

결과보고 및 정책토론회

www.humanrights.go.kr
사람이 사람답게 사는 세상



형사사법분야 법집행 공무원 성인지 조사 및 젠더폭력 관련 판례분석 실태조사

| 일시 | 2023. 5. 11.(목) 13:30~ 16:40

| 장소 | 바비엡2 지하1층 그랜드 볼룸홀



형사사법분야 법집행 공무원 성인지 조사 및 젠더폭력 관련 판례분석 실태조사

| 일시 | 2023. 5. 11.(목) 13:30~ 16:40

| 장소 | 바비엡2 지하1층 그랜드 볼룸홀

형사사법분야 법집행 공무원 성인지 조사 및 젠더폭력 관련 판례분석 실태조사 결과보고 및 정책토론회



- 일 시 : 2023. 5. 11.(목) 13:30~ 16:40
- 장 소 : 바비엡2 그랜드 볼룸홀(지하1층)
- 프로그램

시간	내용	비고
13:30 ~ 13:35 (5분)	● 장내 정리 및 개회	사회 : 이수연 성차별시정과장
	● 인사 말씀	남규선 상임위원
13:35 ~ 13:40 (5분)	● 토론회 주제 안내	좌장 : 엄형국 차별시정국장
13:40 ~ 14:30 (50분)	● 1부 연구 주요 결과 발표 발제 1 윤정숙 한국형사·법무정책연구원 선임연구위원 형사사법기관 법집행공무원 성인지 실태 및 정책제언 발제 2 김영중 한국형사·법무정책연구원 부연구위원 젠더폭력 범죄 양형기준과 판례 및 소송기록 분석: 성폭력범죄를 중심으로 발제 3 박경규 한국형사·법무정책연구원 부연구위원 영미 성범죄 양형기준과의 비교분석 및 시사점	
14:30 ~ 14:40 (10분)	● 휴식 및 자리 재배치	
14:40 ~ 16:00 (80분)	● 2부 시사점 및 정책제언을 위한 토론 김정혜(한국여성정책연구원 부연구위원) 이경환(법무법인 태평양 변호사) 조정민(부산지방법원 판사) 최란(한국성폭력상담소 부소장) 최호진(단국대학교 교수)	
16:00 ~ 16:30 (30분)	● 청중 질의 및 토론	
16:30 ~ 16:40 (10분)	● 정리 및 폐회	

인사말씀



안녕하십니까. 국가인권위원회 상임위원 남규선입니다.

먼저 시간을 내어 이 자리에 참석해주신 발제자와 토론자를 비롯한 내빈 여러분들께 감사의 인사를 드립니다.

인권위는 지난해 성평등 기반 조성을 위해 형사사법 분야 법집행 공무원들의 성인지 감수성에 대한 조사와 젠더폭력 관련 판례를 분석하는 실태조사를 실시하였고, 오늘 그 실태조사의 결과와 실태조사를 통해 드러난 쟁점에 관해 토론하는 시간을 마련하였습니다.

최근 젠더폭력과 관련하여 수사 과정에서의 2차 피해, 성범죄 사건판결 및 양형 기준에 대한 문제제기, 디지털 성범죄에 대한 미온적인 사법적 대응에 대한 비판 등 형사사법의 전(全) 과정을 면밀히 검토할 필요성이 제기되었습니다.

실태조사를 수행한 한국형사·법무정책연구원의 김영중·박경규·윤정숙 연구위원의 주요 연구 결과 발표를 통해 경찰, 검찰 수사관, 판사 등 법집행 공무원의 성인지 감수성 정도, 젠더폭력 범죄 양형 기준을 어떻게 개선하여 나갈 것인지 모색하여 보고자 합니다.

오늘 토론회에서 많은 분들이 좋은 의견들을 제시하실 것이라고 봅니다. 여기에서 논의되는 내용들은 향후 우리 위원회의 정책과제와 관련되어 있습니다. 그래서 저를 포함해서 이 토론회를 준비한 인권위 구성원 모두가 그 의견들을 진지하게 경청하고 또 고민하고 앞으로 우리 위원회의 업무에 반영할 수 있는 방안을 찾아보도록 하겠습니다.

오늘의 토론회가 형사 사법 과정에서의 인권에 대한 문제를 공론화하는 소중한 자리가 될 수 있기를 바랍니다.

다시 한 번 바쁘신 시간을 내어 발제와 토론을 맡아주신 분들과, 참석해주신 모든 분들께 감사의 말씀을 드립니다.

여러분 모두의 건강과 행복을 기원합니다.

감사합니다.

2023. 5. 11.

국가인권위원회 상임위원 남규선

목 차 Contents



1부 연구 주요 결과 발표

발제 1 김영중 한국형사·법무정책연구원 부연구위원 7
 젠더폭력 범죄 양형기준과 판례 및 소송기록 분석: 성폭력범죄를 중심으로

발제 2 박경규 한국형사·법무정책연구원 부연구위원 27
 영미 성범죄 양형기준과의 비교분석 및 시사점

발제 3 윤정숙 한국형사·법무정책연구원 선임연구위원 71
 형사사법기관 법집행공무원 성인지 실태 및 정책제언

2부 시사점 및 정책제언을 위한 토론

김정혜(한국여성정책연구원 부연구위원) 91

이경환(법무법인 태평양 변호사) 101

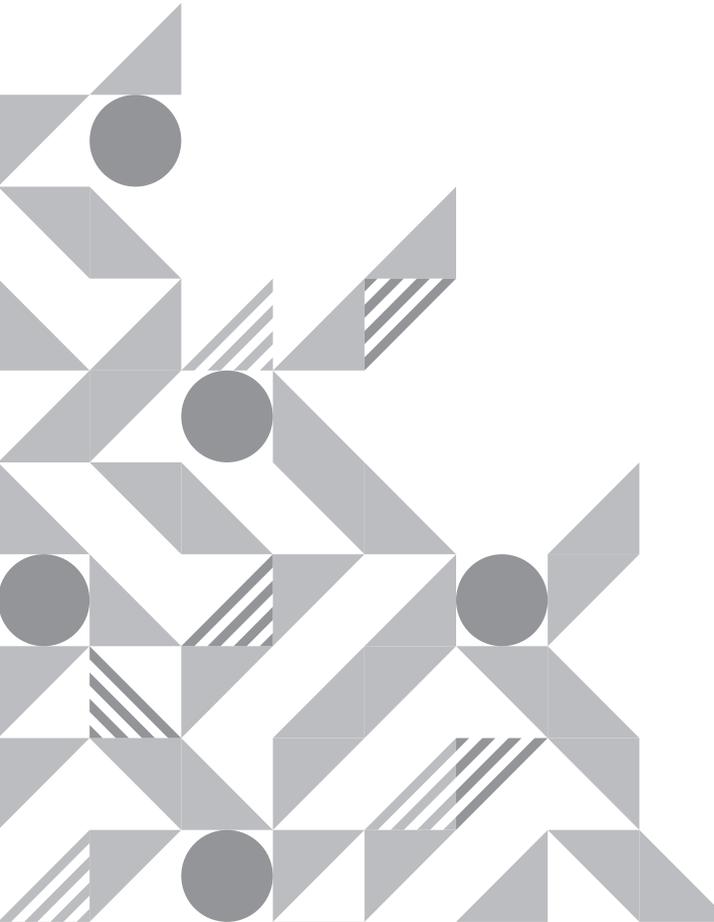
조정민(부산지방법원 판사) 109

최란(한국성폭력상담소 부소장) 117

최호진(단국대학교 법학과 교수) 127

젠더폭력 범죄 양형기준과 판례 및 소송기록 분석 - 성폭력범죄를 중심으로 -

김영중(한국형사·법무정책연구원 부연구위원)



젠더폭력 범죄 양형기준과 판례 및 소송기록 분석

- 성폭력범죄를 중심으로 -



김영중(한국형사·법무정책연구원 부연구위원)

1. 분석 대상 범죄

이 보고서에서 ‘젠더폭력’이란 가정폭력, 스토킹, 성폭력, 성매매, 성희롱을 일컫는다. 이 중 가정폭력은 가정폭력특례법에 따라 일부 고유한 범죄유형이 있지만, 대부분은 폭행, 상해, 모욕 등 형법상 범죄로 다루어진다. 이 때문에 가정폭력 범죄는 별도의 양형기준이 마련되어 있지 않다. 스토킹 범죄는 2021년에 스토킹처벌법이 제정되면서 개별 범죄로 특정되었지만, 아직 양형기준이 마련되어 있지 않고, 축적된 판례나 수사사례가 거의 없다. 성매매는 우리 사회에서 오랜 기간 동안 범죄의 하나로 여겨져 왔고, 성착취의 한 형태로 볼 수 있으나 형벌이 비교적 높지 않아서인지 양형기준이 마련되어져 있지 않고, 판례도 역시 범정이 경하다는 이유로 거의 찾아보기 힘들다. 성희롱은 그 정도에 따라 개별 범죄에 해당하기도 하지만 그 유형이 다양한 데다가 별도의 처벌법도 없으며, 특유한 양형기준이 만들어지지 않았다. 따라서 이와 같은 한계로 인하여 이 장에서는 젠더폭력 사건 중 성폭력 범죄의 양형기준을 중심으로 그 내용을 살펴보고, 판례와 수사자료도 같은 이유로 성폭력 범죄를 중심으로 살펴본다. 이번 발표에서는 시간과 지면의 제약으로 보고서의 내용 중 일부분만을 발췌하였다.

2. 성폭력범죄 중 일반강간에 대한 양형기준과 평가

1) 일반강간(13세 이상 대상) 양형기준

성범죄 양형기준은 6차례 수정을 거쳤는데, 2009년부터 2022년 현재까지의 13세 이상 대상자에 대한 강간범죄에 대한 양형기준은 다음과 같다.

[표 5-1] 일반강간(13세 이상 대상) 양형기준(2009-2022)

죄명	구분	2009	2010	2011	2012	2013	2020	2022
일반 강간	기본	2년 6월 ~ 4년 6월	2년 6월 ~ 5년 ¹⁾	2년 6월 ~ 5년				
	감경	1년 6월 ~ 3년	1년 6월 ~ 3년	1년 6월 ~ 3년	1년 6월 ~ 3년	1년 6월 ~ 3년	1년 6월 ~ 3년	1년 6월 ~ 3년
	가중	3년 ~ 6년	4년 ~ 7년	4년 ~ 7년				
청소년 강간	기본	2년 6월 ~ 4년 6월 ²⁾	5년 ~ 8년	4년 ~ 7년				
	감경	1년 6월 ~ 3년	3년 ~ 5년 6월	2년 6월 ~ 5년				
	가중	3년 ~ 6년	6년 ~ 9년	6년 ~ 9년				
친족관계· 주거침입· 특수 강간	기본	4년 ~ 6년	5년 ~ 8년	5년 ~ 8년				
	감경	3년 ~ 5년	3년 ~ 5년 6월	3년 6월 ~ 6년				
	가중	5년 ~ 8년	6년 ~ 9년	7년 ~ 10년				
강도 강간	기본	7년 ~ 10년	7년 ~ 10년	7년 ~ 10년	7년 ~ 10년	8년 ~ 12년	8년 ~ 12년	8년 ~ 12년
	감경	5년 ~ 8년	5년 ~ 8년	5년 ~ 8년	5년 ~ 8년	5년 ~ 9년	5년 ~ 9년	5년 ~ 9년
	가중	9년 ~ 13년	9년 ~ 13년	9년 ~ 13년	9년 ~ 13년	10년 ~ 15년	10년 ~ 15년	10년 ~ 15년

형법상 강간죄(제297조)는 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 경우에 처벌하는 범죄로 형벌은 3년 이상의 유기징역이다. 징역형의 상한이 정해져 있지 않은 경우 그 상한은 30년이며, 가중하는 때에는 50년이다(제42조). 따라서 단순히 형벌만으로 보면 강간죄의 법정형이 3년 이상 30년 이하임에도 강간죄의 일반적 기준만으로는 가중처벌하더라도 7년까지이므로 비교적 낮게 설정되어 있다고 볼 수 있다. 유사강간의 경우에는 형법상 법정형이 2년 이상 30년 이하인데 일반 강간보다 형량범위의 상한과 하한이 2/3으로 감경하므로 더 낮게 설정되어 있음을 알 수 있다.

제2유형인 아동·청소년에 대한 강간의 법정형은 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역(5년 ~ 30년)이며, 아동·청소년에 대한 유사강간의 법정형은 5년 이상의 유기징역이다. 아동·청소년에 대한 준강간,

1) 유사강간은 상한과 하한을 2/3으로 감경함.

2) 친족관계 강간은 청소년 강간과 양형의 일반적 기준이 같았음.

준유사강간의 법정형은 강간, 유사강간과 같다. 위계·위력에 의한 간음도 강간, 유사강간과 형벌이 같다. 아동·청소년에 대한 강간의 법정형 중 징역형을 보면 무기, 5년 ~ 30년인데 양형기준은 4년 ~ 7년이 기본이고, 감경할 경우에는 2년 6월 ~ 5년, 가중할 경우에는 6년 ~ 9년으로 무기징역은 양형기준에 반영되어 있지 않으며, 유기징역의 상한도 9년에 불과하여 법률 규정과는 거리가 있다. 양형기준에서는 2010년에 한 차례 기준 형의 상향이 있었는데, 법령에서는 변화가 없었다. 오히려 2014년에 아동·청소년 강간의 법정형에 무기징역형이 추가되고, 유사강간의 징역형 하한이 3년에서 5년으로 증가하였음에도 양형기준에는 변화가 없었고 오히려 2022년 양형기준에서는 감경할 경우 징역형 하한이 3년에서 2년 6월로 낮아졌다. 성폭력처벌법이 2020년에 개정되어 주거침입강간 등의 징역형 하한이 5년에서 7년으로 강화되었는데, 이 부분을 반영한 것으로 보인다.

친족관계에 의한 강간 등 특수한 유형의 강간범죄에 대한 양형기준도 마찬가지로 법정형과 균형이 맞지 않다. 예를 들어 성폭력처벌법상의 특수강간은 법정형이 무기징역 또는 7년 ~ 30년의 징역인데, 양형기준은 기본이 5년 ~ 8년, 가중할 경우 7년 ~ 10년에 불과하다. 하한의 경우에는 가중요소가 있는 경우에만 법정형과 부합하게 되고, 상한선은 차이가 있다.

강간죄에서 양형기준이 가장 높게 설정되어 있는 범죄는 강도강간이다. 성폭력처벌법상의 강도강간만 살펴보면 이 범죄는 법정형이 사형, 무기징역 또는 10년 ~ 30년 이하의 징역이다. 이 범죄 유형은 2012년과 2022년 현재의 성폭력처벌법상 형벌이 같다. 2013년도에 이 유형의 범죄에 대하여 한 차례 양형기준의 상향이 있었으나, 여전히 그 기준은 법정형에 미치지 못한다. 또 법에서는 무기징역이나 사형을 규정하고 있음에도 어떤 경우에 이를 적용해야 하는지에 대한 기준을 제시하고 있지 않다.

강간죄에 대한 특별양형인자로서 행위 측면에서 감경요소는 없으며, 행위자적인 감경요소로는 청각 및 언어장애인, 심신미약, 자수, 처벌불원이 있다. 일반양형인자에서 감경요소는 소극적 가담, 타인의 강압이나 위협 등에 의한 범행 가담, 상당 금액 공탁, 진지한 반성, 형사처벌 전력 없음 등이 있다. 음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 성범죄를 범한 경우에는 “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 일반가중인자”로 삼고 있으며, “범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나, 과거의 경험, 당시의 신체상태나 정황 등에 비추어 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우”나 “범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우”에도 만취상태가 감경인자로 반영되지 않는다. 다만 성범죄 외에 다른 범죄를 범한 경우에는 만취상태가 감경요소로 작용한다. 예를 들어 살인죄의 일반양형인자 중 감경인자에는 행위자요소로 심신미약이 있다. 물론 살인과 강간 등 성범죄가 결합된 경우에는 만취상태 등이 감경요소에서 제외 된다.

2021년에는 양형인자로서 “2차 피해 야기”가 추가되었다. 여기서 2차 피해 야기 행위란 “① 합의를 시도하는 과정에서 피해자를 지속적으로 괴롭히거나, 합의거절에 대한 유형·무형의 불이익을 암시하는 등 부당한 압력을 가하거나 이에 준하는 방법으로 피해를 일으킨 경우, ② 피해자의 인적사항을 공개하거나 신고에 대하여 불이익조치를 하거나 치해자에 대하여 모욕적인 발언을 하거나, 집단 따돌림 등을 한 경우, ③ 그 밖에 이에 준하는 경우”를 말한다.³⁾

“진지한 반성”이란 “범행을 인정한 구체적 경위, 피해 회복 또는 재범 방지를 위한 자발적 노력 여부 등을 조사, 판단한 결과 피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고 있다고 인정되는 경우”를 의미한다.⁴⁾

특별양형인자로서 “처벌불원”이란 “피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 피해자나 유족이 처벌불원의 법적·사회적 의미를 정확히 인식하면서 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우”를 의미하며, “피해자 또는 그 법정대리인이 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 해당하는 경우”만을 포함한다.⁵⁾

2) 성폭력 범죄 양형기준에 대한 평가

성폭력 범죄에 대한 양형기준은 2009년 7월 1일에 최초 시행된 이래, 2010년, 2012년, 2012년, 2013년, 2020년, 2022년 수정을 거쳤으며, 가장 최근의 기준은 2022년 7월 4일에 개정된 것이다. 성범죄 양형기준은 대체로 법정형에 비하여 낮게 설정되어 있다. 예를 들어 유사강간의 법정형은 2년 이상 30년 이하인데, 일반 강간보다 형량 범위의 상한과 하한이 2/3으로 감경되므로 일반 강간범죄보다도 경하게 취급되고 있다. 이러한 기준은 성기를 중심으로 하는 우리 강간범죄의 체계를 그대로 반영하고 있는 것으로 폭행, 협박, 성적자기결정권 침해라는 부분이 같음에도 불구하고 신체의 어느 부위를 침해했느냐에 따라 평가를 달리하는 것으로 불합리한 면이 있으며, 성적자기결정권 침해 범죄에 대한 시각을 왜곡시킬 수 있는 문제가 있다.

3) 양형위원회 - 형종 및 형량의 기준 - 양형인자의 정의 - 2차 피해 야기

(https://sc.court.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_03/sex_01.jsp 2022. 12. 19. 최종접속)

4) 양형위원회 - 형종 및 형량의 기준 - 양형인자의 정의 - 진지한 반성

(https://sc.court.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_03/sex_01.jsp 2022. 12. 19. 최종접속)

5) 양형위원회 - 형종 및 형량의 기준 - 양형인자의 정의 - 처벌불원

(https://sc.court.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_03/sex_01.jsp 2022. 12. 19. 최종접속). 그 밖의 성폭력범죄 양형 기준에 대한 설명과 평가는 보고서 제5장 2. 성폭력 범죄 양형기준을 참고하기 바란다.

한편 강도강간의 법정형은 사형, 무기징역, 10년 ~ 30년 이하의 징역이다. 이 범죄에 대한 양형기준은 2013년도에 한차례 하한과 상한이 상향되었으나 여전히 법정형에 미치지 못한다. 또 법에서는 형별로 무기징역이나 사형을 규정하고 있음에도 어떤 경우에 이를 적용해야 하는지에 대한 기준을 제시하고 있지 않다. 강간·강제추행 살인의 경우에도 마찬가지이다. 강간치사의 형벌은 무기 또는 10년 이상의 징역이며, 강간살인은 사형 또는 무기징역이 법정형이다. 하지만 양형기준표에서는 사형을 부과하는 기준을 언급하지 않으며, 유기징역은 무기징역형을 감경하는 경우에만 선택할 수 있는데, 오히려 가중요소가 작용하였음에도 유기징역형을 두고 또 그 기간도 25년 이상으로 하고 있는 것은 법정형과의 균형 면에서 타당하지 않다. 무기징역형과 유기징역형의 선택 기준도 명시되어 있지 않다.

강간죄의 감경요소는 청각 및 언어장애인, 심신미약, 자수, 처벌불원이 있다. 하지만 처벌불원의 의사표시를 왜 하였는지에 대한 고려는 없다. 일반 양형 인자에서의 감경요소는 소극적 가담, 강압에 의한 가담, 상당금액 공탁, 진지한 반성 등이 있다. 그러나 상당금액을 공탁하였다거나 진지한 반성을 한다면서 타인에게 맡겨서 반성문을 대신 작성하게 한 경우는 어떻게 보아야 하는지에 대한 설명은 없다. 실무에서는 진지한 반성이라는 요소를 악용하는 경우도 많고, 피해자와의 합의를 위하여 피해자가 가해자를 만나기를 꺼려함에도 불구하고 지속적으로 만남을 시도하는 경우도 있다고 한다. 이러한 점에서 보면 진지한 반성이나 금액 공탁을 형벌 자체를 감경하는 요소로 삼는 것은 타당하지 않다고 보인다. 오히려 진지한 반성을 하지 않고 자신의 범행을 인정하지 않는 것을 가중사유로 삼는 것이 타당하다.

강제추행은 가중요소 중 하나로 가학적·변태적 침해행위나 극도의 성적 불쾌감 증대를 든다. 성적인 수치심이라는 용어는 불쾌감이라는 용어로 교체되었다. 다만 수치심과 불쾌감의 차이가 무엇인지에 대한 별도의 설명이 없이 용어만 교체되어 실제로 실무에서 적용할 때 그 의미를 분명하게 알기는 어렵게 되어 있다. 2차 피해를 야기한 경우에도 가중적인 요소로 작용한다.

성폭력 범죄의 집행유예 기준에서 긍정적 요소로 작용하는 것 중 추행범죄에서 추행의 정도가 약한 경우, 처벌불원, 우발적 범행, 진지한 반성, 상당금액 공탁, 위계·위력을 사용한 경우와 같은 사유는 피해자의 의사와 피해 정도를 경시하고 있는 것으로 보인다. 처벌불원과 상당 금액 공탁의 경우에는 양형에 있어서 감경인자로 작용하는 동시에 집행유예의 요소도 된다는 점에서 불합리한 면이 있다. 즉 이 인자를 충족시킴으로써 형을 낮게 받으면서 집행유예까지도 고려될 수 있다는 것이다. 이를 악용하는 사람들이 실제로 있다는 면에서 집행유예에서는 제외하고 감경인자로만 고려하되 그 내용을 세부적으로 적시하는 것이 적정한 형벌 부과 면에서 타당할 것으로 보인다.

폭력범죄 양형기준에는 피해자가 존속이거나 범행에 취약한 경우, 아동학대 신고의무자의 아동학대 범죄인 경우와 같이 가족 또는 친족 중 일부에 대한 폭력을 양형 가중요소로 하고 있다. 이는 협박이나 상해의 경우도 마찬가지이다. 하지만 가정 내 폭력의 대상 중 많은 부분을 차지하고 있는 배우자에 대한

폭력에 대하여 양형에서는 별다른 고려를 하지 않는 것으로 보인다. 이 부분은 양형에서 반영하여 가정 내의 폭력에 대하여 법원도 강력하게 대처하는 것이 타당하다고 생각된다.

3. 성폭력 범죄 판결의 수사자료와 판결문 분석

1) 분석대상 판결문 선정 기준

2020년부터 2022년 8월 사이에 대법원이나 고등법원에서 선고된 판결 중 친족관계에의한강간, 강제추행, 카메라등이용촬영, 음란물제작·배포, 데이트 폭력, 가정폭력 사건을 추출하였다. 우선 일반 강간 사건은 법률적 쟁점 외에 특별히 다를 만한 사건이 보이지 않아서, 성인지감수성에 대한 판결 후 대법원에서 선고한 판결 중 하급심에서 무죄판결이 선고되었으나 피해자의 진술의 신빙성 판단 등을 이유로 파기환송된 주요 판결을 그 대상으로 조사하여 대상사건을 추가하였다. 또한, 최근 판례에는 포함되어 있지 않지만, 성인지감수성에 대한 2018년 대법원 판결 선고 이후에 선고된 미투사건으로 강제추행, 피감독자간음 등 사건(대법원 2019. 9. 9. 선고 2019도2562 판결)을 분석대상 사건으로 선정하였다.

사건기록은 「형사소송법」⁶⁾ 및 「검찰보존사무규칙」 제20조에 따라 제1심 관할법원의 지방검찰청에 사건기록 열람 및 등사를 신청하고, 신청에 따른 처분결과에 따라 열람이 승인된 지방검찰청에 방문하여 입수, 등사하였다. 다만, 앞에서 선정한 사건 중 일부 사건(피감독자간음, 업무상위력등에의한추행 등 사건 - 대법원 2019. 9. 9. 선고 2019도2562 판결, 군인등강간치상 사건 - 대법원 2022. 3. 31. 선고 2018도19472, 2018전도126 판결)의 경우 일정한 사유를 들어 해당 지방검찰청에서 기록열람을 허가하지 않았다.

기록을 보관하고 있는 지방검찰청에서는 피고인, 피해자 신문조서 및 진술조서(수사기관의 질문과 이에 대한 답변 등), 공소장(검사), 공판조서(법정진술), 제1심, 제2심 판결문 등 증거서류와 공판기록을 검토하였으며, 이 기록에서 나타나는 수사기관, 판사 등의 성인지 감수성 요소(피해자 의심 비난, 가해자 옹호, 두둔, 정당한 이유 없는 반복진술 요구, 강간통념, 성역할 고정관념 등)를 평가하였다.

6) 제59조의2 제1항 제59조의2 ① 누구든지 권리구제·학술연구 또는 공익적 목적으로 재판이 확정된 사건의 소송기록을 보관하고 있는 검찰청에 그 소송기록의 열람 또는 등사를 신청할 수 있다.

2) 조사결과

다음은 조사한 사건 중 강간 등 사건(대법원 2019. 3. 28. 선고 2019도1108 판결)의 부분이다. 이 사건은 강간, 특수상해, 상해, 특수협박, 협박, 폭행 등 여러 범죄를 경합하여 공소제기한 사건으로 이 보고서의 목적에 따라 사실관계 중 강간 부분만 따로 떼어내면 다음과 같다.

피고인은 2017. 4. 모일 저녁부터 그 다음날 새벽까지 사이에 A시에 있는 B모텔에서 피해자에게 자신의 말을 듣지 않으면 피해자의 남편과 자녀들에게 위해를 가할 것처럼 피해자를 협박하여 이에 겁을 먹은 피해자를 강간하기로 마음먹고, 피해자를 강제로 침대에 눕힌 후 왼손으로 피해자의 쇄골 부위를 눌러 반항을 억압한 다음 오른손으로 피해자의 바지와 속옷을 벗기고 피해자를 1회 간음하여 강간하였다(대전고등법원 2019. 1. 7. 선고 2018노449 판결).

이 사건은 2017. 4. 19. 피해자가 해바라기 센터에 상담을 받으면서 시작되었다. 2017. 4. 24.에는 피해자가 정신과 등에서 진료를 받았고, 2017. 4. 28. 진단서를 발급받아서 경찰조사시 제출하였다. 피해자는 1차로 경찰에 출석하여 2017. 4. 20. 진술을 하였고(이 사건은 경찰 인지사건임), 2차로 2017. 4. 23., 3차로 같은 해 4. 26.에 진술을 하였다. 피의자는 2017. 5. 4. 구속되었으며, 경찰은 강간 부분에 대해 기소의견으로 검찰에 송치하였다. 검찰에서는 2017. 5. 17. 피해자조사가 있었으며, 같은 해 5. 23.에 한 차례 더 조사가 이루어졌다. 검찰에서의 피의자신문은 2017. 5. 24.에 이루어졌다. 검사는 강간 부분에 대해 법원에 공소를 제기하였다.

제1심 재판 당시 공판정에서는 다음과 같은 질문과 답변이 오갔다. 지명이나 이름 등 신원을 나타낼 수 있는 부분을 제외하고 대화를 옮기면 다음과 같다(2017.7.19. 피해자 증인신문 속기록).

피고인의 변호인이 증인에게

문 : 그러면 친정엄마가 O에서 일은 하고 있나요?

답 : 예, 하고 계십니다.

문 : 그리고 증인은 피고인에게 '딸이 있는데 엄마가 한 달에 한 번씩 와서 1박2일 동안 있다가 데려다준다. 증인과 증인의 딸인 O는 그런 부분에서 스트레스를 많이 받는다'

답 : 아니요, 마음을 비우고 삽니다.

문 : 증인은 'O과 이혼하려고 아이도 가지지 않았다. 남편 때문에 힘들고 1, 2개월 안에 이혼하겠다'라는 그런 얘기를 피고인에게 얘기한 사실이 있습니까?

답 : 없습니다.

재판장이 증인에게

문 : 이런 얘기한 적이 있어요, 없어요?

답 : 없습니다.

문 : 지금 질문이 많은데 O가 있고, 1박2일 이런 얘기 등 하나도 없어요?

답 : 예, 없습니다. 그 사실은 주변사람들이 다 알고 있는 이야기입니다.

문 : 이런 얘기한 적이 없습니까?

답 : 없습니다.

당시 제1심에서 피고인의 변호인은 위와 같이 피고인의 사생활에 대한 상세한 진술을 요구하면서 이와 같은 이야기를 하였고, 피고인이 이 이야기를 기억하고 있으므로 이러한 이야기를 나눌 정도의 사이에서는 강간이 일어날 수 없다는 점을 강조하고 있으며, 재판부는 이 이야기의 사실여부에 대해서 질문을 진행하였다. 이러한 방식은 피해자의 피해여부에 대한 진실을 판단하기 위함이라기 보다는 피해자의 사생활을 법정에서 이끌어 냄으로써 피해자의 피해 주장이 거짓이라는 점을 밝히기 위한 것으로 피해자에게 고정관념이 생기게 할 수 있다는 점에서 재판부에서 적절히 제지할 필요가 있었다. 다음의 질문과 답변 역시 피고인 측 변호인의 강간에 대한 시각을 보여준다.

피고인의 변호인이 증인에게

문 : 증인은 피고인이 강간하려고 해서 몸을 비틀면서 반항을 하자 피고인이 왼손으로 목 부분을 누르면서 다른 한 손으로 바지와 속옷을 벗기고 강간하였다고 진술을 했지요?

답 : 예, 맞습니다.

문 : 상처를 입은 데는 없는가요?

답 : 없었습니다.

문 : 증인이 몸을 비틀면서 반항을 해서 피고인이 목을 누르면서 제압을 했다 라는 건데 이 과정에서 멍이 들거나 상처를 입었을 것 같은데요?

답 : 저희가 신고를 한지 일주일 정도 지나서 신고를 했습니다. 병원에 갔을 때는 이미 표시가 안나는 상태였고, 이렇게 짹 누르고 내리는데 바지가 고무줄 바지였습니다.

문 : 그 전에 멍이 든 건

답 : 아니요, 그런 건 없었습니다.

문 : 그래서 증인은 최초 경찰에서 조사받으면서 멍이 들었다거나 상처를 입었다는 진술을 한 적은 없지요?

답 : 예, 없습니다.

문 : 증인은 피고인이 증인을 성폭행 하려고 했을 당시에 크게 반항을 하지 않은 것 같거든요.

답 : 예.

문 : 그 이유가 뭐지요?

답 : 처음에 반항했던 건 사실이지만 계속 머릿속에 아이들 생각도 나고, 정말 나중에는 자포자기하는 심정으로 가만히 있을 수 밖에 없었습니다.

... (중략) ...

문 : 그러면 성폭행당할 당시에 강하게 반항을 했어야 하는 게 아닌가 라는 생각이 드는데, 그렇지 않은가요?

답 : 변호사님도 배우자가 있고 자녀 분이 있으시지 않으십니까? 그런데 지금 저 같은 상황에 배우자분이나 가족 분이 이 자리에 앉아있다고 해도 그렇게 질문하실 수 있나요?

이 사건에서 제1심과 제2심은 무죄를 선고하였다. 제3심 법원인 대법원(2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결)은 법원이 성폭행이나 성희롱 사건을 심리할 때 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하고, 강간죄의 경우 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 단정하지 않아야 하며, 강간죄에서 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우 그 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다는 사정이 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다는 전제 하에 제2심 법원의 판결 중 다음과 같은 부분을 비판하면서 제2심 판결 중 강간 무죄 부분을 파기·환송하였다.

대전고등법원은 파기환송심(2019. 1. 7. 선고 2018노449 판결)에서 대법원과 같은 근거에서 피해자 진술의 신빙성을 인정하면서, 피고인에게 강간 부분에 대한 유죄판결을 선고하였다. 강간 부분에 대해 양형기준의 권고형은 2년 6개월 ~ 5년 이었으나 그 하한을 3년으로 상향하면서, 다른 범죄와 경합하여 피고인에게 징역 4년 6월과 40시간의 성폭력 치료프로그램 이수가 선고되었다.

위 판결에 대해 피고인이 항소하였고, 대법원(2019. 3. 28. 선고 2019도1108판결)에서 상고가 기각되면서 판결이 확정되었다.

4. 2021년 성폭력 사건 하급심 판결문 분석

1) 분석 대상 판결

다양한 젠더폭력 유형 중 기본범죄 유형이라 할 수 있는 강간, 강제추행과 준강간, 준강제추행 범죄 및 최근 이른바 ‘N번방 사건’으로 사회적 이슈가 되었던 카메라등이용촬영 범죄에 대한 하급심 판결문 총 342건⁷⁾을 분석대상으로 선정하였다. 준강간과 준강제추행 범죄의 경우, 피해자가 가해자와 술을 마셨다는 등의 이유로 수사 및 재판과정에서 성폭력 통념이 드러나는 경우가 더 많다고 보고되어 별도로 분석할 필요가 있다고 보았다.

분석대상으로 고려되었던 위력에 의한 간음 혹은 추행죄의 경우 장애인이나 아동·청소년을 대상으로 한 범죄가 판결문 중 과반 이상을 차지하였는데, 장애인이나 아동·청소년을 대상으로 한 위력 성범죄의 경우 판단과정에서 성인지 관점 이외에 다양한 변수들을 고려해야 하므로 본 연구에서 중점적으로 다루기에는 적절하지 않다고 판단하였다. 다만 분석 대상 범죄 유형 중 장애인이나 아동·청소년이 피해자인 경우까지 제외하지는 않았다.

2) 판결 내용 분석 기준

2018년 대법원은 “법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.”⁸⁾고 하여 성폭력 사건의 심리에 있어 성인지 감수성을 기반으로 개별적, 구체적 사건에서의 피해자의 사정을 충분히 고려해야 함을 원칙으로 강조하였다.

7) 2022. 8. 18. 기준, casenote-pro(<https://casenote.kr/>)에서 각 죄명별 2021년 선고 판결 정확도 순으로 검색하여 중복 판결문은 삭제하였다.

8) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

2021년 성폭력 사건 하급심 판결문에 대한 사례분석을 위 법리에도 불구하고 여전히 성인지 감수성이 부족한 판결들이 있는지를 비판적으로 검토하고 구체적인 사례를 제시하였다. ‘성인지 감수성’이 부족한지를 분석하는 방법으로는 분석대상이 성폭력 사건의 판례라는 것을 고려하여 성역할 고정관념으로 인해 발생하는 ‘성폭력 통념’에 얼마나 영향을 받고 있는지를 중심으로 살펴보았다.

분석 기준이 되는 ‘성폭력 통념’의 경우 한국성폭력상담소(2019)에서 제시한 10가지 대표적인 성폭력 통념과 여성가족부(2019)에서 조사에 활용하고 있는 성폭력 통념 문항을 참고하되, 분석범위와 판결문에서 공통적으로 드러나는 통념 등을 고려하여 5가지(① 피해자답지 않다, ② 피해자 유발론, ③ 피고인이 피해자가 동의하였다고 착각하였을 것이다, ④ 고소에 다른 목적이 있을 것이라는 의심, ⑤ 성적수치심을 일으키는 행위라고 볼 수 없다)로 유형화 하였다. 하나의 판결문에서 여러 유형의 성폭력 통념이 동시에 발견되는 경우도 있었다.

3) ‘피해자답지 않다’는 통념이 드러난 판결

가. 수원지방법원 안산지원 2021. 12. 17. 선고 2020고합385 판결

이 사건 피해자와 피고인은 2020. 5. 9. 경 채팅어플을 통해 처음 알게 된 사이로, 같은 날 피해자의 집에서 술을 마신 사이이다. 피고인은 같은 날 21:00 경 피해자의 집에서 피해자의 몸에 올라타 피해자의 반항을 억압하고 강간하였고, 다음날(2020. 5. 10.) 다시 같은 장소로 찾아와 피해자에게 ‘어제는 너무 과했던 것 같다’는 취지로 사과하고 술을 마시다 피해자에게 성관계를 요구하였으나 피해자가 거절하자, 또 다시 유사한 방법으로 피해자를 강간하였다는 혐의로 기소되었다. 판결 내용에 따르면 피해자는 두 번째 피해 직후 112에 신고를 한 것으로 확인된다.

이 사건 재판부는 아래와 같은 이유로 피해자 진술의 신빙성을 부정하여 피고인에게 무죄를 선고 하였다.

그런데 피해자의 진술에 의하면, 피해자는 처음 만난 피고인으로부터 강간을 당하였음에도 그 직후 피고인에게 항의하거나 그 자리를 피하지 않은 채 아무 말 없이 씻고 담배를 피웠다는 것일 뿐만 아니라(위 증인신문조서 10쪽), 피고인이 방을 나간 뒤 같은 날 피해자의 남자친구자 집에 찾아왔음에도 피고인으로부터 강간당한 사정을 숨긴 채 남자친구와 성관계를 하고(위 증인신문조서 15쪽), 아무 일도 없는 것처럼 다음 날 아침까지 남자친구와 함께 있었다는 것이다(증거기록 195쪽).

나아가 피해자의 진술에 의하면, 전날 처음 만나 자신을 강간한 피고인이 다음날 다시 방으로 찾아와 ‘회를 사 왔으니 술 한잔하자’는 말에 술 먹고 얘기를 나누기 위해 피고인을 들어오게 했다는 것인데(위 증인신문조서 18, 19쪽), 위와 같은 사정들이다 피해자는 그렇게 다시 피해자의 방으로 들어온 피고인과 또 같이 술을 마시다가 중간에 피고인이 밖으로 나가 술을 사서 돌아올 동안에도 아무런 조치를 취하지 않은 점(위 증인신문조서 20쪽), 피해자는 그러한 피고인에 대하여 ‘같이 노래를 부르고 같이 얘기도 하고, 피해자가 말동무 없는데 말하니까 마음이 편한 것 같다’는 취지로 진술하기도 한 점(위 증인신문조서 21쪽) 등을 보태어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상이 구체적 상황 등에 따라 다르게 나타날 수 있다는 점을 고려하더라도 채팅을 통해 처음 만난 피고인으로부터 강간을 당한 피해자의 모습으로는 쉽게 상정하기 어렵다.

2020. 5. 10. 범행과 관련하여서도, 피해자는 ‘피해자가 베란다에서 물을 마시고오니 피고인이 옷을 다 벗고 있어 옷을 입으라 하고 그냥 TV 앞에서 담배를 피우고 있었다’는 취지로 진술하였고(증거기록 135쪽, 위 증인신문조서 22, 23쪽), 심지어 ‘당시 옷을 벗고 있는 피고인이 성관계를 의도하였다는 것은 알았지만 그렇게 신경 쓰지 않았다’고 진술하였는바(위 증인신문조서 23쪽), 위 진술에 의하면 피해자는 이미 전날 피고인으로부터 강간을 당하였고 이때도 피고인이 옷을 다 벗은 채 또 다시 피해자가 원치 않는 성관계를 시도하리라는 인식을 하였다는 것인데, 그럼에도 피해자가 크게 신경 쓰지 않은 채 단순히 담배만 피우고 있었다는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

재판기록을 보지 못한 상태에서 판결 내용을 분석하는 데에는 분명 한계가 있다. 그러나 처음 만난 피고인으로부터 강간을 당하였다면 피해자로서는 추가 범행 등이 두려워 즉시 항의하기 어려웠을 수도 있는 점, 사건 당일 남자친구를 만났다하더라도 남자친구에게 모르는 남자와 집에서 술을 마셨고 강간을 당했다는 사실을 털어놓기는 어려움이 있을 거라는 사실은 충분히 예상할 수 있는 점, 처음 성폭력 피해를 입은 피해자가 대화를 통해 사건을 해결할 수 있을 거라고 믿는 경우도 종종 있다는 점 등을 고려하면, 판결문에 적힌 내용만으로는 피해자의 모습이 ‘강간을 당한 피해자의 모습’이 아니라고 볼 수는 없다 할 것이다.

나. 광주고등법원 2021. 9. 15. 선고 (제주)2021노76 판결

이 사건 피고인은 피해자의 고소에 의해 최초 두 번의 성관계에 대하여 각각 강간 및 피감독자간음 혐의로 기소되었다. 재판부는 피해자가 최초 피고인을 고소할 때부터 원심법정에 이르기까지 이 사건 각 공소사실과 같이 피해를 입었다면서 그 일시와 장소, 범행의 경위 등에 관해서는 주된 부분에서 일관되고 구체적으로 진술하고 있고, 피고인은 수사기관에서 처음에는 성관계 사실마저 부인하는 등으로 책임을

회피하려는 태도를 보였던 점에 비추어 실제로 범행을 저지른 것은 아닌지 의심이 든다고 하면서도, 아래와 같은 이유로 피해자 진술의 신빙성을 배척하였다.

① 피해자는 2018. 10. 18. 강간 범행에 대해 수사기관에서 ‘피고인이 갑자기 텔레비전을 보고 있던 피해자를 끌어안고 키스를 했고, 피해자가 뿌리쳤는데도 손을 잡아 움직이지 못하게 한 후 성관계를 했다.’는 취지로 진술하였고, 당시 배를 꼬집는 것 이외에는 직접적인 폭행은 없었다면서 성관계 이후 피고인이 한국어로 얘기를 했는데 미안하다는 식의 이야기를 했을 것으로 추측된다고 진술하였다. 그런데 피해자가 2019. 5.경 경찰에 제출한 진술서에서부터 피고인이 성관계 도중 배를 꼬집었다는 내용이 포함되지 않았고, 나아가 피해자가 당시 ‘Don’t touch me’라고 얘기하거나 성관계 직후 피고인이 무릎을 꿇고 Sorry’라고 말하였다는 내용이 추가되었다. 이처럼 피해자의 진술은 시간이 지나면서 구체화되었는바, 뒤에서 본 바와 같이 피고인과 주고받았던 문자메시지 내용과 그 이후의 사정을 함께 고려하여 보면 피고인이 피해자를 강간하였다는 취지의 피해자 진술을 그대로 믿기 어렵다.

② 2018. 10. 22. 피감독자간음 범행에 대해서도 피해자는 처음 수사기관에서 폭행·협박 등은 수반되지 않았으면서 피고인이 그때도 잘해주었다는 취지로 진술한 바 있는데, 그 후 2019. 5.경 경찰에 제출한 진술서에서부터 ‘피고인이 당시 불법체류 상태에 있던 사촌언니를 신고해 잡아가게 하겠다. 일을 못하게 하고 월급을 주지 않겠다. 말을 잘 들으면 합법적으로 일할 수 있는 비자를 발급받을 수 있게 도와주겠다고 하였다’는 취지로 진술하였다. 이와 같이 피해자의 진술은 피감독자간음 범행의 구성요건을 이루는 사실에 대해 구체적인 내용이 추가되었다고 볼 수 있는데, 피해자가 약 4일 전 피고인에게서 강간 범행을 당해 정신적으로 큰 충격을 받았다고 진술하고 있음에도 피고인 밑에서 계속 일하였던 점, 처음에 관광 목적으로 대한민국에 입국하였다고 진술하였음에도 성범죄 피해를 감수하고도 계속 일하여야 할 이유가 있었는지 의문인 점, 특히 불법체류 중인 사촌언니의 추방을 막기 위해 피고인의 성관계 요구에 응하였다는 취지의 피해자 진술은 일반적으로 쉽게 이해하기 어려운 점 등에 비추어 마찬가지로 그대로 믿기 어렵다.

③ 피해자는 이 사건 각 범행을 당한 이후에도 수차례에 걸쳐 피고인과 성관계를 맺었고, 중국에 2차례 다녀오기도 하였으며 특히 대한민국에서 일을 하기 위해 남편과 동행하기도 하였는데, 앞서 본 바와 같이 피해자가 피고인과 ‘보고 싶다’, ‘사랑한다’는 취지의 문자메시지를 주고받았던 점을 함께 고려해보면, 위와 같은 사실은 계속적으로 피해를 당한 피해자의 행동으로 보기에는 이례적이다.

④ 피해자는 피고인이 불법체류 사실과 앞으로 일을 하지 못하게 한다거나 근로대가를 지급하지 않겠다는 취지로 협박하여 그 이후 피고인의 성관계 요구에 응하게 되었다는 취지로 진술한 바 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 피해자의 행동은 다소 이례적으로 이해하기 어려운 부분이 있고, 피해자의 남편이 피해자와 피고인 사이에 있었던 일을 알고 자해행위를 한 다음날인 2019. 3. 26.경에도 ‘남편과 빨리 이혼해야 한다’거나 ‘우리 사랑이 너무 힘들다’는 내용의 문자메시지를 주고받았던 점에 비추어 피해자의 위 진술을 그대로 받아들이기는 어렵다.

⑤ 피해자는 피고인과 주고받았던 애정표현이 담긴 문자메시지에 대해 피고인의 지시 또는 요구로, 혹은 피고인이 직접 피해자의 휴대전화를 이용하여 피고인의 휴대전화로 보낸 것이라는 취지로 원심법정에서 진술하기도 하였다. 그러나 피고인이 위와 같이 지시·요구하였다고 볼 만한 문자메시지 등이 발견되지 않고, 더욱이 피고인이 직접 피해자의 휴대전화를 이용하여 자신에게 문자메시지를 보낼 이유도 찾을 수 없으며, (후략)

결국 재판부는 피해자가 공소사실에 해당하는 사건 이후에도 피고인과 수차례 성관계를 한 점, 계속해서 피고인에게 고용되어 일을 했던 점, 사랑한다는 취지의 메시지를 주고받은 점을 들어 그러한 모습은 “피해를 당한 피해자의 행동으로 보기에 이는 이례적”이라는 이유로 피해자의 진술의 신빙성을 부정하였다.

그러나 피해자는 문제가 된 문자메시지도 피고인이 직접 보냈거나 보내라고 지시했다고 진술하며 피고인과 유사 연인 관계였다는 사실을 부정하고 있는 점, 만일 실제로 피고인과 피해자가 연인 관계였다면 피해자가 출국하였다가 굳이 남편과 함께 한국에 들어올 이유가 없는 것으로 보이는 점, 설령 피고인과 피해자가 범행 이후 어떤 감정이 생겼더라도 그것은 피고인과 피해자가 만난 지 5일 만에, 그리고 문제된 메시지를 주고받은 때로부터 6개월 전에 일어난 범죄의 성립에는 영향을 미치지 않는 점, 사촌언니를 불법체류자로 신고하겠다는 피고인의 협박이 피해자에게는 큰 공포로 느껴졌을 수 있는 점 등을 고려하면 위와 같은 재판부의 판단은 ‘피해자다움’에 근거한 판결로써 성인지 감수성이 부족하다고 평가할 수 있다.⁹⁾

9) 그 밖의 대상판결에 대한 자세한 분석은 보고서 제5장 제3절 참조해 주세요.

5. 결론

판결문과 수사자료를 통해 전과정을 추적한 사건의 유형은 강간 등 사건, 강제추행 사건, 카메라 등 이용촬영 등 사건, 가정폭력 사건, 친밀한 관계에서의 폭력 사건이다.

우선 강간 등 사건은 1심법원과 2심법원에서 강간 부분에 대한 무죄가 선고되었는데, 대법원에서 파기되어, 파기환송심에서 유죄가 선고되었고, 다시 대법원에서 확정된 사건이다. 이 사건의 제1심 공판과정에서 피고인의 변호인은 피고인의 사생활에 대한 상세한 진술을 요구하면서 일부 성적인 편견이 담긴 질문과 답변을 이어 나갔고, 재판장은 이를 적절히 제지하지 않은 채 본인도 그러한 질문과 답변 과정에 참여하였다. 이러한 방식은 피해자의 피해여부에 대한 진실을 판단하기 위함이라기 보다는 피해자의 사생활을 법정에서 이끌어 냄으로써 피해자의 피해 주장이 거짓이라는 점을 밝히기 위한 것으로 피해자에게 고정관념이 생기게 할 수 있다는 점에서 비판의 여지가 있었다. 공판과정에서 피고인 측 변호인의 일부 질문은 강간에 대한 그릇된 통념이 담겨져 있었다. 대법원은 1심법원과 2심법원의 판단에 대해 성인지 감수성을 강조하면서 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장에서 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행, 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 단정하지 않아야 한다고 판단하였고, 이에 따라 열린 파기환송심에서는 강간 부분에 대해 유죄가 선고되었다.

강제추행 사건에서는 수사자료와 소송기록에서 특별한 점이 보이지는 않았지만, 제1심에서 피해자에게 헤드락을 걸면서 가슴에 접촉한 사안에 대해 강제추행에 해당한다고 판단하였고, 반면 2심의 경우에는 피해자의 진술의 신빙성을 인정하면서도 강제추행에 해당하지 않는다고 보았고, 대법원에서는 다시 강제추행에 해당한다고 판단하였다. 동일한 사실관계에 대해 법원마다 각기 다른 판단을 하는 것이다. 이렇게 사안을 판단함에 있어서 서로 다른 기준이 작용하게 되면 균질한 판결을 기대하기 어려울 것이다.

소위 N번방 사건 중 하나인 디지털 성폭력 사건에서는 경찰에서 조사 당시에 음란물이라는 단어를 사용하고 있다. 이 부분은 진술을 청취하였던 경찰의 디지털 성폭력 범죄에 대한 인식을 보여주고 있는 것으로서 성착취 또는 성폭력 범죄 피해 영상 등 피해자의 피해를 드러낼 수 있는 표현을 사용할 필요가 있다. 물론 다른 경찰에서의 조사는 성착취 영상물이라는 표현을 사용한 경우도 있었다. 디지털 성범죄가 2015년부터 여러 건이 다발적으로 발생하였는데도 불구하고 2021년에 이르러서야 본격적인 재판이 진행되었다는 점은 디지털 성범죄에 대한 수사기관의 대처 방식을 잘 보여준다고 생각된다. 디지털 성범죄는 피해 영상물 등의 확산 속도가 빠르므로 더 신속하게 대처할 필요가 있다.

가정폭력 사건은 형벌이 비교적 경하게 선고되는데, 피해자가 가족 구성원이라는 점이 고려된 것으로 보인다. 이혼을 하는 경우에는 가정폭력 재범위험성을 낮추는 요소로 파악하는데, 이러한 방식이 타당한지는 의문이다. 이혼 여부와 관계없이 지속적으로 특정인에게 폭행을 가하여 왔다면 이를 양형에 고려하는 것이

타당하다고 생각된다.

2021년 성폭력 범죄에 대한 하급심 판결들을 분석한 결과, 성폭력 사건과 성희롱 사건을 심리할 때에는 '성인지 감수성'을 가지고 개별적, 구체적인 사건에서 피해자의 상황을 고려해야 한다는 2018년 대법원의 판결 이후에도 여전히 성폭력 통념이 드러나 성인지 감수성이 부족한 것으로 의심되는 판결들이 다수 있었다.

사건 당시 혹은 이후의 피해자의 모습이 일반적인 성폭력 피해자답지 않다는 이유로 피해자 진술의 신빙성을 부정한 판결이 존재함을 확인할 수 있었고, 피해자와 피고인이 친밀한 사이인 경우거나 친분이 있는 지인인 사건들에서는 피해자에게 성폭력에 해당하는 상황이 발생하도록 유도한 책임이 있다거나 피해자가 가해자에게 여지를 주었다는 '피해자유발론'에 영향을 받은 판결문이 있었다. 해당 판결들은 피해자가 피고인과 모텔에 가는 모습이 자발적으로 보인다거나, 성관계를 할 생각을 가지고 피고인의 집으로 갔다는 등의 이유로 폭행 또는 협박이 있었다거나 심신상실 상태였다는 피해자 진술의 신빙성을 부정하였다. 피해자의 진술과는 상반되게 '동의'를 추단하거나 피고인이 피해자의 동의여부를 착각하였을 것이라며 가해자 중심적인 관점에서 범행의 고의를 부정한 판결들도 다수 있었다. 피해자가 적극적으로 거부하지 않았더라면 설령 소극적으로 거부 의사를 표시하였더라도 피고인은 동의하였다고 착각하였을 수도 있다며 범행의 고의를 부정하거나, 피고인과 피해자의 관계에 비추어 이전에 특정 행위에 동의하였다면 설령 피해자가 잠이 든 상태여서 동의할 수 없음이 객관적으로 명백한 상황이라든가 피고인은 같은 행위에 피해자가 당연히 동의할 것이라고 생각하였다는 이유로 범행의 고의를 부정한 판결 등이 있었다.

성폭력 피해의 특성상 고소를 망설이다가 피고인과의 다른 갈등으로 비로소 고소를 결심하게 되는 것은 특이하거나 이상한 일이 아님에도, 피해자의 구체적인 상황을 고려하지 않고 고소 전 다른 갈등상황이 있었다는 것 자체로 '피해자의 고소에 다른 목적이 있었을 것'이라며 피해자의 진술을 의심한 판결들도 있었다. 피해자 진술의 신빙성을 모두 인정하여 피고인이 공소사실의 행위를 한 사실을 인정하면서도, 해당 행위가 피해자에게 '성적 수치심'을 일으키는 행위라고 볼 수는 없다는 이유로 무죄를 선고한 판결들도 확인할 수 있었다.

한편, 유죄를 선고한 분석대상 판결문들의 양형사유를 분석한 결과, 피고인에게 유리한 정상으로 가장 많이 언급된 사유는 '형사처벌 전력 없음' 혹은 '동종전과 없음'이었다. 유죄를 선고한 대부분의 판결에서 두 사유 중 하나를 피고인에게 유리한 정상으로 언급하였다. 형사처벌 전력이 없음은 양형위원회의 양형기준 상 감경요소로 반영되어 있으나, 단순히 동종 전과가 없다는 것은 양형기준 상 정해진 바가 없음에도 다수의 판결에서 피고인에게 유리한 정상으로 고려되고 있었다.

양형사유를 설시함에 있어 성인지 감수성이 유의미하게 반영된 판결들도 있었다. 우선 분석대상 판결이 선고된 2021년 성범죄 양형기준에서는 피고인의 피해자에 대한 2차 피해가 양형인자로 반영되어 있지 않았음에도, 여성폭력 피해자에게 ‘2차 피해로부터 보호받을 권리’가 있음을 명문화 하고(제14조), 국가와 지방자치단체에게 2차 피해 방지의무를 부과한(제18조)는 여성폭력방지기본법의 취지에 따라 피고인이 피해자에게 ‘2차 피해’를 유발하였다는 것을 불리한 사유로 고려한 판결들이 다수 있었다. 또한 카메라등이용촬영범죄에서는 N번방 사건 이후 해당 범죄의 ‘사회적 폐해가 심각’하다는 것을 양형사유로 고려한 판결들이 있었다.

그러나 성인지 감수성이 부족한 것으로 의심되는 판결들도 다수 있었다. 범죄의 성립과 전혀 관계없는 미성년자인 피해자가 그릇된 성관념을 가지고 있다는 것을 피고인에게 유리한 정상으로 고려하여 집행유예를 선고한 판결이 있었고, 특별양형인자로서 감경사유가 없음에도 막연히 형법 제51조 소정의 양형사유(피고인의 연령, 성행, 가정환경, 범행 후의 정황 등)를 고려하였다면서 피고인에게 양형기준 상 권고형보다 낮은 형을 선고한 판결들도 있었다. ‘기습추행’ 유형의 판결들에서는 개별 사건에서 피해자의 피해 정도를 고려하지 않고 ‘기습추행’이라는 이유만으로 추행의 정도가 심각하지 않다는 점을 유리한 양형사유로 반영하기도 하였다.

이상의 분석 결과를 종합하면 재판부의 성인지 감수성에 따라 피해자 진술의 신빙성을 판단하는 기준이 달라지거나, 피고인에게 선고되는 형이 크게 달라질 수 있다는 점을 확인할 수 있었고, 여전히 성인지 감수성이 부족한 것으로 의심되는 판결들이 적지 않게 확인되었다.

영미 성범죄 양형기준과의 비교분석 및 시사점

박경규(한국형사·법무정책연구원 부연구위원)



영미 성범죄 양형기준과의 비교분석 및 시사점



박경규(한국형사·법무정책연구원 부연구위원)

I. 서론

“형사사법분야 법집행 공무원 성인지 조사 및 젠더폭력 관련 판례분석 실태조사” 연구를 수행함에 있어서 ‘해외 주요 국가 젠더폭력 관련 양형기준 및 양형판례 분석’ 부분에서는 독일, 영국, 미국, 일본, 대만을 비교대상 국가로 하여 강간의 죄 및 디지털성범죄(성착취물 제작·배포·소지의 죄 위주로)를 중심으로 선고형 산정 과정·방법, 양형기준을 비교분석하여 우리의 성범죄 관련 양형기준을 개선함에 있어서 도움이 될 수 있는 시사점을 도출하였다. 비교대상 국가 중에서도 영국과 미국은 개별 성범죄와 관련하여 상세한 양형기준을 두고 있기에 영국과 미국의 성범죄 양형기준이 우리에게 비교분석 대상으로서 중요한 의의를 가진다. 이 글은 연구보고서에서 영국과 미국의 성범죄 양형기준을 비교분석하여 도출한 시사점을 소개하고자 한다.

아래 II에서는 영국의 일반적인 선고형 산정 절차·방법, 강간의 죄 및 성착취물 제작·배포·소지의 죄에서의 양형기준에 대해 살펴보고, III에서는 미국 연방법에 의할 때 일반적인 선고형 산정 과정·기준 및 성적 남용·학대범죄(sexual abuse offences) 및 성착취물 범죄에서의 양형기준을 살펴본다. IV에서는 영국 및 미국의 성범죄 양형기준을 우리의 성범죄 양형기준과 비교분석할 때 도출할 수 있는 주요 시사점에 대해 다룬다.

II. 영국

1. 주요 성범죄의 성립요건 및 법정형

[표 1] Sexual Offence Act 2003에 의한 주요 성범죄의 법정형

죄 명	구성요건	법정형
강간 (Rape)	동의 없는 성기삽입 또는 구강성교	종신형
13세 미만자에 대한 강간	동의불문	종신형
유사강간 (Assault by penetration)	동의없이 신체의 일부 또는 물건을 여성의 성기에 삽입	종신형
13세 미만자에 대한 유사강간	동의불문	종신형
강제추행 (Sexual Assault)	동의없이 신체접촉	S: 6개월 이하 자유형 또는 벌금 I: 10년 이하
13세 미만자에 대한 강제추행	동의불문	S: 6개월 이하 자유형 또는 벌금 I: 14년 이하
아동성착취영상 촬영·송출	아동성착취영상을 촬영하거나 송출하는 행위	S: 6개월 이하 자유형 또는 벌금 I: 14년 이하 자유형
아동음란이미지(indecent photographs of children) 소지 ¹⁾		S: 6개월 이하 자유형 또는 5레벨 이하 벌금 I: 5년 이하 자유형 또는 벌금
관음	성적으로 민감한 부분을 촬영하거나 촬영물을 반포	S: 6개월 이하 자유형 또는 벌금 I: 2년 이하 자유형

※ 약어 설명

S. = Summary Conviction(치안판사법원에서 재판받는 경우)

I. = Conviction on Indictment(배심재판을 통해 재판받는 경우)

1976년 이전까지 영국 보통법에서 강간죄는 ‘폭력, 공포 또는 기만을 이용하여 동의 없이 여성과 성교를 하는 것’으로 정의되었고, 신체상해가 있었을 것이 폭력이 행사되었고, 피해자가 저항하였다는 증거로 요구되었다.²⁾ 그러나 「성범죄법률 1976(Sexual Offences Act 1976)」에서 강간죄가 ‘동의 없는 간음행위’로

1) 「형사사법법률(Criminal Justice Act 1988)」 제160조에서 규율되고 있다.

2) ECHR, M.C. v. Bulgaria, Judgment 4 December 2003 (Application no. 39272/98), para. 100, 140 참조.

정의됨으로써 강간죄의 성립요건으로 폭력행사가 요구되지 않게 되었다.³⁾

영국은 아동음란이미지(indecent photograph of child) 제작, 배포, 소지의 죄에 대해서는 「아동보호법률 1978(Protection of Children Act 1978)」 및 「형사사법법률 1988(Criminal Justice Act 1988)」에서 규율하고 있고, 아동·청소년 성착취 영상(sexual exploitation of a child)의 제작, 배포에 대해서는 「성범죄법률 2003」 제48조에서 규율하고 있다. 「성범죄법률 2003」 제51조는 ‘아동을 대상으로 음란한 이미지를 촬영하거나 송출하는 행위’를 ‘성적 착취’의 한 유형으로 정의하고 있다.

2. 선고형 산정 절차·방법

가. 일반 양형가이드라인

영국은 개별 범죄군 및 범죄군 내 개개 범죄별로 상세한 양형가이드라인(offence specific sentencing)을 제정하여 양형 기준을 제시하고 있는데, 이 범죄별 양형가이드라인은 범행의 중합(seriousness of the offence) 정도(‘범죄자의 유책성’과 ‘피해정도’를 핵심요소로 함)에 따라 해당 범죄에서 범행등급을 세분화하고, 범행등급별로 양형범위를 설정하면서 해당 범죄에 적용되는 가중·감경 인자를 제시한 것으로, 범행등급별로 해당범죄사건에서 인정되는 가중·감경인자를 적용할 때 도출할 수 있는 양형범위를 정해 놓은 것이다.

만약 해당 범죄에 적용되는 양형가이드라인이 아직 제정되지 않은 경우라면 일반 양형가이드라인(general guideline)이 적용된다. 일반양형가이드라인에 의하면 선고형 산정은 다음의 절차·방법에 따라 이루어진다.⁴⁾

3) ECHR, M.C. v. Bulgaria, Judgment 4 December 2003 (Application no. 39272/98), para. 100 참조.

4) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/general-guideline-overarching-principles/>, 2022. 8. 1. 최종검색.

- 1단계 : 잠정적 선고형(출발점 선고형) 도출
 - 법정 최대형, 항소법원의 양형판결례, 유사범죄에서의 양형가이드라인을 고려하여 당해 사건에 적용될 수 있는 잠정적 선고형 도출
 - 범죄자의 유책성(culpability) 및 범죄에 의해 초래된 피해정도(harm)의 요소로 구성되는 범죄의 중합 정도 판단
- 2단계 : 일반적인 가중·감경인자⁵⁾ 적용하여 출발선고형 범위 조정
- 3단계 : ‘소추협조’에 기한 감경 여부
- 4단계 : 유죄협상에 의한 감경 여부
- 제5단계 : 위험성 판단
- 제6단계 : 일정 범죄자들에게 적용되는 특별 구금 선고형 여부 판단
- 제7단계 : 수죄의 경우 전체형 판단(Totality principle)
- 제8단계 : 배상 및 부수명령
- 제9단계 : 양형이유
- 제10단계 : 미결구금 산입

나. 수죄의 경우 전체형 산정방법

‘수죄로 유죄판결되는 경우 전체형 산정방법에 관한 가이드라인(totality guideline)’에 의하면 수죄로 유죄판결되는 경우 법원은 하나의 전체형을 선고하여야 한다. 법원은 먼저, 유죄판결되는 각 범죄에 적용되는 양형가이드라인을 적용하여 각 범죄에서의 선고형을 정한다. 다음으로 수죄가 상상적 경합관계(concurrent sentences)인지, 아니면 실제적 경합관계(consecutive sentences)인지를 판단하여야 한다.⁶⁾

‘상상적 경합관계’란 동일한 사안 또는 사실관계(the same incident or facts)에 기해 수죄로 유죄판결되는 경우이거나 동일 또는 유사한 범행방법으로 특히, 동일 피해자에게 연속적으로 범해진

5) 예시적으로 나열되고 있는 일반적인 가중·감경인자에 대해서는 <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/general-guideline-overarching-principles/> 참조, 검색일 2022. 8. 1.

6) ‘전체형 산정방법에 관한 가이드라인(totality guideline)’(<https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/totality/>, 검색일 2022. 8. 1.) 참조.

범행인 경우이다. 수죄가 상상적 경합관계인 경우 중한 범죄에서 인정되는 선고형에 경한 범죄에서 인정되는 선고형이 적절히 가중되어야 한다. 예컨대 하나의 위험운전 행위로 다수 피해자를 다치게 한 경우 각 피해자별 범죄는 상상적 경합관계에 있고, 초래된 전체 피해를 반영할 수 있도록 각 피해자별 범죄의 선고형이 적절히 합산되어야 한다. 연속된 소액의 사기 또는 절도로 유죄판결되는 경우 각 범죄는 상상적 경합관계에 있고, 획득된 전체 이득액을 반영하여 적절한 전체형이 선고되어야 한다.⁷⁾

우리나라의 경우 상상적 경합의 경우 중한 범죄에서 인정되는 처단형으로 처벌되고, 경한 범죄의 하한이 중한 범죄의 하한보다 높은 경우 경한 범죄의 하한이 전체형의 하한으로 된다. 물론 우리나라에서도 중한 범죄의 처단형 범위 내에서 구체적인 선고형을 정함에 있어서는 상상적 경합관계에 있는 경한 범죄를 고려하여 선고형을 정하지만, 상상적 경합관계에서 처단형 상한이 가중되지는 않는다. 그에 반해 영국에서는 중한 범죄의 선고형에 경한 범죄의 선고형을 적절히 가중하여 전체형을 정하기에 우리나라와 같은 상상적 경합형 산정 방식에 비해 보다 높은 선고형이 산정될 수도 있다.

실체적 경합관계란 1) 서로 다른 수개의 사안 또는 사실관계에 기해 수죄가 범해진 경우, 2) 동일하거나 유사한 방법으로 연속해서 범죄가 범해졌지만 상상적 경합형 산정방법에 의해서는 범죄의 중합정도 등을 충분히 반영하지 못하는 경우, 3) 하나 이상의 범죄에서 법정 최소형 이하의 형이 선고될 수 없는 경우인데, 상상적 경합형이 그 범죄의 법정 최소형을 충분히 반영하지 못하는 경우를 말한다. ‘전체형 산정 가이드라인’은 2)의 경우의 예로서 “① 반복된 여러 상점점원에 대한 절도와 같이, 동일·유사한 방법에 의한 연속범행이지만 피해자가 다른 경우, ② 같은 피해자에게 연속해서 범해진 가정폭력범죄 또는 성범죄”를 들고 있다.⁸⁾ 실제적 경합관계인 경우 법원은 각 범죄에서의 선고형을 단순합산 한 후, 단순합산한 전체형이 정당하고 비례적인지(just and proportionate)를 판단하여, 단순합산한 전체형이 너무 부당하고 불비례적이라고 판단되는 경우 적절한 방법으로 형을 감경한다.⁹⁾

우리 양형기준은 실체적 경합범의 경우 죄의 수에 상관 없이 중한 죄의 상한에 1/2을 가중하도록 하고 있는 형법총칙상의 실체적 경합범 가중방식과 달리, 다수범이 2개인 경우, 3개 이상인지에 따라 각기 다른 가중방식을 제시하고 있다. 다수범이 2개인 경우에는 기본범죄의 형량범위 상한에 다른 범죄의 형량범위 상한의 1/2을 더한다. 다수범이 3개 이상인 경우에는 기본범죄의 형량범위 상한에 다른 범죄 중 형량범위 상한이 가장 높은 범죄의 형량범위 상한의 1/2을 더하고, 다시 형량범위 상한이 그 다음으로 높은 범죄의 형량범위 상한의 1/3을 더한다. 양형기준상의 다수범죄 처리기준에 의하여 가중될 수 있는

7) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/totality/> 참조, 검색일 2022. 8. 1.

8) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/totality/> 참조, 검색일 2022. 8. 1.

9) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/totality/> 참조, 검색일 2022. 8. 1.

최대값은 기본범죄 형량범위 상한의 5/6이다. 우리 양형기준상의 다수범죄 처리기준을 영국의 실체적 경합범에서의 전체형 산정기준과 비교하면, 실체적 경합범에서 각 범죄별 선고형을 단순합산한 후 형이 과중하면 적절히 조정하는 방식을 취하고 있는 영국의 기준에 의할 때 더 높은 선고형이 선고될 수 있다.

3. 주요 개별 성범죄 양형기준

가. 강간죄 양형기준¹⁰⁾ 및 13세 미만자에 대한 강간죄 양형기준¹¹⁾

1) 1단계: 범죄카테고리·범죄등급(offence category) 결정

가) 강간죄의 경우

강간죄의 최대형은 종신형이고 양형범위(offence range)는 ‘4 - 19년 자유형’이다. 법원은 강간죄에서 1단계로, 아래와 같은 강간죄 범죄등급(Offence category) 결정기준에 따라 강간범행에 의해 피해자에게 초래된 해악(harm)의 등급과 범죄자의 유책성(culpability) 등급을 판단한다.

10) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/> 참조, 검색일 2022.8.1.

11) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape-of-a-child-under-13/>, 검색일 2022.8.1.

[표 2] 강간죄의 범죄등급

피해정도(Harm)
<p>■ 피해 1급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 피해 2급 인자(factor) 중 하나 이상의 요소가 극심한(extreme) 경우이거나 피해 2급 인자가 상호결합하여 피해자에게 극심한(extreme) 영향을 초래한 경우 1급으로 변경될 수(may) 있음 <p>■ 피해 2급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 심각한 신체적 또는 정신적 피해 ● 범죄피해로 임신 또는 성병감염 ● 납치 ● 오랫동안의 감금, 지속적 사안 ● (강간죄에 내포된 정도를 넘어서는) 폭력 사용 또는 폭력사용의 협박 ● 피해자 주거로의 강제침입 ● 피해자의 개인적 사정으로 인해 취약한 피해자인 경우 <p>■ 피해 3급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 피해 1급 또는 2급의 인자가 없는 경우
유책성(Culpability)
<p>■ 유책성 A급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 현저한 정도의 계획적 범행 ● 수인이 함께 범죄를 범한 경우 ● 해당 범죄를 범하기 위해 피해자에게 알콜/마약류를 이용한 경우 ● 신뢰관계 남용 ● 주거침입강도 기회에 범한 경우 ● 범행을 촬영 ● 상업적 착취 그리고/또는 그러한 동기로 ● 인종적 사유 또는 종교적 사유로 인한 범행 ● 피해자의 성적 지향성(또는 가해자가 생각한 피해자의 성적 지향성)을 이유로 피해자에 대한 적의(hostility)에 기인한 범행 또는 그러한 적의를 표출하면서 이루어진 범행 ● 피해자의 장애(또는 가해자가 생각한 피해자의 장애)를 이유로 피해자에 대한 적의(hostility)에 기인한 범행 또는 그러한 적의를 표출하면서 이루어진 범행 <p>■ 유책성 B급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● A급 카테고리의 인자가 없는 경우

피해자가 강간죄에서 발생할 수 있는 통상의 정신적 피해를 넘어서서 ‘심각한 정신적 피해’를 입었는지 여부의 판단은 양형법관에게 달려 있다. 법원은 전문가의 감정의견을 들을 수 있지만, 그에 기속되지는 않는다. 양형법관은 피해자의견진술서(Victim Personal Statement, VPS)에 기재된 피해정황 및 증인진술 과정에서 파악한 피해자의 정신적 피해 등 피해자로부터 직접 발견할 수 있는 정황·증거들을 통해 피해자가 심각한 정신적 피해를 입었는지를 판단할 수 있다. 피해자가 ‘심각한 정신적 피해’를 입지는 않았다는 판단은 피해자에게 초래된 정신적 피해가 적거나 사소한 것으로 이해되어서는 아니 된다.¹²⁾

‘신뢰관계 남용’이 인정되기 위해서는 범죄자와 피해자의 관계가, 피해자가 범죄자에게 의지하는 상황이어서 범죄자가 피해자에게 현저한 책임(significant responsibility)을 가지는 것으로 인정될 수 있는 정도였어야 한다. 신뢰관계는 여러 관계에서 발생할 수 있다. 예컨대 교사와 학생, 부모와 자녀, 전문 상담사와 고객의 관계 또는 돌봐 주는 사람(비용이 지불되는지를 불문하고)이 그러하다. 뿐만 아니라 신뢰관계는 늦은 밤 택시를 이용하는 경우 승객과 택시운전사, 버스 등에서 승객이 1명인 경우 등에서도 인정될 수 있다. 신뢰관계의 발생은 이러한 상황에 한정되지 않지만, 그러한 상황이었다고 하여 언제나 신뢰관계의 남용으로 인정되는 것은 아니다.¹³⁾

나) 13세 미만자에 대한 강간의 경우

13세 미만자에 대한 강간죄에서 범죄등급 결정기준은 아래와 같다.

12) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/> 참조, 검색일 2022.8.1.

13) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/> 참조, 검색일 2022.8.1.

[표 3] 13세 미만자에 대한 강간죄의 범죄등급

피해정도(Harm)
<p>■ 피해 1급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 피해 2급 인자(factor) 중 하나 이상의 요소가 극심한(extreme) 경우이거나 피해 2급 인자가 상호결합하여 피해자에게 극심한(extreme) 영향을 초래한 경우 1급으로 변경될 수(may) 있음 <p>■ 피해 2급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 심각한 신체적 또는 정신적 피해 ● 범죄피해로 임신 또는 성병감염 ● 납치 ● 오랫동안의 감금, 지속적 사안 ● (강간죄에 내포된 정도를 넘어서는) 폭력 사용 또는 폭력사용의 협박 ● 피해자 주거로의 강제침입 ● 아동의 개인적 정황으로 인해 특별히 취약한 아동인 경우 <p>■ 피해 3급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 피해 1급 또는 2급의 인자가 없는 경우
유책성(Culpability)
<p>■ 유책성 A급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 현저한 정도의 계획적 범행 ● 수인이 함께 범죄를 범한 경우 ● 해당 범죄를 범하기 위해 피해자에게 알콜/마약류를 이용한 경우 ● 피해자에게 그루밍 행위를 이용한 경우 ● 신뢰관계 남용 ● 피해자에게 이전에 폭력을 행한 경우 ● 주거침입강도 기회에 범한 경우 ● 피해자의 성적 이미지를 촬영하거나, 취득하거나 공유한 경우 ● 피해자를 의식적으로 고립시킨 경우 ● 상업적 착취 그리고/또는 그러한 동기로 ● 인종적 사유 또는 종교적 사유로 인한 범행 ● 피해자의 성적 지향성(또는 가해자가 생각한 피해자의 성적 지향성)을 이유로 피해자에 대한 적의(hostility)에 기인한 범행 또는 그러한 적의를 표출하면서 이루어진 범행 ● 피해자의 장애(또는 가해자가 생각한 피해자의 장애)를 이유로 피해자에 대한 적의(hostility)에 기인한 범행 또는 그러한 적의를 표출하면서 이루어진 범행 <p>■ 유책성 B급</p> <ul style="list-style-type: none"> ● A급 카테고리의 인자가 없는 경우

2) 2단계: 양형구간표에 따른 양형범위 판단

가) 강간죄의 경우

(1) 양형구간표에 따른 양형출발점과 양형범위

피해등급과 유책성등급이 결정되면 법원은 아래와 같은 강간죄 양형구간표에 따라 해당 범죄등급에서의 양형출발점(starting point)과 양형범위(category range)를 확인한다. 해당 범죄등급에서 ‘양형출발점’은 해당 범죄등급에 해당하는 모든 범죄자에게 즉, 유죄합의 유무, 전과 유무와 같은 요소를 고려함이 없이, 적용된다.

[표 4] 강간죄 양형구간표

	유책성 A급	유책성 B급
피해 1급	출발점 15년 자유형	출발점 12년 자유형
	양형범위 13 - 19년 자유형	양형범위 10 -15년 자유형
피해 2급	출발점 10년 자유형	출발점 8년 자유형
	양형범위 9 - 13년 자유형	양형범위 7 - 9년 자유형
피해 3급	출발점 7년 자유형	출발점 5년 자유형
	양형범위 6 - 9년 자유형	양형범위 4 - 7년 자유형

피해등급 또는 유책성등급을 판단할 때 고려된 여러 요소들을 종합적으로 고려할 때 사안이 중한 것으로 판단되는 경우 법원은 양형 가중·감경인자를 적용하기 전에 양형출발점을 높일 수 있다.¹⁴⁾

14) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/> 참조, 검색일 2022.8.1.

(2) 가중·감경인자를 적용하여 양형출발점을 조정

범죄등급에 따른 양형출발점과 양형범위가 결정되면, 법원은 아래와 같은 가중·감경인자를 적용하여 양형범위를 조정한다.

[표 5] 강간죄 양형에서 가중·감경 인자

가중인자
<p>■ 성문법상의 가중인자</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 전과: 유죄판결받은 범죄와 당해 범죄와의 관련성, 유죄판결받은 범죄와 당해 범죄와의 시간적 간격을 고려 ● 보석 중에 범죄를 범하였는지 <p>■ 기타 가중인자</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 특별히 취약한 피해자를 대상으로 한 범행 ● 사정이 있었던 경우(제1단계에서 고려되지 않은 경우) ● 블랙메일 또는 기타 위협이 이용된 경우(제1단계에서 고려되지 않은 경우) ● 범죄 장소 ● 범죄 시간 ● 무기 또는 기타 공포심을 주거나 상해를 입힐 물건의 사용 ● 피해자를 강제로 주거 밖으로 내몬 경우 ● 법원의 명령에 따르지 않은 경우 ● 가석방 중 범한 범죄 ● 범죄를 범하기 위해 아동과의 만남을 남용한 경우 ● 타인, 특히 아동이 보는 앞에서 강간한 경우 ● 피해자가 범죄를 신고하거나 지원을 받는 것 또는 소추를 지원하는 것을 방해한 경우 ● 증거의 인멸, 은닉 ● 알콜 또는 마약류의 영향하에 이루어진 범행
감경인자
<ul style="list-style-type: none"> ● 범죄경력이 없거나 관련 유죄판결이 없는 경우 ● 범죄자의 후회·반성(remorse) ● 범죄자의 이전의 선한 성품 그리고/또는 선한 행동* ● 범죄자의 연령 그리고/또는 범죄자가 성숙성(maturity) ● 범죄자의 정신적 장애 또는 교육능력 장애, 특히 그러한 요소가 범행과 관련된 경우 ● 긴급히 중하거나 장기의 의료처우가 필요한 정도의 신체적 장애 또는 심각한 의료상태

예컨대 연령, 질병, 장애와 같은 개인적 사유로 인해(그러한 사유에 한정되지는 않음) 피해자가 범행에 취약한 경우라면 가중사유에 해당한다. 피해자가 고립된 경우, 술에 만취된 경우 또는 익숙하지 않은 상황에 놓이게 된 경우에도 취약한 피해자로 고려될 수(may) 있다. 범죄자가 피해자의 취약성을 이유로 범행대상을 선정하였다면 범행자의 유책성은 증대하고, 범행자가 피해자를 홀로 머물도록 한 경우 등 범행자가 피해자의 취약성을 조장하였다면 유책성은 증대한다.¹⁵⁾

‘범죄자의 후회·반성’이 (유죄합의가 이루어진 경우에도 유죄합의로 인한 감경과는 별도로) 감경인자로 고려되기 위해서는 범죄자가 진정으로 뉘우치는 경우여야 한다. 후회·반성이 없다는 점은 결코 가중인자로 기능할 수 없다.¹⁶⁾

강간죄의 경우 감경인자를 고려함에 있어서 ‘범죄자의 이전의 선한 성품 그리고/또는 선한 행동’에 큰 의미를 주어서는 아니 되고, 그러한 사유는 일반적으로 감경인자로 고려될 수 없다.¹⁷⁾ 오히려 ‘범죄자의 이전의 선한 성품 그리고/또는 선한 행동’이 강간범행에 이용된 경우라면 이러한 사정은 가중인자로 기능할 수 있다.¹⁸⁾

15) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/>, 검색일 2022.8.1.

16) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/>, 검색일 2022.8.1.

17) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/>, 검색일 2022.8.1.

18) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/>, 검색일 2022.8.1.

나) 13세 미만자에 대한 강간죄의 경우

(1) 양형구간표

[표 6] 13세 미만자에 대한 강간죄 양형구간표

	유책성 A급	유책성 B급
피해 1급	출발점 16년 자유형	출발점 13년 자유형
	양형범위 13 - 19년 자유형	양형범위 10 - 15년 자유형
피해 2급	출발점 13년 자유형	출발점 10년 자유형
	양형범위 11 - 17년 자유형	양형범위 8 - 13년 자유형
피해 3급	출발점 10년 자유형	출발점 8년 자유형
	양형범위 8 - 13년 자유형	양형범위 6 - 11년 자유형

[표 7] 13세 미만자에 대한 강간죄에서 가중·감경 인자

가중인자

■ 성문법상의 가중인자

- 전과: 유죄판결받은 범죄와 당해 범죄와의 관련성, 유죄판결받은 범죄와 당해 범죄와의 시간적 간격을 고려
- 보석 중에 범죄를 범하였는지

■ 기타 가중인자

- 특별히 취약한 피해자를 대상으로 한 범행
- 사정이 있었던 경우(제1단계에서 고려되지 않은 경우)
- 블랙메일 또는 기타 위협이 이용된 경우(제1단계에서 고려되지 않은 경우)
- 범죄 장소
- 범죄 시각
- 무기 또는 기타 공포심을 주거나 상해를 입힐 물건의 사용
- 피해자를 강제로 주거, 학교 등의 밖으로 내 몬 경우
- 법원의 명령에 따르지 않은 경우
- 가석방 중 범한 범죄
- 범죄를 범하기 위해 아동과의 만남을 남용한 경우
- 타인, 특히 아동이 보는 앞에서 강간한 경우
- 피해자가 범죄를 신고하거나 지원을 받는 것 또는 소추를 지원하는 것을 방해한 경우
- 증거의 인멸, 은닉
- 알콜 또는 마약류의 영향하에 이루어진 범행
- 피해자가 다른 사람들을 모집하도록 고무된 경우

감경인자

- 범죄경력이 없거나 관련 유죄판결이 없는 경우
- 범죄자의 후회·반성(remorse)
- 범죄자의 이전의 선한 성품 그리고/또는 선한 행동*
- 범죄자의 연령 그리고/또는 범죄자가 성숙성(maturity)
- 범죄자의 정신적 장애 또는 교육능력 장애, 특히 그러한 요소가 범행과 관련된 경우
- 긴급히 중하거나 장기의 의료처우가 필요한 정도의 신체적 장애 또는 심각한 의료상태

13세 미만자에 대한 강간죄 양형에서 가중·감경인자는 강간죄 양형에서의 가중·감경인자와 거의 동일하다. 강간의 죄에서는 ‘범죄자의 이전의 선한 성품 그리고/또는 선한 행동’이 감경인자로 기능할 수 없다는 점은 강간죄에서 설명한 것과 같다.

나. ‘아동음란이미지 제작 등 죄’ 및 ‘아동성착취영상 촬영·송출의 죄’의 양형가이드라인

영국은 ‘아동음란이미지 제작 등 죄(Possession of indecent photograph of child/ Indecent photographs of children)’의 양형가이드라인¹⁹⁾ 별도로 ‘아동성착취영상 촬영·송출의 죄(Causing or inciting sexual exploitation of a child)’에 대한 양형가이드라인을²⁰⁾ 두고 있다. 전자의 양형가이드라인부터 살펴본다.

1) 아동음란이미지 제작 등 죄

가) 1단계: 범죄카테고리·범죄등급(offence category) 결정

아동음란이미지 소지죄의 법정 최대형은 5년 자유형이고, 양형범위는 ‘사회내처우 - 3년 자유형’이다. 아동청소년성착취물 제작·배포죄의 법정 최대형은 10년 자유형이고, 양형범위는 ‘사회내처우 - 9년 자유형’이다.

법원은 먼저, 아래 표와 같은 기준에 따라 아동음란이미지 소지 등 범죄의 범죄등급을 판단한다. 유포 또는 공유할 목적으로 소지하는 행위는 유포·교부(distribution)에 해당한다.

[표 8] 아동음란이미지 소지, 유포·교부, 제작의 죄에서의 범죄등급

	소지	유포·교부(distribution)	제작
A급	성기삽입적 성적 행동과 관련된 이미지의 소지; 동물과의 성적 행동 또는 가학적 성적 행동과 관련된 이미지의 소지	성기삽입적 성적 행동과 관련된 이미지의 유포·교부 (sharing); 동물과의 성적 행동 또는 가학적 성적 행동에 관한 이미지의 유포·교부	성기삽입적 성적 행동에 관한 이미지의 생성; 동물과의 성적 행동 또는 가학적 성적 행동에 관한 이미지의 생성
B급	非-성기삽입적 성적 행동과 관련된 이미지의 소지	비-성기삽입적 성적 행동에 관한 이미지의 유포·교부	비-성기삽입적 성적 행동에 관한 이미지의 생성
C급	기타 음란한 이미지의 소지	기 타 음 란 한 이 미 지 의 유포·교부	기타 음란한 이미지의 생성

19) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/possession-of-indecent-photograph-of-child/> 참조, 검색일 2022. 8. 1.

20) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/causing-or-inciting-sexual-exploitation-of-a-child/> 참조, 검색일 2022. 8. 1. ‘아동성착취영상 촬영·송출의 죄, 아동성착취 관련 아동통제, 아동성착취 알선·촉진의 죄에 대한 양형가이드라인’인데, 아동성착취영상 촬영·송출의 죄와 관련하여서만 다룬다.

대부분의 사건에서는 제작·유포·소지한 이미지 중 가장 심각한 이미지에 따라 범죄등급이 결정된다. 그러나 가장 심각한 이미지가 범행의 범죄등급을 적절히 반영하지 못하고 있는 경우라면 낮은 등급이 적절할 수도 있다. 그러나 범죄자가 더 높은 등급의 이미지들을 제작하였거나 취득하였다면 낮은 등급으로 변경될 수는 없다.²¹⁾

나) 2단계: 양형구간표에 따른 양형범위 판단

범죄등급이 결정되면 법원은 아래와 같은 양형구간표(category range)에 따라 양형출발점(starting point)과 양형범위(category range)를 판단한다.

[표 9] 아동음란이미지 제작·배포·소지에서 양형구간표

	소지	유포·교부	제작
A급	출발점 1년 자유형	출발점 3년 자유형	출발점 6년 자유형
	양형범위 26주 - 3년 자유형	양형범위 2 - 5년 자유형	양형범위 4 - 9년 자유형
B급	출발점 26주 자유형	출발점 1년 자유형	출발점 2년 자유형
	양형범위 고강도 사회내처우 - 18개월 자유형	양형범위 26주 - 2년 자유형	양형범위 1 - 4년 자유형
C급	출발점 고강도 사회내처우	출발점 13주 자유형	출발점 18개월 자유형
	양형범위 중강도 사회내처우 - 26주 자유형	양형범위 고강도 사회내처우 - 26주 자유형	양형범위 1 - 3년 자유형

21) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/possession-of-indecent-photograph-of-child/> 참조, 검색일 2022.8.1.

법원은 범죄등급에 따른 양형출발점과 양형범위를 확인한 후, 아래와 같은 가중·감경인자를 적용하여 양형출발점을 조정한다.²²⁾

[표 10] 아동음란 이미지 제작 등 죄에서 가중·감경 인자

가중인자
<p>■ 성문법상의 가중인자</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 전과: 유죄판결받은 범죄와 당해 범죄와의 관련성, 유죄판결받은 범죄와 당해 범죄와의 시간적 간격을 고려 ● 보석 중에 범죄를 범하였는지 <p>■ 기타 가중인자</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 법원명령을 위반한 범행 ● 가석방 중에 범죄를 범한 경우 ● 피해자의 연령 그리고/또는 이미지에 이용된 아동의 취약성 ● 아동음란이미지에 의해 초래될 수 있는 고통 또는 괴로움(distress) ● 이미지 소지·유포·제작의 기간 ● 많은 양의 이미지를 소지·유포·제작한 경우 ● 많은 사람들이 볼 수 있는 가능성이 있는 곳에 이미지를 설치 ● 영상 등의 수집 ● 증거 인멸, 은닉의 시도 ● 신뢰관계의 남용 ● 범죄자가 아는 아동을 이용한 경우 ● 아동음란이미지의 생성 또는 공유를 촉진하거나 조장하는 네트워크 또는 프로세스에 적극 개입 ● 상업적 착취 그리고/또는 상업적 동기로 ● 어린 아동, A등급 이미지 또는 가족관계에서의 성적 남용 행위를 묘사하는 이미지를 의식적으로 체계적으로 찾은 경우 ● 피해자가 많은 경우 ● 알콜 또는 마약류에 취한 아동의 묘사
감경인자
<ul style="list-style-type: none"> ● 범죄경력이 없거나 관련 유죄판결이 없는 경우 ● 범죄자의 후회·반성(remorse) ● 범죄자의 이전의 선한 성품 그리고/또는 선한 행동* ● 범죄자의 연령 그리고/또는 범죄자의 성숙성(maturity) ● 범죄자의 정신적 장애 또는 교육능력 장애, 특히 그러한 요소가 범행과 관련된 경우 ● 긴급히 중하거나 장기의 의료처우가 필요한 정도의 신체적 장애 또는 심각한 의료상태

22) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/possession-of-indecent-photograph-of-child/> 참조, 검색일 2022.8.1.

2) 아동성착취물 촬영·송출의 죄

가) 범죄등급

아동성착취영상 촬영·송출의 죄의 법정 최대형은 14년형인데, 피해자가 13세 미만인 경우 양형범위는 '1 - 13년 자유형'이고, 피해자가 13-15세인 경우 양형범위는 '26주 - 11년 자유형'이며, 피해자가 16-17세인 경우 양형범위는 '사회내처우 - 7년 자유형'이다. '아동성착취영상 촬영·송출의 죄, 아동성착취 관련 아동통제, 아동성착취 알선·촉진의 죄에 대한 양형가이드라인'은 피해정도와 범죄자의 유책성 정도에 따라 아동성착취영상 촬영·송출의 죄의 범죄등급을 다음과 같이 구분하고 있다.²³⁾

23) <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/causing-or-inciting-sexual-exploitation-of-a-child/> 검색일 2022. 8. 1.

[표 11] 아동성착취영상 촬영·송출의 죄의 범죄등급

가중인자
<ul style="list-style-type: none"> ■ 피해 1급 <ul style="list-style-type: none"> ● 피해자가 성기삽입적 성교행위를 행한 경우 ● 납치/감금 ● 폭력사용 또는 폭력사용의 협박 ● 지속적이거나 체계적인 심리적 학대 ● 당해 범죄에 고유한 정도를 넘어서서, 피해자에게 불안전하고 비인간적인 성적 행동을 하도록 한 경우 ● 피해자가 범죄자로부터 다른 “고객”으로 순환되었거나 그리고/또는 다른 사창가로 옮겨진 경우 ■ 피해 2급 <ul style="list-style-type: none"> ● 피해1급 인자가 없는 경우
감경인자
<ul style="list-style-type: none"> ■ 유책성 A급 <ul style="list-style-type: none"> ● 상업적 기초 하에 아동성착취행위를 지휘·조직한 경우 ● 현저한 경제적 또는 기타 이익의 기대 ● 신뢰관계의 남용 ● 피해자에게 그루밍 행위를 이용한 경우 ● 신뢰관계 남용 ● 피해자를 아는 자에 의한 성적 착취 ● 피해자의 자유를 현저히 제한하면서 성적 착취 ■ 유책성 B급 <ul style="list-style-type: none"> ● (범죄자의 관여가 강요에 의한 것이 아닌 경우) 범죄자가 아동성착취영상 촬영·송출, 아동성착취 관련 아동통제, 아동성착취 알선·촉진 행위에 깊이 관여한 경우 ■ 유책성 C급 <ul style="list-style-type: none"> ● 범행과 관련하여 타인의 지시하에 제한적 기능을 수행한 경우 ● 강요, 협박, 착취행위로 인해 깊이 관여한 경우

나) 범죄등급별 양형출발점 및 양형범위

아동성착취영상 촬영·송출의 죄에서 유책성등급과 피해등급에 따른 범죄등급별 양형출발점 및 양형범위는 다음과 같다.

[표 12] 아동성착취영상 촬영·송출의 죄의 양형구간표

		유책성 A급	유책성 B급	유책성 C급
피해 1급	13세 미만	출발점 10년 자유형	출발점 8년 자유형	출발점 5년 자유형
		양형범위 8 - 13년 자유형	양형범위 6 - 11년 자유형	양형범위 2 - 6년 자유형
	13-15세	출발점 8년 자유형	출발점 5년 자유형	출발점 2년6월 자유형
		양형범위 6 - 11년 자유형	양형범위 4 - 8년 자유형	양형범위 1 - 4년 자유형
	16-17세	출발점 4년 자유형	출발점 2년 자유형	출발점 1년 자유형
		양형범위 3 - 7년 자유형	양형범위 1 - 4년 자유형	양형범위 26주 - 1년 자유형
피해 2급	13세 미만	출발점 8년 자유형	출발점 6년 자유형	출발점 2년 자유형
		양형범위 6 - 11년 자유형	양형범위 4 - 9년 자유형	양형범위 1 - 4년 자유형
	13-15세	출발점 6년 자유형	출발점 3년 자유형	출발점 1년 자유형
		양형범위 4 - 9년 자유형	양형범위 2 - 5년 자유형	양형범위 26주 - 2년 자유형
	16-17세	출발점 3년 자유형	출발점 1년 자유형	출발점 26주 자유형
		양형범위 2 - 5년 자유형	양형범위 26주 - 2년 자유형	양형범위 고강도 사회내처우 - 1년 자유형

다) 가중·감경인자를 적용한 양형범위 조정

법원은 범죄등급별 양형출발점 및 양형범위에서 아래와 같은 가중·감경인자를 고려하여 양형출발점 및 양형범위를 조정한다.

[표 13] 아동성착취영상 촬영·송출의 죄에서의 가중·감경 인자

가중인자
<ul style="list-style-type: none"> ■ 성문법상의 가중인자 <ul style="list-style-type: none"> ● 전과: 유죄판결받은 범죄와 당해 범죄와의 관련성, 유죄판결받은 범죄와 당해 범죄와의 시간적 간격을 고려 ● 보석 중에 범죄를 범하였는지 ■ 기타 가중인자 <ul style="list-style-type: none"> ● 법원의 명령을 준수하지 않고 범행한 경우 ● 가석방 중에 범죄를 범한 경우 ● 의도적으로 피해자를 고립시킨 경우 ● 특별히 취약한 피해자를 대상으로 한 범행 ● 피해자를 정부기관(예컨대 이민청, 경찰), 가족, 친구 기타에 노출시키겠다고 협박한 경우 ● 피해자의 가족, 친구에게 해를 입히겠다고 협박하여 범행한 경우 ● 여권, 신분증을 빼앗은 경우 ● 피해자가 의료처우를 받지 못하도록 한 경우 ● 피해자가 학교에 가지 못하도록 한 경우 ● 음식 제한 ● 수익을 범죄자가 보유, 관리하거나 과도한 임금착수, 과도한 채무부과, 과도한 여비 또는 생활비 부과, 비합리적인 이자율 ● 피해자가 소추기관에 사안을 신고하거나 소추기관으로부터 지원, 협조를 받지 못하도록 조치를 취한 경우 ● 증거 인멸, 은닉의 시도 ● 범행이 이루어진 기간
감경인자
<ul style="list-style-type: none"> ● 범죄경력이 없거나 관련 유죄판결이 없는 경우 ● 범죄자의 후회·반성(remorse) ● 범죄자의 이전의 선한 성품 그리고/또는 선한 행동* ● 범죄자의 연령 그리고/또는 범죄자의 성숙성(maturity) ● 범죄자의 정신적 장애 또는 교육능력 장애, 특히 그러한 요소가 범행과 관련된 경우 ● 긴급히 중하거나 장기의 의료처우가 필요한 정도의 신체적 장애 또는 심각한 의료상태

III. 미국

미국에서는 각 주마다 형법이 있고, 주형법상 성범죄의 법정형은 주에 따라 다를 수 있다. 게다가 주에 따라 양형 방법이 동일하지 않고, 상세한 양형기준을 두고 있는 주가 있는가 하면, 그렇지 않은 주도 있다. 그렇기에 일부 주를 대상으로 한다고 하더라도 성범죄 양형기준 및 양형실무를 자세히 살펴보는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 일부 주를 대상으로 양형기준 및 양형실무를 살펴본다고 하더라도 미국에서의 전반적인 경향을 파악하는 것은 쉽지 않다. 그렇기에 미국 연방법을 대상으로 하여, 연방법상의 성범죄의 유형 및 법정형 그리고 연방양형가이드라인에 의할 때 강간의 죄 및 아동·청소년성착취물 범죄에서의 양형기준을 살펴본다.

1. 미국의 주요 성범죄 성립요건 및 법정형

미국 연방법률(U.S. Code) 제18편의 제109A장, 제110장, 제117장 등에서 연방법원 관할 성범죄를 규율하고 있는데, 연방법률상의 주요 성범죄와 법정형을 표로 정리하면 다음과 같다.

[표 14] 미국 연방법률상의 주요 성범죄 및 법정형

죄명	구성요건	법정형
§ 2241 가중처벌되는 성적 학대 (Aggravated sexual abuse)	<ul style="list-style-type: none"> ● (폭행·협박 또는 기타 방법을 통한 간음·유사간음) 폭행하거나 누군가 사망·중상해 또는 납치될 수 있다고 협박하여 의식적으로 타인을 간음·유사간음하거나(sexual act) 무의식상태를 초래하여 또는 약물 등을 이용하여 간음·유사간음한 자 ● 12세 이하 아동을 간음·유사간음할 의도로 주 경계를 넘거나 12세 미만 아동을 간음·유사간음한 자 또는 폭행·협박 또는 기타 방법으로 12세 이상 16세 미만 아동을 간음·유사간음하거나 간음·유사간음하려고 시도한 자 	<ul style="list-style-type: none"> ● 벌금형, 자유형 또는 종신형 ● 벌금형 그리고 30년 이상 자유형 또는 종신형
§ 2242 성적 학대 (sexual abuse)	사망·중상해·납치 이외의 해악고지를 통해 협박하여 간음·유사간음하거나 간음·유사간음 행동의 성격을 판단할 능력이 없거나 신체적으로 거부 의사를 표명할 수 없거나 표명하기 어려운 자를 간음·유사간음하거나 동의 없이 타인을 간음·유사간음한 자	벌금형, 자유형 또는 종신형

§ 2243 미성년자 또는 피보호자 등에 대한 성적 학대	12세 이상 16세 미만 미성년자, 피보호자 또는 피구급자를 간음·유사간음한 자 또는 미수범	벌금형 또는 15년 이하 자유형
§ 2244 학대적 성적 교류(Abusive sexual contact)	타인에 대한 성적 접촉(sexual contact)행위가 그 행위가 간음·유사행위였다면 각각 제2241조 내지 제2243조에 해당하는 경우	벌금형 또는 10년/3년/2년 이하
§ 2251 아동 성착취 (sexual exploitation of children)	명백한 성적 행동의 시각적 표현물의 제작 또는 실시간 전송을 위해 미성년자가 그러한 행동을 하도록 고용하거나, 설득하거나, 교사하거나, 유도하거나 강요한 자 등	벌금형 그리고 15년 이상 30년 이하 자유형(가중 구성요건 충족시 가중)
§ 2251 A 아동매매	아동성착취물을 위해 아동을 매매·매수 하거나 지배력을 이전하거나 이전받은 자	벌금형 그리고 30년 이상 자유형
§ 2252 아동성착취물 운송, 취득 등	<ul style="list-style-type: none"> 아동성착취물을 운송하거나 취득하거나 반포하거나 판매하거나 판매목적으로 소지한 자 또는 이러한 행위의 미수범 또는 공모범 아동성착취물을 시청목적으로 소지 하거나 접근한 자 또는 이러한 행위의 미수범 또는 공모범 	<ul style="list-style-type: none"> 벌금형 그리고 5년 이상 20년 이하 자유형(관련 성범죄 전과 있는 경우 가중) 벌금형 그리고 10년 이하 자유형(관련 성범죄 전과 있는 경우 가중)
§ 2252 비디오 관음 (Video voyeurism)	타인의 동의 없이 타인의 사적 영역을 촬영한 자	벌금형 또는 1년 이하 자유형

2. 미국 연방법상 선고형 산정 과정 및 기준

미 연방법 제18편 제3553조는 범죄의 성격 및 정황, 범죄자의 이력 및 특성 등 선고형을 정할 때 일반적으로 고려되어야 하는 요소들을 나열하면서 연방 양형가이드라인상의 범죄 분류와 범죄자 분류를 고려하여 선고형을 정하도록 하고 있다. 연방 양형가이드라인은 범죄의 중함 정도 분류와 범죄자 특성 분류를 두 가지 핵심요소로 하여 양형의 일반적 기준, 범죄군별 상세 양형기준을 제시하고 있다.

양형가이드라인에 의하면 연방법원은 다음과 같은 과정으로 선고형을 결정한다: 1) 해당 범죄에 적용되는 ‘범죄별 양형가이드라인’ 확정 → 2) 그 범죄의 양형가이드라인에 따라 해당 범죄에 적용되는 ‘기본 범죄등급’을 결정한 후, 특별히 고려되어야 할 범죄특성, 상호참조, 및 특별 지시사항을 고려하여 범죄등급(offence level)을 결정 → 3) 피해자 관련 요소, 범행에서 범죄자의 역할 정도, 사법방해 여부 등 양형가이드라인 제3장(Chapter)에 나열된 요소들을 고려하여 범죄등급을 조정 → 여러 혐의(counts)로

기소된 경우 양형가이드라인상의 '유사혐의 그룹화 기준'에 따라 유사혐의를 그룹화하고, 앞의 절차를 반복하여 혐의그룹별 범죄등급 결정 → 소송법상의 범죄사건 수 판단기준, 수 개 혐의그룹에서의 가중기준에 따라 '종합적인 범죄등급' 결정 → 피고인의 책임인정에 따른 범죄등급의 조정 → '범죄이력 등급(criminal history category) 기준'에 따라 범죄이력등급 결정 → 범죄등급과 범죄이력등급을 상호결합시켜 양형구간을 제시하고 있는 양형구간표(sentencing table)에 따라 양형구간 확정.²⁴⁾

양형가이드라인은 범죄등급과 범죄이력등급을 결합시켜 아래 표와 같이 양형구간표를 제시하고 있다.²⁵⁾

24) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 17.

25) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 407.

[표 15] 연방양형가이드라인상의 양형구간표

Sentencing table(in months of imprisonment)							
	Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points)					
		I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
Zone A	1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
	2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
	3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
	4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
	5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
	6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
	7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
	8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
Zone B	9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
	10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-20
	11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-20	27-33
Zone C	12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
	13	12-18	15-21	18-24	24-20	30-37	33-41
Zone D	14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-46
	15	18-24	21-27	24-20	30-37	37-46	41-51
	16	21-27	24-20	27-33	33-41	41-51	46-57
	17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
	18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
	19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
	20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
	21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
	22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
	23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
	24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
	25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125	110-137
	26	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137	120-150
	27	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150	135-168
	28	78-97	87-108	97-121	110-137	135-168	140-175
	29	87-108	97-121	108-135	121-151	140-175	151-188
	30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
	31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
	32	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
	33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
	34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
	35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
	36	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
	37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405	360-Life
	38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-Life	360-Life
	39	262-327	292-365	324-405	360-Life	360-Life	360-Life
	40	292-365	324-405	360-Life	360-Life	360-Life	360-Life
	41	324-405	360-Life	360-Life	360-Life	360-Life	360-Life
	42	360-Life	360-Life	360-Life	360-Life	360-Life	360-Life
	43	Life	Life	Life	Life	Life	Life

3. 연방 성범죄 양형기준

가. 성범죄 유형별 범죄등급 결정 기준

양형가이드라인 제2장에서는 범죄유형별로 범죄특성에 따른 범죄등급 결정 기준을 제시하고 있다. 제2장 제A절의 3에서는 ‘성적 학대 범죄(criminal sexual abuse)’에서의 범죄유형별 범죄등급 결정 기준을 제시하고 있고, 제G절에서는 ‘상업적인 성적 행위, 미성년자에 대한 성적 착취(sexual exploitation of minors)’에서 범죄유형별 범죄등급 결정 기준을 제시하고 있으며, 제H절의 3에서는 ‘프라이버시 범죄’에서의 범죄등급 결정 기준을 제시하고 있다.

1) 성적 학대 범죄군(sexual abuse offences)에서 범죄특성에 따른 범죄등급 결정

가) 성적 학대 범죄(sexual abuse)

양형가이드라인 §2A3.1.에 의하면 성적 학대 범죄(sexual abuse)에서 범죄특성에 따른 범죄등급 결정 기준은 다음과 같다.

§2A3.1. 성적학대 범죄 또는 그 미수범

(a) 기본 범죄등급

- 18 U.S.C. § 2241(c)에 기술된 범죄행위와 관련되는 경우 38등급, 기타의 경우 30등급

(b) 특별 범죄특성

- 해당 범죄가 18 U.S.C. § 2241(a) 또는 (b)의 범죄행위와 관련되는 경우 4등급 상승
- 18 U.S.C. § 2241(a)(2)가 적용되고, 피해자가 12세 미만인 경우 4등급 상승; 피해자가 12세 이상 16세 미만인 경우 2등급 상승
- 피해자가 피고인의 보호, 관리, 감독적 통제하에 있던 경우 또는 교정기관의 보호·관리하에 있던 경우 2등급 상승
- 피해자가 지속적이고 영구한 또는 삶을 위협하는 신체적 손상을 입은 경우 4등급 상승; 피해자가 지속적이고 중한 신체적 손상을 입은 경우 2등급 상승; 신체손상의 정도가 앞의 2가지 경우의 중간 정도인 경우 3등급 상승
- 피해자가 납치된 경우 4등급 상승
- 미성년자를 금지된 성적 행동을 하도록 설득·교사·유인·강요하는 행위가 참여자 신원의 허위표시와 관련되거나 컴퓨터 또는 상호대화적 컴퓨터서비스를 이용하여 이루어진 경우 2등급 상승

(c) 상호참조(cross references)

- 피해자가 살해된 경우 양형가이드라인 §2A1.1 적용
- 범죄행위가 미성년자를 아동성착취물의 생성에 관여케 하는 행위인 경우 §2G2.1 적용

(d) 특별 지시(special instruction)

- 교도소 또는 기타 교정기관의 구금 또는 통제 하에서 범죄가 발생했고, 피해자가 교도관인 경우 §3A1.2 적용

나) 성학대적 성적 접촉

양형가이드라인 §2A3.4.에 의하면 성학대적 성적 접촉(abusive sexual contact) 범죄에서 범죄특성에 따른 범죄등급 결정기준은 다음과 같다.

§2A3.4. 성학대적 성적 접촉 또는 그 미수범

(a) 기본 범죄등급

- (1) 범죄행위가 18 U.S.C. § 2241(a)에 기술된 범죄행동과 관련되는 경우 20등급
- (2) 18 U.S.C. § 2242에 기술된 범죄행동과 관련되는 경우 16등급
- (3) 기타의 경우 12등급

(b) 특별 범죄특성

- (1) 피해자가 12세 미만인 경우 4등급 상승. 4등급 상승하더라도 22등급 미만인 경우에는 22등급으로
- (2) 기본범죄등급이 (a)(1) 또는 (2)에 의해 결정되는 경우인데, 피해자가 12세 이상 16세 미만인 경우 2등급 상승
- (3) 피해자가 피고인의 구금, 보호, 감독적 통제 하에 있던 경우 2등급 상승
- (4) 미성년자를 금지된 성적 행동에 이르도록 설득·교사·유인·강요하기 위해 참가자 신원을 허위로 알린 경우 2등급 상승
- (5) 미성년자를 금지된 성적 행동에 이르도록 설득·교사·유인·강요하기 위해 컴퓨터 또는 상호대화적 컴퓨터 서비스를 이용한 경우 2등급 상승

(c) 상호참조

- (1) 범죄행위가 성적 학대 범죄(sexual abuse) 또는 그 미수범과 관련되는 경우 §2A3.1 적용
- (2) 범죄행위가 미성년자에 대한 성적 착취 또는 그 미수범과 관련되는 경우 §2A3.2 적용

2) 상업적 성행위 또는 금지된 성적 행동을 촉진하는 행위

양형가이드라인 §2G1.1.은 다음과 같이 ‘미성년자 아닌 자와의 상업적 성행위 또는 금지된 성적 행동을 촉진하는 행위’에서의 범죄등급 결정기준을 제시하고 있다.

§2G1.1. 미성년자 아닌 자의 상업적 성행위 또는 금지된 성적 행동을 촉진하는 행위

(a) 기본 범죄등급

(1) 범죄행위가 18 U.S.C. §1591(b)(1)에 기술된 범죄행동과 관련되는 경우 34등급

(2) 기타의 경우 14등급

(b) 위 (a)(1)이 적용되고, 범죄행위가 기만적 행위(fraud) 또는 강요와 관련되는 경우 4등급 상승

(c) 상호참조

(1) 범죄행위가 18 U.S.C. §2241(a)나 (b) 또는 18 U.S.C. §2242에 기술된 행동과 관련되는 경우 §2A3.1 적용

(d) 특별 지시

(1) 범죄행위가 수인의 피해자와 관련되는 경우 각 피해자에 대한 행위는 별개의 유죄로 인정된 혐의사실(count of conviction)에 포함된 것으로 취급되어야 한다.

상업적 성행위 또는 금지된 성적 행동을 하도록 운송되거나, 설득되거나, 교사되거나, 유인되거나 강요된 자가 수인인 경우 각자가 별개의 혐의사실로 인한 피해자로 인정되어야 하므로 하나의 유사범죄로 묶여질 수 없고, 각각 별도의 범죄로 취급되어야 한다.²⁶⁾ 피해자가 10인 이상인 경우 양형가이드라인에 따른 양형구간에서 벗어나 보다 높은 양형구간을 적용하는 것도 가능하다.²⁷⁾

양형가이드라인 §2G1.3.은 다음과 같이 ‘미성년자의 상업적 성행위 또는 금지된 성적 행동을 촉진하는 행위’에서의 범죄등급 결정기준을 제시하고 있다.

26) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 205.

27) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 205.

§2G1.3. 미성년자의 상업적 성행위 또는 금지된 성적 행동을 촉진하는 행위

(a) 기본 범죄등급

- (1) 피고인이 18 U.S.C. §1591(b)(1)으로 유죄판결 받는 경우 34등급
- (2) 피고인이 18 U.S.C. §1591(b)(1)으로 유죄판결 받는 경우 32등급
- (3) 피고인이 18 U.S.C. §2422(b) 또는 §2423(a)로 유죄판결 받는 경우 28등급
- (4) 기타의 경우 24 등급

(b) 특별 범죄특성

- (1) 피고인이 피해자인 미성년자의 부모, 친척 또는 법적 후견인인 경우 또는 피해자인 미성년자가 피고인의 구금, 보호 또는 통제적 감독하에 있는 경우 2등급 상승
- (2) 미성년자를 금지된 성적 행동에 이르도록 설득·교사·유인·강요 또는 촉진하기 위해 신원을 허위진술 한 경우 또는 기타 참가자가 부적절하게 미성년자에게 영향을 미친 경우 2등급 상승
- (3) 범죄행위가 성착취범죄 또는 성적 접촉 범죄에 관련되거나 (a)(3) 또는 (a)(4)가 적용되고 범죄행위가 상업적 성행위와 관련되는 경우 2등급 상승
- (4) 위 (a)(3) 또는 (a)(4)가 적용되고 범죄행위가 12세 미만 미성년자와 관련되는 경우 8등급 상승

(c) 상호참조

- (1) 범죄행위가 고지 또는 광고를 통해 아동성착취물 생성에 미성년자가 관여토록 하는 행위에 관련되는 경우 §2G2.1 적용
- (2) 미성년자가 18 U.S.C. § 1111의 살인죄가 성립되는 정황 하에서 살해된 경우 §2A1.1 적용
- (3) 18 U.S.C. §2241 또는 §2242에 기술된 행동과 관련되는 경우 §2A3.1 적용

(d) 특별 지시

- (1) 범죄행위가 수인의 미성년자와 관련되는 경우 각 피해자에 대한 설득, 유인, 강요, 운송의 행위는 별개의 범죄사실에 포함된 것으로 취급되어야 한다.

성행위 또는 금지된 성적 행동에로의 참가자 신원을 허위진술하는 행위(misrepresentation of participant's identity)는 미성년자에게로 직접 이루어져야 한다.²⁸⁾ ‘참가자가 부적절하게 미성년자에게 영향을 미친 경우’인지를 판단하기 위해서는 신중하게 참가자가 미성년자 행동의 자발성을 유발하였는지를 판단해야 한다. 성행위 참가자가 미성년자보다 적어도 10살 이상 많은 경우

28) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 209.

‘참가자가 부적절하게 미성년자에게 영향을 미친 경우’라는 요건이 충족된다는 점은 ‘반박될 수 있는 추정(rebuttable presumption)’으로 다루어져야 한다. 이 경우 참가자와 미성년자 간의 상당한 나이 차이로 인해 ‘참가자가 미성년자에게 어느 정도 부적절하게 영향을 미쳤다’는 점은 추정될 수 있다.²⁹⁾ 피해자인 미성년자가 수인인 경우 각각의 피해자에 대한 범죄사실은 별개의 범죄사실로 취급되어야 하고, 피해자인 미성년자가 10인 이상인 경우 양형가이드라인에 따른 양형구간을 벗어나 높은 양형구간을 적용할 수 있다.³⁰⁾

3) 미성년자에 대한 성적 착취

양형가이드라인 §2G2.1은 다음과 같이 ‘아동성착취물 제작을 통한 미성년자 성착취’에서 범죄등급 결정기준을 제시하고 있다.

29) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 209.

30) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 210.

§2G2.1. 아동성착취물 제작을 통한 미성년자 성착취; 보호자의 아동성착취행위 허용; 아동성착취물에 관여토록 광고하는 행위

(a) 기본 범죄등급: 32등급

(b) 특별 범죄특성

- (1) 범죄행위가 12세 미만 미성년자와 관련되는 경우 4등급 상승; 12세 이상 16세 미만 미성년자와 관련되는 경우 2등급 상승
- (2) (다음 기준 중 보다 중한 기준 적용) 범죄행위가 성행위 또는 성적 접촉 범죄와 관련되는 경우 2등급 상승; 범죄행위가 성행위와 관련되고 18 U.S.C. §2241(a) 또는 (b)에 기술된 행동과 관련되는 경우 4등급 상승
- (3) 피고인이 의식적으로(knowingly) 반포행위를 한 경우 2등급 상승
- (4) 범죄행위가 가학적이거나 피학적 행동 또는 기타 폭력적 행동을 묘사하거나 영유아와 관련된 아동성착취물에 관한 것인 경우 4등급 상승
- (5) 피고인이 미성년자의 부모, 친척 기타 법적 후견인인 경우 또는 미성년자가 피고인의 지배, 보호 또는 통제적 감독하에 있는 경우 2등급 상승
- (6) 범죄행위가 참가자 신원의 허위진술과 관련되거나 컴퓨터 또는 상호대화적 컴퓨터서비스의 이용과 관련된 경우 2등급 상승

(c) 상호참조

- (1) 미성년자가 18 U.S.C. §1111이 충족되는 정황하에 사망한 경우

(d) 특별 지시

- (1) 범죄행위가 수인의 미성년자와 관련되는 경우 각 미성년자에 대한 성착취행위는 별개의 범죄사실에 포함된 것으로 취급되어야 한다.

미 연방 양형가이드라인은 아동성착취물 제작 관련 범죄에서도 피해자인 미성년자가 수인인 경우 각 미성년자에 대한 범죄사실을 별개의 범죄사실로 취급하도록 하고 있고, 피해자가 10인 이상인 경우 양형가이드라인에 따른 양형구간에서 벗어나 높은 양형구간을 적용할 수 있도록 하고 있다.³¹⁾

양형가이드라인 §2G2.2.는 다음과 같이 ‘아동성착취물 판매, 취득, 운반, 광고, 소지’범죄에서의 범죄등급 결정기준을 제시하고 있다.

31) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 213.

§2G2.2. 아동성착취물 매매; 아동성착취물 취득, 운반 또는 광고; 아동성착취물 소지

(a) 기본 범죄등급

(1) 피고인이 18 U.S.C. §1466A(b), §2252(a)(4), §2252A(a)(5) 또는 §2252A(a)(7)로 유죄판결 받는 경우 18등급

(2) 기타의 경우 22등급

(b) 특별 범죄특성

(1) 위 (a)(2)가 적용되고, 피고인의 행동이 아동성착취물 취득 또는 요청(solicitation)에 한정되는 경우이고, 피고인이 아동성착취물을 거래에 유통시키거나 반포할 의도가 아니었던 경우 2등급 상승

(2) 아동성착취물이 사춘기전의 아동 또는 12세 미만의 아동과 관련되는 경우 2등급 상승

(3) (다음 중 보다 중한 기준 적용)

(A) 금전적 이익 획득을 위한 반포행위인 경우 이득액에 상응하여 과 아래 §2B1.1에 따라 등급 상승, 단 적어도 5등급 이상으로 상승

(B) 금전적 이익 이외의 가치 있는 대가를 받고 반포한 경우 5등급 상승

(C) 미성년자에게 반포한 경우 5등급 한도로 상승

(D) 아래 (E)에 기술된 불법행위 이외의 불법행위에 관여토록 미성년자를 설득·교사·유인·강요할 의도로 미성년자에게 교부한 경우 6등급 한도로 상승

(E) 금지된 성적 행동에 이르도록 미성년자를 설득·교사·유인·강요할 의도로 미성년자에게 교부한 경우 7등급 한도로 상승

(F) 위 (A) 내지 (E) 이외의 방법으로 의식적으로 반포하는 경우 2등급 상승

(4) 아동성착취물이 가학적이거나 피학적 또는 폭력적 묘사와 관련되는 경우 또는 영우아의 성적 학대(abuse) 또는 착취(exploitation)와 관련되는 경우 4등급 상승

(5) 피고인이 미성년자의 성적 남용 또는 성적 착취 행위와 패턴으로 관련된 경우 5등급 상승

(6) 시청의도로 아동성착취물을 소지, 전달, 취득 또는 교부하기 위해 컴퓨터 또는 상호대화적 컴퓨터서비스를 이용한 경우 2등급 상승

(7) 범죄행위가

(A) 적어도 10개 이상 150개 미만의 이미지와 관련되는 경우 2등급 상승

(B) 적어도 150개 이상 300개 미만의 이미지와 관련되는 경우 3등급 상승

(C) 적어도 300개 이상 600개 미만의 이미지와 관련되는 경우 4등급 상승

(D) 600개 이상의 이미지와 관련되는 경우 5등급 상승

(c) 상호참조

(1) 범죄행위가 고지 또는 광고를 통해 미성년자가 성착취물생성 행위에 관여토록 하는 경우 §2G2.1 적용

‘피고인이 미성년자의 성적 학대 또는 성적 착취 행위와 패턴으로 관련된 경우’란 성적 학대 또는 성적 착취에 관한 둘 이상의 별도의 범죄사안(two or more separate instances)이 서로 관련성을 가지는 경우를 뜻하고, 성적 학대 또는 성적 착취 행위가 범죄과정에서 발생했는지, 동일한 피해자가 문제되는지는 상관없다.³²⁾

매우 주목할 만한 점은 미 연방 양형가이드라인은 아동성착취물 취득, 소지 등의 경우 이미지 수를 기준으로 기본범죄등급을 상승시키고 있다는 점이다. 각각의 사진, 컴퓨터 이미지 또는 기타 시각적 이미지는 각각 하나의 이미지로 계산되고, 이미지의 수가 미성년자의 수에 상당히 미달하는 경우 양형기준에 따른 양형구간에서 벗어나 양형구간의 상승이 인정될 수 있다.³³⁾ 하나의 비디오 영상, 비디오 클립 등 영상물은 75개의 이미지로 계산되고, 영상물 재생시간이 5분을 상당히 초과하는 경우 범죄등급의 상승이 허용된다.³⁴⁾ 미 연방 양형가이드라인은 음란물범죄(Obscenity)의 경우 아동성착취물 취득, 소지 등의 행위에서 인정되는 범죄등급 상승 인자와 동일한 인자를 이유로 범죄등급의 상승을 인정하고 있지만(예컨대 음란물을 미성년자에게 교부하였는지 여부, 가학적·폭력적 내용의 음란물인지 여부, 컴퓨터 또는 컴퓨터서비스를 이용하였는지 여부 등), 음란물 범죄의 경우 유포된 음란물의 이미지 수를 기준으로 범죄등급을 상승시키지는 않고 있다.³⁵⁾ 미 연방양형가이드라인의 이러한 태도는 아동성착취물 범죄는 음란물범죄에 비해 개인적 법익을 보호하기 위한 범죄의 성격이 두드러진다는 점을 고려한 것이라고 보아야 한다.

나. 범죄등급 조정

연방 양형가이드라인은 제3장(Adjustment)에서 피해자 관련 요소, 범행에서 범죄자의 역할, 사법방해여부, 수개의 혐의사실, 책임인정과 같이 범죄에서 피해자, 범죄자와 관련되는 요소로서, 범죄의 중함 정도에 따라 결정된 범죄등급을 조정하는 요소들에 대해 규율하고 있다.

1) 피해자 관련 요소를 고려한 범죄등급의 조정

양형가이드라인 §3A1.1.은 ‘혐오범죄 또는 취약한 피해자’라는 피해자관련 범죄등급 상승요소를 규정하고 있다. 피고인이 사람의 인종, 피부색, 종교, 국적, 민족, 성, 성적 정체성, 장애 또는 성적

32) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 217.

33) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 217.

34) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 217.

35) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 221-222 참조.

지향성을 이유로 피해자를 범죄대상으로 선택하였다면 범죄등급은 3등급 상승된다. 피고인이 피해자가 취약한 피해자라는 것을 알았어야 했던 경우라면(should have known) 범죄등급은 2등급 상승된다. 범죄가 혐오범죄이고, 많은 수의 취약한 피해자와 관련된 경우 3등급이 추가적으로 상승된다. ‘취약한 피해자’란 양형가이드라인 §1B1.3에 나열된 범죄의 피해자이고, 나이, 신체적 또는 정신적 상태로 인해 비정상적으로 취약하거나 기타 범죄적 행동에 특히 민감할 수밖에 없는 자를 뜻한다.³⁶⁾

양형가이드라인 §3A1.2.는 ‘피해자가 공무원인 경우(official victim)’를 범죄등급 상승요소로 인정하고 있고, 양형가이드라인 §3A1.3.은 ‘피해자의 신체적 저항이 있었던 경우’ 범죄등급을 2등급 상승시키는 요소로 인정하고 있다. ‘피해자의 신체적 저항’은 그러한 요소가 이미 범죄성립요소에 포함되어 있는 경우에는 범죄등급 상승요소로 고려되지 않는다. 기타 피해자 관련 범죄등급 상승요소로 양형가이드라인은 테러리즘(§3A1.4.)과 ‘중요한 인권침해 행위’(§3A1.5.)를³⁷⁾ 들고 있다.

2) 범행에서 범죄자의 역할

§3B1.1.에 의하면 범죄자가 범죄단체의 조직자, 리더역할을 하였거나 범죄행위에서 매니저, 감독자의 역할을 한 경우 각각 범죄등급이 4등급 내지 2등급 상승한다. §3B1.2.에 의하면 범죄자가 최소한의 범죄참여(minimal participant) 역할을 한 경우 범죄등급이 4등급 낮아지고, 마이너 역할(minor participant)을 한 경우 2등급 낮아지고, 양자의 중간인 경우 3등급 낮아진다.

§3B1.3.에 의하면 범죄자가 공적 또는 사적 신뢰관계를 이용하였거나 특별한 범죄기술을 이용한 경우 범죄등급이 2등급 상승한다. 공적 또는 사적 신뢰관계의 이용은 그러한 지위·관계를 이용함으로써 범행 또는 범행은폐에 현저하게 기여한 경우에 한한다.³⁸⁾

3) 수개의 혐의사실(multiple counts)

§3D1.1.에 의하면 수개의 혐의사실 또는 소인(counts)으로 기소된 경우 법원은 유죄로 인정된 수개의 혐의사실 또는 소인에서 1) 밀접히 관련성을 가지는 소인들을 하나의 그룹으로 묶고, 2) 각

36) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 346.

37) ‘중요한 인권침해 행위’란 제노사이드, 고문, 전쟁범죄, 아동병사 모집과 같은 범죄를 의미한다(United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 350).

38) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 355.

소인그룹별로 범죄등급을 결정한 후, 3) 가장 중한 범죄등급이 인정되는 소인그룹에 양형기준상의 '수개 범죄사안(또는 범죄사건)에서의 가중기준'에 따라 범죄등급을 가중해야 한다. §3D1.2.에 의하면, 해악(harm)이 동일한 소인의 경우 하나의 소인그룹으로 묶여지는데, (a) 피해자가 동일하고 동일한 행위인 경우, (b) 단일한 범죄 목적 또는 공통의 범죄 계획에 포함된 수개의 행위에서 피해자가 동일한 경우, (c) 하나의 소인상의 범죄행동이 다른 소인상의 범죄행동에서 특수한 범죄 특성을 포함하고 있는 경우 하나의 소인그룹으로 묶인다. 또한 (d) 범죄등급이 주로, 해악 또는 손실의 총량, 관련된 물건의 양에 의해 결정되거나 범죄행동이 계속범의 성격을 가지고 양형가이드라인이 계속되는 그러한 범행을 포함하는 것으로 명시하고 있는 경우에 그러한데, 양형가이드라인은 이 기준이 적용되는 범죄와 그렇지 않은 범죄를 명시하고 있다. §§2G2.2('아동성착취물 매매, 취득, 운반, 소지 등에서의 범죄등급결정기준) 및 §2G3.1(음란물 수입, 메일링, 운송 등에서의 범죄결정기준)상의 범죄는 그 기준에 따른다고 하고, §2G1.1('미성년자 아닌 자의 상업적 성행위 또는 금지된 성적 행동을 촉진하는 행위'에 대한 범죄등급결정기준) 및 §2G2.1('아동성착취물 제작 행위'에서의 범죄등급결정기준)상의 범죄에는 그러한 기준이 적용되지 않는다고 한다.

각 소인그룹별 범죄등급이 결정되면, 가장 중한 범죄등급에 아래 표와 같은 가중기준에 따라 등급을 가중하여 '통합 범죄등급(combined offense level)'을 결정한다. 가장 중한 범죄보다 1-4등급 낮은 범죄의 경우 1 유닛으로 계산하고, 5-8등급 낮은 범죄의 경우 1.5 유닛으로 계산하고, 9등급 이상 낮은 범죄는 제외한다.³⁹⁾

다. 범죄이력 등급

양형가이드라인 제4장 제A절은 피고인의 범죄이력을 점수화하는 기준을 제시하고 있다. 그 기준에 따른 점수의 총합을 구간화하여 범죄이력 등급은 총 6등급으로 나뉜다. 제4장 제B절에서는 경력범죄자(career offender) 및 영리형 범죄자(criminal livelihood)의 범죄등급 가중기준을 제시하고 있다. §4B1.3.에 의하면 영리를 목적으로(as a livelihood) 일련의 범죄행동의 부분으로서(as part of a pattern of criminal conduct) 범죄를 범한 자의 경우 13등급 이상의 범죄등급으로 결정되어야 한다.

39) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 372.

[표 16] 수죄에서 가중 기준

Number of Units	Increase in Offense Level
1	none
1 1/2	add 1 level
2	add 2 levels
2 1/2 - 3	add 3 levels
3 1/2 - 5	add 4 levels
More than 5	add 5 levels

라. 양형구간의 확정

1) 양형구간표

연방법원은 원칙적으로 범죄등급(수개의 범죄로 유죄판결되는 경우 ‘통합 범죄등급’)과 ‘범죄이력 등급’이 교차하는 양형구간을 해당 사건에서의 양형구간으로 확정한다. 그러나 연방법원은 특별한 범죄자 관련요소 또는 범죄 정황 관련 요소 등을 고려하여 양형구간을 조정할 수 있다.

2) 양형구간의 변경

§5H1.2.에 의하면 교육정도 및 직업적 기술능력은 일반적으로 양형구간의 변경을 허용하는 요소로는 인정되지 않는다. 다만 집행유예 등을 결정하는데 있어서는 고려될 수 있다.⁴⁰⁾ §5H1.6. 에 의하면, 가족과의 유대 및 가족에 대한 부양책임은 일반적으로 양형구간의 변경을 허용하는 요소로 고려될 수 없다.⁴¹⁾ 특히 성범죄에서는 가족과의 유대관계, 가족에 대한 부양책임 및 사회적 유대 관계가 인정되는 양형구간보다 낮은 양형구간으로 변경하는 요소가 될 수 없다.⁴²⁾

일반적으로 그러한 범행에서 초래되는 피해자의 심리적 손상에 비해 매우 심각한 극도의 심리적 손상이 초래된 경우 인정되는 양형구간을 변경할 수 있다.⁴³⁾ 피해자의 잘못된 행동이 범죄유발에 기여하였다는

40) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 460.

41) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 462.

42) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 462.

43) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 476.

점은 다른 범죄에서는 양형구간 감경요소로 기능할 수 있지만, 성범죄에서는 그렇지 않다.⁴⁴⁾

IV. 비교분석 및 시사점

1. 범죄등급 구분 및 양형인자의 중요도 설정 관련

우리나라는 양형기준이 설정된 모든 범죄에서 범죄등급을 감경영역, 기본영역, 가중영역 3등급으로만 나눈다. 감경, 기본, 가중 권고영역 중 어느 권고영역이 적용되는지는 특별양형인자에 의해서만 결정되고, 일반양형인자는 결정된 권고영역에서 세부적인 형량범위를 정할 때 고려될 뿐이다.

영국의 성범죄 및 디지털성범죄 양형기준과 비교하면, 현재 우리나라 성범죄 및 디지털성범죄 양형기준에서의 특별/일반양형인자 구분 및 구체적인 특별/일반양형인자 설정은 먼저, 현재의 특별/일반양형인자 설정은 성범죄의 특성 또는 성인지감수성을 충분히 반영하는 방향으로 마련되어 있다고 보기에는 어렵다는 문제점을 가진다. 예컨대 강간죄 등 성범죄에서 인적신뢰관계의 이용은 범행의 중합 정도를 가장 잘 보여주는 표지라고 할 수 있음에도 불구하고 우리는 일반양형인자로 하고 있다. 그 외에도 범행의 중합 정도를 나타내는 여러 표지들(계획적 범행, 비난 동기 등)이 특별양형인자가 아니라, 일반양형인자로 설정되어 있다. 우리 ‘성범죄 양형기준’에 의하면 ‘인적 신뢰관계 이용’, ‘계획적 범행’, ‘비난 동기’, ‘심신장애 상태를 야기하여 강간한 경우’ 등의 요소가 모두 일반양형인자로 규정되어 있다. 그리고 ‘디지털성범죄 양형기준’에서도 ‘취득한 이익이 다액인 경우’, ‘인적 신뢰관계 이용’이 일반양형인자로 규정되어 있다. 즉, 그러한 인자가 인정되는 경우일지라도 특별양형인자의 적용에 따라 감경권고영역으로 결정된 경우라면, 가중권고영역의 형량범위가 적용될 수는 없다.

위의 문제점은 우리의 양형기준이 범죄등급을 크게 3등급으로만 구분하고 있는 것과 결합하여 (3등급으로만 구분하고 있기에 현재의 양형기준이 그러한 요소를 일반양형인자로 하고 있다고 볼 수도 있음), 영국과 비교하면 그러한 요소가 선고형 결정에 미치는 영향력이 규범적 차원에서(양형기준상) 약할 뿐만 아니라, 법관의 인식 차이 등에 따라 개개 사건에 따라 편차가 많이 발생할 수도 있다. 반면에 영국의 경우 범행의 중합 정도 관련 요소(피해관련 요소 및 유책성 관련 요소)를 세분화하면서 범죄등급을 6등급 등으로 우리에게 비해 더욱 세분화하고 있기에 그러한 요소들이 선고형 결정에 미치는 영향력이 클 뿐만 아니라, 개개 법관의 인식 차이에 따른 편차도 적다고 할 수 있다.

위와 같은 문제가 발생하는 것은 우리 양형기준이 특별/일반양형인자 구분, 범죄등급의 3등급화라는

44) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2021, Nov. 2021, p. 479.

기본구조를 취하고 있다는 점에도 그 원인이 있다고 할 수 있는데, 위와 같은 문제를 해결하기 위해 현재의 양형기준의 기본 구조를 변경하는 것은 쉽지 않다. 그러나 감경, 기본, 권고 영역을 각각 2등급으로 나누어서 범죄등급을 총 6등급으로 세분화하고, 현재 일반양형인자로 설정되어 있지만 범행의 중함 정도와 관련된 중요요소들이기에 특별양형인자로 할 필요가 있는 표지의 경우 특별양형인자로 하되(예컨대 ‘인적 신뢰관계 이용’ 등), 성범죄 또는 디지털성범죄에 한해 특별히 적용되는 ‘권고영역 결정기준’⁴⁵⁾ 정하는 것은 현재의 일반적인 양형기준의 틀을 유지하면서도 성범죄 및 디지털성범죄에서 발생하는 앞에서 언급한 문제점을 해결할 수 있는 한 방안이 될 수 있을 것이다.

2. 양형기준에 대한 해설·주석 제공 및 적용할 수 없는 양형인자 명시

현재 개별 범죄별 양형기준에서 양형인자가 ‘처벌불원’, ‘비난동기’ 등과 같이 아주 간단한 문구로 기술되어 있는 경우가 대부분이다. 이러한 간단한 기술을 통해서도 어떠한 경우가 그러한 경우에 해당하는지를 판단하는 것이 쉽지 않을 수 있을 뿐만 아니라, 그러한 양형인자의 적용이 개개 사건에 따라 편차가 많이 날 수 있다. 따라서 영국 및 미국의 양형가이드라인과 같이 우리나라도 개별 범죄별 양형기준에서 양형인자에 대한 상세한 해설·주석을 함께 제공할 필요가 있다.

그리고 영국 또는 미국과 같이, 성범죄 및 디지털성범죄 양형기준에서는 성범죄의 특성 또는 성인지감수성을 고려하여 ‘범죄자의 이전의 선한 행동’, ‘가족과의 유대 및 가족에 대한 부양책임’, ‘피해자의 잘못된 행동’과 같은 요소는 감경인자로 작용할 수 없다는 점을 양형기준에서 명시할 필요가 있다.

3. 처벌불원의 감경이유 구체화

현재 성폭력범죄에 대하여 양형기준은 피해자의 처벌불원의 의사를 특별감경인자로 규정하고 있다. 처벌불원은 피해자가 가해자를 처벌하기 원하지 않는다는 자유로운 의사표시로 피해자의 의사를 고려하는 형사사법절차상 일부 타당한 면이 있다.

하지만 피해자가 수사절차 진행 중이나 제1심법정에서는 가해자에 대한 처벌을 원하는 의사표시를 하였다가, 1심 재판 후 선처를 탄원하는 서면을 제출하였는데, 2심 법원 공판정에서 처벌 의사표시를 하는 경우와 같이 피해자의 의사가 분명하지 않은 경우에 대하여 법원이 어떻게 판단하여야 하는지에 대해 현행 양형기준은 처리방법을 제시하지 않고 있다.

45) 예컨대 인정되는 특별가중양형인자의 수를 범죄등급 결정과 연동시키는 것을 생각할 수 있을 것이다.

대법원은 처벌불원을 내용으로 하는 탄원서 제출이 “피고인의 부재로 경제적 어려움을 호소하였던 피해자 어머니의 증언 태도 등에 비추어 볼 때 위와 같은 피해자의 태도 변화는 자신의 신고로 인해 아버지인 피고인이 처벌받고 가정에 경제적 어려움이 발생하게 된 것으로 인한 고립감, 부담감, 죄책감의 발로로 보여지고, 피해자가 (2심)법정에 출석하여 처벌불원서 제출이 가족 등의 지속적 회유”에 의한 것이라고 진술하였다면 이 처벌불원의사표시는 ‘특별감경요소’가 될 수 없다고 본 바 있다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2020도6965, 2020전도74 판결).

위와 같은 경우를 포함하여 처벌불원 의사표시가 감경요소가 되는 경우에 대한 구체적인 상황에 대한 예시 또는 설명이 양형기준에 포함되는 것이 타당하다라고 생각된다.

4. 디지털성범죄 양형기준 개선

아동·청소년성착취물 범죄 또는 디지털성범죄는 성폭속을 보호법익으로 하는 사회적 범죄가 아니라, 성적 자기결정권 등을 보호하기 위한 개인적 법익에 대한 범죄이다. 우리나라는 ‘아동·청소년이용 음란물’이라는 용어 대신에 ‘아동·청소년성착취물’이라는 용어를 사용하고, 디지털성범죄 양형기준에서도 ‘불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 한 경우’를 특별가중양형인자로 규정하고 있다. 이러한 변화는 아동·청소년성착취물 범죄 또는 디지털성범죄는 ‘성폭속을 보호하고자 하는 음란물 범죄’ 즉, 사회적 법익을 보호하기 위한 범죄가 아니라, 성적 자기결정권 등 개인적 법익을 보호하기 위한 범죄라는 점을 고려한 것이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 현재의 디지털성범죄 양형기준은 디지털성범죄와 음란물범죄의 차이점을 충분히 반영하고 있지는 못하고 있다.

영국은 ‘수죄의 경우 전체형 산정에 관한 가이드라인’에서 명시적으로 ‘같은 피해자에게 연속해서 범해진 가정폭력범죄 또는 성범죄’의 경우 실제적 경합관계로 보아야 한다는 것을 명확히 하고 있다. 그리고 ‘아동음란이미지 제작 등 죄’에 대한 양형가이드라인에서 이미지의 내용에 따라 범죄등급을 달리 하고, ‘피해자가 많은 경우’, ‘많은 양의 이미지를 소지·유포·제작한 경우’를 가중인자로 적시하고 있다. ‘아동성착취영상 촬영·송출의 죄’ 양형가이드라인에서 피해자 연령을 3단계로 구분하여 유책성등급 및 피해등급과 결합시켜 범죄등급을 총 18등급으로 나누고 있다.

미 연방 양형가이드라인은 아동성착취물 제작 관련 범죄에서 피해자인 미성년자가 수인인 경우 각 미성년자에 대한 범죄사실을 별개의 범죄사실로 취급하도록 하고 있고, 피해자가 10인 이상인 경우 양형가이드라인에 따른 양형구간에서 벗어나 높은 양형구간을 적용할 수 있도록 하고 있다. 그리고 아동성착취물 취득, 소지 등의 경우 이미지 수를 기준으로 기본범죄등급을 상승시키고 있고, 이미지의 수가 미성년자의 수에 상당히 미달하는 경우 양형기준에 따른 양형구간에서 벗어나 양형구간의 상승이

인정될 수 있다. 미 연방 양형가이드라인은 음란물범죄(Obscenity)의 경우 아동성착취물 취득, 소지 등의 행위에서 인정되는 범죄등급 상승 인자와 동일한 인자를 이유로 범죄등급의 상승을 인정하고 있지만(예컨대 음란물을 미성년자에게 교부하였는지 여부, 가학적·폭력적 내용의 음란물인지 여부, 컴퓨터 또는 컴퓨터서비스를 이용하였는지 여부 등), 음란물 범죄의 경우 유포된 음란물의 이미지 수를 기준으로 범죄등급을 상승시키지는 않고 있다.

개인적 법익을 보호대상으로 하는 범죄의 경우 동일·유사한 방법으로 연속해서 행해진 경우일지라도 피해자가 다른 경우 포괄일죄로 인정될 수 없고, 피해자별로 1개의 범죄가 성립하는 것이 원칙이다. 디지털성범죄 양형기준은 ‘다수범죄 처리기준’에서 다른 양형가이드라인에서의 다수범죄 처리기준과 같은 기준을 그대로 적시하고 있을 뿐, 피해자별로 1개의 범죄가 성립하는지에 대해서는 명확히 밝히지 않고 있다. 디지털성범죄 양형기준이 ‘불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 한 경우’를 특별 가중양형인자로 들고 있는 것은 하나의 범죄사안이라면 피해자가 많은 경우일지라도 실제적 경합관계가 인정되기보다는 상상적 경합관계가 인정된다는 것을 전제하고 마련된 양형인자라고 할 수 있다. 많은 비판을 받고 있는 ‘웰컴투비디오’ 항소심 판결에서⁴⁶⁾ 법원은 손모씨의 아동·청소년성착취물 반포행위에서는 포괄일죄가 성립한다고 보았다.

‘디지털성범죄 양형기준의 적용대상인 디지털성범죄’는 개인적 법익에 대한 범죄임을 명확히 하기 위해 디지털성범죄 양형기준상의 다수범죄 처리기준에서 그러한 디지털성범죄의 경우(특히 제작, 판매, 배포의 경우) 피해자별로 1개의 범죄가 성립한다는 것을 명확히 하되, 디지털범죄의 특성상 일반범죄 양형기준상의 다수범죄 처리기준을 그대로 적용하기에는 어려울 수 있다는 점을 고려하여 디지털성범죄에 적합한 다수범죄 처리기준을 모색할 필요 있다. 한편 그러한 다수범죄 처리기준을 바탕으로 하면서도 미국 또는 영국과 같이 피해자 수 그리고 이미지·영상 수를 기준으로 하는 가중양형인자를 규정할 필요가 있다.

5. 법관의 양형기준 준수

성범죄에서도 양형기준 상 감경-기본-가중 영역의 권고형 범위가 넓게 설정되어 있으므로 재판부의 재량권이 넓게 보장되고, 때문에 재판부의 성인지 감수성에 따라 선고형의 차이가 크게 날 여지가 있다. 따라서 적어도 집행유예를 선고하거나 권고형의 범위보다 낮은 형량을 선고한 판결의 경우에는 구체적인 사유를 알 수 있도록 어떤 기준을 적용하였는지를 실시하도록 내부 기준을 마련하는 것이 사법부에 대한 피해자의 신뢰도를 높일 수 있는 방안이라고 생각된다.

46) 서울중앙지방법원 2019. 5. 2. 선고 2018노2855판결.

형사사법기관 법집행공무원 성인지 실태 및 정책제언

윤정숙(한국형사·법무정책연구원 선임연구위원)



형사사법기관 법집행공무원 성인지 실태 및 정책제언



윤정숙(한국형사·법무정책연구원 선임연구위원)

1. 서론

본 연구에서는 형사사법분야 법집행공무원의 성인지 실태를 조사하기 위해 설문조사 및 심층면접조사를 진행하였다. 설문조사는 젠더폭력 사건의 피해자와 접점이 가장 큰 경찰공무원과 검찰수사관(검사 및 수사관)을 대상으로 하였으며¹⁾, 조사 내용으로는 남녀성평등 의식, 성폭력 통념, 성차별 의식 등 성인지 감수성과 관련된 개념 및 인식 수준을 측정하고 이러한 인식이 수사 시 이차 피해에 영향을 미칠 수 있는 가능성에 대해 조사하였다. 심층면담에서는 법집행 공무원 내부자 관점과 피해자 관점에서 성인지 실태 및 수사·재판 관행, 성인지 관점에 대한 중요성 및 교육 실태, 강화방안 등을 조사하였다. 심층면담의 조사 내용으로 형사사법기관 종사자의 경우, 2차 가해로 이어질 수 있는 수사 및 재판 관행에 대해 주로 질문하였으며, 성인지 관점에 대한 인식과 중요성, 강화 방안 등을 조사하였다. 피해지원기관 종사자의 경우, 최근 젠더폭력사건에서 2차 피해 사례 등을 청취하고 수사 및 재판과정에서 드러나는 피해자 권리 보호의 미흡한 점, 성인지 감수성 강화를 위한 대안 등에 대해 조사하였다.

1) 설문조사에서 제외된 재판관의 성인지 실태는 본 연구의 판례분석을 통해 간접적으로 탐색되었음

[표 1] 설문지 구조와 조사항목

구분	검사	요인	문항수
Part1	한국형 다면성별의식검사	온정적 성차별의식-보호적 여성주의	4
		온정적 성차별의식-보완적 성역할 분화	4
		온정적 성차별의식-친밀한 이성애	4
	제로섬 신념	제로섬 신념	8
	사회적 바람직성	자기기만	16
Part2	개정 한국형남녀평등의식검사 개발(II)	공적영역에서의 성평등에 대한 태도	8
		여성 권리에 대한 요구	6
		여성 성역할 규범에 대한 태도	3
		남성 성역할 규범에 대한 태도	4
		부계중심적 가족 제도에 대한 태도	3
		가정에서의 성평등에 대한 태도	4
	사회적 바람직성	인상관리	8
Part3	이차피해 수사행동	피해자보호결여	6
		과잉수사	6
		합의종용	5
	4대 폭력에 대한 인식	가정폭력·스토킹	3
		성매매	2
		성폭력	5
		성희롱	6
	젠더지위 제로섬 신념	젠더지위 제로섬 신념	7
Part4	경찰(검찰) 성평등 정책 인식 및 만족도	경찰(검찰) 성평등 정책 인식 및 만족도	12
Part5	조사대상자 일반현황	성별, 연령, 소속기관, 소속, 재직기간, 계급	10
합계			134

주: 검찰 대상 설문 문항 총 135개(Part5 11개 문항)

2. 설문조사에 나타난 형사사법기관 법집행공무원 성인지감수성 실태

가. 경찰 및 검찰의 성인지 감수성 수준

형사사법 분야의 법집행공무원의 성인지 실태와 이차 피해 수사행동에 영향을 줄 수 있는 통념을 탐구하기 위해 460명의 경찰과 검찰을 대상으로 설문조사를 실시하였다. 설문 조사에서는 남녀평등의식, 온정적 성차별의식²⁾, 제로섬 신념, 젠더지위 제로섬 신념³⁾, 4대 폭력(가정폭력 및 스토킹, 성매매, 성폭력, 성희롱)에 대한 통념과 이차 피해 수사행동 등을 측정하였다. 또한, 소속 기관의 성평등 정책 인식과 만족도가 종속변인에 어떠한 영향을 끼치는지도 살펴보았다. 설문조사의 분석 결과는 다음과 같이 요약된다.

먼저, 남녀평등의식은 대체로 남성이 여성보다 낮았으며, 연령대에서는 50대 이상이 가장 낮은 수준을, 직급이 올라갈수록 낮아지는 특성을 보였다. 남녀평등 의식을 구성하고 있는 요인 중 ‘여성권리 요구에 대한 태도’가 다른 요인에 비해 가장 낮게 나타났는데 이미 여성을 위한 제도와 정책이 충분함에도 여성이 권리를 지나치게 주장한다고 여기는 경향이 반영된 것으로 보인다. 한편, 본 연구의 표본 집단은 일반인 기준 집단과 비교 시 남녀평등 의식이 일반인의 상위그룹에 속했다. 여성과 남성 집단 모두 연령이 높아지면서 같은 연령대 기준 대비 성평등 의식이 높아짐을 보였는데, 이러한 특성은 연령대가 높아질수록 더욱 강하게 나타났다. 이는 공공기관의 성평등 교육 관련 정책 및 교육의 효과일 것으로 추정된다.

표본 집단의 남녀평등의식 평균 수준이 일반인에 비해 높음에도 불구하고, 일반인의 평균 수준에 미치지 못하는 대상자가 전체표본의 13.5%(T점수 50미만)로 나타났으며, 남성의 19.5%가, 여성의 3%가 이에 해당되었다. 이를 통해 남녀평등의식에서 문제적 수준을 보이는 대상자들이 분명 존재하며, 이러한 문제적 수준 집단에는 남성의 비율이 좀 더 높음을 유추할 수 있었다.

온정적 성차별 의식은 남성이 여성보다 높았으며, 연령대가 높아질수록 높은 것으로 나타났다. 본 연구표본 집단의 평균 T점수(49점)는 백분위 35점에 해당하여 일반인 기준 집단의 평균 수준보다 낮았다. 그러나, 온정적 성차별의식에서 T점수 50을 초과한 소집단의 빈도를 확인한 결과, 전체표본의 상당수(47.8%)가 일반인의 평균보다 높은 온정적 성차별의식을 갖고 있음이 드러났다. 경찰 집단은

-
- 2) 온정적 성차별의식이란, 남성이 여성을 보호의 존재로만 인식하거나, 여성의 세심함을 남성의 대담함과 비추어 강조하거나, 여성의 사랑을 받을 때만이 온전한 남성으로 사는 것이라는 비직접적 방식의 성차별 의식을 말함
 - 3) 제로섬이란, 모두가 가질 수 있는 자원의 양이 한정됐다고 믿어, 자원을 둘러싼 갈등이 격화되는 현상을 나타내는 용어로 경제주체의 행동을 예측하기 위한 게임이론(von Neumann & Morgenstern, 1944)에서 처음 등장한 개념이다. 즉, 한정된 자원을 놓고 누군가 이득을 보면, 다른 누군가는 그만큼 손해를 볼 수밖에 없다고 믿는 것이다. 젠더지위 제로섬 신념이란 여성에게 이득이 가면 남성은 손해를 보게 된다는 관념이다.

52.56%, 검찰 집단은 39.52%가 T점수 50을 초과하여, 경찰 집단이 검찰 집단보다 높은 온정적 성차별의식을 갖고 있는 것으로 나타났다. 또한 남성의 34.25%, 여성의 8.93%가 T점수 50을 초과하여 온정적 성차별의식이 높은 대상자가 여성 집단에 비해 남성 집단에 상대적으로 많다는 것을 알 수 있었다.

젠더지위 제로섬 신념 척도는 성별을 제외한 모든 변인에서 경찰 집단 내 소집단 간의 차이는 미비하였으며 통계적으로도 유의미한 차이가 없었다. 검찰 집단은 성별, 연령별, 결혼여부, 직급(수사관의 경우) 변인에서 소집단 간 유의미한 차이가 있었는데, 남성이 여성보다 높은 젠더지위 제로섬 신념을 갖고 있었으며, 연령이 높아질수록, 미혼보다는 기혼 집단에서, 수사관의 경우 직급이 높을수록, 젠더지위 제로섬 신념이 높은 것으로 나타났다.

4대 폭력에 대한 통념은 성별을 제외한 모든 변인에서 경찰 집단 내 소집단 간의 차이는 미비하였으며 통계적으로 유의미한 차이가 없었다. 검찰 집단에서는 성별, 결혼여부, 직급별 등 소집단에서 유의미한 차이를 보여, 남성이 여성에 비해 4대폭력 통념이 높았고, 연령이 높아질수록, 기혼일수록 4대폭력에 대한 통념이 높았다. 수사관 집단에서는 직급이 높을수록 높은 통념을 보였다. 또한 경찰 집단의 4대폭력에 대한 통념이 검찰 집단보다 높으며, 특히 '성매매'와 '성폭력'에 관련된 통념이 높은 것으로 나타났다.

이차피해 수사행동은 대체로 남성이 여성보다, 연령대가 높아질수록, 기혼일수록, 직급이 올라갈수록(수사관 집단에 해당) 평균값이 증가하였다. '피해자보호결여'나 '과잉수사'보다 '합의종용' 부분에서 검찰 집단이 경찰 집단보다 관련된 이차피해 수사행동에 더 동의하고 있는 것으로 나타났다.

경찰의 성평등 정책에 대한 인식은 남성이 여성에 비해 성평등 정책에 대한 인식이 낮았으며, 연령별로는 50대 이상 연령대가 성평등 정책에 대한 인식이 높았다. 직급별로는 팀장급 이상의 경찰이 성평등 교육에 대한 인식이 높고 제도화에 대한 필요성을 높게 인지하고 있었다. 즉, 경찰 집단은 연령대나 직급이 높아질수록 성평등 교육이나 정책에 대한 필요성을 높게 인식하고 있는 것으로 보인다. 검찰 집단 역시 남성이 여성보다 성평등 정책에 대한 인식이 낮았으며, 수사관이 검사에 비해 성평등 정책에 대한 인식이 높은 것으로 나타났다.

나. 이차 피해 수사행동을 예측하는 요인

4대폭력에 대한 통념과 이차 피해 수사행동에 영향을 미치는 요인들이 무엇인지 살펴보았다. 인구통계학적 변인만으로 구성된 모델은 4대폭력에 대한 통념이나 이차피해 수사행동을 설명하기에 적합한 모델이 아니었으며, 인구통계학적 변인을 통제하고 심리검사 변인을 투입한 두 번째 모델에서는, 성별과 더불어 남녀평등의식, 젠더지위 제로섬 신념이 4대폭력에 대한 통념이나 이차 피해 수사행동에 유의미하게 영향을 주었다. 마지막 모델에서 성평등 교육 및 정책에 대한 인식을 투입했을 때에는

4대폭력에 대한 통념에만 영향을 주는 것으로 나타났다.

이차 피해 수사행동에서 설명력이 없었던 성평등 교육 및 정책에 대한 인식을 제외하고 마지막 모델에 4대폭력에 대한 통념을 투입하자 4대폭력에 대한 통념이 이차 피해 수사행동을 가장 잘 설명하는 것으로 나타났으며(모델 설명력 23.1% 증가, $\beta = .630$, 수정된 $R^2 = .623$), 최종 모델에서 남녀평등의식 검사의 영향력이 소거되는 것으로 나타났다. 이와 같은 결과를 통해 경찰과 검찰의 이차피해 행동에 가장 큰 영향을 미치는 신념은 ‘4대폭력에 대한 통념’인 것으로 나타났다.

3. 심층면담에 나타난 형사사법기관 법집행공무원 성인지감수성 실태

가. 형사사법기관 법집행공무원(내부자 관점)

경찰 심층면담에서는 2017년부터 경찰 내부에서 성인지감수성, 2차 피해 방지 등에 관한 교육에 전사적 시동이 걸렸고 형사나 지능수사 부서와 같이 전통적으로 수사 중요성이 높은 부서와도 견주어 젠더폭력을 담당하는 여성청소년 부서의 수사 중요도가 상승하는 등 젠더폭력 수사 조직에 대한 인식 전환이 이뤄졌음이 증명되었다. 면담에 참여한 수사경찰의 다수는 젠더폭력 사건을 수사할 때 섬세함과 피해자 관점을 견지하려한다고 답변하였고, 수사관의 성향이나 통념에 따라 피해자의 진술을 청취하고 수사를 진행하는 태도가 때로는 타당성 없이 2차 가해로 이어질 수 있음을 인지하고 있다고 답변하였다. 반면 성인지 감수성에 대한 교육이 상당부분 이뤄졌고, 오히려 거부감이 들 정도로 과다하다는 의견도 있었는데, 객관적 실체를 파악해야하는 경찰 수사에 있어서 피해자의 정서를 배려하는 것이 여전히 힘들게 느껴지고, 교육에 있어서도 매년 반복되는 내용이다 보니 오히려 성평등적 분위기에 남자 경찰관이 역할별을 받고 있다는 불만을 들은 적도 있다는 점을 지적하였다.

수사 경찰은 연령, 직급, 지역, 개별 경찰관의 성향에 따라 성인지 감수성 수준에 차이가 있을 것이라고 인식하였다. 또한 수사관의 전문성이 떨어질 경우 전문성 미비로 수사를 무리하게 진행하면서 2차 가해성 발언이 나올 수 있다는 점도 강조하였다. 수사 경찰은 소속 부서의 고유 특성이나 구성원의 특성에 따라 성인지 감수성 수준에 차이가 있을 것이라고 인식하였다. 여성청소년과의 경우 부서의 고유 특성상 높은 성인지 수준을 요하며, 조직 구성원의 사회인구학적 특성이 편중(예: 다수가 남성 혹은 다수가 40대 이상의 높은 연령대 등)되어 있을 경우도 성인지 수준이 떨어질 수 있다고 인식하였다. 교육의 파급효과에 대한 차이도 있을 수 있어서 지역의 관서, 지구대 등은 상대적으로 최근 성인지 감수성 교육에 대한 침투력이 낮을 거라고 인식하였다. 모든 면담 대상자가 젠더폭력 사건에서 수사의 전문성과 직결되는 성인지 감수성 강화를 위해 교육 및 훈련이 매우 중요함을 강조하였다. 또한 부서의 이해도를 높이기 위해 여청 수사에서 전문성이 생길 수 있도록 내부적으로 더 많은 혜택을 주었으면 한다고 지적하였다.

검찰 및 법원의 법집행 공무원은 검찰, 법원의 피해자 인권 감수성 향상을 위한 노력, 피해자 보호를 위한 실질적 절차 마련, 성인지 수준 향상을 위한 교육, 양성 평등을 강조하는 조직 문화의 변화 등으로 인해 전반적으로 조직의 성인지 수준이 상향 평준화되었다는 점에 대해 대부분 긍정적으로 답변하였다.

먼저, 검찰은 과거에 비해 여성검사나 간부급 여성, 여성 수사관 등의 비중이 높아지면서 남성 중심의 조직 문화가 보다 유연하게 변화하였고, 이러한 변화된 조직 문화 속에서 전반적으로 피해자에 대한 성인지 감수성이 증가하고 있다고 응답하였다. 또한 성인지 감수성이라는 개념이 도입되고 전사적 교육을 통해 침투되었으며, 미투사건을 통한 조직의 자성 등으로 성인지 부족을 야기하는 문제적 상황들이 일정 부분 정화되었다고 답변하였다. 한편, 성범죄 전담 검사나 성범죄 공인인증 수사관, 전담 재판부와 같은 전문조직으로 인해 피해자 보호 및 지원이 강화되면서 성인지 수준의 견인차 역할을 해주었다는 의견도 있었다. 이 외에도, 별도의 피해자 조사실 확보, 영상녹화 확보, 가해자와의 분리를 위한 조치 등, 피해자 보호를 위한 수사 절차 및 제도 상의 변화로 인해 피해자 성인지가 개선되었다는 의견도 있었다.

법원에서는 2017년 대법원 판결 이후 5년 사이에 재판절차 개선을 위한 연구 모임 발족, 법관 연수 강화 등의 노력이 있었으며, 이로 인해 성인지 감수성에 대한 교육이 확대되어 왔고 많은 법관들이 '성인지 감수성'을 점차적으로 보편적 법원리로 받아들이고 있다는 의견이 개진되었다. 반면, 검찰이나 법원 모두 과거보다 나아졌지만, 만족할 정도는 아니며 각 개인이 성인지 감수성이라고 정의하는 개념에 차이가 있거나, 개념에 대해 인지는 하고 있지만 실천적으로 구현하는데 차이가 있다는 의견도 제기 되었다.

검찰과 법원 모두 수사 및 재판 시에 피해자의 진술이 일관적이지 못하거나, 증언으로서의 효력을 인정받을 정도로 구체적이지 못할 때 실제적 진실의 발견과 피해자 보호에 균형을 찾는 것의 어려움이 개진되었다. 그럼에도 불구하고, 피해자의 입장에서 압박을 느끼지 않도록 이해 및 설득을 구하는 것의 중요성을 언급하였다.

재판에서는 재판정의 소송 지휘권 및 재량, 재판의 효율성 추구, 재판정의 공정성 등 재판의 특성으로 인해 피해자의 심정을 일일이 헤아릴 수 없다는 불가피한 측면이 지적되었다. 또한 재판에서 감정을 호소하는 피해자 등 피해자 개개인이 가지고 있는 반응의 차이 등을 인지하지 못하고 평균적 성향으로만 대하는 재판정의 성인지 수준도 지적되었다.

한편, 피고인 변호인의 반대 심문 상황에서 피해자 사생활 질문 등 2차 피해성 발언이 상당부분 나올 수 있음이 지적되었다. 더불어 피고인 방어권 보장을 논리로 미성년 피해자 혹은 장애인에 대해 영상녹화 대체가 헌법재판소에서 불인정되면서, 결국 피해자를 다시 불러서 지속적으로 증언해야하므로 2차 피해가 매우 우려된다는 점도 문제점으로 제기되었다. 이에 대해 공판검사들이 이를 제지하거나 재판과정에서 피해자를 적극 보호하는 역할을 해줘야한다는 의견이 개진되었다. 또한 피고인 변호사의 성인지 연수 강화를 위해 변호사협회 등이 나서서 교육 실태 파악과 강화에 힘써야한다는 의견도 개진되었다.

나. 피해자 지원기관 실무전문가(외부자 관점)

피해자 지원기관 실무전문가는 법집행공무원의 성인지 감수성이 과거에 비해 상당히 개선되었으나 향후 성인지 감수성의 수준을 더욱 제고시키기 위한 의견들을 다양하게 제시하였다. 먼저, 현재 젠더폭력 수사재판절차는 무죄추정의 원칙에 치우쳐져 있어 피해자 중심주의 가치가 반영되고 있지 않다는 견해를 파악할 수 있었다. 법집행공무원이 피해자 중심주의 관점을 배제하고 기계적인 중립, 기술적 법리 적용, 주변부 정황, 형사처벌을 위한 구성요건을 찾는 것에만 주력하다보니 정작 젠더폭력 발생 맥락을 이해하지 못하거나 명증한 젠더폭력 피해사실을 파악하지 못하여 법집행 결과에 부정적인 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 피해자 지원기관 실무전문가가 강조하는 것은 피해자의 편이 되어달라는 것이 아니라 젠더폭력의 맥락에 대한 이해, 젠더폭력 피해자에 대한 이해였다. 젠더폭력 범죄는 대체로 사적 공간에서 발생하는 특성이 있고 가해자와 피해자의 진술에 의존하여 수사재판절차가 진행되기 때문에 사건을 처리하는 법집행공무원의 젠더폭력 및 젠더폭력 피해자에 대한 이해가 더욱 강조되었다.

법집행공무원의 성인지 감수성이 더욱 강조되어야 하는 이유는 취약층에 대한 법집행에서 2차 피해가 더 심각하게 나타나기 때문이다. 장애여성에게 젠더폭력의 원인을 제공한 불찰이 있음을 지적하거나, 장애여성의 보호자에게 사건과 관련 없는 내용을 전달하며 장애인을 차별하고, 나아가 지적장애인의 이해도를 고려하지 않고 진술서를 작성하여 젠더폭력 법집행결과에 왜곡을 가져오는 사례가 있었다. 이주민 여성, 특히 동남아시아 이주여성에 대해서도 성인지 감수성에 기반한 법집행이 매우 제한적임을 확인할 수 있었다. 현재 법집행체계는 내국인 여성에 대해서는 그나마 2차 피해를 가하지 않으려 노력하는 모습을 보이지만, 이주민 여성에게는 여전히 가부장적인 태도를 보이며, 여성의 성역할을 강조하는 성차별적인 통념을 여과없이 드러내고 있다는 의견이었다. 탈북민여성의 젠더폭력사건은 젠더폭력수사보다 대공수사로 접근함으로써 탈북민여성에 대한 2차 피해 방지가 어려운 사례도 있었다. 장애인, 이주민, 탈북민 등 취약층의 젠더폭력사건 수사재판과정에서 성차별적인 통념이 자유롭게 작동하는 위 사례들은 성인지 관점의 수사재판을 법집행공무원 개인의 성인지감수성 역량에만 의존할 것이 아니라 성인지 관점의 수사재판을 강화하는 절차적 제도가 필요함을 보여주는 것이라 하겠다.

피해자 지원기관 실무전문가들은 수사재판절차에서 2차 피해를 막기 위해 피해자 지위 인정 및 피해자 변호인의 역할을 강화해야 한다고 주장하였다. 젠더폭력 피해자는 사건의 당사자임에도 불구하고 참고인, 진술인의 지위로 재판에 참여한다. 피해자는 형사사법 체계에서 배제됨으로써 당사자로서 주체성을 상실하여 법집행과정에서 어떠한 자세를 취해야 할지 어려워한다는 것이다. 판결문 공개여부에 대해서도 피해자는 판결문 비공개 신청권이 없지만 피고인은 판결문 비공개 신청이 가능하다는 점도 형사사법체계에서 피해자 지위가 부재함을 보여주는 사례라 하겠다. 사건이 진행되는 과정에서 주요한 처리결과 통보가 누락되기도 하며, 피해자 진술권은 재판부의 재량에 따라 결정되기 때문에 피해자의 정당한 권리가 침해당하기도 한다. 피해자 변호인 역시 그 역할이 제한적이다. 피해자 변호인은 증인신문도

불가하며, 증인신문사항 제출도 불가하다. 그 외에도 수사나 재판기록 열람등사권 범위가 제한되어 있어 피해자 변호를 위한 역할 수행에 많은 제약이 따른다. 이에 실무전문가들은 수사재판과정에서 피해자 및 피해자 변호인 역할을 강화하는 적극적인 조치가 필요하다고 주장하였다.

젠더폭력 법집행공무원에 의한 2차 피해 사례들은 성인지 감수성 차원을 넘어 정당한 법집행 절차를 적극적으로 집행하지 않아 발생하기도 한다. 예를 들어, 신뢰인 동석, 통역인 동석 등 취약층에 대한 정당한 편의제공은 이미 법률, 지침에 규정되어 있다. 그럼에도 불구하고 장애여성, 이주여성에 대한 정당한 편의제공에 주의를 기울이지 않음으로써 수사재판결과에 부정적인 영향을 미치기도 하고, 젠더폭력 피해자에게 무고에 대해 언급하여서는 안된다는 지침을 위반하여 2차 피해를 가하기도 한다. 현행 지침과 규정이 잘 지켜지지 않고, 지침을 이행하더라도 형식적으로 하거나, 재량권을 발휘해야 하는 상황에서 보수적인 태도를 취함으로써 2차 피해가 발생하는 것이다. 피해자 지원기관 실무전문가들은 현재 법집행조직의 지침, 규정을 충실하게 잘 이행만 하더라도 젠더폭력 2차 피해를 최소화할 수 있다고 보았다.

이미 잘 갖추어져 있는 지침, 규정이 충실히 잘 이행되기 위해서는 충분한 자원과 인력이 확보되어야 한다는 의견이 있었다. 국선변호인, 무료법률지원제도가 마련되어 있어도 역량있는 변호인의 참여를 이끌어 낼 만큼 충분한 지원이 이루어지지 않아 오히려 피해자에게 2차 피해를 가한 사례는 충분한 예산이 뒷받침되지 않은 결과라 할 수 있다. 수사재판과정에서 성인지적 접근을 시도하려면 충분한 시간이 요구되는데 법집행공무원 인력이 현저히 부족한 점도 한계로 지적되었다. 피해자 진술을 위한 물리적 공간이 마련되지 않아 2차 피해를 유발하는 것 역시 법집행공무원 개인의 문제라기보다는 자원과 인력 한계에서 기인한 결과로 보는 것이 타당할 것이다.

4. 형사사법기관 법집행 공무원 성인지 수준 제고를 위한 정책제언

1) 형사사법기관 법집행공무원 대상 교육 강화

가. 성인지 감수성 강화를 위한 소집단별 차별화된 교육

본 연구에서 경찰과 검찰 모두 전체적으로 성인지 감수성을 대표하는 중요한 신념, 즉 남녀평등의식이나 온정적 성차별 의식이 일반인 표준 집단의 상위 수준에 해당할 정도로 일반인보다는 높은 것으로 나타났다. 특히, 연령대가 높을수록 같은 동년배의 일반인 집단보다 의식이 현저히 높은 것으로 나타나는데 이는 상대적으로 성평등 교육의 기회가 적은 일반인 집단에 비해 경찰과 검찰이 공공기관 종사자라는 특성으로 인해 교육의 기회가 많았고, 공공기관 내 각종 성평등 정책의 제도화로 인해 성인지 수준이 높아졌기 때문인 것으로 추정된다. 경찰과 검찰 대상의 심층면담에서도 과거 4~5년간 성인지 감수성 진작을 위한 전사적 교육과 정책 변화가 있었음을 지적해 주었고, 피해자 지원기관

실무가들도 이들의 최근 변화에 대해 대체로 긍정하는 분위기였다. 이러한 연구 결과를 봤을 때, 경찰과 검찰의 성인지 감수성 수준은 과거에 비해 높아진 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고, 본 연구의 설문조사에서 남녀평등의식이나 온정적 성차별 의식이 일반인의 평균에도 못 미치는 대상자들이 적지 않은 비중으로 있었고, 이러한 대상자들이 남성 집단에 좀 더 많았다는 사실에 주목하여야 할 것이다. 뿐만 아니라, 경찰과 검찰 모두, 여성보다는 남성이, 연령대가 높을수록, 직급이 높을수록 성인지 감수성을 대표하는 신념, 즉, 남녀평등의식, 온정적 성차별의식, 젠더지위 제로섬 신념, 4대폭력에 대한 통념에서 문제적 수준이 높은 것으로 나타났다. 경찰과 검찰의 심층면담에서도 내부적으로 성인지 감수성 교육이 낮은 것으로 추정되는 사람들이 있음을 인지하고 있고, 이를 수사관의 전문성과 연결시켜 전문성이 떨어지는 경우 피해자를 압박하거나 반복 조사하는 식의 2차 피해 행동이 출현할 가능성이 많다는 점도 지적되었다. 피해자 지원기관 실무가들도 피해자 관점에서 성인지 감수성이 부족한 최근의 사례들을 다방면에서 여전히 문제로 제기하고 있으며, 판례분석의 결과에서도 수사 및 재판 과정에서 재판관의 언어나 양형 선고 결과 등을 통해 성인지 감수성이 부족하다고 보여지는 사례가 아직 상당하다.

이러한 연구결과들을 고려했을 때 형사사법기관 법집행공무원의 성인지 감수성 수준이 과거에 비해 상승한 것은 사실이지만, 아직도 저조한 성평등 인식을 보이는 법집행공무원들이 상당 수 존재하며 성별로는 남성 집단에, 연령대별로는 연령대가 높은 집단에, 직급별로는 직급이 높은 집단에 그러한 성향을 가진 사람들이 좀 더 많을 것으로 추론된다. 또한 전사적으로 성인지 감수성이 중요하다는 ‘인지(awareness)’는 어느 정도 이뤄졌지만, 이를 ‘내재화(internalization)’하여 구체적으로 수사 및 재판 과정에서 실천(performance)하고 구현하는 것은 아직 충분치 않고 개인 간의 차이도 상당하다는 점도 추론된다.

이러한 점을 미루어 보았을 때 수사 및 재판에 종사하는 형사사법기관 법집행 공무원 중, 저조한 성평등 인식 혹은 성인지 감수성을 보이는 사람들을 변별하여 교육시키는 것이 필요해 보인다. 이를 위해 성별이나 연령, 혹은 직급 등 소집단에 따라 특화된 교육 혹은 성인지 감수성을 측정하는 자발적 검사 등을 통해 저조한 대상자들이 교육에 보다 적극 참여하도록 유도하는 교육의 개별화 방안을 고민할 필요가 있겠다. 현행과 같은 전직원 대상의 의무적 집체 교육(온라인 교육 포함)만으로는 성인지 감수성이 낮은 사람들의 교육 참여를 이끌어내기가 쉽지 않고, 이들은 교육에 대한 필요성에 대한 인식이 낮아 의무교육이라고 하더라도 형식적으로 참여하고 끝날 가능성이 크다. 따라서, 성인지 감수성이 저조한 사람들의 개별적 수준에 보다 구체적으로 접근할 수 있도록 교육 대상자의 규모를 줄이거나 교육의 형식을 일방이 아닌 쌍방향의 토론식으로 구성하여, 대상자의 참여도를 높이는 것이 중요할 것으로 사료된다.

또한 성인지 감수성의 개념만을 강조하는 전통적 강의식 교육(education)에서 벗어나, 개별적 인식의 차이를 인정하고 변화를 유도할 수 있는 사례 중심의 교육을 실시할 필요가 있겠다. 전통적 교육은 주로, 양성평등에서 어떠한 점들이 간과되어 왔는지에 대한 강의식 교육으로 대상자들에게 핵심 개념들을 ‘인지’시키는데 치중하여 왔다. 물론, 본 연구의 조사 결과에서도 알 수 있듯이 아직 그러한 핵심 개념의 인지마저도 저조한 사법기관 공무원들이 분명히 존재한다. 사실상, 전통적인 강의식 교육은 그러한 ‘성인지 관련한 인식이 저조한 대상자들’에 집중하여 이뤄져야할 것이다. 그러나, 성인지 감수성의 인지를 넘어서 ‘실천 단계’에 접어들고자 하는 실무자들을 위한 가이드는 아직 부족한 실정이다. 각 형사사법기관은 성인지 감수성 인식에 있어 개별적 수준에 차이가 있음을 인정하고 성인지 감수성의 인지를 넘어서 실천을 위한 보다 심화된 교육을 구성하되, 수사나 재판의 실무와 연결되는 사례 중심의 교육을 개발해야할 것이다. 이를 위해 성평등 정책 개발자는 다양한 분야에서 지적되는 수사나 재판의 성인지 미흡 사례들을 수집하고 집행자들이 현장에서 실질적으로 활용할 수 있는 관련 커리큘럼의 개발과 현장 밀착식 교육방법 등을 연구하여 보다 진일보한 교육안을 개발할 것을 권장한다.

나. 경찰 및 검찰의 이차 피해 수사행동 예방을 위한 특화된 교육

본 연구에서는 2차 피해 수사 행동에 가장 큰 영향을 미치는 것이 ‘4대폭력에 대한 통념’이며, 남녀평등의식과 젠더기반 제로섬 신념이 4대폭력에 대한 통념에 가장 큰 영향을 주는 것으로 밝혀졌다. 현행의 성평등 교육 및 정책 인식은 4대폭력 통념에는 영향을 미쳤으나, 이차피해 수사행동에는 별다른 영향을 미치지 않았다. 이러한 결과는 피해자에게 가장 직접적 영향을 미치는 이차피해 수사행동을 예방하기 위해서는 일반적 양성평등 의식 강화만이 목표가 되어서는 안 되며 젠더폭력 대한 통념 감소를 목표로 삼는 것이 더 효과적일 수 있음을 시사한다. 또한 현행의 성평등 교육이나 정책이 이차 피해 수사행동에는 별다른 영향을 미치지 못하고 있는 만큼 보다 진일보한 교육이나 정책이 필요함을 의미한다.

경찰과 검찰 대상의 심층면담에서, 피해자를 압박하거나 반복 조사하여 2차 피해가 발생할 수 있는 상황은 전문성이 부족한 수사관에게서 나타날 가능성이 크다는 점이 제시되었다. 수사관이 전문성이 부족한 상태에서 낮은 성인지 감수성을 가지고 있는 경우 실제적 진실을 발견한다는 맹목적인 이유로 개인의 통념이나 편견을 피해자에게 그대로 노출시키는 무리한 수사로 이어질 가능성이 높을 것이다.

따라서 수사상의 이차피해를 보다 적극적으로 감소시키기 위해서는 수사관의 전문성을 향상시키는 것이 중요한데, 이는 성인지 감수성을 향상시키기 위한 일반적인 교육을 통해서라기보다 향후 수사상의 실무에서 피해자 관점을 견지하기 위한 보다 특화된 구체적인 훈련을 필요로 함을 방증한다. 예를 들어, 수사관(재판관)들은 젠더폭력 피해자가 보이는 다양한 심리적 반응이나 트라우마 증상에 대한

개별적 차이, 피해자-가해자와의 관계에서 오는 피해자 반응의 다양함 등, 피해자의 개별적 특성을 보다 구체적으로 이해할 필요가 있다. 또한 피해자 진술을 청취하고 질문하는 수사 인터뷰 기법상에서 성인지 감수성을 투영할 수 있는 방법의 개발도 필요하다.

피해자 관점의 성인지를 견지해 나가기 위해서는 젠더폭력 수사에 있어 전문성 함양이 중요하고 이를 뒷받침할 수 있는 교육으로 가령 피해자·가해자 특성 이해, 수사 인터뷰 방법, 트라우마 기반의 실무(trauma informed practices), 피해자와 가해자의 관계 이해 등(Campbell, Lapsey, & Wells, 2020; Darwinkel, Powell, & Tidmarsh, 2013; Tidmarsh, Sharman, & Hamilton, 2021)과 같은 실제 상황을 가정한 교육과 훈련이 동반될 때 이차피해를 방지할 수 있을 것으로 보인다. 결론적으로, 이차피해 행동을 줄이는 방법은 젠더폭력 관련 ‘수사 및 피해자 보호’에 특화된 실무적인 훈련과 교육으로 젠더폭력의 이해를 높이고 수사의 전문성을 제고하는 것이 효과적인 방안일 것으로 사료된다.

다. 법관대상의 성인지 감수성 교육 강화

한편, 판례분석 결과 2018년 대법원 판결에도 불구하고, ‘성인지 감수성’이라는 용어를 현출한 판결문은 분석대상 판결 342건 중 10건 밖에 되지 않았다. 심층면담 결과에서도 성인지 감수성을 점차적으로 보편적 원리로 받아들이는 분위기지만, 학습한 법원리가 아니기 때문에 개인적 실천 정도에는 차이가 있을 것이라고 보았다. 하급심 판결문 분석에서 대법원의 성인지 감수성 판례 이후에도 여전히 성인지 감수성이 부족한 것으로 의심되는 판결들이 다수 확인되었으므로, 법관들에게 ‘성인지 감수성’이라는 용어를 넘어서 재판과정 및 실무에서 나타날 수 있는 성폭력 통념에 대해 교육하고 주기적으로 이에 대한 평가를 진행할 수 있는 방안을 마련하는 것이 필요해 보인다.

법원 내에서도 법관 연수 등을 통해 성인지 감수성에 대한 교육이 강조되고 있지만, 재판관의 성인지 수준에 대한 실태 조사 등이 쉽지 않고 이에 대한 학술적, 정책적 논의가 거의 전무하여 간접적으로 판례분석을 통해 성인지 수준을 유추할 수 있는 상황이라는 점이 다소 아쉽다. 재판이라는 특성상 비공개로 진행되는 경우가 많아, 재판정에서의 2차 피해 사례가 사실상 일반인이나 언론에 잘 알려지지 않고 주로 피해자 변호사들에게 지적되는 경우가 많은 만큼, 법원의 성인지 감수성 수준에 대한 보다 세밀한 진단이 필요하겠다. 이를 위해 적어도 재판과정에 참여하는 피해자 변호사나 피해자 지원 실무가들과 법원의 상시적 정례회의 등을 통해, 재판정에서 이뤄지는 성인지 감수성 부족 사례들을 공유하고 이에 대한 대응책 마련 및 전파 등을 통해 법원도 성인지 감수성 개선을 위한 보다 다각적인 노력을 개진할 필요가 있겠다. 특히, 피해자 변호사와의 협업이나, 법원 내의 특별 조직 구성 등을 통해 재판의 결과 뿐 아니라 재판의 전 과정에서 성인지 감수성이 투영된 좋은 사례와 미비한 사례들을 분별하여 사례집 등을 정기적으로 제작하여 이를 재판 실무가들에게 공유하고 전파한다면, 법관 대상의

성인지 감수성 교육을 강화하는 귀중한 자원으로 사용될 것으로 사료된다. 심층면담 조사에서 성인지 감수성이 잘 투영된 사례로 재판관이 피고인 변호인의 피해자 심문 내용을 미리 접수하여, 2차 가해성 질문들을 검토하고 수정하도록 요청했다는 모범례가 제시된 바 있다. 이러한 사례들과 함께 성인지 감수성이 미비한 사례까지 함께 연구하여, 재판관이 성인지 감수성을 실천적으로 구현한다는 것이 어떠한 것인지를 지속적으로 학습할 수 있는 자원이 제공되어야 할 것이다.

라. 성인지 감수성의 정례적 실태조사와 교육효과의 상시적 측정 및 환류

형사사법기관의 성인지 감수성 수준을 정례적으로 조사하여 그 현상과 실태를 분석하고 진단하는 것은 성인지 감수성의 개선을 위한 가장 기초적 작업일 것이다. 형사사법기관 법집행 공무원의 성인지 수준이 어느 정도인지를 가늠하지 못한 채 일방적으로 현상을 왜곡하거나, 일부 사례를 가지고 전체의 수준인 것처럼 일반화하는 것은 올바른 정책의 수립을 어렵게 만든다. 성인지 감수성의 정례적 실태 조사를 통해 현상을 공유하는 것 자체로 각 기관의 보다 구체적이고 정치한 정책 마련의 토대가 될 것이며, 관련 정책이 미진한 분야와 함께 향후 어떠한 정책 내용이 필요할 것인지에 대한 기초자료가 될 수 있다. 이러한 점에서 정례적 실태조사는 지속적으로 이뤄질 필요가 있을 것이다.

한편, 성인지 감수성 교육의 효과성을 상시적으로 측정할 필요가 있을 것이다. 각 기관에서 성인지 감수성의 향상을 위하여 교육 후 만족도 조사 등을 통한 교육의 질 향상, 내용의 실무적응력 향상을 꾀하고, 고소·고발 접수, 피해자 대면 조사, 피해자에 대한 사건 처리 결과 통지시에 만족도 조사를 상시 실시하여 이를 반영하고, 관련 민원제기에 따른 절차 진행 결과 성인지 관점에서 문제점이 발견되면 해당 실무자에 대한 교육강화 및 불이익 조치 등을 취하는 등, 교육 효과의 측정이 수사 및 재판 실무 개선에 환류될 수 있도록 제도화하는 방안을 제시한다.

마. 형사사법 절차내 피고인 측 변호인의 성인지 감수성 수준 제고

이번 연구를 통하여 법집행공무원은 아니지만 피고인 측 변호인의 피해자에 대한 질문 시 피해자의 사정이나 상황 등을 고려하지 않고, 사생활을 무차별적으로 질문하여 공개되는 사례가 다수 발견되었다. 피고인의 방어권 보장을 위하여 피해자의 주장에 대한 반대질문은 형사소송절차상 필요하지만, 그 외 피해자의 성적인 취향이나 경제상황, 과거 성생활과 관련 전력 등 피고인의 범죄를 반박할 만한 사실과 특별히 관계가 없는 사항에 대한 질문을 통해 피해자의 사생활을 공개하는 것은 금지되어야 한다. 또한 피해자다움에 대한 요구나, 왜 항거하지 않았는가에 대한 추궁, 피해자와 가해자의 관계나 개별적 사정 혹은 환경적 맥락을 고려하지 않은 채 오직 피해자 진술을 배척하기 위한 기계적 논리로 구성된 질문

등으로 피해자에게 상처를 주는 일은 마땅히 저지되어야 할 것이다.

이를 위하여 공판정에서 피해자에 대한 질문시 성폭력 범죄에 대한 그릇된 통념이 담긴 질문을 하거나 성적인 차별을 내용으로 하는 질문을 제한하는 가이드 라인 마련이 필요하고(주체는 변호사단체나 법원 등이 하는 것이 타당하다), 변호사 법정교육에 이를 포함시켜 이를 인지하도록 하여야 한다.

2) 성인지 감수성 실천을 위한 수사 및 재판관행 혁신

가. 성인지 관점의 사법문화 조성을 위한 지원

형사사법기관 법집행 공무원이 성인지 감수성을 보다 실천적으로 구현해 내기 위해서는 이를 저해하는 기존의 수사 및 재판관행을 해소할 필요도 있다. 법원의 심층면담에서 지적된 것처럼, 성인지 감수성이 점차적으로 보편적 법원리로 받아들여지고 있으나 경찰 수사관이나 검찰, 법관이 되는 과정에서 학습된 법원리가 아니기 때문에 교육만으로 이를 체화시키기에는 무리가 있다. 따라서 기존의 수사나 재판관행을 해소하고 성인지 관점이 투영된 수사 및 재판실무로 혁신하는 사법문화를 만들 필요가 있다.

가령, 본 연구의 심층면담에서 지적된 것처럼 수사 및 재판에서 피해자의 진술은 자신이 경험한 폭력 사실을 드러내고 인정받는, 하나의 치유 과정이기도 하다. 따라서, 재판에서 피해자 증인신청이 불허되는 사례를 최소화하고 피해자 진술권 보장이라는 원칙이 보편적으로 통용되면서 진술권 제한은 소극적 재량만 허용하게 만드는 사법문화 형성이 필요할 것이다.

성인지 감수성을 보편적 법원리로 수용한 법원 내 사법문화는 판사 재량에 의한 소송지휘권 발휘에도 영향을 미쳐 젠더폭력 2차 피해 방지에 상당한 역할을 할 것이다. 증인신문의 명목 하에 가해자측 변호인에 의해 무차별적으로 가해지는 2차 피해 가능성을 재판부가 사전에 인지하고 이를 방지하기 위해 소송지휘권을 적극적으로 발휘한다면 재판과정에서 2차 피해를 최소화할 수 있을 것이다. 즉, 소송지휘권은 판사 재량에 의해 발휘되는 것이기 때문에 2차 피해 방지를 위해 이를 활용하는 것이 권고되는 사법문화 조성이 중요하다. 이를 위해 앞서 교육 강화를 위한 정책적 제언에서 언급한 바대로 법관의 성인지 감수성 수준을 지속적으로 진단하고, 피해자 지원기관 및 피해자 변호인과의 협업을 추진하며, 법원 내에 성인지 감수성 학습조직을 활성화하여 토론식, 사례중심 논의의 장이 확대되도록 지원할 필요가 있다. 경찰, 검찰 역시 조직 내 성인지 감수성 학습조직을 활성화함으로써, 성인지 감수성을 반영한 법집행이 보편적인 것으로 인식되는 사법문화조성이 이루어질 수 있도록 지원을 확대해야 할 것이다.

나. 피해자 및 피해자 변호인 지위 강화

피해자나 피해자 변호인의 당사자 지위에 대한 논의도 필요할 것으로 사료된다. 젠더폭력 피해자는 사건의 당사자임에도 불구하고 형사사법체계에서 주체는 피고변호인, 검사, 판사가 된다. 피해자는 재판절차에서 참고인, 진술인, 증인에 불과하여 사건에서 타자화되어 자신이 당한 피해에 대해 주체적으로 대응할 수 없는 지위에 놓이게 되어 있다. 피해자 지원기관 실무전문가와와의 면담내용을 보면 최근 젠더폭력 피해자들은 자신의 피해 사실을 당당하게 진술하기 원하는 경우가 증가하고 있음을 알 수 있었다. 하지만 재판부에서는 여전히 피해자가 진술을 기피할 것이라고 판단하여 사전에 피해자 진술권을 제한하는 사례가 있다. 물론 피해자가 진술을 기피한다면 이를 충분히 수용해야 하겠지만, 어떠한 이유에서건 재판부에서 피해자의 진술권이 사전 제한되는 일은 없어야 할 것이다. 형사소송법은 피해자의 법정진술권이 제한되는 경우로 “피해자등 이미 당해 사건에 관하여 공판절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우”와 “피해자등 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우”를 진술불허사유로 들고 있으나, ‘충분히’, ‘현저하게 지연’과 같은 용어는 헌법과 법률에서 피해자의 재판진술권을 부여한 의미를 퇴색시키고, 법관의 재량을 넓히는 것으로 타당하지 않다. 게다가 피해자는 공판절차를 통하여 피고인의 처벌을 구하고 있으므로 공판절차 지연만을 목적으로 진술을 신청하는 경우는 거의 없다고 보인다. 따라서 피해자의 증인신문에 대한 불허사유를 규정한 위 규정은 삭제하고, 극히 예외적인 경우인 ‘피해자가 재판절차를 지연시킬 목적으로 증인신청을 하는 경우’와 같이 명백하게 재판진행을 방해하는 때에만 불허하는 것으로 하는 것이 타당할 것이다. 피해자 진술권 보장은 피해자 지위 인정의 한 예에 불과하다. 중요한 쟁점은 수사재판과정에 피해자가 주체적으로 자신의 사건에 관여할 수 있도록 그 지위를 인정하는 것에 있다.

피해자 지원기관 실무전문가들은 피해자 지위 인정은 ‘수사재판과정 통지’에서 출발한다고 보았다. 현행 법규정에 의하면 수사재판과정 통지는 본인 신청에 기반하고 있으며, 통지되는 내용도 극히 제한적이다. 피해자가 자신의 사건에 주체적으로 관여하며 적극적인 대응을 하기 위해서는 무엇보다 수사재판절차의 흐름과 그 결과를 신속하게 파악할 수 있어야 한다. 하지만 수사재판절차 진행 및 결과 통지는 신청주의에 기반하기 때문에 법규정을 충분히 인지하지 못한 피해자들은 자신의 사건처리절차에서 배제되어 시의적절한 대응을 하지 못해 어려움을 겪을 수 있다. 예를 들면, 가해자가 보석으로 출소했는데 그 사실을 모르다 지역에서 만나게 되는 등 위험한 상황이 발생할 수도 있기 때문이다.

피해자 지위 인정과 마찬가지로 피해자를 대리하는 변호인의 지위, 역할도 강화되어야 한다. 경찰, 검찰, 법원에서 피해자에게 직접 연락하여 사건에 대한 의사결정을 요구하는 경우가 있는데, 이때 법집행절차에 대한 지식이 제한적인 피해자는 이를 사법당국의 압박으로 받아들여 원하지 않는 의사결정을 할 가능성이 있다. 예를 들어 최근 형사조정제도가 활성화되어 피해자에게 합의 의사를 묻고 이를 빠르게

결정하도록 요구하는데 실제로 피해자들은 이에 압박을 느끼고 자신의 진정한 의사와 상관없이 합의를 하고 후회를 하는 사례가 있었다. 이러한 경우 만약 피해자 변호인을 통해 의사를 타진하는 절차를 거쳤다면 피해자 의사에 반하는 결정은 피할 수 있었을 것이다.

피해자 변호인이 보다 적극적으로 피해자를 대리할 수 있도록 재판에서 변호인의 역할을 강화하는 규정도 마련될 필요가 있다. 피해자 변호사는 공판절차에서 피해의 정도 및 결과, 피고인의 처벌에 관한 의견, 그 밖에 당해 사건에 관한 의견 진술을 법원에 신청하여 진술할 수 있다(성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙[시행 2022. 1. 28, 대법원규칙 제3029호] 제6조 제1항). 검사, 피고인 또는 변호인은 재판장의 허가를 받아 피해자 변호사에게 질문할 수 있으며(동조 제6항), “이미 해당 사건에 관하여 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우, 의견진술 또는 질문으로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있다고 인정되는 경우, 의견진술과 질문이 해당사건과 관계없는 사항에 해당된다고 인정되는 경우, 기타 피해자 변호사의 의견진술로서 상당하지 아니하다고 인정되는 경우”에는 의견진술을 제한할 수 있다. 이 규정은 법원의 피해자 변호사 의견진술권을 보장되지만, 제한할 수 있는 사유를 재량으로 하게 한 것이다. 피해자 변호사의 진술권은 피해자 진술권을 실질화하고 이를 보장하기 위해 둔 것으로 이를 제한하는 것은 피해자 진술권을 제한하는 것과 같다. 앞서 본 바와 같이 ‘피해자 변호사가 재판절차를 지연시킬 목적이 명백한 경우’를 제외하고는 법원이 불허할 수 없도록 하는 것이 피해자 진술권 보장의 실질화 측면에서 타당하다고 생각된다.

피해자는 자신이 고소한 사건에 대하여 사건 진행경과와 피고인이 어떻게 진술하였는지 자신이 제출한 증거가 어떻게 활용될지 알 권리가 있다. 피해자는 재판절차에 참가하여 단순히 진술만을 하는 것이 아니라, 자신의 피해가 구제받을 수 있는지 확인할 수 있는 수단이 보장되어야 한다. 수사기관이 수집한 증거는 피해자의 피해를 확인하고 범죄를 입증하는 자료이므로 이를 제한하는 것은 타당하지 않다고 보인다. 법정에 제출된 증거는 바로 범죄를 입증하는 자료이므로 이에 대한 열람·등사를 제한하는 것은 타당하지 않다. 성폭력처벌법도 이를 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 또한 피해자 변호사의 서류나 증거물에 대한 열람·등사 신청은 성폭력처벌법 제27조 제4항에 따른 경우로 한정되는데 성폭력범죄 뿐만 아니라 가정폭력범죄나 스토킹 범죄에도 이를 확대할 필요가 있다.

다. 국선변호인 제도 개선 및 무료법률지원 확대

피해자는 사건이 발생한 후 상담소를 방문할 경우 자신의 진술에 어려움을 느끼는 경우가 많다. 범죄가 발생하면 어떻게 행동해야 하는지, 법적으로 어떠한 절차를 밟아야 하는지에 대한 정보가 부족하고, 수사기관에 어떠한 정보를 제공해야 하는지도 알기 어렵기 때문이다. 따라서 변호사는 상담 후 수사기관에 가기 전에 국가에서 선임하도록 하는 것이 바람직하다. 현재 해바라기센터에서는 법률자문

상담을 하거나 무료법률구조사업 위탁기관에 연계하여 무료법률구조를 받도록 지원하게 하고 있으나, 제도적으로 보면 자신의 사건에 대해 수사기관 방문시부터 동석하여 법률적으로 조언하여 주고, 그 변호사가 수사절차와 소송절차에 참여하도록 하는 것이 피해자의 입장에서는 더 바람직 할 것이라고 생각된다. 따라서 제도적으로 초기 단계에서 피해자 변호사의 개입을 명문화 할 필요가 있다.

위와 같이 피해자 변호인의 역할 강화를 위해서는 적절한 보수가 필요하고 그에 맞는 임무를 제도적으로 부여하는 것이 수사재판절차에서 성인지 감수성 문제를 해결하는 방안이 될 수 있다. 피해자 지원기관 실무전문가 면담에서 국선변호인, 무료법률지원 제도 개선에 대한 내용이 많이 거론되었다. 국선변호인이 선임되는 젠더폭력 사건에서 변호인이 재판에 출석하지 않거나 미온적인 태도를 취하여 재판결과에 부정적인 영향을 미치는 사례가 있었다. 가해자 측은 많은 돈을 들여 승률 높은 변호인을 선임하는 것에 반해 국선변호인이 불성실하고 미온적인 태도로 재판에 임하여 재판결과가 무죄로 나오는 경우가 발생한다는 것이다. 뿐만 아니라 국선변호인이 오히려 피해자에게 2차 피해를 가하는 경우도 있어 국선변호인 제도에 대해 회의감을 표현하기도 하였다.

하지만 국선변호사가 적극적으로 재판에 임하지 않는 원인을 단순히 변호사 개인의 자질 문제로만 치부하기보다 제도적 뒷받침이 부족한 결과로 해석하는 것이 보다 타당해 보인다. 국선변호인에게 명예나 책무만을 요구하고 정당한 보수를 보장하지 않는 현행 제도는 국선변호인의 재판승소를 위한 노력에 충분한 동기부여가 되지 않기 때문이다. 젠더폭력 관련 시민단체에서 제공하는 무료법률지원제도 역시 마찬가지로 한계에 놓여있다. 예를 들어, 무료법률구조기금 등을 통해 역량있는 변호인을 선임할 수 있는 통로가 마련되어 있으나 재원이 매우 부족하여 약 7개월 정도면 기금이 소진되어 충분한 피해자 지원이 어려운 실정이다.

젠더폭력사건 수사재판에 열의를 가지고 활동할 수 있는 역량있는 변호인들의 참여를 활성화하기 위해 변호인의 성인지 감수성 강화를 위한 법정교육을 강화하는 것도 필요하지만, 동시에 변호인의 활동에 동기를 부여하는 정당한 보수체계 및 충분한 기금 마련 역시 담보되어야 할 것이다.

라. 정당한 사법적 편의제공 실현을 위한 규정 강화

장애인, 이주민 등 취약층에 대해 형사사법체계는 여전히 성차별적인 통념이 여과없이 적용되어 2차 피해가 더 많이 발생한다는 지적이 있었다. 취약층에 대한 정당한 사법적 편의제공, 예를 들면 신뢰관계인 동석과 같은 제도가 적극적으로 실현된다면 범집행과정에서 2차 피해는 감소시킬 수 있을 것이다. 정당한 편의제공의 적극적 실현은 보다 구체적인 행동지침을 필요로 한다. 예를 들어, 형사소송법은 13세 미만 아동, 장애인에 대한 신뢰관계인 동석을 이미 규정하고 있는데, 피해자가 미등록 장애인인 경우 육안으로도 명확한 장애가 확인됨에도 불구하고 미등록 장애인이라는 이유로 신뢰관계인 동석을

요구하지 않는 사례가 발생하는 것이다. 한편 13세 미만 아동, 장애인에 대해서는 신뢰관계인 동석을 의무규정으로 정하고 있으나, 그 외 젠더폭력 피해자에 대한 신뢰관계인 동석은 판사의 재량에 따라 좌우되기 때문에 피해자에 대한 편의제공을 더 확장할 수 있다면 젠더폭력 피해자에 대한 신뢰관계인 동석을 의무화하는 것도 추진해 볼 수 있겠다.

이주민 및 외국인 피해자에 대해서는 전문적인 사법통역인 양성을 법제화하여 추진할 필요가 있다. 국가마다 상이한 문화 속에서, 젠더폭력에 대한 관점 역시 서로 상이할 수 있음은 짐작가능하다. 하지만 국내 형사사법체계 내에서는 문화마다 다른 관점들이 국내법적인 언어로 명료화되어 의사소통이 되어야만 한다. 이를 위해 다양한 국가의 언어를 사법체계 언어로 통역할 수 있는 사법통역인 양성이 필요하다. 이주민이 한국에서 생활하며 일상적인 의사소통이 가능한 것과 형사사법체계 언어를 이해하고 의사소통하는 것은 다른 차원이 될 수 있기 때문이다. 한국말에 익숙한 주변 지인이나 형사사법체계에 대한 지식이 제한적인 비전문가에 의한 통역은 이주민 및 외국인의 젠더폭력사건 결과에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 이러한 점을 고려하면 인권적 차원에서 전문적인 사법통역인 양성을 조속히 추진할 필요가 있다. 일부 사법기관과 지자체 차원에서 외국인 범죄피해자를 위한 통역인 양성이 이미 상당히 운영되고 있다. 다만 사법통역인에게 요구되는 필수적인 전문성을 보장하기 위해 산발적으로 운영되고 있는 사법통역인 양성 제도를 법제화하여 체계화하는 노력이 필요한 시점이다.

마. 피해자 개인민감정보 보호를 위한 법집행 절차 개선

젠더폭력 피해자 법적 절차를 지원하는 변호인은 젠더폭력 사건이 다른 사건과 병합되는 절차에 대한 우려를 제기하였다. 형사소송법에 따라 사건 병합이 가능한데 젠더폭력에 있어서는 사건 병합에 더욱 신중을 기해야 한다는 의견이었다. 결론적으로 사건병합은 피해자의 개인민감정보를 보호하지 못하는 취약함을 극명하게 드러내기 때문이다. 피해자 지원기관 실무전문가 면담에서 파악할 수 있듯이 최근 젠더폭력은 온라인과 오프라인을 오가며 성범죄와 경제범죄와 같은 일반형사사건이 복잡하게 얽히면서 관여된 범죄자와 피해자 수가 다수에 이른다. 이렇듯 복잡한 젠더폭력의 양상을 고려하면 수사재판 편의를 위한 사건병합 요구는 재판부에서 기각해야 함이 명확해 보인다. 판결문은 사건과 관련된 모든 사람에게 공유되는데, 현대의 디지털시대는 거주지역, 출신학교 등 일부 정보만으로도 개인 식별이 충분히 가능하기 때문에 사건병합으로 인해 추가적인 피해가 발생할 수 있기 때문이다. 하지만 현재 형사사법체계는 이와 같이 변화하는 젠더폭력의 양상을 충분히 파악하지 못하여 가해자측 변호인의 요청에 따라 신중한 검토없이 사건병합이 결정되고, 나아가 이러한 결정과정이 피해자 및 피해자 변호인에게 통지되지 않아 피해자 측에서 어떠한 대응도 할 수 없게 법집행이 이루어지고 있다.

또한 판결문 공개시 첨부되는 범죄일람표에 개인 민감정보가 그대로 노출되는 사례도 있는데 이

역시 디지털성폭력의 특성을 법집행체계에 충분히 반영하지 못한 결과라 할 수 있다. 따라서 젠더폭력 법집행체계는 디지털시대 흐름에 따라 개인 민감정보 보호를 위한 규정을 보다 세밀하게 마련할 필요가 있겠다.

바. 피해자와의 무리한 합의 규제

피해자에 대한 합의는 양형요소에 포함되어 있으며, 양형조사서에서도 조사항목으로 하고 있다. 피해자 지원 실무자는 피고인의 변호인이 합의를 요청하는 경우 재판부에서 판결선고 기일을 늦추는 등으로 간접적으로 합의를 종용하는 것을 문제로 지적한 바 있다.

이에 대한 개선책으로는 현재 양형사유에 피해자와의 합의가 포함되어 있으므로 판사가 소송을 진행하는 과정에서 가해자 측의 합의를 위한 직접적인 피해자와의 연락을 하지 않도록 하거나, 양형조사서에 피해자가 명시적으로 합의를 원하지 않고 추후 연락을 바라지 않는다는 표시를 한 경우에는 선고기일을 연기하지 않는다는 명문 규정을 성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자보호에 관한 규칙에 둘 필요가 있다.

토론문

김정혜(한국여성정책연구원 부연구위원)



토론문



김정혜(한국여성정책연구원 부연구위원)

젠더폭력범죄는 다른 범죄보다도 수사와 재판에서의 실무 대응이 처벌 가능성과 정도에 더 많은 영향을 끼치기 때문에 입법적 변화와 더불어 형사사법 담당자의 인식과 대응을 점검하고 변화를 꾀할 것이 요청된다. 이 연구는 형사사법 담당자의 인식을 조사하고 젠더폭력 사건 판례, 소송 기록을 분석하고 국내외 양형기준을 살피는 등 젠더폭력 사건 처리에 대한 광범위한 연구를 수행하여 이후 젠더폭력 사건 대응의 개선을 위한 좋은 자료가 될 것으로 기대된다. 연구진의 분석 내용에 대체로 동의하며, 몇 가지 사항을 첨언하고자 한다.

1. ‘처벌불원’ 양형인자의 적용

성범죄 양형기준에서 처벌불원, 진지한 반성, 상당한 피해 회복은 형의 감경요소이면서 집행유예 기준의 긍정적 참작 사유에도 해당된다. 다른 양형인자들은 범행의 특성이거나 범행 당시 이미 확정되어 돌이킬 수 없는 사유가 대부분이지만 처벌불원, 진지한 반성과 상당한 피해 회복은 범행 이후 수사와 재판이 진행되는 도중에도 피고인의 노력으로 달성가능한 사유들이다. 그중 진지한 반성과 피해 회복이 피고인 단독으로도 수행할 수 있는 사유라면, 처벌불원은 피해자의 행위를 요한다. 그런데 처벌불원은 특별양형인자로서 양형 구간을 감경 영역으로 한 단계 낮출 수 있는 요소이다. 즉 피고인으로서 피해자의 처벌불원을 얻어내기만 하면 기준 구간 형량을 일반 강간 기준 1~2년 줄일 것을 기대할 수 있다. 양형기준은 피해자의 처벌불원을 얻어내려는 피고인의 시도를 독려하며, 처벌불원이 피고인의 이익이 되므로 수사기관이나 법원에서 합의 시도에 중개 역할을 하거나 피해 보상을 위한 절차 지원을 양해하게 된다. 이러한 과정은 피해 보상 가능성을 높이지만 동시에 피해자로서는 불필요하게 가해자와 접촉하게 되고, 가해자가 지속적으로 연락을 시도하는 것 자체가 2차 피해가 될 수 있으며, 나아가 피해자가 가해자에 대한 용서와 처벌의 부담마저 지게 된다는 것이다.

양형기준에서 처벌불원은 피고인이 진심으로 뉘우치고, 피해자나 법정대리인이 처벌불원의 의미와 내용, 효과를 이해할 능력이 있는지, 처벌불원의 의사표시가 진실한지 여부를 신중하게 조사, 판단한 뒤에야 양형에 반영하도록 하고 있다. 처벌불원을 특별양형인자로 두는 취지는 피해 회복을 도모하는 것이므로 피고인의 진지한 반성과 피해 회복을 위한 노력은 처벌불원의 전제가 된다. 그런데 피고인의 진지한 반성은 종종 피해자가 아닌 재판부만을 향한다. 피고인이 감형 목적에서 진지한 반성을 보여주어야 하는 대상은 재판부이지 피해자가 아니다. 피해자의 처벌불원은 종종 피해 회복과 무관한 지점에서 달성된다. 성폭력 피해가 경시되는 사회에서 가해자의 사과는 비난과 책임 전가, 모욕, 위협과 뒤섞인다.

<성범죄 양형기준 '처벌불원' 양형인자의 정의>

아. 처벌불원

피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 피해자나 유족(피해자가 사망한 경우)이 처벌불원의 법적·사회적 의미를 정확히 인식하면서 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우를 의미한다.

① 피고인 측의 사실상의 강요 또는 기망에 의한 처벌불원 등 자유로운 의사에 기하지 않은 처벌불원의 의사표시를 한 경우나, ② 피해자나 법정대리인의 처벌불원의 의사에 통상적으로 납득할 만한 사유가 없다고 판단되는 경우는 포함하지 않는다.

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 포함한다.

처벌불원 인자가 양형에서 갖는 이익에 비해 범행 이후 피고인의 행위와 관련된 가중 사유는 2차 피해 야기뿐이다. 2차 피해 야기는 “합의를 시도하는 과정에서 피해자를 지속적으로 괴롭히거나, 합의거절에 대한 유형·무형의 불이익을 암시하는 등 부당한 압력을 가하거나 이에 준하는 방법으로 피해를 일으킨 경우, 피해자의 인적사항 공개, 신고에 대한 불이익조치, 피해자에 대한 모욕적 발언, 집단 따돌림 등을 한 경우, 그 밖에 이에 준하는 경우” 중 하나 이상에 해당하여야 한다. 피해자가 또다시 2차 피해를 입증해야 하는 문제가 있음은 별론으로 하더라도, 괴롭힘, 부당한 압력, 불이익 조치 등 명시적인 피고인의 행위가 없거나 주변인을 이용하여 피해자를 압박하는 경우에는 주장하기 어려울 수 있다. 2차 피해 야기는 일반양형인자로서 가중 영역으로의 구간 이동에 영향을 끼치지 않는 시기 때문에 피고인으로서 2차 피해 야기 요인의 적용을 우려하기보다는 처벌불원 의사를 획득하는 데 집중하는 것이 더 이익이 된다. 이는 처벌불원 의사를 얻기 위한 다양한 시도를 촉진하여 피해 회복이 아닌 2차 피해로 이어질 수 있다.

성폭력을 가능하게 했던 당사자 간 관계가 이번에는 처벌불원 의사를 표시하도록 하는 데 이용된다면, 그 관계는 폭력과 처벌의 면제에 동시에 기여한다. 특히 친족관계 성폭력처럼 피고인이 피해자 또는 피해자의 가족을 부양하고 있거나 실제로는 부양하지 않더라도 부양이 기대되는 관계에 있을 때, 피고인의

처벌로 인한 피해자 및 피해자 가족의 생계 곤란, 그로 인한 피해자에 대한 처벌불원 압박이 피해자의 처벌불원 의사 표시로 이어지는 사례가 나타난다. 피해자는 처벌불원 의사 표시를 하면 가해자의 처벌이 면제된다는 점, 즉 처벌불원의 ‘의미와 내용, 효과를 이해’하고 처벌 면제를 요청하는 것이므로 피해자의 의사는 양형기준상 처벌불원의 개념에도 합치된다. 이때 재판부가 처벌불원 인자를 적용하여 감경한다면, 부양(가능성)이라는 권력을 이용한 범죄 행위를 국가가 보호하는 결과에 닿으며, 이후 유사한 범행이 발생하더라도 그 관계에서 가해와 피해는 일상화되고 형사사법기관에 대한 개입 요청은 중단될 것이다.

양형기준에서 처벌불원 인자가 피해 회복을 위한 피고인의 노력을 유도하는 측면도 있으므로, 처벌불원 인자가 피해자에게 또 다른 피해를 야기하기만 한다고 볼 수는 없다. 다만 처벌불원 의사가 피해 회복을 의미하는 것인지, 아니면 성폭력에서 이용된 권력 관계의 반영인지, 2차 피해 야기 인자를 적용하여야 하는 상황이 발생한 것은 아닌지, 피해자가 처벌불원의 의미를 실제로 이해하고 있는지, 피해자의 의사와 무관한 피해자 법정대리인의 이해 관계에 따른 선택이 아닌지 등을 살펴 처벌불원 감경의 취지에 부합하는 경우에만 감경 요소로 삼도록 해야 할 것이며, 법원에서 이와 같은 심층 조사가 제대로 이루어지고 있는지 점검하는 절차가 필요하다. 양형기준에서도 처벌불원의 의미, 내용, 효과를 이해하고 피해자가 처벌불원을 선택하면 그만인 것이 아니라, 처벌불원이 경제적이든 정신적이든 범죄 피해 회복과 연관된 의사의 표현일 때에만 감경 사유로 삼도록 기준을 추가하여 처벌불원을 감경하는 형사정책적 취지를 반영하도록 해야 할 것이다.

2. 인적 신뢰관계를 이용한 행위

친밀한 파트너 관계를 비롯하여 보호, 신뢰 관계는 범죄 목적을 달성하기 위해 더 경미한 수단을 사용해도 충분하거나 나아가 특별한 수단을 사용하지 않아도 되도록 하는 데 기여한다. 피고인에 대한 피해자의 신뢰 관계를 알고 이용한다는 것은 범죄의 고의를 내포한 개념으로서 양형에서 가중 요소로 삼는 것이 타당할 것이다. 그러나 한국 사회의 문화에서는 피고인이 신뢰 관계를 ‘이용’했다는 점보다 피해자와 가해자가 신뢰 ‘관계’라고 하는 데 방점을 찍고 그 관계에서 허용되는 행위의 범위가 더 넓다거나 피해자가 수인하거나 용서할 가능성이 있거나 피고인이 동의를 얻었다고 인식했을 가능성이 있다는 데에 더 무게를 두어 가볍게 다루고자 하는 경향이 있어왔다. 가정폭력처벌법은 여전히 그와 같은 취지에 기하여 가정폭력 사건을 처리하도록 한다. 또한 폭행, 협박이라는 수단을 기본 구성요건으로 두는 성폭력 범죄에서 (최협의) 폭행, 협박 외의 행위 수단을 사용한 경우에는 범죄를 구성하지 않거나(비장애 성인) 가볍게 처벌하도록 규정하고 있는데(장애인, 법정형) 이는 인적 신뢰 관계를 이용하였기 때문에 폭행, 협박의 수준이 낮거나 위계, 위력만 사용한 사례에서 부당한 결과를 초래하게 된다. 이러한 측면에서 인적 신뢰 관계 이용이 일반양형인자의 가중 요소로 고려되는 것은 법률상 한계를 보완하는 데 도움이

되지만 일반양형인자로서 영역 내에서 가중하는 요소에 불과하므로, 특별양형인자로 두어 가중 영역을 적용하도록 해야 한다는 발제자의 제언에 동의한다. 더불어 양형에 반영하기 위해서는 일단 범죄가 성립해야 하는데 비장애성인에 대한 성폭력의 경우 신뢰 관계를 이용한 범죄는 (최협의) 폭행, 협박이 성립되지 않거나 업무, 고용상 관계가 없을 때 범죄 자체가 성립할 수 없다. 따라서 업무, 고용 외의 관계에서 최협의 폭행, 협박보다 낮은 수준의 강제력이 이용되었거나 강제력 없이 관계를 악용한 행위가 범죄로 성립될 수 있도록 하기 위하여, 성폭력범죄의 기본 구성요건을 폭행, 협박이 아닌 동의 기준으로 개편하는 입법적 개선이 필요하다.

3. 가중 요소의 부재를 이유로 한 감경

성폭력 사건 판결에서는 가중요소의 부재가 유리한 정상으로 참작됨으로써 사실상 감경요소로 전환되는 문제가 발견되기도 한다. 예를 들어 ‘2차 피해 야기’는 양형 가중요소이다. 2차 피해를 야기하지 않은 것은 기본이며, 2차 피해를 야기하지 않았다는 점이 처벌을 가볍게 해야 할 이유가 될 수는 없다. 그런데 “피고인이 범행을 자백함으로써 피해자가 법정에 출석하여 과거의 괴로운 기억을 되살리는 등 2차 피해가 야기되지는 않았으므로, 위와 같은 사정을 일부나마 참작하는 것이 타당”(대전고등법원, 2022노379)과 같이 ‘2차 피해를 야기하지 않았음’이 피고인에게 유리한 정상이 되는 판결이 나타나고 있다. 성적 촬영물 관련 범죄에서는 촬영죄와 유포죄가 구분되어 있음에도 불구하고 촬영죄의 재판에서 영상을 유포하지 않았다는 점을 들어 감형하거나 영상 삭제로 2차 피해가 야기되지 않았음을 지적하는 사례가 있다.¹⁾ 다른 피해를 가하지 않았다는 점을 양형에 참작한다는 것은 해당 범죄의 법정형이나 양형기준에 따른 처벌이 과도하다는 법관의 판단을 보여준다. 촬영죄의 판결에서 ‘유포하지 않았음’은 감형 이유로 적는 것은 비동의 성적 촬영의 불법성과 침해를 가볍게 여기는 평가를 내포하는 것으로 볼 수 있다. 가중요소의 부재를 들어 감경하는 것은 양형기준에 근거하지 않은 오직 법관의 재량에 따른 양형이다. 자백이나 영상의 삭제 등은 진지한 반성이나 상당한 피해 회복 등 다른 감경요소에 해당하는지 여부를 별도로 판단하여야 하며, 2차 피해를 가하지 않은 점을 피고인의 처벌을 더 가볍게 하는 근거로 삼아서는 안 될 것이다.

1) “범행 후 영상을 삭제하여 2차 피해가 야기되지는 않았으며”(서울동부지방법원, 2022고합110), “피고인이 촬영한 영상물을 유출하거나 2차 피해를 가하지는 않은 것으로 보인다.”(인천지방법원, 2021고단8089)

4. 행위 방법 및 수단에 따른 양형기준의 불균형

법률에서는 행위 방법과 수단에 따라 범죄의 종류를 구분하고 법정형을 달리 하고 있다. 성폭력처벌법과 청소년성보호법에서는 객체에 따라 각각 장애인과 아동·청소년(이하 ‘청소년’)에 대한 범죄에 대해 법정형을 높였으며, 특별법 제정 이후 형법에서 유사강간죄를 규정하고 각 법률들이 여러 차례 개정을 거치면서 법정형과 양형기준은 서로 불일치하게 되었다. 다음 표는 성폭력범죄의 행위 유형과 객체에 따른 법정형이다. 배경색은 양형기준의 상하한을 나타낸다. 배경색이 같은 것은 양형기준의 상하한이 동일함을 의미하며, 배경색이 진할수록 상하한이 높다.

<대상별 성폭력범죄 법정형 및 양형 기준>

	강간	유사강간	위계·위력간음	위계·위력유사성교
비장애성인	3년 이상	2년 이상	(업무상)7년 이하, 벌금	없음(업무상 위계·위력추행 3년 이하, 벌금)
청소년	무기, 5년 이상	5년 이상	무기, 5년 이상	5년 이상
장애인	무기, 7년 이상	5년 이상	5년 이상	없음(위계·위력추행 1년 이상, 벌금)

먼저 강간과 유사강간, 위계·위력간음과 위계·위력유사성교의 법정형을 비교해보면, 모든 유형의 대상에서 강간/성교보다 유사강간/유사성교의 법정형을 낮게 설정하였다. 그런데 양형기준에서는 성교와 유사성교에 같은 기준을 적용하는 영역이 있다. 비장애성인과 장애인에 대한 범죄는 강간과 유사강간의 법정형과 양형기준에서 유형이 모두 다르지만, 청소년의 경우 강간과 유사강간의 법정형이 다른데도 불구하고 양형기준은 동일한 유형을 적용함으로써 양형기준상으로는 성교와 유사성교의 구분을 두지 않는다. 장애인의 경우는 반대 현상이 나타나는데, 장애인에 대한 유사강간과 위계·위력간음의 법정형은 같지만 위계·위력간음은 강간과 같은 유형으로 분류하여 유사강간보다 위계·위력간음의 양형기준을 더 높게 설정함으로써 폭행·협박과 위계·위력의 구분보다 성교와 유사성교 행위의 구분을 더 우선에 두었다.

행위의 성질과 침해의 정도를 보더라도 성교에 비하여 유사성교 행위의 가벌성과 침해를 일괄적으로 가볍게 평가하는 것은 부당하다. 양형기준에서도 성기에 이물질을 삽입하는 행위를 ‘가학적·변태적 침해행위’로 예시하고 특별양형인자의 가중요소로 두어 가중할 수 있도록 하고 있는데 이는 유사성교에 해당하는 행위의 침해가 클 수 있다는 이해를 반영한다. 입법적으로는 유사강간을 강간과 같은 범주로 분류하고 구체적 사례의 피해의 정도에 따른 판단을 양형에서 하도록 하는 것이 타당할 것이다.

5. 형사사법기관 구성원 교육에서 성인지 감수성의 이해

형사사법기관 공무원의 성평등의식이 과거에 비해 상승하였으나 의식이 낮은 구성원이 적지 않다는 점에 주목하고, 특히 성인지성의 중요성에 대한 ‘인지는 어느 정도 이루어졌으나 내재화하여 실천하고 구현하는 것이 충분하지 못하고 개인차도 상당하다’는 분석에 매우 동의한다. 설문조사에서 형사사법기관 공무원의 성평등의식이 일반인 집단보다 높게 나타난 것은 실제보다 더 긍정적인 수치로 재현되었을 가능성도 있는데, 반복된 교육과 내·외부의 거듭된 요구는 ‘정답’을 알려주기 때문이다. 조직 내외에서 지속적으로 성인지 감수성이 강조되는 분위기가 있고, 모든 구성원이 교육에 직접 참여하지는 않아도 성희롱 예방교육 같은 성 관련 교육이 반복하여 진행되는 것을 인식하기 때문에 성인지 감수성이 중요한 문제인 것을 알고는 있지만, 중요하다는 인지가 성인지적 관점의 의미나 그것이 왜 중요한지에 대한 이해로 직결되는 것은 아니다. 때문에 성인지 관점을 실무에 적용하지는 못하면서 형사사법기관 조직 내에서 성인지 관점과 성평등이 이미 보편화되었고 차별은 오로지 연령의 문제이거나 일부 보수적인 개인의 문제이지 자신과는 무관한 것이라고 판단하는 현상이 나타날 수 있다. 이는 성평등 정책이나 교육에 대한 낮은 만족도로 이어질 수 있다. 사회에 널리 퍼진 페미니즘에 대한 백래시에서도 나타나듯 사회와 조직에서 성인지 감수성에 대한 강조가 과도하다고 여기거나 실제로는 거의 이루어지지 않는 성인지 교육에 피로감을 느낄 수 있다. 이러한 현실이 교육의 구성과 평가에 반영될 필요가 있다. 구성원의 인식의 정도가 다르기 때문에 인식에 따른 교육을 실시할 필요성은 있지만, 인식이 저조한 교육 대상자를 선별하여 교육을 실시한다면 교육이 일종의 불이익으로 여겨져 반발이 나타나고 교육 효과를 낮출 우려도 있다. 또한 성평등 관련 교육이 교육 대상자의 ‘만족’을 지향할 때 교육 내용이 관점을 누락한 사례 중심으로 협소해지고 기존 가치에 대한 도전을 약화시키며 흥미 유발에 더 집중하도록 하는 문제도 고려할 필요가 있다고 본다.

교육과 관련하여, ‘성인지 감수성’이라는 용어를 형사사법기관에서 이해하는 방식에 대한 점검도 필요해 보인다. 법원에서는 성인지 ‘감수성’이라고 하여 sensitivity를 이중으로(인지, 감수성) 번역하는 표현을 사용함과 동시에 성인지성을 감각과 정서의 영역으로 할당하였다. 이 용어가 조직 내외에서 반복 사용되면서 성인지 감수성의 함양이 매우 중요하다는 인식은 확산되고 있지만, 수사와 재판 절차에 있어 성인지 감수성이 단지 범죄로 취약해진 피해자(여성)의 감정을 다치지 않게 배려하라는 의미로만 이해된다면, 공정한 수사, 실체적 진실의 발견을 저해할 수 있고 때로 조정되어야 하는 거추장스러운 선택지 중 하나로 평가될 수 있다.

젠더기반폭력 사건의 수사와 재판에서 성인지적 관점의 강조는 성차별적 사회에서 젠더기반폭력이 폭력이자 범죄로서 충분히 인지되지 못하고 피해자 비난과 의심, 가해자에 대한 공감과 동정, 수사와 재판 절차에서 피해자에 대한 2차 가해가 널리 행해지며, 이러한 현상이 곧 성차별의 반영이라는 자각을 반영한다. 성인지적 관점을 통해서 성폭력을 비롯한 젠더기반폭력 범죄의 실체적 진실 발견이 비로소 가능해지고 적절한 처벌이 가능하다. 연구 결과에서도 나타나듯 젠더폭력 통념이 2차 피해 수사 행동에

영향을 주지만, 젠더폭력 통념에는 성평등 의식이 영향을 끼친다. 그런 점에서 성평등 교육이 젠더기반폭력 수사, 재판 관련 교육의 기반이 되도록 하는 것은 여전히 중요하다.

6. 신뢰관계인 동석

신뢰관계인 동석의 근거 조항은 여러 법률에 걸쳐 있다. 형사소송법에서는 13세 미만 또는 장애로 사물변별, 의사결정 능력이 미약한 사람의 경우 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 법원은 신청이 없더라도 신뢰관계인을 동석하게 해야 하고, 그 외 피해자의 증인 신문에서는 피해자, 법정대리인, 검사의 신청에 따라 동석하도록 할 수 있는데, 증인의 나이, 심신 상태, 기타 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안이나 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 경우 직권 또는 신청으로 하도록 하여(형사소송법 제163조의2) 불안이나 긴장의 우려를 요건으로 추가하였다. 성폭력범죄 피해자는 피해자의 나이, 장애, 불안이나 긴장 우려를 요하지 않고, 성폭력범죄 피해자 수사기관 조사와 증인 신문에서 검사, 피해자, 법정대리인의 신청이 있을 경우 부득이한 경우가 아닌 한 신뢰관계인을 동석하도록 하여야 한다(성폭력처벌법 제34조). 아동·청소년대상 성범죄 피해자 수사기관 조사와 증인 신문에서도 같다(청소년성보호법 제28조). 즉, 성폭력범죄 피해자의 경우 동석 신청이 있는 때에는 조사나 재판에 지장을 초래하지 않는 한 신뢰관계인을 동석하도록 하는 것이 형사사법기관의 의무라 할 수 있다. 따라서 장애인, 이주민만이 아니라 성폭력범죄 피해자 모두가 신뢰관계인 동석 신청에 대해 인지하고 필요시 제도를 활용할 수 있도록 안내하여야 할 것이다.

한편 장애인에 대한 정당한 편의는 장애인이 비장애인과 동등하게 같은 활동에 참여할 수 있도록 하는 수단과 조치를 의미한다. 성폭력 사건의 수사, 재판에서 신뢰관계인 동석은 비장애인이나 한국어를 모국어로 하는 사람과의 동등한 참여를 보장하는 편의의 제공이라기보다는 증인의 안정적 진술을 통해 실제적 진실 발견을 촉진하는 한 방안이며, 특히 성폭력범죄의 맥락에서는 성차별적 사회에 널리 퍼진 성폭력 피해에 대한 의심과 사소화, 피해자 비난과 같은 조건이 다른 범죄 피해자보다도 성폭력 피해자의 위축과 2차 피해를 가중하는 상황에서 신뢰관계인 동석의 요건을 완화하는 규정의 의의가 있다 할 것이다. 그런 점에서 신뢰관계인 동석은 의사소통 지원의 편의 제공과는 구분하여 제안하는 것이 적절하다고 생각된다.



토론문

이경환(법무법인 태평양 변호사)

토론문



이경환(법무법인 태평양 변호사)

1. 성범죄 양형기준에 관하여

성범죄 양형기준은 그 기준 자체의 내용뿐만 아니라 기준을 적용함에 있어서도 성폭력범죄를 바라보는 법관의 시각이 드러날 수 있기 때문에, 역시 성인지감수성의 유무가 중요한 부분이라고 할 수 있다. 그러나 판결문에는 양형사유가 어떤 이유로 어떻게 고려되었는지 자세히 기재되지 않는 경우가 많고, 양형사유의 해석이 쟁점이 되어 판단이 이루어지는 경우도 많지 않아서 재판부의 재량이 매우 크게 작동하고 있다고 볼 수 있다.

연구결과 및 발제에서 언급된 양형기준 관련 제언에 대체적으로 동의하면서, 일부 의견을 아래와 같이 추가해보고자 한다.

1) 진지한 반성 / 공탁

발제문에서는 진지한 반성이나 공탁을 감경요소로 삼는 것이 타당하지 않은 면이 있고, 오히려 진지한 반성을 하지 않고 범행을 인정하지 않는 것을 가중사유로 삼는 것이 타당하다는 의견을 제시하고 있다.

실무상 돈을 주고 반성문을 대필하게 하거나, 성폭력상담소 등에 일시 기부를 한 뒤 재판에 유리하게 활용하고, 피해자가 절대 합의의사가 없고 공탁금을 취득할 의사가 없다고 밝혔음에도 감경요소로 고려하는 등 진지한 반성이나 공탁 사유를 적용하는 데 많은 문제가 있는 것은 사실이다. 특히 공탁의 경우 피해자의 법감정과 괴리가 크고, 공탁을 하는 경우 ‘진지한 반성’ 사유도 인정되는 경우가 많아서 2개의 감경사유가 인정되기 때문에 피해자가 더욱 받아들이기 어려워 한다는 점에서 적용에 신중한 접근이 필요하다.

공탁 사유의 경우, 2020년 기준까지는 ‘상당 금액 공탁’으로 규정되어 있었으나, 현행 2022년 기준에서는 ‘상당한 피해 회복(공탁 포함)’으로 수정되었다. 그런데 ‘상당 금액 공탁’의 경우, 그 의미에 대해 ‘피해회복을

위한 진지한 노력을 하였으나 합의에 이르지 못하여 상당한 금액을 공탁한 경우를 의미한다.’라는 설명이 있었으나, 변경된 ‘상당한 피해 회복(공탁 포함)’의 경우에는 그 구체적 의미에 대한 설명이 없어 의미있는 개선인지 의문이 드는 상황이다. 공탁 사유의 적용은 매우 엄격하고 신중하게 이루어질 필요가 있으며, 장기적으로는 ‘진지한 반성’ 사유에 포함하고 별도의 감경사유로는 삭제하는 것을 고려할 필요가 있다.

한편, 진지한 반성을 하지 않고 범행을 인정하지 않는 것을 가중사유로 삼는 것이 타당하다는 발제자의 의견에 대해서는, 그 취지에 공감은 되는 측면이 있기도 하나 피고인의 방어권 측면에서는 자칫 피고인에게 자백을 강요하는 의미가 될 수 있어 위헌의 소지가 있다고 생각된다. 진지한 반성 사유를 감경 사유로 두되 진정성이 있는 경우에만 엄격하게 인정하는 것이 적절할 것으로 보인다.

2) 우발적 범행(집행유예 사유)

성범죄 양형기준 중 ‘형종 및 형량의 기준’에서는 ‘우발적 범행’이 감경사유로 규정되어 있지 않고, 반대로 일반양형인자 중 가중요소로 ‘계획적 범행’이 규정되어 있다. 이때의 계획적 범행의 의미는 ‘범행도구의 사전 준비 및 소지 / 사전 공모 / 피해자 유인 / 증거인멸의 준비 / 도주계획의 사전 수립 / 그 밖에 이에 준하는 경우 중 하나 이상에 해당하는 경우’로 정의되어 있다.

그런데 집행유예 기준에는 ‘계획적 범행’이 주요참작사유 중 부정적 사유로 규정되어 있을 뿐 아니라, ‘우발적 범행’이 일반참작사유 중 긍정적 사유로 규정되어 있다. 그리고 이때의 우발적 범행의 의미는 ‘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’라고 정의되어 있다.

성폭력 범죄는 기본적으로 가해자와 피해자가 단 둘이, 다른 사람의 방해를 받지 않는 시간과 장소에서 발생하거나, 피해자의 반항을 억압 또는 기습적으로 이루어져야 하고, 범행 후 도망치거나 피해자가 신고를 하지 못하도록 하는 것이 필요하기 때문에 대부분의 경우 계획적인 요소를 가지게 된다. 그런데 사전계획이 없으면 모두 ‘우발적’이라고 평가함으로써 좁은 의미의 ‘계획적 범행’이 아닌 경우를 모두 우발적 범행으로 보는 현행 양형기준은 ‘성폭력은 성충동에 의해 우발적으로 발생하는 것’이라는 잘못된 통념을 강화할 우려가 있다.

‘우발적 범행’ 사유는 집행유예 사유로만 규정되어 있음에도 실무상 형량 결정시에도 고려되고 있는 것으로 보이며, 실질적으로 ‘우발적’이라고 볼 수 없는 사안에 대해서도 ‘우발적’이라고 인정하는 사례들이 있다고 생각된다. 예컨대 대전지방법원 2022고합131 판결의 경우, ‘피고인의 강제추행죄는 우발적 범행으로 보인다’라는 점을 유리한 정상으로 기재하면서, 불리한 정상으로 ‘이 사건은 자살을 하기 위하여 오픈채팅방에서 도와줄 사람을 찾던 피해자에게, 피고인이 마치 도와줄 것처럼 가장하여 만난 후 피해자와

이동 중 차량 안에서 피해자를 추행하거나, 피해자를 자신이 알고 있는 오피스텔로 유인한 후 강간하려 한 것으로 그 죄질이 매우 좋지 않다’, ‘피해자는 피고인을 만나기 전부터 피고인이 피해자와의 성관계를 바라는 것이 아님을 확인하였다. 이에 피고인은 피해자와 함께 자살할 것처럼 가장하였다. 그러나 사실 피고인은 피해자를 성적 대상으로 여기고 있었고, 결국 이 사건 각 범행에 이르렀다’라고 언급하고 있다. 애초부터 피고인이 피해자를 성적 대상으로 여기면서 피해자를 속이고 접근하였는데, 그래서 ‘우발적 범행’으로 보았는지 이해하기 어렵다.

성폭력범죄에서의 우발성은 엄격하게 한정적으로 인정될 필요가 있으며, 근본적으로 양형 감경사유 또는 집행유예의 긍정적 사유로 고려되어야 하는지부터 재고의 필요가 있다. 성폭력에 대한 잘못된 통념을 바로잡기 위해서라도 계획적 범행을 가중요소로 고려하는 것 외에, 우발성으로 감경사유 또는 집행유예 사유로 고려하는 것은 삭제되어야 한다.

2. 2021년 성폭력 사건 하급심 판결문 분석에 관하여

1) 수원지방법원 안산지원 2020고합385 판결 및 판례분석 연구방법론에 대한 의견

무죄 판결문의 경우 검사 주장에 대한 판단은 있으나 무죄라는 결론을 뒷받침 하는 근거 위주로 서술되고, 피해자의 주장을 뒷받침하는 상황에 대해서는 언급되지 않는 경우가 많기 때문에, 별도로 사건기록을 입수하여 살펴볼지 않는 한 판례 분석에 상당한 제약이 있을 수밖에 없다. 연구 및 발제문에서는 2021년 성폭력 사건 하급심 판결문을 분석하면서 성폭력 통념이 드러난 부분에 대해 분석하고 있는데, 성폭력 통념은 잘못된 통념에 기반한 것일 수도 있지만, 다른 측면에서 보면 무죄 추정의 원칙에 따른 ‘합리적 의심’이라고 볼 수도 있다. 따라서 연구 및 발제문에서 성폭력 통념이 드러났다고 분석한 내용은 그러한 판단이 잘못된 것이라고 단정하는 의미라기보다는, 해당 판단이 성폭력 통념에 기반한 것일 수 있다는 가능성을 지적하는 의미로 해석하는 것이 좀 더 적절할 것으로 생각된다.

발제문에서 언급된 ‘피해자답지 않다’는 통념이 드러난 판례 중 토론자가 판결문을 확인할 수 있었던 수원지방법원 안산지원 2020고합385 판결에 대하여 의견을 덧붙이고자 한다.

일단 이 사건 판결문을 전체적으로 보면, 피고인과 피해자는 채팅 어플을 통해 알게 된 사이이고, 피고인이 ‘만나서 밥 한 번 먹자’고 하였는데 오히려 피해자가 ‘그러지 말고 피해자의 집에서 술이나 마시자’고 하여 피고인이 피해자의 집에 와서 사건이 발생하였다. 피고인은 수사기관과 법원에서 일관되게 ‘피해자와 합의에 따라 성관계를 하였다’라고 부인하였는데, 이에 결정적으로 반하는 사정으로 피해자가 두 번째 성관계 직후 112 신고를 하였다는 점이 있다. 이러한 사정 때문인지 판결문에도 ‘비록 피고인의 일부 주장이나 변명에 석연치 않은 면이 있기는 하나’라는 언급이 있어, 재판부 역시 피고인의 진술을

완전히 신빙하는 것이 아니라는 점을 확인할 수 있다. 다만, 그럼에도 불구하고 무죄 추정의 원칙 및 검사의 증명책임상 피해자 진술의 상당한 신빙성이 인정되어야 하는데, 그 신빙성이 충분히 인정되지 못한 것이다.

판결 내용 중 ‘피해자가 피고인으로부터 강간을 당하고 피고인이 방을 나간 뒤 같은 날 피해자의 남자친구가 집에 찾아왔음에도 피고인으로부터 강간당한 사정을 숨긴 채 남자친구와 성관계를 하고, 아무 일도 없는 것처럼 다음 날 아침까지 남자친구와 함께 있었다는 것이다’라는 내용이 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 사유로 언급되었는데, 발제자는 이에 대해 ‘사건 당일 남자친구를 만났다하더라도 남자친구에게 모르는 남자와 집에서 술을 마셨고 강간을 당했다는 사실을 털어 놓기는 어려움이 있을 것이라는 사실은 충분히 예상’할 수 있다고 분석하였다. 실제 성폭력피해자들이 남자친구나 남편에게 자신의 피해사실을 끝까지 알리지 않는 경우도 있으며, 특히 이 사건과 같이 피해자가 피고인을 채팅 어플을 통해 알게 되었고 피해자가 피고인에게 ‘집에서 술이나 마시자’라고 제안하여 피해자의 집에서 사건이 있었다는 점까지 감안하면, 같은 날 방문한 남자친구에게 피해사실을 말하지 않고 아무 일도 없었던 것처럼 행동한 것은 피해자 진술의 신빙성을 부정할만한 의미있는 요소가 되기 어렵다고 생각된다.

하지만 위 내용 외에도 판결문에서는 성관계 경위 및 과정, 성관계 직후 상황에 대한 주요 진술이 일관되지 못한 점, 1차 범행 이후 2차 범행 당시에도 피해자가 피고인을 들어오게 하고, 피고인이 옷을 다 벗고 있는 상황에서도 그냥 옷을 입으라고 하면서 담배를 피우고 있었다는 점 등의 사정이 피해자 진술의 신빙성을 인정하기 어려운 내용으로 언급되었는데, 이와 관련된 피해자 진술이 매우 단편적으로만 인용되어 있어 그러한 판단이 성인지감수성의 부족으로 인한 것인지는 쉽게 판단하기 어렵다고 보인다.

연구방법론적으로는 다수의 하급심판결을 분석하기 보다는, 하나의 사건에 대해 여러 심급의 판결문이 있는 경우나 사건기록을 확인할 수 있는 경우 등 분석의 근거가 어느 정도 확보된 소수의 사건에 집중하여 분석하였으면 어땠을까 한다. 예전에 비하면 공개되는 판결문이 늘어나기는 하였으나, 여전히 해외 사례와 비교할 때 우리 법원이 판결문 공개를 충분히 하고 있지 못하다는 점 역시 지적될 필요가 있겠다.

2) 성인지감수성에 대한 지나친 강조에 대한 우려

한편, 성폭력사건의 판단에 있어 성인지감수성의 의미가 지나치게 과장되는 것도 경계할 필요가 있다고 생각된다. 대법원은 성인지감수성의 개념 정의조차 하지 않았을 뿐 아니라, 성인지감수성은 그 취지 자체로도 ‘판단기준’으로 적용할만한 법칙이나 규칙과 같은 것이 아니다.

성인지감수성이 최초로 언급된 2017두74702 대법원 판결에서는 피해자가 2차 피해를 우려하여 성희롱 피해 이후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 신고가 늦어지기도 하며, 신고 이후에도 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 있으므로, 이를 고려치 않고 피해자 진술의 증명력을

가법게 배척해서는 안된다는 판시를 하였고, 성폭력사건에서 첫 성인지감수성을 언급한 2018도7709 대법원 판결의 경우에는 성폭행 피해자의 대처 양상이 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없으므로, 개별적, 구체적 사건에서 피해자가 처한 특별한 사정을 충분히 고려해야 한다는 취지로 판시를 하였다. 이러한 판시는 성폭력 사건에만 예외적으로 적용되는 특별한 법칙 같은 것이 아니라, 사실 법관이라면 기본적으로 가져야 할 합리적인 판단기준의 내용을 성폭력, 성희롱 사건의 상황에 맞게 풀어놓은 것이라고 볼 수 있다. 단지 젠더 이슈의 경우 남성과 여성의 서로 다른 경험 및 사회화 과정, 잘못된 통념이나 편견의 존재 등으로 인해 사건의 특성과 맥락에 맞는 합리적 판단이 이루어지지 못한 경우가 많았기 때문에, 성인지감수성이라는 용어를 쓰면서 합리적 판단을 위한 노력을 촉구한 것이라고 이해된다.

성인지감수성에 대한 지나친 강조는 자칫 성인지감수성을 ‘유죄추정의 원칙’과 같이 왜곡하여 소모적인 논쟁을 야기할 수 있다고 생각한다.

3. 성인지 실태 및 교육에 관하여

이번 연구결과 중 4대폭력에 대한 통념이 이차 피해 수사행동을 가장 잘 설명하는 것으로 나타났다는 부분은 향후 법집행 공무원에 대한 교육시 초점을 맞춰야 할 부분을 제시하는 것으로서 의미가 있다고 생각된다. 그리고 그와 같은 내용은 발제문에서도 강조한 바와 같이, 가급적 소집단별 사례 중심, 토론타 교육으로 다루어지는 것이 필요하다.

실무 현장에서 비슷한 내용의 성인지교육, 성폭력 등 예방교육에 대한 피로감 호소를 많이 경험하고 있으며, 이는 개별 강사들의 노력으로 해결할 수 있는 단계를 넘어섰다고 생각된다. 기관에 따라, 교육대상자에 따라, 교육내용을 체계적으로 준비하고 실질적인 토론과 교육평가, 환류 등이 이루어질 수 있도록 예산과 자원을 투입할 필요가 있다.

한편, 성폭력사건에서의 피해자 증인신문시 피고인 측 변호인에 의한 부적절한 질문 제지와 관련하여, 재판부별로 개입의 정도 및 방식에 많은 차이가 있는 것으로 보인다. 지나치게 소극적으로 개입하여 문제가 되는 경우도 있는 반면, 너무 적극적으로 개입하여 피고인 측 변호인으로부터 방어권 침해라는 불만을 받는 경우도 있다. 물론 후자의 경우 피고인 측 변호인의 성인지 감수성 부족으로 그러한 불만이 나오는 경우도 있겠지만, 그러한 경우에도 재판부가 개입의 근거가 이유를 정확하게 제시하려는 노력도 필요할 것이다. 따라서 성폭력전담재판부의 증인신문 관련 경험을 공유, 축적하고, 토론 및 논의를 통해 일정한 기준을 정립해나가는 노력이 필요하다고 생각된다. 이는 공판검사의 경우도 마찬가지로 적용될 수 있다.



토론문

조정민(부산지방법원 판사)

토론문



조정민(부산지방법원 판사)

안녕하세요. 이번에 인권위원회에서 개최하는 형사사법분야 법집행 공무원 성인지 조사 및 젠더폭력 관련 판례분석 실태조사 결과보고 및 정책토론회의 토론을 맡은 조정민입니다. 세분 발제자들께서 2022년 ‘형사사법분야 법집행 공무원 성인지 조사 및 젠더폭력 관련 판례분석 실태조사’ 보고서(이하 ‘보고서’) 중 핵심적인 부분을 추리셔서 발제해주셨습니다. 서론과 결론에 해당하는 제1, 2, 7장을 제외하고 보고서는 크게 3부분 즉, 젠더폭력사건 법집행공무원의 성인지 실태조사 및 심층면접조사(제3, 4장), 젠더폭력 사건의 양형기준과 판례 및 소송기록 분석(제5장), 해외 주요국가 젠더폭력 관련 양형기준 및 양형판례 분석(제6장)으로 나누어지는데 3부분 모두 젠더폭력 관련 법집행 절차와 문화 개선에 필요한 연구와 분석내용을 담고 있어서 매우 흥미롭게 읽었습니다. 본 토론에서는 보고서 및 발제문에 관한 저의 의견 몇몇을 말씀드리고자 합니다.

1. 성범죄 판결 및 소송기록 분석에 대한 한 사례에 대하여

성인지감수성 판결로 알려진 대법원 2018도7709 판결 및 기록에 대한 심층적인 분석을 통해 절차(증인신문)와 실체적 결론의 연결고리를 볼 수 있었다. 발제자는 위 사건 1심 절차진행에 관하여 ‘이러한 방식은 피해자의 피해여부에 대한 진실을 판단하기 위함이라기보다는 피해자의 사생활을 법정에서 이끌어 냄으로써 피해자의 피해 주장이 거짓이라는 점을 밝히기 위한 것으로 피해자에게 고정관념이 생기게 할 수 있다는 점에서 재판부에서 적절히 제지할 필요가 있었다’(보고서 제207면)고 분석하였다.

구체적으로 어떻게 소송지휘를 할지에 대한 토론자의 의견을 밝히고자 한다.

형사소송규칙에는 증인신문의 소송지휘에 관한 규정이 있다. 규칙(제74조 제2항)은 1. 위협적이거나 모욕적인 신문, 2. 전의 신문과 중복되는 신문, 3. 의견을 묻거나 의논에 해당하는 신문, 4. 증인이 직접

경험하지 아니한 사항에 해당하는 신문은 하여서는 아니되고, 다만, 제2호 내지 제4호의 신문에 관하여 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다고 정한다. 제77조는 증인의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항에 관한 신문을 할 수 있다(제1항)고 정하며, 이 신문은 증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성등 증인의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단 등 증인의 신용성에 관한 사항에 관하여 하며 다만, 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 하여서는 아니된다(제2항)고 한다.

특히 피고인이 무죄를 다투고 인적 증거가 주된 증거로 되어 있는 성범죄 재판에서 반대신문은 피고인의 무죄증명을 위한 중요한 기회이므로, 이에 관한 법관의 소송지휘는 신중하게 이루어져야 하며 위 형사소송 규칙의 내용은 중요한 기준이 된다. 위 형사소송규칙에 규정된 증인신문에 관한 원칙들을 적용함에 있어 검사나 변호인이 묻기 전에 그 질문의 취지를 설명하면 불필요한 신문은 이루어지지 않거나 신문이 이루어진다고 하더라도 신문의 내용이 오도되지 아니하고 필요한 범위 내에서 입증취지에 맞게 쓰여질 수 있다.

증인신문에 관하여 시나리오¹⁾를 미리 작성하여 두고 활용하면 다양한 상황에 적시에 대처할 수 있다. 예컨대 다음과 같다.

- ①-1 변호인, △변 질문은 위협적/모욕적으로 느껴질 수 있습니다.²⁾
- ①-2 변호인 △변 질문은 전의 신문과 중복됩니다. 재차 묻는 이유가 있습니까.
- ①-3 변호인 △변 질문은 증인의 의견을 묻는 내용입니다. 질문 취지가 어떠한가요.
- ①-4 변호인, △변 질문은 증인이 경험하지 아니한 사항입니다. 질문 취지가 어떠한가요.
- ①-5 변호인, △변 질문은 ()으로³⁾ 이 사건과 관계가 없는 사항입니다.
- ②-1 △변 질문을 신문사항에서 제외함이 어떠신지요.

1) '증인신문절차 시나리오', 법원 현대사회와 성범죄연구회, 성범죄 재판의 현안과 과제들, 사법발전재단(근간).

2) (원글의 주)위협적/모욕적인 질문은 그 취지상 변호인이 증인에게 묻기 전에 소송지휘를 함이 바람직할 것이다.

3) (원글의 주)문헌상 예시(예시에 불과하고 일률적으로 말할 수 없다)

- ① 피해자가 미성년자 등 어린 경우, ② 사건과 무관한 피해자의 성적 이력 및 내용, ③ 불필요하게 성적 수치심을 유발하는 질문, ④ 잣점이 되지 않는 범행 내용, ⑤ 과거 또는 현재의 직업, 학력, 이혼 경력, ⑥ 현재의 동거인 등 가족과 관련된 질문, ⑦ 합의의사, ⑧ 지극히 개인적인 사생활 부분
- ① 피해자의 과거 성편력, ② 행위 또는 신체적 특징에 대한 지나치게 구체적인 묘사, ③ 사건의 본질과 무관하고 피해자에게 지나친 수치심을 주는 신문, ④ 피해자 책임론에 입각한 듯 다그치는 신문, ⑤ 증인의 외모를 비하하는 등 모욕감을 줄 만한 신문, ⑥ 피고인의 변소내용에 부합하는 답변이 나오도록 반복하는 신문, ⑦ 이미 말로 설명하였음에도 불필요하게 행동으로 재연할 것을 요구하는 경우

②-2 △변 질문은 재판부에서 정리하여/순화하여 대신 묻겠습니다. _____ (물은 후) 변호인, 되셨는가요.

②-3 △변 질문은 이 사건과 관계없는 사항으로 변호인의 신문을 제한합니다.

더 나아가, 법원 성범죄사건심리개선방안 연구반은 미성년피해자 성범죄 사건에 대해서 공판준비기일 또는 공판기일 형태의 증인준비기일을 열 것을 제안한바 있다⁴⁾. 이 증인준비기일에서는 ① 진행방식을 사전에 결정고지하고, ② 진술조력인과 검사, 피해자 변호사 등이 제출한 피해자의 상태, 증인신문에 대한 의견 검토 및 ③ 주신문 및 반대신문사항 수정협의, ④증인신문 당일 타임테이블 공유 등이 이루어진다. 미성년피해자 성범죄 사건이 아닌 다른 종류의 성범죄 사건에 대하여도 필요에 따라 증인준비기일을 개최하면 증인신문에 있어서 사전적이고 적절한 소송지휘가 가능하리라고 본다. 기일이 많아지는 것이 우려되면 증인신문기일에 붙여 그 직전에 함께 개최할 수도 있다.

한편, 토론자의 생각에서도 대상사건에서 변호인이 질문한 내용들(피해자의 사생활을 피고인에게 말한 적이 있는지)은 위 규칙에 등장하는 ‘증인의 이해관계, 편견 또는 예단’ 등 증언의 신용성에 관한 내용으로 보기 어려운 것 같은데 신문이 이루어졌고 신문내용은 판결에서 피고인과 피해자의 관계에 대하여 판단하는 자료로 쓰여진 것 같다. 법관은 피고인이 범죄 구성요건에 해당하는 ‘행위’를 하였는지 판단하는데, ‘관계’에 관한 사실들로 ‘행위’ 존부를 사후적으로 판단하는 것은 신중할 필요가 있다. 이에 사용되는 자료들이 현재 남아있는 파편적인 것들 위주이며, 사람 사이의 관계는 단순하게 규정하기 어렵고 복잡하다. ‘강간범행을 할 만한 사이’가 아니었다는 추론이 대부분 어려운 것은 ‘강간범행을 할 만한 사이’같은 것은 없고, 많은 성범죄가 친밀하거나 지인 사이에 일어난다는 경험적 사실에 비추어 보면 알 수 있다. 토론자는 범행이 이미 일어나서 국가기관에 의하여 ‘성범죄’로 명명되어 있는 지금 시점이 아니라 행위가 일어나고 있는 당시로 돌아가서 ‘현행적’으로 상황을 구성해보려고 노력한다. 유죄로 인정되는 많은 사건에서 성범죄가 일어날 줄 알았다면 하지 않았을 많은 행위들을 피해자들이 문제되는 행위 이전 그리고 이후에도 한다. 반대로 무죄로 판단되는 사건에서 성범죄가 문제될지 알았다면 하지 않았을 행위들을 피고인이 한다. 이러한 점을 염두에 두면 피해자가 피고인에서 자신의 어떠한 사생활을 말했는지 안했는지가 이 사건에서 판단해야 하는 구성요건적 행위 유무와 어떠한 관련이 있는지 재고해볼 수 있으리라고 생각된다.

4) 법원 성범죄사건심리개선방안 연구반 보고서, 2022.

2. 성인지 개선을 위한 방안에 대해서

보고서 제2장에 정리된바와 같이 성인지 감수성의 정의와 개념은 다양하게 이해된다. gender sensitivity의 번역어는 다양한데 앞서 본 2018도7709 판결에서 ‘성인지 감수성’ 용어를 쓰면서 법조계에서는 이 용례를 주로 쓰게 되었다. 그런데 위 판결은 “법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조)”고만 할뿐 그 의미를 풀어쓰지는 아니하여 용어는 알려졌으나 그 의미에 대해서는 논의가 분분한 가운데 ‘감수성’이라는 단어가 성인지 문제가 인지·이성의 영역이 아닌 ‘감성’의 영역이거나 ‘타고난 소질’의 문제라는 오해까지 생기면서 개념과 그 개념이 담고 있는 생각들이 힘을 쓰지 못하게 되었다. 성인지 감수성이라는 용어를 쓴 판결문 수가 적다는 보고서 내용(제435면)은 이러한 분위기를 반영한다고도 볼 수 있겠다. 보고서에 담겨져 있는 성인지감수성에 대한 풍부한 논의가 법조 실무에 적용되기 위하여는 그 용어에 대해서 정리할 필요가 있다.

법관들만 놓고 보자면 법관들이 보는 가장 중요한 레퍼런스는 판결문이므로 대법원 판결을 통해 성인지감수성의 개념이 정리될 기회가 있으면 바람직할 것으로 보이지만 그것은 관련된 사건 판단에서 필요한 경우 이루어질 것으로 보인다.

대신 이 보고서 제3장에 담겨져 있는 설문지를 구성하는 여러 검사들은 발제자는 거의 처음 보는 것으로 그 내용들에 답해 나가는 과정에서 성인지 감수성이 무엇인지 자연스럽게 이해할 수 있었다. 이 보고서에 정리된 내용을 바탕으로 체크리스트를 만들어 재판 관여자들에게 공유하면 스스로 체크하고 결과를 확인하면서 나의 성인지 수준을 점검함과 동시에 향후 행동을 개선하는데 앵커링 효과도 있을 것 같다.

보고서는 제언에서 ‘적어도 피해자변호사나 피해자 지원 실무가들과의 법원의 상시적 정례회의’(제435면)를 제안하였다. 토론자도 교육과 더불어 형사절차 참여자들 사이의 회의와 미팅, 소통이 성인지 감수성 제고에 필수적이라고 생각한다. 지금까지 우리의 절차가 이용자(피고인, 피해자)가 절차를 따라 컨베이어 벨트를 따라 이동하면서 이루어졌고 그 과정에서 지연과 반복이 발생하였다면, 향후는 이용자를 중심에 놓고 절차담당자들이 소통하는 방식으로 이루어질 필요가 있다(절차모델에서 협력모델)⁵⁾. 하나의 사건으로서가 아니라 어떠한 일을 겪는 사람으로서 형사절차관여자를 대하는 것은 성인지감수성 제고에 도움이 되리라고 본다. 보고서에 수차례 등장했듯이 담당자의 전문성이 제고되어야 2차 가해를 줄일 수 있다는 것인데(434면 등), 피고인, 피해자가 어떠한 과정을 거쳐 왔고 거쳐야 하는지에 대한 총체적인 이해는 전문성에 대한 중요한 요소이다.

5) ‘2022년 스웨덴 국제화연수 보고서’, 법원 현대사회와성범죄연구회.

덧붙여 젠더폭력 사건은 가정폭력, 스토킹, 성폭력, 성매매, 성희롱으로 범주화될 수 있음에도 보고서에서 언급했듯(제179면) 여러 가지 이유로 금번 보고서의 논의는 성폭력 사건에 초점을 맞춘 것으로 보인다. 성폭력 외에 다루지 않은 젠더폭력 사건들이 성차별적 사회구조에 기반하여 발생하고 있다는 이해(젠더폭력 관점에서 조망할 때 성폭력 범죄의 구조적 맥락도 잘 이해된다고 생각된다) 역시 성인지 감수성의 중요한 부분이므로 향후 성인지 개선을 논의함에 있어서는 젠더폭력 사건을 포괄하는 차원에서 논의가 이루어졌으면 한다.

성인지 감수성의 번역용어에 대해서는 저도 답을 내리지 못했지만, 성인지 감수성 문제는 가령 법률가로서 지식재산권 분야에 관한 지식을 취득하는 과정과는 다른 면이 있는 것 같습니다. ‘감수성’이 자칫 오도할 수 있는 번역인지는 몰라도 성인지감수성 판단이 주체, 객체가 완전히 분리되지 않고, 판단자인 법관 나 자신도 성찰의 대상으로 한다는 면에서는 또 일말의 진실을 담고 있는 것 같습니다. 따라서, 판단자로서 객체인 사건을 대상으로 보는데 그치지 말고 보고서가 제안한 것과 같은 교육, 소통, 토론을 통해서 제 자신의 성인지를 제고할 필요가 있다고 할 것이며 보고서가 언급했듯이 ‘개인 수준의 성인지 감수성이 집단적으로 총화되어 (사법작용의) 방향과 질을 결정짓는 중요한 요소’가 된다(제3면)는 면에서 그것은 재판관여자의 의무이자 책임이기도 하다고 보여집니다.

중요한 결과보고 및 토론회에 참석할 수 있는 기회를 주신데 다시 한번 감사드립니다.



토론문

최란(한국성폭력상담소 부소장)

토론문



최란(한국성폭력상담소 부소장)

들어가며

- 2018년 ‘성인지 감수성’이 판시된 이래 형사사법분야 내에서 젠더폭력 관련 사안 수사 및 심리 시 ‘성인지 감수성’에 근거한 판단을 해야한다는 인식이 널리 확산되어왔음. 그러나 여전히 ‘성인지 감수성’에 대한 오해와 곡해 또한 여전한데, 예컨대 ‘피해자 말만 듣고 유죄를 선고한다’라든지, ‘이성이 아닌 감수성에 근거한 판단의식’이라는 내용임.
- ‘성인지 감수성’의 개념 정의에 대해서는 젠더에 기반해서 배제와 차별이 일어나게 되는 사회적 문화적 요인이 무엇인지를 이해하는 ‘능력¹⁾’, 피해자가 성폭력 등 피해 당시 전후 상황에서 보이는 언동을 그가 처한 물리적, 사회적, 성차별 상황의 맥락하에 평가함으로써 피해자의 진술의 신빙성을 그르치지 않고 정확하게 사실인정을 해낼 수 있는 ‘능력²⁾’이라는 정의규정이 형사사법분야 법집행영역에서 고려되는 개념정의라 할 수 있음.
- 성폭력을 포함한 젠더 폭력 사건 심리에 있어 여전히 한국의 형사사법절차는 증거재판주의와 무죄추정의 원칙 아래 검찰에게 유죄 입증 책임이 있고, 피해자의 진술은 직접 증거로서 신빙성 판단의 검토 대상임. 성인지 감수성이라는 ‘능력’을 가지고 사건심리를 한다는 것은 ‘증거판단을 할 때, 피해자라면 어떠한 모습일 것이라는 피해자다움과 통념에서 벗어나 피해자와 가해자가 놓인 맥락을 종합적으로 판단’하라는 것임.

1) 성인지 감수성과 두개의 점, 권김현영, 한겨레신문, 2019. 2. 12

2) 성인지 감수성에 관한 단상, 이숙연, 법률신문, 2019. 2. 21

- 2018년 4월 ‘성인지 감수성’을 판시한 대법원 판결은 대학교수가 학생에게 언어적 성희롱과 강제추행을 하여 징계처분을 받아 이를 취소해달라며 낸 행정소송이었음. 해당 사건은 1심에서는 해고적법, 2심에서는 해고부당으로 징계처분 취소판결을 받았으나 대법원에서는 이를 뒤집고 다시 해고가 적법하다고 판단하였는데 이때 법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현하도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않아야한다고 판시하였음. 주로 인용되는 성인지 감수성 판결의 내용은 여기까지이나 판결문의 그 하단부에서 대법원은 더욱 중요한 부분을 실시하는데 그 내용은 다음과 같음.
- ‘그리하여 우리 사회의 가해자 중심적인 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 피해자가 성희롱을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 ‘2차 피해’를 입을 수 있다는 점을 유념해야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다. 이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다’ (대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두747702 판결)
- 가해자 중심의 문화와 인식, 구조로 표현되는 우리 사회의 성별 권력구조에 대한 이해, 이러한 사회적 구조 하에서 비롯되는 피해자다움의 편견과 통념의 배제, 이를 기반으로 한 피해자 진술의 신빙성의 증명력 판단, 이 과정에서 2차 피해를 입지 않도록 유념하는 실무적인 전문성까지 포괄하는 것이 형사사법분야 법집행 공무원에게 필요한 성인지 감수성임.
- 이번 실태조사를 토대로 형사사법기관 법집행 공무원의 성인지 감수성 제고를 위한 다양한 정책이 실천되기를 기대함.

연구 조사 결과에 대한 의견

- 형사사법분야 공무원의 성인지 실태조사의 그간의 선행연구는 주로 경찰관을 대상으로 하는 연구였으나, 이번 실태조사는 그 대상을 검찰 수사관으로 확대하여 경찰 뿐 아니라 검찰 단계에 있는 공무원들의 성인지 수준을 파악하는데 유의미한 결과를 도출했으나, 여성청소년과 소속 수사관 및 여성아동범죄 조사부 소속 검사 및 수사관에 한정되었다는 한계 또한 있음.

- 성폭력 피해자의 경우, 원 사건 외에도 다양한 형사사법 절차를 진행하게 되는데, 최근에는 가해자에 의한 무고나 명예훼손 등의 역으로 피소되는 사례도 적지 않으며, 해당 사례의 수사는 여성청소년과나 여성아동범죄 조사부가 아닌 경제과나 형사과 등에서 이뤄지고 있고, 특히나 성폭력 피해자는 사건 피의자 신분이 되면서 상대적인 위축감과 2차 피해에 노출될 가능성이 높음. 이러한 현장단체의 우려는 현장단체 면접조사 내용 중 역고소 상황에서 자유롭게 작동하는 통념과 편견에서도 확인할 수 있듯이 ‘역고소 건에 대해서 수사 과정을 밟을 때는 통념과 편견이 오히려 더 자유롭게 작동’하거나 원사건과 달리 ‘무고나 명예훼손의 경우 완전히 노출된 상태로 사건이 진행되는 것도 부담이 되는 부분’ 임.
- 한편, 성인지 실태조사를 위한 설문조사에서 남녀평등인식의 결과에서 표본집단의 남녀평등의식 평균 수준이 일반인에 비해 높음에도 불구하고, 일반인의 평균 수준에 미치지 못하는 대상자가 전체표본의 13.5%으로, 남성의 19.5%, 여성의 3%가 이에 해당하는 것으로 나타남. 이는 표본집단 남성의 1/5는 일반인의 평균 수준에 미치지 못한다는 결과치로, 공공기관의 성평등 교육 관련 정책에도 불구하고 여전히 성평등인식의 긍정적인 변화를 이끌어 내기 위한 다양한 정책마련의 필요성을 보여주고 있음.
- 또한 전체표본의 47.83%가 긍정적 성차별 의식에서 평균 T점수를 초과했는데, 긍정적 성차별 의식은 여성에 대한 반감을 나타내는 적대적 성차별 의식과 다르나 가사나 육아와 같은 가부장제 하의 전통적 여성의 역할에 맞는 여성을 호의적으로 평가함으로써 과거 전통적 여성의 제한적 역할을 공고히 하고 기존 가부장제 질서 유지에 기여한다는 점에서 기본적으로 여성을 동등한 인격체로 보지 않는 차별의식을 바탕으로 하고 있음. 이러한 긍정적 성차별 의식의 경우, 대체로 적대적 성차별 의식에 비해 상대적으로 문제적이라는 인식을 하기 어렵고 때에 따라 긍정적 성차별의식이 젠더 폭력을 야기하는 주요 원인으로 등장하기도 한다는 점에서 (여성의 사랑을 얻은 남자가 진정한 남자라고 할 수 있다, 추운 날씨에는 남자가 여자에게 옷을 벗어주는 것이 바람직하다, 여자는 자녀를 기르고 집안일을 돌보는 능력이 있다 등) 교육적 내용에 참고할 필요가 있음.

2차 피해 수사행동과 4대 폭력 통념의 연관성의 시사점

- 조사 결과에 따르면, 경찰과 검찰의 2차 피해 행동에 가장 큰 영향을 미치는 신념은 4대 폭력에 대한 통념인 것으로 분석되었음.
- 한편, 성평등의 의식이 높을수록, 긍정적 성차별의식이 낮을수록, 제로섬 신념이 낮을수록, 젠더 지위 제로섬 신념이 낮을수록 4대 폭력에 대한 통념이 낮았으며, 2차 피해 수사행동의 내용에 더 동의하지 않는 것으로 분석되었음.

- 성폭력이나 성매매에 대한 통념은 주로 고정적인 성별이중규범, 강간신화, 왜곡된 피해자다움, 성차별적인 의식에서 비롯되는데 이러한 젠더폭력에 대한 통념이 형사사법절차에서 등장하게 되면 피해자의 진술을 진지하게 경청하는 것을 방해하고 진술을 의심하게 만들며, 증언 자체를 편견을 가지도 대하도록 만들게 됨.
- 증언부정의 (testimonial injustice)는 말하는 자에 대한 편견으로 인해 듣는 자가 발화자의 진술 내지는 증언을 신뢰하지 못하는 현상을 말하는데 진실에 대한 증언이 듣는 자에게 수용되지 않는 현상, 지식과 진실이 상대에게 전달되지도, 신뢰받지도 못하는 현상을 뜻함(Fricker). 프리커는 사회적으로 주변화된 성별, 계층, 인종에 대한 차별이 증언부정의 원인이라고 지적하는데, 전달하려는 내용 자체에 문제가 있어서라기 보다는 말하는 자에 대한 편견, 즉 정체성에 대한 편견을 원인으로 하고 있다고 봄³⁾.
- 강간신화에서 비롯한 피해자다움의 문제는 피해자다움을 증명하기 전에는 피해자의 진술을 진지하게 경청하는 것을 방해하며 피해자의 증언자체를 편견을 가지고 대하도록 만들고⁴⁾, 신고된 피해자의 진술을 의심한다면 신고된 성폭력은 제대로 수사되지 않으며 피해자의 대응과 반응은 왜곡되어 해석되어짐⁵⁾.
- 젠더폭력에 대한 통념은 형사사법절차에 있는 피해자의 진술을 진지하게 경청하거나 증언자체를 편견을 가지고 대하도록 만들어 2차 피해를 야기하는 한편, 이러한 수사관의 통념은 수사결과에 직접적인 영향을 줌.
- 한국성폭력상담소의 2022년 상담통계 분석에 따르면 불송치 처분 통지를 받아 상담을 요청한 피해자 중 불송치 이유가 피해자다움 등 성폭력에 대한 통념에 근거한 비율이 32.4%⁶⁾로 가장 높았는데, 구체적인 사유로는 △ 피해자가 피해 당시 거부 의사를 밝히지 않은 경우 △ 피해 전후로 가해자와 연락을 주고 받은 경우 △ 피해 당시 장소를 바로 벗어나거나 적극적으로 도움을 청하지 않은 경우 등이었음. 이는 '끝까지 저항하면 성폭력은 발생할 수 없다'거나, '숙박업소나 집에 함께 왔다는 것은 어느정도 성관계를 허락한다는 의미'라는 식의 왜곡된 통념을 반영한 사유임.

3) 허민숙(2018), 성폭력 피해자를 처벌하다: 피해자 전형성 위반 범죄로서의 성폭력무고, 한국여성학, 제34권 4호, 한국여성학회

4) 김선희(2019), 성범죄재판에서 피해자다움이란 있는가?: 좁은 의미의 피해자다움의 논리에 대한 비판적 논의, 여성학논집, 제36권1호, 한국여성연구원

5) 허민숙(2018), 같은 글.

6) 한국성폭력상담소 2022년 상담통계 중 불송치 관련 분석에서 불송치 사유는 피해자다움에 대한 통념 작동 32.4% > 피해자 진술 신빙성 의심 26.5% > 폭행협박이 입증되지 않음 26.5% > 가해자의 행위가 죄에 해당하지 않음 14.7% > 심신상실 또는 항거불능 상태 입증 어려움 5.9% > 금전적보상에 따른 화간 판단 5.9% > 공소시효 도과 2.9% 순이었음.

- 피해자가 사회통념상 전형적인 피해자다움에 부합할 경우 그렇지 않은 경우보다 피고인을 더 무겁게 처벌해야 한다는 연구결과(박지선 강은영, 2021⁷⁾) 또한 성폭력과 관련한 통념, 피해자다움의 전형성이 수사결과에 영향을 준다는 것을 확인해주는데 형사사법절차에서 피해자다움에 대한 기대 부합 여부에 따라 피해자에 대한 처우 및 피고인 처벌 판단이 달라지지 않도록 이를 방지하기 위한 대책마련이 필요함.

정책 제언에 대한 의견 - 법 집행 공무원 대상 교육

- 임혜숙(2021)⁸⁾에 따르면, 젠더 감수성의 속성은 크게 4가지로 분류할 수 있는데, ① 젠더 이슈의 인식 ② 다양성의 인정 ③ 공감능력 ④ 자기반성임. ① 젠더 이슈의 인식은 젠더간 차이를 인식하는 것부터 성차별과 성불평등을 인지하는 것까지 포괄적으로 포함하고, ② 다양성의 인정은 다양한 차이를 편견없이 존중하고 다른 사람들의 평가를 수용할 수 있는 능력이며 ③ 공감능력은 젠더가 사회적 구성의 산물이라는 것을 깨닫고 다른 성을 가진 사람들의 입장에서 공감하고 성찰하는 과정 ④ 자기반성은 젠더에 대한 이해를 바탕으로 자신의 삶을 성찰하는 것임.
- 대개 성인지 감수성은 주로 젠더 이슈의 인식에 국한되어 이해되거나 서술되는 경우가 많은데 비해, 형사사법분야 공무원에게 요구되는 성인지 감수성의 구체적인 속성은 다양성의 인정, 공감능력, 자기반성에 이르는 내용을 포괄함. 예컨대 자신이 내면화하고 있는 일상적인 성차별주의와 위계화 된 이분법적 젠더 수행을 감지하고 반성할 수 있는 능력이나 다른 사람들이 경험하는 차별과 불평등을 공감하며 자신의 경험과 다르지 않게 받아들일 수 있는 능력, 남성과 여성의 성역할에 대해 편협한 시선이나 고정관념을 가지고 성차별적인 사고나 행동을 하고 있지 않은 지 성찰해보는 경험 등이 그러함.
- 이러한 성인지 감수성의 속성에 비추어 본다면, 형사사법분야 공무원에게 필요한 성인지 감수성의 함양은 단회성 대규모 집합 교육으로는 형성되기 어려우며, 성차별을 포함한 다양한 차별에 대한 구체적인 이해를 기반으로 한 다양성의 인정, 공감 능력을 향상할 수 있는 프로그램 개발, 스스로의 삶을 성찰하는 경험에 이르는 대대적인 훈련 과정이어야 함.
- 이번 실태조사의 경우 여성청소년과나 여성아동범죄조사부와 같은 젠더 폭력 사건을 주로 다루는 훈련된 수사관들을 대상으로 실시한 결과에도 불구하고 여전히 성평등인식이 일반인의 평균 수준에 미치지 못하는 대상이 존재한다는 점은 그동안의 진행된 교육과 다른 방식과 내용의 훈련과정의 필요성을 드러내고 있음.

7) 박지선 · 강은영(2021), 성범죄 피해자 진술신빙성과 피고인 처벌판단에 성차별의식과 강간통념이 미치는 영향, 이화젠더법학 제13권제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소

8) 임혜숙(2021), 젠더감수성에 대한 개념 분석, 인문사회21, 제12권5호

- 이에 연구자의 제언처럼 성인지 감수성 강화를 위한 소집단별 차별화 교육 실시, 경찰 및 검찰의 2차 피해 수사행동 예방을 위한 특화교육, 법관 대상 성인지 감수성 교육강화는 구체적 설계 및 바로 실행이 필요한 영역임. 특히 제안된 사례중심의 교육(case study)이나 직접 수사한 사례에 대한 일종의 슈퍼비전(supervision) 등의 교육방식은 다양한 실무 경험을 나누고 수사관이 가지고 있는 본인의 인식 점검과 더불어 자기반성에 이르는 훈련과정이 될 수 있을 것으로 보임.
- 제안된 성인지 감수성의 정례적 실태조사와 더불어 피해자로부터의 만족도 조사 결과를 바탕으로 젠더 폭력 담당 수사관들의 필요한 교육 내용과 현실을 진단하는 것도 중요해보임. 여성가족부에서 3년마다 실시하는 2019년 성폭력 안전 실태조사 결과에 따르면, 수사/사법체계에서 불편함이나 불쾌한 경험을 했다는 여성응답은 40.1%에 달했는데, 구체적인 상황의 복수응답 결과 나의 피해를 사소하게 생각한다고 느꼈다 46.0%, 불쾌함/수치심을 느꼈다 45.9%, 가해자와의 합의를 권유했다 19.0% 등의 응답이 있었음. 이러한 결과는 실태조사에 일부에 국한되어 그 내용의 확인이 충분하지 않아 제안된 대로 피해자 사건처리 결과 통지 시 (고소 및 고발 단계, 또는 조사 중에 실시하는 만족도 결과는 피해자들이 소극적으로 응답할 가능성이 높아 조사 완료 후 실시가 적절해보임) 만족도 조사 등을 통해 실제 수사/사법체계 내에서 피해자들이 마주하는 수사관들의 성인지 감수성의 정도와 실태를 분석하고 진단하는데 도움이 될 수 있을 것으로 보임.

정책 제언에 대한 의견 - 수사 및 재판 관행 혁신

- 제언과 같이 성인지 관점을 보다 실천적으로 구현하기 위해 기존의 수사 관행을 개선할 필요가 있는데, 이를 규칙이나 매뉴얼, 가이드로 마련하여 수사기관 전체에 일률적인 지침으로 제시될 필요가 있음. 예를 들면 아직 법제처 문턱을 넘지 못하고 있는 ‘경찰 수사에 관한 인권보호 규칙 제정(안)’에는 범죄 피해자 조사 시 2차 피해 방지를 위한 내용을 규율⁹⁾하고 있는데, 경찰인권규칙이 빠르게 법제화 되어 각급 수사기관에 실무반영이 된다면, 수사단계에서의 2차 피해 예방 및 젠더 폭력 피해자에 대한 왜곡된 통념에

9) 경찰 수사에 관한 인권보호 규칙 제정(안) 제 41조

제41조(2차 피해) 경찰관은 다음 각 호의 사항을 유의하여 피해자가 수사 등 과정에서 추가적인 피해를 입지 않도록 해야 한다. 1. 피해자의 인격과 사생활의 비밀을 존중하고 피해자가 입은 정신적·육체적 고통을 충분히 고려한다. 2. 피해자를 정당한 사유 없이 반복적으로 조사하지 않는다. 3. 피해자가 피의자나 그 가족 등과의 접촉을 원하지 않는 경우 별도의 장소로 분리조치를 한다. 4. 피해자에게 피의자와의 합의를 종용하지 않는다. 5. 피해자를 조사할 때에는 폭언 등 강압적인 태도 또는 모멸감을 주거나 공정성을 의심받을 수 있는 언행을 해서는 안 되고, 사생활에 대한 조사는 수사상 반드시 필요한 경우로 한정한다. 6. 수사 등 과정에서 증거자료로 수집한 아동·청소년성착취물은 수사와 상관없는 제3자에게 공개되지 않도록 유의한다.

기반한 처우나 판단에 대한 실질적인 효과가 있을 것으로 기대됨.

- 재판 과정에 있어서는 연구자의 제안대로 판사 재량 하에 두고 있는 소송지휘권의 2차 피해 방지를 위한 적극적 발휘(피해자의 피고인 측 변호인 증인신문시 적극개입 등)나 피해자 및 피해자 변호인 지원 강화, 사법절차상 피해자 지원 범위 및 내용 내실화 등의 실무적인 정책도 시급함. 인력 충원을 포함한 정당한 보수 체계 마련 등 피해자국선전담변호사 제도 개선과 현행 수사개시부터 1심 판결까지를 하나의 절차진행으로 두고 지원하는 무료법률구조사업의 개선도 수사 및 재판과정에서 피해자의 권리를 확장하는데 도움이 되는 정책적 개선방향 임.
- 더불어 연구자가 제안한 바와 같이 피해자와의 무리한 합의 규제를 포함한 현재 기습 공탁에 대한 판사의 소송지휘권 발휘나 명문 개정 또한 필요함. 최근에는 합의를 목적으로 판결선고 기일을 늦추기 보다 변론 종결 후 기습적으로 공탁하여 피해자 변호인이나 피해자가 공탁에 대한 양형 참작에 반대 의견을 제시할 수 없도록 하는 등의 악용사례가 빈번함.
- 2022. 12. 9. 시행된 공탁법 제5조의2 형사공탁특례제도는 피해자의 성명, 주소, 주민등록번호 등 인적사항을 알지 못하면 변제공탁을 할 수 없어 이에 따른 피해자 의사에 반하는 개인정보 취득이나 재판 과정에서의 누설 등 2차 피해가 제기되어 이를 개선하고자 피해자를 특정할 수 있는 사건번호나 공소장 등에 기재된 피해자를 특정하는 명칭 등으로 공탁을 할 수 있게 하는 특례조항임. 문제는 이러한 2차 피해를 방지하고자 도입한 형사 공탁 특례조항이 변론이 종결된 후 피고인 측의 기습적인 공탁으로 이뤄져 피해자의 거부 의사에도 불구하고 양형에 참작되어 그 재판결과에 영향을 미치고 있다는 점에 있음. 따라서 피해자와의 무리한 합의를 규제하는 명문 규정 신설을 포함하여 제도 도입 이후 등장하고 있는 새로운 양상의 젠더 폭력 사안의 문제점에 대해서도 수사재판과정의 제도 개선을 위한 노력이 필요함.



토론문

최호진(단국대학교 법학과 교수)

토론문



최호진(단국대학교 법학과 교수)

I. 들어가며

법현상에 대한 분석과 그에 대한 대책을 경험적으로 연구체계는 상호 순환하는 구조를 가져야 한다. 사회학·심리학 등 관련 학문의 경험적 연구를 통하여 형사정책의 고유기준에 따른 평가를 거친 후 실정 형사법의 제정과 개정이 이루어진다. 이는 실정 형사법을 해석하고 적용하게 되며, 이는 다시 경험적 연구의 자료가 된다. 이러한 법발전이 있어서 상호 간의 정보흐름은 원활해야 하며, 끊임없는 피드백 과정을 거쳐야 한다.

이번 한국법무정책연구원의 연구진에 의한 실태조사 분석은 관련 대책을 수립함에 있어서 그 정책의 적합성과 실효성을 높일 수 있는 연구보고서라고 생각한다. 연구보고서를 천천히 일독하면서 많은 인사이트를 얻을 수 있어서 개인적으로 좋은 보고서라고 생각한다. 결과보고회를 겸하고 있는 정책토론회는 일회성 연구용역이 아닌 연속성을 가진 정책 수립을 위하여 필요한 접점이라고 생각한다. 발전적 모습을 기대하면서 토론자의 역할을 다하고자 한다.

II. 제3주제(형사사법기관 법집행공무원 성인지 실태 및 정책제언)에 대한 토론

1. 성인지 감수성 개념과 정의

- 성인지 감수성 개념과 정의는 사회학, 심리학, 법학 등 각 연구영역의 상황과 맥락에 따라 조금씩 다른 모습을 가지고 있다. 연구자들이 수행한 연구결과물에서도 차이점에 대한 정확한 분석을 진행하고 있다. 형사사법에 있어서 성인지 감수성은 수사, 재판 이전 과정, 재판과정, 가해자에 대한 제재 등 단계별에 따라 그 구체적 내용이 달라질 수 있다. “피해자의 입장과 관점을 고려한 수사”가 충분하지 않아 수사과정에서 2차 피해를 받는 것은 잘 알려진 사실이었으며, 이에 대한 학술적 검토와 실무적 개선이

진행 중이다. 이러한 점에서 법집행공무원의 성인지 실태조사에 대한 연구결과물은 여전히 개선해야 될 지점이 남아 있다는 것을 분명히 알려주고 있다.

- 발표문에서 “남녀평등의식은 대체로 남성이 여성보다 낮았으며, 연령대에서는 50대 이상이 가장 낮은 수준을, 직급이 올라갈수록 낮아지는 특성”을 보이고 있으며(발표문 3면), “온정적 성차별 의식은 남성이 여성보다 높았으며, 연령대가 높아질수록 높은 것”으로 나타났다고 보고하고 있다. “이차피해 수사행동은 대체로 남성이 여성보다, 연령대가 높아질수록, 기혼일수록, 직급이 올라갈수록(수사관 집단에 해당) 평균값이 증가”하고, “피해자 보호결여”나 ‘과잉수사’보다 ‘합의종용’ 부분에서 검찰 집단이 경찰 집단보다 관련된 이차피해 수사행동에 더 동의하고 있는 것”으로 나타난 것으로 보고하고 있다. 종전과 비교하여 볼 때 여전히 개선되어야 할 부분이 여전히 남아 있다는 것을 확인하였기에, 발표문에서 제안하고 있는 정책적 제언들, 형사사법기관 법집행공무원 대상 교육 강화를 위해 소집단별 차별화된 교육, 이차 피해 수사행동 예방을 위한 특화된 교육 등은 상당한 의미가 있는 정책제언이라고 생각한다.

2. 법관에 대한 교육

- 다만, 법관에 대한 교육 강화와 피고인의 변호인에 대한 교육 강화에 대해서는 다른 의견이 있을 수 있다. 법원 판결에 나타난 성인지 감수성 개념과 정의는 보고서 첫 부분에 제시한 성인지 감수성 개념과 정의와 다소 다른 것이 아닌가라는 생각이 든다. 성인지 감수성을 처음으로 판시한 대법원 판결이 있다.

법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다(대법원 2018.10.25. 선고 2018도7709 판결 [강간·특수상해·상해·특수협박·협박·폭행])

- 대법원 판결이 말하고 있는 성인지 감수성은 ‘사실인정’에 있어서 성인지적 관점에서 구체적 상황과 맥락을 고려하여 섬세히 판단하고 피해자다움에서 발생할 수 있는 선입견과 편견을 배제하라는

의미이다. 즉 ‘피해자 진술의 증명력’을 판단하는 ‘증거판단’에 있어서 성인지 감수성을 유지하라는 의미이다. 피해자의 진술은 직접증거로서 신빙성 판단을 위한 중요한 증거이다. 성폭력 피해자가 성폭력 피해 당시 및 전후 사정에서 보이는 태도를 그가 처한 물리적, 사회적, 성차별 상황의 맥락에서 성인지 감수성을 잃지 않고 정확히 평가하여 피해자 진술의 신빙성 판단을 그르치지 않고 정확하게 증거판단을 하여 사실인정을 하라는 의미로 보인다. 이와 같이 판례를 이해한다면 법원 구성원, 특히 판사에 대한 성인지 감수성에 대한 교육은 형사소송의 측면에서 보면 ‘증거판단’ 또는 사실인정의 문제로도 보인다. 성인지 감수성의 부족으로 인하여 ‘사실 판단에 오인이 있는 경우’에는 상소이유가 될 수 있지만, 그 정도에 이르지 못한 경우에는 판결의 흠결이 있다고 보기는 어려울 것이다. 사실의 증명력 판단은 자유심증주의에 의하여 법관의 자유판단에 의한다(형소법 제308조). 자유심증이라 하여 법관의 자의적이고 독단적인 판단이 허용된다는 의미는 아니다. 증거의 가치판단은 법관의 자유재량에 맡겨져 있기는 하나 자의적인 재량이 허용되는 것은 아니며 합리성과 객관성을 결여한 증거가치의 판단은 위법하다.¹⁾ 그 판단은 논리법칙과 경험법칙에 합치하는 것이어야 한다.²⁾ 심증형성의 정도에 있어서 객관성과 합리성을 결하여 논리칙과 경험칙에 반하는 증거의 취사나 사실인정은 허용되지 않는다. 법관의 성인지 감수성의 문제는 사실인정 판단에 있어서 ‘경험칙’의 문제와 연결되어 있다고 생각한다.

- 이에 대하여 발표문은 ‘법관 대상의 성인지 감수성 교육 강화’라는 정책적 제언을 하고 있다. 이에 대한 교육 방향 설정에 오류가 있다고 볼 수 있다. ‘증명력 판단’에 잘못된 성범죄에 대한 오류나 편견이 개입하지 않고 증거판단을 할 수 있는 방향으로 교육 방향 설정을 하는 것이 적절하지 않는가라는 생각을 한다. 또한 판사에 대한 성인지 수준에 대한 실태조사가 충분히 이루어지지 못했다는 점에서 본다면 교육의 효과성에 의문이 있을 수 있다.

3. 피고인의 변호인

- 피고인의 변호인은 피고인의 방어권 보장을 위해 다양한 방어전략을 구사할 수 밖에 없다. 형사소송규칙 제74조에서 금지하고 있는 신문방식은 1. 위협적이거나 모욕적인 신문, 2. 전의 신문과 중복되는 신문, 3. 의견을 묻거나 의논에 해당하는 신문, 4. 증인이 직접 경험하지 아니한 사항에 해당하는 신문은 금지하고 있다.

1) 대법원 1984.5.29. 선고 84도554 판결.

2) 이러한 의미에서 김영중 박사가 분석한 하급심 판결 중에 “피해자답지 않다”, “피해를 당한 피해자의 행동으로 보기 어렵다” 는 것은 사실인정에 있어서 잘못 알려진 경험칙에 따라 사실인정을 한 판결이라고 평가할 수 있다.

신문의 경우 ‘증인의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항’에 관한 신문을 할 수 있다. 신문은 증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성 등 증인의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단 등 증인의 신용성에 관한 사항에 관하여 신문할 수 있다. 성폭력범죄 사건의 신문에 있어서도 해당 신문의 내용이 이와 같은 경우에 해당된다면 허용되는 신문방법이다. 다만 ‘증인의 명예를 해치는 내용의 신문’은 허용되지 않는다(형사소송규칙 제77조).

- 발표문 15면에서 금지하는 신문방법으로 ‘피해자의 성적인 취향이나 경제상황, 과거 성생활과 관련 전력 등 피고인의 범죄를 반박할 만한 사실과 특별히 관계가 없는 사항에 대한 질문을 통해 피해자의 사생활을 공개하는 것’, ‘피해자다움에 대한 요구나, 왜 항거하지 않았는가에 대한 추궁, 피해자와 가해자의 관계나 개별적 사정 혹은 환경적 맥락을 고려하지 않은 채 오직 피해자 진술을 배척하기 위한 기계적 논리로 구성된 질문’을 제시하고 있다. 성폭력범죄의 신문에 있어서 증인의 증명력 문제와 상관없으며, 공소사실과의 관련성이 없는 신문, 피고인의 방어권보장과는 상관이 없는 신문 즉, 금지될 수 있는 신문내용을 좀 더 구체화하는 과제를 계속적으로 진행할 필요가 있다고 생각한다. 발표문이 제언하고 있는 변호사단체 또는 법원이 가이드라인을 마련하는 것이 좋다는 점에서는 의미가 있다고 생각하지만, 이 경우에도 법조윤리 차원에 머무를 수 밖에 없다고 생각한다.
- 피해자 국선변호사(국선변호인X)가 오히려 피해자에게 2차 피해를 가하는 경우가 있다는 보고내용은 충격적이다. 이들이 가지는 피해자보호에 대한 미온적 태도가 비용과 보수의 문제는 아닐 것이라고 생각한다. 보고서는 이를 해결하는 방안으로 ‘정당한 보수체계 및 충분한 기금 마련’을 제시하고 있다. 이는 비용의 문제보다는 직업적 윤리의식의 문제에 가깝지 않은가 생각한다.
- 피해자 국선변호사의 경우 형사소송법 제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석)에서 ‘동석할 수 있는 신뢰관계에 있는 자의 범위’에 포함되어 있다. 다만 판사의 재량에 의해서 결정될 수 있기 때문에 성폭력피해자의 경우 ‘국선변호사’의 경우 동석을 의무규정으로 개정하는 것은 고려할 필요가 있다.

III. 제2주제(성폭력범죄에 대한 양형기준 평가)에 대한 토론

1. 법정형과 양형기준 간의 관계

- 김영중 박사는 발표문 2면 이하에서 강간죄 등 성범죄의 법정형과 비교할 때 양형기준이 낮게 설정되어 있다고 평가하고 있다. 이러한 평가는 다수 학자들에 의해서 꾸준히 제기된 문제이다. 설득력이 있으며, 적절한 평가라고 볼 수 있다.

- 하지만, 다른 관점에서 설명할 필요도 있다고 생각한다. 양형기준에서 범죄유형의 형량범위를 다시 감경영역, 기본영역, 가중영역이라는 3단계 권고영역으로 나눈 다음 각 사안별로 존재하는 구체적인 양형인자를 비교·평가하는 방법으로 권고영역 중 적절한 영역을 선택하는 방식이다. 기존 형량범위를 설정하는 방식에는 기존의 양형실무에 대한 자료조사를 토대로 한 기술적·경험적 접근방식과 각 범죄의 죄질과 위험성, 형사정책적 고려와 양형철학에 근거한 규범적 평가를 통하여 기준형량을 결정하는 규범적 접근방식이 있다. 기술적 접근방법은 기존의 양형관행을 토대로 하므로, 법적 안정성을 유지하고 법관의 순응도가 높다는 장점이 있지만, 양형상의 문제점을 개선하는 것에는 한계가 있다는 단점이 있다. 이에 현행 양형기준은 기준형량에 대한 접근방법으로 경험적 접근을 원칙으로 하고, 규범적 기준을 고려하여 기준형을 수정하는 방식으로 설정하고 있다. 양형기준은 양형실무에 대한 경험적 조사를 통한 기술적 접근방법을 기초로 적정 형량범주를 설정하고, 입법자의 의사를 고려한 법률상 가감요소, 범죄유형별 범죄증가율·발생건수, 범죄의 특별예방·일반예방의 우선순위, 양형정책적 고려, 국민의 법감정 등과 같은 규범적인 조정의 과정을 거치는 방식으로 형량범위를 결정한다.

- 여기에서 법정형이 상향되었다는 점도 권고영역의 형량범위를 결정할 수 있는 기준이 될 수 있지만, 범죄증가율·발생건수 등 다양한 요소 등을 고려하고 있음을 이해할 필요가 있다. 오히려 법정형의 상향은 양형기준 설정에 부정적 요소라고 생각할 수도 있다. 양형의 불균형이 발생하는 가장 근원적인 원인은 법정형의 불균형에서 발생한 것이다. 널리 알려진 바와 같이 형사특별법의 과다한 제정을 통하여 가중·엄벌주의가 무분별하게 실현되어왔으며, 이러한 중형일변도의 형사특별법은 범죄의 불법·책임과 형벌의 불균형을 초래하게 되고, 지나치게 가혹한 형벌을 조장하는 측면이 있다. 결국 법원은 지나치게 가혹한 형선고를 피하기 위하여 형법상 감경규정을 -특히 정상참작감경을 -³⁾ 최대한 활용하게 되며, 이는 결국 법정형과 선고형의 괴리를 심화시키게 된다. 그러나 이러한 법원의 태도가 양형에 대한 국민의 신뢰를 저하시키는 요인으로 작용하게 되며, 이는 다시 가중처벌에 대한 국민의 요구를 불러 일으키게 되어 형벌제도와 양형의 악순환에 빠지게 되는 것이다. 또한 법정형의 상한과 하한의 범위가 지나치게 넓다는 점도 양형의 합리성을 저해하는 또 하나의 원인이다.

3) 정상참작감경 또는 작량감경은 형사특별법의 지나치게 높은 법정형을 사실상 적정한 양형을 할 수 있는 유일한 수단이며, 법정형이나 처단형의 하한에서 형을 정하는 경우일지라도 범죄의 구체적 정상에 비추어 형이 과중하다고 판단되는 경우에 양형의 적정성을 기할 수 있게 해주는 제도적 장치라고 하더라도, 정상참작제도는 사실상 구체적 요건이 정해져 있지 않기 때문에 법관의 은혜적·시혜적 제도라고 볼 수 있으며, 책임의 범위에 따라 조정되는 처단형의 범위를 사실상 제한 없이 이탈하게 함으로써 형벌의 하한에 대해서 책임형벌을 유지하기 어렵다는 문제점이 있다(이에 대한 자세한 내용은 이천현/김혜정, 양형관련규정의 정비방안, 형사정책연구원 연구보고서, 2006, 79면 이하 참조).

- 즉 법정형과 양형기준 간의 괴리만을 가지고 현행 양형기준의 문제점을 지적하는 논증방식은 한계를 가질 수 밖에 없으며, 범죄증가율·발생건수 등 다양한 요소를 고려해야 한다는 논증방식이 더 유용하지 않을까라는 생각이 든다. 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 종전 양형실무의 70% 내지 80%를 반영하는 경험적 조사방식은 양형기준 설정에 한계를 가지고 출발한 것이므로, 현행 양형기준의 문제점을 시정하는 방식은 적절한 규범적 조정방식이다. 규범적 조정방식에서 사용될 수 있는 표지는 “법정형이 상향된 범죄(입법자의 의사)”뿐만 아니라 “국민의 양형에 대한 인식”, “양형정책적 고려”, “범죄유형별 범죄증가율·발생건수”, “범죄의 특별예방·일반예방의 우선순위” 등이 고려되어야 한다.

2. 성폭력 범죄 판결의 수사자료와 판결문 분석

발표문에서는 수사자료와 판결문 분석은 간략히 소개되어 있지만, 국가인권위원회에 제출한 연구결과물 205면부터의 수사자료와 판결문 분석은 상당히 의미 있는 자료이며, 향후 성인지 감수성과 관련된 판결을 평가하고 개선점을 찾는 데 유용한 자료가 될 것으로 생각한다. 연구결과물 234면에 제시된 분석대상 판결문 내용의 비판적 검토 즉, 성폭력통념(①피해자답지 않다. ②피해자유발론, ③피고인이 피해자가 동의하였다고 착각하였을 것이다. ④고소에 다른 목적이 있을 것이라는 의심, ⑤성적 수치심을 일으키는 행위라고 볼 수 없다)에 따라 판결문을 정리·분석한 것은 관련 후속 연구를 촉발할 수 있는 의미 있는 분석·평가라고 생각한다.

IV. 제2주제(영미 성범죄 양형기준과의 비교분석 및 시사점)에 대한 토론

1. 비교법적 검토의 유용성 중 미국의 양형기준

- 성폭력범죄의 양형에 대한 사회적 의문이 발생할 때 학자들이 비교적 용이하게 접근할 수 있는 연구방법 중 하나가 ‘비교법적 검토’이다. 이를 통하여 우리나라의 성범죄 양형기준을 개선함에 있어서 시사점을 얻을 수 있기 때문이다.
- 미국의 양형기준은 우리나라가 채택하고 있는 방식과는 많은 차이가 있다. 개별 형벌법규에서 규정한 형량 범위 내에서 구체적인 형의 양정은 연방양형지침(Federal Sentencing Guidelines)에 의하여 하게 된다. 미국 연방양형테이블은 범죄수준(offence level)을 43단계로 구분하여 세로축을 정하고, 개인의 범죄경력(criminal history)을 6단계로 구분하여 가로축으로 설정하여 가로, 세로축이 만나는 총 258개의 셀에 기본적인 선고형량을 정하고 있다. 즉 미국 양형기준은 양형을 계량화 또는 수치화하고 있는 것으로 평가할 수 있다(발표문 제15면 참조). 우리나라의 양형기준과 유사한 방식을 취하고 있는 국가는

영국이다. “망라적 양형기준” 방식이 아닌 “개별적 양형기준” 방식으로 양형기준을 설정하기 때문에 비교법적 시사점을 얻기 위해서는 미국의 양형기준 보다는 영국의 양형기준이 더 유용할 수 있다.

2. 특별양형인자의 중요성

- 우리나라 양형기준은 범죄군 설정→범죄유형 결정⁴⁾→ 형량범위(감경, 기본, 가중) 순으로 설정되어 있다. 양형인자⁵⁾는 형량범위 결정과 구간 이동과 연결되어 있다. 특별양형인자는 당해 범죄유형의 형량에 큰 영향력을 갖는 인자로서 권고 영역을 결정하는데 사용되는 인자를 말하며, 일반양형인자는 그 영향력이 특별양형인자에 미치지 못하는 인자로서 권고 영역을 결정하는 데에는 사용되지 못하고, 결정된 권고 형량범위 내에서 선고형을 정하는 데 고려되는 인자를 말한다. 특별양형인자만이 권고 영역을 결정하는 역할을 담당하게 되므로, 어떤 인자를 특별양형인자로 설정할 것인지는 중요한 문제이다. 어떤 인자를 특별양형인자로 할 것인지에 대하여 양형위원회는 양형실무에 대한 통계분석을 토대로 입법자의 의사, 국민의 양형에 대한 인식, 양형정책적 고려 등을 검토하여 특별양형인자를 추출한다.
- 박경규 박사는 인적 신뢰관계의 이용, 계획적 범행, 비난 동기, 심신장애 상태를 야기하여 강간한 경우를 일반양형인자가 아닌 특별양형인자로 변경해야 한다고 주장한다. 경청할만한 주장이라고 생각한다. 다만 디지털성범죄 양형기준에서 ‘취득한 이익이 다액인 경우’에는 디지털 성범죄의 불법본질이 재산상 이익의 취득과 반드시 연결되는 것은 아니라는 점에서 특별양형인자로 변경하는 것에 대해서는 추가적인 검토가 필요하다고 생각한다.

3. 형량범위 중 기본구간의 문제점

- 또한 우리나라는 형량범위를 3개 구간으로 설정하고 있는 반면에 영국은 6개로 설정하고 있다고 설명한다. 영국의 경우 범죄로 인한 피해등급(3단계)과 범죄자의 유책성 등급(2단계)로 구분하여 설정하고 있기에 전체적으로 경우의 수는 6개이지만, 구간으로만 보면 2단계로 볼 수 있다. 예를 들면 인적 신뢰관계를 이용하여 계획적 강간범행을 한 결과 피해자에게 심각한 신체적·정신적 피해를 입힌 경우, 영국의 경우 피해 등급은 2급이며, 유책성 등급이 A등급이다. 따라서 출발점은 10년 자유형이며,

4) 발표문에서 ‘범죄등급’이라고 표현하고 있지만, ‘범죄유형’이 정확한 표현이다.

5) 양형인자는 ①다양한 양형인자의 기본적 성격(행위인자, 행위자인자/기타인자), ②책임의 경중에 미치는 내용(가중인자, 감경인자), ③그 정도(특별양형인자, 일반양형인자)에 따라 구분된다.

양형범위는 9년-13년의 자유형이다. 우리나라의 경우 인적 신뢰관계를 이용하여 계획적 강간범행을 한 결과 피해자에게 심각한 신체적·정신적 피해를 입혔다면 강간치상죄가 성립할 것이며, 특별양형인자는 없으므로 기본구간인 4년-7년에 해당할 것이다. 다만 일반양형인자가 2개(인적 신뢰관계 이용, 계획적 범행)가 있으므로 선택된 기본구간 중에서 7년 형에 가까운 형이 선고될 것으로 생각한다. 기본구간의 중간값을 5년 6개월이라고 본다면 1년 6개월의 상향이 있을 것으로 보인다. 가상사건을 대상으로 우리나라와 영국의 양형기준을 적용한다면 거의 유사한 1년 6개월 정도의 형의 변동이 있을 것으로 보이기 때문에 큰 차이는 없을 것으로 보인다.

하지만 최종선고형이 영국의 경우에는 10년이며, 우리나라의 경우에는 5년 정도가 될 것이라는 점은 양형기준에서 '적용방식'에 문제가 있다기 보다는 '형량범위 중 기본구간'의 형이 낮게 설정되어 있다는 점이 더 중요한 분석결과라고 생각한다.

4. 규범적 조정의 필요성

- 앞에서 설명한 바와 같이 기존의 양형실무에 대한 자료조사를 토대로 한 기술적·경험적 접근방식이 가지는 한계점을 극복하기 위해서는 각 범죄의 죄질과 위험성, 형사정책적 고려와 양형철학에 근거한 규범적 평가를 통하여 기준형량을 결정하는 규범적 접근방식을 통하여 양형기준의 문제점을 해결하기 필요하다. 입법자의 의사를 고려한 법률상 가감요소, 범죄유형별 범죄증가율·발생건수, 범죄의 특별예방·일반예방의 우선순위, 양형정책적 고려, 국민의 법감정 등과 같은 규범적인 조정의 과정을 거치는 방식으로 형량범위를 결정하는 방향으로 논의가 전개될 필요가 있다.
- 성범죄 중 어떤 인자를 '특별양형인자'로 설정할 것인가에 대한 논의를 더욱 전개하는 것이 우리나라 양형기준에 부합하는 정책적 접근방식이며, 기본구간에서 설정하고 있는 권고형량의 범위를 상향하는 규범적 조정방식이 어떤 것이 있을까에 대한 논의로 심화할 필요가 있다.

결과보고 및 정책토론회
형사사법분야 법집행 공무원 성인지 조사 및
젠더폭력 관련 판례분석 실태조사

발행일 2023년 5월
발행처 국가인권위원회
주소 04551 서울시 중구 삼일대로 340(저동1가) 나라키움 저동빌딩
전화 (02)2125-9956 FAX (02)2125-0926
인쇄처 디자인모장
전화 (02)2278-1990 FAX (02)2278-1992

이 저작물은 국가인권위원회가 저작권을 전부 소유하지 아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(무단 변경, 복제·배포, 상업적인 용도 사용 등)하기 위해서는 반드시 해당 저작권자의 허락을 받으셔야 합니다.

