

人權擁護 심포지엄

『아동 성폭력 피해자 보호방안』

- 일시 : 2009. 12. 7.(월) 오후 2시 ~ 5시
- 장소 : 대한상공회의소 회관 중회의실B
- 후원 : 법률신문사

주최 : 法務部 · 韓國法學院

『아동 성폭력 피해자 보호방안』

사 회 자	김 진 환 (법무법인 충정 대표변호사)
발 표	원 혜 욱 (인하대 법학전문대학원 교수)
	박 미 숙 (한국형사정책연구원 선임연구위원)
지정토론	고 흥 석 (성서울중앙지방법원 판사)
	이 명 숙 (법률사무소 나우리 대표변호사)
	이 윤 상 (한국성폭력상담소 소장)
	전 경 윤 (BBS 보도국 사회문화팀장)

- 일시: 2009. 12. 7.(월) 오후 2시~5시
- 장소: 대한상공회의소회관 중회의실B
- 후원: 법률신문사

심포지엄 進行計劃

14:00~14:10	인사 말씀
14:10~14:50	주제발표 (1)
14:50~15:30	주제발표 (2)
15:30~15:40	휴식
15:40~15:55	지정토론 (1)
15:55~16:10	" (2)
16:10~16:25	" (3)
16:25~16:40	" (4)
16:40~17:00	종합 토론

차 례

■ 주 제 발 표

『아동 성폭력 피해자의 진술권』

..... 원혜옥(인하대 법학전문대학원 교수) 5

『아동 성폭력 피해자보호의 문제점과 대책』

..... 박미숙(한국형사정책연구원 선임연구위원) .. 17

■ 지정토론요지..... 고흥석(서울중앙지방법원 판사) 35

■ 지정토론요지..... 이윤상(한국성폭력상담소 소장) 43

■ 지정토론요지..... 전경윤(BBS 보도국 사회문화팀장)..... 50

■ 지정토론요지..... 이명숙(법률사무소 나우리 대표변호사)

■ 인권옹호 심포지엄: 『아동 성폭력 피해자 보호방안』

아동성폭행 피해자의 진술권

인하대학교 법학전문대학원 교수 원혜옥

I. 들어가는 말

아동을 대상으로 하는 강제추행, 간강, 강제추행치상 등 아동을 대상으로 하는 성폭행 범죄가 지속적으로 증가하면서¹⁾ 아동에 대한 성폭력범죄가 심각한 사회문제로 제기되고 있다. 아동피해자들은 가해자가 아닌 가족구성원, 돌보는 사람, 학교 그리고 수사나 민·형사절차에 참여하는 전문가들로부터 도움이 필요하다.²⁾ 그러나 이러한 성폭력범죄를 행한 가해자들의 재판과정에서의 특성을 살펴보면, 범죄의 대상이 되는 아동이 범행을 재구성하여 진술하지 못할 것으로 생각하여 자신의 범행을 극구 부인하는 경향이 있다. 아동에 대한 범죄에 있어서는 피해아동의 진술이 중요한 유죄의 증거가 될 수 있기 때문에 수사와 재판절차에서는 피해아동의 진술과 증언의 신빙성 여부에 대한 조사절차를 행하게 되고, 형사절차상 피해아동에 대한 보호방안이 충분히 수립되지 않은 상황에서 피해아동은 정신적·심리적 피해를 받게 되며, 진술이 반복될 위험도 발생하게 된다. 따라서 아동피해자의 정신적·심리적 충격을 완화함과 동시에 진술 내지 증언의 신뢰성을 높일 수 있는 방안이 강구되어야 할 필요가 있다.

최근 우리 사회에서 큰 이슈로 제기되었던 소위 ‘조두순 사건’을 통해서 아동성폭행

1) [표 1] 13세 미만 아동 성폭력 발생 현황

구분	2002	2003	2004	2005	2006	2007. 06
계	600	642 (+7%)	721 (+12.3%)	738 (+2.4%)	980 (32.8%)	555 (+13.3%)

* 출처 : 이윤호/이금형, 아동성폭력 피해특성에 따른 보호 및 대응방안에 관한 연구, 한국범죄심리연구 제3권 제2호, 197면

2) 정진수, 아동증언에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구보고서 00-20, 18면

의 심각성이 다시금 사회문제로 제기되었다. 본 사건을 살펴보면, 그 피해의 심각성과 더불어 가해자에 대한 처벌과 관련한 사법부의 불신이 논의의 중심에 놓여 있다. 특히 피해아동과 그 부모의 의견이 고려되지 않은 양형에 대한 문제점이 부각되었다. 이번 사건을 계기로 아동 성폭행 피해자의 보호와 피해자의 형사절차 참여권이 더욱 중요하게 제기되고 있는 것이다.

아동성폭력은 피해아동으로 하여금 정신장애 등 심각한 후유증을 겪게 하여, 피해아동은 성장과정에서 심각한 사회부적응 현상을 보이며 그 피해가 평생에 걸쳐 지속되게 된다. 더욱이 아동성폭행은 일반적으로 밀행적인 성격을 지닌 범죄이기 때문에 다른 범죄유형보다 피해자의 진술이 실제적 진실을 발견하고 양형을 결정하는데 중요한 요인으로 작용한다. 그러나 전통적인 형사사법체계에서의 피해자는 소위 “잊혀진 존재” 혹은 “주변적 존재”로서 가벌성 판단에서 소외되어 있을 뿐 아니라, 형사법절차 내에서는 실제적 진실이라는 형사절차의 목표에 가려져 증거방법 내지 증거획득의 객체로 취급되어졌던 것이 현실이다.³⁾ 국가가 피해자를 대신하여 가해자에 대해 공소를 제기하고 형벌을 부과한다고는 하지만 ‘조두순 사건’에서 촉발된 것처럼 과연 국가가 피해자의 입장과 권리실현을 위한 대리인의 역할을 충실히 수행하고 대변하고 있는지에 대해서 의문이 제기된다. 다행히 1980년대에 들어서면서 피해자가 형사절차에 관하여함으로써 입게 되는 2차적 피해를 방지하고자 하는데 논의가 집중되고 있다. 이와 같은 논의는 피고인에게 보장된 반대신문권 행사의 대상으로 형사소송절차에 수동적으로만 관여할 수 있었던 피해자를 보호하기 위한 소위 ‘증인보호’로부터 출발하였다. 그 후 피해자 등이 범죄에 의해 발생한 손해를 신속하고 간편하게 회복할 수 있는 손해회복의 실현, 형사절차에 있어 정보권의 보장, 형사절차의 참여권 등으로 점차 확대되게 되었다.⁴⁾

성폭력범죄와 관련해서는 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」(이하 ‘성폭력특별법’이라 한다)이 2003년 개정되면서 제21조 내지 제22조의4에 피해자 보호를 위한 제도들을 수정·보완하여 규정하였다. 동 조항들은 수사과정 및 공판과정에서 피해자를 보호하는 내용을 규정하였다. 2007년 6월 1일에는 형사소송법 개정을 통하여 그동안 피해자학에서 논의되었던 일부 피해자보호관련 규정을 개정·신설하기에 이르렀다. 개정 형사소송법은 제294조의2에 피해자 등의 진술권, 제294조의3에 피해자 진술의 비공개 등을 개정·신설함으로써 형사소송법에서도 피해자보호를 위한 내용을 강화하였다.

아동성폭행에 대한 대책으로는 다양한 방안들이 제시되고 있다. ‘성폭력 유전자 정보

3) 이용식, 형사피해자의 지위에 대한 소고, 피해자학연구 제14권 제1호, 5면

4) 류병관, 범죄피해자 진술권의 성격 및 내용에 관한 연구, 형사정책 제20권 제2호, 202면

은행 구축을 통한 증거확보 및 성폭력 예방 강화', '아동 성폭력 범죄 교정치료센터 설치', '아동성폭력에 대한 공소시효 정지', '성폭력 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착', '어린이 안전구역 지정 및 CCTV 설치' 등 다양한 제도가 제시되고 있다. 그러나 본 논고에서는 위에서 문제로 제기하였던 형사절차에서의 실제진실 발견과 가해자에 대한 양형의 판단에 있어서 중요한 영향을 미칠 수 있는 '피해자 참여권'에 대해 논의하고자 한다. 이를 위해 2007년 형사소송법의 개정을 통해 강화된 피해자 진술권과 관련된 부분을 중심으로 검토하기로 한다.

II. 피해자 진술권

1. 의의

형사소송법은 제294조의2에 피해자 진술권에 대해 “법원은 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인의 신청이 있는 때에는 ① 피해자 등이 이미 당해 사건에 관하여 공판절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우, ② 피해자 등의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우를 제외하고 그 피해자 등을 증인으로 신문하여야 한다”고 규정하고 있다. 이는 형사절차에 있어서 피해자의 인격권과 정당한 권리가 당연히 보장되어야 한다는 인식이 확대된 결과라 할 것이다.⁵⁾ 형사절차에서 피해자를 보호하는 규정으로는 피해자 의견진술, 공판절차에서 피해자의 방청, 공판기록의 열람 및 등사, 형사절차에 있어서 화해 등을 들 수 있다. 피해자의 의견진술권의 보장은 피해자가 주도권을 가지고 형사절차에 참여할 수 있는 길이 열렸다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.⁶⁾ 피해자의 절차참여는 형사사법에 대한 신뢰증진 및 피해자의 만족도 제고에 매우 커다란 영향을 미친다. 전통적인 형사소송절차에서 피해자는 고소인 또는 증인으로만 절차에 참여하는 소극적 간접적 변수에 불과했지만, 피해자의 절차참여를 통해 피해자도 일정 범위 내에서는 주체적으로 절차에 관여할 수 있게 된 것이다.⁷⁾

이처럼 피해자의 권리 영역에서 가장 중요한 입법상의 개혁은 범죄에 의해 피해자가 입었던 영향에 대한 진술을 통하여 형사절차에서 피해자의 지위를 확보하는 것이다.⁸⁾

5) 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008년, 474면

6) 박상식, 범죄피해자의 의견진술권에 관한 연구, 피해자연구 제14권 제1호, 78면

7) 김용세/윤민석, 개정 형사소송법의 범죄피해자 보호규정, 피해자학연구 제15권 제2호, 141면

즉 범죄피해자가 범죄의 실제적 진실을 발견하는 절차에서 피고인의 범죄사실에 대한 의견과 양형절차에서 피고인에게 어떠한 형벌을 부과할 것인가에 관한 의견을 진술할 기회를 부여하는 것이다. 아동 성폭행 사건과 관련하여 가장 큰 문제점으로 지적되고 있는 부분이 양형의 불균형이라고 할 때, 피해자의 진술권은 피해자의 의견을 충분히 진술하게 함으로써 적정한 양형이 이루어지게 하여 피해감정으로부터 벗어나게 하는데 중요한 제도라 할 것이다. 미국의 경우에도 피해자가 양형절차에서 피해결과를 진술하는 VIS(Victim Impact Statement)와 양형에 대한 의견을 진술하는 VSO(Victim Statement Opinion)을 규정하여 피해자를 최대한 보장하고 있다. 피해결과에 대한 진술(VIS)이 증명된 사실정보에 초점을 두는 반면 피해자의 의견진술권(VSO)은 보다 주관적으로 피해자가 피고인에게 부과되어야 할 형벌의 종류 및 형량에 대하여 자신의 의견을 법원에 제시할 수 있다는 점에서 차이가 있다.⁹⁾

2. 법적 성격

(1) 헌법, 형사소송법에 근거한 법적 성격

우리나라에서는 피해자 의견진술권이 헌법적으로 보장되어 있다. 헌법 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 규정함으로써 형사피해자의 절차상 권리를 명문으로 선언하였다.¹⁰⁾ 이와 같이 헌법상 피해자에게 보장된 형사절차상 권리인 피해자 진술권을 형사소송법은 공판단계에서만 증인신문 방법으로 진술할 수 있는 권리로 규정하고 있으며, 신청 자체도 제한할 수 있는 예외규정을 두고 있어 피해자가 적극적으로 주장하고 향유할 수 있는 ‘권리’로서의 성격은 찾아보기 어렵다. 즉 권리로서 자신의 의견을 진술한다는 측면보다 증인으로 묻는 말에만 답해야 하는 ‘의무’적 성격이 짙다고 할 것이다. 이러한 문제점은 형사소송법이 개정되기 이전부터 꾸준히 제기되어 왔음에도 불구하고 2007년 개정된 형사소송법

8) 그러나 이러한 주장에 대해서는 피해자의 절차참여는 예견할 수 없는 양형결정의 문제, 피고인 권리 보호의 유지, 피해자의 기대를 증진시키는 등의 어려운 문제가 있음을 지적하고 있다. 뿐만 아니라 사적인 고려를 공적인 절차에 개입하게 하는 문제, 공적인 재량권에 피해자의 주관적인 요소가 개입 되면 법원의 냉정한 결정과정을 위태화하여, 결과적으로 불균형을 더욱 더 초래하게 될 것이라고 비판하는 견해도 있다. 그러나 이러한 문제점에 대한 부분은 대부분의 조사연구에서 검증되지 않았다. (박상식, 앞의 논문, 79면, 83면)

9) 박상식, 앞의 논문, 77면, 89면

10) 김용세/윤민석, 앞의 논문, 142면

역시 피해자의 진술권을 ‘증인신문’의 방식으로 보장하고 있다. 그러나 헌법재판소의 견해는 형사소송법의 규정형식과는 다르다고 할 것이다. 헌법재판소는 “헌법 제27조 제5항 피해자진술권 규정의 취지는 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 것이다 ... 또한 형사피해자의 재판절차진술권은 사인소추를 완전히 제한하여 검사에게만 형사소추권을 독점시키고 있는 현행 기소독점주의 형사소송체계 하에서 피해자의 형사절차참여를 통한 의견 진술의 기회를 부여하여 법관으로 하여금 당해사건의 의견을 청취하게 함으로써 유·무죄의 판단과 양형결정에 참고하도록 하려는 취지에서 인정된 제도”라고 판시하고 있다. 이러한 헌법재판소의 입장은 피해자 진술권의 성격을 현행 형사소송 제294조의2가 규정하고 있는 범위를 넘어서 형사재판에 있어 법관의 피해자 진술청취의무와 나아가 피해자 진술권을 통한 양형에 있어서의 진술권까지도 당연히 인정되는 권리로 파악하고 있다고 할 것이다.¹¹⁾ 이처럼 피해자의 진술권은 피해자에게 자신의 이익이나 주장을 형사절차에 적절하게 반영할 수 있는 기회의 제공을 목적으로 헌법상 인정된 제도이다. 현행 형사소송법이 규정하고 있는 통상의 증인신문절차와는 그 성질을 명백히 달리하는 것이라고 볼 때, 신청 자체를 제한하는 형사소송법의 규정은 피해자 진술권의 헌법적 성격에 비추어 볼 때 타당하지 않다.¹²⁾ 우리나라와는 달리 독일의 경우 피해자의 권리보호를 강조하여 피해자가 형사절차에 주체로서 참가하는 부대소송을 시행하고 있다. 독일의 제도를 통해 피해자보호가 얼마나 중요한지를 알 수 있다.

(2) 독일 부대소송(Nebenklage)과의 비교

독일의 부대소송(Nebenklage)은 검사가 제기하는 공소절차에 피해자가 보조적으로 참여하는 제도이다. 이는 피해자의 공판절차 참여를 포괄적이고 강력하게 보장하는 제도라 할 것이다. 피해자나 그 유족 등이 검사와는 별개의 절차적 주체로 공판절차에 참가할 수 있는 제도로써 특히 성범죄피해자의 권리보호에 중요한 역할을 한다. 소송참가 신청은 어느 단계에서도 가능하여 판결 후 상소제기를 위하여도 가능한데, 신청이 있고 법원이 검사의 의견을 들은 후 참가허가결정을 함으로써 진행된다. 참가인은 증인신문

11) 류병관, 앞의 논문, 207면 이하

12) 류병관, 앞의 논문, 209면

시 공판정 출석권, 이의제기권, 증거신청권, 진술권 등을 가지며 공판정에서 검사와 나란히 앉아 검사와 병행적으로 소송을 수행하게 된다.

독일의 부대소송제도를 우리나라에 도입할 것인가에 대해서는 의견이 일치하지 않는다. 특히 성폭력피해자의 권리보호를 위해서는 제도의 도입을 찬성하는 견해도 있으나, 다음과 같은 사항을 근거로 반대하는 견해도 있다. 즉, 피해자의 소송법상 지위는 강화될 수 있으나, 형사소송에 있어서 피해자 개인의 복수감정과 보상심리의 개입으로 형사소송을 통한 공형벌권의 실현이라는 이념과 조화되기 어렵고, 피해자가 사익의 추구만을 위하여 소송수행을 할 가능성이 상존하기 때문에 실제적 진실발견과 거리가 먼 행동을 할 수 있으며, 피고인의 방어권의 약화를 가져올 수 있다.¹³⁾ 아동 성폭행 피해자 보호라는 측면에서만 살펴본다면, 피해아동 혹은 그 법정대리인이 검사와는 별개의 주체로 소송절차에 참여하여 실제적 진실을 밝히고 적정한 형벌부과가 이루어질 수 있도록 성폭력범죄의 영역에서는 부대소송의 도입을 추진해야 할 것이다. 다만, 사인소추제도를 인정하고 있는 독일과 우리 법체계 사이에 상당한 차이가 있기 때문에 독일의 부대소송을 그대로 도입하기는 어려울 것이다. 그렇다면 현행의 피해자 진술권을 강화하여 피해자가 주체로서 형사절차에 참여하는 것과 동일한 정도의 효과를 나타내도록 하여야 할 것이다.

3. 현행 피해자 진술권제도 문제점

(1) 의견진술의 단계

현행 형사소송법에 의한 피해자는 공판절차에서만 의견을 진술할 수 있도록 되어 있다. 그러나 수사절차에 있어서도 진술권이 인정되어야 한다는 주장이 제기되고 있다. 아동 성폭행의 피해자인 아동이 증인으로서 법정에서 신문받는 경우에는 불안이나 긴장으로 인해 충분히 진술하기 어려운 것이 사실이다. 특히 아동 성폭력은 밀행성이 높아 가해자와 피해자 외에는 진상을 파악하기 힘들며 목격자 및 증거확보가 곤란하다. 그러나 피해 아동들은 언어능력이 미숙하고 기억력상의 한계가 있어 명료하고 일관된 진술을 하기 어려우며, 성인 가해자의 협박과 회유 등으로 진술을 반복하는 경우가 발생한다.¹⁴⁾ 또한 아동피해자의 연령이 점차 낮아지고 있고, 은밀히 자행되고 있기 때

13) 천진호, 앞의 논문, 34면

14) 이윤호/이금형, 앞의 논문, 205면

문에 아동 자신이 피해를 당했는지에 대해 자각하지 못하거나 자각하더라도 피해의 정황 등에 대하여 정확하게 진술할 수 없는 경우가 많다.¹⁵⁾ 더욱이 공판절차의 진행시와 사건발생시와의 시간적 간극으로 인해 아동의 기억능력이 감소하여 제대로 진술할 수 없게 된다.¹⁶⁾ 피고인과 그 변호인에게 반대신문권을 보장하면서 피해자를 증인으로 신문하는 방식을 취하고 있는 현행법체계에 의하면 심리적으로 안정되지 않은 피해아동에게 진술권이 보장된다는 것은 아무런 의미가 없게 된다. 따라서 아동 성폭행의 경우 피해자 또는 그 법정대리인의 진술권은 공판정에서 뿐만 아니라 수사절차에서도 가능해야 한다. 그러나 현행 형사소송법상 수사단계에서 피해자에게 인정되는 권리는 찾아보기 힘들다. 다만, 성범죄의 경우에는 성폭력특별법 제21조의2에 규정된 성폭력범죄의 피해자에 대한 전담조사제를 통하여 수사단계에서도 피해자가 보호되어야 한다는 취지를 확인할 수 있다. 그러나 성폭력특별법의 규정에도 불구하고 피해자는 여전히 수사단계에서는 참고인으로, 공소제기 이후에는 증인으로 취급되고 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 헌법상으로는 ‘재판절차’에서 피해자 진술권이 보장되고 있다. 여기서의 재판절차란 형사절차전반으로 이해함이 타당하다. 따라서 수사절차에서도 피해자의 신청이 있으면 참고인 신분으로 절차에 적극적으로 참여하여 의견을 진술하게 함으로써 실질적으로 진술권이 보장될 수 있도록 해야 할 것이다.¹⁷⁾

(2) 증인신문방식의 문제

피해자의 공판정에서의 의견진술은 피해자에게 자신의 이익이나 주장을 형사절차에 적절하게 반영할 수 있는 기회를 제공하는 것이다. 따라서 통상의 증인신문절차와는 그 성질을 달리하는 것이다. 피해자 진술권을 증인신문의 연장으로 규정하고 있을 뿐 아니라 이를 광범위하게 제한하고 있는 현행 형사소송법 규정에는 문제가 있다. 피해자가 증인으로 이미 신문받았는지 여부와 관계없이 피해자에게는 의견진술의 기회가 부여되어야 한다.¹⁸⁾ 피해자 진술은 증인신문과 구별되어야 하는 이유가 여기에 있다. 증인신문은 피고인의 유무죄를 확정하기 위하여 필요한 절차이고, 피해자 진술은 피해자가 범

15) 박종선, 형사절차상 아동증인에 대한 조사방법, 형사정책 제18권 제2호(2006), 269면

16) 실제로 한 연구에 따르면 사건을 목격하고 5개월의 시간이 경과한 후에 아동과 성인을 면접한 결과 성인의 경우 정확성에 있어 큰 차이가 없었으나 아동의 경우 정확성의 감소를 보인 것으로 나타났다.(정진수, 앞의 보고서, 22면)

17) 류병관, 앞의 논문, 212면 ; 천진호, 앞의 논문, 16면

18) 박상식, 앞의 논문, 105면

죄과정에서 겪은 영향을 진술하는 것이다. 피해자 진술권은 피해 이후 자신의 생활상의 고통에 관한 사항이나 가해자에 대한 처벌의사를 밝히는 것인데 이를 공개적으로 하고 피고인이나 변호인의 반대신문을 허용하는 것은 부적절하다. 따라서 증거로서 증인신문과 구별하고 피고인의 방어권과의 조화를 위해 피해자 진술은 별도의 절차에서 이루어져야 한다.¹⁹⁾

피해자의 진술권은 특히 양형에 대한 진술에서 중요하다 할 것이다. 그런데 양형에 대해서도 증인신문의 방식을 취하는 것은 타당하지 않다. 이는 피고인에 대한 적절한 양형의 결정이 단순히 범죄의 경중에 따라야 하는 것이 아니라 피해자가 경험한 구체적인 피해와 형사사법에 대한 피해자의 정당한 기대를 고려해야 한다는 점에서도 부합하지 않는다.²⁰⁾ 양형에 대한 피해자의 진술이 이루어지지 않은 경우 단순히 범죄의 경중에 따라 양형이 결정될 수밖에 없을 것이다. 그러나 ‘조두순’ 사건과 같은 아동성폭력 범죄에 있어서 피해자의 피해감정을 더욱 심각하게 손상하는 양형에 대한 문제점을 해결하기 위해서는 피해아동 혹은 법정대리인에 의한 진술권이 보장되어야 한다. 피해자가 양형절차에 적절히 참여하고 양형결과에 만족한다면 이는 형사사법예의 만족과 신뢰로 이어지고, 적극적 일반예방의 관점에서 보더라도 법과 질서회복에 도움이 될 것이다. 따라서 일반국민의 형사사법에 대한 불신해소의 일환으로 형사사법의 결정과정인 양형절차에서 피해자의 의견을 진술할 권리를 허용해야 하는 것이다. 그런데 현행 형사소송법에 의해 피해자 진술권을 증인신문절차로 규정하다보니 이를 제한하는 사유가 너무 많다. 즉, 신청인이 이미 당해 사건에 관하여 공판절차 또는 수사절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우, 신청인의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우에는 법원에서 이를 제한할 수 있다.²¹⁾ 피해자의 진술권의 취지를 살린다면 이를 증인신문의 방식으로 규정한 현행법의 규정을 증인신문의 방식을 취하지 않으면서도 피해자의 진술권을 보장하고 있는 일본의 규정형식과 같이 개정하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

19) 이에 대해서는 최후진술의 형태로 구성하는 것을 하나의 방안으로 제시하기도 한다. (박상식, 앞의 논문, 107면)

20) 박상식, 앞의 논문, 106면

21) 천진호, 앞의 논문, 17면, 19면

III. 피해자 진술권을 효율적으로 보장하기 위한 제도

아동성폭행의 경우에는 위에서 보장된 피해자 진술권만으로는 실효적인 보호가 어렵다고 할 것이다. 왜냐하면 증인신문방식을 취하고 있는 현행법하에서는 아동의 증언에 대한 신빙성을 인정하기 위한 제도적 뒷받침이 없는 한 불안정한 심리상태의 아동에게 피해사실에 대해 그리고 가벌성의 정도에 대해 논리정연하게 진술할 것을 기대하기 어렵기 때문이다. 이에 아동이 피해자인 경우 비디오 등 중계장치에 의한 신문제도, 신뢰 관계자의 동석, 심리의 비공개 등 별도의 제도적 보장이 추가적으로 이루어져야 한다.

1. 심리의 비공개

공개된 장소에서 수사하고 재판한다면 피해자의 얼굴이 여기저기 공개될 수 있다. 피해자의 얼굴공개는 한마디로 피해자를 사회에서 매장시키는 첫걸음이라 할 수 있다. 따라서 비공개로 수사와 재판이 진행될 필요성이 크다고 할 것이다. 성폭력범죄는 다른 범죄와는 달리 피해자임에도 얼굴이 공개되는 것을 두려워하는 경우가 많다. 더욱이 아동 성폭행 피해자의 얼굴은 절대 공개되어서는 안 될 것이며, 부득이 공개해야 할 경우에는 최소한으로 제한되어야 할 것이다.²²⁾ 성폭력 피해자의 고통을 최소화하는 최선의 방법은 심리적으로 안정감을 갖게 하는 것이라 할 것이다. 공판절차도 이런 고통이 수반되지 않은 상태에서 진행되어야 이차적 고통을 피할 수 있다. 성폭력 범죄는 다른 범죄와 차별해야 하는 가장 큰 이유는 위에서도 언급한 바와 같이 피해사실이 세상에 알려지는 것을 방지해야 하기 때문이다. 재판절차에서 발생하는 피해 중에서 가장 심각한 문제점으로 제기되고 있는 것 역시 피해자의 신원이 알려지는 것이며, 법정에서 피해자가 가해자와 직접 얼굴을 대면하는 것이다.²³⁾ 이에 성폭력특별법은 제22조에 심리의 비공개를 규정하고 있으며, 개정 형사소송법 역시 피해자의 법정진술권을 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 경우에 피해자인 증인에 대한 심리과정을 공개하지 아니하는 제도를 도입하였다(제294조의3). 피해자 진술의 비공개는 단지 피해자의 절차참여 욕구를 실질적으로 보장하는 취지를 넘어, 사건을 직접 경험한 피해자가 자유로이 진술할 수 있는 환경을 조성함으로써 실제진실의 발견에 기여한다는 의미를 지닐 수 있다.²⁴⁾

22) 문영희, 아동 성폭력 피해자 보호를 위한 형사절차에 관한 제도적 개선방안, 인권복지연구 제4호, 93면

23) 문영희, 앞의 논문, 95면

24) 김용세/윤민석, 앞의 논문, 143면

2. 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문

아동 성폭력의 피해아동의 진술이 일관되지 않을 수 있다는 점과 가해자와 직접 얼굴을 대면하는 것이 심리적 불안정을 초래한다는 것은 이미 위에서 살펴보았다. 이러한 우려 때문에 성폭력특별법은 영상물 촬영·보존을 의무화 하였고(제21조의3), 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문(제22조의4)제도를 도입하여 각 법원에 증언실을 설치할 수 있도록 하였다. 비디오 중계방식에 의한 증인신문이란 법정 이외의 장소에 있는 증인과 신문자가 모니터를 통하여 서로를 보면서 신문·진술하는 방식을 말한다. 증인에게 가해질 수 있는 심리적 압박감을 해소하고 명예의 침해를 방지하기 위한 제도로서 피고인이나 방청객 등의 시선을 차단하는 것에 그치지 않고 법정이라는 장소적 제약마저 해소함으로써 보다 안정적인 상황을 보장할 수 있는 신문방식이다.²⁵⁾

영상 및 음향 송수신 장치를 이용하여 증인을 신문하는 경우에 그 신문과정을 녹화하는 것은 얼마든지 가능하다. 이러한 상황이라면, 증인의 인권보호를 위해서 동일한 내용을 되풀이하여 진술할 것을 강요할 필요가 없다. 더욱이 피해자인 증인에 대해 자신의 피해체험을 반복하여 회상하게 하는 것은 피해자 보호의 취지에도 적합하지 못하다. 개정법은 일본 형사소송법 제321조의2와는 달리 비디오 등 중계장치를 이용한 증인신문의 과정을 기록한 영상녹화물의 증거능력에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 비디오 등 중계장치 또는 차폐시설을 활용한 증인신문도, 영상 및 음향 송수신장치를 활용하거나 칸막이 등을 설치한 상태에서 행해질 뿐 공판정에서의 증인신문에 해당하므로, 그 과정에서 작성된 조서는 법원 및 법관의 면전조서에 해당하고, 형소법 제56조의2에 의하여 그 과정을 기록한 영상녹화물은 소송기록에 첨부하여 공판조서의 일부로 삼을 수 있으므로 형소법 제292조의3, 형사소송규칙 제134조의2 제6항의 규정에 의하여 조사하면 족하다 할 것이다.²⁶⁾

3. 신뢰관계자의 동석

성범죄의 피해자처럼 심각한 정신적 타격을 입은 사람, 더욱이 피해자가 아동인 경우에는 증인으로 법정에서 신문을 받게 된다면 불안이나 긴장으로 인해 충분히 진술하기 어려운 것은 물론이고, 피해자인 증인에게는 법정에 출두하여 진술을 요구받는 것

25) 김용세/윤민석, 앞의 논문, 149면

26) 김용세/윤민석, 앞의 논문, 153면

자체가 제2차 피해자화의 요인으로 작용할 가능성도 있다. 성범죄피해자 중 특히 어린 피해자 등은 정신적 상처의 심화로 인한 제2차 피해자화의 가능성이 매우 높다. 이러한 경우에는 변호사·심리치료사 등 관계전문가 또는 피해자 등이 신뢰할 수 있는 사람이 함께 법정에 출두하여 불안과 긴장을 완화해 주고 정신적 상처를 받지 않도록 보호할 필요가 있다. 예컨대 법정에 동석한 보호자가 신문내용을 쉬운 말로 전달하거나 카운슬러가 조언을 하는 것 등을 상정할 수 있다.²⁷⁾ 현행 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제22조의3에는 “법원이나 수사기관은 성폭력범죄의 피해자를 증인 또는 참고인으로 신문하는 경우에 재판이나 수사에 지장을 초래할 우려가 있는 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계 있는 자를 동석하게 하여야 한다”고 규정하고 있으며, 형사소송법도 제163조의2 제2항에 “피해자가 13세 미만이거나 신체장애 또는 정신장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 한다”고 규정함으로써 신뢰관계 있는 자의 동석을 허용하고 있다.

그러나 동석자는 신문 또는 진술에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 증인을 보조하고 증인의 불안이나 긴장을 해소하기 위해 휴정을 요청하는 등의 행위를 할 수 있지만 증인신문에 대해 이의를 제기하는 등 절차진행에 적극 개입하는 것은 허용되지 않는다고 한다. 비디오 등 중계장치에 의하여 증인을 신문하는 경우에도 필요하다고 인정되는 때에는 신뢰관계에 있는 자로 하여금 증인실에 함께 들어가 증인과 동석하게 할 수 있다(형사소송규칙 제84조의7 제1항). 피해자를 위한 신뢰관계자의 동석은 검사 또는 사법경찰관이 피해자를 조사하는 경우에도 허용된다(형소법 제221조 제3항). 개정 형사소송법은 피해자 뿐 아니라 피고인의 권익도 동일한 방식으로 보호하고 있다.

IV. 맺음말

실체진실발견이라는 형사소송법의 이념과 피해자의 2차 피해자화 방지라는 측면에서 피해자진술권의 중요성은 더욱 커진다고 하겠다. 이러한 필요성을 인정하여 형사소송법은 2007년 개정을 통하여 피해자 진술권을 강화하였다. 그러나 피해자 진술권이 증인신문의 방식으로 행해지고 있어 그 실효성에 의문이 제기되고 있다. 이에 일본 형사소송법의 규정처럼 피해자가 증인으로 신문받지 않은 경우에도 피해자가 피해에 대한 심

27) 김용세/윤민석, 앞의 논문, 143면

정 및 당해사건에 관한 의견진술의 신청이 있을 경우 법원이 의무적으로 진술의 기회를 부여하도록 해야 한다는 주장이 제기되어 있다. 또한 이러한 피해자의 권리행사의 실효성을 확보하기 위해 피해자에게 공판정진술권에 대한 정보를 수사단계에서부터 제공해야 할 것이며, 형사소송법상 진술을 제한할 수 있는 단서규정도 개정하여 '진술신청' 자체는 배척할 수 없도록 하고, '진술권 행사'에 있어서 '공판절차를 지연하는 것이 명백한 경우'에 한해서만 법관이 제한할 수 있게 해야 할 것이다. 나아가 진술권의 내용으로서 양형에 관한 의견 진술도 당연히 인정되어야 할 것이다. 우리나라 헌법 제27조 제5항, 형사소송법 제294조의2의 취지에 비추어 피해자진술권의 내용으로서 '피해자의 양형에 관한 의견진술'은 당연히 포함된다고 볼 수 있다. 다만, 피해사실에 대한 진술이든 양형에 대한 진술이든 증인신문의 방식에 의해서 행해지는 현행법의 방식은 지양되어야 할 것이다. 피해자 진술권은 피해자 진술을 통하여 피해를 정확하게 파악하고 그에 비례하여 적절한 처벌이 이루어지도록 함으로써 실질적으로 양형의 질을 높이는 기능을 하고 있다는 사실에 주목하여야 할 것이다. 피해자의 진술권의 운영은 피해자에게는 피해감정의 회복, 피고인에게는 보다 효과적인 사회복귀를 유도하고 궁극적으로 형사사법에 신뢰를 확보할 수 있다는 점에서 향후, 범죄피해자의 실질적인 권리로서 실무에서 적극 활용되어야 할 것이다.²⁸⁾

28) 류병관, 앞의 논문, 219면

■ 인권옹호 심포지엄: 『아동 성폭력 피해자 보호방안』

아동성폭력 피해자보호의 문제점과 대책

한국형사정책연구원, 선임연구위원 박 미 숙

I. 문제의 제기

최근 아동성폭력 사건을 통하여 아동성폭력 사안에 대응하는 여러 가지 방안에 대한 논의가 있다. 아동성폭력의 특성상 피해가 쉽게 노출되지 않아 정확한 피해실태를 파악하는 것은 쉽지 않지만, 여성부 상담통계에 의하면 지난 5년간 성폭력범죄 신고는 24.4% 증가하였고, 특히 13세 미만 아동 대상 성폭력은 2002년 600명에서 2007년 1,081명으로서 80.2% 증가한 것으로 보고되고 있다.²⁹⁾ 또한 이들 아동 대상 성폭력의 경우 1년 이내 재범율이 전체 성폭력범죄의 37%에 반하여 50%에 달하고 있다.

아동성폭력은 피해아동과 가해자가 밝히지 않는 한 사실을 밝히기 어렵고, 피해아동이 자신을 보호할 수 있는 능력이 없는 아동이라는 점, 성폭력범죄의 일반적인 특성 가운데 가해자와의 관계를 보면 최소한 가해자와 피해자간의 안면이 어느 정도 있는 사이에서 발생하는 경우가 60% 이상을 차지하고 있는 것으로 나타나고 있다.³⁰⁾ 특히 아동성폭력의 경우에는 친족에 의해 범해지는 경우가 많고, 이러한 피해는 성인이 된 이후에도 지속되는 것으로 나타났다.³¹⁾ 이로 인하여 피해아동의 정신적 피해뿐만 아니라,³²⁾ 피해아동의 부모가 자신의 아이를 지키지 못했다는 심적 고통을 갖는 경우가 많다. 무엇보다 아동의 경우 성폭력 피해를 입어도 성폭력에 대한 인지가 부족하므로 쉽게 노출이 되지 않아, 피해가 지속적으로 반복될 위험성이 매우 크다. 성폭력 가해자의

29) 여성신문, 2008.4.5.

30) 노성호 외, 성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 1999, 80면.

31) 강은영/김한균, 친족성폭력 피해아동·청소년 보호지원체계 점검, 보건복지가족부, 2009, 24면

32) 세계적으로 범죄피해자의 충격적 사건으로 인한 정서적 트라우마, 외상후 장애나 심리적 과정에 대한 사회적 관심과 연구가 중요한 이슈가 되고 있다고 한다. 최남희, 트라우마 혼란 해소와 내러티브 재구성- 범죄피해자의 경우를 중심으로-, 한국피해자학회 2009년 추계학술회의 발표문, 2009.10.29, 54면.

경우에도 동일 전과가 있는 경우가 많아 재범률이 높은 것으로 나타나고 있는데도, 아무런 대책 없이 사회에 그대로 되돌려 보내지고 있는 상황이다.³³⁾

아동성폭력 사안의 심각성에 대하여는 대중매체를 통하여 보도되어 그 대처방법, 사법절차에서의 문제점이나 대책 등에 대하여 광범위한 논의나 합의가 이루어지고 있는 과정에 있는 것 같다. 아동성폭력범죄에 대한 엄벌을 요구하는 국민의 입장은 사법기관의 대응에 대한 비판의 목소리를 낮추지 않고 있는 실정이다. 연일 아동성폭력에 대한 강력한 사법적 대책이 논의되고 있는 한편으로 처벌을 강화하는 내용을 골자로 하는 법률개정안이 제출되고 있다.³⁴⁾ 확실한 기소와 엄격한 처벌은 중국적으로 성폭력을 억제하고 피해자를 보호하는 데 보다 더 성공적인 방법이라는 점에 대하여 전문가들은 이견이 없는 것 같다. 그런데 처벌을 강화하자는 목소리를 높이는 쉬우나 전체 법체계 내에서 원칙적이고도 체계적인 방안을 마련하는 것은 쉬운 일이 아닐 것이다.

일찍이 아동에 대한 특별한 보호의 필요성은 아동이 신체적·정신적으로 미성숙하므로 적절한 법적 보호를 비롯해 특별한 보호와 배려가 필요하다고 보고 이에 대하여 기본원칙을 선언하기에 이른다. 1989년의 유엔아동권리협약은 이러한 정신을 명문화하고 있다. 나아가 2002년 유엔아동권리협약 아동성착취에 관한 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography) 제8조에 따르면 국가는 형사절차의 모든 단계에서 동 의정서가 금지한 행위의 피해자인 아동의 권리와 이익을 보호하기 위하여 적절한 조치를 취해야 한다고 한다. 그리고 2005년 경제사회이사회는 '아동범죄피해자와 증인관련문제에서의 사법지침(Guidelines on Justice in Matters involving Victims and Witnesses of Crime)'을 채택함으로써 각국의 아동범죄피해자와 형사절차상 증인관련 입법 및 정책과 실무발전의 원칙을 제시하였다. 이에 따라 유엔마약 및 범죄국은 회원국의 아동피해자와 증인보호에 관련한 사법지침의 이행을 위한 조치 현황을 분석하였는데, 대부분의 회원국들이 아동피해자와 증인보호에 관련한 사법지침의 이행을 위한 조치를 취하고 있는 것으로 보고된 바 있다.³⁵⁾ 성폭력 피해아동 보호를 위한 조치 속에는 최소한 이와 같은 국제기준이나 조치가 국내법 체계 내에 반영되어야 할 것이다. 이런 인식하에 본 발표에서는 최근 아동 성폭력

33) 용산초등학교 살해 사건의 가해자의 경우에는 각종 전과가 9범일 뿐만 아니라 5세 여아를 성추행해 구속된 후 집행유예로 풀려난 전력이 있으며, 마포에서 4명의 초등학생을 성폭행한 가해자의 경우에도 이미 18세때 2회의 특수강간을 범하였으나 집행유예로 풀려난 전력이 있는 것으로 나타났다. 박기범, 아동성폭력과 그 대책에 관한 연구, 형사정책 제18권 제2호, 2006, 252면.

34) 2009.11.25. 법무부의 형법 개정안과 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 특별법 개정안 참조.

35) 강은영/김한균, 앞의 보고서, 77면.

사안의 발생과 사법처리를 둘러싼 논의 속에서 현 시점에서 검토해야 할 법적 쟁점이나 사법대책을 중심으로 하여 살펴보기로 한다. 다만 여기서는 아동성폭력 피해자에 대한 수사절차상 조사과정에서의 제2차 피해자화 방지와 피해자보호를 중심으로 하면서 확실한 처벌을 통한 피해자보호를 위한 논의들을 검토하는데 중점을 두고자 한다.

II. 피해자조사시 진술의 영상물촬영·녹화

1. 진술의 신빙성 판단

아동의 경우에 지적 능력이나 표현의 한계 등으로 인하여 피해사실을 과장하거나 왜곡된 형태로 인식하거나, 표현하고, 나아가 그와 관련하여 자신이 의지하는 부모나 지인 등의 유도나 암시에 따라 실제와 달리 혼동하거나 상상까지도 할 수 있어 다른 사실을 언급할 가능성도 배제하기 어렵다.

여기서 아동 진술의 객관적 신빙성을 어떻게 보장할 것인가 하는 문제가 제기된다. 아동성폭력의 경우 피해아동 진술 이외에 피해사실을 밝힐 수 있는 증거가 존재하지 않는 경우가 많다. 그런데 아동 진술이라고 하여 무조건 신빙성이 떨어진다고 볼 수는 없으며, 진술의 일관성이 떨어진다고 해서 무조건 기각해버릴 수 없다.³⁶⁾ 성폭력 피해아동의 진술의 신빙성에 대하여 수사와 공판과정에서 끊임없이 논란의 대상이 되는 이유가 여기에 있다

성폭력 피해아동의 진술의 신빙성 판단에 대하여 특별히 대법원의 입장은 아직 밝혀진 바 없으나, 최근 한 고등법원 판결을 통하여 아동 진술의 신빙성 판단에 대한 입장을 엿볼 수 있다. 즉 서울고법 2009노1826 판결³⁷⁾에 의하면 '수사기관이나 법원으로서는 이러한 피해자의 연령이나 지적 수준을 감안하여 성인과 달리 진술의 신빙성을 판단하여야 하고, 단지 일관적이고 논리적이지 못하다는 이유만으로 피해자의 진술을 배척하는 것은 적절하지 않다'고 판시한 점은 피해자의 진술의 신빙성 판단이 특히 중요하다라는 것을 강조한 것으로 보인다.

36) 비교법적으로 독일과 스웨덴 등의 국가에서는 아동성폭력 피해자의 진술을 분석하는 기법이 발달되어 수사와 재판에 활용되고 있는 피해자의 진술조은경, 성폭력 피해아동의 진술타당도 분석 및 활용방안에 관한 연구, 2004.

37) 서울고법 2009.11.13 선고 2009노1826 판결.

2. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한 법률³⁸⁾상 영상물촬영·녹화

아동의 경우에는 수사단계에서 중요한 진술을 한 경우에도 공판정에 나오지 못하거나 이후 진술을 반복할 우려가 있는 경우 등이 종종 있다. 아동 성폭행의 경우 사건 발생 이후 재판이 있기까지 오랜 시간이 경과하고, 그 사이 기억을 잘 못하거나,³⁹⁾ 충격과 상처에 대한 치유가 제대로 이루어지지 않아 공판정에 나서 진술하기를 꺼려하는 경우가 많다. 수사과정의 녹음·녹화를 통하여 위협에 처할 수 있는 피해자를 보호하고 피해자에 대한 수회의 조사·신문의 불편을 최소화하며, 수사 신문과정에 대한 신빙성을 제고할 필요가 있다는 논의에 따라 성폭력피해자보호특별법 제21조의3은 영상물의 촬영·보존 등에 관하여 규정하고 있다. 즉 검사 또는 사법경찰관은 성폭력범죄를 당한 피해자의 연령, 심리상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 않도록 주의하여야 한다(동조 제1항). 검사 또는 사법경찰관은 성폭력범죄의 피해자를 조사함에 있어서 피해자가 편안한 상태에서 진술하도록 조사환경을 조성하여야 하며, 조사 횟수는 필요 최소한으로 하여야 한다(제2항). 특히 제1항의 피해자가 16세 미만이거나 신체장애 또는 정신상의 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 때에는 피해자의 진술내용과 조사과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치에 의하여 촬영·보존하여야 한다. 다만, 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 않는 의사를 표시한 때에는 촬영을 하여서는 아니된다(제3항). 제3항의 규정에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에서 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다(제4항). 수사기관은 제3항의 요건에 해당하는 피해자 또는 법정대리인으로부터 신청이 있는 때에는 영상물 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 교부하여야 한다(제5항). 이처럼 성폭력특별법상 성폭력 피해자가 16세 미만인 경우에는 비디오녹화진술을 원칙으로 하고 있다. 비디오진술녹화와 증거보전청구 요청을 함께 잘 활용한다면 피해아동의 2차적 피해를 막고 가해자의 혐의를 효과적으로 입증하는데 도움이 될 것이다.⁴⁰⁾

다만 한 조사에 의하면 검찰의 경우 조사 대상의 70% 정도가 영상물촬영이 이루어지지 않은 것으로 나타났으며, 조사 또한 별도의 공간이 아니라 사무공간에서 조사가 이루어졌다고 한다. 또한 조사내용의 영상물 촬영 여부와 무관하게 거의 대부분의 조사

38) 이하 성폭력특별법이라 칭한다.

39) 조은경, 앞의 글, 15면.

40) 표창원, 아동성폭력예방교육 전문강사 전문과정, 한국양성평등교육진흥원, 2009.5~6, 216면.

시 조사와 조서 작성을 병행하고 있는 것으로 나타났다.⁴¹⁾ 실무상으로는 영상녹화만을 할 경우 피해자 진술내용을 확인하기 위하여 영상녹화물을 재생하여 확인해야 하는 번거로움이 있기 때문이라고 한다. 문제는 이처럼 조사와 조서 작성이 병행될 경우에 그로 인해 조사가 방해될 가능성이 크다는 점이다. 아동과의 면담시 조서 작성은 조사의 흐름을 방해하고 아동의 주의를 분산시키며, 결과적으로 불필요하게 조사 시간이 길어지는 등의 문제점이 지적되고 있다는 점이다.⁴²⁾ 이에 대하여 성폭력 피해아동에 대한 조사의 경우에는 아동의 특성을 고려하여 특별히 진술조서 대신 영상조서로 대체할 수 있는 방안도 검토할 필요가 있다.⁴³⁾

Ⅲ. 가해자에 대한 확실한 기소 및 처벌을 통한 피해자보호

1. 법정형 및 양형기준의 상향조정 논의

아동성폭력에 대하여 형법 제305조에서는 13세 미만의 부녀를 간음하거나 13세 미만의 사람에게 추행을 한 자는 형법상 강간(제297조), 강제추행(제298조), 강간상해·치상(제301조) 또는 강간등살인·치사(제301조의2)의 예에 의하도록 되어 있다. 형법상 아동 강간죄는 아동의 동의 여부와 관계없이 무조건 강간이나 강제추행 등의 죄로 처벌하도록 규정하고 있다.

또한 성폭력특별법에서도 제8조의2 (13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등)에서는 13세 미만의 여자에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 자는 7년 이상의 유기징역에 처하며(동조 제1항), 13세 미만의 사람에게 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다(제3항). 그리고 13세 미만의 사람에게 대하여 폭행이나 협박으로 유사성교행위를 한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다(제2항).

아동성폭력에 대한 법적 대응 과정을 보면 성폭력특별법의 아동 대상 성범죄에 대한 법정형은 계속 상향 조정되어 왔다. 2008. 6. 13. 개정 이전에는 아동성폭력에 대하여 가중처벌하는 성폭력특별법 제8조의2에 의해 아동 대상 강간죄의 경우에는 5년, 강제추행죄에 대하여는 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2천만원이하의 벌금에

41) 윤덕경 외, 아동성폭력 재범방지 및 아동보호 대책, 법무부/여성정책연구원, 2008, 86면.

42) 윤덕경 외, 앞의 보고서, 175면.

43) 윤덕경 외, 앞의 보고서, 176면.

처하도록 되어 있었다. 특히 2008년 초에 발생한 아동성폭력사건의 영향으로 2008. 6. 13. 성폭력특별법은 개정을 통하여 아동 대상 강간행위와 유사성교행위 등에 대하여 각각 7년, 5년 이상의 유기징역형에 처하는 것으로 법정형을 대폭 상향조정하였다. 따라서 아동 대상 강간의 경우에는 집행유예의 대상이 되지 않으며, 대부분 실형이 선고되어야 한다.

한편 아동 성폭력범죄를 가중처벌하는 성폭력특별법 제8조의2에 대하여는 전면 삭제해야 한다는 주장이 있다. 즉 형법 제305조가 13세 미만의 미성년자를 간음하거나 추행한 경우에 모든 강간죄와 강제추행죄에 해당하는 것으로 보고 있기 때문에 13세 미만의 미성년자에 대한 폭행·협박의 행사여부는 중요한 문제가 아니라고 한다. 따라서 폭행·협박을 행사한 경우를 특별히 가중처벌할 필요는 없다고 주장한다.⁴⁴⁾ 성폭력특별법 제8조의2에서 '13세 미만'의 가중처벌규정을 둔 것은 형법 제305조와의 관계에서 보면 형법 제305조가 13세 미만의 아동에 대해서는 성적으로 미성숙한 존재로 간주하는 전제에서 있으므로 13세 미만의 아동의 성적 발달을 저해한다는 측면에서 13세 미만의 아동에 대한 강간·강제추행을 일반 강간죄·강제추행죄보다 가중처벌하는 현행법의 취지에는 일단 공감이 되기도 한다.⁴⁵⁾ 다만 아동 성폭력범죄에 대한 현행법의 가중처벌에 대하여 법정형을 더욱 상향해야 한다는 논의는 별개로 검토되어야 한다.

2. 아동성폭력에 대한 대응방안으로서의 처벌강화

이미 성폭력특별법 제·개정과정에서도 아동성폭력 가해자에 대한 처벌강화가 아동성폭력에 대하여 효과적인 대응방안인가 하는 점에 대하여 문제제기가 끊임없이 제기되어 왔다. 위에서 살펴본 것처럼 13세 미만의 아동에 대한 강간·강제추행죄의 가중처벌은 13세 미만 아동의 성적 미성숙을 고려하지는 취지이므로 일응 타당하다. 특히 아동성폭력행위의 경우 그 특성상 유사성교행위가 많은데, 이에 대하여 강제추행죄를 적용하여 처벌함으로써 가해자가 집행유예 등으로 석방되는 사례가 많다⁴⁶⁾는 지적이 있어왔다는 점을 고려한다면 유사성교행위에 대한 보다 엄격한 처벌도 필요하다. 다만 13세 미만 아동에 대한 강간죄의 경우 '7년 이상의 징역'이라는 법정형에 대하여 살인죄의 경우에는 집행유예가 가능한데, 아동 대상 성폭력의 경우에는 작량감경을 하더라도 집행유예의 선고가 불가능하게 되는 결과가 되어 지나치게 가혹한 양형결과를 초래

44) 오영근, 형사특별법 정비방안(6) : 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률, 2008, 91면.

45) 이호중, 형법 제32장 「강간과 추행의 죄」 개정방안 검토, 형법개정연구회 내부 발표문, 2009.6, 31면.

46) 윤덕경 외, 앞의 보고서, 17면.

한다는 문제제기가 있다⁴⁷⁾는 점이나, 형벌의 효과라는 점 등을 고려할 때 더 이상의 가중 법정형이 필요한가에 대하여는 검토가 필요하다.

3. 성범죄 양형기준에 대한 논의와 문제점

가. 성범죄 양형기준 상향조정 논의

13세 미만 아동 강간상해죄의 법정형은 무기징역 또는 7년 이상으로 규정되어 있다. 다만 무기징역형을 선고할 경우와 12년부터 유기징역형 상한인 15년 사이를 선고할 경우에 양형기준에 대하여는 명확하지 않다. 중형을 선고해야 하는 아동성폭력 사안의 경우에 양형을 둘러싼 문제가 제기되는 이유가 여기에 있다. 이에 따라 성범죄 양형기준안이 마련되어 2009.7.부터 본격 시행되고 있는데, 성범죄 양형기준에 따르면 우선 성범죄의 보호법익과 특성을 충분히 고려하여 일관된 원칙에 따른 유형분류를 통하여 처단형의 범위를 합리적으로 구분 제시할 필요성과 입법자가 개별구성요건 설정시 사용한 기준과 13세 미만 대상 성범죄에 대한 가중처벌 취지를 고려하도록 되어 있다.⁴⁸⁾ 이에 따르면 13세 이상을 상대로 한 일반강간의 경우 감경 1년6월~3년/기본 2~4년/가중 3~6년으로 정한 반면, 13세 미만에 대한 강간은 감경형이 4~6년, 기본형이 5~7년, 가중형이 6~9년으로 큰 차이를 보인다. 양형위원회는 또 13세 미만을 대상으로 한 강간범의 경우에는 원칙적으로 실형을 선고하도록 권고안을 마련했다. 무엇보다도 사회적으로 관심이 높은 강간살인범에 대해서는 기본영역에서도 무기징역을 선고할 수 있게 됐다. 강간살인 및 강제추행살인의 경우 감경요인이 있더라도 11~13년형이 처단형이며 기본형은 12~15년 및 무기징역, 가중형은 다른 선택형 없이 무기징역 이상으로 정했다. 성폭력특별법처럼 일종의 형가중입법형태를 취하고 있는 경우에 그 자체가 형벌목적 효과를 달성할 수 있을 것인가에 대한 문제제기가 있어 왔고,⁴⁹⁾ 이러한 점이 양형기준에 고려된 것으로 보인다.

이에 따르면 13세 미만 대상 강간상해/치상죄에 대한 양형기준은 감경영역 5년~7년, 기본영역 6년~9년, 가중영역 7년~11년으로 구성되어 있다. 문제는 13세 미만 강간상해의 양형기준은 기본형량을 6~9년으로 정하고 있어 기본형이 법정형의 하한보

47) 이호중, 앞의 발표문, 32면.

48) 양형기준안에 관한 제1차 공청회 - 살인, 뇌물, 성범죄- 자료집, 양형위원회, 2008.11.24, 201면.

49) 이에 대한 논의는 김영환, 성폭력대책 관련법률(안)과 현행 형사법체계와의 관계, 형사정책 7호, 1995.

다 낮아 입법취지에 반한다는 점에서 양형기준의 상향조정이 필요하다는 논의가 제기되고 있다. 이에 대하여 현행 양형기준으로도 무기징역선고가 불가능한 게 아니었던 만큼 굳이 기존제도를 수정할 필요가 있는지에 대하여 의문도 없지 않다.⁵⁰⁾

나. 양형감경요인으로서의 음주로 인한 심신미약

성범죄 양형기준에서 특이한 사항으로서 보이는 것이 음주로 인한 심신미약을 행위자에 대한 특별양형인자로서 양형감경요소로 제시하고 있다는 점이다. 범행 당시 가해자가 음주상태에 있다는 사실이 형량을 감경해주는 요인으로 작용하고 있다는 점인데, 실제 연구결과도 이러한 실태를 보여주고 있다. 그 이유는 음주상태에서는 남성의 자기제어능력이 상실되어 충동에 따라 행동하는 경향이 강하므로 성폭력범죄가 발생한다는 사회통념에서 비롯된다.⁵¹⁾ 음주로 인한 심신미약 감경요인은 13세 미만 대상 성범죄 인가에 상관없이 적용된다. 실제 아동 성폭력의 경우에도 음주로 인한 심신미약 내지 심신상실 상태에서 행한 경우에 양형에 있어서 감경요소로 고려되곤 한다. 이에 대하여 음주로 인한 심신상실의 경우 감경인자에서 제외하는 것이 적절하다⁵²⁾는 의견이 적지 않다.

이미 위에서 살펴본 서울고법 판결에서는 음주로 인한 심신미약 내지 심신상실을 감경요소로 고려하는데 대하여 특히 음주로 인한 성폭행사안에서 ‘알코올은 비교적 일시적으로 개인의 정신상태에 영향을 주는 것이기 때문에 범행 후 시간이 흐른 후에는 피고인 진술위주로 판단해서는 안 된다’고 전제하고, 피고인이 사전에 범행을 계획하면서 음주를 했는지 여부, 피고인이 술을 마실 때 함께 동석하거나 목격한 자의 진술, 범행 당시 피해자가 피고인의 말과 행동을 어떻게 인식했는지, 피고인이 범행 후 범행흔적을 은폐하거나 구체적으로 범행의 경위를 기억하는 정도 등 여러 가지의 객관적인 정황을 종합해 피고인 진술의 신빙성과 주취의 정도를 판단해야 한다’고 판시하고 있다. 적어

50) 법률신문, 2009.10.28.

51) 윤덕경 외, 앞의 보고서, 25면.

52) 영국의 성범죄법(Sexual Offence Act, 2003)는 다양한 형태의 성범죄에 대한 양형기준을 제시하고 있는데, 특히 알콜 기타 범행을 용이하도록 하는 물질을 사용하여 범행을 범한 경우에는 추가적 가중사유로 하고 있다. 13세 미만을 대상으로 한 성폭력의 경우에는 최고형은 14년이다. 미국의 경우에도 범행방법으로 인한 가중사유는 마찬가지로이며, 최고형은 무기징역형이다. 프랑스는 성폭력 대상 피해아동이 15세 미만인 경우에는 20년까지 징역형에 처하도록 되어 있다. 독일의 경우에도 14세 미만의 아동에 대한 성적 남용행위는 기본적으로 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처하도록 되어 있다. 양형위원회, 양형기준안에 관한 제1차 공청회 자료집, 2008.11.24, 202면 이하 참조.

도 음주로 인한 심신미약을 감경요소로 고려하기 위해서 법원은 피고인의 생물학적 측면과 심리적 측면을 모두 고려해 음주감경을 인정하는 구체적이고 객관적인 판단기준을 세워 엄격하게 적용해야 함을 강조함으로써 이 판결이 시사하는 바는 크다.

비교법적으로 음주로 인한 심신미약을 특히 아동성폭력범죄에 대한 양형의 감경요소로 고려하는 예는 찾아보기 어렵다. 적어도 음주로 인한 심신미약의 감경요소를 주장하기 위해서는 위의 판례에서처럼 구체적이고 명확한 기준을 제시하는 등 엄격하게 적용해야 할 것이다. 그런데 위 판례에서 제시되어 있는 것과 같은 판단요소도 결국은 피고인의 진술에 의존할 수 밖에 없다는 점에서 여전히 객관적이고도 구체적인 판단은 쉽지 않다는 점에서 감경요소에서 제외시킴이 적절할 것으로 보인다.

다. 성범죄 처벌강화 논의의 기준

아동성폭행에 대한 법정형 및 양형 기준의 상향조정이 아동성폭력의 행위비난에 대한 형벌로서 비례성의 원칙을 벗어난 것은 아닌지 살펴보아야 할 것이다. 처벌의 비례성의 원칙을 벗어나는지 여부는 결국 현재 사회의 성숙도 내지 합의에 바탕을 두고 판단할 것, 이에 따라서 법정형 및 양형기준의 상향조정이 일반 시민의 법의식에 의해 잔혹하지 않고 정상적인 형벌로 인식할 수 있는지 여부를 판단하여야 할 것이다. 따라서 첫째 국민적 합의를 형성하였는지, 법정형 및 양형기준의 상향조정이 형사사법체계 전반에 걸쳐 무리는 없을 것인지? 성폭력 피해아동이 겪는 아픔의 심각성과 처벌의 균형 등에 대한 논의가 있어야 할 것이다.

둘째 피해아동의 진술이 매우 중요한데 비해 아동의 진술은 신빙성을 확보하기 쉽지 않고, 셋째, 아동성폭력에 대한 법정형 및 양형기준의 상향조정은 아동 성폭행 사건의 보고 자체를 꺼리게 만드는 결과를 초래할 수 있다는 점, 실제로는 가해자 처벌을 더욱 어렵게 만드는 것은 아닌가 하는 점 등에 대한 우려⁵³⁾가 근거 없는 것인지 하는 점도 아울러 검토해보아야 할 것이다.

그리고 '엄한 처벌이 형사절차에서의 피해자의 권리 혹은 형사절차를 통한 피해자 치유'라는 관점에서 보아야 할 것인지에 대한 검토도 필요하다. 비록 엄한 처벌이 피해아동의 정신적 감정적 육체적 측면의 상처를 완전히 치유할 수는 없지만, 적어도 엄한 처벌은 피해아동을 위한 가장 적절한 반응이 될 수 있으며, 나아가 이는 피해아동의 가족

53) 박기범, 앞의 글, 252면.

에게도 최선이 될 수 있다는 주장도 간과하기 어려운 측면이 있는 것도 사실이다. 이에 대한 논의에 있어서 성폭력 피해아동은 이후 범죄피해로 인한 상처를 안고 평생 살아야 하는데, 이는 처벌을 결정하는데 있어서도 가장 중요한 요인으로 고려되기도 한다. 생각건대 아동 성폭행에 대한 처벌을 둘러싼 논의는 대부분 정책적 고려에 의하고 있다. 법정형 및 양형기준의 상향조정을 한다면 - 포괄적 형태의 처벌강화보다는 - 최소한 그 기준이나 조건들을 분명히 예시해주는 것이 타당할 것이다.

IV. 아동성폭력 피해자보호를 위한 대책

아동성폭력 피해자들의 경우 외부에 알리거나 어른들의 도움을 받기보다는 혼자서 해결하려고 하거나, 남에게 알려질까봐 두려워 아무 것도 하지 못하고 전전긍긍 하는 비효율적 대처를 하는 경향이 높다.⁵⁴⁾ 대부분의 성적 자기결정권에 대한 침해범죄인 성폭력범죄는 인격권을 침해당하여 2차 피해를 입기 쉬운 범죄유형으로서 기본적으로 법적인 도움이 필요하다. 특히 성폭력 피해아동은 성폭력으로 인하여 발생할 수 있는 여러 가지 현실적 어려움을 대처할 수 있도록 필요시의 법적인 대처가 필요하다.

범죄피해자의 보호 대책과 관련하여 범죄피해자변호인제도가 도외시된 적은 없다. 현재처럼 피해자가 여전히 절차의 객체로서 소극적인 증인의 역할만을 부여받고 있고, 이들 소환된 증인에 대하여도 소송당사자들은 결코 호의적이지 않다. 종종 피고인의 변호인은 사건과 상관 없는 피해자의 주변생활이나 사생활을 들추어내기도 한다. 아동의 경우 예는 범행유발책임이나 기여책임보다는 성인의 부당한 요구를 거부하기 어려운 취약한 위치에 있는데, 이는 종종 자신의 행동이 상대방에게 갖는 효과에 대한 의식이나 판단력이 없는 아동에게 책임을 전가하곤 한다.

검사의 경우에도 형사절차상 공익의 대변자로서 피해자보호를 위한 일정한 임무를 맡고 있기는 하지만, 기본적으로 그의 법적 지위상 피해자보호에 완전히 충실할 수는 없을 것이다.⁵⁵⁾ 수사과정에서의 피해자 조사 등을 통하여 제2차 피해자화가 문제되는 이유가 여기에 있다. 따라서 아동 피해자들이 형사절차에서 보호받을 수 있는 방법은 많지 않다. 최근 사건에서도 보는 것처럼 비디오녹화를 여러 번 하게 하는 등 피해자에 대한 보호를 완전히 개대하기는 어렵다. 이 과정에서 피해아동은 마치 자신이 잘못된 양 죄의식을 느끼게 하고 주눅이 들게 된다. 피해자로 하여금 잦은 조사 및 소환으로

54) 청소년의 폭력 및 성폭력, 청소년대화의 광장, 1996, 147면.

55) 김성돈, 피해자변호인제도의 도입방안, 피해자학연구 제10권 제2호, 2002, 129-130면.

고통을 주지 않도록 하고, 피해사실이 노출되지 않도록 피해자의 출석횟수를 최소화하고 대체수단에 의한 증거수집에 노력해야 할 것이다.

여기서 피해자보호를 현실적으로 실현하기 위해서는 피해자에게 심리적 안정감을 주고 현실적으로 피해자를 보호하는 조치로서 변호인 제도를 들 것인가 하는 점과 피해자통지제도에 대하여 검토할 필요가 있다.

1. 아동성폭력 피해자에 대한 변호인제도

가. 아동성폭력 피해자 변호인제도의 필요성

최근의 아동성폭력사건에서 보는 것처럼 이미 피해자는 법률구조공단에 피해의 구조를 요청한 바 있다. 그럼에도 불구하고 피고인의 법률구조 요청이 우선시되고, 또 사안이 아동성폭력범죄라는 점을 정확히 파악하지 못한 채, 피고인의 법률구조를 먼저 행한 것이다. 피해자들은 대부분 조사시 매우 불안하고 위축되어 있으며, 심지어는 위협적으로 느끼기도 한다. 더욱이 자신의 권리가 무엇인지도 잘 모른다.

아동성폭력 피해에 대한 조사에 의하면 폭력이나 성폭력 피해시 가장 시급히 해결되어야 할 대책으로서는 기본적으로 폭력이나 성폭력에 지혜롭게 대처할 수 있는 기본적인 지식이 필요하다⁵⁶⁾가 가장 시급한 대책으로 지적된 바 있다.⁵⁶⁾ 일반적으로 피해아동은 이들 문제에 대하여 주로 혼자서 해결하려고 노력하거나 어찌해야 좋을지 몰라 당황하고, 논리력이 부족하여 조사기관에서 당시 상황을 제대로 진술하지 못하기도 한다. 더욱이 피고인의 변호인은 자신의 의뢰인의 무죄주장이나 양형에서의 유리한 고지를 점령하기 위하여 오히려 피해자에게 범죄원인을 떠넘기기까지 한다. 이런 상황에서 피해자를 보호하기 위한 별도의 장치가 마련되지 않으면 안 된다.

아동보호를 위하여 가장 우선적으로 생각해볼 수 있는 것으로서 카운슬링 서비스가 있다. 이는 일반적으로 말하는 마음의 상처를 치유하기 위한 정신의학적, 심리학적인 카운슬링과는 다르다. 즉 피해자가 안고 있는 고민이나 문제를 함께 생각하고 직원의 풍부한 경험과 지식을 바탕으로 적절한 조언을 하면서 해결의 실마리를 도출하기 위한 상담활동 전부를 말한다. 이는 피해자가 다음 단계로 순조롭게 내딛기 위한 적절한 원조를 하는 것이다.⁵⁷⁾

56) 청소년의 폭력 및 성폭력, 청소년대화의 광장, 청소년상담문제 보고서, 1996, 143면.

57) 아타하시 에리/박병식, 미국의 범죄피해자 지원시스템, 2007, 203면 ; 윤덕경 외, 앞의 보고서, 89면.

이처럼 성폭력 피해 후 아동은 자신이 신뢰하는 가족이나 친구, 친척 등 주변에 있는 사람들에게 도움을 요청하여 보호를 받는 것이 형사사법체계에서 외면당하고 있는 피해자를 원조하는 데 가장 우선적으로 필요한 대책의 하나로서 여겨져 왔다. 성폭력특별법이 신뢰관계에 있는 자의 동석 규정을 두고 있는 이유가 여기에 있다. 즉 성폭력특별법 제22조의3(신뢰관계에 있는 자의 동석)에 의하면 법원은 제5조 내지 제9조와 제11조 및 제12조(제10조의 미수범을 제외한다)의 범죄의 피해자를 증인으로 신문함에 있어서 검사·피해자 또는 법정대리인의 신청이 있는 때에는 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 하며(동조 제1항), 제1항의 규정은 수사기관이 제1항의 피해자를 조사하는 경우에 관하여 이를 준용한다(제2항)고 규정하고 있다. 따라서 수사기관에 의한 아동 피해자 조사시 관련당사자의 신청이 있는 경우에 신뢰관계에 있는 자의 동석이 가능하다. 신뢰관계 있는 사람의 동석 등을 통하여 피해아동의 진술능력을 최대한 높이는 동시에, 주변사람이나 상황으로 인하여 피해아동의 진술에 왜곡이나 과장이 개입되는 것을 막는 조치도 취하여 진술의 신빙성을 최대한 보장하도록 하고, 이러한 절차를 통하여 특별한 사정이 없는 한 피해자가 수사기관과 법원을 오가며 반복적으로 피해 당시의 상황을 진술해야 하는 폐해를 줄이도록 하자는데 있다. 조사결과에 의하면 신뢰관계에 있는 자의 동석관련 규정 및 지침은 현재 상당히 충실히 이행되고 있다고 한다.⁵⁸⁾

그런데 아동성폭력 실태에 의하면 가해자가 합의를 중용하는 경우가 있다고 한다. 일반적으로 피해자와 가해자간 합의서 제출여부는 피해를 변상하여 피해자의 응보감정을 만족시킴으로써 범인의 처벌을 원하지 않을 경우에 그 만큼 책임의 범위도 감소한다는 점에서 양형에서 고려된다.⁵⁹⁾ 다만 성폭력범죄의 경우에는 피해자측의 합의가 매우 제한된 의미를 가질 수 밖에 없는데, 피해자가 보복을 두려워하거나 가해자의 중용에 못 이겨 마지못해 합의에 이르게 된 경우가 많다는 점이다.⁶⁰⁾

이러한 경우에 변호인은 피의자와의 합의에서 유리한 고지를 점령하기 위해 피해자

173면에서도 진술조사 전문가의 참여제도 활성화의 필요성을 강조하고 있다. 한편 경찰청은 2009.3.부터 수도권 5개 지역에서 전문가가 성폭행 피해아동의 피해자조사를 도와주는 ‘아동성폭력 심리전문가 참여제도’를 시범운영하고 있는 점(이미 이에 대하여는 심희기, 아동에 대한 성추행 사건의 수사과 재판의 실태와 개선방안, 형사정책 제16권 제1호, 2004, 167면에서 제안된 바 있음), 성폭행당한 아이들이 수사기관에서 조사받을 때 제대로 진술을 하지 못하는 문제해결을 위해 아동 성폭행 피해자 조사시 전문가가 참여하고 이를 검찰과 법원이 의무적으로 활용하도록 하는 내용의 ‘성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률’ 개정안(한나라당 이은재 의원 발의, 연합뉴스, 2009.10.15.) 등도 같은 맥락으로 볼 수 있다.

58) 윤덕경 외, 앞의 보고서, 91면.

59) 윤덕경 외, 앞의 보고서, 25면.

60) 노성호 외, 앞의 보고서,, 182-183면.

를 도우거나 그 합의절차를 대리할 수도 있다.⁶¹⁾ 이처럼 법률전문가인 변호인의 조력을 받도록 하는 것은 수사과정에서의 제2차 피해자화를 방지할 수 있는 효과적인 방안이 될 것이다.

독일의 예를 보면 신뢰관계에 있는 자의 동석 이외에도 피해자에 대한 변호인제도를 인정하고 있다. 즉 독일 형사소송법 제406조의f는 “피해자는 형사절차에 있어서 변호인의 조력을 받거나 변호인으로 하여금 대리하게 할 수 있다”고 규정하고 있다. 그 이유는 성적 자기결정권을 침해하는 범죄의 경우에는 피해자에 대하여는 변호인의 조력을 받을 권리를 이미 사전절차단계에서 붙여야 한다는 데 있다.

이상으로 살펴본 바와 같이 피해자가 변호인을 필요로 하는 범죄의 경우에 자력이 없는 피해자에 대하여는 국가의 부담으로 하는 것이 피해자의 변호인제도의 취지에 부합한다.⁶²⁾ 그리고 빈곤한 피해자나 특별한 사정이 있는 피해자의 경우에는 법률구조공단에서 피해자변호인의 역할을 맡는 방안도 강구함이 필요하다. 피해자가 법률구조요청을 해오면 피해사건을 명확히 파악하여 구조 결정을 하도록 한다. 법률구조공단의 경우에도 인력이 없다면 아동성폭력전담기관이나 여성부 등과 연계하여 변호인의 도움을 받도록 해줄 수 있을 것이다. 한편 대한변호사협회와 각급 지방변호사회 소속 변호사들로 구성된 ‘아동 피해자·증인 변호전문 변호인단’을 만들어 아동성폭력 피해자에 대한 법률적 지원을 하도록 하자는 방안도 검토해볼 필요가 있다.⁶³⁾ 경제력이 없는 피해자에 대하여는 무료 변호인제도를 채택하여 국가로부터 변호 비용을 받는 변호인을 선정해주도록 하는 방안도 검토할 필요가 있다.

그리고 영상물촬영녹음·녹화시에는 변호인의 참여를 허용하는 것이 바람직하다. 피의자 측으로서도 녹음 녹화테이프를 볼 수 있는 기회가 보장되고, 이로써 피해아동의 진술내용을 확인하고 방어준비를 할 수 있도록 할 필요가 있다. 이로써 피해아동의 진술의 객관적 신빙성을 높이는데 도움이 된다. 다만 이 경우에도 피해아동의 진술녹화물을 피의자 또는 피고인의 방어권 보장이라는 명목으로 제한없이 복사 이용하도록 하는 것에 신중을 기해야 한다.⁶⁴⁾ 미국의 경우 한 변호인은 법원 명령에도 불구하고 아동 인터뷰 테이프를 구해서 연구자료로 활용하거나, 변호인 측 증인이 인터뷰 테이프를 구해서 연구자료로 활용하는 등의 사례가 발견되기도 하였다.⁶⁵⁾

61) 김성돈, 앞의 논문, 138면.

62) 김성돈, 앞의 논문, 141면.

63) 심희기, 앞의 논문, 167-168면.

64) 황만성, 형사절차상 성범죄 피해아동의 보호방안, 2004, 131면.

65) 황만성, 앞의 보고서, 131면 참조.

나. 아동성폭력 피해자보호 vs. 피고인보호

아동성폭력의 경우 피해자에게 변호인제도를 인정한다고 할 경우 피의자의 방어권 내지 반대신문권을 제한하는 결과를 가져오거나 형사피의자의 변호를 약화를 가져오지 않는가 하는 점에 대한 논의가 있을 수 있다.⁶⁶⁾ 특히 피고인에게 변호인이 없을 경우에는 거꾸로 소송상의 불평등 위험이 드러날 수 있다.⁶⁷⁾ 실제 사례에서 보는 것처럼 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고, 다른 한편으로 피해자도 변호인의 도움을 필요로 할 경우에는 적어도 피고인의 권리를 제한하거나 배제하는 형태로 운용되어서는 안 될 것이다.

2. 피해자통지제도

수사기관에서의 피해자 조사시 신뢰자의 동석은 증인의 개인적 생활영역에 대한 부당한 질문을 방지하여 인격권을 보호할 수 있기는 하지만, 피해자에게 이러한 신청권의 존재를 알려주고 더 정확하고 자세한 정보를 제공하여 피해자보호에 만전을 기함으로써 피해자보호를 현실적으로 실현할 수 있게 된다. 피해자의 절차에의 소극적 관여의 예로서 피해자 통지제도가 있다. 피해자 통지란 피해자에게 사법당국이 당신의 피해를 잊지 않고 있다는 메시지를 보내는 것이다. 이는 피해자의 입장 및 당해 사건에서의 피해자의 이익존중과 이해를 의미한다. 피해자 통지에 관한 조사에 의하면 담당부서나 기관으로부터 정보를 제공받는 피해자는 자신의 의사를 표명할 기회를 부여받음으로써 당국이 자신의 의사를 고려하고 있다고 느끼며, 소송결과에 어느 정도의 영향을 줄 수가 있다고 느낀다고 한다.⁶⁸⁾ 그런데 실제 수사 및 재판 관련 정보의 제공에 있어서는 그다지 만족도가 높지 않다는 연구결과가 있다.⁶⁹⁾

세계 각국에서도 피해자 통지제도가 마련되어 있다. 피해자 문제전반이나 특수피해자에 관한 문제를 담당하는 직원 또는 부서가 정보제공에 노력하고 있다. 피해자는 사건의 기소에 당연히 관심을 갖고 소송절차의 모든 단계에 참여한다. 나아가 기소에서 피해자는 보호와 원조, 그리고 적절한 정보를 받고 싶다고 느끼는 경우에는 적극적으로

66) 심희기, 앞의 논문, 147면.

67) 김성돈, 앞의 논문, 136면. 다만 이 경우에도 피해자의 변호인의 임무를 방어임무와 수사기관 및 법원에 대한 통제임무, 조언임무에 국한시키면 이러한 우려는 근거가 없다고 한다.

68) 박병식 역, 범죄피해자의 인권, 151면.

69) 윤덕경 외, 앞의 보고서, 85면 참조.

협력하므로 이로써 중국적으로 확실한 기소를 위하여 상호 좋은 결과를 가져다 줄 것으로 기대된다. 특히 피해자 통지제도에 있어서 피해자는 단지 경과보고만 받을 뿐 직접적으로 절차를 결정하는 권한은 부여되지 않으므로 형사사법절차에의 새로운 불공평을 도입하는 것은 아니다.⁷⁰⁾

대검찰청의 ‘13세 미만 아동 및 장애인 성폭력 피해자 조사지침’(2004.3.12.)에서도 이와 같은 검찰의 역할에 대한 지침도 첨가하는 방안을 마련해두는 것을 고려해볼만하다. 검사의 역할은 기소를 행하는 것이지만, 기소 여하는 피해자의 참가에 의하여 좌우된다는 점을 고려한다면 검사에게도 피해자에 대하여 필요에 따라 정보나 소개를 계속 행하도록 함이 적절할 것이다.⁷¹⁾

V. 정리 및 제언

지금까지 아동성폭력에 대한 처벌이나 보호에 관한 제도 및 정책들이 지속적으로 보완되어 시행되어 왔다. 그럼에도 불구하고 아동을 대상으로 한 성폭력범죄는 계속 증가하여 발생하고 있고 재범도 적지 않다. 경찰 및 검찰의 공판전 수사단계 및 재판 과정에서 성폭력 피해아동을 위한 형사절차상 보호제도가 얼마나 잘 이행되고 있는지 하는 점에 대하여 지속적으로 분석해볼 필요가 있음을 재확인하게 된다. 이하에서는 아동성폭력 피해자보호를 위한 사법적 대책을 중심으로 몇가지 제언을 하면서, 결론에 대신하고자 한다.

성폭력 피해아동의 보호는 확실한 기소와 처벌, 형사절차에서의 피해자보호 방안, 의료 및 사회복지차원에서의 지원 등을 통하여 성공적일 수 있다. 확실한 기소와 엄격한 처벌 등 사법적 대응을 강화할 수 있는 방안이 모색되지 않으면 안 된다. 아동성폭력에 대한 사법적 대응은 처벌의 엄격성을 논의하는데 그칠 것이 아니라 국민의 법감정과 사법시스템의 조화를 고려하여 마련되어야 한다. 피해자보호를 위한 사법시스템의 구축, 이를 통한 신고율 제고, 적극적이고 전문적인 수사활동, 적정한 양형 등의 대책이 뒤따라야 한다. 유엔 국제범죄 예방을 위한 약물통제 및 범죄예방센터(UNODCCP)의 피해자를 위한 정의에 관한 핸드북에 의하면, ‘모든 피해자가 사법절차를 통하여 사법제도와 지원을 이용할 수 있도록 보장하고, 피해자가 정의를 요구할 때에 직면하는 장애를 최소한도로 삭감할 수 있는 사법제도가 만들어질 것을 보장하도록 요청하고 있다.

70) 박병식 역, 앞의 책, 149-150면.

71) 박병식 역, 앞의 책, 210면.

우리나라 아동성폭력의 특성을 보면 전체 성폭력범죄 가운데 아동성폭력범죄가 차지하는 비율은 오히려 더 높고, 또 실형선고는 일반 성폭력범죄에 비하여 엄격하게 대응하고 있고, 그 비율이 높기는 하지만, 여전히 일반인의 법감정에 부합하지 않는다는 비판도 적지 않다. 2008년 6.13.의 성폭력특별법 개정에 따라 아동성폭력범죄에 대한 형량을 7년 이상의 징역형, 유사성교행위에 대하여는 5년 이상의 징역형에 처하도록 하고 있음에도 불구하고 여전히 아동성폭력범죄에 대한 처벌이 약하다고 생각하고 있는 것 같다. 최근 논의되고 있는 개정안도 이러한 방향으로의 내용을 담고 있다. 아동성폭력범죄의 특성, 피해아동이 겪는 휴유증 등을 고려하면 반인륜적이고, 용납할 수 없다는 점에 대하여 누구나가 공감할 것이다. 그럼에도 불구하고 살인죄의 형량보다 더욱 높은 형량으로 상향한다는 것은 형법상 보호법익의 우선순위에 대한 재검토를 요구하는 것으로서, 검토의 여지가 없지 않을 것이다. 아동성폭력에 대한 과도한 처벌입법이 사태해결, 나아가 피해자보호를 위해 적절한 입법인가, 다른 범죄와의 형평을 고려하여 적절한 형량인지 하는 점 등에 대하여 좀 더 검토가 필요하다. 성폭력범죄의 재범 방지를 위하여 범죄규정의 신설과 형의 가중 등 입법수단만으로는 한계가 있으며, 법원의 체계적이고 합리적인 양형 판단이 있어야만 효과를 거둘 수 있다는 점에서 현재 마련되어 있는 양형기준을 잘 활용하도록 하는 것을 검토해보아야 할 것이다.

그리고 앞에서 살펴본 아동보호를 위한 국제협약상 아동피해자와 증인보호에 관련한 사법지침의 이행을 위한 조치 현황에 대한 분석결과 전담법원 및 전문기관의 설치, 전문가에 의한 면접조사 기반구축, 아동피해자의 영상녹화진술 활용 등은 그 이행을 위한 유용한 조치로 나타났다. 이와 관련하여 보면 우선 가해자가 가족이나 친척인 경우에는 진술을 두려워하거나 어린 아이들의 경우에는 성행위의 의미를 잘 이해하지 못해 말로 질문해서 판단하기가 어려운 경우가 있다. 어느 정도 나이든 아동의 경우에는 수치심 때문에 대답하지 않으려 한다. 수사관은 아동들이 자신이 조사받는다는 사실을 의식하지 않고 자연스럽게 질문에 대답하도록 한다. 아동의 심리와 행동을 이해하고 늘 아동의 눈높이에 맞추어서 수사하도록 배려한다. 수사관은 아동에게 상처를 주지 않도록 그리고 유도신문이 되지 않도록 말을 골라가면서 인터뷰한다. 이 인터뷰를 기초로 하여 전담검사들은 기소여부를 결정한다. 조사실은 아동에게 스트레스를 주지 않도록 편안한 분위기를 조성한다. 아동성폭력 전담조사제와 관련해서 우선 아동 피해자의 경우 조사자의 절반이 전담인 것으로 나타났으며, 조사자의 전문성이나 조사방법 등에 대하여는 상당히 만족하는 것으로 나타났다. 다만 조사자가 가해자의 대질을 유도하는 등 부적절한 방법을 사용하는 문제는 여전히 남아 있다⁷²⁾는 점을 고려하여 조사자의 전문성을 보다 높이는 방향으로의 운용이 필요할 것으로 보인다.

또한 피해자들로 하여금 법률전문가의 조력을 받으면서 신문에 응할 수 있는 권리를 부여해주어야 한다. 단순히 증인으로서의 피해자에게만 변호인제도를 인정하게 되면 피해자변호인제도는 무의미하게 된다. 수사단계에서부터 전체 형사절차가 진행되는 동안에 법률전문가의 도움을 받을 수 있도록 한다. 피해자에 대한 변호인제도를 법률상 명문화하고 구체적인 임무의 내용을 명시하는 것이 타당하다. 피해자에의 통지제도는 피해자의 절차참여에의 만족도를 높이기 해주는 제도로서 종국적으로 확실한 기소를 위하여도 필요하다.

마지막으로 성폭력 피해아동의 보호를 위해서는 위에서 보는 것처럼 처벌만으로는 아동을 보호하는데 미흡하다. 성폭력예방교육이나, 가해자에 대한 접근차단, 가해자 치료 등 보다 광범위한 조치가 함께 마련되어야 한다. 그러나 이들 각종 조치들은 다른 개별법에 산재해 있으며, 각기 다른 기관에 의해 집행되고 충분한 제도적 뒷받침과 집행력이 확보되지 않은 상황이다.⁷³⁾ 아동보호전문기관의 경우 아동학대 전반을 다루고 있어 성폭력 사례의 비중이 매우 적은 편인데다, 센터 수와 인력의 절대적 부족, 상담원의 근무여건과 법적 지위의 미비, 가해자에 대한 강제적 서비스에 대한 법적 근거의 미비, 절대적 예산부족, 전문서비스 부족, 관계기관간의 연계 부족, 친권상실의 구체적인 기준과 규정의 미비 등의 문제점이 적지 않다.⁷⁴⁾ 무엇보다 보호시설에는 일반학대와 성학대 피해아동이 함께 생활하기 때문에 성폭력 피해아동·청소년에 대한 보다 전문적인 지원이 어려운 경우가 많다.

성폭력 피해아동에 대한 보다 전문적인 지원이 이루어지도록 해야 한다. 현재 성폭력 피해아동에 대한 전문적인 치료서비스와 법률지원서비스를 one-stop으로 제공하고 있는 시설로서는 해바라기 아동센터⁷⁵⁾가 있다. 여기서 행하는 one stop 서비스로서는 아동성폭력 사건의 접수, 성폭력 판정, 의료적 지원, 법률적 지원, 상담지원, 외부와의 연계서비스로서 일시보호 등이 있다. 다만 해바라기 아동센터의 경우 직접 hot line을 운영하고 있지는 않으며, 설치근거법이 없고 현장조사권도 없다.

결국 성폭력 피해아동에 대한 특화된 서비스를 제공하는 기관은 없다고 할 수 있다. 성폭력 피해아동의 특성과 징후를 고려해본다면 이들은 한번 맺은 상담기관 및 보호시설의 선생님과 친밀한 관계가 형성되면 다른 기관으로 연계되었을 때 다시 적응하기가

72) 윤덕경 외, 앞의 보고서, 86면.

73) 표창원, 앞의 글, 206면.

74) 이명숙, 아동학대사례개입의 법적·제도적 검토, 아동학대사례개입의 법적·제도적 보안을 위한 대토론회, 한국아동학대에방협회·한국아동권리학회·중앙아동학대에방센터, 2003.

75) 여성부 자료에 의하면 현재 전국에 4개 기관이 설치되어 있는데, 지역별 편차가 심한 것으로 나타났다. 윤덕경 외, 앞의 보고서, 99면 ; 강은영/김한균, 앞의 보고서, 217면.

쉽지 않다고 한다. 즉 성폭력 피해아동보호를 위해서는 타인에게 피해사실이 쉽게 노출되지 않으면서 원스탑으로 높은 수준의 의료, 법률, 수사, 상담 등의 서비스가 제공되는 것이다.⁷⁶⁾ 성폭력 피해아동보호를 위한 전문성제고라고 하는 측면에서는 법률적 근거를 가지면서 기관관 연계와 통합적 서비스가 가능한 기관의 설립이 필요하다.

피해자보호를 위한 재원확보도 시급한데, 범죄피해자보호와 지원에 대한 예산이 범죄자를 위한 예산의 1.7.%수준에 그치고 있다고 한다.⁷⁷⁾ 형사피고인의 국선변호 비용도 범죄피해자 지원예산의 9배에 이르고 있다고 한다. 더욱이 범죄피해자구조기금의 경우에도 가해자를 찾을 수 없거나 가해자가 배상할 경제적 능력이 없어야 지원받을 수 있으며, 또한 가해자의 배상능력 등에 대하여 스스로 입증하도록 하고 있어 요건과 절차가 매우 까다롭다. 범죄피해자구조법시행령 개정을 통하여 실질적인 범죄피해자구조금을 상향조정하였지만, 범죄피해의 실질적 회복을 위해서는 턱없이 부족한 실정이라고 한다. 범죄피해자구조법이 단순한 상징적 기능에 그치지 않고 실질적 범죄피해자구조법이 되기 위해서는 범죄피해자구조를 위한 재원을 확보하는 것이 시급하다.⁷⁸⁾

76) 강은영/김한균, 앞의 보고서, 212면.

77) 법률신문, 2009.10.19.

78) 박미숙, 현행법상 범죄피해자 지원방안, 피해자학연구 제10권 제2호, 2002, 168면. 한편 범죄피해자구조기금을 확보하기 위하여 벌금의 활용을 제안하기도 하는데, 최근 한나라당의 박민식 의원은 벌금수납액의 최소 5% 정도를 범죄피해자를 위한 보호기금으로 사용하는 내용의 '범죄피해자보호기금법 제정안'을 제출할 예정이라고 한다. 법률신문, 2009.10.19.

■ 인권옹호 심포지엄: 『아동 성폭력 피해자 보호방안』

지정토론요지

서울중앙지방법원 판사 고흥석

I. “아동 성폭력 피해자보호의 문제점과 대책”

1. 피해자 조사시 진술의 영상물 촬영에 관하여

(1) 증거로서의 피해자 진술 영상녹화물

형사소송법(이하 ‘법’이라고 한다)에 의하여 검사 또는 사법경찰관이 피의자(법 제 244조2) 또는 참고인(법 제221조 제1항 제2문)의 진술을 영상녹화한 경우에 그 영상 녹화물은 피의자신문조서 또는 참고인 진술조서의 실질적 진정성립의 증명을 위한 경우와 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 진술함에 있어서 기억이 명백하지 아니한 사항에 관하여 기억을 환기시켜야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에 한하여 피고인 또는 피고인이 아닌 자에게 재생하여 시청하게 하는 방법으로 사용될 수 있을 뿐, 범죄사실을 입증하기 위한 본증으로서는 사용할 수 없다.

그런데, 발표자가 지적한 바와 같이 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(이하 ‘성폭법’이라고 한다) 제21조의3 제3항은, 성폭력 피해자가 16세 미만인 때 등 일정한 경우 피해자의 진술내용과 조사과정을 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에서 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다고 규정하여 전문법칙의 예외를 허용하고 있다. 이는 검사 또는 사법경찰관이 작성한 영상녹화물을 범죄사실에 대한 본증으로 사용할 수 있도록 규정한 유일한 경우인데, 발표자의 지적대로 수사 및 재판 과정에서 아동 성폭력 피해자의 반복진술 또는 회상진술에 의

한 이른바 '제2차 피해'를 막기 위하여 원진술자에 대한 피고인의 반대신문권이 보장되지 못함을 감수하고 본증으로 사용할 수 있도록 한 것이다.

그런데, 실무상으로는 아동 성폭력 피해자의 진술이 담긴 영상녹화물에 대해 어느 정도까지 '증명력'을 인정할 수 있는가라는 문제가 발생한다. 이러한 문제는 '형사소송법상 무죄로 추정되는' 피고인이 신빙성을 담보할 만한 반대신문을 할 기회를 갖지 못하였다는 태생적 한계로 인해 발생하는 측면도 있음을 무시할 수 없지만, 영상녹화물의 작성 과정에서의 제도적 미비로 인해 발생하는 측면도 있다. 이에 대한 보완책을 살펴본다.

(2) 피해자 진술 영상녹화의 방식 및 절차 보완 필요성

먼저, 진술녹화 과정의 투명성을 제고하기 위하여 사전에 진술녹화사실을 고지하고 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 모두 녹화하도록 반드시 법률에 규정할 필요가 있다. 즉, 아동 성폭력 피해자의 진술 중 조사자가 필요하다고 판단되는 부분만 녹화하면, 진술내용을 평가하는 데 조사자의 판단이 개입되었다고 평가되어 그 진술의 신빙성이 낮아질 수밖에 없기 때문이다. 때문에 조사자를 피해아동에게 소개하고, 신뢰관계를 형성하기 위하여 조사자와 피해아동이 주고받는 중립적인 주제에 관한 대화부터, 조사를 최종적으로 마칠 때까지 조사과정 전체를 녹화하고 그 전부를 법원에 증거로 제출하도록 하여 신빙성을 높일 수 있을 것이다.⁷⁹⁾ 반대신문이라는 신빙성 담보수단이 없는 상태에서 이러한 절차조차 마련되지 않는다면 이로 인해 신빙성에 의문이 발생할 가능성을 부인할 수 없다. 따라서 이에 관한 입법적 근거가 반드시 마련되어야 한다.

다음으로는 아동 성폭력 피해자 조사자의 전문성 확보가 필요하다. 성폭법은 아동 성폭력 피해자의 진술 녹화의 주체에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있다. 그러나 아

79) 형사소송법에서는 실질적 진정성립 증명 또는 기억환기용으로 사용되는 영상녹화 과정의 절차 및 수사과정 기록에 대한 절차를 마련하고 있다.

형사소송법 제244조의2 (피의자진술의 영상녹화)

①피의자의 진술은 영상녹화할 수 있다. 이 경우 미리 영상녹화사실을 알려주어야 하며, 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화하여야 한다.

형사소송법 제244조의4 (수사과정의 기록)

①검사 또는 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.

③제1항 및 제2항은 피의자가 아닌 자를 조사하는 경우에 준용한다.

동으로부터 재판에 필요한 신빙성 있는 진술을 이끌어내기 위해서는 아동심리학적 지식을 구비하고 실습 경험이 풍부한 전문인력이 그 일을 담당하는 것이 바람직하다. 특히, 반대신문이라는 신빙성 담보수단이 없는 상태에서 당해 진술의 영상녹화물을 신뢰하기 위해서는 피해아동 조사자는 법률 지식(형사절차, 증거법 등)과 아동관련 지식(아동의 언어능력, 인지능력, 아동심리 등)을 모두 갖춘 전문가일 필요가 있다. 피해아동으로부터 신뢰할 수 있는 정보를 얻기 위해서는 조사자가 아동의 발달단계와 지적 상태에 알맞은 적절한 방법으로 조사하여야 하고, 유도와 암시에 의한 진술도출이라는 지적으로부터 자유로울 수 있어야 하기 때문이다. 따라서 아동·청소년 전문인력이 진술 녹화를 담당할 수 있도록 법에 근거규정을 마련하는 것이 요구된다.

한 가지 더 첨언하자면, 조사자가 아동 피해자에 대한 배려, 피의자의 방어권 보장에 대한 숙고를 하였음이 영상녹화물에 나타나게 할 필요가 있다. 이는 법원이 조사과정에서의 중립성을 높이 평가하고 조사결과, 즉 영상녹화물에 대한 신뢰도를 높일 수 있다.

2. 법정형 및 양형기준의 조정에 관하여

(1) 법정형의 상향에 관하여

먼저, 아동 대상 성범죄의 법정형 상한의 상향에 관하여 살펴본다. 성폭법상 그 상한은 무기징역이 규정된 경우를 제외하고는 모두 형법 제42조에 따라 15년이다. 그런데, 현행 형법에 따를 경우 무기형과 유기형의 간격이 넓어 아동성범죄자에 대해 15년을 선고하는 것은 낮고 그렇다고 무기징역형을 선고하는 것은 지나치게 무거운 사건들에 대해 적절한 양형이 이루어지기 힘든 경우가 발생할 여지가 있다. 그밖에 아동 성범죄자의 경우 재범의 가능성이 상대적으로 높을 수 있으므로 잠재적 피해자 보호를 위해 유기형의 상한을 좀 더 높일 필요가 있다거나, 유기징역의 상한 및 가석방의 요건을 제정할 당시(1953년)와 비교하여 현재는 평균 수명, 생활환경, 가치관 등이 큰 폭으로 변화되었으므로 변화된 상황을 형법에 적절히 반영할 필요가 있다는 주장에도 나름대로 근거가 있다고 본다. 다만, 법정형 상한 조정의 필요와 정도에 대해서는 우리와 유사한 환경의 외국 입법례를 비롯하여 양형 책임이 무거운 범죄는 대부분 경합범에 해당되므로 현행법상으로도 어느 정도의 상향이 가능한 점, 형벌체계의 조정이 실질적인 중형주의의 도입으로 이어져 수형자의 개선·교육을 통한 재사회화라는 행형목적이나 소년범이나 연소한 피고인에 대한 보호원칙 등이 훼손될 우려는 없는지 등을 종합적으

로 검토하고 충분한 의견수렴을 거쳐 결정되는 것이 바람직하다고 생각한다.

다음으로, 아동 대상 성범죄의 법정형 하한의 추가 상향의 필요성에 대해서는 발표자도 적절히 지적한 것처럼 책임과 형벌의 비례원칙에 따른 적정하고 합리적인 양형이라는 형법의 원칙을 고려할 때 보다 신중한 검토가 필요하다고 판단된다. 13세 미만 아동 대상 성범죄의 유형이 중대한 범죄부터 경미한 범죄까지 매우 다양하고, 중학생 정도의 청소년이 가해자인 경우도 많으며, 다른 중대한 범죄와 비교했을 때 형평성의 문제가 발생할 수 있다는 점 등도 고려할 필요가 있을 것이다.

(2) 양형기준의 엄격화에 관하여

이른바 ‘조두순’ 사건 이후 아동 성범죄에 대한 현재의 양형기준을 보다 강화해야 한다는 의견이 대두되고 있다. 사실 위 사건은 현재의 양형기준이 시행되기 이전의 사건으로 현재의 양형기준의 적정성 여부가 직접적으로 문제될 수 있는 사안은 아니다. 이 점에서 위 사건만을 이유로 현재의 양형기준을 수정해야 한다고는 할 수 없다. 다만, 현재의 양형기준이 아동 성범죄의 특수성을 적절히 반영하고 있는지, 국민의 건전한 상식에 부합하고 국민의 법감정에 반하지 않는지 등에 대해서는 지속적으로 검토할 필요가 있다.

현재의 양형기준은 법조계뿐만 아니라 학계, 여성계, 언론계 인사들로 구성된 양형위원회에서 과거 확정사건에 대한 양형자료 조사, 양형제도 및 정책에 관한 설문조사, 외국의 양형제도에 관한 연구, 공청회 및 관계 기관 의견조회를 통한 의견수렴 등을 토대로 마련한 것으로서, 특히 아동 성범죄의 형량범위는 양형실무에 대한 개선 의견이 높았던 점과 보다 엄정한 양형을 바라는 국민적 공감대가 형성되어 있었던 점을 감안하여 경험적 양형실무보다는 규범적 관점에서 형량범위를 설정하여 종전 양형실무보다 뚜렷이 상향된 형량범위를 설정한 것으로 알려져 있다.

또한 양형기준은, 특별양형인자에 대한 평가 결과 가중영역에 해당하는 사건에서 특별가중인자만 2개 이상 존재하거나 특별가중인자가 특별감경인자보다 2개 이상 많을 경우에는 ‘권고 형량범위의 특별조정’을 통해 양형기준에서 권고하는 형량범위 상한을 1/2까지 가중할 수 있고, 가중 결과 15년을 초과하는 경우에는 무기징역형을 선택할 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련하고 있다. 예컨대, ‘극도의 성적 수치심 증대’ 및 ‘중한 상해’라는 ‘특별가중인자’가 2개 존재하는 중한 유형을 상정한다면, 현재의 양형기준상으로도 형량범위의 상한이 16.5년까지 확대되어 무기징역형의 선택도 가능하다.

다만, 현재의 양형기준에 아동 성범죄에 대한 처벌의 확실성을 담보하기 위한 충분

한 양형인자가 발굴되어 있는지에 대해서는 추가적인 연구가 진행되는 것이 바람직하다. 특히, 특별양형인자를 가감할 경우 같은 적용법조의 범죄라도 사안별로 선고형량이 달라지게 되며, 특별가중인자를 추가하는 것은 그러한 특별가중인자가 존재하는 사안의 형량범위를 상향하는 것을 의미한다. 따라서, 현재 특별가중인자로 규정되어 있지 않지만 보다 엄한 처벌을 요구하는 국민적 공감대가 형성될 수 있는 성적 가학행위, 변태적 성행위, 반복적 범행의 경우, 피해자의 정신적 충격이 매우 극심한 경우 등을 가중적인 양형인자로 추가하는 방안에 대한 적극적인 검토가 필요하다. 이 경우에도 양형인자가 이중 평가되거나 개별적인 책임의 한도를 벗어나지 않도록 유의하여야 한다.

현재의 양형기준은 2009. 7. 1. 이후에 공소제기된 사건에 대해서 적용되므로 아직도 시행 초기에 해당한다. 따라서, 양형기준의 형량범위를 전반적으로 상향 조정하는 것에 대해서는 보다 신중하게 검토할 필요가 있는 것으로 보인다. 이는 현재의 양형기준이 시행된 이후의 상당 기간 동안의 아동 대상 성범죄에 관한 양형실태를 객관적으로 분석한 다음 이를 토대로 양형기준 설정 시와 같은 충분한 의견 수렴을 거쳐 진행되는 것이 바람직하다.

(3) 음주로 인한 심신미약에 관하여

성범죄의 특수성을 고려하여, 아동 성범죄에 관한 양형실무에서 주취 감경제도를 보다 신중히 운영할 필요성에 대하여 공감하나, 법률의 개정이나 양형기준의 수정 논의에 있어서는 형법상의 책임주의 원칙이나 해외 입법례 등을 고려하여 신중히 검토되는 것이 바람직하다.

현행 성범죄 양형기준은 '알코올, 약물 등의 복용에 의하여 심신미약 상태가 야기된 경우'를 '심신미약(본인 책임 있음)'으로 규정하고, 이를 일반감경인자(행위자/기타)로 정하고 있다. 이에 따르면 주취감경이 적용될 정도의 심신미약은 일반감경인자로만 작용하기 때문에 형량범위의 권고영역을 결정하는 데는 사용되지 못하고, 권고 형량범위 내에서 선고형을 정하는 데에만 고려된다.

그런데, 음주는 정신박약이나 정신장애와 같은 다른 심신장애 사유와 달리 범죄자 본인의 의사에 의해 야기되고 범행을 용이하게 하고 죄의식을 약화시키는 데 이용될 수 있다는 점에서 다른 심신장애 사유와 차별할 사유가 존재한다고 볼 수도 있고, 이러한 측면에서 음주로 인한 심신미약을 감경인자에서 제외하여야 한다는 발표자의 견해도 일응 수긍할 만하다. 다만, '형벌은 책임에 따라 부과되어야 한다'는 형법상 책임주의의 대원칙이나 다른 심신미약 사유와의 형평성에 비추어 실제 음주로 인한 심신미약

이 되는데 아무런 과실이 없었던 경우에조차 심신미약이 일반감경인자로서의 역할을 수행할 수 없도록 하는 것이 바람직한지에 대해서는 추가적인 검토가 필요하다.

또, 음주로 인한 명정의 경우 심신미약이 인정될 정도의 명정상태와 심신미약이 인정되지 않을 정도의 명정상태로 나눌 수 있는데, 현재의 양형기준은 심신미약이 인정될 정도의 명정상태에 관해서만 규정하고 있고, 심신미약이 인정되지 않을 정도의 명정상태에 관해서는 규정하고 있지 않다. 심신미약이 인정되지 않을 정도의 명정상태에 대해서도 그 성격이나 비난가능성 등에 대한 추가적인 연구가 필요하다고 본다.

음주로 인한 심신미약에 관한 위와 같은 논의는 법률상 필요적 감경사유로 규정되어 있는 현행 형법 규정의 토대 위에서 검토될 수밖에 없다. 따라서, 성범죄에 대한 음주로 인한 심신미약을 제한하고자 하는 다양한 입법 경과에 대해서도 지켜볼 필요가 있다.

3. 아동성폭력 피해자에 대한 변호인제도에 관하여

아동성폭력 피해자에 대해 변호인제도를 도입함으로써 수사 초기부터 피해자가 법률전문가의 도움을 받아 수사 과정에서 제2차 피해자화를 막을 수 있다는 발표자의 견해에 찬동한다. 다만, 현행 피해자 보호규정에서도 신뢰관계에 있는 자로 변호사를 선임하는 경우 실제로는 피해자에 대한 변호인제도와 같은 실질을 얻을 수 있다는 점을 감안하면 피해자에 대한 변호인제도의 핵심은 자력이 부족한 피해자에 대한 국선변호인제도의 도입일 것으로 보이고, 이에 대한 발표자의 견해는 타당하다.

II. “아동성폭력 피해자의 진술권”

1. 수사절차에서의 아동성폭력 피해자의 진술권에 관하여

종래에는 피고인은 형사소송절차의 당사자로서 역할을 담당하고 있음에 반해 피해자는 단순히 형사소송절차의 객체로서의 역할만을 차지하고 있었음은 부인할 수 없다. 이는 아동성폭력 피해자의 경우에도 마찬가지라고 할 것인데, 피해자의 지위 강화를 위해서 피해자에게도 형사소송절차에서 적극적인 역할을 부여할 필요가 있다.

이에 형사소송법은 피해자의 진술권을 보장하고 있지만, 이는 공판절차에서만 인정

되는 것이고, 현행 법률상으로는 성폭력을 당한 아동피해자 또는 그 법정대리인이 수사 절차에 적극적으로 참여하여 의견을 진술할 수 있는 권리가 보장되어 있지 않다.

그런데, 성폭력을 당한 아동피해자가 사건이 발생한 초기 단계에서부터 수사절차에 적극 관여해서 자신의 의견을 진술하는 것은 아동의 언어능력, 인지능력, 기억력의 발달 정도, 시간의 경과에 따른 증거관계의 소멸 등을 감안할 때 사건의 실체 발견에 중요한 역할을 한다. 따라서 피해 아동이 수사절차에서부터 적극적으로 참여해서 자신의 의견을 진술할 권리는 재판절차에서보다 더 중요할 수 있다고 할 것이므로, 수사절차에서 아동성폭력 피해자의 적극적인 절차 참여권을 법적으로 인정하여야 한다는 발표자의 의견에 찬성한다.

2. 증인신문방식의 문제에 관하여

현행 법은 범죄로 인한 피해자 등의 신청이 있는 경우에는 법에서 규정하는 제한 사유에 해당하지 않는 한 그 피해자 등을 증인으로 신문하여야 하고, 그 경우 피해의 정도 및 결과, 피고인의 처벌에 관한 의견, 그 밖에 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주도록 규정하고 있다(법 제294조의2 제1항·제2항).

실무상 성폭력 범죄의 피해자가 형사소송법에서 정한 진술 신청은 하지 않은 채, 탄원서, 진정서 등을 제출하여 공판과 기록에 현출되지 않은 새로운 사정을 호소하는 경우도 많고, 피고인과 합의가 되었다라도 그 합의의 진정한 취지 및 합의 과정에 의문이 드는 경우 또한 많다. 이와 같이 피해자의 진술을 직접 들을 필요가 있다고 판단되는 경우에는 법원으로서 피해자의 진술 신청이 없더라도 직권으로 피해자를 소환하여 그로 하여금 의견을 진술하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

다만, 형사소송법에서 피해자가 의견을 진술할 경우 이를 증인신문의 방식으로 이루어지도록 규정하고, 일정한 경우 이를 제한하고 있어 피해자의 진술권 보장 취지에 반한다는 의문이 있을 수 있고, 실제 발표자도 이를 지적하고 있다.

그런데, 피해자가 공판절차에서 하는 진술은 유·무죄의 판단과 양형 결정에 영향을 미칠 수밖에 없고, 특히 양형에 관한 진술에서 중요한 영향을 미침을 부인할 수 없다. 그렇다면 피고인에게는 이에 대해 참여할 필요성이 있고, 경우에 따라서는 반대신문을 통해 자신에게 불리한 사정을 반박할 필요도 있다. 이 점에서 피해자 진술이 증인신문 방식에 의해 이루어지는 것이 반드시 부적절하다고는 단정할 수 없다. 특히 피해자 신청에 의하여 신문할 증인의 신문방식은 재판장이 정하는 바에 따라 이루어지므로(법 제161조의2 제4항), 구체적 사건에서 피해자 진술권의 보장 취지가 충분히 발현될 것

도록 운용될 수도 있을 것이다.

Ⅲ. 제언 - 종합적인 대책의 마련

조두순 사건을 계기로 현재 논의되는 아동 성범죄 피해자에 대한 보호방안은 주로 아동 성폭력 가해자에 대한 보다 엄정한 처벌에 관한 것으로 보인다. 이제까지의 성폭력범죄와 관련한 형사정책 또한 특별법을 통한 법정형의 가중, 전자팔찌의 부착 등 엄벌주의를 지향하여 왔다. 성폭법에서도 이미 2008. 6. 13. 13세 미만자에 대한 강간, 위계·위력 간음, 강제추행, 강제유사성교, 위계·위력유사성교, 강간상해/치상에 대해 법정형의 하한을 2년씩 상향하는 개정이 이루어진 바 있다. 하지만 이제는 아동 성범죄 가해자에 대해 엄정한 처벌을 하는데 논의를 모으는 것에 머물러서는 안 되고, 보다 넓은 차원의 종합적인 검토와 대책 수립이 진지하게 요구되는 시점이라고 보인다.

앞으로는 가해자의 문제행동을 발견·치료하고, 범죄행위의 재발을 방지하기 위한 대안의 연구와 실행, 아동 성범죄의 발생을 방지하기 위한 사회 전반적인 시스템의 구축에 보다 큰 관심과 투자를 기울일 필요가 있다. 또, 성폭력 범죄의 재발을 방지하기 위한 제대로 된 교정교육이 이루어지고 있는지에 대해서도 사회적 관심과 감시를 높일 필요가 있다. 그밖에 시간과 비용이 많이 들기는 하나, 검거율 향상이나 범죄유발요인을 제거할 수 있는 정신병리학적 접근 등 성폭력 범죄를 줄일 수 있는 근본적인 대책이 마련될 필요가 있다는 의견⁸⁰⁾에도 귀 기울일 필요가 있고, 피해자의 사회적응을 위한 제도적 장치도 시급히 마련되어야 한다.

80) 홍성수, 법률신문 2009. 11. 30.자

■ 인권옹호 심포지엄: 『아동 성폭력 피해자 보호방안』

지정토론요지

〈아동성폭력피해자 지원책: 2차피해와 피해자 권리〉

한국성폭력상담소 소장 이윤상

1. 형사사법체계에서의 피해자의 권리

(1) 피해자 진술권(형사소송법 제294조의2)

원혜옥 교수의 발제문에서도 인용하였듯이 전통적인 형사사법체계에서 피해자는 ‘잊혀진 존재’ 혹은 ‘주변적 존재’로서 증거방법 내지 증거획득의 객체로서만 취급되고 있는 것이 현실이다. 피해자는 범죄 사건의 당사자임에도 불구하고 국가소추주의로 인해 피해자를 대신하여 국가(검사)가 소송의 주체가 되었기 때문이다. 그러나 형사절차에 있어서 피해자의 인격권과 정당한 권리는 당연히 보장되어야 한다. 피해자의 권리를 확보하여 피해자의 지위를 강화하고 소송의 객체가 아닌 주체로서 자리매김 할 수 있는 방안에 대한 고민이 끊임없이 이루어져야 한다⁸¹⁾.

헌법 제27조 5항에서도 인정하고 있는 피해자 진술권 또한 형사사법체계에서 주체로서의 피해자의 지위와 함께 사유되어야 한다. 이런 점에서 원 교수의 지적과 같이 증인신문의 방식으로 규정된 진술권은 지나치게 제한적이며, 신청을 제한할 수 있는 예외 규정(재진술이 필요없다고 인정되는 경우, 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우)까지 두고 있는 점은 피해자의 적극적 지위 보장이라는 취지에도 부합하지 않는다. 피해자 진술권은 헌법재판소에서 판시하고 있는 바와 같이 ‘검사의...기소독점주의 형사체계 하에서 피해자의 형사절차참여를 통한 의견 진술의 기회를 부여’⁸²⁾함으로써 사법

81) 한국성폭력상담소(2003), <성폭력관련 공판에서의 2차피해와 피해자권리>, 83p.

82) 원혜옥(2009), “아동성폭행 피해자의 진술권”, 아동성폭력피해자 보호 방안 토론회 발표자료

절차 안에서 사건 당사자인 피해자의 권리를 보장하기 위한 적극적 조치로 자리잡아야 한다.

피해자 진술권을 이렇게 적극적으로 이해한다면, 실체적 진실을 밝히는 것뿐만 아니라, 피해자가 범죄 발생으로 인해 발생한 영향, 피해정도를 적극적으로 밝힘으로써 양형, 가석방 여부, 집행유예 결정, 보석결정 등에 의견을 개진할 수 있도록 해야 한다. 특히 수사단계에서의 진술권 보장은 기소여부에도 피해자의 의견이 적극적으로 반영될 수 있다는 점에서 의의가 있으므로, 실질적인 절차를 마련하여 적극적으로 도입해야 할 것이다.

이런 점에서 독일의 부대공소제도는 꼼꼼하게 참조해보는 것이 필요하다. 부대공소 제도는 피해자에게 준당사자의 지위를 부여하여 피해자가 검사와 함께 공소에 부대적으로 참여하는 제도로서, 발제문에서 언급된 각종 권리 외에 '독자적인 상소제기권'도 있다는 점이 눈여겨볼 만하다. 본 제도는 무엇보다도 사건 당사자로서의 피해자의 입지를 강화하고 나아가 검찰에게 보다 적극적인 역할을 수행할 것을 요청할 수 있다는 점에서 우리 사회에서도 유사한 제도를 도입할 수 있을지를 적극적으로 토론하고 검토해보았으면 한다.

(2) 피해자의 정보권 (*2008년부터 시행)

적극적 참여절차를 보장하기 위해서는 피해자가 자신의 사건의 형사절차 전 과정에 대해서 잘 알 수 있어야 한다. 그러나 현재는 피해자가 적극적으로 노력해야만 그 내용을 알 수 있는 것이 현실이다. 2007년도에 신설되어 지난 해부터 시행된 형사소송법 제259조의2 (피해자 등에 대한 통지)에 따르면 피해자는 신청하였을 때 공소제기여부, 일시, 장소, 구속 석방 여부 등을 통지 받을 수 있다. 그러나 피해자들은 이런 제도에 대한 통지를 제대로 안내받지 못해 신청제도를 잘 활용하지 못하는 경우가 많다. 피해자의 권리를 확보하고자 하는 취지를 고려해 보았을 때 본 조항은 신청에 의한 통지보다는 고지를 의무화하는 것으로 바뀌어야 하며, 고지 내용 또한 공소장 변경 등을 포함하는 것으로 확대되어야 한다. 공판기록 열람권(형사소송법 제294조의4) 또한 신청과 재판장의 허가에 따라 이루어지도록 되어 있다. 이는 형사소송법 제35조 (서류·증거물의 열람·등사)에서 피고인의 열람권을 신청없이 인정하는 것과 비교된다. 피해자의 정보권 보장의 취지를 살리기 위해서는 신청할 수 있는 권리가 아니라 열람할 수 있는 권리를 인정하여야 한다.

2. 증언의 부담을 최소화하기 위한 피해자 권리

(1) 피해자 진술녹화

성폭력특별법 제21조의 3(영상물의 촬영·보존 등)에서 규정하고 있는 피해자 진술의 녹화제도는 진술 횟수를 최소화하고 초동 수사 단계의 진술을 녹화·보존하여 사건에 대한 생생한 기억을 담음으로써 진술의 신빙성을 제고할 수 있다는 점에서 중요한 역할을 한다.

그러나 현장에서는 여전히 진술녹화제도가 원활하게 이루어지지 않고 있다는데 가장 큰 문제점이 있다. 2003년 발생한 성직자에 의한 유아 성추행 사건에서는 첫 진술녹화테이프가 경찰에서 보관 중 삭제되었고, 이후 다시 시도했으나 비전문가에 의한 녹화라는 이유로 3차 진술을 해야 했고, 3차 진술은 ‘아동의 진술이 학습에 의한 것 같다’며 신빙성을 의심받았다. 이 사건은 결국 불기소 처분되었고, 재항고와 헌법소원에서까지 기각되었다⁸³⁾. 올 해 사회적 관심을 받았던 조두순 사건에서도 피해아동은 기계장치의 미비로 진술을 여러 번 반복해야 했다. 이런 문제점을 해결하기 위해서는 진술녹화실의 기계장비에 대한 정기적인 점검, 녹화자료의 철저한 관리 등 운영에 필요한 세심한 지침이 마련되어 철저하게 준수 되어야 하고, 관리의 소홀에 따른 책임 소재 및 방법 또한 명확하게 해야 한다.

진술녹화에 대한 신빙성 판단 여부, 증거채택 여부에 따라 기소 여부, 유죄 입증여부가 거의 결정된다 하여도 과언이 아닌 것이 아동성폭력범죄의 현실이다. 많은 아동성폭력 피해가 무혐의 처리되거나 어렵게 재판까지 진행하여도 유죄를 입증하지 못하는 경우가 여전히 빈번하게 발생하고 있다는 점을 염두에 둔다면 진술의 신빙성 판단을 위한 과학적 접근의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 현재 경찰청에서 전문가 참여제도가 마련되어 시범운영 중인데, 시범운영 결과에 대한 제대로 된 평가를 토대로 신뢰도와 타당도가 입증된 제도가 자리잡을 수 있도록 하여야 한다.

박미숙 연구원의 발제문에서 제안된 ‘영상조서 대체’에 대해서는 적극적으로 검토하는데 동의한다. 반복되는 진술을 최소화하고 진술의 신빙성을 높이기 위해서 마련한 진술녹화제도의 취지를 생각해보아도 기존 진술조서 외에 영상조서를 첨가하는 방식이 아니라, 문서로 작성하던 진술조서를 대체할 수 있는 방안으로 본 제도를 검토·도입한 것으로 보는 것이 타당하다. 다만 이를 위해서는 진술 과정을 편집없이 녹화하고, 아동

83) 이미경(2009), “어린이 성폭력범 처벌 가능성을 높여야”, 아동성범죄 2차피해 예방을 위한 진술녹화제 개선 간담회 발표자료

진술 전문가에 의해 진행되는 등 녹화 과정에서 준수해야 할 원칙들을 명확하게 수립해야 할 것이다.

진술조서를 대체하는 것과 더불어 영상물을 가지고 법정 증언을 대체할 수 있는지에 대한 토론도 이루어져야 한다. 피고인이 범행을 부인하거나 피해자를 증인으로 신청하는 것을 원천적으로 봉쇄하기가 어렵다는 점을 고려하면 성폭력특별법 제22조의6(증거보전의 특례)를 활용하여 형사소송법에서 보장하고 있는 증거보전제도를 적극적으로 활용할 필요가 있다⁸⁴⁾. 증거보전이란 공판기일 전이라도 검사가 법원에 증인신문을 요청하여 피의자 변호인이나 법관이 신문하도록 하는 것으로, 그 내용을 녹화하여 공판과정에서 활용한다면 피해자의 반복 진술을 막고 녹화진술에 증명력을 부여할 수 있을 것이다. 본 제도를 적극적으로 활용하기 위해서는 현재의 법과 제도만으로는 부족하고, 성폭력 범죄의 경우에 해당하는 별도의 증인신문 녹화제도를 위한 상세한 법적 근거와 정책적 지침을 마련해야 할 것이다. 제도 활용을 위한 절차를 간소화 하고 ‘공판기일에 출석하기에 현저히 곤란한 사정이 있거나’, ‘피해자가 16세 미만이거나 신체장애 또는 정신상의 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 때’에만 보장되어 있는 활용 대상도 확대해야 한다. 무엇보다도 이를 담당할 법관을 지정하여 교육하여야 하며, 본 제도가 유명무실해지지 않을 수 있도록 피해자들에게 적극 홍보하여 활용을 독려하여야 한다.

(2) 증인 소환상의 보호

가해자와 직접대면 막고 신변보호와 심리적 안정 위해, 분리된 법정대기실 이용, 별도의 출입 문 설치, 동행차량 제공 등이 필요하며, 증인으로 출석한 피해자가 가해자 측의 접근으로 인해 피해사실이 주변에 노출되는 사례가 법정 안팎에서 발생하고 있으니 이에 대한 대책도 마련하여야 한다.

(3) CCTV 중계를 통한 증인신문

84) 이인석(2009), “성폭행 피해 아동 조사에 관한 의견”, 아동성범죄 2차피해 예방을 위한 진술녹화제 개선 간담회 발표자료 참고.

3. 조력받을 권리, 배려받을 권리

(1) 변호인의 조력을 받을 권리

현재 성폭력 피해생존자는 국가의 지원으로 변호인의 조력을 받을 수 있으나, 피해자의 신청에 의해서만 운영되며 예산상의 한계 등으로 자원이 부족한 실태다. 성폭력상담소와 같은 현장에서는 오랫동안 지원해온 노하우를 가지고 내담자들을 지원하고 있으며, 변호인의 도움이 필요한 경우 자원활동으로 함께 힘을 보태고 있는 변호인들이 공익활동의 차원에서 협조하여 지원하고 있다. 이는 피고인이면 누구든지 변호인의 조력을 받을 수 있는 제도와 비교하면 매우 미약한 조치다. 박미숙 연구원의 발제문에서 본 독일의 사례와 같이 피해자를 위한 변호인 제도는 법률적 근거를 가지고 전면 제도화되어야 하며, 이를 위한 인적/물적 자원이 시급히 마련되어야 한다.

(2) 신뢰관계인의 동석

성폭력특별법 제22조의3 (신뢰관계에 있는 자의 동석)과 형사소송법 제163조의 2 (신뢰관계에 있는 자의 동석)에 의해 신뢰관계인의 동석 제도가 보장되어 있으나, 수사나 공판 현장에서 본 제도를 놓고 실랑이가 벌어지는 경우가 지금도 발생한다. 피해자 뿐만 아니라 수사관, 법관에게도 본 제도에 대한 적극적인 홍보가 필요하며, 신뢰관계인이 가족 관계에 한정되는 것이 아니라, 해당 사건을 상담하고 지원하는 주변인, 상담원, 활동가가 포함된다는 것을 명확하게 할 필요가 있다. (※형사소송법규칙 제84조의 3(피해자의 심리적 안정과 원활한 의사소통에 도움을 줄 수 있는 자)) 공판과정에서는 신뢰관계자가 증인석에 함께 배석하는 방안도 검토해 보아야 한다.

4. 피해자의 인격권과 신변 보호를 위한 권리

(1) 심리의 비공개

증인신문에 대해서만 인정하고 있는 비공개 재판신청권을 공판절차전반으로 확대하는 안에 대한 검토가 필요하다.

(2) 피해자의 신상 정보 유출 방지

성폭력특별법 제21조(피해자의 신원과 사생활비밀누설금지)에 의해 피해자 신상정보에 대한 비밀은 철저히 유지되도록 하고 있다. 그러나 실제로 피고인이 소송기록 열람 및 복사할 시 피해자의 인적사항이 노출되는 사례가 발생하여 피해자가 이사를 가거나 전학해야만 하는 사례도 발생하고 있다. 모든 절차와 단계에서 신상정보가 유출되지 않도록 철저한 지침이 마련되고 준수되도록 해야 한다.

(3) 피해자 증언 시 피고인 배제

가해자뿐 아니라 가해자 가족 및 주변인들에 의한 공포감 조성, 심리적 위협 등도 피해자의 진술을 방해할 수 있으므로 분리신문제도를 피고인의 친족 등도 함께 퇴장하는 것으로 확장하는 안에 대한 검토가 필요하다.

(4) 신변안전조치

5. 합 의

실제로 가해자(피의자)는 경·검찰 및 공판단계에서 피해자의 정보를 습득하여 합의중용에 활용하는 경우가 많으므로 무엇보다도 피해자의 신상 정보가 유출되지 않도록 모든 단계에서 철저히 대처해야 한다. 또한 공판과정에서 합의의 기회와 시간을 준다는 이유로, 피해자의 의사와 관계없이 공판 2~3회 연기하는 것은 빈번하게 발생하고 있어, 피해자가 탄원서를 내면서까지 가해자의 처벌을 요청해야 하는 상황이 벌어지고 있다. 가해자가 합의를 위해 노력하고 있다고 주장하는 경우에는 그 진의를 정확하게 확인해보는 것이 꼭 필요하다.

6. 처벌강화 vs. 처벌가능성 제고

성폭력범죄의 처벌을 강화할 것인지를 두고 많은 검토가 이루어지고 있고, 발제문에서도 비례성의 원칙에 맞는지, 사건보고를 어렵게 하지는 않는지, 엄벌이 피해자 치유

에 도움이 되는지, 피해자 치유가 처벌의 목적에 포함되는지 등 여러 가지 질문을 던지고 있다.

본인은 처벌의 목적이나 수준의 정당성에 대한 검토도 중요하지만, 더불어 처벌 수위를 강화하는 것이 결코 처벌가능성을 높이는 것이 아니어서, 처벌 강화가 곧바로 가해자에 대한 엄벌로 이어지는 것이 아니라는 점을 강조하고 싶다. 제 아무리 강력한 처벌 기준을 만들어 놓아도, 10% 미만의 신고율, 50% 미만의 기소율로는 가해자들이 정당한 처벌을 받게 될 것이라고 기대하기는 어렵다. 조두순 사건에서도 최고형은 무기징역이었지만 성폭력 범죄에 대한 사회적 통념 때문에 번번히 이루어지고 있는 음주감경으로 양형을 감형하였다. 중요한 것이 처벌수위를 계속 높이는 것인지, 아니면 처벌가능성을 높이는 것인지 잘 판단해보아야 한다. 이번 토론회에서 제기되고 있는 피해자 권리를 확보하는 방안을 제대로 실행되도록 함으로써 신고율도 높이고 처벌가능성도 높일 수 있을 것으로 기대한다.

나가면서

마지막으로 오늘 토론회가 아동성폭력 피해에만 국한되어 있어 중요하게 다루어져야 하는 내용들이 많이 다루어지지 못한 점이 아쉽다. 한 자리에서 모든 것을 다 할 수는 없겠지만 오늘 다루지 못한 내용들이 법무부 실무 차원에서 반드시 다루어졌으면 하는 바람을 밝힌다. 지속적으로 문제제기 되고 있는 최협의 폭행·협박설에 의한 강간죄 판단, 공소시효, 친고죄 등의 문제는 오랫동안 누차 제기된 문제로 더 이상 미룰 수 없는 과제라는 점을 반드시 기억해 주시기 바란다.

또한 최근 상담소에서 지원한 사건 중에는 무고죄로 피해자가 역고소 되는 경우 증가하고 있는 것으로 체감하고 있으며 특히 검찰 인지에 의한 무고죄 기소도 왕왕 발생하고 있다. 특히 피해자가 지속적이고 위협적인(때로는 악랄한) 합의 시도 때문에 불가피하게 합의한 경우, 이는 관계에서 발생한 성폭력 피해 사건인 경우, 고소시기가 피해 직후가 아닌 경우 등을 피해자 측에서 취할 이익이 있어서 무고한 가해자를 고소한 것으로 이해하는 경우 발생하고 있는데, 이는 성폭력 피해에 대한 몰이해에서 비롯되는 판단이다. 이에 대한 심도있는 토론과 검토의 자리도 꼭 마련되었으면 한다.

■ 인권옹호 심포지엄: 『아동 성폭력 피해자 보호방안』

지정토론요지

BBS(불교방송) 사회문화팀장 전 경 윤

1. 아동 성폭력 근절 대책

일명 조두순 사건을 계기로 아동 성범죄에 대한 국민적 분노가 들끓고 있다.

이번 조두순 사건을 통해 아동성폭력 사건에 대한 처벌 수준의 미흡, 재판 과정의 미비점, 피해자 보호와 지원의 취약성, 성범죄에 대한 사회 전반의 왜곡된 인식 등 우리 사회의 여러 문제들이 한꺼번에 노출됐다고 볼 수 있다.

이런 점을 고려해 사법부와 정치권 등에서는 아동 성폭력 근절을 위한 각종 대책들이 쏟아져 나오고 있다.

정부와 한나라당이 최근 내놓은 아동 성폭력 대책을 보면 대체로 아동 성폭력 가해자에 대한 처벌을 대폭 강화하는 쪽에 초점이 맞춰져 있다.

정부와 한나라당은 아동 성폭행을 비롯한 흉악 범죄에 대해 유기징역 상한선을 현행 15년에서 20년으로 늘리고, 가중처벌시 최대 30~50년까지 선고할 수 있도록 하는 형법 개정안을 추진할 계획이다.

또 중대 범죄를 저지른 경우 피의자 단계에서 얼굴을 공개하고, 술을 마셨을 때 형을 줄여 주는 심신미약에 따른 감경규정 역시 전문가의 감정을 거치도록 하는 등 까다롭게 하는 방안이 포함될 것으로 전해졌다.

이와 함께 성폭력범죄의 처벌과 피해자보호 등에 관한 법률에 13세 미만 아동을 상대로 한 범죄에 대한 특례 조항을 뒤 처벌 수준을 강화하는 동시에 여러 법안에 산재한 법안을 정비할 계획이다.

여기에는 아동 성범죄의 공소시효를 피해자가 성년이 될 때까지 정지키시거나 전자발찌 착용기간 연장 등이 검토 중인 것으로 알려졌다.

이밖에 성범죄자에 대한 화학적 거세 및 유전자(DNA) 보관 제도의 도입을 골자로

한 상습적 아동 성폭력범 예방.치료법과 DNA 신원확인정보 이용.보호법도 각각 이번 정기국회에 처리하는 방안을 검토키로 했다.

한나라당은 다음 달 2일 당정회의를 열고 아동 성폭력 예방과 처벌 강화 피해자 보호와 지원 등 3개 분야를 중심으로 한 종합대책을 발표할 방침이다.

2. 아동 성폭력 대책에 대한 평가와 피해자 인권 보호방안 사법부와 정치권에서 앞다투어 내놓고 있는 대책들이 갈수록 늘어나는 아동 성폭력 문제를 근본적으로 해결할 수 있을지는 좀 더 두고봐야 한다는 지적이다.

당장 들끓는 여론을 잠재우기 위해 양형을 대폭 높이는 등 응급 처방을 내놓았지만 양형은 기본적으로 다른 범죄와의 균형까지 고려해 판단하는 문제인만큼 전체적인 틀 속에서 양형 기준을 세우는 방안을 마련해야 한다는 지적도 적지 않다.

또 아동성범죄자에게 무겁게 형을 내리는 것만으로 성범죄가 근본적으로 예방된다고 보기 어려운 만큼 외국의 경우처럼 출소후 거주지 의무신고제,가석방 금지 등 범죄 예방을 위한 다양한 노력이 병행돼야 할 것이다. 범죄자들이 각자 갖고 있는 개별 특성과 환경에 대한 기초조사를 통해 성범죄자의 유형과 특징들을 정확히 파악해보는 노력도 뒤따라야 한다.

아이들의 안전한 양육과 보호를 위한 사회 시스템의 구축과 같이 보다 포괄적이고 근본적인 대책도 함께 마련되어야 한다는 지적이다.

냄비 여론에 편승해서 그때그때 땀질식 정책을 내놓았다가 시간이 지나면 흐지부지 되버리는 문제점도 반복되서는 안될 것이다.

대책을 많이 내놓는 것도 좋지만 이러한 대책들이 현실에서 제대로 추진될 수 있도록 지속적인 관심과 사회적 감시 기능의 작동도 필요해 보인다.

무엇보다 아동 성범죄 근절을 위해서는 역시 사법부가 제대로 역할을 하고 올바른 방향과 처방을 제시하는 노력을 해야할 것이다.

우선 아동성폭력사건의 사법적 완결이 법원에서 이뤄지는 만큼 판사의 판단과 결정이 무엇보다 중요하다.

판사들은 아동 성폭력 사건에 대한 전문성을 강화해 국민 법감정과 크게 동떨어지지 않는 판결을 내릴 수 있도록 해야한다.

이와 관련해 아동 성폭력 전문 수사관과 전담 재판부를 설치하는 일도 고려할만한 사안이다.

아동성폭력범죄의 양형기준을 높이는 것도 중요하지만 아동성폭력 문제를 제대로 이해하고 판단할 수 있는 판사를 늘리는 것도 필요할 것이다.

사회적 약자인 아동과 여성 피해자를 가볍게 여기는 법조 관행, 가부장적 경시 풍조도 바뀌어야 한다.

또 검찰은 피해 아동의 심리와 행동을 충분히 파악해 눈높이에 맞는 수사를 할 필요가 있다.

조두순 사건의 피해자 나영이에게 다섯 번이나 진술을 반복하게 함으로써 정신적 고통을 주고 인권을 침해하는 결과를 가져온 것에 대해서는 반성과 재발 방지가 반드시 필요하다는 지적이다.

또 아동 성폭행은 피해자의 진술이 실제적 진실을 밝히는데 중요한 요인으로 작용하는 만큼 실질적으로 진술권이 보장되도록 하는 것이 바람직하다.

다만 피해자가 아동인 점을 감안해 전문가를 동원하거나 영상 녹화방법을 사용하는 등 심리적 압박감을 해소해줄 수 있는 방안을 강구해야한다.

대한법률구조공단, 대한변호사협회 등에서 피해자를 변호하기 위해 충분한 법률 지원을 할 수 있는 방안도 필요하다.

아동 성폭력 사건을 다루는 언론의 태도와 접근 방식에 대해서도 짚어볼 필요가 있다.

언론 매체들은 조두순 사건에 대해서 앞 다투어 보도를 했다. 사건 내용의 상세한 보도는 물론 정신과 의사 등 전문가를 동원해서 아동 성폭력범의 심리를 살펴보려는 시도를 하기도 하고 토론 프로그램에서는 유사한 종류의 사건에 대한 대책을 논의하는 자리를 가졌다.

그러나 언론 보도가 아동 성폭력범 사건에 대해 깊이 있는 분석을 하기 보다는 단순히 재판 진행 과정을 전하고 관계 당국의 대책을 알리는 선에서 머물렀던 측면이 있다.

범인 조두순이 어떻게 해서 이런 범죄를 저지르게 되었는지 원인을 찾아보려는 노력도 부족했고 단순히 피상적인 존재로서의 조두순만을 조명하는데 그쳤다는 지적이다.

아동성폭력 사건의 양형 기준을 둘러싼 논란에 대해서도 피상적인 접근과 보도만 있었을뿐 사법제도의 근본적인 부분까지 파고드는 깊이와 치밀함은 부족했다는 반성이 나오고 있다.

■ 인권옹호 심포지엄: 『아동 성폭력 피해자 보호방안』

지정토론요지

법률사무소 나우리 대표변호사 **이 명 속**

質問書 用紙

심포지엄의 主題發表 內容에 質問이나 意見이 있으시면 이 用紙를 절취하여 미리 提出하여 주시기 바랍니다.

(질문자의 성명, 소속, 전화번호를 꼭 기입바랍니다.)

질문

의견

질문자 성명 :

전화번호 :

소속 :

M E M O

