

# 강간에 의한 피해여성의 임신(rape related pregnancy)을 상해로 볼 수 있는가?\*

대법원 2019. 4. 17. 선고 2018도17410판결 및  
대법원 2019. 5. 10. 선고 2019도834판결을 중심으로

권창국\*\*

국 | 문 | 요 | 약

2019

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.03.31.1.65>

❖ 주제어 : 상해 / 생리적 기능훼손 / 성범죄 / 강간치상 / 임신

\* 이 논문은 전주대학교 2019년 연구년 지원사업에 의해 수행된 연구결과물임

\*\* 전주대학교 사회과학대학 경찰학과

**대상판례(1) : 대법원 2019. 4. 17. 선고 2018도17410판결****1. 사실관계**

피고인은 2017년 11월 ~ 2018년 3월 사이에 사실혼 관계인 처의 딸(여, 11세)에 대하여 처가 부재 중인 틈 등을 이용하여 힘으로 저항을 제압하고 수차례에 걸쳐 음부에 성기를 삽입하거나 손가락을 넣는 등으로 강간 및 유사성교행위를 하였고, 피해자인 의붓딸은 이로 인하여 임신까지 하게 되었다. 검사는 피고인의 강간으로 인하여 피해자에게 원하지 않는 임신을 하게 함으로써 상해의 결과를 유발한 것으로 보고, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(강간치상)으로 기소하였다.

제1심은<sup>1)</sup> 강간에 따른 피해여성의 임신을 특별가중요소로 양형기준에 반영함으로써, 임신이 상해가 아님을 전제하고 있을 뿐만 아니라, 통상 성관계는 임신 가능성을 내포하며 강간으로 인한 원하지 않는 임신이라도 이는 피해여성의 생리적 기능이 정상적으로 발현된 것으로 평가할 수 있는 만큼, 건강상태의 불량한 변형이나 생활기능 상의 장애가 초래되었다고 볼 수 없으며, 따라서 임신으로 인하여 여성이 신체적 변화와 함께 일상생활에 큰 불편을 겪게 되더라도 이를 상해로 평가하는 것은 적절치 않다고 하였다. 또한 태아는 신체의 일부가 아닌 독립적 생명체이며, 피해여성이 원하지 않는 임신에 따른 정신적 고통 등 PTSD를 호소하거나 모자보건법에 의해 허용되는 임신중절수술에 수반한 상처 등을 상해로 평가할 여지가 있고, 통상 나이 어린 피해여성에 대한 강제적 성관계에서는 처녀막 파열 등 상해가 발생할 가능성이 높고, 이미 관련 법률을 통해 이들 피해여성들에 대한 강간행위를 무겁게 처벌하고 있음을 고려할 때, 임신 자체를 상해로 평가할 필요성이 높지 않다고 하였다. 나아가 원하지 않는 임신의 의미도 모호할 뿐만 아니라 이를 상해로 본다면 합의된 성관계에 따른 원하지 않는 임신이 발생한다면 이를 상해 내지 과실치상죄로 처벌하여야 하는지와 같은 문제도 발생할 수 있을 지적하여, 강간치상의 공소사실을 무죄로 판단하고 피고인을 13세 미만 미성년자강간 및 유사성행위, 친족관계에 의한 강간의 사실로만 유죄로 판

단하였다.

검사의 항소에 따른 항소심<sup>2)</sup> 역시, 제1심의 논거 외에 임신이 필연적으로 임신부의 건강상태를 나쁘게 변경시키고 생활기능 상의 장애를 초래하는 것인지에 대하여 의문의 여지가 있으며, 강간치상죄에 있어서 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능 상의 장애가 초래되었는지 여부는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신상의 구체적 상태를 기준으로 판단되어야 함이 타당하더라도, 이는 피해여성에게 발생한 결과가 상해로 평가될 수 있다는 전제 하에 적용되는 점에서 임신 자체를 상해로 볼 수 있는지 판단에 그대로 적용하기 어려운 점에서 자칫 죄형법정주의 원칙에 어긋날 수 있음을 지적하여 원심판단을 지지하였다. 이에 대하여 검사가 상고하였다.

## 2. 상고심판결 요지(상고기각)

「원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 형법에서의 상해의 개념과 헌법상 죄형법정주의 원칙 등 관련 법리에 따른 것으로서 정당하고, 상고이유 주장과 같이 강간치상죄에 있어서의 상해에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

한편 입법으로 강간의 범죄에 의하여 여성 피해자가 임신을 하게 된 경우 이를 가중처벌하는 규정을 마련하는 것은 바람직하다고 생각된다.」

**대상판례(2) : 대법원 2019. 5. 10. 선고 2019도834 판결**

### 1. 사실관계

피고인은 2018년 1월 ○일 새벽에 집에서 함께 술을 마시다 취하여 의식이 없는 상태로 방에 누워있던 피해자(여, 27세)를 간음하여 강간하였고, 이로 인하여 피해여성은 임신을 하게 되었다. 검사는 준강간치상으로 피고인을 기소하였다.

제1십은<sup>3)</sup> 임신 자체에 수반되는 신체적, 정신적 변화와 가령 임신으로 인한 합병증이나 임신중절수술에 따른 신체적 손상 등과 같이 임신에서 파생되어 발생할 수 있는 신체적, 정신적 변화를 구별되어야 하고, 상해는 객관적 구성요건 요소임에서 임신이 상해에 해당하는지 여부는 임신 현상 자체를 놓고 객관적인 방식으로 판단이 이루어져야 하고 이를 피해여성이 원하였는지 여부는 고려대상으로 보기 어렵다고 전제한 후, 임신에 따른 여성의 신체에 큰 변화와 불편이 생기지만, 이는 임신이라는 생리적 기능의 정상적 발현으로 그로 인하여 파생하는 결과 즉, 임신으로 인한 PTSD나 모자보건법에서 허용하는 임신중절수술에 따른 상처 등이 아닌 임신 자체를 상해로 볼 수 없고, 그 필요성도 높지 않으며, 원하지 않는 임신의 의미가 모하할 뿐 아니라 합의에 의한 성관계에 수반한 원하지 않는 임신이나 원하지 않는 다태아의 임신을 상해 또는 과실치상으로 처벌하여야 하는지와 같은 문제도 발생할 수 있고, 성범죄 관련 양형기준에서 임신을 특별가중요소로 규정한 것도 임신이 상해에 해당하지 않음을 전제한 것으로 볼 수 있음에서, 성범죄로 인한 원하지 않는 임신을 가중처벌하는 새로운 입법적 조치는 별론으로 임신 자체를 상해로 보는 것은 적절치 않다고 판시하여 공소사실에 대하여 무죄로 판단하고 피고인에게 준강간죄의 유죄를 인정하였다.

이에 검사가 항소하였으나, 항소심 역시 임신이 필연적으로 임신부의 건강상태를 나쁘게 변경시키고 생활기능에 대한 장래를 초래하는 것인지에 대하여 의문의 여지가 있는 점, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리하게 지나치게 확정해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 않는 점 등을 더하여 보면, 원하지 않는 임신 그 자체를 상해라고 보기는 어려우며, 준강간치상죄에서 피해자의 건강상태가 나쁘게 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것인지의 여부는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니지만, 이러한 법리는 피해자가 입은 상처 자체가 객관적으로는 상해로 평가될 수 있다는 전제 하에 적용되는 것이라는 점에서, 임신 자체가 상해에 해당하는지 여부 판단에 이를 그대로 적용하기는 어렵다고 하며 항소를 기각, 원심판단을 유지하였다.<sup>4)</sup>

## 2. 상고심판결 요지(상고기각)

「원심의 판단은 형법에서 정한 상해의 의미와 헌법에서 정한 죄형법정주의 원칙에 따른 것으로서 정당하고, 상고이유 주장과 같이 준강간치상죄에 있어서의 상해에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.」

## I. 들어가는 말

성범죄 특히 강간의 피해여성이 겪게 되는 피해 중 최악으로 강간으로 인한 원하지 않는 임신을 들 수 있다. 이는 종래 원하지 않는 임신에 대한 중절행위 즉, 낙태 허용범위나 정당성, 피해여성의 보호 등을 놓고 여성학, 피해자학 등에서 종종 논의 되어 오던 주제로 형법학에서도 낙태죄와 관련하여 주로 논의되었을 뿐, 강간치상 사례에서 가중적 구성요건인 ‘치상’으로 포착하고자 하는 시도는 거의 찾아볼 수 없었다. 이와 관련하여 위 대상판례는 결론의 당부를 떠나서 상해나 강간치상에서 ‘치상’의 개념과 관련하여 새로운 고민을 요구함으로써 주목할 가치가 있다.

일단, 강간만으로도 매우 중대한 피해를 유발하는 범죄이지만, 이로 인하여 피해 여성이 원하지 않는 임신을 하게 되었을 때 겪게 되는 피해는 그 무엇으로도 묘사하거나 극복하기 어려운 것으로, 이러한 가해행위를 한 피고인에게 엄한 처벌의 필요가 있음은 분명하다. 그렇다면 이러한 필요성이 그간 적절히 충족되어 왔는가? 대상판례에서 피해여성의 임신을 ‘상해’로 포착하여 강간치상으로 기소한 검사의 (무리일 수도 있는) 시도는 어찌면 그 필요성이 적절히 충족되지 않은 현실에서 비롯한 것으로 추정해볼 수 있다.<sup>5)</sup>

1) 광주지방법원 2018. 6. 15. 선고 2018고합157판결.

2) 광주고등법원 2018. 10. 11. 선고 2018노266판결.

3) 광주지방법원 2018. 7. 20. 선고 2018고합159판결.

4) 광주고등법원 2018. 12. 20. 선고 2018노340판결.

5) 2019년 2월에 발표된 인공임신중절 실태조사결과에 의하면, 총 조사대상여성 10,000명 중 인공임신중절을 경험한 자는 총 756명으로, 이 가운데 강간이나 준강간에 따른 임신을 이유로 인공임신중절

대상판례에서 검사는, 미국 등 비교법적 예와 함께 임신은 ㉠ 여성의 생리적 기능 및 감정변화, 그에 따른 건강상태의 불량한 변경, 다양한 합병증의 발병가능성을 수반할 뿐만 아니라 피해여성은 원하지 않는 임신으로 인한 극심한 정신적 고통을 겪게 된다. 한편 ㉡ 피해여성은 중국적으로 낙태 아니면 출산(또는 유산)을 겪을 수밖에 없는데, 어느 경우나 신체적 손상과 정신적 고통을 경험하게 된다. 특히 이러한 현상은 피해여성이 아동 등과 같이 나이 어린 여성의 경우는 더욱 극대화되는 점에서 신체의 건강상태가 불량하게 변경되거나 생활기능 상의 장애가 초래되었다고 볼 수 있음을 이유로 (준)강간치상죄로 피고인을 기소하였다. 이에 대하여 대법원은 비록 입법론적 조치의 필요성을 인식하면서도 달리 추가적 논증 없이 검사의 주장을 배척한 하급심 논리에 근거하여 원심판단을 지지하고 있다.

이 글에서는 먼저 상해죄의 ‘상해’와 강간치상에서 말하는 ‘치상’의 의미를 살펴보고 나아가 강간으로 인한 임신을 ‘치상(상해)’에 포함시킬 수 있는지 검토하고자 한다. 부가하여 대상판례에서 검사가 구체적으로 언급하지 않은 미국 등 비교법적 사례를 가능한 상세히 검토함으로써 비교법적 논의를 추가해보도록 하겠다.

---

을 한 예는 0.9%로 파악되었다. 한국보건사회연구원, 인공임신중절 실태조사(2018) 주요결과 발표 보도자료, 2019. 2, 16면. <https://www.kihasa.re.kr/web/news/report/view.do?menuId=20&tid=51&bid=79&ano=10778>(2020. 2. 19); 일본의 경우, 平成 29년 労働厚生省 衛生行政報告例에 의하면, 동년 인공임신중절건수는 총 164,621건으로, 이 가운데 강간 등에 의한 임신으로 인하여 인공임신중절이 이루어진 건수는 218건(약 0.0013건)을 기록하고 있다. <https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&layout=datalist&toukei=00450027&tstat=000001031469&cycle=8&tclass1=000001120396&tclass2=000001120397&tclass3=000001120398&second2=1>(2020. 2. 19)). 그러나 강간 등에 의한 임신사실이 알려지지 않을 경우, 신체 또는 경제적 이유(일본 모체보호법 제14조 참조)로 응답하는 예와 같이 암수가 많다는 점을 고려할 필요가 있다. 小宅理沙, “「望まない強制妊娠」をした性被害女性への支援活動と被害者女性の人権 一産む・産まないの二項対立を超えて”, Core Ethics Vol. 3, 立命館大學大学院先端総合学術研究科紀要, 2007. 3., 146-147頁; 미국의 경우, 통계를 볼 때, 연평균 500,000건 정도 강간, 기타 성폭력범죄가 발생하고 이 가운데 90,000건 정도가 수사기관에 신고 되는 것으로 추정된다. 여기서 강간으로 피해여성이 임신하는 사례의 규모를 추정하기는 대단히 어렵지만 4~10%로 추정되는데, 실제로는 이러한 추정치보다 높을 것으로 예측된다고 한다. Anthony Lathrop, “Pregnacy Resulting from Rape“, Journal of Obstetric, Gynecologic, & Neonatal Nursing Vol 27. Issue 1, Jan. 1998, p. 25.

## II. 상해 및 강간치상에서 ‘치상’의 의미

### 1. 상해의 개념

일반적인 상해죄 사건으로 최근 대법원 판례는 집주인과 세입자간의 보증금반환 문제로 발생한 언쟁 중 피해자인 세입자가 피고인을 가로막자 피해자의 상의 가슴 쪽을 잡아당겨 넘어뜨려 허리를 삐끗하게(요추염좌) 한 사례에서 「상해죄의 상해는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것을 의미한다. 폭행에 수반된 상처가 극히 경미하여 폭행이 없어도 일상생활 중 통상 발생할 수 있는 상처나 불편 정도이고, 굳이 치료할 필요 없이 자연적으로 치유되며 일상생활을 하는 데 지장이 없는 경우에는 상해죄의 상해에 해당된다고 할 수 없다. 그리고 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하였는지는 객관적, 일률적으로 판단할 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신상의 구체적 상태 등을 기준으로 판단」할 것으로 상해의 개념을 설명하고 있다.<sup>6)</sup> 이에 의하면, ㉠ 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능장애를 유발하는 행위로 ㉡ 일상생활에서 겪을 수 있을 정도의 불편함을 넘어서, 별도의 치료를 요하는 정도의 것을 ‘상해’라 할 수 있는데 다만, ㉢ 그 정도의 신체적 완전성의 훼손 또는 생리적 기능장애의 유발여부는 케이스 바이 케이스로 구체적 사례에 따라 달리 판단될 수 있다고 한다.

‘신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것’이란 표현은 성폭력에 따른 PTSD도 강간치상에서 말하는 ‘치상’의 범주에 포함될 수 있음을 인정 한 사례에서 처음 확인되는데,<sup>7)</sup> 이후 채무변제를 추궁하는 과정에서 대드는 피해자

6) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도15018 판결.

7) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3732 판결, “성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제9조 제1항의 상해는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것으로, 반드시 외부적인 상처가 있어야만 하는 것이 아니고, 여기서의 생리적 기능에는 육체적 기능뿐만 아니라 정신적 기능도 포함된다고 전제한 후, 제1심이 조사·채택한 증거들에 장신경외과의원 원장 장여봉에 대한 사실조회에 대한 회신의 기재를 종합하여 피고인들의 강간행위로 인하여 피해자들이 불안, 불면, 악몽, 자책감, 우울감, 대인관계 회피, 일상생활에 대한 무관심, 흥미상실 등의 증상을 보였고, 이와 같은 증세는 의학적으로는 통상적인 상황에서는 겪을 수 없는 극심한 위협적 사건에서 심리적

인 채무자를 피고인이 폭행하여 오른쪽 뺨에 찰과상을 입히고 입안이 터져 피가 흐르거나<sup>8)</sup> 불법 점거된 사무실을 철거하기 위한 행정대집행 과정에서 이를 방해하기 위한 몸싸움 중 피해자들에게 상처가 발생함으로써 특수공무집행방해치상죄가 문제된 사례에서도<sup>9)</sup> 동일한 기준에 의하고 있다.

한편, 수면제 등 약물을 투여하여 피해자를 일시적이지만 수면 또는 의식불명상태에 이르게 한 상태에서 강간하여 강간치상이나 강제추행치상이 문제된 사례에서 판례는<sup>10)</sup> 동일하게 상해란 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것으로 해석하는데, 이는 궁극적으로 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것으로, 여기서 생리적 기능에는 육체적 기능뿐만 아니라 정신적 기능도 포함되고, 이러한 결과가 초래되었다면 자연적으로 의식을 회복하거나 외부적으로 드러난 상처가 없더라도 이는 강간치상죄나 강제추행치상죄에서 말하는 상해에 해당한다고 판시한 바 있다. 언뜻 보기에 신체의 극히 일부도 훼손하지 않거나 전혀 치료를 요하지 않고 자연적 회복이 가능한 정도의 생리적 기능 장애라도 ‘상해’의 범주에 포함시킬 수 있다고 하여, 앞서 판례와는 다른 맥락이지 않은가 생각될 수도 있지만, 사례에서 보면 강간에 사용된 수면제 등 약물이 환각, 우울증, 기억상실 등의 부작용을 일으킬 수 있어 극히 통제된 가운데 사용되어야 할 향정신성의약품에 해당하며, 제한적이긴 하지만 기억상실을 유발하고 그 회복이 이루어지지 않은 점을 고려한다면 앞서 언급한 ㉠, ㉡ 요소를 포함하여 여전히 동일

---

인 충격을 경험한 후 일으키는 특수한 정신과적 증상인 외상 후 스트레스 장애에 해당하고, 피해자는 그와 같은 증세로 인하여 2일간 치료약을 복용하였고, 6개월간의 치료를 요하는 사실을 인정하고, 피해자이 겪는 위와 같은 증상은 강간을 당한 모든 피해자가 필연적으로 겪는 증상이라고 할 수도 없으므로 결국 피해자는 피고인들의 강간행위로 말미암아 위 법률 제9조 제1항이 정하는 상해를 입은 것이라고 판단하였는바, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 모두 수긍할 수 있고...”

8) 다만, 이 사례에서는 상해는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능장애를 초래하는 것으로 설명하면서도 사례와 관련하여 피해자에게 신체의 완전성을 훼손하는 상해를 입힌 경우에 해당한다고 판시하고 있다. 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4305 판결.

9) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도10305 판결, “형법 제257조의 ‘상해’는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것을 의미하는 것으로서, 특수공무집행방해치상죄에서의 상해가 형법 제257조의 ‘상해’로 평가될 수 없을 정도의 극히 하찮은 상처로서 굳이 치료할 필요가 없는 것이어서 그로 인하여 건강상태를 침해하였다고 보기 어려운 경우에는 위 죄가 성립하지 않는다.”; 유사한 사례로, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도10305 판결.

10) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017도3196 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2015도3939 판결.

한 기준으로 상해여부를 판단한 것으로 볼 수 있다.

간략히 판례의 태도를 정리하자면, ① 주로 결과적 가중범을 구성하는 요건으로서 ‘치상’ 역시 상해죄의 ‘상해’ 개념을 전제로 하고(각 구성요건의 해석론에서 그 구체적 정도를 다르게 판단하는 것은 별개로, 일단 상해죄에서 말하는 ‘상해’에 해당할 것을 전제로 한다), ② 생리적 기능훼손 외에 신체의 완전성을 훼손하는 것을 표면적으로 포함하여 상해를 개념정의하고 있지만(㉠), 신체적이든 정신적이든 결국 최소한 어느 정도의 치료가 수반되거나 필요한 생리적 기능장애의 발생을 요구하는 것으로<sup>11)</sup> 상해를 정의하고 있음을 알 수 있다.<sup>12)</sup>

상해의 개념과 관련하여 학설에서는 종래 신체의 완전성을 침해하는 것으로 보거나(신체의 완전성설),<sup>13)</sup> 생리적 기능의 훼손, 쉽게 말하자면 건강을 해치는 것으로 파악하는 견해(생리적 기능훼손설)<sup>14)</sup> 축으로, 여기에 생리적 기능훼손과 함께 신

- 11) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015도6781 판결, “구 아동복지법 제17조 제3호는 “아동의 신체에 손상을 주는 학대행위”를 금지행위의 하나로 규정하고 있는데, 여기에서 ‘신체에 손상을 준다’라 함은 아동의 신체에 대한 유형력의 행사로 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 ‘상해’의 정도에까지는 이르지 않더라도 그에 준하는 정도로 신체에 부정적인 변화를 가져오는 것을 의미한다고 할 것이다.”
- 12) 대법원 1969. 3. 11. 선고 69도161 판결, “타인의 신체에 폭행을 가하여 보행불능, 수면장애, 식욕 감퇴등 기능의 장애를 일으킨 때에는 외관상 상처가 없더라도 형법상 상해를 입힌 경우에 해당한다 할 것이므로...”; 대법원 1996. 12. 10. 선고 96도2529 판결, “회갈로 죽여버리겠다거나 소주병을 깨어 찌를 듯한 태도를 보이면서 계속하여 협박하다가 손바닥으로 피해자의 얼굴과 목덜미를 수회 때리자, 피해자가 극도의 공포감을 이기지 못하고 기절하였다가 피고인 등이 불러온 119 구급차 안에서야 겨우 정신을 차리고 인근 병원에까지 이송된 사실이 명백히 인정되는바, 이와 같이 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다고 봄이 상당하므로...”
- 13) 유기천, 형법학(형법각론) 전정신판 영인본(서울 : 법문사, 2012), 47면; 小野清一郎, 新訂刑法講義各論 第3版(東京 : 有斐閣, 1950), 169頁; 과거 판례지만 신체의 완전성설에 가까운 태도를 보여준 예로, 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2588 판결, “상해죄의 성립에는 상해의 고의와 신체의 완전성을 해치는 행위 및 이로 인하여 발생하는 인과관계 있는 상해의 결과가 있어야 할 것이므로...”
- 14) 이재상, 형법각론 제8판(서울 : 박영사, 2012), 45면; 박상기, 형법각론 제8판(서울 : 박영사, 2011), 41면; 임웅, 형법각론 개정판보정(서울 : 법문사, 2005), 53-54면; 정성근·박광민, 형법각론(서울 : 삼지원, 2002), 47면; 김일수·서보학, 새로운 형법각론 제8판(서울 : 박영사, 2015), 49면; 山口厚, 刑法各論 補訂版(東京 : 有斐閣, 2005), 44-45頁; 前田雅英, 刑法各論 第5版(東京 : 東京大學出版會, 2011), 34-35頁; 西田典之, 刑法各論 第3版(東京 : 弘文堂, 2005), 39頁; 과거 일본 大審院은 大判明治45·6·20刑錄18輯896頁에서 단도로 여성의 머리칼을 자르거나 남성의 수염을 절단한 행위는 상해가 아닌 폭행에 해당하는 것으로 판시하고, 大判大正15·7·20新聞2598号9頁은 타인에 대한 폭행

체외형에 대한 중대한 변경을 초래하는 경우도 상해로 보는 견해(절충설)<sup>15)</sup> 제기되었다. 다만, 신체의 완전성설을 거의 지지를 받지 못하여 사실 상 견해대립은 생리적 기능훼손설과 절충설 가운데 이루어지고 있다. 절충설도 신체외형에 전혀 변형이 없더라도 생리적 기능훼손이 있는 때는 상해로 파악하기 때문에, 결국 양설의 차이는 신체 외형에 변형이 발생하였지만 생리적 기능훼손은 없는 경우로 압축된다.

한편, 80년대 이전에는 판례가 그 태도를 명확히 하지 않았으나 90년대에 들어서면서 ‘신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것’이란 표현을 판결문에 제시한 점에 근거하여 적어도 대법원은 생리적 기능훼손설을 주로 하면서 신체의 완전성설까지 고려하는 관점에서 상해의 개념을 정의하고 있다고 설명하기도 하지만,<sup>16)</sup> 앞서 살펴본 것처럼 신체의 완전성 훼손 즉, 신체의 외형에 중대한 변형을 가져오더라도 결국은 치료를 요하는 정도의 생리적 기능훼손 내지 건강상태의 불량한 변경을 요하는 점에서 생리적 기능훼손설에 따르는 것으로 평가해도 무방하지 않을까 한다(현재 대다수 교과서도 판례는 생리적 기능훼손설을 취한 것으로 설

으로 인하여 정신신체에 영향을 미칠 수 있는 타격을 주어 인사불성의 상태에 빠트리는 경우, 사실상 그 기능의 장애로 인하여 정신적 상해가 있다고 하지 않을 수 없고, 그 인사불성의 상태에서 곧바로 회복하고 전혀 그 장애가 남아있지 않았다하여 항시 그 건강상태가 불량한 변경을 초래하지 않은 것으로 상해죄에 해당하지 않는다고 하는 것은 사회통념상 도저히 이를 용인할수 없는 바라고 판시하여 상해의 개념으로 이른바 생리적 기능훼손설을 명확히 하였다. 이후 피해자와의 성행위로 매독을 유발하거나(最判昭和27·6·6刑集6卷6号795頁), 실신(大判昭和8·9·6刑輯12卷1593頁), 흉부 동통(最決昭和32·4·23刑集11卷4号1393頁), 불안, 억울, 우울증 등 정신적 장애(名古屋地判平成6·1·18判タ858号272頁)나 PTSD(福岡高判平成12·5·9判時1728号159頁. 여기서는 결론적으로는 상해를 부정하였지만 PTSD가 상해에 해당할 수 있음을 판시함) 등을 상해로 파악한 사례에서 볼 수 있듯이 일반적으로 일본 판례도 생리적 기능훼손설에 근접한 것으로 이해된다.

15) 배종대, 형법각론 제8전정판(서울 : 홍문사, 2013), 86면; 大谷實, 刑法各論講義 新版第3版(東京 : 成文堂, 2009), 23-24頁; 절충설에 가까운 입장에서 앞서 대심원 판례와 유사하게 여성의 모발을 자른 행위를 상해로 파악한 일본 하급심 판례로 東京地判昭和38·3·23判タ147号92頁, 그리고 키스마크 자국이 남겨진 사례에서 상해를 인정한 예로 東京高判昭和46·2·2高刑集24卷1号75頁이 있다. 그러나 앞서 사례는 단순히 두발을 자른 것이 아니라 모근까지 훼손될 정도의 절단이 발생한 점에서 생리적 기능훼손이 있었던 사례로 볼 수 있으며, 뒤의 사례도 일견 단순히 피부층에 가까운 명 내지 율혈이 발생한 것으로 볼 수도 있지만, 이로 인하여 발생한 혈전으로 뇌나 심장으로 이어지는 혈관을 막아 질환을 야기하거나 마비증상을 유발하는 사례도 있음에서 구체적 사례에 따라서는 생리적 기능훼손이 발생한 것으로도 볼 수 있다.

16) 이영진, “형법상 상해의 의의와 강간·강제추행죄치상죄에 있어서의 경미한 상해의 취급”, 재판실무연구 제2권, 수원지방법원, 1997, 46-47면.

명한다).<sup>17)</sup>

그러나 상해 개념을 놓고 생리적 기능훼손 또는 신체의 완전성에 대한 침해를 놓고 벌어지는 견해대립은 큰 의미는 없다. 간과하기 어려운 신체의 중대한 변형이 발생하는 경우 거의 대부분은 생리적 기능훼손을 수반하기 때문이다. 또한 생리적 기능훼손설에서 상해개념을 포착하는 것이 ‘상해’라는 문언의 상식적 이해에 보다 가깝지 않을까 한다.

## 2. 강간치상죄에서 ‘치상’의 개념 : 이른바 상대적 상해개념

상해의 개념을 살펴보면 추가적 검토가 필요한 문제로 상대적 상해개념을 들 수 있다. 주로 강간치상 등 결과적 가중범 사례에서 많이 논의되어 왔는데, 통상의 상해와 중한 결과로서의 ‘치상’을 약간 뉘앙스를 달리(이러한 의미에서 ‘상대적’) 해석함으로써, 경우에 따라서 피고인에게 발생할 수 있는 필요 이상의 가혹한 형벌을 회피하려는 시도로 볼 수 있다. 이 문제는 상해가 인정되기 위해서는 피해자에게 최소한 어느 정도 데미지가 발생하여야 하는가(상해의 정도)? 라는 점을 살펴보는 것으로부터 검토가 시작되어야 한다.

### 가. 상해죄에서 요구되는 상해의 정도

판례는 시위에 참가한 피고인이 배수로 뚜껑으로 경비차량 유리창을 파손하고 그 과정에서 튼 유리창이 피해자(경찰관)의 머리에 상처를 유발한 사례에서, 「폭행에 수반된 상처가 극히 경미한 것으로서 굳이 치료할 필요가 없어서 자연적으로 치유되며 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없는 경우에는 상해죄의 상해에 해당되지 아니한다고 할 수 있을 터이나, 이는 폭행이 없어도 일상생활 중 통상 발생할 수 있는 상처와 같은 정도임을 전제로 하는 것이므로 그러한 정도를 넘는 상처가 폭행에 의하여 생긴 경우라면 상해에 해당된다고 할 것」으로 판시하고 사례에서는 피해자에게 2주가량의 치료를 요하는 찰과상으로 이 수준을 넘어서는 상해가 발생한 것을

17) 서형주, “상해개념의 인정범위 - ‘극히 경미한 상처(상해)’를 중심으로-“, 재판실무연구 2010 (1), 서울남부지방법원, 2010, 205~206면.

인정하여 상해죄를 인정하였다.<sup>18)</sup>

이에 의하면 판례는 경미한 상처와 상해를 구별하면서 그 기준으로 ‘치료의 필요’를 제시하고 약간의 구체적 설명을 추가하고 있다. 즉, 피고인의 행위로 인하여 발생한 결과가 피고인의 행위가 아니어도 ㉠ 일상생활에서도 발생할 수 있음은 물론 ㉡ 아무런 장애를 유발하지도 않으며, ㉢ 자연적 회복이 가능한 경우라면, 치료상 필요 없는 경미한 상처로 생리적 기능을 훼손하는 상해가 아니라는 것이다.

상해죄에서 경미한 상처를 상해에서 제외하려는 시도가 최초로 관찰된 예는 의료과실과 관련한 업무상과실치상 사례에서로,<sup>19)</sup> 다만 여기서는 아직 경미한 상처와 상해를 구분하는 기준에 대해서는 언급하지 않았다. 그러나 경찰관이 피고인을 연행하는 과정에서 실랑이가 벌어지면서 경찰관의 좌측 팔에 멍이 생긴 사례에서<sup>20)</sup> 위와 동일한 판단기준을 명시한 바 있다. 아울러, 상해의 정도에 대한 판례의 이러한 시각은 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 상 도주운전죄가 문제된 사례에서도 동일하게 확인할 수 있다. 피고인이 운전하는 차량으로 정차 중인 택시를 뒤에서 추돌하여 탑승자에게 부상을 야기한 상태에서 그대로 도주한 사례에서 추돌로 범퍼가 일부 이탈된 택시의 파손상태와 피해자가 약간의 허리통증을 느끼지만 특별한 치료를 받지 않고 일상생활에서의 아무런 지장을 주지 않은 점에서 상해로 평가할 수 없는 경미한 상처에 해당한다고 판시하여 도주운전죄의 성립을 부정한 예가 있다.<sup>21)</sup>

이처럼 통상의 상해죄에서 ‘상해’ 여부를 파악하는 과정에서 그 정도를 고려하는 것이 판례실무에서 완전히 정착되었다고 볼 수 있는데, 학설에서는 외상이 있는 경우 그 정도나 치료일수 등을 묻지 않고 상해를 인정할 수 있다는 취지로 설명하는 견해도 있지만,<sup>22)</sup> 대체로 이 문제에 대하여 명확히 언급하고 있지 않다.<sup>23)</sup> 일본의

18) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결.

19) 대법원 1986. 6. 10. 선고 85도2133 판결.

20) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96도2673 판결.

21) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도3910 판결; 유사한 판례로 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002도6903 판결, 대법원 2007. 4. 13. 선고 2007도1405 판결, 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008도3078 판결 등; 유사사례지만 반대로 상처가 경미하지만 일정한 치료를 요하여 생리적 기능을 훼손 것으로 상해를 인정한 예로, 대법원 1997. 12. 12. 선고 97도2396 판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 2001도3000 판결 등

학설 가운데는 극히 경미한 예는 상해의 범주에서 제외할 여지가 있다고 이를 긍정 하는 견해도 있다. 즉, ㉠ 일상생활에서 장애를 가져오는지, 통상 ㉡ 상해로 인식될 수 있는가 내지는 일상생활에서 간과될 정도인가, 나아가 ㉢ 의료행위를 특별히 필요로 하는가라는 3가지 요건을 통해 극히 경미한 결과를 상해에서 제외할 수 있다는 것인데,<sup>24)</sup> 법정형으로 벌금도 규정되어 있음을 고려할 때, 극히 경미한 결과를 상해에서 제외하려는 해석론은 한계가 있다는 지적도 있다.<sup>25)</sup>

#### 나. 강간치상죄에서 ‘치상’ 에서 요구되는 상해의 정도

강간치상 관련 예를 살펴보면, 판례는 일반적인 상해죄의 경우와 비교할 때, 상해 여부의 판단기준에 특별한 차이를 두고 있지 않다. 즉, 피고인의 강간시도를 회피하는 과정에서 피해자와 몸싸움이 발생하고, 그 과정에서 피해자에게 팔꿈치와 무릎이 까지는 상처를 입었고, 이후 머큐롬으로 상처를 소독하는 외에 특별한 치료를 받지 않은 사례에서,<sup>26)</sup> 가령, 합의 하의 성교행위에서도 발생 가능한 것과 같은 ㉠

- 22) 이재상, 전게서, 45~46면; 정성근·박광민, 전게서, 47면; 몽둥이로 가격하여 신체 외형에 전혀 변화는 없지만 가슴부위에 통증을 느낀 사례에서 상해를 인정한 예로 最決昭和32·4·23刑集11卷4号1393頁; 반면, 범죄구성요건은 법익침해의 일정한 강도를 각기 예정한 만큼, 상해의 정도 역시 어느 정도 현저함을 갖추어야 하고 이에 미치지 못한 정도로 단기적·자연적으로 치유되며 특별한 처치가 필요 없는 때는 상해라고 할 수 없다는 견해도, 임웅, 전게서, 54-55면.
- 23) 김형석, “강간치상죄에 있어 상해개념의 인정범위”, 실무연구자료 제6권, 대전지방법원, 2005, 267면; 이영진, 전계논문, 52면.
- 24) 이 견해는 강간치상과 관련한 사안이지만 名古屋高金沢支判昭和40·10·14高刑集18卷6号691頁에 근거한다. 西田典之, 前掲書, 39頁; 상해죄로 처벌할 가치있는 상해는 일정 정도 이상의 것으로 한정됨으로, 머리털을 일부 자르거나 피부표면에 가벼운 혈반(충혈 내지 멍)을 남길 정도 수준 등은 폭행여부는 별론으로 상해에 해당하지 않는다. 前田雅英, 前掲書, 36頁; 大阪高判昭和29·5·31高刑集7卷5号752頁, 東京地判昭和38·3·23判タ147号92頁 등.
- 25) 山口厚, 前掲書, 46頁; 참고로 일본형법 상 상해죄(제204조)의 법정형은 5년 이상의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금으로, 폭행죄(제208조)는 2년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금, 구류 과료에 해당한다.
- 26) 대법원 2005. 5. 26. 선고 판결, “강간행위에 수반하여 생긴 상해가 극히 경미한 것으로서 굳이 치료할 필요가 없어서 자연적으로 치유되며 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없는 경우에는 강간치상죄의 상해에 해당되지 아니한다고 할 수 있을 터이나, 그러한 논거는 피해자의 반항을 억압할 만한 폭행 또는 협박이 없어도 일상생활 중 발생할 수 있는 것이거나 합의에 따른 성교행위에서도 통상 발생할 수 있는 상해와 같은 정도임을 전제로 하는 것이므로 그러한 정도를 넘는 상해가 그 폭행 또는 협박에 의하여 생긴 경우라면 상해에 해당된다고 할 것이며, 피해자의 건강상태가 나쁘

일상적 결과로서, ㉠ 일반적인 생활에 아무런 장애를 유발하지 않을 뿐만 아니라 ㉡ 자연적 치유가 가능한 경우라면, ‘치료를 요하지 않는’ 경미한 것으로 강간치상죄의 상해에 해당하지 않는다고 판시하고 사례의 경우, 피해자의 저항과정에서 상처가 발생하고 사건발생 직후 피해자가 병원에서 치료를 받았으며, 정신과치료를 포함하여 길게는 수주의 입원치료 등이 필요한 것으로 진단된 점에서 피해자에게 발생한 결과는 경미한 상처가 아닌 상해임을 인정한 바 있다.

결국, 판례는 강간치상 사례에서도 거의 동일한 기준으로 경미한 상처와 상해를 구분하고 전자를 상해의 범주에서 제외하고 있는데,<sup>27)</sup> 강간치상 만이 아니라 강도상해 사례에서도 유사한 예를 찾아볼 수 있다.<sup>28)</sup>

계 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것인지는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신상의 구체적 상태를 기준으로 판단되어야 한다.”; 동일한 판단기준에 의하여 강간치상의 상해를 부정한 예로, 대법원 2004. 3. 11. 선고 2004도483 판결, “사건 직후 촬영한 사진에 의하면 피해자의 다리에 푸르거나 붉은 약간의 멍이 든 상처가 나타난 사실을 인정하면서도, 그 판시와 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인의 판시 강간행위 자체 내지 그 수반된 행위에서 위 상처가 생겼다고 인정하기 어렵고, 설사 위 상처가 피고인의 강간행위 자체 내지 그 수반된 행위로 인한 것이라고 하더라도, 그 상처가 허벅지 안쪽과 다리 부위에 멍이 들었다는 것뿐이어서 이러한 정도의 상처는 경미하여 따로 치료를 받지 않아도 자연적으로 치유될 수 있고, 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없는 경우에 해당하여 강간치상죄에 있어서의 상해에 해당하지 아니한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 관계 증거들을 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정하거나, 강간치상죄에 있어서의 상해에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

- 27) 강간도중 흥분한 피고인이 피해자의 어깨를 빨아서 생긴 동전크기 정도의 울혈(반상출혈상)을 강간치상의 상해에 해당하지 않는다고 판시한 사례에서, 이러한 판단기준을 처음으로 확인할 수 있다. 대법원 1986. 7. 8. 선고 85도2042 판결.
- 28) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003도2313 판결, “강도상해죄에 있어서의 상해는 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로서, 피해자가 입은 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요가 없고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면, 그로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 강도상해죄에 있어서의 상해에 해당한다고 할 수 없다.”; 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001도5925 판결, “강간치상 외에 강도상해 등에서도 판례는 동일한 판단기준을 적용하고 있다. 피해자는 범행 당일 우측 두부 타박으로 인한 피하출혈, 부종 및 찰과상, 두정부와 우측 발목 타박으로 부종과 동통 소견이 있어 약 2주일간의 치료를 요한다는 위와 같은 내용의 상해진단서를 발급 받았다는 것이며, 피해자는 경찰에서 피고인이 범행 당시 주먹으로 머리를 1회 때리고 피해자의 발을 걸어 넘어뜨린 후 발로 가슴을 1회 걷어 차 위와 같은 상처를 입었다는 취지로 진술하였음을 알 수 있는바, 피해자의 상처가 위와 같은 정도의 것이라면 이로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것이 아니라고 볼 수 없으므로, 이는 강도상해죄를 구성하는 상해에

이와 관련하여, 주로 강간치상사례와 관련한 판례를 놓고 일부 견해는 이른바 ‘상대적 상해개념’을 제기하고 있다(상대적 상해개념 인정설, 상대적 상해설).<sup>29)</sup> 강간치상 등의 치상과 상해죄에서 말하는 상해 간에 상대적 차이를 둘 수 있다는 것으로 기본범죄에 그친 경우와 달리 극히 엄하게 처벌되는 결과적 가중범의 예에서, 중한 결과로서 상해를 일반적 사례와 동일한 수준으로 파악하면, 자칫 피고인이 지나치게 과중하게 처벌될 수 있음을 고려한 것이다. 강간의 행위수단으로 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 수 있을 정도의 폭행이 가해질 뿐만 아니라, 통상 강간행위 수반하여 피해자에게 그 정도와 형태를 불문하고 상처가 발생할 가능성은 매우 높다. 반면, 형법 외에 특별법 상 강간치상의 법정형은 작량감경을 하더라도 집행유예가 허용되지 않을 정도로 높아, 이러한 설명은 어느 정도 설득력이 있다.<sup>30)</sup>

그러나 상해의 개념을 상대적으로 파악하려는 견해가 갖는 설득력은 사실 제한적이다. 먼저, 앞에서 본 것처럼 판례는 일반적인 상해죄에서도 경미한 상처를 상해의 범주에서 구별, 배제하고 있다. 따라서 이미 ‘상대적~’이라는 수식어는 적합하지 않으며 상대적 상해개념을 지지하는 근거는 불명확하다고 할 수밖에 없다. 또한 판례 가운데는 비교적 경미한 상처로 볼 수 있는 사례에서도 강간치상의 ‘치상’을 인정한 예가 다수 존재한다. 예를 들어, 회음부에 0.1cm 정도 크기의 찰과상을 가한 경우,<sup>31)</sup> 피해자를 제압하는 과정에서 피해자의 얼굴과 머리를 수 회 때려 코피가 나고 콧등이 부었으나 특별히 치료를 받지 않은 경우,<sup>32)</sup> 강간과정에서 피해자의 저항을

해당한다고 하여야 할 것이다.”

29) 이재상, 전계서, 172면; 박상기, 전계서, 159면; 오영근, “강간치상죄에서 상해의 개념”, 형사판례연구 (3), 한국형사판례연구회, 1995, 152-154면; 山口厚, 前掲書, 46頁; 前田雅英, 前掲書, 164頁; 大谷實, 前掲書, 122頁.

30) 일본에서 상대적 상해개념은 강도치상죄 관련 판례를 통해 제시되었는데, 이 당시 일본형법 상 강도죄의 법정형이 징역 7년 이상으로 작량감경에 의하더라도 집행유예가 되지 않을 정도로 높은 점이 고려된 결과이다. 그러나 平成16년 개정되어 현재는 법정형이 6년 이상의 징역으로 하향조정되었다. 大阪地判昭和54·6·21判時948号128頁 등, 西田典之, 前掲書, 40頁; 대체로 일본 판례실무에서 상대적 상해개념은 지지를 받지 못하고 있다. 最決平成6·3·4刑集263号128頁, 最決昭和41·9·14刑集160号733頁, 東京高判昭和62·12·21判時127号159頁 등.

31) 대법원 1983. 7. 12. 선고 83도1258판결.

32) 대법원 1991. 10. 22. 선고 91도1832 판결.

제압하기 위해 팔과 목을 붙잡고 누름으로써, 목과 우측 팔 관절에 염좌상을 입은 경우<sup>33)</sup> 등을 들 수 있는데(반대로 강간행위 시에 피해자가 음부에 심한 통증을 느끼거나,<sup>34)</sup> 피해자에게 3, 4일간 치료를 요하는 외음부 충혈이나 양팔의 근육통이 발생한 경우,<sup>35)</sup> 피해자의 목과 가슴부위에 약 7일 간의 가료를 요하는 피하출혈 및 통증이 발생한 경우<sup>36)</sup> 등에서는 상해의 결과발생을 부인하였다), 강간치상에서 요구되는 상해의 정도를 상대적으로 중하게 포착하려는 시각에서는 이를 적절하게 설명하기 어렵다. 오히려 통상의 상해와 동일한 맥락에서 접근하되 구체적 사실관계 하에 ‘생활기능에 장애가 초래된 것인지는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신 상의 구체적 상태를 기준으로 판단’한 결과로 보면, 상이한 결론을 어느 정도 납득할 수 있다.<sup>37)</sup> 결국 상대적 상해개념은 판례가 구체적 사실관계에 따른 다양한 판단요소에 근거하여 생리적 기능훼손여부를 판단하는 과정에서 도출된 강간 ‘치상’에서 제외되는 일련의 사례 군단을 놓고, 상대적 기준으로 상해의 개념을 재편성한 결과물로 볼 수 있다.

결론적으로, 강간치상 등의 예에서 ‘치상’과 상해죄의 ‘상해’ 간 개념에 차이를 들 필요는 없다고 생각한다.<sup>38)</sup>

33) 대법원 1997. 9. 5. 선고 97도1725 판결.

34) 대법원 1980. 10. 27. 선고 80도1225 판결.

35) 대법원 1989. 1. 31. 선고 88도831 판결.

36) 대법원 1994. 11. 4. 선고 94도1311 판결.

37) 이러한 의미에서 판례가 상대적 상해개념을 통해 강간치상의 인정범위를 좁히는 듯하다가도, 구체적 사건의 내용 상 피해자보호가 필요하다고 판단되면 다시, 강간치상의 인정범위를 넓혀 피고인을 엄벌에 처하려고 하는 (일관되지 못한) 태도를 보이는 것으로 평가하는 견해는 동의하기 어렵다. 송시섭, “강간치상죄에 있어서 상해개념의 재구성”, 동아법학 제42권, 동아대학교 법학연구소, 2008. 8., 133-134면.

38) 임웅, 전거서, 176면; 상대적으로 상해개념을 이해하려는 견해는 강간치상에 해당하지 않는 상해가 상해죄의 상해에 해당하는지에 대한 판단을 결여하고 있고 자의적 법해석을 유발할 수 있다고 지적하는 견해로 김일수·서보화, 전거서, 144-145면; 성범죄에 대한 중형주의, 비친고죄화 등 형사정책적 견지에서도 강간치상 사례에서 상대적 상해개념은 현재 입법추세에 역행하는 것이라는 지적으로 정영일, 형법각론 제3판(서울 : 박영사, 2011), 154면; 상대적 상해개념을 부정하고 상해죄의 상해와 강간치상 등의 치상을 같은 개념으로 파악하면서도 경미한 상처와 상해를 구별하는 판례에 태도에 비판적인 견해로 김상희, “강간치상죄에 있어서의 상해의 범위”, 형사판례연구 (4), 한국형사판례연구회, 1996, 220-223면

### Ⅲ. 임신을 상해로 볼 수 있는가 : 상해 범주로의 포용 가능성

주로 낙태사례와 관련되기는 하지만, 성폭력 특히 강간으로 인한 피해여성의 보호문제는 형사정책은 물론 사회복지 등 다양한 차원으로 어느 곳에서나 중요한 사회문제로 인식되고 있다. 앞에서도 언급했지만 강간피해여성이 겪는 최악의 피해는 강간으로 인한 임신(RRP, rape related pregnancy)일 것이다. 미국 CDC의 조사보고에 의하면, 미국에서 20여년 간 통산 총 1,800만명 정도로 추산되는 강간피해여성 중 300만명 정도가 강간에 의한 임신을 경험한 것으로 추정되는데, 보건기관 등 관계당국에는 전혀 모르는 사람이나 지인보다는 동거인이나 가족 등 보다 친밀한 구성원에 의한 강간으로 임신이 이루어진 사례가 더 많다고 한다.<sup>39)</sup>

여기서 자연스럽게 성폭력 피해여성의 보호와 피해여성에게 원하지 않은 임신을 유발한 성범죄자를 강력히 처벌하려는 시도가 이루어질 수 있는데, 대상판례와 비교판례도 그 일레라 하겠다. 검사는 단순히 양형 상 가중요소를 넘어서 피해여성의 임신을 ‘상해’로 파악하여 강간치상죄의 적용을 통해 피고인의 엄벌을 요청한 것이다. 특히 대상판례(1)의 사안은 전형적인 가정폭력(DV)과 더불어 아동 성폭력(CSV) 사례로 이러한 요청은 더욱 절실하다.

극히 제한적이지만 여성의 임신을 상해로 볼 수 있는지에 대하여 기존 견해는 임신은 생리적 현상의 결과일 뿐 그 기능을 훼손한 것이 아니라는 극히 간략한 논거에 기초하여 모두 부정적인 결론을 내리고 있다.<sup>40)</sup> 과연 임신은 생리적 기능의 훼손에 해당하지 않는 것일까?

이 문제에 대한 논의는 여성의 임신을 상해의 개념범주 내로 포섭할 수 있는지의 분석으로부터 출발하여야 한다. 그렇다면, 먼저 임신으로 인해 여성의 신체 야기될 수 있는 생리적 변화에 대한 검토가 이루어질 필요가 제기된다.

39) <https://www.cdc.gov/violenceprevention/datasources/nisvs/understanding-RRP-inUS.html>(2020. 2. 19).

40) 이재상, 전게서, 46면; 정성근·박광민, 전게서, 47면.

## 1. 임신에 따른 여성의 생리적 변화

임신은 여성의 신체는 물론 심리에도 큰 영향을 미친다는 점은 이미 잘 알고 있는데, 이는 임신의 중구적 결과(출산, 유산 아니면 흔히 낙태로 지칭되는 인공임신 중절)에도 불구하고 동일하다.

임신에 의하여 여성의 신체에 발생하는 생리적 변화를 간략히 살펴보면 다음과 같다.<sup>41)</sup> 생식기계의 경우, 임신 후 여성의 자궁은 말기까지 지속적으로 커진다. 초기에는 호르몬변화와 혈관, 자궁근섬유의 증식 및 증대, 탈락막 비후 등에 의하지만 중기 이후에는 성장발육하는 태아의 물리적 힘으로 인한다. 자궁의 용적은 대략 10ml 정도지만, 임신부는 5L 이상으로 까지 그 용적이 확장되는데, 이렇게 자궁이 커지면서 복부에 맞닿게 되고 주요 장기는 복부양쪽으로 밀려나게 된다. 임신초기에는 자궁 내 혈액양과 림프액이 증가함에 따라 골반울혈과 부종이 수반되고 방광을 누르기 시작하면서 임신부가 빈뇨를 경험하기도 한다. 또한 임신말기로 갈수록 자궁에 보다 많은 혈액을 공급해야 하는데(모체 혈액의 약 1/6 정도로 혈액량은 대략 500~1,000ml/sec) 만일 혈류 저하 현상이 관찰된다면, 임신 중 고혈압이나 자궁 내 성장부진, 당뇨병, 다태아 임신을 의심할 수 있다. 한편, 임신기간 동안 태어나 부속물이 자궁 밖으로 이탈하지 못하도록 하는 자궁경부는 가벼운 접촉에도 쉽게 출혈이 발생하기도 하며, pH 상승에 따라 질 감염 현상도 자주 관찰된다. 아울러, 호르몬 변화에 따라 유방의 크기가 커지고 예민해지면서 통증 및 무거움을 느끼게 되며, 혈액공급이 늘어남에 따라 정맥혈에 울혈이 발생하며 고농도 태반 호르몬의 영향으로 결절이 만져지기도 한다.

그리고 전신변화로 혈액량과 심박출량의 증가로 심장, 횡경막이 커지며 혈액양도 증가하게 된다. 물론 이때 말초혈관이 함께 확대되어 정상적 혈압이 유지되지만, 경우에 따라서는 임신성 고혈압이 유발되기도 한다. 또한 정상적 반응이라고 볼 수 있지만, 혈액 내 적혈구 보다는 혈장 증가에 따라 임신성 빈혈이 생긴다. 따라서 임

41) 박영주 외 공저, 여성건강간호학 I, II 제4판(서울 : 현문사, 2017), 246-267 및 59-124면; Lauren Hoyson, "Rape is Tough Enough Without Having Someone Kick You from the Inside: The Case for Including Pregnancy as Substantial Bodily Injury." Val. UL Rev. 44 No. 2, 2009, pp. 582-586.

산부에게 철분공급은 극히 필수적이다. 임신부는 평상 시 편안한 체위유지도 중요 한데, 비대해진 자궁이 하대정맥을 압박하는 경우 이른바 체위성 저혈압 증후군으로 혈압이 감소하여 졸도하거나 장골정맥 압박에 의하여 하지부종, 정맥류, 치질 등의 발생위험이 높아지게 된다.

호흡기계도 상당한 영향을 받는다. 커진 자궁으로 폐가 들어 올려지고 횡경막이 확장되는데, 임신으로 인하여 변형된 흉곽은 출산 후에도 이전 상태로 복귀되지 않는다. 그리고 분당호흡량의 대략 37% 증가함에 따라 과호흡 현상을 경험할 수 있으며, 대사성활동가 기초대사율이 높아지면서 체내에서 과다한 열이 발생하여 말초혈관의 확장과 땀샘활동의 증가와 함께 쉽게 피로와 권태를 느끼고 수면욕구가 커지게 된다. 한편, 흔히 임신에 따른 임신성 당뇨나 단백뇨, 기타 신장기능의 장애가 발생하는데, 이는 자궁확장에 따른 신장의 위치변화와 압박에 따라 요관벽의 근육이 비대하게 증식되면서 근육탄력성이 저하되고, 요관이 길게 늘어나거나 꼬이는 등의 현상으로 인해 원활한 소변흐름이 방해될 뿐만 아니라 소변이 신우 내에 정체 되기 때문에 기인한다.

이 외에도 피부, 혈관계나 신경계, 근골격계, 소화기계 등도 많은 변화가 발생하고 이에 따라 임신선, 혈관종, 치육염, 기립성 저혈압, 저혈당증으로 인한 두통이나 어지러움증 등, 손발저림, 긴장성 두통, 요추만곡증에 따른 신경압박으로 요통 등의 통증, 구토나 메스꺼움(흔히 입덧이라고도 하는데, 열, 통증, 체중감소가 동반되는 경우는 hyperemesis sickness라고 하여 의학적 치료가 필요하다), 이식증(pica), 변비 등 다양한 병변이 동반되기도 한다.

이처럼 임신은 여성에게 상당한 생리적 변화를 유발한다. 현재는 의료기술의 발전에 따라 임신, 출산에 수반한 위험이 대폭 감소되어 실감하기 어렵지만, 사실 임신, 출산의 과정은 의학적으로 매우 위험한 시점으로 평가된다. 그 예는 형법학에서 사람의 시기와 관련한 논쟁과 인식 변화과정에서도 단적으로 확인할 수 있다. 태아 자신은 물론 임신, 출산과정에서 모체의 질병, 사망으로 사산 등의 사례가 종래 그 만큼 많았고 과거 낙후된 의료환경을 적절히 대응할 능력이 없었던 현실에 기인한 것이다.

통상, 정상적 출산에서도 임신부는 심한 통증을 느낄 뿐만 아니라 신체 내 모든

기관과 조직에 변화가 발생하고, 다양한 합병증적 병변이 발생할 위험에 항시 노출된다. 문제는 정상적 출산이 아닌 인공임신중절(abortion)이나 유산(miscarriage) 등에서는 위험의 강도는 극단적으로 높아진다는 점이다. 보고사례에 따라서는 강간에 의한 임신사례의 약 50% 정도가 결국 인공임신중절로 귀결된다고 한다. 인공임신중절은 외과적인 낙태수술(surgical abortion)에 의한 것이든 약물에 의한 것(medical abortion)이든 모체인 여성의 신체에 대한 심각한 침해가 상정될 수밖에 없다.

가령, 외과적 시술에 의한 경우, 자궁경관을 인위적으로 확장시키고 태아와 태반을 자궁으로부터 긁어내는데, 이때 임산부는 극심한 통증과 경련을 호소할 뿐만 아니라 연령대 등에 따라 달라질 수 있지만 출혈, 자궁손상, 감염 등 심각한 합병증이 수반되는 예가 많다. 상대적으로 안전하다는 약물에 의한 낙태 역시 출혈, 무기력증과 피로, 입덧 등을 야기하는데, 그나마도 이는 임신 초기에만 가능하다. 또 어느 경우나 장기적으로는 영구적 불임과 함께 우울증 등 심리적 장애를 유발할 수도 있다.

유산의 경우 역시 임산부는 흔히 출혈, 복부나 유방 등의 통증, 각종 감염증을 겪는 예가 많으며, 특히 그 절반 이상에서 유산 과정에서 배출되지 못한 태아 부산물이나 조직을 제거하기 위하여 자궁경관의 확장 및 소피수술(dilation and curettage procedure)을 받아야 하는데, 이때 임산부가 감당해야 하는 damage나 부작용은 매우 크다.

특히, 임신에 따른 생리적 변화와 병리적 현상, 위험성은 고위험군 여성에게 더욱 현저함은 물론이다. 단순히 분만 중의 위험만이 아니라, 출혈, 고혈압에 따른 질환 가령, 자간전증이나 자간증, 만성고혈압, 임신오조증, 당뇨, 심장질환, 갑상선이나 혈액학적 장애, 기타 다양한 감염성 질환 등이 수반될 위험이 배가된다. 대살판례(1)과 같이 15세 이하 미성년 임부의 경우, 사망률이 60% 이상 높아지고 빈혈, 자간전증, 지연분만, 협골반 등 병리적 위험성은 산전관리 소홀, 경제적 빈곤 등 사회적 요인과 불안한 심리상태, 스트레스 등 심리적 요인이 교차되면서 극단적으로 높아진다.

## 2. 생리적 기능훼손에 따른 상해로의 포착 가능성

기존 견해는 임신은 생리적 기능의 결과 즉, 여성의 신체가 갖는 정상적인 생리적 기능에 따른 결과이기 때문에 상해가 아니라고 한다. 대상판례의 1심 판결논지에서 도 이는 그대로 들어난다.

여성에게 임신은 성행위에 따라 발생할 수 있는 자연스러운 생리적 결과로 이것만을 놓고 보면 생리적 기능이 훼손된 것으로 볼 수 없다는 것이다. 나아가 임신에 따른 생리적 변화(위에서 언급한 합병증 등 제 병리적 현상을 포함한다) 역시 정상적인 생리적 기능의 발현인 임신에서 파생되는 결과임에서 동일하게 생리적 기능훼손으로 볼 수 없다는 것이다. 물론, 원하지 않는 임신으로 인하여 정신적 고통이나 임신중절수술의 선택에 따른 상처 등을 상해로 평가할 여지가 있지만, 이는 임신 자체를 상해로 파악하는 것과는 별개로, 이를 두고 임신을 상해로 평가할 수 없다고 한다. 여기서 대상판례의 하급심은 ㉠ 임신을 ㉡ 임신에 수반되는 생리적 변화와 병리적 현상(여기에는 정신적 고통과 같은 심리적 측면도 포함될 것이다), ㉢ 피해 여성이 선택할 수 있는 인공임신중절에 따른 결과와도 분리시켜 상해여부를 판단하고 있음을 알 수 있다.<sup>42)</sup> 그러나 대상판례의 하급심이 제시한 위 논리는 다음과 같은 이유에서 납득하기 어렵다.

우선 그 논지대로라면, 행위자가 피해자에게 생리적 변화를 야기 시키고 그러한 생리적 변화에 후속하여 수반되는 합병증 등 흔히 그 자체로 충분히 상해로 파악되는 생리적 기능훼손의 결과가 있더라도 앞서 생리적 변화 자체를 상해로 포착할 수 없는 한 상해가 아니게 된다. 하지만, ㉠에 수반되는 ㉡은 마치 인과관계의 진행에 있어서 진행 중인 인과적 흐름을 차단할 수 없는 제3의 원인행위가 개입된 예와 같이 분리되어 판단될 수 없다. 가령, 반복적으로 밤늦게 장난전화를 걸어서 수면을 방해하고, 이것이 누적되어 신경증으로 이환된 경우를 상정해보자.<sup>43)</sup> 단순한 수면

42) 과거 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제8조의 장애인등에 대한 간음죄로 기소된 사안으로 피해여성이 임신으로 낙태하였음에도 동법 제9조의 강간 등 치상죄로 기소되지 않았은 점에서 강간피해여성의 임신과 낙태를 분리하여 판단하는 이러한 논리는 상당히 오래전부터 하급심 판례실무에 정착된 것으로 추측된다. 부산고등법원 2005. 4. 20. 선고 2004노315 판결.

43) 유사한 사안에서 상해죄를 인정한 예로 東京地判昭和54·8·10判時943号122頁; 最決平成17·3·29刑集59卷2号54頁.

부족 자체로서는 상해가 아니라면 그로 인하여 발생한 신경증 역시 상해가 아니라고 해야 하는가? ㉔ 역시 마찬가지다. 만일 피해여성이 인공임신중절이 아닌 정상적인(?) 출산을 선택한다면 상해가 아니게 되는데(많은 피해여성이 인공임신중절을 선택할 것으로 추측되지만), 이는 납득하기 어려운 결론이다. 오히려 정상적인 임신에도 위에서 설명한 많은 위험요소가 존재하고 병리적 현상이 항시 수반되는 점을 고려한다면, 분명 임신이라는 과정에서 생리적 기능훼손은 있고 따라서 상해로 파악되는 것이 보다 자연스럽다. 특히 대상판례(1)에서 피해여성이 나이 어린 미성년자임을 염두에 둔다면, 더욱 그러하다. 물론, 지적하는 것처럼 반드시 임신이 아니라도 강간행위에 수반하여 피해여성에게 다양한 형태의 상해가 발생할 수 있기 때문에 굳이 임신을 상해로 포착할 이유는 없을 수도 있다. 특히 미성년 피해자라면 더욱 그렇다. 그러나 이 역시 판례실무가 구체적 사례에 따라 경미한 상처를 상해에서 제외하는 점을 염두에 둔다면, 임신을 상해로 포착할 필요성을 완전히 부인하기 어렵다.

한편, 대상판례의 하급심은 합의 하의 성관계에 의한 의도하지 않은 임신이나 다태아 출산을 상정하여 상해에 임신을 포함시키는 경우 발생할 수 있는 해석 상 난맥을 지적한다. 임신을 상해에 포함시키는 것은 지나친 확장해석으로 죄형법정주의와 충돌할 수 있다는 지적이다. 임신을 상해의 범주에 포함시키려는 해석론적 시도에서 해결하기 가장 곤란한 문제지만, 우회가 불가능한 것만은 아니다. 합의 하에 성관계에 따른 의도하지 않은 임신이나 다태아 출산의 사례는 이미 예견가능성을 넘어서 사태로 과실치상죄로 포착하기는 처음부터 불가능하다. 반면, 성관계에 대한 합의가 전제되더라도, 의도적 또는 무모하게 상대여성에게 원하지 않는 임신을 야기한 사례에서 임신을 ‘상해’로 포착하는 것은 얼마든지 가능할 뿐만 아니라 사안에 따라서는 처벌의 필요도 충분히 공감될 수 있다. 결론적으로, 임신을 상해에 포함시키더라도 상해 또는 과실치상죄의 적용범위가 죄형법정주의와 충돌하여 비이성적으로 확장되는 사태는 발생하지 않을 것이다.

이 외에 현재 성범죄 양형기준에 의하면, 임신을 상해의 범주에 포함시킬 실익이 있는지 의문이 제기될 수도 있다. 대상판례(1)의 경우, 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 상 강간치상과 13세미만 미성년자강간죄의 법정형은 모두 10년 이상이다.

양형기준에 따르면, 13세미만 미성년자강간죄에서 임신은 가중요소가되어 11~15년이 되지만, 강간치상이라면 양형기준은 9~14년으로 오히려 형이 낮아질 수 있다. 또 대상판례(2)의 경우, 준강간 및 (준)강간치상은 법정형이 각기 3년 이상 및 5년 이상으로 차이가 있지만, 임신을 가중요소로한 양형기준을 보면 모두 4~7년으로 동일하다. 이에 따르면, 강간에 의한 임신을 상해로 보아 가중적 구성요건을 적용하는 것은 큰 의미가 없을 수 있다.

하지만, 과연 양형기준이 과연 실무사례에서 적절히 작동하고 있는지 의문이 제기될 수 있다. 본질적으로 불법과 양형요소로서의 평가를 동일한 맥락으로 이해하기는 어렵다. 성범죄 관련 다수의 사례에서 왜 법원의 양형판단과 관련하여 일반시민의 비판이 제기되는지 한번쯤 생각해볼 필요가 있다.<sup>44)</sup>

#### IV. 비교법적 검토

이하에서는 비교법적 사례로 미국 등의 입법례와 관련 판례를 살펴보도록 한다.

##### 1. 영미법 상 강간죄

과거 고대사회에서는 bride capture 또는 bride kidnapping(bridennapping)의 관습에서 알 수 있듯이 강간행위는 처벌대상이 아니었다. 강간죄가 처음 등장한 것은 고대 바빌론의 함무라비 법전으로 이 당시에는 강간범 외에 피해여성을 함께 처벌하였다. 여성을 독립적인 인격적 존재가 아니라 남성(남편 또는 부친)의 재산적 객체로 이해한 결과다. 강간으로 인하여 피해여성의 재산적 가치가 떨어지고 기혼여성이라면 자의적이지 않더라도 이를 남편에 대한 배신행위 즉, 간통으로 본 것이다. 이후 11~12세기 경 common law에 강간죄가 등장하면서 강간범 외에 피해여성이 처벌대상에서 제외되고, 1275년 the statues of Westminster(Rape Act 1275)를 통

44) Nesis 1, “만취 10대 집으로 데려가 강간·임신시킨 30대 항소심도 징역”, <http://news1.kr/articles/?3330913>(2020. 2. 19);

해 현재의 강간죄에 근접한 처벌규정으로 변모하게 되었다.<sup>45)</sup> 즉, 가족구성원(남편)이 아닌 강간피해자로서 여성이 직접 행위자의 처벌을 요구할 수 있게 되는데, 다만 피해여성은 강간피해 즉시 고소하여 처벌을 요구하여야 할 뿐만 아니라 강간행위에 저항하였음을 입증하여야 했다. 이는 무고를 억제하기 위한 것으로, 피해여성이 저항과정에서 중대한 상해를 입은 사실을 제시, 입증하여야 했을 뿐만 아니라 공판과정에서 자신의 성적 가치관, 경험이나 이력 등에 대한 노출을 강요당해야 했다. 같은 시기에 현재 미성년자의제강간죄에 해당하는 statutory rape도 강간죄의 일 유형으로 정착되었다. 이러한 형태가 대체로 16세기 말까지 큰 변화 없이 유지되었다. 이처럼 common law 상의 강간죄는 성적 자기결정권이 아닌 정조를 보호하는 범죄

45) Rape Act 1275.

1275 (3 Edw. 1) C A P. XIII.

THESE be the Acts of King EDWARD, Son to King HENRY, made at Westminster at his first Parliament general after his Coronation, on the Monday of Easter Utas, the third Year of his Reign, by his Council, and the Assent of Archbishops, Bishops, Abbots, Priors, Earls, Barons, and all the Commonalty of the Realm being thither summoned, because our Lord the King had great Zeal and Desire to redress the State of the Realm in such Things as required Amendment, for the common Profit of holy Church, and of the Realm: And because the State of[1] the holy Church had been evil kept, and the Prelates and religious Persons of the Land grieved many ways, and the People otherwise intreated than they ought to be, and the Peace less kept, and the Laws less used, and the Offenders less punished than they ought to be, by reason where of the People of the Land feared the less to offend; the King hath ordained and established these Acts underwritten, which he intendeth to be necessary and profitable unto the whole Realm. That Punishment of him that doth ravish a Woman.

22 Ed. 4. 22. Co. Lit. 123. b. 2 Inst. 180. 12 Co. 37. Hob. 91.

Altered by 13 Ed. 1. stat. 1. c. 34. which makes it Felony. And farther, by 6 R. 2. stat. 1. c. 6. which ordains the Penalties where a Woman consents. And see 18 Eliz. c. 7. which takes away Clergy from this Offence: Likewise the 4th Sect. of the same Stat. which makes it Felony without Clergy to have carnal Knowledge of Woman Child under ten Years of Age.

AND the King prohibiteth that none do ravish, nor take away by Force, any Maiden within Age (neither by her own Consent, nor without) nor any Wife or Maiden of full Age, nor any other Woman against her Will;

(2) and if any do, at his Suit that will sue within forty Days, the King shall do common Right;  
 (3) and if none commence his Suit within forty Days, the King shall sue;  
 (4) and such as be found culpable, shall have two Years Imprisonment, and after shall fine at the King's Pleasure;  
 (5) and if they have not whereof, they shall be punished by longer Imprisonment, according as the Trespass requireth.

로서의 성격이 강하였고, 이러한 입법례가 미국에도 그대로 받아들여지게 되었다.<sup>46)</sup>

그러나 1970년대를 전후로 영미를 중심으로 한 서구사회에서 여권신장에 따라 전통적인 common law 강간죄는 크게 변모하게 된다. 이전까지 강간죄는 피해자 보호 보다는 무고로 인하여 가해자로 지목된 남성을 보호하였는데, 강간사실을 입증하기 위해 피해여성이 저항으로 인한 상해를 입은 사실을 입증할 필요가 없도록 하고, 피해여성의 성적 이력 등의 공개를 금지함으로써(rape shield law) 프라이버시가 무분별하게 침해되지 않도록 보다 적극적으로 강간피해 여성들이 범죄피해를 신고, 고소할 수 있게끔 하였다. 동시에 성범죄 처벌규정의 법정형을 강화하고 미성년자를 더욱 강력히 보호하고자 statutory rape의 연령을 종래 10세에서 16세로 높이는 등의 조치가 이어졌다.

현재 미국에서 각 주별로 성범죄 규정은 약간씩 상이하지만, 살인의 경우를 제외하고 공통적으로 다른 어떤 범죄보다 법정형이 높다. 대부분 입법례에서 강간죄는 second degree felony로 규정되어 있는데, 가령 강도 등 다른 felony에 해당하는 범죄수행 중에 강간으로 이어지거나, 휴기휴대, 피해자에게 중대한 상해를 유발하는 등의 가중요소가 인정되는 때는 first degree felony로 형량이 높아진다. 여기서 피해자에 대한 ‘중대한 상해(serious bodily injury, substantial bodily injury)’를 유발하는 예가 우리의 강간치상에 근접한다.

46) 1962년 미모범형법전(model penal code)은 제213조 이하에서 성범죄를 규정하고 있다. 그 가운데 강간죄(section 213.1(1) rape) 규정 이하와 같다.

Model Penal Code § 213.1. Rape and Related Offenses.

(1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if:

- (a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or
- (b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or
- (c) the female is unconscious; or
- (d) the female is less than 10 years old.

Rape is a felony of the second degree unless (i) in the course there of the actor inflicts serious bodily injury upon anyone, or (ii) the victim was not a voluntary social companion of the actor upon the occasion of the crime and had not previously permitted him sexual liberties, in which cases the offense is a felony of the first degree.

## 2. 이른바 ‘중대한 상해(serious bodily injury or substantial bodily injury)’ 의 의미

강간죄의 가중요소로서 중대한 신체적 침해는 폭력범죄와 관련하여 일반적으로 야기되는 상해수준을 상회하는 경우를 의미하지만 그 정의방식은 주 별로 차이가 있으며,<sup>47)</sup> 판례의 해석 역시 상이하다. 가령, 반드시 신체에 대한 물리적 손상을 요하지 않고, 공포감 등 정신적 스트레스나 장애로도 중대한 상해발생을 인정하거나<sup>48)</sup> 반대로 수술을 요할 정도의 골절에도 불구하고 이를 인정하지 않는 예도 있지만,<sup>49)</sup> 골절, 열상이나 피멍, 찰과상,<sup>50)</sup> 처녀막 파열,<sup>51)</sup> 치아손상<sup>52)</sup>, 3일 정도의 회복

47) serious or substantial bodily injury의 정의도 주 별로 다르다. 가령, 메인 주는 통상적인 회복에 필요한 기간을 연장시키는 정도로도 이에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 또한 와이오밍 주는 피해자에게 극심한 신체적 고통을 주는 경우도 그 한 유형으로 열거하고 있다.

Maine Criminal Code part 1. chap. 1. §2. 23. “Serious bodily injury” means a bodily injury which creates a substantial risk of death or which causes serious, permanent disfigurement or loss or substantial impairment of the function of any bodily member or organ, or extended convalescence necessary for recovery of physical health.

Wyoming Statutes 6-2-302. Sexual Assault in the first degree. (a) (ii) The actor causes submission of the victim by threat of death, serious bodily injury, extreme physical pain or kidnapping to be inflicted on anyone and the victim reasonably believes that the actor has the present ability to execute these threats;

한편, 테네시 주와 같이 ‘상해(bodily injury)’로 정의하는 예도 있다. 참고로, 테네시 주에서는 주 판례가 일관되게 임신을 중대한 상해로 해석하고 있다.

Tennessee Code §. 39-11-106.(a)(2) “Bodily injury” includes a cut, abrasion, bruise, burn or disfigurement, and physical pain or temporary illness or impairment of the function of a bodily member, organ, or mental faculty;

미 모범형법전 제210조에서 사망의 위협, 중대하고 영구적인 신체외형의 손상, 신체, 조직, 기관에 있어서 상당기간의 손상이나 손실을 유발하는 경우를 중대한 상해로 정의하고 있다.

Model Penal Code §. 210.0(4) "serious bodily injury" means bodily injury which creates a substantial risk of death or which causes serious, permanent disfigurement, or protracted loss or impairment of the function of any bodily member or organ;

48) State v. Ingram, 688 So. 2d 657, 665(La. Ct. App. 1997); Jackson v. State, 968 S.W.2d 495, 501(Tex. Ct. App. 1998); State v. Baker, 441 S.E.2d 551, 555(N.C. 1994); Mata v. State, 952 S.W.2d 30, 33(Tex. Ct. App. 1997)

49) Webb v. State, 801 S.W.2d 529, 531(Tex. Crim. App. 1990).

50) People v. Culton, 92 Cal. App. 3d 113, 117 (1979).

51) People v. Williams, 115 Cal. App. 3d 446, 454 (1981).

52) State v. Roberts, 235 S.E.2d 203, 213 (N.C. 1977).

기간이 필요한 수술을 요하는 상처가 유발된 사례<sup>53)</sup> 등 우리의 경우라면 통상의 상해로 파악할 수 있는 수준도 중대한 상해로 인정한 예도 있다. 특히, 성인과 비교하여 강간피해 여성이 미성년자인 때는 더욱 광범위하게 중대한 상해를 인정하는데, 이 가운데 임신을 중대한 상해로 인정한 사례도 있다.<sup>54)</sup>

‘중대한~(serious or substantial)’이란 수식어에 의하여 통상의 상해(injury)를 제한하는 미국의 입법례를 두고, 상대적 상해개념과 같이 사례에 따라서는 피고인에게 지나치게 가혹한 처벌이 가해질 수 있는 강간치상의 인정범위를 적절히 제한하고자 하는 시도로 볼 여지도 있지만, 실제 기존 우리 판례가 취하고 있는 ‘상해(치상)’의 해석론과 큰 차이를 관찰하기는 어렵다.

### 3. 강간피해 여성의 임신을 중대한 상해로 볼 수 있는지 여부

미 연방 및 각 주 정부에서는 이미 오래전부터 성폭력피해자보호의 일환으로 강간으로 인한 피해여성의 임신(RRP, rape related pregnancy)에 주목하고 관련 프로그램을 운영하고 있다. 자연스럽게 우리보다 일찍 관련 입법례나 판례를 통해 강간피해여성의 임신과 관련한 문제에 주목하게 되었다.

여기에는 ㉠ 입법을 통해 중대한 상해의 범주에 임신을 포함시키거나(입법론적 접근), ㉡ 해석론을 통해 중대한 상해의 포섭범위를 임신으로 확장하려는 시도(해석론적 접근)도 있지만, ㉢ 종래 우리와 같이 강간치상의 ‘치상’에 임신을 배제하는 시각을 유지하기도 한다.

53) *State v. Lilly*, 450 S.E.2d 546, 548-49 (N.C. Ct. App. 1994).

54) 10세의 피해아동에게서 처녀막 천공과 성기주변에서 멍이 발생한 경우에 중대한 상해를 인정한 예로, *People v. Robinson*, 642 N.E.2d 1317, 1321 (Ill. App. Ct. 1994); 피해아동에게 통중과 출혈이 발생한 경우로, *U.S. v. Buckley*, 195 F.3d 1034 (8th Cir. 1999); 피해아동의 임신을 중대한 상해로 보아 class A felony를 인정한 예로, *McCoy v. State*, 856 N.E.2d 1259 (Ind. Ct. App. 2006); 12세의 피해아동이 임신 22주차에 접어든 경우로 중대한 상해를 인정한 예로, *People v. Cross*, 190 P. 3d 706, 709 (Cal. 2008).

## 가. 입법론적 접근

위스콘신,<sup>55)</sup> 미시건,<sup>56)</sup> 네브라스카<sup>57)</sup> 주는 주 법률에 강간죄의 가중사유로 임신을 명시하고 있다. 구체적 규정형식은 약간 다른데, 위스콘신 주의 경우 처음부터 피해여성에게 임신을 야기한 경우, first degree sexual assault 즉, 가중적 구성요건으로 하여 class B의 중죄로 취급하는 방식을, 미시건과 네브라스카 주는 성범죄와 관련한 일반규정에서 가중요건으로서 bodily injury에 임신을 포함시키는 방식에 의한다. 이 외에 플로리다 주는 미성년 피해자에 한하여 임신을 가중요소로 하고, 별도의 가중적 구성요건의 형태로 규정하고 있다.<sup>58)</sup>

## 나. 해석론적 접근

미국판례 중에는 임신을 중대한 상해에서 배제하는 해석론을 유지한 예도 있다.<sup>59)</sup> 디테일한 설명 상의 차이는 있지만, 보통 중대한 상해(serious bodily injury)

55) Wisconsin Statutes chap. 940 §. 225 Sexual Assault

1) First degree sexual assault. Whoever does any of the following is guilty of a Class B felony:  
(a) Has sexual contact or sexual intercourse with another person without consent of that person and causes pregnancy or great bodily harm to that person.

56) Michigan Penal Code Act 750. §520a(n) "Personal injury" means bodily injury, disfigurement, mental anguish, chronic pain, pregnancy, disease, or loss or impairment of a sexual or reproductive organ.

57) Nebraska Statutes §. 28-318(4) Serious personal injury means great bodily injury or disfigurement, extreme mental anguish or mental trauma, pregnancy, disease, or loss or impairment of a sexual or reproductive organ;

58) Florida Statutes § 827.04 (3) A person 21 years of age or older who impregnates a child under 16 years of age commits an act of child abuse which constitutes a felony of the third degree, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, or s. 775.084. A person who impregnates a child in violation of this subsection commits an offense under this subsection regardless of whether the person is found to have committed, or has been charged with or prosecuted for, any other offense committed during the course of the same criminal transaction or episode, including, but not limited to, an offense proscribed under s. 800.04, relating to lewd, lascivious, or indecent assault or act upon any person under 16 years of age. Neither the victim's lack of chastity nor the victim's consent is a defense to the crime proscribed under this subsection.

59) State v. Moore, 585 A.2d 864, 886-87 (N.J. 1991); Hynes v. Bd. of Educ. of Bloomfield Twp., Essex County, 461 A.2d 1184, 1186 (N.J. Super. Ct. 1983).

란 극심한 신체적 고통 또는 신체 각 부분, 기관은 물론 정신적 기능과 관련한 중대한 손상으로써 수술, 입원, 물리적 재활 등 일정한 의료적 개입이 요구되는 경우로 해석된다. 이러한 해석론에서, 임신을 중대한 상해에 포함하는 것은 문언의 가능한 의미를 넘어선 해석(stretch the language of statute too far)으로, 중대한 상해는 강간에 의하여 직접 유발된 침해적 결과만을 포함할 수 있음을 그 이유로 한다.<sup>60)</sup> 주의할 점은 현재 미국에서 이처럼 임신을 중대한 상해에서 명확히 배제하는 보수적 해석이 판례의 일반적 트렌드라 할 수는 없지만, 반대로 임신을 중대한 상해에 포함시키는 해석 역시 주류적인 것은 아니다.<sup>61)</sup>

반대로 임신을 중대한 상해로 긍정하는 판례는 2가지 형태로 세분할 수 있다. 첫 번째는 임신을 중대한 상해의 한 유형으로 일률적으로 해석하는 경우로 테네시 주가 유일하다.<sup>62)</sup> 임신으로 인하여 야기되는 신체적 변화와 이에 수반되는 병리적 현상이 분명히 존재하는 것은 물론 이에 따라 임신한 여성은 지속적인 의료적 보호가 필요한 점에서 주 법률이 규정한 중대한 상해에 명백히 포함될 수 있다는 점을 그 논거로 한다. 두 번째는 각 구체적 사실관계에 따라 임신을 중대한 상해로 해석한 예다.<sup>63)</sup> 피해자의 연령, 임신 및 그 과정에서 유발된 결과 등을 종합적으로 고려하여 중대한 상해의 발생여부를 판단하고, 필요하다면 법원이 이와 관련하여 배심에게 jury instruction을 줄 수 있다.<sup>64)</sup> 다만, 개별 사안에 따라 강간피해 여성의 임신을 놓고 해석 상 차이를 두는 방법론에 대하여는 피해여성의 연령 등을 불문하고 임신이 미치는 여성의 신체에 끼치는 영향의 동질성을 이해하지 못한 결과로, 오히려 해석 상 혼란을 가중시킬 수 있다는 이론이 제기되기도 한다.<sup>65)</sup>

60) *United States v. Yankton*, 986 F.2d 1225, 1229-30(8th Cir. 1993); 반면 동일한 8th Cir. 판례 가운데는 임신으로부터 유발되는 각종 병리적 신체변화는 가중요소로서 중대한 상해에 포함될 수 있다고 상반된 견해를 제시한 예도 있다. *United States v. Guy*, 340 F.3d 655, 658 (8th Cir. 2003).

61) Khiara M. Bridges, "When Pregnancy is an Injury : Rape, Law and Culture", 65 *Stan. L. Rev.* 457, 2013, pp. 468-469.

62) *State v. Smith*, 910 S.W.2d 457, 461 (Tenn. 1995); *State v. Jones*, 889 S.W.2d 225, 231 (Tenn. Crim. App. 1994).

63) 이러한 판례의 대부분은 미성년자를 피해대상으로 한 사례에 해당한다. *United States v. Shannon*, 110 F.3d 382, 396-87 (7th Cir. 1997); *People v. Cross*, 190 P.3d 706, 712 (Cal. 2008); *People v. Sargent*, 86 Cal. App. 3d 148, 152 (1978).

64) *United States v. Shannon*, 110 F.3d 382, 396-97 (7th Cir. 1997).

## V. 맺음말

임신은 새로운 생명의 출발점으로 어느 문화권에서나 긍정적 이미지로 묘사되어 왔다. 강간에 따른 임신이 피해여성에게 어찌면 인내할 수 없는 최악의 피해를 주는 것임을 이미 충분히 인식하고 있으면서도, 막상 임신을 상해로 파악하여 이를 부정적으로 묘사하는 시도에 대하여 거부감을 갖는 이유를 여기에서 추정해볼 수도 있을 것이다. 그러나 헌법재판소가 낙태죄에 대하여 헌법불합치결정을 함으로써, 임신이 반드시 긍정적 면만을 갖지 않음을 조심스럽게 인정한 바 있다. 강간에 따른 임신을 상해로 파악한 검사의 주장이 담겨진 대상판례들은 어찌면 우리 사회 내의 이와 같은 가치변화를 투영한 예로 볼 수 있겠다.

임신의 전 과정은 생명의 시작이기도 하지만, 이를 수용하는 여성의 신체에는 막중한 부담을 주는 신체적 변화를 내포한다. 순조로운 임신에서조차 여성의 신체에 야기될 수 있는 데미지와 더불어 그간 경미한 경우로 생각될 수 있는 사례들에서도 상해를 인정해왔던 판례의 태도를 비교한다면, 대상판례에서 제시된 결론과 논거를 긍정적인 시각으로만 평가하기 어렵다.

대상판례에서 대법원은 방론으로 입법론적 대안이 필요함을 실시하고 있다. 특히 미성년 피해자가 문제된 대상판례(1)의 사안과 관련하여 피고인에 대한 엄중한 처벌의 필요성을 긍정하면서도 임신을 상해범주에 포함시킴으로써, 자칫 해석 상 혼란과 상해죄 등의 적용범위가 지나치게 확장될 수 있음을 우려한 결과다. 그러나 조금 더 적극적으로, 현재 해석론에서도 수용할 여지가 있지 않았을까? 심리과정에서 검사가 임신에서 발생하는 생리적 변화 등에 대하여 좀더 적극적인 주장과 입증 활동이 있었으면, 또 다른 결론을 기대할 수 있지 않았을까 라는 아쉬움이 남는다.

## 참고문헌

- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제8판, 서울 : 박영사, 2015
- 박상기, 형법각론 제8판, 서울 : 박영사, 2011
- 박영주 외 공저, 여성건강간호학 I, II 제4판, 서울 : 현문사, 2017
- 배종대, 형법각론 제8전정판, 서울 : 홍문사, 2013
- 유기천, 형법학 형법각론 전정신판 영인본, 서울 : 법문사, 2012
- 이재상, 형법각론 제8판, 서울 : 박영사, 2012
- 임웅, 형법각론 개정판보정(서울 : 법문사, 2005), 53-54면
- 정성근·박광민, 형법각론, 서울 : 삼지원, 2002
- 정영일, 형법각론 제3판, 서울 : 박영사, 2011
- 김상희, “강간치상죄에 있어서의 상해의 범위”, 형사판례연구 (4), 한국형사판례연구회, 1996
- 김형석, “강간치상죄에 있어 상해개념의 인정범위”, 실무연구자료 제6권, 대전지방법원, 2005
- 서형주, “상해개념의 인정범위 - ‘극히 경미한 상처(상해)’를 중심으로-“, 재판실무연구 2010 ( I ), 서울남부지방법원, 2010
- 송시섭, “강간치상죄에 있어서 상해개념의 재구성”, 동아법학 제42권, 동아대학교 법학연구소, 2008. 8
- 오영근, “강간치상죄에서 상해의 개념”, 형사판례연구 (3), 한국형사판례연구회, 1995
- 이영진, “형법상 상해의 의의와 강간·강제추행죄치상죄에 있어서의 경미한 상해의 취급”, 재판실무연구 제2권, 수원지방법원, 1997
- 한국보건사회연구원, 인공심신중절 실태조사(2018) 주요결과 발표 보도자료, 2019. 2
- 大谷實, 刑法各論講義 新版第3版, 東京 : 成文堂, 2009
- 西田典之, 刑法各論 第3版, 東京 : 弘文堂, 2005
- 小野清一郎, 新訂刑法講義各論 第3版, 東京 : 有斐閣, 1950

前田雅英, 刑法各論 第5版, 東京 : 東京大學出版會, 2011

山口厚, 刑法各論 補訂版, 東京 : 有斐閣, 2005

小宅理沙, “『望まない強制妊娠』をした性被害女性への支援活動と被害者女性の人権  
一産む・産まないの二項對立を超えて”, Core Ethics Vol. 3, 立命館大學大學  
院先端綜合學術研究科紀要, 2007. 3

Anthony Lathrop, “Pregnancy Resulting from Rape“, Journal of Obstetric, Gynecologic,  
& Neonatal Nursing Vol 27. Issue 1, Jan. 1998

Khiara M. Bridges, “When Pregnancy is an Injury : Rape, Law and Culture”, 65  
Stan. L. Rev. 457, 2013

Lauren Hoyson, "Rape is Tough Enough Without Having Someone Kick You  
from the Inside: The Case for Including Pregnancy as Substantial Bodily  
Injury." Val. UL Rev. 44 No. 2, 2009

Can the rape related pregnancy considered an injury  
in criminal law?:  
critical review on two cases of Korean Supreme Court related to rape  
in mid 2019

Kwon, Chang-kook\*

In mid of 2019, although it did not get attention by people, Korean Supreme Court had presented noteworthy two cases in related to sex crime. both cases were rape cases and have a common feature in that the victims(female) became pregnant due to rape. especially in one case of two, the victim was a minor, 11 years old. in conclusion of two cases, the Supreme Court denied the establishment of injury by rape. the reason of these conclusion is, ① even considering the physical and mental change women experienced with pregnancy, the pregnancy itself of female is a expressing of natural & healthy physiological function, so is not considered injury, ② if the pregnancy of female is a injury, the scope of injury or negligence resulting in injury is too broad, so against the principle of “nulla poena nullum crimen sine lege”, ③ given the current sex crime sentencing standard, there is virtually benefits to interpreting the pregnancy as injury. and in the most of criminal law textbook, ④ the view that pregnancy is not an injury has been supported conventionally.

but, is this existing interpretation(pregnancy is not an injury) justified? Given the physical and mental changes that women face with pregnancy and the risks involved, it is hard to agree with conventional these view points easily. and according to current sex crime sentencing standards, apparently, there is no real gain in sentencing against the accused. but Indeed, in many cases, it is pointed out that the sentencing corresponding to the crimes of sex offenses cannot be achieved. In conclusion, as

---

\* Dept. of Police Science, Jeonju University

long as the current interpretation holds that pregnancy is not an injury, it would be impossible to solve the problem of punishment corresponding to sex crimes.

in this paper, first, I'll review the existing discussion on the concept of injuries under criminal law and whether a woman's pregnancy can be regarded as an injury, on the basis of the physiological impairment theory supported by the theory & the conventional case law. in addition, by comparing the relevant case and theories in the United States, I would like to expand our understanding related to this problem.

❖ key words: injury / physiological impairment theory / sex crime / rape & rape wound / pregnancy