

울 산 지 방 법 원

제 3 형 사 부

판 결

사 건 2012고합65 가. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(장애인준강간등)

나. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법을위반(장애인에대한준강간등)

2012전고5(병합) 부작명령

피고인 겸 피부작명령청구자

1.가.나. 임○○ (*****-*****), 요식업

주거

등록기준지

2.나. 공○○ (*****-*****), 요식업

주거

등록기준지

검 사 한상윤(기소), 송규선(공판)

변 호 인 법무법인 현대 담당변호사 장문수(피고인 임○○을 위하여)

변호사 김규태(피고인 공○○을 위하여)

판 결 선 고 2012. 10. 26.

주 문

피고인들은 각 무죄.

이 사건 위치추적 전자장치 부착명령 청구를 모두 기각한다.

피고인들에 대한 위 무죄판결의 요지를 공시한다.

이 유

1. 공소사실¹⁾ 및 부착명령 청구 원인사실

가. 공소사실

1) 피고인 임○○

피고인은 2009. 11.경부터 울산 ○○군에 있는 정신장애 3급인(사고수준 초등학교 6학년 정도²⁾)인 피해자 배○○(현재 36세, 여)의 주거지 건물 1층을 임차하여 식당을 운영하다가, 피해자와 빈번한 접촉을 가지면서 피해자가 정상적인 사고를 하지 못하고 성적인 행동의 의미를 충분히 이해하지 못함을 알게 되자 이를 이용하여 피해자를 간음할 것을 마음먹었다.

가) 피고인은 2010. 3. 2.경 울산 남구 삼산동에 있는 농수산물시장 부근의 상호불상 모텔 객실로 피해자를 데리고 가, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의

1) 피고인 임○○에 대한 적용법조는 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(법률 제9932호) 제8조[공소사실 가)~다)], 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제10258호) 제6조[공소사실 라), 마), 바)], 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제11088호) 제6조 제4항[공소사실 사)]인바, 가)~바)는 정신적인 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 간음을 한 경우, 사)는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 형법상 준강간(심신상실 또는 항거불능 상태 이용)의 죄를 범한 경우라야 한다.

피고인 공○○에 대한 적용법조는 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(법률 제9932호) 제8조인바, 이는 정신적인 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 간음을 한 경우라야 한다.

2) 피해자는 뒤에서 보는 바와 같이 지적장애인이 아닌 정신장애인(3급)이다.

음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

나) 피고인은 2010. 3. 중순경 위 피고인 운영 식당 안에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

다) 피고인은 2010. 3. 하순경 위 피고인 운영 식당 부근에 주차중이던 아반떼 승용차 안에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

라) 피고인은 2010. 7. 중순경 위 피고인 운영 식당 부근에 주차중이던 이름을 알 수 없는 지프차 안에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

마) 피고인은 2010. 8. 중순경 위 피고인 운영 식당 부근에 주차중이던 71더5641호 스타렉스 승합차 안에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

바) 피고인은 2011. 11. 하순경 위 피해자의 주거지 부근 산쪽 배추밭에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

사) 피고인은 2011. 12. 15.경 위 피고인 운영 식당 부근에 주차중이던 피고인 소유 위 차량 안에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

2) 피고인 공○○

피고인은 2005. 11.경부터 위 피해자 배○○의 주거지 건물 1층을 임차하여 식당을

운영하다가, 피해자와 빈번한 접촉을 가지면서 피해자가 위와 같이 정상적인 사고를 하지 못하고 성적인 행동의 의미를 충분히 이해하지 못함을 알게 되자 이를 이용하여 피해자를 간음할 것을 마음먹었다.

가) 피고인은 2006. 4. 10.경 울산 남구 무거동에 있는 상호불상의 모텔 객실로 피해자를 데리고 가, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

나) 피고인은 2007. 7. 상순경 위 피고인 운영 식당 안쪽 방에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

다) 피고인은 2007. 여름경 울산 남구 삼산동에 있는 상호불상의 모텔 객실로 피해자를 데리고 가, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

라) 피고인은 2007. 여름경 위 피해자의 주거지 부근 산쪽 도랑바위 앞에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

마) 피고인은 2007. 10. 초순경 피해자의 주거지 안에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

바) 피고인은 2008. 8. 중순경 위 피해자의 주거지 안에서, 피해자의 옷을 벗긴 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여, 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 간음하였다.

나. 부작명령 청구 원인사실

피고인들은 위와 같이 정신장애 3급의 장애인인 피해자가 정신적인 장애로 인하여 항거불능 상태에 있는 점을 이용하여 2회 이상 성폭력범죄를 범한 사람으로 그 습벽이 인정되고 재범의 위험성이 있다.

2. 피고인들의 변소 내용

가. 피고인 임○○

피해자와 공소사실 기재와 같이 성관계를 한 사실(다만, 날짜에 대하여는 다툰다), 피해자에게 피임약을 사준 사실 및 피해자가 지능이 조금 부족하다는 것을 알고 있었던 사실은 인정하나,

피해자를 협박한 사실이 없고, 피해자에게 정신장애가 없었으며, 가사 있었다고 하더라도 이를 알지 못하였고, 피해자의 항거불능 상태를 이용한 것이 아니라 피해자와 합의 하에 성관계를 한 것이다.

나. 피고인 공○○

피해자와 공소사실 2)의 가), 다), 라), 마)항 기재 일시·장소에서 성관계를 한 사실, 다른 사람들에게 성관계 사실을 알리지 말라고 이야기한 사실은 인정하나,

피해자를 협박한 적은 없고, 피해자에게 정신장애는 없었으며, 가사 있었다고 하더라도 이를 알지 못하였고, 피해자의 항거불능 상태를 이용한 것이 아니라 서로 합의 하에 2006~2007년경 수 회 성관계를 한 것이다. 그러나 공소사실 2)의 나), 바)항 기재와 같이 성관계를 한 사실은 없다³⁾.

3. 피고인 공○○이 공소사실 2)의 나), 바)항 기재와 같이 피해자와 성관계한 사실

3) 피고인은 공소사실 2)의 나)항을 부인하는 이유로 공소장 변경 전의 범행 장소인 '피고인 운영 식당 부근의 농막'에서 피해자와 성관계를 가진 사실이 없음을 들고 있고, 이후 위 장소는 '피고인 운영 식당 안쪽 방'으로 공소장이 변경되었으나, 피고인이 이 부분 성관계 사실에 대하여 명확히 인정한 바 없으므로 이에 관하여도 구체적으로 검토하기로 한다.

이 있는지 여부

가. 공소사실 2)의 나)항 부분

피고인은 2007. 7. 상순경 피고인이 운영하던 식당의 안쪽 방⁴⁾에서 피해자를 간음한 사실이 없다고 부인하므로⁵⁾ 살피건대, 피해자가 작성한 일기장에는 2007. 7. 9. 및 같은 달 24. 모텔에 갔다는 의미의 '모' 또는 'M'이라는 기재⁶⁾⁷⁾가 있을 뿐 같은 달에 피고인과 성관계를 가졌다는 기재는 없으므로(게다가 아래에서 보듯이 위 일기장은 제때에 작성한 것이 아니라 이 사건 고소를 염두에 두고 한꺼번에 몰아서 썼을 가능성이 엿보여 그 자체의 신빙성도 매우 의심스럽다), 결국 이 부분 공소사실에 부합하는 직접 증거로는 피해자의 진술이 있을 뿐인바, 피해자는 2012. 3. 7. 경찰에서 피고인이 운영하던 식당 안쪽 방에서 피고인으로부터 성폭행을 당한 사실이 여러 번 있다고 진술하면서도 그 날짜는 특별히 기억나지 않는다고 진술하다가, 제7회 공판기일인 2012. 7. 27. 검사가 '피고인 공○○이 2007. 7. 초순경 또 증인을 강간한 적이 있는가요'라고 묻자 '예, 그렇습니다'라고 답하고, 이에 검사가 다시 '어디에서였는가요'라고 묻자 '식당 안쪽에 있는 방 안이었습시다'라고 진술함으로써 비로소 범행 일자를 특정하였다(장소는 '농막'에서 '피고인 운영 식당 안쪽 방'으로 2012. 9. 10. 공소장 변경되었다⁸⁾). 그러나 위 공소사실은 피해자의 위 진술 시점으로부터 4~5년 전에 일어난 사건에 관한 것이고, 사람의 기억력에는 한계가 있기 마련이므로 단순히 기억에 의존하여 범행 날짜와 장소를 특정하기 어려울 뿐 아니라, 당초 수사기관에서의 진술 당시 명확하지 않던

4) 당초 이 부분 공소사실의 범행장소는 '피고인 운영 식당 부근의 농막'이었으나, 피해자 스스로 제7회 공판기일에서 농막에서 성관계를 한 사실이 없다고 증언하자, 검사는 공소장변경을 통해 위와 같이 범행장소를 변경하였다.

5) 제4회 공판기일에서의 피고인의 증인으로서의 진술

6) 수사기록 164~165정

7) '모' 또는 'M'이라는 글자는 모텔이라는 의미이다(수사기록 77정).

8) 각주 4) 참조

피해자의 기억이 그로부터 4개월 가량 지난 이후 갑자기 더 선명해진다는 것은 경험칙에도 반하므로, 단순히 피해자의 위 법정진술만을 근거로 위 일시·장소에서 피고인과 피해자가 성관계하였음을 인정할 수는 없고, 달리 이 부분 공소사실을 뒷받침할 만한 증거도 없다.

나. 공소사실 2)의 바)항 부분

피고인은 이 법정에서 2007. 8.경 피해자의 집에서 피해자와 성관계를 한 사실은 있으나, 2008. 8. 중순경 피해자의 주거지에서 피해자를 간음한 사실은 없다고 다투르⁹⁾ 이에 관하여 살피건대, 피고인은 검찰에서, '2006. 4. 10. 모텔에서, 2007. 7. 초순경 피해자의 주거지 근처에 있는 농막에서, 2008. 8. 중순경 피해자의 방에서 피해자와 성관계를 하였느냐'는 물음에 대하여 2008. 8. 중순경의 성관계에 대하여는 부인하지 않은 채 성관계를 한 장소에만 집중하여 '농막에서는 성관계를 한 적이 없다'고만 대답한 사실이 있으나¹⁰⁾¹¹⁾, 반면 제1회 경찰 진술 당시 피해자와 2006년부터 2007년까지 1년 정도 성관계를 지속하였다고 성관계 시기를 특정하여 답한 바 있고¹²⁾, 피해자의 방에 공구를 들고 들어가서 성관계한 사실은 있으나 날짜는 잘 기억이 나지 않는다고 답하기도 하였으며¹³⁾, 제2회 경찰 진술 당시에도 2008년부터는 거의 성관계를 하지 않았다고 답하였고¹⁴⁾, 검찰에서는 공구를 들고 가서 피해자와 성관계를 한 것은 2007년 경으로 기억된다고 진술하여¹⁵⁾, 처음부터 일관되게 위 일시경 피해자와 성관계한 사실을 부인하고 있는 것으로 판단된다.

9) 제4회 공판기일에서의 피고인의 증인으로서의 진술

10) 수사기록 469정

11) 한편, 피고인은 경찰에서, 2008. 8. 중순경 피해자의 주거지에서 피해자와 성관계를 한 사실이 있느냐는 물음에 대하여 그렇다고 진술한 사실이 있으나, 이 법정에서 그 내용을 부인하므로 증거능력이 없다.

12) 수사기록 121정

13) 수사기록 125정

14) 수사기록 431정

15) 수사기록 517정

살피건대, 이 부분 공소사실은 2007~2008년경의 사건에 관한 것으로서, 이에 부합하는 직접증거로는 피해자의 진술 및 피해자가 작성한 일기장이 있을 뿐인데, 피해자의 진술은 그로부터 4~5년이 지난 시점에 이루어진 것이고, 이마저도 피해자가 작성해 둔 일기장에 근거한 것인바¹⁶⁾, 피해자 진술의 신빙성 및 이를 뒷받침하는 일기장의 증명력이 무엇보다 중요하다.

먼저 피해자 진술의 신빙성에 관하여 보건대, 피해자는 2012. 2. 14. 울산해바라기여성·아동센터에서, 피고인이 2008. 8. 중순경 펜치 같은 공구를 들고 피해자의 방에 들어와 '이거 내가 왜 들고 왔냐 하면 너거 부모님 들어오면 내가 니 방에 문 고치러 왔다고 할게, 니도 그렇게 알고 있어'라고 말하면서 공구를 바지 뒷주머니에 넣고, 피해자의 옷을 강제로 벗긴 후 성폭행하였다고 진술한 이래¹⁷⁾ 위와 같은 사실관계에 관하여는 비교적 일관된 진술을 하고 있으나, 그 일자에 관한 기억은 다음과 같은 이유로 명확하지 않은 것으로 보인다. 즉, ① 피해자가 작성한 고소장¹⁸⁾ 및 일기장¹⁹⁾에는 피고인이 2008. 8. 중순경 피해자의 주거지에서 피해자를 성폭행하였다고 기재되어 있고, 울산해바라기여성·아동센터에서도 피해자가 동일 취지의 진술을 한 사실이 있으나, ② 피해자는 ㉠ 제2회 공판기일에서의 증인신문 당시 '2008. 8.경에 피고인과 성관계를 한 사실이 있느냐'는 물음에 대하여 '2007년경인지 2008년경인지는 모르겠으나 ... (후략)'라고 답하였다가, ㉡ 다시 제6회 공판기일에서의 증인신문에서는 '정확하게는 모르겠지만 2008. 8.경인 것 같습니다.'라고 답하는 등 그 시기에 관하여 피해자 스스로도 확신을 갖지 못하고 있어 그 신빙성이 약하다.

16) 수사기록 49정["이때 피해자가 보고 있는 종이를 보면서, 문: 이게 뭐예요?, 답: 이거는 제가 전부 기억하는 날짜 있었던 일 이요.(후략)"], 157~197정

17) 수사기록 68정

18) 수사기록 42쪽

19) 수사기록 176쪽

다음으로 피해자가 작성한 일기장의 증명력에 관하여 보건대, 피해자는 이 법정의 제2회 공판기일에서, 위 일기장을 작성한 시기에 대하여 '작성 일자 는 기억 나지 않으나, 슬픈 노래를 듣거나 죽고 싶을 때마다 일기를 썼습니다', '정확한 날짜도 있고, 정확하지 않은 날짜도 있습니다', '그때그때 일기를 쓸 때도 있고, 슬픈 노래를 듣고 죽고 싶을 때 일기를 쓸 때도 있었습니다', '(수사기록 176정의 일기가 작성된 시점은) 모르겠으나, 2008. 8.경에 작성되었을 것입니다'라고 진술하는 등 일기를 항상 제날짜에 쓰지는 않았음을 인정하고 있어 그 증명력 역시 상당히 낮다.

결국, 범행 일자를 '2007. 8. 중순 또는 2008. 8. 중순'과 같이 선택적으로 인정할 수 없는 이상, 피해자의 불분명한 기억 또는 작성 일자를 명확히 알 수 없는 일기장의 기재만을 근거로 피고인에 대한 위 공소사실을 인정하기는 어렵고, 달리 이 부분 공소사실을 뒷받침하는 증거도 없다.

다. 소결

피고인에 대한 위 부분 각 공소사실은 피해자가 피고인을 고소한 시점인 2012. 2. 17.로부터 약 4~5년 전의 것으로서, 피해자가 기억을 재생해낼 만한 아무런 보조장치 없이 일자나 장소에 관하여 명확히 기억해낸다는 것이 어려운 것은 사실이다. 그렇다고 하여 범행 일자의 특정 정도를 무한히 완화하게 되면 피고인의 방어권을 명백히 침해하게 될 것이고, 불분명한 피해자의 기억이나 작성 일자가 명확하지 않은 피해자의 일기장만을 근거로 피고인이 부인하는 사실을 인정할 수도 없다.

피고인은 2006~2007년경 수차례에 걸쳐 피해자와 성관계를 가진 사실은 인정하고 있으나, 이를 곧바로 이 부분 공소사실에 대한 자백이라고 볼 수는 없으므로, 각 공소사실을 뒷받침하는 증거의 존부 및 신빙성 유무에 관한 면밀한 검토가 필요하고, 공소

사실에 대한 증거가 존재한다 하더라도 그 신빙성이 인정되지 않는다면 이를 배척할 수밖에 없다.

결국 위에서 살펴본 바와 같이 피해자의 진술 및 피해자가 작성한 일기장의 기재는 이를 그대로 믿기 어려운바, 위 부분 각 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다.

4. 피고인 임○○에 대한 공소사실 및 피고인 공○○에 대한 2)의 가), 다), 라), 마)

항 공소사실에 대한 판단

가. 정신적 장애인의 성적 자기결정권 문제²⁰⁾²¹⁾

1) 문제의 제기

성적 자기결정권이란 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 기본권이라고 정의된다²²⁾. 즉, 적극적으로는 자신이 원하는 성생활을 스스로 결정할 권리를, 소극적으로는 자신이 원하지 않는 상대방과의 성관계를 거부할 권리를 의미한다²³⁾. 이는 인간이라면 누구나 가지는 권리로²⁴⁾, UN 경제사회이사회는 장애인이 성적 경험을 누릴 기회와 부모가 될 기회를 부인하여서는 안 된다고 권고하였다²⁵⁾.

그러나 우리나라에는 정신적 장애인의 성적 자기결정권과 관련하여, 정신적 장애인을 보호해야 할 대상으로서 접근하는 논의는 다수 존재하나²⁶⁾, 그를 적극적으로 성적

20) 이 부분은 이 법원 소속 안혜미 재판연구원에게 법원조직법 제53조의2 제2항에 의하여 재판에 관한 조사·연구를 의뢰하여 작성하게 한 것으로, 이 자리를 빌려 안 연구원에게 감사의 뜻을 전한다.

21) 이하에서 사용되는 정신적 장애라는 용어는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제6조의 "정신적 장애가 있는"이라는 문언에서 빌려 온 표현으로, 대표적으로 정신장애와 지적장애를 포괄하는 개념으로 사용하였다.

22) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40 결정 등 참조; 이효원, 성적 자기결정권에 대한 헌법재판소의 결정 분석, 형사법의 신동향 통권 제34호, 2012, 329면

23) 박혜진, 형법상 성적 자기결정권 개념에 대한 성찰, 형사법 연구, 제21권 제3호, 2009, 229~230면

24) 앞의 글, 235면, 우리 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 권리이기도 하다.

25) "[P]ersons with disabilities must not be denied the opportunity to experience their sexuality, have sexual relationships and experience parenthood.", UN 경제사회이사회, 경제적·사회적·문화적 권리규약의 이행에 관한 일반논평 5, United Nations Document E/C, 12/1994/13 참조

26) 김재윤, 장애여성의 성적 자기결정권의 형사법적 보호에 관한 고찰 - 성폭력특별법 제8조와 독일형법 제179조와의 비교를 중심으로 -, 법조 제58권, 2009; 김정혜, 장애인준강간죄에서 '항거불능' 요건의 해석에 관한 비판적 고찰, 민주법학 제45권,

자기결정권을 행사하는 주체로 바라보고 접근하는 논의는 활발히 이루어지지 않고 있다. 이는 정신적 장애인의 성관계가 자의적인 경우보다 강제적으로 이루어지는 경우가 많다는 경험에서 비롯된 것으로 보인다²⁷⁾. 그러나 상대방의 동의 없이 이루어지는 성관계는 매우 심각한 범죄이지만, 상대방의 동의하에 이루어지는 성관계는 대부분 범죄가 아닐 뿐만 아니라, 오히려 법으로 보호되어야 하는 행위이다²⁸⁾. 따라서 정신적 장애인의 의사에 반하지 않고 이루어지는 성관계까지 그 상대방을 처벌하는 것은 정신적 장애인의 성적 자기결정권을 심각하게 제약하는 것이므로, 문제의 성관계가 정신적 장애인의 의사에 반하여 이루어진 경우에만 그 상대방을 처벌하여야 할 것이다.

이와 관련하여 정신적 장애인의 의사에 반하는지 여부를 판단하기 위해서는 정신적 장애인에게 성관계에 동의할 수 있는 의사능력이 있을 것이 전제되어야 하므로, 정신적 장애인에게 위와 같은 의사능력이 있는지를 결정하는 것은 중요한 문제이고, 신중하게 판단하여야 한다²⁹⁾. 하지만 민법상 요구되는 의사능력의 정도를 성적 자기결정권

2011; 하태훈, 준강간죄(형법 제299조)와 성폭법 제8조의 '항거불능'의 의미, 고려법학 제49권, 2007 등 참조; 우리 형법상 성적 자기결정권은 소극적인 형태로 이해되고 있다는 견해로 박혜진, 주 23)의 글, 242면 등 참조

27) 고경희, 박정원, 정춘자, 정신분열병 환자의 성관련 경험과 성태도, 성지식에 관한 연구, 정신간호학회지 제17권, 제3호, 2008, 262면; 정진옥, 정신지체여성의 성지식, 성적태도 및 성적 경험에 관한 일 연구 - 18-30세의 시설거주인과 자택거주인을 중심으로 - 이화여자대학교 대학원 석사학위논문, 1996, 56면; Janine Benedet, Isabel Grant, Hearing the Sexual Assault Complaints of Women with Mental Disabilities: Consent, Capacity and Mistaken Belief, MacGill Law Journal, 제52권, 255면

28) "Sex without consent may be a serious crime and possibly violative of civil rights laws too; consensual sex is in most instances not illegal, but to the contrary, it might even be a protected activity under numerous laws." Paul F. Stavis, Harmonizing the Right to Sexual Expression and the Right to Protection from Harm for Persons with Mental Disability, Sexuality and Disability, 제9권 1991, 132면; Home office, Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex offences 제1권, 2000, iv-vii면; Jesse Elvin, The concept of consent under the Sexual Offences Act 2003, Journal of Criminal Law, 제72권, 2008, 2면

29) 미국 버지니아주의 경우 정신적 장애인의 장애를 이용하여 그와 성관계를 가지는 경우 상대방을 처벌하는 규정을 두고 있는데, 법원은 모든 정신적 장애인이 위 규정의 보호를 받아야 할 대상은 아니라고 하면서, 위 규정은 정신적 장애인이 성관계의 의미와 그 결과에 관한 기본적인 내용을 이해하고 있고, 성관계 여부를 결정할 능력이 있는 경우에만 정신적 장애인의 상대방을 부당하게 처벌하기 위한 것은 아니라고 판시한 바 있다. 원문은 다음과 같다. "Not all person who are mentally retarded or handicapped need the special protection of Code § 18.2-61(A)(ii). The range of intellectual functioning among the mentally impaired and mentally retarded varies widely. The statue was not designed to unfairly punish the sexual partners of those mentally impaired or mentally retarded persons who have a basic understanding of the act and consequences of sexual intercourse and are capable of making a volitional choice to engage or not engage in such conduct.", Adkins v. Commonwealth, 20 Va.App.332, 457 S.E.2d 382(1995)

에 있어서의 의사능력에 요구하는 것도 적절하지 않다³⁰⁾.

한편 미국 등 서구에서는 우리나라와 달리 정신적 장애인의 성에 관한 폭넓은 연구가 진행되고 있어, 중증 정신적 장애인의 경우에도 성적 자기결정권을 행사하는 의사능력이 있는지, 구체적인 경우에 의사능력이 있는지를 판단할 수 있는 기준은 무엇인지 등에 관한 논의가 활발하게 이루어지고 있고, 또한 이를 바탕으로 한 판례도 다수 존재한다.

비록 한국과 서구의 사회·문화적 환경이 다르기는 하나, 정신적 장애인의 성적 자기결정권 문제는 인간의 권리에 관한 문제라는 보편성이 있어, 미국 등 서구사회에서 진행된 연구와 축적된 선례에 관한 이해는 우리나라에서 발생하는 유사한 사안을 해결하는 데 시사하는 바가 크다 하겠다.

그러므로 이하에서는 우선 정신적 장애인에 포함되는 정신장애인과 지적장애인의 개념을 살펴보고, 앞서 이루어져 왔던 여러 논의를 참고하여 성적 자기결정권에 있어서 요구되는 의사능력의 정도와 그 판단 기준을 고민해보고자 한다.

2) 정신적 장애인의 개념

가) 정신장애인의 개념

정신장애에 관한 통일적인 정의는 아직 존재하지 않는다. 우리나라 장애인복지법 시행령은 정신장애인을 지속적인 정신분열병, 분열형 정동장애, 양극성 정동장애 및 반복성 우울장애에 따른 감정조절·행동·사고·기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람이라고 정의하고 있다³¹⁾. 장애등급기준은 아래와 같다³²⁾.

30) Home Office, 주 28)의 글, 71면

31) 장애인복지법 시행령 별표 제1호 참조

32) 장애인복지법 시행규칙 별표 제1호 참조

장애등급	장 애 정 도
1급	<ol style="list-style-type: none"> 1. 정신분열병으로 망상, 환청, 사고장애 및 기괴한 행동 등의 양성증상이나 사회적 위축과 같은 음성증상이 심하고, 현저한 인격변화가 있으며, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 전적인 도움이 없이는 일상생활을 해나가는 것이 거의 불가능한 사람(정신병을 진단받은 지 1년 이상 지난 사람만 해당한다. 이하 같다) 2. 양극성정동장애(조울병)로 기분·의욕·행동 및 사고의 장애증상이 심한 증상기(症狀期)가 지속되거나 자주 반복되며, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 전적인 도움이 없이는 일상생활을 해나가는 것이 거의 불가능한 사람 3. 반복성우울장애로 정신병적 증상이 동반되고, 기분·의욕 및 행동 등에 대한 우울증상이 심한 증상기가 지속되거나 자주 반복되며, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 전적인 도움이 없이는 일상생활을 해나가는 것이 거의 불가능한 사람 4. 분열형정동장애로 제1호부터 제3호까지에 준하는 증상이 있는 사람
2급	<ol style="list-style-type: none"> 1. 정신분열병으로 망상, 환청, 사고장애 및 기괴한 행동 등의 양성증상과 사회적 위축 등의 음성증상이 있고, 중등도의 인격 변화가 있으며, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 많은 도움이 없으면 일상생활을 해나가기 어려운 사람 2. 양극성정동장애(조울병)로 기분·의욕·행동 및 사고의 장애증상이 있는 증상기가 지속되거나 자주 반복되며, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 많은 도움이 없으면 일상생활을 해나가기 어려운 사람 3. 만성적인 반복성우울장애로 망상 등 정신병적 증상이 동반되고, 기분·의욕 및 행동 등에 대한 우울증상이 있는 증상기가 지속되거나 자주 반복되며, 기능 및 능력 장애로 인하여 주위의 많은 도움이 없으면 일상생활을 해나가기 어려운 사람 4. 만성적인 분열형정동장애로 제1호부터 제3호까지에 준하는 증상이 있는 사람
3급	<ol style="list-style-type: none"> 1. 정신분열병으로 망상, 환청, 사고장애 및 기괴한 행동 등의 양성증상이 있으나, 인격변화나 퇴행은 심하지 아니한 경우로서 기능 및 능력 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활을 해나가기 위한 기능 수행에 제한을 받아 간헐적으로 도움이 필요한 사람³³⁾ 2. 양극성정동장애(조울병)로 기분·의욕·행동 및 사고의 장애증상이 현저하지 아니하지만, 증상기가 지속되거나 자주 반복되는 경우로서 기능 및 능력 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활을 해나가기 위한 기능 수행에 제한을 받아 간헐적으로 도움이 필요한 사람

	<p>3. 반복성우울장애로 기분·의욕·행동 등에 대한 우울증상이 있는 증상기가 지속되거나 자주 반복되는 경우로서 기능 및 능력 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활을 해나가기 위한 기능 수행에 제한을 받아 간헐적으로 도움이 필요한 사람</p> <p>4. 분열형정동장애로 제1호부터 제3호까지에 준하는 증상이 있는 사람</p>
--	--

나) 지적장애인의 개념

정신장애와 마찬가지로 지적장애에 관한 정의는 매우 다양하다. 우리나라 장애인복지법 시행령은 지적장애를 정신발육이 항구적으로 지체되어 지적 능력의 발달이 불충분하거나 불완전하고 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에의 적응이 상당히 곤란한 경우를 말한다고 규정하고 있다³⁴⁾. 장애등급기준은 아래와 같다³⁵⁾.

장애등급	장 애 정 도
1급	지능지수와 사회성숙지수가 34 이하인 사람으로 일상생활과 사회생활의 적응이 현저하게 곤란하여 일생동안 타인의 보호가 필요한 사람
2급	지능지수와 사회성숙지수가 35 이상 49 이하인 사람으로 일상생활의 단순한 행동을 훈련시킬 수 있고, 어느 정도 감독과 도움을 받으면 복잡하지 아니하고 특수기술을 요하지 아니하는 직업을 가질 수 있는 사람
3급	지능지수와 사회성숙지수가 50 이상 70 이하인 사람으로 교육을 통한 사회적·직업적 재활이 가능한 사람

미국 지적발달장애협회(American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, AAIDD)도 우리나라와 유사하게 지적장애인을 지적기능과 적응행동에 중요한 장애가 18세 이전에 발현된 자로, 장애에 해당하는지를 판단하는 기준은 여러 가지가 있지만, 지능지수를 그 기준으로 삼을 경우 그 지수가 70 내지 75 미만인 경우가 이에

33) 이 사건의 피해자가 여기에 해당하여 정신장애 3급 판정을 받았다.

34) 장애인복지법 시행령 별표 제1호 참조

35) 장애인복지법 시행규칙 별표 제1호 참조

해당한다고 규정하고 있다. 특히, 지적장애인들은 의사소통, 자기보호, 가정생활, 사회성기술, 지역사회활용, 자기관리, 건강 및 안전, 실용학문, 여가, 작업 중 두 가지 이상의 영역에서 한계를 가진다는 특징을 가진다고 한다³⁶⁾.

3) 정신적 장애인의 성

성(性, Sex)이라는 말은 일반적으로 남녀의 육체적 결합을 일컫지만, 이는 'sexual personality'에서 유래된 말로, 남녀의 신체적·정신적 특성은 물론, 타인과 관계를 맺어가는 과정 모두를 의미하므로, 인간이라면 누구나 가지는 권리로 이해되어야 한다³⁷⁾.

일반적으로 사람들은 정신적 장애인은 성에 관심이 없다는 편견을 가진다³⁸⁾. 그러나 정신적 장애인도 일반인과 똑같은 감정과 정서를 지니고, 성장하면서 성에 관심을 가지고, 성적 느낌과 충동이 있다는 것을 인정하는 것이 필요하다³⁹⁾.

정신장애인의 경우 청소년 및 청년기에 정신분열병과 같은 정신장애 발병률이 높은 편으로 성적 문제를 해결하는 방법을 자연스럽게 익힐 기회를 가지지 못할 수 있는 것은 사실이나⁴⁰⁾, 정신장애인도 성적욕구를 느낀다⁴¹⁾. 지적장애인의 경우에도 대부분 성적 발달의 속도가 다소 느릴 뿐, 정상적인 성적 발달 과정을 거친다⁴²⁾. 지적장애인들은 인간의 성과 성욕에 관하여 일반적으로 당연하고 자연스럽게 받아들이는 경향을 보이

36) American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, http://www.aaid.org/content_100.cfm?navID=21, 자료기준일 2012. 6. 22.

37) 광노진, 정신장애인의 성의식, 성생활, 성지식에 대한 연구 - 지역사회재활기관 이용회원을 중심으로-, 이화여자대학교 대학원 석사학위 논문, 2001, 6-7면

38) 광노진, 앞의 글, 2면; 고경희, 박정원, 정춘자, 주 27)의 글, 256면; Miriam Taylor Gomez, The S Words: Sexuality, Sensuality, Sexual Expression and People with Intellectual Disability, Sexuality and Disability, 제30권 제2호, 2012, 237-238면

39) 이은연, 정신장애인과 정신보건전문가가 보는 정신장애인의 욕구비교연구 - 정신보건센터를 중심으로 -, 이화여자대학교 대학원 석사학위논문, 1999, 69면

40) 고경희, 박정원, 정춘자, 주 27)의 글, 256면

41) 김지연, 정신보건센터의 정신보건사회복지사와 정신장애인이 인식하는 정신장애인 성에 관한 연구, 이화여자대학교 대학원, 석사학위논문, 2006, 2면; 문승연, 정신장애인의 결혼생활에 관한 탐색적 연구, 성과 인권 그리고 정신보건사회복지, 2008, 152면

42) 정진옥, 주 27)의 글 11-13면; Gomez, 주 38)의 글, 243면

는데⁴³⁾, 지적장애인 시설에서 생활하는 이들의 행동을 관찰한 결과 지적장애인도 성행위를 포함한 다양한 성적 행동을 하는 것으로 나타났다⁴⁴⁾. 그러므로 정신적 장애인도 인간의 기본적 권리로서 성적 자기결정권을 행사할 수 있어야 할 것이다.

4) 성적 자기결정에 있어서 요구되는 '의사능력'의 정도

정신적 장애인이 성적 자기결정권을 행사하기 위한 전제조건으로 스스로 성관계에 동의할 의사능력이 있다는 것이 인정되어야 한다. 왜냐하면 성적 자기결정권은 개념 필수적으로 당사자가 '스스로' 성행위 여부와 그 상대방을 '결정'할 수 있는 능력이 있는 경우에만 인정될 수 있기 때문이다.

성관계에 동의할 의사능력은 일반적으로 합리성(rationality), 지식(knowledge), 그리고 자발성(voluntariness) 세 가지로 구분하여 논의되며, 이러한 요건이 갖추어지는 경우 성적 자기결정권에 있어서 요구되는 의사능력이 있다고 판단할 수 있다고 한다⁴⁵⁾.

먼저 합리성이란 사안을 비판적으로 평가하는 능력으로서, 장단점을 비교하고, 이를 바탕으로 결정을 내릴 수 있는 능력을 의미한다. 합리성을 판단할 때는 치매, 정신분열증, 뇌의 외상 등 개인의 판단이나 인식능력에 영향을 미칠 수 있는 모든 신경학적, 정신의학적 그리고 일반의학적 상태들이 고려되어야 한다. 일반적으로 지능지수가 70 이상이고, 성교육을 받은 적이 있는 정신적 장애인은 합리성의 관점에서 볼 때 일응 성관계에 동의할 의사능력이 있다고 할 수 있다. 지능지수가 70 미만인 경우에는 개인별로 판단되어야 하며, 지능지수가 70 미만이라고 해서 일괄적으로 성관계에 동의할 의사능력이 없다고는 할 수 없다⁴⁶⁾.

43) 박노진, 주 37)의 글 40-41면; Löfgren-Mårtenson, "May I?" About Sexuality and Love in the New Generation with Intellectual Disabilities, Sexuality and Disability, 제22권 제3호, 2004, 198면

44) 권육상·홍석자, 정신지체생활시설인의 성문제 실태와 대처방안, 21세기 사회복지연구, 제1권 제1호, 2004, 10면

45) Martin Lyden, Assessment of Sexual Consent Capacity, Sexuality and Disability 제25권 제3호, 2007, 12면

46) Lyden, 앞의 글, 13면

다음으로 지식의 경우, 하고자 하는 특정 성행위에 관한 지식, 위법성에 관한 인식, 임신과 성병 예방에 관한 지식, 사회적 또는 법적으로 성행위를 할 수 없는 시간·장소·상황에 관한 지식, 임신과 부모가 된다는 것에 관한 신체적, 법적 그리고 윤리적 책임에 관한 인식 등이 있느냐 하는 것이 문제된다⁴⁷⁾.

마지막으로 자발성의 경우 자신이 원하지 않는 상황에서 스스로를 지킬 수 있는 능력이 있는지와 관련이 있다. 특히 거절의 의사표시를 할 수 있는 능력이 있는지, 그리고 무엇보다 정신적 장애인이 자신이 원하지 않을 경우, 성행위를 거절할 선택권이 있다는 것을 알고 있는지가 중요하다⁴⁸⁾.

4) 의사능력 판단 기준

가) 성관계에 유효하게 동의할 의사능력 판단 기준에 관한 일반적 논의

정신적 장애인의 의사능력을 제3자가 판단한다는 것은 매우 어려운 문제로 이를 판단하기 위한 보편적인 기준은 아직 정립되고 있지 않다⁴⁹⁾. 그러나 이러한 기준을 정립하기 위한 노력은 계속되고 있어 대표적인 기준으로 ① 정신적 장애인의 일반적 지적 능력, ② 다른 분야에 관하여 동의할 수 있는 능력의 유무, ③ 지능지수나 정신연령 등 수치, ④ 성관계에 관한 도덕적 평가를 할 수 있는 능력 등이 제시되고 있다.

정신적 장애인의 일반적인 지적능력은 성관계에 유효하게 동의할 의사능력을 판단함에 있어서 어느 정도 도움이 되나, 직접적인 증거가 되기는 어렵다. 미국 버지니아주 항소법원도 피해자가 정신장애인 또는 지적장애인이거나, 피해자의 지능지수나 정신연령이 낮다는 사실만으로 당연히 피해자가 성관계의 의미나 결과를 이해하지 못한다거나 이해할 수 없다고 판단할 수는 없다고 하면서, 다만 이러한 증거들에 기초하여 피

47) Lyden, 앞의 글, 13면

48) Lyden 앞의 글, 14-15면

49) Lyden, 앞의 글, 5면

해자가 성관계의 의미나 그 결과를 이해할 능력이 부족하다는 것이 구체적으로 밝혀진 경우에만 그렇게 판단할 수 있고, 합리적 의심의 여지 없이 이를 입증할 책임은 검사에게 있다고 판시하였다⁵⁰⁾.

다른 분야에 동의할 수 있는 능력의 유무(예: 수술 등에 동의할 수 있는 능력의 유무)도 성관계에 유효한 동의를 할 수 있는 의사능력 유무의 판단 기준으로 제시된다. 특정 분야에 관하여 여러 가지 정보를 제공 받아, 그 정보에 기초하여 결정을 내릴 수 있는 의사능력이 있는 사람은, 성관계에 유효한 동의를 할 수 있는 의사능력이 있을 가능성이 높다고 한다⁵¹⁾. 그렇지만 이는 단지 가능성일 뿐, 언제나 그렇다는 것은 아니며, 한 가지 분야에 동의할 의사능력을 가진다고 해서 성격이 매우 다른 분야에도 당연히 동의할 의사능력을 가진다고 판단하는 것은 매우 위험하다. 증언능력은 인정하였으나 성관계에 동의할 능력은 인정하지 아니한 판결⁵²⁾, 혼인에 동의할 능력과 친권을 포기할 능력은 성관계에 동의할 능력과 다른 것이라는 판결⁵³⁾ 등은 이러한 맥락에서

50) "The fact finder cannot infer from proof of general mental incapacity or retardation or an IQ range or mental age that a victim is prevented or unable to understand the nature and consequences of a sexual act, unless the evidence proves that the victim lacks the ability to comprehend or appreciate either the distinguishing characteristics or physical qualities of the sexual act or the further natural behavior or societal results or effects which may flow from the sexual act. The Commonwealth has the burden to prove every element of the offense in order to prove guilt beyond a reasonable doubt.", *Adkins v. Commonwealth*, 20 Va.App.332, 457 S.E.2d 382(1995)

51) John, M. Niederbuhl & C. Donald Morris, Sexual Knowledge and the Capability of Persons with Dual Diagnosis to Consent to Sexual Contact, 11 *Sexuality & Disability* 295, 297, 1993 (Lyden, 주 45)의 글, 12면 재인용)

52) *State v. Peters*, 441 So. 2d 403(1983); *State v. Ortega-Martinez*, 881 P.2d 231(1994)

53) *State v. Soura*, 796 P.2d 109(1990) 이 사안의 경우 피해자는 유부녀였으며, 이에 피고인은 피해자가 혼인에 동의할 능력과 혼인관계 중 성관계에 동의할 능력이 있다는 것으로부터 피해자에게 일반적으로 성관계에 동의할 능력이 있다는 것을 추론할 수 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 피고인의 주장은 특정 행위에 동의할 능력이 법적으로 인정되는 경우 모든 다른 행위에 동의할 능력이 법적으로 인정된 것이라는 가정을 전제하고 있는 것이라고 하면서, 특정 행위에 동의할 능력 유무에 관한 판단에서 중요한 것은 그 행위와 그 행위에 관한 법의 목적이고, 혼인과 혼인 중 그 배우자와 성관계를 가지는 것에 관한 동의 능력은 지적장애인이자도 그들의 헌법적 권리를 행사할 수 있도록 법이 어느 정도 재량을 부여한 것이고, 이는 혼외정사에까지 확장하여 적용할 수는 없는 것이라고 판시하였다. 즉, 법이 만 15세인 여성이 남편과 성관계를 가지는 것은 허용하지만, (여성은 만 18세가 되기 전에는 유효하게 성관계에 동의할 수 없으므로) 남편 외의 사람과 성관계를 가진 경우 만 15세인 여성을 보호하는 것과 마찬가지로 피해자가 혼인을 하고 남편과 성관계를 가진다고 하여, 혼외자와의 성관계에 동의할 의사능력을 가진다고 볼 수는 없다고 하였다. 원문은 다음과 같다. "We also reject Soura's argument that the victim was capable of legally consenting to sexual intercourse with him by inference because she had been deemed capable of legally consenting to marriage, sexual relations within marriage, and termination of parental rights to her infant daughter. This argument is based on the assumed logical conclusion that when one is determined to be capable of legally consenting to one activity, they are conclusively presumed to be capable of legally consenting to all other

이해할 수 있을 것이다.

또한, 지능지수나 정신연령이 특정 수치에 미달하는 경우 자동적으로 성관계에 동의할 의사능력이 없다고 판단하는 것도 하나의 기준이 될 수 있다. 이러한 방법은 단순하고 일관성 있는 접근방법이 될 수 있다는 장점이 있다. 그러나 특정 정신적 장애인이 우리나라 장애인복지법 시행규칙 기준으로 1급에 해당한다고 해도 그에게 성관계에 유효한 동의를 할 의사능력이 언제나 없다고는 할 수 없다. 지적장애와 정신분열증을 모두 지닌 사람도 성관계에 동의할 능력이 있다는 연구결과를 참고할 때 더욱 그러하다⁵⁴⁾. 게다가 성교육을 받았는지에 따라 같은 지능지수를 지닌 정신적 장애인도 성관계에 관한 동의능력에서 차이가 있을 수 있다. 성관계에 관한 동의능력을 판단함에 있어, 정신연령은 지능지수에 비해 신뢰성 있는 척도로 평가되기는 하지만, 결국 지능지수와 마찬가지로 단점을 갖고 있다. 또한 정신연령은 측정하기 어렵고 부정확하여, 이를 판단 기준으로 사용하는 경우, 성관계에 동의할 능력이 있는 사람들을 동의할 능력이 없다고 판단하게 될 위험도 있다.

그 밖에 정신적 장애인이 특정한 형태의 성관계는 위법하다는 것을 인식하고 있는

activities. A determination of capability for legally consent depends in large part of on the activity involved and the purpose of laws governing the activity. Some laws fix a bright line of age qualification. While adolescents are deemed capable and responsible at age 16 to drive, females are not deemed capable of consenting to sexual intercourse until they are 18. I.C. § 18-6101. Concerning the woman's capability to consent to marriage and sexual relations with her spouse, understandably the law has granted leeway so that even persons of limited intelligence, such as this woman and her husband, may exercise their constitutionally recognized right to marry and procreate. Marriage has long been favorably recognized in our society as one of the fundamental institutions upon which our society is founded. Accordingly, the laws reflect a certain favorability toward creating and maintaining stable and harmonious marriages. The same cannot be said about non-marital sexual relations which are not considered by society in a favorable light, in part because of the difficult consequences that may follow, e.g., unplanned pregnancy, single parent families, divorce, venereal disease and AIDS. The laws reflect this societal attitude against non-marital sexual intercourse and aim to protect those most vulnerable, due to unsoundness of mind or immaturity, from incurring some of the resulting difficult consequences. Thus, while it is legal for a man to engage in sexual relations with his 15-year-old wife, the law protects a 15-year-old female from sexual relations with a man who is not her husband. The same logic applies to the woman involved in this case. The purpose of I.C. § 18-6101 is to protect women with mental disabilities, such as the woman involved in this case, from the many potential difficulties resulting from non-marital sexual relations."

54) John, M. Niederbuhl & C. Donald Morris, Sexual Knowledge and the Capability of Persons with Dual Diagnosis to Consent to Sexual Contract, 11 Sexuality & Disability 295, 297, 1993 (Lyden, 주 45)의 글, 12면 재인용)

지, 피임이나 성병예방법에 관한 지식을 가지는지, 성관계하기에 적절하지 아니한 때와 장소 등에 관하여 이해하고 있는지, 자신에게 위험이 다가오는 것을 인식하고 벗어날 능력이 있는지 등에 관한 정보는 지적장애인이 성관계에 유효하게 동의할 의사능력이 있는지를 판단하는 데 많은 도움이 될 수 있다.

영국의 경우 성관계에 관한 기본적 지식이 있는지, 원하지 않는 경우 거절할 권리가 있다는 것을 인식하고 있는 지 등의 기준에 근거하여 판단한다고 한다⁵⁵⁾. G. Murphy와 A. O'Callaghan은 ① 신체부위, 성관계, 성행위에 관한 지식을 가지는지, ② 성병이나 임신 등 성관계로부터 발생할 수 있는 결과를 이해하고 있는지, ③ 어떠한 성행위가 적절한 것이고 어떤 상황에서 이루어지는 것이 적절한지를 이해하고 있는지, ④ 성행위는 반드시 자발적으로 이루어져야 한다는 것을 이해하고 있는지, ⑤ 위험한 상황을 인식할 능력이 있는지, ⑥ 원하지 않는 상황에서 확실하게 거절의 의사표시를 할 능력이 있는지 등을 판단 기준으로 제시한 적 있다⁵⁶⁾.

의사능력은 특성이 아니라 상태이므로 한 사람의 의사능력은 시간에 따라 다를 수 있다. 가령 특정 지적장애인이 성관계에 관한 지식이 없어 이에 동의하는 것이 불가능하였더라도 향후 훈련이나 교육을 통하여, 또는 다양한 상황을 겪으면서 지식을 습득한 후에는 이에 동의할 능력이 있을 수도 있게 되는 것이다⁵⁷⁾.

사람의 의사영역이라는 것은 매우 복잡한 것으로 위에서 고려되는 기준 중 한 가지에 의존하여 일괄적인 결론을 내리는 것은 매우 위험할 수 있다. 그러므로 제시되는 다양한 기준을 이용하여 각 사건마다 정신적 장애인의 의사능력을 판단하는 것이 바람

55) Lyden, 주 45)의 글, 7면

56) G. Murphy, A. O'Callaghan, Capacity of adults with intellectual disabilities to consent on sexual relationships, Psychological Medicine, 제34권, 2004(Lyden, 주 45)의 글, 7면 재인용)

57) Lyden, 주 45)의 글, 5면; 고경희, 박정원, 정춘자, 주 27)의 글, 261면

직하다.

나) 우리나라 실정법에 나타난 각종 의사능력의 기준

우리나라 실정법상 (의사)능력에 관련된 주요 규정은 ... (지면 관계상 생략한다).

민법에 있어서 의사능력의 문제는 사적자치의 원칙과 그 전제인 자기결정이 의미 있기 위하여 요구되는 것으로, 행위자가 자신의 행위 의미를 알 수 있는 판단능력이 있는가를 밝히는 것이다⁵⁸⁾. 우리 민법상 명문의 규정은 없으나, 사적자치의 원칙을 기본 원리로 삼는 민법에서 의사능력이 없는 자의 행위는 무효이다⁵⁹⁾. 의사능력의 유무는 보통 7세 내지 10세 정도의 어린이의 정신능력을 기준으로 판단한다고 한다⁶⁰⁾. 그러나 이는 절대적인 것은 아니며, 의사능력을 판정하는 객관적이고 확실적인 기준은 없다. 우리 대법원은 이에 관하여 "의사능력이란 자신의 행위 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 할 것이다"고 판시한 바 있다⁶¹⁾. 그러므로 특정 행위에 관하여 어떤 사람은 의사능력이 인정되는 반면, 다른 사람은 의사능력이 인정되지 않을 수 있고, 더 나아가 어떤 사람이 특정 행위에 관하여 의사능력이 인정되더라도 다른 행위에 관하여서는 의사능력이 부정될 수도 있다⁶²⁾.

민법상 의사능력과 함께 논의되는 개념으로 행위능력이 있는데, 행위능력이란 독자적으로 법률행위를 유효하게 할 수 있는 능력을 말한다. 원칙적으로 의사능력이 없는

58) 박윤직·김재형, 민법총칙, 제8판, 박영사, 2012, 47면; 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2011, 192면; 지원림, 민법강의, 제9판, 홍문사, 2011, 61면

59) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결 참조; 박윤직, 주 58)의 글, 47면; 이병준, 법률행위의 일반적 효력요건으로서의 의사능력, Jurist, 제40호, 2006, 252면; 송덕수, 주 58)의 글, 193면; 지원림, 주 58)의 글, 62면

60) 지원림, 주 58)의 글, 61면

61) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2001다10113 판결 참조

62) 송덕수, 주 58)의 글, 193면

자의 행위는 무효이지만, 행위자가 무효를 주장하기 위해서는 법률행위 당시 자신에게 의사능력이 없었음을 입증하여야 하는데, 이를 입증하지 못할 경우 의사무능력자는 보호받지 못하게 되고, 반대로 입증이 되는 경우 그 상대방이 뜻하지 않은 손해를 입게 되는 것을 고려하여 도입된 개념이 행위능력이라고 할 수 있다⁶³⁾. 행위무능력자의 경우 그가 독자적으로 법률행위를 한 경우에, 그에게 의사능력 유무를 묻지 않고 행위무능력을 이유로 법률행위를 취소할 수 있도록 하고 있다.

행위무능력자의 대표적인 예로 한정치산자와 금치산자를 들 수 있다. 한정치산자란 심신이 박약하거나 재산의 낭비로 자기나 가족의 생활을 궁박하게 할 염려가 있는 자로 법원으로부터 한정치산선고를 받은 자를 의미하는데, 여기서 심신박약이란 통상적으로 의사능력이 없는 상태는 아니지만 자기의 행위의 의미나 결과를 합리적으로 판단할 능력이 부족한 상태를 말한다⁶⁴⁾. 금치산자란 심신상실에 있는 자로 법원으로부터 금치산선고를 받은 자를 의미하는데, 심신상실이란 의사능력이 없는 상태, 즉 - 비록 가끔 그러한 상태에서 벗어나더라도 - 보통 사리를 분별할 수 없는 정신상태를 말한다.

일반적으로 행위능력제도는 재산법상 법률행위에 적용되고, 가족법상 행위에는 그에 관한 친족편의 특별규정이 적용된다. 가족법상의 행위에는 행위자 본인의 의사가 존중되어야 하므로 능력을 획일화하는 것은 바람직하지 않기 때문이다⁶⁵⁾. 가령 금치산자의 경우 재산법상 법률행위는 언제든지 취소할 수 있으며⁶⁶⁾, 후견인의 동의를 얻어 한 행위라도 취소할 수 있으나⁶⁷⁾, 혼인 등 가족법상의 행위의 경우에는 후견인의 동의를 얻

63) 박윤직, 주 58)의 글, 108-109면; 지원림, 주 58)의 글, 72면

64) 지원림, 주 58)의 글, 82면

65) 박윤직, 주 58)의 글, 110면

66) 민법 제13조 참조

67) 송덕수, 주 58)의 글, 210면; 지원림, 주 58)의 글, 83면

어 스스로 유효한 법률행위를 할 수 있는 경우가 있으며⁶⁸⁾, 특히 유언은 의사능력이 회복된 때에 한하여 독자적으로 할 수 있다⁶⁹⁾.

형법에 있어서 책임은 행위자가 법에 따라 행위 할 수 있었음에도 위법하게 행위를 하였다는 규범적 평가, 즉 비난가능성에 그 본질이 있다고 한다. 따라서 행위자에게 적법하게 행위를 할 수 있는 능력, 즉 책임능력이 없을 때에는 형법상 책임도 없는 것으로 책임능력은 형법이 전제로 하는 「자유로운 의사를 결정할 수 있는 능력」을 의미한다고 한다.⁷⁰⁾ 이와 관련하여 형법 제10조 제1항은 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 않는다고 규정하고 있다. 이때 사물변별능력은 행위의 불법 여부를 인식할 수 있는 지적능력을 의미하고, 의사결정능력은 사물변별능력을 바탕으로 자신의 의사를 결정하고 행동을 제어할 수 있는 능력을 의미한다⁷¹⁾. 대법원은 형법 제10조 제1항 및 제2항 소정의 심신장애의 유무와 그 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변소의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있는 것이라고 판시하였다⁷²⁾. 즉 행위자가 행위 당시 심신장애상태에 있었는지는 전문가의 도움을 받아 확정할 수 있지만, 이러한 심신장애

68) 민법 제802조, 제808조 제2항, 제835조, 제873조, 제902조 참조

69) 민법 제1063조 참조

70) 이재상, 형법총론, 제6판, 박영사, 2008, 300-301면

71) 김성규, 책임능력판단의 이론적 구조와 법률적 판단의 의미내용 및 이의 해석론과 관련하여, 법조, 제55권 제7호, 2006, 239면

72) 대법원 1994.5.13. 선고 94도581 판결

상태 때문에 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없었느냐 하는 것은 법관이 판단해야 할 법적, 규범적 문제이다⁷³⁾. 그러나 그 법률적 판단의 구체적 내용이 무엇인가 하는 기준은 정립되어 있지 않다.

5) 성범죄의 의미

우리나라는 성범죄를 하나의 법률에서 규정하고 있지 아니하고, 형법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률, 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 등에 나누어 규정하고 있다. 이러한 법률에서 규율하고 있는 우리나라의 성범죄는 크게 성적 자기결정권을 주된 보호법익으로 하는 유형과 성적 자기결정권을 보호법익으로 하지 않거나 부수적 보호법익으로 하는 유형으로 나눌 수 있다⁷⁴⁾. 상대방의 의사에 반하는 성적 행위를 처벌하는 성범죄가 전자에 해당하며, 대표적으로 형법상 강간죄와 강제추행죄 등이 있다⁷⁵⁾. 후자의 예로는 성매매근절 등을 목적으로 경제수단의 성적행위를 금지한 것으로 성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률에서 정한 성매매죄 등을 들 수 있다⁷⁶⁾.

6) 정신적 장애인의 성적 자기결정권 유무 판단시 고려사항

위 사례들을 종합하여보면, 정신적 장애인의 성적 자기결정권 유무 내지 성관계에 대한 동의 여부를 판단할 때에 참고할 만한 일련의 기준들을 도출해낼 수 있는바, 정리하면 다음과 같다.

<자기결정권 유무>

- 성관계 당시에 자신의 행위가 정상적이지 않다는 것을 알 수 있는지, 즉 옳고

73) 이재상, 주 71)의 글, 309면

74) 윤동호, 성(性)형법의 체계적 정비방안, 비교형사법연구 제10권 제1호, 2008, 125-126면

75) 윤동호, 앞의 글, 125-126면; 윤영철, 형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제, 형사정책연구 제18권 제1호, 2007, 10-11면

76) 윤동호, 앞의 글, 125-126면

그림에 대한 판단능력이 있는지 여부

- 성교육을 받은 경험의 유무
- 신체부위의 각 명칭, 피임방법 등에 대한 지식 유무
- 성관계와 임신의 의미를 이해하는지 여부
- 강간의 의미를 이해하는지 여부
- 의사소통능력과 일상생활 능력
- 성관계를 가졌을 때 나타날 수 있는 결과(임신 등)에 대해 이해하는지 여부
- 일상생활에서 자제력의 정도

<동의 여부>

- 원하지 않는 성관계를 강요당했을 때에 대한 대처방법(경찰에 신고하거나 가족, 가까운 지인에게 알리는 등)에 대하여 알고 있는지 여부
- 의사표현 방법의 일관성(긍정과 부정의 의사표시가 명확히 구분되는지 여부)
- 피해자의 객관적인 의사표현과 행위가 일치하는지 여부

8) 결론

우리나라 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제6조에 규정되어 있는 장애인에 대한 강간·강제추행죄는 개인의 성적 자기결정권을 주된 보호법익으로 하는 성폭력범죄로, 상대방의 의사에 반하는 성적 행위를 처벌하는 것을 그 목적으로 한다. 그러므로 범죄 성립 여부를 판단함에 있어서 상대방의 의사에 반하였는지를 판단하는 것이 핵심적이고, 그 전제로 상대방이 성관계에 동의할 의사능력이 있는지를 판단하는 것이 필요하다.

앞에서 살펴본 바와 같이 정신적 장애가 있다는 사실만으로는 당해 정신적 장애인이 성관계에 동의할 의사능력이 없다고 단정 지을 수 없으며, 정신적 장애인이 성관계에 동의할 의사능력이 없다고 판단하기 위해서는 그가 정신적 장애인이라는 사실 외에 이를 뒷받침하는 다른 사실관계가 존재하여야 할 것이다. 인간의 의사능력이란 매우 미묘하고 복잡한 것으로 정신적 장애인의 성관계에 유효하게 동의할 의사능력을 판단함에 있어 이용할 확실적인 기준은 제시하기 어렵고, 또한 확실적인 기준을 만드는 것이 바람직하다고 할 수도 없다.

결국 법원은 각 사안에 따라 일반적 지적능력, 다른 분야에 동의할 수 있는 능력의 유무, 지능지수나 정신연령, 성교육 여부, 성과 관련된 지식의 정도, 위험한 상황을 인식하고 벗어날 능력의 유무, 거절의 의사표시를 할 수 있는 능력의 유무 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

나. 판단

1) 주요 쟁점

피고인들은 위 부분 공소사실의 성관계에 대하여는 대체로 인정하면서도, 이는 피해자들의 항거불능상태를 이용한 것이 아니라 합의에 의한 성관계였다고 변소하는바, 이 부분의 주요 쟁점은 다음과 같다.

가) 정신장애 3급인 피해자에게 성관계에 유효하게 동의할 의사능력이 있는지 여부

나) 이 사건 당시 피해자가 정신상의 장애로 인하여 항거불능(또는 심신상실)의 상태에 있었는지 여부

2) 피해자에게 성관계에 유효하게 동의할 의사능력이 있는지 여부

가) 피해자의 병력 및 성장 환경

(1) 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 아래의 사실이 인정된다.

피해자는 1975. 6. 23. 1남 4녀 중 셋째로 태어났으며, 12세이던 1987년 교통사고를 당하여 뇌를 다쳐 머리에 인공뼈를 삽입하는 수술을 받고⁷⁷⁾ 1년간 입원치료를 받은 후 다른 사람들보다 1년 늦은 1989년 중학교에 입학하여 중·고등학교(피해자가 다닌 ○○중학교, ○○여자상업고등학교는 장애인 학교가 아니다)를 정상적으로 졸업하였다. 졸업 후에는 ○○전관에서 3개월 정도 근무한 바 있고⁷⁸⁾, 1995~1996년경 울산의 작은 회사에서, 1996. 12. 23.부터 1997. 5. 7.까지 (주)엘○(L○)에서 각각 일한 바 있으나, 이 후에는 무직 상태로 부모와 함께 미나리 등 채소 판매하는 일을 하거나 주거지 1층의 식당 일을 도와주고 수고비를 받기도 하였다⁷⁹⁾. 21세이던 1995년경 '정신분열증(schizophrenia)' 진단을 받았으며 이후 몇 차례에 걸쳐 입원 치료를 하였고, 현재까지 병원을 오가며 약물치료를 받고 있다. 27세경 중매를 통해 결혼하였으나, 2개월도 되지 않아 피해자 측에서 피해자의 교통사고 사실을 숨긴 것과 피해자의 남편이 결혼 전부터 다른 여자와 교제해 온 것이 원인이 되어 이혼하게 되었고, 그 이후로는 부모와 함께 생활해왔으며⁸⁰⁾, 2007. 1.경 정신장애 3급 판정을 받았다⁸¹⁾. 설거지, 청소, 세탁과 같은 집안일이나 집 앞에서 위와 같이 채소를 판매하는 일 등은 혼자 할 수 있고⁸²⁾, 한편으로 운전면허시험에 합격하여 2종 보통 운전면허증을 취득한 바 있다⁸³⁾.

(2) 피해자의 중학교 생활기록부⁸⁴⁾ 및 고등학교 생활기록부⁸⁵⁾ 등에 의하면 다음

77) 제2회 공판기일에서의 증인 권○○의 법정진술

78) 상동

79) 제2회 공판기일에서의 증인 권○○의 법정진술, 제3회 공판기일에서의 증인 이○○의 법정진술, 소송기록에 편철된 국민건강보험공단 이사장의 사실조회 회신

80) 제2회 공판기일에서의 증인 권○○의 진술, 수사기록 338~340정

81) 제2회 공판기일에서의 증인 권○○의 진술, 피해자의 막내삼촌이 장애판정을 받으면 국가에서 혜택이 나온다면 권유하여 신청하였다.

82) 수사기록 338정, 제7회 공판기일에서의 증인 배○옥의 진술

83) 제2회 공판기일에서의 증인 배○옥의 진술

84) 소송기록에 편철된 웅촌중학교장 작성의 사실조회 회신

과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 피해자는 일반계 중학교 및 여자상업고등학교를 정상적으로 졸업하였다.
- ② 피해자는 1989. 4. 25. 한국심리검사연구소에서 실시한 지능검사에서 지능지수 (IQ) 108을, 1992. 4. 15. 실시한 집단 지능검사에서 지능지수 103을 각각 기록하였다.⁸⁶⁾
- ③ 피해자의 중학교 성적은 중상위권이고(중학교 재학 3년간 전교생 약 150명 중 53~70등 기록), 피해자의 고등학교 전 과목 성적은 보통 수준이었다(고등학교 재학 3년간 전교생 약 300명 중 118~176등 기록)⁸⁷⁾.
- ④ 피해자는 중학교에서, '온순, 착실하고 매사 철두철미하게 처리를 잘 하나 다소 소심하다', '얌전하고 성실, 차분하나 몸이 허약해 활기가 다소 부족하다', '온순하고 예의 바르나 의지가 좀 약한 편이다'라는 평가를, 고등학교에서 '여성다운 성격에 근면하고 책임감이 강하다', '자신을 잘 드러내지는 않으나 침착하고 인내심이 강하다', '근면·성실하고 제반규칙을 잘 준수하며 타의 모범이 된다'는 평가를 각각 받았다.
- ⑤ 피해자는 고등학교 3학년 때 영문타자반으로 활동하며 부반장을 맡은 바 있다.

(3) 1995년경부터 피해자를 진료해온 ○○병원 담당의사 설○○가 2005. 5. 23.부터 2012. 2. 9.까지 작성한 진료기록부 사본⁸⁸⁾에 의하면 다음과 같은 기재를 확인할 수 있다.

- 2005. 6. 14. '비교적 조리 있고, 비논리성 사고는 없고, 마음이 불편하고, 짜증이

85) 소송기록에 편철된 ○○고등학교(구 ○○여자상업고등학교)장 작성의 사실조회 회신

86) 지능지수 90~109 : 평균 수준, 지능지수 110~119 : 평균 상 수준(장애인복지법 시행규칙 별표 제1호에 따르면 지능지수와 사회성숙지수가 70 이하인 경우 지적장애인으로 분류될 수 있다).

87) 반면 피해자의 어머니인 권○○은 이 법정에서, 피해자의 성적이 보통 이하였다고 진술하였으나, 이는 피해자의 장애 정도를 과장하여 표현한 것으로 보인다.

88) 소송기록에 편철된 의사 설○○ 작성의 사실조회 회신

난다.'

- 2005. 6. 29. '잠이 너무 온다. 엄마랑 자주 싸운다. 사소한 일로 짜증 내고, 막 신경질 나서 집 안을 뱅글뱅글 돌았다.⁸⁹⁾'
- 2005. 10. 31. '남자친구랑 같이 왔다. 질병에 대해 모두 말했다.'
- 2005. 11. 7. '남자친구랑 잘 사귀고 있다. 남자친구가 내 병을 잘 알고 있다. 군청에서 일한다.'
- 2005. 11. 14. '신랑 될 사람은 성격이 급하다'
- 2005. 12. 28. '남자와의 교제 끊었다. 애매하다.'
- 2006. 12. 11. '중매 들어와서 결혼 생각.'
- 2006. 12. 28. '중매봤다. 1월 중에 결혼 예정.'
- 2007. 1. 8. '결혼 안 하기로 했다.'
- 2007. 1. 29. '맞선 본 남자 최근 만났다.'
- 2007. 3. 13. '미나리밭 운영한다.'
- 2007. 4. 30. '죽고싶다. 모(母)와 갈등'
- 2008. 2. 18. '엄마, 언니와 싸웠다. 홧김에 시도⁹⁰⁾. 진짜 죽는 줄 알았다. 후회'
- 2008. 5. 6. '가끔씩 죽고 싶다는 생각. 선 본 사람과 잘 안 된다.'
- 2008. 5. 22. '선 볼 사람 생겼다. 약을 시험 삼아 끊어보았다.'
- 2008. 6. 14. '1년 반 전 선 본 사람이 연락 온다'
- 2008. 10. 14. '가족간에 불화가 있었다. 화가 나서 죽으려고 호수 같은 곳에 빠졌

89) 피해자는 수사기관에서, 피고인들로부터 성폭행을 당한 이후 그 스트레스를 견디지 못해 어머니에게 풀며 신경질을 냈다고 진술한 바 있으나(수사기록 26정), 피고인 공○○과 처음 성관계를 한 2006. 4. 10. 이전에도 정신장애로 인하여 이러한 일이 있었음을 알 수 있다.

90) 자살을 시도했다는 것으로 보인다.

다. 최진실도 죽었는데... 하지만 진짜로 죽고 싶은 것은 아니다. 동생이 죽으라고 했다.'

- 2009. 1. 31. '3년 전 맞선 본 남자가 다시 사귀자고 한다. 결혼문제는 신중히'
- 2009. 6. 15. '남자 만나서 교제 중이고'
- 2009. 7. 1. '다른 남자와 교제 중이고'
- 2010. 11. 22. '소개받은 남자 같이 방문. 질병에 대한 질문(임신관계 설명; 계획 임신해야, 유전관계 설명: 유전질환은 아니다).'
- 2011. 10. 12. '장애인과 어울리기 싫다.⁹¹⁾'
- 2012. 2. 9. '2010. 2.경 성폭행 당했다고 함. 경찰 신고 중.'

(4) 마지막으로, 피해자의 평소 이성관계에 대한 태도⁹²⁾에 관하여 보건대, 피해자는 위에서 본 바와 같이 이미 결혼한 적이 있는 여성으로서, 위 진료기록부에도 나타나 있듯이 이혼 후에도 수 명의 교제하던 남자친구가 있었고, 언니와 동생이 모두 결혼한 후에는 외로움을 느껴 자신의 어머니에게 '나도 결혼하면 잘 살 수 있다', '나도 나 같은 사람만 찾으면 살 수 있다. 중신해달라', '결혼해서 가정을 꾸려 애를 낳고 살고 싶다'며 여러 차례에 걸쳐 다시 결혼시켜줄 것을 요구한 적도 있으며, 이에 피해자의 어머니인 권○○은 2011년경 ○○마을 이장에게 피해자의 중매를 부탁하기도 하였다⁹³⁾.

한편, 피해자는 1995~1996년경 울산에 있는 작은 회사에 다니던 중 회사의 부장이라

91) 피고인 공○○의 '2006. 1.경 손가락 2개가 없는 예전 직장(○○산업) 동료들 피해자에게 소개해 주려 하였으나, 피해자가 '손가락이 없는 장애인이다. 안 한다.'라고 말하면서 거절하여 성사되지 않았다'는 법정진술과도 들어맞는 것으로 보인다.

92) 피해자의 이성관계에 대한 태도가 적극적이었다고 하여 피고인들과 합의 하에 성관계하였다는 사실로 바로 연결되는 것은 아니지만, 적어도 피고인들과의 관계가 어떠하였는지 유추할 수 있는 자료는 될 것이다.

93) 제2회 공판기일에서의 증인 권○○의 법정진술, 제3회 공판기일에서의 증인 배○선의 법정진술, 피해자가 2005. 10.경부터 지금까지 맞선 본 남자는 10명이 넘지 않는 것으로 보인다.

는 사람과 성관계한 사실로 성폭행을 문제 삼게 되었으나, 위 부장으로부터 치료비 등의 피해보상을 받고 고소하지 않은 경험⁹⁴⁾이 있다.

나) 전문가의 의견

(1) ○○병원 담당의사 설○○의 의견⁹⁵⁾

피해자는 울산 남구 신정2동 1650-9에 있는 ○○병원에서 1995. 11. 15.부터 최근까지 정신과 치료를 받고 있는바, 피해자는 '정신분열병'으로 약물요법 및 지지적 정신요법 중에 있으며, 보건복지부가 정한 정신장애 판정 기준상으로 3급 1호⁹⁶⁾에 해당한다. 정신장애 3급 1호는 무감동한 정서와 우회증적⁹⁷⁾인 말, 일시적인 공황상태 등의 특징이 있고, 친구가 없거나 일정한 직업을 갖지 못하는 등 사회·직업·학교 기능에서 중간 정도의 어려움이 있어 '간헐적인' 도움을 요하는 정도에 해당한다.

초진 당시 피해자 본인은 부인하였으나 환청이 의심되었고, 혼자 중얼거리기도 하고 울고 웃는 행동을 하였으나, 이후 피해자가 ○○○병원 정신과에 15일 정도 입원하였다가 퇴원 후 큰빛병원에 통원치료를 하기 시작한 무렵부터는 정신병적 증상은 보이지 않았으며, 단지 짜증, 긴장, 우울감, 간헐적 자살사고의 표현 등의 양상이 관찰되었다.

피해자의 숫자개념이나 인지기능, 언어구사능력, 기억력 등은 정상인과 별다른 차이가 없고, 다만 응급상황에서는 즉각적이고 객관적인 상황대처가 힘들 수도 있어 대응 방법이나 정도가 일반인에 비해 소극적·수동적으로 나타날 가능성이 있다.

(2) 정신보건임상심리사 안○○의 의견⁹⁸⁾

94) 제2회 공판기일에서의 배○○ 권○○의 법정진술. 구체적인 합의금에 대하여는 기억 나지 않는다고 진술하였다.

95) 소송기록에 편철된 의사 설○○ 작성의 2012. 7. 5.자 사실조회 회신, 수사기록 199~205정

96) 앞서 본 바와 같이 정신분열병으로 망상, 환청, 사고장애 및 기괴한 행동 등의 양성증상이 있으나, 인격변화나 퇴행은 심하지 아니한 경우로서 기능 및 능력 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활을 해나가기 위한 기능 수행에 제한을 받아 간헐적으로 도움이 필요한 사람이 여기에 해당한다.

97) 사고가 다른 곳으로 흐르는 것.

98) 수사기록 339정 이하, 2012. 2. 27. 작성.

피해자는 검사 당시(2012. 2. 17.) 정서적으로 안정되지 않은 상태였고, 질문에 적절한 대답을 하다가도 자신의 생각에 따라 엉뚱하게 이야기를 진행하기도 하였으며, 스스로 환자임을 인식하고 있어 그 영향으로 '정서적 곤란', '정신병적 증상(psychotic symptom)'과 관련된 문항에 대하여 자신의 기능수준에 비해 과도하게 표현하고 응답하였을 가능성이 있다. 피해자는 피해의식이 상당하고, 불안감, 긴장감, 우울감, 무망감 등을 경험하고 있으며, 현재 또는 미래에 대한 걱정이 많고, 자존감은 하락한 상태이나, 이러한 정서적 곤란을 적절하게 해소하지 못하고 있다. 감정 반응이 둔하고, 정서 표현이 다소 부적절하며, 사회적 기술이나 대응능력, 기본적 대처력이 떨어지고, 행동이 경직되어 있어 상황에 따라 적절히 판단하고 행동하는 데 어려움이 있을 것으로 보인다. 사회적으로 위축되어 있으며 사회적 기술이나 대응능력이 부족하여 대인관계 및 사회관계에서 의사소통이나 상호작용에 어려움이 있을 것으로 보이고, 사회에서 수동적이고 회피적인 태도를 보일 수 있다.

그러나 피해자의 사고 수준이 기괴한 수준까지는 아니며, 기대했던 목표에 도달하는 것은 가능하고, 현실 검증력이나 변별력이 심하게 손상된 상태는 아닌 것으로 보인다. 또한, 적절한 대화기술 및 협조적인 대인관계를 맺는 데 약간의 어려움이 있어 타인의 간헐적 개입을 통해 일상생활에서의 기능은 유지할 수 있을 정도이며, 집안일은 타인의 권유에 의해 도맡아서 할 수 있을 정도이다.

(3) 울산해바라기여성·아동센터 자문가 김○○의 의견⁹⁹⁾

피해자의 사회성 발달 수준은 초등학교 6학년 수준으로 상황대처능력이 보통 사람에 비해 많이 떨어지는 편이다. 보통사람보다 선명하게 기억하는 부분도 있지만, 일정 부

99) 수사기록 257정 이하, 2012. 2. 26. 작성.

분은 전혀 기억하지 못하는 등 기억이나 사고가 중간에서 차단되기도 하며, 옆 사람이 시키는 대로 수동적으로 반응하는 특성이 있다. 진술 중 환청이 들린다거나 머리 뒷부분이 찌릿찌릿하다는 표현을 하기도 하였고, 진술조서를 굉장히 꼼꼼히 확인하는 등 편집증적인 경향이 있다.

다) 피해자의 수사기관 및 이 법정에서의 태도

(1) 전반적 태도

피해자의 수사기관에서부터 이 법정까지의 진술 내용 또는 태도를 보면, 명확성이나 차분함, 전달력 등은 평균적 일반인에 조금 못 미치는 수준이나, 질문을 잘 이해하고 있고 답변 내용에도 일관성이 있으며, 어휘 능력도 평균 수준으로 판단된다. 특히 피해자는 이 법정에서, 집 앞에서 미나리를 팔면서 1단에 3,000원, 2단에 6,000원, 3단에 9,000원, 10단에 30,000원과 같이 간단한 숫자만 외워서 팔았느냐는 질문에 대하여 그렇다고 답하면서도, 4단은 얼마에 팔았느냐는 질문에 '3 곱하기 4는 12, 12,000원입니다'라고 곧잘 대답하는 등¹⁰⁰⁾ 연산 능력도 크게 뒤떨어지지 않는 것으로 보인다. 또한 피해자는 이 법정에서 공소사실에 부합하는 질문에 대하여는 즉시 '예'라고 대답하였으나, 반면 피고인들에게 유리한 질문에 대하여는 꼼꼼히 생각하고 잘 모른다고 하거나 기억이 나지 않는다고 하면서 대답을 회피하였다¹⁰¹⁾.

100) 제7회 공판기일에서의 증인 배○옥의 법정진술

101) 제2회 공판기일에서의 증인 배○옥의 법정진술[증인은 운전면허 필기시험 및 실기시험을 한 번만에 통과했다면서 피고인 임○○에게 자랑하기도 했지요', '모르겠습니다'/ '2007년 지적장애(정신장애의 착오로 보인다)등급 가운데 제일 낮은 등급인 3급 판정을 받았는데, 주로 우울증 등과 관련된 것일 뿐 지적수준이 낮은 여부와는 무관한 것이지요', '모르겠습니다'/ '증인의 휴대폰 번호로 보낸 문자메시지 내용을 보면,...(중략)...라고 되어 있는데, 증인이 피고인 공○○에게 보낸 것이지요', '모르겠습니다'/ '증인은 일기장을 언제, 어떤 경위로 소지하게 된 것인가요', '모릅니다'/ '피고인 임○○과의 성관계 내용은, 일자가 없는 연습장 형태의 종이에 다 기재하였지요', '모릅니다'/ '증인은 처음과 마지막 성관계를 한 일자를 제외하고는 모두 정확한 일자를 표시하지 않고, 초순, 중순 및 하순 등으로 표기하였지요', '모르겠습니다'/ '그런데 증인은 2012. 1. 14. 증인의 부친인 배○○의 핸드폰으로 ...(중략)... 라는 문자를 보낸 것으로 되어 있는데 어떤가요', '모르겠습니다'/ '피고인 임○○의 처가 어떤 내용을 따지러 왔다는 것인가요', '모르겠습니다'/ '피고인의 처 이○○의 주장에 의하면, 이○○은 증인이 2012. 1. 14. 보낸 문자를 보고 흥분해서 다음날인 2012. 1. 15. 아침 증인에게 항의하러 갔다고 하는데 어떤가요', '모르겠습니다'/ '피고인 임○○의 처 이○○이 증인에게 따지러 온 후에, 증인이 피고인 임○○에게 경찰서에 고소하겠다고 말한 적이 있지요', '모르겠습니다'/ '언니 배○○가 어떤 경위로 증인의 일기장을 보게 되었나요', '모르겠습니다']

(2) 옳고 그름을 판단하고 표현하는 능력 및 위기상황에 대한 대처능력

피해자는 ① 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 '피고인들과의 성관계를 피하고 싶었고, 피고인들에게 싫다고 말하거나 손으로 밀어내는 등 거부하는 말이나 몸짓을 하였다'고 진술해왔으며¹⁰²⁾, ② '누군가가 하고 싶지 않은 성관계를 강제한다면 어떻게 해야 하느냐'는 물음에 '안 된다고 해야 한다', '경찰에 신고할 수도 있다', '잘 모르겠지만 11위(이 부분은 의도적으로 '2'를 말하지 않은 것으로 보였다)로 신고하면 된다'고 답한 바 있고, ③ 배우자가 있는 남녀는 성관계를 해서는 안 된다고 증언하는 등¹⁰³⁾ 피해자의 옳고 옳음, 옳고 그름을 판단하고 표현하는 능력은 일반인과 비교하여 전혀 뒤떨어지지 않으며, 위기상황에 대한 대처능력도 어느 정도 있는 것으로 판단된다.

(3) 성관계의 의미 및 그 결과에 대한 이해도

피해자는 수사기관 및 이 법정에서 여성의 성기를 '오줌 누는 곳'이라고 표현(이러한 표현방식이 과연 피해자의 지적 수준에 비추어 적절한 것인지, 의도적인 표현은 아닌지에 대하여 의구심이 있다)하는 등 성행위에 관련된 어휘 능력이 다소 부족한 것처럼 보이기도 하나, 한편으로 이 법정 및 수사기관에서 ① 성기의 의미가 무엇인지 알고 있다고 진술하면서 '피고인이 뒤에서 성기를 삽입하였다', '(아저씨 성기를) 오줌 누는 데에 집어넣었다', '성폭행은 오줌 누는 곳에 고추를 삽입하는 것이고, 성추행은 그런 것 안 하고 만지는 것이다'라는 진술을 한 바 있고, 피고인 공○○이 사정하였느냐는

제7회 공판기일에서의 증인 배○○의 법정진술[증인이 피고인 공○○에게 4번에 걸쳐 보낸 문자 ...(중략)... 내용을 기억하고 있는 것이 맞아요, '모르겠습니다' / '증인은 상업계산 과목에서 1학년 1, 2학기에 '수'를 받은 것으로 되어 있는데 맞는가요', '기억이 안 납니다' / '간통이 뭔지는 아나요', '들어는 봤는데 뭔지는 모르겠습니다']

102) 수사기록 53~54정, 400정 등

103) 제7회 공판기일에서의 증인 배○○의 법정진술[증인은 남녀간에 성관계를 하면 안 되는 경우를 알고 있나요, '예' / '배우자가 있는 남녀가 다른 사람과 성관계를 하면 되나요', '안됩니다' / '왜 안되나요', '결혼을 했으니까요']

물음에 '그 나오는 거 하얀 거 나오는 거?'라고 되묻기도 하였으며¹⁰⁴⁾, 이 법정에서는 '콘돔'이 무엇인지 잘 모르겠다고 하였으나 울산해바라기여성·아동센터에서 진술할 때는 '콘돔 끼고 할 때도 있고요...(중략)...생리 전후에 일주일 동안에는 임신이 안 된다 해서...(중략)...그 기간 아닌 날 콘돔 끼고' 라고 말한 것으로 보아 피임기구에 대한 지식도 충분히 갖추고 있는 등 성관계의 의미에 관하여 명확하게 이해하고 있는 것으로 보이고, ② '성교육을 받은 적이 있다', '에이즈에 대하여 배운 것 같다', '남자와 여자가 성관계를 하면 임신을 할 수도 있다', '피임 방법으로 피임약을 먹을 수 있다', '피임약을 먹으면 자궁암이나 유방암 등을 유발할 수 있다'¹⁰⁵⁾는 등의 진술을 한 것으로 미루어 피해자는 성행위로 인한 결과에 대해 충분히 이해하고 있다고 판단된다.

라) 소결

이상에서 살펴본 바를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자는 지능이 평균 수준이며 다만 사회생활을 함에 있어 자연스럽게 어울리지 못하고 문제해결능력이 낮은 편이어서 주변으로부터 간헐적인 도움을 요하는 정도의 장애가 있는 점, ② 따라서 위기상황에 대한 대처가 일반인에 비해 소극적이고 수동적일 수는 있으나, 좋고 싫음을 분명하게 판단하고 표현하는 능력은 일반인과 비슷한 수준인 점, ③ 피해자는 스스로 장애인이라는 생각에 자신의 실제 능력에 대하여 왜곡된 표현을 할 가능성이 있는 점¹⁰⁶⁾, ④ 원치 않는 성관계를 강요받았을 경우 경찰에 신고할 수 있는 정도의 상식은 갖추고 있는 점, ⑤ 도덕적으로 허용되는 성관계의 범위에 대하여 어느 정도 알고 있는 점, ⑥ 성행위(성교와 기타)의 의미를 충분히 이해하고 있으며 그 결과에 대하여도 인식하고 있는 점 등을 종합하면, 피해자는 성관계에 유효하게 동의할 수 있

104) 수사기록 56정

105) 증인 배○○의 법정진술

106) 정신보건임상심리사 안○○의 위 의견 참조

는 의사능력을 갖추고 있다고 판단된다.

3) 이 사건 당시 피해자가 정신상의 장애로 인하여 항거불능의 상태에 있었는지 여부

피해자는 위와 같이 성관계에 유효하게 동의할 수 있는 의사능력을 갖추고 있음을 알 수 있는바, 구체적으로 이 사건에서 피해자가 정신상의 장애로 인하여 항거불능(또는 심신상실)의 상태에 있었는지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

가) 피해자의 고소 경위

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

① 피해자는 2012. 1. 14. 피고인 임○○이 계모임에 나간 사이 위 피고인이 운영하던 식당에서 위 피고인의 처 이○○과 함께 저녁을 먹고 TV를 시청한 후, 21:30경 이○○에게 2층 방으로 간다고 말하고 식당을 나갔다.

② 피해자는 같은 날 22:30경 아버지인 배○○의 휴대전화를 이용하여 위 피고인의 휴대전화로 "제잠바차에있어요계단에놓아놔주세요 저송합니다", "핸드폰도들었어요", "답장좀해주세요 오늘갔다놓을건지요", "잠바하고전화기만빨리꺼내주세요나지금밖인데추워요"라는 문자메시지를, 다음날 "지금밖에 잠깐나와보세요"라는 문자메시지를 각각 발송하였다.

③ 이○○은 위 일시경 위 피고인의 휴대폰에 위와 같은 메시지가 온 것을 발견하고, 위 피고인과 피해자의 관계를 의심하여 2012. 1. 15. 아침 피해자의 집에 찾아가 피해자에게 위 피고인과 함께 있었던 이유를 추궁하며 피해자 및 그 가족들에게 '간통죄로 고소하겠다', '위자료로 10억을 줄래, 20억을 줄래'라고 말하는 등 항의하였다.

④ 위 일로 인해 피해자의 가족들은 위 피고인과 피해자의 관계에 대해 알게 되었음

은 물론, 이 일이 계기가 되어 그로부터 4~5년 전 피고인 공○○과 피해자가 수시로 성관계한 사실에 대해서도 알게 되어 이 사건 고소(2012. 2. 15. 피고인 임○○ 고소, 같은 달 17. 피고인 공○○ 고소)에 이른 것이다.

나) 피고인들과 피해자의 관계

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

(1) 피고인 임○○과 피해자의 관계

피고인은 2009. 11.경부터 피해자가 부모와 함께 살고 있던 건물 1층을 임차하여 식당을 운영하고 있었다. 피해자는 종종 위 가게에서 피고인 부부의 식당 일을 도와주고 그에 대한 수고비(시간당 5,000원)를 받아왔으며, 피고인의 처인 이○○에게 결혼 문제 등의 고민을 상담하기도 하였다. 피고인은 피해자가 ○○병원 정신과에 다니며 치료를 받고 있는 사실을 알고 있었는데, 종종 피고인의 차로 피해자를 병원까지 데려다 주고 다시 데리고 오는 과정에서 주변 모텔에 가거나, 휴대전화 등으로 피해자에게 연락하여 피해자를 피고인의 식당이나 차 안으로 불러낸 후 수 회 성관계를 하였다.

피해자는 피고인과의 성관계가 자신의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 주장하면서 피고인과 성관계를 한 이유에 대하여, ① ○○병원이 집에서 원거리에 있기 때문에 걸어가는 것보다는 차를 타고 가는 것이 나운데, 매번 태워다주는 것이 고마웠고, 계속 차를 얻어타고 다니기 위해서는 피고인에게 잘 보일 필요가 있었고¹⁰⁷⁾, ② 피고인이 비밀을 지키라고 강요하였으며¹⁰⁸⁾ 매일 피해자를 감시하는 듯 느껴졌고¹⁰⁹⁾, ③ 피고인이 군대에 있을 때 북한 사람을 낚 같은 것으로 쳐서 죽이기도 하고 살아있는 뱀의 껍질을 벗겨서 먹었다는 이야기를 듣고 겁에 질려있었기 때문¹¹⁰⁾이라고 진술한다.

107) 수사기록 17정

108) 수사기록 19정

109) 수사기록 17정, 22정

(2) 피고인 공○○과 피해자의 관계

피고인은 2005. 11.경부터 2008년경까지 피해자의 주거지 건물 1층을 임차하여 식당을 운영하면서 피해자를 알게 되었다. 피고인은 피해자가 ○○병원 정신과에 치료를 받기 위해 다니는 것을 알고 피해자를 그곳까지 태워다주겠다고 제안하였으며, 피해자를 피고인의 차에 태워 통원치료를 돕던 중 2006. 4. 10.경 부근 모텔에 들어가 첫 성관계를 가진 것을 비롯하여 약 1~2년에 걸쳐 모텔이나 산 속 등지에서 여러 번 성관계를 하였다.

피해자는 피고인과의 성관계가 자신의 의사에 반하여 이루어진 것이라고 주장하면서 피고인과 성관계를 한 이유에 대하여, ① 병원에 갈 때 드는 택시비나 버스비가 아깝고 다리도 아팠기 때문에 피고인의 차를 이용하고 싶었고¹¹⁰⁾, ② 피고인이 성관계한 사실을 부모나 언니들에게 절대 이야기하지 말 것을 강요하였으며¹¹¹⁾, ③ 피고인이 장난처럼 주방에 있던 칼을 들고 피해자의 배를 찌르는 시늉을 하거나 공기총으로 사격 연습을 하는 모습, 피고인이 자신의 아내를 구타하는 모습 등을 보고 겁에 질려있었기 때문¹¹²⁾이라고 진술한다.

한편, 피해자는 피고인이 피해자 집에 세들어 살다 2008. 11.경 다른 곳으로 이사를 간 후, 피고인에게 다음과 같은 문자메시지를 보내기도 하였다¹¹³⁾.

- 2011. 6. 21. 20:25 '전화해줄수있어요'
- 2011. 8. 11. 22:49 '잘지내세요'
- 2011. 8. 11. 23:13 '알게된걸 정말되돌리고싶다 앞으로다신보기싫다 내눈에띄지마라'

110) 수사기록 16정

111) 수사기록 80정

112) 수사기록 63정, 72정

113) 수사기록 63-64정, 70-71정

114) 소송기록에 편철된 피고인의 핸드폰 화면 촬영사진 사본, 소송기록에 편철된 배○옥의 통화 및 문자발송내역

끌보기 싫다'

- 2011. 8. 12. 00:24 '앞으로 얼마나 잘 사나 두고 볼 가치도 없지만 어떻게 망가지는지 두고 볼
거다 더러운 것들 잘 살아라'

피고인은 위 문자메시지들이 발송된 경위에 관하여, 피해자로부터 그 외에도 여러
번 위와 같은 메시지를 받고 피해자의 전화번호를 수신 거부 번호로 등록해두었는데,
그 이후 스팸메시지로 분류된 피해자의 메시지를 나중에서야 확인하게 된 것인바, 피
고인의 처나 주변 사람들에게 피해자와의 관계를 들킬 것이 염려되어 피해자를 만나주
지 않자 피해자가 이런 메시지를 보낸 것으로 생각된다고 진술하였다¹¹⁵⁾(이에 대하여
피해자는 위와 같이 문자메시지를 보낸 이유를 기억하지 못한다고 진술한다¹¹⁶⁾).

또한, 피해자는 2011. 8. 16. 저녁에 피고인에게 세 차례에 걸쳐 전화를 걸었으며 마
지막 통화는 17분간 지속된 것으로 확인되는바¹¹⁷⁾, 위 통화의 내용에 대하여 피고인은
피해자가 피고인에게 전화하여 만나달라는 말을 하였고, 이에 대해 피고인이 듣기 싫
다며 왜 전화를 하였느냐고 화를 냈던 것이라고 진술하는 반면¹¹⁸⁾, 피해자는 피고인이
평소 피해자가 결혼하면 시부모님에게 성관계 사실을 폭로하겠다고 말해왔기 때문에
이를 하지 말라고 부탁하기 위해 전화한 것이라고 진술한다¹¹⁹⁾.

다) 피고인들의 행위 내용과 방법

피해자의 진술에 의하면 피고인들은 피해자를 협박하거나 성관계를 거부하는 피해자
를 힘으로 제압한 후 강제적으로 간음하였다는 것인바, 피고인들은 이에 관하여 부인
하고 있으므로 이를 뒷받침하는 직접증거는 피해자의 수사기관 및 이 법정에서의 각

115) 제4회 공판기일에서의 피고인의 법정진술

116) 제2회, 제7회 공판기일에서의 증인 배○○의 각 법정진술

117) 제4회 공판기일에서의 피고인의 증인으로서의 법정진술

118) 소송기록에 편철된 SK텔레콤의 사실조회 회신

119) 제7회 공판기일에서의 증인 배○○의 법정진술

진술과 피해자가 직접 작성한 일기장뿐인데, 아래에서 보는 바와 같이 위 각 증거들은 그 신빙성을 인정하기 어렵다.

라) 판단

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5662 판결, 2003. 9. 2. 선고 2003도3455 판결 등 참조).

한편, 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제11088호) 제6조 제4항, 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제10258호) 제6조 및 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(법률 제9932호) 제8조는 장애인의 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 것으로서, 위 규정의 "신체장애 또는 정신상의 장애로 항거불능인 상태에 있음"이라 함은, 신체장애 또는 정신상의 장애 그 자체로 항거불능의 상태에 있는 경우뿐 아니라 신체장애 또는 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 심리적 또는 물리적으로 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태에 이른 경우를 포함하는 것으로 보아야 하고, 그 중 정신상의 장애가 주된 원인이 되어 항거불능인 상태에 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 피해자의 정신상 장애의 정도뿐 아니라 피해자와 가해자의 신분, 비롯한 관계, 주변의 상황 내지 환경, 가해자의 행위 내용과 방법, 피해자의 인식과 반응의 내용 등을 종합적으로 검토해야 하며(대법원 2007. 7. 27. 선고 2005도2994 판결 참조), 이러한 요건은 형법 제302조에서 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으

로써 간음 또는 추행을 한 자의 처벌에 관하여, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제6조 제5항이 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자를 간음한 자의 처벌에 관하여 각 따로 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 엄격하게 해석하여야 한다(2003. 10. 24. 선고 2003도5322 판결 참조).

위에서 살펴본 바와 같이, 피고인들의 행위에 대한 피해자의 진술은 어느 정도 일관성이 있으나, ① 피고인 임○○이 북한 사람을 죽였다거나 뱀을 잡아먹었다고 한 것이 피해자에 대한 협박이라고 보기 어렵고, ② 피고인 공○○이 공기총 쏘는 연습을 하였다거나 자신의 아내를 구타하는 모습을 피해자가 목격하였다고 하여 피해자에 대한 협박이 되는 것은 아니며, ③ 피해자는 줄곧 피고인들의 행위를 거부하며 싫다는 의사를 표현하였고, 피고인들의 요구에 응하지 않을 경우 가해질 보복이 두려웠기 때문에 부르짖어 나가지 않을 수 없었다고 진술하면서도 한편으로는 병원에 다니며 피고인들의 차를 이용하는 것이 편리했기 때문에 관계를 지속했던 것이라고 진술하는바, 피해자가 정신장애로 인하여 사회적응능력이 다소 부족한 점을 고려하더라도 이와 같은 피해자의 행위에 자발성이 결여되어있다고 보기는 어렵고, ④ 위에서 살펴본 바와 같이 피해자의 지능은 평균수준이며 단지 사회적응능력 등이 일반인에 비해 부족할 뿐이고, 범죄에 대한 대처방법도 잘 알고 있으므로, 피고인들의 위와 같은 행위만을 이유로 피해자가 정신적 장애로 항거불능 상태 또는 심신상실 상태에 있음을 이용하여 간음한 것이라고 보기는 어려우며, 한편 다음과 같은 점에서 피해자의 진술에 신빙성을 인정하기도 어렵다.

즉, ① 고소 경위와 관련하여, ㉠ 피해자는 이 사건 당시 부모와 함께 거주하면서도 피고인들과 성관계를 지속한 약 5년이라는 기간 동안 단 한 번도 위와 같은 사실에 대

해 알리지 않다가(같은 기간 피해자는 ○○병원에 정기적으로 통원치료를 다니면서 담당 의사에게 남자친구나 결혼 이야기 등 자신의 신변에 관한 이야기를 곧잘 털어놓았 으면서도 한 번도 성폭행과 관련된 사실은 언급하지 않다가, 이 사건 고소 이후에야 성폭행을 당하였다는 이야기를 하였다), 피고인 임○○의 아내가 간통 고소 운운하며 위자료 등을 요구하자 갑자기 피고인 임○○은 물론 2008. 11.경 이사 간 피고인 공○○까지 성폭행범죄자로 고소하였고, ㉠ 피해자의 언니인 배○○의 법정진술에 의하면 동인은 2012년 설 전에 피해자의 어머니인 권○○으로부터 연락을 받고 이 사건에 대하여 알게 되었는데, 권○○은 당시 배○○에게 피해자가 성폭행을 당했다는 이야기는 하지 않은 채, '밑에 집 아주머니가 찾아와서 10억 원을 달라고 하고, 아저씨는 60대이다. ○○이가 아저씨에게 문자메시지로 옷을 달라고 했다. 설 때 와서 이야기하자.'라고만 이야기하였다는 것인바¹²⁰⁾, 이러한 경위에 석연치 않은 점이 있고, ㉡ 피해자의 진술대로라면 피고인 공○○이 피해자를 3년에 걸쳐 자신의 마음대로 조종해 온 위치에 있었다는 것인데, 그러한 피고인이 피해자를 피하기 위하여 그녀의 문자메시지를 수신 거부로 등록해 두었다는 것은 선뜻 납득이 가지 않고, ㉢ 피해자가 자신의 의사에 반하여 간음을 당하고 이로 인해 고통을 받았음에도 피고인 공○○에게 수차례 문자메시지를 보내고 전화를 하는 것 역시 성폭행을 당한 사람이 통상 취할 태도가 아니며, ㉣ 문자메시지의 내용도 피고인 공○○과의 교제관계 지속이 좌절된 데 따른 배신감의 표출로 보이는 등 성폭력범죄의 피해자가 보낸 것으로는 도저히 인정하기 어렵고, ㉤ 피해자의 어머니인 증인 권○○은 이 법정에서, '피해자가 피고인 임○○과 간통한 것인가요, 성폭행 피해를 입은 것인가요'라는 질문에 직접적인 답변을 피한 채 '증인이 피

120) 제2회 공판기일에서의 증인 배○○의 법정진술

고인 임○○에게 사전에 피해자의 사정을 설명했으니, 피해자가 이상하게 행동하면 나 무라거나 증인 등에게 말해주어야 되는데, 딸 같은 것을 그런 식으로 하면 되겠습니까' 라고만 답하여 증인 스스로도 피해자가 이성 관계에 부정적인 태도를 가지고 있었던 것은 아니었음을 인정하는 것으로 보이며, ⑥ 피해자의 진술에 의하면 피해자가 피고인 공○○과 마지막으로 성관계를 한 때는 2008년인데, 그로부터 3년이 지난 시점에 갑자기 위 피고인에게 전화를 걸어 존재하지도 않는 피해자의 시부모님에게 성관계 사실을 폭로하지 말아달라고 부탁했다는 것은 피해자의 불안한 정서 상태를 십분 고려하더라도 쉽게 납득하기 어렵다.

결국, 피고인들이 피해자를 폭행 또는 협박하였다는 것은 이 사건 공소장에 기재되어 있지도 않거니와, 피해자의 진술만을 근거로 공소사실을 유죄로 인정하기 위해서는 피해자의 진술에 고도의 신빙성이 있을 것이 요구되는데, 이상의 사정들을 종합해보면, 피해자의 진술 및 일기장의 기재와 그 밖의 공소사실에 부합하는 진술을 한 검찰 측 증인들의 증언은 도저히 믿을 수 없으며, 달리 이를 뒷받침하는 증거는 없고, 오히려 피고인들과 피해자 사이에 성관계에 대한 합의가 있었을 가능성도 배제할 수 없다고 할 것이다.

다. 소결

따라서 위 부분 각 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다.

5. 결론

결국 피고인들에 관한 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로(피고인 공○○이 첫 공판기일에 자백하였으나, 앞서 본 사정 및 변호인의 제안에 의하여 자백한 경위 등에 비추어 믿지 아니한다) 형사소송법 제325조 후단에 의하여 각 무죄를 선

고하고, 형법 제58조 제2항을 적용하여 피고인들에 대한 무죄 판결의 요지를 공시한다.

6. 부작명령청구에 대한 판단

피고인들에 대하여 각 무죄를 선고하므로 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제4항 제2호에 따라 이 사건 위치추적 전자장치 부작명령 청구를 모두 기각한다.

이상의 이유로 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 성금석 _____

 판사 정재익 _____

 판사 이수주 _____