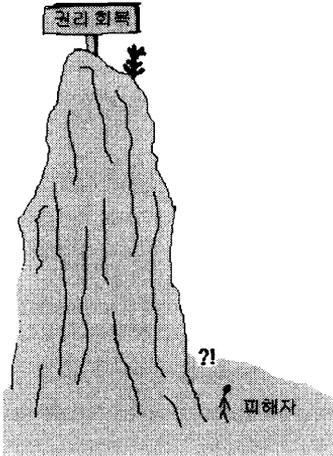


여성인권을 찾는 시민감시단 보고서

- 
- 
- 
- 

성폭력관련 공판에서의  
2차피해와 피해자권리



사단법인 한국성폭력상담소



"여성인권이 보장되는 사회문화 만들어가기"  
여성인권을 찾는 시민감사단 보고서

•  
•

성폭력관련 공판에서의  
2차피해와 피해자권리



## 여는 말

법적 절차를 진행 중인 성폭력 피해자들의 많은 경우가 '공판과정에서의 인권침해'와 '공판으로부터의 소외감'을 얘기합니다. 이와 같은 문제의 심각성을 인식한 시민과 학생들이 올 2003년 여름부터 모여 공판과정에 대한 감시활동 및 피해자 법정지원 활동을 해나가고 있습니다.

이러한 활동들은 직접적인 법정지원 뿐만 아니라 공판과정에서의 인권침해를 모니터링하고, 공판으로부터의 소외감을 유발하는 현행제도를 조사하여 대안적인 '피해자의 법적권리'를 마련해보기 위한 것입니다.

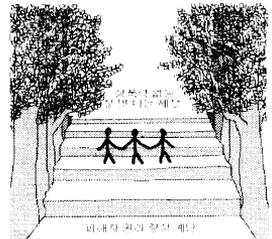
여기 두 편의 글은 이러한 활동들을 중간정리하면서 앞으로의 활동을 구체적으로 계획하기 위해, 그동안의 학계 및 단체에서의 논의들을 정리하고 평가해본 것입니다.

우선 앞의 글(A장)에서는 '피해자 권리'에 대해 새로운 접근을 시도하며 대안을 모색합니다. 기존의 논의들이 공판절차상 주체들간의 이익형량을 염두에 둔 나머지, 공판절차에서의 2차피해에 소극적으로 접근해왔음을 지적하고, 2차피해의 발생이 공판절차 주체들의 성폭력에 대한 왜곡된 인식에서 기인하고 있음과 이를 극복하기 위한 보다 적극적인 피해자의 지위와 권리를 제안합니다.

공판에서 피해자가 입는 2차피해에 대해 얘기할 때 많은 경우, 피고인이 방어권의 중요성이 반론처럼 제기되는 것을 볼 수 있습니다. 이러한 논의에 대해 두 번째 글(B장)에서는 가치간의 충돌이 아닌, 피고인의 방어권 영역을 넘어선 유사충돌의 의미로 진단합니다. 그리고 2차피해와 다른 소송상 가치들의 충돌을 해결할 수 있는 가까운 현실가능한 방안을, 입법론적 측면에서 모색합니다.

마지막의 '체크리스트(Checklist)'(C장)는 2차피해를 공판모니터링과 인터뷰 항목으로 나누어 유형화한 것으로, 현 공판에서 2차피해를 최소화하려는 노력이 어느 정도 수행되고 있는지 살펴보는 기준이 되는 것입니다. 공판과정에서의 피해자의 권리침해와 권리보장 여부를 모니터링하는 기본 도구로 활용될 수 있을 것입니다.

- 여성인권을 찾는 시민감시단 -



●  
—  
목  
차  
—  
●

■ A ■  
성폭력관련 공판절차에서의 2차피해와  
피해자의 권리 : 새로운 접근과 대안모색

1. 2차피해의 두 양상 .....	10
1-1. 절차적 보호에 관하여 .....	10
1-2. 증인신문상의 보호에 관하여 .....	11
2. 절차적 보호를 구할 권리 .....	15
2-1. 피해자 인격권과 신변 보호를 구할 권리 .....	15
2-1-1. 심리의 비공개	
2-1-2. 피해자의 신상정보 유출방지	
2-1-3. 언론매체로부터 보호받을 권리	
2-1-4. 피해자 증언시 피고인 배제	
2-1-5. 신변안전조치	
2-2. 증언에 대한 부담을 최소화하기 위한 피해자의 권리 .....	24
2-2-1. 증인소환상의 보호	

2-2-2. 법정외 진술	
2-3. 조력을 받을 권리 .....	27
2-3-1. 변호인의 조력을 받을 권리	
2-3-2. 신뢰관계인의 동석	
2-3-3. 전문가의 조력을 받을 권리	
2-3-4. 피해자 지원센터	
2-4. 특수한 유형의 피해자 보호를 위한 권리 .....	35
2-4-1. 공판절차상 아동 성폭력 피해자를 보호하기 위한 권리	
2-4-2. 장애인 피해자를 보호하기 위한 권리	
2-4-3. 그 외 피해자를 보호하기 위한 권리	
<b>3. 증인신문 내용상 보호를 구할 권리 .....</b>	<b>39</b>
3-1. 부적절한 증인신문 .....	39
3-1-1. 증인신문상의 성폭력 범죄 피해자	
3-1-2. 부적절한 신문관행의 배경	
3-2. 증인신문의 제한 .....	47
3-2-1. 신문금지의 예외사항	
3-2-2. 법원의 재량에 대한 제한	
<b>4. 형사절차에 적극적으로 참여할 권리 .....</b>	<b>51</b>
4-1. 공판참여권 .....	51
4-1-1. 공판참여의 필요성 및 제한논리	
4-1-2. 검사의 역할을 회복하는 지위	
4-1-3. 의견을 개진할 권리 - 진술권	
4-2. 정보권 .....	61
4-2-1. 공판참여의 필요성 및 제한논리	
4-2-2. 절차의 진행상황에 대한 정보권	
4-2-3. 피해자의 공판절차 출석권	
4-2-4. 소송기록열람권	
4-3. 형사절차 참여비용 확보방안 .....	56

5. 나가며 .....	68
6. [참고자료] 인터뷰자료 .....	69

## ■ B ■

### 성폭력관련 공판과정에서의 2차피해에 대한 해결방안 : 증인신문내용 제한에 관하여

I. 공판과정에서의 2차피해 문제의 실태 .....	78
1. 성폭력 범죄 피해자에 대한 증인신문의 경향 .....	78
2. 피고인에게 선호되는 성적 행위 증거 .....	78
(1) 성적 접촉과 관련된 증거	
(2) 동일성 인식과 관련된 증거	
(3) 동의와 관련된 증거	
(4) 신빙성과 관련된 증거	
3. 소결 .....	80
II. 공판과정의 2차피해에 대한 헌법적 검토 .....	82
1. 문제의 소재 .....	82
2. 문제상황의 헌법적 검토 .....	83
(1) 피해자의 관점	
(2) 피고인의 관점	
(3) 소결	
3. 문제해결의 헌법적 검토 .....	87
(1) 실제적 진실 발견의 형사소송의 이념	
(2) 기본권의 유사충돌	
(3) 기본권 충돌 문제 - 피해자의 프라이버시권 vs. 피고인의 방어권	

(4) 소결

III. 각국의 입법례 ..... 92

1. 들어가며 ..... 92

2. 미국의 제도(강간피해자보호법 : Rape Shield Law) ..... 93

    (1) 들어가며

    (2) 미시간주 유형

    (3) 뉴저지주 유형

    (4) 연방증거규칙

    (5) 캘리포니아 유형

    (6) 소결

3. 독일의 경우 ..... 98

4. 국제형사재판소의 절차 및 증거규칙 제70조 ..... 99

IV. 공판과정에서의 2차피해 문제의 해결방안 모색 ..... 100

1. 현행 제도에에서의 적극적 조치 ..... 100

2. 민사적·형사적 제재방안 ..... 101

3. 증거능력 제한규정의 도입 ..... 101

    (1) 대상이 되는 범죄

    (2) 제한되는 증거의 범위

    (3) 입법의 형식

    (4) 내용

    (5) 입법안

    (6) 입법안에 대한 헌법적 검토

V. 나가며 ..... 107

## A 장. 성폭력관련 공판절차에서의 2차피해와 피해자의 권리 : 새로운 접근과 대안모색

---

### 1. 2차피해의 두 양상

성폭력 범죄의 형사소송 진행과정상 피해자에게 추가적인 피해 혹은 2차피해가 발생하는 일은 이제 주지의 사실이 될 만큼 빈번하고, 다양한 양상으로 나타나면서 그 심각성을 더해가고 있습니다. 그 중 대표적인 2차피해 양상은 1)형사소송이 진행될 때 그 절차상 피해자에 대한 비밀보호 등의 배려 부재로 나타나는 것과 2)증인으로 소환된 피해자에게 가해지는 신문들이 성폭력에 대한 이해없이 이루어지는 데에서 비롯되는 것이라 할 수 있습니다.

### 1-1. 절차적 보호에 관하여

현행 형법상 제297조의 단순강간죄와 제298조의 단순강제추행 등은 친고죄로 규정되어 있습니다. 이어 현행 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률에서는 그밖에 업무상위력 등에 의한 추행, 공중밀집장소에서의 추행, 통신매체이용음란 등을 친고죄로 하는 입법형식을 취하고 있습니다.

친고죄는 피해자의 고소가 있어야 검사가 공소를 제기할 수 있는 범죄입니다. 피해자로 하여금 범죄자에 대한 소추여부를 결정하도록 함으로써, 원칙적으로 국가기관이 공적이익을 대변하여 담당하고 있는 형사소추를 피해자가 저지할 수 있도록 하는 것입니다. 위에서 보듯이 일부 성폭력의 범죄는 친고죄로 되어있는데, 피해자의 이익을 보호하기 위해 형사절차 진행을 제한하는 권한을 피해자에게 준다는 것이 애초의 입법취지일 것입니다. 형사절차에 의해 피해자의 개인적 영역이 침해될 가능성(예를 들어, 피해사실 공개로 인한 명예손상)이 있다면, 이를 피하기 위한 방법으로 피해자에게 소송진행을 차단할 수 있는 권한을 준다는 것입니다.

그러나 친고죄는 애초에 의도했던 피해자의 명예·사생활 보호라는 원래의 목적을 달성하는지 여부와는 별도로, 피해자 내지 고소인·고발인으로 하여금 신고를 주저하게 함으로써 관련 가해자의 형사처벌을 어렵게 만드는 등의 문제를 초래하고 있습니다. 이에 따라 성폭력 범죄 증가를 억제한다는 형법의 일반 예방적 기능을 제대로 수행하지 못하는 역효과를 낳고 있는 것입니다. 또한 피해자로서는, 피해를 없는 것으로 되돌릴 수는 없지만, 법적절차를 통해 피해임을 인정받고 가해자로부터 훼손된 권리를 회복할 수 있도록 하는 것이 절실함에도 불구하고, 친고죄의 고소기간 등이 형법과 특별법에서 각각 6개월, 1년으로 제한되어 있기 때문에 어렵게 한 결심이 무용지물이 되기도 합니다.

---

1) “한국형사정책연구원(1990,1998)에 의하면 성폭력피해 신고율은 2.2% 내지 6.1%. 한국 성폭력상담소에 1년에 5,000여회 상담, 상담을 의뢰한 내담자 중 신고율은 13 내지 15%.” 조중신, ‘수사과정에서의 성범죄 피해자보호에 관한 대책’, (한국성폭력상담소 시민감시단 교육 2003. 8. 8.)

무엇보다 문제인 것은 친고죄가 추구하는 형사정책적 취지, 소위 피해자의 명예와 사생활 보호가 실현되는 형태입니다. 현행 국가형사소송 제도는 스스로의 '제도적 보호장치의 미비'에 따른 문제점과 관련, 피해자 개인에게 형사소송 진행을 포기하도록 함으로써 그 부담을 개인에게 넘기고 있는 '본말이 전도된, 책임회피적인 상황'이기 때문입니다. 이러한 문제현상이 극복되기 위해서는, '형사절차가 피해자에게 더 이상의 피해를 주지 않아야 한다'는 당연한 원칙이 지켜지는 제도를 만듦으로써 피해자의 명예와 이익을 보호하도록 해야 할 것입니다<sup>2)</sup>. 이에 따라 본 글에서는, 형사소추 요건으로서 친고죄 규정에 대한 논의는 이정도로 마치고, 형사소송 진행과정상에서 비밀보호 및 신변보호 등에 관한 절차규정의 미비점과 피해의 실제양상을 검토하며 그 개선 논의를 다루어봅니다.

## 1-2. 증인신문상의 보호에 관하여

성폭력 사건의 공판진행상 나타나는 피해자의 추가적, 2차적 피해는 불완전한 절차에서만뿐만 아니라 피해자에 대한 증인신문 과정에서의 구체적인 신문내용에서 비롯되기도 합니다.

1) 범죄발생 사실을 밝히는 과정에서 그와 본질적으로 관련이 없는 사항(제3자와의 상관계 履歷 등<sup>3)</sup>)들이 피해자에게 질문되어지고 있습니다. 문제는 그 질문사항들이 피해자에게 모욕적이고, 성적 수치심을 일으킬 만한 것이거나 기타 사생활에 관한 내용들로 심각한 인격침해 결과를 가져온다는 데에 있습니다.

2) 또한 특히 강간범죄의 경우, 범죄성립 요건의 하나인 가해자의 '유형력 행사'를 검토하는 과정에서, 이에 대응하는 피해자의 저항행위 여부가 유독 중시되어 피해자에

2) "피해자의 보호는 저질러진 중대한 범죄에 대한 고소권한을 피해자에게 맡기는 조치가 아니라, 형사절차의 개선과 피해자를 부조하기 위한 사회적 지원체계의 확립을 통해 이루어져야 하는 것이다." 한인섭, '성폭력특별법과 피해자보호 : 그 문제와 개선점', (피해자학연구 3호, 1994, 한국피해자학회)

3) 제3자와의 상관계 사실의 증거는 피해자의 육체적 상태가 피고인과는 무관함을 밝히는 경우에 사용되는 경우가 있다(3-2-1.가). 다만 여기서는 피해자의 성적 문란함을 들어 성적 의사가 침해되지 않았으리라는 심증을 형성하려는 동기로 제3자 등과의 성이력이 증거로 삼아지는 경우를 의미한다.

게 책임을 전가하는 양상이 나타나고 있습니다. 다른 범죄에서는 찾아보기 힘든 이러한 양상은 일반사회의 피해자 유발론과 다르지 않으며 피해자로 하여금 자책과 자아 부정을 유도하는 심각한 문제라고 할 수 있습니다.

성폭력 범죄는 피해자의 성적 자기결정 의사가 강제적으로 배제된 경우로서, '강제적 배제'의 실제 양상은 단순하거나 획일적이지 않습니다. 일반적으로 상대방이 누군가에 따라 성적관계에 대한 의사는 다르게 나타날 수 있습니다. 이러한 점을 생각할 때, 한 상대와의 관계 속에서 나타난 성적관계에 대한 의사행동을, 다른 상대에 대한 성적관계의 의사행동 기준으로 적용하는 것을 문제제기할 수 있을 것입니다. 이로써, 구체적으로는 위의 1)의 경우처럼 '제3자와의 성관계 사실을 통해 가해자와 피해자 간의 성폭력을 부정하는' 관계들이 비판될 수 있을 것입니다. 또한, 성적관계를 맺고 있는 사이일 경우에도 일반적으로 의사가 배제되는 상황이 발생한다는 점을 염두에 두어야 할 것입니다<sup>4)</sup>. 성폭력 범죄의 성립 요건으로서 유형력 행사의 기준을 판단하는 데에도 현실의 상황을 반영할 필요가 있습니다. 가령 남성중심의 문화적, 구조적 폭력이 일상적인 것으로 자리잡은 사회에서는 성적 의사의 표현으로 으레 일정한 폭력 정도는 사회적으로 용납되는 것을 생각해볼 수 있습니다<sup>5)</sup>. 이 경우 피해 여성에게

---

4) 미국 일리노이주(州)에서는 앞으로 남녀 합의 아래 섹스를 하게 됐더라도 도중에 상대가 중단을 요구할 경우 이에 응하지 않으면 강간으로 처벌받을 수 있다. 28일 공개된 새 일리노이 주법(州法)은 성행위 중 사람의 마음이 바뀔 수 있다는 점을 주시함으로써 '동의' 문제를 명확히 하려는 시도로 받아들여진다. '성폭행 대응 일리노이주 동맹(ICASA)'의 법률고문인 린 솔렛은 "새 법률은 피해자와 가해자, 검찰과 배심원들에게, 사람이 언제든지 성행위를 중단할 권리가 있음을 명확히 해 준다는 점에서 중요하다"고 평가했다. 솔렛은 "새 법률은 또 함께 잠자리를 한 전력이 있는 남녀가 피해자·가해자인 사건을 고발하는 데 있어서 검찰에 힘을 실어줄 수 있을 것으로 생각한다"고 덧붙였다. 이 법률 제정의 배경은 캘리포니아주에서 17세 남녀가 파티에서 만나 잠자리를 하게 된 사건. 피해자인 소녀는 도중에 마음이 바뀌어 '그만 할 것'을 요구했지만 상대 소년이 즉각 중단하지 않았다. 강간 혐의로 고발당한 가해자가 캘리포니아주 법률에 의해 유죄에 해당하느냐가 논란이 됐으며 올해 1월 주 대법원은 '여성이 동의한 뒤 나중에 중단할 것을 요구했다면(성행위를 중단하지 않은) 상대 남성은 유죄에 해당한다'고 판결, 수년에 걸친 법정 공방에 마침표를 찍었다. /스프링필드=AP聯合 [조선일보] 2003-07-31 (국제/외신)

직접적인 폭력을 입증해야 하는 부담이 가중되기 때문에, 특히 물리적인 폭력 자체는 비교적 크지 않았다 해도 공포심에 짓눌려 성적 의사에 배제되는 경우<sup>6)</sup>라면 더욱 법에 호소하는 것이 어려워집니다. 실제로 이와 관련하여 가해자와 피해자간의 사회권력적 지위 차이가 존재한다는 점은 간과할 수 없는 사항입니다. 현실에서는 이러한 맥락이 있음에도 위의 2)와 같이 오히려 피해자에게 책임을 돌리고 이에 관해 추궁하는 식의 신문이 이루어지는 것은, 피해자에게 피해당시와는 별도로 또 다른 피해를 주기에 충분한 것이며, 이는 법원이 성폭력에 대한 의미규정을 사회맥락적 차원에서 하고 있지 못하다는 것을 의미합니다.

증인신문상 2차피해의 문제는 부인될 수 없는 사실입니다. 많은 성폭력 피해자들이 실제 피해로 느끼고 있음이 보고되고 있으며, 그로 인하여 신고율이 낮다<sup>7)</sup>는 조사결과도 제시되고 있기 때문입니다. 법원은 이러한 현실들을 인지하고, 현행 신문사항 및 그것에 전제된 법원의 판단들을 조정하고 수정할 필요가 있습니다. 성폭력 범죄 피해의 특수성을 고려하여 피해자 지위를 살펴보는 일은 또 다른 기준(피해자 기준)에 의한 과도한 특권의 이익 주장으로 폄하될 것이 아니라, 현실에 대한 형사소송의 객관적 공정성을 회복하는 일로 이해되어야 합니다. 일반 범죄 피해가 성별에 상관없이 그 범죄의 피해자가 될 수 있는 것과 달리, 성폭력 범죄는 (사회권력적 소수자로서 사회일반의 부정적이며 편향된 인식의 대상이 되고 있는) 여성이라는 특정계층이 피해자의 대부분을 차지하는 범죄인만큼, 성별과 무관한 일반 범죄피해자의 형사소송상 지위에 비해 특별히 열등한 대우가 예견될 수 있다는 점에서 더욱 그러합니다. 심지어는 형사소추담당기관인 검사에 의해 성폭력 범죄 피해가 축소되는 것이 염려되는 상황이기도 합니다<sup>8)</sup>.

5) 이종걸, '여성인권의 현주소', (한국사회의 법과 민주주의 - 김영삼 정부에 대한 규범적 평가 1994, 민주주의법학연구회편)

6) 한인섭, 전개 논문. p37 : 비동의간음죄 제안에 관한 부분.

7) 정현미는 낮은 신고율(각주1)의 원인으로 형사절차에서 중대한 부담('피해자책임')을 받을 수 있다는 우려가 있음이 보고되고 있음을 지적. 정현미, 전개 논문. p168

8) 뒤의 4-1-2. 가. 나. 에서 공판활동 실태와 형사사법실무자들의 관행에 대해 언급.

## 여성인권을 찾는 시민감시단

소송절차와 관련된 그간의 논의들은 피고인의 방어권 및 실체적 진실발견의 가치들과 피해자의 지위와 권리의 가치를 단순한 형량비교를 통해 보아왔는데, 위와 같은 상황을 고려한다면 그간의 논의들은 지양되어야 할 것입니다. 소송과정에서의 2차적 피해는 1차 성폭력피해 못지 않게 개인으로서의 존엄을 본질적으로 침해하는 것으로 결코 '소송진행상 감수할만한 것'이거나 '이익형량적 가치만으로 다룰 수 있는' 것이 아니기 때문입니다.

이러한 문제의식은 본 보고서 중 '부적절한 증인신문 사항'과 '피해자의 공판절차 참여확대' 논의에서 특히 강조됩니다. 피해자의 권리침해에 대해 실체적 진실을 밝히기 위한 과정상의 한계 및 피고인 지위와의 형평성 문제로 치부해온 기존의 접근에서 벗어나 소송상 하위 가치로 평가되어온 피해자의 2차피해의 심각성에 초점을 맞추고 이를 줄일 수 있는 보다 실질적이고 적극적인 권리가 무엇인지를 살펴보는 것입니다.

## 2. 절차적 보호를 구할 권리

### 2-1. 피해자의 인격권과 신변 보호를 위한 권리

증인으로서의 피해자의 명예, 자유, 사생활의 비밀, 신변보호 등을 통한 실체적 진실 발견에 가까이 가기 위한 권리입니다.

#### 2-1-1. 심리의 비공개

##### 가. 재판 공개주의의 수정

공개주의는 국민에게 재판에 대한 방청을 허용하는 것을 말합니다(헌법 제27조 3항, 제109조). 이는 법원의 재판절차에 있어서 공정성을 확보하고 재판에 대한 신뢰를 유지하기 위한 장치입니다.

그러나 증인 및 피해자 등의 개인적 영역을 공개적으로 논의하는 것은 경우에 따라서는 -특히 성폭력범죄의 경우에- 관련된 사람의 이익을 심각하게 침해할 수 있습니다. 그러므로 공개주의 원칙은 사안에 따라서 관련 당사자의 인격권과 이익의 보호를 위해 필요한 때에는 이익형량을 통하여 제한할 것이 요청됩니다. 공개주의는 당사자의 인격권에 대한 중대한 침해에도 불구하고 엄격히 유지되어야 하는 절대적 원칙이 아니기 때문입니다.

##### 나. 현행법상의 권리

**【성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률(이하 '성폭력특별법') 제22조】** ① 성폭력범죄에 대한 심리는 그 피해자의 사생활을 보호하기 위하여 판사의 결정으로 이를 공개하지 않을 수 있다. ② 증인으로 소환 받은 성폭력범죄의 피해자와 그 가족은 사생활보호등의 사유로 증인신문의 비공개를 신청할 수 있다.

##### 다. 현행법 평가 및 대안 모색<sup>9)</sup>

9) 이재상/이호중, “형사절차상 피해자 보호방안” (한국형사정책연구원1993) pp.117-121

## 여성인권을 찾는 시민감시단

### 1) 독일의 예

독일은 1987년 법원조직법 개정에서 아래와 같은 법규정<sup>10)</sup>을 신설했는데, 개정법의 주요 특징으로는 다음을 들 수 있습니다.

① 증인 혹은 다른 방식(부대공소<sup>11)</sup>)으로 절차에 참여하지 않는 피해자의 사생활의 비밀도 공개주의로부터 보호됩니다. ② 이익형량에 있어서 인격권 및 사적비밀 보호에 보다 중점이 두어집니다. 즉, 개인적 영역의 보호가 공개주의와 같은 가치일 때에도 비공개가 가능합니다. ③ 공개주의에 대한 법원의 재량이 현저히 축소되었습니다. 개인적 영역의 보호필요성이 인정되는 한 관련자의 신청이 있으면 법원은 반드시 비공개로 해야 합니다. 뿐만 아니라 법원이 재량으로 공개여부를 결정함에 있어서도 당사자의 명시적 의사에 반하여 공개주의를 배제할 수 없습니다.

### 2) 우리나라의 현실과 대안

우리나라에도 성폭력특별법의 법규정이 있음에도 불구하고 재판진행상의 번거로움을 이유로 제대로 활용되고 있지 못한 형편입니다. 피해자 인격의 보호라는 원래의 취지를 살리기 위해서는, 심리의 비공개 결정 권한과 비공개 범위에 대한 문제를 고려하여 입법상 제도를 구체화시키고 제도운명을 의무화할 필요가 있습니다.

#### ① 비공개 여부 결정에 관한 문제

i. 현행법상 심리의 비공개는 피해자와 가족이 신청할 수 있으며, 비공개 여부의 결정은 판사의 재량이라고 규정하고 있습니다. 그러나 판사의 재량으로 비공개 여부를

---

#### 10) 법원조직법 제171조의 b

- (1) 소송당사자, 증인 또는 위법행위의 피해자의 개인적 영역에 속하는 사항이 표현되고, 그것의 공개적인 심리가 보호가치 있는 이익을 침해하는 때에는, 그러한 사항에 대한 공개적 심리의 이익보다 우월하지 않은 한 공개하지 아니할 수 있다. 이는 자신의 생활영역이 문제된 자가 공판에서 비공개에 반대할 때에는 적용하지 아니한다.
- (2) 제1항 제1문의 요건이 존재하고 자신의 생활영역이 문제된 자가 비공개를 신청한 때에는 비공개로 하여야 한다.
- (3) 제1항, 2항에 의한 결정은 항고할 수 없다.

11) 4-1-2.다.의 부대공소제도 참고.

결정한다면, 증언의 의무를 거절할 수 없는 피해자가 받게 되는 부담감은 커질 수밖에 없습니다. 이미 성폭력 범죄의 공판 심리 비공개는 재판의 공개주의 원칙에 대한 예외로 인정되고 있으며, 심리의 공개로 얻게 되는 실익(재판의 투명성)과 공개에 의해 피해자가 얻게 되는 피해를 비교해본다면 피해자와 그 가족, 피해자의 변호인이 비공개를 신청할 경우에 판사는 이를 반드시 받아들여야 할 것입니다. 다만 사건에 직접적인 관계인(특히 피고인)이 비공개에 대해 명시적으로 반대한 경우, 판사가 양 당사자가 얻게 되는 실익을 비교하여 결정할 수 있다고 보아야 할 것입니다. 그러나, 이 경우 한가지 고려해야 할 것은 피고인에 의한 '비공개재판 거부'가 어떤 이유인지, 어떠한 효과를 가져올 것인지를 살펴야 한다는 점입니다. 피해자측의 비공개재판 신청은 피해자의 인격권보호라는 입법취지는 물론이고, '가해자와 가해자측의 위협으로부터 안전한 공간에서 진술할 권리'도 포함되어있기 때문입니다.(2-1-4 '피해자증언시 피고인 배제'부분 참고)

ii. 또 피해자측이 심리의 비공개를 신청하지 않을 경우에, 심리를 공개하면 피해자에게 피해가 따른다고 판단된다면 판사가 재량으로 이를 공개하지 않아야 합니다. 물론 피해자가 공개를 원할 경우까지 판사의 재량이 개입될 수는 없을 것입니다. 이때 판사가 재량으로 비공개를 결정하였다고 한다면 피해자측의 이의제기권도 함께 보장 해주어야 합니다.

iii. 한편, 피고인이 비공개를 원하는 경우도 있을 수 있습니다. 다만 이 경우에는 피해자의 경우처럼 비공개로 진행하도록 의무화하는 방식이 아니라, '국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때' 법원조직법 제57조 1항에 따라 '법원의 결정'으로 비공개로 진행할 수 있도록 해야 할 것입니다. 피해자를 위한 비공개 제도의 취지를 잃지 않기 위해서입니다. 비공개가 되었을 때에는, 이 경우에도 (피해자의 공개 의사를 보호하기 위해) 이의제기권이 인정되어야 할 것입니다.

## ② 비공개 범위에 관한 문제

현행 규정은 증인신문에 대해서 비공개 신청권을 인정하고 있습니다. 하지만 증인

## 여성인권을 찾는 시민감사단

신문 외의 공판절차에서 피해자의 신원이 밝혀지는 경우도 빈번히 발생하고 있고, 피해자가 가해자측과 부딪히게 되는 상황도 생깁니다. 비공개 제도의 취지를 상기해 볼 때, 실질적으로 피해자의 인격과 명예를 보호하기 위해서는 증인신문 부분만이 아니라 공판절차 전반에 대한 비공개 신청권이 인정되어야 할 것으로 보입니다.

공판이 시작되기 전에 피해자측이 법원에 비공개 신청을 할 경우, 판사는 소송당사자들에게 이를 통지하고 이의가 있을 경우 조정해야 할 것입니다.

### 2-1-2. 피해자의 신상정보 유출 방지

#### 가. 의의

피해자의 명예 등의 사생활 보호와 협박이나 보복범죄의 예방을 위해 꼭 필요한 사항입니다.

#### 나. 현행법상의 권리

**[성폭력특별법 제21조1항]** 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원은 피해자의 주소, 성명, 연령, 직업, 용모 기타 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진 등을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니 된다.

**[특정범죄신고자등보호법 제8조]** 법에 규정된 경우를 제외하고는 누구든지 그 인적 사항 또는 범죄신고자등임을 미루어 알 수 있는 사실을 다른 사람에게 알려주거나 공개 또는 보도하여서는 아니 된다.

**[특정범죄신고자등보호법 제11조]** 재판장 또는 판사는 소환된 증인 또는 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 참여한 법원서기관 또는 서기로 하여금 공판조서에 그 취지를 기재하고 당해 증인의 인적 사항의 전부 또는 일부를 기재하지 아니하게 할 수 있다.

#### 다. 현행법 평가 및 대안 모색

성폭력특별법의 경우 담당공무원의 피해자 신상공개만을 제한하고 있어, 피고인과

그 주변인에 의해 피해자의 정보가 공개되는 것을 막을 방안이 없습니다. 그리고 특정 범죄신고자보호법의 경우, 피해자가 스스로 범죄 신고자가 아닌 이상 보호받을 수 없고, 입법취지가 주로 조직폭력범의 신고자, 내부고발자 등의 보호에 있어, 성폭력 피해자 보호에 제대로 적용되고 있다고 보기 어렵습니다.

성폭력 피해자가 피해를 입는 정보 유출 유형은 두 가지입니다. 하나는 피해사실이 공중에 알려짐으로써 사생활이 침해되는 경우입니다. 이는 특히 바로 뒤에서 언급할 언론매체에 의한 피해와 관련되므로, 그 장에서 살펴봅니다. 다른 하나는 가해자측에 피해자의 주소지와 친족에 대한 정보가 공개됨에 따라, 피해자가 합의를 종용받는 등의 피해를 입는 경우입니다. 성폭력 범죄가 대개 인연이 있는 관계에서 발생하고 있는 것을 감안한다면, 피해자의 기본신상(성명, 연령, 인적사항 등)에 대해서는 가해자측의 정보입수가 용이한 경우가 많을 것입니다. 다만 가해자 측에 의한 보복 및 합의 종용은 '주소', '연락처' 등에 대한 정보를 통해서 이루어지는 것이어서, 이러한 정보에 대해 형사사법기관에 비밀보호의무를 강화시키는 것으로 피해를 줄일 수 있습니다. 또한 비밀보호를 위한 경찰-검찰-법원간의 공조체계를 보다 확대해나가는 방향으로 관련 법제를 정비해야 할 것입니다.

### 2-1-3. 언론매체로부터 보호받을 권리

#### 가. 도입

언론매체의 피해자의 성명, 주소의 공개, 사건의 본질을 왜곡한 피해내용의 선정적인 보도, 초상권 침해 등으로 인해 피해자는 인격적 주체로 대우받지 못한 채 사회적 호기심의 대상으로 전락될 우려가 많습니다. 이 또한 1-2에서 언급되었던 것처럼, 다른 범죄에서는 찾아보기 힘든 피해자 유발론과 무관하지 않으며, 범죄가 아닌 성적인 문제, 사적문제로 성폭력을 개념화하기 때문이기도 합니다. 언론매체로 인한 피해자의 인권 침해는 보도로 인해 피해자가 겪는 어려움이 즉각적이고 피해자가 속한 직장, 학교, 가족, 공동체 등 영향력이 미치는 영역자체가 광범위하다는 점에서, 그리고 권력집단으로서의 언론매체의 역기능 제어의 필요성 등에서 더욱욱 규제가 필요한 사안입니다. 아울러 사건수사를 진행중인 수사기관은 언론에 노출되는 것과 관련, 피해자의 사

여성인권을 찾는 시민감사단

생활보호를 위한 조치 및 언론매체의 인권침해시 대응방법을 조언하도록 하는 규정이 요구됩니다.

#### 나. 현행법상의 권리

**[특정강력범죄의처벌에관한특례법 제8조]** 특정강력범죄중 제2조제1항제2호 내지 제5호 및 제2항(다만, 제1항제1호를 제외한다)에 규정된 범죄로 수사 또는 심리중에 있는 사건의 피해자나 특정강력범죄로 수사 또는 심리중에 있는 사건을 신고하거나 고발한 자에 대하여는 성명, 연령, 주소, 직업, 용모등에 의하여 그가 피해자 또는 신고하거나 고발한 자임을 미루어 알 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재하거나 방송 또는 유선방송하지 못한다. 다만, 피해자, 신고하거나 고발한 자 또는 그 법정대리인(피해자, 신고 또는 고발한 자가 사망한 경우에는 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매)이 명시적으로 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

#### 다. 현행법 평가 및 대안 모색

특정강력범죄의처벌에관한특례법은 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 행한 성폭력 범죄에만 해당하므로 이 조항의 효력범위를 확대시키는 것이 필요합니다.

독일의 경우에는 재판과정을 촬영하거나 녹음하는 것이 금지되어 있고(169-2 GVG), 피해자의 안전이나 사생활 보호를 위해 필요할 경우 법원이 판결 이유나 판결의 일부를 출판하지 않도록 결정할 수 있습니다.(173-1 GVG). 이를 참고하여 법원에 보도금지 명령권을 부여하는 방안도 고려될 수 있습니다.

#### 2-1-4. 피해자 증언시 피고인 배제

##### 가. 의의

증언시 피고인 배제를 통해, 범죄피해자가 증인으로 진술할 때 두려울 수 있는 요소들을 미리 배제하고, 피해자의 신체 및 자유에 대한 침해위험을 최소화하여 실제진실발견에 기여하게 됩니다.

나. 현행법상의 권리<sup>12)</sup>

**[형사소송법 제297조: 분리신문제도]** 증인이 증언시 피고인의 면전에서 진실을 진술하지 않을 염려가 있는 때에는 피고인을 법정에서 퇴정할 수 있도록 하여 피고인과의 대면 없이 자유롭게 신문에 참여할 수 있도록 하고 있다.

다. 현행법 평가 및 대안 모색

현행 분리신문제도는 법정퇴정의 대상을 피고인에 한정하고 있으나, 실제 공판에서는 가해 당사자뿐 아니라 가해자 가족, 가해자의 주변인들에 의한 공포감 조성, 심리적 위협 등도 피해자의 진술을 방해하는 중요한 요인이 되고 있습니다. 형사소송법 제 297조의 분리신문제도를 피고인뿐 아니라 피고인의 친족 등도 함께 퇴정하는 것으로 규정하여, 피고인측에 의한 사생활 침해와 신체적, 정서적 위협을 차단하고 편안하고 자유로운 상태에서 증언할 수 있도록 해야 합니다.

2-1-5. 신변안전조치<sup>13)</sup>

가. 의의

소송진행 중이거나 법적절차를 마친 피해자들이 가장 두려워하는 것 중 하나는 보복의 두려움, 재피해에 대한 우려입니다. 피해자가 느끼는 보복에 대한 두려움과 공포, 위협감 등은 피해자의 일상 곳곳에 심각한 영향을 미치기도 합니다.

가해자에 의한 협박과 보복으로부터 피해자 신변의 안전을 도모하는 것은 피해자를 생명, 신체 등 법익의 침해 위험으로부터 보호하는 것일 뿐만 아니라 피해자로 하여금 형사절차의 진행을 결심하는 데에 장애요소를 최소화한다는 점에서도 중요성을 가지고 있습니다.

나. 현행법상의 권리

12) 하태훈, ‘증인 또는 범죄피해자 보호제도’ (피해자학연구 1995)

13) 이재상/이호중, 전거서, pp.105-110

**[특정범죄의처벌에관한특례법 제6조]** 법원은 특정강력범죄사건의 피고인이 피해자 기타 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보석 또는 구속의 집행정지를 취소할 수 있다.

**[특정범죄의처벌에관한특례법 제7조]** 증인에 대한 검사는 특정강력범죄사건의 증인이 피고인 기타의 사람으로부터 생명·신체에 해를 받거나 받을 염려가 있다고 인정되는 때에는 관할경찰서장에게 증인의 신변안전을 위하여 필요한 조치를 할 것을 요청하여야 한다.

**[특정범죄신고자등보호법 제13조]** 검사 또는 경찰서장은 범죄 신고자 등이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 일정기간동안 신변안전을 위하여 필요한 조치를 하게 할 수 있다.

#### 다. 현행법 평가 및 대안 모색

##### 1) 피고인의 보석을 제한하는 방안

###### ① 내용

피고인이 피해자 및 증인을 해할 염려가 있는 때에는 보석을 허가하지 않고구속을 명하는 방법입니다.

###### ② 다른 나라 입법례

- 일본 : 일본의 형사소송법 제89조 5에 의하면 "피고인이 피해자 기타 사건의 심판에 필요한 지식을 가졌다고 인정되는 자 또는 그 친족의 신체나 재산에 해를 가하거나 또는 그러한 자를 외포시키는 행위를 한다고 의심함에 족한 상당한 이유가 있는 때"에는 법원은 피고인의 보석을 허가하지 않을 수 있습니다. 이 규정은 '피해자'를 독립적으로 명시하였다는 점에 의미가 있습니다.

###### ③ 평가

우리나라에서는 이와 비슷한 규정으로 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제6조가 있으나 이와 같은 규정은 그 적용범위가 동법 제2조에서 정하는 일부 강력범죄에 한정

되어 있어 성폭력 범죄 전반의 경우에 적용되지 못하고 있습니다. 강력범죄의 경우에 피해자에 대한 보복조치의 위험이 큰 것이 사실이지만, 적용이 없는 단순강간 등의 성폭력 범죄의 경우도 그 실질적, 심리적 위험에 있어 차이가 있다고 할 수 없을 것입니다.

## 2) 형사사법 기관의 신변보호 조치의 노력

### ① 내용

가해자의 협박뿐만 아니라 가해자의 가족이나 동료로부터의 협박 또한 피해자에게 커다란 두려움을 갖게 합니다. 단지 심리적 공포뿐만 아니라, 일상적 위협으로까지 이어지는 피해자 내지 증인의 신변에 대한 위협은 피고인의 구속만으로는 해결될 수 없습니다. 따라서 피해자와 증인의 신변보호에 보다 철저하기 위해서는 형사사법기관의 신변보호조치 노력이 필요합니다.

### ② 다른 나라 입법례

- 미국 : 피해자 및 증인보호법(Victim and Witness Protection Act of 1982 : VWPA)에 따르면 피해자 내지 증인에게 경찰이나 검찰이 취할 수 있는 단계별 보호조치 내용을 통지하는 것이 의무화되어 있고, 공판정 증언을 보장하기 위한 신변보호조치가 일반화되어 있음을 알 수 있습니다. 또한 피해자나 증인이 심각한 위협에 처해 있는 경우에는 증언 후 검사가 신분증의 변경과 타지역 이주까지 책임지기도 합니다.

### ③ 평가

우리나라에도 이와 비슷한 규정인 특정강력범죄의처벌에관한특례법 7조가 있으나, 이와 같은 규정은 그 적용범위가 동법 제2조에서 정하는 일부 강력범죄에 한정되어 있으므로 이를 성폭력범죄에 확대 적용할 필요가 있습니다.

## 2-2. 증언에 대한 부담을 최소화하기 위한 피해자 권리

증인이 가질 수 있는 형사절차에서의 불안감과 압박감을 최소화하고 심리적으로 안정된 상태에서 자유롭게 증언하게 할 수 있는 권리입니다.

### 2-2-1. 증인소환상의 보호

가해자와의 직접적인 대면을 막고, 피해자의 신변 보호와 심리적 안정을 위해 분리된 법정대기실 마련 및 별도의 출입문 설치, 경찰동행의 차량 제공 등이 필요합니다.

### 2-2-2. 법정외 진술

#### 가. 의의

증인과 그 가족 구성원의 생명, 신체 및 자유의 침해에 대한 두려움을 최소화하고 증언의 부담으로부터 벗어나면서도, 실제적 진실발견의 과정을 충실히 담보할 수 있는 방안으로 법정외 진술이 이용될 수 있습니다.

#### 나. 현행법상의 권리

**[형사소송법 제165조]** 법원은 증인의 연령, 직업, 건강상태 기타의 사정을 고려하여 검사, 피고인 또는 변호사의 의견을 묻고 법정외에 소환하거나 현재지에서 신문할 수 있다.

이는 재판부가 증인의 신분이 노출되지 않도록 증인의 직장이나 주거지가 아닌 제3의 장소에 출장하여 증인신문하는 방안입니다. 이로써 방해받지 않은 상태에서의 증인신문과 증언이 진행될 수 있습니다.

#### 다. 현행법 평가 및 대안 모색

피해자가 법적절차를 통한 범죄의 처벌을 원하는 경우, 직접주의와 구두변론주의를 원칙으로 하는 형소법 체계에서 공판기일에 증인으로 출석하여 진술조서의 내용을 확인하고 인정절차를 거쳐야 하는 어려움이 따릅니다. 이러한 어려움은 고소를 결심하고

유지하는데 심리적, 직접적 장애요인이 될 수 있는데, 증언의 의무에 대한 부담을 줄이고 피해자의 신변을 보호하기 위해서는 법정의 진술, 초기진술 녹화, 녹음 등의 방안이 고려되어야 합니다.

1) CCTV 중계를 통한 실시간 증인신문<sup>14)</sup>

① 내용

형사소송체계의 공판기일주의 원칙과 피해자 보호, 피고인의 반대신문권 보장을 함께 실현할 수 있는 방안으로 미국, 영국, 네덜란드, 오스트리아, 독일 등에서는 아동에 대한 성폭력사건에 있어서 비디오 중계를 통한 증인신문방법이 이용되고 있습니다.

이에 따르면 증인은 공판정이 아닌 다른 방(마이크와 카메라가 설치된)에 있고 공판정에서는 TV모니터를 보면서 마이크를 통해 질문하고 답변을 듣는 방식으로 신문이 진행됩니다. 이러한 방식을 채택한다면 피고인의 퇴정으로 인해 피고인의 참석권과 질문권이 제한되는 점도 상쇄될 수 있습니다.

② 다른 나라의 입법례<sup>15)</sup>

- 미국 : 일부의 주(일리노이, 알래스카)에서 실시되고 있습니다.
- 영국 : 1988년 형사사법법 제32조에 의하면 법관은 증인신문을 법정에서 하지 않고 다른 장소에서 하면서 이를 직접적인 텔레비전 전송에 의해 공판에서 상영되도록 할 수 있습니다. 이러한 방법은 증인이 외국에 체류 중이거나 성폭력이나 그 밖의 침해로 야기시킨 범죄에서 14세 이하의 아동이 증인으로 진술하는 경우에 허용됩니다.
- 북아일랜드 : 1989년의 경찰 및 범죄증거명령 제81조에 의해 증인신문에서 텔레비전 전송의 방법을 이용할 수 있는 법원의 권한이 강화되었습니다. 이에 의하면 두려움으로 법정에서 출석하지 못하는 증인들은 텔레비전을 통해 신문을 받을 수도 있습니다.

14) 이재상/이호중, 전거서, pp.102-105

15) 오형석, “증인보호제도에 관한 연구” (한국형사정책연구원 1995)

## 여성인권을 찾는 시민감시단

### ③ 평가

미국, 영국, 북아일랜드, 호주 등의 많은 나라들이 CCTV 증계를 통한 실시간 증인신문을 14세 이하의 어린이가 피해자인 사건에 한정하여 실시하고 있는데, 이는 모든 성폭력 피해자로 확대될 필요가 있습니다. 성폭력 사건과 관련하여 법정에서 증언하는 경우 느끼게 되는 심리적 압박감과 스트레스, 가해자와의 직접대면에서의 어려움, 직접대면후 또다시 갖게될 후유증 등은 모든 피해자가 공통적으로 갖게 되는 문제이므로 어린이뿐만 아니라 모든 피해자에게 이러한 압박감을 덜 수 있는 방안이 필요합니다.

#### 2) 피해자진술 녹화물

##### ① 내용

**[특정범죄신고자등보호법 제10조]** 피해자와 법정대리인의 명시한 반대의사가 없다면 수사기관은 피해자로부터 진술을 청취할 때 비디오테이프 등 영상물에 의해 진술과정을 녹화해야 하고, 진술자 또는 작성자에 의해 그 성립이 증명된 때 증거로 채택될 수 있다.

형사소송법 제184조 “증거보전절차”를 활용하게 되면 피해자가 고통스러운 피해의 기억을 여러번 떠올리지 않고 법정에서 증언에 대한 부담을 줄일 수 있게 됩니다. 진술을 촬영 또는 녹취한 후 증거능력의 인정절차를 거쳐 증거물로서 보존하는 것입니다. 이를 위해 수사단계에서의 피해자 진술을 의무적으로 녹화할 것을 규정한 것이 특정범죄신고자등보호법 제10조인 것입니다.

##### ② 다른 나라의 입법례

- 미국 : 아리조나와 알칸사스와 같은 일부 주에서는 신청이 있는 경우 피해아동의 진술을 영상물로 제출하도록 하는 재량권을 법원에 부여하고 있습니다. 또한 캘리포니아와 사우스다코타주에서는 신청에 의해 법관이 의무적으로 예비신문절차에서 비디오 녹화를 명하도록 하고 있습니다. 이 경우 증언은 녹화와 함께 피고인측 변호인의 반대신문을 거치도록 법관의 입회하에 이루어지며, 녹화된 영상물은 증거능력이 인정됩니다.

- 영국 : 수사기관은 아동학대죄의 피해아동에 대한 조사과정을 부모의 동의를 묻고 영상물로 남길 의무가 있습니다.

### ③ 평가

현행 특정범죄신고자등보호법의 적용대상의 제한때문에 모든 성폭력 피해자들을 포함할 수 없는 한계가 있으며, 일부 적용대상에 포함되는 성폭력피해의 경우도 증거확보과정에서의 보호의 기능이 제대로 실현되고 있지 않은 상황입니다. 또한 다른 나라의 경우 피해자진술 녹화의무는 14세 이하의 아동피해자의 경우에만 실현되고 있는데 모든 성폭력피해자로 확대 실시하여야 하고, 피해자측의 신청이 있다면 법관이 의무적으로 예비신문절차에서 비디오녹화를 실시하도록 되어야 할 것입니다.

## 2-3. 조력을 받을 권리, 피해자의 상황에 따라 배려받을 권리

### 2-3-1. 변호인의 조력을 받을 권리

성폭력 피해자들의 대다수는 형사절차에서 이미 보장되어있는 피해자의 권리를 알지 못하고, 이에 대한 정보를 제대로 제공받지 못합니다. 또 안다고 하더라도 구체적으로 실현시킬 수 없기 때문에 어떠한 권리가 있는지, 침해되었을때는 어떻게 문제제기할 수 있는지 등에 관해 무기력해지는 경우가 많습니다.

피해자로서의 권리에 대한 정보부족뿐만 아니라, 성폭력사건의 효과적인 처리절차나 실무상의 관행 등에 대해 잘 알지 못하는 데서 오는 불안함, 절차를 진행하면서 겪는 심리적 어려움 등은 실제적 불이익으로 나타나게 됩니다. 소송을 유지하기 어려워 법적과정을 마무리하는 과정에서 가해자와 합의를 하는 것이 도리어 피해자에게 불리한 정황증거가 되기도 하고, 이후에 더 이상의 권리 주장이나 배상청구를 할 수 없게 되는 경우도 발생합니다.

따라서 피해자가 소송전반에 관한 세세한 정보와 자신의 권리에 대한 정보, 현행

## 여성인권을 찾는 시민감시단

제도상에 명문화되어있는 권리와 아닌 것, 권리구현 방법 등에 대한 정보를 제공받고 심리적으로 안정된 상태에서 자신의 의견을 진술하고, 또 최대한 피해자의 원상회복에 적합한 방안으로 사건을 처리할 수 있으려면 소송전 단계부터의 법률적 정보제공과 소송과정에서의 법률적 조력이 반드시 필요합니다. 물론 몇몇 피해자들이 개인적으로 변호인을 선임한다든지, 전문적인 상담소 등을 통해 법률지원을 받는 경우도 있지만, 개인이나 지원 단체의 도움과는 별도로 피해자에게도 지원받을 권리가 법적으로 인정되어야 합니다. 또, 피해자의 권리를 실질적으로 보호하기 위해서 피해자측 변호인에게도 공판절차, 특히 증인신문상에서 행사할 수 있는 권리를 인정해야 할 필요가 있습니다.

### 가. 피해자의 변호인 선임권

앞서 서술했듯이, 변호인을 선임함으로써 피해자가 도움을 받을 수 있는 부분은 다양합니다. 우선 피해자는 자신의 입장을 대변하는 변호인을 통해 심리적인 안정을 얻고 낯설고 위압적인 형사절차 과정에 대한 부담감을 줄일 수 있습니다. 또한, 법률적 조언을 통해 최대한 자신에게 도움이 되는 처리절차를 모색할 수 있습니다. 민사상의 손해배상 청구를 할 것인지, 혹은 피고인이 역고소를 했을 경우 어떻게 대처할지 등은 법률 전문가의 도움이 반드시 요구되는 부분입니다. 피해자는 가해자측과의 접촉 시에도 직접 가해자를 대면하지 않아도 되며, 변호인을 통해서 오히려 더 유리한 결과를 이끌어 낼 수도 있습니다. 또한 소송대리를 통해 복잡한 소송절차에 대한 부담을 덜고, 소송을 유지할 수 있는 조력을 얻을 수 있습니다.

이처럼 피해자의 권리 확보와 실체관계 발견에 법률적인 조력이 필수적인 만큼, 변호인 선임은 법적으로 보장되어야 하며, 아동이나 장애인, 외국인 등 피해자가 형사절차에 대한 방어능력이 상대적으로 부족하거나, 부족할 수밖에 없는 상황일 때(친족관계나 업무상 위력에 의한 성폭력 범죄의 피해자일 때 등)는 변호인 선임을 의무화하는 것이 필요합니다. 또한, 피해자가 경제적인 어려움을 갖고 있을 때에는 피고인의 경우와 마찬가지로, 피해자에게도 국선변호인을 선임할 수 있도록 알선해주어야 할 것입니다. 그리고 어떠한 때에도 피해자가 법률적인 지원을 받을 수 있도록 법조인력 풀

을 마련하여, 변호인을 선임하는 과정이 쉽고, 즉각적으로 이루어질 수 있어야 합니다.

나. 피해자 보호를 위한 변호인의 권리

1) 소송행위에 관한 조력 : 복잡한 소송절차에서 변호인의 조력을 받을 수 있다면 피해자의 부담을 줄일 수 있습니다.<sup>16)</sup>

2) 증인신문상의 변호인 조력 : 증인신문 참석, 비공개청구권, 이의제기권

#### ① 증인신문 참석

변호인의 조력은 형사절차 전 과정에서 요구되지만 특히 증인신문에서 부당한 공격을 당하지 않고, 사실과 의사를 제대로 전달하기 위해서는 증인신문시 변호인의 지원이 절실하다고 할 것입니다. 기본적으로는 증인신문 과정에 변호인이 참석할 수 있어야 하며, 피해자에게 불리할 수 있거나 실제관계 발견과 관련이 없는 부적절한 질문과 신문방법에 대해서 이의를 제기할 수 있는 권리가 변호인에게 보장되어야 합니다.

한편, 피해자의 지위가 '증인'인 이상, 현행 법령상의 증언 의무를 피할 수 없도록 되어있기 때문에 변호인의 조력은 이러한 의무 실행과 실제관계 발견에 지장을 주지 않는 선에서 제한되게 됩니다. 그러나 기본적으로 피해자인 증인과 그 외의 증인의 지위는 구별될 필요가 있습니다. 증언의무의 경우, 현 형사소송법 제147~149조 상의 예외 사유 이외에 피해자의 입장을 반영한 예외사유를 신설하는 등의 개정도 아울러 고려되어야 할 것입니다.

#### ② 비공개 청구권

심리의 비공개 청구는 현행법상 피해자 또는 가족에 의해서 가능하나, 피해자가 이를 행사하지 않는 경우 변호인이 피해자를 위해 신청할 수 있어야 합니다. 그러나 심

---

16) 독일 형사소송법(제 406조 f 제 1항) : 피해자가 형사절차에서 변호인의 조력을 받거나 변호사로 하여금 대리하도록 할 수 있다

## 여성인권을 찾는 시민감시단

리의 비공개 자체가 공개주의 원칙에서 피해자 보호를 위해 예외적으로 허용하는 것인 이상, 피해자가 비공개를 명시적으로 반대할 경우에는 변호인이 이를 주장할 수 없을 것입니다.

### ③ 이의 제기권

사건과 관련없거나, 피해자의 인격을 침해하는 내용의 증인신문에 대해서 변호인이 이의제기할 수 있어야 합니다. 변호인의 이의제기가 있을 때, 법관이 타당성을 판단하고, 증인신문 내용에 대한 제한을 결정할 필요가 있습니다. (한편, 또 다른 입법형식으로 증인신문 제한 사항을 법정화하는 방안이 뒤에 언급됩니다.)

형사절차에 있어서의 피해자 지위와 개선에 관한 제1차 법률(‘Opferschutzgesetz’)의 제정시행을 통해 피해자의 권리를 비교적 두텁게 보호하고 있는 독일은 형사소송법을 통해서 변호인의 조력을 명문화하는 한편, 증인신문 상에서의 구체적인 조력의 방안까지 규정하고 있습니다.<sup>17)</sup>

### 3) 소송계속중인 기록 등 열람·등사권

소송중인 기록을 열람함으로써, 소송의 당사자들이 경과상황을 잘 이해하고 효율적인 소송수행을 할 수 있으며 무엇보다도 피해자가 재판의 경과를 문서로 확인할 수 있다는 점에서 의의가 있습니다. 그러나 현행법 체계상 증인인 피해자는 소송의 당사자가 아닌데다가, 기록을 열람하거나 등사할 경우 재판의 경과를 파악하고 자신에게 유리한 쪽으로 위증을 할 수 있다는 이유로 기록을 열람하거나 등사할 권리를 갖지 못하는 것이 현실입니다.

피해자가 변호인의 조력을 받을 수 있음을 전제로 한다면, 피고인의 변호인과 마찬가지로 피해자의 변호인도 재판의 경과를 확인하여 적극적으로 피해자를 보호하기 위하여 기록을 열람하거나 등사할 수 있어야 합니다.<sup>18)</sup>

---

17) 독일 형사소송법 406조 f의 ②: 법원이나 검사의 피해자 신문시 변호사의 참석을 허용한다. 질문에 대한 이의 제기에 관한 피해자의 권리를 피해자를 위한 변호사가 행사할 수 있으며 공개금지처를 신청할 수 있으나 피해자가 이에 반대할 경우에는 그렇지 않다.

### 2-3-2. 신뢰관계인의 동석

#### 가. 의의

2차 피해로부터 피해자를 보호하는 것이 결과적으로 법원이 추구하는 소위 '실체 관계의 진실'을 밝힐 수 있는 것임은 앞서 언급이 되었습니다. 형사절차에서 불필요한 신문절차를 최소화하는 등의 방안과 함께 피해자가 증인신문 과정에서 가지는 심리적 부담을 최소화할 수 있는 배려가 필요합니다. 그 중 대표적인 것이 바로 피해자의 신뢰 관계인(변호인, 가족, 상담원 등)이 동석할 수 있도록 하는 것입니다.

신뢰관계인의 동석이 피고인 퇴정제도와 함께 피해자에게 편향된 제도라는 비판이 있으나 신뢰 관계인의 동석은 피해자에게 심리적인 도움을 제공하는 것으로서, 피고인의 방어권과 상충한다고 볼 수 없습니다.

#### 나. 현행법상의 신뢰관계인 동석권

**[성폭력특별법 제22조의2]** 증인 신문시에 피해자나 검사의 신청에 의하여 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석시킬 수 있다.

#### 18) 독일 형사소송법 406조 e

- ① 변호사는 법원에 제출되어 있거나 공소제기시 제출하여야 할 기록을 피해자를 위하여 열람할 수 있으며, 변호사가 관청이 보관하고 있는 증거서류를 열람할 정당한 이익을 변호사가 밝히는 한 이를 행할 수 있다. 395조가 열거하고 있는 경우에는 정당한 이익에 대한 설명을 필요로 하지 않는다.
- ② 피의자 또는 기타 제 3자의 중요한 보호이익에 반하는 경우 기록열람을 불허하여야 한다. 조사목적을 해하는 것이라고 보이거나 절차를 현저히 지연시킬 우려가 있는 경우 기록열람을 불허할 수 있다.
- ③ 기록열람에 반하는 중대한 사유가 없는 한 신청에 따라 변호사에게 증거서류를 제외한 기록을 자신의 사무실이나 주거에서 열람할 수 있도록 교부할 수 있다.
- ④ 기록열람에 관하여 법원이 거절할 경우 법원의 재판을 신청할 수 있으며, 재판장의 재판에 대하여는 불복할 수 없다.
- ⑤ 1항의 요건하와 기록으로부터 얻은 정보와 사본을 피해자에게 교부할 수 있으며, 제 2항과 제 4항 제 1문을 준용한다.

## 여성인권을 찾는 시민감시단

대상범죄는 특수강도강간, 특수강간, 친족관계에 의한 강간, 장애인에 대한 강간·추행, 13세 미만 미성년자에 대한 강간·강제추행, 강간치상, 업무상 위력 등에 의한 추행과 각 범죄의 미수범으로 되어있습니다.

### 다. 현행법 평가와 대안 모색

많은 피해자들이 법정에서의 위압감과 소외감, 두려움을 호소하고 있는 것을 고려한다면, 신뢰관계인의 동석을 모든 성폭력 피해자에게 정당한 권리로 인정해야 합니다. 또한 증인신문사, 신뢰관계인이 방청석에 앉아있는 것이 아니라 피해자가 요구할 경우에는 증인석에 함께 배석할 수 있도록 배려해야 합니다.

성폭력 특별법 3차 개정안(2003. 전재희의원발의, 안 22조의 3)은 신뢰관계인의 동석이 피해자나 검사의 신청이 있을 때에만 허용되는 것이 아니라 의무화되어야 하며, 특히 피해자가 정서적으로 불안해할 가능성이 더욱 크다고 할 + 있는 13세 미만 미성년자나 장애인일 경우에는 신뢰관계인이 형사절차 전반에서 동석해야 한다고 보고 있습니다. 또한 이러한 동석제도의 필요성은 앞에 명시된 범죄에만 국한되는 것이 결코 아니므로 적용범위를 성폭력범죄 전반으로 확대하여야 할 것입니다.

### 2-3-3. 전문가의 조력을 받을 권리

아동이나 장애인 등의 성폭력 피해자의 경우, 법정진술에의 심리적 방어기제가 크고 진술능력이 부정되는 등, 피해자 혼자 힘으로는 증인의 역할을 하는 것이 힘들 수 있습니다. 따라서 피해자의 진술권이 제대로 확보될 수 있기 위해서는 피해자가 13세 미만의 미성년자이거나 의사표현이 자유롭지 못하거나 관련 장애가 있는 경우, 외국인인 경우 등에 있어서는 공판절차의 진행과정에서 피해자에게 진행과정을 설명하고 의사표현에 도움을 줄 수 있는 전문가의 조력이 반드시 필요합니다.

또한 법원은 피해자 증언의 증거능력을 판단할 수 있기 위해서라도 관련 전문가에게 피해자에 관한 의견을 조회하고 그 조회의 결과를 참작하여야 합니다. 특히 아동과

장애인 피해자의 경우 이러한 절차가 절실히 요구됩니다.<sup>19)</sup>

피해자에 대한 전문인력 의견조회는, 각 공판절차 때마다 개별적으로 의뢰하는 방식도 가능하나, 보다 안정된 시스템으로 연계인력풀 형성과 운영, 상설 지원체계 구현 등의 방법도 고려되어야 할 것입니다.

#### 2-3-4. 피해자 지원시스템

##### 가. 의의

지금까지의 성폭력 피해자들은 피해로 인해 정신적, 육체적으로 피해를 당해오더라도 도움을 찾기 위해 스스로 지원단체나 여러 관공서의 문을 직접 두드릴 수밖에 없었습니다. 스스로 사건 처리 절차를 이끌어 가야한다는 부담감과 여러 기관의 미온적인 태도로 결국 많은 피해자들이 형사절차 진행을 포기하게 됩니다.

지금까지 이루어져온 민간차원의 지원시스템 이외에 성폭력에 대한 사회구조적 접근과 피해자 권리에 대한 인식을 기본으로 한 국가차원의 지원시스템이 필요하다 할 것입니다.

##### 나. 외국의 피해자 지원

###### - 영국

영국의 피해자 지원절차는 지원센터와 형사 기관간의 긴밀한 연계와 체계적인 피해자 지원으로 모범적인 모델로 평가됩니다.<sup>20)</sup>

우선, 사건이 경찰에 신고되면, 사건현장에 경찰관이 파견되어 피해자에게 담당부서 등을 소개하고 '사건의 피해자(Victims of Crime)'라는 소책자를 전달합니다. 이를 통해 피해자는 수사절차, 과정 등에 대한 정보를 제공받을 수 있으며 담당 경찰에게 수사의 중요한 진전사항에 대해 통보받을 수 있습니다. 경찰은 신고접수 후 2일 이내에 성폭력범죄의 피해자가 동의하는 경우, 피해자 지원협의체(Victims Support)에 통보합니다. 신

19) 성폭력특별법 개정안 안 22의 2

20) 표창원, '형사절차와 피해자' (한국성폭력상담소 '여성인권을 찾는 시민감시단' 교육자료)

## 여성인권을 찾는 시민감사단

속한 처리를 위해 피해자지원협의체는 사건 신고접수 후 4일 이내에 피해자와의 접촉을 시도해야 합니다. 자원활동가는 피해자에게 정서적 지원을 하며, 보험금 청구, 형사 피해보상청구, 특정문제에 대해 지원을 받을 수 있는 기관 안내 등을 해주는데 강간사건의 피해자인 경우, 특별훈련을 받은 경찰관이 배치되고 피해자가 경찰관에게 진술한 피해내용은 경찰, 검찰, 판사 등이 사건관련 결정을 내리는데 최대한 고려해야하는 사항이 됩니다.

피해자가 법정에서 증인으로 출석하게 되는 경우는 피해자지원협의체의 산하에 소속되어있는 목격자지원협의체(Witness Service)에 의한 지원을 받게 됩니다. 현재 잉글랜드와 웨일즈의 모든 형사법정과 순회법정에는 목격자지원협의체가 설치되어 있으며, 이곳의 숙련된 직원과 자원활동가들은 재판 전후와 진행중에 증인과 증인의 측근들을 돕게 됩니다. 또한 아동목격자의 경우, 별도의 아동 담당자(Child Witness Officer)를 통해 재판 일자의 조기 지정이나 CCTV를 통한 중계 증언 등을 요구할 수도 있습니다.

### - 미국

미국의 LA경찰국이 운영하는 피해자 지원(Victim Assistance)제도도 지방검사실의 '피해자와 목격자 지원 프로그램'과 연계하여 이루어지고 있습니다. 검사실은 피해자에 대해 국가 피해보상금 지급절차 지원 및 손해배상 청구 민사소송관련 법률지원, 피해자 지원 전담요원이 지방검사실, 각 경찰서 및 보안관 사무실 등에 상주하면서 피해자에게 전문적 상담서비스 제공, 피해자를 관련 복지기관에 연결, 수사 및 법정 절차에 동행, 증거로 쓰인 재산의 신속한 환부 등을 위한 도움을 제공합니다. 특히 어린이 및 노인 피해자, 성폭력·가정폭력 피해자 및 장애인 피해자에게는 특별한 관심과 주의를 기울이고 충격이 큰 범죄에 대해서는 현장 응급지원을 제공하며 위협을 받은 피해자나 목격자에 대한 동행 및 신변보호 제공을 하고 있습니다.

### 다. 피해자 지원 서비스

앞에서 살펴본 영국과 미국의 피해자 지원 서비스는, 단순히 형사절차상의 피해자의 권리만을 고려하는 것이 아니라, 피해자에게 먼저 다가가고, 적극적인 도움을 주는 기관으로서 시민들의 형사절차에 대한 신뢰, 만족을 높이는 효과를 낳고 있습니다. 또

한 이러한 절차들이 수사기관과 독립된 피해자지원협의체 간의 긴밀한 연계와 협조를 통해서 최대한 신속하게 이루어지고 있다는 점이 주목할 만합니다.

피해자로서 이러한 도움을 받을 수 있도록 시스템을 구현하는 것은 범죄로부터의 회복을 돕는 역할뿐 아니라 신고율 증진과 결과적인 사회일반의 범죄예방 등 형법의 기능을 제대로 실현할 수 있도록 하는 장치이기도 합니다. 이와 같은 이유들로, 국가와 민간의 적극적인 조력을 받을 수 있는 권리는 피해자의 '절차적인 권리'로 인정될 필요가 있는 것입니다.

체계적인 피해자 지원시스템의 구현은 물론, 수사·사법기관 역시 피해자 보호와 지원을 사건해결의 부차적인 것이 아니라, 궁극적인 가치임을 인지하고 피해자 지원센터와의 적극적인 연계를 모색해야 합니다.

## 2-4. 특수한 유형의 피해자 보호를 위한 권리

비장애·국내·성인 여성에 비해 진술능력, 형사절차를 견딜수 있는 심리적, 경제적 상황, 연계자원 등이 상대적으로 취약한 아동, 장애인, 노인, 외국인, 특히 이주노동자 등의 경우 피해후 신고나 고소자체에 어려움을 지니며 증거능력이 부족하거나 지난한 법적과정을 견뎌내기 어려운 경우가 많습니다. 이들의 특수성에 대한 담당기관의 이해 부족 등의 이유로 고소율, 기소율이 현저하게 낮으며, 이들에 대한 기초적인 통계연구나 적극적인 보호방안에 대한 연구성과 등도 매우 부족한 상황입니다.

공판절차상에서 특수한 유형의 피해자의 권리가 적극적으로 보호되기 위한 사전작업으로 특성에 따른 취약함, 피해자가 범죄와 형사절차를 통해서 받게 되는 영향, 필요로 되는 권리 등에 대한 파악이 필요하며 그에 따른 이들에 대한 구체적인 보호방안이 마련되어야 합니다.

### 2-4-1. 공판절차상 아동 성폭력 피해자를 보호하기 위한 권리<sup>21)</sup>

21) 서보학, '형사절차상 성범죄 피해아동 보호방안', (형사정책 연구 제 7권 제 4호)

① 진술거부권

피해아동이 진술을 거부하거나 법정대리인이 피해아동 보호를 위해 진술을 원치 않을 경우, 본인 또는 법정대리인의 의사에 반하여 피해 아동의 진술이 강제되어서는 안 됩니다. 이 경우, 피해아동의 상담기록, 수사절차상에서 했던 초기 진술, 전문가의 감정 등을 근거로 피해자의 증언을 보충할 수 있을 것입니다.

② 반복신문의 지양과 공판기일전 법관에 의한 증인신문

아동피해자의 경우 피해당시의 부정적 기억에 대한 방어기제와 심리적 부담으로 인해 진술과 증언을 거부하거나 반복될수록 증언능력이 저하되는 경우가 발생합니다.

때문에 전문가의 감정 등을 통해 최초 진술의 증명력을 특히 강화하는 방안이 요구됩니다. 증언의 신빙성에 관해 법정화하는 것은 형사소송 원리인 자유심증주의(제208조)와 모순된다 볼 수도 있으나 자백의 증명력(제310조)과 공판조서의 증명력(제56조) 등 예외규정을 마련하고 있는 것을 감안한다면 예외적 법규로 마련할 수 있을 것입니다.

또, 피해아동이 위압적인 법정에서 가해자와 대면하며 증인신문하는 것에 심각한 정도의 부담감을 느낄 수 있고, 아동일 경우 더욱 신속히 절차를 진행시킬 필요가 있으므로 공판기일전의 증인신문절차(형사소송법 제221조의 2)를 활용할 수 있습니다. 공판기일에 증인소환을 받은 아동은 원칙적으로는 법정에 출석할 의무를 가지고 있으나 출석을 거부할 때 이를 강제할 수단이 없고 피해아동의 보호측면과 결과적인 진실발견을 위해서도 출석을 강요하기보다는 다른 절차적인 수단을 이용해야 합니다. 공판기일전 증인신문을 담당하는 판사는 그 사건을 담당하는 판사가 아니더라도, 어린이와 청소년에 관한 사건을 이미 다루어본 판사가 할 경우 아동의 부담을 최소화시킬 수 있을 것입니다<sup>22)23)</sup>.

---

22) 이와 관련해 최근 주목할 판결이 있다(2003.11). 서울지법 형사합의24부(재판장 이대경 부장판사)는 유학중 일시귀국한 여조카를 성폭행한 혐의로 기소된 00피고인 사건에 대해 “피해 아동이 현재 외국에 있는 데다 정신적 충격 때문에 진술을 거부하고 있어 일단 형사소송법의 ‘특신(特信)상태’ 사유로 볼 수 있다.”고 밝혔다. 형사소송법 314조는 ‘사망, 질병, 외국거주, 기타 사유로 인해 진술할 수 없는 때’ 조서나 서류가 특신상태(특별히 믿을 수 있는 상태)에서 작성됐다면 증거 능력을 인정토록 하고 있다.

그러나 공판기일전 법관에 의한 증인신문을 하더라도 그 절차에 피고인측이 참석하는 경우, 피해이동을 실질적으로 보호할 수 없습니다. 따라서 공판기일에 증인신문을 하는 것을 원칙으로 하되, CCTV를 이용한 중계신문이나 일방거울 등을 사용하여 가해자와 대면하지 않고 편안한 분위기에서 신문할 수 있도록 해야 합니다.

### ③ 신뢰관계인 동석의 의무화와 전문가의 조력 (2-3-2, 2-3-2 참고)

## 2-4-2. 장애인 피해자를 보호하기 위한 권리

기본적인 의사소통을 위한 수화통역자, 보조 진술원의 도움을 받는 것 이외에도 의사표현이 힘든 장애인의 경우는 전문가로부터 진술을 위한 조력을 받을 수 있어야 합니다. 또한 장애인 성폭력 피해가 거주하고 있는 동네의 이웃사람이나 장애인 시설에서 빈번히 발생하고 있는 것을 고려해 본다면 형사절차를 진행하는 동안, 장애인 피해자를 보호할 쉼터지원이 필요합니다.

## 2-4-3. 그외 피해자를 보호하기 위한 권리

고용허가제가 도입되었지만 여성이주노동자의 많은 수가 불법체류상태이며, 그 중 일부는 성매매 산업에 종사하고 있습니다. 여성이주노동자의 이러한 열악한 지위로 인해, 사업장에서의 성폭력 범죄에 대한 문제제기 자체가 어려운 상황입니다.

여성이주노동자의 피해 신고와 정당한 가해자 처벌을 위해서는 피해자의 강제출국을 유예하고, 피해자를 가해자로부터 보호하기 위해 다른 사업장을 알선하거나 쉼터에서 보호할 수 있는 방안 등이 모색되어야 합니다. 또한 자국의 영사관, 대사관과 연계

---

23) 장현우, '수사상 충격으로 인한 성폭행 피해자 진술 불일치로 무혐의 처분한 사례', (성 피해 청소년의 '법적고통' 사례발표 및 대안모색 심포지엄 2003.10.14) : 성폭행을 당한 충격과 수사관들의 죄인을 다루는 듯한 고압적, 위압적인 수사태도에 충격을 받아 실신을 한 후 사건과 관련된 부분에 대하여 기억상실증에 걸리게 됨. 이어지는 검찰 수사과정에서 검찰은 피해자의 진술이 부정확하고 일관성없다는 이유로 무혐의 처분함.

## 여성인권을 찾는 시민감시단

하여 피해자가 보다 안정적인 위치에서 형사절차에 참여할 수 있는 방안이 필요합니다.

이외에도 노인의 성폭력 피해나 군대 또는 구치소 등에서의 위계질서에 의한 성폭력 피해로 신고자체가 어려운 경우들이 있는데, 공판절차에서 이들을 두텁게 보호할 수 있는 방안이 필요합니다. 그러기 위해서는 앞에 언급되었듯이 각 피해유형에 관한 연구가 전제되어야하며, 피해자가 사건자체로 입게되는 피해와 일반적인 공판절차상에서의 2차 피해에 대한 파악이 요구되며 공판상에서도 이런 피해의 특수성을 고려한 보호와 배려가 필요할 것입니다.

### 3. 증인신문 내용상 보호를 구할 권리

#### 3-1. 부적절한 증인신문

##### 3-1-1. 증인신문상의 성폭력 피해자

범죄 진상과 가해자의 혐의를 밝히는 과정에 있어 다른 범죄보다 특히 성폭력 범죄의 공판과정에서는 '증인인 피해자에 대한 역공세'가 심각한 문제로 나타납니다. 성폭력 피해자는 범죄피해 당사자로서 위로와 지지를 받고 피해사실에 대한 진술기회를 보장받기보다, 피해사실에 관해 '무고'<sup>24)</sup>하였는지 혹은 범죄를 '유발'하였는지를 집중적으로 추궁받게 됩니다. 피해사실 주장의 진위와 피해자 개인이 신뢰할 만한지가 우선적으로 심리되며, 피해결과가 사실로 인정되는 경우에도 피해자가 유발한 부분은 없는지가 중요하게 다루어집니다. 피해자의 신뢰성 판단과 피해자에 대한 책임 추궁은 성폭력 피해자에 대한 신문에서 특히 가중된 형태<sup>25)</sup>로 나타나고 있습니다.

##### 가. 피해자 불신

통상적으로 성폭력 관련 공판에서 법원은 피해 진술인이 과연 신뢰할 만한가를 먼저 판단하려 합니다. 이러한 판단은 피해자의 과거 이력에 대한 조사로 이루어지는데, 과거 피고인 및 제3자와의 성적 관계에 대한 사실 확인 등 이른바 성력을 문제로 삼는 것입니다(피해자 신뢰성을 성력으로 판단하는 의미는 3-1-2에서 더 언급됩니다). 구

24) “성범죄는 은밀하게 당사자 사이에서 일어나 다른 증거가 달리 없고, 그 형량이 중대하는 점에서 무고와 위증의 문제가 중요한 것이다. ... 일부 허위의 고소로 인하여 심각하게 다루어져야 할 모든 진정한 성범죄가 여전히 의혹적인 눈으로 보여지고 처리됨” 표창원, 전개 자료. p30

25) “어떤 범죄에 대한 재판이라도 피고인의 입장에서는 사건발생과 관련하여 피해자에게 책임이 있으면 이를 명확히 밝힐 필요가 있다. 그러나 강간재판의 경우 문제가 되는 것은 피해자의 책임으로 거론되는 유발적인 행동이 피해자로서는 자신의 자유의사에 따른 행동이라는 점이다.” 박선미, ‘여성학적 관점에서 본 강간범죄의 재판과정’, (형사정책 제4호, 1989. 한국형사정책학회) p302

## 여성인권을 찾는 시민감시단

체적으로는 피고인 변호인이 증인으로 소환된 피해자에게 성력에 관한 사항들을 신문<sup>26)</sup>하게 되고, 재판장이 이를 특별히 제한하지 않는 양상으로 나타나는데, 경우에 따라 재판장에 의해 신문이 이루어지기도 합니다.

형사소송법 제299조 등에서는 소송에 관계없는<sup>27)</sup> 사항을 신문하는 경우 이를 제한할 수 있다고 되어 있으나, 성폭력관련 공판에서의 성력에 관한 진술은 일반적으로 제한되지 않고 증거로 채택되고 있습니다. 법원이 피해자의 성력을 '사건심리와 관련있는 사항'으로 판단하고 있다는 것인데, 성력은 사건의 구체적 정황과는 분명히 관계없는 사항이므로 이러한 법원의 '관련성' 판단은 매우 부적절한 것입니다.

또한 성력 등은 피해자의 개인영역에 관한 부분인 만큼, 이에 관련한 신문들은 성폭력으로 인한 모욕감 못지않은 인격적 손상을 초래하게 됩니다. 피해자의 인격권을 다시 한번 침해하는 이러한 '2차가해'는 피해당시의 성적인 모멸감과 굴욕감, 훼손된 권리를 법적절차를 통해 회복하고자 기대하는 상황에서 벌어지는 것으로 피해 후유증을 더욱 가중시키는 결과를 가져오게 됩니다.

### 나. 피해자의 책임추궁

피해자의 성력 등으로 신뢰성을 판단하는 것 이외에 피해자신문시 집중적으로 다루어지는 것이 '피해자가 피해를 유발하지는 않았는지에 관한 신문입니다. 구체적으로는 피해자의 저항정도로 화간의 성립여부를 판단하거나 피고인으로 하여금 오해하게 만든 부분이 있었는지 등이 검토되는 식으로, 가해당시의 가해자가 행한 폭력이 피해자

---

26) “도덕성이나 행실 등을 문제 삼음으로써 거의 유일하고 결정적인 증거인 피해자 진술의 증명력을 탄핵하려는 의도(Schneider, Einfuehrung in die Kriminologie, 3. Aufl, 1993, p218)” 표창원, 전계 자료, p30.

27) “<형소법§299-중복된 사항이거나 그 소송에 관계없는 사항인 때에는 제한> - ‘소송에 관계없는 사항’은 영미증거법에서 말하는 ‘관련성’(relevance)없는 사항(이재상, 형사소송법 제6판, 2002), 미국 증거법상 ‘관련성 있는 증거’는 ‘행동을 결정하는 데 있어 중요한 사실이 존재하는가에 대하여, 그 증거가 없는 경우보다 있는 것이 그 개연성을 늘리거나 또는 떨어뜨리는 경향을 가진 증거’라고 정의된다(R.Evid. 401)”. 조국, “형사법의 성편향”, (박영사2003) pp.99-100

에게 어떤 의미였는지가 아니라 역으로 피해자의 반항의 형태로 폭행의 정도를 살피는 것입니다. 이 과정에서 피해당시 행한 피해자의 구체적인 반응이나 행동들은 성폭력 상황에 대한 이해없는, 남성중심적 사회통념을 기준으로, 규범적으로 판단되고 평가됩니다. 그렇게 평가된 행위에 대하여 피해자는 이를테면 '기소된 피해자' 혹은 '피해혐의자<sup>28)</sup>'로서의 책임을 신문받게 되는 것입니다.

또한 범죄구성요건이 아닌 정황증거 등이 피해자의 책임을 묻는 근거로 거론되기도 합니다. 일반적으로 피고인의 범행사실을 입증하기 위해 사용되는 정황증거가 도리어 피해자의 유책사유를 살피는 데에 쓰이게 되는 것입니다. 예컨대 성관계에 대한 승낙이나 암묵적 동의, 묵인으로 불만한 사유(성적인 것으로 오인할 여지가 있는 행동이나 피해자의 부주의한 행동)가 있었는지가 문제시됩니다.

성폭력 피해로 인한 심리적 외상(굴욕감과 수치심으로 위축됨에 따라 자기책망<sup>29)</sup>)의 반응이 나타나고, 이에 따라 피해회복에 더욱 소극적이 되어감)이 우려되는 피해자

28) 신상숙, 「성폭력의 의미구성과 '성적 자기결정권'의 딜레마」, 『여성과 사회』(제13호, 2001), 창작과 비평사

29) “자기존중감(self-esteem)의 상실 : 강간피해자들에게서 공통적으로 나타나는 현상 중의 하나가 자기존중감의 약화와 부정적인 자기지각현상이다. 특히, '강간은 행실이 단정하지 못하거나 헛점을 내보인 사람에게만 일어난다'는 믿음을 평소 가지고 있었던 피해자의 경우에는 자기비판과 자기존중감의 비하가 더욱 두드러진다. 자기존중감의 비하는 자신의 신체적 자아, 사회적 자아, 그리고 정체감까지도 변화시킬 수 있다. 그리고 피해자의 자기존중감이 낮을수록 성폭행의 후유증으로부터 벗어나는데 더 오랜시간이 걸린다. 강간 피해자들과 강도 피해자들을 비교했을 때, 강간피해자들의 자존감 수준이 더 낮았다”(Resick, P.A. (1993). The psychological impact of rape. Journal of Interpersonal Violence. 8. 223-255) 조은경, ‘강간피해의 심리적 반응에 대한 고찰’ (피해자학연구 3호,1995) p.78

30) “강간이 어린시절 어른들에게서 벌받을 때의 위협을 생각나게 (중략) 즉 강간을 마치 자기 잘못에 대한 어른들의 벌로 받아들인다는 것이다. (중략) 주위 사람들이 겉으로는 위로하지만 속으로는 은근히 자신을 비난하는 눈치를 보이는 이중적인 태도는 죄책감을 불러일으킨다(피해여성의 정신역동-Nortman과 Nadelson,1976),“ 김제현, ‘강간에 대한 정신의학적 고찰’, (성평등연구 제2집, 1998 가톨릭대학교 성평등연구소).

에게 일정부분의 책임을 추궁하는 식의 공판심리가 이루어지는 것은 본래의 피해가 확대되는 등의 2차적 피해를 야기하는 심각한 문제가 아닐 수 없습니다.

### 3-1-2. 부적절한 신문관행의 배경

#### 가. 보호법익

성폭력범죄 공판상 피해자가 특별히 더 큰 부담을 지게 되는 것은 국가 형사체제가 성폭력 범죄를 판단하고 단죄하는 기준이 특정한 사회적 시각을 함유하고 있기 때문입니다. 현행법 체계 및 관례에서 성폭력범죄의 보호법익을 논하는 경우들을 보면, 여성의 주체적인 인격을 제대로 인정하지 않거나 사회일반에 존재하는 성별에 따른 권력차이를 고려하지 않는 문제가 존재합니다. 이에 따라 특히 여성 피해자의 경우 이른바 '성편향적' 기준에 따라 피해자로서의 지위가 더욱 열악하거나 부담이 가중되고 있습니다.

##### 1) 보호법익으로서의 정조관념 : 피해자 불신

성폭력 범죄의 판단 기준이 되는 것으로, 형사법이 보호하려는 가치는 관례상 '성적 자기결정권'으로 이견없이 해석됩니다. 그러나 법원의 심리진행은 이전 관례의 해석에 의존하는 것이 현실입니다. 형법 개정 이전, 관련조항의 제목이 '정조에 관한 죄'로 되어있던, 50년대의 구 관례는 피해자의 주체적 인격과는 무관한 소위 '보호할 만한 정조'에 한하여 형법의 적용을 고려하였습니다. 이러한 법적용과 법해석은 최근까지 증인신문 내용으로 '보호할 만한 피해자'와 '그렇지 못한 피해자'를 구분짓는 데에서 발견되고 있습니다. 앞서 언급한 법원에 의한 피해자의 신뢰성 판단문제가 이와 연결됩니다. 과거 성력으로 피해자의 신뢰성을 판단함으로써 '정조를 지킨 정숙함' 여부에 따라 피해 진술자의 신뢰성을 판단하는 것입니다. 피해자 진술의 진위를 밝히기 위해 그 개인의 신뢰성을 판단하는 것의 부당함을 차치하더라도, 그 판별을 위해 '성력'을 신문하는 것은 구 관례의 인식에서 벗어나지 못한 것이라 할 수 있습니다.

##### 2) 보호법익으로서 성적자기결정권에 대한 이해 부족 : 피해자의 책임추궁

한편, 성적자기결정권에 대한 해석도 불분명한 것이 사실입니다. 법률적으로 '성적 자기결정권'이라는 표현이 명문화되어있지 않을 뿐만 아니라, 그 내용을 실질에 맞게 구체적으로 규정한 해석이 부족한 형편입니다. 헌법재판소의 판단<sup>31)</sup>을 살펴보면, 성적 자기결정권은 '헌법 제10조 상의 행복추구권의 파생된 일체의 자기(운명)결정권의 한 내용'이라고 규정되고 있습니다. 여기서 자기결정권이란 개인의 자유로운 선택에 대해 국가의 공적개입(예-형법상 간통죄처벌 조항)이 있을 때에, 사적 영역을 강조하기 위한 권리로 제시되었지만, 헌법재판소는 간통죄 등의 위헌 시비에 있어서 '성적 자기결정권에는 국가적, 사회적, 공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있음'을 지적하면서 자기결정권에 대한 공적인 통제를 인정하였습니다. 그런데 이러한 의미 규정은 90년대 성폭력 범죄로서 부각된 대표적인 사안인 성희롱에 대한 각급 법원의 판단과는 반대로 나타나게 됩니다. "간섭없이 자유로워야 할 사생활 등 개인의 사적인 영역이나 사인간의 관계"에 대한 국가 공권력의 개입을 우려하는 태도가 그것입니다.<sup>32)33)</sup> 이는, 성적자기결정권이 가족제도 및 기존 사회질서를 수호하는 국가역할에 관련한 것과 성폭력 문제에 있어서 분명 다른 것으로 취급되고 있음을 말해줍니다<sup>34)</sup>.

성적자기결정권에 대해 개인의 자유로운 의사발현이라는 측면으로 이해의 초점을 맞출 경우, 성적자기결정권의 '침해'는 단순히 개인간의 자유의지 충돌 정도로 다루어 지게 됩니다. 물론 이러한 접근은 성폭력 범죄의 실제양상을 고려했을 때 타당하지 못

31) 1990. 9. 10. 89헌마82

32) "성적 괴롭힘은 일반적으로 남녀간의 은밀하거나 사적인 공간에서 이루어지는 것이 대부분인데, 이러한 관계가 법적인 개입의 대상으로 된다는 것은 간섭없이 자유로워야 할 사생활 등 개인의 사적인 영역이나 사인 간의 관계에 증거조사 등을 위해 국가의 공권력의 개입을 부르게 된다는 점에서 주의를 요한다."(서울대 신교수 성희롱사건의 고등법원의 항소심 판례 중)

33) 신상숙은 형사소송에서 성적자기결정권에 대한 논란이 환경형 성희롱과 같은 경우에 특히 불거질 수 있음을 지적한다. 다만 성적자기결정권에 대한 사회 전반적인 명확한 의미규정이 수반되지 않음에 따라 나타나는 문제는 비단 환경형 성희롱에서만만이 아니라 '강간' 등의 성폭력 사건의 심리 과정에 있어서도 발생할 수 있음이 아울러 언급된다. 신상숙, 전계 논문 p.33

34) 신상숙, 전계 논문 p.32

합니다.

성폭력 범죄는 권력적 우위에 있는 자의 강제력으로 한쪽의 성적자기결정권이 침해되고, 개인간의 정상관계가 파괴된 경우라 할 수 있습니다. 문제는, 특히 여성에 대한 남성의 성폭력이 대부분이라는 점에서 확인되듯이, 성폭력이 성별간 사회권력적 지위의 불균형을 반영<sup>35)</sup>한다는 점입니다.

성적자기결정권이 침해될 때 동원되는 폭력과 강제력이 개인적인 것이 아니라 사회적 의미를 지니는 만큼, 이러한 침해에 대한 판단은 '사인간의 권리충돌' 사항만으로 볼 수는 없습니다.

소위 '중립적이고 공정한' 위치에서 판단하는 국가개입은 개인간의 자유의지가 동등하다는 것을 전제로 하는 것인데, 성폭력범죄에 전제되어 있는 성별권력차를 고려한다면 이와 같은 소극적 방식이 아니라 보다 적극적 형태의 역할이 요구된다고 할 수 있습니다. 또한 성적자기결정권에 대한 침해여부를 판단할 때, 피해자와 가해자간 지위의 우열 등 사회적 맥락에 대한 고려가 함께 이루어져야 할 것입니다.<sup>36)</sup>

한편, 현재의 공판진행 과정을 살펴보면, 성적자기결정권 침해 여부에 대해 소극적으로 접근하고 판단하는 경우가 대부분임을 알 수 있습니다. 이는 근대 형사절차 원리인 '피고인에 대한 무죄추정'을 위해서 혐의를 뒷받침할만한 '합리적이고 구체적인' 의심의 소지가 있는지에 집중하게 되고, '사건 당시의 구체적인 행위'만을 심리 대상으로 하는 소극성을 보이게 되는 것입니다. 일반 시민은 국가의 형사제재 앞에 무력할 수밖에 없기 때문에, 시민개인의 방어적 지위를 보장한다는 목적하에 '성적자기결정권에 관한 사회적 접근'을 회피하고 있는 것으로 보입니다. 그러나 위에서 지적하였듯이 사

---

35) 박선미, 전계 논문 pp.292-293 S.Brownmiller(1975), *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, New York: Simon and Schuster

36) 구체적으로는 해당 성폭력사건 진후에 대한 판단에 그칠 것이 아니라, 피해자, 가해자의 관계가 실질적으로 어떠한 권력차에 기반하고 있었는지, 성적의사를 평등하게 표현하거나 거부할 수 있었는지를 살펴보는 등 심리영역을 확대하는 것이 필요하다. 이러한 사항들은 정황증거로 다루어질 수 있기도 한데, 앞서 지적한 것처럼, 현실에서 정황증거로 다루어지는 사항들은 이와 같은 사회 권력구도를 반영한 것이 아닌 일반적으로 피해자의 책임을 드러내기 위한 것이 대부분이다.

회권력구도의 이해없이 성폭력에 대한 타당한 접근이 불가능하다는 것, 그리고 지금까지의 법률과 법철학 자체도 어쩔수 없이 이러한 사회권력구도 안에 있는 영역이었다는 것을 상기한다면, 기존의 형사사법체제에서의 성폭력사건에 대한 심리의 대상과 기준, 그리고 합리적이라고 인정되는 증거 등이 다시 고려되어야 함을 알 수 있습니다.

#### 나. 사회의 성(Sexuality)<sup>37)</sup>

어떠한 행위를 성관계 혹은 성폭력으로 규정할 것인지는 성(Sexuality)적인 것에 관한 관점에 따라 달라지기 마련입니다. 다만, 사회에서 성폭력은 남녀간의 불평등한 관계를 내포하는, 특정한 사회의 성<sup>38)</sup>에 의해 규정된 성관계 통념에 따라 다루어지는 것이 현실입니다. 다시말해 남성중심적 기준에 의해 강간과 성관계가 구분되고 있는 것으로, 사회 일반의 강간에 대한 통념<sup>39)40)</sup>에 의해 주요사실과 사건정황이 판단되고, 극단적인 폭력이나 그에 준하는 유형·무형의 폭력과 강압이 수반된 경우에만 강간범죄로 인정되어집니다.

위와 같이 부적절한 신문관행의 배경을 살펴보았는데, 이와 같은 요인들로 인한 공판심리의 현실을 정리해보면 다음과 같습니다. 현행 공판심리는 가해자의 범행의도를

37) 박선미, 전계 논문, pp.293-298 사회적 성(Sexuality)에 의해 성폭력을 규정한 학문적 시도에 관해서는 C.A.Mackinnon(1983), "Femimism, Marxist, Method and the State: Toward Feminist, Jurisrudence", Signs, Vol.8, No.41, pp.635-658 etc.

38) 각주5) 참고.

39) "여자의 어떤 행동은 성관계를 할 마음이 있음을 나타낸다. 이런 점에서 강간은 피해자가 부주의하였거나 유발하는 등의 행동을 하였기에 일어난다. 만약 피해자가 성관계를 할 의사가 전혀 없었다면 죽도록 저항할 것이고 그렇게 저항하면 강간은 불가능하다" 등의 견해. 박선미, 전계 논문, p297

40) '강간은 서로 모르는 사이에서 저질러진다', '강간은 잔인한 행위를 수반하는 폭력적인 사건', '강간은 단시간에 빠르게 일어난다' 등. 宮澤浩一, 장규원 역, '피해자학입문' (길안사 1999) pp.182-183

인정할 만한 확실한 단서가 있는지, (강간죄의 경우) 범죄성립요건으로 폭행 및 협박의 정도가 어느 정도였는지의 판단에 심리가 집중됩니다. 그리고 그 '정도'에 대한 판단은 피해자의 저항정도 및 구조요청 여부에 따라 좌우되고 있는 것이 사실입니다. 피해자가 얼마나 저항했는지, 도움을 요청했는지의 여부가 판단 기준이 되었을 때는, 사건에 대한 책임 소재가 피해자를 대상으로 판단되기 쉽고, 공판상의 초점이 가해자의 행위가 아니라 피해자의 행위, '피해를 주장하는 피해자가 과연 진정한 피해당사자인가'의 문제로 전이되게 됩니다. 그 과정에서 피해자는 마치 일정한 '혐의'를 지닌 지위에 있게 되며, 의심받고 추궁당하는 위치가 되버리는 것입니다.

이러한 과정 자체만으로도 문제가 될 수 있는 것은 3-1-1에서 언급했듯이, 위축감과 자책감으로 스스로의 피해회복에 더욱 소극적이 되는 등 성폭력 피해로 인한 심리적 외상을 더욱 가중시킬 수 있기 때문입니다. 성폭력은 가해자로부터 자신의 의사가 일방적이고, 굴욕적으로 무시되는 경험입니다. 그러한 피해당사에서 벗어나 가해자의 행동에 대해 문제제기하고, 피해경험과 자신에 대한 통제력을 스스로 회복하고자 어렵게 고소를 결심한 피해자는, 신문과정에서 끊임없이 의심받고 책임을 추궁받으면서 자신의 회복에 대한 정당한 자유의사까지 부정되고 무력화되며, 다시한번 피해경험과 자신에 대한 통제력을 상실하는 느낌을 받게 됩니다. 또한 그 판단 기준이 특정한 사회적 성(Sexuality)관념에 기반을 두고 있는 '최협의의 폭행 및 협박'에 맞추어져 있기 때문에 여성이 대다수인 피해자가 소외받는 정도는 더욱 커지게 됩니다.

2차피해 양상을 1)피해자 불신과 2)피해자에 대한 책임 추궁에서 비롯되는 것으로 나누어 보았을 때, 첫 번째 문제는 '사건의 본질과 관련없는 신문사항'을 제한하는 것으로 피해를 줄이는 방안을 모색할 수 있습니다. 두 번째 문제는 피해자의 행동을 주요 심리대상으로 하는 것에서 벗어나 성적자기결정권 침해에 대한 적극적인 접근으로서, 사회일반의 남성중심적 편향성을 고려하여야 근본적으로 해결된다고 할 수 있습니다. 성적결정권이라는 보호법익에 대해 법원을 비롯한 소송주체들의 인식도 마찬가지로 성편향적인 특성을 지니는 만큼<sup>41)</sup> 소송주체의 인식변화를 위한 방안이 함께 모색

41) 정조판넌, 3-1-2.가.1) : 사회적 맥락에 대한 고려가 없다는 점에서, 각주 31)34) : 특정한 사회적 성(Sexuality)의 영향을 받고 있다는 점에서, 각주 36) 및 3-1-2. 나.

되어야 합니다.

그리고, 이와 관련한 당장의 현실적 조치로 책임 추궁의 신문에 대응해서 피해자가 적극적으로 스스로의 이익을 방어하고 권리를 행사할 수 있는 지위를 갖도록 하는 절차상의 접근을 생각할 수 있을 것입니다.

### 3-2. 증인신문의 제한

피해자의 의사에 반하여 성폭력이 이루어졌음을 증명하는 데에 직접적인 관련이 없는 사항들로는, 위에서 언급한 성력 및 피해자의 학력과 직업, 평판, 가족관계 등 피해자의 성향에 대한 편견을 심어줄 수 있는 사항 등을 들 수 있습니다.

이러한 시도에 대한 대응으로, 관련성이 현저하게 떨어지는 반대신문을 금지하는 입법을 생각해볼 수 있는데, 성력에 관하여 신문금지조항을 둔 미국의 강간방지법(Rape Shield Law)이 대표적이라 할 수 있습니다.

‘자료’ 미국의 ‘강간피해자보호법’ 유형<sup>42)</sup>-----

1. 미시간주 유형 - 법관의 재량을 배제하는 엄격한 증거사용금지

①과거 피해자와 피고인의 성관계를 밝히는 증거, ②정자, 임신 또는 질병의 근원이 누구인지를 밝히는 증거, ③피해자와 제3자와의 성관계는 피고인이 피해자의 몸에서 발견된 정액이 자신의 것이 아니라는 점을 밝히기 위한 경우에만 채택. → 이외에는 과거 성관계 이력을 증거로 채택하여 발생하는 편견 등의 문제점보다 그 증거로서의 가치가 높다고 판단하더라도, 재판부의 재량을 통해서도 증거로 채택되지 않음.

2. 뉴저지주 유형 - 법관의 자유재량에 따른 증거사용 허용

이후 94년 개정으로 ‘강제 또는 협박의 요소를 부정’하기 위해 사용하는 것은 허용하지 않도록 변경됨.

3. 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) - 절충형

42) 조국, 전게서, pp.109-113

## 여성인권을 찾는 시민감시단

성범죄 피해자의 성관계 이력과 성적성향(sexual predisposition; 피해자의 복장, 언행 및 생활방식) 원칙적으로 증거사용 금지하나 ①채취된 정자, 발견된 상처 등이 피고인과 무관함을 증명시, ②피해자의 동의 증명시 사용가능 ③기타 피고인의 헌법상 권리를 침해하는 경우 법관 재량 개입.

### 4. 캘리포니아주 유형 - '동의' / '신빙성'의 이분법에 따른 판단

피해자 동의를 판단하는 증거로 사용하지는 않고, 피해자진술의 신빙성을 공격하는 증거로는 사용가능 → 구별이 모호하다는 지적. 예로써 네바다주의 RSL은 동의 판단증거는 가능하고 신빙성 공격증거로는 불가능하다고 반대로 규정하고 있다.

미국의 강간방지법에서 주목할 사항은 신문금지의 기준을 구체적으로 제시해주고 있다는 점입니다. 이는 신문금지의 예외사항 규정에서 확인할 수 있습니다.

(\* 뒤의 B장에서는 2차피해 해결방안의 입법론적 모색을 위해 (미)강간방지법상의 신문제한에 대한 세세한 기준과, 각 기준의 문제점 및 타당성 등을 자세히 살펴봅니다. \*)

### 3-2-1. 신문금지의 예외사항

미국의 각 주에서 정한 강간방지법에서는, 성력 중 1)피해자측이 제시한 정황증거를 반박할 수 있는 사항들의 경우, 사건심리의 본질적인 부분과 관련된 것으로 보고 정당한 신문내용으로 인정되고 있습니다. 피해자의 신체적 증상이 강간으로 인한 후유증으로 제시될 때, 가해자측에서 자신의 행동 때문이 아닌 제3자와의 관계에서 발생되었을 가능성을 지적하는 것으로 사건과의 관련성을 인정하는 것입니다. 피고인인으로는 불가피한<sup>43)</sup> 대응일 수 있다는 점에서 '관련성'이 넓게 평가되는 것으로 보입니다. 하지만 성관계 이력이 거론됨에 따른 2차피해<sup>44)</sup>는 분명히 고려되어야 합니다. 한편, 제3자와

43) 제3자와의 관계에서 발생되었을 가능성을 지적하는 것이 아니라, 자신이 그 현장에 없었다는 현장부재증명을 하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

44) 피해자측이 상항증거를 제시할 때 이미 피해를 감수한 것이라고 보기도 하는데, 피해를 입증하기 위한 물적증거를 제출할 경우 그에 따른 2차피해도 당연히 수반되는 것으로

의 상관계 이외에 2)피고인과의 상관계 이력은 상관계의 '동의' 여부를 판단하는 정황 증거로 인정되고 있습니다. 이는, 성폭력의 경험을 드러내는 것과는 또 다른 개인적 영역을 공개하는 것으로 여전히 문제로 남는다고 할 수 있습니다.

성폭력 판단에 있어서의 위와 같은 '관련성'은 극히 예외적으로 인정되어야 하는 만큼, 피고인의 반증이 불가피하다고 여겨지는 신문에 대해서는 B장의 2차피해에 대한 해결방안<sup>45)</sup>을 통해 살펴봅니다.

### 3-2-2. 법원의 재량에 대한 제한

미국의 강간방지법(미시간주 유형-앞의'자료'참고)에서 일정한 사항에 대해 신문을 금지하는 것 중 특기할 점은 법원의 재량권이 인정되지 않는다는 점입니다. 법원을 비롯한 형사사법담당자들의 피해자에 대한 불신으로 성력에 대한 신문이 이루어지기 쉬운 우리의 실정에서는, 신문사항에 대해 법원의 재량판단의 여지를 제한하는 입법<sup>46)</sup>을 고려해볼 수 있습니다.

한편, 우리의 형사소송법 규정을 보면 제299조에서 관련없는 신문사항을 제한할 수 있도록 해놓고 있는데, 법문상 '할 수 있는' 것이지 의무사항으로 되어있지는 않습니다. 형사소송법은 신속하고 효율적인 소송진행을 위해 공판진행의 절차적인 사항과 사건심리 관련 사항의 권한을 재판장에게 부여하고 있습니다(소송지휘권. 법 제279조). 그 중에는 위의 제299조 불필요한 변론의 제한도 포함됩니다. 한편, 이러한 소송지휘권에 대해 소송당사자에게는 또한 불복수단을 마련해놓고 있습니다(제304조 1항). 즉, 신문제한 등 법원의 재량행사를 이의제기를 통해 견제하도록 한 것입니다. 이의제기에

---

로 볼 것이 아니라, 이러한 경우라 하더라도 2차피해를 최소화할 수 있는 방안이 검토되어야 할 것이다.

45) 피고인 반증의 불가피성을 논하는 것과는 별도로, 피해자의 2차적 피해가 예견된다면 피해에 대한 고려도 불가피한 것이다. 이러한 문제의식 하에 B장에서는 기본권 충돌을 해결하는 방안을 모색한다.

46) 조국, 전계서, p.121-122

## 여성인권을 찾는 시민감사단

대한 판단 역시 법원에서 하는 것이지만(제304조 2항), 활용하기에 따라 법원의 재량권에 대한 어느 정도의 견제수단이 될 것으로 보입니다.

우리의 소송법상 법원의 재량 행사로 인해 2차피해가 발생하고 심각해진다는 점에서 1) 재량권을 제한하는 입법형식이나 혹은 2) 이의제기권을 통해 공판과정상의 피해에 대해 대응하는 것을 생각해볼 수 있습니다. 다만 이의제기 권한(제304조 1항)은 소송 당사자로서 검사와 피고인, 그리고 피고인의 변호인에게 주어져있는 것으로, 피해자가 직접적으로 행사할 수는 없게 되어있습니다. 이러한 이의제기권 등의 행사는 곧 공판진행의 당사자로서 공판에 참여하는 것을 의미하는 것입니다. 아래에서는 피해자로서의 직접적인 행사를 살펴보기 위해 우선 피해자의 공판참여에 대한 필요성을 검토해 봅니다.

## 4. 형사절차에 적극적으로 참여할 권리

증인신문 과정에서 피고인측 변호인 등에 의한 책임전가식 신문들은 공판정에서 피해자를 당혹스럽게 하는 요인이 됩니다. 이러한 신문들 자체만으로도 2차피해가 발생할 수 있다는 사실은 앞서 언급한 바가 있습니다. 법관이 가해자에 대한 유죄를 확신하기 위해서는 소위 법관의 합리적인 의심(in dubio pro reo-의심있으면 피고인에게 유리하게)을 뛰어넘는 정도의 증명이 요구되기 때문에, 검사를 비롯한 피해자측에서는 피해자의 의사를 무시하고 강제로 성폭력이 발생했음을 증명해야 하는 부담을 갖게 되는 것이 형사소송의 원리이기도 합니다. 이 과정에서 피해자는 원고측에 해당하지만 소송당사자로서의 지위를 갖고 있지 못하고, 일종의 증거로서 심리대상이 될 뿐이어서 피해자에게 책임의 소재를 묻는 것은 일방적인 추궁이 되기가 쉽습니다. 이러한 2차적인 피해가 나타나는 문제만 보더라도 불완전한 피해자의 소송상 지위에 의문이 생기게 됩니다. 이러한 피해는 결과적인 것이라 할 수 있는데, 더 나아가 살펴본다면 심리진행상 차지하는 역할의 중요성과 형사소송의 여러 목적에 비해 그 지위가 소극적으로 규정되어 있는 것 자체부터 문제될 수 있기 때문에 공판에서의 적극적 지위 전반을 고려해볼 필요가 생깁니다.

### 4-1. 공판참여권(피해자의 공판절차 참여권)

#### 4-1-1. 공판참여의 필요성 및 제한논리

공적절차를 통해 범죄 피해자의 피해사실이 있는 그대로 인정되고 이에 따라 범죄자가 공정한 처벌을 받는 것은, 기존의 사법적 정의구현이라는 측면에서 뿐만 아니라 피해자 치유라는 측면에서 필수적이라 할 것입니다. 이와 관련하여서 '범죄자 처벌을 통한 국가형벌권 확보'라는 정의 관념에서 시야를 더 확장하여, '피해자의 피해회복을 통한 정의실현'이라는 '회복적 정의(restorative justice)' 개념의 중요성을 생각해 보아야 합니다.<sup>47)</sup> 특히 성폭력 피해자의 경우 피해로부터의 회복을 위해 가장 필요한 과정이 사

47) 사건처벌뿐 아니라 피해회복의 중요성을 지적하는 회복적 정의 개념이 영미 형사법학

## 여성인권을 찾는 시민감사단

건의 의미를 정리해내는 것인데, 이러한 작업이 '피해경험을 스스로 부정하면서 역으로 계속 반추하게 되는 외상 후 스트레스 장애-PTSD(Post Traumatic Stress disorder)'를 극복<sup>48)49)</sup>하는데 도움이 된다는 점은 주목할만한 내용입니다.

### 가. 실체진실주의와의 관계

그러나 우리나라를 비롯한 근대 형사소송법 체계에서는 이러한 피해자의 입장에 대한 고려가 매우 미약합니다. 피해자는 형사절차에서 지극히 주변적인 지위로 증거의 대상이 될 뿐이며 재판결과를 수동적으로 받아들일 수밖에 없는 입장이었습니다<sup>50)</sup>. 피해자의 피해사실 즉, 범죄사실을 제대로 밝혀내어 범죄자처벌의 확실성을 보장하는 것은 앞서 본 두 가지 측면의 정의를 위해 필수적이라 할 때, 피해자가 '자신의' 사건의 형사절차 전과정에 대해 보다 적극적으로 참여하고 목소리를 낼 수 있어야 하고 그러기 위해서는 현행 형사소송절차의 변화가 필요합니다. 다시 말해, 피해자의 형사소송절차에의 적극적인 참여는 결국 '실체진실의 발견을 통한 정의실현'이라는 기존 형사소송법의 이상에 비춰 보더라도 이와 충돌한다기보다는 이를 보다 '완전하게' 구현하도록 하는 주요한 열쇠가 된다고 보아야 합니다.

### 나. 피고인 방어권과의 관계

한편, 헌법에 근거하고 형사소송법에서 보장되고 있는 피고인의 방어 이익은, 설사 그것이 피해자에 불이익하게 작용한다고 할지라도 우선적으로 보장되어야 한다<sup>51)</sup>는

---

계를 중심으로 논의되고 있다.

48) 조은경, 전계 논문, p.85

49) “범죄로 인해 생겨난 증상들 - 가령 고립감과 혼돈감, 공포감, 사회적 신뢰의 상실과 불안정감 - 은 소송에의 적극적 참여를 통해 치유될 가능성이 큰 것으로 평가되고 있다. 소송참여는 자신의 의사를 표현하고 자기의 아픈 이야기에 귀를 기울여주는 청중과의 교감을 통해 사실과 그 성격을 정리하고 상황에 대한 통제력을 다시 확보할 수 있게 되는 것이다.” 한인섭, 전계 논문, pp.45-46

50) 한인섭, 전계 논문, p.42.

51) 이재상/이호중, 전게서, pp.75-76

주장이 있습니다. 형사소송은 피고인에게 유죄가 인정되는 경우에 형벌을 부과하는 것을 목적으로 하는 것이므로 피해자에게는 그러한 위험이 존재하지 않는다는 것입니다. 따라서 피해자가 당할지도 모르는 불이익은 가능한 한 최소화해야 하지만 이것이 피고인의 부담으로 해결되어서는 안된다고 보는 것입니다.

성폭력범죄의 보호법익, 즉 성적자기결정권에 대한 법원의 소극적인 접근<sup>52)</sup>으로 인해 소송진행은 변론주의적 성향이 특히 강조된 형태로 이루어지게 됩니다. 즉, 소송당사자로서 검사와 피고인간의 공격과 방어가 소송진행의 주도적인 역할을 차지하게 되는 것입니다. 이에 따라 검사와 피고인 등 소송당사자간의 지위를 평등하게 하는 무기평등문제(당사자 대등주의) 부각되고, 관련하여 피고인의 방어권이 중요한 이익으로 다뤄지게 되는 것이 사실입니다. 피해자의 공판참여는 가해자측에서 보자면 국가권력인 검사의 존재에 더해서 원고측이 수적으로 늘어난 형태로, 평등의 균형이 무너지고 전반적인 방어권을 행사하는데 저해될 수 있음을 염려할 수 있습니다.

그러나 이러한 우려를 할 때 고려되어야 하는 것은, 검찰권을 행사하는 국가기관으로서의 검사가 - 특히 성폭력범죄를 특정한 사회적 섹슈얼리티에 기반한 문제로 보지 않고, 개인간의 의사충돌의 문제로 인식되는 현행 형사소송에서는 - 당사자로서 온전한 역할을 수행할 수 없는 현실적 상황입니다. 본 보고서의 문제의식은 이러한 사회적 맥락에 대한 고려없이 단순히 소송절차상의 '가치간의 형식적 비교형량'으로 접근하는 것을 지양하는 데에 있으므로, 피해자 공판참여의 필요성과 그 내용은 성폭력 범죄 공판절차에서 검찰권 행사가 실제로 이루어지는 방식에 따라 검토되어야 할 것입니다.

#### 4-1-2. 검사의 역할을 회복하는 지위

성폭력 범죄의 공판은 피해자의 거부 의사가 명백히 침해되었음을 보여주는 구체적 행동들을 대상으로 심리가 진행되고, 이를 뒷받침할 수 있는 정황증거들(신체적 상처

52) 위의 3-1-2. 나.

## 여성인권을 찾는 시민감시단

나 반항 흔적, 목격자진술 등이 법관의 심증을 형성하는 요소로서 증명력을 확보하게 됩니다. 이러한 증거제시(형사소송법 제294조) 등의 소송상 행위는 공소사실을 입증하고 피고인과의 공방을 통해 형사소송을 형성해가는 소송 당사자로서 검사의 역할에 포함됩니다. 검사에게는 또한 심리대상에 관한 논의가 흐트러질 때, 증거조사에 대한 이의신청권(법 제296조), 불필요한 변론제한 등의 재판장 소송지휘권에 관한 이의제기권(법 제304조)을 통해 명확한 심리에 기여하기도 합니다.

### 가. 공판검사의 공판활동 실태<sup>53)</sup>

공판절차 진행시 원고측의 소송진행은 이른바 '공판업무전담검사'가 담당하는 것이 일반적입니다<sup>54)</sup>. 공판검사는 사건을 수사담당 검사로부터 인계받은 후, 공소사실 입증 및 공소유지, 그밖에 공판진행시에 필요한 역할만을 맡는 지위에 있습니다. 그런데 공판관여를 위해 공판검사가 첫 번째 공판기일에 앞서 준비하는 일은 수사검사가 작성한 공소장 및 공판카드, 증거목록에 의거하여 죄명, 적용법조, 공소사실, 자백여부 등을 검토하는 정도인데, 그것마저도 검토하지 못하고 입증하는 경우도 보고되고 있습니다.<sup>55)</sup> 그 이후에도 수사검사와 공판검사간의 공판인계가 제대로 되지 않는 문제 때문에, 특히 양형 입증을 위해 필요한 수사과정상의 정황증거자료 수집은 잘 이루어지지 않는 실정이라고 합니다. 반대로 피고인측의 정황자료로서 피해자의 책임이라고 주장되는 부분을 제대로 검토도 하지 못하는 실태가 아래 각주의 글에서 지적되고 있습니다. 이에 따라 당사자간 공방이 중요한 성폭력 사건 소송에서, 사건에 대한 이해가 충분하지 않은 검사의 법정활동은 소극적으로 되기 쉬워지는 것입니다.

### 나. 성폭력범죄 소송에서 형사사법실무자들의 관행

53) 김종구, '형사사건처리절차의 현실과 개선방안: 검찰운용을 중심으로' 동국대대학원 박사학위 논문 2000 pp.108-124

54) 수사업무에 초점이 맞추어진 검사인력 배치로 인하여 공판업무에 대한 경시에서 비롯함. 김종구, 전계 논문 p.122 (7) 공판업무의 중요성에 대한 인식 부족. 참고

55) 趙漢旭, '공판관여 준비실태와 개선방안', (검찰세미나자료집 8권, 법무연수원, 25면 이하). 김종구, 전계 논문 p.118

강간사건의 경우, 강간을 범죄로 인식하면서도 일반 성관계와 동일시하는 이중적 태도는 형사사법실무자들에서 적지않게 발견되는 문제입니다<sup>56)57)</sup>. 이는 바로 남성중심의 사회적 성(Sexuality)에 규정된 일반적인 성관계가 일정한 강압성과 폭력성을 지니는 것과 연관됩니다<sup>58)</sup>. 특히 친밀도가 높은 이는 사람에 의한 성폭력 범죄에 대해서는, 일반의 범죄와는 다른, 일상의 영역에서 감수할만한 것으로 여길 만큼 경시하게 됩니다. 또한 침해된 성적자율권이라는 것도 개인간의 문제로 여김<sup>59)</sup>에 따라, 국가가 개입하기보다는 피해자와 가해자의 의사에 의해 일차적으로 해결되는 것이 낫다는 법적사고를 갖게 되는 것으로 보입니다. 이런 이유들로 기소율이 높지 않을 뿐 아니라 공판이 진행되더라도 피해자측에게 합의를 종용하는 것이 현실입니다.

#### 다. 개선방안(입법론)

전반적인 검찰개혁 차원에서 수사 및 공판업무수행 인력이 확충되는 것이 성폭력 사건 소송에도 긍정적 영향을 미칠 것은 예상되는 일입니다. 검사의 업무량을 줄임으로써 수사과정상 피해자와의 협력이 시도될 수 있고, 공소유지에 관해 수사검사가 직접 해당사건 공판을 진행할 여지도 생길 수 있기 때문입니다.

이와는 달리, 성폭력범죄 공판 담당자들의 남성중심적 인식으로 인해 문제가 발생할 경우 특별히 검사의 공판업무 자체에 대해 대응할 필요가 생깁니다. 일반적으로 검사의 처분에 대한 불복에는 불기소처분에 대한 불복으로 재정신청 및 항고·재항고, 헌법소원 등이 있습니다. 그러나 정작 검사의 공판업무의 미진함으로 무죄가 선고된 경우나 고소취하를 종용받게 되는 경우에는 검사에 의한 항소조차도 기대하기 어려운 일이므로, 단순한 민원으로서 진정을 하는 것을 제외하고는 마땅한 문제제기 수단이 없는 상황입니다. 이에 따라 보다 적극적인 조치를 생각해볼 수 있는데, 심 진행시에 피해자의 적극적인 소송상 지위를 인정해주는 방안이 그것입니다. 이에 관해서는 준

56) 박선미, 전계 논문, p.295

57) 강간당한 것을 ‘성행위’로서 여기는 사법기관의 관행에 대해서는 정현미 외, “성폭력범죄 형사절차상 피해자보호”, 한국형사정책연구원1999, pp.109-110

58) 3-1-2. 나.

59) 3-1-2. 가. 2)

당사자의 지위를 가지는 것으로 평가받는 독일의 입법례를 참조할 만합니다.

1) 독일의 부대공소제도(Nebenklage)<sup>60)</sup>

- 검사가 제기하고 수행하는 공소에 피해자가 부대적으로 참여.

- ① 법관에 대한 기피신청권(독일형사소송법StPO 제24, 31조), ② 질문권(SIPO 제240조 2항), ③ 질문허용에 대한 이의신청권(SIPO 제242조), ④ 증거신청권(SIPO 제244조 3항, 6항), ⑤ 의견진술권(SIPO 제257조), ⑥ 독자적인 상소제기권(SIPO 제401조)

독일의 부대공소제도는 피해자에게 검사에 준하는 권한을 부여하는 것으로 형사절차를 형성하고 조종하는 소송당사자로서 지위를 인정<sup>61)</sup>하는 것입니다. 그 근거는 '고도로 개인적인 법익에 대한 범죄의 경우에는 피고인 및 그의 변호인에 의해 피해자의 행동에 대한 공격이 주요한 방어전략이 될 수 있기 때문에 형사절차에서 피해자의 적극적 참여권이 가장 요구되는 범죄유형이라는 점'<sup>62)</sup>입니다.

2) 부대소송 도입 검토

성폭력 범죄가 성적자기결정권인 개인적인 법익에 대한 것이기는 하나, 사회적 성격을 띠는 것은 앞서의 논의 등을 통해 확인한 사항입니다. 그럼에도 불구하고 형사소송상의 실제에서는 '고도로 개인적인 법익'에 관한 것으로 다루어지며 그에 따라 피해자의 행동에 대한 공격이 주로 이루어진다는 점에서, 역설적으로 부대참여제도 도입 여건이 더욱 갖추어진 상황이라고 할 수 있습니다.

다만 이러한 제도를 우리현실에 도입하는 것에 대해서 다음의 반론이 제기되고 있습니다. ① 독일의 부대소송 자체의 입법형식은 상당한 정도의 지위를 피해자에게 인정하는 것으로 보호가치가 있는 범죄 피해자를 선별하여 절차참여를 허용하는 식으로

---

60) 이재상/이호중, 전계서, pp.186-189 참고

61) 이재상/이호중, 전계서, p.187

62) 이재상/이호중, 전계서, p.64

나아갔다는 것입니다. 문제는 선별 기준이 불명확하고 사법체계에 부담을 주는지 여부에 의해 기준이 좌우됨으로써 불안정해지기가 쉽다<sup>63)</sup>는 것입니다. 그러나 이러한 지적이 단지 부대참여제도 도입의 어려움을 시사하는 것만으로 볼 필요는 없습니다. 성폭력 범죄의 피해자 보호를 충분히 고려한 입법형식을 생각해볼 수 있기 때문인데, 일반 범죄에 관한 부대공소제도의 전면적인 도입이 아닌, 이를테면 성폭력특별법<sup>64)</sup>상의 피해자 권리장을 신설하는 방식이 그것입니다.

② 피해자에게 절차참여를 허용할 때 민사상 손해배상청구에 필요한 증거를 얻으려는 목적으로만 참여할 것을 우려하고, 또한 피고인의 방어권이 약화되는 것을 염려하는 지적도 있습니다<sup>65)</sup>. 다만 이는 각주 48)의 지적대로 소송상의 적극 참여를 통해 성폭력 범죄의 고유한 피해를 회복하는 목적으로 활용될 것이라는 전망에 주목할 필요가 있습니다. 성폭력 범죄의 소송에서 공소유지의 전면적 권한을 지닌 검사에 의해 합의가 종용되는 현실을 볼 때, 피해자의 공판참여를 통해서라도 범죄의 실체를 발견하고 피해를 인정받음으로써 피해를 회복하는 일이 필요합니다. 또한 이렇듯 가해자 처벌뿐만 아니라 피해회복 자체에 소송의 중요한 의미가 있으므로, 피고인의 방어권에 큰 비중을 두는 경향은 재고되어야 할 것입니다.

③ 다만 문제가 될 수 있는 부분은 다음과 같습니다. 성폭력 사건의 공소진행상 검사의 지위에 준하는 권한을 부여하는데에서 예상되는 문제는, 피고인에 대한 부담가중의 문제보다 원고측의 지위중복에 따른 갈등입니다. 다시 말해, 앞에서의 지적처럼 성폭력을 보는 형사사법기관의 시각이 여성피해자의 입장과는 괴리가 있을 수 있기 때문입니다. 이러한 충돌은 특히 무죄선고를 받았을 때나 유죄선고시 양형 등을 두고 상소여부를 판단하는 데서 나타날 수 있을 것입니다. 즉, 상소권을 둘러싸고 충돌이 일

63) 이재상/이호중, 전게서, p.65

64) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률에서는 성폭력의 정의, 처벌범위의 확대, 피해자의 소극적 보호제도 등에 관하여 규정되어있으나, 적극적 참여에 관해서 마련된 바는 없는 상황이다.

65) 이재상/이호중, 전게서, p.188

어니는 것인데, 검사의 의사와 다르게 상소가 이루어진다 하더라도 항소심 등에서의 검사의 적극적인 공소유지 활동을 기대할 수 없게 되기 때문에 피해자에게 대등한 상소권한을 주는 것만으로는 문제가 해결될 수 없음을 짐작할 수 있습니다. 또한 이러한 경우 이른바 사인소추<sup>66)</sup>와 비슷한 상황이 되는데, 피해자는 강제수사권 등을 지닌 수사기관이 아니기 때문에 사실상의 증거수단을 확보하기 어려워 난항이 예상되기도 합니다.

그러나 부대공소제도를 통해 검찰권에 참가, 재차 상소권을 실현하는 것의 의미는 다음으로 설명될 수 있을 것입니다. 수사기관의 도움을 받아 소송에 참여하되, 일반범죄 사건에 비해서도 소극적인 검찰권 행사에 대해 보다 적극적인 역할 수행을 요청하는 의미로서 상소권을 활용하는 것입니다. 즉, 본래 공소사실에 대한 입증에 주력해야 할 국가기관으로서의 지위를 회복하는 의미로 파악될 수 있다고 보여집니다<sup>67)</sup>. 또한 그에 따라 피해자의 독자적인 증거신청권 등은 법정소환을 피하기 위해 수사단계의 진술을 제시하는 측면보다, 항소 이후에도 보다 적극적인 공소유지 및 공소사실 입증을 위한 것으로서 피해자의 적극적 지위 실현<sup>68)</sup>의 일환으로 인정될 필요가 있을 것입니다.

### 3) 도입안 생각해보기

성폭력범죄가 피해자의 자기결정권이 침해되며 발생하는 것이니 만큼 특히, 의사

---

66) 공소제기를 국가기관이 아닌 일반인이 하는 것. 피해자에 한정될 경우 피해자소추주의, 모두에게 해당될 경우 공동소추주의라고도 한다. 영국의 경우 공동소추주의, 독일의 경우 보충적으로 피해자소추를 인정하고 있고 우리나라의 경우 국가소추주의를 취하고 있다.

67) 한편, 공익의 대표자로서 검사는 객관의무를 지남에 따라 피고인의 이익을 고려할 역할이 있기도 하다. 그에 따라 검사의 권한에서 벗어난 상소권 행사는 그 남용이 염려될 수도 있다. 다만, 상소권의 남용으로 피해자의 지위에 위협이 우려되는 바는 상급법원의 판단에 따라 조절될 것이므로 크게 문제삼을 일은 아니라고 할 것이다.

68) 오히려 피해자의 적극적 지위와 상충된다는 견해로 이재상/이호중, 전게서, p.189

침해의 여부를 직접적으로 전달할 수 있는 피해자의 역할이 범죄를 밝히는 데에 큰 의미를 지닐 수 있습니다. 이러한 필요와 피해의 인정에 따른 피해자의 회복을 고려한다면 적극적인 소송참가 형태로서 부대공소제도 도입은 적극 검토할만 합니다.

이에 따라 ①증거신청권(형소§294), ②증거조사에 대한 이의신청권(형소§296), ③사실과 법률적용에 대한 의견진술권(검사의 논고§302) 등의 변론주의상의 소송당사자 지위로서 기본적인 권리사항들과 그밖의 ④법관기피신청(형소§18), ⑤상소권(§338 혹은 §340) 규정을 피해자의 권리로서 성폭력특별법에 '소송참여제도'를 신설하는 것을 생각해볼 수 있습니다.

#### 4-1-3. 의견을 개진할 권리 - 진술권

한편, 소송참여제도상의 권리로서 위 ③의 '사실과 법률적용에 대한 의견진술권'과 관련하여서는 이미 피해자의 권리로 규정된 바가 있습니다. 새로운 권리에 대해 관심을 갖기 시작한 86년도 헌법체제의 (제27조 5항)을 근거로 한 형사소송법(제294조의 2)은 피해자의 신청에 의해 공판진행상 일정한 진술을 보장하고 있는 것입니다.

#### **[대한민국헌법 제27조 5항]**

형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

**[형사소송법 제294조의2]**

①법원은 범죄로 인한 피해자의 신청이 있는 경우에는 그 피해자를 증인으로 신문하여야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1. 피해자가 아닌 자가 신청한 경우 2. 신청인이 이미 당해 사건에 관하여 공판절차 또는 수사절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우 3. 신청인의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우

②법원은 제1항의 규정에 의하여 범죄로 인한 피해자를 신문하는 경우에는 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

③법원은 동일한 범죄사실에서 제1항의 규정에 의한 신청인의 수가 다수인 경우에는 증인으로 신문할 자의 수를 제한할 수 있다.

④제1항의 규정에 의한 신청인이 소환을 받고도 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때에는 그 신청을 철회한 것으로 본다.

그러나 그 행사방법이 명확하지 않고, 형사소송법 제294조의 2의 1항 법문상 '증인신문'으로 해놓고 있는 데에서도 확인되듯 증인신문의 연장으로 규정하고, 동항의 각호 등에 광범위한 제한사유를 열거하고 있는 것은 진술권의 의미를 무색하게 하는 것이라고 할 수 있습니다<sup>69)</sup>. 이는 피해자를 신문의 객체로 뒀에 따라 피해자의 적극적 지위 보장이라는 취지에 모순되기 때문입니다.

피고인 신문, 증거조사가 종료된 후 공판심리의 최종단계에서는 그동안 쟁점이 된 사항, 증거관계, 정상자료들을 정리하여 사실과 법률적용에 관해 검사의 의견진술(형소 §302)이 이루어집니다. 이른바 검사의 논고라는 것으로, 충실한 논고문이나 의견서로 제출되기도 하나 현실에서는 일반적인 형사사건 처리상에서도 양형에 관해 구형량단을 간단하게 진술되는 형편입니다<sup>70)</sup>. 이에 따라 형사소송법 제294조의 2를 검사의 의견진술과 유사한 내용으로 하되, 법원으로 하여금 양형에 대한 의견과 피해에 대해 진술<sup>71)</sup>할 기회를 피해자에게 의무적으로 제공하는 것으로 개정되어야 할 것입니다.

69) 이재상/이호중, 전거서, p.190

70) 김종구, 전계 논문, p.121

71) 미국의 입법례로는 피해자가 양형절차에서 피해결과를 진술하는 (VIS:Victim Impact Statement), 양형에 관한 의견을 진술하는 (VSO:Victim Statement of Opinion)

## 4-2. 정보권

### 4-2-1. 도입

#### 가. 정보권의 의의

적극적 절차참여의 보장을 위해서는 피해자가 자신의 사건의 형사절차 전 과정에 대하여 '알 수 있는 것'이 전제되어야 합니다. 보다 구체적으로는 피고인측의 부당한 공격 내지 책임전가식 변호에 대해 스스로의 이익을 방어하고 절차참여를 보다 효율적으로 하기 위한 출발점<sup>72)</sup>이 된다고 할 것입니다. 이는 피해자의 '정보권'<sup>73)</sup> 내지 '알 권리'로 명명할 수 있는데, 아래에서는 이와 관련된 현행제도를 살펴보고 피해자의 정보권 확보를 위한 개선방안을 모색하고자 합니다. 또한 이러한 권리가 기존의 피의자의 지위나 검사의 역할과 충돌 내지 중복되지 않는가 하는 점에 대해 형식논리적인 차원보다는 절차적 정의와 실체적 정의 보장의 관점에서 바라볼 필요가 있을 것입니다.

#### 나. 현행제도

현행 형사소송법은,

- ① 검사가 공소제기 또는 불기소처분을 한 경우에 고소·고발인에게 그 취지를 통지하도록 하고 있으며 (법 제258조)
- ② 불기소 처분의 경우, 고소인·고발인은 검사에게 '불기소 이유 고지'를 청구할 수 있게 하고 있습니다.

성폭력 특별법에서는 이와 관련한 규정을 찾아볼 수 없으며 위 두 조항이 성폭력 피해자의 정보권에 관한 법제도의 전부라고 할 수 있습니다.

---

72) 한인섭, 전계 논문, p.45.

73) 이재상/이호중, 전게서, p.166.

#### 다. 문제점

현행법제도상 피해자에 대한 고지제도는 검사의 수사종결처분(공소제기 또는 불기소)이 있는 경우에만 인정되고 있습니다. 이외 수사절차의 진행과정, 공판기일, 공판절차의 진행, 공소취하나 공소장변경 여부, 재판결과 등 이 모두에 대하여 피해자의 알 권리가 전혀 보장되고 있지 않습니다. 피해자가 사적으로 변호사를 선임하거나 변호인 선임권이 인정된다고 하더라도 이러한 권리가 기본적으로 인정되지 않는 상태에서는 공허한 것이 될 것입니다.

또한 검사의 고지의무가 인정된다 하더라도, 형사소송법상 항고제도와 헌법소원 이외에는 이의제기절차가 마련되어 있지 않다는 것도 문제입니다.

절차의 형식적 진행상황 뿐만 아니라, 공판절차의 실제 진행상황을 파악하고 그 내용의 정확성을 요구할 권리 또한 중요한데, 이를 위한 피해자의 출석권이나 공판기록 열람권 등의 권리가 전혀 인정되지 않는다는 점에서 현행 제도는 피해자의 정보권 또는 알 권리의 측면에서 매우 초보적인 수준에 그치고 있다고 하겠습니다.

#### 4-2-2. 절차의 진행상황에 대한 정보권

형사절차의 각 단계별 진행상황에 대해 피해자가 즉시 알 수 있도록 제도적으로 보장하여야 할 것입니다. 이러한 권리가 보장되어야 피해자가 진행상황에 대하여 즉각적·효율적으로 대응하고, 자신의 재판절차 진술권, 다른 피해자 또는 고소인과의 평등권<sup>74)</sup> 및 인격권을 보장받으며, 범죄자 처벌에 대한 피해자로서의 이익을 지켜낼 수 있을 것입니다.

구체적으로는 수사절차의 진행상황, 검사의 기소/불기소 처분, 공판기일, 공소취하/공소장 변경 여부, 재판 결과(공소기각 포함)에 대한 사항에까지 피해자의 정보권이 확대되어야 합니다<sup>75)</sup>. 수사절차의 진행과정과 관련해서는 피의자의 신병(체포, 구속, 판결 전 석방 등)에 관한 사항이 고지될 필요가 있습니다. 피해자에 대한 이러한 사항

74) 검사의 불기소처분으로 인하여 침해되는 고소인의 기본권

75) 한인섭, 전계 논문, p.45.

의 고지는 현행 형사소송법 제258조와 마찬가지로 의무사항으로 규정되어야 할 것입니다<sup>76)</sup>. 이러한 고지제도는 피고인의 지위나 검사의 지위와 충돌, 중복될 여지가 없는 제도로 그 확실한 보장이 용이한 것으로 보입니다.

‘외국 입법례’

① 독일

독일 형사소송법 제171조 - 검사는 불기소처분을 한 경우에 그 취지와 이유를 명시하여 고소인에게 통지하여야 한다.

제 406조의 d) - 신청에 의하여 피해자에게는 그에게 관련되는 한 재판의 종결에 대한 통지를 해야한다. (여기서 재판의 종결은 공소기각, 법원에 의한 절차중단, 중국 판결을 의미)

② 미국

피해자 및 증인보호법(Victim and Witness Protection Act of 1982 : VVPA) 제6조에 따른 연방 검찰총장의 범죄피해자 보호를 위한 규칙 : 피의자의 체포, 치안판사예의 인치, 보석 등에 의한 판결전 석방, 공판 및 양형절차(유죄의 답변, 공판, 형의 선고, 가석방 심사, 석방을 포함)에 대하여 가능한 즉시 통지해야 한다.

4-2-3. 피해자의 공판절차 출석권

공판절차가 구두변론주의 원칙을 취하고 있는 이상(형사소송법 제37조) 피해자가 공판절차에 직접 출석하여 공판의 실제 진행상황을 보고 원하는 정보를 스스로 얻을 수 있도록 하는 것이 피해자의 정보권을 보장하기 위하여 효과적인 방법이 될 것입니다.

그 절차는 피해자가 공판절차 출석의사를 표시하면, 법원이 공판기일을 통지하고 피해자를 공판정에 소환, 공판정의 좌석배치에 있어 일반 방청석이 아닌 소송당사자에 준하는 좌석(피해자의 선택에 따라)에 앉도록 하는 방식을 생각해 볼 수 있습니다.<sup>77)</sup>

76) 이재상/이호중, 전계서, p.170.

77) 이재상/이호중, 전계서 p.171.

## 여성인권을 찾는 시민감시단

이와 함께 공판절차의 1차 공판기일 전에 인정되는 형사소송법 제184조의 증거보전절차나 제221조의2상의 증인신문절차, 제273조의 증거조사에서도 피해자의 원칙적 출석권을 인정하는 것이 필요합니다.

### 4-2-4. 소송기록열람권

피해자의 정보권으로서 가장 필요한 권리는 바로 소송기록열람권이라고 할 수 있습니다. 이를 통해 정보로부터의 이익이 보다 온전하게 충족될 수 있습니다. 피고인측의 부당한 공격과 책임전가식 변호에 대응하고 피해자가 자신의 인격권을 보장하기 위해서는 그 필요성이 절실합니다. 공판절차 진행과정에서 진실 왜곡이 없는지, 검사와의 의사전달과정에서의 오류는 없는지, 증인신문 등 증거조사 과정에서 사건이 엉뚱한 방향으로 흐르고 있지 않은지 등에 대해 즉각적으로 파악하고 대처할 수 있기 위해선 소송기록열람권이 필수적으로 전제되어야 합니다. 이러한 권리가 전제되었을 때 피해자의 절차참여가 (4-1공판참여권) 더욱 유의미해질 수 있습니다.

현행법상 전혀 인정되고 있지 않은 이러한 소송기록열람권의 도입여부에 대해 논란이 적지 않은 것이 사실입니다. 예를 들어, 각주 78에서는 피해자의 소송기록열람권을 원칙적으로 인정할 경우 피해자가 기록 열람을 통해 알게된 사실에 맞추어 의도적으로 증언내용을 조작할 우려가 있다고 보면서 ①피고인 및 타인의 정보보호, ②피의자, 피고인의 방어권 보장, ③실체적 진실의 발견, ④소송경제를 위해 제한될 수 있는 보충적 권리로서만 인정해야 한다는 입장을 보입니다.

#### 〈외국 입법례〉

- 독일 형사소송법 제406조의 e의 규정 내용

1. 열람 주체 : 피해자의 경우 변호사를 통해 소송기록을 열람할 수 있다.
2. 열람 범위 : 피고인과 마찬가지로 법원에 보관중이거나 법원에 제출되어야 할 기록, 법원에 보관중인 증거물(해석상 수사절차에서도 소송기록 열람이 가능하다고 해석됨)

3. 조건 : 피고인의 경우와 달리, 부대항소의 권리가 있는 피해자를 제외하고는 변호사가 소송기록 열람에 대한 '정당한 이익'이 있음을 제시해야 한다.

4. 제한사유 : ① 피고인이나 타인의 보호가치가 있는 이익이 대립되는 경우(건강, 정신상태, 가족상황, 개인적 영역 등 인격권 보호, 재산권적 이익 등)

② 수사와 심리목적이 위태로워질 가능성이 있는 경우

③ 소송절차를 현저히 지연시키는 경우

그러나 피해자의 소송기록열람권이 피고인의 권리와 모순된다고 보는 것은 타당하지 않으며 더욱이 열람권을 인정하는 것이 형사소송의 실체진실 발견 이념에 어긋날 수 있다고 보는 것은 문제가 있습니다. 피해자는 범죄의 가장 확실한 증인이며, 범죄의 당사자입니다. 특히 성폭력 범죄의 경우 다른 직접적인 증거를 제시하고 입증하는 데에 어려움이 크다는 것을 고려할 때, 피해자의 진술과 증언이 공판절차에 정확하고 효과적으로 반영되기 위한 제도적 통로가 마련되어 있어야 합니다. 이를 위하여 피해자의 정보권, 그 중에서 무엇보다도 소송기록열람권의 확실한 보장이 필요하다고 할 것입니다.

피해자에게 소송기록열람권을 인정하면 실체진실의 발견을 해칠 수 있다고 보는 시각<sup>78)</sup>은 피해자를 증거의 대상 또는 소극적 증인의 지위로만 파악하는 기존의 시각에 그대로 머물러 있는 것입니다. 성폭력사건의 공판에 있어 피고인의 피해자에 대한 책입전가식 변론에 대응하고 공격적인 방어를 행하기 위해서는 사건정황에 대한 정리된 인식이 필요하고, 재판에서의 발언자들의 진술이 어떻게 기술되고 다루어지고 있는지에 대한 거의 동시적인 파악이 가능하여야 합니다. 피고인이 자신의 방어권을 위해 소송기록열람권이 인정되는 것과 마찬가지로 피해자에게도 이 권리 보장의 정당성이 인정될 수 있습니다. 이를 인정한다고 하여, 피고인의 지위가 부당하게 불리해지거나 심리를 해하게 된다고 보는 것은 피해자의 주체적 권리를 이야기하면서도 여전히 피해자를 객체로만 파악하는 시각에 다를 바 없을 것입니다. 증언의 신빙성은 증인신문 과정에서 그 자체에 의하여 판단할 판사의 몫이고, 이에 대한 우려 때문에 피해자의 정보

78) 이재상/이호중, 전거서, pp.172~185.

권을 제한하고자 하는 것은 본말이 전도된 논리라고 할 수 있습니다.

따라서 최소한 피고인의 변호인을 통한 소송기록 열람등사청구권(형사소송법 제35조)이 인정되는 범위와 한도만큼의 피해자의 소송기록열람권은 제도적으로 보장되어야 합니다.

#### 4-3. 형사절차 참여비용 확보방안

피해자가 형사절차에 참여함으로써 발생하는 비용을 누구의 부담으로 할 것인가의 문제는 피해자 보호의 가치를 실현하는 데에 매우 중요한 문제이면서, 동시에 이론적 연역보다는 정책적 결정이 가장 요구되는 문제이기도 합니다. 기본적으로 가능한 해결책으로 4가지 방안을 고려할 수 있습니다 : ① 피해자 본인의 부담으로 하는 것, ② 유죄판결을 받은 피고인의 부담으로 하는 것, 그리고 ③ 국고의 부담으로 하는 방안과 ④ 법원의 재량적 배분을 인정하는 방안이 그것입니다.<sup>79)</sup>

우선 소송비용의 분배를 전적으로 법원의 재량에 맡기는 방법은 피해자에게 그 비용부담위험을 전혀 예측할 수 없게 하므로 허용될 수 없다고 보아야 할 것입니다. 이러한 예측불가능성은 결국 피해자로 하여금 절차참여 및 적극적인 권리행사를 주저하게 만드는 원인이 될 수 있으며, 이는 피해자가 소송에 참여하는 비용부담을 최소화하여야 하는 가장 큰 이유라고 할 수 있습니다.

피해자가 절차참여와 인격권 보호를 위해 변호사를 선임하는 등 형사절차에 참여하게 되는 궁극적인 이유는 결국 피고인의 범죄행위 때문이라는 설명도 가능합니다. 이러한 이유로 피고인에게 유죄판결이 확정된 때에는 피해자의 추가적 소송비용을 피고인의 부담으로 해결하는 방안이 제기되고 있습니다. 그러나 유죄판결을 받은 피고인은 현행 형사소송법 제186조에 의할 때 이미 소송비용의 전부 또는 일부를 부담해야함에

---

79) 이재상, 전게서, p.131.

도 불구하고 실무상으로는 피고인에게 전혀 소송비용을 부담시키지 않는 것이 현실입니다. 무엇보다도 피고인이 자력이 없을 경우, 특히 유죄판결로 실형이 선고되어 경제 활동을 못하게 되는 경우에는 피고인으로부터 소송비용을 받을 수 있을지 미지수이므로 불안정한 방안이라고 할 수 있습니다.

결국 남은 방법은 피해자 본인의 부담으로 하거나 국고의 부담으로 해결하는 방안입니다. 피해자의 절차참여는 단순히 피해자의 개인적인 보상욕구를 만족시키기 위한 것이 아니라, 형사절차의 진행으로부터 발생하는 인격적 침해로부터 스스로를 보호하기 위한 불가피한 자력수단이며, 피해자의 참여는 진실 발견의 형사소송 이념에 비추어 보더라도 이에 기여하는 것이라 볼 수 있으므로, 이러한 의미에서 피해자 본인의 부담보다는 국고의 부담을 원칙으로 하는 것이 보다 타당하다고 할 수 있습니다. 이것이 현행 형사소송의 실무와도 일치하는 해결책입니다. 참고로 소송촉진등에관한특례법 제35조도 배상명령의 절차비용은 국고의 부담으로 한다고 규정하고 있습니다.

피해자가 형사소송에 참여함으로써 소요되는 비용은 범죄 발생 및 이의 처벌이라는 국가적, 사회적 차원에서 이해할 필요가 있습니다. 이러한 비용은 결국 범죄의 발생으로 인해 초래된 것이고, 그 소요 역시 형사절차에 '정당하게' 참여함으로써 발생한 것이므로, 범죄예방과 형사사법이라는 두 작용의 주체로서의 국가를 지위를 고려해 볼 때에도 국고로서 비용을 충당하는 것이 바람직하다고 할 것입니다. 이로써 피해자가 보다 적극적으로 형사절차에 참여하고 따라서 피해자 스스로 본인의 권리와 이익을 보호하고, 형사소송의 이념 실현에도 기여하게 되는 것이라 하겠습니다.

## 5. 나가며

“근대형사법이 전제하는 인간은 성중립적(sex-blind, sex-neutral)인 일반평균인이지만, 성중립적인 합리적 인간 기준은 사실상 남성편향이며 여성의 처지와 경험을 체계적으로 무시하는 경향이 있음은 여러 측면에서 드러나고 있다.<sup>80)</sup>”

“법여성학은 경험적 분석을 기초로 법에 접근하는 점에서 특색을 갖는다.(생략) 지금까지 법학에서 취했던 추상적 원칙을 적용해 나가는 방법과는 대조된다.(생략) 법이 소외시키거나 하위에 두었던 ‘경험’에 중점을 두어야 한다. 법여성학은 억압받고, 지배 받고, 그리고 낮게 평가받는 경험적 관점에서 출발해야 한다.<sup>81)</sup>”

심리의 비공개, 피고인 배제, 법정외 진술 등의 절차적으로 보호받을 권리와 적극적인 공판참여의 권리는 ‘피고인의 지위’나 ‘실체진실주의’ 등의 소송가치들과 일면 충돌되기도 합니다. 여기에 법학적 중립성을 기준으로 가치들간의 형량비교가 시도된다면, 소송 외의 지위로서 피해자의 권리는 부차적인 것이 됩니다. 그러나 현실에서 소송절차 이면의 특수한 상황으로 인해 그동안 열악했던 피해자의 권리가 현실에서 강하게 요청된다면, ‘추상적 원칙’에 불과한 법학적 중립성은 비판되어야 합니다. 하워드 진의 표현대로 권력이 특정한 방향으로 움직이고 있는 세상에서 중립을 지킨다는 것은 현 상태를 그대로 받아들인다는 것을 의미하기 때문입니다.

---

80) 조국, 전계서, 책머리에 부쳐

81) 이은영, ‘법여성학 강의’, pp.10-12

## 6. [참고자료] 인터뷰 자료

아래의 인터뷰는 경찰, 검찰 수사단계와 1,2심 재판과정을 거친 세 명의 피해자분을 대상으로 이루어졌습니다. 인터뷰는 형사절차상 겪은 어려움을 주제로 진행되었고, 그 중 공판과정에서 보장되어야 하는 피해자의 권리 몇 가지를 중심으로 정리되어 있습니다. (피해자 권리조항과 관련해서 생각해 볼 수 있는 부분을 0-0-0 등으로 표시해놓았습니다)

4

〈형사절차로부터의 소외〉

“공판검사를 만나볼 수가 없었어. 주변에서 들었을 때는 ‘검사가 내 변호사다’ 생각하면 된다고, 따로 변호사 선임하지 않아도 된다고 얘길 들었어. 그런데 내 변호사라면 어떻게 얼굴한번 보는 게 그렇게 힘들 수가 있을까?” 4-1-2

“인터넷에서 재판정보를 볼 수 있다고 하지만, 인터넷에 익숙하지도 않고 잘 몰라 나보다 나이도 많고, 컴퓨터 못하는 사람도 많을텐데... 인터넷으로 재판정보를 찾아보라는 말만하고... 내가 바보같아서 그런가. 다른 피해자들은 당황하지 않고 정신도 똑바로 차리고 있고 자기 재판에 대해서 놓치지 않고 잘 알아보는데 나만 그러는 건지... 잘 모르겠어. 내가 좀 더 똑똑했다면 계속 신경쓰고 있다가 필요할 때 이것저것 진정서도 넣고 단체 도움도 받고 그랬을지도 모르지... 지금 생각하면 후회가 되기도 해. 내가 좀 더 정신차리고 재판마다 쫓아 다니면서 신경을 썼다면 더 좋은 결과가 나왔을지 모른다는 생각이 들고 그런 생각 때문에 더 힘들어지기도 해. 그렇지만 나는... 지금도 그렇지만 너무 경황이 없었어. 정신없이 일도 해야되고, 그 생각만 해도 후들거리는데... 제대로 모든 과정을 신경쓰고 대비한다는 게 정말 힘들었어. 그 가해자가 무슨 말을 했는지, 어떻게 진행이 된 건지, 재판이 왜 취소가 된 건지 당사자한테 알려줘야 한다고 생각해. 본인이 먼저 신경써야겠지만, 담당검사가 피해자한테 이런걸 알려줘야 하는 게 아닌가? 그것도 아니면 전화하면 대답이라도 해줘야 하잖아... 법원 사람들이 너무 무섭고 불친절하게 구는데다가, 담당검사 전화번호도 알아내기 어렵고, 전화 연결되지도 않고 인터넷으로 확인하러나, 인터넷 쓰는 것도 어렵지만, 아는 후배한테 부탁해서 보니까 그런건 나와있지도 않아. 거기 그런 게 나와있어?” 4-2-2

〈모욕적 신문금지 관련〉

“그 놈, 가해자 변호사가 부모님 직업까지 들먹이면서 말도 안되는 소리를 하는데, 검사는, 내 변호사라고 생각했는데, 아무 말도 안하고 있는 거야. 판사까지 내 행실을 운운하면서 이상한 말을 해대는데, 검사는 암말도 안하는 거야. 법정에서 내편은 하나도 없었어. 4-1-2 내가 그렇게 억울하고 분해서 꺾꺾 숨이 넘어가고 눈동자가 조절이 안되고 뒤집히는데, 아무도 내 편이 없는 거야. 심때는 그래도 그렇게까지 나쁘게 하진 않았어. 근데 2심때 판사들은, 가해자 변호사는 그렇다고 쳐, 가해자랑 한통속이라고 생각해버릴 수도 있는데, 판사들이 나한테 그런 말을 한거는 용서가 안돼. 내 편이라는 검사도 그렇고, 가해자 편인 변호사도 그렇고, 판사들까지 다 똑같은 남자야...” 3-1-1

〈진술할 기회의 보장 관련〉

“드라마나 영화에서도 그렇고, 네/아니오 라고 짧게 대답하는게 당연한 걸로 알고 있었어. 근데 내가 막상 증인으로 법정에서 질문을 받아보니까 너무 답답한 게 많은 거야. 네/아니오 라는 설명안되는 상황들이 얼마나 많아. 잘못을 저지른 사람한테도 먼저 충분히 얘길 들어보는 게 맞는 일이잖아. 근데 나는 피해자인데 그렇게 몰아붙이듯이 짧게 대답하라고 하는 게 정말... 도무지 말이 안돼. 증언 마치고 나와서 앉아있는데 긴장이 풀리면서 몸이 막 떨리기 시작하고 너무 화가 나는 거야. 며칠동안 얼굴에서 열이 안내렸어. 술취한 사람처럼 얼굴이 계속 빨갛고, 생각하다 안되서 오죽했으면 ‘그래 그 사람들도 일도 많고 바빴겠지...’하고 이해해보려고도 했어. 근데 아무리 좋게 생각을 하려고 해도, 그건 아니야. 그렇게 억울한 사람 말을 막는건 아니지. 말을 못하게 해... 자기네들도 그렇게 그런 자리에서, 정말 하고 싶은 말도 못하고 죄인처럼 추궁 받으면서 당해보라고 해.” 3-1-1 4-1-3

〈가해자의 신병에 관한 통지 필요〉

“가해자가 지금 어떤 상황에 있는 건지를 좀 알았으면 좋겠어. 전화벨이 울리거나 길 가다가도 비슷한 사람 보면 정말 순간적으로 머리가 하얗게 되면서 심장이.. 숨도 못쉬겠어. 지나치고 나서 뒤돌아보면 다르게 생겼어. 그런데 지나칠 때는 순간적으로 진짜, 딱 그 사람이라고 생각이 되는거야 내가 점점 이상해지는 거 같애. 나말고도 피해자들은 많이 그렇지 않을까 싶어. 가해자가 구속이 돼서 형을 살다가 무슨 특사니 하면서 나올 수도 있잖아. 그런 상황이라면 나는 당연히 피해자한테 알려줘야 할 것 같애. 그 사람은 조금만 건너 건너면 내가 뭐하고 있는지 다 알아낼 수 있을텐데. **2-1-2** 나는 모르는 상태로 앉아서 계속 불안해하게 되는 거야 그 놈이 형을 많이 받은 것도 아니고, 중간에 나올수도 있다는 얘길 들었는데, 그런 게 너무 사람을 불안하게 만드니까. 출근할때나 퇴근해서 집 근처에 가까이 가면 심장이 빨라져서 숨이 제대로 안 쉬어져.” **2-1-5 4-2-2**

〈피해자의 권리를 고지받을 권리〉

“재판이 끝날 때까지 형사든, 검사든, 판사한테든 나한테 무슨 권리가 있다는 말 같은 건 들어보지를 못했어. 그게 되든 안되든 좋아. 적어도 얘기는 해줘야 하는 거잖아. 미란다원칙인가 가해자 체포할 때 해야 하는 게 있잖아. 가해자한테는 권리가 뭐가 있는지 알려줘야 하는 것 같은데, 막상 피해자는, 피해자는 훨씬 더 억울한 사람들인데 어떻게 그렇게 나몰라라 할 수 있는지...” **4-2-2**

〈가명수사의 필요성〉

“공탁통지서라는게 날라왔어. 우리집에서 엄마는 모르고 있었거든. 나이도 많아서 내가 그런 일 당하고 재판하고 있는 거 알았으면 아마 돌아가셨을지도 몰라. 집에 들어오는데 마루에 법원에서 편지가 와있는데... 다행히 엄마가 보진 못했지만, 그때 얼마나 조마조마했는지...” **2-1-2**

☞해보상<sup>4-3</sup> 확대

“2년전 사건이후 지금까지 하루도 제정신인 적이 없었어. 나는 이렇게 힘든데 가해자는 몇 개월 살다가 다시 거리를 활보하고 다니는 거야. 장사하는 사람은 부지런하고 정신을 똑바로 차려도 될까말까 한데, 그 사건이후로 가게고 뭐고 제대로 못했어. (사건당시)그때는 몇 달동안 병원 들락날락 거리느라 가게에 신경쓸 새가 없었어. 그 이후에는 재판이 어떻게 되는지 계속 신경써야지, 마음이 진정되지 않으니까 계속 정신과 다니고, 예전처럼 손님들한테 밝게 대하지도 못하니까 장사가 되고 있다고 볼 수가 없어. 그 일 때문에 마음은 마음대로 찢어지고, 몸은 몸대로... 병원비만 해도 천만원 정도는 들었으니까. 그리고 가게도 빚더미에 올랐어. 개인파산 신청 내는 게 있는데 나는 뭐 때문인지 그것도 할 수가 없나봐. 법률구조공단에서 무료로 사건을 맡아줄 수만 있다면<sup>4-3</sup> 민사소송을 하고 싶어. 나는 이렇게 온통 엉망이 됐는데, 어떻게 그 사람은 몇 개월 살다가 나오니... 세상이 이렇게 불공평한 건가 하는 생각이 들어.”

## B

## 〈별도의 출입문 사용〉

“법정 밖에서 기다리고 있는데, 복도에서 어떤 사람이 걸어오고 있었어요. 나를 보고 웃는 것 같았는데, 느낌이 이상했지만 그냥 아는 사람인가 했어요. 옆에 와서 ‘누구 누구씨죠?’ 하면서 아는척 했을 때 가해자라는 걸 알았어요. 순간 오싹하면서 소름이 돋는데... 그 날 내가 증인으로 나가는 날이었는데... 질문이 어떤건지 잘 들어오지도 않고, 내가 뭐라고 말하는지 모르겠고, 팔다리가 후들거려서 겨우 얘기하고 나왔어요.”**2-2**

## 〈비공개 재판-신뢰관계에 있는 자의 동석〉

“비공개로 한다고 방청객들이 다 나가고 그 큰 법정에 검사, 변호사, 판사들 그리고 나 이렇게 있는데, 갑자기 무서운 생각이 들었어요. 거기 있는 사람들 나빠고 다 남자인데다가 가해자 변호사가 나한테 와서 얼굴을 가까이 들이밀고 한참을 쳐다봤는데 위압적이더라고요. 그때는 나랑 같이 온 아는 언니가 있었는데 같이 온 사람도 다 나가있으라고 해서 법정에 혼자 있게 됐는데, 위협감 같은게 몰려왔어요.”**2-3-2**

6

“비공개로 진행했으면 좋겠다고 검사한테 얘길 했는데<sup>2-1-1</sup> 판사가 하는 말이 ‘뭔가 당당하지 못한 게 있는 게 아니냐’고 하면서 비공개로 하는 걸 가지고 떳떳하지 못한 일처럼 그렸어요.<sup>3-1-1</sup> 결국은 가해자만 나가고 가해자 식구들이랑 다른 사람들은 남은 상황에서 진술했어요. (증언석에) 나가자마자 가해자 식구들이 맨 앞줄로 나와서 나를 계속 쳐다보더라고요. 거기서 나한테 무슨 말을 할 수는 없겠지만 말로 뭐라고 협박하는 거랑 똑같더라고요. 판사한테 내가 떳떳하지 못하다는 인상을 줄까봐 눈치보고... 판사의 말 한마디 한마디랑 가해자 식구들의 협박 같은 것들이 주눅들게 했던 것 같아요.”

“(법정은) 사람을 죄인처럼 만드는 공간인 것 같아요. 피해자석도 그렇고 다른 사람하고 동석할 수 있다고 하는데 어떤 자리에 같이 있을 수 있는지가 중요한 것 같아요. 방청석 말고 피해자 옆에 앉게 하는거...”<sup>4-2-3</sup>

“내 재판날 며칠전에 어떤 사건이 있었는데, 어떤 피해자가 가해자 혀를 물어뜯은 사건이 있었대요. 판사가 그 사건 아냐고 물으면서, 그렇게 끝까지 반항하는 사람도 있는데, 가해자가 싫으면 왜 그렇게 안했냐고 물었어요.<sup>3-1-1</sup> 너무 기가 막히더라고요. 그 날 가해자는 내가 평소에 자기 타입이 아니었다고 말했어요. 그런 말도 안되는 이유를 대는 가해자한테는 아무 질문도 안하고, 나한테 왜 크게 소리를 안질렀냐 왜 평소보다 술을 많이 마셨느냐 정말 술을 먹었기 때문에 제대로 밀어내지 못한 거냐는 말을 하는 거예요. 그러다 나중에는 명문대생이면서 그런 판단도 못하냐는 말도 했어요. 나오면서 그런 생각이 들더라고요. 그 사람들은 내가 국졸이든 명문대생이든, 술을 못하든 잘하든 내가 뭐든, 의심할 준비가 되어있구나. 하는. 내가 판사한테 그런 말을 듣는데 검사는 아무 의의제기도 하지 않았어요.<sup>4-1-2</sup> 그 날 이후로 지하철에서 양복입은 아저씨들을 보면 법정에서 나를 욕박지르던 판사, 가해자를 좋아했다고 몰아부쳤던 변호사, 아무말도 하지 않았던 검사... 오버랩되면서 참 쓸쓸한 생각이 들었어요.”

“검사가 핵심을 잘못잡고 있는 거 같았어요. 변호사의 질문이 인신공격적이고 말이 안되는 부분이 있었는데 검사는 그냥 가만히 있고... 많이 답답했어요.”**4-1-2** 검사를 따로 만나서 의견을 전달하는 게 너무 어려워서 공판 끝나고 별도 출입문으로 나가는 검사한테 뛰어가서 서류를 내거나 그 날 재판에서 잘못된 부분 같은 걸 얘기하고 다음 재판얘기도 하고 했어요. 잠깐 붙잡고 얘기하는 거 말고는 따로 찾아가겠다고 해도 너무 어려웠어요. 주변 도움을 받아서 가해자 예상 질문, 증인에 대한 예상 질문 같은 거 모두 적어서 검사한테 제출하고 제발 읽어주기만을 바라고 그랬어요. 제 사건인데, 뭘 특별히 할 수 있는 게 없더라고요.”

“직장다니는 사람들은 어떻게 재판을 할까 하는 생각이 들어요. 저만 하더라도 가해자랑 부딪히는 게 싫어서이기도 했지만, 학교 수업 빠질때마다 교수한테 이유를 얘기할 수도 없고 해서 한 학기 휴학을 했었거든요. 유죄판결이 나온다고 해도 그런 건 보상이 안되지 않아요.”**4-3 확대**

“법에 대해 모르는 사람이 훨씬 더 많잖아요. 재판을 하게되는 사람들한테는 증인석이 어딘지, 다음 재판은 언제인지, 취소되면 어디다 알아보는 건지, 증인으로 나갈 수 없을 때는 어디다 어떻게 얘길 해야하는지... 모든 게 낯설고 두려운데 그런 정보를 어디서건 알 수 있으면 좋겠다는 생각이 들었어요.”**4-2-2**



## B장. 성폭력관련 공판과정에서의 2차피해에 대한 해결방안 : 증인신문내용 제한에 관하여

---

지금까지 A장에서는 2차피해와 피해자의 적극적 권리에 대한 새로운 접근을 모색하였습니다. 기존의 논의들이 공판절차상 주체들간의 이익형량을 염두에 둔 나머지, 공판절차에서의 2차피해에 소극적으로 접근해왔음을 지적하고, 2차피해의 발생이 공판절차 주체들의 성폭력에 대한 왜곡된 인식에서 기인하고 있음과 이를 극복하기 위한 보다 적극적인 피해자의 권리를 제안한 것입니다.

이번 B장에서는 같은 문제의식 하에, 증인신문상의 2차피해 해결방안을 다루는데, 현실의 법적논리상 '증인신문사항 중 사건과의 관련성이 있다고 주장되며 법적공방에서 피고인의 방어권과 관련하여 주되게 문제가 되고 있는 부분'을 살피고, 현실적 상황에서 보다 가까운 문제해결 방안을 입법론적 측면에서 모색하고자 합니다.

## I. 공판과정에서의 2차피해 문제의 실태

### 1. 성폭력 범죄 피해자에 대한 증인신문의 경향

박선미(1989)는 강간재판과정에서 피해자의 관점으로 본 신문문의 초점을 ①피해자의 유발, ②피해자의 반항, ③피해자의 고소제기과정, ④피해자의 평판, ⑤피해자의 성력, ⑥피고인의 성기삽입시 피해자의 경험 등 여섯가지로 제시하고 있습니다.

피고인측은 피해자의 품행, 평판, 이전 직업, 생활방식, 옷차림, 성관계 이력 등 피해자의 사생활과 관련된 내용을 무차별적으로 신문하는 것이 일반적이고 피해자는 피고인에 대한 무죄판결의 두려움 때문에 위와 같은 질문들에 답을 하면서 2차적인 고통을 겪게 됩니다. 아래에서는 피고인측이 어떤 이유에서 피해자의 성관계 이력 등에 대한 증거를 제출하는지 검토해봅니다.<sup>82)</sup>

### 2. 피고인에 의해 사용되는 성적행위 증거

성폭력으로 기소된 피고인은 보통 다음과 같은 방어를 하고 있습니다. ①'내가 안했다'(오인), ②'성폭력은 없었다'(거짓말), ③'내가 했지만 그녀도 동의했다'(동의), ④'이 증인은 신뢰도가 낮다'(신용성 없음). 이러한 방식으로 방어하기 위해 사용되는 성적행위 증거는 다음과 같은데, 표현 중 '관련성<sup>83)</sup>이 있다'고 하는 것은 피고인이 그렇게 주장을 한다는 의미입니다.

#### (1) 성적 접촉과 관련된 증거

---

82) 이하의 내용은 David Haxton, "Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence", Wisconsin Law Review(1985), pp.1232-1254를 참조한 것임. 이는 미국의 사례를 분석한 것이나 성폭력 범죄에 대한 소송관계인들의 인식이 비슷하여 우리나라의 상황과 일치하는 경우가 많다고 본다. 법규정상 우리의 상황에 적용될 수 없는 예는 생략하였다.

83) 미국 증거법상 관련성 있는 증거는 "행동을 결정하는데 있어 중요한 사실이 존재하는가에 대하여 그 증거가 없는 경우보다 있는 것이 그 개연성을 늘리거나 또는 떨어뜨리는 경향을 가진 증거"라고 정의된다.(Fed. R. Evid. 441)

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

② 유아피해자의 성적 경험이 있다는 증거 : 유아는 성적 행위에 대해 잘 알지 못한다는 것을 통상적인 생각이라 보고, 유아피해자가 이미 다른 사람과의 성적 경험이 있는 경우, 유아피해자에 의해 묘사된 성적 행위가 성폭력에 기반한 것이 아니라는 것에 대한 관련성이 있다.

(2) 동일성 인식과 관련된 증거

① 성병전염의 부정 : 피해자가 성폭행 당시에 성병에 감염되었고, 피고인이 성병을 가지고 있지 않다면 가해자가 아니라는 점에 대한 관련성이 있다.

② 부성(父性) : 주장된 성폭력 시점의 9개월 후 출산이 있다면 피고인은 아이의 아버지가 아니라는 증거는 동일성 인식과 관련성이 있다.

(3) 동의와 관련된 증거

① 제3자와의 유사한 성적행위의 패턴 : 제3자와의 성적행위가 합의에 의한 것이고, 그것이 피해자가 주장한 성폭력 행위와 일관된 패턴을 이루고 있는 경우 관련성이 있다.

② 예전에 피고인과 합의에 의한 성적 행위가 있었다는 사실 : 피고인과의 성이력은 합의에 의한 것이었고, 그것이 성폭력으로 주장된 행위와도 일관되게 하나의 패턴을 형성하고 있다면 관련성이 있다.

③ 피해자가 피고인에게 과거의 성이력에 대해 밝혔다는 사실 : 피해자가 피고인에게 자신의 성이력에 대해 밝히고, 피고인이 그것을 합리적으로 동의 의사로 이해했다면 그것은 동의와 관련성이 있는 증거라고 한다.

④ 피해자의 마음상태 : 사건당시 피해자의 마음상태가 직접적인 논점은 아니더라도, 동의는 피해자의 마음에서 나오는 것이라는 점에서 그것은 동의의 가능성에 영향을 미칠 수 있다.

## 여성인권을 찾는 시민감시단

⑤ 피해자의 성적 취향(동성간 피해일 경우) : 피해자는 보통 이성애자로 가정되는 데, 피고인이 피해자측의 동의가 있었다는 항변을 하는 것은 피고인측에게 오히려 불리하게 작용할 수 있다.(성정체성을 신문내용으로 할 수 없도록 되어있어, 피해자는 답하지 않을 권리가 있기 때문)

⑥ 동의를 판단하는데 있어서의 사실의 착오 : 피해자의 성이력에 대한 사실을 피해자가 직접 밝힌 경우가 아니라 제3자를 통해 알게 된 경우 위와는 달리 간접적인 관련성만을 갖게 된다. 그러나 피고인이 그것을 진실로, 합리적으로 믿고, 진실로 합리적으로 동의에 대한 해석의 근거로 삼은 경우 관련성이 있다.

### (4) 신빙성과 관련된 증거

① 모순 : 피해자의 성이력은 그것이 증인의 진술과 모순된 경우 증인의 신빙성과 관련성이 있게 된다.

② 과거의 일관성 없는 진술 : 일관되지 않는 진술 역시 증인의 신빙성과 관련성이 있다. 때론 그 진술이 피해자의 성이력과 관련되기도 한다.

③ 과거 피해자의 허위고소에 의한 협박사실 : 피해자가 허위고소를 하여 협박한 사실이 있다면 이는 피해자의 신빙성과 관련성이 있다.

④ 거주지역과 직업 : 증인 및 피해자의 거주 또는 직업은 그들의 환경을 통해 그들을 알게 한다고 보며 이는 피해자의 성력을 유추하는데 영향을 주기도 한다.

⑤ 편견과 허위고소의 동기 : 피해자의 성이력은 그것이 피해자의 편견이나 또는 피고인에 대한 허위고소의 동기를 드러내는 경우 관련성이 있다.

⑥ 전문가 증언의 근거 : 전문가가 의견 형식으로 증언을 하는 경우 그 의견의 근거는 관련성이 있다. 피해자의 성이력이 전문가의 의견형성에 기반이 된 경우, 예를 들어 전문가가 피해자가 성폭력피해를 입는 망상을 한다고 증언하는 경우가 그러하다.

## 3. 소결

위에서 언급된 예를 살펴보면 명백히 사건과 관련이 없는데도 성차별적 인식과 편견에 기반하여 신문이 이루어지거나, 사건과 어느 정도의 관련성을 가지지만 피해자의 인격권 또는 프라이버시권을 침해하는 문제점들이 있음을 알 수 있습니다. 특히 해당

사건과의 어느 정도의 관련성을 가질 경우, 법적공방에서 피고인의 방어권과 관련하여 주되게 문제가 될 부분이므로 세밀한 분석이 요구되는 부분입니다. 다음에서는 위의 문제상황들을 헌법적으로 검토해보고, 문제해결의 이론적 근거를 모색해봅니다.

## II. 공판과정의 2차피해에 대한 헌법적 검토

### 1. 문제의 소재

공판과정에서의 2차피해 문제는 수사기관에서의 2차피해와는 구별되는 점이 있는데, 바로 피고인의 방어권의 문제입니다. 수사기관에서의 2차피해는 수사기관으로 대표되는 국가와 피해자의 문제이므로 국가에 의한 기본권 침해가 검토되어야 하며, 이는 헌법 제37조 2항에 따라 기본권제한의 한계를 살펴보면 될 것입니다. 그러나 현행 형사사법체제에서 공판과정에서의 문제는 주로 피고인의 방어권 행사(피고인을 대리하는 변호인에 의한 증인신문)의 일환으로 인식되어 온 것이므로 지금까지 열악한 위치에 놓여왔던 피해자 기본권을 확장하는 가까운 현실가능한 방안을 제안하기 위해선, 기존의 피고인의 기본권이 무엇인지, 어떻게 인식할 것인지 함께 고려할 필요가 생깁니다.

아래에서는 공판과정에서의 2차피해 문제에 대해 일차적으로 신문내용이 피고인의 정당한 방어권 범위인지를 검토합니다. 만약 방어권의 범위를 벗어나는 신문이라면 별도의 검토없이 피해자의 권리가 침해되었다는 사실만으로 신문의 위법성이 인정되고 재판장 또는 검사는 이를 적극 제지해야 하며, 또한 제지없이 신문과 답변이 이루어졌더라도 위법하게 수집된 증거로써 증거능력이 부정되어야 할 것입니다. 그러나 신문내용이 방어권의 범위에 포함되는 경우, 피고인의 방어권과 피해자의 인격권 내지 프라이버시권이 대립하는 기본권 충돌의 문제로 인식되게 됩니다. 문제는 방어권의 범위를 구체적으로 한계짓는 것이 어렵다는 것과, 또한 기본권 충돌의 경우 그 해결방법은 한 가지로 명백하게 제시할 수 있는 것이 아니라 경우에 따른 차이가 크다는 점입니다. 그러나 이런 어려움을 고려하더라도, 피해자에 대한 당장의 이차피해를 최소화하는 현실적 방안을 모색하기 위해선 공판과정에서의 구체적인 2차피해의 기준을 정립하려는 노력이 매우 필요하다고 하겠습니다.

이에, 먼저 공판과정에서 문제되는 상황을 각각 피해자와 피고인의 관점에서 헌법적으로 검토한 뒤, 상황에 따라 무엇을 2차피해로 볼 것인지의 기준과 그 해결방안을 모색합니다.

## 2. 문제상황의 헌법적 검토

### (1) 피해자의 관점

#### 1) 공판과정에서의 피해자의 지위

피해자는 피고인과는 다르게 자신이 당사자인 사건인데도 소송의 주체가 아니라 단순한 소송의 객체로서 심리대상이 되었을 뿐입니다. 이는 국가소추주의로 인해 피해자를 대신하여 국가(검사)가 소송의 주체가 되었기 때문입니다. 현행법상 피해자의 공판과정에서의 권리는 헌법 제27조 제5항과 형사소송법 제294조의2에 의해 인정되는 피해자 진술권에 한정된다고 할 수 있습니다.

그러나 형사절차에 있어서 피해자의 인격권과 정당한 권리도 당연히 보장되어야 한다는 점에 따라 '피해자의 권리보호에 의한 지위강화'와 '소송주체로서의 피해자의 재발견'이 형사정책의 중요한 목표가 되어야 합니다.<sup>84)</sup> 헌법이 인정하는 피해자의 진술권도 이러한 관점에서 이해되어야 하며, 피고인 방어권과의 충돌문제를 해결할 때에도 이 점을 고려해야 합니다.

#### 2) 침해받는 권리

앞서 살펴보았듯이 피고인측은 피해자진술의 신빙성을 공격하기 위해, 또는 피해자의 책임을 강조하기 위해 증인신문시 흡연, 문신, 복장 등 피해자의 품행, 성격, 제3자와의 성관계 여부, 낙태경험, 직업 등에 대한 질문을 하고 있습니다. 이러한 신문은(부적절한 신문의 배경으로는 A장의 3-1 참고) 피해자의 인격권 또는 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것입니다.

헌법에서의 인격권은(헌법 제10조)<sup>85)</sup>의 인간의 존엄과 가치에 근거한, 자신과 분리할 수 없는 인격적 이익의 향유를 내용으로 하는 권리 내지 인격의 자유로운 발현에

84) 이러한 인식하에 1950년대 이후 피해자학이 새로운 학문영역이 발전하고 있다. 한국 피해자학회 홈페이지([www.victimology.or.kr](http://www.victimology.or.kr))참조.

85) 인격권의 헌법적 근거에 대해 헌법 제10조 외에 제17조, 제37조 제1항을 제시하는 견해도 있다. 헌법재판소는 정기간행물법 제16조 제3항에 대한 헌법소원사건에서 정정보도청구권을 일반적인 인격권에 바탕을 둔 것으로서 이는 헌법 제10조에서 나온다고 판시한 바 있다.(헌재 1991.9.16. 선고 89헌마166)

관한 권리를 말합니다. 인격권의 내용에는 명예권, 성명권, 초상권 등이 포함되는데 헌법 제10조의 규정은 그 표현이 지나치게 일반적이고 추상적이어서 보충적 적용이 아닌 포괄적으로 적용될 경우 개별 기본권 조항을 공동화시킬 수 있다는 우려가 있을 수 있습니다.<sup>86)</sup>

사생활의 비밀과 자유는 1980년 헌법이라 인정되는 권리로 그동안 통설·관례를 통해 인식되고 있던 프라이버시 보호가 기본권으로 규정된 것입니다. 사생활비밀·자유와 프라이버시권은 적극적 정보관리·통제권을 포함하는지 여부에 따라 구별하는 견해와 동일하게 보는 견해가 나뉘어 있으나, 이 글에서 문제되는 공판과정에서의 2차피해는 모두 소극적 침해금지의 권리가 문제되는 것이라 볼 수 있으므로, 이 글에서는 두 가지를 같은 의미로 사용합니다.

사생활의 비밀과 자유는 인간의 존엄성에 기초하고 있어 내·외국인을 불문하고 자연인에 대해 인정되고 있습니다. 사생활의 비밀과 자유의 내용은 크게 ①사생활의 비밀의 불가침과 ②사생활의 자유의 불가침으로 나뉘며, 전자의 유형은 ㉠사사의 공개금지, ㉡오해를 낳게 하는 공개금지, ㉢성명·초상·경력 등 인격권과 불가분의 관계에 있는 사사의 영리적 이용의 금지 등이 있고, 후자의 유형은 ㉣사생활 평온의 불가침, ㉤자유로운 사생활 형성·유지의 불가침이 있습니다.<sup>87)</sup>

사생활의 비밀과 자유는 보통 언론의 자유와의 충돌이 문제되는데 그 해결방안으로는 인격영역론, 권리포기이론, 공적인물이론, 공공이익이론 등이 제시되고 있습니다.<sup>88)</sup>

86) 이 점에서 헌법 제10조에 의해 보장되는 인격권을 일반적 인격권이라고 한다. 사생활의 비밀과 자유에 포함되지 않는 경우엔 당연히 헌법 제10조가 적용된다. 명예권과 프라이버시권의 차이에 대해서는 “프라이버시권의 보호”, 월간고시(89/7), pp.58-60 참조.

87) 성낙인, 헌법학 제2판, pp.428-431; 그 밖에 적극적 측면도 포함시키는 견해는 이외에도 자기정보에 대한 통제권을 내용에 포함시킨다.

88) 윤영선, “사생활의 비밀과 자유”, 법정고시(96/2), p.70; ①인격영역론은 개인의 생활영역을 구분하여 단계별로 제한의 정도가 달라지며, ②권리포기이론은 자살자와 같이 일정한 사정 하에서는 사생활의 비밀과 자유를 포기한 것으로 간주한다는 이론이다. ③공적인물이론은 공적인물은 공적관심의 대상이므로 원칙적으로 사생활 침해가 아니라는 이론이며, ④공공이익이론은 국민의 알권리의 대상이 되는 사항은 공개하는 것이 공공의 이익이 된다는 이론이다. 이들 이론은 모두 한계가 있으며 사안에 따라 구체적인 형

이중에서 2차피해와 관련하여 시사점을 주는 이론은 독일의 판례와 학설에 의해 발전된 '인격영역론'인데, 이에 의하면 개인의 생활영역은 내밀성의 정도에 따라 공개적 영역, 사회적 영역, 사시적 영역, 비밀영역, 내밀영역으로 나누고 뒤로 갈수록 공개의 허용을 어렵게 하고 있습니다. 특히 내밀영역은 인간의 자유의 최종적이고 불가침적인 영역을 의미하는데 보통 양심이나 성적 영역처럼 핵심적 자아 영역에 속하는 상황을 지칭하는 것입니다.

### 3) 문제상황의 분석

증인신문을 통해 피해자의 품행이나 성관계 이력을 질문하는 것<sup>89)</sup>은 분명 피해자의 사생활의 비밀과 자유를 제한하거나 침해하는 것입니다. 신문내용이 피해자의 사생활에 대한 것이면 신문의 대상이 피해자가 아닌 제3자(피고인측 증인)를 포함할 경우에도 피해자의 기본권 침해가 인정될 수 있습니다. 증인신문의 내용이 기본권에 대한 침해가 아닌 정당한 제한이 되려면 기본권 제한사유가 인정되어야 비로소 가능한 것인데 여기서 문제가 되는 것이 '형사소송의 이념(실체적 진실발견)'과 '피고인의 방어권'입니다. 피해자에 대한 증인신문이 정당한지의 여부가, 피고인과 피해자에게 어떤 일이 있었는지를 밝혀야 하는 공판과정이라는 특수한 상황에서 판단되어야 한다는 점, 피고인의 방어권 행사라는 점을 고려해서 판단되어야 한다는 것이 피해자의 관점에서 문제상황이 됩니다.

## (2) 피고인의 관점

### 1) 피고인의 지위 및 권리

피고인은 근대형사소송제도 확립이후 심리의 객체였던 것에서 벗어나, 소송주체로서의 지위를 인정받게 되었습니다. 헌법은 형사절차 법정주의 내지 적정절차의 원칙

량을 요한다.

89) 사적영역이 대중에게 알려짐으로써 침해될 수 있는 명예권은 비공개신칭(성폭력특별법 제22조)을 통해 보호될 수 있다. 그러나 프라이버시권의 침해는 공연성을 요하지 않으므로 비공개 심리라 하더라도 가능하다. 결국 2차피해의 문제는 심리의 공개여부와 관계없이 발생할 수 있는 것이다.(다만 공개시엔 2종의 피해가 가능하다는 점에서 동법 제22조 제2항은 의무규정으로 개정되어야 할 것이다)

## 여성인권을 찾는 시민감시단

(제12조 제1항), 고문금지과 불이익 진술거부권(제12조 제2항), 영장주의(제12조 제3항, 제16조), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항), 자백배제 법칙과 자백의 보강법칙(제12조 제7항), 피고인의 무죄추정(제27조 제4항), 재판공개 원칙(제109조) 등을 통해 피고인의 기본적 인권을 보장하게 됩니다.

현행 형사소송법은 검사와 대등한 소송주체로서의 피고인에게 방어권과 소송절차참여권을 규정하고 있고, 이 중 피고인의 방어권은 방어준비를 위한 권리, 진술거부권과 진술권, 증거조사에 있어서의 방어권, 방어능력의 보완 등이 있는데, 증거조사에 있어서의 권리 중 형사소송법 제161조의2에 의한 증인신문권을 행사할 때 피해자에게 2차 피해를 주게 되는 것으로 문제가 되는 부분입니다.

피고인은 자신의 이익을 방어하기 위해 권리를 행사할 수 있게 되어있는데, 증인신문 과정에서 그 권리가 표현되는 방식이 바로 피고인을 대리하는 변호인에 의한 증인신문입니다. 피해자 진술의 신빙성을 공격하고 사건에 대한 피해자의 책임을 부각시키는 것이 피해자에게는 피해당시 못지 않은 또 다른 피해가 되고 있으나 피고인의 관점에서는 권리행사의 과정이라고 보는 것입니다. 한편, 피고인의 '정당한 이익'을 보호하는 범위 내에서만 인정될 뿐<sup>90)</sup>이라고 되어있는데 사건과 관련없는 사항(형사소송법 제299조)을 질문하거나 고의로 타인의 명예를 훼손하는 신문, 위협적·모욕적 신문을 하는 경우(형사소송규칙 제7조, 제77조)가 피고인의 방어권으로 보호될 수 없는 경우로 피해자의 인격권 및 사생활의 비밀과 자유를 보호하기 위해 제한될 수 있다고 보아야 합니다.

### 2) 문제상황의 분석

어디까지의 증인신문이 방어권의 보호범위에 포함되는지, 즉 방어권(증인신문권)의 기본권 보호영역의 한계범위가 피고인의 관점에서 일차적으로 중요사항이 되고 있습니다. 기본권 보호영역을 확정된 후, 방어권의 보호영역에 포함된다고 본다면 피해자의 프라이버시권과의 기본권 충돌상황에서 피해자의 권리를 보호하기 위해 피고인의 방어권이 어느 정도 제한이 가능한지, 제한이 불가능한 본질적 부분은 무엇인지가 피

---

90) 백형구, 전계논문, p.30.

고인측의 어려운 부분으로 남는 것입니다.(형사소송법 제299조 단서)

### (3) 소결

피해자가 증인으로 신문을 받는 과정에서 발생하는 2차피해 문제는 헌법적 으로는, 피해자의 관점에서는 피해자의 인격권 및 사생활의 비밀·자유 침해의 문제로, 피고인의 관점에서는 방어권이 피해자보호를 위해 제한될 수 있는지의 문제로 파악하게 됩니다.

따라서 현실적으로 입법가능한 방안을 검토하기 위해서는 먼저 각 기본권의 기본권 보호영역을 구체화하고, 형사소송의 이념에 의해 피해자의 프라이버시권이 제한될 수 있는지의 문제를 살피고, 피고인의 방어권과 피해자의 프라이버시권의 갈등이 생기는 경우 어떻게 해결할 것인지를 검토해야 합니다.

## 3. 문제해결의 헌법적 검토

### (1) 실체적 진실 발견의 형사소송의 이념

형사소송은 (피해자의 구제가 아닌) 실체적 진실의 발견을 그 이념으로 하고 있으며 피해자는 고소권자로서 형사소송절차를 시작할 것인지에 대한 선택권을 가지고 있습니다. 피해자의 고소로 인해 형사절차가 시작되었고, 형사소송이 실체적 진실발견을 이념으로 한다는 점이 피해자에 대한 프라이버시권 침해의 면책사유가 될 수 있을지가 문제되는데, 그러나 형사소송에서의 이념은 피고인과 피해자 사이에 있었던 일에 대한 진실의 발견이지, 사건과 관련이 없는 피해자의 사생활에 대한 진실발견을 의미하는 것이 아닙니다. 따라서 피해자의 프라이버시는 그것이 문제된 사건의 진실을 밝히기 위해 본질적으로 중요한 사항이 아닌한 헌법 제19조에 의해 보호되어야 합니다. 실체적 진실발견이 어느 때나 기본권 제한사유로서 기능할 수 있는 것은 아닙니다.

상기되어야 할 것은, 사생활과 관련된 사항의 신문은 오히려 피해자에 대한 불필요한 편견을 유발하고, 결과적으로 실체적 진실발견에 방해가 될 수도 있다는 것입니다.<sup>91)</sup> 결국 신문을 통해 드러내고자 하는 피해자의 사생활이 사건의 실체적 진실에 있

91) 편견제거를 통한 실체적 진실발견은 미국 RSL을 옹호하는 주장의 근거로 이용되기도

## 여성인권을 찾는 시민감시단

어 본질적인지 여부가 문제인 것인데, 이것이 곧 피고인의 본질적 방어권에 해당하는지의 문제와 연결되므로 이 문제는 기본권 충돌문제와 함께 뒤에서 다시 언급합니다.

### (2) 기본권의 유사충돌

#### 1) 의미

외견상으론 두개의 기본권이 충돌하고 있는 것처럼 보이지만 실제로는 권리간의 상충이 아니라 한쪽이 자신의 기본권이 보호할 수 있는 영역을 넘어 일탈한 상태를 기본권의 유사충돌이라고 합니다.

2차피해와 관련해서 보면, 피고인이 자신의 방어권 영역을 넘는 증인신문을 할 경우, 유사충돌로서 기실은 양측의 기본권이 충돌한 문제가 아니라, 피고인에 의한 피해자의 프라이버시권 침해만이 성립하는 것입니다. 형사소송법 제299조는 소송에 관계없는 사항에 대한 신문은 재판장이 제한할 수 있도록 하고, 형사소송규칙 제74조제2항은 위협적이고 모욕적인 증인신문을 금하고 있는데 이는 피고인 방어권의 한계를 의미하는 것으로 해석할 수 있습니다.

#### 2) 유사충돌의 경우 해결방안과 문제점

방어권의 범위를 넘어서서 피해자의 권리를 침해할 경우 이는 사인에 의한 기본권 침해에 해당됩니다. 국가는 국민의 기본권보장의무가 있으므로(헌법 제10조 제2문), 이 경우 재판장과 검사는 이러한 신문을 적극적으로 제지해야만 합니다. 즉, 형사소송법 제299조는 현행 실무보다 좀더 적극적으로 해석되고 적용될 필요가 있으며 기본권을 침해한 신문의 결과는 위법하게 수집된 증거로써 증거능력이 부정되어야 하는 것입니다.

이러한 유형의 침해는 결국 현행 법제도의 적극적 적용을 통해 어느 정도 보호될 수 있는 부분인데, 문제는 방어권 보호영역을 한정하는 기준을 설정하는 것에 있습니다. 방어권의 범위를 벗어나는 신문내용은 크게 소송과 전혀 무관한 사항에 대한 질문과, 고의적으로 증인 또는 제3자의 명예를 훼손하거나 인격적으로 모욕하는 내용이 있을 수 있습니다. 이 중 후자는 현실적으로 고의성이 부정되거나 입증이 어려워 인정되

---

한다. David Haxton, op cit., p1262.

지 않는 경우 또는 누구나 확실히 인정할 수 있는 경우로 나뉘는 것이므로 현실적으로 크게 문제되지 않을 수 있습니다.

결국 '신문내용과 사건과의 관련성'이 문제로 남는데, 관련성은 범행의 구성요건이나 직접적으로 중요한 정황에 대한 것에 한정되어야 함에도 불구하고 정조개념, 정숙한 여성, 강간신화 등의 편견과 법관의 소극적 소송지휘권 행사 등에 의해 관련성이 넓게 인정되는 경향을 보입니다. 피고인은 무죄추정의 원리가 적용되고 형사절차 주체로서 헌법상 인정되는 방어권을 가지고 있기 때문에 결국 신문내용과 사건의 '관련성'이 없다는 것에 대한 입증책임은 그것을 주장하는 피해자측이 부담하도록 되어있는 것입니다. 그러나 이전의 판례 또는 실무관행상 이를 입증하는 것이 어려운 것이 사실입니다.

### ③ 기본권 충돌의 문제 - 피해자의 프라이버시권 vs. 피고인의 방어권

#### 1) 의미

기본권의 충돌은 한 기본권을 주장하는 것이 다른 기본권의 효력을 희생시킬 수 있다는 것에 그 특징이 있습니다. 2차피해와 관련해서는 피고인의 방어권과 피해자의 프라이버시권이 충돌하는 문제가 이에 해당하며, 둘 중의 하나의 권리를 주장하면 일반적으로 다른 하나는 희생되어야 하는 관계로 보기 때문에 문제가 되는 것입니다.

#### 2) 기본권 충돌의 해결방안 - 일반론

기본권 충돌의 해결을 위한 이론은 학자마다 다소 설명에 차이가 있는데, 독일의 학설로는 ① 기본권의 충돌은 예외적 현상으로 헌법률에 흠을 내는 것이 아니므로 헌법이 입법자에게 해결을 위임했다고 보는 입법의 자유로운 영역이론, ② 기본권의 서열질서를 추론, 상위기본권을 우선시키는 기본권의 서열이론, ③ 독일연방헌법재판소가 뤼트판결(BVerfGE 7, 198ff. (210f.)) 이후 채택하고 있는, 구체적 사례마다 더 높은 이익을 찾아내는 법익형량이론, ④ 기본권간의 형평성을중시하는 실제적 조화이론 등이 소개되고 있습니다.<sup>92)</sup>

국내에서는 대체로 가치를 비교하는 '이익형량 원칙'과 '규범조화적 해석원칙'이 해

92) *ibid.*, pp.7-12.

결방안으로 제시되고 있습니다.<sup>93)</sup> 이익형량 원칙은 구체적 사안마다 형량의 기준이 자의적일 수 있다는 점과 형량 자체가 어려운 경우가 있다는 문제가 있고, 규범조화적 해석이론은 ① 양기본권 모두에 제약을 가해 효력을 양립시키는 과잉금지 원칙과 ② 상충하는 기본권을 제약하지 않고 대안을 찾는 대안식 해결방법 ③ 최후수단억제방법을 그 내용으로 하고 있습니다.

헌법재판소는 “두기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것”이라 판시하고 있습니다.(헌재 1991.9.16. 선고 89헌마 165)

### 3) 2차피해 문제의 해결방안

성적자기결정권이 침해될 때 동원되는 폭력과 강제력이 개인적인 것이 아니라 사회적 의미를 지니는 만큼, 이러한 침해에 대한 판단은 ‘사인간의 권리충돌’ 사항만으로 볼 수 없다는 점, 그리고 성폭력 피해자에 대한 불신과 책임전가식 부당신론, 일반적으로 피고인의 범행사실을 입증하기 위해 사용되는 정황증거가 도리어 피해자의 유책 사유를 살피는 데에 쓰이게 되는 문제 등 성폭력범죄에서 주요하게 문제가 되는 사회적 맥락이 고려되지 않은 성편향적 접근은 A장의 3-1에서 비판되고 있습니다.

이에 대한 해결을 위해서는 A장에서 제안되었던 것처럼 형사사법체제의 전반적 변화가 요구될 것이나, 이번 B장에서는 가까운 현실에서의 단계적 방안으로 규범조화적 해석이론을 살펴봅니다.

규범조화적 해석이론 중에서 대안적 해결방법에 의한다면 피해자의 프라이버시를 침해하지 않으면서 다른 질문을 통해 피고인의 방어권을 행사하는 방식이 있겠으나 이론적으론 가능하지만 현실적으론 어려운 것으로 보입니다. 따라서 과잉금지 원칙을 적용해야 하는데 이에 대해 형사소송법 제299조는 중요한 점을 시사하고 있습니다. 즉, 재판장은 중복된 사항이나 소송에 관계없는 사항을 제한할 수 있으나 소송관계인의

---

93) 국내에서는 단계별로 유사충돌의 해결, 법익형량형평성 원칙, 입법에 의한 해결을 제시하는 견해와 이익형량규범조화적 해석론을 제시하는 견해, 독일이론과 같은 분류를 제시하는 견해 등이 있는데 결국 이익형량 원칙과 규범조화적 원칙에 입각한 것으로 보인다. 성낙인, 전게서, pp.262-263.

본질적 권리를 해하지 않는 한도에서라는 단서가 있다는 점입니다.

2차피해에서 문제되는 신문내용인 피해자의 품행, 성격, 성관계 이력 등은 앞서 본 개인영역 중에 내밀영역 또는 비밀영역에 속하는 사항으로 프라이버시권의 매우 핵심적인 부분을 차지하고 있는 반면, 이런 사항들은 성폭력 사건과 직접적 관련이 있기보다는 정황과 관련될 뿐이어서 일반적으로 피고인의 방어권의 본질적 부분이라 보기는 어려운 것입니다. 따라서 내밀영역에 해당하는 사항에 대한 신문을 원칙적으로 금지하고, 피고인의 본질적 방어권을 보호하기 위한 예외조항의 규정 및 재판장에게 보충적 재량권을 인정한다면, 피해자의 프라이버시권 및 피고인의 방어권 모두 본질적 부분에 대한 침해없이 조정될 수 있는 방법이 될 것입니다.

#### (4) 소결

공판과정에서의 2차피해 문제는 헌법적으로 세밀한 검토를 요합니다. 외견상 사건과 무관하거나 모욕적인 내용이어서 방어권의 범위를 벗어나는 신문은 현행 규정을 적극적으로 적용할 경우 일정정도 해결이 가능할 수 있으며, 실무상 적극적인 조치가 요청된다 하겠습니다. 현행 법관행상 사건과의 관련성이 인정되어 기본권이 충돌되는 상황은 일괄적으로 해결하기 어려운 문제지만 기본권 충돌의 해결방안 중 규범조화적 해결이론을 적용, 현실적으로 접근해볼 수 있을 것입니다.<sup>94)</sup> 아래에서는 이러한 문제를 해결하는 각 국의 입법례를 살펴봅니다.

94) 피고인의 방어권과 피해자의 프라이버시권과의 균형이 필요하고, 구체적 사안에 따라 해결해야 한다는 견해로 Marijo A. Ford, Paul A. Nembach, "The Victim's Right to Privacy: Imperfect Protection from The Criminal Justice System", Saint John's Journal of Legal Commentary(1992) 참조.

### III. 각 국의 입법례

#### 1. 들어가며

강간 등 성폭력관련사건은 목격자가 없는 경우가 많기 때문에, 피해자의 피해에 대한 증언이 사건의 사법적 판단에 있어서 매우 중요한 의미를 지닙니다. 이와 같은 중요성으로 피해자에 대한 신문이 이루어질 때는 해당사건 자체에 대한 사실을 중심으로 이루어져야 하나 여성이 사회적 약자로서 차별 받은 것이 사법절차의 측면에서도 예외는 아니어서, 성폭력사건의 경우 여성이 피해자임에도 불구하고 '사건 외적인 신문'으로 인해 피해자로서의 지위를 보장받지 못했던 것이 사실입니다.

이러한 현상은 1960년대 이후의 여성운동을 통해 전환지점을 찾게 되는데, 특히 미국의 경우에는 현재 거의 대다수의 주에서 - 유형은 다양하지만 - 강간피해자보호법(Rape Shield Law, 이하 RSL)을 채택하여 피해자인 여성의 적절하고도 사건에 대한 객관적인 진술을 할 권리를 보장하고 있으며, 독일의 경우에도 형사소송법에 피해자에 대한 진술의 내용을 적절히 제한할 수 있는 근거규정을 부여하고 있어 완전하지는 않지만 피해자 보호의 기능을 하고 있습니다.

그러나 우리나라의 경우 90년대에 들어서야 비로소 활성화되기 시작했기 때문에 아직까지 사법절차에 있어서 피해여성의 보호제도는 매우 부족한 상황입니다. 우리나라 형사소송법 제299조는 중복되거나 사건과 관계없는 질문에 대한 통제권을 재판장에게 부여하고 있고, 형사소송규칙 제74조 2항과 제77조는 제한되는 질문에 대한 기준을 제시하고 있으나, 이러한 기준만으로는 성폭력사건에 있어서의 피해자, 특히 여성들에 대해, 사건 외적인 사항을 질문함으로써 발생하는 2차적인 피해를 적절히 통제할 수 없게 됩니다. 아래에서는 외국의 입법례를 분석하여 적절한 보호제도 방안을 살펴보고자 합니다.

## 2. 미국의 제도(강간피해자보호법 : Rape Shield Law)<sup>95)</sup>

### (1) 들어가며

앞에 설명되었듯이 미국에서는 1960년대 이후 성폭력피해자인 여성을 재판절차상에서 보호하기 위한 노력이 꾸준히 이루어져 왔습니다. 그 결과로서 대부분의 주는 일종의 강간피해자보호법(Rape Shield Law)을 채택하여, 피해자가 증인으로서 신문 받을 때 사건 외적인 사항, 특히 피해자의 과거 성력(Sexual History)에 대한 질문으로 배심원 등에게 편견(Precjudice)을 주는 것을 막고 있습니다.

그러나 미국은 우리와 달리 연방국가 형태이기 때문에 각 주는 상당히 독립된 법제도를 가지고 있고, 강간피해자보호법의 내용 역시 각 주에 따라 차이가 있으므로, 입법례를 보다 적절히 보기 위해서는 각 주가 채택하고 있는 강간피해자보호법을 유형화하여 체계적으로 분석할 필요가 있습니다. 아래에서는 법관에게 신문사항 제한에 대한 재량이 있는지를 기준으로 하는 Galvin의 분류<sup>96)</sup>에 의해 알아보하고자 합니다.

참고로 미국의 경우에 강간에 대한 구성요건이 우리와 같이 엄격하게 폭행이나 협박을 요구하는 것이 아니라 '동의 없음'이 중요한 구성요건이기 때문에 예외를 생각함에 있어서 이를 함께 고려해야 합니다.

### (2) 미시간주 유형(The Michigan Approach)

미시간주 유형은 현재 25개주가 채용하고 있는데, 피해자나 증인의 신문내용으로 성력을 채택하는 것을 원칙적으로 '금지'하고, 특별한 경우에 한해 몇몇의 예외를 인정하고 있습니다. 미시간주 유형을 채택하는 모든 주가 예외에 있어 공통적인 원칙을 갖는 것은 아니며, 각 주의 입법자가 나름대로의 예외를 인정하는 상황입니다.

'피해자의 성력등 성행위(Sexual conducts)' 관련사항 중 신문내용으로 예외적으로 인정

95) 이하의 내용은 Harriett Galvin, "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade", Minnesota Law Review(1986)을 참조한 것임.

96) 기타의 분류방법은 조국, "형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 처지와 보호", 형사법의 성평향, p.110의 각주 57)을 참조.

되는 경우를 보면 다음과 같습니다.

① 피고인과 피해자간의 성이력 증거(Evidence of sexual conduct between the complainant and the accused) - 재판의 대상이 된 사건이 동의하에 이루어졌다는 점을 입증하기 위하여, 피해자에 대해 피고인 자신과 피해자간의 '기존의 성관계사실'에 대한 질문을 하는 경우이다. 이러한 질문에 대해 '배심원 등에게 편견을 주는 것보다는 피고인의 방어권 보장'으로 해석하는 것으로 이러한 유형의 예외는 미시간주 유형을 적용하고 있는 모든 주에서 채택하고 있다. 유의할 것은 일부 주에서는 이와 같은 피해자와 가해자간의 성이력이 오래된 것일 경우에는 양자간의 과거의 자발적인 행위가 현재의 동의를 추정할 수 있는 힘이 거의 없다고 보며, 타당하다고 인정될 수 있는 최근의 이력으로 한정하고 있다는 것이다.

② 강간에 의한 신체적 결과가 해당사건이 아닌 다른 행위로 발생하였다는 점을 입증하기 위한 피해자의 특정한 성이력 증거(Evidence of specific instance of sexual conduct to prove an alternative source of the physical consequence of the alleged rape) - 피고인이 자신이 가해자가 아님을 입증하기 위해, 피해자가 고소의 근거로 삼고 있는 강간으로 인한 신체적인 결과(Physical consequence)가 피고인 이외의 다른 사람과의 관계에서 발생하였다는 사실을 증거로 사용하는 경우이다. 이러한 유형의 증거에 대해 '피해자의 평판 등에 손상을 주는 것이기보다는, 피고인이 범죄 구성요건을 부정하는 방어'로 해석하는 것으로, 미시간주 유형을 채용하고 있는 주 가운데 15개주에서 채택하고 있다.

③ 피해자의 편견이나 고소동기를 입증하기 위한 성이력 증거(Evidence of sexual conduct tending to prove the complainant's bias or motive to fabricate the charge) - 이 예외는 강간으로 기소된 피고인이 피해자가 고소한 것은 다른 이유(과거의 사회적으로 문제가 될 수 있는 성행위 사실을 가해자가 알고 있는 경우에 가해자를 사회적으로 매장시켜 자신을 보호하기 위함 등) 때문에, 자신이 강간을 하지 않았음에도 강간으로 고소했다는 것을 입증하고자 피해자의 과거 성행위사실을 증거로 사용하는 경우이다. 미시간주 유형을 채택하고 있는 주 중 2개의 주가 채용하고 있다.

④ 동의를 입증하기 위해, 기소된 성행위와 유사한 형태를 갖는 피해자의 다른 성이력 증거(Evidence of a pattern of sexual conduct similar to the charged sexual conduct offered to prove consent) - 이 예외는 피고인이 피해자의 동의가 있었음을 입증하기 위해 사용하는 것으로, 강간으로 기소된(특정 상황의 특정행위) 사건과 유사한 이전의 경우, 동의하의 유사한 성행위가 있었다는 점을 입증, 기소된 사건에서도 동의가 있었음을 주장하는 경우이다.

⑤ 동의로 오해할 여지가 있었음을 입증하기 위한 성이력 증거(Evidence of sexual conduct offered to prove a mistaken belief in consent) - 피고인이 피해자와의 성관계시 피해자의 동의가 있었다고 오해한 경우에, 이러한 착오가 정당한 것이었고 결과적으로 강간한 것이 아님을 주장하기 위해, 오해를 불러일으킨 피해자의 성이력을 증거로 채용하는 경우이다. 이러한 유형의 예외는 조지아에서만 인정되고 있다.

⑥ 검사가 입증한 것을 반박하기 위한 성이력 증거(Evidence of sexual conduct offered to rebut the state's proof) - 피해자 등이 자신은 성경험이 전혀 없었음을 주장하는 경우에 이러한 주장을 반박하기 위해 피고인 등이 피해자의 성이력을 입증하여 피해자 주장을 공격하는 경우이다. 참고로 이 예외에서는 피해자 스스로가 자신의 성이력을 증거로 제시하는 것이 강간피해자보호법에 저촉되는 것인지 여부에 대해 논란이 있었으나, 위스콘신 법원은 강간피해자보호법의 취지가 이러한 경우의 증거까지 제한하는 것은 아니라고 하여 인정하고 있다.

⑦ 피해자가 이전에 허위로 강간고소를 하였다는 증거(Evidence of the complainant's prior false allegation of rape) - 피고인이 피해자가 예전에도 일종의 '무고'를 한 적이 있다고 입증하여 피해자의 고소가 잘못된 것이라고 주장하는 경우이다. 이러한 예외는 미시간주 유형을 채택하고 있는 주 중 2개주만이 채택하고 있다.

(3) 뉴저지주 유형(The New-Jersey Approach)<sup>97)</sup>

97) 이 유형에 대해서 Galvin은 전개논문에서 'THE TEXAS APPROACH'라고 분류하였다.

## 여성인권을 찾는 시민감시단

뉴저지주 유형의 경우 미시간주 유형과는 반대로 성이력과 관련이 있는 증거를 통제함에 있어서 법관에게 재량을 부여하여 상황에 따라 법관의 자유로운 판단에 의해 결정하도록 하고 있습니다. 사건에 대한 판단의 근거가 된다고 생각하여 어떠한 이익을 증거로 인정했을 때, 이후 생기는 편견에 비해 그것이 더욱 효과적일 수 있는지가 판단기준이 됩니다. 그리고 이러한 이익형량에 있어 미시간주와 알래스카주의 경우에는 시간적 제한을 인정하여 시간적으로 오래된 성이력 증거의 경우 사건과의 관련이 떨어진다고 보고 증거로 인정되는 것을 제한하고 있습니다.

### (4) 연방증거규칙(The Federal Approach)<sup>98)</sup>

연방증거규칙은 미시간주와 뉴저지주 유형의 중간적 성격을 갖는 것으로, 우선 사

---

그러나 텍사스주의 경우 법률 개정으로 연방증거규칙으로 바뀌었기에 조국교수의 “형사법의 성편향” 중 “제2장 형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 처지와 보호”에서 나오는 분류를 참고하였다.

## 98) Federal Rules of Evidence 유형

### Rule 412

(a) Evidence generally - The following evidence is not admissible in any civil or criminal involving alleged sexual misconduct except as provided in subdivisions (b) and (c) :

(1) Evidence offered to prove that any alleged victim engaged in other sexual behavior.

(2) Evidence offered to prove any alleged victim's sexual predisposition

(b) Exception -

(1) In a criminal case, the following evidence is admissible, if otherwise admissible under these rules :

(A) evidence of specific instances of sexual behavior by the alleged victims offered to prove that a person other than the accused was the source of semen, injury or other physical evidence ;

(B) evidence of specific instances of sexual behavior by the alleged victim with respect to the person accused of the sexual misconduct offered by the accused to prove consent or by the prosecution ; and

(C) evidence the exclusion of which would violate the constitutional right of the defendant

건과는 다른 성관계사실이나 피해자의 성질에 관한 증거를 원칙적으로 제한하고 있고, 다만 비록 성관계사실에 해당한다 하여도 사건 관련성이 명백한 경우에는 제한의 예외로서 인정하고 있습니다. 관련성이 명백히 인정되는 경우는 '정액이나 손해가 피고인에 의한 것이 아니라는 것을 입증하기 위해 피해자가 다른 사람과 성관계를 가졌다는 사실에 대한 증거'와 '피해자의 동의를 입증하기 위해 피고인과 피해자간의 다른 성관계사실을 입증하기 위한 증거'를 들고 있습니다. 그리고 연방증거규칙은 헌법이 부여하는 피고인의 방어권을 지나치게 제한하는 것일 경우에는 증거 배제의 예외적 사항으로 인정할 수 있다고 하여 헌법을 기준으로 한 재량적 판단가능성도 두고 있습니다.

#### (5) 캘리포니아 유형(The California Approach)

캘리포니아주 유형은 기존의 세 가지 유형이 하나의 스펙트럼 선상에 있던 것과는 다르게 증거의 인정 여부를 이원화하여 판단하고 있습니다. 이 유형에서는 성관계 이력에 대한 증거를 '피해자 동의가 있었는지를 증명하기 위한 증거'와 '피해자의 신빙성을 공격하기 위한 증거'로 구분한 후, 전자에 대해서는 피고인과 피해자간의 성관계에 관한 증거를 제외하고는 증거로서 인정하지 않으나, 후자에 대해서는 판사의 재량에 의해 성관계 이력을 증거로서 사용할 수 있도록 하고 있습니다.

#### (6) 소결

위에서 보았듯이 미시간주 유형은 법관에게 몇몇 예외를 제외하고는 거의 재량을 인정하지 않는 엄격한 통제방식을 취하고 있으며, 반대로 뉴저지주 유형은 법관에게 강간피해자보호법의 적용에 대한 전적인 재량을 인정하고 있는 형식입니다. 그리고 연방증거규칙은 미시간주과 뉴저지주 유형의 절충형이라고 할 수 있으며, 캘리포니아 유형은 독자적인 이분법에 의한 피해자 보호를 추구하고 있습니다.

미시간주 유형의 경우에는 각 주가 소수의 예외를 엄격하게 인정하고 있어서 이 부분과 관련한 피고인의 방어권 문제가 제기될 수 있고, 이 유형의 입법을 채택하고 있는 각 주들이 서로 다른 유형의 예외를 인정하는 것을 보았을 때, 이 유형은 판사재량을 인정하지 않는 엄격한 입법형태이긴 하지만 한편 불완전성을 반증하는 것이라고

할 수 있겠습니까.

뉴저지주 유형의 경우 피해자 신문내용 제한에 대해 법관에게 재량을 부여하고 있는데, 재량 행사에 대한 기준이 명확하지 않아 피해여성의 권리에 대한 인식이 부족한 남성중심적 법관의 경우 재량권 남용을 통제할 수 없는 문제가 있습니다. 또한 이 정도의 통제는 일반적인 형사절차에서도 '재량에 의한 진술내용 제한'이 가능한 경우가 있으므로, 결국 강간피해자보호법이라는 특별법의 제정 취지가 무색해질 수 있습니다.

연방증거규칙의 경우 미시간주 유형과 뉴저지주 유형의 절충형으로서 양자가 갖는 엄격성과 임의성으로 인해 발생하는 문제점이 어느 정도 해소된다고 볼 수 있을 것입니다. 그러나 연방증거규칙의 경우도 재량을 인정해주는 규정에 구체적인 기준을 마련하지 못해, 이를 잘못 운영할 경우 결국 뉴저지주의 유형이 갖는 문제점이 그대로 나타날 우려가 있습니다.

캘리포니아 유형의 경우, 피고인이 피해자의 동의(Consent)를 입증하는 데에는 피해자의 성력을 증거로 사용할 수 없으나, '피해자의 신빙성(Credibility)'를 공격하는 경우에는 피해자의 성력을 증거로 들 수 있게 되어 있는데, 이에 대해서는 '신빙성(Credibility)'의 개념 자체가 명확하지 않고 또한 피해자에 대한 왜곡된 사고에 치우칠 수 있기 때문에 해석에 따라서는 성력의 증거 채용을 적절하게 통제할 수 없게 됩니다.

즉 미국의 경우에 각 주마다 서로 다른 기준을 근거로 피해자 성력에 대한 증거채용을 제한하고 있어, 대부분의 주가 강간피해자보호법의 필요성에 대해서는 인정하고 있다 하더라도 체계적인 기준은 없어서 사건의 판단과 해결에 어려움이 있음을 알 수 있습니다.

### 3. 독일의 경우

독일형사소송법(SfPO) 제68조 제1항에서 '증인 혹은 증인의 주변인에게 불명예가 될 우려가 있거나 개인적인 생활영역에 관련된 사실에 대한 질문은 불가피한 경우에만 할 수 있다'고 규정하여 '불명예'가 되는 경우뿐만 아니라 '개인적 생활영역에 관련된 사실'에 대해서까지 증인신문을 제한할 수 있게 되어 있어 우리나라 형사소송법과 형사소송규칙과는 달리 피해자의 성력과 같은 개인적 생활영역을 보호하고 있습니다.

#### 4. 국제형사재판소의 절차 및 증거규칙 제70조

국제형사재판소(International Criminal Court, I.C.C)는 성폭력사건의 경우에 특별한 절차와 증거규칙을 규정하고 있습니다. Rule 70<sup>99)</sup>은 성폭력사건의 경우에 장소나 환경, 피해자의 행위, 저항 정도 등을 근거로 동의여부를 추측할 수 없도록 규정하고 있고, 피해자나 증인의 기존의 행위를 근거로 하여 피해자나 증인의 성격이나 경향을 추론할 수 없도록 규정하고 있어서 강간피해자보호법을 적극적으로 채용, 피해자를 보호하고 있다고 할 수 있습니다.

---

99) Rule 70 : In case of sexual violence, the Court shall be guided by and, where appropriate, apply the following principle :

- (a) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where force, threat of force, coercion or taking an advantage of a coercive environment undermined the victim's ability to give voluntary and genuine consent ;
- (b) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where the victim is incapable of giving genuine consent ;
- (c) Consent cannot be inferred by reason of the silence of, or lack of resistance by, a victim to the alleged sexual violence ;
- (d) Credibility, character or predisposition to sexual availability of a victim or witness cannot be inferred by reason of the sexual nature of the prior or subsequent conduct of a victim or witness.

## IV. 공판과정에서의 2차피해 문제의 해결방안 모색

### 1. 현행제도 하에서의 적극적 조치

(1) 앞서 본 바와 같이 피고인의 방어권을 벗어나는 모욕적·명예훼손적 신문 또는 사건과 무관한 사항에 대한 신문, 불필요한 반복신문 등은 현행 형사소송법 및 규칙을 적극적으로 적용할 경우 일정정도 규제가 가능하도록 되어있습니다.

(2) 그러나 이러한 조항이 명분에 그치지 않고 실효를 거두려면, 실무상 재판장이 소송지휘권을 적극적으로 행사하고, 검사도 이의신청을 적극 활용하는 것이 전제되어야 합니다.

1999년 2월의 검찰총장 지침<sup>100)</sup>에서 공판과정의 2차피해와 관련된 내용을 보면, ① 공판담당 검사의 기본자세로 “피해자에게 더 이상의 고통이 가해지지 않도록 노력하여야” 한다고 규정하고, ② 변호인 또는 피고인이 가해자에 대한 처벌의사 등 공소유지와 직접 관련이 없는 사항을 확인하기 위하여 피해자에 대한 신문을 요청할 경우 적극적으로 이의를 제기하도록 하고, ③ 검사 스스로도 공소유지에 필요한 최소한의 사항만 신문하고, 수치심을 느낄 수 있는 저속한 용어를 사용하지 않으며, ④ 변호인 또는 피고인이 특별한 필요성 없이 피해자의 성격, 과거 경력 등 수치심을 야기할 수 있는 질문을 할 경우에는 이의신청을 하도록 규정하고 있습니다.

그러나 현장에서 이 지침이 제대로 지켜지지 않는다는 것은 소송당사자와 지원자들을 통해 이미 보고된 상황입니다. 이러한 지침내용이 실무에서 실효성있게 활용될 수 있기 위해서는 지침준수의 의무화와 동시에 실제적 도움이 될 수 있도록 신문내용의 구체적 예를 제시하는 것이 필요합니다.

(3) 법관의 경우 재판의 독립성 및 자유심증주의를 고려해야 하겠지만 재량행사의 기준으로서 위와 같은 부절적인 증인신문의 내용이 제시될 필요가 있습니다. 그리고,

100) 성범죄 수사 및 공판관여시 피해자 보호에 관한 검찰총장 지침, 조국, 전개논문, pp.126-129 참조.

재량을 가질 경우의 법관개인이 가지는 한계가 피해자에게 불리하게 작용하는 일이 없도록, 사인으로서가 아니라 법관으로서 해당사건을 다룰 때 필요한 2차피해 관련 교육을 반드시 이수하도록 하는 것이 필요합니다.

(4) 변호인의 경우 피고인을 대변하는 것이 역할이긴 하나 변호사법 제1조 제항이 기본적 인권의 보호 및 사회정의 실현을 사명으로 규정하고 있는 것에 비추어, 변호사 윤리 차원에서도 2차피해에 대한 인식수준을 높일 것이 요구됩니다. 변호사협회 차원의 교육, 지침제시, 윤리규정, 징계조치 등 가능한 방안을 최대한 모색해야 할 것입니다.

## 2. 민사적·형사적 제재방안

고의적인 명예훼손적·모욕적 신문은 형법 제307조 또는 제311조의 죄책으로 구성될 수 있습니다. 업무에 의한 정당방위(형법 제20조)라는 점을 위법성 조각사유로 항변할 수도 있으나 피고인의 방어권을 벗어나 피해자의 기본권을 침해하는 신문이 정당행위라고 볼 수는 없는 것이며, 또한 이러한 부당신문은 민법 제750조 제751조의 정신상 고통을 야기하는 불법행위가 되어 위자료 청구도 가능할 것입니다.<sup>101)</sup>

피고인의 방어권을 검토하는 과정에서 보았듯이, 방어권의 기본권보호영역이 명확하지 않은 상황에서 위와 같은 법적조치를 인정할 경우 피고인의 방어권 및 변호인의 직업수행의 자유를 위축시킨다는 문제가 제기될 수 있으나, 그렇다고 하여 2차피해를 최소화하고자 하는 위와 같은 조치의 필요성이 부인될 수는 없을 것입니다. 또한 피고인과 변호인측의 권리가 피해자의 권리와 충돌하는 것이 아니라, 보호권 영역을 넘어 결과적으로 피해자의 권리를 침해하는 형태로 나타남을 주지해야 합니다.

## 3. 증거능력 제한규정의 도입

101) 프라이버시권에 대한 침해는 불법행위를 구성하며 이는 보통법상의 권리라는 점에 대해 Marijo A. Ford, Paul A. Nembach, op cit., p.209.

## 여성인권을 찾는 시민감시단

유사충돌의 개념(앞의 84P 참조)으로 2차피해 문제를 보는 것과 다르게, 현실적으로 피고인의 방어권과 피해자의 인격권 및 프라이버시권이 소위 '충돌'되는 문제를 합리적으로 해결하기 위해, 미흡하지만 미국의 RSL 입법례를 바탕으로 우리나라에의 도입을 검토해보면 다음과 같습니다.

### (1) 대상이 되는 범죄

미국의 RSL은 법률의 명칭상 강간(rape)을 규정하고 있는데, 피해자의 품행, 성관계 이력 등을 질문하여 2차피해를 발생시키는 것은 강간에만 국한되는 것이 아니라 성폭력범죄 일반에서 일어나는 일입니다. 국제형사재판소의 절차 및 증거규칙 제70조도 'sexual violence'를 적용대상으로 하고, 미국 연방증거규칙 제412조도 'sexual misconduct'라고 규정하여 적용대상을 한정하지 않습니다. 따라서 증거규칙 제한의 대상범죄는 모든 성폭력 범죄로 해야하며, 범죄유형에 따라 불필요한 예외 유형도 있을 수 있으나 그것이 대상범위를 좁혀야 하는 이유가 되지는 않습니다.

### (2) 제한되는 증거의 범위

이 글에서는 주로 피해자가 증인신문을 받는 경우를 다루었으나 2차피해는 제3자의 증인신문 및 기타 서류, 물적증거들이 제출되는 경우에도 발생할 수 있습니다. 미국의 RSL도 증거의 종류와 관계없이 일반적으로 증거능력을 제한하고 있습니다. 따라서 제한되는 증거의 범위는 증인신문을 포함한 모든 증거종류로 하는 것이 타당합니다.

### (3) 입법의 형식

이러한 문제를 해결할 수 있는 방식으로 형사소송규칙의 개정이 필요하다는 언급<sup>102)</sup>이 있으나 증거사용의 제한은 피해자의 권리회복에 중요한 영역임과 동시에 본질적인 부분은 아니더라도 피고인 기본권을 제한하는 것의 문제가 되므로, 법률 형식으로(헌법 제37조 제2항)의 입법을 모색하는 것이 필요합니다. 구체적으로는 형사소송법이나 성폭력특별법을 개정하는 형태가 가능할 것입니다.

---

102) 조국, 전계논문, p.122.

## (4) 내용

1) 원칙적으로 금지되는 증거내용을 살펴보면, 피해자의 일반적인 품행이나 복장, 생활방식, 성이력 등은 명백하게 사건과의 관련성이 인정되지 않아 이 부분에 대한 신문은 피고인의 방어권 남용으로 봐야 하므로 규정에 포함될 필요는 없을 것입니다. 또한 그러한 사실의 범위가 넓어 모두 열거하는 것도 입법기술상 어려운 점이 있어 미국의 입법례를 참조했을때 원칙적 금지의 대상을 “피해자의 성이력과 성적 성향”으로 하는 방안을 생각할 수 있습니다. 여기서의 ‘성이력’과 ‘성적 성향’의 개념정의는 추후에 더 검토되어야 하는 부분일 것입니다.

2) 법률상 어느 범위까지 예외로 인정할 것인지를 살펴보기 위해 미시간주 유형의 RSL에서 발견되는 예외들을 검토해보았습니다.

① ‘피고인과 피해자간의 성이력 증거’는 비록 ‘성이력’에 관한 증거이지만 사건의 직접관계인 당사자간의 성이력은 사건의 대상이 성폭력이 ‘동의에 의한 성관계’의 연속선상에 있는 것인지 아닌지를 구분하는 근거로 검토될 수 있을 것 같습니다.

② ‘강간에 의한 신체적 결과가 사건의 대상이 된 행위와는 다른 행위로 발생하였다는 점을 입증하기 위한 피해자의 특정한 성이력 증거’의 경우, 성폭력이 제3자에 의해 발생했다는 것을 입증하는 것은 범죄구성요건 판단에 주요한 기준이 된다고 할 수 있으므로, 신문의 예외로 검토될 수 있을 것 같습니다.

③ ‘피해자의 편견이나 고소하게 된 동기를 입증하기 위한 성이력 증거’의 경우에는 피해자가 허위고소를 한 것이라고 주장하여 ‘구성요건 사실’이 아예 없음을 간접적으로 주장하거나, ‘구성요건 사실’이 있어도 이는 ‘동의’에 의한 성관계였음을 증명하려는 것입니다. 그러나 이는 무고에 대한 판단근거가 되는 것이지 성관계, 성폭력유무에 대한 기준이 될 수 없는 것으로 이러한 증거만으로는 ‘구성요건 사실의 여부’를 판단할 수는 없을 것입니다.

동의여부 역시 단지 고소의 동기만으로 ‘동의를 있었다’라고 간접적으로라도 증명할

수 있는 것이 아니므로 이 증거를 예외로 삼는 것은 문제가 있는 것으로 보입니다.

④ '동의를 입증하기 위해, 기소된 성행위와 유사한 형태를 갖는 피해자의 다른 성이력 증거'의 경우에는 피해자에게 단지 사건과 유사한 이력이 있었다는 사실만으로 동의여부를 판단하는 것은 부적절하며, '유사한 형태의 성이력'은 단지 유사한 것일 뿐 사건대상이 된 성폭력과는 무관한 것입니다. 때문에 사건행위가 아닌 다른 과거의 성이력의 경우 피해자의 프라이버시를 심각하게 침해하면서까지 증거로 인정될 필요는 없는 것으로 보입니다.

⑤ '동의를 있다고 오해할 여지가 있었음을 입증하기 위한 성이력 증거'는 피해자의 동의의사 유무에 대해 피고인의 오해가 있었는지를 고려하는 것으로 동의여부 자체가 대상이 되는 것이 아니라 동의여부에 대한 피고인의 오해가 정당한지가 증명의 대상이 되는 것이므로, 이 역시 구성요건을 이루는 '동의여부'와 직접적 관련이 있다고 할 수 없습니다. 그리고, 이런 식의 사건과 직접적인 관련성이 적은 성이력에 관한 증거일수록 피해자의 프라이버시 침해가능성과 그 정도가 매우 크다고 할 수 있으므로, 명시적인 예외 대상으로 인정할 수 없다고 할 것입니다.

⑥ '피해자 등이 입증한 것을 반박하기 위한 성이력 증거'에서처럼, 피해자 등이 자신의 성이력을 근거로 하여 주장을 펼치는 경우, 피고인측에서도 같은 방법의 증명방법을 사용하는 것은 피고인과 검사간의 평등한 공격이나 방어권 측면으로 인정되어야 할 것으로 보입니다.

⑦ '피해자가 이전에 허위의 강간고소가 있었다는 증거'는 위의 ④와 같이 해당 사건을 이루는 구성요건과는 아무런 직접적 관련이 없는 것이라 할 수 있습니다. 단지 과거의 허위고소를 통해 현재의 고소도 문제가 있는 것이며, 따라서 사건에 대해 피고인은 '행위' 자체를 한 자가 아니거나, '동의'에 의한 것이었다는 점을 주장할 수 있을 뿐인데, 이러한 증거에 대해서는 ③에서 논의한 바와 유사한 논리구조에 의해 예외의 필요성을 인정할 수 없을 것입니다.

3) 예외규정 중 보충적으로 법관의 재량을 인정할 것인지의 문제가 있습니다. 이에 대해서는 현행 형사소송법 제299조도 그렇듯이 법률에 미처 규정되지 않았다는 이유로 피고인의 본질적 권리가 침해되는 것을 방지하고, 자유심증주의 보장을 위해 “증거사용의 금지가 피고인의 본질적 권리를 침해하는 경우”를 예외의 하나로 검토될 수 있을 것입니다. 입법기술상 예외의 사유를 모두 규정할 수 없다는 점도 고려되어야 할 것입니다. 따라서, 위에서 검토한 예외유형 중 명시적 규정대상에서 제외된 것들은 재량행사의 기준이 될 수도 있을 것인데, 이에 대한 법관의 재량은 증거사용 제한입법의 취지를 고려하여 지극히 엄격한 범위에서 행사되어야 할 것입니다. 자유심증주의의 남용을 방지하는 형사소송법 제323조의 예를 준용하여 판결이유에 재량행사의 근거를 반드시 명시하도록 요구하는 것도 검토될 수 있습니다.

#### (5) 입법안

위의 내용을 정리하여 보면 다음과 같습니다.

“성폭력범죄에 대한 심리에 있어 피해자의 성이력과 성적 성향에 대한 증거는 다음 각 호의 경우를 제외하고 사용될 수 없다.

1. 피해자와 피고인간의 성이력에 관한 증거
2. 성폭력범죄에 의한 상처, 정액 등 신체적 결과가 피고인에 의한 것이 아니라는 것을 입증하기 위한 경우
3. 검사가 입증한 것을 반박하기 위한 경우
4. 증거사용의 금지가 피고인의 본질적 권리를 명백히 침해하는 경우“

#### (6) 입법안에 대한 헌법적 검토

이상의 증거사용 제한규정은 기본권 충돌문제가 제기되었을 때의 해결방안으로, 헌법이론에 기초하여 규범조화적 방안으로 살펴본 것입니다.<sup>103)</sup> 이러한 방안은 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 심사기준에 비추어보더라도 ① 편견형성을 배제하여 실제 진실 발견에 기여하고, 피해자의 기본권을 보호하므로 목적의 정당성이 인정되고, ②

103) 미국 RSL에 대한 헌법적 논의 및 연방대법원·주법원 판결에 대해서는 조국, 전게논문, pp.114-121 참조.

일정 범위의 증거사용이 원칙적으로 금지되므로 수단의 적정성이 인정되며, ③ 예외규정 및 법관의 재량에 의한 예외를 인정하므로 피해의 최소성 요건에도 적합하고, ④ 피고인의 방어권과 피해자의 인격권 및 프라이버시권을 조화롭게 보장하여 법익균형성 요건도 충족하는 것이라 할 수 있습니다. 또한 이러한 입법이 피고인을 유죄로 추정해야 한다는 것을 의미하는 것도 아니므로 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에도 반하지 않습니다.

형사소송법 제308조의 자유심증주의와 충돌하는 면이 있으나, 자유심증주의는 이미 자백의 증명력 제한(동법 제310조), 공판조서의 증명력 규정(동법 제56조) 등의 예외가 인정되고 있으므로<sup>104)</sup>, 위와 같은 입법에 의해 제한될 수 있을 것입니다.

---

104) 이재상, 전계서, p.471.

## V. 나가며

이상의 증거사용 제한규정은 앞서 언급되었듯이, A장의 피해자 지위의 적극적 강화 방안과는 달리, 기본권 충돌에 대해 가까운 현실적 해결방안으로 헌법이론적 기초하에 모색된 것입니다.

공판과정에 있어 성폭력범죄 피해자의 2차피해 문제는 수사기관에서의 문제와 구별된다는 점에 유의해야 합니다. 성차별적 인식과 편견에 근거한 증인신문은 방어권의 남용으로서 당연히 제한되어야 합니다. 사건과 무관한 피해자의 품행, 옷차림, 생활방식 등에 대한 신문이 그 예이며, 이에 대해서는 현행 제도하에서 법관 및 검사의 적극적 역할과 변호인 스스로의 인식변화가 요구되는 부분입니다.

사건과의 관련성이 미약하게나마 인정되어 피고인의 방어권 행사라고 볼 수 있는 경우에는 피해자의 인격권 및 프라이버시권의 침해문제도 함께 고려되어야 하므로, 증거사용에 일정한 제약을 가하는 특별입법이 필요하다고 보여지며, 이는 형사소송법이나 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률의 개정이 요구되는 부분입니다.

부적절한 증인신문의 관행은 피해당사자의 이중적 고통뿐 아니라 결과적으로 성폭력범죄의 고소를 자체를 저하시켜 형사정책적인 문제를 악화시키기도 하고, 성차별적 인식과 편견을 고착화시키는 등 사회적인 부작용을 야기하기도 합니다. 이러한 점에서 공판과정에서의 2차피해는 소송을 제기한 개인이 감수해도 좋을 만한 것이 아니라, 적극적인 사고의 전환을 통해 해결해야 할 사회공동의 문제입니다.





C자. **CHECKLIST** -----

**형사절차상 2차피해(공판절차 중심)**

사건번호		재판부	
기 일	( 차)	공개·비공개	작성자

**1. 증인 신문에 앞서**

α 피해자가 법정에서 출석할 때 다음의 증인보호조치(특강7, 특신13, 성폭20)[법조문 참조]가 있는가?

(Y- / N- → 비고)

(1) 들어올 때 별도 출입문 사용 ----  → .....

나갈 때 -----  → .....

(2) 법정경찰의 보호(동행 등) -----  → .....

여성인권을 찾는 시민감시단

b. 비공개심리 및 피고인 배제, 신뢰관계 있는자 동석 등을 통한 피해자 보호(성폭22, 특신11, 형소297, 성폭22의2)[법조문참조]

- (1) 비공개심리가 진행되지 않을 때, 밀의 인터뷰 ①㉔에서 확인  
----- (비공개 · 공개)
- (2) 피고인 등의 퇴정이 이루어지지 않을 때, 밀의 인터뷰 ①㉔에서 확인  
----- (비공개 · 공개)
- (3) 신뢰관계 있는자 동석여부, 밀의 인터뷰 ①㉔에서 확인  
----- (동석 · 단독)

c. 기타 (Y-☐ / N-☒ ☞ 비교)

- (1) 법원 내 장애인시설 완비 -----☐ ☞.....
- (2) 증인대기실 등으로 쓰일 수 있는 장소 구비 -----☐ ☞.....

2. 증인 신문 상

**공판과정상 부적절한 증인신문이란?**  
 피해자의 성적자기결정권 침해여부와 무관한 내용으로

**유형1.** 피해자 진술의 신뢰도에 부정적인 영향을 미치기 위함  
 ☞ 피해자의 품행, 평판, 직업(성매매 업소) 및 성관계 이력 등을 질문

**유형2.** 피해자가 죄책감을 느끼도록 하기 위함  
 ☞ 충분히 반항하였는지 재차질문

**유형3.** 기타 인격침해성  
 ☞ 삼입시간삼입시 느낌사정하였는지 여부 질문

참고문헌 - 조국, 『형사법의 성관향』 pp98-102, 박영사 2003

a. 신문의 내용(형소299, 형소규칙74, 77)[법조문참조] (Y-☐ / N-☒ ☞ 비교)

- (1) 논점(성적자기결정권 침해여부)에서 벗어난 불필요한 수치심 유발 또는 비난 조의 질문을 한다

- 판사 -----  ☞.....
- 피고측 변호사 -----  ☞.....
- 검사 -----  ☞.....

b. 피해자 인격 보호를 위한 노력 (Y- / N- ☞ 비교)

(1) 피해자에게 경어를 사용한다

- 판사 -----  ☞.....
- 피고측 변호사 -----  ☞.....
- 검사 -----  ☞.....

(2) 추궁하거나 위협적인 태도를 보이지 않는다

- 판사 -----  ☞.....
- 피고측 변호사 -----  ☞.....
- 검사 -----  ☞.....

(3) 수치심 유발 가능성이 있는 질문이 있었을 때 적극 제지(형소299)[법조문참조]

- 판사 -----  ☞.....
- 피고측 변호사 -----  ☞.....
- 검사 -----  ☞.....

여성인권을 찾는 시민감시단

.....

(4) 사건을 정확하게 이해하고 있다

판사 -----□ ☞.....

.....

검사 -----□ ☞.....

.....

c. 기타

[공판정 내 진술권] 피해자 진술을 끊는 경향이 있다(헌27, 형소294의2②)[법조문참조] -----□ ☞.....

[절차지연] 절차를 고의로 지연시키지 않는다(시간끌기, 기일 불출석 등으로, 특히 피고측 변호사) -----□ ☞.....

[실효성 확보] 검사는 증인신문 등에 대한 재판장의 처분에 이의제기를 한다(형소 304, 형소규칙136)[법조문참조]----□ ☞.....

3. 공판정차사: 어려움 관련 인터뷰

INTERVIEW ①-증인신문에 앞서

㉔ 법정에서 출석할 때 보호조치(위의 1. a. 특강7, 특신13, 성폭20)가 있었나요?

☞.....

㉕ 검사로부터 비공개신청(성폭22)이 가능하다는 정보를 제공받았나요?  
비공개심리가 이루어지지 않았을 때 질문 사항 신청할 의사가 있었습니까? 재판부로부터 부당한 이유로 거절당하지는 않았나요?

☞.....

㉖ 불필요한 법정소환 방지[법조문참조]

(1) 검사로부터 증언에 대한 증거보전신청(성폭22의4)이 가능하다는 정보를 제공받았나요?

☞.....

(2) 법정의 신문(형소165) 등이 가능하다는 정보를 제공받았나요?

☞.....

㉗ 혹은 반대로, 법정에서 진술할 기회는 충분히 보장받았나요?

(진술신청이 받아들여졌는지 여부)(헌27⑥, 형소294의2)[법조문참조]

☞.....

㉘ 공판이 지연될 때, 지연이유 등을 설명해주던가요? 증인대기실 등에 관한 배려가 있었습니까?

☞.....

㉞ 피해사실 노출 방지

(1) 소환절차 중 피해사실이 주변에 노출되지 않았나요? 이를 막기위한 적절한 조치를 받았나요?(특신11, 성폭21)[법조문참조]

☐.....

(2) 수사 및 심리 중 출판물 등에 의하여 피해사실이 주변에 노출되지 않았나요? (특강8, 성폭20)[법조문참조]

☐.....

㉟ 피고인 등의 퇴정(특신11, 형소297)을 원하였습니까? 재판부로부터 부당한 이유로 거절당하지는 않았나요?

☐.....

㊱ 신뢰관계에 있는 사람과 동석할 수 있음(성폭22의2)을 고지받았습니까? 신청하였는데, 거부당하지는 않았나요? 동석하였다면 어떤 사람인지(친족, 상담원, 변호사)?(단, 성폭22의2에 규정하는 범죄에 한함에 유의)

☐.....

㊲ 형사절차로부터 소외 여부

(1) 수사검사 및 공판검사와 공판진행 등에 관하여 의견을 나누는 것이 어렵지는 않았나요?

☐.....

(2) 고소한 사건의 수사절차 종결 후, 검사로부터 처분결과를 통지 받았습니까?(형 소258, 259)[법조문참조]

☐.....

(3) 재판기일에 관해 정보를 제공받았나요? 검사로부터 기일 조정(특신12 등)[법조문참조]이 가능하다는 정보를 제공받았나요?

☐.....

(4) 검사 등으로부터 고소를 취소(본인의 의사와는 상반되게) 해달라고 종용받습니까?

☐.....

㉔ 기타

(1) 본 사건과 관련하여 고용주로부터 불이익을 받은 일은 없습니까?(성폭4)[법조문참조]

☐.....

(2) 피고인에 대한 보석취소에 대해 알고 있습니까?(특강6)[법조문참조]  
피고인의 신병에 관한 사항을 통지받았습니까?(특신15)[법조문참조]

☐.....

(3) 소송 등과 관련하여 법률지원 및 상담, 의료지원 등을 받으신 적이 있으십니까?

☐.....

INTERVIEW②-증·신문사!

㉔ 논점(성적자기결정권 침해여부)에서 벗어난 불필요한 수치심 유발 또는 비난조 질문을 받았나요?

☐.....

㉕ 신문사, 판사 및 변호사 등의 신문 자세가 추궁하는 식이거나 위협적이지 않았나요?

☐.....

㉖ 수치심을 유발할 수 있는 질문이 있을 때, 판사 또는 검사가 이를 적극 제지하나요?(형소299)

☐.....

㉗ 판사 및 검사 등이 사건을 정확하게 이해하고 있나요?

☐.....

㉘ 재판장이 피해자 본인의 진술을 끊는다는 느낌을 받으셨습니까?(헌27, 형소294의2②)

☐.....

㉙ 피고측 변호인 등이 절차를 고의로 지연시키지 않습니까? 이를 재판장이 제지합니까?

☐.....

㉚ 증인신문 등에 대한 재판장의 처분이 잘못되었을 때, 검사가 이의제기(형소304, 형소규칙136)를 하는 것 같습니까?

☐.....

## 관련 법령

### 1. 증인보호조치

#### A [특정강력범죄의처벌에관한특례법]

##### 제7조 (증인에 대한 신변안전조치)

- ①검사는 특정강력범죄사건의 증인이 피고인 기타의 사람으로부터 생명·신체에 해를 받거나 받을 염려가 있다고 인정되는 때에는 관할경찰서장에게 증인의 신변안전을 위하여 필요한 조치를 할 것을 요청하여야 한다.
- ②증인은 검사에게 제1항의 조치를 취하도록 청구할 수 있다.
- ③재판장은 검사에게 제1항의 조치를 취하도록 요청할 수 있다.
- ④제1항의 요청을 받은 관할경찰서장은 즉시 증인의 신변안전에 필요한 조치를 하고 이를 검사에게 통보하여야 한다.

##### 제2조 (적용범위)

- ① 3. 형법 제32장의 정조에 관한 죄중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인이상이 합동하여 범한 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간·준강제추행), 제300조(미수범), 제305조(미성년자에 대한 간음·추행)의 죄 및 제301조(강간등에 의한 치사상)의 죄
- ②제1항 각호의 범죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌하는 죄는 특정강력범죄로 본다.

#### B [특정범죄신고자등보호법]

(\*입법취지가 '피해자'보호에 있지 않으므로, 임의적 규율사항인 본 규정이 실제 적용되기 어려운 측면이 있습니다.\*)

##### 제13조 (신변안전조치)

- ①검사 또는 경찰서장은 범죄신고자등이나 그 친족등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 일정기간동안 당해경찰청 또는 경찰서 소속 공무원으로 하여금 신변안전을 위하여 필요한 조치(이하 "신변안전조치"라 한다)를 하게 하거나 대상자의 주거지 또는 현재지를 관할하는 경찰서장에게 신변안전조치를 취하도록 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 경찰서장은 특별한 사유가 없는 한 즉시 신변안전조치를 취하여야 한다.
- ②재판장 또는 판사는 공판준비 또는 공판진행과정에서 검사에게 제1항의 규정에 의한 조치를 취하도록 요청할 수 있다.

③범죄신고자등, 그 법정대리인 또는 친족등은 재판장·검사 또는 주거지나 현재지를 관할하는 경찰서장에게 제1항의 규정에 의한 조치를 취하여 줄 것을 신청할 수 있다.

④경찰서장이 신변안전조치를 취한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 사실을 검사에게 통보하여야 한다.

⑤제1항의 규정에 의한 신변안전조치의 종류와 절차등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

**제2조 (정의)**

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "특정범죄"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 범죄를 말한다.

가. 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제2조의 범죄

**[특정범죄신고자등보호법시행령]**

**제6조 (신변안전조치의 요청 등)**

①법 제13조제1항 내지 제3항의 규정에 의한 신변안전조치의 요청 또는 신청은 이를 서면으로 하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 경우에는 구두 또는 유선으로 하되, 사후에 지체없이 관련 서면을 제출하여야 한다.

②재판장 또는 판사는 제1항의 규정에 불구하고 공판정에 출석한 검사에게 신변안전조치를 취하도록 구두로 요청할 수 있다. 이 경우 그 취지를 공판조서에 기재하여야 한다.

③제1항의 규정에 의한 신변안전조치를 요청 또는 신청하고자 하는 때에는 필요한 신변안전조치의 종류와 기간을 구체적으로 기재하여야 한다.

④경찰청장(해양경찰청장을 포함한다. 이하 같다) 또는 지방경찰청장은 당해관서에서 수사 중인 사건의 범죄신고자등이나 그 친족 등에 대하여 신변안전조치를 취할 필요가 있는 때에는 대상자의 주거지 또는 현재지를 관할하는 경찰서장(해양경찰서장을 포함한다. 이하 같다)에게 신변안전조치를 취하도록 지시할 수 있다.

**제7조 (신변안전조치의 종류)**

법 제13조제1항의 규정에 의한 신변안전조치의 종류는 다음 각호의 1과 같다.

1. 일정기간동안의 특정시설에서의 보호
2. 일정기간동안의 신변경호
3. 참고인 또는 증인으로 출석·귀가시 동행

4. 대상자의 주거에 대한 주기적 순찰
5. 기타 신변안전에 필요하다고 인정되는 조치

**C [성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]**

**제20조 (특정강력범죄의처벌에관한특례법의 준용)**

①성폭력범죄에 대한 처벌절차에는 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제7조(증인에 대한 신변안전조치) ... 규정을 준용한다.

**제1조 (목적)**

이 법은 성폭력범죄를 예방하고 그 피해자를 보호하며, 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 인권신장과 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.

**제2조 (정의)**

①이 법에서 "성폭력범죄"라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 죄를 말한다.

1. 형법 제22장 성폭속에 관한 죄중 제242조(음행매개)·제243조(음화등의 반포등)·제244조(음화등의 제조등) 및 제245조(공연음란)의 죄
2. 형법 제31장 약취와 유인의 죄중 추행 또는 간음을 목적으로 하거나 추업에 사용할 목적으로 범한 제288조(영리등을 위한 약취, 유인, 매매등)·제292조(약취, 유인, 매매된 자를 수수 또는 은닉. 다만, 제288조의 약취·유인이나 매매된 자를 수수 또는 은닉한 죄에 한한다)·제293조(상습범. 다만, 제288조의 약취·유인이나 매매된 자 또는 이송된 자를 수수 또는 은닉한 죄의 상습범에 한한다)·제294조(미수범. 다만, 제288조의 미수범 및 제292조의 미수범중 제288조의 약취·유인이나 매매된 자를 수수 또는 은닉한 죄의 미수범과 제293조의 상습범의 미수범중 제288조의 약취·유인이나 매매된 자를 수수 또는 은닉한 죄의 상습범의 미수범에 한한다)의 죄
3. 형법 제32장 강간과 추행의 죄중 제297조(강간)·제298조(강제추행)·제299조(준강간, 준강제추행)·제300조(미수범)·제301조(강간등 상해·치상)·제301조의2(강간등 쇄인·치사)·제302조(미성년자에 대한 간음)·제303조(업무상위력등에 의한 간음) 및 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄
4. 형법 제339조(강도강간)의 죄
5. 이 법 제5조(특수강도강간등) 내지 제14조의2(카메라등이용촬영)의 죄

②제1항 각호의 범죄로서 다른 법률에 의하여 가중처벌되는 죄는 성폭력범죄로 본다.

## 1. 6. 비공개심리 및 피고인 배제, 신뢰관계 있는자의 동석 등을 통한 피해자 보호

### (1) [성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]

#### 제22조 (심리의 비공개)

- ①성폭력범죄에 대한 심리는 그 피해자의 사생활을 보호하기 위하여 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다.
- ②증인으로 소환받은 성폭력범죄의 피해자와 그 가족은 사생활보호등의 사유로 증인신문의 비공개를 신청할 수 있다.
- ③재판장은 제2항의 신청이 있는 때에는 그 허가여부 및 공개, 법정외의 장소에서의 신문 등 증인의 신문방식 및 장소에 관하여 결정할 수 있다. ④법원조직법 제57조(재판의 공개) 제2항 및 제3항의 규정은 제1항 및 제3항의 경우에 이를 준용한다.

### [법원조직법]

#### 제57조 (재판의 공개)

- ①재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장·안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때에는 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다.
- ②제1조 단서의 결정은 이유를 개시하여 선고한다.
- ③제1항 단서의 결정을 한 경우에도 재판장은 적당하다고 인정되는 자의 재정을 허가할 수 있다.

### (2) [특정범죄신고자등보호법]

#### 제11조 (증인소환 및 신문의 특례등)

##### ①②③④(생략)

- ⑤증인으로 소환받은 범죄신고자등이나 그 친족등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 검사·범죄신고자등 또는 그 법정대리인은 법원에 피고인이나 방청인을 퇴정시키거나 공개 법정외의 장소에서 증인신문을 할 것을 신청할 수 있다.
- ⑥재판장 또는 판사는 직권 또는 제5항의 규정에 의한 신청이 상당한 이유가 있다고 인정되는 때에는 피고인이나 방청인을 퇴정시키거나 공개 법정외의 장소에서 증인신문등을 행할 수 있다. 이 경우 변호인이 없는 때에는 국선변호인을 선임하여야 한다.
- ⑦법원조직법 제57조(재판의 공개)제2항·제3항 및 형사소송법 제297조(피고인등의 퇴정) 제2항의 규정은 제6항의 경우에 이를 준용한다.

**[형사소송법]**

**제297조 (피고인들의 퇴정)**

- ①재판장은 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.
- ②전항의 규정에 의하여 피고인을 퇴정하게 한 경우에 증인, 감정인 또는 공동피고인의 진술이 중요한 때에는 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 서기로 하여금 진술의 요지를 고지하게 하여야 한다.

**(3) [성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]**

**제22조의2 (신뢰관계에 있는 자 등의 동석)**

- ①법원은 제5조 내지 제9조 (주:특수강도강간, 특수강간, 친족관계에의강간등, 장애인에대한간음, 13세미만의미성년자에대한강간강제추행등, 강간등상해·치상) 와 제11조(주:업무상무력 등에의한추행) 및 제12조(제10조의 미수범을 제외한다)(주:미수범)의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에는 검사 또는 피해자의 신청에 의하여 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.
- ②수사기관이 제1항의 피해자를 조사하는 경우에는 피해자의 신청에 의하여 피해자가 지정하는 자를 동석하게 할 수 있다.

**2 a. (1) 제1항은 신문내용**

**b. (3) 불필요한 변론 등의 제한**

- 유형1. ⇨ 피해자의 품행, 평판, 직업 및 성관계 이력 등을 질문  
→ 특별한 제한 조치가 없음을 유의 (특히, 성관계 이력 질문에 대해)
- 유형2. ⇨ 충분히 반항하였는지 재차질문  
→ 중복신문 제한(형소299, 형소규칙74)
- 유형3. ⇨ 삼입시간 · 삼입시 느낌 · 사정하였는지 여부 질문  
→ 위협적, 모욕적인 신문 금지(형소규칙74), 명예해치는 신문금지(同77)

**(1) [형사소송규칙]**

제74조 (증인신문의 방법)

①(생략)

②다음 각호의 1에 규정한 신문을 하여서는 아니된다. 다만, 제2호 내지 제4호의 신문에 관하여 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 위협적이거나 모욕적인 신문

(이하생략)

제77조 (증인의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항의 신문)

①(생략)

②제1항에 규정한 신문은 증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성등 증인의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단등 증인의 신용성에 관한 사항에 관하여 한다. 다만, 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 하여서는 아니된다.

**(2) [형사소송법]**

제299조 (불필요한 변론등의 제한)

재판장은 소송관계인의 진술 또는 신문이 중복된 사항이거나 그 소송에 관계없는 사항인 때에는 소송관계인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있다.

**2 c. 공판정 내 진술권 ·이의제기**

**[형사소송법] 제294조의2 (피해자의 진술권)**

①(생략)

②법원은 제1항의 규정에 의하여 범죄로 인한 피해자를 신문하는 경우에는 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. (이하생략)

**[형사소송법] 제304조 (재판장의 처분에 대한 이의)**

①검사, 피고인 또는 변호인은 재판장의 처분에 대하여 이의신청을 할 수 있다.

②전항의 이의신청이 있는 때에는 법원은 결정을 하여야 한다.

**[형사소송규칙] 제136조 (재판장의 처분에 대한 이의신청의 사유)**

법 제304조제1항의 규정에 의한 이의신청은 법령의 위반이 있음을 이유로 하여서만 이를 할 수 있다.

**Interview① · ㉔ 불필요한 법정소환 방지**

**(1) [성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]**

제22조의4 (증거보전의 특례)

- ①피해자 또는 그 법정대리인은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 현저히 곤란한 사정이 있는 때에는 그 사유를 소명하여 당해 성폭력범죄를 수사하는 검사에 대하여 형사소송법 제184조(증거보전의청구와그절차)제1항의 규정에 의한 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다.
- ②제1항의 요청을 받은 검사는 그 요청이 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 증거보전의 청구를 할 수 있다.

**[형사소송법]**

제184조 (증거보전의 청구와 그 절차)

- ①검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인 신문 또는 감정을 청구할 수 있다.
- ②전항의 청구를 받은 판사는 그 처분에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.
- ③제1항의 청구를 함에는 서면으로 그 사유를 소명하여야 한다.

**(2) [형사소송법]**

제165조 (증인의 법정외신문)

법원은 증인의 연령, 직업, 건강상태 기타의 사정을 고려하여 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 묻고 법정외에 소환하거나 현재지에서 신문할 수 있다.

## Interview ① · ② **진술할 기회 보장**

### **[헌법]**

#### 제27조 제5항 (피해자의 진술권)

①②③④(생략)

⑤형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

### **[형사소송법]**

#### 제294조의2 (피해자의 진술권)

①법원은 범죄로 인한 피해자의 신청이 있는 경우에는 그 피해자를 증인으로 신문하여야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1. 피해자가 아닌 자가 신청한 경우

2. 신청인이 이미 당해 사건에 관하여 공판절차 또는 수사절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우

3. 신청인의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우

②법원은 제1항의 규정에 의하여 범죄로 인한 피해자를 신문하는 경우에는 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. (이하 생략)

#### 제295조 (증거신청에 대한 결정)

법원은 제294조 및 제294조의2의 증거신청에 대하여 결정을 하여야 하며 직권으로 증거 조사를 할 수 있다.

**Interview ① · ㉞ (1) 피해자 신원 및 사생활비밀누설금지**

**[특정범죄신고자등보호법]**

**제11조 (증인소환 및 신원의 특례등)**

- ① 제7조의 규정에 의하여 조서등에 인적 사항을 기재하지 아니한 범죄신고자등을 증인으로 소환할 때에는 검사에게 소환장을 송달한다.
- ② 재판장 또는 판사는 소환된 증인 또는 그 친족등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 참여한 법원서기관 또는 서기로 하여금 공판조서에 그 취지를 기재하고 당해증인의 인적 사항의 전부 또는 일부를 기재하지 아니하게 할 수 있다. 이 경우 재판장 또는 판사는 검사에게 신원관리카드가 작성되지 아니한 증인에 대하여 신원관리카드의 작성 및 관리를 요청할 수 있다.
- ③ 제2항의 경우 재판장 또는 판사는 증인의 인적 사항이 신원확인·증인선서·증언등 증인신문의 모든 과정에서 공개되지 아니하도록 하여야 한다. 이 경우 제1항에 의하여 소환된 증인의 신원확인은 검사가 제시하는 신원관리카드에 의한다.
- ④ 제2항의 규정에 의하여 공판조서에 인적 사항을 기재하지 아니하는 경우 재판장 또는 판사는 범죄신고자등으로 하여금 선서서에 가명으로 서명·무인하게 하여야 한다. 이 경우 제7조제4항 후단의 규정을 준용한다. (이하생략)

**[성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]**

**제21조 (피해자의 신원과 사생활비밀누설금지)**

- ① 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원은 피해자의 주소·성명·연령·직업·용모 기타 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진등을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니된다.
- ② 제1항에 규정된 자는 성폭력범죄의 소추에 필요한 범죄구성사실을 제외한 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 타인에게 누설하여서는 아니된다.

**Interview ① · ㉞ (2) 출판물등으로부터 보호**

**[특정강력범죄의처벌에관한특례법]**

제8조 (출판물등으로부터의 피해자 보호)

특정강력범죄중 제2조제1항제2호 내지 제5호 및 제2항(다만, 제1항제1호를 제외한다)에 규정된 범죄로 수사 또는 심리중에 있는 사건의 피해자나 특정강력범죄로 수사 또는 심리중에 있는 사건을 신고하거나 고발한 자에 대하여는 성명, 연령, 주소, 직업, 용모등에 의하여 그가 피해자 또는 신고하거나 고발한 자임을 미루어 알 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재하거나 방송 또는 유선방송하지 못한다. 다만, 피해자, 신고하거나 고발한 자 또는 그 법정대리인(피해자, 신고 또는 고발한 자가 사망한 경우에는 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매)이 명시적으로 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

**[성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]**

제20조 (특정강력범죄의처벌에관한특례법의 준용)

**Interview ① · ㉞ (2) 처분 등에 고지**

**[형사소송법]**

제258조 (고소인등에의 처분고지)

①검사는 고소 또는 고발있는 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.

②(생략)

제259조 (고소인등에의 공소불제기이유고지)

검사는 고소 또는 고발있는 사건에 관하여 공소를 제기하지 아니하는 처분을 한 경우에 고소인 또는 고발인의 청구가 있는 때에는 7일 이내에 고소인 또는 고발인에게 그 이유를 서면으로 설명하여야 한다.

**Interview① · ㉔ (3) 재판기일 조정**

**[특정범죄신고자등보호법]**

**제12조 (소송진행의 협의등)**

①법원은 범죄신고자등이나 그 친족등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 검사 및 변호인과 당해피고인에 대한 공판기일의 지정 기타 소송의 진행에 필요한 사항을 협의할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 협의는 소송진행에 필요한 최소한에 그쳐야 하며, 판결에 영향을 주어서는 아니된다.

③특정강력범죄의처벌에관한특례법 제10조(집중심리) 및 제13조(판결선고)의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다.

**[특정강력범죄의처벌에관한특례법]**

**제9조 (소송진행의 협의)**

(생략)

**[성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]**

**제20조 (특정강력범죄의처벌에관한특례법의 준용)**

(생략)

**Interview① · ㉔ (1) 불이익처분 금지**

**[성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률]**

**제4조 (피해자에 대한 불이익처분의 금지)**

성폭력범죄의 피해자를 고용하고 있는 자는 누구든지 성폭력범죄와 관련하여 피해자를 해고하거나 기타 불이익을 주어서는 아니된다.

## Interview① · ㉔ (2) 보석취소 및 피고인 신병에 관한 통지

### [특정강력범죄의처벌에관한특례법]

#### 제6조 (보석등의 취소)

법원은 특정강력범죄사건의 피고인이 피해자 기타 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보석 또는 구속의 집행정지를 취소할 수 있다.

### [특정범죄신고자등보호법]

#### 제15조 (피고인등에 관련된 주요변동상황통지)

범죄신고자등이나 그 친족등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 검사 또는 사법경찰관은 직권 또는 범죄신고자등, 그 법정대리인이나 친족등의 신청에 의하여 피의자 또는 피고인의 체포·구속 및 석방에 관련된 사법경찰관·검사 및 법원의 처분내용, 재판선고기일이나 선고내용 및 가석방·형집행정지·형기만료나 보안처분종료등으로 인한 교정시설등에서의 출소사실이나 도주사실등 재판 및 신병에 관련된 변동상황을 범죄신고자등, 그 법정대리인 또는 친족등에게 통지할 수 있다.

## 여성인권을 찾는 시민감시단 보고서

---

펴낸 날 : 2003. 10. 29

펴낸 이 : 이미경

펴낸 곳 : 사단법인 한국성폭력상담소

만든 이 : 한국성폭력상담소 법정지원팀

(도영오, 신윤진, 임유경, 정다운, 정유석, 이경환, 황지영 외)

감 수 : 이지선, 장윤정

주 소 || 서울 마포구 합정동 366-24 2층(121-884)

사 무 || (02)338-2890~2 ksvrc@korea.com

상 담 || (02)338-5801~2 ksvrc@chol.com

홈페이지 || www.sisters.or.kr

\* 본 사업은 2003년도 국가인권위원회 민간경상보조사업으로 추진된 것이나  
"본 내용은 국가인권위원회의 공식의견이 아님"을 밝혀드립니다.

