

# 한국성폭력상담소 개소 25주년 기념 한·일 세미나

韓国性暴力相談所 開所25周年 記念 韓日セミナー

## 성폭력 피해 배상을 위한

## 민사소송의 전망

性暴力被害の賠償のための民事訴訟の展望

일시: 2016. 9. 20(화) 14시-17시

日時 : 2016年9月20日 (火) 14時~17時

장소: 한국성폭력상담소 지하1층 이안젤라홀

場所: 韓国性暴力相談所 地下1階 イアンジェラホール

주최: 일본 리츠 메이칸대학교 법학전문대학원, 한국성폭력상담소

主催 : 日本立命館大学法科大学院、韓国性暴力相談所

**\* 진행순서**

시간	내용
14:00~15:20	<p><b>사회</b> _ 최은순 (법률사모소 디케, 변호사)</p> <p><b>발제 1_ 아동기 성폭력피해에 대한 손해배상과 시효</b> 마쯔모토 가쯔미 (리츠메이칸대 법학전문대학원, 교수)</p> <p><b>발제 2_ 성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상 소송과 피해자 권리</b> 이미경 (한국성폭력상담소, 소장)</p> <p><b>발제 3_ 성폭력 피해보상을 위한 민사소송의 쟁점</b> 이명숙 (법무법인 나우리, 변호사)</p> <p><b>발제 4_ 일본 성폭력관련법 개정 논의의 쟁점</b> 요시다 요코 (리츠메이칸대 법학전문대학원 객원교수, 변호사)</p>
15:20~15:30	휴식
15:30~15:50	<p><b>토론 1</b> 김미량 (탁틴내일연구소, 소장)</p> <p><b>토론 2</b> 조종신 (한국성폭력위기센터, 소장)</p>
15:50~17:00	종합토론 및 폐회

**\* 본 행사는 순차통역이 제공됩니다.**

통역\_ 김성은(리츠 메이칸대 Global Innovation 연구기구 전임연구원, 법학박사)  
김지민(한국성폭력상담소 부설 연구소 울림, 객원연구원)

## ※ 進行の流れ

時間	内容
14:00~15:20	<p>社会_            チェ・ウンスン (法律事務所/Dike、弁護士)</p> <p>発表1_ 児童期性的虐待被害に対する損害賠償と時効            松本克美 (立命館大学法科大学院、教授)</p> <p>発表2_ 性暴力2次被害に対する国家損害賠償の訴訟と被害者の権利            イ・ミキョン (韓国性暴力相談所、所長)</p> <p>発表3_ 性暴力の被害補償のための民事訴訟の争点            イ・ミョンスク (法務法人ナウリ、弁護士)</p> <p>発表4_ 日本性暴力関連法の改正議論の争点            吉田容子 (立命館大学法科大学院、弁護士)</p>
15:20~15:30	休憩
15:30~15:50	<p>討論1_            キム・ミラン (タクティンネイル研究所、所長)</p> <p>討論2_            ジョ・チュンジン (韓国性暴力危機センター、所長)</p>
15:50~17:00	総合討論及び閉会

※ 本行事は、順次通訳を提供します。

通訳\_ 金成恩 (立命館大学グローバル・イノベーション研究機構、専任研究員、法学博士)  
 キム・ジミン (韓国性暴力相談所相談研究所ウリム、客員研究員)

## ※ 目次

発表1_ 児童期性的虐待被害に対する損害賠償と時効 松本克美 (立命館大学法科大学院 教授)	4
発表2_ 性暴力2次被害に対する国家損害賠償の訴訟と被害者の権利 イ・ミキョン (韓国性暴力相談所 所長)	12
発表3_ 性暴力の被害補償のための民事訴訟の争点 イ・ミョンスク (法務法人ナウリ、弁護士)	21
発表4_ 刑法・性犯罪処罰規定の問題点と改正の動き 吉田容子 (立命館大学法科大学院 弁護士)	30
討論1_ キム・ミラン (タクティンネイル研究所 所長)	39
討論2_ ジョ・チュンシン (韓国性暴力危機センター、所長)	40

# 発表 1\_

児童期性虐待被害に対する

損害賠償請求権と時効

松本克美（立命館大学法科大学院教授）

発表1<sup>1</sup>

## 児童期性虐待被害に対する損害賠償請求権と時効

松本克美（立命館大学法科大学院教授）

児童期の性虐待は被害者に長期にわたり深刻な被害を与える。しかも、被害を受けた児童はその被害を他人に言うことができず被害が潜在化することが多い。成人後も、その被害に苦しむ被害者が思った以上に多いことが次第にわかってきた。

児童虐待や性犯罪の被害者支援は次第に進んできた。しかし被害者支援の焦点は、当然のことながら被害の早期発見、被害回復に置かれている。誰にも言えないまま長期間被害に苦しむ成人後の被害者支援にまでは、十分に対応できていないのが現状である。

本報告は、長期間被害に苦しんできた被害者がようやく自分の主体性を取り戻し、加害者を相手に自己の権利を行使することによって自己回復を図る手段の一つとして、民事損害賠償請求権を位置づける。その場合に、問題となるのが損害賠償請求権の消滅時効の問題である。せっかく被害者が勇気を振り絞り、加害者を相手に裁判で責任を追及しようとしても、裁判官により、形式的に時効の適用がなされて権利は消滅したと判断されてしまうことがある。これはまさに司法による二次被害であろう。

本報告では、近時、児童期の性虐待問題に対して大胆な時効改革を行ったドイツの例も参考しながら、あるべき時効改革を提言したい。

---

<sup>1</sup> 翻訳\_金成恵（立命館大学グローバルイノベーション研究機構 専任研究員 法学博士）

児童期性虐待・性犯罪被害者支援ワークショップ  
2016.9.20 ソウル・性暴力相談所

## 児童期性虐待被害に対する 損害賠償請求権と時効

松本克美(立命館大学法科大学院教授)

- I 児童期性虐待被害の特徴
- II 長期間経過後の被害者支援
- III 時効法改革—長期間経過後の被害者支援とく時効の壁>
- IV 今後の課題  
(補足)公訴時効について  
・本報告の関連プロジェクト  
・関連報告、論文

### I-1 児童期性虐待被害の特徴

PTSD(Post Traumatic Disorder)  
うつ状態、自殺願望、摂食障害  
不眠、精神障害、脳発達障害等

性的虐待被害を受けてから、  
長期間経ても深刻な症状が残る

深刻性

長期性

潜在性

被害を他人に初めて話した平均年齢  
46歳(ドイツの調査)

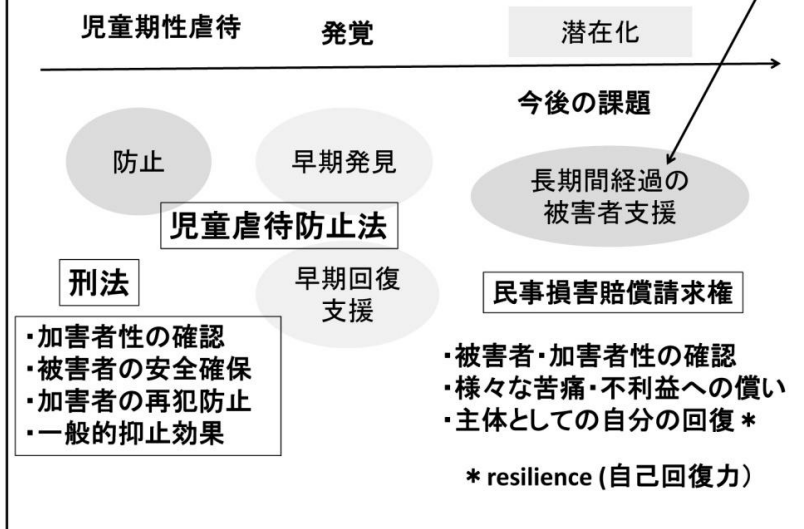
日本でも50代、60代、70代の女性が  
初めて電話相談で他人に被害を話す例が多い

## I-2 児童期の性的虐待被害の空間



## II-1 長期間経過後の被害者支援

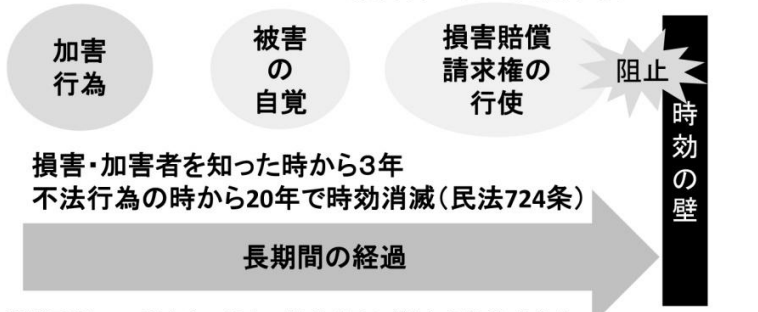
児童虐待や性犯罪被害者の緊急支援  
という問題視角からは抜け落ちる





II-2 時効法改革 長期間経過後支援とく時効の壁  
>

被害者の自己回復手段の一つ\*



釧路事件：3歳から8歳まで叔父(母の弟)から性的虐待を受けた被害者が、36歳のときに、過去の被害が原因でPTSDと診断され、叔父を相手に損害賠償請求した事案。不法行為の時から20年の時効が問題となった。1審は時効完成により請求棄却。2審、最高裁では30歳のときのうつ病診断時(但し原因不明)を起算点とし、時効は未完成として3000万円の賠償認容

司法による  
2次被害

III-1 ドイツ法の時効法改革

cf. フランス2008年改革 未成年者の性的虐待被害: 未成年の間の時効停止 + 深刻化した損害発生から20年 (場合によってはドイツより長い)

	児童期性虐待	21歳	51歳
当初	3年 本人・親が被害・加害者を知ってから3年で時効消滅 知らなくても30年		
2002年改革	21歳まで時効停止	3年 知らなくても30年	
2013年改革	21歳まで時効停止	30年 3年の短期消滅時効の適用を排除	

### III-2 ドイツ時効法改革の意義と課題

権利行使の困難性  
への配慮

被害者のレジリエンスを阻害しない

加害行為の  
抑止効果

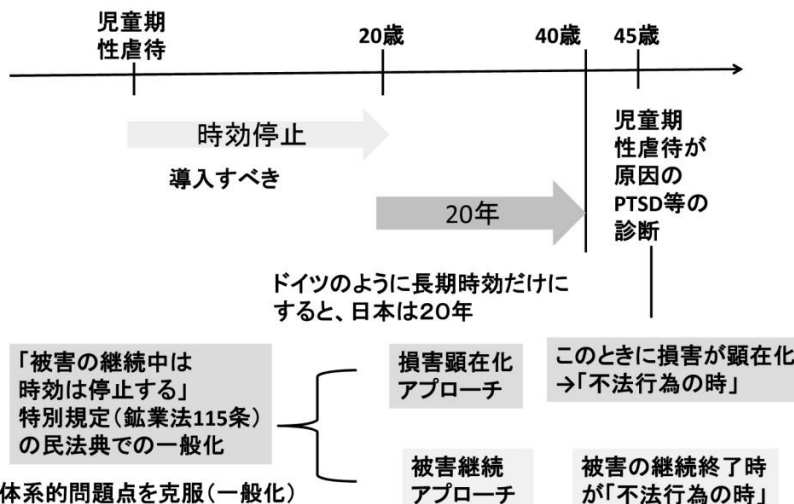
長期間責任追及され得ることによる  
加害行為抑止効果

児童期性的虐待被害  
の防止・救済の社会  
問題化の象徴

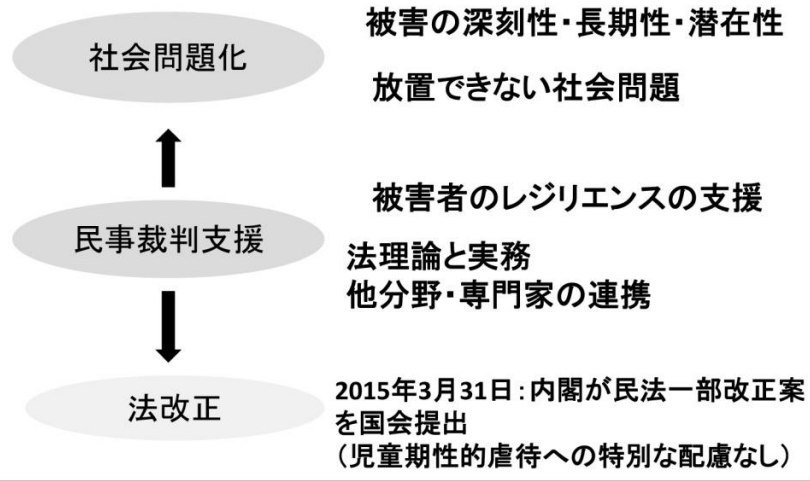
改革の背景: 教会の牧師、神父等による少年を含めた過去の性的虐待被害が  
発覚(2010年) 社会問題化→メルケル政権が政治課題化→学者、実務家等を含めた  
ラウンドテーブルを設置→時効法改革(刑事の公訴時効も満50歳まで未完成にした)

既に時効が完成した被害者に上限1万ユーロの医療給付等をする基金  
(Fonds Sexuellen Missbrauch)も設立: 1949.5.23~2013.6.30に被った性的虐待被害  
につき、2015年2月で約2000件申請(90%女性)

### III-3 日本の時効法改革私案



IV 今後の検討課題 長期間経過後の児童性虐待被害者支援



(補足) 公訴時効について

日本	ドイツ
強制わいせつ 7年 強姦 10年	20年 + 未成年の間の公訴時効停止

長期化反対論

資源配分(昔の事件に資源・労力を避けない)  
立証困難  
冤罪の可能性  
厳罰化は問題の解決にならない

別の性質

公訴時効

民事時効

私見

少なくとも被害者未成年の間は  
公訴時効を停止させるべき

・被害者の被害(自己)回復  
・権利者の権利行使期待可能性を重視すべき

## 本報告にかかわる研究プロジェクト

文部科学省科学研究費補助金「新学術領域」  
法と人間科学・公募班08「児童期の性的虐待被害者のレジリエンスを支援する  
時効法改革の提言」(2014年度・2015年度) (研究代表者・松本克美)

立命館大学・グローバル・イノベーション機構「法心理・司法臨床センター」  
被害者支援グループ(グループ・リーダー・松本克美) (2013～2015年度)

立命館大学・グローバル・イノベーション機構「修復的司法」 「民事法領域での  
ケアと修復」(グループ・リーダー・松本克美) (2016～2020年度)

立命館大学・人間科学研究所・児童期性的虐待被害回復支援プロジェクト  
代表・松本克美 (2016年度)

ドイツ調査: 2015年3月、2016年2月

韓国調査: 2015年3月、2016年3月

アメリカ調査: 2016年3月

## 本報告関連の研究成果の発表

(学会等)

- ① 法社会学会(2013年5月)、② 法心理学会(2013年10月)
- ③ 圓光大学生命倫理医事法研究所シンポジウム(2014年5月)
- ④ 日本ドイツ学会(2014年6月)、⑤ 法心理学会(2014年10月)
- ⑥ ジェンダー法学会(2015年12月)

(論文等)

- ① 松本克美「児童期の性的虐待に起因するPTSD等の発症についての損害賠償請求権の消滅時効・除斥期間」立命館法学349号(2013年10月)1069-1111頁  
<http://www.ritsumeai.ac.jp/acd/cg/law/lex/13-3/001%20matsumoto.pdf>
- ② 松本克美「PTSDと損害賠償・時効問題」의생명과학과 법 제13권(2015)131-144頁 (圓光大学シンポ報告の原稿活字化)
- ③ 松本克美「時効論・損害論への法心理学的アプローチ — 民事損害賠償請求における被害者支援のために」人間科学研究33号(2016)3-13頁  
[http://r-cube.ritsumeai.ac.jp/bitstream/10367/6753/2/GL\\_33\\_01.pdf](http://r-cube.ritsumeai.ac.jp/bitstream/10367/6753/2/GL_33_01.pdf)

# 発表 2\_

性暴力 2 次被害についての

国家損害賠償訴訟の争点

イ・ミキョン (韓国性暴力相談所, 所長)

## 発表2<sup>2</sup>

# 性暴力2次被害についての国家損害賠償訴訟の争点

イ・ミキョン(韓国性暴力相談所, 所長)

## 1. はじめに

性暴力被害者の権利を保障するためのいろんな法的、制度的装置たちが準備されたが告訴した事件の25~30<sup>3</sup>程度の被害者たちは刑事司法手続き上2次被害の苦痛を訴える。2次被害と言うのは犯罪被害以後司法機関、言論、医療機関、家族、友人などの否定的な反応で被害者が精神的、社会的被害を受けることを言う<sup>4</sup>。性暴力2次被害は一般的な犯罪被害とは違って性(sexuality)に関する侮辱とプライバシーへの侵害までつづいて被害者の苦痛と怒りを加重させる。その上、他の性暴力被害者を沈黙させて低い申告率へ繋ぐ悪循環の輪になっている。特に刑事司法手続きへの2次被害は性暴力を予防し対処する責務がある国家による被害と言うところで相対的脆弱な位置にいる被害者の権利確保はとても重要な理論的、実践的課題である。

本研究は性暴力被害者たちが刑事司法手続きで経験した2次被害に対し国家損害賠償訴訟の争点分析を通じて被害者権利に関する法的規定と実際の間隙を明らかにしようとする。研究方法は事例研究であり、性暴力2次被害に対し国家損害賠償訴訟資料(〈表1〉参照、総6個の

<sup>2</sup> 翻訳\_キム・ジミン(韓国性暴力相談所研究所ウリム、客員研究員)

<sup>3</sup> 韓国性暴力相談所の2008年相談統計を見ると告訴した事例の29.7%が刑事司法手続きでの2次被害を訴えている。日本のある研究結果とも被害者それとも家族が捜査課程で2次被害を経験した比率が30%へ渡って、その中90%が2次被害を犯罪よりの被害の一部として考えていた。(官澤浩一, 全口府一, 高稿則夫, 1996, Seung Jun Lee, Consideration for Problems of Police Investigation Through Suit of the State Tort Liability Act, 『Law Review』, vol. 18, issue 1, Yonsei University, Institute of legal studies, 2008: 308で孫引き)

<sup>4</sup> Miyazawa Goichi, 1999 参照。一辺、Wohlute et al., 2009では刑事司法システムが被害者に加える追加的な苦痛を'2次被害者化'(second victimization)と定義を下す。

訴訟事例、11個の被害事例)を分析した。

## 2. 訴訟事例で見た性暴力2次被害の類型と公務員の違法性判断

### (1) 被害者の性歴についての質問及びプライバシー侵害

"性経歴があるか?" <事例1>

"関係が初めてだったか? 処女膜は破れたのか?なのに痛くなかったと言うのか話になるのか?" <事例5>

以上の事例たちで見ているように被害者の性歴はこの国の強姦事件と裁判課程で儀礼的出る質問で、被害者がふたどんな性向の女性なのか把握して被害者の有責性を引き出すための意図を持っている。このような質問構造は被害者の事を性暴力を誘発した、あるいは合意によつての性的関係をした上で訴訟を起こした'たちが悪い女性'で追いたてたり、被疑者(被告人)を重苦しい被害者に変えてしまう。特にこの質問は知り合い中で起きた性暴力事件では被告人側によっていつもよく提起させている反対審問の重要な内容でもある。こんな質問たちは被害者にとって公的領域である刑事司法手続きで性暴力がどう意味化されているのかを透減させる指標であつて、これからの訴訟課程がどれほど尙難になるかの予告にでもある。それにもかかわらず裁判陪席は"強姦の仕方他に強姦被害者の性経歴可否についての調査は強姦事件のいきさつ把握他に犯人の検挙などのために不要な質問とはみるのが難しい"たと棄却した。こんな慣行は結局強姦被害者た

<表1>性暴力2次被害関連国家相手の損害賠償訴訟事件の一般的な特性

訴訟事例番号	事件の名 (素行期間)	訴訟の理由 (原告側の主張)	裁判結果
--------	----------------	-------------------	------

1	輪姦被害に対する警察の 捜査不十分及び人権侵害 (2003~4)	1. 112申告状況処理違反 2. 緊急配置違反 3. 犯罪捜査規則違反 4. 捜査時被害者保護指針違反 5. 捜査遅延 6. 街頭灯設置法未遵守	- 棄却
2	妊娠した未成年被害者に 対する検事の黙却留置拒否 否 (2005~6)	1. 妊娠した女子中学生対質捜査 2. 信託関係人同席不許 3. 検事の黙却留置拒否	- 棄却 - (* 国家人権委陳情事件)
3	集団性暴力被害を受けた 女子中学生に対する警察 の人権侵害 (2005~8)	1. 記者に人的事項漏らす 2. 捜査警察がカラオケで被害者人的事項 漏らす 3. 女性警察調査要求黙却 4. 犯人識別室未使用 5. 供述録画未使用 6. 加害者の家族より未保護 7. 被害者夜明かし調査 8. 食事と休息時間未提供 9. 警察の被害者非難発言	- 原告一部勝訴 - 原告たちに5,000万円賠償 - 一審で侮辱、卑下発言及び人的 事項漏れなどの国家責任認め - 二審で犯人識別室未使用に対する 国家責任自認 - (* 国家人権委職権調査事件)
4	子供性暴力捜査課程の2 次被害についての企画訴 訟 (2006~9)	1. 信託関係人同席不許、対質強要、被 害再演要求 2. 陳述録画3番(1次分割除) 3. 捜査遅延、消極的捜査 4. 告訴対応受け拒否など 5. 案内不在、陳述録画未熟 6. 捜査課程で人格冒責	- 原告一部勝訴 - 原告たちに600万円賠償判決 - 総6事件の中陳述録画テープが削 除された1事件だけが国家責任認め - 残りの5件は棄却



5	女子高生被害者に性関係体位の再現要求した検察の人権侵害(2007~8)	1. 捜査課程で暴言、侮辱な言辞による人権侵害 2. 現場鑑定の時性関係体位の再現要求 3. 虚偽解明資料配布による名誉汚損	- 棄却
6	中傷害を受けた子供被害者に対する検察の人権侵害(2009~2011)	1. 陳述録画4回進行 2. 被害者保護不備(検察召喚) 3. 児童専門センター連携物足りないさ 4. 警察の手薄な証拠管理 5. 刑事記録閲覧・謄写申請放棄後憑	- 原告一部勝訴 - 原告たちに1,300万圓賠償判決 - 最善の調査環境造成しなかった国家責任認め

ちに捜査と裁判課程で該当事件とは全然無関係な個人的な性(sexual)歴史を全部出しても良いという覚悟無しでは告訴するのが難しいことを見せている。

## (2) 最善の調査環境造成及び最小の被害者調査義務違反

<事例2>の場合、被害者は刑事告訴当時妊娠中毒症で体が腫れって操行障害など精神的な困難を経験している中学生したので調査の時加害者とはの分離尋問を要請したが受けてられなかった。<事例6>では被害者が”腹腔内の臓器が体の外脱出し肛門と女性外部生殖器がひどく毀損になるなどの中傷害を当たったのであり。。手術を受けたほんの2週間ほどしかなかったであり排便袋を付けてベットに伏すなくてはならない状態”にも係わらず寒い冬の日に被害子供さんを検査に召喚して2時間30分の間直角椅子に座らせて、映像録画も管理未熟で数回反復した事について国家の責任を聞いた。上裁判陪席は”被害者に最善の調査環境造成、必要する最小の調査の義務を努めなかった。”と国家の責任を認めた。

## (3) 信託関係人同席制度の不履行

信託関係人同席制度は被害者の陳述権で重要に確保されるべきな権利として認められて性暴力特別法にも二次改定へ(1997)導入させた。<事例2>の被害者は検査で調査を受

ける間信頼関係人である母親の同席を排除させた。ところでこの事件の裁判陪員は“検事が当事者たちの陳述の信憑性とか態度などを総合的に考慮して保護者立ち会いの一部排除など必要な措置を適切に取れる”たと国家の責任を認めなかった。結局ここにでも‘捜査や裁判に障りを与える恐れがある場合’の判断基準が問題になる。これは全的に裁判長や捜査担当者の判断にかかっている。

#### (4) 検査の堕胎指揮可否による出産

この国の刑法（第269組）は堕胎を不法で規定してあるが母子保険法（第14組）により性暴力などによる妊娠の場合は妊娠中断ができる。＜事例2＞で問題になったのは堕胎の指揮が検査の職務範囲に属するかどうかの可否である。この事件の被害者は担当検査に強姦被害による妊娠に対して合法的堕胎を指揮する事を要請したが拒否されて結局出産をした。これについての国家の責任を聞く訴訟で裁判陪員は次のような理由を言い立てて棄却した。妊娠10か月ぶりで出産するべきの生物的事実はこの裁判課程で徹底的に無視されているだけでなく、望まない子供を産まなくてはならない被害女性の苦痛はまるで考えされていない。

“堕胎の指揮は検査の職務範囲に属しているとは見えずらいで（捜査担当者がこれを確認する事を規定した法規上の根拠がない）、たとえその職務の関連性を認めるたとしても、捜査が終結していない場合で原告方の要請通り強姦による妊娠可否を確認する事はできなかったと言うので、原告の上の部分の主張また利用がない。”（＜事例2＞の判決文中）<sup>6</sup>

#### (5) 加害者直接対面と違法性適用範囲

<sup>5</sup> 妊娠中断権はその間堕胎、人工妊娠中絶などで表記されたが、こんな用語が内苞する妊娠した人に対する非難の問題点を考え最近再生産権、妊娠・出産権などで代替しようという提案たちが出ている。よってこの研究にでも既存法や固有名詞化された‘堕胎’と言う用語を除外しこれを‘妊娠中断’で変えて使うとする。

<sup>6</sup> ソウル中央地方法院 2005. 10. 21. 宣告 2005ナ13003 判決.

＜事例3＞の場合、被害者は警察署刑事課事務室で‘被疑者41名を続いて立てて手で指せど’言う警察の指示に従って犯行の日時と場所別犯人を指さなくてはならなかった。原告たちは捜査担当警察たちが犯人指揮別室を通じて犯人を指目させるべきだったとしても公開させている場所で加害者たちと対面させながらこれを進行したのは違法だったと主張した。よって裁判陪席は“人権保護のため警察官職務規則などは対外的には拘束力がない行政規則である警察庁訓令だとしても、警察業務の特製の上その相手方になる被害者などの人権保護に直接的に影響を及ぼすような内容でしたら上の職務基準に違反した行為は違法したと見る余地がある”と国家の責任を認めた。

#### **(6) 被害者が同意した状況での発生した2次被害**

被害者が要求しったり同意した状態で発生した2次被害について責任判断も注目する必要がある。＜事例3＞の場合、夜明かし捜査また被害者の学校生活を全然顧慮していない捜査方式だと言う問題提起があったが裁判部では事前に原告たちの同意をもらったと言うところでこれを認めてはしなかった。＜事例5＞の被害者は捜査過程で検査の指示により具体的で露骨な犯行現場を再演し、被疑事実とは何の関連もない場面まで再現しなくてはならなかった。裁判陪席は“2次現場検証を実施した事実は原告たちが要求して進行したので原告のこの部分の主張は理由がない”と判示した。これに対しては捜査過程で被害者に同意を求める行為が真の意味の同意が引き出せる構造なのかなどについて経緯研究及び深度深い論議が要求される。

#### **(7) 損害賠償の範疇及び賠償額**

研究対象の事例たちではく表2＞のようにいろんな賠償額が要求されたし、判決額も最大5,000万圓から最小600万圓まで多様だ。性暴力被害者たちが要求する金銭的報償に対して否定的資格が澎湃している現実で2次被害の苦痛と損害に対する国家賠償額はどれほどが適当なのかはこの先いろんな角度で論議するべきである。

＜表2＞国家損害賠償要求額と判決額の比較

訴訟事例番号	賠償要求額	賠償判決額
1	被害者 1億1万圓	棄却
2	被害者 2,000万圓	棄却
3	被害者 5,000万圓 妹 3,000万圓 母 3,000万圓	被害者 3,000万圓 妹 1,000万圓 母 1,000万圓
4	被害者 各3,000万圓宛 父母 各2,000万圓宛 兄弟,姉妹各1,000万圓宛	被害者 300万圓 母 100万圓 父 100万圓
5	被害者 5,000万圓 父 2,000万圓	棄却
6	被害者 2,500万圓 母 500万圓	被害者 1,000万圓 母 300万圓

#### (8) 被害者の2次的地位

現行刑事司法体系で被害者は被害のえ当事者にでも関わらず、周辺的な地位である告訴人、参考人、証人などの地位を持つ。よって被害者は訴訟の手続きを形成し統制できる権限である証拠申請権、証人審問権、上訴提起権などをもっている訴訟の主体ではない<sup>7</sup>。このように2次的な被害者の地位は刑事手続きで被害者が非主体的で受動的に与るしかない構造を作る。だけでなく、これは国家損害賠償訴訟にでもすこく不利に作用する。

“…ただ参考人の地位だけの被害者たちをしばらく待機した状態だったし先の被害者たちが先の場所を離脱しようとしてもどのような制しできない位置にいる鑑識室勤務者の行為に国家賠償を認めない。”（＜事例3＞の被告側上告理由書の中）

<sup>7</sup> Ho Joong Lee, "刑事手続きと人権 司法制度改革推進委員会の刑事訴訟法改定案を中心に", 『Han Yang Law Review』, Volume 19, 2006.

### 3. 終わり

本研究は刑事手続き上の性暴力2次被害について国家損害賠償訴訟の主要な争点である公務員の違法性判断基準を訴訟事例を中心に分析した。”目立つに不合理だと認められるとかそれとも経験則や論理原則も合理性を肯定できないぐらいに届けたと認める場合”と言う現行判断基準は2次被害による被害者が受けた苦痛と性暴力被害の特殊性が見落とししているのを指した。それと被害者を’権利を持っている主体’と見るより捜査機関と裁判所が特別に取り計らうべき弱者’と接近することを批判した。結局このような視覚は性暴力2次被害について国家責任を国家の義務事項易行じゃなく配慮として見なさせる。

性暴力2次被害へ対し国家相手損害賠償訴訟は被害者たちが不法な国家の権力により自分の権利が食われる事について非常に重要な示唆点を持つ。先へ公務員の不法行為を判断する時性暴力2次被害の構想と特徴を理解し国家責任の解釈範囲を広げるべきである。この研究は法制度的で調べている被害者の権利条項の易行課程に対する具体的なモニタリングであり、被害者権利の再構成のための持論的性格を持つ。

# 発表 3\_

## 性暴力被害保障のための 民事訴訟の争点

イ・ミョンスク (法律事務所ナウリ, 代表弁護士)

## 発表 3<sup>8</sup>

# 性暴力被害保障のための民事訴訟の争点

イ・ミョンスク (法律事務所ナウリ, 代表弁護士)

## 1. はじめに

我が国は4年前の2012. 12. 28. に性暴力に関する画期的な改定があった。この改定で、2013. 6. 19. から性犯罪親告罪廃止などの内容が包含した性犯罪関連6個の法律、150余個の新設及び改定条文が施行されている。

最近の何年の間で性暴力加害者処罰及び被害者保護のための刑事法的補完は画期的でなってきたが、相対的に民事上賠償制度はなお大きな進展がない。損害賠償金額は相変わらず低いし、消滅時効と証拠確保の難しさと言う障壁はまだ高いし、性暴力加害者の無資力や財産逃避、被害者を支援する国選弁護士の無関心及び低い専門性による被害者の苦痛などは今も問題点として指摘されている。

以後では性暴力による民事上損害賠償の現況がどうなっているかを調べ、向後補完すべきの点について検討しようとする。

## 2. 性暴力被害者の被害回復のための方案たち

### ア. 民事訴訟のための被害者賠償

#### (1) 個人的な民事訴訟の進行

個人的に直接訴訟を遂行するか弁護士を選任して訴訟を提起する方法として、一番一般的な場合である。この場合には民事訴訟だけではなく刑事告訴や仮差し押さえ、会社に対する陳情書提出、合意、供託などが同時に進行され事件の進行が早く進行する傾向がある。

<sup>8</sup> 翻訳\_ キム・ジン(韓国性暴力相談センターナウリ、客員研究員)

## (2) 無料訴訟救助を通じる民事訴訟の進行

被害者たちをために政府や団体、それとも個人が寄金を捨てるや才能寄付する次元で無料で訴訟を遂行させる場合である。全国性暴力相談所協議会で女性家族部と大韓弁護士協会傘下法律救助財団より委託貰って進行させている性暴力被害者無料法律救助事業がその代表的な例である。各地方弁護士会や関する団体たちで無料で訴訟救助をする場合も多いし、各個人弁護士たちが自発的で無料の民事上損害賠償訴訟を遂行する場合も多い。

### イ。刑事賠償命令制度<sup>9</sup>を通じる被害者賠償

裁判所が性暴力刑事裁判を進行しながら職権や被害者及び相続人の申請申請によって犯行で発生した直接的なあ物的被害、治療費及び慰謝料の賠償を命令できる制度である。別の訴訟手続きや立証手続きを通じなくて加害者の刑事裁判の課程で性暴力被害者の損害を迅速と簡便に保障される制度であるが、実務であよく活用されていない。

### ウ。その他国家賠償請求、合意、供託など

国家を相手に国家賠償請求をすとか被害者が加害者と合意をするが、加害者が被害者のために供託をすとして被害を賠償受ける方法もある。

### エ。主要児童性暴力事件と民事訴訟

	発生年度	事件名	事件内容	刑量	民事訴訟		備考
					被告	慰謝料 (政府救助金)	
1	2003.7.	釜山神父 性暴力事件	主任神父が 聖堂付設幼稚園で幼 児性暴力	無嫌疑	大韓民国(警察)	600万圓	警察の 失策で 反復調査

<sup>9</sup> 訴訟促進などに関する特例法 第25組 第2号



2	2004.12.	密陽女子中生 性暴力	高校生たちが 女子中生 集団性暴行	容疑者 115名中 3名につ いて10 箇月刑	加害者の中一部 と合意 大韓民国(警察)	5,000万園 5,000万園	捜査課程 警察の 非人権的 捜査など
3	2006.2.	龍山小学生 (オ嬢事件)	靴屋の主人が 使いに行った 11歳女児を 性暴行した後 燃やして殺害		加害者	2億5,900万園	葬礼費 1千万園と 逸失収益 1億7,900万園 慰謝料7千万園
4	2008.12.	ゾドソン事件 (ナヨンさん事 件)	安山で登校していた 8歳の女児を近隣教 会に引き摺って性暴 行	懲役12 年	大韓民国(法務部 )	1,300万園 (政府救助金600 万園)	検事の捜査課程 での過失責任
5	2010.2.	キムギルテ事 件	予備中学生拉致 性暴行した後殺害	無期懲役		(政府救助金 2,000万園)	加害者の無資力 で訴訟しない
6	2010.6.	キムスチョル 事件	小学校で8歳の女児 拉致した後性暴行	無期懲役	ソウル市	8,900万園 (政府救助金 1,500万園)	学校の管理監督 粗忽
7	2012.8.	ゴジョンソク 事件(羅州小学 生事件)	小学校1年生女児を 家で布団と一緒に包 むって拉致した後性 暴行	無期懲役	京郷新聞 SBS チャンネルA	2,500万園 3,000万園 2,300万園	言論が性暴力事 件の報道課程で 被害児童と家族 たちの名誉毀損
8	2012.7.	統営子供事件	10歳女児を隣のおじ さんか性暴行後殺害	無期懲役			
9	2012.	ドガニ事件	障害学生たちを学校 長、行政室長などが 長期間性暴行して来 る	懲役8年 (行政室 長)	大韓民国(教育部 )、広州市	棄却	消滅時効 適用

10	2015.3.	奉天同ホテル 事件	女子中生を性売買し た後殺害	懲役 40 年	ホテル主人	訴え提起しない	不法宿泊させた ホテル主人を相手 手に損害賠償請 求可能
----	---------	--------------	-------------------	------------	-------	---------	---------------------------------------

### 3. 民事上賠償制度の問題点及び改善案

#### ア. 国選弁護士制度の充実化

性暴力被害者たちへの無料法律支援事業専門弁護士として活動している弁護士団に対する被害者たちの満足度や訴訟の成果がいい場合があるのは事実だ。でも、訴訟を遂行する弁護士や弁護士事務所が少数のある事務所や法人に偏重されて進行するという問題点があるとすれば、弁護士を開業したばかりの若い弁護士とちが訴訟支援弁護士団のほとんどを占めているので訴訟についての費用が低いし経験が少なくて訴訟の遂行が誠意がないとか未熟な傾向も多い。これを解決するためには、性暴力被害支援弁護士団に対する反復的な良質の法律実務教育が必要だ。

#### イ. 民事訴訟の長期化による被害者たちの苦痛

性暴力被害者を支援する国選弁護士たちはほとんどの刑事訴訟で有罪判決出た以後これを根拠にして民事上の損害賠償請求をする傾向がある。でも、刑事告訴と民事上の損害賠償請求を同時に提起する場合、相互補完的で証拠を確保ができるし、刑事有罪判決が言い渡した後新しく民事訴訟を提起して訴訟を初めるより訴訟の期間がもっと短く短縮できるという長所がある。だけではなく、刑事告訴をされて刑事訴訟をする間にもっと緻密に財産を全てしたり隠匿すれば後日民事訴訟を提起して勝訴しても現実的に損害賠償額を貰う方法がない場合も多い。

よって、刑事告訴をする同時に加害者の財産について仮差し押さえと一緒に民事上の損害賠償を初める方法、警察や検察、病院、宿泊施設など2次被害者についての積極的な損害賠

償訴訟提起、被害者のトラウマなど精神科治療についての傷害診断書を通じた刑事処罰の刑量強化及び民事上損害賠償金額の上向及び消滅時効延長のための努力など、訴訟遂行弁護士たちに性暴力事件の特性を考えた積極的な訴訟実務教育が先行するべきである。

## ウ。低い損害賠償額

性暴力による傷害や死亡がない限り、単純な性暴力に対する損害賠償額は精神的苦痛に対する対価になる慰謝料や治療費などが全部だ。よって性暴力による損害賠償額は一般的に100万園から3000万園までが一般的だ。我が国で慰謝料は、2015. 3. 1。（事故発生時の基準）から死亡基準1億園で決めている。現在我が国ではオキシ加湿器殺菌剤事件に関して懲罰的賠償が成れるべきだと言う意見<sup>10</sup>が澎湃たるて、バク ヨウソン議員が懲罰的損害賠償法を発議した状態である。この法案が通過されると今までの報償的損害賠償制度じゃなくて懲罰的損害賠償制度が導入されて、性暴力による慰謝料金額も今までとは格段と違くなると見える。

## エ。加害者の無資力

性暴力事件の場合、加害者が財産がないとか無能力者の場合、財産があっても財産を全て処分したり隠匿した場合には損害賠償を受けることが難しくなる。上の図表上のゾドソン、キム スチョル、キム ギテなど色んな事件で加害者を相手に民事上損害賠償請求をしてない理由の加害者が経済的能力がなかったからだった。このような問題を解決するためには、事件の発生直後即時加害者の財産を把握し仮差し押さえなどの財産を確保する方法や国家で被害者のための支援金を十分に確保するのが必要だ。

---

<sup>10</sup> 弁護士と教授など1000名ほどが'懲罰的損害賠償を支持する弁護士と教授の会'を作るとかすると、ソウル地方弁護士協会で懲罰的損害賠償のための委員会を作って可動しているし、国会でも大韓弁護士協会などとともに懲罰的損害賠償制度の導入のための討論会が持続されている中、参与連帯では懲罰的損害賠償立法請願までした。

### オ。低い犯罪被害者支援の予算

犯罪加害者の捜査と裁判、収容、教化などに支出される予算が年間3兆園方のに比して犯罪被害者のための保護支援費は2016年を基準し866億9,600万園で1,000億園もならない程度である。その中性暴力、家庭暴力、児童虐待被害者の支援のために女性家族部(390億園程度)と保健福祉部(156億園程度)へ配分されたが、この中より人件費と貸し料を差し引くと被害者支援寄金がとても少ない。よって、無資力な加害者を含めた性暴力被害者に対する全幅的な支援のために予算がぐんと拡大するべきである。

### カ。消滅時効関連法改定の必要性

我が民法上不法行為による損害賠償の消滅時効は犯罪事実を知った日から3年、犯罪発生日から10年で規定されている(民法第750組)。民法の消滅時効規定が改定されないかぎり公訴時効だけ長せるだっただけ加害者の処罰以外に損害賠償を貰う方法が遼遠なので、ドイツなどの外国みたいに消滅時効に対する法改定が急を要する。2011年'未成年性暴力事件'について消滅時効停止民法改定案が国務会議を通じて19代国会でセヌリ党キム ヒョンスク国会議員が民法改定案を国会に上程したが廃棄されたことがあったのだが、20代の国会で消滅時効関連法改定が成れるのを祈る。

### キ。2次被害に対する民事訴訟の必要性

性暴力被害者に対する支援をしている国選弁護士たちの場合、典型的な加害者に対する損害賠償本位の支援をしているし、それまでも刑事上有罪判決が宣告された後にこれを証拠として訴訟を提起する傾向がある。今まではこの人たちに対する損害賠償は性暴力関連団体たちや大韓弁護士協会や(社)韓国女性弁護士会、何人の人権弁護士たちによる企画訴訟の次元で進行されたのが大抵である。でも性暴力を座視しない社会を作るためにこの人たちの過失についても厳しい責任を聞く民事上の損害賠償がより活発するのを期待する。これをためには性暴力関連の団体から2次被害の色々な類型を分析、定型化しこれを違反する場合民事上の損害賠償請求を原則的に進行する事で雰囲気誘導する同時に、国選弁護士養成教育や司

法研修院や裁判所、弁護士などを相手する教育に先頭に立つのも必要である。

#### ク。外傷後ストレス症候群の傷害認定必要性

この間我らの裁判所は外傷後ストレス障害診断診断書を傷害として認めない傾向が一般的である。でも犯罪による後遺症で現れる長期間にわたる外傷後ストレス障害、憂鬱障害、不安障害など色んな障害について精神科の医者たちが診断する傷害診断書たちは性暴力事件の傷害として認められるべきだ。上の図表上ドガニ訴訟で外傷後ストレス障害や知的障害人に対する心理及び精神科専門医の陳述や論文が犯罪を立証する重要な証拠として使えた前例があった。この事件のようにこの先もこの診断書たちが民事や刑事事件の被害事実を立証して損害賠償請求をできる時点を算定するのに重要な基準に成れるよう望むし、これをためには性暴力関連の団体、精神科専門医や性暴力専門弁護士など専門家たちの持続的な努力が必要だ。

#### け。国家機関としての児童、青少年犯罪のための弁護人団制度導入の必要性

長期的には養育費直接移行のために設立した養育費移行管理院所属弁護士たちのように国家で女性児童法律支援弁護人団を100名ほどの程度に別途雇用しこの人たちをして女性児童関連訴訟だけ受け持つようにする制度を作るのが必要である。国家で運営する機関に所属した弁護士たちがこの訴訟たちを全部担当させるのによって犯罪に露出された児童、青少年関連被害者たちが十分な保護を貰えるし、不完全したり寸足らず法制度の改善や法理の研究、新しい企画訴訟の提起、関連資料の収集と統計の用意などろくな役割を勤めさせるのができる。ロースクール出身の多い弁護士たちの登場により就業を悩む事務室維持に苦しむ若い弁護士たちがどんどん増えているのを考えてみれば、若い弁護士たちを雇用し一定の給料を保障しながら児童、青少年被害者たちを支援できる機関を設立するのに政府が関心を持つのを促すの要求する。

#### 4. 終わりに

最近 5、6年の間我らの社会を衝撃に落とした児童青少年を対象にするひどい性暴力犯罪が続々と発生している。このような事件たちが発生するたび刑事関連法律たちが改定を重ねているが、民事上の損害賠償や被害者支援のための予算は相変わらず足踏みしている。性暴力のない社会、加害者に対する厳罰と矯正、被害者の被害賠償と社会への再調整のために米国、英国、ドイツなど海外の法制度を参考しながら我が社会に合う法制度の改善と被害者支援に充実するための色んな努力たちが我らの社会全般で成れるように願う。

# 発表 4\_

## 刑法・性犯罪処罰規定の 問題点と改正の動き

吉田容子 (弁護士, 立命館大学法科大学院教員)

## 刑法強姦罪規定の問題点と改正への動き

吉田容子（弁護士、立命館大学法科大学院教員）

刑法177条（強姦罪）を巡っては、従来、様々な問題点が指摘されてきた。①客体を「女子」に限定していること、②実行行為を「姦淫」に限定していること、③被害者が13歳以上の場合には姦淫の手段として「暴行又は脅迫」を要求していること、判例・通説はさらに「相手方（被害者）の抗拒を著しく困難にらしめる程度の暴行又は脅迫」が必要であると解釈していること、④判例・通説は、「夫の妻に対する強姦罪は成立しない」と解釈している（いた）こと、⑤判例・通説は、被害者の年齢・職業・性経験の有無等を事実認定の資料としていること、⑥しばしば被害者のプラシバシーが侵害され、これを的確に守る方法がないこと、⑦親告罪規定は実際には加害者のための制度になっていること、⑧時効制度は特に年少者の性被害について弊害が大きいこと、なおの問題である（⑧については松本報告）。まさに司法による二次加害（二次被害）である。

これに対し、2014年秋、法務省はこれらの問題点にかかる法改正に向けた検討を開始し、2016年9月12日、法制審議会（法務大臣の諮問機関）は「性犯罪に対処するための刑法一部改正に関する答申」を決定する予定である。主な答申内容は、（1）強姦罪の構成要件を見直し、行為者及び被害者の性別を問わず、性交等（膣性交、肛門性交、口腔性交）を重い処罰（5年以上の有期懲役）の対象とすること、（2）18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて、性交等・わいせつ行為をした場合も、強姦罪・強制わいせつ罪と同様に処罰する規定を設けること、（3）強制わいせつ罪及び強姦罪を非親告罪とすること等である。おそらく来年には法改正となり、そうなれば、刑法制定以来110年にして初めての性犯罪規定改正である。

本報告では、177条の問題点および法制審議会の答申内容を紹介し、あわせて残された課題についても紹介したい。

<sup>11</sup> 翻訳\_金恵(立命館大学グローバルイノベーション研究機構 専任教員、法学博士)



2016年9月20日

韓国性暴力相談所  
性暴力・性虐待被害者支援WS

## 「刑法・性犯罪処罰規定の 問題点と改正の動き」

弁護士 & 立命館大学法科大学院教員  
吉田容子

### I 性暴力に対する現在の刑法規定

#### 1、強姦罪

##### § 176(強制わいせつ罪)

13歳以上の男女に対し、暴行または脅迫を用いてわいせつな行為をした者は、6月以上10年以下の懲役に処する。

13歳未満の男女に対し、わいせつな行為をした者も、同様とする。

##### § 177(強姦罪)

暴行または脅迫を用いて13歳以上の女子を姦淫した者は、強姦の罪とし、3年以上の有期懲役に処する。

13歳未満の女子を姦淫した者も、同様とする。

### § 177(強姦罪)の特徴

- ① 客体を「女子」に限定している。
- ② 実行行為を「姦淫」(＝膣性交)に限定している。
- ③ 被害者が13歳以上の場合、姦淫の手段として「暴行又は脅迫」を要求。判例通説はさらに「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度の暴行又は脅迫が必要であると解釈している。
- ④ 判例通説は、「夫の妻に対する強姦罪は成立しない」と解釈している(いた)。
- ⑤ 判例通説は、被害者の年齢・職業・性体験の有無等を、事実認定の資料にしている。

### 2、保護法益は何か？

(1)長い間、社会的法益の中の「道徳的秩序」と考えられてきた。

- ・ 家父長制度を支える男系の血統
- ・ 女性の貞操(婚姻前は無垢な女性の処女性、婚姻後は夫に仕える貞淑な妻) ⇒ 男性の財産たる女性に貞操を義務付けた。

- ① 強姦罪の行為客体を「女子」に限定。
- ② 膣性交には処女性喪失と妊娠の可能性があるので、「姦淫」だけを取り出し、法定刑を加重(§ 177)。  
それ以外の性的侵害行為(含・男性被害)は、血統維持に重要ではないので、軽く処罰(§ 176)。

③ 女性は、夫(将来の夫)の血統を守るため、夫以外の者に対しては必死に抵抗しなければならない(=貞操義務)。本気で抵抗すれば被害は防げる。必死で抵抗したにも関わらず、それでも防げなかった被害だけが、「被害」である。

しかも、軽度の暴行又は脅迫(と僅かな抵抗)は、通常の性交(=同意による性交)にも随伴するので、これを除外する必要がある。

⇒ 「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度の暴行又は脅迫」が必要

12歳以下の女子は、性行為の意味を理解し同意するか否かを判断する法的能力がない。だから、手段を問わない。

しかし、13歳になればその能力はあるので(性交同意年齢)、貞操義務が課せられ、所定の手段が必要。

④ 婚姻により、夫は妻に対し「性交要求権」を取得し、妻は「性交応諾義務」を負う。

⇒ 「夫の妻に対する強姦罪が成立しない」

⑤ 男性の血統を守ることが主目的(保護法益)だから、それにふさわしい女性(夫に従属する貞淑な妻)だけが、被害者として保護される資格を有する。

⇒ 被害者の年齢・職業・性体験の有無等を問題にする。

婚姻外の性体験がある女性、風俗産業で働いている女性などは被害者資格がない(「同意あり」とする)。

(2)戦後、判例・通説は解釈を変更し、保護法益を「個人的法益である性的自由」とした。但し、条文は変更なし。

◇ しかし、

①②③の規定は、変更なし。

③④⑤の解釈にも、ほとんど変更なし。

- ・ 被害者が殆ど抵抗していないとして、不同意を認めなかった判決
- ・ 被害者の意思に反していたことを認めつつ、暴行・脅迫の程度が軽いことを理由に無罪とした判決
- ・ 被害者の意思に反していたことを認めつつ、「同意があったと思った」との被告人の弁解を認めた判決(故意を否定し、無罪)

### 3、手続法

(1)Rape-shield法は、日本にない。

・「事件と無関係な被害者の性的遍歴等は証拠とすることができない」とする証拠排除法則

・検察官に対し適切に異議を述べるよう事前申入れするだけ。

◇ 何故、被告人・弁護人側は(ときには裁判所も)「被害者の性的遍歴等」が重要な証拠になると考えるのか？

- ・ 貞淑でない女性は、容易に性交に同意する。
- ・ 「被害者」が「貞淑ではない」ことを明らかにすれば(過去に男性との交際が頻繁にあれば「貞淑ではない」ことになる)、「被害者」は本件でも同意していたと推認できるはず。

(2)親告罪規定は、実際には加害者のための制度。

- (準)強姦罪や(準)強制わいせつ罪の訴追・処罰のためには、被害者の「告訴」が必要(致死傷罪と集団強姦罪は除外)。

- 「性に関する犯罪の性質上、訴追して公にすると、かえって被害者の名誉等に不利益をもたらさう」というのがその理由。

- 二次被害が多発しているのは、強姦神話と根強い偏見のため(被害者のプライバシーや心情に配慮しない捜査機関の取調べ、公判廷における弁護人の「落ち度」をあげつらう厳しい追求、メディアによる無秩序な報道、インターネットを通じた被害者のプライバシーや名誉の著しい侵害の頻発など)。

- その防止は極めて重要であるが、被害者が告訴を思いとどまることによってこれを防止するという方法は正しいか？

しかも親告罪規定が存在してもなお二次被害は多発している。

## II. 刑法改正の動き

1、法務省「性犯罪の罰則に関する検討会」まとめ

[http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12\\_00090.html](http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00090.html)

<http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf>

2、法制審議会

[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai\\_seihan.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_seihan.html)

2016年6月、刑事法部会は刑法改正要綱案を答申

2016年9月、総会が答申を正式に決定(予定)

2017年、法改正？

1、法制審刑事法部会答申の内容(主要な点のみ)

(1)強姦罪の構成要件の見直し ①②

行為者及び被害者の性別を問わず、性交等(膣性交、肛門性交、口腔性交)を重い処罰(5年以上の有期懲役)の対象とする。

- ・ 性別を問うことは、そもそも性的自由と矛盾
- ・ 膣性交を他より重く処罰することは、性的自由と矛盾  
被害者にとって、膣性交か肛門性交、口腔性交かで、被害の程度に差異はない。加害者にとっても、支配の手段としては同じ。
- ・ 法定刑下限の引き上げは、違法性の強さを法が認めるということ

(2)監護者であることによる影響力があることに乗じた性交等に関する罪の新設

18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて、性交等・わいせつ行為をした場合も、強姦罪・強制わいせつ罪と同様に処罰する規定を設ける。

- ・ 児童への性虐待に対し、従来、十分に対処できなかったことへの反省(「暴行・脅迫、心神喪失・抗拒不能」を手段とした行為と判断することが困難な被害が多発)
- ・ 現に監護する者とは、実父母・養父母・その同居人その他、「依存/被依存」の関係にあり、自由な意思形成や意思表示が困難な場合を類型化。民法上の監護者である必要はない。

(3) 強姦罪等の非親告罪化

強制わいせつ罪及び強姦罪を非親告罪とする。併せて、わいせつ目的・結婚目的の略取・誘拐罪についても、非親告罪とする。

(4) 姦罪等の法定刑の引上げ

- ・ 強姦罪の法定刑  
3年以上の有期懲役→5年以上の有期懲役
- ・ 強姦致死傷罪の法定刑  
無期又は5年以上の有期懲役→無期又は6年以上の有期懲役
- ・ これに伴い、集団強姦罪(4年以上の有期懲役)、集団強姦致死傷罪(無期又は6年以上の有期懲役)を廃止。

2、残された課題

- (1) 強姦罪の暴行・脅迫要件を廃止又は緩和すること ③  
少なくとも、強制、威力の行使、不意打ちなどを加えること
- (2) いわゆる性交同意年齢を引き上げること ③  
少なくとも15歳又は16歳
- (3) 配偶者間で強姦罪が成立することを規定上明記すること ④
- (4) 特に年少者が被害者である性犯罪について、一定期間(ex成人に達するまで)公訴時効の進行を停止し又は公訴時効を廃止すること

# 討論1\_

キム・ミラン (タクティンネイル研究所、所長)



# 討論2\_

ジョ・チュンシン (韓国性暴力危機センター、所長)

## 討論2

### 女性家族部性暴力被害者無料法律支援事業での民事訴訟

ジョ・チュンシン (韓国性暴力危機センター、所長)

- 1995年から韓国性暴力相談所で毎週土曜日無料法律相談実施
  - 2003年から犯罪被害者寄金で性暴力被害者無料法律救助事業が進行
  - 2009年から民事訴訟も政府支援可能/2012年から性暴力被害者国選弁護人制度
- 救助寄金は被害者1人当たり400万園まで支援：障害者や外国人の場合50万園の通訳費

民事訴訟で50万園の訴訟費用（印紙代、送達料）支援

- 性暴力危機センターで委託運営：2014年には救助件数186件、刑事136件、民事44件、家事6件、2015年には救助件数177件、刑事127件、民事47件、家事3件支援
- 相談現場で把握した民事訴訟での来談者の苦衷は次の通りだ。

1. まだ児童期被害成人の心理的後遺症を現在まで持続されている被害、致傷として認められていない。この件について松本克美教授の発題文の例示に出るくしろ事件はこの先この国で参照すべきな励みになる判例に見える。

2. 被害補償額をどうやって策定するべきなのか。もちろん弁護士とはの協議を通じて被害程度について算定するが被害者はできるだけ多く請求するのを欲しがっている。金その自体よりは被害により偉いトラウマを持ってたし、このように現在の日常が辛いなのに加害者は謝罪もしない、続きく否定し、保障を延期してるので取っめたい心情が作用する。でも請求金額と訴訟費用が比例し、万一部勝訴や敗訴の場合訴訟費用を負担しなくてはならないので事前に十分な考えが必要だ。

3. 勝訴し被告人が自ら進んで納付すると困ることはないが、加害者が支払う能力がないと賠償貰うのが難しい。執行申請をしようとする加害者（被告人）の財産を

見つけるため加害者の名義になっている通帳や不動産を押さえて取り立てなくでは  
ならないのに不動産登記簿謄本で自家可否を確認し不動産執行を申請するのに費用  
が多くかかるし、裁判所を通じて市中銀行10ぐらいのところを差し押さえて取り  
立てるあと明かして出さなくではならない。未成年者の場合管理監督をよくしなか  
った親を対し民事訴訟を請求できるだとしても、20代程度の大学生や失業者は  
この先就業をした時給与を仮差し押さえができるだが遙遠だし、財産その自体がな  
い場合が多い。

4.民事訴訟の期間がとても長い。事件が発生した後刑事訴訟で所要される期間が1  
年ぐらいかかるし、民事訴訟の攻防が進行され確定するまでにまたしばらくの期間  
がかかるので被害者はすごく疲れる。このようにところを考え合わせ刑事訴訟中合  
意をしようが、民事訴訟中和解調停を受け入れるになるが何れを選択しても被害者  
としては十分だと考えられないし最善だと確信できない状況である。

5.外国居住している被害者が民事訴訟を提起すると国内に財産がないので敗訴し訴  
訟費用を負担できないと国内財産所有者の保障で保障保険に入ることを言われた。  
縁故者がいない場合弁護士や支援相談所所長が保障する状況である。

6.現在無料法律支援事業では犯罪が発生するおそれがあるのが明らかに見える青少  
年たち（泥酔青少年1名、男子青少年3名）に雑魚寝する部屋1室を提供し輪姦の  
被害を幫助した宿泊施設、被害者が112（警察番号）へ申告して欲しいと救助の要  
請をしたが握りつぶした宿泊施設に対する民事訴訟賠償を企画訴訟として進行して  
いる。この先通称'デート酒'だと呼ばれる酒を製作し販売することで準強姦罪（一  
名コルベンイ（つぶ貝）事件）発生を助長し放置した遊び宿を対して損害賠償請求  
訴訟を企画訴訟で進行しようとする。

**\* 목차**

<b>발제 1_ 아동기 성폭력피해에 대한 손해배상과 시효</b> 마쓰모토 가쓰미 (리츠메이칸대 법학전문대학원, 교수)	<b>44</b>
<b>발제 2_ 성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상 소송과 피해자 권리</b> 이미경 (한국성폭력상담소, 소장)	<b>52</b>
<b>발제 3_ 성폭력 피해보상을 위한 민사소송의 쟁점</b> 이명숙 (법무법인 나우리, 변호사)	<b>78</b>
<b>발제 4_ 일본 성폭력관련법 개정 논의의 쟁점</b> 요시다 요코 (리츠메이칸대 법학전문대학원 객원교수, 변호사)	<b>89</b>
<b>토론 1_</b> 김미량 (탁틴내일연구소, 소장)	<b>98</b>
<b>토론 2_</b> 조중신 (한국위기센터, 소장)	<b>104</b>

# 발제 1\_

## 아동기 성학대에 대한

## 손해배상과 시효

마쯔모토 가쓰미 (리츠메이칸대학교 법학전문대학원, 교수)

발제1\_

## 아동기 성적학대피해에 대한 손해배상청구권과 시효

마쯔모토 가즈미 (리츠메이칸대학교 법학전문대학원 교수)

아동기 성적학대는 피해자에게 장기간에 걸쳐 심각한 피해를 준다. 또한 피해를 입은 아동은 그 피해를 타인에게 말하지 못함으로써 피해가 잠재화되는 경우가 많다. 성인이 된 후에도 그 당시 입었던 피해로 여전히 고통 받고 있는 피해자는 자신이 생각했던 것 이상으로 많은 것들을 조금씩 조금씩 깨닫게 된다.

아동학대 및 성범죄 피해자 지원은 점점 나아지고 있다. 하지만 피해자 지원 초점은 피해의 조기발견과 피해회복에 맞춰져 있다. 누구에게도 말 하지 못한 채 장기간 고통 받고 있는 성인이 된 피해자에 대한 지원까지는 충분히 이루어 지지 않고 있는 것이 실재이다.

본 보고는 장기간의 피해로 고통 받아 온 피해자가 드디어 자신의 주체성을 찾고 가해자를 상대로 자신의 권리를 행사하여 자기회복을 꾀하는 수단 중에 하나인 민사 손해배상청구권을 평가한다. 이 경우, 손해배상청구권의 소멸시효가 문제가 된다. 힘들게 피해자가 용기를 내어 재판을 통해 가해자의 책임을 추궁하고자 하더라도 판사는 형식적인 시효를 적용하여 피해자의 권리는 소멸하였다고 판단하는 경우가 있다. 이야 말로, 사법에 의한 2차 피해일 것이다.

본 보고에서는 최근 아동기의 성적학대문제에 대하여 대담한 시효개혁을 이룬 독일의 예를 참고하면서 시효개혁을 제언하고자 한다.

## 아동기 성적학대에 대한 손해배상과 시효

마쯔모토 가즈미 (리츠메이칸 대학 로스쿨 교수)

- I 아동기 성적학대 피해의 특징
- II 장기간 경과 후의 피해자 지원
- III 시효법 개혁
- IV 향후 과제

(보충) 공소 시효에 대해  
•본 보고 관련 프로젝트  
•관련 보고 논문 및 해외조사

1

### I-1 아동기 성적학대 피해의 특징

PTSD(Post Traumatic Disorder)  
우울상태, 자살시도, 섭식장애  
불면, 정신장애, 뇌발달장애등

성학대 피해후 장기간  
심각한 증상 잔존

...

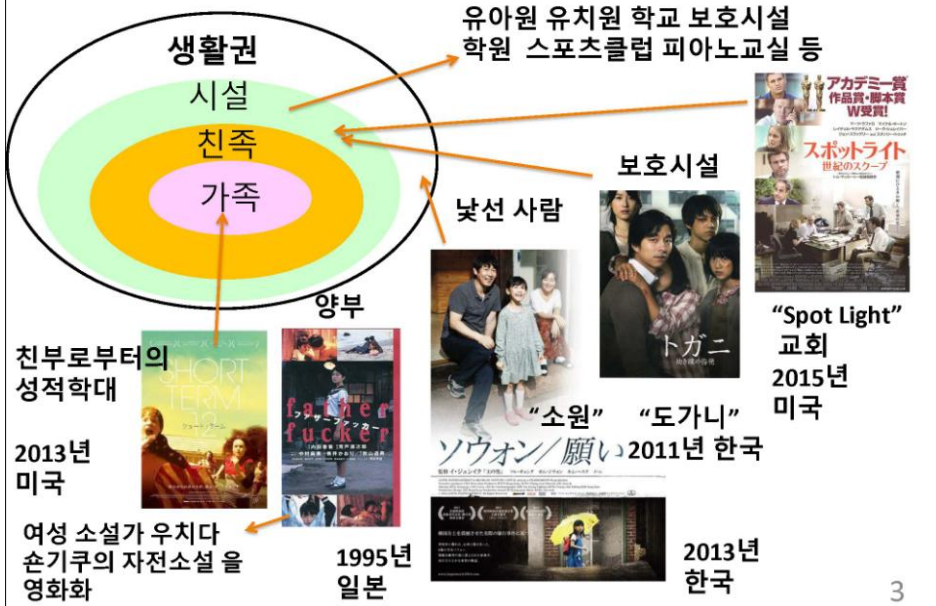


피해를 남에게 처음 꺼내놓은 평균연령은  
46살 (독일 조사)

일본도 50대 60대 70대 여성이  
처음으로 전화상담을 통해 이야기하는 예가 많다

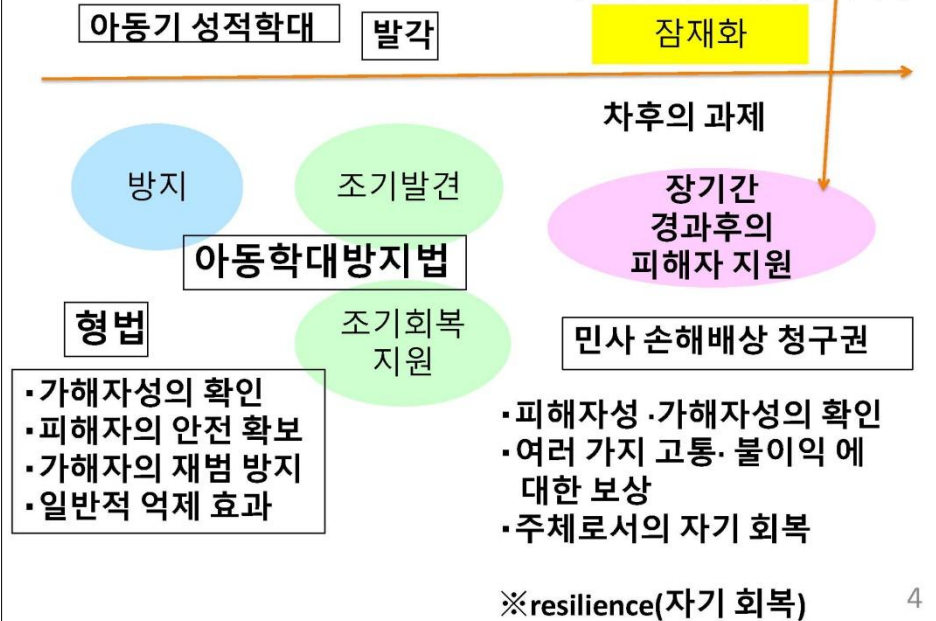
2

## I-2 아동기 성적학대 피해에 대한 공간



## II-1 장기간 경과후의 피해자 지원

아동학대나 성범죄 피해자의 긴급 지원의 문제시각에서 누락되다





## II-2 장기간 경과 후의 지원과 “시효의 벽”



구시로 사건: 여성피해자는 3 세부터 8 세까지 외삼촌으로부터 성적학대를 받았다. 36 세가 되었을때 여러 가지 증상의 원인이 아동기의 성적학대로 부터 기인한 것이라는 진단을 받았다. 외삼촌은 성적학대를 자백했지만 반성의 기미는 없었다. 그래서 여성은 제소하였다. 재판에서 시효가 쟁점이 되었다. 1심은 “PTSD 증상은 8 살때에 발증했고 그로부터 20년 후에 시효가 완성되었다”라고 판단하여 청구를 기각했다. 그러나 2 심은 PTSD 와 우울증을 구별해서 우울증은 30 살에 진단받았기 때문에 그 때가 20년 기간의 기산점라고 인정하여 3000 만엔의 배상을 명하였다. 대법원도 이 판결을

사법에 의한 2차피해

5

## III-1 독일 시효개혁

cf. 프랑스 2008년 개혁 미성년자의 성적학대피해: 미성년 동안 시효정지 + 심각화된 손해의 발생부터 20년시효가 진행된다. 경우에 따라서는 독일보다 길다



6

### Ⅲ-2 독일 시효 개혁의 의의와 과제

권리행사의  
어려움에 대한 배려

피해자의 자기 회복을 저해하지  
않는다

가해행위의  
억제효과

장기간 책임 추궁될 수 있는 것에  
의한 가해행위 억제효과

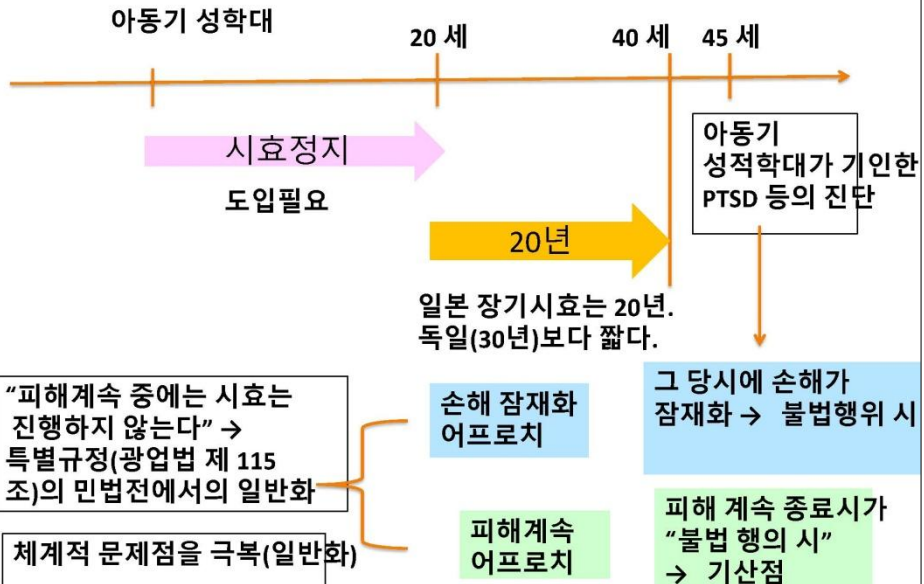
아동기성적학대  
피해의 방지·구제의  
사회문제화 상징

개혁배경:교회의 신부나 목사등에 의해 소년을 포함한 과거의 성적학대피해가  
발각(2010년 1월). → 사회문제화 → 메르켈 정권이 정치 과제화함 →학자,  
실무가등이 포함된 '라운드 테이블'을 설치 → 시효법개혁(형사 공소시효도 만50  
세 까지 미완성으로 함).

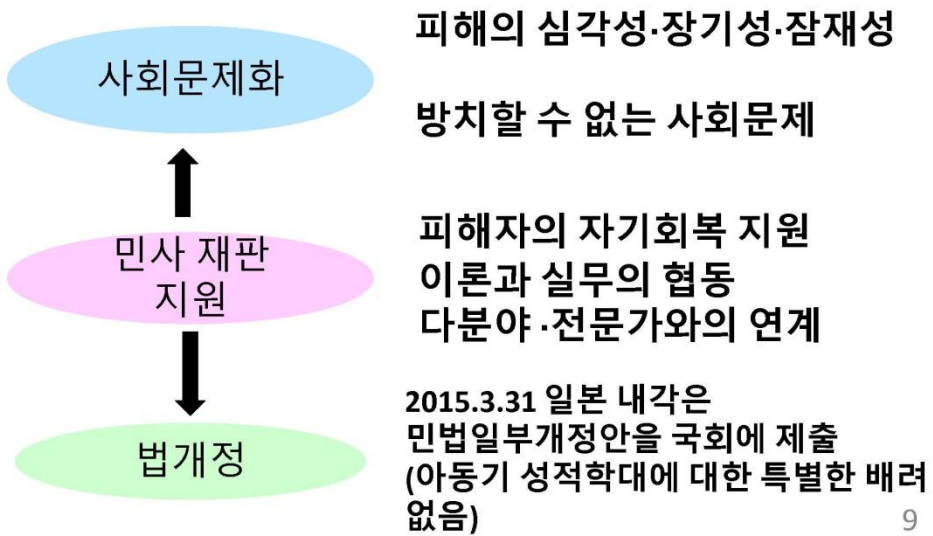
이미 시효가 완성한 피해자에게 상한의 일만유로의 의료급부 등을 원조한 기금도  
설립(성적학대기금 Fonds Sexuellen Missbrauch). 1949.5.23~2013.6.30 기간에  
입은 성적학대 피해에 대해 신청가능.2015년 1월까지 2 천건 신청.

7

### Ⅲ-3 일본 시효 개혁 사안



**Ⅲ-4 향후 검토과제** 장기간경과후의 아동기성학대 피해자 지원



**(보충)공소시효**

일본 강제추행 행위 7년 강간 10년	독일 20년+미성년자 중에는 공소시효 정지
----------------------------	----------------------------

**장기화 반대론**

자원 배분(옛 사건에 자원·노동을 지원안한다)  
입증의 어려움  
무고죄 가능성  
엄벌화는 문제 해결이 될 수 없다

← 별도의 성질 →



**사건**

적어도 미성년 동안에는  
공소시효를 정지해야한다

- 피해자의 피해
- (자기)회복
- 권리자의 권리행사
- 기대가능성을 중시  
해야 하다.

## 본 보고와 관련된 프로젝트

문부과학성 과학연구 보조금 “신 학술영역”  
법과 인간과학 공모반08 “아동기성적학대 피해자의 자기회복을 지원하는  
시효법 개혁의 제언 (연구 대표자:마쯔모토 가즈미) (2014/2015년도)

리쯔메이칸 대학 Global innovation 연구기구 “수복적 사법:민사 영역에  
있어서의 케어와 수복” (그룹 리더:마쯔모토 가즈미) (2016~2020년도)

리쯔메이칸 대학 Global innovation 연구기구 “법심리 사법 임상센터”  
피해자 지원 그룹 리더:마쯔모토 가즈미 (2013~2015년도)

리쯔메이칸 대학 인간과학연구소· 아동기성적학대 피해회복 지원 프로젝트  
대표:마쯔모토 가즈미 (2016년도)

### 해외 조사

독일: 2015년 3월 2016년 2월

한국: 2015년 3월 2016년 3월

미국:2016년 3월

11

## 본 보고 관련된 연구성과 발표

### (학회)

- ① 일본 법사회학회(2013년 5월) ② 일본 법심리 학회(2014년 10월, 2015년 10월)
- ③ 원광대학 생명 윤리 의사법 연구소 심포지움(2015년 5월)
- ④ 일본 독일 학회(2015년 6월) ⑤ 일본 젠더법 학회 (2015년 12월)
- ⑥ 일본 피해자 학회(2016년 6월)

### (논문등)

- ① “아동기의 성적학대에 기인 한 PTSD등의 발증에 대한 손해배상 청구권의  
소멸시효” 리쯔메이칸법학 제349호(2013년) 1069-1111면  
<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/13-3/001%20matsumoto.pdf>
- ② “PTSD과 손해배상과 시효문제” 원광대학 의생명과학과 법 제13권 (2015년)
- ③ “시효론· 손해론에 대한 법심리학적 어프로치:민사 손해배상 청구 지원을  
위하여”  
리쯔메이칸 인간과학 연구 제33호(2016년) 3-13면  
[http://r-cube.ritsumei.ac.jp/bitstream/10367/6753/2/GL\\_33\\_01.pdf](http://r-cube.ritsumei.ac.jp/bitstream/10367/6753/2/GL_33_01.pdf)

12

## **발제 2\_**

# **성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상소송의 쟁점**

이미경 (한국성폭력상담소 소장)

## 성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상소송의 쟁점<sup>12</sup>

이미경 (한국성폭력상담소 소장)

### I. 문제제기

지난 20여년동안 성폭력 피해자들의 형사사법절차상 권리는 괄목할만하게 개선되었다. 특히 1994년 제정되어 개정을 해온 성폭력특별법<sup>13</sup>에 규정된 신뢰관계인 동석, 진술녹화, 비디오 중계장치에 의한 신문, 피해자의 신원과 사생활비밀의 누설금지, 성폭력전담조사 등 일련의 제도들은 성폭력 2차 피해 방지에 기여할 수 있으리라 기대되었다. 그럼에도 대부분의 성폭력 피해자들은 여전히 고소보다는 ‘침묵’을 선택한다. 아직도 10% 미만으로 추산되는 성폭력 신고율<sup>14</sup>은 겉으로 드러나지 않지만 실재하는 광범위한 피해 규모와, 열악한 피해자 권리의 실상을 역설적으로 보여준다.

본 연구는 성폭력 피해자들이 형사사법절차상 겪은 2차 피해에 대해 제기한 국가손해배상소송에 주목한다. 2차 피해란 범죄피해 이후 사법기관, 언론, 의료기관, 가족, 친구 등의 부정적인 반응으로 피해자가 정신적, 사회적 피해를 입는 것을 말한다<sup>15</sup>. 그동안 성폭력 2차 피

<sup>12</sup> 본 발표문은 이미경(2011), “성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상소송의 쟁점”, 『피해자학연구』, 제19권 제1호, pp105-130, 한국피해자학회에 실린 내용입니다.

<sup>13</sup> 1994년 ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 성폭력특별법)’로 제정되었다가, 2010년 제 15차 개정시 ‘성폭력범죄의처벌등에관한특별법’과 ‘성폭력방지및피해자보호등에관한법률’으로 분리되었다.

<sup>14</sup> 여성가족부의 『2010년 전국 성폭력실태조사』 결과에 의하면, 전체 515명의 피해자 중 15명만이 경찰에 고소를 하여 아직도 성폭력 신고율은 2.9%에 머물고 있다. 그러나 성폭력 중 강간 및 강간미수의 경우는 신고율이 12.3%로 나타나고 있어 2007년에 여성가족부에서 실시한 성폭력실태조사 결과인 7.1%, 1990년에 형사정책연구원에서 실시한 조사결과인 1.85%에 비해 다소 높아진 것을 볼 수 있다(여성가족부, 2007:280, 2010:183, 한국형사정책연구원, 1990:90).

<sup>15</sup> 미야자와 고이치, 1999 참조. 한편, Wolhuter, et.al., 2009 은 형사사법시스템이 피해자에게 가하는 추가적인 고통을 ‘2차 피해자화’(second victimization)로 정의한다.

해를 방지하기 위한 많은 법적, 제도적 장치들이 마련되었지만 고소한 사건의 25~30%<sup>16</sup> 정도의 피해자들은 형사사법절차상 2차 피해의 고통을 호소한다. 성폭력 2차 피해는 일반 범죄피해와 달리 성(sexuality)과 관련한 모욕과 사생활 침해로까지 이어져 피해자의 고통과 분노를 가중시킨다. 뿐만 아니라 다른 성폭력 피해자를 침묵하게 만들어 낮은 신고율로 연결시키는 악순환의 고리가 되고 있다<sup>17</sup>. 특히 형사사법절차에서의 2차 피해는 성폭력을 예방하고 대처할 책무가 있는 국가에 의한 피해라는 점에서 상대적으로 취약한 위치에 있는 피해자의 권리확보는 매우 중요한 이론적, 실천적 과제이다.

성폭력 피해에 대한 국가손해배상소송은 비교적 오래전부터 제기되어왔다. 1986년 부천서 성고문 사건의 경우, 국가공무원인 경찰이 공무 집행상 자행한 성폭력으로 인한 원고의 정신적 손해를 국가가 배상하라는 소송이 제기되었고, 재판부는 이에 대한 국가의 배상책임을 인정하였다. 1993년 서울대조교 성희롱사건 피해자는 직장내 성희롱 발생을 국민의 헌법상 기본권 침해로 보고 국가의 불법행위 책임과, 국립대학의 특성상 피고와 원고의 사용자로서 대한민국의 채무불이행 책임을 물었다. 당시 재판부는 전자는 전치절차<sup>18</sup>를 거치지 않았다는 이유를 들어 각하하였고, 후자는 그 책임의 이유가 없다며 기각했다.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> 아직 전국규모로 진행된 성폭력 2차 피해실태조사 연구는 없다. 단지, 한국성폭력상담소의 2008년 상담통계를 보면 고소한 사례의 29.7%가 형사사법절차에서의 2차 피해를 호소하고 있다. 일본의 한 연구결과도 피해자 또는 가족이 수사과정에서 2차 피해를 경험한 비율이 30%에 이르며, 그중 90%가 2차 피해를 범죄로 인한 피해의 일부로 생각하고 있었다(官澤浩一, 全口府一, 高稿則夫, 1996, 이승준, “밀양여중생 성폭행사건”의 국가배상청구를 통해 본 경찰수사에 대한 소고, 『법학연구』, 제 18권 1호, 연세대학교 법학연구소, 2008: 308에서 재인용).

<sup>17</sup> Sudderth의 “어쩌면 침묵이 가장 적절한 반응이었을지 모른다”는 지적처럼 형사법체계에 대한 불신과 외면의 결과로 나타난다. 조앤 벨크넵, 『여성범죄론-젠더, 범죄와 형사사법』, 윤옥경, 강은영, 김지선, 신연희, 전영실 옮김, 세계이저러닝코리아(주), 2007: 543에서 재인용.

<sup>18</sup> 당시에는 국가배상책임은 국가배상법에 의해 전심절차를 거쳐야만 배상청구를 할 수 있도록 하고 있어 이 건은 각하되었다. 이 규정은 2000년 말에 개정되어서 지금은 전심절차와 상관없이 국가배상을 청구할 수 있다.

<sup>19</sup> 자세한 사항은 서울대조교 성희롱사건 공동대책위원회, 『서울대조교 성희롱사건 백서, 上』, 2001 및 서울민사지방법원 1994. 3. 22. 선고 93가합77840, 서울고등법원 1995. 5. 23. 선고 94나15358, 대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533, 서울고등법원 1999. 5. 21. 선고 98나12180, 대법원 1999. 11. 15. 99다43554 판결문 참조.

이들 두 사건은 국민적 공분과 언론의 조명을 받았고, 여성·시민단체 중심의 사건지원공동대책위원회가 구성되었다. 당시 진행된 국가상대 손해배상 소송은 성폭력사건의 발생에 대한 국가책임을 거론했다는 점에서 커다란 상징적 의미가 있다. 또한 2009년에는 초등학교 교사가 교육활동 중 학생들을 강제로 추행한 사건에 대한 국가 손해배상소송에서 해당 초등학교를 설치·운영하는 지방자치단체는 교사의 사용자로서 그와 연대하여 손해배상책임을 지라는 판결이 나온 바 있다.<sup>20</sup>

이에 반해 2000년 이후 대두되고 있는 형사사법절차에서 발생한 성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상소송은 성폭력 피해사실을 말조차 하지 못하던 20-30년 전에 비하면 매우 큰 변화이다. 무엇보다 최근 들어 수사와 재판과정에서 피해자들의 권리의식이 높아지면서 부당한 인권침해에 대해 더 이상 개인적인 차원에서 인내하거나 눈감아주지 않겠다는 피해자들의 의지가 반영된 것이다. 그리고 개인이 정부를 대상으로 소송을 제기하기란 심리적, 실제적 어려움이 따른다는 점에서 성폭력상당소를 비롯한 여성인권단체나 인권변호사들의 적극적인 참여와 지원이 크게 기여한 것으로 보인다. 또한 소송의 주요 쟁점도 부천서 성고문 사건처럼 가해자인 경찰개인과 공무원을 관리할 국가책임을 거론되는 것이 아니라, 성폭력 수사를 맡고 있는 경찰이나 검찰의 불법행위에 대한 국가책임을 묻는 것으로 논의의 지점이 다르다.

형사사법절차상 성폭력 2차 피해에 대한 국가상대손해배상 소송에 관한 기존연구는 한국 성폭력상당소에서 2008년에 최영희 국회의원과 공동개최한 「아동·청소년 성폭력 2차 피해, 국가 책임을 묻다」 토론회의 발제문과 학술논문이 한 편 있다<sup>21</sup>. 이들 연구는 해당사건에 대한 국가손해배상청구 소송의 판결문 분석을 통해 국가책임 인정의 판단기준과 성폭력 피해자의 2차 피해 방지방안을 제안하고 있다. 그러나 이 연구들은 법리중심의 판례평석 형태여서 피해자 권리와 관련한 깊은 고민과 논의는 남겨져 있다. 또한 성폭력 문제를 다룬 기존

<sup>20</sup> 광주지법순천지원 2009. 1. 22. 선고 2008가합2136 (항소 [손해배상(기)] [각공2009상,481]).

<sup>21</sup> 이경환, “성폭력 2차 피해에 대한 국가배상 책임의 판단기준”, 「아동·청소년 성폭력 2차피해, 국가 책임을 묻다」 토론회 자료집, 국회의원 최영희, 한국성폭력상담소, 2008; 이승준, 앞의 글, 2008.



연구들이 공통적으로 반(反)성폭력법이 채택한 전제들과 이로 인한 문화적, 사회적 영향이 결과적으로 여성주의 진영에서 목적인 것과 달리 어떻게 왜곡되어 있는지에 대한 치밀한 분석이 부족하다<sup>22</sup>.

이러한 문제의식에서 출발한 본 연구는 성폭력 피해자들이 형사사법절차에서 겪은 2차 피해에 대한 국가 손해배상소송의 쟁점분석을 통해 피해자 권리에 관한 법적 규정과 실제의 간극을 밝히고자 한다. 구체적으로 피해자들이 침해당했다고 주장한 권리의 내용과 근거는 무엇인지, 국가가 이러한 문제제기에 어떤 논리로 대응하고 있는지, 또한 재판부는 이를 어떤 시각에서 배제하거나 인정하고 있는지, 그리고 피해자 권리보장과 관련해 이 소송의 의미와 한계는 무엇인지를 논의하고자 한다. 이러한 시도는 피해자 권리의 재구성을 위한 시론적 의미를 갖는다.

## II. 연구방법

### 1. 사례연구

본 연구에서는 국가손해배상 소송으로 제기된 성폭력 2차 피해사건을 통해 보다 구체적이고 사실적인 법의 적용과정을 분석하고자 하였다. 연구방법은 사례연구로 주요 자료는 성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상 소송자료이다. 형사사법절차에서 겪었던 부당한 인권침해에 대해 국가를 상대로 손해배상소송을 제기한다는 것은 피해자의 기본 권리이다. 동시에 피해자들이 유일하게 취할 수 있는 공식적인 절차이기도 하다. 따라서 이 소송 자료의 분석은 피해자들이 자신의 권리를 적극적으로 주장한 기록의 분석이라는 점에서 의미가 있다.

국가상대 손해배상 소송기록의 접근은 ‘법고을 2009 LX DVD’ 판례검색시스템을 이용해 ‘성폭력’을 주제로 검색해서 나온 119건의 성폭력 판례 중(2000. 6. 29-2010. 4. 29선고)에서 형사사법절차에서의 2차 피해로 인한 손해배상 소송을 모았다. 그러나 이 방법으로 검색

---

<sup>22</sup> 정유석, “성폭력 가해자 등록, 공개시스템-반성폭력운동과 만나는 풍경”, 「나눔터」, 제62호, 한국성폭력상담소, 2008.

된 판례는 밀양 여중생 집단성폭력 사건 1건에 불과해, 나머지는 한국성폭력상담소와 대한 변호사협회 인권위원회에서 기획소송한 자료들과 기타 인권변호사와의 개별적인 수소문을 통해 총 6건의 소송사례를 모았다. 그리고 각 사례별로 피해자나 지원자, 또는 소송 담당변호사의 협조를 얻어, 고소장, 항소(상고)이유서, 답변서, 진정서, 판결문 등의 소송기록을 열람·분석하였다. 또한 국가인권위원회에서 형사사법절차상 2차 피해 관련 권고결정을 내린 결정문 등을 참고하였다.

〈표1〉에 보듯이, 〈사례1〉은 성폭력 2차 피해에 대한 첫 국가배상 소송으로, 2003년 윤간피해자에 의해 제기되었다<sup>23</sup>. 이 사건 피해자는 피해 직후 112 순찰대에 신고를 했지만 범인은 잡히지 않아 미제사건으로 처리되었고, 수사과정에서 경찰에 의한 피해자 비난 발언과 수사 지연 등의 2차 피해를 입고 국가 손배소를 제기했으나 기각되었다<sup>24</sup>. 〈사례2〉는 성폭력으로 임신한 여고생이 검사의 낙태지휘 거부로 인해 출산을 하게 된 사건이다. 피해자는 성폭력 사건의 형사소송에서는 가해자와 합의를 했지만, 소송과정에서 발생한 2차 피해에 대해 부모가 국가인권위원회에 진정을 했고, 2005년에는 국가를 상대로 손해배상소송을 제기하였으나 기각되었다.<sup>25</sup>

〈사례3〉은 2차 피해에 대한 국가책임을 처음으로 인정받은 판결로, 2004년 발생한 밀양 여중생 집단 성폭력사건의 수사과정에서 발생한 인권침해에 대한 국가상대 손해배상소송이다<sup>26</sup>. 〈사례4〉는 2006년에 한국성폭력상담소에서 진행한 기획소송으로, 수사과정에서 인권 침해 문제가 발생한 어린이성폭력 사건 6건 중 1건만 국가책임을 인정받았다<sup>27</sup>. 〈사례5〉는 현장검증 시 성관계 체위를 재현해보라는 요구 등 검사의 불법행위에 대해 국가손해배상 소

<sup>23</sup> 한겨레신문 2003. 8. 4. “성폭행 피해자 국가에 손배소, 수사 때 피해자 보호지침 어기고 예방책 안세워”.

<sup>24</sup> 울산지방법원 2004. 8. 18. 선고 2003가합3115

<sup>25</sup> 서울중앙지방법원 2005. 4. 20. 선고 2005가소 7629, 서울고등법원 2005. 10. 21. 선고 2005나13003, 대법원 2006. 4. 13. 선고 2005다71451.

<sup>26</sup> 서울중앙지방법원 2006. 11. 8. 선고 2005가합70781, 서울고등법원 2007. 8. 16. 선고 2006나 108918, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다64365.

<sup>27</sup> 서울중앙지방법원 2007. 8. 21. 선고 2006가합18810, 서울고등법원 2008. 7. 16. 선고 2007나91307, 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008다63536.

송으로, 2007년에 제기되어 기각되었다<sup>28</sup>. 그리고 <사례6>은 대한변호사협회 인권위원회가 고소대리인이 되어 2009년에 제기한 어린이 성폭력사건의 수사상 2차 피해에 대한 국가 손해배상소송으로, 1심과 항소심에서 일부 승소했다<sup>29</sup>.

<표 1> 성폭력 2차 피해 관련 국가상대 손해배상 소송사건의 일반적 특성

사례 번호	사건 명 (소송 진행 기간)	소송이유 (원고측 주장)	재판결과
1	윤간피해에 대한 경찰의 수사 미진 및 인권침해 (2003~4)	1. 112신고 상황처리 위반 2. 긴급배치 위반 3. 범죄수사규칙 위반 4. 수사시 피해자보호지침 위반 5. 수사지연 6. 가로등설치법 미준수	- 기각
2	임신한 미성년 피해자에 대한 검사의 낙태지휘 거부 (2005~6)	1. 임신한 여중생 대질수사 2. 신뢰관계인 동석 불허 3. 검사의 낙태지휘 거부	- 기각 -(국가인권위 진정 사건)
3	집단성폭력 피해입은 여중생에 대한 경찰의 인권침해 (2005~8)	1. 기자에게 인적사항 누설 2. 수사경찰이 노래방에서 피해자 인적사항 누설 3. 여성경찰 조사요구 묵살 4. 범인 식별실 미사용 5. 진술녹화 미사용 6. 가해자 가족로부터 미보호 7. 피해자 밤샘조사	- 원고 일부승소 - 원고들에게 5,000만원 배상 - 1심에서 모욕, 비하 발언 및 인적사항 누설 등의 국가책임 인정 - 2심에서 범인식별실 미사용 에 대한 국가책임 추가 인정

<sup>28</sup> 서울중앙지방법원 2007. 5. 1. 선고 2005가단264220, 서울고등법원 2008. 10. 9. 선고 2007나50115, 대법원 2008. 12. 24. 선고 2008다79159.

<sup>29</sup> 서울중앙지방법원 2011. 2. 10. 선고 2009가단482095.

		8. 식사와 휴식시간 미제공 9. 경찰의 피해자 비난발언	- (국가인권위 직권조사 사건)
4	어린이 성폭력 수사과정의 2차 피해에 대한 기획소송 (2006~9)	1. 신뢰관계인동석 안됨, 대질강요, 피해재연 요구 2. 진술녹화 3번(1차분 삭제) 3. 수사지연, 소극적 수사 4. 고소장 접수 거부 등 5. 안내부재, 진술녹화 미숙 6. 수사과정에서 인격모독	- 원고 일부 승소 - 원고들에게 600만원 배상판 결 - 총 6사건 중 진술녹화테이 프가 삭제된 1사건만 국가 책임 인정 - 나머지 5건은 기각
5	여고생 피해자에게 성관계 체위재현 요구한 검찰의 인권침해 (2007~8)	1. 수사과정에서 폭언, 모욕적인 언사로 인한 인권침해 2. 현장검증 시 성관계 체위재현 요구 3. 허위 해명자료 배포로 인한 명예훼손	- 기각
6	중상해 입은 어린이 피해자에 대한 검찰의 인권침해 (2009~2011)	1. 진술녹화 4회 진행 2. 피해자 보호 미비(검찰소환) 3. 아동전담센터 연계미흡 4. 경찰의 허술한 증거관리 5. 형사기록 열람등사 신청 포기 증용	- 원고 일부 승소 - 원고들에게 1,300만원 배상 판결 - 최선의 조사환경조성 안한 국가 책임 인정

## 2. 분석사례의 일반적 특성

본 연구의 분석사례는 6건의 소송사례이지만, 이 중 1건은 어린이성폭력 피해사례 6건을 모아 기획소송한 것이어서 실제 본 연구에서 다루고 있는 성폭력 2차 피해 사례는 총 11사례이다. 피해당시를 기준으로 이 소송 원고의 연령별 분포를 보면 7세미만 어린이가 4명, 7세-13세미만 초등학생은 3명, 중.고등학생이 3명, 성인이 1명으로 전체의 91%가 미성년자

들이다. 이처럼 국가 손해배상소송의 원고가 어린이와 청소년이 대부분이라는 점은 우리사회에서 성폭력 2차 피해에 대한 국가 책임을 요구할 수 있는 사건은 성폭력 피해에 대한 논란의 여지가 없이 누구나 인정할 수 있는 사건들에 집중되고 있음을 알 수 있다.

이들 11사례 중 형사소송에서 유죄판결을 받은 경우는 단 3건으로, 집단성폭력을 한 미성년 가해자들이 소년부로 송치된 <사례3>, 2년 동안 지속적으로 딸을 성폭행한 의붓아버지에 게 3년 형이 선고된 <사례4-6><sup>30</sup>, 그리고 등굣길의 8세 어린이를 납치해 신체의 일부에 심각한 상해를 입혀 12년 형이 선고된 <사례6>이다. 나머지는 불기소 5건, 합의 2건<sup>31</sup>, 범인 미검거로 인한 미제사건 2건이다. 이중에는 남자 어린이 피해도 1건 있다. 국가상대 손해배상 소송결과를 보면, 전체 6건 중 3건은 기각, 2건은 일부 승소, 나머지 1건은 진행 중이다. 이미 소송이 완료된 5건 중 4건(80%)이 대법원까지 간 것은 비록 소송기간이 오래 걸리고 비용이 추가로 발생하더라도 최종 절차까지 가서 국가책임을 묻겠다는 원고들의 의지를 엿볼 수 있다.

또한 이들 국가 손해배상소송에서 특기할 만한 점은 총 6건의 소송 중 4건이 피해자를 지원하는 단체나 인권변호사들이 중심이 되어 적극적으로 소송을 기획하고 진행했다는 점이다. 이러한 현상은 피해자가 국가 손해배상 소송에 관한 정보를 알기도 어렵고, 안다고 하더라도 개인이 국가를 상대로 소송을 제기하기란 쉽지 않기 때문이다. 반면에 관련단체들은 피해자 권리찾기의 일환으로 국가손해배상소송 방법을 피해자에게 안내하고, 법적, 의료적 지원과 함께 언론보도 연계, 소송비용 지원 등의 통합적 지원을 해오고 있다.

### Ⅲ. 소송사례에서 본 성폭력 2차 피해의 유형과 공무원의 위법성 판단

국가 손해배상소송의 법적 근거는 담당공무원의 직무상 불법행위로 인한 재산 또는 재산 이외의 손해를 국가나 공공단체에 배상청구를 할 수 있도록 규정하고 있는 헌법(제 29조 제

<sup>30</sup> <사례4>은 6개의 어린이성폭력 사건을 모아서 기획소송한 것이므로 사례번호를 4-1, 4-2 등으로 표기한다.

<sup>31</sup> 이중 한 사건은 미성년자들에 의한 집단성폭력사건으로, 일부는 합의로 공소기각이 되었고, 일부는 소년부 송치가 되었다(울산지방법원, 2005. 4. 12 선고, 2005고합1 판결 참조).

1항)과 국가배상법(제2조 제1항)이다. 성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상소송에서는 2차 가해를 한 경찰이나 검사의 위법성 판단이 관건이 된다. 본 연구의 분석대상 판결문들에서 공통적으로 밝히고 있는 위법성의 판단기준은 “그러한 조치를 취한 것이 현저하게 불합리하다고 인정되거나 또는 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이르렀다고 인정되는 경우”이다. 그러나 판사가 인정하는 ‘경험칙’과 ‘논리칙’이 무엇인지, 그리고 관건이 되는 ‘합리성’이 무엇인지는 자세히 밝히지 않고 있다. 이 장에서는 소송사례들에서 나타난 공무원 등 국가기관의 성폭력 2차 피해를 유형별로 분류하고 각 유형에 대한 법관의 위법성 판단기준의 문제점을 살펴보기로 한다.

### 1. 피해자의 성력에 대한 질문 및 사생활 침해

피해자의 사생활 보호위반 및 인격권 침해에 대한 문제는 다음과 같이 대부분의 소송사례들에서 제기되고 있다.

“성경험이 있느냐?” <사례1>

“네가 밀양 물을 흐려놓았다” <사례3>

“피해상황을 그대로 재연해봐라. 옷을 벗어서 재연해봐라, 가해자의 음부를 그려봐라. 엄마 고추를 봤느냐, 그럼 엄마 고추와 가해자의 고추가 어떻게 달랐는지 이야기해봐라...” <사례4-1>

“관계가 처음이었냐? 처녀막은 터졌냐? 그런데 안 아팠다는 게 말이 되냐” <사례5>

위 사례들에서 보듯이 피해자의 성력(性歷)은 우리나라 강간사건의 수사과 재판과정에서 의례히 나오고 있는 질문으로, 피해자가 평소 어떤 성향의 여성인지 파악하여 피해자의 유책성을 끌어내고자 하는 의도를 담고 있다. 이러한 질문 구조는 피해자를 성폭력을 유발했거나 혹은 합의에 의한 성관계를 하고도 소를 제기한 ‘질 나쁜 여성’으로 몰아가고, 피의자(피고인)를 억울한 피해자로 전환시켜버린다. 특히 이 질문은 아는 사이에서 일어난 성폭력 사건에서는 피고인 측에 의해 단골로 제기되는 반대신문의 주요 내용이기도 하다. 이러한 질문들은 피해자에게 공적영역인 형사사법절차에서 성폭력이 어떻게 의미화되고 있는지를

체감하게 하는 지표이며, 앞으로 소송과정이 얼마나 험란할 지의 예고이기도 하다.

미국의 ‘강간피해자보호법’(Rape Shield Law, 이하 RSL)에서는 강간피해자의 이전 성적 행위나 성적취향에 관한 자료들을 증거로 사용하는데 엄격한 제한을 두고 있다. 미국에서 최초로 RSL을 제정한 미시간주의 경우, 피해자의 성력은 과거 피해자와 피고인의 성관계를 밝히는 증거로 사용되거나, 또는 정자, 임신, 질병의 근원을 밝히는 경우에만 허용된다<sup>32</sup>. 우리나라는 이와 관련한 명확한 법적 규정은 마련되어있지 않다. 단지, ‘성범죄 수사 및 공판 관여 시 피해자 보호에 관한 지침(대검예규 제290호)’에 의하면 피해자 조사방법에서 “해당 사건과 무관한 피해자의 성경험이나 성범죄를 당할 당시의 기분, 가해자의 사정 여부 등 피해자가 모멸감이나 수치심을 느낄 수 있는 질문이나 공소유지에 필요하지 아니한 질문은 수사상 필요한 경우를 제외하고는 가급적 삼갈 것”을 명시하고 있다.

그럼에도 <사건1>의 재판부는 “강간의 수법 및 강간피해자의 성경험 여부에 대한 조사는 강간사건의 경위 파악 및 범인의 검거 등을 위하여 불필요한 질문이라고 보기 어렵다”며 기각했다. 이 재판부는 담당 공무원이 피해자의 성력을 질문하는 것을 강간사건의 경위 파악 및 범인의 검거를 위해 필요하다고 보았다. 이러한 관행은 결국 강간 피해자들에게 수사와 재판과정에서 해당 사건과 전혀 무관한 개인적인 성(sexual) 역사를 모두 드러내도 좋다는 각오 없이는 고소하기 어렵다는 것을 보여준다.

피해자의 인적사항이 기자들에게 유출된 <사례3>의 경우, 재판부는 “담당자가 고의로 원고의 인적사항이 기재된 검거보고서를 배포하지는 않았다고 하더라도 서류편철 등의 과실에 의하여 지방청보고용 검거보고서가 기자들에게 유출되었다고 봄이 상당하다”고 보아 이에 대한 국가책임을 인정하였다. 또한 노래방에서의 피해자 비하 및 인적사항 누설도 불법행위로 인정하였다. 그러나 피고인 국가(경찰)는 이에 불복하고 낸 상고이유서에서 “노래방에서 원고의 피해사실 누설은 000 개인에게 물을 손해배상이다. 마치 000이 노래방에서 노래를 하던 중 상해를 입은 경우 000에게 공상을 인정할 수 없는 것과 같은 이치이다”는 논리

<sup>32</sup> 이러한 RSL에서 더 나아가, 국제형사재판소의 절차 및 증거규칙(The Rule of Procedure and Evidence of the International Criminal Court)의 Rule 70에는 성폭력 사건에서 법원이 피해자의 동의로 유추할 수 없는 4가지 원칙을 규정하고 있다. 자세한 내용은 조국, 『형사법의 성편향』, 박영사, 2004 참조.

를 전개했다. 이 주장은 상고심에서 기각되었지만, 공권력인 경찰의 인권침해 행위를 단순히 개인의 탓으로 돌리려 했다는 점에서 문제의 심각성이 더하다.

〈사례4〉의 경우, 피해 어린이는 피해사실의 입증과정에서 가해자와 어머니의 성기를 비교해서 그리라는 수사관의 요구를 받았고, 이를 잘 그리지 못하자 “거짓말 한 것 아니냐, 보았다면 왜 못 그리냐”는 등의 추궁을 받았다. 그러나 재판부는 수사기관이 실제적 진실을 발견하기 위하여 부득이하게 피해자에게 당시 상황을 자세히 진술하도록 요구한 것은 피해자 진술의 신빙성을 확보하기 위한 불가피한 측면으로 보았고, 반복질문도 피해자 진술의 구체성을 확인하기 위해 필요한 것이었다고 판단하였다.

경찰이 피해자에게 “치녀막이 터졌냐”고 질문한 〈사례5〉의 경우, 성관계로 인해 치녀막이 파열된다고 인식하고 있는 경찰이 피해자를 치녀와 비치녀로 나누고, 만약 치녀막이 터지지 않았다면 피해자는 이전에 성관계가 있었다는 것이며, 이는 피해자 유발론으로 이끌 수 있는 근거가 되는 것이다. 따라서 이러한 질문 자체는 피해자들에게 이번 성폭력 사건을 이전의 성관계 경험과 연결해서 대답해야하는 심리적 부담을 준다. 그리고 첫 성관계시 치녀막의 파열 여부에 대한 질문은 치녀막이 창호지와 같은 막이 아니라 질주름의 일종이며, 처음 성관계시에도 파열되지 않는 사람도 상당수 있다는 과학적 지식을 간과한 질문이기도 하다. 그러나 재판부에서는 이와 같은 인권침해적 수사관행의 불법성을 인정하지 않았다.

## 2. 최선의 조사환경 조성 및 최소한의 피해자 조사의무 위반

성폭력 형사소송과정에서 피해자들이 겪는 가장 큰 스트레스 중 하나가 피의자(피고인)와의 대질신문이다. 대질신문은 가해자와 마주해야 한다는 사실 자체뿐만 아니라, 대부분 피의자가 성폭력 사실을 극구 부인하는 경우에 하게 되므로 피해자의 심리적 부담이 클 수밖에 없다. 그럼에도 피해자는 실제적 진실을 발견하고 기소여부를 결정하는데 중요하다고 요구되는 대질신문을 거부할 수만은 없다.

재판과정에서는 피고인의 방어권 보장 차원에서 대질신문을 허용하면서도 피해자 보호를 위해 비디오 중계장치 등에 의한 신문제도가 마련되어있다. 그러나 재판부에서 이 제도의



활용율은 매우 낮다. 한 조사결과에 의하면<sup>33</sup>, 전국 합의사건 담당 재판부 37개 중 비디오 중계장치에 의하여 증인을 신문한 적이 있다고 답변한 재판부는 15개에 불과하다. 더욱이 수사단계에서는 대질신문 시 법적으로 뚜렷한 피해자 보호조치가 없다. 따라서 대부분의 피해자들은 눈앞에서 가해자를 마주한 채 조사를 받아야 하는 상황이다.

〈사례2〉의 경우, 피해자는 형사고소 당시 임신중독증으로 몸이 붓고 품행장애 등 정신적 어려움을 겪는 여중생이어서 조사 시 가해자와의 분리신문을 요청했으나 받아들여지지 않았다. 그리고 2회에 걸쳐 검찰에서 가해자와 대질조사를 받았는데 첫 번째 조사는 10시간, 두 번째 조사는 5시간이었으며, 조사과정에서 충분한 휴식시간도 주지 않은 채 진행되어 입은 피해에 대한 국가의 책임을 묻은 것이다. 재판부는 “성범죄사건이라고 하더라도 피의사건을 조사하여 사건의 진상을 밝히는 업무를 수행하는 수사기관으로서 사건기록에 나타난 당사자들 진술의 신빙성 여부, 당사자들의 태도 등을 종합적으로 고려해 대질조사의 실시여부 등 필요한 조치를 적절히 취할 수 있다”며 기각했다.

임신한 피해여성에게 충분한 휴식시간도 주지 않은 채 10시간씩 경찰조사를 강행한다는 것은 여성의 몸에 대한 무지와 무시에 기반한다. 따라서 성폭력 피해자의 몸의 특수성이 충분히 고려되고 피해여성의 목소리가 반영된 의학적 가이드라인이 수사와 재판 규칙에 명확하게 제시될 필요가 있다. 특히 〈사례2〉처럼 화간을 의심받는 상태에서 임신을 한 여중생 피해자가 수사과정에서 매우 위축될 수밖에 없다는 점이 고려되어야 할 것이다.

진술녹화제도는 피해자의 반복진술의 고통을 덜고, 진술의 오염을 방지하기 위하여 2003년부터 성폭력특별법에 의해 도입된 제도이다. 그러나 〈사례3〉 피해자는 나이 어린 여중생임에도 불구하고 진술녹화 없이 조사를 받았다. 이에 대한 문제제기에 대해 재판부는 “경찰 조사 시 보호자가 동석하여 투명성이 확보되었고 원고의 진술번복 우려가 없기 때문에, 진술 녹화실을 사용하지 않았다는 이유만으로는 위 수사가 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없을 정도로 위법하다고 볼 수 없다”는 판단을 하였다.

또한 피해자가 처음 수사단계에서 여성경찰관을 요청했으나, 이 요구는 “사건이 단순 성

---

<sup>33</sup> 신혜성, “형사공판절차에서의 성폭력피해자 보호방안-증인신문방식을 중심으로”, 「젠더법의 관점에서 본 성폭력사건 재판절차 개선방안」, 2011년 젠더법연구회 심포지엄(2011. 1. 7), 127면.

폭행사건이 아니라 상습적인 강간과 금품갈취, 집단범죄 등이 포함되어 있어서 여성경찰이 조사하는 것은 수사능력상 부적합하고 경험이 많은 집단성폭행사건 수사담당경찰들이 조사를 해야 한다”는 이유로 기각되었다. 재판부는 이와 같은 판단의 근거로 “미리 피해자 보호자의 동의를 얻었다는 점과, 여성경찰이 조사하지 않은 것만으로는 수사가 경험치이나 논리칙상 합리성을 긍정할 수 없을 정도로 위법하다고 볼 수 없다”고 판시했다. 이에 대해 성폭력 수사에서 여성경찰이라는 물리적 요건이 중요한 것이 아니라, 담당자들의 젠더 감수성 및 전문성이 더 중요하다는 지적<sup>34</sup>들이 나오고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 그리고 여성경찰이 수사하지 않은 부분에 대한 국가의 불법행위 여부를 판단하기에 앞서 성폭력전담 경찰과 강력계 형사의 역할분담의 기준은 무엇이며, 이 과정에서 생기는 혼란이나 전문성 문제를 어떻게 조정할지 등은 경찰행정 차원에서 풀어야 할 문제이다.

〈사례6〉에서는 피해자가 “복강 내 장기가 몸 밖으로 탈출되고 항문과 여성외부생식기가 심하게 훼손되는 등의 중상해를 입었고... 수술 받은 지 불과 2주일 정도 밖에 되지 않았으며 배변주머니를 단 채 침대에 누워있어야 하는 상태”임에도 추운 겨울날 피해어린이를 검찰로 소환하여 2시간 30분간 직각의자에 앉게 하고, 영상녹화도 관리미숙으로 수회 반복한 것에 대한 국가책임을 물었다. 이에 재판부는 “피해자에게 최선의 조사환경 조성, 필요 최소한의 조사 의무를 다하지 않았다”고 국가책임을 인정하였다.

### 3. 신뢰관계인 동석제도의 불이행

신뢰관계인 동석제도는 피해자의 진술권에서 중요하게 확보되어야 할 권리로 인정되어 성폭력특별법에서도 2차 개정시(1997) 도입되었다. 〈사례2〉 피해자는 검찰에서 조사를 받는 동안 신뢰관계인인 어머니의 동석을 배제 당했다. 그러나 이 사건의 재판부는 “검사가 당사자들 진술의 신빙성이나 태도 등을 종합적으로 고려해 보호자 입회의 일부배제 등 필요한 조치를 적절히 취할 수 있다”며 국가책임을 인정하지 않았다. 그리고 조사 시 검사가 피해자

<sup>34</sup> 오지원, “성폭력 피해아동의 2차 피해 방지와 영상녹화물, 「젠더법의 관점에서 본 성폭력사건 재판절차 개선방안」, 젠더법연구회 심포지엄자료집, 2011, 4면 참조 ; 이미경, 이경환, “성폭력관련법 현안과제와 대안”, 「여성폭력 방지를 위한 토론회」, 법무부, 2008, 54면 참조.

의 부모를 완전히 격리시킨 것이 아니라 출입문에서 조사과정을 지켜볼 수 있도록 허용한 사실을 들어 해당검사의 불법행위를 인정하지 않았다.

결국 여기에서도 ‘수사나 재판에 지장을 줄 우려가 있는 경우’의 판단기준이 문제이다. 이는 전적으로 재판장이나 수사담당자의 판단에 달려있다. 이 사건의 성폭력 수사 시 담당 검사는 임신한 여중생의 검찰 조사단계에 어머니가 영향을 줄 수 있는 사람으로 파악하고 동석을 불허했다. 특히 이 건은 피해자 부모가 가해자에 대한 검찰의 불구속 수사에 관해 수회에 걸쳐 해당 지청장에게 진정한 사실<sup>35</sup>이 신뢰관계자 동석제도 불허에 영향을 미쳤을 수도 있다고 본다.

〈사례4-1〉은 검찰수사 단계에서 검사가 피해어린이의 어머니에게 “허락 없이 말 한마디도 하면 안 되고 이를 어길 시에는 바로 퇴실조치 할 것이니 아이 손도 잡지 말고 아이 뒤에 조용히 앉아만 있어라”고 주문했다. 따라서 피해 어린이는 신뢰관계인을 대동하지 못하고 어린 나이에 혼자 경찰조사를 받아야했다. 이 사건의 형사소송이 진행 당시인 2003년에도 이미 성폭력특별법에는 신뢰관계인동석제도가 명시적으로 규정되어 있었다. 그럼에도 담당 검사는 피해어린이의 어머니를 신뢰관계인으로 동석시키지 않았고, 재판부는 판결문에서 이와 같은 사안에 대해서 아무런 언급을 하지 않고 있다<sup>36</sup>.

#### 4. 검사의 낙태지휘 거부로 인한 출산

우리나라 형법(제269조)은 낙태를 불법으로 규정하고 있지만 모자보건법(제14조)에 의해 성폭력 등에 의한 임신의 경우에는 임신중단<sup>37</sup>을 할 수 있다. 〈사례2〉에서 문제가 된 것은

<sup>35</sup> 국가인권위원회 결정문 02진인 928 참조.

<sup>36</sup> 신뢰관계인의 동석제도는 그 취지는 좋으나, 실제 누가 신뢰관계인이 될 수 있는지와 어떤 역할을 할 것인지에 대해 논란이 있어왔다. 최근 법무부에서는 2011년에 13세 미만 어린이성폭력 피해자에 대해서는 ‘법률조력인’ 제도를 도입하여 정식 변호사가 수사단계부터 재판단계까지 피해자의 권익을 위해 보좌하도록 할 예정이라고 한다.(법무부 정책위원회 2011. 3. 4. 회의자료) 그러나 법률조력인 제도 역시, 형사사법절차에서 피해자의 지위에 따라 그 역할이 한정되므로 앞으로는 피해자의 변호인 선임권으로 바뀌어져야 하는 문제라고 본다. 피해자가 변호인의 조력을 받을 권리에 대해서는 오경식, 2009; 정도희, 2009; 천진호, 2007 등 참조.

<sup>37</sup> 임신중단권은 그동안 낙태, 인공임신중절 등으로 표기되었으나, 이들 용어가 내포하는 임신한 사람에

낙태 지휘가 검사의 직무범위에 속하는지의 여부이다. 이 사건 피해자는 담당검사에게 강간 피해로 인한 임신에 대해 합법적인 낙태를 지휘해줄 것을 요청했지만 거부당하여 결국 출산을 했다. 이에 대한 국가책임을 묻는 소송에서 재판부는 다음과 같은 이유를 들어 기각하였다.

“낙태지휘는 검사의 직무범위에 속한다고 보기 어렵고(수사담당검사가 이를 확인해줄 것을 규정한 법규상의 근거가 없다), 설사 그 직무관련성을 인정한다고 하더라도, 수사가 종결되지 않은 상황에서 원고 측의 요청대로 강간에 의한 임신여부를 확인해 줄 수는 없었다고 할 것이므로, 원고의 위 부분 주장 역시 이유 없다.” (사례2>의 판결문 중)<sup>38</sup>

이처럼 재판부는 낙태지휘가 검사의 직무범위에 속하지 않는다고 판시하였다. 물론 낙태 허용의 예외규정을 둔 모자보건법에도 검사의 낙태지휘권에 대한 명시적 규정이 없다. 따라서 여기에 대한 판단은 법 상식 및 판례에 근거하여 재판장의 철학에 따라 판단하게 되어있다. 이 판결에서는 결국 성폭력 피해자가 합법적으로 임신중단을 할 수 있는 경우는 적어도 1심 재판이 끝난 이후에나 가능한 것이며, 만약 피고인 측이 항소나 상고를 한다면 그 기간은 2-3년까지 늘어날 수 있다. 임신 10개월 만에 출산하게 되어있는 생물학적 사실은 이 재판과정에서 철저히 무시될 뿐만 아니라, 원치 않는 아이를 낳아야만 하는 피해여성의 고통은 전혀 고려되지 않고 있다. “그런 것은 민사소송으로 해결하라”고 말하는 담당검사나, 이러한 검사의 처분이 불법행위가 아니라고 보는 재판부의 판결에 이르기까지의 일련의 과정을 보면, 여성의 몸에 대한 자연과학적 이해와 지식, 그리고 사회적 차별과 억압에 대한 사회과학적 분석 등의 학제적인 연구를 위한 새로운 패러다임이 요구된다<sup>39</sup>.

---

대한 비난의 문제점을 고려해 최근 재생산권, 임신·출산선택권 등으로 대체하자는 제안들이 나오고 있다. 따라서 이 연구에서도 기존 법이나 고유명사화된 ‘낙태’라는 용어를 제외하고는 이를 ‘임신중단’으로 바꿔 쓰고자 한다.

<sup>38</sup> 서울중앙지방법원 2005. 10. 21. 선고 2005나13003 판결

<sup>39</sup> 장필화(1992), “몸에 대한 여성학적 접근”, 『한국여성학』, 제8집, 25면.

여기에서의 쟁점은 ‘강간 피해로 인한 임신’의 증명방법이다. 피해자의 진술만으로는 객관성을 인정받을 수 없으므로 가해자의 자백이나 증인의 증언이 주요 변수가 된다. 그러나 우리사회에서 자신이 성폭력 가해자였노라고 자백하고 사죄하며 임신중단을 돕겠다는 가해자는 거의 없다. 또한 성폭력 피해의 특성상 들만의 공간에서 벌어진 사건을 누군가가 목격하고 증인이 되어줄 가능성도 전혀 없다. 따라서 모자보건법상 강간으로 인한 임신의 중단 허용은 실제로는 그 권리를 전혀 보장받을 수 없는 사문화된 규정이다. 결국 피해자는 높은 경제적 부담과 생명의 위험을 무릅쓰고 불법낙태시술소를 찾거나, 아니면 원치 않더라도 출산을 할 수 밖에 없다. 이처럼 몰성적이고 비과학적인 사법부의 요구는 국가가 성폭력 피해로 임신한 여성에 대한 책임을 방기할 뿐만 아니라, 피해자를 임신중단수술비 지원을 받고자 거짓 피해를 호소하는 여성으로 의심하겠다고 선언하는 것과 다를 바 없다<sup>40</sup>.

더욱이 그동안은 형법의 낙태죄가 거의 사문화된 조항이었지만 최근 출산률의 저하로 정부가 강력한 출산장려정책을 시행해오고 있으며, 2010년에는 ‘불법인공임신중절 예방 종합대책’을 발표하고 낙태단속강화로 입장을 선회하고 있다. 이러한 현실은 앞으로 피해자가 합법적으로 임신중단을 하는 것이 더 어려워질 것임을 예고한다.

## 5. 가해자 직접 대면과 위법성 적용 범위

〈사례3〉의 경우, 이 사건 피해자는 경찰서 형사과 사무실에서 ‘피의자 41명을 쫓 세워놓고 손으로 가리키라’는 경찰의 지시에 따라 범행일시와 장소별 범인을 지목해야했다. 원고들은 수사담당 경찰들이 범인 식별실을 통해 범인을 지목하게 하여야 함에도 공개된 장소에서 가해자들과 대면시키면서 이를 진행 한 것은 위법하다고 주장했다. 그리고 이의 근거로 ‘인권보호를 위한 경찰관 직무규칙’을 들어 대질신문이나 가해자 식별 시 직접 대면을 지양하고 범인 식별실을 이용하거나 화상을 이용한 전자식 영상장비를 활용했어야 함을 지적했다.

1심 판결은 국가배상책임에 있어서 공무원의 불법행위가 ‘법령에 위반한 것’이어야 함을

<sup>40</sup> 이미경(2007), “성폭력피해 생존자의 인공유산 선택권”, 「나눔터」 통권 제58호, 한국성폭력상담소.

들어 이를 기각했다. 즉, “인권보호를 위한 경찰관 직무규칙은 대외적 효력이 없는 행정규칙인 경찰청 훈령에 불과하여 위 규정을 위반하였다는 점만으로는 바로 위법하다고 할 수 없다”고 판단한 것이다. 여기에는 담당 경찰이 제기한 ‘성폭행 피의자 41명을 검거하였으나 위 피의자들이 그 범행을 부인하고 그 수가 많아서 구속영장신청시일까지 수사가 마무리되기 힘든 상황이었기 때문’이라는 해명이 주요 요인으로 작용한 것으로 파악된다. 그러나 긴급 수사진행상 필요로 인하여 제한된 범인 식별실을 이용할 수 없다는 것은 지나친 수사기관 위주의 사고라는 지적들이 있다<sup>41</sup>. 즉, 아무리 여건이 그렇다하더라도 간이부스 등의 설치를 통해 적어도 피해자가 노출되지 않고 범인을 가려낼 수 있도록 조치했어야 한다는 것이다. 이는 자신의 성폭력범들을 면전에 두고 지목했을 때 피해자가 받을 고통과 두려움, 후유증에 전혀 무감각한 경찰의 수사관행에 대한 문제제기이다.

그러나 항소심 판결에서는 “국가배상책임에 있어서 공무원의 가해행위는 ‘법령에 위반한 것’이어야 하고, 법령위반이라 함은 엄격한 의미의 법령위반뿐만 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 조례상의 한계를 위반하는 경우 이는 법령을 위반한 것이라고 할 것이다”고 판시했다. 그리고 “인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 등은 대외적으로는 구속력이 없는 행정규칙인 경찰청훈령에 불과하다 하더라도, 위 직무규칙의 목적이 경찰관이 모든 사람의 기본적 인권을 보장하기 위하여 경찰활동 전 과정에서 지켜야 할 직무기준을 정한 것이고, 경찰업무의 특성상 그 상대방인 피해자 등의 인권보호에 직접적 영향을 미치는 내용이라면 위 직무기준에 위반한 행위는 위법한 것으로 볼 여지가 있다”며 국가책임을 인정했다.

이러한 항소심 판결에 대해 피고인 국가(경찰)는 “경찰청 훈령 형식의 수사지침은 경찰활동의 즉시성에 기인한 것이고, 지침은 가이드라인으로서의 기능을 하는 것이며 위 훈령을 문리해석하여 그에 어긋나는 행위는 모두 위법이라고 하는 것은 경찰업무의 특성에 맞지 않다”는 상고이유서를 내며 공방을 펼쳤으나 대법원은 이를 기각했다.

---

<sup>41</sup> 이경환, 앞의 글, 2008 ; 이승준, 앞의 글, 2008, 301면.

## 6. 피해자가 동의한 상황에서 발생한 2차 피해

피해자가 요구하거나 동의한 상태에서 발생한 2차 피해에 대한 책임판단도 주목할 필요가 있다. <사례3>의 경우, 밤샘조사 역시 피해자의 학교생활을 전혀 고려하지 않은 조사방식이라는 문제제기가 있었으나 재판부에서는 사전에 원고들의 동의를 얻었다는 점에서 이를 인정하지 않았다. 또한 범인 식별실 불이행에 관해 국가인권위원회 직권조사에서는 피해자의 동의여부가 논란이 되기도 했다. 여기에서 쟁점은 피해자가 동의한 사항은 공무원의 불법행위의 배척사유가 되어야 하는가이다. 이에 대해서는 수사과정에서 피해자에게 동의를 구하는 행위가 진정한 의미의 동의를 끌어낼 수 있는 구조인지 등에 관한 경험연구 및 심도 깊은 논의가 요구된다.

더욱이 피해자는 다음날 등교를 해야 하는 중학생임에도 불구하고 새벽 3시까지 조사를 진행했다. 설사 피해자가 동의했다고 하더라도 이와 같은 인권침해적 불법행위가 있어서는 안될 뿐만 아니라, 피해자는 이에 동의하지 않았다는 사실도 이 판단에서 주목해야 할 부분이다. 그리고 “피해자는 단순한 수사정보 획득의 객체가 아니며, 피해회복과 손해의 전보를 통해 예전 생활로의 복귀를 요구할 권리가 있으므로 대질신문으로 인해 범죄자에 의해 유발되는 고통의 증가, 신변의 위협 등은 방지되어야 할 위험요소인 점”<sup>42</sup>을 고려하여야 한다.

그리고 <사례3>은 경찰서에 많은 사람들이 출입하고 독립된 조사공간이 없다는 점을 들어 담당형사가 모텔로 가서 조사하자고 제안하는 등 피해자의 상황이나 심리적 상태의 고려 없이 조사가 진행되는 것에 대해서도 문제제기를 했다. 또한 경찰이 조사과정에서 피해자에게 제대로 휴식과 식사를 제공하지 않은 점도 문제제기를 했으나 재판부는 “원고에게 휴식을 제대로 제공하지 않았음을 인정할 증거가 없고, 조사 경찰도 식사를 하지 않았으므로 이러한 수사가 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없을 정도로 위법하다고 볼 수 없다”고 판단하였다.

또한 <사례5>의 피해자는 수사과정에서 검사의 지시에 의해 구체적이고 노골적으로 범행 현장을 재연하고, 피의사실과 아무런 관련 없는 장면까지 재연해야했다.

---

<sup>42</sup> 이승준, 앞의 글, 2008: 301면.

피고 박00(검사)은 자동차 뒷좌석에서 원고 \*\*\*의 주장대로 성폭행 장면을 재연해 보라고 지시하여 원고 \*\*\*은 양00(피의자)를 대면하는 고통을 감수하고 지시에 따랐는데, 양00이 원고 \*\*\*의 몸위로 올라와 “내가 어떻게 해줄까?” , “속이 시원하냐” 라고 비아냥거리는 것을 방관만 하였다. (<사례5>의 1심 판결문 중 원고의 주장)

성폭력 피해자가 가해자와 신문과정에서 대면하는 상황도 매우 끔찍하고 두려운 상황임은 주지의 사실이다. 그럼에도 위 사례와 같이 현장검증에서 구체적인 성관계 장면을 재연해보라는 검사의 요구는 상식적으로도 납득할 수 없는 상황이다. 그러나 재판부는 “2차 현장검증을 실시한 사실은 원고들이 요구하여 진행된 것이므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없다”고 판시했다. 여기에서 원고가 요구한 현장검증이란, 1차 현장검증이 원고가 불출석한 가운데 진행되어 혹시 자신들에게 불리하게 작용할까를 우려하여, 지원단체인 00가정폭력·성폭력상담소와 함께 공개 현장검증을 요구한 것이다. 그러나 현장검증의 내용이 위와 같이 노골적인 성관계 행위를 재현하는 것을 동의한 것은 아니라는 점을 주시해야 할 것이다.

## 7. 손해배상의 범주 및 배상액

손해배상의 범위를 보면, 소송의 <사례1>, <사례2>만 원고가 피해자 단독이고 나머지는 모두 다른 가족들을 포함하고 있다. 이는 형사소송절차에서 받은 2차 피해가 피해자 개인만이 아니라 그 가족 전체에 대한 인권침해이며 고통이라는 점을 부각한 것이다. 특히 <사례3>의 경우는 피해자의 인적사항이 노출됨으로 인해 동생도 함께 학교에 가지 못하는 상황이 발생했다.

<사례 4>의 경우, 피해 어린이들이 퇴행현상을 보이거나 갑자기 난폭해지기도 하고, 심지어 형제, 자매들에게 성추행을 하는 등의 심각한 후유증을 보이기도 한다. 따라서 온 가족이 피해자의 법적 조치 및 2차 피해의 후유증 치료에 매달림으로써 상대적으로 다른 형제나 자매들은 방치되거나, 또는 우울하고 불안정한 집안 분위기의 직접적 피해자라는 점에서 국가 배상 요구의 근거가 되고 있다. 그리고 대부분의 피해자가 미성년자이기 때문에 법정대리인



인 부모가 공동으로 소송의 원고가 되는 특성을 볼 수 있다. 이는 범죄피해자보호법(제3조)에서 피해자의 범주를 '타인의 범죄행위로 피해를 당한 사람과 그 배우자(사실상의 혼인관계를 포함한다), 직계친족 및 형제자매'로 정의한 것과도 맥을 같이 한다.

또한 성폭력 2차 피해에 대한 국가의 책임이 인정되었을 경우, 산정된 손해배상액의 적정성도 주요 논의거리이다. 본 연구대상의 사례들에서는 <표2>에서와 같이 다양한 배상액이 요구되었고, 판결액도 최대 5,000만원에서 최소 600만원으로 다양하다. 특히 <사례4-2>의 경우, 어린이성폭력 피해로 인해 온 가족이 이사를 비롯해 경제적, 정신적 손실이 매우 컸음에도 불구하고 배상액은 600만원에 불과하다. 특히 성폭력 피해자의 경우, 금전적 보상에 대해 부정적 시각에 시달리는 현실에서 2차 피해의 고통과 손해에 대한 국가배상액은 어느 정도가 적당할지는 앞으로 여러 각도에서 논의되어야 할 것이다.

<표2> 국가손해배상 요구액과 판결액의 비교

소송 사례번호	배상 요구액	배상 판결액
1	피해자 1억1만원	기각
2	피해자 2,000만원	기각
3	피해자 5,000만원 동생 3,000만원 어머니 3,000만원	피해자 3,000만원 동생 1,000만원 어머니 1,000만원
4	피해자 각 3,000만원씩 부 모 각 2,000만원씩 형제자매 각 1,000만원씩	피해자 300만원 어머니 100만원 아버지 100만원
5	피해자 5,000만원 아버지 2,000만원	기각
6	피해자 2,500만원 어머니 500만원	피해자 1,000만원 어머니 300만원

## 8. 피해자의 2차적 지위

현행 형사사법 체계에서 피해자는 피해 당사자임에도 불구하고, 주변적인 지위인 고소인, 참고인, 증인의 지위를 갖는다. 따라서 피해자는 소송절차를 형성하고 통제할 수 있는 권한인 증거신청권, 증인신문권, 상소제기권 등을 가진 소송주체가 아니다<sup>43</sup>. 이처럼 2차적인 피해자 지위는 형사절차에서 피해자가 비주체적이고 수동적으로 참여 할 수밖에 없는 구조를 만든다. 뿐만 아니라, 이는 국가손해배상소송에서도 매우 불리하게 작용한다.

〈사례3〉의 “밀양 물 흐르놓았다”는 경찰의 피해자 비하 발언에 대한 공무원의 불법행위 판단에서 ‘피해자의 지위’가 중요하게 거론되었다. 피고의 상고이유서를 보면 문제의 발언을 한 경찰이 담당수사관이 아니라 감식실 근무자였기 때문에 국가배상책임이 없다는 논리로 다음과 같이 항소심의 판단에 반박하고 있다.

“... 단지 참고인 지위에 불과한 피해자들을 잠시 대기시킨 상태였고 위 피해자들이 위 장소를 이탈하려고 할지라도 어떠한 제지도 할 수 없는 위치에 있는 감식실 근무자의 행위에 국가배상을 인정한다는 것은 외관상 객관적으로 보아 공무원의 직무집행행위이거나 이와 밀접한 관련이 있는 행위라고 인정할 수 없다.”(〈사례3〉의 피고측 상고이유서 중)

즉, 피해자의 지위가 ‘참고인’에 불과하며, 감식실 담당자는 피해자에게 어떤 제지도 할 수 없는 위치이므로 국가배상의 책임이 없다는 주장이다. 그러나 대법원에서는 피고의 상고를 기각하고 원심을 확정하였다. 경찰에서 표현한 “단지 참고인 지위에 불과한 피해자들”이라는 용어가 보여주듯이, 형사절차상 참고인의 지위는 피해자가 자신에게 가해진 어떤 불법행위도 국가에 책임을 물을 수 없다는 논리로 연결되고 있다. 대법원 판결에서는 이에 대한 국가책임을 인정하는 판결을 내렸지만, 전반적으로 형사사법절차상 피해자의 지위가 그 권리를 보장 받기에는 매우 불안정하다는 것도 이 소송과정을 통해서 다시 드러났다. 따라서

<sup>43</sup> 이호중, “형사절차와 인권-사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정안을 중심으로”, 『한양법학』, 제19집, 2006.

형사소송절차에서 피해자를 단지 유죄입증의 증거수단으로 취급할 것이 아니라, 피해자를 형사소송에 직접적인 이해관계를 지니 주체로 인정하는 관점의 전환이 필요하다<sup>44</sup>.

같은 맥락에서 국가의 반성폭력 관련법과 제도의 목적이 ‘피해자 보호’에 초점을 맞추고 있다는 점도 매우 중요한 문제이다. 여기에서 보호는 ‘약자’ 또는 ‘무능력자’에 대한 가부장적 ‘시혜’이자, 국가의 의무사항 이행이 아닌 ‘배려’ 차원의 접근이다<sup>45</sup>. 즉 기존의 형사사법 절차상 피해자 보호조치들은 피해자를 ‘권리를 가진 주체’로 보기보다는 수사기관과 법원이 ‘특별히 배려해 주어야 하는 약자’로 접근하는 관점이 보다 지배적이라는 것이다. 배려의 대상으로 피해자를 보는 관점은 피해자들이 피해 사실을 말조차 하지 못하는 나약하고 수동적인 존재가 아니라 각자 다양한 대응을 하고 있는 주체라는 사실을 제대로 담아내지 못한다. 또한 보호할만한 대상과 그렇지 못한 대상으로 피해자를 이분화하는 문제를 낳는다. 이러한 구조에서 성폭력 피해자가 자신이 겪은 인권침해에 대해 부당성을 지적하고 자신의 권리를 주장하는 변화의 주체로 서기를 기대하기란 어렵다.

#### IV. 결론

반성폭력 법제화를 통해 피해자 관련 법조문은 달라졌으나, 법체계를 떠받치고 있는 지배적 이데올로기는 크게 변화하지 않았다는 통찰과 비판이 제기되고 있다<sup>46</sup>. 그 중에서도 여성주의 시각의 연구들은 2차 피해의 실태조사를 넘어서 피해자들이 그 안에서 어떤 경험을 하고, 어떻게 힘을 얻어 가는지 등에 대해 피해자의 목소리를 담아내는 시도를 하고 있다. 그러나 성폭력 피해자의 권리가 무엇을 의미하며 다른 범죄피해와는 어떤 차이가 있는지, 국가와의 관계에서 피해자의 위치와 국가의 성격 등의 논의는 아직 본격적으로 시도되지 않고

<sup>44</sup> 이호중, 앞의 글, 2006, 72면.

<sup>45</sup> 이호중, “성폭력 2차 피해의 근절을 위한 정책제언”, 『아동·청소년 성폭력2차 피해 국가 책임을 묻다』 토론회 자료집, 국회의원 최영희, 한국성폭력상담소(2008. 8.11); 조형(류음), 『양성평등과 한국 법체계』, 이화여자대학교 출판부, 1996.

<sup>46</sup> 김선영, 1989; 박선미, 1989; 이명선, 1989; 한인섭, 1994; 박은정, 1995; 정현미 외, 1999; 한국성폭력상담소, 2003-a, b; 소은영, 2004; 장임다혜, 2004; 허복옥, 2006; 이덕화, 2006; 강소영, 2007; 김예람, 2007; 이재희, 2008; 김삿별, 2009 등 참조.

있다.

따라서 최근 마련된 성폭력 법·정책들이 과연 피해자들의 권리를 보장하는 데 기여하는지에 대한 비판적 검토가 구체화될 필요가 있다. 덧붙여 주요하게 논의되어야 할 것은 학문적인 성과 이외에도 피해자의 법적 권리확장에 영향을 미치는 다양한 사회, 문화적인 노력들이 이루어지고 있다는 점이다. 특히 여성운동계에서는 「성폭력 피해자 권리현장」을 만들고, ‘성폭력피해자는 스스로 침묵하라’는 기존 통념에 전면 대응하는 「성폭력 피해생존자 말하기대회」를 여는 등 피해자의 역량강화(empowerment)에 주력하고 있다<sup>47</sup>. 또한 전국성폭력상담소·피해자보호시설협의회에서는 「성폭력 수사·재판시민감시단」을 조직하여 수사와 공판과정을 모니터링하면서 피해자의 인권침해를 감시한다. 그리고 법조인의 성인식을 조사·발표하거나, 성편향적 시각에서 벗어나지 못하고 있는 대법원의 판결을 비판하는 「성폭력 조장하는 대법원 판례바꾸기운동」 등 다양한 방법으로 피해자 권리보장을 촉구하고 있다.

그러므로 피해자 권리 논의에는 이와 같은 사회, 문화적 변화를 주시하면서 피해자의 목소리를 중심으로 권리개념을 재편성 하는 것이 필요하다. 이러한 논의과정에 형사사법절차상 2차 피해 발생의 책임을 물어 국가를 상대로 한 손해배상 소송은 국가가 시민의 안전과 법익보호의 임무를 제대로 수행하지 못하였으므로, 이로 인한 피해에 대해 국가가 책임을 져야한다는 주장이라는 점에서 의미가 있다. 즉, 이러한 흐름은 국가의 책무를 환기시킬 뿐만 아니라 피해자들의 적극적인 권리 찾기의 일환으로 성폭력 2차 피해문제 해결을 위한 하나의 대안이 될 수 있다. 더욱이 형사절차에서 국가가 피해자에게 시혜적인 차원의 배려를 하는 것이 아니라는 점과 피해자는 권리를 지닌 주체임을 확인하는 의미가 있다<sup>48</sup>. 그러나 성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상소송은 현행 법규의 매커니즘에 의해 이루어지기 때

---

<sup>47</sup> 이는 1970년대 서구에서 일어난 반성폭력운동과 맥을 같이하고 있다. 그들은 상담소(rape crisis center)와 쉼터를 열어 피해자를 상담·지원하며, 성폭력 피해경험을 나누고, 자기방어를 배우는 등 역량강화를 해오고 있다(Dunn, 2010; Gavey, 2009; Matthews, 1994).

<sup>48</sup> 이경환, 앞의 글, 2008, 45면. 참조. 반면에 국가배상책임 확대경향이 국가의 주의의무는 강화되는 반면, 가해자의 주의의무가 사실상 완화되는 것이 아닌가 하는 지적도 있다. 모성준, “국가배상책임 확대경향의 문제점”, 「무등춘추」, 제10호, 광주지방변호사회, 2008 참조.

문에, 피해자가 손해를 인정받는 과정은 다시 법의 틀 안에서 판단되어질 수밖에 없다는 근본적인 한계를 안고 있다. 무엇보다 공무원의 불법행위를 판단할 때 성폭력 2차 피해의 구조와 특징을 이해하고 국가책임의 해석범위를 넓혀가야 할 것이다.

## 참고문헌

- 모성준, “국가배상책임 확대경향의 문제점”, 『무등춘추』, 제10호, 광주지방변호사회, 2008.
- 미야자와 고이치, 『피해자학 입문』, 장규원(역), 길안사, 1999.
- 서울대조교 성희롱사건 공동대책위원회, 『서울대조교 성희롱사건 백서, 上』, 2001.
- 신혜성, “형사공판절차에서의 성폭력피해자 보호방안-증인신문방식을 중심으로”, 『젠더법의 관점에서 본 성폭력사건 재판절차 개선방안』, 젠더법연구회 심포지엄자료집, 2011.
- 오경식, “현행 형사소송법에 나타난 범죄피해자 보호정책에 관한 연구”, 『피해자학연구』, 제17권 제1호, 2009.
- 오지원, “성폭력 피해아동의 2차 피해 방지와 영상녹화물”, 『젠더법의 관점에서 본 성폭력사건 재판절차 개선방안』, 젠더법연구회 심포지엄자료집, 2011.
- 이경환, “성폭력 2차 피해에 대한 국가배상 책임의 판단기준”, 『아동·청소년 성폭력 2차 피해, 국가 책임을 묻다』토론회 자료집, 2008.
- 이미경, “성폭력피해 생존자의 인공유산 선택권”, 『나눔터』통권 제58호, 한국성폭력상담소, 2007.
- 이승준, “밀양여중생 성폭행사건”의 국가배상청구를 통해 본 경찰수사에 대한 소고, 『법학연구』, 제18권 1호, 연세대학교 법학연구소, 2008.
- 이호중, “형사절차와 인권-사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정안을 중심으로”, 『한양법학』, 제19집, 2006.

- , “성폭력 2차 피해의 근절을 위한 정책제언”, 『아동·청소년 성폭력2차 피해 국가 책임을 묻다』, 토론회 자료집, 국회의원 최영희, 한국성폭력상담소, 2008. 장임다혜, “단순강간의 형사사법상 판단기준에 관한 연구-법 적용 및 해석에서 합리성(resonableness)을 중심으로”, 이화여자대학교 대학원 여성학과 석사학위 청구논문(미간행), 2004.
- 장필화(1992), “몸에 대한 여성학적 접근”, 『한국여성학』, 제8집, 한국여성학회.
- 정도희, “형사절차에서 피해자의 권리보호-개정 형사소송법을 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위청구논문(미간행), 2009.
- 정유석, 성폭력 가해자 등록, 공개시스템-반성폭력운동과 만나는 풍경, 『나눔터』, 제62호, 한국성폭력상담소, 2008.
- 조국, 『형사법의 성편향』, 박영사, 2003.
- 조앤 벨크넵, 『여성범죄론-젠더, 범죄와 형사사법』, 윤옥경, 강은영, 김지선, 신연희, 전영실 옮김, 세계이지러닝코리아(주), 2007.
- 한국성폭력상담소, 「형사사법절차상 성폭력피해자 보호방안에 관한 연구- 성폭력 2차 피해 상담사례 분석을 중심으로」(법무부 연구용역과제), 2003-a.
- , 「성폭력관련 공판에서의 2차 피해와 피해자권리- 여성인권을 찾는 시민감시단 보고서」, 2003-b.
- 한겨레신문 2003. 8. 4. “성폭행 피해자 국가에 손해소, 수사 때 피해자 보호지침 어기고 예방책 안세워”.
- 한인섭, “성폭력특별법과 피해자보호: 그 문제와 개선점”, 『피해자학연구』, 제3호, 1994.
- Dunn, Jennifer, "Survivor Movements Then and Now", *Judging Victims : Why We Stigmatize Survivors, and How They Reclaim Respect*, Boulder, Colo.: Lynne Rienner Pub., 2010, pp29-54.
- Matthews, Nancy, *Confronting Rape: The Feminist Anti-Rape Movement and the State*, London: Routledge, 1994.
- Gavey, Nicola, "Fighting Rape", *Theorizing Sexual Violence*, Heberle, Renee and Grace, Victoria(ed.), New York: Routledge, 2009, pp96-124.
- Wolhuter, Lorraine, Olley, Neil and Denham, David, "Victimisation", *Victimology: Victimisation and Victim's Rights*, London : Routledge-Cavendish, 2009, pp33-50.

# **발제 3\_**

**성폭력 피해보상을 위한**

**민사소송의 쟁점**

**이명숙 (법무법인 나우리 변호사)**

## 성폭력 피해보상을 위한 민사소송의 쟁점

이명숙 (법률사무소 나우리, 대표변호사)

### 1. 글을 시작하며

우리나라는 4년 전인 2012. 12. 28. 성폭력 관련 법률의 획기적인 개정이 있었다. 이 개정으로, 2013. 6. 19.부터 성범죄 친고죄 폐지 등의 내용이 포함된 성범죄 관련 6개 법률, 150여 개 신설 및 개정 조문이 시행되고 있다.

강간죄의 객체를 ‘부녀자’에서 ‘사람’으로(형법 제 297조) 개정하고, ‘유사강간죄’를 신설하여 폭행 및 협박에 의한 구강, 항문 성교 등의 유사강간죄를 신설하고(형법 제 297조의 2), 미성년자에 대한 공소시효는 성년에 달한 날로부터 진행하고, 13세 미만의 아동청소년과 장애인에 대한 성범죄 및 모든 연령에 대한 강간살인죄는 공소시효가 폐지되었고, 술을 마시고 성범죄를 저지른 경우에도 감경하지 못하도록 하는가 하면, 친고죄를 폐지하여 피해자의 고소가 없거나 피해자와 합의를 하더라도 가해자를 처벌할 수 있도록 하였다.

또, 2013년 대법원<sup>49</sup>에서 최초로 아내강간죄<sup>50</sup>를 인정하는가 하면<sup>51</sup> 강간죄의 피해자 연령을 13세 미만자에서 16세 미만자로 연령을 상향하기 위한 법안<sup>52</sup>이 국회에 계류 중이다.

<sup>49</sup> 대법원 2013.5.16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결

<sup>50</sup> 2013년을 기준으로 5회에 걸쳐 부부강간사건이 재판에 회부되었다. 그 중 대법원에 회부된 부부강간 사건은 3건이었는데, 1970년에는 무죄가 선고되었고, 2009년에는 합의이혼한 부부간에 부부강간이 성립한다고 판단한 적이 있으며, 2013년 이혼하지 않은 부부간에 강간죄가 성립될 수 있다는 전원합의체 판단이 최초로 나온 것이다.

<sup>51</sup> 2013년 당시 한국갤럽이 만 19세 이상 성인 남녀 1,200명을 대상으로 한 ‘부부간에 강간죄가 성립하는가’라는 의견조사에서 ‘성립한다’ 66%, ‘성립하지 않는다’ 23%의 결과를 보여, 부부강간죄를 인정하는 의견이 그렇지 않다는 의견보다 3배 가량 높은 것으로 나타났다.

<sup>52</sup> 2016.7. 새누리당 김승희 의원이 미성년자연령상향 형법개정안을 발의한 외에, 2015.12.에도 남인순,



이처럼, 최근 몇 년 사이에 성폭력 가해자 처벌 및 피해자보호를 위한 형사법적 보장은 획기적으로 이루어져왔지만, 상대적으로 민사상 배상제도는 여전히 큰 진전이 없다. 손해배상 액수는 여전히 낮고, 소멸시효와 증거 확보의 어려움이라는 장벽은 여전히 높고, 성폭력 가해자의 무자력이나 재산도피, 수사기관이나 감독기관 등으로부터의 2차 피해, 가해자의 무자력이나 재산도피, 피해자를 지원하는 국선변호사의 무관심 내지 낮은 전문성으로 인한 피해자의 고통 등은 여전히 문제점으로 지적되고 있다.

이하에서는 성폭력으로 인한 민사상 손해배상의 현황이 어떠한지를 살펴보고, 향후 보완되어야 할 점에 대하여 검토해 보도록 하겠다.

## **2 성폭력 피해자 피해회복을 위한 방안들**

### **가. 민사소송을 통한 피해자 배상**

#### **(1) 개인적인 민사소송 진행**

개인적으로 직접 소송을 수행하거나 변호사를 선임하여 소송을 제기하는 방법으로서, 가장 일반적인 경우이다. 이 경우에는 민사소송 뿐 아니라 형사고소나 가압류, 회사에 대한 진정서 제출, 합의, 공탁 등이 동시에 진행되어 사건 진행이 빠르게 진행되는 경향이 있다.

#### **(2) 무료 소송 구조를 통한 민사소송 진행**

피해자들을 위하여 정부나 단체, 혹은 개인이 기금을 마련하거나 재능기부차원에서 무료로 소송을 수행해 주는 경우이다.

전국성폭력상담소 협의회에서 여성가족부와 대한변호사협회 산하 법률구조재단으로부터 위탁받아 진행하고 있는 성폭력피해자 무료법률구조사업이 그 대표적인 예이다. 각 지방 변호사회나 관련 단체들에서 무료로 소송구조를 하는 경우도 많고, 각 개인 변호사들이 자발적으로 무료로 민사상 손해배상 소송을 수행하는 경우도 많다.

---

서영교, 신의진의원 등이 같은 형법개정안을 발의하는 등 미성년자 연령 상향 형법개정안은 수십차례 개정안이 상정되곤 해 왔다.

**나. 형사배상명령제<sup>53</sup>를 통한 피해자 배상**

법원이 성폭력 형사재판을 진행하면서 직권 또는 피해자 및 상속인의 신청에 따라 범행으로 발생한 직접적인 물적 피해, 치료비 및 위자료의 배상을 명령할 수 있는 제도이다. 별도의 소송절차나 입증절차를 거치지 않고 가해자의 형사재판과정에서 성폭력 피해자의 손해를 신속하고 간편하게 보상받을 수 있는 제도이나, 실무에서 많이 활용되고 있지는 않다.

**다. 기타 국가배상청구, 합의, 공탁 등**

국가를 상대로 국가배상청구를 하거나 피해자가 가해자와 합의를 하거나, 가해자가 피해자를 위하여 공탁을 함으로써 피해를 배상 받는 방법도 있다.

**라. 주요 아동성폭력사건과 민사소송**

	발생 연도	사건명	사건내용	형량	민사소송		비고
					피고	위자료 (정부구조금)	
1	2003.7.	부산신부 성폭력사건	주임신부가 성당 부설 유치원에서 유아 성폭력	무혐의	대한민국 (경찰)	600만원	경찰 실수로 반복 조사
2	2004.12.	밀양여중생 성폭력	고교생들이 여중생 집단 성폭행	용의자 115명 중 3명에 대해서 10월 형	가해자 중 일부와 합의 대한민국 (경찰)	5,000만원 5,000만원	수사과정에서 경찰의 비인권적 수사 등

<sup>53</sup> 소송촉진등에관한특례법 제25조 제2호

3	2006.2.	용산초등학교 생(허양사건)	신발가게 주인이 심부름간 11세 여아를 성폭행한 뒤 불태워 살해 함		가해자	2억 5,900만원	장례비 1천만원 과 일일수익 1 억 7,900만원, 위 자료 7천만원
4	2008.12.	조두순사건 (나영이사건)	안산에서 등교하 던 8살던 여아를 인근교회로 끌고 가 성폭행	징역 12년	대한민국 (법무부)	1,300만원 (정부구조금 600만원)	검사의 수사과 정에서의 과실 책임
5	2010.2.	김길태사건	예비 중학생 남 치, 성폭행 후 살 해	무기징역		(정부구조금 2,000만원)	가해자 무자력 으로 소송하지 않음
6	2010.6.	김수철사건	초등학교에서 8 세여아 납치 후 성폭행	무기징역	서울시	8,900만원 (정부구조금 1,500만원)	학교의 관리감 독소홀
7	2012.8.	고종석사건 (나주초등생 사건)	초등1학년 여아 를 집에서 이불 과 함께 싸서 납 치 후 성폭행	무기징역	경향신문 SBS 채널A	2,500만원 3,000만원 2,300만원	언론이 성폭력 사건 보도과정 에서 피해아동 과 가족들의 명 예훼손
8	2012.7.	통영 어린이 사건	10살짜리 여아를 이웃 아저씨가 성폭행 후 살해	무기징역			

9	2012.	도가니사건	장애학생들을 학 교장, 행정실장 등이 장기간 성 폭행해 음	징역8년 (행정실장)	대한민국 (교육부), 광주시	기각	소멸시효 적용
10	2015.3.	봉천동모텔 사건	여중생 성매매 후 살해	징역 40년	모텔주인	소제기 없음	불법투숙하게 한 모텔 주인 상 대로 손해배상 청구 가능

### 3 민사상 배상제도의 문제점 및 개선안

#### 가. 국선변호사제도의 충실화

성폭력 피해자들에 대한 무료 법률지원사업 전문변호사로 활동하고 있는 변호인단에 대한 피해자들의 만족도나 소송성과가 좋은 경우가 있는 것은 사실이다.

하지만, 소송을 수행하는 변호사나 변호사 사무실이 소수 몇몇 사무실이나 법인에게 편중되어 진행되는 문제점이 있는가 하면, 변호사를 개업한지 얼마 되지 않은 젊은 변호사들이 소송지원변호사단의 대부분을 차지하고 있어서 소송에 따른 비용이 낮고 경험이 적어 소송 수행이 무성의하거나 미숙한 경향도 많다.

이를 해결하기 위해서는, 성폭력 피해지원변호인단에 대한 반복적인 양질의 법률실무교육이 필요하다.

#### 나. 민사소송의 장기화로 인한 피해자들의 고통

성폭력 피해자를 지원하는 국선변호사들은 대부분 형사소송에서 유죄 판결이 난 이후 이를 근거로 민사상 손해배상 청구를 하는 경향이 있다.

하지만, 형사고소와 민사상 손해배상청구를 동시에 제기할 경우, 상호 보완적으로 증거를 확보할 수도 있고, 형사 유죄판결이 선고되고 난 후에 새로이 민사소송을 제기해서 소송

을 시작하는 것보다 소송기간이 훨씬 더 단축될 수 있다는 장점이 있다.

뿐만 아니라, 형사 고소를 당하고 형사소송을 하는 동안 치밀하게 재산을 모두 처분하거나 은닉해 버린다면 후일 민사소송을 제기해서 승소하더라도 현실적으로 손해배상액을 받을 방법이 없는 경우도 많다.

따라서, 형사고소를 함과 동시에 가해자의 재산에 대한 가압류와 함께 민사상 손해배상을 시작하는 방법, 경찰이나 검찰, 병원, 숙박업소 등 2차 피해자에 대한 적극적인 손해배상 소송 제기, 피해자의 트라우마 등 정신과 치료에 대한 상해진단서를 통한 형사처벌 형량 강화 및 민사상 손해배상 액수 상향 및 소멸시효 연장을 위한 노력 등, 소송 수행변호사들에게 성폭력사건의 특성을 고려한 적극적인 소송 실무 교육이 선행되어야 한다.

#### 다. 낮은 손해배상액

성폭력으로 인한 상해나 사망이 아닌 이상, 단순한 성폭력에 대한 손해배상액은 정신적 고통에 대한 댓가인 위자료나 치료비 등이 전부이다. 따라서 성폭력으로 인한 손해배상액은 일반적으로 100만원에서 3,000만원 정도가 일반적이다.

우리나라에서 위자료는, 2015. 3. 1.(사고발생시 기준)부터 사망 기준 1억원으로 정해져 있다. 지난 20년간 국내 위자료가 많이 올랐지만, 미국, 유럽 등 주요 국가들<sup>54</sup>에 비하여 위자료액수가 여전히 낮을 뿐 아니라, 우리 경제규모, 물가수준 등에 비추어 너무 적다는 지적을 많이 받아왔다. 이에 법원행정처는 2008년부터 적용되어 온 8,000만원에서 1억원으로 위자료를 상향조정한 것이다.

현재 우리나라에서는 옥시 가슴기 살균제 사건과 관련해 징벌적 배상이 이루어져야 한다는 의견<sup>55</sup>이 팽배하게 되어, 박영선의원외이 징벌적 손해배상법을 발의한 상태이다. 이 법안

---

<sup>54</sup> 사치마비의 경우 각국의 위자료액을 살펴보면, 우리나라는 1억원, 독일은 8억원, 오스트리아 3억원, 스위스 2억 2천만원, 프랑스 3억원, 이탈리아 15억원, 영국 5억원, 미국 70억원임 <서울대학교 산학협력재단이 법원행정처 의뢰로 작성한 '위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구' 참조>

<sup>55</sup> 변호사와 교수 등 1000여명이 '징벌적 손해배상을 지지하는 변호사와 교수모임'을 만드는가 하면, 서울지방변호사회에서 징벌적손해배상을 위한 위원회를 만들어 가동하고 있고, 국회에서도 대한변호사협회 등과 함께 징벌적손해배상제도 도입을 위한 토론회가 지속 중이고, 참여연대에서는 징벌적손해

이 통과된다면 지금까지의 보상적 손해배상제도가 아니라 징벌적 손해배상제도가 도입되어, 성폭력으로 인한 위자료액수도 지금까지와는 현격하게 달라질 것으로 보인다.

#### 라. 가해자의 무자력

성폭력사건의 경우, 가해자가 재산이 없거나 무능력자인 경우, 재산이 있더라도 재산을 모두 처분하거나 은닉한 경우에는 손해배상을 지급받기가 어려워진다.

위 도표상의 조두순, 김수철, 김기태 등 많은 사건에서 가해자를 상대로 민사상 손해배상 청구를 하지 않은 이유도 가해자가 경제적 능력이 없기 때문이었다. 또, 위 도표상의 용산 초 등생사건(허양사건)의 경우는 재산이 있었지만 사건 발생 후 이를 처분해 버린지라, 손해배상청구소송 외에 별도로 사해행위취소청구소송까지 제기하여 재산을 확보한 뒤 손해배상을 받을 수 있었던 경우이다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는, 사건 발생 직후 즉시 가해자의 재산을 파악하여 가압류 등의 재산을 확보해 두는 방법이나 국가에서 피해자를 위한 지원금을 충분히 확보하는 것이 필요하다.

#### 마. 낮은 범죄피해자 지원 예산

범죄 가해자의 수사와 재판, 수용, 교화 등에 지출되는 예산이 연간 3조원 가량인 것에 비해 범죄피해자를 위한 보호 지원비는 2016년 기준으로 866억 9,600만원으로 1,000억원도 안 되는 수준이다.

그 중 성폭력, 가정폭력, 아동학대 피해자 지원을 위해 여성가족부(390억여원)와 보건복지부(156억여원)에 배분되었는데, 이 중에서 인건비와 임대료 등 운영비를 제하면 피해자 지원 기금이 너무 적다.

따라서, 무자력 가해자를 포함한 성폭력 피해자에 대한 전폭적인 지원을 위하여 예산이 대폭 확대되어야 한다.

---

배상법 입법청원까지 하였다.

## 바. 소멸시효 관련 법 개정의 필요성

우리 민법상 불법행위로 인한 손해배상의 소멸시효는 범죄사실을 안 날로부터 3년, 범죄 발생일로부터 10년으로 규정되어 있다(민법 제750조)

형법이나 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 등 성폭력 관련 법률들에 따르면, 아동, 청소년을 대상으로 한 성폭력 범죄의 경우 공소시효가 피해자가 성인이 된 때로부터 진행하도록 되어 있고, 장애가 있거나 13세 미만 아동의 경우 공소시효 자체가 폐지된 상태이다. 그렇다면 이들의 민사상 손해배상을 청구할 수 있는 법 규정도 개정되어야 한다.

위 도표상 도가니사건의 경우, 1985년부터 2005년까지 인화학교 교사들로부터 성폭행을 겪은 뒤 2011년 외상후 스트레스 장애와 우울장애 진단을 최초로 받고 이후 지속적으로 치료를 받아오고 있으므로 민사상 손해배상 청구권 발생시점이 2011년이 기준이 되어야 한다고 주장하였지만 법원은 ‘소멸시효가 지났다’고 민사상 손해배상청구를 기각하였다. 성폭력 피해자들의 경우 즉각적인 형사고소나 손해배상 청구보다는 짧게는 수개월 길게는 30여년이 지난 이후에서야 비로서 성폭력을 언급하고 이에 대한 응징을 원하는 경우가 많다는 특수성이 있으므로 형사상 공소시효 뿐 아니라 민사상 소멸시효도 개정되어야 한다.

민법의 소멸시효 규정이 개정되지 않는 한 공소시효만 늘린들 가해자 처벌 외에 손해배상을 받을 방법이 요원하므로, 독일 등 외국처럼 소멸시효에 대한 법개정이 시급하다.

2011년 ‘미성년 성폭력 사건’에 대한 소멸시효정지 민법개정안이 국무회의를 통과하여 19대 국회에서 새누리당 김현숙 국회의원이 민법 개정안을 국회에 상정하였다가 폐기된 일이 있는데, 20대 국회에서 소멸시효 관련 법개정이 이루어지길 바란다.

## 사. 2차 피해에 대한 민사소송 필요성

성폭력 피해자에 대한 지원을 하고 있는 국선변호사들의 경우, 전형적인 가해자에 대한 손해배상 위주의 지원을 해 오고 있고, 그마저도 형사상 유죄판결이 선고된 이후에 이를 증거로 소송을 제기하는 경향이 있다.

그러나, 위 도표상에서와 같이, 성폭력의 직접 가해자 뿐 아니라 관리감독을 소홀히 하거나 원인을 제공한 자나 1차 피해 이후 추가로 발생한 2차 피해에 대한 적극적인 대처가 필요

하다.

관리감독을 소홀히 한 학교나 학원, 어린이집, 교육부, 지방자치단체, 2차 피해를 유발한 수사당국, 자극적인 보도로 명예를 훼손하고 있는 언론기관, 성폭력으로 인한 과정에서 부적절하게 대처하거나 명예를 훼손한 병원이나 담당의사, 미성년자와의 숙박을 허용한 숙박업체, 인터넷에서의 악플러 등 2차 피해는 다양한 형태로 나타나고 있다.

지금까지는 이들에 대한 손해배상은 성폭력 관련단체들이나 대한변호사협회나 (사)한국여성변호사회, 몇몇 인권변호사 등에 의한 기획소송 차원에서 진행된 것이 대부분이다. 하지만 성폭력을 좌시하지 않는 사회를 만들기 위해서 이들의 과실에 대해서도 엄한 책임을 묻는 민사상 손해배상청구가 보다 활발해지기를 기대한다. 이를 위해서는 성폭력 관련 단체에서 2차 피해의 다양한 유형을 분석, 정형화하고 이를 위반할 경우 민사상 손해배상청구를 원칙적으로 진행하는 것으로 분위기를 유도하는 한편, 국선변호사 양성교육이나 사법연수원이나 법원, 변호사 등을 상대로 한 교육에 앞장서는 것도 필요하다.

#### **아. 외상 후 스트레스 증후군의 상해 인정 필요성**

그동안 우리 법원은 외상후 스트레스 장애 진단을 상해로 인정하지 않는 경향이 일반적이다. 하지만 범죄로 인한 후유증으로 나타나는 장기간에 걸친 외상후 스트레스 장애, 우울장애, 불안장애 등 다양한 장애에 대해서 정신과 의사들이 진단하는 상해진단서들은 성폭력 사건의 상해로서 인정되어야 한다.

위 도표상 도가니소송에서 외상후 스트레스 장애나 지적 장애인에 대한 심리 및 정신과 전문의의 진술이나 논문이 범죄를 입증하는 중요한 증거로 사용된 전례가 있었다. 이 사건처럼 앞으로도 이들 진단서들이 민사나 형사 사건의 피해사실을 입증하고 손해배상 청구를 할 수 있는 시점을 산정하는데 중요한 기준이 되기 바라고, 이를 위해서는 성폭력관련 단체, 정신과 전문의나 성폭력 전문변호사 등 전문가들의 지속적인 노력이 필요하다.

#### **자. 국가기관으로서의 아동, 청소년 범죄를 위한 변호인단체도 도입의 필요성**

장기적으로는 양육비 직접 이행을 위하여 설립한 양육비이행관리원 소속 변호사들처럼



국가에서 여성 아동 법률지원변호인단을 100여명 정도 별도로 고용하여 이들로 하여금 여성 아동 관련 소송만 전담하도록 하는 제도를 만드는 것이 필요하다.

국가에서 운영하는 기관에 소속된 변호사들이 이들 소송들을 전담함으로써 범죄에 노출된 아동, 청소년관련 피해자들이 충분한 보호를 받을 수 있고, 불안전하거나 미흡한 법제도의 개선이나 법리 연구, 새로운 기획소송제기, 관련 자료 수집과 통계마련 등 제대로 된 역할을 할 수 있게 된다.

일부 국선변호사 중에는 개인 사무실 유지 차원에서 일반 사건의 1/10, 1/100에 불과한 저렴한 보수이지만 어쩔 수 없이 성폭력 피해자 지원사건을 수임하여 의욕없이 무성의하게 소송구조를 진행하는 이들도 많다. 로스쿨 출신의 수많은 변호사들의 등장으로 인하여 취업을 고민하고 사무실 유지에 허덕이는 젊은 변호사들이 점점 늘어가고 있는 점을 고려해볼 때, 젊은 변호사들을 고용하여 일정한 월급을 보장해 주면서 아동, 청소년 피해자들을 지원할 수 있는 기관을 설립하는 것에 정부가 관심을 가지기를 촉구한다.

#### 4 글을 마치며

최근 5,6년 사이 우리사회를 충격에 빠뜨린 아동 청소년대상 끔찍한 성폭력 범죄가 끊임 없이 발생하고 있다. 이러한 사건들이 발생할 때마다 형사관련 법률들이 개정을 거듭해오고 있으나, 민사상 손해배상이나 피해자 지원을 위한 예산은 여전히 제자리 걸음이다.

성폭력 없는 사회, 가해자에 대한 엄벌과 교정, 피해자의 피해배상과 사회 재적응을 위하여 미국, 영국, 독일 등 해외 법제도를 참고하면서도 우리 사회에 맞는 법제도 개선과 피해자 지원에 충실하기 위한 다양한 노력들이 우리 사회 전반에서 이루어지기를 바란다.

# 발제 4\_

## 일본 성폭력관련법 개정

### 논의의 쟁점

요시다 요코 (리츠메이칸대 법학전문대학원 객원교수, 변호사)

#### 발제4\_

## 형법강간죄규정의 문제점과 개정 움직임

요시다 요코 ( 변호사, 리츠메이칸대학대학원 객원교수)

일본 형법177조(강간죄)를 둘러싸고 종래 다음과 같은 문제점이 지적되어 왔다. ①객체를 ‘여자’로 한정하고 있는 점 ② 실행행위를 ‘간음’으로 한정하고 있는 점 ③ 피해자가 13세 이상의 경우에는 간음의 수단으로 ‘폭행 또는 협박’을 요구하고 있다는 점, 게다가 판례·통설은 ‘상대방(피해자)의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박’이 있어야 한다고 해석하고 있다는 점 ④ 판례·통설은 ‘남편의 아내에 대한 강간죄는 성립하지 않는다’고 해석하고 있는 점 ⑤ 판례·통설은 피해자의 연령, 직업, 성경험의 유무 등을 사실 인정 자료로 하고 있는 점 ⑥ 여러 번에 걸쳐 피해자의 프라이버시가 침해 당하고 이를 보호할 방법이 없는 점 ⑦ 친고죄 규정이 실제로는 가해자를 위한 제도로 되어 있는 점 ⑧ 시효제도는 특히 연소자피해자에 대한 폐해가 크다는 점(⑧에 대해서는 마쯔모토 교수가 보고). 그야말로 사법에 의한 2차가해(2차 피해)이다.

이에 2014년 가을, 일본 법무성은 법개정을 위한 검토를 시작하였고 2016년 9월 12일 법제심의회(법무장관의 자문기관)는 ‘성범죄에 대처하기 위한 형법 일부 개정’에 관한 답신을 결정하였다. 주요 답신내용은 다음과 같다.

(1) 강간죄 구성요건을 재검토하여 행위자 및 피해자의 성별에 관계없이 성교 등(질성교, 항문성교, 구강성교)을 엄중하게 처벌(5년 이상의 유기징역)의 대상으로 한다 (2) 18세 미만자에 대해 그 자를 실제로 보호·감독하는 자가 성교 등·추행행위를 한 경우에도 강간죄·강제추행죄와 같이 처벌한다 (3) 강제추행죄 및 강간죄를 비친고죄로 한다.

2017년에 법 개정될 예정이며, 개정이 실현된다면 형법제정 이래 110년만의 첫 성범죄규정의 개정이 되는 것이다.

본 보고에서는 일본 형법177조의 문제점과 법제심의회의 답신내용을 소개하고 아울러 남겨진 과제에 대하여 소개하고자 한다.

2016年9月20日  
한국성폭력상담소 성폭력·성적학대피해자지원WS

## 「형법·성범죄처벌규정의 문제점과 개정움직임」

변호사&리츠메이칸(立命館)대학 로스쿨 교원  
吉田 容子  
(요시다 요코)

### I 성폭력에 대한 현재의 형법규정

#### 1 강간죄

##### § 176(강제추행죄)

13 세 이상의 남녀에 대해 폭행 또는 협박으로 추행 행위를 한자는 6 개월 이상 10 년 이하의 징역에 처한다. 13 세 미만의 남녀에 대한 추행행위를 한 자도 이와 같다.

##### § 177(강간죄)

폭행 또는 협박으로 13세 이상의 여자를 간음한 자는 강간죄로 하여 3년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 여자를 간음한 자도 이와 같다.

## § 177(강간죄)의 특징

- ① 객체를 「여자」로 한정하고 있다.
- ② 실행행위를 '간음'으로 한정하고 있다.
- ③ 피해자가 13세 이상의 경우에는 간음의 수단으로 '폭행 또는 협박'을 요구, 게다가 판례·통설은 '상대방(피해자)의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박'이 있어야 한다고 해석하고 있다.
- ④ 판례·통설은 '남편의 아내에 대한 강간죄는 성립하지 않는다'고 해석하고 있다.
- ⑤ 판례·통설은 피해자의 연령, 직업, 성경험의 유무 등을 사실인정 자료로 하고 있다.

## 2. 보호법익은 무엇인가?

(1) 오랜동안 사회적 법익 중에 「도덕적 질서」로 여겨져 왔다.

- 가부장제도를 지지하는 남계혈통
- 여성의 정조(혼인 전에는 순결한 여성의 처녀성, 혼인 후에는 남편을 섬기는 정숙한 아내) ⇒ 남성의 재산으로 여겼던 여성에 대해 정조의 의무를 지웠다.

① 강간죄의 행위객체를 「여자」로 한정

② 질성교는 처녀성 상실과 임신가능성이 있기 때문에 법정형을 가중 (§ 177)

이 이외의 성적침해 행위(남성피해자 포함)는 혈통유지와는 거리가 멀기 때문에 가볍게 처벌 (§ 176)。

③ 여성은 남편(장래 남편)의 혈통을 유지하기 위해 남편 외의 자에 대해서는 필사적으로 저항하여야 한다(=정조의무)。  
진짜로(진심으로) 저항하면 피해를 막을 수 있다. 필사적으로 저항했음에도 불구하고 막을 수 없었던 피해만이「피해」이다.

게다가 경도의 폭행 또는 협박(과 약한 항거)은 통상의 성교(= 동의에 의한 성교)에도 수반되기 때문에 이를 제외할 필요가 있다.

⇒ 「상대방의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박」이 필요

12세 이하의 여자는 성행위의 의미를 이해하고 동의하였는지의 여부를 판단하는 법적능력이 없다. 따라서 수단은 묻지 않는다.

하지만 13세가 되면 이 능력이 있으므로(성교 동의연령)、정조의무가 부과되어 소정의 수단이 필요.

④ 혼인에 의해 남편은 아내에 대해「성교 요구권」을 취득하고  
아내는「성교 수락의무」를 진다.

⇒ 「남편의 아내에 대한 강간죄가 성립하지 않는다」

⑤ 남성의 혈통을 유지하는 것이 주 목적(보호법익)이므로 이와 어울리는 여성(남편에 복종하는 정숙한 아내)만이 피해자로서 보호될 자격을 가진다.

⇒ 피해자의 연령·직업·성경험의 유무등을 문제로 한다.

혼인외의 성체험이 있는 여성, 풍속산업에 종사하는 여성등은 피해자 자격이 없다(「동의 있음」으로 한다).

(2)종전후, 판례·통설은 해석을 변경하여 보호법익을 「개인적 법익인 성적자유」로 하였다. 단, 조문 변경없이!

◇ 하지만

①②③ 규정은 변경없음.

③④⑤ 해석에 있어서도 거의 변경없음.

· 대부분 피해자가 저항하지 않은 것으로 하여 「동의 없었음」을 인정하지 않았던 판결

· 피해자의 의사에 반한 것이었다고 인정하면서도 폭행과 협박의 정도가 가볍다는 이유로 무죄선고한 판결

· 피해자의 의사에 반한 것이었다고 하면서, 「동의했다고 생각했다」라는 피고인의 변명을 인정한 판결(고의를 부정하여 무죄판결)

### 3 절차법

(1)Rape-shield 법은 일본에 없다.

·「사건과 무관계한 피해자의 성적편력 등은 증거로 할 수 없다」는 증거배제법칙

·검찰관에 대해 적절히 이의를 진술하도록 사전 신청을 할 뿐.

◇ 왜 피고인·변호사측은(때로는 법원도) 「피해자의 성적편력 등」이 중요한 증거가 된다고 생각하는 것일까?

· 정숙하지 않은 여성은 쉽게 성교에 동의한다.

· 「피해자」가 「정숙하지 않다」고 밝히면(과거에 남성과의 교제가 몇번 있었다고 하면 「정숙하지 않은」것으로 된다), 「피해자」는 본건에서도 동의가 있었다고 추인될 뿐.

(2) 친고죄 규정은 실제로는 가해자를 위한 제도

·(준)강간죄와 (준)강제추행죄의 소추·처벌을 위해서는 피해자의「고소」가 필요(치사상죄와 집단강간죄는 제외)

·「성과 관련된 범죄의 성질상, 기소되어 세상에 공개되면 오히려 피해자의 명예 등에 불이익을 가져올 수」는 것이 그 이유

•이차피해가 자주 있는 것은 강간신화와 뿌리깊은 편견(피해자의 프라이버시 및 심정을 배려하지 않는 수사기관의 취조, 공판에서 「실수」를 들먹이며 심하게 추궁, 매디어에 의한 무질서한 보도, 인터넷을 통한 피해자의 프라이버시 및 명예의 심각한 침해가 빈발)

•이의 방지는 대단히 중요하지만 피해자가 고소를 단념함으로써 이를 방지한다는 방법은 과연 옳은 방법인가?

더욱이 친고죄규정이 존재하더라도 이차피해 다발

## Ⅱ. 형법개정의 움직임

1, 법무성「성범죄 벌칙에 관한 검토회」총정리

[http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12\\_00090.html](http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00090.html)

<http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf>

2, 법제심의회

[http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai\\_seihan.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_seihan.html)

2016年6月、형사법부회는 형법개정 요강을 답신

2016年9月、총회에서 답신을 정식으로 결정(예정)

2017年、법개정?



## 1. 법제심 형사법부회 답신의 내용(주요 내용만)

### (1) 강간죄 구성요건의 재검토 ①②

행위자 및 피해자의 성별과 관계없이 성교등(질성교, 항문성교, 구강성교)을 엄중히 처벌(5년 이상의 유기징역)의 대상으로 한다.

- 성별을 따지는 것은 성적자유와의 모순이다
- 질성교를 다른 것 보다 엄중히 처벌하는 것은 성적자유와의 모순

피해자에게 있어 질성교인지 항문성교인지 구강성교인지 피해의 정도에 차이는 없다. 가해자에게 있어서도 지배 수단으로서는 동일

- 법정형의 하한 인상은 위법성의 강도를 법이 인정한다라는 것

### (2) 보호·감독자에 의한 성교등에 관한 죄의 신설

18세 미만자에 대해 그 자를 실제로 보호·감독하는 자에 의한 성교등·추행행위를 한 경우도 강간죄·강제추행죄와 같이 처벌하는 규정을 두었다.

- 아동 성학대에 대해 종래 충분하게 처벌할 수 없었던 것에 대한 반성(「폭행·협박, 심신상실·항거불능」을 수단으로 한 행위로 판단하는 것이 곤란한 피해자가 다발)
- 실제로 보호·감독하는 자로서는 친부모, 양부모, 동거인, 그 밖에 「의존/피의존」관계에 있으며, 자유로운 의사형성과 의사표시가 곤란한 경우를 유형화. 민법상의 보호·감독자(감호자)일 필요는 없다.

(3) 강간죄등의 비친고죄화

강제추행죄 및 강간죄를 비친고죄로 한다. 아울러 추행목적·결혼목적의 약취·유괴죄에 대해서도 비친고죄로 한다.

(4) 강간죄등의 법정형 인상

- 강간죄의 법정형  
3년 이상의 유기징역 → 5년 이상의 유기징역
- 강간치사상죄의 법정형  
무기 또는 5년 이상의 유기징역 → 무기 또는 6년 이상의 유기징역
- 이와 함께 집단강간죄(4년 이상의 유기징역), 집단강간치사(무기 또는 6년 이상의 유기징역)을 폐지

2. 남겨진 과제

(1) 강간죄의 폭행·협박요건을 폐지 또는 완화 할 것 ③  
적어도 강제, 위력 행사, 불의의 습격 등을 첨가할 것

(2) 이른바, 성교 동의연령을 인상할 것 ③  
적어도 15세 또는 16세

(3) 배우자간에 강간죄가 성립한다는 규정을 명기할 것 ④

(4) 특히 연소자가 피해자인 성범죄에 대하여 일정기간(ex 성인에 달할 때 까지)공소시효 진행을 정지 또는 공소시효를 폐지할 것

# 토론 1\_

김미량(탁틴내일연구소, 소장)

## 토론1

김미랑 (탁틴내일연구소 소장)

오늘 이 자리에서 네 분 발표자의 말씀을 들으면서 많은 부분 공감하고 새롭게 깨달으면서 재충전할 기회가 되었다. 특히 우리가 오늘에 이르기까지, 피땀 흘린 선배님들의 노고가 새삼 고맷게 느껴지고 감사한 마음이다. 일본에서의 법 개정이 원활하게 성공하길 바라고, 우리 또한 더욱 진전이 있기를 바라는 마음이다.

현재, 우리나라는 최근 몇 년 사이에 성폭력 가해자 처벌 및 피해자보호를 위한 형사법적 보완이 빠른 진전을 보여 획기적인 발전을 이루었다. 그러나 민사상 배상제도는 답보상태에 있어 형법과 민법이 불균형한 상태에 있는 것으로 보여진다. 이런 때에 한국성폭력상담소에서 한일간 세미나를 통해 일본과 한국의 전문가를 모시고 이런 자리를 열 수 있게 된 것에 대해 반갑게 생각하며, 애쓰신 노고에 감사드린다.

“아동기 성폭력 피해에 대한 손해배상과 시효”에 대해 발표해주신 마쯔모토 가즈미 교수님(리츠 메이칸대 법학전문대학원), “성폭력 2차 피해에 대한 국가손해배상 소송과 피해자권리”에 대해 말씀해주신 이미경 소장님(한국성폭력상담소), “성폭력 피해보상을 위한 민사소송의 쟁점”에 대해 말씀해주신 이명숙 변호사님(법무법인 나우리)과 그리고 “일본 성폭력관련법 개정 논의의 쟁점”을 말씀해주신 요시다 요코 변호사님의 말씀에 대해 배우는 마음으로 잘 들었다. 이에 대해 토론이라기보다는 간단히 제 소감을 말씀드리려고 한다.

토론자인 본인은 기본적인 정체성은 상담자로서, 하지만 여전히 한 발을 NGO에 담고 있다. 이는 성폭력 피해자의 치유와 회복이 단지 상담실에서 개인적인 노력으로만 이루어지

는 것이 아님을 잘 알고 있기 때문이다. 기본적인 치유는 상담 등 관계를 통한 개인의 노력을 바탕으로 이루어지겠지만, 주변사람들과의 상호작용이나 지역사회의 지지가 피해자 회복에 매우 중요한 역할을 한다. 특히 성폭력 피해는 범죄와 관련된 일이므로 국가적인 차원의 개입이 중요할 수밖에 없다. 그러므로 본인은 실제 상담장면에서 경험하게 되는 민사소송과 관련한 필요와 목적, 그리고 의미 등에 대해 함께 나눠보고자 한다.

가장 먼저 눈에 들어왔던 것은 요시다 요코 변호사님의 일본 법 개정 관련 글 중에서 ‘보호, 감독자에 의한 성교 등에 관한 죄’를 신설하여, ‘18세 미만자에 대해 그 자를 실제로 보호, 감독하는 자에 의한 성교 등 추행행위를 강간죄, 강제추행죄와 같이 처벌하는 규정’을 둔 것이라는 부분이다. 실제로 보호, 감독하는 자는 친부모, 양부모, 동거인, 그밖에 의존/피의존 관계에 있는 사람이며, 자유로운 의사형성과 의사표시가 곤란한 경우를 유형화한 것이다. 물론 남겨진 과제로서 성교 동의 연령을 적어도 15세 또는 16세로 올리는 문제를 거론하였고, 우리도 이 부분에서의 진전을 위해 노력하고 있다.

다음으로 마쯔모토 가즈미 교수님의 글에서 가장 인상적인 것은 누구에게도 말 하지 못한 채 장기간 고통 받고 있는 성인이 된 피해자에 대해 충분한 지원이 이루어 지지 않고 있으므로 손해배상청구권의 소멸시효를 제고해야 한다는 것이다. 아동기 성학대 피해는 많은 경우, 장기간 경과 후까지도 피해자에 대한 지원이 필요한데 실제적인 지원이 이루어지지 않고 있다. 이러한 상황에서 예시로 든 독일의 2013년 개혁에 따른 ‘21년까지 시효정지 후에 30년 시효정지’는 매우 솔깃하였다. 피해자의 권리행사의 어려움을 배려하여 피해자의 자기회복력을 방해하지 않는다는 것은, 궁극적으로 성폭력이 성적 자기결정권의 침해라는 점을 고려할 때 피해자 치유와 회복에 큰 도움을 줄 수 있다고 생각한다. 또한 장기간에 걸친 책임추궁으로 가해행위를 억제하는 효과를 가져올 수 있다는 것도 상당히 매력적이다.

아동기 성학대로 인한 외상후스트레스장애(PTSD) 증상과 성폭력 피해로 인해 나타나는 후유증에 대해서는 이제는 많은 사람들이 알고 있다. 아동, 청소년기 피해는 PTSD 증상(과

각성, 침투와 억제 등)과 신뢰, 통제력을 상실한 후폭풍을 오랫동안 강하게 경험하게 될 가능성이 높다. 다만, 어릴수록 주변과 사회적, 국가적 차원의 지지가 적절하게 이루어진다면, 그 피해는 최소화될 수 있으며, 빠른 시일 내에 회복 가능하게 된다. 초등학교 6학년 여학생이 질파열로 인해서 1시간 동안 수술하는 강간 피해의 고통을 겪었지만, 가해자(모르는 사람)를 처벌할 수 있게 됨으로써 범죄 피해로부터 빠른 시일 내에 일상으로 돌아올 수 있었던 것을 기억한다.

성폭력 피해에서 피해자들은 PTSD 증상으로 과도하게 예민하거나 침투와 억제를 반복하면서 시간이 지남에 따라 서서히 억제되어 간다. 이것은 고통을 직면하기 두려워서 둔감화, 해리, 기억상실 등과 같은 방법으로 자신에게 닥친 어려움을 극복하고자 하는 나름의 최선의 시도이다. 대개는 이 시기에 진술과 조사가 이루어져서 충분히 자신이 겪었던 피해를 제대로 진술하기가 어렵다. 안타까운 것은 한두 번의 진술로 사건 수사가 진행되고, 나중에 좀더 자세하고 생생한 진술을 하게 될 때에 앞선 진술을 번복하게 되는 경우가 있어서, 이것이 일관성이 없는 진술로 치부되는 것이 너무 안타깝고 답답하다. 오랜 시간 친족에게 강간을 당했던 피해자가 성인이 되어서 관계에서의 어려움과 우울, 무기력을 주호소로 상담에 왔다가 힘이 나서 친족을 고소하고 법적인 절차를 진행해 나가면서 잃었던 기억을 떠올리고 어떤 피해를 당했는지 자기에게 일어났던 일들을 온전히 말할 수 있게 된 사례가 있다. 그러나 그렇게 말할 수 있게 되기까지 최초 피해가 있고서 15년이 지난 22살이 넘어서였다. 그것도 100회 이상의 상담을 통해 신뢰관계를 쌓고, 자신의 기억상실이 머리가 나쁜 것이 아니라, 피해로 인해 고통을 이겨내고자 잊을 수밖에 없었다는 것을 받아들이고 나서야 가능했던 일이다.

사건에 대한 기억상실은 PTSD 증상의 억제현상으로 나타날 수 있다. 한 두 번의 진술로 사건에 대한 정확한 진술을 한다는 것은 거의 불가능한 일이다. 고통을 크게 느낄수록 억제도 크게 일어나 초기 진술과 후기 진술이 차이가 날 수 있다. 이럴 경우, 일관성이 없다는 이유로 피해자가 오히려 불리한 경우에 처할 수 있다. 그러므로 성폭력 피해자 진술에 대한 적절한 대책이 절차상 마련되었으면 하는 바람이 있다.

또한 아동기와 청소년기에 일어난 성학대는 신뢰관계를 깨뜨려 사람과 세상을 무서워하고 믿지 못하게 만든다. 에릭슨의 심리사회적 8단계 이론에 따르면 인간이 제일 먼저 경험하게 되는 것은 기본적인 신뢰감으로서 이것을 바탕으로 자율성과 주도성 등의 발달단계를 거치게 된다. 어린 나이에 성학대가 일어날수록 발달단계에 미치는 영향이 커지므로 신체적인 사지마비를 능가하는 정신적인 마비를 불러올 수 있게 된다. 이명숙 변호사님의 발표문 각주(6)에 따르면 사지마비의 경우 각국의 위자료액수를 살펴보면, 우리나라는 1억원, 독일은 8억원, 오스트리아 3억원, 스위스 2억 2천만원, 프랑스 3억원, 이탈리아 15억원, 영국 5억원, 미국 70억원이라고 한다. 그러므로 아동기 성학대에 대한 민사 손해배상소송에서의 시한과 액수는 최장의 시효와 최고의 액수를 책정할 수 있어야 할 것이다.

어린 시절의 성학대는 감당할 수 없는 엄청난 고통을 야기한다. 그래서 미처 이를 인지하고 느끼기도 전에 인지를 왜곡하고 감정을 느끼지 않으려고 스스로 노력한다. 자신이 처해 있는 상황이 도움을 받을 수 없는 상황으로 지각하게 되면 느끼는 것보다 억압하는 것이 사는데 도움이 되기 때문이다. 즉 살아남기 위해서 스스로 차단하게 되는 것이다. 성장과정에서 이러한 과정을 거치게 되면 자아개념(self-concept)에 영향을 미치게 되어 피해상황을 벗어나도 여전히 피해상황에 놓여있는 것처럼 맹목적으로 타인에게 순응하는 태도를 가지게 될 수 있다. 마치 얼어있는 상태에 빠져있게 된다. 하지만, 누가 이를 알아줄 것인가? 이렇듯 철저하게 통제력을 빼앗긴 상황에서 오랫동안 성장하게 되면 누구나 다 무력해질 수밖에 없다.

특히 GROOMING(그루밍; 성학대 이전에 신뢰를 얻기 위한 의도적인 행동들)이 진행된 상황에서는 장시간 은폐된 상태에서 피해가 지속되기 때문에 후유증이 더 커질 수 있다. 한마디로 사랑인지 폭력인지 구분할 수 없게 만들어버린다. 그루밍이 위험한 것은 사랑이라는 이름으로 유인하기 때문에 그 나쁜 사랑에 의존하게 되면(아이는 누군가의 적절한 도움을 필요로 하면 그 힘으로 성장한다) 그조차 사라질까봐 두려워 어느 순간 폭력임을 알아채더

라도 폭로하기가 쉽지 않다. 이때 가해자가 가까운 친족이거나 종교적인 지위를 가진 사람이라면 벗어나는데 상당한 시간이 걸린다. 성적 자기결정권을 회복한다는 것은 궁극적으로 성적인 주체가 되는 것이므로, 주체란 스스로 굴복하지도 않고, 스스로 높이지 않는( 自屈 自高) '자기'다운 느낌과 생각, 그리고 행동으로 온전히 자기결정 하에 두는 것이다. 우리도 독일처럼, '21년까지 시효정지 후에 30년 시효정지'를 시행할 수 있다면 많은 피해자들이 회복되어 자신의 삶을 주체로서堂堂하게 살아갈 수 있을 것이다.

덧붙여 이 자리를 빌어서 꼭 드리고 싶은 말씀이 있다. 피해를 당한 사람이 고통스러워하고 위축되어 있을 때는 사람들이 공감하고 위로하려고 하지만, 성에 대한 몰입이나 집착, 또는 성적인 과잉행동(성중독 등) 등에 대해서는 백안시하고 되레 가해자 취급을 할 때가 있다. 이 또한 피해로 인해 나타난 증상으로 피해를 경험한 내담자가 살아나기 위해 안간힘을 쓰고 있는 현실임을 알고 있을 필요가 있다. 우리가 바라는 '좋은 세상'이라는 것은 피해를 당한 사람이 보호받고 지지받으며, 치유와 회복을 통해 자신의 삶을 스스로 개척해 나갈 수 있도록 야심없이 사회, 국가적으로 지원하는 것이라고 생각한다. 한 사람이 건강해지고 회복되면, 이를 둘러싼 체계(system)가 변화할 가능성을 커진다. 성폭력 피해자에 대한 민사 소송 손해배상은 우리가 살고 있는 자본주의 사회에서 정신적, 신체적 피해를 당한 사람에게 주어질 수 있는 가장 최소한의 위로라고 생각한다.

끝으로 2차 피해와 가해행위에 대해서는 지극히 사적인 얘기를 덧붙이며 마무리 하고자 한다. 나는 상담자로서, 상담실에서 내담자에게 2차 가해행위를 하지 않기 위해 노력하고 있다. 상담자로서 좀더 섬세한 감성과 민감성을 가지고 내담자를 공감하지 못하면 자칫 나의 열정과 노력이 전혀 절대로 의도하지 않았지만, 내담자를 다치게 할 수도 있고 때로는 죽고 싶은 심정이 들게도 할 수 있다는 것을 경험을 통해서 깨달았다. 나의 2차 가해행위는 내가 가진 심(心)적인 권력으로 인해 더욱 치명적일 수 있기 때문이다. 이 자리를 빌어서 나로 인해 상처를 받은 내담자에게 진심으로 사죄를 말씀을 올린다.



## 토론 2\_

# 여성가족부 성폭력피해자 무료법률지원사업에서의 민사소송

조중신(한국성폭력위기센터, 소장)

토론2\_

## 여성가족부 성폭력피해자 무료법률지원사업에서의 민사소송

조중신 ( 한국성폭력위기센터, 소장)

한국성폭력상담소가 1991년 개소한 후 전국적으로 쇄도하는 상담 건수 중 내담자의 40% 정도가 가해자의 처벌 여부, 손해배상 청구 등 법적 절차에 대한 문의를 해왔다.

3, 40대 이상의 내담자들은 10년, 20년, 30여 년 전의 피해를 처음으로 드러내면서, 그동안의 고통을 절규하고, 가해자에 대한 분노를 터트리기 시작하였다. 고통을 받아왔던 세월들에 대한 분노는 가해자의 진정한 사과, 이에 마땅한 법적 처벌, 이에 대한 보상을 요구하는 것으로 이어졌다. 그러나 법적 정보가 부족할 뿐 아니라 아직도 성폭력에 대한 통념이 견고한 사회적 분위기에서 피해를 드러내기 힘들었던(당시 신고율 2.2%) 피해자들은 막연한 기대를 가지고 법적 절차를 시도했다가 친고죄, 고소기간, 공소시효, 물적 증거 확보라는 벽에 부딪쳐 좌절하고, 수사재판 과정에서 2차 피해에 고통을 겪고 있었다.

1995년부터 한국성폭력상담소에서는 성폭력문제에 대한 올바른 인식과 경험이 풍부한 12명의 변호사가 참여하여 토요법률상담을 진행하게 되었다. 토요법률상담을 통해 법률전문가의 자문을 받고, 법적인 한계를 객관적으로 파악하면서 증거자료를 확보하면서, 동반하는 상담자들과의 연대 속에서 피해자들은 지난한 수사재판과정에서 차츰 심리적 위축감에서 벗어나 현실적이고 효율적인 대응을 해나가기 시작하였고, 좋은 판례를 만들어 나갔다.

여성부가 출범하여 성폭력, 가정폭력, 성매매 문제의 주무부처로서의 역할을 하기 시작하면서 2003년도에 범죄피해자 기금으로 성폭력피해자 무료법률구조사업이 진행되었다. 처음에는 형사 사건만 지원하였는데 대한법률구조공단, 민주사회를 위한 변호사협회를 거쳐 2008년부터 전국성폭력상담소협의회에 위탁되어 본 센터가 선정된 후 2009년부터는 민사사건, 가사사건, 2010년도부터는 피해자의 피고소 사건도 지원하게 되었다. 현재는 대한변호사협회 법률구조재단에서도 동일한 사업을 위탁받아 진행하고 있다.

2012년부터 법무부 성폭력피해자 국선변호사 제도가 실시되어 해바라기센터에 접수된 사건이나 경찰서에 직접 고소한 형사사건은 검찰청 관할 지역 변호사를 지정하여 지원하고 있다. 본 센터 무료법률지원사업에서의 특징은 성폭력상담현장에서 상담자가 내담자와 면접한 후, 성폭력사건의 특성과 성폭력피해자 특성을 이해하는 지역의 뜻있는 변호사들에게 의뢰하여 진행하기 때문에 상담자가 내담자, 전문변호사와 수시로 협력하는 과정이 있어 피해자의 욕구와 필요가 충분히 반영되고, 소송의 성과도 좋고, 내담자 만족도가 높은 편이다.

전국에 산재해 있는 180여개의 성폭력피해자지원기관에서 본 센터에 변호사를 추천하면 여성가족부에서 무료법률지원사업 전문변호사로 위촉하고 있는데 현재 140명이 참여하고 있다. 변호사는 피해자에게 법적 절차나 법리, 변호사 역할에 대해 충분히 설명하고 동의를 받아 구조에 착수하며, 수입료는 심급별로 지원하되 본안 사건 1건 기준 100만원, 신청사건 기준 40만원을 지급하게 되는데 공익사업이기 때문에 세금이 없다.

구조기금은 피해자 1인당 400만원까지 지원하고 있는데 성폭력피해자가 장애인이거나 외국인인 경우 50만원의 통역비(번역비)가 지원되며, 민사소송에서의 소송비용(인지대, 송달료)은 50만원 한도 내에서 지원하고 있으며, 경제 여건이 취약한 피해자 등 수행기관이 타당하다고 인정하는 경우에는 소송비용을 선 지급하고 있다.

본 센터에서 진행한 지원 건은 2014년도에는 구조건수 186건, 형사 136건, 민사 44건, 가사 6건, 2015년도에는 구조건수 177건, 형사 127건, 민사 47건, 가사 3건이었다.

민사소송은 대개 형사소송에서 유죄 판결이 난 이후 이를 근거로 손해배상 청구를 하고 있다. 또한 직장 내 성희롱 사건의 경우 형사처벌이 안 되기 때문에 가해자나 이를 예방이나 관리를 제대로 못한 조직에 대하여 손해배상을 청구하고 있다.

형사소송의 경우 성폭력피해자 지원기관 상담자들이 수사나 재판이 진행되는 동안 지속적인 심리상담을 하면서 신뢰관계 있는 자로서 수사동행, 법정동행, 법적모니터링, 의견서 제출, 피해자의 심리적 상해 정도를 평가하는 심리평가보고서, 상담사실확인서, 재판부가 요구하는 상담일지 제출, 담당상담자에 대한 증언 출두 요청에 협력하고 있는데 반해 민사소송의 경우는 변호사에게 일임하기 때문에 현장 상담자가 개입할 여지는 별로 없다.

상담현장에서 파악한 민사소송에서의 내담자 고충은 다음과 같다.

1 아직도 아동기 피해성인의 심리적 후유증(외상후 스트레스 장애, 우울장애, 불안장애, 공황장애, 해리장애, 정동장애, 등)을 현재까지 지속되는 피해, 치상으로서 인정해주지 않고 있다. (예 10세부터 14세까지 삼촌의 성폭력 후유증으로 정신과 치료를 받고 있는 50대 내담자 민사소송 패소) 이런 점에서 마스모도 가쓰미 교수의 발제문 예시에 나오는 구시로 사건은 앞으로 우리나라에서 참조할 만한 고무적인 판례로 보인다.

2 피해보상액을 어떻게 책정할 것인가. 물론 변호사와의 협의를 통해 피해정도에 따라 산정하지만 피해자는 되도록 많이 청구하기를 원한다. 돈 그 자체보다는 나는 피해로 엄청난 트라우마를 갖게 되었고, 이렇게 현재의 일상이 힘든데 가해자가 사과도 없고, 계속 부인하고, 보상을 미루고 있으니 흔내주고 싶다는 심정이 작용한다. 그러나 청구액수와 소송비용(인지대, 송달료 비용)이 비례하고,(예 2000만원 청구 시 소송비용 16만원 정도, 3억 소송비용 75만원 정도), 만약 일부승소나 패소의 경우 소송비용(상대방의 변호사 비용)을 부담해야 하기 때문에 (예 3000만원 청구에 700만원 판결, 2300만원은 패소한 것이기 때문에 7:3으로 소송비용 부담) 이를 충분히 고려해야 한다.

3 승소하여 피고인이 자진납부하면 어려움이 없으나, 가해자가 지불능력이 없으면 배상받기가 어렵다. 집행신청하려면 가해자(피고인)의 재산을 찾아내기 위해 가해자 명의로 된 통장이나 부동산을 압류 추신해야하는데 부동산 등기부등본에서 자가 여부를 확인하고 부동산 집행 신청하는데 비용이 많이 들고, 법원을 통해 시중은행 10여 군데를 압류추신을 하여 밝혀내야 한다. 미성년자인 경우는 관리감독을 제대로 못한 부모를 상대로 민사소송을 청구할 수 있으나 20대 정도의 대학생이나 실업자는 앞으로 취업하게 되었을 때 급여를 가압류할 수는 있지만 요원하며, 재산 자체가 없는 경우가 많다.

4 민사소송 기간이 매우 길다. 사건이 발생하고 나서 형사소송에서 소요되는 기간이 1여

년이 걸리고, 민사소송의 공방이 진행되어 확정될 때까지 또 한참의 기간이 걸려 피해자는 많이 지치게 된다. 이런 점을 감안하여 형사 소송 중 합의를 하거나, 민사소송 중 화해 조정을 받아들일게 되는데 어느 것을 선택하든 피해자로서는 충분하다는 생각이 안 들고 최선이라고 확신하지 못하는 상황이다.

5. 외국 거주하고 있는 피해자가 민사소송 제기하자 국내에 재산이 없으므로 패소 시 소송비용 부담할 수 없을 거라고 국내 재산 소유자의 보증으로 보증보험을 들라고 함. 연고자가 없는 경우 변호사나 지원상담소장이 보증을 서 주어야하는 상황이다.

6. 현재 무법에서는 범죄가 발생할 우려가 분명해 보이는 청소년들(만취 청소년 1명, 남자 청소년 3명)에게 혼숙할 방 1실을 제공하여 윤간 피해를 방조한 숙박업소, 피해자가 112에 신고해달라는 구조요청을 했으나 목살한 숙박업소에 대한 민사 손해배상을 기획소송으로 진행하고 있다. 앞으로 숙칭 데이트주라고 불리는 술을 제작하여 판매함으로써 준강간(일명 골뱅이 사건) 발생을 조장하고 방치한 유흥업소를 대상으로 손해배상 청구 민사소송을 기획소송으로 진행하고자 한다.

**한국성폭력상담소 개소 25주년기념 한일 세미나**

**성폭력 피해 배상을 위한 민사소송의 전망**

**韓国性暴力相談所開所 25周年 記念 韓日セミナー  
性暴力被害の賠償のための民事訴訟の展望**

발행일: 2016년 9월 20일

発行日 : 2016年9月20日

발행인: 마쯔모토 가쯔미, 이미경

発行人: 松本克美 イ・ミキョン

편집: 최란

編集: チェ・ラン

발행처: 일본 리츠 메이칸대학교 법학전문대학원, 한국성폭력상담소

発行処: 日本立命館大学法科大学院, 韓国性暴力相談所