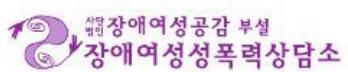


2014년
〈장애인 성폭력 판결 들여다보기〉
장애인 성폭력 무죄, 그럼에도 불구하고
‘유죄판결을 위한 활용서’



장애인 여성 공감 부설
장애인 성폭력 상담소



사)한국여성장애인연합 부설 서울여성장애인성폭력상담소



사)경원사회복지회 부설 여성장애인성폭력상담소



공감
장애인 권리재단

목 차

피해자 지원 현장에 유용한 활용서가 되기를 바라며 3

배복주

1. 장애인 성폭력 무죄, 그럼에도 불구하고 – ‘유죄판결을 위한 활용서’ 7

김정혜

1. 주요 적용 법조 9

2. 유죄 판결례 11

1) 장애인 강간죄의 판단 11 2) 장애인 위계간음죄의 판단 12 3) 장애인 위력간음죄의 판단 14

4) 장애인 준강간죄의 판단 16 5) 피해자 진술의 신빙성 판단 25

3. 의견서의 작성 32

1) 의견서의 의의 32 2) 의견서의 내용 34 3) 참고 자료 첨부 36 4) 의견서 작성례 37

2. 장애인 성폭력 현장을 말하다 47

–장애인성폭력상담소 현장활동가 FGI 결과를 중심으로

이희정

3. 장애인 성폭력 사건 지원사례 1–상담소 59

정은자

4. 장애인 성폭력 사건 지원사례 2–피해자의 변호사 67

이선경

5. 장애인 성폭력 외국 사례 75

차혜령

〈부록 1〉 주요판례 85

〈부록 2〉 전국성폭력상담소협의회 장애인성폭력상담소 주소록 107



피해자 지원 현장에 유용한 활용서가 되기를 바라며

배복주

사단법인 장애여성공감 성폭력상담소장, 전국성폭력상담소협의회 공동대표

피해자 지원 현장에 유용한 활용서가 되기를 바라며

배복주

(사단법인 장애여성공감 성폭력상담소장, 전국성폭력상담소협의회 공동대표)

2011년, 영화 <도가니> 상영 이후 장애인성폭력 문제에 대해 사회적 관심이 촉발되었고, 그로인해 장애인 성폭력 관련법 개정이 여러 차례 되었고 수사·재판 절차상 새로운 제도들이 도입, 시행되었습니다. 이러한 법제도 변화는 장애인성폭력 피해자에 대한 지원체계와 지원자들이 양적으로 확대되는 성과를 가지게 되었습니다. 또한 법 개정을 통해 장애인대상 성폭력범죄자에 대한 가중처벌 조항이 생겨나고 처벌형량도 높아졌습니다. 하지만 지원체계의 양적인 확대에 비해 지원 체계 안에서 장애인 피해자에 대한 이해가 부족하여 질적인 부분이 균형감 있게 성장되지 못한 부분이 있습니다. 장애인대상 성범죄자에 대한 처벌강화는 피해자의 입증책임에 대한 부담을 높이는 결과를 가져오게 되어 검사의 기소의지를 낮추게 되고 기소가 되더라도 장애의 특성으로 인해 무죄선고로 이어지는 결과를 빚고 있습니다.

지난 2010년도 공익인권법재단 공감에서 장애인 성폭력사건의 수사와 재판과정에서 장애인에 대한 이해부족에 문제의식을 갖고 ‘장애인 성폭력 사건 쟁점 해결 프로젝트’ 연속워크숍을 함께 해보자는 제안을 해왔습니다. 이에 공익인권법재단 공감, 사)장애인성폭력상담소와 사)서울여성장애인성폭력상담소는 ‘장애인 성폭력 판결 분석 및 쟁점 정리(1998년 이후 판결 260여 건)’, ‘장애인 성폭력 상담소 지원 사례 검토 및 분석’, ‘장애인 성폭력 사건의 절차상 쟁점’을 주제로 4차례 걸쳐 연속 워크숍을 진행하였습니다. 그 결과를 <장애인 성폭력사건 쟁점 토론회>에서 발표하였고 장애인성폭력사건에서의 판결을 사회적으로 알리는 계기를 만들게 되었습니다.

올해, 장애인 성폭력사건의 무죄판결에 대한 문제의식에서 출발하여 2010년 쟁점토론회 이후 장애인 성폭력사건의 판결을 다시 한 번 분석하여 판결의 경향을 살펴보고 달라진 점을 분석해보자 했습니다. 공익인권법재단 공감, 사)한국여성장애인연합 부설 서울여성장애인성폭력상담소, 사)경원사회복지회 부설 여성장애인성폭력상담소와 함께 일곱 차례에 걸쳐 판결문을 수집하고 토론하는 세미나를 진행하였으며, 두 차례에 걸쳐 전국성폭력

상담소협의회 소속 장애인상담소권역 현장 상담활동가들을 대상으로 FGI를 진행하였습니다.

이에, 그동안의 결과를 발표하는 방식과 내용에 대해 고민하고, 2014년 현재 장애인 성폭력사건을 처리하고 지원하는 과정에 있는 지원자들이 현장에서 활용할 수 있는 내용으로 구성하여 배포하는 방식이 유용할 것이라는 의견을 모았습니다.

본 발표회 자료집 내용은 장애인 성폭력사건의 강간죄, 위계간음죄, 위력간음죄, 장애인준강간죄, 피해자 진술의 신빙성 판단 등의 유죄 판결례를 설명하고 유죄판결의 근거와 내용을 분석하였고 피해자 지원자의 의견서 작성에 도움이 되는 정보를 정리하여 수록하였으며, 장애인성폭력상담소 현장에서 피해자를 지원하는 과정에서 겪는 어려움과 대응전략에 대해 정리하였으며, 상담소와 피해자변호사 입장에서 장애인 성폭력사건 사례를 지원하는 과정에서의 어려움과 성과를 소개했습니다. 마지막으로 외국의 장애인 성폭력 사례를 소개하고 한국적 상황과 비교하여 살펴볼 수 있도록 구성하였습니다.

이번에 배포되는 자료가 현장에서 유용하게 활용되길 바라며, 장애인 성폭력피해자의 특성을 이해하고 법적 쟁점의 합리적인 이유와 논거로서 제시될 수 있기를 바랍니다. 또한 장애인 성폭력피해자들이 성폭력 사건의 형사사법절차 안에서 만나게 되는 사람들로부터 장애로 인해 차별받지 않고 존중 받게 되길 기대합니다.

이 자료집이 나오기까지 고생하신 김정혜님, 차혜령님, 이선경님, 정은자님, 이희정님 그리고 각 상담소의 활동가분들 감사합니다. 또한 수집된 판결 정리를 함께한 공익인권법재단 공감의 실무수습생 김수지, 이재승, 조아름, 최민형, 최효명, 자원활동가 문윤정, 이가연님께도 감사를 전합니다. 특별히 전국성폭력상담소협의회 장애인성폭력상담소권역을 비롯해 장애인 성폭력피해자 보호시설에 종사하는 활동가분들에게 깊은 감사의 마음을 전합니다.

2014.12.1

01

장애인 성폭력 무죄,
그럼에도 불구하고
‘유죄판결을 위한 활용서’

_김정혜

공익인권법재단 공감 객원연구원

장애인 성폭력 무죄, 그럼에도 불구하고 ‘유죄판결을 위한 활용서’

김정혜
(공익인권법재단 공감 객원연구원)

1. 주요 적용 법조

다음은 장애인 성폭력 범죄의 재판에서 주로 적용되는 조항이다. 2014년 11월 기준이므로, 법 개정과 범행 시점에 따라 적용 조항의 세부 내용이 변경될 수 있다.

개정 전 법이나 현행법은 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr>)에서 확인할 수 있다. 개정 전 법을 확인하려면 검색창에서 “연혁법령”을 선택한 후 검색한다.

■ 약어

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법: 성폭력처벌법

아동 · 청소년의 성보호에 관한 법률: 청소년성보호법

■ 주요 조항

성폭력처벌법

제6조(장애인에 대한 강간 · 강제추행 등) ① 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」

제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

② 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.

1. 구강 · 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위

2. 성기 · 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위

- ③ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역 또는 2천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 사람을 간음하거나 추행한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.
- ⑤ 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.
- ⑥ 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 추행한 사람은 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ⑦ 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 제1항부터 제6항까지의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

청소년성보호법

제8조(장애인인 아동 · 청소년에 대한 간음 등) ① 19세 이상의 사람이 장애 아동 · 청소년(「장애인복지법」 제2조제1항에 따른 장애인으로서 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 13세 이상의 아동 · 청소년을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 간음하거나 장애 아동 · 청소년으로 하여금 다른 사람을 간음하게 하는 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
② 19세 이상의 사람이 장애 아동 · 청소년을 추행한 경우 또는 장애 아동 · 청소년으로 하여금 다른 사람을 추행하게 하는 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

형법

제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제297조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.

제298조(강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원

이하의 벌금에 처한다.

제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다.

제302조(미성년자 등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

2. 유죄 판결례

법원 밖에서는, 성폭력이 있었다면 당연히 처벌을 받아야 한다고 생각한다. 하지만 법률상 장애인 성폭력 범죄는 세분화되어 있어서 기소된 유형의 범죄가 입증되지 않으면 가해자가 잘못을 했더라도 무죄가 선고될 수 있다. 따라서 피해자를 지원할 때에는 어떤 죄명으로 기소되었는지 파악하고 그 범죄의 성립에 도움이 되는 방향으로 하는 것이 좋다.

1) 장애인 강간죄의 판단

강간죄는 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 경우에 성립한다. 강간죄에서 요구되는 폭행, 협박은 다른 범죄에 비하여 강할 것이 요구된다. 즉, ‘사람의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박’을 사용하였어야 강간죄에 해당한다.

‘사람의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박’이 있었는지는 폭행, 협박의 내용, 정도, 강제력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성관계 당시의 정황, 성관계 이후의 정황 등을 종합하여 판단한다. 최근에는 ‘사람의 저항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’의 판단을 완화하여, 최대한의 저항을 하지 않았다 하더라도 강간죄를 인정하는 사례가 있다.

[창원지방법원 거창지원 2013고합24]

■ 범죄사실

피고인은 2010.5. 경부터 피해자(29세)와 사귀던 사이이고, 피해자는 지적장애 3급이다. 피고인은 2013.3.10. 20:00경 ○○식당 앞 도로에서 피해자가 여관으로 가자는 피고인의 말을 듣지 않는다는 이유로 오른발로 피해

자의 왼쪽 정강이 부분을 1회 걷어찼다. 이어 피고인은 피해자를 같은 읍에 있는 ○○여관 ○○호실로 강제로 데리고 가 위와 같은 피고인의 폭행으로 반항이 억압된 피해자의 옷을 모두 벗긴 다음 피해자를 1회 간음하여 강간하였다.

“ ① 피해자는 판시 범행 이전에 이미 여관으로 가자는 피고인의 요구를 거절하였고, 어쩔 수 없이 피고인을 따라나선 후에도 피고인을 피해 달아났으나, 피고인이 다시 판시 식당으로 찾아가 피해자를 데리고 간 점, ② 피고인은 피해자가 여전히 피고인의 요구에 응하지 않자 판시와 같이 피해자에게 상해를 가한 점, ③ 피고인이 강제로 피해자를 데리고 가려 하자 주위에 있던 사람들이 만류하였으나, 피고인은 그 사람들에게도 폭력을 행사하려 한 점, ④ 피고인은 상해를 당하여 울고 있는 피해자를, 어깨를 감싸안는 등 힘으로 제압하여 여관으로 데리고 간 점, ⑤ 상해가 발생한 장소와 여관이 인접한 것으로 보이는 점, ⑥ 피해자가 성관계 당시 적극적으로 저항하지는 않았으나, 이는 피해자가 피고인의 위와 같은 행위로 이미 공포에 질려 있었고, 지적장애 등의 요인으로 인해 당시의 상황을 정확히 판단하고 대처하기가 쉽지 않았기 때문인 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인의 판시 범행을 인정할 수 있으므로 위 주장 또한 받아들이지 아니한다.” *

■ 해설

피고인은 상해를 가한 점만을 인정하고 성관계는 합의에 따른 것이라고 주장하였다. 피해자는 성관계 당시에는 적극적으로 저항을 하지 않았다. 하지만 성관계 장소인 여관에 가기까지 피고인이 피해자의 정강이를 차는 등 상해를 가하였고 이를 말리려는 주변 사람들에게도 폭력을 행사하려고 하였으며, 울고 있는 피해자를 힘으로 제압하여 여관에 데리고 갔다. 법원은 이와 같은 피고인의 행위로 인해 피해자가 이미 공포에 질려 있었음을 인정하였다. 이 사건의 피고인은 장애인강간죄, 상해죄 등으로 기소되었으며, 다른 피해자 1인에 대한 1회의 추행 범행을 포함하여 징역 5년을 선고받았다.

2) 장애인 위계간음죄의 판단

위계간음죄에서 위계란 간음 목적이나 수단을 상대방에게 알리지 않고, 상대방이 이를 몰랐거나(부지) 잘못 생각하였거나(오인) 착각하도록 하여 간음 목적을 달성하는 것을 말한다. 예를 들어 의료행위라고 속여 상대방이 착각하도록 하고 간음하는 경우가 해당된다. 이와 같이 간음 행위가 아니라고 상대방이 오해하도록 한 뒤 간음

* 이하에 인용된 상자는 판결문의 내용을 그대로 옮긴 것이다.

을 하는 것이 위계에 의한 간음이다. 반면 먹을 것을 주겠다고 유인하여 집으로 데려간 뒤 간음하는 것처럼, 범행 장소로 데려가기 위해 속임수를 쓰는 것은 위계간음에 해당하지 않는다. 위계는 간음 자체에 대한 것이어야 하기 때문이다.

[서울고등법원 2011노1274]

■ 범죄사실

피고인과 피해자는 특수학교 친구 소개로 만난 사이이다. 피고인은 2010.3.2. 12:30경 고양시 ○○구 도로변에 세워놓은 피고인 소유의 ○○○○ 차량 안에서, 지적장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 떨어져 성교 및 임신 등의 의미조차 제대로 이해하지 못하고 성교에 대해 불쾌한 느낌을 가지고 있어 이를 거부하려는 피해자(34세)에게 사랑한다고 말하는 등 위계를 사용하여 피해자의 옷을 모두 벗기고 간음하였으며, 이후 2010.3.28. 22:35경부터 2010.6.1. 10:30경까지 국도변에 세워놓은 위 차량 안, 인천 ○○군 여관, 피고인의 집 등지에서 4차례에 걸쳐 위와 같은 방법으로 위계로써 심신미약자인 피해자를 간음하였다.

“ 피고인은 수사기관 아래 당심 법정에 이르기까지 “피해자를 사랑하고 피해자와 결혼하고 싶다”는 취지로 진술하고 있으나, ① 피고인이 2000.11. 하순경 피해자의 친구인 김○○(지적장애인)이 보는 앞에서 피해자를 간음한 사실이 있었던 것으로 보이는 점, ④ 위 사건으로 인하여 2001년도에 경찰의 조사를 받으면서도 피해자의 아버지에게 피해자와 결혼하겠다고 말한 사실이 있었고, 그 후 위 사건에 관하여 (중략) 징역 1년 6월에 집행유예 2년의 판결을 선고받고서 또 다시 이 사건에 이르게 된 점, ⑤ 피해자의 아버지 □□이 피해자의 임신사실을 알고 피고인을 불러 “어떻게 할 거냐”고 물어봤지만 피고인은 “결혼하겠다”는 말만 하였을 뿐, 그 후 바쁘다는 이유로 연락도 하지 않고 □□의 연락 또한 받지 않은 점 등 피고인의 전력과 언행에 비추어 그 진술의 진정성이 의심스러운 점을 종합하여 보면, 사리판단력이 부족하여 성교의 의미를 제대로 알지 못하는 피해자에게 피고인이 사랑한다고 말하며 간음한 것은 위계에 해당한다고 봄이 상당하다.”

■ 해설

피고인은 피해자를 사랑하며 피해자와 결혼하고 싶다고 진술하였고 피해자에게도 사랑한다고 말하며 성관계를 가졌다. 그러나 법원은 피고인이 피해자의 친구가 보는 앞에서 피해자를 간음하여 유죄 판결을 받은 바 있고 당시에도 피해자와 결혼할 것이라고 이야기한 적이 있으며, 피해자의 임신 사실을 알게 된 아버지의 추궁에 피고인은 결혼하겠다고 이야기하였으나 그 진정성이 의심스럽다고 하면서 위계에 의한 간음을 인정하였다. 피고인은 장애인준강간죄, 카메라이용촬영죄 등으로 기소되어 1심에서 징역 5년을 선고받았고, 2심에서는 심신미약자 위계간음죄로 적용법조가 변경되어 징역 3년을 선고받았다. 이와 같이 결혼할 것처럼 속여 성관계를 갖는 경우도 위계간음에 해당될 수 있다.

3) 장애인 위력간음죄의 판단

위력이란 사람의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 말한다. 유형의 힘과 무형의 힘을 모두 포함한다. 따라서 물리적 폭력을 사용한 경우 뿐 아니라, 사회적, 경제적, 정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하다. 위력간음에 해당하는지 판단할 때에는 유형력의 내용과 정도, 행위자의 지위나 권리의 종류, 피해자의 정신상 장애의 정도, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위 태양, 범행 당시 정황 등 제반사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

[대구지방법원 김천지원 2013고합85]

■ 범죄사실

피고인은 피해자(22세, 지적장애 3급)와 교회에 함께 다니면서 알고 지낸 사이로, 피해자가 정상인보다 지능이 떨어지고 타인의 가벼운 강요, 지시 등에도 무기력하게 순응함을 이용하여 피해자를 유인하여 간음하기로 마음 먹고, 다음을 포함하여 피해자를 위력으로 3회 간음하였다.

1. 2011.12.25. 17:00경 집 부근 놀이터에서 놀고 있는 피해자에게 접근하여 “차에 탈래, 한 바퀴 돌아보자”며 피어 피고인의 승합차에 태우고 초등학교 후문 주차장으로 데려가 차문을 잠그고 조수석 의자를 뒤로 젖힌 후 피해자를 만지며 옷을 벗기려 하였으나 “싫다”고 말하며 반항하는 피해자로부터 거부당하자 “안 하면 안 된다, 해야 된다”고 말하면서 겁을 주고 피해자의 상의를 걷어올린 채 몸을 만지고 옷을 벗긴 채 피해자의 몸 위로 올라가 힘으로 눌러 움직이기 어렵게 한 다음 간음하였다.

2. 2012.1. 초순 17:00경 피해자의 집 부근에서 피해자에게 수차례 전화하였으나 전화를 받지 않자 “새마을 금고 앞에서 기다리겠다, 안 나오면 나올 때까지 괴롭히겠다”는 문자를 보내고 겁먹은 피해자를 집 밖으로 불러내어 승합차에 태우고 초등학교 후문 주차장으로 데려가 차문을 잠그고 피해자의 몸을 만지던 중 “하기 싫다, 하지 마라”고 거부하는 피해자에게 “남자 사귈 때까지 계속 할 거다. 따라다니겠다”라고 말하여 겁을 주고 피해자의 옷을 벗긴 후 몸 위로 올라가 힘으로 눌러 움직이기 어렵게 한 다음 간음하였다.

“① 피고인은 40대 성인 남성이고 피해자는 22세의 정신지체장애 3급의 여성인 점, ② 피고인은 피해자가 거부의사를 밝혔음에도 불구하고 “안 하면 안 된다, 해야 된다”, “남자 사귈 때까지 계속 할 거다. 따라다니겠다”라고 말하며 성관계를 요구하여 피해자로 하여금 피고인과의 성관계를 거부하지 못하도록 한 점, ③ 그 과정에서 피해자는 마지못해 피고인의 요구에 응한 결과가 되어버린 점 등을 종합하면, 피고인은 이 사건 범행 당시 비록 폭행, 협박을 행사하기에 이르지는 않았지만 피해자가 정신지체 장애가 있는 여성으로서 정상적인 어른 남자인 피고인의 반복적이고 집요한 요구를 거부하기 어려운 상황을 이용하여 끝내 피해자의 자유의사를 반하여 성교를 하기에 이르렀다 할 것이고, 이로써 피고인이 이 사건 범행을 실행하기 위하여 피해자의 의사를 제압하기에 충분한 세력을 이용함으로써 위력을 행사했다고 평가할 수 있다.”

■ 해설

피고인은 피해자와 성관계를 한 사실은 인정하였지만 위력을 사용하지는 않았다고 주장하였다. 법원은 피고인과 피해자의 연령, 피해자의 장애, 피고인이 간음을 시도하면서 피해자에게 했던 말과 그로 인하여 피해자가 마지못해 피고인의 요구에 응한 결과가 되어버린 점 등을 들어 위력을 인정하였다. 몸으로 눌러 피해자를 움직이기 어렵게 한 점 역시 위력으로 볼 수 있지만, 물리적 강제 외에도 위와 같이 ‘정상적인 어른 남자인 피고인의 반복적이고 집요한 요구를 거부하기 어려운 상황’을 이용하여 피해자의 자유의사를 제압한 것 또한 위력에 해당한다. 이 사건에서 법원은 장애인위력간음죄를 적용하여 징역 4년을 선고하였다.

[부산지방법원 2013고합44]

■ 범죄사실

피고인은 2012.8.4. 18:00경 자신이 운행하는 개인택시를 운전하던 중 버스 정류소에서 지적장애 2급인 피해자(20세)를 태우고 교회 야외주차장에 주차한 다음, 그곳은 인적이 드물고 피고인은 피해자보다 30살 이상 나이가 많으며 피해자가 지적장애가 있어 피고인의 요구를 거부하지 못한다는 점을 이용하여, 피해자에게 “공짜로 태워주었으니 뾰뽀해달라”고 말하면서 갑자기 입을 피해자의 입에 맞추고 피해자의 상의 안으로 손을 넣어 가슴을 만짐으로써 위력으로써 정신적 장애가 있는 피해자를 추행하였다.

“① 피해자는 당시 피고인을 처음 만난 사이였던 점, ② 피해자가 처음 만난 피고인의 요구에 순순히 응하여 자신의 입에 입을 맞추고 가슴을 만지는 것을 승낙하였다 것은 경험칙상 쉽사리 납득되지 아니하는 점, ③ 피고인은 피해자가 장애인임을 눈치채고 피해자를 태워 인적이 드문 야외주차장으로 운전하여 갔는데, 위와 같이 인적이 드문 장소에서 밀폐된 공간인 차량 안에 피고인과 단 둘이만 있는 경우 일반인이라도 겁을 먹을 수 있는 상황이라 할 것인 바, 피해자는 정신적 장애를 가지고 있어 이러한 상황에서 일반인보다 더 쉽게 겁을 먹었을 가능성이 있는 것으로 보이는 점, ④ 그러한 상황에서 피고인이 판시와 같은 추행을 하는 경우 정신적 장애가 있는 피해자로서는 피고인의 행동을 거부하거나 저지하기가 쉽지 아니하였으리라고 보이는 점, ⑤ 따라서 피고인이 별다른 협박이나 유형력을 행사하지 아니하였다 하더라도 피해자로서는 피고인의 위와 같은 일방적인 행위 자체가 ‘위력’의 행사로 느껴졌을 것인 점”

■ 해설

피고인은 피해자가 장애인임을 몰랐고, 피해자와 합의에 의해 성적 접촉을 한 것이며 위력을 행사한 적이 없다고 주장하였다. 법원은 피고인의 행동이 처음 만난 비장애인 여성에게 통상적으로 취할 수 있는 행동으로 보기 어렵고, 피해자는 지능지수 45 이하, 연령 6세 5개월, 사회성숙도 9.25세로 중증도 수준의 지적장애를 갖고 있고, 처음 만나는 사람이나 불편한 상황에 처하면 아무 말을 않는 선택적 함구증이 있어 처음 만나는 사람이라 하더라도 장애를 비교적 쉽게 알 수 있었을 것이라는 점 등을 들어 피고인이 피해자의 장애를 알았을 것이라고 보았

다. 위력이 없었다는 피고인의 주장에 대해서는, 피해자와 피고인의 관계, 처음 만난 관계에서의 경험칙, 인적이 드문 장소에서 밀폐된 공간 안에 단 둘이만 있는 상황이 피해자가 겁을 먹을 수 있는 상황이고 피해자가 거부하거나 저항하기 어려웠을 것이라는 점 등을 들어 위력을 인정하였다. 이 사건은 피고인이 별다른 협박이나 물리적 폭력을 행사하지 않았더라도 이와 같은 상황에서 피고인이 취한 일방적 행동 자체가 곧 위력으로 느껴졌을 것이라고 판단하였다. 이 사건은 장애인위력추행죄로 징역 8월이 선고되었다.

4) 장애인 준강간죄의 판단

(1) '장애로 항거불능인 상태'의 의미

장애인준강간이란 피해자가 신체적, 정신적 장애로 항거불능 또는 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 간음하는 것을 말한다. 신체적, 정신적 장애가 심하여 원하지 않는 성적 접촉에 저항할 수 없는 경우, 항거불능 상태가 쉽게 인정된다. 하지만 이런 경우에만 제한되는 것은 아니다. 즉 장애 정도가 심한 경우뿐 아니라 신체적, 정신적 장애가 주된 원인이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하는 것으로 본다. 또한 외부적으로 나타나는 지적 능력 뿐 아니라 정신적 장애로 인한 사회적 지능·성숙의 정도, 이로 인한 대인관계에서의 특성이나 의사소통능력 등을 전체적으로 살펴서 판단하도록 하고 있다.

피해자가 '항거불능' 상태에 해당한다고 볼 것인지 여부는 법원마다 판단의 편차가 있다. 피해자의 장애가 일정 수준 이상일 것을 요구하는 등 항거불능을 좁게 해석하려 하는 태도에 대하여 오랫동안 문제가 제기되었고, 2013년 성폭력처벌법 개정에서는 이 같은 문제를 해결하는 한 방법으로 '항거곤란'을 이용한 간음이 추가되었다. 따라서 피해자가 장애로 인하여 저항을 할 수 '없는' 정도에 이르지는 않더라도 피해자가 장애로 저항하기 '곤란한' 상태에 있음을 이용하여 간음하였다면 장애인준강간죄에 해당한다.

* 다음은 고등법원의 무죄 판결을 뒤집고 대법원에서 유죄를 인정한 사례이다.

[대법원 2005도2994]*

"신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음"이라 함은, 신체장애 또는 정신상의 장애 그 자체로 항거불능의 상태에 있는 경우 뿐 아니라 신체장애 또는 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하는 것으로 보아야 할 것이고, 그 중 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 항거불능인 상태에 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 피해자의 정신상의 장애의 정도 뿐 아니라 피해자와 가해자의 신분을 비롯한 관계, 주변의 상황 내지 환경, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 인식과 반응의 내용 등을 종합적으로 검토해야 할 것이다."

*부록 '주요판례 1' 참고

[대법원 2011도6907]*

장애인의 성적 자기결정권을 충실히 보호하고자 하는 구 성폭법 제6조의 입법 취지에 비추어 보면, 위와 같은 '항거불능인 상태'에 있었는지 여부를 판단할 때에는 피해자가 정신적 장애인이라는 사정이 충분히 고려되어야 할 것이므로, 외부적으로 드러나는 피해자의 지적 능력 이외에 그 정신적 장애로 인한 사회적 지능·성숙의 정도, 이로 인한 대인관계에서의 특성이나 의사소통능력 등을 전체적으로 살펴 피해자가 그 범행 당시에 성적 자기결정권을 실질적으로 표현·행사할 수 있었는지 여부를 신중히 판단하여야 한다."

법원에 따라서는 피해자의 장애가 중하지 않거나 피해자가 성관계의 의미를 이해하고 있다는 등의 이유로 피해자가 '장애로 항거불능인 상태'에 있지 않았다고 판단하는 사례가 있다. 이하에서는 무죄 판결이 드는 근거들과 마찬가지의 정황이 있었음에도 불구하고 유죄가 선고된 판례를 소개한다.

(2) 장애등급이 낮다

[춘천지방법원 속초지원 2012고합1]

■ 범죄사실

피해자(54세, 정신지체장애 3급)은 강원도 ○○에 있는 피고인의 집에서 2005.4.경부터 2011.3.경까지 세를 들어 살던 사람이다. 피고인은 중증도 지적장애를 앓고 있어 사회적 나이가 초등학교 2학년 이하인 피해자가 지적 장애로 인하여 항거불능의 상태에 있음을 이용하여 피해자를 간음하기로 마음먹고, 2008.5. 일자불상의 점심 무렵, 피해자(당시 49세)의 방에서 피해자의 남편이 병원에 간 틈을 이용하여 피해자에게 "내가 반찬도 만들어 주고, 담배도 사줄 테니 나와 한번 하자. 웃을 벗어보라"고 말하는 등 감언이설로 피해자를 꼬드겨 간음하였다. 2008.6. 일자불상의 점심 무렵 피해자의 방에서 같은 방법으로 항거불능의 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

"피해자는 결혼을 하여 청소를 하거나 국을 끓이는 등 집안일을 하기는 하나, 정신지체장애 3급의 장애인으로서 일상 생활을 영위하기 위해서는 타인의 도움 및 감독이 필요한 상태이고, 자신의 경험을 언어적으로 이해하고 표현하는 능력이 심히 지체되어 있을 뿐만 아니라 환경의 변화와 행동으로 인한 결과에 대한 사회적 이해와 판단력이 심히 지체되어 있는 상태이다. 피해자는 날짜와 숫자를 셀 줄 모를 뿐만 아니라 구체적인 시간 및 상황의 일관성과 논리성이 결여된 상태이다. 피고인도 수사기관에서 (...) 피해자가 지능이 떨어진다는 것을 알고 강제로 성관계를 하지 않아도 된다는 생각에 피해자를 유혹한 것이며, 일반인이라면 어림없지만 피해자는 정신장애가 있어 쉽게 넘어온 것이라는 취지로 진술하는 등 피해자의 지적능력이나 자기방어능력이 일반인의 수준에 미치지 못함을 인식한 것으로 보인다."

*부록 '주요판례 2' 참고

■ 해설

피고인은 성관계 당시 피해자가 항거불능 상태에 있지 않았다고 주장하였다. 이 피해자와 같이 지적장애 3급으로 장애등급이 낮은 경우에는 의사결정능력이 있다고 판단하는 사례가 있다. 그러나 이 사건의 법원은 장애등급 외에도 피해자의 일상생활능력, 의사소통능력 및 표현능력, 사회적 이해와 판단력의 지체, 구체적 시간 및 상황의 일관성과 논리성의 결여, 날짜와 숫자에 대한 이해도 등을 들어 피해자가 정신상의 장애로 항거불능 상태에 있었고 피고인이 이를 인식하고 이용하여 피해자를 간음한 것임을 인정하였다. 피고인은 장애인준강간죄로 징역 1년 6월을 선고받았다.

(3) 기혼, 임신 · 출산경험, 성경험이 있다

[서울남부지방법원 2011고합230]

■ 범죄사실

피고인은 서울 ○○아파트 ○○동에 거주하는 택시운전사로서, 2009. 9. 초순경 위 아파트의 상가 앞 길에서, 위 아파트 ○○동에 거주하는 피해자가 택시를 정차해 둔 채 승객을 기다리는 택시운전사들에게 스스럼없이 말을 걸고 발음이 정확하지 못하여 말이 어눌하며 질문에 제대로 대답하지는 못하면서 웃기만 하는 것을 보고 피해자가 정신지체 장애인이라는 사실을 알게 되었다. 피고인은 2009.9. 하순 06:00경 위 아파트 관리사무소 앞 길에서, 혼자 걸어가는 피해자를 불러 세워 택시에 태운 후 위 아파트 ○○동 옥상으로 피해자를 데리고 간 다음, 피해자에게 ‘우리 연애나 한 번 하자’고 하면서 피해자의 옷을 벗긴 후 간음하였으며, 이후 피고인은 2009.10. 초순에서 2010.1.21.까지 3회에 걸쳐 피해자와 피고인의 집에서, 피해자가 정신적인 장애로 항거불능 상태에 있음을 이용하여 피해자를 간음하였다.

“1) 피해자는 비록 결혼 및 출산 경험이 있지만, 정신지체 3급 장애인으로서, ○○센터의 종합평가의견서에 의하면 그 사회적 연령이 8.7세에 불과하여 자기방어 능력이 현저히 떨어지는 것으로 평가되었다. (...)”

라. 위 인정사실과 아울러 이 법정에 출석한 피해자의 진술태도와 내용 및 외모에 따르면, 피해자는 그 정신적인 장애로 인하여 심리적으로 반항이 현저히 곤란한 상태에 있었던 것으로 보이고, 피해자와 여러 차례 만나면서 대화를 나누고 연락을 주고받은 피고인으로서는 피해자의 말투나 행동 등에 비추어 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 쉽게 알 수 있었을 것으로 여겨지며, 위와 같은 성관계를 하게 된 경우, 장소 및 피고인이 피해자의 집에서 보인 행태 등에 비추어 피고인이 피해자와 사귀는 사이였다고 하기도 어려우므로, 피고인은 피해자가 정신적인 장애로 항거불능 상태에 있다는 것을 알고도 그러한 상태를 이용하여 피해자와 성관계를 하였음이 충분히 인정된다.”

■ 해설

피고인은 피해자와 성관계를 가진 일은 있으나, 피해자와 연인 사이로 서로 사귀는 과정에서 성관계를 한 것일 뿐, 피해자가 정신적인 장애로 항거불능 상태에 있음을 알고 그러한 상태를 이용하여 피해자와 성관계를 한 것은 아니라고 주장하였다. 이 사건과 같이 피해자가 결혼한 적이 있거나 임신, 출산경험이 있는 경우, 또는 성경험이 있는 경우 성관계의 의미를 이해할 능력이 있다고 판단하기도 한다. 그러나 이 사건 법원은 피해자가 결혼 및 출산 경험이 있더라도 지적장애로 인하여 자기방어능력이 현저히 떨어지며 피고인도 피해자의 장애를 알고 있었던 것으로 인정된다고 하여 유죄를 인정하였다. 피고인은 장애인준강간죄, 상해죄로 징역 3년을 선고받았다.

(4) 성폭력 경험이 있다

[수원지방법원 2013고합747]

■ 범죄사실

피해자(24세)는 ○○대학교 심리평가검사결과 IQ 59로 정신지체 3급에 해당하며 어릴 때부터 사촌오빠 등으로부터 지속적으로 성폭행을 당하여 성적 자기결정권을 행사하는 것이 미약한 자이고, 피고인은 피해자와 동거하는 ○○의 선배로서 피해자의 사리분별능력이 부족하다는 것을 이용하여 ○○이 없는 틈을 타 피해자를 간음하기로 마음먹었다.

피고인은 2013.9.8. 04:00경 피해자와 ○○의 주거인 수원시 ○○원룸 ○○호에서 피해자 및 피해자의 사촌과 술을 마신 뒤 피해자의 사촌이 집으로 돌아가 피해자 및 피해자의 3살 된 딸만 남게 되자 피해자의 바지를 벗기고 성관계를 요구하던 중 피해자가 이를 거부하였음에도 무시하고 피해자를 간음하였다. 이후 피고인은 2013.9.9. 10:00경, 2013.9.17. 14:00경 피해자의 주거지에서 피해자의 거부를 무시하고 정신적 장애로 항거곤란 상태에 있음을 이용하여 피해자를 간음하였다.

“피해자는 (...) 정신지체 3급에 해당하며 어릴 때부터 사촌오빠 등으로부터 지속적으로 성폭행을 당하여 성적 자기결정권을 행사하는 것이 미약한 자 (...)"

■ 해설

피해자가 과거에 다른 사람으로부터 성폭행을 당한 경험이 있을 경우, 과거의 경험은 이후 유사한 상황에 대한 대처 능력에 영향을 미칠 수 있다. 예를 들어 저항하였으나 별다른 효과가 없었거나 저항으로 인해 더 큰 폭력을 경험하였다면 성폭력에 쉽게 순응적인 태도를 보이게 될 수 있는 것이다. 하지만 성폭행 경험을 피해자의 성경

험으로 이해하는 태도를 보이는 재판부도 있다. 성폭행 경험의 부정적인 영향을 간과하고, 피해자에게 이미 성경험이 있으므로 성관계의 의미도 이해할 수 있을 것이라는 판단을 하는 것이다. 그러나 이 사건의 법원은 피해자가 어릴 때부터 지속적인 성폭행 경험이 있다는 사실을 ‘성적 자기결정권 행사가 미약’ 한 근거로 삼아 유죄를 인정하였다. 피고인은 장애인준강간죄, 다른 피해자에 대한 폭행죄로 징역 5년을 선고받았다.

(5) 성교육을 받았다, 성 관련 지식이 있다

[서울중앙지방법원 2011고합1245]*

■ 범죄사실

피고인은 인터넷 채팅사이트 ○○○를 통해 알게 된 피해자가 3급 정신지체장애인으로서 말, 행동 등에 비추어 일반인과 달리 사리분별 능력이 부족하고, 정신적으로 문제가 있음을 알고 이를 이용하여, 2011.7. 하순부터 2011.9.4.까지 서울 관악구, 금천구 등지에서 뒷좌석을 숙식용으로 개조한 피고인 차량의 뒷좌석에서 피해자를 뒷좌석 바닥에 눕힌 상태로 간음하는 등 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 6차례에 걸쳐 피해자를 각 간음하였다.

“특히 피해자의 성에 대한 인식의 정도와 관련하여, ① 위에서 본 피해자의 지적 능력 등에 비추어 보면 피해자는 판시 범행 당시 7세 정도의 지적수준으로, 성에 대한 지식이나 의식 수준도 낮을 뿐 아니라 성관계가 가지는 의미도 이해할 수 없는 것으로 보이며, 언어성 지능이 38점 수준에 불과하여 성에 대한 의식이나 관념을 이해하기도 어려워서 피고인이 성관계를 시도하거나 피고인으로부터 성관계를 요구받을 경우 이에 대한 거부의사를 명확하게 표현할 수 없는 상태에 있었다고 보이는 점, ② 학교에서의 성교육이 간헐적으로 이루어지고, 그 내용도 추상적이어서 피해자가 성교육을 충실히 받을 기회가 적었으며, 피해자의 지적능력으로는 그 내용을 이해하기도 어려웠을 것인 점, ③ 피해자는 성기 등과 같은 신체부분 및 다른 기관의 명칭을 명확하게 구분하지 못하고, 단순한 신체접촉과 추행을 구분하지 못하고 있는 점, ④ 피해자는 채팅을 통해서 만난 사람으로부터 성관계 등을 요구받거나 당하는 경우 그 의미를 이해하지 못할 뿐 아니라 추행, 강간 또는 성폭력의 의미를 추상적으로만 이해하고 있기 때문에 성교육의 내용처럼 낯선 사람에 의해 강제적으로 이루어지는 성폭력이 아니라 채팅 등을 통해 교류가 있었던 사람이 호의를 베풀면서 성관계를 요구하여 이루어지는 성폭력에 대해서는 성폭력이 아니라고 생각하였을 가능성도 큰 점, ⑤ 실제 피고인은 인터넷 채팅을 통해 피해자가 만 14세에 불과하다는 사실을 알았음에도 피해자에게 ‘사랑이란 성기를 빨아주고, 성기를 삽입하여 관계를 가지는 것’이라고 설명하기도 하였는데, 피해자도 이를 그대로 받아들여 피고인의 성기를 빨아주면서 여러 차례에 걸쳐 피고인과 성관계를 가짐으로써 피고인과 사랑을 하였다고 생각하는 점 등을 종합하면, 피해자는 성에 대한 기초적인 인식이나 관념이 없거나 희박하여 성적자기결정능력도 없었다고 봄이 상당하다.”

*부록 '주요판례 4' 참고

■ 해설

피고인은 피해자가 피고인과의 각 성관계 당시 정신상의 장애로 인한 항거불능 상태에 있지 않았고, 피해자의 말투, 행동 및 성관계 당시 피해자가 특별한 저항을 하지 않는 점 등에 비추어 피해자를 정상적인 여자로 인식하여 피해자와 동의하에 성관계를 하는 것으로 알았으며, 피해자에게 지적장애가 있다는 사실을 몰랐고, 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 피해자를 간음하지 않았다고 주장하였다.

법원은 피해자의 지능지수, 사회지수, 사회연령, 상황판단력 및 사고력, 언어이해력 및 단어구사력, 문장력이 떨어진다는 점을 지적하고, 특히 피해자가 동작성 지능에 비해 언어성 지능이 현저히 떨어지는 것은 초등학교 5학년 경 의붓아버지로부터 성폭행을 당한 데 원인이 있기도 하다고 보았다. 이 사건 피해자는 성교육을 받은 적이 있는데, 피해자가 성교육을 받은 경험이 있을 경우 성에 대한 지식이 있고 원치 않는 성적 접촉에 저항할 능력이 있다고 보아 항거불능을 부정하는 사례가 있다. 하지만 성교육 경험이 언제나 교육 효과를 보증하는 것은 아니고, 교육을 받았다고 하여 효과적으로 저항할 능력이 생긴다고 보기도 어렵다. 이 판결은 성교육이 간헐적으로 이루어지고 그 내용도 추상적이어서 충실한 교육 기회가 적었을 것이고 피해자가 그 내용을 이해하였을 것으로 보기도 어렵다고 하여, 성교육 경험과 성에 대한 지식을 직접적으로 연관시키지 않았다. 그 대신 성폭력에 대한 이해도, ‘사랑’에 대한 피해자의 인식 등을 살펴, 범행 당시 피해자는 성적 자기결정능력이 없었다는 결론에 이르렀다. 피고인은 피해자에 대한 장애인준강간죄, 역시 지적장애인인 다른 피해자에 대한 장애인준강제추행죄의 유죄로 징역 4년을 선고받았다.

(6) 일반 중 · 고등학교, 대학교에 다녔다

[서울고등법원 2009노1353]

■ 범죄사실

피고인은 2009.1.29. 12:40경 의정부시 ○○동 ○○아파트 ○○○동 ○○호에 있는 피고인의 집에서, 옆집에 살고 있던 정신지체 2급 장애인인 피해자(24세)가 열쇠가 없어 집으로 들어가지 못한다며 피고인의 집으로 들어오자, 피해자의 정신상의 장애를 이용하여 피해자를 추행하기로 마음먹고, 피해자를 그 곳 거실 소파에 눕게 한 다음 피해자를 추행하고, 피해자를 승용차에 태워 포천시 ○○○리에 있는 ○○모텔로 데려간 다음, ○○모텔 ○층 호실을 알 수 없는 방에서 피해자의 옷을 벗기고 피해자를 씻긴 후 침대에 눕히고 피해자가 정신상의 장애상태로 인하여 항거불능의 상태에 있음을 이용하여 피해자를 1회 간음하였다.

"피해자의 여동생이 경찰에서 피해자가 정상인이라고 진술하였으나 이는 피해자가 위와 같이 피해 장소 등을 사실과 다르게 말한 경위 등을 조사받으면서 피해자 진술의 신빙성을 높이고자 하는 의도에서 그와 같이 진술한 것으로 보이고, 피해자가 ○○대학 사회복지과를 입학하여 졸업한 사실은 인정되나 피해자가 특별전형 등으로 입학하고 피해자의 장애 상태를 고려하여 학교 당국으로부터 학교생활에 일정한 배려를 받았을 가능성을 배제할 수 없어 대학 졸업 사실만으로 피해자가 정상적인 사회생활을 하였다고 보기 어렵다."

■ 해설

피고인은 피해자가 범행 당시 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있었다고 볼 수 없다고 주장하였다. 피해자가 특수학교나 특수학급이 아닌 일반중·고등학교, 일반학급을 다녔고 특수학급으로의 이동을 거부하였거나 더 나아가 대학에 진학한 때에는 피해자의 지적장애가 부인되어, 성폭력에 저항 가능한 상태였다고 판단하기도 한다. 그러나 지적장애인인 일반학교, 일반학급, 대학교를 다니는 경우 비장애인과 다른 지원을 받는 경우가 많고, 장애인이라는 낙인을 회피하기 위하여 특수학교 대신 일반학교를 선택하기도 한다는 점에서, 비장애인과 같은 과정의 교육을 이수하였다는 점만으로는 장애를 부정하기에 부족하다고 보아야 할 것이다.

이 사건 법원 또한 피해자의 대학 입학이 특별전형에 의한 것이었으며 학교를 졸업할 때까지 학교생활에 일정한 배려를 받았을 가능성을 배제하기 어렵다고 하면서 피해자의 학력을 장애를 부인하는 근거로 삼지 않았다. 피고인은 장애인준강간죄, 장애인준강제추행죄로 징역 1년 6월을 선고받았다.

(7) 직업을 가진 적이 있다

[서울고등법원 2011노800]

■ 범죄사실

피해자(17세)는 지능지수 45가량의 정신지체 2급 장애인으로 의붓아버지와의 성관계 및 그 임신에 대한 의미를 전혀 이해하지 못하고, 성폭행에 대한 의식 자체가 전혀 없으며, 오히려 성폭행을 타인과의 관계로부터 친밀감을 느끼고 애정과 관심을 받을 수 있는 것으로 인식하고 있었다.

피고인은 피해자의 이러한 상태를 이용하여 2006년경부터 피해자의 모 김○○의 눈을 피해 피해자를 수회 추행하거나 간음하여 오던 중, 2009.10.4. 경 대구 수성구에 있는 상호불상 모텔에서 자신을 밀쳐내는 피해자에게 휴대전화기를 사주겠다고 하며 피해자와 2회 성교하여, 정신상의 장애로 인하여 항거불능 상태임을 이용하여 피해자를 간음하였고, 이후 2009.10.7.부터 2009.12.26. 경까지 4차례에 걸쳐, 성남시 ○○○의 집, 경기 ○○시 피고인의 집에서 피해자가 정신상의 장애로 인하여 항거불능 상태임을 이용하여 피해자를 간음하였다.

*부록 '주요판례 3' 참고

“원심은, ① 피해자가 이전에도 성관계 경험이 있어 그 의미 등에 대하여 나름대로 알고 있었고 성관계를 거절한 적도 있어 보이는 점, ② 피고인의 진술에 의하면 피해자가 껴안으려 하는 피고인을 하지 말라고 하면서 밀쳐냈고, 이에 피고인이 휴대전화기를 사주겠다고 하자 피해자가 성관계에 응하고 스스로 웃을 벗기도 했던 점, ③ 피해자는 목걸이 공장, 소파 공장에서 일을 하며 돈을 벌기도 했던 점 등에 비추어 피해자는 정신장애의 정도가 심신미약의 상태에 있는 것으로 보일 뿐 ‘정신상의 장애로 항거불능의 상태’에 있었던 것은 아니라는 이유로 공소사실을 무죄로 판단하였다. 그러나 (...) 위 사실관계에서 나타난 피해자의 지적능력, 성관계 자체를 자신에 대한 호의나 관심, 애정 등의 표현으로 왜곡하여 지각하는 성향, 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 간음행위 당시 행위 내용과 이후 태도 등에 비추어 보면, 지능이 45 정도에 불과한 2급 지적장애인인 피해자가 수년간 전적으로 의지하여 온 의붓아버지인 피고인으로부터 휴대전화 등을 받기로 하고 아무런 거리낌 없이 피고인이 요구하는 성관계에 계속적으로 응하며 출산까지 할 정도로 의붓아버지와의 성관계가 갖는 의미와 이에 수반될 부담을 전혀 알지 못하고 있었던 것으로 보이므로, 원심이 인정한 위와 같은 사정을 고려한다 하더라도 수년간 피해자를 돌보아 온 의붓아버지인 피고인과의 관계에 있어서 피해자는 정신상의 장애로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 항거불능의 상태에 있었던 것으로 봄이 상당하다.”

■ 해설

1심 법원은 피해자가 이미 성관계 경험이 있고 피고인에게 거부 의사 표시를 하였다가 피고인이 휴대전화를 사주겠다고 하자 스스로 응하였으며, 공장에서 일을 하며 돈을 벌기도 했던 점 등을 들어 항거불능의 상태에 있었던 것은 아니라고 하였다. 그러나 고등법원에서는 피해자의 지적능력과 성관계에 대한 피해자의 인식, 피고인과 피해자의 관계, 간음행위 당시 행위 내용과 이후 태도 등을 검토하여 피해자가 성관계의 의미와 부담을 알지 못하였던 것으로 보이며, 피고인에 대한 피해자의 의존적 관계로 보아 성적 자기방어가 불가능한 상태였음을 인정하였다. 피해자가 취업을 한 적이 있을 경우 이 사건의 1심 법원과 같이 의사결정능력이 미약한 수준일 뿐 항거불능의 상태까지는 아니라고 보는 사례가 있다. 하지만 소득활동이 성적 자기결정능력을 설명해주는 것은 아니다. 또한 소득활동은 교육 실습의 일환으로 수행되기도 하고, 단순반복적인 작업만이 주어지거나 업무에 직장의 지원이 수반되기도 하기 때문에 취업 경험이 일정한 정도의 지적 능력을 담보한다고 보기도 어렵다. 이 사건은 1심에서 미성년자 유인죄만이 인정되었다가 2심에서 장애인준강간죄가 추가로 유죄로 판단되면서 징역 3년 6월이 선고되었다.

(8) 성관계를 거절한 적 있다

[서울남부지방법원 2012고합82]

■ 범죄사실

피고인은 2011.8.16. 23:00경 ○○라는 게임을 할 수 있는 인터넷 사이트에서 지적장애 2급인 피해자(20세)를 처음 알게 되었다. 피고인은 피해자와 채팅을 하면서 자신의 전화번호를 알려주고 치킨을 사준다면 서울 양천구

○○동 자신의 주거지 앞으로 오도록 유인하여 자신이 운전하는 화물차량에 피해자와 함께 옮겨 탄 후 서울 구로구 ○○동에 있는 ○○○모텔로 데리고 들어갔다. 피고인은 모텔 객실에서 2011.8.17. 04:00경 피해자에게 '우리 그거 하자'라고 말하면서 피해자의 윗도리와 바지를 벗겨 성관계를 하려고 하자 이에 피해자가 불안감을 느끼고 싫다고 말하였으나, 피고인은 피해자에게 '조용히 해, 입 다물고 있어'라고 말하며 겁을 주었다. 이에 피해자는 정신적인 장애로 인하여 겁을 먹고 더 이상 자신의 거부의사를 표현하지 못하고 항거불능인 상태에 있게 되자, 피고인은 이를 이용하여 피해자의 옷을 강제로 벗기고 피해자를 간음하였다.

"② 피해자는 앞서 본 바와 같은 지적 장애로 인한 자기방어와 보호능력의 부족으로 피고인이 간음을 시도할 당시 미숙한 행동 방식으로 상황에 대처하였을 가능성이 높아 보이는 점, ③ 실제로 피해자는 성관계를 시도하려는 피고인에게 거부의사를 표시하다가 '조용히 하라'는 피고인의 말을 듣고 더 이상 거부의사를 표시하지 못하였는데, 위와 같은 피해자의 지적 장애로 인한 특성에 비추어 보면 피해자가 정상인과 같은 성관계 거부에 대한 의사표현이나 거부 행동을 지속적으로 하기는 곤란하였던 것으로 보이는 점, ④ 그 밖에 피해자의 지적능력이나 문제해결능력, 지적장애인의 특성, 간음행위 당시의 피고인 및 피해자의 행위 내용과 태도 등을 종합하여 보면, 피고인은 지적장애로 인한 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다고 할 것이다."

■ 해설

피고인은 인터넷 채팅으로 피해자를 만나 피해자를 곧바로 모텔로 데려가 간음하였다. 피해자는 성관계를 하려고 하는 피고인에 대하여 불안감을 느끼고 싫다고 말하였지만, 피고인이 '조용히 해, 입 다물고 있어' 라며 겁을 주자 더 이상 거부 의사를 표시하지 못하였다. 피고인은 피해자의 지적장애를 알지 못하였고 합의 하에 성관계를 한 것이라고 주장하였다. 법원은 피해자가 지적장애로 인하여 거부 의사 표현이나 거부 행동을 지속적으로 하기는 곤란했던 것으로 보이고, 상황 대처 또한 미숙하였을 가능성이 높다고 보면서, 피해자가 지적장애로 항거불능의 상태에 있었음을 인정하였다. 피고인은 장애인준강간죄로 기소되어, 1심에서 징역 2년 6월을 선고받았다.

이 판결은 피해자가 거부 의사 표현을 한 사실이 있더라도 피해자에게 '판단 능력이 있다'거나 '거부할 수 있는 능력이 있다'고 하여 항거불능을 부정하는 것이 적절하지 않음을 보여준다. 피해자가 실질적으로 유의미한 저항을 할 수 없었다면 단순한 거부 의사 표현이 있었더라도 '항거불능'에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

5) 피해자 진술의 신빙성 판단

(1) 판단 기준

아동 성폭력피해자의 진술의 신빙성을 판단할 때에는 질문자에 의한 피암시성, 상상과 현실의 혼동 가능성, 기억내용의 출처를 인식하지 못할 가능성 등을 고려하여야 하며, 피해자의 연령, 진술과 사건 발생일 사이의 간격, 제3자가 피해자에게 영향을 주었을 가능성, 진술의 일관성, 명확성, 구체성, 비정형성 등을 종합적으로 살펴도록 하고 있다. 법원은 성인인 지적장애인에 대해서도 아동 피해자의 신빙성 판단과 같은 사항을 검토하도록 요구한다.

[서울고등법원 2011노1862]

“증거로 제출된 성범죄 피해 아동이 수사기관에서 한 진술의 신빙성을 판단함에 있어서는 아동의 경우 질문자에 의한 피암시성이 강하고, 상상과 현실을 혼동하거나 기억내용의 출처를 제대로 인식하지 못할 가능성이 있는 점 등을 고려하여, 아동의 나이가 얼마나 어린지, 그 진술이 사건 발생일로부터 얼마나 지난 후에 이루어진 것인지, 사건 발생 후 그러한 진술이 이루어지기까지의 과정에서 최초로 아동의 피해 사실을 청취한 보호자나 수사관들이 편파적인 예단을 가지고 아동에게 사실이 아닌 정보를 주거나 반복적인 신문 등을 통하여 특정한 답변을 유도하는 등으로 아동 기억에 변형을 가져올 여지는 없었는지, 그 진술 당시 질문자에 의하여 오도될 수 있는 암시적인 질문이 반복된 것은 아닌지, 면담자로부터 영향을 받지 않은 아동 자신의 진술이 이루어진 것인지, 법정에서는 피해사실에 대하여 어떠한 진술을 하고 있는지 등을 살펴보아야 하며, 또한 수사기관에서의 진술내용에 있어서도 일관성이 있고 명확한지, 세부내용의 묘사가 풍부한지, 사건·사물·가해자에 대한 특징적인 부분에 관한 묘사가 있는지, 정형화된 사건 이상의 정보를 포함하고 있는지 등도 종합적으로 검토하여야 하고(대법원 2008.7.10. 선고 2006도2520 판결 참조), 이는 정신장애로 인하여 지적능력이 아동의 수준에 있는 피해자의 진술의 신빙성을 판단함에 있어서도 동일하게 요구된다고 할 것이다.”

(2) 진술의 비일관성

[서울남부지방법원 2010노1241]

■ 범죄사실

피고인은 2009.5.30.부터 서울 ○○에 있는 피고인의 주택 지하 1층에 월세로 거주하고 있는 피해자(45세)가 정신지체로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 사실을 알고 이를 이용하여 피해자를 간음하기로 마음먹고, 2009.6.1. 10:00경 피해자의 거주지에 이르러 소지하고 있는 열쇠로 시정되어 있는 출입문을 열고 들어가 그곳에서, 출입문을 잠그고 피해자를 손으로 밀쳐 방 안으로 들어가게 한 후 방바닥에 넘어뜨린 후, 계속하여 피고인은 강제로 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 몸 위에 올라가 피해자와 1회 간음하여 위력으로써

심신미약자인 피해자를 간음하였다. 이후 2009.6.2. 1:00경, 2009.6.5. 13:00경 각기 피해자의 주거지, 상호불상의 여관에서 위력으로써 심신미약자인 피해자를 간음하였다.

“피해자의 진술만이 피고인의 혐의에 대한 유일한 증거일 경우 지적장애인인 피해자의 진술이 일관되지 못하다거나 명료하지 못하다는 이유만으로 쉽게 그 신빙성이나 증명력을 배척하는 것은 타당하지 못하고, 그 진술의 내용과 함께 피고인과 피해자의 관계, 진술이 이루어진 시기, 장소, 진술의 경위, 피해자의 지적 능력, 기타 주변 정황 등 제반 사정을 모두 종합하여 신중하게 그 진술의 신빙성이나 증명력 유무를 판단하여야 할 것이다.”

■ 해설

수사기관에서 법원에 이르기까지 피해자가 증언이 일관되어 있다면 진술의 신뢰도는 상승하게 된다. 하지만 피해자의 지적능력, 기억의 퇴색, 외부로부터의 영향, 수사와 재판의 자연, 신문의 반복 등 다양한 요소로 인하여 범행의 기억은 일부 사라지기도 하고 각색되기도 한다. 따라서 모든 진술에 대해 완전한 일관성을 요구하기는 어렵다.

이 사건은 1심에서 범행 일시와 장소를 명확히 진술하지 못하고 피고인으로부터 당한 폭행, 협박 등 유형력에 관하여도 그 구체적인 경과나 내용을 제대로 진술하지 못하였으며, 자신의 주관적 의견이나 판단과 타인과의 관계에서 오고간 대화내용이나 관계 설정을 제대로 구분하지 못하였고, 따라서 피고인과의 성관계 내용이나 그 경위에 관하여 구체적인 설명 자체가 불가능한 상태에 있는 점 등을 인정한 다음, 피고인과의 성관계를 알게 된 가족 등 제3자와의 접촉 과정에서 사실과 다르게 영향을 받았을 가능성, 피고인에 대한 좋지 않은 감정이 조사 시 답변의 내용에 영향을 끼쳤을 가능성, 피해자 스스로 자신의 진술의 객관적 의미를 이해하면서 위와 같은 진술이나 답변을 하였다고 보기도 어렵다는 점 등을 들어 무죄를 선고하였다.

그러나 고등법원은 피해자가 범행 당시의 구체적 상황에 대한 진술이 다르기는 하지만 폭행이나 협박이 있었느냐는 질문에는 일관되게 그런 일은 없었다고 답변하고 있고, 장소, 시간, 횟수에 대한 기억은 잘 못하지만 상대방에 대해 싫고, 좋고의 감정은 분명히 알고 있고, 피고인을 무고하기 위해 적극적으로 거짓말을 할 만한 정신적 능력이 되지 않는 점 등을 종합하여볼 때 피고인이 피해자의 의사에 반하여 피해자를 눕힌 다음 간음한 사실은 넉넉히 인정된다고 하면서, 무죄를 선고한 원심을 파기하고 심신미약자간음죄로 징역 10월을 선고하였다.

이처럼 진술에 일관성이 없는 경우, 법원은 주로 다음의 세 가지 요소를 판단한다.

- ① 진술의 주요 부분에 일관성이 있을 것
- ② 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없을 것
- ③ 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 이유가 분명히 드러나지 않을 것

(3) 타인의 영향을 받았을 가능성

[대전고등법원 2012노412]

■ 범죄사실

피고인은 2005.3.1.경부터 천안시 ○○구 ○○에 있는 공립특수학교인 ○○학교의 목공 담당 교사로 근무하면서 2009.경부터 위 학교 기숙사 사감으로도 근무하였고, 지적장애 1급의 장애가 있는 학생인 피해자는 2005.경부터 위 학교에 다니면서 2008.경부터 2010.경까지 주 1회 피고인으로부터 고등부 목공수업을 받으면서 계속 기숙사에서 생활하였다. [다른 피해자에 대한 범죄사실 생략] 피고인은 피해자들이 피고인으로부터 목공수업을 받거나 기숙사 생활을 하면서 자신의 지도 및 보호, 감독을 받고 있음을 기화로, 피해자들이 정신장애로 인하여 사물변별 능력이나 의사표현 능력이 미약함을 알고 이를 이용하여 피해자들을 추행, 간음하기로 마음먹었다. 피고인은 2010.학기 중 여름 일자불상경 금 1,2교시 목공수업시간에 목공실에서 목공수업 중 학생들에게 영화를 보여주는 동안 피해자(당시 18세)를 불러내어 무릎에 앉히고 추행하였다. 또한 2011.3.경부터 같은 해 10.경 까지의 기간 중 일자불상경 기숙사생 취침시간인 21:00 이후 기숙사 ○○호 생활실 내 피해자가 기거하는 방에 몰래 들어가 같은 방을 사용하는 다른 학생들이 모두 잠든 틈을 이용하여 피해자(당시 19세)의 옆에 누워 피해자에게 귀속말로 “엄마, 아빠, 선생님한테 말하면 죽인다”는 등으로 협박하면서 피해자의 옷을 벗기고 간음하였다.

“수사기관에서 피해자들에 대하여 직접질문, 유도질문 또는 암시질문으로 비칠 만한 질문을 사용한 예가 전혀 없지는 않지만 아래에서 보는 바와 같이 그러한 질문을 사용한 것은 피해자들의 낮은 지능으로 인한 언어장애 등을 감안할 때 불가피한 조치로 보일 뿐 수사기관이 피고인을 음해할 의도로 불필요한 유도질문 등을 사용하고 있다고 보이지 않는다. 게다가 피해자들은 아래에서 보는 바와 같이 그러한 유도질문에 대한 영향을 극복하는 모습을 보이고 있기도 하므로 (...)”

피해자 C는 조사과정에서 다음과 같이 유도성, 암시성 질문의 영향을 극복하는 모습을 보이고 있다.

문: 목공 시간에 조립을 해? 답: 아니요. 목공실에서는 그 뭐지, 책꽂이 만들고 조립시간 따로 있어요.

문: 그래서 손으로 쓰다듬었어? 답: 만졌어.

문: 어, 요렇게 쓰다듬었어. 어떻게 만졌어? (조사자가 오른손으로 쓰다듬는 행동을 함) 답: 이렇게 만졌어.(왼손으로 주물럭거리는 행동을 함)

문: X가 선생님한테 말하지 말라고 했어? 답: 아니요. 문: 그러면은? 답: 그거 들킬까봐. 들킬까봐 말을 안 했어요.”

■ 해설

이 사건은 특수학교 목공담당 교사가 학생들을 추행, 간음하였다는 혐의로 기소된 사건으로, 피고인은 공소사실을 전면 부인하고 피해자들이 거짓말을 하거나 다른 사람의 피해사실을 피고인으로부터 당한 것으로 오인하여 진술한 것이라고 주장하였다. 때문에 피해자들의 진술이 얼마나 신빙성이 있는지가 주요한 논점이 되었다. 1심

법원은 혐의의 일부를 인정하여 징역 20년을 선고하였다. 피고인은 1심의 결과에 대해 항소하면서 성폭력범죄에 대한 부정적 사회여론에 쫓겨 유도질문과 암시질문을 사용한 위법한 수사에 기반하여 공소가 제기된 것이라고 주장하였다.

2심 법원은 진술 내용이 다소 두서가 없고 산발적이기는 하지만 주된 내용에서는 일관성이 있고, 구체적인 정보를 담고 있으며 객관적 정황과도 부합한다고 판단하였다. 또한 피해자들의 장애로 인하여 유도질문이나 암시질문은 불가피한 조치로 보일 뿐 아니라 피해자들이 조사자의 질문을 부정하는 답변을 하거나 중요 정보를 자발적으로 추가하기도 한 점을 보아, 유도질문과 암시질문의 영향을 극복하고 있다면서 신빙성을 인정하였다. 2심 법원은 심신미약자추행죄, 집단·흉기등협박죄, 장애인준강간죄 등을 적용하여 징역 15년을 선고하였다.

(4) 범행일시, 장소의 불명확

[서울남부지방법원 2012고합398]

■ 범죄사실

피고인은 2011.1.30. 경 인천 ○○동에 있는 피고인의 친구 사무실로 ○○라는 인터넷 카페에서 알게 된 피해자를 불러 피해자(지적장애 2급)이 그곳에 도착하자마자 피해자에게 인상을 쓰면서 “옷을 벗어”라고 말하여 이에 겁을 먹은 피해자가 옷을 벗자 피고인도 바지를 벗고 정신적인 장애로 인하여 항거불능상태에 있는 피해자를 간음하였다. 그 후 2011.5. 중순경 인천 부평역 부근에서 피해자를 만나 그 근처 여관으로 피해자를 끌고 가 호실 불상의 객실에서 피고인의 말에 따르지 않으면 혼이 날 것이라 생각하며 겁을 먹고 있는 피해자에게 강제로 입맞춤을 한 뒤 피해자의 옷을 벗기고 정신적인 장애로 인하여 항거불능상태에 있는 피해자를 간음하였다.

“피해자들에게 지적장애가 있기는 하나 자신이 경험한 일을 표현할 정도의 언어구사 능력은 있는 것으로 보이고, 위 피해자들이 경험한 사실 자체도 비교적 단순한 것이어서 위 피해자들에게 지적장애가 있다고 하더라도 별다른 어려움 없이 이를 이해하면서 그 내용을 표현할 수 있는 범위 내라고 보인다. 한편, 경찰조사 당시 위 피해자들이 일시를 일부 특정하지 못한 부분이 있기는 하나, 이는 지적장애로 인하여 날짜와 시간의 개념이 불완전한 위 피해자들의 제한된 의사소통 능력 때문인 것으로 보이고, 그러한 점만으로는 위 피해자들의 진술의 신빙성을 부정하기 어렵다.”

■ 해설

피고인은 합의하에 성관계를 가진 것이라고 주장하였다. 피해자는 일부 범행에 대해서는 일자를 특정할 수 있었지만 다른 범행은 정확한 날짜를 기억하지 못하였다. 법원은 일시가 특정되지 않은 것이 지적장애로 인하여 날짜와 시간 개념이 불완전한 피해자의 제한된 의사소통 능력 때문이어서 일시 불특정만으로 피해자의 진술의 신빙성을 부정할 수 없다고 하였다. 법원은 피고인이 여러 명의 피해자에 대하여 장애인준강간죄, 강간죄, 강제추행죄, 사기죄 등을 저질렀다는 혐의를 인정하고 징역 10년을 선고하였다.

[부산고등법원 창원부 2013노124]

■ 범죄사실

피고인은 ○○택시 운전기사로서 택시운전 영업을 하면서 알게 된 피해자(15세)가 언어·뇌병변 3급 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 사실을 알고 이를 이용하여 피해자를 간음하기로 마음먹고 2012년 6월말 내지 7월초 시간불상경 피해자에게 “주변을 구경시켜주겠다”라고 말하여 피해자를 피고인 운전의 ○○택시에 태워 ○○저수지 주변 인적이 드문 도로로 데려간 다음 택시를 주차한 후 피해자를 간음하였다.

“변호인은 범행이 발생한 ○○저수지 부근의 구체적인 장소를 피해자가 기억해 내지 못한 점, 피해자의 부가 피해자와 성관계를 가진 사람들을 상대로 합의를 하는 과정에서 거액의 돈을 받았고 이러한 상황이 피해자에게 영향을 미친 점, 피해자는 경제적으로 궁박한 상황에서 피고인이 빌려준 돈 12,000원을 달라고 하자 피고인이 피해자를 간음하였다고 허위로 진술한 것으로 보이는 점 등을 이유로 피해자의 진술은 신빙성이 없다고 주장한다. 그러나 (...) ① 피해자는 2012.7.31. 경찰에서 최초로 피고인의 범행事實을 진술할 당시 이 사건 이외에 다른 사람들로부터의 여러 건 피해를 당한 사실에 관하여도 진술하였고, 그 중에도 구체적인 범행 장소 또는 시간을 기억하지 못한 경우가 있었던 점, ② 여러 사람으로부터 여러 차례에 걸친 피해를 진술하면서 일부 범행에 대해 범행 장소를 정확하게 기억하지 못하는 것 이 오히려 자연스러워 보이고, 만약 허위로 진술하려 하였다면 범행 장소를 구체적으로 특정하여 진술하였을 것으로 보이는 점 (...)"

■ 해설

이 사건에서 피해자는 범행 날짜 뿐 아니라 장소도 명확하게 특정하지 못하고 ‘○○저수지 부근’이라고만 하였다. 피고인은 구체적 장소를 기억하지 못하므로 피해자의 진술에 신빙성이 없다고 주장하였다. 법원은 피해자가 여러 사람으로부터 여러 차례에 걸쳐 입은 피해를 진술하였기 때문에 범행 장소를 정확히 기억하지 못하는 것이 오히려 자연스럽고, 허위진술이었다면 장소를 특정하였을 것이라고 하면서 협의를 인정하고 장애인간음죄로 징역 2년을 선고하였다.

이상의 사건들 같이 범행 일시나 범행 장소가 구체화되지 않은 경우 피고인의 방어권 행사가 어려운 점을 들어 무죄가 선고되는 사례가 적지 않다. 하지만 숫자나 날짜 개념의 부족이나 기억의 쇠퇴, 의사소통능력 부족 등으로 인하여 일시와 장소를 특정할 수 없는 경우가 많다. 또한 위 사건과 같이 장애인 피해자는 여러 명으로부터 반복적인 피해를 입는 경우가 많은데, 피해가 반복적일수록 정확한 기억을 하기는 어려워진다. 따라서 일시나 장소가 명확히 특정되지 않더라도 그러한 특성이 피해자의 장애에서 비롯된 것인지 여부를 면밀히 살펴야 할 것이다.

(5) 공개된 장소, 낮 시간대의 범행

[대전지방법원 2012고단3890]

■ 범죄사실

피고인은 ○○라는 장애인보호시설에서 장애인들을 출퇴근시키는 일을 하고 있다. 피고인은 2011.2. 일자미상 경 대전 중구 ○○동 번지 미상 노상에서 자신이 운전하는 봉고차량 내에서 지적장애 1급 장애인인 피해자(25세)가 차량 뒷좌석에 혼자 앉게 되자 주먹으로 머리를 수회 때리고 발로 차고 피해자가 정신장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 피해자를 추행하였다.

“피해자는 정신지체 1급 장애인으로서 일반인에 비하여 사고와 언어능력이 떨어지기는 하나, 수사기관 및 이 법정에서 피고인으로부터 추행을 당한 부위 및 그 경위에 관하여 사건의 핵심 정보들을 일관되게 진술하는 한편, 진술 내용에 부합하는 적절한 감정반응을 강하게 드러낸 점, 피해자가 반복적으로 진술한 사건의 핵심 정보들은 타인에 의해 유도된 것이라고 보기에는 무리가 있을 정도로 생생하고 독특한 점, 피해자나 피해자의 가족이 피고인을 무고할 만한 특별한 사정은 보이지 않는 점 등에 비추어보면 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단된다.”

■ 해설

피고인은 범행을 부인하였다. 이 사건의 2심 법원은 피고인이 피해자가 거주하는 동네까지 도착하여 피해자를 집에 보내지 않고, 선팅이 되어 있지 않아 밖에서 차 내부가 식별이 가능한 것으로 보이는 봉고차량 안에서 피해자를 강제로 추행하였다는 것이 경험칙상 수긍하기 어렵다는 등의 이유로 무죄를 선고하였다. 그러나 1심 법원(위 인용 판결문)에서는 피해자의 진술에 신빙성이 있다고 보았고, 범행 장소가 비교적 공개된 장소여서 다른 사람에게 노출될 가능성이 있다는 점은 문제가 되지 않았다. 범행 시간대가 낮이거나 범행 장소가 다른 사람이 상시적으로 접근할 가능성이 있는 곳인 경우에는 진술의 개연성이 떨어진다고 판단하는 경우가 있다. 그러나 언제나 외부의 접근이 차단된 시공간에서만 성폭력이 일어나는 것은 아니다. 이 사건은 1심 법원에서 징역 1년 6월이 선고되었다.

(6) 피해자가 범행 후 스스로 가해자에게 연락

[의정부지방법원 2010고합338]

■ 범죄사실

고등학교 친구 사이인 피고인들은 피고인 A가 2010.5. 중순경 ○○리 부근에서 배달을 가던 중 우연히 길에서 만난 피해자(17세)가 정신지체 2급 장애인으로 사물의 변별 능력과 의사표현 능력이 미약하고, 평소 피해자가 정신지체로 인해 친구가 없는 상황에서 음식을 사주거나 친절하게 대해 주는 피고인들에게 호감을 가지고 있는

사실을 알고 이를 이용하여 피해자를 간음하기로 마음먹었다. 피고인들은 2010.5.27. 21:30경 ○○리 ○○에 있는 피고인 B의 아버지 소유의 컨테이너 박스에서 피해자와 함께 텔레비전을 보던 중 잠시 밖으로 나가 “피해자를 한번 따먹자”고 이야기한 후 다시 컨테이너 박스 안으로 들어가 피고인 A가 잠시 B에게 “둘이 이야기 좀 해야겠다, 자리 좀 피해 달라.”고 이야기하자 피고인 B가 밖으로 나갔다. 피고인 A는 그곳에서 피해자가 위와 같은 정신상의 장애로 항거불능인 상태를 이용하여 침대에 누워 있는 피해자의 상의를 걷어 올리고 하의를 벗긴 다음 피해자의 가슴과 성기를 만지고, “하지마”라고 이야기하며 몸을 비트는 피해자의 반항을 억압하고 피해자를 1회 간음하고, 피고인 B는 피고인 A가 성관계를 끝내고 밖으로 나오자 위 컨테이너 박스 안으로 들어가, 피해자가 위와 같은 정신상의 장애로 항거불능인 상태를 이용하여 침대에 누워 있던 피해자의 가슴을 만지고 “싫어”라고 이야기하며 몸을 비트는 피해자의 반항을 억압하고 피해자를 1회 간음하였다. 이후 2010.6.9. 21:30경 같은 장소에서 피해자를 불러내어 고기를 구워먹던 중 같은 방식으로 번갈아가며 피해자를 간음하였다.

피고인 B는 2010.5.25.를 비롯하여 3차례에 걸쳐 단독으로 동일하게 피해자를 간음하고, 성관계 후 음부 사진 3장을 촬영하였다.

피고인 C는 2010.5. 하순경 고등학교 친구 사이인 A로부터 “아는 동생이 있는데 애가 좀 어눌하니까 한번 따먹을 수 있으면 따먹어라, 애가 좀 떨어진다”는 이야기를 듣고 피해자를 소개받았는데, 피해자가 정신지체 2급 장애인으로 사물의 변별 능력과 의사표현 능력이 미약하고, 평소 피해자가 정신지체로 인해 친구가 없는 상황에서 음식을 사주거나 친절하게 대해 주는 피고인에게 호감을 가지고 있는 사실을 알고 이를 이용하여 피해자를 간음하기로 마음먹었다. 피고인은 2010.5.26. 02:00경 경기 ○○군 ○○읍 ○○리에 있는 ○○여관 ○○호에서 피해자가 위와 같은 정신상의 장애로 항거불능인 상태를 이용하여 피해자를 침대 위에 눕히고 피해자의 옆에 누워 피해자의 옷을 벗긴 다음, “오빠 왜 이래, 싫어”라고 이야기하며 몸부림을 치는 피해자의 반항을 억압하고, 피해자를 1회 간음하였다. 그 후 2010.6.1. 01:00경, 2010.6.8. 02:00경, 2010.6.8. 06:30경 3차례에 걸쳐 ○○모텔, 피고인 집 안방에서 피해자를 간음하였다.

“피해자는 지능지수가 45 미만이고, 사회연령은 9세인 중증도 지체장애에 해당하며, 정신적 지능이 초등학교 저학년 이하의 상태이고, 인지능력 및 의사판단 능력, 옳고 그름을 구별하는 능력이 부족한 사실, 피해자와 같은 정신적 장애를 가진 경우 자신에게 호의적인 태도를 취하는 대상에게 쉽게 친밀감을 느끼고 자신에게 관심을 갖는 것으로 지각하는 경향이 있는 사실, 피해자의 부친은 청각장애가 있고, 모친은 정신지체 2급의 장애가 있으며, 피해자의 언니들은 피해자와 떨어져 대학교에 다니고 있는 사실, 게다가 피해자에게는 친한 친구가 없고, 피해자의 집조차 인적이 많지 않은 곳에 있어 피해자는 극심한 외로움을 느끼고 있었던 사실, 피해자는 친밀한 관계에 대한 갈망이 있어 그러한 관계가 형성되었다고 느끼면, 그 관계에 집착하게 되며 그 관계의 단절에 대한 두려움을 가지게 되는 사실, 그로 인하여 피해자는 누구든지 자신에게 친절을 베풀 경우 그 사람에게 쉽게 복종하게 되고, 자신이 원하는 바와 원하지 않는 바를 분명하게 표현하기 힘든 상황에 처하게 되는 사실, 피고인들은 음식을 사 주고 친절하게 대하는 방법으로 쉽게 피

해자에게 접근하여 단기간에 걸쳐 총 10여 차례에 걸쳐 간음을 한 사실, 피해자는 피고인들의 간음에 대하여 싫다고 말하거나 몸을 비트는 등 가벼운 거부의 의사를 표시하였을 뿐 그 외에 별다른 저항을 하지 않았고, 간음 이후에도 피고인들의 주거에 그대로 머무르는 일이 많았으며, 심지어 피고인들이 이 사건 각 범행으로 수사를 받고 있는 도중에도 피고인들을 찾아간 사실을 인정할 수 있다.”

■ 해설

이 사건은 피해자와 이웃인 3명의 가해자가 1명의 피해자에 대하여 장애인준강간죄, 카메라이용촬영죄를 범하여 각 징역 2년6월, 집행유예 3년이 선고된 사례이다. 피해자는 성폭행 이후에도 범행 장소를 벗어나지 않고 그대로 머무르는 일이 많았고 범행 이후에도 지속적으로 피고인들을 만나 또 다른 성폭행을 당하였으며 수사가 진행되는 도중에도 피고인들을 찾아갔다. 이처럼 피해자가 범행 후에 스스로 피고인들을 찾아가는 행동이 ‘경험칙에 부합하지 않는다’고 하여 화간일 가능성이 있다고 보고 무죄를 선고하는 사례도 있다. 이는 피해자가 성폭행 이후에 피고인에게 두려운 마음을 갖게 되고 절대로 피해자 스스로 피고인을 찾아가지는 않을 것이라는 통념을 근거로 하여 피해자를 의심하는 태도를 반영하는 것이다. 하지만 이 사건 법원은 피해자의 관계 욕구와 보호망 부재, 자신에게 호의적인 태도를 취하는 대상에게 쉽게 친밀감을 느끼고 자신에게 관심이 있는 것으로 지각하는 지적장애인의 특성을 들어, 피해자의 이와 같은 행동이 오히려 장애로 인한 항거불능의 상태를 반영하는 것이라고 판단하고 유죄를 선고하였다.

3. 의견서의 작성

1) 의견서의 의의

- 재판단계에서 상담소의 의견서는 피해자 상담을 통해 수집한 정보를 토대로 피해자가 직접 진술하지 못하였거나 진술이 부족한 부분, 오해가 우려되는 지점, 피해자의 증언에서 장애와 관련하여 고려하여야 할 사항, 기타 공판에서 간과되기 쉬운 사항들과 피해자가 직접 법원에 전달할 수 없는 피해자의 의견 및 정황을 법원에 전달하는 데 의의를 갖는다.
- 장애인 성폭력 범죄의 비인간성을 제기하며 피고인의 엄중한 처벌을 호소하는 탄원서도 의미가 있다. 하지만 상담소는 피해자 및 피해자 가족 등과의 상담을 통해 피해자에 대한 좀 더 깊은 이해를 확보할 수 있다. 이러한 장점을 이용하여 피해자에 대한 2차 피해 없는 재판, 유죄의 증명, 적정한 형량의 선고 등에 기여할 수 있다.
- 의견서는 법원의 판단에 근거로 활용될 수 있도록 작성하는 것이 좋다. 추측과 감정적 호소는 지양하는 편이 바람직하며, 의견에는 상담소의 판단 이유가 뒷받침되어야 한다.

- 다음은 장애여성공감 성폭력상담소의 의견서 구성례이다.
- 정해진 양식이나 내용은 없다. 수신처, 내용상 필요에 따라 적절히 변형하여 사용할 수 있다.

[법원 제출 의견서 작성례]

성폭력 피해자 ○○○ 사건 의견서

○ 수신: ○○법원 형사 ○○부

○ 사건명: 법률명 (범죄명)

○ 사건번호:

○ 피고인:

○ 피해자:

○ 작성자:

- 상담소 소개, 상담소의 사건 인지 경과 및 피해자 상담 진행 과정
- 의견서 제출의 목적

의견서 제출의 목적에 따라 내용을 구성하고, 필요한 근거 자료를 첨부한다. 피해자의 장애 정도나 성행동의 특성과 그 배경, 피해자와 가해자의 관계, 피해자의 진술 특성, 증인신문 시 법원이 고려하여야 할 사항 등을 목차를 나누어 서술한다.

* 첨부자료:

0000. 00. 00.

○○○상담소장 (인)

○○법원 귀중

2) 의견서의 내용

(1) 피해자의 장애에 대한 의견

• 피해자의 장애특성

피해자의 장애에 대한 정보는 장애인 성폭력 사건의 판단에서 중요하게 다루어진다. 법원에 따라 피해자의 지능지수, 장애등급 등 수치적 측면을 중심으로 피해자의 능력을 판단하는 사례가 있으나, 피해자의 장애와 대처능력 등은 피해자의 사회적 관계와 경험 등 좀 더 광범위한 요인의 영향을 받는다. 피해자의 항거불능 또는 항거곤란과 그 이용을 쉽게 하는 데 중요한 요소가 법원에서 잘 다루어지지 않고 있다면 의견서를 통하여 이를 보완할 수 있다. 또한 장애의 정도가 실제보다 미약한 것으로 오인될 수 있는 증거가 제출되었을 경우 오인을 방지할 수 있는 설명을 덧붙이는 것도 좋다.

• 피해자의 보호망과 사회적 관계 경험

지능지수나 장애등급 등이 같은 장애인이라 하더라도 성장 배경, 가족관계나 소속 집단 등 친밀한 관계, 주변의 지지와 보호, 이전의 폭력 피해 등 피해자의 과거 경험과 현재의 인간관계에 따라 사회성 정도에는 커다란 차이가 나타난다. 따라서 상담을 통해 발견한 친밀성의 부재, 보호망의 부족, 관계에 대한 욕구, 이와 관련한 피해자의 성에 대한 인식과 태도 등을 드러내 줄 수 있는 정보를 포함한다.

• 피해자의 성에 대한 이해

피해자의 장애 정도를 나타내는 수치상으로는 장애가 미약한 것처럼 보이거나 피해자가 성관계에 자발적으로 응한 것처럼 보이는 때에도, 피해자는 성관계의 사회적 의미나 성관계가 수반하는 부담에 대해 이해하지 못하고 성폭력과 성관계를 구별하지 못하는 경우가 종종 있다. 특히 피해자의 친밀성의 부재와 관계에 대한 욕구를 가해자가 알고 이를 이용하여 피해자를 성관계로 유도하였다면, 피해자가 성적 자기결정권을 정당하게 행사하였다고 보기 어려울 것이다. 피해자의 성에 대한 이해도, 성폭력과 성관계의 변별력 등을 보여주는 정보를 제공하여 피해자의 진정한 동의와 선택에 의한 성관계가 아니었음을 보여줄 수 있다.

• 피해자의 대응 특성

법원이 갖고 있는 성폭력 피해자의 정형에 어긋날 경우, 경험칙에 부합하지 않는다는 이유로 피해자의 신빙성을 부정하는 사례가 있다. 예를 들어 별다른 저항을 하지 않은 피해자가 실은 타인의 요청을 거부할 수 있다는 것에 대한 개념이 없었다거나, 성폭력 피해 후에 가해자에게 연락한 피해자가 실은 가해자의 사과를 진실로 믿고 있었다는 등, 피해자가 성폭력 피해자에 대한 일반적 통념에 부합하지 않는 태도를 보인 이유를 발견하였다면 이를 포함하는 것이 도움이 된다.

(2) 가해자에 대한 정보 및 피해자와 가해자의 관계

법원에 따라서는 장애인에 대한 성폭력 범죄를 피해자의 개인적 장애 특성을 중심으로 판단하는 경향이 나타난다. 이 때 피해자와 가해자의 관계, 가해자의 피해자에 대한 인식과 태도 등은 부차적인 정보로만 다루어지기 쉽다. 공판 과정에서 가해자와 관련된 정보가 충분히 논의되지 않을 때, 상담소가 갖고 있는 자료를 의견서에 반영하는 것이 도움이 될 수 있다.

- **피해자의 장애에 대한 가해자의 인식을 알려줄 수 있는 정보**

성폭력처벌법 상 장애인에 대한 성폭력범죄로 기소된 때에는 범행 당시 피고인이 피해자의 장애를 알고 있었어야 한다. 따라서 범행 이전에 피고인과 피해자의 관계, 피고인과 피해자의 대화 내용, 비장애인에 대한 것으로 보기는 어려운 피고인의 부적절한 말이나 행동 등 피고인이 피해자의 장애를 알고 있었고 이를 이용하여 범행을 저질렀음을 보여주는 정보를 포함한다.

- **법원이 알지 못하는 가해자의 태도**

범행 후 피고인의 태도는 양형에 반영된다. 피해자가 원하지 않는데도 불구하고 피고인이나 피고인의 가족 등 주변인이 피해자나 피해자의 가족 등 주변인에게 찾아오거나 계속 연락을 시도하여 피해자와 피해자의 주변인들에게 스트레스를 주거나 위협을 가하는 경우, 피해자와 접촉하여 일부러 피해자의 기억에 혼란을 야기함으로써 증인신문에서 유리한 지위를 확보하려고 하는 경우 등 피해자에게 부정적인 영향을 미치는 피고인의 태도를 법원에 알리고 적절한 조치를 요청할 필요가 있다.

(3) 피고인의 처벌에 대한 피해자의 의사

피고인이 상당한 금액을 공탁하였거나 피해자가 피고인의 처벌을 원치 않는다는 의사 표시를 한 경우, 피고인과 피해자가 ‘합의’를 한 경우에는 유죄가 선고되더라도 형량이 감경될 수 있다. 그러나 피해자가 이러한 사정을 잘 알지 못하고 ‘처벌불원’ 의사 표시나 ‘합의’를 하기도 한다. 피해자가 피고인과 합의를 하였거나 피해자의 가족이 피해자 대신 합의를 하였다고 하더라도, 피해자가 합의의 의미를 충분히 이해하지 못하고 있고 여전히 처벌을 원한다면 이와 같은 피해자의 의사를 의견서를 통해 법원에 전달한다.

(4) 증인신문 시 고려할 사항

- **증인신문 시 법원이 고려하여야 하는 정보**

숫자, 날짜, 계절, 선후관계, 인과관계에 대한 피해자의 이해도, 추상적 개념 및 문장에 대한 이해도 등 증인신문 시 고려하여야 하는 피해자의 진술 특성 정보를 제공한다. 이 같은 정보는 진술조력인이 지정되지 않은 사건에

서 더욱 유용하다. 증인신문 시 진술조력인이 필요하다고 판단될 때에는 진술조력인의 지정을 요청하는 내용을 포함하도록 한다. 또한 피고인에 대한 두려움, 피고인의 가족 등의 위협 때문에 피고인측과 대면하여 진술하는 것이 어려운 상황이나, 위압적인 분위기에서 충분한 증언을 하기 어려운 상황 등을 지적하면서 증인신문의 비공개, 피고인 퇴정, 화상증언, 차폐시설의 사용 등 증인신문 시 피해자 보호 조치에 대한 의견을 제시할 수 있다. 다만 증인신문 시의 피해자 보호 조치는 의견서와 별개로 피해자의 명의로 법원에 신청하는 것이 좋다. 의견서에는 보호 조치가 필요한 이유를 포함한다.

• 증인 출석의 적절성 여부에 대한 의견

경우에 따라서는 피해자가 증인으로 출석하는 것이 적절하지 않다고 판단될 수 있다. 피고인측이 재판의 자연 또는 피해자에게 심리적 압박을 가하고자 하는 목적으로 피해자를 증인으로 신청하는 경우, 피해자가 이미 여러 차례 진술하여 재차 증언할 필요성이 없다고 생각되는 경우와 같이 증인 출석이 부적절한 때에는 그 이유를 제출할 수 있다. 증인 신청이 예상되면 가급적 재판 절차의 초기에 의견을 내도록 하고, 즉각적 대응이 필요한 때에는 법원에 대한 의견서 제출보다는 먼저 구두로 검사에게 요청하는 편이 더 도움이 될 수 있다.

3) 참고 자료 첨부

수사기관이나 법원에 사전에 제출되지 않은 자료 중에서 의견서의 내용을 뒷받침할 수 있는 자료가 있다면 첨부하여 제출하는 것이 좋다. 예를 들면, 다음과 같은 자료를 첨부할 수 있으나, 반드시 다음의 목록에만 제한되는 것은 아니다.

- 의사 소견서, 의무기록 사본
- 상담사실확인서
- 심리평가서
- 장애인등록증
- 피해자 또는 가족, 지인 등의 탄원서

이 글 3장에 인용된 유죄 판결례 중 해당 사건과 유사한 사건의 판결문을 인용하는 것도 도움이 될 수 있다. 판결문 인용 시에는 법원명과 사건번호를 함께 적어 법원이 참조할 수 있도록 한다.

4) 의견서 작성례

- 다음은 장애여성공감 성폭력상담소의 의견서 중 일부를 각색한 것이다.

- 피해자의 지적장애 특성

_____ 일반적으로 지적장애인은 숫자개념 및 시간관념이 미약하여 특정 날짜나 횟수를 기억하기 어렵고, 상황이나 관계에 대한 구조적인 이해가 어렵습니다. 또한 정도의 차이는 있겠지만 어휘력과 문장구사능력 등에 한계가 있습니다. ○○○는 지적장애 2급으로, 고등학생의 나이임에도 간단한 계산이 어렵고, 일상적인 대화를 하는 것은 가능하나 대화가 조금만 길어져도 어휘구사 능력이나 맥락 이해능력이 일반적 수준에 미치지 못한다는 것이 드러납니다.

_____ 지적장애인은 일반적으로 비일상적인 상황에 제대로 대처할 능력이 부족하고, 특정한 상황이나 타인의 행위의 의도 및 옳고 그름에 대해 합리적으로 판단하지 못합니다. 이는 인지능력 자체의 한계와 더불어 사회생활 및 친밀한 인간관계 경험의 부족에서 기인하는 것입니다.

- 피해자의 장애등록 여부

_____ 피고인 측은 피해자가 이 사건 이후 장애등록을 한 것이 유죄를 주장하기 위한 의도에 불과하고 이는 그동안 피해자가 장애등급을 받을 필요가 없을 정도였다는 증거라고 주장하고 있습니다. 그러나 작은 마을공동체라는 피해자의 주거지역의 특성상 피해자는 어려서부터 지적장애가 의심되었기에 주변의 도움을 받으며 생활하는 것이 당연하게 여겨졌고, 학교에서도 이에 대해 특별한 지도를 해오고 있는 상황이었기에 굳이 장애등록을 하여 '장애인'이라는 낙인을 받게 하고 싶지 않았다는 피해자 아버지의 이야기가 보다 설득력을 갖는다고 생각합니다.

- 피해자의 보호망과 사회적 관계

_____ ○○○는 최초 성폭력 피해 이후에도 지속적으로 가해자들을 만나 왔는데, 이는 ○○○가 가진 지적장애의 특성과 ○○○가 처해 있는 사회적 조건을 고려하여 이해할 필요가 있습니다. 상담에서 주요하게 파악된 사실 중 하나는 ○○○가 가정과 학교, 지역사회에서 심각한 '친밀한 관계의 부재'를 경험해왔다는 점이었습니다. 가정에서의 안정감과 친밀감의 결핍은 ○○○의 자존감 발달을 저해하고 심리적 불안을 초래한 것으로 보이고, 이는 가정 밖에서도 마찬가지였습니다. 일반고등학교에 재학 중인 ○○○는 수험 공부를 하는 비장애 학생들과 친밀한 관계를 형성하지 못하고 일상적으로 소외를 경험하고 있습니다. 특수학급 역시 학생들의 장애 정도의 편차가 커 ○○○가 소속감을 느끼기 어려워합니다. 특히 대인관계 속에서 자아가 발달되는 청소년기에 ○○○의 지적장애와 더불어 이러한 개인적/사회적 조건은 낮은 자존감과 친밀한 관계에 대한 갈망, 대인관계 갈등 대처방법의 미발달을 초래한 것으로 판단됩니다.

_____ 지적장애를 갖고 있을 뿐만 아니라 낮은 자존감과 친밀성의 부재를 경험하는 청소녀는 타인과의 관계가 단절되는 것을 매우 두려워하게 됩니다. 또한 상대방의 의도를 파악하지 못하고, 상대방이 원하는 것과 자신이 원하는 것이 다를 경우, 자신의 의사를 표현하려는 시도를 하지 못하게 됩니다. ○○○의 경우 역시 자신에게 성폭력을 가한 가해자들임에도 '집에 데려다주겠다'며 호의적으로 접근하였고 '선물을 사주겠다'는 등의 말을 하기도 하며, 친구도 없고 부르는 사람도 없는 자신을 거의 유일하게 자주 불러내 주는 남성들을 친밀한 관계의 상대로 여기게 된 것으로 보입니다. 그러나 ○○○가 그 관계를 지속해온 것을 두고 성관계를 원했거나 성관계에 동의했기 때문이라고 볼 수는 없습니다. ○○○는 그 남성들과 '만나는 건 좋았지만 이상한 짓 하는 건 싫었어요'라고 일관되게 말하고 있습니다. ○○○는 가해자들과의 성관계에 동의하지 않았고 그러한 행위가 싫었지만 상기의 사회적 조건과 지적장애로 인하여, 자신에게 피해를 입히는 상대방과의 관계를 단절하거나 자신의 의사를 주장할 수 있음을 알 수 없었던 것입니다. ○○○가 가해자에게 친밀감을 표하는 문자 메시지를 보냈었다는 사실 역시 기존의 관계가 단절되는 것에 대한 불안감과 상황파악능력의 결핍에서 기인한 것으로 파악할 수 있습니다. ○○○가 피해 이후에도 신고 의지나 처벌 의사를 갖고 있지 않았던 것도 본인의 장애로 인하여 이러한 관계적 맥락이나 의미를 스스로가 명확히 이해하지 못하였기 때문인 것으로 보입니다.

_____ ○○○는 본인의 지적장애뿐만 아니라 가족·학교·지역사회에서의 친밀한 인간관계의 부재와 적절한 교육과 보살핌의 부재 등으로 인해 그 나이에 정상적으로 가져야 할 타인의 의도를 파악하는 능력이나 대인관계 갈등에 대한 대처 능력을 발달시키지 못하였음이 두드러지게 관찰됩니다.

○○○의 아버지는 ○○장애가 있고, 어머니는 ○○○와 같은 지적장애가 있습니다. ○○○의 부모는 자녀의 양육에 대한 사회적 지원을 거의 받지 못하였고, 이로 인해 ○○○의 교육과 전반적인 생활에 대한 적절한 개입 및 지도를 제대로 해오지 못한 것으로 보입니다. 실제로 ○○○의 부모는 본 건의 경찰 고소 이후에도 한참 동안 ○○○의 피해 사실에 대해 전혀 모르고 있기도 했습니다. 이러한 가운데 가해자 두 명에 대한 합의는 ○○○의 부모가 아닌 친척들에 의해 주도되었으며, 이 과정에서 ○○○의 부모와 어느 정도 소통과 논의의 과정이 있었는지에 대해 의구심이 듭니다.

이와 같은 ○○○의 장애와 장애로 인한 사회심리적 상황 등이 이 사건의 판결에 충분히 반영되어야 할 것입니다.

• 피해자의 성에 대한 이해

_____ ○○○는 현재 일반고등학교에 재학 중이지만 장애로 인해 10대 사춘기 청소녀 일반이 경험하는 또래 문화와 지식으로부터 소외되어 왔습니다. 때문에, ○○○는 사랑이나 성관계에 대해서 매우 추상적인 수준의 개념을 가지고 있고, 지식적 측면에서도 매우 뒤쳐지는 상태를 보여주고 있습니다. 더구나 성관계에서 남성과 여성, 장애인과 비장애인 사이의 위계 관계를 알 리 없고, 자신이 원치 않는 성관계를 강요받을 경우 어떻게 자신의 몸에 대한 통제권을 발휘할 수 있는지 실질적인 방법을 알지 못하고 있습니다. 지적장애를 가지고 있는 피해자는 성폭력 상황에서 가해자의 행동에 어떤 의도가 있는지를 파악하는 능력이나, 피해상황에서 어떻게 대처해야 하는지에 대한 상황판단능력과 통제능력이 미흡할 수 밖에 없습니다.

○○○의 장애와 가해자와의 관계를 종합적으로 분석할 때, 피해자 스스로 그 관계를 성폭력으로 명명하는 것 자체가 불가능할 수 있으며, 또 연애와 사랑을 기반으로 한 일반적인 성행위 및 성관계와 비일상적인 성폭력 상황에 대한 차이를 분명하게 설명할 수 없다는 점을 충분히 감안해야 할 것입니다.

____ 본 상담소 상담원과의 대화에서 ○○○씨는 ‘사랑’의 개념이 ‘결혼해서 제주도 가는 것’, ‘성관계’는 ‘무서운 것, 강제로 하는 것’이라고 말했습니다. 성폭력으로 인한 임신으로 낙태를 하는 과정에서도, ○○○씨는 임신 19주가 될 때까지 임신했는지를 알지 못하였고, 낙태를 하고 나서도 그 의미를 알지 못해 아직도 자신의 아이가 어디에선가 성장하고 있다고 믿고 있습니다.

○○○씨는 6년 전 아는 사람의 소개로 가해자를 알게 되었는데, 가해자는 6년 동안 지속적으로 ‘사랑’, ‘결혼’이라는 말로 ○○○씨를 쉽게 유인하여 성폭력을 시도해 왔던 것으로 보입니다. ‘사랑’, ‘결혼’의 의미에 대해서도 제대로 된 개념정립을 하지 못하고 있는 피해자가 그런 말을 견네며 접근하는 가해자의 진정한 의도를 파악할 수는 없었을 것이며, 더구나 성폭력을 당하면서도 자신에게 어떤 일이 벌어지고 있는 것인지를 스스로 판단하고 대처하기는 더욱 어려웠을 것입니다.

• 피해자와 가해자의 관계

____ 피해자 ○○○은 40대의 장애여성으로, 기본적인 교육의 기회와 사회생활의 기회를 일생동안 박탈당한 채 집에서 대부분의 시간을 보내고 있습니다. ○○○의 일생에서 가장 커다란 영향력을 끼치고 있는 사람은 함께 살고 있는 노부모이며, ○○○은 부모에게 순응하고 말 잘 들으라는 교육을 받아왔습니다.

평소 ○○○과 이웃에 살고 있던 가해자 □□□은 60대의 노인으로, ○○○에게는 아버지와 같은 연배의 사람입니다. 때문에 ○○○은 평상시에 가해자에 대해 아무런 저항감이나 경계의식을 가지지 못할 수밖에 없었을 것이며, 더욱이 평소 어른에게 순종하도록 교육을 받아왔기 때문에 누가 시키지 않아도 가해자의 지시에 순응하고 따라야만 한다고 생각했습니다.

이러한 피해자와 가해자의 관계를 종합적으로 검토해보면, 나이가 아버지뻘인 비장애인 가해자는 중등도의 지적장애를 가진 피해자를 자신의 의도대로 쉽게 성적으로 착취하고 순종하도록 통제할 수 있었을 것으로 판단됩니다. 결국 가해자의 특별한 위력이나 폭행, 협박 등 없이도 피해자가 순응적이 되고, 성폭력 피해에 무방비로 노출될 수밖에 없었음이 감안되어야 할 것입니다.

피해자 ○○○는 ○○년 ○월 초 □□□의 집으로 이사한 후부터 □□□를 알게 되었습니다. □□은 이사를 하면서 ○○○의 모로부터 ‘우리 아이(○○○)가 부족하니 잘 부탁한다’는 말을 듣게 되어 ○○○가 지적장애가 있음을 알게 되었습니다. □□□은 ○○○가 지적장애가 있음을 판단하고 이사 직후 빈번하게 ○○○가 세든 방으로 내려갔다고 했습니다. □□□은 ○○○가 처음부터 자신을 유혹했다고 주장하고 있지만 ○○○의 장애상태를 분명히 알고 있었기 때문에 적은 돈으로 쉽게 유인할 수 있었습니다. 특히, □□□이 집주인이기 때문에 ○○○는 ‘방을 빼라고’ 할 것 같아 □□□의 요구를 쉽게 거절할 수 없었습니다.

피해자의 경찰 진술에 따르면, 피해자는 사건 전날 저녁 ○○○에게 전화하여 ‘오늘 또 술 먹지 말라고 말하려고’ 회식 자리에 스스로 찾아갔습니다. 술을 잘 마시지 못하는 피해자는 주량 이상의 술을 마시고 필름이 끊겼고, 다음 날 아침 피고인의 집에서 피고인의 옷을 입은 채로 눈을 뜨습니다. 피해자는 작업장 및 가족의 부정적인 피드백이 두려워 피해사실을 알리지 않았고, 가족들이 피해자의 임신 사실을 알게 됨으로써 피해사실을 인지, 경찰에 신고하게 되었습니다.

본 상담소는 피고인과 피해자의 관계가 이 사건의 핵심이라고 생각합니다. 피고인은 술에 취한 피해자를 어쩔 수 없이 집에 데리고 들어왔습니다. 이때 피고인은 피해자가 지적장애인이라는 것을 알고 있었으며, 사건이 있기 얼마 전 피해자가 작업장 회식 자리에서 술에 만취해 병원에 실려 간 적이 있었기 때문에 술에 매우 약하다는 것도 알고 있었습니다. 게다가 피해자는 장애인보호작업장에 다니는 지적장애 여성이며, 피고인은 그 장애인보호작업장에서 일하던 사회봉사명령대상자입니다. 피고인이 피해자의 인격에 대한 존중을 갖고 있었다면 그 어떤 상황에서도 술에 취한 피해자를 안전히 보호했을 것입니다. 그러나 피고인은 피해자의 취약한 상태와 당시의 상황을 이용했고, 그 상황을 자신에게 유리하게 해석하였습니다. ○○○가 자신의 의사로 피고인의 집에 들어왔다고 해서, ○○○가 설령 스스로 술을 마시고 취했다고 해서 그녀를 성적으로 이용하는 것이 용인되어서는 안 됩니다. 피고인과 피해자의 성관계를 서로 ‘동의’ 하에 한 성관계로 보는 것은 비장애인성과 지적장애여성이라는 이들 관계의 비대칭성을 간과한 판단으로 생각됩니다.

• 피해자의 장애에 대한 피고인의 인식

피고인 ○○○는 비장애 성인(28세) 남성으로서 피해자인 ○○○가 장애인인줄 몰랐다고 주장하고 있습니다. 지적장애인의 특성 상 외견상 신체적 장애가 없어 장애정도가 쉽게 드러나지 않을 수 있으나 미성년자를 대상으로 수차례의 채팅을 경험한 피고인의 전력상 채팅을 통한 문자 대화시 비장애 10대 청소녀와는 다른 부분은 분명히 인지할 수 있었을 것이라 생각됩니다. 또는 초기에는 피해자의 장애를 정확히 인지하지 못했을지라도 한 달 이상의 문자 교환과 전화통화를 통해 ○○○의 장애를 인지할 수 있는 여러 가지 상황들이나 언어적 또는 비언어적 표현들이 있었으나 이를 의식적 또는 무의식적으로 회피한 것이라 생각할 수밖에 없습니다. 예를 들어 ○○○의 ○○쪽에서는 나이에 대한 대화 시 피해자가 “연하”에 대한 개념을 이해하지 못하고 있음을 쉽게 인지할 수 있었고, 이는 중학교 3학년의 비장애 청소녀라면 충분히 이해하고 있을 개념임에도 이를 잘 모르는 부분에 대해서는 피고인도 의심을 하고 되묻다가 그냥 대화를 다른 주제로 바꿔버리는 모습을 보입니다. 또한 ○○○의 ○○쪽을 보면 조사관이 피고인에 대한 처벌의사를 확인하는 과정에서 피해자는 날짜나 기간에 대한 개념이 정확하지 않음을 알 수 있습니다. 이처럼 피해자의 인지능력이나 지적능력은 일상적인 대화나 만남을 통해 수시로 드러났을 것이고 피해자 ○○○의 지적상태를 파악할 수 있는 이러한 징후들에 대해서 피고인도 충분히 인지하였을 것이라 생각합니다. 그럼에도 불구하고 피해자의 지적 장애를 인식하지 못했다면 위와 같은 징후들을 무시하였거나 도리어 이를 의도적으로 이용한 것은 아닌지 의심하지 않을 수 없습니다.

상담을 통해 파악한 ○○○의 장애 정도에 비추어볼 때, 30대 성인인 가해자들은 ○○○와 조금만 대화를 해 보아도 ○○○가 일반 고등학생 정도의 인지능력을 지니고 있지 않다는 것을 알 수 있었을 것으로 판단됩니다. 더욱이 가해자 중 두 명은 한 두 번의 만남에 그친 것이 아니라, 수 개월간 ○○○와 지속적이고 일상적으로 만나고 연락을 해왔습니다. 그러는 동안 가해자는 ○○○가 성폭력 상황과 관계의 폭력성을 파악하거나 그에 제대로 대처하지 못한다는 것을 알게 되었을 것입니다.

○○○가 엄마 심부름으로 자주 다니는 ○○에서 일하던 최초 가해자는 ○○○를 손쉽게 성적으로 착취한 이후, 자신의 친구인 다른 가해자를 소개시켜주고 둘이 공모하여 수개월 동안 수 차례 성폭력을 행하였고, 더욱 대담하게 또 다른 친구를 이에 가담시켰습니다. 가해자들에게 ‘지적장애 2급’이라는 장애 명칭에 대한 지식은 없었다 하더라도, ○○○의 지적 능력의 한계에 대한 인식이 있었기에 이처럼 고등학생인 ○○○에 대한 성폭력을 장기간 공모하고 지속할 수 있었던 것으로 보입니다.

가해자는 ○○○가 고등학생임에도 다른 학생들과 다르게 매우 이른 시간에 하교하여 낮에 오고가는 것을 인지하고 있었습니다. 뿐만 아니라 가해자들은 ○○○가 보내왔던 ‘오빠 사랑해요’라는 등의 문자를

통해서도 ○○○가 자신들과의 관계를 전혀 제대로 파악하고 있지 못하다는 것을 누구보다도 잘 알 수 있었을 것입니다.

따라서 ‘장애인인 줄 몰랐다’는 가해자들의 주장은 ‘지적장애 2급인 줄 몰랐다’, ‘복지카드를 본 적이 없다’는 정도의 의미에서는 사실일 수 있겠으나, 그러한 주장이 가해자들이 지적능력이 떨어지는 10대 여학생의 사회적 취약함을 이용하여 장기간 성적 착취를 공모해 왔다는 범죄사실 자체를 가볍게 할 수는 없을 것입니다.

• 범행이 피해자에게 미친 영향

○○○씨의 가족과 주변인들은 피해자의 성폭력으로 인한 후유증의 심각성과, 피해자는 물론 가족들이 경험해야만 하는 엄청난 정신적 고통을 호소하고, 그로인해 피고인 □□□이 법에 의해 엄중히 처벌되기를 원한다는 내용의 진정서를 몇 차례 재판부에 제출하였습니다. ○○○씨는 평소 교회에 열심히 나가는 신도였으며 집사로서 교회의 잡무를 도와 일했습니다. 그런데 ○○○씨가 성폭력사건이 있고 난 후 후유증으로 인해 집 밖 외출을 기피하고 심리적으로 매우 위축된 상황에 놓여진 것을 본 교회 신도들은 안타까움을 금하지 못한다고 하였습니다. 또 ○○○씨는 성폭력으로 인해 임신을 한 후 6개월이 지나서야 중절수술을 받았는데, 이는 몸의 건강을 심각하게 위협할 뿐 아니라 ○○○씨에게 엄청난 심리적 충격으로 남아 있습니다.

- 피해자의 진술 특성

_____ ○○○ 역시 일반적인 지적장애인과 마찬가지로, 정확한 날짜나 시간을 특정하여 진술하는 것이 어렵습니다. ○○○는 상담소에서 편안하게 상담할 때조차도 날짜나 시간을 제대로 기억해내기 어려워 하였는데, 하물며 수사기관이나 법정에서 긴장된 상태로 구체적인 사실관계를 기억하여 진술하기란 ○○○에게 매우 힘든 일입니다.

_____ ○월 ○일 2심 법정에서의 증인신문은 이미 사건 이후 1년이 훌쩍 지난 시점에서 이루어진 것이고, 지적장애인인 ○○○가 사건에 관련된 구체적인 사실을 기억하거나 사후에 들어서 알게 된 사실과 실제 경험한 사실을 분리하여 진술하기는 매우 어려운 일이었습니다. 피해자는 법정 출석 시 심문이 끝난 후에 동석했던 상담원에게 '기억이 헷갈리고 기억 안 나는 부분도 있고 잠깐 잠깐 기억나기도 한다'고 말했습니다. 또한 ○○○는 그날 지하철을 잘못 타 30분 정도 늦게 도착한 탓에 법정에 오는 길에 아버지에게 무척 혼이 났고, 심문 후 상담원에게 '아버지에게 집에 가서 맞을 생각에 딴 생각이 나고 정신이 없었다'고 말하기도 했습니다. 이렇듯 2심 공판에 이르러 ○○○의 기억과 심리는 안정적인 상태가 아니었습니다. 그럼에도 ○○○는 법정 진술 시 헷갈리는 부분에서 조차 평소보다 확실한 어조로 답하였는데, 이는 ○○○가 1심에서 무죄가 났다는 것에 대해 충격을 받고 법원에서 피고인의 말만을 믿고 있다고 생각하며 분노했었고, 따라서 법정에서 자신이 헷갈리면 안 된다고 생각하여 극도로 긴장했기 때문이지 실제로 피해가 없었기에 진술이 번복된 것이거나 거짓을 꾸며 말하였기 때문이 아닙니다.

_____ 지적장애인은 특성상 숫자개념 및 언어개념이 미약하여 6하 원칙 질문기법에 따른 정확한 날짜와 횟수를 이야기하기 어렵고, '예'와 '아니오'를 구분하지 못하는 경우가 있습니다. 또한 경찰서의 수사실이나 법정과 같이 비장애인도 위축되고 불안해하는 공간에서는 더욱 위축되고 불안해하여 진술을 번복하는 경우도 많이 있으며, 반복적으로 이루어지는 경찰 및 검찰에서의 수사과정에서 질문의 의미나 맥락을 파악하지 못하는 한계를 갖습니다. 그럼에도 불구하고 자신이 직접 경험한 성폭력 피해사실 자체에 대해서는 비교적 구체적이고 일관된 진술이 가능합니다.

• 성폭력 피해자의 지적장애특성을 반영한 재판의 필요성

_____ ○○○씨는 자신이 경험한 일에 대해 기억나지 않거나 알지 못하는 부분에 대해 추측해서 말하는 성향이 강합니다. 특히 숫자와 날짜 관련 인지능력이 낮은 ○○○씨는 특정한 상황과 관련된 시기를 추측하여 임의의 년도로 이야기하기도 합니다. 반면 잘 기억나지 않거나 알지 못하는 사실에 대해서 굉장히 잘 기억하고 인지하고 있는 것처럼 확정적으로 이야기하기도 합니다. 하나의 예로, ○○○씨는 ○○년 임공임신중절수술을 한 사실이 있음에도 “그런 일 없다”라고 확정적으로 이야기합니다. 이는 ○○○씨가 병원에서 수술을 받은 경험은 있지만 그것이 어떤 종류의 수술이었는지를 제대로 인지하지 못하였기 때문일 수도 있고, 그런 사실을 전혀 기억하지 못하고 있기 때문일 수도 있습니다.

이런 ○○○씨의 말하기 특성에 대하여, 질문자가 질문하는 내용과 관련된 사실관계를 미리 파악하고 있다면, 잘못된 추측이나 확신에 의한 답변을 알아채고 재차 질문하여 오류를 최소화할 수 있습니다. 또한 숫자나 날짜 관련 인지능력이 매우 낮다는 것을 감안해 관련 질문을 최대한 삼가는 것이 좋습니다. 그러나 실제 상황에서 질문자가 모든 질문내용과 방식을 이와 같이 조절하기는 어려울 수 있을 것이며, 이때 ○○○씨의 특성에 대해 잘 알고 있고 증인신문 시 동석하는 신뢰관계자를 통해 의사소통의 보조를 요청하는 방안을 적극 고려해 주시기를 바랍니다.



02

장애인 성폭력 현장을 말하다 : 장애인 성폭력 상담소 현장 활동가 FGI 결과를 중심으로

_이희정

사단법인 한국여성장애인연합 부설 서울여성장애인성폭력상담소장

장애인 성폭력 현장을 말하다 : 장애인 성폭력 상담소 현장 활동가 FGI 결과를 중심으로

이희정

(사단법인 한국여성장애인연합 부설 서울여성장애인성폭력상담소장)

학창시절 내 짹꿍은 말투가 어눌하고 걸음걸이가 어색하던 친구였다. 수업시간에는 늘 딴청을 피우고 잠을 잤으며 친구들이 질문을 하면 질문과는 다른 답을 자주 하는 아이였다. 그래서 인지 친구들과 어울리기 힘들었고 반 친구들도 그런 짹꿍을 더 이상 신경 쓰거나 관심 갖지 않았다. 그 친구는 더 이상 우리 반 친구가 아니었다. 어느 날 부턴가 그 친구는 학교에 나오지 않았고 오지 않는 이유에 대해 소문만 무성하였다. 많은 이야기 중에 임신을 했다는 소식이 내 기억 속에 남아있다. 지금 돌이켜 생각해 보면 내 짹꿍은 지적장애를 가진 평범한 친구였지만 많은 사람들의 무관심으로 인해 학교생활에 적응하기가 힘들었고 여러 가지 이유로 더 이상 학교에 다닐 수 없었던 것 같다. 몇 년 전, 친구를 기다리려고 지하철 역사 밖에서 기다리고 있는데 학창시절 내 짹꿍을 닮은 여성의 배가 나온 채로 서 있었다. 주위에 노숙자로 보이는 남성들과 함께 말이다. 학창 시절이나 어른이 된 지금이나 그 때와 별반 다를 바가 없다고 느껴진다.

우리 사회의 여성장애인은 여성과 장애라는 이중적 차별과 수많은 편견으로 인하여 가부장적 문화와 사회 체계 속에서 매우 극심한 빈곤계층과 사회적 약자의 위치에서 다중적 차별을 경험하고 있다. 또한 남성중심 사회에서 여성장애인은 무시, 편견, 차별과 무관심 때문에 폭력의 대상인 동시에 인권 유린의 대상이 되어 왔다.

법과 제도의 변화와 사회적 인식의 변화 속에서 “장애인 성폭력 무죄, 그럼에도 불구하고” 〈유죄판결을 위한 활용서〉 발표회의 일환으로 장애인 성폭력 상담소 활동가들이 모여 2014년 10월 7일, 2014년 10월 14일 ‘두 차례’¹⁾에 걸쳐 현장에서 실제로 장애인 성폭력 사건을 지원하면서 부딪히는 현실 즉, 어려움과 고충을 같이 분석

하고 토론하는 시간을 가지게 되었으며 고민의 부분들을 토대로 이야기를 풀어 나가고자 한다.

가. 지적장애인 성폭력 피해자의 특성

장애인 성폭력은 장애 유형별로 발생하고 있지만 현재 장애인성폭력상담소에서 지원하는 장애인 성폭력 피해자 의 대부분은 73%²⁾이상이 지적장애인으로서 다수를 차지하고 있기에 중점적으로 얘기해 보기로 한다.

지적장애인의 특성은 기본적인 인지능력이 느리게 발달하거나 부족하며 여러 가지 원인으로 인한 발달 지체 때문에 유아기부터 좌절 경험을 많이 하게 되므로 낮은 자아 존중감을 형성하게 된다. 더불어 장애와 관련된 여러 가지 제한으로 인해 인생 전반에 대한 결정이 가족이나 보호자에 의해 많이 이루어지고 있으므로 발달기에 적절한 자기결정 기술을 습득하기 어렵게 된다. 이로 인해 작은 일도 스스로 결정하지 못하는 상황이 될 수 있으며 일상생활의 어려움을 겪게 된다.

이런 지적 장애 특성은 고스란히 성폭력 사건과도 밀접하게 연결된다. 낮은 자아 존중감을 갖게 되는 경우가 많기 때문에 학교에서 친밀하고 원만한 관계를 경험하지 못하게 되고 자기결정력의 부족으로 인해 스스로가 원하는 것을 표현하거나 판단하지 못하고 타인이 원하는 것을 그대로 쫓아 하는 경향을 보이게 된다. 또한 낮선 사람에 대한 경계심이 낮게 되어 성폭력 가해자가 다양한 방법으로 피해자에게 친밀함(ex ‘사귀자’, ‘연애하자’ 등) 으로 유인하거나 여러 가지 방법으로 호의(부정적 의중을 숨긴 채)를 베풀 때에도 앞으로의 예측에 어려움을 겪기 때문에 가해자의 의도를 파악하기 힘들며 성폭력 상황인지 자각 하지 못하게 되므로 성폭력에 그대로 노출 되는 경우가 많다.

1) 현장 활동가 FGI

- 1차 2014년 10월 7일

김금례(광주여성장애인연대 부설 광주여성장애인성폭력상담소장), 배복주(장애여성공감 부설 장애여성성폭력상담소장)

이미진(전남여성장애인연대 부설 목포여성장애인성폭력상담소장), 이희정(한국여성장애인연합 부설 서울여성장애인성폭력상담소장)

정은자(경원사회복지회 부설 여성장애인성폭력상담소장), 최은경(대구여성장애인연대 부설 대구여성장애인통합상담소장)

김정혜(공익인권법재단 공감 객원 연구원)

- 2차 2014년 10월 14일

김경미(제주특별자치도 지체장애인협회 부설 제주장애인상담소장), 박두순(충남장애인정보화협회 부설 천안장애인성폭력상담소장)

민병윤(대전여성장애인연대 부설 대전여성장애인성폭력상담소장), 배수지(전남여성장애인연대 부설 목포여성장애인성폭력상담소 상담원)

홍정련(울산장애인인권복지협회 부설 울산장애인성폭력상담센터), 한정림(장애여성공감 부설 장애여성성폭력상담소 팀장)

차혜령(공익인권법재단 공감 변호사), 김정혜(공익인권법재단 공감 객원 연구원)

참여하여 토론한 내용으로 구성하였습니다. 귀한 시간 내주신 분들께 심심한 감사를 드립니다.

2) 2014. 여성장애인여성장애인폭력추방 주간 캠페인 행사 개최- 전국성폭력상담소협의회 장애인상담소권역(20개소) 2013년 상담통계 및 분석 결과 보도 자료

그렇기에 지적장애인 성폭력은 폭력이나 협박 없이 발생되는 것이 대부분이다. 또한 지적 장애인의 특성 중에 약간의 강압적 분위기에도 쉽게 위축 되어 겁을 먹고, 폭력 상황으로 이어지게 될 두려움 때문에 적절히 대응하기 어렵고 인지 능력의 한계로 인하여 자기 방어 능력 기술을 갖추기에는 오랜 시간이 필요하여 성폭력 상황일 때 적절히 대처하기 매우 어렵다. 지적장애가 1, 2, 3급으로 나뉘어져 있지만 지적장애등급으로는 장애정도를 판단하기가 어렵고 가족이나 보호자의 양육태도, 주변 환경, 성장배경, 문화적 차이 등 개인적, 사회적, 경제적, 문화적 환경요인이 큰 영향을 미친다. 지적장애여성은 지적능력은 매우 낮은 수준이지만 몸의 성숙도는 비장애 여성과 동일하다.

나. 계속된 우리의 현실

장애인성폭력 사건의 실제

가) “햄버거 좋아해요?” – 친절한 가해자

지적장애인은 타인에 대한 경계심이 상대적으로 낮게 나타나고, 성폭력 이전이나 이후에 피해자가 원하는 것 (ex. 먹을 것, 돈, 선물) 등으로 유인·보상하는 사례가 많다. 유인·보상은 폭력이나 협박이 수반되지 않아 성폭력이 지속되는 요인으로 작용한다.³⁾

“피해자는 가해자가 먹을 것을 주고 재워주는 곳(잘 곳이 없어)을 원해 연락할 수 있는 건데 강간이라 보지 않고
화간이라고 봐요.” (L소장)

“아버지 친구한테 성폭력 피해 경험이 있어서인지 집에 들어가고 싶지는 않아 하고, 아마도 아버지가 알고 있었는데도 조치를 취하기 않았기 때문이라고 생각돼요. 가해자한테 성폭력 피해를 겪었어도 갈 곳이 없으니 가해자에게 자꾸 연락해서 불기소 처분 받았어요.” (K소장)

“수사 · 사법기관에서는 피해자가 직접 문자하거나 연락, 찾아가면 성폭력으로 보지 않아요. 지적장애 특성으로 보지 않고 피해자가 좋아한다고 생각하니까요.” (C소장)

3) 2014. 장애유형별 성폭력 피해자 지원 매뉴얼 참고

“사랑한다고 해버리면 게임 끝. 단어의 의미를 알고 보낸 건지 또 논쟁이 되는 거죠. 피해자가 오래 가해자를 알고 가해자가 폭력성이 없고 피해자한테 조금 잘해준다 그러면 수차례 피해가 있어도 찾아가는 경향이 있거든요. 그 집을 찾아가거나 가해자한테 연락하거나 하거든요.”(C소장)

Q: “도대체 어떤 이유로 찾아갈까요?”

성폭력과 친밀감을 구분하기 어려워하며 가해자가 특별한 관계(ex. 연인)로 인식시키는 경우도 많아 어떤 이유에서 가게 된 것인지(어쩔 수 없이 간 것은 아닌지)에 대한 구분이 필요하다.

“나한테 잘해주는 좋은 아저씨니까. 뭐 사주고 자기한테 친절하게 해주고(C소장). ”재워주고, 예쁘다 그리고.”(L소장) “뭐 성행위가 좋다기 보다는, 친밀한 관계에서 자기를 인정해주는 그 부분이 좀 많이 큰 거 같아요.”(C소장) “그게 핵심인거 같아요.”(P소장) “놀아주고.” (L소장) “가해자는 그걸 이용하는 거지요. 햄버거 과자 이 정도만 사줘도 되니까. 큰 거 몰라요.”(C소장)

“학교 지킴이 사건” 가해자는 60대이고 학교 내에서 친밀한 관계를 유지하고 혼자 사니까 집에 놀러오라고 하고 피해자는 의지할 만한 가족이 없었기에 누구한테 의지하고 싶었을 테고 잘해주는 아저씨로 얘기했어요.”(K소장)

“나이 차이가 클 경우 실제로 피해자가 가해자에게 아빠 같은 좋은 감정이 지속되다 보니 순종적인 태도를 취하고, 사실 합의에 의한 성관계로 보기에 부적절하다고 보잖아요. 가해자가 이 점을 이용한 것인니까요.”(P소장)

나) “언제 있었던 일이예요?” – 범행 일시 · 장소 특정

장애 특성상 숫자개념이 미약해 사건 당시 장소, 날짜, 횟수에 대해 정확하게 진술하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 수사 · 사법기관에서는 피고인의 방어권 행사의 주된 대상이 되므로 범행 일시와 장소를 특정하도록 요구한다. 이런 상황에서 피해자는 결국, 일시장소를 무리하게 특정해서 얘기를 할 수 밖에 없는 상황에 직면하며 피해자에게 성폭력 사건은 있었다고 인정된다고 하면서도 무죄로 이어지게 되는 상황이 발생한다.

“친족 성폭력의 경우도 수많은 피해가 있었는데도 일시와 장소 특정 못하는 경우가 많아요.”(H소장)

“2년 반 동안 관련된 전문가를 모두 불러 전문가들이 피해가 있었다고 다 증언을 해줬고 1심에서도 피해가 있었

다고는 인정하겠다고 했지만, ‘범행 일시와 장소 증명이 없다’고 해서 무죄가 났구요. 2심에서는 피고인의 방어권을 침해 한다는 이유로 범행 일시와 장소를 특정해 와라.’라고 요구를 계속 해서, 어느 장소인지 기억을 전혀 못하고 그래도 피해자가 정확하진 않고 OOOO인 것 같다고 얘기해서 날짜를 살펴보니 O월O일 이어서 정말 어쩔 수 없어서 얘기를 했더니, 가해자가 알리바이가 성립될 수도 있고 안 될 수도 있는 상황이었는데 재판부에서 성립한 것으로 받아들여서 결국 무죄가 났어요. 그래도 끝까지 특정을 하지 않았던 것으로 가야하는 것이 아닌지에 대한 고민이 되네요.”(M소장)

“성폭력 신고 시 임신 중이었다가 유산을 하게 됐는데 성폭력이 유산 시점 전후의 여부를 확정하는 쟁점으로 바뀌어서 피해자의 내용은 일관성이 인정되었으나 날짜 특정 문제로 무죄가 선고 되었어요.”(H팀장)

다) “학교 다닐 때 성교육 받은 적 있어요?” –성관계 경험, 성관계 거절 경험, 성교육 여부

지적장애인은 성폭력과 성관계를 구분하기 어렵다. 성폭력 관련 교육을 받을 기회가 적고 성폭력에 대한 개념이 뚜렷하지 않으며 작은 호의에도 금세 친밀감을 느끼기에 성폭력에 노출되기 쉽다.

“가해자는 엄마의 동거남이었고 동거 기간(6개월 정도)에 동거남이 피해자 엄마를 회유하여 모로부터 분리하여 가해자의 노모에게 데려가 피해자를 키우게 하였고 피해자 모와 동거가 끝난 후에 가해자는 피해자와 함께 살면서(3년 정도) 성폭력 피해가 있었어요. 가해자는 피해자 모에게는 피해자가 어디 있는지 알려주지 않아서 피해자 모친은 피해자를 찾을 수 없었구요. 판결문에 항거불능에 대한 부분이 나왔는데 이 피해자는 과거에도 성관계 경험이 있었고 성관계의 의미를 알았다. 가해자가 피해자와 성행위를 하려고 할 때 한 번은 싫다고 얘기를 했다고 해요. 그랬는데 휴대전화를 사줄게 했더니 수락해 버렸어요. 그걸 보고 이 아이는 성관계의 의미를 알고 휴대전화를 취하기 위해서 성행위를 인정했다 하여 이 아이가 지적장애가 있고 하지만 완전한 항거불능 상태로 볼 수 없다. 라고 하여 결국 피해자가 선택했다라고 하였다라고 판단하였어요.”(J소장)

“무죄 사건은 대개 성교육 받았는지 묻는데요. OO 들어가는 것, OO 나오는 것 등을 표현 하였고 이를 법원은 성교육 받았다고 인식하였어요.”(H소장)

“성폭력 피해자 전에 있었다면 상담소에서는 스스로 대처할 수 없어 반복되었다고 보는데, 수사·사법기관은 스스로 원하는 것으로 보는 경향이 있고 그래서 무죄로 가는 것 같아요.”(J소장)

라) “청바지 입었어요.” – 피해자가 착용한 옷의 종류

2013년에 판결한 사건으로 지적장애 여성의 피해자가 청바지를 입고 있었던 점에 비추어 피해자가 위 양변기 칸 안에서 빠져나가려고 몸을 움직이는 등의 행동만 하였어도 피고인에 의한 일방적인 성관계가 쉽게 이루어지지는 않았을 것으로 보이는 점 등의 이유를 들어 무죄를 선고하였다.

2008년에도 우리나라 판결은 피고인이 피해자에게 성폭행을 저지르지 않았는가 하는 강한 의심이 들기는 하지만 비장애인 여성의 아래로 갈수록 폭이 좁아지는 벗기기 힘든 청바지를 입고 있었다는 등의 이유로 1심에서 유죄, 2심에서 무죄를 선고한 사건이 있었다.

“저 판결은 성폭력 피해를 겪은 것을 순전히 여자 탓으로 돌리는 거네요. 청바지 입은 것도 죄, 나중에는 치마 입었으면 치마 입었다고, 핫팬츠 입었으면 핫팬츠 입었다고 여자 탓이라고 하겠네요. 여자들 앞으로 저런 일 겪지 않도록 갑옷을 입고 다니던지 총을 차고 다니던지 해야겠네요. 어디 세상 무서워서 살수가 있나요. 청바지를 자물쇠 달린 옷으로 생각하는데 어떻게 살겠어요. 어찌나. 난 지금 옷이 청바지 밖에 없는데, 그거 버리고 다 면바지로 사야겠네요.” (2008년 판결을 보고 어느 네티즌 의견 중에서)

비슷한 시기에 2008년 7월21일 이탈리아 대법원에서 “청바지는 정조대(貞操帶)가 아니다. 청바지를 입어도 성범죄가 일어날 수 있다”는 판결이 있었다.

상식적으로 납득하기 어려운 일이며 5년이 지난 지금이나 예전이나 달라 진 것은 없는 것 같다.

“채팅으로 만났는데 이 지적장애 여성은 남자 화장실로 끌고 가서 성폭력을 해요. 근데 이 피해자가 청바지를 입고 있었는데 청바지를 가해자가 벗기기는 어려웠다는 이유로 스스로 원하지 않았다면 청바지를 벗길 수 없기 때문에, 즉 가해자가 벗길 수 없었을 것이라고 사법기관에서 판단한 청바지였기 때문에 그래서 무죄 사건 난, 이런 걸로도 무죄를 냈다는 것에 대해 우린 분개했어요.” (C소장)

“벗기기 힘든 청바지라니 이게 말이나 됩니까? 도대체 이런 일이 있다니.” (L소장) “맞아요. (B, C소장)” “말도 안 돼요. 안돼. “(J, K소장)” 21세기 맞습니까? (L소장)

마) “무서웠어요.” – 협박이라고 판단 안함

지적장애인의 특성 중 조금의 강압적 분위기에도 쉽게 주눅과 위축이 되어 겁을 먹고 순종적인 태도를 보이며 두려움으로 인해 자신을 방어하는 행동을 취하기 어렵다.

“있잖아요. 나 이 얘기 해두 돼요.”

OOOO이요. 신문에다 칼을 이렇게 말아 가지고 왔어요. 칼을 말아갖고 내 배에다 대고 얘기 했어요. 그냥 죽인다고 했어요.”

Q : 어떻게 이제 와서 얘기하게 되었어요?

“무서웠어요. 이제 생각이 났어요(2년이 지난뒤). OOOO이 죽인다 그랬어요.”(M소장, 피해자의 말)

“정신장애 3급 여성이고 20대 때 성폭력 후유증으로 인해 조현병⁴⁾ 발병 추정되구요. 그 후 입퇴원 약물 복용 반복했어요. 가해자와 피해자는 한 동네 사람이고 가해자1은 피해자에게 ‘나는 특공대 출신이라서 북한사람 목을 몇 사람을 목 따가지고 죽였고 뱀도 껌질 딱 이렇게 해서 먹고’(피해자의 말) 피해자 앞에서 실제로 공기총 같은 걸로 날아가는 새를 쏴가지고 나는 말 안 듣는 사람은 저렇게 한다고 이야기 했구요. 가해자2는 긴 칼을 무슨 칼 인지는 모르겠어요. 늘 냉장고 앞에 붙여 놓으면서 피해자가 가해자 집에 오면 쿡 이렇게 대면서, 뭐 그렇게 했구요. 가해자2는 아내를 엄청나게 때렸는데 피해자가 그걸 다 본거예요. 그래서 때리는 모습을 보고 맞는게 너무 너무 무서웠다고 해요. 공구를 옆에 두고 성폭력 했구요.”(H소장)

4) 2007년 가을 ‘아름다운 동행’이라는 인터넷 정신분열병환자 가족동호회에서 무려 3,689명이 서명이 담긴 ‘정신분열병 병명 개정을 위한 서명서’를 대한정신분열병학회로 보내왔다. 관련 단체의 빠짐없는 참여로 힘을 얻어 정신분열병병명개정위원회를 조직해 결국 3년6개월 동안의 노력으로 ‘조현병(調絃病)’이라는 명칭이 탄생했다. 무엇보다 독자적이며 병명에 부정적인 의미를 내포하는 단어를 넣지 않고 질병을 가장 잘 나타낼 수 있는 병명이다. 여기에는 국어국문학자의 결정적인 아이디어가 주요했다고 한다. ‘조현’이란 현악기의 줄을 고르는 것을 말하는데 이처럼 신경계나 정신의 튜닝(tuning)이 잘 안된 상태라는 느낌을 전달하려는 의도였다고 한다. 즉 분열이나 실조처럼 들이키기 어려운 파국적인 상황이 아닌 다시 튜닝하면 된다는 치료의 희망을 내포한 명칭이라고 할 수 있다. [2014. 03. 07 경향신문 발췌]

바) “왜 소리 지르지 않았어요?”-저항 여부

사건 당시 피해자가 저항을 하였는지 여부도 중요한 요인 중의 하나이다. 위에 기술한 것과 같이 장애의 특성으로 인해 자기 방어 능력이 부족하므로 저항을 한다거나 타인에게 도움을 요청하는 일도 어렵다.

“지적장애인 중에는 싫다는 얘기 잘 못하고, 싫어도 얼굴은 웃고 있고, 부끄러워하는 분들도 많잖아요.”(L소장)
“가해자가 다른 사람에게 도움을 청하지 못하도록 피해자의 입을 막거나 하지 않았음에도 소리를 지르지 않은 이유가 무엇인가에 대한 얘기인데 가해자가 성관계 목적을 분명히 가지고 있었기 때문에 강간을 해도 반항하지 않도록 하는 과정(ex. 다른 사람한테 말하면 안 만나 줄거야. 자장면 사줄게. 등), 즉 서서히 순종하도록 해서 성관계가 가능할 수 있도록 통제하지 않았을까요.”(B소장)

사) “장애인인 줄 몰랐어요.” “우린 좋아서 한 거예요.”-가해자의 변명

법 개정의 변화로 항거곤란이 추가 되어 항거불능이 요건이 대폭 완화 되리라 기대하였지만 사법기관에서는 여전히 피해자의 장애 정도가 항거불능의 상태인지, 성폭력 사건 당시 가해자가 피해자를 항거불능의 장애 상태로 인지하였는지에 주로 주목하고 있기에 여전히 피해자가 항거불능의 상황을 입증해야 되는 상황이어서 논란의 소지가 있다. 수사기관에서는 법조를 적용할 때 항거불능 및 항거곤란의 입증의 논란 소지가 있는 장애인 준강간죄 보다는 다툴 소지가 적은 장애인 위계·위력으로 사건이 진행되는 경우가 많이 늘었다. 하지만 위계·위력의 범위도 명확하지 않아 어려움이 있다.

“판결문에 항거불능에 대한 부분이 나왔는데 이 피해자는 과거에도 성관계 경험이 있었고 성관계의 의미를 알았다. 가해자가 피해자와 성행위를 하려고 할 때 한 번은 싫다고 얘기를 했다고 해요. 그랬는데 휴대전화를 사줄 게 했더니 수락해 버렸어요. 그걸 보고 피해자는 성관계의 의미를 알았고 휴대전화를 취하기 위해서 성행위를 인정했다 하여 피해자가 지적장애가 있고 하지만 완전한 항거불능 상태로 볼 수 없다. 라고 하여 결국 피해자가 선택했다고 판단하였어요.”(J소장)

장애 특성과 피해자를 둘러싼 다양한 환경으로 인해 장애인 피해자에게 미치는 영향을 논리적으로 일일이 설명하기가 매우 어렵다. 이렇게 논리적으로 설명하기 어려운 부분들이 오히려 장애 특성일 수 있다.

다. 장애인성폭력상담소의 대응 전략

상담소들마다 사건을 진행함에 있어 경험의 축적을 통해 가진 전문적인 노하우와 구체적인 전략과 실천력을 가지고 있다. 그를 근거로, 밀도 있는 대면을 통해 피해자의 개인적, 환경적 특성 등을 잘 파악 하여 수사·사법기관에 설명하고 설득한다. 상담소가 반성폭력의 운동의 시작인 민간단체에 근간을 두고 있기에 다양한 연대체를 구성하여 피해자의 특성과 상황에 맞게 적극적으로 지원하고 있다.

다만, 장애라는 것이 개인별 특성에 따라 다양한 스펙트럼으로 구성되어 있어 접근하기 매우 힘들고 상담소 모두 공통된 가이드라인을 설정하기가 쉽지 않다. 그러므로 상담소마다 다양한 경험과 노하우를 토대로 사건을 진행하고, 더불어 지역마다의 지원체계도 다르다 보니 전국적으로 일원화된 체계로 대응하는 것이 곤란하여 원활한 공동대응에 어려움이 있다.

더불어 전국 25개(가정폭력상담소 포함) 상담소마다 가지고 있는 정체성과 운동의 방향이 다르고 지역별로 정보의 전달 체계와 그로 인한 전문성이 부족한 것과 동시에 차이가 나는 것이 사실이다. 정보의 부재로 인해 전문성에 대해 의심을 받을 수 있고 전문성이 부족하기에 정보가 부족할 수 있는 양상이 나타나게 된다. 그러므로 사건을 대응할 때의 방식이 수사·사법기관에 적극적으로 대처하지 못하고 피해자의 보호나 사건 이후의 치유에 더 집중하게 된다. 이와 관련하여 멘토링⁵⁾(컨설팅) 사업 등, 각 상담소의 역량·전문성 향상과 더불어 원활한 네트워크 형성 및 강력한 연대체 구성을 위한 노력을 다각도로 기울이고 있다.

장애인성폭력상담소가 민간단체이기 때문에 일부 수사·사법기관에서는 사건 진행의 중립성으로 인해, 상담소가 피해자를 적극적으로 지원함에도 사건의 중립성, 객관성을 유지하지 못하고 피해자의 입장만을 전달한다는 안타까운 인식이 있을 수 있다. 사건 진행 과정에 꼭 포함되는 의견서의 경우 상담소는 현장 전문가로서의 전문성을 발휘하여 장애인의 특성을 전달함에도 주의 깊게 보지 않으며 의견서의 전문성보다는 탄원서로의 기능으로만 판단하는 경우가 발생한다. 일부 수사·사법기관이 상담소에 이와 같은 시각을 가지고 있는 것을 충분히 인식하고 있기에 우리 스스로가 NGO의 특성을 인정하고 더욱 민간단체로서의 역할에 충실히 해야 한다. 재판과정과 판결문에 드러나지 않지만 상담소가 지켜보고 있는 것만으로도 수사·사법기관에 지각 될 수 있으며 그 외의 다른 활동도 적극적으로 개진할 수 있도록 여러 가지 NGO로서의 활동방식을 고민할 필요가 있다.

5) 2012년도부터 전국성폭력상담소협의회에서 상담소 역량강화를 위하여 멘토링 사업이 진행되고 있다.

상담소는 피해자와 최측근에 있기에 누구보다도 피해자의 특성을 다각적으로 충실히 파악하고 있고 특성을 온전히 전달 할 수 있는 현장성을 가지고 있다. 따라서 피해자를 성실히 지원하면서 피해자에 대한 최선의 정보나 상담소의 의견을 더욱 정확하고 충실히 전달해야 한다. 이로써 수사·사법기관의 조속한 신뢰를 구축하게 될 수 있기를 바란다.

법 개정과 제도 변화로 인해 다양한 체계들이 만들어 졌지만 상담소가 그 한계를 뛰어 넘어 성폭력 사건을 지원하는데 있어 정책 개선과 변화를 어떻게 실천해야 하고 이끌어 나가야 할지 많은 과제가 남아있다.

03

장애인 성폭력사건 지원사례 1 -상담소

_정은자

사단법인 경원사회복지회 부설 여성장애인성폭력상담소장

장애인 성폭력 사건 지원사례1-상담소

정은자
(사단법인 경원사회복지회 부설 여성장애인성폭력상담소장)

2001년 여성장애인상담소가 부산에서 처음 개소한 후, 2014년 현재 전국에 24개의 상담소로 확대되었고 영화 '도가니' 상영을 계기로 장애인 성폭력 관련 법률 개정, 피해자 지원체계에도 많은 변화가 있었다. 그러나 상담현장에서 보면 지적장애인 성폭력 피해자에 대한 수사·재판은 여전히 인식의 한계를 극복하지 못하고 있다. 피해 일시 및 장소, 피해횟수, 항거불능 혹은 곤란상태 증명, 진술의 신빙성 등 지적장애인의 특성 상 증명하기 어려운 사항을 입증해야하는 책임이 피해 지적장애여성에게 더 무겁게 주어진 것이다. 또한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 제6조는 장애인의 성적 자기결정권을 보호 법익으로 하기 때문에 성적자기결정권을 보호해야 한다는 취지로 오히려 지적장애인 피해자의 피해를 더욱 가중시키는 역할을 하기도 한다. 본 사례는 가출한 지적장애 여성을 찾는 과정에서 드러나게 된 성폭력 사건을 지원하면서 겪은 상담원의 고민을 공유함으로써 지적장애인 성폭력 사건 수사·재판 시 상담소의 역할 및 피해자 지원 방향을 제시하고자 한다.

| 피해자의 개인적 상황

1. 피해자의 특성

피해자 박00은 피해 당시 만31세, 지적장애2급으로 눈을 마주치지 못하며, 말투가 통명하고, 질문에 단답형의 답변만 할 뿐 타인과 의사소통이 제한적이다. 읽고, 쓰고, 셈을 하지 못하며 대중교통으로 이동이 어렵고, 물건에 대한 애착이 많으며, 생활용품이 떨어질지 모른다는 두려움에 두 개씩 마련하는 경향이 있다.

심리평가 결과 전체 지능45이하, 사회성숙지수 28, 사회연령 7세 수준으로 어휘력, 언어 이해 및 표현력 저하

를 보이며, 보호자의 지속적인 도움이 필요한 상태이다.

2. 가족지원체계

피해자는 결혼하였으나 남편과 떨어져 혼자 살고 있었고, 사건이 일어나기 전까지 식품가공 공장에 다니고 있었다. 어린 시절 부모님을 잃고 친척집을 전전하며 살다가 13,14세 때 친족 성폭력을 시작으로 청소년기에 여러 차례 성폭력에 노출되었으며, 이 때문에 지역사회에서 생활하지 못하고 사찰로 보내졌다. 약 12년 동안 절에서 살다가 3년 전 스님의 소개로 결혼한 상태였다.

남편 또한 지적장애인으로 절에서 생활하면서 월 약90만원 정도의 급여를 받아 스스로 돈을 관리하기는 하였지만, 직장에서 임금을 제대로 받지 못한 경험 때문에 지역사회에서 경제활동을 하지 못하고 피해자에게 월15만원 정도의 생활비만 보내고 주말에 집에 오는 상황이었다. 따라서 피해자 박00은 경제적으로 어려운 상태였으며, 남편과 함께 살고 싶은 욕구가 있었고, 성폭력 피해 사실이 남편에게 알려질까 매우 두려워하고 있었다.

피해 전까지 숙부 내외가 보호자로서 피해자 집 근처에서 보살피고 있었는데, 사건 발생 후부터 숙부의 집에서 보호하고 있다가 지역사회에서 소문 날 것을 두려워하여 지역을 옮겨 보호하고 있다.

II. 성폭력 사건 개요

1. 상담소 의뢰 경로 및 성폭력 사건이 드러난 경위

이 사건은 피해자가 숙부에게 야단을 맞고 가출하여 집에 돌아오지 않자, 숙부의 가출신고를 통해 경찰이 피해자를 찾는 과정에서 가해자 집에 있게 된 경위 조사 시 성적행위가 있음을 인지하였다. 00년 00월 00원스톱지원센터에서 숙모가 신뢰관계인으로 동석하여 1차 진술녹화를 하였으나 피해자가 진술을 구체적으로 하지 않자 수사에 어려움을 겪게 되면서 원스톱지원센터에서 상담소로 연계하였다.

2. 성폭력 피해 사실

가해자 최00(61세)는 동네 마트에서 담배를 사던 중 피해자 박00를 발견하고, 말을 건 후 피해자의 뒤를 밟아 집 안으로 들어가서 성폭력 하였다.

그 이후 피해자를 수차례 찾아가 ‘우리 집에 놀러 와라’고 권유하였고, 주변 사람들이 볼 것이 두려워 가해자 집을 찾아간 피해자에게 바지, 화장품 등을 주고 또다시 성폭력 하였으며, 이와 같은 상황은 또 한 차례 반복되었다.

어느 날 피해자가 숙부에게 야단을 맞고 가출하여 가해자의 집을 찾아갔고, 두 사람은 늦은 밤 사람들의 눈을 피

해 피해자 집에 리어카를 끌고 가서 집에 있던 김치냉장고를 가해자의 집에 옮긴 후 함께 지내다가 경찰에 발견되었다. 가출해서 가해자 집에 있던 10일 동안은 성행위를 하지 않았다고 한다.

3. 가해자 측의 주장

피고인은 피해자와 3회에 걸쳐 성관계 한 것은 맞지만, 피해자에게 정신적인 장애가 있다는 것을 알지 못하였고, 합의에 의하여 성관계를 한 것이지 피해자가 정신적인 장애로 항거불능 상태에 있는 것을 이용하여 간음한 것은 아니라고 주장하였다.

III. 수사·재판 과정에서의 문제점

1. 상담소의 수사 · 재판 지원 경로

보호자인 숙부의 가출 신고→경찰에서 가해자 집에 있는 피해자 발견→00경찰서 실종팀 성폭력 인지→00원스탑지원센터 1차 진술녹화(신뢰관계자: 숙모)→피해일시가 특정되지 않고, 폭행 협박이 없어서 검찰 재수사 지시(지적장애인지원 상담소 도움 지시)→00원스탑지원센터에서 담당경찰에게 장애인상담소 안내 및 의뢰(피해자 2차 진술 협조요청)→상담원 피해자 및 보호자 면담→00원스탑센터에 산부인과 및 정신과 진료(심리평가) 요청→00경찰서 내 2차 진술녹화 실시(신뢰관계자: 상담원)→담당경찰에게 심리평가 필요성 재차 설명→담당검사 피해자 지적장애 정도 검사 지시→담당경찰 검사지시로 상담소에 협조 요청→담당검사에게 지적장애인특성 알림→00원스탑지원센터에 심리평가 의뢰 확인요청: 피해자 쪽 보호자가 응하지 않았다고 함→담당경찰에게 피해자 쪽에 심리평가 검사 필요성 설명하도록 알림→00원스탑지원센터 심리평가 검사 늦어질 경우를 대비하여 타기관에 검사 가능 일정 조율하였으나 00원스탑지원센터에서 지원하기로 함→피해자 00원스탑지원센터 정신과 진료→00원스탑지원센터 심리평가 일정 늦어진다면 담당경찰 타기관으로 변경해 달라는 요청이 있었으나 00원스탑지원센터와 의논하여 일정 조율함→심리평가 결과보고서를 토대로 상담소에서 의견서 제출→검찰에 송치함→구속수사→경찰수사 5개월 후 기소→1,2,3심 모니터링 및 의견서 제출: 징역3년6월)

2. 지적장애인 성폭력 피해자 초기 대응에서 발생한 문제

1) 피해자 진술을 방해한 요인

- 피해자는 지적장애인으로 대인관계 및 의사소통의 어려움을 겪고 있다.
- 어린 시절 친족 및 지역주민들에 의한 성폭력 피해 경험이 있기 때문에 성폭력 피해 상황에 대처하지 못하는 무기력한 측면이 있다.

- 남편에게 성폭력 사실이 드러날 것을 매우 두려워한다.
- 집에 오라는 가해자의 압력을 거절하지 못하고 스스로 찾아 갔다는 죄책감을 갖고 있다.
- 숙부가 혼낸 후 가출하였기 때문에 숙부와 숙모에 대한 불편함이 있는 상태에서 1차 진술 시 신뢰관계자로 숙모가 동석하였기 때문에 진술의 어려움을 겪었다.

2) 피해자 지원상에서 드러난 문제점

- 성폭력 인지 후 지적장애인의 특성 및 의사소통방법을 이해하고 지원할 수 있는 전문가 없이 1차 진술녹화를 끝마친 후 진술이 충분하지 않게 된 후에야 장애인성폭력상담소에 연계되어 초기지원 및 대응에 문제가 있었다.
- 지적장애인의 경우 등록된 장애등급 뿐만 아니라 사건 당시 인지상태를 파악하기 위해 심리평가검사가 필요함을 원스탑지원센터 및 경찰에게 설명하였으나 제대로 진행되지 않다가 검사의 재지휘를 받은 후에야 심리 평가를 실시하여 수사 기간이 연장되었다.
- 이 사건은 성폭력 전담팀으로 배정되지 않고 실종팀에서 수사가 진행되었는데, 2차 진술녹화 시 조사 의도를 제대로 파악하지 못한 채 진술 받는 경찰의 미숙함을 보였고 지적장애인의 특성을 고려하지 못한 질문으로 도움이 되지 못했을 뿐만 아니라 피해자에게도 고통스러운 시간이 되었다.
- 가해자의 화간 주장 및 피해자 측의 비협조적 태도

가해자는 61세, 무직, 단독 가구주로 지속적으로 화간을 주장하였으나 피해자는 가해자를 싫어했으며 그 사실을 가해자도 알고 있었다. 그러나 본인이 원치 않을 때는 성행위를 거절한 적도 있었다고 진술하는 등 항거 불능 상태라고 볼 수 없는 정황이 있었다. 이와 관련하여 피해자는 진술 및 상담에서 자신의 의사를 적절하게 적극적으로 설명하지 못하였으며, 보호자 또한 처벌을 원하면서도 협조적이지 않아 어려움을 겪었다.

3) 그럼에도 불구하고 유죄 사건이 될 수 있었던 이유

- 실종팀 경찰의 지적장애인 성폭력에 대한 민감성
보호자의 가출신고를 받고 실종팀 경찰이 피해자를 발견하여 피해자가 가해자 집에 찾아간 경위를 조사하면서 피해자 스스로 가해자의 집을 찾아갔고 성행위가 있었지만, 피해자가 가해자를 싫어하고 있음을 감지하고 성폭력으로 수사를 진행하였다.
- 성폭력 전담 검사가 장애인성폭력상담소의 전문성 인정하여 협력을 요청한 점
성폭력 전담 검사가 전문기관의 지원이 필요함을 인식하여 경찰에 장애인성폭력상담소와의 협력을 지시하여 지적장애인의 특성을 고려한 수사를 진행할 수 있었다.
- 지적장애인의 특성을 고려한 재판부의 열린 시각
스스로 가해자를 찾아 간 피해자의 행동이 장애로 인한 것임을 인지하고 다양한 진술 참여전문가 평가보고

서, 장애인성폭력상담소 의견서, 피해자 심리평가 보고서 등 성폭력 피해자의 지적장애 특성을 고려하여 판결하였다.

- 장애인성폭력상담소의 피해자 지원

피해자 및 보호자 면접상담, 경찰·검찰·법원 등 법적 절차가 진행되는 동안 단계별로 성폭력 피해 지적장애인의 특성을 이해시키고, 가해자의 화간 주장이 부당함을 알렸다. 상담소는 지적장애인 성폭력 피해자 개인의 장애특성 및 환경적 영향으로 인해 파생되는 다양한 문제를 파악하여 수사과정에 알리고 지속적으로 모니터링하면서 피해자를 적극 지원하였다.

위와 같은 상담소 활동은 경찰, 검찰, 법원의 인식을 바꾸고 피해자에 대한 2차 피해를 예방하며, 가해자를 처벌함에 있어 매우 중요한 요인이다.

IV. 본 사건을 통해 살펴본 장애인 성폭력 사건 지원의 방향

1. 초기 진술녹화의 의미와 법적사건 진행과정을 명확히 설명해야한다.

초기 진술녹화 시에 지적장애인의 특성을 고려하여 조사 공간에 익숙해질 시간을 필요로 한다. 또한 단순히 형식적인 알림 절차가 아니라 무엇을 하러 왔는지, 자신에게 진술녹화가 어떤 의미이고, 앞으로 어떤 영향을 미칠 것인지를 설명하고 지원해야만 한다.

2. 지적장애인의 의사소통 방법을 이해하고, 지원할 수 있는 전문가의 동석이 반드시 필요하다.

피해자가 사회성이 발달되어 있거나, 언어능력이 지적능력보다 뛰어날 경우 초기면담에서 경계심 부족으로 면담자에게 친밀감을 보일 수 있고, 자신에게 묻는 질문의 의도를 이해하지 못한 채 진술을 할 수 있기 때문에 장애특성을 이해하는 전문가의 도움이 요구된다.

3. 지적장애인의 특성이 제대로 들어날 수 있는 질문 매뉴얼과 진술 수사관에 대한 전문화된 교육이 필요하다.

성폭력 피해자 매뉴얼에 의거한 질문기법으로는 지적장애인 피해자 진술에 한계가 있기 때문에, 지적장애인의 장애 특성과 성폭력 피해 상황에 놓이게 되는 환경적 특성을 반영한 질문기법 매뉴얼개발과 진술전문수사관의 양성이 요구된다.

4. 성폭력 수사재판과정에 참여하는 피해자 지원자들의 긴밀한 협조가 필요하다.

예를 들면 국선 변호인, 진술 조력인, 신뢰관계인, 성폭력 피해자 지원 상담소 등은 사건이 시작할 때부터 종료될 때까지 피해자의 2차 피해

방지 및 성폭력 피해가 축소되거나, 왜곡되지 않기 위한 관련자들의 민감성과 협조가 중요하다.

5. 성폭력특례법 개정의 취지에 맞게 지적장애인 성폭력 피해자 특성을 충분히 고려하고 가해자가 피해자의 장애 특성을 이용한 범행에 초점을 맞춰 판결해야 한다.

지적장애인 성폭력 사건에서 많은 가해자는 화간을 주장한다. 피해자가 거부하지 않았으며, 먼저 연락을 하거나 좋아한다고 했기 때문에 서로 합의하에 한 성행위라는 것이다.

이에 재판부는 성폭력특례법 제6조를 피해자에 엄격하게 적용하여 범죄구성요건(폭행, 협박, 항거불능 여부)에 따른 피해 입증을 강요하고 가해자의 주장을 합리적인 것으로 인정하여 가해자를 보호하고 면죄부를 주고 있다. 이와 같은 재판부의 왜곡 된 판단으로 장애인 성폭력 사건이 만연하고 이 사회에 법정의가 무시되는 결과로 이어진다는 것을 재판부는 인식해야 한다.

이 사건은 단순 가출사건으로 처리될 수 있었음에도 불구하고, 초기 신고를 접한 실종담당 수사관의 지적장애인 성폭력 피해에 대한 민감성과 재판부의 장애특성을 고려한 판결로 지속 될 뻔했던 성폭력 피해를 예방할 수 있었다.

결론적으로 장애인 성폭력 사건 수사·재판 과정에서 지적장애인을 가해한 가해자의 범행 의도와 수법을 꿰뚫는 처벌기준이 마련되느냐가 관건이다. 이를 위해서는 수사·재판 담당자들의 장애인 성폭력피해자 특성을 이해하기 위한 교육이 의무화되어야한다.

04

장애인 성폭력 사건
지원 사례 2
-피해자의 변호사

_이선경

변호사

장애인 성폭력 사건 지원 사례 2-피해자의 변호사

이선경

(변호사)

1. 형사사법절차에서의 법적 지원

가. 장애등록이 되어있지 않은 피해자에 대한 권리구제

피해자는 한 남자를 만나 동거하던 중 그 동거남의 동네 형들이 집으로 찾아오자 그 3인과 동시에 성관계를 하였고, 목격자가 신고하였으나 피해자를 폭행하거나 협박해서 강간한 것은 아니라는 이유로 불기소 결정이 내려졌다.

후에 이를 알게 된 피해자의 가족이 상담소에 찾아와 사건이 인지되었고 상담소 활동가와 피해자 변호사가 모두 이 사건 피해자의 언동이 미심쩍어 보여서 지능 검사를 의뢰하였더니, 검사 결과 지능이 56에 불과한 지적 장애인으로 밝혀졌다.

이에 피해자 변호사는 불기소처분에 대하여 항고를 제기하면서, 피해자가 지적장애인으로 장애인에 대한 준강간으로 다시 수사를 할 것을 요청하였다.(통상 검사가 불기소 결정을 하게 되면 항고를 할 수 있고, 그 항고가 받아들여지면 수사를 재개하는 절차를 밟게 된다.)

즉, 기존에 진행되었던 수사는 피해자가 지적 장애임을 모른 상태에서 비장애인에 대한 강간사건으로 보고, 피해자에 대한 폭행·협박이 있었는지 여부를 조사하였으나, 실상 이 사건은 피해자가 지적 장애인이므로 폭행, 협박 유무를 판단할 것이 아니라 가해자들이 피해자가 장애로 말미암아 항거불능 상태에 있음을 이용하여 간음한 것인지를 수사해야한다는 것이었다.

수사기관은 피해자가 장애등록이 되어 있지 않고, 학교도 일반학교를 다녔으며, 고교 시절 학생생활기록부 기재 내용이 우수하다고 하면서 장애인에 대한 준강간으로 볼 수 없다고 하였으나, 끈질기게 설득한 끝에 수사가 다시 시작되어 현재 수사 중에 있다.

많은 장애인들이 장애등록이 되어 있지 않은 상태로 살아가고 있으며, 특수학교가 아닌 일반학교를 다니고 있습니다. 그런 장애인들이 성폭력 피해를 입게 되면 이와 같이 부당한 일이 발생할 수 있다.

이 사건은 수사기관이 피해자가 장애등록이 되어 있지 않아, 비장애인으로 보고 잘못된 수사를 하였으나, 상담소와 피해자 변호사가 사건에 개입하여 피해자를 지원해 준 사례라고 하겠다.

나. 추가고소를 통하여 2차 피해를 방지한 사건

이 사건 피해자는 40대 중반의 지적 장애여성으로서, 같은 동네 주민에게 강간피해를 입었습니다. 문제는 피해자의 집에 가해자 가족이 찾아와 고소를 취하하라고 하면서 폭행, 협박을 하고 있는데, 피해자 가족이 대부분 장애가 있어 방어능력이 없다는 점이었다.

우선 피해자 변호사는 피해자를 지원하고 있는 지역 복지관 활동가와 만나 피해자의 주변상황을 전해들었으며, 피해자의 집을 방문하여 피해자의 집과 가해자의 집이 아주 가까이에 있다는 사실(가해자의 집을 지나지 않으면 피해자의 집으로 갈 수 없다는 사실)등을 알아낸 후 활동가의 도움을 지도를 출력하여 수사기관에 이런 사정을 알렸다.

또한 가해자 가족앞으로 피해자의 집에 접근을 하지 말라는 내용의 우편을 발송하였고 가해자의 가족 중 한명을 추가고소하였으며, 기소가 되어 현재 가해자와 그 가족이 같이 재판을 받고 있다.

무엇보다 추가고소가 이루어진 후부터는 가해자 가족의 2차 접근이 보고되고 있지 않다.

다. 피해자의 언어특성을 사전에 알아내어 증인신문에 적용한 사례

피해자는 이전에도 추행피해를 당한 적이 있는 지적 장애2급의 장애인으로서, 채팅으로 만난 피고인에게 기망 당해 만난 당일에 바로 모텔로 가서 강간을 당했다.

피고인은 피해자가 채팅을 할 정도로 인터넷 사용에 능하고 만났을 당시에도 말을 막힘 없이 잘해서 장애인이라는 사실을 알지 못했다고 주장하였고 실제 피해자를 만나보니 다른 기능에 비하여 상대적으로 언어구사능력이 발달해 있는 상태였다.

이에 피해자 변호사는 담당 검사와 상의 끝에 재판부에 진술조력인 지정을 신청하였고, 현장경험이 많았던 진술조력인이 재판 당일 피해자를 사전 면담하는 과정에서 피해자가 날짜 개념을 정확히 알지 못한다는 사실을 알아내고 이를 검사에게 고지하였으며, 검사는 그 내용을 증인신문 과정에 적극 반영하여 유죄 판결을 선고받았다.

구체적으로 말하면, 피해자는 오늘, 어제, 내일은 알지만 거기에서 한 단계 더 앞으로 가거나 뒤로 가는 날의 날짜 개념은 없는 상태였다. 당시 검사는 “오늘이 며칠이예요? 그럼 어제는 며칠이예요? 그럼 그제는 며칠이예요?” 등과 같은 질문을 하였는데, 피해자는 어제, 오늘, 내일은 알았지만 그제와 모레가 며칠인지는 답변하지 못하였고, 그를 통하여 재판부는 피해자의 숫자 개념이 매우 미약한 상태임을 알게 되었던 것이다.

통상, 오늘을 기준으로 어제와 내일 날짜를 물어보고, 거기에 답변을 하면 날짜 개념이 있다고 단정하여 다른 질문을 생략하는 경우가 많은데, 이 사건 담당 검사는 진술조력인과의 협업을 통하여 한 단계 나아간 질문을 하였던 것이다.

이 사건은 사전에 피해자의 장애 특성을 숙지하고, 그에 맞는 신문을 하는 것이 얼마나 재판에 큰 영향을 미치는가를 보여주는 사건이며, 동시에 최근에 도입된 진술조력인의 적절한 활용례라고 할 것이다.

라. 전문심리위원의 심리분석을 요청한 사건

이 사건 피해자는 40대 중반의 지적장애 2급 여성으로서, 친족에 의해 강간 피해를 입었다.

재판부가 피해자를 증인으로 소환하였는데, 이때에는 이미 사건 발생일부터 시간이 많이 경과하여 피해자가 증인으로 나가도 아무런 기억을 하지 못할 상황인데다 법원에 나가게 되면 법정이 주는 위압감으로 인해 극심한

스트레스를 받을 상황이었고, 무엇보다 피해자가 언어구사능력이 상대적으로 발달하여 짧은 증인신문 기간 동안 피해자의 장애 상태를 재판부에 드러내기 쉽지 않다는 판단을 하였다.

그런 이유로 피해자 변호사는 재판부에 피해자의 현 상황을 표현한 의견서를 제출하면서, 피해자를 부르는 대신에 전문심리위원의 심리분석을 통하여 피해자 진술의 신빙성을 판단해달라고 하였다.

결국, 전문심리위원의 심리분석결과 피해자 진술의 신빙성이 있다는 평가가 내려졌고 피고인은 유죄 판결을 받고 수감되었다.

장애인 사건에서, 피해자가 증인으로 법정에 나아가면 긴장한 나머지 제대로 진술을 하지 못할 것이 예상되거나 극도로 고통을 호소하는 경우에는 전문심리위원을 통한 심리분석을 해달라고 법원에 적극적으로 요청하는 것도 한 방법이라고 생각된다.

최근 법원도 지적 장애인 사건에 있어서는 전문가의 판단을 경청하는 경향이 있다.

마. 피해자 증인신문을 적극적으로 요청한 사건

피해자는 지능 48의 장애인으로서, 같은 직장에서 일하는 동료로부터 강간을 당했다.

재판과정에서 피고인은 둘이 연인관계였음을 주장하며 적극적으로 항변하였고, 피해자 변호사는 상담소 활동가와 상의한 후 피해자가 법정에 출석하여 증언을 하는 과정에서 피해자의 장애 정도를 명확히 보여줄 수 있을 것으로 판단하여, 증인으로 출석하겠다는 의사를 피력하여 증인신문에 임하였다. 결국 피고인은 유죄 판결을 선고 받았다.

원칙적으로는 피해자가 수사기관과 법정에 반복적으로 출석하여 사건에 대한 이야기를 하도록 하는 것은 바람직한 일이 아니지만, 때때로 피해자를 법정에 출석시켜 그 장애상태를 재판부에 직접 보여주는 것이 재판에 도움이 되는 경우도 있다.

다만, 증인신문 자체가 주는 고통을 줄이기 위하여, 증인신문 시간이 가능하면 40분 이내로 최대 1시간을 넘기지 않도록 하고, 1시간이 넘어가면 휴정을 요청하여 쉬었다가 다시 시작하도록 하는 것이 좋겠다.

2. 형사절차 외에 추가적인 지원 사례

가. 후견인 지정한 사건

이 사건 피해자는 50대 중반의 지적장애 2급 여성으로서, 수년간 같이 살아오던 이모의 남편으로부터 강간을 당하였다.

다행히 가해자는 구속되어 유죄 판결을 선고받았지만, 중간에 이모가 사망하면서 피해자가 의지할 가족도 살 집도 없어져 버렸다.

이에 피해자 변호사는 가해자를 상대로 손해배상청구소송을 진행하여, 승소 판결을 받아내는 한편, 피해자를 지원하던 상담소 활동가와 상의하여 그 활동가가 피해자의 법적 후견인으로서 향후 피해자를 돌볼 수 있도록 하였다.

통상 지적 장애인 사건에서, 재판이 끝난 이후의 생활지원이 잘 되지 않는 것이 현실이고, 그로 인하여 재피해를 입는 경우도 보고되고 있는 바, 이처럼 적절한 사람을 후견인으로 지정하여 지속적인 조력을 받는 방안을 적극 활용하면 좋겠다.

나. 대출채무를 해결한 사건

지적 장애2급의 피해자가 강간피해와 더불어 금전 피해를 입은 사건입니다. 가해자가 피해자 명의로 휴대전화와 인터넷을 개통하여 800 만원 가량의 손해를 입혔는데, 이 사건은 피해자 변호사가 회사를 상대로 채무부존재 확인의 소를 제기하였고, 모든 회사들에서 채권을 포기하여 피해자의 채무를 전부 소멸시켰다.

최근 장애인 피해자가 성폭력과 더불어 대출사기를 당하는 일이 많은데, 이런 손해는 성폭력 사건 재판이 끝나더라도 해결되지 않고 계속 피해자와 그 가족을 괴롭힐 수 있다. 따라서 법률전문가인 피해자 변호사가 적극적으로 나서서 문제 해결을 해준다면 피해자 지원에 도움이 될 것이다. 다만, 이 소송에 대한 구조비를 어떻게 할 것인가는 과제이다.

05

장애인 성폭력 외국 사례

차혜령

공익인권법재단 공감, 변호사

장애인 성폭력 외국 사례

차혜령

(공익인권법재단 공감, 변호사)

I. 개관

이 글에서는 장애인 성폭력, 특히 정신적 장애가 있는 사람에 대한 성폭력 사건에 대한 외국 판결을 소개한다. 외국 판결은 우리나라와는 다른 법체계(장애인 성폭력에 대한 형사 실체법, 형사 절차법)를 전제로 한 것이므로 우리 판결과 직접적으로 비교할 수 없고, 이 글 역시 국가별 성폭력 법제와 판결의 경향을 종합적으로 분석하지 못하고 일부 사례를 소개하는 것에 그치는 한계를 갖고 있다. 다만, 여기서 소개하는 외국 판결을 통해서 ‘장애인인 특정 성적 행위에 동의한다는 의미는 무엇인가’라는 질문에 답하기 위해 고려해야 할 사항을 참조함으로써, ‘성적 행위에 동의하여 자신에게 주어진 성적 자유(또는 성적 자기결정권)를 누린다’와 ‘성적 행위에 동의할 수 없는 상황에서 성폭력 범죄의 피해자가 된다’ 사이의 경계를 어떻게 판단하고 구분할 수 있는지에 대해 의미 있는 시사점을 얻고자 한다.

II. 판결례⁶⁾

1. 성관계에 동의할 수 있는 능력 유무 판단 시, 성적 행위의 물리적 특성뿐만 아니라 성적 행위의 개인적, 사회적 영향을 고려한 판결⁷⁾

6) II 항에 소개된 외국 판결 조사는 공감의 김정우 자원활동가가 하였다.

7) People v. McMullen, 414 N.E.2d 214, 217 (Illinois 주 항소심, 1980)

가. 사건 개요

피고인들(10대 소년 3명)이 사건 당시 16세인 피해자를 학교에서 강간하였는데, 피해자는 거부 의사를 분명히 밝혔고 도중에 소리를 질렀으나 피고인들은 이에 개의치 않았다. 사건 직후 피해자는 걸어서 집으로 돌아갔지만 부모나 교직원에 이를 알리지 않았다. 피해자는 청소, 설거지 같은 간단한 집안일은 할 수 있었으나 요리나 세탁 등을 하지 못했고 버스를 혼자 타거나 돈의 개념을 이해하지 못했기 때문에 혼자서 장을 보거나 하는 일 등은 하지 못했다. 함께 살고 있는 계모는 피해자에게 성관계⁸⁾의 신체적인 부분과 아이가 어떻게 나오는지 등에 대해서는 이전에 설명해 주었으나 성관계의 감정적 영향이나 임신이 산모에 미치는 영향 등 심리적인 부분은 이해하지 못한다고 증언했다. 정신과 의사는 피해자의 IQ를 45~54 정도로 추정하였고 성행위의 의미, 환경, 책임, 결과, 성격 등을 이해하지 못할 것이라고 하였다.

나. 판결 주요 내용

법원은 이 사건에서 폭행 또는 협박에 의한 강간과 동의불능 상태에서의 강간죄를 모두 인정하였다. 전자에 관하여는 다음과 같이 가해자-피해자의 힘 관계에 따라 폭행 또는 협박의 상대성을 판시하였다.

“폭행의 유일한 증거는 피해자로부터 나왔다. 일반적으로 피해자의 증언이 명확하고 설득력 있다면 피해자의 증언으로 폭행을 인정하기에 충분하다. 이 사건에서 피해자 증언은 전적으로 믿을 수 있고, 모순이 없으며 ‘명확하고 설득력 있다’는 기준에 부합한다. 피해자가 구조를 요청하거나 3명의 소년들(피고인)에게 저항하려는 노력이 없었다고 할지라도, 그러한 진술이 없었다고 해서 반드시 폭행이 없었다고 볼 수는 없다. 폭행에 의한 강간 성립에 요구되는 폭행과 그에 대한 저항의 정도는 당연히 각 사건의 상황에 따라 달라진다. 따라서 가해자 측이 피해자보다 훨씬 더 강해서 저항이 무용한 경우, 법은 피해자에게 저항할 것을 요구하지 않는다. 이 사건에서 검사는 이 사건에서 피해자가 가해자보다 거의 분명하게 남성 가해자들보다 약하다는 것을 밝혔다. 게다가 증언에 의하면 가해행위가 방과 후 큰 교실에서 떨어진 작은 방에서 이루어졌으며, 이는 구조 요청의 소리가 들리지 않았을 것임을 시사한다.”

후자인 동의불능 상태에서의 강간죄에 대하여는, 성관계의 본질과 결과를 이해하는 것이 성관계에 대한 동의의 전제가 되는데, 여기서 피해자가 이해하여야 할 성관계의 본질에 대해서 신체적 영향 외의 개인적, 사회적 영향에 대해서도 이해할 수 있어야 유효한 동의를 할 수 있다고 판시하였다.

8) 삽입성교를 뜻하는 ‘intercourse’ 또는 ‘sexual intercourse’는 문맥에 따라 ‘성관계’ 또는 ‘성교’로 번역했다

“이 사건의 피해자가 분명히 성관계가 수반하는 것이 무엇인지를 알고, 성적 행위의 물리적 본질을 알고 있으며, ‘아기가 어디서 나오는지’ 알고 있었음에도 불구하고, 그것이 피해자가 유효한 동의를 할 수 있는 능력이 있음을 대한 조사의 끝은 아니다. (...) 이 사건에서 증거에 의하면 피해자는 성적 행위의 물리적 특성은 이해한 것처럼 보일지라도, 성적 행위가 한 개인의 삶에 어떤 영향을 미치는지, 불법적인 성적 행위가 타인에게 어떻게 평가되는지에 대해서는 이해하지 못했다. 따라서, 피해자는 그 행위의 사회적이고 개인적인 영향을 이해하지 못했다. 피해자가 성적 행위의 본질과 결과에 대하여 위와 같은 중요한 측면(사회적이고 개인적인 영향)을 이해할 수 있는 능력이 없었다는 것은, 피해자의 정신적 결함과 함께 고려될 경우, 성관계 동의 무능력에 의한 유죄를 입증하기에 충분하다.”

2. ‘성관계의 본질과 결과에 대한 일반적인 이해 능력’과 ‘사건 발생 시 특정 행위의 본질과 결과에 대한 이해 능력’을 구분하고, 후자를 기준으로 ‘정신적 장애로 인한 성관계 동의 능력’ 유무를 판단해야 한다고 본 사례⁹⁾

가. 사건 개요

지적장애인 시설에서 생활하는 피해자는 외출을 나갔다가 피고인의 손에 이끌려 피고인 소유의 트럭으로 간 후 옷을 벗지 않으면 살해하겠다는 협박을 받고 강간당했다. 이후 시설로 돌아온 피해자를 보고 친척이 신고를 했고 피고인은 1심에서 폭행 또는 협박에 의한 강간과 정신적 장애로 인한 동의 불능 상태에서의 강간으로 유죄판결을 받았다. 그러나 항소심에서는 폭행 또는 협박에 의한 강간은 인정하면서도 피해자가 구두로 또는 신체를 이용해 강간에 저항했다는 사실을 증언할 수 있다는 것은 성관계의 특성이나 성관계에 수반되는 결과에 대해 이해했음을 나타내는 것이므로 정신적 장애로 인한 동의 불능 상태에 있지는 않았다고 판결했다.

나. 판결 주요 내용

대법원에서는 항소심 판결을 취소하고, 1심 판결과 같이 정신적 장애로 인한 동의 불능 상태에서의 강간에 대해서도 유죄로 판단했다. 그 이유로 든 사실은, (i) 피해자의 IQ가 지적장애가 있다고 판단되는 기준인 69보다 아래인 40대이다. (ii) 정신연령이 5~9세로 추정된다. (iii) (사건 당시) 어느 지점에서 버스를 내렸는지 기억하지 못한다. (iv) 증인석에서 논리적인 대답을 하지 못하였다(“사건 이전에 피고인을 만난 적이 있느냐” – “피고인을

9) State v. Ortega-Martinez, 124 Wash.2d 702, 716, 881 P.2d 231, (Washington주 대법원, 1994)

떠날 때였다”, “(범행 장소인) 트럭에 얼마나 있었느냐 ‘– “비가 내리고 있었다’ 등) (v) 기본적인 시간의 개념을 가지고 있지 않다. (vi) 성기를 지칭할 때 아이들이 사용하는 용어를 사용했다

“배심원단이 보았을 때 피해자가 성관계의 성격이나 결과에 대한 의미 있는 이해가 불가능하게 만드는 상태에 있다면 개인이 RCW 9A.44.010(4) (지적 장애를 성관계의 성격이나 결과에 대한 이해가 불가능한 상태로 정의하는 법률규정)에 따라 지적 장애를 가지고 있다는 판결은 적합하다.

[성관계에 관련된 파트너간의 정서적 유대감 발달, 기존의 관계에 대한 위협, 임신/질병/죽음 등에 이를 수 있다는 가능성 등] 다양한 요소들이 존재함을 인정하는 것은 지적 장애인에 관한 형사사건에서 특히 중요한데, 지적 장애인이 성관계에 대한 육체적 기본 지식은 있을지 몰라도 성관계의 포괄적인 성격이나 수반될 수 있는 결과들에 대한 실질적 이해를 가지고 있지 않을 경우가 있을 수 있기 때문이다.

성폭력 피해자가 사건 당시 성관계의 성격이나 결과 이해를 힘들게 하는 장애를 가지고 있기 때문에 정신적으로 무능력하다(mentally incapacitated)는 것의 입증 판단에 있어 배심원단은 피해자의 증언과 더불어, 피해자의 태도, 행동, 증인석에서의 명확성과 같은 관련 증거들과 함께 피해자의 IQ, 정신연령, 성적인 것 이외의 기초적인 개념들의 이해 능력, 일반적 지능, 그리고 한 상황에서 얻은 정보를 다른 상황에서 적용시키는 능력 등을 평가할 수 있다.

한 개인의 성관계의 성격과 결과에 대한 전반적인 이해 능력과, 주어진 상황과 시점에서 그러한 성격과 결과를 이해하는 능력, 두 가지의 구분은 중요하다. 그 둘을 동일하게 취급하는 것은 법률규정에 명문에 위배되는 것이다. 워싱턴주 형법 9A.44.010. 성범죄의 정의 4항은 특정하여 “정신적 장애는 범행이 일어난 당시 존재하여 피해자가 성관계 행위의 성격이나 결과를 이해하지 못하도록 하는 상태를 가리킨다”라고 하고 있다. 참고로 State v. McDowell 사건 재판부는 “피해자가 기혼자이고 출산 경험이 있으므로 확실히 성관계 경험이 있으며 그것이 무엇을 의미하는지 알고 있었지만, 범행이 일어난 당시에 범행의 성격을 이해하지 못하는 상태였다”라고 판시한 바 있다.

범행이 일어난 당시 피해자가 성관계의 성격이나 결과를 이해하지 못하는 상태였다는 판단을 뒷받침하는 증거는 다음을 포함한다. 피해자의 상담사는 “그녀에게 주어진 상황에서 무언가를 가르쳐주면, 직접 경험한 적이 없는 다른 상황 속에서 적용된 같은 내용을 항상 이해하지는 못했다”고 증언했다. 특수훈련 과정을 거친 이후 피해자가 낯선 이에게 말을 거는 것의 위험을 때때로 인지하고 있었더라도, 그러한 능력은 쉽게 사라졌다. 이와 마찬가지로, 피해자가 일반적으로는 비상시 119에 신고하는 법을 알고 있었더라도, 그녀가 자신의 집에 있지 않았

을 때에는 그러한 능력이 제한되었다.

이 사건에서 의심의 여지없이 피해자가 피고인을 만난 저녁에 성관계의 성격이나 결과의 의미 있는 이해가 불가능한 상태였으며 따라서 정신적 장애로 인해 동의를 할 수 없는 상태였다는 결론을 내릴 수 있을 것이다.“

3. 지적 장애인이 성적 행위에 대한 동의의 의미를 아는 것과 실제로 동의할 수 있는 능력이 있다는 것을 구별하고, 후자의 경우 법적인 동의를 할 수 있다고 판단한 사례¹⁰⁾

가. 사건 개요

지적 장애인 시설에 고용된 피고인이 시설에서 지내던 34세의 피해자를 강간하였는데, 피해자는 피해 당시 저항하지 않았고 일어난 일들을 자세히 기억하고 증언했으나 그와 동시에 당시 “깊은 잠”에 빠져있었다는 말을 반복하였다. 피해자는 혼자서 대중교통을 이용하지 못했고 필기시험을 통과하지 못해 운전면허 취득에 실패했으며 30세가 되기까지 스스로 횡단보도를 건너는데 어려움을 겪었다. 9~10세 정도의 언어능력을 가지고 있어 피해자를 전혀 모르는 사람이라도 조금만 대화해 보면 지적 장애를 감지할 수 있을 정도였다. 1심에서 유죄판결이 선고된 후, 피고인은 항소심에서 피해자의 지적 발달 정도가 충분하여 상황을 이해하고 있었고 성관계가 동의하에 이루어진 것이므로 무죄라고 주장했다.

나. 판결 주요 내용

법원은 다음과 같은 요인들을 고려했을 때 피해자는 사건 당시 성관계에 법적으로 동의를 할 수 없는 상태였다는 것이 입증된다고 보았다.

- 요리, 버스 이용, 간단한 사치연산 등을 하지 못한다
- 마땅한 직업을 갖거나 돈을 관리하거나 스스로 투표를 하지 못한다
- 말하기는 9~10세, 읽기는 7~8세 아이의 수준이다
- 고등학교를 다녔지만 졸업장을 받을 만한 자격을 갖추지 못했다

10) People v. Thompson, 142 Cal.App.4th 1426 (California 주 항소심, 2006)

- 성관계가 임신으로 이어질 수 있다는 등 그것이 무엇인지에 대한 개념이 어느 정도는 있지만 어린아이의 이해 수준에 불과하고, 구강 성교에 대해 들어본 적이 없으며 이전의 성경험은 삽입으로 이어지지 않았기 때문에 피해자의 “섹스”에 대한 개념에 피해자가 당한 일들이 포함되어 있다고 보기 어렵다
- 피고인은 피해자가 강간의 개념을 이해하고 있었다고 주장하지만, 동의(혹은 동의의 부재)의 의미가 무엇인지 알고 있었다고 해서 반드시 실제로 동의를 할 수 있는 것은 아니다

4. 장기간 지속되었던 성폭력에 대해 피해자의 특히 취약한 상태를 고려하여 유죄 판결한 사례¹¹⁾

가. 사건 개요

지적 장애를 가진 피해자는 이모의 도움으로 집 근처 대학교에서 특수교육 과정을 거치게 되었는데, 이 과정에서 강사인 이모의 남편(피고인)과 자주 대면하게 되었고 가해자로부터 성관계를 강요받았다. 1년 후 피해자의 집에서 피해자를 강간하였고 이 사실이 가족에게 발각되었는데, 피해자 본인은 신고를 원치 않았으나 가족이 피고인을 경찰에 고발했다. 피고인은 동의 능력이 없는 피해자와 성관계를 가졌다는 이유로 기소되었다. 피해자는 교육을 위해 피고인을 만나는 과정에서도 가족에게 알려지는 것이 두렵고 자신의 딸을 걱정해서 피고인과의 원하지 않는 성관계를 계속할 수 밖에 없었으며, 기소의 계기가 된 사건 당일에도 신체적 저항을 하고 그만두라는 의사 표시를 계속 했으나 피고인은 이를 무시하고 피해자를 강간했다고 증언했다. 1심에서 피고인은 피해자의 지적 장애를 이용하여 강간한 혐의에 대해 유죄 판결을 받아 징역 10년 형을 선고 받았다.

나. 판결 주요 내용

법원은 “**피해자가 피해 주장을 치연했다는 사실이 피해자가 (성관계에) 동의하지 않았다는 주장을 부정하는 것은 아니다.** 법률은 피해자의 정신적 장애 한 요소만을 원인으로 하여 동의하거나 동의하지 않을 능력이 없을 것을 요구하는 것이 아니다. 검사는 오로지 **피해자의 통제를 벗어나는 상황으로 인하여 피해자가 동의할 수 없었음을 밝히면 된다.**”고 판시했다.

이어서 법원은, 이 사건에서 피해자가 자신과 딸의 생명을 걱정해서 피고인의 가해를 누구에게도 말할 수 없었고, 피고인은 피해자가 성폭력을 이야기하더라도 피고인의 가족은 믿지 않을 것이며 오히려 피해자를 비난할 것

11) People v. Beasley, 732 N.E.2d 1122, (Illinois주 항소심, 2000)

이라고 확신시켰다고 인정한 후, 피고인이 피해자의 특별히 취약한 상태와 피고인이 피해자의 이모부이며 튜터라는 지위를 이용했고, 피해자가 피해사실을 밝힐 경우 이모와 가족들이 피해자와 딸을 버릴 것을 두려워했다는 사실을 인정했다. 결론적으로, **피고인이 피해자의 제한된 정신적 능력과 이모 가족에 대한 완전한 의존상태를 이용하여 피해자에게 성적 행위를 강제했고 피해사실을 밝히지 못하도록 했다고 판단**하여, 유죄판결을 유지했다.

5. 임신 경험이 있는 피해자에 대한 강간죄 성립을 인정한 판결¹²⁾

가. 사건 개요

피고인은 자신의 집에서 아이 돌보는 일을 하던 지적 장애인 피해자를 집에 데려다 준다는 명목으로 차에 태워 가던 도중 한적한 길로 가서 피해자를 강간했다. 이 과정에서 피고인의 여자친구에게 발각이 되었고 피해자의 어머니가 이 사실을 알게 되어 피고인을 강간죄로 신고하였다.

1심에서 피해자는 지적 장애로 인한 성관계 동의 능력이 없다고 판단되어 피고인은 유죄판결을 받았으나, 이후 피해자가 피고인이 아닌 다른 사람에 의해 임신 중이라는 사실이 드러났고, 피고인은 항소심에서 “다른 사람과 적어도 한번 이상의 성관계를 가진 적이 있으니 성관계 동의 능력이 충분하다”고 주장하며 검사가 유죄 판단에 필요한 ‘피해자가 성관계 동의 능력이 없다’는 사실을 증명하지 못했으며, 피고인이 피해자의 지적 장애를 알고 있었다는 사실을 증명하지 못했다고 주장했다.

나. 판결 주요 내용

항소심은 다음과 같은 이유로 피고인의 주장을 모두 받아들이지 않고, 제1심과 같이 유죄판결을 했다.

(1) 1심에서 정신과 의사들은 피해자에 대해 다음과 같은 전문가 의견을 냈으며 이를 통해 피해자가 성관계 동의 능력이 없다는 사실이 증명된다:

- 성숙하지 못하고 아이와 같은 행동을 하며 일상생활에 제약을 받는다.
- 생일, 현재 미국 대통령, 어머니와 자신의 성이 다른 이유 등을 물었을 때 제대로 답하지 못했다.

12) Commonwealth v. Thomson, 673 A.2d 357, 359–60 (Pennsylvania주 항소심, 1996)

- 요리와 청소 같은 간단한 집안일 정도는 할 수 있을 것이나 돈의 개념을 이해하지 못하기 때문에 장을 보는 일은 할 수 없을 것이다.
- 이와 같은 사실들을 종합해 볼 때, 피해자는 의사결정 능력이 부족하며 타인에 쉽게 영향을 받고 본인 행동의 결과들을 이해하지 못한다. IQ 58 정도의 경미한 지적 장애를 가지고 있으며 성관계에 대한 동의 능력을 가지고 있지 않다.

(2) 피고인이 피해자가 지적 장애가 있다는 사실을 알고 고의로 피해자에 접근했다는 것도 다음과 같은 사실을 통해 증명된다.

- 정신과 의사의 증언에 따르면 전문적인 훈련을 받지 않은 일반인이 보기에도 피해자는 지적 장애가 있다는 것을 쉽게 알 수 있다.
- 피해자의 어머니가 피고인과 피고인의 여자친구에게 피해자의 지적 장애 사실에 대해 이미 고지했었다.

“이러한 것들을 포함해 ((2) 판결요지에 나오는 이유들) 다양한 요인들을 종합해서 정신과 전문의는 피해자가 의사결정 능력이 부족하며 타인에 쉽게 영향을 받고 본인 행동의 결과들을 이해하지 못한다는 결론을 내렸다. 따라서, 그 전문의는 피해자가 IQ 58 정도의 경미한 지적 장애를 가지고 있으며 성관계에 대한 동의 능력을 가지고 있지 않다는 의견을 제시했다. 1심에서 신빙성 있다고 판단한 전문가 증언을 바탕으로, 이 법원은 피해자가 성관계 동의 능력이 없었다는 것을 증명할 충분한 증거가 있었다고 판결한다.”

[부록]

1. 주요판례

2. 전국성폭력상담소협의회
장애인성폭력상담소 주소록

전국성폭력상담소협의회 장애인성폭력상담소 주소록

| 지역 | 연번 | 상담소명 | E-MAIL | 전화번호 | 팩스 |
|----------|----|-----------------------------------|--------------------------|----------------|--------------|
| 서울 | 1 | 장애인성공감 장애인성폭력상담소 | was1399@hanmail.net | 02)3013-1399 | 02)6008-2384 |
| | 2 | 사)한국여성장애인연합 부설 서울여성장애인성폭력상담소 | ss4466@hanmail.net | 02)3675-4465.6 | 02)3675-4467 |
| | 3 | 한국학교상담복지센터 꿈누리여성장애인상담소 | kscc91@hanmail.net | 02)902-3356 | 02)905-3357 |
| | 4 | 한사회 장애인성폭력상담센터 | kswpc11@hanmail.net | 02)2658-1366 | 02)2659-1366 |
| 인천 | 5 | 사)인천광역시지적장애인복지협회 장애인성폭력상담소 | indisab78@hanmail.net | 032)424-1366 | 032)429-1366 |
| | 6 | 오내친구 장애인성폭력상담소 | 0325045479@hanmail.net | 032)504-5479 | 032)508-5479 |
| 경기 | 7 | 사)경원사회복지회 부설 여성장애인성폭력상담소 | withus3663@hanmail.net | 031)755-2526 | 031)758-4724 |
| | 8 | 의정부장애인성폭력상담소 | daprc@hanmail.net | 031)840-9203.4 | 031)851-0087 |
| | 9 | 의왕장애인성폭력상담센터 | seok9191@naver.com | 031)462-1366 | 031)462-1367 |
| 대전 | 10 | 대전여성장애인연대 부설 대전여성장애인성폭력상담소 | duwkd8866@hanmail.net | 042)223-8866 | 042)535-2362 |
| | 11 | 대한가정법률복지상담원대전지부 부설 한밭장애인성폭력상담소 | hanbat77@hanmail.net | 042)637-1366 | 042)273-1366 |
| 충남 | 12 | (사)충남지체장애인협회 부설 장애인성폭력아산상담소 | heejae5@hanmail.net | 041)541-1514.5 | 041)541-1516 |
| | 13 | 충남장애인정보화협회 부설 천안장애인성폭력상담소 | cdassd6500@yahoo.co.kr | 041)592-6500 | 041)592-6666 |
| 충북 | 14 | 충북여성장애인연대 부설 청주여성장애인성폭력상담소 | hotsisters@hanmail.net | 043)224-9414.5 | 043)224-3806 |
| 광주 | 15 | 광주여성장애인연대 부설 여성장애인성폭력상담소 | 1366kjda@hanmail.net | 062)654-1366 | 062)676-2311 |
| 경북 | 16 | 경북여성장애인성폭력상담소 | sds1366@hanmail.net | 054)843-1366 | 054)841-3021 |
| | 17 | 사)국제문화진흥원 부설 영남여성장애인성폭력상담소 | yn1366@hanmail.net | 054)443-1366 | 054)443-1367 |
| 경남 | 18 | 경남여성장애인연대 부설 마산여성장애인성폭력상담소 | 5041sos@hanmail.net | 055)241-5041 | 055)243-1362 |
| 부산 | 19 | 부산여성장애인연대 부설 성폭력상담소 | pdaws98@hanmail.net | 051)583-7735 | 051)583-1996 |
| 울산 | 20 | 사)울산장애인인권복지협회 부설 울산장애인성폭력상담센터 | ju2008mi@hanmail.net | 052)246-1368 | 052)903-4211 |
| 전북 | 21 | 사)행복나눔지원센터 부설 새벽이슬장애인성폭력상담소 | happy1004org@hanmail.net | 063)223-3015 | 063)223-3016 |
| 전남 | 22 | 전남여성장애인연대 부설 목포여성장애인성폭력상담소 | younsl4767@hanmail.net | 061)284-4767 | 061)279-4766 |
| 제주 | 23 | 사)제주특별자치도 지체장애인협회부설 제주여성장애인상담소 | jwdc0326@hanmail.net | 064)753-4980 | 064)753-4981 |
| 대구 통합 | 24 | 사)대구여성장애인연대 부설 대구여성장애인통합상담소 | tdaws@hanmail.net | 053)637-6057 | 053)637-6052 |

2014년

〈장애인 성폭력 판결 들여다보기〉

장애인 성폭력 무죄, 그럼에도 불구하고
‘유죄판결을 위한 활용서’

발행일 2014.12.1

발행처 사)장애인여성공감부설 장애여성성폭력상담소, 사)한국여성장애인연합부설 서울여성장애인성폭력상담소,
사)경원사회복지회부설 여성장애인성폭력상담소, 공익인권법재단 공감

이 자료집은 전국성폭력상담소협의회 장애인상담소권역 및 대한변협 사랑샘재단에서
기금의 일부를 지원받아 제작되었습니다.