

국민참여재판 및 배제제도의 개선방안에 관한 비교법적 연구

-미국의 성범죄 배심재판에서의 성폭력피해자보호법
(Rape Shield Law)을 중심으로-

이지나 (Gina S. Rhee)**

【목 차】

I. 미국 배심재판과 배제의 요건 및

절차

1. 미국 형사 배심제도의 성립
2. 배심원 설치
3. 배심원 평결
4. 배심재판 대상사건
5. 배심재판 포기

II. 성폭력범죄의 국민참여재판에서 피해자보호

1. 미국의 성폭력피해자보호법
2. 미국의 성폭력피해자보호법 관련 논의
3. 배심재판 보도 금지

III. 개선방안 제언

1. 우리나라 국민참여재판에서의 성폭력 피해자
2. 우리나라 성폭력 피해자 증인신문의 문제점 및 개선방안
3. 성폭력 사건에서의 배심원 선정절차 개정
4. 전문가증언 활용

IV. 소결

* 본 연구는 연세대학교 산학협력단의 2020년 법원행정처 정책연구 『국민참여재판 배제제도 개선방안』의 일부를 수정·보완한 것입니다. 연구에 함께 해주시고, 조언의 말씀을 아끼지 않아 주신 한상훈 교수님께 감사의 말씀 올립니다.

** 연세대학교 강사 (법학박사, Ph.D. J.D.)

【국 문 요 약】

본고에서는 비교법적 연구를 통하여 국민참여재판의 대상사건과 관련한 배제결정사유의 전체적인 재검토와 개정을 제안함으로써 국민참여재판의 활성화를 도모하고자 한다. 특히, 성폭력범죄에 대한 국민참여재판이 실시될 경우 발생할 수 있는 성폭력범죄 피해자의 2 차적 피해에 대한 우려와 관련하여 미국과의 비교법적 검토를 통하여 현행법상의 성폭력범죄피해자보호제도의 내용 및 피해자의 권리의 강화방안에 대해서 살펴보기로 한다. 많은 성폭력사건이 국민참여재판의 대상이 되고 있는 상황에서, 배심원들의 심리와 관련한 공판단계에서 있어 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 장치가 부재하며, 그러한 규정의 부재는 실제적 진실추구에 커다란 장애가 될 수 있다. 미국의 성폭력피해자보호법(Rape Shield Law)의 역사가 성폭력범죄사건에 있어 배심원들에게 관련성 없는 증거와의 접촉을 차단하고, 동시에 피해자에 대한 선입견을 방지함을 위해서 발전하였다는 점에 주목하여야 할 것이다. 만약 피고인 측에서 피해자의 과거 성적 이력 또는 성적 성향을 들춰내며 피해자의 부도덕성 또는 진실성을 지속해서 공격할 수 있도록 내버려둔다면 배심재판에 대한 국민의 신뢰는 저하될 것이다. 그러므로, 성폭력범죄사건에서 피고인의 배심재판을 받을 권리를 보장함과 동시에 실제적 진실발견, 그리고 피해자의 보호 이익을 만족시키기 위해서는 이러한 ‘강간통념(Rape Myth)’이 배심재판에 유입되지 않도록 관련 규정의 개선과 구체화가 절실히 요구된다.

들어가며

본고에서는 비교법적 연구를 통하여 국민참여재판의 대상사건과 관련한 배제결정사유의 전체적인 재검토와 개정을 제안함으로써 국민참여재판의 활성화를 도모하고자 함에 있다. 더 나아가, 성폭력범죄에 대한 국민참여재판이 실시될 경우 발생할 수 있는 성폭력범죄 피해자의 2차적 피해에 대한 우려와 관련하여 미국과의 비교법적 검토를 통하여 현행법상의 성폭력범죄 피해자 보호제도의 내용 및 피해자의 권리의 강화방안에 대해서도 살펴보기로 한다. 많은 성폭력사건이 국민참여재판의 대상이 되고 있는 상황에서, 배심원들의 심리와 관련한 공판단계에서 있어 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 장치가 부재하며, 그러한 규정의 부재는 실제적 진실추구에 커다란 장애가 될 수 있다.

미국의 성폭력피해자보호법(Rape Shield Law)의 역사가 성폭력범죄사건에 있어 배심원들에게 관련성 없는 증거와의 접촉을 차단하고, 동시에 피해자에 대한 선입견을 방지함을 위해서 발전하였다는 점에 주목하여야 할 것이다. 만약 피고인 측에서 피해자의 과거 성적 이력 또는 성적 성향을 들춰내며 피해자의 부도덕성 또는 진실성을 지속해서 공격할 수 있도록 내버려둔다면 배심재판에 대한 국민의 신뢰는 저하될 것이다. 따라서 성폭력범죄사건에서 피고인의 배심재판을 받을 권리를 보장함과 동시에 실제적 진실발견, 그리고 피해자의 보호 이익을 모두 만족시키기 위해서는 이러한 ‘강간통념(Rape Myth)’이 배심재판에 유입되지 않도록 관련 규정의 개선과 구체화가 절실히 요구된다.

제1장에서 미국의 배심제도에 대하여 전반적으로 검토하여보고, 구체적인 배제 요건 절차를 살펴보기로 한다. 제2장에서는 미국의 성폭력피해자보호법에 대하여 자세히 알아보고, 우리나라 국민참여재판의 문제점, 특히 성폭력 범죄에 대한 국민참여재판에 있어서의 피해자 보호의 문제점을 논하고자 한다. 마지막으로 제3장에서는 비교법적 고찰을 통한 개선방안 제시를 끝으로 글을 마무리하고자 한다.

I. 미국 배심재판과 배제의 요건 및 절차

미국 연방형사소송법(Federal Rules of Criminal Procedure) 제23조 (a)항에 의하면, 피고인은 서면으로 배심재판을 포기할 수 있고, 검사가 동의를 하고 법원이 이를 승인하여야 한다고 규정되어 있다. 피고인은 헌법상 배심재판을 받을 권리를 가지고 있으므로, 법관의 검토 및 재량으로 인하여 배심재판 자체를 배제시킬 수는 없다. 단, 소송당사자가 배심재판을 포기할 의사가 있고, 검사 또한 이에 동의를 한 경우에는 법원의 승인 하에 법관재판으로 진행될 수 있다. 1903년까지만 해도 배심원 재판에 대한 헌법보장의 본질과 그 목적을 표명하는 데 있어 의견 충돌이 있었는데, ‘배심에 의한 재판을 받을 권리’라는 해당 조항이 국가 정부의 일부인 법원을 설립하기 위함에 있었던 것인지, 아니면 피고인이 포기할 수 있는 단지 개인적인 특권의 성격인지가 쟁점이었다.¹⁾ 해당 조항은 국가 및 법원 설립에 있어서 구조적인 것이며 피고인 개인이 포기할 수 있는 성격의 것이 아니라는 의견으로 점차 기울어졌다.²⁾ 그러나, *Patton v. United States* 사건에서 연방대법원은 피고인의 의사에 따라 배심재판을 포기할 수 있다고 판시함에 따라 배심재판 포기가 가능해졌다.³⁾ 현재 배심재판 포기는 총 51개의 주에서 허용된다. 그 중에서도 법원 또는 검사 또는 법원과 검사 양측 모두의 동의를 얻어야만 포기가 가능한 주가 있으며, 피고인의 동의만으로도 배심재판 포기가 가능한 주도 있다. 또한, capital offense(사형을 선고받을 중대한 범죄)의 경우에는 배심재판 포기가 불가능한 주(Nevada, New Hampshire 등)가 있는 반면, 반대로 특정 요건을 충족시킬 경우에 배심재판 포기가 가능한 주(Texas, Arizona 등)도 있다.

Singer v. United States 사건에서 연방대법원은, ‘비록 배심원 선정

1) Richard C. Donnelly, ‘The Defendant’s Right to Waive Jury Trial in Criminal Cases’, 9 U. Fla. L. Rev., 247, 248 (1956)

2) Richard C. Donnelly, 앞의 글, 248면.

3) *Patton v. United States*, 281 U.S. 276 (1930).

절차가 존재하지만, 배심재판의 약점과 오용의 가능성을 인정한다' 라고 하며 특정 상황에서 배심재판을 포기할 수 있다고 판시하였고, 다시 한번 연방형사소송법 23(a)를 확인하였다.⁴⁾ 더 나아가, 연방대법원은 Singer 판결에서, 소송당사자인(as a litigant) 검사가 배심재판 포기에 동의하지 않는 한 그대로 배심재판으로 진행된다고 판시하였다.⁵⁾ 또한, 법원은 '검사의 업무는 법을 받드는 청렴한 위치에 있으므로, 굳이 동의하지 않은 이유에 대해서 설명할 필요가 없다'고 판시하였다. 이에 대하여 안소니는 '검사의 동의' 요건으로 인하여, 배심재판 포기에 있어서 검사가 최종적인 결정을 내릴 수 있는 권한을 갖게 되는 것이므로 그에게 이러한 지위를 부여하는 것은 당사자주의에 위배되는 행위라며 강하게 비판하였다.⁶⁾ 또한, 그는 비록 검사가 배심원 앞에서 재판을 진행해야 할 합리적인 이유가 존재하겠지만, 그러한 이유가 이러한 절대적인 거부권(absolute veto) 자체를 정당화시키지는 않는다고, 배심재판 포기 절차를 개정해야 한다고 주장하였다.⁷⁾ 즉, 안소니는 '재판의 방식을 선택하는데 있어 피고인과 검사 모두가 법원에 그 이유를 명확히 전달해야 하며, 배심재판 포기를 승인하는 최종적인 결정을 내리는 것은 검사가 아닌 판사가 되어야한다' 라고 피력하였다.⁸⁾

1. 미국 형사 배심제도의 성립

미국의 배심제도는 영국 왕의 압제로부터 시민의 권리를 수호하는 역할을 담당하였다는 역사적 전통과 함께 민주주의의 정치이념이 어울려, 영국의 배심제도와는 다소 다른 미국 특유의 사법제도로 발전하였다.⁹⁾ 배심재판을 받을 권리가 국민의 기본권의 하나로 인정되면서, 연방정부

4) Fred Anthony DeCicco, 'Waiver of Jury Trials in Federal Criminal Cases: A Reassessment' of the Prosecutorial Veto, 51 Fordham L. Rev. 1091, 1092-1093, 1097 (1983)

5) Fred Anthony DeCicco, 앞의 글, 1103면; Singer v. United States, 380 U.S. 24(1965) 참조.

6) Fred Anthony DeCicco, 앞의 글, 1103면.

7) Fred Anthony DeCicco, 앞의 글, 1104면.

8) Fred Anthony DeCicco, 앞의 글, 1112면.

9) 강동욱, '국민참여재판의 대상사건 및 개시절차에 관한 연구', 대검찰청 연구서, 2012, 38면.

차원의 배심재판 보장은 1791년 채택된 권리장전의 일부인 연방헌법 수정헌법 제5조와 제6조에 규정되어 있다.¹⁰⁾ 수정헌법 제6조는 “모든 형사절차에서 피고인은 죄를 범한 주와 특별구의 공평한 배심원단에 의한 신속하고 공개적인 재판을 받을 권리가 있다”라고 명시하며 배심재판을 받을 권리를 헌법상으로 규정하고 있다.

1968년 *Duncan v. Louisiana*¹¹⁾ 사건에서 연방대법원은 수정헌법 제6조가 수정헌법 제14조의 적법절차 조항을 통하여 각 주의 형사소송에도 적용되는 것으로 판결하였다.¹²⁾ 던칸사건에서 피고인은 배심에 의한 재판을 받을 권리를 요구하였고, 루이지애나주의 법이 사형 및 징역형이 예상되는 경우에만 배심재판을 인정하는 관계로 이를 기각하자, 던칸은 연방대법원에 상고하였고 이에 대해 연방대법원은 ‘형사사건에서 배심에 의한 재판은 미국재판제도의 기본이며 연방법원에서 심리되는 모든 형사사건에서 수정헌법 제14조(due process clause)는 배심에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있으며, 더 나아가 이는 수정헌법 제5조에 의한 보장에도 포함된다’ 라고 판시하였다.¹³⁾

즉, 배심제도의 법적 근거인 미연방 수정헌법 제14조의 적법절차조항은 각 주에서도 적용이 되며, 이러한 배심재판을 받을 권리는 중죄에 해당되는 사건의 재판에 있어서 적용이 된다.¹⁴⁾ 미국에서는 기소된 피고인이 법관의 면전에서 유죄를 인정하는 답변을 하면 사실심리를 생략하고 바로 양형심리절차로 넘어가지만, 피고인이 무죄를 주장하는 답변을 하면 유무죄를 가리는 공판절차를 진행한다.¹⁵⁾ 피고인은 법정형 6 개월이 넘는 중대한 범죄에 대하여 배심에 의한 재판절차와 법관에 의한 재판절차 중에서 어느 하나를 선택할 수 있는데, 배심절차에 의할 경우 먼저 준비절차인 공판준비절차를 거치는 것이 보통이다.¹⁶⁾ 형사사건에서의 판

10) 조성제, ‘미국의 배심제도’, 국가위기관리학회보, 제5권 1호, 2013, 53면.

11) *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145.

12) 한상훈, ‘미국배심제에서 배심원선정절차’, 저스티스 통권, 제94호, 한국법학원, 2006, 150면.

13) 조성제, 앞의 글, 55면; 각주 23에서 인용.

14) 조성제, 앞의 글, 56면.

15) 도중진·박광섭·손중학, ‘국민참여재판의 배심원 평의·평결과정에서의 독립성 확보방안, 대검찰청 연구보고서, 2012, 34면.

16) 도중진·박광섭·손중학, 앞의 글, 34면. petty misdemeanor의 경우, 주마다 상이하지만 보통

사단독재판(bench trial)이 증가함에 따라 이를 비판하는 목소리도 강하지만¹⁷⁾, 실제 통계에 따르면 현재 미국에서 기소된 범죄의 94%정도가 플리바게닝(plea bargaining)으로 해결되고 있고, 유죄판결이 이루어진 사건 중 약 3%가 배심재판으로, 약 3%가 법관재판으로 처리되고 있다.¹⁸⁾

2. 배심원 실시

배심원 선정절차시에는 아직 배심원이 확정되지 않았고 배심원에 대한 질문과 당사자의 기피신청, 법원의 결정 등의 절차가 막 시작되는 단계이며, 당해 사건의 구체적 사실관계가 아직 알려지지 않았으므로, 대체로 일반적인 형사절차의 기본원칙에 대한 설명이 배심원실시의 주요내용이 된다.¹⁹⁾ 즉 배심원선정절차의 의미와 중요성, 그리고 질문에 대하여 진실을 말하여야 한다는 점, 배심원으로 선정될 경우 배심원의 권한과 의무, 형사소송에서 유죄의 입증책임 및 합리적 의심이 여지가 없는 증명의 의미 등이다.²⁰⁾

이는 크게 최초설시, 수시설시, 최종설시로 나뉘어지는데, 최초설시란(initial instruction, preliminary instruction)란 배심원이 확정되고 공판절차가 시작하기 직전에 판사가 재판의 개시를 선언하면서 배심원에게 설명하는 것을 말하며, 주요내용으로는 당해 공판절차의 일반적 개관, 배심원의 권한과 의무 및 배심원이 해서는 안 되는 주의사항, 검사나 변호인 등과 접촉하거나 대화를 해서는 안 된다는 점, 공판정에서 제시되는 증거에 의하여만 판단해야 하며 개인적으로 사건에 대하여 조사를 해서는 안 된다는 점 등이 있다.²¹⁾ 수시설시란 공판절차의 중간 판사가 배심

30일의 구류 또는 \$100~\$1000의 벌금이 최고형량에 해당된다.

17) Appleman, Laura I., "The Lost Meaning of the Jury Trial Right," 84 Ind. L. J. 397, 445-446 (2009)

18) 도중진·박광섭·손중학, 앞의 글, 29-30면.

19) 도중진·박광섭·손중학, 앞의 글, 37면.

20) 한상훈, '미국의 배심제도 -형사배심을 중심으로', 미래한국재단, 2011, 61면.

21) 도중진·박광섭·손중학, 앞의 글, 37면.

원에게 공정한 재판에 필요한 사항을 수시로 설명하는 것을 말하며, 증인신문 시 부적절한 질문이나 의견이 있을 경우에 검사 또는 변호인의 이의제기에 대해 판사가 적당한지 판단한 후에 그러한 이의제기가 정당할 경우 배심원에게 질문이나 발언을 고려하지 말 것을 실시하는 것이다.²²⁾ 마지막으로, 최종설시란(final instruction) 변론이 종결되고 배심원이 평의에 들어가기 전에 하는 판사의 설명을 말하며, 최종설시의 시기는 주마다 각기 다른 것이 특징이다.²³⁾ 연방에서는 법관의 재량에 의하여 행해지고 있으며, 대부분 최종변론 이후에 최종설시를 하고 있다.²⁴⁾

3. 배심원 평결

형사사건에서 배심원의 유무죄평결은 전원일치여야 한다는 것이 커먼로상에서의 일반원칙이었다.²⁵⁾ 즉, 이전에는 평결의 만장일치가 배심제도의 본질이라 판단되어왔지만, 1972년 *Apodaca v. Oregon*²⁶⁾ 사건에서 법원은, 사형사건이 아닌 중범죄에 있어서 12명 중 10명의 배심원에 의한 유죄평결을 허용하는 오레건주법은 합헌이라 판단하였다.²⁷⁾ 연방대법원은 “배심재판의 목적은 일반인의 상식적인 판단을 적용하는 것이 목적인 만큼 만장일치제가 반드시 필요한 것은 아니다”라고 판시하면서 다수결에 의한 평결이 위헌이 아님을 선언하였다.²⁸⁾ 다만, *Burch v. Louisiana*²⁹⁾ 사건에서 법원은 6명의 배심원으로 구성된 배심재판에서 5-1로 유죄판결을 할 수 있다는 2개주의 형소법규정에 대하여는 위헌판

22) 도중진·박광섭·손중학, 앞의 글, 38면.

23) 도중진·박광섭·손중학, 앞의 글, 38면.

24) 한상훈, 앞의 책, 62면.; Federal Rules Civil Procedure, Rule 30 : Federal Rules Civil Procedure, Rule 51 참고.

25) 도중진·박광섭·손중학, 앞의 글, 48면.

26) *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404(1972).

27) 한상훈, 앞의 글, 152면.

28) 강동욱, ‘국민참여 형사재판제도에 대한 비교법적 고찰’, 비교법연구, 제13권 1호, 2013, 169면.

29) *Burch v. Louisiana*, 441 U.S. 130(1979).

결을 하면서, 최소 6명으로 구성된 배심재판에서는 만장일치제를 요구하였다.³⁰⁾

그러나, 유무죄평결에서 전원일치가 헌법상의 요건은 아니라고 하는 연방대법원의 판결에도 불구하고 여전히 연방형사소송에서는 전원일치를 요구하고 있으며, 주의 경우 일정 수 이상의 다수결에 의한 평결을 인정하는 지역도 있으나 대다수의 지역은 전원일치 평결을 주 헌법에서 명시적으로 명문화하고 있다.³¹⁾ 현재 45개 주가 형사소송에 있어서 배심의 전원일치제를 규정하고 있고, 모든 주가 사형에 처할 수 있는 사건에 대하여는 전원일치 평결을 요구하고 있으며, 사형의 경우를 제외하고는 양형단계에 관여하지 아니하는 것이 원칙이다.³²⁾

4. 배심재판 대상사건

미국 형사배심은 중범죄(felony)에 대하여 이루어진다. 즉, 연방헌법에서는 모든 범죄에 대한 배심재판의 권리를 규정하지만, 연방대법원은 중한 범죄(serious offense)로 고발된 경우에만 배심재판을 받을 권리가 보장된다고 한다.³³⁾ *Duncan v. Louisiana* 판례에서 연방대법원은 수정헌법 제6조의 권리는 ‘절대적인 것이 아니며, 배심재판의 헌법상 보장은 경죄(petty offence)에 적용되지 않는다’라고 판시한 바 있다. 음주운전이 가벼운 범죄로 규정되어 있는 주에서 음주운전으로 인한 징역형과 함께 벌금형이나 운전면허정지 등이 병과된 경우에도 배심재판의 권리는 인정되지 않으며, 피고인이 여러 개의 가벼운 범죄로 소추되어 합산 결과 6개월 이상의 징역형을 선고받게 되는 경우에도 배심재판은 인정되지 않는다.³⁴⁾ 또 소년범죄사건, 군사법원의 사건³⁵⁾, 부판사(magistrate)나 평화판사(justice of the peace)에 의해 심리되는 경죄사건, 법정모욕사

30) 강동욱, 앞의 글(2013), 169면.

31) 도중진·박광섭·손중학, 앞의 글, 50면.

32) 강동욱, 앞의 글(2013), 170면.

33) 강동욱, 앞의 글(2012), 41면.

34) *Blanton v. North Las Vegas*, 489 U.S. 538., 강동욱, 앞의 글(2012), 42면.

35) *Mendrano v. Smith* 797 F. 2d 1538, 10th Cir.

건³⁶⁾ 등에서는 배심재판을 받을 권리가 인정되지 아니한다.³⁷⁾ 연방의 경우 대다수 중죄의 사건에서 배심재판을 하고 있으며, 조슈아 드레슬러의 저서에 따르면, 2003년을 기준으로 연방법원에서 중죄로 기소된 피고인 중 오직 4퍼센트만이 유죄의 답변 없이 정식재판으로 진행되었는데 이중 94퍼센트가 배심으로 진행되었고 6퍼센트가 법관에 의한 재판을 선택하였다고 한다. 또한, 대다수 경죄(petty misdemeanor)의 경우, 배심재판이 아닌 법관에 의한 재판으로 이루어진다.³⁸⁾

5. 배심재판 포기(Waiver of Jury Trial)

미국 대다수의 주에서는 주 헌법과 법률에 의거하여 배심재판의 포기가 가능하다. 미국 대다수의 주가 명시적으로 배심재판의 포기를 규정하고 있는데, 몇몇 대표 주(State)의 배심재판 포기 요건 및 특징사항들을 알아보려고 한다.

연방의 경우 배심재판의 포기는 법관과 검사의 동의를 요건으로 인정된다. 연방형사소송법 제23조에 의하면, 피고인이 배심재판 포기의사를 밝히고, 법관과 검사가 이에 동의할 경우에만 법관재판을 받을 수 있다. 만약 세 가지 요건 중 하나라도 충족시키지 못 할 경우, 피고인은 배심재판을 받게 된다.

캘리포니아의 경우, 배심재판 포기 관련 규정은 캘리포니아 주 헌법 Article 1., Sec. 16에 명시되어있다.³⁹⁾ 연방과 같이 캘리포니아 주의 경우에도 피고인이 배심재판 포기를 희망 할 경우, 검사와 법관의 동의가 모두 필요하다. 또한, 추가적으로 피고인과 피고인의 변호인 모두가 동의

36) Green v. United States, 356 U.S. 165.

37) 강동욱, 앞의 글(2012), 42면.

38) 강동욱, 앞의 글(2012), 주석 89에서 인용., Joshua Dressler, 'Understanding Criminal Procedure'(4th ed.) 참고.

39) California Constitution Article 1 Declaration of Rights Sec. 16: A jury may be waived in a criminal cause by the consent of both parties expressed in open court by the defendant and the defendant's counsel.

를 해야 한다.

뉴욕 주에서는, 기소된 범죄가 일급살인일 경우를 제외하고는 배심재판 포기 신청서를 제출할 수 있으며, 최종적으로 법원의 승인을 받으면 법관재판을 받게 된다.⁴⁰⁾ 또한, 뉴욕 주법에 따르면 법원이 피고인의 배심포기 신청을 승인하지 않을 경우 법원은 이를 거절한 이유를 작성하여 고지하여야 한다고 규정되어있다.⁴¹⁾

일리노이 주의 경우, 피고인의 배심재판 포기신청과 함께 법관과 검사의 동의가 모두 필요하다.⁴²⁾ 검사의 동의 요건에 대해 도전한 *Patton v. United States*⁴³⁾ 와 *People v. Scornavache*⁴⁴⁾ 판례에서 일리노이 주 법원은 다음과 같이 판시하며 검사동의 요건을 확고히 한 바 있다 - ‘배심재판은 정부 틀의 한 부분이며 단지 피고인의 권리를 보장하기 위하여 만들어진 것이 아니다 ... 즉, 법관재판은 피고인을 보호하기 위함이 아니다.’⁴⁵⁾

버지니아 주에서는, 피고인이 유죄를 부인하여(plead of not guilty) 순회법원(circuit court)에서 재판을 받는 경우에만 배심재판을 받을 권리가 주어진다.⁴⁶⁾ 또한, 유죄를 부인 한 피고인이 순회법원에서 배심재

40) New York Criminal Procedure Law. S 320.10 Non-jury trial:(1) Except where the indictment charges the crime of murder in the first degree, the defendant, subject to the provisions of subdivision two, may at any time before trial waive a jury trial and consent to a trial without a jury in the superior court in which the indictment is pending.

41) New York Criminal Procedure Law. S 320.10 Non-jury trial:

(2) Such waiver must be in writing and must be signed by the defendant in person in open court in the presence of the court, and with the approval of the court...If the court disapproves the waiver, it must state upon the record its reasons for such disapproval.

42) Section 725 ILCS 5/103-6 - Waiver of jury trial. Every person accused of an offense shall have the right to a trial by jury unless (i) understandingly waived by defendant in open court or (ii) the offense is an ordinance violation punishable by fine only and the defendant either fails to file a demand for a trial by jury at the time of entering his or her plea of not guilty or fails to pay to the clerk of the circuit court at the time of entering his or her plea of not guilty any jury fee required to be paid to the clerk.

43) *Patton v. United States* 281 U.S. 276(1930)

44) *People v. Scornavache*, 347 Ill. 403, 41a5, 179 N.E. 909(1931)

45) Richard C. Donnelly, 앞의 글, 257면.

판 포기를 원한다면, 법원은 검사(commonwealth's attorney)의 동의에 따라 배심원 없이 재판을 진행시킬 수 있다. 더 나아가, 법원은 재판 전에 피고인이 배심재판 포기를 하는 데 있어 자발적으로 동의를 하였음을 판단하여야 하고, 피고인의 배심재판 포기에 대한 법원과 검사의 동의 내용 또한 기록으로 기재되어야 한다.⁴⁷⁾

오하이오 주는 검사의 동의를 요구하지 않는 몇 안 되는 주 중 하나이다. 오하이오 주와 같은 경우에는 검사의 동의를 요건으로 하지 않으나, 공판이 시작되고 난 후에 배심재판을 포기하는 경우에는 검사의 동의가 필요하다. 경미범죄(petty offense)의 경우, 피고인은 배심재판을 받을 권리가 있으나, 특별히 배심재판을 요구하지 않는 한 법관재판으로 진행되며, 그러한 신청은 적어도 재판 열흘 전에 서면으로 작성되어 서기에게 제출하여야 한다. 만약 제때 신청을 하지 못한 경우, 배심재판은 자동적으로 철회된다.⁴⁸⁾

살펴 본 바와 같이 미국은 피고인이 헌법상 배심재판을 받을 권리를 가지지만 일반 법관재판을 받을 권리는 보장받지 못한다고 할 수 있다. 이에 반해 우리나라 헌법재판소는, ‘국민참여재판을 받을 권리가 헌법 제 27조 제1항에서 규정한 재판을 받을 권리의 보호범위에 속한다고 볼 수 없다’는 입장을 판시한 바 있다.⁴⁹⁾

46) Va. R. Sup. Ct. Rule 3A:13 - Trial by Jury or by Court,(a) Right to Jury; Duty of Court in Nonjury Trial. The accused is entitled to a trial by jury only in a circuit court on a plea of not guilty.

47) Va. R. Sup. Ct. Rule 3A:13 - Trial by Jury or by Court,(b) Waiver of Jury in Circuit Court. If an accused who has pleaded not guilty in a circuit court consents to trial without a jury, the court may, with the concurrence of the Commonwealth's attorney, try the case without a jury. The court shall determine before trial that the accused's consent was voluntarily and intelligently given, and his consent and the concurrence of the court and the Commonwealth's attorney shall be entered of record.

48) Ohio Crim. R. RULE 23. Trial by Jury or by the Court.(A) Trial by jury. In petty offense cases, where there is a right of jury trial, the defendant shall be tried by the court unless he demands a jury trial. Such demand must be in writing and filed with the clerk of court not less than ten days prior to the date set for trial, or on or before the third day following receipt of notice of the date set for trial, whichever is later. Failure to demand a jury trial as provided in this subdivision is a complete waiver of the right thereto.

II. 성폭력범죄의 국민참여재판에서 피해자보호

우리나라 국민참여재판법 제9조 1항 3호와 관련하여, 성폭력 피해자들이 1차적 성폭력피해 이후 형사소송절차에서의 2차피해를 받을 것을 우려하여 국민참여재판을 받기 꺼려하는 경우가 많다. 이러한 2차 피해 중에서도 성폭력 피해자를 가장 힘들게 하는 것은 형사절차상에서 사용되어 질 수도 있는 피해자의 성경험 및 성력(sexual history) 그리고 성적 성향 등에 대한 증거일 것이다.

이와 관련하여 최근 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률 일부개정법률안’이 도출되었는데, 피해자의 2차 피해 방지를 위해 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제5조 제2항의 거부권의 주체를 피고인에서 피해자로 변경하자는 법률안이 그 중 하나이다.⁵⁰⁾ 더 나아가, 성폭력 사건의 경우 공판 전 배심원에 대한 성인지감수성교육을 의무화하자는 안⁵¹⁾이 논의되기도 하였다.

성폭력범죄의 피해자들은 형사절차에서 참고인이나 증인으로 참여함으로써 반복되는 진술강요, 피해자의 신상공개로 인한 명예훼손, 사건관련성 없는 질문 등의 2차적 피해에 노출된다. 미국의 경우, 형사절차상에서의 피해자를 보호하기 위한 성폭력피해자보호법(Rape Shield Law)이 있는데, 미국의 성폭력 사건에서 배심재판을 하는 경우 피해자에 대하여 어떠한 보호가 이뤄지고 있는지 자세히 알아보고자 한다.

49) 헌법재판소 2009.11.26. 선고 2008헌바12 결정, <국민참여재판법 제5조 제1항 등 위헌소원 사건>.

50) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 일부개정법률안 (21대 조정훈의원 대표발의) 2020.7.17

51) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 일부개정법률안 (21대 송재호의원 대표발의) 2021.8.13. 제38조의2(공판전 교육) 대상사건이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 따른 성폭력범죄 사건(이하 이 법에서 “성범죄사건”이라 한다)인 경우에는 공판 개시 전까지 배심원에 대한 성인지감수성 및 성범죄사건의 재판에 대한 교육을 실시하여야 한다.

1. 미국의 성폭력피해자보호법(Rape Shield Law)

가. 미국의 성폭력피해자보호법(Rape Shield Law)

미국의 성폭력피해자보호법은 범죄 피해자의 과거 성력이 법정에서 증거로 사용되는 것을 제한하고 있다. 미연방증거규칙(Federal Rules of Evidence, “FRE”) 제412조는 성적 위법행위 관련사건에서 피해자의 성력에 관한 증거를 배척하고 있다.⁵²⁾ 미국의 성폭력피해자보호법은 배심 재판에서의 성폭력피해자를 보호하고 배심원들의 실체진실발견을 방해하지 않기 위하여 발전되었다.⁵³⁾ 1974년 미시간 주가 최초로 관련된 법을 제정한 이후, 현재는 연방과 주 차원에서 성폭력피해자의 과거 성관계 이력이 증거로 사용되는 데 있어 중대한 제약이 있다.⁵⁴⁾ 자세한 사항은 아래에서 더 살펴보려고 한다.

1) 성폭력피해자보호법의 등장

성폭력피해자보호법이 제정되기 전, 성폭행범죄 피고인은 피해자의 성력, 성적 성향, 품행 등의 관련된 증거를 무차별적으로 제출하였고, 그러한 증거제출은 법정에서 허용이 되었다. 그러나, 그러한 관행은 결과적으로 성범죄 피해자가 피해사실에 대하여 신고하는 것을 사실상 억제하는 효과를 발생시킬 뿐만 아니라, 공판 진행 도중 배심원들에게 불합리한 편견을 심어줄 수 있다는 비판을 받았다.⁵⁵⁾ 그리하여, 이러한 관행을 없애기 위해 연방의회는 피해자의 성격에 관한 증거규정인 미연방증거규칙 제404조(a)(2)를 변경하여, 1978년에는 특별규정으로 미연방증거규칙 제

52) FRE Rule 412. Sex-Offense Cases: The Victim(a) Prohibited Uses. The following evidence is not admissible in a civil or criminal proceeding involving alleged sexual misconduct: (1) evidence offered to prove that a victim engaged in other sexual behavior; or (2) evidence offered to prove a victim's sexual predisposition.

53) 류병관, 앞의 글, 367면.

54) 조국, '강간피해 고소여성의 성관계 이력의 증거사용 제한', 저스티스 통권, 제69권, 한국법학원, 2002, 183면.

55) 박용철, 미국법상 성격증거배제법칙과 그 예외로서의 강간피해자보호법 도입 가능성에 대한 소고, 피해자학 연구, 제17권 제2호, 한국피해자학회, 2009, 180-181면.

412조를 제정하였다. 더 나아가, 연방의회는 1988년에 ‘마약남용금지법안’(Anti-Drug Abuse Act)을 통하여 제412조를 개정함으로써 U.S.C. 18장 109A의 성범죄 절차에도 적용하도록 범위를 확대하였다.⁵⁶⁾ 그 후인 1993년, 제412조에 대한 수정안이 작성되었고, 연방대법원은 수정된 연방증거규칙(FRE) 제412조를 공포, 1994. 12. 1. 마침내 발효되었다.⁵⁷⁾

2) 성폭력피해자보호법의 주요 내용

가) 연방증거규칙상의 규정

미연방증거규칙 제403조는, ‘불공정한 선입견, 배심원을 호도할 위험성, 등이 있는 경우, 해당 증거를 배척할 수 있다’고 명시함에 따라 성범죄 증거 허용 여부와 밀접한 관련이 있다 할 수 있다. 규정에 명시된 잠재적 위험과 증거적 가치를 판단하는 데 있어 판사에게 상당한 재량이 주어지며, 각각의 사안마다 증거와의 관련성, 당해 사안에서 중요성, 배심원의 인과관계 추론의 효능 등에 비추어 다른 결론에 도달할 수도 있기 때문이다.⁵⁸⁾

‘연방강간피해자보호법(Federal Rape Shield Law)’이라고도 불리는 제412조에 의하면 일정한 예외 하에 성범죄 피해자의 당해 사건과 무관한 ‘성적인 행동’ 또는 ‘성적인 성향’과 관련된 증거는 법정에 제출이 금지된다.⁵⁹⁾ 자문위원회의 주석에 의하면, ‘성적인 성향’이란 ‘사실 판단자(fact finder)에게 성적인 암시를 줄 수 있는’ 증거로 묘사되는 것인데 옷, 말투, 생활방식과 관련된 증거 등이 이에 해당한다.⁶⁰⁾ 구체적으로 연

56) 18 U.S. Code CHAPTER 109A—SEXUAL ABUSE: § 2241. Aggravated sexual abuse; § 2242. Sexual abuse; § 2243. Sexual abuse of a minor or ward; § 2244. Abusive sexual contact; § 2245. Offenses resulting in death; § 2246. Definitions for chapter; § 2247. Repeat offenders; § 2248. Mandatory restitution., 김일용, 앞의 글, 90면.

57) Title 28. Judiciary and Judicial Procedure § 2072. Rules of procedure and evidence; 김일용, 앞의 글, 90면.

58) 송현정, 미국의 증거 배제신청에 관한 연구: 형사소송에서 Motion in Limine와 Motion to Suppress를 중심으로, 사법정책연구원, 2017, 117면.

59) 김일용, 앞의 글, 87면.

방증거규칙(FRE) 제412조는 다음과 같이 규정한다:61)

형사절차에서 다음의 증거는 허용되지 않는다.

(a)(1) 피해자가 다른 성적인 행동을 하였다는 것을 증명하기 위하여 제출된 증거.

(2) 어떤 피해자의 성적인 성향을 증명하기 위하여 제출된 증거.

(b) 예외.

(1) 형사사건에서, 이 규칙의 다른 조문에서 허용한다면 다음의 증거는 허용된다.

(A) 피고인 아닌 타인이 정액, 상해 또는 다른 신체적인 증거의 원인이라는 것을 증명하기 위하여 제출된 피해자의 특정한 성적인 행동의 사례로서의 증거.

(B) 피고인이나 검사가 동의 여부를 입증하기 위하여 제출하는 성범죄로 기소된 사람과 관련된 피해자의 특정한 성적인 행동의 사례로서의 증거. 그리고

(C) 배제하면 피고인의 헌법적 권리를 위반하게 되는 증거

제412조에는 피해자가 아닌 증인의 성적인 행동이나 성적 기질에 대한 증거는 포함되지 않는다. 마찬가지로 제412조의 금지규정은 증거가 제출되면 불리하게 될 자가 ‘성범죄의 피해자’라고 합리적으로 특정할 수 없는 경우에는 적용되지 않는다.⁶²⁾

60) 김일용, 앞의 글, 92면.

61) Rule 412(a) Prohibited Uses. The following evidence is not admissible in a civil or criminal proceeding involving alleged sexual misconduct:

(1) evidence offered to prove that a victim engaged in other sexual behavior; or

(2) evidence offered to prove a victim's sexual predisposition.

(b) Exceptions.

(1) Criminal Cases. The court may admit the following evidence in a criminal case:

(A) evidence of specific instances of a victim's sexual behavior, if offered to prove that someone other than the defendant was the source of semen, injury, or other physical evidence;

(B) evidence of specific instances of a victim's sexual behavior with respect to the person accused of the sexual misconduct, if offered by the defendant to prove consent or if offered by the prosecutor; and (C) evidence whose exclusion would violate the defendant's constitutional rights.

미연방증거규칙 제413조(Similar Crimes in Sexual-Assault Cases)⁶³⁾ 와 414조(Similar Crimes in Child Molestation Cases)⁶⁴⁾는 성범죄자의 성격증거배제의 예외 원칙을 인정하고 있는데 이는 ‘피고인’의 성범죄를 입증하기 위하여 피고인의 과거 성범죄 이력의 경향 증거(Propensity Evidence)를 허가하고 있다. 이러한 연방법의 내용은 해당 조항 제정 이후 여러 연방법원 판례에 의하여 피고인의 과거 성행과 현재 기소된 범죄 사이의 인과관계가 인정됨으로써 활용되고 있다.⁶⁵⁾

나) 각 주의 보호법

성폭력피해자보호법에 대하여 미국 각주의 입법형태를 살펴보면 크게 네 가지로 나뉜다. 첫 번째로, 미시간 주의 성폭력피해자보호법은 일리노이, 버지니아, 플로리다 등의 주를 포함한 미국 전체 중 약 절반 정도의 주에서 채택하고 있다.⁶⁶⁾ 미시간 주⁶⁷⁾의 성폭력피해자보호법은 피해자의

62) 김일용, 앞의 글, 93면.

63) FRE 413: In a criminal case in which a defendant is accused of a sexual assault, the court may admit evidence that the defendant committed any other sexual assault. The evidence may be considered on any matter to which it is relevant.

64) FRE 414: In a criminal case in which a defendant is accused of child molestation, the court may admit evidence that the defendant committed any other child molestation. The evidence may be considered on any matter to which it is relevant.

65) 박용철, 앞의 글, 184-185면; United States v. Castillo, 140 F. 3d 874, 879(10th Cir. 1998), United States v. Enjady, 134 F. 3d 1427, 1429(10th Cir. 1998) 참고.

66) Alabama(알라바마주), Florida(플로리다주), Illinois(일리노이주 People v. Sandoval 552 N.E. 2d 726(Ill. 1991) 참조), Indiana(인디애나주), Kentucky(켄터키주), Louisiana(루이지애나주), Maine(메인주), Maryland(매릴랜드주 Thomas v. State 483 A.2d 6 Md. 1984 참고), Massachusetts(메사추세츠주), Minnesota(미네소타주), Missouri(미조리주), Montana(몬태나주), Nebraska(네브라스카주), New Hampshire(뉴햄프셔주), North Carolina(노스캐롤라이나주), Ohio(오하이오주), Pennsylvania(펜실베이니아주), South Carolina(사우스캐롤라이나주), Vermont(버몬트주), Virginia(버지니아주), West Virginia(웨스트버지니아주), Wisconsin(위스콘신주, Harritett R. Galvin, 'Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts', Minn. L. Rev., 70(1986) 773면, Table 1 참고).

67) Mich. R. Evid. 404:(a) Character evidence generally. ... (3) Character of alleged victim of sexual conduct crime. In a prosecution for criminal sexual conduct, evidence of the alleged victim's past sexual conduct with the defendant and evidence of specific instances

과거 성행에 대한 증거사용을 배제하되, 다만 그러한 증거가 피고인과의 과거 성관계 사실을 입증할 증거이거나, 성범죄의 증거가 되는 정액(semen), 임신의 사실(pregnancy), 성병의 원인(disease)에 대한 증거일 경우 이를 예외적으로 인정하는 내용으로 구성되어 있다. 이러한 엄격한 증거사용금지를 취하는 미시간 모델을 기본으로 하면서 플로리다 주⁶⁸⁾와 조지아 주⁶⁹⁾는 동의(consent)가 쟁점일 경우에 예외적으로 피고인과 피해자간의 과거 성관계가 증거로 사용될 수 있다.⁷⁰⁾ 또한, 조지아의 경우 '성적 행위'의 범위가 넓은데 피해자의 결혼유무 및 혼인관련 기록('complaining witness' marital history), 옷차림(mode of dress), 평소 문란함의 정도(general reputation for promiscuity), 사회 통념에 맞지

of sexual activity showing the source or origin of semen, pregnancy, or disease.

- 68) Florida Statutes(2019) 794.022 Rules of evidence:(2) Specific instances of prior consensual sexual activity between the victim and any person other than the offender may not be admitted into evidence in a prosecution under s. 787.06, s. 794.011, or s. 800.04. However, such evidence may be admitted if it is first established to the court in a proceeding in camera that such evidence may prove that the defendant was not the source of the semen, pregnancy, injury, or disease; or, when consent by the victim is at issue, such evidence may be admitted if it is first established to the court in a proceeding in camera that such evidence tends to establish a pattern of conduct or behavior on the part of the victim which is so similar to the conduct or behavior in the case that it is relevant to the issue of consent.
- 69) Georgia Code § 24-2-3 Complainant's past sexual behavior not admissible in prosecutions for certain sex offenses:(a) In any prosecution for a violation of Code Section 16-6-1, relating to rape; Code Section 16-6-2, relating to aggravated sodomy; Code Section 16-6-4, relating to aggravated child molestation; or Code Section 16-6-22.2, relating to aggravated sexual battery, evidence relating to the past sexual behavior of the complaining witness shall not be admissible, either as direct evidence or on cross-examination of the complaining witness or other witnesses, except as provided in this Code section.
- 70) Georgia Code § 24-2-3:(b) In any prosecution for a violation of Code Section 16-6-1, relating to rape; Code Section 16-6-2, relating to aggravated sodomy; Code Section 16-6-4, relating to aggravated child molestation; or Code Section 16-6-22.2, relating to aggravated sexual battery, evidence relating to the past sexual behavior of the complaining witness may be introduced if the court, finds that the past sexual behavior directly involved the participation of the accused and finds that the evidence expected to be introduced supports an inference that the accused could have reasonably believed that the complaining witness consented to the conduct complained of in the prosecution.

않는 성적 불순함(nonchastity, or sexual morals contrary to the community standard) 등이 모두 포함된다.⁷¹⁾

두 번째로, 아칸사스 주⁷²⁾의 성폭력피해자보호법 유형을 택한 몇 개의 주는 피해자의 성력에 대한 증거를 무조건 배제하지 않는 반면, 피고인의 서면 신청에 한하여 해당 증거가 배심원들에게 편견을 줄 수 있는지의 여부를 늦어도 재판 사흘 전에 카메라로 녹화하는 공청회를 통해서 판사가 판단하게 된다.⁷³⁾ 텍사스 주와 뉴저지 주를 포함한 약 10여개의 주에서 아칸사스 주와 같은 유형을 택하고 있다.⁷⁴⁾ 즉, 법관은 성폭력피해자의 과거 성관계 이력의 증거사용이 가져오는 피해자에 대한 편견적 효과와 성관계 이력 자체의 증거가치를 비교형량하여 후자가 더 중시되면 증거사용을 허용하는 것이다 (full discretion).⁷⁵⁾

71) Georgia Code § 24-2-3:(a) ... For the purposes of this Code section, evidence of past sexual behavior includes, but is not limited to, evidence of the complaining witness's marital history, mode of dress, general reputation for promiscuity, non-chastity, or sexual mores contrary to the community standards.

72) Arkansas Code § 16-42-101 - Admissibility of evidence of victim's prior sexual conduct:
(b) In any criminal prosecution under 5-14-101 et seq. or 5-26-202, ... opinion evidence, reputation evidence, or evidence of specific instances of the victim's prior sexual conduct with the defendant or any other person, evidence of a victim's prior allegations of sexual conduct with the defendant or any other person, ... is not admissible by the defendant.

73) Arkansas Code § 16-42-101 - Admissibility of evidence of victim's prior sexual conduct:
(c) Notwithstanding the prohibition contained in subsection (b) of this section, evidence directly pertaining to the act upon which the prosecution is based or evidence of the victim's prior sexual conduct with the defendant or any other person may be admitted at the trial if the relevancy of the evidence is determined in the following manner:

(1) A written motion shall be filed by the defendant with the court at any time prior to the time the defense rests stating that the defendant has an offer of relevant evidence prohibited by subsection (b) of this section and the purpose for which the evidence is believed relevant:

(2) (A) A hearing on the motion shall be held in camera no later than three (3) days before the trial is scheduled to begin, or at such later time as the court may for good cause permit

74) Alaska(알래스카주), Colorado(콜로라도주), Idaho(아이다호주), Kansas(캔사스주), New Jersey(뉴저지주, In the Interest of B.G., C.A., and P.A. 589 A.2d. 637 App. Div. 1991 참고), New Mexico(뉴멕시코주), Rhode Island(로드아일랜드주), South Dakota(사우스다코타주), Texas(텍사스주), Wyoming(와이오밍주).

세 번째로, 몇몇 주는 미시건 주나 연방증거규칙에서 규정하고 있는 피해자 관련 성력 증거들에 대한 전면 배제를 규정하는 반면에 제1심 판사가 그러한 증거를 받아들여야만 하는 예외적인 규정을 갖고 있다.⁷⁶⁾

네 번째로 캘리포니아 주⁷⁷⁾를 비롯한 몇몇의 주가 채택하고 있는 규정에 따르면, 강간 범죄 시 피해자의 동의가 있었는가를 판단하는 증거로는 사용할 수 없도록 규정하지만, 판사의 재량에 의하여 피해자의 신빙성을 공격하는 증거로는 사용될 수 있도록 하고 있다.⁷⁸⁾

미연방증거규칙은 위의 네 가지 방식 중 세 번째, 미시간 주의 형태를 취하고 있음을 알 수 있다.

2. 미국의 성폭력피해자보호법 관련 논의

미국 법학자들은 미연방증거규칙 제412조 예외조항에 대해 끊임없이 의구심을 품어왔다. 법학자 갤빈(Galvin)에 따르면, 동의(consent)의 문제와 신뢰성(credibility)의 문제는 사실상 기능적으로 동일한 것이며, 피해자가 동의하였다는 사실 자체가 동시에 피해자의 신뢰성을 탄핵하는 것이고, 피해자 신뢰성에 대한 탄핵 사실이 동의가 있었음을 간접적으로 증명하게 되는 것이라 한다.⁷⁹⁾ 더 나아가, 갤빈은 피고인의 헌법적 권리가 침해당하는 경우(또는 헌법적으로 요구되는)가 무엇인지에 대한 기준을 제공하고 있지 않기 때문에, 이러한 치명적 흠결로 인하여 제412조 예외조항은 사실상 거의 쓸모가 없는 규정이라 비판하고 있다.⁸⁰⁾ 그러나

75) 조국, 앞의 글, 184면.

76) 박용철, 앞의 글, 183면.

77) California Code, Evidence Code - EVID § 1103: (c)(1) Notwithstanding any other provision of this code to the contrary ... as defined in Section 4504, opinion evidence, reputation evidence, and evidence of specific instances of the complaining witness' sexual conduct, or any of that evidence, is not admissible by the defendant in order to prove consent by the complaining witness.

78) 조국, 앞의 글, 185면.

79) Harriett R. Galvin, 'Shielding Rape Victims in State and Federal Courts', 70 Minn. L.Rev. 764, 774 (1986), 박용철, 앞의 글, 183-184면. 부분참조.

80) Harriett R. Galvin, 앞의 글, 775면.

이러한 ‘동의’와 ‘신뢰성’ 구별의 모호함에도 불구하고 성폭력피해자의 과거 성관계 이력의 증거사용제한이라는 기본방침은 확고하다.⁸¹⁾ 예컨대, *People v. Steele* 사건에서 만난지 얼마 안 된 피해자를 차 안에서 강간한 혐의로 기소된 피고인은 피해자가 과거에 방금 만난 남성과 차 안에서 합의성관계를 가진 적이 있다는 증거를 제출하려 하였다.⁸²⁾ 이에 캘리포니아 주 대법원은 피해자가 과거에 유사한 상황에서 합의성관계를 하였다고 하여 당해 사건에서도 성관계에 동의한 것이라고는 볼 수 없다고 판시하였다.⁸³⁾

캘리포니아 주, 델라웨어 주, 미시시피 주, 노스다코다 주 그리고 오클라호마 주는 피해자의 동의 여부를 입증하기 위하여 성력 증거를 사용할 경우, 증거능력이 부정된다. 그리고, 네바다 주와 워싱턴 주는 피해자의 신뢰성을 공격하기 위하여 성력 증거를 사용하는 것을 금한다. 사실 위에 언급된 네 가지의 유형 모두 비판을 받고 있는데, 이에 따르면, 미시간 제도는 지나치게 제한적이고, 아칸사스 제도는 지나치게 포괄적이며, 연방 제도는 실질적인 판단 기준을 제시하지 못하고, 캘리포니아 제도는 모호하다는 것이다.⁸⁴⁾ 이렇듯, 미국의 성폭력피해자보호법은 논란도 많지만, 그럼에도 불구하고 성폭력 피해자의 2차 피해를 방지하는 데 큰 역할을 하고 있다는 것만은 분명한 사실이다.

3. 배심재판 보도금지

가. 재판보도 금지 명령(Publication Ban / Protective, Restrictive Order)

미국사회에서 신문, 방송 등의 언론은 재판에 영향을 미치고, 재판 전 언론보도의 편파성에 따라 재판결과에 중요한 변화가 있을 수도 있다. 미국은 수정헌법 제1조에 보장된 언론의 자유(freedom of speech)가 재판절차에 대한 접근을 포괄적으로 보장하고 있으며, 미국에서의 법정모

81) 조국, 앞의 글, 190면.

82) *People v. Steele* 210 Cal. App. 3d 67, 69-70(1989).

83) 조국, 앞의 글, 190면.

84) 이재석, ‘성폭력 재판절차에서의 피해자 증인신문 재판참고사항에 관한 연구’, 연구총서, 사법정책연구원, 2016, 57면.

욕죄(contempt of court)는 수정 제1조의 강력한 언론보호조항에 힘입어 최소한으로 축소되었다.

즉, 미국에서는 배심재판에 대한 보도규제의 범위가 상당히 좁은 것으로, 지극히 예외적인 상황에만 판사가 제한명령(protective order 혹은 restrictive order)을 내림으로써 재판의 참여자들(검사, 변호사, 피고인, 증인)에게 형사재판의 사건정보를 언론에 제공하지 못하도록 명령을 내릴 수 있다. 또한, 특정 사안에서 배심원들이 공정한 판단을 내릴 수 있도록 언론에 대해서 함구령(gag order: 재판 관련 정보를 외부로 발설하지 못하도록 규제)을 내리기도 하는데 이는 위에 언급하였다시피, 중대한 공적인 이익이 존재하는 경우에만 내려진다. 블랙먼(Blackmun) 대법관은 배심재판 보도금지에 대하여 ‘언론과 대중이 배제된(in camera)재판에서 편견을 불러일으킬 정보가 법정에서 언급되고는 하는데, 피고인의 공정한 재판에 대한 위협이 사라졌다 판단될 때에는 그 즉시 해당 정보를 공개하여야 한다’고 언급하였다.⁸⁵⁾

미국 연방대법원은 언론보도에 의해 영향을 받았다고 여겨지는 재판을 취소하기도 하였고, 하급법원에 그러한 영향을 차단하기 위한 조치를 취하도록 명령을 내리기도 하며, 재판 전 및 재판 중에 편향적인 보도내용이 피고인에 대한 수정헌법 제14조의 적법절차를 어겼다는 이유로 후에 재심을 하여 유죄판결을 파기한 사례도 있었다.⁸⁶⁾ 미국 연방대법원의 첫 판례는 *Sheppard v. Maxwell*⁸⁷⁾로 재판전의 보도가 공정한 재판을 방해했다는 이유로 연방대법원이 주의 유죄판결을 파기한 케이스였다. 임신 중인 피고인의 부인이 집 침실에서 살해된 채로 발견되었는데, 피고인인 남편의 부인에도 불구하고 경찰과 수사판사는 그녀의 남편을 범인으로 지목하였고 언론도 피고인에게 불리한 정보를 보도하였다. 결국 남편인 피고인에 대하여 배심원은 유죄 평결을 내렸다.

셰퍼드 사건 이래로, 중대한 형사사건에 있어서 공정재판을 해하는 언

85) Marcus, Paul, “The Media in the Courtroom: Attending, Reporting, Televising Criminal Cases” William and Mary Law School Faculty Publications.

86) 살인범 단정 보도사건 *Irvin v. Dowd*, 336 U.S. 717(1961), *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333(1966).

87) *Sheppard v. Maxwell* 384 U.S. 333(1966).

론보도를 금지하거나 제한하는 명령, 함구령을 내리게 되었고, 이를 위반한 미디어는 처벌을 받았으며, 이러한 사전억제는 장기간 동안 계속되었다. 그러나, 계속된 법원의 제한명령은 언론계에서 강한 비판을 불러왔으며, 그들은 법원의 제한명령이 헌법 수정 제1조를 직접적으로 위배하는 것이라 항변하였다. 그리하여, 공정재판의 쟁점과 관련하여 사전억제의 원칙을 *Nabraska Press Association v. Judge Stuart*⁸⁸⁾판례에서 검토하였는데, 연방대법원은 이러한 제한명령은 언론의 자유·표현을 침해하는 위헌⁸⁹⁾의 추정(presumption of unconstitutionality)이라 판시하였다. 이 사건에서 과월 대법관(Powell)은 판결문과 동의하는 그의 보충의견(concurring opinion)에서 세 가지 요건을 제시하며, 사전억제 및 제한명령이 행해질 수 있는 경우를 극히 제한할 것을 제안하였는데 그 요건은 다음과 같다⁹⁰⁾:

(1)보도가 공정한 재판에 대한 권리를 침해할 것, (2) 보도의 악영향을 감소시키기 위해 사전억제조치보다 덜 제한적인 대안이 불가능하거나 행할 수 없을 것, (3) 사전억제조치가 위협받는 위협의 방지를 위해 효과적이라는 점을 입증하는 것⁹¹⁾

더 나아가, *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*⁹²⁾ 사건에서 법원은 수정헌법 제1조는 언론 및 출판의 자유를 보장할 뿐 만 아니라, 대중과 미디어의 재판 참여권 또한 보장한다고 판시하였다.⁹³⁾

위와 같이, 법원은 형사재판을 보도할 수 있는 언론에 대해 일부 억제(impose some curbs)를 할 수도 있지만, 이러한 제한이 가해질 경우 재판상황에 대한 알 권리(public's right to know)가 침해될 것이다.⁹⁴⁾ 즉,

88) *Nabraska Press Association v. Judge Stuart*, 427 U.S. 539(1966).

89) Robert J. Fuoco, "The Prejudicial Effects of Cameras in the Courtroom", 16 U. Rich. L. Rev. 867, 874 (1982)

90) 박용상, 언론의 자유와 공정한 재판, 헌법논집, 제16, 101-102면.

91) (i) there is a clear threat to the fairness of trial, (ii) such a threat is posed by the actual publicity to be restrained, and (iii) no less restrictive alternatives are available.

92) 448 U.S. 555(1980).

93) Robert J. Fuoco, *The Prejudicial Effects of Cameras in the Courtroom*, 16 U. Rich. L. Rev. 867, 875 (1982)

94) Marcus, Paul, 앞의 글, 240면.

법원은 대개 언론 보도를 제한하거나 형사재판에서 언론사 대표를 배제하는 명령을 내리지 않으며, 그러한 제한에 대하여 만약 클레임이 제기된다면, 보통 언론들이 우세하다고 할 수 있다.⁹⁵⁾ 이렇듯, 미국은 공정한 재판을 위하여 언론보도를 통제한다기 보다는 배심원을 통제하게 된다. 예를 들어, 언론보도의 문제점을 보완하기 위해서, 광범위한 배심원 선정절차(voir dire)를 가지고 있으며, 다른 나라에서는 찾아보기 힘든 배심원 격리제도(jury sequestration) 또한 실행하고 있다.⁹⁶⁾

추가적으로, *Chandler v. Florida*⁹⁷⁾ 사건에서 법원은 ‘미디어의 재판보도가 피고인에게 부정적인 영향을 미칠 가능성도 존재하지만, 구체적으로 어떠한 행동이, 재판의 공정성에 대해 어떻게 영향을 미쳤는지, 이에 대한 증거는 없다’ 라고 판시한 바 있다.⁹⁸⁾ 푸오코는 위 판결에 대하여 강한 비판을 하며 다음과 같이 피력하였다: “언론의 공개보도는 법관, 변호사, 증인, 배심원, 대중 등 모두에게 부정적인 영향을 미치며 공정한 재판을 받을 수 없게 한다. 동시에 그러한 부정적인 영향을 심리학적 증거로 증명하기에는 많은 제약이 따른다. 즉, 이러한 입증책임은 피고인에게 부당하며, 공개재판이 야기하는 심리학적 영향의 통계자료 및 정보가 수집되고 분석되기 전까지는, 피고인의 요청 아래 공개재판은 금지되어야 할 것이다”.⁹⁹⁾

언론보도에 대한 제한은 보통 허용되지 않는 것이 원칙이지만, 소송참여자(변호사, 검사, 피고인)에 대한 법원의 통제는 일정한 범위 내에서 허용될 수 있다.¹⁰⁰⁾ 또 그러한 제한의 정도는 그러한 진술 및 정보가 사법운영에 미치는 해악의 정보 여부에 따라 결정된다. 그러나 이에 대해서도 논쟁이 많은데, 그 중 하나가 *Gentile v. State Bar of Nebraska*¹⁰¹⁾ 사건이다. 이 사건에서 대법원은, ‘만약 변호사가 재판에 편견을 심어줄 행위임을 합리적으로 인지하거나, 또는 인지할 수 있었어야 할 경우에, 변호사가 법정

95) Marcus, Paul, 앞의 글, 240면.

96) Eric Barendt, *Media Freedom and Contempt of Court*(1st edition), Routledge(2009) 162면.

97) *Chandler v. Florida*, 449 U.S. at 575-80.

98) Robert J. Fuoco, 앞의 글, 873면.

99) Robert J. Fuoco, 앞의 글, 883면.

100) Loretta S. Yuan, *Gag Orders and the Ultimate Sanction*, 18 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 629, 633 (1998)

101) 501 U.S. 1030(1991).

밖에서 사건관련 내용에 대해 언급을 하지 못하도록 법원이 통제·제한하는 것은 수정헌법 제1조에 위배되지 않는다' 라고 판시하였다.¹⁰²⁾ 더 나아가, *United States v. Cutler* 사건은 피고인(변호사)이 재판보도 금지명령을 어겨 처벌을 받은 첫 케이스인데,¹⁰³⁾ 이 사건의 피고인은 John Gotti를 변호하는 변호사였고, 해당 사건에서 언론과의 인터뷰를 금지하는 판사의 지속적인 경고에도 불구하고, 법정 밖에서 이를 어겨 90일 자택구금과 함께 180일 동안 변호사 업무를 할 수 없는 처벌을 받았다.¹⁰⁴⁾ 그러나 본 판결은 불공정하다는 이유로 비판을 많이 받았는데, 이유인즉슨 피고인에 대한 불리한 자료가 언론에 다 보도가 되고 난 뒤(언론측에서 검사, 경찰로부터 잔인한 사진자료들을 받아 보도), 피고인측에서 이런 부정적인 편향된 언론 보도에 대해 추가 설명을 하려고 하자, Ridgely판사는 변호인에 대하여 즉시 제한명령을 내린 것이다.¹⁰⁵⁾ 로레타 유엔은 Cutler 판결을 비판하며, 변호사를 통제하는 법원의 행위를 금지하기 위해, Nebraska Press와 같은 대법원 판결이 빠른 시일 내에 나와야 한다고 주장하였다.

III. 개선방안 제언

1. 우리나라 국민참여재판에서의 성폭력 피해자

우리나라 성폭력범죄 사건에서의 실무는 피고인이 국민참여재판을 원하는 경우라도 피해자가 원치 않는다면 국민참여재판 배제결정을 함으로

102) Joanne Armstrong Brandwood, You Say "Fair Trial" and I Say "Free Press": British and American Approaches to Protecting Defendants' Rights in High Profile Trials, 75 N. Y.U. L. Rev. 1412, 1447 (2000)

103) *United States v. Cutler*, 58 F.3d 825(2d Cir. 1995)(involving a gag order based on a local court rule).

104) Cutler was sentenced to ninety days of house arrest and 600 hours of non-legal community service, and was suspended from practicing law in the Eastern District of New York for 180 days.

105) Loretta S. Yuan, 앞의 글, 634면.

써 ‘국민참여재판을 하지 않는 것’이었다.¹⁰⁶⁾ 그러나 최근 성인 간의 강간 사건에서까지 위 조항에 따른 배제결정을 하는 것이 바람직하지 법원 내부에서도 의문이 제기되었고, 마침내 2015모2898 대법원 결정에서 “성폭력범죄 피해자나 법정대리인이 국민참여재판을 원하지 아니한다는 이유만으로 국민참여재판 배제결정을 하는 것은 바람직하다고 할 수 없다”는 입장을 밝혔다.¹⁰⁷⁾

보통 성폭력사건에서 피고인의 변호사가 주로 사용하는 세가지 전략은 다음과 같다. 첫째는 강간의 세부사항에 관해 지속적으로 질문하는 것이고, 둘째는 피해자와 피고인이 아는 사이일 경우 전부터 있어왔던 성적인 친밀도에 관해 상세하게 질문하는 것이며, 마지막으로 셋째는 피해자의 과거 성경험이나 과도한 음주나 흡연, 유혹적인 옷차림 등에 관해 언급하는 것이다.¹⁰⁸⁾ 이러한 성폭력 피해자의 품행 및 성관계 이력에 대한 무차별적 신문은 재판의 쟁점을 흐려 놓게 된다. 즉, 성폭력범죄 사건 재판과정에서의 피해자 배려 및 프라이버시 보호가 여전히 많이 미흡하여 2차 피해를 두려워하는 피해자들은 국민참여재판을 꺼리게 되는 것이다.¹⁰⁹⁾

우리나라 성폭력범죄의 암수범죄율(hidden crime)에 관한 조사에 따르면, 성폭력범죄는 대표적으로 암수범죄의 비율이 높은 범죄로 분류되며, 그에 대한 이유로는 ‘수사 및 재판과정이 괴롭거나 자신을 믿어줄 것 같지 않아서’ 라는 답변이 적지 않았다.¹¹⁰⁾ 형사재판상에서의 성폭력피해자의 사생활을 보호하기 위해 피해자 신문 시 범죄사실과 관련성이 떨어지는 것은 적절히 제한하여야 할 것이며, 사건과 관련성이 떨어지는 증거의 채택은 금지할 수 있도록 성폭력범죄 피해자 보호를 위한 입법적 고려가 필요하다.¹¹¹⁾

106) 홍진영, 국민참여재판에 따른 성폭력범죄 재판운용의 실무적 개선방향에 관한 고찰, 법조, 제66권 제5호, 법조협회, 2017, 283면.

107) 홍진영, 앞의 글, 283면.

108) 이춘화, 앞의 글, 70면.

109) 이재석, 앞의 글, 17면.

110) 이재석, 앞의 글, 15-16면.

111) 류병관, 앞의 글, 366면.

2. 우리나라 성폭력 피해자 증인신문의 문제점 및 개선방안

가. 증인신문 제한

성폭력피해자보호법은 형사피고인의 반대신문권을 제한하는 것이기에 피고인의 헌법적 권리의 침해여부 논란이 일어날 수 밖에 없다. 우선 증거제출의 절차위법을 다투는 관례에서 미국연방대법원이 취한 의견을 살펴해보도록 하자. 미국 연방대법원은 Michigan v. Lucas 판결에서 성폭력 피해자보호법은 피고인의 증인대면권과 반대신문권을 제약하는 측면이 있다고 하더라도 위헌이 아니라고 판단하였다.¹¹²⁾ 루카스 관례에서 법원은 아래와 같이 판시하였다.

“성폭력피해자보호법은 형사피고인이 관련성 있는 증거를 제출하지 못하게 만드는 한도 내에서 그 피고인의 반대증인을 대면하고 항변을 제출하는 권리는 경감된다. 이 점이 반드시 이 법률을 위헌으로 만드는 것은 아니다. 관련성이 있는 증거를 제출할 수 있는 권리는 무한대로 보장되는 것은 아니다. 그 권리는 ‘형사재판과정에서 다른 정당한 이익을 수용하기 위하여 양보’될 수 있다. 판사는 괴롭힘, 편견, 쟁점의 혼란, 증인의 안전 또는 반복적이거나 단지 주변적 관련성만이 있는 신문 등에 대한 염려에 기초하여 형사피고인의 증인에 대한 반대신문권을 합리적으로 제한하는 광범한 재량을 갖는다.”¹¹³⁾

우리나라 형사소송법 제299조에 따르면, 법관으로 하여금 당해 소송에 관계없는 사항일 경우, 이를 일정 한도 내에서 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 여기서 “소송에 관계없는 사항”이란 영미 증거법에서 말하는 ‘관련성’(relevance) 없는 사항을 뜻하는 것으로 이해된다.¹¹⁴⁾ 또한 형사

112) Michigan v. Lucas, 111 S. Ct. 1743(1991); 윤지영, ‘성폭력 피해자의 2차 피해 방지를 위한 형사절차법적 개선 방안 모색, 피해자의 성적 이력 사용 제한 및 역고소 남용 대응을 중심으로’, 이화젠더법학, 제10권 제1호, 이화여자대학교, 2018, 186면.

113) 조국, 앞의 글, 187면.

소송규칙 제74조 제2항 제1호에 따르면, 위협적이거나 모욕적인 신문은 제한되고 있으며, 제77조는 증인의 명예를 해하는 내용의 질문을 금지하고 있다.

나. 개선방안 - 성폭력피해자보호법 도입의 가능성

우리나라 형사소송법에서는 증거신청과 관련하여, 검사, 피고인 또는 변호인은 증거신청을 함에 있어 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계를 구체적으로 명시하여야 하고 이를 위반한 증거신청은 기각할 수 있다고 규정되어 있다(형사소송규칙 제132조의2 제1항). 더 나아가, 형사소송법 제299조는 ‘재판장은 소송관계인의 진술 또는 신문이 중복된 사항인 경우에는 소송관계인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있다’ 라고 규정한다.

형사소송규칙 제74조 제2항 제1호는 증인을 신문할 때 위협적이거나 모욕적인 신문을 금지하며 제77조 제2항은 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 금지할 수 있다고 명시되어 있으나, 그럼에도 불구하고 그에 대한 구체적인 세부 규정이 존재하지 않아, 배심원들의 심리와 관련한 공판단계에서 2차 피해를 막기에는 부족하다. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제29조에서도 성폭력 피해자를 최대한 배려하기 위하여 조항을 구성하였지만, 규정의 언어가 애매모호하고 임의적인 해석이 가능하여 피해자의 프라이버시가 쉽게 노출 될 위험을 안고 있다.

미국에서도 장기간에 걸쳐 제412조를 고안한 것을 생각해 보면, 우리나라도 하루빨리 구체적인 관련 규정을 도입해야 할 것이다. 우리나라에서 미연방증거규칙의 규정과 같이 일정한 예외 하에 관련성 없는 피해자의 성격증거를 사용할 수 없도록 하는 관련 특례를 신설한다면, 성폭력 피해자를 실질적으로 보호할 수 있는 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.¹¹⁵⁾

물론 미국의 법규를 도입할 경우, 적절한 예외규정을 두어 피고인의 방어권 또한 보장해줘야 할 것이다. 미국연방증거규칙 제413조에 대해

114) 조국, 앞의 글, 181면.

115) 김일용, 앞의 글, 32면.

부정적인 견해를 가진 학자들도 있는데, 그들의 주장에 의하면 피고인의 과거 성범죄 증거 사용을 법적으로 인정하는 것은 배심원에 대해 잘못된 편견을 줄 위험성이 있으므로, 공정성에 대한 헌법적 보증을 침해한다는 것이다.¹¹⁶⁾ 위에서 논의한대로, 피해자의 성력에 대한 증거의 증거능력을 일절 부정함과 동시에, 성범죄로 기소된 피고인의 성력에 대한 증거의 증거능력을 자유롭게 인정한다면, 성범죄 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 상당히 침해될 우려도 있다.¹¹⁷⁾ 즉, 미국의 성폭력피해자보호법의 두 가지 측면을 모두 도입하였을 경우, 이는 피고인에 대하여 지나치게 가혹한 처우가 될 수도 있을 것이다. 미연방증거규칙을 도입함에 있어, 공정한 재판을 보장하기 위해서는 피해자의 성력 및 성적 성향 증거를 배제하고, 피고인의 과거 성범죄 전과의 증거 또한 배제하는 쪽으로 조율하는 방법이 합리적이라 생각된다. 국내외 학자 및 실무자들의 연구를 심도 있게 검토하고 또 의견을 수렴하여, 미연방증거규칙의 해당 법률을 채택함에 있어서 한층 더 신중을 가해야 할 것이다.

3. 성폭력 사건에서의 배심원 선정절차 개정

가. 배심원 선정절차와 강간통념(rape myth)

1) 강간통념

성폭력범죄 사건에서 다수의 변호인은 ‘강간통념’(rape myth)¹¹⁸⁾에 기 반하여 피해자의 평판과 품행, 생활방식, 사건 당시의 복장 등에 대하여 집요하게 피해자를 공격하고 비난함으로써 피해자 진술의 신빙성을 탄핵하는 전략을 취해 왔다.¹¹⁹⁾ 이와 관련하여, 우리 사회 전체에 만연한 강간통념에 대해 알아 볼 필요가 있다. 강간통념이란, “진정한 피해자(real

116) 박용철, 앞의 글, p. 185-186. Katharine K. Baker, Once a Rapist? Motivational Evidence and Relevancy in Rape Law, 110 Harv. L. Rev. 563, 568(1997) 참고.

117) 박용철, 앞의 글, 188면.

118) 강간통념은 피해여성의 강간에 대한 신고자체를 믿지 못하게 하거나 또한 지연된 신고에 대해서는 신고자인 여성을 의심하게 만든다.; 류병관, 앞의 글, 375면 참조.

119) 홍진영, 앞의 글, 325면.

victim)”라면 죽거나 다칠 수 있는 상황에서조차 안전보다는 정조를 중요시 여길 것이므로 웬만해서는 강간이 불가능하며, 여성이 거부의를사를 표명하였더라도 이를 액면 그대로 해석할 수는 없다는 류의 편견 또는 고정관념(허위에 입각한 믿음) 이라 할 수 있다.¹²⁰⁾ 기존의 성규범이나 역할모델을 따르지 않는 여성으로 낙인 찍히는 피해자의 경우는, 형사절차의 전 과정에서 보호받기보다는 불신 받는 경향이 있다고 보인다.¹²¹⁾

미국의 페미니스트 법학자 아비바 오렌스타인은¹²²⁾ 강간범죄의 재판과정을 다음과 같이 묘사하였다. “강간이라고 외치는 여성은 강간이라고 외치지 못한 여성만큼이나 믿음을 얻지 못한다. 강간고소를 지연한 여성은 불신당한다. 즉각 강간고소를 행한 여성은 그녀의 정신상태를 의심을 받는다.”¹²³⁾

현재는 성폭력피해자보호법에 따라 성폭력피해자의 2차 피해를 적극적으로 줄이고 있는 미국에서도 법 제정 이전에는 남성중심적 편견이 법정에 난무하였다. 그 예로, 캘리포니아 법원에서는, “과거 성교에 동의한 적이 있는 여성은 그러한 행위에 한번 더 동의하기 쉬우며, 그에 따라 강간을 위하여 강제력과 폭력이 사용되었다는 주장은 부정된다.”¹²⁴⁾라고 판시한 바 있다. 피해자의 성적문란 관련한 진술 및 증거가 판사의 성폭력 판결 예측에 어떠한 영향을 미치는지를 살펴본 연구에서, 피해자가 성적으로 문란한 전력이 없으며 피해자가 저항한 증거가 있을 경우에만 재판으로 이어질 것으로 예측하였다.¹²⁵⁾ 즉, 성폭력 사건에서 이러한 증거의 종류가 얼마나 영향을 미치고 있는지를 알 수 있으며, 성폭력피해자의 성력이 재판 결정에 많은 영향을 줄 수 있음을 알 수 있다. 성폭

120) 홍진영, 앞의 글, 291-292면.

121) 조국, 앞의 글, 179면.

122) 조국, 앞의 글, 179면; Aviva Orenstein, ‘Special Issues Raised Rape Trials’, 76 Fordham L. Rev. 1585 (2007) 참고.

123) Aviva Orenstein, “No Bad Men!: A Feminist Analysis of Character Evidence in Rape Trial,” 49 Hastings L. J. 663, 664 (1998)

124) People v. Walker, 150 Cal. App. 2d 594, 601(1957), 조국, 앞의 글, 182면.

125) 이영혁, 이창훈, ‘Rape Shield Law revisited: Effects of different types of evidence on prediction of rape case disposition among three legal professionals’, 한국경찰연구, 제11권 1호, 2012.

력피해자의 복장, 직업, 성관계 이력 등을 이유로 쟁점을 흘트리거나 강간피해에 대한 피해자 진술의 신빙성을 격하시켜서는 안 될 것이다. 성폭행 당시 피부가 많이 드러나는 옷을 입었다고 해서 피해자에게 책임을 지게 해서는 안 될 것이며, 예컨대 피해자가 유흥서비스업에 종사하고 있다고 하여 강간을 쉽게 용인하였다고 받아들여서는 안 되는 것이다.

따라서, 우리나라 형사절차에서 강간 등의 성폭력범죄 피해자를 보호하기 위하여 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’을 보완하여 성폭력 피해자에 대한 무차별적 신문 허용을 금해야 할 것이며, 이와 동시에 성폭력범죄에 대하여 강한 선입견을 가진 배심원을 배제함으로써, 공정하고 합리적인 배심원단을 구성하는 것이 중요할 것이다.

2) 배심원 선정절차

배심원선정절차는 편견이 있거나 오관을 할 우려가 있는 배심원후보자를 배제함으로써 공정한 배심원단을 구성할 수 있게 해주는 절차이다. 위에서 강간통념 관련하여 살펴보았듯, 성폭력범죄의 경우 다른 범죄 유형과는 다른 특성을 가지고 있기 때문에 배심원 선정절차에서 특별한 배려가 필요하다.¹²⁶⁾ 국민참여재판법 제28조 제1항에서는 ‘불공평한 판단을 할 우려’가 있는지 질문할 수 있도록 규정하고 있으며 이에 따라 질문표를 사용하고 있다. 하지만 국민참여재판법 제25조에 의하면, 질문표는 대상사건의 유형과 관계없이 일반적으로 답변할 수 있는 질문만을 포함하고 있으며 이러한 질문은 제한된 시간 내에 행해져야 한다. 또한 배심원후보자에 대한 질문표 양식을 보완할 필요가 있는데, 대부분의 질문들이 단답형에 그치고 있으며, 의미가 추상적이어서 배심원의 진정한 성향을 판단하는 데에 제한적일 수밖에 없다.¹²⁷⁾

즉, 성폭력범죄 사건에 있어서 배심원의 성향을 파악하기 위해서는 더 구체적이고 세부적인 질문사항들이 필요할 것이다. 특히 사회적으로 민감한 주제나 개인적인 경험과 관련된 경우이므로 보충질문서를 적절히 사용해야 할 것이다.¹²⁸⁾ 예를 들어, 성폭력범죄의 피해나 가해 경험, 성

126) 이춘화, 앞의 글, 81면.

127) 김형준, 김숙희, 앞의 글, 157면.

128) 이춘화, 앞의 글, 82면.

에 대한 인식, 가치관 등을 구체적으로 질문해야 그 과정을 통하여 더 신속하게 공정한 배심원단을 꾸릴 수 있을 것이며, 동시에 보충질문서를 제공함으로써 배심원 선정절차에서 배심원들에게 법정에서 적용되어야 할 경험칙과 적용되지 말아야 할 경험칙에 대하여 환기를 하는 역할도 할 것이다.¹²⁹⁾ 변호인과 검사로 하여금 구체적인 질문을 하게 하는 것도 한 방법이지만, 그러한 과정에서 변호인이 강간통념을 더 강화시킬 수도 있고, 검사는 특정관념을 주입시킬 수도 있을 것이다. 그러므로, 법원은 검사와 변호인으로부터 미리 질문표를 제출받은 다음 이를 법원의 질문표와 함께 배심원 후보자에게 배부하여 미리 답변사항을 교부 받고, 보충 질문사항에 대하여 답변의 비밀이 보장된 상태에서 개별 질의응답을 하는 방식으로 절차를 운영하는 것이 바람직하다.¹³⁰⁾ 강한 선입견을 가진 배심원을 배제함으로써, 더 공정하고 합리적인 배심원단을 구성하게 될 것이다.

물론, 배심원후보자에 대한 보충질문을 통하여 불가피하게 개인의 가치와 사생활 정보가 드러날 수 밖에 없으므로, 배심원의 개인정보가 어떻게 사용될 것인지, 또 언제까지 보관될지를 정확히 고지해 주어야 할 것이다.

3) 법관의 모두 설명

추가적으로, 법관의 모두 설명을 활용하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

129) 편견이 있는 배심원을 배제하면서도 배심원에게 편견에 빠지지 말 것을 환기시키기 위해서는, ① 피해자 의 진술을 보충하는 물적 증거 내지 과학적 증거가 없다는 이유만으로 피고인이 무죄라고 볼 수 있는가, ② 피해자가 사건 직후 고소를 하지 않았다는 사정만으로 피해자의 진술을 믿지 않아야 하는가, ③ 피해자가 사력을 당하여 저항하지 않았거나 필사적으로 구조 요청을 하지 않았다면 강간이 아니라고 생각하는가 등의 질문을 할 수 있다. 홍진영, 앞의 글, 316면.

130) 캘리포니아 주의 성폭력범죄 재판실무 편람(California Bench book: The Adjudication of Sex Crimes)에서는 성폭력범죄 사건 배심원 후보자에 대한 사전 질문지 모델을 제시하고 있는데, 위 질문지에는 ① 본인 또는 지인이 성폭력범죄의 피해자가 된 사실이 있는지, ② 그와 관련하여 공식적으로 민·형사 등의 절차가 진행된 적이 있는지, ③ 성관계에 대하여 다른 배심원들과 논의를 하는 것이 꺼려지거나 스스로의 공정성을 해할 우려가 있다고 생각하는지, ④ 이 사건 공소사실에 관한 설명을 들었을 때 감정적 반응을 보인 바가 있는지 등의 질문이 포함되어 있다. 홍진영, 앞의 글, 317면.

미국의 많은 주에서는 성폭력 재판을 담당하는 재판부가 참고할 수 있는 실무지침서(benchbook)를 제공하고 있다. 대표적으로는 미시간과 뉴멕시코 주의 성폭력 재판 벤치북, 오하이오와 노스캐롤라이나 주의 아동성폭력의 피해자 및 증인 재판 벤치북이 있다. 벤치북의 내용은 성폭력 재판에 관한 관련 규정이 재판실무에서 구체적으로 어떻게 적용되고 있는지를 잘 보여주고 있다.¹³¹⁾

우리나라는 국민참여재판법 제42조 제2항 그리고 국민참여재판규칙 제35조 제1항에 의거하여, 법관은 배심원이 선서를 하고 난 후 피고인에게 진술거부권을 고지하기에 앞서 배심원과 배심원후보의 권한, 의무, 재판 절차, 그 밖에 직무수행을 원활히 하는 데 필요한 사항을 설명해야 한다. 따라서 재판이 본격적으로 시작되기 전인 ‘법관 모두설명’ 단계에서 배심원에게 선입견에 대한 경계의 필요에 대하여 언급할 필요가 있다.¹³²⁾

즉, 법관은 성폭력범죄 사건에서 해당 범죄의 구성요건에 관한 설명과 함께, 편견을 배제할 것을 당부하는 가이드라인¹³³⁾도 포함시킬 수 있을 것이다.

131) 이재석, 앞의 글, 58면.(미시간 주의 실무지침서는 미시간 주 사법연구원 (Michigan Judicial Institute, MJJI) 홈페이지 <<http://courts.mi.gov/education/mji/>> 에서 다운로드 할 수 있다, 각주 89 참고).

132) 홍진영, 앞의 글, 322면.

133) 홍진영, 앞의 글에서 제시된 법관의 모두설명 가이드라인의 예시는 다음과 같다: 강간 범행에는 소위 ‘전형적인 가해자’라든가 ‘전형적인 피해자’는 존재하지 않습니다. 강간 범행은 낯선 사람 사이에서뿐만 아니라 지인, 친구, 친족, 연인, 심지어 부부 사이 등 모든 유형의 관계에서 일어날 수 있습니다. 모든 사람은 자유로운 의사에 따라 성관계를 맺거나 맺지 않을 권리가 있으므로, 피해자의 직업이나 과거의 성경험 유무, 가해자와의 친밀도에 따라 피해자의 그러한 권리를 더 중하거나 더 가볍게 여겨서는 안 됩니다. 또한 배심원 여러분은, 사람들의 범죄에 대한 반응은 동일한 상황 하에서도 동일하지 않다는 것을 항상 유념하셔야 합니다. 같은 정도의 폭행·협박에 대하여도 어떤 피해자는 생명과 안전의 위협을 무릅쓰고 적극적으로 저항하여 상황을 모면하려는 태도를 보일 수 있는 반면, 다른 어떤 피해자는 온 몸이 얼어붙어 아무런 저항을 하지 못할 수도 있습니다. 어떤 피해자는 강간을 당하고 나서 곧바로 피해를 경찰에 신고하거나 친구, 가족에게 알리지만, 다른 어떤 피해자는 수치심 또는 다른 복잡한 사정으로 인해 오랜 기간 고민을 한 끝에 신고를 결심하게 될 수도 있습니다. 어떤 피해자는 강간으로 인한 마음의 상처를 안고 외상 후 스트레스에 시달리거나 극단적으로는 자살을 시도하기도 하지만, 다른 어떤 피해자는 모멸적 순간에 대한 기억을 극복하고 담담하게 삶을 이어 나가기도 합니다. 그러므로 배심원 여러분은 공판 과정에서 드러나는 어떠한 사실이 여러분이 지금껏 상식이라고 생각하여 왔던 강간 사건의 전형적인 특성으로부터 어긋나는 것으로

4. 전문가 증언 활용

미국에서는 배심원들에게 성범죄에 관하여 팽배해있는 잘못된 통념과 성범죄 전후의 피해자의 행동 패턴에 관하여 설명하기 위한 방법으로서 전문가 증언이 종종 활용되고 있다.¹³⁴⁾ 성폭행관련 범죄에서 피해자의 동의 여부가 있었는지를 판단함에 따라, 법정에서 사회과학적 전문가 증언이 활발히 사용되어 지고 있다. 미국 법원에서는 1980년대를 기점으로 심리학과 사회학의 연구결과들이 법원에 등장하기 시작했는데, 예를 들어, 성범죄 피해자의 심리를 분석하는 데 있어서 외상후스트레스장애의 일종인 ‘성폭력피해증후군’(rape trauma syndrome)과 같은 전문가 증언들이 제시되었다.¹³⁵⁾ 이러한 전문심리위원의 의견진술 및 증언 절차를 활용하여 법관과 배심원이 성폭행범죄의 사안을 판단함에 있어 배경 지식을 함께 습득하고 공유가 가능해진다면, 재판과정이 더 명확해 질 것이다. 우리나라에서도 형사소송법 제279조의 2에서는, “법원은 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차를 원활하게 진행하기 위하여 필요한 경우”에 직권 또는 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 전문심리위원을 소송에 참여할 수 있게 하고 있다.

즉, 성폭행범죄 사건에서 전문심리위원의 증언과 법관의 설명을 상호 보완적으로 병행하고, 배심원들의 편견 또는 잘못된 관념을 재정립함으로써, 보다 공정한 재판을 이끌어낼 수 있을 것이다.

느껴지더라도, 거기에서 판단을 멈추지 않고 증거에 의하여 알게 된 다른 모든 상황을 신중하고 종합적으로 고려하여 강간죄가 성립하는지에 대하여 판단하시기를 당부합니다.

134) 홍진영, 앞의 글, 327면.

135) *People v. Bledsoe*, 681 P.2d 291(Cal. 1984)., 판례에서 법원은, ‘강간외상증후군은 배심원의 강간과 강간 피해자에 관한 잘못된 통념을 바로잡아 줌으로써 그러한 널리 퍼진 통념으로부터 자유로운 사태에서 증거를 평가할 수 있도록 돕는 데에 특별히 유용한 역할을 할 수 있다’고 판시하였다. 홍진영, 앞의 글, 327-328면 참조.

IV. 소결

많은 성폭력사건이 국민참여재판의 대상이 되고 있는 상황에서, 배심원들의 심리와 관련한 공판단계에서 있어 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 규정이 부재하며, 그러한 규정의 부재는 형사소송법의 근본이념인 실체적 진실추구에 커다란 장애가 될 수 있으므로, 성격증거배제법칙의 도입이 더욱 요구되는 실정이다.¹³⁶⁾

미국의 성폭력피해자보호법의 역사가 성폭력범죄사건에 있어 배심원들에게 관련성 없는 증거와의 접촉을 사전에 차단하고, 동시에 피해자에 대한 선입견을 방지하여 실체진실발견에 보다 근접할 수 있도록 하기 위해 발전하였다는 점에 주목하여야 할 것이다.¹³⁷⁾ 만약 피고인 측에서 피해자의 과거 성력 또는 성적 성향을 들춰내며 피해자의 부도덕성 또는 진실성을 지속해서 공격할 수 있도록 내버려둔다면 배심재판에 대한 국민의 신뢰는 저하될 것이다. 따라서 피고인의 국민참여재판을 받을 권리를 보장함과 동시에 실체적 진실발견과 피고인의 보호이익까지 모두 충족시키기 위해서는 국민참여재판 절차의 개선이 절실히 요구된다.

(논문투고일: 2021. 12. 1., 심사개시일: 2021.12. 9., 게재확정일: 2021.12.13.)



▶ 이 지나

국민참여재판, 배제제도, 성폭력피해자보호법, 강간통념, 미국 배심제도

136) 박용철, 앞의 글, 174면.

137) 류병관, 앞의 글, 373면.

【참 고 문 헌】

I. 논문

- 강동욱, 국민참여재판의 대상사건 및 개시절차에 관한 연구, 대검찰청 연구서, 2012.
- 김슬기, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률의 정부 개정안에 대한 비판적 검토, 연세법학, 제 24 권, 연세대학교, 2014.
- 김일용, 성범죄에 대한 미국연방증거규칙의 대응과 도입가능성, 법조, 제 59 권 제 12 호, 법조협회 2010.
- 김형준·김숙희, 국민참여재판제도의 운영상 문제점과 개선방안, 법학논문집, 제 33 집 제 1 호, 2009.
- 도중진, 형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도, 형사정책, 제 29 권, 한국형사정책학회 2003.
- 도중진·박광섭·손중학, 국민참여재판의 배심원 평의 평결과정에서의 독립성 확보방안, 대검찰청 연구보고서, 2012.
- 류병관, 성폭력 피해자 보호를 위한 증거제한에 관한 연구: 미국의 강간피해자 보호법을 중심으로, 법학논총, 제 28 집 제 1 호, 2008.
- 박용철, 미국법상 성격증거배제법칙과 그 예외로서의 강간피해자보호법 도입 가능성에 대한 소고, 피해자학 연구, 제 17 권 제 2 호, 한국피해자학회, 2009.
- 배용찬, 미국 배심재판제도에서의 배심원 선정 방법, 형사법의 신통향, 통권 28 호, 2010.
- 윤지영, 성폭력 피해자의 2 차 피해 방지를 위한 형사절차법적 개선 방안 모색, 피해자의 성적 이력 사용 제한 및 역고소 남용 대응을 중심으로, 이화젠더법학, 제 10 권 제 1 호, 이화여자대학교, 2018.
- 이영혁·이창훈, Rape Shield Law revisited: Effects of different types of evidence on prediction of rape case disposition among three legal professionals, 한국경찰연구, 제 11 권 제 1 호, 한국경찰연구학회, 2012.
- 이재석, 성폭력 재판절차에서의 피해자 증인신문 재판참고사항에 관한 연구, 연구총서, 사법정책연구원, 2016.
- 이춘화, 성폭력범죄에 대한 국민참여재판의 문제점과 개선방안, 형사정책, 제 23 권 제 1 호, 한국형사정책학회, 2011.
- 조 국, 강간피해 고소여성의 성관계 이력의 증거사용 제한 - 미국 '강간방지법'을 중심으로 -, 저스티스 통권 제 69 호, 한국법학원, 2002. 10.

- 조성제, 미국의 배심제도, 국가위기관리학회보, 제 5 권 제 1 호, 2013.
 한상훈, 미국배심제에서 배심원선정절차, 저스티스, 통권 제 94 호, 2006.
 _____, ‘미국의 배심제도 -형사배심을 중심으로’, 미래한국재단, 2011
 홍진영, 국민참여재판에 따른 성폭력범죄 재판운용의 실무적 개선방향에 관한
 고찰, 법조, 제 66 권 제 5 호, 법조협회, 2017.

II. 외국 단행본

- Barendt, Eric, Media Freedom and Contempt of Court(1st edition),
 Routledge(2009)

III. 외국논문

- Appleman, Laura I., "The Lost Meaning of the Jury Trial Right," 84 Ind. L. J.
 397(2009)
 Brandwood, Armstrong, You Say "Fair Trial" and I Say "Free Press": British
 and American Approaches to Protecting Defendants' Rights in High
 Profile Trials, 75 N. Y.U. L. Rev. 1412(2000)
 DeCicco, Fred Anthony DeCicco, 'Waiver of Jury Trials in Federal Criminal
 Cases: A Reassessment of the Prosecutorial Veto', 51 Fordham L. Rev.
 1091(1983)
 Donnelly, Richard C., 'The Defendant's Right to Waive Jury Trial in Criminal
 Cases', 9 U. Fla. L. Rev., 247(1956)
 Fuoco, Robert J., The Prejudicial Effects of Cameras in the Courtroom, 16 U.
 Rich. L. Rev. 867(1982)
 Galvin, Harriett R., 'Shielding Rape Victims in State and Federal Courts', 70
 Minn. L. Rev. 764(1986)
 Marcus, Paul, The Media in the Courtroom: Attending, Reporting,
 Televising Criminal Cases Faculty Publications 566(1982)
 Yuan, Loretta S., Gag Orders and the Ultimate Sanction, 18 Loy.
 L.A. Ent. L. Rev. 629(1998)

Abstract

A Comparative Study on Korean Jury Trial and Exclusion System: Focusing on the U.S. Rape Shield Law in Sexual Crime Cases

Gina S. Rhee

The article suggests a number of amendments to Korean jury trial and its exclusion system through the comprehensive comparative review of the U.S. jury trial system. It also examines the issues on sexual crimes in jury trial, and its protection measures for the sexual crime victims under the current law. The article further introduces U.S. law in regulating the patterns of victim-blaming and secondary victimization shown in the criminal jury trials. With numerous sexual crime cases going under the jury trials, an adequate tool to prevent the secondary damage of the sexual crime victims in criminal jury trials is important. It is emphasized that the history of the Rape Shield Law in the U.S. has been developed in order to prevent the juries from having an access to irrelevant evidence in sexual crime cases, and thus, prevent the prejudice against the victims. If the defendant is allowed to reveal the victim's past sexual history or sexual orientation in the court, and further permitted to attack the victim's sexual immorality or integrity in front of the juries, then the public's trust in the jury trial will be decreased substantially. Therefore, in order to protect both the defendant's right to the jury trial and the interests of sexual victims in their fair trial, proper amendments and revisions shall be implemented to estop the prevalent "Rape Myth" in criminal jury trials.



▶ **Gina S. Rhee**

Korean jury trial/Citizen participatory trial, Exclusionary rules in jury system, Sexual Crime Victims Protection Act, Rape myth, U.S. jury system