정신적 고통(9.0%) 순으로 언급되고 있다. 강제추행 사건의 경우 2000년에는 가중사유로 누범기간 중의 범행이 언급되고 있을 뿐이었으나, 2013년에는 보다 다양한 사유가 고려되고 있으며, 특히 범행사실 부인(16.9%), 피해자의 정신적 고통(14.0%), 피고인의 반성 없음(12.7%), 피해자와 합의 없음(9.9%)이 주요 고려요인이 되고 있음을 알 수 있다.

〈표 Ⅲ-33〉 시기별 양형가중사유 비교

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
범행사실 부인	2(6.5)	96(10.1)	-	53(16.9)	151(11.6)
자발적 미수가 아님	-	2(0.2)	-	-	2(0.2)
피해자와 합의 없음	3(9.7)	66(6.9)	-	31(9.9)	100(7.7)
피해회복을 위한 노력 없음	1(3.2)	88(9.2)	-	22(7.0)	111(8.5)
중한 상해	-	24(2.5)	-	5(1.6)	29(2.2)
범행전력 있음	4(12.9)	28(2.9)	-	14(4.5)	46(3.5)
동종전과 있음	1(3.2)	34(3.6)	-	19(6.1)	54(4.1)
피고인의 반성 없음	1(3.2)	95(9.9)	-	40(12.7)	136(10.4)
장기간에 걸쳐 지속된 성폭력	-	42(4.4)	-	10(3.2)	52(4.0)

Ⅲ. 성폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석 ●● 103

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
피해자의 처벌의사	3(9.7)	91(9.5)	-	16(5.1)	110(8.4)
범행에 취약한 피해자	-	71(7.4)	-	15(4.8)	86(6.6)
피해자가 외상 후 스트레스장애 진단을 받는 등 큰 정신적 고통을 받고 있음	2(6.5)	86(9.0)	-	44(14.0)	132(10.1)
변태적 행위	-	14(1.5)	-	4(1.3)	18(1.4)
계획적 범행	1(3.2)	27(2.8)	-	5(1.6)	33(2.5)
누범기간	3(9.7)	41(4.3)	2(100.0)	13(4.1)	59(4.5)
2차 피해	-	9(0.9)	-	-	9(0.7)
기타	2(6.5)	28(2.9)	-	9(2.9)	39(3.0)
극도의 성적 수치심	-	10(1.0)	-	-	10(0.8)
인적 신뢰관계 이용	-	15(1.6)	-	2(0.6)	17(1.3)
집행유예 기간 중 범행	-	13(1.4)	-	5(1.6)	18(1.4)
상습범인 경우	3(9.7)	20(2.1)	-	4(1.3)	27(2.1)
특별보호 장소에서의 범행	-	1(0.1)	-	1(0.3)	2(0.2)
보호시설 등의 종사자·신고의무자의 범행	-	2(0.2)	-	1(0.3)	3(0.2)
반인륜적 범죄	5(16.1)	48(5.0)	-	1(0.3)	54(4.1)
사망	-	4(0.4)	-	-	4(0.3)
전체	31(100.0)	955(100.0)	2(100.0)	314(100.0)	1,302(100.0)

* 복수응답결과

(2) 양형감경사유(1심)

성폭력범죄 전반에 걸쳐 1심에서의 양형감경사유를 살펴보면, 범행전력 없음(17.2%), 피고인의 반성 있음(14.3%), 피해자와 합의(11.8%), 동종전과 없음(11.8%) 순으로 언급되고 있다.

양형감경사유에 대한 범죄유형에 따른 시기별 변화를 살펴보면, 강간 사건의 경우 감경사유에 대하여 2000년에는 피고인의 반성 있음(26.3%), 피고인의 연령(13.2%), 피해자와 합의 있음(10.5%) 순으로 언급되고 있었으나, 2013년에는 범행전력 없음(15.2%), 피고인의 반성 있음(14.5%), 동종전과 없음(12.7%), 피해자와 합의(12.3%) 순으로 언급되고 있다.

강제추행 사건의 경우 2000년에는 감경사유로 피해자와 합의 있음, 범행전력 없음, 동종전과 없음이 각 22.2%로 동일하게 언급되고 있었으나, 2013년에는 감경 사유로 보다 다양한 사유가 등장하였으나, 여전히 범행전력 없음은 25.3%로 가장 많이 고려하고 있었으며, 그 다음으로 유형력의 정도가 비교적 중한 것이라고 보기 어려움(13.5%), 피고인의 반성 있음(11.8%), 피해자와 합의(9.7%)를 주요하게 고려하고 있음을 알 수 있다.

강간죄의 양형감경사유 중 음주여부가, 강제추행죄의 경우 피해자와 합의가 크게 감소한 것으로 나타났다. 형법은 피고인의 음주상태에서의 범행은 심신상실 등의 이유에 의해 책임능력이 없는 것으로 인정하고 있다. 그러나 성폭력범죄는 대부분 음주상태에서 일어나는 경우가 많고 범죄인의 음주상태를 처벌하지 않는다면 처벌되는 성폭력범죄는 극소수일 것이기 때문에 음주를 처벌하는 쪽으로 방향이 정해진 것이고 이것은 바른 방향이라고 할 것이다. 최근 주취감경배제에 관한 법 개정이 이루어졌으나 임의규정이어서 음주감경의 가능성을 배제할 수 없다. 성폭력 판례에 관한 질적 분석에서도 음주감경과 관련된 구체적 사례가 논의되는바 음주를 감경사유에서 제외시키는 방안이 강구되어야 할 것이다. 강제추행죄의 양형감경사유로 크게 감소한 요인 중 하나인 피해자와의 합의도 성폭력범죄의 감경사유로 할 것인가에 관한 논의가 필요하다.

〈표 Ⅲ-34〉 시기별 양형감경사유 비교

(단위 : 건, %)

구분	강간		강제추행		전체
	2000년	2013년	2000년	2013년	
피고인의 연령	5(13.2)	42(5.3)	—	9(3.8)	56(5.2)
범행사실 시인	1(2.6)	67(8.4)	—	15(6.3)	83(7.7)
미수	2(5.3)	69(8.7)	—	7(3.0)	78(7.2)
피고인의 정신상태	—	10(1.3)	1(11.1)	3(1.3)	14(1.3)
피고인의 건강상태	—	6(0.8)	—	5(2.1)	11(1.0)
피해자와 합의	4(10.5)	98(12.3)	2(22.2)	23(9.7)	127(11.8)
범행당시 음주여부	3(7.9)	5(0.6)	—	2(0.8)	10(0.9)
우발적 범행	2(5.3)	21(2.6)	—	12(5.1)	35(3.2)
범행전력 없음	3(7.9)	121(15.2)	2(22.2)	60(25.3)	186(17.2)
동종전과 없음	3(7.9)	101(12.7)	2(22.2)	21(8.9)	127(11.8)
피고인의 반성 있음	10(26.3)	115(14.5)	1(11.1)	28(11.8)	154(14.3)
처벌불원	—	—	—	1(0.4)	1(0.1)
공탁	1(2.6)	23(2.9)	—	6(2.5)	30(2.8)
피해자가 범행의 빌미 제공	1(2.6)	1(0.1)	—	1(0.4)	3(0.3)
피고인의 부양가족	—	11(1.4)	—	1(0.4)	12(1.1)
기타	2(5.3)	38(4.8)	—	8(3.4)	48(4.4)
폭행·협박이 아닌 위계·위력을 사용	—	13(1.6)	—	1(0.4)	14(1.3)
피고인의 불우한 가정환경	—	4(0.5)	—	—	4(0.4)
피고인의 사회적 유대관계	—	1(0.1)	—	2(0.8)	3(0.3)
피해자에게 행사한 유형력의 정도가 중하지 않음	1(2.6)	45(5.7)	1(11.1)	32(13.5)	79(7.3)
피고인과 피해자의 관계	—	4(0.5)	—	—	4(0.4)
전체	38(100.0)	795(100.0)	9(100.0)	237(100.0)	1,079(100.0)

* 복수응답결과

다) 심급별·시기별 선고형량 비교

(1) 강간죄의 죄명별·심급별·시기별 평균 형량 비교(경합범 제외 분석)

경합범의 경우 경합 가중의 효과가 있을 수 있다. 따라서 경합범을 제외한 단순 범행에 대해 강간죄의 죄명에 따라 심급별·시기별 평균 형량에 어떠한 차이가 있는지를 살펴보았다. 그 결과 대체로 2000년에 비해 2013년의 평균 형량이 높고, 1심에 비해 3심의 평균 형량이 낮은 것을 알 수 있다.

형법에서는 특별히 법정형의 강화가 이루어지지 않았으나, 성폭력특별법상의 범죄는 2000년 시점에 비해 2013년 시점에 법정형의 강화가 두드러진다. 즉, 성폭력특별법상 친족관계에 의한 강간죄는 2000년 당시 법정형이 5년 이상의 유기징역이었으나 2013년 당시에는 법정형이 7년 이상의 유기징역으로 상향되어 있으며, 13세 미만 강간죄의 경우도 2000년 당시 5년 이상의 유기징역이 2013년 당시에는 무기 또는 10년 이상의 징역으로 상향 조정되어 있다. 장애인 간음(준강간)의 경우도 2000년 당시 3년 이상의 유기징역이었으나 2013년 시점에는 무기 또는 7년 이상의 유기징역으로 상향 조정되었다. 강간상해·치상죄의 경우 2000년 당시 법정형이 7년 이상의 징역이었으나 2013년 시점에는 법정형이 무기 또는 10년 이상의 유기징역으로 조정되었다. 특수강간죄는 법정형이 무기 또는 5년 이상의 유기징역을 유지하고 있다.

그러나 적용법률 및 죄명에 따라 1심이 선고한 평균 형량을 살펴보면, 2013년을 기준으로 성폭력특별법상의 친족강간죄는 법정형의 하한이 7년임에도 불구하고 평균 형량은 66.0개월로 나타나고 있으며, 장애인간음(준강간)죄는 법정형의 하한이 7년임에도 불구하고 평균 형량은 53.1개월로 나타나고 있다. 또한 13세 미만 강간의 경우에도 법정형의 하한은 10년이나 평균 형량은 75.0개월로 법정형의 하한에 크게 못 미치고 있다.

이처럼 성폭력특별법상의 성폭력범죄가 대부분 법정형이 상향 조정되었음에도 불구하고, 법정형이 상향 조정되지 않은 성폭력특별법상의 특수강간죄를 제외하고는 1심 선고형이 법정형의 하한에 미치지 못하고 있음을 알 수 있는 바, 이는 법정형의 강화가 선고형에 그다지 영향을 주지 않은

것을 의미한다.

하지만 법정형이 강화되지 않은 형법상의 죄를 포함하여 2000년에 비해 2013년에 선고형이 전반적으로 높아진 것을 알 수 있는데, 이는 법원이 성폭력범죄의 심각성을 차츰 인식하게 되었다는 점과 함께 대법원의 ‘성범죄 양형기준’의 시행이 선고형을 끌어올리는데 기여한 것으로 추측할 수 있다.

〈표 Ⅲ-35〉 강간죄(경합범 제외)의 죄명별·심급별·시기별 평균형량 비교
(단위 : 개월, 건)

적용 법률	죄명	1심 평균형량 (집행유예 제외)				3심 평균형량 (집행유예 제외)			
		2000년		2013년		2000년		2013년	
		M	N	M	N	M	N	M	N
형법	강간	28.0	3	34.7	14	28.0	3	31.0	12
	강간상해·치상	36.0	1	43.5	4	36.0	1	36.0	4
	강도강간	-	-	60.0	2	-	-	60.0	2
	강간미수	-	-	44.7	11	-	-	41.4	10
성폭력 특별법	특수강도강간	60.0	2	80.0	15	60.0	2	76.8	15
	특수강간	33.0	2	66.0	8	33.0	2	60.9	7
	친족강간	-	-	66.0	6	-	-	56.0	6
	장애인간음(준강간)	48.0	2	53.1	7	36.0	2	51.4	7
	13세미만강간	12.0	1	75.0	4	12.0	1	64.8	5
	강간상해·치상	53.0	3	86.4	5	51.0	2	79.2	5
	강간살인·치사	120.0	1	240.0	1	180.0	1	240.0	1
	강간미수	36.0	3	54.8	23	27.0	2	52.2	22
아청법	강간	-	-	50.5	17	-	-	44.8	15
	강간미수	-	-	30.0	2	-	-	24.0	1
전체		44.5	18	58.1	119	45.4	16	54.7	112

* 성폭력특별법은 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」과 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 함께 일컬음.

** 집행유예 선고를 받은 것을 제외한 유기징역형의 평균형량을 분석함(사형, 무기징역 제외). 표 안의 M은 평균 형량을 의미하며, N은 해당 사례수를 의미함.

강간범죄자가 동일 기회에 또는 다른 기회에 동종범죄 또는 이종범죄를 범하는 여러 개의 범죄를 범한 경합범의 경우는 강간죄 단일범일 때보다는 형이 가중된다. 이러한 경합범을 포함하여 분석하더라도 <표 Ⅲ-36>에서 살펴보는 바와 같이 그 결과가 달라지지 않은 것은 법정형의 강화가 선고형에 영향을 주지 않았다는 것의 뒷받침 자료가 된다.

〈표 Ⅲ-36〉 강간죄(경합범 포함)의 죄명별·심급별·시기별 평균형량 비교

(단위 : 개월, 건)

적용 법률	죄명	1심 평균형량 (집행유예 제외)				3심 평균형량 (집행유예 제외)			
		2000년		2013년		2000년		2013년	
		M	N	M	N	M	N	M	N
형법	강간	42.0	12	42.4	29	34.9	11	38.0	30
	미성년자의제강간	24.0	1	48.0	2	-	-	33.0	2
	강간상해·치상	42.0	3	72.0	10	38.0	3	63.0	10
	강간살인·치사	180.0	1	240.0	1	180.0	1	300.0	1
	강도강간	66.0	2	75.0	4	60.0	2	81.0	4
	강간미수	-	-	54.4	15	-	-	49.2	15
성폭력 특별법	특수강도강간	108.1	20	105.0	50	90.9	21	102.2	50
	특수강간	43.7	7	66.5	26	39.4	7	63.0	24
	친족강간	57.0	4	93.5	34	60.0	2	91.4	34
	장애인간음(준강간)	48.0	2	58.3	26	36.0	2	58.8	25
	13세미만강간	12.0	1	96.9	30	12.0	1	91.5	30
	강간상해·치상	63.9	10	101.5	13	67.3	9	87.7	13
	강간살인·치사	120.0	1	258.0	2	180.0	1	258.0	2
	강간미수	48.0	7	62.2	44	39.6	5	59.8	44
아청법	강간	-	-	58.6	50	-	-	55.1	47
	강간미수	-	-	43.0	6	-	-	37.2	5
전체		68.5	71	75.3	342	64.2	65	72.0	336

* 성폭력특별법은 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」과 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 함께 일컬음.

** 집행유예 선고를 받은 것을 제외한 유기징역형의 평균형량을 분석함(사형, 무기징역 제외). 표 안의 M은 평균 형량을 의미하며, N은 해당 사례수를 의미함.

라) 피해자 연령과 선고 형량 비교

성폭력범죄 중 강간 사건을 중심으로 피해자의 연령에 따라 심급별·시기별 평균 형량을 비교해 본 결과, 피해자 연령에 상관없이 1심보다는 3심의 평균 형량이 낮아지는 경향을 공통적으로 살펴볼 수 있다. 이는 피고인의 항소 및 상고비율이 높은 가운데 피고인의 주장이 심급이 올라갈수록 수용되는 경향이 있기 때문으로 보인다.

강간 사건에서 피해자의 연령에 따라 최종심인 3심의 평균 형량을 비교해보면, 아동대상 강간 사건의 경우 2000년의 평균 형량이 45.0개월이었으나, 2013년의 평균 형량은 98.9개월로 2배 이상 늘어난 것을 살펴볼 수 있다. 청소년 대상 강간 사건도 2000년의 평균 형량이 43.7개월이었으나 2013년의 평균 형량은 65.6개월로 1.5배 정도 상승한 것을 살펴볼 수 있으나, 아동 대상 강간 사건보다는 그 정도는 덜한 것을 알 수 있다.

반면 성인 대상 강간 사건의 경우는 2000년의 평균 형량이 77.0개월이었으나, 2013년의 평균 형량이 69.6개월로 오히려 감소한 것을 살펴볼 수 있다. 노인 대상 강간 사건의 경우는 수치상으로는 2000년에 비해 평균 형량이 상승한 것으로 나오나, 대표하는 사건 수가 너무 적어서 경향을 읽기에는 부족하다.

이처럼 2000년에 비해 2013년 사건에서 아동·청소년 대상 강간 사건에서의 평균 형량이 상승한 것으로 나타난 것은 그동안 아동·청소년 대상 성폭력범죄를 중심으로 법정형을 상향 조정해 온 것의 반영임을 알 수 있다.

〈표 Ⅲ-37〉 강간죄의 피해자 연령별·심급별·시기별 평균형량 비교

(단위 : 개월, 건)

구분	아동		청소년		성인		노인		전체	
	M	N	M	N	M	N	M	N	M	N
2000년 1심	55.2	5	54.1	21	79.2	41	48.0	1	69.3	68
2000년 3심	45.0	4	43.7	18	77.0	40	42.0	1	64.9	63
2013년 1심	105.5	39	68.5	120	72.6	173	114	2	75.2	334
2013년 3심	98.9	40	65.6	115	69.6	171	96	2	71.9	328

* 표 안의 M은 평균 형량을 의미하며, N은 해당 사례수를 의미함.

마) 피해자와의 관계와 신고형량 비교

성폭력범죄 중 강간죄를 중심으로 피해자와의 관계에 따라 신고형의 평균 형량이 어떠한 차이를 보이는지 살펴보면, 2000년의 최종심을 기준으로 관계별 평균형량이 높은 것은 모르는 사람이 74.0개월로 가장 높고, 가족 및 친척이 60.0개월, 아는 사람이 44.1개월, 애인·이성친구가 30.0개월로 나타난 반면, 2013년에는 최종심을 기준으로 가족 및 친척이 90.3개월로 가장 높았으며, 모르는 사람이 77.3개월, 아는 사람이 60.3개월, 애인·이성 친구가 33.5개월로 나타났다.

2000년에 비해 2013년에 모르는 사람보다 가족 및 친척에 대한 평균 형량이 높아진 것을 살펴볼 수 있다. 이는 친족관계에 의한 경우 법원이 범죄의 심각성을 인식하고 피해자의 고통을 이해한다는 의미에서 불법과 책임을 높게 평가하기 시작한 것으로 고무적인 평가를 할 수 있을 것이다. 하지만 2000년과 2013년 모두 애인·이성친구의 평균 형량이 다른 관계유형보다 낮게 나타나고 있는데, 이는 친밀한 관계에서 성폭력을 인정받는 것은 쉽지 않다는 것을 의미한다.

〈표 Ⅲ-38〉 강간죄의 피해자와의 관계별·심급별·시기별 평균형량 비교

(단위 : 개월, 건)

구분	모르는 사람		아는 사람		애인·이성 친구		가족 및 친척		전체	
	M	N	M	N	M	N	M	N	M	N
2000년 1심	78.0	45	47.8	19	48.0	2	69.6	5	68.5	71
2000년 3심	74.0	43	44.1	17	30.0	2	60.0	3	64.2	65
2013년 1심	80.8	139	64.5	123	39.0	15	92.3	65	75.3	342
2013년 3심	77.3	140	60.3	119	33.5	13	90.3	64	72.0	336

* 표 안의 M은 평균 형량을 의미하며, N은 해당 사례수를 의미함.

애인·이성 친구 사이에서 강제추행이 인정된 사건이 없지만, 강간 사건에서 피해자와의 관계에 따라 신고형이 달라지는 경향은 강제추행 사건에서도 유사하게 살펴볼 수 있다.

〈표 Ⅲ-39〉 강제추행죄의 피해자와의 관계별·심급별·시기별 평균형량 비교
(단위 : 개월, 건)

구분	모르는 사람		아는 사람		애인·이성 친구		가족 및 친척		전체	
	M	N	M	N	M	N	M	N	M	N
2000년 1심	32.7	12	33.2	5	-	-	60.0	1	34.3	18
2000년 3심	26.5	13	29.3	3	-	-	-	-	27.0	16
2013년 1심	34.4	55	27.4	39	-	-	54.0	6	32.8	100
2013년 3심	31.3	53	24.8	37	-	-	45.6	5	29.5	95

* 표 안의 M은 평균 형량을 의미하며, N은 해당 사례수를 의미함.

바) 사건당시 음주여부와 선고형량

강간 사건에서 범죄자의 사건당시 음주 여부에 따라 선고된 3심의 평균 형량을 비교해보면, 2000년에는 비음주와 음주 사이에 평균 형량의 차이는 크지 않고, 오히려 음주시의 평균 형량이 다소 높은 경향을 보이고 있으나, 2013년에는 비음주와 음주 사이에 평균 형량이 차이가 크게 나타나고 있으며, 범죄자가 음주한 경우의 평균 형량이 음주하지 않은 경우의 평균 형량 보다 낮게 나타나고 있어 양형에 있어 주취감경의 가능성이 있음을 배제할 수 없다. 실제 양형이유 가운데 직접적으로 범행 당시의 음주를 감경 사유로 언급하거나 우발적 범행이나 피해자가 같이 음주한 경우 피해자가 범행의 빌미를 제공했다는 이유 등 가해자의 음주가 간접적으로 양형감경 사유로 등장하고 있는 것을 확인할 수 있다.

〈표 Ⅲ-40〉 가해자의 음주여부와 심급별·시기별 평균형량 비교(강간 사건)
(단위 : 개월, 건)

구분	음주		비음주		전체	
	M	N	M	N	M	N
2000년 1심	78.7	9	67.1	62	68.5	71
2000년 3심	66.0	9	63.9	56	64.2	65
2013년 1심	62.9	75	78.8	267	75.3	342
2013년 3심	58.8	71	75.6	265	72.0	336

* 표 안의 M은 평균 형량을 의미하며, N은 해당 사례수를 의미함.

또한 강간 사건에서 피해자의 사건당시 음주 여부에 따라 선고된 3심의 평균 형량을 비교해보면, 사례수가 적어 경향성을 파악하기는 힘들지만 2000년에는 피해자가 음주한 경우의 평균 형량이 비음주한 경우의 평균 형량보다 월등히 높게 나타났다. 피해자의 음주가 피고인의 형량에 미치는 영향을 살펴볼 수 없다. 하지만 2013년 사건에서는 피해자가 음주한 경우의 평균 형량이 음주하지 않은 경우의 평균 형량보다 다소 낮게 나타나고 있는 것을 확인할 수 있다.

〈표 Ⅲ-41〉 강간죄의 피해자의 음주여부와 심급별·시기별 평균형량 비교
(단위 : 개월, 건)

구분	음주		비음주		전체	
	M	N	M	N	M	N
2000년 1심	96.0	3	67.3	68	68.5	71
2000년 3심	92.0	3	62.8	62	64.2	65
2013년 1심	50.4	57	80.2	285	75.3	342
2013년 3심	45.7	52	76.9	284	72.0	336

* 표 안의 M은 평균 형량을 의미하며, N은 해당 사례수를 의미함.

실제 사례에서 양형 감경의 사유로 범행 당시 음주 여부나 피해자가 범행의 빌미를 제공했다는 이유 등이 고려되고 있음을 살펴볼 수 있다.

결과적으로 강간 범죄자의 음주와 강간 피해자의 음주가 평균 형량을 낮추는 것은 강간 범죄자의 음주상태를 너그럽게 봐 주려는 사회인식이 재판부에 아직 남아 있는 것을 추측해 볼 수 있으며, 강간 피해자의 음주에 대해서는 피해자의 성폭력 책임이나 유발론을 인정하는 사회적 편견의 결과가 반영되어 나타나는 부분이라고 할 것이다.

3) 부가처분

가) 성폭력 치료프로그램 이수명령

부가처분 중 성폭력 치료프로그램 이수명령은 2000년 사건에는 존재하지 않고, 2013년 사건에서만 살펴볼 수 있다. 2013년 분석대상 판결 598건 중 1심에서는 377건인 63.0%의 사건에 성폭력치료프로그램 이수명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다. 항소 및 상고를 거치면서 최종심에서 성폭력치료프로그램이 부가된 것은 2013년 분석대상 판결 중 60.9%로 수치가 낮아지며, 2013년 강간 사건의 71.7%와 강제추행 사건의 41.3%에 성폭력 치료프로그램 이수명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다. 3심과 2심의 결과 차이는 파기환송된 건이 9건으로, 강간 사건에서 9건, 강제추행 사건에서 2건이 포함되어 있기 때문이다.

〈표 Ⅲ-42〉 심급별·범죄유형별 성폭력 치료프로그램 이수명령 현황
(단위 : 건, %)

구분	치료 이수명령 N=598	2013년 강간 N=385	2013년 강제추행 N=213
1심	377(63.0)	287(74.5)	90(42.3)
2심	373(62.4)	283(73.5)	90(42.3)
3심	364(60.9)	276(71.7)	88(41.3)

성폭력 치료프로그램 이수시간을 최종심인 3심을 기준으로 살펴보면, 전체적으로는 80시간과 40시간, 120시간의 이수시간이 많이 분포하고 있다. 이를 범죄유형별로 보다 세분화하여 살펴보면, 강간 사건에서는 80시간이 42.4%로 가장 많은 분포를 보이고 있으며, 그 다음이 40시간으로 32.4%, 120시간은 19.3%를 나타내고 있다. 강제추행 사건은 40시간이 55.7%, 80시간이 31.8%, 120시간은 9.1%로 성폭력 치료프로그램 이수명령이 내려진 사건의 과반이 40시간임을 살펴볼 수 있다.

〈표 Ⅲ-43〉 범죄유형별 성폭력 치료프로그램 이수시간 현황(3심 기준)

(단위 : 건, %)

구분	전체	2013년 강간	2013년 강제추행
10시간	1(0.3)	1(0.4)	-
20시간	1(0.3)	1(0.4)	-
30시간	1(0.3)	-	1(1.1)
40시간	138(38.0)	89(32.4)	49(55.7)
80시간	145(39.8)	117(42.4)	28(31.8)
100시간	5(1.4)	5(1.8)	-
120시간	61(16.8)	53(19.3)	8(9.1)
160시간	5(1.4)	3(1.1)	2(2.3)
200시간	4(1.1)	4(1.5)	-
240시간	2(0.6)	2(0.7)	-
300시간	1(0.3)	1(0.4)	-
전체	364(100.0)	276(100.0)	88(100.0)

나) 위치추적 전자장치부착명령

(1) 위치추적 전자장치 부착명령 현황

부가처분 중 위치추적 전자장치부착명령 또한 2000년 사건에서는 살펴볼 수 없고, 2013년 사건에서만 살펴볼 수 있다. 2013년 분석대상 판결 598건 중 1심에서는 150건인 25.1%의 사건에 위치추적 전자장치부착명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다. 항소 및 상고를 거치면서 최종심에서 위치추적 전자장치부착명령이 부가된 것은 2013년 분석대상 판결 중 24.7%로 수치가 낮아지며, 2013년 강간 사건의 31.4%와 강제추행 사건의 12.7%에 위치추적 전자장치부착명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다. 3심과 2심 결과의 차이는 2심까지 전자장치부착명령이 부가되었던 것 중 3심에서 부분파기된 1건과 파기환송된 6건이 존재하기 때문이다.

〈표 Ⅲ-44〉 심급별·범죄유형별 위치추적 전자장치부착명령 현황

(단위 : 건, %)

구분	전자장치부착명령 N=598	2013년 강간 N=385	2013년 강제추행 N=213
1심	150(25.1)	126(32.7)	24(11.3)
2심	155(25.9)	128(33.2)	28(13.1)
3심	148(24.7)	121(31.4)	27(12.7)

(2) 전자장치부착명령 부당주장 및 인정이유

피고인의 항소심에서의 전자장치부착명령 부당 주장 101건 가운데 13건에서 그 주장이 인정되었고, 상고심에서는 부당주장 120건 가운데 5건에서 그 주장이 인정되었다. 상고심의 인정이유는 주로 원심의 법리적용의 잘못에 대한 시정으로, 항소심 판단에 나타난 인정이유를 중심으로 살펴보면, 피고인의 반성 있음이 20.0%, 재범위험성평가척도 결과가 16.0%, 무죄판단 16.0%, 범행전력 없음이 12.0%로 나타났다. 그 밖의 사유로 피고인의 연령과 피고인 가족 및 지인의 탄원, 미수에 그침, 처벌불원 등이 존재한다.

〈표 Ⅲ-45〉 피고인의 전자장치부착명령 부당 주장에 대한 인정이유

(단위 : 건, %)

구분	빈도(구성비)
범행전력 없음	3(12.0)
피고인의 반성	5(20.0)
피고인 가족 및 지인의 탄원	2(8.0)
KSORAS(한국성범죄자재범위험성평가척도) 결과 재범위험성·PCL-R 정신병질자선별도구평가 결과	4(16.0)
피고인의 연령	2(8.0)
미수	1(4.0)
처벌불원	1(4.0)
피고인의 정신상태	1(4.0)
무죄판단	4(16.0)
기타	2(8.0)
전체	25(100.0)

* 복수응답결과

(3) 전자장치부착명령 기간(3심 기준)

위치추적 전자장치부착명령 기간을 최종심인 3심을 기준으로 살펴보면, 전체적으로는 10년과 20년이 많이 분포하고 있다. 이를 범죄유형별로 보다 세분화하여 살펴보면, 강간 사건에서는 10년이 57.0%로 가장 많은 분포를 보이고 있으며, 그 다음이 20년으로 17.4%를 차지하고 있다. 강제추행 사건은 10년이 37.0%로 가장 많은 분포를 보이고 있으나, 20년과 6년이 각 18.5%로 그 다음을 잇고 있어 강간 사건보다는 부착명령 기간이 짧은 것을 확인할 수 있다.

〈표 Ⅲ-46〉 범죄유형별 위치추적 전자장치부착명령 기간 현황
(단위 : 건, %)

구분	전체	2013년 강간	2013년 강제추행
3년	5(3.4)	1(0.8)	4(14.8)
5년	8(5.4)	6(5.0)	2(7.4)
6년	10(6.8)	5(4.2)	5(18.5)
7년	6(4.1)	5(4.2)	1(3.7)
10년	79(53.4)	69(57.0)	10(37.0)
12년	2(1.4)	2(1.7)	-
15년	8(5.4)	8(6.6)	-
20년	26(17.6)	21(17.4)	5(18.5)
25년	1(0.7)	1(0.8)	-
30년	3(2.0)	3(2.5)	-
전체	148(100.0)	121(100.0)	27(100.0)

다) 신상정보등록 및 공개

(1) 신상정보등록 및 공개 현황

부가처분 중 신상정보등록명령 또한 2000년 사건에서는 살펴볼 수 없고, 2013년 사건에서만 살펴볼 수 있다. 2013년 분석대상 판결 598건 중 1심에서는 513건인 85.8%의 사건에 신상정보등록명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다. 항소 및 상고를 거치면서 최종심에서 신상정보 등록명령이 부가된 것은 2013년 분석대상 판결 중 82.8%로 수치가 낮아지며, 2013년 강간 사건의 88.6%와 강제추행 사건의 72.3%에 신상정보 등록명령이 부가된 것을 살펴볼 수 있다. 3심과 2심 결과의 차이는 2심까지 신상정보 등록 명령된 것 중 3심에서 파기환송된 11건과 2심에서 신상정보 미등록이었으나 3심에서 파기환송 되어 등록 여부가 불확실한 4건을 제외했기 때문이다.

〈표 Ⅲ-47〉 심급별·범죄유형별 신상정보등록 및 공개 현황

(단위 : 건, %)

구분		신상정보 N=598	2013년 강간 N=385	2013년 강제추행 N=213
1심	등록	513(85.8)	351(91.2)	162(76.1)
	공개	396(77.2/66.2)	315(89.7/81.8)	81(50.0/38.0)
2심	등록	510(85.3)	352(91.4)	158(74.4)
	공개	386(75.7/64.5)	308(87.5/80.0)	78(49.4/36.6)
3심	등록	495(82.8)	341(88.6)	154(72.3)
	공개	376(76.0/62.9)	300(88.0/77.9)	76(49.3/35.7)

(2) 신상정보공개 및 고지명령 부당 주장에 대한 법원의 인정근거

피고인의 항소심에서의 신상정보공개 및 고지명령 부당 주장 96건 가운데 15건에서 그 주장이 인정되었는데 인정이유를 살펴보면, 전과·동종전과 없음 21.1%, 재범위험성 낮음 10.5% 등으로 나타났다.

〈표 Ⅲ-48〉 피고인의 신상정보공개 및 고지명령 부당 주장에 대한 인정이유
(단위 : 건, %)

구분	빈도	구성비
미수에 그침	1	2.6
전과·동종전과 없음	8	21.1
피해자의 손해가 중하지 않음	2	5.3
재범위험성 낮음	4	10.5
피고인·피해자의 관계	2	5.3
피고인의 부양가족	2	5.3
무죄판결	1	2.6
처벌불원	2	5.3
심신미약	1	2.6
합의	3	7.9
피고인의 반성	3	7.9
피고인의 장래 사회활동 제약	3	7.9
사회적 유대관계	1	2.6
우발적 범행	2	5.3
기간에 관한 법리오해	2	5.3
사실오인에 따른 적용법조 변경	1	2.6
전체	38	100.0

* 복수응답결과

(3) 신상정보공개 기간(3심)

파기환송된 10건을 제외하고 신상정보 공개 기간을 최종심인 3심을 기준으로 살펴보면, 전체적으로는 5년과 10년이 많이 분포하고 있다. 이를 범죄 유형별로 보다 세분화하여 살펴보면, 강간 사건에서는 10년이 45.3%로 가장 많은 분포를 보이고 있으며, 그 다음이 5년으로 35.3%를 차지하고 있다. 강제추행 사건은 5년이 48.7%로 가장 많은 분포를 보이고 있으며, 3년이 22.4%로 그 다음을 잇고 있어 강간 사건보다는 부처명령 기간이 짧은 것을 확인할 수 있다.

〈표 Ⅲ-49〉 범죄유형별 신상정보공개 기간 현황

(단위 : 건, %)

구분	2013년 강간	2013년 강제추행	전체
2년	-	7(9.2)	7(1.9)
3년	13(4.3)	17(22.4)	30(8.0)
4년	5(1.7)	3(3.9)	8(2.1)
5년	106(35.3)	37(48.7)	143(38.0)
6년	4(1.3)	-	4(1.1)
7년	32(10.7)	5(6.6)	37(9.8)
8년	1(0.3)	-	1(0.3)
10년	136(45.3)	7(9.2)	143(38.0)
15년	1(0.3)	-	1(0.3)
20년	1(0.3)	-	1(0.3)
36년	1(0.3)	-	1(0.3)
전체	300(100.0)	76(100.0)	376(100.0)

라) 기타

그 밖의 부가처분으로 사회봉사, 치료감호, 성충동 약물치료명령이 존재 하는데 각각 1심 기준으로 13건과 4건, 3건으로 많지는 않다.

〈표 Ⅲ-50〉 성폭력범죄자의 기타 부가처분 현황

(단위 : 건)

구분 N=705	1심	2심	3심
사회봉사	13	14	12
치료감호	4	7	6
성충동 약물치료	3	2	1

* 중복처분 가능

바. 항소·상고 여부 및 결과

1) 항소주체별 항소결과

항소여부를 살펴보면, 피고인이 항소를 제기한 경우가 64.0%로 가장 높았고, 쌍방이 항소를 제기한 경우는 28.9%, 검사가 항소를 제기한 경우 7.1%로 나타났다. 그 결과 항소가 기각된 사건이 전체의 53.3%, 항소가 인용된 사건이 전체의 46.7%를 차지한다.

〈표 Ⅲ-51〉 항소주체 별 항소결과

(단위 : 건, %)

구분	피고인	검사	쌍방	전체
항소 기각	251(55.7)	27(54.0)	98(48.0)	376(53.3)
항소 인용	200(44.3)	23(46.0)	106(52.0)	329(46.7)
전체	451(64.0)	50(7.1)	204(28.9)	705(100.0)

2) 항소주체별 주장내용 및 법원의 판단

항소심에서 양형부당에 대한 주장은 피고인 항소 사건의 80.1%, 검사 항소 사건의 76.4%에서 주장되어 가장 많았고, 그 다음이 사실오인 및 법리오해에 대한 주장으로 피고인 항소 사건의 68.1%, 검사 항소 사건의 31.1%에서 주장되었다. 또한 전자장치 부착명령에 대한 부당 주장도 피고인 항소 사건과 검사 항소 사건의 각각 15.3%, 17.7%에서 주장되었고, 성충동 약물 치료에 대한 부당 주장도 피고인 항소 사건의 0.5%, 검사 항소 사건의 1.6%에서 주장되었다.

그 밖에 검사의 항소 주장내용에는 존재하지 않고 피고인만이 주장한 항소 주장내용으로 심신미약, 신상정보 공개 및 고지명령, 치료감호명령에 대한 내용이 존재한다. 심신미약에 대한 주장은 피고인 항소 사건의 21.7%, 신상정보 공개 및 고지명령에 대한 부당 주장은 피고인 항소 사건의 14.2%, 치료감호명령에 대한 부당 주장은 피고인 항소사건의 0.5%에서 주장되었다.

피고인의 주장에 대한 법원의 판단은 성충동 약물치료가 33.3%로 가장 높고, 그 다음이 양형부당 주장에 대한 인정률이 32.4%, 사실오인 및 법리오해와 전자장치 부착명령 각 13.0%, 신상정보 공개 및 고지 12.9%의 순으로 나타났다. 반면 검사의 주장에 대한 법원의 판단은 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 인정률이 41.8%로 가장 높고, 전자장치 부착명령에 대한 부당 주장은 24.4%를 인정하였으며, 양형부당에 대한 주장은 17.5%만을 받아들였다. 그리고 성충동 약물치료 주장은 한 건도 받아주지 않았다.

〈표 Ⅲ-52〉 피고인의 항소 주장내용 및 법원의 인정유무 (단위 : 건, %)

구분	피고인 항소 N=655		검사 항소 N=254	
	주장 있음	주장 인정	주장 있음	주장 인정
심신미약	152(21.7)	17(11.1)	-	-
사실오인 및 법리오해	446(68.1)	58(13.0)	79(31.1)	33(41.8)
양형부당	564(80.1)	183(32.4)	194(76.4)	34(17.5)
전자장치 부착명령	100(15.3)	13(13.0)	45(17.7)	11(24.4)
성충동약물치료	3(0.5)	1(33.3)	4(1.6)	-
신상정보 공개 및 고지	93(14.2)	12(12.9)	-	-
치료감호	3(0.5)	-	-	-

* 복수응답 결과임.

* 주장 있음의 비율은 피고 항소사건 중 차지하는 비율과 검사 항소사건 중 차지하는 비율임.

* 주장 인정의 비율은 각 주장 있음에 대한 인정비율임.

3) 상고주체별 상고결과

상고여부를 살펴보면, 피고인이 상고를 제기한 경우가 88.9%로 가장 높았고, 검사가 상고를 제기한 경우는 9.8%, 쌍방이 상고를 제기한 경우 1.3%로 나타났다. 상고결과를 살펴보면, 상고가 기각된 사건이 전체의 97.3%, 파기 환송된 사건이 2.7%에 해당한다.

〈표 Ⅲ-53〉 상고주체 별 상고결과

(단위 : 건, %)

구분	피고인	검사	쌍방	전체
상고 기각	617(98.4)	62(89.9)	7(77.8)	686(97.3)
파기 환송	10(1.6)	7(10.1)	2(22.2)	19(2.7)
전체	627(88.9)	69(9.8)	9(1.3)	705(100.0)

4) 상고주체별 주장내용 및 법원의 판단

상고심에서는 사실오인 및 법리오해에 대한 주장이 가장 많은 비중을 차지하였으며, 피고인이 상고한 사건의 70.9%, 검사가 상고한 사건의 76.9%에서 주장되었다. 그 다음은 양형부당에 대한 주장으로 피고인이 상고한 사건의 48.1%, 검사가 상고한 사건의 14.1%에서 주장되었다.

그 밖에 검사의 상고 주장내용에는 존재하지 않고 피고인만이 주장한 상고 주장내용으로 심신미약, 전자장치 부착명령 부당, 신상정보 공개 및 고지명령, 성충동 약물치료, 치료감호명령에 대한 내용이 존재한다.

〈표 Ⅲ-54〉 피고인의 상고 주장내용 및 법원의 인정유무

(단위 : 건, %)

구분	피고인 상고 N=636		검사 상고 N=78	
	주장 있음	주장 인정	주장 있음	주장 인정
심신미약	120(33.1)	4(3.3)	-	-
사실오인 및 법리오해	451(70.9)	6(1.3)	60(76.9)	5(8.3)
양형부당	306(48.1)	1(0.3)	11(14.1)	1(9.1)
전자장치 부착명령	118(18.6)	4(3.4)	-	-
성충동약물치료	1(0.2)	-	-	-
신상정보 공개 및 고지	37(5.8)	2(5.4)	-	-
치료감호	6(0.9)	-	-	-

* 복수응답결과

* 주장 있음의 비율은 피고 상고사건 중 차지하는 비율과 검사 상고사건 중 차지하는 비율임.

* 주장 인정의 비율은 각 주장 있음에 대한 인정비율임.

5) 항소·상고의 주장내용별 법원의 판단

가) 사실오인 및 법리오해

(1) 피고인의 주장내용 및 인정 이유

피고인의 사실오인 및 법리오해 주장이 인정된 58건에 대하여 주장내용을 보다 구체적으로 살펴보면, 주장내용에 대한 다중응답 분석 결과 강간·강제추행한 사실이 없다는 주장이 31건으로 가장 많았으며, 서로 합의하여 성관계를 가져 강간죄가 성립하지 않는다는 주장이 인정된 것도 10건이 있었으며, 폭행·협박의 정도가 강간죄의 성립에 요구되는 정도에 이르지 않았다는 이유로 인정된 것이 6건, 강간·강제추행의 고의가 없다는 주장이 4건, 그 밖에 실행의 착수 없음, 피해자의 진술만을 신뢰하여 유죄 판결한 것은 위법하다는 주장 등이 존재한다.

피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 인정이유를 분석해보면, 증거 없음이 34.5%, 피해자 진술의 신빙성 없음이 25.0%, 사건의 정황 19.0%, 피의자 진술의 취지 및 주장의 신빙성 있음이 14.3%로 나타났다.

〈표 Ⅲ-55〉 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 인정이유

(단위 : 건, %)

구분	빈도	구성비
피의자 진술의 취지 및 주장의 신빙성 있음	12	14.3
피해자 진술의 신빙성 없음	21	25.0
증거 없음	29	34.5
사건의 정황	16	19.0
피해자의 성경험	1	1.8
피해자의 지연신고	1	1.8
피고인과 피해자의 관계	1	1.8
강간 후 피해자의 대처	1	1.8
피해자의 고소경위	1	1.8
전체	84	100.0

* 복수응답결과

(2) 검사의 주장내용 및 인정 이유

검사의 항소심에서의 사실오인 및 법리오해에 관한 주장은 79건에서 이루어졌는데, 가장 많은 내용은 강간과 강제추행의 사실이 있다는 내용으로 42.4%, 피해자 진술의 구체성·일관성·신빙성을 주장한 내용은 15.3%로 많은 비중을 차지하고 있으며, 그 밖에도 경합범죄 부분의 사실오인 및 피해자의 항거불능 상태 등에 관한 주장이 존재한다.

〈표 Ⅲ-56〉 검사의 사실오인 및 법리오해 주장 내용

(단위 : 건, %)

구분	빈도(구성비)
강간·강제추행사실 있음	36(42.4)
피해자의 항거불능 상태	5(5.9)
위계·위력에 의한 간음	4(4.7)
피해자 진술의 구체성·일관성·신빙성	13(15.3)
법리오해	1(1.2)
경합범죄부분 사실오인	6(7.1)
피해자의 진술 배척	1(1.2)
의사의 진단서	1(1.2)
미필적으로 19세미만의 청소년임을 인식함	2(2.4)
위험한 물건을 범행에 사용	3(3.5)
피고인의 심신미약 불인정	1(1.2)
공범여부 법리오해	2(2.4)
피해자의 지적장애 이용	1(1.2)
증명력 부족으로 무죄선고	4(4.7)
처분범죄 법리오해	4(4.7)
피고인과 피해자의 금전거래로 피해자가 거짓진술	1(1.2)
전체	85(100.0)

* 복수응답결과

검사의 항소심에서의 사실오인 및 법리오해에 관한 주장이 인정된 31건에서 인정이유를 살펴보면, 피해자 진술의 구체성·일관성·신빙성 있음이 42.9%, 사건의 정황이 26.5%로 많은 비중을 차지하고 있다.

〈표 Ⅲ-57〉 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 인정이유

(단위 : 건, %)

구분	빈도(구성비)
피해자 진술의 구체성·일관성·신빙성	21(42.9)
피고인과 피해자의 관계	2(4.1)
사건의 정황	13(26.5)
피고인의 유형력 인정	2(4.1)
피고인 진술의 구체성·일관성·신빙성 없음	2(4.1)
항거불능 인정	2(4.1)
증인의 증언	2(4.1)
피해자의 진단서	1(2.0)
공소사실 인정	2(4.1)
원심의 사실오인과 법리오해	1(2.0)
전체	44(100.0)

* 복수응답결과

반면, 검사의 항소심에서의 사실오인 및 법리오해에 관한 주장이 인정되지 않은 46건에서의 불인정 이유를 살펴보면, 증명력 부족이 31.5%로 가장 많고, 피해자 진술의 구체성·일관성·신빙성 없음이 25.9%로 많은 비중을 차지하고 있다. 그 밖에 피고인 진술의 구체성·일관성·신빙성 인정 및 피고인과 피해자의 관계 등이 제시되고 있다.

〈표 Ⅲ-58〉 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 불인정 이유

(단위 : 건, %)

구분	빈도(구성비)
증명력 부족	17(31.5)
피해자 진술의 구체성·일관성·신빙성 없음	14(25.9)
피고인 진술의 구체성·일관성·신빙성 인정	3(5.6)
피고인과 피해자의 관계	3(5.6)
이유 없음	3(5.6)
무죄 정당	3(5.6)
피고인의 유형력 없음	2(3.7)
기타	9(17.1)
전체	54(100.0)

* 복수응답결과

* 기타에는 심신미약, 강제력 없음, 피해자의 항거불능 불인정, 성적자기결정권 행사능력 부족 부인, 피해자가 청소년임을 인지함, 의사의 진단서 불인정, 성기삽입여부 불인정, 간음의 수단, 위계위력이 각각 1건씩 존재함.

(3) 피해자 진술의 신빙성 주장에 대한 법원의 판단

사실오인의 주장 내용 중 많은 비중을 차지하고 있는 피해자 진술의 신빙성에 대한 주장유무 및 그에 대한 법원의 판단을 살펴보면 다음과 같다.

〈표 Ⅲ-59〉 피해자진술의 신빙성 주장에 대한 법원의 판단

(단위 : 건, %)

구분		강간		강제추행		전체 N=705
		2000년 N=86	2013년 N=385	2000년 N=21	2013년 N=213	
피해자 진술의 신빙성 다툼 존재		29(33.7)	166(43.1)	6(28.6)	101(47.4)	302(42.8)
피고 다툼	신빙성 인정	22(75.9)	141(82.5)	5(83.3)	89(88.1)	257(83.7)
	신빙성 부정	4(13.8)	6(3.5)	1(16.7)	8(7.9)	19(6.2)
검사 다툼	신빙성 인정	1(3.4)	16(9.4)	-	2(2.0)	19(6.2)
	신빙성 부정	2(6.9)	8(4.6)	-	2(2.0)	12(3.9)

* 피해자 진술의 신빙성을 다툰 전체 302건 중 검사와 피고인 모두 다툰 건이 5건 존재하여, 다툼의 주체로 나누어 제시한 표에는 5건을 양쪽에 모두 포함하여 빈도를 계산함.

나) 양형부당

앞서 성폭력범죄 전반에 걸쳐 1심에서의 양형감경사유로 범행전력 없음(17.2%), 피고인의 반성 있음(14.3%), 피해자와 합의(11.8%), 동종전과 없음(11.8%) 순으로 많이 고려되고 있음을 살펴보았다.

피고인이 항소심에서 양형부당을 주장하여 그 주장이 인정된 183건을 대상으로 그 인정이유를 살펴보면, 피해자와의 합의(17.8%), 피고인의 반성 있음(14.0%), 범행전력 없음(11.6%) 순으로 나타났다. 그 밖에 동종전과 없음(7.9%), 피해자에게 행사한 유형력의 정도가 비교적 중한 것이라고 보기 어려움(6.6%), 범행사실 시인(6.1%), 미수(4.6%) 등이 있었다. 피해자와의 합의, 피고인의 반성있음, 범행전력 없음 등이 고려되고 있는 점은 성인지적 관점에서 보다 깊은 고찰이 필요하다.

〈표 Ⅲ-60〉 심급별 피고인의 양형감경사유 비교

(단위 : 건, %)

구분	1심	2심
피고인의 연령	56(5.2)	21(4.6)
범행사실 시인	83(7.7)	28(6.1)
미수	78(7.2)	21(4.6)
피고인의 정신상태	14(1.3)	6(1.3)
피고인의 건강상태	11(1.0)	7(1.5)
피해자와 합의	127(11.8)	81(17.8)
범행당시 음주여부	10(0.9)	4(0.9)
우발적 범행	35(3.2)	16(3.5)
범행전력 없음	186(17.2)	53(11.6)
동종전과 없음	127(11.8)	36(7.9)
벌금형 전과 이외의 처벌 전력 없음	-	13(2.9)
집행유예 이상의 전과 없음	-	3(0.7)
피고인의 반성 있음	154(14.3)	64(14.0)

구분	1심	2심
처벌불원	1(0.1)	-
공탁	30(2.8)	18(3.9)
피해자가 범행의 발미 제공	3(0.3)	1(0.2)
피고인의 부양가족	12(1.1)	7(1.5)
기타	48(4.4)	35(7.7)
폭행·협박이 아닌 위계·위력을 사용	14(1.3)	-
피고인의 불우한 가정환경	4(0.4)	3(0.7)
피고인의 사회적 유대관계	3(0.3)	4(0.9)
피해자에게 행사한 유형력의 정도가 비교적 중한 것이라고 보기 어려움	79(7.3)	30(6.6)
피고인과 피해자의 관계	4(0.4)	5(1.1)
전체	1,079(100.0)	456(100.0)

* 복수응답 결과임.

3. 성폭력 관련 판례의 주요 쟁점별 변화 및 내용 분석

이하에서는 위에서 살펴본 성폭력 관련 판례에서 드러난 실태 가운데 성인지적 관점에서 문제제기가 가능한 사실오인 및 법리오해의 주장에서 자주 등장하는 폭행·협박의 정도와 관련된 문제와 피해자 진술의 신빙성과 관련된 문제, 그리고 양형감정 사유로 많이 등장하는 범죄전력이 없는 점, 피해자와의 합의, 피해자와 가해자의 관계, 범행당시 음주 상태, 피고인의 반성 등에 관한 보다 깊은 내용 고찰을 하고자 한다.

그에 앞서 성폭력에 관한 주요 쟁점별 주요 판례를 소개한다. 주요 판례는 기존에 법이 미비하여 법을 적용할 수 없었던 것이 법 개정으로 인해 판례가 개선되는 형태 또는 법 개정과 상관없이 법 해석이 개선되는 형태로 나타난다. 강간죄 객체와 관련된 성전환자나 부부강간의 문제, 친족관계의 범

위, 장애인에 대한 성폭력범죄는 주요 판례를 중심으로 법 해석의 변화를 볼 수 있다. 친고죄 폐지나 유사강간죄 신설 부분과 관련해서는 법 개정이 2012. 12. 28.에 이루어진 관계로 관련 판례는 나오지 않았으며, 친고죄 폐지에 관한 법 개정으로 친고죄 존속의 폐해문제가 해결될 수 있는 지, 유사강간죄 신설의 의의 등에 대해 전망한다.

가. 성폭력 관련 판례의 주요 쟁점별 변화

1) 강간죄의 객체

가) 판례의 변화 흐름

강간죄의 객체를 둘러싸고 그동안 성전환자와 아내가 강간죄의 객체가 될 수 있는지가 논란이 되어 왔으며, 시간의 흐름에 따라 법해석상의 변화를 보여 왔다.

성전환자 관련 판례는 1996년 판례(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결)에서 성전환자를 여자로 볼 수 없다는 입장에서 성전환자의 강간죄를 인정하지 않았으나 2009년 판례(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결)에서는 이를 인정하고 있다. 이 두 개의 판결은 성전환자에 관한 생물학적 요소를 인정한 판결과 사회적 요소를 인정한 판결로 성전환자의 강간죄 인정 여부에 관한 대비되는 판결이다. 이 판결이 나온 이후 2012년에 형법이 강간죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 개정하여 성전환자가 강간죄의 객체로 될 수 있도록 한 것은 이 판결들이 법 개정에 견인차 역할을 한 것으로 볼 수 있다.

부부강간죄에 관한 판례는 형법에는 강간죄 인정 시 배우자를 제외한다는 규정이 없는 상황에서 법 해석상 부부강간죄를 인정하지 않다가 인정하는 쪽으로 변화되는 모습을 보여 준다. 1970년 판례는 부부간에는 성교관계에 대한 수인의무가 있기 때문에 실질적인 부부관계가 유지되는 이상 배우자는 강간죄의 객체가 될 수 없다고 해석하였으나 2013년 전원합의체 판결에서는 실질적인 부부관계가 있는 경우에도 폭행, 협박으로 강간하는 것까지 수인할 의무는 없으며 따라서 강간죄가 성립한다고 보았다. 부부간의 성

적 수인의무가 전제되어야 하지만 성적 자기결정권은 보호받아야 한다는 것을 천명한 판결이라는 점에서 의미가 크다.

나) 관련 판례

(1) 성전환자

대법원은 (가) 1996년에 “성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.”고 판시하였다. 하지만 실제 결과의 면에서는 “여자로 볼 수 없다 할 것이다.”라고 하여 강간죄의 성립을 부정하였는바, 대법원은 성염색체설과 사회적·심리적 고려를 동시에 하는 종합적 입장을 취하면서도 실질적으로는 성염색체설에 근거한 판결을 내린 것으로 볼 수 있다(이주형, 2010:92). 그리고 이에 대해서는 성폭력의 보호법익은 성적 자기결정권이며 피해자 역시 여성으로서의 성적 자기결정권을 침해받았다는 비판이 제기되었다. 그러던 것이 2006년에 성전환자가 개명 및 성별란 정정 신청을 한 것에 대한 결정에서 대법원이 1996년 판결의 설시를 그대로 인용하면서도 결론에 있어서는 “결국 사회통념상 남성으로 평가될 수 있는 성전환자에 해당함이 명백하다”고 인정함으로써 “호적정정 및 개명을 허가할 여지가 충분히 있다”고 하여 판례에 변화를 보이기 시작하였고(대법원 2006. 6. 22. 선고 2004스42호 판결), (나) 2009년에는 성전환자에 대한 강간죄를 인정하였다. 2009년 판결은 성전환자에 대한 강간죄를 인정하였다는 점에서 긍정적인 평가가 가능하나 그 내용을 살펴보면 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소 모두가 거의 여성일 것을 요구하여 결국 성폭력의 객체는 여성이며, 그 바탕에는 성폭력의 보호법익을 “정조”, “수태가능성”에서 찾고 있다는 점에서 한계를 가진다. 다만 이러한 점은 “부녀”에서 오는 문언해석의 한계라는 점에서 이들 판례가 이후 법률의 개정을 이끌어 냈다는 점에서 다시 긍정적인 평가가 가능하다.

(가) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결

판결 번호	대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결
쟁점	여성전환수술자가 강간죄의 대상이 될 수 있는지 여부
적용 법률	<p>구 성폭법 제6조 (특수강간등) ① 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 형법 제297조(강간)의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다, ② 제1항의 방법으로 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>제9조 (강간등 상해·치상) ① 제6조의 죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>구 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>형법 제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 5백만 원 이하의 벌금에 처한다.</p>
사실 관계	<p>피고인 A와 B가 공소외 C와 합동하여 1995. 4. 24. 00:30경 호텔 부근에서 호객행위를 하던 피해자(성전환수술자)를 승용차에 납치하여 건물부근의 골목길로 끌고 간 후 폭행과 협박을 가하여 피해자의 반항을 억압한 다음 차안에서 피고인 A, 공소외 C, 피고인 B 순으로 피해자를 강간하고 이로 인하여 위 피해자에게 전치 1주를 요하는 안면부타박상을 입게 하였다.</p> <p>이 사건에서 피해자는 남성으로서의 성기구조를 갖춘 남자로 태어나 남자 중학교를 졸업하였는데, 어릴 때부터 여자 옷을 즐겨 입거나 고무줄놀이와 같이 여자가 주로 하는 놀이를 즐겨하는 등 여성으로서의 생활을 동경해 왔다. 1989년 여성으로서의 성에 귀속감을 느낀 후로 수년간 여장남자로서 생활하여 오다가 1991년과 1992년 일본에 있는 병원에서 자신의 음경과 고환을 제거하고 그 곳에 질을 만들어 넣는 방법으로 여성으로서의 성전환 수술을 받았다. 그로써 여성으로서의 질 구조를 갖추고 유방이 발달하는 등 외관상으로는 여성적인 신체구조를 갖추게 되었으며, 보통의 여자와 같이 남자와 성생활을 할 수 있었고 성적쾌감까지 느낄 수 있었다. 반면 달리 여성의 성염색체 구조를 갖추고 있다거나, 성염색체는 남자이면서 생식선의 분화가 비정상적으로 되어 고환과 난소를 겸비한 진성반음양, 또는 고환이나 난소의 발육이 불완전한 가상반음양이라고는 인정되지 않았으며, 여성의 내부성기인 난소와 자궁이 없으므로 임신 및 출산은 불가능하였다.</p>
대법원	<p>검사는 성폭력특별법의 특수강간상해·치상죄(제9조제1항)를 적용하여 공소를 제기하면서 다만 예비적으로 합동강제추행치상죄(제9조제1항, 제6조제2항)도 적용하였다.</p> <p>대법원은 강간죄의 객체인 부녀에 해당하지 않는다고 판단하여, 예비적 공소사실인 합동강제추행치상죄를 인정하였다. 쟁점이었던 부녀에 대하여 “이 규정에서 부녀라 함은 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하여 곧 여자를 가리키는 것이라 할 것”이라고 판시하면서, 여자에 해당하는지 여부에 관해 “무릇 사람에 있어서는 남자, 여자라는 성(性)의 분화는 정자와 난자가 수정된 후 태아의 형성 초기에 성염색체의 구성에 의하여 이루어지고, 발생과정이 진행됨에 따라 각 성염색체의 구성에 맞추어 내부생식기인 고환 또는 난소 등의 해당 성선(性腺)이 형성되고, 이어서 호르몬의 분비와 함께 음경 또는 질, 음순 등의 외부 성기가 발달하며, 출생 후에는 타고난 성선과 외부성기 및 교육 등에 의</p>

	<p>하여 심리적, 정신적인 성이 형성되는 것”이라고 하면서, 여자에 해당하는지의 여부에 관하여 “위 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전환을 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 할 것”이라고 판시하였다.</p> <p>이러한 기준에 따라 대법원은 피해자는 비록 어릴 때부터 정신적으로 여성에의 성취감을 느껴 왔고 위의 성전환 수술로 인하여 남성으로서의 내·외부성기의 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며 남성으로서의 성격도 대부분 상실하여 외견상 여성으로서의 체형을 갖추고 성격도 여성화되어 개인적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있다 할지라도, 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부 성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 피해자를 사회통념상 여자로 볼 수는 없다고 판시하였다.</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(나) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결

판결 번호	대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결
쟁점	여성전환수술자가 강간죄의 대상이 될 수 있는지 여부
적용 법률	<p>구 성폭법 제5조(특수강도강간등) ① 형법 제319조제1항(주거침입), 제330조(야간주거침입절도), 제331조(특수절도) 또는 제342조(미수범. 다만, 제330조 및 제331조의 미수범에 한한다)의 죄를 범한 자가 동법 제297조(강간) 내지 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>형법 제319조제1항(주거침입), 형법 제297조(강간)</p>
사실 관계	<p>피고인은 2008. 8. 31. 08:10경 피해자(58세)의 집에서, 잠겨져 있지 않은 화장실 문을 열고 집안으로 들어가 방안에 있던 피해자의 가방에서 현금 10만원 상당을 꺼내어가 이를 절취하였으며, 피해자의 재물을 절취한 후 부엌으로 가 그곳에 있던 홍기인 식칼(칼날길이 약 16cm)을 들고 다시 방안으로 들어가 인기척에 깨어난 피해자를 식칼로 위협하여 반항을 억압한 다음 피해자의 음부와 항문에 피고인의 성기를 삽입하고, 피해자로 하여금 피고인의 성기를 빨게 하는 등으로 피해자를 1회 간음하여 강간하였다.</p> <p>이 사건에서 피해자는 24세이던 1974년 경 성전환 수술을 결심하고 정신과 병원에서 정밀진단과 심리치료, 관찰을 거쳐 성전환증이라는 확진을 받은 다음, 성형외과에서 남성의 성기와 음낭을 제거하고 여성의 질 등 외부성기를 형성하는 수술을 받은 이후 상당 기간 호르몬 요법의 시술을 받았으며 2차로 일본 오사카현 이마사토에 있는 한 성형외과 병원에서 가슴형성수술을 받은바 있고, 3차로는 1998. 2. 부산에 있는 성형외과에서, 2000년경에는 태국의 한 병원에서 각 가슴보강수술과 질확장수술을 받았다. 그리고 피해자의 사정을 이해하는 남성과 과거 10여 년간 동거하며 지속적으로 성관계를 영위하였고, 성적 만족도 또한 이상이 없었으며, 피해자의 가족들과도 가출 후 10년이 지나면 서부터 소식을 주고받으며 관계가 유지되어 왔다. 또한 성전환수술 후 30여 년 간 여성 무용수로서 국내외를 오가며 활동하여 왔으며, 주민들과는 여성으로서 오랜 세월 동안 친분을 유지하여 살아왔다. 또한 피고인은 피해자를 여성으로 인식하여 강간범행을 저질렀다.</p>

대법원	<p>“종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나, 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다”고 하면서, “피해자가 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 성귀속감을 나타냈고, 성전환 수술로 인하여 여성으로서의 신체와 외관을 갖추었으며, 수술 이후 30여 년간 개인적·사회적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있는 점 등을 고려할 때, 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자로서 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당한다”고 판시하였다. 구체적으로 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있는 경우로 제시한 내용은 다음과 같다.</p> <p>“성전환증을 가진 사람의 경우에도 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 있고 그 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생하지만, 출생 당시에는 아직 그 사람의 정신적·사회적인 의미에서의 성을 인지할 수 없으므로, 사회통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성징에 따라 법률적인 성이 평가된다. 그러나 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하여, 정신과적으로 성전환 증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않고 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라, 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, 나아가 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼며 공고한 성정체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며, 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다.”</p>
-----	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(2) 부부강간죄

1970년 대법원은 아내에 대해서는 강간죄가 성립되지 않는다는 입장을 취하였고(대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결), 이후 2004년 하급심에서 아내를 강간한 남편에 대해 강제추행치상죄를 인정하였다(서울중앙지방법원 2004. 8. 20. 선고 2003고합1178 판결).

2008년에는 하급심 최초로 부부사이의 강간을 인정하였으며(부산지방법원 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결), 2011년에는 항소심 최초로 부부사이의 강간을 인정하였다(서울고등법원 2011. 9. 22. 선고 2011노2052 판결).

대법원은 형법이 2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정된 후 시행(2013. 6. 19.)되기 전인 2013. 5. 16. 전원합의체 판결로 부부사이에도 강간죄가 성립될 수 있음을 인정하였다(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 판결, 2012전도252 전원합의체 판결).

(가) 대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결

판결 번호	대법원 1970. 3. 10. 선고 70도29 판결
쟁점	실질적인 부부관계가 유지되는 이상 배우자는 강간죄의 객체가 될 수 없다고 보았다.
적용 법률	구 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 5백만 원 이하의 벌금에 처한다.
사실 관계	피해자가 남편을 간통죄로 고소함과 동시에 이혼소송을 제기한 상태에서 남편이 처를 폭력으로 간음한 사례
대법원	1심과 항소심은 법률상 부부의 신분관계를 해소한 경우에는 강간죄가 성립함은 물론, 이혼소송을 제기한 상태이거나 별거상태에 있는 경우에는 “상대방에 대한 정교승낙의 철회 내지 정교권 포기의 의사를 철회한 상태에 있었으므로 그러한 상태 하에 있는 부녀를 간음하기 위하여 폭력으로 반항을 억압하고 그를 간음한 이상 강간죄에 해당한다”고 판시하였다. 그러나 대법원은 “본건 간음 사건이 일어나기 이틀 전에 서로 새출발을 하기로 협의를 한 후 고소를 취하하였다”는 사실관계에 의거하여, 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정하기 어렵다고 보아, 강간죄의 성립을 부정하였다.

(나) 서울중앙지방법원 2004. 8. 20. 선고 2003고합1178 판결

판결 번호	서울중앙지방법원 2004. 8. 20. 선고 2003고합1178 판결
쟁점	아내를 강간한 남편에 대해 강제추행치상죄 적용
적용 법률	구 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천 5백만 원 이하의 벌금에 처한다. 제301조 (강간등 상해·치상) 제297조 내지 제300조의 죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

사실 관계	법률상 혼인관계가 해소되지 않은 상태에서 남편이 아내를 강제로 추행하였다.
법원	혼인한 부부는 상대방의 성적 요구에 응할 의무는 있지만 각자 성적 자기결정권을 포기한 것으로 볼 수는 없으므로 부부간의 관계에 있어서도 성적 자기결정권은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 부부의 일방이 폭력을 행사하여 성폭행을 하는 행위는 타방의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로서 형사처벌의 대상이 된다고 할 것이다. 특히 부부간의 관계는 간섭하기 어려운 특성이 있어 그 범행이 반복될 수 있다는 점에서 엄한 처벌이 필요하다고 할 것이다.
평가	강제추행치상죄를 적용한 한계를 지니고 있지만, 아내에 대한 성적인 폭력을 무죄로 인식해 왔던 사고를 전환시키는 계기가 되었다.

(다) 부산지방법원 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결

판결 번호	부산지방법원 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결
쟁점	필리핀 국적의 처가 생리중임을 이유로 성관계를 거부하자, 남편이 가스분사기와 과도로 협박하여 처의 반항을 억압한 후 1회 간음한 사안에서, 법률상 처를 강간죄의 객체로 인정
적용 법률	구 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
사실 관계	피고인은 2008. 7. 26. 11:00경 피고인의 집에서 처인 피해자(필리핀 국적의 외국인)가 생리기간 중이어서 성관계를 거부하자 위험한 물건인 가스분사기와 과도(칼날길이 12cm)를 피해자의 머리와 가슴에 겨누고 죽여 버리겠다고 협박하면서 피해자의 유두와 음부를 자르는 시늉을 하여 피해자의 반항을 억압한 후 피해자의 옷을 모두 벗게 하고 1회 간음하여 피해자를 강간하였다.
법원	혼인관계는 지속적으로 성관계를 가지는 것을 전제로 하므로 법률상 부부 사이에서 성적 자기결정권 행사 및 침해 여부는 제3자에 대한 경우와 동일하게 볼 수 없고, 배우자의 명시적·묵시적 의사에 반하는 성관계가 있었다고 하더라도 강간죄 성립 여부에 대하여는 혼인관계의 특수성을 고려하여 신중하게 판단하여야 할 필요가 있다. 그러나 형법 제297조에서 강간죄의 객체를 ‘부녀’로 규정하고 있을 뿐 다른 제한을 두고 있지 않은 이상 법률상 처가 모든 경우에 당연히 강간죄의 객체에서 제외된다고 할 수는 없고, 부부 사이에서 성관계를 요구할 권리가 있다고 하더라도 폭행·협박 등으로 반항을 억압하여 강제로 성관계를 할 권리까지 있다고 할 수는 없으므로, 그와 같은 경우에는 처의 승낙이 추인된다고 할 수 없고 강간죄가 성립한다고 보아야 한다.
평가	부부사이의 강간죄를 인정한 첫 판결이다. 다만 피고인에게는 징역 2년 6월에 집행유예 3년을 선고되었다.

(라) 서울고등법원 2011. 9. 22. 선고 2011노2052 판결

판결 번호	서울고등법원 2011. 9. 22. 선고 2011노2052 판결
쟁점	법률상의 처에 대하여 폭행·협박 등으로 반항을 억압하여 강제로 성관계를 한 경우, 강간죄의 성립 인정
문제 법률	구 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
사실 관계	피고인이 자신의 처와 다투다가 주먹으로 때리고, 과도로 처의 신체를 수회 찢른 다음 성관계를 요구하였는데 처가 완강히 거부하자 과도를 들고 더 때릴 듯이 위협하여 강간함으로써 상해를 가하였다.
법원	(다) 부산지방법원 2009. 1. 16. 선고 2008고합808 판결에서의 법원의 판단과 동일함
평가	부부사이에도 강간죄가 성립한다는 첫 항소심 판결로, 부부강간죄를 인정하지 않는 대법원의 입장에 비추어 볼 때, 그 의미가 크다.

(마) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결

판결 번호	대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결
쟁점	형법 제297조에서 규정한 강간죄의 객체인 '부녀'에는 법률상 처가 포함되고, 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있더라도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우 강간죄가 성립한다.
적용 법률	구 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
사실 관계	피고인과 피해자가 이미 오래 전부터 불화로 부부싸움을 자주 해오고 각방을 싸오던 상황에서 피고인이 흥기를 사용하여 피해자를 폭행, 협박한 후 강제로 성관계를 하였다.
대법원	부부 사이에 민법상의 동거의무가 인정된다고 하더라도 거기에 폭행, 협박에 의하여 강요된 성관계를 감내할 의무가 내포되어 있다고 할 수 없다. 혼인이 개인의 성적 자기결정권에 대한 포기를 의미한다고 할 수 없고, 성적으로 억압된 삶을 인내하는 과정일 수도 없기 때문이다. 결론적으로 헌법이 보장하는 혼인과 가족생활의 내용, 가정에서의 성폭력에 대한 인식의 변화, 형법의 체계와 그 개정 경과, 강간죄의 보호법익과 부부의 동거의무의 내용 등에 비추어 보면, 형법 제297조가 정한 강간죄의 객체인 '부녀'에는 법률상 처가 포함되고, 혼인관계가 파탄된 경우뿐만 아니라 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있는 경우에도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우에는 강간죄가 성립한다고 보아야 한다. 다만 남편의 아내에 대한 폭행 또는 협박이 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이른 것인지 여부는, 부부 사이의 성생활에 대한 국가의 개입은 가정의 유지라는 관점에서 최대한 자제하여야 한다는 전제에서, 그 폭행 또는 협박의 내용과 정도가 아내의 성적 자기결정권

	을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것인지 여부, 남편이 유형력을 행사하게 된 경위, 혼인생활의 형태와 부부의 평소 성행, 성교 당시와 그 후의 상황 등 모든 사정을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.
평가	기존의 이혼에 합의하는 등 더 이상 실질적 부부관계가 형성될 수 없는 경우에만 배우자에 대한 강간을 인정해 온 판례를 변경하고, 정상적인 혼인관계를 유지하고 있는 부부 사이에도 강간죄가 성립한다고 본 첫 대법원 판결로써 의미가 있다.

2) 친족관계의 범위

가) 판례의 변화 흐름

구 성폭법에 의해 친족관계에 의한 강간죄가 규정되어 있었으나 친족의 범위를 좁게 규정하여 사실혼 관계에 의한 아버지를 친족관계에 의한 강간죄의 가해자로 인정할 수 없었다. 그 후 친족의 범위에 관한 법 개정을 통해 앞의 미비점이 해결되자, 판례도 이에 따라 변화된 것이다.

나) 관련 판례

여기에 소개된 2개의 판례 중 앞의 판례는 피해자의 어머니와 혼인신고를 한 의붓아버지에 의한 강간은 친족관계에 의한 강간죄에 해당될 수 없다(대법원 1996. 2. 23. 선고 95도2914 판결)고 하였으나 나중 판례는 인척은 사실상 관계에 의한 친족에 해당하는 것으로 인정하여 강간죄를 인정하였다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5395 판결).

(1) 대법원 1996. 2. 23. 선고 95도2914 판결

판결 번호	대법원 1996. 2. 23. 선고 95도2914 판결
쟁점	피해자의 어머니와 혼인신고를 한 의붓아버지에 의한 강간이 친족관계에 의한 강간죄가 될 수 있는지에 대하여, 될 수 없다고 하여 특별법의 적용을 배척함.
적용 법률	제정 특별법 제7조 제7조 (친족관계에 의한 강간등) ① 존속등 연장의 친족이 형법 제297조(강간)의 죄를 범한 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다. ② 존속등 연장의 친족이 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

	<p>③ 제1항의 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족으로 한다.</p> <p>④ 제1항 및 제2항의 존속 또는 친족은 사실상의 관계에 의한 존속 또는 친족을 포함한다.</p>
사실 관계	<p>피고인(남, 47세, 식당종업원)은 1991. 2. 22. 피해자(여, 13세)의 어머니와 혼인신고를 한 피해자인 의붓아버지인 바, 피해자가 초등학교 5학년(당시 10세)에 재학 중인 1992. 9. 경부터 피해자의 반향을 억압한 후 강간하기 시작하여 수십 회에 걸쳐 피해자를 강간하여 오던 중, 1994. 4. 5. 20:00경 피해자의 공부방에 접근하여 “아빠, 살려달라, 제발 이런 일은 하지 말라”고 울면서 사정하는 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 배 위에 올라타 피해자가 팔등을 움직이지 못하게 한 다음 “엄마에게 알리면 절대 안 된다”고 하면서 피해자의 반향을 억압한 후 피해자의 공부방에서 위와 같이 피해자의 옷을 벗기면서 피해자의 반향을 억압한 후 피해자와 1회 성교하여 피해자를 강간하였다.</p>
대법원	<p>이 사건에서 1심 법원은 제7조 친족관계에 의한 강간을 적용하여 징역 7년을 선고하였으나, 원심은 “사실상의 관계에 의한 존속이라 함은 사실상 혈연에 의하여 이루어지는 자연 혈족의 관계에 있는 존속 가운데 법적 절차의 미이행 등으로 인하여 법률상의 존속으로 인정되지 아니한 자(예컨대, 인지 전의 혼인 외의 출생자의 생부)를 말하고, 자연혈족의 관계가 없음에도 생활관계, 본인의 역할, 의사 등에 의하여 사실상 존속관계의 실질과 외관을 가지는 경우에는 형벌법규의 엄격해석 및 유추해석금지의 원칙상 여기에 포함되지 않는다.”고 보아, 이 사건의 의붓아버지가 제7조제4항의 사실상의 관계에 의한 존속에 해당하지 않는다고 판단하면서 피해자의 어머니가 이 사건 고소를 취소한 것을 들어 공소를 기각하였다. 이에 대해 검사가 상고하였으나 대법원은 검사의 상고를 기각하면서 “원심이 그러한 취지에서 이 사건 공소사실에 대하여 피고인은 피해자와 아무런 혈연관계가 없고 단지 피해자의 어머니의 배우자로서 피해자와 인척관계에 있을 뿐이므로 피고인은 성폭력법에서 규정하는 존속에 해당하지 아니하고, 한편 피해자 및 그녀의 법정대리인으로서 친권자인 피해자의 어머니가 이 사건 공소제기 전에 고소를 취소하였으므로, 피고인에게 유죄를 선고한 제1심 판결을 파기하고 공소를 기각한 조처는 옳고 성폭력특별법 제7조를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판단하였다.</p>
평가	<p>친족관계에 의한 강간에 대한 가중처벌은 의붓아버지에 의한 지속적인 강간으로 남자친구가 그 의붓아버지를 살해한 총주 계부 살해사건을 계기로 도입되었다. 그런데 대법원은 의붓아버지를 “존속 등 연장의 친족인 사실상의 관계에 있는 존속”에 포함되지 않는다고 해석한 결과, 정작 동 규정의 계기가 된 사건에 대하여 동 법이 적용되지 못하는 결과를 낳았다. 형벌법규의 엄격해석 및 유추해석금지에 따른 결과였으나 적용여부에 대해서는 논란이 있었으며, 이러한 논란으로 이후 1997. 8. 22.자 제2차 개정 특별법은 친족관계의 범위를 4촌 이내의 혈족과 2척 이내의 인척으로 확대하게 된다.</p>

(2) 대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5395 판결

판결 번호	대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5395 판결
쟁점	이른바 사실혼으로 인하여 형성되는 인척이 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제7조제5항 소정의 '사실상의 관계에 의한 친족'에 해당하는 것으로 인정하였다.

적용 법률	구 성폭법(1997. 8. 22., 일부개정) 제7조 (친족관계에 의한 강간등) ① 친족관계에 있는 자가 형법 제297조(강간)의 죄를 범한 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다. ② 친족관계에 있는 자가 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다. ③ 친족관계에 있는 자가 형법 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 때에는 제1항 또는 제2항의 예에 의한다. ④ 제1항 내지 제3항의 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족과 2촌 이내의 인척으로 한다. ⑤ 제1항 내지 제3항의 친족은 사실상의 관계에 의한 친족을 포함한다.
사실 관계	피고인은 사실혼 관계에 있는 부인이 전 남편과의 사이에서 난 딸인 피해자를 강간하였다.
대법원	대법원은 법률이 정한 혼인의 실질관계는 모두 갖추었으나 법률이 정한 방식, 즉 혼인신고가 없기 때문에 법률상 혼인으로 인정되지 않는 이른바 사실혼으로 인하여 형성되는 인척도 구 성폭법 제7조제5항이 규정한 사실상의 관계에 의한 친족에 해당하는 것으로 판시하여, 혼인신고를 하지 않고 함께 사는 의붓아버지가 의붓딸을 강간한 경우에도 처벌할 수 있도록 하였다.
평가	‘사실상의 관계에 의한 친족’에 사실혼 배우자도 포함하여 이른바 의붓아버지를 처벌할 수 있도록 하였다.

3) 강간죄의 행위 태양 - 유사강간죄의 신설

가) 판례의 변화 흐름

유사강간죄는 비교적 최근에 신설되어 아직 이렇다 할 판례가 없으므로, 이후의 유사강간죄 판단에 참고할 만한 헌법재판소 결정례를 소개하겠다.

나) 관련 판례

판결 번호	헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2012헌바320 판결
쟁점	주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입강간죄와 동일하게 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것) 제3조제1항 중 “형법 제319조제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”는 부분은 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 않아, 합헌이다.
적용 법률	특별법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 개정되기 전의 것) 제3조제1항 중 “형법 제319조제1항(주거침입)의 죄를 범한 사람이 같은 법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 경우에는 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”는 부분

현재결 정요지	강제추행은 그 범위가 매우 넓기 때문에 강간에 비해 그 피해가 상대적으로 경미하고 불법의 정도도 낮은 경우가 많지만, 형법 제297조의2에 정한 구강성교(口腔性交) 등 유사강간에 해당하지 않는 통상적인 추행행위를 한 경우라 할지라도 구체적인 사안에 따라서는 그 행위태양이나 불법의 정도, 행위자의 죄질에 비추어 강간이나 유사강간을 한 경우보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우도 실무상 흔히 있을 수 있다. 입법자는 형법전에 강제추행죄, 유사강간죄, 그리고 강간죄의 법정형을 각각 달리 정하였으나, 형법전의 위와 같은 기본 범죄(강제추행, 유사강간, 강간)에 다른 행위요소(주거침입)가 더해진 새로운 유형의 결합범 구성요건을 특별형법에 신설하는 경우에는 형법전의 평가가 반드시 그대로 적용된다고 볼 수 없고, 더하여지는 행위요소가 무엇이냐에 따라 새로운 평가를 할 수도 있는 것인데, 입법자는 강제추행에 주거침입이라는 다른 행위요소가 더해지면 강제추행의 경우도 주거침입 강간이나 유사강간에 비하여 그 보호법익이나 불법의 정도, 비난가능성 등에 있어 별다른 차이가 없다고 보고 그 법정형을 동일하게 정한 것이다. 또한 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있으면 법정형이 내포하고 있는 약간의 위헌성은 극복될 수 있는 것이므로, 만약 구체적인 사건에서 주거침입강제추행죄와 주거침입강간죄에 대한 법정형이 동일한 결과 형량에 있어 불합리성이 나타난다면, 이는 법관이 구체적인 양형을 통하여 시정하면 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 현저히 형벌체계상의 정당성이나 균형성을 상실하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.
평가	“추행행위가 구체적인 사안에 따라서는 강간이나 유사강간을 한 경우보다 무겁게 처벌하여야 할 필요가 있는 경우도 실무상 흔히 있을 수 있다”는 사실을 명시한 점에서는 고무적이다.

4) 장애인에 대한 성폭력 범죄

가) 판례 변화의 흐름

여기서 소개할 판례는 장애인에 대한 성폭력과 관련하여 정신적인 장애가 있는 사람이 객체로 추가된 계기가 된 판례(대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3392 판결)와 ‘항거불능’을 요건을 할 때의 판례(대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결)의 경향과 ‘항거불능’을 요건으로 할 때 ‘항거불능’을 확대 해석한 대법원 판결(대법원 2007. 7. 27. 선고 2005도2994 판결)을 중심으로 살펴보고자 한다.

첫 번째 판결에서 대법원은 “형벌 법규는 그 보장적 기능과 명확성, 그리고 유추해석을 금지하는 죄형법정주의의 원칙에 비추어 볼 때, 엄격하게 해석하여야 할 것이며, 구 성폭법 제8조에서 ‘신체장애’로 국한하여 규정하고 있다면 위 신체장애에는 정신지체, 정신박약 등의 정신적인 장애는 포함되지 않는다고 해석해야 한다”고 하여 성폭법 제8조의 적용을 배척하였다.

두 번째 판결에서 구 성폭법 제8조의 ‘항거불능’의 해석과 관련하여 “제8조의 구성요건에 해당하기 위해서는 피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었어야” 하며, “이러한 요건은 형법 제302조가 위계·위력으로써 미성년자·심신미약자를 간음·추행하는 경우를 따로 처벌하는 것에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 한다.”고 판시함으로써 ‘항거불능’의 의미를 매우 엄격하게 해석하고 있다.

세 번째 판결에서는 항거불능 상태를 유발하는 원인을 좀 더 넓히는 판단을 하여, 제8조의 ‘항거불능’이 장애 그 자체로 항거불능인 상태에 있는 경우 뿐 아니라, 신체장애 또는 정신상의 장애가 ‘주된 원인’이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하여야 한다고 판시하였다. 특히 정신적 장애의 경우 ‘항거불능’ 판단 시 고려할 요소를 확대하여 정신상 장애 정도 뿐 아니라, 피해자와 가해자의 신분을 비롯한 관계, 주변 상황 내지 환경, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 장애가 상호작용하여 저항이 곤란한 상태를 유발하고 강화할 수 있음을 반영한데 의의가 있다(김정혜, 2010:16).

나) 관련 판례

(1) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3392 판결

판결 번호	대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3392 판결
쟁점	정신적인 장애가 있는 여성에 대하여 장애인에 대한 준강간죄가 성립하는지 여부
적용 법률	구 성폭법 제8조(장애인에 대한 준강간등) 신체장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다. 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
대법원	대법원은 “형법 법규는 그 보장적 기능과 명확성, 그리고 유추해석을 금지하는 죄형법정주의의 원칙에 비추어 볼 때, 엄격하게 해석하여야 할 것인바, 특별법과 장애인복지법을 포함한 우리 법체계에 비추어 볼 때, 특별법 제8조에서 ‘신체장애’로 국한하여 규정하고 있다면 위 신체장애에는 정신지체, 정신박약 등의 정신적인 장애는 포함되지 않는다고 해석해야 한다”고 하여 성폭법 제8조의 적용을 배척하였다.

142 ●●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

(2) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결

판결 번호	대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결
쟁점	장애인에 대한 간음등 죄에서 “항거불능”의 의미
적용 법률	제8조(장애인에 대한 간음등) 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다. 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
대법원	대법원은 제299조의 ‘항거불능’의 해석에 대하여, “제297조(강간), 제298조(강제추행)와의 균형상” 심신상실 이외의 원인 때문에 ‘심리적·물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우’를 의미한다고 판시하였다. 그리고 이어 구 성폭법 제8조의 ‘항거불능’의 해석에서도 같은 관점에서 “제8조의 구성요건에 해당하기 위해서는 피해자가 신체장애 또는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었어야”하며, “이러한 요건은 형법 제302조가 위계·위력으로써 미성년자·심신미약자를 간음·추행하는 경우를 따로 처벌하는 것에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 한다.”고 판시했다.

(3) 대법원 2007. 7. 27. 선고 2005도2994 판결

판결 번호	대법원 2007. 7. 27. 선고 2005도2994 판결
쟁점	장애인에 대한 간음등 죄에서 “항거불능”의 의미
적용 법률	제8조(장애인에 대한 간음등) 신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다. 형법 제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
대법원	1심과 2심에서는 대법원 판결의 해석을 인용하여 항거불능을 부정하고 무죄를 선고하였다. 이에 대해 대법원은 피고인이 평소에 피해자의 모와 오빠에게 심한 폭력을 행사하였고, 첫 번째 범행은 야산 묘지 부근에서 이루어졌다는 점 등을 종합적으로 판단함으로써, 피해자의 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 피고인에 대한 저항의사를 실행하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한, ‘항거불능인 상태’에 있었다고 하여 원심을 파기하였다. 구체적인 판단 기준으로 항거불능 상태를 유발하는 원인을 좀 더 넓히는 판단을 하여, 제8조의 ‘항거불능’이 장애 그 자체로 항거불능인 상태에 있는 경우 뿐 아니라, 신체장애 또는 정신상의 장애가 ‘주된 원인’이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하여야 한다고 판시하였다. 특히 정신적 장애의 경우 ‘항거불능’ 판단 시 고려할 요소를 확대하여 정신상 장애 정도 뿐 아니라, 피해자와 가해자의 신분을 비롯한 관계, 주변 상황 내지 환경, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 장애가 상호작용하여 저항이 곤란한 상태를 유발하고 강화할 수 있음을 반영한데 의의가 있다.

나. 성폭력 관련 판례에 대한 내용 분석

1) 폭행 또는 협박에 대한 검토

가) 강간죄의 “폭행 또는 협박”에 대한 판례 법리

강간죄의 보호법익이 성적 자기결정권이라고 할 때, 강간죄란 타인의 성적 자기결정권을 침해하여 “타인의 동의 없이”, “강제력(유형력)을 행사하여”, “타인이 원치 않는” 성관계를 하는 범죄를 의미한다. 여기서 “강제력(유형력)을 행사하였는지”에 대하여 형법은 제정 시부터 지금까지 “폭행 또는 협박”을 구성요건으로 하고 있으며, 구 성폭법과 성폭력특별법은 성폭력의 개념을 특별히 규정하지 않고 어떠한 범죄가 성폭력범죄에 해당하는가를 열거하는 방식으로 정하고 있는데 이때 강간죄의 구성요건은 형법상 그것과 동일하다.

그리고 다시 이때 “폭행 또는 협박”이 어느 정도에 이르러야 하는지에 대하여 판례는 형법 제정 시부터 일관되게 “피해자의 항거를 불가능하게 현저히 곤란하게 할 정도일 것”을 요구하고 있다(대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결 등). 형법이 규정하는 “폭행 또는 협박”에 대한 해석 중 가장 협소한 해석이라고 하여 이른바 최협의설로 분류되는 입장이다.

하지만 이와 같은 판례의 기준은 ‘자신의 정조를 지키기 위해 극도로 저항하는 여성’만을 보호하게 되고, 물리적으로 약한 폭행·협박에 겁을 먹고 자포자기 상태로 간음을 당한 경우에는 ‘극도로 저항을 하지 않았기에’ 강간에 해당하지 않는 것으로 보게 되므로 판례가 강간죄의 보호법익이 ‘성적 자기결정권’이라고 보는 것과 부합하지 않는다는 비판을 받아왔다(조인섭, 2007:10). 다시 말해 목숨을 걸 정도로 격렬하게 저항하지 않는다면 보호받을 수 없는 처벌의 공백이 발생한 것이다.

성폭력 범죄에 대한 국민적 관심이 높아지고 그에 따라 성폭력 관련법이 개정됨에 따라 위와 같은 판례의 태도도 조금씩 변화의 움직임을 보이고 있으나, 여전히 최협의설이 가진 본질적인 한계로 인해 마땅히 처벌받아야 할 성폭력 범죄자임에도 무죄로 선고되는 경우가 다수 발생하고 있어 문제이다.

나) “폭행 또는 협박”이 있었는지 여부에 대한 판례의 구체적인 판단자료

강간죄가 성립하기 위한 “폭행 또는 협박”에 해당하는가는 법원이 “폭행 또는 협박”이 있었는지 여부를 판단하는 자료를 어디까지 인정하고, 또 그 자료를 어떤 관점에서 어떤 방식으로 해석하는가에 따라 달라진다.

“폭행 또는 협박”이 있었는지 여부를 판단하는 판단자료에 대하여 판례는 기본적으로 “그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”고 실시하고 있다.²²⁾ 그런데 판례는 이와 같이 실시하면서 구체적인 사례에서는 다음과 같은 요소를 “폭행 또는 협박”이 없었다는 근거로 들고 있는바, 성폭력범죄의 맥락을 이해하지 못한 채 보호받아야 할 피해자를 보호하지 못한다는 비판을 받아왔다.

- ① 과거 또는 현재 연인관계나 부부관계에 있었다는 사정, 피해여성이 여관에 따라 들어갔다는 사정

※ 관련 분석판결: (부정적 평가) 대법원 2000. 6. 23. 선고 98도3231 판결

- ② 별다른 강압이나 저항 없이 술을 함께 마시며 함께 있었다는 사정

- ③ 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정

※ 관련 분석판결: (긍정적 평가) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결: 유죄

- ④ 사후적으로 보아 피해자가 성교 전에 범행 현장을 벗어날 수 있었던 사정

- 성폭력을 전후하여 주변인에게 구조를 요청하지 않은 경우

※ 관련 분석판결: (부정적 평가) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결: 무죄

- ⑤ 피해자가 가해자에게 사후에 연락한 경우

※ 관련 분석판결: (긍정적 평가) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결: 유죄

- ⑥ 범행 즉시 신고하지 않은 사정

※ 관련 분석판결: (부정적 평가) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결

- ⑦ 피해자에게 이전부터 성매매경험이 여러 차례 있는 점

※ 관련 분석판결: (부정적 평가) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도9995 판결

22) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결, 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결, 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결 등

이 중 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정과 관련된 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결과 사후적으로 보아 피해자가 성교 전에 범행 현장을 벗어날 수 있었던 사정과 관련된 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도 2955 판결을 살펴보기로 한다.

(1) 관련 사례

(가) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결

사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결: 상고기각 2심 서울고등법원 2012. 11. 8. 선고 2012노2080 판결: 유죄 1심 인천지방법원 2012. 6. 21. 선고 2011고합827 판결: 무죄
쟁점	피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다고 하여 강간죄를 인정함.

피고인은 2011. 2. 6. 보험설계사인 피해자를 보험을 들어준다는 명목으로 집으로 유인하여, 집으로 온 피해자에게 상의를 벗어 오른쪽 앞가슴과 팔부분을 상처를 보이며 ‘이 상처가 뭔지 알아, 다 문신 지운 상처야. 내가 예전에 조폭이었어’라며 위협을 하면서 피해자에게 화장실에 들어가 씻고 나오라며 성교를 하자는 취지로 말하였다. 피해자는 생리 중이므로 하지 말아달라고 하였으나 피고인은 주먹을 쥐고 마치 때릴 듯이 협박하면서 수건을 깔고 하면 되니 화장실에 가서 닦고 나오라며 피해자를 화장실로 밀어 넣었다. 피해자가 겁을 먹고 화장실에서 씻는 시늉을 하고 나오자 피고인은 피해자를 침대에 밀쳐 넘어뜨리고 피해자의 위에 올라타, 소리를 지르며 몸부림을 치는 피해자를 몸으로 눌러 반항을 억압하여 팬티를 벗긴 후 피해자를 1회 간음하여 강간하였다.

법원의 판단

1심 법원은 피고인을 조직폭력배로 알고 보복이 두려워 신고도 못했다고 주장하는 피해자가 사건 직후 피고인에게 전화를 걸어 상당 시간 통화를

하였던 사정을 들어 심각한 유형력의 행사가 이루어졌는지 의심스러우며 피고인이 강간죄의 성립에 필요한 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 하였다고 보기에는 그 증거가 충분하지 않다고 하여 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다. 그러나 2심 법원은 강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다고 판시하며 유죄를 인정하였다. 이에 피고인이 사실오인 및 법리오해를 주장하며 상고하였으나 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(나) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결
사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결: 상고기각 2심 광주고등법원 2013. 2. 8. 선고 (전주)2012노189 판결: 무죄 1심 전주지방법원 2012. 8. 9. 선고 2012고합32 판결: 유죄
쟁점	① 성폭력을 전후하여 주변인에게 구호요청을 하지 않는 점, ② 범행 즉시 신고하지 않은 점을 들어 강간죄 성립을 부정함.

피고인은 2011. 8. 27.경 A시 B주차장에서 자신이 운전하던 카니발 차량 조수석에 앉아 있던 피해자에게 사귀자고 말하며 성관계를 한번 갖자고 말하였는데, 피해자가 이를 거절하자 뒷좌석에서 위험한 물건인 망치(전체 길이 약 27cm)를 꺼내 피해자의 머리를 내리찍으려고 하면서 피해자에게 “니 머리를 깨버릴 수도 있고, 망치로 사람을 죽일 수도 있다”라고 겁을 주어 피해자의 반항을 억압한 후 피해자로 하여금 추리닝 바지 및 속옷을 벗게 하였다. 그 후 피고인은 조수석으로 넘어가 피해자를 간음하던 중 C대학교 주차장으로 이동하여 위 차량 안에서 피해자를 1회 간음하여 강간하였다.

법원의 판단

1심 법원은 피해자는 피고인이 망치로 자신을 위협하여 강간한 것이라고 일관되게 진술하고 있는 점, 피고인은 피해자와 사귀기로 하고 피해자와 차 안에서 성관계를 가진 것이라고 주장하나, 피해자는 이 사건 범행 당시 사귀던 남자친구가 있어 갑자기 피고인을 만나 피고인의 애인이 되어 차 안에서 성관계를 가질 이유가 없는 것으로 보이는 점, 피해자는 피고인이 다른 사람의 얼굴을 담뱃불로 지진 전력이 있고 조직폭력배로 활동하는 것으로 알고 있어 피고인의 행동에 두려움을 느껴 이 사건 범행 당시 쉽게 저항하기가 어려웠던 것으로 보이는 점을 들어 유죄를 인정하여 징역 5년을 선고하였다. 그러나 2심 법원은 피해자가 주변의 다른 사람들에게 구호요청을 하지 않은 점, 사건 당시 피해자는 휴대전화를 가지고 있었으므로 구호요청을 할 수 있었음에도 그러한 행동을 취하지 않았을 뿐 아니라 위 차량에서 벗어나려는 아무런 시도를 한 흔적이 없는 점, 피고인과 헤어진 이후 즉시 수사기관에 신고하지 않은 점 등을 들어 피해자의 진술을 그대로 믿기 어렵고, 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다고 하여 무죄를 선고하였다. 이에 검사가 증거 채부 및 증거 판단에 관한 법리오해 주장을 들어 상고하였으나 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(2) 관련 사례에 대한 평가

첫 번째 사례인 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결에서의 쟁점은 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 단정할 수 있는가에 관한 것이다.

1심 법원은 피고인을 조직폭력배로 알고 보복이 두려워 신고도 못했다고 주장하는 피해자가 사건 직후 피고인에게 전화를 걸어 상당 시간 통화를 하였던 사정을 들어 심각한 유형력의 행사가 이루어졌는지 의심스러우며 피고인이 강간죄의 성립에 필요한 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 하였다고 보기에 그 증거가 충분하지 않다고 하여 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

이에 대해 2심 법원은 강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다고 판시하면서 유죄를 인정하고 있다. 피해자가 성교 전에 범행 현장을 빠져 나갈 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 이유만으로 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박이 있었다고 보기 어렵다는 것이 일반적인 판례태도였다. 성폭력 피해자는 성교전에 범행현장을 빠져 나갈 수 있는 경우 반드시 빠져 나가야 하고, 사력을 다하여 반항해야 하는 등의 성폭력 피해자에 관한 통념이 정해져 있었고, 그에 어긋나면 강간죄를 인정할 수 없다는 것이었다.

이러한 판례의 태도에 대해 법원이 피해자의 관점과 경험에 기반을 둔 합리적이고 중립적인 판단기준을 정립하는 것이 필요하다는 주장이 꾸준히 제기되었으며, 그에 따라 대법원은 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결 등에서 위에 실시한 이유를 들어 강간죄의 유죄를 인정함으로써 긍정적인 변화의 움직임을 보이고 있다.²³⁾ 위에 제시된 첫 번째 판례는 이러한 맥락에서 나온 판결로서 강간죄의 폭행·협박의 해석과 관련한 변화된 판결로 평가된다.

두 번째 사례인 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결에서의 쟁점은

23) 이 판결에서 대법원은 “피고인이 노래방의 방실 밖으로 나간 일이 있음에도 피해자가 그대로 머물러 있었으며, 성행위 당시 피해자가 몸을 일으켜 그 장소를 탈출하려고 하거나 소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적으로 반항한 흔적을 찾아볼 수 없다”고 한 피고인의 주장에 대하여 위 본문에 실시한 법리를 들어 “위와 같은 피해자의 진술은 피고인이 강간범의를 확정적으로 드러내기 이전에 피해자가 노래방에서 벗어날 기회가 있었다거나 옷이 벗겨진 구체적인 경위를 기억하지 못한다는 것만으로 쉽사리 배척할 수 있는 내용이 아니라고” 판시하여 강간치상에 대해 무죄를 선고한 원심판결을 파기하였다. 유사한 판례로 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도4031 판결 등이 있다.

성폭력을 전후하여 주변인에게 구호요청을 하지 않거나 범행 즉시 신고하지 않은 것에 대해 강간죄 성립을 인정할 수 있는가에 관한 것이다.

1심 법원은 피해자는 피고인이 망치로 자신을 위협하여 강간한 것이라고 일관되게 진술하고 있는 점 등을 들어 유죄를 인정하여 징역 5년을 선고하였다. 2심 법원은 사건 당시 피해자는 휴대전화를 가지고 있었으므로 구호요청을 할 수 있었음에도 그러한 행동을 취하지 않았고, 위 차량에서 벗어나려는 아무런 시도를 한 흔적이 없는 점, 피고인과 헤어진 이후 즉시 수사기관에 신고하지 않은 점 등을 들어 피해자의 진술을 그대로 믿기 어렵다는 이유로 무죄를 선고하였다. 피해자가 식사배달원과 접촉할 수 있는 기회가 있었던 것으로 보이는 점에 비추어 구조요청이나 탈출이 불가능하였다고 보기가 어렵다고 하여 폭행·협박을 부인한 것이다.

피해자는 언제나 구호요청을 해야 하고 피고인과 헤어진 후 수사기관에 신고해야 하는 등 성폭력피해자상이 정해져 있고, 그에 위배되면 폭행·협박을 부인하고 강간죄를 인정하지 않는다. 법원은 피해자가 구호요청이나 즉시 신고하지 않은 사정을 주의 깊게 관찰해야 하며, 모든 피해자들이 같은 행동을 하지 않으리라는 사실을 염두에 두고 판결을 해야 한다. 두 번째 사례의 피해자는 더 큰 범행의 가능성을 예감하고 구조요청을 하지 않았거나 피고인이 조직폭력배로 활동한 것을 알고 있는 상황에서 보복의 위협을 느끼고 신고를 단념했을 수도 있다. 2심 법원이 이러한 사정을 살피지 않은 채 무죄를 선고한 것은 성폭력 통념에 기인하여 판단하고 있음을 배제할 수 없다.

첫 번째 판례가 피해자의 저항행위를 확증하는 요건으로 고려했던 구조요청 여부나 현실적인 저항행위 등이 최협의의 폭행·협박의 내용과 정도를 판단하는데 고려할 요소가 아니라는 점을 확인한 것이라고 할 수 있으나 두 번째 판례는 이를 인정하지 않고 있다. 동일한 시점에 이루어진 구조요청이나 저항행위에 관한 판단을 하고 있는 2개의 판례가 일관성이 없는 결론을 내리고 있는 것이 현실이며, 통일적인 기준마련이 필요하다.

다) 강제추행죄의 “폭행 또는 협박”

판례는 강제추행죄가 성립하기 위한 “폭행 또는 협박”에 대하여는 강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되는 것이며, 이 경우에 있어서의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것임을 요하지 않고 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있는 이상 그 힘의 대소 강약을 불문한다고 판시하여(대법원 2003. 7. 22. 선고 2003도2417 판결) 강간죄의 “폭행 또는 협박”보다 완화하여 해석하고 있다.

라) “위력”에 의한 성폭력 범죄와의 비교

판례는 “위력”에 의한 성폭력 범죄에서 “위력”에 대하여 “피해자의 성적 자유의사를 제압하기에 충분한 세력으로서 유형적이든 무형적이든 묻지 않으며, 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하다”고 판시하고 있다. 그리고 위력으로써 추행한 것인지 여부는 피해자에 대하여 이루어진 구체적인 행위의 경위 및 태양, 행사한 세력의 내용과 정도 내지 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 피해자에게 주는 위압감 및 성적 자유의사에 대한 침해의 정도, 범행 당시의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 하여, 강간죄의 “폭행 또는 협박”의 판단자료와 마찬가지로 다양한 요소를 고려하고 있다(대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4069 판결).

2) 피해자 진술의 신빙성에 대한 검토

가) 형사재판에서 피해자 진술의 신빙성에 대한 판례 법리

피해자 진술은 피고인에게 불리한 것을 본질로 한다. 특별한 경우가 아니라면 일반론으로 볼 때 피해자가 스스로 없는 범죄피해를 만들어 무고한 자를 가해자로 모는 일은 없을 것이다. 피해자 역시 번거로운 수사와 재판

절차에서 또 다른 2차 피해, 즉 정신적 고통, 경제적 손실을 겪을 수 있기 때문이다. 그러나 한편으로 피해자가 통상 갖게 될 범인에 대한 악감정은 종종 사실을 왜곡시키고, 진실에 반하는 증언을 하게끔 하는 원인이 될 수 있다(김상준, 2013:205). 따라서 판례는 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어 피해자의 진술에 일관성과 구체성이 인정된다면 그 신빙성을 인정하는 것을 시작으로, 신빙성을 부정하는 이유가 인정될 때에 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 방식으로 피해자 진술의 신빙성을 판단하고 있다.

형사재판에서 심급 간에 ‘전심에서 판단한 피해자 진술의 신빙성을 상급심에서 어느 정도까지 배척할 수 있는지’에 관하여 살펴보면, 피해자 진술의 신빙성은 사실의 인정 영역에 속하는 것이므로 그 전제로 행하여지는 증거의 취사선택 및 평가는 논리와 경험칙에 반함으로써 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하는 한 사실심법원의 전권에 속하는 것을 원칙으로 한다. 즉 대법원은 예외적으로 사실인정이 논리와 경험칙에 반하는 경우를 제외하고 일반적으로 진술의 신빙성에 대한 2심의 판단을 그대로 인용하고 있다.

다음으로 1심에서 판단한 진술의 신빙성을 항소심에서 어느 정도까지 배척할 수 있는지를 보면, 판례는 항소심은 1심의 사후심이므로 1심에서 판단한 진술의 신빙성은 원칙적으로 조사한 증인을 다시 심문하지 아니하고 그 조서의 기재만으로 그 증언의 신빙성 유무를 판단할 수 있다고 하여 1심의 판단을 기본적으로 존중하고 있다. 그러나 반면 항소심은 속심의 성격을 가지므로 제1심이 채용한 유일한 증거에 대하여 그 신빙성에 의문은 가지지만 그렇다고 직접 증거조사를 한 제1심의 자유심증이 명백히 잘못되었다고 볼 만한 합리적인 사유도 나타나 있지 않은 경우라면 비록 동일한 증거라고 하더라도 다시 한번 증거조사를 하여 항소심이 느끼고 있는 의문점이 과연 그 증거의 신빙성을 부정할 정도의 것인지 알아보거나, 그 증거의 신빙성에 대하여 입증의 필요성을 느끼지 못하고 있는 검사에 대하여 항소심이 가지고 있는 의문점에 관하여 입증을 촉구하는 등의 방법으로 그 증거의 신빙성에 대하여 더 심리하여 본 후 그 채부를 판단하여야 할 것을 요구하고 있다(대법원 1994. 11. 25. 선고 94도1545 판결). 즉 항소심은 유일한

증거인 진술의 신빙성에 대한 1심의 심증이 명백히 잘못되었다고 볼 만한 합리적인 사유가 나타난 경우에는 바로 그 진술의 신빙성을 배척하고, 만약 그 신빙성에 의문을 가지지만 그렇다고 제1심의 자유심증이 명백히 잘못되었다고 볼 만한 합리적인 사유도 나타나 있지 않은 경우라면 다시 한번 심리한 후 진술의 신빙성을 판단하고 있다.

나) 성폭력범죄에서 피해자 진술의 신빙성에 대한 판례 법리

앞서 본 형사재판에서 피해자 진술의 신빙성에 대한 판례 법리는 성폭력 범죄에서도 기본적으로 동일하게 적용된다. 그런데 성폭력범죄는 그 특성상 피해자 진술의 신빙성이 유일한 증거로 제시되는 경우가 많다. 다시 말해 법원이 피해자 진술의 신빙성을 인정하지 않는다면 곧바로 “이를 달리 인정할 증거가 없으므로”, “범죄사실의 증명이 없는 때에 해당하여 무죄”가 선고되는 경우가 많다. 이는 앞서 성폭력 관련 판례에 대한 실태분석에서 사실오인의 주장 내용 중 피해자 진술의 신빙성을 다투는 경우가 많은 비중을 차지하고 있으며 분석대상 사건의 42.8%인 302건에서 피해자 진술의 신빙성에 대한 다툼이 존재하였으며, 피고가 다툼 276건 중 19건(6.9%)에서 피해자 진술의 신빙성이 부정되었으며, 검사가 다툼 31건 중 12건(38.7%)에서 피해자 진술의 신빙성이 부정되고 있음을 살펴보았다.²⁴⁾

따라서 성폭력범죄에서 피해자 진술의 신빙성이 인정되는지는 특히 중요한 위치를 차지한다. 성폭력범죄의 경우 고소부터 수사, 재판절차에서 겪게 되는 정신적 고통 때문에 피해자들이 일반적으로 고소를 주저한다는 점을 미루어 볼 때, 의도를 가지고 한 것이 명확하게 드러나지 않는 경우에는 피해자의 진술을 인정하는 것을 원칙으로 해야 할 것이다.

판례 역시 성폭력범죄에서 피해자 진술의 신빙성이 문제되는 경우 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 데에 신중을 기하고 있는바, 피해자 진술의 신빙성을 인정하는 일련의 판례에서 다음과 같이 실시하고 있다.

24) 이와 근사한 수치는 김상준의 연구에서도 제시된 바 있다. 이에 의하면 전체 540건의 분석대상 중 절반에 가까운 266건(49.3%)에서 피해자 진술의 신빙성이 문제되었음을 보여주고 있다(김상준, 2013:181).

“법원은 공소사실을 뒷받침하는 피해자 등의 진술의 신빙성 유무를 판단함에 있어서, 진술 내용 자체의 합리성·논리성·모순 또는 경험칙 부합 여부나 물증 또는 제3자의 진술과의 부합 여부 등은 물론, 법관의 면전에서 진술한 후 공개된 법정에서 진술에 임하고 있는 증인의 모습이나 태도, 진술의 낱말 등 증인신문조서에는 기록하기 어려운 여러 사정을 직접 관찰함으로써 얻게 된 심증까지 모두 고려하여 신빙성 유무를 평가하게 되고, 피해자를 비롯한 증인들의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하는 경우 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없는 한 이를 함부로 배척하여서는 안 된다.”²⁵⁾

반면 피해자의 신빙성을 부정하는 일련의 판례에서는 위와 같은 설시 대신, ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익을 원칙으로 해석해야 한다.’는 형사소송법상의 무죄추정의 원칙을 들어 피해자 진술의 신빙성을 배척하고 있다. 구체적인 판시내용은 다음과 같다.

“형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다.”²⁶⁾

물론 증거가 모두 현출된 다음에 그 증거로 유죄여부를 판단할 때 무죄추정의 원칙이 적용되는 것은 당연하다. 하지만 증거의 신빙성을 다투면서

25) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7917 판결(피해자가 술에 취하여 잠을 자거나 피곤해서 잠을 자는 상태를 이용하여 3회 간음하고 처녀막파열상을 입힌 사안에서 증인 진술의 신빙성에 대한 제1심의 판단을 뒤집은 항소심의 조치에 공판중심주의와 직접심리주의의 원칙에 어긋남으로써 채증법칙을 위반한 위법이 있다고 하여 파기한 사례).

대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결(택시 안에서 택시기사로부터 강제추행당하였다는 피해자의 진술을 신빙성이 없다는 이유로 배척한 원심판결을 자유심증주의에 관한 법리오해 등의 위법이 있다는 이유로 파기한 사례).

26) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결, 대법원 2013. 9. 27. 선고 2013도8701 판결.

피해자의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하며 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없음에도 불구하고, 위와 같이 피고인의 이익을 들어 피해자의 신빙성을 부정하는 것이 타당한지는 의문이다.

한편 판례는 피해자 진술의 신빙성 판단에 매우 엄격한 기준을 적용하고 있는데 반해 피해자와 반대되는 피고인의 진술의 신빙성에 대하여 법원은 보통 특별한 판단을 하고 있지 않거나, 완화된 판단을 하고 있다. 물론 피고인 진술이 피해자의 진술과 증거에서 다른 위치를 점하고 있기는 하지만 피고인의 진술은 피해자의 진술의 신빙성에 의문을 제기하는 시작이자 피해자 진술의 신빙성을 판단하는 주요 기준이 될 수밖에 없으므로, 피고인 진술의 신빙성도 법원이 판단할 필요가 있다고 생각된다. 관련하여 최근 피고인 진술의 신빙성과 피해자 진술의 신빙성을 각 비교하여 피해자 진술의 신빙성이 더 높다는 것을 들어 유죄를 선고하거나, 피고인 진술이 일치하지 않는다는 것을 들어 유죄를 선고한 사례가 있어 주목할 만하다.²⁷⁾

다) 성폭력범죄에서 피해자 진술의 신빙성에 대한 판례의 판단기준

성폭력범죄에서 피해자 진술의 신빙성 판단은 가장 먼저 피해자 진술이 얼마나 구체적이며, 일관되었는지를 중심으로 이루어진다. 그리고 다음으로 진술의 신빙성을 배척할 만한 특별한 사유가 있는지를 심리하게 된다. 그런데 이와 같은 기준은 매우 추상적이기 때문에, 실무에서는 판사가 “성폭력 피해의 맥락”과 “성폭력 피해자 진술의 특성”을 얼마나 이해하고 있는지 여부가 실제 재판결과에 큰 영향을 미치게 된다. 결국 “피해자 진술의 신빙성을 배척할 만한 사유로 보는지” 여부는 법관이 성폭력범죄를 바라보는 관점에 따라 달라질 수 있음을 의미한다.

그런데 성폭력 피해자는 그 범죄의 특성상 정신적 충격에 의해 성폭력 당시의 상황을 잘 기억하지 못하거나, 수년간 지속된 피해의 경우 일시, 장소를 특정하기 어려운 경우도 있으며, 시간이 흐르면서 잘못된 기억이 바로

27) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결, 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14821 판결, 대법원 2013. 1. 16. 선고 2012도13075 판결.

잡아지기도 하고, 때로 잘 기억나지 않음에도 진술해야 한다는 부담감에 추측하여 진술을 하는 경우도 발생한다. 특히 아동·장애인 성폭력 피해자의 경우 확연히 다른 진술의 특수성을 가지고 있다. 따라서 성폭력범죄를 담당하는 판사는 “성폭력 피해의 맥락”과 “성폭력 피해자 진술의 특성”을 반드시 이해한 후에 심리에 임해야 한다.

판례의 경향을 살펴보면 종전에는 사소한 부분에 일관성이 없는 경우에도 무죄를 선고하는 등 성폭력 피해의 맥락 내지 피해자의 특성을 이해하지 못하는 사례가 많았으나, 최근에는 진술이 전반적으로 일관된다면 사소한 부분이 일관되지 못하여도 성폭력 범죄의 특성을 고려하여 진술의 신빙성을 인정하는 등 합리적인 판단이 늘어나고 있다.²⁸⁾ 하지만 여전히 성폭력 행위 중의 사소한 순서에 관하여 피해자가 일관되지 않는 진술을 한다는 이유로 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 등 불합리한 판결도 발견된다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결). 이하에서는 구체적인 사례를 통해 살펴보기로 한다.

라) 관련 사례

(1) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결

(가) 사건개요 및 사실관계

앞서 다룬 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결은 진술이 일관되지 못했거나 과장된 부분이 있는 경우 진술의 신빙성을 인정할 수 있는 가를 쟁점으로 하고 있다.

(나) 법원의 판단

1심 법원은 피해자는 당시 생리가 시작된 것으로 생각하고 있었고, 초면인 피고인과 낯선 장소에서 흔쾌히 성관계를 나눌 상황은 아니었던 것을

28) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2012도13539 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2014도670 판결. 연합뉴스 2014. 7. 3. 정윤덕 기자 작성 “지적장애 딸 추행 40대 실형...’범행 일시 불특정 문제 안 돼” 참조, <http://www.yonhapnews.co.kr/local/2014/07/03/0807000000AKR20140703167300063.HTML>(2014.12.15. 최종방문)

들어 “성관계를 하자는 자신의 제안에 피해자가 흔쾌히 동의하여 성관계를 가지게 되었다는 피고인의 주장에 대해서는 납득하기 어렵다”, “피해자가 별로 내키지 않은 상태에서 피고인과 성관계를 가졌을 가능성은 농후하다”고 판시하면서도, 피해자가 묘사하는 피고인의 폭행 정도는 상당히 심각한 것인데 신체에 그에 상당한 손상이 남아있다는 자료가 확보되지 않았다는 이유를 들어, 피해자가 당시 상황을 과장하거나 생략하지 않고 있는 그대로 진술하고 있는지 의심스러우며, 따라서 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 하였다고 보기에는 그 증거가 충분하지 않다고 하여 피고인에 대해 무죄를 선고하였다.

이에 대해 2심 법원은 설사 폭행이나 협박 상황에 관한 피해자의 일부 진술에 다소 과장된 부분이나 일관되지 못한 부분이 있다 하더라도 이는 성폭력 범죄의 피해자로서 피해 상황을 부각하기 위한 것이거나 그 당시 상황에 관한 기억 과정에서 정신적 고통에 따른 흥분으로 인한 것 또는 시간의 경과에 따른 기억의 쇠퇴나 착각에 의한 것으로 보일 뿐이고, 적어도 “예전에 조폭이고 화상 흉터를 문신을 지운 상처라고 하면서 때릴 듯이 위협하고 피해자를 밀쳐 침대에 눕힌 후 강제로 팬티를 벗기고 간음하였다”는 취지의 피해자 진술 부분은 수사기관에서부터 당심에 이르기까지 구체적이고 일관된다는 점을 들어 유죄를 인정하였다. 이에 피고인이 사실오인 및 법리오해를 주장하며 상고하였으나 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(2) 대법원 2000. 6. 23. 선고 98도3231 판결

(가) 사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2000. 6. 23. 선고 98도3231 판결: 상고 기각 2심 서울고등법원 1998. 8. 26. 선고 98노1277 판결: 무죄 1심 춘천지방법원 강릉지원 1998. 5. 14. 선고 97고합111 판결: 유죄(징역 4년)
쟁점	① 피해자의 진술은 담뱃불로 지지는 폭행을 당하게 된 경위에 관하여 진술내용을 변경하고 있다는 점을 들어 그 신빙성을 부정하고, ② 피고인의 경찰에서의 자백, 검찰에서의 자백은 피해자의 진술에 맞추어 진술된 것으로 보인다고 판단함. ③ 피고인과 피해자가 그 동안 성관계를 맺은 경위와 횟수, 그들 사이의 관계를 들어 폭행·협박을 부정함.

피고인은 도서관 소속 이동도서관 차량을 운전하던 기능직 공무원이었던 자이고, 피해자는 위 이동도서관 차량을 타고 다니며 시민들에게 책을 대여하는 업무에 종사하던 자이다. 피고인은 1996. 12.경 피해자와 AA에 가서 침을 맞고 돌아오다가 함께 소주를 마시고 간 여관방에서 피해자를 성폭행하였다. 그 후 1997. 3.경 피고인의 집에서 성폭행을 했고, 그 후부터 약 10여회 피고인의 집에서 피해자를 성폭행하였다. 1997. 9. 일자불상 18:00경 A소재 피해자의 자취방 골목길에서 귀가하던 중인 피해자를 강제로 피고인 소유의 승용차에 태워 AB소재 여관으로 끌고가 도망가지 못하도록 출입문을 잠그고 피해자를 강간하였다. 이 사건 범죄사실은 마지막 1997. 9.경 강간행위이다. 이어 “이렇게라도 해야지 다른 사람에게 못 갈 것이다”라고 말하며 담배로 피해자의 배꼽 밑 부분을 1회 지저 피해자에게 약 3주일간의 치료를 요하는 화상을 가하였으며, 같은 해 11. 15. 13:00경 이동도서관 차량이 고장 났으니 피고인의 차량으로 위 도서관까지 데려다 주겠다고 유인하여 피해자를 승용차에 태운 후 그대로 B방면으로 운행하는 것을 위 피해자가 여러 차례 내려 줄 것을 요구하였으나 이를 묵살하고, “이미 계획된 일이다. 이제는 어쩔 수 없다. 우리는 죽어도 같이 죽고 살아도 같이 살자.”고 말하면서 그때부터 같은 달 19. 21:20경까지 사이에 B와 C일대를 돌아다니며 위 피해자가 탈출할 수 없게 함으로써 위 피해자를 감금하였다.

(나) 법원의 판단

2심 법원은 피고인이 피해자를 담뱃불로 지지는 등의 폭행, 협박을 당하게 된 경위에 관하여 진술내용을 변경하고 있다는 점, 즉 피해자가 경찰 진술에서는 피해자가 반항하자 담뱃불로 피해자의 배꼽 밑 부분을 지지면서 말을 듣지 않으면 그냥 두지 않는다고 폭행, 협박하여 반항을 억압하고 강간을 하였다고 진술하다가, 검찰 진술에서는 피해자가 소리를 지르면서 경찰에 신고하겠다고 했더니 피고인이 “12월 대선이 있기 때문에 감옥에 들어가도 금방 나온다. 나오게 되면 가만 두지 않겠다.”고 겁을 주었고, 피해자가 “너한테서 벗어날 수 있다면 나는 죽음하고도 바꿀 수 있다. 하나도 겁이 나지 않는다.”고 하자 “그러면 너의 가족을 괴롭히겠다.”고 가족까지

위협하여 반항하지 못하고 강간을 당하게 되었고 강간을 당한 후 울고 있는 피해자에게 다른 사람에게 가지 못하게 담뱃불로 피해자를 지켰다고 하여 강간당하는데 있어서 피고인으로부터 담뱃불로 지지는 등의 폭행, 협박을 당하게 된 경위에 관하여 진술내용을 변경하고 있다는 이유로 피해자 진술의 신빙성을 부정하였다.

피고인이 이 사건 성관계를 가지는데 있어서 피해자의 자유로운 의사에 영향을 미치는 어느 정도의 위력을 행사하였다고 하더라도 피고인과 피해자가 그 동안 성관계를 맺은 경위와 횟수, 그들 사이의 관계 등을 종합하면, 피고인이 행사한 폭행과 협박의 정도가 피해자의 반항을 억압한 정도의 것이고, 따라서 피해자가 항거불능 내기 항거가 현저하게 곤란한 정도의 상태에 있었다고 인정하기에 부족하고 원심이 들고 있는 폭행, 협박을 당한 경위에 관한 일관성이 없는 피해자의 각 진술과 피해자의 진술에 맞추어 진술된 것으로 보이는 피고인의 경찰에서의 자백과 검찰에서의 일부 자백진술만으로 피고인이 피해자의 반항을 억압하고 강제로 피해자를 강간하였다는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다는 것이다. 이에 검사가 사실오인을 주장하며 상고하였으나 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(3) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도9995 판결

(가) 사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도9995 판결: 상고기각 2심 대전고등법원 2013. 7. 24. 선고 2013노108 판결: 무죄 1심 대전지방법원 2013. 2. 7. 선고 2012고합652 판결: 유죄
쟁점	피해자에게 이전부터 성매매 경험이 여러 차례 있는 점을 들어 피해자 진술의 신빙성을 부정함.

피고인은 피해자(17세)에게 채무를 변제하지 않으면 선배들의 사무실로 데려가 신체에 위해를 가할 듯이 협박하고, 같은 날인 2012. 8월 초 10:00경 모텔로 피해자를 데려가 손으로 피해자의 팔을 끌어당기면서 피해자의 반항을 힘으로 억압하는 방식으로 옷을 벗긴 다음, 피고인은 하의만 벗은 채

피해자의 머리를 잡고 성기를 빨도록 하였으나 피해자가 주저하자 “빨리 해. 빨리 안 해? 너 자꾸 그렇게 하면 오빠 정말 화낸다.”고 겁을 주면서 성기를 빨도록 하고, 계속하여 피해자의 성기에 자신의 성기를 삽입하고, 다시 자신의 성기를 빨게 하여 피해자의 입에 사정하여 청소년인 피해자를 강간하였다.

(나) 법원의 판단

1심 법원은 피해자가 검찰 및 법정에서 일관되게 “위 범죄사실과 같은 일시·장소에서 피고인으로부터 강간을 당하였다. 피고인의 성기를 입으로 빨게 하고, 간음한 다음 입으로 빨게 한 뒤 입안에 사정하였다.”고 진술하고 있는 점과 이 사건 범행 전후의 피해자의 처지, 피고인과 피해자의 관계, 피해자의 나이, 원심 법정에서의 피고인 및 피해자의 태도 등을 종합하면 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단하였다.

한편 같은 시기에 있었던 피해자에 대한 협박과 성매매강요행위에 대하여 각 유죄를 선고하였다.

1심 판결에 대해 피고인은 성관계 사실 자체가 없다는 이유로 강간죄를 선고한 부분에 대해 항소하였다.

2심은 “피해자의 진술이 구체적이고 일관되고 있어 실제로 피고인이 피해자를 간음하였을 가능성이 상당히 높은 것은 사실이나”라고 하면서 형사재판에서 의심이 갈 경우에는 피고인의 이익으로 판단하여야 한다는 법리를 들어 피해자 진술의 신빙성이 부족하여 이를 그대로 믿기 어려워 보인다는 이유로 강간의 점에 대해 유죄를 선고한 1심을 파기하고 무죄를 선고하였다. 이에 검사가 상고하였으나 상고기각으로 판결이 확정되었다.

2심 법원이 피해자 진술의 신빙성을 부정한 대표적인 사유를 살펴보면 다음과 같다.

범행 장소에 가게 된 구체적 경위

모텔 내에서 중국음식을 주문하고 함께 식사한 내용 및 그 이후의 행동

피해자에게 이전부터 성매매경험이 여러 차례 있는 점에 비추어 피해자 진술의 신빙성은 제한적임.

피고인이 간음할 당시 때리거나 하지는 않았고, ‘너 자꾸 안하거나 자꾸 그러면 화내겠다’는 말로 겁을 주었을 뿐이라고 진술하고 있는 점

식사를 주문하고서 기다리는 동안 성폭행을 시도하고 같이 식사를 마친 후에 다시 성폭행을 하였다고 하는 등으로 그 과정이 매우 이례적이라는 점

주변 사람들에게 강간 피해사실을 전혀 이야기 하지 않은 점

피해자의 진술내용이 사실이라고 하더라도 피해자가 식사배달원과 접촉할 수 있는 기회가 있었던 것으로 보이는 점에 비추어 구조요청이나 탈출이 불가능하였다고 보기도 어려워 피해자의 반항을 억압할 수 있을 만한 정도의 유형력의 행사가 있었는지 의심스러움.

피해자의 연인을 만나기로 예정되어 있었는데 그와 같은 상황에서 피고인이 피해자를 강간하였다는 것은 쉽게 상정하기 어렵다는 점

피해자에게 허위진술의 동기가 있는지 여부: 피해자가 피고인으로부터 협박을 당하고 성매매를 강요당하여 그 대가를 빼앗긴 사실이 있으므로 복수심에서 허위 진술을 하고 있을 것.

(4) 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12422 판결

(가) 사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12422 판결: 상고기각
	2심 서울고등법원 2013. 9. 26. 선고 2013노1974 판결: 무죄
	1심 의정부지방법원 2013. 5. 24 선고 2013고합19 판결: 유죄

피고인은 2012. 6. 26. 02:25경 피해자(16세)의 원룸에서, 피해자 및 피해자의 친구 E와 술을 마시다가, E가 방을 나간 후에 피해자에게 다가가 피해자의 무릎에 머리를 대고 “안아 달라”고 하는 등 신체접촉을 시도하였다. 간음하기로 마음먹고 피해자가 입고 있던 체육복 반바지와 팬티를 벗겨 피해자의 다리와 음부를 애무하던 중 위 원룸에서 피해자의 친구들이 들어오는 소리를 듣고 자신의 행동을 멈추었다. 피해자는 바지를 벗기려는 순간 피고인의 손을 잡으며 “하지마세요”라고 말했으며(피고인은 피해자

가 그냥 튕겨보는 것으로 생각했다고 진술함), 거둬 싫다는 의사를 표시하였다. 이로써 피고인은 위력으로서 아동청소년인 피해자를 간음하려다 미수에 그쳤다.

(나) 법원의 판단

1심 법원의 판단은 피해자는 피해 당시 상황에 관하여 수사기관에서부터 이 범정에 이르기까지 일관되게 진술하고 있으며, 허위로 진술한다고 의심할 만한 사정이 보이지 않는다는 점, 피고인 스스로도 피해자의 바지를 벗기려는 순간 피해자가 손을 잡으며 “하지 마세요”라고 말한 사실은 있으나 피해자가 그냥 튕겨보는 것으로 생각했다. “피해자를 애무하던 중 성관계를 하고 싶은 마음에 바지를 내리려고 한 적은 있다.”고 진술한 점, 건장한 체격의 성인 남성인 피고인과 원룸에 단둘이 있는 상황에서 성경험이 없는 것으로 보이는 피해자로서는 당시 피고인의 구체적인 폭행·협박이 없었더라도 적극적인 반항이 어려웠을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 피해자를 애무하고 나아가 위력으로써 피해자를 간음하려다 미수에 그친 사실을 넉넉하게 인정할 수 있다고 판시하여 유죄를 선고했다.

그러나 2심에서는 금전적인 채무를 가진 E가 피해자의 핸드폰을 이용하여 피해자로 가장하여 피고인을 피해자의 원룸으로 오게 하였고, E가 먼저 피해자랑 단둘이 이야기 하게 자리를 비켜준다는 취지로 말했고, 얼마 지나지 않아 F, M(F의 남자친구)과 함께 방문을 초인종을 누르지 않고 비밀번호를 누르고 들어온 점, 피해자는 E가 나가는 과정에서 아무런 반응을 보이지 않았고, 피고인이 성적 접촉을 시도하는 중에도 소리를 지르거나 도움을 요청하지 않은 점, E가 피해자를 평소 때리거나 괴롭혔으며, 피해자는 E의 요구에 대해 쉽게 거절하기 힘든 위치에 있었던 점을 종합하여 이 부분 공소사실이 진실한 것이라고 확신케 할 정도의 증명력이 있다고 보이지는 않고, 오히려 그 진실성 및 신빙성이 의심스럽다고 판단하여 무죄를 선고하였다. 이에 검사가 상고하였으나 상고기각으로 판결이 확정되었다.

마) 관련 사례에 대한 평가

첫 번째 사례인 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결에서의 쟁점은 정황상 피해자가 동의하지 않는 성관계로 보이나 신체손상이라는 폭행·협박의 증거가 없고 피해자의 진술이 유일한 증거인 상황에서, 피해자가 폭행 상황에 대해 다소 과장된 진술을 하였을 때 이를 진술의 신빙성을 부인하는 이유로 삼을 것인가에 있었다. 한편 부수적으로 과장되지 않은 부분을 폭행·협박으로 인정할 것인가도 함께 문제되었다.

2심 법원은 과장되지 않은 부분, 즉 “예전에 조폭이고 화상 흉터를 문신을 지운 상처라고 하면서 때릴 듯이 위협하고 피해자를 밀쳐 침대에 눕힌 후 강제로 팬티를 벗기고 간음하였다”는 부분에 대한 피해자 진술의 구체성과 일관성이 인정되고, 이는 강간죄의 폭행·협박에 해당한다고 보아 유죄를 선고하였으며, 상고심에서도 2심의 판단을 지지하였다.

피해자가 성폭력피해를 입은 경우 피해감정 내지 피고인을 처벌하고 싶은 욕구에 피해를 다소 과장하는 것은 자연스러우며, 이 경우 과장되지 않은 부분만을 두고 진술에 대한 신빙성 및 폭행·협박의 점을 판단해야 할 것이다. 따라서 2심 법원의 판단은 합리적이라고 할 것이다.

두 번째 사례인 대법원 2000. 6. 23. 선고 98도3231 판결의 항소심은 1심에서 인정하였던 진술의 신빙성을 배척하여 강간죄에 대해 무죄를 선고하였는바, 그 이유는 “담뱃불을 언제 지졌는지에 대한 경찰과 검찰에서의 각 피해자의 진술”이 일치하지 않는다는 점에 있었다. 그러나 피고인이 성폭력 과정에서 피해자의 배꼽 아래를 담뱃불로 지졌던 행위는 분명 있었으며(상해의 점이 인정됨), 기타 피해자의 진술은 대부분 일관되었으며 구체적이었고 사실과 부합했다. 따라서 이러한 사정은 항소심이 “1심이 판단한 진술의 신빙성을 부정할 정도의 것”으로 보기 어려우며, 항소심이 피해자 진술의 신빙성을 배척하려면 “객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료”가 인정되었어야 했다. 특히 법원은 피해자의 진술에는 이처럼 엄격하면서 피고인의 진술에 대해서는 피고인이 경찰에서 자백하였음에도 “피해자의 진술에 맞추어 진술된 것으로 보이는 피고인의 경찰에서의 자백”이라고 판단하면서, 이것으로 피고인이 강간하였다는 공

소사실을 인정하기에 부족하다고 보고 있는바 균형을 상실했다.

세 번째 사례인 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도9995 판결에서 피해자와 피고인의 관계를 살펴보면, 피해자는 피고인에 의해 협박과 성매매강요를 받아왔던 17세의 청소년으로 피고인과 피해자는 사회적으로 위계관계에 있었다. 이 같은 관계에서 피고인은 피해자에게 “너 안하거나 자꾸 그러면 화내겠다”는 말로 겁을 주었는바, 피고인과 피해자의 성관계는 동의에 의한 성관계라고 보기 어려우며 단순히 피해자가 강간 당시 사력을 다하여 반항하지 않았다고 하여 폭행·협박이 없었다고 보는 것은 불합리하다. 특히 항소심도 인정하는바 피해자의 진술은 구체적이고 일관되고 있다. 한편 항소심은 피해자에게 이전부터 성매매경험이 여러 차례 있는 점을 들어 강간의 점에 대해 무죄를 선고하였으나, 성매매경험이 있는 것이 성관계를 언제나 동의한다는 것을 의미할 수는 없으므로, 이 점을 근거로 피고인에 의한 성폭력을 부정하는 것은 부당하며, 오히려 이 사건 성매매는 피고인에 의해 강요된 것이고, 피고인이 피해자를 만만하게 보고 있었다는 점에서 성폭력의 인정가능성을 강화하는 근거로 사용되었어야 했다. 이 같은 관점에서 1심 법원이 “이 사건 범행 전후의 피해자의 처지, 피고인과 피해자의 관계, 피해자의 나이”를 유죄인정의 근거로 삼은 것은 매우 합리적이라고 평가할 수 있다.

또한 법원은 피해자가 복수심에서 허위진술을 하였을 것이라고 하지만, 피해자는 일반적인 행위태양인 ‘때렸다’가 아닌 ‘너 안하거나 자꾸 그러면 화내겠다’는 말로 겁을 주었을 뿐이라고 일관되게 진술하고 있는 점에 비춰 허위진술이라고 보기 어려우며, 복수심이 있었다고 해도 이 사건 복수심의 원인은 피해자가 성매매를 강요당하고, 성폭력 피해를 입었던 것으로 보아야 할 것이므로 “복수심이 있다는 점”을 허위진술의 근거로 삼는 것은 부당하다. 오히려 피고인에 의해 협박받고 강요받아 성매매까지 한 피해자가 이 같이 신고하는 데에는 용기가 필요했다고 보는 것이 자연스럽다.

또한 피해자의 연인을 만나기로 예정되어 있었는데 그와 같은 상황에서 피고인이 피해자를 강간하였다는 것은 쉽게 상정하기 어렵다는 판단 역시 이해하기 어려운데, 피고인은 피해자에게 성매매를 강요하였으며, 성관계를

하기 위해 여관에 데리고 간 자로 위와 같은 피고인의 변명을 법원이 인정하였다는 것을 납득하기 어렵다.

한편 피고인은 항소이유에서 성관계 자체를 부인하였는바, 판시내용을 볼 때 성관계는 있었던 것으로 보이므로 피고인의 진술은 중요한 부분에서 불일치 하였다. 이 같은 피고인의 불일치의 점을 두고, 피해자의 진술의 신빙성만을 의심의 눈으로 엄격한 잣대로 판단한 법원의 판단은 납득하기 어렵다.

결국 이 같은 법원의 판결이 청소년에 대해 성매매 가해자의 성폭력을 용인하는 결과를 낳는 것은 아닌지 심히 우려스럽다.

네 번째 사례인 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12422 판결에서 피해자는 “피해 당시 상황”에 대하여 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관되게 진술하고 있으며, 피고인 역시 피해자와 합의 하에 한 것이라고 주장하고 있으나 피해자가 “하지 말라”고 한 사실은 인정하고 있다.

그럼에도 1심과 2심은 피해자 진술의 신빙성에 대하여 완전히 다른 판단을 하고 있다. 즉 1심은 “넉넉하게 인정할 수 있다.”고 한 반면, 2심은 “오히려 그 진실성 및 신빙성이 의심스럽다”고 판단하고 있다.

항소심이 이 같이 1심이 넉넉하게 인정한 피해자 진술의 신빙성을 배척하려면 “객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료”가 인정되었어야 한다. 하지만 2심이 들고 있는 내지,의 사유는 E가 취한 행동으로 피고인이 위력으로 간음하려고 한 행위 자체를 정당화할 수는 없다. 2심은 마치 E가 취한 행동을 두고 피해자가 E와 짜고 피고인을 유혹하였으므로 합의가 있었다고 인정하는 것 같으나 이 같은 사정은 피고인의 추측에 따른 주장에 불과하며, 만약 피해자가 E의 요구를 거절하기 어려운 위치에 있었다고 하고 E가 일부러 자리를 비켰다고 하여도 그 사실이 곧 가해자에 대한 성관계 동의를 의미하지는 않는다. 무엇보다 이 사건 피해자는 “피해 당시”에 “하지 말라”고 분명하게 표현하였는바, 전후의 사정을 두고 피해자에게 동의가 있었다고 해석할 수는 없다.

한편 2심이 들고 있는 피해자는 E가 나가는 과정에서 아무런 반응을 보이지 않았던 사정 역시 피해자가 성관계에 동의하거나 용인하였다는 근

거가 될 수 없다. 피해자는 평소 E에 대해 두려움을 가지고 있었는바 아무런 반응을 보이지 않은 것은 오히려 자연스러우며, 또한 피해자로서는 아직 성폭력이 시도되지 않은 시점에서 반응을 보이는 것에 대해 부담을 가졌을 가능성도 배제할 수 없기 때문이다.

또한 판례는 “위력”에 의한 성폭력 범죄에서 “위력”에 대하여 “피해자의 성적 자유의사를 제압하기에 충분한 세력으로서 유형적이든 무형적이든 묻지 않으며, 폭행·협박뿐 아니라 행위자의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하다”고 판시하고 있다(대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4069 판결). 따라서 16세인 피해자가 피고인과 단 둘이 있는 방에서 “하지 말라”고 하였고, 그럼에도 피고인이 그 의사에 반하여 간음하려고 했다면 이는 “피해자의 성적 자유의사를 제압하기에 충분한 세력”으로 “위력”에 해당한다고 보아야 하며, 피고인이 성적 접촉을 시도하는 중에도 소리를 지르거나 도움을 요청하지 않았다고 하여 위력이 없었다고 볼 수는 없다.

3) 양형에 대한 검토

국민적 공분을 일으키는 성폭력 사건이 발생할 때마다 성폭력 범죄의 법정형은 지속적으로 상향되었는데, 이러한 배경에는 형법에 규정된 감경제도를 통해 법정형의 하한보다 낮은 선고형을 부과하는 법원의 온정적 판결에 대한 비판이 있었다.²⁹⁾ 하지만 법정형을 상향한 취지와 다르게 법정형이 지나치게 높아지자 법원은 기본적으로 법정형을 감경하는 것이 원칙이 되었고, 법정형과 선고형의 괴리현상이 심화되는 악순환이 나타났다.

이러한 악순환의 문제에 따라 대법원 양형위원회는 성폭력범죄에 대한 양형기준을 만들어 2009년 7월 1일부터 시행함으로써 양형의 합리화를 꾀하고 있으며(법원조직법 제81조의2 이하의 규정), 2013. 4. 22. 수정되고 2013. 6. 19. 시행된 양형기준까지 4년 사이에 총 5차례를 개정하는 등 타당하며 균형 있는 양형을 하기 위한 노력을 보이고 있다.

29) 우리나라의 성폭력범죄의 양형은 미국, 영국, 독일, 일본과 비교할 때 낮게 나타난다(법무부, 2010:22-23).

하지만 대법원 양형위원회의 양형기준은 형사재판에 있어서의 합리적 양형을 위해 마련된 일반적이고 객관적인 기준으로, 법관의 양형에 있어 존중되어야 하나, 구체적 사건마다의 다양하고 특수한 사정을 모두 포섭하거나 반영하여 그에 상응하는 양형까지를 제시할 수는 없는 것으로 법적인 구속력을 가지는 것은 아닌바(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결 등)³⁰⁾, 그 결과 여전히 법정형의 하한보다 낮은 선고형을 부과하거나 권고형 형량 범위의 하한을 선고하는 경우가 다수 있으며, 중범인 성폭력범죄자에게 집행유예를 선고하는 온정적 판결이 높은 비율로 나타나고 있고, 특히 형량결정에서 양형인자가 부당하게 고려되거나 불균형하게 고려되고 있다. 한편 법원이 판결문에 양형기준 적용과정을 실시하고 있으나 단순히 양형기준표에 열거된 사유를 나열하는데 그치는 경우가 많아, 판결문만 보아서는 쉽게 납득하기 어려운 경우가 다수 나타나고 있다.

양형기준 시행 전후의 법원의 양형경향이 달라졌는지를 살펴보는 것도 의미가 있을 것이나, 이하에서는 양형인자를 부당하게 고려한 사례, 불법과 책임에 비해 지나치게 낮은 형을 선고한 사례를 중심으로 법원의 판결을 분석해보기로 한다. 다만 이때 양형기준이 시행되기 전이었는지 후였는지를 구분하여 표시함으로써 미약하나마 양형기준이 실무에 제대로 착근하고 있는지를 비판적인 관점에서 살펴보기로 한다.

30) 이 사건은 판례는 피고인 1에 대하여 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 심히 부당하다는 취지의 상고이유에 대하여 “적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 이러한 경우 사실심인 원심이 피고인에 대한 양형조건이 되는 범행의 동기 및 수범이나 범행 전후의 정황 등의 제반 정상에 관하여 심리를 제대로 하지 아니하였음을 들어 상고이유로 삼을 수도 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12627 판결 참조). 따라서 그 선고된 형이 양형기준에 반한다거나 부당하다는 주장은 받아들일 수 없다.”고 판시하였다[인정된죄명:성폭력범죄의 처벌등에관한특례법위반(특수준강제추행)·준강제추행]·성폭력범죄의 처벌등에관한 특례법위반(카메라등이용촬영)].

가) 피고인이 조범인 점 내지 동종의 범죄전력이 없는 점

(1) 관련 사례

(가) 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14151 판결

사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14151 판결: 대법 상고기각 2심 부산고등법원 2012. 10. 26. 선고 (창원)2012노238 판결: 유죄(5년) 1심 창원지방법원 2012. 7. 20. 선고 2012고합15 판결: 유죄(7년)
쟁점	① 피고인이 그동안 피해자와 피해자의 모를 부양하고 있었던 점, ② 피고인에게 동종의 범죄전력이 없는 점, ③ (2심에서) 피고인이 피해자의 어머니와 원만히 합의하여 피해자와 피해자의 어머니가 피고인에 대한 선처를 탄원하고 있다는 점을 강경인자로 고려
문제 법률	성폭력특별법위반(13세미만미성년자강간등) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(친족관계에의한강제추행) 성폭력범죄의처벌등에관한특별법위반(친족관계에의한강제추행)

이 사건에서 피고인은 피해자의 의붓아버지로, 2009. 12. 초순 23:00 안방에서 피고인의 의붓딸인 피해자(당시 11세)가 배가 아프다며 주물러 달라고 하자, 피해자를 강제추행할 마음을 먹고 손으로 피해자의 배를 주무르다 피해자의 가슴을 만지고, 피해자가 하지 말라고 하자, 다시 손으로 피해자의 배를 주무르다 피해자의 음부 주변을 만지는 등 피해자를 강제로 추행하였다. 2010. 여름 23:00경 피해자의 방에서 피해자(당시 12세)를 강간할 마음을 먹고 피해자에게 다가가 “콘돔 아침에 사왔다. 한번 해보자.”라고 하면서 바지를 내리고 피고인의 성기에 콘돔을 끼우고 피해자에게 “한번 하자.”라고 말하고, 이를 피해서 방을 나가려는 피해자를 잡아 강제로 침대에 눕힌 후 이불로 피해자의 얼굴을 덮고 피해자가 반항하지 못하게 한 후, 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 손으로 피해자의 음부를 만지고, 피해자를 1회 간음하여 강간하였다. 피고인은 2011. 가을경 피고인의 집에서 피해자(당시 13세)가 친구를 만나려고 밖으로 나가려고 하자, 피해자를 강제추행할 마음을 먹고, 피해자를 강제로 붙잡아 피해자에게 “가슴 한번 만져보자. 빨아 먹어보자.”라고 말하며 손으로 피해자의 가슴을 만지는 등 피해자를 강제로

추행하였다.

법원의 양형판단

1심은 피고인이 의붓딸인 피해자를 보호하여야 할 책임을 저버리고 오히려 자신의 성적 욕구를 채우기 위해 지속적, 반복적으로 피해자를 강간하고 강제추행을 한 반인륜적이고 파렴치한 범행으로서 그 죄질이 극히 불량한 점, 이 사건 범행으로 피해자는 이루 말할 수 없는 정신적 고통과 상처를 입었을 것이 명백한 점, 그럼에도 불구하고 피고인은 이 사건 범행을 극구 부인하고 있는 점 등을 고려하면 피고인에 대하여 중형의 선고가 불가피하다고 하면서, 다만 피고인이 그동안 피해자와 피해자의 모를 부양하고 있었던 점, 피고인이 현재 교통사고 후유증으로 건강상태가 좋지 아니한 점 등을 피고인에게 유리한 정상으로 고려하여 징역 7년을 선고하였다.

이에 대해 피고인이 양형부당으로 항소하였는데, 2심은 역시 중형의 선고가 불가피하다고 하면서도 1심이 든 이유에 더하여 피고인에게 동종의 범죄전력이 없는 점과 피고인이 당시에 이르러 피해자의 어머니와 원만히 합의하여 피해자와 피해자의 어머니가 피고인에 대한 선처를 탄원하고 있다는 점을 들어 1심의 형은 너무 무거워서 부당하다고 판단하여 1심을 파기하고 징역 5년을 선고하였다. 이에 대해 피고인이 다시 상고하였으나 대법원의 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(나) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결

사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결 2심 서울고등법원 2013. 10. 17. 선고 2013노1973 판결 1심 의정부지방법원 2013. 5. 24. 선고 2012고합775 판결
쟁점	① 13세 미만 미성년자와의 합의, ② (항소심 단계에서 밝힌) 가해자의 반성 ③ 동종 범죄로 형사처벌을 받은 전력이 없음을 감경인자로 고려
문제 법률	기본범죄: 형법 제305조, 제297조(미성년자의제강간의 점) 경합범죄: 각 성폭력특별법 제13조제1항, 형법 제30조(카메라 이용 촬영의 점), 각 아첨법 제10조제1항, 제30조(성매수의 점)

피고인은 인터넷 채팅방을 통해 피해자(12세)를 알게 되었고, 피해자에게 자신을 19세 J라고 소개하며 문자메시지 등을 주고 받다가 2012. 8. 초순경 처음 만났고, 8월부터 10월 사이 3차례 피고인의 집에서 성관계를 가졌다. 8월 중순 피고인의 집에서 피해자와 식사한 후 피해자가 옷을 벗게 한 후 피해자를 1회 간음, 8월 중순 같은 장소에서 피해자가 옷을 벗게 한 후 피해자의 질을 넓혀야 한다는 이유로 여성용 자위기구를 피해자의 질에 삽입하여 피해자를 1회 간음하였고, 2012. 10. 7. 같은 장소에서 피해자가 옷을 벗게 한 후 피해자를 1회 간음하였다.

법원의 양형판단

1심 법원은 피고인이 자신의 성적욕구를 충족시키기 위해 정신적·신체적으로 미성숙하여 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 없는 12세의 초등학생 피해자와 3차례나 성관계를 가진 것은 비록 상호 합의에 의한 것이라 하더라도 그 비난가능성이 큰 점, 여자 청소년들에 대한 성매수 범행에 그치지 않고 그들의 동의 없이 성관계 장면을 촬영하기까지 한 점, 위 촬영을 주도한 것으로 보임에도 공범에게 그 책임을 전가하는 등 진지한 반성의 모습을 보이지 않은 점을 불리한 양형요소로 보고, 피고인에게 동종 및 중한 처벌전력이 없는 점, 미성년자의제강간 범행의 피해자와는 원만히 합의된 점을 유리한 양형요소로 보아 5년 6월을 선고했다.

피고인은 자신의 잘못을 뉘우치며 반성하고 있는 점 등을 들어 원심의 형은 너무 무거워 부당하다며 항소를 제기하였고, 이에 대해 2심은 “피고인이 자위기구를 사용하여 정신적·신체적으로 성숙하지 않은 12세의 나이 어린 여자 어린이와 3차례의 성관계를 가졌던 점, 피고인이 여자 청소년을 상대로 성매수를 한 다음 그 의사에 반하여 성관계 장면을 촬영하였던 점 등을 피고인의 불리한 정상이라고 하면서, 피고인이 원심에서는 B가 성관계 장면을 주도한 것처럼 진술하였으나 당심에 이르러 자신이 주도하였음을 인정하면서 잘못을 모두 시인하였던 점, 피고인이 미성년자의제강간 범행과 관련해서는 피해자와 원만히 합의하였던 점, 피고인이 동종 범죄로 형사 처벌을 받은 전력이 없는 점, 피고인이 불특정 다수인에게 배포할 목적으로

성관계 장면을 촬영하였다고는 단정하기 어려운 점 등을 피고인에게 유리한 정상으로 포함하여, 피고인의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 범행의 방법과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 여러 양형의 조건들 및 대법원 양형위원회 제정 양형기준상의 권고형량 등을 종합적으로 고려하여 볼 때 1심의 형이 다소 무거워 부당한 것으로 보인다.” 고 하여 3년의 형을 선고하였다.

즉 유리한 양형요소로 피고인이 1심에서는 진지한 반성을 보이지 않다가 2심에 이르러 자신이 주도하였음을 인정하면서 잘못을 모두 시인하였던 점을 들어 2년의 형을 더 감경한 것이다. 이에 피고인이 양형부당을 이유로 다시 상고하였고, 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(2) 관련 사례에 대한 평가

첫 번째 사례인 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14151 판결에서 처단형의 범위는 징역 5년~22년 6월이었으며, 권고형의 범위는 제1항 범죄는 징역 3년~6년(기본영역), 제2항 범죄는 징역 7년~10년(기본영역), 제3항 범죄는 징역 4년~7년(가중영역)이었다.

이 판결은 피고인이 그동안 피해자와 피해자의 모를 부양하고 있었던 점, 피고인이 현재 교통사고 후유증으로 건강상태가 좋지 아니한 점, 피고인에게 동종의 범죄전력이 없는 점, (2심에서) 피고인이 피해자의 어머니와 원만히 합의하여 피해자와 피해자의 어머니가 피고인에 대한 선처를 탄원하고 있다는 점을 각 유리한 정상으로 고려하고 있다는 점에서 부당하다.

이하에서는 그 중 “피고인에게 동종범죄 전력이 없는 점”을 유리한 양형인자로 고려하고 있는 점에 대해 비판적으로 검토하기로 한다.

피고인이 초범이거나 피고인에게 동종 범죄전력이 없는 점은 다수 사례에서 형량감경 및 집행유예결정에 유리한 요소로 작용하고 있다. 하지만 피고인이 초범이거나 피고인에게 동종 범죄전력이 없다고 하여 당연히 형량을 감경하는 것은 부당하다. 특히 이 사건과 같이 초범이라고 하여도 몇 년에 걸쳐 여러 차례 반복된 경우이거나 의붓아버지의 12세 딸에 대한 성폭력범죄를 두고 가해자를 초범이라고 하여 형을 감경하는 것은 납득하기 어

럽다.

관련하여 대법원 양형기준은 “형사처벌 전력없음”을 감경요소로 정하고 있는데, 이때 형사처벌이 어느 범위까지를 의미하는지에 대한 구체적인 기준은 나와 있지 않다. 다만 ‘동종 전과’에 관하여 “양형기준이 설정된 성범죄로 인한 전과”를 의미한다고 정하고 있을 뿐이다. 생각건대 구성요건의 면에서는 성폭력범죄는 “유형력의 행사”에 의한 침해이므로 성폭력범죄가 아니더라도 “유형력의 행사”가 수반된 범죄로 형사처벌을 받았다면 형사처벌에 포함하는 것이 바람직 할 것으로 보인다. 이와 함께 아동·청소년 대상 성폭력범죄의 경우 아동·청소년의 취약성을 이용한 각종 범죄도 동종의 범죄에 포함하여야 할 것이다.

비교 판례로서 대법원 2013. 1. 31. 선고 2012도15027 판결은 감경사유로 피고인은 외국인으로서 국내에 입국한 이후 별다른 범행전력이 없는 점을 들고 있는 바, 국내 입국 전의 범행전력을 검토하지 않고 단순히 국내에 입국한 이래 범행전력이 없다는 점을 들어 감경사유로 삼을 수 있는 것인지 의문이다. 범행전력 여부를 파악하기 어렵다면 범행전력이 없는 점을 감경요소에서 배제하는 것이 오히려 자연스럽다.

두 번째 사례인 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결에서 처단형의 범위는 3년~45년이었는데, 2심 법원은 처단형의 최저를 선고하였다. 그러나 이 사건 피고인의 성범죄는 1심이 실시하듯 12세의 초등학교 피해자와 3차례나 성관계를 가진 것으로 비난가능성이 크며, 나아가 여자 청소년들에 대한 성매수 범행에 그치지 않고 그들의 동의 없이 성관계 장면을 촬영하기까지 한 점에 비춰 죄질이 좋지 않다. 우리 형법은 제305조에서 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다고 하여 미성년자의제강간·강제추행죄를 규정하고 있으며, 성폭력처벌법은 제7조에서 강간, 유사강간, 강제추행에 대해 각 무기징역 또는 10년 이상의 징역, 7년 이상의 유기징역, 5년 이상의 유기징역 또는 3천만 원 이상 5천만 원 이하의 벌금으로 가중처벌을 규정하고 있다. 즉 우리 성폭력 관련법은 13세 미만의 미성년자가 피해자인 경우에는 설령 피해자가 성관계에 동의하였을지라도 성폭력범죄가 성

립하도록 하고 있으며, 나아가 중대한 범죄로 보아 가중처벌하고 있다. 그럼에도 처단형의 하한을 선고한 것은 입법 취지에 반하며 국민의 법감정에 반하는 불합리한 양형이라고 할 것이다.

특히 1심 및 2심 법원이 들고 있는 감경요소는 양형기준의 감경인자에서 배제하여야 할 것으로, 이를 긍정적 요소로 고려한 것은 부당하다.

피고인이 초범이거나 피고인에게 동종 범죄전력이 없다고 하여 당연히 형량을 감경하는 것은 부당하며, 특히 이 사건 사실관계를 들여다보면 가해자는 피해자에 대한 성폭력범죄 후인 2012. 6. 18.에는 아동·청소년인 피해자 L(14세), M(13세)을 대상으로, 같은 해 6. 28.과 7. 1.에는 N(14세), O(14세)를 대상으로, 2012. 7. 22. M(13세)을 대상으로 각 피해자의 성을 매수하고, 모텔 내에서 각 피해자의 의사에 반하여 성관계 장면을 촬영하였는바, 동종의 범죄전력이 없다고 보기도 어렵다. 물론 이 사건의 경우 가해자의 성매수범죄는 “전력”에는 해당하지 않으나, “형사처벌 전력없음”을 감경요소로 인정한 취지에 비추어 다수 성매수범죄사실이 있는 가해자를 “형사처벌 전력없음”으로 감경하는 것은 부당하다.

오히려 이 사건에서 피고인은 나이 어린 피해자를 유인하였다는 점에서 양형결정에서는 “계획적 범행”으로 평가하여야 했다.

나) 피해자의 처벌불원 내지 피해자와의 합의

2012. 12. 18.자 개정으로 친고죄가 전면 폐지되기 전에는 제1심 판결이 선고되기 전까지 합의가 이루어져 고소가 취소되는 경우에는 해당 사건은 공소기각판결로 종결되므로 개정 전 법률이 적용되는 사건에서 합의여부가 형량결정에 어느 정도로 영향을 미치는지를 알아보는 데에 한계가 있다. 다만 13세 미만 성폭력범죄와 같이 개정 전에도 친고죄가 아닌 성폭력범죄의 경우 또는 항소심 단계에서 합의가 이뤄지는 경우에는 합의가 감경요소로서 양형결정에 영향을 미치는 것을 확인할 수 있었는바, 합의가 성사된 경우에는 그렇지 않은 경우보다 형량이 상당히 감경되어 선고되는 경향이 있었으며, 이러한 경향은 개정 후에도 크게 달라지지 않았음을 확인할 수 있었다. 즉 합의종용 등 2차 피해의 문제로 2012. 12. 18.자 개정으로 친고죄

가 전면 폐지되었으나, 여전히 친고죄가 야기하였던 문제는 달라지지 않았다고 볼 수 있다.

특히 피해자의 동의여부를 묻지 않고 성립·처벌되는 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력범죄에서도 피해자의 ‘처벌불원’ 내지 ‘합의’는 형량감경 요소로 양형에 상당한 영향을 미치고 있는바, 청소년대상 성폭력범죄에 대한 엄벌주의 입법태도와 부합하지 않는 양형태도를 확인할 수 있었다. 또한 분석을 통해 광의의 양형인 집행유예를 결정할 때도 “합의”는 결정적인 요소로 작용하고 있음을 알 수 있었다.

(1) 관련 사례

(가) 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14151 판결

앞서 다룬 피고인이 초범인 점에서 소개한 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14151 판결은 피고인이 그동안 피해자와 피해자의 모를 부양하고 있었던 점, 피고인에게 동종의 범죄전력이 없는 점, (2심에서) 피고인이 피해자의 어머니와 원만히 합의하여 피해자와 피해자의 어머니가 피고인에 대한 선처를 탄원하고 있다는 점을 감경인자로 고려하고 있다.

(나) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결

앞서 다룬 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결은 13세 미만 미성년자와의 합의, (항소심 단계에서 밝힌) 가해자의 반성 동종 범죄로 형사처벌을 받은 전력이 없음을 감경인자로 고려하고 있다.

이 사건 법원은 동의하였을지라도 처벌되는 미성년자의제강간죄의 형량을 결정함에 있어 피해자와의 합의를 반영하였는바, 미성년자의제강간죄의 취지에 모순되는 판단이다.

(2) 관련 사례에 대한 평가

첫 번째 사례인 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14151 판결에서는 “피고인이 당심에 이르러 피해자의 어머니와 원만히 합의하여 피해자와 피해자의 어머니가 피고인에 대한 선처를 탄원하고 있다는 점”을 유리한 양형인

자로 고려하고 있는 점에 대해 비판적으로 검토하기로 한다.

이 사건에서 법원은 동종의 범죄전력이 없다는 점과 피고인이 제2심에서 피해자의 어머니와 합의하였다는 점은 유리한 양형인자로 고려하여, 1심에서 징역 7년이었던 선고형을 5년으로 감경하였다. 동종의 범죄전력이 없는 사정은 1심에서도 다르지 않으므로 제2심에 이르러 합의하였던 점이 결정적인 요소로 작용한 것으로 보인다.

이와 같은 법원의 형량은 3가지 점에서 문제가 있는데, 첫째는 법원이 “합의에 이르는 구체적인 사정에 대한 판단 없이” 제2심에 이르러 합의하였다는 점을 결정적 감경요소로 들어 1심에서 징역 7년이었던 선고형을 무려 2년을 감경하여 5년으로 선고한 것이며, 둘째, 특히 이 사건 피해자는 13세의 미성년자로 합의에 의한 감경을 인정하기 위해서는 미성년자인 피해자의 진정한 의사를 탐색하여야 함에도 “피해자와의 합의가 아닌” 피해자의 어머니와의 합의를 합의로 인정하여 형을 감경한 것이고, 마지막으로 그로써 결국 합의의 점을 들어 11살인 피해자를 수년에 걸쳐 성폭력한 의붓아버지에 대해 처단형의 최저한인 5년형을 선고한 점이다.

우선 첫째의 점에 대하여 구체적으로 살펴보면, 종전에 형법 및 성폭력 관련법이 성폭력범죄를 친고죄로 규정하였던 취지는 성폭력범죄가 피해자의 의사에 반하는 것을 본질로 하며, 피해자나 피해자 가족의 의사와 명예를 존중할 필요가 있다는 데에 있었다. 한편 친고죄이므로 고소하지 않은 경우와의 형평을 도모하는 차원이 있다고 볼 수 있다. 또한 고소의 시기를 지난 항소심에 이르러 합의(고소취소)를 하는 경우 공소를 기각할 수 없고, 따라서 이 때 법원이 형량을 감경하는 것 역시 같은 이유에 있었다. 이와 함께 고소하지 않은 경우와의 형평을 도모하고자 하는 형량의 균형에도 이유가 있다고 할 수 있다.

그러나 현실에서는 그 취지와 달리 친고죄로 인해 피해를 회복하지 못함은 물론 합의강요 등 오히려 2차 피해를 야기한다는 문제로 현재는 성폭력범죄의 경우 친고죄는 전면적으로 폐지되었다. 현재 시행 중인 양형기준이 감경요소로 “처벌불원”을 규정하면서, 다시 가중요소로 “합의시도 중 피해 야기”를 규정하는 것도 같은 문제의식에서 출발한 것으로 볼 수 있다. 물론

성폭력범죄의 본질상 “처벌불원”을 감경요소에서 제외할 수는 없으며, 특히 성폭력피해자의 입장에서 보면 자신이 원하는 대로 피해를 회복할 수 있고, 나아가 형사정책적 관점에서 볼 때 회복적 사법을 구현한다는 점에서 바람직한 측면도 있다. 하지만 성폭력범죄라는 것이 재산범죄와 같이 피해 회복이 금전으로 가능한 것이 아닐 뿐더러, 현실에서는 피해자에게 도움이 되기보다 2차 피해 등 현실에 미치는 부정적인 영향이 높고, 나아가 성폭력 범죄자 내지 잠재적 성폭력범죄자에게 성폭력을 범해도 합의만 이루면 가벼운 형벌을 받는다는 인식은 성폭력범죄의 예방에 결코 도움이 되지 않는다. 따라서 피해자의 합의를 반영하더라도 적어도 감경에 결정적인 역할을 하는 것은 배제하여야 한다. 또한 이때의 “처벌불원”은 어디까지나 가해자의 진정한 반성에서 비롯된 합의를 위한 진지한 노력과 피해자의 진정한 용서와 회복된 피해를 전제로 하여야 하며, 단순히 “합의되었다”는 점만을 감경요소로 양형에 고려해서는 안 된다. 만약 “합의되었다”는 것만으로 양형의 감경요소로 삼는다면, 친고죄를 폐지한 취지는 결국 달성되기 어려우며, 이는 다시 말해 피해자의 피해가 회복될 수 없고 2차 피해를 야기할 수 있음을 뜻한다. 즉 여전히 친고죄가 야기한 문제가 개선되지 않고 있는 상황에서, 실질적으로 비슷한 효과가 있는 형량감경의 문제를 그대로 두는 것은 친고죄를 폐지한 취지와 그 배경에 있는 성폭력피해 현실과 부합하지 않는다. 따라서 이 사건에서 법원이 합의에 이르는 구체적인 사정에 대한 고려 없이 제2심에 이르러 합의하였다는 점을 결정적 감경요소로 들어 1심에서 징역 7년이었던 선고형을 5년으로 감경한 것은 부당하다.

두 번째로 특히 이 사건 법원이 “피해자와의 합의가 아님” 피해자의 어머니와의 합의를 합의로 인정하여 형을 감경한 점을 구체적으로 살펴본다. 관련하여 현행 양형기준은 “처벌불원”을 정의하면서, 피고인 측의 사실상의 강요 또는 기망에 의한 처벌불원 등 자유로운 의사에 기하지 않은 처벌불원의 의사표시를 한 경우나, 피해자가 미성년자, 장애인, 친족 등에 해당하는 때에 피해자나 법정대리인의 처벌불원의사에 통상적으로 납득할 만한 사유가 없다고 판단되는 경우에는 포함하지 않는다고 실시하고 있다. 또한 피해자가 미성년자, 장애인, 친족 등에 해당하는 때에는 피해자 또는 그

법정대리인의 나이, 지능 및 지적 수준에 비추어 처벌불원의 의사표시가 가지는 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력이 있는지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사, 판단한 결과 이에 해당되는 경우만을 포함한다고 규정하고 있다. 이와 같은 양형기준에 따르면 법원은 피해자 및 피해자의 법정대리인이 2심에 와서 비로소 합의를 하였다면 “처벌불원의사에 통상적으로 납득할만한 사유가 없는 것은 아닌지”를 살펴보았어야 하며, “피해자의 지능 및 지적 수준에 비취 처벌불원의 의사표시가 가지는 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사, 판단”하였어야 했다. 그러나 법원은 이와 같은 과정을 생략한 채 이제만 13살인 피해자가 그 보호자를 통해 한 합의를 양형의 결정적인 요소로 반영하였는바, 부당하다고 하겠다. 사실 합의의사를 표현하기까지 가해자와 피해자의 어머니의 집요한 설득과 협박이 있었을지 모르는 일이며, 오히려 그와 같은 가능성을 인정하는 것이 자연스러울 정도이다.

마지막으로, 이 사건은 결국 합의의 점을 들어 11살인 피해자를 수년에 걸쳐 성폭력한 의붓아버지에 대해 처단형의 최저한인 5년형을 선고한 점에서 부당함이 있다. 우리 성폭력 관련법이 청소년에 대한 성폭력범죄는 보다 강하게 처벌하는바, 그 이유는 청소년에 대한 성폭력범죄는 성적 자기결정권 뿐 아니라 건전한 성적발육을 보호법익으로 하고 있기 때문이다. 즉 성적 자기결정권이 형성되는 과정에 있는 청소년의 경우에는 범행에 취약할 뿐 아니라, 나아가 피해회복에도 어려움을 겪을 수밖에 없다. 그리고 그 범행이 자신을 보호하던 친족에 의해 발생한 것이라면 그 정신적 피해는 쉽게 가늠할 수 없을 정도로 커질 수 있다. 따라서 친족이 자신이 보호하고 있는 청소년에 대하여 성폭력을 범한 경우라면 가중하여 처벌하여야 함이 마땅하다. 그럼에도 이 사건은 처단형의 최저한을 선고함으로써 상식에 부합하지 않는 결정을 내렸다.

두 번째 사례인 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결에서 법원은 동의하였을지라도 처벌되는 미성년자의제강간죄의 형량을 결정함에 있어 피해자와의 합의를 반영하였는바, 이러한 판례의 태도에 따르면 13세 미만의 미성년

자라고 하여도 동의만 있었으면 가볍게 처벌된다는 결론이 되는데, 과연 이러한 결론이 사회적 동의를 얻어낼 수 있을지 의문이다.

또한 합의를 감경사유로 인정하는 이유는 현행 양형기준이 정의로 제시하는 바와 같이 “피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우친다는 점”에 있는 것인데, 이 사건 사실관계를 들여다보면 가해자는 피해자에 대한 성폭력범죄 후인 2012. 6. 18.에는 아동·청소년인 피해자 L(14세), M(13세)를 대상으로, 같은 해 6. 28.과 7. 1.에는 N(14세), O(14세)를 대상으로, 2012. 7. 22. M(13세)를 대상으로 각 피해자의 성을 매수하고, 모텔 내에서 각 피해자의 의사에 반하여 성관계 장면을 피해자들의 의사에 반영하여 촬영하였는바, 가해자에게 이와 같은 전력이 있다면 법원은 과연 진심으로 뉘우쳤는지를 의심하여 합의여부를 보다 신중하게 판단하였어야 했다. 그러나 이 사건 법원은 합의했다는 것만으로 인정했다는 것을 들어 쉽게 감경하였는바, 가해자의 반성에 대한 의심보다 피해자에 대한 편견이 우선 작용한 것은 아닌지 의문이 든다.

나아가 만약 미성년자의 합의를 감경요소로 반영할 수 있다고 하여도, 법원은 이 사건 합의를 인정하는데 보다 신중하였어야 했다. 앞서 살펴본 현행 양형기준에 따라 법원은 “처벌불원의 의사에 통상적으로 납득할만한 사유가 없는 것은 아닌지”를 살펴보았어야 하며, “피해자의 지능 및 지적 수준에 비취 처벌불원의 의사표시가 가지는 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사, 판단”하였어야 했다. 그러나 법원은 이와 같은 과정을 생략한 채 미성년자의 합의를 양형의 결정적인 요소로 반영하였는바 부당하다고 하겠다.

다) 피해자와 가해자의 관계

(1) 피해자와 가해자가 데이트 관계에 있었던 경우

친족관계 내지 가해자와 피해자가 전혀 모르는 사이인 경우에는 형량이 높게 나타나는 반면, 가해자와 피해자가 아는 경우에는 선고형량이 낮고,

집행유예율도 높은 경향을 보였다. 그런데 성폭력범죄는 아는 사이에서 발생하는 비율이 가장 높으며, 그 기간도 지속적이고 반복적으로 발생하는 경향을 나타낸다. 또한 피해의 정도에서도 피해자의 신뢰를 배신하였다는 면에서 피해자가 입는 피해 역시 모르는 사이에서 입은 성폭력 피해에 비해 반드시 낮다고 볼 수 없다. 그럼에도 이와 같은 판결이 나오는 데는 여전히 법원에서 작동하는 정조관념, 피해자책임론 등 잘못된 성폭력통념에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

이와 같은 잘못된 판례의 태도는 특히 가해자와 피해자가 과거 부부관계 또는 연인관계였던 경우, 피해자가 함께 술을 마시다가 피고인의 집 또는 모텔에 간 경우, 과거 함께 모텔에 갔던 경험이 있는 경우, 피해자가 가출청소녀이었고 성매매 경험이 있는 경우에서 두드러졌는바, 이하에서는 이와 같은 관계를 ‘데이트 관계’로 규정하고, 형량의 감경사유로 ‘데이트 관계’를 고려한 사례를 중심으로 검토해 보기로 한다.

참고로 이들 사유는 강간죄의 구성요건인 “폭행 또는 협박”이 없었다고 판단하는 경우와 피해자 진술의 신빙성을 배척하여 무죄를 선고하는 경우에도 종종 제시되고 있다.

(가) 관련 사례 : 대법원 2000. 6. 23. 선고 98도3231 판결

앞서 피해자 진술의 신빙성을 부정한 사례로 소개한 대법원 2000. 6. 23. 선고 98도3231 판결에서 1심 법원은 유죄를 인정하여 징역 4년 선고한 반면, 2심 법원은 이 사건에서 피해자가 그 동안 피고인과 성관계를 여러 차례 가졌으며, 피해자가 피고인으로부터 계속적으로 반복하여 강제로 성폭행을 당하고 있었다고 주장하는 기간에도 피고인과 함께 여러 곳을 함께 놀러 다니면서 다정하게 사진을 찍었던 사정을 들어 무죄를 선고하였고, 이에 검사가 사실오인을 주장하며 상고하였으나 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(나) 관련 사례에 대한 평가

이 사건에서 법원이 무죄를 선고한 결정적인 이유는 그 동안 피고인과

피해자가 데이트 관계에 있었다는 점에 있었다.

여전히 피해자가 성폭력을 유발했다는 피해자 책임론이 법원의 양형결정에 영향을 미치고 있음을 알 수 있다. 잘못된 성폭력통념이 반영된 결과이다. 그러나 가해자와 피해자의 관계가 고려될 수는 있으나 아는 사람에 의해 성폭력이 발생한 경우, 특히 연인관계였거나 부부관계였던 경우, 그 이유만으로 감경하는 것은 부당하다.

성폭력범죄는 서로 알고 있는 관계, 특히 연인관계에서 쉽게 발생할 수 있으며, 특히 아동·청소년을 대상으로 하는 경우는 아동·청소년의 의존심을 이용하여 쉽게 접근할 수 있기 때문에 아는 사이에서 발생하는 비율이 높다. 쉽게 골목에서 불시에 나타난 가해자에 의한 성폭력보다, 데이트 중에 성폭력을 당할 가능성이 높다는 것을 말한다. 또한 이처럼 아는 사람에 의해 성폭력피해를 입은 경우에는 피해자는 그 관계의 정도에 따라 좌절을 겪고, 나아가 성폭력범죄일 이후의 생활에도 때로는 생활을 영위할 수 없을 정도로 중대한 영향을 미친다. 따라서 아는 사이에서 발생한 성폭력을 성폭력으로 판단하고, 그에 맞는 형벌을 부과하는 것은 당연하며, 범죄예방의 측면에서도 필요하다.

그러므로 가해자와 피해자간의 관계를 양형인자로 삼기 위해서는 데이트 관계에 있었다고 하여 곧바로 감경할 것이 아니라, 그 관계가 성폭력범죄가 발생하는 과정에 어떻게 작용하였으며, 피해자에게 어느 정도의 피해를 입혔는가를 구체적으로 밝히고, 그 정도에 따라 감경하여야 할 것이다. 가중인자로 고려할 수도 있음은 물론인바, 예를 들어 직장 내 상사인 가해자가 ‘잠시 쉬고 가자’고 하여 모텔에 함께 간 경우에는, 피해자가 자발적으로 모텔에 갔다고 하여도 감경인자로 고려해서는 안 되며, 오히려 가해자는 직장 내 권력관계(위력)를 이용하였으므로 양형에 있어 가중인자로 고려하는 것이 타당하다.

한편 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14391 판결에서는 이 사건 이전에 피고인과 별도로 개인적인 만남을 가진 적이 없는 점, 이 사건 범행 당일 피해자는 당시 만나는 다른 남자가 있었던 관계로 피고인과 자발적으로 성관계를 가질 상황은 아니었던 점 즉 ‘데이트 관계에 없었던 점’을 들어 1심

과 항소심에서 모두 무죄를 선고하였다. 반대의 상황을 가정하면, 만약 피고인과 피해자가 별도로 개인적인 만남을 가졌으며, 이 사건 범행 당일 피해자가 만나는 남자가 없었다면 성폭력범죄일 가능성이 높다는 결론이 된다. 다시 돌아가서 그렇다면 이 사건에서 법원이 피고인과 피해자가 데이트 관계에 있었다는 이유로 무죄를 선고하는 것은 논리적으로 모순되는 것이어서 불합리하다고 할 것이다.

(2) 부양자와 피부양자의 관계

성폭력특별법은 친족관계인 사람이 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 경우에는 7년 이상의 유기징역에 처한다고 하여 친족관계에 의한 강간을 가중처벌하고 있다. 양형에서도 친족관계에 의한 강간은 가중요소로 작용하는 것이 일반적이나, 구체적인 사례에서는 피해자의 부양을 이유로 감경인자로 작용하는 경우가 있어 문제이다. 이하에서는 “피고인이 그동안 피해자와 피해자의 모를 부양하고 있었던 점”을 유리한 양형인자로 고려하고 있는 점에 대해 비판적으로 검토하기로 한다.

(가) 관련 사례 : 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14151 판결

앞서 다룬 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도14151 판결은 피고인에게 동종의 범죄전력이 없는 점, (2심에서) 피고인이 피해자의 어머니와 원만히 합의하여 피해자와 피해자의 어머니가 피고인에 대한 선처를 탄원하고 있다는 점 외에 피고인이 그동안 피해자와 피해자의 모를 부양하고 있었던 점을 감경인자로 고려하고 있다.

(나) 관련 사례에 대한 평가

친족관계에 의한 성폭력범죄에서 부양의 점을 유리한 양형요소로 고려하는 것은 그 자체가 하나의 사실을 달리 판단하는 것으로 모순될 뿐더러 친족관계에 의한 성폭력범죄에 대하여 필요적으로 가중하도록 한 입법자의 의사에 반하는 것으로 부당하다. 이와 같은 판단은 다만 심신미약과 같이 예외적으로 책임의 관점과 예방의 관점에서 각 바라볼 때 다르게 판단될

때에만 가능하다고 보아야 한다. 그런데 성폭력범죄에 있어서는 법률은 심신미약인 주취상태에 대하여도 “「형법」 제10조제1항·제2항 및 제11조를 적용하지 아니할 수 있다”고 하여 「형법」상 감정규정을 배제할 수 있도록 하고 있다. 성폭력범죄에 있어서는 심신미약이 더 이상 변명이 될 수 없다는 의미이다. 이러한 법률의 취지에 비추어 볼 때 피고인이 그동안 피해자와 피해자의 모를 부양하고 있었던 점은 가중요소로 고려할 수 있을 뿐 감경요소로 고려하는 것은 부당하며, 오히려 현 대법원 양형기준이 실시하는 가중요소인 “인적관계를 이용한 것”으로 “범행에 취약한 피해자”인 “청소년”에 대해 “친족관계인 사람이 범행한 경우”로 형이 가중되었어야 함이 마땅하다.

이 사건과 유사하게 2008. 11. 20. 청주지방법원은 지적장애 3급인 16세의 피해자에 대해 큰아버지와 작은 아버지가 7년간 성폭력을 하였음에도 집행유예를 선고하면서 양형이유로 “피고인들이 부모를 대신해 피해자를 키웠고, 피해자의 정신장애 정도를 고려할 때 앞으로도 피고인에 대해 지속적 관심과 도움이 필요할 것으로 보이는 점”을 들었다(청주지방법원 2008. 11. 20. 선고 2008고합220 판결). 그리고 이 판결이 언론에 보도되자 대중적 공분이 일어났다. 하지만 법원은 여전히 이러한 사정을 들고 있는바, 시정이 요구된다.

라) 피고인이 성폭력범행 당시 술에 취한 상태였다는 점

법원이 피고인이 술에 취하였다는 점을 양형의 유리한 요소로 적용해온 관행은 지속적으로 비판을 받아왔으며, 이에 대한 입법적 대책으로 2010. 4. 15. 제정된 성폭력특별법 및 같은 날 개정된 아청법은 “음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 제3조부터 제11조까지의 죄³¹⁾를 범한 때에는 「형법」 제10조제1항·제2항 및 제11조를 적용하지 아니할 수 있다”고 하여 「형

31) 제3조(특수강도강간 등), 제4조(특수강간 등), 제5조(친족관계에 의한 강간 등), 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등), 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등), 제8조(강간 등 상해·치상), 제9조(강간 등 살인·치사), 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행), 제11조(공중 밀집 장소에서의 추행)

법」상 감경규정에 관한 특례를 규정하였다.

이에 따라 같은 해 7. 15. 대법원 양형위원회도 성범죄 양형기준을 제정하여 일정한 경우 음주감경을 할 수 없도록 규정하였는바, 현재 시행 중인 성범죄 양형기준(2013. 4. 22. 수정, 2013. 6. 19. 시행)이 음주감경을 배제하는 경우를 살펴보면 다음과 같다.

- 다 음 -

음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 성범죄를 범한 경우에는 다음과 같은 구분에 따른다(강제추행죄, 장애인 대상 성범죄, 13세 미만 대상 성범죄, 상해의 결과가 발생한 경우, 사망의 결과가 발생한 경우에도 동일하게 적용).

- ① 범행의 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 일반가증인자로 반영한다.
- ② 범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나, 과거의 경험, 당시의 신체 상태나 정황 등에 비추어 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.
- ③ ①, ②에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.³²⁾

그러나 이와 같은 변화에도 불구하고 여전히 음주상태에서의 성폭력범죄가 사회적 이슈로 나타나자, 국회는 또 다시 입법적 해결을 도모하였고, 2012. 12. 18.에 개정되어 2013. 12. 19.에 시행된 성폭력특별법은 전체 성폭

32) 법원은 이 같은 양형기준이 마련되기 전에도 주취로 인한 감경에는 다소 소극적인 태도를 보여 왔는데, 그 경우 아래와 같은 표현을 사용하여 피고인의 음주감경을 배척하였다.

“이 사건 범행에 이르게 된 경위, 수단과 방법, 범행을 전후한 행동 등 이 사건 기록에 나타난 제반 사정을 종합하여 보면, 원심이, 피고인 1의 경우 이 사건 범행 당시 다소 술에 취한 상태에 있었다는 점은 인정되지만 그로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 볼 수는 없다고 보아 피고인 1의 심신미약 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 심신미약에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미치는 등의 위법은 없다.”(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001도 5304 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결 등).

력범죄(단, 제2조제1항 제1호³³⁾의 죄는 제외한다)에 대하여 심신미약 감경 규정인 「형법」 제10조제1항·제2항을 적용하지 아니할 수 있다고 규정하기에 이르렀다.

하지만 여전히 “적용하지 아니할 수 있다”고 규정하고 있는바, 음주로 인한 명정상태에 있음을 이유로 감경할 것인지 여부는 여전히 법원의 재량으로 남아 있다. 분석결과 법원은 음주로 인한 감경에는 비교적 소극적인 태도를 취해 왔으나, 드물게 “술을 많이 마신 상태에서 우발적으로 범행한 것”을 감경사유로 삼고 있는 사례도 있다.

이하에서는 피고인이 성폭력범행시 음주상태를 이유로 양형부당을 주장한 사례를 살펴봄으로써, 음주감경 배제규정이 실제 판례에 어떠한 영향을 미쳤는지 검토하기로 한다.

(1) 관련 사례 : 대법원 2013. 1. 31. 선고 2012도15027 판결

(가) 사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2013. 1. 31. 선고 2012도15027 판결 서울고등법원 2012. 11. 22. 선고 2012노2994 판결 인천지방법원 부천지원 2012. 9. 7. 선고 2012고합188 판결
쟁점	술을 많이 마신 상태에서 우발적으로 범행한 것으로 보이는 점은 인정하면서도, 감경인자로 고려하지 않음.
사실 관계	피고인은 2012. 7. 11. 01:20경 피해자가 사는 주거지의 창문에 설치된 방충망을 뜯고 창문으로 침입한 다음, 침대에서 잠을 자고 있던 피해자에게 다가가 피해자가 입고 있던 잠옷을 가슴까지 올린 다음 손으로 가슴과 허벅지 등을 수 회 만지고, 피해자가 입고 있던 팬티를 허벅지까지 내린 다음 손으로 음부를 수 회 만지고, 자신의 얼굴을 음부에 가까이 대고 코로 음부의 냄새를 맡고 혀로 음부를 핥는 등 피해자를 강제로 추행하였다.

(나) 법원의 양형판단

1심 법원은 징역 2년 6월을 선고하였다. 항소심에서 피고인이 1심 판결에 대해 “평소보다 술을 많이 마신 상태에서 우발적으로 범행한 것”이라는 점

33) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조 ①. 2. 「형법」 제2편 제22장 성폭속에 관한 죄 중 제242조(음행매개), 제243조(음화반포등), 제244조(음화제조등) 및 제245조(공연음란)의 죄

을 들어 심신장애, 양형부당을 주장하였으나 2심 법원은 피고인이 이 사건 범행 당시 상당한 양의 술을 마신 상태였고, 평소보다 술을 많이 마신 상태에서 우발적으로 범행한 것으로 보이는 점은 인정된다고 하면서도, 이 사건 범행에 이르게 된 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 피고인의 행동 등 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인이 위 범행 당시 음주로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니하므로 피고인의 심신장애 주장, 양형부당 주장은 이유 없다고 판시하여 피고인의 항소를 기각하였다. 이에 피고인이 다시 상고하였으나 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(2) 관련 사례에 대한 평가

이 사건의 2심 법원은 피고인이 평소보다 술을 많이 마신 상태로 상당한 양의 술을 마셨다는 점을 인정하면서도, 결론에 있어서 피고인이 위 범행 당시 음주로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니하므로 피고인의 심신장애 주장, 양형부당 주장은 이유 없다고 판시하였다. 즉 결론적으로 음주감경을 양형의 유리한 요소로 인정하지 않았다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

하지만 여전히 성폭력범죄의 동기에 대해서는 “술을 많이 마신 상태에서 우발적으로 범행한 것”이라고 보고 있는바, 음주로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니한다는 실시와 어딘지 어울리지 않는다. 무엇보다 술을 상당히 마셨다고 하여 누구나 우발적으로 성폭력범죄를 하는 것은 아닌 바, 이와 같이 가해자를 이해하는 듯한 실시는 술에 취해 발현된 성적 욕구가 성폭력의 결정적인 원인이 될 수 있다는 잘못된 성폭력 통념이 반영된 것으로 바람직하지 않다.

다시 말해 피고인이 술에 취하면 우발적으로 성폭력범죄를 범할 수 있는 사람이라면, 법원이 실시한 바와 같이 피고인이 위 범행 당시 음주로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 않기 때문이 아니라, 위 음주감경 배제구분 항에 규정한 “범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나, 과거의 경험, 당시의 신체 상

태나 정황 등에 비추어 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니함”에 해당한다고 보아야 한다.

마) 피고인의 반성

피고인의 반성이 피고인에게 유리한 양형인자로 작용하려면 그 반성의 진정성이 인정되는 경우여야 한다. 하지만 양형실무에서는 형량을 감경한 사례 중에 피고인의 반성을 유리한 양형인자에서 제외한 판결은 찾아보기 어려울 만큼, 법원은 형량을 감경할 때 피고인이 반성하고 있음을 대부분의 사례에서 언급하고 있다. 다시 말해 피고인이 사실오인을 다투며 명백히 범행을 부인하지 않는 경우라면 심지어 무죄를 주장하고 있는 경우에도 법원은 거의 대부분의 사례에서 피고인의 반성을 유리한 양형인자로 반영하고 있었으나, 과연 어떤 점에서 피고인이 진정으로 반성하였다고 판단하였는지를 설시한 예는 찾아보기 어려웠다.

(1) 관련 사례

(가) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도15715 판결

사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도15715 판결 2심 서울고등법원 2013. 11. 28. 선고 2013노2905 판결 1심 서울남부지방법원 2013. 8. 29. 선고 2013고합231 판결
쟁점	피고인이 모두 자백하고 반성하고 있는 점, 현재 피해자가 피고인의 누나(피해자의 고모) 집에서 생활하면서 안정을 되찾고 있는 것으로 보이는 점을 감경인자로 고려함.

피고인은 경찰관으로서 큰 딸인 제1피해자(16세)를 반찬통과 가위로 상해, 작은 딸인 제2피해자(11세)를 물걸레, 대나무 회초리로 때려 상해하고, 뺨을 때리고 피해자를 들어 올린 다음 바닥으로 집어던져 상해하였다. 피고인은 피고인을 극도로 두려워하는 피해자의 항거불능 상태를 이용하여 중2

가 되자 2010.경부터 2011.경까지는 한 주에 2-3회, 고등학생이 된 2012.경 이후에는 한 달에 2-3회 성폭행하였다.

법원의 양형판단

1심 법원은 법률상 처단형의 범위는 징역 7년~45년이며, 양형기준에 따른 권고형의 범위는 징역 6년~20년 3개월임을 본 후, 이 사건 각 범행의 경위, 수단 및 결과, 피해자들이 입은 상처 및 그 회복 여부, 양형기준 등을 고려하여 보면 이 사건 죄질이 극히 좋지 아니하여 피고인에게 그에 상응하는 중형의 선고가 불가피하다고 하여, 피고인에게 징역 12년을 선고하였다. 참고로 1심 법원은 구체적으로 피해자들을 아버지로서 양육하고 보호해주어야 할 의무가 있는 피고인의 죄질이 매우 좋지 아니하다는 점, 피해자들을 지속적으로 심하게 학대하여 왔다는 점, 피해자들은 반항조차 하지 못할 정도의 무력감과 공포 속에서 성장하였으며 피고인이 경찰공무원이었으므로 경찰에 호소하지도 못하였고 피고인의 직업 자체만으로도 큰 공포와 좌절을 느꼈던 것으로 보이는 점, 피해자들이 피고인의 보호자로서의 입장과 성폭력 가해자로서의 입장 사이의 괴리로 인한 혼란스러웠다는 점, 피해자들이 심각한 정신적·육체적 고통을 겪고 있으며 이는 쉽게 치유되지 않을 상처로 보이는 점, 피해자들은 피고인에 대한 강력한 처벌을 원하고 있다는 점을 부정적인 요소로 들었다. 이에 대해 피고인이 항소하였다.

제2심 법원은 피고인이 모두 자백하고 반성하고 있는 점, 현재 피해자가 피고인의 누나(피해자의 고모) 집에서 생활하면서 안정을 되찾고 있는 것으로 보이는 점을 들어 피고인의 양형부당 주장을 받아들여 2년을 감형하여 징역 10년을 선고하였다. 다시 피고인이 양형부당을 들어 상고하였으나 대법원의 상고기각으로 판결은 확정되었다.

(나) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결

앞서 소개한 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결은 동종범죄의 전력이 없고 13세 미만의 미성년자와 합의 이외에 (항소심 단계에서 밝힌) 가해자의 반성을 감경인자로 고려하고 있다.

(2) 관련 사례에 대한 평가

첫 번째 사례인 2014. 2. 27. 선고 2013도15715 판결에서 피고인이 모두 자백하고 반성하고 있는 점, 현재 피해자가 피고인의 누나(피해자의 고모) 집에서 생활하면서 안정을 되찾고 있는 것으로 보이는 점을 감경요소로 드는 것은 부당하다.

우선 반성의 점에 대하여 살펴보면 피고인의 반성은 “진지한 반성”이어야 할 것인 바, 반성에 대해 피해자가 처벌불원(합의)하지 않았을 뿐 그 정도는 처벌불원과 상응하는 정도이어야 한다. 즉 피고인의 반성은 법정에서의 태도만으로 형식적으로 판단해서는 안 되며, 피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 피해자로부터 용서를 구하고 피해를 회복하기 위한 진지한 노력을 기울였어야 한다. 그러나 이 사건 2심 법원은 심지어 딸인 피해자들이 피고인에 대한 강력한 처벌을 원하고 있음에도 피고인이 진정으로 반성하고 있는지에 대한 구체적인 검토 없이 “피고인이 모두 자백하고 반성하고 있다는 점”만을 들어 피고인의 형을 감경하였는바 부당한 양형이라고 볼 것이다. 또한 피고인은 피해자들을 보호·양육할 의무가 있는 아버지이자 성폭력범죄를 예방해야 할 경찰관이었던 점에 비추어 보아, 피고인이 수년간 나이 어린 피해자를 성폭력한 불법과 책임의 무게가 피고인이 법정에 이르러 반성하였다고 하여 단 1일이라도 감경될 수 있는 것인지 의문이다.

한편 2심 법원은 “피해자가 피고인의 누나(피해자의 고모) 집에서 생활하면서 안정을 되찾고 있는 것으로 보이는 점”을 들고 있다. 그러나 피해자가 회복되고 있는 사정이 가해자의 불법과 책임을 감경하는 요소로 고려되는 것은 부당하다. 만약 판례에 의한다면 피해자가 안정을 많이 할수록, 정신적·신체적으로 회복력이 좋은 피해자일수록 가해자의 형량이 낮아질 수 있다는 이야기인데, 과연 법원이 이와 같은 상황을 인정하는 것인지 의문이다. 또한 피해자는 아버지인 가해자에 의해 장기간 성폭력을 당하였는데, 피해자가 쉽게 회복할 수 없다고 보는 것이 훨씬 자연스럽다. 양형기준이 “친족관계인 사람의 범행”, “인적 신뢰관계 이용”을 가중요소로 규정하고 있는 것도 같은 취지에 있다고 할 것이다.

두 번째 사례인 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도13617 판결은 유리한 양형요소로 피고인이 1심에서는 진지한 반성을 보이지 않다가 2심에 이르러 자신이 주도하였음을 인정하면서 잘못을 모두 시인하였던 점을 들어 2년의 형을 더 감경하였으며, 제2심에 이르러 합의하였던 점이 결정적인 요소로 작용한 것으로 보인다.

가해자의 반성이란 “ 피고인이 자신의 범행을 인정하면서, 범행에 대한 후회나 죄책감을 표시하여야 하며, 자신의 범행을 정당화하는 경우가 아닌 경우”를 말한다(양형기준상 ‘반성없음’의 반대해석). 피해자의 처벌 불원(합의)과 마찬가지로 가해자의 반성이 인정되기 위한 각 요소는 “또는(or)”이 아니라, “그리고(and)”로 연결되어 있다. 그러나 동 판례를 살펴보면, 이들 각 요소를 검토하여 판단하기보다 단순히 법정에서의 가해자의 태도를 들어 가해자의 반성을 인정하고 있는 것 같다. 사실 법관이 법정형이 지나치다고 생각했을 때 그 형을 감경하기 위한 수단으로 활용되는 것이 아닌가 하는 의심마저 든다. 따라서 가해자의 반성을 감경요소로 고려하려면 피고인이 자신의 범행을 인정했는지, 후회나 죄책감의 표시는 어느 면에서 확인되는지, 가해자가 자신의 범행을 정당화하지는 않았는지를 꼼꼼히 판단한 후에 감경요소로 고려하는 것이 필요하다. 또한 판결이유에서 어떠한 점에서 진정한 반성이 있었다고 판단하였는지를 설시해야 할 것이다.

그리고 이때 보통의 경우 피고인은 처음에는 부인 또는 범행을 정당화하다가, 심급을 거칠수록 여러 가지 이유로 범행을 인정하고 반성한다고 하는 경우가 많으므로, 피고인이 언제 반성했는지도 주요 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 즉 수사단계에서 후회하며 반성한 경우와 수사단계에서는 음주감경을 주장하며 항소하였다가 최후진술에 이르러 반성한 경우는 다르게 취급해야 할 것이다.

또한 진지한 반성으로 인정하여 감경인자로 삼는 경우에도 결정적인 감경인자로 삼는 것은 자제해야 하며, 특히 아동·청소년 대상 강간죄와 같은 죄질이 무거운 성폭력범죄의 경우 피고인의 반성을 들어 집행유예 결정을 내리는 일은 없어야 할 것이다. 진지한 반성이 재범의 위험성이라는 예방적 관점에서 집행유예 결정에 중요한 기준이 된다고 하여도, 중대한 성폭력범

죄에서 책임을 면하는 근거로 삼는 것은 책임원칙에 비추어 부당하기 때문이다.

바) 집행유예

성폭력범죄의 경우 종전부터 다른 범죄에 비해 집행유예율이 높게 나타났다. 이에 대해 중범이며 재범가능성이 높은 성폭력범죄에 집행유예를 선고하는 것은 부당하다는 비판이 있었고, 법정형을 상향하여 입법적으로 법원이 집행유예를 선고할 수 없도록 하자는 주장이 등장했다.

이와 같은 비판에 따라 최근 성폭력범죄에 대한 집행유예는 점점 낮아지는 추세에 있으며, 대법원 양형위원회는 양형기준에서 “형종 및 형량의 기준”과 별도로 “집행유예의 기준”을 정하는 등의 노력을 기울이고 있다. 하지만 여전히 죄질이 무거운 성폭력범죄에 대하여 집행유예를 선고하는 경우가 있으며, 부당한 사정을 들어 집행유예를 선고하는 경우가 있어 문제가 된다.

(1) 관련 사례

(가) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도6819 판결

사건개요 및 사실관계

판례 번호	대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도6819 판결 2심 대전고등법원 2013. 5. 22. 선고 2013노139 판결 1심 대전지방법원 2013. 2. 21. 선고 2012고합514 판결
쟁점	공탁하였고 1심 판결이 선고된 직후 피해자에게 추가 금원을 지급하고 피해자와 합의하였고 이에 따라 피해자는 처벌불원의 의사를 표시하였던 사정 및 동종의 전과가 없는 점을 들어 집행유예의 긍정적 요소로 고려함.
죄명	강간상해(인정된 죄명 강간)

피고인은 2011. 12. 1. 17:30경 내연관계로 있던 피고인에게 옷을 벗으라고 하였으나 피해자가 성관계를 거절하자 다시 "찍어? 옷 찢어? 내가 찢어야 벗을래?"라며 옷을 벗긴 뒤 "이 씨발년아, 보지 팔아먹고 사는 년아."라

고 욕설을 하면서 피해자의 얼굴 부위를 수회 때렸다. 계속하여 피고인은 피해자의 휴대전화에 피고인의 이름이 단지 '회장님'으로만 저장된 것을 보고 피해자에게 "이 씨발년아 내가 너 만나는 남자 다 안다. 내가 아는 놈만 세 사람이다. 내가 너 뒷조사 다 해서 사진까지 찍어왔다."라며 피해자의 정강이를 차고, 현관문 쪽으로 도망가려는 피해자의 머리채를 휘어잡아 던져 반항하지 못하게 한 후 피해자를 1회 간음하여 강간하였다.

법원의 양형판단

피고인은 강간상해로 기소되었는데, 1심 법원은 상해부분을 무죄로 판단한 후 징역 1년 6월을 선고하였다. 이에 대해 검사와 피고인이 쌍방 항소하였다.

2심 법원은 강간상해의 성립을 인정한 후 그 죄책이 중하다고 하여 징역 2년 6월을 선고하는 한편, 피고인이 피해자를 위하여 3,000만 원을 공탁하였고 1심 판결이 선고된 직후 피해자에게 추가 금원을 지급하고 피해자와 합의하였고 이에 따라 피해자는 처벌불원의 의사를 표시하였던 사정 및 동종의 전과가 없는 점을 들어 집행유예 4년을 선고하였다. 즉, 2심에 와서 상해 부분 무죄의 점이 유죄로 변경되면서 형량은 상향되었으나 집행유예가 선고되었는바, 광의의 의미에서 형량이 감경된 것으로 볼 수 있다. 이에 피고인은 사실오인 및 법리오해를 주장하며 다시 상고하였고, 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(나) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도8819 판결

사실관계 및 사건개요

판례 번호	대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도8819 판결 2심 서울고등법원 2013. 7. 4. 선고 2013노1046 판결 1심 수원지방법원 성남지원 2013. 2. 21. 선고 2012고합583 판결
쟁점	집행유예의 긍정적 요소로 동종전과가 없으며 집행유예 이상의 전과가 없다는 점을 집행유예의 긍정적 요소로 고려함.
죄명	강간, 주거침입

피고인은 피해자와 2001. 12. 24. 혼인한 이래 수회에 걸쳐 별거와 이혼을 거듭하다가 2011. 12. 14. 법원에서 이혼확인을 받아 최종적으로 이혼을 하였고, 2012. 2. 무렵부터는 실제로 별거하였으며, 다만 아들과의 면접교섭을 위한 최소한의 접촉만 유지하여 왔다. 피해자는 별거 후에 성관계를 한 사실은 있지만, 2012. 3. 31. 경 피해자가 피고인이 만난다는 여자가 실존하고 있다는 사실을 비로소 깨닫고 피고인에게 확정적으로 실질적인 이혼을 선언하면서 이후로는 피해자의 집에 출입하지 말 것과 더 이상의 일방적인 성관계는 거절한다는 내용으로 피고인에게 문자메시지와 전화로 통보하였으며, 피고인도 피해자에게 ‘더 이상 집에 갈 일이 없다’면서 그 이후에는 범행 일까지 출입을 하지 않았다. 이 같은 상황에서 2012. 4. 13. 04:14경 피고인은 피해자가 아들과 함께 잠을 자던 안방에 들어가 피해자의 주거에 침입하고, 계속해서 아이가 옆에 있어 반항이 쉽지 않을 것이라는 사실을 익히 알고 있던 터에 자신의 옷을 벗으면서 잠을 자고 있던 피해자의 옷을 강제로 벗기므로 피해자가 손과 발로 피고인을 밀치며 ‘하지 마라. 싫다. 사귀는 여자한테 가서 욕구를 해결하라’면서 이를 명시적으로 거절하였음에도 불구하고 손으로 피해자의 입을 막고 양손과 몸으로 피해자의 몸을 짓눌러 피해자의 반항을 억압한 다음 1회 간음하여 강간하였다.

법원의 양형판단

이 사건에서 1심 법원은 주거침입죄와 강간의 죄를 모두 인정하면서, 법률상 처단형의 범위를 징역 1년 6월~16년 6월, 권고형량의 범위를 징역 2년 6월~5년으로 설명한 후, 집행유예의 긍정적 요소로 동종전과가 없으며 집행유예 이상의 전과가 없다는 점을 들어 피고인에게 징역 1년 6월에 집행유예 2년을 선고하였다. 이에 대해 피고인은 피해자와의 부부관계가 실질적으로 종료되지 않았고, 피고인은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행·협박을 한 적이 없다는 점을 들어 항소하였으나, 2심 법원은 이 부분 무죄를 다투는 피고인의 항소를 받아들이지 않았다. 이에 피고인이 다시 상고하였고, 상고기각으로 판결이 확정되었다.

(2) 관련 사례에 대한 평가

첫 번째 사례인 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도6819 판결에서 법원이 집행유예 선고의 근거로 제시하고 있는 것은 “피고인의 공탁”과 이에 따른 “처벌불원의 의사”이다. 그러나 집행유예는 특별예방적 차원에서 피고인의 재범의 가능성이 낮을 때 선고하는 것으로, 가해자가 향후 성폭력을 범할 가능성이 낮을 때에 선고할 수 있다. 즉 행사된 성“폭력”의 정도가 낮을 때, 즉 유형력의 정도가 낮은 경우에 인정될 수 있다. 관련하여 대법원 양형기준이 “가학적·변태적 침해행위 또는 극도의 성적 수치심 증대” 및 “중한 상해”를 부정적 요소로 정하는 반면, 강제추행에서 유형력의 행사가 현저히 약한 경우를 긍정적 요소로 정하고 있는 것도 같은 이유이다. 따라서 유형력의 정도가 중한 경우에는 집행유예를 가급적 인정하지 않아야 할 것인 바, 이 사건 법원이 피고인의 행위에 대해 상해를 인정하면서 집행유예를 선고한 것은 불합리하다.

또한 집행유예 판단의 핵심은 “재범의 가능성”이므로, 피해자의 처벌불원의 의사가 집행유예의 긍정적인 요소로 삼기 위해서는 피고인의 “진지한 반성”이 반드시 있었어야 한다. 따라서 가해자가 돈으로 보상하였고 그에 따라 피해자가 처벌불원 하였다고 하여 곧 바로 집행유예의 긍정적 요소로 고려해서는 안 된다. 만약 그렇다면 돈이 많은 피고인이라면 진지하게 반성하지 않았을지라도 집행유예가 인정되는 결과로 되는 바, 이는 성폭력범죄가 인격적 범죄임에도 불구하고 특별 예방적 차원에서 집행유예를 인정한 취지에 부합하지 않는다. 같은 이유에서 양형기준이 “상당 금액 공탁”을 집행유예의 긍정적 사유로 고려하고 있는 것은 시정할 필요가 있다.

두 번째 사례인 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도8819 판결에서 법원은 피해자와 피고인의 결혼생활 및 주거에 대한 공동점유관계가 성폭력 범행 당시에는 이미 종료되었으며, 그에 따라 이후에는 피고인이 피해자의 주거지에 들어가기 위해서는 묵시적으로나마 피해자의 동의를 얻었어야 하므로 피고인에 대한 주거침입죄를 인정하고, 피해자가 성관계를 원하지 않는다고 하였음에도 피고인이 새벽에 피해자의 집에 몰래 들어가 곤히 자는 피해자를 상대로 완력으로 짓눌러 억지로 성관계를 가진 것은 성폭력에 해

당한다고 보았다. 그리고 그에 따라 피해자의 의사에 반하여 피해자의 주거에 침입한 다음 강간한 점에서 그 죄질이 결코 가볍지 않다고 판단하였다. 특히 법원은 폭행·협박이 있었는지를 판단함에 있어 가해자와 피해자의 상황을 들어 이와 같은 상황에서 피해자가 피고인과 감정적인 교감 하에 성관계를 한다는 것은 피고인과 피해자의 불화 등에 비추어 쉽게 수긍하기 어렵고, 피해자는 당시 옆에 누워 자는 아들 때문에 성관계를 시도하는 피고인에게 거칠게 반항할 수 없었고, 피고인에게 완력으로 짓눌려 억지로 성관계를 가질 수밖에 없었다고 판단하였는데, 진일보한 판결로 평가할 수 있다.

하지만 위의 진일보한 판단과 달리 법원은 양형결정에 있어 가해자에게 집행유예를 인정하였는바 기존의 잘못된 성폭력통념을 깨는 데에 한계를 보였다. 즉, 이 사건에서 법원은 피해자의 의사에 반하여 피해자의 주거에 침입한 다음 강간한 점에서 그 죄질이 결코 가볍지 않다고 하면서, 피해자의 주거가 본래 피고인이 함께 살던 곳이고, 피해자가 피고인의 전처로서 이 사건 범행 전후에도 피해자와 성관계를 가지기도 한 점, 피고인의 폭행의 정도가 비교적 중하지 아니한 점, 피고인에게 한 차례 벌금형의 처벌을 받은 외 특별한 범죄전력이 없는 점을 들어 가해자에게 집행유예를 선고하였다.

즉 주거에 침입하여 성폭력한 것으로 그 죄질이 중대하여 성폭력특별법상 가중되는 범죄에 대하여 “피해자와 가해자가 성관계를 하는 부부관계였다는 점”을 들어 집행유예를 선고한 것인데, 성폭력범죄가 성적 자기결정권을 보호법익으로 한다는 점에서 이 같은 법원의 판단은 매우 부당하다고 할 것이다. 이는 2012. 12. 16. 선고 2013도12631 판결(이하 “비교사례”라고 한다.)과 비교해보면 더욱 분명히 드러난다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

비교 사례는 피고인에 대하여 성폭력범죄의처벌등에관한특별법위반(주거침입강간등)의 성립을 인정한 사건으로, 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

- 다 음 -

가해자는 평소 안면이 있는 피해자가 만취해 있음을 이용하여 피해자를 집에 데려다 주면서 현관문 잠금장치의 비밀번호를 기억해 놓은 후 피해자의 집을 찾아가 강간을 시도하였으나 미수에 그쳤다.

이에 대해 1심 법원은 징역 3년에 집행유예 5년을 선고하였고, 검사와 피고인 모두 양형부당을 주장하여 항소하였다. 이에 대해 2심 법원은 “피고인의 양형부당 주장은 이유 없고, 검사의 양형 부당 주장은 이유 있다.”고 판단하여, 검사의 항소는 이유 있으므로 원심판결을 파기하고 피고인을 징역 2년에 처한다고 판결하였다.

위 비교사례의 사실관계와 이 사건 사실관계를 비교해 볼 때 양자는 모두 주거에 침입하여 잠들어 있는 피해자를 강제로 강간한 것으로, 그 차이는 첫째, 이 사건의 경우 가해자와 피해자가 과거 부부관계였다는 점과 둘째, 이 사건의 경우 성폭력이 기수에 이르렀으나 비교사례의 경우 미수에 그쳤다는 점이다. 이렇게 볼 때, 이 사건에서 법원이 주거침입강간이라는 형량이 가중되는 중대한 범죄임에도 불구하고 실형이 아닌 집행유예를 선고한 것은, 가해자와 피해자가 과거 부부관계에 있었다는 점을 가장 중요하게 고려한 것으로 보인다. 그러나 성폭력범죄는 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 범죄이므로 부부관계라고 하여 그 불법과 책임이 낮다고 할 수 없으며, 더구나 이 사건 가해자와 피해자는 실질적으로 부부관계가 종결되었으며 피해자는 피해자의 집에 출입하지 말 것과 더 이상의 일방적인 성관계는 거절한다는 내용을 명시적으로 통보하였으므로 피해자와 가해자의 관계가 과거 부부관계였다는 점을 들어 집행유예를 선고한 것은 명백히 부당하다. 오히려 이 사건에서 피고인은 상고심에 이르기까지 부부관계가 실질적으로 종료되지 않았고 비밀번호도 피고인이 공유하고 있었으며, 폭행·협박을 한 적이 없다는 점을 들어 무죄를 주장하였는바, 이는 대법원 양형기준의 부정적 요소인 “진지한 반성없음”에 해당하므로 오히려 형량이 가중되었어야 한다.

한편 비교사례에서 2심 법원은 성폭력이 미수에 그쳤고, 특히 이는 양형기준상 집행유예의 긍정적 요소에 해당함에도 불구하고 실형을 선고하였는데, 주거침입강간으로 죄질이 무겁다는 점에서 타당한 판결이라고 할 수 있다.

4. 소결

이상에서 1, 2, 3심이 모두 갖추어진 성폭력판례 705건을 중심으로 성폭력실태를 알아보고, 내용분석을 실시하였다.

우선 성폭력판례를 통해 본 성폭력실태에서는 2000년과 2013년 사이에서의 범죄자, 피해자, 범행, 처분결과에 관한 변화를 살펴보고자 하였다. 2000년에서 2013년으로의 시간변화에 따라 성폭력판례 중 개선된 부분이 있는가, 아직도 변화되지 않고 그대로 있거나 악화된 경우가 있는지를 성인지적 관점에서 제시해 보고자 하였다.

범죄자 연령은 성폭력범죄의 범죄자 연령은 전체로 보면 30대, 40대, 20대 순으로 많은 분포를 보이고 있으나, 이를 범죄 유형별로 시기별 변화를 살펴보면, 강간 사건에서는 2000년에는 20대, 30대 순으로 높은 분포를 보였으나, 2013년에는 30대, 20대 순으로 범죄자의 연령이 다소 높아지고 있는 것을 알 수 있다. 이러한 경향은 강제추행 사건에서도 동일하게 나타나고 있는데, 2000년에는 30대, 40대, 10대 순이었으나, 2013년에는 50대, 40대, 30대 순으로 범죄자의 연령이 높아지고 있는 것으로 나타났다. 범죄경력과 관련하여, 범죄경력 유형을 2000년과 2013년을 비교한 결과 이중범죄 경력이 있는 경우는 감소한 반면, 동종범죄 경력이 있는 경우는 증가한 것으로 나타나 성폭력범죄의 재범방지를 위한 노력이 더욱 필요함을 살펴볼 수 있다.

가해자와 피해자관계는 2000년에는 애인·이성친구나 가족 및 친척을 포함하여 아는 사람에 대한 성폭력범죄 비율이 비교적 낮게 나타났으나 2013년에는 크게 증가한 것으로 나타났다. 아는 사람에 의한 성폭력범죄를 신고해야 한다는 인식이 생겨 난 것으로 보여 고무적이라 하겠다.

피해자 연령은 10대와 10세 미만이 증가하고 20대, 30대는 감소하였다. 10대와 10세 미만의 아동·청소년들이 성폭력범죄의 피해 경험이 높아진 것에 정책적 관심을 기울여야 하며 이들에 대한 성폭력범죄 예방방안이 적극적인 마련되어야 한다.

성폭력피해자 중 지적 장애 상태가 특히 증가한 것으로 나타나는데바 경계

성 장애자 등 특히 성폭력에 취약한 피해자들의 성폭력범죄 예방을 위한 각별한 주의와 대책이 요구된다. 또한 수면상태도 증가하고 있는데 주거침입과 함께 성폭력범죄가 이루어지는 특수강도강간죄의 차단방안이 구체적으로 마련되어야 한다. 또한 정신적 피해를 경험하는 피해자가 증가하고 있으며 대책마련이 필요하다.

강간죄 1심 기준 평균선고형량은 형법상 강간살인·치사죄, 성폭력특별법상 친족관계 강간, 13세 미만 강간, 강간살인·치사죄 등이 2000년에 비해 2013년에 형량이 높아졌으나 친족관계 강간을 제외하고는 법정형의 하한보다 낮은 형을 선고하고 있는 것으로 나타났다. 법정형의 강화가 실제 선고형에 즉각적으로 반영되지 않기 때문에 법정형의 강화만으로 범죄자의 엄벌과 재범방지에 크게 기대하기 어려운 면이 있다. 모든 범죄유형에 있어서 현재 법정형의 하한선 이상의 형량이 선고될 수 있도록 법원단계에서 특히 관심을 기울여야 할 것이다. 그를 위해서는 양형감경사유의 요인들을 엄밀히 검토하여 예를 들어 음주감경을 성폭력범죄의 감경사유에서 배제하는 등 선고형의 구성요소들을 구체적으로 검토할 필요가 있다.

모르는 관계에서의 성폭력범죄는 형량이 강화되어 있으나 아는 사람, 애인·이성친구 관계에서는 형량이 낮은 것을 볼 수 있는바, 아는 사람간의 성폭력범죄가 이루어지기 어렵다는 편견이나 고정관념이 작용한 것이라고 할 수 있다. 또한 가해자의 음주상태가 감경요인으로 작용하고 피해자의 음주상태는 피해자 책임을 어느 정도 인정하고 있음을 나타내는 것으로 남성중심적인 성편견이 작용한 부분이라 할 것이다.

공범이 있는 범죄자 연령은 10대가 많고 10대의 피해자의 경우도 가해자가 복수인 경우가 많은 것으로 나타나고 있다. 10대 청소년집단의 가·피해가 이루어지고 있는 부분에 대한 정책적 개입이 필요하다.

피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 법원의 인정이유로 피해자의 진술의 신빙성 없음이 높은 순위로 나타나고 있는데 피해자의 진술의 신빙성을 높이기 위한 방안으로 성폭력을 전문적으로 아는 법관으로 구성된 전담 재판부의 확대개편이 필요하고, 법관들에 대한 성폭력과 성폭력피해자 상황을 이해할 수 있도록 성폭력 감수성 교육을 의무화해야 할 것이다.

성폭력판례의 13년간 분석을 통해 선고형량의 증대, 가해자와 피해자의 관계 중 아는 사람이나 애인·친구관계에서의 사건화가 증가하고는 있지만 아직 약소한 상황이고, 그 이외 음주상황이 형량을 낮추는 역할을 하는 것 등은 거의 변화가 없는 것으로 보인다. 또한 성폭력피해자중 장애가 있는 경우가 증가하고 있고, 정신적 피해여부도 판결문상 명시된 것만 보아도 늘고 있는 상황이다. 피해자 중 장애상황의 증가는 발생의 증가라기보다는 수면아래 있던 사건들이 표면화되고 있음을 나타내는 것으로 추측할 수 있어서 그런 면에서는 증가하는 것이 고무적이라고 할 수 있다.

향후 성인지적 관점에서의 성폭력판례의 개선을 위해 법원 자체와 일반인의 성폭력에 대한 인식변화 등의 노력이 경주되어야 할 것으로 보인다.

한편 성폭력 판례의 내용분석을 통해 강간죄의 폭행·협박의 해석문제, 피해자 진술의 신빙성 문제, 양형문제를 검토하였다.

강간죄의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 것으로 그 정도는 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하도록 하고 있다. 그러면서 판례에서 폭행·협박이 없다고 보는 요소로서 과거 또는 현재 연인관계나 부부관계에 있었다는 사정이 있거나 피해 여성이 여관에 따라 들어 간 사실, 별 다른 강압이나 저항 없이 술을 함께 마시며 함께 있었다는 사실, 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사실 등을 들고 있다. 미리 성폭력 피해자는 어떠하다라고 피해자상을 전제해 놓고 거기에 맞지 않으면 의심하고 폭행, 협박이 없다고 보아 강간죄를 인정하지 않는 것은 다분히 남성 중심적인 사고에 근거한다고 하겠다. 피해자의 입장에서 관찰하고 판결을 내리는 방식으로 재판에 임해야 할 것이다. 그런 의미에서 “피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정해서는 안 된다고 판시한 판례(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결)는 피해자의 구체적인 상황을 고려해서 판결했다는 점에서 매우 고무적이고 다른 판결

들이 이 판결의 영향을 받아야 한다고 생각한다.

진술의 신빙성 문제 역시 피해자의 입장을 고려해서 판단해야 한다. 성폭력사건에서는 피해자의 진술이 유일한 증거일 가능성이 높는데 일부 진술에 다소 과장된 부분이나 일관되지 못한 부분이 있더라도 피해자가 피해상황을 부각시키거나 그 당시 상황의 기억과정에서 흥분이 일어나거나 시간경과에 따른 기억의 쇠퇴나 착각에 의한 것으로 봐야 한다는 판례(대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도14392 판결)는 피해자의 상황을 고려하고 있다는 점에서 그 의미가 크다. 그러나 이러한 이유로 1심에서 유죄를 받았으나 2심에서 무죄로 되는 경우가 많은데, 2심 재판부의 보수성을 극복해 나가야 할 것이다. 피해자 진술의 오염이나 기억의 쇠퇴를 막기 위해 피해자의 최초 진술을 증거자료화하는 것이 필요하다.

양형 관련해서는 양적 분석에서도 살펴보았듯이 음주감경의 가능성이 다분히 있어 보인다. 양형감경사유 중 피고인의 반성이나 처벌불원, 피고인의 피해자 가족 부양 등을 감경사유로 하는 것에 대한 진지한 고민이 필요하다. 이것들은 ‘성범죄 양형기준’에 포함되어 있는 사유들인데 다른 범죄유형에서는 가능한 사유이더라도 성폭력범죄의 특수성을 반영하여 감경사유에서 제외시키는 방안에 대해 논의가 필요하다.

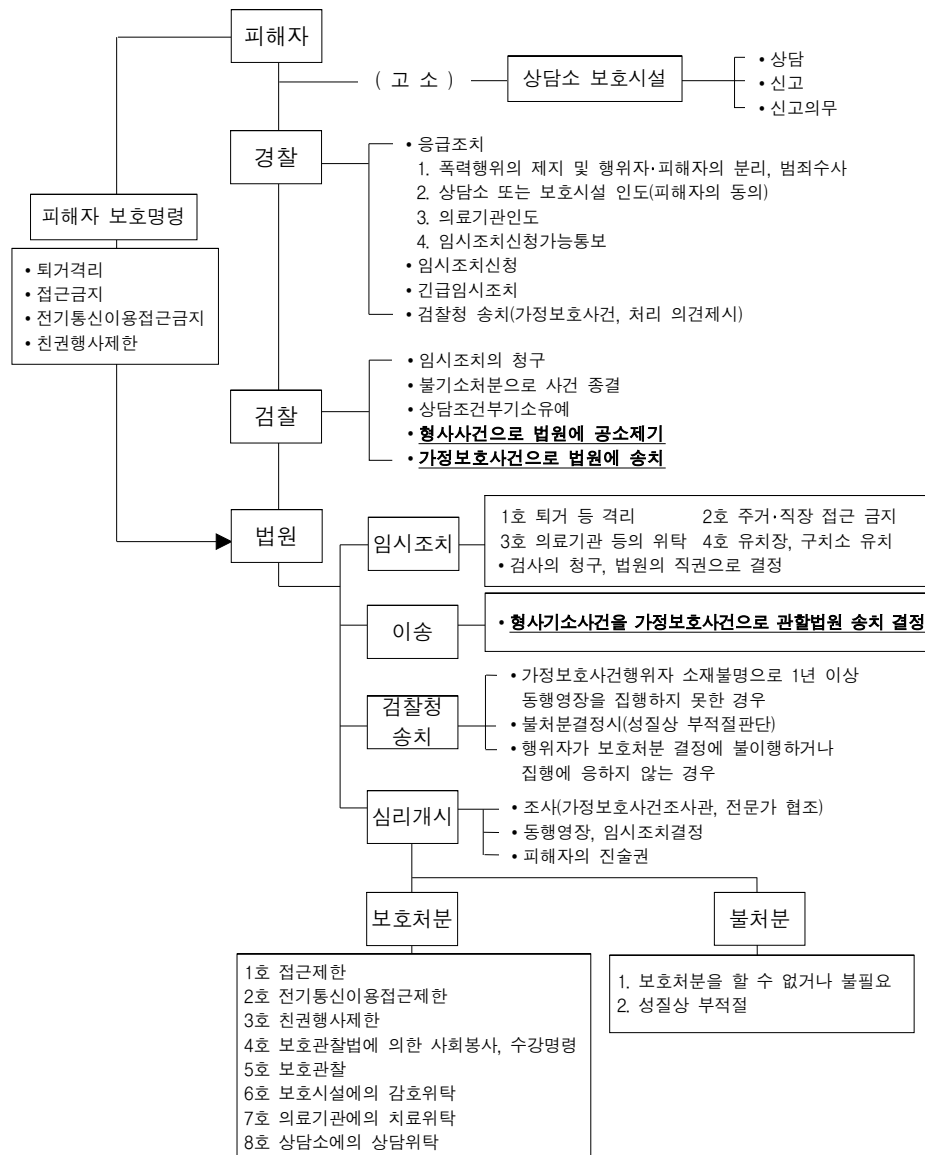
IV

가정폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석

1. 가정폭력 관련 판례의 분석범위	201
2. 가정보호사건에 대한 분석	203
3. 가정폭력 관련 형사재판사건에 대한 분석	232
4. 소결	265

1. 가정폭력 관련 판례의 분석범위

가정폭력 관련 판례를 분석함에 있어 분석범위를 설정하는 일이 앞선다.



[그림 Ⅳ-1] 가정보호사건 처리 흐름도

앞의 그림에서 알 수 있는 바와 같이 가정폭력 관련 판례의 생산은 검사가 형사사건으로 법원에 공소 제기하는 경우는 형사재판기록으로 남게 되며, 검사가 가정보호사건으로 법원에 송치하거나 형사기소사건을 가정보호사건으로 송치하는 경우에는 보호처분에 관한 기록이 남게 된다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 가정폭력특례법이 가정폭력 사건에 대한 형사절차의 특례를 정하고 있기 때문에 가정폭력이 형사사건으로 다루어지는 경우는 매우 드물고, 대부분이 검찰단계에서 불처분되거나 가정보호사건으로 처리되고 있다³⁴⁾. 하지만 2008년 법 개정으로 가정보호사건은 일반인 공개가 금지되어 있기 때문에 사건에 대한 접근성이 제한되어 있다. 때문에 가정폭력 범죄의 극히 일부에 해당하는 가정폭력 사건이 형사사건으로 처리된 경우와 형사사건으로 처리되는 과정에서 가정보호사건으로 송치되는 경우를 가정폭력 관련 판례 분석의 대상으로 선정하였다.

그동안 가정폭력에 대한 판례 분석은 살인사건을 중심으로 이루어져 왔다. 가정폭력특례법상 가정폭력 범죄의 범주에 가족구성원 사이의 살인죄에 해당하는 경우는 속하지 않지만, 가정폭력이 원인이 되어 발생하고 있고, 가정폭력의 실상을 잘 보여줄 수 있기 때문이다.

그동안의 가정폭력 관련 판례 연구가 살인사건을 중심으로 이루어지고, 그 밖의 유형에 대한 판례나 결정례 연구가 드물었던 이유는 가정폭력에 관한 사건의 절대 다수를 차지하는 가정보호사건에 대한 접근이 연구자를 비롯해 일반인에게 차단되어 있는 점도 존재하지만, 결정적인 이유는 가정폭력 관련범죄에 대한 정의를 형법의 범죄와 동일하게 규정함으로써 재판 기록에 ‘가정폭력특례법 위반’이라고 표기되지 못하고 형사사건의 범죄명이 기록되어 있어 가정폭력 관련 사건을 뽑아내는 것 자체가 어렵기 때문이다. 최근에는 가정폭력특례법 상에도 보호처분 상습위반자 등에 대한 형벌 규정이 되어 있어 간혹 ‘가정폭력특례법 위반’이라는 기술이 존재하지

34) 대검찰청 「범죄분석」 2013년도 자료를 통해 2012년도 검찰의 가정보호사건 처리 현황을 살펴보면 혐의 없음, 죄가 안됨, 공소권 없음, 기소중지, 참고인증지 등으로 불기소되는 비율은 44.9%, 기소유예는 18.1%로 전체의 62.6%가 불기소 처리되고 있으며, 가정보호송치비율은 19.7%, 구공판이나 구약식으로 기소되는 비율은 17.2%로 나타나고 있다.

만, 이는 극히 일부이며, 가정폭력 때문에 보호처분이나 접근금지명령을 받고도 이를 어겼을 때 가해지는 형벌로서 가정폭력 자체를 문제 삼는 것과는 차원이 다르다.

이상을 종합하면 가정폭력 관련 판례의 분석대상을 세 축으로 나누어 살펴볼 수 있지만, 가정폭력이 원인이 된 살인사건에 대한 분석은 그동안 많이 이루어져 왔기 때문에 선행연구 결과를 검토하는데 그치고 본 연구에서는 다시 다루지 않고, 가정폭력이 형사사건으로 다루어진 경우와 가정보호사건으로 처리된 경우를 중심으로 살펴보고자 한다. 또한 앞서 언급한 어려움 때문에 가정폭력범죄 중 물리적 폭력에 해당하는 상해와 폭행을 중심으로 살펴보고자 한다. 또한 가정폭력특례법의 정의에 의하면 가정폭력의 정의 및 그 유형은 다양하지만, 본 연구의 목적이 판례에 대한 성인지적 분석이라는 점을 감안하여 가족구성원 중에서도 배우자 관계로 한정하여 살펴보고자 한다.

2. 가정보호사건에 대한 분석

가. 분석대상 가정보호처분 결정례

2008년 이후 가정보호처분 결정사건에 대한 정보가 공개되고 있지 않아 사건기록에 대한 접근에 어려움이 있었으나, 가정폭력 사건이 신고된 경우 대부분이 가정보호사건으로 다루어지고 있는 현실을 감안할 때, 전혀 다루지 않고는 가정폭력사건의 전체 면을 살펴볼 수 없다는 한계를 극복하기 위해, 서울가정법원의 협조를 얻어 56건의 사건기록을 열람한 결과를 가지고 부족하나마, 가정보호 처분결정에 대한 내용을 분석하고자 한다.

가정보호사건에 관한 기록에는 범죄사건이 발생하여 범죄사실에 대한 인지부터 경찰단계의 사건처리 기록, 검찰에서의 사건처리 기록, 법원에서 가정보호처분 결정을 내리기 전까지의 기록이 자세히 첨부되어 있어, 가정폭력범죄의 내용분석뿐만 아니라 사건처리 과정에 대한 내용을 파악하기에 유용한 자료이며, 이러한 측면을 충분히 살려 가정폭력특례법이 담고 있는

가정폭력사건의 사건절차에 대한 내용을 분석하는데 초점을 두고자 한다.
분석에 앞서 자료의 한계를 보완하는 의미에서 법원의 가정보호사건 처리현황을 살펴보고자 한다.

나. 법원의 가정보호사건 일반 현황

1) 가정보호사건의 접수

법원은 검사 또는 형사법원에 의하여 가정보호사건으로 송치된 사건에 대하여는 다른 쟁송에 우선하여 신속히 처리하여야 하고, 처분의 결정은 특별한 사유가 없는 한 송치받은 날로부터 3월 이내, 이송받은 경우에는 이송받은 날로부터 3월 이내에 하여야 한다(제38조). 법원에서 담당한 가정보호사건은 검사 송치가 99% 정도를 차지하고 있고, 법원 송치·이송은 1% 미만으로 해마다 비슷한 비중을 나타내고 있다.

〈표 IV-1〉 법원의 가정보호사건 사건 접수내역

(단위 : 건, %)

구분	합계	검사송치	법원송치	타법원에서 이송
1999년	3,877 (100.0)	3,839 (99.0)	28 (0.7)	10 (0.3)
2012년	3,801 (100.0)	3,756 (98.8)	19 (0.5)	26 (0.7)
2013년	6,468 (100.0)	6,403 (98.9)	36 (0.6)	29 (0.4)

출처: 법원행정처, 『사법연감 2000, 2013, 2014』.

2) 가정보호사건의 처리

법원의 심리절차에서는 비공개심리 특칙(제32조), 피해자 진술권의 구체적 보장(제33조), 피해자의 의견진술시 행위자의 퇴장 명령제도(제33조제1항) 등을 두어 심리절차에서의 피해자 보호가능성을 열어두고 있다.

가정보호사건을 담당하는 법원의 처리방식은 보호처분(제40조), 보호처분을 할 수 없거나 할 필요가 없거나 가정보호사건으로 처리함이 적당

하지 않다고 인정하는 때 불처분 결정과 동시에 사건의 관할법원 대응 검찰청 검사에로의 송치(검사 송치 가정보호사건) 또는 송치 법원에로의 이송(형사법원 송치 가정보호사건)(제37조), 보호처분을 받은 행위자가 보호처분결정을 이행하지 않거나 집행에 따르지 않는 때 보호처분의 취소와 동시에 사건의 송치 또는 이송(제46조) 등으로 대별된다.

〈표 Ⅳ-2〉 가정보호사건 처리내역

(단위 : 건, %)

구분	합계	보호처분											불처분	타법원으로 이송	보호처분 취소 후 검찰청 송치	기타
		계	접근 행위 제한	친권 행사 제한	사회봉사 수감 명령	보호관찰	감호 위탁	치료 위탁	상담 위탁	접근 제한 과 보호관찰 병과	사회봉사 수감 명령 과 보호관찰 병과	상담위탁 과 보호관찰 병과				
1999	2,552 (100.0)	1,448 (56.7)	324 (12.7)	17 (0.7)	404 (15.8)	593 (23.2)	6 (0.2)	3 (0.1)	101 (4.0)	-	-	-	1,071 (42.0)	7 (0.3)	21 (0.8)	5 (0.2)
2012	3,626 (100.0)	2,253 (62.1)	93 (2.6)	-	334 (9.2)	359 (9.9)	-	10 (0.3)	627 (17.3)	43 (1.2)	276 (7.6)	230 (6.3)	1,206 (33.3)	35 (1.0)	-	132 (3.6)
2013	5,699 (100.0)	3,748 (65.8)	95 (1.7)	1 (0.2)	667 (11.7)	668 (11.7)	1 (0.2)	19 (0.3)	1,177 (20.7)	44 (0.8)	468 (8.2)	210 (3.7)	399 (7.0)	-	-	178 (3.1)

출처: 법원행정처, 『사법연감 2000, 2013, 2014』.

가정폭력특례법의 시행 초기인 1999년의 통계를 보면 가정보호사건으로 송치된 3,877건 중 2,552건이 처리되었는데, 이 중 56.7%가 보호처분 되었고, 불처분은 42.0%, 보호처분 취소 후 검찰청 송치와 타법원 이송이 1.3%의 비율을 보였다. 그 이후 보호처분 비율은 2002년 42.7%까지 감소하다가 점차 상승하여 2012년 기준으로 보호처분 비율은 62.1%를 보이고 있다.

보호처분의 결정내역도 시행 초기와 최근의 통계를 비교해보면 상이한 점을 살펴볼 수 있다. 시행초기에는 보호관찰, 사회봉사·수감명령, 접근행위 제한 순으로 많은 비중을 차지하고 있는 반면, 최근에는 상담위탁, 보호관찰, 사회봉사·수감명령이 많은 비중을 차지하고 있다.

한편 법원의 가정보호사건에 대한 불처분율이 높은 것은 법원 실무 관행상 가정폭력사건이 발생 후 법원에서 심리기일에 들어가기까지는 5~6개월 이상의 기간이 소요되기 때문에 가정보호사건으로 송치된 사건 중 상당한 수가 사건의 즉시성을 상실하여 법정에 출석한 가해자와 피해자가 이미 이혼을 하여 가족관계가 청산되었든지, 서로 화해하여 가정생활을 원만히 영위하고 있는 등 보호처분이 불필요한 경우가 많기 때문이라고 한다.

3) 가정보호사건의 가정구성원 관계 현황

가정보호사건 중 보호처분 결정으로 종결된 가정보호사건의 행위자와 피해자의 관계를 보면, 시행 초기는 물론 최근까지도 배우자 관계가 가장 많은 비중을 차지하고 있는 점은 같다. 하지만 비율 구성면에서 행위자와 피해자의 관계 중 배우자 관계는 현재까지는 70% 이상의 비율을 유지하고 있으나, 점차 줄어들고 있으며, 2012년까지는 직계 존·비속관계는 줄어들고, 동거하는 친족관계와 계부모·자 또는 적모·서자의 관계는 그 비중이 확대되어 왔으나, 2013년 자료에서는 직계·존비속 관계가 많이 늘고, 사실혼 관계를 포함하여 동거인이 차지하는 비중이 많이 늘어난 것을 알 수 있다. 이와 같이 2013년 통계자료에서는 가정구성원의 관계 변화가 보이지만, 이와 같은 변화가 가정폭력에 대한 단속 강화의 효과로 일시적인 것인지, 향후 지속될 것인지는 지속적인 추적이 필요하다.

〈표 IV-3〉 가정보호사건 가정구성원별 현황

(단위 : 건, %)

구분	계	배우자관계	직계존·비속관계	계부모와 자의 관계 또는 적모와 서자의 관계	동거하는 친족관계	동거인 (사실혼관계)
1999	2,239 (100.0)	2,053 (91.7)	143 (6.4)	17 (0.7)	26 (1.2)	-
2012	736 (100.0)	579 (78.7)	6 (0.8)	9 (1.2)	102 (13.9)	40 (5.4)
2013	1,149 (100.0)	837 (72.8)	127 (11.1)	6 (0.5)	11 (1.0)	168 (14.6)

출처: 법원행정처, 『사법연감 2000, 2013, 2014』.

4) 가정보호사건 접수 기준 죄명

가정보호사건의 죄명별 접수현황을 보면 시행 초기는 물론 최근까지 공통되게 상해·폭행 사건이 대부분을 차지하고 있음을 알 수 있다.

〈표 IV-4〉 가정보호사건 죄명별 접수현황

(단위 : 건, %)

구분	상해·폭행	유기·학대·아동학사	협박	재물손괴	기타	합계
1999	3,869 (99.8)	1 (0.0)	3 (0.1)	-	4 (0.4)	3,877 (100.0)
2012	3,178 (83.6)	5 (0.1)	319 (8.4)	227 (6.0)	72 (1.9)	3,801 (100.0)
2013	5,459 (84.4)	3 (0.0)	478 (7.4)	423 (6.5)	105 (1.6)	6,468 (100.0)

출처: 법원행정처, 『사법연감 2000, 2013, 2014』.

* 기타에는 체포감금, 명예훼손·모욕, 주거·신체수색, 강요, 공갈죄 등이 포함되어 있음.

이상의 내용을 종합하면 가정보호사건은 대부분 검사의 송치로 접수되고 있으며, 접수된 사건의 60% 가량이 가정보호처분을 받게 된다. 그리고 가정보호사건으로 송치된 대부분의 사건은 배우자를 대상으로 하는 상해, 폭행에 해당하는 죄명임을 알 수 있다.

따라서 본 연구의 대상으로 좁힌 배우자 대상 상해, 폭행죄에 해당하는 사건들은 가정폭력의 전체 사건은 아니지만, 가정폭력 사건의 전반적인 내용을 이해하는 데에는 부족하지 않을 것으로 생각한다.

다. 서울가정법원의 가정보호사건 분석

1) 분석대상 결정문의 입수과정 및 분석대상 결정문 정보

분석대상 결정문은 2013년 7월 25일부터 2014년 2월 5일까지 이루어진 결정중 서울가정법원이 사건기록의 열람을 허용해 준 58건의 사건이다. 이 중 5건³⁵⁾은 존속폭행이나 아동학대건으로 배우자 관련성이 없어 제외하였

다. 53건 중 쌍방 폭행이나 상해로 행위자가 독립된 건이 3건이 존재하여 최종 56건을 분석대상으로 삼는다.

2013년 하반기와 2014년 초에 처리된 가정보호사건 기록에 대한 내용분석은 매우 제한적인 자료로 전체를 보여줄 수 없지만, 그동안의 가정폭력에 대한 수사기관과 법원의 사건처리 경향이 2013년 박근혜 대통령 정부 출범과 함께 4대악 척결을 강조하면서 어떻게 변화되었는지를 읽어볼 수 있는 자료로서 의미가 있을 것이다. 분석대상 판결문의 기본 사건 정보는 아래의 표와 같다.

〈표 IV-5〉 서울가정법원 가정보호사건 분석대상 결정문의 사건정보

연번	선고일	사건번호	죄명	피의자나이	피해자나이	피해자와의 관계
1	2013-07-25	2013버79	폭행	39	-	남편
2	2013-08-22	2013버475	상해	30	30	아내
3	2013-08-22	2013버476	상해	30	30	남편
4	2013-09-26	2013버649	폭행	43	33	남편
5	2013-10-31	2013버271	폭행	41	37	남편
6	2013-11-06	2013버736	재물손괴	44	42	남편
7	2013-11-13	2013버455	상해	40	38	남편
8	2013-11-14	2013버732	폭행	32	34	동거남
9	2013-12-12	2013버731	상해	34	32	동거녀
10	2013-12-12	2013버985	상해	46	42	남편
11	2013-12-12	2013버883	폭행, 협박	55	53	남편
12	2013-12-12	2013버1019	폭행	66	58	남편
13	2013-12-12	2013버854	폭행	47	-	동거남
14	2013-12-12	2013버879	특수협박	61	58	남편
15	2013-12-12	2013버881	폭행	52	42	남편
16	2013-12-12	2013버1039	상해	44	43	남편

35) 2013. 12. 12. 2013버405(준속폭행), 2013. 12. 19. 2013버722(상해), 2014. 1. 6. 2013버991, 992(아동복지법위반) 등.

Ⅳ. 가정폭력 관련 판례에 대한 성인지적 분석 ●●● 209

연번	선고일	사건번호	죄명	피의자나이	피해자나이	피해자와의 관계
17	2013-12-12	2013버929	폭행	34	33	남편
18	2013-12-12	2013버923	폭행	62	62	남편
19	2013-12-12	2013버907	폭행	42	28	남편
20	2013-12-12	2013버897	재물손괴, 협박	51	50	동거남
21	2013-12-12	2013버925	집단흥기등폭행	58	53	남편
22	2013-12-12	2013버1041	폭행	28	32	동거남
23	2013-12-12	2013버895	집단흥기등상해	58	50	남편
24	2013-12-18	2013버407	폭행	40	32	동거남
25	2013-12-19	2013버1114	폭행	52	51	남편
26	2013-12-19	2013버1090	폭행	44	43	남편
27	2013-12-19	2013버735	폭행	53	50	남편
28	2013-12-19	2013버805	폭행	47	46	남편
29	2013-12-19	2013버1051	폭행	65	58	전남편
30	2013-12-19	2013버913	폭행	44	39	남편
31	2014-01-06	2013버1168	폭행	31	29	남편
32	2014-01-06	2013버1174	상해	50	-	남편
33	2014-01-06	2013버996	폭행	46	46	동거남
34	2014-01-06	2013버839	상해	58	56	남편
35	2014-01-06	2013버1176	상해	43	39	남편
36	2014-01-06	2013버1154	폭행	34	32	남편
37	2014-01-08	2013버1059	재물손괴, 폭행	47	44	남편
38	2014-01-16	2013버1191	상해	42	52	동거남
39	2014-01-16	2013버1069	폭행	54	50	남편
40	2014-01-16	2013버1023	집단흥기등상해	46	44	남편
41	2014-01-16	2013버1016	폭행	48	45	남편
42	2014-01-22	2013버989	폭행	61	53	남편
43	2014-01-22	2013버1076	상해	40	42	남편
44	2014-01-22	2013버908	폭행	50	-	남편

연번	선고일	사건번호	죄명	피의자나이	피해자나이	피해자와의 관계
45	2014-01-22	2013버1101	폭행	39	-	남편
46	2014-01-22	2013버869	상해	53	33	남편
47	2014-01-22	2013버870	집단흥기등상해	32	52	아내
48	2014-01-22	2013버1028	집단흥기등상해	61	54	동거남
49	2014-01-22	2013버1038	상해	61	60	전남편 (이혼후동거)
50	2014-01-22	2013버979	폭행	47	49	남편
51	2014-01-22	2013버1083	집단흥기등상해	48	46	남편
52	2014-02-05	2013버1030	상해	41	50	남편
53	2014-02-05	2013버1294	상해	40	42	남편
54	2014-02-05	2013버1290	폭행	48	44	남편
55	2014-02-05	2013버1283	폭행	62	59	남편
56	2014-02-05	2013버1334	폭행	53	48	남편

* 동거남은 사실혼관계, 남편은 법률혼.

분석대상 결정문의 피의자의 성별은 남성이 53명, 여성이 3명으로 남성이 절대 다수를 차지하여 가정폭력은 남성이 여성을 통제하기 위해 사용하는 수단으로 사용되고 있음을 알 수 있으며, 여성이 피의자로 등장한 3건 모두 쌍방 다툼이 원인이 된 경우였다.

또한 피의자와 피해자의 관계를 보면 법률혼인 부부로서 남편이 피의자인 경우가 42건으로 가장 많았고, 동거남인 경우가 8건, 이혼 후 재결합하거나 동거관계를 유지하고 있는 전남편인 경우가 2건, 이혼한 전남편이 1건 존재하였다. 여성이 피의자인 경우는 아내가 2건, 동거녀가 1건이었다.

가정보호사건의 죄명은 56건 중 폭행이 32건, 상해가 20건, 재물손괴가 3건, 특수협박이 1건이었으며, 이 중 흥기 사용 등으로 가중 요인이 있는 경우는 폭행이 1건, 상해가 5건 있었다. 또한 폭행에 협박이 경합된 경우가 1건 존재하였으며, 재물손괴에는 폭행과 협박이 각각 1건씩 경합하였다.

2) 범죄인지 경위 및 경찰에서의 사건처리

가) 범죄인지 경위

가정폭력범죄에 대한 인지는 자진 출두하여 상호 조사받기를 원한 경우(2013버1290), 한참이 지난 범죄사실에 대해 추후 고소한 경우(2013버1168)를 제외하고 위급한 상황에서 112 신고가 접수되어 현장출동으로 인지된 경우가 대부분이었다. 신고인은 피해자 본인과 자녀(아들, 딸) 등 가정폭력 현장에 있던 가족구성원인 경우가 많았고, 이웃주민의 신고(2013버895)에 의한 건은 분석대상 결정문 중 1건밖에 존재하지 않았다. 그 밖에 친정엄마가 신고한 건도 1건 있었다.

신고 이전의 가정폭력의 횡수는 수없이 많았음에도 신고가 처음인 경우가 많았다. 이는 참을 만큼 참다가 신고한 것으로, 가정폭력 처벌 전력이 없다고 하여 다른 범죄 유형처럼 동일하게 다루어서는 안 된다는 점이 드러난다. 또한 피해자들은 신고 이후에도 수사과정에서 피해자의 처벌을 원치 않는다는 의사를 표시했는데, 이는 위급한 폭력상황의 저지와 재범의 위험에서 벗어나기 위해 임시조치를 신청하기 위한 수단, 혹은 형사처벌은 아니어도 상담과 교육을 통해 새사람으로 바뀌었으면 하는 바람으로 신고하는 것으로 보인다.

처벌을 원치 않는 이유에는 피의자의 진지한 반성과 마지막 용서라는 피해자의 변화에 대한 기대, 신고에 따른 강력한 대처로 피의자가 신고만으로도 달라진 것에 대한 만족, 자녀와의 관계에서 아버지이기 때문에, 경제적 어려움 등 다양한 이유가 존재하는 것으로 보인다.

나) 긴급임시조치

현장에 출동한 사법경찰은 예전과 달리 매우 적극적으로 사건을 처리하는 모습을 보여주고 있는데, 폭행행위가 이미 종료된 상태에서도 피해자의 진술과 피의자의 범죄사실 인정 혹은 당시 정황 등을 고려하여 범죄사실이 인정되는 경우 피의자를 현행범으로 체포하는 모습을 보였다. 이렇듯 현행범에 대한 해석을 완화하여 적용함으로써 그동안 여성계에서 주장해 온 현

행범 체포 원칙을 부분적으로 수용한 것으로 보인다. 하지만 현행법으로 체포된 피의자들은 거의 모두 사건에 대한 조사 직후 석방되어 가정으로 복귀하는 모습을 보였다.

물론 긴급임시조치와 임시조치를 적절히 활용한다면 피의자의 가정 복귀를 차단함으로써 피의자와 피해자가 대면하는 것을 막을 수도 있다.

분석대상 결정사건 중 2013버1294 사건은 “2013년 12월 10일 05:20경 주거지에서 잤은 폭언과 외박 등으로 이혼을 요구하는 피해자에게 장난감 버스를 던져 오른쪽 얼굴 관자놀이를 맞게 하여 멍이 들어 치료일수 미상의 상해를 가한 사건”이다. 이 사건에서는 현행법 체포와 함께 사건발생 당일 현장출동한 경찰관이 06:55경 긴급임시조치로 퇴거 등 격리, 100미터이내 접근금지, 전기통신이용 접근금지를 취하였다. 그 사유는 “피의자는 피해자와 현재 주거지에서 3세 된 아들과 함께 살고 있으며, 평소 피해자는 피의자와 폭언과 외박문제로 부부싸움을 자주한다고 하는 등 재범의 우려가 높다”고 기술되어 있다. 여기에 피해자가 계속하여 보복이 두려움다며 임시조치를 명시적으로 요청함에 따라 임시조치가 필요하다는 이유로 임시조치를 신청하여 같은 날 같은 내용의 임시조치 결정이 내려졌다.

이렇듯 피해자의 의사에 따라 적극적으로 긴급임시조치 및 임시조치가 신속하게 내려지고 있고, 실제 긴급임시조치 건수도 2012년 119건에 불과했던 것이 2013년에는 1,002건으로 10배 가까이 급증했음을 보여주고 있지만³⁶⁾, 경찰의 명령위반에 대한 제재조치가 미흡하여 그 실효성에 의문을 제기하고 있다.

또한 2013버1176의 경우 적극적인 경찰의 조치에 대한 피해자에 대한 권리고지의 부족함을 엿볼 수 있다. 긴급임시조치 결정을 하였는데, 임시조치를 신청하지 않겠다고 한 사안으로 그 이유를 피해자는 “긴급임시조치라는 것이 되는 상황이라는 것도 몰랐고, 그냥 애기가 계속 우니까 방에 들어가 있고 제 입장에서는 순찰차에 태워서 진정을 시키던지 아니면 집 근처 치

36) 문화일보 2014. 9. 29. 손기은 기자 작성 “가해자 격리시키는 ‘긴급임시조치’ 유명무실 ‘접근금지 명령’ 어겨도 처벌 못해” 참조. 국회 안전행정위원회 유대운(새정치민주연합) 의원이 경찰청으로부터 제출받은 자료라고 밝힘. <http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2014092901071227277002>(2014.10.12. 방문)

안센터에 데려가든지 하면 되니까 남편을 일단 데리고 나가달라고 했는데, 경찰관이 긴급임시조치를 한 것으로 긴급임시조치에 대해 설명을 제대로 해줬더라면 그렇게 하지 말라고 했을 겁니다.”라고 밝히고 있다.

긴급임시조치는 피해자의 신청 청구는 물론 직권으로도 할 수 있지만, 권리의 내용에 대한 상세한 고지 없이 실적 채우기에 치중한 모습이 엿보였다.

이와 관련하여 일부 사건기록에는 ‘가정폭력 피해자 권리고지 확인서³⁷⁾’가 첨부되어 있었다(2013버881, 2013버1019 등). 확인서에는 ‘폭력행위의 제지 및 가정폭력 행위자와 분리하여 면담하였음, 가정폭력 피해자 지원 및 권리 : 가정폭력 관련 상담소 및 보호시설에서 ‘상담·치료·회복 프로그램’ 지원/가정폭력 재발 우려시 경찰관에게 ‘긴급임시조치’ 및 ‘임시조치’ 신청 가능, 형사절차와 별개로 피해자가 직접 법원에 ‘피해자보호명령’ 청구 가능’이라고 기재되어 있었지만, 구두의 충분한 설명이 뒤따르지 않으면 권리의 구체적인 내용을 숙지하는데 부족할 것으로 예상된다.

피해자의 의사 존중은 피해자가 원하는 바를 제대로 표현할 수 있을 때 의미가 있게 된다. 피해자의 진정한 의사 표현은 가해자와 얽여 있는 상황적 구속에서 벗어날 수 있도록 하는 지원과 함께 법에 대한 정보를 제대로 알고 있을 때에만 가능하다. 때문에 가정폭력사건 처리과정에서 반드시 대면하게 되는 사법경찰관의 피해자에 대한 권리고지는 피해자의 의사를 존중하여 사건을 처리하는 가정폭력특례법의 사건처리결과를 좌우할 정도로

37) 범죄피해자의 권익보호와 신속한 피해회복을 도모함을 목적으로 2007년에 제정된 범죄피해자보호규칙에 따르면 제11조(피해자에 대한 정보제공)는 경찰공무원에게 범죄사건을 처리하는 과정에서 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 법령에 저촉되지 않는 범위 내에서 피해자에게 사건의 접수, 진행경과 및 처리결과 등 수사진행사항, 피해자 진술권, 형사 보좌인의 조력을 받을 권리 등 형사절차상 피해자의 권리에 관한 사항, 범죄피해자구조금제도, 배상명령제도, 성폭력피해자 의료비 지원제도 등 피해자 지원제도에 관한 사항, 가정폭력상담소, 성폭력상담소, 이주여성긴급지원센터 등 피해자 지원 단체에 관한 사항에 대하여 정보를 제공하도록 하고 있고, 제11조의2(피해자에 대한 권리고지)에서는 피해자의 진술조서를 작성하는 과정에서 피해자보호와 피해회복을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 해당 피해자에게 피해자 권리고지 확인서의 내용을 고지하도록 하고 있다(박소현, 2013:215-216).

매우 중요하다. 피해자들은 사건 처리과정에서 자신들의 권리에 대하여 고지를 받지 못하면 절차적 권리를 보장받지 못하기 때문이다.

다) 사건처리과정에서의 피해자 의사의 절대 존중

죄명이 폭행에 해당하는 경우 피해자의 명시적 의사에 반해서 처벌할 수 없는 범죄로 불기소(공소권없음) 의견이 다수를 차지하였다. 그러나 상해나 그 밖의 피해자의 의사에 구애받지 않을 수 있는 범죄에서도 경찰은 사건 처리과정에서 피해자의 의사를 존중한 사건처리를 하고 있음을 살펴볼 수 있다.

경찰단계에서의 피해자의 의사는 처음부터 처벌을 원치 않는다는 의사를 표명한 경우도 존재했지만, 뒤에 가서 처벌의사를 철회하는 등 반복되는 경우가 많았다.

2013버989의 경우 ‘술에 취한 상태에서 피해자가 직장을 알아보기 위해 나간 것을 다른 남자와 바람피운다고 오해하여 갖은 욕설과 함께 손으로 머리채를 잡아서 주방 바닥에 내팽개쳐 폭행한 사건’으로, 체포사유에서도 ‘평소에도 피해자를 때려 112 신고가 자주 되었고’라고 언급되어 있는 부분이나, 가정환경조사서의 조사자 의견에서도 ‘피혐의자는 피해자를 수 십 년 간 음주상태에서 폭행하였고, 수시로 칼로 찔러 죽인다고 하거나 입에 담지 못할 욕을 하는 등 피해를 입어 가정폭력의 재발 위험성이 있다’고 기술되어 있는 부분을 보아도 가정폭력이 상습적으로 발생한 사안임을 엿볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 피해자는 남편이 공공근로에 다녀 경제적으로 어렵게 겨우겨우 살아가고 있기 때문에 처벌을 원치 않는다는 의사를 밝히고 있고, 접근금지 또한 불쌍해서 신청하지 않겠다는 의사를 밝히고 있다.

2013버1038의 경우 5-6년 전 서류상으로는 이혼한 상태에서 지극히 정상적으로 가정생활을 하고 있는 과정에서 아내의 혼전 남자관계를 알고 괴로워서 술을 마셨고, ‘술에 취한 상태에서 피해자에게 잠자리(성관계)를 요구하였으나 거부당하여 양쪽 뺨 2대를 때리고 112에 신고하는 피해자를 죽인 다면서 목을 양손으로 꼭 졸라 폭행한 사건’으로, 피해자는 1회 진술에서 피의자의 처벌을 원하고 접근금지도 신청했으나, 그 뒤 피해자가 직접 경찰

에 와서 ‘피의자가 무릎 꿇고 반성하는 모습을 보여’ 처벌불원과 접근금지 임시조치 신청을 취소한다고 의사를 표시한 사안이다. 이 사건 또한 조사기록에 의하면 피조사자와 피해자의 진술이 상호 일치하지 않는 부분은 있지만, 피해자의 진술 중 “술만 마시면 시비를 걸며 폭력을 행사하여 이혼하였고, 이혼 후에도 같이 동거하며 생활하던 중, 술을 마시고 폭력을 행사하여 10여 차례 경찰에 신고하였다고 진술”한 부분이 있고, 조사자의 의사 중 “가정폭력으로 보호관찰 교육조건부 기소유예 1급을 받은 점”이 고려요인으로 언급되고 있는 부분이 있어, 이 사건 또한 상습적인 가정폭력이 이루어졌음을 알 수 있다.

분석대상 결정문 중에는 아이를 생각해서 처벌을 원치 않는다고 한 경우(2013버1176)도 있었지만, 2013버1069는 반대로 아이들에게 가정폭력을 당하는 모습을 보여줘서는 안 되겠다고 생각해서 신고하게 되었고 처벌을 원한다는 의사를 밝히고 있다. 물론 이 사건도 법원의 결정전 조사에서는 보복에 대한 두려움 때문에 처벌을 원치 않는다는 의사로 바뀌었다.

사건 이후 남편이 놀란 눈치임. 이전에는 경찰이 와도 그냥 갔기 때문에 신고를 해도 기고만장했는데, 이번에는 조사까지 받게 되니 움찔한 듯 하지만 남편이 처벌을 받는다면 나와 딸에게 보복이 있을 것 같아 처벌은 원하지 않는다고 진술함(2013버1069).

2013버881은 처벌의사와 관련하여 피해자의 복합적인 심리와 가해자의 가정폭력을 통한 피해자와 가정구성원에 대한 통제를 잘 보여주는 것으로 구체적인 사건개요를 소개하면 아래와 같다.

* 2013버881

“남편이 폭력을 직접적으로 행사하지 않았지만, 금일 8월 31일 23:20분경에 남편이 집에 들어와 남편이 사놓은 술을 마신다고 “갑자기” 식탁에 앉아서 하여 제가 겁이 나서 “그럼 술을 내가 사오겠다”고 하자 갑자기 제가 서있는 방향으로 컵을 던져서(사기로 된 컵) 제가 그것을 피하면서 밖으로 나가 경찰에 신고했습니다. 그 전에도 가정폭력으로 2번 정도 경찰서에서 조사를 받은 적이 있는데, 아이들 때문에 합의를 했었고, 금일은 심장이 떨리고 무서워서 경찰에 신고하게 되었고, 법적으로 처벌을 원합니다”라고 2013. 9. 1. 피해자진술서에 기재되어 있다. 가정환경조사서 상의 가정유지 의사유무 부분에는 ‘아이들 때문에 살아야겠지만 남편이 하는

행동을 생각하면 가정을 유지하기 싫다고 함'이라고 기재되어 있다. 또한 기타사항에는 '8월 중순경 남편에게 폭행을 당하고 있을 때 딸이 말리려고 하였으나 힘으로 안 되어 경찰에 신고를 하였는데, 그 이후로 딸의 수확학원, 영어 과외를 끊어 버리고 용돈을 주지 않은 상황임. 아들은 지속적으로 학원과 용돈을 지원해 주고 있음. 이런 상황이 벌어졌으니 앞으로 두고 보라고 한 사항이 있음.'이라고 기재되어 있으며, 재범위험성과 관련하여서는 '지속적으로 폭력을 행사하는 상황으로 위험성 농후함'이라고 기술되어 있다.

조사자 의견 또한 '폭행 건으로 이미 3차례 지구대로 현행범체포 되어 왔으며, 그 중 2번은 사건이 처리되어 경찰서로 인치가 되었던 전적이 있었던 만큼 앞으로도 재범 위험이 높다고 생각됨'이라고 기재되어 있다. 가정폭력으로 2차례 입건된 전력이 있으며, 모두 폭행으로 공소권 없음으로 처리되었다고 기재되어 있다.

이런 상황에서 수사보고서에 의하면 '피해자를 상대로 피의자에 대한 처벌의사 및 임시조치신청 여부에 대하여 질의한 바, 피의자에 대한 처벌의사를 철회한다고 진술하기에 수사 보고함'이라고 기재되어 있으며, 처벌불원서에 기재된 내용은 '2013. 8. 31. 23:20경 **내에서 발생한 폭행사건(가정폭력)과 관련하여 피해 경미하여 상호 처벌을 원하지 않기에 처벌불원서를 제출합니다.'라고 되어 있다.

이렇듯 피해자가 처벌불원의 의사를 결정하는 과정에는 여러 가지 맥락적 요인이 존재함에도 불구하고, 피해자가 처벌불원의 의사를 표시할 수밖에 없는 상황에 대한 이해 없이 피해자의 의사를 기계적으로 존중하여 처리하는 방식에는 피해자가 가정폭력의 굴레에서 헤어 나올 수 없게 하는 함정이 존재한다. 이에 대한 제도적 보완이 절실한 것으로 보인다.

라) 재범위험성 조사

(1) 재범위험성 평가에 따른 경찰의 조치상의 차이 부재

현재 경찰에서는 응급조치단계에서 가정폭력의 심각성과 위험성을 판단하기 위한 재범위험성 조사표를 활용하고 있다. 2013년 하반기 실무 부담을 완화하기 위해 재범위험성 조사표가 간략하게 개선되었다고 한다(김은경, 2013:41).

〈표 Ⅳ-6〉 가정폭력 재범 위험성 조사표(개선 전)

	당해사건의 심각성 (/8점)				
1 단 계	1. 폭행의 심각도*	하(1)	중(2)	상(3)	
	2. 현재 임시조치 또는 보호처분 위반*	없음(0)		있음(1)	
	3. 주 피해자 이외의 다른 가족 피해자	없음(0)		있음(1)	
	4. 흉기 사용	없음(0)		있음(1)	
	5. 혼란스러운 사건현장	없음(0)		있음(1)	
	6. 가해자 통제 어려움(현장출동 경찰관에 욕설 등 난동)	없음(0)		있음(1)	
	피해자 심리상태 (/4점)				
	7. 현재 심리적 혼란상태	없음(0)		있음(1)	
	8. 가정폭력 신고에 따른 보복 두려움	없음(0)		있음(1)	
	9. 가정폭력 피해로 인한 상담·정신과 치료 경험 여부	없음(0)		있음(1)	
10. 이후에도 폭력이 계속될 것 같은 두려움	없음(0)		있음(1)		
2 단 계	가정폭력 전력 (/7점)				
	11. 가정폭력의 빈도(본 건 제외)	없음(0)	1-2회(1)	3회이상(2)	
	12. 과거 가장 심하게 폭행했을 때의 심각도	없음(0)	하(1)	중(2)	상(3)
	13. 이전과 비교하여 가정폭력 심각도 증가 여부	없음(0)		있음(1)	
	14. 과거 임시조치 또는 보호처분 위반	없음(0)		있음(1)	
	가해자 성격 및 심리적 특성 (/6점)				
	15. 폭력의 원인 제공자로 피해자 비난(폭력 정당화)	없음(0)		있음(1)	
	16. 술을 마시지 않아도 때리는지 여부	없음(0)		있음(1)	
	17. 갑자기 화를 내는 등 감정기복이 심한지 여부	없음(0)		있음(1)	
	18. 자살 혹은 자해시도	없음(0)		있음(1)	
	19. 음주 문제(알코올 중독 또는 폭력당시 주취여부)	없음(0)		있음(1)	
	20. 가정폭력 이외 폭력 입건 전력	없음(0)		있음(1)	
	<고위험 가해자 분류> - 총점이 16점 이상일 경우 - 총점에 상관없이 결정문항일 경우 (1.폭행 심각도 '상', 2. 현재 임시조치 또는 보호처분 위반)		가해자명 : (. . 생) 피해자와의 관계 : 총 점 (/25점)		

〈표 IV-7〉 가정폭력 재범 위험성 조사표(개선 후)

요인	평가문항				결정문항
당해사건 심각성	1. 폭행의 심각도*	하(1)	중(2)	상(3)	
	2. 현재 임시조치 또는 보호처분 위반*	없음(0)		있음(1)	
	3. 혼란스러운 사건현장	없음(0)	있음(1)		
	4. 가해자 통제 어려움(현장출동 경찰관에 욕설 등 난동)	없음(0)	있음(1)		
피해자 심리상태	5. 현재 심리적 혼란상태	없음(0)	있음(1)	1	
	6. 폭력이 계속될 것 같은 두려움*	없음(0)		있음(1)	
가정폭력 전력	7. 가정폭력의 빈도 [본 건 제외]*	없음(0)	1~2회(1)	2회(1)	
가해자 성격 심리적 특성	8. 폭력의 원인 제공자로 피해자 비난(폭력 정당화 시도)	없음(0)	있음(1)	1	
	9. 갑자기 화를 내는 등의 심한 감정기복	없음(0)	있음(1)		
	10. 음주 문제(알코올중독 또는 폭력당시 주취여부)	없음(0)	있음(1)		
<고위험 가해자 분류> 총점이 7점 이상일 경우 총점에 상관없이 결정문항*에 하나라도 해당할 경우		총 점 : (/13점)			
<조사자 의견> ※ 기재 권장사항 : 사건발생과정, 신고경로 및 신고인, 지각된 피해 수준, 사건처리방향(훈방, 입건) 등 <div>※ 재범위험성 평가 : 상 중 하</div>					

하지만 아래에서 제시된 몇 몇 사례를 통해서 살펴볼 수 있는 바와 같이 재범위험성 평가에 따른 경찰의 조치상의 차이는 엇볼 수 없었다. 총점이 정해진 기준을 초과하는 경우라든가, 결정문항에 체크되어 고위험 가해자로 분류되어 재범의 위험성이 농후한 경우에는 긴급임시조치를 취하고, 임시조치를 신청하여 피해자에 대한 적절한 보호조치가 이루어져야 할 것이나, 이 과정 역시 피해자의 의사에 전적으로 의지한 결정이 이루어지고 있었다.

재범위험성이 높음에도 불구하고 긴급임시조치나 임시조치가 이루어지지 않은 것에 대한 이유는 모두 피해자의 신청의사 없음이라고 밝히고 있

다. 가정폭력특례법상 명백히 사법경찰관의 직권에 의한 긴급임시조치권이 규정되어 있음에도 불구하고, 직권은 발동하지 않고 있었다.

〈표 Ⅳ-8〉 재범위험성에 따른 경찰의 응급조치 및 임시조치 결과 비교

연번	선고일	사건번호	죄명	재범위험성 (위험도)	결정문항	응급 조치	긴급임 시조치	임시조치
1	2013-11-13	2013버455	상해	16/25	폭행의 심각도 상	1, 4	-	신청기각 (불원)
2	2013-12-19	2013버1114	폭행	5/13(하)	폭력 계속 두려움, 가정폭력 빈도 3회 이상	1	-	-
3	2014-01-08	2013버1059	재물손괴, 폭행	11/13(상)	-	1, 4	-	-
4	2014-01-16	2013버1069	폭행	6/13	폭력 계속 두려움	4	-	-
5	2014-01-22	2013버989	폭행	9/13(상)	-	1, 4	-	-
6	2014-01-22	2013버1076	상해	16/25(상)	상	4	-	-
7	2014-01-22	2013버908	폭행	1/13(하)	하	1, 2	-	-
8	2014-01-22	2013버1101	폭행	6/13	폭력 두려움, 가정폭력빈 도 3회 이상			퇴거명령, 100M 이내 접근금지
9	2014-01-22	2013버869	상해	14/25	-			
10	2014-01-22	2013버870	집단홍기 등상해	-	폭력의 심각도			접근금지
11	2014-01-22	2013버1028	집단홍기 등상해	12/13	결정문항 모두 다 해당		격리	
12	2014-01-22	2013버1038	상해	14/25	-			
13	2014-02-05	2013버1030	상해	-	-	1		100M 이내 접근금지

연번	선고일	사건번호	죄명	재범위험성 (위험도)	결정문항	응급 조치	긴급임 시조치	임시조치
14	2014-02-05	2013버1294	상해	7/13	폭력 계속 두려움, 가정폭력빈 도 3회 이상	1-4	퇴거 격리, 100M, 전자 통신 이용 접근 금지	즉시퇴거, 100M 이내 접근금지
15	2014-02-05	2013버1290	폭행	6/13	현재 임시조치 또는 보호처분 위반, 폭력 계속 두려움	-	-	-
16	2014-02-05	2013버1283	폭행	3/13	폭행의 심각도 상, 폭력 계속 두려움	-	-	격리, 접근금지, 전자통신 이용 접근금지
17	2014-02-05	2013버1334	폭행	11/13	결정문항 모두 해당		접근 금지	접근금지

* 응급조치는 이하의 내용을 대체하는 번호로 기재함.

1. 폭력행위의 제지, 행위자·피해자의 분리 및 범죄수사
2. 피해자를 가정폭력관련 상담소 또는 보호시설에 인도(피해자가 동의함)
3. 피해자를 의료기관에 인도하여 긴급치료를 받게 함.
4. 폭력행위의 재발시 사법경찰관이 검사에게 다음과 같은 임시조치를 신청할 수 있음을 행위자에게 통보
 - 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실로부터 퇴거 등 격리
 - 피해자의 주거, 직장 등에서 100미터 이내의 접근금지
 - 제1호 또는 제2호의 임시조치 위반시 경찰관서 또는 구치소에의 유치

(2) 제대로 된 재범위험성 평가인지에 대한 의구심

또한 경찰의 응급조치 단계에서의 재범위험성 평가와 법원의 결정전 조사단계에서의 재범의 위험성 기술 부분에 상이함이 존재하여 제대로 된 재범위험성 평가인지 의구심을 들게 한다.

일례로 2013버455를 들 수 있다. 2013버455는 피의자와 피해자가 동거 4

년차인 부부로서 ‘피해자가 피의자에게 “집에 들어오지 않고 그동안 직장을 무슨 이유로 속였냐”고 따져 위협의자는 피해자의 먹살을 잡고 4회 밀어넘어뜨려 치아가 바닥에 부딪치는 폭행을 가하여 4주간의 치료를 요하는 치아의 함입 또는 정출의 상해를 입혔으며, 그 이후에도 노상에서 술에 취해 귀가하던 중 피해자와 말다툼이 되어 욕설과 함께 피해자의 머리채를 잡고 얼굴과 머리부분을 수회 폭행’한 사안이다. 이 사안의 경찰단계의 재범위험성 평가에서는 총점 25점 중 16점으로 기재되어 있으며, 결정문항의 하나인 폭행의 심각도도 ‘상(3)’으로 기재되어 있어, 고위험 가해자로 분류될 수 있다. 그러나 결정전 조사단계에서의 조사자 의견은 ‘행위자와 피해자는 부부관계이고 금번 사건 이후 양 당사자 간 화해를 하고 관계 회복을 위해 노력하고 있었고, 실제 폭력의 재발도 없었던바 재범의 위험성은 낮은 것으로 보인다’고 재범위험성이 낮다고 평가하고 있다. 물론 시점의 차이가 있어 동일하게 비교할 수 없지만, 초기 개입의 필요성을 판단할 수 있는 기초로서, 향후 보호처분의 내용을 결정할 수 있는 중요한 단서로서 보다 신중하게 평가가 이루어져야 할 것이다.

3) 검사의 사건처리

가정보호사건의 처리기록에 의하면 검사는 경찰이 수사결과를 보고하면, 그 이후 피해자의 의사확인을 거쳐 가정보호 사건 송치 여부를 결정하고 있었다. 또한 경찰의 임시조치 신청을 법원에 청구하는 중간 역할도 하고 있었다.

이는 가정폭력을 4대악 중의 하나로 규정하고 이를 근절하기 위한 정책을 추진하는 가운데, 대검에서 마련한 가정폭력 사범에 대한 형사처분 기준이 되는 ‘가정폭력 사건처리 및 피해자 지원에 관한 지침³⁸⁾’에 따르고 있는 것으로 보인다. 같은 지침에 따르면 검사는 가정폭력사건을 처리함에 있어 피해자의 처벌의사, 피해정도, 현재 상태 등을 충분히 고려하여야 하

38) 2013. 7. 5.자 제정 대검예규 제687호. 그 밖에 대검은 ‘가정폭력 사범 조건부 기소유예 처리 지침(2013. 7. 5.자 제정 대검예규 제688호)’을 제정하여 시행하고 있다(박은정, 2013:149).

고(지침 제10조), 결정전 면담제도³⁹⁾를 활용하거나 전화 등 통신수단을 이용하여 가정폭력행위자에 대한 처벌여부, 가정유지 희망여부, 피해자 지원 및 보호조치 희망여부 등에 관한 피해자 의사를 확인하여 가정폭력 사건을 처리한다.

가) 피해자의 의사확인

사건기록에 의하면 결정전 면담제도 보다는 통신수단을 이용한 의사확인이 대부분이었다. 피해자의 의사는 경찰단계에서 처벌을 원한다는 강력한 의사를 보였던 사건에서조차 이 단계에서 번복되는 경향을 보였다. 또한 형법상 반의사불벌죄로 규정되지 아니한 범죄에서도 검찰단계에서 피해자의 의사를 확인하는 단계를 두어 사건처리에 중요한 영향을 미치고 있었다.

피해자와의 전화통화 결과 ‘피해자는 피의자에 대하여 형사처벌을 원하는 입장이자 자녀들 양육문제 때문에 피의자와 이혼할 의사는 아직은 없다고 하며, 피의자에 대한 상담이나 교육 등에 대하여도 회의적인 입장(2013버985)’을 확인한 사건에서도 가정보호사건으로 송치한 것을 보면 피해자의 처벌의사 보다는 **가정유지 의사**가 더 중요하게 다루어지고 있음을 알 수 있다.

가정유지 의사는 법원에서의 보호처분 결정에도 영향을 미친다. 피해자에 대한 처벌불원의 의사를 갖고 있고 합의이혼 예정이라는 검사의 피해자 의사 확인 보고가 있었던 2013버1114 사건에서는 다양한 보호처분 가운데 단순히 6개월간 보호관찰을 받을 것을 명하는 것으로 종결짓고 있기 때문이다.

나) 폭력사범 삼진아웃제 적용 대상 사건에 대한 처리

검사는 가정폭력행위자가 상습적으로 또는 흉기나 위험한 물건을 휴대하여 가정폭력을 범한 경우, 3년 이내 가정폭력범죄를 저지른 전력(피해자 의

39) 필요하다고 판단하는 경우에는 가정폭력행위자 및 피해자를 소환하여 가정폭력 발생의 원인, 가정유지 가능성, 피해자의 처벌의사, 가정의 파탄정도, 가정구성원의 현재 상황 등에 관한 면담을 실시(결정전 면담제도)할 수 있다(지침 제9조).

사에 따른 공소권 없음 처분, 기소유예 처분, 가정보호사건 송치처분 포함) 2회 이상인 사람이 다시 가정폭력범죄를 저지른 경우, 그 밖에 가정폭력범죄로 인하여 가정을 파탄에 이르게 하거나 피해자 또는 가정구성원에게 심각한 위해를 가할 우려가 있는 경우에 원칙적으로 구속 수사한다(지침 제6조)는 방침인데, 이를 일명 ‘가정폭력 삼진아웃제’라고 한다(박은정, 2013:150-151).

분석대상 결정에서도 이와 같은 가정폭력 삼진아웃제 대상이 포함되어 있었다. 2013버1028의 경우 ‘새벽에 주거지에서 말다툼을 하던 중 피의자가 피해자에게 과도를 휘둘러 이를 피해 도망가던 피해자를 따라와 붙잡고 위협한 물건인 과도로 피해자를 찌르려고 휘둘러 오른쪽 손가락 중간 부분 약 2cm 가량 찢어지게 치료 일수 미상의 상해를 입힌 사건’으로 피의자는 3년 이내 벌금 이상의 폭력전과가 3건으로 ‘폭력사범 삼진아웃제’ 대상 사건이었지만, 피의자에 대한 처벌 수위를 놓고 시민위원회에 안건을 회부한 결과 가정보호사건 송치의견에 따라 가정보호사건으로 송치한 사안이다. 이러한 결정에는 피해자가 처벌을 원치 않고, 피해자가 가정유지를 바란다고 의견을 진술한 점이 영향을 미쳤지만, 어디까지 피해자의 의사를 존중해야 하는지 의문이 든다. 수사사항에는 피혐의자는 술만 마시면 상습으로 피해자를 의심하고 폭행하였고 평소에는 신고만 하고 말았는데 거의 매일 폭력에 시달려 더 이상 참을 수 없어 금일은 강력히 처벌을 원한다고 피해 진술을 하고 있기 때문이다. 또한 시민위원회의 의견에 따라 처벌 수위를 결정하는 것이 과연 타당했는지 의심스럽다. 왜냐하면 일반 시민의 의식 속에는 오랫동안 우리 사회에 깊이 내재해 온 가부장 문화에 젖어 가정폭력은 가정사라는 인식이 바뀌지 않은 사람이 더 많은 것이 현실이기 때문이다. 가정폭력 범죄에 단호히 대처함으로써 이러한 사회문화 개혁에 앞장서겠다는 정부의 의지를 스스로 내버린 것으로 향후 이러한 의사결정은 삼가야 할 것이다.

다) 임시조치신청과 결정 사이의 중간 역할

검찰은 경찰의 임시조치 신청을 법원에 청구하는 중간 역할을 하고 있다.

분석대상 결정례의 대부분은 신청에서 결정까지 당일 처리되는 것을 살펴볼 수 있었는데, 피해자의 의사가 번복되지 않는 한 경찰의 신청이 있으

면 청구가 뒤따르는 형식적인 과정으로 보인다. 이에 대해 ‘피해자의 신속한 보호를 위하여 도입된 임시조치의 결정이 오히려 신속성을 저해하고 있다는 점을 지적하면서, 사법경찰관이 가정법원에 임시조치를 바로 청구할 수 있는 권한을 부여받고, 미국처럼 사법경찰과 가정법원 간에 팩스로 청구하고 임시조치 명령장을 받을 수 있는 조치가 이루어져야 한다’는 주장이 있다(김운곤, 2010:210; 김유진, 2013:78 재인용).

4) 법원에서의 가정보호사건 처리

가정보호사건으로 송치되면 법원에서는 조사·심리·결정을 위해 경찰과 검찰단계의 조사와는 별개의 조사를 진행한다. 경찰단계에서도 가정환경조사서와 재범위험성 조사 등을 수행하고 있었지만, 그 속에 담긴 내용은 질적으로 달랐다.

가정보호사건의 행위자가 피해자에게 가한 가정폭력은 폭행·협박, 상해, 재물손괴·협박, 특수 협박, 집단흉기 등 폭행·상해 등 다양하였다. 폭력을 행사한 이유, 폭력의 정도 또한 다양하다. 범행수법과 범행이유에 대한 분석은 여기에서는 다루지 않고 이후 상해·폭행에 관한 형사사건 분석에서 함께 다루고자 한다.

가) 결정전 조사

결정전 조사는 가정법원의 가사조사관을 통하거나, 보호관찰소의 장에게 명하여 할 수 있지만, 현 담당판사와의 인터뷰에 의하면 가사조사관의 인력이 부족하기 때문에 결정전 조사는 보호관찰소를 활용하고, 집행조사는 가사조사관을 활용하고 있다고 한다.

결정전 조사서는 범행 등에 관한 사항, 피조사자에 관한 사항, 조사자의 견으로 구성되어 있었다. 범죄 등에 관한 사항은 1. 본 건 관련 사항(본 건의 개요(범죄사실), 본건의 정황 및 동기, 본건 이후의 정황), 2. 가정폭력 실태 등(가정폭력 실태, 갈등해소 가능성, 범죄경력 등)을 담는다. 피조사자에 관한 사항은 1. 가족사항 및 성장과정, 2. 생활환경(주거사항, 직업사항, 경

제상태), 3. 정신 및 신체상태(신체 및 건강상태, 음주문제 등, 성격 및 심리 상태), 4. 학교상황, 5. 대인관계 및 여가활동, 6. 기타 참고사항(진술태도, 향후 생활계획)으로 구성되어 있다. 이상을 종합하여 조사자 의견은 조사결과와 조사자 처분의견을 제시하고 있었다. 조사보고는 대략 한 달의 기간을 두고 명하였다.

경찰의 수사단계에서 작성하고 있는 가정환경조사서는 인적사항, 가족상황, 혼인상황 및 생활환경, 가정폭력상황(최초 갈등 발생원인, 본건 범행 전 가정불화 및 폭력횟수, 가정불화해결을 위한 노력 유무, 본건 범죄의 원인 및 동기, 행위자 심신상태로 음주상태, 약물복용여부, 성격문제, 정신장애유무, 범죄 후 정황), 재범의 위험성 및 가정유지 의사 유무(가정유지 의사유무, 임시조치 결정시 기거할 장소 유무, 상담소 상담희망여부, 기타 참고사항, 재범위험성), 조사자 의견으로 구성되어 있어 개략적이다.

가정폭력이 반복적·상습적으로 발생하고 있고, 전력이 있는 가해자가 많이 존재한다는 점에서 한 달의 기간을 소요하여 작성한 보고서를 가정법원의 보호처분 결정시에만 활용하고 묻히는 것은 인력과 시간의 한계가 있는 현 상황에서는 비효율적으로 생각된다. 환원하여 재차 가해자가 수사대상이 되는 경우에는 과거의 범죄전력 조회와 함께 과거의 가정폭력 결정전 조사서에 대한 자료를 받아서 수사단계에서부터 활용하여 적절한 개입과 조치를 할 수 있도록 하면 가정폭력의 무한 반복을 끊는데 도움이 될 것으로 생각된다.

나) 보호처분에 대한 결정

판사는 심리의 결과 보호처분이 필요하다고 인정한 때에는 결정으로 가정폭력행위자가 피해자 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한, 가정폭력행위자가 피해자 또는 가정구성원에게 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한, 친권자인 가정폭력행위자의 피해자에 대한 친권행사의 제한, 「보호관찰등에관한법률」에 의한 사회봉사·수감명령, 「보호관찰등에관한법률」에 의한 보호관찰, 「가정폭력방지및피해자보호등에관한법률」이 정하는 보호시설에의 감호위탁,

의료기관에의 치료위탁, 상담소 등에의 상담위탁의 처분을 할 수 있다.

제1호 처분인 피해자에의 접근금지는 다른 처분들과 병과할 수 있고(제40조제2항), 보호처분을 하면 이미 행하여지고 있는 임시조치는 효력을 상실한다(가정보호심판규칙 제45조제1항). 법원은 보호처분이 진행되는 동안 필요하다고 인정하는 때에는 직권, 검사·보호관찰관 또는 수탁기관의 장의 청구에 따라 결정으로 1회에 한하여 보호처분의 종류와 기간을 변경할 수 있다(제45조제1항). 제40조제1항 제1호부터 제3호까지 및 제5호부터 제8호까지의 보호처분의 기간은 6개월을 초과할 수 없고, 제4호의 사회봉사·수강명령은 200시간 초과할 수 없다(제41조). 보호처분의 종류와 기간을 변경하는 경우라도 종전의 처분기간을 합산하여 제40조제1항 제1호부터 제3호까지 및 제5호부터 제8호까지의 보호처분의 기간은 1년을, 제4호의 사회봉사·수강명령의 시간은 400시간을 초과할 수 없도록 규정하고 있다(제45조제2항).

분석대상 결정문상의 보호처분은 위의 결정전 조사를 거친 후 조사관의 조사의견을 참고하고, 심리를 거쳐 이루어지고 있었는데, 그 결정 내용은 아래의 표와 같다.

〈표 IV-9〉 서울가정법원 보호처분의 내용

(단위 : 건, %)

구분	빈도	구성비
불처분	2	3.6
보호관찰	10	17.9
상담위탁	16	28.6
수강명령	12	21.4
치료위탁	1	1.7
상담위탁+보호관찰	4	7.1
수강명령+보호관찰	5	8.9
치료위탁+보호관찰	2	3.6
보호관찰+100M 접근제한	2	3.6
(수강명령+보호관찰)+(100M 접근제한+보호관찰)	2	3.6
전체	56	100.0

불처분 결정이 내려진 2013버1154 폭행 사건은 자녀 2명을 둔 결혼 4년 차의 부부사이로 남편이 몸이 아픈데 잘 챙겨주지도 않고, 고집도 세다고 하며 시비를 걸어 말다툼을 하다가 화가 나 발로 아내의 다리를 차고, 손으로 목을 조르며, 발로 등과 엉덩이를 수회 차고, 뒷머리를 때려 폭행한 사안이다. 경찰 수사단계에서 형사처벌은 원하지 않지만, 잦은 폭행이 있어왔으므로 임시조치를 원한다는 의사표시를 하여 퇴거명령 및 100미터 이내의 접근금지의 임시조치가 내려졌으며, 검사의 피해자 진술청취 보고에 의하면 지금 당장은 남편과 이혼할 생각이 없으며 남편이 자주 폭행을 행사하기는 하지만 이번 일로 남편도 어느 정도 정신을 차렸을 것이라고 생각하고 남편과 같이 부부상담을 받기 원한다고 진술하여 가정보호사건 송치 전 검찰청의 상담위탁에 기한 가정폭력상담소의 상담을 받았으며, 법원의 심리조서에는 행위자 및 피해자가 현재 함께 상담받고 있으며, 선처를 바란다고 진술하고 있는 점을 고려하여 불처분 결정을 내린 것으로 보인다.

위의 사례는 검찰단계에서 상담조건부 기소유예로 돌리지 않고, 당사자의 희망에 따라 상담을 연계하여 받게 한 것으로, 법원에서는 그에 따라 불처분을 내린 것이다. 이는 검찰의 상담조건과 법원의 불처분을 유기적으로 결합할 수 있는 가능성을 보여주는 것으로 검찰단계에서 가정폭력에 대한 조기개입을 하고 법원단계에서 그에 대한 집행상황을 점검한 후 적절하게 조치하는 것을 가능케 하는 유용한 조합으로 제도화를 고려해볼만하다.

불처분 결정이 내려진 또 하나의 사안은 2013버1168 폭행사건이다. 이혼 문제로 별거중인 부부가 2년 전의 폭행 사안에 대하여 남편이 먼저 고소하자 아내가 맞고소한 것이다. 아내는 경찰의 수사과정에서 고소이유에 대하여 아래와 같이 밝히고 있음에도 불구하고, 경찰의 수사의견은 ‘피해자(아내)가 피의자(남편)와의 혼인관계를 유지하는 동안 전혀 문제 삼지 않던 폭행을 이혼소송을 하게 되자 소송에 유리하게 이용하기 위해 피의자를 고소한 것으로 보이나, 피의자가 일부 피해자를 폭행한 사실은 확인되므로 위 수사내용에 의해 피의사실 1은 범죄혐의 있어 기소(불구속), 피의사실 2는 범죄혐의 없어 불기소 의견임’을 밝히고 있다. 결론적으로 이혼소송 중으로 보호처분의 필요성이 없다고 불처분 결정이 내려졌지만, 아내의 고소의사를 왜곡하여 전달하고 있는 부분은 경찰 수사관행의 일부분을 보여준다.

‘남편은 결혼 전부터 폭력 성향을 보여 왔고 결혼 이후에는 더 심하게 폭언, 폭력을 가해왔습니다. 임신 중에도 만삭일 때까지 폭행을 해왔고 가정폭력상담소에 몇 차례 방문하였습니다. 그러다가 출산 후 아이가 보고 있는 앞에서도 폭언, 폭행을 가했고 그 강도가 더 심해졌고 남편에게 맞아서 경찰 신고해 출동을 한 게 두 차례입니다. 첫 번째 건은 가정보호 사건으로 처리되어 남편은 6개월 상담처분을 받아서 진행 중이었는데 불과 한 두 달 사이에 또다시 저를 폭행했고 그렇게 두 번째 경찰이 출동해 신고를 하게 되었습니다. 그러자 남편과 시댁에서는 이혼을 요구하며 고소취하를 강요했고 제가 응하지 않자 양심을 품고 저희 친정에 찾아와 행패를 부리고 저와 아이의 짐을 일방적으로 싸서 친정으로 보내버리고 집에서 내쫓았습니다. 그렇게 한 것도 모자라 이제는 2년 전 결혼도 하기 전에 서로 다투었던 일로 저를 고소하기까지 했습니다. 고소사실을 접하고 경찰에 가서 조사를 받았고 남편의 고소내용 중 과장·허위 사실이 있음을 확인했습니다. 따라서 사실을 바로 잡고 남편이 폭행한 건에 대해서 억울하게 가해자가 되어 고소당한 제 입장을 밝히기 위해 고소하게 되었습니다.’

그 밖의 보호처분에 대한 결정은 결정전 조사서에 기재된 조사자 의견에 많이 따르고 있었는데, 한 사례를 소개하면 다음과 같다.

· 수감명령처분

2013버989사건은 ‘술에 취한 상태에서, 피해자가 직장을 알아보기 위해 나간 것을 다른 남자와 바람핀다고 오해하여, 갇은 욕설과 함께 손으로 머리채를 잡아서 주방 바닥에 내팽겨쳐 폭행한 사안’에서 기록에 의하면 평소에도 피해자를 때려 112신고가 자주 되었고, 폭행 전후에 피해자에게 칼로 목을 비틀고 찔러 죽인다고 협박을 계속하였다고 기술되어 있고, 피혐의자는 피해자를 수십 년간 음주상태에서 폭행을 행사하였고, 수시로 칼로 찔러 죽인다고 입에 담지 못할 욕을 하는 등 피해를 입어 가정폭력 재발 위험성이 높은 사안에서, 피해자의 처벌을 원치 않는다는 의사에 따라 불구속(공소권 없음)으로 처리하고 가정보호사건으로 송치된 사안에서, 조사자는 ‘과거 음주상태에서 피해자를 폭행하여 가정보호사건송치 전력이 있음에도 동일범죄에 이른 점을 고려할 때 피조사자에게 음주등 폭력유발요인에 대한 대처기술을 습득하고 가정폭력의 심각성을 인식할 수 있도록 수감명령 처분이 바람직할 것으로 사료된다’는 의견이었는데, 실제 수감명령 40시간이 내려졌다.

다만, 위 사례에서 위험한 물건인 흉기로 위협하는 내용이 언급되어 있음에도 단순 폭행사건으로 처리한 것은 가정폭력의 위험성에 따른 적절한 대처가 미흡했던 것으로 보인다. 향후 가정폭력의 사건처리 선별 기준이 확립된다고 할지라도 일선 경찰에서 적용 법조를 느슨하게 적용할 경우의 문제

점으로 지적할 수 있다.

다) 집행상황 조사 및 보호처분 종결과 변경

판사는 가정폭력특례법 제40조제1항제4호부터 제8호까지의 보호처분을 명할 때(사회봉사·수강명령, 보호관찰, 감호위탁, 치료위탁, 상담위탁) 각 보호처분에 대하여 보통 가사조사관으로 하여금 집행종료 한 달 전까지 집행 상황을 조사하여 보고할 것을 명하고, 이에 의해 가사조사관은 지시사항의 이행여부, 수탁기관의 감호상황 또는 판사가 특히 필요하다고 인정하는 사항을 조사하여 의견을 붙인 서면으로 보고하게 된다(가사보호규칙 제53조).

서면보고서는 행위자의 출석률, 참여태도, 처분기간 중 행위자의 폭행 재범 여부 및 폭행인식에 대한 변화정도, 피해자와의 관계 개선 정도, 처분과정 및 행위자 변화에 대한 피해자의 의견, 행위자에 대한 종합의견, 처분기간의 연장 혹은 변경 필요 여부 및 그 이유, 법원에 대한 건의의견이나 기타 제안점을 담고 거기에 조사관의 의견을 덧붙이는 형태로 이루어져 있었다.

집행상황 조사보고에 따라 처분 종결된 사례도 있으며, 그렇지 않은 사례도 존재한다. 이하는 치료위탁처분 기간 중 단주까지는 이르지 않았지만 성실히 처분을 이행한 점을 고려하여 처분 종결된 경우이다.

· 제7호(치료위탁)처분에 대한 처분종결의견(2013바1101)

행위자는 재범 없이 성실하게 상담처분을 이행했음. 술에 대해 단주한 것은 아니나 상담 및 교육을 통해 폭력에 대한 인식이 생겨서 조심하려는 모습과 피해자와 관계를 회복하려는 의지가 생겨서 자신이 먼저 변화해야 한다는 것은 인식하고 있는 것으로 보이나 여전히 술을 마시고 있어 피해자는 그 부분에 대해 어려움을 호소하였음. 피해자와 함께 참여하여 부부상담을 받았으면 부부소통 및 관계 개선에 큰 도움이 되었을 것으로 보이나 피해자가 여러 이유로 참여하지 못하여 행위자 일방 상담 진행에 대한 효과가 한계가 있었던 것으로 보임. 행위자가 단주하지 못하고 있었으나 성실히 처분을 이행한 점을 고려하여 처분종결의견임.

이하는 상담위탁처분 기간 중 관계회복에는 이르지 않아 상담 한계를 보였지만, 폭력에 대한 문제인식이 생긴 점은 효과가 있었다고 보고 성실히 처분을 이행한 점을 고려하여 처분 종결된 경우이다.

· 8호(상담위탁)처분에 대한 처분종결의견(2013버1083)

행위자는 재범 없이 상담처분을 이행하였음. 상담을 통해 폭력에 대한 문제인식이 생긴 것으로 보이나 피해자와 이혼을 결심한 상태이고 단절되어 있어 관계회복이 이루어 질 수 없었으므로 상담효과에 한계가 있었던 것으로 보임. 그러나 상담처분을 성실하게 이행한 점을 고려하여 처분종결의견임.

가정폭력 행위자가 폭력성이 있음에도 불구하고 관계가 이미 깨진 경우 폭력성 교정을 위한 수강명령이나 상담처분을 하지 않고 이와 무관한 보호관찰이나 사회봉사명령을 내리는 경우가 있는데, 위의 사례는 상담의 목표가 관계회복만이 아니라 폭력성의 교정에도 있는 만큼 보호처분의 종류를 결정할 때 관계유지 유무만이 아니라 폭력성을 고려해야 함을 알 수 있다. 왜냐하면 행위자와 당시 피해자와의 관계는 해소되더라도 행위자의 폭력성이 치유되지 않는다면 향후 또 다른 배우자를 만나서 폭력을 행사할 수 있는 가능성을 차단할 수 없기 때문이다.

처분기간의 종료 전이라도 법원은 가정폭력행위자의 성행이 교정되어 정상적인 가정생활이 유지될 수 있다고 판단되거나 그 밖에 보호처분을 계속할 필요가 없다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 검사, 피해자, 보호관찰관 또는 수탁기관의 장의 청구에 의하여 결정으로 보호처분의 전부 또는 일부를 종료할 수 있다(법 제47조). 또한 법원은 보호처분이 진행되는 동안 필요하다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 검사, 보호관찰관 또는 수탁기관의 장의 청구에 의하여 결정으로 한 차례에 한해 보호처분의 종류와 기간을 변경할 수 있으며(법 제45조제1항), 법원은 보호처분을 받은 가정폭력행위자가 제40조제1항제4호부터 제8호까지의 보호처분 결정을 이행하지 아니하거나 그 집행에 따르지 아니하면 직권으로 또는 검사, 피해자, 보호관찰관 또는 수탁기관의 장의 청구에 의하여 결정으로 그 보호처분을 취소하고 검사가 송치한 사건인 경우에는 관할 법원에 대응하는 검찰청의 검사에게 송치하고, 법원이 송치한 사건인 경우에는 송치한 법원에 이송할 수 있다(법 제46조).

서울가정법원의 분석대상 중 가정보호 처분결정에 대한 취소 건은 없었

으며, 처분변경이 된 것은 56건 중 6건이 존재하였다.

〈표 Ⅳ-10〉 서울가정법원 가정보호처분 결정변경 건

연번	사건번호	죄명	피의자	6개월 보호관찰	수강명령 (시간)	상담/ 치료위탁	처분변경
1	2013버79	폭행	남편	√		치료	기간연장
2	2013버475	상해	아내			상담	보호관찰
3	2013버476	상해	남편			상담	40+보호관찰
4	2013버649	폭행	남편			상담	40+보호관찰
5	2013버731	폭행	동거녀 (동거)		40		보호관찰
6	2013버407	폭행	동거남 (동거)	√		상담	40+보호

아래의 처분변경의건은 위의 변경 건 6건 외에 기재된 상담소의 변경의 건이었는데, 불성실 이행의 원인이 관계의 악화로 기재되어 있다.

· 제8호(상담위탁)처분 변경의건

행위자는 상담 초기에 피해자와 함께 부부 상담을 받았으나 서로 관계가 악화되어 별거하기로 하였음. 그 후에 행위자는 상담소에 가지 않았으며 상담소에서 연락해도 받지 않는다고 하는데 부부관계 회복이 불가능하다고 판단하여 상담을 중단한 것으로 추측됨. 피해자는 상담이 도움 되었고 행위자와 헤어지는 것에 동의하였다고 하나 개인적인 공부를 위해 상담을 계속 받겠다는 입장임. 처분기간에 폭력이 재발하지 않았으나 무단으로 상담일정에 참여하지 않았고, 상담소의 이행촉구에도 반응하지 않는 등 처분이행을 불성실하게 하였으므로 그에 대한 패널티가 필요해 보임.

또한 2013버475와 2013버476의 경우도 쌍방 폭행으로 부부가 모두 행위자로 보호처분을 받은 사안이었는데 관계 악화로 상담이 원활히 진행되지 못한 모습을 보였다.

· 8호 보호처분 변경 결정(2013버475, 2013버476)

집행상황 조사보고서에 의하면 행위자들은 상담에 성실히 임하지 않았으며, 행위자 2(남편)의 폭행에 행위자 1(아내)이 친절로 가출하면서 현재는 별거 상태이며, 행위자 1은 친절에 있어 상담받기가 어렵다고 하며, 조사관은 이에 대해 행위자 1은 보호관찰 처분으로 변경하고, 행위자 2는 수강명령과 보호관찰로 변경할 것을 의견으로 제시함. 수탁 받은 상담소에서도 상담이 행 불가판단에 따른 가정폭력행위자 보호처분 변경신청을 요청해 옴에 따라 보호처분의 변경 필요성이 있다고 보아 행위자 1은 보호관찰로 변경하고, 행위자 2는 수강명령에 보호처분을 병과하는 처분으로 변경함.

2013버649는 행위자가 주말에도 일을 한다는 이유로 상담에 불성실하게 임한 경우로 수탁기관의 처분명령 신청에 따라 40시간 수강명령과 보호관찰로 변경하고 있다.

3. 가정폭력 관련 형사재판사건에 대한 분석

가. 분석대상 판결문의 선별과정

가정폭력 관련 분석대상 판결문을 수집하기 위해 색인어를 도출하였다. 2014년 2월과 3월 법원행정처 내 판결문열람정보실을 방문하여 “가정폭력”과 “가정보호사건”이라는 색인어와 “상해죄”와 “폭행죄”를 각각 매치시켜 사건을 조회하였다. 중복 현시된 사건들과 상해와 폭행이라는 죄명 속에서 겹치는 사건들을 정리한 결과 총 894건의 목록을 만들었다.

2013년 이후 선고된 사건인 경우 판결문 인터넷 열람을 통해 입수하였으며, 그 이전에 선고된 사건의 경우는 해당법원에 판결문 제공 신청을 하여 입수하였다. 그 과정에서 여러 요인으로 2014년 9월 3일을 기준으로 입수되지 않은 사건 61건과 색인어를 통해 검색하다 보니 가정폭력이라는 용어가 사건 속에서 나타나 있지만 최종적으로 가정폭력과 무관한 사건인 120건은 제외하였다. 그리고 본 연구의 목적인 여성관련 판례를 성인지적으로 분석하는 것이므로 다양한 가족구성원 사이의 폭력 범죄 중에서도 배우자 관계에 초점을 두고자 그 밖의 가족구성원 사이에 이루어진 가정폭력 사건 또

한 분석대상에서 제외하였다. 이런 과정을 통해 최종적으로 분석대상 판결문은 <표 4-3>에서 제시한 바와 같이 총 582건으로 한정하였다.

나. 분석대상 판결문의 분석

1) 분석대상 판결문의 범죄유형

가정폭력에는 다양한 범죄유형이 있지만, 여러 한계로 신체에 대한 유형력의 행사인 상해⁴⁰⁾와 폭행⁴¹⁾을 중심으로 살펴보고자 하였다. 분석대상 판결문 중 상해와 폭행의 구성 비율은 다음과 같다. 이는 검색어를 기준으로 한 것으로 실제 인정된 죄명은 이와 다를 수 있다. 상해와 폭행은 신체에 대한 유형력의 행사라는 공통점이 있으며, 상해는 이보다 더 나아가 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 경우에 인정된다. 실제 사건처리 결과에서는 폭행과 달리 상해의 경우 신체에 대한 유형력의 행사 결과 피해 입은 정도가 구체적으로 기술되어 있는 점에 차이가 있을 뿐으로, 처분결과의 차이는 크게 다르지 않았기 때문에 이하에서는 피해정도를 분석하는 경우 외에는 상해와 폭행을 구분하지 않는다.

<표 Ⅳ-11> 분석대상 내 사건분포(가정폭력 형사사건)

(단위 : 건, %)

구분	상해	폭행	전체
빈도(구성비)	499(85.7)	83(14.3)	582(100.0)

- 40) 상해란 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것으로, 반드시 외부적인 상처가 있어야만 하는 것이 아니고, 여기서의 생리적 기능에는 육체적 기능뿐만 아니라 정신적 기능도 포함된다(대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3732 판결). 여기서 생리적 기능의 훼손이란 일반적으로 건강침해, 즉 육체적·정신적인 병적 상태의 야기와 증가를 말한다(이재상, 2007:46).
- 41) 형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결). 폭행죄는 반의사불벌죄에 해당하여, 피해자가 처벌을 원치 않는 의사를 표시하면 공소를 제기할 수 없다.

2) 1심 선고일 기준 시기별 분포

1심 선고일 기준 분석대상 판결문의 시기별 분포는 가정폭력특례법이 1998년 7월부터 시행되었음에도 불구하고, 검색된 가장 오래된 사건은 2002년도로 1건이 존재할 뿐이고, 2007년 이후부터는 매해 50건 이상씩의 분포를 보이고 있다. 분석의 편의를 위해 세 시기로 나누면, 가정폭력특례법 시행 10년까지의 형사재판기록은 191건⁴²⁾으로 분석대상의 32.8%를 차지하고 있으며, 2009년부터 2011년까지의 3년 동안의 사건이 34.2%, 2012년부터 2014년 초의 검색 종료일까지의 사건이 33.0%를 차지하고 있다.

〈표 IV-12〉 1심 선고일 기준 분석대상 판결문의 시기별 분포

(단위 : 건, %)

구분	2008년까지 (시행 10년)	2009-2011	2012-2014초	전체
빈도(구성비)	191(32.8)	199(34.2)	192(33.0)	582(100.0)

3) 심급 분포

분석대상 판결문은 1심으로 종결된 건이 440건으로 전체의 75.6%를 차지하고 있으며, 2심으로 종결된 건은 137건으로 23.5%이며, 최종심까지 간 것은 5건에 불과하다.

〈표 IV-13〉 분석대상 판결문의 최종 심급

(단위 : 건, %)

구분	1심 종결	2심 종결	3심 종결	전체
빈도(구성비)	440(75.6)	137(23.5)	5(0.9)	582(100.0)

항소심이 진행된 142건에서 쌍방 항소한 경우까지 포함하여 피고인은 119건에서 항소를 하였고, 검사가 항소한 경우는 43건에 불과하여 피고인

42) 시행 10년 동안의 기간에 검색된 형사사건의 구체적인 사건 수는 2002년 1건, 2003년 5건, 2004년 8건, 2005년 13건, 2006년 21건, 2007년 68건, 2008년 75건이다.

이 1심 사건 결과를 다투는 경우가 더 많았다.

〈표 IV-14〉 항소인 분류

(단위 : 건, %)

구분	피고인 항소	검사 항소	쌍방 항소	전체
빈도(구성비)	99(69.7)	23(16.2)	20(14.1)	142(100.0)

항소인별로 항소이유를 살펴보면, 한 사건에서 여러 이유를 주장하는 경우가 존재하기 때문에 중복응답으로 분석한 결과, 피고인이 양형이 너무 무겁다는 이유로 항소한 경우가 58.9%를 차지하며, 검사가 양형이 너무 가볍다는 이유로 항소한 경우가 79.1%를 차지하여 피고인과 검사 모두 양형부당을 주장하는 경우가 다른 이유에 비해 월등히 많았다. 두 번째는 사실오인을 주장하는 경우로 피고인은 43사례에서, 검사는 13사례에서 주장하였다. 세 번째로는 법리오해를 주장하는 경우가 피고인은 12사례에서, 검사는 5사례에서 주장하였다. 그 밖에 검사의 항소이유에 존재하지 않는 이유가 피고인 측에서는 주장하고 있는 경우가 있는데, 심신장애나 심신미약을 주장한 경우가 13사례, 정당방위를 주장한 경우가 2사례 존재하였다.

〈표 IV-15〉 항소이유(중복응답)

(단위 : 건, %)

구분	피고인		검사	
	빈도	구성비	빈도	구성비
사실오인	43	24.6	13	30.2
양형부당	103	58.9	34	79.1
법리오해	12	6.9	5	11.6
심신장애/심신미약	13	7.4	-	-
정당방위	2	1.1	-	-
판결이유누락	1	0.6	-	-
항소이유 미제출	1	0.6	1	2.3
전체	175	100.0	53	100.0

상고심까지 진행된 5건 중 피고인이 상고한 경우는 4건, 검사가 상고한 경우는 1건이 존재한다. 피고인의 상고이유는 법리오해와 양형부당을 주로 주장하였으나, 모두 기각되었다. 양형부당은 형사소송법 제383조제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 대해서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되는데, 그 요건을 충족하지 못하였다는 이유였다.

〈표 IV-16〉 상고인 및 상고이유(중복응답)

(단위 : 건)

상고인	법리오해	양형부당	증명력 판단 잘못	전체
피고인	4	2	-	6
검사	-	-	1	1

법리오해 주장은 원심에서 아내를 상대로 한 준강간과 특수강간을 인정하여 형벌을 부과한 사안(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 판결)에서 강간죄의 객체에 대한 법리오해를 주장한 건이 1건이 존재하며, 가정폭력특례법상의 불처분 결정에 대한 법리 오해를 주장한 건(대법원 2013. 10. 17. 선고 2013도8987 판결)과 가정폭력특례법이 정한 가정폭력범죄에 해당하는 사건을 가정보호사건으로 처리하지 아니하고 형사사건으로 처리한 것에 대한 법리오해를 주장한 건(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012도12401 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005도9942 판결)이 존재하는데, 피고인의 상고이유는 모두 받아들여지지 않았다.

검사가 상고한 건(대법원 2012. 12. 26. 선고 2011도9117 판결)은 1심에서 아내에 대한 상습상해와 상습폭행으로 징역 1년 6월에 집행유예 2년의 유죄선고를 받았는데, 피고인이 공소사실을 극구 부인하면서 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 입증되었다고 보기 어려움에도 불구하고 유죄로 인정한 것은 사실을 오인한 것이라고 주장하여 무죄 선고를 받은 사안이다. 이에 대해 검사가 상고하였는데, 상고심은 원심을 파기하면서 원심법원에 환송한 결과, 최종적으로 항소기각이 되어 유죄판결이 확정되었다.

이 사건에서 항소심은 공소사실의 증명을 위해 제출된 진료확인서, 각 상해진단서, 각 가정폭력 피해상담 사실 확인서 등에 의문을 제기하면서 공소사실을 인정하기에 부족하다고 판단하였지만, 상고심인 대법원에서는 다음과 같이 판단하며 이를 인정하지 않았다.

항소심은 각 상해진단서에 기재된 상해가 피고인의 폭행이 아닌 다른 경위로 발생한 것이거나 고소인이 이혼 등에 대비하여 상해를 입지 않았음에도 상해를 입었다고 진술하여 그에 따라 상해진단서가 발급되었을 가능성이 있다고 의심하고 있다. 이에 대해 상고심은 고소인의 상해에 대한 각 진단일자가 대부분 상해 발생 직후로서 상해 발생 시점과 시간상으로 근접하고, 각 상해진단서는 진료기록 등에 의해 뒷받침되고 있어 그 발급 경위에 특별히 신빙성을 의심할 만한 사정이 없으며, 거기에 기재된 상해 부위와 정도도 대체로 고소인이 주장하는 상해의 원인 내지 경위에 부합하고, 상해진단서는 일반적으로 의사가 피해자의 진술에만 의존하는 것이 아니라 여러 검사방법과 의학적 전문지식을 동원하여 관찰·판단한 상해의 부위와 정도 등을 기재한 것인데, 의사가 허위로 진단서를 작성한 사실이 밝혀졌다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 신체적 외상에 대한 기록이 없거나 명확한 외부 좌상의 흔적은 확인이 어렵다는 취지의 사실조회 결과만으로는 그 증명력을 쉽게 배척할 수 없다.

항소심은 고소인이 피고인으로부터 셀 수 없이 폭행을 당해왔다고 주장하면서도 적극적으로 피해 회복을 위한 노력을 하였던 것으로 보임에도 피고인에 대한 어떠한 구체적인 조치도 하지 아니한 점, 고소인이 경찰에 신고를 하고도 출동한 경찰관들에게 폭행 사실을 진술하지 않거나 처벌을 원하지 않는다고 한 것이나, 고소인의 2007년 일기장에 “피고인이 많이 보고 싶다. 사랑한다. 싸울 때는 정말 밉다. 다 지나고 나면 추억이지”라고 기재되어 있는 것은 셀 수 없이 폭행을 당한 사람이 썼다고는 보기 어렵다고 하여 신빙성을 부인하고 있다. 이에 대해 상고심은 가정폭력의 특성상 위해를 피하기 위해 일단 신고는 하였으나 막상 가족을 처벌하는 것은 망설여지게 되고 어떻게든 가정을 유지해 보려는 심리에 기인한 것으로 볼 수 있다고 판단하고 있다.

또한 항소심은 고소인이 간질을 앓아 왔고, 이혼의 전력이 있는데 이는 재산문제와 고소인의 질병 때문이었던 것, 피고인이 구속된 직후 혼인 중에 고소인 명의로 구입한 아파트를 처분한 점, 고소인이 장차 이혼 등에 대비하여 증거를 만들었을 가능성도 배제할 수 없다고 기재하고 있다. 하지만 상고심은 이에 대해 이러한 사정들은 피고인이 폭행의 동기에 참작할 점이 있다는 양형사유로 주장하거나 이혼소송에서 이혼의 귀책사유로 주장될 수 있는 사정에 불과할 뿐, 피고인이 폭행을 하지 않았음을 반증하는 사정이라고 보기는 부족하다고 판단하였다.

대법원 2012. 12. 26. 선고 2011도9117 판결은 가정폭력 사건을 다루는 판사가 지닌 고정관념이 심증을 형성하는데 영향을 미칠 수 있는 것을 보여

준 것으로, 가정폭력의 특성에 대한 올바른 이해를 갖고 사안을 판단할 수 있도록 부단한 노력이 필요함을 보여준다.

다. 분석대상 판결문의 가해자와 피해자 분석

1) 가해자의 성별 분포

가해자의 성별 분포를 살펴보면, 분석대상인 582개의 사건 중에서 여성이 가해자로 고소되거나 신고 된 사건은 15건(2.6%)에 불과하였다. 나머지 567건(97.4%)의 가해자는 모두 남성이었다. 이는 고소되거나 신고 되는 배우자 폭력의 절대 다수가 남성이 여성에게 가하는 폭력임을 알 수 있다.

〈표 IV-17〉 사건유형별 가해자 성별

(단위 : 명, %)

구분	상해	폭행	합계
남성	487(97.6)	80(96.4)	567(97.4)
여성	12(2.4)	3(3.6)	15(2.6)
전체	499(100.0)	83(100.0)	582(100.0)

배우자 폭력만을 대상으로 삼아 가해자의 반대 성이 피해자로 등장하기 때문에 피해자의 성별 정보는 따로 살펴볼 필요는 없지만, 피해자의 국적을 살펴보면 외국 국적의 피해자는 전체 11명(1.9%)이 존재하였다. 이 중 중국 국적 남성이 1명이고, 나머지 10명은 모두 외국인 여성이었는데, 이는 국제 결혼의 증가 추세와 연관된 것으로 보인다. 외국인 여성 피해자의 국적은 베트남 4명, 중국 2명, 필리핀 1명, 새터민 1명, 조선족 1명, 국적 불명(범죄 사실에 국적취득시험장이 표기되어 유추해석) 1명으로 구성되어있다.

2) 가해자와 피해자의 관계

형사사건으로 처리된 배우자 폭력의 피고인과 피해자의 관계를 살펴보면, 분석대상 판결의 88.0%인 512개 사건이 배우자이거나 배우자이었던 사

이에 발생하였고, 이외에 동거인 관계이거나 동거인 관계이었던 사이에서 발생한 사건은 8.4%인 49건, 판결문상 정보가 불충분하여 관계 추정만 가능한 사건은 1.4%인 8건이 있었는데, 동거인으로 추정되는 경우는 1건, 배우자로 추정되는 경우는 7건이었다.

〈표 Ⅳ-18〉 피해자 성별 피고인과 피해자의 관계

(단위 : 건, %)

구분		피해자 성별		전체
		남성	여성	
배우자	현 배우자	14(2.9)	468(97.1)	482(94.1)
	전 배우자	0(0.0)	30(100.0)	30(5.9)
	소계	14(2.7)	498(97.3)	512(88.0)
동거인	현 동거인	1(2.2)	44(97.8)	45(91.8)
	전 동거인	0(0.0)	4(100.0)	4(8.2)
	소계	1(2.0)	48(98.0)	49(8.4)
애인 및 내연	애인 및 내연관계	0(0.0)	11(100.0)	11(84.6)
	전 애인 및 내연관계	0(0.0)	2(100.0)	2(15.4)
	소계	0(0.0)	13(100.0)	13(2.2)
관계 추정	동거인 추정	0(0.0)	1(100.0)	1(12.5)
	배우자 추정	0(0.0)	7(100.0)	7(87.5)
	소계	0(0.0)	8(100.0)	8(1.4)
전체		15(2.6)	567(97.4)	582(100.0)

가정폭력특례법에 의하면 사실상 혼인관계를 포함하여 배우자 관계만을 포함하고 있으나, 실무에서 사실상 혼인관계와 동거관계의 획을 긋는 것이 어렵기 때문에 동거관계도 가정폭력 대상 사건으로 다루어지고 있음을 확인할 수 있었다. 또한 애인 및 내연관계는 가정폭력특례법의 보호대상에 포함되지 않지만, 친밀한 관계에서 발생하는 폭력의 경향을 살펴보기 위해 포함시켜 분석한 결과 13건(2.2%)이 존재하였다. 가해자와 피해자의 가정폭력 범행 당시의 관계를 보다 구체적으로 살펴보면, 아래의 표와 같다.

〈표 IV-19〉 피해자 성별 범행 당시 피고인과 피해자의 관계

(단위 : 건, %)

구분		남성	여성	합계
현 배우자		14(100.0)	468(94.0)	482(94.1)
법률혼	법률혼	12(85.7)	361(72.5)	373(72.9)
	법률혼(가출, 별거 중)	0(0.0)	26(5.2)	26(5.1)
	법률혼(이혼 진행 중)	0(0.0)	18(3.6)	18(3.5)
사실혼	사실혼	2(14.3)	41(8.2)	43(8.4)
	이혼후 동거	0(0.0)	12(2.4)	12(2.3)
	이혼후 재결합	0(0.0)	10(2.0)	10(2.0)
전 배우자		0(0.0)	30(6.0)	30(5.9)
법률혼	이혼	0(0.0)	28(5.6)	28(5.5)
사실혼	사실혼 종료	0(0.0)	2(0.4)	2(0.4)
전체		14(100.0)	498(100.0)	512(100.0)

배우자 관계에는 법률혼과 사실혼을 포함시켜 살펴보았는데, 현 배우자의 법률혼 중에는 안정적인 관계를 유지하고 있는 부부도 있었지만, 배우자의 가출이나 별거, 이혼소송이나 협의이혼 절차를 진행 중인 부부도 있었으며, 가정폭력이 문제되어 가정보호사건 진행 중이거나 접근금지 중인 경우도 존재하였다. 또한 현 배우자의 사실혼 관계 중에는 혼인신고를 한 번도 하지 않은 채 동거관계를 유지하고 있는 부부도 있었지만, 서류상으로는 이혼을 하고 동거관계를 지속하고 있는 부부와 이혼 이후 재결합한 부부도 존재하였다.

남성이 피해자인 사건에서는 과거 관계가 존재하지 않은 반면, 여성이 피해자인 사건에서는 현재 관계는 없지만, 이전 관계 때문에 피해를 입은 경우도 36건이나 존재하였다.

〈표 IV-20〉 피해자의 피고인과의 과거관계

(단위 : 건, %)

구분	합계	이혼	사실혼 종료	동거 종료	애인 결별
빈도(구성비)	36(100.0)	28(77.8)	2(5.6)	4(11.0)	2(5.6)

3) 가해자와 피해자의 연령별 분포

가해자의 연령은 40대가 50.2%로 가장 많이 분포하였고, 그 다음은 50대로 25.6%를 차지하며, 30대는 14.3%로 나타났다. 피해자의 연령 분포 또한 40대가 40.2%로 가장 많았고, 30대가 21.6%, 50대가 16.2%를 차지하고 있다.

〈표 IV-21〉 가해자 및 피해자의 연령 분포

(단위 : 명, %)

구분	가해자			피해자		
	남성	여성	합계	남성	여성	합계
10~19세	1(0.2)	0(0.0)	1(0.2)	0(0.0)	1(0.2)	1(0.2)
20~29세	17(3.0)	0(0.0)	17(2.9)	0(0.0)	27(4.8)	27(4.6)
30~39세	80(14.1)	3(20.0)	83(14.3)	3(20.0)	123(21.7)	126(21.6)
40~49세	284(50.1)	8(53.3)	292(50.2)	6(40.0)	228(40.2)	234(40.2)
50~59세	146(25.7)	3(20.0)	149(25.6)	2(13.3)	92(16.2)	94(16.2)
60~69세	35(6.2)	1(6.7)	36(6.2)	2(13.3)	12(2.1)	14(2.4)
70세 이상	3(0.5)	0(0.0)	3(0.5)	0(0.0)	1(0.2)	1(0.2)
미상	1(0.2)	0(0.0)	1(0.2)	2(13.3)	83(14.5)	85(14.6)
전체	567(100.0)	15(100.0)	582(100.0)	15(100.0)	567(100.0)	582(100.0)

4) 가해자와 피해자의 관계 지속기간

사실혼 관계를 포함하여 배우자 관계에 있었던 512건 중 판결문상 관계 지속기간이 나타난 사례는 107건(20.9%)으로 그리 많지 않았다. 이들의 관계 지속기간은 짧게는 5개월에서 가장 길게는 38년까지 넓게 분포하고 있었다. 특히 현재 배우자 관계를 유지하고 있는 관계에서는 관계 지속기간이 10년 이상의 경우도 41.1%나 되었다.

〈표 IV-22〉 배우자 관계의 지속기간

(단위 : 건, %)

구분	현 배우자	전 배우자	전체
1년 미만	7(6.5)	4(30.8)	11(9.2)
1년 이상 5년 미만	31(29.0)	4(30.8)	35(29.2)
5년 이상 10년 미만	25(23.4)	1(7.7)	26(21.7)
10년 이상 15년 미만	11(10.3)	2(15.4)	13(10.8)
15년 이상 20년 미만	8(7.5)	0(0.0)	8(6.7)
20년 이상 25년 미만	12(11.2)	0(0.0)	12(10.0)
25년 이상 30년 미만	6(5.6)	2(15.4)	8(6.7)
30년 이상 35년 미만	4(3.7)	0(0.0)	4(3.3)
35년 이상	3(2.8)	0(0.0)	3(2.5)
전체	107(100.0)	13(100.0)	120(100.0)

라. 분석대상 판결문의 범죄사실 분석

1) 분석범위

배우자 폭력의 양상을 보다 구체적으로 살펴보기 위해 분석대상 판결문 속에 기술되어 있는 범죄사실을 일일이 나열한 결과, 하나의 사건에 언급된 범죄사실 수는 1건에서 최대 30건에 이르기까지 폭넓게 존재하였다. 상해와 폭행을 포함하여 형사사건으로 다루어진 가정폭력 사건의 범죄사실이 단순 1건인 경우는 40.0%에 불과하였으며, 과반이 범죄사실 2건 이상이었다.

〈표 IV-23〉 가정폭력 사건유형별 범죄사실 수

(단위 : 건, %)

구분	상해	폭행	합계
1건	208(41.7)	25(30.1)	233(40.0)
2건 이상 5건 미만	223(44.7)	44(53.0)	267(45.9)
5건 이상 10건 미만	56(11.2)	8(9.6)	64(11.0)
10건 이상 15건 미만	8(1.6)	2(2.4)	10(1.7)
15건 이상 20건 미만	3(0.6)	3(3.6)	6(1.0)
20건 이상	1(0.2)	1(1.2)	2(0.3)
전체	499(100.0)	83(100.0)	582(100.0)

가정폭력 중 배우자 폭력의 특성을 알아보고자 분석대상이 된 판결문 582건에 기록된 범죄사실을 일일이 열거하니 1,612건의 범죄사실이 존재하였으나, 그 중 배우자를 대상으로 한 범죄는 1,377건이었다. 배우자 외의 폭력행위의 대상에는 기타 가정구성원과 경찰관 등이 존재하였다.

〈표 Ⅳ-24〉 배우자 폭력 범죄분석 대상 선정

(단위 : 건, %)

구분	배우자 폭력	배우자 외	전체
분석대상 판결문 상 범죄사실	1,377(85.3)	235(14.7)	1,612(100.0)

이하의 배우자 폭력에 관한 범죄 내용분석은 분석대상 판결문에 열거된 배우자 대상 가정폭력 범죄사실인 1,377건을 대상으로 한다.

2) 폭력 범죄일과 1심선고일 사이의 기간

가정폭력범죄의 상습성과 지속성을 간접적으로 알아 볼 수 있는 자료로서 가정폭력범죄에 대한 형사사건 1심 선고일과 범죄사실 간의 경과 일을 살펴보았다. 더 정확히 알 수 있는 자료는 신고나 고소일이겠지만 판결문상의 자료로는 알 수 없기에 부득이 1심 선고일 자료를 활용하였다. 대부분의 사건이 범행 직후 신고나 고소가 이루어지고, 판결 선고까지 소요되는 시간을 감안할 때 1년 미만인 사건은 사건처리 기간을 고려하면 누적된 범죄사실이 거의 없었다고 볼 수 있지만, 1년 이상인 경우도 37.0%나 존재한다는 것은 그동안 참아왔던 폭력행위에 대해 신고와 고소를 하면서 함께 문제 삼고 있는 것으로, 가정폭력이 단 한 번의 폭력행위로 사건화 되는 경우는 적고, 대부분이 상습적인 피해를 당하고 있다고 유추해 볼 수 있다.

〈표 IV-25〉 범죄사실 기준 1심선고일과 범죄일간의 경과기간

(단위 : 건, %)

구분	빈도	구성비
1년 미만	858	62.3
1년 이상 2년 미만	274	19.9
2년 이상 3년 미만	105	7.6
3년 이상 5년 미만	93	6.8
5년 이상 6년 미만	22	1.6
6년 이상	16	1.2
미상	9	0.7
전체	1,377	100.0

* 경과기간을 산출하기 위해 판결문 상 구체적인 날짜의 기재 없이 초순, 중순, 하순(말)이라고 기재된 것은 계산을 위해 각각 10일, 20일, 30일의 값을 사용하였으며, 월은 기재되어 있지만 일자 불상이라고 기재된 것은 초일인 1을 입력하여 계산하였다.

3) 범행 시간대

배우자를 대상으로 하는 가정폭력이 어느 시간대에 많이 발생하는지 분석한 결과, 전체 범죄사실의 52.8%가 주로 새벽과 밤에 발생하고 있었으며, 여기에 저녁시간대까지 포함하게 되면 거의 70%에 이른다. 오전과 오후 시간대에도 10% 이상씩이 발생하고 있어, 가정폭력은 하루 중 언제라도 발생할 수 있음을 보여준다.

〈표 IV-26〉 범죄사실 기준 범행시간대

(단위 : 건, %)

구분	합계	새벽	오전	오후	저녁	밤	미상
빈도 (구성비)	1,377 (100.0)	397 (28.8)	205 (14.9)	189 (13.7)	210 (15.3)	331 (24.0)	45 (3.3)

* 시간대는 새벽 0시-6시 이전, 오전 6시-12시 이전, 오후 12-18시 이전, 저녁 18시-21시 이전, 밤 21시-24시 이전으로 구분함.

4) 범행 장소

배우자에 대한 가정폭력이 발생한 장소는 분석대상의 75.1%가 주거지였다. 주거지는 피고인의 주거지와 피해자의 주거지, 공동의 주거지 등 범행 당시의 혼인상태에 따라 상이했다. 가정 밖에서 가정폭력이 나타나는 경우도 있었는데, 피고인과 피해자의 가게나 직장에서 발생하는 경우, 가정이라는 공간처럼 타인의 시선을 벗어나는 차안, 여관 등에서 발생하는 경우, 술집, 노래방 등도 있었으며, 심지어 누구나 볼 수 있는 길에서 폭행을 당하는 경우나 경찰서나 법원 등 공공기관에서도 폭행을 당하는 경우도 있었다.

〈표 Ⅳ-27〉 범죄사실 기준 범행 장소

(단위 : 건, %)

구분		빈도	구성비
주거지	피고인의 주거지	638	46.3
	피해자의 주거지	146	10.6
	공동주거지	19	1.4
	주거지로만 표기	231	16.8
	주거지 소계	1,034	75.1
직장	피고인 운영 가게/직장	52	3.8
	피해자 운영 가게/직장	26	1.9
	공동 운영 가게	10	0.7
	직장 소계	88	6.4
기타	주차장	20	1.5
	기타(식당 등)	97	7.0
	술집(호프집, 노래방, 다방, 포장마차)	20	1.5
	여관(모텔)	20	1.5
	차안	23	1.7
	노상	51	3.7
	경찰서, 법원 등	6	0.4
	기타 소계	237	17.2
미상		18	1.3
전체		1,377	100.0

5) 범행 종류

배우자 폭력에 관한 형사사건 중 상해와 폭행으로 한정하여 수집하였지만, 수집된 사례에 기재된 범죄사실을 펼쳐봤을 때, 그 속에는 다양한 가정 폭력범죄가 존재하였다.

〈표 IV-28〉 범죄사실 기준 범행종류

(단위 : 건, %)

구분	빈도	구성비
상해 등	894	64.9
폭행 등	285	20.7
협박 등	76	5.5
재물손괴 등	62	4.5
감금 등	20	1.5
주거침입 등	14	1.0
보호처분 불이행 등	10	0.7
모욕/공갈/강요	8	0.6
강간 등	4	0.3
기타	4	0.3
전체	1,377	100.0

기타 범죄사실에는 최근 가정폭력특례법의 개정으로 가정폭력범죄의 한 유형으로 강간과 추행의 죄가 추가되었지만, 어디에도 자리매김할 수 없는 범죄가 존재하였다. 서울북부지법 2008. 7. 17. 선고 2008고단1336 판결은 물론 형법상의 성폭력범죄가 추가되기 전의 사건이지만, 형법상의 성폭력 범죄가 추가된 현 시점에서 판단하면, 위 사건의 범죄사실에 나타난 바와 같이 아내의 외도를 의심하며 “피고인의 휴대전화기를 이용하여 피해자의 옷을 벗기고 성적 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 가슴부위와 음부를 그 의사에 반하여 촬영”하여 카메라 등 이용촬영죄를 범한 경우, 현재의 규율방식으로는 가정폭력범죄로 다룰 수 없다는 한계가 존재한다. 왜냐하면 현 가정폭력특례법은 형법상의 죄를 차용하면서 그 죄가 다른 법률에 의하

여 가중처벌되는 죄를 추가한다고만 규정하고 있을 뿐, 성폭력특별법에서만 규정하고 있는 죄를 포섭할 수 없기 때문이다.

또한 범죄사실을 형의 가중 요소가 없는 단순 유형과 상습, 집단·흉기, 야간, 공동, 특수 등 가중 요소가 있는 가중유형으로 나누어 살펴보면, 단순 유형은 전체의 65.6%를 차지하고 있으며, 가중 유형은 전체의 34.4%를 차지하고 있었다.

〈표 IV-29〉 범죄사실 기준 범행종류의 가중 분류

(단위 : 건, %)

구분		빈도	구성비
단순	상해	610	44.3
	폭행	176	12.8
	협박	14	1.0
	재물손괴	53	3.8
	감금	14	1.0
	기타	37	2.7
단순 소계		904	65.6
가중	상해 가중	284	20.6
	폭행 가중	109	7.9
	협박 가중	62	4.5
	재물손괴 가중	9	0.7
	감금 가중	6	0.4
	기타 가중	3	0.3
가중 소계		473	34.4
전체		1,377	100.0

6) 배우자 폭력의 원인 및 폭력 유형

가해자가 폭력을 행사한 원인을 범죄사실을 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

배우자 폭력의 원인 분류는 박소현(2013)의 연구에서 사용한 16가지 폭력

원인⁴³⁾의 유형화를 참고하여 여섯 유형으로 재분류하였다. 아래에서 제시하는 표는 상해·폭행 관련 형사사건기록과 앞서 살펴본 서울가정법원의 가정보호사건을 배우자 폭력행사의 원인별로 나누어 보여주는 것이다.

배우자는 서로 동거의무가 있는데, 이에 대한 서로의 기대가 충족되지 못했을 때 동거남을 포함하여 남편의 폭력이 행사되는 경우가 많았다. 신체접촉 거부를 이유로, 남편이 아내의 외도를 의심하는 의처증과 아내가 남편의 외도를 의심하며 추궁하게 될 때 폭력이 행사되는 경우, 실제로 남편이 외도한 경우나 아내가 외도한 경우 다툼과정에서 폭력으로 이어지는 경우가 존재하였다. 이를 동거의무 위반유형으로 분류하였다.

〈표 IV-30〉 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-동거의무 관련

(단위 : 건, %)

재판유형·성별 폭행원인	형사재판		가정보호사건		전체
	남	여	남	여	
신체접촉거부	14(1.0)	-	1(1.7)	-	15(1.0)
의심(의처증)	157(11.4)	-	3(5.0)	-	16(11.1)
의심(의부증)	44(3.2)	2(0.1)	2(3.3)	-	48(3.3)
가해자의 부정행위	40(2.8)	2(0.1)	-	-	42(3.0)
피해자의 부정행위	5(0.4)	-	-	-	5(0.3)
부분 소계	260(18.9)	4(0.3)	6(10.0)	-	270(18.8)
전체	1,377(95.8)		60(4.2)		1,437(100.0)

두 번째 유형은 부부의 부양의무와 관련하여 경제적 문제를 하나의 유형으로 묶었다. 경제문제로 인한 폭력은 경제불황으로 인한 무력감, 경제활동에 대한 불안심리가 가정불화로 이어져 갈등이 증폭되면서 폭력을 행사하게 되는 경우가 많았으며, 그 밖에 부부간에 경제상황을 투명하게 공개하여

43) 분노조절의 취약함, 대화방법의 문제, 음주, 생활양식 및 가치관의 차이, 성격차이, 경제적 문제, 의심(남편의 아내의심), 열등감, 자녀양육문제, 의심(아내의 남편의심), 가해자의 부정행위, 시가식구와의 갈등, 피해자의 부정행위, 처가식구와의 갈등, 종교문제, 전혼 자녀와의 갈등이 그것이다.

관리하지 않은 데서 오는 불신으로 인한 갈등과 아내와 자녀를 통제하기 위한 수단으로 경제적 통제를 가하는 경우도 있었다(박소현, 2013:184).

〈표 Ⅳ-31〉 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-부양의무 관련

(단위 : 건, %)

폭행원인 재판유형·성별	형사재판		가정보호사건		전체
	남	여	남	여	
경제적인문제	142(10.3)	-	5(8.3)	1(1.7)	148(10.3)
전체	1,377(95.8)		60(4.2)		1,437(100.0)

세 번째는 부부의 협조의무와 관련하여 자녀 양육과 집안일을 둘러싼 갈등이 원인이 되어 폭력이 행사된 경우를 묶었다. 전통적으로 남성은 경제활동을 하고 여성은 집안일을 해야 한다는 성별역할분담에 대한 고정관념이 4-50대 남성에게 여전히 존재하는 가운데, 남편의 기대에 부합하지 않은 아내의 행동에 폭력을 행사하는 경우가 존재한다.

〈표 Ⅳ-32〉 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-협조의무 관련

(단위 : 건, %)

폭행원인 재판유형·성별	형사재판		가정보호사건		전체
	남	여	남	여	
자녀양육문제	54(3.9)	-	1(1.7)	-	55(3.8)
집안일	31(2.3)	-	1(1.7)	-	32(2.2)
부분 소계	85(6.2)	-	2(3.3)	-	87(6.5)
전체	1,377(95.8)		60(4.2)		1,437(100.0)

네 번째는 부부가 함께 살아가는 과정에서 겪는 생활양식 및 가치관의 차이 등에서 비롯되는 충돌을 이성적인 대화로 해결하지 못하고 폭력으로 표현하는 유형이 존재하였다. 박소현(2013)의 연구에서 분노조절의 취약함, 대화방법의 문제, 생활양식 및 가치관의 차이, 성격차이, 열등감, 종교문

제, 음주 등이 원인이 되어 폭력을 행사하는 유형으로 남성 중심의 가부장 의식과 성역할 고정관념과 밀접한 연관을 갖는다. 가해자들은 생활양식이 나 가치관의 차이, 그리고 성격차이에 기인하여 나와 배우자가 다르다는 것을 인정하지 못할 때, 배우자를 비난하고 무시하면서 폭력을 행사하는 것으로 나타났다(박소현, 2013:184). 특히 성격차이는 가부장적 사고에 편향된 남편들과 이를 받아들이지 못하는 아내와의 차이가 존재하는 경우가 많아 성격차이라는 명분으로 가족구성원들 간에 불평등한 관계를 조장하고 가정 폭력을 심화시키는 주요 원인이 되고 있다(박소현, 2013:184). 또한 친족과의 갈등에는 시댁 부모와의 갈등, 처가 부모와의 갈등, 전혼 자녀와의 갈등 등이 포함되어 있다.

〈표 IV-33〉 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-생활양식 및 가치관의 차이 등
(단위 : 건, %)

폭행원인	재판유형·성별		가정보호사건		전체
	남	여	남	여	
성격차이	96(7.0)	4(0.3)	6(10.0)	1(1.7)	107(7.4)
불순종	100(7.3)	6(0.4)	7(11.7)	-	113(7.9)
열등감	101(7.3)	2(0.1)	4(6.7)	-	107(7.4)
통제	129(9.4)	4(0.3)	2(3.3)	-	135(9.4)
다툼	67(4.9)	2(0.1)	12(20.0)	1(1.7)	82(5.7)
특별한 이유없이	45(3.3)	1(0.1)	1(1.7)	-	47(3.3)
종교문제	12(0.9)	-	-	-	12(0.8)
술먹으면 별다른 이유 없이	37(2.7)	1(0.1)	2(3.3)	-	40(2.8)
가족문제(시가, 처가)	25(1.8)	-	2(3.3)	-	27(1.9)
습벽	12(0.9)	1(0.1)	1(1.7)	-	14(1.0)
원인 기재 없음	67(4.9)	1(0.1)	-	-	68(4.7)
부분 소계	691(50.2)	22(1.6)	37(61.6)	2(3.3)	752(52.3)
전체	1,377(95.8)		60(4.2)		1,437(100.0)

다섯 번째 원인은 남편의 폭력행사에 아내가 적극적, 소극적 대응을 하는 과정에서 발생하는 폭력이 존재하였다. 가정폭력을 피하여 집을 나간 소극적 대응에서부터 가정폭력을 신고하여 적극적으로 대응한 유형까지 있었으며, 또한 적극적으로 외부에 도움의 손길을 요청한 경우에도 신고했다는 이유로, 신고 이후 취하, 탄원서, 합의서를 제출해 주지 않았다는 이유로, 신고에 따른 임시조치처분이나 보호처분결정을 받았다는 이유로 양심을 품고 재차 보복 폭행을 가하는 유형이 존재하였다. 이 유형의 폭력행사는 아내들이 왜 남편의 폭력에 대해 적극적으로 신고하여 대처하지 못하고 종속된 삶을 살아가는지를 여실히 보여주는 것으로, 국가가 피해자를 가해자의 폭력으로부터 구제하기 위해 보다 적극적으로 나서야 함을 보여준다.

〈표 Ⅳ-34〉 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-신고 관련

(단위 : 건, %)

폭행원인 재판유형·성별	형사재판		가정보호사건		전체
	남	여	남	여	
피신(소극적 대응)	43(3.1)	-	1(1.7)	-	44(3.1)
가정폭력신고관련	56(4.1)	4(0.3)	-	-	60(4.2)
부분 소계	99(7.2)	4(0.3)	1(1.7)	-	103(7.2)
전체	1,377(95.8)		60(4.2)		1,437(100.0)

여섯 번째는 부부 관계 해소를 둘러싸고 발생하는 폭력이 존재하였는데, 이 또한 적극적으로 폭력행사가 원인이 되어 혹은 다른 이유로 아내가 관계해소(이혼)를 요청한 경우, 이혼을 요구하거나 소송을 제기했다는 이유로, 이혼소송이나 조정과정 중에 취하를 해주지 않는다는 이유로 폭행을 당한 사례와 이혼결과에 대한 불만으로 양심을 품고 폭행을 행사하는 경우, 이혼 후 재결합을 거부한다는 이유 등 이혼 전, 중, 후를 가리지 않고 아내를 상대로 하는 폭력은 행사되고 있었다.

〈표 IV-35〉 범죄사실 기준 폭력행사의 원인-이혼 관련

(단위 : 건, %)

폭행원인 재판유형·성별	형사재판		가정보호사건		전체
	남	여	남	여	
이혼문제	69(5.0)	1(0.1)	6(10.0)	-	76(5.3)
전체	1,377(95.8)		60(4.2)		1,437(100.0)

박소현(2013)의 연구에서 분석한 폭력행사 원인 중 분노조절의 취약함, 대화방법의 문제, 음주는 위의 변수들과 중복적으로 나타날 수 있는 유형들로 다음의 방법으로 해당 유무를 검토하여 별도로 알아보았다.

‘분노조절의 취약함’은 범죄사실에 ‘분노하여’, ‘화가 나’, ‘격분하여’ 등의 표현이 기재되어 있는 경우를 모두 포함한 것으로, 가해자가 피해자와의 갈등상황에서 ‘화를 조절하는데 실패하여’ 폭력을 한 것으로 나타났다(박소현, 2013:184). 이러한 유형에서 대체로 가해자들은 아내가 감히 남편인 자신들에게 대들었다거나, 자존심을 손상시켰다는 이유로 폭력을 행사하여 가해자들의 가부장성을 보여주었다(박소현, 2013:186).

‘대화방법의 문제’는 피해자를 비난하고 무시하면서 모욕적인 발언을 하고 폭언을 하면서 폭력을 행사하였거나, 본인의 잘못을 은폐하는 과정에서 의사소통이 제대로 이루어지지 않는다는 이유로 폭력을 행사한 것으로 나타났다(박소현, 2013:184). 범죄사실에 ‘욕설’과 ‘말다툼 중’, ‘대화중’ 이라는 표현이 기재되어 있는 경우를 포함하여 분석하였다.

‘음주’ 유형은 범죄사실이나 피고인의 특이사항에 가해자 요소로 ‘술에 취해’, ‘술을 먹고’ 등이 포함되어 있는 경우를 포함하여 분석하였다. 가해자들이 주벽이나 알코올 남용 등 음주문제에 기인하여 혹은 음주상태에서 폭력을 행사한 것으로, 술로 인한 인지능력의 저하 때문에 폭력을 사용한 경우도 있었지만, 때로는 의도적으로 술을 마시고 폭력을 행사함으로써 폭력에 대한 책임으로부터 벗어나려는 경향도 보였다(박소현, 2013:184).

그 결과 형사재판절차에서 다루어진 배우자 관련 범죄사실 중 남성 가해자의 폭력행사의 원인이 분노조절의 실패로 인한 경우는 전체 1,346건 중

285건으로 21.2%였으며, 대화방법의 문제로 인한 폭력행사는 329건으로 24.4%, 음주로 인한 폭력행사는 155건(11.5%)이었다. 가정보호사건으로 처리된 배우자 관련 범죄사실 중 남성 가해자의 폭력행사의 원인이 분노조절의 실패로 인한 경우는 전체 57건 중 13건으로 22.8%였으며, 대화방법의 문제로 인한 폭력행사는 24건으로 42.1%, 음주로 인한 폭력행사는 13건(22.8%)이었다.

〈표 Ⅳ-36〉 폭행원인 분노조절 취약, 대화방법 문제, 음주문제
(단위 : 건, %)

가해자 성별	재판유형	분노조절 실패	대화방법 문제	음주문제	전체
남	형사재판	285(21.2)	329(24.4)	155(11.5)	1,346
	가정보호사건	13(22.8)	24(42.1)	13(22.8)	57
여	형사재판	10(32.3)	7(22.6)	4(12.9)	31
	가정보호사건	-	3(100.0)	-	3

마. 선고형 및 양형이유 분석

1) 1심 선고형 및 최종 선고형

형사재판에서 다루어진 배우자 폭력 사건의 1심 선고결과는 582건 중 430건(73.9%)이 징역형의 선고를 받았다. 그 중 징역으로 실형을 받은 경우는 25.6%에 불과하고, 그 나머진 320건에서 선고유예나 집행유예 선고를 받았다. 그 다음은 벌금형으로 13.7%, 가정보호사건 송치는 11.5%로 나타났다.

〈표 IV-37〉 1심과 최종형 비교

(단위 : 건, %)

구분	1심	최종형
	빈도(구성비)	빈도(구성비)
무죄	5(0.9)	4(0.7)
가정보호사건	67(11.5)	70(12.0)
벌금형	80(13.7)	84(14.4)
징역형	430(73.9)	424(72.9)
징역+집행유예+준수사항 부과	265(61.6)	269(63.4)
징역형(실행)	108(25.1)	89(21.0)
징역형+집행유예	48(11.2)	58(13.7)
징역형+선고유예	5(1.2)	5(1.2)
징역+벌금+집행유예+준수사항 부과	2(0.5)	2(0.5)
징역(실행)+준수사항 부과	2(0.5)	1(0.2)
전체	582(100.0)	582(100.0)

- * 1심 벌금형에 일부무죄 3건, 일부공소기각 2건 존재.
- * 1심 징역형에 일부무죄 2건, 일부공소기각 7건 존재.
- * 1심 징역형+집행유예에 일부무죄 3건, 일부공소기각 22건 존재.
- * 최종 벌금형에 일부무죄 2건, 일부공소기각 3건 존재.
- * 최종 징역형에 일부무죄 2건, 일부공소기각 6건 존재.
- * 최종 징역형+집행유예에 일부무죄 3건, 일부공소기각 25건 존재.

이 중 142건이 항소되었는데, 그 중 55.6%인 79건의 항소는 기각되어 1심의 형선고가 그대로 유지되었으며, 44.4%인 63건은 항소인의 주장이 받아들여져 1심의 선고가 달라졌다. 또한 원심 파기된 4건에 대하여 피고인이 상고하였으며, 항소 기각된 1건에 대하여 검사가 상고하였는데, 피고인이 상고한 4건 모두 기각되어 항소심에서 원심을 파기하면서 새롭게 정한 형으로 확정되었으며, 검사가 상고한 1건은 원심 파기 환송되어 환송심에서 항소기각 결정이 내려짐으로써 1심형으로 복원되었다.

〈표 Ⅳ-38〉 항소 및 상고 결과

(단위 : 건, %)

구분	1심 종결	항소심(142건)		상고심(5건)	
		인용 (원심파기)	기각	인용 (원심파기)	기각
빈도 (구성비)	440	63(44.4)	79(55.6)	1(20.0)	4(80.0)
최종형	1심 선고형	항소심 선고형 62	1심 선고형 80	항소기각 1	원심파기 3 항소기각 1

* 상고심 인용은 원심 파기환송이었는데, 상고 전의 항소심 결과는 원심파기(무죄)였음.

이상의 결과를 종합하여 배우자 폭력과 관련하여 최종 확정된 형을 보면, 징역형이 424건(72.9%)으로 가장 많고, 벌금형이 84건(14.4%), 가정보호사건 송치결정이 70건(12.0%), 무죄 판명이 난 경우는 4건(0.7%)이 존재한다.

2) 준수 의무의 부과

징역형이 선고된 424건 중 271건(63.9%)은 준수사항의 부과와 함께 집행유예가 선고되었으며, 징역형을 선고받고 실형을 복역한 경우는 성범죄로서 준수사항을 부과받은 1건을 합쳐 90건(21.2%)이었으며, 준수사항의 부가 없이 집행유예가 선고된 경우도 58건(13.7%)이나 되었으며, 선고유예가 된 경우도 5건(1.2%)이 존재한다.

또한 사실혼 배우자에 대한 상해뿐만 아니라 그 딸에게 강간치상의 죄를 범하여 성폭력 치료프로그램 이수명령을 받은 것을 포함⁴⁴⁾하여 준수사항이 부과된 272건의 구체적인 내용은 아래의 표와 같다.

44) 수원지법 평택지원 2010. 11. 5. 선고 2010고합82, 88(병합), 2010전고4(병합) 판결

〈표 IV-39〉 집행유예 처분 준수 사항

(단위 : 건, %)

준수사항	순위	빈도	구성비
보호관찰+가정폭력치료강의	1	58	21.3
가정폭력치료강의	2	48	17.6
가정폭력치료강의+사회봉사	3	32	11.8
보호관찰+가정폭력치료강의+사회봉사	4	30	11.0
보호관찰	5	28	10.3
사회봉사	6	26	9.6
보호관찰+사회봉사	7	25	9.2
보호관찰+가정폭력치료강의+알콜치료강의	8	11	4.0
가정폭력치료강의+알콜치료강의	9	6	2.2
보호관찰+알콜치료강의	10	3	1.1
가정폭력치료강의+알콜치료강의+사회봉사	11	2	0.7
보호관찰+가정폭력치료강의+알콜치료강의+사회봉사	12	1	0.4
사회봉사+알콜치료강의	12	1	0.4
위치추적 전자장치부착	12	1	0.4
전체		272	100.0

* 표기하지는 않았지만 범죄의 종류에 따라 정신심리 및 폭력치료수강 1건, 성폭력치료수강 1건, 준법운전강의 2건, 약물치료강의 1건이 부가된 경우도 있었음.

가장 많은 유형은 가정폭력 치료강의와 보호관찰이 병과된 경우로 58건이 있었으며, 이어서 가정폭력 치료강의만을 부가한 경우가 48건으로 두 번째 유형에 해당하였다. 세 번째 유형은 가정폭력치료강의와 사회봉사명령을 부가한 것이었다.

3) 최종 선고형에 미치는 영향 요인

최종형의 선고에 영향을 미치는 요인은 여러 가지가 있지만, 한 사건에 여러 범행사실이 존재하는 경우, 즉 범죄가 경합하는 경우에는 경합하는 범죄가 영향을 미칠 수 있기 때문에 아래에서는 사건에 기재된 범죄사실이 여러 개인 경우와 단수인 경우를 나누어 각각의 최종 선고형이 어떻게 나

늪는지를 살펴보았다. 하나의 사건에 여러 개의 범죄사실이 존재하는 경우에는 여러 개의 범죄사실이 모두 가중 요소가 없는 경우에는 단순이라고 분류하고 그 중 하나라도 가중 요소가 있는 경우에는 가중이라고 분류한 후 교차분석을 시도하였다.

그 결과, 형사재판을 진행하면서 다시 가정보호사건으로 송치된 사건을 보면 범죄사실이 하나이건 복수이건, 또한 범행수법에 가중요소가 있든 없든 상관없이 기준이 없이 가정보호사건으로 송치되는 것을 보여주고 있다.

〈표 Ⅳ-40〉 범죄사실 수와 가중유무에 따른 최종형

(단위 : 건)

구분	단수범행			복수범행 (가장 중한 것 기준)		
	단순	가중	전체	단순	가중	전체
무죄	4	-	4	-	-	-
징역+선고유예	4	-	4	1	-	1
가정보호사건송치	16	22	38	15	17	32
벌금	43	-	43	37	4	41
징역	10	15	25	27	37	64
징역+벌금+집행유예+준수부과	-	-	-	1	1	2
징역+집행유예	9	10	19	17	22	39
징역+집행유예+준수부과	36	64	100	70	99	169
징역+준수부과	-	-	-	0	1	1
소계	122	111	233	168	181	349
전체	582					

또한 치료일수(결과의 중합 정도)가 최종형에 어떠한 영향을 미치고 있는지 알아보고자 배우자 폭력 관련 형사재판기록에 치료일수가 기재되어 있는 421건을 최종형과 교차분석한 결과 일관된 흐름을 읽을 수 없었으며, 이를 통해 결과의 중합은 형의 결정에 아무런 영향을 미치지 못하고 있음을 알 수 있다.

〈표 IV-41〉 치료일수에 따른 최종형의 차이

(단위 : 건)

구분	무죄/ 선고유예	가정보호 사건송치	벌금	징역 (실형)	징역 (집행유예)	전체
2주 미만	0	4	5	3	9	21
2주 - 4주 미만	5	31	42	24	113	215
4주 - 8주 미만	1	10	2	9	32	54
8주 - 12주 미만	0	0	5	2	8	15
12주 이상	1	14	11	23	67	116
전체	7	59	65	61	229	421

선고 당시의 가해자와 피해자의 관계가 최종형에 미친 영향을 교차분석을 한 결과, 판결문상 최종 선고 당시의 가해자와 피해자의 관계가 언급된 사례가 많지 않아 사례 수는 적지만 아래의 표에서 나타난 바와 같이 확인한 차이를 알 수 있다. 즉, 선고 당시 관계가 유지 중이면 가정보호사건으로 송치하거나 징역형을 선고하더라도 집행유예와 함께 준수사항을 추가하는 결정을 하는 경향이 뚜렷한 반면, 선고 당시의 관계가 종료된 상태이거나 종료가 예견되는 경우에는 징역형을 선고하더라도 준수사항의 추가 없이 단순히 집행유예로 종결짓는 경향을 보인다.

〈표 IV-42〉 최종 선고 당시의 관계에 따른 최종형의 차이

(단위 : 건, %)

구분	관계종료 (이혼/사망)	관계유지 (동거중)	이혼소송/ 별거 중	전체
무죄/선고유예	1(50.0)	-	1(50.0)	2(5.1)
가정보호사건송치	-	3(100.0)	-	3(7.7)
벌금	2(33.3)	-	4(66.7)	6(15.4)
징역	4(66.7)	-	2(33.3)	6(15.4)
징역+집행유예	7(100.0)	-	-	7(17.9)
징역+집행유예+준수부과	4(26.7)	9(60.0)	2(13.3)	15(38.5)
전체	18(25.6)	12(30.8)	9(23.1)	39(100.0)

더불어 최종 선고 당시의 관계가 유지 중인 경우 벌금형이 선고된 사례는 존재하지 않음을 알 수 있는데, 이는 가족관계가 유지되는 경우 피고인에 대한 벌금형의 부과는 결국 피해자를 포함한 가족구성원 전체에 대한 부담으로 작용한다는 점을 고려한 것으로 보인다. 실례로 2008. 12. 10. 선고 2008고단3633 판결은 이혼소송에서 조정이 성립된 점을 참작하여 벌금형을 선택했다고 밝히고 있다.

형사재판으로 처리하는 사건과 가정보호사건으로 송치하는 사건의 처리기준이 있는지 알아보고자 형사재판 결과 가정보호사건으로 송치된 70건의 가정보호사건 송치 이유를 살펴보면, 많은 사건에서 그 이유를 기재하고 있지 않지만, 가정보호사건 송치 이유를 밝힌 4건⁴⁵⁾에서 언급된 사유들은 우발적 범행, 반성 있음, 처벌 불원, 관계지속 의사 있음, 합의 있음, 상해의 정도가 중하지 않음을 밝히고 있었다. 4건 모두 동종 범죄 전력은 없었지만, 범행방법으로 소주병, 부엌칼, 주방용 가위 등 흉기를 사용하여 상해한 것이었고, 특히 상해의 정도가 중하지 않음이라고 밝힌 사안은 “피고인의 인감으로 400만 원을 대출받았다는 이유로 자고 있는 피해자(아내)의 가슴을 수회 밟고 부엌칼을 휘둘러 종아리 부분의 자상”을 입혔는데, 가정보호사건으로 송치된 경우이다. 여기에서도 다른 어떤 요인보다도 피해자의 의사(처벌 불원, 관계지속 의사 있음, 합의 있음)가 절대적인 영향을 미치는 것으로 보인다.

‘한편, 피해자는 피고인의 처벌을 바라고 있으면서도 현재까지 피해자와 함께 살고 있고, 구체적인 이혼 얘기도 하고 있지 않은 것으로 보여, 이 사건은 가정보호사건으로 처리함이 상당하다고 보이지만, 피해자의 의사가 완강하고, 피고인 또한 자신의 잘못에 대해 형사처벌을 받겠다고 진술한 점을 참작하여 그대로 판결을 선고하되.....’(대전지법 홍성지원 2010. 12. 29. 선고 2010고단639 판결)

45) 광주지법 2009. 5. 27. 선고 2009고단1048 판결, 대구지법 서부지원 2009. 2. 12. 선고 2008고단1374 판결, 대구지법 서부지원 2009. 1. 22. 선고 2008고단1735 판결, 광주지법 순천지원 2007. 6. 5. 선고 2007고단443 판결.

4) 양형이유

배우자 폭력 사건으로 형사처분을 받은 분석대상 판결문을 대상으로 양형 가중사유와 양형 감경사유를 살펴보면, 형을 부가하는 이유와 감경하는 이유의 모순점이 보인다.

〈표 IV-43〉 배우자폭력 형사사건의 양형 가중 이유(중복응답)

(단위 : 건, %)

구분	1심	항소심	전체
죄질 불량	65(12.1)	17(11.3)	82(23.4)
공무집행방해/경합범	12(2.2)	2(1.5)	14(3.7)
행위태양의 위험성(흥기사용 등)	73(13.5)	16(10.6)	89(24.1)
결과의 중함(폭행/상해 정도)	50(9.3)	17(11.3)	67(20.6)
범정 무거움	10(1.9)	1(0.7)	11(2.6)
죄질 불량 정도	210(39.1)	53(35.1)	263(39.4)
상습, 지속, 반복적 범행	70(13.0)	19(12.6)	89(25.6)
재범 위험	16(3.0)	5(3.3)	21(6.3)
집유기간/보호관찰 중 범행	11(2.1)	1(0.7)	12(72.1)
누범기간	5(0.9)	2(1.3)	7(2.2)
습벽 인정	6(1.1)	1(0.7)	7(1.8)
피해자 격리필요	6(1.1)	1(0.7)	7(1.8)
범죄전력	73(13.6)	21(13.9)	94(27.5)
재범 위험성	187(34.8)	50(33.1)	237(35.5)
범죄의 상대방(여성, 임산부 등)	26(4.8)	7(4.6)	33(9.4)
처벌 원함	23(4.3)	4(2.6)	27(6.9)
정신적 충격, 상처	16(3.0)	10(6.6)	26(9.6)
합의 없음	29(5.4)	5(3.3)	34(8.7)
관계지속 의사 없음	2(0.4)	1(0.7)	3(1.1)
피해자 요소	96(17.9)	27(17.9)	123(18.4)
반성 없음	22(4.1)	6(4.0)	28(8.1)
범행 사실 부인	9(1.7)	4(2.6)	13(4.3)
범행 후 정황	5(0.9)	5(3.3)	10(4.2)
피해회복의 노력 없음	8(1.5)	6(4.0)	14(5.5)
가해자 요소	44(8.2)	21(13.9)	65(9.7)
전체	537(100.0)	151(100.0)	688(100.0)

범죄의 상대방이 가족구성원이라는 것을 형을 부가하여야 하는 이유로 언급한 판결이 존재하는 반면, 반대로 피고인과 피해자의 관계를 중시하며 가족구성원이기 때문에 형을 감경해야 하는 사유로 언급하고 있는 판결이 존재함을 살펴볼 수 있다. 이와 같이 법을 해석하는 재판관 내에서도 가정폭력을 바라보는 시각에 차이가 존재함을 의미한다.

또한 이혼이나 별거 중인 경우에는 형을 감경하는 요소로 등장하는데, 가정폭력은 배우자였던 자까지를 포섭하고 있으며, 실제 배우자 관계가 있었던 사이에서도 가정폭력이 일어날 수 있는 점을 감안할 때, 형을 감경해야 하는 요소로 고려하는 것은 바람직하지 않다.

피해자가 처벌을 원치 않는다는 의사를 표명한 경우와 합의를 해 준 경우에는 감경요소로 고려되고 있는데, 이러한 요인은 배우자가 가정폭력을 당하고도 자기에게 비난이 돌아올 것을 고려하여 제대로 된 의사표명을 주저하게 만드는 요인이 되며, 합의서를 강요당하거나 끝까지 처벌의사를 굽히지 않을 경우 보복범죄의 대상이 되기도 하여, 제2차 피해를 유발하게 된다.

〈표 Ⅳ-44〉 양형 감경 이유(중복응답)

(단위 : 건, %)

구분	1심	항소심	전체
상해 정도 중하지 않음	55(5.9)	8(4.8)	63(10.7)
우발적 범행	40(4.3)	7(4.2)	47(8.5)
작량감경	3(0.3)	-	3(0.3)
범행 경위 참작사정 있음	28(3.0)	19(11.4)	47(14.4)
죄질 요소	126(13.5)	34(20.4)	160(33.9)
범죄기간 경과	5(0.5)	1(0.6)	6(1.1)
직접적 양형요소 불과	6(0.6)	2(1.2)	8(1.8)
벌금형 이상 전과 없음	139(14.9)	24(14.4)	163(29.3)
집유 이상 전과 없음	18(1.9)	-	18(1.9)
재범위험성 요소	168(17.9)	27(16.2)	195(34.1)
피고인과 피해자의 관계	37(4.0)	3(1.8)	40(5.8)
부양가족	27(2.9)	6(3.6)	33(6.5)
관계지속 의사 있음	34(3.6)	7(4.2)	41(7.8)
이혼/별거 중	32(3.4)	3(1.8)	35(5.2)

구분	1심	항소심	전체
피해자와의 관계 요소	130(13.9)	19(11.4)	149(25.3)
처벌 불원	130(13.9)	18(10.8)	148(24.7)
용서 있음	16(1.7)	-	16(1.7)
합의 있음	98(10.5)	14(8.4)	112(18.9)
피해자의 의사 요소	244(26.1)	32(19.2)	276(45.3)
반성 있음/개선가능성	189(20.2)	31(18.6)	220(38.8)
범행사실 인정	32(3.4)	5(3.0)	37(6.4)
범행 후 정황(공탁, 신고, 치료)	24(2.5)	8(4.8)	32(7.3)
알코올 의존/습벽	4(0.4)	1(0.6)	5(1.0)
심신미약	6(0.6)	4(2.4)	10(3.0)
사회적 유대관계	6(0.6)	4(2.4)	10(3.0)
피고인의 연령	6(0.6)	2(1.2)	8(1.8)
피고인 요소	267(28.3)	55(33.0)	322(61.3)
전체	935(100.0)	167(100.0)	1,102(100.0)

또한 실형이 아닌 집행유예를 선고하는 이유로 종종 남성의 사회적 유대 관계가 형성되어 있는 점이 고려되고 있다. 총 6사례에서 찾아볼 수 있었는데, 이 중 4건⁴⁶⁾이 한 법원의 한 판사였으며, 동시에 등장하는 이유로는 피고인이 주취상태에서 우발적으로 이 범행을 저지른 것으로 보인데다가, 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반한다는 점도 들고 있다.

서울서부지법 2009. 4. 17. 선고 2008고단2802 판결은 집행유예를 선고하는 이유로 가정폭력사건으로 항소심으로 재판받은 것 이외에는 범죄전력이 없고, 이 사건이 위 항소심 사건과 비슷한 시기에 발생한 사건으로 함께 재판받을 수 있었던 점, 피해자가 피고인을 대하는 태도 역시 피고인의 가정 폭력에 일정한 원인을 제공한 것으로 보이는 점, 피고인은 가정에서의 문제 이외에는 아무런 문제없이 정상적인 사회생활을 하고 있는 점을 참작한다고 밝히고 있다. 이 사건에 기재되어 있는 6건의 범죄사실에 기재된 폭행

46) 수원지방법원 안산지원 2012. 12. 6. 선고 2012고단2119 판결, 2013. 9. 5. 선고 2013고단1267 판결, 2013. 10. 31. 선고 2013고단2292 판결, 2014. 1. 28. 선고 2013고단3178 판결. 그 밖에 춘천지방법원 2013. 12. 12. 선고 2013고단1058 판결이 존재한다.

이유를 보면 아이를 직장으로 데려다 주라고 했다는 이유로 1회, 시어머니에게 말대꾸를 한다는 이유로 1회, 술에 취하여 늦게 들어온 피고인에게 잔소리를 한다는 이유로 3회, 피고인을 폭행혐의로 신고하여 유치장에 다녀왔다는 이유로 1회 상해 또는 폭행을 가했다. 피해자의 태도가 가정폭력에 원인을 제공했다는 해석이 어떻게 가능한지 의문이며, 가정에서의 문제로 발생하는 가정폭력사건을 다루면서 가정에서의 문제 이외의 정상적인 사회생활을 하고 있다는 점을 왜 고려하는지도 알 수 없다.

가정폭력의 특수성에 대한 인식 및 성인지적 감수성 없이 성별고정관념에 휩싸인 결정이 여성에게 미치는 부정적인 영향을 확인할 수 있는 지점이다.

또한 가정폭력의 원인으로 자주 등장하는 술로 인한 폭력행사가 심신미약의 상태까지 인정되어 감경요소로 고려되고 있는 사례도 존재한다. 2013. 3. 27. 선고 2012노3952 판결의 원심인 2012. 11. 14. 선고 2012고단4826 판결의 범죄사실 기재에 의하면 피고인은 3년여 동안 아내에게 주로 경마에 소요되는 돈 조달 문제로 집단흥기등 상해 1건, 상해 3건, 폭행 4건을, 딸에게 상해 1건을 범하였는데, 원심에서는 폭력범죄의 상습상해·누범상해·특수상해의 제1유형을 선택하고 다수범죄의 가중을 하여 징역 2년을 선고하였으나, 항소심에서는 ‘이 사건 범행 당시 알코올 해로운 복용 상태에서 과도한 음주에 의한 부적절한 공격적 행동, 충동조절능력의 저하, 판단력 장애 등 알코올 급성 중독증세로 말미암아 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 다소 미약한 상태에 있었던 것으로 볼 여지가 충분하고, 이는 형의 필요적 감경사유에 해당함에도 이를 간과한 채 피고인에 대한 선고형을 정한 제1심 판결은 그대로 유지할 수 없다’고 판단하고 원심 판결을 파기한 후, 징역 1년과 집행유예 2년을 선고하고 준수의무로서 보호관찰을 받을 것과 40시간의 폭력치료강의 수강을 명하는 것으로 변경하였다. 이 사건에서 원심 변호는 국선 변호인 1인 이었는데 항소심에서는 사선 변호인 3명이 기재되어 있는 점을 보면 변호인의 역량이 최종형의 선고에 영향을 미쳤을 가능성을 배제할 수 없다. 또한 범죄사실이 한 건만 존재한 것이 아니고 다수 건이 존재하는 상습상해 사안이었음에도 불구하고 매 범죄사실마다 알

코울 급성 중독증세로 인한 심신미약 상태를 포괄적으로 인정한 것은 지나치게 피고인에게 유리한 판단으로 보이며, 그렇다고 심신미약의 상태를 초래한 알코올 치료장의 수강이 준수 의무로 부과되어 있지도 않다.

당심에 이르러 피해자들이 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 의사를 명시한 점과 피고인에 의하여 혹시 나중에 저질러질지도 모를 비슷한 범행을 철저히 예방하기 위해서는 엄벌보다는 꾸준하고도 적절한 정신과 치료가 무엇보다 선행되어야 하는 점 등을 참작하였다고 항소심의 작량감경사유를 밝히고 있으나, 이 사안에서는 심신미약의 인정에 앞서 피고인을 피해자로부터 격리할 필요성에 대한 고려와 격리기간 동안의 성행교정의 기회를 가질 수 있도록 적절한 준수 의무를 병과하는 것이 필요했다고 보인다. 가정폭력의 재발을 우려하면서도 집행유예를 선고하며 보호관찰과 40시간의 폭력강의 수강을 명한 것은 가정폭력의 상습성이 있는 가해자로부터 피해자를 보호하는 데에는 부족하다.

위의 제안에 참고할 만한 사례가 있어 소개한다. 아래의 사례는 가해자와 피해자의 관계가 전처와 전남편으로 이미 종료되었기 때문에 가정폭력에 대한 형량을 정함에 있어 가족관계의 지속가능성을 배제하고 판단할 수 있기 때문에 고민의 하나를 덜고 시작했다는 점에서 차이는 있지만, 향후 가정폭력 관련 사건의 판단을 하는데 시사하는 바가 많다고 생각한다.

이혼한 전처인 피해자가 다른 남자와 재혼하려 한다는 이유로 철제 소화기로 피해자의 머리를 내리치고 이로 인해 혼절한 피해자를 강간하려 한 사안에 대해 1심은 처단형의 하한인 징역 3년을 선고하였는데, 이에 항소한 것이다.

항소심은 피고인과 피해자 사이의 합의가 있고, 피고인이 다시는 피해자를 찾아가지 않을 것을 약속하는 등 피고인에게 유리한 정상이 있다고 하면서도 범행 수법이 지극히 비열하고 피해 결과도 중하며, 야간집단·흉기등상해죄로 복역 중 병원치료를 위해 형집행이 정지되자 피해자를 찾아가 범행을 저질렀다는 점에서 비난 가능성이 높은 점, 판결전 조사결과 등에서 피고인이 이전부터 지속적으로 가정폭력을 행사하여 왔는데, 피해자의 남자관계를 의심하면서 그 정도가 심해졌고, 부부싸움을 하면서 전처의 목을 조르는 지경에 이르렀는데, 그 과정에서 이를 말리던 아들을 칼로 그어 실형을 선고받게 된 것으로 그것이 계기가 되어 협의이혼을 하였고, 과거 술에 취한 상태에서 강제추행치상의 범행을 저질러 처벌받은 전력이 있고, 이 사건 범행 당시에도 술에 취해 있었는바, 이 사건 범행에 잘못된 음주 습벽도 한 원인이 된 것으로 보인다. 이와 같은 피고인의 폭력 습벽 및 음주 습벽, 피해자에 대한 집착 등을 감안하면 재범의

위험성이 높은 것으로 판단된다. 따라서 피고인에 대하여 음주 습벽 및 폭력 습벽을 개선 내지 치유할 필요성이 있는 점과 피해자와의 관계를 고려할 때 피고인을 상당기간 격리할 필요가 있다(대전고등법원 2008. 8. 6. 선고 2008노243 판결).

양형과중 주장을 받아주지 않고, 부언하여 교정당국은 피고인이 잘못된 음주 습벽 및 폭력 습벽을 고칠 수 있도록 과학적·전문성을 갖춘 교정·치료적 조치를 취하여야 함과 피고인의 음주 습벽을 개선하기 위한 다각적인 노력을 하여야 하고, 피해자에게 접근하지 말 것을 명하며 어길 경우 이보다 더 중한 처벌을 받을 수 있음을 경고하고 있다.

일부 사례에서는 법정형에 따라 징역형을 선고하여야함에도 불구하고 성행교정의 필요가 있기 때문에 실형이 아닌 집행유예 처분을 내린다고 밝히고 있는 예도 있지만, 본 사안은 실형을 유지하면서도 교정당국에 피고인의 성행교정을 위한 노력을 기울일 필요가 있음을 언급하고 있다. 또한 가해자와 피해자의 합의가 있는 경우 많은 사례에서는 죄질의 무거움에 대한 고민 없이 형의 감경사유로 우선적으로 고려하지만, 위 사례는 피고인의 범행 수법이 좋지 않다는 점과 과거의 가정폭력 전력에 대한 검토 및 음주 습벽, 폭행 습벽 등을 고려하여 피해자와의 격리 필요를 인정하고 성행 교정의 기회를 가질 수 있도록 실형을 선고하고 있다.

향후 가정폭력이 한 가정 내에서 반복적으로 일어나는 현상을 단절하기 위해서는 피해자와 가해자의 관계, 합의 여부보다도 우선적으로 죄질의 무거움, 재범의 위험성, 피해자와의 격리 필요성 등을 우선적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다. 즉, 폭력으로 명든 가정을 적절한 개입 없이 형식적으로 유지하는 것보다는 피해자와 가족구성원의 인권보장을 더 우선 가치로 고려해야 한다.

4. 소결

이상 극히 일부이지만, 서울가정법원의 가정보호 결정례 56건과 가정폭력범죄가 신고되어 형사사건으로 처리되는 경우를 분석하였다.

서울가정법원의 가정보호처분결정의 분석에 앞서, 법원의 가정보호사건 일반 현황을 살펴보았는데, 가정보호사건은 대부분 검사의 송치로 접수되

고 있으며, 접수된 사건의 60% 가량이 가정보호처분을 받게 된다. 그리고 가정보호사건으로 송치된 대부분의 사건은 배우자를 대상으로 하는 상해, 폭행에 해당하는 죄명임을 알 수 있었다. 따라서 본 연구의 대상으로 좁힌 배우자 대상 상해, 폭행죄에 해당하는 사건들은 가정폭력의 전체 사건은 아니지만, 가정폭력 사건의 전반적인 내용을 이해하는 데에는 부족하지 않을 것으로 생각한다.

가정폭력 판례의 분석대상의 배우자 폭력 중에서도 상해와 폭행으로 한정하였고, 열람신청 결과 제공받은 판결문은 사건처리 과정 및 그 내용을 살펴보는 데 한계는 있었지만, 범죄사실을 통해 가정폭력을 행사한 원인과 피해자와 가해자의 관계에 따라 어떠한 처벌이 내려졌는지를 살펴볼 수 있어 유용한 자료였다. 또한 세세한 사건처리과정 및 그 내용은 열람한 사건 수는 적지만 가정보호사건의 결정례에 첨부된 관련서류의 기록을 통해 보완할 수 있었다.

그 결과 거의 대부분의 사건에서 가해자는 남성이고 피해자는 여성으로 가정폭력은 그 자체가 남성이 여성을 통제하는 수단으로 폭행을 행사하는 대표적인 성별 범죄임을 알 수 있었으며, 범죄사실에 기록된 내용을 통해 배우자 폭력의 실상, 법 집행과정 및 법 해석과정에서의 운용실태가 가정폭력 피해자인 여성에게 부정적인 영향을 미치는 요인을 찾아볼 수 있었다.

분석대상 판결문 속의 피해자의 거의 다수가 여성이었으며, 가해자와의 관계는 현재의 배우자 관계뿐만 아니라 과거의 관계로 이어지는 경우도 존재하였다. 이는 여성으로 하여금 단순히 폭력 남편과의 관계를 끊으면 폭력으로부터 자유로울 수 있다는 기대를 저버리게 한다.

또한 피해자가 가해자로부터 맞는 이유는 단순히 생활양식이나 가치관의 차이로 볼 수도 있지만, 그 속을 깊이 들여다보면 가해자인 남성에게 존재하는 남성 우월의식과 보수적인 성역할 관념이 존재하며, 그 기대에 어긋나는 행동과 말을 했을 때 폭력이 행사되는 경우가 많음을 확인할 수 있었다. 또한 배우자를 독립된 인격체로 생각하지 않고 자기가 통제할 수 있는 하나의 소유 객체로 생각하며 분풀이 대상으로 폭력을 휘두르는 경우도 많이 존재하였다.

실태가 이러함에도 불구하고 가정폭력특례법과 이에 근거한 법 집행과정의 전반은 ‘가정보호’에 치우친 법 집행을 해오고 있음을 확인할 수 있었다.

법 집행과정 전반에서 ‘피해자의 의사’를 절대적으로 존중하고 있었다. 피상적으로 보면 피해자의 의사를 존중하는 것이 잘못된 것이 아니지만, 여기에 가정폭력의 특성, 특히 피해자의 특성을 접목시키면 기계적인 피해자의 의사 존중의 해악을 살펴볼 수 있다. 즉, 피해자는 이혼을 결심하지 않는 이상, 가해자로부터 자유로울 수 없다. 이혼을 결심하더라도 보복에 대한 두려움을 떨쳐버릴 수 없다. 이처럼 피해자는 진정한 의사를 표현할 수 없는 상황적 어려움으로 인해 피해자의 의사는 가해자의 의사로부터 자유로울 수 없으며, 때로는 가해자의 의사가 피해자의 의사로 둔갑하게 되며, 결국 가정폭력은 가해자의 의사에 따라 그 처분 여부가 결정되게 된다는 우스꽝스러운 결과가 되어 버린다.

가정폭력을 한 가정 내의 남편과 아내의 문제가 아니라 사회문제로 단호히 대처하겠다는 국가의 입장을 법 집행과정에서 개인의 의사에 맡긴 집행을 하게 됨으로써 국가 또한 여전히 가정폭력을 가정 내의 문제로 바라보고 있을 뿐이다. 또한 법 집행자들의 인식 속에서도 가정폭력에 대한 상반된 입장 차이로 그 처벌의 수준을 결정함에 영향을 미치고 있는 모습을 살펴볼 수 있었다.

여성폭력의 문제를 다루는 다른 특례법과 달리 가정폭력특례법은 범죄를 범하고도 제대로 된 처분을 받지 않을 수 있는 특혜를 부여하는 법으로 군림하면서 16년의 긴 기간 동안 가정폭력은 가볍게 처벌받는다라는 인식의 확산만을 가져왔다. 이제라도 배우자 폭력은 여성의 인권을 침해하는 범죄라는 사실을 인정하며, ‘가정보호’가 아닌 ‘피해자와 가정구성원의 인권보호’가 우선인 법이 되도록 하는 법 개정과 함께 방향성 전환에 따른 법운용 실태의 변화를 꾀하기 위한 인식전환 교육이 이루어져야 할 것이다.

V

성인지적 관점에서의 여성폭력 관련 판례 개선을 위한 입법과제

1. 성폭력 관련 개선 과제	271
2. 가정폭력 관련 개선과제	302
3. 여성폭력 관련 공통의 개선과제 : 법집행자들의 성인지적 관점과 인권감수성 함양	309

1. 성폭력 관련 개선 과제

가. 입법과제

1) 위력에 의한 강간죄, 비동의간음죄 신설

국민적 공분을 일으키는 성폭력 사건이 발생할 때마다 국회는 성폭력 범죄의 법정형을 지속적으로 상향하였다. 이러한 배경에는 형법에 규정된 감경제도를 통해 법정형의 하한보다 낮은 선고형을 부과하는 법원의 온정적 판결에 대한 비판이 있었다. 하지만 법정형을 상향한 취지와 다르게 법정형이 지나치게 높아지자 법원은 기본적으로 법정형을 감경하는 것이 원칙이 되었고, 법정형과 선고형의 괴리현상이 심화되는 악순환이 나타났다.

형벌이 범죄억제력의 효과를 가지려면 강한 처벌에 앞서 ‘처벌의 확실성’과 ‘신뢰’와 그에 따른 ‘예측가능성’이 확보되어야 한다. 그런데 지난 몇 년 사이 법체계를 고려하지 않은 채 단순히 형량만 강화한 탓에, 양형은 균형을 잃었고 실무는 혼란을 겪고 있다. 그리고 그에 따라 처벌의 확실성에 대한 신뢰를 상실했다. 특히 강제로 성폭력을 입었음에도 강간죄의 엄격한 요건을 충족하지 못하여 가해자가 무죄로 판결 받는 현실은 피해 당사자는 물론 국민의 법원에 대한 신뢰를 상실하게 하였다. 그로써 법률이 형량을 강화하면서 기대했던 예방적 효과도 큰 성과는 없어 보인다.

따라서 형량을 강화하기 전에, 강간 요건을 재정비하여 성적 자기결정권을 침해한 성폭력범죄가 발생하였을 때 형벌권이 작동하지 않아 피해자가 보호받지 못하는 영역을 최소화하여야 한다.

이를 위해 아래에서는 입법론적 방법으로 위력에 의한 강간죄 신설, 폭행·협박 정도에 따른 강간죄 유형화/강제추행죄 유형화, 비동의간음죄 신설을 검토하기로 한다. 즉, 최협의의 폭행·협박 보다 낮은 정도의 유형력의 행사를 수단으로 한 성폭력범죄를 신설하는 것이다.

2) 위력에 의한 간음죄 신설

업무상 위력에 의한 간음죄에서 “위력”이란 “피해자의 자유의사를 제압

하기에 충분한 세력으로 유형적이든 무형적이든 묻지 않으므로 폭행·협박뿐 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하여 피해자의 자유의사를 제압하는 것”을 말한다(대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결 등).⁴⁷⁾ 즉 위력 등에 의한 성폭력범죄는 그 사회에서 권력을 가지지 못한다는 이유로 성폭력의 대상이 되는 자의 성적 자기결정권을 보호하기 위한 규정이라고 할 수 있으며, 성폭력 관련법은 성인에 대하여는 업무관계에서의 취약성을 인정하여 “업무상” 위력에 의한 간음죄를 인정하는 한편, 장애인 및 13세 미만의 미성년자에 대하여는 사회 내에서 취약한 지위에 있다고 보아 위계·위력에 의한 강간을 규정하고 그 폭행·협박에 의한 경우와 동일하게 규정하고 있다.

그런데 여기에서 성인을 대상으로 한 최협의를 폭행·협박에는 이르지 않는 “위력”에 의한 간음이 있는 경우, 처벌의 공백이 발생하게 된다. 대법원 2000. 6. 23. 선고 98도3231 판결과 같이 유형력의 행사가 있었으나 그것이 경미한 경우에 “피해자의 자유로운 의사에 영향을 미치는 어느 정도의 위력을 행사하였다고 하더라도 피고인의 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이 아니라고” 판단하여 무죄를 선고하는 불합리한 사례가 발생하는 것이다. 따라서 “사람”을 객체로 하는 위력에 의한 간음죄를 신설할 필요가 있다.

3) 폭행·협박 정도에 따른 강간죄와 강제추행죄의 유형화

판례는 “위력”의 개념을 설명하면서 “폭행·협박뿐 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하여 피해자의 자유의사를 제압하는 것”을 말한다(대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2506 판결 등)고 실시하였는바, 위력에 의한 간음죄의 기본적인 행위태양을 “폭행·협박”으로 보고 있는 것으로 해석할 수 있다. 이렇게 볼 때 “위력”은 폭행·협박의 하나로, 단지 약한 정도의 폭행·협박을 의미할 뿐이다.

47) 다만 위와 같은 대법원의 해석은 강간죄에 대하여 최협의를 폭행·협박설을 취할 때이고, 협의의 폭행·협박설을 취하는 입장에서는 위력 등에 의한 간음죄의 수단에서 폭행·협박은 제외되게 된다.

따라서 강간죄와 별도로 “위력”에 의한 간음죄 조항을 신설하기보다, 강간죄 조항을 개정하여 위력을 포함한 폭행·협박의 정도를 구체화하여 입법화하는 방법을 생각해볼 수 있다. 관련하여 독일형법 제177조(성적 강요; 강간)은 타인에게 자신 또는 제3자의 성적 행동을 참도록 하거나 또는 자신이나 제3자에 대하여 성적 행동을 하도록 요구한 경우를 기본적인 성폭력 범죄로 규정하면서, 강요의 태양으로) 폭행한 경우와) 신체 또는 생명에 대한 현재의 위협에 대해 협박한 경우) 피해자가 무방비 상태로 행위자의 영향에 방치되어 있는 상황을 악용한 경우를 열거하여 규정하고 있는바, 이때 강요의 의미는 육체적 강제뿐 아니라 정신적 강제를 포함하는 것으로 우리 형법상 협박을 의미하는 것만이 아니라 위력도 포함하는 것으로 해석할 수 있다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

한편 같은 관점에서 성적 자기결정권에 대한 기본적인 구성요건을 강제추행죄로 설정하여, 이러한 강제추행죄의 가중요건으로 강간죄를 규정하는 방식, 즉 강제추행죄의 폭행·협박을 통하여 다른 사람의 의사에 반하여 그에게 성교행위 및 유사성교행위를 한 자를 강제추행죄의 법정형보다 가중하여 처벌하는 방식이 주장된다(국회입법조사처, 2011:174).

4) 비동의간음죄 신설

동의에 의한 성관계와 강간 사이에는 비동의적 성관계가 존재한다. 여기서 비동의간음죄는 항거곤란의 정도는 아니었지만 피해자의 동의 없이 간음한 경우, 그리고 항거곤란을 입증하기는 어렵지만 동의가 없었음을 입증할 수 있는 경우, 저항의 외적 표시를 남길 여지가 없이 공포심에 짓눌려 당한 경우에 가해자를 처벌하여 처벌의 공백을 메우기 위한 것이다(김엘림 외, 1999:127). 관련하여 종전에 ‘여성인권법연대’에서는 특별법 형태의 법규정이 갖는 한계를 극복하기 위해 처벌규정을 형법에 넣고, 강간과 강제추

48) 1997년에 독일은 삽입이 아닌 성적 행위도 강간으로 인정하는 새로운 성폭력법을 통과시켰다. 또한 독일은 강제의 의미를 육체적 강제뿐 아니라 정신적 강제도 포함하는 방향으로 확대했다(Merril D. Smith, 2004:169).

49) 다만 이에 대해서는 독일 내에서도 그 개념이 매우 불명확하다는 비판이 제기되고 있다(Schönke/Schroeder, StGB, 26 Aufl., §177 Rn.8; 이호중, 2005:108 재인용).

행의 규정을 새롭게 정의하여 비동의간음죄를 신설하는 등의 법체계를 대폭 수정한 형법개정운동을 벌였으나 국회에 의원입법으로 상정만 되었다가 성과 없이 마무리된 사례가 있었다(이미경, 2012a:3). 영국의 경우 “폭행협박을 요건으로 하지 않고, 피해자의 동의 여부를 요건으로 하고 있는바” 이를 참고할 수 있다.

그러나 이에 대해서는 비동의간음죄의 신설이 형법의 최후수단성에 비추어 타당하지 않다는 비판이 있다. 광범위한 성적 자기결정권의 침해를 제한하기 위해 ‘폭력’에 초점을 두어 강간죄에 있어서 부차적 보호법익은 ‘폭력’과 관련된 ‘신체의 불가침성’ 내지 ‘의사결정의 자유’라고 보아야 한다는 것이다(이현정, 2010).

5) 업무상 위력에 의한 간음죄 형량 강화

위력에 의한 간음죄에 대한 법적 처벌 수위는 그 사회에서 지위나 권세를 이용한 성폭력범죄에 대한 인식과 그 저변의 권력구조를 반영한다고 할 수 있다. 살펴보면 형법은 폭행·협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 징역으로 처벌하는 반면 업무상 위력 등에 의해 간음한 자는 5년 이하 1천 500만 원 이하의 벌금형을, 구금된 사람을 간음한 경우에는 7년 이하의 징역을 각 법정형으로 규정하고 있는바, 지위나 권세를 이용한 간음이 폭행이나 협박에 의한 간음보다 성적 자기결정권에 대한 침해의 정도가 낮은 것으로 평가되고 있다는 점을 알 수 있다.

그러나 업무상 위력에 의한 성폭력이 발생하는 경우를 보면, 때로는 폭행·협박에 의한 성폭력보다 더 강한 강제력을 수반하는 경우가 많다. 특히 형사정책으로도 성폭력범죄의 상당수를 차지하는 성인 대상 성폭력의 경우 직장 내 성폭력 비율이 높은 상황에서, 강간죄에 이르는 폭행·협박이 없다고 하여 경하게 처벌하는 것은 성폭력범죄에 대한 공정한 형사정책이라고 할 수 없다.⁵⁰⁾

50) 한편 또 다른 문제로는 현재 강간죄의 폭행·협박이 인정되기 위한 폭행·협박의 정도가 지나치게 엄격하다는 점이다. 이러한 기준은 강간죄의 보호법익이 성적 자기결정권임이 무시되는 것을 전제로 하고 있으며, 무엇보다 그보다 약한 폭행·

특히 문제는 법이 이렇게 규정되어 있다 보니 거꾸로 사회에서 위력 등에 의한 성범죄를 폭행·협박에 의한 성범죄보다 가볍게 여기는 측면이 있다는 점인데, 이는 여전히 권력의 대부분이 남성에게 기울어져 있는 우리 사회의 불합리·불균형한 구조에서 권력에 의한 남성의 성폭력이 부분적으로 받아들여지고 있는 현실을 보여준다고 할 수 있다. 그리고 이 현실은 곧 개인의 성적 자기결정권에 영향을 미치는바⁵¹⁾ 여성의 성적 자기결정권은 권력구조에서 쉽게 침해될 수 있는 위치에 놓인다.

따라서 ‘진정한 성적 자기결정권의 보호’를 위하여 업무상 위력에 의한 성폭력범죄의 법정형을 폭행·협박에 의한 강간죄 수준으로 강화하는 것이 필요하다. 이에 대해서는 위력의 개념은 폭행·협박에 비해 불명확하기 때문에 범죄성립이 피해자의 의사에 좌우되는 결과를 야기한다는 비판이 제기될 수 있으나, 우리 사회에 여전히 일상적인 성별 권력 불균형이 존재한다는 점을 감안한다면 이와 같은 개정은 곧 남성편중의 권력 구조에서 암묵적으로 받아들여지고 있는 권력에 의한 성폭력에 대한 대응이 될 것이며, 궁극적으로는 성별권력구조에서 여성을 남성과 동등한 지위에 위치시킬 수 있을 것이다.

한편 행위의 태양이 간음이 아닌 강제추행인 경우에 형법은 아예 규정조차하고 있지 않은데, 물론 성폭력특별법이 업무상 위력 등에 의한 추행죄(제10조)를 규정하여 이러한 흠결을 보완하고 있다고 하지만 이를 형법이라는 일반법에 흡수하여 위력 등에 의한 성폭력범죄를 폭행·협박에 의한 성폭력범죄와 동등한 위치에 규정하는 것이 필요하다. 다른 한편 업무상 위력 등에 의한 강제추행죄를 형법이라는 일반법에 흡수해야 한다는 필요는 별

협박의 경우(강간죄로 의율할 수 없다는 점에서) 처벌의 공백이 발생하게 되기 때문이다.

- 51) 추상적으로 정립된 개인의 권리는 개인들이 모여 사는 사회의 다양한 권력관계 속에서 형성되는 힘의 차이로부터 영향을 받게 마련이다. 성적 자기결정권도 이와 마찬가지로 사회의 성별 권력의 영향 아래 놓여있다. ... 다른 한편으로, 성별 권력은 여성의 섹슈얼리티와 성적 욕망에 대한 사회정의(正義)에서 남성 중심적 해석틀을 만든다. 밤늦은 시각에 술 한 잔 더하자는 남자친구의 제의에 여관방에 함께 들어간 여성의 행동은 종종 성관계에의 동의로 해석되며, 애인과 찐한 키스를 나누고자 하는 여성의 열정이 - 여성의 진정한 의사와는 무관하게 - 어느새 성교의 열망으로 치환되어 버린다(이호중, 2005:91).

론으로 하더라도, 동죄 또한 그 법정형이 폭행·협박에 의한 강제추행죄보다 낮게 규정되어 있는바, 행위의 태양이 강간인 경우와 마찬가지로 오늘날 위력 등에 의해 발생하는 성폭력피해와 행위자의 책임을 충분히 반영하고 있다고 보기 어렵다.

6) 유사강간죄를 강간죄의 유형에 포섭하거나 강간죄의 형량과 동일하게 규정

성폭력범죄의 보호법익에 대하여 지금까지 법률과 판례는 ‘정조’ 내지 ‘수태가능성’에 있다고 보는 경향이 강했다. 하지만 최근 부부강간죄를 인정한 판례에서도 볼 수 있듯, 판례는 더 이상 ‘정조’ 내지 ‘수태가능성’을 보호법익으로 보지 않으며, 형법은 1995. 12. 20. 개정으로 해당 장의 이름을 ‘정조에 관한 죄’에서 ‘강간과 추행의 죄’로 변경하였을 뿐 불합리한 부분의 내용은 개정되지 않다가 2012. 12. 18.자 개정으로 음행매개죄에서 ‘음행의 상습없음’을 삭제하고, 객체를 ‘사람’으로 규정하고 유사강간죄를 신설함으로써 ‘성적 자기결정권’을 보호법익으로 함을 명백히 하였다.

즉 유사강간죄의 신설은 이성간 성기결합을 현저하게 중하게 처벌함에 따라 항문성교, 구강성교 등 유사성교행위에 의해 침해되는 성적 자기결정권을 충분히 보호하지 못하며 남성의 성적 자기결정권 보호를 위해 남자도 강간죄의 객체가 되어야 하고, 이성간 성적결합을 가장 중하게 처벌하는 것은 성폭력범죄란 ‘수태가능성 있는 여성에 대한 남성의 성적 침해’, ‘성적행위의 결정의 주체는 남성’이라는 관념이 반영되어 있는 것이라는 문제의식에서 입법화되었다는 점에서 의미가 있다. 이와 같이 유사강간죄가 새로운 행위유형으로 추가됨으로서 형법은 강간죄, 유사강간죄, 강제추행죄라는 삼분화된 구조를 갖게 되었다.

그런데 이와 같은 개정에도 불구하고 여전히 극복하지 못한 한계가 남아 있는바, 경우에 따라 더 침해적일 수 있는 유사강간죄를 성기 삽입행위인 강간죄와 구별하여 법정형에 차이를 두어 규정한 것이다. 즉 성폭력의 핵심은 ‘남성 성기를 여성의 질 속에 삽입하는 행위’가 성폭력범죄의 핵심이며, 특히 수태가능성 있는 여성에 대한 강간이 더 무겁게 처벌되어야 한다는

오래된 남성중심적 성적관념을 보다 분명하게 수면위로 드러냈다고 볼 수 있다.

한편 종전에 유사성교행위를 성폭력범죄의 체계 내에서 어떤 지위를 부여하여 편입하는지에 관하여 크게 추행행위로 취급하려는 방안 강간행위로 취급하려는 방안 강제추행행위도 강간행위도 아닌 제3의 독자적인 행위태양으로 만들려는 방안이 제기되었는데, 의 방식을 취하되 의 취지를 염두에 둔 것으로 볼 수 있다. 하지만 여전히 성기 삽입행위를 유사성기 삽입행위에 비해 중하게 처벌하고 있어 의 취지를 충분히 반영하였다고 보기는 어렵다.

생각건대 성적 자기결정권의 침해 정도를 기준으로 살펴보면 손가락, 자위기구 등을 사용한 유사강간행위가 강간행위에 비해 신체적·정신적 피해면에서 결코 뒤떨어진다고 할 수 없으며, 오히려 더 중대한 침해를 야기할 수도 있다.

따라서 삽입에 의한 침해 유형인 유사성교행위를 강간죄의 행위유형에 포섭하여 강간죄의 개념으로 구성할 필요가 있다. 또는 현재 유사강간죄의 형량과 강간죄 형량을 일치하는 것도 방법이라 할 수 있다.

7) 성폭력 관련법의 체계 정비

성폭력 관련법 중 가해자의 처벌과 관계된 법률은 크게 형법과 성폭력특별법, 아동법 3가지로 구분할 수 있으며, 그 외 부수처분과 관련하여 특정범죄자에대한보호관찰및전자장치부착등에관한법률, 치료감호법, 성폭력범죄자의성충동약물치료에관한법률, 디엔에이신원확인정보의이용및보호에관한법률이 있다. 이 중 성폭력특별법의 제정은 형법에서 가해자 처벌 부분을 떼어 내어 규정한 것으로 우리나라 성폭력 관련법과 제도의 기본적인 틀을 마련하는데 현격한 역할을 하였으며, 특히 성폭력 피해자들이 겪어야 하는 열악한 법현실을 문제제기하고 그동안 보이지 않던 문제에 대해 성폭력이라 명명(naming)을 함으로써 우리 사회에 성폭력 이슈화 하였다. 또한 ‘객관적’이고 ‘중립적’으로 여겨져 왔던 기존의 법체계가 얼마나 남성중심적이었고, 여성의 목소리가 배제되어왔는지를 드러내면서 그러한 여성의 경험과

목소리를 반영하려고 노력하였다는 점에서 의의가 있다(이미경: 2012b:13).

그런데 성폭력특별법은 위와 같은 의의는 별론으로 1992년 제정될 당시부터 전체 형사법체계를 어지럽힐 수 있다는 지적을 받아왔다.⁵²⁾ 여기에 아청법과 기타 성폭력 관련법의 등장으로 인해 성폭력 처벌 관련 법률은 법률전문가들조차 적용 법률을 혼동하는 경우가 많을 정도로 복잡해졌다. 그리고 이후로도 체계가 정비되지 않은 채, 대중적 공분을 일으키는 성폭력범죄가 발생할 때마다 마치 처벌강화가 유일한 방법인 양 개별 구성요건의 법정형 강화를 중심으로 하여 반복하여 개정된 탓에, 구성요건이나 양형 등 체계정합성을 심각하게 훼손하여 도리어 혼란을 가중시켰다. 나아가 이러한 개정방향은 법관의 양형재량을 지나치게 제한하는 것으로 형법상 다른 범죄와 균형이 맞지 않으며, 다른 한편 형량이 강화됨에 따라 성폭력범죄의 인정률은 오히려 낮아질 수 있다는 우려마저 제기된다.

따라서 이제 법정형을 반복하여 높이는 식의 대책은 지양하고, 법관의 인식개선을 포함하여 적극적이며 합리적인 적용을 통해 처벌을 확실하게 하는 방법을 찾아야 한다. 다시 말해 정책의 방향을 “처벌의 확실성”을 높이고 정당하고 합리적인 양형이 될 수 있도록 하는 방향으로 접근해야 할 것이다.

그 하나로 성폭력 관련 법률의 체계를 정비하는 법률개정이 필요하다. 형법에 모두 규정하는 방법도 있을 것이나, 현재로서 형법과 타 규정과의 균형을 고려할 때 모두 형법에 규정하기보다 기본적·가중적 구성요건에 관한 조항을 형법으로 일원화하고, 특수한 가중적 구성요건의 표지를 가진 범죄유형을 특별법에서 규정하는 방법이 바람직하겠다. 또한 그렇게 만들어진 특별법도 성폭력특별법, 아청법, 아동복지법 등에서 별도로 규정할 것이 아니라 1개로 통일하고, 다만 분리한다면 피해자 지원에 관한 내용만 따로 떼

52) 반대의 논거는 첫째, 성범죄는 보편적인 사회현상이므로 이에 대한 형사정책은 일시적인 규제가 아니라 장기적인 관리가 필요하고, 둘째, 특별법으로 성폭력을 예방할 수는 없으며, 셋째, 제출된 특별법안은 서로 상이한 형사정책과 사회정책이 하나의 법률안에 그것도 서로 모순되게 규정되어 있고, 넷째, 성폭력 개정의 모호성·법익체계의 복잡성·실체법과 절차법의 혼란으로 인한 모순 등이었다(김영환, 1995:266-267).

어 규정하는 것이 적절할 것으로 보인다. 한편 개정과정에서 내용면에서 법형의 기타 형사법제와의 비교를 통해 개선하는 것이 필요하다. 그 법률이 관련하여 2012. 12. 18. 그동안 성폭력특별법과 아청법이 제정되고 반복 개정되는 동안 미동하지 않았던 형법이 성폭력특별법과 발맞추어 대폭 개정되었는바, 이를 시작으로 차근차근 성폭력 관련 법률의 체계를 정비해나가야 하겠다.

8) 음주감경 양형기준 개정

음주감경은 2009년 ‘조두순 사건’ 이후 성폭력특별법 개정을 통해 성폭력 범죄에 한해서는 적용하지 아니할 수 있게 되었다. 다만 임의적 배제규정이므로 판사가 그 재량으로 음주감경을 하는 것은 가능하다. 한편 대법원 양형기준은 범행 당시 만취상태 상태였을 경우, 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 만취상태를 야기한 경우에는 일반가중인자로 반영하며, 고의 또는 예견하지는 못하였으나 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 감경인자로 반영하지 못하도록 하고 있다.

성폭력범죄에 있어 음주감경 배제는 그 동안 꾸준히 주장되어 온 것으로, 판례도 이후로는 음주감경을 결정적인 증거로 감경을 하는 사례는 줄어든 것으로 보인다. 하지만 여전히 하나의 감경사유로 인정하고 있는 판례는 있으며, 판례는 “술에 취하여 우발적으로”라는 표현을 사용하여 가해자가 성폭력범죄를 정당화하려는 주장을 일부 수용하는 태도를 보이기도 한다.

그러나 비록 고의 또는 범행 수행을 예견하여 자의로 만취상태를 야기하지 않았을 지라도 음주를 한다고 하여 누구나 성폭력을 하는 것은 아니라는 점에서 음주행위 자체에 비난가능성을 인정할 수 있다. 따라서 양형기준을 수정하여 고의 또는 예견하지 못하였더라도 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우라면 감경인자로 반영하지 못하도록 하는 것에서 나아가 가중인자로 반영하여야 한다. 다만 문제는 평소 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는지 여부를 실제 재판에서 판단하기 어렵다는 점이다. 결국 기존과 같은 결과를 가져올 수

있다. 따라서 더 나아가 만취상태에 있었던 것 자체로 그 가능성이 있다고 보아, 굳이 가능성을 법원이 판단하지 않더라도 만취상태에 있었다면 그 자체로 가중인자로 반영하는 것이 바람직하다. 관련하여 영국의 경우 우리와 달리 알코올이나 약물의 영향 하에 저질러진 성범죄의 경우 형의 가중사유로 규정하고 있다(박은정, 2014:77).

한편 양형기준은 별론으로 하고, 법률에서 음주감경 배제를 필요적으로 하는 것에 대한 주장이 있다(이현정, 2010:180). 하지만 법원의 판단재량을 지나치게 제약하는 측면이 있고, 구체적인 사례에서 타당하지 않은 결과를 가져올 수 있는바, 이 같은 개정은 시간을 두고 논의의 과정을 거치는 것이 바람직할 것으로 보인다. 관련하여 국회입법조사처는 2011년에 입법안으로는 명정상태를 야기하는 선행행위 자체를 처벌할 수 있는 완전명정죄의 신설을 제안하였다. 알코올, 마약 기타 약물을 사용하여 스스로 정신장애를 야기하고 그러한 명정상태에서 죄를 범한 자가 심신장애에 해당하여 해당 범죄로 벌할 수 없을 때, 완전명정죄에 해당한다고 보아 일괄적으로 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다는 내용이다(국회입법조사처, 2011:203).

나. 법해석 변경과제

1) 폭행·협박의 해석

가) 폭행·협박의 판단기준에 불합리하게 적용되는 사정의 배제

앞서 검토한 바와 같이 우리 법원은 기본적으로 폭행·협박의 정도에 있어 최협의의 폭행·협박설을 취하고 있는바, 그 정도가 “항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였을 것”에 이르지 않으면 성폭력 가해자를 강간죄로 처벌할 수 없는 처벌공백의 문제를 낳았으며, 강간을 ‘화간’으로 의제하는 결과를 가져오며 대응하여 피해자를 무고죄의 가해자로 만드는 결과를 가져올 수 있다. 또한 재판과정에서는 강간사실이 오히려 피해자에게 치명적인 타격이 되는 현실에서 유독 강간범죄 피해자의 진실성을 의심하여 강간사건을 ‘피해자 재판’으로 만들고 있다(국회입법조사처, 2011:173).

실제 강간사실을 고소하는 피해자는 고소에 앞서 무고죄를 걱정하는 경우가 많은데 용기내어 고소한 강간 피해자에게 이런 부담을 지우는 것은 이해하기 어렵다.

그렇다면 이러한 처벌공백의 문제를 어떻게 해결할 수 있을까? 가장 단순하게는 폭행·협박의 정도를 지금보다 확대하는 방법을 생각할 수 있다. 하지만 그에 앞서 최협의의 폭행·협박이 가진 문제의 본질은, 그 추상적인 기준에 있기보다 “항거가 불가능하거나 현저히 곤란했는지”에 대한 판단기준에 있다고 볼 수 있다. 그런데 지금까지 판례는 “그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합”하여 판단해야 한다고 하면서, 폭행·협박이 있었는지의 사건의 본질과 무관한 사정을 들어 폭행·협박 사실을 부정하는 근거로 사용한 탓에 폭행·협박에 의한 간음이 있었음에도 무죄로 판결되는 잘못된 결과를 내렸다. 예를 들어 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도9995 판결에서 법원은 “피해자가 식사배달원과 접촉할 수 있는 기회가 있었던 사정”을 들어 폭행·협박의 점을 부인하였는데, 이 같은 사정은 피해자가 간음 당시에 폭행·협박이 있었는지를 부정할 하등의 근거가 될 수 없는 것이다.

그런데 최근 몇 년 사이에 폭행·협박의 해석을 둘러싸고 긍정적인 변화의 가능성을 보이는 판례가 등장하고 있다. 그 시작은 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결로, 판결문에서 법원은 종전의 판단기준을 원용하면서도 이들 사정을 종합하여 “피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황”을 기준으로 판단하여야 한다는 점을 강조하면서, “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정해서는 안 된다.”고 판시하였다. 그리고 그 이후 동 판결을 원용하여 합리적인 판결을 내리는 판결이 증가하고 있다.

따라서 최협의의 폭행·협박 정도 자체를 문제 삼기 이전에, 그동안 판례가 폭행·협박이 없었다고 판단하면서 기준으로 제시한 구체적인 사정들을 상황별·맥락 별로 검토하여 그 중에서 성인지적 관점에서 합리적이지 않은

사정들을 판단과정에서 제외하도록 하는 작업이 우선되어야 한다. 물론 그 상황과 맥락이 다양한 성폭력범죄에서 어떤 사정을 일괄적으로 배제할 수는 없을 것인바, 같은 사정이라 하여도 때로는 폭행·협박 인정의 근거로, 때로는 부정의 근거로 작용할 수도 있으며, 한편 이러한 판단과정은 기본적으로는 성폭력피해 맥락에 대한 이해가 수반되어야 하는 것이므로 결국 각 사건을 판단하는 법관이 성폭력 피해의 맥락, 성폭력 피해자의 특성 등을 어느 정도 이해하고 있느냐에 따라 달려있는 것이라고 볼 수도 있다. 하지만 분석한 바와 같이 일정 사정들은 반복적으로 판단과정에서 잘못 고려되는 경향을 보이고 있으므로, 이들 사정을 구체적인 사례와 함께 정리하고 지적하는 것은 판례에 내재된 잘못된 성폭력 통념을 바로잡는 데에 의미가 있을 것이다.

나) 폭행·협박의 정도의 확대

- 합리적인 저항(reasonable resistance)의 도입

위와 같이 폭행·협박 개념을 판단하는데 있어 부당하게 고려된 요소들을 배제하더라도, 판례가 폭행·협박의 정도를 “항거가 불가능하였거나 현저히 곤란하였을 것”을 요건으로 하고 있는 한 그 정도에 이르지 않는 유형력의 행사가 있었던 경우에는 강간죄로 처벌할 수 없는 문제가 남는다.

따라서 이러한 처벌공백의 문제를 해결하기 위해 폭행·협박의 정도를 확대하는 것이 필요하다. 관련하여 미국 판례가 들고 있는 이른바 합리적인 저항(reasonable resistance)에 따른 강간을 인정할 필요가 있다. 미국의 경우 과거 최대한(to the most)의 저항을 요건으로 들다가 불합리성에 대한 비판이 제기되자 현재는 합리적인 저항을 기준으로 강간죄를 판단하고 있는바, 예를 들어 칼을 사용한 협박이 있었다면 피해자가 아무런 저항을 하지 않더라도 합리적인 저항이 있는 것으로 인정하고 있다(장다혜, 2014:17-18).

이에 대해서는 우리나라 판례도 변화의 움직임을 보이고 있는데, 앞서 언급한 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결에서 법원은 종전 판례들이 강간죄에서의 폭행·협박의 정의에 관하여 관행적으로 언급해오던 “상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도”를 언급하지 않았다.

하지만 이 경우 그 반대되는 문제가 발생할 수 있는데, 즉 오늘날 성폭력 범죄의 법정형이 점점 더 상향되는 상황에서, 반대로 불법과 책임보다 무거운 처벌을 받는 가해자가 있을 수 있다는 점이다. 물론 현재는 판례가 성폭력범죄의 선고형을 법정형의 하한보다 아래로 선고하는 것이 문제이므로, 위와 같은 문제제기는 기우일지 모른다. 하지만 앞으로 법정형이 더 높아진다면 이른바 억울한 가해자를 낳는 문제도 전혀 배제할 수는 없을 것이다.

따라서 폭행·협박의 정도를 확대하는 것은 신중할 필요가 있으며, 오히려 앞의 입법과제에서 살펴본 바와 같이, 입법적으로 강간죄의 유형력의 정도보다 낮으나 피해자의 의사에 반하는 성폭력범죄를 “위력에 의한 간음죄”, “비동의 간음죄”로 신설하는 방법이 보다 합리적이라고 할 수 있다.

다) 아동·청소년 대상 성폭력범죄에서 “폭행 또는 협박”의 정도의 확장

2014년에 한국여성변호사회가 실시한 아동·청소년 성범죄 판례분석에 따르면 13세 이상 16세 미만의 피해자는 성폭행범죄가 일어날 때 성폭력범죄 이외에 예컨대 공갈, 성매매와 같은 다른 범죄에도 노출되는 경우가 71.4%로 가장 많은 것으로 나타났다(한국여성변호사회, 2014:57). 아동·청소년이 범죄에 취약하며, 특히 성적 성숙이 일어나는 단계에서 성범죄 노출에 취약하다는 점을 보여준다.

이러한 배경에서 국내 성폭력 관련법은 아청법을 통해 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력범죄에 대해 특별히 가중하여 처벌하는 방법으로 엄중히 대응하고 있다. 특히 아동·청소년의 경우 “위계 또는 위력”을 사용하여 간음하거나 추행한 성범죄에 대해 “폭행 또는 협박”을 사용한 것과 같은 법정형을 부과하고 있는데, 아동·청소년에게는 위계·위력이 미치는 유형력이 폭행·협박이 미치는 유형력과 크게 다르지 않다는 점에서 타당하다고 하겠다(아청법 제7조제5항).

그런데 이와 같은 법률의 취지에도 불구하고 재판실무에서는 폭행·협박, 위계·위력에 의해 성폭력을 당한 아동·청소년이 화간으로 의심받고 꽃샘으로 몰려 무죄가 선고되는가 하면, 유죄로 판단되는 경우에도 집행유예가 선고되는 등 법률의 취지를 무색하게 하는 판결이 내려지고 있다. 만 13세에

жат 이르렀다는 이유로 몇 개월 전만해도 미성년자의제강간죄로 특별히 보호되던 지위가, 만 14세에 이르자마자 꽃뱀으로 취급받아 진술의 신빙성을 의심받는 지위로 달라지는 것이다. 특히 아동·청소년이 가출하였고 성매매 전력이 있다는 사정은 재판에서 가해자에게 유리하게 작용하는데, 이 때문에 아동·청소년 성매수자는 그 경계에서 오히려 법을 이용하는 경우까지 나타난다. 이는 아청법이 아동·청소년 성매수행위를 성범죄로 규정한 취지와 모순되는 것으로, 검찰이 2013년에 개정된 사건처리기준 및 검찰구형및 항소에관한업무지침에서 아동·청소년대상 성매수사범을 무관용범죄에 포함시켜 선고형이 구형의 2/3에 미치지 못하는 경우 원칙적으로 항소하도록 한 것과도 차이가 있다(박은정, 2014:72).

하지만 앞서 검토하였듯 13세 이상의 아동·청소년이라고 하여도 여전히 범죄에 취약한 지위에 놓여 있으므로, 아동·청소년의 취약성을 이용하려는 가해자를 엄벌하고, 아동·청소년 성매매를 예방하기 위해서라도 13세 이상 아동·청소년에 대해 13세 미만의 아동·청소년을 대하는 것과 같은 관점에서 수사 및 재판실무가 정착되어야 한다. 구체적으로 “성폭력 의제”까지는 아니더라도 “진술의 신빙성 추정”을 전제로 재판을 진행하며, 폭행·협박, 위계·위력의 판단에서 해당 재판의 대상인 아동·청소년이 처한 환경의 특수성을 고려해야 하는바, 예를 들어 가출청소년의 경우 평소 스스로를 조폭이라고 소개하며 자신을 때리기도 하였던 가해자가 성관계를 요구하는 경우 성관계 당시 눈에 띄는 폭행·협박이 없었더라도 충분히 폭력적이며, 보호자에게 발각될 우려에 신고를 하지 않는 현실을 이해해야 한다. 관련하여 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결은 1심에서 유죄를 선고한 것에 대해 무죄를 선고하면서 피해자가 피임약을 복용하다가 어머니에게 발각되면서 피해자들의 어머니들이 피고인과 B를 강간 등으로 고소함으로써 문제가 된 것일 뿐 위 피해자들이 먼저 피고인과 B를 신고하지는 않은 점을 무죄의 근거로 들었는데, 이 같은 판결은 아동·청소년의 상황을 전혀 이해하지 못한 것으로 불합리한 판결이다.

2) 피해자 진술의 신빙성 관련

가) 아동·청소년 피해자의 최초 진술에 대한 가중평가

성폭력범죄에서 아동에게 수사와 재판과정에서 반복적으로 진술하게 하는 것은 아동 피해자에게 2차 피해를 야기한다. 따라서 아동 피해자의 경우 최초진술을 법정에서 증거로 활용될 수 있도록 하여, 아동이 반복진술과정에서 겪게 되는 심리적·정식적 피해를 예방할 필요가 있다.

이러한 필요성에 따라 성폭력특별법은 제30조에서 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다고 하여 영상물의 촬영·보존을 의무화하는 한편, 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있도록 하였다. 즉 아동 피해자가 처음 수사기관에 출석하여 했던 한 번의 진술이 아동 피해자가 법정에서 그 성립의 진정을 인정하지 않더라도 증거로 사용할 수 있도록 한 것이다. 매우 고무적으로 평가할 수 있다.

여기서 한 걸음 더 나아가 법원은 아동·청소년 피해자의 진술의 신빙성 판단에서 “최초 진술”의 신빙성을 높게 인정하여야 한다. 아동·청소년 피해자, 특히 친족관계에 의해 성폭력을 입은 아동·청소년 피해자의 경우 대부분 최초 진술 시에 진실을 말하는 경향이 있기 때문이다. 다시 말해 구체적인 사례에서 “최초 진술”의 신빙성을 멸각하기 위해서는 단순히 법정진술만이 아니라 진술의 수집과정에서의 문제, 아동 진술의 특수성에 따른 오류, 진술 유도의 구체적인 배경과 정황, 전문가 의견을 배척할만한 다른 전문가의 의견 등 납득 가능한 근거를 제시한 후에 배척해야 할 것이다. 관련 하여 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013도11657 판결은 해바라기상담센터에서 전문가 동석 하에 진행되었고, 전문가가 신빙성이 있다고 본 피해자의 최초 진술에 대하여, 다른 조사 없이 피해자의 법정진술만을 들어 가해자에게 무

죄를 선고하였다. 법원이 다시 한번 상담기관을 통해 피해자의 의사 및 상태를 조사하는 등의 과정 없이 바로 무죄를 선고한 것은 불합리하다.

다만 최초 진술의 신빙성을 법정진술보다 높게 인정하기 위해서는 그 전제로 영상녹화, 전문가 동석 및 의견제출 등 최초 진술의 신빙성을 담보하기 위한 장치가 필수적이다. 즉 제대로 이뤄진 최초 진술일 때에야 그 신빙성은 법정진술보다 높게 인정할 수 있기 때문이다. 그 장치로 실무에서는 영상녹화 시에 전문가가 동석하고, 전문가가 아동 진술의 신빙성에 대한 의견을 제출하는 방식을 활용하고 있다.

그러나 위와 같은 제도가 마련되어 있음에도 재판실무에서 영상녹화의 활용도는 높지 않으며, 최초 진술보다 상대적으로 법정진술에 보다 높은 신뢰를 보이고 있다. 이는 법정진술을 중요시하는 재판관행에서 기인하는 데, 즉 보통 법원은 법정에서 직접 보고 들은 진술에 보다 높은 신빙성을 가지기 때문이다. 하지만 이러한 관행은 바람직하지 않으며, 만약 법원이 직접 눈과 귀로 들을 필요가 있다면, 증거보전 등 제도를 통하여 최초 진술 시에 법원이 동석하는 것으로 해결해야 할 것이다.

나) 피고인 진술 번복에 대한 판단

가해자가 범행을 시인하였다가 이후에 범행을 부인한 경우에도 무죄를 선고하는 것에는 각별히 주의를 기울여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도4031 판결에서 원심은 수사기관 및 제1심법정에서 강간의 공소사실을 자백한 피고인이 원심에 이르러 피해자와의 합의에 의한 성관계라고 범행을 부인하자 별다른 심리도 없이 피고인이 피해자의 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 유형력을 행사하였다고 볼 수 없다면서 이 사건 공소사실이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 하여 무죄를 선고하고 말았는데, 이는 심리를 제대로 하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 강간죄에 있어서의 폭행·협박의 정도에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.

3) 양형 관련

가) 아동·청소년 대상 성폭력범죄에서 처벌불원(합의)을 양형 감경인자에서 배제

분석에 의하면 전체 성폭력범죄 중에서 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력범죄가 상당히 높은 비율을 차지하고 있음을 알 수 있다. 따라서 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력범죄에 대하여는 아동·청소년의 관점에서 일련의 재판절차를 진행하고, 형량 결정에서는 긍정적인 양형인자를 쉽게 반영하지 않음으로써 불법에 따른 책임을 확실하게 부과할 필요가 있다. 특히 “처벌불원”을 감경요소에서 배제해야 한다.

아동·청소년 대상 성폭력범죄는 성적 자기결정권 뿐만 아니라 아동·청소년의 건강한 성적 발육도 보호법익으로 하고 있다. 성폭력 관련법이 피해자가 13세 미만의 사람인 경우에는 설령 사전에 성관계에 동의하였을 지라도 의제강간죄로 처벌하는 취지도 여기에 있다. 따라서 아동·청소년의 “처벌불원(합의)”은 감경요소에서 제외하여야 한다. 물론 아동·청소년의 성적 자기결정권을 존중한다는 점에서 보면 아동·청소년의 경우에도 일정부분 “처벌불원(합의)”을 인정하는 것이 타당할 수 있으며, 관련하여 현행 대법원의 성폭력범죄 양형기준이 아동·청소년 피해자의 경우에도 “처벌불원”을 감경요소로 인정하면서, 다만 “피해자나 법정대리인의 처벌불원의사에 통상적으로 납득할 만한 사유가 없다고 판단되는 경우는 포함하지 않으며, 피해자 또는 그 법정대리인의 나이, 지능 및 지적 수준에 비추어 처벌불원의 의사표시가 가지는 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력이 있는 지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사, 판단한 결과 이에 해당되는 경우만을 포함한다.”고 규정하고 있다.

하지만 문제는 현실에서는 아동·청소년 피해자의 “처벌불원(합의)”을 감경요소로 인정하는 것이 아동·청소년의 성적 자기결정권을 존중하기보다 오히려 이를 해하는 결과를 야기하고 있다는 점이며, 따라서 단순히 이상적으로만 접근할 수는 없을 것 같다. 즉 판례를 살펴보면 아동·청소년이 피해자인 경우에는 처벌불원(합의)으로 인한 감경이 높은 비율로 나타나고 있는

데, 이는 아동·청소년이 성폭력을 이해한 상태에서 가해자의 진정한 반성에 따라 가해자를 용서하였다기보다 아동·청소년 피해자의 경우 가해자의 합의요구를 성인 피해자보다 쉽게 받아들인다는 데 그 원인이 있다고 보는 것이 자연스럽다. 예를 들어 아동·청소년이라는 지위가 가진 취약성으로 인해 아동·청소년은 사랑해서 그런 것이라는 변명에, 아버지이므로 용서해야 한다는 설득에 또한 작은 협박에도 쉽게 넘어갈 수 있으며, 때로는 가출하여 돈이 필요한 탓에 합의에 쉽게 응하기도 하기 때문이다.

따라서 아동·청소년의 성적 자기결정권을 진정으로 보호하기 위해서는 아동·청소년의 성폭력가해자에 대한 처벌불원(합의)은 형량의 감경요소에 서 배제하는 것이 바람직하다. 만약 그렇지 않은 경우 아동·청소년 피해자의 경우에는 만 13세 미만일 때에는 사전에 성관계에 동의하였어도 보호되는 반면, 만 14세가 되는 순간 바로 아동·청소년으로서의 보호를 받지 못하게 되는데 이와 같은 결과는 형평에도 부합하지 않는다.

한편 위와 같은 정도의 개선에 이르지 못하더라도 적어도 친족관계에 의한 성폭력범죄에서 처벌불원(합의)은 감경인자에서 제외하여야 한다. 아동·청소년이 처벌불원(합의)하였다고 하여 집행유예를 선고하는 일은 없어야 한다. 또한 아동·청소년이 스스로 합의한 경우에 한하여 처벌불원(합의)을 인정할 필요가 있다. 즉 현재의 양형기준은 아동·청소년 피해자 스스로의 합의 뿐 아니라 법정대리인의 합의도 미성년자의 합의로 인정하고 있는바, 성폭력범죄에서 법정대리인의 합의가 있다고 하여 아동·청소년에게 피해의 회복이 있는 것이 아니며 반대로 좌절감과 2차 피해만 줄 뿐이므로 법정대리인이 한 합의를 아동·청소년의 합의로 인정하는 것은 부당하기 때문이다. 그리고 이때 합의가 있었는지의 여부의 판단은 판사가 아동·청소년 심리와 아동·청소년 피해자 진술의 특성을 이해하고 있는 조력인과 함께 아동·청소년을 면접하여 직접 합의의사를 확인하는 방식이 바람직하며, 단순히 합의서에 의한다거나 법정에서 가해자가 주변에 있는 상황에서 진술하는 방식은 지양해야 할 것이다.

나) 피해자 처벌불원(합의)에 대한 진정성 확인

처벌불원이란 대법원 양형기준에 의할 때 “피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 합의를 위한 진지한 노력을 기울여 피해에 대한 상당한 보상이 이루어졌으며, 피해자가 처벌불원의 법적·사회적 의미를 정확하게 인식하면서 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우”를 말한다. 즉 처벌불원(합의)이 인정되기 위한 각 요소는 “또는(or)”이 아니라, “그리고(and)”로 연결되어 있다. 그런데 판례에서 처벌불원(합의)이 양형의 감경인자로 고려된 경우의 대부분은 이들 요소를 모두 충족하지 않은 경우에도 피해자의 처벌불원(합의)을 인정하여 형을 감경하거나 집행유예를 선고하고 있다.

물론 위의 요건을 하나하나 다 충족하지 않았을지라도, 법관이 보았을 때 그 처벌불원(합의)이 진정한 것이라면 법원이 재량으로 이를 인정할 수 있을 것이다. 하지만 현재 실무에서는 일단 합의서가 제출되었다면 그 처벌불원(합의)의 배경, 경위 등을 검토하지 않은 채 처벌불원(합의)으로 형을 감경하거나 집행유예를 선고하는바 형식적인 판단에 치우친 측면이 있다. 그에 따라 처벌불원(합의)으로 감경된 사건 중에는 가해자 측의 집요한 요구나 협박 등으로 합의가 이루어진 경우를 배제하기 어려우며, 특히 가해자가 친족, 직장동료 등 가해자와 피해자가 아는 관계에서는 가해자 외의 제3자의 회유도 배제하기 어렵다.

무엇보다 처벌불원(합의)을 형식적으로 인정할 경우 구체적인 사례에서 피해자에게 2차 피해를 야기하며, 가해자로 하여금 돈만 있으면 최소한의 처벌 또는 집행유예를 받을 수 있다는 점을 인식시킴으로서 가해자의 재범을 확실히 예방하지 못할 우려가 있다. 또한 넓게는 성폭력 관련 제도 및 법원에 대한 국민의 신뢰를 잃게 한다. 따라서 법원은 처벌불원(합의)이 진정하게 이루어진 것인가를 구체적인 정황을 통해 탐구하고 확인하여야 한다. 관련하여 그 방법으로 피해자의 양형진술권을 보장하는 등 피해자의 형사소송 참여제도 마련이 필요하다는 견해가 있다(이현정, 2010:335).

다) 양형에서 피해자와의 합의를 결정적인 요소로 고려하는 태도 지양

종전에 형법 및 성폭력 관련법이 성폭력범죄를 친고죄로 규정하였던 취지는 성폭력범죄가 피해자의 의사에 반하는 것을 본질로 하며, 피해자나 피해자 가족의 의사와 명예를 존중할 필요가 있다는 데에 있었다. 또한 고소의 시기를 지난 항소심에 이르러 합의(고소취소)를 하는 경우 공소를 기각할 수 없고, 따라서 이 때 법원이 형량을 감경하는 것 역시 같은 이유에 있었다. 이와 함께 고소하지 않은 경우와의 형평을 도모하고자 하는 형량의 균형에도 이유가 있다고 할 수 있다.

그러나 현실에서는 그 취지와 달리 친고죄로 인해 피해를 회복하지 못하는 것은 물론 피해자에게로의 책임전가, 합의강요 등 2차 피해를 야기하였고, 폭행·협박 인정에 대한 판례 법리와 함께 성폭력범죄의 처벌 공백을 발생시키는 주요 원인으로 작용했다. 이에 따라 현재는 성폭력범죄의 경우 친고죄는 전면적으로 폐지되었다. 현재 시행 중인 양형기준이 감경요소로 “처벌불원”을 규정하면서, 다시 가중요소로 “합의 시도 중 피해 야기”를 규정하고 있는 것도 같은 문제의식에서 출발한 것으로 볼 수 있다. 물론 성폭력범죄의 본질상 “처벌불원”을 감경요소에서 제외할 수는 없으며, 특히 성폭력 피해자의 입장에서 보면 자신이 원하는 대로 피해를 회복할 수 있고, 나아가 형사정책적 관점에서 볼 때 회복적 사법을 구현한다는 점에서 바람직한 측면도 있다. 하지만 성폭력범죄라는 것이 재산범죄와 같이 피해회복이 금전으로 가능한 것이 아닐뿐더러, 현실에서는 피해자에게 도움이 되기보다 2차 피해 등 현실에 미치는 부정적인 영향이 높고, 나아가 성폭력범죄자 내지 잠재적 성폭력범죄자에게 성폭력을 범해도 합의만 이루면 가벼운 형벌을 받는다는 인식은 성폭력범죄의 예방에 결코 도움이 되지 않는다. 따라서 피해자의 합의를 반영하더라도 적어도 감경에 결정적인 역할을 하는 것은 배제하여야 한다.

또한 이때의 “처벌불원”은 어디까지나 가해자의 진정한 반성에서 비롯된 합의를 위한 진지한 노력과 피해자의 진정한 용서와 회복된 피해를 전제로 하여야 하며, 단순히 “합의되었다”는 점만으로 감경요소로 양형에 고려해서는 안 된다. 만약 “합의되었다”는 것만으로 양형의 감경요소로 삼는다면,

친고죄를 폐지한 취지는 결국 달성되기 어려우며, 이는 다시 말해 피해자의 회복이 회복될 수 없고 2차 피해를 야기할 수 있음을 뜻한다.

라) 가해자의 반성에 대한 진정성 확인 및 결정적 요소에서의 배제

양형기준상 ‘반성없음’의 반대해석에 의하면, 가해자의 반성이란 “ 피고인이 자신의 범행을 인정하면서, 범행에 대한 후회나 죄책감을 표시하여야 하며, 자신의 범행을 정당화하는 경우가 아닌 경우”를 말한다. 피해자의 처벌불원(합의)과 마찬가지로 가해자의 반성이 인정되기 위한 각 요소는 “또는(or)”이 아니라, “그리고(and)”로 연결되어 있다.

그런데 판례를 살펴보면, 이들 각 요소를 검토하여 판단하기보다 단순히 법정에서의 가해자의 태도를 들어 가해자의 반성을 인정하고 있는 것 같다. 사실 법원이 법정형이 지나치다고 생각했을 때 그 형을 감경하기 위한 수단으로 활용되는 것이 아닌가 하는 의심마저 든다.

따라서 가해자의 반성을 감경요소로 고려하려면 피고인이 자신의 범행을 인정했는지, 후회나 죄책감의 표시는 어느 면에서 확인되는지, 피해자가 자신의 범행을 정당화하지는 않았는지를 꼼꼼히 판단한 후에 감경요소로 고려하는 것이 필요하다. 또한 판결이유에서 어떠한 점에서 진정한 반성이 있었다고 판단하였는지를 설시해야 할 것이다.

그리고 이때 보통의 경우 피고인은 처음에는 부인 또는 범행을 정당화하다가, 심급을 거칠수록 여러 가지 이유로 범행을 인정하고 반성한다고 하는 경우가 많으므로, 피해자가 언제 반성했는지도 주요 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 즉 수사단계에서 후회하며 반성한 경우와 수사단계에서는 음주감경을 주장하며 항소하였다가 최후 진술에 이르러 반성한 경우는 다르게 취급해야 할 것이다.

또한 진지한 반성으로 인정하여 감경인자로 삼는 경우에도 결정적인 감경인자로 삼는 것은 자제해야 하며, 특히 아동·청소년 대상 강간죄와 같은 죄질이 무거운 성폭력범죄의 경우 피고인의 반성을 들어 집행유예 결정을 내리는 일은 없어야 할 것이다. 진지한 반성이 재범의 위험성이라는 예방적 관점에서 집행유예 결정에 중요한 기준이 된다고 하여도, 중대한 성폭력범

죄에서 책임을 면하는 근거로 삼는 것은 책임원칙에 비추어 부당하기 때문이다.

마) 친족관계에 의한 성폭력범죄에서 부양의 점을 감경요소에서 제외

친족관계에 의한 성폭력범죄에서 부양의 점을 유리한 양형요소로 고려하는 것은 그 자체가 하나의 사실을 달리 판단하는 것으로 모순될뿐더러 친족관계에 의한 성폭력범죄에 대하여 필요적으로 감경하도록 한 입법자의 의사에 반하는 것으로 부당하다. 이와 같은 판단은 다만 심신미약과 같이 예외적으로 책임의 관점과 예방의 관점에서 각 바라볼 때 다르게 판단될 때에만 가능하다고 보아야 한다. 그런데 성폭력범죄에 있어서는 법률은 심신미약인 주취상태에 대하여도 “「형법」 제10조제1항·제2항 및 제11조를 적용하지 아니할 수 있다”고 하여 「형법」상 감경규정을 배제할 수 있도록 하고 있다. 성폭력범죄에 있어서는 심신미약이 더 이상 변명이 될 수 없다는 의미이다. 이러한 법률의 취지에 비추어 볼 때 피고인이 그동안 피해자와 피해자의 모를 부양하고 있었던 점은 부정적 요소로 고려될 수 있을 뿐 긍정적 요소로 고려하는 것은 부당하며, 오히려 현 대법원 양형기준이 실시하는 가중요소인 “인적관계를 이용한 것”으로 “범행에 취약한 피해자”인 “청소년”에 대해 “친족관계인 사람이 범행한 경우”로 형이 가중되었어야 함이 마땅하다. 관련하여 이 사건과 유사하게 2008. 11. 20. 청주지방법원은 지적장애 3급인 16세의 피해자에 대해 큰아버지와 작은 아버지가 7년간 성폭력을 하였음에도 집행유예를 선고하면서 양형이유로 “피고인들이 부모를 대신해 피해자를 키웠고, 피해자의 정신장애 정도를 고려할 때 앞으로도 피고인에 대해 지속적 관심과 도움이 필요할 것으로 보이는 점”을 들었다(청주지방법원 2008. 11. 20. 선고 2008고합220 판결). 그리고 이 판결이 언론에 보도되자 대중적 공분이 일어났다. 하지만 법원은 여전히 이러한 사정을 들고 있는바, 시정이 요구된다.

바) 외상 후 스트레스장애의 상해죄 인정 필요성

판례는 강간상해죄에 있어서의 “상해”의 개념에 대하여 “피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로서, 피해자가 입은 상처가 극히 경미하여 굳이 치료를 할 필요가 없고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면, 그로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 강간상해죄에 있어서의 상해에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2004도483 판결 등 참고)”라고 판시하고 있다.

그리고 이때 생활기능에는 당연히 외상 후 스트레스 장애와 같은 정신적 기능도 포함된다고 보아야 한다. 그런데 기소권자인 검사와 법원은 피해자가 심한 정신적 피해를 입었을 것임에도 불구하고, 강간치상 또는 강간상해죄를 인정하는 사례는 찾아보기 어려웠다.

다만 앞서 검토한 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도6819 판결에서 신체적 상해를 인정함에 있어 의료기관에서 직접적인 치료를 받을 것을 요건으로 하지 않는 다소 긍정적인 변화를 발견할 수 있을 뿐이다. 이 사건에서 법원은 약 2주간의 안정가료를 요하는 경추의 염좌 및 긴장, 머리부분의 표재성 손상, 무릎 부위에 멍, 무릎부분에 넓은 부위로 피하출혈 발생, 다리에 선상으로 형성된 상처에 피가 맺힌데 대하여 “의료기관에서 직접적인 치료를 받지 않았던 점을 들어 피해자의 위와 같은 부상 정도가 강간행위와 무관하게 피해자의 반항을 억압할만한 폭행 또는 협박이 없어도 일상생활 중 발생할 수 있는 것이거나 합의에 따른 성교행위에서도 통상 발생할 수 있는 상해와 같은 정도에 불과한 것이라고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.”고 판시하였다.

하지만 법원이 외상 후 스트레스 장애를 상해로 인정한 사례가 전혀 없는 것은 아니다. 일찍이 대법원 1969. 3. 11. 선고 69도161 판결에서 “타인의 신체에 폭행을 가하여 보행불능, 수면장애, 식욕감퇴 등 기능의 장애를 일으킨 때에는 외관상 상처가 없더라도 형법상 상해를 입힌 경우에 해당한다

할 것”이라는 점을 들어 강간치상죄를 인정하였으며, 이후에도 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3732 판결은 피해자가 불안, 불면, 악몽, 자책감, 우울 감정, 대인관계 회피, 일상생활에 대한 무관심, 흥미상실 등의 증상을 보였고, 이와 같은 증세는 의학적으로는 통상적인 상황에서는 겪을 수 없는 극심한 위협적 사건에서 심리적인 충격을 경험한 후 일으키는 특수한 정신과적 증상인 외상 후 스트레스 장애에 해당하고, 피해자는 그와 같은 증세로 인하여 2일간 치료약을 복용하였고, 6개월간의 치료를 요하는 사실을 인정하면서, 강간상해죄의 상해를 인정하였다.

생각건대 정신적 고통으로 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다면, 피해자에게 있어 “생활기능 장애”라는 피해는 동일한 것이므로, 정신적 고통을 신체적 고통과 달리 취급할 이유가 없다. 또한 이미 판례의 법리도 형성되어 있으므로 검사는 “상해”의 점을 확인하여 공소사실에 적극적으로 포함해야 할 것이며, 법관은 소극적으로 판단하기보다 전문가 진단 등의 방법을 통해 적극적으로 인정하기 위한 노력을 기울여야 할 것이다. 과거 강간죄를 친고죄로 보았을 시절에는 “상해”로 인정하는지 여부가 유·무죄 여부, 집행유예 여부 뿐 아니라, 공소기각을 결정하였기 때문에 소극적인 태도를 취한 것을 이해할 수 있으나 친고죄가 폐지된 지금에 이르러서는 보다 적극적으로 인정해야 할 것이다.

다만 형법상 모든 범죄는 정신적 고통을 수반하며, 기본범죄에 이미 평가된 측면도 있으므로 생활기능 장애를 모두 상해라고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 일정 요건은 필요하다고 하겠다. 그 기준은 1차적으로는 판례가 이미 기준으로 삼고 있는 “생활기능에 장애가 초래되었는지”가 될 것이며, 다시 구체적으로는 “피해자가 입은 정신적 고통이 치료를 요하는지”로 판단하여야 할 것이다. 그리고 이때 치료란 반드시 의료기관에서 받을 것을 요하지 아니한다고 보아야 한다. 관련하여 대법원 1969. 3. 11. 선고 69도161 판결은 피해자가 겪은 위와 같은 증상은 강간을 당한 모든 피해자가 필연적으로 겪는 증상이라고 할 수도 없다는 점을 들어 결국 피해자는 상해를 입은 것이라고 판단하였는바, 참고할 수 있다.

그런데 위와 같은 판단에서, 특히 그 피해자가 아동·청소년이라면 상해를

보다 넓게 인정해줄 필요가 있다. 성적 자기결정권을 형성하는 단계에 있는 아동·청소년에게 성폭력범죄는 많은 경우 생활기능에 장애가 생기고, 치료를 요하며 나아가 특별히 다른 이유가 없다면 상해가 발생하였다고 보는 것이 자연스럽기 때문이다. 다만 그 때문에 이미 아동·청소년 대상 성폭력범죄는 그 형이 가중되어 있다고 볼 여지도 있다. 따라서 구체적인 사건에서 불법 및 책임, 상해의 정도를 비교하여 적용 범죄를 달리 적용할 수 있어야 하겠다. 관련하여 청주지방법원 2010. 7. 16. 선고 2010고합85 판결은 피고인이 주차장에서 피해자(16세)를 추행하기로 마음먹고 피해자의 목을 잡은 다음 다른 한손으로 피해자의 음부를 만지고, 이에 항거하는 피해자를 바닥에 수회 밀어 넘어뜨려 피해자로 하여금 약 2주의 치료를 요하는 경계 등 상해를 입게 한 것에 대하여, 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3732 판결을 참조로 하여 강제추행치상죄에 있어서 상해란 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것으로서 반드시 외부적인 상처가 있어야만 하는 것이 아니고, 여기에서 생리적 기능이라 함은 육체적 기능뿐만 아니라 정신적 기능도 포함된다고 하면서, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도4606 판결 등을 참조하여 “피해자의 건강상태가 나쁘게 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것인지는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신상의 구체적 상태를 기준으로 판단되어야 할 것”이라고 하여 강제추행치상죄를 인정하였는바 같은 관점에서 이해할 수 있다.

한편 합리적인 양형을 위하여 신체적, 정신적 상해 모두에 있어 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래했다면, 그 상처가 극히 경미하여 굳이 치료를 할 필요가 없고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도여서 강간·강제추행 상해로 인정되지 않더라도 양형에 있어 가중요소에 포함하는 것이 바람직하다.

사) 집행유예제도의 개선

집행유예는 특별예방적 차원에서 피고인의 재범의 가능성이 낮을 때 선

고하는 것으로, 가해자가 향후 범죄를 행할 가능성이 낮을 때에 선고할 수 있다. 따라서 집행유예는 이와 같은 재범의 가능성이 있는지를 중심으로 검토하여야 하며, 합리적인 근거를 바탕으로 선고되어야 한다. 그러나 양형실무에서는 재범률이 높은 성폭력범죄의 집행유예를 판단하면서, 재범의 가능성이 낮다는 근거 없이 집행유예를 선고하고 있어 문제로 제기되고 있다. 앞서 처벌불원(합의) 및 가해자의 반성을 집행유예 선고의 결정적 요소에서 배제해야 한다는 것도 같은 선상에 있다.

한편 집행유예는 어디까지나 책임원칙 내에서 선고되어야 한다. 그런데 양형실무에서는 불법과 책임이 높음에도 집행유예를 선고하는 온정적 판결이 높은 비율로 나타나고 있는바⁵³⁾ 이는 재범을 예방하기 어려움은 물론, 법원 스스로 피해자에게 2차 피해를 입히는 결과를 낳고 있다. 이에 따라 재범의 위험성이 높은 성폭력범죄에 집행유예를 선고하는 것은 부당하다는 비판이 있었고, 법정형을 상향하여 입법적으로 법원이 집행유예를 선고할 수 없도록 하자는 주장이 등장했다.

이와 같은 비판에 따라 최근 성폭력범죄에 대한 집행유예는 점점 낮아지는 추세에 있으며, 대법원 양형위원회는 양형기준에서 “형종 및 형량의 기준”과 별도로 “집행유예의 기준”을 정하고, 적절한 기준이 될 수 있도록 거듭 수정하는 노력을 기울이고 있다. 하지만 여전히 집행유예하기에 적절하지 않은 기준들이 있는바 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 미수이다. 상해결과가 발생하였으나 기본범죄가 미수에 그친 경우, 외부적 요인, 특히 피해자의 노력으로 미수에 그친 경우에 가해자를 집행유예 하는 것은 부당하다. 미수라 하여도 성폭력 피해의 정도는 동일하며, 더 큰 경우도 존재하기 때문이다.

53) 이현정(2010)이 그 논문에서 분석한 1999년부터 2008년까지 최근 10년간 법원의 선고현황을 살펴보면, 형법상 성폭력범죄에 있어서는 집행유예가 차지하는 비율이 46.9%로 가장 높은데, 이는 전체범죄에서 집행유예가 차지하는 비율인 43.6%에 비해 높은 비율로 강력범죄에 속하며 재범률이 높다고 알려진 성폭력범죄에 있어서 집행유예가 전체범죄에 비해 다소 높게 나타나는 것은 우려할 만한 상황이라 볼 수 있다. 한편 특별법상 성폭력범죄의 경우에는 집행유예의 비율이 33.7%로 전체범죄에 비해 높지는 않으나, 2005년부터 2008년까지 3년간 점진적으로 유기징역이 감소하고 집행유예 비율이 높아짐을 알 수 있다.

둘째, 우발적 범행이다. 성폭력은 보통 우발적으로 일어난다. 우발적으로 성범죄를 저지른 사람이 재범할 가능성이 더 높은 측면이 있다. 1심에서 우발적 범행을 들어 집행유예를 선고한 사례에서 항소심에서 피고인은 한국 성범죄자 재범위험성 평가척도(K-SORAS) 적용결과 ‘중간’수준의 재범위험성이 나왔다.

셋째, 상당 금액 공탁이다. 이는 가해자로 하여금 돈만 있으면 처벌을 면할 수 있다고 생각하게 하고, 곧 재범의 가능성이 높아질 수 있다.

넷째, 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반하는 경우이다. 과도한 곤경이 경제적 사유인지 여부가 분명하지는 않으나, 다만 판례는 “큰 고통”이라는 표현을 사용하여 경제적 사유와 기타 사유를 포함하는 것으로 보인다. 그런데 성폭력범죄는 인격적 범죄이며, 중범죄라는 측면에서 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반한다고 하여 집행유예를 선고하는 것은 부당하다. 특히 친족성폭력 범죄에서는 결코 고려해서는 안 될 것이다.

다섯째, 사회적 유대관계가 분명하다는 점이다. 가해자는 많은 경우 사회적 유대관계가 분명하다. 심지어 그 관계를 성폭력범죄에 이용하기도 하므로 사회적 유대관계가 분명한 점을 곧바로 긍정적 사유로 삼아서는 안 되며, 그 같은 사회적 유대관계가 가해자에게 어떤 영향을 미치는지를 구체적으로 살펴서 판단하여야 한다.

여섯째, “처벌불원”과 “진지한 반성”이다. 앞서 검토하였듯, 결정적인 요소로 고려해서는 안 되며 특히 아동·청소년 대상 성폭력범죄라면 이를 배제하는 것이 바람직하다.

일곱째, 가해자가 폭행·협박이 아닌 위계·위력을 사용한 경우이다. 아동·청소년을 제외하면 위계·위력을 사용한 경우 문제는 무죄가 선고됨에 있다. 이미 유죄가 결정된 이상 위계·위력이 아닌 것이다. 따라서 이를 이유로 드는 것은 부적절하다. 한편 예외적으로 아동·청소년에 대한 위계·위력에 의한 성폭력은 인정되나 이 경우 법률에서 폭행·협박과 동일한 법정형을 부과하고 있으며, 이는 아동·청소년의 경우 같게 취급하겠다는 입법자의 의지이다. 결국 유죄가 선고된 경우 폭행·협박이 아닌 위계·위력을 사용한 경

우는 아동·청소년의 경우만 있을 뿐인데, 위계·위력을 이유로 감경하는 것은 타당하지 않으므로 해당 요소는 부적절하다.

여덟째, 동종 전과가 없고, 집행유예 이상의 전과 없는 경우이다. ‘동종 전과’에 관하여 양형기준은 “양형기준이 설정된 성범죄로 인한 전과”를 의미한다고 정하고 있다. 하지만 구성요건의 면에서는 성폭력범죄는 “유형력의 행사”에 의한 침해이므로 성폭력범죄가 아니더라도 “유형력의 행사”가 수반된 범죄로 형사처벌을 받았다면 형사처벌에 포함하는 것이 바람직할 것이다. 주거침입강간죄에서 주거침입과 같은 성범죄의 수단이 되는 것도 포함하여야 한다. 이와 함께 아동·청소년 대상 성폭력범죄의 경우 아동·청소년의 취약성을 이용한 각종 범죄도 동종의 범죄에 포함하여야 할 것이다. 한편 여기서 “성범죄”에 “성매매”가 포함되는지는 의문이나, 아청법에 따르면 아동·청소년 대상 성범죄는 성폭력 외에 아동·청소년 성매수, 아동·청소년 이용 음란물제작 배포사범을 포함하므로 이들 범죄도 포함하여야 할 것이다.

그런데 양형기준이 언급한 사정들로 재범가능성을 판단하기는 쉬운 일이 아니며, 특히 입증이 불가능한 요소의 경우에는 거의 불가능하다. 따라서 재범위험성을 더 효과적으로 판단할 수 있는 방법이 도입될 필요가 있으며, 관련하여 국내에서도 성범죄자 재범위험성 평가척도(K-SORAS)가 도입되었는바 이를 적극적으로 활용하여야 한다. 다만 현재 행해지는 재범위험성 평가척도를 그대로 도입하기보다, 성폭력범죄의 특수성에 입각한 재범위험성 판단 기준이 전문적으로 마련될 필요가 있다(박은정, 2014:76). 현재의 보호관찰소에서 행해지는 평가척도는 일반 범죄자들에 대한 재범위험성 평가기준과 그다지 차별화 되어 있지 않고 성폭력범죄자의 특수성이 고려되지 않아 주거의 안정성, 직업의 유무, 가족관계 등에 따라 재범위험성을 평가함에 따라 실제로 재범위험성이 높다고 보이는 사례에서 주거가 있고, 직업이 있으며 가족이 존재한다는 이유로 재범위험성이 낮다고 평가를 받는 사례들도 있기 때문이다.

다. 법제도 운영상의 개선과제

1) 합리적인 양형기준의 수립

양형은 국가형벌권의 정당하고 합리적인 실현을 위한 것으로, 피고인이 범한 범죄에 상응하여 적정해야 하고, 유사한 범죄와 비교할 때 균형성을 갖추어야 한다. 정당하고 합리적인 양형이 있을 때에야 실질적인 법치국가 원리가 달성될 수 있고, 국민은 법과 법을 집행하는 법원을 신뢰할 수 있다.

그러나 우리 양형실무는 거듭된 법정형 강화와 양형감경의 악순환이 일어나면서 이미 국민의 신뢰를 상실하였다. 이러한 악순환의 문제에 따라 대법원 양형위원회는 성폭력범죄에 대한 양형기준을 만들어 2009. 7. 1.부터 시행함으로써 양형의 합리화를 꾀하고 있으며(법원조직법 제81조의2 이하의 규정), 2013. 4. 22. 수정되고 2013. 6. 19. 시행된 양형기준까지 4년 사이에 총 5차례를 개정하는 등 타당하며 균형 있는 양형을 하기 위한 노력을 보이고 있다.

그러나 분석에서도 보았듯 여전히 법정형의 하한보다 낮은 선고형을 부과하거나 권고형 형량범위의 하한을 선고하는 경우가 대부분이며, 중범인 성범죄자에게 집행유예를 선고하는 온정적 판결이 높은 비율로 나타나고 있고, 특히 형량결정에서 양형인자가 부당하게 고려되거나 불균형하게 고려되고 있으며, 한편 법원이 판결문에 양형기준 적용과정을 실시하고 있으나 단순히 양형기준표에 열거된 사유를 나열하는데 그치는 경우가 많아 납득하기 어려운 경우가 다수 나타나고 있다. 그 이유는 추측하건대 대법원의 양형기준이 관행을 기본으로 정해지는 데에 있는 것으로 보인다. 따라서 이후로는 양형관행에 따르기보다 피해자, 수사기관, 여성단체, 시민단체 등 입장을 적극 반영하여 올바른 양형기준을 수립해나갈 필요가 있다.

2) 양형통제 방안 - 양형부당 평가척도 마련, 양형이유 구체적 실시

하지만 양형기준은 형사재판에 있어서의 합리적 양형을 위해 마련된 일반적이고 객관적인 기준으로, 법관의 양형에 있어 존중되어야 하나, 구체적 사건마다의 다양하고 특수한 사정을 모두 포섭하거나 반영하여 그에 상응

하는 양형까지를 제시할 수는 없는 것으로 법적인 구속력을 가지는 것은 아니다(대법원 2012. 06. 28. 선고 2012도2631 판결 등).⁵⁴⁾ 그러나 기본적으로 법관의 재량은 인정되어야 한다. 관련하여 미국은 1984년 양형개혁법(The Sentencing Reform Act)을 제정하였다. 동법은 양형기준표의 권고형량 범위 내에서 형을 선고하도록 강제하는 내용을 담고 있다. 하지만 “배심에 의한 재판을 받을 권리”를 침해한다는 위헌논란이 야기되자 이후 권고적 효력만 있는 것으로 바꾸었다. 한편 위헌논란 이전에 양형기준을 강제하기에는 양형기준 자체도 다양한 성폭력 상황에 적용하기에는 여러 면에서 미흡한 탓에 양형기준은 아직 실무에 정착하지 않은 듯하다.

따라서 양형기준을 실무에 정착시키기 위한 방법이 강구될 필요가 있다. 우선 법적으로는 우리 형사법체계가 양형부당을 다룰 여지를 전혀 인정하지 않는 것은 아닌바, 형사소송법은 “양형부당을 이유로 한 항소”와 “사형, 무기 또는 10년 이상의 징역”을 선고받은 경우의 양형부당을 이유로 한 상고”를 인정하고 있다. 그런데 문제는 이때 “양형부당”을 판단하는 것 자체가 매우 자의적이라는 점이다. 때문에 항소심에 이르러 같은 양형부당사유를 주장하더라도 항소심에 따라 결론이 달라지는 경향이 있다. 따라서 합리적인 양형기준을 마련하는 것과 함께, 양형기준 간 비율을 정하고, 어떤 기준을 어느 정도 고려하였을 때 합리적인가를 평가할 수 있는 “양형부당평가를 위한 척도”가 마련되어야 할 것이다. 다음으로 사회적으로는 양형기준이 양형실무에 잘 정착할 수 있도록 법정 밖에서 모니터를 할 필요가 있다. 이를 위해 판결문에 양형이유를 설시하도록 강제하는 방법을 생각해볼 수 있다.

54) 이 사건은 판례는 피고인 1에 대하여 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 심히 부당하다는 취지의 상고이유에 대하여 “적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 이러한 경우 사실심인 원심이 피고인에 대한 양형조건이 되는 범행의 동기 및 수범이나 범행 전후의 정황 등의 제반 정상에 관하여 심리를 제대로 하지 아니하였음을 들어 상고이유로 삼을 수도 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12627 판결 참조). 따라서 그 선고된 형이 양형기준에 반한다거나 부당하다는 주장은 받아들일 수 없다.”고 판시하였다[인정된죄명:성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(특수준강제추행)·준강제추행]·성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(카메라등이용촬영)].

3) 공판과정에서의 성폭력피해자 2차 피해 방지

성폭력피해자들이 공판과정에서 2차 피해를 당하는 경우가 많다.

공판과정에서 증거로 인정되는 피해자 신문조서를 보면, 성경험에 관한 질문이 거의 관례적으로 들어가고 있는데 가해자의 사정여부, 행위 당시의 피해자의 기분 등 반드시 필요하지 않은 질문을 하여 피해자의 2차 피해를 유발시키게 된다. 이에 대해 강간 피해 고소여성의 성관계 이력을 증거로 사용하지 못하도록 하는 미국의 강간피해자보호법(Rape Shield Law) 등의 법제가 우리나라에 도입될 수 있는 지에 대한 진지한 검토가 필요하다.

피해자는 공개법정에서 증언에 대한 걱정이나 두려움, 피고인 측과의 대면에 대한 공포감에 직면하게 된다. 가해자의 합의종용에 시달리기도 하며 가해자에게 무죄가 선고되어 절망하거나 당혹감에 휩싸이기도 한다.

성폭력특별법은 피해자 보호를 위한 성폭력범죄 전담 재판부 설치, 수사 및 재판 절차에서의 배려, 영상물의 촬영, 보존, 심리의 비공개, 증인지원시설 설치, 전문가 의견조회, 신뢰관계 있는 자의 동석 등의 규정을 두고 있다. 이 제도들은 성폭력특별법이 설치를 규정하고 있으나 일부 운영되고 있는 상황이다.

최근에 도입된 피해자에 대한 변호사제도가 성폭력피해자의 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하는 기능을 하고 있는바(법 제27조) 적극적인 활용이 이루어 져야 할 것이다.

현재 법무부를 통해 배치되고 있다고 하는데 성폭력에 관련된 교육이수를 의무화하고 적극적인 피해자 지원을 위한 시스템을 마련해야 하며, 피해자 지원과정에서의 발생하는 문제점을 파악하여 개선방안에 반영해야 할 것이다. 의무적인 시간 때우기가 아닌 진정한 피해자 지원을 위해 피해자 변호사의 배치와 양성을 제도화하고 사후 모니터링을 의무화해야 할 것이다. 현재 배치되어 활동을 수행하고 있는 변호사의 직무만족도와 피해자들의 고객만족도를 조사하여 업무수행에 반영하도록 한다.

이 제도 이외에 의사소통 및 의사표현에 어려움이 있는 성폭력피해자에 대한 형사사법 절차에서의 조력을 위한 진술조력인 제도가 도입되어 운영되고 있다(제35조).

2. 가정폭력 관련 개선과제

가. 입법과제

1) 가정폭력특례법의 입법패러다임의 전환

법 제정 이후에도 가정폭력 사건처리의 전 과정에서 가정보호가 우선적으로 됨으로써 피해자의 절대 다수인 여성들이 사회로부터 보호받지 못하고, 가장 안전해야 할 가정 안에서 상습적이고 지속적인 폭력을 당하는 현실을 극복하는데 가장 앞서야 하는 것은 가정폭력의 입법의 패러다임을 가정보호에서 피해자보호로 전환하는 것이어야 한다.

가정폭력사건에서 가장 먼저 관심을 두어야 할 곳은 가정보호가 아니라 피해자 보호의 문제이다(신주희, 2013:165). 현행법의 가정보호사건으로 처리할 수 있다는 규정을 폐지하고, 가정폭력을 일반 형사사건으로 처리하되, 피해자 보호의 측면을 강화하는 방향으로 현행 가정폭력특례법을 개정할 필요가 있다(신주희, 2013:165).

2) 가정폭력특례법상 가정폭력범죄의 현실화

가정폭력을 어떻게 정의하느냐에 따라 법이 집행되기 때문에 가정폭력특례법상의 가정폭력의 개념 및 가정폭력범죄의 규정방식은 중요한 의미를 갖는다(박소현, 2013:138).

가정폭력범죄에 성범죄 추가의 의미는 크지만, 이 또한 형법상의 강간과 추행의 죄의 일부를 포함하는 방식으로 여전히 규정방식의 변화는 없었고, 이러한 가정폭력범죄의 항목에 기존의 형법 및 특별법상의 범죄조항만을 나열하여 규정방식에 대해서는 가정폭력의 특성에 부합하는 새로운 범죄항목에 대한 검토의 부재로 가해자가 피해자를 기능적으로 지배하는 다양한 가정폭력 유형을 포괄하지 못하게 되고, 가정폭력범죄를 일반폭력범죄와 비교하여 왜 특별한 절차로 다루어야 하는지에 관한 통찰이나 가정폭력에 대한 법적 개입의 근거를 제공해 주지 못한다는 단점(김은경, 2002:82)과 가정폭력에 대한 효율적 범죄 대응을 막는다는 비판이 제기되고 있다(한인섭,

1999:307).

기타 범죄사실에는 최근 가정폭력특례법의 개정으로 가정폭력범죄의 한 유형으로 강간과 추행의 죄가 추가되었지만, 자리매김할 수 없는 범죄가 존재한다. 서울북부지법 2008. 7. 17. 선고 2008고단1336 판결의 범죄사실에 나타난 바와 같이 아내의 외도를 의심하며 “피고인의 휴대전화기를 이용하여 피해자의 옷을 벗기고 성적 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 가슴부위와 음부를 그 의사에 반하여 촬영”하여 카메라 등 이용촬영죄를 범한 경우, 현재의 규율방식으로는 가정폭력범죄로 다룰 수 없다는 한계가 존재한다. 왜냐하면 현 가정폭력특례법은 형법상의 죄를 차용하면서 그 죄가 다른 법률에 의하여 가중처벌되는 죄를 추가한다고만 규정함으로써 성폭력범죄의 특례법상의 죄를 포섭할 수 없기 때문이다. 따라서 가정폭력범죄를 규정할 가정폭력특례법의 근본적인 개정이 뒤따르기 전까지 형법 외에 성폭력특별법상의 성범죄를 추가하여 규정할 필요가 있겠다.

또한 배우자폭력에 관한 형사판결을 상해 또는 폭행과 연관 지어 검토할 때 주거침입이나 방화예비(미수)에 관한 죄가 종종 등장하였는데, 이는 현행 가정폭력특례법상의 가정폭력범죄의 범주에는 속하지 않기 때문에 분석대상에 포함시키지 못했다. 주거침입이나 방화예비에 관한 죄는 직접적인 신체에 대한 유형력의 행사는 아니지만, 피해자와 가족구성원이 느끼는 안전에 대한 위협 수준이 매우 크다는 점에서 가정폭력특례법상의 가정폭력범죄 유형에 추가할 필요가 있겠다. 참고로 UN 모범입법례는 단순 폭행으로부터 신체에 대한 중한 폭행뿐만 아니라 강제적이거나 불법적인 주거침입과 방화 등을 포함하여 ‘가족구성원에 의해 가족 내의 여성에 대하여 가해지는 성별에 기초한 신체적, 정신적, 성적 폭력행위’라고 규정하고 있다⁵⁵⁾.

그러나 보다 근본적인 개혁은 가정‘폭력’이라는 용어를 정의에 사용하면서 갖게 되는 신체 피해 위주의 법적용 현실을 극복하기 위해서는 ‘폭력’이

55) UN모범입법례(A framework for model legislation on domestic violence), C. Acts of domestic violence 11. 원문은 <http://www1.umn.edu/humanrts/commission/thematic52/53-add2.htm>(2014. 12. 16. 최종 방문) 확인 가능함.

라는 용어 대신에 ‘가정 평화 침해행위’라는 용어를 사용하든지, 형법상의 죄 외에 가정폭력특례법에 ‘가정평화 침해죄’를 신설하고 그에 따른 형량도 규정하는 방식을 도입하는 것이다.

3) 가정폭력을 범죄로 재위치 시키기

그동안 가정폭력이라고 하면 가정보호처분이라는 일련의 연결 속에서 범죄행위에 제대로 된 형사처벌은 거의 하지 않고, 보호처분이라는 가벼운 부담만을 지운 채 마무리하여 일반인들의 인식은 물론 심지어 법률전문가의 입장⁵⁶⁾에서도 범죄자에 대한 과도한 혜택을 부여하는 것이라는 인식이 팽배했던 것이 사실이다.

가정폭력사건이 일반 형사사건보다 경미한 범죄로 다루어지는 현실 극복을 위해서는 가정 내의 폭력은 일반 형사사건보다 더 무거운 처분을 받을 수 있도록 하여야 한다. 가정폭력 범죄에 대한 가중처분은 기존에 성폭력 범죄에 대한 법정형을 인상하는 것과 같이 형기를 늘리는 방식과는 차별화되어야 한다. 가정폭력범죄에 해당하면 이중형벌 부과와 예외로서 형벌도 받고 형 이수과정에서 혹은 형 이수와는 별도로 부가처분을 받을 수 있도록 설계할 필요가 있다.

4) 피해자의 진정한 의사 확인을 위한 절차 보완

현행 가정폭력특례법 상의 거의 모든 절차에서 ‘피해자의 의사’에 따라 처리함으로써 가정폭력범죄에 대한 처리가 형법이나 가정폭력특례법이 정한 목적(특히 피해자의 인권보호) 달성을 위해서가 아니라 피해자의 의사에 따라 처리되는 경향이 있다. 실제 가정폭력 관련 판례분석에서 피해자가 이혼과 가해자의 처벌을 원치 않는 경우 사안이 상습성이 있고 위험한 물건인 흉기를 사용하는 등 심각성을 지니고 있어도 가급적 입법목적에 가정보호사건으로 송치되는 것을 살펴볼 수 있었다.

56) 전배우자를 가정폭력사건으로 포괄하고 있지만, 이에 대하여 전배우자에게 과도한 혜택을 주는 것이라는 견해를 살펴볼 수 있다(조국, 2004:148).

피해자의 의사는 진정한 의사인지에 대한 의구심이 있으며, 지금까지 법이 제대로 작동하지 못하게 하는 중요한 요인으로 지적할 수 있다.

실무에서는 피해자의 의사존중 의무가 가정회복 가능성을 중심으로 판단되는데, 가정폭력 피해자를 대상으로 처벌불원의 의미를 질적 연구한 자료에 의하면, 성행교정이 불가능하다고 여겨질 때, 관계단절을 할 결심이 서서 가해자의 성행교정이 불필요하다고 생각할 때, 가해자의 보복을 유발하게 될 우려가 있을 때, 혹은 진정한 관계단절을 위해 처벌을 요구하지 않는 것을 협상의 조건으로 삼고자 할 때, 가해자의 처벌이나 이혼이 자녀에게 미치는 영향, 가해자와의 관계에서 사랑 또는 행복한 기억 등 친밀성 등이 가해자에 대한 처벌을 주저하게 하는 요소가 됨을 밝히고 있다(김정혜, 2009:186-193).

이러한 복합적인 층위 때문에 피해자의 의사는 명료하게 표현되지 못하고 혼란스럽고, 고소취하나 소취하, 탄원 등 변덕스러운 모습으로 나타나게 되며, 이러한 복합적 층위를 무시한 채 피해자의 이혼의사나 처벌의사에 따라 가정폭력범죄의 처리가 좌우되는 실무관행은 피해자의 의사를 단순화시켜 배우자 폭력의 성별성을 충분히 반영하지 못하게 된다(김정혜, 2009:193).

상습적으로 당해온 피해자의 입장에서 가해자의 폭력에 익숙해져서 가해자에 대한 너무 깊은 이해로 인하여, 보복이 두려워서 혹은 자녀들이 걱정되어서 서 가정을 깨지도 못한 피해자의 입장에서 피해자의 의사는 가해자가 조종하는 의사일 수 있음을 무시할 수 없다.

그럼에도 불구하고 법은 그동안 피해자의 진정한 의사확인을 위한 절차를 제대로 갖추지 못한 채 피해자에게 무거운 짐을 지워왔다. 최근 제정된 검찰의 지침에 따르면 피해자의 진정한 의사확인을 위해 결정전 전문가 상담을 활용할 수 있도록 규정하고 있지만, 아직까지는 그 활용이 많이 이루어지지 않은 채, 전화를 통한 형식적인 의사확인에만 그치고 있다. 따라서 피해자 의사를 존중하는 한계를 극복하기 위해서는 피해자의 진정한 의사결정과 자율적인 선택이 가능하도록 수사 및 재판과정에서 폭넓게 피해자의 진정성을 지원할 수 있는 절차를 제도화 할 필요가 있다.

나. 법해석 변경과제

1) 사건유형에 가정폭력범죄 병기

가정폭력범죄에 대한 형사사건 기록의 분석은 법운용 과정에서의 성인지성을 제고하는데 매우 유용한 작업이라고 생각한다. 하지만 분석대상 판결문을 선별하는 과정에 많은 어려움이 존재하여 상당히 많은 시간을 분석대상 판결문을 찾아내는데 쓸 수밖에 없는 어려움이 있었다. 이러한 어려움을 극복하고 유용한 자료의 지속적인 생산을 뒷받침하기 위해서는 우선은 가정폭력범죄로 형사처벌을 받은 사건을 선별할 수 있는 기록을 관련 사건기록에 병기해줄 필요가 있다. 예를 들면 현재는 죄명이 형법상의 상해인 경우 가정폭력 관련성이 존재함에도 불구하고 죄명에 상해만 표기되어 있거나, 가정폭력 관련성이 존재하는 경우에는 ‘상해(가정폭력처벌에 관한 특별법상 가정폭력범죄)’라고 표기해 준다면 관련 사건을 누락 없이 선별할 수 있어, 전체가 아닌 부분만을 분석할 수밖에 없었던 한계를 극복할 수 있을 것이다.

2) 양형감경 요소에서 불필요한 요소 배제

배우자 대상 폭력사건이 형사사건으로 처리된 경우 판결문의 양형요소는 크게 죄질 요소와 재범위험성 요소, 피해자 요소와 가해자 요소로 나누어 볼 수 있었다.

가해자 요소 중 사회적 유대관계가 형성되어 있기 때문에 배우자 대상 폭력범죄의 양형을 감경하는 요소로 고려하는 것은 합리성을 결하는 것이다.

공교롭게 사회적 유대관계가 언급된 판결문은 한 법원의 한 판사의 사건기록에만 나타나고 있다는 점에서 담당 판사의 가정폭력의 특수성 및 인식 제고를 위한 교육의 필요성이 있음을 다시 한 번 보여준다.

또한 주취 상태의 범행에 대한 관대한 해석이 존재한다. 알코올 의존이나 습벽이 존재하는 경우 범행당시 심신미약의 상태에 있었다거나 우발적 범행이라는 이유로 형을 감경하고 있기 때문이다. 하지만 술이 폭력행사의 원인이 된 경우 특히 습벽으로까지 인정되는 경우는 격리조치가 필요한 상황

에 있을 가능성이 농후하기 때문에 감경요소로 고려할 수 없도록 하여야 한다.

3) 관계로부터 자유로운 판단

배우자 폭력이 형사사건이나 가정보호사건으로 다루어질 때 최종형의 결정에 선고나 결정 당시의 관계가 영향을 미치고 있음을 살펴볼 수 있었다. 이는 가정폭력을 가정내 문제로만 바라보는 시각에서 벗어나지 못한 것으로, 가해자와 피해자의 가족관계가 종료되면 처분의 필요성이 없어진다는 고정관념에 근거한 것이다. 하지만 관계가 종료되었다고 가해자의 폭력성을 교정할 수 있는 처분을 내리지 않는다면 가해자의 폭력성은 치유되지 아니한 채 다른 배우자와의 관계에서 재발될 우려가 있다. 따라서 관계 유지 유무가 아닌 가해자의 폭력성에 따른 처분을 내릴 수 있도록 하여야 할 것이다.

다. 법제도 운용상의 개선과제

1) 사건처리 기준의 마련

가정폭력사건이 접수되었다 할지라도 그 사건이 형사처벌되거나 가정보호사건으로 송치되는 비율 자체가 너무 적은 것은 공식통계를 통해 확인할 수 있었다. 또한 설령 이 단계를 넘어 형사사건으로 기소되거나 가정보호사건으로 송치된다고 할지라도 대부분의 사건이 징역형의 실행이 아닌 집행유예에 준수사항의 부가처분을 받고 종결되거나 재차 가정보호사건으로 송치하는 처분이 내려지고 있다. 그런데 이러한 사건처리 결과에 영향을 미치는 가장 중요한 기준은 다른 어떤 요소보다도 피해자의 처벌불원 의사와 가정유지 의사에 있음을 확인할 수 있었다. 이처럼 피해자의 의사가 배우자 폭력의 사건 처리에 절대적인 영향을 미치고 있음에도 불구하고 사건처리 절차의 곳곳에 피해자의 진정한 의사를 확인하기 위한 절차가 마련되어 제대로 활용하고 있는 측면은 살펴볼 수 없었다. 가정폭력범죄로부터 피해자와 가정구성원의 보호를 위해서 그 무엇보다 시급히 개선되어야 할 사안은

사건처리의 기준을 마련하여 피해자의 의사를 존중하여 처리할 사건과 그렇지 않을 사건을 가리는 것이다.

향후 가정폭력이 한 가정 내에서 반복적으로 일어나는 현상을 단절하기 위해서는 피해자와 가해자의 관계, 합의 여부보다도 우선적으로 죄질의 무거움, 재범의 위험성, 피해자와의 격리 필요성 등을 우선적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다. 즉, 폭력으로 명든 가정을 적절한 개입 없이 형식적으로 유지하는 것보다는 피해자와 가족구성원의 인권보장을 더 우선 가치로 고려해야 한다.

또한 피해자의 의사를 존중하여 처리하는 사안에서도 가정폭력의 특성상 피해자의 의사가 가해자와의 관계 때문에 왜곡될 수밖에 없는 사연이 존재하기 때문에 피해자의 의사의 진정성을 확인할 수 있는 절차적 수단을 마련하여야 할 것이다.

2) 경찰, 검찰, 법원의 유기적 연계

현재 가정폭력특례법에 근거한 법 운용실태를 보면, 경찰, 검찰, 법원의 각각의 역할이 규정되어 있으며, 거기에 따른 사건처리를 하고 있다. 각각의 고정된 역할 때문에 요식적인 절차를 거쳐야 하는 경우도 존재한다.

피해자의 신속한 보호를 위해 도입된 임시조치와 관련하여 경찰의 신청과 법원의 결정 사이에 검사의 청구가 존재함으로 인해 그 신속성을 저해하게 되는 경우가 그러하다. 또한 검사단계에서 상담조건부 기소유예 제도를 두고 운영되어 왔지만, 조속히 가해자와 피해자의 관계회복을 위한 상담지원이라는 점에서 장점이 있음에도 불구하고 결정 이후의 관리가 제대로 이루어지지 않음으로써 그 폐해가 적지 않았다.

이러한 한계를 극복하기 위한 방안으로 과감히 요식절차를 없앨 필요가 있다. 임시조치의 경우는 경찰이 바로 법원에 청구할 수 있도록 하고, 검사의 상담조건부 기소유예는 상담을 검사의 사건처리단계에서 부가하고 그에 대한 이행여부 및 다른 처분으로의 변경필요성은 법원단계에서 검토하게 하는 유기적인 연계를 구축하는 것이다. 경찰과 검찰, 법원의 벽을 넘는 것은 현재로서는 어렵게 보일 수 있지만, 제도 운영자의 권리보장 중심에서

가해자와 피해자를 포함한 제도 이용자의 권리보장 차원으로 관점을 전환하면 쉽게 차용할 수 있을 것이다.

3) 피해자에 대한 권리고지 강화

피해자의 의사 존중은 피해자가 원하는 바를 제대로 표현할 수 있을 때 의미가 있게 된다. 피해자의 진정한 의사 표현은 가해자와 얽여 있는 상황적 구속에서 벗어날 수 있도록 하는 지원과 함께 법에 대한 정보를 제대로 알고 있을 때에만 가능하다. 때문에 가정폭력사건 처리과정에서 반드시 대면하게 되는 사법경찰관의 피해자에 대한 권리고지는 피해자의 의사를 존중하여 사건을 처리하는 가정폭력특례법의 사건처리결과를 좌우할 정도로 매우 중요하다. 피해자들은 사건 처리과정에서 자신들의 권리에 대하여 고지를 받지 못하면 절차적 권리를 보장받지 못하기 때문이다. 따라서 피해자에 대한 권리고지가 서면에 의한 형식적인 고지가 아니라 서면과 함께 구두로 충분한 설명이 이루어질 수 있도록 하는 운용상의 변화가 필요하다.

3. 여성폭력 관련 공통의 개선과제

: 법집행자들의 성인지적 관점과 인권감수성 함양

성폭력, 가정폭력 등 여성폭력 관련 사건의 법해석에서 남성 중심적이거나 성 편향적 관점을 극복하고 진정한 합리성과 객관성을 정립하기 위해서는 법집행자들의 성인지적 관점과 인권감수성을 함양시키는 일이 필요하다.

성폭력 관련 사건과 가정폭력 사건의 법해석에서 담당 판사들의 왜곡된 시각이 판결에 영향을 미치는 사례를 살펴볼 수 있었다.

여성폭력 관련 사건의 법해석에서는 유사한 사건임에도 불구하고 유·무죄를 달리하거나, 크게 다른 형량이 선고되는 경우를 살펴볼 수 있다. 더구나 같은 사실관계를 두고 1심과 2심이 무죄 또는 유죄의 판단을 달리하는 경우도 존재한다(대법원 2000. 6. 23. 선고 98도3231 판결, 대법원 2013. 11.

28. 선고 2013도9995 판결, 대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12422 판결). 이는 사건을 담당하는 판사의 성폭력·가정폭력 피해의 맥락에 대한 이해의 차이에서 비롯되는 것이며, 담당 판사가 성인지적·양성평등적 관점을 가지고 있는지에 따라 좌우된다고 해도 과언이 아니다.

가정폭력 사건 또한 담당 인력이 가정폭력의 특수성을 이해하고 있는 경우와 그렇지 않은 경우의 사건처리 결과가 상이하게 나타날 수 있는 가능성을 구체적인 사례를 통해 살펴보았다. 특히 가정폭력 사건 판단에서 고려할 필요가 없는 요소들이 양형판단에서 등장하는 사례를 살펴보니, 몇몇 지역의 특정 판사가 담당한 사건에 집중되어 있는 것을 살펴볼 수 있었다. 성폭력 사건에서 가해자가 화간을 주장하였으나 무죄가 선고된 사건 중 특정한 몇몇 재판장에게 무죄를 선고한 사건이 집중되는 경향이 있음을 밝힌 연구도 있다(김상준, 2013:236).

법 해석의 과정에 판사 개인의 경험과 통념이 작용하며, 그리고 그 근처의 사회의 통념이 작용하는 것은 당연하다. 따라서 성폭력·가정폭력 관련 판례 개선에 있어 가장 먼저는 여전히 우리 사회에 성별 권력이 작동하고 있으며 그것이 판단에 영향을 미칠 수 있다는 판사 스스로의 자기성찰이 우선되어야 한다. 특히 형사사법절차 담당자나 주변인들의 태도에 피해자에 대한 존중이 전제되었을 때에 피해자의 경험이 반영된 관점을 재구성할 수 있을 것이다(이미경, 2012b:16). 그러나 판사 개인이 그와 같은 사회적 통념을 극복하는 것은 쉬운 일이 아니다. 따라서 판사 개인의 인식변화를 가져올 수 있는 제도적 지원이 필요하다.

그 첫째로 최근 발달된 과학적 심리학의 성과를 도입할 필요가 있다(박종선, 2009:81). 관련하여 2005년에 개발된 한국적 양가적 성차별주의 척도(K-ASI)를 활용할 수 있는데, 이정원/김혜숙(2012)는 K-ASI척도로 측정한 결과 피해여성이 전통적 성 역할 규범에서 이탈된 행동을 보여준 연인 강간사건에 여성관찰차는 온정적 성차별주의(BS)가 높아질수록 피해자 비난을 더 많이 하는 것으로 나타났으며, 부부강간사건에서 피해여성이 평소 가정생활에 불성실하게 임했다는 정보가 제공될 경우 온정적 성차별주의(BS)가 높아질수록 피해자에 대한 비우호적 판단이 나타나는 것을 밝혔다

(김상준, 2013:231). 이와 같은 심리학적 연구방법론을 성폭력과 가정폭력 재판 실무에 활용하여 사건의 본질과 무관한 사정들이 판결에 어떤 영향을 미치는지를 보여준다면, 판사들의 인식개선에 도움을 줄 수 있을 것이라 생각된다.

또한 더불어 판단시 활용 가능한 매뉴얼을 개발하고, 성폭력과 가정폭력의 피해맥락을 이해할 수 있는 보수교육을 제공해야 할 것이다.

관련하여 성폭력특별법은 법원으로 하여금 피해자를 지원하기 위해 증인 지원시설을 설치·운영하고 증인지원관을 둘 것을 정하고 있는데, 이때 법원은 증인지원관에 대하여 인권 감수성 향상에 필요한 교육을 정기적으로 실시하여야 하도록 하고 있는바 참고할 수 있다. 또한 2008년에 개정된 성폭력특별법은 법원에 성폭력 전담재판부를 설치·운영하도록 하고 있으며, 가정폭력 관련해서도 현재 경찰과 검찰에서는 각각 가정폭력 전담경찰과 가정폭력 전담검사를 두고 전문성을 확보하기 위한 노력을 기울이고 있다.

성폭력과 가정폭력 범죄의 피해맥락을 이해하는 데에는 전문성이 필요하다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 하지만 이 분야의 전문성을 지닌 인력이 절대적으로 부족한 실정이며, 전문인력 중에서도 전문성이 충분히 검증된 인력도 부족하기 때문에 이들이 성폭력과 가정폭력 사건에 대한 특수성을 인식하고 전문적인 사건처리를 할 수 있도록 지속적인 보수교육도 실시하여야 한다. 또한 이들 전담재판관은 대부분 1~2년 후에는 보직이 변경되는바, 이는 피해맥락을 이해하는 데에는 부족한 시간이다. 따라서 성폭력과 가정폭력 범죄의 경우 순환보직제를 배제하는 것이 바람직할 것이다.

참고문헌

- 고미경·허민숙(2012), “살인과 젠더”, 『가정폭력 가해자 사망사건과 피해자 살해 사건에 대한 판결분석 토론회』, 한국여성의 전화연합.
- 구정모(2014), 사회악 척결을 위한 가정폭력범죄 방지 종합 대책 연구, 법무부.
- 국회여성특별위원회(1998), 『여성관련 법률의 입법과정 및 향후과제』.
- 국회입법조사처(2011), 『성범죄 처벌법규의 체계적 정비방안』, NARS 정책보고서 제8호.
- 김상준(2013), 무죄판결과 법관의 사실인정에 관한 연구 : 항소심의 파기자판 사례를 중심으로, 서울대학교 법학전문대학원.
- 김엘림·윤덕경·박현미(1999), 『성폭력·가정폭력관련법의 시행실태와 과제』, 한국여성개발원.
- 김엘림 외(1999), 『성폭력특별법 제정 이후 성폭력범죄에 관한 판례연구』, 대통령직속 여성특별위원회.
- 김영환(1995), “성폭력대책 관련법률(안)과 현행 형사법체계와의 관계”, 『형사정책』 제7호, 한국형사정책학회.
- 김영희 외(2004), 『여성 살인범의 특성, 범죄이유, 그리고 재활가능성 : 치료적 사법 이념의 현실적 구현방안을 위한 심층면담 연구』, 법무부.
- 김운곤(2010), “가정폭력범죄의 처리절차에 관한 문제점과 개선방안”, 『법학연구』 제40집.
- 김유진(2013), “가정보호재판의 심리와 처우의 적정화”, 『가정법원 50주년 기념 가정폭력 심포지엄 결과보고서』, 서울가정법원.
- 김은경(2002), “가정폭력범죄의 형사절차상 위기개입방안”, 『형사정책연구소식 2002. 2.』, 한국형사정책연구원.
- 김은경(2013), 가정폭력범죄처벌특례법 개정안의 주요 내용과 쟁점, 새누리당 가족행복특별위원회 사회폭력의 시작, 가정폭력 근절을 위한 법률개정안 (2013. 11. 18.), 새누리당 국회의원 이자스민의원.
- 김재민(2007), “경찰의 가정폭력사건 개입현황과 피해자 안전확보를 위한 법령 개선방안”, 『가정폭력 사건에 대한 경찰의 초기 대응과 피해자 안전확보를 위한 열린포럼』, 2007. 11. 28. 경찰청·한국여성의전화연합.
- 김정혜(2009), “가정폭력범죄의 처리에서 ‘피해’와 ‘처벌불원’의 의미”, 『젠더법학』 통권 제2호.

- 김정혜(2010), “장애인 성폭력 판결의 흐름과 쟁점”, 『장애인 성폭력 사건 쟁점 토론회』 자료집, 2010.10.21., 광정수 의원실, pp.3-58
- 김정혜(2013), 성폭력 피해자 권리보장 관련 개정법 평가, 『2013 한국성폭력상담소 쟁점 토론회, 1122 성폭력 법 개정의 성과와 과제-반 성폭력 운동의 미래를 묻다, 2013. 2. 20.』 자료집.
- 김지영 외(2010), 『남편살해 피학대여성의 사회심리적 특성에 따른 형법적 대응 방안』, 한국형사정책연구원.
- 김현정·이수정(2007), 『학대남편을 살해한 피학대 여성의 판결에 관한 연구』, 한국심리학회.
- 노성호·김성언·이동원·김지선(1999), 『성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구』, 형사정책연구원.
- 대검찰청(2013), 『범죄분석』.
- 박미랑(2013), 『가정폭력, 가족간살인, 그리고 판결문속의 가부장적 이데올로기 연구』, 한국공안행정학회. 『한국공안행정학회보』 제52권.
- 박소현(2013), “가정폭력의 가부장성 분석을 통한 법제도 개선에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문.
- 박은정(2013), 가정폭력 관련 법률 전면 개정을 위한 비판적 검토(지정토론문), 새누리당 가족행복특별위원회 사회폭력의 시작, 가정폭력 근절을 위한 법률 개정안(2013. 11. 18.), 새누리당 국회의원 이자스민의원.
- 박은정(2014), 아동·청소년대상 성범죄 판례 분석 토론문 2, 『아동·청소년 대상 성범죄 판례분석 포럼- 2013.6.19. 성폭력관련법 개정 후- 자료집(2014. 8. 26.)』, 한국여성변호사회.
- 박종선(2009), “강간죄의 적정한 사실인정 정립에 관한 연구”, 한양대학교 법학연구소, 『법학논총』 제26권 제3호.
- 법무부(2010), 『외국의 양형기준 및 구속기준』, 동광문화사.
- 법원행정처(2000, 2013, 2014), 『사법연감』.
- 신주희(2013), “가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법”의 검토, 이화젠더법학, 제5권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소.
- 양현아(2005), “가정폭력 개념에 대한 비판적 성찰 : 증언과 국제인권법을 중심으로”, 『한국가족법학회 2005년도 동계학술대회 자료집』.
- 양현아·김현경(2012), “가정폭력 “피/가해자”의 탄생 : 가정폭력 피해자의 처절한 사적 구제”, 『공익과 인권』.

- 여성가족부(2013), 2013년 가정폭력 실태조사.
- 이경환(2010), 장애인 성폭력 사건 쟁점 토론회 토론문.
- 이경환(2012), 젠더폭력 관련 법과 판례의 최근 변화와 쟁점 토론문.
- 이명숙(2006), “부부간 성폭력과 가정폭력 피해 아내의 남편 살해에 대한 고찰”, 한국가족법학회. 『가족법연구』 제20권 제1호.
- 이미경(2012a), 『성폭력 2차 피해를 통해 본 피해자 권리』, 이화여자대학교 박사 학위논문.
- 이미경(2012b), “젠더폭력 관련법의 최근 변화와 쟁점: 성폭력특별법을 중심으로”, 『젠더법학』 제4권 제1호.
- 이미경(2013), “성폭력 범죄 친고죄 조항 폐지의 역사와 과제”, 『2013 한국성폭력 상담소 쟁점 토론회, 1122 성폭력 법 개정의 성과와 과제-반 성폭력 운동의 미래를 묻다, 2013. 2. 20.』 자료집.
- 이수정·서진환(2005), “배우자 살인으로 수감 중인 가정폭력피해 여성의 면책 사유와 관련된 심리특성에 관한 연구”, 한국여성정책연구원, 『여성연구』.
- 이재상(2007), 『형법각론』 제5판(보정신판), 박영사.
- 이정원·김혜숙(2012), “강간사건 판단에 주변 단서들이 미치는 영향: 부부강간을 중심으로”, 『한국심리학회지』 제26권 1호, 한국심리학회.
- 이주형(2010), “성전환자의 강간죄 객체 성립여부”, 『형사판례연구』, 한국형사판례 연구회
- 이찬진(1996), “‘가정폭력방지법’ 시안의 내용과 방향”, 『가정폭력방지법 시안 공청회 자료집』 가정폭력방지법 제정추진 범국민운동본부.
- 이현정(2010), 성폭력범죄의 양형에 관한 연구, 성균관대학교 일반대학원.
- 이호중(2005), “성폭력 처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성”, 한국형사정책학회. 『형사정책』 제17권 제2호.
- 이호중(2008), 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 10년의 평가, 한국형사정책 연구원, 『형사정책연구』 제19권 제3호(통권 제75호).
- 장다혜(2014), 성폭력 법담론: 합리적 법해석과 입법적 해결을 위하여, 한국여성 정책연구원 성폭력 판례분석에 있어서의 성인지적 관점 따라잡기 주제별 워크숍 발표자료.
- 정춘숙(2012), “가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정안-가정폭력 범죄에 대한 대응방식 변화의 필요성을 절감하며-” 토론문, 『가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 개정 공청회 자료집, 2012. 9. 14.

- 정현미(2007), 한국 형사법의 발전과 여성, 형사법연구 통권 제32호.
- 조국(2004), 『형사법의 성편향』 제2판, 박영사.
- 조인섭(2007), 강간죄의 폭행·협박의 정도에 관한 판례의 입장에 대하여, 성폭력
조장하는 대법원 판/례/바/꾸/기/운/동-1차~12차 자료집 모음, 한국성폭력
상담소.
- 조주은(2013), 『「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 가정폭력행위자 대상
상담조건부 기소유예제도의 입법영향분석』, 국회입법조사처.
- 조희진(2009), “아동대상 성폭력범죄에 대한 양형분석”, 『젠더법학』 제1권 제1호,
한국젠더법학회.
- 한국성폭력상담소(2003), 형사사법절차상 성폭력 피해자 보호방안에 관한 연구-
성폭력 2차 피해 상담사례 분석을 중심으로-, 2003년도 법무부 용역과제.
- 한국성폭력상담소(2007), 성폭력 조장하는 대법원 판/례/바/꾸/기/운/동-1차~12차
자료집 모음.
- 한국양성평등교육진흥원(2014), “인권, 폭력, 그리고 교육”, 『2014년 국제심포지움
자료집(2014. 10. 10.)』.
- 한국여성변호사회(2014), 『아동·청소년 대상 성범죄 판례분석 포럼- 2013.6.19.
성폭력관련법 개정 후- 자료집(2014. 8. 26.)』.
- 한국여성의전화(2013), 가정폭력 가해자 사망사건과 피해자 살해사건에 대한 판결
분석 토론회 자료집(2013. 12. 3.)
- 한인섭(1999), “가정폭력법의 법적 구조와 정책지향에 대한 검토”, 『법학』 제39권
2호. 서울대학교 법학연구소.
- Merril D. Smith(2004), Encyclopedia of rape.

웹 자료

- 문화일보 2014. 9. 29. 손기은 기자 작성 “가해자 격리시키는 ‘긴급임시조치’
유명무실 ‘접근금지 명령’ 어겨도 처벌 못해” 참조.
<http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2014092901071227277002>
- 연합뉴스 2014. 7. 3. 정윤덕 기자 작성 “지적장애 딸 추행 40대 실형...’범행일시
불특정 문제 안 돼” 참조,
<http://www.yonhapnews.co.kr/local/2014/07/03/0807000000AKR20140703167300063.HTML>

UN모범입법례(A framework for model legislation on domestic violence),
<http://www1.umn.edu/humanrts/commission/thematic52/53-add2.htm>

관련 자료목록

- 김차연(2013), 『여성주의: 패러다임의 전환, “개정 성폭력 처벌규정이 남긴 과제”』, 한국여성학회 제29차 춘계학술대회.
- 대통령직속여성특별위원회(1999), 『성폭력범죄에 관한 판례연구』.
- 민주통합당 여성·아동 성범죄 근절 대책특위(2012), 『여성·아동 성범죄 근절 대책 마련을 위한 토론회 자료집』.
- 서울지방법원사회(2014), 『성범죄 관련 법령의 문제점 개선을 위한 심포지엄 자료집』.
- 이경환(2013), 『새 정부 여성·가족정책의 방향과 입법과제: 토론문』, 젠더와 입법 포럼, 2013. 3. 22. 자료집.
- 이종걸(1998), “가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제정경위와 목적”, 『가정폭력 특별법 토론회 자료집』, 한국가정법률상담소.
- 한국성폭력상담소(2011), 『성폭력 정책, 현장에서 듣다, 한국성폭력상담소개소 20주년 기념 토론회』.



부 록: 분석대상 판결문

- | | |
|-------------------------------|-----|
| 1. 성폭력 형사재판사건 관련
분석대상 판결문 | 321 |
| 2. 가정폭력 형사재판사건 관련
분석대상 판결문 | 349 |

1. 성폭력 형사재판사건 관련 분석대상 판결문⁵⁷⁾

가. 강간사건- 상고심: 총 471건

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
1	대법원	2000-01-14	99도4607	강간살인(형법)	징역15년
2	대법원	2000-01-18	99도3917	특수강간(성특법***)	징역10월
3	대법원	2000-01-21	99도5065	강간상해(형법)	징역3년
4	대법원	2000-01-21	99도5289	강간등살인·치사(성특법)	징역15년
5	대법원	2000-02-08	99도5194	특수강도강간등(성특법)	징역5년
6	대법원	2000-02-11	99도5672	강간(형법)	징역2년
7	대법원	2000-02-22	2000도58	강간(형법)	징역2년
8	대법원	2000-02-25	2000도157	특수강간(성특법)	징역2년6월, 집행유예3년
9	대법원	2000-02-25	2000도52	미성년자의제강간(성특법)	징역1년
10	대법원	2000-02-25	99도5729	특수강도강간등(성특법)	징역3년
11	대법원	2000-03-10	2000도57	특수강도강간등(성특법)	징역3년
12	대법원	2000-03-10	99도5669	특수강도강간등(성특법)	징역8년
13	대법원	2000-03-14	2000도287	강간살인(형법)	무기징역
14	대법원	2000-03-14	2000도45	강간등살인·치사(성특법)	무기징역
15	대법원	2000-03-23	99도5613	특수강간(성특법)	징역3년
16	대법원	2000-03-28	2000도385	강간(형법)	징역2년
17	대법원	2000-04-07	2000도924	특수강도강간등(성특법)	징역15년
18	대법원	2000-04-21	2000도1116	강간상해미수(형법)	징역4년
19	대법원	2000-04-21	2000도531	강간(형법)	징역2년, 집행유예3년
20	대법원	2000-04-21	2000도980	특수강도강간등(성특법)	징역8년
21	대법원	2000-04-25	2000도1120	특수강도강간등(성특법)	징역6년

57) * ‘처분죄명’은 성폭력범죄 중 법정형이 가장 높은 대표범죄를 기준으로 표기함.

** ‘적용법명’은 대표범죄의 범행일시를 기준으로 그 당시 적용된 법명을 표기함.

*** ‘성특법’은 본문에서 “성폭력특례법 또는 성폭력특별법”으로 약칭한 것으로 정식 법명은 2010.4.15. 이전은 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」, 그 이후는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 의미함.

**** ‘아청법’은 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」을 의미하며, 2010.1.1. 이전은 「청소년의 성보호에 관한 법률」을 의미함.

322 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
22	대법원	2000-04-25	2000도664	강간상해미수범(성특법)	징역3년, 집행유예4년
23	대법원	2000-04-25	2000도888	강간(형법)	징역2년
24	대법원	2000-04-25	2000도923	특수강도강간등(성특법)	징역12년
25	대법원	2000-05-12	2000도1223	특수강간미수범(성특법)	징역3년
26	대법원	2000-05-16	2000도1156	특수강간(성특법)	징역3년
27	대법원	2000-05-26	2000도1254	특수강도강간등(성특법)	징역9년
28	대법원	2000-05-26	2000도1339	특수강도강간등(성특법)	징역6년
29	대법원	2000-05-26	2000도1458	특수강도강간등(성특법)	징역5년
30	대법원	2000-05-26	2000도1499	강간(형법)	징역5년
31	대법원	2000-05-26	2000도1540	특수강도강간등(성특법)	징역5년
32	대법원	2000-05-26	2000도1578	특수강간(성특법)	징역1년6월
33	대법원	2000-05-26	2000도325	강간(형법)	무죄
34	대법원	2000-05-26	98도3854	강간등살인·치사(성특법)	무죄
35	대법원	2000-05-30	2000도1270	친족관계에의한강간 (성특법)	징역3년
36	대법원	2000-05-30	2000도1293	강간(형법)	징역2년
37	대법원	2000-06-09	2000도1577	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
38	대법원	2000-06-23	2000도1073	특수강간미수범(성특법)	무죄
39	대법원	2000-06-23	2000도1727	특수강도강간등(성특법)	징역10년
40	대법원	2000-06-23	2000도1890	친족관계에의한강간 (성특법)	파기환송
41	대법원	2000-06-23	98도3231	강간(형법)	징역2년
42	대법원	2000-07-04	2000도1917	특수강도강간미수범 (성특법)	징역3년6월
43	대법원	2000-07-04	2000도2027	강간(형법)	징역3년
44	대법원	2000-07-06	2000도1507	강간등살인·치사(성특법)	파기환송
45	대법원	2000-7-28	2000도2338	특수강도강간등(성특법)	징역15년
46	대법원	2000-07-28	2000도2468	특수강도강간등(성특법)	징역12년
47	대법원	2000-07-28	2000도2534	강간등상해·치상(성특법)	징역4년
48	대법원	2000-07-28	2000도2631	장애인에대한강간 (성특법)	징역3년
49	대법원	2000-08-18	2000도2442	미성년자의제강간(형법)	무죄

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
50	대법원	2000-08-22	2000도2229	특수강도강간등(성특법)	징역5년
51	대법원	2000-08-22	2000도2414	특수강간(성특법)	징역2년6월
52	대법원	2000-08-22	2000도2586	특수강간(성특법)	징역7년
53	대법원	2000-08-22	2000도2847	특수강도강간등(성특법)	징역7년
54	대법원	2000-09-05	2000도2703	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
55	대법원	2000-09-05	2000도2960	강간상해(형법)	징역2년6월
56	대법원	2000-09-08	2000도2892	특수강간(성특법)	징역3년6월
57	대법원	2000-09-08	2000도2894	강간등살인·치사(성특법)	무기징역
58	대법원	2000-09-08	2000도3144	강간(형법)	징역2년
59	대법원	2000-09-26	2000도2471	특수강간(성특법)	징역2년6월, 집행유예4년
60	대법원	2000-09-26	2000도3167	강간등상해·치상(성특법)	징역4년
61	대법원	2000-09-26	2000도3402	강간(형법)	징역3년
62	대법원	2000-10-10	2000도2844	친족관계에의한강간 (성특법)	징역7년
63	대법원	2000-10-10	2000도2992	특수강간(성특법)	징역2년6월
64	대법원	2000-10-10	2000도3286	강간등상해·치상(성특법)	징역3년6월
65	대법원	2000-10-13	2000도3527	특수강도강간등(성특법)	징역5년
66	대법원	2000-10-13	2000도3762	친족관계에의한강간 (성특법)	징역3년, 집행유예4년
67	대법원	2000-10-24	2000도1575	특수강간(성특법)	징역2년6월, 집행유예3년
68	대법원	2000-10-27	2000도3369	강간등상해·치상(성특법)	파기환송
69	대법원	2000-11-10	2000도4003	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
70	대법원	2000-11-10	2000도4295	강간등상해·치상(성특법)	징역15년
71	대법원	2000-11-10	99도5541	강간등상해·치상(성특법)	징역15년
72	대법원	2000-11-14	2000도3530	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
73	대법원	2000-11-14	2000도4004	강간치상(형법)	징역4년
74	대법원	2000-11-14	2000도4016	절도강간미수범(성특법)	징역1년
75	대법원	2000-12-08	2000도4583	강간(형법)	징역7년
76	대법원	2000-12-08	2000도4763	특수강도강간등(성특법)	징역6년
77	대법원	2000-12-12	2000도2714	강간(형법)	징역3년, 집행유예4년
78	대법원	2000-12-12	2000도4393	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역7년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
79	대법원	2000-12-12	2000도4460	미성년자강간미수범 (성특법)	징역2년
80	대법원	2000-12-12	2000도4594	강간치상(형법)	징역2년6월, 집행유예3년
81	대법원	2000-12-22	2000도4636	특수강도강간등(성특법)	징역7년
82	대법원	2001-01-16	2000도5111	특수강도강간등(성특법)	징역7년
83	대법원	2001-01-16	2000도5223	강도강간(형법)	징역6년
84	대법원	2001-01-19	2000도5114	강도강간(형법)	징역5년
85	대법원	2001-01-19	2000도5511	장애인에대한강간 (성특법)	징역3년
86	대법원	2001-01-30	1999도4729	특수강도강간등(성특법)	무기징역
87	대법원	2013-01-10	2012도13539	강간(형법)	징역3년
88	대법원	2013-01-10	2012도13712	친족관계에의한강간 (성특법)	징역7년
89	대법원	2013-01-10	2012도14021	강간(형법)	징역3년
90	대법원	2013-01-16	2012도13077	특수강간(성특법)	징역6년
91	대법원	2013-01-16	2012도13347	강간등살인·치사(성특법)	무기징역
92	대법원	2013-01-16	2012도13545	강간(형법)	무죄
93	대법원	2013-01-16	2012도13645	장애인에대한강간 미수범(성특법)	징역3년
94	대법원	2013-01-16	2012도13887	강간(아청법****)	징역3년6월
95	대법원	2013-01-16	2012도14062	친족관계에의한강간 미수범(성특법)	징역4년
96	대법원	2013-01-16	2012도14077	강간미수범(아청법)	징역2년
97	대법원	2013-01-16	2012도14080	강간등살인·치사(성특법)	징역20년
98	대법원	2013-01-24	2012도13554	장애인에대한강간 (성특법)	징역4년
99	대법원	2013-01-24	2012도13701	특수강도강간등(성특법)	징역17년
100	대법원	2013-01-24	2012도13888	강간(형법)	징역2년6월
101	대법원	2013-01-24	2012도14063	강도강간(형법)	징역5년
102	대법원	2013-01-24	2012도14151	친족관계에의한강간 (성특법)	징역5년
103	대법원	2013-01-24	2012도14392	강간상해(형법)	징역2년6월
104	대법원	2013-01-24	2012도14467	강간상해미수(형법)	징역2년6월
105	대법원	2013-01-24	2012도14598	강간(아청법)	징역6년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
106	대법원	2013-01-24	2012도14912	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
107	대법원	2013-01-31	2012도14248	특수강도강간등(성특법)	징역5년
108	대법원	2013-01-31	2012도14399	강간(형법)	징역3년
109	대법원	2013-01-31	2012도14606	강간상해(형법)	징역4년
110	대법원	2013-01-31	2012도14807	강간상해미수(형법)	징역3년
111	대법원	2013-01-31	2012도15170	강간(형법)	징역2년
112	대법원	2013-02-14	2012도14391	강간(형법)	징역3년
113	대법원	2013-02-14	2012도14787	특수강도강간등(성특법)	징역10년
114	대법원	2013-02-14	2012도15089	강간(아청법)	징역3년
115	대법원	2013-02-14	2012도15156	강간(아청법)	징역8년
116	대법원	2013-02-14	2012도15158	특수강도강간등(성특법)	징역2년
117	대법원	2013-02-14	2012도15164	친족관계에의한강간 (성특법)	징역7년
118	대법원	2013-02-14	2012도15168	강간등상해·치상(성특법)	징역10년
119	대법원	2013-02-14	2012도15381	강간(아청법)	징역4년
120	대법원	2013-02-14	2012도15409	13세미만의미성년자에대한 강간(성특법)	징역4년
121	대법원	2013-02-14	2012도15420	특수강도강간등(성특법)	징역6년
122	대법원	2013-02-14	2012도15685	친족관계에의한강간 (성특법)	징역7년
123	대법원	2013-02-14	2012도15821	특수강도강간등(성특법)	징역10년
124	대법원	2013-02-14	2012도15896	13세미만의미성년자에 대한위계·위력에의한 간음(성특법)	징역3년
125	대법원	2013-02-14	2012도7128	특수강간(성특법)	무죄
126	대법원	2013-02-15	2012도15419	강간(아청법)	징역2년6월
127	대법원	2013-02-15	2012도16097	강간상해(형법)	징역2년6월
128	대법원	2013-02-28	2012도13891	13세미만의미성년자에대한 강간(성특법)	무죄
129	대법원	2013-02-28	2012도14289	장애인에대한준강간 (성특법)	무죄
130	대법원	2013-02-28	2012도14400	특수강간(성특법)	징역8년
131	대법원	2013-02-28	2012도15260	강간(아청법)	징역2년

326 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
132	대법원	2013-02-28	2012도15415	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
133	대법원	2013-02-28	2012도15484	강간(아청법)	징역6년
134	대법원	2013-02-28	2012도15665	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역2년6월
135	대법원	2013-02-28	2012도15994	13세미만의미성년자에대한 강간(성특법)	징역3년
136	대법원	2013-02-28	2012도16095	특수강도강간등(성특법)	징역5년
137	대법원	2013-02-28	2012도16096	장애인에대한위계,위력에 의한간음(성특법)	징역2년6월, 집행유예3년
138	대법원	2013-02-28	2012도16099	13세미만의미성년자에대한 강간미수범(성특법)	징역7년
139	대법원	2013-02-28	2012도16101	특수강도강간등(성특법)	징역2년6월
140	대법원	2013-02-28	2012도16181	특수강간(성특법)	징역5년
141	대법원	2013-02-28	2012도16207	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역5년
142	대법원	2013-02-28	2012도16276	강간등상해·치상(성특법)	징역6년
143	대법원	2013-02-28	2012도16280	준강간(형법)	무죄
144	대법원	2013-02-28	2012도16292	장애인에대한준강간 (성특법)	징역7년
145	대법원	2013-02-28	2013도245	장애인에대한강간 (성특법)	징역6년
146	대법원	2013-02-28	2013도257	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역7년
147	대법원	2013-02-28	2013도265	강간(형법)	징역6년
148	대법원	2013-02-28	2013도272	강간(아청법)	징역8년
149	대법원	2013-02-28	2013도491	강간(아청법)	징역4년
150	대법원	2013-02-28	2013도494	특수강도강간등(성특법)	징역2년6월
151	대법원	2013-03-14	2012도9883	강간(형법)	무죄
152	대법원	2013-03-14	2013도481	특수강도강간등(성특법)	징역2년
153	대법원	2013-03-14	2013도596	친족관계에의한강간 (성특법)	징역8년
154	대법원	2013-03-14	2013도633	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역1년3월
155	대법원	2013-03-14	2013도634	특수강도강간등(성특법)	징역3년
156	대법원	2013-03-14	2013도725	강간(아청법)	징역2년6월

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
157	대법원	2013-03-14	2013도727	13세미만의미성년자에 대한 강간미수범(성특법)	징역6년
158	대법원	2013-03-14	2013도733	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역2년6월
159	대법원	2013-03-28	2013도1017	특수강간(성특법)	징역7년6월
160	대법원	2013-03-28	2013도1024	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역3년6월
161	대법원	2013-03-28	2013도1053	특수강간(성특법)	징역3년
162	대법원	2013-03-28	2013도1070	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역9년
163	대법원	2013-03-28	2013도1119	강간(아청법)	징역6년
164	대법원	2013-03-28	2013도1164	특수강도강간등(성특법)	징역3년
165	대법원	2013-03-28	2013도1226	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역8년
166	대법원	2013-03-28	2013도1266	장애인에대한강간 (성특법)	징역7년
167	대법원	2013-03-28	2013도1323	특수강도강간등(성특법)	징역6년
168	대법원	2013-03-28	2013도1462	장애인에대한강간 (성특법)	징역5년
169	대법원	2013-03-28	2013도1673	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역5년
170	대법원	2013-03-28	2013도751	강도강간(형법)	징역9년
171	대법원	2013-03-28	2013도844	특수강도강간등(성특법)	징역5년
172	대법원	2013-03-28	2013도901	강간상해(형법)	징역3년
173	대법원	2013-04-11	2012도12714	장애인에대한준강간 (성특법)	파기환송
174	대법원	2013-04-11	2013도1913	친족관계에의한강간 (성특법)	징역10년
175	대법원	2013-04-11	2013도1929	장애인에대한준강간 (성특법)	징역3년
176	대법원	2013-04-11	2013도2005	친족관계에의한강간 (성특법)	징역4년
177	대법원	2013-04-11	2013도2019	특수강간미수범(성특법)	징역5년
178	대법원	2013-04-11	2013도2107	강간(아청법)	징역8년
179	대법원	2013-04-11	2013도2164	강간(아청법)	징역6년
180	대법원	2013-04-11	2013도2189	강간등살인·치사(성특법)	징역23년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
181	대법원	2013-04-11	2013도2265	장애인에대한강간(성특법)	징역5년
182	대법원	2013-04-11	2013도2270	특수강간(성특법)	징역5년
183	대법원	2013-04-11	2013도2446	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역8년
184	대법원	2013-04-11	2013도2449	준강간(형법)	징역4년
185	대법원	2013-04-11	2013도2450	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역3년
186	대법원	2013-04-11	2013도499	강간등상해·치상(성특법)	징역13년
187	대법원	2013-04-11	2013도859	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	파기환송
188	대법원	2013-04-25	2013도1506	강간(아청법)	징역1년3월
189	대법원	2013-04-25	2013도1672	특수강도강간등(성특법)	무기징역
190	대법원	2013-04-25	2013도1687	강간등살인·치사미수범 (성특법)	파기환송
191	대법원	2013-04-25	2013도2269	강도강간(형법)	징역8년
192	대법원	2013-04-25	2013도2469	장애인에대한준강간 (성특법)	징역5년
193	대법원	2013-04-25	2013도2472	장애인에대한강간(성특법)	징역3년6월
194	대법원	2013-04-26	2013도1507	특수강간(성특법)	징역3년
195	대법원	2013-04-26	2013도2470	특수강도강간등(성특법)	징역13년
196	대법원	2013-04-26	2013도2601	특수강도강간등(성특법)	징역13년6월
197	대법원	2013-04-26	2013도2667	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
198	대법원	2013-04-26	2013도2831	특수강도강간등(성특법)	징역5년
199	대법원	2013-04-26	2013도2861	특수강도강간등(성특법)	징역18년
200	대법원	2013-04-26	2013도2863	특수강도강간등(성특법)	징역22년
201	대법원	2013-04-26	2013도3105	준강간(아청법)	징역3년6월
202	대법원	2013-05-09	2012도16098	강간등상해·치상(성특법)	징역15년
203	대법원	2013-05-09	2013도2604	친족관계에의한강간 (성특법)	징역4년
204	대법원	2013-05-09	2013도2668	강간상해미수(형법)	징역2년6월
205	대법원	2013-05-09	2013도2955	특수강간(성특법)	무죄
206	대법원	2013-05-09	2013도3301	강간상해미수(형법)	징역3년
207	대법원	2013-05-09	2013도3307	특수강도강간등(성특법)	징역10년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
208	대법원	2013-05-09	2013도3308	특수강간(성특법)	무죄
209	대법원	2013-05-09	2013도3309	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역7년
210	대법원	2013-05-09	2013도3313	특수강도강간등(성특법)	징역15년
211	대법원	2013-05-23	2013도1690	강간(아청법)	징역3년6월
212	대법원	2013-05-23	2013도3099	강간(아청법)	파기환송
213	대법원	2013-05-23	2013도3735	친족관계에의한준강간 (성특법)	징역7년
214	대법원	2013-05-24	2013도3675	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역5년
215	대법원	2013-05-24	2013도512	강간(형법)	징역2년6월, 집행유예3년
216	대법원	2013-06-13	2013도3795	강간상해미수(형법)	징역4년
217	대법원	2013-06-13	2013도3805	강간상해미수(형법)	징역3년
218	대법원	2013-06-13	2013도3959	친족관계에의한준강간 (성특법)	징역5년
219	대법원	2013-06-13	2013도3973	특수강간(성특법)	징역2년6월
220	대법원	2013-06-14	2013도3799	친족관계에의한강간 미수범(성특법)	징역1년6월
221	대법원	2013-06-14	2013도3895	친족관계에의한준강간 (성특법)	징역7년
222	대법원	2013-06-14	2013도3942	강간상해미수(형법)	징역4년
223	대법원	2013-06-14	2013도3965	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역5년
224	대법원	2013-06-27	2011도10463	강간(형법)	무죄
225	대법원	2013-06-27	2011도16415	장애인에대한준강간 (성특법)	무죄
226	대법원	2013-06-27	2012도16090	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	무죄
227	대법원	2013-06-27	2013도3894	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역10년
228	대법원	2013-06-27	2013도3945	친족관계에의한강간 (성특법)	징역18년
229	대법원	2013-06-27	2013도3964	친족관계에의한강간 미수범(성특법)	징역5년
230	대법원	2013-06-27	2013도4339	특수준강간(성특법)	징역2년6월

330 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
231	대법원	2013-06-27	2013도4417	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역8년
232	대법원	2013-06-27	2013도4546	장애인에대한준강간 (성특법)	징역3년6월
233	대법원	2013-06-27	2013도4858	특수강도강간등(성특법)	징역12년
234	대법원	2013-06-27	2013도4859	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역10년
235	대법원	2013-06-27	2013도4939	특수강간미수범(성특법)	징역3년
236	대법원	2013-06-27	2013도5227	강간등상해·치상(성특법)	징역3년
237	대법원	2013-06-27	2013도821	특수강도강간등(성특법)	무죄
238	대법원	2013-06-28	2013도3793	강간(아청법)	벌금300만원
239	대법원	2013-06-28	2013도4871	장애인에대한준강간 (성특법)	징역5년
240	대법원	2013-06-28	2013도5248	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역12년
241	대법원	2013-07-11	2013도5222	특수강도강간등(성특법)	징역10년
242	대법원	2013-07-11	2013도5331	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역6년
243	대법원	2013-07-11	2013도5436	친족관계에의한강간 (성특법)	징역13년
244	대법원	2013-07-11	2013도5444	강간치사(형법)	징역25년
245	대법원	2013-07-11	2013도5569	준강간(아청법)	징역3년
246	대법원	2013-07-11	2013도5928	13세미만의미성년자에 대한위계·위력에의한 간음(성특법)	징역4년
247	대법원	2013-07-11	2013도6102	강간미수범(아청법)	징역3년
248	대법원	2013-07-12	2013도4688	강간(형법)	징역4년
249	대법원	2013-07-12	2013도4848	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역5년
250	대법원	2013-07-12	2013도5019	친족관계에의한강간 (성특법)	징역2년6월
251	대법원	2013-07-12	2013도5443	미성년자의제강간(형법)	징역2년6월
252	대법원	2013-07-12	2013도5558	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역5년
253	대법원	2013-07-12	2013도5675	장애인에대한준강간 (성특법)	징역3년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
254	대법원	2013-07-12	2013도5685	특수강도강간등(성특법)	징역10년
255	대법원	2013-07-12	2013도5768	특수강도강간등(성특법)	징역5년
256	대법원	2013-07-12	2013도6091	친족관계에의한강간 (성특법)	징역2년6월
257	대법원	2013-07-25	2013도3296	특수강도강간등(성특법)	징역8년
258	대법원	2013-07-25	2013도4332	특수강간(성특법)	징역2년6월
259	대법원	2013-07-25	2013도5770	친족관계에 의한 강간 (성특법)	징역5년
260	대법원	2013-07-25	2013도6181	특수강간(성특법)	파기환송
261	대법원	2013-07-25	2013도6222	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역5년
262	대법원	2013-07-25	2013도6224	친족관계에의한강간 (성특법)	징역10년
263	대법원	2013-07-25	2013도6225	강간(아청법)	무죄
264	대법원	2013-07-25	2013도6279	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역10년
265	대법원	2013-07-25	2013도6291	특수준강간(성특법)	징역4년
266	대법원	2013-07-25	2013도6339	특수강간(성특법)	징역6년
267	대법원	2013-07-25	2013도6354	특수강간(성특법)	징역15년
268	대법원	2013-07-25	2013도6707	친족관계에의한강간 미수범(성특법)	징역7년
269	대법원	2013-07-26	2013도6182	강간(형법)	징역5년
270	대법원	2013-07-26	2013도6220	강간상해미수(형법)	징역10년
271	대법원	2013-07-26	2013도6226	특수강도강간등(성특법)	징역15년
272	대법원	2013-07-26	2013도6654	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역12년
273	대법원	2013-08-14	2013도5549	강간(아청법)	징역2년6월, 집행유예3년
274	대법원	2013-08-14	2013도6647	강간(아청법)	징역4년
275	대법원	2013-08-14	2013도6660	강간등살인·치사(성특법)	파기환송
276	대법원	2013-08-14	2013도6708	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역10년
277	대법원	2013-08-14	2013도6956	강간등상해·치상(성특법)	징역8년
278	대법원	2013-08-14	2013도7102	강간상해(형법)	징역12년

332 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
279	대법원	2013-08-22	2013도7110	강간등상해·치상(성특법)	징역8년
280	대법원	2013-08-22	2013도7138	강간등상해·치상미수범 (성특법)	파기환송
281	대법원	2013-08-22	2013도7208	위계·위력에 의한간음 (아청법)	징역2년6월
282	대법원	2013-08-22	2013도7615	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역7년
283	대법원	2013-08-22	2013도7728	강간(형법)	징역2년6월
284	대법원	2013-08-23	2013도5759	친족관계에 의한강간 (성특법)	징역10년
285	대법원	2013-08-23	2013도6650	강간(아청법)	징역3년
286	대법원	2013-08-23	2013도7207	특수강도강간등(성특법)	징역4년6월
287	대법원	2013-08-23	2013도7218	특수강도강간등(성특법)	징역10년
288	대법원	2013-08-23	2013도7315	친족관계에 의한강간 (성특법)	징역10년
289	대법원	2013-09-12	2013도3300	특수강간(성특법)	징역3년
290	대법원	2013-09-12	2013도5221	특수준강간(성특법)	징역10년
291	대법원	2013-09-12	2013도5931	강간(아청법)	징역5년
292	대법원	2013-09-12	2013도7216	강간상해(형법)	징역2년6월
293	대법원	2013-09-12	2013도7296	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역5년
294	대법원	2013-09-12	2013도7481	강간등살인·치사(성특법)	무기징역
295	대법원	2013-09-12	2013도7506	강간상해(형법)	징역3년
296	대법원	2013-09-12	2013도7582	친족관계에 의한강간 (성특법)	징역7년
297	대법원	2013-09-12	2013도7717	특수강간미수범(성특법)	징역2년
298	대법원	2013-09-12	2013도7752	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역1년3월
299	대법원	2013-09-12	2013도8169	장애인에 대한강간 (성특법)	징역4년
300	대법원	2013-09-12	2013도8221	강간(형법)	징역3년6월
301	대법원	2013-09-12	2013도8258	강간(형법)	징역1년6월
302	대법원	2013-09-12	2013도8512	친족관계에 의한강간 (성특법)	징역3년6월

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
303	대법원	2013-09-12	2013도8513	강간(형법)	징역3년
304	대법원	2013-09-13	2013도7137	강간상해미수(형법)	징역2년6월, 집행유예4년
305	대법원	2013-09-13	2013도7505	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
306	대법원	2013-09-13	2013도7562	특수강도강간등(성특법)	징역5년
307	대법원	2013-09-13	2013도7648	친족관계에의한강간 (성특법)	징역5년
308	대법원	2013-09-13	2013도8133	강간(형법)	징역3년6월
309	대법원	2013-09-13	2013도8299	특수강간(성특법)	징역7년
310	대법원	2013-09-26	2013도8488	강간상해미수(형법)	징역1년
311	대법원	2013-09-26	2013도8629	장애인에대한강간 (성특법)	징역6년
312	대법원	2013-09-26	2013도8633	특수강간(성특법)	징역9년
313	대법원	2013-09-26	2013도8646	친족관계에의한강간 (성특법)	징역5년
314	대법원	2013-09-26	2013도8711	준강간(아청법)	징역4년
315	대법원	2013-09-26	2013도8827	특수강간(성특법)	징역5년
316	대법원	2013-09-26	2013도8898	강간(형법)	징역7년
317	대법원	2013-09-26	2013도9036	특수강도강간등(성특법)	징역10년
318	대법원	2013-09-26	2013도9108	장애인에대한강간 (성특법)	징역3년6월
319	대법원	2013-09-26	2013도9161	특수강도강간등(성특법)	징역8년
320	대법원	2013-09-26	2013도9163	준강간(아청법)	징역1년6월
321	대법원	2013-09-26	2013도9237	강간(아청법)	징역3년
322	대법원	2013-09-26	2013도9314	장애인에대한강간 (성특법)	징역4년
323	대법원	2013-09-26	2013도9333	특수강도강간등(성특법)	징역8년
324	대법원	2013-09-26	2013도9512	친족관계에의한강간 (성특법)	징역8년
325	대법원	2013-09-26	2013도9611	강간(형법)	징역3년
326	대법원	2013-09-27	2013도6977	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역10년
327	대법원	2013-09-27	2013도8486	준강간(형법)	징역2년
328	대법원	2013-09-27	2013도8490	특수강간(성특법)	징역3년
329	대법원	2013-09-27	2013도8701	강간등상해·치상미수범 (성특법)	무죄

334 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
330	대법원	2013-09-27	2013도9136	장애인에대한강간 (성특법)	징역9년
331	대법원	2013-10-11	2013도6653	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역2년6월, 집행유예3년
332	대법원	2013-10-11	2013도7224	준강간(형법)	징역1년6월
333	대법원	2013-10-11	2013도8303	강간(형법)	징역2년6월
334	대법원	2013-10-11	2013도9441	특수강도강간등(성특법)	징역2년6월
335	대법원	2013-10-11	2013도9572	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역7년
336	대법원	2013-10-11	2013도9662	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역5년
337	대법원	2013-10-11	2013도9771	특수강도강간등(성특법)	징역13년
338	대법원	2013-10-11	2013도9992	강간(아청법)	징역5년
339	대법원	2013-10-11	2013도9996	강간(형법)	징역4년
340	대법원	2013-10-17	2013도9129	강간(아청법)	징역8년
341	대법원	2013-10-17	2013도9686	강간(아청법)	징역6년
342	대법원	2013-10-17	2013도9689	특수강도강간등(성특법)	징역5년
343	대법원	2013-10-17	2013도9773	강간상해미수(형법)	징역3년
344	대법원	2013-10-24	2013도10101	특수강간(성특법)	징역1년6월
345	대법원	2013-10-24	2013도10203	강간상해미수(형법)	징역7년
346	대법원	2013-10-24	2013도10283	친족관계에의한강간 (성특법)	징역7년
347	대법원	2013-10-24	2013도10586	친족관계에의한강간 (성특법)	징역3년6월
348	대법원	2013-10-24	2013도10614	13세미만의미성년자에 대한 준강간미수범 (성특법)	징역5년
349	대법원	2013-10-24	2013도9684	장애인에대한준강간 (성특법)	징역3년6월
350	대법원	2013-10-24	2013도9765	특수강도강간등(성특법)	징역7년
351	대법원	2013-10-24	2013도9938	특수준강간(성특법)	징역3년, 집행유예4년
352	대법원	2013-10-31	2013도10019	강간(형법)	징역2년6월
353	대법원	2013-10-31	2013도10103	특수강도강간등(성특법)	징역3년
354	대법원	2013-10-31	2013도10239	위계·위력에의한간음 (아청법)	징역4년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
355	대법원	2013-10-31	2013도10278	특수강간(성특법)	징역4년
356	대법원	2013-10-31	2013도10284	13세미만의미성년자에 대한위계·위력에의한 간음(성특법)	징역12년
357	대법원	2013-10-31	2013도10376	위계·위력에의한간음 (아청법)	징역4년
358	대법원	2013-10-31	2013도5440	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역2년6월, 집행유예3년
359	대법원	2013-10-31	2013도6255	준강간(아청법)	무죄
360	대법원	2013-10-31	2013도6472	강간(형법)	무죄
361	대법원	2013-10-31	2013도9934	강간(형법)	징역5년
362	대법원	2013-10-31	2013도9993	장애인의보호·교육 담당자의강간등(성특법)	징역6년
363	대법원	2013-11-14	2013도10613	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역5년
364	대법원	2013-11-14	2013도10655	위계·위력에의한간음 미수범(아청법)	징역5년
365	대법원	2013-11-14	2013도10775	친족관계에의한강간 미수범(성특법)	징역7년
366	대법원	2013-11-14	2013도10817	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역2년6월
367	대법원	2013-11-14	2013도10820	특수준강간(성특법)	징역5년
368	대법원	2013-11-14	2013도10826	13세미만의미성년자에대한 강간미수범(성특법)	징역6년
369	대법원	2013-11-14	2013도10860	장애인에대한준강간 (성특법)	징역4년
370	대법원	2013-11-14	2013도11149	강간등상해·치상(성특법)	징역7년
371	대법원	2013-11-14	2013도11417	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역1년6월
372	대법원	2013-11-14	2013도11746	특수강도강간등(성특법)	징역7년
373	대법원	2013-11-14	2013도6387	13세미만의미성년자에대한 강간미수범(성특법)	무죄
374	대법원	2013-11-14	2013도6819	강간상해(형법)	징역2년6월, 집행유예4년
375	대법원	2013-11-14	2013도8703	특수강간(성특법)	무죄
376	대법원	2013-11-28	2013도10425	강간등살인·치사(성특법)	무기징역

336 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
377	대법원	2013-11-28	2013도11072	강간(아청법)	징역5년
378	대법원	2013-11-28	2013도11403	친족관계에의한강간(성특법)	징역15년
379	대법원	2013-11-28	2013도11405	특수강도강간등(성특법)	징역5년
380	대법원	2013-11-28	2013도11415	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역20년
381	대법원	2013-11-28	2013도11442	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역12년
382	대법원	2013-11-28	2013도11449	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역7년
383	대법원	2013-11-28	2013도11590	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역5년
384	대법원	2013-11-28	2013도11606	강간(아청법)	징역12년
385	대법원	2013-11-28	2013도11896	특수강도강간등(성특법)	징역10년
386	대법원	2013-11-28	2013도12151	강간미수범(아청법)	징역4년
387	대법원	2013-11-28	2013도12162	강간상해미수(형법)	징역3년
388	대법원	2013-11-28	2013도12237	특수강도강간등(성특법)	징역15년
389	대법원	2013-11-28	2013도7358	강간(아청법)	무죄
390	대법원	2013-11-28	2013도9995	강간(아청법)	징역3년6월
391	대법원	2013-12-12	2013도11235	친족관계에의한강간(성특법)	징역6년
392	대법원	2013-12-12	2013도11447	강간(아청법)	징역3년6월
393	대법원	2013-12-12	2013도11753	위계·위력에 의한간음(아청법)	징역2년6월
394	대법원	2013-12-12	2013도12417	친족관계에의한준강간(성특법)	징역12년
395	대법원	2013-12-12	2013도12676	강간상해미수(형법)	징역3년
396	대법원	2013-12-12	2013도12679	특수강도강간등미수범(성특법)	징역2년6월
397	대법원	2013-12-12	2013도8819	강간(형법)	징역1년6월, 집행유예2년
398	대법원	2013-12-26	2013도12150	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역4년
399	대법원	2013-12-26	2013도12229	강간(아청법)	징역2년6월
400	대법원	2013-12-26	2013도12421	강간(아청법)	징역3년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
401	대법원	2013-12-26	2013도12631	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역2년
402	대법원	2013-12-26	2013도12915	강간상해미수(형법)	징역2년6월
403	대법원	2013-12-26	2013도12917	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역2년
404	대법원	2013-12-26	2013도12923	강간등상해·치상(성특법)	징역5년
405	대법원	2013-12-26	2013도12964	친족관계에의한준강간미수 범(성특법)	징역5년
406	대법원	2013-12-26	2013도13088	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역5년
407	대법원	2013-12-26	2013도13097	친족관계에의한강간 (성특법)	징역10년
408	대법원	2013-12-26	2013도13223	특수강도강간등(성특법)	징역3년6월
409	대법원	2013-12-26	2013도13296	장애인에대한강간 (성특법)	징역7년
410	대법원	2014-01-16	2013도11815	위계·위력에의한간음 (아청법)	파기환송
411	대법원	2014-01-16	2013도13617	미성년자의제강간(형법)	징역3년
412	대법원	2014-01-16	2013도13628	특수준강간(성특법)	징역3년6월
413	대법원	2014-01-16	2013도13645	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역6월, 집행유예1년
414	대법원	2014-01-16	2013도13717	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역11년
415	대법원	2014-01-16	2013도13719	강간(아청법)	징역4년
416	대법원	2014-01-16	2013도13950	준강간미수범(아청법)	징역1년6월
417	대법원	2014-01-16	2013도14059	특수강도강간등(성특법)	징역9년
418	대법원	2014-01-23	2013도11657	친족관계에의한준강간 (성특법)	무죄
419	대법원	2014-01-23	2013도12972	강간(형법)	징역3년
420	대법원	2014-01-23	2013도13450	강간(아청법)	징역3년
421	대법원	2014-01-23	2013도13828	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역10년
422	대법원	2014-01-23	2013도13840	친족관계에의한준강간미수 범(성특법)	징역2년6월

338 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
423	대법원	2014-01-23	2013도13936	준강간(아청법)	징역8년
424	대법원	2014-01-23	2013도14663	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역5년
425	대법원	2014-01-23	2013도14739	친족관계에의한강간 (성특법)	징역10년
426	대법원	2014-01-23	2013도15069	장애인에대한위계·위에의 한간음(성특법)	징역5년
427	대법원	2014-01-29	2013도12407	강간(형법)	징역2년
428	대법원	2014-01-29	2013도12422	위계·위력에의한간음 미수범(아청법)	무죄
429	대법원	2014-01-29	2013도14053	강간(형법)	징역2년6월
430	대법원	2014-01-29	2013도14160	강간(아청법)	징역3년
431	대법원	2014-01-29	2013도14412	특수강도강간등미수범 (성특법)	징역12년
432	대법원	2014-01-29	2013도14456	장애인에대한강간 (성특법)	징역4년
433	대법원	2014-01-29	2013도14461	13세미만의미성년자에 대한강간(성특법)	징역13년
434	대법원	2014-01-29	2013도14662	친족관계에의한강간 (성특법)	징역7년
435	대법원	2014-01-29	2013도14738	강간치사미수(형법)	징역8년
436	대법원	2014-01-29	2013도14897	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역3년6월
437	대법원	2014-01-29	2013도15159	강간등상해·치상미수범 (성특법)	징역5년
438	대법원	2014-01-29	2013도15200	준강간(아청법)	징역5년
439	대법원	2014-02-13	2013도13015	특수강간(성특법)	징역9년
440	대법원	2014-02-13	2013도13746	강간(형법)	징역3년6월
441	대법원	2014-02-13	2013도14349	특수강도강간등(성특법)	징역12년
442	대법원	2014-02-13	2013도14411	준강간(아청법)	징역12년
443	대법원	2014-02-13	2013도14556	특수강도강간등(성특법)	징역4년
444	대법원	2014-02-13	2013도14903	친족관계에의한강간 (성특법)	징역8년
445	대법원	2014-02-13	2013도15467	강간(아청법)	징역3년
446	대법원	2014-02-13	2013도15649	강간(아청법)	징역5년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명*(적용법명**)	선고형(3심)
447	대법원	2014-02-13	2013도15663	강간(아청법)	징역3년
448	대법원	2014-02-13	2013도15717	특수강도강간등(성특법)	징역7년
449	대법원	2014-02-13	2013도15726	강도강간(형법)	징역5년
450	대법원	2014-02-13	2013도15908	장애인에대한준강간 (성특법)	징역3년6월
451	대법원	2014-02-13	2013도9827	장애인에대한준강간 (성특법)	무죄
452	대법원	2014-02-21	2013도16230	특수강도강간등(성특법)	징역8년
453	대법원	2014-02-27	2013도12301	강간등살인·치사(성특법)	무기징역
454	대법원	2014-02-27	2013도14718	특수강도강간등(성특법)	징역14년
455	대법원	2014-02-27	2013도14723	강간상해미수(형법)	징역3년
456	대법원	2014-02-27	2013도14940	특수강도강간등(성특법)	징역20년
457	대법원	2014-02-27	2013도15507	장애인에대한준강간 (성특법)	징역6년
458	대법원	2014-02-27	2013도15715	친족관계에의한강간 (성특법)	징역10년
459	대법원	2014-02-27	2013도15899	강간상해(형법)	징역4년
460	대법원	2014-02-27	2013도15919	13세미만의미성년자에 대한준강간(성특법)	징역7년
461	대법원	2014-02-27	2013도15954	특수강간미수범(성특법)	징역12년
462	대법원	2014-02-27	2013도16187	강간상해미수(형법)	징역3년
463	대법원	2014-02-27	2013도16332	강간(아청법)	징역7년
464	대법원	2014-02-27	2013도16426	강간상해(형법)	징역15년
465	대법원	2014-02-27	2014도163	준강간(형법)	징역4년
466	대법원	2014-02-27	2014도186	강간상해(형법)	징역4년
467	대법원	2014-02-27	2014도294	준강간(아청법)	징역2년6월
468	대법원	2014-02-27	2014도448	강간(형법)	징역2년
469	대법원	2014-02-27	2014도457	특수강간미수범(성특법)	징역3년
470	대법원	2014-02-27	2014도584	강간(아청법)	징역4년
471	대법원	2014-02-27	2014도670	강간(형법)	징역1년

나. 강제추행 사건- 상고심: 총 234건

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
1	대법원	2000-01-18	99도4589	강제추행상해·치상(성특법)	징역1년6월
2	대법원	2000-03-10	2000도563	강제추행치상(형법)	징역10월
3	대법원	2000-03-10	99도5271	강제추행치상(형법)	파기환송
4	대법원	2000-03-24	99도610	강제추행치사(형법)	무죄
5	대법원	2000-05-30	2000도796	강제추행치상(형법)	징역2년6월
6	대법원	2000-06-23	2000도1863	특수강제추행(성특법)	징역1년6월
7	대법원	2000-06-27	2000도1335	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년6월
8	대법원	2000-06-27	2000도1857	강제추행상해·치상(성특법)	징역1년6월
9	대법원	2000-07-28	2000도2025	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년6월
10	대법원	2000-09-26	2000도1364	강제추행(형법)	징역8월
11	대법원	2000-09-29	2000도3370	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역5년
12	대법원	2000-09-29	2013도7370	준강제추행(아청법)	벌금300만원
13	대법원	2000-11-14	2000도2343	강제추행상해(형법)	징역1년6월, 집행유예3년
14	대법원	2000-11-24	2000도4599	강제추행상해·치상(성특법)	징역2년6월, 집행유예3년
15	대법원	2000-12-08	2000도4586	강제추행치상(형법)	징역1년
16	대법원	2000-12-12	2000도2470	강제추행치상(형법)	징역1년6월
17	대법원	2001-01-16	2000도5373	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역3년
18	대법원	2001-01-19	2000도5004	강제추행(형법)	징역3년
19	대법원	2001-01-19	2000도5224	강제추행치상(형법)	징역4년
20	대법원	2001-01-30	2000도5705	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년6월
21	대법원	2010-10-10	2000도2443	친족관계에의한 강제추행 (성특법)	무죄
22	대법원	2013-01-10	2012도13920	강제추행(형법)	무죄
23	대법원	2013-01-10	2012도13998	준강제추행(형법)	징역6월, 집행유예2년
24	대법원	2013-01-10	2012도14076	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년6월

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
25	대법원	2013-01-16	2011도7164	강제추행(아청법)	파기환송
26	대법원	2013-01-16	2012도13075	강제추행(형법)	징역1년, 집행유예2년
27	대법원	2013-01-16	2012도14215	특수강제추행(성특법)	징역3년
28	대법원	2013-01-16	2012도14236	준강제추행(아청법)	징역10월
29	대법원	2013-01-24	2012도13897	강제추행상해(형법)	징역2년6월
30	대법원	2013-01-24	2012도14381	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역2년6월
31	대법원	2013-01-24	2012도14821	강제추행(형법)	벌금300만원
32	대법원	2013-01-31	2012도14386	강제추행(아청법)	징역3년
33	대법원	2013-01-31	2012도14574	강제추행(아청법)	징역5년
34	대법원	2013-01-31	2012도15027	특수강제추행(성특법)	징역2년6월
35	대법원	2013-02-14	2012도11368	강제추행(아청법)	무죄
36	대법원	2013-02-14	2012도14441	강제추행(형법)	벌금300만원
37	대법원	2013-02-14	2012도15008	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	벌금300만원
38	대법원	2013-02-14	2012도15023	강제추행(아청법)	징역2년6월
39	대법원	2013-02-14	2012도15683	강제추행(형법)	벌금500만원
40	대법원	2013-02-15	2012도14329	강제추행(아청법)	벌금300만원
41	대법원	2013-02-15	2012도15380	강제추행(아청법)	벌금100만원
42	대법원	2013-02-15	2012도15902	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역3년
43	대법원	2013-02-15	2012도16140	강제추행(형법)	무죄
44	대법원	2013-02-28	2012도12061	강제추행(형법)	벌금400만원
45	대법원	2013-02-28	2012도16155	강제추행(형법)	벌금300만원
46	대법원	2013-02-28	2012도16224	강제추행(형법)	벌금500만원
47	대법원	2013-02-28	2012도16358	강제추행(형법)	벌금300만원
48	대법원	2013-02-28	2013도279	강제추행(형법)	징역2년
49	대법원	2013-02-28	2013도319	강제추행(형법)	징역10월
50	대법원	2013-03-14	2012도16319	강제추행(형법)	징역8월, 집행유예2년
51	대법원	2013-03-14	2013도267	강제추행치상(형법)	징역2년6월
52	대법원	2013-03-14	2013도813	강제추행치상(형법)	징역2년6월
53	대법원	2013-03-28	2013도1010	강제추행치상(형법)	무죄

342 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
54	대법원	2013-03-28	2013도1175	강제추행치상(형법)	벌금200만원
55	대법원	2013-03-28	2013도1273	강제추행(형법)	벌금70만원
56	대법원	2013-03-28	2013도1307	강제추행(아청법)	징역1년, 집행유예2년
57	대법원	2013-03-28	2013도1334	강제추행(형법)	징역8월
58	대법원	2013-03-28	2013도1405	강제추행(형법)	무죄
59	대법원	2013-03-28	2013도1418	강제추행(형법)	벌금200만원
60	대법원	2013-03-28	2013도741	강제추행(형법)	벌금300만원
61	대법원	2013-03-28	2013도879	강제추행(형법)	벌금200만원
62	대법원	2013-04-11	2013도1860	강제추행(형법)	벌금200만원
63	대법원	2013-04-11	2013도1889	강제추행(형법)	벌금200만원
64	대법원	2013-04-11	2013도2021	강제추행(아청법)	징역1년
65	대법원	2013-04-11	2013도2114	13세미만미성년자에 대한위계, 위력에의한 강제추행(성특법)	징역3년
66	대법원	2013-04-11	2013도920	강제추행(형법)	벌금100만원
67	대법원	2013-04-11	2013도958	강제추행(형법)	무죄
68	대법원	2013-04-25	2013도1884	장애인에대한 준강제추행(성특법)	무죄
69	대법원	2013-04-25	2013도3056	강제추행(형법)	징역6월
70	대법원	2013-04-26	2013도1113	강제추행(아청법)	벌금300만원
71	대법원	2013-04-26	2013도2024	특수준강제추행(성특법)	징역8월
72	대법원	2013-04-26	2013도2451	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	파기환송
73	대법원	2013-04-26	2013도2508	강제추행(아청법)	벌금20만원
74	대법원	2013-04-26	2013도2865	강제추행(형법)	징역1년6월
75	대법원	2013-04-26	2013도2969	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역4년
76	대법원	2013-04-26	2013도856	강제추행(형법)	벌금500만원
77	대법원	2013-05-09	2012도16210	강제추행(형법)	무죄
78	대법원	2013-05-09	2013도1274	강제추행(형법)	벌금400만원
79	대법원	2013-05-09	2013도1317	특수강제추행(성특법)	징역2년
80	대법원	2013-05-09	2013도2655	강제추행(형법)	벌금300만원

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
81	대법원	2013-05-09	2013도2868	강제추행(아청법)	징역10월
82	대법원	2013-05-09	2013도3304	준강제추행(아청법)	징역1년
83	대법원	2013-05-09	2013도3441	강제추행(형법)	벌금300만원
84	대법원	2013-05-09	2013도3442	강제추행(형법)	벌금300만원
85	대법원	2013-05-09	2013도3678	강제추행(아청법)	징역10월
86	대법원	2013-05-23	2011도9501	장애인에대한 준강제추행(성특법)	파기환송
87	대법원	2013-05-23	2012도15539	강제추행(형법)	선고유예
88	대법원	2013-05-23	2013도3491	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역5년
89	대법원	2013-05-23	2013도3578	강제추행(형법)	벌금300만원
90	대법원	2013-05-23	2013도3593	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년6월
91	대법원	2013-05-23	2013도364	장애인에대한 준강제추행(성특법)	징역1년6월, 집행유예3년
92	대법원	2013-05-23	2013도3670	13세미만미성년자에 대한준강제추행(성특법)	징역3년
93	대법원	2013-05-24	2013도3584	강제추행(형법)	징역6월
94	대법원	2013-05-24	2013도3607	강제추행미수(형법)	징역1년
95	대법원	2013-06-13	2012도13856	강제추행(형법)	벌금200만원
96	대법원	2013-06-13	2013도3490	강제추행(아청법)	징역6년
97	대법원	2013-06-13	2013도3893	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역3년, 집행유예5년
98	대법원	2013-06-13	2013도3944	준강제추행(아청법)	징역1년
99	대법원	2013-06-13	2013도4372	강제추행(형법)	징역8월
100	대법원	2013-06-27	2013도4184	강제추행(형법)	징역6월
101	대법원	2013-06-27	2013도4292	강제추행(형법)	벌금300만원
102	대법원	2013-06-27	2013도4323	강제추행(형법)	무죄
103	대법원	2013-06-27	2013도4416	강제추행(아청법)	징역1년, 집행유예2년
104	대법원	2013-06-27	2013도4556	강제추행치상(형법)	징역2년6월, 집행유예3년
105	대법원	2013-06-27	2013도4742	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역6년
106	대법원	2013-06-27	2013도4833	강제추행(형법)	징역8월, 집행유예3년

344 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
107	대법원	2013-06-27	2013도5228	강제추행(아청법)	벌금700만원
108	대법원	2013-06-28	2013도4545	강제추행상해(형법)	징역3년
109	대법원	2013-06-28	2013도4684	강제추행(형법)	징역2년
110	대법원	2013-06-28	2013도5026	특수강제추행(성특법)	징역5년
111	대법원	2013-07-11	2013도1006	강제추행(아청법)	벌금100만원
112	대법원	2013-07-11	2013도4872	강제추행(형법)	징역3년
113	대법원	2013-07-11	2013도5225	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역1년6월
114	대법원	2013-07-11	2013도5355	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역1년6월
115	대법원	2013-07-11	2013도5506	강제추행(형법)	벌금100만원
116	대법원	2013-07-11	2013도5559	특수강도등의강제추행, 준강제추행미수범(성특법)	징역1년
117	대법원	2013-07-11	2013도5573	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역3년
118	대법원	2013-07-11	2013도6083	강제추행(아청법)	징역3년
119	대법원	2013-07-12	2013도4321	강제추행(형법)	벌금150만원
120	대법원	2013-07-12	2013도5217	위계·위력에 의한추행 (아청법)	징역2년
121	대법원	2013-07-12	2013도5570	강제추행(아청법)	징역1년
122	대법원	2013-07-12	2013도5756	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역7년
123	대법원	2013-07-12	2013도5762	강제추행치상(형법)	징역2년6월
124	대법원	2013-07-25	2013도5278	강제추행(형법)	벌금100만원
125	대법원	2013-07-25	2013도5850	준강제추행(형법)	벌금200만원
126	대법원	2013-07-25	2013도5906	강제추행(형법)	벌금150만원
127	대법원	2013-07-25	2013도6251	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년6월
128	대법원	2013-07-25	2013도6409	장애인에대한 준강제추행(성특법)	징역1년6월
129	대법원	2013-07-25	2013도6606	강제추행(형법)	징역1년6월
130	대법원	2013-07-26	2013도6391	특수강제추행(성특법)	징역4년
131	대법원	2013-08-14	2013도2383	강제추행(형법)	벌금500만원

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
132	대법원	2013-08-14	2013도3963	특수강도등의강제추행, 준강제추행미수범 (성특법)	징역6월
133	대법원	2013-08-14	2013도5333	강제추행(형법)	징역6월, 집행유예1년
134	대법원	2013-08-14	2013도6723	강제추행(형법)	무죄
135	대법원	2013-08-14	2013도7139	강제추행(아청법)	징역1년6월
136	대법원	2013-08-14	2013도7215	강제추행(형법)	벌금500만원
137	대법원	2013-08-22	2013도6984	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역5년
138	대법원	2013-08-22	2013도7543	강제추행(아청법)	징역1년
139	대법원	2013-08-22	2013도7989	강제추행(형법)	징역3년
140	대법원	2013-08-23	2013도5523	강제추행(형법)	무죄
141	대법원	2013-08-23	2013도6661	강제추행(아청법)	징역1년
142	대법원	2013-09-12	2013도7177	강제추행(형법)	벌금600만원
143	대법원	2013-09-12	2013도7350	강제추행(형법)	벌금500만원
144	대법원	2013-09-12	2013도7561	강제추행(형법)	징역4년
145	대법원	2013-09-12	2013도7750	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역5년
146	대법원	2013-09-12	2013도7944	강제추행(형법)	벌금300만원
147	대법원	2013-09-12	2013도8078	강제추행(형법)	징역6월
148	대법원	2013-09-12	2013도8307	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역2년6월
149	대법원	2013-09-12	2013도8355	강제추행(형법)	징역1년
150	대법원	2013-09-12	2013도8459	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역6년
151	대법원	2013-09-13	2013도5503	강제추행치상(형법)	징역2년6월, 집행유예3년
152	대법원	2013-09-13	2013도7757	강제추행(형법)	벌금300만원
153	대법원	2013-09-26	2013도6648	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역3년, 집행유예4년
154	대법원	2013-09-26	2013도8180	강제추행(형법)	벌금500만원
155	대법원	2013-09-26	2013도8645	강제추행(형법)	징역1년6월
156	대법원	2013-09-26	2013도8733	장애인에대한 준강제추행(성특법)	징역1년6월
157	대법원	2013-09-26	2013도8809	강제추행치상(형법)	징역2년6월, 집행유예4년

346 ●●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
158	대법원	2013-09-26	2013도9312	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역5년, 벌금200만원
159	대법원	2013-09-26	2013도9531	강제추행(형법)	벌금400만원
160	대법원	2013-09-27	2013도8705	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	무죄
161	대법원	2013-09-27	2013도8814	특수강제추행(성특법)	징역1년6월
162	대법원	2013-09-27	2013도8850	강제추행(형법)	무죄
163	대법원	2013-09-27	2013도8861	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역2년
164	대법원	2013-09-27	2013도8903	강제추행(형법)	벌금300만원
165	대법원	2013-09-27	2013도8979	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역5년
166	대법원	2013-09-27	2013도9031	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년6월
167	대법원	2013-09-27	2013도9070	강제추행(아청법)	징역1년6월, 집행유예3년
168	대법원	2013-10-11	2013도9687	특수강제추행(성특법)	징역3년6월
169	대법원	2013-10-11	2013도9983	강제추행(형법)	징역6월
170	대법원	2013-10-17	2000도2436	강제추행상해·치상(성특법)	징역2년6월
171	대법원	2013-10-24	2013도10060	강제추행(형법)	벌금70만원
172	대법원	2013-10-24	2013도10095	강제추행(형법)	벌금500만원
173	대법원	2013-10-24	2013도10199	강제추행(형법)	징역10월
174	대법원	2013-10-24	2013도10287	강제추행상해(형법)	징역5년
175	대법원	2013-10-24	2013도10829	강제추행(형법)	징역6월
176	대법원	2013-10-24	2013도6659	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역1년6월, 집행유예3년
177	대법원	2013-10-24	2013도7426	강제추행(형법)	무죄
178	대법원	2013-10-24	2013도9664	강제추행치상(형법)	징역2년6월, 집행유예3년
179	대법원	2013-10-24	2013도9937	강제추행치상(형법)	징역2년6월, 집행유예3년
180	대법원	2013-10-31	2013도10421	강제추행(형법)	무죄
181	대법원	2013-10-31	2013도9561	강제추행(형법)	벌금700만원
182	대법원	2013-10-31	2013도9960	강제추행(형법)	징역1년
183	대법원	2013-11-14	2013도10615	장애인에대한위계, 위력에 의한강제추행(성특법)	징역2년

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
184	대법원	2013-11-14	2013도10633	강제추행(형법)	벌금150만원
185	대법원	2013-11-14	2013도10858	강제추행(형법)	징역2년6월
186	대법원	2013-11-14	2013도11062	강제추행(형법)	벌금400만원
187	대법원	2013-11-14	2013도7226	강제추행(형법)	무죄
188	대법원	2013-11-14	2013도7261	강제추행(형법)	벌금500만원
189	대법원	2013-11-14	2013도7269	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	무죄
190	대법원	2013-11-14	2013도9069	위계·위력에의한추행 (아청법)	벌금500만원
191	대법원	2013-11-28	2013도10373	강제추행(아청법)	벌금700만원
192	대법원	2013-11-28	2013도11448	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역1년6월
193	대법원	2013-11-28	2013도11600	강제추행(아청법)	무죄
194	대법원	2013-11-28	2013도11677	강제추행(형법)	벌금200만원
195	대법원	2013-11-28	2013도11908	강제추행(형법)	벌금200만원
196	대법원	2013-11-28	2013도12071	강제추행(형법)	벌금100만원
197	대법원	2013-11-28	2013도12164	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년
198	대법원	2013-11-28	2013도12799	강제추행(형법)	징역6월
199	대법원	2013-11-28	2013도8582	강제추행(형법)	무죄
200	대법원	2013-12-12	2013도12628	강제추행(아청법)	징역1년6월
201	대법원	2013-12-12	2013도12901	준강제추행(아청법)	징역4년
202	대법원	2013-12-12	2013도6223	강제추행(형법)	징역6월, 집행유예1년
203	대법원	2013-12-12	2013도8901	강제추행(형법)	징역8월, 집행유예2년
204	대법원	2013-12-26	2011도9898	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	무죄
205	대법원	2013-12-26	2013도12153	13세미만미성년자에 대한강제추행(성특법)	무죄
206	대법원	2013-12-26	2013도12332	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역2년6월, 집행유예3년
207	대법원	2013-12-26	2013도12623	강제추행(아청법)	징역1년
208	대법원	2013-12-26	2013도13094	13세미만미성년자에 대한위계, 위력에의한 강제추행(성특법)	징역8월

348 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	처분죄명(3심)	선고형(3심)
209	대법원	2013-12-26	2013도13555	강제추행(형법)	선고유예
210	대법원	2014-01-16	2013도13964	강제추행(형법)	벌금150만원
211	대법원	2014-01-16	2013도14055	특수강도등의강제추행, 준강제추행(성특법)	징역7년
212	대법원	2014-01-23	2013도13560	강제추행(아청법)	징역6월
213	대법원	2014-01-23	2013도13674	강제추행(형법)	무죄
214	대법원	2014-01-29	2013도14480	공중밀집장소에서의 추행 (성특법)	징역2년
215	대법원	2014-01-29	2013도14819	강제추행(형법)	벌금100만원
216	대법원	2014-01-29	2013도15339	13세미만의미성년자에 대한강제추행(성특법)	징역2년6월
217	대법원	2014-02-13	2011도6907	장애인에대한 준강제추행(성특법)	파기환송
218	대법원	2014-02-13	2013도12324	강제추행(형법)	벌금500만원
219	대법원	2014-02-13	2013도14393	강제추행(형법)	벌금300만원
220	대법원	2014-02-13	2013도15140	강제추행(형법)	징역6월, 집행유예2년
221	대법원	2014-02-13	2013도15191	강제추행(형법)	벌금800만원
222	대법원	2014-02-13	2013도15498	강제추행(아청법)	징역2년
223	대법원	2014-02-13	2013도15705	13세미만의미성년자에 대한준강제추행(성특법)	징역3년
224	대법원	2014-02-13	2013도15722	강제추행상해·치상(성특법)	징역6년
225	대법원	2014-02-13	2013도15723	강제추행(아청법)	징역1년
226	대법원	2014-02-21	2013도16261	강제추행상해·치상(성특법)	징역6년
227	대법원	2014-02-27	2013도10537	강제추행(형법)	징역8월, 집행유예2년
228	대법원	2014-02-27	2013도13180	친족관계에의한 강제추행 (성특법)	징역3년6월
229	대법원	2014-02-27	2013도14098	강제추행(형법)	무죄
230	대법원	2014-02-27	2013도15764	강제추행(형법)	벌금300만원
231	대법원	2014-02-27	2013도15770	강제추행(형법)	벌금300만원
232	대법원	2014-02-27	2013도16178	강제추행상해(형법)	징역3년, 집행유예5년
233	대법원	2014-02-27	2013도16197	특수강도등의강제추행, 준강제추행미수범(성특법)	징역1년6월
234	대법원	2014-02-27	2013도16399	강제추행(형법)	벌금300만원

2. 가정폭력 형사재판사건 관련 분석대상 판결문

가. 상해 사건

1) 항고심: 총 127건

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
1	대법원	2012-12-26	2011도9117	남편	징역1년6월, 집행유예2년
2	대법원	2012-12-13	2012도12401	남편	징역2년6월
3	대법원	2006-03-09	2005도9942	남편	징역4월
4	대법원	2013-10-17	2013도8987	남편	벌금100만원
5	광주고법	2009-07-16	2009노33	아내	징역4년
6	광주지법	2010-05-07	2009노2656	남편	징역2년, 집행유예4년, 가정폭력치료강의40시간
7	광주지법	2005-06-01	2005노609	동거남	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰
8	광주지법	2007-09-13	2007노1414	남편	가정보호송치
9	대구지법	2011-06-14	2011노31	남편	징역1년6월, 집행유예2년
10	대구지법	2010-07-02	2009노4320	남편	무죄
11	대구지법	2009-07-22	2009노1583	남편	벌금500만원
12	대구지법	2003-09-19	2003노2086	남편	징역8월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
13	대구지법	2013-12-13	2013노1334	남편	징역2년, 집행유예3년
14	대구지법	2008-04-17	2008노60	남편	벌금25만원
15	대전고법	2008-08-06	2008노243	전남편	징역3년
16	대전지법	2013-11-14	2013노1542	남편	징역1년6월, 집행유예2년
17	대전지법	2013-11-13	2013노1675	남편	징역1년6월
18	대전지법	2013-09-04	2013노1284	남편	징역1년2월
19	대전지법	2013-04-17	2012노1560	남편	벌금150만원
20	대전지법	2012-12-05	2012노1889	남편	징역2년, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의20시간
21	대전지법	2007-11-01	2007노855	동거남	징역6월, 집행유예2년, 사회봉사160시간
22	대전지법	2007-07-26	2007노1240	남편	징역1년6월

350 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
23	대전지법	2005-07-15	2005노1212	남편	징역10월
24	대전지법	2013-03-28	2012노2340	남편	징역3년
25	대전지법	2012-10-11	2012노1162	남편	벌금500만원
26	대전지법	2009-12-02	2008노3133	동거남	징역3년6월
27	대전지법	2014-02-19	2013노1200	동거남	벌금70만원
28	대전지법	2014-04-16	2013노1620	전남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰
29	대전지법	2012-06-28	2011노2365	남편	벌금100만원
30	대전지법	2008-11-06	2008노2380	남편	징역10월
31	부산고법	2014-02-12	2013노579	남편	징역8년
32	부산고법	2010-07-01	2010노94	남편	가정보호송치
33	부산지법	2013-07-25	2013노1449	남편	징역1년6월, 집행유예2년
34	부산지법	2013-05-16	2013노596	남편	징역1년6월, 집행유예3년
35	부산지법	2012-10-11	2012노2617	전남편	징역1년6월
36	부산지법	2012-06-28	2012노1484	남편	벌금100만원
37	부산지법	2008-02-01	2007노4336	동거남	징역1년6월
38	부산지법	2007-11-15	2007노318	남편	징역6월, 집행유예2년, 사회봉사80시간
39	부산지법	2006-01-26	2005노3764	내연남	징역4월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
40	부산지법	2013-03-15	2012노3202	남편	징역1년6월, 집행유예2년
41	부산지법	2010-12-31	2010노3913	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의80시간
42	부산지법	2009-04-23	2008노4537	동거녀	징역1년6월
43	부산지법	2007-12-12	2007노3784	남편	벌금50만원
44	서울고법	2013-04-25	2013노615	남편	징역8년
45	서울고법	2013-01-10	2012노3374	전남편	징역1년6월, 집행유예3년, 알콜치료강의40시간, 사회봉사160시간
46	서울고법	2012-01-20	2011노2870	남편	징역1년, 집행유예2년
47	서울고법	2006-07-13	2006노250	남편	징역2년6월, 집행유예2년6월
48	서울고법	2009-01-29	2008노2761	아내	징역3년
49	서울남부지법	2013-03-28	2012노1932	남편	벌금100만원

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
50	서울남부지법	2013-02-12	2012노1922	남편	징역4월, 집행유예1년, 사회봉사80시간
51	서울남부지법	2013-01-18	2012노1762	남편	벌금200만원
52	서울남부지법	2009-06-19	2008노1865 2009노608	남편	징역1년8월, 집행유예2년, 사회봉사120시간
53	서울남부지법	2012-05-10	2012노133	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰2년
54	서울동부지법	2011-06-30	2011노88	남편	벌금200만원
55	서울동부지법	2010-10-29	2010노852	남편	징역2년, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사240시간
56	서울동부지법	2005-09-22	2005노791	남편	징역4년
57	서울동부지법	2009-08-07	2009노934	동거남	징역6월, 집행유예2년, 사회봉사80시간
58	서울북부지법	2013-11-22	2013노1160	전남편	징역8월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의80시간
59	서울북부지법	2011-04-05	2011노276	남편	징역6월
60	서울북부지법	2009-10-05	2009노750	남편	벌금200만원
61	서울북부지법	2008-11-06	2008노1499	남편	벌금1000만원
62	서울북부지법	2008-07-17	2008노850	전남편	징역2년
63	서울북부지법	2007-06-22	2006노985	남편	벌금70만원
64	서울서부지법	2010-07-06	2010노494	남편	벌금70만원
65	서울서부지법	2014-03-27	2014노82	남편	징역1년6월
66	서울서부지법	2013-12-24	2013노830	남편	징역1년6월, 집행유예3년
67	서울중앙법원	2013-11-28	2013노3190	남편	징역8월, 집행유예2년
68	서울중앙지법	2013-04-12	2013노609	남편	벌금50만원
69	서울중앙지법	2013-03-27	2012노3952	남편	징역1년, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
70	서울중앙지법	2008-12-05	2008노4435	남편	징역10월
71	서울중앙지법	2007-06-13	2007노168	남편	가정보호송치
72	수원지법	2014-02-13	2013노4156	남편	벌금70만원
73	수원지법	2012-12-21	2012노3693	남편	벌금100만원
74	수원지법	2011-09-28	2011노3507	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 사회봉사360시간

352 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
75	수원지법	2011-01-06	2010노5408	남편	징역1년6월
76	수원지법	2007-08-21	2007노2308	남편	징역6월, 집행유예2년
77	수원지법	2007-05-31	2007노885	남편	무죄
78	수원지법	2012-11-15	2012노4001	남편	벌금400만원
79	수원지법	2012-12-13	2012노3574	전남편	징역1년6월
80	수원지법	2009-11-03	2009노4843	남편	벌금200만원
81	수원지법	2014-04-17	2014노1056	남편	징역3년
82	수원지법	2013-07-18	2012노2679	남편	벌금70만원
83	수원지법	2012-11-15	2012노3938	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
84	수원지법	2012-10-17	2012노3367	전남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간
85	수원지법	2011-06-23	2011노1313	남편	벌금200만원
86	수원지법	2011-06-16	2011노1741	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
87	수원지법	2011-06-09	2011노1856	남편	벌금100만원
88	수원지법	2007-12-04	2007노4106	남편	징역1년, 집행유예3년
89	울산지법	2004-02-06	2003노981	남편	징역1년3월
90	울산지법	2006-12-22	2006노722	동거남	벌금300만원
91	의정부지법	2013-05-03	2012노2561	남편	벌금70만원
92	의정부지법	2011-07-01	2011노4	동거남	무죄
93	의정부지법	2011-03-31	2010노2565	남편	징역3년, 집행유예4년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사320시간
94	의정부지법	2010-05-14	2010노103	남편	징역10월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
95	의정부지법	2008-08-28	2008노953	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
96	의정부지법	2007-09-06	2007노788	남편	징역8월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
97	인천지법	2012-09-28	2012노2208	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사160시간
98	인천지법	2009-05-15	2009노561	남편	징역8월, 집행유예2년
99	인천지법	2006-05-25	2006노624	남편	징역2년
100	인천지법	2011-08-05	2011노1511	남편	벌금300만원
101	인천지법	2010-12-24	2010노3207	남편	벌금700만원
102	인천지법	2010-06-11	2010노989	전남편	징역8월, 집행유예2년
103	인천지법	2009-02-17	2008노1945	남편	벌금100만원
104	전주지법	2012-09-12	2012노599	동거남	징역2년, 벌금600만원, 집행유예4년, 가정폭력치료강의 40시간, 사회봉사120시간
105	전주지법	2011-07-15	2011노336	남편	징역6월, 집행유예2년, 사회봉사80시간
106	전주지법	2008-10-31	2008노981	남편	징역4월, 집행유예1년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사160시간
107	전주지법	2005-12-23	2005노1459	동거남	징역10월, 집행유예2년, 사회봉사120시간
108	전주지법	2014-01-29	2013노1255	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
109	전주지법	2011-11-25	2011노1254	남편	벌금100만원
110	전주지법	2008-01-25	2007노1217	남편	벌금200만원
111	제주지법	2010-08-12	2010노359	동거남	징역1년6월
112	제주지법	2009-02-05	2008노548	남편	벌금300만원
113	제주지법	2008-10-09	2008노355	남편	징역1년
114	창원지법	2013-11-07	2013노1612	남편	징역3년
115	창원지법	2013-03-21	2012노2192	남편	벌금400만원
116	창원지법	2009-11-19	2009노1747	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
117	창원지법	2008-06-12	2007노2107	전남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰
118	창원지법	2006-08-23	2005노984	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰2년
119	창원지법	2010-11-05	2010노2019	남편	징역1년6월, 집행유예2년
120	창원지법	2009-04-23	2008노1347	남편추정	벌금100만원

354 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
121	창원지법	2008-09-11	2008노1070	남편	징역2년, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간
122	청주지법	2013-04-25	2013노7	남편	벌금300만원
123	청주지법	2013-04-04	2012노910	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사180시간
124	청주지법	2011-07-21	2011노450	남편	징역1년6월, 집행유예2년
125	청주지법	2009-01-08	2008노989	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사160시간
126	춘천지법 강릉지원	2012-11-20	2012노261	전남편	징역1년6월, 집행유예2년, 사회봉사160시간
127	춘천지법 강릉지원	2011-11-29	2011노306	동거남	징역6월, 집행유예1년

2) 1심: 총 372건

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
1	광주지법	2006-09-05	2006고단1362	남편	징역10월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간 +알콜치료강의40시간
2	광주지법	2014-04-11	2014고단88	남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의80시간
3	광주지법	2013-12-16	2013고단3991	남편	징역6월, 집행유예1년, 보호관찰
4	광주지법	2012-08-23	2012고정934	전남편	벌금50만원
5	광주지법	2011-11-16	2011고단5552	남편	가정보호송치
6	광주지법	2011-06-03	2011고정771	남편	가정보호송치
7	광주지법	2010-09-30	2010고합326	남편	징역3년6월
8	광주지법	2010-03-25	2009고단3740	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
9	광주지법	2010-02-11	2009고합480	남편	징역1년6월, 집행유예4년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
10	광주지법	2010-01-21	2009고정2107	남편	벌금200만원
11	광주지법	2009-12-02	2009고단3234	남편	가정보호송치
12	광주지법	2009-05-27	2009고단1048	남편	가정보호송치

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
13	광주지법	2009-05-29	2009고단1259	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
14	광주지법	2009-04-22	2008고단3722	남편	벌금300만원
15	광주지법	2009-01-06	2008고단2949	남편	가정보호송치
16	광주지법	2008-10-13	2008고단2711	남편	가정보호송치
17	광주지법	2008-08-28	2006고단2962	남편	가정보호송치
18	광주지법	2008-04-16	2008고단457	동거남	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
19	광주지법	2007-09-11	2007고단2346	전남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰
20	광주지법 목포지원	2014-01-17	2013고단1486	남편	징역6월
21	광주지법 목포지원	2013-09-23	2013고단1297	동거남	징역2년
22	광주지법 순천지원	2010-07-09	2010고단647	남편	가정보호송치
23	광주지법 순천지원	2006-05-17	2005고단1335	아내	가정보호송치
24	광주지법 순천지원	2013-12-18	2013고단2021	남편	징역1년6월, 집행유예2년
25	광주지법 순천지원	2013-10-18	2013고단1561	남편	징역3월, 집행유예1년
26	광주지법 순천지원	2012-11-22	2012고정782	남편	가정보호송치
27	광주지법 순천지원	2012-09-18	2012고정676	남편	가정보호송치
28	광주지법 순천지원	2012-04-05	2011고정1001	남편	가정보호송치
29	광주지법 순천지원	2011-02-18	2010고단2167	남편	가정보호송치
30	광주지법 순천지원	2010-02-10	2009고단2013	남편	징역1년6월, 집행유예2년
31	광주지법 순천지원	2010-01-28	2009고단1502	남편	징역4월, 집행유예1년
32	광주지법 순천지원	2007-10-23	2007고단1951	남편	가정보호송치

356 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
33	광주지법 순천지원	2007-10-16	2007고단1886	내연남	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
34	광주지법 순천지원	2007-06-05	2007고단443	남편	가정보호송치
35	광주지법 장흥지원	2007-10-10	2007고정69	남편	벌금70만원
36	광주지법 해남지원	2009-07-16	2009고단121	남편	징역1년6월
37	광주지법 해남지원	2009-02-05	2008고단324	애인	징역6월
38	대구지법	2008-12-10	2008고단3633	남편	벌금300만원
39	대구지법	2007-07-27	2007고합202	남편	징역3년6월
40	대구지법	2006-10-20	2006고단4079	남편	징역2년
41	대구지법	2013-04-12	2012고합1344	남편	징역2년6월, 집행유예4년, 보호관찰3년, 사회봉사160시간
42	대구지법	2012-10-19	2012고단4867	남자친구	징역1년
43	대구지법	2011-07-13	2011고정732	남편	벌금50만원
44	대구지법	2011-01-19	2010고정2592	남편	벌금70만원
45	대구지법	2010-09-16	2010고단3458	남편	벌금300만원
46	대구지법	2009-09-03	2009고단1870	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰
47	대구지법	2008-11-26	2008고단2125	남편	벌금200만원
48	대구지법	2008-06-13	2008고단1413	남편	징역2년
49	대구지법	2008-05-15	2008고단927, (병합)2008고단967	남편	징역3년
50	대구지법 경주지원	2008-12-24	2008고단374 2008고단394	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 사회봉사80시간
51	대구지법 경주지원	2008-09-02	2008고정291	남편	벌금80만원
52	대구지법 경주지원	2008-03-19	2007고단608	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
53	대구지법 경주지원	2008-08-27	2008고단3	동거남	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰1년, 가정폭력치료강의40시간
54	대구지법 김천지원	2013-12-12	2013고단1338	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
55	대구지법 김천지원	2013-06-13	2013고단475	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
56	대구지법 김천지원	2011-12-22	2011고단1035 2011초기344	남편	벌금500만원
57	대구지법 김천지원	2009-03-19	2008고단980, 2008고단1012, 2008고단142(병합)	남편	징역6월
58	대구지법 김천지원	2007-01-04	2006고단938	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
59	대구지법 김천지원	2014-05-01	2014고단113	남편	가정보호송치
60	대구지법 김천지원	2009-03-19	2008고단980	남편	징역6월
61	대구지법 상주지원	2013-04-16	2013고단17	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
62	대구지법 서부지원	2011-06-08	2010고단2144, 2217(병합)	남편	징역8월, 집행유예2년
63	대구지법 서부지원	2010-12-16	2010고단1634	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰
64	대구지법 서부지원	2010-03-17	2010고단47	남편	벌금100만원
65	대구지법 서부지원	2009-02-12	2008고단1374	남편	가정보호송치
66	대구지법 서부지원	2009-01-22	2008고단1735	남편	가정보호송치
67	대구지법 안동지원	2003-08-21	2003고단553	남편	징역8월, 집행유예1년
68	대구지법 영덕지원	2007-11-07	2007고단167	전남편	징역2년
69	대구지법 포항지원	2010-05-13	2010고단379	남편	가정보호송치
70	대전지법	2009-05-28	2009고정455	내연남	벌금300만원
71	대전지법	2013-12-05	2013고단443	남편	징역+집행유예+준수사항
72	대전지법	2012-11-28	2012고정2186	남편	벌금200만원
73	대전지법	2012-09-27	2012고정1375	동거남	벌금200만원

358 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
74	대전지법	2011-10-13	2011고단3267	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰2년, 사회봉사400시간
75	대전지법	2011-09-21	2011고단2324	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
76	대전지법	2011-08-11	2011고단2144	전남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰1년, 가정폭력치료강의40시간
77	대전지법	2010-10-15	2010고단2368 2010초기795	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰2년, 가정폭력치료강의40시간
78	대전지법	2010-07-02	2010고단1179	남자친구	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
79	대전지법	2010-04-30	2010고단344	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
80	대전지법	2010-12-30	2009고단3353	남편	가정보호송치
81	대전지법	2009-11-27	2009고단2996	남편	가정보호송치
82	대전지법	2009-11-25	2009고단2945	남편	가정보호송치
83	대전지법	2009-10-29	2009고단2764	전남편	가정보호송치
84	대전지법	2009-09-15	2009고단2245	아내	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
85	대전지법	2009-09-11	2009고단2143	남편	가정보호송치
86	대전지법	2009-06-04	2009고정434	남편	가정보호송치
87	대전지법	2009-05-29	2009고단1306	남편	가정보호송치
88	대전지법	2009-05-28	2009고정445	남편	가정보호송치
89	대전지법	2009-04-14	2008고단4912	남편	가정보호송치
90	대전지법	2009-04-09	2008고단4802	전남편	가정보호송치
91	대전지법	2009-04-08	2008고단4554	남편	가정보호송치
92	대전지법	2009-03-27	2008고단5662	남편	징역1년6월, 집행유예3년
93	대전지법	2009-03-27	2009고단346	남편	가정보호송치
94	대전지법	2008-03-12	2007고단3873	남편	가정보호송치
95	대전지법	2007-12-20	2007고단2058	전남편	징역6월, 집행유예3년, 보호관찰2년, 가정폭력치료강의40시간

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
96	대전지법	2007-05-02	2007고정468	남편	벌금50만원
97	대전지법	2007-03-08	2006고단3492	남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰1년, 가정폭력치료강의40시간
98	대전지법	2003-10-29	2003고단3888	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
99	대전지법 공주지원	2009-03-20	2008고단480	남편	징역4월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
100	대전지법 논산지원	2012-11-20	2012고단379 2012초기87	남편	징역8월, 집행유예2년, 사회봉사120시간
101	대전지법 논산지원	2008-08-29	2008고단402	남편	벌금700만원
102	대전지법 서부지원	2009-05-29	2009고단589	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
103	대전지법 서산지원	2006-10-19	2006고단538	남편	가정보호송치
104	대전지법 서산지원	2011-10-31	2013고단476	남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사80시간
105	대전지법 서산지원	2012-11-05	2012고단697	아내	가정보호송치
106	대전지법 서산지원	2007-08-17	2007고단432	남편	징역6월, 집행유예2년
107	대전지법 천안지원	2013-11-29	2013고단1381	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
108	대전지법 천안지원	2013-11-01	2013고단910	전남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
109	대전지법 천안지원	2013-05-16	2013고단331	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰1년
110	대전지법 천안지원	2008-01-18	2007고단1867	남편	벌금250만원
111	대전지법 천안지원	2007-05-01	2007고단608	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
112	대전지법 홍성지원	2010-12-29	2010고단639	아내	징역1년6월, 집행유예2년

360 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
113	대전지법 홍성지원	2006-12-28	2006고정391	남편추정	가정보호송치
114	대전지법 홍성지원	2014-01-07	2013고단845	남편	징역6월
115	대전지법 홍성지원	2013-10-29	2013고단771	전남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
116	대전지법 홍성지원	2013-09-24	2013고단600	남편	징역4월
117	대전지법 홍성지원	2011-06-23	2011고합22, 2011고합25	내연남	징역6년
118	대전지법 홍성지원	2010-12-01	2010고단530	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰1년
119	대전지법 홍성지원	2009-12-29	2009고단733	동거남	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 사회봉사160시간
120	대전지법 홍성지원	2007-09-18	2007고단458	아내	가정보호송치
121	부산지법	2002-04-30	2001고합253,272	남편	징역3년
122	부산지법	2008-04-21	2008고단1282	남편	징역1년6월
123	부산지법	2013-12-11	2013고단4368	전남편	징역6월, 집행유예2년, 사회봉사80시간
124	부산지법	2013-02-05	2012고단10661	동거남	징역1년, 집행유예3년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사120시간
125	부산지법	2012-07-03	2012고단1581	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사120시간
126	부산지법	2011-10-26	2011고정4457	남편	벌금300만원
127	부산지법	2010-01-26	2009고정8304	남편	선고유예
128	부산지법	2009-06-22	2009고단2185	남편	징역8월
129	부산지법	2007-08-14	2007고단2665	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
130	부산지법 동부지원	2008-09-19	2008고합126	남편	징역1년6월
131	부산지법 동부지원	2013-06-26	2013고단1466	내연남	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
132	부산지법 동부지원	2012-01-20	2011고합226	아내	징역2년, 집행유예3년

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
133	부산지법 동부지원	2011-03-22	2010고단1463	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰 1년, 가정폭력치료강의40시간
134	부산지법 동부지원	2010-11-08	2010고단1155	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
135	부산지법 동부지원	2010-07-08	2010고단609	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
136	부산지법 동부지원	2010-06-24	2010고단481	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰
137	부산지법 동부지원	2009-06-04	2009고정328	남편	벌금500만원
138	부산지법 동부지원	2009-04-16	2008고단1340	남편	징역8월, 집행유예2년
139	부산지법 동부지원	2009-01-06	2008고단1074	남편	징역7월
140	부산지법 동부지원	2007-07-26	2007고단607	남편	징역8월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
141	부산지법 동부지원	2007-07-12	2007고단526	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
142	서울남부지법	2012-01-12	2011고단3147 2011고정3899	남편	징역1년6월
143	서울남부지법	2006-08-04	2006고정205	남편	가정보호송치
144	서울남부지법	2010-03-22	2009고단4481	남편	징역6월, 집행유예2년, 사회봉사80시간
145	서울남부지법	2012-01-12	2011고단3147	남편	징역1년6월
146	서울동부지법	2012-12-13	2012고단2782	남편	징역4월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
147	서울동부지법	2012-10-25	2012고단2464	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
148	서울동부지법	2011-10-28	2011고합194	동거남	징역7년
149	서울동부지법	2009-05-14	2009고단437	남편	징역2년, 집행유예3년, 사회봉사120시간
150	서울동부지법	2008-03-28	2007고단3141	전남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
151	서울북부지법	2014-03-25	2013고단1401	남편	징역6월, 집행유예2년, 사회봉사40시간
152	서울북부지법	2012-05-03	2012고단91	남편추정	징역1년6월

362 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
153	서울북부지법	2010-06-11	2009고합393	아내	징역3년,집행유예4년
154	서울북부지법	2009-04-10	2009고단451	남편	징역6월
155	서울북부지법	2008-07-17	2008고단1336	남편	징역1년6월
156	서울북부지법	2008-05-02	2007고단3863	남편	징역1년6월
157	서울서부지법	2013-12-19	2013고단3053	전남편	징역9월, 집행유예1년
158	서울서부지법	2013-12-05	2013고합343	남편	징역2년, 집행유예4년, 보호관찰
159	서울서부지법	2013-09-13	2013고단1963	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
160	서울서부지법	2012-11-13	2012고단1845	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사40시간
161	서울서부지법	2012-11-01	2012고단898	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간
162	서울서부지법	2012-02-08	2011고단2562	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰1년, 가정폭력치료강의40시간
163	서울서부지법	2011-02-18	2010고단2224	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
164	서울서부지법	2010-12-22	2010고단2074	남편	징역10월, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
165	서울서부지법	2010-10-13	2010고단1732	남편	징역4월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
166	서울서부지법	2009-04-17	2008고단2802	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
167	서울서부지법	2007-08-13	2007고단1412	남편	징역1년6월
168	서울중앙지법	2013-04-25	2013고단1275	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰1년, 가정폭력치료강의40시간
169	서울중앙지법	2013-01-25	2012고단6022	남편	징역2년
170	서울중앙지법	2012-12-11	2012고정3673	남편	선고유예
171	서울중앙지법	2009-09-17	2009고단4848	남편	징역8월, 집행유예2년
172	수원지법	2007-06-01	2006고단3392	남편	징역4월, 집행유예2년
173	수원지법	2007-02-14	2006고정2313	남편	선고유예
174	수원지법	2006-08-25	2006고단2260	남편	가정보호송치
175	수원지법	2013-10-23	2013고단1209	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
176	수원지법	2013-06-12	2013고단321, 2013고단1138	남편	징역4월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
177	수원지법	2012-12-26	2012고정3450	남편	가정보호송치
178	수원지법	2012-11-28	2012고단4992	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
179	수원지법	2012-11-08	2012고단4284	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰
180	수원지법	2012-09-26	2012고단3974	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
181	수원지법	2012-07-13	2012고정212	남편	가정보호송치
182	수원지법	2012-04-30	2010고정1567	남편	가정보호송치
183	수원지법	2012-03-29	2011고정3508	전남편	가정보호송치
184	수원지법	2011-08-17	2011고정1134	남편	벌금300만원
185	수원지법	2011-04-13	2011고단596	남편	징역4월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
186	수원지법	2011-01-21	2010고정4653	남편	벌금200만원
187	수원지법	2010-12-22	2010고단4039	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
188	수원지법	2010-02-05	2009고단5637	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰
189	수원지법	2009-11-20	2009고단4067	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
190	수원지법	2009-06-18	2008고정4007	남편	벌금20만원
191	수원지법	2009-05-22	2009고단324	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
192	수원지법	2009-01-14	2008고단5917	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
193	수원지법	2008-10-15	2008고합523	남편	징역3년, 집행유예5년, 보호관찰 2년, 가정폭력치료강의40시간
194	수원지법	2008-06-25	2008고단1551	전남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
195	수원지법	2008-06-04	2008고단1086	남편	징역3년, 집행유예5년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
196	수원지법	2008-04-16	2008고단898	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사160시간
197	수원지법	2007-06-22	2007고단1049	남편	징역4월, 집행유예2년
198	수원지법 성남지원	2013-09-24	2013고정957	남편	가정보호송치
199	수원지법 성남지원	2013-07-08	2013고단1015	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰
200	수원지법 성남지원	2013-03-21	2013고단219	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
201	수원지법 성남지원	2011-03-18	2011고단197	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰1년, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
202	수원지법 성남지원	2010-10-28	2010고단1895	남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
203	수원지법 성남지원	2010-09-09	2010고단1142	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
204	수원지법 성남지원	2009-11-27	2009고단2042	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰1년, 가정폭력치료강의80시간
205	수원지법 성남지원	2009-11-27	2009고단1786	남편	가정보호송치
206	수원지법 성남지원	2007-02-07	2007고단77	남편	징역1년6월
207	수원지법 성남지원	2014-05-07	2014고단193	동거남	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰
208	수원지법 안산지원	2012-01-12	2011고단3370	남편	징역2년, 집행유예3년, 사회봉사240시간
209	수원지법 안산지원	2014-01-28	2013고단3178	남편	징역2년, 집행유예4년, 보호관찰2년, 사회봉사120시간
210	수원지법 안산지원	2013-10-31	2013고단2292	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 사회봉사80시간
211	수원지법 안산지원	2013-10-25	2013고단1644	남편	징역1년, 집행유예3년, 보호관찰
212	수원지법 안산지원	2013-10-11	2013고단2044	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
213	수원지법 안산지원	2013-09-05	2013고단1267	남편	징역3년, 집행유예5년, 보호관찰3년, 사회봉사480시간

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
214	수원지법 안산지원	2013-07-24	2013고단1320	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
215	수원지법 안산지원	2013-06-18	2013고정571	남편	벌금100만원
216	수원지법 안산지원	2012-12-06	2012고단2119	전남편	징역3년,집행유예5년,보호관찰2년, 사회봉사120시간
217	수원지법 안산지원	2012-07-12	2012고단116	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사320시간
218	수원지법 안산지원	2010-05-14	2010고단751	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호 관찰1년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사160시간
219	수원지법 안산지원	2010-02-05	2009고단3800	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
220	수원지법 안산지원	2008-12-19	2008고합303	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 사회봉사80시간
221	수원지법안산 지원	2007-10-18	2007고단2387	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
222	수원지법 안산지원	2006-10-13	2006고단1063	동거남	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰2년, 사회봉사160시간
223	수원지법 안양지원	2010-11-09	2010고단1400	남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사80시간
224	수원지법 안양지원	2012-03-19	2011고정1476	남편	가정보호송치
225	수원지법 여주지원	2012-10-12	2012고단652	교제남	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
226	수원지법 여주지원	2010-10-06	2010고단433	남편	징역2년, 집행유예4년, 보호관찰 2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사100시간
227	수원지법 여주지원	2010-09-14	2010고단625	남편	징역1년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사200시간
228	수원지법 여주지원	2008-11-13	2008고단307	남편	징역6월
229	수원지법 평택지원	2011-12-29	2011고단958	남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰
230	수원지법 평택지원	2010-11-05	2010고합82 2010고합88 2010전고4	남편	징역5년, 성폭력치료강의

366 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
231	수원지법 평택지원	2009-10-08	2009고단1195	남편	징역1년, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
232	수원지법 평택지원	2009-08-27	2009고단921	남편	징역1년, 집행유예1년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
233	수원지법 평택지원	2009-05-14	2009고단441	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
234	수원지법 평택지원	2009-03-25	2009고단40	남편	징역6월, 집행유예1년
235	수원지법 평택지원	2008-12-30	2008고단1905	동거남	징역8월, 집행유예1년, 보호관찰, 가정폭력치료강의24시간, 사회봉사80시간
236	수원지법 평택지원	2007-12-21	2007고단1358	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
237	수원지법 평택지원	2007-01-18	2006고단1037	남편	징역6월, 집행유예1년
238	울산지법	2006-01-18	2005고단2335	전남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰1년
239	울산지법	2006-09-26	2006고합145	동거남	징역6년
240	울산지법	2013-12-05	2013고단2550	남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰
241	울산지법	2013-05-31	2012고정1458	동거남	벌금200만원
242	울산지법	2013-04-12	2013고단487	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰, 사회봉사160시간
243	울산지법	2013-01-29	2012고단3886	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
244	울산지법	2012-05-24	2012고단1023	남편	가정보호송치
245	울산지법	2011-03-21	2011고정105	남편	벌금300만원
246	울산지법	2010-10-01	2010고단2095	동거남	징역10월
247	울산지법	2003-11-04	2003고단3061	남편	징역1년3월, 집행유예2년
248	의정부지법	2013-08-16	2013고단1536	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사120시간
249	의정부지법	2006-03-29	2005고단2749	남편	가정보호송치
250	의정부지법	2014-03-24	2013고단3654	남편	벌금700만원

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
251	의정부지법	2013-09-27	2013고단2170	남편	징역4월, 집행유예1년, 가정폭력치료강의40시간
252	의정부지법	2013-09-24	2013고단2260	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 사회봉사80시간
253	의정부지법	2013-09-13	2013고단2876	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
254	의정부지법	2013-03-21	2013고단325	남편	징역1년6월, 집행유예2년
255	의정부지법	2013-01-04	2012고단2879	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
256	의정부지법	2012-11-20	2012고단2729	남편	징역6월, 집행유예1년
257	의정부지법	2012-04-04	2011고단2882	남편	가정보호송치
258	의정부지법	2011-12-20	2011고단2896	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간
259	의정부지법	2010-12-07	2010고단3117	남편	징역10월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사120시간
260	의정부지법	2010-09-08	2010고단2143	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
261	의정부지법	2009-07-15	2009고단1305	남편	징역2년
262	의정부지법	2007-12-27	2007고단2184	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의30시간
263	의정부지법	2007-12-06	2007고단2194	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의30시간
264	의정부지법	2007-11-08	2007고단2167	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의30시간, 사회봉사120시간
265	의정부지법	2007-01-17	2006고단2807	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사160시간
266	의정부지법	2004-12-29	2004고단2799	동거남	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰1년
267	의정부지법 고양지원	2010-05-07	2010고단650	남편	징역1년6월
268	의정부지법 고양지원	2009-04-03	2008고단2421	전남편	징역8월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간

368 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
269	의정부지법 고양지원	2009-04-03	2008고단2607	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사80시간
270	의정부지법 고양지원	2008-07-09	2008고단847	남편	징역8월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의24시간, 알콜치료강의 24시간, 사회봉사80시간
271	의정부지법 고양지원	2008-02-01	2007고단1532	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의24시간, 사회봉사40시간
272	의정부지법 고양지원	2007-06-29	2007고합46	전남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
273	인천지법	2013-10-30	2013고단5211	남편	징역1년6월, 집행유예2년
274	인천지법	2008-05-28	2007고단5099	애인	징역6월
275	인천지법	2012-01-05	2011고단1246	남편추정	징역6월
276	인천지법	2011-12-14	2011고단6627	남편	징역3년
277	인천지법	2011-05-12	2011고단1218	남편	징역3년
278	인천지법	2010-12-28	2010고단4556	남편	가정보호송치
279	인천지법	2010-11-18	2010고단4551	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
280	인천지법	2010-06-22	2009고단6001	남편	징역6월, 집행유예1년
281	인천지법	2009-10-27	2009고단4339	남편	가정보호송치
282	인천지법	2009-07-08	2009고단914 2009고단1962	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사60시간
283	인천지법	2009-04-24	2008고단7204	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰6월, 가정폭력치료강의40시간
284	인천지법	2009-02-12	2008고단6861	남편	징역4월, 집행유예1년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
285	인천지법	2008-12-18	2008고단5708	전남편	가정보호송치
286	인천지법 부천지원	2013-02-15	2012고단1984	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰1년
287	인천지법 부천지원	2012-04-05	2012고단262	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰1년, 가정폭력치료강의40시간
288	인천지법 부천지원	2011-10-14	2011고단1525	남편	징역1년6월, 집행유예3년
289	인천지법 부천지원	2007-09-20	2007고단1124	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰1년, 사회봉사120시간
290	전주지법	2013-12-26	2013고단2303	남편	벌금200만원

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
291	전주지법	2008-12-30	2008고단1187 2008초기439	동거남	징역2년6월, 벌금30만원, 집행유예4년, 보호관찰, 사회봉사160시간
292	전주지법 군산지원	2013-11-07	2013고단1148	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
293	전주지법 군산지원	2012-07-06	2012고단1594	전남편	가정보호송치
294	전주지법 군산지원	2012-05-04	2012고단391	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사200시간
295	전주지법 군산지원	2007-12-20	2007고단990 2007고단1162	동거남	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
296	전주지법 군산지원	2007-08-20	2007고정246 2007고정247	남편	벌금170만원
297	전주지법 남원지원	2008-10-07	2008고단205	동거남추정	징역4월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사40시간
298	전주지법 정읍지원	2013-10-22	2013고단453	남편	징역4월, 집행유예1년
299	전주지법 정읍지원	2007-11-29	2007고단553	남편	벌금300만원
300	전주지법 정읍지원	2007-04-10	2007고단66	남편	가정보호송치
301	전주지법 정읍지원	2008-11-04	2008고단374	동거남	가정보호송치
302	전주지법 정읍지원	2008-11-04	2008고단365	전남편	가정보호송치
303	전주지법 정읍지원	2007-11-27	2007고단348	남편	가정보호송치
304	전주지법 정읍지원	2007-10-23	2007고단429 2007고단486	남편	가정보호송치
305	전주지법 정읍지원	2014-01-28	2013고단558	동거남	징역6월, 집행유예1년, 사회봉사80시간
306	전주지법 정읍지원	2007-10-23	2007고단429	남편	가정보호송치
307	제주지법	2008-07-11	2008고단631	남편	벌금500만원
308	창원지법	2014-01-10	2013고단3592	남편	징역4월, 집행유예1년, 가정폭력치료강의40시간

370 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
309	창원지법	2012-07-27	2012고단1314	남편	징역8월, 집행유예2년
310	창원지법	2011-03-17	2011고단65	남편	징역6월, 집행유예2년, 사회봉사80시간
311	창원지법	2010-03-25	2010고정450	교제녀	벌금300만원
312	창원지법	2009-11-12	2009고단2904	전남편	징역3년, 집행유예4년, 보호관찰3년, 가정폭력치료강의40시간
313	창원지법	2008-05-16	2008고단381	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
314	창원지법	2007-10-30	2007고단344	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의120시간
315	창원지법	2007-08-17	2007고단989	남편	징역1년6월, 집행유예2년
316	창원지법	2007-02-02	2006고단2302 2006고단3308	남편	징역1년, 집행유예2년, 가정폭력치료강의48시간
317	창원지법	2007-01-19	2006고단2459	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의48시간
318	창원지법 거창지원	2008-07-16	2008고단130	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의48시간
319	창원지법 마산지원	2012-10-18	2012고정516	남편	벌금200만원
320	창원지법 진주지원	2011-10-19	2011고단1259	아내	가정보호송치
321	창원지법 진주지원	2011-07-12	2010고단926	아내	가정보호송치
322	창원지법 진주지원	2009-11-19	2009고단1072	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
323	창원지법 진주지원	2008-05-13	2008고단259	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의48시간, 알콜치료강의24시간
324	창원지법 통영지원	2013-11-06	2013고단773	남편	징역1년6월
325	창원지법 통영지원	2010-07-16	2010고단474	남편	벌금700만원
326	창원지법 통영지원	2007-04-25	2007고단8	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의24시간
327	창원지법 통영지원	2007-03-28	2006고단852	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰
328	청주지법	2008-07-25	2008고단273	남편	선고유예

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
329	청주지법	2008-04-11	2008고단162	남편	징역1년6월, 집행유예2년
330	청주지법	2013-02-20	2012고단2635	동거남	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰1년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사45시간
331	청주지법	2012-03-29	2012고단406	전남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사180시간
332	청주지법	2011-11-23	2011고단2037	동거남	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사135시간
333	청주지법	2011-11-18	2011고단2318	동거남	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사135시간
334	청주지법	2008-12-04	2008고단1322	남편	징역+집행유예+준수사항
335	청주지법	2008-06-20	2008고단719	남편	징역10월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의24시간, 사회봉사120시간
336	청주지법	2008-05-23	2008고단645	동거남	징역1년6월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의24시간, 사회봉사160시간
337	청주지법	2007-04-04	2006고단956	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 사회봉사160시간
338	청주지법	2004-04-26	2004고단497	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
339	청주지법 제천지원	2013-08-29	2013고단612	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰
340	청주지법 제천지원	2010-11-09	2010고단427	전남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰2년, 가정폭력치료강의40시간
341	청주지법 제천지원	2009-08-13	2009고단249	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
342	청주지법 제천지원	2009-01-06	2008고단440	동거남	징역5월
343	청주지법 제천지원	2008-12-09	2008고단420	남편	징역10월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의24시간, 사회봉사80시간
344	청주지법 제천지원	2008-10-14	2008고단290	남편	징역+집행유예+준수사항
345	청주지법 제천지원	2008-06-12	2008고단116	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰2년, 가정폭력치료강의40시간

372 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
346	청주지법 제천지원	2007-08-28	2007고정62	남편	가정보호송치
347	청주지법 제천지원	2007-06-21	2007고단74	남편	가정보호송치
348	청주지법 충주지원	2008-09-10	2008고단399	남편	벌금200만원
349	청주지법 충주지원	2011-11-04	2011고단685	남편	징역6월, 집행유예1년, 사회봉사135시간
350	청주지법 충주지원	2009-09-17	2009고단593	남편	가정보호송치
351	청주지법 충주지원	2008-06-05	2008고단160	남편	징역2년, 집행유예4년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사200시간
352	춘천지법	2013-10-18	2013고합81	과거동거 남	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 사회봉사80시간
353	춘천지법	2008-04-18	2008고단121	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사160시간
354	춘천지법	2014-03-25	2013고단1153	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
355	춘천지법	2013-12-12	2013고단1058	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의80시간
356	춘천지법	2013-09-05	2013고단548	남편	징역6월
357	춘천지법	2010-09-02	2010고단300	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
358	춘천지법	2007-08-09	2007고단248	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
359	춘천지법	2007-06-07	2007고단159	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
360	춘천지법 강릉지원	2012-06-22	2011고단639	남편	벌금800만원
361	춘천지법 강릉지원	2009-05-07	2009고합3	남편	징역5년
362	춘천지법 강릉지원	2007-11-01	2007고단468	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰2년, 사회봉사120시간

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
363	춘천지법 강릉지원	2005-03-18	2004고단902	남편	징역1년6월
364	춘천지법 속초지원	2008-12-16	2008고단166 2008고단197	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰, 사회봉사80시간
365	춘천지법 속초지원	2007-04-19	2006고정156	남편	벌금150만원
366	춘천지법 영월지원	2014-03-14	2014고단12	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간, 사회봉사80시간
367	춘천지법 원주지원	2013-04-23	2013고단140	남편추정	징역1년6월
368	춘천지법 원주지원	2012-03-22	2012고합2	전남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사160시간
369	춘천지법 원주지원	2009-09-18	2009고단422	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사160시간
370	춘천지법 원주지원	2009-09-02	2009고단371	전남편	징역1년6월, 집행유예4년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
371	춘천지법 원주지원	2007-10-23	2007고단89	남편	징역4월, 집행유예1년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
372	춘천지법 원주지원	2007-05-29	2006고단861	남편	징역6월, 집행유예1년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간

나. 폭행사건

1) 항고심: 총 15건

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
1	대법원	2013-05-16	2012도14788 2012전도252	남편	징역3년6월, 피고인정보공개고지7년
2	대구고법	2010-06-24	2010노134	남편	징역2년6월, 집행유예4년
3	대구지법	2013-10-15	2013노1651	남편	벌금200만원
4	대전지법	2014-02-19	2013노2718	남편	징역10월
5	부산지법	2013-11-22	2013노2196	전남편	징역1년6월

374 ●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피고인	선고형
6	부산지법	2009-04-23	2008노4435	남편	선고유예
7	서울고법	2005-09-07	2005노1431	남편	징역2년, 집행유예3년
8	서울동부지법	2013-01-17	2012노1320	남편	징역8월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
9	서울동부지법	2012-05-04	2011노1801	남편	벌금20만원
10	서울동부지법	2009-12-04	2009노1237	아내	무죄
11	서울북부지법	2008-08-26	2008노1082	남편	징역1년
12	수원지법	2013-11-28	2013노3719	남편	징역8월
13	전주지법	2013-04-19	2012노1198	남편	징역2년
14	창원지법	2006-12-21	2006노1862	남편	징역6월
15	춘천지법	2011-08-31	2011노184	남편	벌금70만원

2) 1심: 총 68건

번호	법원명	선고일자	사건번호	피해자	선고형
1	광주지법	2008-04-30	2008고단416	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
2	광주지법	2004-07-02	2004고단1257	남편	징역1년6월, 집행유예2년
3	광주지법	2012-02-22	2011고단5488	남편	징역6월, 집행유예1년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
4	광주지법	2008-07-04	2007고단3902	남편	가정보호송치
5	광주지법	2004-04-01	2004고합35	남편	징역2년6월, 집행유예3년, 가정폭력치료강의40시간
6	광주지법 순천지원	2009-04-08	2009고단274	남편	징역1년, 집행유예2년
7	광주지법 순천지원	2009-04-09	2009고단188	남편	징역6월, 집행유예2년
8	광주지법 해남지원	2004-02-20	2003고단373	동거남	징역2년6월, 집행유예3년, 보호 관찰1년, 가정폭력치료강의40시간
9	대구지법 경주지원	2014-02-06	2013고단538	남편	벌금400만원
10	대구지법 김천지원	2013-11-01	2013고합106	남편	징역1년6월, 집행유예2년

번호	법원명	선고일자	사건번호	피해자	선고형
11	대구지법 서부지원	2013-11-12	2013고단966	남편	징역1년, 집행유예2년, 사회봉사120시간
12	대구지법 안동지원	2005-05-19	2005고단209	남편	징역1년, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
13	대구지법 포항지원	2011-01-06	2010고단991	남편	가정보호송치
14	대전지법	2005-06-30	2005고단1421	전남편	징역1년, 집행유예2년
15	대전지법	2010-04-09	2010고단447	동거남	가정보호송치
16	대전지법	2010-04-08	2010고단175	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 알콜치료강의40시간
17	대전지법	2009-07-15	2009고단1443	남편	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의80시간
18	대전지법 천안지원	2010-12-29	2010고단1044	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사80시간
19	대전지법 천안지원	2013-07-25	2013고단563	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호 관찰1년, 가정폭력치료강의40시간
20	부산지법	2012-04-17	2012고단423	남편추정	징역6월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사80시간
21	부산지법	2011-06-15	2011고단1578	남편	가정보호송치
22	부산지법 동부지원	2006-05-22	2006고정125	남편	벌금30만원
23	부산지법 동부지원	2010-05-11	2010고단4	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사200시간
24	부산지법 동부지원	2004-11-15	2004고단1473	남편	징역10월
25	서울남부지법	2009-12-10	2009고단4106	남편	징역8월
26	서울남부지법	2006-12-19	2006고정1828	남편	벌금50만원
27	서울동부지법	2012-10-18	2012고정2021	남편	벌금250만원
28	서울동부지법	2010-07-22	2010고정1440	전남편	벌금100만원
29	서울동부지법	2010-08-10	2010고단24	남편	징역8월, 집행유예2년
30	서울동부지법	2013-08-27	2013고합171	동거남	징역5년
31	서울북부지법	2012-07-13	2011고합255	남편	징역1년6월
32	서울북부지법	2012-08-16	2012고단1584	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간

376 ●●● 여성·가족 관련 판례에 대한 성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ)

번호	법원명	선고일자	사건번호	피해자	선고형
33	서울서부지법	2013-11-08	2013고합255	남편	징역1년6월, 집행유예4년, 보호관찰
34	서울서부지법	2012-06-14	2012고단699	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰 1년, 가정폭력치료강의40시간
35	서울서부지법	2005-06-17	2005고단525	남편	징역10월, 집행유예2년
36	수원지법	2013-09-06	2013고단939	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 보호관찰2년, 사회봉사120시간
37	수원지법	2010-06-09	2009고단4044	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
38	수원지법	2008-11-05	2008고합575	남편	징역1년6월, 집행유예3년, 가정 폭력치료강의40시간, 알콜치료 강의40시간, 사회봉사120시간
39	수원지법 성남지원	2009-11-26	2009고단1985	전남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰
40	수원지법 성남지원	2010-10-28	2010고단1574	전남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
41	수원지법 안산지원	2013-10-01	2013고단1925	남편	징역1년3월
42	수원지법 안산지원	2012-05-31	2011고정1750	남편	벌금30만원
43	수원지법 안산지원	2008-07-11	2008고단1328	남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사120시간
44	수원지법 안산지원	2012-04-12	2010고단1896 2010고단139	친밀남	징역10월, 집행유예2년, 사회봉사120시간
45	수원지법 안산지원	2012-02-21	2011고단3609	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
46	수원지법 안양지원	2012-05-24	2012고정359	남편 추정	벌금25만원
47	수원지법 여주지원	2007-11-22	2007고정123	아내	벌금50만원
48	수원지법 평택지원	2014-03-20	2013고정909	전남편	벌금70만원
49	울산지법	2013-12-12	2013고단3336	남편	징역6월, 집행유예2년
50	의정부지법	2013-11-06	2013고단2999	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간
51	의정부지법	2006-06-28	2005고단2021	남편	징역2년, 집행유예3년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사240시간

번호	법원명	선고일자	사건번호	피해자	선고형
52	의정부지법 고양지원	2009-08-13	2009고단1570	남편	징역2년, 집행유예4년, 보호관찰 2년, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사120시간
53	의정부지법 고양지원	2010-04-21	2010고단488	아내	징역6월, 집행유예1년, 사회봉사40시간
54	인천지법	2013-11-11	2013고단6754	전남편	징역3월, 집행유예1년
55	인천지법	2008-07-07	2008고단1423	남편	징역10월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
56	전주지법 남원지원	2009-01-20	2008고단150	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사80시간
57	전주지법 정읍지원	2014-01-07	2013고단522	남편	징역6월, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사160시간
58	전주지법 정읍지원	2011-05-12	2011고단122	남편	징역8월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사120시간
59	제주지법	2007-10-10	2007고단1416	전남편	징역6월
60	제주지법	2013-11-29	2013고단1453	남편	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간
61	청주지법	2011-12-21	2011고단1228	남편	징역10월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사135시간
62	청주지법	2004-10-12	2004고합158	남편	징역2년6월, 집행유예3년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
63	청주지법	2004-05-12	2004고단362	남편	징역10월, 집행유예2년, 가정폭력치료강의40시간
64	청주지법 영동지원	2013-06-13	2013고단70	남편	징역10월, 집행유예2년, 가정폭력 치료강의40시간, 사회봉사90시간
65	청주지법 충주지원	2012-02-28	2011고단922	전남편	징역1년, 집행유예2년, 보호관찰, 사회봉사135시간
66	청주지법 충주지원	2009-10-06	2009고단417	남편	징역8월, 집행유예2년, 보호관찰, 가정폭력치료강의40시간, 사회봉사80시간
67	춘천지법	2005-04-01	2004고단960	내연남	징역1년6월, 집행유예2년, 보호 관찰, 가정폭력치료강의32시간, 알콜치료강의40시간
68	춘천지법 영월지원	2006-07-07	2006고단149	남편	징역2년, 집행유예3년

Abstract

A Gender -Sensitive Analysis of Precedents related to Women and Family and Proposed Legislative Tasks ()

**- With a Focus on Precedents related to
Violence against Women**

Deuk -kyoung Yoon
Bok -soon Park
Eui -jeong Hwang
Cha -yeon Kim
Sun -young Jung

A gender-sensitive analysis of precedents related to violence against women is expected to resolve the male-centered social norms while addressing the power imbalance between men and women, thus setting a direction for a balanced life for men and women. It will also contribute to ensuring the human rights of women who make up the majority of violence victims as well as realize what is envisioned by Article 10 of Korea's Constitution "All citizens shall be assured of human worth and dignity."

With the progress in laws relating to women and family, a number of precedents dealing with violence against women have been accumulated. However, there has been no study analyzing those precedents in earnest in quantitative terms, let alone suggestions for improvement. In this study, a gender-sensitive approach will be used to analyze precedents concerning violence against women, particularly sexual violence and domestic violence, and propose several legislative tasks.

This study is about the history of laws related to violence against women, changes in the way these laws have been utilized, a gender-sensitive analysis of precedents concerning sexual violence and domestic violence, and suggestions for legislative tasks. Several methods were employed in the study, which include literature research, collection and analysis of precedents relating to sexual violence and domestic violence, workshops for each topic of precedents relating to violence against women, and expert meetings for advice.

For precedents for sexual violence, 705 cases of rape and forced indecent acts brought to courts of third instance between 2000 and 2013 have been analyzed. For precedents for domestic violence, 56 family protection cases focusing on violence, injuries and assaults by spouses, and 582 criminal cases were analyzed from a gender-sensitive perspective.

From the gender-sensitive perspective, legislative tasks proposed from sexual violence precedents include the establishment of disagreed adultery and improvement of sexual violence laws. Legislative tasks proposed from domestic violence precedents include a change in the legislation paradigm for laws covering special cases of domestic violence and actualization of punishment against domestic violence crimes. Other suggestions include raising the awareness of gender sensitivity and human rights sensitivity among law enforcers.

2014 연구보고서-18

**여성·가족 관련 판례에 대한
성인지적 분석 및 입법과제(Ⅲ) :
여성폭력 관련 판례를 중심으로**

2014년 12월 29일 인쇄

2014년 12월 31일 발행

발행인 : 이 명 선

발행처 : 한국여성정책연구원

서울특별시 은평구 진흥로 225

전화 / 02-3156-7000 (代)

인쇄처 : 도서출판 한 학 문 화

전화 / 02-313-7593 (代)

ISBN 978-89-8491-681-4 94330

<정가 15,000 원>