

성범죄 양형기준에 대한 의견서

- ☑ 성범죄 양형기준 중 감경요소(진지한 반성 등)에 대해 양형 판단시 면밀한 검토가 필요합니다.
- ☑ 성범죄 감경요소 적용과 판결문 양형이유 작성에서 ‘관행적’인 방식이 지속되어온 현재, 성폭력 피고인의 성폭력피해자 지원기관 꿈수기부, 감경 방법에 대한 가해자 전문 컨설팅, 반성문 대필 사이트 등이 성행하고 있습니다. 이는 피해자의 상황과 처벌의사와 무관하게 이루어지며, 감경받을 만한 요소가 실제로 있는지와 다른 경우가 많습니다.
- ☑ 진지한 반성, 사회적 유대관계, 피고인의 평판, 주취, 초범, 친족관계에서의 부양 사실 등 일반적인 여섯가지 감경요소는 가해자 중심으로 적용되고 있습니다. 사건의 구체적인 범죄성, 피해자의 상황과 처벌의사 등 피해자의 목소리가 양형판단시 반드시 반영되어야 합니다.

한국성폭력상담소
2020년 2월 19일

1. 성범죄 일반양형인자 감경요소는 가해자 중심으로 적용되고 있습니다

최근 양형위원회는 ‘디지털 성범죄’와 ‘균형법상 성범죄’ 양형기준에 대하여 설정 또는 수정 논의를 해오고 있습니다. 그런데 두 성폭력 유형에 대한 양형기준도 기존의 성범죄 양형기준의 범위 내에서 구성될 것입니다. 기존의 성범죄 양형기준에 대한 평가와 검토가 필요한 이유입니다. 예컨대 ‘진지한 반성’으로 꼽히기도 하는 피고인에 의한 성폭력 피해자지원단체 ‘꿈수 기부’와 그에 대한 입금 증명의 법정 제출 같은 경우, 디지털 성범죄 피해인들이 더 많이 꿈수기부를 시도하는 것으로 본 상담소는 확인하고 있습니다.

그동안의 성범죄 양형기준, 그 중에서도 특히 감경요소는 오랫동안 형사재판에서 피고인에게 유리한 정상으로 인정되어 온 요소였습니다. 그러나 가족, 학교, 직장, 사회관계 내 권력적 위치와 위계적 우위를 이용해서 대부분 일어나는 성폭력에서, 피고인의 ‘사회적 유대관계’나 ‘경제활동에 높이 기여해온 점’ 등이 피고인에게 유리한 정상으로 반영될 경우 해당 지위나 힘을 이용하여 같은 공간에 소속된 피해자에게 변치 않는 힘을 행사하게 될 가능성이 큽니다. 성폭력을 쉽게 가능하게 했던 요인이, 성범죄 피고인을 감경해주는 요소로 인정된다면 성폭력이 발생하는 기울어진 권력관계는 더욱 심화될 수 있습니다.

작년 12월 청와대 국민청원 게시판에서는 ‘가해자 중심적인 성범죄 양형기준 재 정비’ 라는 제목의 청원이 264,102명의 동의를 받았습니다. 성폭력 범죄에 대한 최협의 폭행 협박 등 판단기준, 법정형의 문제도 있지만 양형 판단 기준에 대한 분노와 비판의 목소리도 높습니다. 피고인에게 유리할 수 있는 요소가 단 한개도 있어서는 안된다는 것이 아니라, 그것이 실제로는 어떻게 피해자를 불리하게 해왔던 요소였는지, 가해자 중심적인 사고였는지 비판하는 것입니다.

성범죄의 경우 일반적으로 공통되는 감경요소로서 형사처벌 전력이 없는 초범인 점, 피해자의 처벌불원의사, 피고인의 진지한 반성, 피해자의 피해 회복을 위한 노력의 여부와 정도, 심신미약, 부양가족의 존재, 사회적 유대관계 등이 적용되고 있습니다.

법원은 반성문, 피해자와의 합의, 탄원서를 비롯하여 피고인의 개인 사정 등을 양형근거로 참작하고 있는데, 이를 악용하여 감형과 선처를 목적으로 변호사의 코칭에 따라 수십 개의 양형자료를 구비하고, 허위로 양형 자료를 꾸며내는 등의 방식으로 형량을 감형받는 사례가 다수 발생하고 있습니다.

법원이 지나치게 관대한 감경 기준을 적용할 때 성폭력에 둔감해지는 사회가 조장되고 성폭력을 묵인하는 결과가 초래될 수 있으므로 양형기준의 근본적 변화가 시급합니다. 즉, 가해자에게 적절한 형벌을 부과함으로써 가해자의 행위책임을 물어야 할 뿐만 아니라, 형벌의 응보의 목적을 넘어 교화적 목적 및 위하력 효과를 고려한 양형기준이 마련되어야 합니다.

본 상담소는 이러한 관점에서 2019년도에 선고된 성범죄 형사판결¹⁾을 분석하여 현재 법원이 적용하고 있는 양형기준들을 비판적으로 검토하고 제안하고자 합니다.

1) 로앤비와 법원 종합법률정보에 등록된 총 137개의 판결들을 분석하였다. 2019년 1월부터 2019년 11월까지 선고된 1심과 2심 판결이 분석 대상이 되었다. 검색한 죄명은 강간, 간음, 강제추행, 공중밀집장소, 위계, 위력, 업무상위력, 13세미만, 심신미약자추행, 음행매개, 음화반포, 음화제조, 공연음란, 성적목적, 통신매체, 통신매체 이용음란, 카메라 등 이용한 촬영, 음란물, 아동청소년 이용음란물, 아동청소년 성매매 성매수 성매매 강요다. 한국성폭력상담소 인턴 및 실무수습 김채연, 박민아, 남현이, 김열국, 이원경, 김유엘, 권유진, 권혜준이 참여하였다.

2. ‘진지한 반성’에 의한 감경

(1) 진지한 반성에 의한 감경의 실태

양형위원회는 성범죄 양형기준에서 특별 양형 인자로 ‘처벌불원’을, 일반 양형 인자로 행위자의 ‘진지한 반성’을 감경요소로 두고 있고, 양형인자의 정의로서 ‘처벌불원’ 항목에 대해 “피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 합의를 위한 진지한 노력을 기울여 피해에 대한 상당한 보상이 이뤄졌으며, 피해자가 처벌불원의 법적 사회적 의미를 정확히 인식하면서 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우”로 명시하고 있습니다. 그러나 가해자의 ‘진지한 반성’을 어떤 근거로 인정할 것인지에 관하여 합리적이고 객관적인 기준을 제시하고 있지는 않은데, 이에 따라 당연한 형벌을 감형하기 위해 ‘진지한 반성’을 얼마든지 만들어 낼 수 있는 실정입니다. 실제로 가해자들은 감형을 위해 반성문 대필, 꿈수 기부·사회봉사, 가해자 가족을 동원한 호소 등 수단과 방법을 가리지 않고 ‘반성’을 만들어 내고 있습니다.

(2) ‘진지한 반성’의 판단기준의 불명확성과 불합리성

2019년도에 선고된 하급심 137건의 판결 중 1/3에 달하는 판결들이 피고인의 ‘반성 및 뉘우침’을 양형의 고려 요소로 판시하고 있습니다²⁾. 예컨대 2018고합441에서는 “피고인들이 이 사건 각 범행을 모두 자백하면서 자신들의 잘못을 깊이 반성하고 있는 점 (...) 등은 피고인들에게 유리한 정상이다”라고 판시하여 피고인들의 진지한 반성을 양형요소로 고려하였으며, 2019노223에서는 “피고인이 당심에 이르러 이 사건 범행을 모두 자백하며 반성하고 있는 점 (...)등 이 사건 기록 및 변론에 나타난 양형조건을 모두 종합하면, 원심의 형은 너무 무거워서 부당하다”고 하며 원심판결을 파기하였습니다.

2) 총 48건의 판결들에서 ‘반성 및 뉘우침’을 양형의 요소로 삼고 있었다.

그러나 이렇게 피고인의 ‘진지한 반성’ 이 감경요소로 빈번하게 인정됨에도 불구하고 대부분의 판결문에서 법원은 가해자의 ‘반성’에 대한 판단근거를 명확하게 제시하지 않고 있습니다. 이는 관련 판례들이 객관적이고 합리적인 판단 기준을 제시하는 선례로서의 판례의 기능을 다 하지 못하고 있다는 점, 그로 인해 법관들의 자의적 판단이 이루어짐으로써 양형의 편차가 발생할 우려가 크다는 점에서 문제가 있습니다.

가해자의 진지한 반성에 관한 판단근거가 제시된 판결들에도 비판점은 존재합니다. 일방적인 후원·기부나 사회봉사 사실을 ‘진지한 반성’에 대한 판단근거로 제시하고 있다는 점에서 판단의 타당성이 의심되기 때문입니다. 2015노95 판결에서는 “한국성폭력상담소에 정기 후원금을 납부하며 다시는 이와 같은 잘못을 반복하지 않겠다고 다짐하고 있는 점”이 참작되어 벌금형의 선고가 유예된 바도 있습니다. 그러나 피고인은 검찰의 기소 즈음 후원금을 납부하기 시작하여, 선고유예 판결을 받은 1심 재판 이후 단 1회만 더 후원금을 납부하고 이후 후원을 일방적으로 중단하였다는 점을 고려하면 이를 ‘진지한’ 반성이라고 볼 수는 없습니다³⁾. 실제로 전국성폭력상담소협의회의 조사에 따르면 2015년부터 2017년까지 성범죄자로부터 기부·후원 제안을 받았거나, 납부가 확인된 사례는 모두 101건에 이릅니다⁴⁾.

뿐만 아니라 반성문 대필사업이 공공연하게 성행하고 있는 점⁵⁾, SNS를 통해 ‘양형시 제출서류 팁’이나 ‘성범죄 대응매뉴얼’ 등이 공유되고 있는 점⁶⁾ 등을 볼 때, 가해자의 반성이 형식적 절차에 따라 기계적으로 이루어지고 있음을 알 수 있습니다. ‘피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 합의를 위한 진지한 노력을

3) 여성신문. “성폭력상담소에 기부하면 감형?”.

<http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=92363>. (2020.02.10.)

4) 아시아타임즈. “기부·후원 영수증 속에 감춰진 양형기준, ‘유전소죄 무전대죄’”.

<https://www.asiatime.co.kr/news/articleView.html?idxno=242937>. (2020.02.10.)

5) 포털에서 ‘반성문 대필’을 검색하였을 때 나오는 반성문 대필 전문 사이트만 33개에 달한다.

6) 성범죄·형사범죄 전문지식 공유 카페. <https://cafe.naver.com/spjahayun>. (2020.02.10.)

가을임으로써 피해자가 이를 받아들이는 경우'를 전제로 하는 감경사유 규정에서 드러나듯 '진지한 반성'을 감경사유로 규정하는 목적은 피해자의 피해 회복과 밀접한 관련이 있습니다. 그러나 '진지한 반성'을 쉽게 만들어낼 수 있는 현실에서 위와 같은 판단 기준을 적용하게 되면 반성의 진정성을 파악하기 어려울 뿐만 아니라 가해자가 일방적으로 제출한 서류를 통해 피해자의 심리 상태를 파악하게 됩니다. 이는 피해자에 대한 고려 없이 일방적으로 이루어지는 '형식적 반성'을 바탕으로 감형을 하게 되어 '진지한 반성'을 양형기준으로 고려하는 목적과 의의에 어긋나는 결과를 야기합니다.

(3) 제언

형벌을 부과함에 있어서 가해자의 행위에 대한 응보뿐만 아니라 범죄의 예방, 범 죄인의 교화 역시 고려되어야 한다는 점에서 가해자의 반성을 감경요소로 고려할 필요성은 분명히 존재합니다. 그러나 중요한 것은 반성 여부의 판단 기준이 명확하게 제시되어야 한다는 점, 그 기준이 합리적이고 '피해자 중심적'이어야 한다는 점에 있습니다. 특히 판례의 경향을 볼 때 가해자가 범행을 부인하고 있는 사례를 제외하고 대부분 가해자의 '진지한 반성'을 인정하고 있는 것을 알 수 있는데, 이처럼 반성을 감경요소로써 남용하는 것은 지양되어야 합니다. 진지한 반성의 여부가 감형요인으로 자주 고려된다는 점을 악용하여 반성문 대필 사이트 등이 성행하는 등의 부작용을 낳았기 때문입니다.

따라서 재판부는 가해자가 범행을 인정하고 뉘우치는 태도를 보이고 있다는 형식적인 기준을 넘어서 '진지한 반성'임이 확실히 드러날 때만 이를 감경요소로 고려해야 합니다. 가해자의 반성 여부를 판단할 때 보다 보수적인 태도를 취해야 한다는 것입니다. 물론 가해자가 제출한 반성문을 일일이 읽어본 후 그 진실성 여부를 판단하며 반성문이 형식적으로 작성된 것으로 판단되는 경우 이를 지적하는 재판부도

존재합니다. 그러나 업무 가중 등의 사유로 그렇지 못한 법원이 많습니다⁷⁾. 현재로서는 반성문의 내용만으로 진정성의 여부를 판단하는 일은 쉽지 않으므로, 형식적 반성임이 드러나는 경우 이를 오히려 가중요소로 적용할 수 있음을 재판부 차원에서 명확히 하는 등 형식적, 기계적인 반성의 작출을 경계하는 자세가 필요합니다.

추가적으로 진지한 반성 여부를 양형과정에서 실질적으로 고려하였다면, 어떤 점에서 피고인이 ‘진심’으로 반성하였다고 판단하였는지를 판결문에 실시하여야 합니다. 구체적인 판단의 이유를 실시하지 않은 채 반성하였다는 점만 기재하게 되면 ‘진지한 반성’을 감경요소로 남용하는 현상을 막을 수 없을 뿐 아니라, 양형의 투명성이 확보되지 않아 국민이 사법부의 판결을 신뢰할 수 없기 때문입니다.

3. ‘사회적 유대관계’에 의한 감경

(1) 관련 판례

2018고합592 판결에서 1심 재판부는 부산대학교 여자기숙사에 침입하여 강간미수 및 상해의 죄를 범한 피고인에 대하여 다른 여러 양형 사유와 더불어 ‘사회적 유대관계가 분명해 보이는 점’을 유리한 정상으로 보아 징역3년에 집행유예 4년과 성폭력 치료 강의 수강 40시간, 아동 청소년 기관 취업제한 5년을 선고하였습니다. 같은 사건의 2심 재판부 역시 가족 등 가족적·사회적 유대관계가 분명한 점을 유리한 정상으로 보았으며, 이를 재범의 위험성을 상대적으로 낮게 보는 이유로 들었습니다. 이 외에도 많은 판결들이 가족이나 친지가 선처를 탄원할 경우 사회적 유대관계가 분명해 보이는 점을 인정하여 이를 유리한 정상으로 보아 형의 감경요소로 적용하고 있습니다.

7) 중앙일보. “아동음란물 다크웹 운영자가 낸 500장의 반성문…5만원 대필도 성행”.
<https://news.joins.com/article/23622656>. (2020.02.10.)

(2) 형의 감경요소로서의 사회적 유대관계

현재 사회적 유대관계는 형의 감경요소 중 하나로 적용되고 있습니다. 여러 판결에서 가족 및 친지의 선처를 구하는 탄원이 있을 경우 사회적 유대관계가 분명해 보인다고 하여 형을 감경하는 유리한 정상으로 인정하고 있습니다. 이는 사회적 유대관계가 분명한 사람의 경우 그렇지 않은 사람에 비해 상대적으로 재범의 위험성이 낮다고 평가하기 때문인 것으로 보입니다. 사회적 유대관계가 분명하다는 것을 그 사람이 과거 좋은 품성을 보였고 선행을 했다는 징표로 보기도 합니다. 잘못된 과거 행적의 징표인 전과를 양형에 반영하고 있으므로 좋은 과거 행적의 징표인 사회적 유대관계 또한 양형에 반영하고 있기도 합니다.

(3) 사회적 유대관계가 분명하다는 것이 재범위 위험성이 낮다는 근거로서 타당한지 여부

그러나 사회적 유대관계가 분명하다는 것이 재범의 위험성이 낮은 것인지, 과거 좋은 행적의 징표인지 비판적으로 살펴볼 필요가 있습니다. 사회적 유대관계가 분명하다는 것은 범죄를 저질러서 형을 선고받을 시 잃는 것이 더 크다는 의미이며, 형을 선고받은 범죄자가 되면 기존의 유대관계가 훼손될 가능성이 큼니다. 따라서 같은 형을 받더라도 실질적으로 사회적 유대관계가 분명한 사람이 그렇지 못한 사람보다 잃는 것이 더 크고, 그러므로 재범의 위험성이 상대적으로 더 낮다고 보는 것입니다. 그러나 여기서 간과된 점은 사회적 유대관계가 분명한 성폭력 행위자는 사회적 유대관계가 분명함에도 불구하고 성폭력을 저질렀다는 점입니다. 즉, 그 사람에게 분명한 사회적 유대관계가 있어 범죄를 저지를 시 잃는 것이 더 크다는 것이 범죄 방지에 그다지 의미가 없었다는 것이 이미 증명된 것입니다. 사회적 유대관계가 분명한 상태에서 어려운 첫 범죄를 저지른 사람이 범죄를 저지른 후에야 사회적 유대관계를 잃을 것이 두려워 두 번째 범죄는 저지르지 않을 것이라는 예측은 모순적인 측면이 있습니다.

(4) 사회적 유대관계가 좋은 과거 행적의 징표인지 여부

사회적 유대관계가 분명하다는 것은 그 사람이 과거에 좋은 품성을 보이고 선행을 베풀었다는 뜻일 수 있습니다. 그러나 그다지 좋은 품성을 보이거나 선행을 하지 않았어도 사회적 유대관계가 있을 수 있습니다. 오랫동안 남성중심적인 한국사회에서 성희롱, 성매매, 많은 성적 관계 경험이 하나의 사회적 자랑거리나 힘과 지위의 과시로 여겨지고, 남성중심적인 사회 유대 관계를 성매매의 제공을 통해서 쌓기도 합니다. 사회적 유대관계에 대한 관습적인 개념이 성폭력에 허용적일 수 있습니다.

또한, 가족이 선처를 구하는 탄원을 한다고 해도 그것이 사회적 유대관계가 분명하다는 것이라는 보장도 없습니다. 범죄자가 가족의 생계의 주 수입원이었을 경우, 좋은 품성이나 선행을 베풀지 않았더라도 당장 먹고 살기 위해서 가족이 선처를 구하는 탄원을 하게 되는 경우가 많습니다.

(5) 제언

앞서 논한 바와 같이 사회적 유대관계는 그 사람이 재범의 위험성이 낮음을 증명하지도, 그 사람의 과거의 좋은 행적을 증명하지도 못하며, 따라서 사회적 유대관계가 있다고 하여 형을 감경하는 것은 재고해보아야 할 것이며, 나쁜 과거 행적을 전과로 고려하는 것의 반대로 좋은 과거 행적을 고려하여 양형의 균형을 맞추고자 한다면 사회적 유대관계보다 신빙성 있고 구체적인 지표로 통해 판단해야 합니다.

4. 피고인의 평판과 업적에 의한 감형

(1) 관련 판례

피고인의 평판이나 활동 내역 같은 경우 구체적으로 성범죄 양형기준에 명시된

감경요소는 아니나, 재판부가 피고인에게 유리한 사유로 고려하고 있음이 다수의 판례를 통해 확인되었습니다. 서울동부지방법원 2018고단2880 판례의 경우 대학 교수가 업무상 위력으로 다수의 학생들을 추행하였는데, 양형의 이유에서 ‘피고인이 E대학교 교수로 부임한 이래 열심히 교육활동을 해온 것으로 보이고’ 라고 설시하였습니다. 서울고등법원 2018노2658, 2019노531(병합), 2018보노20(병합) 판결은 유사 강간치상, 업무상위력 등에 의한 추행의 조목으로 피고인에게 징역 7년을 선고하였는데, 양형 이유에서 ‘피고인이 연극계에 종사하면서 우리나라의 연극 발전에 이바지하였던 점’을 유리한 정상으로 고려하였음을 명시하였습니다. 서울고등법원 2018노2333 판결은 외삼촌인 목사에 의한 강간사건으로 원심에서 피고인이 25년간 교회의 담임목사로 목회를 해온 점을 피고인에게 유리한 정상으로 고려하였음을 설시하며 원심 양형이 적정하다고 판시하였습니다.

(2) 평판과 업적을 이용한 성범죄 가해

재판부가 피고인에 대한 긍정적인 평판을 유리한 사유로 참작할 수도 있습니다. 실형에는 사회 복귀의 어려움이 뒤따르고, 형을 선고함에 있어 범죄자의 처벌만큼 교화가 중요하므로 평소 착실하게 살아온 가해자에게 실형 대신 재기의 기회를 제공하고자 하는 뜻이라 봅니다.

그러나 위에서 제시된 사건에서 가해자들은 본인의 평판과 활동 분야에서의 업적을 이용하여 위계에 의한 성범죄를 저질렀습니다. 그래서 피해자들은 더 쉽게 범죄에 노출될 수밖에 없었고, 거절 조치가 어려운 상황이었습니다. 그만큼 피해자가 입은 상처는 여타의 사건들보다 클 것이며, 가해자의 위치 만큼 주변인들은 피해자에게 죄책감을 일으키고 2차 피해를 가했을 가능성도 매우 높습니다. 재판부는 이를 고려하여 위 판례에서 자신의 지위나 영향력을 이용하였음을 피고인에게 불리한 사유로 언급하였습니다. 피고인에게 유리한 사유와 불리한 사유가 충돌하고 있음을 알 수 있습니다.

(3) ‘평판’의 도입이 피해자에 대한 2차 피해로 이어지는 문제

‘평판’이라는 불분명한 개념이 재판 과정에 개입되면서 양형 사유로 참작되는 동안 피해자의 평소 품행이나 평판이 언급되어 피해자가 2차 피해를 입는 경우도 발생합니다. 대법원 젠더법연구회에서 진행한 설문 조사에 따르면 설문에 응답한 판사의 90%가 “검사 또는 변호사가 성범죄 재판의 증인신문 과정에서 피해자에게 부적절한 질문을 한다고 생각한 적 있다”고 답했습니다. 대표적으로 피해자의 평소 품행과 평판, 과거 성경험을 문제 삼는 질문을 예로 들 수 있습니다.⁸⁾ 이는 재판부의 가해자 중심적인 태도가 단적으로 드러나는 부분이며, ‘평판’이 어떻게 성폭력 발생과 입막음, 피해자에 대한 2차 피해와 가해자에 대한 옹호의 배경이 되어 왔는지 재판부는 살필 수 있어야 합니다. 범죄에 대한 재판에서 ‘평판’은 비판적으로 인식되어야 하며, 신중하게 배제되어야 합니다.

(3) 제언

우리나라는 이전의 범죄 경력을 재범 위험성 판단의 주요 기준으로 적용하는 경향이 있습니다. 이와 비슷하게, 해당 업계에서 성실하게 활동해 왔고 주변의 평판이 좋다는 사실 역시 재범 위험성이 낮다는 증거가 될 수 있으므로 피고인의 평판과 업적이 감경 사유로 고려되어 왔습니다. 그러나 재범에 영향을 미치는 요소는 매우 다양하며, 어떠한 요소는 재범을 돕지 않을 것이라 장담하기 어렵습니다.⁹⁾ 단순히 범죄 경력이 없고 착실하게 살아왔다는 것만으로 재범의 가능성이 낮다는 점을 입증할 수 있는지 의심해 보아야 합니다.

8) 한겨레. “판사 10명 중 9명 “성범죄 피해자에 부적절한 증인신문 경험”.

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/889435.html?_ns=r3#csidx9376ba92b0e54d4b07a12d81da4ae22. (2020. 02. 10)

9) 이수정, 김경옥. (2005). 성범죄 재범율에 관한 바른 이해와 재범 방지 대안 모색. 한국심리학회지: 사회 및 성격, 19(3), 83-99.

또한 우리 형법의 성범죄 가중요소에 ‘인적 신뢰관계 이용’이 명시되어 있습니다. 따라서 가해자에 대한 긍정적인 평판이 피해자들이 신뢰를 갖게 하여 범죄를 쉽게 저지르는 수단으로 사용된 것은 아닌지, 오히려 가중요소가 되어야 하는 것은 아닌지 검토할 필요가 있습니다.

성범죄 양형기준이 가해자 중심적이라는 비판이 꾸준히 제기되고 있다. 가해자의 평판이나 업적은 판단하는 사람에 따라 평가가 갈릴 수 있는 주관적인 요소이기 때문에 이를 무분별하게 감안하다 보면 비판은 더욱 거세질 것입니다. 따라서 재판부가 해당 요소를 고려함에 있어 범죄의 본질과 관련성이 있는지, 평판의 신뢰성은 어느 정도인지, 재범의 위험성이 없음을 입증하는 지표가 될 수 있는지 신중하게 판단할 필요가 있습니다. 무엇보다 이 과정에서 가해자 중심적인 재판이 되지 않게끔 피해자의 목소리에 귀 기울이는 태도가 중요합니다.

5. 주취에 따른 심신미약 감경

(1) 심신미약 감경의 법적 근거와 성폭력 범죄에서의 적용범위

형법 제10조 제2항은 “심신장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 형을 감경할 수 있다”고 규정하며 심신미약을 형의 임의적 감경사유로 정하고 있습니다. 동조 제3항은 범죄의 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 경우 감형할 수 없다고 명시하며 무분별한 심신미약 감경을 제한하고자 하고 있습니다. 또한 성폭력처벌법이 개정되면서 설령 피고인이 심신미약 상태에 있었다고 하더라도, 음주로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄를 범한 경우 법원은 형의 감면에 관한 형법 제10조를 적용하지 아니할 수 있습니다(성폭력처벌법 제20조).

성범죄 양형기준은 범행의 고의로 또는 범행 후 면책사유로 삼기 위해 만취상태에 빠진 경우 오히려 가중인자로 규정하고 있고, 심신미약에 상태에 이르지 않은 경

우 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니하며, 과거의 경험 등에 비추어 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 가할 가능성이 있는 경우 심신미약 상태에 있었는지 불문하고 만취상태를 감경인자로 반영하는 것을 제한하고 있습니다.

(2) 주취감경에 관한 상반된 판례

그런데 지난 2018년, 한 20대 남성이 술에 취한 상태로 부산대학교 여자기숙사에 침입하여 강간의 의도로 피해자를 제압하는 과정에서 상해를 입히고 경찰에 붙잡힌 사건이 발생하였습니다. 1심 재판부는 피고인이 ‘술에 취한 상태에서 우발적으로’ 범행을 저지른 것으로 보인다는 점을 감경사유로 참작하였으며¹⁰⁾, 2심 재판부 역시 ‘범행 당시 심신미약을 넘어 사실상 심신상실에 가까울 정도로 만취하여 이른바 블랙아웃 상태에 있었던 것으로 보인다’며 심신미약 감경의 합법성을 인정하였습니다¹¹⁾. 또한 재판부는 개정된 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 (이하 ‘성폭력처벌법’)에 따라 심신장애 감경 규정의 적용을 임의적으로 배제할 수 있으나, “성폭력 범죄를 범하였다는 이유로 심신미약 감경을 하지 않을 경우 피고인에 대한 징역형이 최소 징역 5년”이 되어 과도한 형벌이 책임주의원칙에 반할 소지가 있다고 하며 “형벌의 기본이 응보에 있음은 부인할 수 없지만, 그러한 응보도 책임에 상응하여야 한다”고 강조하였습니다.

반면 2017고합446 판결에서 피고인이 음주로 인해 필름이 끊긴 상태로 자신이 투숙하는 모텔 301호에서 피해자가 투숙하던 307호로 이동하여 잠겨져 있지 않은 방문을 열고 침입하여 성폭행하여 범행 당시를 기억하지 못한다고 주장한 것에 대해 재판부는 “피고인이 모텔의 복도를 따라 본인이 투숙한 방에서 약 15m 떨어져 있는 피해자의 방까지 걸어간 후 침대에 누워있던 피해자의 속옷을 벗긴 뒤 피해자를 간음하였다는 것인데, 심신장애 상태에서 이와 같은 일련의 행위를 하였다고 보

10) 부산지방법원 2019. 5. 31 선고 2018고합592

11) 부산고등법원 2019. 10. 16 선고 2019노289

기는 어렵다”며 “알코올이 임시 기억 장소인 해마세포의 활동을 저하할 뿐, 뇌의 다른 부분은 정상적인 활동을 유지해 블랙아웃은 일시적인 기억상실증에 불과하여 심신장애 상태로 보기 힘들다”고 판시하였습니다.

(3) 심신장애로 인한 판단능력 결여와 법관의 자의적인 해석의 여지

양형연구회가 최근 10년간의 성범죄 판결문을 조사한 결과 일반적으로 음주가 성범죄의 주형량을 낮추는 요인으로 작용하지는 않으나 집행유예 확률을 높이는 요인으로 작용한다고 합니다. 또한 성범죄 중 강간죄에서는 음주 범행이 비음주 범행보다 형량이 더 낮은 경향이 있고, 이는 주취로 인한 심신미약 감경의 결과가 아닌 비우발적, 계획적 강간 범행의 가중처벌 결과로 보아야 한다고 합니다. 위 연구 결과와 같이 최근 법원이 주취로 인한 심신미약의 주장을 받아들이지 않는 경향이 있다고 하더라도, 앞서 살펴본 2018고합592, 2019노289 판례와 같이 개별사건에서 법감정과 상충되는 주취감경이 이루어져 사회적 공분을 자아내기도 합니다. 특히 심신장애에 대한 명확한 구별 기준이 없어 법관이 사건에 따른 의학적 평가와 범행 당시 상황 등 제반 정황을 검토하여 책임능력 판단에 대한 최종 결정을 내려야 하므로 법관의 자의적 판단이 개입될 우려가 있습니다.

(4) 제언

부산대학교 여자기숙사 사건 등의 경우 주취감경을 적용한다면 가해자 스스로가 초래한 만취 상태에 대해 정당성을 부여하고 일종의 면죄부를 주는 것과 마찬가지로 결코 바람직하지 못합니다. 특히 판례의 사안처럼 피고인이 “앞날이 창창한 대학생”이라며 자칫 피해자의 피해회복보다 법관의 가해자에 대한 유리한 양형 판단으로 인해 적정한 처벌이 내려지지 않을 우려가 있습니다. 주취를 이유로 한 심신미약 감경이 받아들여지려면, 2017고합446에서 제시한 바와 같이 피고인이 음주여부 자체를 통제할 수 없을 정도의 질병적인 상태에 기인하여 만취 상태에 이르렀음

이 입증되어야 합니다. 정신적 질병의 치료와 정신보건 차원에서 심신미약을 인정함이 타당하기 때문입니다.

강력범죄와 폭력범죄는 주취상태 범행의 비율이 매우 높습니다. 특히 강간 사건의 경우 50% 이상이 음주 이후에 발생하였다는 보고도 있습니다. 과한 음주가 중한 범죄로 연결되는 경우가 많은 만큼 술로 인한 범죄에 대한 관대한 태도를 근절해야 합니다. 만취상태에서 성범죄를 저지르는 피고인에 대한 심신미약을 손쉽게 인정해서는 안 되고, 범죄 행위를 술기운으로 치부하여 감형을 받으려는 시도를 막아야 합니다.

6. 초범이라는 이유로 감경된 경우

(1) 관련 판례 분석

형사처벌 전력이 없다는 점은 대표적인 감경 사유로 분석 대상이 된 판례에서 빈번하게 언급되었습니다. 그러나 다수의 판례가 실질적으로 초범으로 보기 어려움에도 형사처벌 전력이 없다는 점을 감경 사유로 삼았는데, 서울고등법원 2018노3543 판결의 경우 ‘7년이 넘는 기간 동안 피해자를 수차례 간음 내지 추행하고 지속적인 폭행을 가한 것’을 피고인에게 불리한 사유로 언급하였음에도 ‘피고인이 벌금형으로 1회 처벌받은 전력 외에는 집행유예 이상으로 처벌받은 전력이 없는 점 등을 피고인에게 유리한 정상이다.’ 라고 판시하였습니다. 광주지방법원 2018고합441 판결의 경우 ‘다수의 피해자들을 지속적, 반복적으로 추행’하였음을 불리한 정상으로 명시하였음에도 ‘아무런 형사처벌 전력이 없는 초범인 점’을 유리한 정상으로 명시하였고, 그 외에도 분석 대상의 1/4에 달하는 판례에서 유사한 취지의 양형 이유를 확인할 수 있었습니다. 일부 판례에서는 ‘벌금형을 초과하는 전력이 없음’, ‘집행유예 외에는 전과가 없음’ 등을 감경사유로 제시하며 전과가 있음에도 가벼운 전력이라는 이

유로 감경이 이루어지기도 했습니다.

(2) 문제의 제기

위 사안의 피고인들은 장기간 다수의 피해자들을 대상으로 지속적인 성범죄를 저질러 왔습니다. 하지만 ‘처벌’을 받은 전력이 없다는 이유만으로 초범으로 분류되어 유리하게 참작되었습니다. 물론 형사처벌 전력이 없음은 재범 위험성이 낮다는 점을 어느 정도 입증할 수 있어 성범죄 양형기준안에 감경사유로 고려되는 것이 전혀 근거 없다고 보기는 어렵습니다. 다만 지속적으로 다수의 피해자들을 상대로 범죄를 저질렀음을 가중사유로 언급하여 법원 스스로도 피고인이 실질적으로 초범이 아니라는 점을 인식했음에도 불구하고 감경사유에서 처벌 전력이 없다고 실시하여 모순을 보이고 있습니다.

또한 2018노476 판결의 경우 “피고인의 추행 정도가 가볍지 않고 범행 방법이나 경위 등을 고려할 때 그 죄질이 가볍지 않은 점은 피고인에게 불리한 정상이다. 그러나 피고인은 이 사건 범행을 인정하고 반성하는 태도를 보이고 있고, 이 사건 이전에 형사처벌을 받은 전력이 없는 초범이다.” 라고 판시하였습니다. 이러한 법원의 태도는 기계적으로 초범 여부만을 고려하여 가해자에게 지나치게 관대한 판결을 내리고 있다는 의심을 들게 합니다. 실질적으로는 가중되어야 하는 사안들에서 형식적인 판단 절차만을 거쳐 감경이라는 결과가 도출되는 것은 아닌지 고민해 보아야 합니다.

(3) 제언

성범죄의 경우 아직까지도 피해자에 대한 부정적인 인식이 만연해 있어 신고율이 여타의 범죄보다 낮아 수사기관의 통계에 잡히지 않는 경우가 많습니다. 암수율도 90% 가까이 된다고 추정될 만큼 높은데¹²⁾, 이러한 상황에서 피고인의 처벌 전력만

12) 여성신문. “나는 꽃뱀이 아니다, 성폭력 피해자다”.

<http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=95963>. (2020. 02. 13)

을 형식적으로 양형 인자로 검토하는 것은 합당하지 않습니다. 범죄 전력이 양형에서 중요한 인자로 고려되는 만큼 여타의 사유들보다 신중하게 검토 후 감경.가중 여부를 판단해야 합니다. 모든 암수 범죄까지 검토하는 것은 불가능하지만, 최소한 지속적인 범행임이 드러난 경우에는 초범이라는 이유로 감경하는 경우는 없어야 합니다. 특히 장기간 반복적으로 범죄를 저질렀을 경우 전과 기록을 통한 형식적인 판단이 아닌, 해당 사안에서 드러난 사실관계를 꼼꼼히 확인하여 실질적으로 감경 여부를 결정해야 합니다.

물론 초범이라는 점 자체를 판결문 양형 부분에서 명시하지 않을 경우, 성폭력 가해자가 유리한 양형인자를 인정받지 못했다며 ‘양형부당’으로 항소하게 되어 어쩔 수 없이 상급심에서 감형을 받게 되는 일이 실무상 발생할 수 있어 초범이라는 점을 명시하는 것 자체는 필요하다고 생각합니다.

(4) 예시 판례

2019고단349 판결의 경우 ‘피고인 비록 아무런 범죄전력 없는 초범이고 범행 후 꾸준히 심리상담센터를 찾아 상담을 받는 등 뉘우치고 있으나, 이 사건 버스정류장이나 버스 안 또는 여자화장실 등 일반인의 출입·왕래가 빈번한 장소에서 버스에 승차중인 여성 또는 용변을 보는 여성 등을 상대로 광범위하게 몰래카메라 촬영을 한 것으로서 죄질 몹시 좋지 못하고, 촬영수법이나 횡수, 촬영영상의 내용 등에 비추어 보면 초범으로 선처하기보다는 엄히 처벌할 필요가 더 크다 할 것인 점’ 이라고 명시하였습니다. 이는 죄질이 좋지 않다는 점을 고려하여 기록상으로는 초범이지만 실질적으로는 아니라는 점을 명확히 하고 있어 참조할 만한 판례입니다.

7. 친족성폭력에서 ‘부양 사실’에 의한 감형 판례 분석

(1) 사건의 개요

2019고합36등(병합) 판례에서 재판부는 ‘피고인이 나름대로 수년간 피해자를 부양하기 위해 노력해 왔음’을 근거로 형을 감경한 바 있습니다. 사건에서 피고인은 피해자의 의붓아버지입니다. 피고인은 피해자의 친모 C와 2006년 동거를 시작한 이래 2017년까지 피해자와 함께 거주하였고, 그 후 따로 거주한 다음에도 계속해서 피해자에게 영향력을 행사하였습니다. 피고인은 장기간에 걸쳐 아동인 피해자를 학대했는데, 피해자를 물에 담가 기절시키거나 코피가 날 정도로 얼굴을 때리고 어지럼증이 발생할 정도로 폭행하는 등의 방법을 사용했습니다. 또한, 피고인은 피해자를 폭행하거나 위협하여 수차례 간음하였습니다. 법원은 아동학대와 아동청소년 강간, 위력에 의한 간음의 범죄사실을 인정하여 피고인에게 징역 6년과 5년의 취업제한, 3년의 보호관찰을 선고했습니다.

(2) 문제의 제기

대법원 양형위원회에서 정한 성범죄 양형기준에 따르면 이 사건에 대한 권고형의 범위는 5년~14년 8월입니다. 즉 징역 14년 8월까지 충분히 선고될 수 있는 사건입니다. 그런데 법원이 어떻게 해서 징역 6년을 선고하게 되었는지를 살펴보기 위해 판결문에서 실시한 가중사유와 감경사유를 정리해보면 다음과 같습니다.

가중사유	감경사유
1. (아동학대 범죄에 대해) 피고인은 대부분의 범행을 부인 2. (성폭력 범죄에 대해) 피고인은 성관계조차 없었다며 모든 범행을 부인 3. 피고인은 피해자와 10년 이상 가족으로 함께 생활해왔고, 그 누구보다 피해자를 보호해야 할 지위에 있었음 4. 피해자는 극심한 정신적 고통을 겪고 있으며, 피고인을 엄벌에 처할 것을 호소함	1. 피고인에게 동종의 전력이 없음 2. 피고인이 나름대로 수년간 피해자를 부양하기 위해 노력해 왔음

피고인이 범행을 부인하며 반성하는 태도를 전혀 보이지 않고, 피해자가 극심한 정신적 고통을 겪으며 피고인을 엄벌에 처할 것을 호소하는 상황에서도, 피고인에게 동종의 전력이 없고 나름대로 피해자들을 부양하기 위해 노력했다는 점을 들어 징역 6년을 선고한 것입니다.

주목해야 할 점은 가중사유 3번과 감경사유 2번의 충돌입니다. 피고인이 피해자의 의붓아버지로서 함께 생활해왔다는 사실에 대해서 가중사유이면서 감경사유로 동시에 고려하는 것은 모순적입니다. 성폭행 당시 피해자의 나이는 16살이었고, 피고인은 장기간에 걸쳐 피해자를 학대하며 집 안에서 절대적인 힘을 과시하던 사람이었습니다.

친부나 의부로부터 성폭력을 당한 사람들은 자신이 믿고 의지해야 하는 대상이 자신을 성적으로 기만하고 착취했다는 사실로 인해 더 큰 좌절과 절망을 겪게 됩니다. 이러한 친족성폭력의 특성을 고려한다면 ‘피고인이 수년간 피해자를 부양하기 위해 노력해 왔음’을 감경사유에 넣는 것은 설득력을 잃게 됩니다.

(3) 대조 판례

위 판례와 대조되는 설시를 한 사건이 있습니다. 피고인이 미성년자인 친딸을 약 7년간 강간, 강제추행하고 학대한 것에 대해 징역 15년을 선고한 청주지방법원 2019고합131 판결입니다. 이 판결문에서는 “피해자가 자신과 동생들을 보살펴주지 않은 모친과 달리 자신과 동생들을 키워준 피고인에 대하여 고마운 마음을 표현하면서 피고인에게 한 번 기회를 주고 싶다는 취지의 탄원서를 여러 차례 제출하였으나, 이러한 점을 고려하더라도 피고인을 장기간 격리시킴으로써 피해자가 올바른 성적 정체성과 가치관을 정립할 기회를 줄 필요가 있다고 판단된다”고 설시하고 있습니다. 즉 피해자를 오랫동안 부양해왔고, 심지어 피해자가 이를 들며 피고인의 선처를 원하더라도 이를 감경사유로 고려해서는 안 된다는 것입니다.

8. 결론

2019년도에 선고된 성범죄 형사판결 총 137개를 분석하여 현재 법원이 적용하고 있는 성범죄 양형기준들 중 진지한 반성, 사회적 유대관계, 피고인의 평판, 주취, 초범, 친족관계에서의 부양 사실 등의 감경 요소에 대하여 비판적으로 검토해 보았습니다. 위의 여섯 가지 요소들은 모두 다수의 판결에서 실질적인 감경요소로 작용하고 있었습니다. 물론 감경요소로 고려되는 데 대하여 각각의 이유들이 존재하였으나 그 적용 과정에서의 문제점들 또한 존재하였습니다.

이에 대해 본 상담소는 여섯 가지 감경요소들에 대해서 아래와 같이 제언합니다.

- 1) 가해자의 반성 여부를 감경요소로 남발하는 태도를 지양해야 합니다. 대필 반성, 컨설팅에 의한 형식적 반성, 꿈수 기부 증빙을 통한 반성을 적극 경계해야 합니다. '진지한 반성' 인정의 경우 그 판단 근거를 판결문에 설시해야 합니다.
- 2) 과연 사회적 유대관계의 존재가 특히 성폭력 범죄에서 재범의 방지 가능성과 과거의 긍정적인 행적에 대한 증거가 되는지 재고해야 합니다.
- 3) 피고인의 평판과 업적을 쉬이 감형요소로 인정하기보다는 오히려 가중요소로 보아야 하는 것은 아닌지 고려하며 피해자의 목소리에 귀 기울여야 합니다.
- 4) 음주여부 자체를 통제할 수 없을 정도의 상태에만 심신미약을 인정하고, 나아가 주취 상태에서의 성범죄는 가중인자로 보는 등의 방안으로써 술로 인한 범죄에 엄격히 대응해야 합니다.
- 5) 형사처벌 전력이 없어 감경할 경우 장기간 반복적으로 저지른 범죄는 아닌지 고려해야 합니다.
- 6) 친족 성폭력에서 '부양 사실'을 이유로 감경을 인정하지 않아야 합니다.