시리즈 집담회

성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는

로우 LAW 킥

2차 성폭력 피고인의 방어권 악용, 이대로 괜찮은가?

일시 2022년 2월 8일(화) 오후 2시~5시

장소 온라인 줌(ZOOM)

주최 한국성폭력상담소, 서울대학교 공익법률센터

목 차

사 회 **이도경** (변호사, 서울대학교 공익법률센터)

발표1 **성폭력 수사 재판 자료의 피고인 활용 전략, 실태와 문제점** 5
유 랑(한국성폭력상담소 여성주의상담팀 활동가)

발표2 **피해자 열람등사권 제한, 현실과 문제점** 15
조현주(대한법률구조공단 울산지부 피해자 국선 전담변호사)

토론1 **피고인의 성폭력 수사 재판 자료 활용의 법적 한계** 27
홍진영(서울대학교 법학전문대학원 조교수)

토론2 **법적 권리로서 피해자의 형사절차 참여권 보장, 왜 필요한가?** 39
김정혜(한국여성정책연구원 부연구위원)

사단법인 한국성폭력상담소 SNU Law 공익법률센터

성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는 로우 LAW 킥

2차 성폭력 피고인의 방어권 악용, 이대로 괜찮은가?

성폭력 수사 재판 자료의 피고인 활용 전략, 실태와 문제점

유 랑

한국성폭력상담소 여성주의상담팀 활동가

성폭력 수사 재판 자료의 피고인 활용 전략, 실태와 문제점

유호정(한국성폭력상담소 여성주의상담팀 활동가)

1. 들어가며

상담 현장에서 성폭력 사건을 지원하며 법적 대응을 결심한 피해자들의 여러 두려움과 우려를 마주한다. '내가 신고하면, 가족, 직장, 학교 등에 성폭력 피해 사실이 알려져 비난받지 않을까', '신고를 당한 가해자가 보복하지 않을까' 하는 피해자의 걱정들이 주로 사생활과 개인 정보를 보호받을 수 있는지에 관한 질문에 담긴다. '사건 관련 우편물을 집/직장 주소가 아닌 다른 주소로 받을 수 있는지, 가해자가 우리 집을 아는데 못 오게 할 수 있는지, 사실확인서를 써준 지인들의 개인정보를 적지 않아도 되는지, 개인정보가 들어있는 고소장/진술조서/증거자료/불법촬영물 등을 가해자가 다 볼 수 있는 것인지'와 같은 질문들이다.

피해자들의 이와 같은 우려는 결코 과한 것이 아니다. 성폭력과 성폭력 피해자에 대한 통념과 편견이 강한 사회에서 성폭력 피해자의 사생활 및 개인정보 유출은 단순히 타인에게 사적인 정보가 노출되는 것 이상의 의미를 갖기 때문이다. 다른 범죄들과 달리 유독 성폭력에서 두드러지는 '피해자가 스스로 성폭력을 유발했다.'는 통념과 가해 남성의 말에 더 귀를 기울이는 사회는 피해 사실이 주변에 알려질 경우 오히려 피해자를 비난의 대상으로 만든다. 그리고 피고인은 법적 과정에서 피해자가 '피해자답지' 않다고 주장하기 위해 피해자의 사생활을 편집해 이러한 사회의 편견과 통념을 적극적으로 이용한다. 또한, 피해자의 개인정보가 알려지는 것은 피해자의 원치 않은 합의로도 이어질 수 있다. 피고인은 피해자의 주민등록번호, 주소, 전화번호 등을 이용해 공탁을 신청하거나 피해자에게 합의 연락을 시도한다. 피고인과 더 이상 연락하고 싶지 않거나 피고인의 강력한 처벌을 원하는 피해자들은 갑작스러운 가해자의 시도에 크게 당황스러워한다.

이처럼 피해자의 사생활과 개인정보를 보호하는 것은 중요하므로 여러 법에서 이를 규정하고 있다. 범죄피해자 보호법은 범죄피해자의 사생활 보호에 대한 일반적인 의무를 규정하고 있고 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제24조(피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지)는 특히, 성폭력 피해자의 신원과 사생활 누설 금지에 대한 항목을 아래 〈참고〉와 같이 구체적으로 명시하고 있다. 그렇다면, 실제로 성폭력 수사 재판과정에서 성폭력 피해자의 사생활과 개인정보는 잘 보호되고 있을까? 피고인은 방어권 명목으로 법적 과정에서 입수한 수사 재판 자료를 어떻게 활용하고 있을까?

〈참고〉

▶범죄피해자 보호법 제9조(사생활의 평온과 신변의 보호 등)

① 국가 및 지방자치단체는 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온을 보호하기 위하여 필요한 조치를 . 여야 한다.

② 국가 및 지방자치단체는 범죄피해자가 형사소송절차에서 한 진술이나 증언과 관련하여 보복을 당할 우려가 있는 등 범죄피해자를 보호할 필요가 있을 경우에는 적절한 조치를 마련하여야 한다.

▶특정범죄신고자 등 보호법 제8조(인적 사항의 공개 금지)

이 법에 규정된 경우를 제외하고는 누구든지 이 법에 따라 보호되고 있는 범죄신고자등이라는 정황을 알면서 그 인적 사항 또는 범죄신고자등임을 미루어 알 수 있는 사실을 다른 사람에게 알려주거나 공개 또는 보도하여서는 아니 된다.

▶성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제24조(피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지)

① 성폭력범죄의 수사 또는 재판을 담당하거나 이에 관여하는 공무원 또는 그 직에 있었던 사람은 피해자의 주소, 성명, 나이, 직업, 학교, 용모, 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있게 하는 인적사항과 사진 등 또는 그 피해자의 사생활에 관한 비밀을 공개하거나 다른 사람에게 누설하여서는 아니 된다.

② 누구든지 제1항에 따른 피해자의 주소, 성명, 나이, 직업, 학교, 용모, 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 피해자의 동의를 받지 아니하고 신문 등 인쇄물에 싣거나 「방송법」 제2조제1호에 따른 방송 또는 정보통신망을 통하여 공개하여서는 아니 된다.

2. 성폭력 수사재판 자료를 악용하는 사례들

아래는 실제 현장에서 마주하는 피고인들의 성폭력 수사 재판 자료 활용 사례들이다. 아래 사례의 피고인들은 악의적으로 피해자의 사적 자료를 무분별하게 확보하고 수사재판 자료를 부당하게 활용하고 외부에 유출하는 등의 방식으로 피해자에게 심각한 2차 피해를 주었다.

○ 사례1. 피해자의 학교 교사였던 피고인은 재판부에 사실조회촉탁 신청을 하였고 법원은 이를 받아들임. 피고인은 법원을 통해 국민건강보험공단, 지자체, 학교, 시교육청 위(wee)센터 등에서 자료를 받아감. 병원 진료·심리상담 기록, 생활기록부 등의 자료에는 피해자의 휴대전화 번호와 생년월일 등이 그대로 노출되어 있었음. 심지어 피해자가 성폭력 사건 이전에 겪은 학교폭력에서 어떤 어려움을 겪었는지 상세하게 진술된 상담 기록지와 친구들의 생일 카드, 피해자가 학교 글짓기와 일기장에 작성한 글까지 제공됨. 피해자는 사건조회를 하고 나서야 공공기관에서 피해자의 개인정보가 담긴 자료를 무더기로 피고인에게 제공했다는 사실을 알게 됨.[1)]

1) 이준희(2019), "성폭력 피해 10대 온갖 정보, 가해 교감에 넘겨준 '법'", 『한겨레』, 2019년 1월 17일자, https://www.hani.co.kr/arti/society/women/878798.html

○ 사례2. 피고인이 항소심 재판부에 피해자의 의무기록을 사실조회촉탁 신청함. 이 의무기록은 성폭력 피해가 있기 5년 전의 기록으로 사건과 큰 관련이 없음에도 법원은 피고인의 사실조회촉탁 신청을 받아들임. 의료기관은 법원에 자료를 제공했고, 법원은 이 자료를 피고인에게 제공함. 해당 자료에는 피해자의 실명, 주민등록번호, 진단명, 질병코드 등의 개인정보가 그대로 노출되어 있었음. 이후 재판이 무죄를 선고하였고 여러 언론이 판결의 부당함을 보도함. 피고인은 언론사 10여 곳을 상대로 언론중재위원회에 정정보도를 신청함. 각 언론사에 배포된 언론조정신청서에는 피해자의 개인정보가 노출된 의무기록 자료가 익명처리도 안된 채 그대로 첨부되어 있었음.

○ 사례3. 피해자는 성폭력 피해 입증을 위해 수사기관에 핸드폰을 제출해 디지털 포렌식을 맡김. 피고인은 재판 과정에서 이 포렌식 자료를 입수하고 변호인 의견서를 작성함. 그런데 피고인은 재판 과정에서 확보한 해당 자료를 첨부해 피해자가 소속된 외부 기관에 진정서를 제출하였고, 해당 자료를 바탕으로 작성한 변호인 의견서 내용을 언론에 제공함. 이 자료에는 피해자의 사적 대화 내용이 포함되어 있었음.

○ 사례4. 피고인의 가족이 개인 SNS에 피해자가 성폭력 피해의 증거로 법원에 제출한 의료기록을 공개적으로 게시하며 피해자를 비난함. 20개 이상의 언론사에서 이를 보도하였고 심각한 개인정보 유출 피해가 발생함.

○ 사례5. 피해자의 A사건 변호인이었던 피고인은 성폭력 재판 과정에서 A사건 가해자에게 연락해 A사건 가해자의 진술서를 증거문서로 제출함. 또한, 피고인은 자신을 변호하기 위해 재판부에 A사건 가해자를 증인 신청하였으나 받아들여지지 않았음.

3. 성폭력 수사재판 자료의 피고인 활용 전략, 문제점과 고민들

○ 사실조회촉탁 신청 자료가 선별 과정 없이 피고인에게 그대로 제공되는 문제

사례1과 사례2는 피고인이 사실조회촉탁 신청을 통해 외부 기관으로부터 자료를 확보한 경우다. 그러나 피해자가 법원에 제출하지도 않은 이 자료들에는 피해자의 개인정보가 포함되어 있었다. 사실조회촉탁 신청은 제3자가 증거자료가 되는 문서를 가지고 있을 경우 당사자가 증거를 수집할 수 있는 절차다. 당사자가 법원에 신청서를 제출하면, 법원이 공공기관, 학교, 병원, 그 밖의 단체 및 개인 또는 외

국의 공공기관에 그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 조사 또는 보관 중인 문서의 등본, 사본의 송부를 요청한다. 법원의 요청을 받은 기관이 이에 응하는 것은 의무사항이 아니나 많은 기관이 피해자의 개인정보가 담긴 자료를 법원에 제공한다. 그리고 사례1, 사례2에서 법원 역시 이를 신중히 검토하지 않은 채 자료를 피고인에게 그대로 제공하였다. 법원은 주민등록번호, 휴대전화 번호와 같은 피해자의 개인정보를 지우지 않았을 뿐 아니라 진행 중인 성폭력 사건과 큰 관련이 없어 보이는 자료들을 선별하지 않은 채 그대로 피고인에게 제공했다. 사례1의 피해자가 받은 생일 카드나 글짓기 글, 성폭력 사건이 아닌 다른 피해가 상술된 상담 기록, 사례2의 성폭력 피해가 있기 5년 전의 의무기록과 같은 자료는 피고인에게 제공될 필요가 없는 피해자의 사적 자료였다. 피고인은 무분별하게 사실조회촉탁 신청을 하였고 이 과정에서 피해자는 심각한 사생활 및 개인정보 침해 피해를 입게 되었다.

소송기록, 판결서 등을 열람·등사할 때 개인정보보호를 위해 비실명 처리를 해야 하는 것처럼 법원은 사실조회촉탁으로 외부 기관으로부터 자료를 제공받을 때에도 당연히 개인정보보호 조치를 취해야 한다. 또한, 법원은 피고인의 사실조회신청을 허가하기 전에 진행 중인 성폭력 사건과 관련이 없어 증거로 사용할 수 없는 사적 자료를 선별해야 했다. 성폭력 피해자의 사생활 보호를 위해 개인정보가 포함된 문서가 신청될 시 피해자의 동의를 구하거나 피고인의 공소사실 입증에 필요한 자료를 따로 규정하는 등의 다른 방안이 필요하다.

○ 수사재판 자료 열람등사 시 피해자의 개인정보 및 사생활이 노출되는 문제

형사소송법 제35조(서류·증거물의 열람·복사)[2]는 피고인과 변호인이 소송계속 중 증거물과 서류를 열람·복사할 수 있다고 규정함과 동시에 피해자, 증인 등 사건관계인의 생명 또는 신체의 안전을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 열람·복사 시 개인정보가 공개되지 않도록 조치를 취할 수 있다고 규정한다. 이에 따라 재판기록에 대한 열람·복사 신청이 있을 경우 법원은 원칙적으로 이를 재판장에게 제시하고 개인정보 보호조치를 위한 명을 받아 피해자의 개인정보를 가리는 방식으로 비실명 처리한 후 제공한다.[3]

그러나 여전히 사례3과 같이 사적 정보가 포함된 자료가 열람·복사를 통해 피고인에게 제공될 가능성이 있다. 그리고 위 사례에서 언급하지는 않았지만, 피고인이 사실조회나 합의 시도를 위해 피해자가 알려준 적 없는 피해자의 신상정보를 이용한 사례도 있는데 피고인이 열람한 피해자의 자료에서 신상정

2) **형사소송법 제35조(서류·증거물의 열람·복사)**
①피고인과 변호인은 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 복사할 수 있다.
③ 재판장은 피해자, 증인 등 사건관계인의 생명 또는 신체의 안전을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 제1항 및 제2항에 따른 열람 · 복사에 앞서 사건관계인의 성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 보호조치를 할 수 있다.
3) 박기쁨·유성희·지충현(2020), "형사재판에서 피해자의 절차상 권리 및 피해자 보호", 『성범죄 재판, 함께 돌아보기:보호법익, 재판실무, 시민사회의 시선으로』자료집, 법원 젠더법연구회 재판다시돌아보기팀

보가 미처 지워지지 않은 것으로 유추할 수 있었다. 2019년 2월, 사건기록 열람·복사 담당자의 부주의로 피해자의 신상이 사건기록에 그대로 공개되어 피고인이 공탁을 신청한 사안에 대해 국가인권위원회는 "피진정인의 행위는 피해자의 신상정보를 가해자가 쉽게 알 수 있는 상황에 노출하여 피해자의 안전이 심각하게 위협받을 수 있는 상황에 놓이게 한 것"이며 "개인정보자기결정권 및 사생활의 자유를 침해한 행위"에 해당한다는 판단을 내렸다. 다만, "재판기록 열람·복사 규칙 및 예규 등 관련 규정에 성폭력범죄 피해자의 신상정보 비실명화 조치에 관한 규정이 명확하지 않은 점을 감안하면, 피진정인의 행위가 개인의 부주의에서만 비롯되었다고 보기는 어렵다."고 하였다.[4] 이에 따르면, 재판기록 열람·복사와 관련한 규칙 등에 성폭력 피해자의 개인정보 비실명화 조치에 관해 명시할 필요가 있어 보인다.

피해자가 신원을 밝히지 않고 고소를 진행하고 싶을 때는 피해자의 신상정보를 비실명 처리하는 것으로 부족한 경우도 있다. 피해자의 고소장이나 진술조서에 작성된 고소 경위나 특정 내용을 통해 피해자가 누구인지 드러날 수 있기 때문이다. 피해자 변호사가 고소장에 특정 부분을 표시하거나 별도의 의견서를 제출해 가해자가 자료를 열람·복사할 시 해당 부분을 지우고 제공해달라고 호소하기도 한다. 그러나 수사 과정까지는 열람·복사가 제한되었던 자료들도 재판 과정에서 증거로 제출하기 위해, 피고인의 변호를 위해 자료를 전체 공개해야 하는 경우가 생긴다. 이때 피해자는 자신이 누구인지 드러나 가해자가 보복하는 것은 아닐지 두려움을 느끼게 된다. 피고인의 방어권 보장을 위해 피고인은 소송기록과 증거물들을 열람하고 변호할 권리가 있다. 그러나 피해자의 개인정보 보호를 위해 또는 보복의 두려움을 느끼지 않기 위해 피해자 측에서 열람·복사를 제한해야 할 때가 있다. 이러한 경우, 어떻게 피고인의 방어권을 침해하지 않으며 피해자의 사생활을 평온하게 보장받을 권리를 보장받을 수 있을지에 대한 고민이 된다.

○ 피고인이 수사재판 자료를 외부에 유출하는 문제

사례2, 사례3. 사례4는 피고인이 재판 과정에서 입수한 수사재판 자료를 법원 밖으로 유출한 사례들이다. 이 중에는 피해자가 법원에 제출하지도 않은 자료(사례2)도 있었고, 증거로 제출되었으나 사적인 내용이 포함된 자료(사례3)도 있었다. 이는 명백하게 피해자의 명예를 훼손하고 사생활을 침해하는 또 다른 가해 행위다. 특히, 개인 SNS나 언론에 자료가 게시된 사례의 경우, 해당 자료들이 빠르게 일파만파로 퍼지며 수많은 불특정 다수에게 자료가 공개되었고 선정적인 언론 보도, 피해자를 비난하는 악성 댓글 등 심각한 2차 피해로 이어졌다. 이는 법적 공방 과정에서 피고인이 자신을 변호하는 것과 별개로 피해자에 대한 악의적인 대중 여론을 조성하기 위한 것으로 보복성 의도가 다분한 행위다.

법정에서 확보한 피해자의 자료를 외부에 유출하는 사례가 증가하고 있는데 이는 개인정보보호법,

4) 국가인권위원회 17진정0848400 결정 (2019.02.18)

명예훼손죄, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제24조(피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지) 위반 등으로 법적 대응할 수 있는 사안이다. 그러나 성폭력 재판 과정이 계속되는 가운데 피해자가 입증을 위해 유출된 정보를 일일이 찾아 증거를 모으고 별도의 소송을 새로 시작해야 하는 것은 큰 부담이다. 또한, 유출 사안에 법적으로 대응하는 것만으로 끝나는 것이 아니라 그로 인해 파생된 비난, 악성 댓글에 대한 대응까지 해야 하므로 피해자는 또 다시 많은 시간과 비용을 쏟을 수밖에 없게 된다. 당사자가 법적 대응을 하는 것 외에도 수사 재판 자료를 유출하여 2차 피해를 주는 것을 재판부가 양형에 고려하는 등 실질적으로 이러한 행위를 방지할 수 있는 방안을 고려할 필요가 있다.

○ 피고인의 지위를 이용한 자료 활용으로 2차 피해를 주는 문제

사례5의 피고인은 자신을 변호할 목적으로 A사건 가해자의 진술서를 증거문서로 제출하고 증인까지 신청하였다. 재판부는 증인 신청을 받아들이지는 않았지만, 별개의 사건 가해자가 증인 신청되고 그의 진술이 증거로 제출되는 상황에서 피해자는 이전 사건을 다시 떠올릴 수밖에 없어 고통스러웠을 것이다. 피고인은 피해자의 A사건 변호인이었다는 지위를 이용하여 A사건 자료에서 가해자의 신상 정보를 알아내 접근하였고 피해자에게 또 다른 심적 피해를 주었다. 이러한 행위를 피고인의 변호할 권리, 피고인 방어권 명목으로 용인할 수 있을까? 자신의 개인적인 사건 변호를 위한다는 목적으로 피고인이 별도의 사건 자료에 접근하는 것은 괜찮은 것일까? 피고인이 피해자의 개인정보나 사건을 다루고 관리하는 변호인, 경찰, 검사, 기타 공무직일 때 사례5와 같이 자신의 지위를 이용하여 타 사건 자료에 접근하고 활용하는 사례는 얼마든지 있을 수 있다. 이러한 행위는 피해자에게 2차 피해를 줄 수 있다는 점에서 제재가 필요하다.

4. 나가며

2021년 12월 23일, 헌법재판소에서 19세 미만 성폭력 피해자의 영상녹화 진술을 증거로 사용할 수 있다고 규정한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 조항에 대해 단순위헌 판정을 내렸다. 주요 요지는 영상녹화 진술은 피고인의 반대신문권을 제한하는 것으로 이는 헌법의 기본권을 침해한다는 내용이었다. 소수의견은 미성년 피해자의 2차 피해를 방지한다는 해당 조항의 입법목적이 정당하며, 조항이 헌법에 명시된 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다는 내용을 남겼다. 이 판결로 최근 피고인의 방어권 보장에 대한 논의가 대두되고 활발하게 이야기되고 있다. 그러나 방어권이라는 이름으로 피해자를 공격하는 위와 같은 사례들도 함께 이야기되어야 한다. 피고인의 무분별한 사실조회촉탁, 피해자 개

인정보 유출/언론 제공/SNS 공개 등은 피고인이 정당한 방어권을 행사한 것이라고 할 수 없다. 형사사법절차 과정에서 피해자에게 또 다른 가해를 한 것이다.

이와 함께 사실조회촉탁 신청, 증거 자료 열람·복사를 통해 피해자의 개인정보와 사생활이 유출되는 문제, 피고인이 악의적 여론을 조성하기 위해 수사재판 자료를 외부에 유출하는 것을 미연에 방지하는 문제 등을 해결하기 위한 절차적 고민도 해야 한다. 재판부는 법적 과정에서 피해자를 보호해야 하는 책임이 있다. 2020년에 〈성범죄 재판, 함께 돌아보기〉 포럼을 진행한 젠더법연구회 재판다시돌아보기팀은 재판을 담당하는 법관 등에게 피해자와 관련하여 주어진 명제는 "피해자가 절차에 참여하여 진술할 수 있는 기회는 충분히 부여하되, 그 과정에서 피해자가 신상이나 사생활 비밀 등이 노출되지 않고 추가 피해를 입지 않도록 보호하여야 한다"임을 명시했다.[5)]

성폭력 피해자들은 주변인들이 비난할 것이라는 걱정, 앞으로 많은 시간과 비용을 써야 한다는 걱정, 직장/학교에서 소외될 수 있다는 불안함, 보복에 대한 두려움 등을 무릅쓰고 큰 용기를 내 신고를 결심한다. 그런데 수사재판 과정에서 사생활 침해나 또 다른 2차 피해가 발생한다면, 피해자들은 고소를 망설이고 법적 대응을 안전하게 선택하지 못할 것이다. 앞서 본 바와 같이 피해자는 사생활, 명예, 개인정보를 보호받을 권리가 있다. 성폭력 피해자들의 어렵게 낸 용기가 법원에서 다시 꺾이지 않도록 관련 제도가 정비되어야 하고, 수사재판 자료를 부당하게 이용하여 피해자의 사생활을 침해하는 가해자들에 대한 제재가 이루어져야 할 것이다.

5) 박기쁨·유성희·지충현(2020), "형사재판에서 피해자의 절차상 권리 및 피해자 보호", 『성범죄 재판, 함께 돌아보기:보호법익, 재판실무, 시민사회의 시선으로』자료집, 법원 젠더법연구회 재판다시돌아보기팀

성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는 로우 LAW 킥

2차 성폭력 피고인의 방어권 악용, 이대로 괜찮은가?

피해자 열람등사권 제한, 현실과 문제점

조현주

대한법률구조공단 울산지부 피해자 국선 전담변호사

피해자 열람등사권 제한, 현실과 문제점

조현주(대한법률구조공단 울산지부 피해자 국선전담변호사)

1. 피해자 열람등사권의 법적 근거

형사소송법은 피해자에 대한 열람등사권과 관련하여 법원에 대하여 소송이 계속 중인 사건의 소송기록에 대하여 형사소송법 제294조의 4, 확정된 판결서 등에 대해서는 형사소송법 제59조의 3에서 그 규정하고 있으나, 수사기관에 대한 명문의 근거규정을 마련하고 있지 않다. 그러므로 수사기에 열람등사를 신청하는 경우와 법원에 열람등사를 신청하는 경우를 나누어서 그 법적 근거 및 세부 규정을 확인해 보겠다.

가. 수사기관에 열람등사를 신청하는 경우

1) 수사 중이거나 혹은 불기소 불송치 된 사건, 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류의 경우 수사기관에 열람등사를 신청하여야 하나, 법률에는 명시적으로 피해자의 열람등사권을 규정하지 않고 있다. 다만 최근 수사권 조정과 관련하여 제정된 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(이하 수사준칙이라고 한다) 제69조에서 수사서류 등의 열람복사에 관한 규정을 마련하여 비로소 대통령령에서 이를 규정하게 되었고, 그 이전에는 법무부령인 검찰보존사무규칙 및 경찰청 예규인 경찰 수사서류 열람·복사에 관한 규칙에 그 절차나 허가범위를 정하고 있을 뿐이다. 즉 피해자가 수사기관에서 열람등사를 신청하는 경우 법률상의 근거는 원칙적으로 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 한다)이며, 대통령령인 수사준칙에서 이를 구체화하고 있는 것이며, 법무부령인 검찰보존사무규칙이나, 경찰청 예규인 경찰 수사서류 열람 복사에 관한 규칙(이하 '경찰열람복사규칙' 이라 한다) 등은 그 근거로 볼 수는 없다[1].

1) 서울행정법원 2019. 8. 16. 선고 2018구합57162판결

2) 공소제기 후 증거제출 전 기록 열람·등사권과 관련하여, 대검찰청 예규인 '사건기록 열람·등사에 관한 업무처리 지침'에서는 피해자 또는 참고인은 본인진술서류 및 본인제출서류의 전부 또는 일부에 대하여 열람·등사를 신청할 수 있고, 피해회복을 목적으로 열람·등사를 신청하는 경우에 그 필요성을 인정하는 때에는 피해회복을 목적으로 하는 범위로 한정하여 본인제출서류 이외의 서류의 열람·등사를 허가할 수 있다고 규정하고 있다(동 지침 제4조). 즉 공소제기 후 증거제출 전 기록 피해자의 열람 등사에 관하여 법령에는 명시적인 규정이 없으며, 대검찰청 예규는 수사준칙에서 정한 제한사유가 있는 경우에는 본인진술서류 및 본인제출서류에 대해 열람등사를 인정하고 있는 것이므로, 이는 수사준칙 제69조 제1항의 내용을 구체화하고 있는 규정으로 보인다.

3) 누구든지 재판이 확정된 사건의 소송기록을 보관하고 있는 검찰청에 그 소송기록의 열람 또는 등사를 신청할 수 있으며, 검사는 소송관계인이나 이해관계 있는 제3자가 열람 또는 등사에 관하여 정당한 사유가 있다고 인정되는 경우에는 형사소송법 제59조의 2 제2항 각호의 사유에도 불구하고 이를 허가하여야 한다(형사소송법 제59조의 2 제2항 단서). 즉 피해자의 확정된 사건의 소송기록에 대한 열람등사권의 근거는 형사소송법 제59조의 2라 할 것이다.

나. 법원에 열람등사 신청을 하는 경우

1) 피해자의 법원에 대한 열람등사권과 관련하여 소송 계속 중인 사건의 소송기록의 경우 형사소송법 제294조의 4, 재판서에 대해서는 형사소송법 제45조에 따라 청구할 수 있으며, 이에 대한 세부절차는 대법원 예규인 재판기록 열람복사 규칙에서 규정하고 있다.

2) 피해자 변호사의 열람등사근거

형사소송법 제294조의 4에서는 피해자는 물론 피해자로부터 위임받은 변호사의 경우에도 소송계속 중인 사건의 소송기록에 대해 열람복사가 가능한데, 이와 별도로 성폭력처벌법 제27조 제4항에서 '증거보전 후 관계 서류나 증거물, 소송계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사'할 수 있다고 규정하고 있으며, 청소년 성보호법에서도 이를 준용하고 있다. 해당 규정의 취지와 관련하여, 피해자 변호사의 증거물 등에 대한 열람등사를 제한없이 허용하는 취지로 보기는 어려우나, 성폭력범죄에 관해서는 특별법인 성폭력처벌법이 우선 적용되어야 하며, 성폭력처벌법은 형사소송법과 달리 재판장의 허가 여부를 따로 규정하고 있지 않고, 성폭력 범죄 사건의 특수성을 고려할 때, 성폭력범죄 사건에서 피해자 변호사의 열람 등사건은 특별한 경우를 제외하고, 폭넓게 인정되어야 한다는 견해가 있고[2], 피해자 변

호사의 열람등사권과 관련하여 성폭력처벌법의 규정이 형사소송법의 피해자의 열람등사권 규정을 배제하고 우선적으로 적용된다고 보기 어렵고, 소송계속 중 외에도 기소 전 단계에서도 '증거보전 후 관계서류나 증거물'에 대해서도 열람 복사 신청을 할 수 있는 규정으로 보아야 한다는 견해가 있다[3].

2. 피해자 열람 등사권의 제한규정

가. 수사기관에서의 열람등사권의 제한

1) 수사준칙 제69조 제1항에서는 '수사 중인 사건에 관한 본인의 진술이 기재된 부분 및 본인이 제출한 서류의 전부 또는 일부에 대해 열람·복사를 신청할 수 있다.'고 규정하고 있으며 제2항에서는 '검사가 불기소 결정을 하거나 사법경찰관이 불송치 결정을 한 사건에 관한 기록의 전부 또는 일부에 대해 열람·복사를 신청할 수 있다'라고 정하여 수사 중인 사건과 불기소, 불송치 사건의 열람 복사 신청의 범위를 원칙적으로 달리 정하고 있다. 열람등사권의 제한과 관련하여 제6항에서는 '해당 서류의 공개로 사건관계인의 개인정보나 영업비밀이 침해될 우려가 있거나 범인의 증거인멸·도주를 용이하게 할 우려가 있는 경우 등 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 열람·복사를 허용해야 한다.'라고 규정하여 원칙적 허용의 입장을 취하고 있다.

그러나 검찰보존사무규칙과 경찰열람복사규칙은 수사준칙 제69조 제6항의 정당한 사유와 관련하여 각 세부적인 제한 사유를 정하고 있는바 각 규정은 다소간의 차이가 있다.

검찰보존사무규칙 제22조	경찰열람복사규칙 제6조
1. 다른 법률 또는 법률의 위임에 따른 명령에서 비밀이나 비공개 사항으로 규정하고 있는 경우	1. 수사서류의 공개로 인하여 국가안전보장 등 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우
2. 국가안전보장이나 국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로 기록의 공개로 인하여 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있거나 선량한 풍속 그 밖의 공공의 질서유지나 공공복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우	2. 수사서류의 공개로 인하여 사건관계인 또는 참고인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우
3. 기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있거나 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우	3. 수사서류의 공개로 인하여 사건관계인 또는 참고인의 개인정보를 침해할 우려가 있는 경우
4. 기록의 공개로 인하여 공범관계에 있는 자 등의 증거인멸	4. 수사서류의 공개로 인하여 자기 또는 공범의 증

2) 오승이·이주영, 피해자 변호사 제도 운영상 나타난 문제점과 향후 과제, 젠더법연구회(2014년)
3) 정계선, 지정토론, 실무현황, 고민과 과제, 성범죄 재판, 함께 돌아보기: 보호법익, 재판실무, 시민사회의 시선으로, 법원 젠더법연구회 재판다시돌아보기팀(2020)

또는 도주를 용이하게 하거나 관련 사건의 수사, 공소의 제기 및 유지, 재판 또는 형집행에 관한 직무수행을 현저히 곤란하게 할 우려가 있는 경우 5. 기록의 공개로 인하여 비밀로 유지할 필요가 있는 수사방법상의 기밀이 누설되는 등 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지 또는 재판에 관한 직무수행을 현저히 곤란하게 할 우려가 있거나 불필요한 새로운 분쟁이 야기될 우려가 있는 경우 6. 기록의 공개로 인하여 사건관계인의 영업비밀이 침해될 우려가 있거나 사건관계인의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우 7. 의사결정 또는 내부검토 과정에 있는 사항으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우 8. 기록의 공개로 인하여 사건관계인에게 부당한 경제적 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있거나 공정한 경제질서를 해칠 우려가 있는 경우 9. 그 밖에 기록을 공개하는 것이 적합하지 않다고 인정할 만한 현저한 사유가 있는 경우	거인멸이나 도주를 용이하게 할 우려가 있는 경우 5. 수사서류의 공개로 인하여 당해 사건 또는 관련 사건의 내사나 수사에 중대한 장애를 가져올 우려가 있는 경우 6. 수사서류의 공개로 인하여 수사방법상의 기밀이 누설되거나 불필요한 새로운 분쟁이 야기될 우려가 있는 경우 7. 그 밖에 신청대상 서류 중 일부만을 공개할 필요가 있거나 수사서류를 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 현저한 사유가 있는 경우

2) 확정된 소송의 소송기록은 형사소송법 제59조의 2 제2항 각호에서 열람등사의 제한사유를 규정하고 있으나, 피해자의 경우 이해관계 있는 제3자이므로(검찰보존사무규칙 제20조 제2항), 정당한 사유가 인정될 경우 제한사유에도 불구하고 열람등사 할 수 있으며, 불허처분에 대해 불복할 수 있다(형사소송법 제59조의 2 제6항).

나. 법원의 열람등사권의 제한

형사소송법 제294조의 4는 소송계속 중인 사건의 피해자가 소송기록의 열람등사를 신청할 경우, 재판장은 피해자 등의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하거나 그 밖의 정당한 사유가 있는 경우 범죄의 성질, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때 열람 또는 등사를 허가할 수 있다고 하여(같은 조 제3항), 재판장의 판단에 맡기고 있다. 실제 열람등사시에는 피해자 측은 열람등사를 신청하는 서류를 특정하고, 이에 대한 사유를 밝히면 재판장의 재량으로 판단하며, 재판장의 판단에 대해 불복할 수 없다(같은 조 제6항).

3. 피해자 열람등사권의 현실과 문제점

가. 피해자 열람등사권의 보장의 근거

피해자의 열람등사권은 피해자의 헌법상 권리인 재판절차진술권을 보장받기 위한 수단으로, 그 과정에서 자신의 사생활 및 인권을 보호받기 위해서 해당 소송기록에 대한 접근성이 보장되어야 한다.[4] 비록 피해자가 현행 형사소송법 체계에서 상정한 당사자는 아니라 하더라도 범죄피해자로서 의견을 진술하고 형사절차의 진행을 알 권리가 있으며, 무엇보다도 형사소송절차에서 피해자의 사생활의 비밀 내지 인격권의 침해가능성이 상존하는 이상, 피해자 스스로 위 법익침해의 위험성에 대해 적절히 대응하기 위해서라도 피해자에게 소송기록에 대한 열람 등사권이 인정될 필요성이 있다.[5]

나. 피해자 열람등사권의 제한의 현실과 문제점

1) 수사과정에서의 열람등사권의 제한과 문제점

수사과정에서의 열람등사권과 관련하여, 수사준칙에서는 "본인의 진술이 기재된 부분 및 본인이 제출한 서류"에 대해서 "전부 또는 일부"를 열람등사할 수 있다고 규정하고 있는바, 수사과정에서는 매우 제한적인 자료에 한하여 열람등사가 허용된다(입건 전 수사개시여부를 정하기 위한 조사에서도 열람등사규정[6]이 적용된다) . 즉 실제로 피해자가 확보할 수 있는 자료는 1) 고소장, 2) 진술조서[7] 3) 진술서, 4) 피해자가 제출한 증거에 불과하며, 그 밖의 자료에 대해서는 열람등사가 사실상 제한된다.

이와 관련하여 수사준칙에서 "본인의 진술이 기재된 부분 및 본인이 제출한 서류"를 제외하고는 다른 자료에 대해서는 전면적으로 제한하는 것인지 문제가 된다. 종래에는 검찰보존사무규칙을 근거로 열람등사를 불허한 것과 관련하여 해당 규칙은 법률상 위임의 근거가 없는 행정기관 내부의 사무처리 준칙으로서 행정규칙에 불과하므로, 동 규칙에 의한 열람등사의 제한을 정보공개법 제4조 제1항의 '정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우' 또는 같은 법 제9조 제1항 제1호의 '다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중안선거관리위원회규칙·대

4) 박기쁨 유성희 지충현, 형사재판에서의 피해자의 절차상 권리 및 피해자 보호, 성범죄 재판, 함께 돌아보기: 보호법익, 재판실무, 시민사회의 시선으로, 법원 젠더법연구회 재판다시돌아보기팀(2020)
5) 최병호, 범죄피해자 보호와 피해회복에 관한 연구(2005)
6) 수사준칙 제16조 제6항
7) 경찰관서의 장은 제2항에도 불구하고 피의자 및 사건관계인, 그 변호인이 조사 당일 본인의 진술이 기재된 조서에 대해 열람·복사를 신청하는 경우에는 공개 여부에 대해 지체 없이 검토한 후 제공 여부를 결정해야 한다(경찰수사규칙 제87조 제3항).

통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 경우'에 해당한다고 볼 수 없다[8]고 판시하여 제한의 근거가 될 수 없다고 보았다. 그러나 수사권 조정과 함께 대통령령인 수사준칙에서 수사 중 사건의 열람등사에 대한 대상을 '본인의 진술이 기재된 부분 및 본인이 제출한 서류'로 한정한 것과 관련하여, 수사준칙은 명령의 형식은 갖추고 있다고 할 것이나, 수권법률이 무엇인지에 대해서는 고려해보아야 할 것이다. 즉 형사소송법에서는 수사 중인 사건의 열람등사에 관하여 어떠한 규정도 마련하고 있지 않으므로[9], 형사소송법 제195조에서 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적인 수사준칙과 관련하여 위임하였다 하더라도, 그것이 피해자 등의 수사기록의 열람등사권의 제한에 관하여 위임한 것으로 보기 어렵다 할 것이다.

특히 디지털 성범죄와 관련하여, 피해자는 성폭력방지법에서 정한 삭제요청 과정(성폭력방지법 제7조의 3)에서 원본 혹은 그와 동일한 수준의 자료를 디지털성범죄피해자지원센터에 제출하여야 하는 바, 수사기관이 삭제요청을 하지 않는 경우[10] 피해자 측에서 자료를 확보하여야 할 필요성이 있으나, 피해자의 임의제출로 제공된 스마트폰 등의 포렌식 파일에 대하여 이를 피해자 측에 제공해 줄 근거가 없어 적기에 삭제요청에 어려움을 겪은 사례도 있었다. 즉 피해자의 제출자료 혹은 피해자 본인의 진술 내용이 아니더라도, 피해자의 피해사실과 직접 관련되어 있는 자료-특히 피해자가 자신의 피해내용을 알지 못하는 경우-나 피해자의 개인정보와 관련된 자료에 대해서는 피해자에게 열람등사가 허가되어야 필요성이 크다 할 것이다. 만약 그와 같은 자료에 대해서도 경찰열람복사규칙이나 검찰보존사무규칙을 근거로 제한하거나, 수사준칙상 허가된 범위가 아니라는 이유로 불허할 경우에는 정보공개법에서 정한 절차에 따라 불복할 수 있을 것이다. 실제 공소제기 후 증거제출 전 기록 열람·등사권과 관련하여, 대검찰청 예규인 '사건기록 열람·등사에 관한 업무처리 지침'에서는 피해회복을 목적으로 하는 범위로 한정하여 본인제출서류 이외의 서류의 열람·등사를 허가할 수 있다고 규정한 것도 같은 취지라 할 것이다.

다만, 정보공개법상의 불복절차는 수사절차 등에 영향을 미치지 않으므로, 적기의 피해자 권리 보장을 위해서는 피해자의 열람등사 신청에 대한 신속한 처리[11]가 필요할 뿐 아니라, 정보공개법 및 수

8) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2006 두 3049 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2001두16735판결 등

9) "소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에는 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못한다."고 정하고 있는 형사소송법 제47조의 취지는, 일반에게 공표되는 것을 금지하여 소송관계인의 명예를 훼손하거나 공서양속을 해하거나 재판에 대한 부당한 영향을 야기하는 것을 방지하려는 취지이지, 당해 사건의 고소인에게 그 고소에 따른 공소제기내용을 알려주는 것을 금지하려는 취지는 아니므로, 이와 같은 형사소송법 제47조의 공개금지를 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제1호의 '다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비공개사항으로 규정된 경우'에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2006. 5. 25., 선고, 2006두3049, 판결).

10) 성폭력방지법상 수사기관의 삭제지원요청에 관한 규정은 2021. 7. 13.(법률 제17895호, 2021. 1. 12., 일부개정)에 시행되어 그 이전에는 피해자의 요청이 있는 경우에만 삭제신청이 가능했고, 수사기관의 삭제지원에 대해서는 요청의 근거가 없어 피해자의 스마트폰 등을 임의제출받아 포렌식하여 복구된 자료나, 피의자로부터 압수한 저장장치 등의 포렌식 결과 중 피해자의 범죄피해사실과 관련있는 부분에 대해서 피해자가 열람등사를 통해 확인하거나 접근할 수 없는 문제가 있었다.

11) 현재 수사기록에 대해서 경찰에서는 정보공개의 절차에 따르도록 하고 있는데, 정보공개법 제11조에서는 정보

사준칙에서 정한 바와 같이 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 상당한 이유가 없는 이상 이를 허가하여야 한다.

2) 불송치, 불기소에서의 열람등사권의 제한과 문제점

수사준칙은 '검사가 불기소 결정을 하거나 사법경찰관이 불송치 결정을 한 사건에 관한 기록의 전부 또는 일부에 대해 열람·복사를 신청할 수 있다'고 규정하여 원칙적으로 열람등사를 허가하고 있는 태도를 보이고 있다. 이는 불기소 혹은 불송치 결정에 대해 다투어야 하는 피해자에게는 매우 중요한 규정이라 할 것이다.

그러나 이에 앞서 형사소송법 제245조의 6은 고소인 등에게 불송치의 취지와 이유를 기록을 송부한 날로부터 7일 이내에 서면으로 통지하도록 정하고 있고, 수사준칙 제53조 역시 사법경찰과 검찰의 수사결과통지의무를 규정하고 있는바, 이에 대한 충분한 정보제공이 되어야 한다. 그런데 사법경찰을 통해 제공받은 불송치통지서의 내용이 불송치결정에 대한 충분한 이유가 제시되지 않는다면, 이의신청을 하여야 할 피해자로서는 충분한 정보를 제공받지 못하게 된다. 즉 불충분한 통지로 인하여 피해자가 다시 불송치결정서에 대한 열람복사를 신청하게 되는데, 피해자가 수사관서에 불송치결정서를 신청하면 사법경찰은 수사서류의 송부로 인하여(수사준칙 제62조 제1항) 열람·등사를 거절하게 되면(경찰수사규칙 제87조 제3항), 피해자로서는 다시 수사기록이 있는 검찰에 불송치 결정서 등의 열람등사 신청을 하여야 하고, 그 사이에 검찰에서 불송치사건에 대한 검토가 끝나 다시 기록이 경찰에 반환된 경우(수사준칙 제51조 제4항)에는 또다시 수사서류 등을 보관하지 않고 있다는 이유로 거절당할 수 있으므로, 최소한 불송치 결정을 한 사법경찰은 당해사건의 결정서에 대해서는 수사기록이 어디에 보관되어 있는지 무관하게 피해자 등이 발급받을 수 있는 제도를 마련할 필요가 있다. 뿐만 아니라 기계적으로 보관하지 않는다는 이유로 거절하는 것 보다는 해당 관서에서 보유·관리하지 않는 수사서류에 대해 열람·복사 신청을 접수한 경우에는 그 신청을 해당 수사서류를 보유·관리하는 기관으로 이송하는 방안(경찰수사규칙 제87조 제4항 전단)을 적극적으로 활용하여야 할 것이다.

공개의 청구를 받으면 그 청구를 받은 날부터 10일 이내에 공개여부를 결정해야 하고 부득이한 경우에는 10일의 범위에서 공개여부 결정기간을 연장할 수 있도록 되어있는데, 이 경우에는 신청 후 최장 20일이 경과하여야 공개여부를 알 수 있고, 실제 공개 결정이 났다하더라도, 공개를 결정한 날로부터 10일 의 범위에서 공개일시를 정할 수 있으므로 실제 수사서류를 제공받을때까지 30일의 시간이 경과될 수도 있는 문제가 있다. 이에 반하여 검찰에서는 열람등사신청에 대하여 1일 이내에 처리하도록 신청서에 기재되어 있는바, 피해자의 권리보장 등을 고려할 때, 공개시기를 단축시킬 수 있는 방안이 고려될 필요가 있다.

게다가 불송치 또는 불기소 결정을 한 사건에 관한 기록의 전부 또는 일부에 대해 열람등사를 예정하고 있으므로, 기소된 사건의 증거목록에 대응하는 불송치 기록의 기록목록[12]에 대해서도 열람등사가 허용되어야 할 것이다. 검찰의 불기소 기록의 경우 기록의 목록이 없다는 답변을 받고 있는 바, 검찰의 불기소 사건에 대한 기록 역시 기록목록을 작성하는 근거를 마련하고, 기록목록에 대해서도 열람등사가 허가되어야 할 것이다.

3) 기소 후 증거조사 전으로 증거기록을 검찰에서 열람등사권의 제한 및 그 문제점

기소 후 증거조사 전 증거기록에 대하여 대검예규는 '피해자 또는 참고인은 본인진술서류 및 본인제출서류의 전부 또는 일부에 대하여 열람·등사를 신청할 수 있고, 피해회복을 목적으로 열람·등사를 신청하는 경우에 그 필요성을 인정하는 때에는 피해회복을 목적으로 하는 범위로 한정하여 본인제출서류 이외의 서류의 열람·등사를 허가할 수 있다'고 규정하고 있으며, 그 제한사유로 검찰보존사무규칙 제22조를 정하고 있으나, 앞서 언급한 바와 같이 검찰보존사무규칙은 법률상 위임의 근거가 없는 행정기관 내부의 사무처리 준칙으로서 행정규칙에 불과하므로, 불허에 대해서는 정보공개법에서 정한 제한사유에 따라야 할 것이다.

4) 기소 후 소송기록 및 증거조사 후 법원에서의 증거기록에 대한 열람등사권의 제한 및 그 문제점

형사소송법은 피해자의 소송기록 열람 등사 신청에 대해여 재판장의 허가 사항으로 정하고 있고(형사소송법 제294조), 성폭력 처벌법 제27조 제4항에서는 피해자 변호사는 증거보전 후 관계서류나 증거물, 소송계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람 등사할 수 있다고 규정하고 있다.

즉 실무상으로는 피해자 변호사가 열람·등사할 서류나 증거물을 특정하고 그 필요성에 대해 최소한의 소명을 한 경우 특별한 사정이 없으면 대부분 이를 허가하고 있고, 다만 피해자에 대한 증인신문이 예정된 경우 피해자에 앞서 이루어진 다른 증인의 증인신문조서에 대한 열람·등사 정도에 한하여 피해자의 증언이 이루어질 때까지 한시적으로 제한하는 경우가 있을 뿐이다[13]. 성범죄 재판실무편람에도, 피해자의 증언이 예정된 경우에, 피해자에 앞서 이루어진 다른 증인신문조서 등에 대한 피해자 변호사의 열람·등사의 신청이 있으면, 피해자 증언의 오염방지라는 일반적 법리를 근거로 피해자 증언이 실시될 때까지 한시적으로 제한할 필요도 있을 것이라는 취지로만 기재되어 있고, 현행 실무에서는 피해자 변호사가 열람·등사할 서류나 증거물을 특정하고 그 필요성에 대해 최소한의 소명을 한 경우, 특별

12) 수사준칙 제62조 제1항
13) 오승이·이주영, 피해자 변호사 제도 운영상 나타난 문제점과 향후 과제, 젠더법연구회(2014년)

한 사정이 없는 한 이를 허가하고 있어 특별히 문제 되는 경우가 없다고 되어 있다.[14)]

그런데 일부 성폭력범죄전담재판부의 경우 피해자 변호사의 열람·등사신청에 대해, 피해자 증언의 오염방지를 이유로 또는 형사재판의 당사자가 아니라는 이유 등으로 공소장을 제외한 나머지 소송기록 등에 대한 열람·등사를 전면 불허하기도 하는 것으로 보인다.[15)] 즉 재판장의 성인지 감수성에 따라 피해자의 열람등사권이 자의적으로 제한될 가능성이 있다. 게다가 재판장의 열람등사의 불허에 대해서는 불복 절차가 없다는 것 역시 문제라 할 것이다. 형사재판에서 피고인이나 변호인은 피해자와 관련된 자료를 제출하는 경우도 많은데, 만약 사실과 다른 정보나 주장이 제출된 경우, 재판절차과정에서 피해자의 명예를 훼손하는 등 2차 피해가 발생할 수 있는데 이에 대한 권리구제의 방안으로도 피해자의 열람등사권의 허가가 반드시 필요하기 때문이다.

5) 확정된 소송기록 등에 대한 피해자의 열람등사권의 제한 및 그 문제점

확정된 소송기록에 대해서는 형사소송법 제59조의 3에서는 그 근거를 마련하고 있는데, 피고인이 판결문 열람 복사 제한 신청을 한 경우에 있어 피해자에게도 확정된 판결문의 열람복사 신청이 제한되는지 문제이다. 그런데 형사소송법 제59조의 3 제4항에서는 '열람 및 복사에 관하여 정당한 사유가 있는 소송관계인이나 이해관계 있는 제3자는 제1항 단서에도 불구하고 판결서등의 열람복사를 신청할 수 있다'고 규정하고 있고, 이때 신청을 불허하는 처분에 대해서는 불복하여 다툴 수도 있는 바[16)], 피해자는 피고인의 비공개 신청에도 불구하고 정당한 사유가 있는 자이므로 열람등사가 허가된다 할 것이다.

다. 보론_현행법 하의 피해자의 지위상의 한계

헌법상 피해자는 재판절차진술권을 보장받고 있으나, 형사절차의 당사자는 아니기 때문에 피고인이나 변호인 등 다른 주체와 동일한 수준의 열람등사권을 보장받지 못하는 것이 사실이다. 장기적으로는 범죄피해자의 형사절차에서의 지위에 대한 근본적인 논의가 필요하다 할 것이다. 특히 최근 형사소송법의 개정으로 공판중심주의는 더욱 강화되었을 뿐 아니라, 피해자의 법정 증언의 필요성도 매우 높아지고 있는 실정이며, 이해관계 있는 제3자이자 인적증거로서의 증인의 지위에 있는 피해자에게 수사기록이나 소송기록의 열람등사는 더욱 중요하다 할 것이다.

---

14) 박기쁨 유성희 지충현, 형사재판에서의 피해자의 절차상 권리 및 피해자 보호, 성범죄 재판, 함께 돌아보기: 보호법익, 재판실무, 시민사회의 시선으로, 법원 젠더법연구회 재판다시돌아보기팀(2020)
15) 박기쁨 유성희 지충현, 형사재판에서의 피해자의 절차상 권리 및 피해자 보호, 성범죄 재판, 함께 돌아보기: 보호법익, 재판실무, 시민사회의 시선으로, 법원 젠더법연구회 재판다시돌아보기팀(2020)
16) 형사소송법 제59조의 3 제4항 참조

첨언하자면, 본 글을 작성하면서 피해자가 자신의 사건에 대한 열람등사를 신청하는 절차가 각 기관마다 다르며, 그 근거규정도 각 기관의 내규에 산재되어 있는 등, 피해자로서는 알기 어려운 부분이 매우 많다고 생각이 들었다. 그러므로 추후 형사소송의 전자화 및 형사사법포털의 개선시, 피해자의 열람등사에 관한 창구를 1원화 할 수 있는 부분에 대한 입법도 필요하고 할 것이다.

성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는 로우 LAW 킥

2차 성폭력 피고인의 방어권 악용, 이대로 괜찮은가?

피고인의 성폭력 수사 재판 자료 활용의 법적 한계

홍진영

서울대학교 법학전문대학원 교수

피고인의 성폭력 수사 재판 자료 활용의 법적 한계[1)]

홍진영(서울대학교 법학전문대학원 조교수)

Ⅰ. 성폭력 범죄 사건에서의 피해자와 피고인의 헌법상 권리 충돌 양상

◎ 피해자의 사생활의 비밀과 자유, 인격권 및 개인정보자기결정권

※ 헌법재판소는 개인정보자기결정권은 "자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리", 즉 "정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리"라고 정의함.[2)] 여기서 개인정보란 "개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보"로, "반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함"한다고 함. 위와 같은 권리는 헌법 제17조(사생활의 비밀과 자유), 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권), 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 등을 이념적 기초로 하는 헌법에 명시되지 아니한 기본권으로 이해됨.

◎ 피고인의 공정한 재판을 받을 권리, 무죄 추정의 원칙, 변호인의 조력을 받을 권리

⇒ 형사재판에서 후자의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않으므로[3)] 방어권의 '악용'이나 '남용'이라는 관점에서의 논의는 최대한 신중하게 전개할 필요가 있음. 그러나 그러한 조심스러운 관점에 의거하더라도 현행 법령은 전자의 중요성을 충분히 반영하지 못하고 있는 측면이 존재하는바, 그 구체적인 문제점을 지적하고 나름대로 대안을 제시해 보고자 함.

---

1) 본 토론문은 발제문을 토대로 하여 매우 짧은 기간 내에 단상을 정리한 메모로, 추가 연구 및 숙고를 통하여 토론문에 기재된 견해 및 구체적인 근거가 수정될 가능성을 배제할 수 없으므로 인용을 삼가주시기 바랍니다.
2) 헌법재판소 2005. 5. 26.자 98헌마513 결정.
3) 성범죄의 피해자가 허위 신고를 하였다는 취지로 무고죄로 기소되어 피고인이 되고, 성범죄의 가해자가 무고죄의 피해자로 재판을 받게 되는 상황을 상정한다면, 피고인에게 주어져야 할 방어권의 중요성이 좀 더 쉽게 와닿을 수 있지 않을까 함.

Ⅱ. 피고인에 대한 피해자의 인적사항 및 사생활에 관한 정보 제공 범위와 관련한 문제

◎ 피고인이 재판 과정에서 피해자의 인적사항 및 사생활에 관한 정보를 입수할 수 있는 경로는 크게 다음 세 가지가 있음

○ 형사소송법 제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사)[4] : 피고인 또는 변호인은 검사가 아직 법원에 제출하지 않은 서류 중 검사가 유죄의 증거로 신청할 서류 혹은 증인의 인적사항 및 진술 내용에 관한 서류, 피고인의 무죄를 뒷받침할 수 있는 서류에 대하여 열람·등사를 신청할 수 있음 (변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있음) ⇒ 대부분의 서류는 이 때 피고인 측에게 제공됨.

*** 피해자 보호 측면에서의 문제점**

- 검사가 법원에 아직 증거로 제출하지 않았거나, 혹은 유죄 증명에 필요하지 않다고 보아 영구적으로 제출하지 않을 서류라 하더라도 피고인의 방어권 보장을 위하여 피고인 측에게 열람·등사를 해 주어야 할 원칙적인 의무가 존재함. 검사는 "증인보호의 필요성"이 있는 경우를 포함하여 "열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때"[5]에는 열람·등사를 거부할 수 있고 (제266조의3 제2항), 검찰 내부적으로는 이 때의 "상당한 이유"에 "사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해칠 우려가 있는 경우"가 포함되는 것으로 보고 있음.[6] 따라서 피해자의 사생활 비밀 등과 피고인의 방어권을 형량하여 전자가 더 우월한 경우에는 열람

---

4) **제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사)** ① 피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 "서류등"이라 한다)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다음 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다. 다만, 피고인에게 변호인이 있는 경우에는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다.
1. 검사가 증거로 신청할 서류등
2. 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류등
3. 제1호 또는 제2호의 서면 또는 서류등의 증명력과 관련된 서류등
4. 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류등(관련 형사재판확정기록, 불기소처분기록 등을 포함한다)

② 검사는 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다.

③ 검사는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한하는 때에는 지체 없이 그 이유를 서면으로 통지하여야 한다.

④ 피고인 또는 변호인은 검사가 제1항의 신청을 받은 때부터 48시간 이내에 제3항의 통지를 하지 아니하는 때에는 제266조의4 제1항의 신청을 할 수 있다.

5) 에서는 "상당한 이유가 있는 때"의 예로 를 규정하고 있음.

6) 검찰사건사무규칙 제112조의3 제1항 제1호.

· 등사를 정당하게 거부할 수 있음. 그러나 이러한 절차를 통하여 피해자의 사생활의 비밀을 담고 있는 서류가 피고인의 수중으로 들어갈 가능성을 전적으로 배제할 수 있는 것은 아니고, 그것은 피고인 방어권 보장을 위하여 불가피한 측면이 있음.

- 검사가 열람 · 등사에 응하여 서류를 교부하는 경우 실무상 비실명화 조치를 하고는 있으나, 그와 관련하여 특별히 정해진 기준은 없고, 각 검찰청 별로 「검수시 유의사항」을 정해 운영하는 것으로 보임.[7] 주로 피해자, 참고인, 신고자, 상피고인, 피해자 가족 등을 보호대상으로 정하여 이름, 사진, 주민등록번호, 주소 등의 인적사항을 수사기록의 모든 조서 및 보고서에서 삭제하는 방식을 취한다고 함.[8] 검찰 공판과 업무담당자는 피고인 측에게 개인정보 삭제 처리를 직접 할 것을 지시하고, 피고인 측은 열람 · 등사 시에 해당 개인정보를 찾아내어 마스킹 테이프로 가리고 사본하거나 수사기록 복사본에서 개인정보를 칼로 오려내는 방식으로 비실명화 작업을 이행한다고 함. 따라서 이 과정에서 악의적으로, 혹은 실수로 수사기록 원본에 있는 개인정보를 취득할 수 있는 가능성을 배제할 수는 없음.

○ 형사소송법 제35조(서류 · 증거물의 열람 · 복사)[9] : 검사가 공소제기 후에 유죄 증명을 위하여 제출하고 법원이 채택하여 조사한 증거서류에 관련 내용이 포함되어 있을 가능성 ⇒ 대부분의 서류는 이미 검찰 서류 열람 · 등사를 통하여 피고인 측에서 확보하여 가지고 있음. 따라서 본 조항은 ① 그와 같이 확보한 서류 중 비실명조치된 부분의 정보 내지는 검사가 피고인에게 열람 · 등사를 거부한 서류를 확보하기 위하여서나, ② 혹은 재판 과정에서 새롭게 생성되어 검사 또는 제3자에 의하여 제출된 서류를 확보하기 위하여 활용됨. (제3자에 의한 제출은 아래 형사소송법 제272조 부분에서 살펴봄)

*** 위 조문이 피해자 보호 측면에서 갖는 문제점**

- **형사소송법 제35조에서는 <u>피고인의 열람 · 복사에 있어 제한을 두지 않으며, 재판부의 허가도 요하지 않도록 규정</u>**함. 이는 피고인의 방어권 및 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 취지임. 형사소송법 제35조 제3항에서는 피해자, 증인 등의 개인정보에 대한 비공개 조치[10]를 할 수 있음을 규정하고 있으

7) 사법정책연구원, 형사재판절차에서의 개인정보 보호에 관한 연구(2021), p. 302.
8) 사법정책연구원, 위 보고서, p. 302.
9) **형사소송법 제35조(서류 · 증거물의 열람 · 복사)** ① **피고인과 변호인은 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 복사할 수 있다.**
② **피고인의 법정대리인, 제28조에 따른 특별대리인, 제29조에 따른 보조인 또는 피고인의 배우자 · 직계친족 · 형제자매**로서 피고인의 위임장 및 신분관계를 증명하는 문서를 제출한 자도 제1항과 같다.
③ 재판장은 **피해자, 증인 등 사건관계인의 생명 또는 신체의 안전을 현저히 해칠 우려가 있는 경우**에는 제1항 및 제2항에 따른 열람 · 복사에 앞서 사건관계인의 성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 보호조치를 할 수 있다.
④ 제3항에 따른 개인정보 보호조치의 방법과 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.
10) 구체적으로는, 다음과 같은 법원사무관 등에 의한 비실명 처리를 의미함.
재판기록 열람 · 복사 규칙 제7조(열람 복사의 절차 등) ③ 재판장은 피해자, 증인 등 사건관계인의 생명 또는 신체의 안전을 현저히 해칠 우려가 있는 경우 법원사무관 등에게 형사소송법 제35조 제3항에 따른 개인정보

나, 그 사유가 "생명 또는 신체의 안전을 현저히 해칠 우려가 있는 경우"로 좁게 제한되어 있고, 그러한 경우에도 열람·복사를 제한 내지 금지하지는 않고 단지 비실명화 등의 보호조치를 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐임.[11] 이러한 규정 내용은 앞서 본 형사소송법 제266조의3에 비하여도 열람·복사에 대한 제한 범위가 대단히 좁을 뿐 아니라, 형사소송법 제59조의2 제2항 및 제59조의3 제1항에서 재판이 확정된 사건의 소송기록이나 판결서(일반인도 열람 신청 가능)에 대하여 "**사건관계인의 명예나 사생활의 비밀** 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해할 우려가 있는 경우"에는 열람, 등사를 전부 또는 일부 제한할 수 있는 것과도 대비됨. 이러한 차이는 재판 계속 중에는 무죄 추정의 원칙이 적용되는 피고인의 방어권 및 변호인의 조력을 받을 권리가 다른 법익보다 원칙적으로 우위에 있다는 관념에 입각한 것으로 생각됨.

- 그러나 위와 같은 차이를 감안한다 하더라도, 개인정보에 대한 비공개 조치의 사유가 지나치게 좁다는 생각됨. 이에 형사소송법 개정안 중에는 법원에 대하여 성폭력범죄, 가정폭력범죄, 성매매 사건의 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물에 대하여 개인정보 보호조치를 취할 의무를 부과하는 취지로 형사소송법 제35조 제3항 후단을 신설하는 안이 발의되어 있음.[12] 성폭력 사건에 대하여는 가명조서의 활용이 가능하므로 가명조서를 사용한다면 이와 같은 개인정보 보호조치가 추가적으로 필요하지 않을 것이나, 가명조서를 사용하지 않는 사건이 더 많은 것으로 보이므로[13] 위와 같은 법안의 실효성이 있을 것으로 보임.

- 개인정보에 대한 비공개 조치만으로 충분한 것인지도 의문이 제기될 수 있음. 검사가 유죄 증명을 위하여 법원에 제출한 증거서류 중에 반드시 사건과 직접적인 관련성이 없는[14] 피해자의 사생활에 관한 내용이 포함되어 있을 수도 있는데, 이러한 서류는 비실명화되어 피고인 측에 열람·복사된다 하더라도 피해자의 사생활의 비밀 및 인격권 침해의 정도가 적지 아니하고, 특히 피고인과 피해자가 면식이 있는 경우라면 비실명화가 사생활의 비밀 등의 침해 정도를 완화시켜 주는 데 크게 도움이 되지 않음. 이러한 경우 검사가 최대한 사건과 관련성 있는 증거로 제한하여 유죄의 증거를 제출하고, 법원도 그러한 범위 내에서만 증거 채택을 함으로써 피해자와 관련된 다양한 사적 정보가 소송 기록에 무분별하게 현출될 수 있는 가능성 자체를 차단하는 것이 근본적으로는 바람직할 것이나, 인적·물적 자원의 한계로

보호조치를 명할 수 있다. 이 경우에 법원사무관 등은 재판기록에 대하여 사건관계인의 개인정보 보호를 위한 비실명 처리를 하여야 한다.

11) 더 나아가 개인정보 보호조치의 방법과 절차를 구체화한 재판기록 열람·복사 규칙 제7조 제1항에서는 재판장이 금지하는 경우에는 재판기록의 열람·복사를 할 수 없다는 취지의 규정도 두고 있음. 그러나 형사소송법에서는 개인정보 보호조치를 할 수 있음을 규정하고 있을 뿐 열람·복사 자체를 금지할 수 있도록 하는 규정을 두고 있지 않으므로, 위 규칙 제7조 제1항이 상위 법령인 형사소송법에 위반한 것은 아닌지 다소 의문이 있음.

12) 형사소송법 개정안(의안번호 제2110100호, 대표발의 의원 송재호).

13) 매일경제 2021. 10. 19.자, "서울 경찰, 성폭력 사건 접수 최다... 피해자 가명조서 사용 저조" (인터넷 링크: https://www.mk.co.kr/news/society/view/2021/10/988785/) 기사에 따르면 2021년도 8월 기준으로 서울 지역에서의 성폭력 사건의 가명 조서 작성률은 18.9%에 불과하였다고 함.

14) 다만, 아직까지 법원이 사건에 대한 심증을 충분히 형성하지 못한 상태에서 어떠한 증거가 관련성 있고 관련성이 없는지에 대한 판단은 반드시 쉽지 않을 수 있음을 감안할 필요가 있음.

인해 모든 사건에서 그와 같이 섬세하게 증거 제출 및 채택 절차를 운영하기는 어려울 수 있음.

- 정보 공개의 상대방이 지나치게 넓은 것도 문제임. 본 조항에서는 본래 소송기록과 증거물에 관한 변호인의 열람등사권에 관해서만 규정하였으나 2007. 6. 1. 형사소송법 전면 개정 당시에 현재와 같이 개정되어, 피고인 및 법정대리인 · 배우자 · 보조인 등의 열람등사권이 추가됨. 물론 변호인이 없는 피고인의 방어권을 충실히 보장한다는 취지에 따른 것이겠으나, 변호인이 피고인과의 신임관계 하에 사건을 정상적으로 수행하고 있는 사건[15]에서 굳이 피고인 본인이나 그 가족 등에게 열람등사권을 보장할 필요가 있는지는 의문임.

- 실무상 비실명조치는 비실명처리대상정보가 있는 서류 원본에 접착식메모지, 접착식메모테이프, 라벨지 등을 부착하거나 기타 적절한 방법으로 비실명처리대상정보의 내용을 알아볼 수 없도록 하여 열람 · 복사에 제공하는 방식[16]으로 이루어짐. 검찰 서류 복사와 마찬가지로 마스킹테이프 등이 허술하게 붙어 있는 경우 피고인 측의 악의 또는 실수로 피해자의 인적사항이 피고인 측으로 흘러갈 가능성을 배제하기 어려움.[17]

※ 현행 실무의 모습

- 다만, 현재 법원 실무는 다음과 같은 매뉴얼에 따라 진행되고 있다고 하고, 아래 용도 외에는 형사소송법 제35조를 그리 많이 활용하지 않는다고 하므로, 법령의 내용보다는 피해자의 인적사항을 좀더 두텁게 보호하고 있는 것으로 보임

▣ 피고인이 성폭력 피해자와 합의하거나 공탁을 위하여 피해자 전화번호, 주소 및 연락처 등 개인정보를 요청하는 경우

● 참여관을 통하여 피해자에게 피고인 측의 합의 또는 공탁 관련 의사(피고인이 공탁하고자 하는 금액이 확인되면 그 금액 포함)를 전달하고 인적 사항을 제공하여도 되는지를 확인

● 피해자가 공탁을 위한 정보제공까지도 거절하는 경우에는, 금액 등 공탁 조건과 정보제공 상대방을 변호인으로 한정할 수 있음을 다시 한 번 설명

● 피해자가 합의는 물론 공탁도 받지 않겠다는 의사를 명확히 하면서 신상정보 제공을 거절하는 경우 피해자 의사를 존중하여 그에 따를 수밖에 없음

⇒ 개선 방안 (아래 내용 중 일부는 이미 위에 소개한 법원의 실무에 반영되어 있으나, 그러한 실무

15) 변호인과 피고인 사이의 신임관계에 파탄이 있는 경우는 달리 보아야 할 수 있음.

16) **재판기록 열람 · 복사 예규 제9조의3 제2항 제2호.**

17) 법률신문 2017. 2. 23.자 기사, "기록에 구멍 숭숭... 변호사들, 사건 맥락 파악에 '전전긍긍'"(인터넷 링크: https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=108126) 참조.
『대형로펌의 한 변호사는 "로펌 직원 등이 기록 복사를 위해 법원이나 검찰을 찾으면 법원·검찰공무원이 포스트잇 등으로 개인정보를 가린 다음 기록을 주고 복사를 하게 한 뒤 복사물에 개인정보 등이 제대로 가려졌는지 다시 한번 확인을 받게끔 하는 방식으로 등사가 진행된다. 일부 검찰청은 원본기록을 복사하도록 한 다음 로펌 직원에게 개인정보가 나온 부분을 모두 칼로 오리도록 하고 개인정보가 모두 제거됐는지 검사한 다음 기록을 갖고 가도록 해 너덜너덜한 서류를 받는 때도 있다"면서 "가끔은 이 과정에서 개인정보를 가리기 위해 붙인 포스트잇이 복사 과정에서 떨어져 개인정보가 그대로 복사되는 경우도 있는데 사람이 하는 일인 만큼 실수가 있을 수밖에 없기 때문에 보다 확실한 제도 재정립이 필요하다"고 말했다.』

를 뒷받침하는 명문 규정이 있는 것이 아니므로 위 매뉴얼을 일탈한 실무가 있더라도 피해자 측에서 이의를 제기할 수는 없음. 따라서 관련 법령의 개선이 여전히 필요한 상태임)

① 특정 서류 또는 특정 서류에 포함된 일부 정보가 피고인의 유·무죄의 증명에 직접적인 관련이 없음이 명백한 반면, 피고인 측에 제공된다면 피해자의 사생활의 비밀 및 인격권에 대한 중대한 침해를 가져올 것으로 합리적으로 예상될 경우에는 재판장이 피고인 측의 열람·복사를 금지할 수 있도록 해당 조문을 개정하여야 함[18)]

· 서류 단위가 아니라 정보 단위로 피고인 측의 열람·복사 가부를 판단하여야 함. 예컨대 디지털 포렌식의 결과로 생성된 일체의 서류에 기재되어 있는 SNS 대화 내용 중에는 유·무죄의 판단과 관련이 있어 불가피하게 피고인 측에 제공되어야 할 부분도 있을 것이지만, 사건과 직접적으로 관련이 없는 제3자와의 사적 대화 내용이 포함되어 있을 수 있는데, 피고인의 방어권 보장을 위하여 그러한 부분까지 피고인 측에 제공될 필요는 없는 것임.

· 어떠한 정보가 공개되었을 때 피해자의 사생활의 비밀 및 인격권에 대한 중대한 침해를 가져오는 정보에 해당하는지는 원칙적으로 피해자가 가장 잘 알 수 있는 위치에 있음. 따라서 피고인 측의 열람·복사 신청이 있는 경우에는 피해자 측에서 열람·복사 제한 여부에 관하여 의견을 진술할 수 있어야 하고, 법원은 그러한 의견을 충분히 고려하여 열람·복사 허용 여부, 제한한다면 그 제한 범위에 관한 결정을 하여야 함(다만, 이것이 반드시 피해자 측의 동의권을 보장하자는 취지는 아님). 그 전제로 피해자 측의 열람·복사권이 충분히 보장될 수 있어야 함.

② 성범죄 사건에 있어서 피해자의 인적사항 등에 관하여 원칙적으로 비실명조치를 취하도록 하는 법률 개정은 바람직하다고 생각됨. 다만, 피고인 측에서 피해자의 인적사항을 알아야 무죄를 증명할 수 있는 예외적인 경우도 반드시 배제할 수는 없을 것임. 가명조서를 사용하는 경우에도 변호인이 피고인의 변호에 필요한 경우에는 검사의 허가를 받아 신원관리카드를 열람할 수 있도록 하고 있는데(특정범죄신고자 등 보호법 제9조 제2항 제2호), 그에 상응하여 형사소송법을 송재호 의원안처럼 개정하는 경우에도 변호인이 피고인의 변호에 필요하다는 점을 적극적으로 소명한 경우에는 법원에 대하여 피해자의 인적

18) 피고인 측에 피해자에 관한 정보를 제공할 것인지를 결정함에 있어서 캐나다의 관련 법률(Bill C-46, Production of Records in Sexual Offence Proceedings)에서는 재판장이 다음과 같은 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다는 규정을 두고 있음. 특히 피해자가 성범죄를 신고하고, 성범죄의 피해에 대하여 치료를 받을 수 있도록 촉진하여야 할 공동체의 이익을 고려하여야 한다는 점을 명시한 것을 눈여겨 볼 필요가 있음.
a. the accused's right to make full answer and defence; the probative value of the record;
b. the reasonable expectation of privacy with respect to the record;
c. whether production of the record is based on a discriminatory belief or bias;
d. the potential prejudice to the record holder's privacy or personal dignity;
e. society's interest in **encouraging reporting sexual offences**;
f. society's interest in **encouraging complainants of sexual offences to seek treatment**; and
g. the effect of production on the integrity of the trial process

사항에 대한 열람·복사를 할 수 있는 예외를 인정할 필요는 있어 보임.

③ 피고인에게 변호인이 있는 사건이라면 피고인의 방어권 보장을 위해 변호인에 대하여 열람·복사를 허용하면 족하므로, 중첩적으로 피고인이나 그 가족 등에 대하여 열람·복사를 허용하여서는 안 될 것임. 다만, 피고인에게 변호인이 없는 사건이라면 피고인이나 그 가족 등에 대하여 열람·복사를 허용하는 것이 불가피할 것. 이러한 개선은 반드시 법률 개정이 아니더라도 대법원 규칙이나 예규의 개정을 통하여 도모해 볼 수 있는 부분으로 보임.

④ 비실명조치 내지 정보의 일부 비공개 조치를 좀 더 확실하게 할 수 있는 기술적 방안이 필요하며, 형사전자소송 도입이 그 계기가 될 수 있음. 전자 파일로 증거서류를 생성할 경우 편집(redaction) 소프트웨어를 활용하여 비공개가 필요한 부분을 검은 칸으로 처리한 편집 버전을 손쉽게 만들 수 있음(전자소송을 시행하고 있는 국제형사재판소에서는 이와 같은 식으로 비실명조치, 비공개 처리를 함). 다만, 디지털 정보의 특성상 전자기록화가 피해자 정보 유출의 위험성을 더 증가시킬 수 있다는 시각도 있어 향후 전자소송 운영과 관련한 충분한 고민이 더 필요함

○ 형사소송법 제272조(공무소등에 대한 조회)[19]: 피고인 등의 신청에 따라 법원이 의료기관 등에 대하여 사실조회 촉탁 내지 문서송부촉탁을 하고, 그에 따라 회신이 도착하면 피고인이 제35조에 따라 해당 서류를 열람할 가능성

*** 피해자 보호 측면에서의 문제점**

- 의료법 제21조 제2항에서는 의료인 등은 환자가 아닌 다른 사람에게 환자에 관한 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 내주는 등 내용을 확인할 수 있게 하여서는 아니 된다고 하고, 다만 제3항 제6호에서 형사소송법 제106조, 제215조 또는 제218조에 따른 경우(즉, 재판상 압수 또는 수사상 압수가 적법하게 이루어지는 경우)에는 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 교부하는 등 그 내용을 확인할 수 있게 하여야 한다고 규정함. 따라서 피고인 등의 신청에 따라 법원이 문서송부촉탁을 하더라도 문서송부촉탁이 압수영장 발부에 갈음할 수 없으므로 피해자의 동의가 없는 한 의료인 등에게 의료기록을 제출할 의무가 있는 것은 아니나, 과거 의료기관에서 피해자의 동의가 없더라도 문서송부촉탁에 응할 의무가 있다고 착오하여 의료기록을 제출한 예가 있었던 것으로 보임

19) 제272조(공무소등에 대한 조회) ① 법원은 직권 또는 검사, 피고인이나 변호인의 신청에 의하여 공무소 또는 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고 또는 그 보관서류의 송부를 요구할 수 있다.

⇒ 개선 방안

- 최근 들어서는 실무상 대부분의 경우 피해자의 사전동의서를 첨부하여 의료기관이나 건강보험공단 등에 문서송부촉탁을 하고 있다고 하며, 사전동의서가 없는 경우에는 기록송부가 불가능하다는 회신이 온다고 함. 이처럼 피해자의 사전동의를 얻는 실무가 확고하게 정착될 필요가 있음. 만일 피해자 측에서 동의하지 않으나 피고인의 방어권을 위하여 진료기록 확보가 필요한 경우라면, 형사소송법 제106조에 따라 정식으로 압수영장을 발부하여 진료기록을 확보할 수밖에 없고[20], 그 경우에는 제출 대상은 위 조문에 따라 "피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정"되어야 함. 이 때 의료기관의 입장에서는 무엇이 관련성 있는 정보인지 정확히 알기 어려워 포괄적으로 자료 제출을 할 수 있으므로, 의료기관이 관련성 없는 진료기록까지 제출하지 않았는지 재판장이 미리 살펴보고 피고인 측의 열람·등사 범위를 정해주어야 함.
- 압수·수색 영장을 발부하는 경우 집행 조건 중 하나로 비실명화 처리를 할 것을 부기(피해자 동의를 얻어 문서송부촉탁을 하는 경우에는 그와 같은 취지가 기재된 안내문)을 함께 보내는 방안도 생각해 볼 수 있음.

Ⅲ. 피고인 측에서 적법하게 확보한 피해자의 사생활의 비밀에 관한 정보의 활용 범위에 관한 문제

*** 적법하게 입수할 수 있었다고 하여 이를 외부에 유출해도 괜찮다는 것은 아님에도, 이 점과 관련한 법령의 규율이 미비한 상태임**

- 피해자의 사생활에 관한 정보라 하더라도 피고인의 방어권 보장을 위하여 해당 정보가 필요한 경우에는 이를 피고인에게 제공하는 것이 법원과 검사의 의무임. 다만, 피고인의 방어권 보장을 위한 공개 범위가 일반 대중에 대한 공개 범위와 반드시 일치하여야 하는 것은 아니고, 후자를 더 좁게 보는 것이 타당함. 즉, 재판 및 수사기록에 포함된 정보는 다음과 같은 3가지 유형으로 구분할 수 있는데,[21] 피고인 측의 유출 내지 폭로 행위에 이용되는 것은 이 중에서 상대적 비공개 정보에 해당함.

공개 범위	절대적 비공개 (under seal)	상대적 비공개 (confidential)	공개 (public)
피고인 측	비공개	공개	공개

20) 현실적으로는 집행절차의 까다로움 등으로 인해 잘 없다고 함.
21) 이와 같은 구분은 국제형사재판소의 실무례를 참조함. 상세한 내용은 홍진영, "국제형사재판소의 증거개시 제도에 관한 연구 - 형사소송법상 '서류 등의 열람·등사' 제도에 대한 시사점을 중심으로", p. 635 참조.

일반 대중	비공개	비공개	공개

- 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률 제24조 제2항에서는 누구든지 피해자의 주소, 성명, 나이, 직업, 학교, 용모, 그 밖에 피해자를 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 피해자의 동의를 받지 아니하고 신문 등 인쇄물에 싣거나 방송 또는 정보통신망을 통하여 공개하여서는 아니 된다고 규정하며, 만일 위 조항을 위반한 경우에는 같은 조 제50조 제2항 제2호에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있음. → 다만, 위 조항은 피해자의 신상을 유출 내지 폭로한 사안에 적용할 수 있을 뿐, 이미 신상 자체는 알려져 있는 피해자의 민감한 정보(예컨대 '미투'를 제기한 유명인의 일기, 병원 치료내역 등)를 유출한 사안에 적용하기는 곤란함.

- 형사소송법 제266조의16에서는 피고인 또는 변호인이 검사가 열람·등사하도록 한 서류 등의 사본을 당해 사건 또는 관련 소송의 준비에 사용할 목적이 아닌 다른 목적으로 다른 사람에게 교부 또는 제시한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있음. → 형사소송법 제35조에 따라 열람·복사한 서류에는 위 조항을 적용할 수 없음. 또한, 상대적 비공개 정보와 공개 정보를 분별하고 있지 않다는 것도 위 조항의 문제라고 생각됨.

- 상대적 비공개 정보를 적극적으로 왜곡하여 허위 사실을 기재하며 피해자에 대한 인신 공격을 가하는 경우에는 허위사실 적시 명예훼손죄가 될 수 있음. 그런데 피고인 측에서 공개한 상대적 비공개 정보가 객관적 사실에 부합하는 경우 사안에 따라서는 사실 적시 명예훼손죄가 될 수도 있으나, 항상 성립할 수 있는 것은 아님. 민감하거나 사생활에 관한 정보라 하더라도 피해자에 대한 사회적 평가를 떨어뜨리는 정보가 아니라면(예컨대, 성범죄 피해를 당한 후 정신과 치료를 받았다는 내용 → 피해자가 치료를 받는 것은 지극히 정상적이고 장려되어야 할 사회적 활동으로 그 개인의 사회적 가치를 떨어뜨리는 행위가 아님[22]) 명예훼손죄에 해당하기는 어려울 수 있음. 피고인 또는 그 변호인이 개인정보 보호법상의 개인정보처리자[23]인지는 해석상 논란이 있으므로, 개인정보 보호법에 따라 처벌을 하는 것이 가능하다고 속단하기 어려움.

- 상대적 비공개 정보를 유출한 행위는 피해자의 사생활의 비밀, 인격권, 개인정보자기결정권을 침해하는 불법행위에 해당하므로 피해자 측에서 민사소송을 제기하여 승소하는 것은 가능할 수 있음. 그러나 민사소송으로 위자료를 받는다고 하여 피해자의 정보가 유출됨으로 인한 피해의 회복이 완벽하게 이루어지기는 어려움.

---

22) 우리 대법원은 특정인의 성적 지향, 병력 등 존재에 관한 사항은 특정인의 사회적 가치나 평가를 저하시키는 사실로 보고 있는 듯한 태도(대법원 2021. 8. 26. 선고 2021도6416 판결 참조)를 취하고 있기는 하나, 개인적으로 그러한 결론이 타당한지는 상당히 의문이 있음.

23) 개인정보 보호법상의 개인정보처리자란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 의미함(개인정보보호법 제2조).

⇒ 개선 방안

- 법원이 피고인 측에서 입수한 피해자의 정보 중 일반 대중에게 공개되어서는 안 될 상대적 비공개 정보에 해당하는 것을 특정하여 정당한 이유 없이 불특정 다수에게 공개하거나 제3자에 제공하는 것을 금지하는 명령을 하고, 그러한 명령을 위반한 경우에는 형사처벌을 할 수 있는 조항의 도입을 고려해 볼 필요가 있음.[24] (일종의 사법방해죄의 도입)

- 당사자주의 하에서 피고인 측 변호사가 피고인의 이익을 적극적으로 옹호하는 역할을 한다 하더라도, 변호사의 공공성(변호사법 제2조)과 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현할 사명(같은 법 제1조)을 고려할 때 피해자의 사생활의 비밀 등을 부당하게 침해하는 데에 가담하거나 이를 방조하는 것은 변론권의 범위를 일탈하는 것으로서 쉽게 용인되어서는 안 됨. 피고인 측 변호사의 윤리적 행동을 고취시키고 비윤리적 행위에 대하여 제재를 가할 수 있는 효과적인 방법에 대한 적극적 모색이 필요함.

24) 유사한 취지로, 정선주, "비공개심리와 비밀유지의무", 민사소송 제23권 제2호, p. 53 이하 참조.

성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는 로우 LAW 킥

2차 성폭력 피고인의 방어권 악용, 이대로 괜찮은가?

법적 권리로서 피해자의 형사절차 참여권 보장, 왜 필요한가?

김정혜

한국여성정책연구원 부연구위원

법적 권리로서 피해자의 형사절차 참여권 보장, 왜 필요한가?[1)]

김정혜(한국여성정책연구원 부연구위원)

1. 형사사법절차에서 범죄피해자의 도구화

"개인의 생명과 신체 그리고 재산을 보호하기 위해 성립된 유기체"[2)]로서의 국가는 국민의 기본권을 보호하고 범죄를 예방할 의무를 진다.[3)] 성폭력범죄를 비롯한 범죄피해는 국가가 범죄로부터 시민을 지키지 못하였음을 의미한다. 범죄 예방에 실패함으로써 국가는 간접적으로 피해자의 법익을 침해한 것이므로 범죄 피해의 회복에 책임을 부담한다.[4)] 그러나 범죄피해에 대한 국가의 책무에도 불구하고 범죄 피해자가 권리 주체임을 인정받기는 여전히 어렵다. 형사사법은 국가 규범의 위반으로 국가의 질서를 교란한 범죄자의 범죄를 밝히고 처벌하여 범죄를 예방하고 재범을 방지함으로써 질서를 유지하는 것을 목적으로 한다. 범죄피해자는 범죄로 인한 영향을 가장 많이 받은 당사자이지만, 형사사법절차에서 주체로 대우받기보다는 공정한 수사, 재판에 부정적인 영향을 줄지도 모른다는 경계의 대상이 되면서 동시에 실체적 진실 발견을 위하여 필요한 도구로서의 지위를 점하는 것이다. 이러한 접근법에서 피해자에 대한 국가의 의무는 희미해진다. 법에서 피해자의 권리가 강화되는 흐름은 명백하지만, '보호'가 아닌 피해자의 '권리'는 종종 피고인의 헌법상 권리에 의해 제약받고 뒤로 밀려나며 좀처럼 중요하게 다루어지지 않는다.

그러나 피해자는 단지 피의자/피고인에 대한 복수심만 갖는 '편향된' 존재에 그치지 않는다. 겪지 않아도 되었을 범죄 피해 이후, 범죄의 입증을 요구받으며 절차에 소환되는 것만으로 이미 피해자는 두 번째 피해를 감수해야 한다. 특정한 2차 피해를 말하는 것이 아니라, 피해자에게 형사사법절차의 참여 자체가 이미 부가적 피해를 내포한다는 것이다. 피해자의 진술은 피해 회복을 돕는 절차일 수 있지만, 저절로 그렇게 되는 것은 아니다. 피해자의 진술을 비롯한 절차 참여가 피해 회복에 기여하는 과정이 되기 위해서는 피해자에 대한 존중이 수반된 피해의 인정이 필요하다.

오히려 진술 과정은 필연적으로 범죄피해의 반복적 회상을 수반하며, 범죄피해와 관련하여 피해자에게 스스로의 행동을 합리화할 것을 요함으로써, 진술로 인해 정신적, 신체적 고통은 반복, 가중될 수 있다.

---

1) 발표를 위한 미완성 원고로서, 타 문헌을 참고한 부분의 인용 표기가 불완전할 수 있습니다. 인용이 필요한 경우에는 반드시 피인용문헌 원문을 확인하시기 바랍니다.
2) 신주호(2010), 범죄피해자권리의 헌법상 근거에 관한 소고, 세계헌법연구 16(4), 78.
3) 황태정(2019), 헌법정신과 범죄피해자 보호, 피해자학연구 27(2), 142.
4) 소병도(2016), 범죄피해자의 헌법적 권리와 적법절차를 통한 보장, 홍익법학 17(2), 313.

피해자는 진술 과정에서 가해자와 대면하게 되거나, 범죄와 관련이 있든 없든 간에 제3자에게 사생활이 노출되고, 피고인의 방어권 행사라는 이름으로 부당한 비난과 추궁, 거짓에 '방어'해야 하는 상황에 처하기도 하며 때로는 수사기관이나 재판부에 대하여 스스로를 정당화해야 하는 경우조차 발생하지만, 절차에서 피해자의 '방어할 권리'가 중요하게 다루어지지는 않는다. 절차에 충실히 참여하는 것만으로 피해자에게 학업이나 직업에서의 피해, 크고 작은 경제적인 피해가 뒤따르기도 하지만 이에 대한 보호장치는 미약하다. 더구나 성폭력과 같은 젠더폭력 피해자는 젠더에 기반한 폭력으로서의 범죄 특성과 관련된 차별적 경험마저 감수할 것을 요구받는다. 성폭력 피해자 비난, 피해자 유발론, 가해자에 대한 동정과 연민의 태도, 성폭력을 종국적으로 부정하는 강간신화(rape myth) 등은 종종 성폭력 사건의 수사와 재판을 성폭력 가해자가 아니라 피해자를 처단하는 과정으로 전환시킨다.

피해자는 해당 형사사법절차를 통하여 형사처벌을 받지 않을 뿐, 절차에서 도구화됨으로써 실체적인 피해를 추가로 겪지만 형사사법절차의 진행에서 범죄피해자는 마치 범죄 예방을 위한 국민의 의무를 다할 뿐인 것처럼 취급된다. 피해자의 '권리'가 대부분 수사·사법기관의 재량 사항으로 규정되어 있는 데서도 드러나듯, 절차 진행으로 인하여 발생하는 피해는 단지 수사·사법기관을 비롯한 소송관계인이 '감수성'을 갖고 '배려'하는 것으로 충분한 문제 수준으로 논의되곤 한다.

피해자는 수사와 재판의 과정과 결과에 따라 실질적 이익이나 손해를 입게 되고 범죄피해의 회복을 도모해볼 수도, 그러지 못할 수도 있다. 피해자는 수사와 기소를 거쳐 유죄 판결에 도달함으로써 범죄피해를 공적으로 인정받게 되고, 기소와 유죄라는 결과는 국가의 보상과 범죄피해자에 대한 각종 지원, 가해자의 손해배상, 보복이나 후속 범죄로부터의 보호, 명예 회복, 공동체로의 복귀 등의 가능성과 긴밀하게 연관되어 있다. 법률시장의 변화와 더불어 불송치결정, 불기소처분, 무죄 판결이 가해자로부터의 보복적 신상 공개뿐 아니라, 명예훼손 등 각종 민사소송, 무고 형사고소 등으로 이어지기도 하는 현실을 볼 때, 형사사법절차의 결과가 피해자에게 미치는 부정적인 영향은 더욱 실체적이다.

피해자 보호를 넘어선 피해자의 '권리' 보장 필요성이 논의되고 법률에까지 보편화되는 추세이지만, 피해자에 대한 각종 지원 조치가 실제로 피해자의 '권리'로서 이해되고 있는지는 여전히 의문이다. 형사사법절차에서 피해자는 '무감각하게 범죄의 입증이라는 사회적 의무를 수행할 수 있지만 범죄피해로 인해 취약해지고 누군가의 도움이 필요할 때 수사기관과 법원의 "보호와 배려"[5]가 필요한' 사람이 아니라 형사사법절차의 과정 및 결과로부터 이해관계를 가진,[6] 그로 인하여 실체적인 피해 또는 이익을 경험하는, 때문에 마땅히 권리를 향유하여야 하는 존재로서 대우받아야 한다. 시혜적인 의미에서의 피해자 보

5) 〈성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법〉(제29조), 〈성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙〉(제2조)은 수사기관, 법원, 피고인, 변호인, 기타 소송관계인이 피해자의 인적사항 등을 누설하지 않고, 피해자의 인권과 특성을 배려하고, 피해자의 사생활을 신문하거나 피해자가 성적 수치심 또는 공포감을 느낄 수 있는 상황이 발생하지 않도록 하는 것, 피해자 진술에서 편안한 환경을 조성하며, 진술 횟수를 최소화하는 것을 "보호"와 "배려"라는 언어로 표현한다. "배려"의 사전적 의미는 '도와주거나 보살펴주려고 마음을 쓰는' 것이다.

6) 장승일(2010), 형사절차상 범죄피해자 권리보호에 관한 연구, 법학연구 37, 218-219.

호, 증인으로서의 피해자 보호는 피해자의 권리의 온전한 보장이 아니며, 피고인의 방어권보다 언제나 후순위일 수밖에 없다. 피해자에게 보장하는 권리는 바로 범죄피해자라는 지위로부터 나와야 한다.

2. 범죄피해자의 권리의 헌법적 근거

헌법에서 범죄피해자는 재판절차진술권(제27조), 범죄피해자 구조청구권(제30조) 조항에서 언급된다. 범죄피해자 구조청구권은 "타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다"고 함으로써, 생명, 신체에 대한 피해로 범위를 제한하여 피해자에 대한 국가의 구조의 근거를 제공한다. 다른 한편 재판절차진술권이 규정된 제27조는 범죄자를 처벌할 독점적 권한을 가진 국가의 권력을 제한함으로써 국민이 국가의 권력에 의하여 부당하게 권리를 침해당하지 않도록 보호하고자 하는 조항으로, 형사피의자, 피고인의 권리를 규정한다. "형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다"고 규정한 피해자의 재판절차진술권은 피의자, 피고인의 권리에 이어서 단 한 개의 항으로 삽입되어 있다. 헌법재판소는 형사소추권을 검사가 독점하도록 하고 피해자 등에 의한 사인소추가 전면 배제된 기소독점주의 형사소송체계 아래에서 피해자에게 재판절차에 참여할 수 있는 청문의 기회를 부여하여 형사사법의 절차적 적정성을 확보하려 하는 것이라고 재판절차진술권의 취지를 설명한다.[7)]

재판절차진술권과 범죄피해자 구조청구권 문언의 범위는 협소하지만, 이 두 개 조항이 헌법에서 직접 범죄피해자의 권리를 명시한 항목이기 때문에 그 의미를 적극적으로 해석하려는 입장도 있다. 김성환(2006)에서는 재판절차진술권을 기본권으로 보장한 취지는 법관으로 하여금 피해자의 증언을 청취하도록 하여 실체적 진실 발견에 최선을 다하도록 하고, 피해 상황을 직접 확인하여 국가의 구조 여부를 판단하는 자료로 활용하도록 하며, 당해 사건에 대한 피해자의 의견을 청취하여 유무죄 판단과 양형 결정에 참고하도록 하려는 것이고,[8)] 헌법재판소에서도 불기소처분으로 피해자의 기본권이 침해되었는지를 판단함에 있어 헌법 제27조 제5항 재판절차진술권의 취지가 "법관이 형사재판을 함에 있어서 피해자의 진술을 청취하여 적절하고 공평한 재판을 하여야 한다는 것을 뜻할 뿐만 아니라 이에 더 나아가 형사피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 보장해 준 적극적 입장에 있는 것"[9)]이라고 보았다면서 그 해석을 확장하고자 하였다. 이에 따라 제27조 제5항이 단지 진술할 권리만 의미하는 것이 아니고 형사절차에 주도적으로 참여할 피해자의 적극적 지위를 인정하는 헌법적 근거로서의 의미를 가지는 것이라고 하면서, 이 조항을 피해자에 대한 통지, 기소 여부 결정에서 의견 진술 기회 부여 등의 근거로 삼을 수 있다고 하였다.[10)]

반면 재판절차에서 진술할 권리, 범죄 피해에 대한 구조를 청구할 권리가 헌법에 명시되어 있기는 하지

7) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2002헌마453 전원재판부
8) 김성환(2006), 범죄피해자지원의 헌법적 근거, 헌법학연구 12(5), 483-484.
9) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 전원재판부
10) 김성환(2006), 484.

만 이러한 권리들이 범죄피해자의 일반적 권리가 되기에는 부족하며, 이상의 조항을 범죄피해자의 권리를 인정할 일반 조항으로 삼는다면 오히려 범죄피해자의 권리를 제한하는 데 기여할 위험이 있다는 지적도 있다.[11] 범죄피해자 구조청구권의 경우 "구조를 받을 수 있다"고 하는 데 그쳐 국가의 구 조 의무를 명확히 한 것으로 보기는 어렵다는 비판도 제기된다.[12] 위의 김성환(2006)에서도 재판절차진술권과 범죄피해자 구조청구권만이 아니라 다른 기본권 조항에서도 범죄피해자의 권리가 도출되는 것으로 해석한다.

다수의 연구에서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권(제10조) 및 같은 조 후단 국가의 기본권보호의무를 범죄피해자의 권리의 근거 조항으로 꼽고 있으며, 그 외에 사생활권(제17조), 언론·출판에 의한 명예 및 권리 침해시의 배상청구권 (제21조) 등을 헌법적 근거로 보거나, 더불어 열거되지 않은 권리 보장 조항(제37조 제1항)[13]에 따라 헌법에 명시되어 있지 않은 권리로서, 범죄피해에서 회복될 권리 및 형사절차에서 2차 피해를 받지 않을 권리가 건강권으로서 보장된다고 하기도 하고, 제12조를 적법절차원리 조항으로 보고 피해자의 권리 보장을 절차적 적법절차의 보장이라고 해석하기도 한다.[14]

3. 범죄피해자의 권리의 내용

UN에서는 1985년 〈범죄 및 권력남용 피해자를 위한 정의의 기본 원칙에 대한 UN 선언(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 이하 'UN 선언')〉[15]을 채택하였다. UN 선언은 범죄피해자의 권리로 충분한 연민(compassion)과 존중(respect)을 받을 권리, 정보를 제공 받을 권리, 피해자가 자신의 의견을 제시하고 이를 검토 받을 권리, 사법절차가 진행되는 동안 지원을 받을 권리, 사생활과 신체적 안전을 보호받을 권리, 비공식적 화해조정을 받을 권리, 사회적 지원을 받을 권리, 국가의 보상을 받을 권리 등을 규정하였다.[16] UN 선언은 '범죄피해자의 권리장전'이라 불리며 호응을 얻었고, 사용자 매뉴얼, 정책입안자 가이드북 등 선언의 실효성을 높이기 위한 노력이 뒤따랐다.[17] 그럼에도 불구하고 선언이라는 성질상 실질적 효력에 한계를 보이자, 국가에 구속력을 갖는 협약의 형태로 채택하여야 한다는 요구가 이어졌다. 이에 세계피해자학회에서 2005년 〈범죄 및 권력남용 피해자의 지원 및 정의에 관한 UN 협약(UN Convention on Justice and Support for Victims of Crime and Abuse of Power)〉 초안(이하 'UN협약 초안')을 발표하였다.[18]

---

11) 류병관(2006), 형사절차상 범죄피해자권리의 헌법적 보장에 관한 연구, 피해자학연구 14(1), 16.
12) 신주호(2010), 79.
13) 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.
14) 김성환(2006), 477ff; 류병관(2006), 21; 신주호(2010), 78-80; 소병도(2016), 310; 황태정(2019), 141-142.
15) Marc Groenhuijsen(2008), 정의와 범죄피해자 지원을 위한 "UN 협약" 초안: 회복적 사법 조항과 관련하여, 한영선 역, 피해자학연구 16(2), 242.
16) Marc Groenhuijsen(2008), 242.
17) Marc Groenhuijsen(2008), 243.
18) Marc Groenhuijsen(2008), 242-243.

협약 초안은 여러 차례 논의를 거치며 수정되었으며, 아직 채택되지는 않았으나 범죄피해자에 대한 논의를 활성화하는 초석을 제공한 것으로 평가된다.[19]

각국에서도 범죄피해자의 권리 목록이 제시되고, 입법되어왔다. 일례로 미국의 경우, 주마다 권리 보장이 수준이 다르기는 하나 모든 주에서 범죄피해자의 권리를 담은 법률을 제정하였으며, 전체 주의 2/3에서 주헌법에 범죄피해자의 권리 조항을 추가하였다.[20] 1980년대 이래로 연방헌법에 범죄피해자의 권리를 담은 수정조항을 추가하려는 시도는 아직 진행중이지만, 헌법 개정의 시도는 2004년 연방법인 〈범죄피해자권리법(Crime Victims' Rights Act)〉 제정으로 이어졌다. 〈범죄피해자권리법〉은 피해자의 권리로서 ① 피의자로부터 보호받을 권리, ② 고지 받을 권리, ③ 절차에서 배제되지 않을 권리, ④ 형사사법절차에서 진술할 권리, ⑤ 검사와 상담할 권리, ⑥ 배상 받을 권리, ⑦ 불합리한 지연이 없는 절차의 권리, ⑧ 공정하게 처우 받고, 존엄과 사생활의 비밀을 보장 받을 권리의 8가지 권리를 규정하였다.[21] 미국의 연방법과 주법에서의 범죄피해자 권리 정보를 제공하는 데이터베이스인 VictimLaw[22]는 범죄피해자의 권리를 좀더 구체화하여 설명하고 있다. 핵심적 권리의 목록은 다음과 같다.

- 공정성, 존엄성, 민감성, 존중으로 대우받을 권리
- 형사사법절차에 참석 및 참가할(attend and be present) 권리
- 선고, 가석방 심사, 그밖에 유사한 절차에서 검사와 상의하고 피해자 영향 진술서(victim impact statement)를 제출할 권리를 포함하여, 형사사법절차에서 진술할 권리
- 범죄자의 석방 또는 도주, 법적 권리 및 구제책, 이용 가능한 혜택 및 서비스, 그리고 기록, 소견서(referrals), 그밖의 정보에 대한 접근을 포함하여, 형사 사법 절차에서 절차 및 사건에 대한 정보를 제공받을 권리
- 협박 및 괴롭힘으로부터 보호받을 권리
- 사생활의 권리
- 범죄피해자 보상을 신청할 권리
- 가해자로부터 배상 받을 권리
- 가능한 한 증거로 압수된 개인 재산을 신속하게 반환 받을 권리
- 불합리한 지연이 없는 신속한 재판 및 그 밖의 절차의 권리
- 이러한 권리를 행사할 수 있는 권리 및 기타 사용 가능한 구제 방법에 접근할 권리[23]

19) Marc Groenhuijsen(2008), 254-255.
20) VictimLaw, About Victims' Rights, https://victimlaw.org/victimlaw/pages/victimsRight.jsp
21) 이영돈(2015), 미국의 범죄피해자의 법적 권리에 관한 고찰, 서강법률논총 4(2), 9.
22) http://victimlaw.org
23) VictimLaw, About Victims' Rights, https://victimlaw.org/victimlaw/pages/victimsRight.jsp

데이터베이스가 제공하는 권리에 대한 몇 가지 설명을 살펴보도록 한다. 먼저 형사사법절차에 참석할 권리에는 지원자를 동반할 권리, 절차 참석 중의 고용 보호를 포함한다. 대부분의 주에서 형사절차 참여에 따른 고용 보호를 법에 규정하며 증인 소환시만을 규정하는 사례에서부터 법원 출석, 진료 및 상담 목적의 결근을 이유로 해고 또는 불이익을 주는 것을 금지하는 사례까지 있다.[24)]

진술권은 피해자가 주도적인 역할을 하도록 하는 주요한 수단이 된다고 한다. 역시 주마다 차이는 있으나 형의 선고, 가석방 심사, 또는 유죄인정합의(plea agreement), 혐의의 기각(dismissal of charges), 재판 전 다이버전(pretrial diversion) 등 검사의 최종 결정에 앞서 피해자의 진술을 듣도록 한다. 피해자가 제공할 수 있는 피해자 영향 정보(victim impact information)에는 범죄피해로 인한 재정적, 신체적, 심리적, 정서적 영향, 가족 관계에 끼친 피해, 의학적 치료 또는 심리 서비스에 대한 설명, 배상의 필요성 등이 포함된다.[25)]

정보를 제공 받을 권리 중에서 형사사법절차와 관련된 통지에는 체포, 기소, 보석 및 관련 절차, 재판 전 석방 및 관련 절차, 혐의의 기각, 유죄인정 협의 및 유죄답변협상의 개시, 재판 일시, 선고 청문, 최종 선고 또는 최종 처분, 보호관찰 또는 가석방 조건, 재판 후 구제 절차, 항소 및 관련 절차, 가석방 및 관련 절차, 형의 사면, 감형 및 관련 절차, 절차의 취소 및 조정, 정신병원을 포함하여 만기 출소, 도주 및 재체포, 대배심(grand jury) 청문, 보호관찰 또는 가석방 취소 절차, 교도소 이감, 가해자의 사망 등 피해자가 의견을 제출하는 등 참여할 필요가 있거나 피해자에게 영향을 줄 수 있는 절차들이 광범위하게 포함되어 있다. 단 이 역시 주마다 차이가 있다.[26)]

4. 범죄피해자 권리 보장을 위한 개선방향

범죄피해자의 권리 규정이 계속 보강되고 있음에도 불구하고 현행법이 정하고 있는 권리조차 실무상 제대로 보장되지 못하는 문제는, 현행법에서 피해자 권리의 실현이 수사사법기관의 재량을 널리 허용하는 방식으로 규정되어 있고, 대개 피해자의 신청이 있을 때라야 작동하도록 하면서도 충분한 정보는 제공되지 않는 문제에서 비롯된다. 피해자가 신청했더라도 수사사법기관이 허용하지 않고 이에 대한 불복 절차가 없는 경우도 많다.

피해자 진술권에 대해 살펴보면, 헌법의 재판절차진술권 조항을 굳이 적극적으로 확대하여 해석하지 않더라도, 법률은 헌법이 명시한 진술권마저 제대로 보장하지 못하고 있다. 〈형사소송법〉은 "재판절차에서 진술"할 헌법상 권리를 '피해자의 신청이 있는 경우 증인으로서 신문'하도록 축소시켜(제294조의2 제2항), 피해자를 증인으로서 수동적인 객체의 위치에 두고 제한적인 방식으로 진술권을 구체화하였을 뿐 아니라 진술 신청의 배척이 가능하도록 함으로써 위헌의 소지가 있다고 평가된다.[27)] 〈범죄피해자 보호

24) VictimLaw, About Victims' Rights
25) VictimLaw, About Victims' Rights
26) VictimLaw, About Victims' Rights
27) 류병관(2006), 19; 소병도(2016), 311.

법〉은 "국가는 범죄피해자가 해당 사건과 관련하여 수사담당자와 상담하거나 재판절차에 참여하여 진술하는 등 형사절차상의 권리를 행사할 수 있도록 보장하여야 한다"고 하였지만(제8조) 구체적인 절차가 없는 선언적인 규정에 지나지 않는다고 비판받는다.[28] 대법원규칙인 〈형사소송규칙〉에서 범죄사실의 인정에 해당하지 않는 사항에 대해 증인신문에 의하지 않은 피해자 의견진술 기회 부여를 가능하게 하고 있지만(제134조의10 제1항) 그 허부와 방법, 시간 등은 전적으로 법원의 재량에 따르며 의견 진술을 허용하는 경우에도 재판장은 진술을 제한할 권한을 광범위하게 갖는다.[29] 그로 인해 진술권이 무력화될 수 있으므로 피해자 진술권의 실질적 행사를 보장하기 위해서는 적어도 진술의 신청 자체는 배척할 수 없도록 하고, 진술권의 행사에서는 공판절차 지연의 경우로 법관의 제한 요건을 축소하는 것이 타당하다는 지적이 있다.[30]

형사재판에서의 배상명령에 대해 규정한 〈소송촉진 등에 관한 특례법〉이 배상신청인에 대하여 피고인이나 증인에 대한 신문권과 증거를 제출할 권리를 인정받는 것(제30조 제2항)은 배상신청인이라는 당사자로서의 특별한 지위가 있기 때문이라고 하더라도, 형사소송절차를 규정한 법규에서 피해자 진술권의 제한적 허용은 〈가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법〉에서 피해자에게 제공하는 의견 표명의 기회 및 '존중'과 확실히 비교되는 것이다. 〈가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법〉은 검사가 가정폭력범죄를 형사사건이 아닌 가정보호사건으로 처리할 때와 형사법원에서 사건을 가정법원으로 송치할 때 피해자의 의사를 '존중'할 '의무'를 두고 있는데(제9조 제1항, 제12조), 이는 법 제정 당시인 1997년부터 이미 존재했던 조항이다. 이 조항은 '형사사건을 가정보호사건으로 처리해도 되는지'가 아니라, 피해아내에게 가해남편을 '형사처벌해도 되는지'를 묻는 근거로 활용되고 있어 문제가 된다. 또한 이 법은 경찰 및 검사의 임시조치 청구시 피해자가 의견진술을 할 수 있도록 하여(제8조 제3항), 공판 외의 수사과정에서의 진술권을 보장하는 조항도 두고 있다. 가정폭력범죄의 처리에서 피해자의 권리에 대한 이례적 존중은, 가정이라는 '사적 영역'을 보호할 필요성이 가부장적 국가의 지향과 조응하는 순간을 보여준다.

진술권을 비롯하여 피해자의 모든 권리 실현을 위해서는 이용가능한 절차와 방법, 진술을 위하여 필요한 자료의 제공이 필요할 것이며, 충분한 정보를, 피해자가 이해가능한 방법으로 제공할 것이 선행되어야 한다. 그러나 피해자의 열람등사권 행사 또한 전적으로 재판부의 재량에 의존하여 불허 이유조차 명확하지 않고, 피해자에 대한 통지는 발제문에서도 지적하고 있듯 여러 법규에 분산되어 있어 법률전문가조차 파악하기 어려우며, 각 단계마다 신청해야 제공하고, 통지 가능한 목록도 충분하지 못하다. 그나

---

28) 류병관(2006), 4.
29) 다음의 경우 재판장은 의견 진술을 제한할 수 있다.
1. 피해자등이나 피해자 변호사가 이미 해당 사건에 관하여 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우
2. 의견진술 또는 질문으로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있다고 인정되는 경우
3. 의견진술과 질문이 해당 사건과 관계없는 사항에 해당된다고 인정되는 경우
4. 범죄사실의 인정에 관한 것이거나, 그 밖의 사유로 피해자등의 의견진술로서 상당하지 아니하다고 인정되는 경우
30) 류병관(2006), 19.

마 성폭력 피해자는 변호사의 지원을 받을 수 있지만 최초 절차에서 피해자 변호사가 선정되지 않은 채 피해자 혼자 절차를 진행하거나 아예 변호사가 선정되지 않는 경우도 있고 변호사의 역할 수행 정도는 천차만별이며 공판에 참여하려는 피해자 변호사조차도 재판 일정을 고지 받지 못하는 문제가 지적되기도 하는 등 형사소송의 당사자가 아닌 피해자는 종종 누락된다. 여러 국가에서는 범죄피해자 안내서도 아동, 청소년, 발달장애인 등에게는 '읽기 쉬운(easy read)' 버전을 별도로 제작하여 제공하지만, 한국의 형사사법기관에서 이러한 시도는 미약하다. 보호자가 존재하거나 대신 판단하고 결정을 내려줄 것이라는 전제의 반영이다.

이와 같은 현실은 피해자의 권리가 실제로는 보호와 시혜 수준에 머물러 있음을 의미한다. 피해자의 권리가 불명확하고 수사사법기관의 재량에 기대어 작동되도록 하면, 특히 성폭력 사건에서는 수사사법기관의 성폭력에 대한 인식이 피해자의 절차 참여 정도에 상당한 영향을 끼칠 수 있게 되고, 이는 피해자의 추가 피해나 기소 및 판결 결과에 부정적 영향으로 이어질 수 있다.

마지막으로, 헌법에 범죄피해자의 일반적 권리를 더 적극적으로 규정하는 개헌이 필요할 것이다. 범죄피해자의 권리가 헌법적 권리로서의 위상을 갖지 못하고 법률적인 권리에 그친다면 헌법상 피고인의 권리와 충돌했을 때 보장의 수준은 낮아질 수밖에 없다. 다른 기본권 조항으로부터 범죄피해자의 권리를 도출할 수는 있지만 일반조항을 두는 것이 더 명확한 권리 보장의 방안이 될 것이다. 2018년 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회에서는 범죄피해자 구조청구권을 확대하는 방안을 제안한 바 있다. 현행 헌법이 범죄피해자 구조청구권을 생명, 신체에 대한 피해를 입은 경우로 제한하고, 국가의 구조를 "받을 수 있다"고만 규정하고 있는 것에 비하여, 개헌안에서는 구조 대상 피해의 범위에 정신적 피해를 포함하고, 법률이 정하는 바에 따라 "국가로부터 구조 및 보호를 받을 권리"를 갖는다고 명시하며, 이때 법률은 "피해자의 인권을 존중하도록 정하여야 한다"는 항을 추가하는 안이었다.[31] 개헌안은 현행 헌법보다 나아간 것이지만, 범죄피해자의 권리가 국가의 구조 청구와 관련하여 보호를 받을 권리로 머무르는 것은 여전히 한계이다. 범죄피해자의 일반적 권리 조항이 헌법에 신설되고 이에 근거하여 법규에서의 충실한 권리 보장도 촉진되어야 할 것이다.

31) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 119.

사단법인 한국성폭력상담소

SNU Law 공익법률센터