

성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

Improvement Plans for the Unconstitutionality of the Special Provisions
for Video Statements of Minor Victims in Sexual Violence Crimes

승재현 · 선미화

성폭력 범죄 미성년 피해자의
영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

연구책임자

승 재 현 한국형사·법무정책연구원 선임연구위원, 법학박사

공동연구자

선 미 화 경찰청 여성청소년범죄수사과 성폭력수사계장, 경정

헌법재판소는 2021년 12월에 미성년 성폭력 피해자의 진술을 녹음한 영상녹화물을 증거로 채택하는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」에 대해 단순위헌판결을 하였습니다. 이후 2022년 6월 ~10월까지 다섯 달 동안 성범죄 피해 미성년자가 증인으로 채택된 숫자가 262명에 달하고 있습니다. 4개월 동안 262명이라면 산술적으로 1년에 786명이고 이 중에서 70% 정도가 법정에서 진술을 하였다면 550명 정도 됩니다. 필자는 과연 공판정에서 어떠한 방식으로 반대신문이 이루어졌는지, 그리고 이러한 반대신문에서 2차가해가 없었는지 심히 두렵습니다.

이러한 미성년 피해자의 2차가해를 막기 위해 법무부는 북유럽의 바르나후스 모델을 근거로 2022년 6월 29일 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」개정안을 발의했습니다. 하지만 해당 법안은 국회에서 처리되지 않고 있습니다. 특히 해당법안에 대해 이에 대해 법원행정처는 전담조사관제도, 피고인의 반대신문권의 형해화 등을 이유로 신중 검토 의견을 피력했습니다.

법무부와 법원행정처의 입장 모두 일리가 있습니다. 가장 중요한 것은 반대신문권의 행사 방법입니다. 북유럽에 출장을 가서 만난 전문가들의 한결같은 의견은 미성년 성폭력 피해자의 진술은 2번 이상 되어서는 안 되며, 반대신문권의 행사 방식으로 법정에서 피고인과 피해자가 직접 만나 이루어지는 방식은 지양해야 한다고 했습니다.

또한 진술조력인은 수사단계 및 재판단계에서도 동일인이 되어야 한다고 했습니다. 그래서 수사기관과 관계된 사람이 진술조력인이 되는 것은 곤란하다고 했습니다. 하지만 대한민국의 현실은 그렇지 못합니다. 헌법재판소가 단순위헌을 했기 때문에 진술조력인을 양성할 시간이 없습니다. 오늘 당장 미성년 피해자의 진술을 조력할 사람이 필요하기 때문입니다. 이러한 점을 고려해 본 연구에서는 현재 대한민국에서

ii 성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

미성년 피해자의 2차가해를 막고, 실제진실을 발견할 수 있는 제도를 고안해 보았습니다.

이를 위해 공동연구자로 참여해 주신 경찰청 선미화 경정님에게 감사의 말씀을 전합니다. 그리고 북유럽 바르나하스 모델에 대해 많은 지식을 전달해주신 핀란드 투루크 대학에서 박사학위 과정에 있는 Jani Hannonen님에게도 감사의 말씀을 전합니다.

2022년 12월

연구진을 대표하여

선임연구위원 승 재 현



목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 승재현

서 론	9
-----------	---

제1절 연구의 목적 및 방법	11
-----------------------	----

1. 연구의 목적	11
-----------------	----

2. 연구의 방법	12
-----------------	----

제2장 승재현

“구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”에 대한 헌법재판소 판결	15
---	----

제1절 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한	
-------------------------------	--

법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”에 대한	
---------------------------	--

헌법재판소 판결의 내용	17
--------------------	----

1. 헌법재판소의 판시사항 및 주문	17
---------------------------	----

2. 헌법재판소의 결정 요지	18
-----------------------	----

제2절 헌법재판소 “구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한	
--------------------------------------	--

법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”사건 구체적 검토	20
--------------------------------------	----

1. 사건 개요	20
----------------	----

2. 헌법재판소의 판단	21
--------------------	----

3. 헌법재판소의 위헌성 판단의 기준	24
----------------------------	----

제3장 승재현

우리나라 입법의 방향 35

제1절 국회의 개정법률안 검토 37

1. 성폭력범죄의 처벌의 처벌 등에 관한 특례법 일부 개정 법률안 37

제2절 정부 개정법률안 검토 47

1. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 (정부, 의안번호 16206) 47

제4장 승재현

정부 개정안에 대한 국회, 법원행정처 61

제1절 국회 법제사법위원회 전문위원의 입장 63

1. 진술조력인 63
2. 증거보전 절차 중단 판사 지정 65
3. 친사회적 시설에서 조사 및 심리·재판 진행 66
4. 19세 미만 피해자등에 대한 영상녹화 절차 68
5. 피의자 등의 반대신문 의사 확인절차 69
6. 영상녹화물의 증거 능력 특례 72
7. 증인신문을 위한 공판준비절차 의무화 74
8. 증인신문 방식 및 장소 등에 대한 특례 75
9. 증인신문 영상 녹화 78
10. 19세 미만 피해자 등의 증인신문을 위한 증거보전 절차 79

제2절 법원행정처의 입장 81

1. 전담조사관제도 신설 81
2. 수사 및 재판절차에서의 배려 82
3. 피의자 등의 반대신문 의사 확인절차 83
4. 영상녹화물의 증거 능력 특례 84
5. 증인신문을 위한 공판절차 의무화 84
6. 증인신문 방식 및 장소 등에 대한 특례 85
7. 증인신문 영상녹화 86
8. 19세 미만 피해자 등의 증인신문을 위한 증거보전 절차 86

제5장 선미화

전문가 의견 87

1. 개요 89
2. 위헌 결정 및 사회적 논의 90
3. 위헌 결정에 따른 정부의 조치 91
4. 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)의 주요 내용 93
5. 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)에 따른 수사 절차 변화 95
6. 「성폭력처벌법」 정부안 시행을 위한 선결 과제 99
6. 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)의 한계 109

제6장 승재현·선미화

결 론 117

제1절 헌법재판소 “구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한

법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”사건의 위헌

판결의 문제점 119

1. 최근 아동 청소년 대상 성폭력범죄 현황 119
2. 성폭력 범죄에 있어서 반대신문권시 발생하는 문제점 119
3. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항의 제정 취지 ... 121

제2절 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)의 개선·보완에 대한

경찰청의 의견 123

1. 경찰청 의견 123
2. “「성폭력처벌법」 개정안(정부안) 외에 대안 입법 방안 126
3. 소결 129

제3절 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)에 대한 개선방안 제시 130

1. 전문조사관(진술조력인) 양성 131
2. 반대신문권의 보장 132

참고문헌 135

Abstract 139



표 차례

[표 1] '바르나후스(Barnahus, 아동의 집) 모델' 주요 내용	92
[표 2] 「성폭력처벌법」 개정안에 따른 형사 절차 흐름도	97
[표 3] 해바라기센터 영상증인신문 방식	107
[표 4] 수사단계에서의 반대신문권 보장을 전제로 한 영상녹화물 증거 특례 案	127
[표 5] 「성폭력처벌법」 제30조 제6항 개정안 案	128

헌법재판소는 2021년 12월에 미성년 성폭력 피해자의 진술을 녹음한 영상녹화물을 증거로 채택하고 있는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항을 단순위헌 결정을 하였다.

이러한 결정 후 2022년 6월부터 10월까지 다섯 달 동안 성범죄 피해 미성년자가 증인으로 채택된 숫자가 262명이다. 이 262명에 대해서 해바라기센터를 통해서 증인 신문을 한 게 13%, 그다음에 법원에 설치된 화상증언실을 통해서 증언을 한 게 19% 정도 이다.¹⁾ 즉 영상재판을 이용한 비율이 33%이고, 67%는 법정에서 나와서 대면으로 증언을 했다는 결과가 된다.²⁾ 그렇다면 현재 위헌결정이 난 지 약 12개월이 흘렀다. 4개월 동안 262명이라면 산술적으로 1년에 786명이고 이 중에서 70% 정도가 법정에서 진술을 하였다면 550명 정도 된다. 위헌판결 전에는 영상이 증거능력을 인정받아 법정에서 진술을 할 수 없었는데 현재는 하고 있다는 것이다. 공판정에서 어떠한 방식으로 반대신문이 이루어졌는지, 그리고 이러한 반대신문에서는 2차가해가 없었는지 전수조사를 할 필요가 있다.

이에 대해 법무부는 성폭행 아동의 피해진술을 최소화하기 위해 복유립의 바르나후스 모델을 근거로 2022년 6월 29일 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」개정안을 발의하였다.

주요 제안이유는 피고인의 반대신문권을 보장하지 않은 채 영상물에 수록된 19세 미만 성폭력범죄 피해자의 진술을 재판과정에서 증거로 할 수 있도록 하는 규정은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 헌법재판소의 위헌 결정(헌법재판소 2021. 12. 23. 선고, 2018헌바524) 취지를 반영하여, 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 진술이 녹화된 영상녹화물은 피의자와 피고인에게 반대신문 기회가 보장된 경우

1) 국회 회의록 21대 국회 4000회 5차 법안심사 제1소위원회, 법원행정처장 김형두 진술, 25면.

2) 피고인 쪽에서 '이것은 대면이 반드시 필요합니다' 이렇게 주장을 해서 대면으로 했을 수도 있고요, 피해자 쪽에서 '굳이 이걸 그렇게 영상으로 안 할 거고 나는 그냥 대면으로 나가겠다' 이렇게 했을 수도 있다고 법원행정처장은 소위에서 진술함

2 성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

에 증거로 할 수 있도록 하고, 피의자 등의 반대신문 의사 확인 절차 등 피의자와 피고인의 반대신문권을 보장하기 위한 제도들을 도입하는 한편, 19세 미만인 성폭력 범죄 피해자 등의 증인신문을 위한 공판준비절차, 전문조사관을 통한 증인신문 방식 등에 대한 특례를 마련함으로써 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 피해자가 2차 피해로부터 보호될 수 있도록 하려는 것이다.³⁾ 주요 내용으로는 수사 및 재판 절차에서 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 보호⁴⁾, 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 진술 영상녹화절차 보완,⁵⁾ 피의자 등의 반대신문 의사 확인 등⁶⁾, 영상녹화물의 증거능력 특례⁷⁾, 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등에 대한 증인신문을 위한 공판준비절차 등⁸⁾, 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 증인신문을 위한 증거보전 청구 절차 등⁹⁾, 열람·등사한 조서 사본 등의 목적 외 사용 금지¹⁰⁾등을 규정하였다.

이에 대해 법원행정처는 전담조사관제도 신설¹¹⁾에 대해 법원행정처는 첫째, 현행법상 성폭력범죄 피해자에 대한 심리적 고통 등으로 인한 2차 피해 방지, 피해자에 대한 수사·재판절차에서의 심리적 지지, 전반적인 법률적 조력을 위해 신뢰관계인 동석제도, 증인지원관 제도, 진술조력인 제도, 피해자 변호사제도 등 활용 가능한 다른 제도가 있는데, 유사한 취지의 아동전문조사관 제도를 새로이 도입할 제도적 실익에 관한 면밀한 검토가 필요하며¹²⁾, 수사 및 재판절차에서의 배려¹³⁾에 대해서도¹⁴⁾, 피의자 등의 반대신문 의사 확인절차¹⁵⁾에 대해 영상녹화물에 대해서 음향에 대한 ‘청취만’ 가능하게 하는 것은 피의자 등의 방어권 행사에 중대한 제한이 될 수 있다는 입장이며, 특별한 사정이 있는 경우 열람·등사 범위를 제한하도록 하는 조항은

3) 법무부 법안제안 이유서 1면

4) 개정안 제26조의2, 제28조의2 및 제29조제3항 신설

5) 개정안 제30조 제2항

6) 개정안 제30조의 2, 제30조의 3

7) 개정안 제30조의 4

8) 개정안 제40조의2 ~ 제40조의 4

9) 개정안 제41조의 2

10) 개정안 41조의 4

11) 개정안 제26조의2 신설

12) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 12면에 나온 법원행정처 의견 인용.

13) 개정안 제29조 제3항 신설

14) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 17면에 나온 법원행정처 의견 인용.

15) 개정안 제30조의 2

둘 수 있겠으나, 열람·등사 제한에 관하여 준항고 등으로 법원의 판단을 받을 수 있도록 규정하여야 한다고 하였다.¹⁶⁾

영상녹화물의 증거 능력 특례¹⁷⁾에 대해선 진술할 수 없는 사유로 추가한 ‘트라우마, 공포, 기억소실’이라는 사유는 물리적 법정출석이 불가능한 사유라거나 출석하더라도 진술을 할 수 없는 것이 객관적으로 분명한 경우에 해당한다고 단정하기 어려운 측면이 있고 그 법적 의미가 명확하게 정립되어 있지 않아 자칫 이로 인해 피고인의 반대신문권 행사가 형해화 될 수 있다고 하였다.¹⁸⁾

증인신문을 위한 공판절차 의무화¹⁹⁾에 대해서도 증인신문을 위한 공판준비절차에서 미리 신문사항을 정해야 하여 피해자 진술의 신빙성 탄핵 등을 위한 피고인 측의 중요 반대신문사항이 사실상 상대방에게 모두 현출될 수밖에 없어 피고인의 방어권을 형해화할 우려가 있을 뿐 아니라, 공판준비기일을 의무적으로 진행해야 하고 해당 절차에서 협의할 사항도 많아 재판이 전반적으로 장기화 될 수 있고 이로 인한 절차지연이 초래될 수 있으며, 이와 같은 문제점은 공판준비절차보다 증거보전절차를 위한 준비절차의 경우 더 크게 나타날 수 있다고 하였다.²⁰⁾

증인신문 방식 및 장소 등에 대한 특례에 대해서 19세 미만 피해자들을 증인으로 신문할 때 이동전문조사관으로 하여금 신문을 중개하도록 하는 개정안은 공판중심주의, 직접주의, 자유심증주의 취지, 중개로 인하여 정확한 의미전달이 이루어지지 못하는 경우가 있을 수 있는 점 등을 고려할 때 적어도 판사는 직접 질문을 할 수 있도록 개정하고²¹⁾, 피해자의 의사에 반하거나 피해자의 이익에 반하는 등의 특별한 사정이 없는 한 영상증인신문만 하도록 의무화하고 그 장소조차 1차 조사가 이루어진 장소를 원칙으로 하는 것은 공판중심주의, 직접주의, 자유심증주의 등을 과도하게 제한하는

16) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 31면에 나온 법원행정처 의견 인용.

17) 개정안 제30조의 4

18) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 35면에 나온 법원행정처 의견 인용.

19) 개정안 40조의 2

20) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 39면에 나온 법원행정처 의견 인용.

21) 특히 개정안은 증인신문과정에서 추가신문사항을 제한하는 구체적인 요건 없이 막연히 ‘법원은 제2항에 따라 요청을 받은 사항의 신문을 허용할지를 판단할 때에는 19세 미만 피해자들의 변호사의 의견을 들어야 한다’라고만 규정하고 있어 피고인의 방어권과 변호인의 변호권이 과도하게 제한되는 측면이 있다.(법원행정처 의견)

측면이 있다고 하였다.²²⁾

증인신문 영상녹화에 대해서 1차 조사의 영상물도 재판단계에서 피고인에게 반대신문기회가 부여되면 증거로 사용할 수 있는데, 이와 별개로 증거보전절차의 영상물을 다시 본증으로 쓸 수 있도록 하는 것은 미성년자 등 성폭력범죄 재판을 비디오 재판화하는 것으로 공판중심주의, 직접주의에 반하는 측면이 있어 신중할 필요가 있으며, 아동 성범죄 심리절차의 대부분이 2개의 영상물을 비교해서 보며 신빙성 판단을 하는 데 소요될 우려가 있으며,²³⁾ 19세 미만 피해자 등의 증인신문을 위한 증거보전절차 역시 19세미만 성폭력범죄 피해자등의 증인신문절차에서 증거보전절차를 운용할 경우 피고인 방어권 보장에 소홀할 수 있고, 공판중심주의, 직접심리주의에 부합하지 않는 측면이 존재하며, 아동·청소년 피해자 보호에 역행할 수 있고, 사법자원의 효율적 활용에 반하여 절차 지연 초래할 수 있다고 하였다.²⁴⁾

현재 법무부와 법원은 해당 법률안에 대해 사실상 대립하고 있으며, 국회속기록에 나온 400회 제5차 법안 심사 제1소위원회에서 법원행정처장 역시 법무부의 해당 법률안에 대해 신중검토의 의견을 고수하고 있다.

법무부와 법원의 가장 첨예한 대립은 결국 반대신문권을 어떠한 절차에서 어떠한 방법으로 인정할 것인지에 대한 대립이다. 본 연구자는 북유럽 출장에서 만난 전문가들의 한결같은 의견은 미성년 성폭력 피해자의 진술은 2번 이상 되어서는 안 되며, 반대신문권의 행사 방식으로 법정에서 피고인과 피해자가 직접 만나 이루어지는 방식은 지양해야 한다는 것이다. 또한 수사단계에서 개입하는 진술조력인은 전문가라는 점, 진술조력인이 인터뷰를 진행해야 한다는 것이다.

이러한 원칙은 수사단계에서 적용되며, 절대 경찰이나 검사가 직접질문을 하지 않도록 하는 것이다. 진술조력인이 인터뷰 행한 절차를 영상 녹화하고 난 뒤, 이후 공판단계에서 영상녹화물을 본 피고인측 변호인이 법정에서 영상녹화에 참여한 진술조력인을 통해 성폭력 피해자에게 질문을 하도록 해야 한다는 것이다. 절대 피고인

22) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 44면에 나온 법원행정처 의견 인용.

23) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 48면에 나온 법원행정처 의견 인용.

24) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 53면에 나온 법원행정처 의견 인용.

측이 직접 성폭력 피해자에게 질문을 할 수 없도록 하고 있다. 이렇게 진술조력인을 통해 질문을 했다면 반대신문권 보장되는 것이라고 하였다.

전적으로 동의하는 바이다. 이러한 관점에서 연구자는 다음과 같이 결론을 제시하고자 한다.

전문조사관(진술조력인) 양성해야 한다. 헌법재판소 위헌 결정 이후 미성년 성폭력 피해 사건에서 피해자의 진술을 이끌어 내는 가장 중요한 역할을 하는 사람은 바로 전문조사관(진술조력인)이다.²⁵⁾ 전문조사관(진술조력인)은 처음 사건을 접했을 때 해당 사건의 실체를 밝혀내기 위해 상처받고 마음이 닫혀있는 미성년자의 진술을 이끌어내어야 한다. 그러므로 법률적 지식도 있어야 하며, 심리학적 지식을 갖추고 있어야 한다. 그렇다면 전문조사관(진술조력인)은 누가 되어야 하는가? 법무부에서는 경찰을 전문조사관(진술조력인)을 공무원으로 한다고 했다. 특히 전문조사관을 경찰이 담당한다고 했는데, 당장은 이러한 방법을 취할 수 밖에 없을 것으로 보인다. 왜냐하면 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 했다면 전문조사관(진술조력인)을 양성할 수 있는 시간이 존재했을 수 있다.

그러나 현실은 오늘 당장 발생하는 미성년 성폭력범죄에 전문조사관(진술조력인)이 필요하다. 그러므로 현재와 같이 해바라기 센터에 있는 경찰관이 전문조사관(진술조력인)이 되는 것이 당장에선 최선이다. 그러나 장기적으로는 사건을 실체를 밝혀야 하는 당사자 일방이 전문조사관(진술조력인)이 된다면 사건의 중립적 판단에 논란을 일으킬 수 있다.

그러므로 장기적으로 변호사 중에서 학부에서 의학이나 심리학 박사를 취득한자 중에서 진술조력인 자격을 부여하거나, 향후 정신과 혹은 심리학 박사 중에서 일정한 시험을 거쳐 선발된 자를 대상으로 진술조력인 자격을 부여하여야 할 것이다.

이렇게 전문조사관제도가 도입되어야 하는 이유는 현재 법원에 성폭력 전담부가 있지만 2년이다. 경찰과 검찰의 경우에도 성폭력 전담을 계속하게 할 수 없다. 그렇기 때문이 법원, 경찰, 검찰은 이 분야에 전문가가 될 수 없다. 자신의 법관, 경찰, 검사 20년 이상 경력에 불과 10% ~ 20% 정도 성폭력에 전담하는 것이다. 그것도 초임때

25) 국회 소위에서도 자주 언급되는 것이 신뢰관계자 동석 부분인데, 친족간의 성폭력 범죄에서는 절대 친족이 신뢰관계자가 되어선 안된다. 또한 후견인도 신뢰관계자가 동석하면 안된다. 이러한 경우 신뢰관계가 역시 피해자의 변호인 혹은 공익의 대표자인 검사가 되어야 한다.

약 2년 그리고 10이상 지나서 고위직 때 약 2년 정도다. 그렇다면 성폭력 전담조사관 제도의 도입은 미성년자를 보호하고 실체진실의 발견을 위해서 선택의 문제가 아니라 당위의 문제라고 생각한다.

그렇다면 이러한 절차에서 반대신문권의 보장은 최대한의 보장이 아니라 최소한의 보장이면 된다. 그게 헌법재판소도 인정한 사실이다. 그러므로 반대신문권은 보장하되 절대 미성년 피해자에 대해 2차 가해가 발생하지 않을 수 있는 방안을 찾아야 한다. 원칙은 미성년 피해자가 사건 관계 진술을 전 수사과 재판 절차를 통해 딱 2번만 허용해야 한다. 처음 자신의 피해사실을 진술할 때, 그리고 반대신문할 때 이다. 그리고 이러한 반대신문은 무조건 진술조력인을 통해 질문되어야 한다. 피의자 측 혹은 피고인 측의 직접 질문은 허용되어서는 안된다.

피해자의 진술은 앞서 말한바와 같이 절대 2번 이상 해서는 안된다. 1차 진술은 최소의 고소를 할 때 한 진술과 다음으로 유죄의 입증을 위한 2차 진술 딱 2번이면 족하다. 유죄의 증거로 할 수 있는 2차진술은 증거보전절차와 공판에서 증인으로 나와 하는 진술을 예상할 수 있다.

먼저 증거보전절차다. 법원행정처는 수사절차에서 밀행성으로 증거가 모두 제출될 수 없는 형편이다. 이러한 점에서 법원이 후일 공판단계에서 피고인측이 수사단계에서 한 진술을 탄핵하기 위해 다시 공판단계에서 증인신청을 할 수 있다는 지적이 있다. 그렇기 때문에 소수법원에서 진행한 절차와 동일하게 증거능력을 부여하기 위해 증거보전절차를 이용하는 것이다. 다만 수사절차에서 진행되는 증거보전이라는 의미에서 증거보전절차를 진행할 때는 반드시 필요적 증거보전 준비절차 진행해야 한다. 수사진행단계에서 하는 증거보전절차라는 점에서 준비절차는 선택의 문제가 아니라 당위의 문제이다. 법원행정처가 지적하는 재판절차 지연이 피해자 보호에 앞설 순 없다.

증거보전 절차에서도 현재가 지적한 반대신문이 행해져야 한다. 이 반대신문의 방식은 최초에 피해자의 진술을 받은 장소에서 같은 진술조력인이 피의자 측 반대신문을 듣고, 진술조력인이 피해자에게 질문해야 한다. 이때 진술조력인의 질문에 이의가 있는 경우에는 먼저 검사의 의견을 듣고, 법원의 판단이 요구된다. 반일 진술조력인의 질문이 사건의 실체발견에 맞지 않다면 법원이 피의자측 반대신문을 대신해야

할 것이다.

대한민국의 형사재판은 당사자주의가 아니라 직권조사가 가능하기 때문이다. 특히 피해자의 인권에 반하는 질문을 하는 경우에는 절대 같은 질문이 반복되는 것은 지양해야 한다.

다음으로 공판단계에서 증인으로 나와 피해를 진술하는 것이다. 즉 공판정에서 피고인측의 요청에 의해 반대신문이 이루어지는 경우에 있어서도 그 반대신문 장소는 법정이 되어서는 안 된다. 피고인의 목소리가 직접 피해자에게 들리게 해서는 안 되기 때문이다. 그러므로 반대신문의 장소는 처음 피해자가 진술을 한 장소에서 당시 진술조력인이 반대신문을 듣고 피해자에게 질문을 해야 한다.²⁶⁾

이때 진술조력인의 질문에 이의가 있는 경우에는 먼저 검사의 의견을 듣고, 법원의 판단이 요구된다. 반일 진술조력인의 질문이 사건의 실체발견에 맞지 않다면 법원이 피의자측 반대신문을 대신해야 할 것이다.

26) 이러한 점에서 경찰이 진술조력인이 되어서는 안되는 것이다.

제 1 장

성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

서 론

승 재 현

제1절 | 연구의 목적 및 방법

1. 연구의 목적

헌법재판소는 2021년 12월에 미성년 성폭력 피해자의 진술을 녹음한 영상녹화물을 증거로 채택하고 있는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항을 단순위헌 결정을 하였다.²⁷⁾ 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」제30조 제6항에 따르면 성폭력 피해자가 19세 미만인 경우 피해자 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 하고, 이에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있도록 규정하고

27) 해당 전부 개정 취지를 살펴보면 “친고죄로 인하여 성범죄에 대한 처벌이 합당하게 이루어지지 못하고 피해자에 대한 합의 중용으로 2차 피해가 야기되는 문제가 있으므로 친고죄 조항을 삭제하고, 공소시효의 적용 배제 대상 범죄를 확대하며, 성적 목적을 위한 공공장소 침입죄를 신설하고, 성폭력범죄 피해자를 보호하기 위하여 성인 피해자 또한 법률적 조력을 위한 변호사를 선임할 수 있도록 하며, 법원에 출석하는 피해자 등을 보호·지원하기 위한 증인지원관을 두도록 하고, 의사소통 및 의사표현에 어려움이 있는 성폭력범죄 피해자에게 형사사법절차에서 도움을 주기 위한 진술조력인의 법적 근거를 마련하며, 판결 전 조사에 관한 규정을 두어 법원은 성폭력범죄를 범한 피고인에게 보호관찰, 사회봉사 또는 수강을 명하기 위하여 필요한 경우 보호관찰소의 장에게 신체적·심리적 특성 및 상태, 정신성적 발달과정 등 피고인에 관한 사항의 조사를 요구할 수 있도록 하고, 등록대상자 신상정보의 공개와 고지는 여성가족부장관이 집행하는 것으로 하여 관련 규정을 삭제하고 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 따르도록 하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것”이라고 하고 있어 왜 30조 제6항을 추가 했는지 명확하게 나와 있지는 않다.

있었다.

그런데 이 조항에 대해 헌법재판소가 피해의 최소성 위반, 법익의 균형성 위반을 들어 단순위헌 결정을 하였다. 이에 대해 많은 시민들이 우려의 목소리를 높였다. 법원에서 ‘영상물에 수록된 19세 미만 성폭력범죄 피해자 진술에 관한 증거능력’에 대해 긴급토론회를 개최하였으며, 국회에서도 ‘미성년 성폭력 피해자 영상녹화진술 위헌 대안 입법을 위한 긴급 토론회’를 개최하였다. 여성변호사회 역시 ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응방안’이라는 주제로 심포지엄을 개최하였다.

수많은 토론회에서 해당 법조항의 위헌에 대해 우려를 표명하였다. 해당 조항이 위헌이 났다면 반대신문권이 보장 되지 않는 다른 특별법 조항 및 형사소송법 제314조 역시 위헌의 가능성이 열려 있어 더욱더 문제가 되었다. 또한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제1항에서는 “성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우”로 하고 있는데, 현재는 19세 미만에 대해서만 위헌 판결을 하고 장애인 부분은 위헌을 하고 있지 않아서 반대 신문권을 기준으로 위헌 여부를 따진다면 전부 위헌을 하는 것이 더 합당할 수 있다는 주장도 힘을 얻을 수 있어 매우 심각한 상황이 될 수도 있었다.

이러한 배경 하에서 본 연구에서는 19세미만 미성년자 영상녹화물이 위헌 판단을 받고 난 뒤 이에 대한 합리적인 대안을 모색해 보고자 한다.

2. 연구의 방법

본 연구에서는 먼저 “구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의 3 제4항 등 위헌소원”에 대한 헌법재판소 판결을 분석해보기로 하겠다. 특히 본 조항을 헌법불합치가 아니라 단순위헌을 선언하고 있는데, ‘반대신문권’보장을 허용하지 않는다는 것이 헌법질서에 정면으로 반하는 위헌적인 요소인지를 헌법재판소 판례의 의견을 통해 살펴보고자 한다. 본 연구에서는 반대신문권의 헌법적 의의와 더불어 해당사건에서 문제가 된 부분에 대하여 구체적인 검토를 함께 진행하고자 한다.

다음으로 현재 국회에서는 “구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”에 대응하기 위한 입법안들이 발의되고 있다. 법무부

역시 해당 조항의 위헌으로 당장 공판단계에서 7세~8세 미만의 성폭력 피해자들이 법정에서 나와 반대신문을 받을 수 있는 심각한 상황이라는 점을 인식하고 정부법안을 만들어 국회에 제출하였다.

이 정부 법안의 모델이 된 것이 바로 북유럽 ‘바르나 후스’모델이다. 본 연구에서는 북유럽에 출장을 가서 ‘바르나 후스’모델에 따라 실제 성폭력 미성년자의 2차 가해를 막고, 실질적으로 반대신문권을 보장하고 있는지 확인하였다. 이와 더불어 정부 법안에 대해 경찰청, 법원의 의견을 종합적으로 반영하여 정부 법안의 개선방안을 제시해보자 한다.

제 2 장

성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

“구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”에 대한 헌법재판소 판결

승 재 현

제2장

“구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”에 대한 헌법재판소 판결

제1절 | 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”에 대한 헌법재판소 판결의 내용

1. 헌법재판소의 판시사항 및 주문

가. 판시내용

헌법재판소는 크리스마스 이브 전날인 2021년 12월 23일에 “구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”사건에 대해 “영상물에 수록된 ‘19세 미만 성폭력범죄 피해자’(이하 ‘미성년 피해자’라 한다)의 진술에 관하여 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 내지 진술조력인의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에도 증거능력을 인정할 수 있도록 정한 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’ 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 과잉금지원칙을 위반하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(적극)”²⁸⁾으로 판시 하였다.

28) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 판시사항

나. 주문

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

2. 헌법재판소의 결정 요지

가. 다수의견

다수의견은 다음과 같이 결정하였다. “심판대상조항은 미성년 피해자가 증언과정 등에서 받을 수 있는 2차 피해를 막기 위한 것이다. 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하는 것은, 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 포기할 수 없는 중요한 가치이나 그 과정에서 **피고인의 공정한 재판을 받을 권리**도 보장되어야 한다. 성폭력범죄의 특성상 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술이 사건의 핵심 증거인 경우가 적지 않음에도 심판대상조항은 진술증거의 오류를 탄핵할 수 있는 효과적인 방법인 **피고인의 반대신문권을 보장하지 않고 있다**. 심판대상조항은 영상물로 그 증거방법을 한정하고 신뢰관계인 등에 대한 신문 기회를 보장하고 있기는 하나 위 증거의 특성 및 형성과정을 고려할 때 이로써 **원진술자에 대한 반대신문의 기능을 대체하기는 어렵다**. 그 결과 피고인은 사건의 핵심 진술증거에 관하여 충분히 탄핵할 기회를 갖지 못한 채 유죄 판결을 받을 수 있는바, 그로 인한 방어권 제한의 정도는 매우 중대하다. 반면 피고인의 반대신문권을 일률적으로 제한하지 않더라도, 성폭력범죄 사건 수사의 초기단계에서부터 증거보전절차를 적극적으로 실시하거나, 비디오 등 중계 장치에 의한 증인신문 등 미성년 피해자가 증언과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 제도를 적극 활용함으로써 위 조항의 목적을 달성할 수 있다. 피고인 측이 **정당한 방어권의 범위를 넘어 피해자를 위협하고 괴롭히는 등의 반대신문은 금지되며, 재판장은 구체적 신문 과정에서 증인을 보호하기 위해 소송지휘권을 행사할 수 있다**. 우리 사회에서 미성년 피해자의 2차 피해를 방지하는

것이 중요한 공익에 해당함에는 의문의 여지가 없다. 그러나 심판대상조항으로 인한 **피고인의 방어권 제한의 중대성과 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 대안들이 존재함을 고려할 때, 심판대상조항이 달성하려는 공익이 제한되는 피고인의 사익보다 우월하다고 쉽게 단정하기는 어렵다. 따라서 심판대상조항은 과잉 금지원칙을 위반하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.**”라고 하면서 단순 위헌을 선언하였다.²⁹⁾

나. 소수 의견

소수의견은 다음과 같이 결정하였다. “헌법상 재판절차진술권의 주체인 형사피해자가 그의 기본권 보장을 위한 형사소송절차 진행 도중 오히려 2차 피해를 입는 현상에 대한 대응은 최근에서야 비로소 주목받고 있다. 심판대상조항은 **성폭력범죄의 미성년 피해자가 법정 진술과정에서 받을 수 있는 심리적·정서적 충격 등 새로운 추가피해를 방지하기 위해 미성년 피해자의 법정에서의 조사와 신문을 최소화할 수 있도록 한다. 피고인이 반대신문을 하는 경우, 법정에서 성폭력 피해를 복기하고 격렬한 탄핵의 과정을 거치게 되는데, 미성년 피해자는 증언 시 스스로 감당할 수 없는 심각한 심리적·정서적 충격이나 그로 인한 후유 장애를 입을 개연성이 있으므로, 미성년 피해자를 특별히 보호해야 할 필요성이 인정된다. 심판대상조항은 피고인의 형사절차상 권리의 보장과 미성년 피해자의 보호 사이의 조화를 도모하고 있을 뿐, 미성년 피해자에 대한 반대신문을 전적으로 금지하거나 피고인을 단순한 처벌의 대상으로 만들지 않는다. 피고인은 영상물의 적법성 및 영상물에 담긴 미성년 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하거나 조사 과정에 동석했던 신뢰관계인에 대한 신문을 통해 자신을 방어할**

29) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 다수의견의 결정요지 (결정요지의 내용을 살펴보면 성폭력범죄 사건 수사의 초기단계에서부터 증거보전절차를 적극적으로 실시하거나, 비디오 등 중계 장치에 의한 증인신문 등 미성년 피해자가 증언과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 제도를 적극 활용함으로써 위 조항의 목적을 달성할 수 있다. 피고인 측이 정당한 방어권의 범위를 넘어 피해자를 위협하고 괴롭히는 등의 반대신문은 금지되며, 재판장은 구체적 신문 과정에서 증인을 보호하기 위해 소송지휘권을 행사할 수 있다. 여기에 더해 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 중대성과 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 대안들이 존재함을 고려할 수 있다고 하면서 단순위헌을 한 것은 다소 문제가 있다. 적어도 목적의 정당성이 처음부터 헌법에 반하는 경우에는 단순위헌이 가능하다. 이에 대해서는 후술하기로 한다.)

수 있다. 영상물에 담긴 진술의 증명력이 부인될 수 있고, 법원의 판단에 따라 반대신문권을 행사할 수 있는 기회도 부여받고 있다. 증거보전절차는 반복진술로 인한 2차 피해를 줄이는 효과가 없고, 교호신문제도에 의한 증인신문 방식이 그대로 적용되어 진술 탄핵을 본질로 하고 유도신문이 허용되는 반대신문의 속성에서 비롯되는 2차 피해를 방지하지 못하여 심판대상조항과 동일한 정도로 입법목적에 기여할 수 없다. 심판대상조항이 보호하려는 공익의 중대성을 고려할 때, 심판대상조항이 전문법칙의 예외를 정하고 있다는 사정만으로 미성년 피해자의 보호만을 앞세워 피고인의 방어권을 무력화하고 있다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 공정한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다.”³⁰⁾

제2절 | 헌법재판소 “구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원” 사건 구체적 검토

1. 사건 개요

가. 제1심 합의부 판단

청구인은 2010년부터 2011년 사이에 위력으로 13세 미만 미성년자인 피해자를 수차례 추행하였다는 등의 범죄사실로 대구지방법원에서 2018. 2. 2. 징역 6년 및 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간을 선고받았다(2016고합520). 한편, 청구인은 위 1심 공판에서 각 영상녹화CD에 수록된 19세 미만인 위 성폭력범죄 피해자의 진술에 관하여 증거부동의 하였다. 그러나 1심 법원은 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람들의 법정진술에 의하여 성립의 진정함이 인정된 각 영상녹화CD에 수록된 위 피해자의 진술을 공소사실에 관한 증거로 채택·조사한 후, 이를 청구인에 대한 유죄 판결의 증거로 사용하였다. 다만, 그 과정에서 위 증거의 원진술자인 피해자에 대한 증인신문은 이루어지지 않았다.³¹⁾

30) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 소수의견의 결정요지

나. 제2심 고등법원의 판단

청구인은 위 1심 판결에 불복하여 항소하였으나, 대구고등법원은 2018. 9. 5. 위 1심 판결과 동일한 범죄사실에 관하여 재차 유죄판결을 선고하되, 관련 법령 개정예 따라 아동·청소년 관련기관 등에 관한 취업제한 기간을 정하기 위하여 1심 유죄 부분을 파기하고 징역 6년, 성폭력 치료프로그램 이수명령 40시간 및 위 관련기관 등 취업제한 5년을 선고하였다(2018노59). 항소심 법원 역시 1심 법원과 마찬가지로 위 각 영상녹화CD에 수록된 위 피해자의 진술을 유죄 판결의 증거로 하였는데, 그 과정에서 피해자를 증인으로 소환하여 신문하지는 않았다.³²⁾

다. 청구인의 헌법소원 심판 제기

청구인은 위 항소심 판결에 불복하여 상고를 제기하였고, 위 상고심 계속 중 구 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제21조의3 제4항, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제30조 제6항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 대법원은 2018. 11. 29. 위 상고 및 신청을 모두 기각하였고(2018도15169, 2018초기 1107), 이에 청구인은 2018. 12. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.³³⁾

2. 헌법재판소의 판단³⁴⁾

가. 심판대상 조항의 의의

형사소송법에서는 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부인하고 있다. 그러므로

31) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 763

32) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 764

33) 여기서 주목해야 할 점은 해당 피고인이 대법원에 해당 조문에 대해 위헌법률심판제청을 했다는 점이다. 이 때 대법원은 해당 조문이 위헌법률이 아니라는 뜻에서 위 피고인의 청구를 기각했는데, 이에 대해 피고인이 다시 헌법재판소법에 따라 헌법소원을 헌법재판소에 제기 했고, 이를 심리한 헌법재판소가 해당 조문을 위헌이라 결정한 것이다. 최고 법원인 대법원의 입장과 헌법재판소의 입장이 달라진 것이다. 최고 법원의 상반된 결정은 향후 대한민국의 법적 안정성에 심각한 문제를 야기 할 수 있는 대목이라 반드시 지적하고 싶다.

34) 여기서는 다수 의견을 중심으로 서술한다.

공개된 법정에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하지 않은 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 배척함으로써 피고인의 반대신문권을 보장하고, 직접심리주의와 공판증심주의를 철저히 하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다.³⁵⁾

그런데 성폭력처벌법 제30조 제1항은 미성년 피해자의 진술내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하도록 정하고 있다. 그리고 촬영한 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술은 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거능력이 부여되도록 하여, 원진술자인 미성년 피해자의 법정진술 없이도 전문증거인 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술을 성폭력범죄의 '본증'으로 사용될 수 있도록 정하고 있다.³⁶⁾

한편, 형사소송법은 '당연히 증거능력이 있는 서류'(형사소송법 제315조), 원진술자의 사망, 질병, 외국거주 등으로 이에 준하는 사유(형사소송법 제314조)가 있는 경우에 원진술자에 대한 반대신문의 기회 부여 없이 전문증거의 증거능력을 인정하고 있다. 형사소송법 제314조는 반대신문을 위한 증인 소환이 현실적으로 불가능하거나 현저히 곤란하여 반대신문을 할 수 없는 경우이고, 형사소송법 제315조는 공무상 또는 업무상 기계적·반복적으로 작성되거나 고도의 신용성의 정황적 보장이 있어 굳이 반대신문을 거칠 필요가 없기 때문에 예외를 인정하고 있다. **전문증거인 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술이 위와 같은 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 미성년 피해자의 2차 피해 방지라는 적극적인 목적을 위하여 피고인의 반대신문권을 제한하고 있다는 점에서 위 조항들과 구별되는 고유한 헌법적 문제를 야기한다.**³⁷⁾

35) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 766

36) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 766(이는 **미성년인 성폭력범죄 피해자가 법정에 출석하여 증언함으로써 입을 수 있는 2차 피해를 방지하기 위해 전문법칙의 예외를 규정한 것으로**, 원진술자의 법정출석을 전제로 하여서만 보장될 수 있는 피고인의 반대신문권 행사를 실질적으로 제한하는 의미를 갖는다.

37) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 767; 현재 2013. 12. 26. 2011헌바108 참조; 사건으로는 헌법재판소 재판관들이 형사소송법 제314조에 나열된 질병과 외국거주 및 이에 준하는 사유(유아가 공판정에 나왔지만 진술을 거부하는 경우)에도 전문법칙의 예외를 인정하고 있는 점은 설명이 부족해 보인다. 즉 반대신문을 위한 증인 소환이 현실적으로 불가능하거나 현저히 곤란하여 반대신문을 할 수 없는 경우라고 하는데 질병도 경우가 다양하고, 외국거주도 충분히 귀국할 수 있을 수 있고, 유아도 다음에 다시 불러 진술을 요청할 수 있는 등 증인 소환이 불가능하지도 곤란하지도 않

나. 제한되는 기본권

헌법 제27조는 형사 피고인에게 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 공정한 재판을 받을 권리 속는 신속하고 공개된 법정의 법관 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판을 의미하며, 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자에게 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증의 기회가 부여되는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다.³⁸⁾ 이에 더하여 무죄추정의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제27조 제4항을 종합하면, 형사피고인은 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서, 검사에 대하여 ‘무기대등의 원칙’이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다.³⁹⁾

헌법은 피고인의 반대신문권을 미국이나 일본과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하고 있지는 않다.⁴⁰⁾ 그러나 형사소송법은 제161조의2에서 상대 당사자의 반대신문을 전제로 한 교호신문제도를 규정하고 있고, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 대한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니하는 내용을 규정하고 있으며, 제312조 제4항, 제5항에서 피고인 또는 변호인이 공판준비 내지 공판기일에서 원진술자를 신문할 수 있는 때에 한하여 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서나 진술서의 증거능력을 인정하도록 규정함으로써 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할 수 있는 권리를 인정하고 있는바, 이는 공정한 재판을 받을 권리를 형사소송절차에서 구현하고자 한 것이다.⁴¹⁾

는 상황도 상정하고 있다고 볼 수 있다. 현재 논리를 따라 가면 제314조 중 사망의 부분을 제외 한 질병, 외국거주, 기타 이에 준하는 사유 역시 단순위헌을 면치 못할 것이다.

38) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 767

39) 현재 2012. 5. 31. 2010헌바403 참조

40) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 768

41) 현재 1998. 9. 30. 97헌바51; 현재 2013. 12. 26. 2011헌바108 참조.

3. 헌법재판소의 위헌성 판단의 기준

가. 목적의 정당성 및 수단의 적합성

신체적·정신적으로 미성숙하여 형사절차 등에서의 보호 필요성이 큰 미성년 피해자가 법정에서 반복하여 피해경험을 진술하거나 반대신문을 받는 과정에서 입을 수 있는 심리적·정서적 고통 등과 같은 2차 피해를 방지하기 위한 것으로서, 그 정당성이 인정된다.⁴²⁾ 그리고 심판대상조항이 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에도 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력이 인정될 수 있도록 하여, 미성년 피해자에 대한 법정에서의 조사와 신문을 최소화할 수 있도록 한 것은, 미성년 피해자의 2차 피해를 막는 데 일용 기여할 수 있다 할 것이므로, 그 수단의 적합성도 인정된다.⁴³⁾

나. 피해의 최소성

1) 미성년 피해자 보호와 피고인의 공정한 재판을 받을 권리의 조화 필요성

본 조항은 성폭력범죄의 미성년 피해자 보호라는 적극적인 목적을 위하여 구체적 사건에서 미성년 피해자에 대한 반대신문의 필요성이나 가능성을 묻지 않고 이에 관하여 일률적으로 전문법칙의 예외를 규정하고 있어 피고인은 반대신문의 기회를 전혀 부여받지 못한 미성년 피해자 진술을 근거로 유죄 판결을 받을 수 있는 위험이 있다.⁴⁴⁾

물론, 미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해를 방지하는 것은 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 결코 포기할 수 없는 중요한 가치라 할 것이나, 그 과정에서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 역시 헌법상 보장되어야 하며, 미성년 피해자를 보호하는 것과 피고인에게 적절한 방어권을 보장하는 것은 양립가능하다.⁴⁵⁾

결국, 형사절차에서 미성년 피해자 보호를 위한 규정을 마련함에 있어서는, 피고인

42) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 768

43) 헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 참조.

44) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 769

45) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 769

에게 공격·방어 방법을 적절히 보장하면서도 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 방법을 강구할 때에만 비로소 기본권 제한 입법에 요구되는 피해의 최소성 요건에 부합할 수 있을 것이다.⁴⁶⁾

2) 공정한 재판을 받을 권리와 반대신문권 보장의 의의

자기에게 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여하여야 한다는 절차적 권리의 보장은 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용을 이루는 것으로 반대신문권 보장은 완전한 인간의 지각과 기억에 기초한 것일 뿐 아니라 전문증거의 표현과 전달에 잘못이 있을 수 있고 본질적으로 오류가 개입할 가능성이 큰 증거방법이기 때문이다.⁴⁷⁾

그러므로 반대신문에 의한 검증의 기회가 배제된 전문증거는 실제적 진실발견에 중대한 지장을 초래할 우려가 있고, 같은 이유에서 사건의 실제적 진실은 증거를 배제할 때보다 질문을 배제하는 경우에 더욱 손상되기 쉬워지는 것이다.⁴⁸⁾

나아가, 절차적 정의의 측면에서도, 피고인이 자신에게 불리한 진술을 한 원진술자를 반대신문할 기회를 가질 경우, 이는 피고인이 단순한 형사절차의 객체로 취급되지 아니하고 재판에 대한 형성과 참여를 보장받게 된다는 점에서, 그 불리한 진술을 기초로 한 형사처벌을 수용할 수 있는 절차적 정당성이 확보될 수 있다.⁴⁹⁾

3) 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 중대성

성폭력범죄는 은밀하게 이루어지는 범죄의 특성상 범죄를 경험하였다는 피해자의 진술이 사실상 유일하거나 가장 유력한 증거인 경우가 적지 않고, 이를 탄핵할 수 있는 별개의 독립적 증거가 존재하지 않는 경우가 많다. 따라서 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술에 대한 피고인의 반대신문권 행사를 대체하거나 이를 보완할 수 있는 방안이 충분히 보장되지 않을 경우, 피고인은 핵심적인 진술증거에 대하여

46) 헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대의견 참조

47) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 769

48) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 769

49) 헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대의견 참조

제대로 탄핵할 기회를 부여받지 못할 위험에 놓이게 된다.⁵⁰⁾

심판대상조항은 전문법칙의 예외를 규정하며, 그 대상이 되는 증거방법을 촬영 당시의 상황을 재현할 수 있는 '영상물'로 한정하고, 조사과정에 동석하였던 신뢰관계인 등에 대한 반대신문권을 보장하는 등 위 예외가 적용되는 경우를 일정하게 한정하고 있기는 하나, 진술증거에 대한 반대신문의 필요성 등을 고려할 때, 다음에서 살펴보는 바와 같이 심판대상조항에서 예정한 방법들은 반대신문권을 대신하여 피고인의 방어권을 적정히 보장하기 위한 수단으로는 뚜렷한 한계를 가진다.⁵¹⁾

영상물에 수록된 미성년 피해자 진술은, 범죄 현장, 범행 과정이 그대로 촬영된 영상증거가 아니라, 사후적인 '조사 과정'에서 '피의자, 피고인 또는 그 변호인의 참여 없이', 수사기관 등의 질문에 대하여 미성년 피해자가 자신의 기억에 따라 답변하는 내용을 녹화한 '진술증거'로 형성 과정상의 한계와 '진술증거'가 내포하는 오류 가능성, 영상물이 가지는 기계적·시각적 재현이라는 특성이 왜곡 가능성을 은폐할 수 있다는 점 등을 고려할 때, 영상물이 반대신문에 의한 검증과 탄핵의 필요성이 상대적으로 적은 증거방법이라고 볼 수 있는지는 의문이며, 이러한 위험성 때문에 형사소송법은 원칙적으로 **영상물의 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인 등의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있을 뿐, 이를 **공소사실의 입증**을 위한 **본증**으로 사용할 수 있도록 규정하고 있지는 아니한 것이다.⁵²⁾**

물론, 영상물이 '조사 과정'에서 나타나는 피해자의 진술 내용과 진술 태도 자체를 보존하고 재생하여 보여 줄 수 있는 효율적인 수단으로 기능할 여지는 있으나, 그 조사 과정은 수사기관이 원하는 질문을 하면서 피해자의 진술을 이끌어내는 경우가 많은바, 이를 다루는 피고인의 관점에서 사건을 구성할 수 있는 질문이나 답변이 녹화되어 있는 것이 아니어서 이러한 영상물 증거의 내용을 아동진술전문가나 심리학자 등으로 하여금 과학적 기법에 의하여 분석하게 한다고 하더라도 이는 원증거가 제공하는 제한적인 정보로 인하여 반대신문을 대체할 수 있는 방법으로는 일정한 한계를 가질 수밖에 없다.⁵³⁾

50) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 770

51) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 770

52) 제312조 제4항, 제318조의2 제2항 참조

영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력이 인정되기 위해서는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계인 등의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정되어야 하므로, 피고인은 위 진술을 위해 법정에서 출석한 신뢰관계인 등에 대한 반대신문의 기회를 보장받을 수 있지만, **미성년 피해자와 동석한 신뢰관계인 등은 탄핵 또는 검증의 대상이 되는 진술의 원진술자가 아닐 뿐 아니라 그 신뢰관계인 등이 사건을 직접 경험하거나 목격한 사람도 아니므로**, 신뢰관계인 등에 대한 증인신문은 영상물의 원진술자인 미성년 피해자에 대한 반대신문을 대체하는 수단으로서 제대로 기능할 수 없다.⁵⁴⁾

피고인은 여전히 미성년 피해자를 증인으로 신청할 수 있고, 법원이 피고인의 방어권과 미성년 피해자 보호의 이익을 형량하고 제반 사정을 고려하여 위 신청에 따라 또는 직권으로 미성년 피해자를 증인으로 채택할 수 있으므로, 심판대상조항으로 인하여 언제나 피고인이 미성년 피해자를 반대신문 하지 못하는 결과에 이르는 것은 아니나 미성년 피해자에 대한 **피고인의 증인 신청이 반드시 받아들여진다거나 이미 자신의 진술에 증거능력을 부여받은 미성년 피해자가 법정에서 반드시 출석하리라는 보장이 없으므로**, 피고인은 여전히 자신이 탄핵할 기회를 갖지 못한 채 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술에 의하여 유죄를 선고받을 수 있는 위험에 놓이게 된다.⁵⁵⁾

공정한 재판을 받을 권리의 핵심적인 내용으로서 반대신문권의 보장은, 반대신문을 기대할 수 있는 단순한 가능성의 부여가 아니라 반대신문을 위한 충분하고도 적절한 기회의 부여를 의미하는 것이며, 여기에는 그 행사의 전제가 되는 원진술자의 법정 출석이 제도적으로 보장될 것이 전제되는 것이다. 즉, 법원의 재량에 의하여 비로소 부여되는 권리는 ‘보장’되고 있는 것이 아니다.⁵⁶⁾

영상물이 증거능력이 인정되더라도, 법원은 논리와 경험칙에 따라 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증명력을 판단하여야 하며, 범죄사실을 합리적인 의심이 없는 정도로 증명해야 할 책임은 여전히 검사에게 있으므로, 위 진술의 증거능력이 인정된

53) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 771

54) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 771

55) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 771

56) 현재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대의견 참조

다고 해서 곧바로 유죄의 증거로 사용되는 것이 아님은 물론이다.⁵⁷⁾

그러나 형사재판에서 증거로서의 자격을 갖추었는지 여부와 피고인에게 그 증거의 신빙성을 탄핵할 기회가 있는지 또는 그 증거의 증명력이 인정되어 유죄의 근거로 사용되는 결과에 이르렀는지 여부는 전혀 별개의 문제로 피고인의 반대신문권을 일률적으로 제한하는 것을 정당화할 수는 없다.⁵⁸⁾

미성년인 성폭력범죄 피해자의 보호가 어느 나라에서나 예외 없는 중대한 관심사이고 이들을 보호하기 위한 여러 제도를 마련하고 있음에도 불구하고, 미국, 캐나다, 영국, 독일과 같은 여러 주요 국가 가운데 심판대상조항과 같이 수사 및 공판단계를 통틀어 원진술자에 대한 반대신문 기회의 보장 없이 신뢰관계인 등에 대한 반대신문 기회만으로 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력을 일률적으로 인정하는 입법례는 찾아보기 어려운바, 이 역시 피고인의 여러 방어권 중 반대신문권의 보장이 갖는 중요성에서 기인하는 것으로 이해된다.⁵⁹⁾

위에서 본 사정을 종합할 때, 성폭력범죄의 특성상 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술이 사건의 핵심 증거일 경우가 적지 않고, 이러한 진술증거에 대한 탄핵의 필요성이 여전히 인정됨에도 심판대상조항은 그러한 주요 증거의 왜곡이나 오류를 탄핵할 수 있는 효과적인 방법인 피고인의 반대신문권을 보장하지 않고 있으며, 이를 대체할 만한 수단도 마련하고 있지 못하다. 그 결과 피고인은 사건의 핵심적인 진술증거에 관하여 충분히 탄핵할 기회를 갖지 못한 채 유죄 판결을 받을 수 있게 되므로, 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 정도는 매우 중대하다고 할 것이다.⁶⁰⁾

결론적으로 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 미성년 피해자를 보호할 수 있는 조화적인 방법을 상정할 수 있음에도, 영상물의 원진술자인 미성년 피해자에 대한 피고인의 반대신문권을 실질적으로 배제하여 피고인의 방어권을 과도하게 제한하는 심판대상조항은 피해의 최소성 요건을 갖추지 못하였다.⁶¹⁾

57) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 772

58) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 772

59) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 772

60) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 772

다. 미성년 피해자 보호와 반대신문권 보장을 위한 조화로운 대안 존재⁶²⁾

1) 형사소송법 제184조 증거보전절차 활용⁶³⁾

미성년 피해자 보호를 위해 피고인의 반대신문권 행사 자체를 배제하는 방법을 규정하고 있으나 미성년 피해자에 대한 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 미성년 피해자의 반복진술과 반대신문을 포함한 증언 과정에서 발생할 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 방법을 상정할 수 있다.⁶⁴⁾

첫째, 미성년 피해자는 증언과정에서 고통스러운 범죄 경험에 대한 반복적 회상과 진술로 인하여 2차 피해를 받을 수 있는데, 성폭력범죄 사건 수사의 초기단계에서부터 증거보전절차를 적극적으로 실시함으로써 피고인에게 반대신문 기회를 부여하면서도 미성년 피해자의 반복진술로 인한 2차 피해를 적절히 방지할 수 있다.⁶⁵⁾

형사소송법은, 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 증인신문 등을 청구할 수 있다고 정하고 있다.⁶⁶⁾ 그리고 성폭력범죄 피해자의 경우 공판절차에서 뒤늦게 이루어지는 증인신문과정에서 2차 피해가 발생할 수 있음을 고려하여, 성폭력처벌법 등은 추후 공판기일에서의 증언이 현저히 곤란한 사정이 있

61) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 777

62) 헌법재판소가 제시한 대안이다.

63) 타당한 대안이라고 생각이 되지만 실무에서는 증거보전절차에 참여 할 것인지 문제가 된다. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제41조는 “피해자나 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명하여 제30조에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거에 대하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 「형사소송법」 제184조(증거보전의 청구와 그 절차)제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다. 이 경우 피해자가 16세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있는 것으로 본다.”고 규정하고 있고, “요청을 받은 검사는 그 요청이 타당하다고 인정할 때에는 증거보전의 청구를 할 수 있다.”고 규정하고 있고, 형사소송법 제184조는 “검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다.”고 규정하여 증거보전절차 중 하나인 증인신문은 검사가 하는 것으로 되어 있다.

64) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 773

65) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 773

66) 형사소송법 제184조 제1항

는 미성년 피해자 등이 사건 초기 1회 또는 최소한의 진술만으로 범죄규명에 필요한 진술을 적법하게 제공할 수 있도록 증거보전의 특례를 두고 있다.⁶⁷⁾

성폭력처벌법은, 피해자나 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명하여 성폭력처벌법 제30조에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거에 대하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 형사소송법 제184조 제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있고, 이 경우 피해자가 16세 미만인 경우 등에는 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있는 것으로 본다고 규정하여⁶⁸⁾ 성폭력범죄 사건에 있어 형사소송법상 증거보전의 요건을 완화하고 있을 뿐 만 아니라 대법원은 재판예규로 ‘성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 예규(재형 2013-2)’를 마련하여, 검사로부터 19세 미만의 성폭력범죄 피해자 등을 증인으로 하는 증거보전의 청구가 있을 경우 원칙적으로 그 증인을 신문하도록 정하고 있다.⁶⁹⁾

미성년 피해자에 대하여 증거보전절차를 적극적으로 청구·실시할 경우, 미성년 피해자는 자신의 피해 사실과 피의자(피고인) 측의 반대신문 등에 관하여 사건 초기에 ‘증언’함으로써 법원의 판단에 필요한 증거를 충분히 제공할 수 있고, 그 과정에서 피의자 내지 피고인 역시 자신의 반대신문 기회를 부여받을 수 있어 미성년 피해자는 공판단계에서 증거능력이나 피고인의 탄핵에 대한 답변 등을 위해 갑작스레 증인으로 소환되어 반복진술해야 하는 불필요한 위험을 피할 수 있고, 수사단계에서도 피의자(피고인)의 주장을 확인하기 위하여 자칫 반복적인 조사를 받게 되는 어려움을 최소화할 수 있다.⁷⁰⁾

한편, 증거보전사건을 담당하는 판사는 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있으므로⁷¹⁾, 공소 제기 후 수소법원이 행하는 증인신문에 관한 규정이 증거보전절차에도 준용되고, 성폭력범죄 사건에서 증인 보호를 위하여 마련한 조치를 할 수 있으며,

67) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 773

68) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제41조 제1항

69) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 773

70) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 773

71) 형사소송법 제184조 제2항

증인신문과정을 영상녹화장치를 사용하여 녹화하여 소송기록에 첨부하거나 전자적 형태로 보관하여 조서의 일부로 할 수 있는바, 본안 재판부는 이 영상을 통해 피해자 증언 과정, 개별 답변의 뉘앙스, 태도 등을 확인할 수 있다.⁷²⁾

2) 공판정 증인으로 소환시 미성년 성폭력 피해자 보호 장치 활용

앞서 살핀 반복진술로 인한 고통 외에, 미성년 피해자가 증언 과정에서 받을 수 있는 2차 피해로는, ① 공개된 법정에서 증언하게 됨으로써 **피해자의 신상정보나 사생활에 관한 사항이 노출될 위험**, ② 공식적이고 권위적으로 설계된 **법정 환경이 주는 스트레스**와 법정에서 **피고인을 대면하게 됨**으로 인한 충격, ③ 방어력이 취약한 미성년 피해자가 재판과정의 낯선 공방에 노출되고 반대신문 등에서 진술의 신빙성을 공격받게 됨으로써 입을 수 있는 **심리적, 정서적 고통** 등을 들 수 있는데, 입법자는 다음에서 살피는 바와 같이 미성년 피해자가 증언과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 고려하여, 피고인의 반대신문 기회를 보장하면서도 이러한 2차 피해를 방지할 수 있는 여러 조화적인 제도들을 마련하고 있다.⁷³⁾

둘째, 성폭력처벌법은 **공개 법정에서의 증언으로 인한 피해자의 신상정보 노출 위험을 방지**하고 피해자의 사생활을 보호하기 위해 성폭력범죄에 대한 심리를 결정으로써 공개하지 아니할 수 있도록 하고, 증인으로 소환받은 성폭력범죄의 피해자와 그 가족은 증인신문의 비공개를 신청할 수 있도록 하고 있다.⁷⁴⁾

또한, 재판에 관여하는 공무원이나 진술조력인 등은 피해자의 인적사항과 사진, 사생활에 관한 비밀 등을 공개하거나 다른 사람에게 누설하여서는 아니되고, 그 외 누구든지 피해자의 인적사항, 사진 등을 피해자의 동의를 받지 아니하고 신문 등 인쇄물에 실거나 방송법 제2조 제1호에 따른 방송 또는 정보통신망을 통하여 공개하지 못하도록 하고 있다.⁷⁵⁾ 그리고 이 같은 의무를 위반한 경우 형사처벌을 하도록

72) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 774

73) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 774; 개인적인 입장에서는 수사단계에서 진술한 피해자가 다시 공판단계에서 다시 진술하게 하는 것은 절대 반대한다. 헌법재판소 재판관이 들고 있는 증인 신문절차에서 특칙은 피해자의 눈높이에 절대적으로 맞지 않는 어른들의 시각에서 하는 아주 편리한 배려일 뿐이다.

74) 제31조 제1항, 제2항).

하여 피해자의 신상정보 공개나 사생활 비밀 누설로 인한 피해를 차단하기 위한 엄격한 규정을 마련하고 있다.⁷⁶⁾

셋째, **성폭력범죄의 피해자를 증인으로 신문**하는 경우 법원은 직권으로 또는 피해자 등의 신청에 따라 피고인을 퇴정시키고 증언하도록 할 수 있다.⁷⁷⁾ 아울러, 증인으로 법원에 출석하는 피해자가 재판 전후에 피고인이나 그 가족과 마주치지 아니하도록 하고, 보호와 지원을 받을 수 있는 증인지원시설을 법원 내에 설치하여야 하며, 증인지원관을 두어 재판의 진행절차 등을 안내하고, 증인신문 전후 증인의 심리적 안정을 위한 상담을 하도록 하고 있다.⁷⁸⁾

나아가, 법원은 성폭력처벌법 제3조 내지 제15조에서 정한 범죄의 피해자 등 일정한 경우 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 증계장치에 의한 증계시설 등을 통하여 신문하도록 할 수 있다.⁷⁹⁾ 비디오 등 증계장치를 이용한 증인신문의 경우, 피해자가 법정 외에 마련된 증언실에 출석하여 증언하게 되므로 나이 어린 피해자가 법정에 출석함에 따른 스트레스를 경험하지 않게 되고, 피해자가 피고인과 직접 대면할 필요도 없게 된다. 증계장치를 통하여 증인이 피고인을 대면하거나 피고인이 증인을 대면하는 것이 증인의 보호를 위하여 상당하지 않다고 인정되는 경우 재판장은 검사, 변호인의 의견을 들어 증인 또는 피고인이 상대방을 영상으로 인식할 수 있는 장치의 작동을 중지시킬 수 있다.⁸⁰⁾ 증인은 비디오 등 증계장치 등에 의한 증언을 하는 동안 담요, 장난감, 인형 등 자신이 선택하는 물품을 소지할 수도 있다.⁸¹⁾

성폭력처벌법 등은 피해자가 증언과정에서 심리적 안정을 얻을 수 있도록 일정한 요건 하에 피해자와 부모, 가족 등 **신뢰관계 있는 사람을 동석**하게 할 수 있는 규정을 마련하고 있으며⁸²⁾, 성폭력범죄의 피해자가 13세 미만의 아동인 경우 진술조력인에 의해 의사소통 등에 관한 조력을 받을 수 있도록 하고 있다.⁸³⁾ 진술조력인은 정신건강

75) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제24조, 제38조 제2항

76) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제50조 제2항

77) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제23조, 특정범죄신고자 등 보호법 제11조 제5항, 제6항

78) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제32조, 성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙 제15조 제1항

79) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제40조, 형사소송법 제165조의2

80) 형사소송규칙 제84조의9 제2항 등 참조

81) 형사소송규칙 제84조의8 제2항

82) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제34조 제1항, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제28조 제1항, 형사소송법 제163조의2

의학, 심리학, 사회복지학, 교육학 등 아동·장애인의 심리나 의사소통 관련 전문지식이 있거나 관련 분야에서 상당 기간 종사한 사람으로 법무부장관이 정하는 교육을 이수한 사람 중에서 선정되며, 중립적인 지위에서 아동 피해자에 대한 증인신문에 참여하여 그 의사소통이나 의사표현을 증개 또는 보조하게 된다.⁸⁴⁾

반대신문 과정에서 정당한 방어권 행사의 범위를 넘어서 증인인 미성년 피해자를 위협하고 괴롭히거나 인격적으로 모욕하고 명예를 해하는 신문은 허용되지 않는다.⁸⁵⁾ 이와 같은 법적 제한에도 불구하고 사실상 재판과정에서 위와 같은 무분별한 질문을 내용으로 하는 반대신문이 진행될 가능성이 있다면 주신문 후 반대신문 진행에 앞서 신문사항을 제출하도록 하고 소송참여자인 검사, 변호인, 진술조력인 등의 의견을 들어 미성년 피해자에게 2차 피해를 야기할 수 있는 질문에 대해서는 이를 제한하거나 수정하여 질문하게 하는 등으로 재판장의 소송지휘권 행사를 통해 증인을 보호할 수 있다.⁸⁶⁾

반대신문권의 보장은 실체적 진실의 발견을 위하여 ‘가치 있는 증거’를 얻고 재판 결과에 대한 승복의 기초가 되는 절차적 정당성을 확보하고자 하는 데 그 의의가 있는 것임은 앞서 본 바와 같다.⁸⁷⁾ 따라서 피고인의 원진술자에 대한 반대신문권 행사 자체를 배제하는 방식으로 미성년 피해자를 보호하는 것은 그 재판결과를 피고인에게 설득할 수 없을 뿐만 아니라, 실체적 진실의 발견을 위협할 수 있다는 점에서 궁극적으로 피해자 본인을 위한 것일 수도 없다.⁸⁸⁾

수사 초기에 피고인 측의 참여가 보장된 증거보전절차에서 진술증거를 확보함으로써 반복진술의 위험을 최소화하고, 증인신문과정에서 비디오 등 중계장치에 의한 증인신문제도 등 미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해를 방지할 수 있는 각종 증인보호제도를 적극 활용하며, 나아가 그 과정에서 법원·수사기관 등 담당기관의 역량을

83) 제37조

84) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제35조 제1항, 제2항, 제38조 제1항

85) 형사소송규칙 제74조 제2항 제1호, 제77조 제2항 단서

86) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 775

87) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 775

88) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 775

강화해 나가는 것이 피고인은 물론 미성년 피해자에 대한 공백 없는 보호를 위해서도 더 나은 대안이 될 수 있다.⁸⁹⁾

라. 법익의 균형성

우리 사회에서 성폭력범죄의 피해자가 겪게 되는 심각한 피해를 고려할 때 신체적·정신적으로 성인에 비하여 취약할 수 있는 미성년 피해자가 법정에서 반복진술하는 것을 최소화함으로써 2차 피해를 방지하는 것이 중요한 공익에 해당함에는 의문의 여지가 없다. 그러나 형사재판의 공정성을 담보하기 위한 피고인의 방어권 보장 역시 헌법적으로 포기할 수 없는 중대한 가치라 할 것이므로, 피해자의 보호와 피고인의 방어권 보장은 최대한 조화적으로 도모될 필요가 있으나, 형사절차에서 피고인의 반대신문권 행사는 피해자의 진술을 효율적으로 탄핵할 수 있는 핵심적인 방어수단이고, 성폭력범죄 사건의 특성상 피해자의 진술이 가장 결정적인 증거인 경우가 적지 않기 때문에, 이에 대하여 반대신문할 기회를 갖지 못한다면 피고인의 방어권이 사실상 무력화될 수 있어 달성하고자 하는 공익이 그로 인하여 제한되는 피고인의 사익보다 우월하다거나 중요하다고 쉽게 단정할 수 없으므로, 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하였다.⁹⁰⁾

89) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 775

90) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 777

제 3 장

성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

우리나라 입법의 방향

승 재 현

제3장

우리나라 입법의 방향

제1절 | 국회의 개정법률안 검토

1. 성폭력범죄의 처벌의 처벌 등에 관한 특례법 일부 개정 법률안

가. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안

(김희재의원 대표발의, 의안번호 2116330)

1) 개정 이유

현행법은 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 영상물 녹화장치로 촬영하고, 그 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사과정에 등석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우 증거로 할 수 있다고 규정하고 있으나, 헌법재판소는 2021. 12. 23. 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분이 피고인의 방어권을 침해하여 헌법에 위반된다고 결정하였는바, 위헌결정 취지를 반영하면서도 위헌결정 이후 피해자의 증언 과정에서 발생할 추가 피해를 예방하여야 한다는 지적이 있어, 영상물의 증거능력에 관한 규정을 삭제하고, 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 피해자와 피고인 간 대면을 최소화하도록 하는 한편, 증인신문 과정에서 법원이 피해자를 비난하는 발언이나 성적 수치심을 불러일으킬 수 있는 신문 등을 제한하도록 함으로써 피고인의 방어권을 보장함과 동시에 피해자에게 발생할 수 있는

추가 피해를 예방하러 개정 법률안을 제한한다고 밝히고 있다.⁹¹⁾

2) 신·구 조문 대비표

현행	개정안
제29조(수사 및 재판절차에서의 배려) ①·② (생략) 〈신설〉	제29조(수사 및 재판절차에서의 배려) ①·② (현행과 같음) ③ 수사기관과 법원은 성폭력범죄의 피해자를 조사하거나 심리·재판할 때 피해자를 비난하는 발언이나 피해자의 성적 수치심을 불러일으킬 수 있는 표현을 사용하여서는 아니 된다.
제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① ~ ⑤ (생략) ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다. ⑦ (생략)	제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① ~ ⑤ (현행과 같음) 〈삭제〉 ⑦ (현행과 같음)
제40조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문) ① (생략) 〈신설〉 〈신설〉 〈신설〉 ② 제1항에 따른 증인신문의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.	제40조(비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문) ① (현행과 같음) ② 법원은 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 가림 시설 등을 설치하고 신문하여야 한다. ③ 피고인 또는 변호인은 제2항에 따른 증인신문에 참여할 때에는 법원에 신문내용을 사전에 제출하여야 한다. ④ 법원은 제2항에 따른 증인신문 과정에서 피해자를 비난하거나 피해자에게 성적 수치심을 주는 내용의 신문, 반복되거나 불필요한 신문을 제한하여야 한다. ⑤ 제1항 및 제2항에----- -----.

91) 의안번호 2116330 제안이유서 참고.

3) 평가

본 개정안은 영상녹화물의 증거능력을 처음부터 부정하고, 미성년 피해자가 법정에서 나오는 것은 전제로 이에 대한 2차 피해를 막기 위한 법률안으로 보인다.

미성년 피해자가 공판에 나와서 증인으로 참여하는 경우 진술의 신빙성에 대한 격렬한 탄핵이 이루어져, 법정에서 성폭력 피해를 복기하고 격렬한 탄핵의 과정은 범죄행위만큼이나 피해자에게 강한 정신적 충격과 모멸감을 줄 수 있으며, 피해자의 성품이나 평소 행동에 대한 편견을 조장하는 경우에는 반대신문에 기대하는 기능과 달리 피해자에게 수치심, 곤혹, 공포 기타 심리적 압박과 정신적 고통 등 2차 피해만을 발생시킬 수 있다.

현 형사소송법과 형사소송규칙 및 성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙에서 이미 성폭력 피해자를 보호하고 있어 개정안과 많이 중첩되고 있다.

나. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 (전주혜의원 대표발의, 의안번호 15599)

1) 제안이유

현행법은 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 피해자의 진술 내용을 촬영·보존하도록 하고, 그 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판기일에 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있도록 규정하고 있었지만 영상물에 수록된 진술을 증거로 사용할 수 있도록 한 부분이 피고인의 반대신문권을 침해한다고 보아 위헌결정이 내려짐에 따라 증인신문 과정에서 발생할 수 있는 피해자에 대한 2차피해의 방지를 위한 대안의 마련이 필요한 상황에서 피해자가 19세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애가 있는 경우 영상물을 증거로 할 수 있도록 한 것을 피해자가 19세 미만이면서 증언이 어려운 경우로 한정하려고 개정안을 제안하였다고 밝히고 있다.⁹²⁾

92) 의안번호 15599 제안이유 참고

2) 신·구 조문 대비표

현 행	개 정 안
제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① ~ ⑤ (생 략)	제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① ~ ⑤ (현행과 같음)
⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.	⑥ ----- -----다음 각 호에 해당 하는 경우에는 공판준비기일----- -----.
〈신 설〉	1. 19세 미만인 피해자가 증언으로 인해 정신적 트라우마에 시달릴 가능성이 있다는 전문가의 증언이 있는 경우
〈신 설〉	2. 19세 미만인 피해자가 증인신문 과정에서 피고인 또는 변호인의 행동으로 인해 증언을 계속할 수 없다고 판사가 인정하는 경우
⑦ (생 략)	⑦ (현행과 같음)

3) 평가

본 입법안 역시 반대신문권의 보장이 현실적으로 불가능하다고 보이는 19세 미만인 피해자가 증언으로 인해 정신적 트라우마에 시달릴 가능성이 있다는 전문가의 증언이 있는 경우와 19세 미만인 피해자가 증인신문 과정에서 피고인 또는 변호인의 행동으로 인해 증언을 계속할 수 없다고 판사가 인정하는 경우에는 반대신문권 없이 영상녹화물을 공판정에서 증거로 활용할 수 있다는 내용을 입법안으로 제시하였다.

그러나 19세 미만의 아동 특히 10세 전후의 아동의 경우에 전문가의 증언이 있다고 해서 피고인 측이 반대신문권을 포기할 것인지는 의문이 남는 대목이다. 또한 판사가 인정하는 경우에 반대신문권을 없이 영상녹화물을 증거로 사용할 수 있다는 것 역시 피고인의 유·무죄를 다루는 해당 법원에서 이러한 판단을 하는 경우 피고인 측에서 기피신청을 할 수 있는 등 재판의 공정성에 논란을 낳을 수 있는 우려가 있다.

다. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 (권인숙의원 대표발의, 의안 번호 15260)

1) 제안이유

현행법은 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 피해자의 진술 내용을 촬영·보존하도록 하고, 그 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판기일에 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있도록 규정하고 있었으나 영상물에 수록된 진술을 증거로 사용할 수 있도록 한 부분이 피고인의 방어권을 침해한다고 보아 위헌결정이 내려짐에 따라 현재결정의 취지를 반영하면서도 성폭력 피해자에 대한 2차 피해의 발생을 방지하기 위한 대안의 마련이 필요하다는 지적이 있어 헌법재판소의 결정 취지를 존중하여 미성년 피해자 진술의 영상녹화 시 피의자(피고인)나 피고인 변호인이 반대신문을 할 수 있는 절차를 마련하는 등 반대신문권을 보장하도록 함. 이 과정에서 발생할 수 있는 미성년 성폭력 피해자에 대한 2차 피해를 최소화 할 수 있는 방안도 같이 마련하고자 하였다.⁹³⁾

미성년 성폭력 피해자나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자에 대한 심문 과정은 원칙적으로 비디오 등 중계장치를 통해서만 가능하도록 해 피해자가 가해자를 직접 마주하거나 법정에서 직접 출석함으로써 발생할 수 있는 2차 피해를 최소화 함과 동시에 피해자의 초기 진술에 피의자(피고인)나 피고인의 변호인의 반대신문에 참여했을 경우, 녹화물에 대한 증거능력을 인정할 수 있도록 해 미성년 피해자 등이 피의자(피고인)나 피고인 변호인의 요구에 따른 반복회고와 진술로 인한 2차 피해를 방지할 수 있도록 하고, 심문 과정에서 미성년 피해자 등이 공간적 안전과 심리정서적 안전을 확보할 수 있도록 국선변호사의 선임 및 진술조력인의 참여를 의무화해 피해자 보호를 강화하는 규정을 신설하였다.⁹⁴⁾

93) 의안번호 15260 제안이유 참고

94) 의안번호 15260 제안이유 참고

2) 신·구 조문 대비표

현 행	개 정 안
제27조(성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례) ① ~ ⑥ (생 략) 〈신 설〉	제27조(성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례) ① ~ ⑥ (현행과 같음) ⑦ 검사는 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 국선 변호사를 선정하여야 한다.
제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① ~ ③ (생 략) 〈신 설〉	제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① ~ ③ (현행과 같음) ④ 피해자의 진술에 대하여 피의자 또는 피고인의 변호인이 반대신문을 할 수 있다. 검사나 사법경찰관은 피의자 또는 피고인, 그 변호인에 대하여 조사의 진술에 대한 반대신문 기회를 통지를 하여야 한다. 반대신문의 방식은 피해자를 보호하는 방식을 취하여 하도록 하여야 한다. 반대신문 불참으로 인한 불이익은 피의자 또는 피고인이 진다.
④·⑤ (생 략) ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.	⑤·⑥ (현행 제4항·제5항과 같음) ⑦ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 진술 당시 피고인의 변호인이 반대신문의 기회가 있었을 때에는 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.
⑦ (생 략) 제37조(진술조력인의 재판과정 참여) ① 법원은 성폭력범죄의 피해자가 13세 미만 아동이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 의사소통이나 의사표현에 어려움이 있는 경우 원활한 증인 신문을 위하여 직권 또는 검사, 피해자, 그 법정대리인 및 변호사의 신청에 의한 결정으로 진술조력인으로 하여금 증인 신문에 참여하여 중개하거나 보조하게 할 수 있다. 〈단서 신설〉	⑧ (현행 제7항과 같음) 제37조(진술조력인의 재판과정 참여) ① ----- ----- 19세 미만이거나 ----- ----- ----- ----- 다만, 제40조제2항에 따른 증인신문의 절차에서는 진술조력인으로 하여금 증인 신문에 참여하여 중개하거나 보조하도록 하여야 한다.
②·③ (생 략) 제40조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문) ① (생 략) 〈신 설〉	②·③ (현행과 같음) 제40조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문) ① (현행과 같음) ② 법원은 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를

현 행	개 정 안
② 제1항에 따른 증인신문의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.	<u>결정할 능력이 미약한 성폭력범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 비디오 등 중계장치에 의한 중계를 통하여 신문하여야 한다.</u> ③ 제1항 및 제2항에----- -----.

3) 평가

본 개정안에서는 미성년 성폭력 피해자나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자에 대한 심문 과정은 원칙적으로 비디오 등 중계 장치를 통해서만 가능하도록 해 피해자가 가해자를 직접 마주하거나 법정에서 직접 출석함으로써 발생할 수 있는 2차 피해를 최소화하고, 피해자의 초기 진술에 피의자(피고인)나 피고인의 변호인의 반대신문에 참여했을 경우, 녹화물에 대한 증거능력을 인정할 수 있도록 하였다.

피해자의 2차 가해를 막기 위해 신문을 비디오 등 중계장치로 하도록 해 직접 피고인이 면전에서 반대신문을 하지 못하도록 한 것은 타당하다.

그러나 2차 가해라는 것이 직접 면전에서 하는 것을 제한한다고 해서 막아질 수 없는 부분이 분명히 있다. 특히 주신문은 법원에 먼저 제출되어 살펴볼 수 있지만 반대신문 그렇지 않고, 유도신문도 허용될 수 있다. **피고인 측이 무죄를 입증하기 위해 피해자의 진술을 탄핵하기 위해서는 피해자의 진술의 일관성을 무너뜨리고, 피해가 아니라 동의에 의한 행위라는 점을 말하기 위해서는 인권을 말살 할 수 있는 가혹한 반대신문이 나올 수 있다.** 이러한 경우 해당 재판부에서 소송지휘권을 행사해 반대신문을 막아야 한다는 주장은 현실적인 재판을 몰라서 하는 주장일 수 있다. 무죄를 입증하기 위한 피고인측의 방어권 행사를 법원이 막기 어렵다.

또한 피해자의 초기 진술에 피의자(피고인)나 피고인의 변호인의 반대신문에 참여했을 경우에 영상녹화물을 증거로 사용할 수 있도록 규정하고 있는데, 초기에 피의자가 수사과정에 참여해 피의자에게 반대신문을 허용할 것인지 혹은 이러한 절차가 법원이 참여가 없는 경우에 법원이 이를 받아들일 수 있는 특칙이 없는 이상 이러한 조항의 개정만으로는 2차 가해를 막기에는 부족해 보인다.

라. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안

(김영배의원 대표발의, 의안 번호 15146)

1) 제안이유

현행법은 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 영상물 녹화장치로 촬영하고, 그 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 기일 또는 공판기일에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우 증거로 할 수 있다고 규정하고 있었으나 헌법재판소는 2021. 12. 23. 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분이 피고인의 방어권을 침해하여 헌법에 위반된다고 결정하였는바, 위헌결정 취지를 반영하면서도 위헌결정 이후 피해자의 증언 과정에서 발생할 추가 피해를 예방하여야 한다는 지적이 있어, 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 한해 영상물의 증거능력을 제외하고, 피고인 등과 대면하여 진술할 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 사람을 증인으로 신문하는 경우 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 가림 시설 등을 설치하고 신문하도록 규정함으로써 피고인의 방어권을 보장함과 동시에 피해자와 피고인 간 대면을 최소화하러도 개정안을 발의했다고 밝히고 있다.⁹⁵⁾

2) 신·구 조문 대비표

현 행	개 정 안
제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① ~ ⑤ (생 략)	제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① ~ ⑤ (현행과 같음)
⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.	⑥ -----피해자 (신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자에 한한다)의----- -----.
⑦ (생 략)	⑦ (현행과 같음)

95) 의안번호 15146 제안이유 참고

현 행	개 정 안
제40조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문) ① (생략) 〈신설〉 ② 제1항에 따른 증인신문의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.	제40조(비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문) ① (현행과 같음) ② 법원은 피고인 등과 대면하여 진술할 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 사람을 증인으로 신문하는 경우 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 가림 시설 등을 설치하고 신문하여야 한다. ③ 제1항 및 제2항에----- -----.

3) 평가

본 개정안은 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 가림 시설 등을 설치하고 신문하도록 규정함으로써 피고인의 방어권을 보장함과 동시에 피해자와 피고인 간 대면을 최소화하고 있다. 그러나 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 (권인숙의원 대표발의, 의안 번호 15260)과 동일하게 **피고인 측이 무죄를 입증하기 위해 피해자의 진술을 탄핵하기 위해서는 피해자의 진술의 일관성을 무너뜨리고, 피해가 아니라 동의에 의한 행위라는 점을 말하기 위해서는 인권을 말살할 수 있는 가혹한 반대신문이 나올 수 있다.** 이러한 경우 해당 재판부에서 소송지휘권을 행사해 반대신문을 막아야 한다는 주장은 현실적인 재판을 몰라서 하는 주장일 수 있다. 무죄를 입증하기 위한 피고인측의 방어권 행사를 법원이 막기 어렵다는 문제점이 있다.

마. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 (임호선의의원 대표발의, 의안 번호 14498)

1) 제안이유

헌법재판소는 2018헌바524 결정을 통해 미성년 성폭력 피해자의 진술녹화물을 증거로 채택할 수 있도록 하는 내용의 구 성폭력처벌법 제21조의3제4항은 피고인의 반대신문권 행사를 과도하게 제한하기 때문에 헌법에 위반한다는 결정을 내렸으나

현실적으로는 변호인의 반대신문 도중 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되어 2차 피해를 입는 경우가 상당하며, 증거보전절차를 실시하는 경우에도 그 피해를 완전히 막기 어렵고, 피해가 중하고 쟁점이 복잡한 사건일수록 증거보전절차를 초기에 실시하기 어렵다는 등 미성년 피해자에 대한 보호제도가 미비하다는 지적이 잇따르고 있어 현재가 실시한 반대신문권 행사를 과도하게 제한하지 않으면서도 미성년 피해자에 대한 2차 가해를 방지하기 위하여 법원으로 하여금 19세 미만이거나 신체 또는 정신적인 장애로 의사소통이나 의사표현이 어려운 경우 진술보조인을 증인신문에 참여하도록 의무화하고, 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자의 인격이나 명예가 손상되지 않는 신문의 방식을 법원과 검사, 변호인, 진술조력인이 협의하도록 함으로써 미성년 성폭력 피해자를 더욱 두텁게 보호하려고 개정 법률안을 제안했다고 밝히고 있다.⁹⁶⁾

2) 신·구 조문 대비표

현행	개정안
제37조(진술조력인의 재판과정 참여) ① 법원은 성폭력범죄의 피해자가 13세 미만 아동이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 의사소통이나 의사표현에 어려움이 있는 경우 원활한 증인신문을 위하여 직권 또는 검사, 피해자, 그 법정대리인 및 변호사의 신청에 의한 결정으로 진술조력인으로 하여금 증인 신문에 참여하여 중개하거나 보조하게 할 수 있다.	제37조(진술조력인의 재판과정 참여) ① ----- -----19세 미만이거나 ----- -----원활한 증인 신문 과 피해자 보호를 위하여----- -----하여야 한다.
② (생략)	② (현행과 같음)
〈신설〉	③ 법원은 공판준비기일 또는 공판기일에 검사, 변호인 및 진술조력인과 다음 각 호의 사항에 관하여 협의하여야 한다. 1. 증인의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀을 침해하지 않는 신문의 방식 2. 증인이 이해할 수 있는 증인신문의 방식 3. 증인이 이해하지 못하거나 휴식이 필요할 때 법원에 알리는 방식 4. 그 밖에 진술조력인에 의한 증인의 의사소통이나 의사표현의 중개·보조에 필요한 사항
③ (생략)	④ (현행 제3항과 같음)

96) 의안번호 14498 제안이유 참고

3) 평가

본 법안은 법원으로 하여금 19세 미만이거나 신체 또는 정신적인 장애로 의사소통이나 의사표현이 어려운 경우 진술보조인을 증인신문에 참여하도록 의무화하고, 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자의 인격이나 명예가 손상되지 않는 신문의 방식을 법원과 검사, 변호인, 진술조력인이 협의하도록 하고 있다.

이 법률안은 현실적으로는 변호인의 반대신문 도중 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되어 2차 피해를 입는 경우가 상당하며, 증거보전절차를 실시하는 경우에도 그 피해를 완전히 막기 어렵고, 피해가 중하고 쟁점이 복잡한 사건일수록 증거보전절차를 초기에 실시하기 어려운 점을 인정하고, 반대신문에 있어서 진술조력인을 증인신문에 참여하게 하고, 신문의 방식을 법원과 검사, 변호인, 진술조력인이 협의하도록 하고 있다. 타당한 개정안이다. 그러나 **반대신문을 할 때 진술조력인의 역할, 그리고 합의 절차는 공판준비기일에 할 것인지 또 합의를 위반했을 때 해당 질문에대한 증거능력 인정여부에 대한 구체적인 내용이 없이 아쉽다.**

제2절 | 정부 개정법률안 검토

1. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안

(정부, 의안번호 16206)⁹⁷⁾

가. 제안 이유

피고인의 반대신문권을 보장하지 않은 채 영상물에 수록된 19세 미만 성폭력범죄 피해자의 진술을 재판과정에서 증거로 할 수 있도록 하는 규정은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 헌법재판소의 위헌 결정(헌법재판소 2021. 12. 23. 선고, 2018헌바524) 취지를 반영하여, 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 진술이 녹화된 영상녹화물은 피의자와 피고인에게 반대신문 기회가 보장된 경우에 증거로

97) 법무부 개정안임

할 수 있도록 하고, 피의자 등의 반대신문 의사 확인 절차 등 피의자와 피고인의 반대신문권을 보장하기 위한 제도들을 도입하는 한편, 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 증인신문을 위한 공판준비절차, 전문조사관을 통한 증인신문 방식 등에 대한 특례를 마련함으로써 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 피해자가 2차 피해로부터 보호하기 위해 개정법률안을 제안한다고 밝히고 있다.⁹⁸⁾

나. 주요 내용

(1) 수사 및 재판 절차에서 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 보호⁹⁹⁾

수사 및 재판 절차에서 19세 미만인 성폭력범죄 피해자나 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자를 조사하거나 신문할 때에는 아동 심리 및 아동·장애인 조사면담기법 등에 대한 전문성을 갖춘 전문조사관이 전담하여 피해자를 조사하거나 신문을 중개(仲介)하도록 한다.¹⁰⁰⁾

지방법원 또는 지원의 장은 특별한 사정이 없으면 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등에 대한 증인신문을 위한 증거보전절차를 전담하는 판사를 지정하도록 한다.¹⁰¹⁾

수사기관과 법원은 조사 및 심리·재판과정에서 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 ‘최상의 이익’을 고려하여 아동 등에게 친화적으로 설계된 장소에서 전문조사관을 통하여 피해자를 조사하거나 신문하도록 하는 등 피해자의 보호 및 지원을 위한 특별한 조치를 하도록 한다.¹⁰²⁾

(2) 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 진술 영상녹화절차 보완¹⁰³⁾

전문조사관은 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등을 조사하기 전에 조사 과정이 영상녹화된다는 사실과 녹화된 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있다는 사실을 피해자의 나이, 심리 상태, 장애 정도 등을 고려하여 적절한 방식으로 설명하도록 한다.¹⁰⁴⁾

98) 의안번호 16206 제안이유 참고

99) 안 제26조의2, 제28조의2 및 제29조제3항 신설

100) 의안번호 16206 주요 내용 참고

101) 의안번호 16206 주요 내용 참고

102) 의안번호 16206 주요 내용 참고

103) 안 제30조제2항

104) 의안번호 16206 주요 내용 참고

(3) 피의자 등의 반대신문 의사 확인 등¹⁰⁵⁾

검사 또는 사법경찰관은 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등이 공판기일 등에 출석하여 증언하는 것이 곤란하고 부적당하여 피해자의 진술이 녹화된 영상녹화물을 증거로 사용할 필요가 있는 경우 등에는 피의자, 피고인 또는 그 변호인에게 피해자 진술의 영상녹화 사실과 해당 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있다는 사실 등을 서면으로 통지하도록 한다.¹⁰⁶⁾

피의자, 피고인 또는 변호인은 '진술이 녹화된 피해자'를 증인으로 신문하기를 원할 때에는 영상녹화 사실 등을 통지 받은 날부터 20일 이내에 그 의사를 서면으로 밝히도록 한다.¹⁰⁷⁾

피의자, 피고인 또는 변호인은 영상녹화물의 음향(音響)에 대한 청취를 신청하거나 영상녹화 과정에서 작성한 조서 또는 영상녹화물녹취서의 열람·등사를 신청할 수 있도록 한다.¹⁰⁸⁾

(4) 영상녹화물의 증거능력 특례¹⁰⁹⁾

19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 진술이 녹화된 영상녹화물은 공판기일 등에서 피의자, 피고인 또는 변호인이 그 내용에 대해 피해자를 신문할 수 있었던 경우, 진술 및 영상녹화가 특별히 신빙(信憑)할 수 있는 상태에서 이루어졌음이 증명된 경우로서 피해자가 사망·질병 등으로 진술할 수 없는 경우, 피고인 등이 피해자를 증인으로 신문하기를 원하지 아니한다는 의사를 밝힌 경우에는 증거로 할 수 있도록 한다.¹¹⁰⁾

(5) 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등에 대한 증인신문을 위한 공판준비절차 등¹¹¹⁾

법원은 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등을 증인으로 신문하려는 경우에는 사건을 반드시 공판준비절차에 부치고, 증인신문을 위한 심리계획을 수립하기 위하여 공판준

105) 안 제30조의2 및 제30조의3 신설

106) 의안번호 16206 주요 내용 참고

107) 의안번호 16206 주요 내용 참고

108) 의안번호 16206 주요 내용 참고

109) 안 제30조의4 신설

110) 의안번호 16206 주요 내용 참고

111) 안 제40조의2부터 제40조의4까지 신설

비기일을 지정하도록 한다.¹¹²⁾

19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등을 증인으로 신문하는 경우 피해자의 의사에 반하거나 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 비디오 등 중계장치에 의한 증계시설에서 전문조사관이 중개하는 방식으로 하도록 한다.¹¹³⁾

재판장은 증인신문 과정에서 피고인이 참여한 상태에서는 피해자가 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하는 경우에는 피고인을 퇴정하게 하는 등의 조치를 할 수 있도록 하되, 피고인을 퇴정하게 하였을 경우에는 증인신문을 종료한 때에 피고인에게 증인신문의 요지를 따로 고지하도록 한다.¹¹⁴⁾

(6) 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등의 증인신문을 위한 증거보전 청구 절차 등¹¹⁵⁾

검사는 피의자, 피고인 또는 변호인이 피해자를 증인으로 신문하기를 원한다는 의사를 밝힌 경우 또는 증인으로 신문하기를 원하는지에 대한 의사를 밝히지 아니한 경우로서 19세 미만인 성폭력범죄 피해자 등이 공판기일 등에 출석하여 증언하는 것이 곤란하고 부적당하여 피해자의 진술이 녹화된 영상녹화물을 증거로 사용할 필요가 있는 경우에는 피해자의 증인신문을 위하여 관할 지방법원 판사에게 증거보전을 청구하도록 한다.¹¹⁶⁾

판사는 검사의 증거보전 청구를 인용할 때에 피의자 또는 피고인에게 변호인이 없는 경우에는 직권으로 변호인을 선정하도록 한다.¹¹⁷⁾

(7) 열람·등사한 조서 사본 등의 목적 외 사용 금지¹¹⁸⁾

피고인 또는 변호인이 열람·등사한 조서나 영상녹화물녹취서의 사본을 수사나 재판의 목적이 아닌 다른 용도로 사용하거나 다른 사람에게 교부 또는 제시하지 못하도록 하고, 이를 위반한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 한다.¹¹⁹⁾

112) 의안번호 16206 주요 내용 참고

113) 의안번호 16206 주요 내용 참고

114) 의안번호 16206 주요 내용 참고

115) 안 제41조의2 신설

116) 의안번호 16206 주요 내용 참고

117) 의안번호 16206 주요 내용 참고

118) 안 제41조의4 신설

다. 신·구 조문 대비표

현행	개정안
〈신 설〉	제26조의2(19세 미만인 성폭력범죄의 피해자 등 전문조사관) ① 법원행정처장·검찰총장 및 경찰청장은 다음 각 호의 소속 직원 중 대통령령으로 정하는 아동 심리 및 아동·장애인 조사면담기법 등에 대한 전문적인 교육·훈련(이하 이 조에서 “전문교육·훈련”이라 한다)을 받은 사람을 대법원규칙 또는 대통령령으로 정하는 바에 따라 전문조사관(이하 “전문조사관”이라 한다)으로 지정하여야 한다. 1. 「법원조직법」 제54조의3에 따른 조사관 2. 사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원 3. 사법경찰관리 ② 법원 및 수사기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 성폭력범죄의 피해자(이하 “19세 미만피해자등”이라 한다)를 조사하거나 신문할 때에는 전문조사관이 전담하여 피해자를 조사하거나 신문을 중개(仲介)하게 하여야 한다. 1. 19세 미만인 피해자 2. 신체적인 장애나 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자 ③ 전문조사관은 19세미만피해자등을 조사하거나 신문을 중개할 때에는 피해자의 나이, 인지적 발달 단계, 심리 상태, 장애 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다. ④ 법원행정처장·검찰총장 및 경찰청장은 전문조사관에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 전문교육·훈련을 지속적으로 실시하여야 한다.
〈신 설〉	제28조의2(19세미만피해자등의 증인신문을 위한 증거보전 절차 전담판사) 지방법원장 또는 지원의 장은 특별한 사정이 없으면 19세미만피해자등에 대한 증인신문을 위한 「형사소송법」 제184조제1항에 따른 증거보전절차를 전담하는 판사를 지정하여야 한다.
제29조(수사 및 재판절차에서의 배려) ①·② (생략) 〈신 설〉	제29조(수사 및 재판절차에서의 배려) ①·② (현행과 같음)
제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① 성폭력범죄의	③ 수사기관과 법원은 조사 및 심리·재판 과정에서 19세미만피해자등의 최상의 이익을 고려하여 별표에 따른 특별한 보호조치를 하여야 한다. 제30조(19세미만피해자등 진술 내용 등의 영상녹

현행	개정안
피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. ② 제1항에 따른 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다. 다만, 가해자가 친권자 중 일방인 경우는 그러하지 아니하다. ③ 제1항에 따른 영상물 녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호사 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ④ 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 제1항의 녹화장소에 도착한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다. ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 피해자 또는 법정대리인이 신청하는 경우에는 영상물 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 발급하거나 영상물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다. ⑦ 누구든지 제1항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.	화 및 보존 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 19세 미만피해자등의 진술 내용과 조사 과정을 영상 녹화장치로 녹화(녹음이 포함된 것을 말하며, 이하 “영상녹화”라 한다)하고, 그 영상녹화물을 보존하여야 한다. ② 전문조사관은 19세미만피해자등을 조사하기 전에 다음 각 호의 사실을 피해자의 나이, 인지적 발달 단계, 심리 상태, 장애 정도 등을 고려한 적절한 방식으로 피해자에게 설명하여야 한다. 1. 조사 과정이 영상녹화된다는 사실 2. 영상녹화된 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있다는 사실 ③ 제1항에도 불구하고 19세미만피해자등 또는 그 법정대리인(법정대리인이 가해자이거나 가해자의 배우자인 경우는 제외한다)이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시하는 경우에는 영상 녹화를 하여서는 아니 된다. ④ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따른 영상 녹화를 마쳤을 때에는 지체 없이 피해자 또는 변호사 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따른 영상 녹화 과정의 진행 경과를 조서(별도의 서면을 포함한다. 이하 같다)에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다. ⑥ 제5항에 따라 영상녹화 과정의 진행 경과를 기록할 때에는 다음 각 호의 사항을 구체적으로 적어야 한다. 1. 피해자가 영상녹화 장소에 도착한 시각 2. 영상녹화를 시작하고 마친 시각 3. 그 밖에 영상녹화 과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항 ⑦ 검사 또는 사법경찰관은 19세미만피해자등이나 그 법정대리인이 신청하는 경우에는 영상 녹화 과정에서 작성한 조서의 사본 또는 영상녹화물에 녹음된 내용을 옮겨 적은 녹취서(이하 “영상녹화물녹취서”라 한다)의 사본을 신청인에게 발급하거나 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. ⑧ 제1항에 따른 영상녹화의 방법에 관하여는 「형사소송법」 제244조의2제1항 후단을 준용한다. 제30조의2(피의자 등의 반대신문 의사 확인절차) ① 검사 또는 사법경찰관은 제30조제1항에 따른 영상녹화를 마쳤을 때에 피해자와 영상녹화

〈신설〉

현행	개정안
	물이 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 경우에는 피의자, 피고인 또는 그 변호인에게 영상녹화 사실을 서면으로 통지하여야 한다. 1. 영상녹화물에 진술한 19세미만피해자등이 다음 각 목의 어느 하나의 경우에 해당할 것 가. 16세 미만인 경우 나. 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 다. 그 밖에 19세미만피해자등이 공판준비기일 또는 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 곤란하거나 적당하지 아니한 경우 2. 19세미만피해자등의 진술이 영상녹화된 영상녹화물을 증거로 사용할 필요가 있을 것 ② 제1항에 따라 영상녹화 사실을 통지할 때에는 다음 각 호의 사실을 함께 알려야 한다. 1. 제30조제1항에 따라 영상녹화된 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있다는 사실 2. 제5항에 따라 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하지 아니한다는 의사표시를 한 경우에는 제30조의4제1항제3호에 따라 영상녹화물을 증거로 할 수 있다는 사실 3. 제41조의2제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 19세미만피해자등의 증인신문을 위하여 같은 조에 따라 증거보전절차를 진행할 수 있다는 사실 ③ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 경우에는 해당 사유가 해소될 때까지 영상녹화 사실을 통지하지 아니할 수 있다. 1. 19세미만피해자등이 피의자, 피고인 또는 그 밖의 사람으로부터 신체적·정신적 피해를 입을 염려가 있는 경우 2. 피의자 또는 피고인 등이 증거를 인멸할 염려가 있는 경우 3. 관련 사건의 수사에 장애가 발생할 염려가 있는 경우 4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 경우로서 통지하지 아니하는 것이 타당하다고 인정되는 경우 ④ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따른 통지를 할 때에는 19세미만피해자등, 그 법정대리인 또는 변호사의 의견을 들어야 한다. ⑤ 피의자, 피고인 또는 변호인은 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하는지에 대한 의사를 제1항에 따른 통지를 받은 날부터 20일 이내에 해당 검사 또는 사법경찰관에게 서면으로 밝혀야 한다. 다만, 19세미만피해자등을

현행	개정안
〈신설〉	<u>증인으로 신문하기를 원하지 아니한다는 의사 표시는 20일이 지나도 할 수 있다.</u> 제30조의3(영상녹화물의 청취·열람 등) ① 피의자, 피고인 또는 변호인이 제30조의2제1항에 따른 통지를 받았을 때에는 통지를 한 검사 또는 사법경찰관에게 영상녹화물의 음향에 대한 청취를 신청하거나 영상녹화 과정에서 작성한 조서 또는 영상녹화물녹취서의 열람·등사를 신청할 수 있다. 다만, 변호인이 있는 피의자 또는 피고인은 청취나 열람만을 신청할 수 있다. ② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따른 청취·열람·등사 신청을 받은 경우에는 이를 허가하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청취·열람·등사 신청을 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다. 1. 제30조의2제3항제1호부터 제3호까지의 경우 2. 그 밖에 제1호에 준하는 사유로서 청취·열람·등사를 허용하지 아니하는 것이 타당하다고 인정되는 경우
〈신설〉	제30조의4(영상녹화물의 증거능력 특례) ① 제30조제1항에 따라 19세미만피해자등의 진술이 영상녹화된 영상녹화물은 다음 각 호의 어느 하나의 경우에 증거로 할 수 있다. 1. 증거보전기일, 공판준비기일 또는 공판기일에 그 내용에 대해 피의자, 피고인 또는 변호인이 피해자를 신문할 수 있었던 경우 2. 19세미만피해자등이 사망·질병·트라우마·공포·기억소실(記憶消失)·외국거주·소재 불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 공판준비기일 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우. 다만, 영상녹화된 진술 및 영상녹화가 특별히 신빙(信憑)할 수 있는 상태에서 이루어졌음이 증명된 경우로 한정한다. 3. 피의자, 피고인 또는 변호인이 제30조의2제5항에 따라 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하지 아니한다는 의사를 밝힌 경우. 다만, 영상녹화된 진술 및 영상녹화가 임의로 된 것으로 인정할 수 있는 경우로 한정한다. ② 법원은 제1항제2호에 따라 증거능력이 있는 영상녹화물을 유죄의 증거로 할지를 결정할 때에는 19세미만피해자등의 나이, 심리 상태, 영상녹화물에 영상녹화된 19세미만피해자등의 진술 내용 및 진술 태도 등을 고려하여야 한다.

현행	개정안
제34조(신뢰관계에 있는 사람의 동석) ① 법원은 제3조부터 제8조까지, 제10조 및 제15조(제9조의 미수범은 제외한다)의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에 검사, 피해자 또는 법정대리인이 신청할 때에는 재판에 지장을 줄 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아니면 피해자와 신뢰관계에 있는 사람을 동석하게 하여야 한다. ② 제1항은 수사기관이 같은 항의 피해자를 조사하는 경우에 관하여 준용한다. ③ (생략) 〈신설〉 〈신설〉	제34조(신뢰관계에 있는 사람의 동석) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피해자를 증인으로 신문하는 경우에 검사, 피해자 또는 그 법정대리인이 신청할 때에는 재판에 지장을 줄 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아니면 피해자와 신뢰관계에 있는 사람을 동석하게 하여야 한다. 1. 제3조부터 제8조까지, 제10조, 제14조, 제14조의2, 제14조의3, 제15조(제9조의 미수범은 제외한다) 및 제15조의2에 따른 범죄의 피해자 2. 19세미만피해자등 ② ----- 같은 항 각 호 ----- ③ (현행과 같음) 제40조의2(19세미만피해자등에 대한 증인신문을 위한 공판준비절차) ① 법원은 19세미만피해자등을 증인으로 신문하려는 경우에는 19세미만피해자등의 보호와 원활한 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부쳐야 한다. ② 법원은 증인신문을 위한 심리계획을 수립하기 위하여 공판준비기일을 지정하여야 한다. ③ 법원은 제2항에 따라 지정한 공판준비기일에 증인신문을 중개할 전문조사관 또는 진술조력인을 출석하게 할 수 있다. ④ 19세미만피해자등의 변호사는 제2항에 따라 지정된 공판준비기일에 출석할 수 있다. ⑤ 검사, 피고인 또는 변호인은 신문할 사항을 기재한 서면을 법원에 미리 제출하여야 한다. ⑥ 법원은 증인인 19세미만피해자등에게 신문할 사항과 신문 방법 등을 정하여야 한다. 이 경우 검사, 피고인, 변호인, 전문조사관, 19세미만피해자등의 변호사 및 진술조력인은 신문할 사항과 신문 방법 등에 관하여 법원에 의견을 제시할 수 있다. 제40조의3(19세미만피해자등의 증인신문 방식에 대한 특례) ① 「형사소송법」 제161조의2에도 불구하고 19세미만피해자등을 증인으로 신문을 할 때에는 전문조사관으로 하여금 신문을 중개하도록 한다. ② 검사나 피고인 또는 변호인은 증인신문 과정에서 추가로 필요한 사항의 신문을 요청할 수 있다. ③ 법원은 제2항에 따라 요청을 받은 사항의 신

현행	개정안
〈신설〉	문을 허용할지를 판단할 때에는 19세미만피해자등의 변호사의 의견을 들어야 한다. 제40조의4(19세미만피해자등의 증인신문 장소 등에 대한 특례) ① 법원은 19세미만피해자등을 증인으로 신문하는 경우 피해자의 의사나 이익에 반하는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 「형사소송법」 제165조의2제1항에 따라 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문한다. ② 제1항에 따라 신문을 할 때에 비디오 등 중계장치는 중계시설의 영상과 음향을 법정으로 송신만 하도록 하여야 한다. ③ 제1항에 따른 중계시설은 피해자의 의사나 이익에 반하는 등의 특별한 사정이 없으면 제30조제1항에 따른 영상녹화가 이루어진 장소로 한다. ④ 법원은 제1항에 따라 신문을 할 때에 전문조사관이 중계시설에서 신문을 중개하게 하고, 전자장치 등을 활용하여 신문을 중개하는 전문조사관과의 의사소통이 원활하게 이루어질 수 있도록 하여야 한다. ⑤ 재판장은 제1항에 따라 신문을 할 때에 필요한 경우 피고인에 대하여 다음 각 호의 제한 조치를 할 수 있다. 1. 피고인의 퇴정 조치. 다만, 피고인이 참여한 상태에서는 19세미만피해자등이 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하는 경우로 한정한다. 2. 피고인 앞에 가림 시설 등의 설치 ⑥ 재판장은 제5항제1호에 따라 피고인을 퇴정하게 하였을 경우에는 증인신문을 종료한 때에 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보로 하여금 증인신문의 요지를 고지하게 하여야 한다. ⑦ 법원은 제1항에 따라 신문할 때에 다음 각 호의 사람이 동석하거나 참석하는 경우에는 중계시설에서 피해자와 동석하거나 참여하게 한다. 1. 제34조제1항에 따라 동석하는 피해자와 신뢰관계 있는 사람 2. 제37조제1항에 따라 증인신문에 참여하는 진술조력인 제40조의5(19세미만피해자등 증인신문의 영상녹화 및 보존 등) ① 법원은 19세미만피해자등에 대하여 증인신문을 할 때에는 영상녹화를 하고 그 영상녹화물을 공판조서와 별도로 보존하여야 한다.
〈신설〉	

현행	개정안
〈신설〉	② 법원은 19세미만피해자등에 대한 증인신문을 하기 전에 다음 각 호의 사실을 피해자의 나이, 인지적 발달 단계, 심리 상태, 장애 정도 등을 고려한 적절한 방식으로 피해자에게 전문조사관을 통하여 설명하여야 한다. 1. 증인신문 과정이 영상녹화된다는 사실 2. 영상녹화된 영상녹화물은 증거로 사용될 수 있다는 사실 3. 피고인 또는 변호인이 비디오 등 중계장치를 통하여 증인신문과정을 볼 수 있다는 사실 ③ 제1항에 따라 19세미만피해자등의 진술이 영상녹화된 영상녹화물은 증거로 할 수 있다. 제41조의2(19세미만피해자등의 증인신문을 위한 증거보전 청구 절차 등에 대한 특례) ① 사법경찰관은 제30조의2제1항에 따른 사법경찰관의 통지를 받은 피의자, 피고인 또는 변호인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 19세미만피해자등의 증인신문을 위하여 지체 없이 「형사소송법」 제184조제1항에 따른 증거보전의 청구를 검사에게 요청하여야 한다. 1. 제30조의2제5항 본문에 따라 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원한다는 의사를 밝힌 경우 2. 제30조의2제5항에 따라 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하는지에 대한 의사를 밝히지 아니한 경우 ② 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 19세미만피해자등의 증인신문을 위하여 지체 없이 「형사소송법」 제184조제1항에 따라 관할 지방법원판사에게 증거보전을 청구하여야 한다. 1. 제1항에 따른 사법경찰관의 요청이 있는 경우 2. 제30조의2제1항에 따른 검사의 통지를 받은 피의자, 피고인 또는 변호인이 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 ③ 검사 또는 사법경찰관은 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 및 제2항에 따른 요청이나 청구를 하지 아니할 수 있다. 다만, 제2호 및 제3호는 해당 사유가 해소될 때까지로 한정한다. 1. 제30조의2제1항 각 호의 요건을 충족하지 아니한다고 인정되는 경우 2. 제30조의2제3항제1호부터 제3호까지에 해당하는 사유가 있는 경우 3. 그 밖에 제2호에 준하여 증거보전을 청구하

현행	개정안
	지 아니하는 것이 타당하다고 인정되는 경우 ④ 판사는 제2항에 따른 증거보전의 청구를 인용할 때에 피의자 또는 피고인에게 변호인이 없는 경우에는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. ⑤ 제4항에 따른 변호인의 선정은 제1심에도 그 효력이 있다. 다만, 사법경찰관이 불송치결정을 하거나 검사가 불기소처분을 한 경우에는 그러하지 아니하다. ⑥ 판사는 제2항에 따른 증거보전의 청구를 인용하여 19세미만피해자등을 증인으로 신문하려는 경우에는 증거보전 준비절차(이하 이 조에서 “증거보전 준비절차”라 한다)에 부쳐야 한다. ⑦ 제2항의 청구에 따른 증인신문 장소, 증인신문 방식, 영상녹화 및 증거보전 준비절차에 관하여는 제40조의2부터 제40조의5까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “공판준비절차”는 “증거보전 준비절차”로, “공판준비기일”은 “증거보전 준비기일”로, “피고인”은 “피고인, 피의자”로 본다.
〈신설〉	제41조의3(증거보전절차에서의 영상녹화물 열람 등) ① 피의자, 피고인 또는 변호인은 제41조의2제2항의 청구가 있을 때에는 판사의 허가를 받아 제30조제1항에 따른 영상녹화물, 조서 또는 영상녹화물녹취서를 청취·열람·등사(해당 영상녹화물 등이 판사에게 제출된 경우로 한정한다)할 수 있다. ② 제1항에 따른 청취·열람·등사의 신청, 허용 및 그 제한에 관하여는 제30조의3을 준용한다. 이 경우 “검사 또는 사법경찰관”은 “판사”로 본다.
〈신설〉	제41조의4(영상녹화물 등의 목적 외 사용금지) 피고인 또는 변호인(피고인 또는 변호인이었던 사람을 포함한다)은 제30조의3 또는 제41조의3에 따라 열람·등사한 조서나 영상녹화물녹취서의 사본을 수사나 재판의 목적이 아닌 다른 용도로 사용하거나 다른 사람에게 교부 또는 제시(전기통신설비를 이용하여 제공하는 것을 포함한다. 이하 같다)해서는 아니 된다.
제49조의2(간주규정) ① 「군사법원법」 제2조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(이하 이 조에서 “군인등”이라 한다)에 대하여 제25조제1항, 제27조제2항·제6항, 제29조, 제30조제4항·제5항, 제33조제1항부터 제4항까지, 제34조, 제40조제1항, 제41조, 제42조제2항·제4항을 적용함에 있어 “법원”은 “군사법원(고등법원	제49조의2(간주규정) ① ----- ----- ----- --- 제30조제5항부터 제7항까지 ----- ----- ----- -----

현행	개정안
을 포함한다)으로, "수사기관"은 "군수사기관"으로, "검사"는 "검찰관"으로, "사법경찰관"은 "군사법경찰관"으로, "국선변호사"는 "변호사 자격이 있는 장교"로 간주한다.	----- ---- "군검사"로----- ----- -----.
②·③ (생략)	②·③ (현행과 같음)
제50조(벌칙) ① (생략)	제50조(벌칙) ① (현행과 같음)
② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.	② ----- -----.
1.·2. (생략)	1.·2. (현행과 같음)
〈신설〉	3. 제41조의4를 위반하여 제30조의3 또는 제41조의3에 따라 열람·등사한 조서나 영상녹화물·녹취서의 사본을 수사나 재판의 목적이 아닌 다른 용도로 사용하거나 다른 사람에게 교부 또는 제시한 자
③ ~ ⑤ (생략)	③ ~ ⑤ (현행과 같음)

라. 평가

본 개정안은 기존의 국회의원의 개정안을 종합적으로 고려하고, 또 가장 많은 내용을 담고 있다. 이러한 점에서 본 개정안에 대한 평가는 해당 관련 부처의 의견을 절을 나누어 설명하고 난 뒤 장을 바꾸어 평가해 보도록 하겠다.

제 4 장

성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

정부 개정안에 대한 국회, 법원행정처

승 재 현

제4장

정부 개정안에 대한 국회, 법원행정처

제1절 | 국회 법제사법위원회 전문위원의 입장

1. 진술조력인

가. 개정안의 내용

개정안은 형사사법절차에서 19세 미만 또는 신체적·정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 성폭력범죄 피해자(이하 “19세미만피해자등”이라 함)를 적극적으로 지원하기 위하여 전담조사관을 도입하였다.¹²⁰⁾ 법원행정처장·검찰총장 및 경찰청장은 각 소속 직원 중 대통령령으로 정하는 아동 심리 및 아동·장애인 조사면담기법 등에 대한 전문적인 교육·훈련을 받은 사람을 대법원규칙 또는 대통령령으로 정하는 바에 따라 전문조사관으로 지정하고 전문조사관이 19세미만피해자등에 대한 조사 및 신문 중개(仲介)를 전담하도록 하였다.¹²¹⁾

현행	개정안
〈신설〉	제26조의2(19세 미만인 성폭력범죄의 피해자 등 전문조사관) ① 법원행정처장·검찰총장 및 경찰청장은 다음 각 호의 소속 직원 중 대통령령으로 정하는 아동 심리 및 아동·장애인 조사면담기법 등에 대한 전문적인 교육·훈련(이하 이 조에서 “전문교육·훈련”이라 한다)을 받은 사

120) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 8면.
121) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 정부개정안 제26조의2

현행	개정안
	람을 대법원규칙 또는 대통령령으로 정하는 바에 따라 전문조사관(이하 “전문조사관”이라 한다)으로 지정하여야 한다. 1. 「법원조직법」 제54조의3에 따른 조사관 2. 사법경찰관의 직무를 행하는 검찰청 직원 3. 사법경찰관리 ② 법원 및 수사기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 성폭력범죄의 피해자(이하 “19세 미만피해자등”이라 한다)를 조사하거나 신문할 때에는 전문조사관이 전담하여 피해자를 조사하거나 신문을 중개(仲介)하게 하여야 한다. 1. 19세 미만인 피해자 2. 신체적인 장애나 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 피해자 ③ 전문조사관은 19세미만피해자등을 조사하거나 신문을 중개할 때에는 피해자의 나이, 인지적 발달 단계, 심리 상태, 장애 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다. ④ 법원행정처장, 검찰총장 및 경찰청장은 전문조사관에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 전문교육·훈련을 지속적으로 실시하여야 한다.

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

이에 대해 법제사법위원회 전문위원은 현행법상 형사사법절차에서 성폭력범죄 피해자를 지원하는 대표적인 제도로 진술조력인이 있는데, 구체적으로 진술조력인은 성폭력범죄의 피해자가 13세 미만의 아동이거나 신체적·정신적 장애로 의사표현이나 의사소통에 어려움이 있는 경우 수사 및 재판과정에 참여하여 피해자와 수사기관 또는 피해자와 법원 간 의사소통을 중개하거나 보조하는 사람¹²²⁾을 말하는데 개정안에서 도입하고자 하는 전담조사관은 현행법상 진술조력인보다 지원 대상을 확대하고 있으며, 구체적으로 다음과 같은 역할을 수행하는바, 형사사법절차 과정에서 더욱 적극적으로 피해자를 보호할 수 있을 것으로 보인다고 평가를 하였다.¹²³⁾

다만 전담조사관의 자격 및 교육·훈련과 관련하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제26조¹²⁴⁾에선 성폭력범죄의 피해자에 대한 전담조사제를 도입하고 있으며,

122) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제36조 ~제37조 참고

123) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 10면.

제2항에서는 성폭력범죄 전담 사법경찰관을 지정하여 특별한 사정이 없으면 이들이 피해자를 조사하게 하도록 규정하고 있다.¹²⁵⁾ 그러므로 19세미만피해자등은 전문조사관이, 그 외의 피해자는 성폭력범죄 전담 사법경찰관이 각각 조사하는 것으로 이원화되는바, 전문조사관과 성폭력범죄 전담 사법경찰관을 자격 및 교육·훈련 측면에서 어떻게 차별화할지 논의할 필요가 있다고 의견을 밝혔다.¹²⁶⁾

2. 증거보전 절차 전담 판사 지정

가. 개정안의 내용

지방법원장 또는 지원장으로 하여금 증거보전 절차를 전담하는 판사를 의무적으로 지정하도록 하였다.¹²⁷⁾ 개정안 제41조의2에서는 미성년 피해자의 2차 피해를 막기 위해서 수사과정에서 증거보전 청구 절차에 관한 특례를 새롭게 도입하고 있다. 이에 따라 수사 단계에서 증거조사나 증인신문을 진행하는 새로운 절차를 담당하는 전담판사 지정을 신설하였다.

현 행	개 정 안
〈신 설〉	제28조의2(19세미만피해자등의 증인신문을 위한 증거보전 절차 전담판사) 지방법원장 또는 지원의 장은 특별한 사정이 없으면 19세미만피해자등에 대한 증인신문을 위한 「형사소송법」 제184조제1항에 따른 증거보전절차를 전담하는 판사를 지정하여야 한다.

124) 제26조(성폭력범죄의 피해자에 대한 전담조사제) ① 검찰총장은 각 지방검찰청 검사장으로 하여금 성폭력범죄 전담 검사를 지정하도록 하여 특별한 사정이 없으면 이들로 하여금 피해자를 조사하게 하여야 한다.

② 경찰청장은 각 경찰서장으로 하여금 성폭력범죄 전담 사법경찰관을 지정하도록 하여 특별한 사정이 없으면 이들로 하여금 피해자를 조사하게 하여야 한다.

③ 국가는 제1항의 검사 및 제2항의 사법경찰관에게 성폭력범죄의 수사에 필요한 전문지식과 피해자보호를 위한 수사방법 및 수사절차 등에 관한 교육을 실시하여야 한다.

125) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 10면.

126) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 10면.

127) 개정안 제28조의 2

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

이에 대하여 법제사법위원회 전문위원은 현행법 제28조¹²⁸⁾에 따라 성폭력범죄 전담재판부를 지정하고 있고, 전담재판부가 지정된 경우 성폭력범죄의 피해자에 대한 증거보전절차는 전담재판부 소속 판사가 담당하도록 규정하고 있으므로 추가적으로 증거보전절차만을 위한 전담판사를 지정하도록 하는 것은 중복될 수 있다는 의견을 제시하였다.¹²⁹⁾

3. 친사회적 시설에서 조사 및 심리·재판 진행

가. 개정안의 내용

수사기관과 법원은 조사 및 심리·재판 과정에서 19세미만피해자등의 ‘최상의 이익’을 고려하여 아동 등에게 친화적으로 설계된 장소에서 전문조사관을 통하여 피해자를 조사하거나 신문하도록 하는 등 의무적으로 피해자의 보호 및 지원을 위한 특별한 조치하도록 하였다.¹³⁰⁾

현행	개정안
제29조(수사 및 재판절차에서의 배려) ①·② (생략) <u>〈신설〉</u>	제29조(수사 및 재판절차에서의 배려) ①·② (현행과 같음) ③ 수사기관과 법원은 조사 및 심리·재판 과정에서 19세미만피해자등의 최상의 이익을 고려하여 별표에 따른 특별한 보호조치를 하여야 한다.

[별표]

조사 및 심리·재판 과정에서 19세미만피해자등에 대한 특별한 보호조치
(제29조제3항 관련)

1. 특별한 사정이 없는 한 같은 전문조사관이 19세미만피해자등에 대한 조사와 증인신문의 중개를 담당하도록 할 것
2. 19세미만피해자등의 진술을 듣는 절차가 타당한 이유 없이 지연되지 아니하도록 할 것

128) 제28조(성폭력범죄에 대한 전담재판부) 지방법원장 또는 고등법원장은 특별한 사정이 없으면 성폭력범죄 전담재판부를 지정하여 성폭력범죄에 대하여 재판하게 하여야 한다.

129) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 15면.

130) 제29조제3항 신설

3. 특별한 사정이 없으면 19세미만피해자등의 진술을 위하여 아동 등에게 친화적으로 설계된 장소에서 조사 및 증인신문을 할 것
4. 19세미만피해자등이 피의자 또는 피고인과 접촉하거나 마주치지 아니하도록 할 것. 다만, 19세미만피해자등이 원하는 경우는 그러하지 아니하다.
5. 해당 성폭력범죄와 관련되지 않은 19세미만피해자등의 성적(性的) 이력이나 사생활에 관한 불필요한 질문을 하지 아니하도록 할 것
6. 19세미만피해자등에게 조사 및 심리·재판 과정에 대하여 명확하고 충분히 설명할 것
7. 그 밖에 조사 및 심리·재판 과정에서 19세미만피해자등의 보호 및 지원 등을 위하여 필요한 조치를 할 것

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

개정안과 같이 특별 보호조치를 선언적으로 규정하는 것은 형사사법절차에서 19세 미만피해자등을 보호하고 배려하고자 하는 것으로 긍정적인 입법 정책으로 판단된다.¹³¹⁾ 현행법에서도¹³²⁾ 조사 및 심리·재판 과정에서 성폭력범죄 피해자의 나이, 심리 상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 아니하도록 주의하도록 하고, 피해자가 편안한 상태에서 진술할 수 있는 환경을 조성하여야 하며, 조사 및 심리·재판 횟수는 필요한 범위에서 최소한으로 할 것을 규정하고 있으나, 개정안은 19세미만피해자등에 대해서는 특별한 보호조치가 필요하다고 보고, 그 조치를 구체적으로 적시한 점에 의미가 있다.¹³³⁾

131) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 17면.

132) 현행법 제29조(수사 및 재판절차에서의 배려) ① 수사기관과 법원 및 소송관계인은 성폭력범죄를 당한 피해자의 나이, 심리 상태 또는 후유장애의 유무 등을 신중하게 고려하여 조사 및 심리·재판 과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.

② 수사기관과 법원은 성폭력범죄의 피해자를 조사하거나 심리·재판할 때 피해자가 편안한 상태에서 진술할 수 있는 환경을 조성하여야 하며, 조사 및 심리·재판 횟수는 필요한 범위에서 최소한으로 하여야 한다

133) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 17면.

4. 19세 미만 피해자등에 대한 영상녹화 절차

가. 개정안의 내용

개정안은 전문조사관으로 하여금 19세미만피해자등에게 조사과정이 영상녹화된다는 사실과 해당 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있다는 사실을 안내하도록 함과 동시에 19세미만피해자등이나 그 법정대리인이 신청하는 경우 기존의 영상녹화물의 재생 및 영상녹화 조서 사본 발급에 더하여 영상녹화물에 녹음된 내용을 옮겨 적은 녹취서 사본 또한 발급할 수 있도록 하였다.¹³⁴⁾

현행	개정안
제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. ② 제1항에 따른 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다. 다만, 가해자가 친권자 중 일방인 경우는 그러하지 아니하다. ③ 제1항에 따른 영상물 녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호사 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ④ 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 제1항의 녹화장소에 도착한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다. ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 피해자 또는 법정대리인이 신청하는 경우에는 영상을 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 발급하거나 영상물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그	제30조(19세미만피해자등 진술 내용 등의 영상녹화 및 보존 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 19세 미만피해자등의 진술 내용과 조사 과정을 영상 녹화장치로 녹화(녹음이 포함된 것을 말하며, 이하 “영상녹화”라 한다)하고, 그 영상녹화물을 보존하여야 한다. ② 전문조사관은 19세미만피해자등을 조사하기 전에 다음 각 호의 사실을 피해자의 나이, 인지적 발달 단계, 심리 상태, 장애 정도 등을 고려한 적절한 방식으로 피해자에게 설명하여야 한다. 1. 조사 과정이 영상녹화된다는 사실 2. 영상녹화된 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있다는 사실 ③ 제1항에도 불구하고 19세미만피해자등 또는 그 법정대리인(법정대리인이 가해자이거나 가해자의 배우자인 경우는 제외한다)이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시하는 경우에는 영상 녹화를 하여서는 아니 된다. ④ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따른 영상 녹화를 마쳤을 때에는 지체 없이 피해자 또는 변호사 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따른 영상 녹화 과정의 진행 경과를 조서(별도의 서면을 포함한다. 이하 같다)에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다. ⑥ 제5항에 따라 영상녹화 과정의 진행 경과를 기록할 때에는 다음 각 호의 사항을 구체적으로 적어야 한다. 1. 피해자가 영상녹화 장소에 도착한 시각

134) 개정안 제30조 제2항 및 제30조 제7항

현 행	개 정 안
성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다. ⑦ 누구든지 제1항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.	2. 영상녹화를 시작하고 마친 시각 3. 그 밖에 영상녹화 과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항 ⑦ 검사 또는 사법경찰관은 19세미만피해자등이나 그 법정대리인이 신청하는 경우에는 영상녹화 과정에서 작성한 조서의 사본 또는 영상녹화물에 녹음된 내용을 옮겨 적은 녹취서(이하 "영상녹화물녹취서"라 한다)의 사본을 신청인에게 발급하거나 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하여야 한다. ⑧ 제1항에 따른 영상녹화의 방법에 관하여는 「형사소송법」 제244조의2제1항 후단을 준용한다.

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

전문조사관으로 하여금 19세미만피해자등에게 조사과정이 영상녹화된다는 사실 및 해당 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있다는 사실을 안내하도록 하는 것과 영상녹화물에 녹음된 내용을 옮겨 적은 녹취서 사본까지 그 발급 대상을 확대하는 것은 조사 절차에서 피해자를 보호하고 배려하는 것이므로 긍정적인 입법이라 판단된다.¹³⁵⁾

5. 피의자 등의 반대신문 의사 확인절차

가. 개정안의 내용

일정한 경우 19세 미만 피해자 증에 대하여 영상녹화 사실 등을 피의자 등에게 통지하도록 하고, 영상녹화물 청취 등을 허용함으로써 피의자 등의 반대신문 의사를 확인하는 절차를 마련하여¹³⁶⁾ 수사 단계에서 피의자 등에게 피해자에 대한 신문 의사를 확인하는 절차가 없었으나 개정안은 수사 단계에서 이를 확인하고 신문 의사가 있거나 의사 표시가 없는 경우 증거보전 절차¹³⁷⁾와 연계함으로써 피의자 등의 방어권을 보장하려는 취지이다.¹³⁸⁾

135) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 23면.

136) 개정안 30조의 2

137) 개정안 41조의2 제1항

현행	개정안
〈신설〉	제30조의2(피의자 등의 반대신문 의사 확인절차) ① 검사 또는 사법경찰관은 제30조제1항에 따른 영상녹화를 마쳤을 때에 피해자와 영상녹화물이 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 경우에는 피의자, 피고인 또는 그 변호인에게 영상녹화 사실을 서면으로 통지하여야 한다. 1. 영상녹화물에 진술한 19세미만피해자등이 다음 각 목의 어느 하나의 경우에 해당할 것 가. 16세 미만인 경우 나. 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 다. 그 밖에 19세미만피해자등이 공판준비기일 또는 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 곤란하거나 적당하지 아니한 경우 2. 19세미만피해자등의 진술이 영상녹화된 영상녹화물을 증거로 사용할 필요가 있을 것 ② 제1항에 따라 영상녹화 사실을 통지할 때에는 다음 각 호의 사실을 함께 알려야 한다. 1. 제30조제1항에 따라 영상녹화된 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있다는 사실 2. 제5항에 따라 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하지 아니한다는 의사표시를 한 경우에는 제30조의4제1항제3호에 따라 영상녹화물을 증거로 할 수 있다는 사실 3. 제41조의2제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 19세미만피해자등의 증인신문을 위하여 같은 조에 따라 증거보전절차를 진행할 수 있다는 사실 ③ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 경우에는 해당 사유가 해소될 때까지 영상녹화 사실을 통지하지 아니할 수 있다. 1. 19세미만피해자등이 피의자, 피고인 또는 그 밖의 사람으로부터 신체적·정신적 피해를 입을 염려가 있는 경우 2. 피의자 또는 피고인 등이 증거를 인멸할 염려가 있는 경우 3. 관련 사건의 수사에 장애가 발생할 염려가 있는 경우 4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 경우로서 통지하지 아니하는 것이 타당하다고 인정되는 경우 ④ 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따른 통지를 할 때에는 19세미만피해자등, 그 법정대리

138) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 28면.

현행	개정안
〈신설〉	인 또는 변호사의 의견을 들어야 한다. ⑤ 피의자, 피고인 또는 변호인은 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하는지에 대한 의사를 제1항에 따른 통지를 받은 날부터 20일 이내에 해당 검사 또는 사법경찰관에게 서면으로 밝혀야 한다. 다만, 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하지 아니한다는 의사 표시는 20일이 지나도 할 수 있다. 제30조의3(영상녹화물의 청취·열람 등) ① 피의자, 피고인 또는 변호인이 제30조의2제1항에 따른 통지를 받았을 때에는 통지를 한 검사 또는 사법경찰관에게 영상녹화물의 음향에 대한 청취를 신청하거나 영상녹화 과정에서 작성한 조서 또는 영상녹화물녹취서의 열람·등사를 신청할 수 있다. 다만, 변호인이 있는 피의자 또는 피고인은 청취나 열람만을 신청할 수 있다. ② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따른 청취·열람·등사 신청을 받은 경우에는 이를 허가하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청취·열람·등사 신청을 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다. 1. 제30조의2제3항제1호부터 제3호까지의 경우 2. 그 밖에 제1호에 준하는 사유로서 청취·열람·등사를 허용하지 아니하는 것이 타당하다고 인정되는 경우

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

헌법재판소의 위헌 결정 취지는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리의 일환으로 피해자의 진술에 대하여 탄핵할 수 있는 반대신문권이 보장되어야 한다는 것이므로, 개정안은 이를 반영하여 명시적으로 피의자 등에 대한 반대신문 의사를 확인하는 절차를 마련하며, 반대신문을 위해선 피해자의 진술내용을 확인하는 것이 전제되어야 하므로 피의자 등에게 영상녹화물의 청취·열람 기회를 보장하려는 것으로 이해되고 이는 타당한 측면이 있다¹³⁹⁾

그러나 개정안은 영상녹화 사실을 통지받은 피의자, 피고인 또는 그 변호인이 19세 미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하는지에 대한 의사를 20일 이내에 해당 검사

139) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 28면.

또는 사법경찰관에게 서면으로 밝히도록 규정하면서, 피의자, 피고인 또는 변호인이 영상녹화물 음향 청취나 영상녹화 과정에서 작성한 조서 또는 영상녹화물녹취서의 열람·등사를 신청하는 경우 검사 또는 사법경찰관이 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있도록 규정하고 있어, 피의자, 피고인 또는 변호인이 영상녹화물의 내용을 모르는 채 19세미만 피해자들을 증인으로 신문하기를 원하는지에 대한 의사를 밝혀야 하는 경우도 발생할 수 있을 것으로 보이는데, 이러한 경우 피의자 등은 19세 미만피해자들을 증인으로 신문하기를 원한다는 의사를 밝힐 수 밖에 없어 결국 의사확인제도의 취지가 반감될 소지가 있어 보인다.¹⁴⁰⁾

6. 영상녹화물의 증거 능력 특례

가. 개정안의 내용

개정안은 영상녹화물에 수록된 19세미만 피해자들의 진술에 대한 증거능력 특례 요건을 구체화하고 있다.¹⁴¹⁾

현 행	개 정 안
〈신 설〉	제30조의4(영상녹화물의 증거능력 특례) ① 제30조제1항에 따라 19세미만피해자들의 진술이 영상녹화된 영상녹화물은 다음 각 호의 어느 하나의 경우에 증거로 할 수 있다. 1. 증거보전기일, 공판준비기일 또는 공판기일에 그 내용에 대해 피의자, 피고인 또는 변호인이 피해자를 신문할 수 있었던 경우 2. 19세미만피해자들이 사망·질병·트라우마·공포·기억소실(記憶消失)·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 공판준비기일 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우 다만, 영상녹화된 진술 및 영상녹화가 특별히 신빙(信憑)할 수 있는 상태에서 이루어졌음이 증명된 경우로 한정한다. 3. 피의자, 피고인 또는 변호인이 제30조의2제5항에 따라 19세미만피해자들을 증인으로 신문하기를 원하지 아니한다는 의사를 밝힌

140) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 30면.

141) 개정안 30조의4

현 행	개 정 안
	경우. 다만, 영상녹화된 진술 및 영상녹화가 임의로 된 것으로 인정할 수 있는 경우로 한정한다. ② 법원은 제1항제2호에 따라 증거능력이 있는 영상녹화물을 유죄의 증거로 할지를 결정할 때에는 19세미만피해자등의 나이, 심리 상태, 영상녹화물에 영상녹화된 19세미만피해자등의 진술 내용 및 진술 태도 등을 고려하여야 한다.

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

개정안은 피의자 등이 피해자에 대한 신문을 원하지 아니한다는 의사를 명시적으로 밝힌 경우 등에만 영상녹화물의 증거능력 특례를 인정함으로써 피의자 등의 반대신문권을 보장하여 위헌적 요소를 배제하기 위한 노력으로 보인다.¹⁴²⁾

19세 미만피해자등이 사망·질병·트라우마·공포·기억소실(記憶消失)·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 공판준비기일 또는 공판기일에 진술할 수 없는 경우 증거능력 특례를 인정하는 것은 「형사소송법」 제314조¹⁴³⁾ 전문법칙의 예외 규정을 참고한 입법 조치로 보이는데, 「형사소송법」 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’란 개인의 신체적 사유나 법정 출석에 따른 장소적·거리적 제한 내지 출석을 고지할 수 없는 사정 등이 있어 물리적으로 증인이 법정에 나오는 것이 불가능하거나 나오더라도 진술을 할 수 없음이 객관적으로 분명한 경우를 의미한다.¹⁴⁴⁾

개정안은 이를 차용하면서도 진술할 수 없는 사유로서 ‘트라우마, 공포, 기억소실’을 추가하였는데, 트라우마나 공포의 경우 진술을 할 수 없는 것이 객관적으로 분명한

142) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 34면.

143) 「형사소송법」 제314조(증거능력에 대한 예외)
제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용 디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

144) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 34면(대법원 전원합의체 판결 2018도13945)

경우에 해당한다고 단정하기 어려운 측면이 있고, 현행법의 증거보전 특례(제41조), 비디오 등 중계 장치에 의한 증인신문(제40조), 신뢰관계에 있는 사람의 동석(제34조) 등의 장치를 활용할 경우 피해자의 진술을 가능케 할 수도 있어 보이므로, 헌법재판소가 위헌 결정 당시 적시한 ‘피해의 최소성 요건’을 갖추지 못하였다고 볼 여지가 있다.¹⁴⁵⁾

7. 증인신문을 위한 공판준비절차 의무화

가. 개정안의 내용

개정안은 법원이 19세 미만피해자등을 증인으로 신문하는 경우 필요적으로 증인신문 준비 등을 위한 공판준비절차를 거치도록 하였다.¹⁴⁶⁾

현행	개정안
〈신설〉	제40조의2(19세미만피해자등에 대한 증인신문을 위한 공판준비절차) ① 법원은 19세미만피해자등을 증인으로 신문하려는 경우에는 19세미만피해자등의 보호와 원활한 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부쳐야 한다. ② 법원은 증인신문을 위한 심리계획을 수립하기 위하여 공판준비기일을 지정하여야 한다. ③ 법원은 제2항에 따라 지정한 공판준비기일에 증인신문을 중개할 전문조사관 또는 진술조력인을 출석하게 할 수 있다. ④ 19세미만피해자등의 변호사는 제2항에 따라 지정된 공판준비기일에 출석할 수 있다. ⑤ 검사, 피고인 또는 변호인은 신문할 사항을 기재한 서면을 법원에 미리 제출하여야 한다. ⑥ 법원은 증인인 19세미만피해자등에게 신문할 사항과 신문 방법 등을 정하여야 한다. 이 경우 검사, 피고인, 변호인, 전문조사관, 19세미만피해자등의 변호사 및 진술조력인은 신문할 사항과 신문 방법 등에 관하여 법원에 의견을 제시할 수 있다.

145) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 35면.

146) 개정안 제40조의 2

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

개정안은 공판기일에 19세미만 피해자들을 신문하는 경우 피해자에게 2차 피해가 가지 않도록 사전에 신문 사항 및 방법 등을 정하기 위하여 공판준비절차 개시를 의무화 하고 있다.¹⁴⁷⁾

그러나 형사소송법에서는 공판준비절차는 일반적으로 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 개시하는 것으로 사건을 공판준비절차에 회부할지 여부에 관하여 원칙적으로 재판장의 재량¹⁴⁸⁾으로 규정하고 있다.¹⁴⁹⁾

개정안은 공판준비절차를 통하여 19세미만피해자들의 보호와 원활한 심리를 모색함으로써 2차 피해를 예방하기 위해 의무사항으로 하고 있는 것으로 이해한다.¹⁵⁰⁾

8. 증인신문 방식 및 장소 등에 대한 특례

가. 개정안의 내용

개정안은 법원이 19세미만피해자들을 증인으로 신문하는 경우 피해자 보호를 위하여 신문 방식 및 장소 등에 특례를 마련하고 있다.¹⁵¹⁾

현행	개정안
〈신설〉	제40조의3(19세미만피해자들의 증인신문 방식에 대한 특례) ① 「형사소송법」 제161조의2에도 불구하고 19세미만피해자들을 증인으로 신문을 할 때에는 전문조사관으로 하여금 신문을 중개하도록 한다. ② 검사나 피고인 또는 변호인은 증인신문 과정에서 추가로 필요한 사항의 신문을 요청할 수 있다.

147) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 38면.

148) 「형사소송법」 제266조의5(공판준비절차)

①재판장은 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다.

149) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 38면.

150) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 38면.

151) 개정안 제40조의 3, 제40조의 4

현행	개정안
〈신설〉	③ 법원은 제2항에 따라 요청을 받은 사항의 신문을 허용할지를 판단할 때에는 19세미만피해자등의 변호사의 의견을 들어야 한다. 제40조의4(19세미만피해자등의 증인신문 장소 등에 대한 특례) ① 법원은 19세미만피해자등을 증인으로 신문하는 경우 피해자의 의사나 이익에 반하는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 「형사소송법」 제165조의2제1항에 따라 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문한다. ② 제1항에 따라 신문을 할 때에 비디오 등 중계장치는 중계시설의 영상과 음향을 법정으로 송신만 하도록 하여야 한다. ③ 제1항에 따른 중계시설은 피해자의 의사나 이익에 반하는 등의 특별한 사정이 없으면 제30조제1항에 따른 영상녹화가 이루어진 장소로 한다. ④ 법원은 제1항에 따라 신문을 할 때에 전문조사관이 중계시설에서 신문을 중개하게 하고, 전자장치 등을 활용하여 신문을 중개하는 전문조사관과의 의사소통이 원활하게 이루어질 수 있도록 하여야 한다. ⑤ 재판장은 제1항에 따라 신문을 할 때에 필요한 경우 피고인에 대하여 다음 각 호의 제한 조치를 할 수 있다. 1. 피고인의 퇴정 조치. 다만, 피고인이 참여한 상태에서는 19세미만피해자등이 충분한 진술을 할 수 없다고 인정하는 경우로 한정한다. 2. 피고인 앞에 가림 시설 등의 설치 ⑥ 재판장은 제5항제1호에 따라 피고인을 퇴정하게 하였을 경우에는 증인신문을 종료한 때에 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보로 하여금 증인신문의 요지를 고지하게 하여야 한다. ⑦ 법원은 제1항에 따라 신문할 때에 다음 각 호의 사람이 동석하거나 참석하는 경우에는 중계시설에서 피해자와 동석하거나 참여하게 한다. 1. 제34조제1항에 따라 동석하는 피해자와 신뢰관계 있는 사람 2. 제37조제1항에 따라 증인신문에 참여하는 진술조력인

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

일반적으로 증인신문의 방식은 「형사소송법」 제161조의2¹⁵²⁾에 따라 교호신문이 원칙이며, 증인은 법정에서 출석하여 진술하는 것이 원칙이다. 다만 형사소송법의 특별 법적 성격을 가지고 있는 성폭력법 제40조¹⁵³⁾에서는 성폭력범죄 피해자를 비디오 등 중계장치에 의해 신문할 수 있도록 규정하여 피해자가 피고인과 직접 대면하지 않도록 하여 피해자를 보호하고 있다.¹⁵⁴⁾

개정안은 19세미만피해자등을 증인으로 신문하는 경우 원칙적으로 전문조사관으로 하여금 신문을 중개하도록 하여 증인신문 방식에 예외를 두고 있으며, 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 「형사소송법」 제165조의2제1항에 따라 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하되, 수사기관의 1차 조사 시 영상녹화가 이루어진 장소에서 증언할 수 있도록 하여 출석 장소에도 특례를 두는 것이다.¹⁵⁵⁾

비디오 등 중계장치를 이용한 증인신문의 경우, 피해자가 법정 외에 마련된 증언실에 출석하여 증언하게 되므로 피해자가 법정에서 출석함에 따른 스트레스를 경험하지 않게 되고, 피해자가 피고인과 직접 대면할 필요도 없게 됨으로써, 피해자가 증언 과정에서 받을 수 있는 2차 피해를 완화하는 효과가 있을 것이다.¹⁵⁶⁾

152) 「형사소송법」 제161조의2(증인신문의 방식)

- ① 증인은 신청한 검사, 변호인 또는 피고인이 먼저 이를 신문하고 다음에 다른 검사, 변호인 또는 피고인이 신문한다.
- ② 재판장은 전항의 신문이 끝난 뒤에 신문할 수 있다.
- ③ 재판장은 필요하다고 인정하면 전2항의 규정에 불구하고 어느 때나 신문할 수 있으며 제1항의 신문순서를 변경할 수 있다.
- ④ 법원이 직권으로 신문할 증인이나 범죄로 인한 피해자의 신청에 의하여 신문할 증인의 신문방식은 재판장이 정하는 바에 의한다.
- ⑤ 합의부원은 재판장에게 고하고 신문할 수 있다.

153) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제40조(비디오 등 중계장치에 의한 증인신문)

- ① 법원은 제2조제1항제3호부터 제5호까지의 범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계를 통하여 신문할 수 있다.

154) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 43면.

155) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 43면.

156) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 44면.

9. 증인신문 영상 녹화

가. 개정안의 내용

개정안은 법원이 19세미만피해자등을 증인으로 신문하는 경우 영상녹화를 하도록 하고 해당 영상녹화물에 증거능력을 부여하는 내용을 신설하였다.¹⁵⁷⁾

현 행	개 정 안
〈신 설〉	제40조의5(19세미만피해자등 증인신문의 영상녹화 및 보존 등) ① 법원은 19세미만피해자등에 대하여 증인신문을 할 때에는 영상녹화를 하고 그 영상녹화물을 공판조서와 별도로 보존하여야 한다. ② 법원은 19세미만피해자등에 대한 증인신문을 하기 전에 다음 각 호의 사실을 피해자의 나이, 인지적 발달 단계, 심리 상태, 장애 정도 등을 고려한 적절한 방식으로 피해자에게 전문조사관을 통하여 설명하여야 한다. 1. 증인신문 과정이 영상녹화된다는 사실 2. 영상녹화된 영상녹화물은 증거로 사용될 수 있다는 사실 3. 피고인 또는 변호인이 비디오 등 중계장치를 통하여 증인신문과정을 볼 수 있다는 사실 ③ 제1항에 따라 19세미만피해자등의 진술이 영상녹화된 영상녹화물은 증거로 할 수 있다.

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

개정안 제41조의2에서는 피의자 등이 피해자에 대한 신문 의사를 표시하거나 의사 표시를 하지 않은 경우 검사가 의무적으로 증거보전 절차를 청구하도록 규정하고 있으며, 증거보전 절차에서 증인신문이 이루어지는 경우에도 안 제41조의2제7항의 준용 규정에 따라 영상녹화가 이루어지게 될 것이다.¹⁵⁸⁾

영상녹화는 피해자가 증언과정에서 범죄 경험에 대한 반복적 회상과 진술로 인하여 받을 수 있는 2차 피해를 줄이고, 재판부가 이 영상을 통해 피해자 증언 과정, 개별

157) 개정안 40조의 5

158) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 47면.

답변의 뉘앙스, 태도 등을 확인하는데 활용될 수 있을 것이다.¹⁵⁹⁾

10. 19세 미만 피해자 등의 증인신문을 위한 증거보전 절차

가. 개정안의 내용

개정안은 19세미만피해자등의 영상녹화 사실을 통지 받은 피고인 등이 피해자에 대한 신문 의사를 표시하거나 의사표시가 없는 경우 검사로 하여금 필요적으로 증거보전 절차를 청구하도록 하는 등 19세미만피해자등의 증인신문을 위한 증거보전 절차를 마련하였다.¹⁶⁰⁾

개정안은 피의자 등에 대한 반대신문 의사 확인 절차와 증거보전 절차를 연계하고 있는데, 피의자 등의 반대신문 의사가 있거나 의사 표시가 없는 경우 검사로 하여금 필요적으로 증거보전 절차를 청구하도록 하려는 것은 19세미만피해자등이 피해사실을 반복진술해야 하는 위험을 피할 수 있게 하여 2차 피해를 줄이려는 취지이다.¹⁶¹⁾

현 행	개 정 안
〈신 설〉	제41조의2(19세미만피해자등의 증인신문을 위한 증거보전 청구 절차 등에 대한 특례) ① 사법경찰관은 제30조의2제1항에 따른 사법경찰관의 통지를 받은 피의자, 피고인 또는 변호인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 19세미만피해자등의 증인신문을 위하여 지체 없이 「형사소송법」 제184조제1항에 따른 증거보전의 청구를 검사에게 요청하여야 한다. 1. 제30조의2제5항 본문에 따라 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원한다는 의사를 밝힌 경우 2. 제30조의2제5항에 따라 19세미만피해자등을 증인으로 신문하기를 원하지에 대한 의사를 밝히지 아니한 경우 ② 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 19세미만피해자등의 증인신문을 위하여 지체 없이 「형사소송법」 제184조제1항에

159) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 47면.

160) 개정안 41조의 2, 41조의 3

161) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 53면.

현행	개정안
	따라 관할 지방법원판사에게 증거보전을 청구하여야 한다. 1. 제1항에 따른 사법경찰관의 요청이 있는 경우 2. 제30조의2제1항에 따른 검사의 통지를 받은 피의자, 피고인 또는 변호인이 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 ③ 검사 또는 사법경찰관은 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 및 제2항에 따른 요청이나 청구를 하지 아니할 수 있다. 다만, 제2호 및 제3호는 해당 사유가 해소될 때까지로 한정한다. 1. 제30조의2제1항 각 호의 요건을 충족하지 아니한다고 인정되는 경우 2. 제30조의2제3항제1호부터 제3호까지에 해당하는 사유가 있는 경우 3. 그 밖에 제2호에 준하여 증거보전을 청구하지 아니하는 것이 타당하다고 인정되는 경우 ④ 판사는 제2항에 따른 증거보전의 청구를 인용할 때에 피의자 또는 피고인에게 변호인이 없는 경우에는 직권으로 변호인을 선정하여야 한다. ⑤ 제4항에 따른 변호인의 선정은 제1심에도 그 효력이 있다. 다만, 사법경찰관이 불송치결정을 하거나 검사가 불기소처분을 한 경우에는 그러하지 아니하다. ⑥ 판사는 제2항에 따른 증거보전의 청구를 인용하여 19세미만피해자등을 증인으로 신문하려는 경우에는 증거보전 준비절차(이하 이 조에서 “증거보전 준비절차”라 한다)에 부쳐야 한다. ⑦ 제2항의 청구에 따른 증인신문 장소, 증인신문 방식, 영상녹화 및 증거보전 준비절차에 관하여는 제40조의2부터 제40조의5까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “공판준비절차”는 “증거보전 준비절차”로, “공판준비기일”은 “증거보전 준비기일”로, “피고인”은 “피고인, 피의자”로 본다. 제41조의3(증거보전절차에서의 영상녹화물 열람 등) ① 피의자, 피고인 또는 변호인은 제41조의2제2항의 청구가 있을 때에는 판사의 허가를 받아 제30조제1항에 따른 영상녹화물, 조서 또는 영상녹화물녹취서를 청취·열람·등사(해당 영상녹화물 등이 판사에게 제출된 경우로 한정한다)할 수 있다. ② 제1항에 따른 청취·열람·등사의 신청, 허용 및 그 제한에 관하여는 제30조의3을 준용한다. 이 경우 “검사 또는 사법경찰관”은 “판사”로 본다.

〈신설〉

나. 법제사법위원회 전문위원의 의견

헌법재판소는 미성년 피해자에 대하여 증거보전절차를 적극적으로 청구·실시할 경우, 미성년 피해자는 자신의 피해사실과 피의자(피고인) 측의 반대신문 등에 관하여 사건 초기에 ‘증언’함으로써 법원의 판단에 필요한 증거를 충분히 제공할 수 있고, 그 과정에서 피의자 내지 피고인 역시 자신의 반대신문 기회를 부여받을 수 있으며, 이를 통해, 미성년 피해자는 공판단계에서 증거능력이나 피고인의 탄핵에 대한 답변 등을 위해 갑작스레 증인으로 소환되어 반복진술해야 하는 불필요한 위험을 피할 수 있고, 수사단계에서도 피의자(피고인)의 주장을 확인하기 위하여 자칫 반복적인 조사를 받게 되는 어려움을 최소화할 수 있다고 밝힌 바 있다.¹⁶²⁾

제2절 | 법원행정처의 입장

1. 전담조사관제도 신설¹⁶³⁾

법원행정처는 첫째, 현행법상 성폭력범죄 피해자에 대한 심리적 고통 등으로 인한 2차 피해 방지, 피해자에 대한 수사·재판절차에서의 심리적 지지, 전반적인 법률적 조력을 위해 신뢰관계인 동석제도, 증인지원관 제도, 진술조력인 제도, 피해자 변호사 제도 등 활용 가능한 다른 제도가 있는데, 유사한 취지의 아동전문조사관 제도를 새로이 도입할 제도적 실익에 관한 면밀한 검토가 필요하고, 둘째, 19세 미만 등 피해자를 증인으로 신문하는 경우 아동전문조사관이 전담하여 그 신문을 중개하여야 한다고 규정하는 것은 직접주의, 자유심증주의에 위배되는 측면이 있고, 셋째, 수사 단계의 아동전문조사관을 이원화하여 경찰단계, 검찰 단계의 아동전문조사관을 각각 별도로 규정한 것은 동일인 조사 원칙의 취지에 반하고 그 필요성을 인정할 근거가 미약하며, 넷째, 공판단계에서 증인신문 중개 등의 역할을 수행하는 아동전문조사관에 관하여는

162) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규, 53면.

163) 개정안 제26조의2 신설

그 지정, 교육, 훈련에 관한 규율을 수사 단계 아동전문조사관과 달리할 필요가 크므로, 별도 조항에서 규율함이 타당하고, 다섯째, 아동전문조사관의 자격, 교육, 훈련 등 구체적 내용을 모두 대통령령에 위임하는 것은 포괄위임일 수 있으며, 아동전문조사관은 피해자 조사 및 증언에 있어 핵심적인 역할을 담당하는 사람이므로 전문성, 공정성, 중립성을 보장할 수 있는 자격 요건 등을 법률에 규정할 필요가 있다는 의견을 밝혔다.¹⁶⁴⁾

2. 수사 및 재판절차에서의 배려¹⁶⁵⁾

법원행정처는 수사기관과 법원에 대하여 19세 미만 등 피해자를 위한 각종의 보호 조치를 할 '의무'를 부과하고 있는데, 그 규정 형식상 단순한 원칙을 선언한 규정이 아니라 구체적인 의무를 부과하고 있음에도 별다른 예외를 두고 있지 않고 있어, 수사기관과 법원에 대한 과도한 의무를 부과하는 것은 아닌지 신중한 검토가 필요하다는 입장이며, 구체적인 보호조치로 열거한 사항에 관해서도 신중검토가 필요하다고 보고 있다.¹⁶⁶⁾

개정안 제29조에서 말하고 있는 별표 제1호(특별한 사정이 없는 한 같은 전문조사관이 19세 미만 피해자 등에 대한 조사와 증인신문 중개를 담당할 것)는 경찰, 검찰 단계의 아동전문조사관을 따로 규정하고 있는 개정안의 내용과 동일한 조사, 중개 원칙이 모순이 된다.¹⁶⁷⁾

또한 별표 제4호(19세미만 피해자등이 피의자 또는 피고인과 접촉하거나 마주치지 아니하도록 할 것. 다만, 19세미만 피해자등이 원하는 경우는 그러하지 아니하다.)의 의미가 공판정에서 19세 미만 피해자등이 원하지 않는 한 피의자, 피고인과 접촉하거나 마주치지 않도록 하는 것을 의미하는 것이라면, 피의자, 피고인의 방어권을 과도하게 제한하는 것일 수 있으며, 예외사유 또한 너무 협소하다.¹⁶⁸⁾

164) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 12면에 나온 법원행정처 의견 인용.

165) 개정안 제29조 제3항 신설

166) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 17면에 나온 법원행정처 의견 인용.

167) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 18면에 나온 법원행정처 의견 인용.

별표 제5호(19세 미만 피해자 등의 성적 이력 또는 피해자의 사생활에 관한 불필요한 질문을 하지 아니하도록 할 것)에 대해서는 성폭력범죄 피해자의 성 이력이 실제적 진실을 발견하는 데 있어 중요한 역할을 할 가능성을 절대적으로 배제할 수는 없음에도 개정안은 피해자 조사, 심리과정에서 피해자 보호조치의 내용으로 19세 미만 피해자 등의 성적 이력에 관한 질문을 제한하고 있어 피고인의 반대신문권, 변호인의 변론권을 제약할 우려가 있다.¹⁶⁹⁾

재판장은 소송지휘권(형사소송법 제279조)을 통해 사건과 관련 없는 증거신청을 각하할 수 있고, 불필요하다고 판단되는 신문을 중지할 수 있으며(형사소송법 제299조), 성폭력처벌법(제29조)에서는 성폭력범죄 재판 절차에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 아니하도록 배려할 것을 규정하고 있으므로, 현행법령으로도 성 이력 신문 등으로 인한 피해를 방지하고 피해자를 보호하는 것이 제도적으로 가능하다.¹⁷⁰⁾

3. 피의자 등의 반대신문 의사 확인절차¹⁷¹⁾

영상녹화물에 대해서 음향에 대한 ‘청취만’ 가능하게 하는 것은 피의자 등의 방어권 행사에 중대한 제한이 될 수 있다는 입장이며, 특별한 사정이 있는 경우 열람·등사 범위를 제한하도록 하는 조항은 둘 수 있겠으나, 열람·등사 제한에 관하여 준항고 등으로 법원의 판단을 받을 수 있도록 규정하여야 한다.¹⁷²⁾

168) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 18면에 나온 법원행정처 의견 인용.

169) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 18면에 나온 법원행정처 의견 인용.

170) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 18면에 나온 법원행정처 의견 인용.

171) 개정안 제30조의 2

172) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 31면에 나온 법원행정처 의견 인용.

4. 영상녹화물의 증거 능력 특례¹⁷³⁾

개정안에서 진술할 수 없는 사유로 추가한 ‘트라우마, 공포, 기억소실’이라는 사유는 물리적 법정출석이 불가능한 사유라거나 출석하더라도 진술을 할 수 없는 것이 객관적으로 분명한 경우에 해당한다고 단정하기 어려운 측면이 있고 그 법적 의미가 명확하게 정립되어 있지 않아 자칫 이로 인해 피고인의 반대신문권 행사가 형해화될 수 있다.¹⁷⁴⁾

또한 아동·청소년 피해자의 특수성을 고려한 예외적 증거능력 인정사유를 정하는 경우 적어도 19세 미만 등 피해자가 그와 같은 사유에 해당하는지에 관하여 전문심리위원 등 아동심리 등에 전문적인 식견을 가진 사람의 의견을 듣도록 할 필요는 없는지 신중한 검토가 필요하다.¹⁷⁵⁾

5. 증인신문을 위한 공판절차 의무화¹⁷⁶⁾

재판장으로 하여금 사안의 성격이나 내용과 관계없이 의무적으로 공판준비절차를 개시하여 진행하고 신문할 사항, 신문방법을 확정하도록 함은 재판장의 소송진행과 관련한 재량을 지나치게 축소하여 과도한 부담을 지우게 될 우려가 있고 이는 결과적으로 절차지연의 원인이 될 수 있다.¹⁷⁷⁾

또한 증인신문을 위한 공판준비절차에서 미리 신문사항을 정해야 하여 피해자 진술의 신빙성 탄핵 등을 위한 피고인 측의 중요 반대신문사항이 사실상 상대방에게 모두 현출될 수밖에 없어 피고인의 방어권을 형해화할 우려가 있을 뿐 아니라, 공판준비기일을 의무적으로 진행해야 하고 해당 절차에서 협의할 사항도 많아 재판이 전반적으로 장기화 될 수 있고 이로 인한 절차지연이 초래될 수 있으며, 이와 같은 문제점은 공판준비절차보다 증거보전절차를 위한 준비절차의 경우 더 크게 나타날 수 있다.¹⁷⁸⁾

173) 개정안 제30조의 4

174) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 35면에 나온 법원행정처 의견 인용.

175) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 36면에 나온 법원행정처 의견 인용.

176) 개정안 40조의 2

177) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 39면에 나온 법원행정처 의견 인용.

6. 증인신문 방식 및 장소 등에 대한 특례

19세 미만 피해자들을 증인으로 신문할 때 아동전문조사관으로 하여금 신문을 중개하도록 하는 개정안은 공판중심주의, 직접주의, 자유심증주의의 취지, 중개로 인하여 정확한 의미전달이 이루어지지 못하는 경우가 있을 수 있는 점 등을 고려할 때 적어도 판사는 직접 질문을 할 수 있도록 개정하고¹⁷⁹⁾, 피해자의 의사에 반하거나 피해자의 이익에 반하는 등의 특별한 사정이 없는 한 영상증인신문만 하도록 의무화하고 그 장소조차 1차 조사가 이루어진 장소를 원칙으로 하는 것은 공판중심주의, 직접주의, 자유심증주의 등을 과도하게 제한하는 측면이 있다.¹⁸⁰⁾

피해자를 법정에서 출석하도록 하는 경우에도 비공개 심리, 피고인 퇴정, 차단막 설치, 진술조력인 및 신뢰관계인 재정 등 피해자 보호를 위한 여러 조치를 실행할 수 있고, 사안에 따라 영상증인신문만으로는 피해자 증언의 신빙성 등을 판단하기 어려운 경우가 있을 수 있다.¹⁸¹⁾

적어도 피해자의 의사에 반하는 경우뿐 아니라 기술적 장애가 있는 경우나 법관이 심리를 위하여 필수적이라고 인정하는 경우 등에는 법정에서 진행할 수 있도록 할 필요가 있다.¹⁸²⁾

1차 조사 장소 대다수는 경찰서인데 피의자, 피고인 등의 입장에서는 공정성, 중립성이 보장된 장소가 아니라 볼 수 있으며, 피해자 입장에서도 경찰서가 반드시 심리적으로 편안한 장소라 보기 어려운 점이 있다.¹⁸³⁾

178) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 39면에 나온 법원행정처 의견 인용.

179) 특히 개정안은 증인신문과정에서 추가신문사항을 제한하는 구체적인 요건 없이 막연히 '법원은 제2항에 따라 요청을 받은 사항의 신문을 허용할지를 판단할 때에는 19세미만피해자들의 변호사의 의견을 들어야 한다'라고만 규정하고 있어 피고인의 방어권과 변호인의 변호권이 과도하게 제한되는 측면이 있다.(법원행정처 의견)

180) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 44면에 나온 법원행정처 의견 인용.

181) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 44면에 나온 법원행정처 의견 인용.

182) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 45면에 나온 법원행정처 의견 인용.

183) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 45면에 나온 법원행정처 의견 인용.

7. 증인신문 영상녹화

법원행정처는 1차 조사의 영상물도 재판단계에서 피고인에게 반대신문기회가 부여 되면 증거로 사용할 수 있는데, 이와 별개로 증거보전절차의 영상물을 다시 본증으로 쓸 수 있도록 하는 것은 미성년자 등 성폭력범죄 재판을 비디오 재판화하는 것으로 공판중심주의, 직접주의에 반하는 측면이 있어 신중할 필요가 있으며, 아동 성범죄 심리절차의 대부분이 2개의 영상물을 비교해서 보며 신빙성 판단을 하는 데 소요될 우려가 있다.¹⁸⁴⁾

8. 19세 미만 피해자 등의 증인신문을 위한 증거보전 절차

19세미만 성폭력범죄 피해자등의 증인신문절차에서 증거보전절차를 운용할 경우 피고인 방어권 보장에 소홀할 수 있고, 공판중심주의, 직접심리주의에 부합하지 않는 측면이 존재하며, 아동·청소년 피해자 보호에 역행할 수 있고, 사법자원의 효율적 활용에 반하여 절차 지연 초래할 수 있다.¹⁸⁵⁾

184) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 48면에 나온 법원행정처 의견 인용.

185) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안, 검토보고, 제400회 국회(정기회) 제6차 법제사법위원회, 법제사법위원회 전문위원 유인규 보고서 53면에 나온 법원행정처 의견 인용.

제 5 장

성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

전문가 의견

선 미 화

1. 개요

‘21. 12. 23. 헌법재판소가 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력처벌법’) 제30조 제6항¹⁸⁷⁾에 대하여 단순위헌 결정을 하였다(헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524결정). 이후, 해당 결정에 대한 비판과 대안 입법의 필요성에 대한 사회적 논의가 있었고, 이후 ‘22. 6. 29. 소관부처인 법무부가 ‘성폭력처벌법’ 일부

186) 경찰청 여성청소년범죄수사과 선미화 경정의 개인의 의견이기 때문임

187) 「성폭력처벌법」 제30조(영상물의 촬영·보존 등) ① 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.
② 제1항에 따른 영상물 녹화는 피해자 또는 법정대리인이 이를 원하지 아니하는 의사를 표시한 경우에는 촬영을 하여서는 아니 된다. 다만, 가해자가 친권자 중 일방인 경우는 그러하지 아니하다.

③ 제1항에 따른 영상물 녹화는 조사의 개시부터 종료까지의 전 과정 및 객관적 정황을 녹화하여야 하고, 녹화가 완료된 때에는 지체 없이 그 원본을 피해자 또는 변호사 앞에서 봉인하고 피해자로 하여금 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.

④ 검사 또는 사법경찰관은 피해자가 제1항의 녹화장소에 도착한 시각, 녹화를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 녹화과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 조서 또는 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다.

⑤ 검사 또는 사법경찰관은 피해자 또는 법정대리인이 신청하는 경우에는 영상물 촬영과정에서 작성한 조서의 사본을 신청인에게 발급하거나 영상물을 재생하여 시청하게 하여야 한다.

⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.

⑦ 누구든지 제1항에 따라 촬영한 영상물을 수사 및 재판의 용도 외에 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다.

[단순위헌, 2018헌바524, 2021.12.23, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’ 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분은 헌법에 위반된다.]

개정안을 국회에 제출하여 현재 국회 계류 중인 상황이다.

본보고서는 법무부의 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)과 관련하여 예상되는 수사 절차의 변화 방향을 예상해 보고, 동 개정안이 시행되었을 때 피의자 반대신문권 보장 및 미성년 성폭력 피해자의 2차 피해 최소화라는 개정 목적을 충분히 달성하기 위해 필요한 전제 조건이 무엇인지 수사 실무적 입장에서 살펴보고자 한다.

2. 위헌 결정 및 사회적 논의

가. 헌법재판소 2018헌바524결정의 주요 내용 및 의의

위헌결정된 「성폭력처벌법」 제30조 제6항은 성폭력 범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 녹화한 영상물에 대해 조사 시 동석했던 신뢰관계자 또는 진술조력인이 성립의 진정을 인정하는 경우 증거로 사용할 수 있도록 증거능력의 특례를 규정한 조항이었다. 이것은 원칙적으로 전문 증거의 증거능력을 부정하고, 예외적인 경우에 한하여 증거능력을 인정하고 있는 우리 형사소송법 체계에서 미성년 성폭력 피해자를 두텁게 보호하기 위한 입법적 선택이었다. 해당 조항으로 미성년 성폭력 피해자들은 수사기관에서 피해 내용을 진술할 때 신뢰관계인 또는 진술조력인의 참여 하에 영상 녹화를 하고, 이후 이 때 진술한 내용에 대해서는 법정에 다시 출석하여 진술하지 않을 수 있었다.

하지만, 헌법재판소는 피고인에게 반대신문의 기회 등 공격·방어권을 보장하는 것이 헌법 제27조에 규정된 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심이며, 성폭력 사건의 경우 피해자의 진술이 유일하고 핵심적인 경우가 적지 않음에도, 피고인에게 해당 증거를 탄핵할 기회를 부여하지 않으면 방어권이 과도하게 제한된다는 이유로 수사과정에서 녹화된 진술녹화 영상물을 피고인 측의 반대신문 없이 증거로 사용하도록 하는 해당 조항이 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙을 위반한다고 결정하였다.¹⁸⁸⁾ 이로 인해 해당 조항이 즉시 효력을 상실하였다.

188) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524결정

나. 위헌 결정에 대한 여론 및 사회적 논의

헌법재판소의 위헌 결정 이후 법조계, 여성단체 및 언론 등에서 비난 여론¹⁸⁹⁾이 비등하였다. 헌법재판소는 위헌 결정문에서 대안으로 현행법상 가능한 증거보전절차, 증인신문 시 영상중계장치 이용, 비공개 심리, 증인지원시설 설치 등을 통해 2차 피해 방지 목적을 달성할 수 있을 것이라고 대안을 제시하였으나¹⁹⁰⁾, 이에 대한 비판과 우려의 목소리가 컸다. 사회적 파장이 클 수밖에 없는 결정을 하면서, 입법 개선 시한을 두는 헌법 불합치 결정이나 일부위헌 결정이 아닌 단순위헌 결정을 한 것에 대한 비난도 있었다.

법원 내 법관들의 연구회인 ‘현대사회와 성범죄 연구회’는 ‘22. 1. 10. 긴급토론회를 개최하여 실무상 대책 및 향후 입법 방향에 대해 논의하였으며, 국회에서도 피해자의 2차 피해를 최소화하기 위한 대안 입법 토론회(국회 여성·아동 인권포럼, ’22. 1. 27.)를 개최하였고, 국회입법조사처에서는 ‘성폭력범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례 규정 위헌 결정과 입법 개선 과제’라는 분석보고서를 발간하여 대안 마련 논의에 힘을 실었다. 한국여성변호사회도 ‘22. 3. 15. “위헌 결정으로 2차 피해에 고스란히 노출될 위험을 안게 된 피해자들의 피해를 줄이기 위해 빠른 후속 입법은 물론, 법 개정 전이라도 피해자를 보호하기 위한 다양한 대응책이 필요하다.”는 성명을 발표하고¹⁹¹⁾, 같은 달 17일 ‘미성년 피해자 영상진술 특례조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’을 개최하였다.

3. 위헌 결정에 따른 정부의 조치

가. 해바라기센터 연계 성폭력 피해자 영상증인신문 제도 도입

여성가족부에서는 올해 초 여성폭력방지위원회 실무회의 등을 통해 법무부, 경찰 등 유관기관과 미성년 성폭력 피해자 지원 강화 방안 등을 논의하였다. 이후 법원행정처와 협의를 통해 대안 입법 전이라도 법원에서 미성년 성폭력 피해자를 증인으로

189) 뉴스1. (2022). 초등생 ‘성범죄 피해자’ 법정 선다... “선부른 위헌 결정으로 혼란” 비판, 2022. 1. 9.

한겨레. (2022). 6살까지 법정 출석하라 판... 성폭력 피해 아동 ‘2차 피해’ 현실로, 2022. 1. 4.

190) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524결정

191) 법조신문. (2022). “미성년 성폭력 피해자 영상진술 조항 위헌...후속 입법 전 대응책 마련을”, 2022. 3. 15.

신문할 필요가 있을 경우 해바라기센터에서 영상중계시스템을 활용하는 방안을 마련하였다. 해바라기센터는 성폭력 피해자에 대해 원스톱으로 상담·지원 및 법률서비스를 받을 수 있도록 여성가족부에서 주관하고, 병원·지자체·경찰이 참여하는 피해자 지원 기관으로 전국에 39개소를 운영 중이다.¹⁹²⁾ 미성년 성폭력 피해자들이 최초에 해바라기센터에서 영상 진술녹화 등을 하고 있으므로, 법정에 출석하는 것보다 상대적으로 아동 친화적이고 익숙한 장소에서 증인 신문을 받을 수 있도록 지원하겠다는 취지이다.

‘22. 4. 11. 전국 8개소에서 시범 사업을 도입한 후, 7. 21.부터 전국 34개(16개 시·도) 센터로 확대하여 시행하고 있으며, 법원행정처는 해바라기센터 연계 영상증인 신문과 더불어 “법원 내 화상증언실, 찾아가는 영상 재판도 함께 활용하여 성범죄 사건에서 공정한 재판이 이루어지도록 최선을 다하겠다”라고 밝혔다.¹⁹³⁾

나. 「성폭력처벌법」 개정 관련 경과

법무부는 '22. 1. 5. ‘젠더폭력처벌법 개정 특별분과위원회’를 발족하고 같은 날 1차 회의를 통해 위원회 내부에 ‘성폭력처벌법」 개정 소위원회’를 즉시 구성하기로 하였다.¹⁹⁴⁾ 이후 피해자 보호를 위해 북유럽 일부 국가에서 운영되고 있다는 ‘바르나후스’ 모델을 참고하여 「성폭력처벌법」 개정 방안을 검토하였다.

▶▶▶ [표 1] ‘바르나후스(Barnahus, 아동의 집) 모델’ 주요 내용¹⁹⁵⁾

- ▶ 형사 소송에 연루된 아동에게 한 지붕 아래 아동친화적인 장소에서 여러 지원을 제공하는 것을 의미하며, 북유럽 각 국가별로 다양한 형태로 운영되고 있음
- ▶ 대개 신체 및 성적 학대 피해 아동을 대상으로 하며, 포렌식 아동 인터뷰와 기관간 협력(의료진, 상담사, 복지기관, 심리학자 등 전문가 등)이 공통 요소임
- ▶ 포렌식 인터뷰는 아동친화적 환경에서 훈련받은 전문가가 진행하고, 인터뷰 내용이 녹음되며, 다양한 전문가들이 중계시설을 통해 인터뷰를 참관하고, 피고인 측이 전문가를 통해 간접적으로 질문을 할 수 있음

192) 법원행정처·여성가족부 공동보도자료. (2022). “해바라기센터 연계 성폭력 피해자 영상증인신문 전국 확대 - 34개 센터에서 19세 미만 아동·청소년 피해자 대상 시행” 2022. 7. 20.

193) 상동

194) 경향신문. (2022). 미성년 성폭력 피해 진술 어쩌나.. 법무부도 ‘위헌’ 대책 마련 나섰다, 2022. 1. 5.

195) Anna Kaldal. Comparative review of Legislation Related to Barnahus in Nordic Countries. 2020. 9. 14.

‘22. 4. 14. 법무부는 미성년 성폭력 피해자에 대해 증거보전절차의 특례를 신설하는 「성폭력처벌법」 일부 개정안을 입법 예고하였으며, 유관기관 의견 조회 및 법제처 심사 등 절차를 거쳐 정부안을 6. 29. 국회에 최종 제출하여, ‘22. 11월 현재 국회 계류 중인 상황이다.

4. 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)의 주요 내용¹⁹⁶⁾

가. 아동 등 피해자 전문조사관 제도 도입(제26조의2 신설)

개정안 제26조의2는 19세 미만인 성폭력범죄 피해자에 대한 전담조사제를 규정하면서, 아동심리 및 아동조사방법 등에 대한 전문성을 갖춘 아동전문조사관이 피해자 조사 및 증인 신문 중개를 전담하여야 한다고 규정하고 있다. 전문조사관은 검찰, 경찰, 법원 소속 조사관 중 대통령이 정하는 전문 교육·훈련을 받은 자로 범위를 넓게 규정하고 있으나, 피해자 1차 조사가 대부분 경찰서 또는 해바라기센터에서 이루어지는 현실을 고려할 때 전문조사관의 역할을 가장 많이 수행하는 것은 경찰 조사관이 될 것으로 보인다.

나. 아동 등 피해자 대상 수사 단계에서의 증거보전절차 특례 규정 (제41조의2 신설)

미성년 성폭력 피해자의 진술을 영상녹화하였을 때, 원칙적으로 공판 전 수사단계에서 증인신문을 위한 증거보전절차를 거치도록 하여 피의자의 반대신문권을 보장하고, 이러한 경우에는 피해자가 법정에 출석하여 반대신문을 받지 않아도 해당 영상녹화물을 증거로 사용할 수 있도록 특례를 규정하였다.

수사기관은 피해자가 법정에서 증언하는 것이 곤란 또는 부적당한 경우, 영상 녹화물을 증거로 사용하기 위해서는 피해자 1차 조사 후 기소 전 단계에 피의자의 반대신문 의사를 확인하여야 한다. 피의자가 반대신문을 명시적으로 원하지 않는 경우 외에는 증거보전절차를 통해 수사단계에서 법관 주재의 증인 신문을 진행한다. 반대신문

196) 법무부 보도자료. (2022). 미성년 성폭력 피해자 맞춤형 증거보전절차 도입-「성폭력처벌법」 개정안 국무회의 통과, 2022. 6. 29.

을 위해 필요한 경우 피의자는 피해자의 1차 진술 내용을 청취·열람·등사할 수 있으며, 수사기관은 피해자 위해, 증거인멸 우려 등 예외적인 사유가 있을 경우에만 청취·열람·등사의 범위를 제한할 수 있다.

다. 아동 등 피해자 대상 증인신문 방식 등 특례 규정(제40조의2~5 신설)

증인 신문 과정에서 미성년 피해자의 2차 피해를 최소화하기 위해 미성년자에 대해서는 아동친화적 장소에서 훈련된 전문조사관이 증인 신문을 중개하도록 하고, 법관, 검사, 피의자·피고인 및 변호사 등은 법정에서 증계장치를 통해 피해자의 진술을 참관하도록 하였다. 증인 신문 과정에서 피의자 등은 필요한 경우 법원에 신문 내용 추가를 요청할 수 있고, 법원은 증계장치를 통해 전문조사관으로 하여금 해당 내용을 추가 조사하도록 하여 피의자 등의 반대신문권이 보장될 수 있도록 하였다.

라. 증거능력 특례 규정 마련(제30조의4 신설)

피해자의 진술 영상녹화물은 수사 단계에서 증거보전절차나 공판 단계에서 반대신문 기회가 보장된 경우 증거능력이 인정된다. 더불어, 기존에 형사소송법 제314조¹⁹⁷⁾에 규정된 전문법칙의 예외 사유가 미성년 성폭력 피해자에게는 좀 더 넓게 인정될 수 있도록, 사망, 질병은 물론 트라우마, 공포, 기억소실 등으로 법정 진술이 불가능한 경우 특별히 신빙할 수 있는 상태를 전제로 피해자 진술 영상녹화물의 증거능력을 인정할 수 있도록 하는 규정을 추가하였다.

197) 형사소송법 제314조(증거능력에 대한 예외) 제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다)를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

5. 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)에 따른 수사 절차 변화

가. 위헌 결정 전 성폭력 사건 수사 절차

일반적으로 미성년자를 대상으로 하는 성폭력 사건 발생 시 경찰은 피해자와 면담을 통해 기본적인 사실 관계를 확인한 후, 피해자를 해바라기센터로 연계한다. 해바라기센터에는 아동·장애인 조사 기법을 교육받은 경찰관, 상담사, 간호사 및 의료진이 상주하고 있어, 진술 영상녹화 및 응급키트를 사용한 증거 채취, 상담 및 의료 서비스 지원 등을 일괄 지원받을 수 있다. 국선변호사 선임 등 피해자 지원도 함께 이루어진다. 미성년 피해자는 해바라기센터에서 진술조력인, 진술분석전문가, 국선변호사 등이 참여한 가운데 피해 진술을 하고, 이를 영상 녹화하여 향후 수사 및 공판 절차에서 증거로 사용하였다.

다만, 해바라기센터가 전국에 39개소에 불과하여 모든 미성년 피해자 조사를 진행하는 것이 현실적으로 어려움이 있어, 미성년자이더라도 피해자의 의사와 여건을 종합적으로 고려하여 경찰서 여청수사팀의 수사관이 피해자 조사를 하는 경우도 드물지 않다. 각 지역의 해바라기센터 여건에 따라 차이가 있지만, 통상 13세 미만, 장애인 피해자에 대해서는 가급적 해바라기센터에서 피해자 조사를 진행하고, 긴급한 의료지원이 요구되지 않는 13세 이상 미성년 피해자에 대해서는 경찰서에서 조사를 진행하는 경우가 많다. 각 경찰서에도 피해자 친화적인 조사실이 마련되어 있어 영상녹화는 동일하게 진행되었다.

미성년 피해자의 진술 녹화 영상물이 「성폭력처벌법」 제30조 제6항에 의거, 조사에 참여한 신뢰관계인 등의 법정 진술로 증거능력이 인정되었기에, 경찰서 및 해바라기센터 근무 경찰 수사관들은 피해자 조사 시 향후 법정에 출석해 다시 진술하지 않아도 된다는 사실을 안내하여 피해자에게 안정감을 줄 수 있었다. 이후 수사 절차는 여타 범죄 수사와 동일하게 진행되며, 대개 피해자 진술에 기반을 둔 증거 수집 및 사실 확인, 피의자 조사 등을 거쳐 송치 결정을 하게 된다. 사건을 송치 받은 검사는 필요시 보완 수사 등을 진행한 후 공소를 제기하고, 법원은 공판 절차를 개시한다.

검사는 통상 경찰 수사 과정에서 피의자에 대한 압수·수색 및 체포·구속 영장 신청 등 강제수사가 이루어지는 경우에는 해당 사건 기록을 검토하고 영장 발부에 필요한

사항에 대한 보완 수사를 요구할 수 있으나, 그 외 경우에는 진행 중인 수사에 개입할 수 없다.¹⁹⁸⁾ 또한, 「성폭력처벌법」 제41조¹⁹⁹⁾는 피해자나 법정대리인 또는 경찰이 피해자가 공판기일에 출석해 증언하는 것이 곤란한 경우 증거보전 청구를 할 수 있도록 특례를 규정하고 있으나, 미성년 피해자의 경우 동법 제30조 제6항으로 영상녹화물의 증거능력이 인정되었기 때문에 증거보전 청구를 할 필요가 없었다. 따라서 경찰의 송치 결정 전 수사 단계에서는 미성년 피해자는 경찰 수사관 외에 피의자 측 변호사, 검사, 판사 등 사법절차 상 참여자들과 대면하는 경우가 거의 없었다.

나. 위헌 결정 후 수사 절차 변화

위헌 결정은 「성폭력처벌법」 제30조 제6항에 한정된 것으로, 동법상 진술 영상녹화의무 규정은 유효하다. 이에, 경찰 수사 단계에서 진술 영상녹화는 위헌 결정 후에도 동일하게 진행되고 있다. 다만, 과거와 달리 미성년 피해자는 공판 단계에서 법정에서 출석하여 진술해야 하며, 예외적으로 증거보전을 신청하여 공판기일에 출석하지 않고 증인 신문절차를 거칠 수 있다.

198) 형사소송법 제197조의2(보완수사요구) ① 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다.

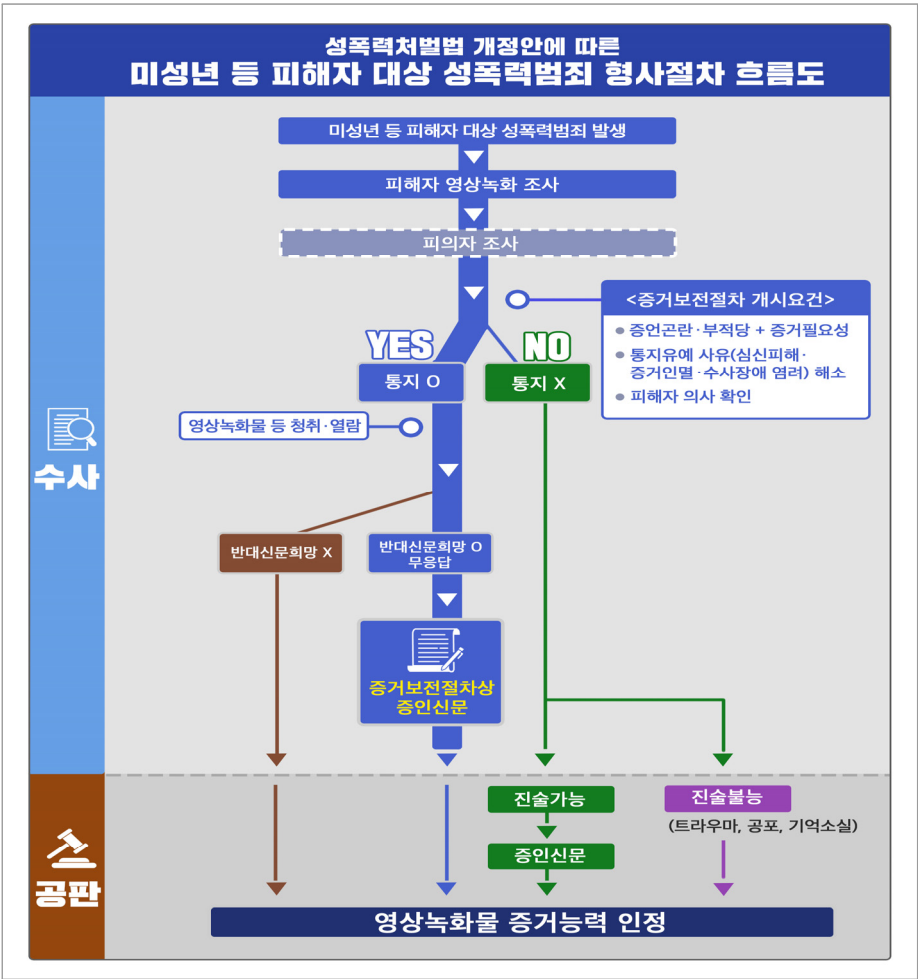
1. 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요할 경우
2. 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요할 경우

199) 「성폭력처벌법」 제41조(증거보전의 특례) ① 피해자나 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 그 사유를 소명하여 제30조에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거에 대하여 해당 성폭력범죄를 수사하는 검사에게 「형사소송법」 제184조(증거보전의 청구와 그 절차)제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다. 이 경우 피해자가 16세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있는 것으로 본다. <개정 2020. 10. 20.>

② 제1항의 요청을 받은 검사는 그 요청이 타당하다고 인정할 때에는 증거보전의 청구를 할 수 있다.

다. 「성폭력처벌법」 정부안 시행 시 예상되는 수사 절차 변화

▶▶▶ [표 2] 「성폭력처벌법」 개정안에 따른 형사 절차 흐름도²⁰⁰⁾



개정안에 따르면 미성년자를 대상으로 하는 성폭력 사건 발생 시 경찰의 1차 피해 조사는 법 개정 전과 동일하다. 다만, 피해자 조사 및 증인 신문 증개 등을 아동심리 및 아동 조사 방법 등에 대한 전문성을 갖춘 전문조사관이 전담하도록 하고 있어, 전문조사관인 경찰관이 미성년 피해자에 대한 진술 영상녹화를 진행하고, 이후 수사

200) 법무부 보도자료. (2022). 미성년 성폭력 피해자 맞춤형 증거보전절차 도입-‘성폭력처벌법’ 개정안 국무회의 통과, 2022. 6. 29.

팀에서 피해자 진술에 기반한 증거 수집 및 사실 확인, 피의자 조사를 진행한다.

수사기관은 피해자 조사 후 피해자의 진술 영상녹화물을 증거로 사용할 필요가 있고, 피해자가 법정에서 출석해 증언하는 것이 곤란 또는 부적당한 경우 피의자에게 증거보전 절차를 통해 피해자를 증인으로 신문할 수 있음을 통지해야 한다(개정안 제30조의2). 피해자가 16세 미만이거나 장애가 있는 경우에는 법정 증언이 곤란하거나 적당하지 않은 사정이 있는 것으로 보고 있어, 실무적으로는 수사 결과를 불문하고 16세 미만, 장애인에 대해서는 모든 사건에 대해 피의자의 반대신문 의사를 확인하여야 할 것으로 보인다. 통지는 서면으로 하도록 되어 있는데, 피의자가 서면 통지 후 20일 이내에 의사 표시를 하도록 하고 있으므로, 등기 우편 또는 대면 교부의 방식으로 하여, 기한 계산이 가능하도록 해야 할 것이다.

피해자에 대한 위해 우려, 증거인멸 염려 또는 수사 장애 우려 등의 사유가 있는 경우 사유가 해소되기 전까지 피의자에게 반대신문 의사 확인 통지를 미룰 수 있도록 되어 있으며, 현실적으로는 피의자 조사가 마무리되고 송치 결정 전 단계에 통지하여 이후 증거보전 절차를 진행하게 될 것으로 예상된다. 피의자 조사 전에 증거보전 절차를 진행하는 경우 피해자 진술 내용이 피의자에게 조기에 노출되어, 증거 인멸이나 회유 등으로 수사에 장애가 발생할 가능성이 있기 때문이다.

피의자 등은 반대신문권을 서면 통지 받은 후, 20일 이내에 반대신문 의사를 표시하여야 하며, 이 때 피해자의 진술 영상녹화물의 음향을 열람하거나, 영상녹화물의 녹취서 또는 조서를 열람·등사할 수 있다. 수사기관은 피해자 보호 필요 등 상당한 사유가 있는 때 피의자 등의 열람·등사를 거부하거나 범위를 제한할 수 있다(개정안 제30조의3).

피의자 등이 반대신문을 하지 않겠다고 명시적으로 밝히지 않는 한²⁰¹⁾, 사법경찰관은 증거보전 청구를 검사에게 요청하고, 검사는 판사에게 증거보전을 청구하여야 한다(개정안 제41조의2). 판사는 피의자에게 변호인이 없는 경우 직권으로 변호인을 선정하여야 하며, 법원은 피해자를 증인으로 신문하기 위해 증거보전 준비기일을 지정하여, 검사 및 피의자 또는 피의자 변호인에게 신문사항을 서면으로 제출받는다. 준비기일에는 피해자를 조사한 전문조사관, 진술조력인, 피해자 변호사 등이 증인

201) 피의자 또는 피의자의 변호인이 피해자에 대한 반대신문 불원 의사를 명시한 경우 개정안 제30조의4 제4항에 따라 피해자의 진술 영상녹화물은 증거로 사용될 수 있다.

신문 사항과 신문 방법에 대해 의견을 제시할 수 있다(개정안 제40조의2).

증거보전 절차를 통한 증인 신문은 특별한 사정이 없는 한, 일방향 중계 방식으로 진행된다. 전문조사관(가급적 피해자 최초 조사 시와 동일한 전문조사관)은 특별한 사정이 없는 한, 최초 영상녹화를 진행했던 아동친화적 장소(해바라기센터 또는 경찰서)에서 피해자에게 법원의 신문 사항을 중개하고, 판사는 법정에서 피해자를 신문한다. 검사, 피의자와 피의자의 변호인, 피해자의 변호사는 법정에서 증인 신문에 참여한다(개정안 제40조의4, 제40조의4).

증거보전 절차 상 증인 신문은 영상녹화하여 증거로 사용되며(개정안 제40조의5), 증거보전 절차를 통해 피의자에게 반대신문 기회를 제공한 피해자의 최초 진술 영상 녹화물도 증거로 사용할 수 있다(개정안 제30조의4). 증거보전 절차가 끝나면 수사팀은 수사 결과를 정리하여 검찰로 사건을 송치한다.

6. 「성폭력처벌법」 정부안 시행을 위한 선결 과제

「성폭력처벌법」 개정안(정부안)의 문제점·한계와 개선 방향에 대해서는 후술하고, 우선 개정안(정부안)을 개정 취지와 목적에 맞게 시행되기 위해, 법 시행 전후 수사기관과 법원 및 정부 차원에서 선제적으로 조치가 필요한 과제들을 살펴보고자 한다.

가. 경찰 전문조사관, 증거보전 전담 판사 등 관련 인력 보강

(1) 아동 등 피해자 전문조사관 확보

개정안은 검사 또는 사법경찰관이 미성년 피해자를 수사하는 단계에서 피해자 진술 영상녹화물의 증거능력을 확보할 수 있도록 증거보전 절차를 설계하고 있으나, 검찰청법 개정으로 검사의 수사 개시 범죄의 범위에 성폭력 범죄가 포함되지 않아²⁰²⁾

202) 검찰청법 제4조(검사의 직무) ① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다.

1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다.

가. 부패범죄, 경제범죄 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄

나. 경찰공무원(다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 행하는 자를 포함한다) 및 고위공직자범죄수사처 소속 공무원(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 파견공무원을 포함한다)이 범한 범죄

다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직

사실상 대부분 변화된 수사 절차는 경찰 단계에서 진행되게 된다. 따라서 법률 개정으로 인한 대부분의 업무를 경찰(전문조사관 및 수사팀)에서 부담할 것이 예상된다.

특히 개정안은 피해자 조사 및 증인 신문 중개를 전문조사관이 전담하도록 하고, 가급적 최초 피해자 조사를 수행한 전문조사관이 이후 증거보전절차 상 증인 신문은 물론 공판 단계에서의 증인 신문 중개까지 계속 담당하도록 하고 있어 전문조사관 인력 확충이 시급한 상황이다. 기존에 진술 영상녹화 1회로 끝났던 피해자 조사 업무량이 증인 신문 중개로 인해 최소 2배 이상 증가하게 되기 때문이다.²⁰³⁾ 또한, 개정안에 따르면 피해자 조사를 전담조사관만 할 수 있어, 전문조사관 인력이 부족하면 미성년 성폭력 피해자 조사 등 수사 절차가 지연될 수 밖에 없다.

'22년 11월 현재 해바라기센터 39개소에서 근무하고 있는 경찰관 160명²⁰⁴⁾이 아동·장애인 조사기법 교육을 체계적으로 이수하고 성폭력 피해자 조사를 전담하고 있는 인력이라고 볼 수 있으며, 각 경찰서 및 시도청의 여성청소년범죄 수사팀에도 다양한 수준으로 아동·장애인 조사기법을 교육받은 수사관들이 근무하고 있으나, 교육 정도 및 이수 여부가 별도로 관리되고 있지는 않다.

증가할 업무량을 분석하여 이를 바탕으로 기존 해바라기센터 수사관을 포함하여 전문조사관 인력을 대폭 증원해야 한다. 가장 이상적인 방안은 해바라기센터를 대규모로 신설·확대하고, 해바라기센터에 경찰 전문조사관 인력이 근무하면서 미성년 피해자 조사를 전담하는 것이나, 해바라기센터 운영에는 의료기관의 참여가 필수 조건이어서 급격한 신설·확대는 현실적으로 어려운 실정이다.²⁰⁵⁾ 현재 해바라기센터에서 전체 미성년 성폭력 피해자 조사를 전담하지 못하고 각 경찰서 및 시도청에서도 피해자 조사가 이루어지고 있는 실정을 고려할 때, 해바라기센터를 신설·확대하는 것은 물론, 각 경찰서 및 시도청의 여성청소년범죄 수사팀에 전문수사관을 배치하는 것도

접 관련성이 있는 범죄

203) 증인 신문 중개 시 전문조사관은 판사 및 검사, 피의자, 피의자 변호인, 피해자 변호사 등의 신문 사항을 미성년 피해자가 정확하게 이해하고 답변할 수 있도록 적합한 방식으로 전달하는 역할을 수행하여야 하므로, 업무량을 기존 진술 영상녹화를 2회 하는 것으로 단순 비교하기 어려우며, 체감 업무 부담이 더 클 수 밖에 없을 것이다.

204) 선미화. (2022). 성착취 피해 아동 보호 관련 토론회, “성매매는 성착취다”-십대여성인권센터 의료지원현황 분석을 중심으로. 국회여성아동인권포럼 정책토론회 자료집. 2022. 9. 5. 83p~88p

205) 서울신문. (2021). 운영비 쪼들린 병원... 해바라기센터 중단, 갈 곳 잃은 '명든 가슴', 2021. 3. 3. 한국일보. (2022). 코로나에 성폭력 피해자 지원센터 '흔들'... 여가부 지원책 고심, 2022. 1. 26.

필요하다.

추가로 전문조사관들이 장기 근속할 인센티브 마련도 필요하다. 경찰관들은 매년 2회 정기적으로 인사가 이루어지며, 특히 여청수사 인력의 경우 업무 부담이 커 전출 입이 잦은 편이라, 피해자를 1차 조사한 전문조사관이 증거보전절차나 공판 절차 시에 다른 보직으로 인사 이동한 경우 동일한 전문조사관 원칙을 준수하기 어렵다.

(2) 여성청소년범죄 수사관 인원 증원

피해자 조사 관련 업무 증가와 더불어 피의자의 반대신문권 보장을 위해 신설된 절차들로 인해 여성청소년범죄 수사관의 업무도 증가될 것이 예상된다. 수사관은 사건과 관련된 정황을 종합하여 피의자의 반대신문 의사 확인서면 통지시기를 언제로 할 것인지 판단하여야 하며, 피의자의 의사도 확인하여야 한다. 더불어 피의자가 신청하는 경우 피해자 진술 영상녹화물의 열람·등사 등 조치를 해주어야 하며, 이때 열람·등사를 제한할 예외적인 사유가 있는지 영상녹화물의 음향, 녹취록 및 조서 등을 면밀히 검토하여 열람·등사 제한 여부 및 범위를 판단하여야 한다. 피해자 위해 우려, 증거인멸 우려가 있는지 여부 등을 판단하는 것은 피해자와 피의자의 이해관계가 현저히 충돌할 수 밖에 없어, 수사관들이 심리적으로 큰 부담을 느끼는 업무가 될 것으로 예상된다.

또한, 증거보전 절차를 거치기 위해서는 필요적으로 피의자에게 변호인이 선임되고, 피해자에 대한 피의자의 반대신문이 수사단계에서 이루어지면서 이전에는 공판 단계에서 다투어졌던 쟁점들이 경찰 수사 단계에 조기에 다투어질 가능성이 높다. 수사관은 기존에 비해 사건 수사에 더 많은 시간과 노력을 투입해야 할 것이다.

2021년 형사소송법 개정으로 검찰과 경찰의 수사권이 조정되면서, 경찰 수사관들의 업무량은 현저히 증가하였고, 이로 인해 경찰 조직 내부적으로는 수사관들의 수사 업무 기피 현상이, 외부적으로는 수사 기간 지연 및 역량 하락이 지적되고 있다.²⁰⁶⁾ 특히 여러 수사 분야 중에서도 여성청소년 대상 범죄 수사부서의 경우에는 최근 성폭력·스토킹·데이트폭력·아동학대 등 소관 범죄가 급증하고 있으나, 담당 수사관 인력

206) KBS. (2022). 경찰 수사 부서 기피... “수사관 인원·지원 늘려야”, 2022. 10. 25.

이데일리. (2022). 공룡경찰 임박?... “인력 없인 수사권 속빈 강정” 내부 골머리, 2022. 5. 3.

은 오히려 줄어든 상황으로²⁰⁷⁾, 미성년 성폭력 피해자 보호 및 피의자의 방어권 보장이라는 법 개정의 목적에 맞게 현장에서 적절히 수사 업무가 수행되기 위해서는 여성 청소년 범죄 담당 수사관 인력 충원이 필요하다.

(3) 증거보전 전담 판사 인원 확충

개정안에 따르면 법원은 미성년 성폭력 피해자의 증인 신문을 위한 증거보전 절차를 전담할 판사를 지정하고, 특별한 사정이 없으면 전담 판사들이 미성년 피해자 증인 신문을 진행하도록 해야 한다.²⁰⁸⁾ 하지만, 법관 인력 부족, 사건의 복잡화·다양화, 공판중심주의 강화 등 여러 가지 원인이 복합적으로 작용하면서 현재 법원의 재판 지연이 심각한 수준이다. 형사 재판 1심 기간도 4년만에 1.4배 증가하여 21년 기준 평균 180일 상당이 소요된다고 한다.²⁰⁹⁾ 이런 상황에서 증거보전 전담 인력 증원 없이, 수사 단계에서 의무적으로 증거보전 절차를 거쳐야 한다면, 전담 판사의 일정에 맞추어 증거보전 기일을 정하기 위해 미성년 대상 성폭력 사건의 수사가 일정 기간 중지될 수 밖에 없을 것으로 예상된다.

2021년 수사권 조정 이후, 경찰 단계에서의 수사 기간도 전체적으로 장기화되고 있는 추세다. 경찰 처리 기간이 6개월 초과인 사건은 20년 106,361건에서 21년 130,212건으로 증가했으며, 전체 사건 대비 6개월 이상 장기사건이 차지하는 비중도 20년 6.3%에서 21년 9.5%로 증가했다.²¹⁰⁾ 개정안으로 인해 수사 단계 증거보전 절차를 진행하는 것만으로도 수사 기간이 증가할 수 밖에 없는 상황에서, 전담 판사 인원 부족으로 절차가 추가로 지연되면, 수사 소요 기간이 지나치게 장기화되어 그 피해가 고스란히 피해자와 피의자에게 돌아가게 될 것이다.

207) 서울경제. (2022). 성범죄 급증하는데... 경찰 여성청소년과 수사 인력은 오히려 줄었다 - 여성 청소년 사건 20% 증가에도 인원은 지난해 대비 150명 가량 감소, 2022. 10. 13.

208) 「성폭력처벌법」 개정안 제28조의2(19세 미만인 성폭력범죄의 피해자 증인신문을 위한 증거보전 절차 전담판사) 지방법원장 또는 고등법원장은 특별한 사정이 없으면 19세 미만인 성폭력 범죄의 피해자 증인신문을 위한 증거보전 사건을 전담하는 증거보전절차 전담판사를 지정하여 심리·재판하게 하여야 한다.

209) 동아일보. (2022). “소장 1장짜리, 9개월만에야 첫 재판”.. 판사증원법은 국회서 공전, 2022. 9. 13.

210) 경찰청. (2021). 경찰범죄통계 - II. 범죄발생검거 및 수사결과 현황, 6.범죄사건 처리 기간 : 뉴시스. (2022). 수사권조정 첫해... 경찰 처리기간 ‘6개월 초과’ 사건 급증, 2022. 8. 10.

(4) 피의자 국선변호인 및 피해자 국선변호사 인력풀 확대

개정안은 피의자가 반대신문을 위하여 증거보전 절차가 개시할 때, 피의자에게 변호인이 없는 경우 법원이 직권으로 변호인을 선정해 주도록 하고 있으며, 선임된 변호인은 검사의 불기소처분이나 경찰의 불송치결정이 있는 경우 외에는 1심까지 피의자의 변호를 맡게 된다. 국선변호인 인력이 수사 초기부터 피의자를 변호하게 되므로, 국선변호인 인력이 추가로 충분히 확보될 필요가 있다.

이와 더불어, 피해자 국선변호사 인력 확보도 필요하다. 피의자가 다른 범죄 피의자들과 달리 수사 초기부터 변호인의 조력을 받게 되므로, 피해자에 대한 법률적 조력이 이전보다 더욱 필요한 상황이다. 2012년 법무부가 피해자 국선변호사 제도를 도입·시행하면서, 성폭력 범죄 피해자는 수사 및 공판 과정에서 검사를 통해 국선변호사를 선임받을 수 있었다.²¹¹⁾ 하지만, 수도권 외에는 지역별로 국선변호사로 활동하는 인력이 부족하여, 변호사 1인당 담당 사건이 '16년 30건에서 '21년 64건으로 지속 증가하고 있으며²¹²⁾, 법무부에서 정한 보수 단가가 충분치 않으면서도 업무 강도가 높다는 이유로 기존에 활동하던 변호사들도 국선변호를 그만두는 경우가 발생하고 있다.²¹³⁾ 피해자들이 실질적인 법률 조력을 받을 수 있도록 국선변호사 제도 운영에 대한 충분한 고민과 대책 마련이 필요하며, 예산 확보를 통한 보수 체계 개선 등을 검토해야 한다.

더불어 형사절차상 피해자 변호인의 역할을 확대해 나가는 방안에 대해서도 근본적으로 다시 고민해 보아야 할 것이다. 피해자 변호사가 피의자(피고인) 변호인과 달리 공판단

211) 「성폭력처벌법」 제27조 (성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례) ① 성폭력범죄의 피해자 및 그 법정대리인(이하“피해자 등”)은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호사를 선임할 수 있다.

② 제1항에 따른 변호사는 검사 또는 사법경찰관의 피해자 등에 대한 조사에 참여하여 의견을 진술할 수 있다. 다만 조사도중에는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다.

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.

④ 제1항에 따른 변호사는 증거보전 후 관계 서류나 증거물 소송계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다.

⑤ 제1항에 따른 변호사는 형사절차에서 피해자 등의 대리가 허용될 수 있는 모든 소송행위에 대한 포괄적인 대리권을 가진다.

⑥ 검사는 피해자에게 변호사가 없는 경우 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있다.

212) 뉴시스. (2022). 피해자 국선변호사 ‘태부족’... 지난해 1명당 64건 지원, 2022. 9. 30.

213) 한국경제. (2021). ‘극한직업’된 국선변호인...“그만 두겠다” 속출, 2021. 10. 19.

계에서 역할이 제한적이다. 이는 근본적으로 국가 대 피의자(피고인)가 다투는 형사 재판 구조에 기인한 것이라 할 수 있으나, 직접 출석해 재판 과정을 확인하기 어렵고, 스스로 의견을 밝히는 것에 한계가 있을 수 밖에 없는 미성년 피해자의 특수성을 고려하여, 피해자 변호사가 형사 절차 전 과정에서 보다 적극적인 역할을 수행할 수 있도록 사법 환경을 조성하는 것이 필요하다는 의견이 있다.²¹⁴⁾ 증거보전 절차나 공판준비기일, 공판 절차에 피해자 변호사가 출석할 수 있도록 최대한 일정을 조율하고, 의견 진술 기회를 충분히 보장하는 등 적극적으로 피해자의 법률대리인으로 활동할 수 있도록 수사기관과 법원이 최대한 피해자 변호사의 활동을 보장해야 한다는 것이다.²¹⁵⁾

나. 전문조사관 교육·훈련

(1) 신속하게 전문조사관 교육·훈련 기준(대통령령) 마련 필요

개정안의 핵심은 미성년 피해자의 조사 및 증인 신문 중개를 아동 심리 및 아동·장애인 조사기법에 대한 전문성을 갖춘 전문조사관이 전담하여, 수사 절차상 피의자의 방어권 보장을 위한 증거보전절차와 공판 단계의 증인 신문 과정에서 발생할 수 있는 2차 피해를 최소화하는 것이다. 이를 위해서는 전문조사관의 역량이 매우 중요하며, 법 시행전 이에 대한 준비가 충분히 이루어져야 한다.

개정안에 따르면 검찰총장, 경찰청장, 법원행정처장은 대통령령으로 정하는 교육 훈련을 받은 자를 전문조사관으로 지정하여야 하며, 국가는 대통령령으로 정하는 바에 따라 아동심리 및 아동 조사 방법 등에 관한 교육·훈련을 지속 실시하여야 한다(개정안 제26조의2). 전문조사관에 대한 교육·훈련 세부 사항을 대통령령에서 정하도록 하고 있어, 대통령령 제정이 신속하게 진행되어야 한다.

다만, 개정안은 부칙에 시행 유예기간을 3개월로 정하고 있는 바, 대통령령이 개정안 국회 통과 전 제정되더라도, 3개월 안에 충분한 인원에 대해 교육·훈련을 완료하고 전문조사관을 지정하는 것이 가능할지 의문이다.

214) 신수경. (2022). 미성년 피해자 영상진술 특례조항 위헌 결정 이후의 대응 방안, '미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄' 자료집, 한국여성변호사회, 2022. 3. 17. 35p~84p

215) 상동

(2) 전문조사관 교육·훈련 기준 현실화 및 운영 준비

전문조사관이 아동 심리 및 아동·장애인 조사기법에 대한 높은 전문성을 갖추는 것이 중요한 전제 조건이나, 단기간에 전문조사관을 육성해야 하는 현실적인 상황을 고려할 때, 법 시행 초기부터 전문조사관의 교육·훈련 이수 기준을 과도하게 설정할 수는 없을 것으로 보인다.

법무부가 「성폭력처벌법」 개정안을 마련할 때 참고한 북유럽 바르나후스 모델을 운영하고 있는 여러 북유럽 국가들의 전문조사관들은 전문성 확보를 위해 상당히 체계적이고 장기간의 교육·훈련을 받고 있다. 노르웨이의 경우 최소 1년 이상 근무한 경찰관들이 조사 전문화 과정(고급 과정, 420시간) 교육을 받는다.²¹⁶⁾ 아이슬란드는 바르나후스 소속 민간전문가(임상심리학, 범죄학 등) 또는 경찰관이 피해자 조사를 하는데, 경찰관은 대개 3주 정도의 교육 과정을 이수하였다.²¹⁷⁾ 스웨덴은 경찰관들에게 단계적으로 15주 가량의, 덴마크는 3주 가량의 훈련 과정을 제공하고 있으며, 핀란드는 경찰과 법의학 심리학자들에게 1년간 면담 조사기법을 교육하고 있다.²¹⁸⁾ 최소 3주에서 최대 1년까지 교육 기간이나 내용 구성이 다양하다.

현재 해바라기센터에서 피해자 조사 업무를 전담하고 있는 경찰 수사관들은 아동·장애인 조사기법(NICHD) 교육²¹⁹⁾을 받는다. 교육 과정은 각 수사관들의 수준에 따라 초급·중급·고급 과정으로 단계별로 운영하고, 교육받은 수사관 중에서 수사 면담 경험 이 풍부한 수사관은 동료전문가로 선발하여, 교수법 등을 추가로 교육한 후, 초·중급 단계의 수사관들에게 개별 피드백을 주거나, 수사 면담 시 지원해 줄 수 있도록 하고 있다. 직무 교육으로 진행되고 있으며, 각 단계별로 1주 정도 기간으로 운영된다.

체계적으로 장시간 교육을 운영하여 전문가를 확보하는 것이 장기적으로는 바람직한 모델로 생각되나, 법 시행 초기에는 우선 현장의 혼란과 수사 지연, 인력 부족

216) Trond Myklebust. (2017). The Nordic Model of Handling Children's Testimonies, Collaborating Against Child Abuse, Palgrave Macmillan. 97p~119p

217) 상동

218) 상동

219) 美 '국립 아동건강 및 발달연구소(National Institute of Child Health and Development)'에서 개발한 아동·장애인 인지·발달 능력을 고려하여 진술을 이끌어내는 구조화된 면담 기법. 아동의 자발적인 진술을 이끌어내고 기억을 촉진시키도록 '사전 조사 - 사건 관련 조사 - 종료의' 3단계 절차로 이루어지는 질문기법(개방형 질문 등) 진행하여 진술을 통해 정보를 최대한 확보하고, 피해자의 답변이 오염되는 것을 방지하여 정확성을 높일 수 있음

등을 최소화하기 위해 현재 피해자 조사를 전담하고 있는 해바라기센터 수사관 수준의 교육·훈련을 기준으로 하여 전문조사관을 지정하여 제도를 안착시키는 것이 합리적일 것으로 판단된다.

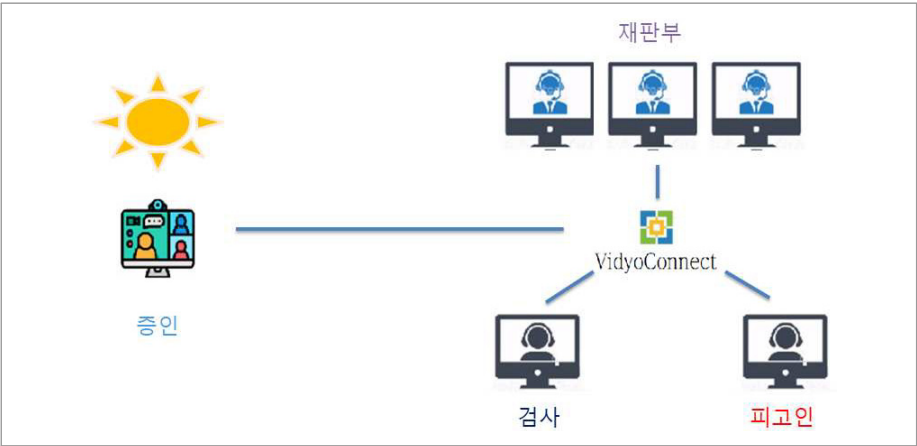
다만, 해바라기센터 수사관 교육은 조사·면담에 초점을 두고 있으므로, 증인 신문 절차나 방식에 대해서는 이해도가 낮을 수 밖에 없다. 증인 신문 시 판사와 의사소통을 하여 정확하게 신문 내용을 증개할 수 있도록, 관련 교육 내용을 추가하는 것이 필요할 것이다. 법무부에서 성폭력 범죄나 아동학대의 피해자가 아동 또는 장애인인 경우 수사 및 재판 과정에서 의사소통을 지원할 수 있도록 진술조력인 제도를 운영하고 있는데, 진술조력인 선발 시 선발 요건과 교육 내용을 참고하여 전문조사관 교육에 내용을 추가하면 도움이 될 것이라 생각된다.

다. 미성년 피해자 증인 신문을 위한 편면 중계 시스템 구축

개정안은 증거보전 절차 및 공판 절차에서 미성년 성폭력 피해자에 대한 증인 신문을 하는 경우, 편면 중계 방식으로 영상 증인 신문을 진행하도록 하고 있다. 편면 중계 방식이란, 피해자와 전문조사관이 아동친화적인 조사 장소(해바라기센터 등)에서, 판사, 검사, 피의자 등은 법원에서 증인 신문에 참여하되, 피해자 조사 장소에서 법원으로 일방향으로 영상 및 음향이 전송되도록 하는 것이다. 판사는 신문 진행 사항을 전자 장치 기타 적절한 방법을 이용해 전문조사관에게 전달하고, 신문 내용을 전문조사관이 피해자에게 증개한다(개정안 제40조의3, 제40조의4). 이를 위해 해바라기센터와 경찰서에서 진술 영상녹화가 이루어지는 조사실에 편면 중계 시스템을 설치하여야 한다. 중계 시스템은 판사와 전문조사관이 실시간으로 신문 내용 등을 주고받을 수 있는 기능도 갖추어야 한다.

현재 법원행정처와 여성가족부가 도입한 해바라기센터 연계 영상증인신문의 경우 전문조사관이 증개하는 과정 없이, 법원에서 기존에 사용하는 영상재판프로그램을 활용하여 법관이 신문을 진행하고 있어, 증인은 법관, 검사, 피고인 및 피고인 변호사 등을 영상으로 대면할 수 밖에 없다. 물론, 영상증인신문 진행 시 법원은 증인 보호를 위해 증인 또는 피고인이 상대방을 영상으로 인식할 수 있는 장치의 작동을 중지시킬 수는 있다.²²⁰⁾

▶▶▶ [표 3] 해바라기센터 영상증인신문 방식²²¹⁾



영상재판시스템과 달리 미성년 피해자 증인 신문을 위한 중계 시스템은 미성년 피해자가 보다 안정된 상태에서 진술할 수 있고, 법관 등 증인 신문 참여자로 인한 2차 피해를 최소화할 수 있도록 구성되어야 한다. 특히, 전문조사관과 법관이 의사소통하는 방식을 어떻게 구성할 것인지가 중요하다. 피해자가 조사실에 함께 자리한 전문조사관에게 진술하고 있다고 자연스럽게 인식하고, 법정에서 신문에 참여하고 있는 다른 참여자의 존재를 크게 지각하지 않는 것이 가장 이상적일 것이다. 전문조사관은 법관의 신문 요청 사항을 인이어 이어폰으로 바로 들을 수 있도록 하고, 전문조사관이 법관에게 문의하거나 확인할 사항은 음성이나 온라인 메시지를 통해 문자 메시지 방식으로 전달하는 방법 등을 고려해 볼 만하다. 피해자가 전문조사관과 법관이 대화하는 내용을 함께 듣거나, 전문조사관이 법관과의 의사소통을 위해 신문을 중지하고 자리를 비운다면, 피해자가 편안한 상태로 자연스럽게 진술하는 흐름을 방해하는 결과가 될 것이기 때문이다.

220) 형사소송규칙 제84조의9(차폐시설 등) ① 법원은 법 제165조의2제1항에 따라 차폐시설을 설치함에 있어 피고인과 증인이 서로의 모습을 볼 수 없도록 필요한 조치를 취하여야 한다. ② 법 제165조의2제1항에 따라 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 증인신문을 할 때 중계장치를 통하여 증인이 피고인을 대면하거나 피고인이 증인을 대면하는 것이 증인의 보호를 위하여 상당하지 않다고 인정되는 경우 재판장은 검사, 변호인의 의견을 들어 증인 또는 피고인이 상대방을 영상으로 인식할 수 있는 장치의 작동을 중지시킬 수 있다.

221) 법원행정처·여성가족부 공동보도자료. (2022). “해바라기센터 연계 성폭력 피해자 영상증인신문 전국 확대 - 34개 센터에서 19세 미만 아동·청소년 피해자 대상 시행” 2022. 7. 20.

라. 수사 단계에서의 증거보전 절차 관련 업무 지침 마련

경찰 수사 단계에서의 증거보전 절차 진행은 실무상 혼치 않았기 때문에, 경찰관들에게는 매우 낯선 제도이며, 피해자와 피의자들도 마찬가지이다. 그리고 판사들도 공판정에서의 직접 신문이 아닌 편면 중계 시스템을 이용해 전문조사관을 거쳐 신문하는 방식에 대해 충분히 이해하고 증인신문을 주재할 필요가 있다.

제도 도입에 따른 혼란을 최소화하기 위해 유관기관 공동으로 미성년 성폭력 피해자에 대한 증거보전 절차 운영 지침을 세부적으로 마련해야 한다. 법원, 검찰, 경찰이 증거보전 절차에서 어떤 역할을 수행할 것인지 구체적으로 명확하게 정리하는 것이 중요하다. 경찰의 경우 전문조사관과 수사팀의 역할을 유기적으로 구성하고, 피의자의 반대신문 의사 확인 절차 및 피해자 진술 영상녹화물 열람·등사 등 처릴 절차를 체계적으로 설계해야 한다.

법원의 경우 각 법관이 소송지휘권을 가지고 있어²²²⁾, 공판 진행의 세부 사항은 일반적으로 법관의 재량에 따라 달라질 수 있다. 따라서 새로 도입되는 제도의 시행 방식을 균질화하기 위해, 각 증거보전 전담 판사들이 증거보전 절차를 어떻게 주재하는지, 증인 신문시 어떤 부분을 고려해야 하는지에 대한 일반 지침이 필요하다. 앞서 법원행정처와 여성가족부가 영상증인신문을 전국 확대 시행할 때에도 ‘영상증인신문 운영 안내서’를 전국 법원과 해바라기센터에 배포한 바 있다. 안내서에는 증인신문 과정에서 2차 피해 방지를 위해 고려할 사항과 증인 신문 전후 단계에서 피해자 상담 및 심리치료 지원, 영상증인신문의 원활한 진행을 위한 업무처리 방침 등 내용이 담겨있다고 한다.²²³⁾

마지막으로 피해자·피의자들이 수사 단계에서의 증거보전 절차 진행의 취지와 내용을 정확하게 이해하고 충분히 대비할 수 있도록, 각 대상자들에게 맞는 ‘절차 안내서’ 등이 마련되어야 한다. 피해자는 수사 초기에 국선변호사가 선임되는 경우가 많아, 변호사를 통해 절차에 대해 어느 정도 안내를 받을 수 있을 것이다. 하지만, 피의자는 스스로 변호인을 선임하지 않는 이상, 증거보전 준비기일이 개시되고 나서야만 법원이 직권으로 변호인을 선임하여 주기 때문에, ‘피의자 방어권 보장’을 위해서는 증거보

222) 형사소송법 제279조(재판장의 소송지휘권) 공판기일의 소송지휘는 재판장이 한다.

223) 상동

전 절차에 대한 정확한 안내가 중요하다. 경찰 수사팀에서 반대신문의사 확인 과정에서 피의자에게 절차를 설명하겠지만, 정확한 정보 제공을 위해서는 안내서가 사전에 배부되는 것이 효과적이다.

6. 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)의 한계

지금까지 「성폭력처벌법」 개정안(정부안) 시행을 전제로 수사과정에서 어떠한 변화가 예상되며, 관련하여 어떤 사전 조치가 필요한지에 대해 살펴보았다. 하지만, 법무부가 마련한 정부안의 실효성에 대해 우려하는 목소리도 있다. 최근에도 이와 관련하여 “아동 최상의 이익의 원칙”에 입각한 성폭력처벌법 대안 입법을 위한 국회 간담회(‘22. 9. 5.)²²⁴⁾가 개최되기도 하였다. 이에, 정부안의 한계에 대해서도 살펴보하고자 한다.

가. 증거보전 절차의 내재적 한계

증거보전 제도는 원래 공판 절차까지 기다려서는 증거 사용이 불가능하거나, 곤란한 경우 검사, 피의자, 피고인 또는 변호인의 청구에 의해 판사가 미리 증거조사(압수, 수색, 검증, 증인신문, 감정 등)를 해 결과를 보전하는 제도이다.²²⁵⁾ 다만, 「성폭력처벌법」은 성범죄의 특성을 고려해 피해자나 경찰도 ‘증거보전’ 청구를 검사에게 요청할 수 있도록 특례를 규정하였으며²²⁶⁾, 다만, 위헌 결정 전에는 미성년 피해자의 진술 녹화영상물이 증거보전 절차 없이도 바로 증거로 사용되어 사실상 요청의 필요성이 없었다.

위헌 결정 시 헌법재판소는 이러한 미성년 피해자의 보호를 위한 대안의 하나로

224) (주최)박주민 의원 (주관)사단법인 탁틴내일, 서울대학교 법학전문대학원 공익법률센터, 세이브더칠드런, 아동인권포럼

225) 형사소송법 제184조(증거보전의 청구와 그 절차) ①검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다.

226) 「성폭력처벌법」 제41조(증거보전의 특례) ① 피해자나 그 법정대리인 또는 경찰은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있을 때에는 제30조에 따라 촬영된 영상물 또는 그 밖의 다른 증거에 대하여 검사에게 「형사소송법」 제184조 제1항에 따른 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있다. 피해자가 16세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 공판기일에 출석하여 증언하는 것에 현저히 곤란한 사정이 있는 것으로 본다.

기존의 증거보전 절차를 적극 활용하면 된다고 밝혔다.²²⁷⁾ 이에 대해 피해자가 수사기관에서 진술 후 다시 증거보전 절차를 위해 법정에 출석해서 하고, 반대 신문으로 인한 피해는 공판 단계에서 법정 출석하여 진술하는 것과 실질적으로 동일할 뿐 아니라, 공판 단계에서의 법정 출석 가능성이 남아 있다는 비판이 많았다.²²⁸⁾ 수사 단계에서 증거보전 절차를 거쳤어도 증거보전 전담 판사와 본안 담당 판사가 다르기 때문에, 본안 사건에서 피고인이 신청하거나 판사가 필요하다고 판단할 경우, 재차 증인 신문을 할 수 있다.²²⁹⁾

법무부 개정안은 증거보전 절차 상 증인 신문을 할 때 편면 중계 시스템을 이용하고, 전문조사관이 신문을 중개하도록 하여, 피해자가 직접 반대 신문에 노출되는 것으로 인해 발생할 수 있는 2차 피해를 최소화하는데 중점을 두었다. 하지만, 피의자의 반대 신문권 보장을 증거보전 절차를 통해 달성하려고 하고 있어, 피해자의 반복 진술 가능성을 근본적으로 차단할 수 없다. 피의자 또는 피고인의 증거보전 요청 횟수에 제한이 없으며, 공소 제기 이후 공판 단계에서 피해자가 증인으로 소환되는 횟수에 대해서도 별다른 제한이 없다.²³⁰⁾ “정부 개정안은 미성년 피해자의 특성(연령과 발달과정상 2차 가해에 취약하며 자기 보호능력이 약한 점), 증거보전절차의 특성(공소제기 전 단계의 절차로, 형사 재판 담당 판사와 다른 판사가 절차를 진행하는 점)을 간과한 개정안으로서 미성년 성폭력 피해자에 대한 2차 가해가 심각하게 우려된다”는 지적²³¹⁾이 일리가 있다.

나. 수사 단계에서의 조기 증거 개시로 인한 문제점

법무부는 개정안 논의과정에서 수사 초기 단계에 증거보전 절차를 통해 피의자의 반대신문권을 보장하여, 이후 공판 절차에서의 피해자 출석을 최소화 할 수 있도록

227) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524결정

228) 오선희. (2022). 아동·청소년 피해자를 위한 새로운 제도의 방향, 법원 현대사회와 성범죄 연구회 긴급토론회 자료집, 법원 현대사회와 성범죄 연구회, 2022. 1. 10. 63p~71p

229) 오정희. (2022)., 2018헌바524 위헌결정에 따른 실무상 대책, 법원 현대사회와 성범죄 연구회 긴급토론회 자료집, 법원 현대사회와 성범죄 연구회, 2022. 1. 10. 73p~86p

230) 소라미. (2022). 정부발의 성폭력처벌법 일부개정안에 대한 비판적 검토 및 개정 방안, ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, (사)탁틴내일 등, 2022. 9. 5. 42p~68p

231) 상동

하겠다는 입장을 밝혔다. 피해자는 초기에 형사절차에서 해방되어야 하므로, 피의자의 반대신문권을 불가피하게 보장해야 한다면, 가급적 피해자의 1회 진술과 최대한 근접한 시기에 2차 진술을 할 수 있도록 절차를 설계해야 한다는 것이다.²³²⁾

하지만, 이에 대해 재판절차와 수사절차의 차이를 간과한 것으로, “증거보전절차를 통해 최초 진술부터 피의자가 반대신문권을 이율로 개입하게 된다면 최초 진술이 단서가 되어 확보될 증거들을 피의자측이 인멸할 가능성도 적지 않고, 특히 피의자가 친족인 경우 피해자가 추가 진술을 하지 못하도록 회유할 가능성도 높아진다.”는 비판이 있다.²³³⁾ 반대신문권 보장을 위해서는 원칙적으로 피의자에게 피해자의 진술 내용을 제공해야 하는데, 수사가 충분히 진행되어 피해자 진술과 관련한 증거 수집이 어느 정도 마무리된 후가 아니라면, 오히려 피의자가 피해자 진술의 허점을 파고들어 수사망을 빠져나갈 수 있다는 이야기다.

이런 문제 의식을 반영하여, 개정안은 피의자 반대신문 의사 확인할 때 및 피해자 영상녹화물을 피의자에게 열람·등사해 줄 때 피해자 위해, 증거인멸, 수사 장애 우려 등을 유예 또는 제한 사유로 정하고 있다.²³⁴⁾ 이로 인해, 실무상은 수사가 거의 마무리되는 시점에 피의자의 반대신문 의사 유무를 확인하게 될 것으로 보이는 바, 되려 이로 인해 법무부가 최초에 언급한 수사 초기 단계에 피해자를 형사절차에서 해방한다는 목적은 달성하기 어려워 보인다.

232) 문지선. (2022). 대안입법의 방향, ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’ 자료집, 한국여성변호사회, 2022. 3. 17. 87p~91p

233) 신수경. (2022). 미성년 피해자 영상진술 특례조항 위헌 결정 이후의 대응 방안, ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’ 자료집, 한국여성변호사회, 2022. 3. 17. 35p~84p

234) 「성폭력처벌법」 개정안 제30조의2(19세 미만 등 성폭력범죄의 피해자 반대신문 의사 확인절차) ① 검사 또는 사법경찰관은 제30조제1항에 따라 영상녹화한 경우 다음 각 호의 사유가 인정되는 때에는 피의자, 피고인 또는 변호인에게 제30조제1항에 따른 영상녹화물이 증거로 사용될 수 있고 증거보전절차에서 피해자를 증인으로 신문할 기회가 있음을 서면으로 신속하게 통지하여야 한다. 다만, 피해자에 대한 위해 우려, 증거인멸의 염려 또는 관련 사건 수사에 장애 우려 등이 있는 경우에는 그 사유가 해소되기 전까지 통지하지 아니할 수 있다.

개정안 제30조의3(영상녹화물 등의 열람 등) ① 제30조의2제1항의 통지를 받은 피의자, 피고인 또는 변호인은 제30조제1항에 따른 영상녹화물의 음향에 대한 열람 및 영상녹화물의 녹취서 또는 영상녹화 과정에서 작성한 조서의 열람·등사를 신청할 수 있다. 다만 변호인이 있는 피의자 또는 피고인은 열람만을 신청할 수 있다.

② 검사 또는 사법경찰관은 제1항에 따라 열람·등사 신청을 받은 때에는 이를 허가하여야 한다. 다만, 피해자 보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사를 허용하지 아니할 상당한 사유가 있다고 인정하는 때에는 이를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다.

또한, 열람·등사 신청은 원칙적으로 ‘허가해야 한다’고 규정하면서, 예외적으로 범위를 ‘제한할 수 있다’고 규정하고 있어, 예외 규정의 실효성이 의문스럽다는 의견도 있다.²³⁵⁾ 피해자 진술 영상녹화물 열람·등사를 제한하기 위해서는 증거 인멸, 수사 장애 등이 우려되는 구체적인 사유가 있어야 하므로, 실제로는 개인정보 및 민감정보 외에는 특별한 제한 없이 피해자에게 제공될 가능성이 높다. 피해자의 진술 내용의 일부만을 한정적으로 제공하는 경우, 피의자가 향후 공판 단계에서 증거보전 절차 진행 시 반대신문권을 충분히 보장받지 못했다고 주장하며, 피해자 반대신문을 재차 요청할 수 있기 때문이다.

공판 단계에서 증거가 개시되고, 증거능력을 다투게 되는 다른 형사사건과 달리 피의자에게 피해자의 진술 등 증거가 빨리 개시되고, 피의자가 조기에 이에 대비할 수 있다는 점은 피해자 입장에서는 큰 부담이다. 2차 진술의 시기를 공판 단계에서 수사 단계로 일정 기간 앞당겨 와 피해자가 얻을 수 있는 실익과 이로 인한 피해자의 손실을 비교할 때 과연 피해자에게 도움이 되는 제도가 될 수 있을지 의문이다.

다. 수사 기간 장기화 및 복잡한 절차

개정안에 따라 피의자에게 반대신문 의사를 확인하기 위해 서면 통보하고 나면, 피의자에게 20일간 회신 기간을 줘야 하고, 증거보전 준비기일을 열고, 검사 및 피의자 변호사의 일정을 조율하여 증거보전 기일을 지정해 증인 신문을 진행하는데 최소 1주일 이상 소요될 것이다. 결국 수사 기간이 4주 이상 길어질 수 밖에 없다. 피해자가 이후 법정에 출석할 가능성이 완전히 배제되는 것이 아니며, 수사 기간이 장기화되는 만큼 공판 단계에서 소요되는 시간이 감소할 것이라고 예상하기도 어렵다. 사실상 증거보전 절차 전담 업무가 증가하게 되므로, 전담 판사 인력 추가 확보가 없다면 업무 증가로 인한 영향이 공판 지연으로 연결될 가능성도 있다.

또한 개정안은 피의자의 반대신문권 보장을 위해 증거보전 절차를 활용함으로써 수사 단계에서 공판 단계에서와 동일한 수준으로 증인 신문을 진행하도록 하고 있는

235) 최란. (2022). 다시 피해자의 권리부터: 아동 최상의 이익의 원칙에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회간담회 토론회, ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, (사)탁틴내일 등, 2022. 9. 5. 70p~75p

데, 반대신문권 보장이 반드시 법정에서의 보장 방식과 동일한 절차를 통해서만 가능한 것인지 의문이다. 외국 입법례²³⁶⁾ 및 유럽인권재판소 판례²³⁷⁾ 등을 살펴보면, 반대신문권 보장이 반드시 ‘법관’ 및 모든 당사자(검사, 피의자 측)가 참여하는 방식일 필요가 없음에도 개정안은 2차 조사 참여자 범위를 넓게 규정하여 운영이 어렵고, 소요 시간이 길다.

피해자들이 원하는 형사 절차에서의 해방이 과연 추가 진술을 하지 않는 것에 그치는 것일까? 피해자들은 최대한 신속하게 가해자가 자신이 저지른 범죄에 걸맞는 형벌을 받는다고 판결을 받는 것을 원하며, 진정한 ‘형사 절차에서의 해방’은 이런 판결이 나온 때를 의미한다고 보는 것이 맞다. 이런 측면에서 본다면, 개정안의 복잡한 증거보전 절차와 수사 절차 지연은 피해자들에게는 오히려 득보다 실이 많다고 생각된다.

라. 반대신문권 보장의 적절성에 대한 논란의 소지 有

바르나후스 모델을 살펴보면 피해자 조사를 담당하는 전문조사관은 향후 증인 신문을 중개하고, 신문 중개시 법관·수사기관·피의자 및 피의자 변호사의 신문 내용을 종합하여 피해자를 조사하여야 하며, 이때 피의자의 반대신문 내용을 정확히 반영하면서도, 2차 피해를 유발하는 적대적 질문을 수정, 객관적으로 면담 방식을 결정해야 한다. 전문조사관의 역량 따라 진술의 품질과 2차 피해 여부가 좌우되는바, 피해자가 안정된 상황에서 풍부한 진술을 할 수 있도록 아동의 심리 및 아동조사기법 등에 전문성이 갖추어야 하며, 경찰관이 피해자 조사를 하는 국가 외에(노르웨이, 스웨덴), 경찰관 또는 민간 아동전문조사관이 피해자를 조사하는 나라도 있다(아이슬란드, 핀란드).²³⁸⁾

피고인 방어권 보장이라는 헌법재판소 위헌 결정과 「성폭력처벌법」의 개정 취지, 국가(수사기관)-피고인(피의자)이 법관 앞에서 당사자로서 다투는 우리 형사 소송 체

236) Anna Kaldal. Comparative review of Legislation Related to Barnahus in Nordic Countries. 2020. 9. 14.

237) Eur. Court HR, S.N. Case v. Sweden, judgment of 2 July 2002, para. 47. 유럽인권재판소는 “피고인의 변호인이 수사단계에서의 피해자 조사에 참여할 기회가 부여되었으나 참여하지 않았고, 연기신청을 할 수도 있었으나 하지 않은 점, 경찰에 신문사항을 전달해 신문에 반영되었고, 신문 후 녹취록을 확인하였음에도 이의를 제기하지 않은 점 등을 지적하며, 피고인을 유죄로 인정한 스웨덴 법원은 피고인의 반대신문권을 침해하지 않았다”고 판시

238) Trond Myklebust. (2017). The Nordic Model of Handling Children’s Testimonies, Collaborating Against Child Abuse, Palgrave Macmillan. 97p~119p

계를 고려할 때, 수사기관인 경찰이 증인 신문을 중개하는 것은 부적절할 수 있다. 피해자 조사를 전담하는 경찰관은 애초에 피해자와 라포를 형성하고, 피해자의 입장에서 사건 내용을 접한 상황이며, 수사 업무를 수행하는 자로서 기본적으로 피의자의 혐의를 입증하는 방향으로 업무를 처리할 수밖에 없다. 비록 법관이 신문을 주재한다고 하더라도, 경찰 수사관이 피의자의 반대 신문을 중개하는 경우, 이후 공판 절차에서 피고인이 증인 신문 시 경찰관이 피해자에게 유리하게 신문을 중개하고, 자신의 방어권을 충분히 보장받지 못했다고 주장할 위험이 상존한다. 이런 경우 결국은 피해자가 공판정에 다시 출석하여 반대신문을 진행하게 될 가능성이 높다.

경찰관인 전문조사관이 증인 신문을 중개하는 것보다는, 법원 또는 독립위원회, 단체(바르나후스) 등의 소속으로 전문조사관을 두고, 경찰 수사관은 피해자를 1차 조사하고, 이후 증인신문 등 단계는 전문조사관이 중립적 입장에서 법원 등 관련자를 총괄하여 진행하는 것이 타당하다. 바르나후스 소속 민간조사관이 법관 등의 지휘를 받아 피해자를 포렌식 인터뷰하는 아이슬란드 모델을 참고할 만하다.²³⁹⁾

라. 일률적인 증거보전 절차 운영으로 인한 비효율 및 피해자 보호 약화

개정안의 문제점 중 많은 지적을 받고 있는 것 중 하나는 피해자가 불필요한 반대신문을 거치게 된다는 점이다. 최란 한국성폭력상담소 부소장은 “대검찰청 「2021 범죄분석」에 따르면 전체 성폭력범죄의 기소율은 48.6%이며, 과반수의 성폭력 범죄는 불송치, 불기소, 기소중지 등으로 수사단계에서 종결되나, 정부 발의안대로 한다면, 송치 또는 기소 여부에 따라 반대신문이 불필요할 수 있는 19세 미만 등 피해자까지도 피의자 등이 원하지 아니한다는 의사를 표시하지 않으면 전면적·일률적으로 증거보전 절차에서 반대신문을 받을 수 있다”²⁴⁰⁾고 주장했다. 지난해 전체 성범죄(강간, 강제추행) 피의자에 대한 경찰 단계에서의 송치결정율은 71.5%에 달하지만,²⁴¹⁾ 검찰 단계에서 보완 수사 등을 거쳐 증거가 불충분한 경우 기소에 이르지 못하여, 기소율은 송치결

239) 상동

240) 최란. (2022). 다시 피해자의 권리부터: 아동 최상의 이익의 원칙에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회간담회 토론회, ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, (사)탁틴내일 등, 2022. 9. 5. 70p~75p

241) 경찰청. (2021). 경찰범죄통계 - II. 범죄발생검거 및 수사결과 현황 - 9. 사범경찰관 결정

정율보다 낮은 것으로 보인다. 개정안이 시행된다면, 사실상 50% 정도의 피해자가 불필요한 반대신문 절차를 거쳐야 하며, 반대신문 절차에서 피의자 측 변호인이 선임되어, 피의자에 대한 보호가 두터워 질 것이다. 이에 따라 경찰 단계에서의 송치결정율도 현재보다 낮아질 것이 예상된다. 「성폭력처벌법」이 미성년자를 대상으로 성폭력 범죄를 저지른 피의자를 다른 범죄 피의자보다 두텁게 보호하는 역설적인 결과가 발생한다.

피해자의 진술 외에 다른 보강 증거가 없는 경우가 많은 성폭력 범죄의 특성과 자기 보호 능력이 부족한 미성년 피해자의 특성을 고려할 때, 형사사법 절차에서 다른 범죄보다 피해자 보호가 더욱 강하게 이루어져야 할 것임에도, 위헌 결정 이후 피의자의 반대신문권을 보장해야 한다는 것을 명분으로 되려 가해자에 대한 지원과 보호가 여타 범죄보다 상대적으로 강화되는 구조가 된 것이다. 앞서 언급했던 바와 같이 피해자 국선변호사 인력이 부족하여 실질적인 피해자 지원이 힘든 상황에서, 한정적인 국선변호인 인력을 피의자에게 지원해야 하는 것도 문제다.

제 6 장

성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

결 론

승재현·선미화

제1절 | 헌법재판소 “구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원”사건의 위헌 판결의 문제점

1. 최근 아동 청소년 대상 성폭력범죄 현황

2019년을 기준으로, 지난 10년 동안 아동과 청소년 대상 성폭력범죄는 14.3% 증가하였으며, 상대적으로 13세 미만 연령층 대상 성폭력범죄 증가폭은 더 크며, 미성년 피해자에 대한 성폭력범죄는 주거지나 노상에서 발생하는 경우가 많고(13세 미만의 경우 주거지 37.7%, 노상 17.5%, 청소년의 경우 주거지 24.4%, 노상 14.1%), 범죄의 30% 이상은 친족, 이웃, 지인, 친구 등 피해자와 일정한 관계가 있는 사람 사이에서 발생하고, 특히 13세 미만 피해자의 경우 친족 등 밀접한 관계에 있는 사람이 가해자인 비율이 높아, 미성년 피해자의 상당수는 외상후 스트레스 장애나 후유 장애를 겪고, 각종 사회부적응 현상을 겪는 등 범죄행위로 인한 피해의 회복에 어려움을 겪고 있다.²⁴²⁾

2. 성폭력 범죄에 있어서 반대신문권시 발생하는 문제점

성폭력범죄의 경우, 범행 당시 특별한 물적 증거가 남지 않거나 목격자가 없는 경우가 많고 피해자 진술의 신빙성이 중요한 사건이 다수여서, 피고인이 범행을 부인하는 때에는 피해자의 법정 증언 시 진술의 신빙성에 대한 격렬한 탄핵이 이루어져,

242) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 781

법정에서 성폭력 피해를 복기하고 격렬한 탄핵의 과정은 범죄행위만큼이나 피해자에게 강한 정신적 충격과 모멸감을 줄 수 있다.²⁴³⁾

특히 피해자 진술의 약점을 지적하여야 할 반대신문이 피해자에 대한 공격의 방식으로 이루어지는 경우, 예컨대 피해자의 성품이나 평소 행동에 대한 편견을 조장하는 경우에는 반대신문에 기대하는 기능과 달리 피해자에게 수치심, 곤혹, 공포 기타 심리적 압박과 정신적 고통 등 2차 피해만을 발생시킬 수도 있다.²⁴⁴⁾

법원은 당해사건과 무관한 피해자의 사생활에 관한 신문 또는 진술이 이루어지거나 피해자가 성적 수치심 또는 공포감을 느낄 수 있는 상황이 발생하지 않도록 노력하여야 하고,²⁴⁵⁾ 반대신문권의 남용은 법관의 소송상 신문지휘권을 통해 억제될 수 있지만, 위협적이고 모욕적인 신문의 금지 등 추상적 제한²⁴⁶⁾ 외에는 **규범적으로 신문사항에 대한 구체적 제한이 없고, 반대신문사항의 경우 사전에 미리 제출을 명할 법률적 근거가 없어** 질문이 진행되는 짧은 순간에 즉시 판단하여 제한하는 데는 어려움이 있으므로 **반대신문의 제한에 관한 실무례가 충분히 축적되어 있다고 보기 어려운 것이 현실이다.**²⁴⁷⁾

피고인의 이익을 위하여 증인의 진술이 거짓임을 탄핵하는 것을 본질적인 목적으로 하는 반대신문의 거친 공격 앞에 미성년 피해자를 노출하는 위험은 피할 수 없고, 이를 통해 미성년 피해자가 과거의 끔찍한 피해경험에 대한 반복적인 회상을 강요받게 되는 것을 막을 수는 없으므로 미성년 피해자에게 발생하는 2차 피해를 방지하는데 한계가 있다.²⁴⁸⁾

243) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 781

244) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 781

245) 성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙 제2조 제2항

246) 형사소송규칙 제74조 제2항

247) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 782

248) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 782

3. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항의 제정 취지

가. 피해자의 소송상의 지위

형사소송절차의 형성과 관련해서는 실체적 진실의 발견과 피고인의 권리 보장이라는 목적에 가려져, 피해자의 지위는 크게 주목받지 못하였고, 피고인이 형사절차에서 소송의 주체로서 역할 하는 것과 달리 피해자는 단순한 소송의 객체로서 심리의 대상이 되었다.²⁴⁹⁾

나. 전문법칙 예외로서 영상녹화물의 증거능력 인정 필요성

성폭력처벌법은 성폭력범죄자의 처벌에 관한 형사법적 규율 이외에 피해자의 보호를 위한 수사 및 재판절차에 관한 형사소송법적 규율을 포함하고 있는데, 수사기관이 미성년 피해자를 조사하는 과정을 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술에 대해, 원진술자인 미성년 피해자가 아닌 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등의 성립인정 진술만으로 증거능력을 인정하도록 증거능력의 특례를 규정하여, 미성년 피해자가 법정 진술과정에서 받을 수 있는 심리적·정서적 충격 등 새로운 추가피해(이하 ‘2차 피해’라 한다)를 방지하기 위한 것이다.²⁵⁰⁾

특히 증거능력이 인정될 수 있는 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술은 사건 내지 수사 초기의 생생한 기억 속에서 이루어진 진술로서, 녹화·보존의 방법 및 영상물이 갖는 증거방법의 특성상, 진술에 허위개입의 여지가 적고 진술내용의 임의성에 대한 판단이 용이하여 신용성이 정황적으로 보장된다고 볼 수 있어, 다른 증거 방법에 의한 통상의 전문증거에 비하여 반대신문에 의한 검증의 필요성이 상대적으로 적을 뿐만 아니라 그 자체로 미성년 피해자 진술의 신빙성 판단에 필요한 요소를 충분히 갖추고 있다고 볼 수 있기 때문에 제정된 것이다.²⁵¹⁾

249) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 780

250) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 780

251) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 783

다. 영상녹화물의 특징

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조에서는 미성년 피해자의 진술 내용 및 조사과정이 적법하게 촬영·보존된 영상물이 법원에 증거로 제출된 경우에 한하여 원진술자의 법정 진술 없이도 그 증거능력이 인정될 수 있도록 하고 있는데, 여기서 전문법칙의 예외가 인정되는 것은 일반적인 진술조서나 진술서가 아닌 진술의 전체 과정이 고스란히 담긴 영상물에 수록된 진술이며, 이러한 영상물은 진술이 이루어지는 당시의 시각적 장면과 음성을 기술적으로 거의 완전하게 재생할 수 있고, 진술의 취득과정 전체와 이른바 ‘태도증거’에 해당하는 진술자의 표정, 어조, 진술태도 및 언어의 미묘한 차이 등을 실제 눈앞에서 보는 것과 같이 드러낸다.²⁵²⁾

이를 통해 법원 및 피고인 등은 질문자의 부적절한 암시나 잘못된 정보제공·반복적인 질문을 통한 유도신문, 진술의 강요나 회유 등이 있었는지 여부 등을 구체적으로 확인할 수 있고, 법원은 정신건강의학과 의사, 심리학자, 사회복지학자, 그 밖의 관련 전문가로부터 피해자의 정신·심리 상태에 대한 진단 소견 및 피해자의 진술 내용에 관한 의견을 조회할 수 있다.²⁵³⁾

라. 영상물의 증거능력과 증명력은 법원의 판단

영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력이 인정된다 하더라도, 이는 피고인의 참여 없이 수사기관에 의하여 작성된 미성년 피해자의 진술이라는 한계 내에서만 증거능력이 있을 뿐이며, 법원은 위와 같은 사정을 포함하여 논리와 경험의 법칙에 따라 미성년 피해자 진술의 증명력을 판단하게 된다.²⁵⁴⁾

마. 반대신문권 기회 보장

만일 법원은 미성년 피해자 진술의 신빙성이나 구체성, 사건의 내용 등을 통한

252) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 783

253) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제33조 제1항

254) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바 524 결정문 p. 784

심증의 형성 가부, 피고인 주장의 합리성이나 구체성을 비롯한 반대신문의 필요성, 그 밖에 피해자의 연령과 출석의지 등 실제적 진실발견과 미성년 피해자의 보호를 포함한 제반 사정을 고려하고 관련된 이익을 비교하여 그 필요성이 인정되는 경우, 형사소송법 제294조, 제295조에 따라 원진술자인 미성년 피해자를 피고인 및 변호인의 신청 또는 직권으로 증인으로 소환하여 신문할 수 있어 반대신문의 기회가 원천적으로 봉쇄된 것도 아니다.²⁵⁵⁾

제2절 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)의 개선·보완에 대한 경찰청의 의견

1. 경찰청 의견²⁵⁶⁾

앞서 살펴본 대로, 현재 법무부의 「성폭력처벌법」 개정안은 피의자의 반대신문권을 보장하면서도 피해자가 반복 진술로 2차 피해를 받지 않도록 증거보전 절차를 도입하고자 하였으나, ①수사 단계에서 조기에 피의자에게 피해자의 진술 등 증거를 개시하고, 피의자에게 변호인을 선임하여 이에 대비할 수 있도록 하는 점 ②일률적으로 대부분의 피해자가 기소 여부와 상관없이 법관이 주재하고 전문조사관 및 검사·피의자 측이 참여하는 복잡한 절차의 증인 신문을 거쳐야 하는 점 ③수사 기간이 장기화되는 점 등에도 불구하고, 피해자가 법정에서 출석하여 증언을 해야 하는 상황을 원천적으로 막을 수 없어, 입법의 실효성이 불명확하다. 개정안을 보완할 수 있는 방안이 있는지 살펴보겠다.

가. 증거보전 및 증인 신문 횟수 제한

복잡하고 시간이 소요되는 증거보전 절차를 통해 피의자의 반대신문을 거친 피해자

255) 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원, 2018헌바524 결정문 p. 784

256) 이 부분도 앞서 말한 ‘입장’이 아니라 ‘의견’으로 제목을 정한 이유는 경찰청의 공식적인 의견이 아니라 경찰청 여성청소년범죄수사과 선미화 경정의 개인의 의견이기 때문임

는 향후 법정에서 반복 진술을 하지 않아도 된다는 실익이 있어야 한다. 현행법 상으로는 증거보전 절차 또는 공판 단계에서의 증인 신문은 거치는 것은 피의자(피고인) 측의 요청에 따라 혹은 판사의 직권으로 결정하는 것으로, 판사가 신문의 필요성이 없다고 판단하면 불허할 수 있다. 다만, 이런 결정을 판사의 소송지휘권 영역에 남겨둘 것이 아니라, 동일 사안에 대한 증인 신문은 증거보전절차를 포함해 1회에 한정한다는 것을 명문화 할 필요가 있다. 사안의 동일성에 대한 판단은 결국 판사가 하게 되더라도, 증인 신문 횟수를 제한하는 원칙을 마련하는 것이 중요하다.

한국여성변호사회 신수경 변호사도 “피의자의 청구로 진행된 증거보전 절차의 경우, 본안 재판에서의 미성년 피해자의 재소환을 제한하는 입법을 둘 여지가 있다”고 주장했다.²⁵⁷⁾ 신 변호사는 증거보전을 거친 경우 원칙적으로 피해자를 증인으로 신청할 수 없도록 하고, 피해자를 증인으로 소환하지 아니할 경우 피고인의 방어권 행사에 현저히 곤란한 사정이 있음을 소명하는 경우는 예외로 하는 것을 제안하였다.²⁵⁸⁾

만약 증인 신문 횟수를 제한하는 것이 지나치게 기계적이거나, 판사의 소송지휘권을 침해하는 것이라면, 실무적으로는 최초에 수사 단계에서 증거보전 절차를 진행한 판사가 향후 해당 사건의 본안 심판을 담당하도록 하는 것도 피해자의 법정 출석을 줄일 수 있는 하나의 방법이 될 것이다.

나. 경찰 수사 종료 후 증인신문 절차 진행

앞서 살펴본 대로, 피해자 진술 영상녹화물의 열람·등사 후 증거 인멸 및 피해자 2차 가해 등 우려로 인해 피의자의 반대신문 의사 확인 및 증거보전 절차 진행은 사실상 증거 수집과 피의자 조사가 마무리된 단계에서 진행될 수 밖에 없을 것으로 예상된다. 그렇다면, 최소한 경찰 수사가 종결되어 불송치 결정되는 사건에 대해서는 증거보전을 진행하지 않고, 경찰 수사를 신속히 마무리하여 검찰 송치 후 검찰 단계에서 증거보전절차를 진행하는 것이 더 효율적일 것이다. 경찰 수사 종결 단계에서 송치 결정하는 데까지 시간이 크게 소요되지 않으면서도, 불필요한 증거보전 절차를

257) 신수경. (2022). 미성년 피해자 영상진술 특례조항 위헌 결정 이후의 대응 방안, ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’ 자료집, 한국여성변호사회, 2022. 3. 17. 35p~84p

258) 상동

30% 정도 줄일 수 있다.

증거보전 절차 상 증인 신문에 참여하는 수사기관은 검사이므로, 경찰 수사 단계에서 증인 신문이 진행되는 경우, 증거보전 절차 담당 검사가 경찰에서 사건 기록을 송부 받아 사건 내용을 파악하고 증인 신문에 절차에 참여할 수 밖에 없어, 이 과정에서 인력과 시간이 소요된다. 또한 증거보전 절차를 담당한 검사가 이후 사건 수사 검사 또는 공판 검사와 동일한 검사가 아닐 가능성이 높아 이 과정에서 인력과 시간이 낭비된다. 검찰이 사건을 송치받은 후 증거보전 절차를 진행하게 되면, 수사 담당 검사가 사건 기록 검토 후 증거보전 절차에 참여하므로 증인 신문도 내실 있게 진행할 수 있을 뿐 아니라, 불필요한 인력 및 시간 소모도 줄일 수 있다.

다. 실질적인 반대신문 사항 확인을 통한 증인 신문 절차 간소화

피의자가 반대신문을 원하는 경우 조건 없이 증거보전 절차를 통해 증인 신문을 하는 것 보다는 피의자의 방어권 보장에 필요한 경우에 한정하여 증인 신문을 할 수 있도록 법원이 증거보전 절차 개시 여부를 결정할 수 있도록 해야 한다. 법원은 증거보전 준비기일을 열고, 피의자 또는 피의자 변호인에게서 신문사항을 서면으로 제출 받고, 이에 대해 검사, 피의자 또는 피의자 변호인, 아동전문조사관, 피해자 변호사, 진술조력인과 신문할 사항 및 신문 방법에 대해 의견을 듣고, 신문 사항과 신문 방법 등을 정한다.²⁵⁹⁾

이때 판사가 피의자 측이 제출한 신문 사항이 실질적으로 피해자에 대한 신문이 필요한 사항인지 판단하고, 필요성이 없는 경우 증거보전 절차를 중지할 수 있는 조항을 추가하면, 피해자의 반복 진술 부담을 최소화 할 수 있다. 판사가 피의자 측이

259) 「성폭력처벌법」 개정안 제40조의2(19세 미만 등 성폭력범죄 피해자 증인신문을 위한 공판준비절차) ① 재판장은 19세 미만 등 성폭력범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에 피해자 보호 및 원활한 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부쳐야 한다.

② 법원은 신문계획을 수립하기 위하여 공판준비기일을 지정하여야 한다.

③ 법원은 공판준비기일에 증인신문을 중개할 아동전문조사관, 진술조력인을 출석하게 할 수 있다.

④ 피해자 변호사는 공판준비기일에 출석할 수 있다.

⑤ 검사, 피고인 또는 변호인은 사전에 법원에 신문사항을 기재한 서면을 제출하여야 한다.

⑥ 법원은 증인인 피해자에게 신문할 사항과 신문 방법 등을 정해야한다. 이 경우 검사, 피고인 또는 변호인, 아동전문조사관, 피해자 변호사, 진술조력인은 신문할 사항과 신문 방법 등에 관한 의견을 제시할 수 있다.

제출한 신문 사항이 피해자 진술 외에 사건 기록에 현출되어 있는 다른 증거로 명확히 입증되는 내용이거나, 피해자 진술이 명확하여 반복 질문하는 것이 의미가 없는 경우, 또는 사건 내용과 직접적인 관계가 없는 경우 등 신문의 실익이 없을 때 증거보전 절차를 중지할 수 있도록 하고, 이 때 피해자의 진술 영상녹화물은 반대 신문을 거친 것으로 간주하는 것이다.

라. 전문조사관의 전문성·중립성 보장

앞서 살펴본 반대신문권 보장의 적절성 문제를 해결하기 위해, 피해자 전문조사관의 중립성을 확보하는 것이 필요하다. 수사기관 소속으로 피해자를 조사하는 것보다는 ‘해바라기센터’ 또는 다른 독립한 기관이나 기구 소속으로 하여 피해자를 조사하고, 증인 신문도 중개하도록 하여, 피의자가 방어권을 제대로 보장받지 못했다고 주장할 만한 여지를 남기지 않아야 한다. 시행 초기에는 피해자 조사에 전문성을 가진 인력을 확보하는데 어려움이 예상되므로, 기존 해바라기센터 경찰 수사관들을 중심으로 경찰 인력을 활용하되, 파견 등 형식으로 경찰 수사 인력과 별도로 운영할 필요가 있다. 아동 심리 또는 상담 기법 전공자 등을 특채하여 조사 기법을 교육한 후, 전문조사관으로 활동하게 하는 방안도 검토해 볼 수 있다. 특히, 법무부가 최초로 벤치마킹했던 바르나투스 모델을 실질적으로 도입하기 위해서는 이러한 전문인력 확보가 중요하다.

2. 「성폭력처벌법」 개정안(정부안) 외에 대안 입법 방안

가. 증거보전 절차보다 간이한 방식의 ‘반대신문권’ 보장

바르나투스 모델을 활용하는 스웨덴의 경우 아동 피해자를 전문조사관이 1차 면담한 후, 가해자에게 1차 면담자료를 제공하고 추가 조사가 필요한 내용이 있으면 질문지를 작성하여 제출하게 한 후, 검사와 전문조사관이 질문지를 아동친화적 방식으로 수정하여 피해자를 추가 조사하는데, 추가 조사 비율은 10% 정도에 불과하며, 이후 법정에서 피해자를 반대신문하는 것은 금지되어 있다고 한다.²⁶⁰⁾ 이처럼, 굳이 법관이

260) 이현숙. (2022). 북유럽의 바르나투스 모델에 비춰 본 정부 개정안의 문제점, ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, (사)탁틴내일 등.

주재하는 증거보전 절차에 매이지 않고, 미성년 피해자를 보호하면서도 피의자의 반대신문권을 일정 수준 보장하는 선에서 입법안을 마련하는 방안도 검토가 필요하다.

한국여성변호사회에서 심포지엄 시 주장했던 ‘수사단계에서의 반대신문권 보장을 전제로 한 영상녹화물 증거 특례’ 마련 방안도 충분히 논의해볼 가치가 있다.²⁶¹⁾ 실제로 수사 단계에서 참여 및 의견 개진 절차를 어떻게 마련할 지는 사회적 논의를 거쳐 하위 법령으로 규정할 수 있을 것이다.

▶▶▶ [표 4] 수사단계에서의 반대신문권 보장을 전제로 한 영상녹화물 증거 특례 案²⁶²⁾

현 행	개 정 안
제 30조(영상물의 촬영·보존 등) ① 성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오 녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다. ② ∞ ⑤ 생략 ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.	제 30조(영상물의 촬영·보존 등) ① (현행과 같음) 피고인, 피의자 또는 변호인은 위 조사 과정에 참여할 수 있으며, 피해자 진술에 대하여 의견을 개진할 수 있다. ② ∞ ⑤ (현행과 같음) ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 동항 단서에 따라 피고인, 피의자 또는 변호인의 조사과정 참여 또는 피해자 진술에 대한 의견 개진이 있었던 경우에 한하여, 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.

나. 피해자 연령 및 발달 상태에 따른 증거능력 특례 마련

헌법재판소는 기존 「성폭력처벌법」 제30조 제6항이 피의자의 반대신문권을 과도하게 침해한다고 위헌 결정을 하였다.²⁶³⁾ 기존 조항이 19세 미만, 장애인 피해자의 진술 영상녹화물에 대해 일률적으로 증거능력을 인정한 것이 과도하다는 취지이다. 그렇다

2022. 9. 5. 28p~39p

261) 신수경. (2022). 미성년 피해자 영상진술 특례조항 위헌 결정 이후의 대응 방안, ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’ 자료집, 한국여성변호사회, 2022. 3. 17. 35p~84p

262) 상동

263) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524결정

면, 아동 피해자의 연령 및 발달 상태에 따라 증거능력 특례 조항을 한정적으로 규정하고, 나머지 피해자에 대해서는 피의자의 반대신문권을 보장해 주는 방식으로 법을 개정하는 것도 현재 결정의 취지에 반한다고 볼 수 없다.

임수희 부장판사도 이와 유사한 취지로 “피해자의 진술은 공판준비 또는 공판기일에 피해자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 다만 아래 각 호의 척도에 따라 불가피한 경우에는 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술로써 그 성립의 진정함을 인정할 수 있다.”라고 개정안의 예시를 들면서, 그 척도로 ①피해자의 연령 및 발달 수준 ②피해 발화 내지 발현이 비언어적인 정도 ③피해의 경중, 피해 결과의 내면화 또는 관계성의 정도 등을 제안하였다.²⁶⁴⁾

같은 취지로 13세 미만을 기준으로 하여 증거능력의 특례를 두자는 주장도 기준이 명확하고, 실현가능성이 높은 의견으로 생각된다.²⁶⁵⁾

▶▶▶ [표 5] 「성폭력처벌법」 제30조 제6항 개정안 案²⁶⁶⁾

현행	개정안
제 30조(영상물의 촬영·보존 등) ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.	제 30조(영상물의 촬영·보존 등) ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 진술자였던 피해자가 그 내용을 인정할 때 증거로 할 수 있다. 다만 피해자가 다음 각 호에 해당하는 경우에는 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다. 1. 13세 미만인 경우 2. 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우 3. 피해자의 연령 및 피해자의 발달 수준, 장애의 정도를 종합적으로 고려하여, 기억 또는

264) 임수희. (2022). 성범죄·아동학대범죄 피해아동 진술 등의 증거방법과 아동의 특별한 보호, ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’ 자료집, 한국여성보호사회, 2022. 3. 17. 99p~119p

265) 소라미. (2022). 정부발의 성폭력 처벌법 일부개정안에 대한 비판적 검토 및 개정 방안, ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, (사)탁틴내일 등, 2022. 9. 5. 42p~68p

266) 상동

현 행	개 정 안
	증언능력의 상실, 외상 후 스트레스 장애 등 피해 후유증, 자해·자살의 우려 등으로 피해자가 공판준비기일 또는 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 곤란하거나 적당하지 아니한 경우

3. 소결

헌법재판소의 위헌 결정 이후 법무부를 비롯한 유관기관과 여러 전문가들이 위헌 결정의 취지에 반하지 않으면서도, 미성년 피해자를 충분히 보호할 수 있는 대안을 찾기 위해 고민해왔다. 이런 과정을 거쳐 ‘성폭력처벌법’ 개정안(정부안)이 발의되었으나, 여러 가지 면에서 미성년 성폭력 피해자에 대한 고려가 부족하다고 보인다.

입법안의 국회 논의 과정에서 그러한 문제점들에 대한 대안이 충분히 논의되어, 피해자 보호를 위한 장치들이 개선되길 바란다. 또한, 증거능력 확보 문제에만 매몰되어 증거보전 절차 특례 마련에만 얽매일 것이 아니라, 좀 더 거시적인 관점에서 성폭력을 포함한 모든 범죄의 미성년 피해자에 대한 지원이 적절하게 충분히 이루어질 수 있도록 ‘바르나후스’ 모델이 실질적으로 우리나라 상황에 맞게 도입될 수 있도록 검토해야 한다. 성폭력 피해자 지원은 여성가족부, 아동학대 피해자 지원은 보건복지부 사무로 각 피해자에 대한 지원 절차가 분산되어 운영되고 있다. 이런 부분에 대한 근본적인 고민이 필요하다.

마지막으로, ‘성폭력처벌법’ 개정안(정부안)이 이대로 시행된다면, 수사 현장에서 실제로 법 개정 취지에 맞게 제도가 제대로 작동할 수 있도록, 인력·예산 등 인프라가 최대한 확보되어야 할 것이다.

제3절 「성폭력처벌법」 개정안(정부안)에 대한 개선방안 제시

헌법재판소에서 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제30조 제6항에 따르면 성폭력 피해자가 19세 미만인 경우 피해자 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 하고, 이에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있도록 규정하고 있었다. 그런데 이 조항에 대해 헌법재판소가 피해의 최소성 위반, 법익의 균형성 위반을 들어 단순위헌 결정을 하였다.

단순위헌결정으로 참으로 어처구니없는 상황이 발생했다. 10세 전후 되는 성폭력 미성년자도 피고인이 반대신문을 원하면 속절없이 법원에 증인으로 출석해 사건 당일의 기억을 다시 해야 하며, 피고인 측의 가혹한 반대신문에 노출될 수 밖에 없다.

이에 국회의 법무부는 이러한 반대신문으로 인한 미성년자의 2차 가해를 막으면서도 헌법재판소 취지에 맞게 반대신문을 보장할 수 있는 여러방안을 강구하였다. 이에 본 연구는 국회법제사법위원회 전문위원의 의견, 법원행정처의 의견, 경찰청의 의견 및 법무부의 개정안의 모델이 된 바르나 후스에 대해 북유럽 법무부, 형사정책기관, 대학교 등에 방문하여 생생한 현장경험을 들었으며, 이러한 내용을 본 연구에 담았다.

바르나 후스 모델은 한마디로 성폭력 피해를 입은 아동에게 가장 친화적인 환경에 수사와 재판에 필요한 모든 절차를 진행한다는 것이다.

연구자가 바르나 후스 모델을 진행하고 있는 핀란드, 스웨덴의 전문가와 출장 후 다시 이메일 등을 통해 반복적으로 확인한 것은 수사단계에서 개입하는 진술조력인은 전문가라는 점, 진술조력인이 인터뷰를 진행한다는 것이다. 수사단계에서도 경찰이나 검사가 직접질문을 하지 않도록 하는 것이다.

진술조력인이 인터뷰 하는 내용을 영상녹화 한 뒤 공판단계에서 영상녹화물을 시청한 피고인측 변호인이 법정에서 영상녹화에 참여한 진술조력인을 통해 성폭력 피해자에게 질문을 하도록 한다. 절대 피고인 측이 직접 성폭력 피해자에게 질문을 할 수 없도록 하고 있는 것이다. 이렇게 진술조력인을 통해 질문을 했다면 반대신문권 보장

되는 것이다.

사건 초기에 가해자가 사건에 개입해 피해자에게 질문은 허용되지 않아야 한다. 또한 법원의 개입은 증거보전 준비절차를 통해 허용되어야 한다.

피해자가 자신의 피해자실을 진술할 때 가해자가 개입되는 것은 사건의 실제진실에 반할 수 있다. 특히 사건이 친족간의 범행인 경우에는 더 그렇다. 또 법원도 개입도 조금은 어색하다.

일반적인 증거보전과 달리 미성년 성폭력 범죄에 있어서 증거보전은 사실상의 본안 재판과 다름이 없다. 그러한 점에서 단순히 경찰이 증거보전을 신청하고 검찰이 증거보전을 청구하면 법원이 증거보전절차를 개시하는 것은 법원의 판사의 소송지휘권이 나 사건의 실제 발견에 도움이 되지 않는다. 그러므로 증거보전절차는 반드시 증거보전 준비절차를 거쳐 진행되어야 한다.

1. 전문조사관(진술조력인) 양성

가. 개요

헌법재판소 위헌 결정 이후 미성년 성폭력 피해 사건에서 피해자의 진술을 이끌어내는 가장 중요한 역할을 하는 사람은 바로 전문조사관(진술조력인)이다.²⁶⁷⁾ 전문조사관(진술조력인)은 처음 사건을 접했을 때 해당 사건의 실체를 밝혀내기 위해 상처받고 마음이 닫혀있는 미성년자의 진술을 이끌어내어야 한다. 그러므로 법률적 지식도 있어야 하며, 심리학적 지식을 갖추고 있어야 한다.

나. 전문조사관(진술조력인)은 누가 되어야 하는가?

법무부에서는 경찰을 전문조사관(진술조력인)을 공무원으로 한다고 했다. 특히 전문조사관을 경찰이 담당한다고 했는데, 당장은 이러한 방법을 취할 수 밖에 없을 것으로 보인다. 왜냐하면 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 했다면 전문조사관(진술조력인)을

267) 국회 소위에서도 자주 언급되는 것이 신뢰관계자 동석 부분인데, 친족간의 성폭력 범죄에서는 절대 친족이 신뢰관계자가 되어선 안된다. 또한 후견이도 신뢰관계자가 동석하면 안된다. 이러한 경우 신뢰관계가 역시 피해자의 변호인 혹은 공익의 대표자인 검사가 되어야 한다.

양성할 수 있는 시간이 존재했을 수 있다. 그러나 현실은 오늘 당장 발생하는 미성년 성폭력범죄에 전문조사관(진술조력인)이 필요하다. 그러므로 현재와 같이 해바라기 센터에 있는 경찰관이 전문조사관(진술조력인)이 되는 것이 당장에선 최선이다.

그러나 장기적으로는 사건을 실체를 밝혀야 하는 당사자 일방이 전문조사관(진술조력인)이 된다면 사건의 중립적 판단에 논란을 일으킬 수 있다. 그러므로 장기적으로 변호사 중에서 학부에서 의학이나 심리학 박사를 취득한자 중에서 진술조력인 자격을 부여하거나, 향후 정신과 혹은 심리학 박사 중에서 일정한 시험을 거쳐 선발된 자를 대상으로 진술조력인 자격을 부여하여야 할 것이다.

이렇게 전문조사관제도가 도입되어야 하는 이유는 현재 법원에 성폭력 전담부가 있지만 2년이다. 경찰과 검찰의 경우에도 성폭력 전담을 계속하게 할 수 없다. 그렇기 때문에 법원, 경찰, 검찰은 이 분야에 전문가가 될 수 없다. 자신의 법관, 경찰, 검사 20년 이상 경력에 불과 10% ~ 20% 정도 성폭력에 전담하는 것이다. 그것도 초임때 약 2년 그리고 10이상 지나서 고위직 때 약 2년 정도다. 그렇다면 성폭력 전담조사관 제도의 도입은 미성년자를 보호하고 실제진실의 발견을 위해서 선택의 문제가 아니라 당위의 문제라고 생각한다.

2. 반대신문권의 보장

반대신문권 보장은 최대한의 보장이 아니라 최소한의 보장이면 된다. 그게 헌법재판소도 인정한 사실이다. 그러므로 반대신문권은 보장하되 절대 미성년 피해자에 대해 2차 가해가 발생하지 않을 수 있는 방안을 찾아야 한다.

원칙은 미성년 피해자가 사건 관계 진술을 전 수사와 재판 절차를 통해 딱 2번만 허용해야 한다. 처음 자신의 피해사실을 진술할 때, 그리고 반대신문할 때 이다. 그리고 이러한 반대신문은 무조건 진술조력인을 통해 질문되어야 한다. 피의자 측 혹은 피고인 측의 직접 질문은 허용되어서는 안된다.

가. 증거보전절차를 통한 반대신문권 보장

(1) 필요적 증거보전 준비절차 진행

반대신문권 보장은 ‘증거보전절차’를 통해 할 수 있다. 당연히 가능하다. 다만 수소 법원이 아니라는 점에서 증거보전절차를 진행하기 위해서는 준비절차가 있어야 한다. 수사진행단계에서 하는 증거보전절차라는 점에서 준비절차는 선택의 문제가 아니라 당위의 문제이다. 법원행정처가 말하듯 절차지연이 피해자 보호에 앞설 순 없다.

(2) 피의자측의 직접 반대신문 금지

증거보전 절차에서 진행되는 반대신문 역시 최초에 피해자의 진술을 받은 장소에서 같은 진술조력인이 피의자 측 반대신문을 듣고, 진술조력인이 피해자에게 질문해야 한다. 이때 진술조력인의 질문에 이의가 있는 경우에는 먼저 검사의 의견을 듣고, 법원의 판단이 요구된다. 반일 진술조력인의 질문이 사건의 실체발견에 맞지 않다면 법원이 피의자측 반대신문을 대신해야 할 것이다. 대한민국의 형사재판은 당사자주의가 아니라 직권조사가 가능하기 때문이다. 특히 피해자의 인권에 반하는 질문을 하는 경우에는 절대 같은 질문이 반복되는 것은 지양해야 한다.

나. 공판단계에서 반대신문권 보장

(1) 피고인측의 직접 반대신문 금지

공판정에서 피고인측의 요청에 의해 반대신문이 이루어지는 경우에 있어서도 그 반대신문 장소는 법정이 되어서는 안된다. 피고인의 목소리가 직접 피해자에게 들리게 해서는 안되기 때문이다. 그러므로 반대신문의 장소는 처음 피해자가 진술을 한 장소에서 당시 진술조력인이 반대신문을 듣고 피해자에게 질문을 해야 한다.²⁶⁸⁾ 이때 진술조력인의 질문에 이의가 있는 경우에는 먼저 검사의 의견을 듣고, 법원의 판단이 요구된다. 반일 진술조력인의 질문이 사건의 실체발견에 맞지 않다면 법원이 피의자측 반대신문을 대신해야 할 것이다.

268) 이러한 점에서 경찰이 진술조력인이 되어서는 안되는 것이다.

1. 문헌 자료

- Anna Kaldal. Comparative review of Legislation Related to Barnahus in Nordic Countries. 2020. 9. 14.
- 선미화. (2022). 성착취 피해 아동 보호 관련 토론문, “성매매는 성착취다”-십대여성인권센터 의료지원현황 분석을 중심으로. 국회여성아동인권포럼 정책토론회 자료집. 2022. 9. 5. 83p~88p
- 신수경. (2022). 미성년 피해자 영상진술 특례조항 위헌 결정 이후의 대응 방안, ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’ 자료집, 한국여성변호사회, 2022. 3. 17. 35p~84p
- Trond Myklebust. (2017). The Nordic Model of Handling Children’s Testimonies, Collaborating Against Child Abuse, Palgrave Macmillan. 97p~119p
- 오선희. (2022). 아동·청소년 피해자를 위한 새로운 제도의 방향, 법원 현대사회와 성범죄 연구회 긴급토론회 자료집, 법원 현대사회와 성범죄 연구회, 2022. 1. 10. 63p~71p
- 오정희. (2022)., 2018헌바524 위헌결정에 따른 실무상 대책, 법원 현대사회와 성범죄 연구회 긴급토론회 자료집, 법원 현대사회와 성범죄 연구회, 2022. 1. 10. 73p~86p
- 소라미. (2022). 정부발의 성폭력 처벌법 일부개정안에 대한 비판적 검토 및 개정 방안, ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, (사)탁틴내일 등, 2022. 9. 5. 42p~68p
- 문지선. (2022). 대안입법의 방향, ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’ 자료집, 한국여성변호사회, 2022. 3. 17. 87p~91p
- 최란. (2022). 다시 피해자의 권리부터: 아동 최상의 이익의 원칙에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회간담회 토론문, ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, (사)탁틴내일 등, 2022.

9. 5. 70p~75p

이현숙. (2022). 북유럽의 바르나하우스 모델에 비춰 본 정부 개정안의 문제점, ‘아동 최상의 이익의 원칙’에 입각한 「성폭력처벌법」 대안입법을 위한 국회 간담회 자료집, (사)탁틴내일 등, 2022. 9. 5. 28p~39p

임수희. (2022). 성범죄·아동학대범죄 피해아동 진술 등의 증거방법과 아동의 특별한 보호, ‘미성년 피해자 영상진술 특례 조항 위헌 결정 이후의 대응 방안 심포지엄’ 자료집, 한국여성변호사회, 2022. 3. 17. 99p~119p

2. 판례

헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524결정

Eur. Court HR, S.N. Case v. Sweden, judgment of 2 July 2002

3. 보도자료

법원행정처·여성가족부 공동보도자료. (2022). “해바라기센터 연계 성폭력 피해자 영상 증인신문 전국 확대 - 34개 센터에서 19세 미만 아동·청소년 피해자 대상 시행 ” 2022. 7. 20.

법무부 보도자료. (2022). 미성년 성폭력 피해자 맞춤형 증거보전절차 도입-「성폭력처벌법」 개정안 국무회의 통과, 2022. 6. 29.

4. 언론 보도

뉴스1. (2022). 초등생 ‘성범죄 피해자’ 법정 선다... “선부른 위헌 결정으로 혼란” 비판, 2022. 1. 9.

한겨레. (2022). 6살까지 법정 출석하라 판... 성폭력 피해 아동 ‘2차 피해’ 현실로, 2022. 1. 4.

법조신문. (2022). 미성년 성폭력 피해자 영상진술 조항 위헌...후속 입법 전 대응책 마련을, 2022. 3. 15.

경향신문. (2022). 미성년 성폭력 피해 진술 어찌나.. 법무부도 ‘위헌’ 대책 마련 나섰다, 2022. 1. 5.

- 서울신문. (2021). 운영비 쪼들린 병원... 해바라기센터 중단, 갈 곳 잃은 ‘멍든 가슴’, 2021. 3. 3.
- 한국일보. (2022). 코로나에 성폭력 피해자 지원센터 ‘흔들’... 여가부 지원책 고심, 2022. 1. 26.
- KBS. (2022). 경찰 수사 부서 기피...“수사관 인원·지원 늘려야”, 2022. 10. 25
- 이데일리. (2022). 공룡경찰 압박?... “인력 없인 수사권 속빈 강정” 내부 골머리, 2022. 5. 3.
- 서울경제. (2022). 성범죄 급증하는데... 경찰 여성청소년과 수사 인력은 오히려 줄었다 - 여성청소년 사건 20% 증가에도 인원은 지난해 대비 150명 가량 감소, 2022. 10. 13.
- 동아일보. (2022). “소장 1장짜리, 9개월만에야 첫 재판”... 판사증원법은 국회서 공전, 2022. 9. 13.
- 뉴시스. (2022). 수사권조정 첫해... 경찰 처리기간 ‘6개월 초과’ 사건 급증, 2022. 8. 10.
- 뉴시스. (2022). 피해자 국선변호사 ‘태부족’... 지난해 1명당 64건 지원, 2022. 9. 30.
- 한국경제. (2021). ‘극한직업’된 국선변호인...“그만 두겠다” 속출, 2021. 10. 19.

5. 기타 자료

- 경찰청. (2021). 경찰범죄통계 - II. 범죄발생검거 및 수사결과 현황 - 6.범죄사건 처리 기간
- 경찰청. (2021). 경찰범죄통계 - II. 범죄발생검거 및 수사결과 현황 - 9. 사법경찰관 결정



Improvement Plans for the Unconstitutionality of the Special Provisions for Video Statements of Minor Victims in Sexual Violence Crimes

Soung Jea Hyen, Sun Mi Hwa

In December 2021, the Constitutional Court ruled unconstitutional about the video statement of minor sexual assault victims. Afterwards, from June to October 2022, 262 minors who were victims of sexual violence were adopted as witnesses. If the number of witnesses admitted in 4 months is 262, that is 786 in 1 year. There will definitely be secondary harm in the cross-examination in the court.

To prevent such secondary harm, the Ministry of Justice benchmarked the Barnahus model of Northern Europe and proposed an amendment to the Act on Punishment of Sexual Crimes. However, the court presented an opposing opinion to the bill, citing problems with the defendant's right to cross-examination.

Both the Ministry of Justice and the court opinions are valid. Most importantly, it is an effective way to prevent secondary harm while guaranteeing the right to cross-examination. The best way to prevent secondary harm is that a minor victim's statement should be made only twice during the investigation and in court. And the victim's testimony in court should not be made by the accused either.

In addition, a person with a third independent qualification, not an official

of the investigative agency, should be a statement assistant. Considering these circumstances comprehensively, we tried to find a way to find out the truth by preventing secondary harm by minors and guaranteeing the right to cross-examination.

연구총서 22-AB-06

성폭력 범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정 관련 개선방안

발 행 | 2022년 12월

발 행 처 | 한국형사·법무정책연구원

발 행 인 | 하 태 훈

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kicj.re.kr

정 가 | 7,000원

인 쇄 | (주)현대아트컴 02)2278-4482

I S B N | 979-11-91565-64-5 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.