심포지엄 자료집

제1회 성폭력 추방주간

성폭력 처벌
법·제도 개선을 위한 심포지엄

일 시 | 2011년 12월 1일(목) 15:40 ~ 18:20

장 소 | 충무아트홀 컨벤션센터

주 최 | MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society 민주사회를 위한 변호사모임 여성가족부

PROGRAM

| 인 사 말 | 15:40 ~ 15:50

| 발 제 | 15:50 ~ 16:50

사회자 : 김인숙 (민주사회를 위한 변호사 모임)

성폭력 처벌 관련 법·제도의 개선방안
원혜욱 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

성폭력 형사절차에서 피해자 보호와 실체적 진실발견의 조화
이경환 (변호사)

| 토 론 | 16:50 ~ 18:00

정현미 (이화여대 법학전문대학원 교수)
이윤상 (한국성폭력상담소 소장)
유현정 (검사, 서울중앙지검)
신윤진 (변호사, 전 대구지방법원 성폭력전담재판부 판사)

배복주 (장애여성 공감 대표)
정지원 (판사, 의정부지방법원)
박지영 (검사, 법무부 여성아동정책팀장)

| 자유 토론 | 18:00 ~ 18:20

CONTENTS

[사회자] 김인숙

[제1주제] 발제

[제2주제] 발제

[제1주제] 토론

[제2주제] 토론

제1주제 발제

성폭력 처벌 관련 법제도의 개선방안

원혜욱 (인하대 법학전문대학원 교수)

I. 들어가는 말

최근 우리 사회는 '도가니'라는 영화 한편으로 장애인대상 성폭력에 대한 관심이 최고조에 달하였다. SNS를 통해 영화의 내용과 더불어 장애인대상 성폭력을 방지하기 위한 대책수립이 필요하다는 인식이 순식간에 국민들에게 확산되었으며, 급기야 정부가 나서서 장애인대상 성폭력에 대한 대책을 규정하는 소위 '도가니법'의 필요성을 언급하기에 이르렀다. 이러한 사회적 요구에 의해 2011년 10월 28일 정부는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정안」을 국회에 제안하였으며, 11월 7일 장애로 항거불능의 상태에 있음을 이용하는 장애인에 대한 간음죄에서 '항거불능'을 삭제하고 장애인에 대한 강간, 유사성교행위, 강제추행 등의 성폭력범죄를 유형화하여 처벌하는 개정이 이루어졌다. 장애인에 대한 성폭력범죄에 대한 법적 제재를 강화하였다는 측면에서 2011년 11월 개정안을 '도가니법'이라 명명하기도 한다. 이처럼 우리 사회는 사회를 떠들썩하게 하는 성폭력범죄가 발생하면 정부와 국회가 앞다투어 특별법의 형식으로 혹은 특별법의 내용으로 법률 제·개정안을 제안한다. 그러나 이러한 입법을 통해 해결하려는 태도는 성폭력범죄를 원천적으로 방지할 수 있는 대책이 되지 못한다. 오히려 사회적 분위기에 편승하여 급하게 법개정작업을 진행함으로써 기본 형법의 내용과 중복되는 규정들이 입법화되는 현상이 발생하게 되고, 이는 성폭력의 개념을 더욱 불명확하게 할 뿐만 아니라 형의 불균형이 발생하거나 혹은 오히려 성폭력피해자에 대한 보호가 후퇴하는 부작용이 초래되기도 한다. 이는 이번에 개정된 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력특례법'이라 한다)에서도 찾아볼 수

있는데, 종전에는 장애인이 일반인에 비해 항거능력이 현저히 떨어지는 특성을 고려하여 '항거불능'의 상태를 이용한 간음 등의 범죄도 처벌할 수 있도록 하고 있었으나, 개정된 성폭력특례법에 의하면 장애인에 대해서도 일반인과 동일한 폭행·협박을 수단으로 하여 간음하는 경우에만 처벌이 가능해졌다. 이는 종전에 장애인에 대한 간음죄를 처벌함에 있어서 '항거불능'을 좁게 해석함으로써 제기되는 문제점만 인식하였을 뿐이지 장애인을 보호하고자 하였던 법률체계를 제대로 이해하지 못한 상태에서 법개정이 이루어졌다고 판단할 수밖에 없는 상황이다. 또한 장애인을 보호하고 장애인에 대해 성폭력범죄를 범하는 가해자를 중하게 처벌하고자 하는 개정취지를 무색하게 한 규정이라 할 것이다.

이처럼 정부는 성폭력범죄가 발생할 때마다 성폭력범죄와 관련하여 특별법을 제·개정하면서 처벌을 강화하고 재범을 방지하려는 노력을 기울이고 있다. 성폭력범죄에 대한 대책을 특별법의 제·개정으로 해결하려는 이러한 정부의 태도는 성폭력범죄의 중대성을 오히려 제대로 인식하지 못하게 하는 부작용을 야기한다. 사회적으로 커다란 파장을 야기하는 성폭력범죄가 발생하는 경우 새로운 입법은 대부분 피해자의 이름을 명명하는 방식으로 이루어진다. 이는 성폭력에 대한 심각성을 인식하게 하여 성폭력을 방지하고자 하는 본래의 취지와는 달리 피해자의 상황이 부각되어 일반 성폭력범죄와는 구별되는 특수한 경우의 범죄유형이라고 생각하게 함으로써 성폭력범죄 자체에 대한 심각성은 오히려 감소하게 하는 효과가 나타나기도 한다. 이는 성폭력범죄 가해자를 엄중히 처벌하고 피해자를 보호하고자 하는 특별법이 제·개정됨에도 불구하고 성폭력범죄가 지속적으로 증가하고 있는 현상을 설명하는 근거가 되기도 한다. 특히 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄는 우리 사회에서 심각한 문제라고 인식하고 있음에도 불구하고 증가하고 있다.

[표 1] 전체범죄, 성폭력범죄, 아동대상 성폭력범죄 발생건수

(단위 : 건)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
전체 범죄	1,867,882	1,985,980	1,977,665	2,004,329	2,080,329	1,893,896	1,829,211	1,965,977	2,189,452	2,168,185

성폭력	10,189	10,495	9,435	10,365	11,105	11,757	13,573	13,634	15,094	16,156
아동 성폭력	561	459	548	609	640	759	932	1,042	1,182	989

* 출처 : 범죄백서 2010, 법무연수원; 범죄분석 2010, 대검찰청

[표 2] 전체 성폭력범죄[1], 13세미만 미성년자 대상 성폭력범죄, 19세미만 미성년자 대상 성폭력범죄[2], 장애인 대상 성폭력범죄 접수현황

(단위 : 명)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (1-10)
전체	11,712	11,626	10,800	12,274	13,714	13,274	15,642	15,826	16,958	18,283	17,512
13세 미만	779	708	630	754	735	799	844	851	971	874	845
19세 미만	994	799	827	1,583	1,946	1,780	2,022	2,062	2,587	2,699	2,970
장애인	131	137	129	168	169	207	179	206	246	239	266

* 출처 : 범죄백서 2010, 법무연수원(대검찰청 형사2과)

성폭력범죄는 그 특성상 숨은 범죄가 많기 때문에 공식통계자료를 통해 성폭력범죄의 실태를 파악하는데 한계가 있다. 그럼에도 범죄백서, 범죄분석, 경찰백서 등 공식통계자료에 근거해 성폭력범죄의 현황을 파악하는 것은 범죄에 대한 대책수립을 위해 중요하다. 이와 같이 공식통계자료에 근거한 실태를 분석해보면, 최근 10년간 전체범죄의 증가율에 비해 성폭력범죄의 증가율이 더 높은 것을 알 수 있다. 즉 10년 동안 전체범죄 발생건수는 16% 증가한 반면, 성폭력범죄 발생건수는 10,189건에서 16,156건으로 58% 증가하였다. [표 2]에 의하면 2000년 19세미만 대상 성폭력범죄 접수는 전체 성폭력범죄 접수의 8.4%에서 2010년에는 16.9%로 2배 정

1) 성폭력범죄 통계는 형법상 강간과 추행의 죄, 강도강간, 성폭력범죄의처벌및피해자보호처블등에관한법률위반, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반, 아동·청소년의성보호에관한법률위반, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(특수강간)에 해당하는 범죄이다.

2) 13세미만 대상 성폭력범죄를 포함하는 통계이다.

도가 증가하였으며, 장애인 대상 성폭력범죄 접수는 1.1%에서 1.5%로 증가하였다. [표 2]에서 나타난 심각한 현상은 미성년자 대상 성폭력범죄에서 13세미만 대상 성폭력범죄가 차지하는 비율이 2000년에 비해 2009년 감소하였지만 여전히 그 비율이 매우 높다는 것이다. 2010년 미성년자 대상 전체 성폭력범죄 접수에서 13세미만을 대상으로 하는 성폭력범죄 접수가 차지하는 비율이 28.4%에 달한다는 사실은 상당히 우려스러운 상황임에 틀림없다.

위와 같은 성폭력범죄 처벌을 위한 특별법의 문제 이외에도 강간죄 구성요건에 대한 문제와 친고죄의 존치여부에 대한 문제가 꾸준히 제기되고 있다. 성폭력범죄에 대해서는 종래 폭행·협박의 해석, 행위객체의 확대, 강간개념의 확장과 관련하여 유사성교행위의 처벌규정 신설 및 비동의간음죄의 신설 등에 대한 문제가 제기되면서 성폭력의 기본구성요건인 강간죄와 강제추행죄의 구성요건을 새롭게 규정해야 한다는 주장도 제기되고 있다.[3] 또한 성폭력범죄 유형 중 특별법에 의해 점차 친고죄의 규정이 폐지되면서 일반 성폭력범죄에 대해서도 친고죄의 규정을 삭제해야 하는 것이 아닌가에 대한 문제가 제기되었다.

이상의 논의에 기반하여 본 논고에서 첫째, 형법과 성폭력범죄 관련 특별법 중 성폭력특례법과 「아동·청소년 성보호에 관한 법률」의 내용을 간략히 살펴보고 형법과의 관계를 어떻게 정립하여야 하는지 검토하고자 한다. 둘째, 강간죄의 구성요건의 개선방안과 관련하여 최근 대법원 및 하급심 판례를 통해 종전의 견해가 변화하고 있는 '객체'에 대해 검토하고자 한다. 마지막으로 성폭력범죄에 있어서 점차 삭제되어 가고 있는 친고죄의 규정을 강간죄와 강제추행죄 등 여전히 친고죄로 남아 있는 나머지 성폭력범죄에 대해서도 삭제해야 하는가를 검토하고자 한다.

II. 성폭력범죄 관련 법제

우리나라의 법률체계는 성폭력범죄의 처벌에 대해 기본법인 형법에는 간략한 규정만 두고, 가중적 구성요건과 기타 사회적으로 중요한 성폭력행

3) 이호중, 강간과 추행의 죄 규정의 개정방안, 형사법개정연구(IV) : 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원 2009, 121면

위에 대한 처벌은 특별법에서 규정하고 있다. 그러나 이러한 법률체계에 대해서는 다음과 같은 문제점이 제기되고 있다 : "성폭력범죄에 대한 중요성을 왜곡할 우려가 있다. 성적 자기결정권 내지 성적 자유는 매우 중요한 보호법익이며 이를 침해하는 행위는 중대범죄임에도 그 처벌규정의 대부분을 특별법에 의존하면서 성폭력범죄에 대한 처벌이 일방적인 여론형성으로 이루어진다는 잘못된 인식을 초래하는 경향이 있음을 부인하기 어렵다. 이는 남성과 여성의 대립관계를 강조하거나 특별법 만능의 사고를 지니게 할 수 있으므로 현행 법률체계는 개선되어야 할 것이다."[4] 성폭력범죄의 처벌규정으로는 형법 제32장의 '강간과 추행의 죄'를 비롯하여 다수의 특별법이 존재하는데, 이하에서는 대표적인 형사특별법인 성폭력범죄특례법, 「아동・청소년 성보호에 관한 법률」에 대해 논하기로 한다.

1. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

종전 성폭력범죄에 대한 대처는 형법 제32장에 규정되어 있는 간강과 추행의 죄를 통해 이루어졌다. 그러나 성범죄가 점차 흉포화・집단화・지능화・저연령화되고, 정보화기기를 이용한 음란행위 등 새로운 유형의 성범죄가 증가하자 기존의 법체계로는 대응할 수 없는 상황이 초래되었다. 이에 폭력이 수반되는 성범죄에 대한 처벌규정을 강화하고자 1994년 1월 5일 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」이 제정되었다.[5] 그러나 '조두순 사건', '김길태 사건' 등 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄의 잔혹성이 사회적으로 심각한 문제로 제기됨에 따라 이에 대한 대책수립의 필요성이 증대되었다. 이에 국회는 종전의 성폭력범죄에 대한 처벌규정을 대폭 강화한 법률을 통과시켰다. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이다. 이 법은 종전의 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」중 범죄자 처벌과 관련한 부분을 분리하여 새로이 만든 법이다. 이 법의 제안이유는 해마다 지속적으로 증가하고 있고 날로 흉포화되고 있는 성폭력범죄는 다른 범죄에 비해 재범가능성이 높고 은밀하게 행해지므로 이를 근본적으로 예방하기 위해서는 성범죄자의 처벌을 강화

4) 법률체계의 문제점에 대해서는 황은영, 성폭력범죄에 대한 실효적 대응 방안, 법조 2008・1, 13면 참조.

5) 이덕인, 형법과 형사특별법상 성범죄 처벌규정에 대한 비판적 검토, 경찰연구논집 제8호, 4면

하고 피해자보호를 위한 제도적 보완이 필요하였기 때문이다.

1) 2010년 4월 제정

2010년 4월 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 제정되었다. 성폭력범죄는 해마다 지속적으로 증가하고 있다. 더욱이 다른 폭력범죄에 비해 재범가능성이 높으며 은밀하게 행해지는 특징을 지니고 있다. 이를 근본적으로 예방하기 위해서는 성범죄자에 대한 처벌 강화와 재범방지 등을 위한 제도의 보완이 필요하다는 사회적 요청에 따라 성폭력특례법은 다음과 같은 사항에 대해 특별한 규정을 두었다.

1) 친족관계에 의한 강간, 강제추행 등 범죄에 관하여 처벌을 강화하고 처벌대상이 되는 친족의 범위를 4촌 이내의 인척까지 확대하였다.(제5조 제1항, 제2항, 제4항)
2) 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력범죄의 처벌을 강화하였다.(제7조)
3) 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 강간, 강제추행 등 성폭력범죄를 범한 자에 대해서는 형을 감경하는 형법규정을 적용하지 아니할 수 있도록 하였다.(제19조)
4) 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행하도록 한다.(제20조 제1항)
5) 새로운 수사기법의 발달로 범죄 발생 후 상당한 기간이 지나더라도 범죄규명이 가능한 경우가 많으므로 DNA증거 등 입증 증거가 확실한 성폭력범죄의 경우 공소시효를 10년 연장하였다.(제20조 제2항)
6) 검사와 사법경찰관은 성폭력범죄 피의자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 증거가 있고 오로지 공공의 이익을 위하여 필요할 때에는 얼굴 등 피의자의 신상정보를 공개할 수 있도록 하였다.(제23조)
7) 지방법원장 또는 고등법원장은 특별한 사정이 없으면 성폭력범죄 전담재판부를 지정하여 성폭력범죄에 대하여 재판하도록 하였다.(제25조)
8) 성폭력범죄의 피해자가 13세 미만이거나 신체장애 또는 정신장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 수사과정에서 관련 전문가의 의견조회를 의무화한다.(제28조 제3항, 제4항, 제5항)

제정된 성폭력특례법은 음주, 약물로 인한 성범죄에 대해 형법의 감경규

정을 적용하지 아니한다는 내용과 미성년자에 대한 공소시효의 정지와 입증 증거가 확실한 성폭력범죄에 대한 공소시효의 연장 등의 내용을 포함하고 있는데, 이는 그동안 학계와 실무에서 지속적으로 제기되어 왔던 문제에 대해 성폭력범죄의 특성을 반영한 매우 의미 있는 입법이라 할 것이다. 다만, 제정된 성폭력특례법 역시 실체법과 절차법이 혼용되어 있으며, 범죄유형에 대한 내용이 형법 규정과 중복되어 있어 성폭력범죄에 대한 체계적인 개념이해가 불명확하고, 성적 자유 혹은 성적 자기결정권의 중요성이 강조되기 보다는 특수한 유형의 성폭력범죄에 대해서만 관심을 lq 중시키는 문제점이 여전히 제기되고 있다.

2) 2011년 11월 개정

2011년에는 '도가니'라는 영화로 인하여 성폭력범죄가 육체적 살인보다 더 추악한 범죄라는 사실에 대해 국민들이 인식하였고, 이에 성폭력범죄로부터 보호가 필요한 장애인과 13세 미만의 여자에 대하여 별도의 법적 장치의 필요성에 따라 사전적 예방조치와 사후적 예방조치를 마련해야 한다는 요청이 제기되었다. 이러한 요청을 반영하여 11월 개정작업이 진행되었다. 사전적 예방조치로서 공소시효를 배제함으로써 13세 미만의 여자와 장애가 있는 여자를 대상으로 한 성폭력범죄에 대한 법적 제재를 항구화 하였고, 사후적 예방조치로서 ① 장애가 있는 여자 및 사람에 대한 범죄에 대한 처벌을 강화하고 ② 13세 미만의 여자와 장애가 있는 여자에 대하여 강간죄를 범한 사람에 대해 무기징역을 처할 수 있게 하며 ③ 장애인을 보호할 의무가 있는 자가 장애인에 대하여 성폭력범죄를 범한 경우에 형을 가중하게 하는 등 제재조치를 강화하였다. 개정의 주요내용은 다음과 같다.

1) 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 '항거불능 상태'를 삭제하고 유사성교행위에 대한 처벌규정을 두었으며, 장애 여자와 사람에 대한 성범죄를 유형화하고 처벌을 강화하였다.(제6조)
2) 13세 미만의 여자에 대하여 형법 제297조(강간)의 죄를 범한 사람에 대해 무기징역에 처할 수 있게 하였다.(제7조 제1항)
3) 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 장애인에 대하여 성폭력범죄를 범한 경우 형을 가중하였다.(제10조)

4) 13세 미만의 여자 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 강간 또는 준강간의 죄를 범한 경우에 공소시효를 배제하였다.(제20조 제3항)

개정된 성폭력특례법에서 가장 중요한 사항은 공소시효의 배제에 대한 규정일 것이다. 2010년 제정된 성폭력특례법에서도 공소시효의 연장 및 정지에 대한 규정을 두었는데, 이번 개정에서는 아동 및 장애인에 대한 성폭력범죄에 대해 공소시효를 배제하는 규정을 두게 된 것이다. 이는 은밀하게 범행이 이루어진다는 행위의 특성과 현저히 항거가 곤란한 대상에 대해 행해진다는 객체의 특성을 반영한 개정이라 판단된다. 다만, 이에 대해서는 살인에 대해서도 공소시효가 배제되지 않는데, 성폭력범죄에 대해서 공소시효를 연장하는 것은 가능하나 공소시효를 배제될 수 있는가에 대해서는 문제가 제기될 수 있을 것이다. 이번 개정에서 가장 문제되는 내용은 위에서도 언급한 장애인 대상 성폭력범죄에 대한 규정이다. 종전의 성폭력특례법 제6조에는 "신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능의 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행을 한 사람은 형법...에서 정한 형으로 처벌한다"로 규정하고 있었으나, 개정된 제6조는 제1항에 "신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 형법 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기 또는 7년 이하의 징역에 처한다"로 규정하고 있다. 제2항에는 장애인에 대하여 폭행 또는 협박으로 유사성교행위를 한 자에 대한 처벌을, 제3항에는 장애인에 대하여 강제추행(형법 제298조) 행위를 한 자에 대한 처벌을, 제4항에는 장애인에 대한 형법상의 준강간, 준강제추행의 행위를 한 자에 대한 처벌을, 제5항에는 위계 또는 위력으로서 장애인을 간음한 자에 대한 처벌을, 제6항에는 위계 또는 위력으로서 장애인을 추행한 자에 대한 처벌을, 제7항에는 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 등의 장애인에 대한 성폭력범죄를 처벌하는 사항을 규정하고 있다. 이는 장애인이 일반인에 비해 항거능력이 현저히 부족하다는 특성을 고려한 종전의 규정에 비해 장애인 보호라는 측면에서 검토하면 분명히 후퇴한 개정이라 할 것이다. 그동안 법원이 장애인에 대한 '항거불능'의 상태를 좁게 해석하여 장애인에 대해서도 일반인과 동일한 정도의 항거를 요구하였다는 점에서 많은 비판이 제기되어 왔다. 그러나 이는 '항거불능'에 대한 해석에 있어서 장애인의 특성을 고려하여 판단해야 한다는 의미이지 '항거불능'의 규정을 삭제해야

한다는 의미는 아니었다. 그럼에도 '항거불능'을 삭제하고 장애인에게 일반인과 동일하게 형법상의 강간죄, 강제추행죄 등의 성립만 인정하겠다는 개정내용은 소위 '도가니법'으로 불리우는 장애인보호를 위한 개정으로는 이해하기 어렵다. 장애인 대상 성폭력범죄를 일반인에 비해 가중처벌한다는 의미 이외에 장애인의 특성으로 고려하여 일반인에 비해 특별히 보호한다는 의미를 찾을 수 없다. 형법상 성폭력범죄의 대상에 장애인을 배제한다는 규정이 없다는 점을 고려할 때 이는 내용의 중복일 뿐이다. 다만, 개정내용 중 유사성교행위에 대한 처벌규정을 신설한 점은 최근의 강간죄의 구성요건에 대한 문제제기를 반영한 적절한 개정이라 할 것이다.

2. 아동・청소년의 성보호에 관한 법률

아동・청소년 성보호법은 성적 자기결정권보다는 아동과 청소년의 성 자체를 보호법익으로 상정하고 있다. 즉 미래사회의 주역인 어린 세대의 인권을 보장하고 건전한 사회의 구성원으로 성장할 수 있도록 이들의 성적 발전을 함양하기 위하여 아동・청소년의 성을 사는 행위를 엄격하게 처벌하려는 것이다. 그러나 이 법률 역시 범죄행위의 상당부분이 형법규정과 중복되어 있다.[6]

1) 2010년 4월 개정

2010년 4월 개정된 아동・청소년의 성보호에 관한 법률은 재범가능성이 높은 아동・청소년대상 성범죄를 예방하기 위해서 성범죄자에 대한 처벌의 강화뿐만 아니라 재범방지 제도의 보완을 위해 입법되었다.

1) 아동・청소년대상 성범죄에 아동에게 수치심을 주는 성희롱・성폭행 등의 학대행위 및 아동에게 음행을 시키거나 음행을 매개하는 행위의 죄와 강도강간의 죄를 포함하도록 하였다.(제2조 제2호 다목, 라목) 아동・청소년의 성을 사는 행위, 아동・청소년에 대한 강요행위, 알선영업행위 등에 대한 형량을 강화하였다.(제10조 제1항, 제11조, 제12조)

2) 음주 또는 약물상태에서 아동・청소년에 대하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조부터 제11조까지의 죄를 범한 때에는 형법 제10조

---

6) 이덕인, 9면

제1항, 제2항(심신장애자) 및 제11조(농아자)를 적용하지 아니할 수 있도록 하였다.(제7조의2)
3) 아동・청소년에 대한 성범죄의 공소시효는 해당 성범죄로 피해를 당한 아동・청소년이 성년에 달한 날로부터 진행되도록 하였다.(제7조의3)
4) 아동・청소년대상 성범죄를 범한 자에 대하여 법원이 유죄판결을 선고하면서 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램 이수명령을 병과하도록 의무화 하였다.(제13조)
5) 아동・청소년대상 성범죄 사건의 가해자가 피해아동・청소년의 친권자나 후견인인 경우 검사의 친권상실 또는 후견인 변경청구를 의무화 하였다.(제14조 제1항) 검사는 성범죄 피해아동・청소년의 보호가 지속적으로 필요한 경우 가해자의 분리 또는 퇴거 조치, 보호시설에 대한 보호위탁결정 등의 보호처분을 법원에 청구할 수 있도록 하고, 법원은 6개월의 범위 내에서 보호처분을 선고하도록 하며, 보호처분을 위반할 경우 처분하도록 하였다.(제28조의2 내지 제28조의4, 제48조 제2항)
6) 반의사불벌죄의 범위를 아동・청소년을 대상으로 하는 추행, 통신매체를 이용한 음란행위 등의 죄로 축소하였다.(제16조)
7) 아동・청소년 대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정을 영상물 녹화장치에 의하여 촬영・보존하도록 하고, 피해자 또는 그 법정대리인이 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 현저히 곤란한 경우 영상물 또는 기타 다른 증거물에 대하여 검사에게 증거보전의 청구를 요청할 수 있도록 하며, 피해자를 신문하는 경우에 그 신뢰관계에 있는 자를 동석하도록 한다.(제18조의2 내지 제18조의4)
8) 아동・청소년의 건전한 성가치관 조성과 성범죄를 예방하기 위해 국가와 지방자치단체가 아동・청소년대상 성교육 전문기관을 설치・운영할 수 있도록 하였다.(제31조의2)
9) 법원은 아동・청소년에 대하여 성폭력 범죄를 저지른 자 등에 대하여 공개명령 기간 동안 고지명령을 선고할 수 있도록 하고, 이에 따라 여성가족부장관은 성명, 나이, 주소 및 실제 거주지, 키와 몸무게, 사진, 성범죄의 요지 등 고지정보를 고지대상자가 거주하는 읍・면・동의 아동・청소년의 친권자 또는 법정대리인이 있는 가구에 우편으로 송부하도록 하였다.(제38조의2, 제38조의3)
10) 아동・청소년 관련 교육기관 등에의 취업제한 대상자에 성인대상 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자를 추가하고, 취업제한 관

련 교육기관 등의 범위에 개인과외교습자까지 포함하며, 아동・청소년 관련 교육기관 등을 운영하려는 자에 대한 성범죄 경력조회는 설립당시 관할청이 본인의 동의를 받아 경력확인을 실시하도록 하였다.(제44조 제1항, 제45조 제1항, 제44조 제2항)

개정된 아동・청소년 성보호법은 성폭력특례법과 동일하게 음주 또는 약물상태에서의 아동・청소년에 대한 성폭력범죄에 대해 형법의 감경사유를 적용하지 않는다는 내용과 공소시효에 대한 내용을 포함하고 있다. 성폭력특례법과 다른 내용은 아동대상 성범죄의 범위 확대, 형사절차에서의 피해자보호, 가해자에 대한 신상공개와 관련된 내용, 성교육 전문기관 설치・운영에 관한 사항 등이다. 아동・청소년 성보호법은 아동과 청소년의 성을 보호한다는 입법취지로 인하여 형법 및 성폭력특례법과 구별되고 있으나, 일부 성폭력범죄에 관한 사항은 세 법 모두에 중복적으로 규정되어 있다. 특히 아동 혹은 청소년 대상 성폭력범죄가 발생하였을 경우 아동・청소년 성보호법과 성폭력특례법의 내용이 중복되기 때문에 어느 법을 적용해야 하는가의 문제도 발생할 수 있다.

2) 2010년 7월 개정

2009년 개정법 이전에 유죄판결과 열람명령을 받은 성범죄자 등에 대해서도 정보통신망을 이용하여 신상정보를 공개할 수 있도록 하였다.

3) 2011년 9월 개정

2011년 개정에서는 피해자변호인제도를 도입하였으며, 소년부로 송치된 아동・청소년에 대한 필요적 수강명령제도를 도입하는 등 피해자보호를 강화하는 방안과 성범죄 가해 아동・청소년에 대한 필요적 수강명령제도를 도입하는 등 가해자에 대한 제재강화방안이 이루어졌다.

1) 아동・청소년이용음란물의 정의를 확대하였다.(제2조 제5호)
2) 온라인서비스제공자의 정의규정을 신설하엿다.(제2조 제8호)
3) 아동・청소년에 대한 강간・강제추행의 객체를 여자 아동・청소년에서 모든 아동・청소년으로 확대하였다.(제7조)

4) 온라인서비스제공자에 대한 처벌규정을 신설하였다.(제8조 제3항)
5) 장애인인 아동・청소년에 대한 간음 등에 대한 처벌을 강화하였다.(제11조의2)
6) 신고의무자의 성범죄에 대해 가중처벌할 수 있도록 하였다.(제12조의2)
7) 수사절차에서의 배려를 공판절차로 확대하였다.(제18조)
8) 아동・청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용에 대한 영상녹화를 의무화하였다.(제18조의2)
9) 증거보전신청권자에 '경찰'을 추가하였다.(제18조의3)
10) 신뢰관계에 있는 사람의 동속 범위를 축소하였다.(제18조의4)
11) 소송계속 중의 서류・증거물 열람・등사권을 신설하였다.(제18조의5)
12) 아동・청소년대상 성폭력범죄피해자에게 변호인 선임권을 부여하였다.(제18조의6)
13) 아동・청소년 성폭력 관련 범죄로 인한 상담 및 치료 대상을 확대하였다.(제25조)
14) 소년부로 송치된 아동・청소년에 대한 필요적 수강명령제도 등을 도입하였다.(제28조 및 제29조)
15) 신상정보 등록대상자를 확대하였다.(제33조 제1항)
16) 신상정보 등록대상자의 신상정보 제출시기를 조정하였다.(제34조 제1항)
17) 신상정보 공개대상자의 정보열람권자에 미성년자를 추가하였다.(제38조)
18) 신상정보 등록대상자 고지대상을 확대하였다.(제38조의2)
19) 성매매범죄를 신고한 자에게 포상금을 지급할 수 있도록 하였다.(제46조의2)
20) 형의 집행종료 후 보호관찰제도를 도입하였다.(제48조 내지 제54조)
21) 아동・청소년대상 성범죄 신고자의 신원정보・자료 공개자를 처벌할 수 있도록 하였다.(제52조)
22) 수강명령 불응자에 대한 벌칙을 신설하였다.(제52조)

3. 성폭력 법제 개선방안

성폭력범죄 처벌 관련 법제도에 대해서 논할 때 항상 제기되는 대책은 특

별법을 형법전에 편입할 것인가이다. 이에 대해서는 절차법적 규정은 특별법에 두고 실체법적 규정은 형법에 편입해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 이러한 견해에 따르면 성폭력범죄를 처벌하는 법률체계에서 중요한 것은 강간죄와 강제추행죄를 기본구성요건으로 하여 피해자에 따라, 행위방법에 따라 가중·감경 구성요건을 규정한 다음, 특별구성요건들을 규정함으로써 성폭력범죄에 대한 체계적인 해석과 확고한 처벌이 가능하도록 하는 법체계를 구축하는 것이다. 따라서 기본적 범죄인 성폭력범죄를 형법에 규정하지 아니하고 다른 특별법으로 규율하는 것은 성폭력범죄가 일부 특정한 피해자들만을 위해, 그리고 어떤 특별한 목적을 위해 처벌된다는 잘못된 인식을 강화할 우려가 있다고 주장한다.[7] 이에 따르면 성폭력특별법상의 성폭력범죄에 대한 처벌규정은 형법으로 편입하고, 그 처벌절차 및 피해자보호와 관련된 형사절차상의 특례규정만을 특별법에서 규정해야 할 것이다.

그러나 위와 같은 견해에 대해서 특별법의 규정을 일반법에 편입하고자 하는 작업이 중요하기는 하지만 성폭력특별법의 개정을 포함하여 성폭력범죄 처벌규정의 개정을 논의함에 있어 단지 형법상의 성폭력규정과 성폭력특별법의 규정들을 대비하여 불필요한 가중처벌을 과감히 삭제함으로써 성폭력특별법의 처벌규정들 중에서 형법이라는 일반법에 흡수할 만한 것들과 폐기되어야 할 것을 '선별'하고 '정리'하는 차원에 논의주제를 한정하는 것은 현명한 접근태도가 아니라는 주장도 제기되고 있다. 그 동안 형사특별법이 그러하듯이 성폭력특별법이 가중처벌에만 몰두하고 있다는 문제의식은 매우 중요한 것임에 틀림없으며, 이러한 중형주의는 비판받아 마땅하다. 그러나 가까운 장래에 실현될 형법의 개정을 염두에 둔다면, 입법론적으로 보다 중요한 것은 우리 사회에서 성폭력을 통제하는 형법규범체계의 의미와 효과를 전반적으로 성찰해 보면서 새로운 구성형식을 진지하게 모색하는 일이라는[8] 것이다.

후자의 의견은 세부적으로 어느 특별법의 규정을 삭제할 것인가 혹은 형법전에 편입할 것인가에 대한 입법론적 논의 이전에 성폭력범죄를 통제하기 위해 우리 사회에서 전반적인 성찰이 필요하다는 의미로 이해된다. 이

7) 황은영, 35면
8) 이호중, 성폭력 처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성, 84면

러한 성찰을 전제로 한다면 현재 성폭력범죄의 규범체계를 정립하기 위해서는 우선 형법전에 규정된 강간죄를 비롯한 성폭력범죄에 대해 그동안 논의되어 왔던 구성요건을 개정하는 작업이 이루어져야 할 것이고, 다음으로 특별법의 규정이 형법전에 편입되는 작업이 이루어져야 할 것이다. 형법개정과정에서 성범죄의 기본적 구성요건이라고 할 수 있는 강간죄와 강제추행죄에 대한 연구에서 불필요한 성폭력 형사특별법 규정의 삭제, 별다른 실익 없이 나열된 성폭력 형사특별법의 형법전 편입이 자연스럽게 고려될 수 있을 것이다. 예컨대 성폭력처벌특례법 제3조 내지 제5조 및 제7조는 형법 제297조 강간죄의 행위주체 또는 행위객체를 구체화한 것에 지나지 않기 때문에 강간죄에 대한 연구를 행하는 과정에서 형법전에 편입하는 것도 무방할 것이다.

IV. 실체법적적 문제 - 강간죄 구성요건의 개정여부

강간죄의 구성요건 또는 해석은 인터넷, 대중매체 등의 발달로 인해 서구사회의 개방적인 성문화가 들어오고, 과거 유교사회를 기반으로 한 보수적인 성의식이 변화하면서 흔들리고 있다. 이에 따라 형법 제정 당시에는 예상하지 못했던 일들이 발생하면서 강간죄 구성요건에 대한 해석의 논란 및 개정의 필요성이 강하게 제기되고 있다.[9]

형법상 강간죄를 정의할 때에는 일반적으로 "강간이란 폭행·협박에 의하여 상대방의 반항을 곤란하게 하고 부녀를 간음하는 것을 말하며, 여기서 간음이란 남자의 성기를 여자의 성기 속에 삽입하는 것을 뜻한다"라고 해석한다.[10] 이러한 방식의 강간죄에 대한 개념정의에 대해서는 가부장적이고 남성 성기 위주의 사고를 탈피하지 못한 전근대적인 사고에 기인한 것이며, 최근 세계적으로 강간죄를 넓게 인정하여 여성뿐 아니라 남성도 강간죄의 객체로 인정하는 추세와도 배치된다는 주장이 제기된다. 피해 여성의 입장에서 중요한 것은 '여성 성기에 대한 남성 성기의 삽입'여부가 아니라 그 과정이 피해자의 성적 자유를 침해하는 강압적인 방법으로 수행되었다는 점이다. 그러나 현행법의 해석은 남성 성기의 삽입에 의해 강간 여부를 구별하고 있으며 이는 강간을 피해자의 성적자기결정권의 침해

9) 이현정, 강간죄의 구성요건에 관한 비판적 고찰, 33면
10) 이재상, 형법각론, 163면

로 보는 것이 아니라 가해자의 성적 욕구 또는 성애적 개념으로 파악하는 것이라고 할 것이다. 이는 곧 강간이 여성에게만 발생 가능한 범죄이며, 성별불평등한 사회구조 속에서 언제든지 침해 가능한 '여성의 정조를 보호하는 것'이 강간죄의 존재적 의의라고 보는 것이나 다름없다.[11] 이러한 강간죄에 대한 해석은 강간죄의 보호법익을 어떻게 파악하는가에 따라 달라질 수 있을 것이다.

1. 보호법익의 문제 - 유사성교행위의 신설 문제

강간죄의 구성요건과 관련된 문제는 비단 우리나라에만 국한된 것은 아니다. 미국, 독일, 영국, 프랑스, 오스트리아 등은 강간죄 구성요건을 성중립적으로 개정하여 남성에 대한 강간을 인정하고, 강제유사성교행위를 간음과 동일하게 평가하고 있다. 또한 피해자의 동의가 없는 성교행위를 기본구성요건으로 하고, 폭행·협박으로 상대방의 저항을 곤란하게 한 경우를 가중처벌하기도 한다. 우리 형법은 1995년 강간죄를 포함하고 있는 제32장이 '정조에 관한 죄'에서 '강간과 추행의 죄'로 바꾸었을 뿐 1953년 형법이 제정된 이후 강간죄의 구성요건에 대한 개정은 이루어지지 않았다. 개정 이후 강간죄의 보호법익을 '개인의 성적 자유' 내지 '성적 자기결정권'이라고 보는 데는 이견이 없는 것으로 보인다.[12] 그러나 성범죄의 보호법익을 성적 자기결정권이라고 해석한다고 하더라도 성범죄가 개별 범죄구성요건에 따라 구체적으로 다른 내용을 갖지 않는 이상, 강간죄의 객체를 '부녀'로 제한하여 여타의 범죄에 비해 여성을 '과잉보호'하는 듯한 태도를 취하는 것은 사실상 성관계를 전제로 하는 강간죄에서의 보호법익이 '자유로운 성적 자기결정권'이 아니며, 여전히 '여성의 순결 내지 정조'라는 전근대적 가치가 지배하고 있다는 인상을 주기에 충분하다. 일면 '여성에 대한 특별 보호'처럼 보이는 강간죄 규정은 동시에 강간죄를 '여성에게만 발생하는 특수한 범죄'로 인식하게 만들고, 다시 '가해자-남성' '피해자-여성'의 이분법적 구도를 강화시킴으로써 기존의 남성주의적 문화나 성 이데올로기의 고정관념을 공고히 하는 역효과를 야기한다.[13] 성적자기결정권의 보호라는 자유주의적 관점에서 성형법이 재구성되는 것은 비교

11) 박혜진, 238면
12) 이현정, 34면, 36면
13) 박혜진, 법여성주의에서 바라 본 성에 대한 법인식의 문제, 형사정책 제22권 제1호, 234면

법적으로 볼 때 전 세계적인 추세라고 할 수 있다. 미국의 많은 주에서는 강간의 구성요건에 피해자의 저항이라는 요건을 삭제 내지 완화하고 있으며 강간죄에서 말하는 '성교'는 남성성기의 여성성기에의 삽입뿐 아니라 모든 개인 간에 이루어지는 신체삽입, 즉 구강성교와 항문성교를 포함하는 것으로 바뀌었다. 1997년에 개정된 독일 형법 제177조 역시 여자뿐 아니라 모든 개인을 성적 자기결정권의 주체로 동등하게 승인하였으며, 성적 자기결정의 자유에 대한 침해형식에 있어 성교와 함께 유사성교행위를 규정함으로써 성교(혹은 성기) 중심주의에서 탈피하였다. 그 개혁방향의 요체는 성적 자기결정의 자유를 침해하는 행위유형을 다룸에 있어 "여성에 대한 간음행위"라는 성차별적·성기중심적 규범에서 탈피하여 "성적 중립"의 길로 가고 있다는 점이다.[14] 이러한 관점에서 아동·청소년에 대한 유사성교행위와 장애인에 대한 유사성교행위를 성폭력범죄로 규정하고 있는 아동·청소년 성보호법과 성폭력특례법의 입법방향은 타당하다. 다만, 대상을 아동, 청소년 및 장애인으로 한정할 것이 아니라 강간 및 추행의 죄의 보호법익이 성적 자기결정권으로 인정하고 있기 때문에 세계적인 추세에 따라 형법상의 강간죄에도 유사성교행위를 추가하는 입법이 이루어져야 할 것이다. 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권에 따라 유사성교행위를 신설하는 경우 강간죄의 객체를 부녀로 유지해야 하는 실익은 상실된다.

2. 객체의 문제

형법 제297조에 따르면 강간죄의 객체를 '부녀'로 한정하고 있기 때문에 남성은 강간죄의 객체가 될 수 없다. 강간죄의 피해자로 여성만을 보호하는 것은 폭행·협박에 의한 남성의 성적 자기결정권의 침해를 상대적으로 '약하게' 보호하는 것이라 할 수 있다. 그러나 최근 대법원은 성전환자, 아내에 대한 강간죄 성부를 논점으로 하는 몇 가지 주요 판결들에서 강간죄의 객체에 대해 여러 가지로 변화된 시각을 보여주었다. 이러한 변화는 현행 형법상 강간죄의 객체, 즉 부녀의 개념이 성적 자기결정권의 보호목적 달성을 위해 적합한 것인지, 기존의 부녀에 대한 해석을 유지해야 할 것인지, 강간죄의 객체를 '사람'으로 확장하였을 때의 실익은 무엇인지

14) 이호중, 89면

등에 대한 통찰과 재해석의 필요성을 역설한다고 하겠다.[15]

(1) 성전환자에 대한 간강죄 인정여부

성전환자에 대해서는 2009년 9월 10일 대법원이 강간죄의 성립을 인정하였다. 1996년의 판결내용과는 서로 상반되는 결론이다. 이는 10년 사이에 우리나라 성에 대한 인식, 사회통념이 변화하였음을 의미한다. 이에 따르면 현행 강간죄의 객체인 '부녀'를 판단함에 있어서 생물학적 성(se)이 아닌 사회적 성(e e)에 중점을 두고, 사회통념에 비추어 평가하는 것으로 판단할 수 있다. 이에 따라 강간죄의 객체를 여성에 국한하여 규정할 필요가 없다는 주장이 설 력을 가질 수 있다. 그러나 현행법에 따르면 남자에 대한 강간을 강간죄로 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반하므로, 강간죄의 객체를 '부녀'에서 '사람'으로 개정하는 방식으로 해결해야 할 것이다. 외국의 입법례를 볼 때에도 전세계적인 추세는 강간죄 규정을 성중립적으로 규정하고 있다. 대표적으로 독일, 프랑스, 영국 등은 강간죄의 객체를 '사람'으로 규정하여 남성과 여성에 대한 강제적인 삽입행위를 간음과 동일하게 평가하고 있다.[16]

(2) 아내에 대한 강간(부부강간)의 인정여부

아내에 대한 강간의 인정여부는 부부간에 동거의무가 있다 할지라도 폭행·협박에 의한 강제적인 성교행위가 면책될 것인가의 문제로 된다. 즉 부부강간의 문제는 형법해석학적 측면에서 볼 때 아내의 성적 자기결정권이라는 권리와 부부간의 동거의무라는 의무가 충 하는 영역이다. 법률상의 처도 강간죄의 객체가 될 수 있는지에 대해서는 ① 혼인계약의 내용에 강요된 동침까지 포함할 수 없으므로 정해야 한다는 견해[17], ② 부부관계의 특수성을 고려하여 아내는 이 죄의 객체가 될 수 없다는 견해[18], ③ 별거중인 처에 한해서만 정하는 견해 등이 대립한다.

15) 박혜진, 235면
16) 이현정, 41면
17) 김성천/김형준, 형법각론, 221면
18) 김성돈, 형법각론 제2판, 157면

부부강간의 문제를 정면으로 다 최초의 대법원은 판결은 70도29 판결이다. 본 판결에서 대법원은 "처가 다른 여자와 동거하고 있는 남편을 상대로 간통죄의 고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후 부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 간통죄 고소를 취하하였다면 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설사 남편이 강제로 처를 간음하였다 하더라도 강간죄는 성립되지 않는다"고 판시하였다. 본 판결은 '실질적인 부부관계'를 기준으로 부부강간죄의 성립여부를 판단하였다는 점에서 절충설의 태도라 할 것이다. 본 사건 이후 정상적인 부부관계를 유지하는 부부간의 강간을 처리한 대법원판결은 없었고, 다만 이혼을 앞두고 별거중인 아내를 흉기로 위협하여 간음한 사안에서 특수강간죄를 적용하여 징역 6년을 선고한 원심을 확정한 대법원 판결이 존재한다. 본 판결에서 대법원은 "... 적어도 당사자 사이에 혼인관계가 파탄되었을 뿐만 아니라 더 이상 혼인관계를 지속할 수 의사가 없고, 이혼의사의 합치가 있어 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 상태에 이르렀다면, 법률상의 배우자인 처도 강간죄의 객체가 된다"라고 판시하고 있다. 이 판결 역시 실질적인 부부관계의 성립여부가 강간죄의 성립을 판단할 수 있는 기준으로 제시되었다는 점에서 절충설의 입장을 취한 것이다. 대법원 판결은 아니지만 혼인 중의 부부사이의 강간을 직접 다 사건으로는 부산지방법원의 2008고합808 판결을 들 수 있다. 본 판결에서 지방법원은 "혼인관계가 정상적으로 유지 중인 경우에도 법률에서 정한 그 요건이 충족될 때 강간을 인정함이 타당하다"라고 판시하였다.[19]

부부간의 동거의무는 상호존중과 배려에 기초한 동거의무를 의미한다. 따라서 동거의무가 개별 인격체로서의 부부 각자의 고유한 성적 자기결정권의 포기를 의미하지는 아니한다. 또한 민법상의 동거의무에 강간수인의무까지 포함되는 것은 아니다. 부부관계는 특수하지만 남편이 처를 폭행·협박하여 강제로 간음해도 된다고 할 정도의 특수한 관계라고는 할 수 없다. 따라서 아내에 대한 강간죄의 성립은 인정되어야 한다. 그러나 부부강간죄의 성립을 인정해야 한다고 하여 형법조항을 개정해야 하는 것은 아니다. 우리 형법상 강간죄의 객체는 '혼인 외의 부녀'가 아니라 '부녀'로 규정되어 있기 때문에 부부강간의 인정여부는 형법조항의 해석의 문제인

19) 이현정, 44면

것이다. 최근 부산지방법원 판결의 동향도 이러한 입장에서 부부강간죄의 성립을 인정하고 있는 것이다.

미국, 영국, 프랑스, 독일 등의 국가에서는 부부강간죄의 성립을 인정하고 있다. 특히 독일은 1997년 형법개정을 통해 강간죄의 구성요건을 '혼인 외 성교'라는 문언을 삭제하여 강간죄의 객체에 법률상의 처를 포함시키고 있다. 프랑스의 경우는 일반 강간죄보다 부부강간죄를 오히려 가중처벌하는 규정을 두고 있다.[20] 외국의 입법례를 살펴보더라도 아내강간을 인정하는 것은 세계적인 추세라 할 것이다. 또한 이미 아내강간에 대한 실태연구에서는 더 이상 아내강간이 희 한 사례가 아니며 혼인이 파탄된 경우에만 일어나는 극단적인 경우도 아님을 보여주고 있기[21] 때문에 아내강간을 인정해야 할 필요성은 더욱 커지고 있다 할 것이다.

V. 절차법적 문제 - 친고죄의 존치 혹은 폐지 여부

강간죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. 친고죄로 한 이유에 대해서는 일반적으로 그 사실이 공개되는 때에는 피해자의 명예가 손상되어 오히려 피해자에게 불이익을 초래할 우려가 있기 때문이라고 주장한다.[22] 즉 범죄사실의 공개로 피해자에게 더 큰 불이익이 아가는 것을 염려한 규정이라고 한다. 그러나 성폭력과 관련된 특별법은 강간죄의 일부 행위유형에 대해 친고죄규정의 적용을 배제하고 있다. 즉 성폭력특례법에 의하면 제3조 특수강도강간 등, 제4조 특수강간 등, 제5조 친족관계에 의한 강간 등, 제6조 장애인에 대한 강간·강제추행 등, 제7조 13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등, 제8조 강간 등 상해·치상, 제9조 강간 등 살인·치사, 제10조 제2항의 피구금부녀자에 대한 추행에 대해서는 친고죄 규정을 적용하지 않는다. 친고죄 규정이 적용되는 성폭력특례법상의 성범죄는 제10조 제1항의 업무상 의계나 위력에 의한 추행, 제11조 공중밀집 장소에서의 추행, 제12조 통신매체를 이용한 음란행위이다. 아동·청소년을 대상으로 하는 성폭력범죄인 경우 형법상 강간죄 및 강제추행죄

20) 이현정, 45면
21) 황은영, 20면
22) 이재상, 형법각론 제7판, 165면

등 형법 제297조부터 제300조까지, 제302조, 제303조 및 제306조의 죄에 대해서는 친고죄의 규정이 적용되지 않는다. 이처럼 강간죄 중에서 친고죄의 규정이 적용되지 않는 유형이 점차 증가하고 있는 추세이다. 강간죄가 개인적·사회적으로 매우 중대한 범죄행위임에도 불구하고 피해자가 수치심이나 보복 등을 두려워한 나머지 고소권을 제대로 행사하지 못하는 불합리를 구제하기 위하여 나온 조치이다.[23]

친고죄 규정은 가해자보다는 피해자를 비난하는 왜곡된 성문화에 기초하여 사실상 피해자가 성폭력에 적극적으로 문제제기하는 것을 차단하고 피해자의 경험을 왜곡된 성문화의 담론 속에 가두어 버리는 결과를 야기한다. 많은 경우에 피해자는 일정 금액의 금전적 합의를 종용받는다. 이 때 금전적 해결은 가해자가 자신의 잘못에 대하여 배상하는 것이라기보다는 피해자가 사건을 더 이상 문제 삼지 않기로 약속한 것에 대한 '대가'로 표상되는 경우가 많다. 이렇게 되면 성폭력은 더 이상 성폭력범죄가 아닌 것이 된다. 성폭력사건은 당사자 사이의 부적절한 성관계와 그에 따른 보상의 문제로 결되거나 아니면 처음부터 금전적 보상을 노린 성관계 즉 성매매의 성격으로 변질되어 버린다. 이렇게 되면 친고죄 규정은 피해자를 보호하는 것이 아니라 가해자 혹은 잠재적 성폭력범죄자를 비호하고 더 나아가서 잠재적 범죄자들에게 잘못된 메시지를 전달함으로써 성폭력범죄를 조장하게 되는 결과에 이르게 될 수 있다.[24]

친고죄 규정은 피해자에게 국가의 형사소추를 제지할 수 있는 권한을 부여하는 제도인 만큼, 형사소추의 공익보다 피해자의 이익보호가 우월한 경우에만 정당화될 수 있을 것이다. 그러나 '3년 이상의 징역'에 처하는 강간죄는 기본적으로 매우 중대한 범죄유형의 하나이다. 그럼에도 불구하고 강간죄와 같은 중대한 법익 침해행위를 단순히 피해여성의 인격권과 명예감 보호라는 이유만으로 국가형벌권 발동 여부를 피해자에게 전적으로 맡기는 것은, 성폭력범죄를 남·여 사이의 개인적인 문제로 치부해버림으로써 성폭력범죄에 대한 일반인의 인식을 왜곡시킬 수 있다. 이렇게 왜곡된 인식은 강간범죄의 증가를 가져오고, 형사절차에서 가해자를 과보호하는 역기능을 초래하게 된다.[25] 성폭력범죄의 불법의 중대성에 비추어

23) 배종대, 형법각론 제7 전정판, 254면
24) 이호중(형사법개정연구(IV)), 202면 - 203면

볼 때 피해자의 고소가 없다는 이유만으로 범죄자의 형사처벌이 불가능하다면 이는 형사사법의 중대한 결함임에 틀림없다.

위에서 살펴본 바와 같이 이미 성폭력범죄의 상당 부분은 비친고죄화 되었으며 현재 친고죄로 남아있는 규정을 계속 친고죄로 두는 것은 그 논거가 희박하고 실익도 적다. 우리 법 현실에서 친고죄 규정은 성폭력범죄 피해여성의 사생활과 명예를 보호하기보다는 성폭력범죄자들에게 유리하게 작용하는 불공정한 사법결과를 낳았을 뿐만 아니라, 성폭력범죄에 대한 그릇된 사회통념을 강화시키는데 기여하였다. 즉, 피해자의 고소가 있어야만 형사절차가 진행될 수 있다는 점에서, 피해자측에서는 "나 한 사람만 참으면..." 덮을 수 있는 범죄로 보아 이를 은폐하는 역할을, 가해자측에는 "설마 고소까지? 설령 고소하더라도 고소를 취소시킬 수 있다"라는 합의에 의해 간단히 끝낼 수 있는 사소한 범죄라는 인식을 강화시켜 이를 조장하는 역할을 하였다는 비판을 면하기 어렵다. 강간죄가 비친고죄로 되는 경우 가장 우려되는 것은 피해자의 프라이버시와 인격권 보호 문제인데, 이는 피해자에 대한 특별한 형사절차상의 보호조치에 의해 보호되어야 할 문제이지 친고죄 존치의 이유는 되지 않는 것이다. 중요한 것은 성폭력범죄는 반드시 처벌받는 중대한 범죄라는 점과, 성폭력범죄의 피해자는 특별한 형사절차상의 보호조치를 받는다는 점에 대한 확고한 인식과 공정한 형사절차가 확립되어야 한다는 점이다. 따라서 특별법에 규정된 일정 유형의 성폭력범죄에 대해서만 비친고죄로 규정할 것이 아니라 강간죄를 비롯한 일반 성폭력범죄에 대한 친고죄의 규정도 폐지해야 할 것이다.

V. 맺음말

최근 우리 사회에서 심각한 사회문제로 제기되고 있는 아동 및 장애인을 대상으로 하는 성폭력범죄를 억제하고 예방하기 위해 다양한 대책이 제시되고 특별법의 제·개정이라는 입법정책도 수행되고 있다. 그러나 여러 차례 특별법의 제·개정 작업이 이루어졌음에도 성폭력범죄가 감소하기는 커녕 오히려 증가하고 있으며, 특히 아동대상 성폭력범죄는 2009년 잠시

25) 황은영, 39면

감소하는 현상을 나타내기는 하였으나 여전히 그 발생률이 심각한 수준이다. 이는 특별법의 제·개정이 성폭력범죄의 감소에 그다지 실효적인 대책이 아니라는 주장을 가능하게 한다. 성폭력범죄를 억제하고 예방하기 위한 실효적인 정책은 성폭력범죄가 피해자의 성적 자유 혹은 성적 자기결정권을 현저하게 침해하는 범죄라는 인식과 성폭력범죄자에 대해서는 반드시 엄중한 처벌이 이루어진다는 인식이 공유될 수 있는 입법이 이루어지는 것이다. 현재의 특별법 위주의 입법정책은 특정한 피해자에게만 성폭력범죄가 심각한 범죄라고 인식하게 함으로써 성폭력범죄가 대상자와 상관없이 모든 피해자의 성적 자유 혹은 성적 자기결정권을 침해하는 중대한 범죄라는 인식을 저해하는 요소로 작용할 수 있다. 또한 친고죄의 규정을 존치함으로써 일반인을 대상으로 하는 강간죄는 합의의 대상이 되는 행위일 뿐 범죄행위가 아니라는 인식까지 가능하게 할 수 있다. 이에 성폭력범죄의 억제 및 예방을 위해서는 세계적 추세에 맞추어 유사성교행위를 포함하여 강간죄의 유형을 다양화하고, 강간죄의 객체를 '사람'으로 개정하고, 친고죄를 폐지하는 형법을 개정하는 작업이 이루어져야 할 것이다. 형법개정시에는 형법에 규정된 성폭력범죄의 유형 및 처벌을 다양화하는 입법정책이 시행되어야 할 것이다. 이러한 과정에서 특별법에 중복하여 규정되어 있는 성폭력범죄는 삭제하면서 성폭력범죄의 체계를 정립해야 할 것이다.

제2주제 발제

성폭력 형사절차에서의 피해자 보호와 실체적 진실발견의 조화

이경환 (변호사)

I. 들어가며

1. 형사사법체계에서 피해자의 소외와 재발견

근대 형사법이 성립되면서 국가가 형사소추권한을 가지고 형사사법체계의 주체로 등장하게 되었고, 이후 근대 형사법의 발전 과정에서는 강력한 국가의 권한에 맞서 피고인의 권리와 이익을 어떻게 보장할 것인지의 문제에 주된 초점이 맞춰지면서 피해자는 형사사법체계에서 소외되어 왔다.

그러나 형사절차에 있어서 피해자 역할의 중요성이 재조명되고, 피해자의 이익을 보호하는 것이 실체적 진실발견 및 범죄의 방지·척결에도 도움이 된다는 인식[26]이 확산되면서 서구에서는 1960년대 경부터 피해자학에 대한 연구가 시작되었고, 우리나라에서는 1990년대에 들어서면서 한국형사정책연구원과 한국피해자학회가 설립되어 피해자 및 2차 피해[27]에 대한 연구가 시작되었다[28].

UN총회는 1985. 11. 29. "범죄와 권력남용 피해자에 관한 사법의 기본

---

26) 민경식(1992), "피해자학이란 무엇인가", 「피해자학연구」 창간호, 한국피해자학회, 17면

27) 2차 피해는 사건이 일어난 이후에 그에 관련된 사법기관, 가족, 친구, 언론, 여론 등의 소문이나 피해자에 대한 부정적인 반응에 의해 피해자가 정신적, 사회적 피해를 받는 것을 의미한다. 한국성폭력상담소(2003), 「형사사법절차상 성폭력 피해자 보호방안에 관한 연구」, 법무부 연구용역과제, 39면

28) 한국성폭력상담소(2003), 위의 논문, 38면

원칙선언(U ite Natio s Decla atio o the Basic P i ciples of Justice fo Victims of C ime a Abuse of Powe)"을 채택하였는데, 이 선언에 의하면 피해자는 자신의 존엄성을 존중받아야 하고, 범죄로 입었던 피해를 회복할 수 있어야 한다고 하였다. 그리고 모든 회원국들로 하여금 피해자에게 정의롭고 공정한 대우를 하도록 선언하고, 배상, 화해에 관한 지원 등 피해자보호방안을 국제적, 개별 국가적 차원에서 마련하도록 하였다.[29]

그러나 이처럼 형사사법체계에서의 피해자에 대한 변화된 인식과 연구, 선언에도 불구하고 범죄 사건의 직접 당사자인 피해자는 여전히 형사사법체계에서 소외되어 있고, 그 과정에서 2차 피해를 호소하는 경우가 많은데, 이는 잘못된 사회적 편견으로 인해 오히려 피해자가 위축되고 심지어 비난을 받기도 쉬운 성폭력범죄의 피해자에 대해서는 더욱 그러하다.

2. 성폭력 피해자 보호를 위한 법·제도의 개선과정 및 현황

1990년대 이후 우리 사회에서의 성폭력 범죄에 대한 사회적 관심이 높아지면서 이와 관련한 법률적 개선이 꾸준히 이루어져 왔다. 성폭력 범죄와 관련된 법률적 개선은 크게 가해자에 대한 처벌 강화 및 새로운 관리·감독 제도의 도입과 피해자 보호를 위한 제도 도입의 두 가지 흐름으로 이루어졌다. 특히 후자와 관련하여 형사절차에서의 2차 피해 문제 등이 부각되면서 피해자 인권보호에 대한 관심이 더욱 높아진 측면이 있다.

피해자보호제도의 개선과정을 개략적으로 살펴보면, 먼저 1994년 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률」[30](이하 '성폭력특별법')의 제정으로 인해 처음으로 피해자에 대한 불이익처분의 금지(제4조), 일부 성폭력범죄의 비친고죄화(제15조), 고소기간의 연장(제19조), 피해자 증인의 신변안전조치(제20조), 피해자 신원 및 사생활비밀누설금지(제21조), 비공개 증인신문 신청(제22조), 성폭력피해상담소 설치(제23조 이하), 의료보

29) 정도희(2009), "형사절차에서 피해자의 권리보호", 서울대학교 대학원 박사학위논문, 45면, 46면

30) 2010. 4. 15. 피해자 보호와 관련된 내용을 규정한 「성폭력 방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률」(이하 '성폭력피해자보호법')과 성폭력 가해자의 처벌 및 형사절차의 특례를 규정하는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌특례법')으로 분리되었다.

호(제33조) 등의 피해자 보호제도가 도입되었다.

이후 법 개정 등을 통해 현행 성폭력피해자보호법에는 위와 같은 내용들뿐만 아니라, 성폭력피해자 보호·지원을 위한 국가와 지방자치단체의 책무를 구체화하고(제3조), 성폭력 실태조사 및 예방교육 등의 실시(제4조, 제5조), 피해자나 가족들에 대한 취학 및 취업 지원(제7조) 등의 내용들이 추가되었으며, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에는 성폭력피해자에 대한 전담조사제 및 전담재판부(제24조, 제25조), 영상물의 촬영·보존(제26조), 전문가의 의견 조회(제28조), 신뢰관계에 있는 사람의 동석(제29조), 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문(제30조) 등의 내용들이 추가되었다.

그 밖에도 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '아동·청소년 성보호법')에서 가해자의 친권상실청구(제14조), 피해아동·청소년에 대한 보호조치 결정(제15조), 수사절차에서의 배려(제18조), 서류·증거물의 열람·등사(제18조의5), 변호인선임의 특례(제18조의6), 비밀누설 금지(제19조), 피해아동·청소년 등의 상담 및 치료(제25조) 등의 내용이 특별히 추가되었고, 「소송촉진 등에 관한 특례법」상 배상명령을 신청할 수 있는 범죄에 성폭력 범죄가 추가(제25조)되어 성폭력피해자도 직접 배상명령 제도를 통해 피해배상을 받을 수 있는 길이 열리기도 하였다.

이와 같은 성폭력피해자에 대한 특별규정들은 「형사소송법」 개정 과정에서 다른 범죄의 피해자들에게 확대적용 되었는데, 신뢰관계에 있는 자의 동석(제163조의2), 비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문(제165조의2), 비공개 피해자 증인신문(제294조의3) 등이 그러하며, 그 외에도 피해자 등에 대한 수사 및 재판 내용의 통지(제259조의2), 재정신청 제도의 확대(제260조), 피해자 등의 진술권(제294조의2), 피해자 등의 공판기록 열람·등사(제294조의4) 등과 같은 피해자 보호 및 권리보장을 위한 제도들이 신설되었다. 그리고 2005년에는 범죄피해자의 보호 및 지원에 대한 기본법인 「범죄피해자기본법」이 제정되기도 하였다.

위와 같은 법률의 개선뿐만 아니라 규칙 및 지침의 제·개정, 제도신설 등의 노력도 뒤따랐는데, 경찰은 「범죄피해자 보호규칙」(2004. 8. 17. 경

찰청 훈령 제428호), 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」(경찰청 훈령 제481호), 「범죄수사규칙」(2006. 12. 26. 경찰청 훈령 제498호) 등을 제정 또는 개정하고, 성폭력 피해자 보호 매뉴얼을 만들었으며, 범죄피해자대책실 발족(2004. 6. 7. 경찰청 수사국 내 설치), 피해자보호위원회 설치(경찰청 차장을 위원장으로 하는 피해자 지원 협의체), 범죄피해자 서포터 제도(경찰경력 10년 이상 경찰관들을 서포터로 선발) 등을 도입한 바 있다.

검찰 역시 「성범죄수사 및 공판관여시 피해자 보호에 관한 지침」(1999. 2. 23. 대검예규 제290호), 「인권보호수사준칙」(2002. 12. 17. 법무부 훈령 제474호) 등을 제정하고, 범죄피해자 보호 및 지원을 위한 담당검사 및 담당관 지정, 범죄피해자지원센터 설립 등의 제도를 마련하였으며, 법원은 「성폭력범죄 사건의 증인신문 등에 관한 예규」(개정 2007. 11. 29. 재판예규 제1159호 재형 2004-3), 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제22조의4 제1항의 증인신문에 관한 규칙」(개정 2007. 10. 29. 대법원규칙 제2110호), 성폭력 범죄에 대한 대법원양형기준 등을 마련하기도 하였다.

3. 2차 피해 문제와 피해자의 권리

이처럼 성폭력피해자 보호를 위한 무수히 많은 법률, 규칙, 훈령, 예규, 제도들이 도입되었음에도 불구하고, 성폭력 사건의 신고율은 여전히 10% 미만에 머물고 있고[31], 형사절차에서의 2차 피해를 호소하는 사례는 더욱 늘어나고 있다. 이는 많은 법규정과 제도들이 새롭게 도입되었지만 그 내용이 구체적이지 않아 실무의 변화를 크게 가져오지 못한 측면과, 담당자들의 전문성 및 인권감수성의 미비 등의 요인이 크다고 할 수 있다. 한편으로는 근래에 오면서 형사절차에서 성폭력 피해자의 인권이 보호되어야 한다는 인권감수성이 관련제도의 변화보다 더 빠르게 높아진 것에 기인하기도 한다.

최근 들어서도 형사절차에서의 2차 피해가 문제된 사례들이 다수 발생하였는데, 대표적으로는 성폭력피해자가 '재판 과정에서 판사로부터 모욕

31) 여성가족부(2010),「2010년 전국 성폭력실태조사」.

적인 말을 들었다'는 취지의 유서를 남기고 자살한 사건[32], 소위 '조두순 사건'에서 피해자가 수술을 한지 얼마 지나지 않아 수사기관에서 4차례의 조사를 받은 것으로 인한 국가배상 사건(서울중앙지방법원 2011. 10. 26. 선고 2011나14236 판결)[33], 소위 '밀양 성폭력 사건'에서 피해자들이 경찰들로부터 모욕적인 말을 들어 국가배상이 인정된 사건(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결)[34], 청주 장애아동 성폭력 사건에서 재판부가 "가해자들이 피해자를 다시 양육할 수밖에 없다"는 이유로 1심에서 집행유예를 선고한 사건(청주지원2008고합220), 법원에서의 기록복사 과정에서 피해자의 인적사항이 가해자에게 유출되어 문제가 된 사건 등 법원과 수사기관에 의한 2차 피해가 사회적으로 크게 문제된 사례들은 드물지 않게 보고되고 있다.

또한, 위와 같이 사회적으로 크게 이슈화되지는 않더라도 전국의 200여 성폭력상담소에는 증인신문 과정에서 피고인 측의 모욕적인 신문으로 인한 고통과 분노를 호소하는 피해자들의 사례나 기록을 복사하는 과정에서 합리적이지 못한 이유로 큰 불편함을 겪는 사례, 기일이 변경되었는데도 통보가 없어 계속 법정에서 기다린 사례 등 관련 피해사례들이 끊임없이 접수되고 있다. 이처럼 피해자들이 겪는 성폭력 2차 피해의 현실은 지난 20여 년 동안 꾸준히 마련되어온 형사사법절차상 피해자의 권리가 '공허한 법적 규정'에만 머물고 있지 않는지 아보게 한다.

이에 본 글에서는 성폭력 사건의 2차 피해에 대한 국가배상책임 청구 사례(주로 수사기관에서의 2차 피해가 문제됨)를 통해 더 이상 시혜적인 배려가 아닌 법적인 권리로서 인정되는 피해자의 권리에 대해 살펴보고(II), 공판과정에 있어 2차 피해가 가장 많이 문제되는 증인신문 과정에서의 2차 피해 실태, 문제점, 개선방안을 검토하기로 한다(III).

---

32) "'판사가 모욕 주고 합의 종용' 성폭행 피해여성 자살 파문", <한국일보> 2011년 6월 10일자.
33) 이미경(2011), "성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상소송의 쟁점", 『피해자학연구』, 제19권 제1호, 한국피해자학회.
34) 이경환(2011), "성폭력 2차 피해에 대한 국가배상책임", 「사법정의와 여성Ⅱ」, 민주사회를 위한 변호사모임.

II. 성폭력 사건의 2차 피해에 대한 국가배상책임과 피해자의 권리[35]

1. 2차 피해 국가배상 사건의 개요

가. 밀양 집단 성폭력 사건에 대한 국가배상소송[36]

1) 사건의 개요

이 사건은 성폭력피해자의 2차 피해에 대한 국가배상책임이 인정된 최초의 사건이며, 상고심까지 진행되어 대법원에 의해 국가배상책임이 인정되었다는 점에서도 매우 큰 의미가 있는 사건이다. 이 사건의 원고 1과 2는 자매이고, 원고 3은 1, 2의 어머니이다. 원고 1, 2는 2004. 1.경부터 2004. 11.까지 박OO 등으로부터 수차례 집단적으로 강간 등(이하 '이 사건 성폭행'이라 한다)을 당하였다.

2) 원고들의 주장

원고들은 ① 담당경찰들이 기자들에게 원고 1, 2의 피해사실 및 인적사항을 누설하였고, ② 노래방에서 피해자인 원고 1의 인적사항을 누설하고 비하발언을 하였으며, ③ 여성경찰에 의한 조사요청을 묵살하였고, ④ 범인식별실을 사용하지 않았으며, ⑤ 진술녹화실을 사용하지 않았고, ⑥ 가해자들의 가족들로부터 원고들의 보호조치를 취하지 않았으며, ⑦ 피해자인 원고 1에 대하여 밤샘조사를 하였고, ⑧ 식사와 휴식시간을 제공하지 않고 피해자 조사를 하였으며, ⑨ 감식실 담당경찰인 김재현은 원고 1, 2를 비하하는 발언을 하여 원고들에게 정신적 고통을 주었으므로 대한민국은 위 담당수사관들의 직무상 불법행위로 인하여 원고 1에게는 5,000만원의, 원고 2, 3에게는 각 3,000만원의 위자료를 배상할 의무가 있다고 주장하였다.

3) 제1심 판결의 요지

---

35) 이 부분은 이경환(2011), 위의 논문의 내용을 중심으로 일부 내용을 추가, 수정한 것이다.

36) 서울중앙지방법원 2006. 11. 8 선고 2005가합70781 판결, 서울고등법원 2007. 8. 16선고 2006나108918 판결, 대법원 2008. 6. 12 선고 2007다64365 판결.

위 원고들의 주장 ①에 대해 하OO 등이 고의로 원고 1의 인적사항이 기재된 검거보고서를 배포하지는 않았다 하더라도 서류편철 등의 과실에 의해 기자들에게 유출되었음을 인정하였고, ② 주장사실 역시 인정하여 원고들의 주장을 받아들였다.

원고들의 주장 ③에 대하여는 전경장이 여성경찰이 조사하지 않는 이유에 대해 설명을 하였고, 원고 등도 이에 동의하였으며, 피해자 조사 시 원고 3과 이모가 동석한 사실 등을 볼 때 여성경찰이 조사를 하지 않은 것만으로는 수사가 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 정할 수 없을 정도로 위법하다고 볼 수 없다고 하여 주장을 받아들이지 않았다.

주장 ④에 대하여는 '인권보호를 위한 경찰관 직무규칙[37]'은 대외적 효력이 없는 행정규칙에 불과하여 이를 위반한 점만으로 바로 위법하다고 할 수 없고, 피의자들의 숫자가 많고, 범행을 부인하여 구속영장신청일까지 수사가 마무리되기 힘든 상황이었다는 점을 고려하여, 범인식별실을 사용하지 않은 것이 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 정할 수 없을 정도로 위법하다고 볼 수 없다고 하였다.

주장 ⑤에 대하여는 진술녹화실의 사용 목적은 조사절차의 투명성 확보 및 피해자의 진술번복 또는 피해자가 재판과정에 증인으로 출석하여 피의자들과 대면하는 괴로움을 방지하는 것인데, 이 사건 성폭행 사건은 피해자 조사가 보호자들과 동석한 자리에서 이루어져 투명성 확보가 문제되지 않고, 원고의 진술번복이 우려되지 않으므로 진술녹화실을 사용하지 않았다는 이유만으로는 위 수사가 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 정할 수 없을 정도로 위법하다고 볼 수 없다고 하였다.

주장 ⑥에 대하여는 의경들이 가해자 가족들을 말린 사실이 있고, 전경장이 1차 피해자 조사 시 가해자측의 협박이나 폭행이 있는 경우 신고할 수 있도록 전화번호를 알려준 사실이 있어 피해자 보호조치를 취하지 않았다고 보기 어렵다고 하여 원고들의 주장을 받아들이지 않았다.

주장 ⑦에 대하여는 밤샘조사가 필요한 이유에 대해 설명을 하여 원고 등도 이에 공감하였고, 그 밖에 이 사건 성폭행 사건의 성격, 수사 장소, 원고 등의 태도를 고려하면 장시간의 조사에 대한 원고 등의 동의가 있었

37) 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(경찰청 훈령 제481호)
제69조 (대질조사할 때 유의사항) 경찰관은 대질신문 또는 가해자를 식별하게 할 때에는 직접 대면을 지양하고, 범인식별실 또는 화상을 이용한 전자식 영상장비를 활용하여야 한다.

다고 보아 주장을 받아들이지 않았다.

주장 ⑧에 대하여는 4차 피해자 조사 당시 원고 1에게 휴식을 제공하지 않았음을 인정할 증거가 없고, 식사를 제공하지 않은 것에 대해서는 당시 조사 경찰도 식사를 하지 않았으므로 이러한 수사가 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 정할 수 없을 정도로 위법하다고 볼 수 없다고 하였다.

주장 ⑨에 대하여는 김OO이 주장사실과 같이 말을 한 것은 인정되나, 김OO은 감식실의 담당 근무자일 뿐이어서 위 발언이 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관계에 있는 행위라고 보기 어렵다고 하여 주장을 받아들이지 않았다.

그리고 위 ①, ②의 인적사항 누설에 대한 불법행위 책임으로 원고 1에게는 700만원, 원고 2에게는 300만원, 원고 3에게는 500만원의 위자료를 지급하도록 판결하였다.

4) 항소심 판결의 요지

항소심 판결은 범인식별실 불사용과 모욕, 비하발언 부분에 대해 제1심 판결을 변경하여 원고들의 주장을 받아들이고, 나머지 부분은 그대로 유지하였다.

항소심 판결에서는 먼저 공무원의 가해행위를 '법령에 위반한 것'으로 규정하고, 법령위반에 대해 "엄격한 의미의 법령위반 뿐만 아니라 인권존중, 권력남용 금지, 신의성실, 공서양속 등의 위반도 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 의미한다고 할 것인바, 경찰관이 범죄의 수사를 함에 있어서 법규상 또는 조리상의 한계를 위반하는 경우 이는 법령을 위반한 것이라 할 것"이라고 판시하였다.

그리고 범인식별실 불사용에 대해서는 이 사건과 같은 집단 성폭행 사건 특히, 피해자가 미성년자인 경우에는 피해자의 보호가 더욱 필요하고, 범인식별실을 이용하지 않는 것이 보복의 우려나 피해자들의 권리침해를 감수하고서라도 감행해야 할 만큼 수사시간의 단축효과가 기대되지 않으므로 경찰관 직무규칙을 위반한 것으로 위법하다고 보았다.

감식실 근무자 김OO의 모욕, 비하 발언에 대해서는 당시 감식실이 피해자들의 대기실로 이용된 점, 김OO은 원고들이 이 사건 성폭행 사건의 피해자들임을 알면서 모욕적인 발언을 한 점, 김OO이 이 사건으로 정직

1개월의 징계를 받은 점으로 볼 때 외관상 객관적으로 보아 공무원의 직무집행 행위이거나 이와 밀접한 관련이 있는 행위라고 봄이 상당하다고 하여 원고들의 주장을 인정하였다.

그리고 위와 같은 불법행위에 대한 책임으로 원고 1에게 3,000만원, 원고 2, 3에게 각 1,000만원의 위자료를 지급하도록 판결하였다.

5) 대법원 판결의 요지

대법원은 항소심 판결과 마찬가지로 국가배상책임에 있어 법령위반의 의미에 대해 설명한 다음, 범인식별실 불사용에 대해 그러한 경찰관의 행위는 직무상 의무를 소홀히 하여 원고들에게 불필요한 수치심과 심리적 고통을 느끼게 하는 행위로서 법규상 또는 조리상의 한계를 위반하였으며, 수사상 편의라는 동기나 목적에 의해 정당화될 수 없다고 하였다.

모욕, 비하 발언 및 인적사항 누설에 대해서도 항소심의 판단이 정당하다고 보았는데 특히, 성폭력특별법 제21조 위반이 국가배상책임의 근거가 됨을 분명히 하였다.

나. 조두순 사건에 대한 국가배상소송[38]

1) 사건의 개요

이 사건은 초등학교에 등교하던 8세 피해자를 가해자가 교회 화장실로 유인한 뒤 강간하여 대장과 항문, 생식기의 80% 이상이 영구적으로 손상된 중상해를 입힌 내용으로, 수원지방법원 안산지원은 2009. 3. 27. 가해자에 대하여 징역 12년 , 5년간 열람정보 제공 및 7년간의 위치추적 전자장치(이하 '전자발찌') 부 을 선고하였다[39]. 검사는 항소하지 않았으며, 가해자만 상소하였으나 항소심 및 대법원에서 모두 기각되어 위 형이 확정되었다[40].

위 사건은 대법원 확정판결이 있기 직전에 언론을 통해 사건내용이 알

38) 서울중앙지방법원 2011. 2. 10. 선고 2009가단482095 판결, 서울중앙지방법원 2011. 10. 26. 선고 2011나14236 판결.

39) 수원지방법원 안산지원 2009. 3. 27. 선고 2009고합6 판결.

40) 서울고등법원 2009. 7. 24. 선고 2009노794 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009도7948 판결.

려지게 되었는데, 사건 자체의 끔찍한 결과도 결과이지만 이미 대법원 확정판결로 인해 가해자에 대한 더욱 무거운 처벌이 불가능하게 되었다는 점까지 더해져 굉장한 국민들의 공분을 일으키게 되었으며[41], 이 사건으로 인해 전자발찌 제도의 소급적용, 소위 '화학적 거세' 제도라고 불리는 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」의 제정 등 성폭력 정책 변화에 굉장한 영향을 미쳤다.

원고 1은 위 성폭력 사건의 피해자이며, 원고 2는 원고 1의 어머니이다.

2) 원고들의 주장

원고들은 ① 원고 1이 중상해를 입고 입원해 있었음에도 검사가 출장조사를 하지 않고 소환조사를 하였으며, ② 성폭력범죄 전담 검사도 아닌 검사가 원고 1에 대한 조사를 하였고, ③ 원고 1에 대한 영상물 녹화 조사를 하면서 영상녹화 기기조작 미숙 등의 과실로 원고 1로 하여금 2시간 30분에 걸쳐 영상 녹화 진술 3회, 직접 질문 조사 1회 등 총 4회에 걸쳐 반복적으로 진술을 하게 하였고, ④ 공판검사가 형사사건 항소심에서 조두순의 사건 직후 인상 의를 확인할 수 있는 중요한 증거인 씨디를 뒤늦게 증거로 제출하여 원고 1이 항소심에서 증인으로 소환되어 추궁을 당하는 고통을 입었다고 주장하였다.

3) 제1심 판결의 요지

제1심은 먼저 성폭력특별법 및 인권보호수사준칙(시행 2006. 7. 1. 법무부훈령 제556호)의 내용에 비추어 보면, 수사기관은 특별한 사정이 없는 한 성폭력 범죄 수사에 필요한 전문지식과 피해자 보호를 위한 수사방법에 관한 교육을 받은 성폭력범죄 전담 검사가 조사를 하여야 하고, 2차 피해를 방지하기 위해 피해자가 편안한 상태에서 진술할 수 있도록 조사환경을 조성하고, 피해자를 정당한 사유 없이 반복적으로 조사하여서는 아니 되며, 특히 피해자가 아동일 경우 피해아동의 연령, 심신상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사 계획을 수립하고, 조사준

41) 「잔인한 아동 성폭행범에 겨우 징역 12년이라니...」, 한국일보 2009. 9. 30.자 기사; 「'나영이 사건' 네티즌 분노폭발 / 범인 징역 12년형 확정에 "법 잣대 너무 관대"」 세계일보 2009. 10. 1.자 기사.

비를 철저히 하는 등 특별한 배려를 할 의무가 있다고 전제하였다.

그런 뒤 원심은 원고들의 주장 ②, ③과 관련하여 검사들이 성폭력범죄 피해자에 대한 최선의 조사환경 조성, 필요 최소한의 조사 의무를 다하지 못하였다고 할 것이고, 이와 같은 의무위반은 수사상 잘못이 객관적이고 명백한 경우로서 경험칙이나 논리칙에 비추어 합리성을 정할 수 없는 정도에 이르렀다고 판단하였다(주장 ①에 대해서는 명시적인 판단을 하지 않음).

원고들의 주장 ④에 대해서는 이 사건 씨디를 좀 더 일찍 제출하였다고 하더라도 당시 조두순과 그 변호인이 범행을 극구 부인하면서 다투었던 점을 고려하면, 원고 1이 증인으로 채택되어 증인 신문을 받지 않았을 것이라고 단정하기 어렵다고 하여 주장을 인정하지 않았다.

그리고 위와 같은 불법행위에 대한 책임으로 원고 1에게 10,000,000원, 원고 2에게 3,000,000원의 위자료를 지급하도록 판결하였다.

4) 항소심 판결의 요지

항소심 역시 제1심과 동일하게 수사기관의 피해자 보호의무를 전제하면서 원고들의 주장 ②, ③과 관련된 검사들의 의무 위반이 인정된다고 판단하였다. 다만, 원고들의 주장 ①에 대해서는 출장조사를 하는 것이 최선이 방법이기는 하나, 보안상의 문제 및 원고 1에 대한 비밀누설 등 문제를 고려하여 부 이 검찰청에서 조사를 하기로 한 판단이 위법하다고 평가할 수는 없다는 이유로 주장을 받아들이지 않았다.

그리고 원고들의 주장 ④에 대해서도 제1심과 동일한 이유를 들면서 주장을 받아들이지 않았으며, 원고들에 대한 손해배상액 역시 동일하게 인정하였다.

검찰은 2011. 11. 15. “법원이 인정한 사실관계가 검찰이 파악한 것과 다른 부분이 있지만 검찰 과실이 완전히 없다고 보기 어렵고, 상고심은 법률심으로 사실관계를 판단하지 않아 상고를 포기하기로 했다”고 밝히면서 상고를 포기[42]하여 위 판결은 확정되었다.

다. 기타의 국가배상소송들

42) 「검찰, 조두순 사건 상고 포기」, 조선일보, 2011. 11. 16.자 기사.

1) 특수강간 사건의 미진한 경찰수사에 대한 국가배상청구 사건[43]

이 사건의 원고는 2002. 7.경 가길에 2명의 남자에게 끌려가 강간 피해를 입었다. 원고는 사건 직후 순찰차를 발견하고 곧바로 신고를 하였으나 아직까지 범인이 검거되지 않아 미제사건으로 남아 있는 상황이다.

원고는 ① 경찰의 112 신고 상황처리 위반, ② 긴급배치 위반, ③ 현장보존 조치 태만 등 범죄수사규칙 위반, ④ 강간수법 및 성경험 여부 등을 질문[44]하여 「성범죄 수사 및 공판관여시 피해자 보호에 관한 지침」(대검 예규 제290호, 1999. 2. 23) 위반, ⑤ 잦은 담당자 교체로 인한 수사지연, ⑥ 해당 시의 가로등 관리규정 위반 등을 주장하였으나, 법원은 ① 범인 도주 이후 사건이 신고되어 상황처리지침 위반을 인정하기 어렵고, ② 강간 사건은 긴급배치 사건이 아니며, ③ 현장보존조치를 태만히 한 것으로 인정되지 않고, ④ 강간수법 및 성경험 여부에 대한 질문을 불필요한 질문이 아니며, ⑤ 담당 경찰 교체는 경찰행정상 피할 수 없고, ⑥ 가로등 미설치와 사건발생 사이의 인과관계가 없다는 등의 이유로 원고의 청구를 기각하였다.[45]

이 사건은 성폭력 피해자의 2차 피해에 대해 국가배상을 청구한 최초의 사건이었으나 아쉽게도 청구가 인용되지는 못하였다. 그러나 위 사건과 같이 전혀 모르는 사람에 의해 끌려가 강간 피해를 당한 경우에는 피해자의 성경험 여부가 사건과 아무런 관련성이 없다는 점[46]을 고려하면, 성경험 여부에 대한 질문이 불필요한 질문이 아니라고 본 판단에는 문제가 있다고 보인다.

2) 낙태 지휘 거부 등에 대한 국가배상청구 사건[47]

---

43) 울산지방법원 2004. 8. 18. 선고 2003가합3115 판결

44) 원고의 주장에 의하면 "성관계 경험이 있느냐, 시집도 가야 하니 주위에 많이 알리지 마라"라고 말하였다고 한다.

45) 원고는 항소를 포기하여 위 판결이 그대로 확정되었다.

46) 피해자의 몸 속에 남아 있는 정액 등의 유전자 정보를 통해 범인을 추적, 특정하고자 할 때, 피해자가 사건 이전에 가진 성관계로 인한 정액이 함께 남아 있는 것은 아닌지 여부 등을 확인하기 위한 경우에는 관련성이 인정될 수도 있겠으나, 위 사건에서는 이와 같은 취지로 질문이 행해진 것은 아닌 것으로 보인다.

이 사건의 원고는 15세의 여중생으로 2000. 2.경 집 주변에서 잠깐 차를 마시자는 남자의 승용차에 동승하여 성폭력 피해를 입었다. 이후 피해자는 용돈 및 취직을 시켜준다는 남자의 말에 현혹되어 2회에 걸쳐 성관계를 가짐으로써 임신을 하게 되었다.

원고는 ① 수사 과정에서 검사가 무리하게 장시간 가해자와의 대질신문을 하게 한 점, ② 조사를 받는 동안 모친의 동석을 배제한 점, ③ 검사의 낙태 지휘 거부로 출산을 하게 된 점 등을 근거로 국가배상을 청구하였다. 이에 대해 법원은 ① 피의자가 합의에 의한 성관계라고 주장하고 있고, 원고가 두 번째 성관계시 먼저 연락을 하고 이후 용돈을 받기도 한 사정이 있어 대질신문이 불가피 했으며, ② 피해자가 13세 이상인 경우 모친의 동석은 수사진행상 필요에 따라 제한할 수도 있으므로 위법하지 않고(더구나 동석을 제한할 때에도 출입문에서 조사과정을 지켜볼 수 있도록 허용하였음)[48], ③ 낙태지휘는 검사의 직무범위에 속하지 않고, 직무관련성이 인정되더라도 수사가 종결되지 않은 상황에서 강간에 의한 임신 여부를 확인해줄 수 없다는 점을 들어 원고의 청구를 기각하였다.

위와 같은 판결내용에 중대한 문제가 있는 것으로는 보이지 않으나, 원고의 주장 중 원고가 당시 15세의 어린 소녀로서 임신 중이었으며, 자살을 시도하는 등 건강이 좋지 않은 상태였음에도 장시간의 대질조사를 받게 하였다는 내용이 있는데, 대질조사의 필요성은 인정하더라도 위와 같은 원고의 건강상태를 배려하는 조치가 있었는지 여부는 판단과정에서 고려되지 않았다는 아쉬움이 있다.

또한, 위 사건은 모자보건법상 강간 피해로 인한 임신은 예외적인 낙태

47) 서울중앙지방법원 2005. 4. 20 선고 2005가소7629 판결, 서울고등법원 2005. 10. 21 선고 2005나13003 판결, 대법원 2006. 4. 13. 2005다71451 판결.

48) 신뢰관계인의 동석 조항은 1997. 8. 22. 성폭력특별법 개정시 제22조의 2로 신설되었는데 이는 의무가 아닌 재량사항으로 규정되어 있었으며, 2003. 12. 11. 개정으로 13세 미만 또는 장애로 심신미약이 인정되는 피해자의 경우에는 부득이한 경우가 아닌 한 동석을 하게 하여야 한다고 규정하여 부분적으로 의무화 하였으며(제21조의 2 제2항, 제22조의 3), 2010. 4. 15. 아동·청소년 성보호법 개정시 제18조의 4를 신설하여 아동·청소년 피해자에 대해서는 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이 한 경우가 아닌 한 신뢰관계인을 동석하게 하여야 한다고 규정하여, 의무적인 동석의 범위를 19세까지 확장하였다.

허용 사유로 규정되어 있음에도 불구하고(제14조 제1항 제3호), 실무상 강간 피해를 당했다는 점에 대한 증거를 엄격히 요구하여 사실상 성폭력피해자의 낙태권이 박탈되고 있는 문제에 대해 검사의 낙태지휘를 청구한 점에서 큰 의미가 있는데, 본 글의 쟁점과는 관련성이 크지 않으므로 더 자세한 검토는 생략하기로 한다.[49]

3) 아동・청소년 성폭력 사건에 대한 집단 국가배상청구 사건[50]

이 사건은 한국성폭력상담소에서 아동・청소년 성폭력 사건에서의 2차 피해에 대해 사회적인 문제제기를 위해 아동・청소년 성폭력 사건 6건의 사례를 모아 집단으로 국가배상청구를 한 사건이다. 형사사건의 결과는 6건 중 1건만 기소되었고, 나머지 5건은 증거불충분 등으로 불기소 되었다.

이 사건의 원고들은 조사시간 지연, 신뢰관계인 동석 불허, 장시간 대질신문 강요, 파해 상황 재연 강요, 진술녹화 3번 시행, 수사지체, 현장조사 소홀, 추가 고소 접수 거부, 새벽 시간 출두 요구, 피해자 제출 증거 미반영, 허술한 피해자 가족보호조치 등 다양한 내용의 2차 피해를 주장하였으나, 대부분 해당 주장사실에 대한 입증의 부족으로 주장이 인정되지 않았고, 경찰 수사과정에서 진술을 녹화한 것이 삭제되어 피해 아동이 불필요하게 진술을 반복한 사례에 대해서만 불법행위를 인정하여 해당 피해자에게 300만 원, 피해자 모친에게 200만 원, 피해자 부친에게 100만 원의 배상을 하도록 하는 판결이 선고되었다.

위 사건은 아동・청소년 성폭력 사건에서의 2차 피해에 대한 문제제기를 위한 집단소송이라는 점에서 의미가 있으나 입증의 어려움으로 인해 대부분의 청구가 기각된 아쉬움이 있다. 2차 피해가 문제되는 경우 2차 피해의 판단기준 뿐만 아니라 사실관계 자체에 대한 입증의 부담은 항상 발생하는 것이므로 이에 대한 해결책은 검토할 필요가 있다.

4) 피해자에게 피해 사실 재연을 요구한 것에 대한 국가배상청구 사

49) 이에 대한 자세한 논의는 한국성폭력상담소(2011), 『성폭력뒤집기』, 이매진, 4부 2장 참조.
50) 서울중앙지방법원 2007. 8. 21 선고 2006가합18810 판결, 서울고등법원 2008. 7. 16. 선고 2007나91307 판결, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다63536 판결.

건[51]

이 사건의 원고는 운동선수의 팬클럽 회장으로 활동하던 고등학생이었는데, 해당 선수와 지속적인 성관계를 가져오던 중, 선수의 부인이 찾아와 다투는 과정에서 폭행이 발생하였으며, 원고는 처음 선수를 만났을 때 강간 피해를 당했다고 고소하였고, 선수의 부인은 원고를 상해로 고소하였다. 강간에 대해서는 증거불충분으로 불기소 되었고, 폭행에 대해서는 기소유예 처분이 되었다.

원고는 강간 사건의 수사과정에서 ① 수사계장과 검사가 모욕적인 말을 하고 합의를 종용하였으며, ② 현장검증 당시 원고에게 강간 장면을 재연하라고 지시하였고, ③ 현장검증과 관련하여 허위의 해명자료를 배포하여 명예훼손을 하였다고 주장하였으나, 법원은 ① 합의를 종용하거나 인격을 침해한 정도가 아니며 이를 인정할 증거가 없고, ② 현장검증에서의 재연은 원고 본인이 직접 재연하겠다고 하였으며 당시에 이의제기를 하지 않았고, ③ 해명자료가 허위임을 인정할 증거가 없으며 명예훼손 의도가 없었다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

2. 수사기관의 직무행위에 대한 국가배상 책임

가. 국가배상책임의 일반적 요건

「국가배상법」 제2조[52]에 따라 국가배상책임은 공무원이, 직무를 집행하면서, 고의 또는 과실로, 법령을 위반하여, 타인에게 손해를 입힌 경우에 성립한다. 2차 피해에 대한 국가배상책임은 주로 수사기관의 직무행위가 위법성이 있는지, 즉 '법령을 위반한 경우'에 해당하는지가 문제된다.

법령위반의 의미에 대하여는, 법령의 의미를 성문법과 불문법을 포함한

51) 서울중앙지방법원 2007. 5. 1 선고 2005가단264220 판결, 서울고등법원 2008. 10. 9 선고 2007나50115 판결, 대법원 2008. 12. 24. 2008다79159 판결.

52) 국가배상법 제2조(배상책임) ① 국가나 지방자치단체는 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입히거나, 「자동차손해배상 보장법」에 따라 손해배상의 책임이 있을 때에는 이 법에 따라 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인·군무원·경찰공무원 또는 향토예비군대원이 전투·훈련 등 직무 집행과 관련하여 전사·순직하거나 공상을 입은 경우에 본인이나 그 유족이 다른 법령에 따라 재해보상금·유족연금·상이연금 등의 보상을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 「민법」에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

법규로 이해하는 협의설과 엄격한 의미에서의 법령 뿐 아니라 인권존중, 권리남용 금지, 신의성실 원칙, 공서양속 등을 포함한다고 보는 광의설이 있다. 판례는 이 사건 대법원 판결을 포함하여 "법령을 위반하였다 함은 엄격한 의미의 법령위반뿐 아니라 인권존중, 권력남용 금지, 신의성실과 같이 공무원으로써 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻하는 것[53]"이라고 판시하여 법령의 의미를 넓게 보고 있다.

나. 특수신분 공무원에 대한 책임제한

국가배상법은 역사적으로 볼 때 주권면책임에 의해 국가에 대한 손해배상이 인정되지 않는 것으로부터 국가배상 청구의 대상이 입법, 사법, 행정 전분야에 걸쳐 확대되고, 양적·질적으로 확대·다양화 되는 방향으로 발전하고 있으나, 여전히 일부 분야에 대해서는 직무의 성격상 책임이 제한될 수밖에 없다고 해석되고 있다.

위와 같은 소위 특수신분 공무원의 가장 대표적인 예는 법관이다[54]. 재판행위에 대해 국가배상책임을 인정하면 확정판결의 기판력에 반할 수 있고, 재판에 대해서는 심급제도를 통해 불복할 수 있고, 법관의 재판상 독립에 위배될 수 있다는 점이 문제되기 때문이다. 대법원은 "법관이 행하는 재판사무의 특수성과 그 재판과정의 잘못에 대하여는 따로 불복절차에 의하여 시정될 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있는 점 등에 비추어 보면 ...(중간생략 필자)... 국가배상책임이 인정되려면 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어야 한다[55]"고 하여 위법성 및 과실인정을 매우 엄격히 해석하고 있다.

검사의 경우에도 공소제기와 유지 등 준사법적 기능을 한다는 점에서

53) 대법원 2008. 6. 12. 2007다64365 판결, 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다8774 판결, 대법원 2002. 5. 17. 선고 2000다22607 판결 등 참조

54) 특수신분 공무원에 대한 국가배상책임의 더 자세한 논의는 김성수(1998), "특수신분 공무원에 대한 국가배상 책임의 제한 - 판례를 중심으로", 재판실무연구, 광주지방법원 참조

55) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다16114 판결(임의경매 절차에서 경매담당 법관이 오인에 의해 근저당권 기재를 누락한 채 배당표 원안을 작성하고 당사자가 불복절차를 취하지 않아 그대로 확정된 사안); 같은 취지의 판결로는 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다47290 판결(법관이 압수수색할 물건의 기재가 누락된 압수수색영장을 발부한 사안)

법관과 같은 책임 제한이 문제될 수 있는데 이에 대하여는 아래에서 보기로 한다[56].

다. 검사의 직무행위에 대한 국가배상

(1) 위법성 평가기준에 대한 논의

무죄판결이 확정되었을 때 검사의 구속, 공소제기·유지 등 행위가 위법하게 되는지에 대해, 무죄판결이 있게 되면 검사의 행위는 결과적으로 정당성을 상실하게 되므로 당연히 위법이라는 결과위법설과, 무죄판결이 확정되더라도 당연히 위법은 아니고 직무상 의무를 위반해야 위법이라는 직무행위 기준설이 있으나, 불확정성이 큰 사법 판단의 특성과 국가배상 책임의 위법판단기준은 민법상의 권리침해와는 달리 공권력 행사의 근거 규범이 예상하고 있는 권리침해의 범위를 넘어서는지 여부를 기준으로 하여야 하므로 직무행위 기준설이 타당하다고 하겠다[57].

직무행위 기준설을 취할 때 어떤 경우에 검사의 직무상 판단을 위법하다고 볼 것인지가 문제되는데, 이에 대하여는 검사가 사적 원한을 풀기 위하는 등 부당한 목적으로 직무행위를 한 경우 위법이 된다는 위법한정설(법관에 대한 책임제한과 같음), 판단시를 기준으로 증거자료를 평가할 때 일견 명백하게 합리성을 정할 수 없을 때 위법하다는 일견명백설, 증거의 수집 및 평가를 잘못하여 증거상 유죄판결을 기대할 수 있는 합리적인 이유가 없음에도 공소제기를 한 경우 위법하다는 합리적 이유 결여설, 피해자 구제의 견지에서 위법인정의 여지를 확대해야 한다는 위법확대설 등이 있다[58].

(2) 판례의 태도

---

56) 경찰의 경우에도 수사와 관련한 부분은 검사와 동일하게 문제될 수 있다. 기존의 논의가 검사의 직무행위를 주로 다루고 있으므로 경찰의 수사 관련 직무행위도 이에 포함하여 함께 살피기로 한다. 경찰작용에 대한 국가배상에 대해서는 설계경, “경찰 작용의 하자와 국가배상제도에 관한 연구: 쟁점을 중심으로”, 한국외국어대학교 참조

57) 각 학설의 자세한 내용 및 근거에 대하여는 정승윤, “무죄확정판결과 국가배상 책임”, 법조 47권 4호(통권499호)(98.04), pp.62-100; 김상국, “무죄판결과 국가배상책임: 검사의 직무행위를 중시므로”, 판례연구 15집(2004. 02), 부산판례연구회, pp.571-620 참조

58) 각 학설의 자세한 내용 및 근거에 대하여는 정승윤, 위의 글; 김상국, 위의 글 참조

대법원은 피고인에게 결정적으로 유리한 증거를 법원에 제출하지 않고 은폐하여 공소를 유지한 검사의 행위에 대해 국가배상책임을 인정한 사안[59]에서 "형사재판 과정에서 범죄사실의 존재를 증명함에 충분한 증거가 없다는 이유로 무죄판결이 확정되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 검사의 구속 및 공소제기가 위법하다고 할 수 없고, 그 구속 및 공소제기에 관한 검사의 판단이 그 당시의 자료에 비추어 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 그 위법성을 인정할 수 있는 것"이라고 판시하여 직무행위기준설 및 일견명백설을 취하고 있다.

(3) 구속, 공소제기·유지를 제외한 직무행위에 대한 위법성 평가기준

위에서 본 학설 및 판례는 검사의 모든 직무행위에 대한 논의가 아니라 구속, 공소제기 및 유지에 대한 논의이다. 이를 제외한 다른 개별적인 수사행위에 대해서도 같은 기준이 적용되는지 문제되나, 이를 다루고 있는 학설은 없다.

판례는 검사가 주요 피의자의 출국금지기간 연장 요청을 지연하여 피의자가 도피하게 한 사안[60]에서 일견명백설에 따른 위법판단 기준을 똑같이 설시하면서, 연장요청을 하지 않은 담당검사의 부작위는 "현저하게 불합리하다고 인정되거나 또는 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 정할 수 없는 정도에 이르렀다"고 보아 위법성을 정한 바 있다[61].

그러나 위 밀양 사건의 대법원 판결은 앞에서 본 바와 같이 경찰관이 범인식별실을 사용하지 않고 직접 대면하여 가해자를 지목하게 한 행위에 대해, 일견명백설에 따른 기준 설시 없이 국가배상법 상 법령위반의 의미

59) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결; 이와 같은 위법성 판단기준은 대법원 1993. 8. 13. 93다20924 판결, 대법원 1999. 1. 15. 선고 98다38302 판결에서도 찾아볼 수 있다. 2001다23447 판결은 위 기준을 적용하여 검사의 국가배상책임을 최초로 인정하였다는 점에서 의의가 있으며, 이러한 판례의 태도는 대법원 2005. 12. 23. 선고 2004다46366 판결, 대법원 2006. 12. 7. 2004다14932 판결 등에서 재확인 된다.

60) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003다29517 판결; 이 판결에서는 위법성의 인정은 크게 문제되지 않았고, 주요 피의자가 도피를 하였더라도 수사가 계속 진행 중인 상황에서 종국적인 법익 침해가 인정되는지 여부가 문제되었다. 원심은 종국적인 침해가 아니고 상당인과관계가 없다고 하여 원고의 청구를 배척하였으나, 대법원은 진상규명에 대한 합리적인 기대가 사실상 박탈되었고, 이는 인격적 법익의 종국적 침해라고 보아 국가배상책임을 인정하였다.

61) 같은 취지의 판결로는 이 사건 제1심 판결 및 서울중앙지방법원 2007. 8. 21. 선고 2006가합18810 판결 등이 있다.

만 설명하면서, 위와 같은 행위는 "법규상 또는 조리상의 한계를 위반한 것"이라고 하여 위법성을 인정하였다[62].

라. 검토

"널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하여 법규상 또는 조리상의 한계를 위반하였는지 여부"를 기준으로 하는 국가배상책임의 일반적 위법판단 기준에 비해, "현저하게 불합리하다고 인정되거나 또는 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 정할 수 없는 정도에 이르렀는지 여부"를 기준으로 하는 일견명백설에 의한 위법판단 기준이 위법성을 좁게 인정하고 있다는 것은 문언상 명백하다.

검사의 구속, 공소제기 및 유지에 대한 판단은 그 때까지의 수사결과 및 사실관계를 고려하여 행하는 종합적인 판단이고, 이러한 판단은 법관의 그것과 같이 사실인정의 순수사유성 및 법해석의 상대적 성격 즉, 사실인정은 개인마다 차이가 있어 절대적 기준으로 타인의 사실인정에 대해 당부를 판단하는 것이 불가능하다는 성격이 있으므로[63], 기존 학설의 논의 및 판례의 태도와 같이 위법성의 범위를 좁게 인정하는 일견명백설이 타당하다고 할 것이다.

그러나 구속, 공소제기 및 유지 등을 제외한 개별적인 직무행위는 그 성격에 따라 사실인정과 관련이 없어 위와 같은 논의가 적용되지 않는 경우가 있고, 이러한 경우에까지 위법성을 좁게 인정할 필요는 없다고 본다. 예를 들어 범인식별실을 사용할 것인지 여부, 피해자 보호조치를 제공할 것인지 여부, 피해자의 사생활 보호를 위해 비공개 장소에서 조사를 진행할 것인지 여부 등에 대한 수사기관의 판단은 사실인정과 아무런 관련성이 없으며, 이러한 직무행위에 대해 일반적인 위법판단 기준을 적용하여 국가배상 책임을 인정한다고 해서 수사활동이 위축되거나, 검사의 판단에 부당한 개입이 있을 여지는 전혀 없다. 이러한 개별적 직무행위에 대해 위법성을 넓게 인정하는 것은 오히려, 피해자의 2차 피해를 방지하여 인권보호에 기여하고, 피해자와의 신뢰 구축 및 원활한 진술 확보를 통해

62) 같은 취지의 대법원 판결로는 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다8774 사건(교통사고 사건에서 경찰이 현장훼손, 허위의 수사보고서 및 실황조사서를 작성한 행위에 대해 위법성을 인정한 사안)이 있다. 다만, 조두순 사건의 경우에는 1심과 항소심 모두 일견명백설의 취지에 따른 판시를 하고 있다.

63) 김상국, 앞의 글, 질의 답변 부분 참조

실체적 진실발견에도 도움을 줄 수 있다.

따라서 수사기관의 모든 직무행위에 대해 일견명백설을 적용하는 것이 아니라, 직무행위의 성격과 상황을 고려하여 구속, 공소제기, 공소유지 등 사실인정과 관련된 행위에 대해서는 일견명백설을, 나머지 개별적 직무행위에 대해서는 일반적 국가배상책임의 위법판단기준을 적용하는 것이 타당하다고 하겠다. 위 밀양 사건의 대법원 판결 역시 범인식별실 불사용에 대해 일견명백설에 따라 위법성을 부정한 제1심 판결과는 달리, 일반적 위법판단기준을 설시하며 위법성을 정하고 있어, 이와 같은 해석방식을 지지한다고 볼 수도 있다[64].

3. 인권보호지침 등 내부규칙 위반과 국가배상 책임의 관계

가. 문제의 제기

앞서 보았듯이 경찰과 검찰은 2차 피해 방지 및 피해자 보호를 위해 여러 규정을 만들었다. 그러나 이들 규정은 대외적인 구속력을 갖지 않는 훈령 또는 예규의 형식을 가지고 있기 때문에, 규정을 위반해도 책임을 물을 수 없는 문제가 발생할 수 있다. 따라서 각종 피해자 보호 규정의 위반이 국가배상책임 인정에 어떻게 고려되어야 하는지 검토할 필요가 있다.

나. 소극적 판결례

위 밀양 사건의 제1심 판결은 “인권보호를 위한 경찰관 직무규칙은 대외적 효력이 없는 행정규칙인 경찰청 훈령에 불과하여 위 규정을 위반하였다는 점만으로는 바로 위법하다고 할 수 없”다고 판시하였고, 위 국가배상청구 집단소송 사건[65]에서도 법원은 역시 범죄수사규칙, 성범죄수사지침, 인권보호수사준칙, 범죄피해자보호규칙, 매뉴얼 등에 대해 “상급기

64) 이러한 이원적인 위법판단기준을 뒷받침 하는 더욱 극명한 예는 대법원 2002. 5. 17. 선고 200다22607 판결에서 찾을 수 있다. 대법원은 이 사안에서 경찰이 편파적으로 사건을 처리하고, 허위의 체포보고서를 작성하는 등의 행위를 한 것에 대해서는 일반적인 국가배상책임의 위법판단기준을 적용하여 판단하였고, 경찰이 기소의견으로 송치한 부분이 무죄판결을 받은 것에 대해서는 일견명백설의 기준에 따라 판단하였다.

65) 서울중앙지법 2007. 8. 21. 선고 2006가합18810 판결

관이 갖는 포괄적 감독권에 근거하여 발하는 행정기관 내부의 질서규율을 위한 행정규칙으로 대외적·일반적 구속력을 가지지 아니하므로 이를 위반하였다고 하여 바로 위법한 것이 되는 것은 아니"라고 판시하였다.

다. 적극적 판결례

위 밀양 사건의 항소심 판결은 제1심 판결과는 달리 "인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 등은 대외적으로는 구속력이 없는 행정규칙인 경찰청 훈령에 불과하더라도, 위 직무규칙의 목적이 경찰관이 모든 사람의 기본적 인권을 보장하기 위하여 경찰활동 전 과정에서 지켜야 할 직무기준을 정한 것이고, 경찰업무의 특성상 그 상대방인 피해자 등의 인권 보호에 직접적 영향을 미치는 내용이라면 위 직무기준에 위반한 행위는 위법한 것으로 볼 여지가 있다"고 하여 규정 위반의 위법성을 적극적으로 인정하였다.

위 밀양 사건의 대법원 판결은 성폭력특별법 제21조에 대해 설시하면서 "공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 추상적 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 구체적 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 개인이 입게 된 손해는 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가가 그에 대한 배상책임을 부담하여야(대법원 1998. 9. 22. 선고 98다2631 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2005다62747 판결 등 참조)" 한다고 하여 규범의 형식과 관계없이 그 내용에 따라 위반 시 배상책임이 인정될 수 있음을 인정하였다.

위 밀양 사건의 대법원 판결의 위 내용이 경찰관 직무규칙 부분이 아닌 성폭력특별법 제21조 부분에만 설시된 것은 아쉬움이 있으나, 대법원 1997. 9. 9. 선고 97다12907 판결은 오동도 관리사무소의 '95재해대책업무 세부추진실천계획' 위반에 대해 같은 취지의 판시를 한 바 있으므로, 훈령이나 예규에 대해서도 그 내용에 따라 위반시 배상책임을 인정해야 한다고 보는 것에는 문제가 없을 것이다.

또한 위 대법원 판결과 성폭력특별법 제21조의3 제1항, 제2항[66]의 내용

66) 성폭력특별법 제21조의3 ① 검사 또는 사법경찰관은 성폭력 범죄를 당한 피해자의 연령, 심리상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손

을 결합하여 생각하면 수사기관의 일반적 2차 피해 방지 의무를 도출할 수도 있다고 할 것인데, 위 조두순 사건에 대한 국가배상청구 사건에서 법원은 이와 같이 성폭력특별법의 규정과 인권보호수사준칙의 내용을 종합하여 수사기관의 피해자 보호의무를 도출한 바 있다.

라. 검토

적극적 판결례에 의하더라도 내부규칙이 대외적·일반적 효력을 갖게 되는 것이 아님은 명백하다. 그러나 밀양 사건의 항소심 및 대법원의 판단과 같이 본다면 2차 피해 방지 및 피해자 보호를 위한 규정들은 대부분 적용대상자의 인권보호에 직접적인 영향을 미치는 내용이고, 개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 것이므로 이를 위반할 경우 더욱 쉽게 국가배상책임을 인정할 수 있을 것이다.

2차 피해의 적극적인 방지는 앞서 언급하였듯이, 수사기관의 활동에 지장을 주는 것이 아니며 오히려 실체진실 발견에 기여하고 인권보호도 할 수 있으므로, 단지 내부적인 규정일 뿐이라고 하여 그 의미를 반감시키기 보다는, 위와 같은 적극적인 해석이 필요하다고 할 것이다.

4. 2차 피해 유형에 따른 국가배상 가능성 검토

가. 인적 사항의 누설

인적사항의 누설은 밀양 사건의 대법원 판결이 설시하고 있는 바와 같이 성폭력특별법 제21조(현행 성폭력처벌특례법 제22조)를 명확히 위반한 것이고, 이는 피해자의 안전과 이익을 위한 규정이므로 이를 위반한 것은 국가배상책임을 성립시킨다. 밀양 사건에서는 경찰이 비밀준수를 약속한 사실이 있으나, 비밀준수 의무는 약속 유무와 관계없이 언제나 부담하는 것이며, 그 위반을 정당화할만한 수사상의 이유는 없다고 본다.

나. 여성경찰에 의한 조사요청

상되거나 사적인 비밀이 침해되지 않도록 주의하여야 한다.
② 검사 또는 사법경찰관은 성폭력 범죄의 피해자를 조사함에 있어서 피해자가 편안한 상태에서 진술하도록 조사환경을 조성하여야 하며, 조사 횟수는 필요 최소한으로 하여야 한다.

성폭력특별법 제21조의2에서 성폭력 범죄의 피해자에 대한 전담조사제도를 마련하면서 전담 검사 및 전담 사법경찰관을 여성을 한정하지 않은 점, 전담 영역이나 경력 등을 고려할 때 여성수사관에게 조사를 받는 것이 반드시 피해자의 인권에 이익이라고만 할 수는 없는 점 등을 고려할 때 여성경찰에 의해 조사를 받지 않았다고 하여 반드시 국가배상책임이 인정되는 것은 아니라고 할 것이다.

다만, 이번 조두순 사건에 대한 국가배상청구 사건에서 확인할 수 있듯이 성폭력전담 검사가 아닌 사람에 의해 조사를 받고 이로 인해 피해자에게 어떤 피해가 발생하였다면 국가배상책임이 논의될 수도 있다.

다. 범인식별실 불사용

밀양 사건의 항소심 및 대법원 판결에서 적절하게 판시하였듯이, 범인식별실의 사용은 피해자의 인권을 보장하기 위한 중요한 조치이고, 시설적인 제약이 없는 한 이를 강제하는 것이 수사에 방해가 된다고 보기 어려우므로, 진술녹화실을 사용하지 않는 것은 대부분 국가배상책임을 성립하게 할 것이다.

라. 진술녹화실 불사용

밀양 사건의 제1심 판결은 진술녹화실을 사용하지 않은 점에 대해 조사절차의 투명성에 문제가 없고, 원고 1의 진술번복이 우려되지 않는다는 이유만으로 위법성을 부정하였다. 그러나 진술녹화가 필요한 가장 중요한 이유인 재판과정에서 증인으로 출석하여 피의자들과 대면하는 괴로움을 방지하기 위한 목적에 대해서는 검토를 하지 않았다. 이 사건 제1심에서 원고 1이 증인으로 출석하여 증언하였는지 여부가 판결문 상으로는 확인이 되지 않으나, 만약 증언으로 출석한 사실이 있다면 국가배상 책임이 문제될 수 있을 것이다.

2006. 10. 27. 개정된 성폭력특별법 제21조의3 제3항(현행 성폭력처벌특례법 제26조)에 의하면 만 16세 미만의 피해자에 대해 진술내용을 촬영·보존하도록 하고 있으므로 이러한 경우 국가배상 책임이 더욱 적극적으로 검토될 수 있을 것이다[67].

마. 피해자 보호조치 소홀

밀양 사건의 제1심 판결은 별다른 검토 없이 수사관이 신고를 위한 전화번호를 알려 주었고, 주변에 있던 의경에 의해 제재가 있었던 점을 근거로 보호조치가 없다고 보기 어렵다고 하였으나 이 부분 판단은 논의의 여지가 있다.

가해자와의 대질수사 시 가해자 또는 그 가족 등 가해자측 인사에 의한 협박, 욕설, 폭행 등 2차 피해 사례는 굉장히 많이 보고되는 사례 중 하나이다. 수사과정 전기간 동안 모든 예상되는 가해자측의 협박 등에 대해 피해자를 보호하기는 어렵겠지만, 최소한 2차 피해의 가능성이 높은 대질수사의 경우에는 경찰권이 직접적으로 미치는 경찰서 입구에서부터 조사실까지 사이에서 2차 피해가 일어나지 않도록 적절한 조치를 취할 필요성이 크다고 하겠다. 이 사건 성폭행 사건의 경우에도, 사전에 의경에게 연락하여 후문에서부터 곧바로 보호조치가 이루어졌으면 피해를 막을 수 있었을 것이라는 점에서 좀 더 적극적으로 검토하지 않은 것은 아쉬움이 있다.

특히 경찰 및 검찰은 각각 피해자 전담보호관제도, 범죄피해자지원센터 등 피해자 지원 인력과 조직을 보유하고 있으므로 피해자 보호조치의 수준은 좀 더 높게 설정될 필요가 있다고 생각한다.

바. 밤샘수사 및 식사와 휴식시간 불제공

피해자가 학생이거나 직장이 있는 경우 밤샘수사는 그 자체로도 힘든 것이지만, 다음날의 생활에 큰 지장을 줄 수 있고, 특히 주변에 사건이 알려지지 않은 경우에는 이로 인해 사건이 알려질 가능성도 있으므로 피해자의 인권과 직접적인 관련이 있다고 보아야 한다. 또한 식사와 휴식시간

67) 서울고등법원 2008. 7. 16. 선고 2007나91307 판결은 성폭력특별법의 규정을 위반하여 촬영·보존을 하지 않은 경우라도 “성폭력법 관련 규정의 입법취지, 촬영·보존 하지 아니한 경위, 진술과정을 촬영·보존하지 아니하여 피해자가 다시 수사절차나 재판절차에서 조사를 받거나 증언을 하게 되었는지 여부, 피해자 진술의 신빙성 여부, 가해자가 실제 처벌을 받았는지 여부 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 그 촬영·보존하지 아니한 행위가 객관적 정당성을 상실하고 이로 인해여 손해의 전보책임을 국가에게 부담시켜야 할 실질적인 이유가 인정되어야 한다(대법원 2004. 12. 9. 선고 2003다50184 판결, 대법원 2006. 12. 8. 선고 2005다38973 판결 등 참조)”라고 설시하였다.

의 제공 역시, 성폭력특별법 제21조의3 제2항에 비추어 볼 때 수사 편의만을 고려하여 위법성 인정을 엄격하게 할 이유는 없다고 생각한다.

밀양 사건의 성폭행 사건의 경우, 제1심 판결이 밤샘수사에 대해 제반 정황을 고려하여 원고 등의 동의가 있었다고 본 것은 크게 문제가 없으나, 식사를 제공하지 않은 것에 대해 단순히 조사경찰도 식사를 하지 않았다는 사실만으로 곧바로 위법성을 부정한 것은 문제가 있다고 볼 것이다.

사. 모욕, 비하발언

모욕과 비하발언은 수사행위와 아무런 관련이 없는 명백한 인권침해 행위로써 당연히 국가배상책임이 성립하며, 이를 정당화할 요소는 없다. 모욕과 비하발언에 대해서는 위법성 인정보다 국가배상책임의 주체의 범위가 문제될 가능성이 큰데, 이에 대한 밀양 사건의 항소심 및 대법원 판결의 판단은 매우 적절하였다고 본다.

아. 대질수사

대질수사도 피해자들이 2차 피해를 많이 호소하는 사례 중 하나이므로 피해자 보호의 필요성이 높다고 할 것이다. 대질수사의 경우 위 범인식별실 불사용에서 검토한 바와 같이 시설의 제약이 없다면, 화상 등을 이용하지 않고 직접 대면을 하게 하면 위법성이 인정될 여지가 높다고 보아야 한다. 대질수사가 필요한지 여부에 대한 판단은 수사상 판단이므로 쉽게 위법성을 인정하기는 어렵겠지만, 대질수사가 요구되는 이유를 피해자에게 자세히 설명하고, 대질수사 시 피해자에 대한 보호조치를 철저히 준비하는 것은 당연히 요구된다고 하겠다.

자. 진술녹화의 반복

조두순 사건 및 국가배상청구 집단소송 사건에서 확인할 수 있듯이, 수사기관의 부주의로 피해자로 하여금 반복된 조사를 받게 하는 것은 국가배상책임의 근거로 인정된다. 수사기관의 입장에서는 단순한 부주의라고

하더라도 피해자의 입장에서 반복된 조사를 받는 것은 매우 심각한 손해를 야기할 수 있는바, 위와 같은 법원의 판단은 타당하다고 본다.

차. 소결

이상에서 본 각 2차 피해의 유형은 대질수사의 필요성에 대한 판단을 제외하고는 모두 사실인정 및 수사상 판단과 관계가 없으므로 일견명백설이 아닌 일반적 국가배상책임의 위법판단기준이 적용된다고 보아야 한다. 앞서 보았듯이 피해자 보호규정의 내용에 따라 그 위반 시 위법성이 거의 인정된다고 볼 것이고, 이를 배척하기 위해서는 수사기관이 수사상 필요성이나 부 이한 사정과 같은 정당화 근거를 제시해야 한다.

5. 소결 - 2차 피해 국가배상 판결의 의미와 전망

민주주의의 발전과 인권의식의 성숙에 따라 수사기관의 부당한 행위에 대해 참고 견디는 것이 아닌 적극적 문제제기를 하는 사례가 늘고 있다. 국가인권위원회에서도 검찰과 경찰은 주요 진정 제기 대상 기관으로 분류되어 있고, 실제로 수사기관의 행위에 대해 진정도 많이 제기되고 있는 것이 현실이다[68].

2차 피해로 인한 국가배상책임을 인정한 위 판례들은 경찰과 검찰의 2차 피해 방지 의무를 직무상 의무의 하나로 선언하였다는 의미가 있으며, 이러한 판시 내용은 수사기관의 2차 피해 방지 노력을 가속화하고, 피해자 보호 규정들이 실질적 규범력을 가지게 하는데 도움을 줄 것으로 기대된다. 수사기관은 2차 피해 방지에 대한 직무상 의무를 명확히 인식하여, 제도 개선 및 교육과 같은 예방적 노력을 지속해야만 국가배상책임의 추궁으로부터 자유로워질 수 있을 것이다.

68) 수사기관에 대한 국가인권위원회의 주요 결정례로는 부당 긴급체포에 의한 인권침해의 건(05진인3319), 성폭력 피해자에 대한 부당수사의 건(02진인928), 내부가 들여다 보이는 호송차량으로 수갑을 시갑한 채 방치한 인격권 침해의 건(04진인3751), 구속사실 미통지에 의한 인권침해의 건(05진인2368) 등이 있다.

III. 증인신문 과정에서의 성폭력 피해자 보호

1. 증인신문 과정에서의 2차 피해 사례

가. 성폭력 피해자 법정 증언 후 자살 사건[69]

한 성폭행 피해 여성(28세)이 2011. 5. 30. 자신을 성폭행한 가해자의 형사재판에서 피해자로서 증언한 뒤 6. 10.경 서울시 구로구 오류동 소재의 모텔 객실에서 "판사의 질문에 모멸감을 느꼈다"는 내용의 유서를 남기고 자살한 사건이 발생하였다.[70]

피해자는 한국 국적으로 화한 중국동포로, 같은 해 1. 1.경 자신의 고시원에서 인터넷 채팅으로 만난 중국인 어학연수생에게 성폭행을 당했다면서 경찰에 고소하였고, 검찰은 가해자를 구속기소하여 형사재판이 진행되던 상황이었다. 공판과정에서 피고인의 변호인은 피고인과 피해자가 채팅을 계기로 이미 2차례 만났고 성폭행이 있었던 장소가 피해자의 고시원이었던 점 등을 들어 성폭행이 아닐 가능성이 있다는 쪽으로 변론을 한 것으로 보이며, 변호인은 8년 전 피해자가 노래방 도우미로 일하면서 손님에게 성폭행을 당했다고 고소했다가 합의금을 받고 취하하였던 일도 거론한 것으로 알려졌다. 변호인의 신문이 끝난 뒤 재판부도 이 사건을 거론하면서 "피고인이 어학연수생이고 합의금을 공탁하겠다고 하는데 합의하는 게 어떠냐"고 물은 것으로 알려졌다.[71] 피해자는 유서에서 "판사가 나를 성폭행한 가해자를 두둔하고 합의를 종용하는 등 모욕감을 줬다. 판사가 내게 '중학교도 못 나오고 노래방 도우미도 하며 험하게 살아왔다'는 식으로 말하면서 내 말을 믿지 않았다"라는 내용의 유서를 남겼다.[72]

위 성폭행 사건을 담당한 서울중앙지방법원은 "피해 여성에게 모욕적인 언사는 전혀 하지 않았고 판단을 위해 필요한 심문을 진행했다. 사건 자체가 강간인지 합의에 의한 성관계인지 다투는 사건이라 최소한의 판단을 위한 신문을 진행했다"고 해명했다. 이 재판부는 같은 달 24.경 가해자에

---

69) 이 사건에 대한 내용은 발간예정인 「2011 한국인권보고서」(민주사회를 위한 변호사모임)에 수록된 내용을 참조하였다.

70) 경향신문, 2011. 6. 10.자 기사, 「"법정서 모욕감" 성폭행 피해 여성 자살」

71) 조선일보, 2011. 6. 11.자 기사, 「성폭행 피해 여성, 법정 증언 후 자살 "판사 질문에 모멸감" 유서 남기고」

72) 시사IN 라이브, 2011. 6. 24.자 기사, 「성폭행 피해 여성 자살 사건 법정 풍경」

게 징역 3년형을 선고한 후, 유가족에게 “재판부 입장에서는 사생활도 보호해야 하지만, 무죄 추정의 원칙도 지켜야 한다. 피해자의 증언을 청취할 필요가 있었다.”면서 “피해자가 극단적인 결과에 이르게 된 것에 대해 매우 안타깝다.”고 사과의 뜻을 전하였으나, 유가족들은 재판장의 발언이 끝나자 “법원이 상처받은 아이를 왜 심하게 신문했는지 이해할 수 없다.”며 “내 딸은 생명을 잃었는데 징역은 3년인가. 너무 짧고 기가 막힌다.”고 항의하였다.[73]

나. 고려대 의대생 성추행 사건[74][75]

서울중앙지법원은 2011. 9. 30. 술에 취한 동기 여학생을 집단 성추행한 혐의(성폭력처벌특례법상 특수준강제추행)로 기소된 고려대 의대생 A씨에게 징역 2년6월을 선고했으며 범행에 가담한 B씨와 C씨에게 각각 징역 1년6월을 선고하고 3명 모두 3년 간 신상공개를 명령했다. 가해자들은 같은 해 9. 5.경 고려대에서 출교처분을 받았다.[76]

이들은 같은 해 5. 21. 경기도 가평의 한 민박집에서 동기 여학생인 피해자가 술에 취해 정신을 잃은 사이 피해자를 강제추행하고 촬영한 혐의로 6. 16. 구속기소 되었다. 피해자는 사건 직후인 5. 22.경 고려대의 양성평등센터 등에 사건을 신고하였는데, 경찰수사 시작 후인 6. 3.경 이 사건이 명문대 의대생의 집단 성추행사건으로 언론에 보도됨에 따라 사회적으로 크게 이슈화 되었다.[77] 이 사건은 사회 전반에서 다양한 반향을 일으켰고, 가해자들의 변호인 선임문제[78]에서 시작하여 구속여부[79], 보석기각[80], 대학 측의 출교처분여부[81], 2차 피해, 판결결과 및 항소여부[82]에 이르는 모든 과정이 관심의 대상이 되었고, 피해자에 대한 지속적인 2차 피

73) 서울신문, 2011. 6. 25.자 기사, 「성폭행 피해자 재판중 자살...가해 20대남 징역3년 선고 」
74) 이 사건에 대한 내용은 발간예정인 「2011 한국인권보고서」(민주사회를 위한 변호사모임)에 수록된 내용을 참조하였다.
75) 서울중앙지방법원 2011. 9. 30. 선고 2011고합689
76) 2011. 9. 5.자 기사, 「고대의대생 출교, 학칙상 최고 수준징계 ‘재입학-국가고시’불가」
77) 브레이크뉴스, 2011. 6. 3.자 기사, 「명문대 의대생 3명 동기여학생 집단성추행」
78) 헤럴드 경제, 2011. 7. 21. 「高大의대 성추행 변호인 줄줄이 사임」
79) 한국일보, 2011. 6. 14. 「집단 성추행 혐의 고대 의대생 3명, 구속영장 신청」, 경향신문,
80) 쿠키뉴스, 2011. 9. 13.자 기사, 「‘동기 여학생 성추행’ 고대 의대생, 보석신청했다 기각돼」
81) 뉴스엔 사회, 2011. 8. 17.자 기사, 「고대의대생 징계수위 결정 “마지막 절차 남아 당장 공개 힘들다”」, 각주 8. 기사 참조
82) 연합뉴스, 2011. 10. 7.자 기사, 「성추생 고대 의대생·검찰 모두 항소」

해 발생이 이 사건의 가장 큰 문제점 중의 하나가 되었다.[83]

특히 공판과정에서 증인신문시 발생한 2차 피해도 언론에 의해 이슈화가 되었다.[84] 언론 보도에 따르면, 피고인의 변호인은 피고인 측이 신청한 증인에 대한 신문과정에서 "피해자로부터 '그런 이미지 때문에 고민했는데 이런 일이 터져서 괴롭다'는 얘기를 들은 적 있는가"라고 물었다. 이에 재판부가 '그런 이미지'라는 의미가 명확하지 않다고 지적하자 변호인은 "(피해자가) 많은 남자들과 관계를 맺는 다는 이미지, 이 남자 저 남자 사귄다는 얘기가 대학 안에 있었나?"라고 재차 물었으며, 이에 증인이 답을 내놓지 못하고 주저하자 검찰은 "사건과 관련이 있는가"라며 반발했고 변호인은 "C는 지금 이 법정에서는 피고인이지만 이 사건만 두고 보면 피해자라고 생각한다"고 맞서기까지 하였다.[85] 심지어 변호인은 가해자와 피해자가 사귄 사실이 있다는 허위사실을 주장하기도 하였다.[86] 피해자에 대한 증인신문은 비디오에 의한 중계시설을 통하여 비공개로 진행되었고, 나아가 피해자의 변호사는 형사소송법 제163조의 2에 따라 신뢰관계인 동석을 요청하였으나, 재판장은 형사소송법규칙상의 문제가 있다며 심적 안정을 도모하기 위한 상담심리사가 아닌 변호사의 동석을 인정하지 않겠다고 하였다고 한다.[87]

이 사건은 사회적으로 큰 이슈가 되면서 가해자 출교처분을 위한 릴레이 시위 및 서명이 이어지기도 하는 등 여론의 관심이 높았고, 국회에서

---

83) 증인신문 과정에서의 2차 피해뿐만 아니라, 학교측의 방관으로 인해 피해자가 가해자들과 같은 시험장에서 기말고사를 치르기도 하였으며, 가해자측에 의해 학교에서 피해자의 사생활 및 사이코패스 여부에 대한 설문조사가 실시되기도 하는 등 다양한 유형의 2차 피해가 문제되기도 하였다. 이에 대해서는 파이낸셜뉴스, 2011. 6. 5.자 기사, 「성추행 피해자가해자가 함께 시험? 누리꾼 '분노'」, 머니투데이, 2011. 9. 2.자 기사, 「고대 의대 교수, "가해학생들, 다시 돌아올테니 잘해줘라"」, 노컷뉴스, 2011. 8. 29.자 기사, 「고대 의대 가해자, '피해자는 문란하다/아니다' 설문조사 실시」, 여성신문, 2011. 9. 2.자 기사, 「고대의대생 성추행 사건 가해자 명예훼손으로 형사고소」 등 참조.

84) 공판과정에서의 신문내용에 대해서는 노컷뉴스, 2011. 8. 17. 「고대 성추행 피해자 "그들은 사과하지 않았다"」, 황진미의 '법정르포', 2011. 8. 31.자 「피해자 문란? 진짜 피해자는 나!」 참조. 증인신문조서 등을 통해 내용을 확인한 것이 아니므로, 기사의 내용만으로는 진술의 구체적인 표현, 맥락 등이 실제와 다르게 전달될 수 있음을 감안할 필요가 있다.

85) 서울경제, 2011. 8. 30.자, 「'고대 의대 성추행'변호인, "피해자 사생활 문란했나?"질문 」

86) 피해자는 라디오 인터뷰에서 가해자 중 1명과 사귄 사실이 없다고 이야기한 바 있다. 황진미의 '법정르포', 2011. 8. 31.자 칼럼 참조, 한겨레 오피니언사이트 '훅hook'에 연재중인 황진미의 '법정르포'에서는 이 사건 1회 공판기일부터 선고기일까지의 상세한 내용을 다루고 있다. 그 외 변호인의 무리한 변론 및 공판내용에 대한 자세한 사항은 2011. 7. 27.자, 8. 31.자, 9. 4.자. 9. 16.자, 10. 2.자 칼럼 참조.

87) 황진미의 '법정르포', 2011. 8. 31.자 참조

는 성범죄자의 의사면허 취 을 제한하는 의료법 개정안이 제출되기도 하였다.[88] 이 사건은 특히, 성폭력 피해자에 대한 '2차 피해'가 다양한 양태로 발생되었고, 그 모든 과정이 언론에 공개됨으로써 성폭력 피해자에 대한 2차 피해 발생에 대해 사회적인 여론을 환기시켰다는 점에서 의미가 있다.

다. 기타 증인신문시 발생하는 2차 피해 사례[89]

상담사례를 통해 확인한 증인신문시 2차 피해 사례로는 다음과 같은 것들이 있다.

① 증인의 인적사항을 확인하면서 피해자의 주소와 생년월일을 큰 소리로 말하여 피해자에 대한 신변 및 정보보호가 소홀함
② 피해자가 피고인의 퇴정을 요구하여도 피해자가 증인석에 나온 후 의향을 묻고 퇴정시켜 피고인과 피해자가 대면하게 함
③ 재판정 외 대기 장소의 부족
④ 피고인의 변호인으로부터 적대적인 질문, 비슷한 내용으로 혼돈시키는 반복질문, 사건과 관계없는 질문이 이루어짐
⑤ 수사검사와 공판검사가 달라서 사건파악이 미흡하고 피고인 변호인의 공격을 막아주지 않음
⑥ 공판검사가 공판 진행 상황에 대해 자세히 설명해주지 않음
⑦ 불구속 재판 중인 가해자와 법정에서 마주침
⑧ 법정출석·증언으로 말미암아 발생하는 업무 중단으로 수입 감소·경제적 손실 발생

2. 문제의 소재

공판과정에서의 2차 피해가 수사기관에서의 2차 피해와 구별되는 가장 큰 특징은 피고인의 방어권과의 관계가 문제된다는 점이다. 즉, 수사기관에서의 2차 피해는 수사기관으로 대표되는 국가와 피해자 사이의 문제이므로 국가에 의한 기본권 침해 여부의 관점에서 접근할 수 있는데, 공판

88) 약업신문, 2011. 9. 6.자 기사, 「성추행 의대생 등 성범죄자 의사면허 취득 제한한다.」
89) 한국성폭력상담소(2003), 앞의 논문, 96면, 97면

과정에서는 피고인의 방어권도 함께 고려해야 하며 두 가지 권리가 충
하는 경우엔 기본권의 충 을 어떻게 해결할지의 문제가 발생하게 된다.

피고인의 퇴정제도(형사소송법 제297조 제1항)와 같이 피해자의 권리 보호를 위해 피고인의 증인대면권과 반대신문권이 일정 부분 제한되는 경우에도, 퇴정했던 피고인은 증인 진술 종료 후 다시 입정하여 진술 요지를 고지 받도록 하는 것처럼(제297조 제2항), 피해자의 권리와 피고인의 권리는 어느 하나가 나머지에 대해 우월한 것이 아닌 동등하게 존중하며 조화시킬 필요가 있는 관계이며, 이런 점에서 피고인의 방어권은 형사절차에서 피해자 보호대책 및 피해자의 권리가 도달할 수 있는 한계를 설정하는 의미가 있다.[90]

따라서 공판과정, 특히 증인신문 과정에서의 피해자 권리보호를 위해서는 훨씬 섬세한 판단기준을 정립할 필요가 있는데, 그동안 우리 실무에서는 실체적 진실발견의 이념과 피고인의 방어권만 중시되어 현행법상으로도 재판장이 중복된 신문 또는 사건과 관계없는 신문을 제한할 수 있는 근거가 있음에도(형사소송법 제299조, 형사소송규칙 제74조 제2항, 제77조), 이를 적극적으로 활용하는 경우는 드문 편이었다.

이에 아래에서는 증인신문시 피해자를 조력하여 권리보호에 기여할 수 있는 신뢰관계인 동석 제도 및 법률조력인 제도에 대해 살펴보고, 증인신문의 내용이 피해자의 권리를 침해하여 제한될 필요가 있는지 여부에 대한 개괄적인 판단기준에 대해 검토해보기로 한다.

3. 신뢰관계인 동석 제도와 법률조력인 제도

가. 신뢰관계인 동석 제도

1) 신뢰관계인 동석 제도의 도입과 개정

신뢰관계인 동석 제도는 앞서 살펴본 바와 같이, 1997. 8. 22. 성폭력특

90) 이호중(1994), “형사절차에서 피해자 보호를 위한 개선방향”, 「저스티스」 제27권 제2호, 한국법학원, 259면; 정도희(2009), 앞의 논문 70면

별법 개정시 제22조의 2로 신설되었는데 이 때는 의무가 아닌 재량사항으로 규정되어 있었으며, 2003. 12. 11. 개정으로 13세 미만 또는 장애로 심신미약이 인정되는 피해자의 경우에는 부 이한 경우가 아닌 한 동석을 하게 하여야 한다고 규정하여 부분적으로 의무화 하였고, 신청권자로 피해자의 법정대리인을 추가하였다(제21조의 2 제2항, 제22조의 3). 2006. 10. 27. 개정시에는 의무적인 동석의 범위를 성폭력특별법상 규정되어 있는 일부 성폭력범죄들로 확장하였고, 이는 현행 성폭력처벌특례법 제29조로 이어지고 있다. 아동·청소년 피해자에 대해서는 2010. 4. 15. 아동·청소년 성보호법 개정시 제18조의 4를 신설하여 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부 이 한 경우가 아닌 한 신뢰관계인을 동석하게 하여야 한다고 규정하여, 의무적인 동석의 범위가 19세까지 확장되었다.

이 밖에 「성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 제8조, 「노인복지법」 제39조의 8, 「아동복지법」 제21조 등의 개별 법률에 신뢰관계인의 동석 제도가 규정되어 있으며, 2007년에는 형사소송법 개정시 제163조의 2를 신설하여 전체 범죄에 대해 신뢰관계인의 동석 제도를 도입하였는데(13세 미만의 피해자 또는 장애로 심신미약이 인정되는 피해자에 대해서는 의무화), 이는 성폭력 피해자를 위한 보호 제도가 전체 범죄로 확대되었다는 점에서 그 의의가 있다.[91]

외국의 입법례로는 미국에 피해자 변호인(victim a vocate), 피해자를 위한 옴부즈맨, 후견인(suppo t atte a t) 등이 있으며, 캐나다는 성범죄나 폭력범죄의 피해자 중 14세 미만 또는 정신적·육체적 장애가 있는 경우에는 피해자가 지정한 자가 동석을 할 수 있고, 독일은 신뢰관계인 동석 제도 외에 피해자 변호인 및 보좌인 제도를 별도로 인정하고 있다. 그리고 일본은 증인의 불안 또는 긴장을 완화하기 위한 부첨인(付添人)이라고 하는 우리의 신뢰관계인과 유사한 제도를 두고 있다.[92]

2) 실무상 문제점

91) 한국성폭력상담소(2011) 앞의 책, 제4부 제3장; 정도희(2009) 앞의 논문, 181면 참조
92) 외국 입법례에 대한 자세한 내용은 신혜성(2011), "형사공판절차에서의 성폭력피해자 보호방안", 「젠더법의 관점에서 본 성폭력사건 재판절차 개선방안」, 법원 젠더법연구회, 116면 및 117면 참조.

그런데 위와 같은 신뢰관계인의 동석 제도는 단지 "피해자와 신뢰관계에 있는 사람을 동석"하게 한다는 내용만 규정되어 있어, 실무에서 위 규정을 적용할 때 '신뢰관계'의 의미를 어떻게 해석해야 할지, 신뢰관계인은 복수로 인정할 수 있는지, '동석'의 의미는 방청석에 앉아 있게 하는 것만으로 되는지, 피해자 바로 옆에 앉혀야 하는 것인지, 피해자 바로 뒤에 앉히는 것이 더 바람직한지 등 불분명한 부분이 굉장히 많은 상태이며, 이로 인해 재판부마다 각각 달리 실무를 운용하고 있다.

2007년 형사소송법에 신뢰관계인 동석 제도가 도입되면서 2007. 10. 29. 형사소송규칙 개정시 제84조의 3이 신설되어 신뢰관계 있는 자의 범위를 '피해자의 배우자, 직계친족, 형제자매, 가족, 동거인, 고용주 그 밖에 피해자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 자'로 규정하였으나, 여전히 '그 밖에 피해자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 자'의 범위는 불문명하다.[93]

이런 상황에서 위에서 살펴본 고려대 의대생 성추행 사건의 재판부는 위 형사소송규칙 제84조의 3을 근거로 피해자의 변호인이 신뢰관계 있는 자로서 동석하려는 것을 불허한 것이다.

3) 비판적 검토

그러나 신뢰관계인 동석 제도는 애초부터 피해자의 권리 보호를 위해 도입된 제도이고, 피해자의 심리적 안정에 도움을 줄 수 있는지 여부는 피해자 본인이 가장 잘 판단할 수 있으며, 재판장으로서는 신뢰관계인이 부당하게 재판의 진행을 방해하는 때에는 동석을 중지시킬 수 있고(형사소송규칙 제84조의 3 제3항), 그 외에도 적절하게 소송지휘권을 행사할 수 있으므로, 신뢰관계인의 범위를 법원이 전적으로 판단하여 피해자의 의사를 무시하는 것은 결코 바람직하지 못하다.

특히, 성폭력 사건의 경우에는 피해자가 피해사실을 주변에 알리기 꺼

93) 더구나 개별법에 규정된 신뢰관계인 동적 제도에서는 형사소송규칙을 준용하는 내용이 없기 때문에 법체계상으로도 약간 문제가 있다고 볼 수 있다.

려하는 특성상 배우자 등 가족이 신뢰관계인으로 참석하는 경우 외에도 친구나 성폭력상담소의 상담원, 변호인 등이 참석하는 경우도 상당히 있는데, 이는 모두 '그 밖에 피해자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 자'에 포함되므로 피해자로서는 자신이 원하는 사람이 신뢰관계인으로서 동석을 할 수 있는지 여부를 예측하기가 어렵고, 재판부의 성향에 따라 동석 여부가 달라지게 되는 문제가 발생한다.

더 나아가 성폭력 사건에서 피해자 증인에 대한 부적절한 증인신문을 막기 위해서는 신문사항에 대한 피해자측의 적극적인 이의제기를 장려할 필요가 있는데(이에 대해서는 아래 4.항 참조), 이러한 역할을 피해자의 변호인이 수행할 수 있도록 함으로써[94] 피해자가 심리적 안정을 유지하는데 더 큰 기여를 할 수 있다. 이와 같은 변호인의 역할은 아래 나.항에서 살펴보는 법률조력인의 역할에 포함시켜 독일과 같이 신뢰관계인과 변호인·보좌인 제도를 병행 운용하는 것이 가장 바람직하겠으나, 아직까지 법률조력인의 권한에 증인신문시 '동석' 또는 증인신문에 대한 이의제기권이 포함되어 있지 않은 상황이다.

따라서 실무적으로 신뢰관계인의 범위를 엄격히 해석하는 것은 바람직하지 않으며, 피해자의 의사를 가장 존중하여 친구, 성폭력 상담소의 상담원, 변호인에 대해서도 넓게 신뢰관계인의 범위를 인정할 필요가 있다.

나. 법률조력인 제도

1) 제도의 도입

법무부는 2011. 7. 13. 성폭력피해자의 법적 이익을 보호하기 위해 피해자를 대리하는 법률조력인 제도를 만들기로 하고, 13세 미만 아동 및 장애인 성폭력 피해자가 법률조력인(변호사 자격을 가진 사람 중 대한변호사협회, 대한법률구조공단 등 법률구조 법인으로부터 추천을 받아 전문교

94) 현행법상 변호인이 이의제기를 할 수 없다고 하더라도 법률전문가가 함께 동석하여 신문사항을 청취하는 것이 피고인 변호인에게 부적절한 증인신문을 자제하게 되는 압박효과를 줄 수도 있으며, 경우에 따라서는 변호인이 청취한 내용을 바탕으로 의견서를 제출하는 방식으로 대응을 할 수도 있다.

육을 이수한 자)을 선임할 수 있도록 하는 내용의 성폭력처벌특례법 개정안을 입법예고 하였다.

그런데 2011. 9. 15. 아동·청소년 성보호법 개정시 국회에 의해 위 법률조력인 제도와 유사한 내용으로, 아동·청소년 성폭력피해자가 변호인을 선임할 수 있는 규정이 신설되었는데, 이에 따르면 피해자를 대리하는 변호인은 수사기관에의 출석권, 증거보전절차 청구권 및 참여권, 증거물에 대한 열람·등사권과 공판절차 출석권을 가지면서 피해자의 권익을 보호할 수 있도록 하였다(제18조의6). 이에 법무부는 2011. 10. 28. 이미 변호인 선임권이 도입된 아동·청소년 부분은 제외하고, 장애인 성폭력피해자에 대해서도 아동·청소년 성보호법 제18조의6을 준용하여 변호인을 선임할 수 있도록 하는 내용의 성폭력처벌특례법 개정안을 국회에 제출한 상태이다.

2) 현행 법률조력인 제도의 한계와 개선방안

형사절차에 있어서 성폭력피해자는 사건의 직접 당사자이면서도 절차와 관련된 아무런 권한도 가지지 못하고 소외되어 온 문제점이 계속 지적되고 있는 상황에서 피해자의 법적 이익을 보호하기 위한 법률조력인 제도의 취지는 찬성할만 하다.[95] 그러나 현재로서도 피해자는 필요한 경우 변호사를 대리인으로 선임하여 도움을 받을 수 있는데, 문제는 본인인 피해자의 형사절차에 대한 권리가 없다는 점에서 피해자의 변호인 역시 권한이 제한된다는 점에 있다. 개정 아동·청소년 성보호법에서 피해자 변호인의 여러 권한을 규정한 것은 바람직하나, 아직도 피해자의 변호인이 적극적인 피해자 권리보호를 하기에는 부족한 점이 많다고 볼 수 있다. 당장 위에서 살펴본 고려대 의대생 성추행 사건에서 볼 수 있는 바와 같이 피해자가 선임한 변호사가 신뢰관계인으로서 증인신문시 동석을 할 수도 없는 상황인데, 법률조력인 제도가 도입된다고 하더라도 동석이 가능한지는 여전히 미지수라고 할 수 있다. 따라서 향후 법률조력인의 권한을 강화하여 실질적인 피해자 권리보호가 가능하도록 제도를 보완할 필요가 있다.

95) 김정혜(2010), “장애인 성폭력 판결의 흐름과 쟁점”, 「장애인 성폭력 사건 쟁점 토론회 자료집」, 곽정숙 의원실, 박은수 의원실 공동 주최

특히 앞서 언급한 바와 같이, 성폭력 피해자에 대한 증인신문시 변호인이 '동석'을 할 수 있도록 하고, 부적절한 신문내용에 대해서도 이의제기권을 인정한다면, 현재의 2차 피해를 야기하는 부적절한 신문내용들은 손쉽게 큰 폭으로 감소할 수 있을 것이라고 판단된다. 같은 취지에서 수사기관에서의 피해자 조사시 수사를 방해하지 않는 범위 내에서 변호인의 이의제기 또는 의견진술권을 인정해야 변호인의 수사참여가 실질적인 의미를 갖게 될 수 있을 것이다.

또한, 아동·청소년 성보호법이 법무부의 입법예고안과 무관하게 개정되면서, 애초에 법무부에서 입법예고할 당시 포함되어 있었던 법률조력인의 리스트 작성 및 전문교육의 내용이 개정 내용에서 제외된 것도 문제라고 할 수 있는데, 피해자의 변호인이 행사할 수 있는 권한이 적은만큼 성폭력 사건에 대한 정확한 이해와 적극적인 피해자 보호의 의지가 있지 않는 한 법률조력인 제도가 허울 좋은 장식에 그칠 우려가 많다는 점을 고려할 때, 법률조력인들의 자질을 향상시킬 수 있는 구체적인 방안이 마련되어야 한다.

아동복지법에서는 2000. 1. 12. 개정시 아동학대사건의 심리에 있어 변호사, 아동보호전문기관 상담원 등이 보조인이 될 수 있도록 보조인 제도를 신설하였고(제28조 제1항[96]), 노인복지법에서는 2004. 1. 29. 개정시 노인학대사건에 대해 같은 내용의 보조인 제도를 도입하였는데(제39조의 8 제1항), 이와 같은 보조인 제도의 운영현황, 평가 등을 분석하여 법률조력인 제도를 개선하는데 있어 참조할 필요가 있다.

4. 부적절한 증인신문의 판단기준 및 방지 방안

가. 현행 법령상 부적절한 증인신문을 제한할 수 있는 근거 및 한계

1) 증인신문을 제한할 수 있는 법령상의 근거

형사소송법 제299조는 재판장이 중복된 신문, 소송에 관계없는 신문에

96) 현행 아동복지법 제21조.

대해 소송관계인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있다고 규정하고 있으며, 제296조는 검사, 피고인 또는 변호인이 증거조사에 관하여 이의신청을 할 수 있다고 규정하고 있다.

형사소송규칙 제74조에서는 위협적이거나 모욕적인 신문과 전의 신문과 중복되는 신문을 금지하고 있으며, 제75조 제3항 및 제76조 제3항에서는 재판장이 유도신문을 제한할 수 있고, 제77조 제2항에서는 증언의 증명력을 다투기 위한 신문의 경우에도 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 하여서는 안된다고 규정하고 있다.

그리고 「성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제22조의4 제1항의 증인신문에 관한 규칙」(대법원규칙 제2110호) 제2조는 법원, 검사, 피고인 또는 변호인 그 밖의 소송관계인은 증인신문 과정에서 피해자의 주소, 성명, 연령, 직업 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있는 인적사항 등이 공개되거나 타인에게 누설되지 않도록 노력해야 한다고 규정하고 있다.

또한, 「성폭력범죄 사건의 증인신문 등에 관한 예규(재형 2004-3)」(재판예규 제1159호) 제4조에서는 피해자가 학생인 경우 증인신문 시간은 증인의 학교수업에 방해가 되지 않도록 정하고(제1항), 신문의 내용이 증인의 인격권을 침해하지 않도록 필요한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다(제2항).

2) 현행 실무의 한계

이상 살펴본 바와 같이, 우리 법령상으로도 다소 추상적이기는 하지만 2차 피해를 야기할 수 있는 증인신문을 제한할 수 있는 근거는 충분히 마련되어 있으며, 그 판단기준으로는 ① 위협적이거나 모욕적인지 여부, ② 중복신문, ③ 인격권 침해, ④ 사건과의 관련성 등이 제시되고 있음을 알 수 있다.

그러나 이와 같은 법령상의 근거 중 일부는 오래 전부터 이미 존재하고 있었음에도 불구하고 그동안 증인신문시 2차 피해 문제가 지속적으로 문

제제기 되어 온 것은 위와 같은 법령상의 내용이 제대로 활용되지 않고 있다는 반증이라 할 수 있다.

이는 개별 재판부가 성폭력 피해자의 2차 피해 문제에 대해 심각성을 인식하지 못하고 부적절한 증인신문을 적극적으로 제한하지 않은 탓도 있겠으나, 2차 피해 문제에 대한 인식이 높아진 지금에 있어서도 적극적인 제한이 어려운 것은 위와 같은 추상적인 규정만으로는 구체적인 신문사항이 2차 피해를 야기하는 질문인지, 피고인의 정당한 방어권 행사에 해당한지를 판단하기가 어렵고, 이와 같은 상황에서 재판부가 적극 개입하는 것은 자칫 예단 형성의 의심을 불러일으킬 수 있다는 점도 작용을 한 것으로 보인다.

이런 점에서 볼 때, 재판부의 실질적인 판단을 돕기 위한 구체적인 판단기준이 마련될 필요가 있으며, 실제로 증인신문을 제한하는 경우에도 재판부가 직권으로 이를 제한하기 보다는 검사나 피해자 본인의 이의제기가 먼저 있은 뒤, 재판부가 그러한 이의제기를 수용하는 방식으로 제한을 하는 것이 바람직할 것이다.

따라서 공판검사의 적극적인 이의제기가 필요한데, 공판검사들에 대한 성폭력 관련 교육을 확대하고, 수사검사의 직접 공판 관여를 장려한다고 하더라도 현재의 수사검사-공판검사 이분 체계 내에서는 현실적인 한계가 존재할 것으로 보인다. 이에 앞서 살펴본 신뢰관계인 또는 법률조력인과 같은 피해자측 보조인이 의한 이의제기가 허용될 필요가 있으며, 이를 허용한다고 하더라도 피고인의 본질적인 방어권이 침해될 가능성은 많지 않다고 본다.

나. 외국 입법례

미국의 강간피해자보호법(Rape Shiel Law)은 형사재판에서 성폭력범죄 피해자의 과거 성관계이력의 증거사용 및 채택을 제한하는 법률이다. 강간피해자보호법은 주마다 서로 다른 내용으로 제정되어 다양한 유형이 존재하는데, 유형 분류에 대해 여러 견해가 있기는 하지만 우리나라에서는 일반적으로 미시간주 유형, 뉴저지주 유형, 연방증거규칙, 캘리포니아

주 유형의 4가지로 구분하여 소개되고 있다.[97]

미시간주 유형은 증인신문의 내용으로 피해자의 성이력을 채택하는 것은 원칙적으로 금지하고, 특별한 경우에 한하여 예외를 인정하여 법관의 재량을 배제하는 엄격한 방식이며, 뉴저지주 유형은 반대로 법관에게 재량을 부여하여 자유로운 판단에 의하도록 하는 방식이고, 연방증거규칙은 미시간주와 뉴저지주 유형의 중간적 성격으로서 원칙적으로 성이력 증거 사용을 제한하나 피고인의 방어권을 지나치게 제한하는 경우에는 증거 배제의 예외로 인정할 수 있다고 하여 재량적 판단가능성을 열어 두고 있다. 캘리포니아 유형은 성이력 증거를 '피해자의 동의가 있었는지를 증명하기 위한 증거'와 '피해자의 신빙성을 공격하기 위한 증거'로 구분한 후, 전자에 대해서는 피고인과 피해자 사이의 성관계 사실 증거를 제외하고 증거로 인정하지 않으나, 후자에 대해서는 법관의 재량에 따라 증거로 사용할 수 있도록 하고 있습니다(워싱턴주와 네바다주의 경우에는 반대).[98]

독일은 증인에게 불명예가 될 우려가 있거나 개인적인 생활영역에 관련된 사실에 대한 신문을 제한하고 있으나{독일형사소송법(StPO) 제68조a 제1항}, 규정내용이 추상적이며 실체적 진실발견의 이익을 피해자의 이익에 우선하여 실질적인 효과는 크지 않다. 프랑스도 증인은 오로지 피고인의 범죄사실, 피고인의 인격 및 그 도덕성에 대해 증언한다는 규정(프랑스 형사소송법 제331조 제5항)을 두어서 증언 내용에 제한을 가할 수 있도록 하고 있으나 기준이 추상적이다. 영국은 청소년 사법 및 형사증거법 제41조에서 피해자의 성이력 증거는 법원의 허가를 받는 경우를 제외하고 사용할 수 없도록 규정하여 매우 엄격한 제한을 하고 있다.[99] 국제형사사법재판소(ICC)는 절차 및 증거규칙 제70조에서 피해자의 성이력 증거 채택을 원칙적으로 금지하고 있으며, 제71조에서는 피해자의 성적 품행을

97) 조국(2004), "형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 처지와 보호", 『형사법의 성편향』(제2판), 110면

98) 미국의 강간피해자보호법의 자세한 내용에 대해서는 조국(2004), 앞의 책; 정지원(2011), "증인신문내용의 제한에 관한 입법례", 「젠더법의 관점에서 본 성폭력사건 재판절차 개선방안」, 법원 젠더법연구회; 정도희(2009), 앞의 논문, 202면 내지 212면; 한국성폭력상담소(2003), 「여성인권을 찾는 시민감시단 보고서-성폭력 관련 공판에서의 2차 피해와 피해자권리」 등 참조.

99) 영국의 성이력 증거 제한에 대한 자세한 내용은 이주연(2010), "성폭력 피해자 증인신문 및 절차상 보호방안에 관한 외국의 사례", 법원 젠더법연구회 자료실 게시 참조.

증거로 받아들일 수 없다고 규정하고 있다.[100]

다. 사건과의 관련성 판단에 대한 세밀한 기준 정립의 필요성

우리나라에서도 위 외국 입법례와 같은 증거능력 제한 입법을 하는 것도 고려할 수 있겠으나, 무엇보다 증거능력을 제한해야 할 신문사항의 범위를 판단할 수 있는 기준에 대한 구체적 검토 및 합의가 없는 상황이며, 입법이 되더라도 구체적인 판단은 개별 법원에 맡겨질 것이라는 점에서 입법을 우선적으로 추진하기 보다는 실제 사례를 통해 세밀한 판단기준을 정립하기 위한 노력을 우선할 필요가 있다.

현행 법령상 판단기준으로 제시되고 있는 ① 위협적이거나 모욕적인지 여부, ② 중복신문, ③ 인격권 침해, ④ 사건과의 관련성 중 중복신문의 경우는 비교적 쉽게 판단할 수 있을 것이며, 위협적·모욕적 신문, 인격권 침해 신문은 사건과의 관련성이 없고, 구체적인 사실의 확인 목적이 아닌 피해자에 대한 비난 목적이 인정될 경우 역시 어렵지 않고 구분할 수 있을 것으로 본다. 결국 판단기준의 핵심은 '해당 신문사항이 사건과 관련성이 인정되는지 여부'라고 할 것인데, 이에 대해 실제 사례에서 발생할 수 있는 쟁점들에 대해 살펴보면 아래와 같다.

1) 성적 접촉과 관련된 증거[101]

① 피해자의 신체적 상태가 다른 원인에 기반한 것이라는 증거: 성폭력 사건에서 피해자의 신체적 상태(임신여부나 상처, 처녀막 파열, 성병, 정액검출 등)가 증거로 제출되기도 하는데, 그러한 신체적 상태가 제3자에 의한 것이라는 주장을 하는 경우, 피해자의 성이력은 사건과의 관련성이 인정될 수 있다.

② 아동피해자의 성적 경험이 있다는 증거: 아동은 성적 행위에 대해 잘 알지 못한다는 것이 통상적인 생각인데, 아동피해자가 이미 다른 사람

100) 이상의 내용은 정지원(2011), 위 논문, 100면 내지 104면 참조
101) 이하의 내용은 한국성폭력상담소(2003), 「여성인권을 찾는 시민감시단 보고서-성폭력 관련 공판에서의 2차 피해와 피해자권리」, 79면 및 80면의 내용을 바탕으로 재구성한 것이다.

과의 성적 접촉이 있는 경우, 아동피해자에 의해 묘사된 성적 행위가 성폭력에 기반한 것이 아니라는 주장을 할 수 있으므로 관련성이 인정될 수 있다. 다만, 이 경우 해당 아동의 나이와 인지능력 등을 고려해야 하며, 피고인의 위와 같은 주장이 합리적인 근거가 있어야 할 것이다.

2) 동의와 관련된 증거

① 제3자와의 유사한 성적 행위의 패턴: 제3자와의 성적 행위가 합의에 의한 것이고, 그것이 피해자가 주장한 성폭력 행위와 일관된 패턴을 이루고 있는 경우 관련성이 인정될 수 있다. 그러나 미국과는 달리 최협의설을 취하고 있는 우리나라의 경우 성폭력 사건이 합의된 성관계와 유사한 패턴을 이루는 사례는 드물 것으로 판단된다.

② 예전에 피고인과 합의에 의한 성적 행위가 있었다는 사실: 예전에 있었던 피고인과의 합의에 의한 성관계와 성폭력으로 주장된 행위가 일관된 하나의 패턴을 형성하고 있다면 관련성이 인정될 수 있다. 그러나 부부강간이나 데이트 강간의 경우와 마찬가지로 예전에 합의에 의한 성적 행위가 있었다고 하더라도 충분히 성폭력이 있을 수 있으며, 앞서 살펴본 바와 같이 최협의설 하에서는 합의된 성관계와 성폭력 행위가 하나의 패턴을 형성하는 것으로 인정되기 어려우므로 피고인의 주장이 충분히 합리적이어서 관련성이 인정될만한 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 한 이와 같은 증거의 관련성은 부정되어야 할 것이다.

3) 신빙성과 관련된 증거

① 모순: 피해자의 성이력은 그것이 이전에 진술한 피해자의 증언과 모순된 경우 증언의 신빙성에 대해 관련성이 인정될 수도 있다. 다만, 피해자의 성이력이 애초에 사건과 관련이 없는데 수사기관에 의해 질문이 행해져서 피해자가 수치심에 의해 거짓말을 한 경우 등과 같이 모순의 내용이 사건에서 중요한 의미를 갖지 않거나, 모순의 정도가 경미한 경우에는 관련성이 부정되어야 할 것이다.

② 과거 피해자의 허위고소에 의한 협박사실: 피해자가 허위고소를 하

여 협박한 사실이 있다면 이는 피해자의 신빙성과 관련이 있겠으나, 특히 유의해야 할 점은 친고죄 규정이 있는 우리나라의 특성상 성폭력 고소 후 합의로 인해 사건이 종결된 과거 사실을 허위고소 사실과 동일시 해서는 안될 것이다. 해당 피해자에 대해 성폭력 고소 사실이 다수 있는 경우 특히 문제될 수 있는데 이에 대해서는 상당히 신중한 고민과 검토가 필요하다고 본다.

③ 피해자의 직업: 피해자가 술집 종업원과 같이 유흥업소에 종사하거나 예전에 종사한 사실이 있는 경우 가해자는 이를 강조하여 합의에 의한 성관계임을 주장하는 경우가 있다. 그러나 피해자의 직업과 관계없이 성폭력은 당연히 발생할 수 있는 것이며, 특히 유흥업소 종사자의 경우 실직의 우려 또는 종업원-손님의 관계로 인해 제대로 저항을 하지 못하고 성폭력 피해를 입을 가능성도 상당히 있기 때문에 피해자의 직업은 원칙적으로 사건과 관련성이 없다고 보아야 한다. 특히 과거의 직업은 더더욱 관련성이 부정되며, 이를 추궁하는 것은 사회적인 편견에 기대어 합리적인 근거 없이 피해자에 대한 의심을 불러 일으키려는 시도에 해당하므로 엄격하게 제한될 필요가 있다.

④ 허위고소의 동기: 가해자는 피해자의 고소가 무고임을 주장하기 위해 허위고소의 동기를 찾아내려는 유인이 매우 큰데, 직장 내 성폭력의 경우에는 진급 누락 등에 대해 앙갚음을 하려고 한다거나, 합의에 의한 성관계를 한 뒤 부모 또는 이성친구에게 성관계 사실을 들키게 되어 이를 무마하고자 고소를 하였다고 주장하는 것이 그러한 경우이다. 이 경우 피해자의 진급누락의 원인, 남자친구와의 관계 등과 같은 사정들에 대해 신문의 초점이 맞춰질 수도 있는데, 기본적으로 '고소의 동기'는 내심의 의사에 불과하여 객관적인 사실을 확인한다고 해서 확실하게 그 동기가 밝혀지는 것이 아니기 때문에 이를 적절히 제한하지 않으면 피해자의 모든 삶의 내용이 동기 확인을 빌미로 들춰질 수 있는 가능성이 있다. 허위고소의 동기가 존재한다는 주장을 피고인의 항변내용으로 삼는 것이 가능하다고 보더라도, 제기하는 주장이 얼마나 합리적이고 개연성이 있는지 여부를 살펴 그와 관련된 신문범위가 지나치게 넓어지지 않도록 주의해야 할 것이다.

⑤ 피해자의 품행: 피해자가 평소 많은 남자들과 어울려 다니는 것을 좋아한다거나, 짧은 치마 등 몸매를 드러내는 옷을 즐겨 입는다거나, 문신을 했다거나 하는 등의 소위 '품행'과 관련된 사실들은 그 자체로 성폭력 사건과의 관련성이 전혀 없다고 할 것이므로 이에 대한 신문을 제한되어야 한다.

4) 동일성 인식과 관련된 증거

① 피해자의 성병 감영 사실: 피해자가 사건 당시 성병에 감염되어 있었고, 피고인이 성병을 가지고 있지 않다면 이를 근거로 가해사실이 없다는 주장을 할 수 있으므로 피해자의 성병 감염 여부는 사건과 관련성이 인정될 수 있다.

라. 성폭력과 관련된 잘못된 편견에 기반한 신문을 피하기 위한 노력의 필요

아래의 내용들은 사건과의 관련성의 희박하거나, 관련성이 있더라도 피해자의 진술을 합리적으로 탄핵하는 내용보다는 우리 사회의 성폭력에 대한 잘못된 편견이나 왜곡된 성의식에 기반하여 피해자에 대한 의심을 가중시키려는 목적으로 주장되는 경우가 많으므로, 아래의 사항들에 대해 신문할 때에는 주의가 요망된다고 하겠다.[102]

① 피해자가 여관에 따라 들어간 경우: 법원이나 수사기관은 여관이나 모텔이라는 장소를 '성관계에 대한 동의' 또는 더 나아가 '의사에 반하는 유형력의 행사에 의하더라도 성관계에 대해 동의한 것'이라고 강하게 추정하는 듯하다. 그러나 피해 여성이 여관에 들어가게 되는 맥락은 매우 다양하다. 바깥이 춥거나 술이 취한 상태에서 쉬기 위해, 또는 편하게 술을 더 마시기 위해 자발적으로 들어가기도 하며, 때로는 가해자가 잠깐 가져올게 있다고 하거나 집이라고 속이는 방법[103]으로 들어가는 경우도

102) 이하의 내용은 이경환(2006), "법원의 내적 변화를 위한 제안: 최협의설의 극복을 위하여", 「대법원 판례바꾸기 운동 자료집 모음」, 한국성폭력상담소, 331면 내지 336면의 내용으로서 강간죄에 대한 법원의 판단기준이 근본적으로 변화하지 않으면 2차 피해를 야기하는 증인신문 역시 근절될 수 없다는 측면에서, 법원의 판단기준에 대한 문제제기를 위해 그대로 전재하였다.

103) 대법원 2001. 10. 30. 선고 2001도4462 판결.

있다. 경우에 따라서는 가해자에 대해 좋아하는 마음을 가지고 일정 정도의 스킨쉽을 예상하면서 들어가는 경우도 있을 것이다. 그러나 이 모든 경우에도 피해자는 여전히 여관 안에서도 자신의 성적 행동을 결정할 권리를 가지며, 단지 여관 안에 있다는 이유만으로 권리의 포기가 의제되어 성관계에 동의한 것으로 간주되어서는 안된다. 그럼에도 불구하고 법원이나 수사기관은 여관에 들어가게 된 맥락보다는 여관에 들어갔다는 사실 그 자체에 집중하고, 심지어는 피해자의 설명을 무시하기도 한다[104].

여성의 행동을 이와 같이 해석하는 지점에서 여성의 성적 자기결정권에 대한 잘못된 이해가 드러난다. 강간죄에 있어 여성의 성적 자기결정권은 오로지 '남성이 적극적으로 성관계를 시도하려는 상황에서 수동적으로 이를 받아들일 것인지 여부'를 결정하는 한정된 동의권으로만 축소되는 것이다. 그리고 그 한정된 동의권은 남성의 오해를 조금이라도 불러일으키는 경우 바로 확정적인 동의로 추정되며, 철회하더라도 철회의 진의를 의심받는 권리이다. 이러한 의미의 성적 자기결정권이라면 '정조'와 다를 것이 무엇이 있는지 반문하지 않을 수가 없다.

또한 가해자와 아는 관계에 있는 피해자로서는 기본적으로 가해자의 말과 행동에 대해 의심하기보다는 신뢰하며 받아들이기 쉽고, 비록 가해자가 예상치 못한 성적 접촉을 시도하더라도 이를 성폭력의 시도라고 해석하기 보다는 한순간의 실수이거나 말 또는 간단한 행동을 통해 제지할 수 있는 상황이라고 인식하는 것이 자연스럽다. 따라서 여관임을 인식하더라도 가져올 것이 있다거나, 집이라고 말하는 가해자의 말을 믿거나, 의심이 들어도 통제불가능한 상황이 쉽게 발생하지 않을 것이라 예상하기 때문에 이러한 경우 여관에 들어가지 않았어야 한다거나[105] 심지어 구조를 요청했어야 한다고 주장하는 법원의 태도가 오히려 비현실적인 것이라 할 것이다.

② 별다른 강압이나 저항 없이 술을 함께 마시며 함께 있었던 경우: 피

104) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164 판결.

105) 이런 경우 대부분의 남성은 "나를 의심하는 것이냐.", "나를 짐승으로 생각하냐."라는 식으로 오히려 피해자를 비난한다. 실제로 많은 여성들은 그런 상황을 직간접적으로 경험하기 때문에 성폭력이 예견되는 상황에서도 결정적인 징후가 포착되지 않는한 이를 회피할 생각을 못하게 되며, 자신의 느낌이 과잉반응이 아닌가 하는 자기 검열을 하는 경우가 많다. 이러한 여성의 경험을 무시하고 성폭력 발생의 책임을 소극적으로 행동한 피해자에게 전가하는 것은 부당한 결론이다.

해자가 가해자와 밤늦게 술을 마시고 폐쇄된 공간에 함께 머물렀다는 사실에서 성관계에 대한 동의를 의제하는 것 역시 위에서 살펴본 것과 같이 여성의 성적 자기결정권을 부당하게 축소하고, 피해자에게 과도한 방어의무를 부담하게 하는 것이다. 특히 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2224 판결에서 "별다른 강압이나 저항없이" 다방에서 커피를 마시고 생맥주집에서 21:00까지 머물렀다는 점을 지적한 것은, 성폭력이 예비, 음모의 단계에 이르기 전에도 피해자의 저항이 요구된다는 것인지 의문이 아닐 수 없으며, 또한 판결문 내에서 피해자가 왜 가해자를 따라 방에 들어갔고 전등이 고장난 방에 가해자와 함께 있게 되었는지에 대해 설명하는 부분이 있음에도 이를 최협의 판단의 근거로 삼은 점은 피해자의 생각이나 경험을 완전히 무시한 결론으로 강력하게 비난받아 마땅하다.

③ 피해 여성이 가해자에게 연락하여 만났거나, 먼저 스킨쉽을 시도한 경우: 여성의 성적 자기결정권은 자신이 호감을 가지는 사람에게 접근하고, 스킨쉽을 먼저 시도할 권리를 포함하는 것이므로, 이러한 행동이 비난의 근거로 사용되어서는 안된다. 또한 이렇게 표출된 호감은 당연히, 피해자 스스로의 생각이나 상대방의 반응에 따라 더 커질 수도, 철회될 수도 있는 유동적인 것이다.

법원은 위와 같은 호감이 있었고, 표출이 된 경우에는 합의에 의한 성관계의 가능성 또한 있는 것이므로 이를 검토할 필요가 있다고 항변할 수 있으나, 신빙성 판단과 최협의 판단이 혼재된 지금의 최협의설 판결에서는 피해자의 비동의를 인정하면서도 위와 같이 표출된 호감으로 인해 최협의가 아니라고 판단함으로써 잘못된 결론[106]을 도출한다는 점에서 비판받아야 한다.

또한 위와 같은 사정이 있는 경우에 주의해야 할 것은, 이러한 경우 피해자가 진술의 일관성이 없거나 심지어 거짓말을 하게 되는 원인이 되기도 한다는 점이다. 물론 진술의 일관성이 없고, 일부 진술이 거짓말로 드

106) 피해자가 사건 전에 표출한 호감은 사건 당시 진정한 '비동의' 의사가 있는지 여부를 판단하는 하나의 고려요소가 될 수는 있다(2차 피해의 우려가 없는 한에서). 피해자와 가해자의 관계 및 행동으로 볼 때 '비동의'가 인정되지 않는다면, 강간을 당하였다는 피해자 진술의 신빙성을 문제삼아 무죄를 선고하면 된다. 그러나 사건 당시 피해자의 거부의 의사표시나 일정한 저항으로 인해 '비동의'가 인정된 상황에서 위 사유가 폭행·협박의 정도 판단의 요소가 되어 최협의를 부정하는 근거로 사용된다면, 이는 최협의설을 부당하게 남용하는 것이다. 범행 이전의 피해자와 가해자의 관계가, 어떻게 범행 시점의 폭행·협박의 '정도'를 판단하는 기준이 될 수 있는지 의문이다.

러날 경우 신빙성에 큰 타격이 되겠지만, 성폭력 사건에서 피해자가 쉽게 비난받고 억지스러운 화간의 스토리가 공공연하게 주장되는 사실을 아는 피해자로서는 충분한 법적 조력을 받지 못한 상황에서 위와 같은 사정에 대해 왜곡하여 진술할 가능성이 있다. 이러한 경우 진술의 일관성이 없거나 거짓말이 드러나더라도 사건과의 관련성 및 중요성을 고려하여 신빙성 배척에 좀 더 유의할 필요가 있다.

④ 사건 도중 가해자가 자리를 비웠을 때 그대로 머무르는 경우: 강간에 대한 범의가 표출되지도 않은 상황에서 도망가거나 구조를 요청하라고 요구하는 것은 완전히 비현실적인 것임에도, 판례는 그러한 것을 요구하기도 하며[107], 때로는 왜 도망갈 수 없었는지에 대한 합리적인 피해자의 설명이 있음에도 이를 무시하기도 한다[108]. 또한 판례는 마치 가해자의 눈빛만 봐도 성폭력의 범의를 알 수 있는 것처럼 성폭력 상황이 사전에 쉽게 예견된다고 가정하는 듯하나, 가해자와 피해자가 서로 아는 사이인 경우에는 제3자가 생각하는 것보다 성폭력의 발생가능성에 대해 더욱 둔감해지기 쉬운 것이 현실이다. 그리고 피해자가 종업원이거나 노래방 도우미인 경우와 같이 가해자가 손님인 경우에는 어느 정도의 부당한 스킨쉽이나 언행에 대해서는 문제제기를 하거나 피신을 할 수 없이 참고 견뎌야 하는 경우도 있다. 이러한 맥락을 이해하는 것은 그리 어려운 일이 아니며 2005도3071 판결이 설시하는 바와 같이 '피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단'하면 될 일이다.

⑤ 성폭력 도중에 가해자와 피해자가 대화를 나눈 경우: 가해자와 피해자가 서로 아는 사이이며, 성폭력이 우발적이지 않고 계획적으로 일어난 경우 가해자는 이를 다소 폭력적인 연애과정의 일부로 인식할 수도 있다. 가해자는 피해자도 자신을 좋아할 것이라고 각을 하거나 아니면 피해자의 거부의사를 인식하였더라도 이를 무시하도 자신이 바라는 바를 강제하면서도 그것이 범죄에 해당하지는 않는다고 자기합리화를 하는 것이다[109]. 따라서 성폭력을 '거친 성관계'로 인식하는 가해자로서는 성폭력

107) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결의 1, 2심.
108) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164의 원심.
109) 이는 우리 사회의 성별권력에 의해 여성의 언어와 행동들이 남성중심적 시각에서 해석되기 때문이고, 피해자의 '은폐된 합의'를 의제함으로써 폭력적인 섹슈얼리티를 성폭력의 범주에서 제외하게 되는 것이다. 이호중(2006), "최협의설의 자성? - 2005도3071판결의 의미와 시사점",

도중에 피해자를 사랑한다고 말할 수 있고, 질외사정 여부를 물을 수도 있는 것이다[110]. 그리고 성폭력을 당하고 있는 피해자로서는 차선의 대책으로서 가해자를 화나게 해서 더 큰 신체의 위협을 가져오지 않기 위해 이러한 대화에 응할 수 있으며 이를 비난하는 것은 부당하다[111].

⑥ 옆방에 소리가 들리거나 상처가 남을 정도로 저항하지 않은 경우: 이 점에 대해서는 2005도3071 판결에서 적절하게 설시하고 있듯이, "사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 섣불리 단정하여서는 안된다."

이미 물리적인 폭력을 당하고 있는 피해자에게 성적 자기결정권의 보호를 위해 생명이 위험할 수도 있는데 저항할 것을 요구하는 것은 비현실적이며, 가해자와의 완력 차이로 인해 이미 공포에 질려 저항을 할 수 없는 경우도 있다는 점은 너무나 당연함에도 피해자의 저항요건에 대해 위와 같은 판시가 이제야 나왔다는 점은, 반대로 그동안의 성폭력 관련 판결이 얼마나 문제가 많았는지를 반증한다고 볼 수 있다. 저항요건이 완전히 폐기되지 않은 점에서는 아쉬움이 남지만 위와 같은 내용만 주의하여도 많은 변화가 있으리라 생각되며, 이후의 판례에서 적극적으로 인용하여 확고한 기준으로 정립되길 기대한다.

⑦ 성폭력을 전후하여 주변인에게 구조를 요청하지 않은 경우: 성폭력은 피해자가 비난받기 쉬운 범죄이며, 특히 요즘과 같이 다른 사람이 위험에 처한 경에도 선뜻 나서는 사람이 없는 사회분위기 속에서 자신의 성폭력 피해 사실을 밝히면서 구조를 요청하는 것은 쉬운 일이 아니다. 성폭력이 진행 중인 과정인 때에 구조를 요청하거나, 아니면 가해자가 모르는 사람이어서 즉각적인 도움을 통해 가해자를 검거하거나 증거를 확보해야 하는 경우에는 구조를 요청할 수도 있겠으나, 이미 성폭력이 종료되었고, 가해자도 아는 사람인 경우에는 신뢰할 수 없는 낯선 사람[112]에게 도

「대법원판례바꾸기 운동 자료집 모음」, 한국성폭력상담소 참조.

110) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92도259 판결.

111) 이상돈, "강간치상죄의 성립요건", 고시계, 1999. 6., 62면. 조민영, "최협의설에 따른 판례평석 - 2005도3071", 「대법원판례바꾸기 운동 자료집 모음」, 한국성폭력상담소에서 재인용

112) 여관 주인들의 경우에는 자신의 여관에서 문제가 생기는 것을 원치 않는 이해관계가 있기 때

움을 요청하는 것이 오히려 더 큰 위험[113]을 가져올 수도 있다는 점에서 피해자의 입장에서는 합리적인 선택에 따라 범행 직후에도 구조를 요청하지 않을 수 있다[114]. 또한 많은 성폭력 피해 여성들이 피해 사실을 주변에 알리는 것을 두려워하며, 알리더라도 어머니나 여자형제, 동성친구 등 극히 일부의 사람에게만 알리게 되며, 성폭력 사실이 알려진 경우 이혼을 당하는 사례[115]도 많다는 점을 감안하면 성폭력을 당한 직후 시아버지와 통화가 되었을 때 구조요청을 하지 않은 것을 최협의 판단의 근거로 제시한 판례[116]의 태도는 전혀 현실과 맞지 않다고 하겠다.

⑧ 강간 후 피해자가 가해자를 따라 가는 경우: 피해자가 성폭력 이후에도 가해자의 지배범위로부터 벗어나지 않고 함께 밥을 먹거나, 가해자의 숙소로 가거나, 가해자의 차를 타는 경우에도 이러한 행동이 발생하게 되는 다양한 맥락이 있다. 물론 다른 범죄의 피해자인 경우에는, 범죄 이후의 정황에 불과한 이러한 사정을 수사기관 및 법원 등 제3자가 납 할 수 있도록 논리적으로 설명해야 하는 부당한 의무를 부담하지 않는다. 일부 판례는 성폭력 이후의 정황에 대해서 범행 이후의 정황일 뿐이라고 하여 고려의 대상에서 제외하기도 하는데 원칙적으로 이러한 태도가 타당하다고 생각된다.

그러나 범행 전후의 상황이 피해자 진술의 신빙성을 검토하는데 있어 판단자료가 되는 경우에는 피해자에게 2차 피해를 가하지 않는 범위 내에서 간접적인 정황의 하나로 검토될 수는 있을 것이다[117]. 피해자는 이미 성폭력을 당하고 차비도 없는 상황에서 집에 아가기 위해 가해자의 차를 탈 수도 있고[118], 낯선 곳에서 도움을 받을 곳이 없고 길도 몰라 성폭

문에 최대한 조용히 무마하기 위해 피해자의 구조요청을 거절하거나, 심지어 추후의 수사·재판 과정에서 허위의 진술을 할 수도 있다.

113) 또 다른 성폭력 피해를 입게 되거나, 원치 않게 자신의 성폭력 사실이 다른 사람들에게 알려지는 일 등.

114) 이유정은 이러한 모습도 '합리적인 강간 피해자 유형'으로 이해될 수 있다고 한다. 이유정, "강간죄 구성요건 해석에 있어 최협의설의 문제점 - 2001도230판결", 「대법원판례바꾸기 운동 자료집 모음」, 한국성폭력상담소; 92도259 판결에 대한 비판적인 평석으로는 이경환, "최협의설 판례평석-92도259", 「대법원판례바꾸기 운동 자료집 모음」, 한국성폭력상담소 참조.

115) 공익소송 사례분석팀, 「상담사례를 통해 본 공소시효의 문제점」, 공소시효배제입법 토론회 자료집, 한국성폭력상담소 참조.

116) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91도546 판결.

117) 그러나 이는 간접적인 정황일 뿐이며, 특히 범행 이후의 정황일 뿐이므로 범행 이후 피해자의 행동이 다소 이해가 되지 않는 점만으로, 범행 당시에 있어 피해자와 가해자가 공통적으로 인정하는 '비동의' 여부 또는 유형력의 존재를 뒤집는 근거로 사용되어서는 안된다.

력 이후에도 가해자에게 의존할 수도 있다[119]. 또는 갑작스럽게 성폭력이라는 신체에 직접적으로 가하여진 엄청난 피해를 입은 상태에서 혼란스럽거나 심리적 갈등으로 인해 설명하기 어려운 행동을 할 수도 있다. 특히 피해자가 가출을 하거나, 미성년이거나, 가해자에 대해 깊은 신뢰감을 가진 상태였거나, 임신이 우려되거나, 부모나 친구 등 도움을 요청할 수 있는 사람이 주변에 없는 경우 등에는 이런 혼란스러운 행동이 일어날 가능성이 더욱 커진다. 법원은 이런 다양한 가능성을 염두에 두고 피해자의 진술을 청취해야 하며[120], 단순히 '전형적인 피해자상'에 부합하지 않는다는 이유만으로 성폭력 사실을 배척하는 우를 범하여서는 안된다.

⑨ 임신 또는 성관계 사실이 알려진 이후의 지연 고소의 경우: 범행 직후에 고소가 이루어지지 않고 지연되는 경우, 특히 성폭력 사실이 부모님에게 알려진 이후 또는 임신 사실이 밝혀진 이후의 고소는 전형적으로 피해자의 진정성을 의심케 하는 요소가 된다. 그러나 사.항에서 살펴보았듯이, 피해자는 성폭력 사실을 주변에 알리는 것을 꺼려하는 것이 일반적이며, 피해자가 미성년이거나, 학교 또는 직장에 다녀 수사·공판과정을 비밀리에 진행하는 것이 어려운 상황이거나, 가해자가 피해자와 가까운 인물이어서 고소를 할 경우 주변 사람들에게 피해 사실이 알려지는 것이 불가피한 경우 등에는 당연히 고소를 결심하기까지 시간이 걸리게 된다[121]. 가해자와 피해자가 아는 사이인 경우에는 피해자는 고소까지 가지 않고 당사자간의 합의나, 학교·직장 등에서의 징계 등 별도의 절차를 통해 사건 해결을 시도할 수도 있는데 이것이 잘 진행되지 않을 경우 역시 고소가 지연되는 원인이 되기도 한다. 임신이나 부모에게 알려져서 고소가 이루어지는 경우에도, 피해자는 애초에 성폭력 사실을 알리지 않고 은폐하려 하였다가 그런 사정이 생겨 어쩔 수 없이 고소를 하게 되는 경우도 있으므로 당연히 진정성이 의심되는 것은 아니라 할 것이다. 이처럼 고소가 지연될 수 있는 현실적인 조건들과 다양한 맥락이 충분함에도, 그에 대한

118) 서울북부지방법원 2004. 12. 22. 선고 2004고합228 판결.
119) 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도3164 판결.
120) 성폭력 피해로 인해 1차적으로 위축되고, 특히 일반인에게는 생소한 수사·공판 과정을 거치면서 의심과 비난의 눈초리를 경험하면서 2차적으로 위축이 되는 피해자로서는 자신의 행동에 대해 다른 사람에게 설명하는 것이 힘들 수도 있다. 그러나 이런 점은 수사·공판 과정에서 거짓말의 징표로 받아들여지기도 한다.
121) 고소를 결심하기까지 수십 년이 걸려서 공소시효가 도과되는 사례도 적지 않다. 공소시효 자료집 참조.

면밀한 검토 없이 고소가 지연되었다는 사실만으로 신빙성 판단에 결정적인 영향을 미치는 것은 부당하며, 특히 고소 지연 역시 범행 이후의 정황에 해당하므로 이를 범행 당시에 대한 판단의 근거로 삼는 것은 허용될 수 없다.

⑩ 피해자 진술의 일관성이 없거나 거짓말을 하는 경우: 진술의 일관성과 거짓말을 하는지 여부는 진술의 신빙성을 판단하는데 중요한 자료가 된다. 그러나 진정한 성폭력 피해자라 할지라도 항상 진술이 일관되거나 전혀 거짓말을 하지 않는 것은 아니다. 성폭력으로 인한 충격으로 범행 직후에는 기억이 분명하지 않다가 시간이 지나고 마음이 안정되면서 구체적인 정황이 기억나기도 한다. 그리고 특히 어떻게 맞았고, 어떻게 옷이 벗겨졌는지와 같은 정황들은 성폭력을 당하는 정신없는 피해자의 입장에서 정확히 기억하기 힘든 부분일 수 있어 그에 대한 진술이 일관되지 못할 수도 있다.

또한 피해자가 혹시라도 자신에게 가하여질지 모르는 비난을 지나치게 의식하여 사실을 과장하거나 거짓말을 하게 되는 경우도 있다. 예를 들어, 앞서 살펴본 것과 같이 피해자가 가해자에게 먼저 연락을 해서 만나게 된 경우나, 함께 술을 마신 경우, 술에 취해 있었던 경우, 피해자의 직업이 남들에게 밝히기 곤란한 경우 등 이미 고소단계에서부터 수사·공판 단계에 이르기까지 2차 피해를 경험한 피해자는 위와 같은 부수적인 정황들에 대해 거짓말을 할 수도 있다.

그러나 이처럼 일부 진술이 일관되지 못하거나 거짓말을 한 경우라도, 성관계에 대한 비동의가 있었고 강제력이 행사되었다는 점과 같은 구성요건적 사실에 대해 일관되고 진실된 진술을 하고 있다면, 위와 같은 사정만으로 전체 진술의 신빙성을 배척하여서는 안된다. 가해자는 그 심리적 특성상 자신을 방어하기 위해 거짓말을 할 수도 있다는 점에 대해서는 일반적으로 쉽게 인정하나, 진정한 피해자의 경우에도 사실을 왜곡하거나 거짓말을 할 수도 있다는 점은 예상하지 못하는데, 성폭력 사건의 경우에는 이러한 맥락이 있다는 점을 감안하여 판단을 해야 할 것이다.

마. 소결

정지원(2011)은 피해자의 권리를 침해하는 증인신문내용 제한의 기준을

좀 더 구체화 하여 성폭력 피해자에 대한 증인신문에 관한 예규(안) 및 성폭력 피해자에 대한 증인신문에 관한 규칙(안)을 제시하고 있는데, 특히 최소진술의 원칙, 사생활 보호의 원칙, 차별금지의 원칙, 배려의 원칙, 합의강요금지의 원칙 등과 같은 5개의 원칙을 제시하여 피해자 증인신문시 2차 피해의 발생이 최소화 될 수 있도록 제안하고 있다.

이와 같은 제안 및 구체적인 원칙들의 내용에 대해서는 전적으로 찬성하며, 현 단계에서는 이보다 더 구체적인 내용으로 구속력을 갖는 기준을 마련하기는 쉽지 않을 것으로 판단된다. 위 원칙들을 기반으로 하여, 본 글에서 제시한 구체적인 쟁점들에 대해 법원 내외부에서 구체적인 고민과 논의를 통해 합의의 폭을 넓힐 수 있을 것이며, 이러한 내용들이 가이드라인과 같은 형식으로 정리되어 실무에 활용하게 되면 현실적인 변화를 이끌어 낼 수 있을 것이라 기대한다.

IV. 결론

성폭력피해자의 2차 피해를 방지하기 위한 우리 사회의 노력은 계속되고 있으나, 지금도 성폭력피해자들은 여전히 2차 피해를 호소하고 있다. 피해자는 더 이상 형사사법절차에서 소외되어서는 안되며, 피해자 보호는 시혜적인 배려가 아닌 권리의 측면에서 접근될 필요가 있다. 2차 피해에 대한 국가배상과 증인신문 과정에서의 피해자 보호에 관련된 본 글에서의 논의 및 심포지엄에서의 토론이 형사사법절차에서 피해자의 권리를 보호하는데 조금이라도 기여하기를 기대한다.

제 1 주제

토 론 문

토 론 1

제1주제 : 토론문

정현미 (이화여대 법학전문대학원 교수)

1. 성폭력범죄에 대한 우리 사회의 대처방식은 발표자가 지적한 것처럼 몇 가지 특징을 가지고 있다. 특별법의 제·개정을 통한 대처, 중형주의, 그리고 큰 사건이 터질 때마다 입법으로 해결해 온 반복성이 그것이다. 이러한 법정책은 특별법을 움직임으로써 신속한 입법적 대응, 형의 가중 혹은 엄중한 처벌이 가지는 예방적 효과, 분노하거나 불안한 민심에 대한 정치적 동조라는 점에서는 효과가 없는 것은 아니나, 더 자세히 들여다보면 그것 자체가 큰 부작용을 안고 있다. 부작용의 측면에서 보자면, 특별법 위주의 입법정책은 특정한 피해자에 대한 성폭력범죄만 심각한 범죄라고 인식하게끔 연막을 치고, 특별법을 통한 중형주의는 형사법 전 체계에서 다른 범죄의 법정형과의 불균형을 초래할 수 있고, 입법적 해결에 몰두함으로써 중형주의가 실제 어떻게 적용되고 있으며 과연 예방효과를 가져오는지를 간과하지 않기 때문에 성폭력범죄억제를 위한 적절한 법정책이 될 수 없다. 이런 점에서 발표자가 지적하는 특별법위주의 법정책이 갖는 일반적인 문제점에 대해 의견을 같이 한다.

2. 범죄통계를 보면 성폭력범죄의 증가는 전체 범죄나 다른 강력범죄의 증가보다 매우 큰 폭으로 상승하고 있다. 급격한 증가의 원인은 성폭력범죄의 특성과 사회문화적 요인으로 인한 실제 발생건수가 증가한 것인지, 성폭력범죄를 공동체가 대처해야 할 문제로 인식함으로써 더 많이 드러나는 것인지, 형사사법기관이 대처를 잘 못하기 때문에 증가하고 있는지 명백히 알 수 없지만, 많은 요인이 결합되어 발생한다고 볼 수 있다.

발표문에서 지적된 성폭력범죄와 관련한 특별법의 형법편입과 재정비, 유

사강간행위를 강간으로 포섭하는 것, 강간죄의 객체를 사람으로 규정하는 것, 아내강간을 강간으로 해석하는 것, 친고죄규정의 폐지하는 것 등은 세계적인 입법경향이고, 우리 학계의 일부 학자와 여성계를 통해 오랫동안 주장되어 온 내용이다. 그러나 아직 개정으로의 연결되지 않는 것은 여전히 성폭력범죄 일반에 대한 몰이해와 지배적인 남성중심적인 시각 때문이라고 보인다. 발표문에서 주장하는 방향으로 개정되어야 하겠지만, 이것 역시 입법에 한정된 법정책이다. 입법적 대응뿐만 아니라 성폭력범죄의 양태를 분석하고 현재의 대처방식의 효율성을 재점검할 필요가 있다고 보인다.

3. 발표문에서는 성폭력범죄 관련 법제의 검토, 성폭력 법제 개선방안, 실체법적인 문제로서 강간죄 구성요건의 개정, 절차법적 문제로서 친고죄의 폐지와 관련한 입법론적으로 검토를 하고 있다. 발표내용에 전반적으로 동의하지만, 몇 가지 문제에 대해 토론의 실마리를 제공하고자 한다.

(1) 특별법의 형법 편입의 현실적 한계

기본법인 형법의 성폭력범죄규정과, 특별법에 의한 가중적 구성요건과 기타 사회적으로 중요한 성폭력행위에 대한 처벌규정이라는 이원적 법률체계의 문제점을 지적하고 성폭력특별법상의 성폭력범죄에 대한 처벌규정은 형법으로 편입을 주장하는 것에 대해 원칙적으로 동의하지만, 현실적으로 실현하기 쉽지 않은 문제가 있다.

일반법과 특별법에서의 중복규정, 형법규정의 무력화는 특별법 양산으로 인한 두드러진 문제점이다. 형사특별법이 비대해질수록 범죄와 형벌규정의 기본이 되는 형법이 적용에서 밀려나는 현상은 비단 성폭력범죄에서뿐만 아니고, 일반폭력성범죄, 재산범죄, 경제범죄 등에서도 나타나고 있다. 지난 몇 년간 계속되고 있는 법무부의 형법개정작업에서도 특별법의 형법 편입은 개정의 주요목표로 설정되기도 하였다. 그런데 현재 개정작업에서는 여러 영역에서 형법 편입이 일부에 그치고 있고, 성『성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법』의 규정도 현 단계에서는 형법에 편입이나 법정형의 조정은 거의 이루어지지 않고 있다. 성폭력 관련 특별법들이 여론에 편승하여 정치성을 띠고 충분한 검토를 하지 않은 채 법정형만 높이고

있다는 비판을 하면서도, 높은 법정형에 대한 일반인의 기대와 중범죄의 상징성을 뒤엎기가 쉽지 않기 때문이다. 근대형법의 오랜 역사를 가진 독일형법이나 프랑스형법의 경우에는 가능한 한 처벌규정의 형법일원화를 유지하고 있고, 그것과 비교하면 우리의 입법태도는 문제 있다고 보일지 모르지만, 어떤 면에서는 특별법에 의한 대응과 해결은 우리의 성격을 나타낸다고 할 수 있다. 적절한 예가 될지 모르겠으나, 초고속의 성장, 빨리 빨리 문화, 감성적 접근 같은 특징은 우리의 단점이자 장점일 수 있고, 이것은 입법정책에서도 나타난다고 생각된다. 특별법으로 빨리 해결하려고 하고, 중한 처벌에 일단 안심하고자 하고, 사건 중심으로 감성적으로 대응하는 것은 개선해야 하면서도 개선하기 어려운 부분이다.

법무부의 형법개정작업에서는 아직 검토 중이긴 하지만 『성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법』 제4조의 의 "특수강간 등"의 규정만 편입하고 나머지 규정은 그대로 특별법에 두는 방향으로 가고 있다. 입법기술을 발휘하면 편입 못할 바 아니라고 생각할 수 있지만, 제·개정을 거듭하며 쌓인 산재한 특별법들의 다양한 규정들을 어떻게 모두 형법에 편입할 수 있을지, 이유가 있어 만들어지고 이미 존재하는 규정들을 삭제할 수 있을지, 현실적인 한계가 있다. 또한 형법에 편입하는 경우 형법의 다른 범죄구성요건과 비교하여 법정형도 조정할 필요가 있는데, 유독 성폭력범죄에서 크게 자리 잡고 있는 중한 처벌이 갖는 사회·심리적 의미를 저버리기 어려운 점이 있다.

(2) "장애인에 대한 강간·추행 등" 규정의 개정에 대한 비판

최근「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」개정으로 제6조의 장애인에 대한 강간·추행 등에서 "항거불능의 상태에 있음을 이용하여"를 삭제함으로써 일반인과 동일한 폭행·협박을 수단으로 하여 간음하는 경우에만 처벌하게 되어 장애인 보호라는 측면에서 검토하면 분명히 후퇴한 개정이라고 지적하고 있다. 그동안 법원이 장애인에 대한 '항거불능'의 상태를 좁게 해석하여 장애인에 대해서도 일반인과 동일한 정도의 항거를 요구하였다는 점에서 많은 비판이 제기되어 왔지만, '항거불능'에 대한 해석에 있어서 장애인의 특성을 고려하여 판단해야 한다는 의미이지 '항거불능'의 규정을 삭제해야 한다는 의미는 아니었다는 점에는 동의한다.

그런데 '항거불능'을 삭제함으로써 장애인에게 일반인과 동일하게 형법상의 강간죄, 강제추행죄 등의 성립만 인정한다는 해석에는 의문의 여지가 있다. 개정된 규정에는 종전과 달리 2항에서 7항까지 추가되면서 장애인 강간을 더 무겁게 처벌하므로 종전조문과 개정된 조문의 1항을 단순히 비교할 수 없기 때문이다. 종래 규정에서는 장애인이 항거불능이 제약적 조건으로 작용할 수 있었으므로, 법원의 해석태도를 바꾸기가 쉽지 않아 삭제하면서 1항부터 4항까지 종래와 달리 장애인에 대한 강간 등을 가중처벌하는 조항으로 내용을 완전히 변경하였다. 장애상태를 이용하는 경우는 5항과 6항의 위계·위력에 의한 장애인 간음, 추행으로 해결할 수 있지는 않은지, 항거불능을 삭제하더라도 "신체적 또는 정신적인 장애상태를 이용하여"라고 규정하는 것은 어떤지 의견을 듣고 싶다.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 **2011.11.17 일부개정**	**개정 전**
제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) ① 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다. ② 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다. 1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위 2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위 ③ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역 또는 2천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ④ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항부터 제3	제6조(장애인에 대한 간음 등) 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행을 한 사람은 「형법」 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에서 정한 형(형)으로 처벌한다.

항까지의 예에 따라 처벌한다. ⑤ 위계(위계) 또는 위력(위력)으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자를 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다. ⑥ 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 추행한 사람은 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ⑦ 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 제1항부터 제6항까지의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.	

(3) 유사성교행위의 신설 문제

유사성교행위를 강간유형으로 보는 것을 아동, 청소년 및 장애인에 한정할 것이 아니라 형법상의 강간죄에도 유사성교행위를 추가하는 입법이 이루어져야 한다는 데 의견을 같이한다.

법무부 형법개정작업에서는 강간죄의 객체를 '사람'으로 개정하려고 하지만, 유사성교행위를 강간으로 보지 않고, 강제추행의 유형으로 보고 같은 조문에서 단순 강제추행보다 법정형을 무겁게 하는 방향으로 진행되고 있다. 지배적인 의견이 성기삽입이 없는 유사성교행위를 강간과 동일시할 수 없고, 강제추행에 불과하다고 보기 때문이다. 이는 강간은 성교가 아니라 폭력적 침해행위이며, 폭력적인 한 성기삽입이나 도구삽입은 다를 바 없으며, 구강이나 항문 등에 성기삽입 하는 것도 마찬가지로 치욕적인 폭력적 성행위임을 간과한 것이다. 남성적 시각·범죄자의 시각으로는 강간을 강제적 성교라고 왜곡하고, 강제적 성기삽입만이 "진짜 강간"으로 볼지 모르나, 피해자의 입장에서는 성적 자기결정권을 침해하는 폭력적 삽입행위는 추행의 정도가 아니라 강간에 버금가는 것이다. 그런 점에서 강간, 유사성교행위, 강제추행이라는 3분법은 타당하지 않으며, 외국의 입법

추세와 달리 유사성교행위를 강제추행에 편입하는 것은 강간죄에 대한 성찰의 부족이라 아니할 수 없다. 개정된 성폭력특별법에서도 법정형을 두고 보면, 3분법으로 장애인에 대한 유사성교행위를 강간과 강제추행의 중간 유형으로 둔 것은 재고를 요한다. 이 점에 대한 발표자의 생각은 어떤지 묻고 싶다.

(4) 친고죄의 폐지

강간죄와 같은 중대한 법익 침해행위를 단순히 피해여성의 인격권과 명예감 보호라는 이유만으로 국가형벌권 발동 여부를 피해자에게 전적으로 맡기는 것은, 성폭력범죄를 남·여 사이의 개인적인 문제로 치부해버림으로써 성폭력범죄에 대한 일반인의 인식을 왜곡시킬 수 있다는 점에 대해서 전적으로 동의하며 성폭력범죄에서 친고죄는 폐지되어야 한다고 생각한다.

토 론 2

피해생존자들이 친고죄 규정으로 인해 겪는 2차 피해 중심으로

이윤상 (한국성폭력상담소 소장)

최근 몇 년간 언론에 크게 보도되는 성폭력 사건을 중심으로 성폭력 관련 대책이 마련되는 과정을 반복하면서, 성폭력 범죄 처벌에 관한 법률에 의미있는 변화가 일어나기도 했지만 동시에 여러 가지 혼선이 빚어지고 있기도 하다. 특히 법률 간에 중복이 발생하는 문제에서부터 법률 간에 서로 상충되는 문제에 이르기까지 여러 가지 문제가 발생하고 있어, 피해생존자를 지원하는 일선에서도 지원을 하는데 여러 가지 어려움을 겪고 있는 것이 사실이다.

이런 시점에서 성폭력 관련 법제도를 살펴보고 체계적 정비를 위한 개선방안을 세밀하게 살펴본 원혜욱 교수의 발제문은 시사하는 바가 크다고 생각한다. 특히 특별법 위주의 입법정책이 갖는 문제점을 토대로 형법 개정의 중요성을 부각한 점은 매우 주요한 논의라고 생각한다. 성폭력 피해생존자를 지원하는 여성인권단체들은 지난 2007년(17대 국회) 성폭력 관련 형법 개정안을 제안하고 의원 발의를 시도한 바 있다. 기본골자를 살펴보면 '동의 없는 성적 행위'를 기본 구성요소로 하여 가중처벌 대상을 가리고 친고죄 폐지, 강간죄의 객체로 '부녀자'에서 '사람'으로 확대하는 등의 내용을 포함시킴으로써 성적자기결정권을 보호법익으로 하는 성폭력 처벌법의 기본 취지를 명확하게 하는 내용을 담고 있다. 비록 의원들의 무관심 속에 여성계가 제안한 형법 개정안은 조용히 폐기되고 말았지만, 수많은 법률이 제정된 지금에도 여전히 유효한 내용을 담고 있다는 점에서 다시한번 주의깊게 살펴보고 검토

해야 하는 내용이라고 본다. 특히 수년동안 정치권과 정부에서 성폭력 범죄에 대해서 걱정하고 강력한 근절의 의지를 표명하며 수많은 법과 정책을 마련했음에도 불구하고, 여전히 이 형법개정안이 유효한 이유에 대해서는 깊이 생각해보아야 할 것이다.

오늘 토론 자리에서는 주최측에서 요구한 대로 상담현장에서 느끼는 친고죄의 문제점를 알리고, 여러 가지 논란에도 불구하고 한국성폭력상담소를 비롯한 여성인권단체에서 친고죄 폐지를 주장하는 이유를 설명하고자 한다. 아래는 상담사례에서 드러났던 친고죄 규정으로 인한 어려움을 간략하게 나열한 것이다[122].

○고소기간의 도과

○가해자 측의 합의 종용/협박
-가해자가 전화, 우편, 문자 등으로 집요하게 연락하여 일상생활 유지가 어려움
-집, 학교, 직장 등에 마구잡이로 찾아와 괴롭혀 결국 이사, 퇴사, 휴학 등을 결정
-가해자 밤낮으로 찾아와 주변인(이웃, 주변인, 동료 등)까지 성폭력 피해 사실을 알게 됨
-직장 내 사건에서 사장, 상사 등이 가해자와의 합의를 종용. 합의하지 않자 업무상 불이익을 줌
-"꽃뱀이냐", "얼마를 바라냐", "딸을 팔아먹냐" 등의 극단적인 모욕 발언
-합의하지 않으면 주변이나 가족에게 소문내겠다고 협박
-명예훼손, 무고죄 등으로 걸린다며 협박
-합의를 위해 피해자의 신상정보를 무리하게/불법적인 방법으로 알아냄
-가해자 측 변호사에 의한 무리한 합의 요구

○피해자 측의 합의/고소 취하 권유
-피해자 가족(부모님 등)이 "남들이 알면 창피한 일이니 절대 말하지 마라. 고소 해봤자 합의 정도에 끝나는 일이 될꺼다" 등 고소 의지를 꺾음

122) 오늘의 토론을 위해 몇 가지를 사례를 추출한 것일 뿐, 정교한 분석에 의한 정리는 아님을 밝힌다.

-피해자 가족이 피해자 의사에 반해서 합의

○사건에 대한 수사기관의 부적절한 태도
-합의 권유
-피해자 개인정보 유출

○고소에 대한 심리적 부담감
-가해자의 보복에 대한 두려움
-가해자의 인생을 망쳐놓을 있다는 식의 주변인의 발언, 죄책감
-법적인 처벌이 온전히 자신에게 달려있다는 부담감
-가해자의 가장파탄, 가해자 부모님의 건강악화 등을 호소
-예측할 수 없는 고소 결과 때문에 심리적 갈등

친고죄 규정의 필요성을 주장하는 입장에서는 피해자의 명예와 사생활의 보호를 주된 이유로 들고 있다. 여성의 섹슈얼리티에 대한 심각한 통념과 편견이 존재하는 가부장제 사회에서, 왜 '명예'나 '사생활'이 성폭력 피해에서 문제가 되는지 이해하지 못하는 바는 아니다. 그래서 성폭력 피해자가 사회의 통념과 편견 때문에 범죄로 인한 직접적인 피해 이외에도 여러 가지 어려움에 처하는 것이 사실이며, 이 때문에 친고죄 존치가 필요하다는 주장은 일면 근거가 있어 보인다. 그러나 친고죄는 바로 이런 통념에 기대에 피해자로 하여금 고소를 포기하게 유도할 수 있고, 궁극적으로 이런 통념의 극복을 요원하게 할 수 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

무엇보다도 친고죄는 성폭력 범죄를 사사로운 개인간의 문제로 폄하시킴으로써 결국 성폭력에 대한 가부장적 통념을 재생산하고 강화시키고 있다는 점을 정확하게 통찰해야 한다. 합의를 하면 처벌체계에서 완전히 벗어날 수 있다는 것은, 성폭력 범죄가 개인간의 사사로운 문제이며 개인간의 용서와 화해로 마무리될 수 있다는 인식을 강화함으로써 '범죄'라는 인식을 약화시킨다. 합의에 응한 피해자는 돈을 노린 꽃뱀이거나 뭔가 개운치 않은 사유가 있다는 식의 인상을 주는 것을 종종 목격한다. 이 때문에 합의에 주저하거나, 합의를 하면서 심지어 합의금을 받지 않는 경우도 있다.

최근 가해자를 엄벌해야 한다며 각종 처벌을 강화하고, 재범을 방지하기

위해서 신상공개, 전자발찌 제도, 화학적 거세까지 도입하면서, 친고죄를 유지하는 것은 사실 앞뒤가 맞지 않는 주장이다. 가해자 처벌 여부 결정을 피해자 개인의 몫으로 남겨두면서 가해자에 대한 엄격한 처벌과 재범 방지를 위해 각종 제도가 필요하다고 주장하는 것은 모순이다. 기본적으로 형사사법체계를 통해 사회적 안전과 범죄 예방 효과를 거두고자 하는 것은 사회의 책무이지 개인의 결정의 몫이 아니다.

왜곡된 사회적 인식으로부터 피해자를 보호하기 위해서 필요한 것은 피해자로 하여금 합의종용, 심리적 부담에 견디다 못해 고소를 포기하게 하는 것이 아니다. 사실 가해자 처벌 여부를 피해자 개인이 결정할 몫으로 떠넘기는 것은 형사사법제도의 존재 이유 자체를 의심스럽게 한다. 피해자 보호는 형사사법절차 상에서 피해자가 부당한 2차 피해를 겪지 않을 수 있도록 제도를 보완하고 제대로 실행하는 것이며, 적극적인 수사와 심리를 통해 가해자의 죄를 밝히고 제대로 처벌받도록 하는 것이다.

상담 현장에서는 오랫동안 친고죄 규정의 문제점을 제기했지만 법조계는 여전히 싸늘한 반응이다. 형사소추의 공익보다 피해자 보호로부터 발생하는 이익이 더 크다면 친고죄 규정은 여전히 유효하며, 친고죄 폐지는 일부 “피해자 개인보다는 사회적 명분을 중시하는” 여성단체의 주장일 뿐이라는 입장이 팽배한 듯하다. 물론 형사절차의 기능이 어디에 방점을 두는지는 학설에 따라 여러 가지 입장이 있을 것으로 생각한다. 그러나 한국성폭력상담소에서 오랫동안 친고죄 폐지를 주장해온 데에는 성폭력 범죄를 규명하고 처벌하는 것이 사회적 책무이며, 이 책무에 충실할 때에만 성폭력 예방과 근절에 더욱 가까워질 수 있다는 것이 분명하기 때문이다. 무엇이 피해생존자의 이익에 기여하는 것인지에 대해서 전향적으로 사고할 필요가 있다.

별첨자료 - [기자회견문]

성폭력, 비친고죄로 개정하는 것이 우선이다!

김OO 사건을 계기로 성폭력범죄를 근절하겠다며 정부와 정치권은 전자발찌 소급적용, 사형집행 추진, 보호감호제 부활 등의 방안을 추진하고 있다. 현재 추진되는 방안들은 개인의 인권을 크게 침해할 뿐만 아니라 경우에 따라 위헌의 소지마저 있다. 그럼에도 불구하고 이 제도들이 성폭력을 예방할 수 있는가의 실효성 여부도 불투명할 뿐만 아니라 사전에 충분한 검토 없이 생색내기용으로 성급하게 추진되고 있다. 그간 정부와 정치권은 2007년 아동 성폭력 사건, 2009년 조△△ 사건, 2010년 김○○사건에 이르기까지 심각한 성폭력범죄가 발생할 때마다 생색내기용으로 여러 가지 법안들을 쏟아내었다. 그러나 충분한 사전검토 없이 발의된 법안들은 그 자체로 여러 문제적인 소지를 갖고 있으며, 성폭력범죄 예방에도 도움이 되지 않는다. 더 이상 정부와 정치권은 임기응변식 강력처벌책만을 내어놓을 것이 아니라 장기적인 관점에서 성폭력범죄 종합대책을 마련할 것을 촉구한다.

그 가장 우선적인 과제는 바로 성폭력의 비친고죄화이다.

• 성폭력 범죄는 5대 강력범죄 중 하나임에도 친고죄로 규정되어 있어, '범죄'라는 인식이 일반인들 사이에서 확고하게 자리잡지 못하고 있다.

사회적으로 이슈가 되는 대형사건에는 관심이 집중되지만, 개별적·일상적으로 발생하는 성폭력 사건에서는 피해자 개인이 고소를 결심하느냐 여부에 맡겨져 무관심 속에 여전히 은폐, 암수화되어 있다.

피해자의 '명예'와 '사생활'을 보호하겠다는 친고죄의 목적은 성폭력 문제는 피해자의 개인적인 치부, 감추어야 할 부끄러운 문제라는 인식을 심각히 확산해왔다. 성폭력 범죄자가 재범에 쉽게 다다르는 원인은 성폭력은 피해자가 부끄러워해야 할 일이라는 왜곡된 인식이 팽배하기 때문이다. 친고죄 규정은 피해자를 보호하기보다 잠재적 성폭력범죄자를 비호하고 잘못된 메시지를 줌으로써 성폭력범죄에 담대히 나아가게 하는 동인을 제공하고 있다.[123)]

국민들, 일반인의 인식 또한 이와 유사하여 '왜 유독 남들은 안하는 고소를

123) 서보학, "형사절차상 성범죄 피해아동 보호방안", 형사정책연구 제7권 제4호, 1996 겨울, 182면.

한 것이냐' 며 피해자를 먼저 의심하고 비난하는 행태가 일반화되어 있다. 성폭력 범죄에 대한 일반 국민의 인식이 개선되어야만 성폭력 범죄는 일상적으로 예방, 견제될 수 있다.

• 성폭력 '친고죄'로 인한 고통을 성폭력피해자가 부담하고 있다.

현재 국회에는 극단적 성폭력 범죄자에 대해 부과하는 형벌을 위주로 논의가 진행되고 있다. 그러나 이 법안의 적용범위는 극히 협소하여 성폭력 예방 기능을 기대하기 어렵다. 성폭력에 대한 고소, 신고율은 7.1%(2007 여성가족부 실태조사)에 불과하다. 43.2%의 기소율(2008 범죄자 처분결과, 법무부)[124]과 유죄판결되는 비율을 더하면 성폭력 범죄로 확정되는 경우는 전체 성폭력 발생 건수 중 매우 미미한 비율이다.

직접 고소를 결심한 피해자에 대해 의심하고 경계하는 문화는 수사, 재판 단계에서도 존속되며, 고소의 진정성-무고죄 의심, 이를 이용한 피의자 측의 합의종용으로 인하여 형사법상 구제과정을 중도 포기하는 피해자가 속출하게 한다. 13세 미만, 친족성폭력 피해자 등의 경우 비친고죄, 14세-19세 피해자의 경우 반의사불벌죄에 해당되지만 그 역시 친고죄 문화의 영향을 그대로 받아 다른 범죄피해자에 비해 훨씬 더 까다로운 의심에 놓이며, 이를 헤쳐나가야 하는 피해자는 도리어 형사법절차상 2차 피해를 겪게 된다.

성에 대한 왜곡되고 차별적인 문화로 인해 대대적으로 발생하는 성폭력은 친고죄 규정에 의해 그 편견이 불식되기보다 오히려 공식화되어 왔다. 이는 형사법체계가 성폭력 문제를 경감하고 예방하기보다는 피해자 개인에게 부담과 고통을 전가하는 꼴이다.

• 성폭력, 지금이 비친고죄로 전환되어야 할 때이다

성폭력은 형법체계상 중한 범죄임에도 친고죄로 규정되어 있어 형법의 시스템 장애를 유발한다. 친고죄 규정 때문에 형사사법체계는 성폭력범죄에 일관되게 효율적으로 대처하기 어렵게 된다. 성폭력의 불법의 중대성에 비추어 볼 때 단지 피해자의 고소가 없다는 이유만으로 범죄자의 형사처벌이 불가능하다면 이는 형사사법의 중대한 결함임에 틀림없다.[125]

성폭력은 타인의 신체와 인격권을 침해하는 범죄라는 인식을 분명하게 확정할 수 있는 친고죄의 개정은 매번 시기상조론에 좌절되면서, 극소수의 재범자에게

---

124) 전체 범죄 기소율은 51.3%, 아동성폭력 기소율은 44.4%이다 (2008 범죄자 처분결과, 법무부)

125) 이호중, '성폭력 형법 개정안의 주요 내용과 쟁점', <성폭력 관련 형법개정안 공청회>, 2007.2.8 29쪽

극단적인 형을 부과하는 방안만이 시행되는 것은 실질적 예방과 인식개선을 통한 성폭력 발생원인 차단이라는 목표를 좌시하는 꼴이다. 성폭력 문제에 대한 국민적인 관심과 기대가 더 성숙해지고 있는 이 때, 성폭력 비친고죄화는 최우선적으로 시행되어야 할 가장 근본적인 대책이다.

오늘 열릴 법제사법위원회 법안심사제1소위원회에서 성폭력 고소율 7.1%의 장벽을 극복할 보다 근본적인 대책안이 반드시 상정되어, 본회의에서 적극 논의・통과되기를 촉구한다.

2010. 3.23

국회의원 곽정숙(민주노동당), 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회, 한국성폭력상담소, 한국여성민우회, 한국여성의전화

토 론 3

친고죄 규정이 실제 수사와 재판에 미치는 영향

유현정 (검사, 서울중앙지검)

1. 현재 친고죄 규정으로 되어있는 주요 성폭력범죄

● 형법

- 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간,강제추행), 제300조(미수범), 제302조(미성년자등에대한간음), 제303조(업무상위력등에의한간음), 제305조(미성년자에대한간음,추행)

● 성폭력범죄의처벌등에관한특례법

- 제10조 제1항(업무상위력등에의한추행), 제11조(공중밀집장소에서의추행), 제12조(통신매체이용음란)

2. 친고죄 규정이 수사(재판)에 미치는 영향

● 수사의 개시 또는 종결권

- 수사를 개시하는 원인은 인지, 고소, 고발, 첩보 등 다양한 형태가 존재. 다만 친고죄의 경우 피해자의 고소가 있어야 수사를 개시하고 형사소추가 가능하게 됨. 현실적으로 친고죄인 성폭력범죄의 경우 중대범죄임에도 성폭력 피해여성이 보복에 대한 두려움, 사생활 및 명예 보호 등을 이

유로 고소하지 않는 경우 아예 수사조차 하지 못하는 불합리가 발생할 뿐 아니라 중대범죄가 의도하지 않게 은폐되는 결과가 발생하게 되고, 수사기관도 피해자로부터 고소장을 받은 이후에야 수사를 개시함으로써 수사에 다소 소극적인 면이 있었음

- 더욱이, 피해자의 고소제기로 수사가 상당부분 진행되던 중 고소인이 합의 등을 이유로 고소취소하는 경우 지금까지 진행된 수사경과에 상관없이 수사가 중단되는 문제 발생. 이는 피해자의 의사에 따라 수사권이 개시되었다가도 원치 않게 종결되는 결과가 되어 수사기관의 수사력 낭비 혹은 수사의욕 저하 등을 야기할 수 있음

- 최근 성폭력관련 법률의 개정으로 비친고죄 규정이 확대된 성폭력범죄에 대한 적극적인 인지와 수사 진행 현상은 이와 같은 맥락에서 풀이될 수 있으며, 이는 기존의 암장범죄 발굴효과로 나타남

● 합의종용 피해

- 합의에 의하여 형사절차를 종국시킬 수 있다는 친고죄 특성 때문에 피의자는 형벌을 피할 수 있는 유일한 '고소취소'를 위해 끊임없이 피해자와의 접촉을 시도함으로써 피해자에게 또 다른 피해를 야기하게 됨. 피해자에게 접근하고자 동원된 피의자 가족, 친구 등에 의해 원치 않게 인적사항이 공개되거나 사생활이 침범되는 경우가 종종 발생하고 있어 피해자 사생활 보호 측면을 고려하여 제정된 친고죄 규정이 오히려 피해자에게 불이익을 주는 측면이 있음

● 피해자 인권침해적인 형사절차

- 피의자를 고소함으로써 피의자에 대한 형사소추 여부를 결정할 수 있는 피해자는 사실상 고소단계에서부터 그 고소의 진정성에 대한 의심을 받게 되는 것이 현실임. 즉 고소의 동기가 과연 무엇인지, 고소취소를 빌미로 합의금을 요구하려고 하는 것은 아닌지, 피해사실은 진정한 것인지에 대한 끊임없는 수사기관의 신문(의심)을 거치게 되고 하물며 고소취소에 이르는 과정에서 지급된 합의금에 대한 적정성 여부까지도 관심의 대

상이 됨으로써 2차 피해 발생

- 수사기관은 친고죄 규정이 적용되는 범죄에 대해서는 한 번의 기회를 더 주어야 한다는 판단 하에 합의를 위한 종용과 기간을 부여하기도 하는데, 이는 피해자 인권침해적인 불공정한 형사절차로 나타날 소지가 있음

3. 친고죄 존치 여부에 대한 제언

● 현재 강간죄의 폭행, 협박의 정도를 최협의로 해석하는 판례의 태도에 더하여 친고죄 조항이 적용되는 경우 처벌받아야 할 중대한 범죄의 처벌에 공백이 생기는 문제점도 있으나,

● 피해자의 사생활 및 명예 보호의 필요성이 국가의 형사처벌권 필요성보다 큰 경우는 친고죄를 유지할 실익이 있다고 보이며 이는 성적자기결정권이라는 개인적인 법익을 침해당한 성폭력 피해자의 입장을 고려할 때 타당하다고 보임

● 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 상 규정된 일부 경미범죄를 친고죄로 규정한 취지에 비추어 강간죄 등의 경우 기존의 최협의설의 폭행, 협박에 의한 강간죄를 중강간죄로, 위계 또는 위력에 의한 강간죄를 보통의 강간죄, 그 외 피해자의 의사에 반하는 성적자기결정권을 단순히 침해하는 수준의 보다 경미한 강간죄(반의사간음죄 등)로 세분화하여 이중 가장 경미한 수준의 강간죄 등에 대해서는 친고죄를 존치하되, 그보다 중한 강간죄의 경우는 친고죄 규정을 폐지하는 방향으로 전개됨이 바람직하다고 보임

토 론 4

성폭력법 개정의 기본 과제
- 친고죄 규정이 실제 재판에 미치는 영향을 중심으로

신윤진 (변호사, 전 대구지방법원 성폭력전담재판부 판사)

성폭력범죄에 대한 친고죄 규정은 그간 오랜 비판의 대상이 되어온 강간죄 구성에 있어서의 '최협의 폭행협박설'과 함께 이번 심포지엄의 주제인 (1) 성폭력범죄의 처벌 및 (2) 성폭력 피해자보호 두 문제 모두에 깊이 관련되는 우리나라 성폭력법제의 가장 근본적인 문제라고 할 수 있다. 친고죄 규정으로 인하여 성폭력범죄에 대한 중대한 처벌 공백과 함께 피해자에 대한 심각한 2차피해가 제도적으로 양산되고 있기 때문이다. 친고죄 규정 및 그 기저에 있는 성폭력에 대한 우리 법의 기본태도는 친고죄인 성폭력범죄는 물론, 친고죄가 아닌 성폭력범죄의 재판에도 큰 영향을 끼치고 있다. 이는 최근 이른바 '도가니 사건'의 2심 재판을 담당했던 부장판사의 '해명'에서도 확인된다. 친고죄인 성폭력범죄도 2심 단계부터는 비친고죄가 되지만, 피해자와의 합의(고소취소)가 있는 경우 '2심에서 실형을 선고한 전례가 한 건도 없어서' 당시 재판부도 집행유예를 선고할 수밖에 없었다는 것이다.

얼마 전에는 아동 대상 성폭력범죄가, 최근에는 그동안 철저히 사각지대에 놓여있었던 장애인 대상 성폭력범죄가 비로소 사회적으로 주목을 받게 되면서, 아동, 청소년 대상 성폭력범죄유형의 상당수에 대하여 반의사불벌죄 규정이 사라지고, 친고죄였던 장애인에 대한 위계, 위력에 의한 성폭력범죄도 비친고죄로 되는 성과가 있었지만, 형법상 강간, 강제추행죄를 기본유형으로 하는 우리나라 성폭력범죄는 여전히 원칙적으로 친고죄이다.

또한 최협의 폭행협박설이 유지되고 있는 상황에서 최근 성폭력특별법의 개정으로 장애인에 대한 강간죄가 형법상의 강간죄의 구성요건을 그대로 따르는 형태가 되면서, 성폭력범죄와 관련하여 형법이 오랫동안 지니고 있었던 근본적 문제가 전혀 해결되지 않은 채 오히려 심화될 소지가 켜졌다고도 볼 수 있다.

이하에서는 재판경험을 통해 본 '친고죄 규정이 성폭력범죄의 처벌과 피해자의 2차피해에 끼치는 영향'을 중심으로 우리나라 성폭력법 개정의 기본과제와 최근 개정 경향의 문제점을 짚어 보기로 한다.

1. 친고죄와 2차피해
- 2차피해의 방지가 아닌 주된 발생원인이 되고 있는 친고죄

친고죄는 일견 피해자의 명예나 인격, 사생활 보호 등을 목적으로 하므로 2차피해 방지역할을 할 것으로 생각될 수 있지만, 실무에서 목격한 상황은 정반대이다. 친고죄 규정이 2차피해 방지책이 아니라 주된 발생원인이 되고 있는 것이다. 친고죄인 성폭력사건의 경우 피고인은 피해자로부터 합의서의 서명만 받아내면 바로 구속상태에서 풀려나고 아무런 전과가 남지 않는 공소기각판결을 받게 되기 때문에 피해자와의 합의에 그야말로 '목숨을 걸게' 된다. 또한 친고죄가 아닌 성폭력범죄의 경우에도 합의여부가 실제적으로 실형과 집행유예 판결을 가르는 가장 결정적인 요소로 작용하고 있기 때문에 피고인이 피해자와의 합의에 최우선적으로 매달리게 된다. 비친고죄인 성폭력범죄에 있어서도 이처럼 피해자의 고소취소와 합의사실이 중요하게 고려되는 데에는 앞서 '도가니' 사건의 2심 재판장의 설명에서도 볼 수 있듯이 '성폭력범죄는 기본적으로 친고죄'라는 점이 크게 작용하고 있는 것으로 보인다.

피해자의 명예 보호 등을 명분으로 하는 친고죄가 실제로는 피고인이 피해자의 가족, 지인, 학교, 직장에까지 접근하여 지속적인 합의시도를 하고, 성폭력사실이 알려지는 것을 하나의 협박 수단으로 활용할 수 있게 함으로써 피해자의 명예와 사생활이 필연적으로 심대하게 침해되게 하고 있다. 친고죄 규정이 없고 피해자와의 합의가 양형에 있어 결정적 요소로 작용하지 않는다면 피고인이 지금과 같이 피해자로부터 합의를 받아내는

데 매달릴 이유도 없게 된다. 현재 친고죄는 피해자 보호제도가 아닌 2차 피해 발생의 주된 원인으로서 국가가 법에 의하여 성폭력피해자에게 추가적인 피해가 일어나도록 제도적으로 보장하고 있다는 비판을 피할 수 없다.

성폭력사건 선고기일을 얼마 앞두고 피고인측에서 재판부에 '피해자와의 합의를 위하여' 선고기일의 연기를 신청하는 경우가 자주 있다. 일반적으로 형사사건에서 피고인이 이와 같은 요청을 하는 경우 법원에서 한 번 정도는 선고기일을 연기해주는 것이 보통이다. 그런데 친고죄인 성폭력범죄의 경우 피해자와의 합의가 이루어지면 공소기각판결을 하여야 하기 때문에 합의 여부가 곧바로 피고인의 운명을 좌우하게 되므로, 다른 사건보다 피고인에게 합의의 기회를 좀 더 허용해주는 경향이 있다. 재판부에는 이와 같은 피고인의 입장이 훨씬 더 직접적으로 전달되고 이를 고려할 필요성도 어느 정도 인정되고 있다. 반면 피해자의 현재 상황은 피해자가 적극적으로 법원에 진정서를 제출하는 등의 방법으로 정보를 전달해주지 않는 한 법원에서 구체적으로 파악하기 어렵다. 한 예로, 구속된 피고인의 가족이 '피해자와의 합의를 위하여 백방으로 노력하고 있으니 선고기일을 연기해달라'고 신청한 사건에서 피해자가 비슷한 시기에 '피고인의 형이라는 사람이 자신과 자신의 친구에게까지 하루에 수십 통의 전화와 문자로 만나자는 연락을 해와 무서워서 숨을 쉬고 살기 힘들다'는 편지를 재판부에 보내온 적이 있다. 피해자가 이러한 사실을 법원에 알리지 않았을 경우 피고인에 대하여 추가적 합의기회를 주는 결정이 내려졌을 사건이었다.

현재는 성폭력피해자가 아무런 보호장치 없이 피고인측으로부터의 접근에 무방비로 노출되어 있다. 친고죄 규정과 비친고죄의 경우에도 합의여부를 양형의 결정적인 요소로 고려하는 실무로 인하여 피고인이 '목숨을 거는' 합의가 피고인의 사적영역에 완전히 방치되어 있기 때문이다. 피고인의 재판기록 열람으로 인하여 자신의 정보가 피고인에게 알려진 사실조차 모르는 피해자가 불시에 피고인으로부터 예상치 않은 접근을 당하여 고통을 겪는 경우가 계속하여 발생하고 있음에도 아직 법원에서는 통일된 업무대책이 마련되어 있지 않다. 피고인측의 합의시도가 '증인매수행위'로 간주되어 오히려 피고인에게 불리하게 작용하고, 피해자와의 합의여부가 피고

인에 대한 형사처벌 여부나 양형에 전혀 영향을 미치지 않으며, 법원이 피고인에게 피해자에 대한 접근금지명령을 내리는 외국의 사례와 매우 대조적이다. 피해자의 자신의 정보에 대한 통제권, 피고인의 사적 접근으로부터 안전할 권리, 안전한 상태에서 정당하게 자신의 피해를 보상받고 피고인의 처벌을 구할 권리 보장을 위한 제도적인 고안이 당연히 필요하다. 그러나 친고죄규정이 존속하는 한 피고인은 어떠한 방법을 동원해서라도 피해자로부터 합의를 받아내려는 시도를 계속할 것이므로, 친고죄 폐지 없이 2차피해 방지를 위한 부차적인 조치만을 강구하는 것은 문제의 근본 원인을 망각한 것으로 목적한 효과를 달성하기 어려울 것으로 생각된다.

2. 친고죄와 성폭력범죄의 처벌 - 성폭력범죄를 처벌하지 않음으로써 형사정의를 포기하고 가해자에게 부당한 이익을 가져다주는 친고죄

'성폭력범죄는 합의만 하면 처벌하지 않는다'는 것은 다른 나라에서 유례를 찾아볼 수 없는 법의 태도이다. 재판부에서 느낀 친고죄의 근본적 문제는 이러한 친고죄 규정으로 인하여 국가가 중대한 범죄에 대한 형벌권을 스스로 포기하고, 형사정의에 대한 국가의 기본적 책임을 방기하고 있다는 것이다. 그것도 피해자를 '보호'한다는 명분 아래 실제적으로 피해자에게 심각한 2차피해를 야기하면서 말이다. 현재 우리나라 형법은 악질적인 성폭력범죄도 '피해자에게 추가적인 피해를 가하여' 합의서를 받아내는 데 성공하면 죄를 가중하는 것이 아니라 오히려 원래의 성폭력범죄마저 아예 없던 것으로 해주고 있다. 피해자에게는 2차피해를, 2차 가해를 가한 피고인에게는 전면 불처벌이라는 부당한 이익을 주는 부정의가 법에 의해 시행되고 있는 것이다.

증거조사 및 선고를 제외한 모든 공판절차가 완료되고 제출된 증거상 피고인의 유죄가 충분히 인정되며 피고인 자신도 범행을 인정한 상황에서 선고 직전 합의서가 제출되어 구속된 피고인을 석방하고 공소기각판결을 하는 경우가 상당수 있다. 한편 범죄는 절대로 인정하지 않으면서 피해자로부터 합의를 받아오는 피고인도 상당히 많다. 후자의 경우 피고인이 공소기각판결을 받은 이후 피해자를 도리어 돈을 목적으로 거짓고소를 한 가해자로 매도하는 경우도 발생한다. 그러나 성폭력전담재판부에서 근무

하면서 공소기각판결을 한 사건 중 피고인이 무죄라고 판단되는 사건은 없었던 것으로 기억한다. 그리고 합의서 제출사실을 확인하기 위하여 법원에서 피해자에게 연락을 하였을 때 피해자가 피고인을 용서하였거나 충분한 피해보상을 받고 고소취소를 하였다는 인상을 받은 경우는 매우 드물었다. 유죄판결 및 실형선고와 형집행만이 남은 상태에서 친고죄로 인하여 공소기각판결을 할 때마다 형사사법의 어떠한 목적도 달성하지 못한 채 그간의 수사, 공판절차에 소요된 모든 시간과 비용이 무위로 아가고 성폭력범죄를 국가가 허용하고 있다는 것 외에는 어떠한 의미도 찾을 수 없었다. 또한 비친고죄인 성폭력범죄의 경우에도 피해자의 고소취소가 형의 경중 및 집행유예 여부를 결정하는 등 양형에 절대적인 영향을 미침에 따라 2차피해 초래 및 형사정의 무력화라는 친고죄의 문제는 그대로 재현되고 있다.

따라서 친고죄의 문제는 2차피해의 측면에서 뿐 아니라 범죄에 대한 국가책임과 형사정의의 차원에서 근본적인 재성찰이 필요한 문제이다. 그리고 2차피해의 방지는 국가 형벌권의 포기와 성폭력범죄자의 방면을 통해서가 아니라, 성폭력범죄를 제대로 처벌하는 데에서부터 시작된다는 것을 분명히 인식할 필요가 있다. 현재는 용기를 내어 성폭력범죄를 고소한 피해자마저 형사절차과정에서 고소의지를 더 이상 유지하기 힘들게 만들어 충분히 유죄가 인정되는 사건도 처벌이 되지 않고 있다.

3. 친고죄와 최협의 폭행협박설 - 성폭력범죄에 대한 우리 법의 태도를 보여주는 두 가지 근본적 문제

형법상 강간죄가 유죄판결을 받기 위해서는 최협의 폭행협박설과 친고죄라는 두 개의 난관을 통과하여야 한다. 그 동안 이 두 요소로 인하여 가벌성이 충분히 인정되는 상당수의 성폭력범죄가 무죄판결 또는 공소기각판결을 받아왔고, 많은 피해자가 그러한 재판과정 및 재판결과로 인하여 커다란 고통을 겪어왔다. 최협의 폭행협발설과 친고죄는 모두 우리사회의 오랜 '정조관념'에 기반한 법의 태도로서 성폭력범죄의 처벌과 피해자 보호에 관한 여러 문제를 초래하는 주요 원인이 되고 있다.

최협의 폭행협박설은 성폭력사건 재판의 초점을 피해자의 반항(가능)여부에 두도록 하여 피고인에 대한 재판을 '피해자 재판'으로 만든다. 법원이 사후적으로 보기에 좀 더 적극적으로 반항하지 않은 피해자는 '꽃뱀' 또는 '정조관념이 투철하지 못한 여성'으로 매도, 비난받게 되고, 상당수의 실제 강간범행이 무죄판결을 받는 결과가 초래되어 왔다. 법정 안에서는 최협의 폭행협박설로 인하여 피해자에 대한 증인신문이 '2차피해의 현장'이 되고, 법정 밖에서는 친고죄로 인하여 무리한 합의시도에 따른 2차피해가 초래된다. 현재 성폭력 피해자가 겪고 있는 2차피해의 주된 원인이 바로 성폭력법 자체에 있는 것이다. 또한 실체적 측면에서 최협의 폭행협박설로 인하여 많은 강간범행이 무죄판결을, 절차적 측면에서 친고죄로 인하여 많은 성폭력범죄가 공소기각판결을 받음으로써 역시 법과 법의 태도에 의하여 성폭력범죄에 대한 심각한 처벌공백이 발생하고 있다.

법원에서 강간죄의 구성요건인 폭행, 협박에 대하여 엄격한 기준을 요구하고 있는 것은 성폭력 상황에 처한 피해자는 목숨을 걸고 반항해야 한다는 오랜 통념에 바탕한 측면도 있지만 강간죄의 법정형이 3년 이상의 유기징역으로 강도죄의 법정형과 같기 때문인 점도 있다. 그러나 강간죄에는 공갈죄나 절도죄처럼 강도죄보다 약한 정도의 폭행, 협박을 사용한 범죄에 대한 별도의 처벌조항이 없기 때문에 강간죄에 대하여 최협의 폭행협박설을 유지하면 필연적으로 처벌의 공백이 발생하게 된다. 그런데 현재 성폭력범죄에 대한 정부의 대책은 처벌강화를 중심으로 이루어지고 있다. 법원의 입장에서는 범죄의 법정형이 높아질수록 유죄판결에 더 큰 부담을 느끼게 되고 따라서 더 엄격한 기준을 적용하는 경향을 보인다. 처벌강화 일로로 이루어지고 있는 성폭력법 개정으로 인하여 더 많은 무죄판결이 나올 가능성도 배제할 수 없는 것이다.

처벌강화와 처벌의 공백을 없애는 것은 다른 문제로서, 전자가 후자를 반드시 보장하지 않으며 그 실현에 오히려 방해가 될 수도 있다. 현재 우리나라의 성폭력법제는 '처벌강화'보다는 '처벌의 공백을 없애는 것'이 훨씬 더 중요하고 시급한 문제이다. 우리사회의 성폭력범죄에 대한 심각한 처벌공백은 그 근본원인인 최협의 폭행협박설과 친고죄를 폐지하지 않고서는 해결될 수 없다. 우리 성폭력법제의 두 가지 근본적 문제에 대한 인식이나 해결의지 없이 사회적으로 이슈화된 일부 범죄유형의 법정형과 기타

규제조치만을 강화하는 등 여론에 단발적으로 편승하는 정책은 사상누각이 될 수밖에 없다.

4. 양극화, 가분수화 되어가는 성폭력법제도

최근 우리나라 성폭력법제의 개정 움직임을 보면 '양극화, 가분수화'라는 말이 떠오른다. 성폭력범죄에 대한 법의 기본태도는 변하지 않은 채 사회적으로 성폭력사건이 이슈화될 때마다 법정형 강화, 전자발찌, 신상공개, 화학적 거세 등의 제재조치만이 도입, 강화되고 있으며, 아동, 장애인 대상 성폭력범죄에 대한 법개정만이 분주하게 일어나고 있다. 처벌강화 위주의 법개정은 성폭력범죄가 일부 일탈행위자에 의해 예외적으로 일어나는 현상으로서 이들을 사회적으로 격리하면 성폭력 문제가 해결될 것이라는 잘못된 인식을 확산시킨다. 또한 성인 대상 성폭력에 대한 여전한 편견과 무관심은 성폭력 범죄에 대한 현재의 사회적 관심이 우리 사회에 뿌리 깊은 성차별적, 성폭력적 문화 전반에 관한 진지한 성찰이 아닌 일부 이슈화된 범죄에 대한 흥미 위주의 반응이 아닌가 하는 우려를 가지게 한다. '도가니' 사건이 문제되기 전까지 장애인 대상 성폭력은 철저한 무관심의 영역이었고, 아동 대상 성폭력범죄에 대한 대응책 마련 역시 조두순 사건을 계기로 촉발된 것이 많다. 이와 같은 흐름 속에서 성폭력범죄의 기본법인 형법이 가지고 있는 근본적 문제에 대해서는 개선논의를 할 의지도, 여유도 부족해 보인다.

다시 친고죄의 문제로 아가 '성폭력범죄는 왠지 친고죄여야만 할 것 같다'는 인식의 기저에 자리한 우리 법과 사회의 관성에 스스로 질문을 던지는 것이 필요하다. 친고죄는 성폭력 피해를 '감추고 싶고, 감추어야 하는 수치스러운 일'이라는 사회통념을 국가의 기본 태도로서 선언하고 이를 제도화하는 것이다. 피해자의 보호는 피해자가 범죄의 처벌을 당당하게 요구하고, 프라이버시와 안전이 보장된 가운데 충분한 진술과 증거제출을 통해 자신이 당한 범죄가 실체적 정의에 부합하게 제대로 처벌될 때 이루어질 수 있다. 현재의 법은 고소에 의해 피해자가 치러야 하는 비용과 부담을 극대화하여 성폭력피해의 신고를 더욱 어렵게 하고, 용기를 낸 피해자의 고소의지마저 꺾고 있으며, 피해자의 프라이버시와 안전을 상시

간 위험에 노출시킬 뿐 아니라, 많은 성폭력범죄를 처벌로부터 자유롭게 허용하고 있다. 합의를 해오면 범죄를 없던 것으로 해주는 법제도를 원칙으로 삼고 있으면서, 일부 범죄자에 대하여 전자발찌를 채우고 화학적 거세를 실시하는 것은 지극히 모순적인 태도가 아닐 수 없다.

친고죄가 폐지되면 피해자가 원하지 않음에도 수사가 진행되어 피해사실이 공개되는 등의 문제가 있지 않겠느냐는 우려가 있을 수 있다. 우선 성폭력사건의 경우 그 특성상 피해자가 고소를 하지 않으면 사건이 수사기관에 알려지는 경우는 흔하지 않다. 알려진 경우라도 피해자가 협조하지 않으면 증거부족으로 기소 및 처벌이 사실상 어렵게 된다. 피해사실 공개가 우려되면 비공개조치에 만전을 기하여야 하는 것이지 이를 이유로 범죄를 처벌하지 않고 피해자의 고소부담을 높이고 합의요구에 시달리게 할 것은 아니다. 외국에서는 입건 당시부터 피해자를 익명으로 처리하고, 피해자의 신상정보는 피고인의 변호인 및 법관조차 볼 수 없게 봉인하는 등 피해자의 안전, 프라이버시보호를 위한 여러 조치를 철저히 시행하여 성폭력범죄에 대한 높은 고소율과 처벌의 확실성을 기하고 있다. 피해자 보호에 대한 우려는 이와 같은 제도적 노력으로 해소되어야 할 문제이지 결코 '범죄의 불처벌'로서 달성될 수 있는 것이 아니다. 또한 실무에서 본 경험으로는 법이 상정하고 있는 피해자상과는 달리 실제 피해자들은 자신의 안전과 신상의 비공개만 보장된다면 수사, 재판과정에서 자신의 경험을 충분히, 제대로 진술하고 범죄의 처벌을 구하고 싶어 하는 경우가 대부분이다.

5. 결론

친고죄는 성폭력 피해자가 고소를 할 경우 수사, 재판과정을 통해 2차피해를 겪게 된다는 것을 법이 스스로 인정하고 있는 것으로도 볼 수 있다. 2차피해에 대한 예방을 국가가 아닌 피해자가 고소포기 등을 통해 알아서 책임지라고 전가하고 있는 것에 다름 아니다. 그리고 앞서 본 것처럼 친고죄는 원래의 목적과는 달리 2차피해의 방지책이 아닌 주요 발생원인이 되고 있다. 성폭력범죄를 처벌로부터 자유롭게 함으로써 국가의 책임을 방기하고 가해자를 부당하게 보호하는 제도일 뿐 아니라, 피해자에게 피

고인의 운명을 좌우하게 하는 불필요한 부담까지 안기고 있다. 나아가 비친고죄인 성폭력범죄에 대한 재판에서도 친고죄의 문제가 그대로 나타나고 있다. 올해 UN 여성차별철폐협약(CEDAW) 위원회의 한국에 대한 권고에서도 친고죄 폐지 필요성이 지적되었다. 친고죄 폐지는 CEDAW 가입국으로서의 이행의무이기도 한 것이다. 우리나라 성폭력범죄의 처벌에 있어서의 우선과제는 처벌강화가 아니라 처벌의 공백을 없애는 것이고, 피해자 보호는 피해자가 사회적 편견과 피고인으로부터의 추가적 피해로부터 안전하고 편안한 상태에서 형사절차에 참여하여 범죄가 제대로 처벌될 수 있을 때 비로소 이루어질 수 있다. 2차피해의 주된 원인이 되고 있으며, 형사법과 형사재판의 존재를 유명무실하게 만들고 있는 친고죄의 폐지와 최협의 폭행협박설의 폐기 없이는 현재의 성폭력법제도 개선 노력도 미봉책에 불과할 수밖에 없다. 여론에 편승한 성폭력특별법의 빈번한 개정 이전에 성폭력범죄에 대한 근본적 성찰에 바탕한 형법의 변화가 필요한 시점이다.

제 2 주제

토 론 문

토 론 5

성폭력 형사절차에서의 장애인 피해자의 어려움과 보호방안

배복주 (장애여성공감 대표)

발제글은 성폭력 사건의 2차 피해에 대한 국가배상책임 청구사례를 통해 피해자의 권리에 대한 법원의 판례태도를 살피고, 실제 공판과정에서 드러난 2차 피해의 실태, 문제점, 개선방안을 검토한 내용을 주되게 다루고 있다. 토론자는 발제자의 분석과 주장에 덧붙여 성폭력 피해 장애인의 어려움과 보호방안에 대한 현장경험을 바탕으로 의견과 제안을 토론문으로 작성했다.

장애인성폭력 피해자를 지원하기 위해 수사기관과 재판부에 의견서로 제출하는 내용의 주요골자는 피해자가 가진 장애특성과 장애로 인해 피해에 노출될 수밖에 없는 환경적 요소, 가해자와 피해자의 관계성 및 그 관계에서의 피해자의 위치성과 행위성, (특히 지적장애인의 경우) 성관계와 성폭력의 변별력의 정도, 항거불능의 폭넓은 해석 등이다. 이러한 의견서를 제출하는 이유는 피해자가 수사기관이나 공판과정에서 2차 피해를 경험하지 않게 하기 위해서이다. 검사 혹은 재판부는 발제자가 주장하고 있듯 성폭력에 대한 잘못된 통념에 덧붙여 장애에 대한 몰이해로 인해 피해자가 또다시 2차 피해를 경험하게 하는 결과를 내곤 한다. 이 토론문은 장애인 특히 지적장애를 가진 여성으로서 성폭력 피해를 경험한 한 후, 수사나 공판과정에서 겪게 되는 2차 피해 및 어려움을 살피고, 피해자의 지원을 하는 관계법에서 공백이 발생하는 부분에 대한 대안으로 절차보조인 입법 필요성 등 기존의 제도에 대한 검토방안을 제안하고자 한다.

1. 장애인 성폭력 피해자의 2차 피해

가. 지적장애여성 성폭력 피해 사례

이 사건의 피해자(20대)는 지적장애여성이며, 장애의 특성상 자신의 의사표현을 제대로 하지 못하며 상황대처능력이 떨어지며, 결혼 및 출산의 경험이 있다. 가해자(60대)는 피해자의 지적장애 특성과 상황을 잘 알고 있으며, 피해자를 몇 년동안 사실상 자신의 집에서 데리고 살면서 보호자의 역할을 했다. 하지만 가해자는 보호 명분으로 피해자를 데리고 있으면서 수차례 자신의 집에서 폭행, 협박, 성폭력과 성적인 취를 해 왔다. 피해자는 이웃의 도움으로 가해자로부터 도망쳐 나왔고 성폭력상담소의 도움으로 경찰에 가해자의 폭행 및 성폭력 혐의에 대해 고소를 하였다. 고소 후, 피해자는 경찰에서의 2차례의 녹화진술, 1차례의 가해자와 대질신문, 검찰에서의 1차례 진술(구. 성폭력특별법 8조로 기소), 1심 법정에서의 1차례 증언, 2심에서 1차례 증언을 했다. 피해자는 2009년 5월부터 2010년 8월까지 6회이상 성폭력 피해사실에 대해 진실되고 일관성있는 진술을 유지하도록 강요받았다. 1심에서는 피해자의 장애가 항거불능상태가 아니며 성관계시 피해자의 행위성이 동의에 해당하며 국가의 형벌로서 지적장애인의 성적자기결권을 박탈해서는 안된다는 취지로 무죄를 선고했다. 2심에서는 예비적 조항으로 검토된 심신미약자 간음죄(형법 302조)를 적용하여 유죄 선고를 했다.

나. 위 사례를 통해 본 피해자 2차 피해 내용

- 경찰, “검사 지휘내용이라 어쩔 수 없다”
1차 녹화진술에서 피해자가 자신이 경험한 성폭력 피해상황에 대해선 비교적 구체적으로 진술했고 가해자에 대한 처벌의지가 분명했다. 하지만 경찰조사에서 2차례의 녹화진술을 하게 된 이유는 수사를 지휘하는 검사가 가해자의 강제성 여부와 피해횟수, 장소, 일시가 제대로 특정이 안 되었다며 재수사를 지시했다. 그래서 2차 녹화진술을 진행했지만 피해자의 장애특성을 비롯해 장기간 일상적으로 피해를 경험했기 때문에 검사의 지휘내용에 충분하게 부합할 수 없는 진술결과가 나왔다. 그래서 경찰은 검

사의 지휘내용이라 어쩔 수 없다며 대질심문을 할 수 밖에 없다고 했다. 상담원은 대질심문은 피해자에게 상당히 부정적인 영향을 미칠 수 있음을 수차례 이야기했지만 기어이 가해자와 피해자를 대면시켰다. 피해자는 일상적으로 가해자가 하는 폭행에 대한 분노와 성폭력 상황을 구분해서 설명하는 부분에 상당한 어려움을 갖고 있었다. 이런 상황에서 대질조사가 시작되자 가해자는 눈빛과 표정으로 피해자를 제압을 했고, 피해자는 상담원을 쳐다보며 두려움을 표현했고 급기야는 울어버리고 아무런 말을 하지 못했다. 이후 피해자는 검찰과 법원에 출두하라는 명령이 있을 때 마다 가해자가 오는지를 물었고 가해자가 온다면 만나고 싶지 않고 말을 하지 않겠다고 했다.

- 검찰, “피해자의 ‘항거불능’을 입증하기 위해선 어쩔 수 없다”
검찰에서는 구)성폭력특별법 8조로 기소하기 위해서 피해자를 직접 만나서 진술을 다시 한번 들어야 한다는 취지로 피해자를 소환했다. 검찰에서는 별도의 공간에서 진술녹화를 진행한 것이 아니라 좁은 검사실에서 수사관이 다른 피의자를 조사하고 있는 상황에서 검사책상 앞에 있는 작은 카메라를 보면서 진술을 했다. 검사실에는 검사를 비롯한 3명의 수사관이 남성이었고 조사를 받는 피의자 및 참고인들도 모두 남성이었다. 검사의 질문태도는 피해자의 성인식 정도, 성경험 등에 대해 집중적으로 질문을 하였고 피해자는 그 자리에서 즉시적으로 답변을 할 수 없는 상황이었다. 피해자가 ‘항거불능’상태에 있음을 입증하기 위해선 피해자의 성에 대한 태도, 성경험 및 성인식 등에 대한 이해정도가 어느 정도인지를 확인해야 하기 때문이었다. 남성만 있는 좁은 공간에서 지속되는 성경험에 대한 질문은 피해자로 하여금 상당히 위축감을 느낄 수 밖에 없는 상황이었다.

이처럼 경찰이나 검찰의 수사 중에 장애인 피해자의 진술을 최소화하고 피해자의 장애특성을 반영한 진술을 획 하기 위한 노력으로 진술녹화를 진행해야 하지만 전혀 그렇지 못한 상황에 이르게 되어 피해자는 어렵거나 이해되지 않는 질문에 반복적으로 일관성을 유지하면서 진술해야 하는 어려움에 놓일 수 밖에 없다. 수사과정에서 반복적인 질문에 답을 지속하다보면 하루종일 경찰서나 검사실에 머물면서 성폭력상황에 대해 말로 표현하거나 (인형 등으로) 재연해야 한다. 이런 상황에서 피해자는 정신적, 육체적 힘듦을 호소하게 되는데, 상담원이 동행할 경우에는 휴식시간 요

구 및 수사중단 등을 요구하게 되는데, 수사절차 내에서는 이러한 요구가 없는 한 지속하게 된다. 피해자의 장애상태나 상황을 고려한다면 좀 더 인권적인 접근이 필요하다.
한편으로 수사과정에서 피해자의 장애특성에 대한 수사기관의 몰이해로 인해 피해자는 조사를 받는 내내 지속적으로 자신의 장애를 노출해야 할 수 밖에 없는 상황에 놓인다. 지적장애인의 경우에 어눌한 말투, 아이 같은 행동, 상황이해력이 부족해서 사건전개에 대한 미숙한 표현 등을 통해 장애를 드러내야 한다는 것이다. 이는 수사기관이 지적장애인 피해자가 '항거불능'상태인지를 판단하는데 중요하게 영향을 미친다. 실제 지적장애 여성 피해자가 항거불능을 입증하기 위해선 장애로 인해 '아무것도' 모르는 상황에서 당해야 하고 이전에 성경험이 없고 성인식에 대한 자기주장이 없어야 한다. 이는 지적장애여성이 경험한 여성으로서의 삶이나 경험은 삭제하는 것이고, 단지 순수한 성폭력 피해자로서 존재해야만 한다는 잘못된 인식의 발로다.
그러나 너무나 안타깝게도 지적장애인은 이 모든 상황이 왜 이렇게 전개될 수밖에 없는지에 대해 누구에게도 설명을 듣지 못하고 자신이 형사절차과정 중 어느 지점, 어떤 상황에 놓여있는지 조차도 모른 채, 수사를 하는 비장애인들의 판단에 맡겨지게 된다. 이런 맥락에서 피해자를 지원하는 상담원에게 이 모든 것이 '2차 피해'라고 느껴질 수밖에 없다.
이처럼 수사과정에서 2차 피해를 줄이기 위해선 조사방식이 좀 더 피해자의 상황을 고려하여 진행하는 것이 필요하다. 이를테면 경찰조사 단계부터 장애인 피해자를 조력할 수 있는 지원자(상담원, 변호인 등)를 선임할 수 있게 하거나 출장조사를 통해 피해자의 진술을 획 하는 방법 등을 고려해 볼 수 있다.

- 재판부, "피해자를 직접 보고 장애상태를 확인해야 하기 때문에 어쩔 수 없다"
1심 법정에서 피해자를 증인으로 소환했다. 그래서 상담소에서는 비공개 심리 신청, 신뢰관계인 동석요청, 영상물중계장치에 의한 증인진술 등을 신청했다. 1심 법정에 피해자와 상담원이 동행하여 출석했지만 상담원을 배제 한 채, 피고인과 변호인이 법정에 있는 상황에서 피해자에게 이 모든 신청사항에 대해 동의를 하는지를 물었다. 하지만 그 대답을 하기도 전에 법정에 피고인과 피고인의 부인이 있다는 사실을 알고 두려움에 울

어버리고 법정에서 도망가려 했다. 하지만 재판부는 어떤 보호조치나 긴급조치를 하지 않았고 오히려 피고인 변호사가 피고인의 부인을 법원 밖으로 퇴정시키는 황당한 상황이 벌어졌다. 이 상황에서 상담원이 강력하게 재판부에 항의함으로서 재판장은 피고인 퇴정을 명했고 비공개 심리로 방청객을 퇴정시키고 영상물을 통해 증언진술을 하도록 지시했다. 하지만 영상물중계장치의 고장으로 결국 피해자의 동의를 얻어 피고인이 퇴정한 법정 안에서 진술하는 것으로 했다. 이후 상담원이 신뢰관계인으로 동석을 요청했고 재판장은 피해자가 원하는지를 물었고, 피해자의 동의하에 동석을 하게 되었다. 하지만 또다시 신뢰관계인이 어디에 앉게 할 것인지에 대해 재판부와 다룸을 하였다. 재판장은 눈빛교환이나 손을 잡는 행위로 피해자의 증언에 어떤 영향을 주어선 안된다는 이유로 상담원을 피해자의 뒷자리에 배석하도록 했고, 상담원은 피해자의 심리적 안정을 위해선 옆자리에 앉아야 한다는 주장을 했다. 하지만 재판장은 상담원의 요청을 받아들여 주지 않았다. 이처럼 상담소에서 공판과정에서 피해자 보호를 위해 필요한 조치를 사전에 법원에 요청하고 확인했지만 실제 현장에서는 어떤 준비도 되지 않았고 피해자가 오히려 위축되어 진술을 제대로 할 수 없는 상황이었다.

공판과정에서 피해자가 증인으로 출두했을때 보호장치가 제대로 되지 않은 상황에서 발생하는 2차 피해를 최소화하기 위해선 해당 재판부가 출두하는 피해자의 장애, 나이, 가해자와 관계성 등을 민감하게 포 하여 사전에 준비를 해야 할 것이다. 피해자를 충분히 이해하는 정도가 아니더라도 최소한의 노력이 절실하게 필요하다. 또한 법정에 피해자가 출두했을 경우에 호소하는 어려움이 바로 피고인 변호인의 질문내용, 질문방식 등이다. 변호인은 피고인의 법적이익을 대변하기 위해 장애인 피해자의 장애에 대해 의심을 하기 일쑤고(성폭력 상황에서 충분히 저항할 수 있을 정도의 장애, 즉 항거불능이 아님을 주장하기 위해), 피해자의 성경험 및 가족관계 등을 비롯한 지극히 사적인 질문을 하기도 하며 비슷한 질문을 수차례 하여 피해자에게 혼돈을 주며 추궁하는 방식을 취한다. 하지만 재판부나 검사가 이를 제지하거나 중단하는 경우가 드물다. 그래서 피해자는 또다시 2차 피해에 그대로 노출밖에 없는 상황에 이른다.

2. 장애인 성폭력 피해자의 2차 피해로부터의 제도적 보호방안

1) 실효성 있는 진술녹화 제도 검토

현재 경찰이나 검찰에서는 모든 장애인 성폭력 피해자의 진술을 획 하기 위해 진술녹화 제도를 이용한다. 하지만 위 사례에서도 보여지듯 단회에 그치지 않고 몇차례에 걸쳐 진술녹화를 하는 경우, 진술녹화 환경이 제대로 갖추어 지지 않은 경우, 녹화장 내에서 조사자가 타이핑을 치면서 질의를 하는 방식, 지적장애인 피해자의 표현언어를 이해하지 못하는 경우, 수사기관의 장애에 대한 몰이해로 인해 진술녹화가 반복되는 경우 등은 장애인 피해자가 편안하고 안정감을 갖고 충분하게 자신의 피해경험을 진술하기엔 부적합하다. 이후 진술녹화 CD가 검찰수사나 공판과정에서 활용되지 못하고 반복적으로 피해자가 출석해야 하는 상황이 발생된다면 진술녹화를 통해 피해자의 2차 피해를 줄이고자 하는 취지에 대치된다. 특히 최근 재판부는 직접심리주의 및 공판중심주의를 채택하는 경향으로, 초기 진술녹화 CD에 대해 피고인이 증거채택을 부동의할 경우에 피해자를 직접 법정에 출두하게 하여 증언하도록 한다. 그래서 장애인 피해자를 지원하는 현장에서는 진술녹화제도의 실효성 문제에 대해 문제를 제기하기도 한다. 결국 진술녹화 방식이 피해자의 2차 피해를 줄이기 위해선 진술녹화방식의 조사방식에 대한 재검토와 진술녹화 CD 증거보존을 위한 검사의 노력이 필요하다.

2) 신뢰관계인의 역할에 대한 검토

현형법에서 장애인 성폭력피해자를 형사절차과정에서 도움을 받을 수 있는 지원자로서는 신뢰관계인이 유일하다고 판단된다. 그래서 상담소에 지원을 요청한 장애인 피해자를 지원하기 위해선 상담원은 수사나 공판과정에서 신뢰관계인 동석 제도를 적극 활용하게 된다. 그래서 초기 경찰조사에 피해자 진술녹화 과정, 검찰의 피해자 소환, 공판과정에서 피해자 증인출두 등의 형사절차과정에서 '신뢰관계인'이라는 역할로 개입하게 된다. 하지만 발제자가 밝히듯이 신뢰관계인 동석 제도의 실무상 문제점으로 인해 재판부의 판단에 따라 공판과정에서 신뢰관계인의 역할은 확대 혹은 축소되기도 한다. 상담소 현장에서 보면 신뢰관계인의 역할은 '동석'이외의 어떤 역할도 주어지지 않는 경우도 많다. 상담원이나 가족 등이 적극

적으로 의견을 개진하거나 재판부에 피해자의 특성에 따라 '동석'보다 좀 더 확대된 역할이 필요하다는 주장을 하는 경우, 재판부에 따라 수용여부가 결정된다. 상황이 이러다보니, 신뢰관계인의 역할이 '동석'을 포함하여 확대되기도 하고 '동석'조차도 안 돼 배제를 경험하기도 한다. 현재로선, 상담소에서 신뢰관계인 동석 외에 피해자와 함께 할 수 있는 제도가 없기 때문에 역할에 대한 해석이 다양하다. 그래서 신뢰관계인의 역할에 대한 부분에 대해서 검토가 필요하다.

3) 진술조사 전문인력의 역할에 대한 검토

지난해부터 여성가족부는 '성폭력 피해아동(장애인) 진술조사 전문인력 양성'과정을 통해 진술조사 전문인력을 원스톱지원센터에 배치하여 진술조사가 이루어지고 있는 아동 및 지적장애인 등의 피해자 진술조사 과정에 참여하여 피해자 진술조사를 지원하는 역할을 수행하고 있다. 그래서 성폭력 피해 아동이나 장애인이 수사과정에서 반복조사나 부적절한 조사 방법 등으로 인한 2차 피해를 줄이기 위해서 진술조사 전문인력을 원스톱지원센터에 상근인력으로 배치했다. 하지만 상담현장에서 당초 체감한 바로 이 제도는 아동이나 지적장애인의 진술신빙성을 확보하기 위해 진술분석을 하는 역할로 시작된 것으로 파악되었다. 실제 진술조사 전문인력은 피해자의 진술 신빙성에 대한 분석에 집중하여 활동을 해왔고 지금도 일정 정도 이 부분을 수행하고 있는 것으로 알고 있다. 결국, 진술조사 전문인력 역할을 정리해보면 수사과정에서 2차 피해 방지를 위한 피해자 지원활동과 피해자 진술분석 활동이라는 두가지로 정리된다.

그렇다면 2차 피해 방지를 줄이는 피해자 지원활동이 구체적으로 어떻게 이루어지고 있는지, 지적장애인 피해자의 진술 신빙성 확보를 위한 진술분석은 어떻게 이루어지고 있는지를 평가할 필요가 있을 것이다. 먼저 지적장애인 피해자를 위한 안전한 진술환경을 조성하고 수사기관의 잘못된 수사태도에 대해 문제를 제기하는 등의 역할은, 원스탑지원센터내에서만 이루어지는 것이고 전체 수사나 공판과정에서 역동적으로 역할을 할 수 없는 진술조사 전문인력의 역할 때문에 한계를 가지고 있다. 또 진술분석의 경우에는 지적장애를 가진 피해자가 모두에게 진술신빙성에 대한 분석이 필요하다기 보다 진실여부의 다툼이 있는 경우에 선택적으로 진행할 필요가 있다. 진실여부를 다투는 경우는 가해자가 혐의를 인정하지 않거나 지적장애인의 장애특성에 따른 진술특성을 설명해야 할 경우일 것이

다. 이런 경우 진술분석에 있어서 지적장애인 피해자의 생애와 사회적 관계, 경험 등에 대한 통찰 또한 요구된다 할 것이다. 결과적으로, 진술조사 전문인력제도의 도입취지와 역할, 전문성이나 경험을 어떤 기준에서 판단해야 할 것인지 고민해야 한다.

4) 장애인 법률조력인 제도에 대한 논의 필요

올해 7월 법무부는 13세 미만 아동 및 장애인 성폭력 피해집단의 경우 '법률조력인'이라는 제도를 도입해 이제껏 간과되어온 피해자의 사법적 권리를 확보하겠다고 밝혔다. 법률조력인은 수혜 대상은 성폭력범죄 피해자가 13세 미만 미성년자이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 해당한다. 법률조력인 자격은 전문교육을 받았으며 변호사의 자격을 가진 사람에게 주어지고, 피해자 조사시 출석권, 증거보전절차 청구 및 참여권, 증거물 열람등사권(피해자와 법정대리인도 가능), 피해자의 대리가 허용될 수 있는 모든 소송행위에 대한 포괄적 대리권 등의 권한을 갖는다. 법률조력인 등 피해자의 사법절차상 권리를 보완할 수 있는 제도들이 생겨나고 있는 것은 한편으로 이제껏 간과되어온 피해자의 방어권을 보호하고 2차피해를 예방하는 등 그 취지는 발제자의 의견과 마찬가지로 의미 있다. 하지만 법률조력을 하는 변호사가 장애인 피해자와 신뢰관계를 바탕으로 법적 이익을 대변하는 데 단지 몇 시간의 교육을 이수한다고 해서 가능할지에 대한 우려가 있다. 장애인 피해자와 긴밀하게 소통하면서 피해자의 장애특성이나 가해자와의 관계성, 피해자가 놓인 사회적인 조건이나 처지 등을 이해하기 위해선 법률조력을 하는 변호사 그룹이 상당한 현장성을 담보해야 할 것이다. 이 제도가 실제적으로 장애인 피해자 입장에서 법률적 이익을 대변하기 위해선 지금부터 다양한 방식으로 논의되어야 할 것이다.

5) 절차보조인에 대한 입법 필요

사법체계에서 장애인에게 정당한 권리를 보장받게 해야 한다는 필요성은 장애인차별금지및권리구제등에관한법률(이하 장차법) 등에 녹아들어가 있다[126]. 그러나 장차법은 차별금지법이라는 점에서 구체적이기 보다 포괄

126) 장차법 제26조(사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어서의

적이고 추상적 규정만을 두고 있고, 그 근본취지를 개별 법안에 맞게 구체화해 입법화할 필요가 있다. 특히 성폭력범죄에 있어서 가해자에게는 기존에 권익보호 장치들이 마련되어 있다는 점에서 '피해자'에게 초점을 둔 제도가 요구된다. 지적장애인을 포함하여 정신상 장애를 가진 사람이나 장기간 폭력에 노출됨으로써 장애에 준하는 상태에 있는 사람들이 사법체계를 알고 적절히 대응하기란 매우 어려운 일이다.

그래서 형사절차 및 사법체계에서 발달장애인의 의사소통을 보조하고 절차참여권을 확보하기 위해서 형사소송법에 피해자의 보조인 선임에 대한 근거규정과 특별한 경우 보조인을 동석할 의무 규정을 두어, 피해자의 절차참여권 확보를 하기 위한 형사소송법 개정입법이 필요하다.

이는 장애인 피해자가 피해에 대한 구제를 받기위해 자신의 사건을 접수한 순간부터 재판 결과가 확정되는 전체과정에서 공백 없이 지원하기 위한 방안이라고 할 수 있다. 발달장애인 피해자에게 자신의 피해경험을 표현하고 소통하고 전달하는데 있어 형사절차 전체과정 요소요소에 따라 일관되고 지속적으로 지원하는 것이다. 절차보조인은 처음 조사를 받을 때 경찰이나 검사에게 피해자의 장애특성, 사회적 상황, 가해자와의 관계성 등을 설명하고 수사를 조력하게 되고, 과정상 문제가 발생하거나 2차 피해에 노출된 상황에는 관련기관에 이의를 제기할 수 있고, 피해자가 현재 놓인 형사절차의 상황과 대처 등에 대해 당사자에게 설명하고 이해를 촉진시키는 등 형사절차 전반에 대해 장애인 피해 당사자와 관련 지원자 및 기관의 대리와 조정을 하는 것이다.

현재 도가니 사태로 인해 성폭력특례법이 개정되고 정부 각부처에서 대책을 마련하여 발표하고 있지만 결국 이 정책에 적용되는 발달장애인 피해

---

⑤공공기관 및 그 소속원은 장애인이 사법·행정절차 및 서비스에 참여하기 위하여 장애인 스스로 인식하고 작성할 수 있는 서식의 제작 및 제공 등 정당한 편의 제공을 요구할 경우 이를 거부하거나 임의로 집행함으로써 장애인에게 불이익을 주어서는 아니 된다.

⑥ 사법기관은 사건관계인에 대하여 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는 장애가 있는지 여부를 확인하고, 그 장애인이 형사사법 절차에서 조력을 받기를 신청할 경우 정당한 사유 없이 이를 거부하여서는 아니 되며, 그에 필요한 조치를 마련하여야 한다.

⑧제4항부터 제7항까지의 규정에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

장차법 시행령 제17조 (사법・행정절차 및 서비스에 있어서의 편의 제공 등) ① 공공기관 및 그 소속원은 법 제26조제8항에 따라 장애인이 사법・행정절차 및 서비스를 이용하거나 그에 참여하기 위하여 요구할 경우 보조인력, 점자자료, 인쇄물음성출력기기, 수화통역, 대독(代讀), 음성지원시스템, 컴퓨터 등의 필요한 정당한 편의를 제공하여야 하고, 장애인의 장애 유형 및 상태를 고려하여 교정・구금시설에서 계구(戒具)를 사용하거나 고충 상담, 교도작업 또는 직업능력개발훈련을 실시할 수 있다.

자의 입장에서 보면 이를 설명해주고 소통해 줄 허브역할을 할 사람이 없다. 이처럼 정책공백과 허브역할을 하는 지원자로 절차보조인이 필요하다.

6) 사건 수사 및 재판 전담제의 실효성과 실체성에 대한 검토

성폭력 피해자를 조사하거나 재판을 할 때, 교육을 통해 전담수사관이나 전담재판부가 담당할 수 있도록 법적으로 규정하고 있다. 하지만 장애인 성폭력 피해자가 전담제를 통해 장애에 대한 이해를 기반으로 수사를 받고 재판을 받을 수 있을지에 대해선 의문이 든다. 상담소에서 지원한 장애인피해자가 성폭력 수사 전담검사를 통해 조사를 받았지만 여전히 피해자의 장애에 대한 몰이해로 인해 어려움을 겪는다. 전담제가 있더라도 장애인 피해자에게 실효성있는 제도가 되기 위해선 관련 교육에 장애인에 대한 이해와 인권의식 등이 교육되어야 할 것이다. 앞의 장애인 법률조력인 제도에서 법무부가 사전 교육을 통해 조력활동을 하도록 하듯 전담제의 경우에도 사전 교육이 필요하다.

토 론 6

제2주제 성폭력 형사절차에서의 피해자 보호와 실체적 진실발견의 조화: 토론문

정지원 (판사, 의정부지법)

Ⅰ. 성폭력 2차피해의 실태

1. 2차피해의 의의

성폭력 피해자의 2차피해란 성폭력피해로 발생하는 직접적인 신체적, 정신적 휴유증 이외에 성폭력에 대한 잘못된 통념에 의해 피해자가 사회적으로 불이익을 당하거나 피해자 스스로 심리적인 고통을 겪는 것 또는 형사사법시스템이 피해자에게 가하는 추가적인 고통을 의미한다.[127]

특히 피고인이 범죄를 부인하는 사건에서는 수사기관, 법원이 심증을 형성하기 위해 신문을 하는 과정이 피해자에게 2차피해를 가할 수밖에 없는 딜레마가 존재한다. 언제 어디서 어떻게 정말로 피해를 당한 것이 맞느냐는 수사기관, 변호사와 판사의 추궁과정에서 피해자는 범죄상황을 다시 한 번 반복하여야 함으로써 심리적 고통을 겪게 되고 범죄상황에 대한 기억의 환기로 인하여 겨우 회복한 정신적 균형이 무너진다.[128]

그러나 한편, 피고인에 대한 무죄추정의 원칙에 입각하여 피해자의 진술을 통해 피고인에 대한 국가형벌권의 실행여부와 그 범위 및 한계를 밝혀야 하는 국가의 입장에서는 위와 같이 피해자가 수사기관 및 법원에

127) 김예람, 경찰의 성폭력피해자보호대책에 대한 비판적 검토-제도와 통념으로 인한 성폭력 피해자의 2차 피해를 중심으로-, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2008), 1.

128) 송희진, “형사절차상 피해자 및 증인보호방안에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 법학과 박사학위논문(1999), 32.

서 진술하는 과정에서 받는 정신적 피해는 실체진실을 밝히기 위해 피해자가 감수해야 하는 당연한 비용일런지도 모른다.

2. 2차피해연구의 방법론

성폭력 2차피해에 대한 가장 정확한 연구 방법은 성폭력 피해자에 대한 직접적인 모니터링일 것으로 보인다. 그러나 2차피해가 있었느냐 없었느냐, 어떤 점이 괴로웠느냐 정도의 간단한 설문조사를 넘어서는 심층적인 조사는 수사와 공판절차를 담당한 수사기관과 사법기관이 제 살을 깎는 방법으로서 직접 행하기에는 방법론상으로 문제가 있다. 사람이 죽어나가고 있는데 제 살을 깎기 싫어하는 태도에는 다소 문제가 있다고 보일 수도 있겠으나, 제 살을 깎는 일은 객관적이고 정확하기 힘들다는 지적이다. 결국 사건의 직접적인 결과에 영향을 미칠 수 있는 2차피해에 대한 문제제기는 사건이 진행되는 과정에서 피해자, 검사, 변호사, 법률상 조력인, 신뢰관계자 등에 의한 문제제기로서 행해져야 할 것이고, 법원의 판결 이후의 2차 피해에 대한 연구는 수사기관이나 법원 밖에서 이루어져야 할 것으로 보인다. 그리고 그 연구결과가 법원과의 토론회 등을 통한 제도적 절차로서 공유되어야 할 것으로 보인다.

3. 내가 느낀 2차피해의 실태

필자는 2005년 예비판사로 근무할 때 합의부가 하나인 지원에 근무하였던 관계로 3주에 한 번 정도 형사합의재판을 했었고, 2008년에 형사합의부 배석판사로 근무한 적이 있었다.

다소 이야기하기 부담스러운 부분이지만 솔직하게 이야기를 해보자면, 2005년에 모셨던 부장님은 미국의 Rape Shiel Law의 기준보다 더 진보적으로 피해자를 보호하는 분이셨다. 10대 여중생 성폭행 사건에서 임신주수를 계산하는 방법을 몰랐던 피고인의 변호사가 마지막 생리일로부터 계산해야 하는 임신주수를 강간일로부터 계산해서 성폭행을 당하고 낙태까지 한 피해자에게 다른 남자와 성교를 한 것이 아니냐고 질문을 했고 부장님이 그 질문을 바로 제지하셨다. 피해자가 변호사로부터 느낀 성적 수치심은 부장님의 호통으로 상당히 누그러졌을 것으로 보인다. 그러나 이 이야기를 했을 때 몇 몇 판사들의 반응은 피고인의 방어권을 위해 변호사가 당연히 할 수 있는 질문이라는 것이었다.

반면, 2008년에 모셨던 부장님은 아버지로부터 강간 당해 자퇴를 한

여중생의 진술이 자퇴를 했다는 이유로 믿기 어렵다거나 피고인이 화간을 주장하는 사건에서 피해자가 술집에서 일하는(정확하게 말하면 치킨 집에서 서빙을 하는 분이셨다) 여자라는 이유로 그 진술을 믿기 어렵다는 심증을 드러내셔서 매우 곤혹스러웠다. 그러나 당시 다른 배석들은 부장님이 심리를 잘한다고 평했고 나는 극명한 감수성의 차이를 느꼈다. 후술하는 바와 같이 발제자가 인용한 필자가 올해 1월 법원 젠더법연구회에서 발표한 글에서 제안한 성폭력 피해자에 대한 증인신문에 관한 예규안, 규칙안에서 서술한 최소진술의 원칙, 사생활 보호의 원칙, 차별금지의 원칙, 배려의 원칙, 합의강요금지의 원칙은 2008년에 놀래서 제시해 놓은 것임을 밝혀둔다. 다만, 피해자들이 구체적으로 어떻게 느꼈을지는 미지수이다.

4. 2차피해의 유형

일일이 적시할 수 없지만 발제자가 제시한 다양한 2차피해는 크게 분류하면 수사기관이나 사법부가 피해자 보호를 위해 설정된 법령상의 기준을 위반하거나 또는 위반하지 않더라도 부주의하게 피해자를 대하는 경우와 피해자를 의심하는 경우로 나눌 수 있을 것 같다. 결국 후술하겠지만 법령·제도상의 개선과 법령의 준수·강간통념에 대한 반성적 교육을 통해 해결하는 수밖에 없을 것이다. 다만 실체진실의 발견을 위해 수사기관이나 사법부가 피해자를 의심하지 않는 것은 불가능하므로 법률상 피해자가 아니라 무죄판결을 하게 되어도 거짓말을 하는 피해자의 피해감정을 최대한 존중하고 피해를 주장하는 자의 인격을 무시·비하·비난하지 않고 무고의 동기를 밝히는 태도가 필요한 것 같다. 피고인의 무죄가 추정되는 것과 같이 피해자 역시 추정적 피해자로 해석하는 것이 피해자와 피고인의 권리는 조화시키는 균형잡힌 형량이기 때문이다. 여관과 밥과 술, 이성관계를 둘러싸고 발제자가 한 지적은 성적 관계, 성적 자기결정권의 맥락에 대한 통념의 가부장성을 지적하는 것 같은데 비단 그것은 수사기관이나 사법기관의 문제만은 아닌 것 같다. 사회의 집합의식으로서의 피해자의 스트레오 타입에 문제가 있다고 생각된다.

Ⅱ. 현행 법령과 판례에서 드러나는 성폭력 2차 피해 방지를 위한 기준

1. 법령상의 기준

가. 경찰단계

여성 상담실 운영, 여경기동수사대 운영, 여성·학교 폭력 피해자 o e-stop 지원센터 설치, 피해자 서포터 제도, 성폭력 전담조사관 제도 운영 및 성폭력 피해자 여경조사 의무화 실시, 화상 대질조사실 및 이동식 피해조사실 운영, 해부학적 인형 사용 등이 가이드라인으로 제시되고 있고, 2004년 경찰청 훈령을 통해 공포한 범죄피해자보호규칙과 2005년 인권보호를 위한 경찰관직무규칙이 있다.

나. 검찰단계

검찰보존사무규칙[129] 제22조 제1항 제2호는 '기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우'를 불기소사건기록의 열람·등사신청에 대한 제한사유로 규정하고 있고, 사건기록 열람·등사에 관한 업무처리 지침[130] 제3조 및 제4조는 사건관계인 또는 참고인의 본인진술서류 및 본인제출서류에 대한 열람·등사권을 규정하면서 그 경우에도 위 검찰보존사무규칙 제22조 제1항 각 호에 해당하는 사유가 있는 때에는 제한을 가할 수 있다고 규정하고 있다.

위 사건기록 열람·등사에 관한 업무처리 지침 제8조는 '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률, 청소년의 성보호에 관한 법률 등 다른 법률에 의하여 공개가 금지되는 사항에 대하여는 열람·등사를 할 수 없다'고 규정하고 있고, 제11조 제1항은 '피의자, 피고인, 피진정인, 피내사자 또는 그 대리인이 피해자와의 합의를 위하여 피해자의 주소나 연락처 등을 알고자 기록의 열람을 신청하는 경우에는 담당직원은 담당검사의 허가를 받아 피해자의 의사를 확인하고 피해자의 동의를 받아 그 연락처를 고지할 수 있다'고 규정하고 있다.[131]

위 규정들을 종합하면, 검찰에서는 법원실무제요의 입장과 달리 성폭

---

129) 2010. 9. 28. 개정 법무부령 제721호
130) 2010. 1. 25. 개정 대검찰청예규 제530호
131) 이 규정들은 2008. 1. 9. 개정 당시 신설되어 같은 날부터 시행되었다.

력처벌법·아동성보호법의 규정을 피고인의 열람·등사를 제한할 수 있는 규정으로 해석하고 있다고 평가할 수 있다. 동시에 검찰에서는 비단 성폭력범죄의 경우뿐 아니라 여타의 형사사건에서도 일률적으로 사건관계인의 사생활의 비밀·생활의 평온 등을 이유로 불기소사건기록 열람·등사를 제한할 수 있다고 규정하고, 피고인 등이 합의를 위해 피해자의 연락처를 요구할 경우 일반조건으로 피해자의 동의를 요구한다.[132] [133]

다. 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭법'이라고 한다)

제22조에서 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원에게 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지 의무가 부과되고 있으며 이를 위반한 경우 형사처벌의 대상이 된다. 그리고 검찰에서는 성폭력범죄 전담검사, 법원에서는 성폭력 범죄 전담재판부를 지정해야 한다(제24조, 제25조). 또한 아래와 같은 기준을 제시하고 있다.

제26조(영상물의 촬영·보존 등)

① 검사 또는 사법경찰관은 성폭력범죄를 당한 피해자의 나이, 심리 상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사 과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.

② 검사 또는 사법경찰관은 성폭력범죄의 피해자를 조사할 때 피해자가 편안한 상태에서 진술할 수 있는 조사 환경을 조성하여야 하며, 조사 횟수는 필요한 범위에서 최소한으로 하여야 한다.

③ 제1항의 피해자가 16세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. 다만, 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를

---

132) 이와 같은 검찰 수사실무에 의하여 피고인이 공소제기 후 법원에 대하여 수사과정에서 얻지 못한 피해자의 신상정보를 요구하는 일이 상대적으로 많아졌을 것으로 보인다.

133) 현재 검찰에서는 대검 공판송무과 지시에 따라 열람·등사 범위를 수사검사가 결정하여 공판카드 우측 상단에 「열람·등사 제한」날인을 한 후 제한범위 및 사유를 공판카드의 증거목록 비고란에 표시하도록 하고 있다고 한다. 피고인 등으로부터 열람·등사 청구를 받은 직원은 기록의 열람·등사 허부를 결정하는 검사에게 수사기록, 공판카드와 함께 열람·등사청구서를 인계하여 허부 결정을 받는다. 한편, 성범죄수사 및 공판 관여시 피해자보호에 관한 지침(1999. 2. 23. 대검찰청 예규 제290호)은 직접적으로 열람·등사와 관련된 내용을 규정하고 있지는 않으나, 일반적으로 수사과정 및 공소유지과정에서 피해자의 신원 등이 알려지지 않도록 하는 조치 등을 규정하고 있다고 한다.

표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다.
④ 제3항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.
⑤ 수사기관은 제3항의 요건에 해당하는 피해자 또는 법정대리인으로부터 신청이 있으면 영상물 촬영 과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 발급하여야 한다.
⑥ 누구든지 제3항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.
제27조(심리의 비공개)
① 성폭력범죄에 대한 심리는 그 피해자의 사생활을 보호하기 위하여 결정으로써 공개하지 아니할 수 있다.
② 증인으로 소환받은 성폭력범죄의 피해자와 그 가족은 사생활보호 등의 사유로 증인신문의 비공개를 신청할 수 있다.
③ 재판장은 제2항에 따른 신청을 받으면 그 허가 및 공개 여부, 법정 외의 장소에서의 신문 등 증인의 신문 방식 및 장소에 관하여 결정할 수 있다.
④ 제1항 및 제3항의 경우에는 「법원조직법」 제57조(재판의 공개)제2항 및 제3항을 준용한다.
제28조(전문가의 의견 조회)
① 법원은 정신건강의학과의사, 심리학자, 사회복지학자, 그 밖의 관련 전문가로부터 행위자 또는 피해자의 정신·심리 상태에 대한 진단 소견 및 피해자의 진술 내용에 관한 의견을 조회할 수 있다. <개정 2011.8.4>
② 법원은 성폭력범죄를 조사·심리할 때에는 제1항에 따른 의견 조회의 결과를 고려하여야 한다.
③ 법원은 법원행정처장이 정하는 관련 전문가 후보자 중에서 제1항에 따른 전문가를 지정하여야 한다.
④ 제1항부터 제3항까지의 규정은 수사기관이 성폭력범죄를 수사하는 경우에 준용한다. 다만, 피해자가 13세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 관련 전문가에게 피해자의 정신·심리 상태에 대한 진단 소견 및 진술 내용에 관한 의견을 조회하여야 한다.
⑤ 제4항에 따라 준용할 경우 "법원행정처장"은 "검찰총장 또는 경찰청장"

으로 본다.
제29조(신뢰관계에 있는 사람의 동석)
법원은 제3조부터 제8조까지, 제10조 및 제14조(제9조의 미수범은 제외한다)의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에 검사, 피해자 또는 법정대리인이 신청할 때에는 재판에 지장을 줄 우려가 있는 등 부 이한 경우가 아니면 피해자와 신뢰관계에 있는 사람을 동석하게 하여야 한다. 수사기관이 전단의 피해자를 조사하는 경우에도 이와 같다.
제30조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문)
① 법원은 제2조제1항제3호부터 제5호까지의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계를 통하여 신문할 수 있다.
② 제1항에 따른 증인신문의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.
제31조(증거보전의 특례)
① 피해자나 그 법정대리인은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명(소명)하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 「형사소송법」 제184조(증거보전의 청구와 그 절차)제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다. 이 경우 피해자가 제26조제3항의 요건에 해당하면 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있는 것으로 본다.
② 제1항의 요청을 받은 검사는 그 요청이 타당하다고 인정할 때에는 증거보전의 청구를 할 수 있다.

라. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 '아청법'이라고 한다)도 아래와 같은 기준을 제시하고 있다.
제17조 (피해자 등에 대한 강요행위) 폭행이나 협박으로 아동·청소년대상 성폭력범죄의 피해자 또는 「아동복지법」 제2조 제3호에 따른 보호자를 상대로 합의를 강요한 자는 7년 이하의 유기징역에 처한다.
제18조의2(영상물의 촬영·보존 등)
① 아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치에 의하여 촬영·보존할 수 있다. 다만, 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 때에는 촬영을 하여서는 아니 된다.

② 제1항에 따른 영상녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호인 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.
③ 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 제1항의 녹화장소에 도 한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.
④ 검사 또는 사법경찰관은 피해자 또는 법정대리인으로부터 신청이 있는 때에는 영상물 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 교부하여야 한다.
⑤ 제1항부터 제3항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.
⑥ 누구든지 제1항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.
제18조의3(증거보전의 특례)
① 아동·청소년대상 성범죄의 피해자 또는 그 법정대리인은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 현저히 곤란한 사정이 있는 때에는 그 사유를 소명하여 제18조의2에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거물에 대하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 「형사소송법」 제184조제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다.
② 제1항의 요청을 받은 검사는 그 요청이 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 증거보전의 청구를 할 수 있다.
제18조의4(신뢰관계에 있는 자의 동석)
① 법원은 아동·청소년대상 성범죄의 피해자를 증인으로 신문함에 있어서 검사·피해자 또는 법정대리인의 신청이 있는 때에는 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부 이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다.
② 제1항은 수사기관이 제1항의 피해자를 조사하는 경우에 관하여 준용한다.
제19조(비밀누설 금지)

① 아동·청소년대상 성범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원은 피해아동·청소년 또는 대상아동·청소년의 주소·성명·연령·학교 또는 직업·용모 등 그 아동·청소년을 특정할 수 있는 인적사항이나 사진 등 또는 그 아동·청소년의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니 된다.
② 제30조 및 제31조의 기관·시설 또는 단체의 장이나 이를 보조하는 자 또는 그 직에 있었던 자는 직무상 알게 된 비밀을 타인에게 누설하여서는 아니 된다.
③ 누구든지 피해아동·청소년 및 대상아동·청소년의 주소·성명·연령·학교 또는 직업·용모 등 그 아동·청소년을 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 신문 등 인쇄물에 싣거나 「방송법」 제2조제1호에 따른 방송(이하 "방송"이라 한다) 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 통하여 공개하여서는 아니 된다.
④ 제1항부터 제3항까지를 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

마. 형사소송법
제165조의2 (비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문)
법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 차폐시설 등을 설치하고 신문할 수 있다. <개정 2009. 6. 9.>
1. 「아동복지법」 제40조 제1호부터 제3호까지의 규정에 해당하는 죄의 피해자
2. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조부터 제12조까지의 규정에 해당하는 죄의 대상이 되는 아동·청소년 또는 피해자
3. 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정으로 인하여 피고인 등과 대면하여 진술하는 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 자[본조신설 2007. 6. 1.]
제297조 (피고인 등의 퇴정)
① 재판장은 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정인의 면전에서 충

분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다. 피고인이 다른 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에도 같다.
② 전항의 규정에 의하여 피고인을 퇴정하게 한 경우에 증인, 감정인 또는 공동피고인의 진술이 종료한 때에는 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 법원사무관 등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 하여야 한다.<개정 1961. 9. 1., 2007. 6. 1.>
형사소송법 제299조(불필요한 변론등의 제한)
재판장은 소송관계인의 진술 또는 신문이 중복된 사항이거나 그 소송에 관계 없는 사항인 때에는 소송관계인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있다.

바. 형사소송규칙
제74조(증인신문의 방법)
① 재판장은 증인신문을 행함에 있어서 증명할 사항에 관하여 가능한 한 증인으로 하여금 개별적이고 구체적인 내용을 진술하게 하여야 한다.
② 다음 각 호의 1에 규정한 신문을 하여서는 아니된다. 다만, 제2호 내지 제4호의 신문에 관하여 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니한다.
1. 위협적이거나 모욕적인 신문
2. 전의 신문과 중복되는 신문
3. 의견을 묻거나 의논에 해당하는 신문
4. 증인이 직접 경험하지 아니한 사항에 해당하는 신문
제77조(증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항의 신문)
① 주신문 또는 반대신문의 경우에는 증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항에 관한 신문을 할 수 있다.
② 제1항에 규정한 신문은 증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성등 증언의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단 등 증인의 신용성에 관한 사항에 관하여 한다. 다만, 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 하여서는 아니된다.
제84조의4 (비디오 등 중계장치 등에 의한 신문 여부의 결정)
① 법원은 신문할 증인이 법 제165조의2 제1호부터 제3호까지에서 정한 자에 해당한다고 인정될 경우, 증인으로 신문하는 결정을 할 때 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설 또는 차폐시설을 통한 신문 여부를 함께 결

정하여야 한다. 이때 증인의 연령, 증언할 당시의 정신적·심리적 상태, 범행의 수단과 결과 및 범행 후의 피고인이나 사건관계인의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다.
② 법원은 증인신문 전 또는 증인신문 중에도 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설 또는 차폐시설을 통하여 신문할 것을 결정할 수 있다.
제84조의5 (중계방법 및 증언실의 위치)
① 법원은 제84조의4에 따라 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 증인신문을 할 때 증인을 법정 외의 장소로서 비디오 등 중계장치가 설치된 증언실에 출석하게 하고, 영상과 음향의 송수신에 의하여 법정의 재판장, 검사, 피고인, 변호인과 증언실의 증인이 상대방을 인식할 수 있는 방법으로 증인신문을 한다. 다만, 중계장치를 통하여 증인이 피고인을 대면하거나 피고인이 증인을 대면하는 것이 증인의 보호를 위하여 상당하지 않다고 인정되는 경우 재판장은 검사, 변호인의 의견을 들어 증인 또는 피고인이 상대방을 영상으로 인식할 수 있는 장치의 작동을 중지시킬 수 있다.
② 제1항의 증언실은 법원 내에 설치하고, 필요한 경우 법원 외의 적당한 장소에 설치할 수 있다.[본조신설 2007. 10. 29.]
제84조의4 (비디오 등 중계장치 등에 의한 신문 여부의 결정)
① 법원은 신문할 증인이 법 제165조의2 제1호부터 제3호까지에서 정한 자에 해당한다고 인정될 경우, 증인으로 신문하는 결정을 할 때 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설 또는 차폐시설을 통한 신문 여부를 함께 결정하여야 한다. 이때 증인의 연령, 증언할 당시의 정신적·심리적 상태, 범행의 수단과 결과 및 범행 후의 피고인이나 사건관계인의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다.
② 법원은 증인신문 전 또는 증인신문 중에도 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설 또는 차폐시설을 통하여 신문할 것을 결정할 수 있다.
제84조의6 (심리의 비공개)
① 법원은 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설 또는 차폐시설을 통하여 증인을 신문하는 경우, 증인의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다.
② 증인으로 소환받은 증인과 그 가족은 증인보호 등의 사유로 증인신문의 비공개를 신청할 수 있다.
③ 재판장은 제2항의 신청이 있는 때에는 그 허가 여부 및 공개, 법정 외

의 장소에서의 신문 등 증인의 신문방식 및 장소에 관하여 결정하여야 한다.
④ 제1항의 결정을 한 경우에도 재판장은 적당하다고 인정되는 자의 재정을 허가할 수 있다.[본조신설 2007. 10. 29.]
제84조의7 (증언실의 동석 등)
① 법원은 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 증인신문을 하는 경우, 법 제163조의2의 규정에 의하여 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 때에는 제84조의5에 정한 증언실에 동석하게 한다.
② 법원은 법원 직원으로 하여금 증언실에서 중계장치의 조작과 증인신문 절차를 보조하게 하여야 한다.
제84조의8 (증인을 위한 배려)
① 법 제165조의2에 따라 증인신문을 하는 경우, 증인은 증언을 보조할 수 있는 인형, 그림 그 밖에 적절한 도구를 사용할 수 있다.
② 제1항의 증인은 증언을 하는 동안 담요, 장난감, 인형 등 증인이 선택하는 물품을 소지할 수 있다.
제84조의9 (차폐시설)
법원은 법 제165조의2에 따라 차폐시설을 설치함에 있어 피고인과 증인이 서로의 모습을 볼 수 없도록 필요한 조치를 취하여야 한다.

2. 판례상의 기준

조두순 사건을 언론에서 접하고 판결문을 한 번 찾아보았을 뿐 2차 피해에 대한 국가배상 등 손해배상책임에 관한 판례를 면밀히 검토할 기회가 없었는데 발제자의 발제문을 통해 접하게 되어 기쁘다. 발제자에게 감사드린다.

국가배상법상의 법령위반의 의미에 관해서는 엄격한 의미에서의 법령뿐 아니라 인권존중, 권리남용금지, 신의성실원칙, 공서양속 등 포함한다고 해석해야 하고, 2차 피해방지를 위해 가이드라인으로 제시된 기준들은 피해자의 인권 보호에 직접적인 영향을 미치는 것이므로 특별한 사정이 없는 한, 위 법령을 구성한다고 해석해야 한다고 생각한다. 법원과 검찰도 예외는 아니라고 생각한다. 다만 악의나 강간통념에 의한 피해자에 대한

무시, 비하가 아니라 미숙함으로 인한 피해는 교육을 통해 보완되어야 할 것이라고 생각한다. 형사처벌의 대상이 되고 있는 인적사항 누설이나 모욕, 비하발언은 당연히 위법할 것이고, 밤샘조사 또한 위법하다고 생각한다. 피고인의 반대신문권을 보장하기 위해서 또는 재판부의 심증형성을 위해서 영상녹화물에 의한 녹화 후의 재소환은 실체진실발견을 위한 필요최소한의 범위 내에서 허용되어야 할 것이다. 대질신문이나 대질수사는 피고인에게 증인이 없는 자리에서 증언의 요지를 들려주고 다투게 한다거나 비디오중계장치나 차폐시설을 활용하는 방식으로 피해자가 피고인을 최대한 만나지 않게 하는 방법으로 해결되어야 한다.

피고인이 부인하는 상황에서 실체진실발견을 위한 권력작용이 피해자에게 스트레스를 주는 상황에서는 위법의 기준을 어떻게 획정해야 할지 고민이 된다. 법령에 정해진 절차를 위반한 것을 위법으로 구성하는 일은 어려운 일이 아니나, 더 큰 문제는 통념에 있다. 성폭력 상황에서 가해자를 비난하는 것이 아니라 의식적 또는 무의식적으로 피해자의 행실을 비난하여 피해자를 두 번 울리는 가부장적 강간통념을 단지 가부장적이다, 보수적이다, 악하다라고 정치적, 도덕적으로 비난하는 것이 아니라 위법으로 구성해야 하는 문제가 대두되는 것이다.

Ⅲ. 성폭력 2차 피해를 줄이기 위한 해결책

피고인의 방어권을 보장하기 위해서 성폭력 피해자가 2차 피해를 입는 딜레마를 줄이기 위해 심리의 비공개나 비디오 중계장치, 차폐시설의 이용과 같이 성폭력 피해자가 타인에게 노출되는 것을 막는 방법, 영상물 녹화나 증거보전절차의 이용과 같이 성폭력 피해자가 진술하는 횟수를 줄이는 방법, 신뢰관계 있는 자의 동석 등을 통해 피해자가 심리적 지지와 안정을 얻도록 하는 방법, 증인신문내용 자체를 제한해는 방법이 있다.

발제자가 인용한 재판장의 소송지휘권 행사를 통한 증인신문내용 제한을 위한 예규나 규칙안을 제시해보자면 아래와 같다. 재판장은 피해자 측에게 증인신문시 답변이 꺼려지거나 부당하다고 생각되는 것이 있으면 이의를 하라고 미리 고지하고, 검사, 피해자 또는 피해자의 대리인이 형사소

송법 제296조에 정한 이의신청권을 적극 활용하여 부적절한 신문이 있으면 재판장에게 이의를 하고 재판장이 이를 판단하여 제지하는 방식으로 신문을 진행하면 2차 피해를 효율적으로 줄일 수 있을 것으로 보인다.

醜業

2차 피해를 줄이기 위해서는 나아가 수사기관, 사법기관 전반에 걸친 제도적 개선과 지속적인 교육이 필요하다. 여성과 법 같은 선택과목이 있긴 했지만 필자가 성폭력에 관하여 사법연수원에서 필수적으로 받은 교육은 피해자에 대한 연구가 아니라 피해자의 진술의 신빙성에 의심이 가는 케이스에 관한 무죄판결을 쓰는 것이 전부였던 점에 비추어 볼 때 성폭력

2차 피해와 피해자 보호를 위한 방법론을 사법연수원이나 로스쿨에서 필수과목으로 채택할 필요가 있다고 생각한다.

Ⅳ. 보론-성폭력 피해자 보호에 관한 해외 제도의 검토[134]

1. 독일

가. 영상녹화물의 증거능력

독일 형사절차법 58a조(Sectio 58a Ge ma C imi al P oce u e Co e)는 증인진술의 영상녹화 및 형사재판에서의 영상녹화물의 사용을 규율한다. 원칙적으로 모든 증인진술은 어떠한 조사단계에서라도 녹화될 수 있고, 이는 조사 수행자의 의무재량으로 규정하면서 다만, 다음의 경우에는 원칙적으로 진술이 녹화되어야만 한다.
- 피해자인 증인이 16세 미만인 경우,
- 증인이 주신문에서 증언할 수 없을 정도의 공포심이 있고, 진실발견을 위하여 녹화가 필요한 경우

영상녹화물의 증거능력이 인정되는 경우는 1) 16세 미만의 피해자에 대한 살인미수 또는 성폭력범죄의 경우, 2) 피고인과 변호인이 조사과정에 참여할 기회가 있었을 경우에 한하여, 3) 그들에 대한 사법조사의 내용이 담긴 영상녹화물을 상영하는 것으로 증인조사를 대신할 수 있다. 다만, 보충(추가) 신문은 인정되어야 한다.[독일 형사절차법 255a(sectio 255a Ge ma C imi al P oce u e Co e)]

나. 증인신문내용제한

---

134) 이 부분은 2011년 1월 법원 젠더법연구회 심포지엄-젠더법의 관점에서 본 성폭력사건 재판절차 개선방안에서 발표된 성폭력 피해아동의 2차 피해방지와 영상녹화물(오지원), 성폭력사건에서의 증거보전절차 활용에 관한 연구(이경민), 증인신문과 성폭력 사건의 2차 피해(이진화), 증인신문내용의 제한에 관한 입법례(정지원), 증인신문절차와 피해자보호방안(신혜성), 국민참여재판에서의 피해자 보호방안(김희진), 피해자의 신상정보 보호방안(오승이)의 발표문 중에서 외국 입법례 부분을 발췌한 것이다.

독일 형사소송법 제68조의 a 제1항은 “증인 혹은 제52조 제1항의 의미에서 증인의 근친자에게 불명예로 되거나 개인적 생활영역에 관련된 사실에 관한 질문은 불가피한 경우에만 할 수 있다”고 규정하고 있다. 그렇지만 이 규정이 실제 피해자의 권리보호에 미치는 효과는 크지 않다. 왜냐하면, 첫째로 제68조의 a는 그 적용범위를 확대하였음에도 불구하고 여전히 실체적 진실발견의 이익이 피해자의 이익에 우선함을 천명하고 있기 때문이다. 여기에서 법문상의 ‘불가피한 경우’란 실체적 진실의 발견에 반드시 필요한 경우를 말하는데, 실제 판례는 ‘불가피한 경우’를 매우 넓게 해석하고 있다. 판례에 의하면 질문내용이 증인의 신뢰성을 판단하기 위한 보조사실에 관한 것이더라도 판결의 확정에 필요하다면 허용된다고 한다. 따라서 증인의 입장에서 보면 실체적 진실의 발견에 전혀 상관이 없거나 지극히 중요하지 않다고 판명되는 질문만을 문제 삼을 수 있으며, 이때 그 범위는 매우 협소할 것이다. 둘째는 이 규정은 불복 수단이 없는 당위규정에 불과하다는 점이다. 즉, 이미 허용된 질문에 대하여 증인은 그것이 부당하다는 이의제기를 할 수 없다. 또한 프랑스와 마찬가지로 독일 형사소송법 제406조의 f도 피해자인 증인이 변호인의 조력을 받을 수 있도록 규정하고 있다.

다. 비공개신문

독일 법원조직법 제171조b

① 소송당사자, 증인 또는 위법행위의 피해자의 개인적 영역에 속하는 사항이 표현되고, 그것의 공개적인 심리가 보호가치 있는 이익을 침해하는 때에는, 그러한 사항에 대한 공개적 심리의 이익이 보다 우월하지 않은 한 공개하지 아니할 수 있다. 이는 자신의 생활영역이 문제된 자가 공판에서 비공개에 반대한 때에는 적용하지 아니한다.

② 제1항 제1문의 요건이 존재하고 자신의 생활영역이 문제된 자가 비공개를 신청한 때에는 비공개로 하여야 한다.

③ 제1, 2항에 의한 결정은 항고할 수 없다.

라. 피고인의 퇴정

독일 형사소송법 제247조(공판피고인의 퇴정)
공동공판피고인이나 증인에 대한 신문시 공판피고인의 존재로 인하여 진실을 말하지 않을 것이 우려되는 경우 법원은 신문 동안 공판피고인의 퇴정을 명할 수 있다. 16세 미만의 증인에 대한 신문에 있어 공판피고인의 존재가 증인의 안녕에 대한 중대한 장애가 될 우려가 있는 경우 또는 공판피고인의 출석 하에서의 그 밖의 증인에 대한 신문시 증인의 건강에 대한 심각한 장애의 절박한 위험이 존재하는 경우에도 동일하다. 공판피고인의 상태나 치료전망에 관한 논의 동안에도 그 건강에 대한 현저한 손상이 우려되는 경우에는 공판피고인의 퇴정을 명할 수 있다. 공판피고인이 다시 법정에 입정하는 즉시 재판장은 공판피고인에게 그의 퇴정 동안에 진술된 사항이나 심리된 주요 내용을 알려주어야 한다.

마. 신뢰관계인 동석

1) 변호인, 보좌인
법원은 증인이 신문내용을 이해하지 못하거나 그의 방어적 이익을 보호하기 위해 다른 방법이 없음이 명백한 때에 검사의 동의를 얻어 변호사를 동석하게 할 수 있다. 증인신문이 일정한 범죄를 대상으로 하는 경우 검사 또는 증인의 신청에 의하여 보좌인(beista)을 동석시킬 수 있다(형사소송법 제68조b)
2) 신뢰관계인
피해자가 증인으로서 신문받는 경우 피해자의 신청이 있으면 법원은 피해자가 신뢰하는 1인의 참석을 허용할 수 있다(형사소송법 제406조f 제3항)

바. 비디오중계장치 등을 통한 증인신문방식

형사소송법 제247조a(법정 이외의 장소에서의 신문)
증인이 법정의 방청인 앞에서 신문을 받게 되면 증인의 복리에 중대한 불이익이 될 급박한 위험이 있고, 이 위험을 다른 방법으로는, 즉 피고인을 법정에서 배제시키거나 신문을 비공개로 하는 등의 방법으로는 방지할 수 없는 경우에 법원은 증인이 신문 동안 다른 장소에 머물 것을 명할 수 있다. 동시에 증언은 비디오화면과 스피커를 통해 공판정에 생중계된다.
형사소송법 제168조e(분리신문)

증인이 신문참여권자(주로 검사와 변호인을 말한다) 앞에서 신문을 받으면 증인의 복리에 중대한 불이익이 발생할 급박한 위험이 있고, 이 위험을 다른 방법으로 피할 수 없는 한 판사는 증인신문을 참여권자와 분리하여 진행시켜야 한다. 동시에 신문은 화면과 스피커를 통하여 생중계된다.

사. 변호인선임권, 열람등사권

모든 범죄피해자에게 변호인선임권을 보장하고, 변호인을 통한 기록열람권을 인정하고 있다(형사소송법 제406조 , 제153조) 다만 그 열람범위는 법원에 보관 중이거나 공소제기시 법원에 제출될 기록, 법원이 보관 중인 증거물로 제한되며(형사소송법 제147조), 피해자의 소송기록열람과 피고인 기타 타인의 우월한 보호가치가 있는 이익이 대립될 경우, 실체적 진실발견에 장애요소로 작용할 수 있는 위험이 예상되는 경우, 소송절차가 현저히 지연될 가능성이 있다고 인정되는 경우 법원이 열람을 불허할 수 있다(형사소송법 제406조e 제2항)

독일도 일본과 마찬가지로, 변호인은 공소가 제기되어 법원에 제출된 모든 기록을 열람할 권한을 가지고 있다(형사소송법 제147조 제1항). 검사는 모든 기록, 즉 경찰에서 송치한 관계서류(제163조 제2항 제1문)와 검사가 작성한 관계서류를 제시하여야 한다. 여기에는 '기록완전성의 원칙'이 적용된다. 검사는 서류선택권을 가지지 않는다. 검사는 피의자의 입장에서 무의미한 것으로 간주되는 서류도 제시하여야 한다.

아. 사인소추제도, 부대공소제도

1) 사인소추제도(형사소송법 제374조 내지 제394조)
검사가 공소를 제기하는 것이 원칙이지만 죄질이 경미한 일부 범죄의 경우에는 범죄피해자, 대리인, 유족 등이 피고인을 기소할 수 있다.
2) 부대공소제도(형사소송법 제395조)
피해자와 그 유족 등이 검사와는 별개의 절차적 주체로서 공판절차에 참가할 수 있는 제도이다. 법원은 검사의 의견을 들은 후 참가허가결정을 하게 된다. 참가인은 법관에 대한 기피신청권, 증인신문시 공판정 출석권, 질문권, 이의신청권, 증거신청권, 의견진술권, 독자적인 상소제기권 등을

가지며 공판정에서 검사와 나란히 앉아 검사와 병행적으로 소송을 수행하게 된다.

2. 영국

가. 영상녹화물의 증거능력

2003년 형사정의법 116조(Sectio 116 of the C imi al Justice Act 2003, 이하 '2003년법'이라 한다)에 의하면 진술의 영상녹화물은 증인이 특별한 사정으로 증언을 할 수 없는 경우에 증거능력이 인정된다. 위 조항(2005. 4.부터 시행됨)에 의하면, 진술(서면 또는 구술)이 특정인에 의해 이루어지고, 그들에 대한 증거조사가 가능하였다면 증거능력이 인정되었을 경우에는 증거로 사용될 수 있다. 그러나 다음의 요건을 충족하여야 한다.

첫째, 증인은 단순히 구두증언을 거부할 수는 없다. 그들은 다음의 사유로 인하여 증언이 불가능하여야 한다.
1. 사망
2. 신체적 또는 정신적 사정으로 인한 '장애'[이것을 판단하기 위하여 1999년 소년정의 및 범죄증거법(the Youth Justice a C imi al Evi e ce Act 1999)상의 특정진단이 고려되어야 한다. 즉, 가. 증인이 영국 외부에 있고, 그들의 참석을 보장하는 것이 합리적으로 실현가능하지 않은 경우, 나. 합리적으로 실현가능한 조치들이 모두 시도되어 왔으나 발견이 불가능한 경우]
둘째, 다른 증거능력 인정 기초는 증인이 공포로 인하여 구두증언을 하지 않거나, (일단 절차가 진행되던 중) 증언을 계속하지 않는 경우이다. 이 경우 법원은 증인이 퇴정하도록 하여야 한다. 공포는 넓게 해석되어야 하고, 다른 사람의 죽음, 상해 또는 재산적인 손실도 포함하여야 한다.

또한 같은 법 제137조, 제138조에 의하면, 법원이 eco i 을 주요증거로 채택하기 위해서는
가. 녹화된 피고인의 진술과의 관계를 고려하지 말고,
나. 증인이 소송절차에서 진술하는 것에 비해 진술녹화시에 현저하게 사건에 대한 기억이 명확하였고,
다. 다음의 요소를 고려할 때 진술녹화를 받아들이는 것이 정의에 부합하

여야 한다.

요소 : 사건과 진술녹화의 시간적 간격, 진술의 신뢰성에 영향을 줄 만한 다른 요소, 녹화의 질

나. 증인신문내용제한

청소년 사법 및 형사증거법 제41조는 고소인의 성이력에 관한 증거 또는 질문에 대한 제한을 규정하고 있다. 재판에서 성범죄로 기소된 경우, 법원의 허가를 받은 경우를 제외하고는 고소인의 성적 품행에 대하여는 공판 중 피고인 또는 그 대리인은 어떠한 증거도 제출할 수 없고, 반대신문시 어떠한 질문도 할 수 없다. 그러나 법원의 허가에 있어서도, 허가를 거부하였을 때 배심 또는 법원이 부적절한 결론을 내릴 가능성이 있다는 점이 확인되지 않은 경우에는 허가를 내릴 수 없도록 하고 있다(제2항). 또한 제3항과 제5항의 경우에는 허가를 내릴 수 있는 재량의 범위에 포함되지 않고, 제4항에서도 제3항의 증거가 제출되고 질문이 행해지는 목적이 고소인(피해자)의 신뢰성을 공격하기 위한 것이라고 판단되는 경우 외에는 사안의 관련 쟁점에 관한 것으로 볼 수 없다고 하여 역시 제2항의 재량의 범위에선 제외된다. 위 법 제41조의 제3항과 제5항의 내용은 다음과 같다.

③ 본조는 증거 또는 질문이 사안의 관련 쟁점에 관한 것이고, 이하의 하나의 경우 적용된다.

1. 쟁점이 동의에 관한 것이 아닌 경우
2. 동의 여부가 쟁점이고, 증거 또는 질문이 관련되는 고소인의 성적 행동이 피고인에 대한 공소의 주요사실과 같은 또는 비슷한 시점에 발생했다고 주장되는 경우
3. 쟁점이 동의에 관한 것이고, 증거 또는 질문이 관련되는 고소인의 성적 행동이 어떤 면에서든 이하의 하나와 비슷한 경우
   i) 피의자 또는 그의 대리인에 의하여 제출 또는 제출될 예정인 증거에 의하면 피고인에 대한 공소의 주요사실을 구성하는 사건의 일부로서 발생한 성적 행위.
   ii) 상기 같은 증거에 의하면 위의 사건과 같은 또는 비슷한 시점에 발생하였고, 그 유사성이 우연의 일치라고 합리적으로 설명될 수 없는 고소인의 다른 모든 성적 행위.

⑤ 본조는 당해 증거나 질문이 이하의 점을 충족할 경우 적용된다.

1. 당해 증거나 질문이 검사가 고소인의 성적 행동에 대하여 제출한 증거 와 연관이 있고
2. 당해 증거나 질문이 피고인 또는 그 대리인이 검사가 제출한 증거를 반박 또는 설명하는 데 필요한 정도를 넘지 않는다고 법원이 판단한 경우.

다. 비디오중계장치 등에 의한 증인신문방식

형사사법법(C imi al Justice Act)(2003) 제51조 내지 제56조에서 영상증언방식에 대하여 규정하고 있다. 법원은 (a) 영상증언을 하는 것이 효율적이고 실체적 정의를 효과적으로 밝히는 데 유용하고, (b) 영상증언과정을 법정에 현장중계할 수 있는 적절한 장치가 사용 가능하다는 통지가 국무장관으로부터 도달되고, (c) 위 통지가 철회되지 않은 경우, 당사자의 신청을 받아 또는 법원의 직권으로 영상증언방식으로 증언할 것을 명할 수 있다. 법원은 위 명령을 함에 있어 특히 (a) 증인의 증언 가능 여부 (b) 증인의 법정 출석 필요 여부 (c) 사건절차에서 증언이 가지는 중요성 (d) 증인 대면 필요 여부 (e) 증언할 장소가 기술적 장치를 사용하기에 적정한지 여부 (f) 일방 당사자가 증언을 효과적으로 검증할 기회를 방해할 우려가 있는지 여부를 반드시 고려하여야 한다.

법정에서의 칸막이 사용은 1987년 영국의 Ol Bailey(런던 중앙형사법원)이 최초로 도입하였다(J.Mo a a L.Ze e , “The Victim’s Cha te : A New Deal fo Chil Victims?” The Howa Jou al, Vol. 31. No. 4, 1992, P. 306)
R.v Smellie[(1919)14 C .Appl.Rep.128]의 항소재판에서 아동이 증인으로 나설 때 피고인 직접 보거나 피고인이 아동을 보지 못하도록 스크린 사용을 허용해준 사례도 있다.

3. 캐나다

가. 영상녹화물의 증거능력

형사법 제486조[s. 486 (1.1)]

[아동증인의 보호]
18세 미만의 아동이거나, 정신적, 신체적 장애가 있는 증인은 법정 밖에서 증언할 수 있다(장막 뒤 또는 화상증언).
[미리 녹화된 신문내용의 주요증거 사용]
16세 미만의 아동이 처음 경찰에서 증언할 때 진술이 영상녹화된 경우, 주요증거로 그 영상녹화물이 사용될 수 있다. 다만, 그 아동은 피고인의 변호인에 의하여 반대신문을 받아야 한다.

나. 증인신문내용제한

캐나다 형법 제486조 제2, 3항에서는 18세 미만의 자가 피해자인 성범죄 사건에서 피고인은 판사가 정의의 요청으로 인해 특별히 직접 신문하는 것이 타당하다고 인정하지 아니하는 한 피해자에 대해 자신이 직접 반대신문을 할 수 없다고 규정하고 있다. 피고인의 신문이 제한되므로 반대신문을 위해 변호사가 없으면 판사는 그 부분에 대해 반대신문을 담당할 변호사를 지정하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 성범죄 사건에서 피해자가 범죄자를 직접 대면하고 그로부터 신문을 받을 때 당하는 고통을 고려하여 미성년자에 대해서만 예외적으로 이러한 규정을 두고 있다. 신문 내용의 제한에 대해서는 따로 규정하고 있는 것은 없으나 성범죄에 있어 성관계의 전력은 일부에 있어서는 증거능력이 없고 일부에 있어서는 증거가치가 없는 것으로 규정하고 있다. 그렇다면, 이 부분에 관해서는 사실상 신문내용이 제한된다고 파악할 수 있다. 즉 형법 제276조 제1항에서는 피해자가 피고인이거나 다른 사람과 성관계를 가졌다는 사실은 그 피해자가 피고인과의 성관계에 동의를 하였다거나 피해자가 믿기 어려운 증인이라는 사실을 추론하는 증거로 사용할 수는 없다고 하고, 또 제2항에서는 성범죄의 경우 판사가 특별히 인정하지 않는 한 피해자가 피고인이나 다른 사람들과의 성관계를 가졌다는 사실은 증거로 사용할 수 없다고 규정하고 있다. 제1항은 증거가치의 제한으로, 제2항은 증거능력의 제한으로 보아야 하는데 중요한 신문상의 제한이라 할 것이다. 또한 형법 제277조에서는 성범죄와 관련하여 피해자에 대한 성적 평판은 피해자 진술의 신빙성에 대한 탄핵증거로도 사용할 수 없다고 규정하고 있다.[135]

135) 이문희, “성폭력범죄의 피해자보호에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 법학과 석사학위논문(2005), 58~59.

다. 비공개

형법 제486조에서 원칙적으로 피고인은 공개재판을 받을 권리를 가지지만 판사가 공중도덕(the i te est of public mo als), 질서유지(the mai te a ce of o e), 정의의 적절한 시행(the p ope a mi ist atio of justice)을 위하여 필요한 경우 이를 제한할 수 있다고 규정하고 있으며, 그 정의의 적절한 시행에는 18세 미만자인 성폭행 또는 폭행사건의 증인의 이익보호도 포함된다고 규정하고 있다.

라. 신뢰관계인 동석

캐나다 형법 제486조 (1.4)항은 성범죄나 폭력사건의 피해자인 14세 미만의 자나 정신적·육체적 장애자에 대해서는 검사나 피해자의 신청에 의해서 피해자가 지정한 자가 재판과정에서 증언 중 동석(p ese t a close to)할 수 있다고 규정하고 있다. 동석은 피해자의 심리적 안정을 위한 것이지 증언을 도와주기 위한 것이 아니므로 동석자는 신문 중 피해자와 대화하는 것이 허용되지 아니한다.

마. 비디오중계장치 등을 통한 증인신문방식

형법 제714조

① 법원은 다음 각 호의 사항 등을 고려하여 상당하다고 인정할 때에는 증인으로 하여금 국내 법정 외의 장소에서 쌍방 당사자와 법원이 증인을 영상 인식할 수 있는 기술적 장치에 의하여 증언할 수 있도록 명할 수 있다.
   (a) 증인의 물리적 위치와 개인적 여건
   (b) 증인을 법정에 출석하도록 할 때 발생하는 비용
   (c) 예상되는 증언의 성격
② 법원은 국외에 소재한 증인이 쌍방 당사자와 법원이 증인을 영상 인식할 수 있는 기술적 장치에 의하여 한 증언을 증거로 할 수 있다. 다만, 일방 당사자가 이러한 채증방법이 기본적 정의원칙에 반한다는 사실을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 법원은 다음 각 호의 사항 등을 고려하여 상당하다고 인정할 때에는 증인으로 하여금 국내에 위치한 법정 외의 장소에서 쌍방 당사자와 법원이 증인의 증언을 듣고 신문할 수 있는 기술적 장치에 의하여 증언할 수 있도록 명할 수 있다.

(a) 증인의 물리적 위치와 개인적 여건

(b) 증인을 법정에 출석하도록 할 때 발생하는 비용

(c) 예상되는 증언의 성격

( ) 증인을 대면하지 못함으로써 일방 당사자의 권리가 침해될 가능성

④ 법원은 다음 각 호의 사항 등을 고려하여 상당하다고 인정할 때에는 국외에 소재한 증인이 쌍방 당사자와 법원이 증인의 증언을 듣고 신문할 수 있는 기술적 장치에 의하여 한 증언을 증거로 할 수 있다.

(a) 예상되는 증언의 성격

(b) 증인을 대면하지 못함으로써 일방 당사자의 권리가 침해될 가능성

형법 제486조 (2.1)항에서 성범죄와 관련된 경우는 피해자가 18세 미만이거나, 정신적·신체적 장애로 인하여 증언하기 곤란하고, 판사가 증인으로부터 완전하고 진솔한 증언을 얻기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법정 외에서 증언하게 하거나 차단막을 설치하고 증언하게 하거나, 다른 장치에 의해 증언하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

바. 기록열람등사권

캐나다 형법 제278.2조에서는 성폭력범죄와 관련된 피해자 보호를 위하여 일반적으로 기록의 열람권이 인정되어 있는 피고인에게도 증인이나 고소인에 관련된 어떤 기록도 주어져서는 안 된다고 규정하고 있다. 피고인이 이 기록을 보기 위하여서는 그 기록이 소송 진행과 방어권 보장을 위해 꼭 필요한 것이라는 점을 입증하여야 한다. 이는 검사가 소지한 어떤 기록도 피고인에게 노출되는 캐나다 형법상 매우 특이한 제도이다.[136] 피고인이 열람의 필요성을 입증할 책임을 부담한다는 점이 특기할 만하다.

---

4. 미국

가. 영상녹화물의 증거능력

미국에서도 과거 피해자가 피고인을 대면할 경우 정신적 피해를 입을 것이 우려된다는 이유로, 영상녹화물의 증거능력을 인정하여 피고인의 기소사실에 대한 유죄 인정을 한 판례가 드물게 있어 왔다. 위 판례의 취지에 발맞추어 미국 내 35개 주에서 예외적으로 아동 또는 노인 피해자 진술의 영상녹화물의 증거능력을 인정하는 법을 제정하였으나, 최근 미국 연방대법원에서 피고인의 반대신문 없이 영상녹화물의 증거능력을 인정하는 것이 수정헌법 제6조에 위배된다는 판시를 함으로써, 증인의 법정 출석 없이 진술의 영상녹화물을 유죄의 증거로 사용하는 것은 현실적으로 불가능해졌다(미국 연방대법원의 C awfo v. Washi to 판결). 위 판결에서 스칼리아 대법관은 반대신문할 사전 기회는, 증언이 불가능한 증인의 증언적 진술 채택가능한지 여부를 결정함에 있어, 의무적이고 결정적이라고 결론 내리면서, "진술이 명백히 신뢰할만하다는 이유로 대면을 생략하는 것은, 피고인이 명백히 유죄라는 이유로 배심원 재판을 생략하는 것과 흡사하다."고 하였다. 위 사건에서 대법원은 '비증언적인(o -testimo ial)' 진술이 관련된 경우에는, 대면권 조항은 그 진술의 신빙성을 판단함에 있어 법원에 재량을 허락한다고 판시하면서도, '증언적인 증거'가 문제된 경우 수정헌법 제6조는 관습법이 요구하던 증언불가능성과 반대신문권의 사전보장이라는 요건을 요구한다고 판시하였다.

나. 증거보전절차

미국에는 우리 형사소송법과 같은 증거보전제도가 마련되어 있지는 않다. 미국은 아동 성폭력 피해자가 법정에서 피고인과 직접 대면하여 증언하는 과정에서 정신적 충격을 받는 폐해를 최소화하기 위하여 여러 가지 방법을 활용하고 있는데, 그 중 아동 피해자의 법정증언 대체 방안으로 사용되는 아동에 대한 비디오 선서녹취서 방식(Vi eotape epositio of chil)이 있다.

아동에 대한 비디오 선서녹취서 방식은 정식 공판 전에 아동의 증언을 녹

화(비디오 녹화는 선서녹취서 작성 방법으로 실시한다)한 다음 법정에서 재생하는 방법으로 증거조사를 하는 것인바, 아동 피해자 및 아동 증인의 권리에 관하여 규정한 연방법률(18 USCS 3509)에 의하면, ① 검사, 피해자의 법정대리인, 변호인 등이 아동 증인의 비디오 녹화를 신청하면 법원은 예비심리기일을 열어 법정증언으로 인한 아동의 정신적 충격 등의 요건을 심사하고, 선서녹취서의 작성을 명령하며, ② 증인신문은 검사, 피고인, 변호인, 아동의 법정대리인 등을 출석시킨 가운데 판사가 직접 진행하고, 피고인은 변호인의 조력을 받으며, 교호신문을 할 권리 등 정식재판에서와 동일한 권리가 인정되고, ③ 판사는 아동의 권리 보호에 필요한 명령을 할 수 있고, 비디오테이프를 아동 증언에 갈음하여 증거로 제출할 것을 허가할 수 있다.

또한 대부분의 주에서는 위 연방법률과 유사한 규정을 두어 아동 피해자의 법정증언을 대체하는 수단을 마련하고 있는데, 각 주법에서는 공통적으로, ① 법관이나 이에 준하는 특별 사법보좌관이 증인신문을 진행하도록 하고, ② 피고인과 변호인에게 공판기일의 증인신문에서와 동일한 권리를 보장하며(증인에 대하여 반대신문을 할 수 있고, 피고인은 증인의 증언광경을 볼 수 있으며, 변호인과 무제한적으로 통신을 할 권리가 있다), ③ 법원이 피고인의 퇴정이나 비디오 중계, 기타 피해자의 안정을 위한 특별한 조치를 할 권한을 행사할 수 있도록 규정하고 있다.

미국에서의 아동에 대한 비디오 선서녹취서 방식은, 법정증언으로 인한 아동의 정신적 충격을 고려하여 공판 전에 법관의 면전에서 아동이 증언하고 이를 녹화한 다음 향후 공판과정에서 증거로 사용함으로써 아동이 공판정에 증인으로 소환되는 것을 방지한다는 점, 피고인은 그 증인신문과정에 출석하여 변호인의 조력을 받으면서 반대신문을 하는 등 정식재판에서와 동일한 권리를 행사할 수 있어 피고인의 방어권이 보장된다는 점, 다만 그 증인신문과정에서 필요한 경우 피고인의 퇴정이나 비디오 중계, 기타 피해자의 안정을 위한 특별한 조치를 취할 수 있다는 점 등이 참고할 만하다.

다. 증인신문내용제한(Rape Shiel　Law)

배심원에 의한 재판을 전통적으로 채택하여 법정에서의 공방을 중시해 온 미국의 재판실무에 있어서는 피해자의 진술의 신빙성을 약화시키기 위하여 피고인 측에서 성폭력 피해자의 성적 이력을 법정에서 공개하는 경우, 이로 인하여 피해자가 입게 될 정신적 고통 등 피해자의 2차 피해를 방지하기 위하여, 오래전부터 일명 'Rape Shiel law'(이하 'RSL'이라고 한다)라고 하여 형사재판뿐 아니라 민사재판에 있어서도 증인의 사적 생활방식과 관련된 증거(주장, 증거제출, 증인신문을 모두 포함)의 채택을 제한하는 규정을 발전시켜 왔다. 주목할 점은, 위 규정에 의하여 증거의 채택이 금지되는 경우, 배심원 앞에서 제시할 수 없을 뿐 아니라, 관련 증거채택신청서 등을 기록에서 봉인하여 관리하기 때문에, 위 증거의 채택 여부를 결정한 판사라고 하더라도 위 증거를 심증 형성에 사용할 수 없도록 하였다는 점이다.

1974년 미시간 주가 최초로 RSL을 제정한 이후, 현재는 연방과 주 차원에서 모두 강간피해자의 과거 성관계 이력이 증거로 사용되는 데는 중대한 제약이 설정되어 있다. 미국 RSL은 증거사용제약의 방식과 정도를 기준으로 하여 크게 네 가지 유형으로 나눌 수 있다.

첫 번째 유형은 미시간 주 유형으로 법관의 재량을 배제하는 엄격한 태도를 취하고 있는데, 다른 25개 주가 기본적으로 이러한 입장을 따르고 있다. 미시간 주 RSL은 강간피해자의 성관계 이력이 과거 피해자와 피고인의 성관계를 밝히는 증거로 사용되거나, 또는 정자, 임신 또는 질병의 근원이 누구인지를 밝히는 증거라고 법관이 판단하는 경우 외에는 증거사용이 금지된다. 피해자의 동의를 입증하기 위한 경우(조지아주) 또는 피해자의 허위의 강간피해고소를 밝히기 위한 경우에는 피해자의 과거 성관계 이력을 증거사용을 허용하는 주입법(위스콘신, 오클라호마)도 있다. 피해자 스스로가 자신의 성이력을 증거로 제시하는 것이 RSL에 저촉되는 것인지 여부에 대하여 논란이 있었으나 위스콘신 법원은 RSL의 취지가 이러한 경우의 증거까지 제한하는 것은 아니라고 하여 인정하고 있다.

두 번째 유형은 뉴저지주 유형은 법관의 자유재량에 따른 증거사용을 허용하도록 하고 있는데, 다른 8개 주가 이러한 유형의 RSL을 가지고 있다. 즉, 법관은 강간피해자의 과거 성관계 이력의 증거사용이 가져오는 피해자에 대한 편견적 효과와 성관계 이력 자체의 증거가치를 비교 형량하여 후자가 더 중시되면 증거사용이 허용된다. 이 유형의 경우 법관의 재량행사를 금지하지 않으므로 위헌 소지를 불러 일으킬 소지는 적으나, 그 재

량에 관한 기준이 없으므로 강간피해자 보호라는 RSL 제정의 취지는 약해진다.
세 번째 유형은 연방증거규칙으로 위 두 가지 유형의 절충형이다. 9개 주의 RSL이 이를 따르고 있다. 연방증거규칙은 성범죄 피해자의 성관계 이력과 성적 성향의 증거사용을 일반적으로 금지하면서도, ① 피해자에게서 채취된 정자가 피고인의 것이 아니라거나, 피해자가 입은 상처 등이 피고인에 의해 가해진 것이 아니라는 것을 입증하기 위한 경우, ② 피고인이 피해자의 동의를 입증하기 위한 경우에는 증거사용을 허용하고 있으며, 이외에 ③ 피해자의 성관계 이력과 성향, 증거의 배제가 피고인의 헌법상의 권리를 침해하는 경우 증거사용을 허용하도록 규정하여 법관의 재량이 개입될 수 있는 공간을 마련해 두고 있다.
네 번째, 유형은 피해자의 성관계 이력을 두 가지 범주로 나누어 증거사용 여부를 결정하는 캘리포니아주 RSL이다. 캘리포니아주 RSL은 피해자의 성관계 이력은 -피고인과 피해자 간의 성관계를 입증하기 위한 경우 외에는- 강간시 피해자의 동의가 있었는가를 판단하는 증거로는 사용할 수 없도록 규정하지만, 판사의 재량에 의거하여 피해자의 신빙성을 공격하는 증거로는 사용될 수 있도록 하고 있다. 워싱턴주나 네바다주의 RSL의 경우는 캘리포니아주와는 반대로 피해자의 성관계 이력이 강간시 피해자의 동의 여부를 판단하는 증거로 사용될 수 있지만, 피해자의 신빙성을 공격하는 증거로는 사용될 수 없도록 하고 있다.

이러한 RSL의 증거사용제한 조치는 형사피고인의 반대신문권을 제약하는 것이 아닌가가 논란이 되었으나, 미국 법원은 RSL이 합헌임을 분명히 하였다. 연방대법원은 1991년 'Michi a v. Lucas 판결'에서 "RSL이 형사피고인이 관련성 있는 증거를 제출하지 못하게 만드는 한도 내에서 그 피고인의 반대증언을 대면하고 항변을 제출하는 권리는 경감된다. 이 점이 반드시 이 법률을 위헌으로 만드는 것은 아니다. 관련성이 있는 증거를 제출할 수 있는 권리는 무한대로 보장되는 것은 아니다. 그 권리는 형사재판과정에서 다른 정당한 이익을 수용하기 위하여 양보될 수 있다. 판사는 괴롭힘, 편견, 쟁점의 혼란, 증인의 안전 또는 반복적이거나 단지 주변적 관련성만이 있는 신문 등에 대한 염려에 기초하여 형사피고인의 증인에 대한 반대신문권을 합리적으로 제한하는 광범한 재량을 갖는다."고 판시한 바 있다.

라. 비공개

일부 주에서 피해자의 인격권 보호를 위해 피해자나 증인의 신청이 있으면 항상 비공개로 하는 방식을 시행하고 있다. 연방대법원은 언론법과의 관련 하에서 절차의 공개에 대한 추정을 깨뜨릴 수 있는 중대한 이익이 존재하는 경우 비공개재판이 이루어질 수 있다고 판단한 바 있다.

마. 신뢰관계인 동석

5세 어린이가 성폭행범죄피해자로 공판에 참여했을 때 수사검사의 동석을 허용한 판결이 있다(Se to v. State, 528 So.2 1041(Ala. C im. App. 1988). 일부 주에서 시행되고 있는 피해자변호인(victim a vocate), 피해자를 위한 옴부즈맨, 성범죄의 증인에 대한 예비심문이나 공판증언에서의 후견인(suppo t atte a t) 등이 이와 유사한 역할을 수행하고 있다.

바. 비디오중계장치 등에 의한 증인신문방식

미국연방수정헌법 제6조는 "모든 형사소추에 있어서 피고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 공판을 받을 권리, 사건의 성질과 이유에 관하여 통고받을 권리, 자기에게 불리한 증인과 대면할 권리, 자기에게 유리한 증언을 얻기 위하여 강제적 수속을 취할 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 도움을 받을 권리가 있다"고 규정하고 있다. 미국에서는 1970년대부터 폐쇄회로 TV를 이용한 증인신문방식이 이용되어 왔으나 위와 같은 방식이 헌법상 권리인 피고인의 증인대면권을 제약한다는 논란이 있어왔다.

피고인은 증인을 볼 수 있으나 증인은 피고인을 볼 수 없는 단방향 폐쇄회로 TV(o e-way close ci cuit televisio)가 피고인의 증인대면권을 침해하는지 문제된 Ma yla v. C ai 사건에서, 미국 연방대법원은 연방헌법상의 증인대면권은 직접대면권(face-to-face)만을 의미하는 것은 아니라는 전제에서, 피고인이 직접 증인을 눈앞에서 볼 권리는 절대적인 것이 아니고 중대한 공익을 보호할 필요가 있으면 제한될 수 있는 것이므로,

판사가 피해 미성년자를 위하여 반드시 단방향 폐쇄회로 TV에 의한 증언이 필요하다고 판단하고 피고인이 증인을 눈앞에서 보지 못하는 것 외에 나머지 증인대면권의 요소들, 즉 피고인의 반대신문권 등이 모두 보장된다면 위헌이 아니라고 판시하였다[Ma yla v. C ai (497 U.S. 836(1990))].

대부분의 주 법원들도 폐쇄회로 TV 증언방식이 합헌이라고 판결하였으나 피고인의 증인 직접대면권을 주 헌법상 권리로 규정하고 있는 일리노이주, 매사추세츠주, 펜실베니아 주 대법원은 주 헌법에 따라 폐쇄회로 TV의 사용은 피고인의 직접대면권을 위반한 것이라는 입장을 취하였다. 다만 피고인의 직접대면권을 주 헌법상 권리로 규정하고 있는 켄터키주 대법원은 Commo wealth v. Willis 사건에서 폐쇄회로 TV 관련 법률이 켄터키주나 미국연방헌법상의 대면권규정을 침해한 것이 아니라고 판시한바 있다[716 S.W. 2 224(Ky. 1986)].

위 연방대법원판결 후 미국은 아동피해자 및 증인의 권리에 관하여 규정한 연방법률(Chil Victim & Wit ess Ri ht Statute)을 제정하면서 쌍방향 폐쇄회로 TV(two way close ci cuit televisio , 피고인과 피해자가 서로를 인식할 수 있는 방식)에 의한 증언방식을 도입하였으며, 이에 따라 여러 주에서도 동일한 취지의 규정이 만들어졌다. 위 법률은 18세 미만의 아동이 성폭행사건에서 증언할 때 ⅰ) 아동이 두려움으로 인하여 증언하지 못하는 경우, ⅱ) 전문가의 증언에 따라 아동이 증언을 할 경우 정신적인 고통을 겪을 것이라는 상당한 개연성이 있다는 사실이 인정될 경우, ⅲ) 아동이 정신적 또는 다른 질병을 앓고 있는 경우 ⅳ) 피고인이나 변호인의 행동으로 인하여 아동이 계속 증언하는 것이 불가능한 경우에는 법원의 판단에 의하여 쌍방향 폐쇄회로 TV에 의한 증언을 할 수 있도록 규정하였다. 이러한 경우 아동피해자는 법정이 아닌 장소에서 피해자의 보호자・변호인・후견인, 검사, 피고인의 변호인이 참여한 가운데 증언하게 되고, 피고인에게는 변호인과 실시간으로 은밀히 통신할 수 있는 통신수단이 제공된다[C imes a C imi al P oce u e 18 USC Sectio 3509. Chil victims' a chil wit esses' i hts (b) (1) (B)].

폐쇄회로 TV에 의한 증인신문방식은 각 주마다 요건, 대상연령, 대상범죄

에 차이가 있다. 1988년 증인신문 중 13세 여자아동인 피해자와 피고인 사이에 시야접촉을 차단하는 스크린이 설치되었던 Coy v. Iowa 사건에서, 미국 연방대법원은 "미국 수정헌법 제6조는 피고인에게 불리한 증언을 하는 증인에 대한 직접대면권(face-to-face)을 부여하고 있으며 아동 성폭력피해자와 피고인 사이에 아동이 증언할 동안 스크린을 설치해 놓는 것은 위 권리를 침해하는 것으로, 증언으로 야기되는 피해자의 고통이 피고인의 직접대면권을 침해하는 것을 정당화할 만큼 충분하지 못하여 위헌"이라고 판단하였다. 다만 위 판결은 중요한 공공의 이익이 요구된다면 직접대면권을 부정할 예외가 있을 수도 있다고 판시하였다[487 u.s. 1012(1988)].그 후 위에서 언급하였던 Ma yla v. C ai 판결에서 미국 연방대법원은 피고인이 직접 증인을 대면할 권리는 절대적인 것이 아니어서 제한될 수 있다고 판시하였다.

사. 양형

피해자가 양형절차에서 피해결과를 진술하는 VIS(Victim Impact Stateme t)와 양형에 대한 의견을 진술하는 VSO(Victim Stateme t Opi io) 제도가 있다.
양형단계에서 이루어지는 피해자진술이 양형에 영향을 미치는 것이 정당한지에 관하여 과거 찬반양론이 있어왔다. 1987년 capital case(최고형으로서 사형이 부과될 수 있는 중한 사건)인 Booth v. Ma yla 사건에서, 연방대법원은 피해자진술(vis, 이 사건에서는 유족의 진술이었다)을 capital case에서 사용하는 것은 헌법 제8조에 반한다고 판시하였다. 그러나 1991년 Psy e v. Te essee 사건에서는, 연방대법원은 범행으로 인한 피해에 대한 평가는 형법의 주요한 관심사로서 이는 가해행위의 요소와 적정한 형벌부과 두 가지에 모두 관련되고 피해진술이 양형에 영향을 미치는 것 또한 정당화된다고 판시하였다.

아. 통지

1982년 제정된 피해자 및 증인보호법(Victim a Wit ess P otectio Act of 1982) 제6조는 피의자 체포, 법관 면전에의 최초 출두, 보석 여부, 공판 및 양형절차에 대하여 가능한 한 즉시 피해자에게 통지하도록 하고

있다.

자. 봉인명령

1) 유형
(1) 변호인에 대한 피고인에게 정보제공 금지 명령
법원은 1차적으로 피고인이 피해자에게 위해를 가할 우려가 있다고 판단되는 경우에는 피고인의 변호인에게 피해자의 신상정보를 피고인에게 제공하지 못하도록 명령할 수 있다. 이는 뒤에서 보는 바와 같이 법원이 형사재판 과정에서 모든 종류의 영장과 명령을 발할 수 있도록 하는 국회 영장법의 그 근거를 두고 있다고 판단된다.
(2) 기록 봉인명령
법원의 정보제공 금지 명령에도 불구하고, 변호인이 피고인에게 정보제공을 하지 않을 것을 신뢰할 수 없는 경우도 상당수 있으므로, 이 경우 연방법률 및 주법률에 의하여 판사는 기록상 필요한 부분을 봉인하도록 명령할 수 있다. 이 경우 피고인 및 변호인은 자신의 방어권 보호를 위한 피해자 대면권을 행사하기 위하여 법원에 피해자 대면을 신청할 수 있고, 법원은 검사의 동의하에 검사가 지정한 시간, 장소에서 피해자를 대면하도록 허가할 수 있다고 한다.
(3) 주소 및 전화번호 공개 금지 및 가명 Fictitious Name 사용명령
뉴욕 주와 뉴저지 주, 캘리포니아 주에서는 성폭력 사건뿐 아니라 대부분의 폭력 범죄(viole ce case)의 경우 검사가 사건기록을 조제할 당시부터 피해자의 주소와 전화번호 등 이름을 제외한 신상정보는 모두 가려 피고인에게 노출되지 않도록 한다. 뉴욕 주에서는 피고인의 변호인이 방어권 행사를 위하여 검사에게 피해자를 만날 것을 요청할 수 있으나 피해자에게는 이를 거부할 권리가 있다고 한다. 여기에 더하여 뉴욕 주 및 캘리포니아 주에서는 피해자가 이름까지 익명으로 하고자 하는 경우 별도로 신청을 하면 판사의 명령으로 모든 기록 및 모든 절차에서 익명 사용이 가능하도록 하는 규정이 있다. 다만, 성폭력 사건의 상당수는 피고인과 피해자가 아는 사이인 경우이므로, 피고인이 이미 피해자의 주소와 연락처를 알고 있는 경우가 많아 피고인의 피해자에 대한 접근과 증언방해는 미국에서도 문제가 되고 있다. 그런 경우 검사의 신청에 따라 판사의 접근금지명령을 받아 피고인으로 하여금 피해자에게 접근하지 못하도록 할 수

있다고 한다. 또한 최근에는 위협만이 아니라 아주 정중하게 부탁하거나 피해보상금을 제공하는 등의 행동도 증언방해 행위(wit ess tempe i)에 해당하는 것으로 해석하여 이를 금지할 수 있도록 하고 있다고 한다.

2) 법원의 봉인명령 관련 법규정

(1) 연방법률

연방형사절차법(the Fe e al Rules of C imi al P oce u e) 및 연방민사절차법(the Fe e al Rules of Civil P oce u e)에서는 증인 등 사건관계인의 신상정보를 보호하기 위하여 형사사건에서뿐 아니라 민사사건에서도 법원 기록을 봉인하고 편집하는 절차에 관하여 규정하고 있고, 이 규정은 연방 규정으로서 미국 내 모든 주에 적용된다. 미국 연방대법원의 이러한 절차 규정의 근거는 제28호 연방법률(Title 28 of the U ite States Co e) 제 2072, 2073조에서 찾을 수 있다.

연방형사절차법(Fe e al Rules of C imi al P oce u e)

제49조 (서류제출 및 제공)

(a) 필요한 경우에는 당사자는 모든 다른 당사자에게 신청서 등 제출 서류의 부본을 제공하여야한다.

( ) 당사자는 당사자에게 제출하여야 하는 서류제출 시 법원에 그 서류의 사본을 함께 제출하여야 한다.

제49.1조 (법원에 서류제출 시 신상정보 보호)

(a) 편집된 서류제출. 법원이 다른 명령을 하지 않는 한, 당사자이거나 당사자가 아닌 개인의 주민번호, 납세자번호, 생년월일, 미성년자의 성명, 계좌번호, 집주소가 기재된 전자서류 또는 서류제출 시에는 다음의 사항만을 기재하여 제출할 수 있다.

(1) 주민번호 또는 납세자번호의 뒷번호 4자리
(2) 출생연도
(3) 미성년자의 이니셜
(4) 계좌번호 뒷번호 4자리
(5) 집주소 중 도시와 주

( ) 봉인된 서류제출. 법원은 편집 없이 봉인하여 서류를 제출하도록 명령할 수 있다. 법원은 후에 봉인을 해제할 수 있고, 서류제출자에게 재판기록 공개를 위하여 편집된 형태의 서류를 제출하도록 명령할 수 있다.

(e) 보호명령. 정당한 사유가 있는 경우 법원은 다음과 같은 명령을 할 수 있다.
(1) 추가적인 정보의 편집, 또는
(2) 당사자 아닌 자의 법원제출 서류의 전자적 접근을 제한하거나 금지
(f) 추가적인 봉인하의 미편집서류 제출의 선택. 편집된 서류를 제출하는 사람은 편집 없이 봉인된 서류 사본을 함께 제출할 수 있다. 법원은 미편집사본을 법원 기록으로 보존하여야 한다.
( ) 선택적 증거설명서의 제출. 편집된 정보를 포함한 서류제출 시 각 편집된 정보를 식별할 수 있는 설명목록을 함께 제출할 수 있다. 이 경우 위 목록은 반드시 봉인되어야 하고, 수정될 수 있다.
(h) 신상정보보호의 면제. 자기 자신의 정보를 제출할 때는 봉인이나 편집 없이 제출함으로써 위 조항의 보호규정을 포기할 수 있다.

조사 결과 미국 판사들은 예외 없이, 위 법 제49.1조 제( )항의 법원의 봉인명령에 의하여 서류를 제출하는 경우에는 법원의 허가 없이는 상대방당사자 및 변호인 까지도 봉인된 서류의 내용을 볼 수 없는 것으로 이해하고 있고, 봉인의 필요성이 있다고 판단하는 경우에는 부담 없이 봉인명령을 발하고 있다. 위 법 제49.1조 제(a), ( ), (f)조에 의하면, 법원의 명령 없이도 당사자는 (a)항에 해당하는 주민번호, 주소 등의 정보를 편집하여 제출하면서, 편집되지 아니한 정보를 봉인하여 제출하는 것도 가능하고, (a)항에 해당되지 아니하는 정보, 가령 성년 피해자의 성명 등은 법원의 봉인명령을 신청하여 명령을 받은 뒤 봉인하여 제출할 수 있게 된다.
또한, 특별법으로서 제18호 연방법률(Title 18 of the U ite States Co e) 제2509조 ( ) (2)항은 아동피해자 및 증인의 경우 법원의 허가 없이도 성명을 포함한 신상정보를 봉인하여 제출할 수 있고, 이 경우 제출자는 완전한 서류를 봉인하여 제출하되, 일반에의 공개를 위하여 아동의 성명 등 신상정보 기재부분을 편집한 형태의 서면을 함께 제출하여야 한다고 규정하고 있다.
(2) 국회법
미국 국회에서는 또한, 판사들이 필요한 경우 모든 영장과 명령을 발할 수 있도록 하는 일명 '모든영장법'(All W its Act)을 제정하여 법원에 대하여 피해자 정보보호 및 봉인명령을 할 수 있는 일반적인 권한을 부여하였는데, 이는 법관이 체포, 구속, 압수, 수색, 검증 등 형사소송법에서 규

정하고 있는 영장만을 발부할 수 있고, 별도로 재판절차 중 임의적인 형태의 영장을 발부할 수 없는 우리나라의 상황과 대조적이다.

제28호 연방법률(Title 28. U.S.C.A)

재판절차

제1651조 (영장)

(a) 대법원과 국회법에 의하여 설립된 모든 법원은 그들의 사법권을 보호하기 위하여 필요하고 적절한 경우에, 그리고 법원칙에 일치하는 경우에 모든 영장을 발부할 수 있다.

(b) 모든 대체영장과 '당사자가 이의하지 않으면 절대적인 효력이 발생하는 명령'(Rule isi)은 사법권을 가지는 모든 판사 및 대법관으로부터 발부될 수 있다.

(3) 주법률

연방법률에 저촉되지 않는 범위 내에서 각 주들도 피해자 등의 신상정보를 보호하는 주법률을 제정하였는데 그 내용은 다음과 같다.

캘리포니아형사법(Cal. Pe al Co e)

제293.5조 (피해자의 이름으로 신원확인)

(a) 다른 규정이 있는 경우 및 성폭력범죄의 피해자가 다른 권리주장을 한 경우를 제외하고는, 법원은 그 명령이 피해자의 신상정보를 보호하기 위하여 필요하고, 피고인이나 검사를 불공정하게 예단하는 것이 아닌 경우, 피해자의 신청에 의하여, 모든 기록과 모든 절차에서 피해자의 신원확인용으로 성을 제외한 이름만(Ja e Doe o Joh Doe)[137] 기재 하도록 명령할 수 있다.

(b) 법원이 (a)항에 의하여 피해자의 이름만 신원정보로 기재하도록 한 경우, 배심재판일 경우에는, 법원은 재판의 처음과 마지막에 배심원에게 하여금 피해자의 신상정보 보호를 위하여 그렇게 하였음을 설명하여야 한다.

캘리포니아 법원규정(The Califo ia Rules of Cou t)[138]

제2.550조

법원은 다음의 경우에 기록을 봉인할 수 있다.

---

137) 미국은 이름이 같은 사람이 많고, 성이 다양하기 때문에 이름만 기재할 경우 익명성이 보장되는데 반하여, 우리나라에서는 성이 흔하므로, 위 규정을 적용할 경우, '피해자 김모씨'가 되어야 할 것이다.

138) 법 제2.550, 2.551, 5.830 및 8.46조가 재판과정에서의 정보봉인을 규정하고 있는데 이 중 제2.550조가 일반요건을 규정하고 있다.

(1) 일반의 알권리를 넘어서는 우선적 이익이 있고,
(2) 그 이익이 기록을 봉인하는 것을 지지하고,
(3) 그 기록이 봉인되지 않을 경우 우선하는 이익이 예단 받을 상당한 가능성이 있고,
(4) 제안된 봉인이 얇게 재단되고,
(5) 우선적인 이익을 보호할 다른 덜 제한적인 수단이 없는 경우

모든 절차에서 피해자의 이름을 사용하도록 하는 캘리포니아의 규정은 다른 주에서는 찾아볼 수 없었지만, 이름만 사용할 경우 동일인인지 구분이 어렵다는 점 및 고소당시, 검찰수사단계 및 법원재판단계를 불문하고 사용할 수 있다는 점에서 그 의의가 있고, 캘리포니아 법원규정 제2.550조에서는 당사자 제출 서류뿐 아니라 사후적으로 기록 자체를 봉인할 수 있도록 규정을 두고 있다.[139]

알라스카주 형사법률(Dist ict of Alaska Local C imi al Rules)
제56.1조 (형사사건에서 정보공개)
(a) 모든 법원직원은 법원의 허가 없이 모든 개인의 정보를 공개하는 것이 금지된다.
(1) 계속 중인 배심재판 또는 형사재판 관련 정보로서 법원이 공개기록으로 하지 않은 것이며 검사와 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 만한 것,
또는,
(2) 계속 중인 배심재판 또는 판사실 기타 일반인에게 공개되지 아니한 비공개 주장과 증인신문 관련 정보
(b) 모든 형사재판에서 당사자의 신청 또는 법원의 행위에 있어 (4) 법원이 명령에 포함시키는 것이 적절하다고 판단되는 문제와 관련하여 특별한 명령을 할 수 있다.
( ) 법률에 다른 규정이 없는 한, 모든 형사사건에서 비밀로 남도록 요구되지 아니하는 경우에는, 관련서류를 포함한 모든 기록 및 정보는 일반에게 공개된다.

연방법률을 명시적으로 구체화하는 규정은 없지만 위 제56.1조 (b) (4)항이 봉인명령 및 비공개명령에 대한 근거 규정이 될 수 있다.

---

139) 기록을 봉인하게 되면 당사자 아닌 자뿐만 아니라 당사자도 해당 부분을 열람할 수 없게 된다고 해석된다.

(4) 법원명령문

어떠한 경우 기록을 봉인하거나 비공개결정을 하는지에 관한 9호 순회항소법원(the Ni th Ci cuit Cou t of Appeals)의 결정들이 다수 있고, 기록봉인명령을 하는 실제 법원명령문의 예는 미국 관련사이트에서 쉽게 검색할 수 있다.

3) 봉인명령의 효과

(1) 기속재량인지 여부

당사자 또는 피해자가 연방 형사절차법 제49.1조 제( )항에 의하여 피해자 정보 기재 서류의 봉인신청 또는 캘리포니아 법원규정 제2.550조에 의하여 기록 봉인명령을 신청한 경우, 해당 재판을 담당하는 판사가 기록을 봉인할 의무가 있는 것은 아니고, 기록 봉인 여부의 판단은 판사의 재량이다.

(2) 피고인, 변호인 및 법원 직원의 열람·등사 금지

검사의 신청에 의하여 기록 또는 서류의 봉인 명령이 발하여진 경우, 상대방당사자인 피고인 또는 변호인뿐 아니라 해당 사건을 담당하는 법원 직원 및 판사까지도 봉인된 부분을 열람·등사할 수 없게 되어, 피해자의 정보가 유출되는 것을 방지할 수 있다.

(3) 편집된 형태의 기록의 열람·등사

법원 및 당사자는 피해자 등의 신상정보가 편집된 형태의 진술서, 증인신문조서를 열람할 수 있어, 증인신문내용이나 수사내용을 확인하는 데에는 지장이 없고, 피고인의 방어권 보장에도 문제되지 아니한다. 이 경우 봉인된 형태의 자료 및 편집본을 준비할 의무는 서류제출자에게 있기 때문에 법원의 부담이 크게 가중되지 않는다.[140]

차. 익명

미국의 상당수 판사들은 판결문에 성폭력 피해자의 성명을 기재하지 아니하고, 이니셜만을 기재한다고 한다. 특별히 법률로 이를 허용하는 규정은 없으나, 대부분의 미국 판사들은 재량으로 가능하다고 판단하고 있다. 뉴

140) 법원이 봉인본과 편집본을 만들어야 하는 서류는 증인신문조서와 판결문 등에 한정된다.

욕 주 및 캘리포니아 주에서는 피해자가 이름까지 익명으로 하고자 하는 경우 별도로 신청을 하면 판사의 명령으로 모든 기록 및 모든 절차에서 익명 사용이 가능하도록 하는 규정이 있고, 판사는 기록 봉인명령을 발하여 해당 사건을 담당하는 법원 직원 및 판사까지도 봉인된 부분을 볼 수 없도록 할 수 있는 점은 앞서 말한 바와 같다.

7. 프랑스

가. 증거보전절차

프랑스에는 우리 형사소송법과 같은 증거보전제도가 마련되어 있지는 않다. 다만 프랑스는 형사절차의 구조상 중죄사건의 경우 예심판사(les ju i ictio s ’i st uctio)가 증거를 수집한 후 이를 바탕으로 피의자를 판결법원으로 소추할 것인지 여부를 결정하는 예심절차를 진행하는데, 수사단계에서 예심판사가 주체가 되어 증거를 수집한다는 점에서 증거보전제도와 유사한 측면이 있다. 프랑스 형사소송법은 성폭력범죄에 대한 특별절차를 규정하여 수사 및 예심단계에서 미성년 피해자의 진술을 원칙적으로 영상녹화하고, 당사자, 변호인 또는 감정인은 예심판사 또는 법원서기의 입회 하에 복사본을 시청할 수 있도록 하고 있다(프랑스 형사소송법 제706-52조).

나. 증인신문내용제한

프랑스 형사소송법 제331조 제5항은 “증인은 오로지 피고인의 범죄사실, 피고인의 인격 및 그 도덕성에 대하여 증언한다”고 규정하여 성폭력 피해자의 증언 내용에 제한을 가할 수 있도록 하고 있다. 또한 성폭력 범죄 피해아동의 2차 피해를 방지하기 위하여 수사 또는 예심과정에서의 진술청취 또는 대질은 검사 또는 예심판사의 승인하에 심리상담가, 교사, 가족, 특별소송인에 의해 지명된 자 등이 동석한 상태에서 실시되며(형사소송법 제706-53조), 성폭력범죄의 피해아동이 예심판사에게 출석하여 진술할 경우에 변호인의 참여를 의무화하고 법정대리인 또는 특별소송인에 의해 선임되지 않은 때에는 예심판사가 국선변호인을 선정한다(형사소송법 제706조-51-1조).

성폭력범죄의 피해자는 범죄로 인한 신체적 피해뿐만 아니라 심한 정신적 충격과 스트레스를 받게 되어 조기에 일상사회에 복 하기 어렵고 지속적인 치료와 상담을 받아야 한다. 프랑스는 사인소추를 통하여 형사 절차 내에서 정신적 피해를 포함한 모든 손해에 대한 배상을 받을 수 있다. 반면에 민・형사소송을 통하여 배상이 이뤄지지 않거나 충분한 배상을 받지 못하는 경우에도 범죄피해자보상위원회(CIVI)에 구조금 지급을 청구할 수 있다. 범죄피해자보상위원회는 1977년 1월 3일의 법률에 의해 각 지방법원에 설치되었으며, 현재는 보충적인 역할에 머무르지 않고 형사재판의 결과를 불문하고 손해배상이 법원에 의해 명령된 경우에도 보상을 허용하고 있다. 대상은 사망 또는 영구적인 신체적 장애를 입거나 성범죄, 재산범죄 등의 피해를 입은 경우로서 범죄의 유형과 피해의 정도에 따라 차등 지급되는데 강간, 성적 가해, 15세 미만의 아동에 대한 성적침해의 범죄에 대하여는 아무런 조건 없이 피해의 전부를 보상받게 된다. 또한 범죄 피해자는 일정한 경우에 우선지급(ema e e p ovisio)의 절차를 통하여 통상의 절차보다 신속하게 피해보상을 받을 수도 있다. 참고로 2007년 보장기금 지급신청건수는 약 15,000건에 이르며 지급금액은 2억 5천만 유로(약 3천5백억 원)에 이른다.

또한 프랑스는 성폭력범죄가 친고죄로 규정되어 있지 않아 공소시효 기간 내에 자유롭게 고소할 수 있으며, 특히 성년이 될 때까지 공소시효가 정지된다.

다. 비공개

형사소송법 제306조에 따라 강간 또는 성적가해가 동반된 고문 및 야만적 행위에 대하여 피해자가 요구하는 경우 당연히 비공개재판을 하도록 하며, 여기에 해당하지 않는 범죄의 경우에도 피해자가 반대하지 않는 한 비공개재판을 허용하고 있다.

라. 증인의 익명성 보장

프랑스 형사소송법 및 규칙에서, 성폭력범죄의 피해자라 하여 증인 보호에 대한 별도의 규정을 두고 있지는 않다. 다만 증인의 익명성을 보호하

는 절차가 상대적으로 구체적으로 규정되어 있어 이를 살핀다. 그러면서도 피고인의 방어권 보장을 위해 이에 대한 이의절차와 함께 익명성이 보장된 증언만으로는 유죄판결을 할 수 없다고 규정하고 있는 점, 화상증언의 근거규정을 두면서 목소리로 인한 증인특정이 불가능하도록 배려를 하고 있는 점이 특징적이다.

제706-58조[141]

① 3년 이상의 구금형으로 처벌받는 중죄 또는 경죄의 소송절차에 있어서, 제705-57조에 규정한 자[142]의 신문이 그 사람 및 그 가족과 친척의 생활이나 신체의 완전성에 위험을 초래할 우려가 있다고 보이는 경우, 석방구금판사는 검사장 또는 예심판사의 이유를 붙인 청구에 기해 그 사람의 진술은 소송기록상 인적사항의 기재 없이 할 수 있도록 이유를 붙여 결정할 수 있다. 위 결정에 대하여는 제706-60조 2항 이외의 방법으로는 불복할 수 없다. 석방구금판사는 스스로 증인신문을 진행할 수 있다.

② 그 사람의 인적사항을 기재하지 않도록 한 석방구금판사의 결정은 증인신문조서에 기재되고 이해관계자의 서명도 하지 아니한다. 그 사람의 인적사항과 주소는 이해관계자가 서명한 다른 조서에 기재되며 그 조서는 소송기록과는 별도의 기록에 첨부된다. 그 형태는 전항 기재의 경우와 같다.

제706-59조

① 어떠한 경우에도 제706-57조 또는 제706-58조에 의해 보호되는 증인의 인적사항과 주소는 제706-60조 최종항에서 규정하는 경우를 제외하고는 공개되지 아니한다.

② 제706-57조 또는 제706-58조에 의해 보호되는 증인의 인적사항과 주소를 공개한 행위는 5년 이하의 징역 및 75,000유로 이하의 벌금형에 처한다.

제706-60조

① 제706-58조는 범죄가 그 증인에 대하여 범하여진 것이어서 그 인적사항의 확인이 방어권 행사에 불가피한 경우에는 적용되지 아니한다.

② 예심수사피의자는 제706-58조의 요건에 따라 이루어진 신문내용을 알

---

141) 프랑스 형사소송법 제4권 특별소송절차 중 제21장은 증인의 보호에 대해 다루고 있다(제706-57조 - 제706-63조).

142) 범죄를 범하였다고 의심할 만한 어떤 수긍할 이유도 존재하지 않는 자로서 그 소송절차와 관계된 증거를 가져올 수 있을 것으로 보이는 자

게 된 날로부터 10일 이내에 고등법원 예심부장에게 그에 대한 이의를 제기할 수 있다. 고등법원 예심부장은 소송기록상 불복의 대상이 되지 않는다고 보이는 경우에는 이유를 붙여 결정하고 제706-58조 두 번째 항에 규정된 서류에 그 취지를 표시한다. 이의가 이유있다고 판단될 경우, 고등법원 예심부장은 변론의 무효를 선고한다. 그 증인이 익명성을 해제하도록 명시적으로 알려온 경우에는 인적사항을 공개할 수 있다.

제706-61조

① 예심수사피의자 또는 판결법원에 소추된 자는 제706-58조의 적용에 의한 증인에 대해 원거리 증인신문을 할 수 있는 기계장치를 이용하여 대질하거나 그의 변호인을 통하여 같은 장치를 통해 신문하게 할 수 있도록 청구할 수 있다. 이 때 증인의 목소리는 그 기계장치에 의하여 식별되지 않도록 조작된다.

② 법원이 증인신문 관련 추가조사를 명하는 경우 추가조사를 위해 지정된 예심판사 또는 추가조사를 위해 지정된 판결법원의 판사가 전항에 기재된 기계장치를 이용하여 신문한다.

제706-62조

제706-58조 및 제706-61조 규정에 의해 확보된 증언만을 이유로 해서는 어떠한 유죄판결도 할 수 없다.

5. 일본

가. 피고인의 퇴정

형사소송법 제281조의2

재판소는 공판기일 외에서의 증인신문에 피고인이 입회한 경우에, 증인이 피고인의면전(제157조의3 제1항에 규정된 조치를 취하는 경우 및 제157조의4 제1항에 규정된 방법에 의하는 경우를 제외한다)에서는 압박을 받아 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하는 때에는, 변호인이 입회하고 있는 경우에 한하여 검찰관 및 변호인의 의견을 들어 그 증인의 진술 중 피고인을 퇴석시킬 수 있다. 이 경우에는 진술 종료 후 피고인에게는 증언의 요지를 고지하고 그 증인을 신문할 기회를 부여하여야 한다.

형사소송법 제304조의2

재판소는 증인을 신문하는 경우에 증인이 피고인의 면전[제157조의3 제1

항에 규정된 조치(차폐시설)를 취하는 경우 및 제157조의4 제1항에 규정된 방법(비디오 중계장치에 의한 증인신문)에 의하는 경우를 제외한다]에서는 압박을 받아 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하는 때에는 변호인이 출석하고 있는 경우에 한하여 검찰관 및 변호인의 의견을 들어 그 증인의 진술 중 피고인을 퇴정시킬 수 있다. 이 경우에는 진술 종료 후 피고인을 입정시켜 증언의 요지를 고지하고 그 증인을 신문할 기회를 부여하여야 한다.

나. 신뢰관계인 동석

형사소송법 제157조의2

① 재판소는 증인을 신문하는 경우에, 증인의 연령, 심신상태 기타 사정을 고려하여 증인이 현저히 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어, 그 불안 도는 긴장을 완화함에 적당하고 또 재판관 혹은 소송관계인의 신문 혹은 증인의 진술을 방해하거나 또는 그 진술내용에 부당한 영향을 줄 우려가 없다고 인정되는 자를, 그 증인의 진술 중 증인을 　봐주게 할 수 있다.

② 전항의 규정에 의하여 증인을 　봐주게 된 자는, 그 증인의 진술 중 재판관은 소송관계인의 신문 혹은 증인의 진술을 방해하거나 또는 그 진술내용에 부당한 영향을 줄 수 있는 언동을 하여서는 아니된다.

부첨인(付添人)은 법관이나 소송관계인의 신문 또는 증인의 진술을 방해하거나 진술내용에 부당한 영향을 미쳐서는 안된다. 따라서 부첨인은 신문 또는 진술의 내용에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 증인을 보조하고 증인의 불안이나 긴장을 해소하기 위하여 휴정을 요청하는 등의 행위를 할 수 있지만 증인신문에 대해 이의를 제기하는 등 절차진행에 적극 개입하는 것은 허용되지 않는다. 대상을 피해자인 증인에게 한정하지 않고 모든 증인에 대하여 인정한다.

다. 비디오중계장치 등에 의한 증인신문방식

형사소송법 제157조의4

① 재판소는 다음의 자를 증인으로 신문하는 경우에 상당하다고 인정하는 때에는, 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 재판관 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위하여 재석하는 장소 이외의 장소(이들이 재석하는 장소와 동일한 구내에 한함)에 그 증인을 재석시켜 영상과 음향의 송수신에 의하여 상대의 상태를 서로 인식하면서 통화를 할 수 있는 방법에 의하여 신문할 수 있다.

1. 형법 제176조부터 제178조의2, 제181조, 제225조, 제226조의2 제3항(외설 또는 결혼 목적에 관한 부분에 한함. 이하 이 호에서 같음), 제227조 제1항(제225조 또는 제226조의2 제3항의 죄를 방조할 목적에 관련된 부분에 한함) 혹은 제3항(외설 목적에 관련된 부분에 한함) 혹은 제241조 전단의 죄 또는 이들 죄의 미수죄의 피해자
2. 아동복지법(소화22 법률 제164호) 제60조 제1항의 죄 혹은 동법 제34조 제1항 제9호에 관련된 동법 제60조 제2항의 죄 또는 아동매춘·아동 포르노에 관련된 행위 등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률(평성11 법률 제52호) 제4조부터 제8조까지의 죄의 피해자
3. 전2조의 자 외에 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 피고인과의 관계 기타의 사정에 의하여 재판관 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위하여 재석하는 장소에서 진술하는 때에는 압박을 받아 정신의 평온이 현저히 침해될 우려가 있다고 인정되는 자

② 전항에 규정된 방법에 의하여 증인신문을 행하는 경우에, 재판소는 그 증인이 나중의 형사절차에서 동일한 사실에 대하여 다시 증인으로서 진술을 요구받는 경우가 있다고 사료되는 경우로서 증인의 동의가 있는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 그 증인의 신문 및 진술과 그 사항을 기록매체(영상 및 음향을 동시에 기록할 수 있는 물건을 말함. 이하 같음)에 기록할 수 있다.

③ 전항의 규정에 의하여 증인의 신문 및 진술과 그 상황을 기록한 기록매체는 소송기록에 첨부하여 조서의 일부로 한다.

강제추행죄, 강간죄, 음란 또는 결혼목적의 유괴죄, 아동복지법에 의한 아동에 대한 음행의 죄 및 아동에 대한 유해지배죄, 아동매춘법이 정하는 아동매춘죄 등의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 비디오 중계장치에 의

한 증인신문이 가능하도록 규정하고 있고, 그 외에 증인이 제반 사정에 의하여 피고인 면전에서 진술하기 어렵다고 인정되는 경우에도 비디오중계장치에 의한 증인신문이 가능하도록 규정하여 사실상 그 대상을 모든 범죄의 피해자로 확대하고 있다.

2000. 5.경 형사소송법 개정으로 차폐시설에 의한 증인신문제도를 도입하였다.

형사소송법 제157조의3

① 재판소는 증인을 신문하는 경우에, 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 피고인과의 관계 기타의 사정에 의하여, 증인이 피고인의 면전(다음 조 제2항에 규정된 방법에 의하는 경우를 포함)에서 진술하는 때에는 압박을 받아 정신의 평온이 현저히 침해될 우려가 있다고 인정하는 경우로서 상당하다고 인정하는 때에는, 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 피고인과 그 증인과의 사이에 한쪽으로부터 또는 서로 상대의 상태를 인식할 수 없도록 하기 위한 조치를 취할 수 있다. 단 피고인으로부터 증인의 상태를 인식할 수 없도록 하기 위한 조치에 있어서는 변호인이 출석하고 있는 경우에 한하여 이를 할 수 있다.

② 재판소는 증인을 신문하는 경우에, 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 명예에 대한 영향 기타 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 검찰관 및 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 방청인과 그 증인과의 사이에 서로 상대의 상태를 인식할 수 없도록 하기 위한 조치를 취할 수 있다.

라. 피해자 진술권

형사소송법 제292조의2는 피해자가 증인으로 신문받지 않는 경우에도 피해자로부터 피해에 대한 심정 및 당해 사건에 관한 의견진술의 신청이 있을 경우 법원이 의무적으로 진술의 기회를 부여하도록 규정하고 있다.

마. 변호사선임권, 기록열람등사권

제1회 공판기일 후 당해 사건 종결 전에 피해자 또는 그 위임을 받은 변호사가 당해 사건 소송기록의 열람·등사를 신청한 경우 법원은 검사, 피

고인 또는 변호인의 의견을 들어 피해자 등이 손해배상청구권 행사를 위해 필요하거나 기타 정당한 이유가 있는 경우로서 범죄의 성질, 심리상황 및 기타 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 때에는 열람·등사를 허가할 수 있다(범죄피해자보호법 제3조)

바. 피해자참가제도(형사소송법)

1) 살인죄, 성폭력범죄 등의 일부 범죄에 대하여 피해자참가제도가 인정된다(제316조의33 제1항). 피해자 등으로부터 참가신청이 있는 경우 법원은 범죄의 성질·피고인과의 관계 및 그 외의 사정을 고려하여 상당하다고 인정될 때 결정으로 절차참가를 허락한다(제316조의33). 참가가 허락된 피해자 등은 피해자참가인으로서 법률에 규정된 권한을 행사할 수 있다(제316조의34 이하).

2) 출석권 및 검사에 대한 의견진술권 : 피해자 또는 그 변호인은 공판기일 및 증인신문 또는 검증이 행해지는 공판준비기일에 출석할 수 있다(제316조의34 제1항, 제5항). 다만 법원은 심리상황·피해자참가인의 수 및 그 외 사정을 고려하여 상당하고 인정되지 않을 때에는 공판기일 전부 또는 일부의 출석을 허락하지 않을 수 있다(제316조의34 제3항). 피해자참가인 등은 검사에 대하여 당해 사건에 대한 형사소송법의 규정에 의한 권한행사에 관하여 의견을 진술할 수 있고, 이 경우 검사는 당해 권한을 행사 또는 행사하지 않을 때에는 필요에 따라 의견을 진술한 자에 대하여 그 이유를 설명하여야 한다(제316조의35).

3) 증인신문권 : 법원은 증인을 신문하는 경우 피해자참가인 등으로부터 증인신문신청이 있는 때에는 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고 심리상황·신청내용·신청인의 수 및 기타 사정을 고려하여 상당하다고 인정될 때 정상에 관한 사항에 관하여 증인의 진술에 대한 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항에 대하여 신청인에게 증인신문을 허락하여야 한다(제316조의36 제1항). 증인신문신청은 검사의 신문 종료 후 신문사항을 명확히 하여 검사에게 하여야 하고 이 경우 검사는 신청된 신문사항 중 검사가 이미 신문한 사항을 제외하고 의견을 첨부하여 그 신청을 법원에 통지하여야 한다(제316조의36 제2항).

4) 피고인에 대한 질문권 : 피해자참가인은 의견진술을 위하여 필요한 경우에 피고인에 대해 질문을 할 수 있다. 법원은 피해자참가인 등으로부터 피고인에 대한 질문의 신청이 있는 때에는 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 피해자참가인 등의 의견진술을 위하여 필요하다고 인정된 경우로서 상당하다고 인정되면 이를 허가하여야 한다(제316조의37 제1항).

5) 공판기일에서의 의견진술권 : 법원은 피해자참가인 등으로부터 사실 또는 법률의 적용에 대하여 의견진술의 신청이 있는 경우 상당하다고 인정되는 때에는 공판기일에서 검사의 의견진술 후 소인(공소사실)으로서 특정된 사실의 범위 내에서 신청인에게 의견진술을 허락하여야 한다(제316조의38 제1항).

사. 열람등사권

일본 형사소송법 제40조 제1항은, “변호인은 공소의 제기 후에는 재판소에서 소송에 관한 서류 및 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다. 다만 증거물의 등사에 관하여는 재판장의 허가를 받아야 한다.”고 규정하여, 열람・등사권을 변호인의 고유권의 하나로 규정함으로써 피고인에게는 열람・등사권을 인정하지 않고 있다. 그 이유는 피고인 본인의 경우 기록을 오손・파괴할 우려가 있기 때문이라고 한다.

아. 합의, 공탁

세계여성법관회의에서 만난 한 일본 판사에 의하면, 일본에서도 합의와 공탁은 매우 중요한 양형요소로 다루어진다. 검사는 강간죄로 기소하면서 피해자의 정보를 담고 있는 원본 조서 등 서류 대신 검은 잉크로 피해자의 신상정보를 지운 복사본을 증거로 제출한다. 합의를 원하는 경우에는 피고인의 변호인이 검사에게 피해자의 신상정보를 요구하고, 검사는 변호인만 볼 수 있다는 조건을 붙여 피해자의 신상정보를 제공할 수 있다. 법정 밖에서의 합의에 실패하면 변호인이 증거에 부동의하여 피해자를 공개법정에 증인으로 세워야 할 경우가 발생하므로, 이를 원치 않는 검사는 되도록 위와 같이 변호인에게 피해자의 신상정보를 제공하기를 원한다.

합의가 결렬되어 검사가 피해자를 증인으로 부르는 경우에는 그 전에 피해자의 신상정보를 공개해야 한다(일본 형사소송법 제299조).

최근에는 시민 심판원제도(saiba i)의 시행으로 변화의 징조가 보이고 있다고 한다. 시민 심판원들은 법관들과 달리 합의나 공탁을 큰 비중으로 고려하지 않는다는 것이다.

토 론 7

법률조력인 제도 운영 관련

박지영 (법무부 여성아동정책팀장 검사)

법률조력인 제도는 당초 법무부에서 13세 미만 아동 및 장애인에 대한 전문적인
법률지원을 목적으로 피해자 등에 법률조력인의 조력을 받을 권리와 그 신청권을 부여하고, 법률조력인에게 수사 및 재판과정에 직접 참여하여 의견을 진술하고, 증인 신문 등에 참여할 수 있는 권한 등을 부여하는 방식으로 논의되어 '성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법'(이하 '성폭법'이라 한다) 개정안을 마련, 입법예고와 관계부처 등의 의견조회까지 거친 바 있다.

그러나, 위 부처 의견 조회 중인 지난 9. 15. 의원입법으로 '아동·청소년의 성보호에 관한 법률'(이하 '아청법'이라 한다)이 개정되면서 변호인 선임 특례 규정 형식으로 19세 미만 아동·청소년에 대한 형사절차상의 법률적 조력 지원을 위한 검사의 국선변호인 제도 규정이 신설됨에 따라 법률조력인 제도 운영의 일부 수정이 불가피하게 되었다.

이에 법무부에서는 보호가 필요하나 아청법에서 배제된 장애인에 대한 법률조력인의 지원을 규정하면서 법률간의 통일을 위해 부 이 '아청법'을 준용하는 방식의 수정 개정안을 마련 2011. 10. 28. 국회에 제출[143]하였다.

143) 현재 장애인 대책 특별위원회에 회부되어 있으나, 위원회가 아직도 구성되지 않아 장애인 보호를 위한 법률 개정에 애로

하지만, 아청법에서 정하고 있는 국선변호인은 성폭력 피해자에 대한 형사절차상의 법률적 조력 지원으로 당초 법무부에서 추진한 법률조력인과 그 제도 취지를 같이 하고 있어 법률규정의 다소 모호한 부분은 시행 법령의 제정 및 제도 운영 과정에서 보완해 나갈 필요가 있을 것으로 보인다.

이에 이와 관련한 ① 발제자의 법률조력인 제도 운영상의 우려, ② 법률조력인 제도 활성화를 위한 체계확립 등을 중심으로 논의하기로 한다.

1. 발제 관련 (법률조력인 제도 운영상의 우려 점을 중심으로)

1) 법률조력인 예정자 명부의 작성 및 교육

당초 법무부 성폭법 개정안에는 법률조력인 예정자 명부 작성을 명문화하고, 그들에 대한 교육을 의무화하였으나, 아청법과 이를 준용한 성폭법 개정안에는 관련 규정이 없다.

하지만, 법률조력인 예정자 명부의 작성 및 교육 부분은 검사의 국선변호인 지정과 관련한 제도 운용상의 문제로 그 시행 법령에서 충분히 규정할 수 있을 것으로 보인다.

현재 아청법 시행령은 여성가족부에서 마련 중에 있으나, 검사의 국선변호인 지정에 관한 부분은 수사과정상의 문제로 시행령에서 직접 규정하기보다 법무부령에의 위임을 통해 제정함이 상당하고, 현재 법무부는 이를 위해 여가부와 협의 중에 있다.

여가부와 협의가 마무리 되면 관련 부분에 대한 법무부령 제정 시 당초 법무부 성폭법 개정안 취지와 같이 법률조력인 예정자 명부를 작성하고, 법률조력인 예정자를 상대로 교육을 실시하는 내용을 규정하고자 한다.

우선, 법률조력인 예정자 명부와 관련, 법무부에서는 대한변협이나 지방변협, 법률구조공단 등의 추천을 받거나 법률조력인으로 활동하기에 상당

하다고 판단되는 자를 선정하여 예정자 명부를 작성하고, 그 과정에서 현재 성폭력 피해자 등을 상대로 상담활동을 하고 있는 상담소들의 의견도 적극 반영할 방법을 모색 중에 있다.

또한, 교육의 경우 법률조력인은 피해자와의 신뢰관계 형성이 무엇보다도 중요한 점을 감안, 피해자들의 특성, 그들과의 소통방안, 그들에 필요한 법률조력인의 지원 방향성에 대한 교육을 실시하고, 그 교육을 받은 자들이 법률조력에 나갈 수 있도록 할 예정이다.

변호사들의 경우 교육 시간 확보가 가장 관건인 점을 감안하여, 현재 대한변협과 법무부가 직무교육에 대해 논의 중에 있으며, 논의가 마무리되면 바로 내년 시행 전에 교육을 실시할 예정[144]에 있다.

특히, 교육 내용의 충실성을 기하고자 지적장애인과 아동을 분류하여 연구용역도 검토 중에 있다.
피해자에 대한 국선변호인 제도는 건국 이래 최초의 제도인 만큼, 시행 오가 발생하지 않도록 부령 제정과정에서 직접 피해자들과 대면하는 실무진(성폭력 전담검사, 상담소 관계자, 원스톱 지원센터 종사자 등)들의 의견을 적극 반영할 예정이다.

2) 법률조력인 권한 관련

당초 법무부 성폭법 개정안과 달리, 아청법의 경우 법률조력인의 권한이 모호하게 규정된 것이 사실이다.

법률조력인에게 수사기관에의 출석권, 공판절차 출석권만 규정할 뿐 출석하여 무엇을 할 수 있는지에 대해 아무런 규정이 없어 이는 제도 운영과정에서 다소 논란의 소지가 있을 것으로 예상된다.

입법자들의 입법 취지를 고려할 때 법률조력인이 위 규정을 통해 수사나 공판과정에 출석하여 그 과정에 참여하면서 의견을 진술하거나 증인신문

144) 2012. 1.- 2.중에 몇 개 그룹으로 나누어 대한변협 등과 교육 실시 예정

과정에 참여하여 이의를 제기하는 것도 상정하였을 것으로 추론되나, 명문화 되지 않은 점은 다소 아쉬운 점이다.

이에 수사과정에서는 검찰 내부 지침 등을 통해 법률조력인이 수사과정에 참여하여 의견을 진술할 수 있도록 하는 것도 검토 중에 있다.

공판 절차에 있어서는 재판운용 과정에서 구체화될 것으로 보이나, 추후 법 개정을 통해 명확화 할 필요가 있을 것으로 보인다.

2. 법률조력인 제도 활성화를 체계 확립

1) 법률조력인에 대한 평가 체계 확립

법률조력인이 피해자의 권익을 보호할 수 있도록 법률조력인에 대해 평가도 강화할 예정이다.

조력 과정에서 문제가 발생하거나 피해자의 권익을 침해한 법률조력인은 예정자 명부에서 제외하고, 변호사 윤리 등에 어긋날 경우 협회 등에 관련 평가 자료를 통보하여 징계 등의 처분 시에 반영하도록 할 예정이다.

이는 피해자의 권익 보호를 위한 법률조력인 제도가 또 하나의 권력이 되는 것을 방지하기 위한 것이다.

2) 민간 상담소의 적극적 지원 요청

현재 성폭력의 경우 민간 상담소들의 활동이 어떤 단체들보다 내실있고, 활발한 것이 사실이다.

그들의 역할이 우리 법률의 변화를 이끌었다 해도 과언이 아닐 것이다. 법률조력인 제도가 제대로 운영되기 위해서 그들의 협력이 필요한 이유이다.

현재 상담소에서 성폭력 피해자들의 상담 후 형사적 조언을 위해 여가부 예산을 통해 변호사 선임을 지원해 주고 있다.

그러나, 법률조력인 제도가 시행됨에 따라 형사절차적 지원에 있어서는 법률조력인 제도로 대체되어야 할 것이다.

법률조력인은 기존의 사선 비용의 보전이 아닌 국선변호 개념일 뿐 아니라 검사의 지정 절차를 통해 수사기관과 직접 연결할 수 있는 채널을 확보할 수 있어 피해자 지원에 훨씬 더 효율적 역할을 할 것으로 예상된다.

아청법 및 '성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률'상 성폭력행위자에 대한 고소와 피해배상청구 등에 있어 법률구조공단 등 관계기관에 필요한 협조 및 지원 요청을 할 수 있다는 취지에 따라, 상담소에서 바로 검사에 성폭력 피해자에 대한 지원을 요청하면 검사가 법률조력인 지정할 수 있도록 함으로써 성폭력 피해자를 위한 형사적 지원에 있어서는 그 체계를 단일화하여 피해자 지원을 보다 내실화 할 수 있다.

이에 향후 검사의 국선변호인 지정에 관한 법무부령 제정 시 관련 규정의 신설도 검토 중에 있다.

3) 사법경찰관의 적극적 협조

성폭력 사건 피해자 조사에 대한 가장 이상적인 모델은 경찰 단계에서의 1회 조사이다.

그러기 위해서는 경찰 단계에서의 수사가 완변하게 이루어 질 수 있도록 관계자들의 협조가 절실하고, 법률조력인도 그 단계에서 제 역할을 하는 것이 필요하다 할 것이다.

따라서, 법률조력인이 지정되어 제 역할을 하기 위해서는 사법경찰관의 협조가 필수적이다.
성폭력범죄 피해자 조사지침상 성폭력 피해자가 13세 미만 아동 및 장애

인의 경우 사건접수 즉시 검사에 보고하여 지휘를 받도록 하고 있다.

하지만, 현실은 피해자에 대한 조사 후 피의자 신병 단계에서 지휘가 이루어지는 것이 대부분이다.

그러나, 이제 법률조력인 제도가 시행될 경우에는 사법경찰관 조사 단계에서 법률조력인이 참여할 수 있도록 사건 접수와 동시에 검사에 보고하지 않으면 안된다.

사법경찰관은 증거 보전 등을 위해 급박한 사정이 없는 한, 법률조력인 지원 요청에 대한 피해자의 의사를 확인하여 검사에 보고하고, 검사가 지체없이 피해자를 위한 법률조력인을 지정, 사법경찰관의 피해자 조사에 참여하도록 하여야 한다.

사법경찰관의 피해자 조사 시 법률조력인이 출석하여 참여할 때 피해자 조사를 최소화할 수 있다.

사법경찰관에 대한 피해자 조사 이후 국선변호인 지정이 이루어질 경우 법률조력인의 제 역할을 기대하기 어렵다.

이에 성폭력 사건의 경우에는 지금의 체계는 버리고 완전히 변화된 체계로 검·경이 하나가 되어 피해자 보호를 위한 시스템으로 변경되어야 할 것이다.

4) 서울중앙지방법의 증인 후견인 제도와 관계

최근 서울중앙지방법원에서 국내 첫 '성폭력 증인 보호 프로그램' 도입에 대해 발표한바 있다.

그러나, 증인 후견인은 사실상 법률조력인의 재판상의 역할로 별도의 제도 도입이 필요한지 의문이다.

증인 후견인은 피해자에 대해 재판절차를 안내하고, 심리상담과 함께 증

인신문 등에 참여하는 것을 그 골자로 하고 있다.

이는 법률조력인의 피해자에 대한 형사절차상의 지원과 다를 바가 없다.

그럼에도 불구하고 별도 증인 후견인을 두는 것은 제도 과잉이 아닌가라는 생각이 든다.

성폭력 피해자에 대한 지원이 필요한 것은 사실이나 자칫 성폭력 피해자에 대해 과도한 지원이 오히려 피해를 야기할 수 있음도 한번 고려해 볼 필요가 있다.

법률로 법률조력인 제도가 신설된 이상 이 제도를 효율적으로 운영하는 방안을 모색했으면 하는 바램이다.

감사합니다.