

2013
성폭력피해자
재판동행
매뉴얼

막무가내로 달려가는 성폭력피해자 재판동행 지원단



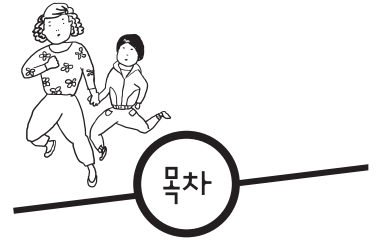
한국여성민우회 성폭력상담소

발행 한국여성민우회 성폭력상담소 발행인 이임혜경 발행일 2013.5.31 만든지 너굴, 달개비, 모후아, 썸, 오이 디자인 디자인이즈
발행처 서울 마포구 성산동 249-10 시민공간 나루 3층 전화 사무 02-739-8858 상담 02-335-1858 팩스 02-736-5766

본 책자는 2013 막무가내로 달려가는 재판동행 지원단 교육 자료로 제작되었습니다.



성폭력피해자 재판동행 지원사업은 성주재단이 후원합니다.



들어가며	_ 4
01 _ 성폭력 피해자 재판동행 지원을 위한 지침	
동행지원을 하기 전! 나 점검하기	_ 8
재판 방청, 이것이 궁금하다!	_ 9
성폭력 사건의 법적해결과정에서 알아두면 좋은 기관 정보	_ 11
2013 막무가내로 달려가는 재판동행 지원단 활동 안내	_ 12
02 _ 성폭력 재판 과정에서의 피해자 권리 체크리스트	
재판동행 지원단용 체크리스트	_ 16
피해자용 체크리스트	_ 18
03 _ 성폭력 피해자 수사·재판 동행 지원자를 위한 성폭력 관련 법 이해	
형법상 강간죄 법해석의 한계와 가능성	_ 22
형사사법절차에서의 성폭력 피해자 권리	_ 55
부록	
성폭력 사건의 법적 절차	_ 74
수사·재판 시 성폭력피해자의 권리 관련법	_ 81
색인	_ 89

들어가며

성폭력 피해의 치유와 회복은 성폭력에 대한 가족 및 주변 사람들의 반응, 상담자 및 수사·재판 관계자(경찰, 검사, 판사)의 태도 및 접근방법, 사회적 분위기에 따라 영향을 받는다. 따라서 수사·재판 과정에서 성폭력사건을 둘러싼 사회적 시선이나 피해자를 대하는 태도는 피해자의 회복과 직결되는 중요한 과정 중의 하나이다.

하지만 상담을 통해 만나는 피해자들 중에는 법적 과정을 선택한 것을 후회하거나 심지어 고소 취하하는 사례들이 있다. 특히 법정 증언을 요청받은 피해자들은 검사, 변호사, 판사 심지어 가해자까지 있는 공간에서 사건에 대한 기억을 다시 떠올리며 증언을 한다는 것에 대한 막막함과 불안을 호소하는 경우가 많다. 수사·재판 관계자들의 성폭력에 대한 왜곡된 인식이나 편견을 피해자들이 경험하는 일이 잦기 때문이다. ‘왜 가해자와 만났는지’, ‘늦은 시간에 왜 가해자와 함께 있었는지’ 등 성폭력사건을 피해자의 탓으로 돌리는 2차 피해를 여전히 경험하는 피해자들이 있고, 피해자의 권리인 증언이 수사·재판 과정에서는 권리가 아닌 가능하면 피하고 싶은 일이 되어버린다.

이런 문제를 개선하기 위해 최근 몇 년간 법률개정을 거치면서 수사·재판 과정에서 피해자의 권리를 보장하기 위한 많은 제도들이 생겨나고 있다. 이러한 ‘변화’는 반성폭력운동의 성과이기도 하다. 이 제도의 변화가 현장에서 실행되며 피해자에게도 ‘권리’로 다가오느냐를 계속 점검하는 실천이 필요하다. 이에 한국여성민우회 성폭력상담소는 <2013 막무가내로 달려가는 성폭력피해자 재판동행 지원단> 활동을 기획했다. 성폭력피해자 재판동행 지원단은 피해자를 지지할 뿐만 아니라 변화된 제도들이 실제로 적용되고 있는지, 또 다른 문제가 없는지 함께 살핀다. 그리고 피해자의 법적 권리가 제대로 행사될 수 있는 실질적 환경을 만들어 나가는 것을 목표로 2013년을 달린다.

Tip

- * **피해자**: 불법행위 또는 범죄에 의하여 손해를 입은 자.
피해자는 수사단계에서는 참고인이 되고 공판단계에서는 증인이 된다.
- * **2차 피해**: 1차 피해가 가해자에 의한 직접적인 피해라고 하면 2차 피해는 성폭력 사건을 둘러싼 사회적 시선이나 피해를 대하는 태도로 인해 피해자에게 또 다른 피해를 주는 것이다. 예를 들면 피해자의 행동이나 옷차림을 문제 삼아 피해자에게 책임을 묻는 것, 성폭력 사건의 수사·재판 시 피해자의 과거 성경험 등 불필요한 질문을 함으로써 질책하거나 혐의를 종용하는 것 등이다.

memo

A series of horizontal dashed lines for writing, with a solid black line separating the top and bottom sections.



01

성폭력피해자
재판동행 지원_{프로그램}을 위한
지침

동행 지원을 하기 전! 나 점검하기

- 남성 중심적 성문화에 익숙한 나의 귀를 씻어낸다.
 - 남성사회의 기준에 맞춰 성폭력 피해의 경중을 판단하지 않는다.
 - 성폭력의 책임은 가해자에게 있다.
 - 성폭력은 순결이나 정조의 문제가 아니다.
 - 피해자의 시각으로 사건을 보고 피해자의 서사에 귀 기울인다.
- 성폭력 피해자와 가해자에 대한 고정된 이미지를 깬다.
 - 가해자는 정신이상자, 변태, 괴물이 아니라 일상생활을 잘하고 있는 평범한 사람이 대부분이다.
 - 피해자는 영혼이 파괴된 불쌍한 사람이 아니다.
 - 피해자는 스스로 문제를 해결해 나갈 수 있는 힘이 있고 변화하는 주체이다.
- 성폭력은 개인의 문제가 아니라 사회가 함께 해결해야하는 문제이다.
 - 왜곡된 성문화, 성의식에 대한 통념이 성폭력을 조장하거나, 성폭력 사건 해결에 있어서 걸림돌이 된다.
 - 성폭력 예방을 위해서는 사회의 성문화 변화, 즉 사회 구조적 문제를 드러내고 변화시킬 때 가능하다.

재판 방청, 이것이 궁금하다!

◎ 재판 방청 절차

- 1 재판이 열리는 법원과 법정을 확인한다.
- 2 법정에 입장한다.
: 법정에 입장하기 전 특별한 절차는 없고 자유롭게 출입이 가능하다(사회적으로 이슈가 되는 사건의 경우 간혹 금속탐지기 검사를 하는 경우가 있기도 하지만 대부분의 재판은 자유롭게 출입한다).
- 3 재판 시작 전 판사가 법정에 들어서면 기립했다가 착석한다.
- 4 법정분위기나 재판과정, 그리고 재판관계자의 진술 등을 필기 또는 스케치하면서 방청한다.

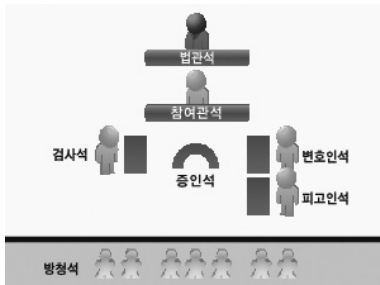
◎ 재판 방청 주의 사항

- 1 법정에 입장하기 전 휴대전화의 전원을 반드시 끈다.
- 2 재판관계자의 말 또는 진술에 대해 지나치게 큰 소리로 웃지 않는다.
- 3 피고인¹⁾, 피고인 변호사가 가해사실을 부인하는 등 뻔뻔한 모습을 보일 때 분노가 치밀어 오를 수 있지만 옆 사람과의 큰 소리 대화는 자제한다.
- 4 입정과 퇴정은 자유롭게만 급한 경우가 아니라면 가급적 꾸준히 자리를 지킨다.
- 5 다리를 꼬거나 팔짱을 끼는 자세를 지적당하는 경우가 종종 있다.
- 6 법정 내에서의 사진촬영이나 녹음은 금지되어 있지만 필기는 가능하다.
- 7 법정의 보안을 담당하는 법정경위의 안내를 숙지한다.

1) 형사사건에 관하여 형사책임을 져야 할 자로 공소가 제기된 자, 또는 제기된 것으로 취급된 자

◎ 재판 방청 팁

- ① 법정 분위기를 상상할 때 떠오르는 것은 드라마에서 검사와 변호사가 논쟁을 하는 이미지이다. 하지만 드라마와 현실은 다르다. 첫 번째 재판은 피고인의 신원확인 및 재판일정을 잡고 10분 만에 끝나거나 증인이 출석하지 않아 예상보다 빨리 끝날 수도 있다. 피고인 측이 재판을 연기해 재판이 취소되는 경우도 있으므로 재판 방청을 하기 전에 반드시 재판일정을 확인하는 것이 좋다.
- ② 피해자가 증인으로 출석하는 재판은 증인신문을 하기 때문에 피해자뿐만 아니라 사건 관련 목격자, 피고인의 증인들의 신문도 함께 하는 경우가 많다. 짧게는 1시간에서 길게는 2,3시간이 소요되기도 한다.
- ③ 국민참여재판의 경우에는 하루 종일 재판이 진행된다.



〈법정 배치도〉



〈국민참여재판 법정 배치도〉

참고

법관석 : 단독재판부는 판사 한명, 합의재판부는 판사 세 명이 배석한다.
참여관석 : 법정에서의 진술 속기, 증거 관리 등을 하는 실무관이 배석한다.
검사석 : 공판검사가 배석한다. 대부분의 사건은 배석검사가 1명이지만, 2명이 배석하는 경우도 있다.
변호인석 : 피고인 변호인이 배석한다.
피고인석 : 피고인이 배석한다.
증인석 : 피해자, 사건의 목격자 등의 증인이 배석한다. 피해자 보호를 위해 증인석과 피고인석 사이에 차폐시설을 설치하거나 영상중계장치를 이용해 증언을 할 수 있다.
배심원석 : 국민참여재판의 경우 검사석 옆쪽에 배심원들이 배석한다.

성폭력 사건의 법적 해결 과정에서 알아두면 좋은 기관 정보

기관명	연락처	하는 일
경찰청	국번 없이 112	성폭력 사건의 신고 및 고소 접수
검찰청	국번 없이 1301	성폭력 사건의 신고 및 고소 접수
	피해자지원실 국번 없이 1301-95	성폭력 사건의 공소제기여부, 공판일시·장소, 재판 증인 신청, 법정동행재판결과, 피의자의 구속·석방 여부, 형 집행상황, 보호관찰 집행상황 등의 정보 제공
	민원실	공소장 사본 발급
교정본부	분류처우팀 02-2110-3601	가해자의 가석방 심사 시 피해자는 교정당국에 의견 제시 가능
법원	민원실	재판을 기재한 조서의 등본 또는 초본 교부 신청
	대법원 홈페이지	법령과 판례요지 검색 진행 중인 재판 진행상황 검색 (나의 사건검색에서 사건번호, 당사자 이름 입력)
대한법률구조공단	국번 없이 132	무료 소송대리(손해배상명령신청 ² , 범죄피해구조금 신청)
범죄피해자 지원센터	국번 없이 1577-1295	강력범죄에 대한 상담, 범죄현장에서의 피해자보호, 병원 후송, 가족 등 보호자 연락, 범죄현장정리, 이사비용 등 경 제지원, 의료지원, 법정 동행

2) 형사재판 1심 또는 2심에서 법원이 유죄판결을 선도할 경우 범죄행위로 인해 발생한 직접적인 물적 피해 및 치료비 등 손해배상을 명하거나 피고인과 피해자 사이에 합의된 손해배상액에 관해 배상을 명하는 제도

2013 막무가내로 달려가는 재판동행 지원단 활동

● 재판동행 지원단 활동 전체 흐름도

지원단 교육이수 → 지원단 명단 등재 → 피해자의 재판 동행 신청 →
지원단의 동행 일정 조율 → 동행 명단 확정 → 해당 법원 집합 → 매뉴얼
점검 후 법원 입장 → 재판 방청 → 체크리스트 작성 → 재판 끝난 후 소감
나누기 → 후기 작성 → 워크숍 → 재판부 개선사항 제안 → 해소식

● 지원단 활동기간 : 2013년 5월~10월

● 지원단 활동 방법 : 성폭력피해자의 재판동행 요청이 접수되면 상담소에 지원단에게 동행가능 여부를 묻는 전화를 한다. 재판 일정이 맞는 지원단과 상담소 활동가가 함께 재판에 동행한다. 재판은 평일 오전9시에서 오후 6시 사이에 진행된다.

● 지원단이 하는 활동

- ① 성폭력피해자의 재판에 동행한다. 자신을 지지하는 누군가가 법정에 동행하는 것으로 막막함과 두려움의 크기가 작아지며, 마음의 안정을 찾는데 도움이 될 수 있다.
- ② 재판 방청을 통해 재판과정에서 판사, 변호사 등 재판 관계자가 성폭력에 대한 대해 잘못된 통념에 근거한 부적절한 질문을 하지는 않는지, 법정 분위기는 피해자에게 위협적이지 않았는지 체크리스트를 작성한다.
- ③ 가해자의 잘못된 주장을 반박하고 자신(피해자)의 상황을 진술할 수 있는 힘과 방법 등을 함께 모색함으로써 피해자가 '해결하는 주체'가 될 수 있도록 조력한다.
- ④ 재판 방청을 마친 후 체크리스트를 공유한다. 축적된 체크리스트와 의견을 정리해 법원에 제출하여 재판과정에서 피해자에 대한 2차 피해 등의 인권침해가 재발하지 않도록 변화를 요구한다.

● 성폭력피해자의 재판동행 요청 절차

동행 요청서 접수 ➡ 상황 파악을 위한 상담 ➡ 지원단 활동 안내 ➡ 동행할 지원단 인원 조율 ➡ 재판 동행 ➡ 평가

● 재판동행 가능 요건

① 동행 가능 법원 : 서울지역(동부, 남부, 중앙, 북부, 서부)법원

② 동행 가능 사건 : 형법·성폭력범죄특례법·아동청소년성보호법 등 성폭력사건

③ 동행 가능 기간 : 2013년 6월~10월

① ② ③에 모두 해당되고, 재판의 증인으로 출석하거나 재판방청을 원하는 피해자라면 누구든 재판동행 요청을 할 수 있다.

memo

A series of horizontal dashed lines for writing, with a prominent solid black line separating the upper and lower sections of the page.



02

성폭력
재판 과정에서의
피해자 권리
체크리스트

재판동행 지원단용 체크리스트

사건번호			
피해유형			
피해자특성	장애(유형:) / 외국인 / 이주노동자 / 미성년 / 기타()		
담당 재판부		담당판사 이름 :	
기 일	차	공개여부	(공개 / 비공개)
체크리스트 작성자			

● 체크리스트

내용	예	아니오	비고
1. 재판 진행 중에 피해자의 인적사항(이름, 거주지, 주민등록번호 등)이 노출되지 않도록 노력을 하였나요? [예시] 가명 사용 등			
2. 피고인, 그 친족(지인 등)이 피해자, 피해자의 친족(지인 등)에게 직접 접근을 시도하거나 연락 하지 않을 것에 대한 주의를 주었나요? [예시] - 연락을 시도하는 것만으로도 피해자에게는 압력, 위협이 될 수 있으므로 의견이 있을 경우에는 담당변호사, 검사를 통해 전달하도록 주의 - 합의에 대한 의견은 담당변호사, 검사를 통해 전달하도록 주의를 주는 등			
3. 피해자, 피해자의 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우 일정 기간 동안 신변안전을 위하여 필요한 조치를 하였나요? [예시] 접근금지 명령 등			
4. 법원 내 피해자 자원과 관련된 안내문이 비치되어 있었나요?			

■ 피해자가 증인으로 출석하였을 경우

내용		예	아니오	비고
1. 해당사건과 무관하거나 불필요한 질문을 하였나요? - 잘못된 통념에 근거한 부적절한 질문 - 피해자가 죄책감을 느끼도록 하는 질문 - 과거 다른 사람과의 성적 경험, 품행, 직업 등에 대한 질문 등 [예시] “왜 2차에 갔는가?, 왜 바로 신고하지 않았는가?, 그 당시 왜 저항하지 않았나?, 동의한 것 아닌가?” 등의 질문이 맥락상 증언의 신빙성, 사건의 정황을 파악하기 위함이 아니라 피해자의 증언을 의심하거나 공격하는 질문으로 사용될 경우 체크	판사			
	검사			
	변호사			
2. 피고인의 변호사가 해당사건과 무관하거나 불필요한 반복 질문을 하였을 시 담당판사가 적절하게 제지하였나요? [예시] “그런 부분은 이 재판부에서 판단하겠다. 기억이 안 난다고 하는 증인에게 확인하려하지 말라”				
3. 재판과정에서 피해자의 인격 보호를 위한 노력을 하였나요? - 피해자에게 반말을 하였는지 여부 - 추궁하거나 위협적인 태도를 보였는지 여부	판사			
	검사			
	변호사			
4. 공판과정에서 피해자(증인)의 진술권이 잘 보장되었다고 생각되나요?				

◎ 재판부에서 개선되어야 할 부분에 대한 의견

피해자용 체크리스트

사건번호			
피해유형			
피해자특성	장애(유형:) / 외국인 / 이주노동자 / 미성년 / 기타()		
담당 재판부		담당판사 이름 :	
기 일	차	공개여부	(공개 / 비공개)
체크리스트 작성자			

● 체크리스트

내용	예	아니오	비고
1. 증인지원제도와 관련된 아래와 같은 내용에 대한 상세한 안내를 받았나요?			
- 증인지원시설에 대한 정보를 제공받았나요?			
- 비공개심리 신청, 피고인 퇴정요구, 차폐시설 사용, 증계 장치를 통한 증언에 대한 정보를 제공받았나요?			
- 신뢰관계인 동석가능에 대한 정보를 제공 받았나요?			
- 편안한 상태에서 진술을 할 수 있는 환경이었나요?			
2. 해당사건과 무관하거나 불필요한 질문을 하였나요?			
- 잘못된 통념에 근거한 부적절한 질문	판사		
- 피해자가 죄책감을 느끼도록 하는 질문	검사		
- 과거사생활, 품행, 직업 등에 대한 질문 등 [예시] “왜 2차에 갔는가?, 왜 바로 신고하지 않았는가?, 그 당시 왜 저항하지 않았나? 동의한 것 아닌가?” 등의 질문이 맥락상 증언의 신빙성, 사건의 정황을 파악하기 위함이 아니라 피해자의 증언을 의심하거나 공격하는 질문으로 사용될 경우 체크	변호사		

memo

A series of horizontal dashed lines for writing, with a prominent solid black line separating the upper and lower sections of the page.



03

성폭력 피해자

수사·재판

동행 지원자를 위한

성폭력 관련 법

이해

형법상 강간죄 법해석의 한계와 가능성¹

장다혜 _ 서울대학교 법학박사

시작하며

처음 만난 택시 운전기사를 따라 모텔로 가 저항 한 번 하지 못한 채 강간을 당한 여자 미군이 그 운전기사를 강간죄로 고소했을 때, 법원은 강간죄를 인정했습니다. 인터넷으로 온라인 채팅을 통해 친해진 남자를 만나 술을 마시다가 모텔로 가 미친 듯이 저항해 상해만 입고 강간을 피한 여자가 그 남자를 강간 미수로 고소했을 때, 법원은 상해죄만 인정했습니다. 과연 법원이 강간죄를 판단하는 기준은 무엇일까요? 우리 형법에서 강간죄는 폭행 또는 협박으로 저항을 억압하고 강제로 성교를 한 행위를 처벌하는데, 그때 강간죄를 성립하게 하는 폭행이나 협박은 어떤 것일까요? 어느 정도 저항해야 법원에서 강간죄로 인정될까요? 폭행이나 협박의 정도를 판단하는데 법원이 고려하는 것은 무엇일까요? 그것이 일반인의 상식이나 이른바 ‘경험칙’에 비춰볼 때 합리적일까요?

1) 장임다혜(2009), “성폭력 법담론 - 합리적 법해석과 입법적 해결을 위하여,” 『성폭력에 맞서다: 사례 담론 전망』, 서울:한울아카데미의 일부 수정본입니다.

여기에서는 우리 형법상 강간죄가 무엇인지, 법원이 강간죄를 현재 어떻게 해석하고 적용하는지를 세밀하게 살펴보고, 법원의 판단이 합리적인지, 합리적이지 않다면 무엇이 변화되어야 하는지를 함께 고민해보고자 합니다. 사실 법으로 규정된 범죄 구성요건에 따라 이해되는 ‘강간죄’와 실제 우리가 살고 있는 사회에서 인식되는 ‘강간’의 괴리는 매우 큽니다. 간단하게 말하자면, 대부분의 사람들이 ‘강간’이라고 믿어 의심치 않는 사건들이 법정으로 가면 ‘강간’으로 인정되지 못하는 일이 비일비재합니다. 나중에 무고죄로 기소되어 재판관 앞에 선 강간 피해(를 주장하는)자가 울면서 “정말 강간이라고 생각했어요”라고 고백하는 일이 낯선 풍경만은 아닙니다.

본인의 의사에 반해 일어난 강제적 성행위가 모두 법에서의 ‘강간죄’로 인정되지 못하는 데는 여러 가지 이유가 있습니다. 우선 강간죄의 법적 특성 때문입니다. 형법상 강간죄는 다양한 범위의 강제적 성행위를 모두 포괄하지 않습니다. 한국에서 강간죄는 살인, 강도, 방화 등과 함께 강력 범죄로 분류되며, 이 중 강도죄와 법정형이 같습니다. 즉, 형법에 의해 처벌되는 강간죄는 이른바 극악한 경우의 강간 행위만을 대상으로 합니다. 강간죄는 형법전에 기술된 강간죄의 규정에 따라 ‘폭행 또는 협박’이라는 구성요건적 행위에 의해 제한되며, 법원이 과거의 판례를 바탕으로 적용하는 ‘폭행 또는 협박’에 대한 최협의 해석에 의해 제한됩니다.

다음으로 법관이 수행하는 해석 태도 때문입니다. 앞서 법 규정상 강간죄가 매우 좁은 범위의 강제적 성행위만을 대상으로 한다고 지적했으나, 실제 법의 적용에 있어서 그 범위는 점차 넓어져 왔습니다. 1953년에 대한민국 형

법이 제정된 이래 강간죄 규정은 개정된 바 없으며²⁾, 최협의의 ‘폭행 또는 협박’ 정도를 선택하는 대법원 판례의 태도도 1970년대 이래 명시적인 변화가 없었으나, 실제 사건들의 사실관계에서 ‘폭행 또는 협박’의 요소를 추출하는 사실판단 과정에서는 매우 큰 변화들이 있었습니다. 1967년에 낯선 이에게 구타를 당하고 “칼로 목을 찢러 죽이겠다”라는 위협을 당하며 성행위를 강요당한 사건에서, 법원은 오로지 실제로 흥기가 없었다는 이유로 강간죄의 ‘폭행 또는 협박’에 해당하지 않는다고 판시한 바 있습니다. 그러나 2008년 현재 이러한 판결을 내릴 수 있는 법관은 아무도 없을 것입니다. 이제 법원은 피해자의 저항의사를 억압할 정도의 폭행 또는 협박이 존재했는지 여부를 종합적인 제반 사정을 통해 해석합니다.

그러나 문제는 이 해석 과정에서 법관이 가진 특정한 태도로 인해 현실에서 일어나는 강제적 성행위의 피해를 제대로 인식하지 못하는 상황이 여전히 법원의 강간죄 판결에서 발견된다는 데 있습니다. 이 강의의 첫 부분에서는 이러한 법 현실과 법원의 태도를 이해하기 위해, 형법상 강간죄에 대한 상세한 설명(2절)에 더해 강간죄 판결을 통해 유추할 수 있는 법원의 해석 태도(3절)를 분석해볼 것입니다.

최근 법무부는 특별형법에 의해 규율되는 범죄자 수가 기본법인 형법에 의한 것보다 훨씬 큰 기형적인 법 현실을 교정하기 위해 형법 개정을 추진하고 있습니다. 성폭력 범죄도 형법상 “강간과 추행에 관한 죄”보다 「성폭력특별법」에 의해 처벌되는 경우가 많은 범죄입니다. 이러한 변화의 시기에, 그동

2) 2012년 12월 18일 대대적인 형법상 성폭력 범죄에 대한 개정이 이루어졌다. 이 개정을 통해 제297조 강간죄에서의 객체가 부녀에서 사람으로 확대되었고, 제297조의2가 신설되어 성기삽입 이외의 행위유형이 유사강간으로 포함되었다.

안 여성단체들이 전개해왔던 형법 제32장의 개정 운동을 검토하고 이를 바탕으로 법무부가 진행하는 형법 개정 작업에 적극적으로 개입할 필요가 있습니다. 강의의 두 번째 부분에서는 강간죄가 갖는 법 규정상의 한계를 해결하기 위한 입법론적 해결방안의 하나로 비동의간음죄의 신설 여부에 관한 찬반 논의를 검토할 것입니다(4절). 비동의간음죄와 협의의 폭행·협박에 관한 법 규정에 대한 각각의 입법 방향을 보고, 입증책임의 문제를 고려하며 구체적인 쟁점을 새롭게 구성해보고자 합니다. 성적 자기결정권에 대한 침해를 처벌하고 성폭력 피해자를 보호하기 위해 현행 형법보다 넓은 범위의 강제적 성행위를 규정하는 법을 만들 필요가 있다면 범위를 어느 정도로 넓혀야 할까요? 강제적 성행위를 판단하는 기준을 피해자의 의사에 돌지, 가해자의 행위에 맞출지도 따져봐야 합니다. 이러한 물음에 대한 답을 찾는 과정에서 고민의 결을 좀 더 섬세하게 하기 위해, 마지막으로 이와 관련된 미국 몇몇 주의 강간죄 규정과 판결 내용을 소개할 것입니다.

형법 제297조 강간죄

● 제32장 강간과 추행의 죄³

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

제298조 (강제추행) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행을 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처한다[개정 1995.12.29].

제299조 (준강간 및 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 전 2조의 예에 의한다.

3) 본 논문에서 다루는 형법 규정은 2012년 12월 18일 개정 전의 규정이다.

제301조 (강간 등 상해·치상) 제297조 내지 제300조의 죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

제301조의 2 (강간 등 살인·치사) 제297조 내지 제300조의 죄를 범한 자가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

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

형사적으로 제재를 받는 성범죄의 기초가 되는 법이 이제부터 자세히 설명할 형법 제297조 강간죄입니다. 강간죄가 형법상 성폭력의 가장 기본이 되는 죄라고 말씀드린 이유는 기본법인 형법에서 강간 등 성범죄에 관한 규정이 모여 있는 장인 형법 제32장 “강간과 추행에 관한 죄”에서 가장 먼저 등장하기 때문입니다. 제298조 이하 다른 범죄들은 강간죄의 구성요건을 기본으로 하여 감경되거나 가중되는 구성요건을 가진 범죄입니다. 예를 들어 제298조 강제추행죄의 경우, 성기 삽입의 행위(간음)보다는 불법성이 덜한 성적 수치심을 주는 행위인 추행을 구성요건으로 하여 법률상 정해진 형량이 감경되는 죄입니다. 제299조 준강간 및 준강제추행죄는 강간죄와 비교해볼 때 ‘폭행 또는 협박’ 대신 “심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용”하는 수단의 차이가 있습니다.

이제 강간죄의 구성요건을 살펴보겠습니다. 제297조에서는 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”라고 규정되어 있습니다. 이 추상적인 법 규정을 구체적인 사실관계에 적용하는 것이 법해석이고, 법해석은 그동안 법원에 의해 축적된 판례를 바탕으로 이뤄집니다. 이제부터 이러한 법원의 해석을 통해 현재 적용되고 있는 내용을 바탕으로 강간죄의 구성요건을 설명하겠습니다.

● 강간죄의 대상(객체): 부녀

객체를 부녀로 정한 강간죄 규정이 강간의 대상을 여성으로 지칭한다는 점은 분명해 보이나, 여기에도 해석상 논란의 여지가 있었습니다. 과거 제32장이 “정조에 관한 죄”라는 제목이었을 때, 이 ‘부녀’가 기혼인지 미혼인지, 어린아이나 노인 여성도 포함되는 것인지 등 의견이 분분했지만, 현재 부녀일 때는 혼인 여부나 성년·미성년을 묻지 않는 것으로 정립되어 있습니다.

하지만 여기에서 문제가 되는 것이 바로 아내강간입니다. 명문상으로 부녀에는 ‘법률상의 처’가 제외된다는 규정이 없고, 해석상으로 부녀인 경우 혼인 여부를 불문한다고 확립되어 있는데도 실질적인 혼인 상태를 유지하고 있는 부부의 경우에 법원은 강간죄를 인정하고 있지 않습니다. 대법원이 1970년 3월 10일에 선고한 아내 강간 판결에서 “실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로 설사 남편이 강제로 처를 간음했다 하여도 강간죄는 성립되지 아니한다”[70도29]라고 판시한 이래로, 법원은 실질적인 혼인 상태를 유지하고 있는 부부관계에서의 강간 내지 강제추행을 인정하지 않고 있습니다. 최근 아내에 대한 강제추행죄를 인정한 지방법원의 판결이 있었지만, 이 경우조차 한집에 살고 있으나 별거 상태에 있는 부부 사이에 벌어진 사건으로 이들이 실질적인 부부관계를 가지고 있지 않다고 인정됐기에 가능한 판결이었습니다. 즉, 현재 법원은 강간죄의 대상인 부녀를 해석할 때 실질적인 혼인 관계에 있는 아내인 경우를 배제하고 있습니다.

강간죄가 강간의 대상을 부녀로 규정하기 때문에 남자는 강간죄의 객체가 되지 않습니다. 남자가 강간을 당하면, 대상을 사람으로 정하고 있는 제298조 강제추행죄에 해당합니다. 남성에서 여성으로 성전환을 한 자의 경우,

과거 생물학적인 성을 기준으로 부녀를 판단해 성전환자가 부녀에 포함되지 않는다고 판시한 대법원 판례가 있었습니다. 그러나 민사적인 영역에서 성전환자의 성을 여성으로 인정한 판결이 나온 만큼, 해석이 바뀔 가능성은 있습니다.⁴

● 수단 및 행위: 폭행 또는 협박으로 강간

강간죄에서의 행위는 강간으로 설명되는데, 이때 강간은 ‘강제로 간음’하는 것을 의미합니다. 그리고 강제하는 수단으로 명문상 규정되어 있는 것이 ‘폭행 또는 협박’입니다.

간음은 법적 의미에서 남성의 성기가 여성의 성기에 직접적으로 삽입되는 성교행위로 한정됩니다. 그러므로 구강성교나 항문성교 등의 유사성교행위나 물건 등을 성기에 삽입하는 행위는 제외됩니다. 그러나 강간죄가 정조가 아닌 성적 자기결정권을 보호법익으로 하고 있고 유사성교행위 내지 물건 등을 성기에 삽입하는 행위가 성적 자기결정권 침해라는 측면에서 남성의 성기를 삽입하는 행위와 큰 차이가 없는 점, 현재 외국의 입법례나 국제법상의 강간 규정에서 강간죄의 행위에 그러한 행위들까지 포함하고 있는 점을 미뤄볼 때, 행위에 대한 입법적인 변화는 필수적입니다. 행위규정이 변화한다면, 강간죄의 객체를 굳이 부녀로 한정할 필요도 없습니다.⁵

이제 가장 해석의 여지가 큰 ‘폭행 또는 협박’이라는 강간죄의 수단을 살펴

4) 2012년 12월 18일 강간죄의 객체가 사람으로 개정됨으로써, 2013년 6월 19일부터는 남성 역시 강간죄의 객체로 포함되도록 변경되었다.

5) 2012년 12월 18일 개정으로 제297의2 유사강간죄가 신설됨으로써, 구강, 항문 등 성기를 제외한 신체 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 성기를 제외한 신체 일부 또는 도구를 넣는 행위에 대해서도 처벌할 수 있게 되었다.

보겠습니다. 형법에서 폭행은 사람에 대한 유형력의 행사, 협박은 해악의 고지를 의미합니다. 강간죄에서 ‘폭행 또는 협박’은 다른 형법 규정과의 관련 속에서 해석됩니다. 이를테면 폭행죄나 협박죄, 강도죄 등에서도 ‘폭행’이나 ‘협박’이라는 용어가 사용되지만, 모두 같은 의미로 사용되는 않습니다. 형법에서는 같은 용어로 서술되어 있는 폭행이나 협박을 각 행위의 불법성이나 법정형 등을 고려해 ‘정도’에 따라 구별하고 있습니다. 강간죄의 경우는 강도죄와 마찬가지로 폭행 또는 협박의 정도를 형법상 가장 좁은 의미로 해석합니다. 강간죄를 성립하게 하는 폭행 또는 협박의 정도는 “상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도”를 의미하며, 이것이 ‘최협의의 폭행 또는 협박설(최협의설)’입니다.

강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행, 협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행, 협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다[대법원 1979.2.13.선고, 78도1792].

여기서 염두에 두어야 할 것은 최협의설은 현실적인 반항행위의 존재 여부를 전제로 한 것이 아니라 폭행이나 협박의 ‘정도’를 측정하는 기준이라는 점입니다. 최협의의 폭행 또는 협박은 “상대방의 현실적 또는 가상적 반항을 불가능하게 하는 육체적 강제력뿐 아니라 심리적 강제효과를 가진 모든 수단”을 의미합니다. 다시 말해 상대방의 반항이 현실적으로 존재했는지 여부가 중요한 것이 아니라 반항을 하지 못할 정도로 강력한 유형력이 행사됐는지가 중요한 쟁점인 셈입니다. 강도죄를 상상해보면 쉽게 이해할 수 있

습니다. 죽이겠다고 협박하며 돈을 강탈하려는 강도에게 지갑을 뺏기지 않으려고 열심히 저항했는데 결국 폭행을 당해 더는 저항하지 못하는 상태에 까지 이르러야 강도죄가 성립하는 것은 아닙니다. 다만 강도의 협박을 믿어 두려움에 아무런 저항을 하지 못하고 순순히 지갑을 내어준 상태라면 강도죄의 폭행 또는 협박의 정도를 충족할 수 있습니다.

여기서 강간죄의 경우, 앞서 예를 들었던 강도죄의 “최협박의 폭행 또는 협박”보다 낮은 정도의 수준, 즉 반항이 불가능한 정도뿐 아니라 현저히 곤란한 정도까지 강간죄의 폭행 또는 협박으로 인정되는데, 이는 재산권을 침해하는 강도죄보다 사람의 신체와 자유권을 침해하는 강간죄가 더 중하기 때문입니다. 그렇다면 강간죄의 폭행 또는 협박의 정도는 가해자의 폭행 또는 협박으로 상대방이 두려움을 느껴 반항하기 현저히 곤란한 상태에 이르러면 충족되고, 실제 상대방의 저항행위가 있었음을 입증할 필요는 없을 것입니다. 그러나 놀랍게도 강간죄의 폭행 또는 협박의 정도를 판단하는 데는 이러한 이론적인 해석과 법관의 해석상 태도 간에 간극이 큼니다.

법원의 강간죄 해석 : 한계와 변화가능성

이제 구체적인 판례들을 살펴보면서 형법상 강간죄의 규정을 실제 사건의 해석에 적용하는 과정에서 법원이 어떻게 판단하는지 알아보겠습니다. 그에 앞서 이해를 돕기 위해 근대 형사법의 특징과 법관이 하는 판단의 과정에 대해 간략하게 설명합니다.

● 법관 판단의 합리성, 그리고 사회적 맥락과 입장

근대 형사법의 특징 중 하나는 개인 간의 법익 침해를 국가가 재제한다는 점에 있습니다. 근대 형사법에서 개인에게 발생한 신체상 혹은 재산상 피해는 단지 개인 간에 발생한 분쟁이 아니라 국가가 수호하는 법질서의 침해입니다. 그러므로 국가의 법질서를 위협하는 범죄에 대해 국가(검사)가 기소할 수 있는 권한을 가지며, 국가가 범죄자(피고인)에 대해 재판 당사자(원고)가 됩니다. 여기서 사법부(법관)의 독립은 근대 형사법 체계에서 개인의 인권을 수호하는 중요한 지침입니다. 하나의 국가기관이 기소와 재판을 동시에 수행한다면, 피고인인 개인의 범죄사실을 객관적으로 판단할 수 없을 것이고, 피고인의 방어권은 존중될 수 없을 것이기 때문입니다. 과거 사법부와 검찰의 역할이 제대로 분리되지 않았던 규문주의(細問主義) 시대에 맞서, 근대 형사법의 체계는 피고인의 인권과 방어권을 보장하는 방향으로 발전되어 왔습니다. 근대 형사법의 주요한 원칙인 죄형 법정주의나 무죄 추정의 원칙, “의심스러울 때에는 피고인의 이익으로” 등은 이러한 배경에서 확립됐습니다. 여기서 사법부인 법관은 피고인의 행위를 범죄라고 주장하는 검사의 주장과 이를 방어하는 피고인의 주장을 객관적인 제3자의 위치에서 판단하는 역할을 해야 합니다. 법관은 재판정에서 현출된 증거를 바탕으로 유무죄를 판단하며, 이때 유죄의 인정은 법관으로 하여금 “합리적인 의심 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거”를 바탕으로 이뤄집니다. 이때 “합리적인 의심이 들지 않을 정도의 확신”은 법관의 자유로운 판단에 따르며, 법관은 경험칙과 논리법칙에 따라 합리적으로 판단해야 합니다.

흔히 이러한 법관의 경험칙에 의거한 합리적 판단은 중립적이고 객관적인

제3자적 위치에서 가능하다고 기대됩니다. 그러나 여기서 경험칙에 의거한 법관의 합리적인 판단에는 사회적 맥락과 입장이 반영됩니다. 구체적으로 살펴보면, 법관이 하는 판단의 과정은 크게 사실판단과 규범판단(법규 해석)으로 나눌 수 있습니다. 강간죄의 경우, 앞서 살폈던 형법과 기존의 판례를 통해 도출할 수 있는 강간죄의 구성요건에 대한 판단은 법규 해석인 규범판단의 차원입니다. 이 과정에서 법관은 이미 축적된 법적 관행에 비취 판단하며, 이때 규범판단은 명문상 법 규정의 틀에서 이뤄집니다. (물론 법규를 해석하는 데도 일부분 그러하지만) 사회적 맥락과 입장이 법관의 판단에 크게 반영되는 것은 사실관계를 인식하고 법적인 틀에 맞춰 재구성하는 사실판단 과정입니다. 이를테면 강간죄의 판례에서 설명하고 있는 “그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정”을 인식하고 이해하는 과정, 그리고 법적으로 문제되는 구성요건에 부합하는 사실관계로 판단하는 과정 모두가 사실판단 과정입니다.

좀 더 자세히 설명하면, 1953년에 형법이 제정된 이래 제297조 강간죄 규정이나 최협의의 폭행 또는 협박의 정도를 판시한 판례의 태도는 변화가 없었습니다. 즉, 규범판단의 차원에서 눈에 띠 정도로 큰 변화를 찾아보기 어렵습니다. 그러나 1980년대 이전과 최근의 강간죄 판결의 내용에는 상당한 차이가 있습니다. 이는 사실판단 과정에서 어떤 사실관계를 고려하고 폭행 또는 협박으로 해석하는지가 변화했기 때문입니다. 예를 들어 1985년 강간치상죄 판결에서 서울남부지법은 “너는 유부녀이고 나는 총각이니 들키면 누가 망신이나”라며 유부녀인 피해자를 위협하고 강간한 사건에서, 피해자가 피고인의 말에 주관적으로 수치심을 느껴 반항을 억압당했다는 사실관계를 인정했으나 이를 강간죄의 협박으로는 볼 수 없다고 판단했습니다[85

도합907]. 그러나 2008년에 이와 유사한 사건에서 대법원은 강간죄의 협박 정도를 판단하면서, “유부녀인 피해자에 대해 혼인 외 성관계 사실을 폭로 하겠다는 내용으로 협박한 것은 여성의 생활상 이익에 막대한 영향을 미칠 수 있으며, 그 폭로의 범위에 따라 심리적 압박의 정도가 심각할 수 있다”라는 사실을 인식하고 이해했습니다. 그리고 “단순히 협박 내용만으로 정도를 단정할 수 없으며, 협박의 경위, 가해자 및 피해자의 신분이나 사회적 지위, 피해자와의 관계, 간음 또는 추행 당시와 그 후의 정황, 그 협박이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도 등 모든 사정을 종합해 신중하게 판단해야 한다”라고 판시했습니다[2007도10050]. 두 판례의 차이점은 혼인 외 성관계의 폭로라는 유사한 협박 내용이 유부녀인 피해자에게 실제로 어떠한 영향을 주는지를 법관이 인식하고 이해했는가에 있습니다. 그리고 2008년 판례에서 법원이 기혼여성의 경험에 대해 인식하고 이해할 수 있었던 것은 1980년대와는 달리 남성과는 다른 여성의 경험을 이해할 수 있게 만든 사회 변화가 존재했기 때문입니다.

법관의 판단에 사회적 맥락과 입장이 반영된다는 것을 인정한다면, 남녀의 성에 대한 남성 편향적인 사회의 맥락이 이러한 사실판단 과정에 개입될 수 있다는 것을 인식할 수 있습니다. 그리고 이는 법원에서 그동안 내린 강간죄 판결을 살펴보면서 구체적으로 확인될 것입니다.

● 강간죄의 최협의설: 현실적인 저항행위의 요구

앞서 설명한 대로 보통 최협의의 폭행 또는 협박 정도를 판단할 때는 피해자의 반항을 현실적으로 요구하지 않습니다. 그러나 강간죄의 경우는 다릅니다. 놀랍게도 강간과 관련된 구체적인 사실관계를 판단할 때 법원은 피

해자의 현실적인 저항행위가 존재했는지 여부를 매우 중요한 요소로 판단합니다. 바로 이 지점에서 강간죄의 최협의설이 문제가 됩니다.

법원은 판례를 통해 강간죄의 폭행 또는 협박이 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도였는지를 파악하기 위해서는 ① 폭행·협박의 내용과 정도뿐 아니라, ② 유형력을 행사하게 된 경위, ③ 피해자와의 관계, ④ 성교 당시와 ⑤ 그 후의 정황을 종합적으로 판단해야 한다고 판시하고 있습니다. 강간 사건의 사실관계를 파악할 때 법원이 주로 판단해야 하는 것은 ① 폭행·협박의 내용과 정도이지만, 폭행 또는 협박의 직접 증거를 피해자의 진술 이외에 찾기 어려운 상황에서 법원은 ②, ③, ④, ⑤의 간접증거를 경험칙에 의거해 판단합니다.

〈표 4-1〉 강간죄의 최협의의 폭행·협박 판단 기준

최협의의 폭행·협박 판단 요소	질문 내용
① 폭행·협박의 내용과 정도	피해자의 진술이나 증거를 통해 파악된 피고인의 폭행·협박 내용 → 쟁점: 폭행이나 협박을 당했다는 피해자의 진술의 신빙성(이하 ②, ③, ④, ⑤의 간접증거를 통해 경험칙에 의거해 판단)
② 유형력을 행사하게 된 경위	피해자가 성교 전 주변 사람에게 도움을 요청했는가? 피해자가 여관 등 사건발생장소에 자발적으로 들어갔는가? 강간 전 탈출하려고 했는가? → 쟁점: 피해자의 저항행위를 확증할 수 있는 간접증거
③ 피해자와의 관계	처음 만났는가? 아는 관계인가? 연애편계인가? → 쟁점: 성관계를 가졌던 관계 내지 성관계를 할 가능성이 있는 관계를 판단
④ 성교 당시	피해자가 저항했는가? 피해자가 탈출을 시도했는가? 피해자가 성교행위 도중 구조를 요청했는가? → 쟁점: 피해자의 현실적인 저항행위 존재 여부 및 피해자의 저항행위를 확증할 수 있는 간접증거
⑤ 성교 후 정황	피해자가 피고인과 대화를 했는가? 피해자가 주변인들에게 강간에 대해 이야기를 했는가? 피해자가 신속하게 고소했는가? → 쟁점: 피해자의 저항행위를 확증할 수 있는 간접증거

여기서 문제는 법원이 강도죄의 판단과 다르게 경험칙의 기준으로 삼는 것이 바로 피해자의 현실적인 저항행위라는 점에 있습니다. 강간죄 판례들을 살펴보면 법원이 <표 4-1>에서 언급된 요소들을 재판의 주요 쟁점으로 판단하고 있음을 알 수 있습니다. 이제 실제 판례에 위의 요소들을 구체적으로 대입해보겠습니다.

다음은 1심 재판과 2심 재판에서 모두 강간죄의 성립을 인정했으나, 대법원에서 ❶ 최협의 폭행 또는 협박의 내용과 정도가 문제가 되어 원심이 파기된 사건입니다[대법원 2001.10.30. 2001도4462]. 1심과 2심은 피고인이 컴퓨터 채팅으로 만난 피해자를 자기 집으로 속여 여관방으로 데려온 다음

손으로 피해자의 머리채를 잡아 침대에 밀어 넘어뜨리고 소리를 지르지 못하게 입을 막고 주먹으로 머리를 수회 때리며 “죽여버리겠다”라고 협박해 피해자의 반항을 억압한 후 2회 간음해 강간하고, 같은 날 여관방에서 피해자가 화장실에 간 틈을 이용해 피해자의 지갑에 있는 현금 23만 원을 가지고 나온 사실을 인정하고 강간 및 절도죄의 성립을 인정했습니다. 그러나 대법원은 최협의의 폭행 협박설을 근거로 다음의 내용을 문제 삼았습니다.

❶ 폭행·협박의 내용과 정도

- 피해자의 머리채를 잡아 침대에 넘어뜨린 다음 입을 막고 주먹으로 머리를 수회 가격하며 죽여버리겠다고 협박 후 2회 강간

❷ 유형력을 행사하게 된 경위

- 여관에 들어갈 때 피해자가 피고인 옆에 서 있었고 같이 계단을 올라갔다는 여관 종업원의 진술
- 여관이 자기 집이라고 속였고, 여관인 줄 모르고 자발적으로 올라갔다는 피해자의 진술

- 담배를 가져다 준 여관 종업원에게 구조를 요청하지 않았다는 여관 종업원의 진술

③ 피해자와의 관계

- 피고인은 인터넷 채팅을 통해 성관계를 맺기로 합의하고 성교한 것이라 진술
- 피해자도 인터넷 채팅을 통해 피고인을 만났다고 진술

④ 성교 당시

- 옷을 벗기 전에 때렸는지, 바지 내지 상의를 벗기고 때렸는지에 대한 진술의 일관성 없음
- 가슴을 짓눌리는 탓에 소리를 지르거나 도움을 청하지 못할 정도로 폭행당했다면 머리카락이나 가슴 부위 등에 상당한 정도의 상해를 입을 만하는데 아무런 상해진단서도 제출하지 못했다는 사실

⑤ 그 후의 정황

- 성교 후 피고인이 씻으라고 하여 피해자가 샤워했다는 피해자의 진술
- 남자가 뛰어나와 엘리베이터를 이용하지 않고 비상계단으로 내려가는 것을 보고 이상한 생각이 들어 피해자에게 인터폰을 하니 피해자가 아무 일 없다고 하고, 후에 카운터 여종업원에게 피해자가 지갑이 없어졌다고 이야기했다는 여관 종업원의 진술
- 피해자 혼자 한참 있다가 다른 남자가 와서 같이 나갔다는 여관 종업원의 진술
- 피해자를 데리러 온 남자 친구에게 강간을 당했다는 이야기를 하지 않았다는 참고인의 진술

⑥ 기타

- 피해자가 대학입시를 준비 중이고, 지방에 홀로 사는 어머니로부터 생활비를 송금 받는다고 하면서도, 볼보 승용차를 소유하고 있는 등 이에 어울리지 않는 생활환경을 가지고 있는 점

위의 판결에서 대법원이 피해자의 진술에 의해 파악된 ① 폭행·협박의 내용과 정도를 심사하기 위한 간접증거로 중요하게 판단하는 요소는 실질적인 저항행위 여부와 이를 입증할 수 있는 강간 전 자발적인 태도, 강간 후 구

조 요청의 여부입니다. 최협의의 폭행 협박설을 판단할 때 가상적인 반항이 현저히 곤란할 정도까지를 고려하는 것인데도 대법원은 ④ 성교 당시 정황과 관련해 피해자의 현실적 저항행위의 증거인 상해진단서를 요구하고 있습니다. 또한 피해자의 저항행위가 없었을 것이라는 점을 유추할 수 있는 확증요소로 강간 전 피해자의 자발적인 태도나 강간 직후 주변인에 대한 구조 요청 행위를 검토하고 있습니다. 결국 법원이 강간죄의 폭행·협박의 내용과 정도를 판단하는 주요한 기준은 현실적인 저항행위의 존재 여부입니다.

법원이 강간죄를 판단할 때 현실적인 저항행위를 요구하는 이유는 성관계와 강간 간의 구분이 모호하다고 생각하기 때문입니다. 강도죄를 판단할 때, 법원은 강도의 피해자가 기본적으로 강도를 당하는 상황에 동의하지 않을 것이라 전제합니다. 그렇기 때문에 강도가 재물을 갈취할 때 그것에 동의하지 않았음을 저항행위를 통해 보였는지를 확인하지 않습니다. 그러나 강간의 경우, 피해자가 피고인이 요구하는 성관계에 동의하지 않았다는 것을 입증하기 위해서는 단지 “나는 당신과 성관계를 하고 싶지 않다”라고 말하는 것만으로 충분하지 않습니다.

법원이 강간 피해자에게 현실적인 저항행위를 입증하도록 요구하는 순간, 재판의 쟁점은 “피고인의 폭행 또는 협박이 있었는가, 있었다면 상대방의 저항을 현저히 곤란하게 하는 정도였는가”에서 “피해자가 저항했는가, 성관계를 원하지 않는다는 것을 보여줄 정도로 확실히 저항했는가”로 바뀌게 됩니다. 다시 말해 강간 재판의 대상은 피고인의 행위가 아니라 피해자의 행위가 되고, 법관의 합리적인 판단은 피해자의 저항행위가 존재했는지 여부에 맞춰지는 것입니다. 위의 판결에서도 문제가 됐던 것은 강간 전에 여관을 집으로 속인 피고인의 행위를 피해자가 어떻게 믿을 수 있었던 것인

지, 강간 당시 피해자가 당한 폭행이 현실적인 저항행위를 하지 못할 정도였는지, 강간 후 피해자가 여관 종업원이나 남자 친구에게 왜 구조 요청을 하지 않았는지 등 피해자의 행위였습니다. 여관으로 피해자를 데려와 여관 종업원이 이상하게 생각할 정도로 급하게 달아난 피고인의 행위는 쟁점이 되지 않았습니다. 법원이 강간의 폭행·협박의 내용과 정도를 판단하기 위해 피고인의 행위가 아닌 피해자의 행위를 문제 삼는 태도는 결국 대학입시를 준비 중이고 홀어머니에게 송금을 받는 피해자가 볼보 승용차를 어떻게 소유할 수 있는지와 같은 피해자의 평소 생활태도 평가로 이어집니다.

법원이 강간죄의 폭행·협박을 판단하는 데 피해자의 현실적인 저항행위를 주요한 요소로 판단하는 태도에는 남녀의 성적 관계에 대한 왜곡된 관념이 반영됩니다. 공격적인 남성의 성적 욕구와 그에 수동적으로 반응하는 여성의 성이라는 각본 속에서, 여성이 성관계에 동의하지 않는다는 표현을 한다고 해도 그것은 보통의 성관계로 이어지는 하나의 제스처로 여겨질 뿐입니다. 여성이 진심으로 성관계에 동의하지 않았다는 사실을 상대방과 제3자에게 인식시키는 오직 하나의 방법은 (그로 인해 더욱 극심한 폭행에 직면할 위험을 감수하고) 적극적으로 저항하는 것입니다. 남성에게 의해 강제적으로 주도되는 성행위를 남녀의 정상적인 성적 관계로 보는 왜곡된 관점에 의하면, 폭력적인 성관계는 약간 거칠지만 정상적인 성관계로 범주화됩니다.

1990년에 대법원은 “피고인의 하숙방에 피해자를 끌고 가 피해자의 손목을 비틀고 옷을 강제로 벗긴 후 담뱃불로 위 피해자의 허벅지, 유방, 배 부분 등 20여 군데를 지저 피해자를 실신하게 해 위 피해자의 항거를 불능케 한 후 강제로 위 피해자를 간음해 강간하고 이로 인해 위 피해자에게 6주간의 치료를 요하는 유방 양측 부위 화상 등을 입게 한” 사건에 대해 폭행에 의해

강간당했다는 피해자의 진술을 경험칙상 납득할 수 없다며 증명력을 배척했습니다[90도1562]. 대법원이 피해자의 상처를 확인했는데도 강간죄의 폭행·협박으로 인정하지 않은 근거는 첫째, 피해자가 강간 전과 강간 도중 하숙방 주인에게 구조 요청을 하지 않았다는 점, 둘째, 강간 후 신속하게 고소를 하지 않았다는 점, 셋째, 피고인과 피해자가 연인관계였고 강간 전 성관계를 가진 적이 있다는 점이었습니다. 대법원이 오히려 경험칙상 합리적이라고 인정한 것은 “피해자의 몸에 생긴 담뱃불에 의한 상처도 피고인과 피해자는 서로 사랑하는 사이인데 피해자의 어머니가 피고인의 가정환경이 좋지 않고 피고인이 다니는 학교가 일류대학이 아니라고 하여 교제를 반대했기 때문에 약혼만 하게 되면 성형수술을 받기로 하고 서로가 상대방의 사람임을 나타내는 징표로 몸에 상대방의 성을 새기기로 해 피고인이 먼저 피해자의 몸에 피고인의 성인 ‘김’을 새겼는데 피고인의 몸에도 피해자의 성을 새기려고 하자 피해자가 강력히 반대하므로 이에 이르지 못했을 뿐”이라는 피고인의 주장이었습니다. 대법원이 이렇게 판단한 이유는 위와 같이 극단적으로 폭력적인 행위를 합의에 의한 정상적 성관계의 한 과정으로 볼 수 있다고 판단했기 때문입니다.

강제적이고 폭력적인 성행위를 연애관계에서의 합의된 성관계로 보는 법원의 태도는 비단 이 사례에만 한정되지 않습니다. 1996년 서울고등법원의 판결도 이러한 법원의 왜곡된 관점을 극명히 보여줍니다[96노606]. 이 사건에서 피고인은 “피해자가 피고인의 친구와 결혼하기로 했다는 말을 듣고 피해자의 머리를 자동차에 수회 부딪히게 하는 등 폭행하고 피고인이 시키는 대로 하지 않으면 피해자의 약혼자에게 자신과의 관계를 폭로하겠다고 협박한 후 4박 5일 동안 피해자를 경기도와 강원도 일대의 여관으로 끌고 다니며 피해자가 반항하는데도 수차례 강간”했습니다. 그러나 피해자의

진술에 따르면, 피고인이 피해자에게 강제적 성행위를 강요한 것은 폭행 후 일어났던 4박 5일간의 강간에만 한정된 것이 아니었습니다. 피해자가 피고인과 이른바 ‘연애’를 시작하게 된 이유는 “피고인이 피해자를 강간하고 이로 인해 피해자가 임신됐기 때문”이었고, 그 후 피고인은 “피해자를 거의 매일 찾아와 피해자에게 ‘다른 놈을 만나면 몽키 스패너로 머리통을 날려 보낸다, 너 결혼하면 그 날이 장례식이 되는 줄 알아라’ 등의 협박을 하여 피해자는 강간당한 사실이 알려지는 것을 두려워해 할 수 없이 피고인을 만나기는 했으나 피해자로서는 피고인을 결혼상대자로 생각하지 아니했고 2년 동안 한 번도 피고인과 성관계를 맺은 일이 없으며 피고인을 만나는 사실을 어느 누구에게도 말한 일이 없었습니다.” 이처럼 2년 동안 피해자가 피고인과 만나온 관계를 연애관계로 생각하지 않았는데도, 법원은 “피고인과 결혼할 사이로서 약 2년간 사귀어온 피해자가 피고인의 친구와 결혼하기로 했다는 말을 듣고 충격을 받아 피해자에게 폭행을 행사했다”라는 피고인의 주장을 피해자의 주장보다 경험칙상 납득할 만하다고 판단했습니다.

법원이 폭력적인 성행위를 정상적인 남녀 간의 성관계로 보는 한 강간죄의 폭행·협박을 판단할 때 여성의 적극적인 저항행위를 요구할 수밖에 없습니다. 미국의 경우 강간죄를 판단할 때 저항행위와 이를 입증할 수 있는 확증요건을 요구하는 것이 왜곡된 성관계에 대한 관념과 성적 도덕의 이중 규범, 강간신화에 기반을 두고 있음을 인식하고 1974년 미시간 주를 시작으로 저항요건을 폐지하기 시작했습니다. 그러나 우리의 경우, 심지어 현재 우리 형법 규정에서 이러한 저항요건이 명시되어 있지 않고 폭행·협박의 최협의설이 가진 이론적 태도 역시 현실적인 저항행위를 요구하고 있지 않는데도 법원이 현실적이고 적극적인 피해자의 저항행위를 폭행·협박의 정도를 판단하는 기준으로 삼고 있는 셈입니다. 이러한 법원의 태도는 현실

에서 비일비재하게 일어나는 무수한 강간죄들을 비범죄화하는 결과를 가져올 뿐입니다.

● 강간죄의 보호법익: 성적 자기결정권이 아닌 정조

법원이 강간죄의 폭행·협박의 내용과 정도를 판단하기 위해 법관의 경험칙에 비춰 재판의 대상이 되는 사실관계를 인식하고 범주화하는 사실판단의 과정에는, 앞서 언급했던 남성 편향적인 성에 대한 왜곡된 관념이 개입될 수 있습니다. 여기에는 사회에 존재하는 성관계에 대한 왜곡된 관념뿐 아니라 여성의 성에 대한 이중적인 규범도 영향을 미칩니다.

위의 판례들을 통해 알 수 있듯이, 폭행·협박의 최협의설을 판단하는 과정에서 중요한 요소는 현실적 저항행위와 이러한 저항행위가 있었음을 입증할 수 있는 피해자의 성교 전후 행위 등입니다. 그러나 법원이 항상 현실적인 저항행위를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 극심한 폭행과 협박만을 최협의의 폭행·협박으로 인정하고 현실적인 저항행위를 입증할 수 없는 경우를 인정하지 않는 것은 아닙니다. 이는 법원이 피해자의 저항행위를 입증할 수 있는 피해자의 행위를 평가할 때, 보호받을 만한 성(性)과 그렇지 않은 성에 대한 이중적인 규범에 영향을 받기 때문입니다. 아래에 예시된 판례들을 비교해보겠습니다.

㉠ 대법원 1999.4.9. 99도519

…… 피고인이 사온 맥주를 마시며 피해자에게 마시라고 하다가 욕정을 일으켜 피고인의 몸에 새겨진 문신을 보고 겁을 먹은 피해자에게 자신이 전과자라고 말하면서 맥주 캔을 집어던지고 피해자의 뺨을 한 번 때리면서 성행위를 요구한 사실 ……

㉔ 대법원 2000.6.9. 2000도1253

…… 피고인은 침대에서 일어나 나가려는 피해자의 팔을 낚아채 일어나지 못하게 하고, 갑자기 입술을 빨고 계속해 저항하는 피해자의 유방과 엉덩이를 만지면서 피해자의 팬티를 벗기려고 했다는 것인바 ……

㉕ 대법원 2000.8.18. 2000도1914

…… 피고인이 피해자를 여관방으로 유인한 다음 방문을 걸어 잠근 후 피해자에게 성교할 것을 요구했으나 피해자가 이를 거부하자 “옆방에 내 친구들이 많이 있다. 소리 지르면 다 들을 것이다. 조용히 해라. 한 명하고 할 것이냐? 여러 명하고 할 것이냐?”라고 말하면서 성행위를 요구한 사실, 다른 사람의 출입이 곤란한 심야의 여관방에 피고인과 피해자 단 둘이 있는 상황인 점 ……

㉖ 서울남부 1997.3.28. 96고합448

① 1996년 7월 5일 07:00경 피해자가 운영하는 주점에 찾아가 피해자에게 따라 오지 않으면 가게를 불사르고 죽이겠다고 겁을 준 후, 09:00경 피해자를 여관으로 끌고 가 정을 통할 것을 요구했으나 거절당하자 발로 피해자의 배를 걷어차고 떠밀어 침대에 눕힌 다음 베개로 입을 틀어막고 양손을 머리 위로 올린 채 무릎으로 짓눌러 반항을 억압한 후 1회 간음하여 강간하고, ② 7월 16일 16:00경 빌린 돈을 돌려주겠다고 피해자를 전화로 불러낸 후 피고인의 일행 등과 어울려 술을 마시다가 피해자가 화장실에 간 사이에 피해자의 손가방에서 피해자 소유의 현금을 절취하고, 18:00경 술을 마시고 취한 상태인 피해자를 유인하여 정을 통할 것을 요구했으나 거절당하자 피해자를 위 여관 방실의 욕실로 끌고 가 플라스틱 바가지로 머리를 3회 때려 정신을 잃게 하고 잠시 후 정신을 차린 피해자에게 말을 듣지 않으면 죽이겠다고 협박하여 이에 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고 …… ④ 7월 21일 08:00경 피해자가 운영하는 주점에 찾아가 가게 문을 닫지 않으면 죽이겠다고 겁을 준 후 피해자를 여관으로 끌고 가 반항하는 피해자의 목을 조르고 허리띠를 풀어 휘둘러 이에 겁을 먹고 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, ⑤ 8월 초순 04:00경 피해자가 운영하는 주점에서 피해자에게 찾아가 가게 문을 닫도록 강요하고서는 피해자를 택시에 태워 끌고 가 말을 듣지 않는다고 목을 조르고 뺨을 수회 때려 겁을 준 후, 05:00경 여관으로 끌고 가 피해자의 머리를 물을 채운 욕조에 2회 처박는 등 폭행하여 겁에 질려 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, ⑥ 8월 20일 07:00경 여관에서 주먹으로 피해자의 머리를 3회 때리고 목을 조르고 베개로 입을 틀어막는 등 폭행하여 이에 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, ⑦ 8월 23일

13:00경 주점에 찾아가 출입문을 부수고 침입하고, 2층 다락방에서 잠자는 피해자에게 정을 통할 것을 요구했으나 거절당하자 목을 조르고 플라스틱 상으로 가슴을 마구 때려 이에 겁에 질려 반항을 포기한 피해자를 1회 간음하여 강간하고, ㉓ 8월 25일 17:00경 주점에서 피해자에게 자주 전화하지 않는다는 이유로 맥주병을 깨어두고 죽이겠다고 겁을 준 후 목을 조르고 발로 전신을 걷어차는 등 피해자를 폭행하고, ㉔ 9월 23일 16:00경 여관방에서 피해자와 함께 술을 마시다가 욕정을 느껴 피해자와 정을 통하고자 했으나 피해자가 이를 거부하자 말을 듣지 않는다고 맥주병으로 피해자의 오른쪽 무릎을 1회 내리쳐 반항을 포기한 피해자의 가슴을 입으로 물어뜯고는 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 이로 인해 피해자에게 약 10일간의 치료를 요하는 우측 유방 피하출혈상을 가했다.

위의 사례들 중 최협의의 폭행·협박이 충족된다고 법원이 인정한 것은 놀랍게도 가장 심한 물리적 폭행이 반복적으로 이뤄진 마지막 ㉔ 사건을 제외 한 나머지 판례들입니다. 앞선 세 개의 사건들은 모두 직접적이고 적극적인 피해자의 저항이나 흥기 등의 물리적인 폭력을 이용한 가해자의 행위가 없었던 사례입니다. 법원은 늦은 밤 여관에 둘만 있었던 상황으로 인해 가해자의 언행이 ‘피해자의 저항을 곤란하게 하는 유형력’이 될 수 있다는 사실을 인정했으며[㉒ 사건], 가해자의 몸에 있는 문신이나 전과자라고 말하며 맥주 캔을 던지는 행위, 뺨을 한 대 때리는 행위[㉑ 사건] 등과 마찬가지로 가해자가 피해자의 팔을 낚아채고 일어나지 못하게 하면서 성적 접촉을 시도하는 것 자체[㉓ 사건]가 ‘저항을 불가능하게 하는 강제력’이 된다는 사실을 인정했습니다. 그러나 마지막 사건의 경우, 물리적인 폭행과 협박, 불법적인 가택침입과 절도 등이 반복적으로 이뤄졌는데도 피해자의 저항행위를 입증할 수 있는 간접증거가 경험칙에 부합하지 않는다는 이유로 강간죄 성립을 부정했습니다. 그 가장 큰 이유는 피해자가 미성년자이거나 학생이고, 피고인이 전과를 가졌으며, 피해자와 피고인이 잘 알지 못하는 관계였던 앞선 세 개의 사건과 달리, 마지막 ㉔ 사건의 피해자가 피고인과 “4개월

정도를 사귀어온 관계”였고 사귀는 동안 피고인과 “1주일에 2회 내지 3회 성관계를 가져 왔”으며, “주점을 경영하는” 술집여자였다는 점이었습니다. 법원은 “정상적인 성인인 피해자가 한 남자로부터 매주 2회씩 성관계를 강요받으며 수개월간 견뎌오다가 그중 일부에 대하여만 강간당했다고 주장함은 지극히 이례적인 일”이며, “야간에 주점을 경영하는 34세의 성인 여자인 피해자가 아침의 그리 이른 시간도 아닌 때(특히 09:00경이면 출근시간 무렵으로 거리에 통행인이 많을 것으로 추정된다)에 갑자기 강간을 당할 위기에 빠져 대로로 끌려가면서도 타인에게 전혀 구조 요청을 시도하지 아니했다는 것은 우리의 경험칙상 쉽게 납득이 가지 않아 이를 그대로 믿기 어렵다(이는 여관에서의 행동에서도 마찬가지이다)”라며 강간을 주장하는 피해자 진술을 신뢰할 수 없다고 판단했습니다.

피해자에게 과거 또는 현재 성매매 경험이 있거나 피해자의 과거 품행이 문란하거나 그럴 것이라고 추정되는 경우 법원이 강간죄의 유죄성립을 인정하지 않는 경향이 있습니다. 1991년에 부산지방법원은 피고인이 전에 음란 비디오테이프에서 본 자세로 성교를 해보아겠다고 생각하고 피해자를 과도로 위협한 후 비닐테이프로 피해자의 두 손을 묶으려 했으나 미수로 그친 사건에서, 피고인이 자신이 본 포르노를 실행하기 위한 의도를 가지고 과도와 테이프를 미리 준비해오기까지 했는데도 특수강간의 고의를 부정했습니다[91고합291]. 이 사건에서 흉기를 이용한 폭행·협박이 입증됐는데도 특수강간치상죄가 인정되지 않은 것은 피해자가 성매매 여성이었기 때문이었습니다. 피고인이 사건 전 피해자에게 돈을 지불하고 성교를 했기 때문에 법원은 “비록 피해자가 겉으로는 한 번 더 성교하는 것을 거부하고 있었더라도 피해자의 내심의 진의는 그렇지 않다고 오신(誤信)하기에 충분하다”라고 판단했던 것입니다. 심지어 과거에 한번이라도 ‘매춘’ 경험이 있다면 그

여성 또한 언제나 성행위에 동의할 준비가 되어 있는 것으로 간주되기도 합니다. 피고인들이 경영하는 레스토랑에 취직하기 위해 찾아온 미성년자인 피해자 두 명을 강간한 사건[92고합625]에서 강간을 주장하는 피해자들의 진술이 의심받게 된 것은 강간 사건과 아무런 관련이 없는 과거의 일이지만 피해자 중 한 명이 어린 나이에 ‘매춘’ 경험이 있기 때문이었습니다.

성매매 경험이 있는 피해자뿐 아니라 평소의 성적 품행이 의심스러운 피해자도 강간에 관한 피해진술의 신빙성을 의심받습니다. 1986년에 대전고등법원은 술에 취해 피고인의 승용차를 택시로 오인해 탑승한 피해자를 강간한 사건에서, 피고인이 피해자를 여관으로 끌고 가려고 하자 적극적으로 저항해 여관으로 끌려 들어가는 것을 막았으며 강간 직후 곧바로 피고인을 파출소로 유인해 체포한 뒤 증명력 있는 증거들(속옷과 상해자국, 질 내에 있던 정충 등)을 확보할 수 있었는데도 피해자가 평소 술집에 잘 다니는 여자라는 파출소 순경의 증언을 이유로 피해자 진술의 신빙성을 부정했습니다[85노1059].

이러한 법원의 태도는 여성의 성을 보호받을 만한 정조인지 아닌지로 구분하고 있다는 점을 보여줍니다. 물론 앞선 판결들이 강간죄가 “정조에 관한 죄”로 분류됐던 당시 이뤄졌던 것이며, 지금은 법원이 명시적으로 피해자의 성적 품행을 판단의 근거로 제시하지는 않고 있지만, 여성의 성에 대한 이중적 잣대와 보호받을 만한 정조에 대한 관념은 여전히 피해자의 저항행위와 그에 대한 진술의 신빙성을 뒷받침하는 간접증거를 판단하는 데 영향을 미치고 있습니다. 정조에 대한 법관의 낡은 관념은 성관계의 경험이 있는 관계나 가능성이 있는 관계, 즉 부부관계나 연인관계에서 일어나는 강간에 대한 피해자의 진술이 법관의 경험칙에 의해 증명력이 없는 증거로 배제

되는지를 이해하게 해줍니다. 여성의 정조는 남편이나 애인이 아닌 그 외의 남성들에게서 보호되어야 할 것이기 때문입니다.

강간죄의 보호법익은 성적 자기결정권입니다. 현행 형법 체계 안에서 강간은 ‘자유에 대한 죄’로 분류되며, 강간이 침해하는 것은 성적 자유, 즉 개인의 성적 자기결정의 자유입니다. 강간죄는 원하지 않는 사람과의 성관계를 거부할 자유에 관한 권리를 보호합니다. 1993년 형법 개정으로 제32장의 제목이 “정조에 관한 죄”에서 “강간과 추행에 관한 죄”로 개정된 것에는 강간죄가 정조가 아니라 성적 자기결정권을 보호법익으로 한다는 점을 분명히 하려는 입법자의 의지가 반영되어 있습니다. 정조가 보호법익이 아니라는 것은 강간죄를 판단할 때 피해자의 도덕성이나 품행, 상대방과의 관계를 고려하지 않고 성적인 자기결정권의 침해 여부만 평가되어야 한다는 것을 의미합니다.

그러나 법원은 여전히 이 점에 혼란을 느끼는 것 같습니다. 최근 데이트 관계에서의 강간을 인정한 판결이나 노래방 도우미에 대한 강간이 인정된 판결이 있지만, 여전히 피해자의 현실적인 저항행위를 요구하거나 저항의 존재를 입증할 수 있는 피해자의 행위를 요구하는 판결도 존재합니다. 그리고 피해자의 행위를 판단할 때 피해자의 평소 품행이나 피고인과의 관계를 문제시하기도 합니다. 그렇다면 법원이 강간죄에서의 최협의의 폭행·협박 내용과 정도를 인식하고 판단하는 사실판단 과정을 편견 없이 체계적이고 합리적으로 일반화하기 위해 고려해야 할 요소들에는 어떤 것이 있을까요? 최근 나왔던 판결들을 구체적으로 살펴보며 설명하고자 합니다.

● 사실판단에서의 합리성: 강간죄 판결에서 남성 편향적인 태도의 변화

법관의 사실판단 과정에서 사회의 왜곡된 성 관념이나 여성에 대한 이중 잣대가 개입되기 때문에, 강간죄 판단에 있어 피해자의 현실적인 저항행위나 그에 대한 확증요건이 요구되고 결국 피고인의 행위가 아닌 피해자의 행위를 강간죄 판단의 대상이 되는 결과가 초래된다는 점은 앞에서 살펴보았습니다. 이렇게 피해자의 행위가 판단 대상이 될 때 가장 문제가 되는 것은 법원이 피해자의 행위를 피고인인 남성의 시점에서 판단하는 남성 편향적인 태도를 보이는 경우가 있다는 점입니다. 남성 편향적인 관점에서 판단하게 될 때 피해자의 저항행위에 대한 핵심적인 질문은 “상대방 남성이 피해자의 저항행위를 저항으로 인식할 수 있었는가”가 됩니다.

다음 판결은 법원이 남성 편향적인 관점에서 피해자의 행위를 판단하고 있음을 극명하게 보여주는 사례입니다. 사건 개요는 다음과 같습니다. 1998년에 피해자는 약 3개월 전 친구의 소개로 알게 된 피고인과 술을 마시고 노래방을 가려고 하다가 여관으로 가게 됩니다. 여관에서 피고인이 강간을 시도하자 피해자는 반항했고 피고인은 주먹과 그곳에 있던 전화 수화기로 피해자의 머리를 여러 번 때려 상처를 입혔으나, 피해자가 계속 반항하는 바람에 강간은 미수에 그쳤습니다. 이에 대해 서울고등법원은 다음과 같이 판시합니다.

피고인이 피해자와 함께 여관에 들어갈 때 특별히 강제력을 행사한 사실이 없다면 피고인으로서의 여관에 들어가는 것에 대해 피해자가 묵시적으로 동의했다고 생각하는 것이 일반적일 것이다. 따라서 피고인으로서의 여관에 들어가기로 동의한 피해자에게 특별히 폭행·

협박을 가하여 강제로 성교를 하려고 시도했다고 보기는 어렵다. 오히려 피고인의 변호대로 피고인으로서의 피해자와 함께 술도 마시고 노래방을 가려다가 여관에 오게 됐으므로 피해자가 성교하는 것에도 당연히 동의하리라고 생각하는 것이 일반적이며 그와 같이 생각해 성교를 하려고 시도하다가 의외로 피해자가 거절하고 반항하자 화가 나 피해자를 폭행하고 피해자를 여관방에 놓아둔 채 그대로 나온 것으로 보인다. 이에 대해 피해자는 피고인이 여관방에서 바로 자신을 폭행해 강간을 시도했다고 진술하지만 위와 같은 경위에 비춰볼 때 위 피해자의 진술은 선뜻 이를 믿기 어렵고 달리 피고인이 피해자의 반항을 억압할 정도로 폭행·협박하여 강간을 시도했다고 볼 만한 증거가 없다[서울고등법원 1998.12.2. 98노2355].

법원은 피고인의 관점에서 “여관에 들어가기로 동의한 피해자의 행위”를 성교에 대한 합의로 보고, 피고인의 관점에서 여관에 가서 성교를 거부하며 저항하는 피해자의 행위에 화가 나서 피해자를 폭행할 수도 있다고 판단합니다. 이렇게 성관계와는 아무런 관련 없는 피해자의 행위를 성관계에 대한 동의로 받아들이는 것은 상대방 남성의 입장에 입각한 판단입니다. 피해자가 강간 전 피고인과 함께 술을 마시고 노래방에 가려고 했던 것은 성관계에 대한 동의가 아닐 수 있으며, 설사 여관으로 들어가기 전까지 가해자와의 성관계를 고려했다고 하더라도 여관에서 그 결정을 바꿨다면 그것 역시 피해자의 ‘비동의 의사’임이 분명합니다. 그러나 이 판결에서 법원이 중요하게 고려하는 것은 여관으로 가기 전까지의 피해자 행동이 상대방 남성에게 어떻게 받아들여졌는가입니다. 또한 강간 도중의 상황에서도 가해자의 폭행(머리를 전화기로 때리는 등의 행위)이 강간 시도와 함께 이뤄졌기 때문에 객관적으로 판단할 때 그러한 폭행이 강간을 위한 폭행·협박이 아니라고 보기 어려운데도 법원은 이러한 행위를 너무나 친절하게 “피해자가 반항하자 간

음 시도를 중지하고 단지 그러한 저항에 분노해 피해자에게 폭행을 휘둘렀다”라는 방식으로 분리해 피고인의 입장에서 판단하고 있습니다.

이렇게 남성 편향적인 관점에 의해 피해자의 행위를 판단하기 때문에, 법관은 여관방에 함께 들어가면 성관계에 동의한 것이고 일단 동의하면 절대 철회하지 않을 것이라는 잘못된 가정, 한 번이라도 성관계를 한 적이 있는 여성이라면 그 후 모든 성관계를 수락할 것이라는 과도한 가정을 경험칙이나 합리성이라는 이름으로 받아들입니다. 이러한 법관의 태도는 확인되지 않는 일방의 ‘가정’이라는 점에서 비합리적이며, 한 성에 편향된 관점에서 사실을 판단한다는 점에서 객관적이지 않습니다.

법원이 강간죄를 판단하는 데 폭행·협박의 최협의설을 선택하고 있고 최협의설이 “상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도”라는 기준을 가지고 있는 점을 고려한다면, 구체적인 사건에서 피해자의 반항이 불가능했던 정황과 맥락을 피고인 남성의 관점에서가 아니라 다양한 관점을 통해 실질적으로 판단하는 것이 합리적이고 객관적인 태도일 것입니다. 다행히 최근 법원은 과거의 남성 편향적인 강간죄 판단의 태도를 벗어나고자 시도하고 있습니다.

다음은 그동안 최협의의 폭행·협박을 판단하는 기준으로 피해자의 현실적인 저항행위와 이를 입증할 수 있는 피해자의 행위를 요구했던 기존의 판례를 변경한 판례라고 평가할 수 있습니다. 이 사건에서 피고인은 ‘보도방’을 통해 노래방 도우미인 피해자를 부르고 어울려 놀다가 피해자에게 성관계를 요구했으나 거절당하자 피해자를 양손으로 잡아 눕히고 배 위에 올라타서 양손으로 양어깨를 눌러 반항을 억압한 다음 피해자의 하의를 벗기고

1회 간음해 강간했습니다. 1심과 2심 법원은 기존의 강간죄 최협의설 판단의 태도에 따라, 강간 전 피해자가 도망갈 기회가 있었는데도 노래방을 나가지 않은 점, 피고인이 피해자를 때리거나 위협적인 말로 협박하지 않은 점, 피해자가 옷이 벗겨진 경위에 관해 다소 일관성 없게 진술하고 있는 점, 피해자가 저항하는 과정에서 입은 상해가 없는 점, 강간 도중 피해자가 탈출을 시도하거나 구조 요청을 하는 등 적극적으로 저항행위를 하지 않은 점, 피고인이 구강성교를 강요했을 때 적절하게 대항해 그 자리를 모면하지 않은 점, 피고인의 친구가 노래방으로 들어와 성교가 중단됐을 때 그들에게 강간을 당했다고 말하지 않은 점을 이유로 피해자의 현실적인 저항행위를 인정하기 어렵고 최협의의 폭행·협박을 충족하지 않는다고 판시했습니다. 대법원은 원심을 파기환송하면서 다음과 같이 판시했습니다.

강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합해 피해자가 성교 당시 처했던 구체적인 상황을 기준으로 판단해야 하며, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다해 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정해서는 안 된다[대법원 2005.7.28. 2005도3071].

대법원은 이 사건에서 피해자가 일관되게 진술하고 있고 피고인의 친구들이 피해자가 울면서 옷을 입고 있었으며 피고인이 피해자에게 미안하다며 돈을 주려는 의사를 표시했다고 진술한 내용을 바탕으로 피해자 진술의 신빙성이 확보되며, 강간 전 노래방을 벗어날 기회가 있었다거나 옷이 벗겨진 구

체적인 경위를 기억하지 못한다는 것 등만으로 피해자 진술을 배척할 수 없다고 판단했습니다. 이는 그동안 피해자의 저항행위를 입증하는 요건으로 고려했던 구조 요청 여부나 현실적인 저항행위 등이 최협의의 폭행·협박의 내용과 정도를 판단하는 데 고려할 요소가 아니라는 점을 확인한 것입니다.

이러한 법원의 태도는 2007년도 판례를 통해 다시 확인됐습니다. 이미 앞에서 살펴봤던 2007년 1월 25일에 선고된 2006도5979 판결에서 대법원은 옛 애인과의 성관계를 남편과 가족에게 알리겠다는 협박이 피해자의 의사에 반하는 정도라고 볼 수는 있으나 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 판단한 원심의 판결을 파기하고 다음과 같이 판시했습니다.

유부녀인 피해자에 대해 혼인 외 성관계 사실을 폭로하겠다는 등의 내용으로 협박을 행사해 피해자를 간음 또는 추행한 경우에 있어서 그 협박이 위와 같은 정도의 것이었는지 여부에 관하여는, 일반적으로 혼인한 여성에 대해 정조의 가치를 특히 중시하는 우리 사회의 현실이나 형법상 간통죄로 처벌하는 조항이 있는 사정 등을 감안할 때 혼인 외 성관계 사실의 폭로 자체가 여성의 명예손상, 가족관계의 파탄, 경제적 생활기반의 상실 등 생활상의 이익에 막대한 영향을 미칠 수 있고 경우에 따라서는 간통죄로 처벌받는 신체상의 불이익이 초래될 수도 있으며, 나아가 폭로의 상대방이나 범위 및 방법(예를 들면 인터넷 공개, 가족들에 대한 공개, 자녀들의 학교에 대한 공개 등)에 따라서는 그 심리적 압박의 정도가 심각할 수 있으므로, 단순히 협박의 내용만으로 그 정도를 단정할 수는 없고, 그 밖에도 협박의 경위, 가해자 및 피해자의 신분이나 사회적 지위,

피해자와의 관계, 간음 또는 추행 당시와 그 후의 정황, 그 협박이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도 등 모든 사정을 종합해 신중하게 판단해야 한다.

대법원이 고려한 것은 협박의 내용 자체나 피해자의 현실적인 저항행위의 존재 여부가 아니라 피해자의 신분이나 사회적 지위, 피해자의 조건과 상황에서 그러한 협박의 내용이 피해자에게 미칠 심리적 압박에 대한 것이었습니다. 즉, 현실적 저항행위만이 아니라 가상적인 저항행위가 억압될 정도의 협박이었는지를 강간 전후 정황이나 피해자의 위치와 상황을 고려해 합리적으로 판단한 것입니다.

그러나 이러한 대법원의 판례 태도의 변화가 존재하는데도 여전히 피해자의 저항행위를 입증할 수 있는 간접증거를 판단할 때 남성 편향적 태도나 왜곡된 성 관념이 개입하는 일어난는 경우가 발생하기도 합니다. 최근 언론에도 소개가 됐던 이른바 ‘청바지 판결’이 대표적인 예입니다. 강간을 피하기 위해 6층 모텔 방에서 떨어져 중상해를 입은 사건에서, 2008년 4월 서울고등법원은 피해자가 모텔에 자발적으로 들어간 점, 강간 도중 현실적인 저항행위를 입증하기 위한 상해가 없는 점, 피해자가 입고 있던 청바지가 폭이 좁아 벗기기 어려웠는데 팬티와 함께 가지런히 말린 상태로 놓여 있던 점, 청바지 모양 등 옷에 대한 다소 일관되지 못한 진술이 있는 점, 강간 전 피고인이 화장실에 간 사이에 피해자가 도주하지 않은 점, 피해자가 2005년까지 우울증 치료를 받은 점, 성교 상황에 대한 진술이 다소 일관되지 않은 점 등을 이유로 강간죄의 유죄를 입증할 만한 증거가 없어 무죄를 선고한다고 판시했습니다[2007노1841]. 서울고등법원은 모텔에 들어갈 때의 자발성, 강간 전후 피해자의 태도, 적극적인 저항행위로 인한 상해 등의 판단

을 바탕으로 현실적인 저항행위를 입증할 수 있는 피해자 행위를 주된 재판의 대상으로 삼았으며, 사건 당시 시점과 관련 없는 피해자의 정신과 치료 전적 등 피해자의 과거 이력을 사건 판단에 주요한 자료로 채택했습니다. 이 판결에서 청바지가 벗기기 어렵다는 평가는 법원이 누구의 입장에서 사건을 바라보고 있는지를 적나라하게 드러냅니다. (벗기기 어려운) 청바지를 입은 여자를 강간하기 어렵다는 잘못된 상식은 여성의 'NO'는 사실 'YES'이고 여성이 스스로 돕지 않는 이상 그녀를 강간하는 것은 어렵다는 편견만큼 구태의연할 뿐입니다.

여전히 일관되지 않은 법원의 강간죄 판례를 변화시키기 위해서는 법관이 영향을 받을 수 있는 남성 편향적인 관점에서 벗어나 다양한 입장과 상황을 고려해 합리적으로 판단할 수 있는 법원 내부의 기준을 마련하고 법관들을 재교육할 필요가 있습니다. 특히 강간죄의 최협의 폭행·협박을 판단할 때 법원이 경계해야 할 편견, 즉 남녀 간의 성관계에 대한 왜곡된 관념이나 여성의 성에 대한 이중 규범 등을 제거하기 위한 훈련이 필요합니다. 그러나 강간죄의 변화는 단지 법적 해석과 판단의 차원에만 한정될 수는 없습니다. 현행 형법상 강간죄에 의해 규율되지 않는, 혐의의 폭행 또는 협박에 의해 일어나는 무수한 강간행위들이 비범죄화되어 있기 때문입니다.

여성의 목소리로 법과 만나기

지금까지 성폭력 법담론의 다양한 층위 중 형법상 강간죄의 법해석과 입법론적 해결방안에 대한 내용을 간략하게 소개했습니다. 우선 형법상 강간죄의 적용과 해석 과정을 사실판단과 규범판단의 단계로 분리하고, 규범판단

의 차원에서 강간죄의 구성요건과 폭행·협박의 최협의설을 분석했으며, 사실판단의 차원에서 폭행 또는 협박의 최협의설에 부합하는 사실관계를 선별하는 과정을 살펴보았습니다. 그리고 최협의설의 이론적 태도 자체가 문제되기보다는 합리적 판단이나 경험칙이라는 이름으로 행해지는 사실판단의 과정에 개입되는 법관의 편견이 핵심적인 문제임을 지적했습니다. 그리고 최협의설이 만든 법적 공백상태에 놓인 수많은 강간행위를 처벌하기 위한 입법론적 해결 방안을 고려하고 고민해야 할 요소를 제시했습니다.

이러한 작업은 법의 단면을 잘라 그 속에 들어 있는 법담론의 지형을 적나라하게 보여주는 것이기에 어쩌면 법이 매우 고정적이고 변화 없는 영역으로 여겨질 수 있습니다. 그러나 필자가 판례들을 검토하고 분석하면서 느끼는 것은 변화하는 사회의 맥락이 고스란히 법의 해석이나 판단 과정에 반영되고 있다는 것입니다. 그동안 여성의 경험과 현실, 고통을 여성의 목소리를 통해 여성의 시각에서 이야기하고자 노력했던 여성주의들의 영향은 그것이 원하는 방향이든 그렇지 않든 간에 법의 안팎에서 법과 연계하고 법에 의해 왜곡되면서 존재합니다. 결국 여성주의자에게 주어진 과제는 여성의 목소리로 법과 만나는 동시에 보수적인 법이 전제하고 있는 여성의 타자화·대상화에 다양한 방식으로 대항하는 외줄타기 과정이라고 생각합니다.

형사사법절차에서의 성폭력 피해자 권리¹

이미경 _ 한국성폭력상담소 이사

시작하며

지난 20여 년 동안 한국사회에서는 성폭력 범죄에 대한 사회적 관심이 높아짐과 함께 관련 법·제도 개선이 꾸준히 이루어졌다. 1994년 제정된 「성폭력 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘성폭력특별법’)²을 비롯해 성폭력 피해자 보호를 위한 많은 법률, 규칙, 훈령, 예규, 제도들이 도입되었다. 그럼에도 불구하고 성폭력 사건의 신고율은 여전히 10%미만³에 머물고, 형사사법절차에서의 2차 피해를 호소하는 사례는 고소사건의 25%⁴에 달한다. 최근 들어서도 형사절차에서의 2차 피해가 문제된 사례들이 다수 발생하였다. 대표적으로는 성폭력피해자가 ‘재판 과정에서 판사로부터 모욕적인

-
- 1) 이 자료는 한국성폭력상담소 이화여대산학협력단 장애여성공감성폭력상담소가 공동으로 총 17명의 연구원들이 수행한 법원행정처 연구용역인 「여성 아동 장애인 성폭력피해자 증인보호와 지원에 관한 연구」 내용의 일부를 밝힙니다.
 - 2) 이 법은 2010년 4월 15일에 피해자 보호와 관련된 내용을 규정한 「성폭력 방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률」과 성폭력 가해자의 처벌 및 형사절차의 특례를 규정하는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」으로 분리되었다.
 - 3) 여성가족부(2010), 「2010년 전국 성폭력실태조사」.
 - 4) 한국성폭력상담소의 2008~9년 상담통계에 의하면 고소한 사건의 25%가 형사사법절차상 2차 피해의 부당함과 고통을 호소하는 것으로 나타난다.

말을 들었다’는 취지의 유서를 남기고 자살한 사건⁵과 ‘조두순 사건’에서 피해자가 수술을 한지 얼마 지나지 않아 수사기관에서 4차례의 조사를 받은 것으로 인한 국가배상 사건(서울중앙지방법원 2011. 10. 26. 선고 2011나14236 판결)⁶을 들 수 있다. 그리고 ‘밀양 성폭력 사건’에서 피해자들이 경찰들로부터 모욕적인 말을 들어 국가배상이 인정된 사건(대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365 판결)⁷, 청주 장애아동 성폭력 사건에서 재판부가 “피고인들이 피해자를 다시 양육할 수밖에 없다”는 이유로 1심에서 집행유예를 선고한 사건(청주지원 2008고합220), 법원에서의 기록복사 과정에서 피해자의 인적사항이 피고인에게 유출되어 문제가 된 사건 등 법원과 수사기관에 의한 2차 피해가 사회적으로 크게 문제된 사례들이 끊이지 않고 있다.

또한, 위와 같이 사회적으로 크게 이슈화되지는 않더라도 전국의 170여 성폭력상담소에는 증인신문 과정에서 피고인 측의 모욕적인 신문으로 인한 고통과 분노를 호소하는 사례들이 접수되고 있다. 이 외에도 수사·재판 기록을 복사하는 과정에서 합리적이지 못한 이유로 큰 불편함을 겪는 사례, 기일이 변경되었는데도 통보가 없어 계속 법정에서 기다린 사례 등 관련 피해사례 등이 줄을 잇는다. 이처럼 피해자들이 겪는 성폭력 2차 피해의 현실은 지난 20여년 동안 꾸준히 마련되어온 형사사법절차상 피해자의 권리가 ‘공허한 법적 규정’에만 머물고 있지는 않는지 돌아보게 한다.

이는 많은 법규정과 제도들이 새롭게 도입되었지만 그 내용이 구체적이지 않아 실무의 변화를 크게 가져오지 못한 측면과, 담당자들의 전문성 및 인

5) “판사가 모욕 주고 합의 종용’ 성폭행 피해여성 자살 파문”, 〈한국일보〉 2011년 6월 10일자.

6) 이미경(2011), “성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상소송의 쟁점”, 『피해자학연구』 제19권 제1호, 한국피해자학회.

7) 이경환(2011), “성폭력 2차 피해에 대한 국가배상책임”, 『사법정의와 여성II』, 민주사회를 위한 변호사모임.

권감수성 미비 등이 요인으로 지적되고 있다.⁸⁾ 한편으로는 근래에 오면서 관련제도의 변화보다 더 빠르게 형사절차에서 성폭력 피해자의 권리가 보장되어야 한다는 인권감수성이 높아진 것에 기인하기도 한다.

피해자보호제도의 개선과정을 개략적으로 살펴보면 1994년 제정된 성폭력특별법에서 처음으로 피해자에 대한 불이익처분의 금지(제4조)⁹⁾, 일부 성폭력범죄의 비친고죄화(제15조), 고소기간의 연장(제19조), 피해자 증인의 신변안전조치(제20조), 피해자 신원 및 사생활비밀누설금지(제21조), 비공개 증인신문 신청(제22조), 성폭력피해상담소 설치(제23조 이하), 의료보호(제33조) 등의 피해자 보호제도가 도입되었다.

이후 법 개정을 통해 현행 「성폭력 방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘성폭력피해자보호법’)에는 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 마련되었다. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력특례법’)에는 성폭력피해자에 대한 전담조사제 및 전담재판부(제24조, 제25조), 영상물의 촬영 보존(제26조), 전문가의 의견 조회

8) 형사절차상 성폭력 범죄의 2차 피해에 대한 연구는 다른 범죄에서의 2차 피해에 비해 매우 활발히 연구되고 있다. 이는 성폭력 피해자에 대한 사회적 비난과 낙인이 존재하는 사회적 맥락 속에서 성폭력 범죄 피해자의 경험에 다른 범죄 피해자의 경험과는 다른 차이점을 갖기 때문이다. 성폭력 2차 피해 문제에 대한 연구는 법학, 여성학, 사회학, 경찰학 등 다양한 분야에서 활발하게 진행되고 있다. 자세한 논의는 한인섭, 1994; 정현미 외, 1999; 이미경, 2003, 2006, 2012; 조국, 2002, 2003; 한국성폭력상담소, 2003-a, 2003-b, 2007-c; 장미정, 2004; 류병관, 2006, 2010, 2011; 박중선, 2006; 이덕화, 2006; 이주희, 2006; 이호중, 2004, 2006-a, 2006-b, 2007-b, 2008; 박철현 광명달, 2007; 박용철, 2007; 강소영, 2007; 박철현 광명달, 2007; 장다혜, 2007; 정유석, 2007, 2008; 천진호, 2007; 김상길, 2008; 노태식, 2008; 한국성폭력상담소 국회의원 최영희, 2008; 광명길, 2008; 김예람, 2008; 김지선, 2008; 노태식, 2008; 이경환, 2006, 2007, 2008; 이미경 이경환, 2008; 이미경 이윤상, 2008; 이재희, 2008; 김셋별, 2009; 김용세, 2009; 오경식, 2009; 정도희, 2009, 2011; 김신영, 2010; 조균석, 2010; 신혜성, 2011; 오승이, 2011; 오지원, 2011; 이진화, 2011 등 참조.

9) 여기에서의 법조문은 1994년 제정된 성폭력특별법(법률 제 4702호)의 조항이다.

(제28조), 신뢰관계에 있는 사람의 동석(제29조), 비디오 등 증거장치에 의한 증인신문(제30조) 등의 내용이 추가되었다.

그 밖에도 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 '아청법)」에서 가해자의 친권상실청구(제14조), 피해아동·청소년에 대한 보호조치 결정(제15조), 수사절차에서의 배려(제18조), 서류 증거물의 열람 등사(제18조의5), 변호인 선임의 특례(제18조의6), 비밀누설 금지(제19조), 피해아동·청소년 등의 상담 및 치료(제25조) 등의 내용이 특별히 마련되었다. 「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 확대 적용되었다.¹⁰ 그리고 2005년에는 범죄 피해자의 보호 및 지원에 대한 기본법인 「범죄피해자기본법」이 제정되기도 하였다. 위와 같은 법률의 개선뿐만 아니라 규칙 및 지침의 제 개정, 제도 신설 등의 노력도 뒤따랐다.¹¹

10) 2007년 개정된 형사소송법에 신뢰관계에 있는 자의 동석(제163조의2), 비디오 등 증거장치 등에 의한 증인신문(제165조의2), 비공개 피해자 증인신문(제294조의3) 등이 도입되었다. 이 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.

11) 경찰은 「범죄피해자 보호규칙」(2004. 8. 17. 경찰청 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 담당 검사 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. 대법원 규칙 제2110호), 성폭력 범죄에 대한 대법원양형기준 등을 마련하기도 하였다.

성폭력특별법상의 피해자보호와 형사소송법상의 피해자 지위 강화 조치는 물론 최근에는 이슈가 된 강력성폭력범죄를 중심으로 한 처벌강화 조치들이 도입되고 있다. 이처럼 관련 법제도가 빠르게 제 개정되고 성폭력 문제의 사회적 해결에 대한 관심과 요구가 늘어나고 있는 상황에서 관련 제도를 적용, 해석, 집행하는 담당부서와 담당법관의 역할의 중요성은 더욱 커진다.

그러나 현재 법원의 성폭력 피해자 지원 조치는 각 법원 담당 판사의 인식 정도와 재량에 맡겨져 있어 법원별, 재판부별 업무 방식의 편차가 발생하고 있다. 그럼에도 실제 성폭력범죄 재판을 담당하고 있는 법관들을 위한 업무지원조치에는 관심이나 지원이 상대적으로 부족했다고 볼 수 있다. 현재 「성폭력범죄 사건의 증인신문 등에 관한 예규」(개정 2007. 11. 29. 재판예규 제 1159호 재형 2004-3), 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제22조의 4 제1항의 증인신문에 관한 규칙」(개정 2007. 10. 29. 대법원규칙 제2110호), 그리고 양형과 관련하여 성폭력 범죄에 대한 대법원양형기준이 마련되어 있는 정도이다. 그러나 이와 같은 예규나 지침에 대한 재판부의 인식이나 활용도가 낮고, 내용 또한 추상적이고 제한적인 수준에 머물러 실무에 실질적인 도움이 되지 못한다. 무엇보다도, 실무상 자주 문제되고 있는 “재판과정에서의 2차 피해” 예방을 위한 법관 대상의 구체적, 통일적 업무지침이 마련되어 있지 않은 상황이다.¹² 특히 성폭력의 특성 및 성폭력피해자에 대한 법관의 이해와 아동·장애인 피해자 증인신문 및 진술에 대한 판단을 돕기 위한 전문자료나 교육프로그램 등의 지원책은 매우 미비하다.

12) 최근 들어 이와 관련해 새로운 변화의 움직임이 일고 있다. 예를 들어, 법원행정처(2012)가 「2012 성범죄 재판 참여 매뉴얼」을 발간하고, 사법연수원에서는 매년 「성폭력범죄 전담재판부 연수」를 하고 있다. 또한 2012년부터 전국 법원의 증인지원관을 대상으로 「여성·아동·장애인 증인지원관 연수」를 실시하고 있다.

또한 성폭력 피해자 증인신문을 직접 수행하고 진술증거의 신빙성을 세밀하게 판단해야 하는 법관이 이를 위한 전문적 지식과 교육을 받을 기회를 갖지 못하는 것은 법관들의 주된 애로사항 중 하나이다. 최근 성폭력범죄 전담재판부 법관연수가 실시되기 시작하였으나 연 1회 이틀에 걸쳐 진행되는 프로그램을 통하여 성폭력사건 재판에 필요한 사항들을 제대로 담아내는 데는 한계가 있을 수밖에 없다.

양형에 있어서도 성폭력범죄에 대한 대법원 양형기준이 다른 범죄에 비하여 비교적 상세하게 마련되어 있기는 하나, 다음과 같은 문제점이 지적되고 있다. 첫째, 해외 선진국에 비하여 우리나라 성폭력범죄에 대한 양형이 지나치게 관대하다는 점. 둘째, 집행유예 비율이 현저하게 높은 점. 셋째, 외국에서는 피해자에 대한 피해보상이나 그 시도가 증인매수, 증언방해 행위로 간주되기도 하는 데 비하여 우리나라에서는 ‘피해자와의 합의 여부’가 형의 경중 및 집행유예 여부를 정하는 데 있어 결정적인 요소로 작용하고 있어 피해자에 대한 2차 피해 초래의 주된 요인이 되고 있는 점 등이다.

뿐만 아니라, 대부분의 성폭력 피해자들은 자신이 어떤 권리를 갖고 있으며, 공판이 어떻게 진행되는지에 대해 고지 받지 못하고 있다. 구체적으로 본인이 이용할 수 있는 서비스를 잘 모르고, 형사절차에 대한 이해가 부족해서 2차 피해에 더 취약한 상태이다.

그동안 진행되어 온 법 규정 및 제도 개선을 위한 노력으로 인해 많은 피해자보호 제도들이 신설·보완되었다. 그러나 각 제도들이 성폭력 피해자들의 현실적이고 진정한 보호를 위해 기능하고 활용되고 있는지에 대해서는 제대로 연구되지 않았다. 이에 기존 제도의 문제점을 제도의 이용자인 성폭

력피해자의 관점, 그리고 실제 제도를 적용 집행하는 성폭력사건 담당법관의 관점에서 재검토하는 작업이 필요하다. 그러한 분석을 토대로 제도가 본래 취지에 따라 실제로 기능할 수 있도록 세부적인 내용들을 보완하고, 제도운명을 담당하는 실무자들의 인식을 변화시킬 수 있는 구체적인 방안을 마련하는 것이 무엇보다 중요하다.

성폭력 피해 생존자의 형사사법절차상 권리

현재 현행법상 성폭력 피해자의 권리는 헌법, 형사소송법, 성폭력특례법, 성폭력피해자보호법, 범죄피해자보호법, 범죄피해자보호기금법 등을 통해 보장하고 있다. 그러나 현행법상 피해자의 권리는 피해자 보호의 관점에서 국가형벌권에서 ‘배려’하거나 ‘보호’하는 데에 치중되어 있으며, 피해회복에 대한 피해자 권리가 보장되지 못하고 있다는 점에서 한계가 있다. 현행법상 성폭력 피해자의 형사소송절차 내에서의 권리를 살펴보면 다음과 같다.

● 피해자의 보호받을 권리

우선 범죄피해자보호법에 의해 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온에 대한 보호(제2조)가 규정되어 있으며, 이러한 범죄피해자의 보호를 국가와 지방자치단체의 책무(제9조)로 규정하고 있다. 특히 성폭력 피해자의 경우, 공개재판이 아닌 비공개심리(성폭력특례법 제27조)를 신청할 수 있는 권리가 있으며, 증인으로서 신변안전조치와 출판물 게재 등으로부터의 보호받을 권리가 있다(제21조). 또한 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 관여하는 공무원과 상담소, 보호시설 관계자에게 피해자의 신원과 사생활 비밀누

설 금지해야 할 의무를 부과하고 있다(제22조, 성폭력피해자보호법 제30조).

● 절차에 참여할 권리

피해자의 절차참여권 중 가장 핵심적인 권리는 헌법 제27조 제5항과 형사소송법 제294의2에 규정된 피해자 진술권이다. 2007년 형사소송법개정을 통해 헌법상 보장되던 피해자 진술권은 피해자가 자신을 증인으로 신문할 것을 신청할 수 있도록 함으로써 실질화되었다. 이로써 피해자는 법원의 직권이나 검사의 신청, 피고인 및 피고인 변호인의 증거부인에 의해서만이 아니라 스스로 법정에서 진술할 수 있는 권리를 확보하게 되었다. 피해자는 피해자진술권을 행사하여 자신에게 발생한 피해의 정도, 피고인의 처벌에 대한 의견, 그 밖에 당해사건에 관한 의견을 제시할 수 있다. 그러나 이러한 피해자 진술권은 증인으로서의 지위에서 단지 범죄행위로 인한 피해와 관련된 내용에 대한 진술의 범위로 한정되어 있으며, 피해자가 형사소송절차로 인해 경험한 2차 피해의 내용, 가해자의 석방이나 양형, 가석방심사에 대한 의견을 진술할 수 있는 권리로 확대되지는 않고 있다.¹³

● 보상받을 권리

피해에 대한 보상권으로서 성폭력 피해자는 성폭력피해자보호법에 의해 500만원 이하의 의료비 지원을 받을 수 있다. 또한 성폭력 피해자가 범죄로 인해 법에서 규정하는 정도의 장해를 입거나 중상해를 입은 경우 범죄피해자보호법에 의해 구조금을 받을 수 있다. 그리고 형사소송절차 내에서 피고

13) 이미경. "성폭력 2차 피해를 통해 본 피해자 권리." 이화여자대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 43쪽.

인에 대해 배상명령을 신청할 수 있다. 그러나 배상명령제도는 거의 실행되지 않고, 구조금 신청 또한 위중한 상해에 한정하고 있어 실제 성폭력 피해자들은 이를 활용하기 어려운 구조. 현재로서는 의료적 치료비를 지원하는 정도에 머물고 있다.

● 국제법상 권리

형사소송절차 내에서의 피해자 권리는 인권법과 국제인도법, 국제형사사법 등 국제법을 통해 인정되고 있다. <범죄 및 권력남용 피해자를 위한 기본적 정의 원칙에 관한 선언(1985)>에서는 피해자가 사법절차에서 공정한 대우를 받을 수 있는 내용에 대해 선언하고 있으며, 피해자의 필요에 민감한 사법적, 행정적 과정을 추구하도록 촉구하고 있다.

형사사법절차상 피해자 권리 보장을 위해 고려되어야 할 사항

● 성폭력 범죄의 특성상 특히 피고인 및 그 가족으로부터 피해자 보호

재판과정 중 피고인 및 그 가족과 대면하게 될 때 피해자가 가지게 될 충격과 두려움, 불안, 스트레스는 매우 극심하여, 대부분의 성폭력 피해자들이 피고인 등과의 대면 가능성 때문에 피해신고나 증인출석을 주저하게 된다. 성폭력 피해자들 중에는 연령이 낮거나 지적장애가 있는 경우 혹은 피고인과의 특별한 관계로 인해, 피고인과 대면하거나 같은 공간에 있다는 사실을 알게 되는 것만으로 심리적 불안감을 가지고 제대로 증언하지 못하는 상황이 발생하는 사례가 적지 않다. 그러므로 피해자가 증언시 피고인이나 그 가족과의 대면을 원하지 않는 경우, 또는 심리적 안정감을 위해 특별한 요

청을 하는 경우 이를 존중하여 안정적이고 정확한 증인신문을 할 수 있는 환경을 조성할 필요가 있다.

이를 위해 증인신문시 중계시설 및 차폐시설을 이용할 때에나 증인출석을 위해 입정이나 퇴정할 때에 피고인과의 대면이 일어나지 않도록 세심하게 고려할 필요가 있으며, 공판기일 전 이러한 신청절차와 결정을 완료하여 피해자 증인이 보다 안정적인 상태에서 재판출석을 할 수 있도록 해야 한다. 또한 피해자의 심리적 안정을 위해 신뢰관계인의 동석을 적극적으로 활용할 필요가 있으며, 신뢰관계인들이 피해자 증인 옆에 동석할 수 있도록 법정구조를 조정해야 한다. 그리고 피고인이나 그 가족이 법정 밖에서 합의를 목적으로 피해자에게 무단으로 접근하는 것을 방지하기 위해서는 피해자의 신상정보에 대한 피고인 등의 열람 등사권이 엄격히 제한될 필요가 있으며, 보호명령 등 피해자에 대한 보호제도를 도입할 필요가 있다.

● 성폭력 피해자의 신원과 사생활 비밀에 대한 광범위한 보호

성폭력 피해자에게 성관계에 대해 진술할 것을 요구하거나 증인의 신용성을 탄핵하기 위한 반대 신문 중에는 비공개 증인신문이 원칙적으로 이루어지도록 하여 피해자의 사생활권(privacy rights)을 보호할 필요가 있다. 또한 증인으로 출석하는 경우가 아니어도 재판 중 피해자의 실명이나 주소 등 신상정보가 노출될 가능성을 막기 위해 사건번호나 가명 등을 사용할 수 있도록 하는 재판실무의 변화가 필요하다. 가족 등에게 성폭력 사실을 알리지 않는 성폭력 피해자들이 있으므로, 송달장소 또한 피해자의 의사를 확인하고 필요한 경우 피해자가 원하는 장소로 변경할 수 있도록 배려해야 한다.

● 형사사법절차 담당자들의 성폭력에 대한 이해와 인권감수성 향상

피해자가 아동·청소년이거나 지적장애를 가진 경우 재판부나 변호인, 검사 등이 이러한 피해자의 심리 등 특성에 대한 이해 없이 증인신문을 하게 될 때 피해자에 대한 2차 피해가 발생할 수 있을 뿐 아니라 정확하고 제대로 된 진술을 확보하기 어려울 수 있다. 그러므로 단지 피고인의 반대신문권 주장만으로 이러한 피해자들의 증인출석을 결정하지 않고 수사단계에서 작성된 진술녹화본을 활용하거나 법정의 신문제도를 이용하는 방법을 고려할 수 있으며, 불가피한 경우 증인신문을 진행하되 신문과정을 도울 수 있는 전문가를 활용하는 방안을 모색하여야 할 것이다.

성폭력 피해자가 형사소송절차 중 2차 피해를 경험하지 않고 재판을 통해 범죄피해로부터 치유되는 경험을 할 수 있도록 법원의 적극적인 피해자 배려와 존중의 태도가 요구된다. 이는 또한 피해자가 형사소송절차에 참여할 수 있는 권리를 실현하기 위한 조건이 될 수 있다. 이러한 법원의 배려와 존중의 태도는 법의 역할에 대한 새로운 이해 중 하나인 치료적 사법의 차원에서도 요구되는 것으로 소송절차에 관련된 모든 이들에 대해 이루어질 수 있다.

형사소송절차상 성폭력 범죄 피해자 증인을 위한 보호 및 지원제도들은 정확하고 안정적인 증언이 가능한 환경을 조성함으로써 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적을 실현하는 동시에 기본적으로 보장되어야 할 피해자 권리를 실현하고 소송절차 내에서의 2차 피해를 방지하기 위한 취지를 가진다. 이러한 조치들을 재판 중에 실행, 집행할 것에 대해 법원이 결정함에 있어 이러한 법제도의 취지가 제대로 실현될 수 있는 방향으로 판단하는 것이 필요할 것이다.

결론

형사사법절차에서 성폭력 피해자 증인의 2차 피해를 예방 하고, 피해자 권리보장 방안의 모색은 더 이상 미뤄둘 수 없는 시급한 과제이다. 성폭력 피해자 증인이 안전하고 편안한 환경에서 충분하고 제대로 된 증언을 할 수 있는 시스템의 마련은 증인의 기본적인 권리를 실현하는 것일 뿐만 아니라, 결과적으로 사건의 실체적 진실 발견에 기여하는 것이다. 앞서 살펴본 우리나라 성폭력 피해자 증인의 법제도적 현실과 한계는 다음과 같다.

첫째, 현재 우리 법은 성폭력 피해자의 보호받을 권리로 비공개심리 신청권(성폭력특례법 제27조), 증인으로서 신변안전조치와 출판물 게재 등으로부터의 신상정보를 보호받을 권리(제21조), 그리고 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온에 대한 권리(범죄피해자보호법 제2조) 등을 규정하고 있다. 그러나 피해자가 형사소송절차에서 경험할 수 있는 2차 피해의 예방과 피해자 보호에 대하여 규정이 별도로 없으며, 특히 증인신문시 성폭력 범죄사실을 입증하는데에 피해자에게 저항행위를 입증하도록 사실상 요구하거나 피고인 변호인의 반대신문시 발생할 수 있는 2차 피해를 방지하는 규정은 마련되어 있지 않다.

또한 재판 중 피고인의 열람등사권의 행사시 피해자의 신상정보가 노출되지 않도록 보장하는 별도의 규정이 없어 피해자의 신상정보 보호는 재판부의 사무 처리와 재량에 맡겨져 있는 상태이다. 비록 성폭력특례법상 공무원의 피해자 신원과 사생활비밀누설금지 원칙이 규정되어 있으나 형사소송법상 피고인의 권리인 열람 등사권과 충돌할 때 무엇을 우선할지에 대해서 명확한 규정이나 업무지침이 없어, 결국 재판부의 재량에 따라 피해자의 안

전과 사생활 보호가 좌우될 수 있다. 더욱 문제는 피의자나 피고인의 합의
종용이나 강요로 인한 피해로부터 피해자를 보호할 수 있는 별도의 규정이
없다는 것이다. 이러한 상황에서 형사합의를 피고인의 방어권 행사로 보는
사법기관의 판단에 의해 피해자는 합의종용과 강요로 인한 2차 피해를 경
험하게 된다.

둘째, 피해자의 형사절차 참여권으로서 현행 헌법 제27조 제5항과 형사소
송법 제294의2에 의해 보장된 피해자진술권이다. 2007년 형사소송법 개정
을 통해 헌법상 보장되던 피해자진술권은 피해자가 자신을 증인으로 신문
할 것을 신청할 수 있도록 함으로써 실질화되었다. 또한 성폭력특별법에는
피해자가 심리의 비공개(제27조)나 신뢰관계인의 동석(제29조), 비디오 등 중
계장치에 의한 증인신문(제30조)을 받을 권리에 대해 설정하고 있으나, 별도
의 법적 조력을 받지 않는 이상 이러한 성폭력 피해자가 이러한 권리를 알
고 행사하기 어렵다.

더욱이 남성중심적인 성 이중규범(double standard of sexuality)과 성폭력에 대
한 잘못된 통념 속에서 피해자는 자신의 피해에 대해 설명하고 고통을 호소
하기가 쉽지 않다. 성폭력과 성행위를 크게 구분하지 않는 남성중심적이고
폭력적인 성문화 속에서 피해자가 아동이거나 흥기가 동원되는 등의 성폭
력 사건 이외에 성폭력 피해경험은 항상 강제적인 것인지 합의에 의한 것인
지 ‘애매하다’는 의심을 받는다. 게다가 성폭력 피해자에 대한 사회적 낙인
과 비난이 존재하는 상황에서 성폭력 피해자가 자신의 피해경험에 대해 공
적인 장에서 설명하거나 호소하는 것은 어려운 일이다.

셋째, 보상받을 권리로서 성폭력 피해자는 성폭력특별법에 의한 의료비 지

원을 받을 수 있다. 또한 성폭력 피해자가 범죄로 인해 법에서 규정하는 정도의 장해를 입거나 중상해를 입은 경우 범죄피해자보호법에 의해 구조금을 받을 수 있다. 또한 형사소송절차 내에서 피고인에 대해 배상명령을 신청할 수 있다.

그러나 이러한 보상권은 의료비 지원에만 한정되어 있으며, 배상명령제도의 경우에도 형사소송절차의 지연이나 방해를 이유로 피해자의 보상권을 제한할 수 있고 이에 대해 피해자가 불복신청을 할 수 없어(소송촉진에 관한 특별법 제30조, 제32조), 피해자의 보상권은 매우 제한적임을 알 수 있다. 이러한 상황에서 피해회복을 위한 비용이 필요한 성폭력 피해자들의 경우, 처벌의사가 있음에도 어쩔 수 없이 가해자와의 형사합의를 선택하기도 한다. 미국, 영국, 스웨덴, 캐나다, 노르웨이 등의 외국에서도 증언 지원 조치나 인적 지원 제도에 있어서는 우리와 어느 정도 유사한 형태를 가지고 있다. 한편 중개자 등 전문가 조력제도, 성폭력 관련 편견의 통제를 위한 방안들, 형사절차에서 배상 청구의 통합, 증인을 위한 신변보호제도 등은 우리나라의 제도와 크게 차이가 있다.

따라서 우리나라 형사사법절차에서 성폭력 피해자의 권리를 보장하기 위해서는 다음과 같은 변화가 요구된다.

● 법정에서 증언하는 증인을 위한 각종 지원조치의 효과적 운용

중계 장치 또는 차폐시설의 사용은 증인의 개인적 특성, 증인과 피고인과의 관계, 범죄의 성질 등 다양한 요인의 영향을 받는 문제이므로 증인이 안정적으로 진술할 수 있도록 각 증인에 적합한 지원이 이루어져야 한다. 피고

인 등의 퇴정과 관련해서는 스웨덴의 경우처럼 피고인을 스피커가 설치된 장소로 퇴정시킴으로써, 법정 밖에 있으면서도 증인신문의 내용을 모두 들을 수 있도록 조치하여 피고인의 방어권을 함께 보장하는 방안을 검토할 필요가 있다. 또한 진술녹화물의 충분한 활용을 위해서는 경찰 조사 시 검사 및 피고인의 변호인 참여를 확대하는 등 진술녹화물의 증거 가치를 높이고, 영상물에서 질문하였던 사항을 재 질문하려면 판사의 허가를 받도록 하는 등의 조치가 필요하다. 더불어 법원 외에서의 원격증언도 신체적 장애가 있거나 고령이어서 긴 시간의 이동에 어려움이 있는 증인에게 도움이 될 수 있으므로 우리나라도 이의 확대 실시를 고려할 필요가 있다.

● 증인의 신변 및 신상정보 보호의 강화가 필요

미국, 영국, 캐나다의 증인보호명령, 스웨덴 및 노르웨이의 접근금지명령과 보안 장비 제공 등은 범죄 피해자 및 증인이 위협을 느끼지 않고 증언하는데 도움을 준다. 이들 국가와 달리 우리나라는 친고죄와 반의사불벌죄 등으로 인하여 성폭력 범죄의 피해자가 공소 유지 및 유죄 판결에 대하여 권한을 갖고 있고, 그렇지 않더라도 ‘합의’ 여부가 양형에 반영이 되기 때문에 피고인 측이 피해자에게 접근하여 고소 취소를 강요하는 등의 문제가 매우 심각하다. 피해자 이외의 증인도 피고인 측의 협박이나 위협 등으로부터 특별한 보호를 필요로 한다. 현재로서는 가정폭력 범죄를 중심으로 적용되고 있는 피해자의 신변 보호 조치를 대폭 확대하여 범죄 피해자 및 증인의 보호를 강화하여야 한다.

영국의 정보제한명령과 캐나다의 공표제한명령, 미국, 영국 및 스웨덴의 신상정보 보호 조치들은 범죄 피해자와 증인의 신상정보의 보호를 보다 강화

한 형태이다. 미국 버몬트주와 같이 피해자로 하여금 우체국 사서함을 송달주소로 사용할 수 있도록 하는 방안도 적극적으로 고려할 수 있을 것이다. 우리나라에서도 성폭력 범죄의 피해자 및 증인을 식별할 수 있는 정보가 언론에 공개되거나 개인정보가 소송기록을 통하여 피고인에게 유출되는 문제가 종종 발생하고 있어 제도적 보완이 요구되며, 국민참여재판의 범위가 확대되는 추세에 따라 증인신문 동안의 성폭력 피해자 증인의 익명화가 필요하다.

● 피해자 증인에 대한 인적 지원 강화가 필요

구체적으로 변호인의 효율적 조력을 받을 수 있는 제도적 장치 마련이 시급하다. 스웨덴과 노르웨이의 성폭력 범죄 피해자는 무상으로 변호인의 조력을 받을 수 있다. 변호인은 조사 및 증인신문에 출석할 권리, 증인 및 피고인 신문권, 절차에 대한 발언권, 정보권 및 통지권 등이 인정된다. 우리나라에서도 2012년부터 아동 성폭력 피해자에 대하여 국가가 기금을 지원하는 피해자의 법률조력인 제도가 시행되고 있다. 아직은 변호인의 권한이 매우 협소하여 권한의 확대가 요구된다. 또 다른 인적 지원으로 주목할 만한 것은 의사소통의 어려움이 있는 장애인 등 취약한 증인의 의사소통을 지원하는 전문가로서 중개자 제도의 도입이 필요하다. 또한 2012년부터 각급 법원에 증인지원실과 증인지원관 제도가 시행된 바, 증인 지원의 질이 높아질 것으로 기대되는데, 특히 증인지원관의 전문성과 인권감수성을 위한 정기적인 교육 및 전담할 수 있는 근무조건의 마련이 요구된다. 그리고 비정부기구(NGO)와의 협력을 통한 다면적이고 합리적인 증인 지원 시스템의 개발을 적극적으로 고려할 필요가 있다.

● 성폭력에 대한 잘못된 통념의 통제

현재 성폭력 2차 피해의 주된 요인이 되고 있는 피해자의 성적 이력에 대한 증거 제한을 두어야 한다. 미국 대부분의 주와, 영국 YJCEA, 캐나다 연방형 법 등에서는 ‘강간피해자보호법(rape shield law)’라 불리는 법적 규정을 두고 있다. 더 중요한 것은 법의 마련보다도 실무상 법의 취지가 실질적으로 실현될 수 있도록 보장하는 것이 필요하다. 따라서 법관을 비롯한 소송관계인의 인식 전환과 법관 교육 또한 강조되어야 한다. 최근 국민참여재판의 확대 실시와 관련한 또 다른 편견의 통제 방식으로서 배심원들이 성폭력 범죄의 사실 판단에서 부당한 추측을 하거나 선입견을 개입시킬 가능성을 제한하여야 한다. 편견의 통제 조치를 통하여 증언과정에서의 증인에 대한 2차 피해를 방지하고 충분한 증언이 가능하도록 보장하며, 더 나아가 성폭력 범죄에 대한 잘못된 편견이 공정한 재판과 사법 정의의 실현을 가로막는 문제를 예방할 수 있도록 하여야 할 것이다.

● 처벌과 배상의 결합이 필요

범죄 피해의 배상 청구가 형사소송에 통합되어 이루어지며, 범죄자가 배상을 하지 못할 경우 국가가 범죄피해자기금에서 보상하고 나중에 범죄자로부터 구상하는 형태를 취하는 나라들이 많이 있다. 이와 같은 절차로 피해자는 범죄 피해가 명확한 한, 반드시 피해에 상응하는 배상을 받을 수 있다. 형사소송에 피해 배상을 위한 절차가 통합되는 것은 피해자에게 손해배상 이상의 의미가 있다. 피해자는 배상 청구의 당사자로서 원고의 지위를 부여받으며, 무상으로 변호인을 지원받는다. 따라서 변호인으로부터 법적 지원을 받을 수 있고, 당사자로서 소송에 적극적으로 참여할 수 있으며, 소송 관

련 정보에서 소외되지 않는 것이다.

● 법관 교육의 전문성 강화

현재 우리나라 법원에서 시행하고 있는 성폭력 관련 법관 연수 프로그램의 전문성 강화, 다양한 교육 방식 도입, 전문가가 참여하는 강의 교재 개발의 노력을 계속할 필요가 있다. 교육 방식에 있어 소그룹 토의 및 상호작용 교육방식을 통한 문제 인식 및 의견 공유, 대안 도출 실습을 진행하는 것은 법제도 개선뿐 아니라 법원 실무의 발전에 큰 기여를 할 수 있을 것으로 보인다.

● 성폭력 2차 피해로부터 보호받을 피해자 권리 확장

성폭력 피해자가 형사소송절차 내에서 경험할 수 있는 2차 피해로부터의 보호에까지 피해자 권리가 확장되어야 한다. 그리고 범죄 피해자의 절차적 참여권은 단지 공소유지를 위한 증거로서의 증인으로서만이 아니라 사건의 이해당사자로서 참여하는 방향으로 확장되어야 한다. 그리고 피해자의 피해회복과 보상받을 권리는 단지 신체적 피해에 대한 금전적인 손해배상에만 한정되는 것이 아니라 피해회복을 위한 포괄적인 보상까지 포함하는 것으로 확장되어야 한다.



부록

재판동행을 하다보면 평상시에 접하지 않는 법 용어를 접하게 됩니다. 재판에서 사용되는 법 용어가 어렵고 어색한 것은 당연합니다. 재판동행 지원단으로서 법률을 잘 알아야 한다는 부담감 역시 갖지 않아도 됩니다. 필요 시 법조문이나 용어를 찾아서 확인할 수 있도록 부록에 담았습니다.

성폭력사건의 법적 절차

성폭력사건의 법적 대응은 크게 형사적 방법과 민사적 방법으로 나뉜다. 형사소송은 국가가 피고인(가해자)의 범죄를 처벌하는 절차이고, 민사소송은 피해자가 피해로 인한 손해를 가해자에게 청구해서 배상을 받는 절차이다.

● 형사소송

국가가 정하는 범죄행위에 대해 고소, 고발을 하여 형법 등 관련 법에 근거해 징역형, 벌금형, 사회봉사명령, 수강명령 등의 형벌을 받도록 하는 것이다. 성폭력 범죄의 친고규정이 2013년 6월 19일부터 폐지되어 피해자뿐만 아니라 누구나 고소가 가능하다. 단, 2013년 6월 19일 이전이라도 '아동·청소년의 성보호에 관한 법률'에 따라 만19세 미만의 미성년자에 대한 강간 및 강제추행, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 장애인이나 친족관계에서의 강간은 피해자뿐만 아니라 가족, 주변사람 누구나 고소 할 수 있다.

● 민사소송

성폭력 피해로 인한 손해배상을 피해자가 법원에 접수하고 재판을 통해 가해자로부터 배상명령을 받을 수 있다. 배상 판결이 있어도 가해자 명의의 재산이 없으면 판결이 무용지물이 될 수 있기 때문에 민사소송을 제기 하기 앞서 가해자의 재산관계를 파악하여 가압류 등 재산보전조치를 취해 놓는 것이 필요하다. 형사고소 판결이 난 후 민사소송을 하면 신속하게 처리할 수 있다.

법률용어

피의자

죄를 범한 혐의로 수사기관의 수사대상이 되어 있는 자로서 아직 공소(公訴)가 제기되지 않은 자

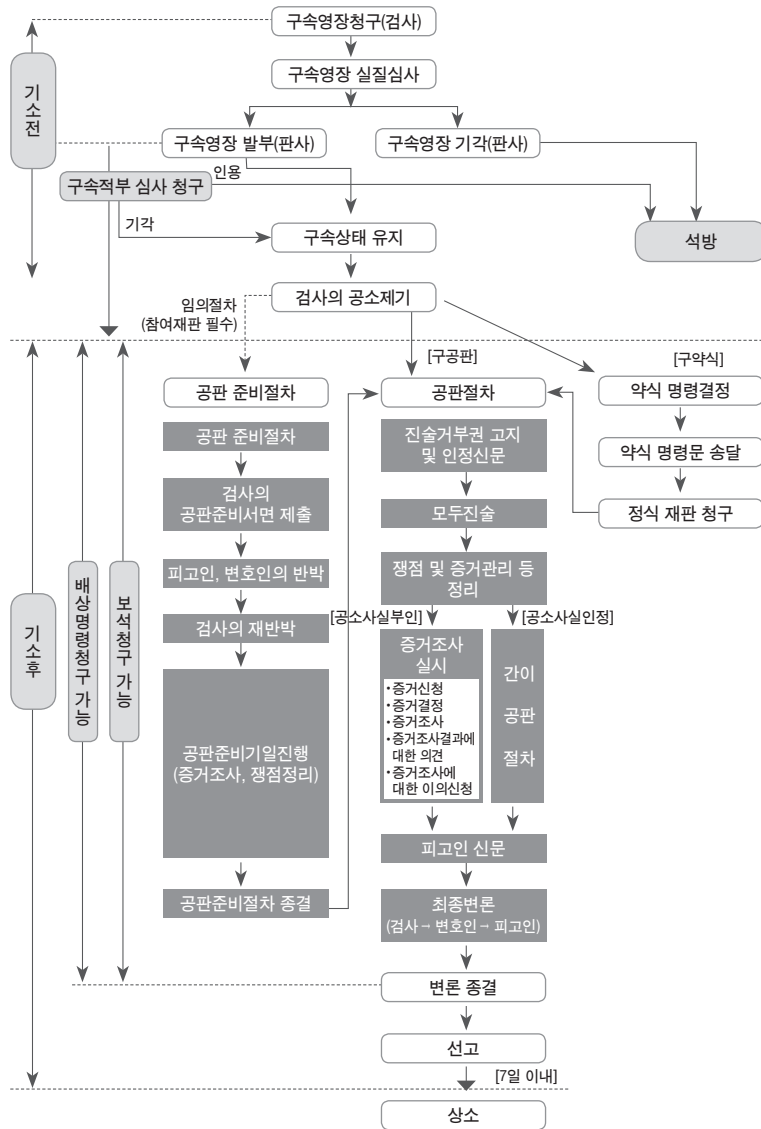
피고인

형사사건에 관하여 형사책임을 저야 할 자로 공소가 제기될 자, 또는 제기된 것으로 취급될 자

친고죄

피해자의 고소가 있어야만 수사를 할 수 있는 범죄
예) 형법상 강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행죄 등

〈형사소송 절차 흐름도¹⁾〉



1) 대한민국법원 <http://help.scourt.go.kr>

형사소송절차는 검사의 공소제기를 기준으로 기소 전 단계와 기소 후 단계로 나뉜다. 기소 전 단계란 검사의 구속영장 청구부터 공소제기까지의 단계로서 검사의 구속영장 청구, 청구된 구속영장에 대한 실질심사, 체포 또는 구속의 적법 여부에 대한 체포·구속적부심사청구 등 이다.

법률용어
법률용어

검사

공익의 대표자로서 범죄수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항, 범죄수사에 관한 사법경찰 관리의 지휘·감독, 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구, 재판집행의 지휘·감독, 국가를 당사자 또는 참관인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 및 그 수행에 관한 지휘·감독, 다른 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항 등을 그 주요 직무권한으로 한다.

공소제기

검사가 피고사건에 관하여 법원에 대해 그 심판을 구하는 소송행위를 말한다. 기소 또는 소추라고도 한다. 수사결과 범죄의 객관적 혐의가 충분하고 소송조건을 구비하여 유죄판결을 받을 수 있다고 인정할 때에는 검사는 공소를 제기한다(형사소송법 246조). 방법은 공소장을 관할법원에 제출하는 것이다(형사소송법 254조). 약식명령을 할 수 있는 경우에는 공소제기와 동시에 약식명령을 청구할 수 있다(형사소송법 449조).

기소

검사가 일정한 형사사건에 대하여 법원의 심판을 구하는 행위를 말한다. 이를 공소의 제기라고도 한다.

구속영장

수사기관에 구속을 허용하는 법원의 허가장이다. 구속은 범죄혐의자에 대한 강제처분이므로 구속을 할 경우에는 영장을 필요로 하는 것이 원칙이다. 즉 구속하여야 하는가의 여부는 법원이 판단하는 것이고 영장 없이는 수사기관이 구속할 수 없는데 이 법원의 판단을 기재한 것을 구속영장이라 하고, 구속영장은 법원의 집행기관에 대한 허가장으로서의 성질을 갖고 있다. 구속영장의 발부를 청구할 수 있는 권한을 가진 자는 검사와 사법경찰관이고, 청구에 대하여 법원은 구속의 이유와 필요가 있다고 인정되면 체포·구속영장을 발부한다(형사소송법 제200조의2, 제202조 3항).

기소 후 단계는 검사의 청구에 따라 구공판과 구약식으로 나뉘고, 임의절차로서 공판준비절차가 마련되어 있으며 이상의 절차를 마친 후 변론종결과 판결 선고까지를 포함한다. 또한 변론 종결 시까지 배상명령청구와 보석청구가 각 가능하다.

법률용어
법률용어

구공판

검사가 공판을 청구하는 것 기소와 같은 의미.

구약식

검사가 정식재판을 청구하기에는 사건이 경미하다고 판단되어 판사에게 약식명령을 구하는 것

공판준비절차

공판기일에 있어서의 심리를 충분히 능률적으로 행하기 위한 준비절차. 2007년 개정 형사소송법은 공판기일 전에 쟁점을 정리하고 입증계획을 세울 수 있도록 공판준비절차제도를 도입했다. 공판준비절차는 주장 및 입증계획 등을 서면으로 준비하게 하거나 공판준비기일을 열어 진행한다(제266조의 52항). 검사 피고인 또는 변호인은 법률상 사실상 주장의 요지 및 입증취지 등이 기재된 서면을 법원에 제출할 수 있고, 법원은 검사 피고인 또는 변호인에 대하여 이들 서면의 제출을 명할 수 있다(제266조의 6).

선고

소송의 결과인 판결을 알리는 것을 선고라고 하는데 보통 판결 주문의 낭독과 그 이유의 요지를 설명하는 것으로 되어있어 역시 소송의 결과이지만 결정이나 명령을 알리는 것은 고지라고 한다.

배상명령

형사사건의 피해자가 범인의 형사재판 과정에서 간편한 방법으로 민사적인 손해 배상명령까지 받아 낼 수 있는 제도이다. 절도나 상해를 당한 경우에 범인이 절도죄나 상해죄로 형사처벌을 받는다고 하더라도 피해자가 피해보상을 받으려면 따로 민사소송절차를 밟아야 하는 것이 원칙인데 피해자에게 신속 간편하게 보상을 받도록 해주기 위하여 마련한 제도이다.

보석

보석이란 일정한 보증을 조건으로 하여 구속의 집행을 정지하고 구속되었던 자를 석방하는 제도이다. 현행법상 보증은 일정한 보증금의 납입에 한정되고 또 기소 후의 구속(즉 피고인)에 대해서만 보석이 인정된다. 따라서 현행법상의 보석은 일정한 보증금의 납입을 조건으로 하여 구속의 집행을 정지하고 피고인을 석방하는 제도라 할 수 있다. 보석은 구속영장의 효력을 소멸시키는 것이 아니라 그 집행을 일단 정지시킬 뿐이라는 점에서 구속의 취소와 구별되고 또 일정한 보증을 조건으로 하는 점에서 단순한 구속의 집행정지와도 그 성격이 다르다.

검사가 약식명령을 청구하면 판사는 약식명령을 발령하거나 통상의 공판절차에 회부하여 재판할 수도 있다. 약식명령에 불복이 있는 사람은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 약식명령을 한 법원에 서면으로 정식재판청구를 할 수 있으며 이 경우 통상의 공판절차에 의하여 다시 심판하게 된다.



약식명령

공판절차를 거치지 않고 서면심리만으로 지방법원에서 벌금·과료 또는 몰수형을 과하는 명령

공판

형사소송에서 공소가 제기되어 판결이 날 때까지 재판이 진행되는 것 법정에서 재판이 열리는 것만을 가리키기도 한다. 심판결을 원고와 피고가 모두 받아들이면 심판결로 공판은 끝나지만 항소나 상고에 따른 재판이 열린다면 그에 따라 공판은 계속 된다.

약식명령 불복

약식명령의 청구를 검사가 결정했기 때문에 피해자는 약식명령에 불복할 수 있는 권한이 없고, 피고인은 불복할 경우 공판을 신청할 수 있다.

공판절차는 재판장의 진술거부권 고지 및 인정신문, 모두진술, 쟁점 및 증거관계 등 정리, 피고인이 공소사실을 부인할 경우에는 증거조사 실시, 공소사실을 인정할 경우에는 간이공판절차회부, 피고인신문, 최종변론(검사, 변호인, 피고인), 변론종결, 선고의 단계를 거치게 된다.

법률용어

인정신문

재판장은 피고인의 '성명, 주민등록번호, 직업, 주거, 등록기준지, 를 묻어서 출석한 사람이 피고인이 틀림이 없는지를 확인하는 것

모두진술

검사는 공소장에 의하여 공소사실 죄명 및 적용 법조를 낭독한다. 다만, 재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 검사에게 공소의 요지를 진술하게 할 수 있다. 검사의 모두진술이 끝나면 재판장은 피고인에게 공소사실을 인정하는지 여부에 관하여 묻고, 피고인은 진술거부권을 행사하지 않는 이상 공소사실의 인정 여부를 진술한다.

쟁점

피고인의 모두진술 후 재판장은 피고인 또는 변호인에게 쟁점의 정리를 위하여 필요한 질문을 할 수 있고 증거조사에 앞서 검사 및 변호인으로 하여금 공소사실 등의 증명과 관련된 주장 및 입증계획 등을 진술하게 할 수 있다.

증거관계

법원은 사건의 사실인정과 양형에 관한 심증을 얻기 위하여 각종의 증거방법(증인, 물증, 서류증거)을 조사한다. 증거조사는 재판장의 쟁점 정리 및 검사 변호인의 증거관계 등에 대한 진술이 끝난 후에 한다. 피고인이 자백한 때에는 간이공판절차에 의하여 간이하게 증거조사를 하고, 피고인이 부인할 경우에도 검사가 제출한 증거에 대하여 동의하면 그 증거들을 토대로 판결을 하게 되며, 동의하지 않으면 법정에서 그 증거의 진실성 여부를 다시 조사하게 된다. 예컨대 검사가 작성한 진술조서에 대하여 피고인이 동의하지 않으면 그 진술을 한 사람을 법정에 불러 증인신문한다.

이상의 절차를 마치면 변론을 종결하고, 정해진 기일에 판결을 선고하게 된다. 판결의 선고는 재판장이 하며 주문을 낭독하고 이유의 요지를 설명한다.

유죄판결

심리 결과 피고인의 죄가 인정되면 유죄의 판결을 하게 된다. 유죄인 경우 정상에 따라 실형을 선고할 수도 있고 집행유예 선고유예의 판결을 할 수도 있다.

실형

교도소에서 징역형이나 금고형을 복역하게 하는 형을 실형이라고 하고, 불구속 상태에서 재판을 받던 피고인에게 실형을 선고하면서 곧바로 구속하는 경우가 있는데 이를 가리켜 흔히 법정구속이라고 한다.

집행유예

형을 선고하되 일정기간 그 형의 집행을 미루어 두었다가 그 기간 동안 죄를 범하지 않고 성실히 생활하면 형선고의 효력을 상실하게 하여 형의 집행을 하지 않는 제도이다. 즉 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 유예기간을 정하여 형의 집행을 유예할 수 있다.

선고유예

형의 선고 자체를 미루어 두었다가 일정기간을 무사히 지나면 면소된 것으로 간주되는 제도이다. 즉 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 양형의 조건을 참작하여 형의 선고를 유예할 수도 있다.

무죄판결

검사가 기소한 사건에 대하여 유죄로 인정할 만한 증거가 없거나 공소사실이 범죄로 되지 아니한 때에는 법원은 무죄를 선고한다.

면소판결

면소판결이란 동일한 사안에 대하여 이미 확정판결이 있거나, 사면 공소시효 완성, 범죄 후 법령의 개폐로 형이 폐지될 때 등 실제적 소송조건이 구비되지 않은 경우에 선고한다.

공소기각

공소기각의 재판은 피고사건에 대하여 관할권 이외의 형식적 소송조건을 구비하지 못한 경우에 절차상의 하자를 이유로 사건의 실체에 대한 심리를 하지 않고 소송을 종결시키는 종국재판으로서 결정으로 할 경우와 판결로 할 경우가 있다.

- 공소기각을 결정으로 하는 경우

공소가 취소되었을 때 피고인이 사망하거나 피고인인 범인이 존속하지 아니하게 되었을 때 동일사건과 수 개의 소송계속 또는 관할의 경합 규정에 의하여 심판할 수 없을 때 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 때에는 결정으로 공소기각을 하여야 한다.

- 공소기각을 판결로 하는 경우

피고인에 대하여 재판권이 없는 때 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때 공소가 제기될 사실에 대하여 다시 공소가 제기되었을 때 공소취소와 재기소의 규정에 위반하여 공소가 제기되었을 때 고소가 있어야 죄를 논할 사건에 대하여 고소의 취소가 있을 때(예컨대 강간죄나 간통죄 등 친고죄에서 고소인이 고소를 취소한 때), 피해자의 명시한 의사에 반하여 죄를 논할 수 없는 사건에 대하여 처벌

을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회되었을 때에겐대 단순폭행죄 명예훼손죄 등 반의사불벌죄에서 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시한 때에는 판결로써 공소기각한다.

기소전과 기소후의 절차를 마치고 선고된 판결에 대하여 불복이 있는 사람은 판결의 선고일 부터 7일(판결 선고일은 기산하지 않음) 이내에 상소를 제기할 수 있다.

법률용어

상소

제1심 판결에 대하여 제2심 법원에 불복을 하는 것을 항소라 하고, 제2심 판결에 대하여 상고심에 불복을 하는 것을 상고라고 하며, 항소와 상고를 통틀어 상소라고 한다.

수사·재판 시 성폭력 피해자의 권리 관련법

성폭력 사건을 수사·재판하는 과정에서 피해자의 권리는 관련법(성폭력 피해자의 권리는 헌법, 형사소송법, 성폭력특례법, 성폭력피해자보호법, 범죄피해자보호법¹, 범죄피해자보호기금법 등)에 규정되어 있다.

◎ 성폭력 피해자로서 수사·재판 절차에 참여할 수 있는 권리

2007년 형사소송법개정을 통해 헌법상 보장되던 피해자 진술권은 피해자가 자신을 증인으로 신문할 것을 신청할 수 있도록 함으로써 실질화 되었다. 이로써 피해자는 법원의 직권이나 검사의 신청, 피고인 및 피고인 변호인의 증거부인에 의해서만이 아니라 스스로 법정에서 진술할 수 있는 권리를 확보하게 되었다. 피해자는 피해자진술권을 행사하여 자신에게 발생한 피해의 정도, 피고인의 처벌에 대한 의견, 그 밖에 당해사건에 관한 의견을 제시할 수 있다.²

1) 피해자의 권리를 보장하기 위해 1987년 헌법에 범죄피해자의 재판절차에서의 진술권(제27조), 국가로부터 구조 받을 권리(제30조)를 최초로 명시함과 동시에 「범죄피해자구조법」을 제정하면서 피해자에 대한 보상제도가 시작되었고, 2006년 「범죄피해자보호법」을 제정하여 국가와 지방자치단체에 범죄피해자보호·지원을 위한 책무가 있을 규정하였다.[법무부, 범죄피해자 지원 길잡이]

2) 대법원 법원행정처, 이화여자대학교 산학협력단, 여성·아동·장애인 성폭력피해자 증인 보호와 지원에 관한 연구, 2012

■ 형사절차 참여권에 관한 법조항

	성폭력 피해자의 법적 권리	법조항
절차 참여	① 수사·재판·형집행 과정에서의 진술	헌법27조5항 형사소송법294의2
	② 소송기록의 열람·등사	형사소송법294조의4
	③ 사건 처리결과에 대한 서면 통지 - 공소 처분에 대해 7일 이내 통지 - 공소 처분의 이유서면 고지 - 고소인의 신청이 있는 경우 사건의 공소제기여부, 공판의 일시, 장소, 재판결과, 피의자·피고인의 구속·석방 등 구금에 관한 사실 등을 신속하게 통지	형사소송법 258조, 259조
	④ 비공개 재판 신청 - 피해자 진술의 비공개 - 심리의 비공개	형사소송법294조의3 성폭력특례법31조
	⑤ 피고인의 퇴정 신청	형사소송법297조
	⑥ 신뢰관계에 있는 사람의 동석	성폭력특례법34조
	⑦ 성폭력범죄 피해자 국선변호인 선임 - 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률조력을 보장하기 위하여 변호사 선임	성폭력특례법27조
	⑧ 비디오 등 중계 장치에 의한 증언	성폭력특례법40조
	⑨ 진술조력인 신청(13세 미만 아동, 장애인) - 진술조력인이 조사과정에 참여하여 의사소통을 증개하거나 보조	성폭력특례법36조

■ 형사절차 참여권에 대한 법조문

① 수사·재판·형집행 과정에서의 진술

헌법	<p>제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.</p> <p>② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀 초병 초소 유독음식물공급 포로 군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.</p> <p>③ 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.</p> <p>④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.</p> <p>⑤ 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.</p>
----	--

형사 소송법	<p>제294조의2(피해자등의 진술권) ① 법원은 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 배우자 직계친족 형제자매를 포함한다. 이하 이 조에서 “피해자등”이라 한다)의 신청이 있는 때에는 그 피해자등을 증인으로 신문하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2007.6.1></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 삭제 <2007.6.1> 2. 피해자등 이미 당해 사건에 관하여 공판절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우 3. 피해자등의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우 <p>② 법원은 제1항에 따라 피해자등을 신문하는 경우 피해의 정도 및 결과, 피고인의 처벌에 관한 의견, 그 밖에 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. <개정 2007.6.1></p> <p>③ 법원은 동일한 범죄사실에서 제1항의 규정에 의한 신청인이 여러 명인 경우에는 진술할 자의 수를 제한할 수 있다. <개정 2007.6.1></p> <p>④ 제1항의 규정에 의한 신청인이 출석통지를 받고도 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때에는 그 신청을 철회한 것으로 본다.<개정2007.6.1>[본조신설1987.11.28][제목개정 2007.6.1]</p>
-------------------	---

② 소송기록의 열람·등사를 할 수 있는 권리

형사 소송법	<p>제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람 등사) ① 소송계속 중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자 직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자 직계친족 형제자매 변호사는 소송기록의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 수 있다.</p> <p>②재판장은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사, 피고인 또는 변호인에게 그 취지를 통지하여야 한다.</p> <p>③재판장은 피해자 등의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하거나 그 밖의 정당한 사유가 있는 경우 범죄의 성질, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 열람 또는 등사를 허가할 수 있다.</p> <p>④재판장이 제3항에 따라 등사를 허가하는 경우에는 등사한 소송기록의 사용목적을 제한하거나 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.</p> <p>⑤제1항에 따라 소송기록을 열람 또는 등사한 자는 열람 또는 등사에 의하여 알게 된 사항을 사용함에 있어서 부당히 관계인의 명예나 생활의 평온을 해하거나 수사와 재판에 지장을 주지 아니하도록 하여야 한다.</p> <p>⑥제3항 및 제4항에 관한 재판에 대하여는 불복할 수 없다. [본조신설 2007.6.1]</p>
-------------------	--

③ 사건 처리결과에 대해 서면 통지를 받을 권리

형사 소송법	<p>제258조(고소인등에의 처분고지) ① 검사는 고소 또는 고발 있는 사건에 관하여 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분, 공소의 취소 또는 제256조의 송치를 한 때에는 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 한다.</p> <p>②검사는 불기소 또는 제256조의 처분을 한 때에는 피의자에게 즉시 그 취지를 통지하여야 한다.</p> <p>제259조(고소인등에의 공소불제기이유고지) 검사는 고소 또는 고발 있는 사건에 관하여 공소를 제기하지 아니하는 처분을 한 경우에 고소인 또는 고발인의 청구가 있는 때에는 7일 이내에 고소인 또는 고발인에게 그 이유를 서면으로 설명하여야 한다.</p> <p>제259조의2(피해자 등에 대한 통지) 검사는 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자 직계친족 형제자매를 포함한다)의 신청이 있는 때에는 당해 사건의 공소제기여부, 공판의 일시 장소, 재판결과, 피의자 피고인의 구속 석방 등 구급에 관한 사실 등을 신속하게 통지하여야 한다.[본조신설 2007.6.1]</p>
-------------------	---

④ 비공개 재판을 신청할 수 있는 권리

형사소 송법	제294조의3(피해자 진술의 비공개) ① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 당해 피해자 법정대리인 또는 검사의 신청에 따라 피해자의 사생활의 비밀이나 신변보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 결정으로 심리를 공개하지 아니할 수 있다. ② 제1항의 결정은 이유를 붙여 고지한다. ③ 법원은 제1항의 결정을 한 경우에도 적당하다고 인정되는 자의 재정(在廷)을 허가할 수 있다.[본조신설 2007.6.1]
성폭력 특례법	제31조(심리의 비공개) ① 성폭력범죄에 대한 심리는 그 피해자의 사생활을 보호하기 위하여 결정으로써 공개하지 아니할 수 있다. ② 증인으로 소환 받은 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 제3항 및 「군사법원법」 제67조제2항 제3항을 준용한다. <개정 2013.4.5>[시행일 : 2013.6.19] 제31조

⑤ 피고인의 퇴정을 신청할 수 있는 권리

형사 소송법	제297조(피고인등의 퇴정) ① 재판장은 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정인의 면전에서 충분한 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 중요한 때에는 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 법원사무관등으로 하여금 진술의 요지를 고지하게 하여야 한다. <개정 1961.9.1, 2007.6.1>
-------------------	--

⑥ 신뢰관계에 있는 사람을 동석할 수 있는 권리

성폭력 특례법	제34조(신뢰관계에 있는 사람의 동석) ① 법원은 제3조부터 제8조까지, 제10조 및 제15조(제9조의 미수범은 제외한다)의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에 검사, 피해자 또는 법정대리인이 신청할 때에는 재판에 지장을 줄 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아니면 피해자와 신뢰관계에 있는 사람을 동석하게 하여야 한다. ② 제1항은 수사기관이 같은 항의 피해자를 조사하는 경우에 관하여 준용한다. ③ 제1항 및 제2항의 경우 법원과 수사기관은 피해자와 신뢰관계에 있는 사람이 피해자에게 불리하거나 피해자가 원하지 아니하는 경우에는 동석하게 하여서는 아니 된다.
--------------------	--

⑦ 성폭력범죄 피해자에 대한 국선변호인을 선임할 수 있는 권리

성폭력 특례법	<p>제27조(성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례) ① 성폭력범죄의 피해자 및 그 법정대리인(이하 "피해자등"이라 한다)은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호사를 선임할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따른 변호사는 검사 또는 사법경찰관의 피해자등에 대한 조사에 참여하여 의견을 진술할 수 있다. 다만, 조사 도중에는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다.</p> <p>③ 제1항에 따른 변호사는 피의자에 대한 구속 전 피의자신문, 증거보전절차, 공판준비기일 및 공판절차에 출석하여 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 필요한 절차에 관한 구체적 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p> <p>④ 제1항에 따른 변호사는 증거보전 후 관계 서류나 증거물, 소송계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다.</p> <p>⑤ 제1항에 따른 변호사는 형사절차에서 피해자등의 대리가 허용될 수 있는 모든 소송행위에 대한 포괄적인 대리권을 가진다.</p> <p>⑥ 검사는 피해자에게 변호사가 없는 경우 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있다.</p>
--------------------	--

⑧ 비디오 등 중계장치에 의한 증언을 할 수 있는 권리

성폭력 특례법	<p>제40조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문) ① 법원은 제2조제1항 제3호부터 제5호까지의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계를 통하여 신문할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따른 증인신문의 절차 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>
--------------------	---

⑨ 진술조력인을 신청할 수 있는 권리(13세 미만 아동, 장애인)

성폭력 특례법	<p>제36조(진술조력인의 수사과정 참여) ① 검사 또는 사법경찰관은 성폭력범죄의 피해자가 13세 미만의 아동이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 의사소통이나 의사표현에 어려움이 있는 경우 원활한 조사를 위하여 직권이나 피해자, 그 법정대리인 또는 변호사의 신청에 따라 진술조력인으로 하여금 조사과정에 참여하여 의사소통을 중개하거나 보조하게 할 수 있다. 다만, 피해자 또는 그 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 검사 또는 사법경찰관은 제1항의 피해자를 조사하기 전에 피해자, 법정대리인 또는 변호사에게 진술조력인에 의한 의사소통 중개나 보조를 신청할 수 있음을 고지하여야 한다.</p> <p>③ 진술조력인은 조사 전에 피해자를 면담하여 진술조력인 조력 필요성에 관하여 평가한 의견을 수사기관에 제출할 수 있다.</p> <p>④ 제1항에 따라 조사과정에 참여한 진술조력인은 피해자의 의사소통이나 표현 능력, 특성 등에 관한 의견을 수사기관이나 법원에 제출할 수 있다.</p> <p>⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정은 검증에 관하여 준용한다.</p> <p>⑥ 그 밖에 진술조력인의 수사절차 참여에 관한 절차와 방법 등 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.[시행일 : 2013.12.19] 제36조</p>
--------------------	---

◎ 성폭력 피해자로서 보호받을 권리

현행법상 고소 과정에서 피해자의 신상에 대해 알게 된 관련자들은 피해자의 신상정보에 대한 비밀유지 의무가 명시되어 있다. 하지만 현재 형사소송법상 피고인의 열람·등사권과 피해자 보호권이 상충될 때 피해자의 신상정보가 노출되는 사례가 있어 개선이 필요하다.³

■ 형사절차 상 증인보호에 관한 법조항

	성폭력 피해자의 법적 권리	법조항
증인 보호	① 명예와 사생활의 평온에 대한 보호 - 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지 - 조사·심리·재판 회수의 필요한 범위에서 최소화	범죄피해자보호법 2조 성폭력특례법24조,29조
	② 신변 보호 - 성폭력범죄의 피해자, 신고인 보호 - 증인지원시설 설치 ⁴ - 심리의 비공개, 증언실 동석, 차폐시설을 이용한 증언	성폭력특례법23조,32조 형사소송규칙 제84조6~9
	③ 성폭력범죄의 피해자에 대한 전담조사, 전담 재판부	성폭력특례법26조,28조

- 3) 대법원 법원행정처, 이화여자대학교 산학협력단, 여성·아동·장애인 성폭력피해자 증인 보호와 지원에 관한 연구, 2012
- 4) 지난달 11일 수원지법 110호 형사법정, 성폭행 사건의 증인으로 출석한 피해자 A(17)양이 '증인지원관'의 도움을 얻어 검사들만이 출입하는 통로로 법정에 들어섰다. 방청객은 이미 법정 밖으로 모두 퇴장한 뒤였다. 이날 A양은 높이 2m의 'ㄷ'자 형태의 차폐시설(가림막) 안에서 피해사실을 증언했다. 피고인은 증인신문이 끝날 때까지 A양의 얼굴을 단 한 번도 보지 못했다. 성폭력 피해자 등의 2차 피해를 막기 위한 법원의 노력이 딱딱한 법정 모습으로 변화시키고 있다. 11일 수원지법에 따르면 이 법원은 1월11일부터 여성차양관 2명을 전담 증인지원관으로 배치해 증인으로 나선 여성·아동·장애인들을 돕고 있다. 지원관은 매뉴얼에 따라 재판에 증인으로 채택된 피해자에게 연락해 증인지원절차를 설명하고 재판 전 법정 내 증인지원관실에서 피해자를 만나 상담한 뒤 피고인과 마주치지 않도록 법정으로 안내하는 업무를 한다. 신문은 마치면 법원 청사 입구까지 동행하고 피해자가 원할 경우 향후 문자메시지를 보내거나 판결문 송달로 재판결과를 알려주기도 한다. 이 같은 조치는 피해자 보호차원에서 마련됐다. 법정에 증인으로 나온 성폭력 피해자가 혹여라도 재판과정에서 입게 될 2차 피해를 최소화하기 위해서다. 지원관은 또 피해자가 법정에 증인으로 나와야 하는 이유에 대해서도 설명한다. 피고인이 범행을 자백할 경우 굳이 피해자가 증인으로 법정에 출석할 필요가 없지만 반대의 경우 사정은 달라지기 때문이다. 이렇듯 증인으로 나선 피해자와 피고인 사이에 차폐시설을 설치하는 일은 과거에도 있었지만 증인의 인권을 위해 신변노출을 막고 심리적으로 안정된 상태에서 진술할 수 있도록 배려하기 시작한 것은 얼마 되지 않았다. 수원지법의 경우 지난해 8월 법정동 310-1호실을 편안한 분위기의 증인지원관실로 꾸미고 같은 해 9월 내규를 제정해 증인지원업무를 시작했다. 올해부터는 더 많은 피해자들이 지원받을 수 있도록 재판을 검석하던 지원관들의 업무를 증인지원업무로 한정했다. 그 결과 현재까지 모두 17명의 피해자들이 도움을 받았다. 수원지법 이정원 공보판사는 "피해자들은 '재판에 출석하는 것 자체가 떨리고 힘들었는데 편안한 분위기 속에서 하고 싶은 말을 하게 해줘 고맙다'는 반응을 보이고 있다"며 "이용현황을 고려한 인력증원도 검토하고 있다"고 했다.[성폭력 2차피해막자 달라진 법정풍경, 뉴시스, 2013.4.11. 노수정 기자]

■ 형사절차 상 증인보호에 관한 법조문

① 명예와 사생활의 평온에 대해 보호받을 권리

범죄 피해자 보호법	<p>제2조(기본이념) ① 범죄피해자는 범죄피해 상황에서 빨리 벗어나 인간의 존엄성을 보장받을 권리가 있다.</p> <p>② 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온은 보호되어야 한다.</p> <p>③ 범죄피해자는 해당 사건과 관련하여 각종 법적 절차에 참여할 권리가 있다.</p>
성폭력 특례법	<p>제24조(피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지) ① 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원 또는 그 직에 있었던 사람은 피해자의 주소, 성명, 나이, 직업, 학교, 용모, 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진 등 또는 그 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 다른 사람에게 누설하여서는 아니 된다.</p> <p>② 누구든지 제1항에 따른 피해자의 주소, 성명, 나이, 직업, 학교, 용모, 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 피해자의 동의를 받지 아니하고 신문 등 인쇄물에 실거나 「방송법」 제2조제1호에 따른 방송 또는 정보통신망을 통하여 공개하여서는 아니 된다.</p> <p>제29조(수사 및 재판절차에서의 배려) ① 수사기관과 법원 및 소송관계인은 성폭력범죄를 당한 피해자의 나이, 심리 상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사 및 심리 재판 과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.</p> <p>② 수사기관과 법원은 성폭력범죄의 피해자를 조사하거나 심리 재판할 때 피해자가 편안한 상태에서 진술할 수 있는 환경을 조성하여야 하며, 조사 및 심리 재판 횡수는 필요한 범위에서 최소한으로 하여야 한다.</p>

② 증인으로서 신변 보호 조치를 받을 수 있는 권리

성폭력 특례법	<p>제23조(피해자, 신고인 등에 대한 보호조치) 법원 또는 수사기관이 성폭력범죄의 피해자, 성폭력범죄를 신고(고소 고발을 포함한다)한 사람을 증인으로 신문하거나 조사하는 경우에는 「특정범죄신고자 등 보호법」 제5조 및 제7조부터 제13조까지의 규정을 준용한다. 이 경우 「특정범죄신고자 등 보호법」 제9조와 제13조를 제외하고는 보복을 당할 우려가 있음을 요하지 아니한다.</p> <p>제32조(증인지원시설의 설치 운영 등) ① 각급 법원은 증인으로 법원에 출석하는 피해자 등이 재판 전후에 피고인이나 그 가족과 마주치지 아니하도록 하고, 보호와 지원을 받을 수 있는 적절한 시설을 설치한다.</p> <p>② 각급 법원은 제1항의 시설을 관리 운영하고 피해자등의 보호와 지원을 담당하는 직원(이하 “증인지원관”이라 한다)을 둔다.</p> <p>③ 법원은 증인지원관에 대하여 인권 감수성 향상에 필요한 교육을 정기적으로 실시한다.</p> <p>④ 증인지원관의 업무 자격 및 교육 등에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>
----------------	--

형사 소송 규칙	<p>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.</p> <p>② 증인으로 소환 받은 증인과 그 가족은 증인보호 등의 사유로 증인신문의 비공개를 신청할 수 있다.</p> <p>③ 재판장은 제2항의 신청이 있는 때에는 그 허가 여부 및 공개, 법정외의 장소에서의 신문 등 증인의 신문방식 및 장소에 관하여 결정하여야 한다.</p> <p>④ 제1항의 결정을 한 경우에도 재판장은 적당하다고 인정되는 자의 재정을 허가할 수 있다.[본조신설 2007.10.29]</p> <p>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.</p> <p>② 법원은 법원 직원으로 하여금 증언실에서 중계장치의 조작과 증인신문 절차를 보조하게 하여야 한다.[본조신설 2007.10.29]</p> <p>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.</p> <p>② 제1항의 증인은 증언을 하는 동안 담요, 장난감, 인형 등 증인이 선택하는 물품을 소지할 수 있다.[본조신설 2007.10.29]</p> <p>제84조의9(차폐시설) 법원은 법 제165조의2에 따라 차폐시설을 설치함에 있어 피고인과 증인이 서로의 모습을 볼 수 없도록 필요한 조치를 취하여야 한다.[본조신설 2007.10.29]</p> <p>제84조의10(증인지원시설의 설치 및 운영) ① 법원은 특별한 사정이 없는 한 예산의 범위 안에서 증인의 보호 및 지원에 필요한 시설을 설치한다.</p> <p>② 법원은 제1항의 시설을 설치한 경우, 예산의 범위 안에서 그 시설을 관리 운영하고 증인의 보호 및 지원을 담당하는 직원을 둔다.[본조신설 2012.5.29]</p>
-------------------------	---

③ 성폭력범죄 전담조사제 및 전담재판부에서 수사·재판 받을 권리

성폭력 특례법	<p>제26조(성폭력범죄의 피해자에 대한 전담조사제) ① 검찰총장은 각 지방검찰청 검사장으로 하여금 성폭력범죄 전담 검사를 지정하도록 하여 특별한 사정이 없으면 이들로 하여금 피해자를 조사하게 하여야 한다.</p> <p>② 경찰청장은 각 경찰서장으로 하여금 성폭력범죄 전담 사법경찰관을 지정하도록 하여 특별한 사정이 없으면 이들로 하여금 피해자를 조사하게 하여야 한다.</p> <p>③ 국가는 제1항의 검사 및 제2항의 사법경찰관에게 성폭력범죄의 수사에 필요한 전문지식과 피해자보호를 위한 수사방법 및 수사절차 등에 관한 교육을 실시하여야 한다.</p> <p>제28조(성폭력범죄에 대한 전담재판부) 지방법원장 또는 고등법원장은 특별한 사정이 없으면 성폭력범죄 전담재판부를 지정하여 성폭력범죄에 대하여 재판하게 하여야 한다.</p>
--------------------	--

Index

2차 피해 5
검사 76
공소기각 79
공소제기 76
공판 78
공판준비절차 77
구공판 76
구속영장 76
구약식 77
기소 76
면소판결 79
모두진술 78
무죄판결 79
배상명령 77
보석 77
상소 80
선고 77
선고유예 79
실행 79
약식명령 77
약식명령 불복 78
유죄판결 79
인정신문 78
쟁점 78
증거관계 78
집행유예 79
친고죄 74
피고인 74
피의자 74
피해자 5

참고자료

대한민국법원 홈페이지 _ <http://www.scourt.go.kr>

범죄피해자 지원 길잡이 _ 법무부

성폭력 수사·재판 과정 모니터링을 위한 체크리스트 _ 전국 성폭력상담소협의회 성폭력 수사·재판 시민감시단

성폭력사건지원 나·침·반을 찾아라 _ 한국성폭력상담소

여성·아동·장애인 성폭력피해자 증인 보호와 지원에 관한 연구 _ 대법원 법원행정처

청소년이 꼭 알아두어야 할 법원과 재판이야기2 _ 사법발전재단

네이버 지식백과

A series of 20 horizontal dashed lines for writing.

한국여성민우회 성폭력상담소는
여러분의 후원으로 활동하고 있습니다.

해피빈 모금함 <성폭력피해생존자의 용기 있는 발걸음에
동행합니다>를 통해 콩기부를 하실 수 있습니다.



한국여성민우회 회원이 되시면
매달 회비를 기부하실 수 있습니다.



여러분의 관심과 후원은
성폭력 피해자 지원 및 성폭력예방 활동에 사용됩니다.

후원문의

02-739-8858

후원계좌

(국민) 533301-01-060764

(우리) 1005-600-932943