Korean Women's Development Institute ISSUE PAPER

KWDI 이슈페이퍼

2026 November

발간일 : 2026년 11월 25일 **발행처 :** 한국여성정책연구원

수행과제명

준강간의 현실과 법원 판단의 비판적 분석

과제책임자

김정혜 부연구위원

한국여성정책연구원

준강간 피해의 실제와 법 적용의 한계

알코올·약물 이용 성폭력 피해 지원 사례 및 판례 분석*

초록

- 이 연구는 알코올, 약물, 수면 등의 영향을 이용한 준강간 피해 지원 사례 및 판례 분석을 통해 수사·재판 과정에서 준강간 사건의 법적 판단이 준강간의 현실에 부합하지 않는 지점을 탐색하고 준강간죄를 비롯한 강간 유형 성폭력범죄 법체계의 한계를 분석하기 위하여 수행되었음.
- 분석 결과를 토대로 준강간 사건의 법 해석 및 적용, 수사 관행 및 기준의 개선을 위하여, ① 준강간죄의 '항거불능' 해석 확대, ② 강간과 준강간의 경계선 위의 성폭력에 대한 법적 개입을 위한 입법적 개선, ③ 성적 동의의 판단 기준 마련, ④ 성폭력 전형에 의존한 판단 지양, ⑤ 준강간 사건 수사 역량 강화, ⑥ 수사 및 피해자 지원에서 약물 이용 성폭력 대응 강화, ⑦ 알코올 등 약물 이용 성범죄의 적정한 처벌 확보, ⑧ 가해자 중심 절차로의 전환, ⑨ 피해자 변호사 지원 실효성 강화 등을 대안으로 제시함.

1 연구 배경

- 피해자가 비장애성인이며 가해자와 업무, 고용 등의 관계에 있지 않다면, 동의하지 않은 일방적 성교 행위는 강간죄 또는 준강간죄에 해당할 때만 범죄가 성립됨. 강간죄와 준강간죄로 구성된 법체계에서 준강간죄의 해석과 적용은 강간과 준강간 사이, 법이 가닿지 못하는 수많은 강제적 성교의 처벌가능성을 결정함. 성폭력범죄는 성적 자기결정권을 보장하고자 하는 것이지만, 법은 폭행이나 협박을 이용한 강간이나 '심신상실 또는 항거불능의 상태'를 이용한 준강간에는 포섭되지 않으나 피해자가 동의하지 않은 성교에 대해 침묵함으로써 이와 같은 젠더기반폭력을 허용하고 정상화함.
- 준강간 사건의 입증과 적정한 처벌은 상당히 어려운 것으로 평가됨. 주로 알코올, 약물, 수면의 영향 하에 있는 상태를 이용하는 준강간의 특성상 피해자가 피해 당시를 기억하지 못하는 경우가 많고, 반대로 피해 당시를 기억하여 진술하는 경우 피해자가 '심신상실 또는 항거불능 상태'였는지, 즉 준강간의 구성요건에 해당하는지가 문제될 수 있음.

* 이 이슈페이퍼는 2025년 한국여성정책연구원의 연구보고서 내용을 일부 발췌하고 정리해 제작되었습니다.
출처 김정혜·홍미리·김애라·동제연(2025). 준강간의 현실과 법원 판단의 비판적 분석. 서울: 한국여성정책연구원

▶ 뿐만 아니라 준강간 사건의 주요 정황이 젠더기반폭력으로서 성폭력의 특성인 성폭력 피해자에 대한 편견과 긴밀하게 연관되어 있음으로 인하여 피해자 진술의 신빙성이 낮게 평가될 우려가 있음. 그로 인해 준강간 피해자가 신고를 포기하거나, 수사 단계에서 많은 사건들이 기소되지 못한 채 종결됨. 또한 성인지적 관점이 부족한 수사와 재판 절차를 통과하면서 피해를 증언하는 과정에서, 준강간이 발생하고 이를 성폭력으로 인지하게 되는 구체적인 상황을 충분히 드러낼 기회를 얻지 못하거나 자신의 피해 경험이 법적 구성요건에 맞춰지지 못함으로써 실제 경험의 많은 부분이 온전히 재현되지 못하고 범죄 피해로서 인정되지도 못하게 됨.

2 준강간 피해의 실제와 법적 판단

◎ 준강간 범죄의 특성

▶ 주목받지 못하는 가해자의 계획성

- 혐의가 인정되는 사례에서도 준강간은 우발적인 행동으로 설명되는 경우가 많지만, 다수의 준강간 사건에서 가해자는 알코올 등 약물로써 피해자의 항거불능을 야기하거나 이미 취한 피해자의 상태를 이용하며 범행 당시부터 성폭력 피해자다움과 성폭력 통념을 활용함. 하지만 이러한 가해자의 전략은 수사·재판 과정에서 크게 주목받지 못함.

▶ 피해자의 흔들리는 기억과 신뢰받는 가해자의 서사

- 피해자의 진술 증거가 미약함에 따라 가해자는 범행 당시를 기억하는 '유일한 사람'으로서의 지위를 차지함. 성폭력 통념을 활용하여 설계된 범행 계획은 피해 주장보다도 합의 성교 주장을 더 '경험칙상 합리성'에 가까이 배치함.

◎ 준강간 피해에 대한 피해자의 인식과 대응

▶ 피해 인지 계기

- 준강간 피해자는 ① 피해 도중 깨어나 피해를 인지하거나, ② 피해 종료 이후 깨어나 낯선 장소, 옆에 누워 있는 가해자, 몸의 통증, 옷이 벗겨져 있음, 옷이 잘못 입혀져 있음, 콘돔, 정액 흔적, 혈흔, 단편적 기억 등으로 또는 ③ 사후에 다른 사정으로 인하여 피해를 알게 됨. 사후에 알게 되는 계기로는 가해자의 휴대전화 대화 내역, 촬영물, 가해자가 다른 범행으로 수사를 받던 도중 과거의 범행이 드러남, 다른 피해자가 알려줌 등이 있었으며, 이런 경우 피해자가 모르는 사이 피해가 지속, 반복되기도 함.

▶ 피해 당시의 대응

- 피해 도중에 깨어나 피해를 인식하는 때에는 곧바로 적극적으로 항의하고 저항하기도 하지만, 범행이 진행되는 도중에도 상황을 파악하고 대응 방안을 강구하는 시간이 필요하기도 하고, 저항으로 인한 위험을 피하기 위해 소극적인 대응 방법을 택하기도 함. 위험을 최소화하고자 계속 자는 척하거나, 뒤척이며 가해자가 중단하기를 기대하거나, 최소한의 대응으로 피임을 요구하면서 벗어날 기회를 보기도 함.

▶ 피해 이후의 대응

- 피해 이후 피해자는 피해 공간을 벗어나지 못한 채 상황을 파악하고, 기억을 끼워 맞추고자 노력하며, 가해자를 탐문하고, 증거를 수집함. 피해 공간을 벗어난 이후에는 피해 이전에 같이 있었던 동석자, 거쳐간 술집이나 모텔 직원 등을 탐문하며, 성폭력 피해를 확인하고 경험을 구조화함.
- 피해 장소를 즉시 벗어나든 아니든, 피해자는 불명확한 기억의 퍼즐을 맞추고 자신의 경험이 성폭력임을 확인하며 어떻게 대응할지 고민하는 시간을 필요로 함. 몸을 회복하고, 본인의 경험이 범죄임을 인식하고, 신고할 만한 일인지, 신고할 수 있는지를 파악하고, 신고로 인하여 직면할 수 있는 위험 요소를 고민하고, 지원을 받을 수 있는 기관의 정보를 확인하고, 지원기관과 연락을 시도하고, 경찰서 관할을 찾아 방문하는 등의 과정을 거쳐 신고 접수가 되기까지는 최소한 며칠의 시간이 걸렸으며, 그러는 동안 DNA, 약물 검출, 응급 피임 등의 시기를 놓치게 됨.

- 목격자도 없고 기억도 선명하지 않은 피해자들은 증거를 남기고자 다각도의 노력을 함. 피해 직후 범행 장소를 즉각 벗어나지 않고 가해자와 시간을 보내는 일은 상황 파악과 증거 수집을 위한 행동이지만, 형사사법절차에서 이는 가해자와의 친밀성이자 성적 동의의 근거로 곡해됨. 피해 이후 피해자와 가해자가 나눈 대화나 탐색 과정은 왜곡되어 이해되기도 함. 완곡하게 표현된, 피해자로서는 최대한이었던 항의, 여러 고민의 결과 가해자를 평소와 같이 대한 행동 등은 합의 성교 가능성의 의심으로 이어짐

▶ 피해 경험의 해석과 신고 결정

- 피해를 확신하지 못하는 피해자는 가해자의 진술로 혼란을 경험하며 그로 인해 처벌에 대해서도 더 큰 부담을 느낌. 친밀성, 권력 관계, 의존성 등 가해자와의 관계 특성은 피해 해석과 대응에 영향을 주어 신고를 지연시키고 신고 후에도 지속적 부담을 가함. 성폭력 피해와 신고 지연의 맥락은 복합적인 권력 관계와 구조적 연관성을 가짐.
- '강력한 폭행과 협박을 수반하는 강간', '폭력적인 강간범'이라는 성폭력의 전형은 폭행, 협박 없이 이루어지는 준강간 피해의 해석에 혼란을 야기하며 대응을 지연시킴.
- 피해 직후 신고하지 않은 피해자들은 친구들이 피해 경험을 성폭력으로 명명하고 신고를 권해서, 가해자의 "발뺌"이나 아무렇지 않은 듯한 태도에 분노를 느껴서, 가해자가 동종 업계에 복귀해서, 다른 피해자가 있는 것을 알게 되어서, 미투 운동을 겪으면서, 증거 확보를 위해서 등의 계기로 시일이 지난 뒤에 신고를 결정하게 됨.

◎ 수사과정과 법적 판단: 수사과정의 문제들

▶ 전형성의 허들과 소극적 수사 태도

- '증거불충분'은 경찰의 낮은 수사 의지와 수사 역량의 결과이기도 함. 피해자다움의 검증과 동의가능성에 대한 의심, 성폭력 전형과의 일치 여부에 대한 판단과 같은 '전형성의 허들'은 수사와 재판 과정에서 반복적으로 작동하며 '증거불충분'에 도달함.

▶ 약물 증거 수집과 입증의 한계

- 준강간 사건에서 약물 증거 확보 절차는 체계화되어 있지 않았으며, 피해자가 약물을 강하게 의심하는 사례에서도 검출 시도조차 드문 편이었음. 약물과 성폭력의 관련성을 입증할 수 없다는 이유로 아예 검사를 하지 않기도 함. 수사는 가해자의 약물 사용 혐의보다도 피해자의 몸에 남아있는 약물의 검출에 상당 부분 의존하며, 약물이 검출되지 않으면 별다른 추가 수사 없이 불송치됨.

▶ 피해자 변호사 지원의 지연과 지원 범위의 한계

- 최초 경찰 조사에서부터 피해자 변호사가 동석하는 경우는 드문 것으로 보임. 변호사 선정 신청 고지 절차와 일정 조정 등의 문제로 개입 시점이 지연되면서 1차 진술의 흠결을 치유하기 어려워지기도 함.

◎ 수사과정과 법적 판단: 준강간 사건의 '증거'들과 그 해석

▶ 피해 입증의 증거들

- 피해자의 진술을 보강하는 증거들로는, CCTV 영상, 주변인의 진술, 모텔이나 술집 직원, 택시기사의 증언, 가해자와의 대화 내역 등으로서, 가해자와 처음 본 사이, 아는 사이라 하더라도 평소에 사적으로 연락한 적이 없음, 피해자에게 남자친구가 있음, 가해자가 기혼자임, 피해 전후 남자친구와 연락함, 피해자가 몸을 가누지 못함, 옷을 제대로 입고 있지 않음, 피해 직후 주변인에게 피해를 알림, 피해 직후 신고함, 피해 직후 병원 진료를 받음, 피해자의 몸에서 투약 흔적이 발견됨, 피해자의 몸이나 옷에서 가해자의 DNA가 검출됨, 피해 전에 피해자가 가해자에게 화를 냄, 상해를 입은 채 병원에서 깨어남 등의 정황이 준강간 피해의 증거가 되었음. 이때 이성관계의 통념은 피해를 입증하는 데 유리하게 또는 불리하게 작동할 수 있음.

▶ 정상적 상태였다면 성교에 동의했을 가능성

- 피해자와 가해자의 관계, 성적 교류, 피해자의 성적 태도, 성교를 꺼릴 만한 정황들이 성교 동의 가능성 없음의 근거로 제출됨. 그러나 성교 동의 가능성 없음의 주장은 이성애 성규범과 그 속에서 여성에게 기대되는 행위규범, 일부일처주의나 순결주의와

같은 '건전한 성도덕' 관념에 상당히 의존할 수밖에 없어, 성교 관행에 대한 판단자의 전제나 피해자가 '순결한 피해자'와 거리가 멀다는 판단에 따라 쉽게 배척될 수 있음.

▶ 피해자 전형성과 동의 가능성에의 의심

- 사건 직후 즉시 신고하지 않음, 가해자에게 평소와 비슷하게 대하거나 친근하게 대화함 등을 비롯하여, 성폭력 피해자의 전형성에 부합하지 않는 정황들은 피해 주장을 의심하는 요소가 되었음. 성적 동의를 행위 기반이 아닌 관계 기반으로 이해하고, 지속적이고 포괄적인 것으로 보는 태도에서는 합의 성교라는 의심이 강하게 작동함.

▶ '멀쩡해 보이는' 피해자: 심신상실, 항거불능의 부정

- 피해자의 심신상실, 항거불능 여부 판단에서 중요하게 사용되고 있는 CCTV 영상은 신뢰성이 높은 객관적인 증거물로 여겨짐. 그러나 영상 속 피해자의 모습은 복잡한 해석의 여지를 남기는 불완전한 증거로서, 해석에 따라 그 의미가 확정되는 것임.

◎ 피해자의 인식 및 경험과 법적 판단의 부정합

▶ 연속적 의식과 이분법적 범죄 구성요건

- '만취'에 이르거나 '만취'에서 깨어나는 시간은 완전한 의식 없음과 완전한 각성 상태 간의 급격한 전환이 아니라 의식 수준이 변동되는 연속적인 '과정'임. 그러나 현행 성폭력 법체계에서는, 의식의 변화 과정 중에 지속되는 일련의 범행에 대해 작위적으로 구분선을 그어 법적 평가를 해야 하는 불합리한 상황이 발생함. 인지와 반응, 저항 능력이 약화된 상태는 의사 표시, 가해자의 유형력 행사에 전반적인 영향을 끼치는데, 의식은 있었지만 적극적 저항이 어려웠던 사례들은 준강간의 '심신상실, 항거불능'과 '폭행, 협박으로 인한 항거불능' 사이에서 처벌이 불가능해지기도 함. 블랙아웃(의식은 있었으나 기억 형성에만 실패함)으로 판단된 사례와 패싱아웃(의식을 상실함)으로 판단된 사례에서 피해자들의 상태는 '비슷비슷'하다고 평가됨. 의식 상태의 어느 단계에서 패싱아웃에 돌입했는가를 입증하기도 매우 어려움.
- 의식상실에서 명료한 각성 상태 사이의, 의식 수준의 연속적이고 역행하기도 하는 변동 과정에 있는 피해자는 피해를 인지하더라도 즉각 저항이 가능한 상태로 전환되지는 않으며, 여러 이유에서 저항하지 않는 선택을 할 수 있음. 이때 적용되는 '불능미수'의 법리는 '무죄보다는 낫다'고 평가되는데 이러한 평가는 법체계의 한계와 제한적인 법해석 태도로 인하여 '성적 침해는 있었으되 죄는 없다'고 결론 내려진 많은 사례들의 경험을 반영하여, 그렇게 무죄가 되는 것보다는 미수범이라도 범죄가 인정되는 편이 낫다는 의미로 볼 수 있음.

▶ 동의와 저항 그리고 항거'불능'의 상태

- 준강간을 비롯하여, 성폭력 피해 경험에 대한 피해자의 인식과 설명은 성폭력 법체계와 범죄 구성요건, 해석 기준과 종종 어긋남. 동의하지 않았으므로 성폭력이라고 생각하지만 명확하고 적극적인 저항을 하지 않았던 피해자는 자신의 피해를 언어화하는 데 실패하며, 범죄 구성요건이 아닌 비동의는 수사, 재판에서 중요하게 다루어지지 않음.
- '피해자가 동의했을 것이라는 가해자의 믿음'은 무죄 추정 원칙의 뒤에서 폭넓게 인정됨. 호감 표시, 파트너 관계 등을 그것만으로 성교 동의 가능성으로 이해하고자 하는 태도가 존재하며, '성교 동의'에 '의식상실 상태에서의 성교'까지 포함되고 그러지 않으려면 특별한 거부 의사가 명확히 있었어야 한다는 이해가 적용되고 있는 것으로 보임.

▶ 준강간을 성폭력으로 인정할 수 없는/하지 않는 가해자와 고의의 '부재'

- 피해자의 항거불능을 입증해야 하는 준강간 구성요건 하에서 가해자의 고의 부재 주장은 피해자의 상태에 대한 질문으로 재차 전환됨으로써 다시 피해자의 기억에 의존하도록 하고, 가해자의 행위 전반에 대한 면밀한 검토를 어렵게 함. 피해자의 의식 없음을 가해자가 이용했거나 이를 야기하는 데 기여했는지는 중요한 쟁점이 되지 않음.
- 여러 사건에서 가해자는 범행 도중 피해자가 동의한 것처럼 보이는 영상이나 녹음 파일을 만들어 증거로 제출하며, 피해자의 수동적 반응이 합의 성교의 증거가 될 수 있다고 신뢰함. 준강간을 범죄로 여기지 않고 동의를 쉽게 가정하는 가해자의 판단, 이를 합리성의 이름으로 수용하는 법, 피해를 설명할 언어가 부족한 피해자는 강간과 준강간 언저리의 동의 없는 성적 침해들이 법적, 사회적으로 허용되고 있음을 보여줌.

▶ 피해자의 일상 언어와 법언어의 차이로 인한 입증 실패

- 범죄 구성요건에 대한 법적 지식이 부재한 피해자가 일상 언어로써 진술하고 그 규범적 의미가 적절히 해석되지 않음으로써 준강간의 입증 실패가 발생할 수 있음.

3 준강간 사건에 대한 법원 판단

◎ 대법원의 준강간 관련 범죄 판단 기준

▶ 준강간죄의 '심신상실 또는 항거불능의 상태'

- 준강간죄에서 '심신상실'은 정신기능의 장애로 성적 행위에 대한 정상적 판단 능력이 없는 상태를, '항거불능'은 심신상실 외 원인으로 심리적, 물리적으로 반항이 불가능 또는 현저히 곤란한 경우를 말함.
- 대법원은 물리적인 저항 불가능의 상태만이 아니라 지속적인 심리적, 정서적 억압으로 인한 대항 능력의 현저한 저하 상태 또한 준강간죄의 항거불능에 해당한다고 봄. 다만 심리적 항거불능이 인정된 사례에서는 억압과 그 영향의 지속성을 반복적으로 강조하면서 물리적 항거불능 사례에 비하더라도 더 엄격한 태도가 나타남.
- 음주 관련 사안에서는 기억 형성에만 실패한 '블랙아웃'과 의식 상실에 해당하는 '패싱아웃'을 구별하여 후자만이 준강간에 해당한다고 보며, 완전한 의식 상실이 아니라도 알코올, 약물, 수면 등의 영향으로 정상적 판단, 대응, 조절 능력을 행사할 수 없는 상태였다면 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다고 함. 대법원은 블랙아웃 판단에서 고려할 사항을 제시하고 있으며, 피해자와 피고인의 관계 등을 볼 때 피해자가 정상적 상태였다면 피고인과의 성교에 수동적으로나마 동의했을 것을 도저히 기대하기 어렵다면 단편적인 피해자의 상태만으로 블랙아웃을 단정지어서는 안 된다고 함.
- 준강간 고의가 인정되지만 피해자가 당시 심신상실 또는 항거불능 상태가 아니었다면, 불능미수의 법리가 적용됨.

▶ 약물 이용과 강간죄의 '폭행' 및 특수강간죄의 '위험한 물건'

- 약물 이용 사안에서는 약물을 투약한 행위가 강간죄의 '폭행'에 해당하는 것으로 보아 준강간죄가 아닌 강간죄를 적용함. 특수강간죄 사례는 드문데, 약물을 특수강간죄의 '위험한 물건'으로 보고 약물 이용 성폭력을 특수강간죄로 기소하였으나, 1심에서 이를 인정하지 않고 항소심과 상고심에서도 원심의 판단이 정당하다고 본 사례가 있음.

▶ 약물 이용과 강간상해·치상죄의 '상해'

- 대법원은 약물로써 피해자를 수면, 의식 상실, 기억 상실 등에 빠지게 하는 행위가 '상해'에 해당한다고 보아 강간치상죄를 구성한다고 해석한 바 있음.

◎ 하급심 법원의 준강간 관련 범죄 판단

▶ 사건 유형별 법조 선택의 경향과 편차

- 알코올, 약물, 수면 등으로 저항이 어려운 상태에 있음을 이용한 성범죄는 준강간죄 외에도 강간죄, 강간치상 또는 강간상해죄, 특수강간죄 등이 적용되고 있음.
- 강간죄는 피해자가 심신상실, 항거불능이 아닌 상태에서 폭행, 협박이 있었던 경우 적용되나, 폭행 진술이 있었지만 준강간죄가 적용된 사례도 있음.
- 약물 이용 사례는 피해자가 평소 복용하는 약물을 이용한 경우는 준강간, 피고인이 적극적으로 투약한 때에는 강간으로 기소되는 것으로 보임. 그러나 피고인이 피해자의 만취 상태를 계획적으로 야기한 경우는 약물 투약과 유사함에도 불구하고 이를 강간죄의 '폭행'으로 해석한 사례는 찾아보기 어려웠음. 또한 약물을 '위험한 물건'에 해당하는 것으로 보아 특수상해죄나 특수강간치상죄를 적용한 사례가 있었음.

- 약물 투약으로 피해자가 의식을 잃거나 구토 등 증상이 나타난 경우 상해로 인정한 사례들이 있었지만 단순강간죄로 처리된 사건도 여럿 있었음. 또한 정신적 피해가 야기된 경우, 준강간치상죄로 의율된 사례와 준강간죄만이 인정된 사례가 모두 나타남.
- 길거리에서 만취한 피해자를 발견하여 준강간 범행을 저지르는 경우 간음유인죄, 간음약취죄가 적용된 사례가 있는 반면 유인, 약취 범죄 적용 없이 성폭력범죄로만 처벌된 사례도 다수 나타나 법 적용의 비일관성을 확인할 수 있음.
- 준강간 당시 피해자가 깨어 있었던 사례는 불능미수범으로 처벌됨. 기수범과 동일한 피해와 법익 침해가 발생했다는 점에서 미수를 양형에서 유리한 사유로 고려하지 않는 예도 있었지만 미수범을 이유로 양형기준 적용에서 제외하거나 미수 감경을 하는 사례도 있었음. 심신상실은 아니었지만 항거불능이었고, 폭행, 협박은 없었던 사건에 대하여, 성폭력범죄의 기수범으로서의 법리 모색도 여전히 요청됨.
- 준강간 상황에서의 촬영에 대하여 준강간은 제외하고 카메라등이용촬영죄로만 처벌하는 사례들이 있었음. 또한 디지털 성범죄 양형기준에는 '심신장애 상태를 야기한' 행위가 가중사유로 포함되어 있지 않아 이러한 정황은 재량으로만 참작할 수 있음.

▶ '심신상실 또는 항거불능의 상태' 판단

- 하급심 판례 중 피해자가 심리적인 항거불능 상태에 있었음이 인정된 사례는 주로 종교적인 믿음을 이용한 경우, 피고인이 치유 능력이 있는 것처럼 속인 경우, 친족 관계에서의 오랜 심리적 지배와 의존성을 이용한 경우 등으로 제한적임. 데이트폭력의 맥락에서 통제와 심리적인 두려움 등으로 인한 항거불능이 인정된 사례는 항소심에서 파기되었고, 같은 관계에서 강요죄 및 협박죄는 성립하지만 준강간은 성립하지 않는다고 본 판례가 나타나 준강간 법리 적용의 한계를 볼 수 있음.
- 대법원 판례에 따라, 하급심 법원은 피해자의 음주로 인한 심신상실 또는 항거불능의 상태 여부 판단을 위하여 피해자의 평소 주량, 음주량, 음주 속도, 음주 시간, 마지막 음주 시각에서 범행까지의 시간, 당시 피해자의 컨디션 등 주취 상태의 정도에 영향을 끼칠 수 있는 요인들, 평소 취했을 때의 상태, 사건 당시 취한 정도, 당시 피해자의 신체적 상태, 피해자가 당시 상황을 기억하는지 여부, 사건 전후 및 당시 피해자의 행동 등을 종합적으로 고려함. 약물 이용 사건의 경우 복용한 약물의 종류, 복용량, 복용 시점, 평소 약을 복용한 이후의 상태 등을 더하여 판단함.
- 피해자의 만취 여부가 문제된 사안에서 피해자의 평소 주량과 당일 음주량은 주된 판단 요소가 되고 있으나, 평소 주량은 주로 피해자의 진술로부터 파악되는 정보로서, 주량 개념에 대한 이해와 표현은 사람마다 차이가 있고, 주량 진술의 규범적 의미를 잘 모르는 상태에서 진술했을 때 매우 불완전한 정보가 될 수 있으며 술을 여럿이 함께 마실 경우 음주량을 추산하기도 어려움. 하급심 판례들은 피해자의 취한 정도를 보여주는 다면적 정보들이 선택적으로 채택될 수 있으며, 알코올의 영향으로 인한 저항력 저하의 판단이 상당히 주관적이고 자의적인 평가 과정일 수 있음을 보여줌.
- 피해 직전 피해자의 걸음걸이 등 신체적 움직임은 준강간죄의 판단에서 음주량과 더불어 중요하게 다루어지며, 스스로 보행이 가능하다는 사실이 '항거불능 아님'의 근거가 되기도 함. 반면 만취하였다고 하여 반드시 몸을 가누지 못하게 되는 것은 아니고 상대방의 행동에 대한 피해자의 수동적 반응, 대답, 도움 요청 등의 대응, 무의식적 행동 등이 만취 상태라 하더라도 가능한 것이어서, 이와 같은 점만으로 항거불능 상태가 아니었다고 볼 수는 없다고도 함.
- 원치 않은 일방적 성교 경험을 진술하는 데 대하여 피해자가 의식이 있어서 기억하는 것이니 항거불능 상태가 아니었다며 무죄로 판단하는 논리는 성폭력 피해자의 경험과 법체계 및 법해석의 간극을 보여줌. 반면 피해자가 당시 어느 정도 의식이 있었더라도 항거불능 상태를 인정할 수 있다고 보는 판례들을 확인할 수 있음. 이는 각성 상태와 의식 상실을 이분법적으로 구분하고 결과적으로 저항력의 완전한 상실을 요하는 태도와는 달리 알코올의 작용으로 인한 의식 수준의 연속적인 변동성과 그 가운데에서 저하된 피해자의 저항력을 고려할 때 가능한 판단으로서, 준강간죄를 의식의 완전한 상실 상태로 제한하지 않고, 심신상실 이외에 저항력이 현저히 떨어진 상황을 이용하는 행위를 포함하고자 하는 대법원 판단의 취지를 반영하는 것으로 볼 수 있음.

▶ 피해자의 동의 가능성과 성적 동의의 판단

- 하급심 판결에서도 '정상적 상태에서 피해자가 동의했을 리 없다'는 논변이 준강간죄의 증거로 제출됨. 피해자과 가해자의 관계, 범행 전의 교류 여부 및 정도, 나이 차이, 혼인 여부, 애인의 존재, 피해자의 평소 성적 태도, 성관계가 어렵거나 원치 않는

상황의 존재, 같은 공간의 다른 일행 존재 등이 근거가 됨. 피고인이 피해자의 성교 동의 녹음을 증거로 제출하는 사례가 있으나, 정상적 상태라면 동의하지 않았을 만한 정황에도 불구하고 피해자가 수동적으로나마 응하는 듯한 반응을 보였다면 이는 오히려 의사결정능력의 현저한 저하를 의미하는 증거이고 피고인이 이러한 상태를 알고 의도적으로 이용하였던 것으로 봄.

- '정상적 상태에서 동의했을 가능성이 없는' 근거들은 사회적 성규범과 밀접하게 관련되어 있고, 그렇기에 정반대의 방향에서, '동의했을 가능성 있음'의 이유가 될 수 있음. 그래서 호감 표시와 같은 증거가 동의 주장을 위해 제출되기도 하는데, 한 판례에서는 이러한 정황이 '피해자가 잠든 상태에서의 성기 삽입'에 대한 동의와는 무관하다고 결론내림으로써 성적 동의가 구체적이고 특정한 행위에 대한 것이어야 함을 명확히 함.

▶ 피해자 행동의 경험칙상 합리성 판단

- 성폭력 피해자의 진술은 진술 내용의 주요 부분의 일관성과 구체성, 진술 내용의 정합성과 경험칙상 합리성, 객관적 정황과의 부합, 허위 진술의 동기 없음 등을 종합적으로 고려하여 신빙성을 판단함. 그중에서도 '경험칙상 자연스러운' 것으로 간주되는 피해자의 행동은 성폭력 통념과 상당히 근접해 있음. 통념에 부합하지 않는 피해자의 행동이 성교 거부 사실보다 중요한 증거로 평가되며 의심의 주된 근거가 되기도 함. 반면 통념에 반하는 요소들에도 불구하고 피해를 인정한 판례들을 확인할 수 있었음. 법원은 성폭력 피해자의 대처 양상이 언제나 천편일률적이지 않고, 구체적 상황에서 다르게 나타날 수밖에 없음을 들어 해당 피해자의 설명이 납득할 만한지를 살핌. 사건마다 고유한 특성을 고려한다면, '성폭력 피해자의 일반적 대처 양상'이란 오히려 특수한 상황에서나 기대가능한 태도임을 알 수 있음.

▶ 촬영물의 증거능력 인정

- 피해자가 인지하지 못했거나 피해자 진술 외 증거가 부족한 준강간 사건이 피고인의 촬영 영상을 통해 비로소 입증가능하게 되었음에도, 증거 수집 절차 위반의 문제로 준강간 피해 사실만 드러나고 처벌은 불가능해지기도 함. 이와 같이 무죄가 선고된 사건의 항소심에서, 절차 위반이 있었더라도 적법절차의 "실질적" 내용 침해가 아니고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 정의에 반하는 예외적인 경우라면 절차 위반이 있었던 증거의 증거능력을 인정하여야 한다며 촬영물의 증거능력을 인정한 판례가 나타남.

4 정책제언

▶ 준강간죄의 '항거불능' 해석 확대

- 준강간죄에서 '항거불능'은 심신상실로 인한 저항의 불가능과 폭행, 협박으로 반항이 현저히 곤란하게 된 강간을 제외한 저항의 현저한 곤란함을 말하므로, 알코올, 약물, 수면의 영향 외에도 여러 요인들이 작용하여 저항의 현저한 곤란을 야기하였다면 이 또한 포섭 가능함. 준강간죄의 '항거불능' 개념의 적극적인 해석이 요청됨.

▶ 강간과 준강간의 경계선 위의 성폭력에 대한 법적 개입

- 준강간죄의 '심신상실 또는 항거불능'도, 강간죄의 '폭행, 협박'도 부족한 것으로 평가되지만 피해자는 거부하였고 그렇기에 성폭력으로 인지하는 사례들이 성폭력범죄로서 명명되고 처벌 영역에 포섭될 수 있도록 입법적 개선이 필요함.

▶ 성적 동의의 판단 기준 마련

- 성적 행동에 대한 피해자의 동의 여부는 범죄 성립 여부 판단에서 중요한 증거가 되고 있지만, 성적 동의가 행위 아닌 관계를 중심으로 사고되거나 포괄적이고 지속적인 동의를 간주하는 등 동의에 대한 법원의 이해는 부적절하거나 일관되지 않음. 유효한 성적 동의는 자유롭고 자발적으로 행해지고, 구체적이고 정보에 입각하여 이루어지고, 명시적으로 명확히 전달되며, 지속적, 상호적이고, 동의 능력이 있는 상태에서 행해진 것이어야 함. 성폭력 법체계가 피해자의 성적 자기결정권을 보호할 수 있도록 하기 위해서는, 대법원이 성폭력범죄의 판단에서 보다 세밀한 성적 동의의 판단 기준을 제시하고 유효한 동의의 범위를 명확히 보여주어야 함.

▶ 성폭력의 전형에 의존한 판단 지양

- 성폭력과 성폭력 피해자의 전형, 성규범에 근거한 통념이 준강간 사건의 판단 전반에서 작동하고 있음. 성폭력 피해자의 대처 양상이 상황에 따라 다를 수 있음을 반영하는 판결이 증가하고 있지만, 여전히 법원이 가정하는 '경험칙'은 성폭력 피해자다움과 밀접하게 맞닿아 있음. 피해자와 가해자의 평소 관계, 범행 당시의 관계, 피해자와 가해자의 특성, 피해자가 처한 상황 등은 각 사례에 고유한 것이며, '일반적인 양상'으로 알려진 사실들은 특수한 사례 중 일부에 지나지 않는다는 이해가 요청됨.

▶ 준강간 사건 수사 역량 강화

- 증거 부족을 준강간 사건의 내재적 특성으로 간주하는 대신 구체적인 준강간 수사 역량 강화 방안을 모색하여야 함. 준강간 사건의 특성과 피해자의 대응 특성, 가해자의 계획성, 알코올 등 약물 이용 방법, 약물 검출의 시기와 방법, 주요 증거의 해석, 적용 법조와 양형 기준 등에 대한 세밀한 정보가 수사 매뉴얼에 포함되고 기소 또는 유죄가 선고된 사례, 법원 판단 기준의 변화 등이 지속적으로 업데이트되며 공유되어야 함. 또한 수사 과정의 판단에서 성폭력 통념이 개입되지 않고 각 사건의 고유한 성질을 파악하는 수사가 이루어지도록 하는 가이드라인, 체크리스트 등이 마련되어야 함.

▶ 수사 및 피해자 지원에서 약물 이용 성폭력 대응 강화

- 수사 및 피해자 지원 과정에서 약물 이용 성폭력 사건에 대응할 수 있는 체계가 마련되어야 함. 약물 의심 사안에 대한 수사 및 피해자 지원기관의 초기 대응 방안이 체계화되어야 하며, 의료 현장에서도 특정한 상황에서는 피해자의 요청 없이도 약물 투여 가능성을 확인할 수 있도록 프로토콜을 마련하고 공유할 필요가 있음.
- 약물 이용 성폭력범죄에 특화된 수사 지침을 마련하여, 피해자가 자신의 신체 증상 등을 들어 약물 의심을 제기하면 약물 검사를 즉시 실시하도록 하여야 함. 성폭력 피해자 전담의료기관 매뉴얼과 응급키트의 보강도 필요함.

▶ 알코올 등 약물 이용 성범죄의 적정한 처벌 확보

- 성범죄 목적에서 알코올, 약물을 준비하고 피해자의 심신상실, 항거불능을 야기하는 행위에 대하여 일관된 법 적용이 필요함. 알코올 등 약물의 의도적 사용은 상해의 고의도 포함하므로 강간상해죄의 적용이 타당할 것이며 특수강간죄 적용도 고려해볼 수 있을 것임. 양형에서는 계획적으로 알코올 등 약물을 이용하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 야기한 범행을 준강간의 특별양형인자로 둘 필요가 있음.

▶ 가해자 중심 절차로의 전환

- 성폭력범죄의 수사와 재판에 차별적 편견이 작동하고 있음을 인지하고, 피해자에게 초점을 둔 절차를 가해자 중심의 수사·재판으로 전환하는 접근법이 필요함. 피해자의 신빙성에 과도하게 의존하는 대신 가해자에게 질문의 초점을 이동함으로써 가해자의 범행 수법 증거를 토대로 수사와 재판을 진행하도록 해야 함.

▶ 피해자 변호사 지원 실효성 강화

- 가급적 피해자의 최초 진술부터 피해자 변호사 동석이 가능하도록 사전 조율하고, 피해자에게 피해자 변호사의 지원이 갖는 의미를 구체적으로 전달하여 실질적인 선택권을 보장하여야 함. 또한 법무부 국선변호사 지원을 받는 성폭력 피해자가 역고소 피의자가 되는 경우 연속 지원이 가능하도록 무료법률 지원사업 범위를 조정할 필요가 있음.

주관부처	대법원, 법원행정처, 법무부 형사법제과, 성평등가족부 성폭력방지과, 경찰청 여성청소년범죄수사과, 대법원 양형위원회
관계부처	경찰청 마약조직범죄수사과