

[보충판례]

〈성폭력처벌법 제30조 제6항 위헌결정 반대신문권〉

1. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제30조는 제1항에서 "성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다."라고 규정하고, 제6항에서 "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."라고 규정한다. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '청소년성보호법'이라 한다) 제26조는 제1항에서 "아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오 녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다."라고 규정하고, 제2항에서 제4항까지 영상물 녹화의 방식과 절차를 정하며, 제6항에서 "제1항부터 제4항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다."라고 규정한다. 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '아동학대처벌법'이라 한다) 제17조 제1항은 "아동학대범죄의 조사·심리에 관하여는 성폭력처벌법 제29조부터 제32조까지, 제34조부터 제41조까지 및 청소년성보호법 제29조를 각각 준용한다. 이 경우 '성폭력' 또는 '아동·청소년대상 성범죄'는 '아동학대범죄'로, '피해자'는 '피해아동'으로 본다."라고 규정한다.

그런데 헌법재판소는 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 사건에서 "성폭력처벌법(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."는 결정을 선고하였다(이하 위 결정을 '이 사건 위헌 결정', 위헌결정이 선고된 법률 조항을 '이 사건 위헌 법률 조항'이라 한다). 이 사건 위헌 결정 이유는, 자기에게 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여해야 한다는 절차적 권리의 보장은 피고인의 '공정한 재판을 받을 권리'의 핵심적인 내용을 이루는데, 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 미성년 피해자를 보호할 수 있는 조화로운 방법을 상정할 수 있음에도, 피고인의 반대신문권을 실질적으로 배제하여 피고인의 방어권을 과도하게 제한하는 이 사건 위헌 법률 조항은 피해의 최소성, 법익의 균형성요건을 충족하지 못하여 과잉금지 원칙을 위반하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 것이다.

2. 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 이 사건 공소사실의 요지는 피고인이 친팔이자 미성년자인 피해자들을 강제로 추행함과 동시에 성적 학대행위를 하여 성폭력처벌법 제5조 제2항, 제7조 제3항, 형법 제298조 및 아동복지법 제71조 제1항 제1의2호, 제17조 제2호에 해당하는 죄를 범하였고, 피고인이 피해자들을 폭행함과 동시에 신체적 학대행위를 하여 형법 제260조 제1항과 아동복지법 제71조 제1항 제2호, 제17조 제3호에 해당하는 죄를 범하였다는 것이다.

나. 경찰은 사건이 미성년자에 대한 성폭력범죄에 해당한다는 이유로 피해자들의 진술 내용과 조사 과정을 영상으로 촬영하였다. 그리고 속기사로 하여금 영상물에 대한속기록을 작성하도록 하였다. 검사는 경찰이 촬영한 영상물과 속기록(이하 '이 사건 영상물', '이 사건 속기록'이라 한다)을 증거로 제출하였다.

피고인은, 경찰이 피해자들의 모친 공소외인에게 요청하여 사전에 피해자들과 피해내용을 담은 문답서를 작성하도록 한 이후 피해자들에 대한 조사가 이루어졌음을 이유로, 이 사건 영상물과

속기록은 위법하게 수집한 증거로서 증거능력이 없고, 설령 그렇지 않더라도 사전 연습에 의하여 오염된 것이므로 신빙하기 어렵다고 주장하면서, 이를 증거로 함에 동의하지 않았다.

다. 제1심은 제2회 공판기일에서 경찰 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람에 해당하는 공소외인을 증인으로 신문하여 이 사건 영상물의 진정성립을 인정하는 진술을 듣고 이 사건 영상물을 증거로 채택하였다. 원진술자인 피해자들에 대한 증인신문은 이루어지지 않았다. 이 사건 영상물에 대한 증거조사가 이루어진 제1심 제5회 공판기일에서, 피고인은 증거에 관한 의견을 변경하여 이 사건 속기록을 증거로 함에 동의하였고, 이에 따라 이 사건 속기록까지 증거로 채택되어 영상물과 함께 증거조사가 이루어졌다. 한편 피고인은 이 사건 영상물과 속기록이 모두 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다는 주장을 유지하였다.

라. 원심은, 이 사건 영상물이 청소년성보호법 제26조에 따라 촬영·보존된 영상물로서 위 법률에 따른 절차적 요건을 모두 갖추고 있고, 문답서 작성행위가 경찰 조사에 영향을 미쳤다고 단정할 수 없으며, 진술 오염 가능성은 신빙성 판단에 관련된 문제일 뿐 증거능력을 배척하는 사유에 해당하지 않는다는 등의 이유로 이 사건 영상물의 증거능력을 인정한 제1심의 판단을 유지하였다. 그리고 이 사건 속기록을 주요한 증거로 삼아 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3. 이 사건 위헌 결정의 효력은 결정 당시 법원에 계속 중이던 이 사건에도 미친다. 따라서 이 사건 위헌 법률 조항(아동학대처벌법 제17조에서 준용하는 경우를 포함한다)은 이 사건 영상물의 증거능력을 인정하는 근거가 될 수 없다. 그리고 청소년성보호법 제26조 제6항 중 이 사건 위헌 법률 조항과 동일한 내용을 규정하고 있는 부분(이하 '이 사건 청소년성보호법 조항'이라 한다)은 이 사건 위헌 결정의 심판대상이 되지 아니하였지만 이 사건 위헌 법률 조항에 대한 위헌 결정 이유와 같은 이유에서 과잉금지 원칙에 위반될 수 있다. 따라서 원심으로서 이 사건 청소년성보호법 조항의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위하여 피해자들을 증인으로 소환하여 그 진술을 듣고 피고인에게 반대신문권을 행사할 기회를 부여할 필요가 있는지 여부 등에 관하여 심리·판단하였어야 한다. 원심이 이러한 심리·판단 없이 이 사건 영상물이 청소년성보호법에 따른 절차적 요건을 갖추었다는 사정을 들어 이 사건 영상물의 증거능력이 인정된다고 판단한 것은 잘못이다.

한편 형사소송법 제318조 제1항은 "검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다."라고 규정한다. 피고인은 이 사건 영상물과 속기록이 모두 증거능력이 없다고 주장하면서 이를 증거로 함에 동의하지 않다가 이 사건 위헌 법률 조항 또는 이 사건 청소년성보호법 조항에 따라 이 사건 영상물이 증거로 채택되어 증거조사가 이루어지게 되자 증거에 관한 의견을 변경하여 이 사건 속기록을 증거로 함에는 동의하였다. 그런데 이 사건 속기록은 이 사건 영상물의 진술 내용을 그대로 녹취한 것으로서 이 사건 영상물 속의 발언자를 특정하고 내용을 명확하게 함으로써 증거조사절차가 효율적으로 이루어질 수 있도록 하기 위하여 작성된 것에 불과하다. 이 사건 위헌 결정으로 인하여 이 사건 영상물의 증거능력이 인정될 수 없는 경우라면, 비록 피고인이 이 사건 속기록에 대해서는 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 그 동의의 경위와 사유 등에 비추어 이 사건 영상물과 속기록 사이에 증거능력의 차이를 둘 수 있는 합리적 이유가 존재한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이 사건 속기록을 진정한 것으로 인정하기는 어렵다. 원심이 이 사건 영상물의 증거능력이거나 이 사건 영상물과 속기록 사이에 증거능력의 차이를 둘 수 있는 합리적 이유가 존재하는지에 대하여 필요한 심리·판단을 다하지 아니한 상태에서 이 사건 속기록을 진정한 것으로 인정하여 증거로 삼은 것은 잘못이다.(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021도14616 판결)

헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 전원재판부 결정 [구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제21조의3 제4항 등 위헌소원]

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.

1. 사건개요

가. 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.

나. 청구인은 위 1심 판결에 불복하여 항소하였으나, 대구고등법원은 2018. 9. 5. 위 1심 판결과 동일한 범죄사실에 관하여 재차 유죄판결을 선고하되, 관련 법령 개정에 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.

다. 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, 2018초기1107), 이에 청구인은 2018. 12. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

가. 이 사건에서 청구인이 다투는 것은, 청구인에 대한 형사재판에서 유죄판결의 증거로 사용된 각 영상녹화CD에 수록된 '19세 미만 성폭력범죄 피해자'(이하 '미성년 피해자'라 한다)의 진술에 관하여 그 성립의 진정함이 조사 과정에 동석하였던 '신뢰관계에 있는 사람 내지 진술조력인'(이하 '신뢰관계인 등'이라 한다)의 진술에 의하여 인정된 경우에도 증거로 할 수 있도록 한 규정의 위헌 여부라 할 것이다. 그러므로 당해 사건에 적용된 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법'(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제30조 제6항 중 관련 부분으로 심판대상을 한정하기로 한다.

나. 청구인은 구 '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률' 제21조의3 제4항에 관하여서도 다투고 있으나, 위 조항은 2010. 4. 15. 법률 제10258호 개정으로 삭제되어 당해 사건 재판에 적용되지 않으므로 심판대상에서 제외하기로 한다.

다. 따라서 이 사건 심판대상은 '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 부분(이하 '심판대상조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다. 심판대상조항 및 주요 관련조항은 다음과 같고, 나머지 관련조항은 [별지]와 같다.

[심판대상조항]

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것)

제30조(영상물의 촬영·보존 등) ⑥ 제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비 기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.

[관련조항]

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것)

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.

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

3. 청구인 주장

심판대상조항은, 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력을 인정할 수 있도록 정하고 있다. 그로 인하여 청구인은 미성년 피해자에 대한 반대신문권을 전혀 행사하지 못하였음에도, 법원은 신뢰관계인 등 다른 사람의 진술에 따라 영상물에 수록된 미성년 피해자 진술의 증거능력을 인정하여 유죄판결의 결정적인 증거로 사용하였다.

이처럼 심판대상조항은 헌법 제12조 제1항, 제37조 제1항에서 도출되는 피고인이 자신에게 불리한 증인을 신문할 권리, 즉 피고인의 반대신문권을 박탈하는 것이므로 헌법에 위반된다.

4. 판단

가. 심판대상조항의 의의

형사소송법 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”라고 규정하여 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부인하고 있다. 이는 공개된 법정에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하지 않은 전문증거의 증거능력을 배척함으로써 피고인의 반대신문권을 보장하고, 직접심리주의와 공판중심주의를 철저히 하여 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이다.

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

한편, 형사소송법은 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’를 규정한 제315조와 원진술자의 사망, 질병, 외국 거주 등으로 인한 ‘증거능력에 대한 예외’를 규정한 제314조에서도 원진술자에 대한 반대신문의 기회 부여 없이 전문증거의 증거능력을 인정하고 있다. 전자는 공무상 또는 업무상 기계적·반복적으로 작성되거나 고도의 신용성의 정황적 보장이 있어 굳이 반대신문을 거칠 필요가 없다는 점에서, 후자는 반대신문을 위한 증인 소환이 현실적으로 불가능하거나 현저히 곤란하여 반대신문을 할 수 없는 경우라는 점에서 전문법칙의 예외를 인정하는 것이다. 그러나 심판대상조항은 문제되는 전문증거인 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술이 위와 같은 요건에 해당하지 않는 경우에도, 미성년 피해자의 2차 피해 방지라는 적극적인 목적을 위하여 피고인의 반대신문권을 제한하고 있다는 점에서 위 조항들과 구별되는 고유한 헌법적 문제를 야기한다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 참조).14회 하이라이트

나. 제한되는 기본권

(1) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”, 같은 조 제3항은 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여, 형사피고인에게 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자에게 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증의 기회가 부여되는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다. 이에 더하여 무죄추정의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제27조 제4항을 종합하면, 형사피고인은 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서, 검사에 대하여 ‘무기대응의 원칙’이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌바403 참조).

(2) 헌법은 피고인의 반대신문권을 미국이나 일본과 같이 헌법상의 기본권으로까지 규정하고 있지는 않다. 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(헌재 1998. 9. 30. 97헌바51; 헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 참조).

(3) 위에서 본 바와 같이 심판대상조항은 영상물에 수록된 미성년 피해자의 진술에 대하여 원진술자의 법정진술 없이도 증거능력이 부여될 수 있도록 정함으로써 피고인의 반대신문권 행사를 제한하고 있다. 이는 헌법 제27조에서 보장하는 공정한 재판을 받을 권리를 제한하는 것이므로, 이러한 제한이 헌법적 한계를 벗어난 것인지 여부가 문제된다.

다. 과잉금지원칙 위배 여부

(1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

심판대상조항의 입법목적은, 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. 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(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 참조).

(2) 피해의 최소성

(가) 미성년 피해자 보호와 피고인의 공정한 재판을 받을 권리의 조화 필요성

심판대상조항은 성폭력범죄의 미성년 피해자 보호라는 적극적인 목적을 위하여 구체적 사건에서 미성

년 피해자에 대한 반대신문의 필요성이나 가능성을 묻지 않고 이에 관하여 일률적으로 전문법칙의 예외를 규정하고 있다. 그로 인하여 피고인은 반대신문의 기회를 전혀 부여받지 못한 미성년 피해자 진술을 근거로 유죄 판결을 받을 수 있는 위험에 놓이게 된다.

물론, 미성년 피해자가 받을 수 있는 2차 피해를 방지하는 것은 성폭력범죄에 관한 형사절차를 형성함에 있어 결코 포기할 수 없는 중요한 가치라 할 것이다. 그러나 그 과정에서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 역시 헌법상 보장되어야 하며, 미성년 피해자를 보호하는 것과 피고인에게 적절한 방어권을 보장하는 것이 상호 모순적이거나 양립불가능한 관계에 있다고 볼 수도 없다. 결국, 형사절차에서 미성년 피해자 보호를 위한 규정을 마련함에 있어서는, 피고인에게 공격·방어 방법을 적절히 보장하면서도 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 조화적인 방법을 강구할 때에만 비로소 기본권 제한입법에 요구되는 피해의 최소성 요건에 부합할 수 있을 것이다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대의견 참조).

(나) 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 것이다. 이처럼 반대신문권의 보장이 강조되는 것은, 전문증거의 내용이 되는 ‘진술증거’는 불완전한 인간의 지각과 기억에 기초한 것일 뿐 아니라 그 표현과 전달에 잘못이 있을 수 있고 신문자의 신문방식에 의해서도 진술자의 원래 의사나 기억과 다른 내용이 전달될 가능성이 커서 본질적으로 오류가 개입할 가능성이 큰 증거방법이기 때문이다. 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.

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

(다) 심판대상조항으로 인한 피고인의 방어권 제한의 중대성

1) 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 제대로 탄핵할 기회를 부여받지 못할 위험에 놓이게 된다.

2) 심판대상조항은 전문법칙의 예외를 규정하며, 그 대상이 되는 증거방법을 촬영 당시의 상황을 재현할 수 있는 ‘영상물’로 한정하고, 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인 등에 대한 반대신문권을 보장하는 등 위 예외가 적용되는 경우를 일정하게 한정하고 있기는 하다. 그러나 앞서 본 진술증거에 대한 반대신문의 필요성 등을 고려할 때, 다음에서 살펴보는 바와 같이 심판대상조항에서 예정한 방법들은 반대신문권을 대신하여 피고인의 방어권을 적절히 보장하기 위한 수단으로는 뚜렷한 한계를 가진다.

가) 예외가 인정되는 증거방법을 영상물로 한정하는 것

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’이다. 위와 같은 형성과정상의 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 의문이다. 그리고 바로 이러한 위험성 때문에 형사소송법은 원칙적으로 영상물의 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인 등의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있을 뿐, 이를 공소사실의 입증에 위한 본증으로 사용할 수 있도록 규정하고 있지는 아니한 것이다(제312조 제4항, 제318조의2 제2항 참조).

물론, 영상물이 ‘조사 과정’에서 나타나는 피해자의 진술 내용과 진술 태도 자체를 보존하고 재생하여

보여 줄 수 있는 효율적인 수단으로 기능할 여지는 있다. 그러나 그 조사 과정은 수사기관이 원하는 질문을 하면서 피해자의 진술을 이끌어내는 경우가 많은바, 이를 다투는 피고인의 관점에서 사건을 구성할 수 있는 질문이나 답변이 녹화되어 있는 것이 아니다. 또한, 진술의 신빙성 판단을 위해서는 피해자 인식의 불명확성, 기억의 오류나 왜곡을 지적하는 탄핵적 질문에 대한 답변과정에서 나타나는 태도증거가 유의미할 수 있는데, 심판대상조항에 의한 영상물증거는 그 형성과정을 고려할 때 위와 같은 내용을 충분히 담기 어렵다. 따라서 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.

나) 신뢰관계인 등에 대한 반대신문권 보장의 한계

심판대상조항에 의하여 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 있기는 하다. 그러나 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.

3) 한편, 심판대상조항에도 불구하고 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 반대신문하지 못하는 결과에 이르는 것은 아니다. 그러나 미성년 피해자에 대한 피고인의 증인신청이 반드시 받아들여진다고거나 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. 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(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108 중 반대의견 참조).

나아가, 심판대상조항에 의하여 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 인정된다고 해서 곧바로 유죄의 증거로 사용되는 것이 아님은 물론이다. 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 문제라 할 것이다. 따라서 후자의 기회가 남아 있다는 것이 전자에서 보장되어야 할 방어권인 피고인의 반대신문권을 일률적으로 제한하는 것을 정당화할 수는 없다.

4) 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.

5) 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.

(라) 미성년 피해자 보호를 위한 조화적인 대안의 존재

1) 앞서 살핀 바와 같이 심판대상조항은 미성년 피해자 보호를 위해 피고인의 반대신문권 행사 자체를 배제하는 방법을 규정하고 있다. 그러나 다음에서 보는 것처럼 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 있고, 이를 적극적으로 활용함으로써 심판대상조항의 목적을 충분히 달성할 수 있다.

2) 우선, 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.

가) 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(제184조 제1항). 그리고 성폭력범죄 피해자의 경우 공판절차에서 뒤늦게 이루어지는 증인신문과정에서 2차 피해가 발생할 수 있음을 고려하여, 성폭력처벌법 등은 추후 공판기일에서의 증언이 현저히 곤란한 사정이 있는 미성년 피해자 등이 사건 초기 1회 또는 최소한의 진술만으로 범죄규명에 필요한 진술을 적법하게 제공할 수 있도록 증거보전의 특례를 두고 있다. 즉, 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 규정하여(제41조 제1항), 성폭력범죄 사건에 있어 형사소송법상 증거보전의 요건을 완화하고 있다. 또한, 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(제3조 제1항).

나) 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 있다. 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 있다.

다) 한편, 증거보전사건을 담당하는 판사는 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있으므로(형사소송법 제184조 제2항), 공소 제기 후 수소법원이 행하는 증인신문에 관한 규정이 증거보전절차에도 준용되고, 아래 3)항에서 살피는 성폭력범죄 사건에서 증인 보호를 위하여 마련한 조치 역시 동일하게 지켜져야 할 것이다. 또한, 증거보전 담당 판사는 검사 또는 피고인, 피의자, 변호인의 신청에 따라 또는 직권으로 증인신문과정을 영상녹화장치를 사용하여 녹화하도록 명할 수 있고(형사소송법 제56조의2 제1항), 그 결과인 영상녹화물은 소송기록에 첨부하거나 전자적 형태로 보관하여 조서의 일부로 할 수 있는바(형사소송규칙 제29조 제1항), 본안 재판부는 이 영상을 통해 피해자 증언 과정, 개별 답변의 뉘앙스, 태도 등을 확인할 수 있다.

3) 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 스트레스와 법정에서 피고인을 대면하게 됨으로 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 있다. 그런데 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.

가) 신상정보나 사생활 노출 위험 방지 수단

성폭력처벌법은 공개 법정에서의 증언으로 인한 피해자의 신상정보 노출 위험을 방지하고 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(제31조 제1항, 제2항). 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(성폭력처벌법 제24조, 제38조 제2항). 그리고 이 같은 의무를 위반한 경우 형사처벌을 하도록 하여 피해자의 신상정보 공개나 사생활 비밀 누설로 인한 피해를 차단하기 위한 엄격한 규정을 마련하고 있다(성폭력처벌법 제50조 제2항).

나) 법정 환경 및 피고인 대면 등으로 인한 충격을 방지하기 위한 수단

성폭력범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우 법원은 직권으로 또는 피해자 등의 신청에 따라 피고인을 퇴정시키고 증언하도록 할 수 있다(성폭력처벌법 제23조, 특정범죄신고자 등 보호법 제11조 제5항, 제6항). 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(성폭력처벌법 제32조, 성폭력범죄 등 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙 제15조 제1항).

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(성폭력처벌법 제40조, 형사소송법 제165조의2). 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(형사소송규칙 제84조의9 제2항 등 참조). 그리고 증인은 비디오 등 증계장치 등에 의한 증언을 하는 동안 담요, 장난감, 인형 등 자신이 선택하는 물품을 소지할 수도 있다(형사소송규칙 제84조의8 제2항).

다) 피해자가 반대신문 과정 등에서 받을 수 있는 고통을 줄이기 위한 수단

성폭력처벌법 등은 피해자가 증언과정에서 심리적 안정을 얻을 수 있도록 일정한 요건 하에 피해자와 부모, 가족 등 신뢰관계 있는 사람을 동석하게 할 수 있는 규정을 마련하고 있으며(성폭력처벌법 제34조 제1항, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제 28조 제1항, 형사소송법 제163조의2), 성폭력범죄의 피해자가 13세 미만의 아동인 경우 진술조력인에 의해 의사소통 등에 관한 조력을 받을 수 있도록 하고 있다(성폭력처벌법 제37조). 진술조력인은 정신건강의학, 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 중개 또는 보조하게 된다(성폭력처벌법 제35조 제1항, 제2항, 제38조 제1항).

또한, 성폭력범죄 피해자는 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장받기 위해 변호사를 선임할 수 있고, 피해자에게 변호사가 없는 경우 검사는 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있도록 하고 있다(성폭력처벌법 제27조 제1항, 제6항).

나아가, 반대신문 과정에서 정당한 방어권 행사의 범위를 넘어서 증인인 미성년 피해자를 위협하고 괴롭히거나 인격적으로 모욕하고 명예를 해하는 신문은 허용되지 않는다(형사소송규칙 제74조 제2항 제1호, 제77조 제2항 단서). 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. 이를 강제하거나 일률적으로 시행하기 위한 근거가 필요하다면 피고인의 정당한 방어권 행사를 보장하면서 증인인 미성년 피해자가 불필요하게 경험할 수 있는 심리적, 정신적 고통을 차단할 수 있는 법적, 제도적 수단을 보완할 수도 있다.

4) 끝으로, 반대신문권의 보장은 실제적 진실의 발견을 위하여 ‘가치 있는 증거’를 얻고 재판결과에 대한 승복의 기초가 되는 절차적 정당성을 확보하고자 하는 데 그 의의가 있는 것임은 앞서 본 바와 같다. 따라서 심판대상조항처럼 피고인의 원진술자에 대한 반대신문권 행사 자체를 배제하는 방식으로 미성년 피해자를 보호하는 것은 그 재판결과를 피고인에게 설득할 수 없을 뿐만 아니라, 실제적 진실의 발견을 위협할 수 있다는 점에서 궁극적으로 피해자 본인을 위한 것일 수도 없다. 이러한 점을 고려할 때, 피고인의 반대신문권 배제로 인한 문제에서 자유로울 수 없는 심판대상조항에 안주하기보다는, 가급적 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 강화해 나가는 것이 피고인은 물론 미성년 피해자에 대한 공백 없는 보호를 위해서도 더 나은 대안이 될 수 있다.

(마) 소결

위와 같은 사정들을 종합할 때, 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.

(3) 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 있다. 그런데 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 있다. 그에 비하여 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 미성년 피해자의 2차 피해를 방지할 수 있는 대안과 제도들이 다수 존재함은 앞서 본 바와 같다. 이와 같은 사정을 고려할 때, 심판대상조항으로 달성하고자 하는 공익이 그로 인하여 제한되는 피고인의 사익보다 우월하다거나 중요하다고 쉽게 단정할 수 없으므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하였다.

(4) 소결론

심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

5. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 이선애, 재판관 이영진, 재판관 이미선의 반대 의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.