

# 성폭력범죄에 있어서 피해자인권과 가해자인권

김 혜 정\*

## I. 들어가는 말

최근 2-3년 사이에 우리사회에서 주목을 끈 몇몇 극악한 성폭력범죄의 발생으로 인하여 성폭력범죄는 지금 우리사회의 중요한 화두로 등장하고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 사회적 상황은 성폭력범죄자, 특히 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄자에 대하여 강경한 형사제재를 부과해야 한다는 국민적 공감대를 형성시키고 있다. 이에 화학적 거세를 비롯하여 전자위치추적장치의 부착 등과 같은 강력한 사후적 제재를 해야 한다는 주장에서부터 특별법을 포함한 전반적인 형사법에서 성폭력범죄와 관련한 법률을 전면 개정해야 한다는 여론의 목소리가 높아지고 있고, 이를 반영하듯이 현재 국회에는 무려 13개의 성폭력관련 개정법률안이 계류 중에 있다.

무엇보다도 성폭력범죄의 높은 재범률<sup>2)</sup>은 지금까지의 성폭력범죄에 대한 다양한 형사정책이 큰 효과를 얻지 못하고 있다는 것을 대변해주는 것이라고 할 수 있으며, 따라서 이러한 성폭력범죄의 높은 재범률을 효과적으로 통제하기 위한 방안을 모색해야 할 필요성이 제기되고 있는 것은 충분히 공감되는 부분이다.

그러나 현실적인 필요성에 근거하여 강경론으로 정책방향을 정하는 것이 범죄예방에 실효성

---

\* 영남대 법대 교수

1) 최근의 강간(성폭력 포함)범죄 발생추이를 살펴보면, 2000년에 10,189명에서 2001년에 10,446명, 2002년에 9,435명, 2003년에 10,365명, 2004년에 11,105명으로 2002년에 잠시 감소하는 추세를 보이다가 다시 급증하기 시작하였다(법무연수원, 범죄백서, 2005, 54면 참조). 특히 아동에 대한 성폭력범죄 발생건수도 2002년 422건, 2003년 384건, 2004년(1월에서 7월 사이의 통계) 343건에 이르고 있어 더 이상 간과할 수 없는 상황이라고 본다(이계경, “성폭력 범죄의 현황과 실효적 대책을 위한 전제”, 전자위치확인제도도입 대토론회 자료집, 2005. 5. 13, 12면 참조).

2) 검찰청 통계에 따르면, 2000년에 성폭력범죄 (동종)재범자 수가 459명에서 2001년에 469명, 2002년에 778명, 2003년에 730명, 2004년에 527명으로 2004년을 제외하고 계속 증가하는 추세에 있다. 특히 1년 이내 재범율이 2000년에 44.2%(203명), 2001년에 37.5%(176명), 2002년에 38.9%(303명), 2003년에 34.9%(255명), 2004년에 33.6%(177명)로 상당히 높은 수준으로 나타나고 있다(대검찰청, 범죄분석, 2004, 528면, 2005, 558면 등 참조).

을 담보할 수 있을 것인지에 대하여 한번쯤 고민을 해볼 필요가 있다고 생각된다. 강성처벌만이 진정으로 범죄피해자가 원하는 해결방안이 될 수 있을 것인지에 대해서도 의문이다. 성폭력 범죄자에 대하여 올바르게 처벌하는 것이 필요하다는 것은 재론의 여지가 없지만, 이러한 처벌 과정에서 잊지 말아야 할 것이 또한 피해자와 가해자의 인권에 대한 문제라고 생각하기 때문이다.

## II. 성폭력범죄에 대한 형법기본방향의 재정립

최근 급격히 증가하는 성폭력범죄의 심각성, 특히 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄의 심각성으로 적극적인 대책방안이 필요하다는 국민적 공감대가 형성되어 있고, 이러한 공감대에 힘입어 성폭력범죄자를 거세해야 한다는 극단적인 강경론까지 등장하고 있다는 것은 이미 언급한 바이다. 그러나 사실 지금까지 성폭력범죄에 대해 우리 사법부가 미온적인 대응태도를 보여 왔던 부분을 부인하기 어려울 것으로 본다. 이러한 부분이 여론에 의해 비판을 받으면서 성폭력범죄에 대하여 극단적으로 엄격한 제재로 무게 중심이 쏠리고 있는 것이 과연 합리적인 정책방향인 것인지는 의문이다.

형법은 개인 또는 공공의 법익이 침해되고 위태화 되는 경우에만 개입하여야 하고, 다른 경한 수단이 충분한 보호를 제공하지 않는 경우에만 적용되어야 하는 보충성·최후수단성의 원칙에 입각하고 있다. 나아가 형벌이라는 수단이 당해 법익의 보호를 위하여 적절한 수단인가 하는 점에서 이익과 해악도 교량 되어야 하는 비례성의 원칙도 무시되어서는 안될 중요한 원칙이다.<sup>3)</sup>

이러한 관점에서 성폭력범죄에 대한 보다 적절한 대응은 오히려 잘못된 법해석을 통해 자칫 범죄자들이 형사사법상의 제재를 받지 않고 거리를 확보하는 불합리한 상황이 전개되지 않도록 적어도 성폭력범죄에 있어서 형사사법 상의 정의를 충실히 실행하는 것이 먼저 필요한 것은 아닌지 자문해 볼 일이다.

이런 관점에서 성폭력사범의 재범방지를 위한 형사사법적 개선방안으로는 먼저 전체적인 형사절차 상 문제점을 개선하는 것이 필요하다고 본다. 수사단계에서 볼 때, 수사과정에서 성폭력 피해자에 대하여 나타날 수 있는 제2의 피해자화를 방지하기 위한 방안을 마련할 필요가 있다. 자칫 수사과정에서 성폭력피해자에게 범죄과정을 재연하게 함으로써 수치심을 느끼게 한다거나, 혹은 피해의 원인이 피해자 자신에게 있다고 인식시키는 등과 같은 잘못된 관행이 하루속히 제

3) 한상훈, 최근 독일의 성폭력범죄에 대한 입법과 성적 자기결정의 보호성“, 인도주의적 형사법과 형사정책, 又凡 이수성선생 화갑기념논문집 간행위원회, 2000, 193면 참조.

거되어야 할 것이라고 본다.

재판단계에서 보면, 성폭력범죄는 일반적으로 은밀할 곳에서 발생하는 특성상 증거조사가 쉽지 않은 어려움이 있다. 특히 아동에 대한 성폭력범죄의 경우, 피해자인 아동의 진술획득이 쉽지 않아 증거조사는 더욱 더 어려워진다고 볼 수 있다. 따라서 이와 관련하여 비디오진술녹화 등과 같이 보다 합리적인 증거조사방법의 활성화방안을 강구할 필요가 있다.

무엇보다도 형의 선고단계에서는 보다 엄격한 양형심사를 통해 적절한 형벌을 부과하는 등의 형사절차상의 문제점을 정비하고 난 후에 새로운 제도의 도입을 검토해도 늦지 않을 것으로 판단된다.<sup>4)</sup>

이런 관점에서 성폭력범죄에 대한 기본적인 형사법의 기본 방향을 정립하는데 성폭력피해자의 인권은 말할 것도 없으려니와 가해자 인권에 대한 고려도 함께 이루어지는 것이 필요하다고 본다.

### III. 성폭력범죄에서 고려되어야 할 피해자 인권

#### 1. 피해자의 진정한 성적자기결정권의 보호

성폭력범죄에서 피해자인권을 논함에 있어 가장 먼저 생각해 보아야 할 것은 왜 우리 형법이 성폭력범죄를 처벌하고 있는가하는 점이다. 즉 성폭력범죄를 처벌하는 목적이 무엇인지, 어떤 법익을 보호하기 위하여 형사법에 규정되어 있는 것인가 하는 점이다.

성폭력범죄의 보호법익으로는 ‘성적 자유’ 내지 ‘성적 자기결정권’으로 보는 것이 일반적이다. 여기에서 ‘성적 자유’라 함은 적극적으로 성행위를 할 수 있는 자유가 아니라 소극적으로 원치 않는 성행위를 하지 않을 자유<sup>5)</sup>를 말하고, ‘성적 자기결정권’이라 함은 성행위를 할 것인가 여부, 성행위를 하는 경우 그 상대방을 누구로 할 것인가 여부<sup>6)</sup> 및 성행위의 방법이나 태양 등을 스스로 결정할 수 있는 권리를 의미한다고 할 수 있다. 이러한 성적 자유나 성적 자기결정권은 헌법 제10조에 규정된 개인의 인격권이나 행복추구권 등에 그 헌법적 근거를 가지고 있다고 본다.<sup>7)</sup>

그런데 지금까지 이러한 성적 자기결정권이 사회적으로 그리고 법체계에서 구조화되는 데에

4) 김혜정, “성폭력사범의 재범방지를 위한 형사사법적 개선방안”, 영남법학 제12권 제1호, 2006, 105면 이하.

5) 배종대, 형법각론, 2006, 238면; 이재상, 형법각론, 2004, 155면.

6) 오영근, 형법각론, 2005, 167면.

7) 박재윤/구회근, 주석 형법 각칙 4, 한국사법행정학회, 2006, 225면.

있어 남성중심적인 성별 권력의 영향력아래 놓여있었던 것을 부인하기 어려운 면이 있었다. 가부장제 이데올로기는 전형적으로 순결관념을 통하여 여성의 성적 욕망을 제어하며, 여성 스스로 성적 욕망을 언어로 표출하는 것을 제한하게 만들고 있는 것이다. 그 결과 성폭력에 있어서도 피해자인 여성의 성적 언어와 행동은 남성의 시각에서 해석되게 되었다. 예컨대 밤늦은 시간에 술 한 잔 더하자는 남자친구의 제의에 여관방에 함께 들어간 여성의 행동은 종종 성관계에의 동의로 해석되며, 애인과 찐한 키스를 나누고자 하는 여성의 열정이 - 여성의 진정한 의사와는 무관하게 - 어느새 성교의 열망으로 치환되어 버린다는 것이 그것이다.<sup>8)</sup>

결국 이러한 문제의 해결을 위해서는 지금까지 여성의 정조와 순결을 강조하는 이데올로기, 남성과 여성의 성적 본능이 근본적으로 다르다는 통념, 남성과 여성에게 차별적으로 적용되는 성윤리, 성폭력 피해를 피해자의 부주의로 몰아가는 통념 등과 같은 잘못된 시각에서 개인의 성적 자기결정권을 인격권의 하나로 위치 지으면서 피해자를 성적 자율성의 주체로 바라보는 시각, 즉 사회인식의 변화가 필요하다고 할 것이다.<sup>9)</sup>

## 2. 친고죄 폐지와 피해자 보호와의 문제

성폭력범죄와 관련된 문제 중에서 또 하나 해결이 쉽지 않은 문제는 강간죄로 대표되는 성폭력범죄에서 친고죄 규정을 폐지할 것인가의 문제이다. 형법상 성폭력범죄 중에는 강간 등 상해·치상 및 살인·치사를 제외하고는 모두 친고죄로 구성되어 있다. 그에 비해 성폭력특별법상의 성폭력범죄 중에는 업무상 위력 등에 의한 추행, 공중밀집장소에서의 추행 및 통신매체이용음란죄를 제외한 경우 대부분 비친고죄로 구성되어 있다. 따라서 성폭력특별법이 아닌 형법으로 성폭력범죄를 규율할 경우 친고죄라는 소추요건에 의해 처벌이 어려워지는 사례가 상당히 많이 발생하고 있는 것으로 안다.<sup>10)</sup>

이처럼 상당수의 성폭력범죄를 친고죄로 한 것은 피해자의 사생활과 인격을 보호한다는 명분을 가지고 있다. 그런데 실제적인 상황에서 친고죄가 피해자를 보호하는 것인지에 대하여는 의문이 제기된다. 즉 친고죄규정이 오히려 피해자에게 고소를 꺼리게 하는 반면에 가해자로 하여금 고소취소를 받아내려고 하는 동기를 부여하고 있는 문제를 안고 있기 때문이다.

8) 이호중, “성폭력 형법 개정안의 주요내용과 쟁점”, 성폭력관련 형법개정안 공청회 자료집, 2007.2.8, 3면.

9) 이호중, 앞의 논문, 3면 참조. 이러한 주장은 현재 예컨대 성전환여성을 성폭력범죄 특히 강간죄의 객체로 인정하는 문제, 부부사이의 강간죄를 인정하는 문제, 데이트강간 등 비동의의 강간을 인정하는 문제 등과 같이 강간죄의 재구성을 요구하고 있다. 그에 대한 구체적인 내용은 김혜정, “시대의 변화에 따른 강간죄의 객체 및 행위태양에 관한 재구성”, 2006년도 한국비교형사법학회 동계학술논문발표회 자료집, 2007.1.19, 1면 이하 참조.

10) 김혜정, “성폭력범죄에 있어서 ‘항거불능인 상태’의 의미”, 형사판례연구 제14집, 2006, 368면 이하.

그런데 친고죄 폐지를 찬성하는 쪽이나 폐지를 반대하는 쪽이나 모두 피해자의 보호를 논거로 내세우고 있다. 다만 양측에서 말하는 피해자의 의미는 좀 다르다고 볼 수 있다. 즉 친고죄 존치론자들은 “성폭력피해의 외부공개를 꺼리는 피해자”의 보호가 중점인 반면에, 친고죄 폐지론에서는 남성중심적, 가부장적 성문화 속에서 성폭력 피해자가 선뜻 고소를 하기 어려운 상황에서 친고죄 규정은 이러한 어려움을 이데올로기적으로 더욱 가중시킨다는 점, 그리고 친고죄로 인해 피해자는 범죄자 측으로부터 고소를 하지 못하도록 혹은 고소를 취소하도록 온갖 회유와 협박에 시달리게 된다는 점을 지적하면서, “성폭력피해에 대하여 고소 등으로 적극적으로 문제 제기하고자 하는 피해자”의 보호에 역점을 두고 있다.<sup>11)</sup>

물론 친고죄규정 존치론자들의 주장과 같이, 무조건 모든 성폭력범죄를 비친고죄로 전환하는 것이 바람직할 것인가에 대하여 숙고를 해볼 여지는 분명히 있다고 본다. 그렇다면 결국 친고죄폐지의 주장이 설득력을 가지기 위해서는 성별 권력의 영향 아래 자신의 경험을 순응적으로 해석하고 자신의 경험을 공개적으로 드러내기를 꺼려하는 피해자의 목소리를 존중할 수 있는 법제도를 가져야 한다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 이러한 과제는 성폭력과 관련한 ‘형법’의 과제라기보다는 형사절차에서 피해자의 프라이버시와 인격권이 최대한 존중될 수 있는 법시스템을 구축하는 과제에 속한다고 볼 수 있다.<sup>12)</sup> 이러한 점에서 수사절차상의 제2피해자화의 방지를 위한 노력 또한 필요하다고 본다.

### 3. 수사과정에서의 제2피해자화의 방지

성폭력범죄의 수사과정을 살펴보면, 몇 번이고 반복되는 신문의 고통, 피고인과 대면함으로써 생기는 공포감이나 보복의 위협, 형사절차가 주는 압박감과 불안감을 해소할 수 있는 제도적 방안이 올바르게 강구되어 있다고 보기 어려운 면이 있다. 어쩌면 이러한 것들이 피해자로 하여금 형사절차를 기피하게 만드는 주요한 원인들로 작용하고 있다고 보아도 틀리지 않을 것으로 본다.

심지어 아동에 대한 성폭력사례에서 피해아동에 대한 조사과정을 하나의 예로 살펴보면, 아이에게 피해당한 상황을 그대로 재연을 하라고 시키고 가해자의 음부를 그리라고 하여 아이가 못 그린다고 하니까 여러 차례 그럴 것을 강요하였을 뿐만 아니라 못 그린다는 것은 아이가 거짓말을 하는 것이라고 다그치고, 심지어는 엄마 것과 비교해 보라고 하면서 강요하기까지 하였고, 결국에는 엄마가 아이에게 포르노 테이프 등을 보여주고 교육을 시킨 것 같아서 믿을 수 없었다면서 무혐의 처리하는 사례가 발생한 경우도 있다고 한다.<sup>13)</sup>

11) 이호중, 앞의 논문, 15면.

12) 이호중, 앞의 논문, 15면 이하 참조.

물론 최근 수사과정에서 제2피해자화를 막기 위한 일련의 방안들이 제시된 것으로 알고 있다. 예컨대 아동에 대한 성폭력범죄의 재판과정에서 실질적인 증거가 될 수 있는 아동의 증언에 대한 증거능력을 대부분 인정하지 않아 그 처벌이 원천적으로 불가능했던 종래의 법원태도가 그 증거능력을 적극적으로 검토<sup>14)</sup>하는 태도를 취하여 아동에 대한 성폭력범죄자의 처벌가능성을 실체화 한다거나, 경찰 등과 같은 수사기관에서 성폭력사건을 수사할 때는 외부와의 접촉을 차단하는 등 성폭력 피해자의 인적 사항 공개 금지를 의무화하고, 성폭력 피해자 인권을 보호하기 위해 전담조사제도를 도입하기로 했다고 한다.

사실 이러한 형사절차에서 피해자의 프라이버시와 인격권이 최대한 존중될 수 있는 법시스템을 구축에는 성폭력피해자를 바라보는 사회의 시각변화에서 그 출발점을 찾아야 할 것으로 본다.

### III. 제재부과의 기본원칙에서 바라본 가해자 인권

앞에서 살펴본 바와 같이, 성폭력범죄에 있어서 피해자의 인권이 올바르게 보호되어야 한다면, 그 반대에 위치한 가해자의 인권은 어떤 관점에서 접근해야 할 것인가? 사실 최근에 발생한 일련의 극악한 성폭력범죄로 인하여 성폭력범죄자에 대하여 강경한 형벌을 부과해야 한다는 주장이 제기되고 있지만, 과연 강경한 처벌이 진정한 범죄예방의 목적을 달성할 수 있을 것인지는 의문이다. 무엇보다도 사회를 개개인의 집합체로 이해하고, 그와 함께 개인과 사회사이의 모순을 해결하려고 노력하면 할수록, 사회는 법질서를 침해한 개개인을 단순히 사회로부터 격리시키기보다는 오히려 그들을 사회의 구성원으로서 모든 방법을 이용해서 재사회화시키고, 사회에서 그들이 새로운 몫을 성취할 수 있도록 노력할 필요가 있다고 보기 때문이다.

형사제재를 부과하는데 있어서 기본적으로 고려되어야 하는 요소로 책임원칙과 예방원칙은 형사제재를 결정하는데 기본원칙이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 기본원칙에 입각하여 생각하면, 최근에 우리나라에서 발생하고 있는 성폭력범죄의 심각한 상황에 근거하여 성폭력범죄자에 대한 강력한 제재라는 정책적 요구가 있다고 하더라도 다른 범죄와의 균형성을 고려하지 않을 수 없고, 다른 한편에서는 성폭력범죄(자)가 가지고 있는 특성을 고려하여 예방의 중요성을 강조하지 않을 수도 없다는 점에서 성폭력범죄자에 대한 형사제재결정의 어려움을 발견할 수 있다.

물론 최근에 책임원칙은 그 의미론적 불확실성 때문에 도그마틱에서는 책임개념의 확정을 위

13) 본 사례는 아동피해자 부모가 이계경국회의원실에 제출한 진정서를 참고한 내용임을 밝힌다.

14) 2006. 10. 12, 21:56 국민일보 (인터넷)기사 참조.

하여 별로 기여하는 바가 없으며, 또한 책임원칙으로부터 국가형벌권의 남용이나 오용을 견제할 수 있는 통제기능이 결론되는 것도 아니므로 책임원칙을 포기할 수 있다고 하는 견해도 제기되고 있다.<sup>15)</sup> 이는 전통적으로 책임에 대한 응보사상과 결부된 형벌필요성이 예방필요성으로 대체될 수 있다는 사고를 바탕으로 책임원칙에서 형벌근거기능은 배제하고 형벌제한기능만을 남겨두자는 주장을 시작으로, 한 걸음 더 나아가 극단적으로는 형벌제한적 기능마저 박탈해 버리고 책임원칙을 완전히 포기한 상태에서 오로지 사회방위라는 예방적 관점에서만 제재를 부과하겠다는 견해까지 주장되고 있는 것이다.

그러나 전통적인 책임원칙에 대한 ‘패러다임의 변화’<sup>16)</sup>에도 불구하고 형법상 책임원칙을 포기할 수는 없다고 본다. 무엇보다도 예방이론만을 추구하게 되는 경우 국가형벌권의 남용에 구실을 주는 위험이 발생할 수 있기 때문에 책임원칙을 발전적으로 구체화하면서 예방적 고려를 특별히 가미하는 제재방식을 고려할 필요가 있다.

무엇보다도 일반예방적인 효과는 범죄의 가중처벌이 아니라 오히려 범죄의 적극적인 소추에 의해 가능하며, 가중처벌은 단지 규범침해에 대한 ‘상징적인 기능’만을 지닌다는 점을 상기할 필요가 있다고 본다. 따라서 일반예방의 실효성과 관련하여, 형벌을 가중한다고 해서 범죄가 진압되는 것은 아니라는 주장은 의미가 있다고 본다. 이는 현실적인 타당성을 결여한 입법정책에 의해서 법이 양산된다는 느낌이 들게 되면 그 실효성도 자연스럽게 상실된다고 보기 때문이다.<sup>17)</sup>

일반예방적인 측면에서 성폭력범죄자를 가중처벌하고 이에 반해 그 피해자는 사회정책적인 입장에서 전적으로 보호하려는 입장은 어쩌면 문제의 한쪽 면만을 바라보는 정책일 수 있다. 왜냐하면 가벌성의 확대는 국가형벌권의 남용을 가져올 수도 있으며, 또한 가해자도 국가가 그 인권을 보호해야 할 피해자와 똑같은 우리사회의 한 구성원이기 때문이다. 따라서 새로운 제도의 도입에 앞서 현재의 형사사법체계의 재정비를 먼저 고민해 볼 필요가 있고, 그 후에 보다 다양한 각도에서 꼼꼼한 검토를 통해 적절한 제도의 도입이 이루어져야 할 것으로 본다.

#### IV. 맺는 말

성폭력범죄는 소위 ‘인격살인’이라고 불리울 만큼 중한 범죄임에는 틀림이 없다. 종래 우리 사회가 성폭력범죄의 심각성에 대한 인식이 부족했다면, 최근에는 그에 대한 재인식이 진행되

15) Baurmann, “Schuldlose Dogmatik?”, in: Lüderssen/Sack(Hrsg.), Abweichendes Verhalten IV, 1980, S. 196ff. 참조.

16) 그에 대한 자세한 내용은 심재우(편역), 책임형법론 - 형법상의 책임원칙에 관한 논쟁, 1995 참조.

17) 김영환, “성폭력대책 관련법률(안)과 현행 형사법체계와의 관계”, 형사정책 제7호, 1995, 264면 이하 참조.

는 과정에서 자칫 쏠림 현상이 나타나고 있는 것은 아닌지 우려되는 부분이 없지 않다.

그러나 지금이 성폭력범죄와 관련하여 올바른 시각을 재구성해야 할 시점임에는 분명하다고 생각된다. 다만 그러한 재구성과정에서 피해자인권뿐만 아니라 가해자인권까지도 고려된 합리적인 입법과 실효성 있는 정책이 입안되기를 바라는 마음이다.