

형사소송절차상 성폭력 피해자 권리보장을 위한 토론회



일시 2024. 7. 22. (월) 14:00 - 16:30

장소 국회의원회관 제1세미나실

공동주최 (가나다 순)

기본소득당 용혜인 · 더불어민주당 곽상언 · 더불어민주당 김남희 · 더불어민주당 서영교
더불어민주당 전진숙 · 조국혁신당 정춘생 · 진보당 정혜경 의원실

.....

대한변호사협회 여성변호사특별위원회, 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회,
사단법인 선, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화

형사소송절차상 성폭력 피해자 권리보장을 위한 토론회

- 일시: 2024.07.22. (월) 14:00 - 16:30
- 장소: 국회의원회관 제1세미나실
- 주최: 기본소득당 용혜인, 더불어민주당 곽상언, 더불어민주당 김남희, 더불어민주당 서영교, 더불어민주당 전진숙, 조국혁신당 정춘생, 진보당 정혜경 의원실, 대한변호사협회 여성변호사특별위원회, 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회, 사단법인 선, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화 (가나다 순)

시간	프로그램	
	사회: 김은호 변호사 (사단법인 선)	
14:00	개회	
14:00 - 14:10	축사	
14:10 - 15:10 (각 20분)	발제	<p>1. 성폭력, 여전한 강간통념 어떻게 할 것인가: 국민참여재판을 중심으로 (김동현 부장판사, 서울중앙지방법원)</p> <p>2. 성폭력 피해자의 절차적 권리, 이대로 괜찮은가: 피해자 변호사의 시선으로 (안지희 변호사, 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회)</p> <p>3. 성범죄 변론 시장화, 무엇이 문제인가 (최란 부소장, 한국성폭력상담소)</p>
	좌장: 오현희 변호사 (민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원장)	
15:15 - 15:50	토론	<p>민고은 변호사, 한국여성변호사회 인권이사</p> <p>연대자 D, 반성폭력활동가</p> <p>전윤정 입법조사관, 국회입법조사처</p> <p>권김현영 박사, 여성현실연구소</p>
15:50 - 16:30	종합토론 & 폐회	

목차

축사 / 5

발제

1. 강간통념의 개념과 실제 / 19

김동현 (부장판사, 서울중앙지방법원)

2. 성폭력 피해자의 절차적 권리, 이대로 괜찮은가 : 피해자 변호사의 시선으로 / 48

안지희 (변호사, 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회)

3. 성범죄 변론 시장화, 무엇이 문제인가 / 66

최란 (부소장, 한국성폭력상담소)

토론

1. 형사소송절차가 피해자의 인격까지 침해하지는 않도록 / 80

민고은 (변호사, 한국여성변호사회 인권이사)

2. 피해자는 당사자다 / 85

연대자 D (반성폭력 활동가)

3. 성범죄 피해자 권리보장을 위한 제도 현황과 과제 / 92

전윤정 (입법조사관, 국회입법조사처)

4. 구조적 부정의로서의 성폭력 문제에 대한 사법적 정의의 책임과 한계 / 99

권김현영 (여성현실연구소 소장, 여성학 박사)

축사

안녕하십니까.

더불어민주당 최고위원 서영교 국회의원입니다.



더불어민주당 중랑(갑)국회의원
더불어민주당 최고위원 서영교

<형사소송절차상 성폭력 피해자 권리보장을 위한 토론회> 에 와주신 여러분 진심으로 감사드립니다.

의미있는 토론회에 함께해 주신 대한변호사협회 여성변호사특별위원회, 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회, 사단법인 선, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화, 용혜인·곽상언·김남희·전진숙·정춘생·정혜경 의원님께도 감사의 말씀을 전합니다.

사회적으로 큰 충격과 공분을 샀던 ‘부산 돌려차기 사건’ 피해자가 공판 과정에서 사건 기록 열람을 거부당하고 별도 민사소송을 통해 재판 기록을 받아볼 수 있었습니다. 그 과정에서 피해자의 신상정보가 가해자에게 노출되면서 보복범죄에 시달리는 있을 수 없는 일이 발생했습니다.

이 안타까운 사건을 계기로 성폭력 피해자의 절차적 권리에 대한 문제제기가 본격적으로 이루어지고 있고, 근본적인 해결방안이 무엇인지 충분히 논의하고 적극적으로 나아가야 하는 상황입니다.

21대 국회에서도 피해자의 보호와 지원 강화를 위해 법 개정을 추진했지만 여러 이견으로 인해 결국 통과되지 못했습니다.

범죄피해자를 보호하고 지원하는 것이야말로 가장 시급한 만큼 조속한 법 개정을 통해 피해자들의 신변이 보호되고 권리는 폭넓게 보장되어야 합니다.

오늘 토론회를 통해 여러 문제점을 잘 살펴, 보다 실질적인 문제 해결을 위한 방안이 마련될 수 있기를 기대합니다. 나눠주시는 좋은 말씀들과 여러 보완 방안들 잘 참고하여 국회 법사위·여가위 위원으로서 필요한 입법과 정책으로 함께하겠습니다.

다시 한번 <형사소송절차상 성폭력 피해자 권리보장을 위한 토론회> 개최를 축하드리며, 함께하신 모든 분의 건강과 행복을 기원합니다. 감사합니다.

안녕하십니까.

더불어민주당 종로구 국회의원 곽상언입니다.



더불어민주당 종로구 국회의원
곽상언

<형사소송절차상 성폭력 피해자 권리보장을 위한 국회토론회>에 참석해주신 모든 분께 감사드립니다. 토론회 개최를 위해 함께 애써주신 한국성폭력상담소 김혜정 소장님을 비롯한 관계자 여러분께도 깊이 감사드립니다.

성폭력 피해자들이 재판 과정에서 겪는 2차 가해는 심각한 문제입니다. ‘피해자다움’을 강조하는 재판 분위기, 진술 내용의 무분별한 공개, 사건과 무관한 사생활 공개 등은 피해자의 법정 출석과 증언을 고통으로 몰아가고 있습니다. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 ‘심리 비공개’, ‘진술 조력인의 재판 참여’를 규정하는 등 제도 개선을 위한 노력이 있었으나 피해자들이 처한 현실은 여전히 냉혹합니다.

이 순간에도 피해자들은 자신의 피해 사실을 입증하기 위해 끔찍한 경험을 떠올리며 괴로운 시간을 보내고 있습니다. 가해자의 방어권이 피해자 보호의 장벽이 되어서는 안 됩니다. 형사소송 절차상 피해자의 권리행사는 적극적으로 보장되어야 합니다. ‘피해자다움’만을 강조하는 사회통념은 사라져야 합니다.

오늘 토론회를 통해 현행 성폭력범죄 형사소송의 절차상 문제를 진단하고, 피해자의 권리보장을 위한 구체적인 입법 논의까지 이어갈 수 있길 기대합니다.

발제를 맡아주신 서울중앙지방법원 김동현 부장판사님, 민주사회를위한변호사모임 안지희 변호사님, 한국성폭력상담소 최란 부소장님을 비롯한 토론자 여러분께도 감사 인사를 전합니다.

모두에게 깊은 연대의 마음을 전합니다. 끝까지 함께하겠습니다.

고맙습니다.

안녕하십니까?

국회 여성가족위원회 소속 광명을 국회의원 김남희입니다.



더불어민주당 광명(을) 국회의원
김남희

오늘 ‘형사소송 절차상 성폭력 피해자 권리 보장을 위한 토론회’를 개최하게 되어 대단히 뜻깊습니다. 오늘 이 자리를 함께 만들어주신 용혜인 의원님, 곽상언 의원님, 서영교 의원님, 전진숙 의원님, 정춘생 의원님, 정혜경 의원님과 대한변호사협회 여성변호사특별위원회, 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회, 사단법인 선, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화 활동가 여러분들께 감사의 마음을 전합니다.

성범죄 피해자분들이 가장 고통받는 부분 중 하나로 무분별한 진술 내용 공개, 사건과 무관한 사생활 공격 등 수사 재판 과정의 2차 피해가 문제 제기로 지적되어 왔지만, 여전히 형사소송절차 과정에서 성범죄 피해자들에 대한 보호장치가 제대로 작동되지 않거나 피해자들의 절차 참여를 어렵게 만드는 다양한 문제가 존재하고 있습니다.

2022년 법무부 디지털 성범죄 전문위원회에서도 ‘재판 절차상 성범죄 피해자 보호제도 정비’ 방안으로 소송 기록 열람 등사권의 실질적 보장, 피해자의 성적 이력 등 사건과 무관한 피해자의 사적 정보에 관한 신문 제한 등 피해자가 부적절한 신문에 노출을 방지할 수 있도록 법률 개정의 필요성을 권고한 바 있습니다.

이처럼 재판 과정에서 2차 가해로부터 성범죄 피해자를 보호하고, 피해자의 형사 절차상 권리를 강화하고자 하는 법무부의 권고가 있었음에도 불구하고, 여전히 법제도 개선이 더딘 상황입니다.

저 역시 22대 국회에서 피해자의 소송기록 열람 및 등사 권한을 강화하는 법안을 발의했고, 성폭력 피해자 권리 보장을 위한 법 제도를 살펴보고 있습니다. 오늘 토론회에서 성폭력 사건의 형사절차 과정에서 피해자의 권리 보장을 위하여 필요한 정책과제를 살펴보고 법 개정이 이루어 질 수 있도록 살펴보겠습니다.

끝으로 오늘 발제를 맡아주신 서울중앙지방법원 김동현 부장판사님, 민주사회를 위한변호사모임 여성인권위원회 안지희 변호사님, 한국성폭력상담소 최란 부소장님, 좌장을 맡아주신 민주사회를 위한변호사모임 여성인권위원장 오현희 변호사님, 그리고 토론을 맡아주신 한국여성변호사회 인권이사 민고은 변호사님, 반성폭력활동가 연대자D님, 국회입법조사처 전윤정 입법조사관님, 여성현실연구소 권김현영 박사님을 비롯한 모든 참여자 여러분께 감사드립니다.

저 역시 22대 국회의원으로서 형사소송절차 과정에서 성폭력 피해자분들의 권리 보장에 함께하겠습니다. 감사합니다.

안녕하십니까?

국회 여성가족위원회와 보건복지위원회 위원인
더불어민주당 광주 북구(을) 국회의원 전진숙입니다.



더불어민주당 광주 북구(을) 국회의원
전진숙

오늘 토론회를 함께 공동주최 해주신 서영교·용혜인·정춘생·곽상언·정혜경·김남희 의원님께 진심으로 감사드립니다. 아울러 행사 개최를 위해 물심양면 애써주신 대한변호사협회 여성변호사특별위원회, 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회, 사단법인 선, 한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화 관계자 여러분과 발제자와 토론 패널로 나서주신 분께 깊이 감사드립니다.

우리 사회에서는 여전히 성별에 대한 고정관념에서 비롯한 그릇된 강간통념(Rape Myth)이 피해자들을 힘겹게 합니다. 성폭행의 책임이 피해자에게 있다는 엉뚱한 결론으로 귀결되는 일이 2024년 현재까지도 종종 있기 때문입니다. 배심원들의 이러한 통념 때문에 국민참여재판에서 성폭력 범죄의 무죄 판결 비율이 살인·강도 등 다른 형사 사건에 비해 월등히 높게 나오기도 합니다.

게다가 최근 여성신문 보도에 따르면 최근 1년간 미성년자 대상 집단성폭력 가해자 43명 중 16명(37.2%), 즉 셋 중 한명이 집행유예 처분을 받았다고 합니다. 초범이거나, 반성하고 있다거나, 합의가 이루어졌다는 등의 양형상 감경요소가 적용된 것입니다. 미국은 성범죄를 살인에 버금가는 중범죄로 보며, 특히 미성년자 대상 성범죄에 대해서는 무기징역 혹은 사형을 선고하기도 합니다. 나란히 두고 보고 있자니 우리나라의 현실이 참혹할 정도입니다.

이런 상황은 개선하지 않은 채 부모들에게 부디 얼른 아이 낳아 키우라고 공염불하는 식의 저출생 대책이 대체 어떤 의미가 있을까 생각합니다. 엄마들이 마음 편히 딸아이를 낳아 안전하게 키울 수 있는 사회를 만드는 것이 저의 소명이라고 다시 한번 다짐하게 됩니다.

우리는 오늘 성폭력 피해자 권리보장을 위해 모였습니다. 심도 깊은 논의가 이어지길 기대합니다. 저는 오늘 나온 말씀들을 참고하고, 입법에 반영시킬 수 있도록 노력하겠습니다.

끝으로, <형사소송 절차 상 성폭력 피해자 권리보장을 위한 토론회>에 함께해주신 여러분께 진심으로 감사드립니다.

안녕하세요.

기본소득당 당대표 용혜인입니다.



기본소득당 당대표 용혜인

먼저, 오늘 이 자리에 함께해주신 법조계 종사자 분들과 시민사회 활동가 분들께 연대의 인사를 드립니다. 지난 수십 년간, 여러분의 노력이 있었기에 성폭력을 둘러싼 사법적 절차가 보다 정의롭고 성평등한 방향으로 나아갈 수 있었습니다.

많은 분들의 노력에도 불구하고, 여전히 대한민국의 법정은 성폭력 피해자에게 가혹합니다. 사회 도처에 깔린 강간통념과 피해자에게 책임을 묻는 관행으로 인해, 성범죄 피해의 기소조차 어려운 것이 현실입니다. 또한 근 몇 년간 급속도로 성장한 성범죄 가해자 전문 변론시장은 왜곡된 법 집행을 유도하며 피해자의 권리 구제를 방해하고 있습니다.

오늘의 토론회는 성폭력 사건의 형사절차 과정에서 피해자의 권리보장을 위해 필요한 입법과제를 모색하고자 준비되었습니다. 폭행·협박에 기반한 강간죄 조항 등 강간통념에 기반한 법제도를 개선해야 한다는 본 토론회의 취지에 깊게 공감합니다. 국제사회 역시 CEDAW 제9차 최종견해로 비동의 강간죄 개정, '사법절차에 피해자의 성이력에 대한 증거사용을 금지' 규정 마련 등을 권고한 바 있습니다.

사법기관은 성폭력 피해자에 대한 2차 피해를 양산하는 기관이 아닌, 정의를 구현하고 피해자의 권리를 구제하는 기관이 되어야 합니다. 기본소득당은 제22대 국회에서 비동의 강간죄 개정을 비롯해, 성폭력 피해자의 권리 보장을 위한 제도적 개선이 이뤄질 수 있도록 힘껏 노력하겠습니다. 토론회를 함께 만들어주신 한국성폭력상담소, 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회에 감사의 말씀을 드립니다.

안녕하세요.

조국혁신당 원내수석 부대표 국회의원 정춘생입니다.



조국혁신당 원내수석 부대표
정춘생

오늘 뜻깊은 ‘형사소송절차상 성폭력 피해자 권리보장’ 토론회를 존경하는 의원님들과 함께 주최할 수 있어 매우 기쁘게 생각합니다. 오늘 토론회를 위해 애써주신 한국성폭력상담소, 민주사회를위한변호사모임여성인권위원회, 사단법인 선, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화, 대한변호사협회 여성변호사특별위원회 관계자 여러분 노고에 깊이 감사 인사를 드립니다. 아울러 토론회를 공동주최 해주신 기본소득당 용혜인, 더불어민주당 곽상언, 김남희, 서영교, 전진숙, 진보당 정혜경 의원님께도 감사의 말씀 드립니다.

성폭력 피해자를 바라보는 사회적 시선은 여전히 과거에 머물러 있습니다. 미투 운동과 같은 성폭력 희생자들의 등장으로 인식 변화를 끌어냈지만, 여전히 우리 사회는 성폭력 피해자들에게 ‘피해자다움’을 강요하고 있습니다.

피해자의 옷차림, 직업, 가해자와의 관계 등을 따져 묻고, 피해자답지 않은 모습을 보이게 되면 사회로부터 손가락질을 받습니다. 이는 단순히 사회적 시선만의 문제는 아닙니다. 사법 절차에서도 피해자를 보호하고 지원하는 시스템은 부족한 상황입니다.

피해자를 위한 법과 제도 개선을 위해서는 국회의 역할이 중요합니다. 그러나 지난 선거 과정에서 여성가족부 폐지가 논의되고, ‘구조적 성차별은 없다’는 주장이 제기되면서 여성·젠더 의제가 실종되고 있습니다.

‘성평등 국회’ 기사 내에서 여성 국회의원의 비율과 여성 관련 법안의 통과율을 조사한 언론사 보도에 따르면, 제21대 국회에 발의된 전체 법안 통과율은 5.13%인 반면 여성 관련 법안의 통과율은 1.9%로, 사회적 약자 법안 통과율인 3.7%보다도 낮았습니다.

21대 국회와 22대 국회는 달라야 합니다. 더 늦기 전에 성폭력범죄를 예방하고, 피해자를 보호할 수 있는 보다 세심한 제도적 장치를 마련해야 합니다. 현실과 괴리된 낡은 법을 넘어서야 합니다. 더이상 성범죄자들이 로펌 가이드에 따라 ‘편법’으로 법망을 피해 나가는 행태를 막아야 합니다.

피해자의 관점과 의사를 반영한 법제정이 필요합니다. 성폭력 가해 변론이 시장화되는 현실을 규제하는 방안과 사회적 논의가 필요합니다.

저는 이번 22대 국회에서 성폭력 재판시 2차 피해를 야기하는 행위를 제재하고, 형사소송절차에서 피해자의 권리가 보장될 수 있도록 법과 제도를 개선하겠습니다.

오늘 토론회가 성폭력 피해자들의 권리를 보장하고, 가해자에게 책임을 묻는 사회적 인식 변화를 끌어내는 계기가 될 수 있기를 바랍니다.

감사합니다.

안녕하십니까.

진보당 정혜경 의원입니다.



진보당 국회의원 정혜경

오늘 뜻깊은 토론회를 만들어주신 분들께 감사드립니다.

이번 토론회를 공동주최 하면서 성폭력 피해자, 생존자들의 용기를 위해 국회가 무엇을 해야 할지 다시 생각해보게 되었습니다.

우리 사회는 아직도 성폭력 피해자들에게 이중 삼중의 상처를 주고 있습니다.

가해자보다 피해자의 행실에 주목하고,

가해자가 아니라 피해자를 검증하려 하고,

성폭력 피해자가 아니라 가해자를 위한 광고와 홍보가 버젓이 등장했습니다.

폭력이 남긴 상처를 딛고,

당사자로서 가해자에게 법적 책임을 묻기 위해 용기있게 나선 이들에게

법과 제도가 든든한 울타리가 되기는커녕 피해자들에게 고통을 안겨주고는 했습니다.

법원은 성폭력이 벌어지는 상황과 맥락, 피해자와 가해자의 권력관계를 고려하지 않는 철저한 ‘가해자 중심적 시각’이 반영되는 판결을 내려왔고, 많은 성폭력 가해자들이 무죄를 선고받고, 피해자들은 이중으로 고통받아야만 했습니다.

이번 토론회에서 전문가분들께서 강간통념의 문제, 피해자의 절차적 권리 보장 미흡, 그리고 성범죄 변론 시장화 등 중요한 주제들에 대해 연구, 발제해주시는 내용이 우리 사회 진전에 큰 도움이 되리라고 생각합니다.

특히 ‘강간 통념과 피해자다움의 요구로 기소조차 되기 힘든 현실’, ‘성폭력 피해자는 사건의 당사자이지만 형사소송 절차에서는 당사자가 아니’라는 전문가분들의 지적에 주목하며, 이번 기회에 다시 한번 우리사회 현실을 꼼꼼히 돌아봐야겠다고 생각하고 있습니다.

사건 이후에도 ‘현재’를 살아가고 있는 피해자가 일상을 되찾고, 회복될 수 있도록, 피해자의 권리를 보장하기 위한 입법과 정책 과제들을 구체적으로 논의할 수 있기를 기대합니다.

진보당은 성폭력피해자가 사건 이후에도 삶을 지키고, 평온과 안전을 누릴 수 있는 사회를 만드는 길에 앞장서겠습니다. 성폭력 법과 제도 개선을 만들어내는 22대 국회로 만들어가겠다는 약속도 드립니다.

성폭력없는 세상, 모든 성폭력 피해자가 안전하게 일상과 삶을 회복할 수 있는 국가를 만드는 길에 진보당이 함께 나서겠습니다.

안녕하십니까.

대한변호사협회 협회장 김영훈 변호사입니다.



지난 2018년 대법원은 피해자 진술의 신빙성이 문제가 된 사건에서, “성희롱이나 성희롱 사건의 심리에 있어서 개별적·구체적으로 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 고려하지 않은 채 피해자 진술의 신빙성을 가볍게 배척해서는 안 된다”고 판단하면서, ‘피해자다움’이라는 통념에서 벗어나 ‘성 인지 감수성’의 관점에서 획기적 판결을 내린 바 있습니다. 피해자 변호사, 성폭력 피해자 지원단체 등의 끊임없는 노력으로 조금이나마 우리 사회의 잘못된 성인식이 개선되었기에 가능한 판결이었다고 생각합니다.

이러한 인식 개선에도 불구하고 지금도 재판 과정에서 사건과 무관한 피해자의 신상, 이력과 평판 등이 공개되거나 피해자를 향한 왜곡된 시선 등 2차 가해가 심심치 않게 발생하고 있습니다. 또한 재판 과정에서 피해자가 사건의 당사자로 참여할 수 있도록 법령 등이 조금씩 개정되고 있으나, 형사 절차에서 피해자는 여전히 당사자가 아닌 주변인에 불과한 실정입니다.

오늘 토론회에서는 뿌리 깊게 남아있는 성폭력 피해자에 대한 통념과 편견, 그리고 이를 전략적으로 변론에 활용하는 사례들을 살피고, 재판 과정에서 도외시되고 있는 성폭력 범죄 피해자의 절차적 권리를 어떻게 하면 더욱 충실히 보장할 수 있을 것인지 의견을 나누는 시간을 마련하였습니다. 형사 절차에서 피해자의 의사가 충분히 존중되고, 처벌의 주된 결정 내용에 피해자의 목소리가 실질적으로 반영될 수 있도록 법제도 및 정책을 개선하는 데 도움이 되기를 기대합니다.

오늘 귀중한 시간 내시어 「형사소송절차상 성폭력 피해자 권리보장을 위한 토론회」에 참석하여 주신 귀빈 여러분, 그리고 바쁘신 중에도 주제 발표를 준비해 주신 발표자분들과 귀한 의견 나누어 주실 토론자분들께 깊이 감사드리며, 여러분 모두의 건승과 행복을 기원합니다.

감사합니다.

안녕하십니까,

민주사회를 위한 변호사모임 회장 윤복남입니다.



<형사소송절차상 성폭력 피해자 권리보장을 위한 토론회> 개최를 축하드립니다. 토론회의 좌장을 맡아주신 우리 모임 오현희 여성인권위원회 위원장님과 발제를 맡아주신 김동현 부장판사님, 우리 모임 안지희 변호사님, 최란 한국성폭력상담소 부소장님, 토론자로 나서주신 반성폭력 활동가님, 민고은 한국여성변호사회 인권이사님, 전윤정 입법조사관님, 권김현영 박사님께도 감사드립니다.

많은 시민사회단체와 법률단체의 오랜 노력 덕에 피해자 변호사 제도가 도입되었으며, 최근에는 ‘성인지감수성’을 강조한 진일보한 대법원 판결들이 선고되기도 하였습니다. 직장 내 성희롱 개념이 1994년경 처음 도입된 것을 고려하면, 30여년 동안 성별권력관계에 변화시키는 데 상당한 성과를 이뤄낸 것입니다. 이를 위해 싸워주신 모든 분들에게 감사드립니다.

그러나 지금껏 이루어낸 성과만큼 아직 해결되지 않은 과제들도 여전히 많습니다. 여전히 성범죄 피해자들은 형사소송 절차에서 진술의 신빙성을 의심받고, 기록을 직접 열람·등사할 수 없으며, 공격적인 가해 변론으로 인하여 또 다시 상처를 입기도 합니다. 윤석열 대통령은 ‘구조적 성차별은 없다’고 단언하였지만, 어디에서나 도사리고 있는 성폭력 피해의 가능성과 피해자에 대한 왜곡된 시선은 아직도 성차별 구조가 우리 사회에 뿌리 깊다는 것으로 보여주고 있습니다. 시민사회, 법조계, 국회 및 행정부에서 지속적으로 피해자의 권리 증진에 관심을 갖고 함께 해야 할 이유입니다.

이번 토론회는 성범죄 피해자들을 가장 일선에서 지원하는 한국성폭력상담소 부소장님뿐만 아니라 법원 판사님 및 변호사님, 국회 입법조사관님, 여성학 박사님 등 여러 분야를 망라한 전문가분들의 의견을 모을 수 있다는 점에서 매우 뜻깊습니다. 공동주최를 함께 해주신 국회 여성가족위원회 의원님들과 함께 이번 토론회의 내용을 바탕으로 보다 구체적으로 제도화할 기회도 있을 것이라 생각합니다.

민주주의와 인권을 수호하는 변호사 단체인 민변 역시 이번 토론회의 개최 취지와 앞으로의 활동방향에 대해 깊이 공감하고 있습니다. 민변도 성폭력 피해자의 권리보장을 제도적으로 관철할 수 있도록 최선의 노력을 다하겠습니다. 우리 사회의 뿌리 깊은 성차별 구조를 개선하는데 항상 연대할 것을 약속드립니다.

감사합니다.

발제 1.

강간통념의 개념과 실제

김동현 서울중앙지방법원 부장판사

강간통념의 개념과 실제

서울중앙지방법원 부장판사 김동현

강간통념에 대한 국제인권법적 관점

갈릴레이와 지동설



여성차별철폐협약(CEDAW) 규정

제2조 당사국은 여성에 대한 모든 형태의 차별을 규탄하고, 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 정책을 모든 적절한 수단을 통해 지체없이 추진하기로 합의하며, 이러한 목적으로 다음을 약속한다.

(바) 여성에 대한 차별을 구성하는 **현행 법률, 규칙, 관습 및 관행**을 수정 또는 폐지하도록 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것

제5조 당사국은 다음을 위하여 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

(가) 일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념 또는 **남성과 여성의 고정적 역할**에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없앨 목적으로, 남성과 여성의 사회적 및 문화적 행동양식을 수정할 것

여성차별철폐협약(CEDAW) 규정

제10조 당사국은 ... 남녀 평등의 기초위에 다음을 확보할 목적으로 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

(다) 모든 수준 및 모든 형태의 교육에 있어서 **남성과 여성의 역할에 관한 고정관념을** 제거하기 위해 본 목적을 달성하는데 기여할 수 있는 남녀공학 및 기타 형태의 교육을 장려하며, 특히 교과서와 교과과정의 개편 및 교수방법의 개선을 기함

- **성별 고정관념(gender stereotype)은 여성과 남성이 소유하거나 수행해야 하는 속성이나 특성, 역할에 대한 일반화된 견해 또는 선입견을 말함(OHCHR)**
- **재판에서 강간통념을 유지하는 것은 성별 고정관념 제거의무를 다하지 못한 것이라고 봄(후술)**

강간통념의 의의

- 성별 고정관념은 성폭력범죄에서 강간통념을 만들어낼 수 있음
- 강간통념(Rape Myth)이란 강간 등 성폭력 범죄와 관련하여 일반인 등이 알고있는 편견이나 고정관념 등의 잘못된 인식이자 강간을 미화하는 관념을 말함
- 성폭력 범죄의 책임을 피해자인 여성에게 전가시켜 피해자의 피해가 당연한 결과라고 믿게 만드는 기능을 하기도 함

강간통념의 유형

성폭행의 책임이 피해자에게 있다

- 여자가 모임에서 술에 취해 처음 만난 남자와 성관계를 가졌다면, 그녀는 성관계를 갖고자 하는 다른 남자들에게 속칭 '봉'이다(다른 남자들에게 성폭행을 당해도 여자에게 책임이 있다).
- 만일 여자가 목을 겨안고 애무하다 발전하여 남자가 성폭행을 했다면, 잘못은 여자에게 있다.
- 여자가 알지도 못하는 사람의 차를 얻어 타려다 강간을 당했다면, 여자에게 책임이 있다.
- 여자가 노브라, 짧은 스커트, 꼭 끼는 상의를 입은 것은 성폭력 피해를 자초하는 것이다.

강간통념의 유형

성폭행의 책임이 피해자에게 있다

- 여자가 처음 만난 남자의 집을 찾아가는 것은 그와의 성관계를 허락한다는 뜻이다.
- 여자가 키스나 애무를 허용하는 것은 성관계를 허용한다는 뜻이다.
- 끼가 있는 여자는 늦은 밤에 혼자 길을 걷는다.
- 여자가 친근감 있게 남자를 대하는 것은 성적인 신체적 접촉을 허용한다는 의사의 표시이다.

강간통념의 유형

피해자의 평판 관련

- 대개 강간을 당하는 여자는 저소득 가정의 출신이다.
- 강간을 당하는 여자는 이전에 학대받은 경험이 있다. - 성욕이 왕성한 여자들이 대개 강간을 당한다.
- 대부분의 강간 피해자는 평소 성관계가 난잡하거나 평판이 좋지 않다

강간통념의 유형

이성의 행동에 대한 오해

- 남자가 성관계를 요구할 때, 여자가 “안 돼”라고 응답하는 것은 허락한다는 뜻이다.
- 남자가 식사 등으로 여자를 지극히 대접하면 여자는 대개 섹스를 허락한다.
- 여자에 비해 남자는 성충동이 일어나면 이를 통제할 수 없기 때문에 해소하여야 한다(남자는 성충동을 통제할 수 없어 여자의 동의가 있다고 착각할 수 있다).
- 실제 성폭력 범죄 사건의 법정에서 여전히 피해자 증인에게 사건과 관련 없는 기존의 성관계 경험 유무나 옷차림 등을 묻는 일이 종종 발생함

강간통념의 유형

피해자의 음란성

- 어떤 여자들은 성폭행 당하는 것을 즐긴다.
- 강간을 고소하는 대부분의 여자는 그 사건 이전에 이미 많은 성관계를 가졌다. - 고소된 대부분의 강간 사례는 임신된 사실을 알았거나 자신의 명예를 지키고자 하는 여성이 날조한 것이다.
- 많은 여자는 강간을 당하고 싶은 무의식이 있고, 무의식적으로 그러한 상황을 조성한다.
- 강간을 고소하는 많은 여성은 상대에 대한 분노와 보복하려는 동기로 거짓말을 한다

피해자다움

- 진정한 피해자라면 신속하게 고소하거나 주변에 알렸을 것이다
- 성폭력 범죄의 피해자는 범행이 있은 이후 피고인과 연락하거나 마주하지 않을 것이고 불가피하게 마주하더라도 웃거나 친근감을 표시하지 않을 것이다
- 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없으므로, 개별적·구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단 이라고 볼 수 없다', '(피고인의 친딸로 가족관계에 있던 피해자가) 마땅히 보였어야 하는 반응을 보이지 않았다는 이유만으로 피해자 진술의 신빙성을 함부로 배척할 수는 없다(2020도6965)

Karen Tayag Vertido v. Philippines

- 여성차별철폐협약의 성별고정관념(Gender Stereotyping) 개념을 형사재판에 적용한 최초의 케이스
- Vertido(이하 '피해자')는 1996년 필리핀 다바오시 상공회의소의 전무이사로 일하고 있었는데, 상공회의소 회장이던 Custodio(이하 '가해자')가 집에 데려다 주겠다는 말을 듣고 그의 차를 탔다가 모텔로 끌려가 그와 성관계를 하게 됨
- 피해자는 화장실에 숨어있다가 가해자가 떠났다고 생각하고 나왔으나, 그는 여전히 모텔방에 머물러 있었고, 가해자는 피해자를 침대에 강제로 눕혔음
- 가해자의 몸무게 때문에 기절했던 피해자가 정신을 차렸을 때는 강간을 당하고 있었고, 그녀는 그만하라고 소리쳤으나 그는 듣지 않았음
- 풀려난 다음 날 피해자는 의학적 검사를 받고 가해자를 강간으로 경찰에 신고함

Karen Tayag Vertido v. Philippines

- 필리핀 검찰은 처음에 증거부족으로 불기소처분을 하였으나, 항고 끝에 법무부가 기소명령을 내려서 기소에 이르게 되었음
- 그러나 이 사건은 법원에서 8년을 보내고 2005년 결국 합리적 의심을 배제할 증거가 부족하다는 이유로 피고인에게 무죄 판결이 선고됨(이중위험금지로 확정)
- 담당 판사는 무죄의 이유로 판례들로부터 파생된 원칙들(guiding principles)을 인용하였는데, 그중에는 '강간 주장은 제기하기 쉽다(rape allegations are easy to make)'거나 "피해자가 탈출할 기회가 있었음에도 탈출하지 않았다" 는 등의 강간통념을 거론하였음
- 피해자는 여성차별철폐위원회에 필리핀 사법절차가 잘못된 성별 고정관념(gender stereotyping)으로부터의 자유 등에 대한 권리를 침해한다며 개인통보를 제기함

피해자가 지적인 해당 판결의 강간 통념

- 개인통보 신청서에서 피해자는 필리핀 법원이 다음과 같은 강간통념(rape myth)에 기대어 가해자를 무죄로 판단하였다고 주장함
- ① 강간피해자는 탈출할 수 있는 기회가 있으면 반드시 탈출을 시도했어야 한다. 판사는, 강간상황에 처한 여성의 합리적이고 이상적인 반응은 모든 탈출 기회를 이용해야 한다는 것이라고 주장하였다. 피해자는 강간의 위협을 받을 때, 그리고 강간 도중 및 강간 이후에 다양한 행동 반응을 보인다고 하는 의사들의 전문가 증언도 무시되었다.

피해자가 지적인 해당 판결의 강간 통념

- ② 협박에 의한 강간이 성립하려면, 피해자는 소심하거나 쉽게 겁을 먹는 성격이어야 한다.
- ③ 협박에 의한 강간이 성립하려면, 직접적 협박에 대한 증거가 있어야 하고, 맥락상 피해자가 겁을 먹을 상황이라는 점은 참작되지 않는다. 피해자는 가해자에게 총이 있다고 생각했으나, 총의 존재에 대한 객관적 증거가 없다는 점이 무죄의 근거로 원용되었다.
- ④ 가해자와 피해자가 "단순히 인사만 나누는 사이 이상"이라는 사실만으로 성행위의 합의를 의미한다. 강간의 가해자는 대개 모르는 사람이다.
- ⑤ 저항하는 경우 겁먹지 않았다고 판단하고, 겁을 먹어 위축되어 탈출 기회가 있음에도 탈출하지 않는다면, 성관계에 동의한 것이라고 판단한다.

피해자가 지적한 해당 판결의 강간 통념

- ⑥ 피해자가 저항하였다면 가해자가 사정(ejaculation)할 수 없었을 것이다.
- ⑦ 60대 남자는 강간을 할 능력이 없다.

여성차별철폐위원회의 판시

- 위원회는 피해자가 해당 상황에서 저항했어야 한다고 기대하는 것이 여성이 성폭행에 대해 신체적으로 저항해야 한다는 통념(myth)을 특별한 방식으로 강화한다고 판단
- 위원회는 60대 남성이 성폭행 저항을 받는 상황에서 사정을 할 수 있다는 점이 믿기 어렵다고 한 판사의 판단에 우려를 표시
- 피해자와 가해자가 서로 알고 있었다는 사실에 중점을 두는 등 판결에서 고려된 다른 요소들은 “젠더 기반의 통념과 오해”의 또 다른 예시라고 판시
- 위원회는 피해자가 과도한 재판기간과 **판결에서 사용한 고정관념과 젠더기반 통념**으로 인해 도덕적 및 사회적 피해와 편견을 겪었음을 인정.

결정문에서 인용한 필리핀 법원의 판결

“그렇다면 왜 그녀는 피고인이 벽에 부딪히지 않기 위해 브레이크를 밟았을 때 차에서 내리려 하지 않았는가? 왜 그녀는 차가 모텔의 차고로 들어가기 전에 속도를 줄였을 때 내리거나 도움을 청하지 않았는가? 왜 그녀는 방에 들어가서 문을 잠근 후 욕실에 계속 머물지 않았는가? 왜 그녀는 피고인이 누군가와 이야기하는 소리를 들었을 때 도움을 청하지 않았는가? 왜 그녀는 피고인이 침대에서 아직도 벌거벗은 채 자위행위를 하고 있었다고 주장하면서도 모텔 차고에서 달려나가지 않았는가? 왜 그녀는 피고인이 그녀를 강간한 후에 피고인이 위협하거나 강제로 강요하지 않았음에도 피고인의 차를 타기로 동의했는가?”

여성차별철폐위원회의 판시

- In the particular case, the compliance of the State party's due diligence obligation to banish gender stereotypes on the grounds of articles 2 (f) and 5 (a) needs to be assessed in the light of the level of **gender sensitivity** applied in the judicial handling of the author's case.
- (특정 사건에서 제2조 (f)항과 제5조 (a)항에 따른 **성별 고정관념**을 제거하기 위한 당사국의 주의 의무 준수 여부는 피해자의 사건을 사법적으로 처리하는 과정에서 적용된 **성인지감수성** 수준에 비추어 평가될 필요가 있다.)
- 즉, **성인지감수성에 기반하여 강간통념을 극복하지 않는다면, 해당 재판은 성별고정관념 제거를 주문하고 있는 여성차별철폐협약 위반이 될 수 있다는 것임**

강간통념에 대한 우리 법원의 입장

- 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 참조).
- 범행 후 피해자의 태도 중 '마땅히 그러한 반응을 보여야만 하는 피해자'로 보이지 않는 사정이 존재한다는 이유만으로 피해자 진술의 신빙성을 함부로 배척할 수 없다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019도4047 판결 등 참조).

강간통념에 대한 우리 법원의 입장

- 피해자가 성추행 피해를 당하고서 즉시 항의하거나 반발하는 등의 거부的事를 밝히는 대신 그 자리에 가만히 있었다는 사정만으로 강제추행죄의 성립이 부정된다고 볼 수도 없다(대법원 2020. 3. 26. 선고 2019도15994 판결 참조).

강간통념에 대한 우리 법원의 입장

- 피해자라도 본격적으로 문제제기를 하게 되기 전까지는 피해사실이 알려지기를 원하지 아니하고 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 적지 아니하며, 피해상황에서도 가해자에 대한 이중적인 감정을 느끼기도 한다. 한편 누구든지 일정수준의 신체접촉을 용인하였더라도 자신이 예상하거나 동의한 범위를 넘어서는 신체접촉을 거부할 수 있고, 피해상황에서 명확한 판단이나 즉각적인 대응을 하는 데에 어려움을 겪을 수 있다(대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결 등 참조).
- 성추행 피해자가 추행 즉시 행위자에게 항의하지 않은 사정만으로 곧바로 피해자 진술의 신빙성을 부정할 것이 아니다(대법원 2020. 9. 24. 선고 2020도7869 판결 참조).

대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결(성인지감수성 판결)

1. 사실관계

- 피고인과 피해자의 남편은 조폭으로서 유치원 시절부터 친구 사이이다.
- 피고인은 피해자의 남편이 베트남으로 출국한 사실을 알고 이전까지 **둘만 따로 만난 적이 없던 피해자**에게 전화를 걸어 만나자고 하여 만나게 되었음
- 피고인은 그 자리에서 피해자에게 숨겨놓은 아들이 있다고 말하고, 스피커폰으로 여러 사람과 통화하면서 남편을 해치기 위해 준비하고 있거나 경찰관과의 친분을 강조하고 **‘지금 낫을 들고 있는데, 내 앞에 있는 사람이 말을 듣지 않고 있다. 어떻게 해야 하나.’**는 등 험한 말을 하였으며, **피해자의 뺨을 1회 때리고, 머리를 3~4회 때렸음**(피해자와 피고인 진술 일치).

대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

2. 원심이 무죄 근거로 든 사정들

- 피해자는 피고인으로부터 폭행을 당한 다음 날 피고인과 식사를 하고, 그 무렵부터 네 번 정도 더 피고인을 만나 자신의 일상에 관한 이야기를 하였다.
- 모텔 CCTV 영상에서 피해자가 모텔에 들어가는 과정에서 겁을 먹었다는 사정이 보이지 않고,
- 오히려 **모텔에 가기 직전에 해외채류중인 남편에게 ‘졸려서 먼저 자겠다’는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 남편에게 피고인의 협박사실을 알리지 않았다.**

대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

- 피해자는 모텔에서 피고인과 **성관계를 가진 후 피고인에게 ‘템포’라는 상호의 생리대에 관하여 이야기하였고, 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 담배를 피우며 남편 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가** 모텔에서 나왔다.
- 피해자는 남편이 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에 **곧바로 강간피해 사실을 말하지 않고** 그날 저녁 경에 비로소 말하였다
- 원심은 위와 같은 사정들로 미루어 피해자가 항거불능 또는 현저히 항거곤란할 정도로 외포되었다고 보기 어렵다고 보고 무죄로 판단함

대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

3. 대법원의 판시

법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 **‘성인지 감수성’**을 잃지 않도록 유의하여야 한다([양성평등기본법 제5조 제1항](#) 참조). 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, **성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다.** 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다([대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결](#) 참조).

대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

- “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다.”(2005도3071)

대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결

- 피고인(남, 70세)은 채팅 어플을 통해 피해자(여, 30세, 지능지수 72)를 만나게 되었고, 피해자를 모텔로 데리고 가 강제추행하였다는 내용으로 기소됨
- 원심은 다음과 같은 사항은 진정한 피해자가 취할 태도로 보기 어렵다고 보고 무죄의 근거로 판시
 - 피해자는 채팅 어플에서 나이 차이가 15세 이상일 경우 직접 대화가 불가능하자 63세로 새로운 계정을 만들어 피고인에게 먼저 연락을 시도함
 - 피해자는 직접 차량을 운전하여 피고인이 거주하는 곳으로 가서 피고인을 만난 후 피고인의 차량을 함께 타고 모텔로 이동. 피해자는 피고인을 처음 만났음에도 별다른 거부 의사를 밝히지 않고 피고인의 권유에 따라 모텔로 함께 들어감.

대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결

- 대법원은 다음과 같은 이유로 피해자의 행동은 이해할 수 있고 위와 같은 사정을 들어 피해자 진술의 신빙성을 배척한 원심의 판단이 잘못되었다고 판시
 - 피해자는 지능지수가 72 정도로 낮고, 사회·경제적 지위가 낮고 타인과의 관계 형성에 대한 욕구가 높은 반면 현실적으로는 심리적으로 고립된 상황에 처해 있었음.
 - 피해자는 채팅 어플을 통해 피고인과 대화하면서 '늘 와 주셔서 감사드린다는 말을 하고 싶었다. 꼭 좋은 인연 만나시길 바란다'는 취지이고, 피고인의 사회적 지위와 고급스러운 스타일을 부러워하고 동경하였음

대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결

- 피해자는 모텔 내에서 피고인한테서 현금 50만 원을 받았음. 피해자의 거부의사가 있었다는 점은 피고인도 인정하나, 피해자가 경제적 어려움에 관하여 하소연을 한 사실이 있는 데다가 돈을 받은 직후 피고인에게 감사의 뜻을 전한 점 등에 비추어 강한 거부 의사를 표하지는 않았던 것으로 보임.
- 피해자는 모텔을 나서기 전 피고인의 얼굴에 묻은 화장품, 립스틱 등을 닦아주었음: 피해자는 피고인의 나이가 많아 자칫 남들이 자신과 피고인의 관계를 이른바 '원조교제' 등으로 오해할까 두려워 취한 행동이었다는 취지로 진술
- 피해자는 모텔에서 강제추행 피해를 당하면서도 즉시 도움을 요청하거나 모텔을 빠져나오려는 행동을 취하지 않았고, 모텔에서 나와 피고인의 차량을 같이 타고 피해자 차량이 주차된 장소로 돌아온 후 자신의 차량을 운전하여 귀가함.

대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결

- 피해자는 피고인이 춥다고 모텔에 들어가자고 하였고 아무 짓도 하지 않겠다는 말도 하여, 나이가 많아서 추위를 많이 타나보다 하는 생각에서 피고인의 제안에 응하였다고 진술하는바, 피고인과 피해자의 나이 차이, 피해자의 심리 상태 등에 비추어 이러한 피해자의 행동은 충분히 납득할 만하고, 이와 같은 경위로 피해자가 모텔에 들어가는 데 동의하고 안아보는 걸 허락했다고 하더라도 이러한 사정을 그 이상의 성적 접촉은 원하지 않았다는 피해자의 진술을 의심할 만한 사정이라고 볼 수는 없음.
- 피고인이 50만 원을 주려고 하자 피해자가 한두 차례 거절을 하였다는 사실은 피고인 스스로도 인정하고 있고, 돈을 준 이유와 경위에 관한 피고인과 피해자의 진술 등을 고려하면, 피해자가 더 이상의 강한 거부 의사를 표시하지 않고 감사의 뜻을 전했다는 것이 이후 피고인의 강제추행이 있었다는 사실과 배치되는 사정이라고 보기도 어려움.

대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결

- 피해자는 피해상황 이후 피고인의 차량 안에서 오줌을 지렸고, 집에 돌아와서는 온몸을 락스로 샤워하였다고 진술하였으며, 피고인의 메시지에 답장을 하지 않았고, 다음날 새벽 친구에게 '괴롭다'는 메시지를 보내고 곧바로 해바라기센터에 전화를 하였으며 이후 자살시도를 하였음.
- 이와 같이 피해자가 믿고 의지하는 마음이 컸던 피고인으로부터 갑작스럽게 심한 추행을 당하여 극도로 당황하고 두려움과 수치심을 느끼게 된 상황이었다면, 피해자가 즉시 주변의 도움을 요청하거나 홀로 모텔을 빠져나오지 않은 채 피고인의 차를 타고 돌아왔다고 하여, 그것이 납득하기 어려운 행동이라고 볼 수 없음.

대법원 2022. 8. 19. 선고 2021도3451 판결

- 피해자가 모텔에서 나오기 전 피고인의 얼굴에 묻은 립스틱을 닦아준 것은 이례적이기는 하나, 피해자는 '남들이 원조교제로 오해하여 이상하게 쳐다볼까 봐 그랬다'고 진술하고 있어 이해할 만한 측면이 있음
- 피해자는 사건 다음 날 아침 08:00경 친구의 '무슨 일이냐'는 답장에 성폭행을 당했다는 이야기를 하였고, 그 구체적인 대화 내용이 피해자의 진술 취지에 부합한다. 피해자는 같은 날 14:32경부터 피고인에게 항의를 하는 메시지를 보냈는데, 피고인은 답장을 하지 않았고, 피해자는 16:20경 경찰에 고소를 하였음
- 피해자는 경찰신고를 망설인 이유에 대하여 '피고인은 돈도 많고 TV에도 나온 사람이라 자신이 당한 일을 말해도 경찰에 돈 써서 풀려날 것 같다. 내 의사는 아니었지만 돈을 받았으니 꽃뱀 취급을 할 것 같다'는 취지로 진술

대법원 2020. 10. 29. 선고 2019도4047 판결

- 편의점 브랜드 개발팀 직원이 홀로 근무하고 있던 여성 편의점주에게 키스하는 등 강제로 추행하였다고 기소된 사건
- 1심에서는 유죄로 인정
- 항소심은 추가 증거조사 없이 1심을 뒤집고 다음과 같은 사정 등을 이유로 무죄로 판단
 - CCTV 영상에서 피해자가 피고인의 신체접촉을 피하려는 태도를 보이는 하나 종종 웃는 모습을 보이고, 추가 접촉이 가능한 범위에서 피하여 반복적·연속적으로 신체접촉이 이루어지는 등 피해자의 의사에 반하여 강제로 접촉한 것으로 보이지 않음
 - 피고인과 피해자 사이에 추행이 있어도 이를 적극적으로 거부할 수 없는 소위 '갑을관계'가 있었다고 보기 어려움

대법원 2020. 10. 29. 선고 2019도4047 판결

- 그러나 대법원은 피해자의 진술은 일관되어 있음에 비하여, 피고인의 진술은 피해자와의 의사합치를 부각시키는 방향으로 변경되어 왔음을 지적하면서, 위의 사정들은 피해자에게 '피해자다움'이 나타나지 않음을 지적하는 것으로 타당하지 않을뿐더러 원심도 인정하는 것처럼 이 사건 당시 피해자는 피고인의 신체접촉을 피하거나 거부하는 태도를 보이기도 하였으며, 이는 업무상 정면으로 저항하기 어려운 관계에 놓인 피해자의 입장에서 가능한 정도로 피고인에게 거절의 의사로서 대응하기 위한 것으로 볼 여지도 있다고 판시하면서 원심을 파기

실제 사례가 보여주는 강간통념

국민참여재판에서 배심원과 재판부의 판단이 달랐던 사례들을 중심으로

서울서부지방법원 2008고합86 강간치상

- 피해자는 피고인을 새벽에 클럽에서 만났고, 키스 등 스킨십이 있었으며, 피해자가 피고인에게 호감을 느껴 약 9시간 동안 동행한 것으로 보임
- 배심원: 7명 만장일치 무죄
- 유죄 판단의 주요 근거
 - 피해자는 피고인이 함께 A모텔로 들어가자고 한 순간부터 거절의 의사표시를 분명히 하면서, 그 이후에도 피고인의 위와 같은 제의를 계속 거절함(피고인도 이는 인정함)
 - 피고인은 피해자에 대한 직접적인 물리력을 가하기 시작한 B모텔에서의 행적 이후의 상황에 대하여는 일관성 없이 진술을 거듭 번복함

성폭력 범죄의 특수성과
국민참여재판에서의
배심원 지침에 관한 연구



Judicial Policy Research Institute

박기쁨, “성폭력범죄의 특수성과
국민참여재판에서의 배심원 지침에 관한
연구“, 사법정책연구원(2022)

- 배심원들이 가지고 있기 쉬운 성별고정관념과 강간통념 유형에 관하여 정리

서울중앙지방법원 2010고합982 강간상해

- 피고인(48세)의 주장: 피해자(70세)의 모욕적인 말에 화가 나서 피해자에게 상해를 가한 것은 인정하지만, 피해자의 동의를 얻어 성관계를 가진 것이므로 강간상해에 해당하지 않음
- 피해자는 성관계 직후 피고인이 약을 사러 간 사이에 경찰에 신고를 하지 않았고 병원에 가기 전 음부 부분을 세척하였으며 강간 범행을 한 피고인과 함께 병원에 갔고, 병원 의무기록사본증명서에 의하면 ‘피고인과 피해자가 장난을 치다가 목이 졸린 후 통증 등 발생’이라고 기재되어 있는 사정이 있음
- 배심원: 유죄 3: 무죄 4

서울중앙지방법원 2010고합982 강간상해

- 유죄 판단의 근거
- 피해자의 진술이 구체적이고 일관되며, 피고인도 검찰에서 강제로 성관계를 하였다고 인정하였음
- 방문한 병원이 피해자의 사위가 근무하는 곳이었으므로 사실대로 말하기 힘든 사정이 있었음

전주지방법원 2011고합11 강간치상

- 기도원 운영자인 피해자(60세)는 **피고인(42세)에게 평소 밥을 사 주기도 하고 잠을 재워 주기도 하는 사이**였음
- 피고인의 주장: 자신을 기도원에서 내보내려는 피해자를 저지하다가 같이 넘어졌을 뿐 피해자를 강간하려 한 사실이 없음
- 배심원: 무죄 7명 만장일치
- 유죄 이유: 피해자는 피고인의 인상착의만 알고 있었을 뿐 인적사항을 전혀 모르는 상태에서 피해사실을 진술하였고, 사건 발생일로부터 1년 정도 지난 후 DNA 정보 일치로 피고인이 범인으로 지목되었는데, 피해자가 인적사항도 모르는 피고인을 무고하기 위해 거짓을 말할 이유가 없음

인천지방법원 2010고합640 강간미수

- 피해자는 새벽 02:30경 노래방에 **노래방 도우미**로 가서 피고인과 파트너가 된 점, 노래방에서 나와 피고인의 일행과 함께 보쌈 집 등에 갔다가 06:40경 범행 장소인 야산으로 간 점, 피고인이 피해자에게 2차를 가자고 말한 적이 있는 점, 피고인이 피해자에게 당시 돈을 준 사실이 있는 점, 피해자가 주요 공소사실과 무관한 범행 당시 피고인이 소주를 마신 방법(병째 마셨는지 등) 및 세부적인 사실관계에 관하여는 다소 일관성 없는 진술을 한 점 등의 사정이 있음
- 배심원: 유죄 2명, 무죄 7명
- 목격자 진술: 구조를 요청하는 피해자를 태워준 트럭운전사는 피해자가 “피고인이 자신을 성폭행하려고 하였고 또 자신을 죽이려 하였다고 말하였다”고 증언

대전지방법원 2011고합101 강간등상해

- 피해자(49세)는 피고인(30세)과 노래방에서 만났고 **처음 만난 피고인의 집에 따라간 사정**이 있음
- 배심원: 유죄 4명, 무죄 5명
- 피해자가 알몸으로 탈출하여 바로 인근 식당에 뛰어들어 신고를 했고, 손목에 묶인 자국이 선명한 사진과 양 손목을 묶은 것으로 보이는 스타킹 등 증거가 있었음
- ‘여자가 처음 만난 남자의 집을 찾아가는 것은 그와의 성관계를 허락한다는 뜻이다.’ 또는 ‘여자가 친근감 있게 남자를 대하는 것은 성적인 신체적 접촉을 허용한다는 의사의 표시이다.’ 등의 강간통념?

대구지방법원 2020고합118 아청(위계등간음)

- 피해자는 새벽에 중학교 동창인 **피고인의 연락을 받고 모텔로 갔음**. 당시 모텔에서 게임 벌칙으로 피해자는 피고인의 **귀와 가슴을 빨기도 하는 등 신체접촉이 있었으며 당시 바로 옆에 다른 친구들이 있었음**
- 피고인의 주장: 피해자가 저항하지 않고 협조하는 모습을 보였기 때문에 피해자의 의사에 반하여 강제로 성관계를 한 것이라고 생각하지 못했음
- 변호인의 주장: 원하지 않는 성관계를 당하는 피해자가 **바로 옆에 도움을 구할 수 있는 사람이 있었음에도** 소극적으로만 저항한 것은 이해할 수 없다

대구지방법원 2020고합118 아청(위계등간음)

- 유죄 판단의 근거:
 - 피해자가 피고인이 자기를 힘으로 해보려고 한다고 싫은 소리를 하였고 피고인도 피해자가 하기 싫어했다고 시인하는 말을 들은 **증인 성○○의 증언이 있었음**
 - 피해자는 성기삽입까지 되자 이불을 뗐쳐나온 후 소리를 지르고 욕하면서 다른 친구들에게도 “너희도 한 패 아니냐.”라는 등의 말을 하며 모텔을 나가려 하였음. 피고인은 미안하다고 하면서 필사적으로 피해자를 막고 무릎을 꿇고 용서를 빌었음

대구지방법원 2020고합118 아청(위계등간음)

- 피해자 진술: “피고인과 성○○, 이○○ 모두 친구인데 직접 도와 달라고 하면 **피고인에게 망신이 될 것 같았다**. 친구니까 처음엔 말로 하면 그만 둘 줄 알았다. 옷이 벗겨 지고 피해를 당하는 상황이라 무섭고 당황했고 **다른 친구들에게 이런 모습 보여주고 싶지 않았다**. 친구들에게서 성○○, 이○○에게서 **다른 여자 소문**을 들은 적이 있는데 내가 그 주인공이 되고 싶지 않았다”
- 배심원: 7명 만장일치 무죄(청소년위력간음)

대전지방법원 2019고합266 강간

- 피해자는 **밤 늦게까지 피고인과 술을 마시고 모텔에 함께 갔으며**, 손목 등에 멍이나 외상이 없었고, 피해자 스스로 피고인에게 **콘돔 착용을 요구**하였으며, 피고인이 콘돔을 찾는 중에도 모텔 방을 나가는 등 **현장을 벗어나지 않았고 콘돔 착용 후 성관계에 계속 응하였으며**, 성관계 이후 옷도 제대로 입지 않은 채 잠이 들었음
- 배심원: 무죄 5명, 유죄 2명
- 모텔 CCTV 영상을 보면, 다음과 같은 사정이 확인됨
 - 피해자가 피고인과 모텔에 들어갈 때 시종일관 소극적인 자세와 태도로 피고인의 손에 이끌려 들어가는 것으로 보이고,

대전지방법원 2019고합266 강간

- 그로부터 약 3시간 30분이 지난 이후인 06:33 경 모텔 방을 나올 때에는 피해자 혼자 먼저 방을 나왔고 피고인은 신발도 제대로 신지 못한 채 다급하게 피해자를 뒤따라 방을 나왔으며,
- 피해자는 뒤따라온 피고인과 함께 탄 모텔 엘리베이터에서 내릴 때에도 먼저 엘리베이터에서 내려 곧바로 혼자 모텔 건물 밖으로 나갔고 피고인은 혼자 모텔 카운터에 방 열쇠를 반환한 다음 피해자를 뒤쫓아 모텔을 나감
- 피고인은 사건 이후 “어제 일은 미안해...”라는 카카오톡 메시지를 보냄
- 피해자는 모텔을 나온 이후 바로 인근 경찰서에 신고함

서울동부지방법원 2013고합207 성폭(주거침입등강간)

- 피고인이 지속적으로 협박 문자를 보내 당시 피해자가 피고인의 행동에 심리적으로 큰 압박감과 두려움을 느끼고 있었을 것으로 보임
- 피고인은 범행 후 피해자의 집에서 자살 소동을 벌이기도 하였고, 그 다음 날에도 피해자가 피고인의 연락에 제대로 응하지 않자 피해자에게 성관계 장면을 촬영한 동영상 유포되었다는 내용의 문자메시지를 보내기도 하였음

서울동부지방법원 2013고합207 성폭(주거침입등강간)

- 피고인은 **피해자와 연인관계**였는데, 이별을 요구하며 연락을 받지 않는 피해자를 집으로 찾아가 강간하였다는 사실로 기소됨
- 피고인: 합의하에 성관계를 한 것이다
- 배심원: 무죄 5명, 유죄 4명
- 유죄 근거:
 - 피고인이 이 사건 이전에 피해자의 집에 침입하여 간호사 면허증 등을 절취하고 피해자가 근무하는 병원의 홈페이지 내 게시판에 피해자의 명예를 훼손하는 내용의 글을 게시하여 피해자가 병원에서 퇴직하는 결과까지 초래하는 등 피고인과 피해자의 관계가 극도로 악화된 상태였음

인천지방법원 2013고합181 성폭(주거침입등강간)

- 피고인은 모텔방에서 친구들과 술을 마시다가 술에 취해 옆방에서 문을 잠그고 자고 있는 피해자에게 침입하여(업주에게 말하여 강제로 개문) 강제로 성관계를 한 사실로 기소됨
- 피고인은 이미 기존에 **피해자의 가슴을 만진 적이 있고, 피해자는 피고인이 먹던 사탕을 빼앗아 먹거나 피고인과 어깨동무**를 하는 등 신체접촉을 하였던 사정이 있음
- 피고인 주장: 피해자의 묵시적 동의가 있었다고 생각했고, 반항을 억압할 정도의 폭행·협박이 없었으며, 강간의 고의도 없었음
- 배심원: 무죄 7명, 유죄 2명

인천지방법원 2013고합181 성폭(주거침입등강간)

- 유죄의 근거: 피고인이 자고 있던 피해자의 옆에 누워 피해자의 몸을 만지다가 피해자가 발버둥을 치면서 반항하였음
- 피해자가 울면서 “토할 것 같으니 화장실 한 번만 가자.”고 몇 번씩이나 부탁하자 피해자를 잠깐 놓아주었고 그 틈을 이용하여 피해자가 방에서 나감
- 피해자는 이 사건 범행 당일 바로 피고인을 경찰에 고소 하였고, 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 구체 적이고 일관되게 피해사실을 진술함

정리: 실제 우리 사례에서 여전히 작동하고 있는 강간통념들

- 주위에 사람이 있는데 구조를 요청하지 않은 점,
- 사건 이후 바로 신고하지 않은 점,
- 등을 강력한 무죄 근거로 간주하는 전통적 강간통념이 여전히 강력한 힘을 발휘하고 있음

정리: 실제 우리 사례에서 여전히 작동하고 있는 강간통념들

- 피해자가 모텔에 따라갔다가,
- 클럽에서 만난 사이라는 점,
- 연인 사이라는 점,
- 피해자가 노래방 도우미 등 유흥업 종사자라는 점,
- 전에 일부 신체접촉이 있었다는 점,
- 피해자가 피고인에게 평소 친절을 베풀었다는 점,
- 가해자에게 콘돔을 사용하라고 말한 점,
- 기회가 있는데도 즉시 현장을 빠져나가지 않은 점,

성폭력 피해자의 절차적 권리, 이대로 괜찮은가

피해자 변호사의 시선으로

안지희 (변호사, 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회)

서론: 패러다임의 전환, 피해자는 주변인이어야 하는가?

비록 성폭력 피해자 보호를 강화하기 위한 제도적 장치가 도입되고 있으나, 성폭력 피해자를 대리하면서 여전히 많은 부족함을 체감하고 있습니다. 예를 들어, 피해자 조사가 진행된 뒤 국선변호사가 선정되어 피해자 조사에 국선변호사가 입회하지 못하는 문제(국선변호사가 경찰단계에서 진술할때의 상황을 정확히 파악하기 어렵고, 피해자의 진술내용이 수사관의 편익에 따라 추가, 생략되더라도 인식하기 어려움), 디지털 성범죄 관련하여 해외 인터넷 사업자에게 압수·수색 영장을 집행하지 못하는 문제(발제자는 전기통신사업법 국내대리인 제도를 통해 협조의무 등을 신설해야 한다고 생각함), 피해자가 임의제출한 속옷, 의류에 대한 DNA 검사 결과, 임의제출한 휴대폰에 대한 포렌식 결과, 피해자에 대한 심리생리검사결과 등 피해자 본인에 대한 검사 결과를 수사기밀이라고 알려주지 않는 문제, 스토킹 및 가정폭력의 경우에는 접근금지 제도가 도입되었으나 성폭력 범죄에는 접근금지 제도 도입이 되지 않은 문제, 기습공탁문제 등에 문제 등 다양한 문제들이 존재합니다. 그러나 오늘 발제에서는 이러한 문제들보다 더 본질적인 문제가 무엇인지를 말씀드리고 싶습니다.

최근에 발의된 관련 법령 개정안은 주로 피해자의 재판기록 열람·등사권 강화에 관한 것인데, 이것만으로는 성폭력 피해자가 현장에서 겪는 근본적인 문제들을 해결할 수 없습니다. 예를들어, ‘부산 돌려차기사건’에서 공판기록 열람·등사가 제한되어 피해자 본인이 성폭력 피해를 당한 사실을 알지 못하는 상황이 발생했습니다. 이 사건을 계기로 성폭력 피해자의 절차적 권리 보장에 대한 문제가 본격적으로 제기되었고, 관련 법안들이 발의되었습니다. 그러나 개정안들은 피해자가 여전히 형사절차에서 소외된 주변인임을 전제로 하고 있습니다.

발제 2.

성폭력 피해자의 절차적 권리, 이대로 괜찮은가: 피해자 변호사의 시선으로

안지희 민주사회를 위한 변호사모임

여성인권위원회 변호사

피해자의 절차적 권리 보장에 관한 논의는 지속적으로 이루어져 왔으며, 법무부는 2010년에 형사소송법 개정안을 발의하였습니다. 이 개정안은 성폭력 범죄 등 특정 범죄의 피해자에게 형사재판에 적극적으로 참여할 수 있는 법적 지위를 부여하는 내용을 담고 있었습니다. 하지만 법무부가 2024. 2. 27.에 발의한 형사소송법 개정안은 피해자에게 열람·등사 거부에 대해 불복할 수 있는 권한을 부여하는 것으로 한정되었습니다. 22대 국회에도 같은 취지의 개정안이 발의되었습니다.

법무부의 형사소송법 개정안이 통과되더라도, 피해자가 형사절차에서 단순한 주변인으로 여겨지는 근본적인 가정이 여전히 유지될 경우, 피해자는 필요한 재판기록의 열람·등사를 하지 못하거나 2차 피해에 노출될 수 있습니다. 현행 형사소송법 체계에서 피해자의 참가 권한을 인정하지 않는 이상, 일부 재판부는 ‘피고인의 방어권을 보호한다’는 명목 하에 피해자에게 필요한 자료를 비공개로 처리할 가능성을 배제할 수 없습니다.

언론과 국회, 정부는 열람·등사 권한의 제한과 이로 인해 피해자의 개인정보가 민사소송 과정에서 유출될 수 있는 문제에 주목하고 있습니다. 그러나 문제들의 근본적 원인은 형사 절차에서 피해자가 단순한 주변인으로 취급되는 데에 있습니다. 따라서, 열람·등사 권한을 일부 강화하는 것만으로는 근본적인 문제 해결에는 미흡하다고 볼 수 있습니다.

최근 22대 국회의원 선거 과정에서 증인 신문과 변호인 의견서를 통해 성폭력 피해자에 대한 2차 피해가 발생할 수 있음이 드러났습니다. 민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회는 피고인의 방어권 보장이라는 미명 하에 피해자의 인격권을 본질적으로 침해하는 행위가 용인될 수 없다는 취지의 성명을 발표하기도 하였습니다. 특정 변론이 어떻게 2차 피해를 유발하는지에 대해서는 각 사건의 구체적인 상황을 고려하여 심도 있게 논의해야 합니다. 그러나 그와 같은 논의에 앞서, 변론 과정에서 발생할 수 있는 2차 피해의 실체를 제대로 인식조차 못하는 피해자의 절차적 권리가 침해되는 문제를 우선적으로 해결해야 합니다.

대법원은 ‘성인지 감수성’ 판결에서 “강간죄에서 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이

될 수 있다.”고 판시하였습니다.¹ 따라서 성폭력 범죄 사건에서 직접적인 증거가 부족할 때는 피해자의 진술뿐만 아니라 피고인의 진술도 심리의 대상이 되어야 합니다. 해당 사건에서 피고인은 수사 과정에서 성관계가 없었다고 주장하다가 재판 과정에서 피해자와 연인관계 및 합의 하에 이루어진 성관계로 진술을 번복하였습니다. 그럼에도 불구하고 무죄 판결이 선고되었고, 이에 낙담한 피해자는 가족과 함께 극단적인 선택을 하게 되었습니다. 이에 대법원은 피고인의 진술 번복사실도 고려하라는 취지로 판시하였습니다.

실무상으로, 수사관이나 검사의 태도에 따라 피해자에게 피의자의 주장이 어느 정도 전달되기는 하지만, 이는 예외적인 경우에 해당합니다. 또한 수사과정에서 목격자가 허위 진술을 할 경우, 재판에서 이를 검증할 방법이 부재할 수 있습니다. 공판절차에서 검사가 피고인이나 참고인의 주장의 진위를 확인하기 위해 피해자에게 사실확인을 확인하거나 증거 제출을 요구하는 일은 드물기 때문에, 피해자는 피고인의 주장에 대해 유효하게 반박하거나 반증을 제시하지 못하는 상황에서 불리한 판결을 받을 위험이 있습니다.

피고인이 사건과 직접적으로 관련이 없는 이른바 ‘피해자 비방’ 주장을 하는 경우, 이는 피해자의 합의 결정에 중요한 영향을 미칠 수 있으며, 양형에 대한 의견을 제출할 때 주요한 참고사항이 될 수 있습니다. 하지만, 이러한 2차 피해를 유발하는 주장들이 공소사실과 직접적인 관련이 없을 경우, 공판 과정에서 직접적으로 언급되지 않아 피해자에게 전달되지 않을 가능성이 높습니다. 결과적으로 피해자는 형사 절차 중에 피의자나 피고인으로부터 2차 피해를 당하고도 그 사실을 인지하지 못할 가능성이 높아지는 상황에 처하게 됩니다.

위 대법원 판결에도 불구하고, 성폭력 피해자가 사건의 주변인으로 머무는 이상 피해자의 진술만 판단 및 공격의 대상이 되고, 피의자 및 피고인이 허위, 왜곡된 주장을 하더라도 이에 대해 반박할 기회를 얻지 못하는 실정입니다. 현재의 형사소송법 체계 하에서 피의자 및 피고인의 허위나 왜곡된 주장에 효과적으로 대응할 기회가 제대로 부여되지 않고 있습니다. 이러한 상황에서 단순히 열람·등사 거부에 대한 불복규정을 도입하는 것만으로는 피해자의 절차적 권리를 충분히 보장하기 어렵습니다. 따라서 패러다임을 전환하여 법무부가 2010년에 제안한 피해자 참가 제도에 대해 재논의하고, 이를 22대 국회에서 형사소송법 개정안으로 통과시켜야 합니다.

발제자는 먼저 형사소송 절차에 피해자 참가 제도 도입하는데 주된 반대 논리인

1 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결

피고인의 방어권 침해 문제를 살펴보고자 합니다. 이어서 2010년 및 2024. 2. 27. 법무부가 발의한 형사소송법 개정안, 22대 국회의 형사소송법 및 관련법령 개정안 내용을 소개하고자 합니다. 이를 통해 현재의 문제의식을 공유하고, 피해자의 절차적 권리 보장을 위한 개혁입법과제를 제시하고자 합니다.

2. 피고인의 방어권은 피해자의 절차적 권리에 우선하는 불가침의 권리인가

형사절차법이 피해자 권리보장이라는 미명하에 피의자·피고인의 정당한 이익을 침해하는 구조로 짜여져서도 안 되지만, 피의자·피고인의 인권보장을 구실로 피해자 권리보장을 상대적으로 소홀히 취급해서도 안 될 것입니다. 형사소송법에 피의자·피고인의 인권보장을 위한 법적 장치가 강화된 것은, 종래 국가주의 형사사법이 초래해 왔던 인권침해 역사의 반작용으로 비롯된 것이지 본래부터 피의자·피고인의 권리가 피해자 권리보다 우월했기 때문이 아닙니다.²

현실에서 규범위반은 법익에 대한 추상적 침해에 머무는 것이 아니라 피해를 입은 인격과 관련을 가지고 있습니다. 피해자는 국가형벌권 속에서 자신이 당한 피해를 확정하고 자신의 지위를 승인받으며 또 다른 피해로부터 보호받아야 합니다. 국가형벌권이 범죄의 결과를 극복해 나감에 있어 범죄피해자에게 물질적, 정신적으로 지원하는 등 피해자의 고통에 관하여 문제 삼는 것은 형법의 핵심적인 임무에 속한다고 보아야 합니다. 또한 이와 같이 피해자보호를 형법의 독자적인 임무로 설정함으로써 국가가 형벌권을 피해자친화적으로 행사할 수 있는 정당성의 근거로 삼을 수 있을 것입니다.³

비교법적으로 독일 및 일본의 제도를 살펴보면, 피고인의 방어권이 불가침의 권리가 아니며, 피고인의 방어권을 보장하면서도 피해자에게 소송주체로서의 지위를 부여할 수 있음이 분명합니다.

독일 형사법체계에서 피해자는 소송당사자이자 소송주체로서의 지위를 지니고 있습니다. 발생한 범죄에 대하여 검사가 피의자를 기소하는 것이 보통이지만 해당 범죄가 주거침입, 모욕, 서신비밀침해, 상해, 스토킹, 협박, 재물손괴 등과 같은 비교적

경미한 개인적 법익침해와 관련성이 있는 경우 피해자는 사인기소권자(Privatklage)의 자격으로 검사에게 고소할 필요가 없이 직접 소추할 수 있습니다. 뿐만 아니라 형법상 특정 범죄에 대하여 검사가 공소를 제기했을 때 피해자는 이 사건의 보조기소인(Nebenklage)으로 참여할 수도 있습니다. 피해자 변호사는 법원에 제출되어 있거나 공소를 제기할 때 제출되어야 하는 기록을 피해자를 위하여 열람할 수 있으며, 정당한 이익이 있음을 변호인이 입증한 경우에는 관청이 보관하고 있는 증거물을 열람할 수 있습니다.⁴

독일의 부대공소제도 하에서 피해자는 공판절차에 참가하여 독자적인 권리를 행사할 수 있습니다. 부대공소제도는 피해자 등이 공판절차에서 당해 범죄와 관련한 의견을 진술하는 차원을 뛰어넘어 피고인측의 부당한 책임을 떠넘기기나 허위의 주장으로부터 피해자를 보호하고, 다른 한편으로 검사의 소극적 공소유지를 통제하는 역할을 담당하고 있습니다. 부대공소제도하에서 공소참가인은 ① 공판기일출석권, ② 피고인, 증인, 감정인에 대한 질문권, ③ 재판장의 명령 및 개별 질문에 대한 이의제기권, ④ 증거신청권 및 증거신청 기각결정에 대한 상소권, ⑤ 증거조사에 관한 의견진술권, ⑥ 최종진술을 포함한 의견진술권, ⑦ 법관이나 감정인에 대한 기피권, ⑧ 국선변호인의 조력을 받을 권리(이상 형소법 제397조), ⑨ 상소권(형소법 제395조 제4항, 제401조 제1항 제1문)⁵ 등 검사의 지위에서 독립하여 광범위하고 독자적인 권리를 행사할 수 있습니다.⁶

일본의 경우, 형사소송법 제316조의3을 통해 고의의 범죄행위로 사람을 사상시킨 범죄와 같이 몇 가지 특정 범죄로 피해를 당한 피해자에게 공판절차상 형사절차 참가권을 부여하는 규정을 두고 있습니다. 피해자참가를 원하는 피해자나 피해자의 법정대리인은 변호사를 위탁하여 참가신청을 할 수 있기 때문에 피해자 참가가 허용되는 소송의 경우에는 형사소송법상 변호사 선임권도 인정되고 국선변호사도 활용할 수 있습니다(형사소송법 제316조의34 내지 제316조의38). 이때 피해자 변호인도 피해자를 위하여 공판절차 진행과정에서 소송기록을 열람·등사할 수 있습니다.⁷

일본의 피해자참가제도는 독일의 부대공소제도와는 달리 공판절차에 참가하는 피해자 등이 검사의 보조자적 지위에 있다는 점과 피해자참가인에게 부여되는 권리의

4 김재민, 2022

5 독일 형사소송법 제400조 제1항은, 법원이 선고한 형량이 적다고 판단하는 경우에 공소참가인이 상소를 제기할 수 없도록 명시하고 있음.

6 이진국, 2010, 범죄피해자의 공판참가를 위한 입법적 과제(이하, '이진국, 2010')

7 김재민, 2022

2 김재민, 2022, 피해자 수사서류 열람·등사권의 실효적 보장(이하, '김재민, 2022')

3 이진국, 2014, 피해자중심 형사사법의 실천을 위한 입법적 과제(이하, '이진국, 2014')

범위가 협소하다는 점에서 차이가 있습니다. 일본의 피해자참가제도에 따르면, 피해자참가인은 ① 공판기일출석권(형소법 제316조의34), ② 검사의 권한행사에 대한 의견진술권(형사소송법 제316조의35), ③ 정상사실에 대한 증인신문권(동법 제316조의36), ④ 피고인에 대한 질문권(동법 제316조의37), ⑤ 사실 및 법률에 대한 의견진술권(동법 제316조의38)만 행사할 수 있습니다.⁸

형사사법절차를 범죄행위에 대한 법의 우위를 보여주는 과정으로 이해하고 피해자를 형사사법 행정을 지원하는 증인의 역할에 국한 시키는 국가주의적 사고는 필연적으로 증인 패러다임을 채택하게 합니다. 이 증인 패러다임 하에서는 피해자 고유의 피해회복에 대한 진지한 관심이 약할 수밖에 없어 결국 피해자를 형사절차에서 소외시키기 쉽습니다. 그러나 개인적 법익을 침해한 범죄는 공공질서 위반행위가 아니라 개인의 권리와 인격에 대한 침해로 인식되어야 하므로, 피해자는 자신이 입은 피해의 복구를 위해 형사소송절차에서 주도적인 법적 지위를 갖지 않으면 안 됩니다. 그렇기에 장기적 관점에서는 우리의 형사법 체계를 권리 패러다임에 입각하여 피해자를 소송당사자로 승격시키는 방향으로 변화시켜 나가야 합니다. 검사가 피해자를 위해 소송을 수행한다고 하지만 검사는 공익의 대변자이자 객관적 관청이기에 피해자 권익보호에만 집중할 수 없는 근본적 한계가 있기 때문입니다.⁹

3. 피해자의 절차적 권리 보장에 관련된 법안 발의 현황

가. 2010년 법무부 형사소송법 개정안

우리나라에서는 1987년 10월 29일자 제9차 헌법 개정을 통하여 범죄피해자 구조 청구권(제30조)과 형사피해자의 재판정진술권(제27조 제5항)이 신설된 것을 기점으로 범죄피해자에 대한 보호가 필요한 분야별로 다양한 단행 법률이 제정·시행되었습니다. 2007년 6월 1일자로 공포된 개정 형사소송법은 형사절차상 범죄피해자를 보호하기 위한 다양한 조치를 담았습니다. 구체적으로는 모든 범죄에 대한 재정신청의 가능성 명시(제260조 이하), 신뢰관계자 동석(제163조의2, 제221조), 비디오 중계방식에

의한 신문(제165조의2), 공판진행 상황의 통지(제259조의2), 피해자의 법정진술권의 강화(제294조의2), 피해자 진술의 비공개(제294조의3), 피해자 등의 공판기록 열람·등사(제294조의4) 등입니다.¹⁰

법무부는 2010년 형사소송법에 제294조의5부터 제294조의9까지 총 5개 조문을 신설하여 공판절차상 피해자 참가 제도를 도입하기 위하여 법안을 발의하였습니다.¹¹ 구체적으로 ① 살인, 상해, 교통사고, 약취·유인, 성범죄, 강도 등 범죄의 피해자, 법정대리인 또는 이들로부터 참가의 위임을 받은 변호사가 해당 사건의 공판절차 참가를 검사에게 신청한 경우, 검사는 의견을 붙여 법원에 이를 송부하고, 법원은 결정으로 참가를 허가할 수 있도록 하고(안 제294조의5), ② 피해자 참가인은 해당 사건의 공판절차에 출석할 수 있고, 법원은 피해자 참가인 또는 그 위임을 받은 변호사에게 그 기일을 통지해 주어야 하며, 법원은 심리의 상황, 참가인의 수 그 밖의 사정을 고려하여 부득이하다고 인정한 때에는 그 기일의 일부에 출석을 불허할 수 있도록 하고(안 제294조의6), ③ 피해자 참가인 또는 그 위임을 받은 변호사는 법원의 허가를 받아 정상에 관한 증인의 증언의 증명력을 다투기 위한 경우에만 증인신문을 할 수 있도록 하고(안 제294조의7), ④ 피해자 참가인 또는 그 위임을 받은 변호사는 법원의 허가를 받아 피고인신문을 할 수 있도록 하고(안 제294조의8), ⑤ 피해자 참가인 또는 그 위임을 받은 변호사는 공소사실의 범위 내에서 법원의 허가를 받아 의견진술을 할 수 있도록 하는 내용입니다(안 제294조의9).

제294조의5부터 제294조의9까지를 각각 다음과 같이 신설한다.
제294조의5(피해자등의 피고사건 참가) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄의 피해자와 그 법정대리인(피해자가 사망하거나 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 배우자·직계친족·형제자매를 포함하며, 이하 이 조에서 “피해자등”이라 한다) 또는 피해자등으로부터 참가의 위임을 받은 변호인이 해당 사건의 공판절차(공판준비절차는 제외한다) 참가를 신청하는 경우에는 피고인 또는 그 변호인의 의견을 듣고, 범죄의 성질, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정을 고려하여 결정으로 참가를 허가할 수 있다.
1. 「형법」 제2편 제24장의 죄 중 제250조, 제252조부터 제254조까지(제251조의 미수죄는 제외한다), 제2편 제25장의 죄 중 제257조부터 제259조까지, 제262조, 제2편 제26장의 죄 중 제268조(「교통사고처리 특례법」이 적용되는 경우에만 해당한다), 제2편 제31장의 죄 중 제287조부터 제289조까지, 제294조(제291조부터 제293조까지의 미수죄는 제외한다), 제2편 제32장의 죄 중 제297조부터 제303조까지, 제305조, 제2편 제37장의 죄 중 제324조의3부터 제324조의5(제324조, 제324조의2의 미수죄는 제외한다)까지, 제2편 제38장의 죄 중 제337조부터 제339조까지, 제340조제2항·제3항 및 제342조(제329조부터 제336조까지, 제340조제1항, 제341조의 미수죄는 제외한다)의 죄

⁸ 이진국, 2010

⁹ 김재민, 2022

¹⁰ 이진국, 2010

¹¹ 형사소송법일부개정법률안(정부, 의안번호:1812633)

<p>2. 제1호의 죄 중 이를 가중처벌하는 죄</p> <p>㉔ 제1항에 따른 공판절차 참가신청은 사전에 검사에게 하여야 하며, 참가신청을 받은 검사는 의견을 붙여 법원에 송부하여야 한다.</p> <p>㉕ 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 결정으로 제1항에 따른 공판절차 참가결정을 취소할 수 있다.</p> <p>1. 제1항에 따라 참가가 허가된 피해자등(이하 “피해자측참가인”이라 한다)이 피해자등에 해당하지 아니하거나 해당하지 아니하게 된 것이 명백한 경우</p> <p>2. 제298조에 따른 공소장의 변경으로 해당 사건이 제1항 각 호에 규정된 죄에 해당하지 아니하게 된 경우</p> <p>3. 범죄의 성질 등에 비추어 피해자측참가인의 참가로 인하여 공판진행에 현저한 장애가 발생할 우려가 있거나 그 밖의 사정을 고려하여 피해자측참가인이 계속 참가하는 것이 적당하지 아니하다고 판단되는 경우</p> <p>㉖ 제1항에 따라 피해자등으로부터 참가의 위임을 받을 수 있는 변호인의 자격에 관하여는 제31조를 준용하고, 피해자측참가인의 공판절차 참가의 방법 및 절차 등에 관하여는 제163조의2, 제165조의2(차폐시설 등을 설치하고 신문하는 경우에만 해당한다), 제294조의2제3항·제4항 및 제294조의3을 각각 준용한다.</p> <p>㉗ 제1항 및 제3항에 따른 법원의 결정에 대해서는 불복할 수 없다.</p> <p>제294조의7(피해자측참가인 등의 증인신문) ㉑ 법원은 피해자측참가인이 증인신문을 신청한 경우에는 피고인 또는 그 변호인의 의견을 듣고, 신문사항, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되면 피해자측참가인이 증인을 신문하도록 허가할 수 있다. 이 경우 증인에 대한 신문은 정상에 관한 증언의 증명력을 다하기 위한 것에 한정한다.</p> <p>㉒ 제1항에 따른 증인신문의 신청은 신문사항을 명백히 하여 검사에게 하여야 하며, 신청을 받은 검사는 해당 사항에 관하여 직접 신문하는 경우를 제외하고는 의견을 붙여 법원에 제출하여야 한다.</p> <p>㉓ 제1항에 따른 증인신문은 검사의 신문이 끝난 후(검사의 신문이 없을 때에는 피고인 또는 그 변호인의 신문이 끝난 후)에 한다.</p> <p>㉔ 법원은 피해자측참가인이 제1항 후단에서 규정한 사항 외의 사항에 관하여 신문할 때에는 이를 제지할 수 있다.</p> <p>제294조의8(피해자측참가인 등의 피고인신문) ㉑ 법원은 피해자측참가인이 피고인신문을 신청한 경우에는 피고인 또는 그 변호인의 의견을 듣고, 신문사항, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되면 피해자측참가인이 피고인을 신문하도록 허가할 수 있다.</p> <p>㉒ 제1항에 따른 피고인 신문절차에 관하여는 제294조의7제2항 및 제3항을 준용한다.</p> <p>㉓ 법원은 피해자측참가인이 공소사실 및 정상에 관하여 필요한 사항 외의 사항에 관하여 신문할 때에는 이를 제지할 수 있다.</p> <p>제294조의9(피해자측참가인 등의 의견진술) ㉑ 법원은 피해자측참가인이 공소사실의 범위에서 의견진술을 신청한 경우 범죄의 성질, 피해자측참가인의 연령과 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되면 제302조에 따른 검사의 의견진술 후에 피해자측참가인이 의견을 진술하도록 허가할 수 있다. 다만, 피해자측참가인이 이미 해당 사건의 공판절차에서 제294조의2에 따라 충분히 그 의견을 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>㉒ 제1항에 따른 의견진술의 신청은 진술의 요지를 명백히 하여 검사에게 하여야 하며, 신청을 받은 검사는 의견을 붙여 법원에 제출하여야 한다.</p> <p>㉓ 제294조의8제3항은 제1항에 따라 피해자측참가인이 의견진술을 하는 경우에 준용한다.</p>	
--	--

법무부의 형사소송법 개정법률안은 피해자참가제도를 도입함에 있어 보호기능만 고려하고 있을 뿐 통제기능은 전혀 고려하지 않는다는 비판이 제기되었습니다. 법원으로부터 기소가 강제된 사건에서 검사의 소극적 공소유지를 통제할 필요성이 크기 때문에 재정신청 사건에 대해서는 피해자에게 독자적으로 공판절차에 참가할 가능성을 인정해야 한다는 것입니다. 당시 개정안은 일본의 제도를 거의 그대로 차용한 것인데, 일본의 경우 검사가 불기소한 사건에 대하여 법원의 재정신청을 통하든 검찰심사회를 통하든 그 사건에 대한 공소가 제기되면 그 이후의 공소유지는 - 우리나라와는 달리 - 법원이 지정한 변호사가 담당하게 되어 있기 때문에 검사의 소극적인 공소유지에 대한 피해자측의 통제 문제가 등장하지 않고, 따라서 피해자 참가 제도에 피해자의 통제기능을 인정할 필요성이 존재하지 않지만,¹² 그렇지 않은 우리나라 형사소송법 체제 하에서는 법원으로부터 재정신청이 인정된 사건은 모두 피해자 참가의 대상범죄로 삼고, 이 경우에 피해자 참가인에 대해서는 구형사소송법상 공소유지변호사에게 부여되는 광범위한 권리가 인정되어야 한다는 비판이 제기되었습니다.¹³

하지만 위 개정안은 위와 같은 비판보다는 피고인의 방어권을 침해한다는 반대 여론의 문턱을 넘지 못하고 폐기되었습니다. 당시 법률신문 인터뷰¹⁴에서 한 부장판사는 “피해자의 형사재판절차 참여도 현행 규정상 피해자진술제나 증인출석 등을 통해 충분히 가능해 큰 실효성이 없을 것”이라는 반대 의견을 냈고, 서울대 법학전문대학원 교수는 “역사적으로 볼 때 형소법 개정과정은 피의자와 피고인의 인권보장을 확대하는 방향으로 추진돼 왔다”며 반대 의견을 냈습니다.

당시 시민사회 역시 피고인 방어권 보장 차원에서 반대하는 입장을 강하게 밝혔던 것으로 보입니다. 참여연대는 2011. 1. 7. 발간한 「형법 및 형사소송법 일부개정법률(안)」보고서를 통하여 법무부의 피해자 참가 제도 도입에 대하여 반대의견을 밝혔습니다. 참여연대는 피고인의 범죄사실과 형사책임을 확정하는 과정은 개인의 피해에 대한 응보 차원으로 행해지는 게 아니기 때문에 소추관의 지위가 아니라, 어디까지나 감시자 및 증인의 지위에 머물러야 하며, 본 제도는 피해자가 직접 피고인과 증인들에 대한 신문까지 할 수 있도록 함(안 제294조의7, 8)으로써 형사절차의 하나인 공판과정을 사적 분쟁의 현장으로 만들 수 있다는 우려가 있다는 점을 그 근거로 들었습니다.¹⁵

¹² 이진국, 2010

¹³ 이진국, 2010

¹⁴ 법률신문, 2010. 10. 7., “사법협조자 형벌감면… 참고인 출석 의무화”

¹⁵ 피해자 참여제도 전체에 대한 반대인지, 피해자가 직접 증인신문 등을 할 수 있다는 점에 대하여만 반대하는 것인지는 불분명하나, 보고서에 위와 같은 표현을 기재하여 피해자는 ‘증인의 지위에 머물러야 한다’고 주장함.

결국 피해자 참가 제도는 도입되지 못하였고, 현재까지 우리나라의 형사절차에서 피해자는 여전히 증인 등의 객체로서의 지위에 머물고 있으며 선진 외국의 형사절차에서 볼 수 있는 주체적 지위를 인정받지 못하고 있습니다.¹⁶

나. 현행 법령 및 법무부 및 22대 국회에 발의된 개정안 주요 내용

법무부는 2024. 5. 16. 공탁법 및 형사소송법 개정안 입법 예고 등을 포함해 7대 범죄피해자 보호·지원정책을 추진한다고 공개하였고, 발표된 7대 핵심 정책은 ① 공탁제도 악용(기습공탁) 방지, ② 피해자에게 가해자 주소정보 제공, ③ 가해자 상대 국가 구상권 행사 강화, ④ 재판기록 열람·등사권 강화, ⑤ 국선변호사 지원 범위 확대, ⑥ 범죄피해자 보호·지원 신청서류 간소화 ⑦ 원스톱 지원체계 구축·운영입니다.¹⁷ 그 중에서도 성폭력 피해자의 절차적 권리에 대한 논의가 재판기록 열람·등사권에 집중되고 있습니다.¹⁸

현행 형사소송법 제294조의 4는 “피해자 등의 공판기록 열람·등사”라는 표제로 형사재판절차에서 피해자의 기록 열람·등사 신청권 규정을 두고 있습니다. 제1항은 “소송계속 중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 소송기록의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 수 있다.”고 규정하고, 동조 제3항은 “재판장은 피해자 등의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하거나 그 밖의 정당한 사유가 있는 경우 범죄의 성질, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 열람 또는 등사를 허가할 수 있다.” 제6항은 “제3항 및 제4항에 관한 재판에 대하여는 불복할 수 없다”고 규정하고 있습니다.

성폭력처벌법¹⁹ 제27조 제1항은 “성폭력범죄의 피해자 및 그 법정대리인(이하 “피해자등”이라 한다)은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호사를 선임할 수 있다.”고 규정하고, 동조 제4항은 “제1항에 따른

16 이진국, 2010
 17 조선일보, 2024. 5. 16. 기습공탁 막는다... 법무부, 범죄피해자 보호·지원 7대 핵심 정책 추진
 18 뉴스투데이, 2024. 7. 9., 김도읍 국회의원, 범죄피해자 보호·지원 강화8법(法) 대표발의, MBC, 2024. 6. 7. 형사사건 피해자는 재판 기록 열람 불가? 그 이유는?, 경향신문, 2024. 6. 5. ‘편의점 쏘켓 폭행’ 피해자, “판사만 보는 가해자 반성문, 누구를 위한 반성인가”, 뉴스1, 2024. 2. 27, 국선변호사 지원 강력범죄로 확대한다...피해자 열람등사권도 강화
 19 성폭력범죄의처벌등에관한특례법

변호사는 증거보전 후 관계 서류나 증거물, 소송계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다.”고 규정하고 있습니다.

실무상으로, 성폭력 범죄 피해자는 일반 범죄 피해자보다 열람·등사할 수 있는 공판 기록의 범위가 넓습니다. 그러나 일부 재판부는 공소장 이외의 공판 기록에 대한 열람·등사를 허용하지 않아, 변호인 의견서를 포함한 증거 기록을 열람할 수 없는 경우도 있습니다. 이로 인해 피고인이 허위나 왜곡된 주장을 하고 진술을 번복한 경우에 이를 효과적으로 반박하기 어렵습니다. 증인 신문 과정에서 변호인의 질문 등을 통해 피고인의 주장을 유추할 수는 있지만, 공판기록을 직접 확인하지 못한다면 분명한 한계가 있습니다.

이에 관하여 법무부는 2024. 2. 27. 현행 형사소송법은 피해자 등이 소송기록의 열람·등사를 신청한 경우 재판장이 재량으로 허가할 수 있도록 하면서 그에 관한 결정에 불복할 수 없도록 규정하고 있는데, 최근 열람·등사의 허가 여부 및 그 범위에 대한 판단 기준이 일관되지 아니하고 피해자의 신변보호나 피해회복 등 권리구제에 미흡하다는 지적이 지속적으로 제기되고 있다는 이유로, 형사소송법 일부개정법률안을 발의하였습니다.

법원이 피해자의 열람·등사 신청을 불허하거나 조건부 허가하는 경우 피해자가 이의를 제기할 수 있는 절차를 마련하고, 중대 강력범죄와 취약계층 대상 범죄에 대해서는 신변 보호와 권리 구제 필요성이 인정될 경우 원칙적으로 열람·등사를 허가하도록 특례 규정을 마련하는 것이 개정안의 주요 내용입니다.

현행	개정안
제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사) ①소송계속 중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 소송기록의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 수 있다. ②재판장은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사, 피고인 또는 변호인에게 그 취지를 통지하여야 한다.	제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사) ①----- ----- ----- ----- ----- 법원에 -----. ②법원----- -----.

<p>③재판장은 피해자 등의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하거나 그 밖의 정당한 사유가 있는 경우 범죄의 성질, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 열람 또는 등사를 허가할 수 있다.</p> <p>④재판장이 제3항에 따라 등사를 허가하는 경우에는 등사한 소송기록의 사용목적 제한하거나 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.</p> <p><신 설></p>	<p>③법원-----</p> <p>----- 결정으로 열람 또는 등사를 허가--</p> <p>.</p> <p>④ 법원은 제3항에 따라 등사를 허가하는 경우에는 등사한 소송기록의 사용목적 제한이나 그 밖에 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.</p> <p>⑤ 법원은 열람 또는 등사를 허가하지 아니하거나 제4항에 따라 조건을 붙여 허가하는 경우에는 열람 또는 등사를 신청한 자에게 그 이유를 통지하여야 한다.</p> <p>⑥ (현행 제5항과 같음)</p> <p>⑦ 제3항 및 제4항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.</p>
<p>⑤ (생 략)</p> <p>⑥제3항 및 제4항에 관한 재판에 대하여는 불복할 수 없다.</p>	

그러나 위 형사소송법 개정안은 2024. 5. 29. 21대 국회 임기만료로 폐기되었습니다.

한편 22대 국회에서도 유사한 내용의 형사소송법 일부개정법률안이 발의되었습니다.²⁰ 주된 내용은 소송계속 중인 사건의 피해자 등이 소송기록의 열람·등사를 신청하였으나, 재판장이 소송기록의 열람 또는 등사를 허가하지 아니하거나 조건을 붙여 허가하는 경우, 열람·등사를 신청한 자에게 그 이유를 통지하도록 법률에 명시하는 것입니다.

현행	개정안
제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사) ① ~ ⑥ (생 략) <신 설>	제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사) ① ~ ⑥ (현행과 같음) ⑦ 재판장은 열람 또는 등사를 허가하지 아니하거나 제4항에 따라 조건을 붙여 허가하는 경우에는 열람 또는 등사를 신청한 자에게 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 그 이유를 통지하여야 한다.

일부 범죄에 대해서는 형사소송법에 대한 특례를 마련하는 개정안도 동시에 발의되었습니다.²¹ 주된 내용은 보복범죄 우려와 권리구제 필요성이 큰

20 형사소송법일부개정법률안(김도읍의원 등 10인, 의안번호: 2201409)
21 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 일부개정법률안(김도읍의원 등 10인, 의안번호:

특정강력범죄사건의 피해자나 그 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 변호사 등은 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 또는 물건을 원칙적으로 열람 또는 등사할 수 있도록 하고, 검사가 열람 또는 등사를 허가하지 아니하거나 조건을 붙여 허가한 경우 그 이유를 통지하도록 하며, 통지를 받은 자는 법원에 불복신청을 할 수 있도록 하고, 또한 재판장은 특정강력범죄사건의 피해자나 그 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 변호사 등이 「형사소송법」 제294조의4제1항에 따른 소송기록이나 증거보전 후 관계 서류·증거물의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청한 경우 같은 조 제3항에도 불구하고 피해자등의 신변보호 또는 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되면 특별한 이유가 있는 경우를 제외하고는 결정으로 열람 또는 등사를 허가하도록 하는 것입니다.

현행	개정안
<신 설>	<p>제8조의3(검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사) ① 특정강력범죄사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사(이하 "피해자등"이라 한다)는 검사에게 「형사소송법」 제266조의3제1항제1호에 따른 서류 또는 물건(이하 이 조에서 "서류등"이라 한다)의 열람 또는 등사를 신청할 수 있다.</p> <p>② 검사는 제1항의 신청에 대하여 피해자등의 신변보호 또는 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 열람 또는 등사를 허가하여야 한다. 다만, 「형사소송법」 제59조의2제2항제2호부터 제6호까지의 사유(이 경우 "소송기록"은 "서류등"으로 본다) 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 열람 또는 등사를 허가하지 아니할 수 있다.</p> <p>③ 검사는 제2항 본문에 따라 등사를 허가하는 경우에는 서류등의 사용목적 제한이나 그 밖에 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.</p> <p>④ 검사는 열람 또는 등사를 허가하지 아니하거나 제3항에 따라 조건을 붙여 허가하는 경우에는 열람 또는 등사를 신청한 자에게 그 이유를 통지하여야 한다.</p>

<p><신 설></p>	<p>⑤ 제1항에 따라 서류등을 열람 또는 등사한 자는 열람 또는 등사로 알게 된 사항을 사용하는 경우 부당히 관계인의 명예나 생활의 평온을 해하거나 수사와 재판에 지장을 주지 아니하도록 하여야 한다.</p> <p>⑥ 제4항에 따른 통지를 받은 자는 해당 기록을 보관하고 있는 검찰청에 대응한 법원에 검사의 처분에 대한 취소 또는 변경을 신청할 수 있다.</p> <p>⑦ 제6항의 불복신청에 관하여는 「형사소송법」 제409조 및 제413조부터 제418조까지를 준용한다.</p> <p>제8조의4(피해자 등의 공판기록 등 열람·등사)</p> <p>① 재판장은 피해자 등이 「형사소송법」 제294조의4제1항에 따른 소송기록의 열람 또는 등사를 법원에 신청한 경우에는 같은 조 제3항에도 불구하고 피해자등의 신변보호 또는 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되면 결정으로 열람 또는 등사를 허가하여야 한다. 다만, 「형사소송법」 제59조의2제2항제2호부터 제6호까지의 사유 중 어느 하나에 해당하는 경우 또는 심리의 상황에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에는 열람 또는 등사를 허가하지 아니할 수 있다.</p> <p>② 피해자등은 증거보전 후 관계 서류나 증거물의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 수 있다. 이 경우 제1항 및 「형사소송법」 제294조의4제2항, 같은 조 제4항부터 제7항까지를 준용한다.</p> <p>제8조의5(피해자에 대한 변호사 선임의 특례) ① 특정강력범죄사건의 피해자 및 그 법정대리인은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장받기 위하여 변호사를 선임할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따른 변호사는 검사 또는 사법경찰관의 피해자 및 그 법정대리인에 대한 조사에 참여하여 의견을 진술할 수 있다. 다만, 조사 도중에는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다.</p> <p>③ 제1항에 따른 변호사는 피의자에 대한 구속 전 피의자심문, 증거보전절차, 공판준비기일 및 공판절차에 출석하여 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 필요한 절차에 관한 구체적 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>
<p><신 설></p>	

	<p>④ 제1항에 따른 변호사는 형사절차에서 피해자 및 그 법정대리인의 대리가 허용될 수 있는 모든 소송행위에 대한 포괄적인 대리권을 가진다.</p> <p>⑤ 검사는 피해자에게 변호사가 없는 경우 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있다. 다만, 19세 미만인 피해자나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자에게 변호사가 없는 경우에는 국선변호사를 선정하여야 한다.</p>
--	---

또한, 성폭력범죄의 경우에는 위 특정강력범죄의처벌에관한특례법이 준용된다는 특례를 두는 내용의 법안도 함께 발의되었습니다.²²

현 행	개 정 안
<p>제22조(「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」의 준용) 성폭력범죄에 대한 처벌절차에는 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제7조(증인에 대한 신변안전조치), 제8조(출판물 게재 등으로부터의 피해자 보호), 제9조(소송진행의 협의), 제12조(간이공판절차의 결정) 및 제13조(판결선고)를 준용한다.</p> <p>제27조(성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례) ① ~ ③ (생략)</p> <p>④ 제1항에 따른 변호사는 증거보전 후 관계 서류나 증거물, 소송계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다.</p> <p>⑤ · ⑥ (생략)</p>	<p>제22조(「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」의 준용) 성폭력범죄에 대한 형사절차에 관하여는 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제7조, 제8조, 제8조의3, 제8조의4, 제9조, 제12조 및 제13조를 준용한다. 이 경우 “특정강력범죄”는 “성폭력범죄”로 본다.</p> <p>제27조(성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례) ① ~ ③ (현행과 같음)</p> <p><삭 제></p> <p>⑤ · ⑥ (현행과 같음)</p>

²² 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안(김도읍의원 등 10인, 의안번호: 2201419)

제49조의2(간주규정) ① 「군사법원법」 제2조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(이하 이 조에서 “군인등”이라 한다)에 대하여 군사법원이 재판권을 가지는 경우 제27조제2항·제6항, 제29조, 제30조, 제33조제1항부터 제4항까지, 제34조, 제40조제1항, 제41조, 제42조제2항·제4항을 적용함에 있어 “법원”은 “군사법원(고등법원을 포함한다)”으로, “수사기관”은 “군수사기관”으로, “검사”는 “군검사”로, “사법경찰관”은 “군사법경찰관”으로, “국선변호사”는 “변호사 자격이 있는 장교”로 간주한다.	제49조의2(간주규정) ① ----- ----- -----제22조, 제27조제2항·제6항----- ----- ----- ----- ----- -----.
②·③ (생략)	②·③ (현행과 같음)

4. 제언

이상과 같이 패러다임의 전환 없이 피해자의 열람·등사권 등만을 강화하는 것은 근본적인 해결방안이 아닙니다. 특히 성폭력 범죄와 같이 직접적인 증거가 없으며, 범죄피해로 인한 인격권의 침해가 중대한 경우에는 피해자가 적극적으로 재판 절차에 참여할 수 있도록 하여야 하고, 특히 피해자의 진술과 양립할 수 없는 주장을 하고 있는 피고인 및 증인에게 질문하고 이에 관하여 적극적으로 의견을 밝힐 수 있어야 합니다. 재판 과정에서 발생하는 2차 피해를 유발하는 질문 및 주장에 대해서 어떻게 접근할지 판단하기 전에 피해자에게 이를 인식할 수 있는 기회를 제공하여야 할 것이며, 재판과정에서 이를 회복할 수 있는 기회도 보장하여야 할 것입니다. 피해자가 어떠한 주장이 이루어졌는지도 모르며, 그러한 피고인의 주장에 정당한 근거가 있는지에 대한 본격적인 심리가 이루어지지 않는다면, 2차 피해를 유발하는 변론을 어떻게 처리할 것인지에 대한 논의는 피상적으로 될 수밖에 없습니다.

우리나라 학계에서는 과거 피해자에게 광범위하고 강력한 권리가 부여되어 있는 독일 형사소송법 제395조 이하의 부대공소제도를 형사소송법에 도입할 경우에는 피해자가 개인적인 이익과 응보감정을 추구할 목적으로 소송을 수행해나갈 가능성이 크고, 이로써 피고인의 방어권을 약화시킬 위험이 있다는 점을 고려하여 부대공소제도의

도입에 소극적인 견해가 적지 않았습니다.²³

이에 대한 대안으로 일본 형사소송법 제316조의33에 규정되어 있는 피해자 참가 제도를 모범으로 하여 그것을 도입해야 한다는 주장이 설득력을 얻었습니다. 그 주된 근거로는, 독일의 부대공소제도와는 달리 검사가 형사소송을 주도하고 피해자가 보조적으로 참가하는 방식을 취하고 있는 일본의 피해자 참가 제도를 도입하면 국가형벌권의 적정한 행사를 방해하는 문제는 발생하지 않고, 다른 한편으로 피고인의 방어권이 피해자의 절차참가를 통한 진실규명이라는 형사사법의 가치보다 우월할 수 없다는 점이었습니다.²⁴

이미 14년 전에 이러한 논의가 이루어져 법무부의 형사소송법 개정안 발의까지 이루어졌으나, 최근의 피해자 절차적 권리에 대한 논의는 당시의 논의보다 훨씬 후퇴된 것으로 보입니다.

지금이라도 피해자 참가 제도에 대한 재논의를 시작하고, 패러다임의 전환을 강력하게 촉구해야 합니다. 22대 국회에서는 피해자가 형사절차에서 주변인이 아닌 당사자임을 전제로 한 피해자 보호 정책을 도입하여야 할 것입니다.

23 이진국, 2010

24 이진국, 2010

1. 누구나 변호인의 조력을 받을 권리와 성폭력 가해 변론의 시장화

대한민국 헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”라고 규정하고 있다. 또한, 헌법재판소는 “불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 법치국가원리, 적법 절차 원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다”(헌법재판소 2004.9.23선고 2000헌마138)고 판시한 바 있다. 국가 형벌권을 상대로 개인이 자신의 억울함이나 변소를 하기 위해서 법률적 지식과 설명에 능하지 않은 일반인이 법률 조력인의 도움을 받는 것은 헌법에 명시된 기본권이다.

지난 22대 국회의원 선거 당시, 후보자로 거론되었던 한 변호사가 과거 성폭력 가해자 변론과정에서 성폭력 통념과 피해자에 대한 2차 피해 문제가 불거져 사퇴했다. 해당 변호사는 위와 같은 헌법상의 기본권을 근거로 누구나 변호인의 조력을 받을 권리가 있고, 변호사로서의 윤리적 의무를 근거로 사회적으로 비난을 받는다는 이유로 수임을 거절하지 않는다며 성폭력 가해자 변론권에 대해 항변하기도 하였다.

문제는 누구나 변호인의 조력을 받을 권리와 성폭력 가해 변호 과정에서의 문제를 마치 충돌하는 가치인 것처럼 해석하거나 혼동하는 것이다. 개인이 행한 범죄가 분명함에도 이를 달리 주장하기 위해서 적극적 변호 과정에서 피해자 비난, 의심 더 나아가 성폭력 통념이나 왜곡된 인식을 기반으로 한 추가적인 피해를 양산한다면 그것은 변호인의 적극적 변론권 하에 있다기보다 오히려 2차 피해 발생의 과정이라고 봐야 한다. 특히, 성폭력 가해 변론을 적극적인 마케팅 도구로 활용하는 성범죄 변론 시장화는 단일 사건을 넘어 성폭력, 성폭력 피해, 그리고 성폭력 피해자에 대한 왜곡된

발제 3.

성범죄 변론 시장화, 무엇이 문제인가

최란 한국성폭력상담소 부소장

통념을 양산한다는 점에서 대단히 문제적이다.

2. 성폭력 변론 시장화의 등장

2007년 법학전문대학원 설치 운영에 관한 법률이 국회 의결을 거친 이후, 연간 700명의 신입변호사와 300명의 판검사가 배출되던 이전과 달리 변호사 시장은 확대되었다. 2012년 14,534명이었던 변호사는 2023년 기준 34,672명으로 3배 가까이 늘어났고, 연평균 1,700명의 변호사가 새롭게 변호사 시장에 등장하고 있다. 법조계 내부에서는 고용환경과 시장 변화 없이 자격사 배출 규모가 늘어나면서 변호사 직역 대상으로 무리한 과잉경쟁 문제가 심화되고 있다고 진단하는데, 법조 시장 규모도 로스쿨 도입 후 2배 이상 증가¹하였다. 2022년 국세청 자료에 따르면, 법무법인 및 개인 변호사 부가가치세 신고액 기준 국내 법률시장 규모는 8조 1861억 원으로, 통계에 잡히지 않는 사내 변호사 시장을 제외하고도 로스쿨 도입 전인 2012년(3조 6096억 원)과 비교하여 127% 커졌다. 변호사 인력 규모의 변화가 변호사 시장 자체의 확대에 영향을 준 것이다. 그리고 변호사 시장의 확대 과정의 한 축에는 ‘돈이 되는 성범죄 변론’이라는 하나의 시장을 형성하며 급증한 성폭력 변론 전담 로펌의 등장이 있다.

언론 보도자료에 따르면, 2016년~2017년경 성범죄 전담²을 내세우는 로펌은 한두 개에 그쳤지만, 2018년을 지나면서 급증하였고, 당시 포털사이트에 유료광고로 성범죄 전담임을 내세운 로펌의 숫자는 77개에 달했다³.

<표1. 제1심 형사공판 사건 성폭력 관련 죄명별 처리인원수>

(처리인원수, 구성비 %)					
	2018년	2019년	2020년	2021년	2022년
강간과 추행의 죄	6,210 (2.6%)	6,048 (2.6%)	6,135 (2.5%)	6,068 (2.6%)	6,424 (2.9%)

1 로스쿨 도입 이후...변호사 2배 늘었지만, 법률시장도 2배 커졌다, 허란 기자, 한국경제신문, 2024. 2. 21 일자

2 대한변호사협회의 변호사업무 광고 규정에 따라 전문분야를 등록한 변호사만이 ‘전문’이라는 명칭을 사용할 수 있는데 성범죄는 전문분야가 없어 ‘성범죄 전담’ 또는 ‘성범죄 형사 전문’ 등의 표현을 사용하여 홍보한다.

3 성범죄를 저질렀다고요? 저희가 ‘구출’해드리겠습니다. 신지민 기자, 한겨레신문, 2018. 9. 15 일자, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/862196.html

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법	5,022 (2.1%)	4,995 (2.1%)	4,812 (2.0%)	5,018 (2.2%)	5,205 (2.3%)
아동·청소년의 성 보호에 관한 법률	1,742 (0.7%)	1,597 (0.7%)	1,780 (0.7%)	3,033 (1.3%)	2,418 (1.1%)

2022년 사법연감 자료에 따르면, 성폭력 관련 범죄 1심 누계 접수 건수는 <표1> 과 같다. 지난 5년간 형사공판 사건 중 성폭력 관련 죄명별 처리인원수에 연도별 차이가 유의미하게 확인되지 않지만, 소폭 증가세에 있다. 강간과 추행의 죄의 경우 2018년 전체 형사사건 중 2.6%에서 2022년 2.9%로 증가하였고, 성폭력처벌법 위반으로 기소된 사건도 2018년 2.1%에서 2.3%로 증가하였다. 아동·청소년의 성 보호에 관한 법률로 기소되어 재판에 이른 건수는 2018년 1,742명(0.7%)에서 2021년 3,033명(1.3%)으로 약 2배 가까이 늘었는데 기소 건수의 변화로 성폭력 관련 가해자를 위한 변호사 시장의 확대를 유추해볼 수 있다.

<표2. 제1심 형사공판 사건 성폭력 관련 죄명별 항소율*>

	2018년	2019년	2020년	2021년	2022년
전체범죄항소율 합계	41.9%	42.7%	41.6%	44.1%	44.3%
강간과 추행의 죄	49%	52.1%	51.3%	54.7%	55%
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법	48.1%	49.8%	53%	54.1%	55.6%
아동·청소년의 성 보호에 관한 법률	56.4%	58.5%	62.5%	53.3%	60.2%

* 판결인원수 대비 항소인원수

<표2> 의 1심 형사공판 사건 중 항소율을 보면 성폭력 관련 죄명의 항소율은 전체범죄를 포함한 평균치보다 모두 높는데, 22년에는 형법상 강간과 추행의 죄(55%), 성폭력처벌법(55.6%)이나 아동법(60.2%) 등 특례법 위반 피고인의 절반 이상이 항소하여 2심 재판에 이르고 있다는 것을 알 수 있다.

성폭력 형사 사건 기소율의 증가세, 1심 결과에 항소하여 2심에 이르는 재판비율, 그리고 점차 확대되는 성폭력 변론 광고의 확대를 보았을 때 다른 강력범죄 달리 유독 성폭력 사건에 대한 변호시장의 개입이 넓어지고 있는 이유가 무엇인지 제대로 짚을 필요가 있다.

3. 성폭력 변론 시장화의 실태

1) 처벌을 무력화하는 성폭력 변론 시장

포털사이트에 ‘성폭력’을 검색하면 유료광고로 성범죄 변론을 전담하는 법무법인의 광고가 뜬다. 이들은 ‘성범죄 로펌’, ‘성범죄 전문’, ‘형사전담팀’, ‘성범죄센터’ 등의 미사여구로 로펌을 소개한다. 이 중에는 ‘24시간 상담 가능’, ‘확실한/압도적 성공사례’, ‘증거 없이 승소’, ‘불송치·무죄 등 3만 건 해결’ 등을 내세우며 성폭력 가해자들의 변론을 자처하고 있다.

홍보 방식도 더 다양해지고 정교해지고 있다. 자필 후기를 함께 업로드하여 실제 후기를 인증하는 A로펌의 경우, 사건 사례 중 성범죄와 강제추행 카테고리를 분류하여 실제 사건의 처분 정도를 게시하여 가해자들을 위한 변론을 강점으로 내세운다. 사건 개요, 본 사건의 특징, 결과의 순으로 구분된 사례 게시판에는 ‘피해자에게 용서받지 못하여 실형이 선고될 우려가 높은 사건임에도 집행유예 판결’, ‘미성년자를 대상으로 한 성범죄에서 검사 구형보다 대폭 감형’, ‘술을 먹고 피해자의 가슴을 만져 추행하였음에도 기소유예 판결’ 등의 게시글 제목이 업로드되어있다. 같은 사안이라도 성폭력 변론을 받으면 다른 결과를 이끌어낼 수 있다는 이와 같은 광고방식은 성폭력 범죄를 둘러싼 사회적 의식을 반영한다. 다수의 성폭력 사건과 동떨어진 폭행협박을 구성요건으로 하는 최협의설, 피해자도 동의했을수 있다는 오래된 강간통념, 피해자답지 않다는 무고의심, 재판부에 따라 완전히 다른 결과를 나오는 기존 판례 등이 성폭력 변론 시장화를 부추겼다고 해도 과언이 아니다.

성범죄 가해자 변론으로 2020년 설립되어 최근까지 서초동 일대의 건물을 다수 보유하며 확장한 B로펌의 경우, 가해자들의 시선에서 가해 사실을 스토리텔링하며 후기를 업로드한다. 한 예로, 불법 촬영물 반포 혐의 피의자의 성공사례는 다음과 같이 후기가 올라와 있다. ‘의뢰인은 인터넷을 하며 글이나 사진을 올렸을 뿐인 우리 시대의 보통 청년에 불과했던지라, 대체 무슨 일인지 모르는 아득한 상황에서 본 법무법인을 찾았습니다’. 이러한 성공사례를 통해 성폭력 가해자들은 보통 청년이 할 수 있는 실수를 한 것으로 이해되고, 형사소송 과정에서 로펌의 가이드에 따라 감형을 위한 적극적인 실행에 동참하게 된다.

2) 과잉 사법화의 문제

정보를 전달하는 게시글처럼 작성된 블로그 글도 하나의 마케팅 도구이다. 브랜드

콘텐츠로 분류되는 블로그 또한 성폭력 가해자들에게 감형을 구매하도록 부추긴다. C법률사무소의 경우 성폭력 가해 유형별로 ‘감형을 위한 00가지 방법’이라는 제목으로 성범죄 변론을 홍보한다.

성범죄 가해자 변론 전문 로펌이지만, 동시에 성폭력 피해자를 위한 센터를 운영하는 법무법인들도 있다. 이들은 마치 민간단체인 듯한 이름을 사용하여 피해자 상담 및 법률 대리를 하고, 동시에 피의자를 위한 솔루션도 제공한다. D 법무법인의 경우, 한국성00연구소라는 이름을 사용하여 마치 피해자 지원단체와 연계된 법무법인이라는 인상을 주는데, D 법무법인의 홈페이지를 살펴보면 성폭력 가해 전담 로펌들이 성폭력 가해자 감형을 위해 어떤 전략을 활용하는지 알 수 있다. 이들은 무고대응, 포렌식 지원, 생리 심리 검사(거짓말탐지기) 지원, 교육 이수 지원 등을 성범죄대응의 방안으로 제시한다. 특히 억울하게 성범죄 피의자가 되었다고 해서 바로 무고죄로 맞고소하는 것은 위험할 수 있어 실무적으로 성범죄 수사가 무혐의로 종결된 이후에 무고죄 고소를 진행한다며 무고를 활용한 역고소를 대표적인 성범죄 솔루션으로 제시한다. 가해자가 몰랐던 유리한 증거는 디지털포렌식을 통해 스마트폰, PC 등에 저장되어있던 정보를 수집, 복원하여 빈틈없이 방어한다고 홍보한다. 생리 심리검사(거짓말탐지기)의 경우, 사전에 질문 유형과 응답요령에 대해서 알려주고, 경찰서의 진술조사실과 유사한 환경에서 업무협약을 맺은 기관과 협업하여 모의검사를 진행하여 시뮬레이션할 수 있도록 한다. 이뿐만이 아니다. 재범 가능성이 없다는 것을 강조하기 위해서 교육 이수를 지원하는데, 교육 프로그램의 내용은 본인의 현재 상태의 진단과 재범을 방지하기 위한 동기의 강화, 성에 대한 정확한 이해, 성에 대한 왜곡된 인식과 관념의 수정, 피해자에 대한 공감, 긍정적 감정과 자존감 향상을 통한 개선 등 가해자교정 프로그램의 내용을 띄고 있다. D 법무법인은 범행 여부에 따른 변론 전략을 <표4> 와 같이 소개한다.

<표4. 성폭력 변론 전담 로펌의 판결 목표와 변론 방식>

범행유형	증거 여부	판결 목표	변론 방식
범행 사실 있음	피해자 주장밖에 없는 경우	기소유예나 벌금 등 선처	정상관계 변론 및 합의
범행 사실 있음	피해자 주장에 부합하는 다른 증인, 카톡이나 CCTV 존재	불구속, 기소유예나 벌금 등 선처	합의를 통한 감경처분
기억이 없는 경우	피해자 주장밖에 없는 경우	무죄	상대방 진술 탄핵
기억이 없는 경우	피해자 주장에 부합하는 다른 증인, 카톡이나 CCTV 존재	불구속, 기소유예나 벌금 등 선처	합의를 통한 감경처분

이와 같은 성폭력 변론 전담 로펌들의 대응은 가해자로 하여금 자신이 행한 가해사실보다 축소하여 처벌받을 가능성을 기대하게하고, 자신이 법정형과 양형기준을 고려하여 처벌받았다 하더라도 억울하다는 인식을 갖게 한다. 동시에 피해자에게는 수사재판과정에서 적극적으로 대응하지 않으면 가해자가 감형될 수 있다는 불안을 갖게하여 가해자 피해자 모두 사법적 해결과정을 과잉대응하게 만든다.

선고유예나 기소유예, 감형이 법무법인의 성공사례이자 마케팅요소가 되면서 더 많은 감형 전략들이 형사소송절차에서 등장하게 되고, 성폭력 변론 로펌들은 이를 적극적으로 실행하며 성폭력 사건 해결은 점차 과잉사법화되었다. 피해자 진술 신빙성을 탄핵한다는 명목으로 강간통념을 활용하며 2차 피해 상황이 유발하거나 감경을 목적으로 후원하고, 국민참여재판, 역고소 의 전술도 전방위적으로 활용되기에 이르렀다.

4. 성폭력 범죄 감형을 위한 전략 - 감경목적 후원, 국민참여재판 그리고 역고소

1) 감경목적 후원

한국성폭력상담소의 경우, 2015년 한 언론기사로 감경목적 후원 사례를 발견하고 그 이후 지속해서 감경목적 후원에 대해 내부적인 모니터링을 거쳐 후원 해지 및 반환처리, 해당 사건에 대한 의견서 발송 등의 대응을 해오고 있다. 당시 언론기사에 보도된 사건은 2014년 5월경, 지하철 내부에서 자신의 휴대전화를 사용하여 신원 불상 피해자의 신체를 촬영하여 카메라등이용촬영죄로 기소된 사건으로, 2심에서 원심과 같은 선고유예 판결을 받으면서 양형 이유로 ‘한국성폭력상담소에 정기후원금을 내면서 다시는 이와 같은 범행을 하지 않겠다고 다짐하고 있는 점’이 판결문에 명시되었다. 이 사례 이후로 상담소로 감경목적으로 후원문의를 하는 전화가 다수 걸려왔고, 홈페이지를 통해 후원약정을 하거나 일시 후원을 하면서 기부내역의 증빙을 요구하는 등 감경목적 후원이 성범죄 감형을 위한 전략으로 사용되고 있다는 것이 확인되었다.

2019년에 성범죄 변론 전담 로펌에서 200만 원을 일시 후원하고 이에 대한 기부 내역 증빙을 요청하기도 하였다. 후원금에 대한 기부영수증은 대체로 연말 세액공제를 위한 증빙으로 국세청에 일괄등록하고 있어 별도의 증빙서류 요청 이유를 확인하는 과정에서 가해자 로펌에서 후원한 것을 확인하게 되었는데, 해당 로펌에서는 피해자를 상담하고 봉사하는 마음에서 변호사끼리 돈을 모아서 기부하는 것이라고 설명하였으나, 집요하게 기부내역서를 요구하여 해당 후원이 감경목적을 위한 증빙서류를 위한 것으로 판단하고 반환 처리하였다.

같은 시기, 불법촬영으로 수사 중인 가해자의 가족이 가해자 이름으로 기부를 하려는 사례도 있었다. 이 사건의 가해자는 피해자 1인과는 합의하였으나, 신원이 확인되지 않은 또 다른 피해자와는 합의에 이르지 못했는데, 경찰에서 가해자 본인의 신분을 확실하게 하여 후원하면 도움이 된다고 조언을 받았으며 후원방법을 물었다.

2023년에는 성폭력 피해자 지원단체나 피해자 변호사를 통해 감경목적으로 후원한 사실이 확인되기도 하였다. 상담소에 감경목적으로 후원금 5만 원을 1회 낸 후, 후원자 감사 메시지를 양형 자료로 제출한 것을 피해자를 지원하는 타 성폭력상담소에서 재판 모니터링 과정에서 확인한 사례가 있었다. 해당 가해자는 상담소에 후원을 약정하면서 형사처분, 징계 감경 등을 목적으로 하는 후원금은 받지 않는다는 모금윤리를 확인하고, 처분 감경목적 후원이 아니라고 스스로 적시하였음에도 해당 내역을 양형 자료로 제출하였다.

피해자 국선변호사가 직접 상담소로 연락을 취한 사례도 있었다. 상담소에서는 해당 사례의 가해자가 후원한 금액은 전액 반환하고, 해당 재판부에 의견서를 제출하였으며 후원회원 자격을 박탈하기 위해 이사회에서 총회 안건으로 상정, 2024년 정기총회에서 해당 가해자 포함 총 7명에 대한 제명절차를 진행하였다.

성범죄 양형기준상 감경요소인 진지한 반성이 피해자지원단체 후원으로 인정되는 관행, 이를 적극적인 감형 전략으로 가르치고 안내하는 성범죄 변론 로펌과 수사기관 사이에서 피고인들은 진지한 반성 없이, 후원으로 감형을 손쉽게 얻어내고 있는 셈이다.

2) 국민참여재판

2021년 5.1%였던 국민참여재판 1심 무죄 선고율은 2022년 31.5%로 6배 넘게 증가했다. 이는 일반 재판의 1심 무죄 선고율이 평균 3.1%인 것과 비교하면 10배 이상의 차이⁴이다. 2020년 기준 일반 재판 무죄율은 3.7%에 반해 국민참여재판에서는 무죄율이 47.8%에 달했다⁵. 현실이 이렇다 보니 성폭력 사건 변호사 시장에서 국민참여재판은 유리한 대응전략으로 공유, 활용되고 있다. 법률전문가가 아닌 일반 시민인 배심원이 단시간에 증거조사를 통해 정확한 쟁점을 파악하거나, 증인의 모순점을 찾아내기 어렵고, 일반 시민으로서 가질 수 있는 성폭력에 대한 통념이나 자신의 결정으로 가해자의 미래가 결정될 수 있다는 부담감 등이 무죄나 양형의 선처 요소로 작동⁶하고 있다. 피해자 진술의 신빙성을 탄핵한다는 목적으로 피해자의 사회적,

4 [단독] 무죄율 10년 새 6배...숨방망이 된 '참여 재판', 한국경제, 권용훈 기자, 2024. 4. 26 일자

5 국민참여재판과 성범죄, 경향신문, 최민영, 2022.10.23일 자

6 서울대 음대 C 교수 성폭력 사건 : 국민참여재판 유죄 판결을 환영한다, 천주교성폭력상담소

경제적 상황이 분절되어 증거자료로 등장하기도 하고, 피해자의 말 한마디, 한마디가 피해자다움이라는 잣대로 피해자를 공격하는 근거가 되기도 한다.

국민의 형사재판 참여에 관한 법률에 근거하여 성폭력 범죄의 피해자 또는 대리인이 국민참여재판을 원하지 않는 경우 배제가 가능하다는 조항이 있으나, 2016년 대법원은 ‘피해자가 국민참여재판을 원하지 않는 구체적인 이유, 피고인과 피해자의 관계, 피해자의 나이나 정신상태 등의 사정을 고려해야 하고, 성폭력 범죄 피해자나 법정대리인이 국민참여재판을 원하지 않는다는 이유만으로 국민참여재판 배제 결정을 하는 것은 바람직하지 않다’라고 판시하였다(대법원 2016. 3. 16.자 2015모2898 결정).

성폭력 사건이 국민참여재판을 하면 무죄선고율 높아진다는 것을 알고 있는 성범죄 변론 로펌들은 성폭력 가해자들에게 이를 적극적으로 홍보하며 ‘실형은 없다’고 목소리를 높인다. 강간통념을 활용할 수 있다는 조언이 아니라 피의자로 몰려 억울하다면 국민참여재판을 활용할 수 있다는 말은 일반 시민인 배심원들이 성폭력에 대한 왜곡된 통념에서 기인하여 유죄보다는 무죄 평결을 할 가능성을 활용한다는 점에서 동의이다. 국민참여재판을 활용한다는 생각이 성폭력 피해를 의심하게 만들고 피해자다움과 성폭력에 대한 편견을 강화하여 단일 사건을 넘어 성폭력 피해, 성폭력 피해자에 대한 통념을 지속한다는 문제, 성폭력 범죄에 대한 처벌의 불확실성의 문제를 무겁게 인식할 필요가 있다.

3) 역고소

앞서 성폭력 변론 전담 로펌의 전략에서 살펴봤듯이, 대다수의 로펌은 무고, 명예훼손 등의 역고소 또한 성폭력 범죄 감형을 위한 전략으로 활용하고 있었다. 이들은 성폭력 피의자가 감수해야 하는 처벌 위험에 비교해 성범죄 무고죄 처벌은 상당히 가볍다며, 무고죄에 대한 검찰 기소율이 약 2~4% 수준이라 성범죄 사건만 잘 해결되면 무고죄 처벌이 가능하다고 여기지 말고 처음부터 무고죄 고소를 차근차근 진행하자고 제안한다.

2023년 한국성폭력상담소에서 이뤄진 상담 중 역고소를 호소한 사례는 총 38건이었다. 이중 역고소의 유형은 무고가 14건(37%)으로 가장 많았고, 명예훼손은 13건(34%), 손해배상 4건(11%), 스토킹 2건(5%), 그 외(각 3%) 순이었다.

논평, 2022. 12. 15.

<표5. 한국성폭력상담소 2023년 역고소 유형별 피-가해자 관계>

역고소 유형	피해자-가해자 관계					합계
	전/현 데이트관계	직장 관계	교사	지인/ 동호회 등	모르는 사람	
전체	8(21%)	16(42%)	5(13%)	7(18%)	2(5%)	38(100%)
무고	3	5	2	2	2	14
명예훼손	3	5	2	3	-	13
손해배상	1	2	-	1	-	4
스토킹	1	1	-	-	-	2
모해위증	-	1	-	-	-	1
협박	-	-	-	1	-	1
공갈미수	-	1	-	-	-	1
절도	-	1	-	-	-	1
업무방해	-	-	1	-	-	1
폭행	1	-	-	-	-	1

역고소 전체 사례에서 피해자와 가해자의 관계는 직장 내 관계인 경우가 16건으로 절반 정도 되었는데, 무고, 명예훼손, 손해배상의 역고소 유형에서 직장 내 관계인 경우가 모두 가장 많았다. 스토킹이나, 모해위증, 공갈이나 절도 등으로 역고소된 사례도 모두 피해자와 가해자의 관계가 직장 내 관계인 경우였다. 직장 내에서 알게 된 사이의 경우, 피해자와 가해자 모두를 알고 있는 주변 사람들을 의식하여, 적극적으로 역고소 등의 전략을 사용하고 피해자 스스로 원 사건의 고소를 취하하거나 포기하는 상황을 유도하는 전략을 사용한다.

성폭력 사건의 법 시장을 분석한 여성학 연구자 김보화(2021)는 성폭력 가해자들은 역고소를 통해 자신들의 평판을 관리하고, 피해자의 말하기를 중단시키며, 사회적 지지망으로서 고립시킬 뿐 아니라 공적인 방식의 보복을 실행하면서, 피해자의 자리를 탈환하는 효과를 가진다⁷고 분석한다. 피해자 뿐 아니라 피해자를 조력하는 사람들을 대상으로 한 위증죄 고소, 증거가 담긴 핸드폰을 피해자가 가져가자 이를 절도로 고소하고 피해상황을 따져 묻는 피해자들을 스토킹이나 업무방해로 역으로 고소하는 사례들 속에서 피해자들은 피해자가 아니라 가해자로 위치가 뒤바뀌며 피해 자체를 의심받게 된다.

7 김보화(2021), 성폭력 사건 해결의 ‘법 시장화’ 비판과 ‘성폭력 정치’의 재구성에 관한 연구, 이화여자대학교 대학원 박사학위 청구논문.

5. 성범죄 양형기준과 감경의 문제

이와 같은 성범죄 변론 시장화의 흐름에서 감형의 전략으로 사용되었던 합의, 후원, 반성문 제출, 심리검사지 제출 등은 모두 양형상 형의 감경을 목표로 하고 있다. 법관이 형을 정함에 있어 참고할 수 있는 양형기준은 처단형의 범위 내에서 특정한 선고형을 정하고 형의 집행유예를 결정하면서 참조가 되는 기준이다. 원칙적으로 양형기준은 구속력은 없지만, 법관이 양형기준을 이탈하는 경우에는 판결문에 그 이유를 적시하여야 하기에 합리적인 사유 없이 양형기준을 위반할 수는 없다. 성범죄 양형기준상 처벌불원⁸은 특별양형인자의 감경요소이고, 일반양형인자의 감경요소로는 상당한 피해회복(공탁포함)⁹, 진지한 반성¹⁰, 형사처벌 전력 없음이 있어, 피해자로 하여금 처벌불원서를 제출받거나 합의하거나 진지한 반성에 준하는 것을 재판과정에서 주장하면 양형인자로 이를 고려해야 한다.

2017년 전국성폭력상담소협의회에서는 소속 기관 7개 기관에서 2년간 이뤄진 감경목적후원 사례 101건을 분석 발표하고 이를 근거로 하여 진정한 반성 없는 감경목적의 후원 기부를 양형상 감경요소로 판단하지 말라는 의견을 대법원 양형위원회에 제출¹¹한 바 있다. 후원기관에 전화나 공문 등으로 피해자의 의사가 반영된 후원인지, 진지한 반성을 근거로 한 후원인지 등을 확인하지 않고 이를 감경요소로 판단하는 것은 피고인에 대한 적절한 처벌을 기대하는 피해자의 의사에 반하는 문제이고 따라서 일방적 기부와 후원, 공탁을 감경요소에서 배제하라는

8 양형인자의 정의상 처벌불원은 (1) 피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 피해자나 유족(피해자가 사망한 경우)이 처벌불원의 법적·사회적 의미를 정확히 인식하면서 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우를 의미한다. (2) ① 피고인 측의 사실상 강요 또는 기망에 의한 처벌불원 등 자유로운 의사를 근거로 하지 않은 처벌불원의 의사표시를 한 경우나, ② 피해자나 법정대리인의 처벌불원 의사에 통상적으로 이해할 만한 사유가 없다고 판단되는 경우는 포함하지 않는다. (3) 피해자 또는 그 법정대리인의 나이, 지능 및 지적 수준에 비추어 처벌불원의 의사표시가 가지는 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력이 있는지 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 아닌지를 세밀하고 신중하게 조사, 판단한 결과 이에 해당하는 경우만을 포함한다.

9 상당한 피해회복(공탁)은 과거 '상당금액 공탁'으로 피해회복을 위한 진지한 노력을 하였으나 합의에 이르지 못하여 상당한 금액을 공탁한 경우를 의미한다고 정의되어있었으나, 2022년 성범죄 6차 수정 양형기준 정의에서 삭제되고 '상당한 피해회복(공탁)'으로 수정되었다.

10 진지한 반성의 정의규정은 2022년 성범죄 6차 수정 양형기준에서 신설되었다. 양형정의상 진지한 반성은 범행을 인정한 구체적 경위, 피해 회복 또는 재범 방지를 위한 자발적 노력 여부 등을 조사, 판단한 결과 피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고 있다고 인정되는 경우를 의미한다.

11 [기자회견문] 그것은 반성이 아니다, 성폭력 가해자의 일방적인 후원/기부는 감경요인에서 배제되어야 한다, 전국성폭력상담소협의회, 2017.9.14 <https://sisters.or.kr/activity/law/3893>

요구였다.

N번방 사건이 공론화된 이후, 2020년 12월, 대법원 양형위원회 제106차 전체회의에서는 <디지털 성범죄 양형기준>안이 의결되었다. 디지털 성범죄 양형기준안에 대해 여성단체들은 확산성, 현재성, 지속성이라는 디지털 성폭력의 특성이 양형에 반영될 필요성을 강조했다. 특히 감경 인자 중 다섯 가지 요인인 ① 피고인의 진지한 반성, ② 동종전과 유무, ③ 사회적 유대관계와 부양가족, ④ 촬영물의 내용을 쉽게 파악할 수 없거나 이에 준하는 경우, ⑤ 도달한 말 등이 성적수치심이나 혐오감을 일으키는 정도가 경미한 경우는 반드시 삭제되도록 요구했으나 삭제 없이 그대로 양형기준안이 의결되었다.

현재 성폭력 관련 범죄의 양형기준상 감경요소는 성폭력 변론 전담로펌에서 감경을 위한 전략의 주요 근거가 되고 있다. 진지한 반성을 보여주는 양형자료로 반성문이나 가족, 주변인들의 탄원서를 작성하여 제출할 것을 권한다. 반성문을 대필하거나, 감형을 의도적으로 노린 반성문은 오히려 진정성이 없기에 도움이 되지 않고, 반성의지 없는 막연한 선처호소는 오히려 도움이 되지 않으니 사건 발생에 대한 구체적인 경위, 실질적인 반성의지, 선처를 구하는 탄원의 의지를 분명하고 자세하게 피력하라는 팁을 전한다. 자신에게 가장 유리하고 필요한 성범죄 양형자료들을 준비하여 '법원에 호소하면' 형량을 감경 받을 수 있다는 로펌들의 홍보문구는 현실의 성폭력 처벌의 불확실성을 단적으로 보여준다.

6. 22대 국회의 역할과 과제

2018년 미투 운동 이후, 우리사회는 성폭력 피해에 대한 많은 인식적 변화가 있었다. 조직 내 일상적인 성차별과 성폭력, 권력형 성폭력이 잇달아 고발되고, 영화, 문학, 학교 곳곳에서 용기 있는 피해자들의 고발로 조직내 성희롱 성폭력을 접수하고 처리하는 절차와 체계가 마련되었다. 성폭력 피해자에게 책임을 묻는 수사관행과 피해자에게도 책임이 있다는 사회적 편견, 제대로 처벌되지 않은 성폭력 사건에 대한 사회적 공분은 피해자는 일상으로 가해자는 감옥이라는 구호로 표상되어 법에 정해진 대로, 정의로운 판결을 촉구하는 다양한 연대활동으로 이어졌다. 이러한 과정에서 성폭력, 성차별에 대책을 담은 법안 발의도 많이 이뤄졌다. 2018년 미투이후 성폭력 관련 법안은 100여개 가까이 발의되었으며, 권력형 성폭력 범죄처벌 강화를 담은 법률이 신속하게 의결

공포되었다. 그러나 100여 개 가까이 발의된 법안 중에 실제로 20대 국회의 문턱을 넘은 법안은 10여 건에 불과하다. 가장 핵심적으로 요구되었던 강간죄의 구성요건을 달리하는 ‘비동의강간죄’는 20대 국회를 넘어 21대 국회 문턱도 넘지 못했다. 현실과 괴리된 낡은 법제가 국회를 넘어서지 못하는 동안 성폭력 변론 시장은 더욱 확대되어 오히려 또 다른 피해를 양산하고 있다.

형사소송절차 전 과정에서 피해자 관점과 의사를 반영한 법제정 활동은 기울어진 현실에서 피해자의 권리를 확대한다는 관점에서 시작되어야 한다. 문제적인 성폭력 가해 변론 시장화를 규제하는 방안 또한 사회적 논의가 필요하다. 피해자 의사에 반하는 무분별한 감경을 금지하는 법안 신설도 22대 국회에서 논의되어야 한다. 성폭력을 여전히 폭행과 협박이라는 요건에서 좁게 해석하는 강간죄도 현실에 맞게 개정되어야 한다. 성폭력 재판시 2차 피해를 야기하는 행위를 제재하고 피해자의 성적 이력 사용을 제한하는 규정 마련도 필요하다. 형사소송절차 상 피해자의 권리가 보장되고 2차 피해를 방지하는 입법활동이 22대 국회에서 활발하게 이뤄지기를 기대한다.

토론

[별첨] 전국성폭력상담소협의회 22대 국회 정책과제 전문



큐알코드를 찍으면 자료집 다운로드 페이지로 이동합니다.

토론 _ 형사소송절차가 피해자의 인격까지 침해하지는 않도록

민고는 (법률사무소 진서, 한국여성변호사회 인권이사)

1. 들어가며

얼마 전 있었던 성폭력범죄 피해자 증인신문 과정에서, 피고인의 반대신문이 부적절하여 재판부는 증인신문의 방식을 변경하기로 하고 잠시 휴정을 하기도 하여 3시간이 가까운 증인신문이 이루어졌다. 긴 증인신문을 모두 마친 피해자가 신뢰관계인으로 동석하고 있던 피해자 변호사인 필자를 바라보았고, 필자는 아무런 말없이 고개를 끄덕여주었다. 그 때는 그 어떤 말보다 그것이 가장 적절하다고 생각하였고, 고개 끄덕임은 ‘고생했다, 힘들었을텐데 잘 진술했다’는 의미였다. 피해자 증인신문이 있는 공판기일을 마치고 법원을 나와 사무실로 돌아가는 길이면, ‘나라면 할 수 있었을까?’라는 생각을 한다. 그런데, 쉽사리 ‘할 수 있었을 것 같다’ 답하기가 어렵다. 성폭력범죄 피해자 대리를 주로 하고 있는 변호사인 필자조차도 자신 있게 답하기 어렵다. 2차 피해의 범위를 일률적으로 확정하기는 어렵겠지만, 형사소송절차 내의 2차 피해가 피해자를 고통스럽게 함을 부인할 수는 없다는 점을 잘 알고 있기 때문이다. 그래서 오늘의 논의가 형사소송절차 내에서 성폭력범죄 피해자의 권리를 보장하고, 피해자의 권리보장이 곧 2차 피해 방지로도 이어지기를 바라며 발제자께서 깊이 고민해주신 내용에 몇 가지 의견을 덧붙여보고자 한다.

2. 강간통념과 2차 피해

첫번째 발제와 관련하여서는, 발제자료에서 제시해주신 강간통념을 바탕으로 이로 인해 발생하는 재판과정에서의 2차 피해를 중심으로 토론을 하고자 한다. 첫번째 발제에서 제시된 강간통념들은 모든 경우로 일반화하기는 어렵겠지만, 형사재판과정에서 여전히 나타나고 있는 강간통념으로 생각된다. 법원에서는 피해자가

발제자께서 제시해주신 강간통념에 해당할 수 있는 내용을 자신의 피해진술과 함께 진술하였을 때, 이를 두고 ‘자신에게 불리해보이는 내용 또한 가감 없이 진술하는바 피해자가 당시 상황에 대해서 허위로 진술하는 것으로 보이지는 않는다’고 판단하기도 하지만, 이러한 판단을 받기 전 재판과정에서 피해자는 수많은 질문들 속에서 ‘그럼에도 강간이라는 점’을 설명해야만 하게 된다. 이는 제시된 강간통념들로 피해자 진술의 신빙성을 탄핵할 수 있다는 생각이 여전히 존재하기 때문일 것이다. 피해자가 피고인을 어플을 통해 알게 되었고, 처음 만난 날 술자리를 가진 정황이 있는 경우¹ 피고인측은 국민참여재판으로 진행되어야 할 구체적인 이유를 설명하지는 못하지만 국민참여재판을 신청하는 것도 위와 생각 때문일 것이다. 심지어는 피해자는 피해자 증인신문 과정에서 피고인의 변호인으로부터 ‘피해자가 그렇게 했다고 진술하면서 왜 피고인한테 죄가 있다는 거냐, 대체 왜 고소를 한 것이냐’는 질문까지 받게 된다. 이러한 경우 재판장의 제지로 중단되는 경우도 있지만 그렇지 않은 경우 피해자는 2차 피해²에 고스란히 노출되게 된다.

이러한 재판과정에서의 피해자 변호사로서의 경험들로 이제는 피해자 상담을 하면 어떠한 지점에서 2차 피해에 노출될 수도 있는지에 대한 예측이 되지만, 그렇다고 피해자가 피해 진술 중 일부만을 진술할 수는 없기에 ‘있는 그대로의 사실을 명확하게 정리하여 진술하여야 한다’고 설명하지만 상담을 마치면 피해자가 겪어야 할 향후 형사소송절차가 예상이 되기에 마음이 무거운 것이 사실이다. 물론, 법원에서는 형사소송절차 내에서 피해자가 겪었을 것으로 판단되는 정신적 고통에 대해 양형판단시 고려하고 있고³, 이와 같은 방식으로 단순히 증인신문 과정에서 2차 피해가 발생하였다는 점을 넘어 형사소송절차 내에서 발생하는 다양한 2차 피해에 대해서 평가할 수도 있겠으나, 이는 사후적인 판단과 평가라는 점에서 한계를 가질 수밖에 없다.

그런데, 2차 피해를 유발할 수 있는 소송행위에 대해서는 이를 일률적으로 규정하기 어렵고 같은 소송행위라고 하더라도 사안에 따라 2차 피해를 유발할 수 있는 행위라고

¹ 예시 제시를 위한 각색한 사례이다.

² 여성폭력방지기본법 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

³ “2차 피해”란 여성폭력 피해자(이하 “피해자”라 한다)가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 피해를 입는 것을 말한다.

가. 수사·재판·보호·진료·언론보도 등 여성폭력 사건처리 및 회복의 전 과정에서 입는 정신적·신체적·경제적 피해

3 “피해자는 이 사건 각 범행으로 인하여 심각한 정신적 충격과 육체적 고통, 성적 수치심을 받았을 것임이 명백한데도, 피고인은 자신의 잘못에 대해 진지하게 반성하는 태도를 전혀 보이지 않은 채 이 사건 각 범행의 대부분을 부인하여 피해자가 법정에 나와 기억하고 싶지 아니한 과거 피해를 떠올리며 진술해야 하는 2차 피해를 입히기도 하였다. 게다가 피고인은 현재까지 피해자로부터 용서받지 못하였고, 달리 피해회복이 이루어지지도 않았는바, 피고인에 대하여 그 죄책에 상응하는 엄한 처벌이 불가피하다(인천지방법원 2020. 12. 22. 선고 2020고합485 판결)”

볼 수 있기도 피고인의 방어권 행사의 범위라고 볼 수도 있기에 여성폭력방지기본법에서 규정하고 있는 2차 피해의 정의를 넘어 구체적인 내용을 정의하는 것은 쉽지 않다고 생각된다. 그렇기에 가장 중요한 것은 현재와 같은 통념을 극복하는 것이겠지만, 단기적인 방법을 떠올린다면 법관의 소송지휘권이 대안이 될 수 있다고 생각된다. 이에 「성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙」등 대법원 규칙에 ‘피해자 변호사가 공판기일에서 2차 피해에 대한 의견 개진을 한 경우 이를 공판조서에 기재하고 이에 대한 법관의 판단을 함께 기재하여야 한다’는 취지의 내용을 규정하는 것도 근본적인 해결이 되기는 어렵겠지만 하나의 방법이 될 수도 있다고 생각된다. 추가로, 강간통념으로 인해 형사재판 과정에서 발생할 수 있는 2차 피해를 방지하기 위한 법원 영역에서의 해결방법은 없을지 발제자의 고견을 구하고자 한다.

3. 범죄 피해자의 절차적 권리 보장과 성폭력범죄 피해자의 절차적 권리 보장

두번째 발제에서는 성폭력범죄 피해자의 절차적 권리 보장을 위해서는 근본적으로 형사소송절차내에서 피해자의 지위에 대한 변화가 필요하다고 지적하는 것으로 보이고, 두번째 발제에서 지적한 것처럼 일부 법률 규정을 개정하여 성폭력범죄 피해자의 절차적 권리를 일부 강화하는 것은 본질적인 문제를 해결하기는 어려울 것으로 보인다.

다만, 두번째 발제에서 제시한 피해자에게 소송당사자 지위를 부여하는 패러다임의 전환은, 이러한 논의가 성폭력범죄 피해자에 한정하여 이루어져야 하는 것인지, 여성폭력방지기본법상 여성폭력 피해자에 한하여 이루어져야 하는 것인지, 범죄피해자 전반에 대해서 이루어져야 하는 것인지에 대한 고민과 만약 범죄를 기준으로 하여 그 범위를 제한한다면 제한하는 기준의 타당성과 정당성을 어떻게 설명할 수 있는지에 대한 고민이 필요하다고 생각된다.

그 외 성폭력범죄 피해자의 지위만으로 설명이 어려운 부분에 대해 한가지 의견을 덧붙이고자 한다. 성폭력범죄 이외의 범죄피해자에게도 적용될 수 있는 것이겠지만 신뢰관계인 동석과 관련한 것이다. 형사소송법 제163조의2, 형사소송규칙 제84조의3에서는 피해자를 증인으로 신문하는 경우의 신뢰관계인 동석에 대해 규정하고 있다. 그런데, 피해자가 사망한 사건의 경우에는 피해자 유족이 양형증인으로 진술을 하게 되기도 하는데, 이러한 경우에는 신뢰관계인 동석에 대한 근거규정이 없는 상황이다. 실제로 필자가 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(강간등살인)등

사건을 진행하면서 피해자 유족이 양형증인으로 출석하여 진술하게 되었고 그 과정에서 신뢰관계인 동석을 신청하였으나 근거 법률이 없다는 이유로 불허되기도 하였다. 피해자의 유족은 범죄 피해를 입은 직접 당사자로 보기는 어렵겠지만, 신뢰관계인 동석의 요건을 형사소송법에서 ‘증인의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때’로 규정하고 있는 것을 고려하면 신뢰관계인 동석의 필요성 측면에서 피해자 유족을 달리 볼 것은 아니라고 생각된다. 그리고, 최근 검찰에서 범죄피해자의 형사재판 절차 참여를 위한 피해자의 ‘양형증인’으로서의 재판절차 진술권을 보장하기 위하여 다양한 제도를 마련하려는 움직임이 있고⁴, 피해자가 사망하여 피해자가 증인으로 진술할 수 없는 사건에서는 검찰에서 피해자 유족을 양형증인으로 신청하는 사례를 언론보도를 통해서 확인되기도 하는 점 등을 고려하면⁵, 신뢰관계인 동석과 관련한 형사소송법 등 관련 법령의 정비が必要하다고 생각된다.

4. 성범죄 변론 시장화와 피고인의 자백

필자의 경험으로는 성폭력범죄의 경우 불법촬영물 등과 같은 명확한 증거가 존재하지 않는 경우에는 피고인이 자백하는 것을 쉽게 보지는 못하였다. 성폭력범죄 피의자를 시청자로 상정하여 제작된 변호사 유튜브 콘텐츠에서는 피의자에게 ‘사과해서는 안된다’고 조언한다. 향후 피의자에게 불리하게 작용될 수도 있다는 이유에서이다.

그런데, 법원은 유죄를 선고하는 경우 피고인이 부인하며 반성하지 않고 피해자로부터 용서받지 못한 사정을 피고인에게 불리한 사정으로 판단한다. 그렇기에 때로는 ‘사과해서는 안된다’는 조언이 과연 피고인을 위한 것인가하는 의문이 드는 순간도 있다. 피해자 진술 외 직접증거가 없는 경우라도 다양한 간접증거나

4 대검찰청 인권기획담당관, “범죄피해자의 형사재판 절차 참여”, 2023년 피해자 국선변호사 전문화 교육 강의자료, 대검찰청 형사정책담당관실, “범죄피해자의 형사절차 참여를 주제로 대검찰청과 학계, ‘형사법아카데미’ 개최”, 대검찰청 보도자료(2023. 6. 30.)

5 권윤희, “‘4명 사상’ 신림 칼부림 첫 재판… ‘열등감 없다’ 변명”, 서울신문(2023. 8. 23.) “검찰은 ‘이 사건의 중대성과 사회적 파장을 고려해 양형증인 등 각종 양형자료 제출에 집중할 예정’이라며 입증 계획을 밝혔다. 피해자들과 그 유족들을 증인으로 신청할 계획도 있다고 했다.”

황재하, “‘신당역 살인’ 전주환 ‘속죄하며 살겠다’…유족 증인 채택(종합)”, 연합뉴스(2022. 11. 22.) “검찰은 전씨의 양형(형벌의 정도를 정하는 일) 증인으로 피해자의 아버지를 신청했고, 재판부는 검토 끝에 신청을 받아들였다.”

정황증거들로 공소사실 증명이 가능하다고 판단되는 사안들도 존재하기 때문이다. 성범죄 변론 시장화, 그것이 과연 피고인에게도 득이 되는 것인지 의문이 드는 지점이 바로 이 지점인 것이다.

5. 나가며

토론문을 작성하는 오늘도, 진행하던 사건 판결이 선고되었다. 여러차례 공판기일이 진행되었고, 그 과정에서 발생한 2차 피해가 고려되었는지 검찰의 구형량과 동일한 형량이 법원에서 선고되었고 피고인은 법정 구속되었다. 이 사건을 진행하면서도 여러 차례 묻게 되었다. ‘나라면 할 수 있을까’, 여전히 ‘잘 모르겠다, 할 수 있을 지 모르겠다’고 답했다. 오늘의 논의가 형사소송절차가 피해자의 인격까지 침해하지는 않도록 하는데 조금이나마 기여하기를 바라며 토론을 마치고자 한다.

토론 _ 피해자는 당사자다

연대자 D (반성폭력 활동가)

I. 서설

‘피해자는 당사자가 아니다’

너무도 당연하다는 이 말은 성폭력·스토킹 피해생존자로서, 이제는 그런 피해자들 곁에 있는 연대자로서 가장 깨고 싶은 대상입니다. 실질적 당사자임에도 형사소송절차에서 배제, 소외되는 경험을 해야 하는 피해자들에게 이 토론회가 사법시스템에 대한 신뢰를 갖게 하는 시발점이 되기를 바랍니다.

(이 자리에 꼭 나와야 할 경찰, 검찰이 빠져 있는 것은 매우 아쉽습니다)

II. 본론

1. ‘사이버레커’와 강간통념의 확대·재생산

‘강간통념’의 개념과 실재를 다양한 사례(판례)를 통해 분석한 김동현 판사님의 발제, 인상 깊게 보았습니다. 특히 재판부와 배심원단의 판단이 달랐던 사건 중 강간통념이 강하게 작용했던 사례들을 보니, 재판부의 무난한 재판 진행, 공판검사의 적극적 입증 노력이 있었던 수원지법에서의 성범죄 국민참여재판(2023고합489)이 떠올랐습니다. 배심원단의 구성(성비, 연령 등)부터 검사가 매우 신경을 썼던 건이었음에도 불구하고 무죄 4인, 유죄 3인의 평결이 나왔을 땐 유죄 선고에 대한 확신이 있었음에도 순간 당황했습니다. 물론 재판부는 예상대로 유죄를 선고하기는 했습니다만, 시민들로 구성된

배심원단이 강간통념에 좌우되기 쉽다는 박기쁨 판사님의 글¹이 떠오르면서, 시민사회의 역량 강화를 위해 무엇이 필요한지 고민했습니다.

‘아청법 기소유예’, ‘유죄추정의 원칙’, ‘피해자의 일관된 진술만으로 유죄’, ‘피해자의 눈물로 유죄’, ‘성범죄 무고 가이드’ 등.

유튜브나 SNS에서 쉽게 찾아볼 수 있는 표현들입니다. 이런 글과 영상을 올리는 이들은 ‘변호사’임을 내세우고 있는데, 온라인의 파급력을 고려하면 (‘일부’라고는 하지만) 변호사들의 이런 행태는 강간통념의 확대·재생산에 일정 부분 기여하고 있다고 분석할 수 있습니다. 법률전문가인 변호사들의 ‘말/글’을 기준으로 성폭력 가해자들은 죄책감을 희석하고 억울함을 쌓아가고 있으며, 대중은 성폭력 피해사실을 의심하고 피해자를 공격하는 데 주저하지 않게 되기 때문입니다.

변호사들의 논리는 그대로 일반인 ‘사이버레커’에게 전달되어, 그들이 하는 혐오와 차별을 정당화하는 데 활용됩니다. 더 나아가 ‘사이버레커’와 변호사의 친분, 협업 전년도 수익 창출의 한 축이 되면서, 윤리의식이 떨어지는 법조인들의 온라인상 활동이 사법시스템 전반에 대한 신뢰 하락을 부추기고 있습니다.

‘사이버레커’가 일으키는 여러 문제가 최근 사회의 관심사입니다만, 그 원조에 변호사가 있음도 상기해야 할 겁니다. 국회의원이기도 했던 이 변호사는 각종 ‘가짜뉴스’와 명예훼손, 혐오·차별적 언사로 수익을 얻다 급기야 성범죄 무고 교사로 재판을 받고 있는 상황입니다. 교제폭력 피해자인 유튜버의 ‘과거’를 ‘사이버레커’에게 전달한 사람도 변호사라는 기사가 나오기도 했습니다.

(김동현 판사님의 발제에 등장하는 일명 ‘성인지감수성 판결(대법원 2018도7709)’만 해도 온라인상에서 ‘일부’ 변호사들이 원래 ‘유죄추정의 원칙’이라며 깎아내리고 있습니다. 그런데 올초 대법원 2부(주심 천대엽 대법관)에서 공중밀집장소에서의 추행 혐의로 기소되었다가 유죄(선고유예)가 선고된 피고인(장애인) 사건을 ‘무죄 취지’로 파기환송(대법원 2023도13081)하자, 이 판결 내용을 두고 기존 ‘성인지감수성 판결에 제동을 걸었다’는 식의 ‘오독’을 변호사들이 나서서 하고 있습니다². 대법원에서는 판례 변경이 아니라 좀더 상세한 기준을 제시한 것이라는 취지로 이런 ‘오독’에 선을 그으려 하고 있으나, 한 판사의 지적대로 대법 판결의 의미는 고정불변한 것이 아니며 ‘오독’이

이어져 나올 경우 그게 주가 될 위험성이 존재합니다.)

온·오프라인의 경계가 무너지고, 온라인 활동이 주요한 일상으로 자리잡고 있는 현실에서 법률전문가들의 이런 행태에 어떻게 대응해야 할지 이 또한 고민해야 할 지점이라고 생각합니다. 시민 대상의 각종 교육(재판 모니터링 교육, 수사·재판 절차에 대한 교육 등)을 이어나가면서 동시에 부적절한 법률전문가 사례를 수집, 분석하며 대응하고는 있지만, 전문가 집단 내부의 자정이 함께 하지 않으면 이런 노력이 물거품이 될 수 있습니다.

2. ‘바리캉 교제폭력 사건’ 재판으로 본 피고인 방어전략

“이제 남은 것은 성폭력 상담기관에 후원하는 것 정도다”

공소사실 중 ‘강간(이후 강간치상으로 변경)’을 여전히 부인한다면서도 항소심 첫 공판에서 피고인 변호인이 내뱉은 말입니다. 최란 부소장님이 성범죄 변론 시장화의 문제점에서 다룬 피고인 변호인의 방어전략이 전형적으로 드러난 사례 중 하나로, 현장에는 피해자 가족, 피해자 변호사, 한국여성의전화 활동가 등이 함께 하고 있었습니다.

언론에 ‘바리캉 교제폭력 사건’으로 알려진 이 사건 피고인은 1심에서 CCTV 영상 등 물증이 명확하게 존재하는 일부 공소사실을 제외한 나머지 공소사실을 부인했습니다. 당연히 피해자 증인신문이 이어졌고, 검사 출신인 피고인 변호인은 강간통념 등을 활용해 적극적으로 피해자를 공격했습니다. 피해자에 대한 인신공격을 서슴지 않는 취조형 신문방식으로 인해 피해자는 두 차례에 걸친 증인신문 후 법정에서 실신, 병원에 실려 갔고, 이후 폐쇄병동에 입원했습니다.

1심 선고 직전 피고인은 기습공탁을 감행합니다. 공소사실을 부인해도, 수사 및 재판과정에서 피해자를 괴롭혀도, 피해자가 엄벌의사를 밝혀도, 금전은 피해자 의사와는 별개로 피고인의 피해 회복 노력으로 인정되고 있기 때문입니다. 피해자 아버지가 즉각 공탁금회수동의서를 법원에 제출했지만, 재판부는 공탁 사실을 양형에 일부 반영했습니다.

2심 들어 피고인은 고법 부장판사 출신의 변호인을 선임했고, 전략을 바꿉니다. 공소사실 중 강간을 제외한 나머지 공소사실을 인정하기로 한 것입니다. 그러면서

¹ 박기쁨, “성폭력범죄의 특수성과 국민참여재판에서의 배심원 지침에 대한 연구”, 사법정책연구원(2022)

² <http://v.daum.net/v/20240212090508786> : 이지혜, ‘성범죄 가해자’ 변호사가 웃는다... 대법원은 정말 변심했나, 한겨레(2024.02.12.)

반성문, 장기기증서약서, 재범방지서약서, 봉사활동계획서, 독후감, 감사쓰기 등 구속상태라 낼 수 없는 자료(각종 진료 및 상담기록, 교육 이수증 등)를 제외한 ‘부당감형자료(꼼수감형자료)’를 연이어 제출합니다. 동시에 합의 의사가 없음을 명확히 밝힌 피해자 측에 접근, 공탁금을 회수해 성폭력 상담기관에 후원할 수 있게 해달라고 요청했습니다. 각 성폭력 상담기관에서 감형을 위한 성범죄 가해자들의 후원을 거부하고 있는데도 말입니다.

2심 들어 일부 공소사실이 변경(강간에서 강간치상 등)되자 이번엔 피해자 어머니의 진료기록을 확인하겠다(피해자가 어머니 이름으로 진료받았을 가능성이 있다는 것)며 사실조회를 신청합니다. 인과관계 입증(기왕력)을 위해 필요하다며 피해자의 진료기록 등을 요청하는 사례는 많이 봤지만, 피해자 가족의 진료기록까지 보겠다는 것은 처음이었습니다. 재판부는 신청의 근거가 없다며 이를 기각했으나 피해자 가족이 느낀 모멸감은 매우 컸습니다.

피해자 측이 합의, 공탁에 부정적인 입장을 보이자 피고인 변호인은 최후변론을 통해 피해자 가족에게 훈계를 늘어놓습니다. 합의, 공탁 등을 ‘회복적 사법’과 연결해 피해자 측에 수용을 강요했고, 피고인의 교제폭력을 ‘사랑에 미친 젊은 남성의 실수’ 정도로 묘사합니다. 피고인을 ‘베르테르’에 빗대며 변론을 이어간 피고인 변호인은 결심 직전 진행한 피고인신문에서는 피해자가 문란한 여성이라는 취지의 피고인 답변을 지속적으로 유도해 피해자 변호사가 문제제기를 했습니다.

성폭력이 포함된 교제폭력 사건임에도 피해자 가족이 증인신문을 포함한 전 재판 과정을 공개하겠다고 결심한 것은 이런 피고인 측의 전략과도 연결됩니다. 외부 감시가 없는 비공개 재판에서 오히려 더 큰 상처를 입을 수 있다고 판단한 겁니다. 예상대로 시민들이 방청을 통해 연대·감시를 이어가자 피고인 변호인은 이를 의식해 자신의 언행을 변명하거나, ‘젠더갈등을 조장하고 이용하는 자들’이라며 방청객들을 비난하기도 했습니다.

(최근 대한변협에서 ‘2023년 법관평가 사례집’을 발간³하면서 법관들이 성폭력 사건 피해자에게 했던 ‘2차가해성 발언’에 대해 늘어놓았는데, 피고인 방어권을 빙자한 변호사들의 ‘2차가해성 발언’ 등도 현재 시민사회에서 수집, 분석 중임을 알립니다. 내부 자정에만 기대기엔 이제까지 변협 등에서 보여준 대응이 실망스러웠기 때문입니다.)

그래도 이 사건은 공익적 제도를 활용한 피해자 변호사 및 성폭력 상담기관의 조력이 빛을 발하고 있어 피해자 가족에게 힘이 되고 있습니다만, 최란 부소장님의 발제에도

3 [보도자료] 대한변협, 「2023년 법관평가 사례집」 최초 발간 (koreanbar.or.kr)

언급된 바가 있듯, 이런 조력을 받지 못하는 피해자들의 경우 성범죄 과잉 시장화 흐름에 휩쓸리기 쉽습니다. 성범죄 사건에서 피고인 대상 세일즈가 어느 정도 궤도에 오르고, 해당 시장이 포화상태에 이르자 이제 변호사들은 피해자들에게 눈을 돌리기 시작했습니다.

물적 증거가 없거나 부족한 성폭력 사건의 경우 피해자도 수사 초기부터 변호사 조력을 받는 것이 안전합니다. 피해자 국선변호사제도 (법무부), 무료법률지원사업 (여성가족부) 등 성폭력 피해자가 비용 걱정 없이 활용할 수 있는 공익적 제도가 존재하지만, 지역별 격차가 큰 데다가 조력의 질적 차이가 존재하기 때문에 피해자는 불안해합니다. 더구나 범죄에 대한 입증책임은 검사에게 있다지만, 물증 확보가 어려운 성폭력 사건의 경우 실질적으로 그 입증책임은 피해자에게 전가됩니다. 그런 피해자의 불안한 상태를 활용한 변호사 시장 확대가 최근 관찰되는 것입니다.

피해자가 변호사 조력을 받는 것은 저 역시도 적극 권장합니다. 그러나 기존 공익 제도의 무용론을 부각하거나, 합의, 공탁만이 해법인 것처럼 강조하고, 피해자 개인정보 보호 등 기본을 지키지 않는 피해자 변호사 사례도 들어오고 있습니다. 기존 공익 제도의 실태를 파악하고 문제를 분석한 후 해결책을 찾으려는 노력을 더하지 않는 한 이런 과잉시장화는 막기 어려울 것이며, 오히려 피해자들은 그 과정에서 여러 자원을 낭비하고 고통이 심화될 위험성이 있습니다. 성범죄 가해자 대상의 시장 확대 과정에서도 제때, 적절하게 개입하지 않았던 변협 등은 이 흐름에서도 여전히 방관 중이기 때문에 부적절하거나 부족한 조력에 대한 위험 부담이나 책임은 피해자에게 돌아가고 있습니다.

3. 당사자이되 당사자일 수 없는 ‘김진주’

피해자참가제도의 재논의, 패러다임 전환의 필요성을 강력하게 피력한 안지희 변호사님의 발제를 통해 저는 2년 전 여름 끝자락, 무작정 달려갔던 부산지법에서 만난 ‘김진주씨’를 떠올렸습니다. 일명 ‘부산 돌려차기 사건’의 피해자로 알려진 ‘김진주씨’는 강간살인미수 사건의 피해당사자임에도 형사소송절차에서 철저히 배제, 소외되었습니다. 경찰도, 검찰도, 법원도, 그 어디에서도 피해자인 진주씨에게 어떤 일이 일어난 것인지 설명하지 않았습니다. 알려달라고 요청해도 ‘피해자는 당사자가 아니다’라는, 이해하기 어려운 말을 내세워 고통을 더했습니다. 이를 진주씨는 국가가,

시스템이 피해자에게 가하는 폭력이라고 지적합니다.

그가 언론, 유튜버 등과 접촉하며 사건을 공론화하고, 매 공판 방청하며 실질적 당사자로서의 권리를 찾기 위한 노력을 이어 가자 공소장이 변경되었고, 피고인의 형량은 늘어났으며, 검찰, 국회 등에서 그의 말을 경청하기 시작했습니다. 변화가 다가오는 듯 했습니다. 국회에서 각종 법안이 발의되었고, 올 5월 법무부는 ‘범죄피해자 핵심정책 7선(이미지 참조)’ 등을 대대적으로 홍보하며 피해자의 절차 참여가 실질적으로 보장되는 것은 아닌가 하는 기대가 피해자들에게 생겼습니다.

범죄피해자 7대 핵심 정책		
① 기습공탁 방지	공탁에 대한 의견을 말할 기회가 보장되어 피해자의 의사에 반하는 감형 방지	2024. 5. 16. 법률개정안 입법예고
② 가해자주소제공	피해자의 신변보호를 위하여 피해자에게 가해자의 주소정보 등 제공	2024. 5. 16. 대검찰청 예규 개정·시행
③ 가해자 상대 국가구상권 행사 강화	피해자 구조금 지급 후 구상권 행사를 위한 가해자 재산조회 범위 폭넓게 규정	2024. 5. 7. 국회 법제사법위원회 제1소위원회 통과
④ 기록열람·등사 보장	피해자는 재판기록을 쉽게 확보하여 민사소송 등에 활용 가능	2024. 2. 법률개정안 국회 제출 (법제사법위원회 등에 계류 중)
⑤ 국선변호 확대	기존의 성폭력, 아동·장애인학대, 인신매매, 스토킹 이외에 살인, 강도, 조직폭력 등의 피해자도 국선변호사 선정 가능	2024. 2. 법률개정안 국회 제출 (법제사법위원회에 계류 중)
⑥ 신청서류 간소화	복잡했던 신청서 작성이 간소화되어 편리하게 지원신청	2024. 1. 간소화 서식 시행
⑦ 원스톱지원	여러기관을 방문할 필요 없이 한곳에서 종합적인 피해 지원	2024. 7. 원스톱 솔루션 센터 개소

그러나 이는 안지희 변호사님 지적대로 피해자의 지위에 대한 전면적 재검토가 논의되지 않는 한 ‘착시’에 불과합니다. 법안을 발의해도, 양형기준을 다시 만들어도, 각종 피해자 보호·지원책을 늘어놓아도 피해자를 주변인으로 방치하는 현 시스템 하에서는 오히려 피해자에게 책임을 더 많이 떠넘기게 될 우려가 있습니다(예를 들어 재판기록에 대한 열람등사를 ‘원칙적’으로 허용한다 한들 여전히 재판부의 재량에 맡겨지는 것이고, 불복절차가 있다고 한들 그 모든 절차를 피해자가 밟아야 하는데 그 과정에서 소모되는 피해자의 삶은 누가 보호할 수 있겠습니까).

‘사적 제재’에 대한 비판은 쉽습니다. 그러나 그렇게 해서라도 피해자나 가족,

지인들이 피해 사실을 알리고, 수사·재판에 대한 관심을 촉구하는 것은 피해자가 ‘당사자이되 당사자일 수 없는’ 현실과 연결됩니다. 또다른 ‘김진주’가 되어야만 하는 현실을 바꾸어야 합니다. 진주씨도 자신과 같은 공론화 방식을 통해 피해를 알리고 조력을 구하는 피해자들이 더 생기지 않기를 바라고 있습니다. 국가가, 시스템이 피해자를 인정하고 보호하기를 바라고 있습니다.

Ⅲ. 결어

얼마 전 SNS에 아동청소년 성폭력 피해자가 2심 재판에 대한 소회를 밝혔습니다. 1심에서 ‘징역 7년’을 선고받았던 피고인이 2심 들어 피해자 1인과 합의했다는 이유로 감형, ‘징역 6년 8개월’을 선고받았지만, 피해자는 오히려 그 과정과 결과를 긍정적으로 받아들였습니다. 재판부가 피해자가 2심 재판 중 의견진술을 할 수 있게 먼저 알리고, 이를 경청했으며, 감형을 하게 된 경위와 이유를 피해자에게 충분히 설명했답니다. 그러자 그 모든 과정이 피해자에게는 피해회복을 위한 첫걸음이 된 것입니다. 피해자가 바라는 ‘엄벌’은 단순히 중한 형을 의미하는 것이 아닙니다. 형사소송절차 전반에서 실질적 당사자로서 존재를 인정받고 보호받는 것에서 시작하는 것입니다.

이런 논의를 할 때 절차 참여에 소극적인 피해자 사례를 들어 오히려 피해자에게 부담이 될 수 있다는 말을 하는 이들이 있습니다. 그러나 지난 10년간, 제가 전국을 돌아다니며 만난 피해자들의 말은 다릅니다. 피해자들의 공포와 불안은 절차에 대한 무지에서 시작되고, 그 과정에서 배제, 소외를 경험하면서 자라난다고 합니다. 자신이 만약 사건 및 절차에 대해 알았다며, 참여할 권리를 보장받았다면 달랐을 것이라 확신하는 이들이 많았습니다. 선택의 기회조차 주어지지 않은 피해자의 상태나 상황을 넘겨짚지 말라고 요구했습니다. 피해자의 의사를 존중한다는 게 무엇인지 고민해 달라 했습니다.

형사소송절차에서 피해자의 절차 참여 범위를 기존보다 확대하는 것으로는 부족합니다. 당사자로서의 지위를 절차 전반에서 인정받을 때, 피해회복과 일상 재구성은 가능합니다.

피해자는 당사자입니다.

토론 _ 성범죄 피해자 권리보장을 위한 제도 현황과 과제

전윤정 (국회입법조사처 입법조사관)

1. 들어가며

성폭력 피해자는 재판과정에서 강간통념이 강하게 작동하고 있는 현실, 형사사법절차 단계에 대한 통지의무의 부재, 진술권의 제한, 성폭력 범죄 행위자 대리인의 변호전략 등으로 인해 2차 피해와 권리침해에 지속적으로 노출되어 있다.

특히, 수사-재판-집행단계에서 피해자가 자신의 알권리를 제한받고 있으며, 직접적인 목소리를 내지 못하는 상황은 피해-가해자의 대부분이 아는 사람이나 친밀한 관계에서 발생하는 특성(성범죄의 경우 애인 등 지인인 경우 30% 이상)에서 피해자의 대응에 한계가 나타날 수 밖에 없다. 이는 2차피해로 이어지는 경우도 많은데 현실에서의 스토킹, 보복, 살해 등 강력범죄로 이어지기도 한다.

형사절차에서 피해자가 피해자의 입장과 주장이 반영되지 못하도록 하는 것은 공정하고 엄정해야 할 형사절차에서 피해자의 복수심과 연민등 사적 감정으로 절차가 오히려 방해받을 수 있다는 생각 때문이다.

따라서 어떻게 하면 형사사법절차가 사적 감정의 장으로 변질되지 않으면서, 형사절차의 원래 목적을 달성하는데 충실할 수 있는 방향으로 피해자의 참여를 보장 확대할 것인가 하는 점은 중요한 문제이다.

한편, 피해자권리를 보장 한다는 것은 구체적으로 수사, 재판, 집행 절차에 대한 정보를 제공받으면서 피해자가 자신의 의견을 진술할 수 있도록 하고, 이 과정에서 질문이나 이의제기 등이 가능하도록 하는 것이 핵심이 아닐까 생각한다.

2. 소송절차 피해자 참가 제도 현황

현재 공판단계에서는 성폭력 피해자는 여전히 증인으로서 재판절차 진술권을 행사할 수 있도록 규정되어 있을 뿐, 질문권, 이의신청권 등은 인정되지 않고 있다. 무엇보다

공소제기 이후 단계에서 피해자에게는 통지권, 이의신청권, 독자적인 증거제출 및 신청권 등이 인정되지 않는다.¹

성폭력피해자는 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되어 있어 대리인을 통해 다른 권리행사가 가능 하지만, 제반의 통지에 대해 「형사소송법」, 「범죄피해자보호법」 등에 산재해 규정되어 있고, 세부 통지내용과 방식 등은 다양한 하위법령에 명시되고 있어 피해자가 잘 알 수 없거나 기관의 재량에 맡겨져 있는 경우가 많다. 피해자는 수사, 재판내용, 피의자의 공소내용, 정보, 증거 자료, 집행절차와 결과 등을 적시에 실질적으로 제공받을 수 없어 2차 피해로부터의 보호를 보장 받을 수 없는 문제가 지적되고 있다.

최근 성범죄 피해자의 형사사법 절차에 능동적으로 참여할 수 있는 권리가 보장되어야 하고 이것이 성범죄 피해자를 비롯한 범죄 피해자들에게도 적용될 필요가 있다는 의견이 제기되고 있다. 국내에도 외국사례가 소개되면서 피해자가 직접 적극적으로 참가하는 제도가 부분적으로 도입 되고 있는데, 이를 참조하여 정책개선 논의를 지속할 필요가 있다.

1) 독일의 부대공소제도²

대표적인 소송절차 피해자 참가제도로는 독일 형사소송법상 부대공소(Nebenklage)가 있다. 이 제도는 공소권자에 대한 보호, 공소유지 등의 통제, 피해자의 형사사법절차 참여를 보장하고 있다.

가. 부대공소제도 기능

첫째, 일차적으로 공판절차에서 피고인이 부당하게 피해자에게 범행과 관련한 책임을 전가하거나 경멸 또는 비방하는 것으로부터 피해자를 보호하는 것. 둘째, 기소강제절차(형사소송법 제172조)를 통하여 공소가 제기된 사건에서 검사의 공소유지 활동이 피해자의 의사에 부합하지 아니할 경우 피해자가 검사의 공소유지활동을 통제하는 기능을 한다(통제기능).

¹ 박미숙·이진국, 「형사절차상 피해자 참여 운영현황과 개선방안-피해자 참여제도 도입을 위한 기초연구」, 한국형사정책연구원, 2015.

² 박미숙·이진국(2015) 같은 글.

나. 대상범죄

대상이 되는 범죄는 형사소송법 제395조 제1항의 일신전속적인 인격적 법익을 내용으로 하는 범죄사건의 피해자에 대해서는 아무런 전제조건 없이 부대공소권을 인정한다.

구체적인 대상범죄를 보면, ① 성적 자기결정에 관한 죄(형법 제174조 내지 제182조)의 피해자, ② 모살죄(형법 제211조) 및 고살죄(형법 제212조)의 미수범의 피해자, ③ 유기죄(형법 제221조), 상해죄·특수상해죄·학대죄·중상해죄(형법 제223조 내지 제226조) 및 공무원에 대한 상해죄(형법 제340조)의 피해자, ④ 성착취목적의 인신매매죄·노동착취목적의 인신매매죄·인신매매조장죄·인신강도죄·납치죄·미성년자 약취유인죄·아동거래죄, 스토킹죄(형법 제232조 내지 제238조, 자유박탈죄(형법 제239조 제3항), 인질강도죄(형법 제239a조), 인질강요죄(형법 제239b조) 및 특히 중한강요죄(형법 제240조 제4항)의 피해자, ⑤ 폭력행위처벌법 제4조 위반죄(법원의 보호명령에 대한 위반)의 피해자, ⑥ 사인소추의 대상범죄에 속하는 영업보호와 관련된특허법 등 위반죄의 피해자이다. 여기에서 피해자는 대상범죄로 인하여 자신의 법익이 직접 침해당한 자, 즉 직접적인 피해자를 말한다. 친족이나 보험회사는 피해자로 인정받을 수 없다.

또한, 형사소송법 제359조 제2항 제2호에 따라서 기소강제절차(형사소송법 제172조)를 통하여 공소가 제기되도록 한 자도 아무런 조건없이 부대공소를 통하여 공판절차에 참가할 수 있다.

다. 참가절차

피해자의 부대공소 참가 절차는 부대공소권자가 부대공소를 통하여 공판절차에 참가하기 위해서는 공판참가의 의사표시를 해야한다. 이 경우 공판참가의 의사표시 자체는 수사단계에서 부터 공판심리가 진행 중인단계 및 판결선고 이후의 단계에서도 가능하다.

부대공소권자가 당해 사건을 수사하는 검사에게 공판참가의 의사표시를 한 경우, 검사는 공소장과 당해 부대공소에 대한 의견과 함께 부대공소권자의 공판참가 의사표시를 관할 법원에 제출해야 하고 법원은 이를 심리하여 피해자 참가를 결정해야 한다. 법원은 해당범죄가 공소부대사건에 해당하는지, 다른 특별한 사유에 해당하는지를 심리한다.

라. 공소참가인의 권리

공소참가인은 해당재판의 공판일에 출석하여 참가할 수 있다. 부대공소권이 있는 피해자는 아무런 제한없이 공판심리에 출석할 수 있고, 공소참가인은 직접 피고인, 증인 및 감정인에 대하여 질문할 권리를 가지고 있으며 대리인을 통한 질문도 할 수 있다.

공소참가인의 공판절차상 권리 중에서 가장 핵심적인 것이 바로 증거신청권이다. 공소참가인은 법원의 광범위한 진실규명의무에도 불구하고 피고인과 검사와 함께 증거신청권을 행사할 수 있다. 그 밖에 재판에 대한 이의제기권, 기피권을 행사할 수 있다.

독일에서는 공소부대제도 과정의 이점으로 공소권자의 참여가 범죄 피해회복을 도울수 있고, 가해자의 감경요소로 작용할 수도 있으며, 실체적 진실에 가까워지는 효과가 있다는 평가가 있다.

2) 일본

일본 정부는 2005년 12월에 범죄피해자 등 기본법에 명시된 정책 프로그램을 실천하기 위한 ‘범죄피해자 등 기본계획’을 확정하였다. 이 기본계획의 내용 중의 하나가 바로 범죄피해자 등이 형사재판절차에 직접 관여할 수 있는 제도 도입과 그에 따른 시책의 실시였다. 일본의 경우, 특정한 범죄에 대해 법원의 심리를 거쳐 피해자의 참여 권리를 보장하고 있다.

가. 대상범죄

우선, 고의의 범죄행위로써 사람을 사상시킨 죄는 모두 피해자참가의 대상범죄가 된다(제316조의3 제1항 제1호). 즉 고의로 범죄행위 및 이에 의한 사상의 결과가 구성요건에 규정되어 있는 죄를 말한다. 이에 속하는 구체적 범죄로는, 왕래방해치사상죄, 기차전차전복치사죄, 정수오염치사죄, 수도오염치사죄, 정수독극물혼입치사죄, 수도독극물혼입치사죄, 강간치사상죄, 특별공무원직권남용치사죄, 특별공무원폭행학대치사죄, 살인죄, 자살관여죄, 상해치사죄, 부동산의낙태치사상죄, 보호책임자유기치사상죄, 체포감금치사상죄, 강도치사상죄, 강도강간치사죄 등이다.

다음으로 형법상 강제음란죄(제176조), 강간죄(제177조), 준강제음란 및 준강간죄(제178조), 업무상과실치사상죄(제211조), 체포 및 감금죄(제220조), 미성년자 약취 및 유괴죄(제224조), 영리목적 등 약취 및 유괴죄(제225조), 몸값 요구목적의 약취 등 죄(제225조의2), 소재국의 이송목적 약취 및 유괴죄(제226조), 인신매매죄(제227조)도 피해자참가의 대상범죄가 된다(제316조의33 제1항 제2호)

나. 참가절차

위에 해당하는 범죄의 피해자는 공판의 모든 절차에 참여가 가능하고 검사를 통해 이를 신청하고 법원의 심리를 받아 허가를 받아 참가한다.

다. 피해참가인의 권리

피해참가인은 공판기일에 출석할 권리, 검사의 권한행사에 대한 의견진술권 및 검사의 설명의무, 증인신문권, 질문권, 의견진술권 등을 가진다.

3. 피해자 권리보장을 위한 과제

1) 범죄피해자 권리 보장을 위한 입법·정책 개선방향

이처럼 폭넓게 피해자의 재판 참여를 보장하고 있는 사례에 비추어보면 우리나라는 피해자 진술권과 통지제도 등이 각 개별법령에 산재해 규정되어 있으며 관계서류, 증거물, 정보열람에 대해서도 재판부의 재량에 맡겨져 있는 등 일관적인 태도를 보이지 않고 있다.

현행법에서는 개인의 법익 침해가 명확한 범죄에 대해서는 피해자의 권리 보장을 인정하지 않는 국가형벌권의 작동을 우선하는 방식에 있다. 이에 협소한 측면에서 피해자의 진술권 및 알권리 보장과 통지제도의 개선이 제기되고 있을 뿐이다. 여전히 피해자의 참여가 형사절차를 개인의 응보나 보복의 도구로 활용될 가능성이 더 높다는 것이 우리나라에서는 우세한 의견인 듯 보인다.

하지만 장기적으로 범죄피해자참여의 대상범죄를 개인적 피해자가 존재하는 모든 범죄로 확대할 것인지, 아니면 추상적으로 고찰하여 피해자참가의 필요성이 큰 것으로 평가되는 특정범죄에만 국한시킬 것인지는 입법재량에 속하는 문제이다. 이에 대한 검토가 필요하다.

피해자 참여를 보장하는 입법은 피해자 참여의 목적으로 가지게 되는 법익에 대해 명확히 규정하고(보호기능, 통제기능, 알권리보장) 구체적인 1) 대상범죄, 2) 신청절차, 3) 법원의 허가절차, 4) 피해자 권리보장 내용 등을 세부적으로 명시할 필요가 있다.

그동안의 경험으로 보았을 때, 형사사건이 진행되는 동안 범죄 피해자가 가해자나 사건진행 상황에 관한 정보를 적시에 신속하게 제공받는 것은 피해자의 생명·신체의 안전 확보와 직결되고 피해자의 원활한 절차 참여 또한 실체적 진실을 발견하고 2차, 3차 피해로부터 피해자를 보호하는 실질적인 방법이 될 수 있을 것이다.

2) 성범죄 피해자 진술권 및 알권리 보장을 위한 개선

한편, 단기적인 입법정책 과제로 피해자 진술권과 알권리 보장을 위한 제반 법률의 정비나 실무절차를 간소하게 할 필요가 있다. 첫째, 피해자의 신청에 근거 한 것이 아닌, 「형사소송법」 제259조의2의 피해자 통지 근거 조항 개정하여 수사진행상황, 사건처분결과, 형집행 및 보호관찰 집행상황을 포함하도록 하고 통지를 의무화하는 것이 필요하다.³

다음으로 비디오중계장치 등에 의한 피해자조사, 피해자의 기록열람·등사권, 그리고 범죄피해자의 진술권 등은 공판절차에서만 인정되고 수사절차에서는 인정되지 않고 있다. 수사절차상 범죄피해자의 지위를 달리 볼 이유가 없는 이상 이들 권리들은 수사단계에서의 피해자에게도 보호되어야 할 것이다. 구체적인 입법방안(「형사소송법」 및 「범죄피해자 보호법」의 개정 등)과 실무상의 개선방안을 마련해야 한다.

그리고 범죄피해자의 적극적인 참여는 한편으로는 실체적 진실확보, 사회안정과 질서유지 등에 기여하지만, 다른 한편으로는 피고인의 방어권보장이라는 대원칙과 충돌할 여지가 있다는 점에서 피해자의 참여가 피고인의 지위를 약화시키지 않는 범위 내에서 다양한 권리확보방안 이에 대응하는 전략 등을 탐색해나가야 할 것이다.

³ 법무부 보도자료, 「범죄피해자의 알권리, 제대로 보장합시다!-범죄 피해자의 진술권 및 알권리 보장을 위한 통지제도 개선방안, 디지털성범죄 등 전문위원회 제10차 권고 발표」, 2022.4.17.

마지막으로, 우리나라의 상황에서 많은 성범죄 사건판례에서 강간통념이 여전히 작동하고 있고, 가해자의 감경(처벌무력화)전략도 점차 진화·발전하고 있는 상황에서 피해자의 알권리 보장, 직접적인 재판참여의 보장, 진술권 보장이 이를 통제하고 피해자를 보호할 수 있는 대안이 될 수 있을 것인가는 검토가 필요한 문제이다. 작금의 성범죄의 시장화, 과잉사법화, 피고인의 방어전략의 발달에 대한 평가는 그저 드러나는 현상일뿐-이것이 성범죄에만 적용되는 것은 아니기에-형사사법절차에서 성범죄 사건을 해결하고 개입하는 과정에 대한 문제를 적절하게 포착하여 입법정책 방안을 마련해야 한다.

강간통념이 활용되고 법원에서 인정되는 문제(재판부의 성인지 감수성의 문제 등), 성범죄에 대한 감경·가중 제도 타당성 검토, 형사사법절차에서 발생한 2차피해 방지 및 구체적이고 실질적인 대책마련, 성범죄에 대한 국민참여재판에 대해 보완장치 마련(성인지감수성에 대한 사전 교육 진행 등), 역고소·무고 전략에 대응하는 방식 등에 대해 면밀히 고찰하고 피해자의 전략은 어떠한지 어떻게 변화해야 하는지, 구체적인 대응책은 무엇인지 제시하고 개입해야 할 것이다.

토론 _ 구조적 부정의로서의 성폭력 문제에 대한 사법적 정의의 책임과 한계

권김현영 (여성현실연구소 소장, 여성학 박사)

1. 성폭력 피해자의 권리를 보장하기 위해 노력하시는 여성단체와 법률가분들에게 응원과 감사의 인사를 드립니다. 본 토론문은 특정 발제에 대한 비평적 글쓰기라기보다는 세 발제에 대한 토론의 성격으로 작성되었습니다.
2. 한국에서 성폭력 피해자의 법적 권리는 크게는 (재판)절차참여권과 수사재판과정에서의 2차 피해와 관련한 권리로 나뉘질 수 있습니다. 절차참여권으로는 피해자 국선변호사 제도, 진술조력제도, 정보접근권 등이 있고, 수사재판과정에서의 2차 피해 관련해서는 수사재판과정에서 수사관과 재판부의 강간통념으로 인해 발생하는 문제가 있습니다.
3. 절차참여와 관련해서는 피해자가 형사소송절차에서 주변인이 아니라 당사자로서의 지위를 가질 수 있도록 해야한다는 안지희 변호사의 발제에 공감하는 바입니다. 특히 (가해자가 아니라) 피해자의 진술신빙성만이 판단의 대상이 되는 문제와 피고인의 허위, 왜곡 등에 대해서는 어떠한 법적 제재로 다뤄어지지 않은 문제 등에 대한 지적, 피고인의 방어권이 피해자의 권리에 우선하는 문제에 대해 “형사사법절차를 범죄행위에 대한 법의 우위를 보여주는 과정으로 이해하고 피해자를 형사사법행정을 지원하는 증인의 역할에 국한시키는 국가주의적 사고”에 대한 비판적 문제의식은 법담론의 국가주의적 편향가능성을 적실하게 지적하고 있다고 생각합니다.
4. 수사재판과정에서의 2차 피해를 야기하는 강간통념에 따른 피해자 권리 침해의 문제를 페미니즘과 피해자학 등에서는 통상 ‘Second Rape’이라고 표현해왔습니다. Second Rape은 피해자에 대한 수사재판기관의 ‘부정적인 피드백’ 전반을 지칭합니다. 이때 강간통념은 이 부정적인 피드백을 일으키는 전제신념이라고 할 수 있습니다. 강간통념은 특정 상황에 강간이 불가능하다고 믿는 신념체계로, 시대에 따라 그 구체적 양상은 변화합니다. 김동현 판사의 발제문에 따르면 현재 우리 사회에서 작동하고 있는 강간통념은 “피해자가 모텔에 따라갔거나, 클럽에서 만났거나, 연인 사이였거나, 피해자가 유흥업 종사자거나, 전에 일부 신체 접촉이 있었거나, 피해자가 친절했거나,

콘돔을 사용하라고 했거나, 기회가 있는데도 현장을 나가지 않았거나, 주위에 사람이 있는데도 구조를 요청하지 않았거나, 즉시 신고하지 않았거나” 등의 경우입니다.

5. 법정에서 재판부에 의해 행해지는 강간통념은 대체로 질문 자체의 구성 방식에서 내재되어 있습니다. 즉, 재판부는 기본적으로 “가해자에게 피해자가 성관계에 동의했다고 생각한 사정”을 묻습니다. 이는 가해자의 강간통념을 재판정이라는 공론장에서 드러낼 수 있는 것으로 만듭니다. 가해자가 피해자의 옷차림, 말투, 자신에게 대한 태도, 혹은 피해자와 맺은 관계성의 성격 등에 대한 정의하는 동안 피해자는 가해자에 의해 정의된 서사에 일방적으로 노출될 뿐만 아니라, 법정에서 그러한 서사의 공적 허용을 경험하게 됩니다. 이에 대한 반론권의 차원에서 피해자의 재판절차참여권이 피해자의 법적 권리로 주장되어 온 것입니다. 하지만 법정에서의 2차 피해 문제는 애초에 질문 자체가 잘못 구성되어있는 한 절차에 참여할 수 있게 되었다고 해서 사라지지 않습니다. 법정이 가해자가 피해자의 의사에 반해 일방적으로 자신이 생각하는 관계에 대해 정의할 수 있는 장소가 되면 안된다는 점을 재판부는 명확하게 의식하고 있어야 합니다. 재판부는 가해자가 피해자와 어떻게 의사소통을 해왔는지, 가해자에게 강간통념이 있는지, 가해자가 가진 위치에서의 권력관계는 피해자와의 관계에서 어느 정도 어떤 영향을 미쳤는지 등에 관심을 가질 필요가 있습니다.

6. 발제문에서 언급된 재판부의 강간통념은 단순히 개인들의 고정관념이나 편견에 기초한 것을 넘어서 성폭력의 보호법적 변경에 대한 근본적인 이해부족으로부터 야기된 것입니다. 즉, 강간 혹은 성폭력에 대한 개념 정의 자체가 여성의 정조 침해에서 성적자기결정권의 침해로 변경된 것이 무슨 의미인지를 정확하게 이해하지 못하고 있는 것입니다. 강간통념은 기본적으로 강간을 여전히 여성의 정조 침해 문제로 보고 여성의 몸에 대한 남성의 접근권을 인정하는 소위 ‘강간문화’로부터 나옵니다. 여성학에서는 성폭력 피해자의 대다수가 여성인 이유에 대해 성폭력과 구조적 성차별 간의 구조적 연계가능성을 제기해왔습니다. 그 결과 1993년 유엔은 성폭력 등으로 나타나는 여성에 대한 폭력을 “역사적으로 남성과 여성간의 불평등한 권력관계의 표현이며, 이는 남성의 여성에 대한 지배와 차별로 이어져왔다”고 정의했습니다¹. 또한 2006년 유엔 사무총장은 유엔의 여성차별철폐협약은 “여성에 대한 폭력과 차별 사이의 연관성”을 드러내고 이를 변화시키고자 하는 것이 핵심이라고 말한 바 있습니다. 이처럼 성폭력은 구조적 성차별의 효과 중 하나라는 점은 성폭력 문제를 기본적으로 구조화된

성별권력관계의 맥락 속에서 바라보아야 한다는 것입니다. 법정에서도 역시 이같은 구조적 성차별이라는 구조적 부정의의 맥락 속에서 개별 성폭력 사건이 있다는 점에 입각해서 성폭력 사건을 이해하고 배치할 필요가 있습니다.

7. 간접 혹은 암묵적 동의는 재판과정에서 종종 쟁점이 됩니다. 예컨대, 성관계를 ‘암시’하는 제안에 동의했을 경우 등이 그렇습니다. 모텔에 갔다거나, 라면 먹고 갈래?처럼 통상적으로 섹스를 제안하는 것을 간주되는 상황에서 그 제안에 응했을 경우는 포괄적인 동의로 간주되는 경향이 있습니다. 하지만 직접적인 제안이 아니라 ‘간접표현’이라는 방식으로 우회하는 이유는 상호간에 거절에 대한 수용성을 높이기 위해서입니다². 라면 먹고 갈래?라는 제안에 아니 배가 불러서. 라고 답하는 것은 상호간에 거절에 대한 부담을 덜어줍니다. 강조컨대, 섹스는 성적 욕망의 상호성을 구성하는 관계적 행위로 이루어집니다. 이때 다양한 간접표현을 통해 이루어지는 의사소통행위는 이러한 성적 친밀성이 만들어지는 과정에서 활발하게 활성화됩니다. 문제는 그러한 의사소통이 자유롭게 이루어졌는지 여부이지 의사소통이 이루어졌다는 것 자체가 아닙니다. 동의/비동의의 영역이 아니라 상호탐색과정과 협상이 이루어지고 있었다고 이해해야 한다는 얘기입니다. 섹스는 동의/비동의라는 이분법의 세계에 있지 않습니다.

8. 하지만 법은 이분법의 세계에서 강간과 섹스를 구분합니다. 이 점에 대해 법은 명백하게 한계가 있는 사회 정의의 도구라는 점이 환기될 필요가 있습니다. 사법적 정의는 개인에게 법적 책임을 묻기에 충분한지를 매우 엄격하게 따집니다. 하지만 법적 책임 여부에 대한 질문은 피의자에게 이루어져야지 피해자의 섹슈얼리티가 얼마나 규범적인지 여부에 달려있는 것이 아닙니다. 또한 동의하지 않음을 피고인이 인지했는지, 피해자의 동의를 상쇄할 만한 압력이 존재했는지의 여부가 쟁점이 되어야합니다. 피고인이 피해자의 의사표시를 오해할만한 사정이 무엇이었는지가 쟁점이 되는 한, 법정은 피해자에게 2차 피해를 경험하게 하는 공간이 될 수 밖에 없습니다.

9. 또한 개인의 법적 책임만으로는 구조적 문제가 해결될 수 없다는 사법의 한계가 인식될 필요가 있습니다. 설령 법적 책임을 지기에는 충분하지 못했다고 한다면, 그 불충분함이라는 잔여를 정치적 정의로 접근할 수 있는 영역의 문제로 ‘남겨둘’ 필요가 있습니다. 그러나 성폭력 가해 변론의 시장화 현상은 이러한 잔여의 영역을 적극적인 ‘피해자 공격형’ 변호를 통해 가해와 피해의 위치를 변경하고 피해자에게 형사책임을

1 G.A. Res 48/104, Declaration on the Elimination of Violence Against Women (Dec. 20,1993)

2 간접표현에 대해서는 아리안 사바시의 논의 참조. 아리안 사바시, 『우리에게겐 논쟁이 필요하다』, 교양인, 2024, 66-68쪽.

묻는 방식으로 전개되고 있어, 성폭력에 대한 그간의 인식 변화, 역사적 ‘진보’를 성폭력에 대한 그간의 역사적 변화를 퇴행시킬 뿐만 아니라 사법적 정의의 ‘외부’ 자체를 불가능하게 하고 있다는 점을 크게 우려하지 않을 수 없습니다.

10. 성폭력 변호의 시장화라는 현상은 성폭력 문제의 (법적) 제도화 과정에서 드러난 (필연적) 결과이기도 합니다. 다만 란 활동가의 발제문이 제기하고 있는 것처럼 이는 가해자와 피해자 모두 사법적 해결과정을 “과잉대응”하게 만든다는 점에 주목할 필요가 있습니다.

11. 성폭력 변호의 시장화는 세 가지 차원의 문제를 드러냅니다. 첫째, 법정에서 강간문제가 다뤄질 때 이는 가해자와 피해자 변호사들과 재판부로 대표되는 국가 간에 벌어지는 일종의 체스 경기가 된다는 것입니다³. 이때 피해자에게 제공되어야 마땅한 사회정의와 치유라는 차원의 문제는 부차적인 것이 됩니다. 둘째, 누가 더 비싼/영향력있는/능력있는 변호사를 고용할 수 있는지에 따라 법적 판결이 달라질 것이라는 사회적 기대가 형성되는 문제입니다. 이는 법적 정의의 보편성 원칙을 훼손합니다. 셋째, 페미니스트들이 주장해온 성폭력에 대한 핵심적인 문제제기인 개인의 사생활과 관련된 문제가 아니라 ‘사회적 문제이자 공적 문제’로서 성폭력 문제가 다루어져야 한다는 문제제기의 전제를 변화시킨다는 점입니다. 즉 시장화 현상은 ‘사회적인 것’을 불가능하게 하고, ‘사회’를 시장(혹은 자본)으로 대체합니다. 이는 단순히 과잉사법화의 문제를 넘어서 사법적 정의 자체를 불가능하게 합니다. 시장화 과정은 인종, 계급, 젠더, 나이 등의 범주를 통해 만들어진 권력자원을 그 자체로 가해자와 피해자가 동원할 수 있는 자원으로 치환합니다. 피해자를 공격하고, 가해자의 사적 네트워크를 동원하는 것을 독려하고, 감경목적의 사과문과 공탁금에 대한 적극적 컨설팅 등이 재판정에서 ‘통할 것’이라는 기대 자체가 성립하지 않으려면, 이러한 ‘선’을 넘은 변호, 특히 피해자 공격형 변호는 피고인의 변론권 행사 과정에서 있을 수 있는 변호인의 신의/실력 ‘이상’의 문제로서 사법적 정의의 근간을 흔들 수 있는 문제로 인식될 필요가 있습니다. 또한 성폭력은 욕망보다는 권력에 대한 문제로서, 피고인이 동원하는 자원들이 곧 피고인이 가진 권력으로 인식될 수 있다는 경고가 재판부에 의해서 제시될 필요가 있습니다. 이것이 다름 아닌 사법적 정의가 될 것입니다.

12. 마지막으로 덧붙이자면, 성폭력 피해자의 법적 권리는 안지희 변호사와 란 활동가의 주장처럼 피고인에게 주어진 권리만큼 피해자에게 당사자로서의 권리를

주는 방식을 통해 진전될 수 있습니다. 다만, 법적 권리를 추구하는 과정에서 법정 장면에서 재판부와 변호인에 의해서 이루어지는 2차 피해 문제는 당사자로서의 권한 부여만으로는 해결되기 어렵습니다. 즉, ‘성폭력’이라는 문제로 드러난 ‘구조적 (젠더) 부정의’ 문제는 법정에서 모두 해결될 수 없다는 점을 강조하고 싶습니다. 이는 법/제도의 불필요함에 대한 주장이 아니라, 역설적으로 법/제도가 그 제약을 유지하기 위해서 필요하다는 얘기입니다. 사법부의 역할은 형사적 정의의 구현이라는 구조적 제약 속에서 부분적으로 달성되는 사법적 정의의 실행여부에 있습니다. 이 제약을 수사관, 재판부, 변호인 모두 인정해야만 과잉사법화경향의 가속화를 막고 성폭력 문제에 대한 ‘사회’ 정의의 실현가능성을 보존할 수 있습니다. 그 점에서 특히 피의자 변호사들이 피의자의 권력 그 자체를 이용한 방식의 감경전략은 재판부와 입법부에 의해 제어될 필요가 있다는 점을 다시 한 번 강조하고 싶습니다.

이상으로 토론을 마칩니다. 감사합니다.

³ Martin, Patricia Yancey. (2005) Rape Work: Victims, Gender, and Emotions in Organization and Community Context. New York: Routledge.

발행일: 2024년 7월 22일

편집: 한국성폭력상담소

기획팀: 한국성폭력상담소, 민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회,
사단법인 선, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화

공동주최: 기본소득당 용혜인, 더불어민주당 박상언, 더불어민주당
김남희, 더불어민주당 서영교, 더불어민주당 전진숙, 조국혁신당
정춘생, 진보당 정혜경, 대한변호사협회 여성변호사특별위원회,
민주사회를 위한 변호사모임 여성인권위원회, 사단법인 선,
한국성폭력상담소, 한국여성단체연합, 한국여성민우회, 한국여성의전화