

「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」에 대한 사후적 입법평가*

신 옥 주**

Contents

- I. 서 론
 - II. 젠더폭력으로서의 가정폭력
 - III. 현행 가정폭력특례법의 문제점
 - IV. 독일의 가족폭력범죄에 대한 대응법제에 대한 비교법적 고찰
 - V. 결 론
-

* 2018.10.12. 제2차 입법평가 연합학술대회에서 발표한 글을 수정·보완하였음.

** 전북대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

헌법 제11조에서는 평등원칙과 평등권을 규정하며 차별을 금지한다. 그리고 대표적 차별사유로 '성별'을 들고 있다. 제32조에서는 노동영역에서 여성의 근로 보호와 차별금지를, 제34조에서는 복지영역에서 여성복지와 권익향상을 위한 국가의 노력의무를 규정하고 있다. 제36조에서는 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장하여야 한다고 규정함으로써 혼인 및 가족의 영역에서 양성의 평등을 다시 한번 강조하고 있다. 헌법에서 일반적 평등규정 외에 각 영역별 여성에 대한 특별한 평등을 명하고 있는 것은 우리사회가 그만큼 각 영역에서 여성에 대하여 차별적이었으며, 차별을 철폐하고 실질적 평등의 실현을 위하여 국가의 적극적 개입을 필요로 한다는 점을 나타내는 것이라고 볼 수 있다.

그동안 우리사회에서 성평등의 실현에 장애가 되는 법제의 개선이 꾸준히 이루어지고 있다. 특히 민법적 영역에서 호주제의 폐지, 동성동본 금혼 규정의 개정 등은 큰 성과라고 할 수 있다. 국적법에서 자녀의 국적취득원칙이 부계혈통주의에서 양계혈통주의로 변경된 것은 성평등과 혼인과 가족생활에서의 성평등과 인간의 존엄실현 측면에서 매우 고무적인 일이다. 형법의 영역에서는 혼인빙자간음죄와 간통죄가 여성의 성적자기결정권의 침해한다는 이유로 폐지되었다. 이러한 진전에도 불구하고 여전히 존치되고 있는 민법상 부성주의원칙, 형법상 강간죄 구성요건, 낙태죄 처벌의 규정 등은 여성에 대한 차별과 여성의 권리를 침해하는 위헌적 규정으로서 대표적으로 거론된다.¹⁾ 그러나 이 규정들 외에도 실질적 성평등 실현의 위한 실현을 위하여 해결해야 하는 무수한 법제개선의 과제들이 존재한다. 그 중 하나로 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 가정폭력특례법)이 1997. 12. 13., 제정(시행 1998. 7. 1.)을 들 수 있다.

대표적 젠더폭력으로 볼 수 있는 가정폭력은 가정폭력특례법이 시행된 지 20년이 지났음에도 불구하고 줄어들지 아니하고 여전히 큰 사회문제로 자리 잡고

1) 자세한 것은 신옥주, 부성주의의 위헌성 고찰, 「안암법학 제43호」, 2014.1.; 신옥주, 낙태죄의 위헌성 고찰, 「생명, 윤리와 정책」, 제2권 제1호 2018. 4. 참조.

있다. 따라서 사후적 입법평가를 통해 법 자체에 대한 문제점을 점검함과 더불어 가정폭력에 대한 인식 및 정책방향에 대한 전반적 검토가 필요하다. 2018년 제8차 UN 여성차별철폐위원회(CEDAW)의 한국정부심의회와 그에 따른 권고에서도 법의 목적과 주요 내용에 대한 개정권고를 한 점에서도 입법평가의 필요성이 잘 드러난다고 할 수 있다.

과거 가족영역에서의 폭력은 사적인 일로 취급하였으나 1990년대부터 국제적으로 여성에 대한 폭력이 여성인권의 침해이며 차별이므로 국가는 이러한 폭력을 종식시키고 피해자보호를 위한 책무가 있다는 인식이 관철되었다. 우리나라에서도 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 제정을 통해 가족이 사적인 영역으로서 국가의 개입으로부터 자유로운 영역이라고 하는 전통적 사고가 극복되고 가정폭력특례법의 제정을 통해 가족내의 폭력행위는 범죄행위로서 국가가 개입해야 하는 영역임이 인정되었다. 그러나 가정회복을 위한 처분이라는 법의 목적, 검찰의 과도한 상담조건부 불기소처분, 경찰의 부적절한 초동 가정폭력피해 대처, 법원의 가정보호사건처분의 한계 등으로 인하여 가해자 처벌과 피해자의 보호가 잘 이루어지지 않게 되고, 이로 인해 피해여성의 신고율이 매우 낮은 실정이다. 또한 오랜 기간 가정폭력의 피해자였던 아내가 남편을 살해한 경우 법의 집행도 여성에게 가혹하다. 대법원은 2017년 37년간 가정폭력에 시달린 여성이 남편을 살해한 사안에서 피해여성의 정당방위(2)를 인정하지 않고 징역 4년을 선고하였다. 이러한 문제의 중심에는 무엇보다도 가정폭력특례법의 목적이 가정폭력에 대하여 이를 폭력으로 보고 폭력을 행사한 범죄자의 처벌과 피해자보호에 중점을 두고 있는 것이 아니라, 정상적 가족의 회복과 유지에 중점을 두고 있고, 법의 내용과 체계가 이러한 법의 목적을 실현하기 위하여 적합하게 구성되어 있기 때문이다.

2) 가정폭력피해여성의 정당방위와 관련된 논의는 김현정/이수정, 학대남편을 살해한 피해대여성의 판결에 관한 연구; 「한국심리학회지」 2007. vol.12 nr. 1 43-62쪽; 김호기, 비대면상황에서의 피해대자의 학대자 살해행위와 정당방위의 살해가능성-미국의 매 맞는 여성 기준의 도입가능성 및 그에 대한 대안의 검토-, 「경찰법연구」 제9권제2호(2011), 146-173쪽; 정도희, 가정폭력피해자의 반격과 정당방위에 대한 소고, 「비교형사법연구」 제17권제4호 199-222쪽; 박정난, 가정폭력 피해자의 정당방위 성부에 관한 비판적 고찰, 「법학연구(전북대학교 법학연구소)」 제57집 2018.9, 107-136쪽 등 참조.

이 글에서는 가정폭력의 성격구명을 통한 가정폭력범죄에 대한 방향성을 정립하고, 사후평가를 통하여 가정폭력특례법의 문제점을 살핀 후, 독일의 법정책을 비교법적으로 고찰한 후 법이 가지는 문제와 한계를 밝히고 그 해결방안을 제시하고자 한다. 이러한 연구의 목적은 가정폭력특례법의 문제점을 해소하여 피해여성의 안전과 보호가 이루어 질 수 있도록 법제개선을 하는 데에 일조를 하기 위한 것이다.

Ⅱ. 젠더폭력으로서의 가정폭력

1. 가정폭력의 성격

가정폭력은 성차별적 사회구조와 권력관계 속에서 발생하는 성에 기반한 폭력(젠더폭력)으로서, 권력관계를 이용하여 구조적으로 강한 사람을 통하여 약한 사람에게 가해지는 육체적 또는 정서적 온전성에 대한 침해³⁾라고 정의할 수 있다. 가정폭력은 현존하거나 해체된 가족의 부부 혹은 부부에 유사한 관계속에서 육체적, 심리적 또는 성적 폭력이 시행되거나 위협이 되는 경우에 존재한다.⁴⁾

가정폭력은 피해자의 90% 이상이 여성이라는 특징을 갖고 있어서 가정폭력에 대한 이해, 즉 이를 젠더폭력으로 볼 것인지 여부는 가정폭력관련 법정책의 수립방향을 정립하기 위한 전제가 된다. 가정폭력에 대한 이해를 기반으로 가정폭력을 병리적·심리적 문제를 가지고 있는 개인간의 문제로 보고 그 해결방안을 개인간의 문제해결을 위한 참여와 치유를 통한 가정보호를 중심으로 나아갈지, 혹은 개인의 폭력이나 일회적 사건이 아닌 성별권력관계와 통제에서 비롯되는 문제, 즉 여성차별의 한 내용인 젠더폭력으로 보고 폭력에 대한 적극적 형벌권의 행사와 피해여성의 안전확보 및 인권보호의 방향으로 법을 전개할지의 문제가

3) Andrea Büchler: Gewalt in Ehe und Partnerschaft – Polizei-, straf- und zivilrechtliche Interventionen am Beispiel des Kantons Basel-Stadt, Basilea/Ginevra/München 1998.

4) Marianne Schwander: Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt: Neue Erkenntnisse – neue Instrumente. In: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 121, Heft 2, Bern: Stämpfli, 2003.

서로 결부되어 있는 것이다.

1960년대 후반 70년대 초 서구의 여성주의자들은 여성운동에서 가정폭력의 문제를 제기하기 시작했다. 이들은 자본주의 사회에서 필요한 가족제도라는 광범위한 사회적 맥락에서 가족과 가정폭력을 분석하고 가정폭력이 개인적 특성이거나 일회적 사건이 아니라 성별권력과 통제의 문제이고, 따라서 개인의 문제가 아니고 국가개입이 필요한 사회적 문제임을 주장하였다. 이러한 입장에 대하여 1975년부터 미국에서 친밀한 관계 혹은 배우자폭력이 젠더와 권력의 문제라는 인식에 반론을 제기하면서 젠더폭력의 성격에 대한 논쟁이 시작되었다. 젠더폭력 반박론자들은 가정폭력은 남녀 모두에게 발생한다는 '젠더균형론'의 입장에서 가정폭력을 폭력적 개인의 문제로 보고 젠더범주를 가정폭력을 이해하는 분석틀로 사용하는 것은 적절치 않다고 비판한다. 이들은 남성을 가해자로 보고 구조적 요인으로서 젠더범주에 매몰되기 보다는 개인적인 폭력의 원인을 조사하고 그에 대한 개입을 하는 것이 가정폭력의 문제를 해결하는 올바른 방향이라고 본다. 그러나 이러한 젠더균형론에 대하여는 여성의 폭력사용 빈도만을 측정함으로써 여성의 폭력사용 동기와 전체적 맥락을 이해하는데 있어서 한계를 보인다는 비판이 제기되었다.

가정폭력을 젠더불균형론에 입각하여 젠더폭력으로 보는 입장과 젠더균형론에 입각하여 개인적 폭력이라 파악하는 입장의 대립적 구도를 해결하기 위한 대안으로 1995년부터 '폭력의 유형화' 논의가 전개되었다. 이 입장에 따르면 젠더균형론과 젠더불균형론이 각각 관찰하고 있는 폭력이 실상은 성질이 전혀 다른 것이어서 폭력유형에 대한 구분 없이 폭력의 본질에 대해 논의하는 것 자체는 의미가 없다. 현재까지는 폭력의 유형, 즉 가해자와 피해자의 유형을 정확히 파악함으로써 각각의 폭력에 대한 구체적 개입 방식을 수립할 수 있다는 점, 즉 사회에서 발생하는 모든 폭력을 예견하고, 또 예방과 치료에 있어서도 효과적일 수 있다는 점에서 이 입장이 가장 많은 지지를 받고 있다. 그러나 이 입장도 폭력을 유형화함에 있어서 폭력을 사용하는 사람이 누구인지에 초점을 두어 폭력을 개인화하는 경향이 강하다는 점에서 비판이 제기된다. 즉, 폭력 근절의 궁극적 목표이자 폭력예방을 위한 여건을 마련하는 것이 종국적으로는 여성의 중

속적 삶의 조건을 개선하고 독립적 인격체로서의 삶을 형성할 수 있도록 하기 위한 것이라는 관점에서 본다면, 젠더가 충분히 고려되지 않은 유형화 논의는 여전히 한계적일 수밖에 없다는 것이다.⁵⁾

가정폭력을 '젠더평등'의 관점에서, 또는 '폭력유형화'의 관점에서 파악하기에는 한계가 있다. 가정폭력은 젠더의 문제로서 사회구조적이 불평등이 젠더폭력의 발생원인이며 일방이 다른 일방에 의존하는 불평등한 관계에서 의존적인 일방을 통제하고 그 위치에 고착시키기 위하여 사용되는 것이고 파악할 수 있다. 가정폭력의 문제를 접근하기 위하여 폭력이 성의 불평등을 확장하기 위하여 어떻게 기능하는가의 질문에 대한 답변을 탐구하여야 하는데, 가정폭력은 남성들이 성에 기반한 특권을 유지하기 위하여 사적 공간에서 실행하는 지배수단이라고 볼 수 있는 것이다.

2. 헌법상 성평등의 관점에서 가정폭력에 대한 이해

평등은 “각자에게 그의 것을” 분배하는 것이 정의라는 관념에서 출발한다. 이는 불평등에서 나오는 생존의 위협에서 각인을 해방하고 균등하게 인간다운 생활을 보장하려고 하는 것이다.⁶⁾ 현대에 들어와서 평등이념은 이러한 형식적인 평등만을 의미하는 것이 아니라, 현실에서 나타나는 불균등에 주목하고, 남성과 여성의 특징이나 상황을 고려하는 것으로서 법적용의 결과나 효과가 한 성에게 차별이나 불리함을 가져오는지를 살피는 실질적 평등을 포함한다. 이때 과거차별의 현재적 효과라고 하는 시간적으로 누적된 차별도 역시 차별의 효과로 고려될 수 있다. 실질적 평등은 조건의 평등과 결과의 평등까지 고려될 때 실현될 수 있다.⁷⁾ 따라서 실질적 성평등이란 성차별금지를 넘어 차별과 폭력, 소외와 편견을 극복하는 것, 인권을 동등하게 보장하는 것, 생리적 차이와 사회적 차이를 고려하는 것, 남녀가 사회와 가정에 공동으로 참여하여 권한과 책임을 분담하

5) 허민숙, “폭력이 있었던 것은 아니지만...” -친밀한 관계에서의 강압적 통제와 가정폭력 재개념화를 위한 연구, 『페미니즘 연구』 12(2), 2012.10., 69-103쪽 참조.

6) 김철수, *학설판례 헌법학(상)*, 2007, 581쪽.

7) 신옥주, 실질적 성평등실현의 관점에서 여성의 정치적 대표성의 제고를 위한 적극적 조치에 대한 연구, 『서울법학』 제26권제2호, 2018.8., 53쪽.

는 것, 평등상생의 발전, 평화의 이념이 구현되는 사회와 남녀관계를 포괄하는 것을 의미한다.⁸⁾ 우리사회에서 여성에 대한 차별과 실질적 평등의 실현을 고민할 때, 여성의 생물학적 특징이 차별요소로 고려되고 폭력 등 다양한 기제를 통해 여성에 대한 차별이 유지되며, 성 차별적 사회구조로 인해 여성에 대한 차별이 견고하게 유지되고 있는 점을 상기할 필요가 있다. 이러한 관점에서 보면 가정폭력은 젠더폭력으로서 폭력을 통해서 사회와 가정에서 여성에 대한 통제를 강화하고 이를 통해 여성에 대한 차별이 공고해지도록 만드는 도구라고 이해할 수 있게 된다.

헌법은 최고 규범으로서 모든 국가기관을 기속하며 하위규범들은 헌법의 평등적 이념과 평등권의 내용에 반하지 아니해야 한다. 오랜 성차별의 역사를 가진 우리사회가 민주화를 거치면서 빠르게 변화하고 있고 이에 발맞추어 특히 민법적 영역에서 법률의 제·개정 등이 느리지만 꾸준히 이루어지고 있다. 그러나 여전히 혼인과 가족영역에서 발생하는 문제들에 대하여 이를 젠더관점에서 살펴보고 피해자의 안전과 보호, 차별금지를 통한 여성인권의 보호실현이라는 관점이 전적으로 관철되고 있지 못하다. 그 결과 예컨대 가족폭력특례법과 같이 가족이나 가족 유사한 관계에서 발생하는 폭력에 국가가 개입하고 대응하는 목적이 가정의 보호에 있다고 보게 되는 것이다. 이제는 이처럼 헌법의 이념에 반하고 차별을 공고화하는 법제들에 대한 검토와 정비가 필요하다. 또한 헌법재판소를 비롯한 법원들도 많은 판결을 통해 헌법의 이념과 내용을 기준으로 위헌성과 권리의 침해여부를 판단하고 있다. 특히 여성의 지위나 역할에 대하여 호주제 위헌결정, 군가산점제 위헌결정, 국적법상 부계혈통주의 헌법불합치 결정 등 매우 주목할 만한 몇 개의 결정들을 하고 있다. 헌법재판소가 호주제 결정에서 가족제도가 비록 역사적·사회적 산물이라는 특성을 지니고 있다 하더라도 헌법의 우위로부터 벗어날 수 없으며 만일 가족법이 헌법이념의 실현에 장애를 초래하고, 헌법규범과 현실과의 괴리를 고착시키는데 일조하고 있다면 그러한 가족법은 수정되어야 한다고 밝힌 점은 고무적이다. 이 결정을 통해 과거 사적영역의 가족관계에서 전통이라는 명목으로 정당화되었던 여성차별적 법규범들이 엄격하게 헌법적 평

8) 김엘림, 「남녀평등과 법」, KNOU Press, 2009, 8쪽.

등기준을 적용하여 그 위헌성이 판단되어야 한다는 점이 확인되었다. 그러나 헌법재판소와 법원이 성평등을 이해함에 있어서 특히 가족의 영역에서 여전히 전통적인 견해와 정형화가 잔존하고 있는 것을 볼 수 있다. 그 대표적인 예가 부성주의원칙에 대한 결정이다. 헌법재판소는 “자는 부의 성과 본을 따르고” 부분에 대하여 양계 혈통을 모두 성으로 반영하기 곤란한 점, 부성의 사용에 관한 사회 일반의 의식, 성의 사용이 개인의 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않는 점 등을 고려할 때 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다고 판단함으로써 법률로써 모의 자녀성에 대한 공동결정권이 배척되고 여성과 모에 대한 차별이 정당화되고 있는 것이다.⁹⁾

3. 국제적 규범에 따른 여성폭력과 여성차별에 대한 이해

1979년 유엔 여성차별철폐협약에 따르면 여성차별은 성과 결부되어 근거가 되는 모든 구분, 배제 또는 제한으로써, 그 결과 혹은 그 목적은 가족상태와 관계 없이 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타의 영역에서 양성평등에 기반하는 여성의 인권과 근본자유의 인정, 요청, 또는 실현을 침해하거나 좌절시키는 것이다. 차별은 직접, 간접 차별뿐만 아니라 의도하지 않은 상이한 처우도 포괄한다.¹⁰⁾

차별의 개념을 좀 더 확장하고 젠더폭력을 중요하게 고려한 1993년 유엔 여성에 대한 폭력철폐선언¹¹⁾ 제1조는 다음과 같다: 이 선언의 의미에서 ‘여성에 대한

9) 신옥주, 부성주의 위헌성 고찰, 「안암법학」 제43호, 2014.1.

10) Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau(CEDAW vom 18. Dezember 1979).

Art. 1 In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck „Diskriminierung der Frau“ jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Familienstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.

11) Die Erklärung über die Beseitigung der Gewalt gegen Frauen(englisch Declaration on the Elimination of Violence Against Women) ist eine Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen, die im Rahmen der 48. Versammlung am 20. Dezember 1993 als Resolution 48/104 verabschiedet wurde. Sie gilt als Erweiterung der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung

폭력'은 여성에 속함을 근거로 하여 공적 영역뿐만 아니라 사적영역에서 여성에 대해 행해지는 모든 폭력행위를 의미하며, 이러한 폭력행위를 통해 여성에게 육체적, 성적 또는 심리적 손상 또는 고통이 가해지거나 가해질 수 있는 것이며, 폭력협박행위, 강박, 자의적 자유박탈도 폭력에 포함된다. 제2조에 따라 여성에 대한 폭력은 다음과 같은 행위를 여성에 대한 폭력으로 이해할 수 있다. 그러나 이러한 행위에 국한되는 것은 아니다.

a) 가족내에서 육체적, 성적, 심리적 폭력, 육체적 학대, 가정에서 여아의 성적 학대, 지참금과 관련한 폭력행위, 부부간, 여성할례, 여성에게 손상을 주는 기타 전통적인 관습들, 부부외의 폭력, 착취와 관련된 폭력을 포함한다. 제4항에서는 여성에 대한 폭력을 철폐하고 여성의 보호를 위하여 국가가 조치를 취하여야 함을 규정하고 있는데, 이에 따라 여성에 대한 폭력은 형법, 민법, 노동법, 행정법적으로 제재를 받아야만 한다.

2018년 2월 UN 여성차별철폐위원회(CEDAW)의 여성차별철폐협약 이행에 대한 한국정부심사가 제네바 유엔본부에서 개최되었다. CEDAW는 한국정부에 일반권고 35호 「여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약」에서 “여성폭력은 남성에 비해 종속적인 여성의 위치와 그들의 전형적인 역할이 영구화되는 근본적인 사회적, 정치적, 경제적인 방법 중의 하나로 간주한다. 위원회는 여성과 남성의 실질적인 평등을 성취하고, 여성이 협약에 새겨진 그들의 인권과 본질적 자유를 누리는 데에 그러한 폭력이 심각한 장애물임을 명확히 한다”고 정의하고 있다. 또한 권고 e)에 “강간을 포함하여 성폭력을 신변 안전 및 육체적, 성적, 정신적 온전성에 대한 권리에 반하는 범죄로 특정짓고, 부부간, 지인간, 데이트 강간을 포함하여, 성범죄의 정의가 자유로운 동의의 부재에 기반을 둔 강압적인 상황을 고려한 것으로 보장하라”고 명시하였다.¹²⁾

UN 여성차별철폐위원회(이하 CEDAW)의 제69차 세션 한국 제8차 본심에

der Frau und steht in einem Zusammenhang zur Weltkonferenz über Menschenrechte in Wien 1993, die in ihrer „Wiener Erklärung“ die Beseitigung von Diskriminierung und geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen anmahnte und forderte.

12) 고미경·유승진·이미경·정미례, 젠더에 기반한 폭력 근절을 위한 법, 정책, 운동, 자료집, CEDAW 제8차 한국 정부 심의 대응 NGO 활동보고 및 토론회 - 유엔 여성차별철폐협약과 CEDAW 최종결의의 국내 이행 방안 -, 2018년 3월 27일(화) 오후 2시 국회의원회관 제9간담회의실, 25쪽.

서 젠더에 기반한 여성에 대한 폭력분야 권고는 a. 형법 제 297조를 개정하여, 피해자의 자유로운 동의 부족을 중심으로 강간을 정의하고, 특히 배우자 강간을 범죄화할 것; b. 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 주요 목적을 피해자와 그 가족의 안전 보장이 되도록 개정할 것; c. 성폭력 피해자에 대한 무고죄 적용과 같은 형사소송절차 상의 남용을 방지하기 위한 모든 조치를 취하고 사법 절차에서 성 이력을 증거로 채택하는 것을 금지할 것; d. 사이버 성폭력을 예방하는 조치를 강화하고 새로운 형태의 폭력을 명확히 범죄화하는 법안을 마련할 것; e. 직장 내 성희롱 사건에 대한 효과적인 관리 및 감독 체계를 수립하고, 가해자에 대한 의무적인 징계 조치 이행할 것; f. 학교, 대학, 군대 등 공공 기관에서의 성폭력 가해자에 대한 엄격한 처벌을 보장하고 신고와 상담을 용이하게 하기 위해 철저한 비밀유지를 보장할 것; g. 성폭력 피해를 겪은 여성들을 포함하여, 북한이탈여성에 대한 효과적인 심리치료와 상담 서비스 제공을 위해 이들을 위한 센터에 충분한 재정을 지원할 것 등이다.

Ⅲ. 현행 가정폭력특례법의 문제점

1. 가정폭력 현황

가정폭력특례법의 제정 당시¹³⁾ 가정폭력에 국가가 공적문제로 대처해야 하고 경찰이 초기개입을 해야 하며 신고 후 피해자 보호조치를 해야 한다는 점에 대해서는 공감대가 형성되었다. 그러나 가정의 보호와 피해자의 인권보호 사이의 조화를 위하여 법의 정책방향을 어떻게 설정할 지에 대하여서는 논의가 많이 있었지만 합의가 어려웠다. 결국 가정보호를 법의 목적으로 삼고 피해자의 인권 보호에 대해서는 특별한 기준을 마련하지 않은 채 검사재량으로 맡겨두었다.

가정폭력 신고사건이 2013년 160,272건에서 2016년 264,528건으로 증가하였고 2016년 기준 검거건수는 신고건수의 약 17%이다. 구속건수는 검거건수의 1.1% 정도이다. 형사사건으로 기소하는 비율은 2013년 15.1%에서 2015년 8.6%

13) 대법원 1994.3.22. 선고 93도3336판결 등이 동법의 제정을 촉구하는 계기가 되었다.

로 낮아졌고, 기소되어 형사사건으로 처리되어도 대부분 약식사건으로 벌금형으로 처리된다. 불기소율은 2013년 60.4%에서 2015년 50.1%로 감소했다. 불기소 중 기소유예는 검찰단계에서 상담조건부 기소유예처분을 활용하는 것으로서 2013년 14.5%에서 2015년 9.7%로 그 비율이 감소하였다. 공소권없음은 폭행죄의 경우 피해자가 처벌에 대하여 의사가 없는 경우 내려지는데, 2013년 24.1%에서 2015년 37.9%로 증가하였다. 검찰에서 가정보호사건으로 법원으로 송치하는 비율은 2013년 14.5%에서 2015년 40.7%로 크게 상승하였다. 1999년 통계를 보면 송치된 2,552건 중 56.7%가 보호처분이 되었고 불처분의 비율은 42.0%, 보호처분 취소 후 검찰청 송치와 타법원 이송이 1.3%였다. 2016년에는 가정보호사건은 총 21,902건으로 이중 52.1%인 11,368건에 대하여 보호처분이 되었고 38.6%에 해당하는 8,421건에 대하여서는 불처분이 되었으며 타법원으로 이송은 124건 0.6%였다. 처분 중 8호 상담위탁이 4,393건 20.1%로 가장 많았고, 그 다음으로는 4호 사회봉사수강명령이 2,614건 12.0%였다. 이외에 1호 접근행위금지 78건 (0.4%), 2호 전기통신이용 접근행위금지 2건, 5호 보호관찰 1,622건(7.4%), 7호 치료위탁 104건(0.5%) 등이며, 3호 친권행사제한과 6호 감호위탁은 0건이었다.¹⁴⁾

2018년 CEDAW는 가정폭력특례법에 대하여 다음과 같은 우려표명 및 권고를 하였다:

“22(b) : 신고된 가정폭력 사건이 2013년 160,272건에서 2016년 264,528건으로 증가한 점, 가정폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 하에서 가정보호 사건이 2012년 494건에서 2016년 19,834건으로 증가한 점; 법률의 주요 목적을 가족의 유지 및 회복에 두고 있기 때문에, 2015년 총 16,868건의 가정보호 사건 중 43.4%는 어떠한 형사처벌도 수반하지 않은 점, 또한 접근금지명령 위반자에 대해 단순히 과태료만을 부과하는 점에 대하여 우려를 표하고,

23(b) : 법의 주요 목적이 피해자와 그 가족의 안전 보장이 되도록 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 개정할 것. 특히 성적 지향 혹은 성별정체성과

14) 박복순, 가정폭력특례법 시행 20주년의 평가 및 향후과제, 가정폭력특별법 시행 20주년 기념토론회, 2018.9.20. 자료집 44-45쪽.

관계없이 동성 커플 및 가족, 모든 여성들에게로 법의 적용을 확대할 것, 가정폭력 사건 처리에 있어 상담이나 교육을 조건으로 기소유예하는 제도를 폐지하고 화해나 조정 수단의 사용을 금지할 것을 권고한다.”

2. 법의 목표의 문제점

제1조에서 밝히는 법의 목적은 가정폭력범죄의 형사처벌 절차에 관한 특례를 정하고 가정폭력범죄를 범한 사람에 대하여 환경의 조정과 성행(性行)의 교정을 위한 보호처분을 함으로써 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 가꾸며 피해자와 가족구성원의 인권을 보호하는 것이다. 이 법의 목적이 가정폭력이 범죄이고 범죄자에 대한 처벌과 피해자 및 그 가족의 안전에 있어야 함에도 불구하고 처분을 통한 가족의 유지 및 회복에 두고 있다. 이는 가정폭력을 법률에 반하는 범죄가 아니라 사적 공간인 가정 내에서 발생하는 경미한 범죄로 이해하는 시각이 투영된 것이라고 볼 수 있으며, 이러한 시각이 법 전체적인 흐름을 이루고 있어 실효성이 문제시되는 상담조건부 기소유예 제도, 가정보호사건 등으로 처리를 하도록 함으로써 가해자에 대한 처벌을 사실상 어렵게 하는데 역할을 담당하고 있다.

1997년 현행 가정폭력특례법이 제정될 당시에는 가정폭력으로 고통을 받고 있는 가정에 대해 가급적 가정이 해체되지 않도록 하면서 가해자의 개선과 피해자를 보호하고자 하는 목적이었다. 그러나 가정폭력범죄의 재범률은 매우 높다. 가정폭력사건 재범률을 살펴보면 2008년에는 7.9%인 것에 비해 점차 증가하여 2012년에는 32.2%로 나타났다. 2013년과 2014년에 그 수치는 감소하였지만, 이는 2013년과 2014년 4대악 정책의 추진으로 가정폭력 검거인원이 이전에 비해 두 배 가까이 증가한 것을 고려하면 재범율이 감소했다고 보기는 힘들다. 이러한 수치는 가정폭력사건이 반복적이고 지속적으로 발생한다는 특성을 확인시켜준다.¹⁵⁾ 피해자의 안전은 확보되지 못했으며 가해자에 대한 처벌은 미미한 실정이다. 21년이 지난 현재 가정폭력특례법의 시행결과를 보면 가정폭력 범죄자의

15) 김혜경, 박관혁, 정의롬, 가정폭력범죄에 대한 경찰의 효율적 대처방안, 「사회과학연구」 22(3), 171쪽. 2015.

개선뿐만 아니라 가정폭력 피해자 보호에도 미흡하고 가정보호의 목적도 달성하지 못한 점이 드러나고 있어 개정이 필요하다.

3. 가정구성원의 범위의 문제점

가정폭력특례법상 가정폭력의 개념은 가족구성원 간의 학대와 폭력을 폭넓게 가리키는 용어이다. 동법 제2조 각호 1.에 따르면 가정폭력이란 가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위를 말한다. 가족구성원은 사실혼 관계를 포함한 배우자, 자기 또는 배우자와 직계존비속관계(사실상의 양친자관계를 포함한다)에 있거나 있었던 사람, 계부모와 자녀의 관계 또는 적모(嫡母)와 서자(庶子)의 관계에 있거나 있었던 사람, 동거하는 친족을 말한다.¹⁶⁾ 가호 3에서 규정하는 가정폭력범죄는 육체적, 경제적, 성적, 정서적 폭력 또는 학대, 이에 대한 위협 등이다.

육체적 폭력은 구타, 밀기, 흔들기, 물기, 조르기, 물건던지기, 기타 폭력적 공력 등 신체나 생명에 대한 모든 종류의 공격이다. 성적폭력은 강간, 성적 강요(Nötigung), 성적 개체로 격하, 매춘강요 등 성적 자기결정에 반하는 모든 행동이다. 심리적 폭력 혹은 정서적 폭력은 협박, 강요, 스토킹, 자유박탈, 욕설, 감독, 굴욕, 겁, 정서적 조작, 금지, 통지, 사회활동 감시 등 심리적 안정성에 반하는 모든 행동이다. 경제적 폭력에는 노동금지, 노동강요, 공동 계좌접근금지, 임금몰수 등 경제적 혹은 재정적 자립성 혹은 독립성에 반하는 모든 행위이다.

이 정의 규정에 따른 가족구성원의 범위가 협소하다. 혼인이나 데이트관계의 형성과 유지에 있어서도 첸더질서가 작동하고 통제를 위한 폭력이 작동된다. 혼인의사 없이 동거하는 커플들이 늘고 있고, 애인 등 친밀한 관계에서 폭력이 행사되는 일이 늘고 있다. 2006년부터 데이트관계에서 발생하는 여성에 대한 폭력을 주목하여 ‘데이트폭력’이라는 명칭이 사용되고 있다. 또한 부부이었던 사람들에게서 발생하는 폭력도 많다. 따라서 현실에 맞게 가족구성원의 범위를 확대할 필요가 있다.

16) 직계존속에 의한 아동학대의 가정폭력범죄에 대해서는 2014.9.29. 제정·시행된 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 우선 적용된다.

4. 경찰의 가정폭력범죄에 대한 응급조치와 긴급임시조치 및 검사의 임시조치의 문제점

가정폭력범죄사건에서 첫 번째 단계인 경찰의 초동대응은 매우 중요하다. 경찰의 인식제고와 더불어 경찰이 실효성 있게 대응을 할 수 있도록 경찰이 적절한 조치를 취할 수 있는 권한이 필요하다.

사법경찰관리는 가정폭력범죄가 신고가 접수된 때에는 법 제9조의4에 따라 현장조사권을 갖는다. 그리고 법 제5조에 따라 진행 중인 가정폭력범죄에 대하여 신고를 받은 사법경찰관리는 즉시 현장에 나가서 1. 폭력행위의 제지, 가정폭력행위자·피해자의 분리 및 범죄수사; 2. 피해자를 가정폭력 관련 상담소 또는 보호시설로 인도(피해자가 동의한 경우만 해당한다); 3. 긴급치료가 필요한 피해자를 의료기관으로 인도; 4. 폭력행위 재발 시 제8조에 따라 임시조치를 신청할 수 있음을 통보의 조치를 하여야 한다. 또한 사법경찰관은 응급조치에도 불구하고 가정폭력범죄가 재발우려가 있다고 인정되는 경우 직권 또는 피해자(법정대리인)의 신청에 의해 법 제8조2에 따른 긴급임시조치를 취할 수 있고, 그 경우 지체 없이 검사에게 임시조치를 신청하여 법원이 법원에 임시조치를 청구하도록 하고, 검사가 임시조치청구를 하지 않거나 법원이 임시조치결정을 하지 않는 경우 긴급임시조치를 취소하도록 하였다.

제8조에 따른 임시조치는 동조 제1항에 따라 검사가 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조제1항제1호 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실(房室)로부터의 퇴거 등 격리, 제2호 피해자 또는 가정구성원의 주거, 직장 등에서 100미터 이내의 접근 금지, 또는 제3호 피해자 또는 가정구성원에 대한 전기통신기본법 제2조제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지의 임시조치를 청구하는 것이다. 또한 검사는 동조 제2항에 따라 가정폭력행위자가 제1항의 청구에 의하여 결정된 임시조치를 위반하여 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조제1항제5호 국가경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치중 어느 하나에 해당하는 임시조치

를 청구할 수 있다.

경찰의 이러한 현장조사권, 응급조치, 긴급임시조치는 피해자를 보호하고 적절한 초기대응을 할 수 있도록 해준다는 점에서 의의가 있지만 다음과 같은 문제점이 드러나고 있다.

첫째, 경찰단계에서의 긴급임시조치 처리절차상의 문제점이 있다. 긴급임시조치를 신청하기 위해서는 기본적인 수사서류(환경조사서, 응급조치조사서, 긴급임시조치확인서, 피해조서 등)가 작성되어야 하고 이를 근거로 검사가 청구하게 되는데, 긴급임시조치는 경찰의 생명·신체보호의무에 따른 책무로서 추가적 범죄예방을 위한 예방경찰활동이고 피해자의 보호를 위한 것이므로 검사의 통제를 받을 필요 없이 바로 사법경찰관리가 법원에 신청할 수 있도록 하는 것이 바람직 할 것으로 생각한다.¹⁷⁾

둘째, 임시조치위반시 처벌이나 벌금이 아니라 과태료를 부과하고 있는 점도 문제이다. 법 제65조에서는 가호4.에서 정당한 사유 없이 제29조제1항제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 임시조치를 이행하지 아니한 사람에게 500만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다. 이처럼 임시조치를 위반하여도 과태료 규정외에는 형사처벌을 할 수 없다. 경찰이 피해자의 재산고갈을 받고 또 다시 출동한다 해도 직접적인 제재를 가할 수 없어 사실상 임시조치가 가해자에 대하여 강제력을 행사하는 데에는 어려움이 있으므로 처벌규정으로 개정되어야 한다.

현재 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 개정논의에서 많이 언급되는 것이 가정폭력 범죄자 체포우선제도 도입에 관한 것이다. 우리나라의 경우 현행법의 요건이 충족되는 경우 체포를 하고 있으며, 그 외의 경우 경찰청 내부 가이드라인에 따라 임의동행, 긴급임시조치 등의 제도를 활용하게 된다. 그러나 다른 나라의 예¹⁸⁾를 참조하여 가정폭력 사건 현장에서 '가정폭력 범죄자 체포우선제

17) 김상운, 「한국경찰학회보」 14권 3호(2012), 20쪽; 성홍재, 경찰의 긴급임시조치권과 검사의 지휘권에 대한 법적 검토 -가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부 개정안을 중심으로- 「경찰학연구」 11(3), 2011.09. 7쪽.

18) 이미경 등에 따르면 미국의 경우 1980년 전국경찰서장회의에서 가정폭력 가해자를 체포해야 한다는 권고안을 채택하고 그 효과성 검증을 위해 미니애폴리스 가정폭력 실험연구를 한 결과 가정폭력 가해자를 현장에서 체포했을 때 가정폭력 재범 가능성이 10% 이상 감소하였다는

도' 도입하지는 주장에 대해서는 좀 더 숙의가 필요하다고 생각한다. 기타 범죄자와 달리 가정폭력범에 대하여 가해자를 폭력의 경중, 상황 등과 관계없이 현장 체포를 하게 되면 헌법상 보장되는 신체의 자유에 대한 과도한 제한 우려와 타 범죄피의자와 형평에 맞지 않아 차별의 문제가 발생할 수 있기 때문이다.

5. 검찰단계의 상담조건부 기소유예의 문제점

가정폭력 사범 접수처리 현황을 보면 가정폭력 사범이 18배 이상 늘어났으나 늘어난 범죄율에 비해 기소율은 2013년 15%, 2014년 13.3%, 2015년 8.5%, 2016년 8.5%로 갈수록 낮아지고 있다. 법 제9조의2에 따른 상담조건부 기소유예제도는 2007년 명문화되어 본격적으로 시행¹⁹⁾되었다. 동 규정에 따라 검사는 가정폭력사건을 수사한 결과 가정폭력행위자의 성행 교정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 상담조건부 기소유예를 할 수 있는데, 특정의 기준이 없이 처분되는 이 상담조건부 기소유예가 가정폭력범죄자에 대한 처벌을 무력화하고 피해자보호를 할 수 없도록 하는데 가장 큰 역할을 하고 있다는 비판을 받고 있다.²⁰⁾

이러한 비판과는 달리 상담조건부 기소유예제도가 법의 목적을 실현하기 위해 적합하며 가정폭력에 대한 회복적 사범의 수단을 적용할 수 있는 도구라고 보는 입장도 있다. 회복적 사범이란 전통적 응보적 사범의 실패에 대한 반성과 서구의 형사절차에서 피해자를 거의 고려하지 않는 사범시스템의 한계를 극복하기 위하여 가해자와 피해자의 대화와 협상을 강조하는 것으로 1970년대에 등장하여 소년법영역에서 적용되었다. 회복적 사범의 핵심적 가치와 원리는 전통적인 형사사법체계 안에서 범죄로 파괴된 가해자·피해자 사이의 관계망의 회복, 나아가 가해자·피해자 외에 지역사회까지 포함한 관계망의 회복에 있다. 이는 범죄자의 행위에 대한 통제에만 초점을 맞춘 전통적인 형사사법과는 달리, 범죄

결과보고가 있었고, 이에 따라 1980년대에 가정폭력 가해자 체포를 의무화하는 법을 미국 대부분의 주에서 하였다고 한다. 고미경·유승진·이미경·정미례, "젠더에 기반한 폭력 근절을 위한 법, 정책, 운동", 35쪽; 김은경, 김혜경, 박소현, 유숙영, 현행 가정폭력처벌특례법의 운용실태 및 입법적 개선방안 연구, 형사정책연구원 연구총서, 2014.12. 241쪽 이하.

19) 2007.08.03. 공포, 2007.08.03. 시행

20) 이에 대하여 가정폭력에 대한 회복적 사범모델로서 상담조건부가 의미가 있다는 견해가 있다. 이강민, 여성대상범죄와 회복적 사범, 「이화젠더법학」 5(1), 57-59쪽.

행위로 인하여 발생한 손해의 회복을 지향하며 범죄자 이외에 피해자도 그러한 회복과정의 주체로 파악하는 입장이다. 회복적 사법에서 형사사법체계의 성공 여부는 얼마나 많은 처벌이 가해졌는가 하는 점에서가 아니라 발생한 손해 또는 해악이 얼마나 복구되고 예방되었는가 하는 점에 달려 있다.

회복적 사법의 모델을 가정폭력에도 적용할 수 있는 입장에서는 상담조건부 기소유예제도의 상담을 통해 가정폭력이 범죄라는 규범적 인식을 확고히 함으로써 가해자로 하여금 재범을 방지할 수 있다는 점을 고려한다면 충분히 의미가 있다고 본다.²¹⁾ 이 입장에서는 범죄와 같은 잘못된 행위로부터 틀어진 관계의 회복을 위해 참가자들이 주도적인 입장에서 해결의 방법을 찾아가는 과정이라고 회복적 사법을 이해하고, 범죄에 대한 회복적 사법에 대응은 단순한 다이버전(Diversion)의 효과를 가져오는 것에 국한되지 않고 얼마든지 구금형을 적용하면서 회복적 사법을 적용할 수 있는 것이라고 하면서 회복적 사법을 가정폭력에 대하여 회복적 사법모델의 적용에 대하여 반대한 견해를 반박한다.²²⁾

그러나 가정폭력의 문제를 회복적 사법의 방법을 통하여 해결하는 것은 근본적인 한계가 존재한다. 회복적 사법은 당사자의 대등한 관계를 전제로 하고 대화를 수단으로 하는 해결전략 등의 당사자 대면적 접촉방법을 문제해결전략으로 사용한다. 회복적 사법이 가정폭력이 젠더불균형에서 발생하는 젠더폭력이 아니라 젠더균형적 폭력으로서 개인의 폭력성향 등의 문제에 기인하는 보기 때문이다. 그러나 가정폭력은 일방적인 폭력의 가해자와 지속적인 피해자의 관계하에서 발생한 젠더폭력이다. 피해자와 가해자를 대등한 관계로 보기 어렵고, 이러한 힘의 균형이 무너진 상태에 가해자와 피해자의 분리가 중요함에도 불구하고 주로 당사자의 대면적 방법을 사용하는 회복적 사법을 적용하는 것은 무리라고 할 것이다. 또한 회복적 사법의 상담방식을 통하여 폭력을 행한 가해자가 가정으로 복귀한다고 하는 목적은 가정폭력범죄를 심각하지 않게 인식시키는데 일조하게 되고, 피해자의 안전성을 확보하기 어렵게 만든다.

독일의 가정폭력사건에서 법원의 사회봉사명령처분을 예로 독일에서도 가정

21) 이강민, 여성대상범죄와 회복적 사법, 「이화젠더법학」 제5권 제1호(2013년 6월) 49쪽 이하.

22) 김제희, 가정폭력에 대한 다양한 대응전략의 필요성, 「이화젠더법학」 9(3), 2017.12, 175-203.

폭력에 있어서 회복적 사법이 적용되고 있다고 보기도 한다. 그러나 독일은 경우 우리나라와 같은 가정폭력에 대하여 가정처벌특례법과 같은 특별법은 존재하지 않고 일반 형법의 적용을 받으며, 가정폭력에 대하여 경찰이 접근명령을 한다. 검사에 대하여서는 기소강제주의가 채택되어 있어 경범죄에 해당하는 경미한 사안으로서 예외적으로 검사가 기소를 하지 않을 수 있는 경우가 아니면, 검사가 반드시 기소를 해야 한다. 따라서 가정폭력범죄에 대한 기소율이 높으며, 경미한 사안으로 불기소를 하는 경우 가해자의 폭력성행의 교정을 위하여 처분을 할 필요성이 생긴 것이다. 이때 처분을 위한 근거가 없었던 문제를 해결하기 위하여 형법에 사회적 훈련참여처분이 새롭게 도입되어 가정폭력사안에 적용이 될 수 있게 된 것이다. 따라서 독일에서는 우리나라와는 매우 다른 상황에서 사회적 훈련참여를 위한 처분이 도입되었으며, 이를 회복적 사법으로 볼 수 있을지 의문이다.

6. 가정보호사건처리의 문제점

법 제9조제1항에 따라 검사는 가정폭력범죄로서 사건의 성질·동기 및 결과, 가정폭력행위자의 성행 등을 고려하여 이 법에 따른 보호처분을 하는 것이 적절하다고 인정하는 경우에는 가정보호사건으로 처리할 수 있다. 이 경우 검사는 피해자의 의사를 존중하여야 한다. 제2항에서는 1. 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 가정폭력범죄에서 고소가 없거나 취소된 경우; 2. 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 가정폭력범죄에서 피해자가 처벌을 희망하지 아니한다는 명시적 의사표시를 하였거나 처벌을 희망하는 의사표시를 철회한 경우에는 제1항을 적용할 수 있다고 규정한다.

검사가 제9조에 따라 가정보호사건으로 처리하는 경우에는 그 사건을 관할 가정법원 또는 지방법원에 송치하여야 한다. 가정보호사건의 관할은 가정폭력행위자의 행위지, 거주지 또는 현재지를 관할하는 가정법원으로 하고, 다만, 가정법원이 설치되지 아니한 지역에서는 해당 지역의 지방법원(지원 포함)으로 한다. 가정보호사건의 심리와 결정은 단독판사가 한다. 법 제40조에 따라 판사는 보호

처분의 결정 등을 결정하는데, 각 처분은 병과(併科)할 수 있다. 처분의 종류는 다음과 같다: 1. 가정폭력행위자가 피해자 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한; 2. 가정폭력행위자가 피해자 또는 가정구성원에게 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한; 3. 가정폭력행위자가 친권자인 경우 피해자에 대한 친권 행사의 제한; 4. 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 사회봉사·수강명령; 5. 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 보호관찰; 6. 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」에서 정하는 보호시설에의 감호위탁; 7. 의료기관에의 치료위탁; 8. 상담소등에의 상담위탁.

판사는 법 제37조제1항에 따라 가정보호사건을 심리한 결과 1. 보호처분을 할 수 없거나 할 필요가 없다고 인정하는 경우; 2. 사건의 성질·동기 및 결과, 가정폭력행위자의 성행, 습벽 등에 비추어 가정보호사건으로 처리하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우에는 처분을 하지 아니한다는 결정을 하여야 하며, 그 경우 검찰 또는 법원에 송치한다.

2016년의 가정보호사건 처리내역을 보면 가정보호사건으로 법원에 송치되어도 불처분비율이 매우 높다(38.6%). 처분은 상담위탁(20.1%), 사회봉사명령(12.0%) 위주로 내려지고, 접근행위금지, 전기통신이용 접근행위금지처분은 극히 미미하며 친권행사제한과 감호위탁처분²³⁾은 0건이다.²⁴⁾

현행 가정폭력처벌특별법은 명시적 구분의 기준이 없이 검찰단계에서 피해자의 의견을 존중하여 형사절차와 가정보호절차로 이원화하여 진행하는 구조를 가지고 있다.²⁵⁾ 이러한 구조는 적극적 형사처벌 위주의 국가개입정책이 가정과

23) 감호기관에서 행위자가 생활하도록 하는 것인데 가정폭력방지 및 피해자보호에 관한 법률에서 정하는 보호시설에 피해자를 위한 보호시설은 있으나 행위자를 감호할 수 있는 보호시설은 없어 이 처분은 사문화되었다.

24) 2013-2015년 가정보호사건으로 처리된 가정폭력사범의 처리현황은 다음과 같다: 3만1153명 중 1만1947명(38.3%) 불처분을 받았다. 보호처분을 받은 1만8218명 중 상담위탁 5713명(31.4%), 보호관찰 3129명(17.2%), 사회봉사·수강명령 2920명(16%), 접근행위제한 293명(1.6%), 치료위탁 132명(0.7%), 친권행사제한 3명(0.02%), 감호위탁 2명(0.01%)이다.

25) 제9조(가정보호사건의 처리) ① 검사는 가정폭력범죄로서 사건의 성질·동기 및 결과, 가정폭력행위자의 성행 등을 고려하여 이 법에 따른 보호처분을 하는 것이 적절하다고 인정하는 경우에는 가정보호사건으로 처리할 수 있다. 이 경우 검사는 피해자의 의사를 존중하여야 한다.

② 다음 각 호의 경우에는 제1항을 적용할 수 있다.

1. 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 가정폭력범죄에서 고소가 없거나 취소된 경우

탄의 초래우려가 있고, 국가가 이 때문에 개입을 주저하게 되어 결국 처벌위주의 법이 실효성이 없을 것이라는 점이 고려된 것이다. 이러한 이원적 구조가 가정보호호라는 입법목적과 결합되고, 그 결과 가정폭력사건은 가정보호사건으로 처리하는 공식이 일반적인 것이 되었다.

그러나 이러한 이원적 구조는 가정폭력의 위험성과 특수성을 고려하지 못한 것으로서 적절한 대응책이라고 볼 수 없다. 첫째, 가해자 심리출석을 강제할 수 없는 데에서 나오는 문제점이 있다. 가정보호사건은 행위자가 출석하지 않는 경우 보호처분을 할 수 없다. 심리기일통지에도 불구하고 심리기일에 출석하지 않는 경우 과태료처분을 통하여 출석강제를 할 수 있다. 그러나 폐문부제, 이사불명 등으로 송달이 되지 않는 경우 경찰에게 소재탐지를 하도록 하고 동행영장을 발부하여 경찰로 하여금 동행하도록 한다. 이 경우 경찰의 영장집행의지에 따라 그 집행여부가 결정되는데 대부분의 동행영장이 집행되지 않는 것이 현실이다. 대부분의 가정폭력사건은 폭행, 협박, 재물손괴죄로서 반의사불벌죄이다. 대부분의 피해자가 검찰단계에서 처벌하지 않기를 원하는 처벌불원의사를 하여 검찰이 공소권없음으로 불기소처분을 하고 법 제9조제2항제2호에 의해 가정보호사건으로 송치된 한 사건이어서 가해자가 심리에 불출석하여 법원에서 불처분 및 검찰 송치를 하게 되면 사건은 '공소권없음'으로 종결된다.²⁶⁾ 둘째, 이원적 구조에 의해 가정폭력의 경우 형사절차를 진행하거나 또는 가정보호사건으로 처음부터 구별되어 진행이 되기 때문에 형벌과 보호처분을 병과 할 수 없게 된다. 그러나 가정폭력 가해자에게 처분을 통해 개인적 성행교정을 하는 것도 가정폭력 범죄의 예방적 차원에서 중요하므로 형벌과 처분이 가능할 수 있어야 한다.²⁷⁾ 셋째, 피해자의 의사를 존중하여 가정보호사건으로 처리할 수 있도록 하여 외견적으로는 피해자의 결정권을 존중하는 것처럼 보인다. 그러나 피해자가 가정보호사건으로 의견을 표시하지 않는 경우 가해자로부터의 위험이 존재하게 되어 가해자에 대한

2) 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 가정폭력범죄에서 피해자가 처벌을 희망하지 아니한다는 명시적 의사표시를 하였거나 처벌을 희망하는 의사표시를 철회한 경우

26) 정현희, 가정폭력사건에 대한 법제도 운영현황과 개선방안, 2018년 한국젠더법학회 추계학술대회 자료집, 2018.11.3. 88쪽.

27) 김은경, 김혜경, 박소현, 유숙영, "현행 가정폭력처벌특별법의 운용실태 및 입법적 개선방안 연구", 형사정책연구원 연구총서, 2014.12. 97쪽.

형사처벌을 결정하는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이다. 따라서 현행 가정보호사건 송치는 가해자상담에 대한 효과성이 정밀하게 입증되지 않은 상태에서 가정폭력 피해자들의 안전을 더욱 크게 위협하고, 가해자들에게는 폭력에 대한 면죄부를 주며 가정폭력 재범률만 높일 우려가 커서 개선이 필요하다.²⁸⁾

IV. 독일의 가족폭력범죄에 대한 대응법제에 대한 비교법적 고찰

1. 가족폭력범죄 개관

연방가족노인·여성·청소년부의 발표에 따르면 16세부터 85세 여성의 약 25%가 생애 한번은 동반자관계의 파트너²⁹⁾로부터 신체적 또는 성적폭력을 경험하였다.³⁰⁾ 파트너간의 강간이나 성적 추행의 피해자는 거의 100%가 여성이다. 스토킹과 협박의 경우 약 90%가 여성피해자이며 고의적 단순 신체침해 및 살해, 치사의 경우 여성피해자는 약 81%이다.

2012년부터 파트너에 의한 가정폭력이 증가추세이며 이는 모든 사회적 계층에서 나타난다. 2015년의 연방범죄청의 통계자료³¹⁾를 보면 범죄유형별 여성피해자의 수는 고의적, 단순한 신체침해사건에서 65,800명; 협박 16,200명; 위중한 신체

28) 이에 대하여 검사는 가정폭력사건을 형사사건으로 처리할 것인가 아니면 보호사건으로 처리할 것인가를 결정하는 선의권을 갖는다. 그런데 검사의 선의권 행사에는 피해자의 의사를 존중하게 되어 있다고 보는 견해가 있다. 이에 따르면 가정폭력에 있어서 장래의 가정폭력을 예방하지 못하는 제재는 모순이며, 어떤 경우에도 가정폭력의 예방과 피해자보호가 중심이 되어야 한다. 따라서 가정폭력의 예방을 위해서는 초기개입과 상담에서 피해자가 얼마나 신속하게 위기상황에서 벗어날 수 있도록 도울 수 있으나, 피해자보호와 지원의 시스템이 피해자적 관점으로 체계가 갖추어져 있느냐가 중요하지, 가해자를 어떻게 처벌하느냐가 중요한 것이 아니다. 박영란, 여성주의 관점에서 본 가정폭력 피해자의 욕구와 피해자 보호정책 패러다임의 변화, 「한국여성학」 23(3), 2007.9, 149쪽.

29) 부부파트너(Ehepartner), 등록동반자파트너(Eingetr. Lebenspartnerschaft), 부부가 아닌 생활공동체(nicht eheliche Lebenspartnerschaft), 구파트너(Ehemalige Partner).

30) <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/frauen-vor-gewalt-schuetzen/haeusliche-gewalt/haeusliche-gewalt/80642?view=DEFAULT>

31) 연방범죄청 자료 (https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2016/Presse2016/161122_Partnerschaftsgewalt.html)

침해 약 11,400명; 스토킹 약 7,900명; 살해와 치사가 331명이었다. 2017년 경찰 범죄통계(PKS)³²⁾에 따르면, 2017년 파트너 관계에서 발생한 가정폭력의 피해자는 총 109,000명이다. 고의적, 단순한 신체침해는 약 69,700명; 협박 약 16,700명; 위중한 신체침해 약 11,900; 스토킹: 약 7,600명; 살해와 치사 357명이다.

2. 가정폭력범죄에 대한 관점의 변화

가정폭력이 계속 증가하자 가정폭력을 퇴치하고, 이를 위한 효과적인 조치를 개발하기 위하여 국가적 개입과 국가적·비국가적 모든 기관들의 협업이 중요함을 깨닫게 되었다. 연방모델프로젝트 “가정폭력에 대한 베를린의 개입프로젝트 (Berliner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt)” (BIG), 슈렐스빅-홀슈타인의 협력 및 개입콘셉트(Koordinations- und Interventionskonzept für Schleswig-Holstein: KIK Schleswig-Holstein)에 대한 긍정적 평가 후 많은 주들에서 협력 및 개입구상을 위한 기구 설치하였다. 가정폭력에 대한 개입구상은 가정폭력논의에서 관점의 전환을 이끌었으며, 새로이 가해자중심의 개입전략이 개발되었다. “때린 사람이 떠난다(“Wer schlägt, der geht!”)“는 언명은 변화된 국가적 개입의 지침모티브가 되었다. 2002년 폭력보호법³³⁾의 도입과 거의 모든 주의 경찰법에서 경찰의 가해자에 대한 주거퇴거명령 권한은 가정폭력에 대한 관점의 전환을 나타낸다. 즉, 피해자들에게 자신이 신뢰하는 주거와 환경을 상실을 하는 것을 더 이상 기대할 수 없다고 보게 된 것이고 가해자들에게는 국가가 폭력을 관용하지 않고 처벌된다는 것을 보이는 것이다.

여성에 대한 폭력근절을 위하여 가해자에 대한 작업(Täterarbeit)이 중시되었는데, 가해자작업이란 파트너에 대하여 폭력적인 남성을 위하여 폭력적 태도의 변화를 목적으로 하는 것으로서 태도변화를 위한 지원제공 및 상담제공이 대표

32) 2017 Polizeiliche Kriminalstatistik, S. 73 ff.

33) Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz - GewSchG), Ausfertigungsdatum: 11.12.2001
Vollzitat: "Gewaltschutzgesetz vom 11. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3513), das durch Artikel 4 des Gesetzes vom 1. März 2017 (BGBl. I S. 386) geändert worden ist"
Stand: Geändert durch Art. 4 G v. 1.3.2017 I 386

적이다. 연구결과에 따르면, 국가의 가정폭력 개입프로젝트와 관련하여 가해자에 대한 작업이 가정폭력에 대하여 의미 있는 조치임이 밝혀졌다. 가해자작업이 가정폭력퇴치를 위한 중요한 초석으로서 성공적일 수 있기 위해서 수준 있는 가해자프로그램을 제공하는 것과 법원과 검사가 지금보다는 이러한 처분을 많이 하는 것이 필요하다고 보고 있다.³⁴⁾

가해자작업은 가정폭력에 대한 국가개입의 고리를 만드는 요소로서 가정폭력에 전문성을 가진 다양한 기관들(사법, 경찰, 여성지원시설, 아동 및 청소년부조 등)과 연결망과 상호협조를 통해 이루어진다. 폭력행위자는 형사절차명령(Stafverfahrensverordnung)상의 규정에 따라 법원으로부터 사회적 훈련교육과정(soziale Trainingskurs)에 참여하라는 부담이나 명령(Auflage oder Weisung)을 부과 받을 수 있다. 검찰도 수사절차의 범주내에서 범법자에게 사회적 훈련교육참여를 의무지울 수 있다. 가해자가 그 프로그램을 종료하면 원칙적으로 더 이상 제재를 하지 않게 된다. 그러나 그가 중도에 그만두거나 참여배제를 당하게 되면 기소를 해야 한다. 검찰의 명령으로 이 프로그램에 참여하게 되는 사람들은 신체 침해로 인한 수사절차상의 피의자들이다. 2013년 형사절차명령의 개정에 따라 검사가 가해자에게 그때까지 6개월 이하의 사회훈련교육의 참여를 명하였던 것에서 1년 이하로 늘어나게 되었다. 형법에 사회적 훈련교육이 처분목록에 들어가게 되었는데, 이에 따라 법원은 처벌유보의 경고(Verwarnungen mit Strafvorbehalt)와 함께 이 처분을 할 수 있게 되었다.

가정폭력범죄에 대한 대처는 형법상의 처벌과 2002.1.1. 발효된 폭력보호법상의 민법적 보호를 통해 이루어진다. 가해자에 대한 처벌은 특히 형법 제223조 상해, 제185조 모욕(Beleidigung), 제238조 스토킹, 폭력보호법 제4조 위반들에 대한 처벌이 이루어진다. 그러나 다른 범죄행위(비방Verleumdung, 중상Üble Nachrede) 등도 역시 처벌대상이 될 수 있어 그 범위가 넓다. 그리고 가해자와 피해자가 현존하는 파트너관계이거나 혹은 종료된 파트너관계에 있어야 한다. 사법절차는 정서적 손상을 입은 피해자에게 경우에 따라서는 부담으로 느껴지기

34) <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/frauen-vor-gewalt-schuetzen/haeusliche-gewalt/haeusliche-gewalt/80642?view=DEFAULT>

도 한다. 사법절차상의 환경들이 피해자에게 매우 부담을 심하게 주는 경우 트라우마의 극복을 위한 자리를 만들기도 한다.

폭력보호법에 따른 민사상의 보호처분에는 가해자의 접근금지 및 체류금지가 원칙적으로 지역 관할법원(Amtsgericht)으로부터 내려진다. 경찰이 임시명령 또는 임시적 처분이전에 가해자에 대하여 접촉금지를 명하는 것이 가능하다. 이를 통해 피해자에게 법원의 명령을 신청하기 위한 충분한 시간이 주어질 수 있다. 이를 위한 법적 근거는 각 주의 경찰법³⁵⁾이다. 법원의 처분과 달리 경찰법상의 접촉금지에 대한 위반이 처벌되지 않으므로 접촉금지위반시 특정한 경우에는 가해자를 유치(Gewahrsamsnahme)할 수 있다.

3. 폭력보호법의 내용

(1) 개관

독일은 각주의 경찰법에 따라 가정폭력에 대한 대응을 한다. 민사법적 차원의 대응은 연방법인 폭력보호법³⁶⁾이 근거를 제공하는데, 동법은 2001.12.11. 제정되

35) Baden-Württemberg: § 27a Abs. 2, 3 PolG BW

Bayern: Art. 11 Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (PAG)

Berlin: § 29a Berliner Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz

Brandenburg: § 16a Brandenburger Polizeigesetz

Bremen: § 14a Bremisches Polizeigesetz (BremPolG)

Hamburg: § 12b Hamburger Sicherheits- und Ordnungsgesetz

Hessen: § 31 Abs. 1, 2 Hessisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz (HSOG)

Mecklenburg-Vorpommern: § 52 Abs. 2 Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern

Niedersachsen: § 17 Abs. 1 Niedersächsisches Gesetz über die Sicherheit und Ordnung (NSOG)

Nordrhein-Westfalen: § 34 Nordrhein-Westfälisches Polizeigesetz

Rheinland-Pfalz: § 13 Abs. 1, 4 Rheinland-Pfälzisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz

Saarland: § 12 Abs. 2 Saarländisches Polizeigesetz

Sachsen: § 21 Abs. 1, 3 Sächsisches Polizeigesetz

Sachsen-Anhalt: § 36 Abs. 1 Sachsen-Anhaltisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz

Schleswig-Holstein: § 201a Schleswig-Holsteinisches Landesverwaltungsgesetz

Thüringen: § 18 Thüringer Polizeiaufgabengesetz in Verbindung mit § 17 Thüringer Ordnungsbehördengesetz

36) Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz – GewSchG), Ausfertigungsdatum: 11.12.2001

Vollzitat: "Gewaltschutzgesetz vom 11. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3513), das durch Artikel 4 des

어 2002.1.1.부터 발효되었으며 2017.3.1. 최종 개정되었다. 폭력보호법은 고의적이고 법에 반하는 신체나 건강상의 상해, 또는 개인의 자유침해(이러한 침해에 대한 협박을 포함)에 있어서 가정법원의 보호명령(Schutzanordnungen)을 위한 명확한 법적 토대를 제공한다. 폭력보호법의 조치들에 따른 보호명령은 특정한 수인할 수 없는 괴롭힘(bestimmten unzumutbaren Belästigungen)에 대해서도 행해진다. 다른 한편으로는 피해자가 범법자인 가해자와 장기간 형성된 가정을 이끌고 있는 경우, 최소한 부분적으로라도 공동으로 사용하는 주거의 양도에 대한 청구권이 생겼는데, 이를 통해 민법 제1361b조에 따라 부부의 별거에 있어서 부부주거의 양도규정에 비해 용이하게 주거양도가 가능하게 되었다. 또한 상해나 중한 협박에 있어서는 폭력보호법 제1조에 따라 주거출입금지가 내려질 수 있다. 이에 따라 가정폭력을 경험하거나 가정폭력의 협박을 받은 사람은 공동의 주거를 떠나지 않게 되어 더 이상 과거처럼 여성의 집에 피신처를 구하거나 노숙인이 되지 않게 된다. 주거출입금지는 법원의 임시명령을 통하여 쉽게 관철될 수 있게 되는데, 공동의 주거는 한시적 사용되거나 혹은 장기적으로 단독 사용을 하도록 지정된다. 이러한 지정은 부부주거에 한정되지 않으며, 장기간 형성된 모든 가정적 공동체에 대해서도 유효하다. 통신기기를 통한 테러나 기타 스토킹(Nachstellungen)과 같은 다른 괴롭힘에 있어서도 역시 가정법원은 당사자가 그 주거에 접근하거나, 더 이상 전화하거나 괴롭히는 것을 금지할 수 있다. 이는 가해자와 피해자 사이에 어떠한 파트너관계가 존재하지 않는 경우에도 가능하다.

동 법률의 집행법과 절차법은 신청자가 신속하고 간단하게 보호조치를 받을 수 있도록 구성되었다. 가해자가 작동중인 금지를 위반하게 된다면, 1년 이하의 자유형이나 벌금에 처해질 수 있다. 이로써 폭력보호법은 부가형법(Nebenstrafrechts)의 일부이다.

위험이 임박해 있는 경우 경찰은 법원의 결정이 있기 이전에 가해자를 피해자의 주위(Umkreis) 밖으로 격리(Wegweisung) 할 수 있는데, 이는 폭력보호법이 아니라 경찰법에 그 근거를 두고 있는 것이다.

Gesetzes vom 1. März 2017 (BGBl. I S. 386) geändert worden ist“
Stand: Geändert durch Art. 4 G v. 1.3.2017 I 386

유럽연합은 2011년 여성에 대한 폭력과 강정폭력의 퇴치와 보호를 위한 유럽 참사회 협정³⁷⁾을 제정하였으며 2014.8.1. 발효되었다. 현재 45개국이 서명하였으며, 30개국이 비준하였다. 동협정은 서명국가들의 헌법과 법률체계속에서 성의 동등지위 확보, 총체적 철폐를 규정한다. 이외에도 여성을 돕기 위한 제안들이 개선되어야 하고 문제해결을 위한 교육을 위한 제안들은 민감성을 가져야 한다고 규정한다. 개별 조치들로는 법률적 조언, 심리적 돌봄, 재정상담, 숙소가 능성에 대한 지원, 계속교육 혹은 직업교육, 일자리 찾기 지원 등을 들고 있다.

(2) 주요내용

1) 폭력과 스토킹으로부터 보호를 위한 법원의 조치들(제1조)

가. 어떤 사람이 고의로 다른 사람의 신체, 건강 또는 자유를 법률에 반하여 손상을 시키는 경우, 법원은 피해자의 신청에 따라 더 이상의 피해를 막기 위해 필요한 조치들을 내릴 수 있다. 법원이 내리는 이 명령은 기한이 정해져야 한다. 그 기한은 연장될 수 있다.

법원은 특히 가해자가 다음이 사항을 중단할 것을 명령할 수 있다:

1. 피해자의 주거에 들어오는 것
2. 피해자 주거의 특정한 주위에 체류하는 것
3. 피해자가 정기적으로 체류하는 특정한 다른 장소로 찾아가는 것
4. 피해자와 연락(원거리 통신기기도 포함)을 하는 것
5. 피해자와 만남을 초래하는 것

나. 제1항은 다음의 경우에도 상응하여 유효하다:

1. 어떤 사람이 고의로 다른 사람의 신체, 건강 또는 자유를 법률에 반하여 손상시킬 것을 협박한 경우, 또는
2. 어떤 사람이 법률에 반하고 고의로

37) Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt(Weitergeleitet von Konvention des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt)

- a) 다른 사람의 주거나 보호된 소유물 안으로 들어오거나 b) 어떤 사람이 다른 사람의 명시적으로 설명한 의사에 반하여 스토킹을 하거나 통신기기를 사용하여 쫓아 다님으로써 수인할 수 없게 괴롭힘을 당하거나 하는 경우
- b) 의 경우 그 행위가 정당한 이해를 하는데 기여하는 경우에는 수인할 수 없는 괴롭힘이 아니다.

2) 공동으로 사용한 주거의 양도(제2조)

가. 피해자가 제1조제1항1문(제3항과의 관계에서도 역시) 행위의 시점에 가해자와 장기간 형성된 가정(Haushalt)을 이끌고 있다면, 단독으로 사용할 수 있도록 공동으로 사용하는 주거를 양도하도록 가해자에게 요구할 수 있다.

나. 만일 피해자가 가해자와 함께 소유, 주거가 있는 토지에 대한 유산건축권이나 토지에 대한 수익권을 가지고 있거나 피해자가 가해자와 함께 주거를 임차한 것이라면 주거양도는 기간에 있어서 기한이 정해진다. 가해자에게 단독으로 또는 제3자와 공동으로 소유, 주거가 있는 토지에 대한 유산건축권이나 토지에 대한 수익권을 가지고 있거나 피해자가 제3자와 함께 주거를 임차한 것이라면, 법원은 피해자에게 주거양도를 최대 6개월로 기한을 정할 수 있다. 만일 피해자 법원이 정한 위의 기한내에 수인가능한 조건에서 적당한 주거를 찾지 못한 경우 법원은 가해자와 제3장의 우월한 이익에 반하지 않는 한 최대 6개월 그 기한을 연장할 수 있다. 1문부터 3분의 규정은 주거소유, 장기주거권, 제3자의 부분 주거권(das dingliche Wohnrecht)³⁸⁾에 있어서도 유효하다.

다. 제1항에 따른 청구는 다음의 경우에는 제외된다:

38) Als dingliches Wohnrecht wird das Recht eines Dritten an einer bestimmten Wohnung beziehungsweise einem Teilbereich einer Immobilie bezeichnet. Ein dingliches Wohnrecht ist immer im Grundbuch eingetragen und kann somit auch im Falle des Verkaufs der betreffenden Immobilie vom potenziellen Käufer eingesehen werden. Ein dingliches Wohnrecht kann sowohl gegen eine Entgelt wie auch gegen ein Teilentgelt vereinbart werden.

1. 피해자가 행위의 중합 때문에 가해자와 더 이상 함께 사는 것이 수인될 수 없는 경우가 아니라면, 더 이상의 피해자의 손상이 걱정되지 않는 경우
 2. 피해자가 행위 후 3개월 이내에 주거양도를 가해자에게 서면으로 요구하지 않은 경우, 또는
 3. 피해자에게 주거양도가 특히 중대한 가해자의 이익에 반하는 경우
- 라. 피해자의 사용을 위하여 주거가 양도되는 경우 가해자는 사용권의 실현을 어렵게 만들거나 좌절시키는 모든 것을 중단해야한다.
- 마. 가해자는 피해자가 합의하는 경우 사용에 대한 비용을 요구할 수 있다.
- 바. 협박을 당한 사람이 제1조제2항1문2.호(제3항과 결부되어서도 역시)에 따른 협박의 시점에 가해자와 장기적으로 형성된 공동의 가정을 이끌고 있다면, 피해자는 부당한 어려움(unbillige Härte)을 피하기 위하여 공동주거의 양도를 요청할 수 있다. 부당한 어려움은 가정에서 살던 아동들의 복지가 침해되는 경우에 주어질 수 있다. 이외에는 제2항부터 5항까지의 규정이 유효하다.

3) 효력범위, 경합(제3조)

- 가. 피해자나 협박을 받은 사람이 제1조제1항 또는 제2항1문에 따른 협박의 시점에 부모 양육, 후견 또는 돌봄을 받는 경우라면 부모나 양육권자의 관계에서 제1조와 제2조 대신에 양육권-, 후견- 또는 돌봄관계를 위한 주요 규정들이 적용된다.
- 나. 기타 피해자의 청구권은 유지된다.

4) 처벌규정(제4조)

다음의 특정의 집행가능한 명령이나 의무에 반하는 행동을 하는 경우 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처해진다.

1. 제1조제1항1. 또는 3문에 따른 명령, 각각 제2항2문과 결부하여, 위반하는

행동을 하거나

2. 이 법률의 제1조제1항1문 또는 3문과 결부되어 비송사건과 가사사건 절차에 관한 법률 제214a조에 따른 조정에서 도출된 의무에 반하여 행동
다른 규정들에 따른 처벌은 그대로 적용된다.

4. 베를린경찰청 가정폭력대응 지침³⁹⁾

(1) 2016년 베를린 가정폭력 정보상황과 통계⁴⁰⁾

942건에 대한 수사절차개시⁴¹⁾가 있었으며, 952건은 절차(그 중 30건은 폭력보호법 제4조 위반)가 종결되었다. 660건에 대한 수사절차가 종결되었으며, 그 중 552건은 형사절차명령 제170조⁴²⁾에 따른 것이다. 139건에 대하여 기소 등이 이루어졌는데, 구체적으로 보면 94건은 지자체 민·형사법원(Amtsgericht)⁴³⁾ 기소, 2건

39) Der Polizeipräsident in Berlin, Polizeiliches Handeln in Fällen häuslicher Gewalt, Leitlinien. 각주에서는 동지침과 유사하게 연방폭력보호법과 각주 경찰법상의 규정들을 적용한 가정폭력대응지침을 상세하게 마련하고 있으며, 일반인들에게는 가정폭력예방 및 대응안내서를 제공하고 있다.
예 : 바이어른 주의 가정폭력 안내책자 Bayerisches Staatsministerium des Innern, Häusliche Gewalt, Die Polizei informiert, 2010.

40) Datenlage und Statistik zu häuslicher Gewalt in Berlin 2016, eine Übersicht der Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung.

Abt. Frauen und Gleichstellung, Referat Frauen in besonderen Konflikt- und Lebenslagen, 2017. 10.

41) 2006년 578건(기소 등 150건); 2007년 612건(기소 등 139건); 2008년 871건(기소 등 170건); 2009년 943건(기소 등 199건); 2010년 835건(기소 등 159건); 2011년 1023건(기소 등 173건); 2012년 711건(기소 등 139건); 2013년 808건(기소 등 117건); 2014년 852건(기소 등 150건); 2015년 752건(145건); 2016년 942건(기소 등 139건)

42) 독일은 기소강제주의를 채택하고 있다. 기소결정을 규정하는 형사절차명령(Strafprozessordnung :StPO) § 170 제1항에 따라 검찰은 수사를 통해 기소를 위해 충분한 계기가 마련되면 기소를 해야 하며(제1항), 그렇지 않은 경우 검찰은 기소하지 않고 절차를 종결한다(제2항). 그리고 검찰은 부담과 명령을 후발적으로 해제할 수 있고 그 기간을 3개월 기간으로 1회 연장할 수 있다. 범법자의 동의를 얻어 부담과 명령이 후발적으로 부과될 수 있고 변경될 수 있다. 범법자가 부담과 명령을 충족한 경우, 그의 행위는 더 이상 범죄행위로 법적 조치의 대상이 되지 않는다. 범법자가 부담과 명령을 충족하지 않은 경우, 그가 부담과 명령의 충족을 위하여 제공해야 하는 급부를 제공하지 않는다.

43) 민·형사 관할의 출발심급(Amtsgericht)→주법원→주고등법원→연방최고법원→연방헌법재판소) 이 되는 법원으로 가능하면 시미에 가깝게 있기 위하여 각 주의 전 지역에 촘촘하게 설치되는데 현재 683개가 있다. 민사사건에서는 등록, 비송사건, 5,000유로 미만사건 등을 담당하고 형사사건 관할은 4년이하의 자유형에 처해지는 사건이며, 정신병원이나 보호감호사건은 다루지 않는다.

은 주범원 기소, 32건은 약식처벌명령(Strafbefehle)신청이다. 그리고 1건은 보호감호절차(Sicherungsverfahren)의 실행을 위한 신청, 10건은 소년법상 절차신청이다.

31건은 형사절차명령 제153조⁴⁴⁾, 153a조⁴⁵⁾에 따라 종결이 되었다.

동 지침에서는 가정폭력은 항상 존속하는 혹은 과거의 관계에서 여성에 대하여 거의 남성들에 의해 행해지는 범죄행위로서 대부분 가정에서 일어난다고 하면서 경찰기관들과 법무부가 합의한 공동의 가정폭력 개념을 “가정폭력은 발생 장소와 관계없이 또는 공동의 주거와도 관계없이 현재 존속되고 있거나 해소중이거나 해소된 파트너 관계에 있는 사람들 간, 가족관계에 있는 사람들 사이의 범죄행위이다.”고 명시하고 있다. 그 구체적 내용은 다음과 같다.

-
- 44) § 153 경미한 사안에서 법적 조치의 배제(Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit)
- (1) 경미한 범법(Vergehen)을 대상으로 하는 절차에서, 범죄행위자의 죄가 경미한 것으로 볼 수 있거나 이에 대한 법적 조치에 대하여 어떠한 공익이 존재하지 않는 경우 검찰은 처벌의 본질적 관할을 가진 법원의 동의를 얻어 법적 조치를 제재할 수 있다. 최소한도의 처벌이 예정되지 않거나 그 행위를 통하여 야기된 결과가 경미한 경우 법원의 동의는 필요하지 않다.
- 45) 제153a조 부담과 명령하에서의 법적 조치의 배제(Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen)
- (1) 처벌의 본질적 관할을 가진 법원과 범법자의 동의를 얻어 검찰은 경미한 범법에 있어서 임시적으로 기소를 중지할 수 있고, 동시에 범법자에게 부담과 명령이 처벌에 대한 공익을 배제하는 데에 적합하고 죄의 중대성에 반하지 않는다면 부담과 명령을 발할 수 있다. 부담과 명령으로 특히 다음이 고려된다.
1. 행위로 야기된 손해의 변상을 위하여 특정한 급부를 제공하는 것
 2. 공동사용의 시설이나 국고를 위하여 금액을 현액하는 것
 3. 기타 공동사용의 급부를 제공하는 것
 4. 특정한 범위의 생계의무를 다하는 것
 5. 침해를 받은 사람과의 행평을 위하여 진지한 노력을 하고, 그 경우 자신의 행위를 전부 또는 대부분을 변상하거나 변상하려고 노력하는 것
 6. 사회적 훈련코스에 참여하는 것
 7. 도로교통법 제4a조에 따라 주행격적세미나에 참여하거나 제2a조제2항2문에 따른 기본세미나에 참여하는 것
- 부담과 명령의 이행을 위하여 검찰은 각호1부터 3, 5와 7의 경우 최대 6개월 각호4와 6의 경우 최대 1년의 기한을 범법자에게 정한다. 범법자의 동의를 얻어 부담과 명령이 후발적으로 부과될 수 있고 변경될 수 있다. 범법자가 부담과 명령을 충족한 경우, 그의 행위는 더 이상 범죄행위로 법적 조치의 대상이 되지 않는다. 범법자가 부담과 명령을 충족하지 않은 경우, 그가 부담과 명령의 충족을 위하여 제공해야 하는 급부를 제공하지 않는다. 제153조제1항 2문은 2문의 경우에 각호1부터6에 상응하여 유효하다. 제246a조제2항이 상응하여 유효하다.
- (2) 이미 기소가 된 경우, 법원은 검찰과 범법자의 동의를 얻어 절차를 임시로 중지하고 범법자에게 제1항각호1과 2에 명시된 부담과 명령을 발할 수 있다. 제1항각호3부터 6, 그리고 각호 8이 상응하여 유효하다. 이는 결정을 통해 시행된다. 이 결정은 취소될 수 없다.
- (3) 부담과 명령의 충족을 위한 기간이 지나는 동안 시효는 정지된다.
- (4) 생략

(2) 경찰의 투입/범죄현장작업

1) 투입명령

통신센터의 구성원들은 가정폭력에 있어서 특별히 교육을 받으며 가정폭력 체크리스트를 가지고 있다. 가정폭력신고를 받으면 체크리스트에 따라 확인한 후 경찰에 투입명령을 한다. 통신센터의 구성원의 체크리스트 질문결과 가정폭력인지 여부가 확실하지 않으면, 경우에 따라서 주거평온침해, 가정소음, 여성의 구조요청, 구타 등의 이유로 경찰에 투입명령을 내리기도 한다. 경찰이 투입되는 경우 여성의 집, 피난처 상담소 등의 담당자 경험에 따라 폭력행위가 처음이 아니고 이미 학대의 전사가 있었다는 전제에서 접근해야 한다.

2) 준비/ 업무분장

고소장들, 질문서, 전화번호, 수색보고서, 정보자료들 그리고 체크리스트 소지하고, 투입된 사람들 간에 누가 무엇을 담당할지 사전에 업무분장 필요하다.

(3) 수색/ 또는 주거에 들어가기

피해자의 생명이 위협을 당하거나, 피해자가 가해자로부터 벗어날 수 없거나 벗어날 수 없다고 믿거나, 피해자가 다른 사람들로 부터 고립되어 있거나, 피해자가 가끔 가해자로부터 애정을 받는 등의 조건들이 충족되면 피해여성과 연대감을 표시하여야 한다.

경찰이 출동했을 때 피해자가 직접 신고전화를 했음에도 불구하고 위협적인 환경적 상황을 이유로 조사를 원하지 않는다는 신호를 보낼 수 있다. 피해자의 이러한 태도는 피해자가 경찰에게 대해 가지는 실제의 기대에 부응하지 않는 것일 수 있다. 따라서 피해자의 태도에도 불구하고 구체적인 설문을 통해 사실관계를 확정해야만 한다. 주거 내에 피해자의 진술, 몸짓, 상해, 폭력적 대립의 흔적들 간의 모순들이 존재하면 경찰은 피해여성과 접촉을 유지하기 위하여 주의

깊게 설문을 하여야 한다. 경찰이 주거 안으로 들어가는 것이 불가능하고 가해자와 분리하여 질문을 하는 것이 불가능하다면 향후 고소를 하는 가능성에 대한 정보를 제공한다.

(4) 분리질문

가정폭력의 참여자들을 분리하고 가능하다면 다른 공간에서 질문한다. 분리 질문은 피해여성들이 가해자 앞에서 진술을 잘 하지 않으므로 매우 중요하다. 사실에 입각한 진술을 얻기 위하여 가해 남성이 여성에게 눈짓, 제스처나 발언 등을 통해 영향을 주는 일이 차단되어야 한다. 장애를 가진 피해여성을 위해서는 조력이 제공되어야 한다.

복도에서나 경찰차에서의 설문은 피해여성이 이웃주민들에 대하여 가지는 수치심 때문에 불편함을 주므로 피해야 한다. 폭력에 대한 의심이 생긴 처음단계에서 가해자에 대한 질문은 경찰차에서 진행해야 한다.

불필요한 반복질문을 피하도록 주의하고 피해자에게 여성동료와 말할 수 있도록 한다. 그리고 무엇보다도 신뢰관계를 구축하는 것이 중요하다. 이를 위하여 ① 먼저 자신을 소개하고 명함을 건넨다. ② 피해여성에게 자신의 업무를 설명한다. ③ 피해여성에게 그녀의 상황이 쉽지 않다는 점을 이해한다고 말해라. ④ 피해여성의 상태를 고려하라. ⑤ 여성에게 인정될 수 있는 신뢰관계인이 존재하고 그의 동석을 피해여성이 명시적으로 원한다면 그 동반자를 인정하라. ⑥ 경우에 따라 농이나 언어장애인이 피해자인 경우 돌봄인을 통한 통역을 피하고, 원칙적으로 당사자와 대화하라. 상황에 따라서 도움을 주는 기기나 중립적인 사람을 요청하여 통역을 하도록 하라. ⑦ 장애인, 외국인, 노숙인, 중독자, 성매매자 등 모든 폭력참여자에 대하여 중립적이어야 하고 진부한 고정관념의 틀에서 벗어나라.

(5) 보고서작성/ 고발장 작성

경찰이 가정폭력에 대한 인지를 하였다면 피해자가 고소를 하지 않을 경우 고발할 의무가 있다.

(6) 정보제공: 피해여성에게 그의 권리에 대하여 알려줄 것

- 가. 피해여성의 진술에 대한 책임과 경우에 따라 증인으로서 진술을 거부할 수 있다는 객관적 정보를 제공한다. 이때 피해여성에 대한 불신을 한다는 인상을 주지 않도록 해야 한다.
- 나. 향후 절차의 진행에 대한 정보를 제공해야 한다.
- 다. 숙고할 점은 가정폭력에서 거짓고발이나 기망이 예외인 점과 가정폭력의 희생자를 다른 범죄의 희생자에 비해 불신을 가지고 대할 아무런 근거가 없다는 점을 숙고해야 한다.
- 라. 생활방식에 대한 언급이나 피해자의 태도 및 양비론적 언급을 지양해야 한다.
- 마. 피해여성의 모든 우발적 발언들을 기록해야 한다. 이러한 발언들이 특히 피해여성이 증인으로서 증언을 거부하는 경우 향후 형사절차에서 중요한 의미를 가질 수 있다. 피해여성에게 불쾌하거나 불편한 질문들에 대하여 설명하고 투명성 확보할 필요가 있다. 경찰조사에서 중요한 질문들이 폭력을 경험한 피해여성과 관련이 없기 때문에 피해여성이 왜 이런 질문들이 필요한 지를 이해하면 좀 더 쉽게 대답할 수 있을 것이다.
특별한 내용상의 의미를 갖는 질문들은 다음과 같다:
 - 1. 여러 번 학대당하셨는지요?
 - 2. 자녀도 학대당했나요? 자녀들이 위협에 처해있나요?
 - 3. 행사된 폭력은 어떤 것이었나요?(심리적, 성적 그리고/또는 육체적 폭력?)
 - 4. 폭력행위의 증가가 느껴집니까?
 - 5. 기물과손이 있었는지요? 어떤 손해가 발생했는지요?
 - 6. 무기(물체를 무기로) 사용되었는지요?
- 바. 그리고 정보를 제세하게 제공해야 하는데 피해여성 권리, 돕는 시설 등 안내, 보호되고 임시적인 국적불문, 아동 있는지 불문한 주거가능 숙소에 대한 안내 등이다.

V. 결 론

첫째, 목적조항의 개정

가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 1997년 가정폭력으로 고통을 받고 있는 가정에 대해 가급적 가정이 해체되지 않도록 하면서 처분을 통한 가해자의 개선과 피해자를 보호하고 가정보호를 목적으로 제정이 되었다. 그러나 법 전체의 중심이 가정보호에 놓이면서 검찰단계에서 상담조건부 기소유예처분, 가정보호사건으로 송치사건에서의 보호처분과 형사처벌의 이원화의 구조 등을 통해 가해자에 대한 기소 및 처벌은 거의 하지 않게 되고, 피해자보호기능도 또한 제대로 담당하고 있지 못하다. 가정폭력은 재범률이 매우 높아 그 처리가 제대로 이루어지지 않을 경우 피해자에 대한 폭력행위가 다시 발생할 가능성이 크다. 가부장적 사회구조 속에서 피해여성의 신고와 고소가 어려운 상황에서 신고를 했음에도 불구하고 피해자의 안전이 확보되지 못하고 가해자가 제대로 처벌되지 못하는 점은 반드시 시정되어야 할 것이다. 이를 위하여 먼저 법의 목적을 개정하여 범죄의 처벌과 피해자보호를 목적으로 해야 할 것이다.

둘째, 검찰단계에서 상담조건부 기소유예처분의 폐지

가정폭력은 가정 내에서 발생한 범죄행위이다. 범죄행위에 대하여 가정보호유지의 필요성을 이유로 처벌하지 않고 검사가 가정폭력행위자의 성행 교정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 상담조건부 기소유예처분을 하는 것은 타 범죄행위와 비교하여 볼 때 형평에 맞지 않고 피해자보호를 할 수 없게 만들며 가해자에게 자신의 범죄행위에 대한 인식을 둔화시키는 결과를 초래하기 때문에 폐지되어야 한다. 다만 기소를 하지 않는 경미한 사안의 경우 경찰이 불기소처분을 하는 경우 상담이나 사회훈련교육명령 등의 처분을 할 수 있도록 할 필요가 있다. 이 경우 가해자가 처분을 잘 이행하는지에 대한 통제를 하기 위하여 중도에 상담종료 등의 경우 기소를 하는 등의 조치를 마련할 필요가 있다.

셋째, 이원적 구조의 폐지

가정폭력특례법은 가정폭력사건을 가사보호사건으로 처리하는 특례를 두고 있지만 처리기준을 두고 있지 않아 가정폭력사건을 처리하는데 검찰의 재량이 매우 넓게 인정되고 있다. 이에 따라 가정폭력의 재범위험성 등 피해자보호가 우선되어야 할 사건도 가정보호사건으로 처리하는 일들이 많아지게 되었다. 그러나 이러한 이원적 구조는 가정폭력의 위험성과 특수성을 고려하지 못한 것으로서 적절한 대응책이라고 볼 수 없다. 폭력사건을 가정보호사건으로 처리하도록 하는 이원적 구조의 문제점은 법원에서 가정보호사건 심리에서 가해자에게 심리출석을 강제할 수 없다는 점에서도 잘 드러난다. 대부분의 가정폭력사건은 폭행, 협박, 재물손괴죄로서 반의사불벌죄이다. 많은 가정보호사건은 대부분의 피해자가 검찰단계에서 처벌하지 않기를 원하는 처벌불원의사를 하여 검찰이 공소권없음으로 불기소처분을 하고 법 제9조제2항제2호에 의해 가정보호사건으로 송치된 한 사건인데 가해자가 심리에 불출석하게 되면 법원에서 처분을 할 수 없게 되고 따라서 불처분 및 검찰송치를 하게 된다. 법원은 이 사건을 '공소권 없음'으로 종결하게 된다. 또한 이원적 구조에 의해 가정폭력의 경우 형사절차를 진행하거나 또는 가정보호사건으로 처음부터 구별되어 진행이 되기 때문에 형벌과 보호처분을 병과 할 수 없게 된다. 그러나 가정폭력 가해자에게 처분을 통해 개인적 성행교정을 하는 것도 가정폭력 범죄의 예방적 차원에서 중요하므로 형벌과 처분이 가능할 수 있어야 한다.

따라서 가정폭력사건에 해당하는 경우 기소하여 법원에서 종합적 판단을 통하여 처벌여부, 처분의 병과 혹은 처분만을 할 것인지를 결정할 수 있도록 일원화해야 한다. 이를 위하여 독일의 경우처럼 피해자가 고소하지 않는 경우 수사경찰이 반드시 고발할 수 있는 규정을 신설하는 것이 필요하다.

넷째, 경찰의 긴급입시조치 처분과 불이행의 범죄화와 처벌

현재의 과태료부과 처분규정을 독일의 예와 같이 처벌규정으로 개정하여 실효성을 제고할 필요가 있다. 또한 긴급입시조치는 추가적 범죄예방을 위한 예방경찰활동이고 피해자의 보호를 위한 것이므로 검사의 통제를 받을 필요 없이 바로

사법경찰관리가 법원에 신청할 수 있도록 하는 것이 바람직 할 것으로 생각한다.

다섯째, 가정폭력에 대한 경찰교육 실시

경찰조사에 대한 만족도 조사결과 피해자의 64%(103명)는 본 사건을 다루는 경찰조사에 만족하였다고 보고한 반면, 36%(58명)는 만족하지 않았다고 보고하였다. 만족하지 않은 구체적인 이유로는 경찰이 실질적으로 문제를 해결해 주지 않았다고 느꼈기 때문이다(51.7%). 그 다음으로 경찰이 무조건 화해하라고만 했기 때문에(27.6%), 그리고 사건처리과정에 대한 정보를 알려주지 않았기 때문이라고 보고하였다.⁴⁶⁾

가정폭력사건에 대한 경찰관 교육이 필요하다. 신고한 가정폭력 피해자는 수회의 가정폭력 피해자라는 전제하에 신중하게 접근할 필요가 있음을 주지하고 피해자의 진술뿐만 아니라 몸짓, 낯상스 무의식 중의 말 등을 주의 깊게 기록할 필요가 있다. 독일의 경우와 같이 가정폭력 메뉴얼이 철저하게 피해자 중심으로 구성되어야 하며 매우 현장수사 경찰관의 피해자를 대하는 태도, 편견금지, 사용하는 언어, 신뢰회복을 위한 방안, 피해자권리 및 지원안내 등에 관한 사항이 구체적으로 설명될 필요가 있다.

여섯째, 독일의 폭력보호법상 규정과 같이 기한을 정하여 피해자에게 공동주거의 양도청구권을 인정하여 폭력행위의 피해자가 거주지를 떠나 피신을 하지 않도록 대책을 마련할 필요가 있다.

논문투고일 : 2018.10.12

심사개시일 : 2018.10.15

게제확정일 : 2018.10.23

46) 김은경, 김혜경, 박소현, 유숙영, "현행 가정폭력처벌특별법의 운용실태 및 입법적 개선방안 연구", 형사정책연구원 연구총서, 2014.12. 133쪽.

국문초록

가정폭력은 성차별적 사회구조와 권력관계 속에서 발생하는 성에 기반한 폭력(젠더폭력)으로서, 권력관계를 이용하여 구조적으로 강한 사람을 통하여 약한 사람에게 가해지는 육체적 또는 정서적 온전성에 대한 침해라고 정의할 수 있다. 가정폭력은 현존하거나 해체된 가족의 부부 혹은 부부에 유사한 속 관계에서 육체적, 심리적 또는 성적 폭력이 시행되거나 위협이 되는 경우에 존재한다.

가정폭력특례법의 제정당시 국가가 가정폭력을 공적 문제로 보고 대처해야 하고 경찰이 초기개입을 해야 하며 신고 후 피해자 보호조치를 해야 한다는 점에 대해서는 공감대가 형성되었다. 그러나 가정의 보호와 피해자의 인권보호 사이의 조화를 위하여 법의 정책방향을 어떻게 설정할 지에 대하여서는 합의를 이루기가 어려웠으며, 많은 논의 끝에 가정보호를 법의 목적으로 삼았고 피해자의 인권보호에 대해서는 특별한 기준을 마련하지 않은 채 검사재량으로 맡겨두었다.

가정폭력 신고사건이 2013년 160,272건에서 2016년 264,528건으로 증가하였고 형사사건으로 기소하는 비율은 2013년 15.1%에서 2015년 8.6%로 낮아졌고, 기소되어 형사사건으로 처리되어도 대부분 약식사건으로 벌금형 처리가 된다. 구속건수는 검거건수의 1.1% 정도이다. 폭행죄의 경우 피해자가 처벌에 대하여 의사가 없는 경우 '공소권없음'으로 처리되는데, 이 비율이 2013년 24.1%에서 2015년 37.9%로 증가하였다. 검찰에서 가정보호사건으로 법원으로 송치하는 비율은 2013년 14.5%에서 2015년 40.7%로 크게 상승하였다.

2018년 CEDAW는 가정폭력특례법에 대하여 가정폭력건수가 증가하고, 가정보호사건이 증가하고 있으며 가해자에 대한 형사처벌이 잘 이루어지지 않고 접근금지명령 위반자에 대해 단순히 과태료만을 부과하는 점에 대하여 우려를 표하고, 법의 주요 목적이 피해자와 그 가족의 안전 보장이 되도록 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 개정할 것, 특히 성적 지향 혹은 성별정체성과 관계없이 동성 커플 및 가족, 모든 여성들에게로 법의 적용을 확대할 것, 가정폭력 사건 처리에 있어 상담이나 교육을 조건으로 기소유예하는 제도를 폐지하고 화해나

조정 수단의 사용을 금지할 것을 권고하였다.

가정폭력특례법에서 개정이 필요한 점은 다음과 같다. 첫째, 법의 목적을 가정 폭력범죄의 형사처벌 절차에 관한 특례를 정하고 가정폭력범죄를 범한 사람에 대하여 환경의 조정과 성행(性行)의 교정을 위한 보호처분을 함으로써 가정폭력 범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 가꾸며 피해자와 가족구성원의 인권을 보호하는 것으로 삼은 것은 바람직하지 못하다. 가부장적 사회구조 속에서 피해여성의 신고와 고소가 어려운 상황에서 신고를 했음에도 불구하고 피해자의 안전이 확보되지 못하고 가해자가 제대로 처벌되지 못하는 점은 반드시 시정되어야 할 것이다. 이를 위하여 먼저 법의 목적을 개정하여 범죄의 처벌과 피해자보호를 목적으로 해야 할 것이다.

둘째, 또한 검찰단계에서 상당조건부 기소유예처분의 폐지되고, 다만 기소를 하지 않는 경미한 사안의 경우 경찰이 불기소처분을 하는 경우 상당이나 사회훈련교육명령 등의 처분을 할 수 있도록 할 필요가 있다.

셋째, 가정폭력에 대하여 형사절차와 가정보호사건으로 처리하는 이원적 구조는 가정폭력의 위험성과 특수성을 고려하지 못한 것으로서 적절한 대응책이라고 볼 수 없으며, 법원이 합적 판단을 통하여 처벌여부, 처분의 병과 혹은 처분만을 할 것인지를 결정할 수 있도록 일원화해야 한다.

넷째, 현재의 과태료부와 처분규정을 독일의 예와 같이 처벌규정으로 개정하여 실효성을 제고할 필요가 있다. 또한 긴급입시조치는 추가적 범죄예방을 위한 예방경찰활동이고 피해자의 보호를 위한 것이므로 검사의 통제를 받을 필요 없이 바로 사법경찰관리가 법원에 신청할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

다섯째, 가정폭력에 대한 국민들의 인식개선과 경찰들의 교육이 필요하다.

여섯째, 피해자 보호를 위하여 기한을 정하여 피해자에게 공동주거의 양도청구권을 인정하여 폭력행위의 피해자가 거주지를 떠나 피신을 하지 않도록 대책을 마련할 필요가 있다.

주제어

각정폭력, 젠더폭력, 상당조건부 기소유예, 가정보호사건, 국민인식개선, 경찰교육

Abstract

Eine Gesetzfolgeneinschätzungsstudie über 「Act on Special Cases Concerning the Punishment of Crimes of Domestic Violence」*

Shin, Ok-ju**

Zusammenfassung

Häusliche Gewalt ist die auf Gender basierter Gewalt, die sich als ein Eingriff in die körperliche und seelische Integrität von schwächeren Personen durch den strukturellen Stärkeren unter dem Machtverhältnis verstehen läßt. Die häusliche Gewalt geschehen oder bedrohen mittels körperlicher, seelischer oder sexueller Gewalt innerhalb der Beziehung zwischen Ehepaaren oder eheähnlichen Paaren.

Beim Erlassen des 「act on special cases concerning the punishment of crimes of domestic violence」 war man damit einig, daß der Staat gegen die häusliche Gewalt Maßnahmen einleiten und sich die Polizei frühzeitig eingesetzt werden müssen. Aber orientierte sich das Gesetz nach der Wiederherstellung der gesunden Familien mittels der Beratung und Auflage für den Täter statt der Bestrafung des Täters und der Schutz der Opfer. Die Anmeldung von den Opfern ist gestiegen, Im Jahr 2013 war sie 160.272, doch im Jahr 2016 war sie 264.528. Die Rate der Anklageerhebung war aber von 15,1%(2013) zu 8,6%(2015) gesunken. Die Rate von der Bestrafung mit der Freizeitzziehung ist sehr gering, meistens wird mit dem Geldbuß beendet. Bei dem Fall von der Gewaltausübung war die Rate vom kein Anklagerecht wegen der 'Anti-Intention-Bestrafung' seitens von den Opfern von 24,1%(2013) zu

* Die verbesserte Form, die man auf dem Symposium am 12.10.2018. vorgetragen hat.

** Prof. Dr. jur. Law School of Chonbuk nat. Uni.

37,9%(2015) gestiegen. Die Fälle, die Staatsanwalt als ein Fall für 'Schutz für Zuhause' hält und zu dem zuständigen Gericht send, sind von 14,5%(2013) zu 40,7%(2015) gestiegen.

Im Jahr 2018 hat Korea zu der Revision des 「act on special cases concerning the punishment of crimes of domestic violence」 beraten, weil das Gesetz keine Schutz den Opfern der häuslichen Gewalt bietet. Vor allem wurde dazu geraten, daß man das Ziel des Gesetzes ändert. Und nach dem Ratschlag von CEDOW solle die Aussetzung der Strafverfolgung unter der Voraussetzung der Beratungsaufgabe gestrichen werden. Das Gesetz ist neu zugestalten, indem zuerst das Ziel des Gesetzes mit der Schutz der Opfer und der Bestrafung des Täters neu gestellt wird. Das Dualsystem, nämlich der Kategorisierung von den Fällen von Strafverfolgung und Schutz für Zuhause durch Staatsanwalt vor die Anklageerhebung beseitigt werden, weli es dem Staatsanwalt zu großen Gestaltungsspielraum erlaubt.

Und der Rechtsanwalt ist die Maßnahme von der Aussetzung der Strafverfolgung unter der Voraussetzung der Beratung transparent und sorgfältig einzusetzen. Nach meiner Meinung ist es besser, daß die Polizei die Eilschutzordnung selbst erläßt, um frühzeitig die Opfer zu schützen. Vor allem ist die Maßenarbeit sehr wichtig, damit man die Empfindlichkeit für das Menschenrecht stärken kann.

Key Words

Gendergewalt, Aussetzung der Strafverfolgung bedingt der Beratung, Angelegenheit der Schutz für Zuhause, Maßenarbeit, Anleitung für Polizisten

참고문헌

- 김철수, 「학설판례」 헌법학(상), 2007.
- 김엘림, 「남녀평등과 법」, KNOU Press, 2009.
- 신옥주, 부성주의 위헌성 고찰, 「안암법학」 제43호, 2014.1.;
- 신옥주, 낙태죄의 위헌성 고찰, 「생명, 윤리와 정책」, 제2권 제1호 2018. 4.
- 신옥주, 실질적 성평등실현의 관점에서 여성의 정치적 대표성의 제고를 위한
적극적 조치에 대한 연구, 「서울법학」 제26권 제2호, 2018.8.
- 김현정/이수정, 학대남편을 살해한 피학대여성의 판결에 관한 연구,
「한국심리학회지」 2007. vol.12 nr. 1.
- 김호기, 비대면상황에서의 피학대자의 학대자 살해행위와 정당방위의
살해가능성-미국의 매 맞는 여성 기준의 도입가능성 및 그에 대한 대안의
검토-, 「경찰법연구」 제9권제2호(2011).
- 정도희, 가정폭력피해자의 반격과 정당방위에 대한 소고, 「비교형사법연구」
제17권제4호.
- 박정난, 가정폭력 피해자의 정당방위 성부에 관한 비판적 고찰,
「법학연구(전북대학교 법학연구소)」 제57집 2018.9.
- 허민숙, “폭력이 있었던 것은 아니지만...” -친밀한 관계에서의 강압적 통제와
가정폭력 재개념화를 위한 연구, 「페미니즘 연구」 12(2), 2012.10.
- 고미경·유승진·이미경·정미례, 젠더에 기반한 폭력 근절을 위한 법, 정책, 운동,
자료집, CEDAW 제8차 한국 정부 심의 대응 NGO 활동보고 및 토론회
- 유엔 여성차별철폐협약과 CEDAW 최종건의의 국내 이행 방안 -,
2018년 3월 27일(화) 오후 2시 국회의원회관 제9간담회의실.
- 박복순, 가정폭력특별법 시행 20주년의 평가 및 향후과제, 가정폭력특별법 시행
20주년 기념토론회, 2018.9.20. 자료집.
- 김해경, 박찬혁, 정의롬, 가정폭력범죄에 대한 경찰의 효율적 대처방안,
「사회과학연구」 22(3).
- 김상운, 「한국경찰학회보」 제14권3호(2012), 20쪽;

성홍재, 경찰의 긴급입시조치권과 검사의 지휘권에 대한 법적 검토
-가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부 개정안을 중심으로-
「경찰학연구」 11(3), 2011.09.

김은경, 김혜경, 박소현, 유숙영, “현행 가정폭력처벌특례법의 운용실태 및
입법적 개선방안 연구”, 형사정책연구원 연구총서, 2014.12.

이강민, 여성대상범죄와 회복적 사법, 「이화젠더법학」 제5권제1호(2013년 6월).

김재희, 가정폭력에 대한 다양한 대응전략의 필요성, 「이화젠더법학」 9(3),
2017.12.

박영란, 여성주의 관점에서 본 가정폭력 피해자의 욕구와 피해자 보호정책
패러다임의 변화, 「한국여성학」 23(3), 2007.9,

Andrea Büchler: Gewalt in Ehe und Partnerschaft - Polizei-, straf- und zivilrechtliche
Interventionen am Beispiel des Kantons Basel-Stadt,
Basilea/Ginevra/München 1998.

Marianne Schwander: Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt: Neue
Erkenntnisse – neue Instrumente. In: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,
Band 121, Heft 2, Bern: Stämpfli, 2003.

<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/frauen-vor-gewalt-schuetzen/haeusliche-gewalt/haeusliche-gewalt/80642?view=DEFAULT>

https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2016/Presse2016/161122_Partnerschaftsgewalt.html

2017 Polizeiliche Kriminalstatistik.

<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/frauen-vor-gewalt-schuetzen/haeusliche-gewalt/haeusliche-gewalt/80642?view=DEFAULT>

Bayerisches Staatsministerium des Innern, Häusliche Gewalt, Die Polizei informiert,
2010.

Datenlage und Statistik zu häuslicher Gewalt in Berlin 2016, eine Übersicht der
Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung.

Abt. Frauen und Gleichstellung, Referat Frauen in besonderen Konflikt- und
Lebenslagen, 2017. 10.