

2003 연구보고서 210-28

성폭력 피해배상 활성화 방안 연구

연구책임자 : 오 정 진 (연구위원)

공동연구자 : 박 선 영 (연구위원)

발 간 사

인간의 몸과性は 개인의 개체성과 고유성의 원천인 만큼, 그 현저한 침탈인 성폭력은 그 자체로 인간에 대한 모독이며, 제도적으로는 헌법이 보장하고 있는 인격권의 일부로서의 성적 자기결정권에 대한 침해에 해당합니다. 그 때문에 우리의 경우도 10년전인 1994년, '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률'을 제정하였고, 이후 성폭력의 심각성을 인식시키고 피해자를 구제하기 위한 장치를 다듬어 오고 있습니다.

그렇지만 아직도 그와 같은 관련 제도는 성폭력 피해자들의 아픔을 제대로 보듬지 못하고 있는 것 같습니다. 그렇지 않아도 우리사회에서 많은 성적 행동은 당사자간에, 남녀간에 상당한 인식의 차이를 보여서 한쪽은 그로 인해 고통을 받는데도 다른 쪽은 이를 알지 못하거나 전혀 다른 식으로 생각하는데, 법 처리 과정중에도 다른 범죄와는 달리 성폭력범죄의 경우는 종종 가해자가 아니라 피해자가 의심받고 모욕을 당하는 것입니다. 이 모든 것이 기본적으로는, 당사자들이 오로지 자신의 의사에 기반하여 상대방을 존중하는 가운데 서로 나누는 것으로서의 성을 깨치지 못한 채 일방적이고 억압적인 성을 용인해 온 탓이요, 그러한 일방적이고 억압적인 성의 무도함과 그로 인한 피해의 심각성을 주지 못한 탓입니다. 더욱이, 여전히 성폭력 피해자의 대부분이 여성인 상황에서, 기존의 법제도와 그를 담당하는 사람들의 인적 구성과 인식은 객관성을 표방하고는 있지만 기실 다분히 남성편향적이어서 피해자들을 위한 장치는 허술한 면이 적지 않습니다. 최근 성폭력의 가해자로 공개된 사람들이 오히려 성폭력의 피해자를 상대로 명예훼손소송을 제기하는 일은 빈번한 반면, 성폭력 피해자들이 그 피해를 배상받으려는 시도는 많지 않은데, 이 역시 그러한 성명적인 제도와 무관하지 않습니다.

그런 맥락에서, 성폭력 피해자들이 배상을 받을 수 있는 여러 제도의 내용과 문제점을 검토하고, 성폭력 배상이 좀더 용이하게 행해질 수 있는 방안을 모색한 이 연구는 여성의 시각에서 법제도를 읽어내려 한 시도로서 중요한 의미가 있다고 사료되며, 향후 이를 바탕으로 성폭력 피해자들의 인권보장에 실질적인 개선이 이루어지기를 바라마지 않습니다.

2003년 12월

한국여성개발원

원장 장 하 진

연구요약

I. 성폭력 피해배상의 활성화 필요성 및 의의

성폭력은 형법과 성폭력특별법에 의해 우선 규율된다. 그렇지만 그러한 형사법적 제도를 통해서도 피해자가 겪는 육체적·심리적 피해에 대한 보전이 행해지지 않으며 이를 위해서는 따로 민사상 손해배상청구소송을 제기해야 한다. 그런데 실제에 있어서 성폭력피해자가 소송을 통하여 배상을 받는 경우는 극히 드물다. 이는 한편으로는 성폭력의 경우 범죄피해의 입증의 곤란과 법 처리과정중의 '제2의 성폭력' 등 그 어려움이 지난하여 피해자들이 민사소송까지 제기할 엄두를 내지 못하기 때문이기도 하며, 다른 한편으로 배상에 관한 여러 제도가 제대로 알려지지 않거나 그 효율성에 문제가 있기 때문이기도 하다.

그렇지만, 성폭력에 대한 좀더 활발한 배상은 피해자에게 요구되는 물리적인 지원의 측면만이 아니라 그를 통해 성폭력이 명백한 불법행위임을 드러내고, 그 과정에서 피해자가 스스로를 탓하기보다는 성폭력을 객관적으로 정리하는 계기로서도 작용한다. 더욱이 성폭력 피해자의 대부분이 여성인 현실에서 피해배상요구가 여성에 의해 적극적으로 제기될 때 이는 그간 남성중심적인 시각에서 쓰여지고 논의된 법과 권리를 여성의 시각에서 새로 운용해 보는 의미 또한 지닌다.

따라서 본 연구는 그와 같은 관점하에, 성폭력 피해배상에 관한 제도를 검토하고 외국의 예를 참조하여 성폭력 피해배상을 활성화할 수 있는 방안을 모색하는 것을 그 내용으로 하였다.

II. 성폭력 피해배상 관련 제도

1. 민사상 손해배상청구소송에 의한 성폭력 배상

다른 불법행위도 그러하지만, 성폭력에 대한 가장 기본적인 배상방법은 민사상 손해배상청구소송을 제기하는 것이다. 그런데 그 활용도는 지극히 낮은데, 이는 우선 우리사회에 만연해 있는 ‘강간신화’나 ‘순결이데올로기’가 법 절차 내·외부에서 피해자에게 이중의 고통을 안겨주어 권리회복에 소극적으로 만들기 때문인 것으로 보인다. 그 밖에, 법제도상 피해자가 겪은 정신적 고통과 성폭력에 대한 입증책임이 피해자에게 있는 것과, 불법행위가 인정되어 위자료가 지급될 경우라도 법원이 인정하고 있는 위자료액은 소액인 점, 소멸시효의 제약이 있는 점 등도 또한 문제로 지적될 수 있다.

2. 국가배상청구에 의한 성폭력 배상

성폭력이 공무원의 직무집행과 관련해서 일어났다면 국가를 상대로 손해배상청구소송을 할 수 있으며, 그와 같은 법제도하에, 그간 공권력에 의한 성폭력에 대해 국가가 배상한 사례도 더러 있다.

그런데 최근에는 공권력이 성폭력의 행위자가 아닌 성폭력사건에서 국가를 상대로 배상청구가 제기되어 주목을 받고 있다. 즉 성폭력으로 인해 인권이자 기본권인 여성의 성적 자기결정권이 침해받고 있음에도 관련 법과 제도는 그 예방과 처리에 극히 취약한데, 이는 국가의 책임인 만큼 국가에 대해 그 책임을 묻겠다는 취지인 것이다.

그렇지만 국가배상이 이루어지려면 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가했음을 입증해야 하는데, 이에 대한 해석이 어떻게 내려질지, 그 귀추가 주목된다.

3. 법률구조제도와 성폭력 배상

한편, 성폭력 피해배상청구를 함에 있어 일정한 경우에는 법률구조제도를 활용할 수도 있다. 다만 법률구조제도는 주로 경제적인 측면에서 구조 필요성이 있는 사람들에게 도움을 주고자 한 것이므로 그간 성폭력 피해자들이 당해 제도를 활용할 여지는 많지 않았다.

그렇지만 다행히 2003년부터 여성부의 여성발전기금을 활용한 법률구조제도가 시작되었는데, 성폭력피해자가 배상소송을 제기할 때도 이에 따라 도움을 받을 수 있게 되었다.

위와 같은 폭력피해 여성을 위한 무료법률구조사업은 사업이 시작된 2003년 1월부터 2003년 10월말 현재까지 총 1921건을 구조했는데, 그 중 소송구조가 1888건이다. 구조는 주로 가정폭력에 대해 행해져 1878건이 이에 관한 것이었지만, 성폭력도 32건 포함되어 있고 나머지 11건은 성매매이다. 법적 성격에 따라 구분할 때는 민사·가사사건이 1917건으로 769억 원이 소요됐으며, 형사사건은 4건이었다. 성폭력에 대한 32건은 모두 민사구조의 형태를 띠었으나 그 상세한 내용 및 결과는 집계되지 않고 있다.

4. 배상명령에 의한 성폭력 배상

그런데 앞서의 방법들이 모두 민사소송을 제기해야만 가능한 것인 반면, 형사사건을 처리하는 과정에서 배상명령제도를 활용하여 배상을 확보할 수도 있다. 그렇지만 배상명령제도는 실제에 있어서는 거의 활용되지 않고 있으며 성폭력사건에서 배상명령을 활용한 사례는 더더욱 없다. 이는, 전형적인 성폭력범죄는 소송촉진등에관한특별법상 배상명령을 활용할 수 있는 범죄에 속해 있지 않은 것이 큰 이유이지만, 강도강간(형법 제339조)이나 해상강도강간(형법 제340조 제3항)의 경우는 배상명령제도를 활용할 수 있는 범죄임에도 한 건도 배상명령제도를 활용한 예가 없다는 것은 성폭

력사건과 배상명령을 아예 연관짓고 있지 않기 때문이라고 할 수 있다.

나아가, 법원은 배상명령을 활용할 수 있다고 규정된 죄는 물론, 그 이외의 죄에 대해서도 피고인과 피해자 사이에 합의된 손해배상액에 관하여 배상을 명할 수 있으므로(소송촉진등에관한특례법 제25조 제2항), 성폭력 사건을 다루는 형사사건에서 합의가 있을 때 이를 배상명령으로 내릴 수도 있지만, 이 역시 활용된 예가 없다.

요컨대, 현행법상의 배상명령제도는 그 구조 자체의 취약함으로 인하여, 그리고 성폭력사건에서의 배상에 대한 인식부족으로 인하여 성폭력 피해자에게 적절한 지원책을 제공해 주지 못했다고 할 수 있다.

5. 범죄피해자구조제도에 의한 성폭력 배상

범죄피해에 대한 배상은 그것이 민사소송에 의한 것이든 또는 형사소송 절차상의 배상명령에 의한 것이든 범죄자를 통해서 이루어지는 것이 원칙이다. 그러나 이러한 배상이 이루어지기 위해서는 범죄자에게 배상을 할 만한 자력이 있을 것을 전제로 하는데 대체적으로 범죄자들은 범죄피해에 대한 배상을 할 수 있을 만한 경제적인 자력을 갖추지 못한 것이 보통이다. 이럴 때 국가가 범죄피해자를 구제하기 위한 제도가 범죄피해자구조제도인데, 형사절차가 피해자에게 도움이 되지 못하고 민사소송에 의한 피해배상청구 역시 활용되기 힘들며 현재의 구조에서는 배상명령제도도 활용되지 못하는 성폭력사건의 경우는 다른 어떤 범죄보다도 동 제도의 활용이 요청된다.

그렇지만 현재 우리의 범죄피해자구조법은 사망한 경우나 신체적으로 중장해를 당한 경우에 한해서 구조를 하도록 하고 있으므로 성폭력피해자가 사망하거나 신체상 중장해를 당하지 않았다면 동법에 의해 처리될 가능성은 없다. 그런데 현실적으로 성폭력의 피해는 그같은 중장해에는 이르지 않는 상해가 많고, 신체적인 측면보다는 정신적인 측면의 손상이 많으

므로 범죄피해자구조법에 의해 보상을 받을 가능성은 지극히 희박하다.

또한 성폭력으로 인해 사망이나 중장해를 당하여 범죄피해자구조제도의 요건을 충족한다 하더라도, 피해자가 범죄행위를 유발하였거나 당해 범죄 피해의 발생에 관하여 피해자에게 귀책사유가 있는 경우는 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있으므로(범죄피해자구조법 제6조) 성폭력피해자의 경우는 성폭력 발생의 책임을 물어 구조금 지급이 제한될 위험마저 있다.

Ⅲ. 외국의 성폭력 피해배상 제도

1. 일본

일본의 경우도 우리와 마찬가지로 성폭력 피해자는 민사상 손해배상청구소송을 통하여 배상을 받을 수 있다. 그러나 일본 역시 그러한 사례는 극히 드문데, 현행법상 불법행위가 성립되기 위해서는 성폭력 그 자체가 인정되어야 하고 이에 대한 입증책임은 원고가 부담해야 하는 것, 성폭력이 인정되었을 경우라도 소액의 위자료만이 인정되는 것, 소멸시효의 제약이 있는 것 등 우리와 유사한 이유가 이에 작용하기 때문으로 보인다.

그 밖에 일본에서는 배상명령제도는 없는 반면, 우리의 범죄피해자구조법과 유사한 “犯罪被害者等給級付金支給法”에 근거한, 범죄피해자에 대한 급부금 지급이나 재단법인 범죄피해자구원기금에 의한 장학금의 지급 등이 활발한 편이다.

2. 독일

독일에서도 범죄피해자는 범죄로 입은 손해에 대해서 범죄자를 상대로 독일 민법상의 소송을 제기함으로써 피해를 구제받을 수 있다. 그렇지만 실제에 있어서는 가해자에게 자산이 없는 경우 어떠한 손해배상도 얻을 수 없으므로 다른 많은 국가들과 마찬가지로 독일에서도 범죄피해자가 범죄자에 대한 민사소송을 통해서 충분한 배상을 받는 것은 드물다.

그런가 하면, 형사적으로도 배상과 합의를 전제로 경죄에 대한 소추를 면제하거나, 범죄자에게 부과되는 형벌의 일부분으로서 손해배상의 지급을 강제하기 위한 규정들을 두고 있다.

아울러 부대소송절차(Adhäsionsverfahren, 독일 형사소송법 제403조-제406조의c), 즉 피해자(또는 그의 상속자)가 범죄자에 대해 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 주장할 수 있는 제도를 따로 두고 있기도 하다.

그 밖에 범죄자가 무자력자인 경우를 대비하여 국가가 범죄피해자에 대해서 일정한 보상을 제공해주는 “범죄피해자보상법(Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten)”을 1975년에 입법하여 시행하고 있다.

3. 영국

영국에서도 폭력범죄에 의해서 침해를 당한 피해자는 범죄자에 대해서 민사법원에 소송을 제기할 수 있는 권리를 갖는다. 그렇지만 대부분의 사건에서 범죄자는 자력이 없는 것이 보통이며 따라서 실제에 있어서는 손해배상청구소송은 그다지 실효성이 없다.

한편 영국은 1972년 도입된 형사상 배상명령제도를 좀더 적극적으로 활용하는 편이며, 1983년에 채택된 <폭력범죄피해자 보상에 관한 유럽협약>(The European Convention on the Compensation of

Victims of Violent Crime)에 발맞추어 범죄피해자보상제도를 개편, 운용하고 있다.

4. 미국

미국에서도 다양한 절차에 의하여 범죄피해자가 그 범죄자로부터 직접 그 피해를 배상받을 수 있다. 법원이 명하는 원상회복은 유죄판결을 받은 범죄자로부터 피해자가 직접 배상받을 수 있는 방법이고, 피해자-범죄자 화해프로그램이나 소환심리, 조정 관련 규정들은 범죄행위로 인한 유죄판결을 아직 받지 않은 범죄자로부터의 배상기회를 부여하고 있다. 다만 어떤 경우에도 범죄자는 밝혀져야 하며 그 범죄자의 협력도 필요하다. 만약 범죄자가 밝혀지지 않았거나 범죄자를 찾을 수 없거나 또는 범죄자의 처지가 곤궁하다면 피해자는 그로부터 아무런 배상도 기대할 수 없게 되며, 그때는 공적 보상이 행해진다.

1965년 California가 최초로 공적 보상프로그램을 도입한 이래, 1993년에는 미국 전체 50개 주와 컬럼비아 특별구 및 Virgin Islands에서 범죄피해자를 지원하는 기금을 마련하게 되었으며, 또한 1984년의 범죄피해자법률(Victim of Crime Act, VOCA)에 의해 연방 범죄피해자기금을 만들어 일정한 요건하에서 주정부의 보상프로그램을 지원하고 있는데, 성폭력피해에 대해서는 대략 살인으로 인한 피해의 1/2 정도의 보상액이 지급되고 있다.

5. 프랑스

프랑스에서 범죄의 피해자는 형사절차에서 私訴로써 손해배상을 인정받을 수 있다. 즉 검사의 형사소추에 연계하거나 또는 사소당사자로서 공소가 제기되도록 할 수 있는 것이다. 배상해야 할 손해나 소제기권자의 범위가 지속적으로 확대되고 절차가 간소화되면서 이것이 배상제도의 핵심이

되었다. 다만 동 제도 역시 피고인의 지불능력에 기초하고 있다는 점은 여전히 한계로 지적된다.

그밖에 프랑스 역시 범죄행위로 인하여 발생한 손해에 대한 국가에 의한 피해자 배상제도를 1977년 이래 두고 있다.

IV. 성폭력 피해배상 활성화 방안

1. 손해배상청구소송제도 개선

성폭력은 그 피해의 성질상 금전적 배상이 필요한 것은 명확하다. 그렇다면 성폭력은 그 자체로 불법행위이므로 그로 인한 금전적 배상은 일차적으로는 우리 법이 불법행위에 대해 예정하고 있는 조치, 즉 손해배상청구를 통해 원활히 수행될 수 있어야 한다.

그런데 현행 제도는 무엇보다도, 불법행위자의 행위가 위법하며 유책하다는 점을 피해자가 입증해야 하는 부담을 진다는 구조적인 한계가 있다. 따라서 사실의 인정 여부와 고통의 정도가 판단되는 민사본안사건 자체에서 성폭력 사실 인정을 용이하게 하고 성폭력으로 인한 피해자의 육체적·정신적 고통의 정도를 합리적 수준에서 평가하도록 하는 것이 우선적으로 필요하다. 예컨대 폭행·협박의 존부를 피해자가 반항한 흔적에서 찾을 것이 아니라 가해자에게 당해 행위를 했는지 여부를 심문하며, 나아가 피해자의 동의를 구했는지 여부를 질문하는 것이다.

그밖에, 성폭력피해에 대한 손해배상청구에 다른 불법행위의 경우처럼 “피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년 또는 불법행위를 한 날로부터 10년”(민법 제766조)의 소멸시효를 적용하는 것도 개선되어야 할 부분이다. 애초 불법행위법은 그 대상사안에 성폭력피해를 생각하지 못했을 뿐 아니라 실제 성폭력사건의 특수성을 감안하면 이 기간은 지극히 짧기 때문이다. 특히 아동기에 성폭력피해를 겪었다면 잠시

간이 경과한 후에 후유증을 호소하는 경우가 많으므로 피해를 인지한 때로부터 소멸시효의 기산점을 적용하는 등으로 조정할 필요가 있다.

2. 배상합의의 촉진

성폭력사건을 형사와 민사 양쪽에서 처리하는 부담을 줄이면서 배상을 이끌어 내는 방법으로 배상합의를 촉진하는 것도 고려할 수 있다.

즉 실무상 양형에서 합의 여부를 고려하는 정도에서 그치지 말고 가능한 범위의 범죄에 대해서는 합의의 전제로서 배상을 요건화하는 방안을 도입하는 것이다. 특히 우리 법에서는 아직 상당수의 성폭력범죄가 친고죄(親告罪)로 되어 있는데 이를 반의사불벌죄(反意思不罰罪)로 하여, 배상을 요건으로 한 합의를 한다면 피해자의 의사에 따라 처벌되지 않는 것으로 배치할 수 있을 것이다.

3. 법률구조활동 증대

그런데 민사소송이건 형사소송에서의 배상연계이건 간에 그와 같은 소송을 통한 배상방안은 시간과 비용, 전문성의 문제 때문에 피해자의 부담을 증가시키기 마련이다. 따라서 소송을 수행하고자 하는 피해자가 그를 원활히 할 수 있도록 지원하는 것도 매우 중요하다.

그런 맥락에서 보자면 우리의 경우 지극히 제한적으로 운용되어 오던 법률구조활동이 2003년부터 여성폭력사건을 포괄하게 된 것은 대단히 다행스러운 일이며, 그 증대가 요청된다. 다만 이나마 형사고소를 전제로 한 경우에 한하고 있어 민사상 손해배상청구소송만을 원하는 피해자에게는 도움이 되지 못하는 문제가 있다. 또한 2주이상의 진단서를 요구하고 있어 미처 진단서를 확보하지 못했거나 상해 정도가 그에 이르지 않은 경우도 마찬가지로 이를 활용하지 못하게 되는 것도 해결해야 할 문제라 할 것이다.

4. 배상명령의 제도화

성폭력에 대한 민사상 손해배상청구소송은 제도를 보완하더라도 소송의 본래 특성상 많은 시간과 노력이 소요되며, 법률구조를 통해 지원을 받더라도 비용의 측면 외에는 부담의 경감이 그다지 크지 않아 정신적으로 취약한 상태에 빠지는 성폭력 피해자가 선택하기에는 쉽지 않다.

그러므로 가정폭력의 경우와 마찬가지로 성폭력 피해자의 경우도 성폭력사건을 형사적으로 처리하는 과정에서 실질적으로 필요한 배상이 행해질 수 있도록 배상명령제도를 활용하는 것이 필요하다.

다만 성폭력에 대한 배상명령을 어떤 방식으로 제도화하느냐의 문제는 남는데, 가정폭력의 경우와 마찬가지로 성폭력특별법에 관련 규정을 들 수도 있고, 소송촉진등에관한특례법 자체에서 성폭력사건에 이를 적용하도록 개정할 수도 있을 것이다.

한편, 성폭력 형사재판에서도 배상명령을 활용한다 하더라도 현재의 배상명령은 “직접적인 물적 피해 및 치료비손해의 배상”에만 한정되어 있어 위자료지급까지는 미치지 못하는 한계는 여전히 남는바, 이 문제도 해결해야 한다.

5. 범죄피해자구조제도의 개선

그렇지만 배상명령 역시 성폭력범죄자가 무자력자인 경우는 피해배상을 받을 수 없다는 한계를 지닌다. 따라서 이 경우의 문제해결을 위해서는 국가가 이를 구제하는 방안을 강구할 수밖에 없다.

그런데, 지극히 제한적으로 범죄피해자보상제도를 운용하고 있는 것은 많은 나라들에서 대동소이하긴 하지만, 현재 우리의 범죄피해자구조법은 사망한 경우나 신체적으로 중장해를 당한 경우에 한해서 구조를 하도록 하고 있으므로, 현실적으로 그같은 중장해에는 이르지 않는 상해가 많고, 신체적인 측면보다는 정신적인 측면의 손상이 많은 성폭력의 경우에는 범

죄피해자구조법에 의해 보상을 받을 가능성은 지극히 희박하다. 다만 독일은 성폭력으로 인한 심리적 외상에 폭력행위와의 인과관계를 인정하여 보상을 행했고, 프랑스는 강간과 강제추행의 경우를 그 자체로 중대한 신체적 손상으로 간주하고 있는바, 이 같은 발상의 전환이 요청된다.

따라서 향후 우리의 경우 보상에 물리적 심리적 치료비 및 장애로 인한 소득상실분에 대한 보상이 포함되어야 하며, 사망시도 생계비 상실에 대한 보상이 충분히 지급되어야 한다. 예컨대 대부분의 유럽국가의 경우는 <폭력범죄피해자 보상에 관한 유럽협약>에 근거하여 보상의 범위에 소득상실분, 치료 및 입원비용, 장례비용, 그리고 부양가족이 있었던 경우 그 생계비를 포함시키고 있는 것이 보통이며 게다가 영국은 여성이 강간에 대해서 피해보상을 받는 경우에는 그 여성이 아이를 양육할 의도를 가지고 있다면 추가 보상액까지 지급하고 있는 것이다. 일본이나 미국처럼 범죄피해자를 위한 기금을 설치할 필요성도 강력하게 제기되는 것은 바로 이 지점에서이다.

한편 성폭력으로 인해 사망이나 중장해를 당하여 범죄피해자구조제도의 요건을 충족한다 하더라도, 피해자가 범죄행위를 유발하였거나 당해 범죄 피해의 발생에 관하여 피해자에게 귀책사유가 있는 경우는 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있으므로(범죄피해자구조법 제6조) 성폭력피해자의 경우는 성폭력 발생의 책임을 물어 구조금 지급이 제한될 위험마저 있다. 그렇지만 영국의 보상심의회는 피해자의 옷차림은 성폭력을 유발한 위법한 행위가 아니라는 이유를 들어 보상을 제한하지 않은 바, 우리의 경우도 성 고정관념에 의한, 부당한 피해자책임론을 철저히 배격할 필요가 있다.

6. 성폭력피해자 보상과 인권보호

성폭력은 개인에 대한 범죄로 규정되어 있으므로 기본적으로는 가해자에 대한 손해배상청구 및 그를 지원하기 위한 법률구조로서, 그리고 절차의 간이함을 위해 배상명령으로서 해결되어야 한다.

그렇지만 캐나다 온타리오주의 경우처럼, 국가가 인권보호의 측면에서 성폭력 피해자를 겨냥한 피해보상을 하는 방법은 적극적으로 검토할 만하다. 즉 캐나다 온타리오주 <범죄 피해 보상 위원회>는 성폭행 등 폭력 범죄로 인해 정신적, 육체적으로 상처를 입은 경우, 적정 수준의 치료비용, 고통, 수입 감소 등에 대해 보상을 행하고 있다. 이는 이미 우리 성폭력특별법상 도입되어 있는 성폭력 피해자에 대한 치료보호와 일시보호시설에서의 보호와 마찬가지로도 이해되며 우리의 범죄피해자구조제도와도 유사한 측면이 있지만, 반드시 사망이나 중장해의 경우에 한하지 않고 널리 성폭력으로 인한 피해를 보상한다는 점에서 좀더 유용할 수 있을 것으로 보인다.

그밖에, 성폭력 피해자들이 당해 사건을 형사적으로 처리하는 데에서 나아가 그로 인한 피해를 제대로 배상받을 수 있기 위해서는 배상 관련 제도의 보완에 앞서서, 수사·재판의 담당자가 성평등의식의 교육 등을 통하여 성폭력으로 인한 인권침해의 심각성을 주지하고, 성폭력 처리절차 전반에서 피해자의 인권이 보장될 수 있도록 제도적 장치를 마련하고 이를 실행해 나가야 할 것이다.

목 차

I. 서 론	1
1절 연구의 필요성 및 목적	3
2절 연구범위	3
1. 성폭력의 범위	3
2. 성폭력 피해배상 관련 제도의 범위	5
3. 검토대상 외국의 범위	6
3절 연구방법 및 연구의 한계	6
II. 성폭력 피해현황 및 배상필요성	7
1절 성폭력 피해 현황	9
1. 공식통계를 통해 본 성폭력 피해	9
2. 한국성폭력상담소 상담현황을 통해 본 성폭력피해	11
2절 성폭력 배상 활성화의 필요성 및 의의	17
1. 형법과 민법의 이원구조와 성폭력 배상의 어려움	18
2. 배상 활성화 추세와 배상의 사각지대로서의 성폭력	19
3. 성폭력 배상 활성화의 필요성	20
4. 성폭력 배상 활성화의 의의	20
III. 성폭력 피해배상 관련 제도	21
1절 손해배상청구소송에 의한 성폭력 배상	23
1. 민사소송에 의한 배상 및 문제점	23
2. 국가배상청구에 의한 성폭력배상	45
3. 법률구조제도와 성폭력배상청구소송	51
2절 배상명령에 의한 성폭력배상	60
1. 배상명령제도 개관	60

2. 소송촉진등에관한특례법상 배상명령제도	62
3. 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법상의 배상명령제도	64
4. 가정보호심판규칙상의 배상명령제도	65
5. 배상명령제도 활용의 검토	65
3절 범죄피해자구조제도에 의한 성폭력배상	66
1. 범죄피해자구조제도 개관	66
2. 범죄피해자구조법상의 피해보상제도	67
3. 성폭력사건에서의 범죄피해자구조제도 활용의 검토	72
IV. 외국의 성폭력 피해배상 제도	73
1절 일본의 성폭력 배상 관련 제도	75
1. 일본의 성폭력 구제방법의 법적 구조	76
2. 일본의 불법행위에 의한 성폭력피해배상과 문제점	83
2절 독일의 성폭력 배상 관련 제도	88
1. 독일 민법상의 피해자배상	88
2. 형사법상의 배상제도	90
3. 범죄피해자보상제도	92
3절 영국의 성폭력 배상 관련 제도	101
1. 민사법원의 불법행위소송	101
2. 형사법원의 피해배상명령	102
3. 범죄피해자보상제도	103
4절 미국의 성폭력 배상 관련 제도	122
1. 미국 범죄피해 배상 제도 개관	122
2. 범죄피해자 보상프로그램의 내용	123
3. 피해자 보상의 실질적 중요성	126
5절 프랑스의 성폭력 배상 관련 제도	127
1. 형사절차상의 私訴에 의한 피해자 배상	127
2. 국가의 피해자 배상	133

V. 성폭력 피해배상 활성화 방안	143
1절 손해배상청구소송제도 개선	145
2절 배상합의의 촉진	146
3절 법률구조활동 증대	147
4절 배상명령의 제도화	147
5절 범죄피해자구조제도의 개선	149
6절 성폭력피해자 보상과 인권보호	151
참고문헌	153

표 목 차

<표 1>	2002년 강간등 성범죄 피해자 성별 및 연령	10
<표 2>	한국성폭력상담소 연도별 성폭력상담건수	11
<표 3>	2002년 한국성폭력상담소 성폭력 피해현황	12
<표 4>	2002년 한국성폭력상담소 성별, 연령별 성폭력피해자 상담현황	13
<표 5>	2002년 한국성폭력상담소 유형별 성폭력피해 상담현황	13
<표 6>	2002년 한국성폭력상담소 성폭력 상담 피해자/ 가해자 관계	15
<표 7>	2002년 한국성폭력상담소 피해유형별 성폭력 형사고소건수	16
<표 8>	2002년 한국성폭력상담소 피해연령별 성폭력 형사고소건수	16
<표 9>	2002년 한국성폭력상담소 피해자/가해자 관계별 형사고소건수	16
<표 10>	대한법률구조공단의 무료법률구조사업	54
<표 11>	미국의 범죄별 피해자보상금	127

I

서론

1절 연구의 필요성 및 목적	3
2절 연구범위	3
3절 연구방법 및 연구의 한계	6



1절 연구의 필요성 및 목적

성폭력은 현재 성폭력특별법과 형법에 의해 규율된다. 그러나 동법들에 의한 형사적 제재 및 상담과 보호시설 등의 지원만으로는 심각한 육체적·정신적 피해를 수반하는 성폭력의 구제에는 충분하지 않다. 외국의 경우 그에 덧붙여 손해배상이 활발히 이루어지고 있는 것은 바로 이 때문이며, 한국의 현행법상으로도 성폭력은 민법상의 불법행위에 해당되어 그에 따른 배상을 받을 수 있다.

그러나 실제에 있어서 성폭력에 대해 배상이 행해지는 경우는 극히 드문데, 이는 한편으로는 그에 대한 정보가 제대로 알려져 있지 않기 때문이기도 하지만, 가정폭력특별법에는 배상명령제도가 도입되어 있는 반면 성폭력특별법의 경우는 배상명령제도가 규정되어 있지 않는 등 현재의 성폭력 대응제도가 피해배상장치를 적절히 포괄하고 있지 못하기 때문이기도 하다. 결국 성폭력 피해자들이 피해구제를 받기 위해서는 형사법적인 성폭력 처리절차와는 별도로 일반 민사소송에 의거할 수밖에 없는데, 이는 육체적·심리적으로 지극히 취약한 상태에 있는 성폭력피해자들에게는 큰 부담이 아닐 수 없다.

따라서 본 연구에서는 성폭력피해자에 대한 피해배상을 활성화할 수 있는 방안을 강구함으로써 성폭력에 대한 대응방안을 제고하고 성폭력피해자의 권익을 보호하는 데 일조하고자 한다.

2절 연구범위

1. 성폭력의 범위

본 연구에서의 성폭력이라 함은 우선 형법상 강간과 추행의 죄, 즉 강간(297조)·강제추행(298조), 준강간 및 준강제추행(299조)과 그 미수범(300조), 강간등 치사상(301조), 미성년자·심신미약자에 대한 간음 및 추행(302조), 업

4 성폭력 피해배상 활성화 방안 연구

무상위력등에 의한 간음(303조), 혼인빙자간음(304조), 13세미만 부녀에 대한 간음·13세미만자에 대한 추행(305조), 강도강간(339조), 해상강도강간(340조 3항)을 포함한다.

또한 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률에 의한 성폭력범죄, 즉 특수강도강간(5조), 특수강간(6조), 친족관계에 의한 강간등(7조), 장애인에 대한 간음등(8조), 13세미만에 대한 강간 등(8조의 2), 강간등 상해·치상(9조), 강간 등 살인·치사(10조), 업무상위력등에 의한 추행(11조), 공중밀집장소추행(13조) 등의 범죄를 포함한다.

그렇지만 성폭력특별법에 의해 성폭력범죄로 명명(성폭력특별법 제2조 제1항)된 형법상의 다른 범죄 중 다음의 것은 제외한다.

첫째, 형법 제22장 성풍속에 관한 죄 중 제242조(음행매개), 제243조(음화등의반포등), 제244조(음화등의제조등), 제245조(공연음란)의 죄 등은 성폭력특별법상 성폭력범죄로 간주하고 있기는 하지만 개인에 대한 성폭력이라기보다는 음란물에 대한 규제의 성격을 강하게 띠므로 본 연구의 대상에서는 제외한다.

둘째, 형법 제31장 약취와 유인의 죄 중 추행 또는 간음을 목적으로 하거나 추업에 사용할 목적으로 범한 제288조(영리등을 위한 약취, 유인, 매매등)·제292조(약취, 유인, 매매된 자를 수수 또는 은닉. 다만, 제288조의 약취·유인이나 매매된 자를 수수 또는 은닉한 죄에 한한다)·제293조(상습범. 다만, 제288조의 약취·유인이나 매매된 자 또는 이송된 자를 수수 또는 은닉한 죄의 상습범에 한한다)·제294조(미수범. 다만, 제288조의 미수범 및 제292조의 미수범중 제288조의 약취·유인이나 매매된 자를 수수 또는 은닉한 죄의 미수범과 제293조의 상습범의 미수범중 제288조의 약취·유인이나 매매된 자를 수수 또는 은닉한 죄의 상습범의 미수범에 한한다)의 죄 역시 여성인신매매에 관한 죄로서 광의의 성폭력에는 포함될 수 있지만 강간과 추행이라는 전형적인 성폭력과는 상당한 차이를 보이며, 약취유인죄 중 성폭력적인 성격을 지니는 여성인신매매만을 따로 파악하기에 힘들어 역시 대상에서 제외한다.

그밖에 성폭력특별법상 성폭력범죄로 규정된 범죄 중에서도 통신매체이용 음란(14조) 및 카메라등이용촬영(제14조의2)의 죄는 전자는 음란물죄와 같은 성격이어서, 그리고 후자는 사생활침해의 성격을 띤 것으로서 전형적인 성폭

력과는 차이를 보이고 있으므로 제외한다.

한편, 고용관계에서 주로 발생하는 성희롱의 경우는 광의의 성폭력에는 해당되지만 형사법적 규제를 받지 않으므로 제외했다. 다만 성희롱에 대한 배상사례는 부분적으로 검토함으로써 성폭력의 경우의 활용방안을 모색하고자 한다.

2. 성폭력 피해배상 관련 제도의 범위

성폭력에 대한 피해배상의 현황과 문제점, 배상 활성화 방안을 고안하는 본 연구에서는 다양한 방식의 성폭력 배상 방법에 대해 알아보하고자 한다.

성폭력범죄에 대해 피해배상을 받을 수 있는 방법은 여러 가지가 있지만 가장 기본적인 것은 민사소송의 청구일 것이다. 따라서 본 연구에서는 우선 민법상 불법행위에 대한 소송을 살펴본다.

또한 범죄자 및 관리감독자가 공무원일 경우에는 국가배상청구도 가능하므로 당해 제도 및 그 사례도 검토하기로 한다. 특히 최근 범죄자가 국가가 아님에도 국가에 대해 성폭력 배상청구가 제기되었거니와, 이에 대해 살펴본다.

아울러, 그와 같은 배상소송을 수행함에 있어 경제적인 자력이 미치지 못하는 사람들을 위해서는 법률구조제도가 활용될 수 있는바, 그에 대해서도 간략히 정리하도록 한다.

한편, 소송에 의한 배상청구가 전형적인 방법이기는 하지만 범죄에 대한 피해배상은 그밖에도 몇 가지를 생각할 수 있으며, 형사소송절차상 배상명령제도가 그 하나이다. 이는 범죄를 다루는 형사소송재판에서 피해배상을 명령하는 것으로서, 피해자에게 대단히 유용한 제도이다. 다만 뒤에서 보듯이 지극히 제한적으로만 운용되고 있어 성폭력범죄의 경우에는 실효성이 없는바, 그 내용 및 문제점과 개선방안에 대해 검토한다.

나아가, “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”고 규정하고 있는 헌법 제30조에 따라 1987년 11월 28일 제정된 ‘범죄피해자구조법’에 의거하여 일정한 범죄의 피해자 또는 그 가족은 일정한 요건을 갖춘 경우 구조금을 지급받을 수 있는 범죄피해자구조제도도 있다. 그렇지만 이 역시 그 활용

도가 제한적이어서 성폭력피해자의 배상에 실효성을 갖기 위해서는 개선되어야 할 점이 많으며 이에 대해서도 고찰한다.

그밖에 많은 성폭력범죄가 친고죄인 관계로 피해자의 고소를 필요로 하는데 실제에 있어서는 대부분의 경우 당사자간 합의를 하는 데서 사건을 종결짓는 경우가 많으며 그때 합의금이란 이름으로 일종의 배상이 행해지고 있으나 접근의 어려움으로 인하여 이에 대한 검토는 제외한다.

3. 검토대상 외국의 범위

본 연구에서는 주요 외국의 성폭력 피해배상제도도 다루어진다. 우리와 법적 구조가 흡사한 일본의 예는 물론, 기본적으로 유사한 법체계를 하고 있는 독일의 예와, 불법행위에 따른 손해배상을 발전시키고 있는 영국과 미국, 그리고 프랑스의 범죄피해배상제도를 검토하기로 한다.

3절 연구방법 및 연구의 한계

본 연구를 위해서 우선 성폭력 및 피해배상, 범죄보상에 관한 국내외 문헌을 검토하였다. 또한 적용사례의 수집을 위해 대법원 인터넷 사이트(www.scourt.go.kr)를 활용하여 온라인으로 제공되는 국내의 모든 관련 판례를 검색, 분석하였다. 다만 국외 사례는 종합적인 검색을 시도하진 못했고 중요한 예만을 간추렸는데, 외국의 경우도 성폭력에 특정한 배상제도는 갖추고 있지 못한 관계로 범죄행위를 포함한 불법행위에 대한 배상 일반을 다룰 수밖에 없었음을 밝힌다.

성폭력에 대한 기존의 피해배상방법을 정리하고 그 문제점을 파악하며 효율적인 배상방법을 고안하는 것을 주된 연구내용으로 하는 만큼, 본 연구는 국내외 관련 법제 분석에 대체로 집중하였다. 그 때문에 성폭력피해 배상사례 조사는 이루어지지 못하였다. 다만 관계기관의 성폭력상담사례는 수집하여 분석하였고, 배상방안의 고안에 있어서는 관계자 및 전문가의 의견을 구하였다.

II

성폭력 피해현황 및 배상필요성

1절	성폭력 피해 현황	9
2절	성폭력 배상 활성화의 필요성 및 의의	17

1절 성폭력 피해 현황

1. 공식통계를 통해 본 성폭력 피해

대검찰청이 발간하는 2003년도판 『범죄분석』에 의하면, 2002년의 경우 강간 등 성폭력범죄¹⁾는 9,435건²⁾이 발생했는데, 이 중 8,848건이 검거(검거인원 9,837명-남 9,701명, 여 136명)되어 검거율은 강력범죄 평균검거율 94.4%에는 미치지 못하지만 93.8%에 이르고 있다.³⁾

그렇지만 2002년에 행해진 강간 등 성폭력범죄자 처분결과⁴⁾를 보면, 전체 8,969명⁵⁾ 중 소년보호사건으로 송치된 사람이 281명, 가정보호사건으로 송치된 경우가 2명, 불기소된 사람이 4,079명(기소유예 288, 기소중지 341, 참고인 중지 96, 혐의 없음 683, 죄가 안됨 20, 공소권 없음 2,651)이고 기소된 경우는 4,607명으로, 강간범죄자의 51.4%만이 기소되었음을 알 수 있다. 이러한 기소율은 강력범죄(살인, 강도, 방화, 강간) 전체의 기소율 57.7%보다 낮은 것이다.

2002년 한 해 동안 강간등 성폭력범죄로 인한 신체 피해상황을 보면, 상해를 입은 사람이 1,893명(남 186, 여 1,707)이며, 사망한 사람도 34명(남 21, 여 13) 있다.⁶⁾

성폭력범죄로 인한 상해정도를 좀더 자세히 보면⁷⁾, 1792명 중 전치2주 이

-
- 1) 2002.1.1-2002.12.31 동안의 결과이며, 강간에 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법을 위반을 포함시키고 있다.
 - 2) 이 중 신고(피해자신고, 고소, 고발, 자수)에 의한 것이 6,348건, 현행범이었던 경우가 2,543건이었고, 신고가 없었으나 다른 단서로 집계된 경우가 544건이었다. 대검찰청(2003), 『범죄분석』, 146-147면.
 - 3) 대검찰청(2003), 『범죄분석』, 19면, 50-51면.
 - 4) 대검찰청(2003), 『범죄분석』, 301면.
 - 5) 앞서의 검거인원과 차이가 나는데, 이는 2002년에 처리된 경우와 검거된 경우가 다르기 때문인 것으로 짐작된다.
 - 6) 대검찰청(2003), 『범죄분석』, 42면. 다만 같은 자료 179면에서는 이를 사람수가 아니라 발생건수로 표기하고 있다.
 - 7) 대검찰청(2003), 『범죄분석』, 145면. 동 자료에서는 42면의 그림 19에서는 강간등으로 인한 상해자를 1,893명으로 집계하고 있는 데 비해 145면의 표에서는 1,792명으로 잡고 있어 약간 차이가 난다.

하가 1,414명, 전치 1개월 이하가 332명, 전치 2개월 이하가 31명, 전치 4개월 이하가 10명, 전치 6개월 이하가 1명이었고, 전치 6개월을 초과하는 신체상해를 입은 경우도 4명이었다.

피해자를 성별로 보면, 전체 강간 등 성폭력범죄 발생건수 6034건⁸⁾ 중 피해자가 남자인 사건은 341건, 여성이 피해자인 경우는 5,693건으로 여성피해자의 비율이 압도적으로 높다.

또한 피해자를 연령별로 보면, 남성피해자 중에서는 6세이하가 5, 12세이하가 26, 15세이하가 14, 20세이하가 33, 30세이하가 103, 40세이하가 75, 50세이하가 43, 60세이하가 13, 60세초과의 경우가 29건이었고, 피해자가 여성인 사건 5,693건 가운데는 6세이하가 93, 12세이하가 424, 15세이하가 291, 20세이하가 1,126, 30세이하가 1,943, 40세이하가 1,015, 50세이하가 584, 60세이하가 136, 60세초과가 81건 등이었다.

특기할 만한 것은, 다른 연령대의 남녀 피해는 그다지 큰 차이를 보이지 않는 데 비해, 15세 이상 20세 미만 청소년층의 피해에 있어서 남성은 전체 남성피해건수의 9.68%가 이 연령층의 피해였던 반면, 여성은 전체 여성피해건수의 19.78%가 이 연령층에 집중되었다는 점이다. 청소년 중 소녀에 대한 성폭력피해가 많음을 알 수 있는 대목이다.

<표 1> 2002년 강간등 성범죄 피해자 성별 및 연령

	전체	6세 이하	12세 이하	15세 이하	20세 이하	30세 이하	40세 이하	50세 이하	60세 이하	60세 초과
여성 피해건수	5,693	93	424	291	1,126	1,943	1,015	584	136	81
연령별 비율(%)		1.63	7.45	5.11	19.78	34.13	17.83	10.26	2.39	1.42
남성 피해건수	341	5	26	14	33	103	75	43	13	29
연령별 비율(%)		1.47	7.62	4.11	9.68	30.21	21.99	12.61	3.81	8.50

자료: 대검찰청(2003), 『범죄분석』, 152-153면에서 발췌, 재구성함.
연령별 비율은 소수 셋째자리에서 반올림.

8) 대검찰청(2003), 『범죄분석』, 152-153면. 여기서는 2002년의 강간 등 성범죄 발생건수를 6,034건으로 잡고 있어서 앞의 수치와는 차이가 많이 난다.

2. 한국성폭력상담소 상담현황⁹⁾을 통해 본 성폭력피해

가. 전체상담현황

1991년 4월 개소이래 2002년 12월 31일까지 한국성폭력상담소에 접수된 상담은 총 27,243건(39,803회)이며, 이중 성폭력 상담은 총 20,781건으로, 점차 증가하는 추세를 보이고 있다.

2002년에는 3,534건(4,877회)의 상담이 접수되었는데, 이중 83.8%인 2,961건(4,264회)이 성폭력 피해 상담이다. 이는 2001년 2,869건(4,161회)에 비해 3.2% 증가한 수치이다.

<표 2> 한국성폭력상담소 연도별 성폭력상담건수

연도	상담회수	상담건수	성폭력상담건수
1991.92	2,834	2,028	1,349
1993	1,765	1,182	841
1994	2,553	1,723	1,356
1995	2,050	1,238	1,021
1996	3,459	2,138	1,779
1997	3,424	2,295	1,647
1998	4,285	2,948	2,085
1999	5,397	3,692	2,564
2000	4,164	2,873	2,309
2001	4,995	3,593	2,869
2002	4,877	3,533	2,961
총	39,803	27,243	20,781

나. 2002년 한국성폭력상담소 상담을 통해 본 성폭력현황

2002년 한국성폭력상담소 상담을 통해 본 성폭력¹⁰⁾ 피해현황은 다음과 같다.

9) 한국성폭력상담소 홈페이지(www.sisters.or.kr) 자료.

10) 본 연구에서 성폭력이라 함은 통신매체이용음란은 제외하고, 성희롱에 대해서는 부분적으로만 언급하는 것으로 하였지만 한국성폭력상담소의 자료에서의 성폭력은 이를 다 포괄하고 있다.

<표 3> 2002년 한국성폭력상담소 성폭력 피해현황

단위 : 건, %

피해유형	연 령					계	
	성인	청소년	어린이	유아	미상		
강간	505	271	113	24	29	942	
	17.1% (53.6)	9.2% (28.8)	3.8% (12)	0.8% (2.5)	1% (3.1)	31.8% (100)	
특수강간	121	34	16		3	174	
	4.1% (69.6)	1.2% (19.5)	0.5% (9.2)		0.1% (1.7)	5.9% (100)	
강간미수	73	9	5		1	88	
	2.5% (83)	0.3% (10.2)	0.2% (5.7)		(1.1)	3% (100)	
성추행	503	199	295	183	16	1,196	
	17% (42.1)	6.7% (16.6)	10% (24.6)	6.2% (15.3)	0.5% (1.4)	40.4% (100)	
성희롱	388	49	28	4	10	479	
	13.1% (81)	1.7% (10.3)	1% (5.8)	0.1% (0.8)	0.3% (2.1)	16.2% (100)	
통신매체이용음란	음란전화	41	3			5	49
		1.3% (83.3)	0.1% (6.3)			0.2% (10.4)	1.6% (100)
	사이버성폭력	13	4	4		5	26
		0.4% (50)	0.1% (15.4)	0.1% (15.4)		0.2% (19.2)	0.9% (100)
		5	1			1	7
몰래카메라	0.2% (71.4)	(14.3)			(14.3)	0.2% (100)	
성폭력 계	1649	570	461	211	70	2961	
	55.7%	19.3%	15.6%	7.1%	2.3%	100%	
스토킹	129	6	1		3	139	
	22.6% (92.8)	1% (4.3)	0.2% (0.7)		0.5% (2.2)	24.3% (100)	
성관련	78	55	2	2	62	199	
	13.6% (39.2)	9.7% (27.6)	0.3% (1)	0.3% (1)	10.9% (31.2)	34.8% (100)	
흔빙간	26				2	28	
	4.6% (92.9)				0.3% (7.1)	4.9% (100)	
기타	90	19	7		90	206	
	15.7% (43.7)	3.4% (9.2)	1.2% (3.4)		15.7% (43.7)	36% (100)	
총 계	1972	650	471	213	227	3,533	
	55.9%	18.4%	13.3%	6%	6.4%	100%	

(1) 성별, 연령별 성폭력 피해현황

2002년 성폭력피해자를 성별로 보면, 여성이 2,880건(97.3%), 남성이 80건(2.7%), 미상이 1건으로, 여성피해가 대부분이다.

연령별로는 성인피해가 1,649건(55.7%), 청소년 570건(19.3%), 어린이 461건(15.6%), 유아 211건(7.1%), 미상 70건(2.3%)이었다.

<표 4> 2002년 한국성폭력상담소 성별, 연령별 성폭력피해자 상담현황
단위 : 건, %

연령별 성 별	성인 (20세 이상)	청소년 (19세-14세)	어린이 (13세-8세)	유아 (7세 이하)	미상	총계
여	1,617 (54.6)	552 (18.7)	442 (14.9)	202 (6.8)	67 (2.3)	2,880 (97.3)
남	32 (1.1)	18 (0.6)	19 (0.7)	9 (0.3)	2	80 (2.7)
남,여					1	1
총계	1,669 (55.7)	589 (19.3)	474 (15.6)	218 (7.1)	70 (2.3)	2,961 (100)

(2) 유형별 성폭력 피해현황

피해 유형별로는 성추행이 1,196건(40.4%)으로 가장 많은 분포를 보이고, 그 다음으로 강간이 942건(31.8%), 성희롱 479건(16.2%), 특수강간 174건(5.9%), 강간미수 88건(3%), 음란전화, 사이버 성폭력 순이다.

<표 5> 2002년 한국성폭력상담소 유형별 성폭력피해 상담현황
단위 : 건(%)

유형	강간	강간미수	특수강간	성추행	성희롱	음란전화	사이버 성폭력	몰래 카메라
계	942 (31.8)	88 (3)	174 (5.9)	1,196 (40.4)	479 (16.2)	49 (1.6)	26 (0.9)	7 (0.2)

(3) 성폭력 피해자와 가해자의 관계

성폭력 피해를 피해자와 가해자의 관계로 살펴보면, 아는 사람 2,278건(77%), 모르는 사람 572건(19.3%), 미상 111건(3.7%)의 분포를 보여 대부분의 피해가 아는 사람에 의해 일어나는 것을 알 수 있다.

피해자와 가해자의 관계가 아는 사람인 경우, 직장 내가 597건(20.2%)으로 가장 많았으며, 다음으로는 친족내 378건(12.8%), 학교/학원내 351건(11.9%), 동네사람 218건(7.3%), 데이트상대 152건(5.1%), 채팅상대 95건(3.2%) 등의 비중을 차지하고 있다.

또한 아는 사람의 범주 중 친족, 직장내, 데이트상대, 동네사람, 채팅, 서비스제공자, 성직자, 학교/학원내에 속하지 않는 모든 관계를 기타관계로 분류할 때 2002년 전체 성폭력피해상당 2,961건(100%) 중 기타관계에 의한 피해는 399건(13.5%)으로 적지 않은 비율을 차지하고 있다. 기타관계를 세부적으로 살펴보면 예전의 친분관계 또는 주변인으로서의 친분을 이용하여 가해를 하는 경우로 전 데이트상대에 의한 피해가 39건(10%), 데이트상대의 친구나 형/선후배 등에 의한 피해가 14건(3.5%), 남편의 친구, 남편의 직장상사/동료에 의한 피해가 6건(1.5%)으로 나타난다.

한편 인터넷의 상용화로 채팅을 통해 만난 상대에게 오프라인에서 성폭력 피해를 입는 경우가 꾸준히 발생되고 있다. 이런 피해는 2001년 60건에서 2002년 95건으로 36.8% 증가한 것으로 나타났다. 피해자의 대부분은 여중고생, 대학생, 직장인으로 채팅을 통해 오프라인에서 실제로 만남을 갖게 된 후 성폭력피해를 입을 뿐 아니라 비디오 촬영, 폭행, 협박, 금품갈취, 지속적 성관계 요구, 스토킹 등의 피해까지 입고 있다. 채팅으로 만난 경우 대부분의 가해자들은 자신의 신분을 속이고 만나기 때문에 추적이 쉽지 않을 뿐 아니라 가해자가 화간을 주장하여 처벌과정에서 어려움을 겪고 있다.

<표 6> 2002년 한국성폭력상담소 성폭력 상담 피해자/ 가해자 관계

단위: 건, %

아는 사람 2,278 (77)										모르는 사람	미상	총계
친족 378(12.8)		직장내	데이트 상대	채팅	동네 사람	서비스 제공자	성직자 /신도	학교/ 학원 내	기타			
부	친/ 인척											
134 (4.5)	244 (8.3)	597 (20.2)	152 (5.1)	95 (3.2)	218 (7.3)	80 (2.7)	8 (0.3)	351 (11.9)	399 (13.5)	572 (19.3)	111 (3.7)	2,961 (100)

(4) 고소건수로 본 상담현황

2002년 한국성폭력상담소의 성폭력피해상담 총 2,961건 중 375건(12.7%)이 1차 상담 시 고소를 한 것으로 파악된다.

이를 피해유형별로 살펴볼 때 고소율이 가장 높은 것은 특수강간으로 174건 중 64건(36.8%)이며, 강간미수 88건 중 29건(33%), 강간 942건 중 123건(13.1%), 성추행 1,196건 중 143건(12%), 음란전화 49건 중 2건(4.1%), 사이버 성폭력 26건 중 1건(3.9%), 성희롱 479건 중 13건(2.7%) 순이다. <표 7>

연령별로 보면 피해자가 성인일 경우 고소율이 가장 높아 1,649건 중 249건(15.1%)이 고소를 했고, 미상 70건 중 9건(12.9%), 어린이 461건 중 50건(10.8%), 청소년 570건 중 55건(9.6%), 유아 211건 중 12건(5.7%) 순이다. <표 8>

가해자와 피해자와의 관계별로 보면 가해자를 모르는 경우 572건 중 125건(21.9%), 아는 사람의 경우는 2,278건 중 230건(10.1%)이 고소를 한 것으로 파악된다. 실제 전체 피해의 77%가 아는 사람에 의해서 일어나지만 고소율은 가해자를 모르는 경우 더 높게 나타났다. 아는 사람 중에서도 친분관계가 높은 친족 / 친인척의 고소율이 낮았고, 이보다 친분관계가 낮은 동네사람과 채팅상대일 경우가 더 고소율이 높게 나타났다. <표 9>

<표 7> 2002년 한국성폭력상담소 피해유형별 성폭력 형사고소건수

단위: 건(%)

계	유형	강간	강간미수	특수강간	성추행	성희롱	음란전화	사이버 성폭력	몰래 카메라	계
	계		123 (13.1)* 4.2%	29 (33) 1%	64 (36.8) 2.2%	143 (12) 4.8%	13 (2.7) 0.4%	2 (4.1) 0.1%	1 (3.9)	
전체		942 (100)	88 (100)	174 (100)	1,196 (100)	479 (100)	49 (100)	26 (100)	7 (100)	2,961

* 세로보기 예) 강간 942건 중 123건 13.1%

<표 8> 2002년 한국성폭력상담소 피해연령별 성폭력 형사고소건수

단위: 건(%)

계	연령	유아	어린이	청소년	성인	미상	계
	계		12(5.7) 0.4%	50(10.8) 1.7%	55(9.6) 1.9%	249(15.1) 8.4%	
전체		211(100)	461(100)	570(100)	1649(100)	70(100)	2,961

<표 9> 2002년 한국성폭력상담소 피해자/가해자 관계별 형사고소건수

단위: 건(%)

계	아는 사람									모르 는 사람	미상	계
	친족/ 친인 척	직장 내	데이트 상대	채팅	동네 사람	서비스 제공자	성직 자/ 신도	학교/ 학원 내	기타			
계	10 (2.6) 0.3%	49 (8.2) 1.7%	16 (10.5) 0.5%	14 (14.7) 0.5%	42 (19.3) 1.4%	9 (11.2) 0.3%	0 (0) 0	28 (8) 1%	62 (15.5) 2.1%	125 (21.9) 4.2%	20 (18) 0.7%	375 12.7%
전체	378 (100)	597 (100)	152 (100)	95 (100)	218 (100)	80 (100)	8 (100)	351 (100)	399 (100)	572 (100)	111 (100)	2,961

2절 성폭력 배상 활성화의 필요성 및 의의

범죄피해자의 지원은 당해 범죄를 다루는 형사절차상 피해자를 보호하는 제도를 근간으로 하되, 한편으로는 범죄피해자가 입은 피해를 회복시키기 위한 제도를 필요로 한다. 그리고 어떠한 형태의 지원을 통해서 회복시켜주는가에 따라서 금전적인 배상이나 보상을 위한 제도와 피난처 제공 및 심리상담과 같은 지원활동제도로 구분될 수 있다.

범죄로 인해서 범죄피해를 당한 범죄피해자의 경우 그 피해가 금전적인 손해와 같은 경제적인 영향만을 피해자에게 미치는 것은 아니다. 범죄피해자는 범죄로 인해서 정신적이며 심리적인 충격을 받을 뿐만 아니라 신체상에 중대한 손상을 당하기도 한다. 따라서 범죄피해에 대한 배상이나 보상만으로 범죄피해가 모두 회복될 수 있는 것은 아니다. 범죄에 따라서는 범죄피해자가 범죄피해와 보상을 받았다고 하더라도 정신적인 충격이나 신체손상이 그대로 지속될 수도 있으며 이러한 피해는 금전적인 배상이나 보상을 통해서 회복될 수 없는 종류의 피해이다.¹¹⁾ 또한 범죄피해의 발생은 1회적인 발생으로 그치는 종류만 있는 것은 아니며 성범죄나 아동학대, 배우자 폭행과 같이 범죄피해자가 처해 있는 상황에 따라서는 재발할 수 있는 높은 가능성을 지닌 경우도 있다. 이러한 범죄피해의 경우도 보상이나 배상을 통해서 회피될 수 있는 범죄피해가 아니다. 이와 같이 범죄피해배상이나 피해보상을 통해서 해결될 수 없는 범죄피해나 반복적으로 발생할 수 있는 범죄피해의 경우 그러한 성격에 따른 범죄피해자지원제도가 요구된다.¹²⁾

이와 같이 금전적인 배상이 아닌 형태의 범죄피해자지원제도로는 가정폭력의 피해자인 부녀에 대한 피난처제공, 강간피해상담 등이 있다. 가정폭력의 피해자인 부녀에 대한 피난처 제공은 남편의 폭력으로부터 피할 수 있는 주거를 제공하여야 할 필요성이 제기되면서 시작되었다. 이러한 피난처 제공은

11) Walklate, *Victimology*, Unwin Hayman, 1989, p. 42 이하; Elias, *The Politics of Victimization*, Oxford Univ. Press, 1986, p. 116 이하 참조.

12) 이진호, 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 30면.

1970년대 미국과 영국에서 처음 시작되었는데¹³⁾, 그 이후 독일, 스위스 등지에서도 널리 채택되어 시행되고 있다.

강간피해자에 대한 상담 등의 지원도 1970년대에 미국과 영국에서 강간피해상담소(Rape Crisis Center)가 설립됨으로써 처음 시작되었다.¹⁴⁾ 이러한 강간피해상담소에서 제공되는 강간피해자에 대한 지원에는 상담, 법률적 조언제공, 의학적 치료의 제공, 보호시설 제공 등이 포함된다.

우리의 경우도 성폭력에 대해서는 성폭력특별법을 통해 일정한 절차상 특례가 도입되어 있으며, 또한 동법에 의해 피해자에 대한 치료와 상담, 보호시설 이용 등이 제공되고 있다. 그렇지만 피해의 배상과 손해의 회복은 성폭력특별법에서 다루어지지 않고 일반 민사법에 의거해야 하는바, 이하에서는 성폭력 배상 활성화의 필요성에 대해 언급하고자 한다.

1. 형법과 민법의 이원구조와 성폭력 배상의 어려움

근대 이래 법은 형법과 민법이 서로 분리된 이원적인 체계를 갖추고 있다. 즉 형법하에서는 일정한 행위가 ‘범죄’라는 이름으로 규정되어 사인에 의해서가 아니라 오직 국가적 권력에 의해 그에 대한 벌이 가해지며, 사인간의 관계를 다루는 민법은 국가권력의 직접적인 개입을 회피하며 권리의무관계의 내용과 문제해결을 위한 장치, 특히 금전적 배상관계를 법적으로 규정할 뿐이다.

따라서 범죄피해를 당한 경우 기본적으로는 형법에 의한 처리가 행해지므로 이를 통해서 범죄자는 처벌은 되지만 피해에 대한 배상은 행해지지 않으며, 피해당사자가 피해배상을 받기 위해서는 다시 민사소송을 제기해야 한다. 그런데 민사소송의 경우 형사재판이 선결문제로서 검토될 수는 있으나 형사소송과 민사소송은 관할을 달리 하는 문제이므로 병합되어 처리되지는 않으며, 이 때문에 범죄피해자는 취약한 상태에서 양쪽의 절차를 감내해야 하는 부담을 안게 된다.

13) Mawby/Gill, *Crime Victims*, p. 75.

14) 위의 책, p. 79.

특히 성폭력 피해의 경우는 범죄피해의 입증의 곤란으로 인하여 형법적으로 다루어질 때 그 어려움이 지난하여 피해자들은 민사소송까지 제기할 엄두는 내지 못하는 실정이며, 민사법적으로만 다룬다 하더라도 가해자를 알아야만 소 제기가 가능한 것이고, 마찬가지로 피해증명의 어려움이 있기 때문에 전망이 밝지 않다.

2. 배상 활성화 추세와 배상의 사각지대로서의 성폭력

불법적인 행위로 인한 피해를 이유로 손해배상을 강구하는 것은 기실 지극히 당연하며 이는 형사법상 범죄에 대한 손해배상의 경우도 마찬가지이다.

한편 현대 법은 민사상 손해배상 관련 규정 외에도 각종 영역에 따라 특별법으로 손해배상제도를 발전시키고 있다. 지적재산권 침해에 대한 손해배상제도를 두고 있는 지적재산권 관련 법이 그 좋은 예인바, 침해에 대해 더욱 적절하고도 충분한 구제방안이 마련되도록 모색하고 있는 점¹⁵⁾이 주목된다.

그런데, 성폭력 역시 불법행위이므로 그에 대해 당연히 손해배상을 받을 수 있으며 더욱이 성희롱에 대한 손해배상판결에서 보듯이 형사법상 요구되는 폭행·협박에까지는 이르지 않아 형법상 위법성이 인정되지 않더라도 민사상으로는 성적 자기결정권 침해를 이유로 손해배상이 가능하지만, 손해배상 또는 피해배상을 다룬 그간의 많은 저작물에서는 성폭력으로 인한 배상에 대해서는 전혀 언급하지 않고 있다.¹⁶⁾ 이는 성폭력사건에서의 배상에 대한 관심이 지극히 희박한 증거라고 할 것이다.

15) 예컨대 현대호(2002), 『지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안연구』, 한국법제연구원; 한국법제연구원(2002), 『지적재산권법의 손해배상책임제도에 대한 과제와 전망』(워크샵 자료집) 등 참조.

16) 불법행위로 인한 손해배상을 다루는 많은 저작들은 교통사고로 인한 손해배상, 의료사고에 의한 손해배상, 가사사건으로 인한 위자료청구, 명예훼손사건 등만을 주로 언급할 뿐, 성폭력범죄에 대한 손해배상청구에 대해서는 거의 언급하고 있지 않다. 다만 박동섭(1997), 『손해배상의 법률지식』(청림출판)에서는 강간피해로 인한 위자료청구는 가능하다는 취지의 안내는 하고 있는 정도(501면)이다.

3. 성폭력 배상 활성화의 필요성

성폭력 피해자는 대부분 정신적, 신체적으로 상처를 입게 되어 치료비 등이 필요하고, 또한 그 기간동안 정상적인 근로활동이 저해되므로 수입이 감소되는 문제도 생긴다.

따라서, 피해가 극심하여 배상의 필요성이 당연한 성폭력사건에 대해 기존의 배상제도를 적극적으로 활용하는 한편, 원활한 배상 및 그를 통한 피해자의 인권보장을 위해서는 기존 제도의 문제점을 발굴하여 이를 개선하고, 경우에 따라서는 새로운 제도를 강구하는 것이 필요할 것이다.

4. 성폭력 배상 활성화의 의의

나아가, 성폭력에 대한 좀더 활발한 배상은 물리적인 지원의 측면만이 아니라 그를 통해 성폭력이 명백한 불법행위임을 드러내고, 그 과정에서 피해자가 스스로를 탓하기보다는 범죄를 객관적으로 정리할 수 있을 것으로 보인다.

더욱이 성폭력 피해자의 대부분이 여성인 현실에서 피해배상요구가 여성에 의해 적극적으로 제기될 때 이는 그간 남성중심적인 시각에서 쓰여지고 논의된 법과 권리를 여성의 시각에서 새로 운용해 보는 의미 또한 지닌다.

Ⅲ

성폭력 피해배상 관련 제도

1절	손해배상청구소송에 의한 성폭력 배상	23
2절	배상명령에 의한 성폭력배상	60
3절	범죄피해자구조제도에 의한 성폭력배상	66



1절 손해배상청구소송에 의한 성폭력 배상

1. 민사소송에 의한 배상 및 문제점

위법한 행위가 발생했을 경우, 그 행위자에 대한 법적 대응으로는 그것을 범죄로 처벌하거나 민사상의 손해배상책임을 부담하게 하는 방법이 있다. 전자를 형사책임, 후자를 민사책임(불법행위책임)이라고 한다. 이 중 민사책임이란 가해자의 위법한 행위에 의해 발생한 손해를 가해자가 전보(填補)하는 것에 의해 피해자를 구제하는 것을 목적으로 하는 제도이다. 이에 대해 형사책임이란 국가에 의한 범죄자의 처벌로서 범죄의 억제와 가해자에 대한 제재(制裁)를 그 목적으로 한다.

따라서 성폭력이란 위법한 행위가 발생했을 경우, 피해자는 가해자에 대해 형사적 책임은 물론 민사적 책임인 손해배상을 요구할 수 있다. 우리 형법은 제32장에 강간과 강제추행의 죄로서 성폭력을 규율하고 있고(형법 제297조-제305조) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률에 의해 성폭력을 규율하고 있는 한편, 이와 같은 형사법규와는 달리 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 가해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”라고 불법행위에 의한 손해배상책임을 규정하고 있다.

따라서, 성폭력 사건이 ① 가해자의 고의 또는 과실에 의한 가해행위이고, ② 가해행위가 위법한 행위이며, ③ 가해행위에 의한 손해가 발생했을 경우에는 불법행위가 성립되어, 이에 대한 효과로서 가해자는 피해자의 피해를 배상해야 한다. 즉, 성폭력에 대한 피해배상은 성폭력 그 자체가 불법행위로서 성립되는 것을 전제로 한다.

성폭력에 대한 불법행위 성립여부를 살펴보기 위해서는 민법상의 불법행위 대한 성립요건을 보다 구체적으로 살펴보는 것이 필요하다. 이하에서는 불법행위의 성립요건에 대한 기존의 학설과 판례의 경향을 살펴본 후에 불법행위와 성폭력 피해배상에 대한 법적 구조와 판례를 검토하기로 한다.

가. 불법행위와 손해배상책임

(1) 불법행위의 성립요건

(가) 고의·과실

앞서 살펴본 대로 불법행위가 성립되기 위해서는 가해행위가 고의 또는 과실의 결과일 것을 필요로 한다. 이는 ‘과실책임주의’라고 불리는 것으로 과실책임주의 하에서는 타인에게 손해를 주었을 경우라도 가해자에게 고의 또는 과실이 없으면 그 손해를 배상할 책임은 발생하지 않는다.

불법행위란 손해가 발생한 경우 일정한 요건 하에서 가해자에게 그 손해를 배상할 의무를 부과하고 그 이행에 의해 피해자로부터 가해자에게 손해를 전가시키는 제도이다. 따라서 여기서 중요한 것은 귀책원리, 즉 ‘왜, 가해자는 피해자에게 발생한 손해를 배상해야 하는가’이다. 이점에 대해서는 근대이전에는 결과책임주의 또는 원인책임주의 즉, 행위와 손해사이에 원인결과의 관계가 있으면 그 행위자에게는 배상의무가 있다는 것이 유력한 견해였다. 그러나 근대의 불법행위법이 귀책원리로서 과실책임주의를 채용한 이유는 기본적으로 개인의 자유로운 활동을 보장하기 위해서이다. 사람간의 관계가 밀접하게 되고 활동이 활발하게 되면 어느 사람의 활동이 타인에게 손해를 발생시키는 경우가 많아진다. 이 경우, 결과책임주의 또는 원인책임주의에 의해 그 손해의 모든 경우에 원인을 이룬 행위자가 책임을 지게 되면 자유로운 활동이 제약되게 된다. 여기에서 일정한 범위에서는 자기의 행동의 결과로서 손해가 발생해도 책임을 지지 않는 것을 통해 개인의 자유로운 활동을 보장하는 것이 필요하게 되었다¹⁷⁾.

이처럼, 과실책임주의를 원칙으로 하고 있는 현행 불법행위법에서는 불법행위의 성립요건을 가해자의 고의·과실 및 가해자의 책임능력을 주관적 요소로 가해자의 위법성 및 가해행위에 의한 손해발생(인과관계)을 객관적 요소로 하고 있다.

17) 吉村良一(1996), 『不法行爲法』, 有斐閣, 7면.

고의란 일반적으로 ‘일정한 손해발생의 결과가 발생하리라는 것을 알면서도 그것을 굳이 행하는 심리상태’로 정의된다. 이 정의에 의하면 ① 자기행위의 결과에 대한 인식이 있을 것, ② 그 결과의 발생을 용인하고 있을 것이, 고의의 요소가 된다.

그러나 문제가 되는 것은 고의 여부를 판단함에 있어서 위법성에 대한 인식 여부이다. 이에 대해서는 결과의 발생을 인식하는 것으로 충분하다는 견해와 위법성에 대한 인식이 필요하다는 견해로 나뉜다. 판례는 위법성의 인식이 없는 경우, 고의는 인정되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 그렇지만 판례의 입장에 의해서도 행위자가 타인의 권리 또는 법익을 침해한다는 것을 인식하고 객관적으로 볼 때 위법한 행위를 하고 있는 경우에는 행위자에게 과실이 인정된다. 따라서 고의와 과실을 엄격하게 구별할 필요는 없다.

이에 대해, 과실이란 ‘자기 행위로 인해 타인에게 손해가 발생하지 않도록 할 사회생활상의 주의의무가 있음에도 불구하고 그러한 주의의무를 다하지 못하여 타인에게 손해를 발생시킨 심리상태’로 보는 것이 일반적인 견해이다. 문제가 되는 것은 ‘어느 정도의 주의의무를 다하지 못한 경우, 불법행위가 성립되는 가’이다. 이 문제에 대한 판례의 입장은 “과실의 유무와 그 과실의 경중(輕重)에 관한 표준은 그 개인에 관한 구체적인 사정에 의하여 결정되는 것이 아니고 일반적인 보통사람으로서 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여야 할 것이며 위의 일반적 보통사람이라 함은 추상적인 일반인을 말함이 아니고 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람으로서는 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 그 과실유무를 논하고 위와 같은 주의를 심히 결여한 때에는 중대한 과실이 있다고 할 수 있다.”고 판시했다¹⁸⁾. 즉 ‘추상적 경과실원칙’을 채용하고 있다.

민법이 추상적 경과실원칙을 채용하고 있는 것은 피해자 보호를 위해서이다. 과실책임원칙이란 피해의 발생을 막을 수 있었음에도 불구하고 그것을 막지 못한 자에게 책임이 있다는 것이다. 따라서 책임의 요건인 과실은 개개인의 주의력을 기준으로 하는 구체적 과실이어서야 한다. 그러나 피해자의 입장에

18) 대판 1967.7.18, 66다1938.

서 보면 가해자가 사회의 보통사람으로서 표준적인 주의를 베풀 것을 예정하고 행동한다. 그런데 가해자의 주의력이 평균인 이하로 추상적인 과실이 없게 되면, 피해자는 손해를 보상받지 못하게 되는 결과가 된다. 즉 불법행위의 요건을 구체적 과실을 원칙으로 한다면, 피해자의 보호라는 기능을 충실하게 할 수 없는 결과가 된다.

다음으로 문제가 되는 것은 ‘고의, 과실의 입증책임이 누구에게 귀속되는가’이다. 불법행위에 있어서 가해자의 고의, 과실의 입증책임은 피해자가 부담하는 것이 원칙이다. 즉, 권리를 주장하는 자가 입증책임을 부담하는 것이다. 따라서 피해자가 가해자의 고의, 과실 및 가해행위의 존재, 손해발생, 인과관계를 입증해야 한다.

그러나, 예외적으로 피해자의 입증책임이 가해자에게 전환되어 가해자가 스스로 고의, 과실이 없었음을 적극적으로 입증하지 못하면 손해배상책임을 면하지 못하는 경우가 있다. 고의, 과실의 입증책임이 법률규정에 의해 가해자에게 전환되는 경우가 이에 해당된다. 감독자의 책임(민법제755조), 사용자책임(제756조), 공작물 등의 점유자의 책임(제758 제1항), 동물점유자의 책임(제759조), 자동차운행자의 책임(자동차손해배상보장법제3조) 등이다. 이 경우는 기본적으로 과실책임원칙에 입각하고 있지만 가해자의 고의, 과실에 대한 입증책임이 불법행위자 자신에게 전환되어 있는 특수한 불법행위책임이다.

또한 가해자의 고의·과실에 대한 입증책임이 법률규정을 통해 전환되어 있지 않는 경우라도 가해자의 과실이 추정되어 사실상 가해자에게 입증책임이 전환되는 경우가 있다. 판례가 인정하고 있는 과실추정의 경우를 보면 권리 없는 가압류 가처분의 경우, 교통사고의 경우, 의료과오의 경우가 이에 해당 된다¹⁹⁾.

이와 같이 고의·과실을 불법행위의 요건으로는 하는 것은 가해자가 일정한 판단 능력을 갖고 있는 것을 전제로 하는 것이다.

‘책임능력’²⁰⁾이 없는 자의 행위에 대해서는 불법행위가 성립하지 않는다. 민

19) 김상용(1997), 『불법행위법』, 법문사, 47쪽 이하.

20) 책임능력이란 자기행위의 책임을 변식할 수 있는 능력, 즉 그 결과가 위법한 것이어서 법률상 비난받을 것임을 인식하는 정신능력을 말한다.

법은 “미성년자가 타인에게 손해를 가한 경우에 그 행위의 책임을 변식할 능력이 없는 때에는 배상의 책임이 없다”(제753조), “ 심신상실 중에 타인에게 손해를 가한 자는 배상의 책임이 없다”(제754조 본문), 라고 규정함으로써 “미성년자로서 행위의 책임을 변식할 능력이 없는 자”와 “심신상실자”를 책임무능력자로 규정하고 있다.

피해자는 가해자의 책임능력을 입증할 책임은 없다. 책임능력은 일반적으로 갖추어져 있는 것이 보통이기 때문이다. 따라서 가해자가 그 책임을 면하기 위해서는 책임무능력자임을 스스로 입증해야한다²¹⁾.

(나) 위법성

불법행위가 성립되기 위한 또 다른 요건으로서는 가해행위가 위법한 행위여야 한다. 그런데 어떠한 경우에 가해행위가 위법하다고 볼 것인가에 관하여 각국의 입법례²²⁾는 그 표현을 달리하고 있다. 독일민법은 위법성에 관하여 획일적으로 규정하지 아니하고 세 가지의 경우로 나누어, 첫째로는 권리침해가 있으면 위법성이 있는 것으로 규정하고(§823Abs 1 BGB), 둘째로 보호법규를 위반하면 위법성이 인정되며²³⁾(§823Abs 2 BGB), 셋째로는 선량한 풍속을 위반하면 위법성이 인정되는 것으로 규정(§826 BGB)하고 있다. 그리고 스위스 채무법은 위법성(Art 41, I OR)과 선량한 풍속위반(Art 41, II OR)을 분리하여 규정하고 있다. 여기서 선량한 풍속위반은 위법성의 한 예시로 이해된다. 일본민법은 권리침해를 불법행위의 성립요건으로 규정하고 있다(일본민법 제 709조). 권리침해는 위법성 인정의 가장 대표적인 경우라 할 수 있다.

우리 구민법 제709조에서는 불법행위의 성립요건에 대하여 “고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인해 생긴 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정되어 있었다. 이 규정의 ‘권리침해’라는 요건은 불법행위법에

21) 김준호(2000), 『민법강의』, 법문사, 1192면 이하.
 22) 김상용, 『불법행위법』, 법문사, 1997, 75면.
 23) 보호법규는 대부분 고의행위만을 규율하고 있으므로, 과실에 의한 보호법규위반은 거의 보호대상이 되지 아니한다(Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, B.II, Halbband 2: Besonderer Teil, 13. Aufl.(1994), S. 376).

의한 구제범위를 협소하게 한다는 문제점이 고려되어 현행민법은 권리침해 대신 위법성을 요건으로 규정하게 되었다²⁴⁾.

현행 민법은 스위스채무법을 계수하여 불법행위의 성립요건으로 가해행위의 위법성을 규정하고 있다.²⁵⁾

그런데 문제는, 이러한 ‘위법성이 무엇을 의미하며, 어떠한 경우에 위법성이 인정되는지’에 대해 어떠한 규정도 두고 있지 않다는 것이다.

이 문제에 대한 종래의 학설은 위법성의 의미를 이론적으로 규명하기보다는 위법성의 발현형태를 침해된 이익과 침해행위의 측면이라는 관점에서 구체적·개별적으로 검토하는 방법으로 진행되었다.

피침해이익이라는 관점에서 위법성이 인정되는 경우는 재산적 이익의 침해와 비재산적 내지 인격적 이익의 침해로 나누어진다. 전자에 속하는 것으로 소유권, 물권, 지상권, 담보물권, 채권, 광업권·어업권 등이 있다. 후자의 비재산적 이익에는 인격권과 가족권 등이 있다. 인격적 이익의 침해에 대해서는 민법 제751조가 재산상의 침해 이외에 생명, 신체, 자유, 명예의 침해를 불법행위로 규정하고 있다. 또한 “기타의 정신상 고충”을 가한 자도 불법행위의 책임을 진다. 따라서 신체, 자유, 명예는 한정적인 열거가 아니라 예시적인 것으로 정조, 성명, 초상 등의 침해도 불법행위를 구성한다.

한편, 가해행위의 모습을 통해 위법성이 인정되는 경우는 형사법규위반, 단속법규위반, 사회질서위반의 세 종류의 행위로 나눌 수 있고, 그 밖의 부작위에 의한 불법행위와 권리남용이 이에 해당된다.

형벌법규를 위반하는 범죄행위에 의해 타인에게 손해를 발생시킨 경우에는, 그 형벌법규위반의 가해행위는 위법성이 인정되어 불법행위가 성립한다. 예컨대 절도, 사기, 횡령 등의 범죄행위는 당연히 위법성이 인정되어 불법행위를 구성한다.

타인의 이익, 즉 개인이익의 보호를 목적으로 하는 단속법규를 위반하는 행위는 위법성이 인정된다. 예컨대, 의사가 정당한 이유 없이 환자의 수요에 응

24) 박윤직(1991), 『채권각론』, 박영사, 648면 이하; 이은영(1989), 『채권각론』, 박영사, 542면; 권용우(1998), 『불법행위론』, 신양사, 70면; 김준호(2000), 앞의 책, 1194면.

25) 박윤직, 『채권각론(재진정판)』, 박영사, 1995, 648면.

하지 않았기 때문에 손해를 입힌 경우(의료법 67조)는 위법성이 인정된다.

또한 가해행위가 직접 법규에 위반하지 않더라도 선량한 풍속, 기타 사회질서에 위반한 경우에도 위법성이 인정된다. 예컨대 실체법상의 권리가 없는 허위의 채권자가 강제집행이나, 가압류, 가처분을 한다든가 파산신청을 하는 경우가 이러한 가해행위에 속한다. 사회질서위반의 경우에는 그 태양이 다양하여 사안에 따라 구체적으로 판단되어야 한다.

작위의무가 있음에도 불구하고, 작위의무의 불이행로 인하여 타인에게 손해를 발생시킨 경우에는, 부작용에 의한 가해행위가 성립되고, 그 경우 위법성이 인정된다.

그리고 권리의 남용으로 인하여 타인에게 손해를 발생시킨 경우에, 그 권리남용은 위법성을 갖게 되며 불법행위를 구성하게 된다. 권리남용에 의하여 불법행위가 성립될 수 있는 대표적인 사례로서는 용수권(用水權)의 남용, 징계권의 남용 등을 들 수 있다²⁶⁾.

한편 위법성조각사유가 없어야 위법성이 인정되나 조각사유가 있더라도 피침해법익과 가해행위의 상관관계로부터 위법성을 판단하는 것이 일반적이다²⁷⁾.

(다) 손해의 발생과 인과관계

불법행위에 의한 손해배상은 피해자에게 발생한 손해를 전보(填補)하는 제도이다. 따라서 불법행위의 성립에는 피해자에게 손해가 발생한 것이 필요하다. 손해발생의 우려는 있지만 피해자에게 손해가 현실적으로 발생하지 않으면, 가해행위가 있었다고 하더라도 불법행위는 성립되지 않는다²⁸⁾.

26) 권용우(1998), 앞의 책 72면 이하.

27) 위법성이 있는 경우이라 어떤 특별한 사유가 존재할 경우 위법성이 없는 것으로 될 수가 있다. 이것을 '위법성조각사유'라고 한다. 민법은 "타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제3자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다"(제761조 본문)와 "정당방위에 관한 규정은 급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 경우에 준용한다"(제761조 제2항)라고 하여 정당방위와 긴급피난을 위법성조각사유로 규정하고 있다. 이 밖에 자력구제·피해자의 승낙·정당행위는 명문화 된 것이 아니라도 위법성조각사유로 인정된다. 권용우(1998) 앞의 책, 80면, 김준호(2000), 앞의책, 1196면 이하.

손해를 어떻게 정의할 것인가는 다음과 같은 의미에서 중요하다. 첫째, 손해개념은 어느 사람에게 발생한 여러 가지의 불이익 중에서 손해배상이라는 법제도에 의해 구제되어야 할 손해를 선택하는 역할을 한다. 이 점에서 손해를 어떻게 정의할 것인가는 손해배상의 목적과 기능에 대한 이해 방법과 밀접한 관련을 갖는다. 둘째, 손해의 개념은 손해배상액의 산정방법과도 밀접한 관련을 갖는다.

불법행위에 의해 발생하는 손해란 “불법행위가 없었을 경우의 피해자의 재산적·정신적 이익 상태와 불법행위에 의해 발생한 정신적·재산적 이익상태의 차이”라고 정의되는 것이 일반적이다.

이상과 같은 정의에 의하면 손해는 재산적 손해와 비재산적 손해로 나뉘어진다. 재산적 손해란 피해자의 재산상의 이익상태에 마이너스가 발생한 경우이고 정신적 손해(비재산적 손해)란 피해자의 재산 이외의 이익상태에 발생한 불이익을 말한다.

이때 재산적 손해는 다시 적극적 손해, 즉 피해자 본인의 치료비나 사망에 따른 장례비용 등과 소극적 손해, 즉 피해자가 피해를 당하지 않았다면 얻을 수 있었던 이익(逸失利益)으로 나뉜다.

또한 정신적 손해에 대해서는 흔히 위자료라고 불리는, 정신적·육체적 고통에 대한 배상을 청구할 수 있다.²⁸⁾

그런데 정작 문제가 되는 것은 손해의 발생 그 자체에 있는 것이 아니라 그 손해가 가해행위의 결과라고 하는 것이 필요하다는 점이다. 즉, 불법행위 책임이 성립되기 위해서는 가해행위와 손해발생 간에 인과관계가 인정되어야 한다. 인과관계란 원인행위와 그 원인행위로 인하여 발생한 결과간의 관계를 말한다. 다시 말해, 가해자의 가해행위가 없었다면 피해자에게 손해가 발생하지 않았을 거라고 인정되는 관계를 말한다.

28) 우리와는 달리, 영미법 구조에서는 손해의 증거가 없이도 인정되는 ‘명목손해배상’과 발생한 손해를 넘는 배상을 인정하는 ‘징벌적 손해배상’의 제도가 가해행위의 억제와 제재라는 목적으로 존재한다.

29) 민법 제751조 (재산이외의 손해의 배상) ①타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다. ② 법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.

이러한 가해행위로 인한 손해 배상과정에 있어서, 손해배상책임의 성립, 즉 불법행위의 성립과, 발생한 손해 중 배상하여야 할 손해의 범위의 확정에서 각각의 인과관계가 문제된다. 그런데 이러한 손해배상책임의 성립에서 각각의 인과관계와 손해배상범위 확정에 있어서의 인과관계에 관하여, 종래에는 양자를 구분하지 아니하고 하나로 다루어 상당인과관계가 있으면 불법행위가 성립하고, 또한 그 범위내의 손해를 배상하여야 하는 것으로 이론구성을 하였다.

그러나 최근에는 가해행위로 인한 손해배상책임의 성립요건으로서의 인과관계와 손해배상범위 확정에 있어서의 인과관계를 구별하는 것이 타당하다는 주장이 강하게 제기되고, 그 각각의 인과관계는 서로 다르다고 하는 견해가 주장되고 있다. 이와 같이 손해배상책임 성립요건으로서의 인과관계와 손해배상범위 확정의 인과관계를 달리 다루어야 한다는 주장은, 우리 민법이 불법행위책임의 성립에 관하여는 제750조가 이를 규정하고, 불법행위로 인하여 발생한 손해배상의 범위에 관하여는 제763조(제393조를 준용)가 이를 규정하여, 양자를 별도로 규정하고 있기 때문이라고 한다³⁰⁾.

인과관계의 입증책임은 피해자가 부담함이 원칙이다. 그리고 피해자의 인과관계를 입증함에 있어서 입증의 정도는 원칙적으로 법관으로 하여금 확신을 얻을 수 있을 정도로 입증하여야 한다. 그러나 피해자가 인과관계를 법관으로 하여금 확신을 얻을 정도로 입증한다는 것은 언제나 가능한 것이 아니다. 특히 환경침해, 의료과오, 제조물책임 등의 불법행위에 있어서는, 피해자는 인과관계를 법관이 확신을 얻을 수 있을 정도로 입증한다는 것은 실제로 불가능에 가깝다. 이러한 경우에는 피해자의 입증책임의 정도를 완화할 필요가 있다. 이렇게 피해자의 입증책임의 정도를 완화하여야만 불법행위제도의 목적인 손해의 공평, 온당한 분배가 가능해질 수 있다.

그래서 모든 불법행위에 있어서 확일적으로 피해자가 인과관계를 법관으로 하여금 확신을 얻을 수 있는 정도에서, 개연성 정도만 입증하면 족한 경우가 판례에 의해 점차 확대 인정되고 있다. 우리 판례는 환경침해 불법행위, 의료

30) 대판 1977. 8. 23, 77다686; 권용우(1998), 앞의 책, 95면 이하

과오 불법행위, 제조물책임³¹⁾에 있어서 개연성 이론을 받아들이고 있다. 이와 같은 개연성 정도로의 인과관계에 관한 입증책임의 완화는, 특히 의료과오와 같은 전문직 종사자의 불법행위의 경우에 그 인정의 필요성이 크다고 할 것이다³²⁾.

(2) 불법행위의 효과로서 손해배상

이상의 불법행위의 성립요건을 충족시키면 그 효과로서 손해배상청구권이 발생한다. 불법행위에 의한 손해배상의 방법으로는 원상회복주의와 금전배상주의로 나누어진다. 우리 민법은 금전배상을 원칙으로 하고 있다(민법 763조, 394조). 금전배상은 재산적 손해뿐만 아니라 정신적 손해에 대해서도 갈게 적용된다.

그러나 우리민법은 예외적으로 원상회복을 인정하고 있다. 즉 명예훼손의 경우에는 법원은 피해자의 청구가 있을 때에 손해배상에 갈음하여 또는 손해배상과 함께 ‘명예회복에 적당한 처분’을 명할 수 있다(민법764조).

손해배상과 관련해서 문제가 되는 것은 손해배상의 범위와 그 배상액의 산정기준이다.

손해배상의 범위는 가해자의 행위와 사실적 인과관계 (그 행위가 없었다면 손해발생을 없었을 것이라는 인과관계)가 없는 손해에 대해서는 손해배상의무를 지지 않는다. 그리고 사실적 인과관계가 있는 손해 중에서 법적으로 구제되어야 한다고 생각되는 손해만이 손해배상의 범위가 된다. 민법은 채무불이행에 대해 제393조에 의해 그 범위를 규정하고 있고 이를 불법행위에 준용하고 있다(민법 763조).

민법 제393조는 “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.” “특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다”라고 손해배상 범위를 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 통상 발생하는 손해는 그 발생원인이 된 사실과 결과

31) 대판 1977. 1. 2, 75다2092.

32) 권용우(1998), 앞의 책, 100면 이하.

사이에 사회통념상 객관적으로 인과관계가 예견되는 경우로서 피해자는 구체적 사실을 입증할 필요 없이 현실로 발생한 손해를 배상청구 할 수 있다. 그러나 특별한 사정으로 인한 손해는 가해자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상할 책임이 있다. 그러나 구체적으로 어떤 것이 손해배상 범위 안의 특별한 사정으로 인한 손해이며, 또 어느 정도가 예견 가능한 사정인가에 관한 판단은 그리 쉬운 일이 아니다. 결국, 이의 판단은 구체적인 사정에 따라 판단하는 수밖에 없다. 이에 관한 법원의 판례를 보면, “원고들이 애초피해에 대한 손해의 배상을 받고자 소송할 때에 피고들이 부당한 응소와 부당한 상소를 통하여 항쟁하였기 때문에 어쩔 수 없이 변호사에게 소송수행을 위임하게 된 특별사정의 존부를 가리지 아니하고서는 변호사에게 지급한 보수와 애초의 불법행위와의 사이에 상당인과관계가 있는 것이라고는 말할 수 없다³³⁾고 판시하여, 변호사에게 지급한 보수는 특별한 사정으로 인한 손해에 해당된다고 하였다³⁴⁾.

손해배상액 산정의 기준 시기는 일반적으로 불법행위시를 기준으로 손해를 산정한다.

불법행위로 인한 손해는 “재산적 손해”와 “정신적 손해”로 나뉘어 지고 이중 전자를 다시 재산에 대해 기존의 이익의 멸실 또는 감소를 주는 “적극적 손해”와 장래의 이익의 획득이 방해됨으로써 받는 손실인 “소극적 손해(과실 이익)”의 둘로 나누어진다. 따라서 불법행위로 인한 손해에는 “적극적 손해·소극적 손해·정신적 손해”의 3가지가 있게 된다. 판례도 이 입장을 취하고 있다. 따라서 피해자는 각각의 손해를 입증해야 한다³⁵⁾. 이러한 손해 3가지가 전형적으로 발생하는 것이 ‘신체·생명의 침해’의 경우이다. 이 중 생명침해를 중심으로 손해배상액의 산정방법을 살펴보면 다음과 같다.

생명의 침해의 경우, 적극적 손해로서 인정되는 것은 상해 후 사망까지의 치료비와 입원비, 간호인(介護乙人)을 필요로 한 경우에 그 비용, 입원중의 일용품구입비 등의 잡비 그리고 장례비용이다.

33) 대판 1972. 4. 20. 72다265.

34) 권용우(1998), 앞의 책, 512면 이하.

35) 김준호(2000), 앞의 책, 1253면.

사망에 의한 소극적 손해(과실이익)의 계산방법은 다음과 같다. 사망당시의 수입액×수입 가능기간-생활비-중간이자=과실이익이다.

사망당시의 수입액에 대해서는 원칙으로서 현실적 계산에 의한다. 봉급생활자인 경우에는 그 임금을 기준으로 산정하고 봉급이 증가될 것을 예측할 수 있는 객관적 자료가 있을 경우에는 이를 통상 손해로 보아 과실이익에 포함시킨다³⁶⁾. 사고 당시 무직이거나 미성년, 학생, 전업주부의 경우에는 일용임금을 기준으로 산정한다.

수입가능기간에 통계에 의한 생명표로부터 사자의 장래에 있어서의 생존을 추정하는 연수를 기초로 하여 사자의 직업·건강상태 등을 고려하여 수입 내지 소득이 가능한 기간을 산출한다. 노동개시는 원칙으로 20세부터로 보고 그 가동연한은 직종에 따라 다르다. 판례는 의사³⁷⁾·개업약사³⁸⁾의 가동연한을 65세로, 변호사³⁹⁾·법무사⁴⁰⁾의 경우를 70세로 인정하고 있다. 이 밖에 소설가⁴¹⁾·주식회사의 대표이사⁴²⁾의 가동연한은 각각 65세로 인정하고 있다. 그리고 육체적으로 심한 노동력을 필요로 하는 일반 노동자에 관해서는 수입가능한 최종의 시기는 훨씬 낮아질 것이다. 종래의 판례는 55세를 한계연령으로 보고, 이는 증명을 필요로 하지 않는 ‘공지의 사실’이라 하였다.⁴³⁾ 그런데, 최근의 대법원판례는 그 태도를 바꾸어 55세를 넘어서도 가동할 수 있다고 하였으며,⁴⁴⁾ 대체로 60세를 가동연한 내지 한계연령으로 보고 있다.⁴⁵⁾

평균소득기준 중의 생활비는 피해자가 생명침해로 인하여 장래에 얻을 수 있는 이익을 상실하는 동시에 생존하였다면 지출하여야 할 생활비를 쓰지 않게 되므로, 장래에 얻을 수 있는 총수입으로부터 생활비를 공제하여야 한다⁴⁶⁾. 생활비에는 단순한 식생활에 든 비용뿐만 아니라, 피복비·주거비·교

36) 대판 1989. 12. 26. 다카6761.

37) 대판 1993. 9. 14. 93다3158.

38) 대판 1986. 1. 21. 83다카585.

39) 대판 1993. 2. 23. 92다37642.

40) 대판 1992. 7. 28. 92다7269.

41) 대판 1993. 2. 9. 92다43722.

42) 대판 1992. 12. 8. 92다24431.

43) 대판 1966. 12. 6. 66다1708; 同 1967. 11. 14. 67다1618.

44) 대판 1989. 12. 26. 88다카16867.

45) 대판 1991. 3. 27. 90다11400; 同 1992. 2. 11. 91다29095; 同 1992. 9. 1. 92다24516.

통비·문화비 등 생활에 필요한 여러 비용이 포함된다. 여기서 주의할 점은 피해자가 미성년자인 경우에는 그가 성년이 되기까지의 생활비는 공제하지 않는다⁴⁷⁾. 이는 친권자 그 밖의 부양의무자가 부담하는 것이기 때문이다.

이상과 같이 계산된 액은 본래 피해자가 장래의 일정기간마다 취득할 수 있는 것이다. 따라서 이것을 일시금배상의 방법에 의해 원고에게 지불하는 경우에는 배상액의 지불이 이루어지는 현재의 시점에서 만약 피해자가 생존해 있다면 현실에서 그 이익을 취득할 수 있었던 시기까지의 이익(중간이익)을 공제해서 현재의 가액을 환산할 필요가 있다. 중간이익 공제의 방법에는 단리로 계산하는 호프만(Hoffmann)식과 복리계산에 의한 라이프니츠(Leibniz)식이 있다.

다음으로 정신적 손해에 대한 배상인 위자료에 대해 살펴보면, 위자료란 피해자에게 발생한 정신적 손해를 전보하는 것으로 그 액은 정신적 손해의 정도에 따라 정해진다. 그러나 전보되어야 할 정신적 손해는 그 성질상 금전에 의한 평가가 곤란하고 불가능하기 때문에 실제에는 재판관이 제반 사정을 고려해서 재량에 의해 그 액이 정해진다고 한다⁴⁸⁾.

산정에 있어서 고려되어야 할 사정에 제한은 없고 피해의 정도 등 피해자 측의 사정뿐만 아니라 가해자 측의 사정도 고려한다. 구체적으로는 피해의 정도, 가해자·피해자 쌍방의 연령, 학력, 직업, 수입, 사회적 지위와, 불법행위의 동기와 경과 등이다.

이상과 같은 손해배상청구는 “피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간” 이를 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다(민법제 766조 제1항). 그리고 “불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때”에도 소멸한다(제766조 제2항).

법원에서 청구가 받아들여진다면 ‘甲은 乙에게 돈 ~를 지급하라’는 판결이 내려지며, 이런 판결을 받고도 지불이 없을 때는 이 판결에 기해 강제집행을 할 수 있다.

46) 대판 1966. 3. 22. 66다116.

47) 대판 1970. 2. 24. 69다1388.

48) 대판 1988. 2. 23. 87다카57.

나. 성폭력과 불법행위에 의한 손해배상

이상과 같은 구조를 가지고 있는 민법상의 불법행위에는 강간 등의 위법한 성폭력이 해당된다는 것에 대해서는 이론이 없을 것이다. 강간 등의 성폭력은 형벌법규를 위반하는 범죄행위로서 타인에게 손해를 발생시키는 범죄이기 때문이다. 이 경우 그 형벌법규 위반의 가해행위는 위법성이 인정되어 불법행위가 성립된다는 것은 앞서 살펴 본 대로이다. 따라서 성폭력의 피해자는 가해자에게 불법행위에 의한 손해배상(재산적 손해배상 및 정신적 손해배상)을 청구할 수 있다.

그러나 문제는 이처럼 성폭력이 불법행위를 구성함에도 불구하고 다른 유형의 불법행위와 비교할 때 그 판례가 매우 적다는 사실이다⁴⁹⁾. 이것은 성폭력 피해자가 손해배상청구소송을 하는 것이 쉽지 않다는 것을 보여주는 것이다. 물론, 판례로서 공간되는 것은 사건이 판결로 종결된 경우로 합의 등으로 사건이 종결된 경우에는 그 내용이 공간되지 않기 때문에 판례의 수가 소송의 수와 일치하는 것은 아니다. 그러나 다른 유형의 불법행위사건과 비교해서 강간 등의 성폭력 사례가 극단으로 합의 건수가 많다고는 생각되지 않는다. 이는 강간 사건의 많은 수가 형사사건으로 고소되고 있지 않는 것과 부합되는 현상으로 성폭력 피해자 스스로가 피해자로서 가해자에게 형사적·민사적 책임을 요구하는 것의 어려움을 보여주는 것이다.

(1) 형법상의 성폭력과 불법행위책임

앞서 살펴 본 대로, 형벌법규 위반의 성폭력에 대해서는 불법행위가 성립한다. 특히, 성폭력이 형사사건으로 유죄가 되었을 경우에는 이론의 여지가 없다. 문제는 ‘성폭력 가해자가 기소유예처분을 받았거나, 피해자가 형사고소를 하지 않았을 경우’이다. 이 경우 가장 큰 문제는 피해자가 가해자의 위법한

49) 예컨대 대법원 사이트 판례검색에 의해 대법원 및 하급심 판결을 대상으로 강간 + 손해배상으로 검색한 경우 검색결과는 24건에 불과하다. 다만 인터넷 검색은 공간된 판례 중에서도 일부만을 대상으로 하기 때문에, 그에 따른 검색건수가 소송건수를 의미하는 것은 아니다.

행위에 의한 손해의 발생을 주장·입증해야 한다는 것이다.

강간 등의 성폭력은 다른 유형의 권리침해와는 달리 둘만의 밀폐된 공간에서 발생하는 경우가 많고 그 중 많은 수는 목격자가 없다. 그리고 우리형법은 강간죄 구성요건으로 ‘저항을 불가능하게 하는 폭행과 협박’을 요구하고 있기 때문에 피해자가 성폭력을 입증하는 데는 많은 어려움이 따른다. 여기에는 한국사회에 만연하고 있는 ‘강간신화’도 일조를 한다. 최근 한국성폭력상담소 판사, 검사, 변호사 등 법조인 351명을 대상으로 설문조사한 결과에 의하면 ‘성폭력은 남자들의 억제할 수 없는 성충동 때문에 일어난다.’는 문항에 대해 85명(24.33%)이 ‘보통이다’, 109명(31.05%)이 ‘조금 그렇다’, 27명(7.69%)이 ‘매우 그렇다’고 응답했고, ‘여자들의 야한 옷차림이 성폭력의 원인이다’ 문항에 대해서는 106명(30.2%)이 ‘보통이다’, 103명(29.34%)이 ‘조금 그렇다.’ 4명(1.4%)이 ‘매우 그렇다’고 응답했다⁵⁰⁾. 이런 상황에서 강간이 있었음을 주장하는 피해자의 말이 신뢰를 얻기란 쉽지 않다.

형법에 근거해서 이루어지는 형사 처벌은 죄형법정주의원칙에 따라 엄격하고 제한적으로 이루어진다는데 특징이 있다. 그러나 이런 형사법의 원칙을 그대로 민사적 판단의 근거 틀로 하는 것은 문제가 있다. 따라서 성폭력에 대한 손해배상 사건에 있어서는 형사사건으로 유죄가 된 경우, 이에 대해서는 불법행위가 성립한다는 것에는 이론의 여지가 없다. 그러나 그렇지 않은 경우, 불법행위성립 여부를 판단함에 있어서 중심은 강간 등의 성폭력이 형법상의 강간 등을 구성하느냐가 아니라 가해 행위가 피해자의 성적자기결정권을 침해한 위법행위인가를 중심으로 이루어져야 한다. 그렇다면 성폭력이 형법상의 강간죄를 구성하지 않는다고 해서 이것이 곧바로 민법상의 불법행위를 부정하는 근거가 되지 못한다.

다음으로 문제가 되는 것은 성폭력이 불법행위로서 성립한 경우, 피해자가 입은 손해의 범위와 손해액의 산정기준이다. 우리 민법은 금전적 배상을 원칙으로 하고 있고, 배상범위는 재산적 손해뿐만 아니라 정신적 손해를 모두 포함하고 있다. 따라서 성폭력 피해자가 가해자의 폭행 등으로 신체에 침해를

50) 한국성폭력상담소(2003), <법조인의 성별의식과 양성평등교육 실태 및 대안모색을 위한 토론회 자료집>; 여성주의저널 일다 2003.11.12일자, <http://www.ildaro.com>.

당했을 경우에는 이에 대해 배상받을 수 있을 뿐 만 아니라, 성폭력에 대한 정신적 충격을 위자료로 청구할 수 있다. 그러나 강간 등의 성폭력은 다른 유형의 범죄와는 달리 폭력과 섹슈얼리티(sexuality)의 교점에서 발생하는 범죄로서 피해자에게 미치는 피해는 일반 폭력범죄와는 구별되어야 한다. 물론, 외상 등의 상해를 동반한 성폭력의 경우에는 그 손해의 범위를 산정하는 것은 그다지 어렵지 않다. 치료비, 간병인을 사용한 경우에는 간병인 비용, 피해자가 상해로 인해 일정기간 일할 수 없게 되었을 경우에는 이것은 당연히 보상되고 이에 대한 손해배상액은 일반적으로 지출되거나 부담한 금액에 따라 결정된다. 그러나 문제가 되는 것은 정신적 외상 즉 트라우마(trauma)이다. 트라우마는 영구적인 정신 장애를 남기는 것으로 성폭력 피해자의 많은 수는 트라우마로 고통받고 사회와의 단절된 삶은 사는 경우가 많다. 이것이 일반적인 폭력사건과 다른 성폭력 사건이 갖는 특수성으로 트라우마는 피해자의 손해의 범위와 손해액의 산정기준에 있어서 충분히 고려되어야 한다⁵¹⁾.

성폭력 사건에 있어서의 손해배상은 주로 정신적 손해배상 즉 위자료 형태로 이루어진다. 일반적으로 정신적 손해란 성질상 금전으로 계산될 수 없는 종류와 태양의 손해로 금전에 의한 배상 이외에는 다른 방법이 없는 경우를 말한다. 위자료 액의 인정은 법관이 제반의 사정을 고려해서 타당하다고 생각 되는 금액을 제시하는 것이 되고 그 액수에 대해 계수적인 근거를 제시할 필요는 없다⁵²⁾. 그러나 성폭력의 경우, 제반의 사정에 대한 기준은 일반 폭력사건과는 달라야 한다.

성폭력의 경우, 그 피해에 따른 정신적 고통은 피해자뿐만 아니라 가족 전체에 미친다는 특징이 있다. 특히, 성폭력 피해자가 미성년자일 경우, 그 가족의 고통을 상상하기란 어렵지 않다. 여기서 문제가 될 수 있는 것은 ‘성폭력 피해자의 가족은 성폭력가해자에게 성폭력에 의한 정신적 침해를 이유로 손

51) ‘나는 사람을 죽인 게 아니라 짐승을 죽인 거다’라는 최후 진술로 유명한 이른바 “김부남 사건”은 성폭행 피해의 후유증이 얼마나 심각한 지를 증명해 주는 대표적인 사건이다. 이 사건은 9살 때 옆집 아저씨에게 성폭행 당한 김부남씨가 성인이 되어 그 옆집아저씨를 살해한 사건이다. 그녀는 정상적인 사회생활과 결혼생활을 하지 못한 것으로 알려졌다.

52) 대판 1988. 2. 23. 선고87다카57.

해배상을 청구할 수 있는 가'이다. 다시 말해, 성폭력 가해자는 피해자 가족에게 정신적 고통에 대해 불법행위에 대한 책임이 발생하는 가이다. 우리법원은 배우자와 가족에게 위자료 지급을 인정하고 있다. 1960년대 판례이긴 하나, 강간미수사건의 피해자 남편에 의해 이루어진 손해배상청구소송에서 법원은 “피고가 원고의 처를 강간할 목적으로 꾀안았으나 완강한 반항으로 그 목적을 달성하지 못한 적이 있는데 그 후 원고가 그 사실을 알고 그의 처와 협의 이혼하게 된 경우 피고의 위와 같은 행위는 남편인 원고의 정신적 안정을 손상하고 위법하게 남편으로서의 권리를 침해한 것으로서 피고는 위 불법행위로 인하여 원고가 입은 정신적 손해를 배상하여 위자할 의무가 있다.”라고 판시했다.⁵³⁾ 같은 맥락으로 2003년 서울지방법원 남부지원은 성폭력 피해아동과 그 가족이 피해자에 대해 손해배상을 청구한 사건에서 범죄사실이 유죄로 확정되었고, 당사자는 물론 가족들에게도 정신적 피해를 끼쳤으며 피해자에게 1천만 원, 부모 양쪽 각각 200만원, 오빠100만원의 위자료 지급을 인정했다.⁵⁴⁾ 이는 성폭력 피해자의 가족에까지 위자료 지급을 인정한 것으로, 의미 있는 판결이라고 생각한다. 그러나 위자료 액수가 소액인 점은 법원이 성폭력으로 인한 정신적 고통을 가볍게 생각하는 건 아닌지 의문이 든다.⁵⁵⁾

한편 성폭력은 업무와의 관련 속에서 발생할 수 있다. 이때 문제가 되는 것은 업무와 관련하여 행해진 강간 등 성폭력에 대해 사용자 책임이 성립하는가이다. 이에 대한 판례로는 택시운전사가 택시 운행 중에 승객을 강간한 사건에서 택시회사의 사용자책임이 다투어진 사건이 있다. 이 사건에서 법원은 “사용자의 배상책임을 규정한 민법 제765조 소정의 “그 사무집행에 관하여 ”라 함은 사용자의 사업집행 자체 또는 이에 필요한 행위뿐만 아니라 이와 관

53) 대판 1965. 11. 9. 선고65다1582,1583.

54) <http://www.netlaw.co.kr>. 조선일보 2003.9.23자에서 인용.

55) 한편 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다47517 판결 [공1997하, 3040]의 전제가 된 미국법원의 판결은 재미교포인 원고가 한국 유학생인 피고를 상대로 피고의 폭행, 강간을 이유로 미국법원에 제기한 손해배상청구소송에서 미화 50,000달러의 손해를 배상하라고 선고하고 있어 배상액에 큰 차이를 보이고 있다. 이는 미국의 손해배상제도가 우리와 다르기 때문이기도 하지만 성폭력에 대한 피해배상이 거의 시도되지 않고 그에 대한 인식도 미약한 우리와 달리 미국의 경우 성폭력에 대한 민사적 구제가 활발하기 때문이기도 하다.

런된 것이라고 일반적으로 보여 지는 행위는 설사 그것이 피용자의 이익을 도모하기 위한 경우라도 이에 포함된다고 보아야 할 것이므로 택시회사의 운전수가 택시의 승객을 태우고 운행 중 차 속에서 부녀를 강간한 경우 위 회사는 사용자로서 손해배상책임이 있다”라고 판시했다.⁵⁶⁾

(2) 성희롱과 불법행위책임

우리사회에서 성희롱이라는 용어가 등장하기 시작한 것은 1993년 이른바 “서울대 조교 성희롱사건” 때부터이다. 이 낱선 개념은 10여년이 지난 오늘날 일상의 용어로 정착되었고 성희롱에 대한 법적 규제도 어느 정도 정비되어 있다. 성희롱을 규율하고 있는 법률로는 남녀고용평등법과 남녀차별금지및구제에관한법률이 있다. 남녀고용평등법에 의하면 성희롱이란 “이법에서 직장 내 성희롱이라 함은 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것”으로 정의하고 있다(남녀고용평등법 제2조제2항). 남녀차별금지및구제에관한법률도 거의 같은 맥락에서 성희롱을 정의하고 있다. 즉, “성희롱이라 함은 업무, 고용 기타 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말 한다”라고 정의하고 있다. (남녀차별금지및구제에관한법률제2조의1).

따라서 성희롱이 발생했을 경우, 그 피해자는 이상의 법률을 통해 구제받을 수 있을 뿐만 아니라 그 피해를 민사소송을 통해 배상 받을 수 있다.

성희롱에 대한 불법행위 책임에 있어서 문제가 되는 것은 피침해 이익이 무엇인가이다. 우리 법원은 성희롱에 의해 인격적 이익, 성적자기결정권, 쾌적한 직장에서 근무할 이익이 침해된 것으로 판단하고 있다. 즉, “이른바 ‘성적 괴롭힘’은 헌법상 보장되는 개인의 존엄성과 행복추구권으로부터 연역되는 일

56) 대판 1991. 1. 11. 선고90다8954.

반적인 인격권의 내용의 하나로서 이른바 성적 자주결정권을 침해할 뿐만 아니라 근로자로서 성적인 차별을 당함이 없는 근로환경 하에서 성적 불쾌감을 받지 않고 일할 수 있는 근로자의 인격적 이익을 침해”⁵⁷⁾하는 행위이다. “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있고 이를 실행하기 위해서는 개개인이 갖는 인격적 이익 내지 인격권은 법에 의해 존중되고 보호되어야 한다. 특히 남녀관계에서 일방이 상대방에 대한 성적 관심을 표현하는 행위는 자연스러운 것으로 허용되어야 하지만, 그것이 상대방의 인격권을 침해하여 인간으로서의 존엄성을 훼손하고 정신적 고통을 주는 정도에 이르는 것은 위법하여 허용될 수 없는 것이다”⁵⁸⁾.

성희롱에 대한 위법성 판단 요소에 대해서는, “성적 표현행위의 위법성 여부는, 쌍방 당사자의 연령이나 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 성적 동기나 의도의 유무, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 지속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 종합하여, 그것이 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 정도의 것인지 여부 즉 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반되는 것인지 여부에 따라 결정”되어야 한다고 판시했다.⁵⁹⁾

성희롱의 입증책임의 문제에 대해서는 “성희롱의 위법의 문제는 … 일반 불법행위의 한 유형으로 파악하여 행위의 위법성 여부에 따라 불법행위의 성부를 가리면 족한 것이지, 불법행위를 구성하는 성희롱을 고용관계에 한정하여, 조건적 성희롱과 환경형 성희롱으로 구분하고, 특히 환경형의 성희롱의 경우, 그 성희롱의 태양이 중대하고 철저한 정도에 이르러야 하며, 불법행위가 성립하기 위하여는 가해자의 성적 언동 자체가 피해자의 업무수행을 부당히 간섭하고 적대적 굴욕적 근무환경을 조성함으로써 실제상 피해자의 업무능력을 저해 당하였다거나 정신적인 안정에 중대한 영향을 입을 것을 요건으로 하는 것이므로 불법행위에 기한 손해배상을 청구하는 피해자로서는 가해

57) 서울고법 1995. 7. 25. 선고 94나15358.

58) 대판 1996. 1. 26. 선고 95다46890.

59) 대판 1996. 1. 26. 선고 95다46890.

자의 성희롱으로 말미암아 단순한 분노, 슬픔, 울화, 놀람을 초과하는 정신적 고통을 받았다는 점을 주장·입증하여야 한다는 견해는 이를 채택할 수 없다”. “ 피해자가 가해자의 성희롱을 거부하였다는 것을 이유로 보복적으로 해고를 당하였든지 아니면 근로환경에 부당한 간섭을 당하였든지 하는 사정은 위자료를 산정하는 데에 참작사유가 되는 것에 불과할 뿐 불법행위의 성립여부를 좌우하는 요소는 아니다”라고 판시했다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

다음으로 문제가 되는 것은 성희롱에 대한 사용자 책임이다. 민법 제756조는 “타인을 사용하여 어느 업무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니한다”라고 사용자의 배상책임을 규정하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 사용자 책임의 요건인 ‘사무집행’ 관련 판판이다. 앞서의 서울대 우조교 성희롱 사건의 대법원 판례는 성희롱에 대한 사용자 책임에 대하여 “ ‘사무집행과 관련하여’라는 뜻은 피용자의 불법행위가 외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행행위 또는 그와 관련된 것이라고 보여질 때에는 행위자의 주관적 사정을 고려함이 없이 이를 사무집행에 관하

60) 대판 1996. 1. 26. 선고 95다46890.

61) 이 사건(서울대 우조교 성희롱사건)의 2심 판결은 성희롱의 위법성 판단요소를 ① ‘성적 괴롭힘’은 고용관계와 관련하여 행해진 행위여야 한다, ② 성적 괴롭힘은 성적 행위, 즉 불쾌한 성적 접근에 응하기를 요구하는 행위 기타 성적인 성격을 가지는 일체의 언동을 포함하지만, 그 성적인 성격이 노골적이고 성적인 의도가 분명히 간주될 수 있어야 하고 그 행위의 태양은 중대하고 철저한 것이어야 한다, ③ 성적 괴롭힘은 그 행위 상대방이 원하지 않는 행위이며 그 판단에는 피해자가 실제로 가진 심리적 태도뿐만 아니라 행위를 둘러싼 객관적인 정황을 고려하되 현존하는 사회적 편견으로 인하여 피해자가 입게 될 심리적·사회적 피해를 고려해야 한다, ④ 성적 괴롭힘에는 고용조건이나 근로환경에 관하여 성을 이유로 한 차별적 취급이 있어야 한다. 여기에는 조건적 성적 괴롭힘과 환경형 성적 괴롭힘이 있을 수 있다. 성적 괴롭힘이 단순한 발언이나 일회적인 거동에 그치는 것으로 피해자의 고용상의 지위 기타 노동조건에 구체적인 불이익을 가져오지 않는 경우에는 위법성이 부인된다고 판시했다. 계속해서 “성적 괴롭힘에 의한 손해의 입증책임은 피해자에게 있고, 조건형 성적 괴롭힘에 있어서 해고되거나 사직한 것이 보복에 기인한 것임을 주장·입증하는 경우에는 손해의 발생이 입증되는 것이지만 환경형의 성적 괴롭힘의 경우 그 자체가 피해자의 업무수행에 부당히 간섭하고 적대적·굴욕적 근로환경을 조성함으로써 실제상 피해자가 업무능력을 저해 당했거나 정신적 안정에 중대한 영향을 미친 점을 주장·입증해야 한다”라고 했다. 서울고법 1995. 7. 25. 선고 94나15358 판결.

여 한 행동으로 본다는 것이고, 외형상 객관적으로 사용자의 사무집행에 관련된 것인지의 여부는 피용자의 본래 직무와 불법행위와의 관련 정도 및 사용자에게 손해발생에 대한 위험 창출과 방지조치의 기여의 책임이 어느 정도 있는지를 고려하여 판단” 해야 한다고 민법상의 사용자 책임의 판단기준에 대한 일반론을 표명한 후, “고용관계 또는 근로관계는 이른바 계속적 채권관계로서 인적 신뢰관계를 기초로 하는 것이므로, 고용계약에 있어 피용자가 신의칙상 성실하게 노무를 제공할 의무를 부담함에 대하여, 사용자로서는 피용자에 대한 보수지급의무 외에도 피용자의 인격을 존중하고 보호하며 피용자가 그 의무를 이행하는 데 있어서 손해를 받지 아니하도록 필요한 조치를 강구하고 피용자의 생명, 건강, 풍기 등에 관한 보호시설을 하는 등 쾌적한 근로환경을 제공함으로써 피용자를 보호하고 부조할 의무를 부담하는 것은 당연한 것이지만, 어느 피용자의 다른 피용자에 대한 성희롱 행위가 그의 사무집행과는 아무런 관련이 없을 뿐만 아니라, 가해자의 성희롱 행위가 은밀하고 개인적으로 이루어지고 피해자로서도 이를 공개하지 아니하여 사용자로서는 이를 알거나 알 수 있었다고 보이지 아니하다면, 이러한 경우에서까지 사용자가 피해자에 대하여 고용계약상의 보호 의무를 다하지 아니하였다고 할 수는 없다”⁶²⁾라고 성희롱과 사무집행과의 관련성이 인정 될 경우, 사용자 책임을 인정했다. 그러나 결론적으로 위 사건에서는 사용자 책임이 부정되었다.

이상의 내용을 요약하면 성희롱은 인격권을 침해하는 위법행위로 불법행위가 성립되어 이의 결과로 피해자는 가해자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이때 위법성 여부를 판단하는 기준은 쌍방 당사자의 연령이나 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 성적 동기나 의도의 유무, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 종합하여 판단된다.

또한, 위법한 성희롱이 업무와의 관련 속에서 이루어진 경우, 사용자는 성희롱 피해자에 대해 손해배상책임이 발생한다.

62) 대판 1996. 1. 26. 선고 95다46890.

(3) 성폭력 피해배상 소송의 미약과 그 원인

이상으로 성폭력과 불법행위 책임에 대한 법적 구조와 판례의 경향을 살펴 보았다. 현행 불법행위법에 의하면 성폭력은 피해자에 대해서 뿐만 아니라 업무와의 관련이 인정되는 경우, 사용자에 대해서도 불법행위가 성립된다. 따라서 피해자는 그 피해에 대한 손해를 배상받을 수 있다.

그러나 이처럼 불법행위에 의한 손해배상청구는 성폭력 피해배상에 있어서 유효한 수단임에도 불구하고 피해자들에 의해 적극적으로 활용되고 있지 않다는 데 문제가 있다. 이는 성폭력에 대한 손해배상청구 소송 건수가 적은 것을 통해 확인될 수 있다.

그 원인으로서는 성폭력이 형사고소의 대상이 되는 경우, 형사고소 단계에서 합의가 이루어져 이것이 민사소송으로 이어지지 않는 경우가 많고, 또한 형사고소를 하지 않는 성폭력 피해자가 손해배상청구소송을 하는 경우는 예외적이기 때문이라고 생각된다.

그런데, 왜 성폭력 피해자는 다른 유형의 피해자와는 달리 자신에게 발생한 손해를 법적으로 해결하고 있지 않는 것일까? 이에 대해서는 다양한 해석이 존재할 수 있지만, 우리사회에 만연해 있는 ‘강간신화’나 ‘순결이데올로기’가 피해자에게 이중의 고통을 안겨주어 권리회복에 소극적으로 만들기 때문인 것으로 보인다. 즉 우선 피해자를 의심하고 피해자에게 사건의 책임을 씌우거나 강간을 폭력이 아니라 성관계로 보고 피해자를 순결을 잃은 여자로 보는 시각이 전반적으로 깔려 있기 때문인 것이다. 특히 성폭력을 처리하는 과정에서 이 같은 편견이 작동할 때 피해자들이 겪는 모멸감은 지대하여 종종 ‘2차적 강간’이라고도 불리는 실정이다. 그 밖에, 법제도상 형사고소나 손해배상청구 소송이 진행될 경우, 피해자가 입는 정신적 고통과 강간에 대한 입증책임이 피해자에게 있는 것과, 불법행위가 성립되어 위자료가 지급될 경우라도 법원이 인정하고 있는 위자료액은 1천~5천만원 사이로 소액인 점 또한 문제로 지적될 수 있다.

2. 국가배상청구에 의한 성폭력배상

가. 국가배상청구제도 개관

우리는 1967년 3월 3일 국가배상법을 제정하여 이후 여러 차례 수정을 거치면서 공권력에 의한 피해배상제도를 마련해 두고 있다. 즉 국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가할 때에는 동법에 의하여 그 손해를 배상하여야 한다(동법 제2조 제1항 전단).

이렇게 공무원의 행위에 대해 국가가 배상책임을 지는 것은, 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익을 위한 것이거나 행정기관 내부의 질서를 규율하기 위한 것이 아니고 전적으로 또는 부수적으로 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이라면, 공무원이 그와 같은 직무상 의무를 위반함으로써 인하여 피해자가 입은 손해에 대하여는 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서 국가가 배상책임을 져야 한다는 판단에서이다. 그리고 이 때 상당인과관계의 유무를 판단함에 있어서는 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론 직무상 의무를 부과하는 법령 기타 행동규범의 목적이나 가해행위의 태양 및 피해의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 물론, 공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 국가 또는 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다(동법 제2조 제2항).

이러한 국가배상신청사건을 심의하기 위하여 법무부에 본부심의회를 둔다. 다만, 군인 또는 군무원이 타인에게 가한 손해에 대한 배상신청사건을 심의하기 위하여 국방부에 특별심의회를 둔다(동법 제10조 제1항).

배상금의 지급을 받고자 하는 자는 그 주소지·소재지 또는 배상원인발생지를 관할하는 지구심의회에 대하여 배상신청을 하며(동법 제12조 제1항), 지구심의회는 배상신청을 받은 때에는 지체없이 증인신문·감정·검증 등 증거조사를 한 후 그 심의를 거쳐 4주일 이내에 배상금지급·기각 또는 각하의 결정을 한다(동법 제13조 제1항).

배상은, 타인의 생명을 해한 때에는 피해자의 상속인에게 다음 각호의 기준에 의하여 행해진다(동법 제3조 제1항).

1. 생명의 해를 입은 때의 월급여액이나 월실수액 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 승한 액의 유족배상

2. 대통령령으로 정하는 장례비

또한 타인의 신체를 해한 때에는 피해자에게 다음 각호의 기준에 의하여 배상을 한다(동법 제3조 제2항).

1. 필요한 요양을 행하거나 이에 갈음할 요양비

2. 제1호의 요양으로 인하여 월급여액이나 월실수액 또는 평균임금의 수입에 손실이 있는 때에는 그 요양기간중 그 손실액의 휴업배상

3. 피해자가 완치후 신체에 장애가 있는 때에는 그 장애로 인한 노동력상실 정도에 따라 피해를 입은 때의 월급여액이나 월실수액 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 승한 액의 장애배상

그리고 타인의 물건을 멸실·훼손한 때에는 피해자에게 다음 각호의 기준에 의하여 배상을 한다(동법 제3조 제3항).

1. 피해를 입은 때의 그 물건의 교환가액 또는 필요한 수리를 하거나 이에 갈음할 수리비

2. 제1호의 수리로 인하여 수입에 손실이 있는 때에는 그 수리기간중 그 손실액의 휴업배상

그런가 하면, 생명 또는 신체의 해를 입은 피해자의 직계존속·직계비속 및 배우자와 신체 기타의 해를 입은 피해자에 대하여는 피해자의 사회적 지위, 과실의 정도, 생계상태, 손해배상액등을 참작하여 그 정신적 고통에 대한 위자료를 배상하여야 한다(동법 제3조 제5항).

그 위자료액은, 국가배상법시행령 [별표4]에 의하면, 사망에 대한 위자료액은 피해자 본인은 2천만원⁶³⁾, 배우자(동거중인 사실혼관계에 있는 자를 포함)나 미혼자의 부모는 피해자 본인의 각 1/2, 부모·자녀는 피해자 본인의 각

63) 피해자 본인에 한하여 세대주인 경우에는 50퍼센트를 가산하고, 10세이하 또는 60세 이상인 경우에는 20퍼센트를 감액한다.

1/4, 기타 직계존속 및 직계비속, 형제자매, 동거중인 시부모, 장인·장모는 피해자 본인의 각 1/8을 한도로 한다.

한편 신체장애의 경우는 피해자 본인이 노동력 100%를 상실한 경우는 2천만원⁶⁴⁾, 그 외는 2천만원×노동력 상실률, 배우자(동거중인 사실혼관계에 있는 자 포함)나 미혼자의 부모는 피해자 본인의 각 1/2, 부모·자녀는 피해자 본인의 각 1/4, 기타 직계존속 및 직계비속, 형제자매, 동거중인 시부모, 장인·장모는 피해자 본인의 각 1/8이 지급된다(국가배상법시행령 [별표5]).

또 신체장애가 없는 상해의 경우에는 타당하다고 인정되는 요양기간에 대하여 1일에 2만원(국가배상법시행령 [별표6])이 지급된다.

물론, 국가배상법에 의한 손해배상의 소송은 배상심의회에 배상신청을 하지 아니하고도 이를 제기할 수 있다(동법 제9조). 그러나 이전에 동일한 청구원인으로 이 법에 의한 손해배상의 소송을 제기하여 배상금지급 또는 기각의 확정판결을 받은 경우는 국가배상을 받을 수 없다.

나. 성폭력에 대한 국가배상청구 사례

(1) 공권력에 의한 성폭력과 국가배상청구 사례

위와 같은 법제도하에, 그간 공권력에 의한 성폭력에 대해 국가가 배상한 사례도 더러 있다.

즉 헌병대 영창에서 탈주한 군인들이 민가에 침입하여 저지른 강도와 강제추행⁶⁵⁾에 대해 국가의 손해배상책임이 인정된 사례(대법원 2003. 2. 14. 선고 2002다62678 판결 [공2003.4.1.(175),802]), 노동조합 사무실에서 압수·수색영장 집행 직무를 집행 중이던 경찰관이 그 장면을 비디오로 촬영하던 여성에게 위법한 신체접촉행위를 한 것에 대하여 국가배상책임을 인정한 사례(서울

64) 피해자 본인에 한하여 세대주인 경우에는 50퍼센트를 가산하고, 10세이하 또는 60세 이상인 경우에는 20퍼센트를 감액한다.

65) 이로 인해 피해자는 악몽과 공포심, 대인관계의 회피 등의 상해(외상 후 스트레스장애)를 입었다.

지법 1998. 4. 30. 선고 97나51543 판결 [하집1998-1, 226]) 등이 있다.

또 공권력에 의해 저질러진 성폭력은 아니지만 그것을 처리하는 과정에 공권력의 잘못이 있어 배상이 인정된 경우도 있다. 즉 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결([공2002.4.15.(152),753])은 강도강간의 피해자가 제출한 팬티에 대한 국립과학수사연구소의 유전자검사결과 그 팬티에서 범인으로 지목되어 기소된 원고나 피해자의 남편과 다른 남자의 유전자형이 검출되었다는 감정결과를 검사가 공판과정에서 입수한 경우 그 감정서는 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거에 해당하는데도 검사가 그 감정서를 법원에 제출하지 아니하고 은폐하였다면 검사의 그와 같은 행위는 위법하다고 보아 피해 당사자에게는 20,000,000원, 피해자의 부모에게는 각 2,500,000원씩의 국가배상 책임을 인정하였다.

(2) 공권력에 의하지 않은 성폭력에 대한 국가배상청구

그런가 하면 최근 공권력이 성폭력의 행위자가 아닌 성폭력사건에서 국가를 상대로 배상청구를 한 사례⁶⁶⁾가 나와 주목을 받고 있다.

(가) 성폭행 국가배상 사건 주요 경과

문제가 된 사건의 경과는 다음과 같다.

2002년 7월 11일, 울산 효문 로터리 근처 농로에서 신원 불상의 두 남자가 학습지 가정방문을 마치고 택시를 타고 귀가하기 위해 도로를 걷던 피해자를 성폭행하였다. 피해자는 경찰에 사건을 신고한 후 00병원에서 정액채취와 치료를 받았다. 7월 12일, 사건 현장 검증이 이루어졌고 중부경찰서에서 피해자는 진술서를 작성했다. 그런데 수사에는 진전이 없었고, 7월 24일, 피해자가 관련을 맺은 『평등여성』이 중부 경찰서 방문하여 반장을 면담하고 성실한 수사를 당부하는 한편, 사건 현장 일대를 잠복했다. 그렇지만 7월 27일, 담당 형

66) 이에 대해서는 진보네트워스에 개설된 동 배상청구를 지지하는 모임의 홈페이지상의 공개자료를 참조했다.

사가 한 사람으로 축소, 변경되었다. 9월 11일, 『평등여성』은 다시 중부경찰서장을 면담하였다. 그리고 9월 30일, 국가를 상대로 손해배상청구소송을 추진하고 피해자를 생존자로 부르기로 하였다.

2003년 2월 19일, 다시 담당 형사가 교체되었고, 3월 8일에는 담당 경찰을 면담하였다. 4월 26일에는 변호사를 만나 성폭력 범죄 사전예방과 사후 대책 책임을 물어 국가를 상대로 정신적 위자료 1억 이행청구의 소를 진행키로 결정했다.

동년 5월 17일, 성폭력 없는 세상을 위한 '아름다운 동참'을 시작했고, 성폭력 생존자 국가 상대 손해배상청구 소송을 지지하는 사람들은 1인당 1만원 모금 운동을 시작했다. 6월 12일, 다시 담당형사를 면담했고, 8월 4일, 드디어 성폭력 생존자가 국가를 상대로 손해배상 청구소송 소장을 접수했다.

(나) 대응

동 사건은 사건 발생 직후인 2002년 7월 13일, 피해자의 요청으로 『평등여성』 홈페이지 회원 방(비공개)에 사건 경위에 관한 글을 띄우고 이후의 대응에도 여성단체가 함께 하는 등, 성폭력사건을 두고 여성 개인과 여성단체가 연대하는 모습을 보였다.

더욱이 공권력이 성폭력의 당사자가 아님에도 그에 대해 국가배상청구를 시도했다. 이는 획기적인 법정 투쟁이 될 수도 있는 사안인데, 2003년 8월 4일 <성폭력 생존자 국가 상대 손해 배상 청구 소송을 지지하는 사람들>은 다음과 같이 성폭력 국가배상 소송 지지성명서를 냈다.

우리는 대한민국에서 잦은 성폭력 발생으로 불안과 공포, 답답함과 분노를 느끼고 있던 여성들의 입을 열게 해주고, 숨통을 틔워준 성폭력 생존자의 국가 상대 손해배상청구소송을 적극 지지한다.

우리는 이 사건을 통해서 성폭행이 파렴치한 강력범죄임이 분명한데도 그 무게에 맞는 범죄로 인식되거나 수사되지 않으며, 현재의 성폭력관련 법과 제도가 구체적인 현실에서는 얼마나 무용지물로 나타나는지 명확히 알게 되었다. 이 사건으로 인해 대한민국에서 성폭행은 사회적으로는 방조 내지 방관되고 있으며, 예방이나 방지를

위한 법적, 제도적 틀이 거의 전무하고, 가해자 처벌과 피해자 구제를 위한 법적, 제도적 기반 또한 매우 취약함을 다시 한번 확인하게 되었다.

언론 보도에 의하면 우리 사회에서 성폭행은 1시간 17분에 한 번씩 발생할 정도로 빈번한 범죄이지만(한겨레신문, 2001. 7. 24.), 신고율은 겨우 1~2%에 지나지 않는 범죄로 나타난다(매일신문, 2001. 7. 24). 이것은 성폭력 범죄에 대한 치안당국의 안일한 인식과 취약한 대책으로 성폭력이 방조되고 조장되고 있는 대한민국의 현실을 말해주는 것이다. 우리 사회에서 성폭력은 "빈번히 발생하지만 사회적 대책은 없는 범죄", "피해자는 있으나 가해자는 없는 범죄" "피해사실은 있으나 말해서는 안되는 범죄"로 취급될 따름인 것이다.

성폭력은 생존자에게 신체적 상해와 정신적, 사회적 살해를 가져오는 악성 범죄이다. 모든 인간은 여성이든 남성이든 결코 성적 대상으로 취급되어서는 안되며, 더욱이 성을 이용한 강제적이고 폭력적인 범죄 행위의 대상이 되어서는 안 된다.

더 나아가서 '성적 자기 결정권'은 헌법에서 보장하고 있는 기본권에 속한다. 그럼에도 불구하고 우리 사회에서는 아직도 성폭력을 여성의 '정조' 개념을 통해서 파악하려는 그릇된 관행이 만연해 있다. 성폭력이란 '타인의 몸에 대한 동의 없는 침해' 그 이상도 이하도 아니다. 성폭력은 여성, 아동, 장애인, 군대내 성폭력 사건에서 보여지듯이 강자가 약자를 자신의 권력을 이용하여 성적으로 유린하는 강제적 행위로 헌법에서 보장한 기본권을 철저히 파괴하는 중범죄인 것이다.

헌법 제10조에 따르면 대한민국의 모든 국민은 "인간으로서의 존엄과 가치"를 지키고, "행복을 추구할 권리"를 가지며, 국가는 "개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고, 이를 보장할 의무"를 지닌다. 다시 말해 국가는 성별을 떠나 국민들에게 헌법상의 기본권을 보장해 줄 의무와 책임이 있으며, 국민은 국가로부터 헌법상의 권리를 보장받고, 침해로부터 보호받을 권리가 있다.

따라서 이번 국가상대 손해배상청구소송은 헌법상에 보장된 기본권인 국민의 성적자기결정권을 제대로 보호해주지 못한 국가에게, 성폭력이라는 가장 파렴치하고 빈번한 범죄에 대한 예방과 대책에 소홀한 국가에게, 가해자에 대한 처벌과 생존자에 대한 구제에 무능한 국가에게 책임을 물으려고 하는 것이다.

이번 소송을 결정한 성폭력 생존자는 우리 사회에서 강요한 침묵을 용인하지 않았다. 비열하고 잔인한 성폭력으로부터 살아남은 생존자는 사회가 강요하는 침묵을 받아들이지 않았을 뿐만 아니라, 성폭력 생존자에게 가해지는 사회의 부당한 시선과 억압을 뚫고 어려운 싸움을 시작했다. 우리는 성폭력 생존자의 이러한 용기가 닫혀 있던 여성들의 입을 열게 하고, 잠자고 있는 법을 깨우고, 허술한 제도를 고치고, 피해자가 또 다시 피해자가 되는 수사 관행을 바꾸고, 그동안 우리 사회에서 "개인적

인 사고" 정도로 치부되어온 강간이라는 성폭력 범죄가 국가와 국민이 함께 해결해야 할 "사회적 범죄"로 자리매김되는 계기가 될 것으로 믿는다.

소송을 결정한 생존자의 용기에 다시 한번 감사와 절대적인 지지를 표하며 성폭력 없는 세상을 위해 함께 할 것을 결의하는 바이다.

즉 성폭력으로 인해 인권이자 기본권인 여성의 성적 자기결정권이 침해받고 있음에도 관련 법과 제도는 그 예방과 처리에 극히 취약한데, 이는 국가의 책임인 만큼 국가에 대해 그 책임을 묻겠다는 취지인 것이다.

그렇지만 앞에서 본 것처럼, 국가배상이 이루어지려면 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가했음을 입증해야 하는데, 이에 대한 해석이 어떻게 내려질지, 그 귀추가 주목된다.

3. 법률구조제도와 성폭력배상청구소송

가. 법률구조제도 개관

한편, 성폭력 피해배상청구를 함에 있어 일정한 경우에는 법률구조제도를 활용할 수도 있다.

법률구조제도는, 경제적으로 어렵거나 법을 모르기 때문에 법의 보호를 충분히 받지 못하는 사람들에게 법률상담, 변호사 또는 공익법무관에 의한 소송대리 및 형사변호, 기타 법률사무에 관한 각종지원을 해주는 법률분야의 사회복지제도를 의미한다.

우리의 경우 1987.9.1. 법률구조법에 의하여 설립된 비영리 공익법인인 대한법률구조공단이 이 업무를 담당하고 있으며, 공단은 서울시에 소재한 본부 아래 13개 지부 및 40개 출장소가 법원, 검찰청에 대응하여 설치되어 있다.

법률구조공단은 전 국민을 대상으로, 면접·전화·방문·인터넷 홈페이지(<http://www.klac.or.kr> 『사이버 상담실』) 등을 통해 민사, 가사, 형사, 행정사건 등 법률문제 전반에 대한 법률상담을 무료로 실시하고 있다. 그밖에 『132』 ARS전화와 FAX를 통해 법률정보도 제공한다.

나아가, 본격적인 법률구조로서 소송대리를 하며, 형사변호, 기타 법률적 지원을 한다. 다만 다음에서 보는 바와 같이 구조대상에는 제한을 두고 있다.

(1) 민사·가사사건의 법률구조

우선, 민사·가사사건의 경우 대한법률구조공단의 법률구조는 다음의 경우에 행해질 수 있다. 단, 국가를 상대로 하는 사건은 제외된다.

(가) 대상자

- 농어민
- 월평균 수입 150만원 이하의 근로자 및 영세상인
- 6급 또는 6급 상당 이하의 공무원
- 위관급 장교 이하의 군인
- 국가보훈대상자
- 물품의 사용 및 용역의 이용으로 인한 피해를 입은 소비자
- 기타 생활이 어렵고 법을 몰라 스스로 법적 수단을 강구하지 못하는 국민(생활보장수급자 등)
- 모·부자복지법시행규칙 제9조의 2에 의한 모자가정
- 월평균 수입 150만원 이하의 국내거주 외국인 근로자가 임금, 퇴직금, 산업재해로 인한 손해배상 등 근로관계로 인하여 발생한 사건

(나) 사건처리절차

- 공단 소정양식의 법률구조신청서와 함께 본인의 주민등록등본과 법률구조대상자임을 소명할 자료, 주장사실을 입증할 자료, 위임장(대리인이 신청하는 경우)을 해당지역 공단사무실에 제출한다.
- 공단에서는 법률구조신청서 접수 즉시 사실조사를 하여, 미비된 서류를 보완하도록 한다.
- 해결방법을 제시하여 당사자간의 화해를 권유한다.

- 화해불성립시 구조의 타당성, 승소가능성, 집행가능성을 심사하여 ‘소송’ 여부를 결정한다.
- 소송시 공단 소속변호사나 공익법무관이 소송을 수행한다.
- 구조기각으로 결정된 사건에 대해 의뢰자가 불복하면 공단의 중앙법률구조심사위원회에 이의신청을 할 수 있고 위원회는 구조여부를 다시 결정한다.

(다) 소송비용

- 화해로 끝난 사건은 비용이 없다.
- 소송에 들어간 사건은 소송 종료 후 공단에서 지출한 소송비용을 의뢰자로부터 상환받는다.
- 상환시 의뢰자는 법원의 소송비용확정절차를 거쳐 패소한 상대방으로부터 회수할 수 있고, 일정한 경우 구체적인 사정을 고려하여 공단에서 분할상환과 상환면제를 해주기도 한다.

(라) 무료법률구조사업

그런가 하면, 공단에서는 농협, 수협, 조흥은행, 한국담배인삼공사와 맺은 협약에 따라 이들 기관이 공단에 출연한 기금을 재원으로 하여 각각 농업인, 어업인, 축산인, 도시영세민, 담배소매인, 여성폭력 피해여성('03. 1월)에게 무료로 법률구조를 해주는 사업도 벌이고 있다.

<표 10> 대한법률구조공단의 무료법률구조사업

출연기관	대 상 자
여성부	가정폭력, 성폭력, 성매매 등으로부터 피해를 입은 여성
농협중앙회	농업인, 축산인. 단, 승소가액 2억원 이하인 경우에 한함
수협중앙회	어업인. 단, 승소가액 2억원 이하인 경우에 한함.
조흥은행	생활보장수급자, 소년·소녀가장, 장애인, 국가보훈대상자, 모자가정, 월평균수입 150만원 이하이고 재산세 미과세 대상자 중 주택임대차보호법에서 정한 소액임차인. 단, 승소가액 2억원 이하인 경우에 한함.
한국담배인삼공사	구조대상자인 담배소매인. 단, 승소가액 2억원 이하인 경우에 한함.

(2) 형사사건

대한법률구조공단에서는 구속사건, 공판절차에 회부된 사건, 소년부에 송치된 사건 등 형사사건에 대해서도 다음과 같은 방식으로 법률구조를 행한다.

(가) 대상자

- 농·어민
- 월평균 수입 150만원 이하의 근로자 및 영세상인
- 6급 또는 6급 상당 이하의 공무원
- 국가보훈대상자
- 기타 생활이 어렵고 법을 몰라 스스로 법적 수단을 강구하지 못하는 국민(생활보장수급자, 모자가정 등)
- 법원이 공단의 소속변호사 또는 공단에 배치된 공익법무관을 국선변호인으로 선정한 사건의 피의자 또는 피고인

(나) 사건처리절차

- 공단 지부 또는 출장소에 서면으로 구조신청
- 공단이 구조대상자 여부, 구조의 타당성 심사, 구조여부 결정

- 구조결정시 소속변호사나 공익법무관이 형사변호
- 구조기각시 1회에 한하여 7일 이내에 이사장에게 이의신청
- 이사장은 이의신청사건을 심사하여 구조 또는 구조기각을 결정

(다) 소송비용

- 일체의 비용(기록등사료, 접견료 등)을 공단에서 부담
- 다만 보석보증금 또는 보석보증보험증권 수수료는 의뢰자 부담

(3) 행정소송·헌법소원사건

- 행정소송사건(항고소송사건에 한함)
 - 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경을 구하는 취소소송, 처분 등의 효력유무 또는 존재여부를 확인하는 무효등확인소송, 행정청의 부작위가 위법함을 확인하는 부작위위법확인소송 등에 대하여 법률구조 신청
 - ※ 단, 국가를당사자로하는소송에관한법률에 의한 국가소송사건, 행정심판사건, 행정소송사건 중 당사자소송사건, 민중소송사건, 기관소송사건은 제외
- 헌법소원사건
 - 입법부, 행정부, 사법부 등 국가 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자 또는 법률의 위헌여 심판의 제청 신청이 기각된 때 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여야 할 경우 법률구조 신청

(가) 대상자

- 민사·가사사건과 동일하나 외국인은 제외
- 헌법재판소가 소속변호사 또는 공익법무관을 국선대리인으로 선정한 사건의 청구인

(나) 사건처리절차와 소송비용(민사사건의 경우와 동일)

나. 여성부 여성발전기금에 의한 법률구조활동⁶⁷⁾

앞서 잠시 본 것처럼, 대한법률구조공단의 활동 중 일부는 여성부의 여성발전기금에 의해서도 행해지고 있다. 즉 가정폭력·성폭력·성매매 등 여성에 대한 폭력의 피해여성(국내거주 외국인여성 포함)에 대해 법률상담, 민·가사소송대리, 형사변호 등 법률구조사업을 벌이고 아울러 생활법률강연 및 대중매체를 통한 법률구조사업 홍보 등을 하는데, 여성부가 지원하고 대한법률구조공단이 이 업무를 수행하고 있는 것이다.

이는, 가족 내외적 환경의 변화와 갈등, ON·OFF - LINE상 유포되는 각종 폭력 및 음란물, 배금주의에 따른 성의 상품화 등으로 가정폭력, 성폭력, 성매매여성에 대한 폭력의 피해가 증가하고 있으나 대부분의 피해여성은 여성폭력에 대한 사회적 무관심, 낮은 사회·경제적 지위로 인한 법률지식의 부족 및 무자력, 소송에 따른 시간적 여유 부족 등으로 자신의 권익을 지키지 못하는 인권 사각지대에 놓여 있다는 판단하에, 이들에 대하여 무료로 법률구조를 하여 줌으로써 기본적 인권을 옹호하고 여성권익을 신장하기 위해 마련되었다.

2003년 한해 동안 여성발전기금 중 318백만원을 투여한다는 계획으로, 여성폭력피해여성에 대한 무료법률구조지원 및 홍보사업을 통해 사회문제로 대두한 여성폭력범죄의 위해성에 대한 국민적 공감대 형성, 소송수행에 따른 시간적 기회비용 및 인지대, 송달료, 변호사보수 등 소송비용 면제로 사회적 약자인 피해여성에 대한 경제적 수혜, 법률계몽활동으로 가정평화 구현 및 여성의 인권침해 방지, 폭력피해로 인한 손해배상소송, 선불금 등 채무부존재확인소송 등의 법률구조활동으로 피해여성의 경제적 손실을 보전함으로써 여성인권 보호 및 권익증진에 기여하는 것을 기대하고 있다.

(1) 대상

□ 사업지역 : 전국

- 대한법률구조공단 전국 13개지부 및 40개 출장소 관할

67) 여성부, 『여성폭력 피해여성을 위한 무료법률구조사업 안내』(2002. 12.) 참조.

□ 구조대상자

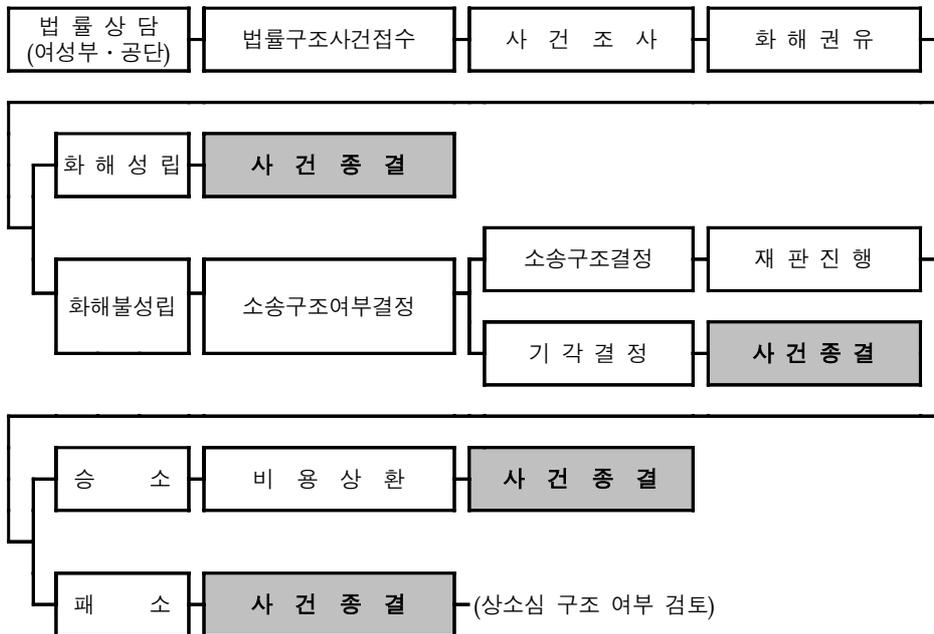
- 가정폭력·성폭력·성매매 피해여성(국내거주 외국여성 포함)
- 입증자료(구비 가능한 자료로 1개 이상 제시)
 - 여성폭력관련 상담소 및 시설에서 발급한 확인서
 - 진단서 : 폭력에 의한 상해임을 증명할 수 있는 2주이상 진단서
 - 고소장사본 및 고소장 접수증

□ 구조대상 사건

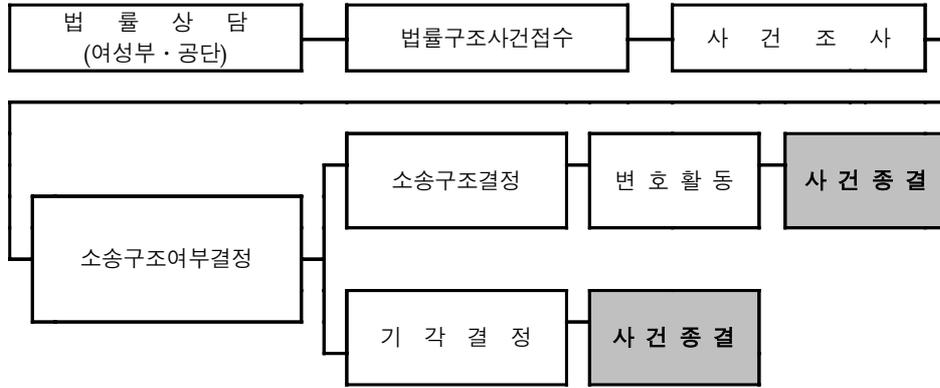
- 가정폭력·성폭력·성매매 등 여성에 대한 폭력의 피해와 관련된 민·가사, 형사 사건

□ 구조절차

○ 민사·가사사건 처리절차



○ 형사사건 처리절차



(2) 사업내용

(가) 법률구조사업

- 무료로 민사·가사 소송대리
 - 대한법률구조공단과 2002. 12. 23. 맺은 협약에 의해 여성폭력 피해자에 대하여 무료로 법률상담을 해주고, 그 결과 법률구조가 필요하다고 인정되는 때에는 법률구조신청에 의해 공단소속변호사 및 공익법무관에 의해 소송대리를 한다.
- 형사무료변호
 - 대한법률구조공단과 맺은 협약에 의해 여성폭력 피해자의 형사사건과 관련하여 공단 소속 변호사 또는 공익법무관이 무료 변호를 한다.
- 법률상담
 - 면접, 전화, 사이버, 출장, 서신상담 등의 방법으로 실시한다.

(나) 법률계몽사업

- TV, 라디오, 신문, 잡지 등 대중매체를 통해 피해여성에 대한 무료 법률구조사업 및 홍보활동을 한다.

- 현지출장으로 생활법률강연 및 이동법률상담을 추진한다.

(3) 사업경과⁶⁸⁾

위와 같은 폭력피해 여성을 위한 무료법률구조사업은 사업이 시작된 2003년 1월부터 2003년 10월말 현재까지 총 1921건을 구조했으며, 그 중 소송구조가 1888건이다. 구조는 주로 가정폭력에 대해 행해져 1878건이 이에 관한 것이었고, 성폭력이 32건, 성매매가 11건이었다. 법적 성격에 따라 구분했을 때는⁶⁹⁾ 민사·가사사건이 1917건으로 769억원이 소요됐으며, 형사사건은 4건이었다. 성폭력에 대한 32건은 모두 민사구조의 형태를 띠었으나 그 상세한 내용 및 결과는 집계되지 않고 있다.

다. 성폭력사건과 법률구조제도

법률구조제도는 주로 경제적인 측면에서 구조필요성이 있는 사람들에게 도움을 주고자 한 것이므로 그간 성폭력 피해자들이 당해 제도를 활용할 여지는 많지 않았다. 또한 1996년 7월부터는 경제적인 요건을 따지지 않고 농어업인 일반에게 법률구조의 혜택을 주는 것으로 확대되는 등 법률구조의 외연이 넓어지는 가운데에도 성폭력의 경우 이를 활용할 전망은 보이지 않았다.

그렇지만 다행히 2003년부터 여성부의 여성발전기금을 활용한 법률구조제도가 시작되었는바, 성폭력피해자가 배상소송을 제기할 때도 이에 따라 도움을 받을 수 있게 되었다.

68) 담당자인 여성부 권익기획과 손애리 서기관 및 대한법률구조공단의 담당자(최은정)와의 전화면담을 통해 확인한 결과이다.
 69) 대한법률구조공단 홈페이지(www.klac.or.kr) 참조.

2절 배상명령에 의한 성폭력배상

1. 배상명령제도 개관

범죄로 인하여 발생한 손해는 그러한 손해를 야기시킨 범죄자로 하여금 이를 배상토록 하는 것이 원칙이다. 그러나 실제에 있어서 범죄피해자가 범죄자로부터 그러한 배상을 받는다는 것은 여러 가지 곤란한 점에 직면하게 되는 것이 보통이다. 우선 범죄자가 누구인가 하는 점이 확인되어야 하며 그러한 범죄자에 대해서 손해배상소송이 제기되어 소송상에서 범죄로 인한 피해발생의 사실이 확인되어야 한다. 그러나 범죄자에 대해서 손해배상소송을 제기하는 것 자체가 곤란한 점이 있을 뿐만 아니라 또한 손해배상소송에서 이러한 사실들을 입증한다는 것이 범죄피해자로서는 용이한 일은 아니다. 또한 민사소송에 의한 손해배상의 청구는 막대한 소송비용을 들여야 한다는 점에서 범죄피해자가 민사소송에 의한 손해배상을 통해서 범죄피해를 회복한다는 것은 어려운 점이 많다고 아니할 수 없다.

이와 같이 민사소송에 의한 손해배상청구를 형사소송절차상에서 보다 용이하게 하도록 한 제도가 바로 배상명령제도이다. 즉 배상명령을 통해서 손해배상을 형사소송절차상에서 청구할 수 있도록 함으로써 민사소송에 의한 여러 가지 곤란을 회피하도록 하고 있다. 배상명령제도는 형사소송절차상에서 피해자가 이를 법원에 대해서 신청하는 경우 개시되는 것이므로 피해자가 별개로 소송을 제기하지 않아도 된다는 이점이 있다. 그리하여 배상명령제도는 민사소송과 형사소송이 별개로 진행되는 경우 나타나는 여러 가지 비용을 감소시킬 수 있다는 점에서 소송경제를 이룩할 수 있으며 형사소송과 민사소송이 별개로 진행될 경우 나타나는 형사소송과 민사소송간의 모순을 회피할 수도 있다. 이와 함께 형사소송절차상에서 범죄자에게 배상을 명령하는 것은 범죄자로 하여금 자신이 행한 범죄의 결과를 보다 명확하게 인식하고 범죄피해자에 대해서 이를 배상함으로써 속죄케 한다는 점에서 범죄자의 사회복귀 및 교화에 도움을 줄 수도 있다. 또한 배상명령제도는 형사소송상에 범죄피해자

가 참여케 한다는 점에서 실체적인 진실발견이라는 형사소송의 목적에도 기여한다고 하겠다.⁷⁰⁾

이와 같은 배상명령제도는 독일, 오스트리아, 영국에서 채택하고 있으며 그 구체적인 요건은 국가에 따라서 차이가 있다.⁷¹⁾ 프랑스의 형사소송에서도 이와 유사한 제도를 두고 있는데, 즉 범죄피해자는 범죄피해를 배상받기 위해서 형사소송절차상에서 범죄자에 대해서 민사소송을 제기할 수 있다.⁷²⁾ 프랑스에서는 이러한 형사소송상의 민사소송제기를 *partie civile*이라고 하며, 이러한 프랑스의 제도는 벨기에도 채택하고 있다.⁷³⁾ 독일에서는 형사소송절차상의 배상명령절차를 *Adhäsionsverfahren*이라고 하며 독일 형사소송법 제403조-제496의 c에 규정되어 있다.⁷⁴⁾ 오스트리아 형사소송법은 제365조 이하에서 형사소송절차에서 손해배상에 관한 민사소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다.⁷⁵⁾ 우리 나라도 소송촉진등에관한특례법 제25조 이하에서 배상명령제도를 규정하고 있다.

그런데, 이러한 배상명령제도에 대해서는 국가공형벌권의 실현을 목적으로 하는 형사절차에 사인의 손해배상청구권을 실현하도록 하는 민사절차를 접목 시킴으로써 형사절차와 민사절차가 상충하는 상황을 초래하지 않을 수 없다는 비판이 제기된다.⁷⁶⁾ 또한 형사절차에서 손해의 배상을 명하는 것이 법관에게 지나친 부담을 줄 뿐만 아니라 재판의 지연을 초래할 우려가 있다는 점도 지적되고 있다. 아울러, 형사절차에서 민사상의 손해배상청구권을 철저하게 파악하는 것이 어렵다는 현실적인 장애 때문에 손해배상의 범위에 제한이 가해진다는 점도 간과될 수 없다고 하겠다.⁷⁷⁾

70) 배종대/이상돈, 『형사소송법』, 807면; 신동운, 『형사소송법』, 959면; 이진호, 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 27면.

71) 이진호, 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 28면.

72) Lombard, "France", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, p. 208.

73) Van den Wyngaert, "Belgium", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, p. 69.

74) Kleinknecht/Meyer-Gofner, *Strafprozessordnung*, 42. Auflage, Verl. C.H.Beck, 1995 §403.

75) Raschka, "Austria", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 29.

76) 신동운, 『형사소송법』, 958면; Greer, "United Kingdom", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, p. 583.

77) 신동운, 『형사소송법』, 958면.

2. 소송촉진등에관한특례법상 배상명령제도

배상명령은 1981년 1월 29일 제정된 소송촉진등에관한특례법에 도입된 이래 변화없이 현재까지 유지되고 있다.

즉 제1심 또는 제2심의 형사공판절차에서 형법 제257조제1항(상해죄)·제258조제1항(중장해: 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 한 죄) 및 제2항(신체의 상해로 인하여 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 죄)·제259조제1항(상해치사)·제262조(폭행치사상. 다만, 존속폭행치사상의 죄는 제외)·형법 제26장(과실치사상의 죄)·제38장(절도와 강도의 죄) 내지 제40장(횡령과 배임의 죄) 및 제42장(손괴의 죄)에 규정된 죄에 관하여 유죄판결을 선고할 경우에 법원은 직권 또는 피해자나 그 상속인의 신청에 의하여 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해 및 치료비손해의 배상을 명할 수 있다(동법 제25조 제1항).

가. 피해자에 의한 배상명령의 신청

이와 같은 배상을 받기 위해서는, 피해자측에서 이를 신청할 수 있는데, 피해자는 제1심 또는 제2심 공판의 변론 종결시까지 사건이 계속된 법원에 상대방피고인의 성명·주소, 배상의 대상과 그 내용, 피해배상청구금액 등을 기재하여 신청할 수 있다(제26조 제1항). 이때 인지의 첩부는 요하지 아니하므로 배상신청에는 비용이 들지 않는다. 동법은 “배상명령의 절차비용은 특히 그 부담할 자를 정한 경우를 제외하고는 국고의 부담으로 한다”(제35조)고 규정하고 있다. 또한 피해자가 증인으로 법정에서 출석한 때에는 구술로 배상을 신청할 수도 있다(제26조 제5항).

신청인은 배상명령이 확정되기까지는 언제든지 배상신청을 취할 수 있음은 물론이다(제26조 제6항).

한편 피해자는 법원의 허가를 받아 그 배우자·직계혈족·형제자매 또는 호주에게 배상신청에 관하여 소송행위를 대리하게 할 수 있으며, 반대로 피고인의 변호인도 배상신청에 관하여 피고인의 대리인으로서 소송행위를 할 수 있다(제27조).

나. 법원에 의한 배상명령 선고

소송촉진등에관한특례법시행규칙에 의하면, 법원은 필요한 때에는 언제든지 피고인의 배상책임 유무와 그 범위를 인정함에 필요한 증거를 조사할 수 있고, 피고사건의 범죄사실에 관한 증거를 조사할 경우 피고인의 배상책임 유무와 그 범위에 관련된 사실을 함께 조사할 수 있으며, 피고사건의 범죄사실을 인정할 증거는 피고인의 배상책임 유무와 그 범위를 인정할 증거로 할 수 있다(제24조).

법원이 배상명령을 내릴 때는 유죄판결의 선고와 동시에 하여야 한다(소송촉진등에관한특례법 제31조 제1항). 배상명령은 일정액의 금전지급을 명함으로써 하고 배상의 대상과 금액을 유죄판결의 주문에 표시하여야 한다(동법 제31조 제2항). 배상명령은 가집행할 수 있다(동법 제31조 제3항). 확정된 배상명령 또는 가집행선고있는 배상명령이 기재된 유죄판결서의 정보는 민사집행법에 의한 강제집행에 관하여는 집행력있는 민사판결 정보와 동일한 효력이 있다(동법 제34조 제1항). 또한 배상명령이 확정된 때에는 그 인용금액 범위 안에서 피해자는 다른 절차에 의한 손해배상을 청구할 수 없다(동법 제34조 제2항).

다. 배상명령의 제한

그렇지만 피해자는 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 피해에 관하여 다른 절차에 의한 손해배상청구가 법원에 계속중인 때에는 배상신청을 할 수 없다(제26조 제7항).

또한 법원은 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 배상명령을 하여서는 아니 된다(제25조 제3항).

1. 피해자의 성명·주소가 분명하지 아니한 때
2. 피해금액이 특정되지 아니한 때
3. 피고인의 배상책임의 유무 또는 그 범위가 명백하지 아니한 때

4. 배상명령으로 인하여 공판절차가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사소송 절차에서 배상명령을 함이 상당하지 아니하다고 인정한 때

3. 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법상의 배상명령제도

한편, 1997년 12월 13일 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제정시 가정폭력의 “피해자등이 받은 물적 피해나 치료비, 부양료에 대하여는 신속한 민사처리절차가 진행될 수 있도록 소송촉진등에관한특례법의 내용과 유사한 민사처리에 관한 특례를 규정”(법 제56조 내지 제61조)하여⁷⁸⁾ 배상명령제도를 두었는데, 동 관련 조항들은 2002년 1월 26일 민사소송법 개정으로 인한 개정사항외에는 지금까지 변동없이 유지되고 있다.

즉 피해자는 가정보호사건이 계속된 제1심 법원에 배상명령을 신청할 수 있고(동법 제56조 제1항), 법원은 제1심의 가정보호사건 심리절차에서 보호처분을 선고할 경우 직권 또는 피해자의 신청에 의하여 다음 각호의 금전지급이나 배상을 명할 수 있다(동법 제57조 제1항).

1. 피해자 또는 가정구성원의 부양에 필요한 금전의 지급
2. 가정보호사건으로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해 및 치료비손해의 배상

또한 법원은 가정보호사건에 있어서 행위자와 피해자 사이에 합의된 배상액에 관하여도 배상을 명할 수 있다(동법 제57조 제2항).

배상명령은 보호처분의 결정과 동시에 하여야 하며, 배상명령은 일정액의 금전지급을 명함으로써 하고 배상의 대상과 금액을 보호처분결정서의 주문에 표시하여야 한다(동법 제58조).

확정된 배상명령 또는 가집행선고 있는 배상명령이 기재된 보호처분결정서의 정보는 민사집행법에 의한 강제집행에 관하여는 집행력 있는 민사판결 정보와 동일한 효력이 있으며(동법 제61조 제1항), 동법에 의한 배상명령이 확정된 때에는 그 인용금액의 범위안에서 피해자는 다른 절차에 의한 손해배상

78) 법제처 홈페이지(www.moleg.go.kr) 동법 제정이유 참조.

을 청구할 수 없다(동조 제2항).

그런데, 이처럼 가정폭력특별법에 배상명령제도를 둬으로써 가정폭력사건의 처리와 아울러 배상을 효율적으로 할 수 있는 방안을 열어 두었지만, 실제에 있어 이러한 배상명령제도를 활용한 예는 없다.

4. 가정보호심판규칙상의 배상명령제도

가정폭력범죄의처벌등에관한특례법에 의하여 대법원규칙에 위임된 사항 등 가정보호사건 및 배상명령의 처리에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 1998년 6월 20일 제정된 가정보호심판규칙은 배상명령제도의 구체적인 사항을 규정하고 있다.

즉 법원은 필요한 때에는 언제든지 행위자의 배상책임 유무와 그 범위를 인정함에 필요한 증거를 조사할 수 있으며(동 규칙 제69조 제1항), 행위자 및 그 보조인도 심리절차를 현저히 지연시키지 않는 범위 안에서 판사의 허가를 받아 배상책임의 유무와 그 범위에 관하여 필요한 증거를 제출할 수 있고(동 규칙 제68조 제1항), 가정보호사건의 범죄사실을 인정할 증거는 행위자의 배상책임 유무와 그 범위를 인정할 증거로 할 수 있다(제 69조 제2항).

5. 배상명령제도 활용의 검토

그런데 위와 같은 배상명령제도는 실제에 있어서는 거의 활용되지 않고 있다. 공간된 모든 심급의 판례를 검색한 결과 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도 945 판결([공1996하, 2268])을 제외하고는 배상명령을 언급한 판례는 발견되지 않는다.

사정이 그러하니, 성폭력사건에서 배상명령을 활용한 사례는 더더욱 없다. 물론 이는, 전형적인 성폭력범죄는 소송촉진등에관한특례법상 배상명령을 활용할 수 있는 범죄에 속해 있지 않은 것이 큰 이유이지만, 강도강간(형법 제 339조)이나 해상강도강간(형법 제340조 제3항)의 경우는 배상명령제도를 활용

할 수 있는 범죄임에도 한 건도 배상명령제도를 활용한 예가 없다는 것은 성폭력사건과 배상명령을 아예 연관짓고 있지 않기 때문이라고 할 수 있다.

한편 법원은 배상명령을 내릴 수 있도록 규정된 범죄에 대해서는 비단 피해자측의 배상명령신청이 없이도 '직권으로' 배상명령을 내릴 수 있지만 그러한 경우는 극히 드물며, 가정폭력사건의 경우도 배상명령을 직권으로 내린 경우는 한 건도 없는데, 이 역시 여성에 대한 폭력사건에 있어 피해배상을 고려하는 일이 드물었음을 반증하는 일이라 할 것이다.

나아가, 법원은 배상명령을 활용할 수 있다고 규정된 죄는 물론, 그 이외의 죄에 대해서도 피고인과 피해자 사이에 합의된 손해배상액에 관하여 배상을 명할 수 있으므로(소송촉진등에관한특례법 제25조 제2항), 성폭력사건을 다루는 형사사건에서 합의가 있을 때 이를 배상명령으로 내릴 수도 있지만, 이 역시 활용된 예가 없다.

요컨대, 현행법상의 배상명령제도는 그 구조 자체의 취약함으로 인하여, 그리고 성폭력사건에서의 배상에 대한 인식부족으로 인하여 성폭력 피해자에게 적절한 지원책을 제공해 주지 못했다고 할 수 있다.

3절 범죄피해자구조제도에 의한 성폭력배상

1. 범죄피해자구조제도 개관

범죄피해에 대한 배상은 그것이 민사소송에 의한 것이든 또는 형사소송절차상의 배상명령에 의한 것이든 범죄자를 통해서 이루어지는 것이 원칙이다. 그러나 이러한 배상이 이루어지기 위해서는 범죄자에게 배상을 할 만한 자력이 있을 것을 전제로 하는데 대체적으로 범죄자들은 범죄피해에 대한 배상을 할 수 있을 만한 경제적인 자력을 갖추지 못한 것이 보통이다. 범죄자에게 배상을 할 만한 자력이 없는 경우 범죄피해자는 범죄피해에 대해서 아무런 배상도 받지 못한 채 곤경에 처하게 된다.

이와 같이 경제적으로 뿐만 아니라 사회적으로 곤란에 처한 범죄피해자를

구제하기 위한 제도가 범죄피해자에 대한 국가보상제도이다. 현재 범죄피해자에 대한 국가보상제도는 유럽의 여러 국가들이 채택하고 있으며 미국과 일본이 이를 제도화하고 있다. 이러한 범죄피해자보상제도는 그 성격에 따라서 손해배상형과 생활보호형의 형태로 나누어 볼 수 있다. 손해배상형의 범죄피해보상제도를 채택한 국가로는 영국, 독일 등을 들 수 있으며 생활보호형의 범죄피해보상제도를 채택한 국가로는 일본과 우리 나라를 들 수 있다.⁷⁹⁾

2. 범죄피해자구조법상의 피해보상제도

우리나라는 1987년 11월 28일 제정된 범죄피해자구조법에 의해 “생명 또는 신체를 해하는 범죄행위로 인하여 사망한 자의 유족이나 중장해를 당한 자”(동법 제1조)에 대한 국가적 보상제도를 마련하고 있다.

가. 구조대상

(1) 피해

본 법에 의한 구조를 받기 위해서는 사망했거나 중장해를 당해야 한다.

그런데 “중장해”라 함은 부상 또는 질병이 치유된 때의 신체상의 장애로서 대통령령이 정하는 경우를 말하는데(범죄피해자구조법 제2조 제2호), 범죄피해자구조법시행령 제2조에 의하면 다음의 신체상의 장애를 말한다.

제1급: 1. 두 눈이 실명된 경우

2. 씹는 기능과 말하는 기능을 완전 영구히 잃은 경우

3. 신경계통의 기능 또는 정신에 뚜렷한 장애가 남아 항상 간호를 받아야 하는 경우

4. 흉복부장기의 기능에 뚜렷한 장애가 남아 항상 보호를 받아야 하는 경우

5. 두 팔을 팔꿈치관절이상에서 잃은 경우

79) 이진호, 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 29면.

- 6. 두 팔을 완전 영구히 사용하지 못하게 된 경우
- 7. 두 다리를 무릎관절이상에서 잃은 경우
- 8. 두 다리를 완전 영구히 사용하지 못하게 된 경우
- 9. 위 각호에 열거된 신체상의 장애 이외의 장애로서 그 정도가 위 각호와 같은 정도이상으로 인정되는 경우

- 제2급: 1. 한 눈이 실명되고 다른 눈의 시력이 0.02 이하로 된 경우
- 2. 두 눈의 시력이 0.02이하로 된 경우
 - 3. 두 팔을 손목관절이상에서 잃은 경우
 - 4. 두 다리를 발목관절이상에서 잃은 경우
 - 5. 위 각호에 열거된 신체상의 장애 이외의 장애로서 그 정도가 위 각호와 같은 정도이상으로 인정되는 경우

- 제3급: 1. 한 눈이 실명되고 다른 눈의 시력이 0.06이하로 된 경우
- 2. 씹는 기능 또는 말하는 기능을 완전 영구히 잃은 경우
 - 3. 신경계통의 기능 또는 정신에 뚜렷한 장애가 남아 평생동안 노무에 종사하지 못하는 경우
 - 4. 흉복부장기의 기능에 뚜렷한 장애가 남아 평생동안 노무에 종사하지 못하는 경우
 - 5. 두 손의 손가락을 모두 잃은 경우
 - 6. 위 각호에 열거된 신체상의 장애 이외의 장애로서 그 정도가 위 각호와 같은 정도이상으로 인정되는 경우

(2) 가해자의 불명·무자력 및 피해자의 생계곤란

그런데 위와 같은 피해가 있다 하더라도 피해자가 배상을 받았거나 생계유지에 곤란이 없다면 국가가 나서지는 않는다.

즉 국가는 범죄피해를 받은 자가 가해자의 불명 또는 무자력의 사유로 인하여 피해의 전부 또는 일부를 배상받지 못하고 그 생계유지가 곤란한 사정이 있거나, 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판에 있어서 고소·고발등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출과 관련하여 피해자로 된 때

에만 피해자 또는 유족에게 범죄피해구조금을 지급(범죄피해자구조법 제3조 제1항)하는 것이다.

이때 가해자의 불명이라 함은, 1. 가해자의 신원을 알 수 없는 경우, 2. 가해자의 도주등으로 그 소재를 알 수 없는 경우, 3. 제1호 및 제2호외에 가해자의 체포가 현저히 곤란하다고 인정되는 경우 등을 의미한다(범죄피해자구조법시행령 제3조).

또, 가해자의 무자력이라 함은, 1. 가해자에게 아무런 재산이 없거나 가해자의 재산액이 범죄피해를 받은 자가 지급받을 손해배상액에 미치지 못하는 경우, 2. 제1호외에 가해자의 재산에 대한 집행이 현저히 곤란하여 피해자가 손해배상액의 전부 또는 일부를 지급받을 수 없다고 인정되는 경우 등을 말한다(범죄피해자구조법시행령 제4조).

그리고 피해자 생계곤란이라 함은, 피해자가 속한 가구의 소득금액이 정부노임단가기준중 건설공사부문의 남자 보통 인부 노임액의 1.5배에 상당한 금액에 미치지 못하는 경우를 말한다. 다만, 범죄피해구조심의회는 피해자가 그러한 기준에 해당되지 아니하는 경우에도 피해자가 처한 경제적·사회적 사정을 종합하여 판단한 결과에 의하여 당해 피해자의 생계유지에 곤란한 사정이 있음을 인정할 수 있다(범죄피해자구조법시행령 제5조).

(3) 유족의 범위

범죄피해자구조법 제5조에 의하면 유족구조금의 지급을 받을 수 있는 유족은 피해자의 사망당시 피해자의 수입에 의하여 생계를 유지하고 있던 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자를 의미한다. 1. 배우자(사실상 혼인관계를 포함)·자, 2. 부모, 3. 孫, 4. 조부모, 5. 형제자매. 유족구조금의 지급을 받을 유족의 순위는 이 순서로 하고, 부모의 경우에는 양부모를 선순위로 하고 친생부모를 후순위로 한다. 또한 태아는 이미 출생한 것으로 본다.

다만, 유족이 피해자를 고의로 사망하게 하거나 피해자가 사망하기 전에 그의 사망으로 인하여 유족구조금을 지급받을 수 있는 선순위 또는 동순위의 유족이 될 자를 고의로 사망하게 한 경우는 유족구조금을 지급받을 수 있는

유족으로 보지 아니하며, 피해자가 사망한 후 유족구조금을 지급받을 수 있는 선순위 또는 동순위의 유족을 고의로 사망하게 한 경우도 마찬가지이다.

나. 구조금의 지급

구조금을 지급받고자 하는 자는 범죄피해구조심의회에 신청하여야 하는데, 이 신청은 당해 범죄 피해의 발생을 안 날로부터 1년 또는 당해 범죄 피해가 발생한 날로부터 5년이 경과되기 전에 해야 한다(범죄피해자구조법 제12조).

이와 같이 신청이 있으면 구조금의 지급에 관한 사항의 심의·결정은 지방검찰청 범죄피해구조심의회(범죄피해자구조법 제11조)가 담당한다. 심의회는 당해 심의회가 설치된 지방검찰청의 차장검사를 위원장으로 하고, 당해 지방검찰청 소속공무원, 법관의 자격을 가진 자 및 의사 중에서 법무부장관이 임명 또는 위촉하는 위원 4인으로 구성한다(범죄피해자구조법시행령 제16조).

심의회는 구조금의 지급에 관한 사항을 심의하기 위하여 필요한 때에는 신청인 기타 관계인을 조사하거나 의사의 진단을 받게 할 수 있고 행정기관이나 공·사단체에 조회하여 필요한 사항을 보고하게 할 수 있다(범죄피해자구조법 제15조).

구조금은 유족구조금과 장해구조금으로 구분되며, 일시금으로 지급한다. 유족구조금은 피해자가 사망한 경우에 제1순위의 유족에게 지급하며, 동순위의 유족이 2인이상인 경우에는 이를 균분하여 지급한다. 장해구조금은 당해 피해자에게 지급한다(범죄피해자구조법 제4조).

유족구조금은 1천만원(범죄피해자구조법시행령 제12조), 장해구조금 1급은 600만원, 2급은 400만원, 3급은 300만원(범죄피해자구조법시행령 제13조)이다.

그런가 하면, 심의회는 피해자의 상해의 정도가 명확하지 아니하거나 기타 사유로 인하여 신속하게 결정을 할 수 없는 사정이 있는 때에는 당해 신청을 한 자에 대하여 가구조금을 지급하는 결정을 할 수 있는데(범죄피해자구조법 제14조 제1항), 그 가구조금지급금액의 상한은 유족구조금의 지급신청에 관한 사건에 있어서는 200만원, 장해구조금의 지급신청에 관한 사건에 있어서는 100만원(범죄피해자구조법시행령 제24조)이다.

다. 구조금지급의 예외

한편, 1. 피해자와 가해자간에 친족관계(사실상 혼인관계 포함)가 있는 경우, 2. 피해자가 범죄행위를 유발하였거나 당해 범죄 피해의 발생에 관하여 피해자에게 귀책사유가 있는 경우, 3. 기타 사회통념상 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니함이 상당하다고 인정되는 경우에는 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다(범죄피해자구조법 제6조).

즉, 피해자와 가해자간 1. 부부(사실상 혼인관계 포함), 2. 직계혈족, 3. 4촌 이내의 친족, 4. 동거친족의 관계에 있을 때에는 구조금 전부를 지급하지 않으며, 그밖의 친족관계가 있는 경우에는 구조금의 일부를 지급하지 아니한다(범죄피해자구조법시행령 제6조).

또 피해자가 1. 당해 범죄행위를 교사 또는 방조하는 행위, 2. 과도한 폭행·협박 또는 중대한 모욕 등 당해 범죄행위를 유발하는 행위, 3. 당해 범죄행위에 관련된 현저하게 부정한 행위를 한 경우는 구조금 전부를 지급하지 않고, 1. 폭행·협박 또는 모욕 등 당해 범죄행위를 유발하는 행위, 2. 당해 범죄피해의 발생 또는 증대에 가공한 부주의한 행위 또는 부적절한 행위를 한 경우는 구조금의 일부를 지급하지 아니한다(범죄피해자구조법시행령 제7조).

아울러, 피해자가 1. 당해 범죄행위를 용인한 경우, 2. 집단적 또는 상습적으로 불법행위를 행할 우려가 있는 조직에 속하고 있는 경우(그 조직에 속하고 있는 것이 당해 범죄피해를 당한 것과 관련이 없다고 인정되는 경우 제외), 3. 당해 범죄행위에 대한 보복으로 가해자 또는 그 친족 기타 가해자와 밀접한 관계가 있는 자의 생명을 해하거나 또는 신체에 중대한 해를 가한 경우는 구조금을 지급하지 아니한다(범죄피해자구조법 제8조).

또한 피해자 또는 유족이 당해 범죄 피해를 원인으로 하여 국가배상법 기타 법령에 의한 급여 등을 지급받을 수 있는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 구조금을 지급하지 아니하며(범죄피해자구조법 제7조), 국가는 피해자 또는 유족이 당해 범죄 피해를 원인으로 하여 손해배상을 받은 때에는 그 금액의 한도내에서 구조금을 지급하지 아니한다(범죄피해자구조법 제8조 제1항).

3. 성폭력사건에서의 범죄피해자구조제도 활용의 검토

형사절차가 피해자에게 도움이 되지 못하고 민사소송에 의한 피해배상청구 역시 활용되기 힘들며, 현재의 구조에서는 배상명령제도도 활용되지 못하는 성폭력사건의 경우는 다른 어떤 범죄보다도 국가에 의한 피해보상이 요청된다.

그렇지만 앞에서 본 것처럼, 현재 우리의 범죄피해자구조법은 사망한 경우나 신체적으로 중장해를 당한 경우에 한해서 구조를 하도록 하고 있으므로 성폭력피해자가 사망하거나 신체상 중장해를 당하지 않았다면 동법에 의해 처리될 가능성은 없다. 그런데 현실적으로 성폭력의 피해는 그같은 중장해에는 이르지 않는 상해가 많고, 신체적인 측면보다는 정신적인 측면의 손상이 많으므로 범죄피해자구조법에 의해 보상을 받을 가능성은 지극히 희박하다.

또한 성폭력으로 인해 사망이나 중장해를 당하여 범죄피해자구조제도의 요건을 충족한다 하더라도, 피해자가 범죄행위를 유발하였거나 당해 범죄 피해의 발생에 관하여 피해자에게 귀책사유가 있는 경우는 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있으므로(범죄피해자구조법 제6조) 성폭력피해자의 경우는 성폭력 발생의 책임을 물어 구조금 지급이 제한될 위험마저 있다.

IV

외국의 성폭력 피해배상 제도

1절 일본의 성폭력 배상 관련 제도	75
2절 독일의 성폭력 배상 관련 제도	88
3절 영국의 성폭력 배상 관련 제도	101
4절 미국의 성폭력 배상 관련 제도	122
5절 프랑스의 성폭력 배상 관련 제도	127



1절 일본의 성폭력 배상 관련 제도⁸⁰⁾

일본은 한국과 비교해 강간발생률이 낮은 나라이다. 일본의 「범죄백서」(2002년)에 의하면 2001년 강간 신고건수는 2,228건으로 강간 발생률은 1.8%이다⁸¹⁾. 그것은 한국의 강간발생률 12.3%(1997)에 비해 낮은 수준임을 알 수 있다. 그러나 어느 나라에서나 강간 발생의 실제건수와 신고건수와는 큰 폭의 차이가 있기 때문에 일본의 실제 강간발생률은 이보다 높을 것으로 추측된다. 일반적으로 강간의 실제 발생건수는 신고건수의 2배에서 10배에 이른다고 알려져 있다.

일본의 경우도 우리와 마찬가지로 성폭력 피해자는 형법과 민법에 의해 구제받을 수 있다. 그러나 양쪽의 구조 모두 성폭력 피해자의 구제에는 한계가 있다. 형법에 의한 구제는 가해자 처벌이라는 방식을 통해 이루어진다. 그러나 강간사건의 경우, 피해자 조사단계에서 이루어지는 피해자 조사의 내용과 방법은 “제2의 강간”이라고 불리고 있고, 강간죄의 성립요건도 매우 엄격하기 때문에 악질의 강간사건이 아닌 경우, 형법에 의해 구제받기는 쉽지 않다. 그리고 민법상의 구제인 불법행위에 의한 손해배상제도 또한 이에 대한 판례가 매우 적은 것으로 보아 적극적으로 활용되고 있는 것 같지 않다. 이는 현행법상 불법행위가 성립되기 위해서는 성폭력 그 자체가 인정되어야 하고 이에 대한 입증책임은 원고가 부담해야 하기 때문인 것으로 보인다. 그리고 성폭력이 인정되었을 경우라도 소액의 위자료만이 인정되는 것도 소송을 기피하는 요인으로 지적될 수 있다.

이런 상황 속에서 여기서는 일본의 성폭력피해배상제도와 문제점을 고찰하고자 한다. 이를 위해 첫째, 일본에서 성폭력은 어떻게 규제되고 있는가를 살펴보고, 둘째, 일본의 성폭력피해배상제도의 구조와 문제점을 살펴보기로 한다.

80) 이에 대해서는 이건호, 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 47-57면을 주로 참조했다.

81) <http://www.moj.go.jp/HOUSO/2002/table.html#z01>.

1. 일본의 성폭력 구제방법의 법적 구조

일본에서도 범죄피해자가 범죄자로부터 범죄피해에 대한 배상을 받기 위해서는 민사절차를 이용할 수밖에 없다. 일본의 경우 독일의 부대소송절차나 다른 국가가 제도화하고 있는 배상명령제도가 존재하지 않기 때문이다. 하지만 형사절차를 통해서 손해배상을 받는 것이 전혀 불가능한 것은 아니다. 검사가 범죄를 기소하는 단계에서 범죄자가 피해자에 대한 배상을 하였는가를 고려하게 되며 또한 형사소송절차중 법관은 양형에서도 고려하게 되기 때문에, 범죄자가 범죄기소를 면하거나 보다 낮은 형을 받기 위해서는 범죄피해자에 대해서 배상하도록 심리적으로 강제받게 될 것이기 때문이다. 그러나 이러한 제도는 충분한 피해배상을 보다 신속하게 받아내기 위한 부대소송절차나 배상명령제도의 효과에는 미치지 못하는 미흡한 제도라고 아니할 수 없다.⁸²⁾

기본적으로 일본에서 실시되고 있는 범죄피해자에 대한 지원은 다음과 같은 세 종류로 나눌 수 있다. 첫째는 범죄피해자보상이나 피해변상명령, 피해자와 가해자 화해 프로그램 등, 피해자에 대한 금전적 원조에 관한 것이다. 둘째는 형사절차에 있어서 피해자의 법적 지위 향상에 관한 것으로 그러한 것에는 피해자가 피고인의 양형에 관여할 수 있게 하는 ‘피해자 의견 진술’(victim statement of opinion) 및 ‘피해자가 받은 충격에 관한 진술’(victim impact statement)이 포함된다. 셋째는 피해자에 대한 직접적 원조활동으로, 여기에서는 피해 직후의 위기개입(crisis intervention), 피해자나 유족에 대한 카운셀링 서비스, 피해자의 이익을 대변하여 고용주와 교섭하거나 피해자 보상등의 신청 원조를 행하는 권리보호활동(advocacy service)이 포함된다.⁸³⁾

이러한 범죄피해자지원제도 이외에 일본에서 보다 활발하게 수행되고 있는 원조활동으로는 “犯罪被害者等給級付金支給法”에 근거한 급부금의 지급이나 재단법인 범죄피해자구원기금에 의한 장학금의 지급 등이 있다.

82) 김용세, “일본에서의 피해자학 연구동향”, 피해자학 연구 1999, 55면.

83) 富田信穂, “第1節 援助コースと援助活動”, 宮澤浩一, 田口守一, 高橋則夫 共編, 『犯罪被害者の研究』, 成文堂, 1996, 76면 이하 참조.

가. 형사구제

일본 형법은 성적자기결정권을 침해하는 범죄로서 강간죄와 강제추행 죄에 대한 규정을 마련하고 있다. 형법 제176조의 강제추행죄와 제177조에 의한 강간죄 규정이 그것이다. 제176조의 의하면 “13세 이상의 남녀에 대해 폭행 또는 협박을 사용하여 외설적인 행위를 한 자”는 강제추행죄에 해당되어 6개월 이상 7년 이하의 징역에 처하게 된다. 그리고 제177조는 “폭행 또는 협박을 사용해서 13세 이상의 여자를 간음한 자는 강간죄로서 2년 이상의 유기징역에 처한다”라고 강간죄를 규정하고 있다.

한편, 성희롱에 대해서는 명문상 이를 금지하는 법규는 존재하지 않는다. 따라서 성희롱 피해자는 악의적인 성적 질문이나 중상의 형태로 개인의 성적 사생활이 침해되고, 그 명예가 부당하게 훼손되었을 경우에는 형법상의 명예 훼손(제230조), 모욕(제231조) 등으로 구제 받을 수 있다. 또한 그 성적언동이 강제적인 신체적 접촉을 수반한 경우에는 강제추행죄와 폭행(제208조) 등으로 구제 받을 수 있다.

그러나 이상의 성폭력에 대한 형사구제 방법은 형법상의 대원칙인 ‘죄형법정주의’로 인해 성폭력 성립기준이 매우 엄격하고, 성폭력 사건의 특수성인 행위의 비공연성으로 인해 성폭력을 범죄행위로 입증하기가 어렵다는 문제가 있다.

강간 사건을 예를 들어 살펴보면, 강간죄의 보호법익이 성적자기결정권이라는 것은 일본의 학설과 판례의 공통된 견해이다. 그러나 판례와 통설은 강간죄를 ‘남성이 여성에 대하여 저항 불가능한 폭행과 협박을 사용하여 간음’ 한 경우로 해석하고 있다는데 문제가 있다. 이런 해석 기준은 뒤에서 살펴보겠지만 일본의 강간 기소율이 상대적으로 낮은 원인이 되고, 강간피해자가 불법행위법에 의한 손해배상청구에 소극적인 자세를 취하게 되는 원인이 되기도 한다. 앞서의 강간죄에 대한 판단기준은 강간죄의 보호법익을 ‘정조’가 아닌 ‘성적자기결정권’으로 보는 시각과는 상당히 모순되는 것이다. 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권에서 구한다고 하는 것은 ‘강간죄의 성립여부를 가해자의 폭행과 협박의 정도에서 찾는 것이 아니라, 피해자의 의사에 반한 성행위

가 있었느냐' 라는 피해자의 의사를 중심으로 판단하는 것이기 때문이다. 그러나 강간죄의 구성요건인 폭행과 협박의 정도를 "반항을 현저하게 곤란하게 하는 폭행과 협박"⁸⁴⁾의 최협의로 판단하는 것은 여성의 성적자기결정권을 경시하는 태도라고 할 수 있다.

폭행·협박의 유무 문제는 피해자의 당해 성행위에 대한 동의 여부 문제와 결합되어 있다. 동의 여부를 추측하는 잣대로서 폭행 협박을 파악하는 것이다. 폭행·협박이 있었다고 판단되면 동의는 없었다고 판단된다. 폭행·협박에 대한 판단은 외견상의 것으로 피해자가 공포 때문에 (실제로 강간피해자는 죽음에 대한 공포로 인해 저항불능에 빠지는 경우가 많다) 저항할 수 없었던 경우 피해자의 내면은 거의 고려되지 않는다. 따라서 폭행·협박은 없었다고 판단되고 강간죄의 성립은 부정된다.

이와 같이 강간죄의 성립은 폭력(폭행과 협박)의 존재가 요건이 된다. 그러나 무엇을 기준으로 어떤 행위가 폭력에 해당하는가는 누구의 입장에서 판단하느냐에 따라 상이하다. 일상의 관계 중에서 여성의 입장에서 보면 폭력적인 행위가 남성의 입장에서는 보통의 행위일 가능성이 매우 높기 때문이다. 그리고 강간피해자의 대다수는 죽음에 대한 공포 때문에 저항불능에 빠지는 경우가 많다. 이 점을 고려하지 않고 단지 물리적 개념으로 폭행과 협박을 해석하는 것은 여성에게 죽음을 불사한 저항을 요구하는 것과 같다. 이는 정조란 여자에게 있어서 목숨보다 귀중한 것이라는 성에 대한 이중 기준을 그대로 적용한 해석기준이라고 하겠다⁸⁵⁾.

나. 민사구제

위의 형사구제와는 달리 강간피해자는 민법상 불법행위에 의한 손해배상청구를 통해 그 피해를 구제받을 수 있다.

일본국 민법 제709조 "고의 또는 과실로 인해 타인의 권리를 침해한 자는 그로인해 발생한 손해에 대해 책임을 진다"라고 불법행위책임을 규정하고 있

84) 最高裁昭和24年5月10日決定, 刑集3卷6号, 711쪽.

85) 박선영, "강간죄와 남근주의", 『시민과 변호사』 2002. 5.

다. 이런 불법행위제도는 가해자에게 손해배상의무를 부과시키는 것을 통해 피해자의 구제를 도모하려는 것을 목적으로 하는 제도이다.

불법행위가 성립되기 위해서는 다음의 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 손해가 발생되어야 한다. 민사책임으로써 불법행위상의 배상의무가 발생되기 위해서는 손해가 발생되어야 한다. 동시에 그 손해를 배상의무자에게 귀속시키기 위해서는 배상의무자의 행위가 손해발생의 원인이 되어야 한다.

둘째, 권리를 침해하거나 위법한 행위가 있어야 한다. 불법행위상의 손해배상의무는 의무자에 대해 불이익을 주는 것이다. 따라서 불법행위 책임이 발생되기 위해서는 손해를 발생시킨 가해자의 행위가 일반적·객관적으로 볼 때 법적으로 비난되는 것이어야 한다. 근대 이후의 사회는 기본적으로 개인에 대한 활동의 자유를 전제로 하기 때문에 그러한 법적비난은 법이 금지하고 있는 행위를 하였거나 법이 명령한 것을 이행하지 않았을 경우에 발생한다. 이것을 권리침해라고 한다. 권리란 법적으로 보호되는 이익이고 그것은 타인이 침해해서는 안 된다.

셋째, 고의·과실과 책임능력이 있어야 한다. 배상의무를 가해자 개인에게 귀속시킬 수 있기 위해서는 가해자의 행위가 일반적·객관적으로 볼 때 비난될 뿐만 아니라, 당해 불법행위를 한 가해자 본인이 개인적·인격적으로 비난되어야 한다(귀책사유). 민법 제709조은 그 요건을 고의·과실로 표현하고 있다. 즉, 가해자가 손해가 발생할 것이라는 사실을 인지하면서 행위를 한 경우, 부주의로 손해의 발생을 억제할 수 없었던 경우라면, 당해 행위의 결과에 대한 책임은 가해자에게 귀속된다.

그리고 민법 제709조에는 그 규정이 없으나 제712조와 제713조는 행위의 책임을 변식(이해)할 능력이 없는 자의 책임을 부정하고 있다. 따라서 배상의무를 가해자 개인에게 귀속시키기 위해서는 책임을 변식할 능력(책임능력)도 불법행위의 구성요건이 된다⁸⁶⁾.

불법행위가 성립하면 그 효과로서 손해배상청구권이 발생한다.

배상청구권자에 대해⁸⁷⁾ 일본민법은 그 제711조(우리 민법의 제752조에 해

86) 吉村良一, 『不法行爲法』, 有斐閣, 1996, 24-26쪽.

87) 권용우, 『불법행위론』, 신양사, 1998, 551면.

당함)에서 『타인의 생명을 해한 자는 피해자의 부모·배우자 및 자에 대하여 재산적 손해가 없는 경우에도 손해의 배상을 하여야 한다』고 규정하고 있어서, 부모·배우자·자만은 정신적 손해의 유무에 관한 입증없이 원칙적으로 배상청구를 할 수 있음을 명백히 한 것이라고 해석하고, 그 이외의 者 예컨대 조부모, 孫子女·형제자매 등도 특별한 관계에 있었다는 것을 입증하여 제709조(우리 민법의 제750조에 해당함)에 의하여 배상을 청구할 수 있다고 한다. 이것이 현재 일본의 다수설⁸⁸⁾과 판례⁹⁰⁾이다.

손해배상은 금전에 의한 배상이 원칙이다.

다. 일본의 범죄피해자 급부금 지급제도⁹¹⁾

일본의 경우도 우리의 범죄피해자구조제도와 유사하게, 범죄피해자에 대한 국가의 지원제도로써, 1981년 1월 1일부터 “犯罪被害者等給付金支給法”(1980년 5월 1일 법률 제 36호)이 시행되고 있다. 동법은 1974년 8월에 발생한 ‘미쓰비시 중공업 빌딩 폭파사건’을 직접적인 계기로 하여 범죄피해구제제도를 확립하자는 분위기가 형성된 데 힘입은 것이다. 또한 동법의 국회 심의에서 부대결의로서 재단법인피해자구원기금이 같은 해 창설되었다.

이러한 범죄피해자지원제도들은 경제적으로 곤란한 범죄피해자의 자제에 대한 학자금의 급여 등을 행하는 기능을 하는 등, 다른 국가들에서는 유례를 찾아볼 수 없는 독특한 제도로 확립되었으며 우리의 범죄피해자구조법의 제정에도 많은 영향을 미쳤다.

일본의 위 법률에 의하면 행인에 대한 무차별적인 살인사건이나 폭탄 테러

88) 加藤一郎, 『不法行爲(法律學全集 22-II)』, 有斐閣, 1982, 237면; 三島宗彦, “被害者の父母の慰藉料請求權”, 『民商法雜誌』 제51권 제5호, 72면.

89) 일본의 少數說은 『子の著述이 親의 著述이고, 子の 滿足이 親의 滿足』이라고 하면 위자료청구권을 피해자 본인에게만 인정하는 것이 타당하다고 한다(千種達夫, “子の傷害と母の慰藉料”, 『判例時報』 제159호, 4면).

90) 日 大判 1958. 11. 5. 宣告, 民集 제12권 제12호, 1901면; 同 1964. 1. 24 宣告, 民集 제18권 제1호, 121면; 同 1967. 1. 31 宣告, 民集 제21권 제1호, 61면.

91) 이에 대해서는 이진호, 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 47-57면을 주로 참조했다.

사건 등과 같이 인간의 생명 또는 신체에 대한 고의의 범죄행위로 피해자가 사망한 경우에 그 유족이나 중장해를 당한 사람에 대해서 손해에 대한 일부 보상을 포함한 위로금으로 금전을 지급하게 된다. 이러한 법률의 목적은 피해자 등의 정신적, 경제적 타격을 완화하고, 이로서 법질서, 특히 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 것에 있다고 한다.⁹²⁾

그렇지만, 우리의 범죄피해자구조제도가 그러하듯이, 일본의 범죄피해자 급부금 지급제도 역시 지극히 제한적으로만 활용될 수 있을 뿐이므로 성폭력 피해자가 이에 의해 도움을 받을 가능성은 희박하며, 실제로 그러한 사례는 없다.

(1) 범죄피해자 급부금의 지급대상

犯罪被害者等給付金支給法の 목적은 ‘인간의 생명 또는 신체를 해하는 범죄행위에 의해 불의의 죽음을 당한 자의 유족 또는 중장해를 입은 자에 대해’, 국가가 유족급부금 또는 장해급부금으로서 일시금을 지급하는 것이다(법 제1조, 제4조).

적용대상이 되는 범죄피해는, 일본국내 또는 일본 국외에 있는 일본선박, 일본항공기내에서 일어난 인간의 생명 또는 신체를 해하는 죄에 해당하는 행위(과실 제외)이며, 긴급피난(일본 형법37조 1항 본문), 심신상실(동 39조 1항), 형사미성년자(동 41조)에 따른 행위로서 처벌되지 않는 경우는 제외된다(법 제2조 1항).

‘중장해’는, 부상 또는 질병이 치유된 단계에서 신체상에 남은 장해를 말하고 일본 범죄피해자등급부금시행령에서 규정하는 정도의 것을 말한다. 그 정도는 일본 근로기준법과 그 외의 일본의 재해보상관계법령에 정한 제1급에서 제3급까지의 등급에 해당하는 신체장해와 동등하다.⁹³⁾

지급대상이 되는 피해자 또는 유족은 피해원인이 된 범죄행위가 일어난 시

92) 頼川 晃/奥村正雄, “第2節 犯罪被害者等給付金支給制限”, 宮澤浩一, 田口守一, 高橋則夫 共編, 犯罪被害者の研究, 成文堂, 1996, 88면.

93) 頼川 晃/奥村正雄, “第2節 犯罪被害者等給付金支給制限”, 宮澤浩一, 田口守一, 高橋則夫 共編, 犯罪被害者の研究, 成文堂, 1996, 90면 이하.

점에서 일본국적을 보유하고 있거나, 또는 일본국내에 주소를 갖고 있는 사람이다(법 제3조). 즉, 그 시점에서 일본에 주소를 갖고 있는 외국인이 중장해를 입었을 때에는 본인이 지급받을 수 있으며, 사망했을 때에는 그 유족이 일본인 또는 일본에 주소를 갖고 있는 외국인인 경우라면 지급받을 수 있는 자격이 있다.

급부금을 받을 수 있는 자격은 장해급부금의 경우 피해자 본인에게 있고, 유족급부금은 피해자의 (1)배우자(사실혼 포함), (2)자녀(태아 포함), (3)부모(양부모가 있을 경우 친부모에 우선한다), (4)손자손녀, (5)조부모, (6)형제자매 중 제 1순위 유족이 되는 자에게 있다(법 제5조).

(2) 급부금의 액수와 지급제한

급부금의 액수는 시행령에 정해진 바에 따라 산정한 급부기초액에, 유족급부의 경우에는 유족의 생계유지의 상황을 감안하여, 장해급부의 경우에는 장해의 정도를 기준으로 하여 시행령의 정해진 배수를 곱해 나온 금액이다(법 제9조).

법률 제정 이래, 급부금의 최저지급액은 변함이 없으나, 최고액은 그 후에 점차적으로 인상되었다. 1995년 현재, 유족급부금은 최저액 220만엔, 최고액 1,079만엔, 장해급부금은 최저액 262만5천엔, 최고액 1,273만엔이다.

그렇지만 다음의 경우에는 급부금의 전부 또는 일부가 지급되지 않는다. 첫째, 친족간 범죄에 따른 장해의 경우, 가해자와 피해자 사이에 부부(사실혼 포함), 직계혈족, 3촌 내의 친족, 동거의 친족 등의 관계가 있을 경우(법 제6조 1호), 둘째, 피해자가 가해행위를 유발한 때, 그 외 당해 범죄행위에 있어서 피해자에게도 그 책임의 소지가 될 행위가 있었을 경우, 셋째, 피해자 또는 그 유족과 가해자와의 관계 외의 사정으로 판단하여 볼 때 급부금의 지급이 사회통념상 적절하지 않다고 인정될 경우이다.

또한 다른 공적 급부와 관계에 대해서는 피해자 또는 유족이 노동자재해보상보험법 그 외의 법령에 따른 급부를 받은 때나, 손해배상을 받은 때에는 그 가액의 한도에 따라 조정이 행해진다(법 제7조, 8조).

(3) 일본의 범죄피해구원기금의 활동상황

일본의 범죄피해자등급부급지급법의 제정과정에서 일본의회의 논의에서 최대의 쟁점이 된 동법률의 소급적용은 증거의 부족, 피해인정상의 곤란, 재정상의 곤란등의 이유로 인정되지 못했다. 그 대신 일본의 중의원과 참의원은 부대의결을 통해서 동법률 시행 전을 포함한 피해자 등에 대한 지원사업의 설립을 결정하였고, 1981년 5월 21일에 일본총리와 내무부장관의 설립허가에 따라 재단법인 범죄피해구원기금이 창설되었다.

위 기금은, 사회연대와 공조의 정신을 기초로 하여 사람의 생명과 신체를 해하는 범죄행위에 따라 불의의 죽음을 당하였거나 중장해를 받은 사람들의 자제 중, 경제적 이유로 수학에 곤란을 겪는 자에게 장학금이나 학용품비(이하 '장학금 등'으로 부른다)의 급여, 기타 범죄피해자에 대한 구원사업을 행하고 있다. 이 중, 장학금등의 제도는 다른 나라에서 유례를 찾을 수 없는 것이다. 이 기금은 일본 국민으로부터의 기부를 바탕으로, 설립시 약 1억 400만엔 이던 자본 총액이, 1995년 3월 현재에는 41억 9,000만엔에 이르고 있다.⁹⁴⁾

2. 일본의 불법행위에 의한 성폭력피해배상과 문제점

일본의 경우도 성폭력피해자의 구제에 있어서 가장 중요하고 기본적인 방법은 불법행위에 의한 손해배상청구이다. 그러나 성폭력 중 성희롱 사건을 제외한 강간 사건의 피해자가 민법상의 손해배상을 청구한 예는 극히 적다. 이는 성폭력사건의 특수성과 불법행위제도의 문제, 즉 원고입증책임 원칙이 충돌하기 때문인 것으로 생각된다. 이하에서는 불법행위에 의한 성폭력피해배상 구조와 문제점을 살펴본다.

94) 頼川 晃/奥村正雄, “第2節 犯罪被害者等給付金支給制限”, 宮澤浩一, 田口守一, 高橋則夫 共編, 犯罪被害者の研究, 成文堂, 1996, 102면 이하.

가. 강간과 불법행위 책임

강간죄가 성립되어 유죄가 된 경우에는, 앞서의 불법행위 구성요건에 해당되어 불법행위가 성립되고 손해배상청구권이 발생한다. 그러나 문제가 되는 것은 형법상의 고소기간이 지났거나, 고소는 했지만 불기소 처분을 받은 경우에 불법행위 책임이다. 특히, 강간죄가 구성되기 위한 요건인 “폭행 또는 협박의 정도”가 ‘반항을 현저하게 곤란하게 하는 정도’에 해당되지 않아 불기소 처분을 받은 경우이다. 이런 경우에는 위법한 행위가 없었던 것으로 간주되어 손해배상이 인정될 가능성이 희박하다.

그러나, 형법상의 범죄를 구성하지 않는다고 해서 이것이 곧바로 불법행위를 구성하지 않는다고 단언할 수 없다.

개인의 자유로운 의사결정을 무시하고 행해진 성교는 성적자기결정권을 침해하는 것으로 위법한 권리침해에 해당되기 때문이다. 그렇다면 가해자의 행위가 형법상의 강간죄 구성요건에 해당되지 않았다고 하더라도 민법상의 불법행위에 해당 될 수 있다.

그러나 현실에서는 가해자가 불기소 처분을 받았을 경우, 이는 피해자에게는 권리주장을 할 수 없게 하는 힘으로 작용한다. 가해자는 불기소 처분을 자기 행동의 정당성을 주장하는데 사용하고, 재판관에게도 일정한 영향을 미친다는 점을 부정할 수 없다.

이처럼 강간에 대한 형사사건에서의 “폭행·협박의 정도”를 최협의로 해석하는 것은 성적자기결정권에 대한 침해를 허용하는 것이 된다.

나. 성희롱과 불법행위 책임

일본에서는 성희롱을 위법한 성차별로 직접 그것을 금지하는 법규정은 존재하지 않는다. 1999년에 이루어진 ‘고용의분야에있어서남녀의균등한기회및대우의확보에관한법률’ 개정에 의해 성희롱 방지에 관한 규정이 신설되었다. 그러나 이것은 금지규정이 아니고 어디까지나 사용자에게 대한 직장에서의 성희롱

방지를 위해 필요한 배려의무를 부담시키는 것에 불과하다⁹⁵⁾.

이로 인해 직장에서의 성희롱을 시작으로 모든 유형의 성희롱에 대한 법적 구제는 민법을 중심으로 한 일반법규, 특히 불법행위에 근거한 손해배상을 통해 이루어지는 것이 현실이다.

성희롱에 대한 불법행위 책임에 있어서 문제가 되는 것은 피침해 이익이 무엇인가이다. 지금까지의 판례를 보면 침해이익에 대한 구체적인 언급은 없고 개개 사안마다 불법행위의 성립 여부를 판단하는 구조를 취하고 있다.

그러나, 성희롱이 개인의 인격권 또는 인격적 이익을 침해하는 행위라는 사실에 대해서는 학설, 판례상 이견이 없다. 그러나 인격권의 구체적인 내용에 대해서는 판례마다 차이가 있다. 어떤 형태로든 피침해 이익을 언급하고 있는 판례를 유형화하면 ① 명예감정, 프라이버시 등의 인격권·인격적 이익⁹⁶⁾, ② 성적자유·성적자기결정권⁹⁷⁾, 쾌적한 직장환경에서 근무할 이익⁹⁸⁾으로 나눌 수 있다. 다음으로 문제가 되는 것은 위법성판단 요소이다. 성희롱의 위법성 판단요소를 명확하게 제시하고 있는 판례로는 나고야(名古屋) 성희롱 사건이 있다. “직장에서 남성 상사가 부하 여성에 대해 그 지위를 이용하여 여성의 의사에 반하는 성적언동을 한 경우, 이것이 모두 위법으로 평가되는 것은 아니다. 그 행위의 태양, 행위자인 남성의 직무상의 지위, 연령, 피해여성의 연령, 혼인의 유무, 양자의 지금까지의 관계, 당해 행위가 이루어진 장소, 그 언동의 반복·계속성, 피해여성의 대응 등을 종합적으로 고려하여 그것이 사회적 견지에서 부당하다고 인정되는 경우에는 성적자유 또는 성적자기결정권 등의 인격권을 침해하는 것으로서 위법한 것이 된다”라고

95) 奥山明良, 『職場のセクシュアル・ハラスメント』, ゆうひかく選書, 1999, 111-112쪽.

96) 이 유형에 속하는 대표적인 판례로는 일본 최초의 성희롱 사건인 후쿠오카(福岡)사건이 있다. 부하여성의 성적사생활을 직장내외에 소문을 낸 사건으로 판례는 명예감정 그 밖의 인격권의 침해를 긍정했다. 福岡地判平成4·4·16(勞働判例607号,6쪽).

97) 가정도우미적 일을 하는 여성에게 사장이 그녀의 의사에 반한 성적요구와 신체적 접촉이 있었고, 특히 강제추행적 행위가 있었던 성희롱에 대해 불법행위의 성질이 다투어졌던 사건에서 “직장에서 남성의 상사가 부하의 여성에 대해 그 지위를 이용하여 여성의 의사에 반하는 성적언동을 한 경우, 그것이 사회적견지로부터 볼 때 부당한 것이었을 경우에는 성적자유 또는 성적자기결정권 등의 인격권을 침해하는 것으로 위법이다”라고 판단했다. 名古屋高裁金澤支判平成 8·10·30(勞働判例 707号, 37쪽).

98) 福岡地判平成4·4·16(勞働判例607号,6쪽).

판시했다⁹⁹⁾.

그러나 문제가 되는 것은 불법행위에 의한 손해배상청구라는 방법에 의한 법적구제가 성희롱 피해자의 구제로서 이론적으로나 실제적으로나 효과적인 것이 되고 있지 못하고 있다는 점이다. 즉 이론적으로는 불법행위 구제는 성희롱의 문제를 기본적으로 가해자와 피해자의 개인적인 분쟁으로서의 성격을 강화시킨다. 또한 무엇보다 성희롱 구제는 문제가 발생한 후의 사후적 구제로 그것도 금전적 배상에 머무른다. 이에 더해 일반적으로 성희롱은 당사자 사이에 은밀하게 행해지는 경우가 많기 때문에 피해자 여성으로서 불법행위의 입증이 곤란하다.

그리고 불법행위로서 위법성의 존재를 입증하는데 성공한 경우라도 일본의 법원에서는 구제의 실질적인 내용을 이루고 있는 손해배상액은 일반적으로 낮게 책정된다. 더욱이 성희롱은 악질적인 경우가 많고, 이것과 비교해 손해배상액이 소액인 것의 이유는 피해자의 많은 수는 스스로 퇴직하고 있기 때문에 해고 등의 경우와 달리 위자료 이외에 과실이익의 상실(재산적 불이익)에 대한 청구가 인과관계의 관점에서 소극적으로 해석되고 결과로서 청구가 부정되는 때문인 것이다¹⁰⁰⁾.

이상을 통해 볼 때 성희롱에 대한 법적구제로서 불법행위를 이유로 하는 구제는 성희롱 피해자에게 충분하고 효과적인 구제방법이라고 볼 수 없다.

다. 일본 불법행위법에 의한 성폭력피해배상의 문제점

(1) 원고의 입증책임부담의 문제

민법에서의 피해자의 권리회복은 현재로는 불법행위에 의한 손해배상청구를 통해 가능하다. 그러나 문제는 앞서 살펴본 데로 불법행위 성립의 입증책임은 원고가 부담해야 한다는 점이다. 다른 피해와 달리 성폭력은 목격자도 없고 둘 간의 주장이 첨예하게 대립하기 때문에 피해자가 성폭력을 입증하기

99) 名高屋高裁金澤支判平成 8・10・30 (労働判例 707号, 37쪽.)

100) 奥山明良, 『職場のセクシュアル・ハラスメント』, ゆうひかく選書, 1999, 124-125쪽.

란 쉽지 않다. 그리고 법정에서 피해체험을 재현하는 것은 몸과 마음에 커다란 부담이 되는 것은 부언을 필요로 하지 않는다.

(2) 불법행위의 3년 시효문제

일본 현행법상, 피해자에 대한 금전적 구제는 불법행위에 의해서만 가능하다. 이런 제도 하에서 3년의 시효기간은 권리주장에 장애가 된다¹⁰¹⁾. 강간의 고소기간에 비하면 3년은 충분한 시간으로 보일 수도 있다. 그러나 피해가 심각하면 심각 할수록 피해자가 자신의 권리가 침해되었다는 사실을 인식하고 그 위에 법적 절차를 밟는 것을 결의하기까지는 긴 시간을 필요로 한다.

애초, 불법행위법은 그 대상사안에 성폭력피해를 생각하지 못했다고 생각된다. 그렇다고 하면 성폭력 사안을 다른 불법행위와 같이 3년의 시효로 제한하는 것은 불합리하다. 특히, 아동 성폭력의 경우를 생각하면 쉽게 이해할 수 있다.

(3) 손해배상액의 문제

성폭력의 경우, 정신적 피해를 입증하는 것 자체가 매우 어렵고, 인정되는 경우라도 그 피해액이 매우 낮다는 점은 문제로 지적될 수 있다.

고액의 위자료가 인정되었다고 보도되는 오사카부(大阪府)지사 성희롱사건에서도 강제추행에 대한 위자료는 200만엔 이었다. 그러나 피해자가 입은 피해의 심각성은 경우에 따라서는 인생의 방향을 바꾸어 놓는 상황을 만들 수도 있다면 점을 감안하면 결코 고액이라고 할 수 없다.

101) 角田由紀子, “被害者の側からみた民事裁判”, 法學セミナー No.430, 1990, 45면.

2절 독일의 성폭력 배상 관련 제도¹⁰²⁾

1. 독일 민법상의 피해자배상

독일에서도 범죄피해자는 범죄로 입은 손해에 대해서 범죄자를 상대로 독일 민법상의 소송을 제기함으로써 피해를 구제받을 수 있다. 이러한 민법상 청구권의 근거는 불법행위법으로부터 도출되는데 이는 독일 민법 제823조에서 제853조에 규정되어 있다.¹⁰³⁾

독일 민법 제823조 1항에 규정된 범죄피해사건상의 손해배상책임의 중요한 요건은 다음과 같다. 즉 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 재산 또는 기타 권리를 고의 또는 과실로 위법하게 침해한 자는 그로부터 발생하는 모든 피해에 대해서 이를 피해자에게 배상할 책임이 있다는 것이다. 따라서 성폭력을 포함한 범죄의 피해자들은 최소한 민사상 손해에 대해서 배상을 받을 수 있는 권리를 갖는 것이 원칙이다.

피해자가 입은 손해에 대한 일반적 평가원칙에 대해서는 민법 제249조에 규정되어 있다. 동 규정에 의하면 배상을 할 의무가 있는 자는 그에게 배상할 책임이 있도록 한 상황이 발생하지 않았더라면 존재하였을 현상을 복구하여야 한다. 의료비용의 경우에는 위와 같은 원칙은 피해자의 건강보험업자가 부담한 비용을 지불하도록 불법행위자에 대해서 요구함으로써 이루어지는 것이 보통이다. 의료비용에 대한 손해를 피해자에게 직접 지불할 수 있도록 하는 경우는 거의 없다. 또한 민법 제842조에 의하면 피해자에게 가해진 불법행위로부터 초래된 어떠한 손해에 대해서도 배상할 책임은 소득의 결과적인 상실 또는 피해자의 장래에 대한 피해에까지 확장된다. 다만 이러한 손해가 사회보장수혜를 통해서 보전될 수 있는 한도에서 그러한 손해는 사회보장기관에게 지급될 수 있다. 아울러, 피해자가 피고의 불법행위로 사망한 경우 사망한 사

102) 이에 대해서는 이진호, 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 58-88면을 주로 참조했다.

103) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 259 이하 참조.

람이 생존하였을 것으로 추정되는 기간 동안 부양의 의무가 있었던 한에서는 피해자의 피부양자에게도 배상을 지급할 수 있다(제844조).

그런데 독일은 우리 민법이나 일본민법의 경우와 달리 불법행위로 인하여 배상될 손해를 원칙적으로 재산적 손해에만 한정하고 있으며(同法 844조 참조), 배상청구권자도 그 불법행위로 인하여 직접 피해를 입은 者만으로 한정하고 있다. 그렇지만 신체 또는 건강에 대한 침해, 그리고 위법한 감금에 의한 자유의 침해, 성폭력의 경우는 피해자는 비금전적 손해에 대해서 '적정하며' '공평한' 금전적 배상(Schmerzensgeld, 즉 위자료)을 요구할 수 있다(제847조). 다만 정신적 손해에 대한 위자료¹⁰⁴⁾의 경우 독일 민법은 일반적으로 직접피해자에게만 위자료청구권을 인정하고 근친자에게는 그것을 인정하고 있지 않으며(同法 823조) 제847조에 의한 배상도 직접피해자만이 청구할 수 있다는 점에서 위의 원칙이 완전히 무시되는 것은 아니지만 1990년 이후 이러한 위자료지급청구는 피해자 사망시 피해자의 상속재산으로 귀속되고 있다.

그러나 손해배상을 위한 민사소송의 시도는 불법행위자의 행위가 위법하며 유책하다는 점을 입증하여야 하는 부담과 그러한 사실을 피해자가 제출하는 증거를 통해서 입증하여야 하는 부담에 의해서 빈번하게 좌절된다. 민사소송에서는 국가기관의 수사원칙이 적용되지 않고 입증책임은 피해자에게 있기 때문이다. 다만 형사소송상의 유죄확정이 있는 경우 피해자의 상황은 용이해질 수 있다. 폭력범죄사건의 경우 침해된 형법규정들은 '타인의 보호'를 위해서 마련된 법규들이다. 민법 제823조 제2항에 의하면 손해배상의 의무는 위 형법을 위반한 모든 사람에게 적용되며 피해자의 손해는 형사소송에 의한 유죄확정판결에 의해서 입증된 것으로 간주한다고 한다. 따라서 이런 경우 피해자는 자신이 입은 손해만을 입증하면 된다.

그럼에도 불구하고 실제에 있어서는 침해자에게 자산이 없는 경우 어떠한 손해배상도 얻을 수 없으므로 다른 많은 국가들과 마찬가지로 독일에서도 범죄피해자가 범죄자에 대한 민사소송을 통해서 충분한 배상을 받는 것은 거의 드물다.

104) 권용우, 『불법행위론』, 신양사, 1998, 550-551면.

2. 형사법상의 배상제도

가. 범죄자에 의한 배상

(1) 범죄자에 대한 유죄확정 없이 행해지는 배상

독일의 경우 형사절차상 피해자에 대한 배상을 용이하게 하도록 제정된 다수의 규칙들도 있다. 우선, 법원과 피의자 사이에 합의가 있는 경우에는 검사가 일정한 조건하에서 경죄(Vergehen)에 대한 형사소추는 개시하지 않을 수 있으며(독일 형사소송법 제153조의a 제1항), 피의자가 위 조건을 충족시킨 경우 그 범죄는 형사소추되지 않는다. 형사소송절차가 이미 개시된 경우에는 법원과 관련해서 이와 유사한 조건이 형사소송법 제153조의a 제2항에 의해서 적용된다.

그런데 대부분의 사건에서 위와 같이 형사소송절차가 중지되는 조건은 국가 또는 다양한 공공복지기관에 대해서 일정한 액수의 금액을 지급하는 것이다. 피해자에게 직접 배상하거나 가해자 피해자 조정 프로그램에 참가하는 것도 공식적인 형사소추를 개시하지 않는 조건으로서 고려될 수 있는 문제이다. 그러나 이러한 대체적인 조건들은 법률실무에서는 거의 사용되고 있지 않다. 또한 이러한 기소편의주의(Opportunitätsprinzip)는 경죄에만 한정되고, 혐의가 있는 범죄가 중죄인 경우 기소법정주의에 의해서 기속되는 형사소송법 제152조 제2항에 의해서 기소된다.

(2) 형벌을 통한 배상

한편 독일의 법률은 범죄자에게 부과되는 형벌의 일부분으로서 손해배상의 지급을 강제하기 위한 규정들을 두고 있다. 예컨대 범죄행위 후의 범죄자의 행위가 적극적으로 고려되는데, 특히 손해를 배상하기 위한 시도와 피해당사자와 합의를 하려는 시도가 이에 해당한다(독일 형법 제46조 제2항).

또한 1994년의 범죄투쟁법률(Verbrechensbekämpfungsgesetz)에 의하면 일

정한 사건에서 범죄자가 피해자에게 손해를 배상하려는 시도를 하거나 또는 가해자-피해자간 합의에 참여한 경우에는 형을 감경하거나 면제할 수 있다(형법 제46조의a).

또 피해자에 대한 배상은 자유형에 대한 보호관찰부 집행유예(Strafaussetzung zur Bewährung)를 위한 조건으로도 부과될 수 있으며, 수형자가 조기에 석방되는 가석방의 경우에도 동일한 기준이 고려될 수 있다(보호관찰부 가석방 Strafrestausssetzung zur Bewährung). 그렇지만 이러한 가능성들은 실제 형 선고시에는 거의 이용되지 않고 있다.

이러한 법적 상황에 근거해서 볼 때 피해자는 형사소송을 통해서 주장할 수 있는 어떠한 공식적인 청구권도 갖지 못하고 있다고 할 수 있다. 기껏해야 피해자는 형사소송의 부수적인 효과로서 범죄자로부터 1회적인 지급을 받을 수 있을 뿐이다. 그런데 이렇게 지급되는 금액은 대체로 명목상의 지급이나 거의 마찬가지로 금액인 경우가 흔하며 따라서 이는 민법상 피해자가 받을 권리가 있는 충분한 배상에 미치지 못한다.

나. 부대소송절차

민사상으로도 보통의 형사절차상으로도 범죄피해자의 배상이 곤란한 이 같은 사정 때문에 독일의 경우는 이른바 부대소송절차(Adhäsionsverfahren, 독일 형사소송법 제403조-제406조의c), 즉 피해자(또는 그의 상속자)가 범죄자에 대해 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 주장할 수 있는 제도를 따로 두고 있다.¹⁰⁵⁾

이 절차에 의하면 피해자는 민사소송상의 절차에 의하지 아니하고 형사소송절차에서 민사상의 손해배상청구를 할 수 있다. 이 절차의 목적은 단지 하나의 소송절차만을 거치게 함으로써 피해자의 부담을 덜어주는 것이다.

소송절차는 간단하다. 형사소송상의 사실심절차의 진행중에 고지함으로써 민사상 청구를 제기하거나 또는 사실심 자체에서도 민사상 청구를 할 수 있

105) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 265 이하 참조

다. 위 청구는 구두로 할 수 있으며 법률상의 대리인에 의할 필요도 없다. 형사법원은 피해자의 진술이 충분한 근거가 있다고 판단하는 경우 피해자에게 손해배상청구권이 있음을 결정하며 이러한 결정은 형사사건에 대한 판결에 포함된다. 그렇지만 법원은, 이와 같은 민법상의 권리에 대한 결정이 형사소송절차에서 이루어지는 것이 부적절하며 특히 이러한 결정이 형사소송절차를 지연시킬 수 있다고 판단하는 경우에는 민법상의 권리주장에 대한 결정을 거부할 수 있다(독일형사소송법 제405조).

그런데 여러 가지 이유로 인하여 부대소송절차는 1970년 이전에는 사문화된 상태였고, 1986년에 피해자보호법률을 제정한 이후에도 실무에서는 거의 이용되지 않고 있다. 예컨대 1989년의 조사에 의하면, 전체 사건의 67.6%에서 부대소송절차의 이용이 가능했지만 한 건의 부대소송절차도 제기되지 않았다. 그렇지만 이렇게 부대소송의 이용률이 저조한 것은 피해자가 이에 대한 관심이 없어서라기보다는 법조인들이 이를 꺼리기 때문이다. 예컨대 1990년의 한 연구는 설문대상이 된 피해자 631명 중 90%이상이 부대소송절차를 이용하려 했음을 보여주고 있는 데 비해, 대다수의 법관과 검사들은 부대소송절차를 형사소송에서 이질적인 요소로 생각하고 있으며 보수가 적다는 점 때문에 변호사들조차도 부대소송을 통해 손해배상의 기회를 획득하는 데는 관심이 없다.

3. 범죄피해자보상제도

그렇지만 독일의 경우에도 1970년대 중반까지 범죄피해자가 범죄자로부터 배상받는다라는 것은 곤란했다. 우선 민사소송을 통해서 범죄자로부터 피해배상을 받는 것은 장기간이 소요될 뿐만 아니라 배상을 받을 수 있다는 보장도 확실하지 않았고, 형사소송법 제403조 이하의 부대소송절차(Adhäsionsverfahren)를 통해서 형사소송상에서 범죄자로부터 피해배상을 받을 수 있는 방법도 있지만 이 방법 역시 범죄자가 무자력인 경우 아무런 소용이 없다는 한계를 지니고 있었다.¹⁰⁶⁾

106) Villmow/Plemper, *Praxis der Opferentschädigung*, Centaurus Verlk, 1989, S. 17.

그 때문에 독일은 국가가 범죄피해자에 대해서 일정한 보상을 제공해주는 “범죄피해자보상법(Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten)”을 1975년에 입법하게 되었으며 이 법률은 1976년부터 효력을 갖게 되었다. 이 법률은 폭력범죄에 의해서 건강이나 근로능력에 중대한 장애가 발생한 범죄피해자에 대해서 사회보장적인 부조를 제공하기 위한 것이다.¹⁰⁷⁾ 동 법률에 의하면 폭력범죄의 피해자는 독일 연방사회보장법(Bundesversorgungsgesetz)에 따라서 그 피해를 보상받는데, 범죄피해자에게 지급되는 재정의 담당자는 그 범죄가 발생한 주정부가 되며 직접적으로 범죄피해자에게 보상을 지급하는 역할은 그 주의 사회보장을 관할하는 관청이 담당하게 된다.¹⁰⁸⁾

범죄피해자보상법은 1984년에 개정되는데 그 개정내용은 1976년 법률제정 이전에 발생한 범죄로 피해를 당한 피해자들에 대해서도 보상을 지급하도록 효력범위를 확대하는 것이었다. 그리하여 범죄피해자보상법 제10조의 a에 의해, 서독 기본법이 발효한 1949년 5월 23일 이후부터 범죄피해자보상법 이전에 독일 영역에서 발생한 범죄피해에 대해서도 법률에 따른 보상이 지급되게 되었다.¹⁰⁹⁾ 1985년에 범죄피해자보상법은 1984년 개정내용을 포함하여 1976년 법률과 동일한 법률로서 새로이 공포되었다.

범죄피해자는 이미 독일의 사회보장제도를 통해서 일정 정도의 보장을 받고 있으므로 피해자보상법률에 의해서 제공되는 보상은 실제로는 보조적인 성격을 갖는 경우가 많다. 예를 들면 질병이 범죄의 결과라고 하더라도 그 사람에게서는 법률상의 의료보험제도하에서 무료의 의료적 처치를 받을 권리가 부여되는 것이 보통이며, 유사하게 국민연금은 범죄로 인하여 노동능력의 장애가 장기간 또는 영구적으로 발생한 경우에도 지급될 수 있기 때문이다. 그러나 피해자가 자영업자이거나 또는 대다수의 가정주부 및 고용되지 않은 사람인 경우에는 그와 같은 사회보장수혜의 기회가 제한되며 이때 범죄피해자보상법이 유용해진다.

그런데 피해자보상법은 엄격하게 해석되는 경향을 보이고 있다. 처음부터

107) JuS 1976, S. 478.

108) JuS 1976, S. 478-479.

109) JuS 1985, S. 248.

법원은 그 적용을 제한하는 방향으로 위 법률을 해석하는 경향을 보여 왔으며, 아래에서 보듯이 법 자체에서 피해자의 부적격을 규정하고 있고 또한 동법에 따른 지급의 가능성은 독일 연방사회법원(Bundessozialgericht)의 법원칙을 통해서 제한되고 있는 것이다.

가. 범죄피해자보상법상 보상의 요건

독일 범죄피해자보상법상 보상을 받기 위한 요건(법 제1조)은 다음과 같다.

- (i) 피해자 또는 타인에 대해서 가해진 고의적이며 위법한 폭력적인 공격 행위(또는 범죄자에 의해서 가해진 기타 일정한 행위들)
- (ii) 피해자의 건강에 대한 중대한 침해 또는 지속적인 손상
- (iii) 범죄와 피해자의 건강에 대한 손상 사이의 인과관계
- (iv) 범죄는 독일 영역에서 발생한 것이어야 한다.
- (v) 청구인은 독일국민이거나 EU 시민 또는 독일과 상호협약을 체결한 기타 국가의 국민이어야 한다.

(1) 폭력범죄

범죄피해자보상법 제1조 제1항은 보상청구를 위한 주요한 요건이 피해자에 대한 폭력적인 공격이라고 규정하고 있다. 즉 동법에 의한 보상의 권리는 폭력행위의 피해자에 한정되는 것이다. 그런데 동법상의 폭력범죄의 개념은 형법상의 폭력과 동일한 것은 아니다. 형법상의 폭력개념은 물리적인 것이건 또는 심리적인 것이건 피해자에 대해서 가해진 모든 형태의 물리력 또는 협박을 포함하는 것이지만,¹¹⁰⁾ 범죄피해자보상법에서는 오직 피해자의 신체에 대해서 가해지는 공격적이며 적대적인 의도에 의한 유형적인 행위만이 폭력적인 공격으로 이해된다. 다만 폭력행위로 인한 심리적인 후유증의 경우는 포함된다. 예컨대 독일 연방사회법원은 자신의 딸이 고통스럽게 살해당한 후 지속적인 심리적 질병으로 고통당한 어머니에 대해, 피해보상에 대한 권리가 있음

110) Kunz, *Opferentschädigungsgesetz, Kommentar*, C.H.Beck, 1995, §1 Rn. 9 f. 참조.

을 인정하였다.¹¹¹⁾

실무상으로는 네 가지 유형의 범죄에 대해 보상이 지급된다. 전체 청구의 75% 이상이 육체적인 침해(살인미수 포함)에 관한 것이며, 기타의 청구들은 주로 (a)실제의 살인, (b)강간 및 (c)강도와 무장강도에 기인한 것들이다. 따라서 강간과 같은 성폭력의 경우에도 보상이 주어질 수 있다. 또 위 법률은 제1조 제2항에서 폭력적인 공격으로 평가될 수 있는 기타 범죄들의 목록을 포함하고 있는데, 이러한 범죄들로는 독극물의 고의적인 투여 및 공공의 위험을 야기시키는 범죄에 의해 생명에 대한 위험을 야기시키거나 신체장해를 야기시키는 행위, 예를 들면 방화, 철도, 행운, 항공 또는 도로교통에 대한 위험한 방해행위, 강도의 고의에 의한 자동차 운전자에 대한 공격행위, 폭파야기행위 및 이와 유사한 행위들이 포함된다.¹¹²⁾

보상을 받기 위해서는 위의 범죄들이 고의에 의한 것이어야 한다. 고의란 형법상의 의미에 따르는데,¹¹³⁾ 행위자의 직접적인 고의뿐만 아니라 행위자의 불확실한 고의(즉 법원이 당해 결과가 행위자에 의해서 의도된 것이라고 추측할 수 있는 경우)를 포함하는 것이다. 그런데 실무상으로는 바로 이 고의적인 침해라는 요건이 피해자가 보상을 받는 데 가장 장애가 되고 있다. 피해보상 청구를 하는 피해자는 가해자의 고의에 대해서 충분한 입증을 제시하여야 하는데, 그 입증이 항상 용이하지는 않기 때문이다. 단, 고의의 요건은 범죄자의 행위에 대해서만 적용되며, 실제로 발생한 결과를 범죄자가 의도하였음을 입증할 필요는 없다.

(2) 중대한 침해

범죄피해자보상법 제1조 제1항 1문은 보상을 위한 또 다른 요건으로서 피해자가 신체에 중대한 침해를 입었을 것을 필요로 하고 있다. 독일연방 전쟁 피해자지원법률(Bundesversorgungsgesetz, BVG) 제30조 제1항 3문 및 4문과 관련하여 고려할 때 법률 제1조의 규정은 침해가 6개월 이상 지속될 것을 요

111) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 269.

112) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 270.

113) Kunz, *Opferentschädigungsgesetz, Kommentar*, C.H.Beck, 1995, §1 Rn. 24 f.

구한다. 또한 피해자의 노동력이 최소한 25%까지 감소되어야 한다(독일연방 전쟁피해자지원법률 BVG 제30조 및 31조 제1항 및 제2항과 관련하여 법률 제1조).

(3) 인과관계

1976년 법률에 따른 피해보상의 지급은 또한 원인이 되는 사건(즉 폭력범죄)과 피해자의 건강에 대한 침해 및 침해의 지속성 사이에 충분한 인과관련이 존재할 것을 필요로 한다.¹¹⁴⁾ 여기서 중요한 요소는 ‘본질적 조건(Wesentliche bedingung)’이라는 현행법상의 인과개념이다. 이러한 개념에 따르면 침해를 일으킨 사건과 건강에 대한 침해 사이(책임형성적 인과관계 haftungsbegründende Kausalität)에는 명백한 인과관련이 존재하여야 한다. 반면에 건강에 대한 침해와 침해의 지속성 사이(책임충족적 인과관계 haftungsausfüllende Kausalität)에는 인과관련의 개연성이 존재하는 것으로 충분하다.¹¹⁵⁾

책임형성적 인과관계의 문제는 피해자에게 특히 곤란한 것일 수 있다. 침해를 야기한 사건과 실제 손해 사이에 인과관련이 입증되지 않는다면 피해보상은 지급될 수 없다. 또한 판례가 이러한 측면에서 피해자에게 유리하게 입증의 부담을 감경시키고 있지도 않다. 다만 인과관계의 문제에서 일정한 피해자들에게 유리할 수 있는 중요한 판결이 최근 선고되었다. 강간미수사건에서 독일 연방사회법원은 강간행위와 이에 따른 피해자측의 심리적인(외상의) 결과 사이에 -시간적인 인과관련이 존재한다는 점이 설득력 있게 나타나는 한에서는- 인과관련이 있는 것으로 추정된다는 점을 받아들인 것이다.

(4) 지역적 적용

피해보상을 받을 권리에 대한 또 하나의 제약은 그 지역적인 적용으로부터 나온다. 피해보상을 받을 수 있는 권리는 독일 또는 독일의 선박이나 비행기

114) Kunz, *Opferentschädigungsgesetz, Kommentar*, C.H.Beck, 1995, §1 Rn. 35 f.

115) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 272 이하; Kunz, *Opferentschädigungsgesetz, Kommentar*, C.H.Beck, 1995, §1 Rn. 36 참조.

에서 받은 침해에 관하여서만 발생한다.¹¹⁶⁾ 이러한 점에서 본다면 적용의 지역적 범위는 형법상 유지되고 있는 범죄지에 관련된 원칙과 일치하는 것이 보통이다. 그러나 형법과 달리 1976년 법률은 범죄가 발생한 장소에 관련되는 것이 아니라 침해를 당한 장소에 관련되는 것이다.

(5) 기타 요건

오랜 동안 1976년 법률은 독일 시민에게만 한정되었으며 외국 시민에 대해서는 상호적인 보상이 보장되는 경우에만 보상이 지급되었다. 그러나 이 법률의 인적 적용범위는 1993년 피해자보상법률의 2차 개정으로 상당히 확장되었다. 이 개정법률에 의하면 모든 유럽연합 시민들은 피해보상을 청구할 수 있는 권리를 갖는다. 또한 청구의 정도에 대한 일정한 제한을 둠으로써 상당히 장기간 법률상으로 독일에서 거주한 외국인에 대해서도 적용된다. 그러나 기타의 외국인에 대해서는 상호적인 피해보상이 보장되거나 유사한 국제협정이 존재하는 경우에만 보상을 청구할 수 있는 권리를 갖는다(법 제1조 제4항). 이와 같은 제한에 의해서 가장 크게 영향을 받을 수 있는 것은 비유럽연합국가 출신의 단기기간의 여행객들이다.¹¹⁷⁾

끝으로 시간적 관점에서 보면 1976년 법률은 법률이 처음으로 효력을 갖게 된 1976년 5월 16일 이후에 범해진 범죄에 관련해서만 완전하게 적용될 수 있다. 그러나 1984년 법률의 1차 개정 이후 이전의 사건들도 가혹한 결과를 피하기 위한 규정(Härteregelung)을 통해서 포함되어졌지만 이러한 사건들의 경우 피해보상의 범위는 제한된다. 그러나 시간이 흐름에 따라서 이와 같은 제한의 중요성은 줄어들 것인데 이러한 규정들이 1976년 이후의 범죄들에는 적용되지 않기 때문이다.

116) Kunz, *Opferentschädigungsgesetz, Kommentar*, C.H.Beck, 1995, §1 Rn. 6 f.

117) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 274 이하 참조.

나. 피해보상의 예외

그런데 보상지급을 위한 요건들을 모두 갖춘다고 해서 자동적으로 1976년 법률에 의한 보상지급이 행해지는 것은 아니다. 법률 제2조 제1항이 보상거절에 관한 규정에 의해서 다음과 같은 경우 피해자의 피해보상청구는 거부될 수 있다.

(i) 피해자 스스로 침해발생을 야기하거나 이에 관여한 경우

(ii) 피해자에 대해서 보상을 지급하는 것이 기타 다른 사정으로 인하여 불합리하거나 불공평한 경우

국가의 보상지급이 불합리하거나 불공평한 경우는, 예를 들면 피해자가 이전에 범죄자이었거나 또는 범죄단체에 관련되었던 경우, 가해자가 보상지급으로부터 이익을 얻게 되는 경우 등이다.

한편 피해보상은 사건의 사실관계를 밝히는 데 피해자의 협력이 불충분하였음을 이유로 거절될 수도 있다(법률 제2조 제2항).¹¹⁸⁾ 특히 1976년 법률의 규정에 의하면 피해자는 원칙적으로 범죄를 즉시 신고할 의무를 갖고 있다. 다만 개별 사건의 사정들은 항상 고려되어야 하는바, 국가기관은 범죄자에 대한 소추에 피해자가 협력을 하지 않게 된 동기 또는 범죄사건을 경찰에 신고하지 않게 된 동기를 고려하여야 한다.

피해자에 대한 위와 같은 광범위한 자격부인과 관련된 규정들은, 원칙적으로 피해자가 스스로 손해를 고의적으로 야기한 경우에만 보상지급을 부인하는 사회법의 다른 영역과 비교하여 볼 때 보상지급에 대한 근본적인 제한으로 나타나고 있다.

118) Kunz, *Opferentschädigungsgesetz, Kommentar*, C.H.Beck, 1995, §2 Rn. 14 f. 참조.

다. 피해보상의 지급

피해보상을 위한 요건들이 성공적으로 입증되고 피해보상자격의 박탈사유가 없다면 보상은 피해자 자신이나 또는 피해자가 사망한 경우 피해자의 피부양가족들에게 지급된다(법 제1조 제8항). 피부양가족의 청구권은 직접적인 피해자에 근거한 것이며 피해보상을 받을 자격이 있는 피부양가족의 범위는 매우 제한적이다. 피해보상의 청구는 피해자의 배우자 또는 이혼한 배우자 및 그 자녀(부모 없는 유자녀), 피해자의 부모 및 손자에 의해서는 제기될 수 있지만, 형제 자매는 피해보상에서 생존하는 피부양가족으로 고려되지 아니하며 약혼자의 경우도 동일하다. 위와 같은 범위의 사람들을 배제하는 이유는 이러한 범위의 사람들이 생존하는 피부양가족에 대한 연금에 대해서 청구권을 갖지 못하는 것이 원칙이라는 점에 있는 것으로 보인다.¹¹⁹⁾

민법상의 개인적인 피해에 따른 손해와 비교해보면 1976년 법률에 따라 보상이 지급될 수 있는 손해 또는 피해의 유형들은 매우 제한되어 있다. 법률 제1조 제1항에 의하면 보상은 건강에 대한 침해 및 그에 따른 금전적인 결과와 관련해서만 지급되며, 특히 신체적 고통이나 정신적 고통과 같은 비금전적인 손해에 대해서는 보상은 지급될 수 없다. 결국 보상은 다음과 같은 6가지 유형의 손해에 대해서만 지급될 수 있다.¹²⁰⁾

- (a) 의학적 치료, 건강회복 및 육체적 재활의 비용
- (b) 전쟁피해자에 대한 복지급부의 지급
- (c) 장애자에 대한 연금지급 및 보호를 위한 특별비용 지출
- (d) 장례비용 및 사망급부금
- (e) 생존유가족에 대한 연금
- (f) 생존유가족의 사망에 따른 장례비용

119) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 277 이하 참조

120) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 279.

라. 피해보상청구의 절차

비록 피해보상청구는 국가를 상대로 제기되지만 원칙적으로는 각각의 주장 부가 소송사건을 진행시킬 책임을 지고 있다(법 제4조). 청구가 제기되면 피해보상기관의 소속 공무원(피해보상지급을 담당하는 국가 공무원)이 증거를 직권으로 판단하게 된다. 담당공무원은 필요한 사항을 조사할 수 있으며 특히 사건과 관련된 경찰조서 및 법원의 기록 그리고 피해자에 관한 병원기록 및 기타 의학적 기록 등을 요구할 수 있다. 이와 같은 행정절차와 이에 뒤따를 수 있는 사회법원의 공판절차는 피해자에 대해서 그 비용을 청구함이 없이 진행된다.¹²¹⁾

피해보상기관의 행정절차에서는 검사의 범죄수사결과가 청구권주장의 유무 효 여부를 결정하는 가장 중요한 기초자료가 된다. 비록 법률은 범죄자가 확정되거나 유무죄가 확정되지 않더라도 피해보상이 지급될 수 있다고 규정하고 있지만, 실무상으로는 형사법원이 범죄자에 대해서 유죄를 적절하게 확정함을 통해서만 고의적인 폭력범죄가 입증된 것으로 간주된다. 그리하여 피해보상기관은 형사소송절차의 기록이 없이는 아무런 결정도 내리지 못하는 것이 보통이다. 때문에 피해보상을 받기 위한 정상적인 결정이 내려지는 데는 약 1년 가량이 소요된다.

마. 독일 범죄피해자보상법의 운용실태 및 평가

결론적으로 보면 전체 대상 피해자 가운데 상대적으로 적은 수만이 1976년 피해보상법률에 따라서 보상을 지급받는 것으로 나타나고 있다. 피해보상지급이 거부되는 청구 가운데 57.5%가 고의에 의한 위법한 공격이라는 입증이 없다는 이유이며, 30% 이상이 피해자가 당한 건강상의 침해가 단지 일시적인 것이라는 이유로 피해보상지급이 거부되었다.

한편 대부분의 청구사건에서 피해보상의 지급은 건강에 대한 침해를 직접

121) Kaiser/Kilchling, "Germany", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, 1996, p. 279 이하 참조.

보상하는 데 제한되었다. 종신연금이 지급된 경우는 1983년에 약 10%에 불과하였다.

피해자가 민사법이나 형사법상으로 범죄자에게서 손해배상을 받을 수 있는 가능성이 극히 적으므로 실제적으로는 국가의 피해보상이 결정적으로 중요해졌다. 그럼에도 불구하고 독일 연방 사회법원이 법률을 제한적으로 적용하고 있기 때문에 범죄자가 밝혀지지 않은 사건에서 범죄피해자보상법은 실제로는 제대로 활용되지 못하고 있다.

더욱이 독일의 범죄피해자보상법은 적용대상을 고의적인 폭력범죄로 제한하고 있다는 점은 많은 피해자들이 보상을 받지 못하게 만드는 주요한 이유인 것으로 생각되고 있다.

한편 기본적으로 피해보상을 사회법의 영역으로 이전시킨 것도 문제로 지적된다. 국가가 보상을 지급할 의무가 있다는 기본적인 가정이 아무리 잘 구상된 것이라고 하더라도, 보상청구를 위한 재판절차를 형사법으로부터 형사법과는 다른 절차규정을 가진 사회법으로 이전시킨 것은 불만족스러운 점으로 남아있다. 사회보장기관들은 가능한 한 국가의 책임을 적은 수준에서 유지시키는 데 항상 관심을 두고 있기 때문이다.

3절 영국의 성폭력 배상 관련 제도¹²²⁾

1. 민사법원의 불법행위소송

영국에서도 폭력범죄에 의해서 피해를 당한 피해자는 범죄자에 대해서 민사법원에 소송을 제기할 수 있는 권리를 갖는다. 사람에게 대한 폭력범죄는 불법행위(torts), 즉 범죄자측에 민사법상의 배상책임을 발생시키는 일탈행위이기 때문이다. 침해행위자에게 손해배상을 할 만한 자력이 있다면, 불법행위에

122) 이에 대해서는 Greer, "United Kingdom: Great Britain", Greer(ed.), *Compensating Crime Victims*, Freiburg, pp. 577-619; 이건호, 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 89-107면을 주로 참조했다.

대한 책임이 입증된 경우 피해자는 그가 당한 침해에 대해서 ‘완전한’ 배상을 제공하도록 규정된 손해배상을 지급받을 권리를 갖게 된다. 그렇지만 대부분의 사건에서 범죄자는 자력이 없는 것이 보통이며 따라서 실제로 있어서는 손해배상청구소송은 그다지 실효성이 없다.

2. 형사법원의 피해배상명령

영국에서 범죄피해자는 형사소송절차에서 공식적인 당사자적격을 갖지 못한다. 그러나 1972년부터 영국의 형사법원은 일정한 범죄에 대해서 유죄판결로 형선고를 하는 경우 그 범죄행위로 말미암은 인적인 침해, 손실 또는 손해에 대해서 피해자에게 손해배상을 지급하도록 범죄자에게 명령할 수 있는 일정한 권한을 갖게 되었다. 또한 1982년의 형사재판법(Criminal Justice Act) 제67조는 형사법원은 범죄자에게 형을 선고하는 대신(형선고에 부가하여서 뿐만 아니라) 피해배상명령을 내릴 수 있다고 규정하고 있다. 더욱이 범죄자가 피해배상과 벌금의 양자를 지급할 수 있는 충분한 자력이 없는 경우 법원은 피해배상에 대해서 우선권을 부여하여야 한다. 나아가 1988년의 형사재판법 제104조 제1항은 피해자에게 유리하도록 피해배상명령을 내릴 수 없었던 사건에서는 배상명령을 내리지 못한 사유를 설명할 것을 법원에 대해서 요구하고 있다. 그렇지만 그렇다고 해서 법원이 배상명령을 내려야 하는 의무를 부담하는 것은 아니다. 피해배상명령은 법원의 재량에 관한 사항이며 따라서 그러한 피해배상에 대해서 피해자는 아무런 ‘권리’도 갖지 못한다.

형사법원은 제출된 증거 및 진술을 고려하여 법원이 상당하다고 생각하는 액수의 배상을 인정할 수 있다. 법원은 범죄자가 제출하거나 또는 법원이 알고 있는 한에서는 범죄자의 자력을 고려한다.

다만 여전히, 피해자가 입은 손실이나 침해의 정도에 대해서는 엄격한 입증이 요구되는데, 범죄와 관련하여 치안관사 법원이 배상을 인정할 수 있는 손해배상의 상한은 5,000파운드이지만 형사법원(Crown Court)이 배상을 인정할 수 있는 배상한도에는 아무런 제한이 없다.

한편 형사법원에 의한 피해배상의 인정은 민사법원에서 범죄자에 대해서

민사소송을 제기하는 데 하등 장애가 되지 아니한다. 그러나 형사법원이 인정한 피해배상액을 범죄자가 이미 지급한 경우에는 민사법원은 손해배상액 전체에서 그 한도만큼 감액하여야 한다.

3. 범죄피해자보상제도

가. 범죄피해자보상제도의 도입과 전개

영국에서 범죄피해자들은 한두 가지 종류의 사회보장혜택을 받을 수 있는 자격을 갖고 있는 것이 일반적이다. 1970년대에는 불법행위소송에서 지급된 2억2백만 파운드 및 형사소송절차에서 침해에 대해서 지급된 1천7백만 파운드와 비교해볼 때 사고를 당한 전체 피해자(범죄피해자에 대해서 구분된 수치는 접근할 수 없었음)에 대해서 지급된 사회보장혜택에 따른 보상금액은 4억2천1백만 파운드인 것으로 계산되었다. 비록 이러한 자료가 범죄피해자에 대해서 직접적인 비교를 가능하게 해주는 것은 아니며 또한 상당히 낮은 것이지만, 다수의 다른 유럽 국가들과 마찬가지로 영국에서도 국가가 범죄피해자에 대해 구체적인 범죄피해배상제도와 관련없이 피해보상을 상당한 정도로 제공하였다는 부정할 수 없는 사실을 보여주고 있다고 하겠다.

그러나 1960년대 초에 마저리 프라이 부인이 주도한 캠페인의 결과로 영국 정부는 범죄피해자에 대해서 추가적인 공적 보상제도가 필요하다는 점을 받아들이게 되었다. 프라이 부인의 주장에 따라서 1964년 8월 1일 첫 번째 범죄피해보상계획(Criminal Injuries Compensation Scheme)이 발효되었다. 위의 계획은 의회에 의한 법률이라는 보다 통상적인 입법형식을 택하지 않고 영국 정부의 행정권한(국왕특권)에 의해서 이루어졌다. 그 당시에 이와 같이 비통상적인 접근방법을 택한 것은 국가가 범죄피해자에 대해서 보상하여야 할 법적 책임을 받아들인다는 이유 때문이었다.

원래의 피해보상계획의 존속기간은 실제 1969-1979로 한정되어 있었다. 그러나 1988년에 위 계획이 결국 1988년의 형사재판법 제108조에서 117조의 형식으로 입법되어 구체화되었다. 그러나 동법은 발효되지 못했고 대신 1990년

2월에 범죄피해자구조계획이 다시 한번 개정되었으며 이 계획을 통해서 영국은 폭력범죄의 피해자에 대한 보상에 관한 유럽협약을 비준하게 되었다.

1990년 계획에 의하면 폭력범죄에 의해서 침해를 당한 피해자는 규정된 서식으로 신청서를 작성하여 범죄피해보상위원회에 제출하게 된다(제23조). 위원회는 법정변호사(barrister) 또는 사무변호사(solicitor)로서 민간실무경험을 가진 경험있는 법률가 및 상근 행정관료인 비상근위원으로 구성된다(제1조). 신청절차는 단순하며 많은 신청자들은 변호사나 기타 대리인의 조력을 필요로 하지 않는다. 신청자가 변호사를 고용한 경우 신청자 스스로 법률비용을 지불하여야 한다(제25조). 청구권주장은 위원회의 행정관료에 의해서 조사된다. 모든 필요한 증거가 확보된 때에는 결정을 위해서 보고서가 작성되어 상급 행정관이나 위원회의 변호사인 위원에게 제출된다(제22조). 보상청구자가 보상받을 권리가 있는 경우에는 그 피해보상액은 커먼로상의 원칙에 따라서 산정된다. 청구자가 그의 사건과 관련해서 결정에 대해서 불만이 있는 경우에는 위원회의 2인 또는 3인의 변호사 위원으로 구성되는 심의회 앞에서 짧은 시간(15-30분) 동안 구두로 진술할 것을 일정한 조건에 따라서 요구할 수 있다(제22-27조). 진술을 들은 직후 심의회는 결정을 내려야 한다. 이러한 결정은 통상적으로 최종적인 것이지만 위원회가 적정한 절차에 따르지 않은 경우 청구자는 법원에 대해서 사건을 상소할 수 있는 매우 제한된 권리를 갖는다.

영국에서 실시된 조사결과에 의하면 위원회로부터 피해보상을 받을 것을 주장한 피해자의 수, 보상지급의 수, 그리고 지급된 피해보상액은 1965-1966년에 위 계획이 전면 실시된 이후 실질적으로 모두 증가하였다. 1980년대에 위원회의 활동 중 실질적인 증가로 나타난 결과 중 하나는 청구권주장이 더욱 더 느리게 처리되기에 이르렀다는 점이다. 그에 따라서 1982-1983년에는 대부분의 사건들이 최종적인 결정에 이르기까지 1년 정도 소요되었으며, 1990-1991년에는 청구의 70% 이상이 최종결정까지 이보다 더 오랜 시간이 걸렸으며, 더욱이 해결되지 않은 청구권 주장의 잔여건수가 80,000건 이상에 이르렀다. 이 시기에 이르러 영국정부 또한 위 계획의 실시에 따라서 증가한 비용에 대해서 염려하게 되었다.

이에 따라, 1992-1993년에는 1990년의 피해보상계획이 전면적으로 개정되었으며 1994년 4월부터 발효되었다. 이러한 개정(입법이 아닌 국왕특권에 의하여 이루어진)의 원칙적인 성격은 보다 유연하고 보다 관대한 커먼로상의 보상 산정방법을 대신하여 피해자가 입은 피해의 중대성에 근거한 보상액의 고정된 정률표로 대체하는 것이었다. 새로운 계획은 실행하기가 보다 쉬워졌기 때문에 더 이상 위원회에 실무의 변호사를 포함시킬 필요가 없어졌으며 그 대신 모든 청구가 행정관료에 의해서 결정될 수 있게 되었다. 그리하여 새로운 계획은 이전보다 더욱 더 행정적인 성격을 지니게 되었으며 보다 덜 법률적인 성격을 갖게 되었다. 또한 다수의 피해자에 대해서 지급되는 보상액도 상당히 감액될 예정이었다.

그런데 1994년 4월 1일 도입된 새로운 정률표 계획은 다수 여론의 반대에 부딪치게 되었다. 그러자 의회에서는 정률표계획이 그 자체로 명백하게 불공평하며, 정부가 부적절하게 행동하여 1988년 형사재판법의 중요한 규정들을 무효화시켰다는 점이 주장되었다. 더욱이 1994년 11월 항소법원은 다수의견으로, 정부가 국왕특권에 의해서 정률표 계획을 도입함으로써 정부에 부여된 헌법상 권한을 초월하여 행하였다고 판결하였다.

정부는 대법원에 상소하였는데, 1995년 5월에 대법원은 비록 3:2의 다수의견이기는 하지만 대법관들이 항소법원의 판결에 동의한다는 점을 인정하였다. 그에 따라 위법한 정률표 계획은 철회되었다. 이어 정부는 빙햄 경의 의견을 채택하여 새로운 -보다 관대한- 정률표 계획을 담은 범죄피해보상법안을 하원에 제출하였다. 그리고 이 법안은 1995년 말에 법으로 제정되어 1996년 4월 1일부터 시행되고 있다.

나. 피해보상의 요건

피해보상이 지급되기 위해서는 세 가지의 기본적 요건들이 충족되어야 한다.

1) 피해자가 영국에서 침해를 당했거나 사망한 경우이어야 한다. 다만 국적이나 주거에 관한 요건은 존재하지 않는다. 1990년 계획에 의하면 영국에 온

모든 방문자는 그가 얼마나 짧은 기간 동안 체류하는가에 관계없이 영국이나 영국의 선박 또는 비행기에서 침해를 당한 경우 보상을 신청할 수 있는 권리를 갖는다(제4조). 이러한 규정은 국적이나 영구거주라는 제한적 기준을 명시하고 있는 유럽협약에 의해서 자격을 갖지 못하는 많은 피해자들을 포괄하는 것이다. 하지만 영국 이외의 장소에서 피해를 당한 영국 시민은 1990년 계획에 의해서 보상을 받을 수 있는 권리를 갖지 못한다.

유럽협약 제2.1조에 따라서 영국의 피해보상계획은 신체적 피해 및 건강상의 침해에 대해서 피해보상을 제공한다. 하지만 피해가 단지 심리적인 피해로만 이루어진 때에는(즉 피해자가 신체적 피해를 입지 않은 경우), 피해자가 고통당하였음을 의학적인 증거를 통해서 위원회에 입증한 경우 피해보상이 지급된다. 소액청구의 배제는 피해(신체적이건 또는 정신적이건 간에)가 경미한 것(예를 들면 칼에 베인 것 또는 찰과상이거나 또는 일시적인 감정상의 고통)인 경우에 피해보상이 지급되지 않을 수 있다는 것을 의미한다.

2) 상해 또는 사망은 (a) 폭력범죄, (b) 형사사법기관의 공인된 행위여야 한다.

가) 폭력범죄

폭력의 개념은 유럽협약이나 1990년 계획에 규정되어 있지는 않지만 그 의미는 매우 명백하다(제4조 참조). 살인, 폭행, 강간과 같은 범죄들, 총기와 관련된 범죄, 생명을 위태롭게 할 의도로 폭발물을 사용하는 것과 관련된 범죄, 폭동, 폭력적인 무질서 및 소란행위의 범죄, 유괴범죄 및 위법한 감금행위 등이 피해보상계획의 범위 내에 포함되며, 또한 방화와 독극물 투입이 포함된다. 비록 유럽협약 제2.1조가 고의에 의한 범죄들만을 언급하고 있지만, 폭력범죄가 경솔한 행위(reckless conduct)로부터 비롯된 경우 영국의 피해보상계획에 의해서 보상이 지급될 수 있다.

유럽협약 제2.2조에 의하면 범죄자가 형사법정에서 유죄가 확정되지 아니하거나 또는 경찰에 의해서 특정조처 되지 않은 경우에도 피해보상을 지급받을 수 있다. 이를 위한 요건은 보상신청자가 범죄가 저질러졌다는 점에 개연성 있음을 위원단에게 확신시키는 것이다. 범죄자가 체포된 경우 심의회는 범죄

자가 연령, 정신상태 또는 외교적 특권으로 형사책임이 면제될 수도 있다는 점을 무시한다(제4조).

나) 형사사법기관의 공인된 행위

1990년 피해보상계획에 의하면 (i) 범죄자 또는 범죄협회가 있는 범죄자의 체포나 또는 체포 시도, (ii) 범죄의 예방이나 예방시도, 또는 (iii) 위와 같은 행위에 관여하고 있는 경찰관에 대한 조력의 제공으로 그 원인을 직접적으로 돌릴 수 있는 개인적 피해에 대해서 피해보상이 지급될 수 있다(제4조). 피해보상계획의 이러한 상황에 따른 대부분의 신청은 경찰에 의해서 이루어진다. 그러나 공중의 구성원들도 이를 청구할 수 있는 권리가 있다.

3) 피해나 사망이 전술한 (a), (b)에 대해서 “그 원인을 직접 돌릴 수 있는 것”이어야만 한다.

이와 같은 요건은 두 가지 측면을 갖고 있다. 첫째로 피해자의 피해가 실제로 폭력범죄에 의해서 발생한 것이라는 점이 심의회에 대해서 입증되어야 한다(예를 들면 의학적 증거에 의해서). 둘째, 피해는 법률상 범죄의 “직접적인” 결과이어야 한다. 두 번째의 문제는 대부분의 법률제도에 대해서는 친숙한 인과관계의 문제를 제기하게 된다. 그러나 일반적으로 심의회는 관대한 접근방법을 채택하였으며, 그리하여 이성적인 사람이 그의 상식을 적용하였을 때 범죄가 피해의 원인인 것으로 “공정하고 진지하게” 간주하는 그러한 관계가 범죄와 피해 사이에 존재하는 경우 그러한 피해를 “직접적인 것”으로 판단하게 된다.

다. 피해보상의 예외

많은 범죄피해자들은 그럼에도 불구하고 피해보상을 못하고 있는데, 왜냐하면 “자격 없는” 피해자에 대해서는 피해보상계획이 심의회로 하여금 보상지급을 전적으로 거부하거나 또는 감액하여 지급하도록 요구하고 있기 때문이다.

즉 피해자가 범죄기록이 있는 경우, 피해자의 비행이 피해자의 피해에 대해서 기여한 경우, 그리고 국가기관이 범죄자를 체포하거나 유죄를 입증하는 것을 돕기 위해서 책임있는 시민으로서 피해자가 행동하지 않은 경우에는 공공재정에 의한 피해보상을 받을 자격이 없다는 것이다. 이와 유사한 원칙이 유럽협약 제8.3조에도 명시되어 있다. 영국의 피해보상계획은 또한 일정한 가정폭력사건에서 (유럽협약 제8.3조에 서술된 규정) 및 (유럽협약 제5조에 따라서) 피해자가 단순히 경미한 피해를 당한 것과 같은 종류의 사건에서는 피해보상이 거부되어야 한다는 점을 규정하고 있다. 그러나 유럽협약 제7조의 규정에도 불구하고 영국의 피해보상계획에 의하면 “신청인의 재정적 상황을 근거로 하여서” 피해보상이 거부될 수는 없다.

영국에서 실시된 조사에 의하면 위와 같은 자격배제의 규정들은 최근에 영국의 보상계획에 따른 청구 중 약 1/4에서 1/3 가량이 거부되었음을 말해주고 있다. 청구사건들 중 1-2% 이상의 사건에서 위와 같은 사유 중 어느 것으로 인하여 감액된 보상이 지급되고 있는 것이다. 이와 같은 규정들을 보다 상세하게 검토해보기로 한다.

(1) 신청인의 자격

심의회는 (i) 청구를 제기하게 한 범죄행위의 전후나 행위시 피해자의 행동 또는 (ii) 피해자 자신의 범죄사건의 유죄판결이나 위법한 행위에서 나타난 피해자의 성격이 피해자에게 보상을 지급하는 것을 부당한 것으로 만드는 경우에는 피해보상을 거부하거나 감액할 수 있다(제6조 (c)).

(가) 피해자의 피해를 야기한 범죄 전후 및 행위시의 피해자의 행동

예를 들면 피해자가 도발하는 행위를 하였거나 공격적인 행위를 하였거나 싸움을 시작하였거나 또는 자의로 격투에 관여할 것에 동의하였을 경우이다. 피해자가 주취에 기인한 위법행위(misconduct)를 하거나 또는 약물을 오용한 경우에도 역시 피해보상을 거절당하게 되는 것이 보통이며, 피해자가 폭력집단의 구성원인 경우에도 마찬가지로 피해보상이 거절된다. 이와 같은 모든 사

례들이 유럽협약 제8조에 해당된다. 그런데, 문제는 피해자에 의한 “과실” 행위이다. 예를 들면 어느 여자가 짧은 스커트를 입고 지나가는 차를 편승한 경우에 그 여자가 화물칸에 타는 것을 승낙하였고 운전자에 의해서 성적인 침해를 당했다면 그 여자에 대해서는 피해보상이 거절되거나 감액되어야 하는 것이다. 또는 어느 술취한 사람이 선창 부근의 술집에서 돈이 가득 든 지갑을 “내보여주었으며” 그리고 나서 두들겨 맞고 강도를 당했다면 그 사람에게 대해서는 어떻게 판단하여야 하는가가 문제된다. 심의회는 양자의 사례들에서는 피해자들이 사려 깊지 못했을 수 있지만 “위법한 행위를 한” 책임이 있는 것은 아니라는 견해를 취했고 위와 같은 사례에서는 피해보상은 전액 지급된다.

(나) 피해자의 범죄기록

피해자의 유죄판결과 피해보상이 청구된 피해 사이에 인과적인 관련성이 존재할 필요는 없다. 피해보상이 청구된 사건의 이전에 언젠가 또는 그 이후 언젠가 신청인이 범죄를 저질렀다면 피해보상은 거절될 수 있다. 다음은 심의회가 제시한 기준으로 청구가 거부되는 사유가 무엇인지 보여주고 있다.

(i) 테러범죄로 유죄가 확정되었던 신청인에 대해서는 통상적으로 피해보상이 거절된다.

(ii) 다음과 같은 경우에 통상적으로 피해보상이 거절된다. 즉 신청인이

(a) 중대한 폭력범죄, 예를 들면 모살, 고살, 강간, 상해, 또는 중대한 신체상해행위로 유죄판결을 받은 경우

(b) 기타 매우 중대한 범죄, 예를 들면 대량의 마약밀거래로 유죄판결을 받은 경우

(c) 보다 덜 중대한 범죄, 예를 들면 폭행, 주거침입강도, 절도 또는 재물손괴죄로 2회 이상 유죄판결을 받은 경우

(d) 중대한 기망행위로 다수의 유죄판결을 받은 경우

각각의 사례는 그 사례의 구체적인 특성에 따라서 판단되어야 한다. 또한

일정한 사례에서는(특히 사회복귀의 명백한 증거가 있는 경우) 중대한 폭력범죄로 인하여 유죄판결을 받았다고 하더라도 보상신청이 거절되지는 않는다. 예를 들면 부정한 범죄로 유죄판결을 받은 기록이 있는 사람이 경찰이 법을 집행하는 것을 도운 경우 또는 공격을 받고 있는 사람을 도운 것이 진정한 경우 이 과정에서 피해를 입어서 보상신청을 한다면 심의회는 피해자에 대해서 호의적인 결정을 하게 될 것이다.

(2) 공공기관에 협조하지 않음

피해보상은 오로지 “책임감 있는” 피해자에 대해서만 지급되는 것이 일반적이다. 영국의 피해보상계획은 (제6조(a)와 (b)에서) 다음과 같은 경우 피해보상을 거부하거나 감액할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 피해자가 비합리적으로 다음을 수행하지 못한 경우에 그러하다.

- (i) 지체없이 경찰서, 또는 기타 적당한 공공기관에 대해서 피해상황을 상세히 보고하기 위해서 필요한 모든 합리적인 조치
- (ii) 범죄자를 기소하기 위해서 경찰이나 검찰에 협조하는 것
- (iii) 피해보상신청과 관련하여 심의회 또는 기타 기관에 대해서 적절한 협조를 제공하는 것

위와 같은 협조를 요건으로 하는 것은 “책임감 있는” 시민의 행위가 있을 것을 요구하는 것일 뿐만 아니라 또한 기망적인 피해보상청구를 막을 수 있는 방어장치로 기능하기도 한다. 왜냐하면 심의회가 청구의 유효성 및 범죄가 일어났다고 주장되는 상황을 조사하는 과정에서는 경찰에 의해서 제공되는 증거가 필수적이기 때문이다. 피해자가 위와 같이 행위하지 못한 것이 피해자의 미성숙, 노령 또는 정신적 또는 신체적 무능력으로 인한 것이 아니라면, 심의회는 피해자가 책임있게 행위하지 못한 데 상당한 이유가 있다는 점을 좀처럼 인정하지 않고 있다. 유럽협약은 피해자가 공공기관에 협조하도록 요구하는 구체적인 규정을 두고 있지 않지만 이러한 요건은 협약 제8조의 일반 규정에 해당하는 것으로 보인다.

(3) 가정내 폭력

아동학대나 배우자학대 사건과 같이 자신의 가족 구성원에 의해서 형사상의 피해를 당한 경우에는 무슨 일이 발생하였는지 정확하게 입증하는 데 따르는 특수한 곤란, 보상을 얻어내기 위한 모의의 위험성 및 피해자에 대한 보상지급이 사실상 범죄자에게만 이익이 될 수 있는 위험이 존재한다. 그 결과 1979년 이전에는 영국의 피해보상계획에 의해서는 “가정폭력”의 경우 피해보상이 지급될 수 없었다. 그러나 이와 같은 완전한 금지는 보상의 필요가 있는 사건들에서 부정의를 일으킬 수 있었다. 이런 문제점으로 인하여 보상계획은 개정되었으며 일정한 보장장치가 만족되는 경우 피해보상이 허용되도록 하였다. 현재는 피해자와 범죄자가 “동일한 가족의 구성원으로서 피해가 발생한 당시에 동일한 주거에 거주하고 있었던” 경우에는 다음의 경우에만 피해보상이 지급된다고 규정하고 있다(제8조).

(i) 범죄자가 그 범죄와 관련하여 기소되어야 한다. 이와 같은 요건은 모의를 방지할 수 있는 보장장치를 제공하지는 목적과 피해자가 범죄를 공공의 문제로서 간주한다는 점이 표시될 것을 목적으로 한 것이다. 그러나 폭행당하는 부인들이 자주 직면하는 곤란을 인식한다면, 심의회는 기소되지 않는 데 대한 실제적이거나 기술적인 이유 또는 기타 상당한 이유가 있는 경우에 위와 같은 요건을 요구하지 않고도 보상을 지급할 수 있을 것이다.

(ii) 가정내의 성인들 사이의 폭행사건의 경우에는 보상을 신청하기 이전에 범죄자와 신청인이 동일한 주거에서 동거하는 관계가 중지되었다는 점 및 다시 동거하지 않을 것이라는 점이 심의회에 대해서 입증되어야 한다. 이러한 요건이 중점을 두고 있는 점은 당사자들이 여전히 동거하는 경우 범죄자가 피해자에 대한 보상으로부터 이익을 얻게 된다는 것이다.

(iii) 미성년자(즉 18세 이하의 사람)에 대한 폭행사건의 경우에는 보상을 지급하는 것이 미성년자의 이익에 반하지 않을 것이라는 점이 심의회에 대해서 입증되어야 한다. 예를 들면 아버지에게 폭행당한 아동의 이익을 위해서 현재 보상이 지급되었더라도 이후에 그 아동이 보상의 사유를 알게 된다면 그 사실이 문제를 야기할 수도 있다.

(iv) 모든 경우에서 범죄자가 보상으로부터 이익을 얻을 수 있는 가능성이 없다는 점이 심의회에 대해서 입증되어야 한다. 이러한 일반규정은 가정내 폭력에 제한되는 것은 아니지만 이러한 상황에서 발생할 가능성이 가장 크다. 그러나 그러한 사건들에서는 -그리고 다른 문제되는 사건들에서- 피해보상의 지급을 위해서 특수한 조정을 할 수 있는, 예를 들면 신탁을 통해서 이를 할 수 있는 광범위한 권한을 심의회가 갖고 있다. 또한 이와 같은 권한의 행사는 피해보상이 보상을 받을 자격없는 자에게 지급되는 것을 막을 수 있도록 심의회가 활동하는 것을 가능하게 해주어야 한다. 이 요건으로 인해서 피해보상이 자주 거절되는 것은 아닌 것으로 나타나고 있다.

(4) 소액에 대한 보상청구

유럽협약 제5조에 규정된 것과 마찬가지로 영국의 피해보상계획은 소액청구를 배제시키고 있다. 소액청구는 다음과 같은 사유로 배제된다. 손해를 신청인 스스로 감당할 수 있다고 합리적으로 기대할 수 있는 경우이다. 다수의 소액청구는 피해보상계획의 집행을 방해하는 경향이 있으며 그래서 소액청구를 배제하는 것은 자원을 보다 중한 사건에 집중시키는 것을 용이하게 한다. 경미한 피해에 대해서 보상을 결정하는 것은 비율에 맞지 않는 정도로 비용이 많이 든다는 것이다. 그러나 논쟁을 일으킬 수 있는 것은 최소액의 경계가 설정되는 수준이다. 영국의 피해보상계획(“소액”청구의 경계가 정기적인 간격을 두고 인상되는)에 의하면 이러한 경계는 현재 1,000파운드이다. 이와 같이 상대적으로 높은 수준은 많은 논쟁을 불러일으키고 있는데, 상대적으로 중대한 배상청구 - 습격을 당해서 핸드백을 탈취 당한 노부인과 같이 “배상을 받을 필요가 있는” 전형적인 피해자들을 포함하여 - 들이 배상을 거절당하게 될 수도 있다는 근거에서 그러하다. 영국정부는 인플레이션을 초과하여 배상의 경계가 1,000파운드로 인상되었음을 인정하였으며, 또한 하한액 기준이 배상의 전반적인 비용을 억제하는 방법으로 사용하고 있음을 명백히 하였다. 이와 같은 한계의 효과에 대해서 심의회는 위 예에서 든 “노부인”에 대해서 배상이 지급되지 않을 것이라는 점을 부정하고 다음과 같이 설명하였다.

“하한액의 기준은 피해자가 입은 피해가 경미한 성질의 것일 경우 통상적으로 적용될 것이다. 예를 들면 칼에 베이거나 타박상을 입었거나 또는 발목을 뺨 경우와 같이 사소한 의학적 치료만이 행해진 경우 및 눈에 띄는 상처가 남지 않는 경우, 또는 3주 이상 4주 이하의 직장으로부터의 병가를 필요로 하지 않는 경우이다. 심의회는 정신적 충격 및 감정적인 혼란을 고려하며 피해자가 노령인 경우에 이 점에 보다 더 많은 주의를 기울일 것이다. 그러나 다른 한편 불쾌한 경험에 대해서 불가피하게 나타나는 반응 이외의 것이 아닌 경우 일시적 충격이나 고통 또는 감정적 혼란이라는 한가지 사유에 대해서는 통상적으로 피해배상은 지급되지 않을 것이다.”

이러한 해명에도 불구하고 1,000파운드의 하한액이 갖는 부작용에 대한 비판은 피해자를 위한 단체들로부터 계속적으로 제기되고 있다.

라. 보상액의 산정

유럽협약 제2.1조는 단지 “국가는 피해보상에 기여하여야 할 것이다...”라고만 규정하고 있다. 그와 같은 피해보상액이 어떻게 산정되어야 하는가에 대해서는 지시하지 않고 있다. 1960년대 초에 영국의 피해보상이 형성되고 있을 당시 두 가지의 가능한 보상수준이 고려되었다. 첫 번째는 산업재해에 대한 사회보장계획에 근거한 것이었다. 이것은 범죄피해의 결과로서 피해자가 입은 금전적 손실을 경감시켜주며 또한 그로부터 나타난 모든 육체적인 장애에 대해서 제한적인 재정적 보상을 제공하려는 목적을 가진 것으로 매주 고정된 비율의 금전을 지급해주는 것이다. 다른 하나의 접근방법은 “커먼로상”의 원칙을 따르는 것이었는데, 이에 의하면 과실로부터 결과한 개인적 피해에 대해서는 불법행위에 대한 손해배상청구에서 그 손해를 배상받게 된다. 이것은 모든 금전적 손실에 대해서 피해자에게 보상해주며 또한 피해자의 피해로부터 야기된 고통과 쾌적함의 상실에 대해서 공정한 배상을 제공하기 위한 목적을 가진 것으로 일시불로 피해보상을 지급해주는 것이다. 결국 커먼로상의 접근방법은 1996년 4월 1일에 “정률표”에 의한 산정방법에 의해서 대체되었다.

1996년 도입된 “정률표” 계획안에 의하면 폭력범죄의 피해자들이 입기 쉬운

성질을 가진 모든 피해들은 25가지의 지급수준이나 또는 피해의 중대성과 관련되며 1,000파운드에서 250,000파운드에 이르는 “범위”에 따라서 구분된다. 피해보상을 받을 자격이 있는 피해자는 첫번째 단계에서 위 정률표상에서 피해의 위치에 따라 결정되는 “표준” 일시금을 지급받게 된다. 대부분의 사건들에서는 이것이 피해자에 대해서 지급될 수 있는 유일한 보상이다. 그러나 피해가 28주 이상의 기간동안의 장해에 이를 정도로 충분히 중대한 것인 경우에는 500,000파운드를 상한으로 소득의 상실 및/또는 의료비용과 관련하여 추가지급이 이루어질 수 있다. 사망한 피해자의 부양가족에 대한 피해보상을 위해서는 별도의 지급이 이루어진다. 영국정부는 “정률표”의 경우 1889년 계획에 의해서 처리되던 것보다 신청인의 대다수가 더 불리해지는 것을 의미하지 않는 수준에서 결정될 것이라고 주장하였다.

(1) 보상액 산정을 위한 커먼로상의 기초

1990년 계획은 일반적으로는 커먼로상의 원칙을 따르고 있지만, 공공기금에 의한 보상에서 나타나는 약간 상이한 성격과 요건들을 반영하고 있는 성질, 즉 커먼로상의 원칙들로부터 이탈하고 있는 몇 가지 성질을 포함하고 있다.

(가) 일반원칙

개인적 피해에 대해서 손해보상액을 산정하기 위한 커먼로상의 접근방법이 갖는 전반적인 목적은 그것이 금전의 지급으로 가능한 한도에서 각각의 피해자를 그가 피해를 당하지 않았더라면 그가 현재 있었을 위치에 놓이도록 한다는 것이다. 각각의 사건들은 개별적인 근거에 따라서 다루어진다. 피해자가 당한 피해의 결과로 피해자에게 야기된 모든 손해들을(그것의 성격이 금전적인 것이든 또는 금전적인 것이 아니든) 특정한 피해자에게 보상해주기에 적절한 금액을 결정하는 것이 그 목적이다. 그러나 또한 손해보상이 “일회성” 일시불로 지급되는 것도 커먼로상의 확립된 원칙이다. 일단 보상액이 결정되어 지급되면, 비록 보상액이 산정될 당시 사건을 고려했던 것보다 피해자의 상황이 훨씬 더 중대한 것으로 밝혀진다고 하더라도 사건에 대해서 더 이상 고려

할 수 없다. 피해가 심각한 것이며 또한 피해자의 소득능력 및 생활을 즐길 수 있는 능력에 대해서 지속적인 영향을 미치는 것인 경우에는, 위와 같은 중국성의 원리는 일정한 정도로 정확한 “완전한” 보상이라는 목표를 커먼로를 통해서 달성할 수 없도록 만들게 된다. 그런 경우 피해자의 과거의 손해를 산정하는 것과 함께 피해자의 장래의 고통과 손해를 예견할 필요가 있게 된다. 커먼로는 그와 같은 예견에 따른 변화들을 상쇄시킬 수 있는 여러 가지 도구들을 발전시켰다. 그럼에도 불구하고 많은 점에서 그러한 도구의 이용이 인위적인 것이라는 점은 명백하다.

피해자의 피해가 장래에 전개될 것을 예견할 필요성을 감소시키는 방법 중 하나는 피해보상을 임시로 지급하는 것이다. 이와 같이 유용한 권한은 적절한 사건에서 심의회가 행사할 수 있다. 예를 들면 피해자의 피해에 대해서 잠정적인 의학적 평가만이 일정기간 동안 제시될 수 있는 경우이다(제12조). 피해 보상계획에 따라서 피해자가 자격이 있다는 점이 충분히 입증되었다면 피해 보상의 일부 지급이 즉시 이루어질 수 있으며, 그 잔여금액에 대해서는 피해자의 상황이 안정되고 확정적인 의학적 예측이 이루어질 수 있을 때 보상액이 산정된다. 그러나 위와 같은 권한은 피해자의 상태가 첫 번째 진찰한 때보다 훨씬 더 악화된 것으로 예기치 않게 밝혀지는 사건에는 적용되지 않는다. 엄격한 커먼로 이론에 의하면 위와 같은 상황에서 추가적인 보상은 주장될 수 없다. 그러나 영국 정부는 피해보상이 공공기금으로부터 지급되는 경우에는 중국성의 원칙을 유지할 필요성이 그렇게 상하지 못하다는 점을 받아들였다. 또한 심의회에 대해서는 다음과 같은 경우에 추가적인 보상지급을 할 수 있는 제한된 권한이 주어졌다. 즉 신청인의 의학적 상태에 중대한 변화가 있으므로 피해보상액에 대한 원래의 평가가 유지될 것이 허용되면 부정의가 발생할 수 있는 경우 또는 이후에 피해의 결과로 피해자가 사망한 경우가 그것이다(제13조).

(나) 개인적 피해에 대한 보상

피해자가 폭력범죄에 의해서 피해를 입은 경우에 커먼로상의 접근방법에

의하면 다음과 같은 세 가지의 표제 하에서 피해보상은 지급될 수 있다.

- (i) 의료비용 및 기타 비용
- (ii) 소득의 상실
- (iii) 육체적 정신적 고통 및 쾌적함의 상실

이러한 영역에서 적용되는 법률은 주로 판례법이다. 그것은 과거 수백년 동안 개별적인 사건에 대해서 내려진 법원판결의 산물이며 사법적 범형성이라는 커먼로 전통의 핵심을 보여준다.

(ㄱ) 의료비용 및 기타 비용

유럽협약 제4조와 일치하여 커먼로상의 접근방법은 범죄피해의 결과로 과거와 장래에 발생하였거나 발생할 합리적인 모든 의료비용 및 입원비용을 피해자에 대해서 보상해준다. 심의회는 일반적으로 이와 같은 접근방법을 따르고 있다. 그러나 영국의 피해보상계획에 의하면 공공의 국가기금으로부터 보상받을 것을 주장하는 피해자들은 영국의 국립 건강 서비스(National Health Service)의 “무료” 시설을 이용하도록 요구되고 있다(제18조). 그러므로 민간의 의학적인 치료의 비용은 모든 상황에서 볼 때 민간의 치료 및 그 비용 양자가 합리적이라고 심의회가 판단한 경우에만 지급될 것이다. 이것은 “개인” 피고인으로부터 보상을 받을 것을 주장하는 사람들에게 대해서 적용되는 것보다 더 제한적인 규정이다. 지급될 수 있는 기타 비용은 보다 더 적합한 주거로 이사하는 비용 및 긴급상황에 대한 전화비용과 같이 신체장해를 극복하기 위해서 드는 부가적인 비용에서 발생한다. 그러나 안경 및 보청기와 같은 “신체 보조기구”의 예외의 경우와 함께 재산상의 손실 및 손해에 대해서는 피해보상이 지급될 수 없다.

또 다른 비용의 형태는 특별규정을 필요로 하였는데 성범죄의 결과로서 나타나는 육아비용이 그것이다. 비록 손해는 위와 같은 근거에서 지급될 수 있더라도, 일반적으로 영국정부는 최소한 그 일부가 사회보장규정에 의해서 해당될 수 있는 그러한 비용에 대해서는 범죄피해보상이 지급되도록 허용하지 않고 있다. 하지만 이러한 정책에 대해 비판이 제기되자 여성이 강간에 대해서 피해보상을 받는 경우에는 그 여성이 아이를 양육할 의도를 가지고 있다

면 강간으로 출생한 아이와 관련해서 심의회가 5,000파운드의 추가 보상액을 지급할 수 있도록 결정하였다.

(ㄴ) 소득의 상실

원칙적으로 커먼로는 피해자가 피해의 결과로 상실한 또는 상실하게 될 소득과 정확하게 동등한 피해보상을 피해자에게 지급하려고 한다. 심의회가 보상액을 산정하기 이전에 이미 발생한 손해의 경우에는 비록 가끔은 어렵다고 하더라도 발생한 손실이 실제적인 안이 된다. 장래 손실의 산정은 추측된다.

(유럽협약 제5조에 규정된 것과 마찬가지로) 시초부터 범죄피해보상계획은 매우 높은 소득을 가진 피해자에 대해서 비례에 맞지 않는 보상이 이루어지는 것을 회피하기 위해서 소득상실에 대한 보상액에 대해서 상한선을 두었다(제14조). 이와 같은 상한선은 산업근로소득의 전체평균의 1.5배에 해당하는 기준-연간 약 25,000파운드의 상한선-에 의해서 고정되어 있다.

보상액 산정이 이루어진 시점 이후에도 소득의 상실이 계속되는 경우에 심의회는 피해자의 장래 고용전망을 도표화하도록 시도하는 것이 보통이다. 피해를 당하지 않았더라면 피해자가 승진하였을 것인가 승진하였다면 언제 어느 수준까지 승진하였을 것인가 등을 고려함으로써 피해자가 피해의 결과로 노동을 할 수 없게 될 각 연도의 피해자가 입을 추정손실을 산정하는 것이다.

또 심의회는 범죄피해의 결과로서 피해자가 근로를 하지 못하는 연수를 평가한다. 최종적인 할당금이 지급되기 전에 피해자가 다시 노동을 하게 된 경우에는 아무 문제도 발생하지 않는다. 피해자가 여전히 피해의 결과로 고통을 받고 있는데 할당금이 지급되어야 하는 경우, 그리고 특히 피해가 너무 중대한 것이어서 피해자가 다시 노동을 할 수 없는 경우에는 곤란한 점이 나타난다. 이러한 사례들에서는 심의회는 피해자가 근로를 할 수 있었을 것으로 예상되는 연수에서 출발한다. 그러나 그와 같은 수치는 예를 들면 근로자과잉, 질병 또는 사고상해로 인해서 경우에 따라서는 피해자가 근로를 중지할지도 모르는 가능성을 포함할 수 있도록 축소되어야 한다.

유럽협약 제9조에 따라서 보상은 피해자의 순손실에 대해서만 지급된다. 즉 사회보장제도, 연금제도, 보험계약 및 불법행위소송이나 형사법원의 보상명령

에 의해서 범죄자가 지급하거나 범죄자의 이익을 위해서 지급되는 것과 같이 다른 재원으로부터 피해를 당한 이후에 피해자가 수령하는 모든 “부대적인” 수혜의 가치가 참작되어야 한다(제19조). 이런 접근방법은 제9조에 규정된 것처럼 “중복” 보상을 회피하기 위한 것이다. 국가의 피해보상계획이 피해자를 그가 피해를 당하지 않았더라면 처하여 있었을 위치보다 더 좋은 재정적 위치로 이동시켜야 할 아무런 이유도 없기 때문이다.

(ㄷ) 육체적 정신적 고통 및 쾌적함의 상실

피해로부터 결과하는 비용 및 소득상실과 함께 그 원인을 피해사실로 돌릴 수 있는 육체적 정신적 고통은 피해보상이 지급되어야 하는 사유에 해당된다. 피해자가 고통을 당하고 있는 피해는 피해자로부터 인생을 향유할 수 있는 능력을 박탈하며 따라서 이러한 피해도 역시 보상되어야 하기 때문이다. 위와 같은 “고통”이 객관적인 금전적 가치를 갖지 않는다는 점은 명백하며 따라서 그 정도를 어떻게 산정하여야 할 것인가에 하는 점은 불확실하다. 영국의 법원들은 불법행위소송에서 수년간 피해의 상대적인 중대성과 관련된 일련의 기준범주들을 발전시켜 왔지만, 이러한 기준이 구체적인 사건에서 적절한 보상을 보장해주는가 하는 데 대해서는 상당한 논의의 여지가 있다. 실무에서 심의회는 육체적 정신적 고통 및 쾌적함의 상실에 대한 피해보상이 법원이 행하게 될 보상과 일치하도록 하는 것이 보통이다.

(ㄹ) 사망의 경우의 피해보상

개인적 피해에 대한 보상액산정과 관련된 법률은 거의 전적으로 판례법이다. 하지만 예를 들어 사람이 도로에서 또는 공장사고로 사망한 경우에는 그 사람의 유족에 대해서 지급되는 보상은 제정법-1976년의 사망사고법(잉글랜드와 웨일즈) 및 1976년의 손해법(스코틀랜드)-에 의해서 결정되며 범죄피해의 결과로 사망한 사람의 유족에게 지급되는 보상액을 결정하는 기초를 제공하는 것은 위와 같은 제정법이다(제15조). 이러한 보상에 대해서는 다음과 같은 세 가지 표제에 따라서 요약할 수 있다.

- (i) 장례비용
- (ii) 생계수단의 상실
- (iii) 근친자 상실

(ㄱ) 장례비용

유럽협약 제4조에 규정된 것과 마찬가지로 사망한 피해자의 장례를 행한 사람은 적절한 장례비용에 대한 권리를 갖는다(제15조 이하).

(ㄴ) 생계수단의 상실

유럽협약 제4조는 “피해보상은 부양가족과 관련하여 생계수단의 손실을 포함하여야 한다”는 점을 요구하고 있다. 영국의 피해보상계획에 의하면 사망한 피해자에 대해서 재정적으로 의존하고 있던 모든 유족은 그의 순수한 재정적 손실에 대해서 상환을 받는다. 즉 피해자가 피해를 당한 경우에서와 마찬가지로 보상되는 손실은 다른 재원으로부터 수령한 지급액을 감액한 후에 계속되는 손실이다. 예를 들면 이것은 피해자가 훌륭한 조건의 연금계약으로 고용된 사람이었던 경우 그 배우자가 입은 순수한 재정적 손실(즉 임금과 연금 사이의 차이)이 상대적으로 적은 것일 수 있다는 것을 의미한다. 피해자가 18세 미만의 부양할 자녀들을 남긴 경우 피해보상은 어머니의 봉사의 상실에 대해서도 지급될 수 있다. 또한 피해보상은 사망한 사람이 담당한 기타의 일정한 서비스(예를 들면 가사노동)의 가치에 대해서도 유족에게 지급될 수 있다.

(ㄷ) 근친자 상실에 대한 보상지급

1982년까지 사망사건의 피해보상은 영국법률에 의할 때 단지 유족에 대해서 금전적인 손실을 보전해주는 문제로만 간주되었다. 사랑하는 사람의 사망에 의해서 야기된 슬픔이나 고통에 관련해서는 피해보상이 지급될 수 없었다. 그후에 “근친자 상실”이라는 한정된 상황에서는 명목상의 보상을 하도록 결정되었다. 그 결과 (i) 사망한 남편의 부인에 대해서 및 (ii) 사망한 사람이 결혼하지 않은 미성년자(즉 18세 미만)인 경우 그 양친(피해자가 적법한 출생자인 경우)에 대해서 7,500파운드가 지급될 수 있다.

(2) 정률표 계획안

1994년에 영국 정부는 범죄피해보상액의 산정에서 “커먼로”의 접근방법으로부터 탈피하여야 하는 다음과 같은 세 가지 이유를 제시하였다..

(i) 커먼로상의 근거에 기초한 보상액의 산정은 각 개인 피해자가 당한 재정적 손실 및 고통의 정도에 대해서 세분하여 판단된 평가를 필요로 한다. 범죄피해자에 대해서 신속하며 예견가능한 보상을 제공하기 위해서는 보다 덜 복잡하고 시간이 덜 소모되는 보상산정의 기초가 필요하다.

(ii) 다음과 같은 이유로 커먼로상의 접근방법을 유지하는 것이 피해자에 대한 공정성이나 정의의 관점에서 볼 때 중요한 것은 아니다.

(a) 피해의 결과로 피해자가 당한 육체적 정신적 고통에 대해서 개인에게 보상할 수 있는 객관적으로 “올바른” 금전 총액이라는 것은 존재하지 않는다.

(b) 손해에 대한 민사소송상의 청구와는 달리 범죄피해보상에 대한 청구는 청구가 성공하지 못할 경우 청구권을 조사하고 이를 제기하는 비용을 지불하여야 하는 위험을 피해자가 부담하지 않는다는 의미에서 볼 때 피해자에게 손해가 되지 않는다.

(iii) 커먼로상의 접근방법은 피해보상계획의 장래비용을 예견하는 것을 곤란하게 한다. 하지만 가장 근접한 평가에 근거하여 볼 때 2000년에는 1990년 계획의 연간 비용이 4억 파운드를 초과할 것으로 나타나고 있는데 이것은 과도한 것이다.

그리하여 정률표 계획은 개인적인 피해 및 사망의 각 유형에 대해서 규정된 구체적인 “정률표”에 따라서 보상을 제공하게 되었다. 정률표는 피해자에 대해서 지급되는 유일한 보상을 표시하는 방법에 의한 것이다. 그러나 이에 대해서는 많은 지방으로부터 격렬한 비판이 뒤따랐는데, 단일의 정률표가 상이한 피해자에 대한 피해의 다양한 영향을 반영하지 못할 것이라는 점에서 “명백히 불공정한 것”이며 또한 중대한 피해를 입은 피해자에 대해서는 특히 불공정한 것이 될 것이라는 것이었다. 영국정부는 이를 완화시켰고 “강화된” 정률표를 도입할 것을 제안하였는데, 이 정률표는 1996년 4월 1일부터 사건에 적용되고 있다. 그 적용요건은 다음과 같다.

(a) 개인적 피해

(ㄱ) 기준 보상액

개인적 피해에 대한 “기준”보상은 피해자가 당한 피해의 성질에 따라서 결정된다. 심의회가 처리한 다수의 청구사건에 대한 분석에 의하면 범죄피해자가 입은 피해는 약 300개의 범주로 구분될 수 있었다. 새로운 “정률표” 수치는 인플레이션을 감안하여 비율이 상향조정된 보상지급의 평균치에 근거한 것이다. 간편성을 위해서 이 수치들은 1,000파운드에서 250,000파운드까지의 범위를 갖는 25개 “집단”으로 감축되었다. 대부분의 사건들에서는 피해자에 대해서 피해자 개인의 비용, 소득상실 및 쾌적함 상실 또는 육체적 정신적 고통을 보상해주려는 피해보상은 더 이상 지급되지 않고 있다. 유일하게 중요한 인자는 피해의 성격이며 따라서 유사한 피해를 당한 사람들은 피해자 개인의 상황과 관계없이 동일한 피해보상을 받게 된다.

육체적 정신적 고통에 대한 커먼로 보상과 “정률표”의 일반적인 지표를 비교하면 다음과 같다. 예를 들면 범죄적인 침해가 피해자에 대해서 전신마비를 야기시킨 경우 피해자는 “기준”보상을 통해서 250,000파운드의 보상을 받게 된다. 이러한 정률표에 의한 보상이 피해자에게 지급되는 유일한 피해보상이 된다. 또한 사지마비의 경우 소득상실 및 의료비용에 대한 실질적 피해보상이 정신적 육체적 고통에 대한 보상액 105,000-125,000파운드에 부가하여 지급되는 것이 일반적이었다는 점을 고려한다면, 그 보상액은 커먼로 원칙에 근거하여 지급가능한 보상보다 실질적으로 더 적은 액수가 된다. 1994년의 정률표 계획에 대한 비판에 근거해서 영국 정부는 모든 중대한 피해사건에 대해서 부가적인 보상지급을 허용하도록 하였다.

(ㄴ) 부가적 피해보상

1996년 피해보상계획에 의하면 침해가 피해자에 대해서 28주 이상의 무능력을 야기시킨 사건에서는 부가적 보상이 지급될 수 있다. 그러한 사건에서는 피해자는 기본정률보상에 부가하여 소득상실(국내평균근로임금의 1-1.5배의 현재 액수에 따른 현재 추정평가치) 및/또는 의료비용(현재의 동일한 근거에 따라서)에 대한 보상을 지급받을 수 있다. 단 그 최고액 한도는 500,000파운드이다.

(b) 사망사건의 경우

정률표제도에 의하면 적정한 장례비용은 전과 같이 계속 지급된다. 또한 모든 피부양가족들은 5,000파운드의 정액보상을 지급받는다. 그러나 생계비용손실에 대해서(사망자의 소득에 근거하되 국내평균근로임금의 1-1.5배의 현재 액수에 따른 것) 및 모친의 사망에 대해서(매년 2,000파운드의 정액) 보상이 지급되며 최고액 한도는 500,000파운드이다.

4절 미국의 성폭력 배상 관련 제도¹²³⁾

1. 미국 범죄피해 배상 제도 개관

미국에서는 다양한 절차에 의하여 범죄피해자가 그 범죄자로부터 직접 그 피해를 배상받을 수 있다. 법원이 명하는 원상회복은 유죄판결을 받은 범죄자로부터 피해자가 직접 배상받을 수 있는 방법이고, 피해자-범죄자 화해프로그램이나 소환심리, 조정 관련 규정들은 범죄행위로 인한 유죄판결을 아직 받지 않은 범죄자로부터의 배상기회를 부여하고 있다. 다만 어떤 경우에도 범죄자는 밝혀져야 하며 그 범죄자의 협력도 필요하다. 만약 범죄자가 밝혀지지 않았거나 범죄자를 찾을 수 없거나 또는 범죄자의 처지가 곤궁하다면 피해자는 그로부터 아무런 배상도 기대할 수 없게 되며, 그때는 공적 보상이 행해진다.

1965년 California가 최초로 보상프로그램을 도입한 이래,¹²⁴⁾ 1993년에는 미국 전체 50개 주와 컬럼비아 특별구 및 Virgin Islands에서 범죄피해자를 지원하는 기금을 마련하게 되었다.¹²⁵⁾

123) 이에 대해서는 주로 『형사법상 범죄피해자의 원상회복제도-미국·프랑스를 중심으로』(법무부, 2002), 95-104면을 참조했다.

124) California State Board of Control, 1985 Annual Report, p. 5.

125) National Association of Crime Victim Compensation Boards, Directory 1995, p. 2.

2. 범죄피해자 보상프로그램의 내용

가. 일반적 요건

전형적인 범죄피해자 보상프로그램은 피해자가 자신의 과실없이 주경계 내의 범죄행위에 의하여 상해를 입었을 때 주정부기금에서 보상금이 지급된다. 최소한 7개 주에서는 이러한 보상을 재정적으로 궁핍한 피해자들에게만 지급하도록 제한하고 있다. 위법행위자가 체포되거나 유죄판결을 받는 것은 보상금 지급의 선결요건이 아니지만, 피해자는 그 범죄행위를 지체없이 신고하여야 하고 (일반적으로는 사건 발생 72시간 이내), 사건의 수사나 기소에 있어 법집행기관에 협력하여야 한다. 보상금은 범죄 발생일로부터 1년 이내에 이를 청구하여야 한다. Nevada를 제외한 모든 주에서는 그 거주민이나 비거주민 모두의 청구를 받아들인다. 정부기관은 보상금 청구를 심사하여 주의 절차에 의해 보상의 지급 여부를 결정한다. 동 청구절차는 독립적인 것으로, 형사기소나 민사소송에 기속되지 않는다.

나. 보상가능한 비용과 그 지급

보상가능한 범위는 신체 상해로 인한 비용, 즉 진료비나 심리치료비용, 일실이익, 살인피해자 부양가족의 원조 및 장례비용 등으로 제한된다. 비물질적 손해가 그 범위에 포함되는 경우는 드물고, 재산적 손해는 거의 보상된 바 없다. 몇몇 주에서는 보상신청절차로 인한 변호인 비용도 피해자에게 지급하고 있다. 그러나 Utah에서는 “동 절차는 변호인의 조력을 필요로 하지 않을 정도로 매우 간단한 절차”라고 하면서, 매우 예외적인 경우에만 변호인 비용을 지급하고 있다.¹²⁶⁾

대부분의 주에서는 피해자에게 지급되는 금액의 상한선을 정하고 있는데, 이는 일반적으로 10,000달러에서 25,000달러 사이이다. California의 경우는 일

¹²⁶⁾ Utah Code Ann. §63-25a-424 (1996).

반적인 상한이 23,000달러이고, 연방기금을 지급받을 수 있는 경우에는 46,000달러이다. Minnesota와 Ohio의 보상 상한액은 50,000달러이다. 또한 다수의 주에서는 그 손실액의 최저선을 정하고 있는데, 이는 일반적으로 100달러이다.

다. 기금의 조달

대체로 지급보상금 및 그 관리비용은 범죄자가 지불하는 수수료나 벌금 등으로 충당한다. 즉 범죄자는 중죄의 경우 25달러, 경죄의 경우 10달러 등으로 정하여진 수수료를 내야 한다. 그런가 하면 몇몇 프로그램은 전통적인 교도소 내 작업으로부터 기금을 충당하기도 한다. 대부분의 프로그램에는 세금을 통한 지원이 없으나, 최소 20개 주에서는 기금의 일부가 세입을 통해 이루어지고 있다.

1984년의 범죄피해자법률(Victim of Crime Act, VOCA)은 연방 범죄피해자 기금을 만들어, 일정한 요건 하에서 주정부의 보상프로그램을 지원하도록 하고 있다. 연방기금의 재원은 세금으로 조달되지 않고, 연방범죄로 유죄판결을 받아 벌금형을 선고받은 개인이나 기업에 의해 조달된다.

자격요건을 갖춘 프로그램은 연방기금으로부터 주정부가 피해자에게 지급하는 100달러당 40달러를 지원받을 수 있다. 이러한 자격요건으로는 무엇보다도, 그 주의 거주자와 비거주자 모두에게 동일한 배상이 주어져야 하고, 주 차원의 범죄나 연방범죄에 대하여도 동일한 배상이 행해져야 하며, 범죄자와 피해자가 가족관계가 있거나 피해자와 범죄자가 동일한 주거를 사용하고 있다는 것을 이유로 보상이 거절되거나 음주운전 피해자의 보상자격이 부인되어서는 안된다는 것이다.¹²⁷⁾ 또한 1996년에는 원상회복명령의 이행을 해태하고 있는 기간 동안 연방범죄를 저질러 유죄판결을 받은 자에게는 보상하지 않아야 한다는 요건이 추가되었다.¹²⁸⁾ Nevada를 제외한 모든 개별주들은 현

127) 42 U.S.C.A. §10602(b) (1995). 과거 몇몇 주에서는 범죄자가 범죄행위를 통하여 이익을 취하는 것을 방지하기 위해 범죄자와 동일한 주거를 이용하거나 범죄자와 관계 있는 피해자에 대하여서는 보상을 거부하였다. 그러나 연방기금이 부여하는 인센티브는 이들 주로 하여금 가정내 폭력 피해자에 대한 보상을 거부하는 규정을 개정하도록 하는 동기를 부여하였다.

128) Antiterrorism and Effective Death Penalty Act 1996, Pub. L. No. 104-132, Title II, §234, April 24, 1996, 110 Stat. 1245.

재 VOCA기금의 수혜에 대한 자격요건을 갖추고 있는데, Nevada의 범죄피해자 보상프로그램은 그 주의 거주자에게만 보상한다는 점 때문에 여기서 제외되고 있다.¹²⁹⁾

라. 부수적 자원

보상프로그램은 제한된 기금이므로 자원의 유지·관리가 관건이다. 따라서 의료보험이나 자동차보험, 근로자연금 기타 공공부조 프로그램 및 원상회복을 통하여 비용이 지급된다면 보상은 주어지지 않는다. 따라서 보상금 지급 이후 피해자가 그와 같은 다른 자원을 확보했다면, 보상프로그램에 이를 상환하여야 한다. 다만 피해자의 손실이 보상프로그램에 의해 지급되는 액수보다 크다면 모든 손실에 대한 배상이 이루어진 후에야 상기한 금전을 상환한다. 예를 들어 50,000달러의 손실을 입은 피해자가 보상프로그램에 의해 10,000달러를 지급받았다면, 보상프로그램에 대한 상환에 앞서 (원상회복 등에 의한) 부수적 자원을 통하여 나머지 40,000달러를 충당하는 것이 허용된다.

마. 절차

각각의 주에 따라 보상프로그램의 절차는 매우 상이하게 운용되고 있다. 일반적으로 보상금 지급 여부를 책임지는 기관은 정기적인 회의를 소집하여 그 신청을 심사하고, 결정내용에 대하여 피해자에게 통지한다. California의 경우 최초의 심리는 청구인의 출석 여부와 관계없이 진행한다.

모든 보상프로그램에는 관계기관의 결정에 만족하지 못한 피해자를 위해 이의제기절차가 마련되어 있다. 대부분의 프로그램에서는 일정한 기간 내에 이의를 제기할 것을 요건으로 하고 있으며, 그 기간은 일반적으로 30일이다. 몇몇 주에서는 당해 기관이 종국적인 결정의 책임을 지게 되지만, 나머지 주에서는 주의 법원 시스템이 이의제기 절차를 다루도록 하고 있다.

¹²⁹⁾ Nev. Rev. Stat. Ann. §217.220(1)(b) (1995).

3. 피해자 보상의 실질적 중요성

최근 다수의 보상프로그램에 있어서는 그 청구가 획기적으로 증가하였다. California는 가장 대규모의 보상프로그램을 운영하는 주로서, 1985년에만 20,661건의 보상청구가 접수되었으며,¹³⁰⁾ 1992년 7월 1일부터 9월 30일 사이에만 23,633건의 보상청구가 있었다.¹³¹⁾ Texas의 범죄피해자 보상분과는 미국 전역에서 두 번째로 규모가 큰 프로그램을 운영하고 있는데, 1996년에만 13,822건의 보상청구가 접수되었다.¹³²⁾

1997년의 보상 관련자료에 따르면, California의 경우 연간 7천5백만 내지 8천만달러를 보상금으로 지급하고 있다고 하며,¹³³⁾ 1996년 Texas에서는 약 2천 8백만달러를 지급하였다고 한다.¹³⁴⁾ 개별주가 지급하는 보상액의 평균은 약 2백만달러이며, 보상프로그램의 수혜자는 매년 전국적으로 100,000명이 넘는다.

1996년에는 51개의 관할에서 약 2억4천만달러를 지급하였고, 100,000건 이상의 청구를 받아들였으며, 약 45,000건의 청구는 받아들여지지 않았다. 청구에서부터 결정절차의 완료까지 소요되는 기간은 평균 23주이고, 최종 결정에서부터 실제 지급까지 소요되는 기간은 평균 7주였다.

법무부는 다양한 종류의 범죄피해자에게 지급된 보상액의 규모에 관하여 다음과 같은 수치를 제시하고 있는데, 이는 각각의 피해자에게 범죄 유형에 따른 보상금의 평균액을 보여준다. 성폭력피해에 대해서는 대략 살인으로 인한 피해의 1/2 정도의 보상액이 지급된다.

130) 같은 기간 동안 16,000건에 대하여 보상금이 지급되었다. California State Board of Control (1985), Annual Report, p. 27.

131) 같은 기간 동안 22,167건의 청구절차가 진행되었다. 청구절차의 진행 기간은 평균 86일이다. California State Board of Control, Victims of Crime Status Report, 1992.

132) 이들 청구의 76%가 받아들여졌다. Texas Crime Victim's Compensation 1996 Annual Report, p. 6.

133) 1997 Compensation Directory, p. 2.

134) 청구 1건당 평균 지급액은 3,551달러이다. 1997 Compensation Directory, p. 5.

<표 11> 미국의 범죄별 피해자보상금

	19892	19943	19964
살인	\$ 2,914	\$ 2,836	\$ 3,014
폭행 (가정폭력 제외)	2,537	2,713	2,794
성폭행	1,312	1,251	1,334
아동 성폭행	1,106	1,286	1,196
아동 학대	1,049	1,416	1,412
DUI/DWI	3,289	3,325	4,354
가정폭력	996	1,348	1,553
기타 폭력범죄	2,342	1,606	1,704
기타 범죄	516	388	-
평균 지급액	1,834	1,664	2,169

1. Driving Under the Influence/Driving While Intoxicated.
2. Department of Justice, 1989 Victims of Crime Act of 1984 Performance Report (40 programs).
3. Department of Justice, 1994 Victims of Crime Act of 1984 Performance Report (49 programs).
4. Department of Justice, 1996 Victims of Crime Act of 1984 Performance Report (51 programs).

5절 프랑스의 성폭력 배상 관련 제도¹³⁵⁾

1. 형사절차상의 私訴에 의한 피해자 배상

범죄의 피해자는 형사절차에서 私訴로써 손해배상을 인정받을 수 있다. 즉 검사의 형사소추에 연계하거나 (intervention) 또는 사소당사자로서 공소가 제기되도록 할 수 있는 것이다(constitution de partie civile).

배상해야 할 손해나 소제기권자의 범위가 지속적으로 확대되고 절차가 간소화되면서 이것이 배상제도의 핵심이 되었다. 다만 동 제도 역시 피고인의 지불능력에 기초하고 있다는 점은 여전히 한계로 지적된다.

135) 이에 대해서는 주로 『형사법상 범죄피해자의 원상회복제도-미국·프랑스를 중심으로』(법무부, 2002), 240-266면을 참조했다.

가. 배상청구 가능한 손해의 범위

위와 같은 사소에 관한 민사법원의 재판이나 형사법원의 재판은 모두 민법에 의하게 된다. 이러한 원칙은 1983년 7월 8일 법률 제83-608호에 근거하는 것으로, 이는 무죄판결의 경우에도 손해의 원상회복에 대한 유죄판결을 할 수 있도록 형사법원의 권능을 확대하는 내용을 담고 있다.¹³⁶⁾

사소의 제기 당시 그 손해가 유효하게 존속하고 있어야 한다. 즉 그 손해가 ‘명백하거나’ 또는 ‘현존하는’ 것이어야 하는 것이다. 단순히 일시적인 손해의 경우에는 사소를 제기할 수 없다. 그러나 범죄행위로 인한 장래의 손해도 ‘명백한’ 것이 될 수 있다. 손해는 또한 직접 그 범죄행위에서 기인하는 것이고 또 개인적인 것이어야 한다.

손해배상액의 산정은 손해와 배상 사이의 등가성의 원칙에 의해 이루어진다.¹³⁷⁾ 파기원이 수 차례 강조한 바와 같이 손해의 산정은 손해를 상쇄할 만한 보상을 담보하는 것이어야 한다.

이러한 원칙에서 도출되는 가장 중요한 결론은, 행위의 경중은 손해배상 급부의 상한에 아무런 영향을 미치지 못한다는 점이다. 행위자에 대한 처벌이 아닌 -이는 형사소추기관의 과제이다- 피해자에 대한 배상이 중요한 문제라면, 그 행위의 경중은 큰 의미를 가지지 못하는 것이다.

또한 배상해야 할 손해는 물질적인 것이나 비물질적인 것 모두 가능하다.

(1) 물질적 손해

손해를 금전으로 환산할 수 있는 경우 그 손해는 물질적인 것이다. 여기서는 손실(손해로부터 발생한 비용)이나 일실이익(피해로 인한 소득의 손실)이 문제된다. 그러므로 물질적 손해는 무엇보다도 물건에 대한 손괴나 파괴와 같이 금전적 가치 있는 재화의 손실을 의미하는 것이며, 여기서 피해자는 그 소유권자가 된다.

136) JO 9.7.1983, 2122ff.

137) d'Hauteville, a.a.O., S.91.

물질적 손해는 자연인에 대한 침해로 인하여 발생할 수도 있다. 신체적 피해의 경우 그 손해가 적어도 재화의 손실이나 일실이익을 초래하는 것인 경우에 한하여 이를 물질적 손해에 포함시키게 된다. 예를 들면 침해를 당한 피해자에 있어 병원치료와 의약품 비용은 재화의 손실을 의미하며, 이로 인하여 불가능한 경우 이는 일실이익이 된다.

여기서는 우선 손해의 산정 시기가 문제된다. 손해는 그 손해가 발생한 시점과 형사판결의 시점 사이에 변화할 수 있으며, 이에 다음과 같은 두 가지 가능성이 존재하게 된다.

- 손해는 변화할 수 있다. 상해의 결과가 발생한 사고의 경우 피해자의 상태는 호전되거나 악화될 수 있는 것이다. 이 경우 판사는 공판 당일 피해자의 상태를 근거로 하게되며, 그 상태의 변화가 그 사고와 직접 연관된 것이어야 함은 물론이다.

- 손해 산정상의 이러한 변화상황은 금전적인 문제와 관계될 뿐이다. 손해의 본질적인 변화는 없으나 손해발생일과 공판일 사이에 그 비용이 상승하여 공판 당일에 변경된 액수를 산정하게 되는 경우가 그러하다. 피해자가 신체상해의 결과 노동능력을 상실한 경우 손해 당시에는 직업에 따른 소득이 200,000프랑이었으나 공판시에는 300,000프랑으로 계산될 수 있는 것이다. 그렇다면 과연 어떠한 기준으로 손해를 산정하게 되는가? 판례에서는 공판시를 기준으로 해야 한다는 점을 명확히 하고 있다. 파기원에 의하면, 그 이유는 피해자에게 아무런 손해가 발생하지 않았을 상황으로 환원하는 것이 합당하기 때문이라고 한다.¹³⁸⁾

결국 손해의 변화는 판결에 의해 정지될 수 있다. 재심가능성이 열려 있으므로, 판사는 자신의 판단에 있어 적절한 손해의 변화를 고려할 수 있다. 그 밖의 경우 판례는 피해자의 상태가 호전되었는지 아니면 악화되었는지에 따라 나누어지는데, 상태가 호전된 경우 행위자가 배상액의 삭감을 청구할 수 없으나, 상태가 악화된 경우에는 피해자가 배상액의 상향을 요청할 수 있다.

138) d'Hauteville, a.a.O., S.92.

판례에 따르면 후자의 경우 본래의 침해와 구별되는 새로운 침해가 등장한 것이기 때문이다. 이러한 견해는 노동불능의 사안에 있어서 이미 오래 전부터 인정되어 온 것으로, 판결에 연계한 의학적·약학적 치료비용에도 적용된다. 피해자의 상태가 악화된 것은 아니지만 건강의 호전을 위하여서 추가적인 치료 내지 처치를 필요로 할 수 있는 경우 판례는 추가적인 치료비를 승인하고 있다. 이러한 경우 한가지 요구되는 조건은, 그 치료가 발생한 손해와 인과적 관계에 있어야 한다는 점이다.

(2) 비물질적 손해

비물질적 손해란 피해자의 자산 전체에 대한 손해는 초래하지 않는 경우를 일컫는 것으로, 이러한 손해의 형태는 매우 다양하다. 여기서 문제되는 것은 피해자가 느끼는 정신적인 고통이지만, 이러한 고통은 매우 다양한 원인에 의한 것일 수 있다. 개인의 존엄이나, 인격 또는 사생활과 같은 비재산적 법익에 대한 침해로부터 기인할 수도 있으며, 손해의 완전성에 대한 권리도 판례에서는 고려 대상이 되고 있다. 즉 폭행에 의해 침해를 당한 피해자는 물질적 손해뿐만 아니라 범죄행위의 결과인 정신적 고통까지도 보상받게 된다. 그러므로 '신체적' 손해로 표현되는 것도 현실에서는 물질적·비물질적 손해의 두 가지 상이한 영역을 갖게 되는 것이다.

또한 비물질적 손해에 대한 배상청구권은 수치심을 촉발하거나 당사자의 내밀한 감정세계에 대한 침해와 같은 경우에도 가능하다.

비물질적 손해에 대하여는 등가성의 원칙을 적용할 수 없다 따라서 손해의 산정은 필연적으로 자의적 근거에 의해 이루어지게 된다. 사실 고통의 가치를 산술적으로 수치화하는 일은 가능하지 않으므로 그 배상은 매우 높게 책정될 수 있다. 그러나 피해자의 입장에서 자신의 고통에 대한 손해의 산정이 만족스럽지 못하여 상징적인 원상회복으로만 만족하는 일이 있을 수도 있다. 손해 배상청구액은 상징적 금액에 머물어도, 행위자가 불법을 자행하였다는 사실이 입증되는 형사유죄판결만으로 피해자에게는 충분할 수 있다는 것이 이러한 경우의 배경사상이 된다.

그러나 유죄판결을 받은 자에 대하여 피해자를 위한 손해배상이 선고된 경우 그것이 과연 발생한 손해에 대한 효과적인 배상인지는 확실하지 않다. 상이한 형사사건들로부터 200명의 피해자를 표본추출하여 이루어진 한 연구에서,¹³⁹⁾ 형사법적 제도인 이 방법에 있어서의 장애를 보여주고 있다. 피해자의 71%가 경찰에 사건을 고소하였는데, 이들 중 32%만이 사소의 방법을 선택하였으며, 사소를 제기한 이들 중 93%가 배상을 받게 되었다. 또한 1년 전에 판결이 있었던 모든 피해자들 중 76%에 대하여는 실제적인 배상금 지급이 이루어지지 않았으며, 12.7%에 대해서만이 그 배상액이 모두 지급되었고 (이들 중 4분의 3은 원고와 피구금자 사이의 금전적 합의가 도출되었기 때문이다), 11.3%에게는 그 일부가 지급되었을 뿐이다. 결국 피해자의 32%만이 사소를 제기하여 그 32%중 24%만이 판결 1년 후 실질적인 손해배상액을 지급받았다고 한다면, 전체 피해자의 8%만이 이러한 방법으로 손해를 치유할 수 있었다는 결론에 이르게 된다. 이러한 빈약한 성과는 이 제도에 대한 회의를 갖게 한다.¹⁴⁰⁾

나. 제소권자 범위의 확대

‘피해자’라는 개념은 우선 자신의 신상이나 재산에 손해가 발생한 자를 의미한다. 그러나 여기에는 범죄행위로 인하여 심각한 침해를 당하여 장애를 입게 된 자의 존속이나 비속 및 배우자도 포함된다.

피해자의 배우자나 자녀에 대하여 판례는 이들 자신의 손해를 이유로 하는 사소를 형사법원에 제기하는 것을 오래 전부터 금지하여 왔다. 그 이유는, 이들이 입은 손해는 간접적인 것이기 때문이다 (오히려 복수를 이유로 피해자가 제기할 수도 있는 형사법상의 사소를 그 가족으로부터 차단하는 것이 중요하다). 그러나 1989년에 판례의 변화가 있었는데, 이에 의하면 생존한 피해자의 배우자와 자녀도 범죄행위로 인하여 발생한 손해에 기인하여 개인적인 비물질적 손해를 입을 수 있다는 점을 인정하고 있다.¹⁴¹⁾

139) de Liège, RSC 1987, 757-762.

140) de Liège, a.a.O., 760.

위자료 청구권자¹⁴²⁾에 대해, 프랑스 민법에서는 일반규정인 제1382조(우리 민법의 제750조에 해당함)를 근거로 하여 판례가 널리 근친자에게 위자료청구권을 인정하고 있다.

나아가 소제기권자의 범위는 단체나 보험자에게까지 확대되고 있다.

다. 원고를 위한 절차의 간소화

형사절차의 간소화¹⁴³⁾는 대부분 1983년 7월 8일 법률 제83-608호에 의해 이루어졌는데, 그 내용은 다음과 같다.

- 검사가 공소를 제기하면, (경죄를 이유로 하는) 손해배상 청구액이 50,000프랑을 초과하지 않는 경우 피해자는 법원에 등기우편물로 자신의 청구권을 주장할 수 있다 (형사소송법 제420-1조).

- 과실치상의 무죄가 선고된 경우에도 형사법원의 판사는 민사법 규정에 의거하여 피고인에게 손해배상의 이행을 판결할 수 있다 (형사소송법 제470-1조). 따라서 피해자는 민사법원에 제소할 필요가 없고, 이로써 시간과 금전을 절약할 수 있게 된다.

- 형사소송법 제5-1조에 의하면, 형사법원이 청구권을 다루고 있다 하더라도 민사법원이 신속절차와 보전절차(감정, 압류, 선납 등)에서의 처분에 대한 관할권을 가진다. 이는 피해자를 위한 신속한 배상에 대한 또 하나의 보장장치이다.

141) Cass.crim. 9.2.1989, D. 1989, S.614.

142) 권용우, 『불법행위론』, 신양사, 1998, 551면.

143) 1980년 12월 23일 법률 제80-1042호는 사소와 공소의 시효를 분리함으로써 피해자의 지위를 개선하였다. 공소시효는 (위경죄인 경우 1년, 경죄 3년, 중죄 10년) 민사소송을 제기중인 피해자에게 아무런 영향을 미치지 못한다. 그러므로 일반적으로 불법행위 책임에 대한 청구권은 10년간 유효하게 행사할 수 있다. 그러나 이는 형사법원에 대하여는 적용되지 않는다.

라. 배상의 보장

그밖에 피해자에 대한 배상액의 지급을 보장하는 두 가지 법제도를 찾아볼 수 있다. 그 하나는 형사절차에서 적용되는 연대채무책임이다. 즉 형사소송법 제375-2조, 제480-1조 및 제543조에 의하면 동일한 범죄행위¹⁴⁴⁾의 공범은 그 범죄행위로 인하여 획득한 물건의 반환, 손해배상, 벌금 및 비용에 대하여 연대채무를 지게 된다.¹⁴⁵⁾

다른 한가지 법제도는 사술에 의한 지급불능 초래행위의 가벌성에 있다. 이러한 행위는 1983년 7월 8일 법률에 의하여 형법전에 편입되었다 (구형법 제 404-1조). 1992년 신형법(형법 제314조-7조)은 채무자가 형사법원이 판결한 벌금이나 손해배상액에 대한 강제집행을 면탈하기 위하여 법원의 판결 이전이나 이후 지급불능을 초래하거나 강화한 경우 그 채무자를 3년 이하의 자유형 또는 300,000프랑 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있다.

그렇지만 이러한 보장시스템이 효율적이라고 할 수는 없다. 발생한 손해에 대한 배상액이 너무 많은 경우 이를 전적으로 행위자에게 요구하는 일은 현실적으로는 불가능하기 때문이다.

2. 국가의 피해자 배상

범죄행위로 인하여 발생한 손해에 대한 피해자 배상은 프랑스에서는 1977년 1월 3일 법률 제77-5호에 의해 규율되었다.¹⁴⁶⁾ 이 법률은, 범죄행위자가 밝혀지지 않거나 그 행위자가 지불능력이 없는 경우 범죄피해자에게 국가가 배상하는 것을 가능하게 하였다. 1981년 2월 2일 법률 제81-82호에 의하여 피해자의 손해배상청구권이 절도, 사기, 고의적인 기망 및 횡령의 범죄피해자에게까지 확대된 한편, 피해자의 국적에 의한 제한이 신설되었다.¹⁴⁷⁾ 다만 이

144) 판례는 '동일한 범죄'의 개념을 시간적 장소적 관련성만으로 인정하고, 이에 따라 연대책임의 범위를 확대하였다. 이에 관하여는 Pradel/Teufel, *Die Geldstrafe in Frankreich*, in: Jescheck/Grebing (Hrsg.), 1978.

145) Meurisse, RSC 157, 439ff.; Perret, RSC 1941, 77ff.

146) Maestre, D. 1977, Chron., 145ff.

제한은 1990년 7월 6일 법률 제90-959호에 의하여 폐지되었으며, 따라서 이제는 관광객도 프랑스에서 이루어진 범죄행위의 피해자로서 손해배상을 청구할 수 있게 되었다.¹⁴⁸⁾

배상관련 법률이 너무 편협하다고 평가된 이후, 1983년 7월 8일 법률 제 83-608호는 ‘범죄피해자 보호’제도를 현격히 개선하였다.¹⁴⁹⁾ 이어 1986년 9월 9일 법률 제86-1020호에 의하여 배상시스템에 대한 보완이 이루어졌는데, 이는 1986년에 프랑스에서의 테러의 획책이 급격히 증가한 후에 이루어진 것이었다. 이 법률은 테러리즘과 간첩에 대항하기 위한 것으로, 테러사건으로 야기된 신체적·물질적 손해에 있어서의 배상에 대한 중요한 요건을 마련하였다. 즉 테러로 인하여 야기된 신체적 손해에 대한 완전배상의 원칙을 도입하고, 이에 상응하여 그 보증기금을 발족하였는데, 이 기금은 1985년에 교통사고 피해자를 위해 설립된 기금의 예를 따랐다. 이로써 피해자의 손해의 원인에 따른 피해자 사이의 부당한 차별이 발생하게 되었다.¹⁵⁰⁾

이러한 이유로 1990년 7월 6일 법률 제90-589호(1991년 1월 1일 발효)는 피해자의 배상청구권을 현저히 개선하였다. 폭력행위 피해자에 대한 완전배상을 위하여 입법자는 피해자의 국적과 관련한 청구권의 전제조건이나 배상액의 상한을 철폐하였다. 이러한 조치를 위한 재정은 테러 폭력행위에 대한 기존의 기금을 통하여 마련되었다.¹⁵¹⁾

현재 폭력행위 피해자에 대한 국가의 배상은 두 가지 확연히 구별되는 시스템으로 나누어져 규율되고 있다. 일반 범죄행위에 근거한 배상시스템과 테

147) 이로 인하여 1989년 2월 2일 유럽인권법원은 프랑스에 유죄판결을 내렸는데, 그 근거는 피해자 배상규정에 있어 유럽연합국가 국민을 그 국적을 이유로 차별적으로 처우하는 것은 유럽연합법에서 보장하고 있는 거주권을 유럽연합법에 위반하여 차별적으로 저지할 수 있게 되기 때문이라는 것이었다. 이 판결에 대한 평석으로는 Calvet/Huglo, JCP 1989, II, 21304를 볼 것.

148) Mériageud, Landesbericht Frankreich, in: Eser/Huber (Hrsg.), 1993, S. 467ff. insbes. S.499, 535.

149) Delmas-Marty, RSC 1984, 209ff.; Lombard, RSC 1984, 277ff.; Pradel, D. 1983, Chron., 241ff.; Couvrat, RSC 1983, 577ff.

150) d'Hauteville, RSC 1989, 172ff.

151) Mériageud, Neue Kriminalpolitik1991/1, 12-13; Favard/Guth, JCP 1990, I, 3466; d'Hauteville, RSC 1991, 149ff.

러범죄에 기한 배상시스템이 그것이다.

그 외에도 보증기금에 근거하는 배상시스템이 있다. 이는 사냥사고에 대한 특별규정 (C. assurances 법률 제421-1조), 도로교통상의 침해에 대한 집단적 피해자배상 (1985년 7월 5일 법률 제85-677호), 혈액제제를 통한 HIV-바이러스 감염 피해자에 대한 집단적 배상 (1991년 12월 31일 법률 제91-1406호)¹⁵²⁾ 등을 포함한다.

(정치범죄가 아닌) 일반 범죄행위 (délits de droit commun) 피해자에 대한 배상에 대해 살펴보면 다음과 같다.

가. 실체법상 요건

소위 정치범죄가 아닌 일반 범죄행위 피해자에 대한 배상은 실체법 및 절차법상 특별한 요건을 요한다. (형사소송법 제706-3조 이하).

(1) 손해의 발생

1990년 7월 6일 법률 제90-589호에 의해 개인에 대한 침해의 결과 발생한 손해에 대한 완전배상의 원칙이 도입되었다. 그 손해가 고의 또는 과실의 범죄행위에 의한 것인 경우 (형사소송법 제706-3조) 그 행위가 중죄, 경죄 또는 위경죄 중 무엇에 해당하는지는 불문하고 손해배상청구권이 발생한다. 그 범죄행위에 대한 공소시효의 완성이나 사면은 손해배상청구권에 아무런 영향을 미치지 못한다.

반면 다음과 같은 경우에 대하여는 특수한 배상규정이 있다.

- 테러범죄 피해자 (C. assurances 법률 제126-1조, 제126-2조 및 제422-1조 내지 제422-3조와 관련된 형사소송법 제706-16조 이하)
- 교통사고 피해자 (1985년 7월 5일 법률 제85-677호는 배상절차를 신속화 하였다)

¹⁵²⁾ Lambert-Faivre, D. 1993, Chron., 67ff.; Savatier, JCP 1999, I, 125.

- 사냥에 의해 야기된 신체적 손해 (여기서는 특별 보증기금이 개입하게 된다: C. assurances 법률 제421-1조 참조)

(2) 배상가능한 손해의 종류

형사소송법 제706-3조는 중대한 신체적 손상에 대한 우선적 배상이 가능하도록 하였다. 다음에 해당하는 경우 개인에 대한 고의의 침해 또는 과실이나 경솔한 행위의 결과 발생한 손해의 완전한 치유를 위한 청구권이 피해자에게 귀속된다.

- 사망의 결과가 발생하였거나 1개월 이상의 지속적인 장애 또는 완전한 노동불능을 초래한 경우 (이 경우 그 친족 또한 개인적 손해를 입게 된다)
- 형법 제222-22조 내지 제222-30조 및 제227-25조 내지 제227-27조에 해당하는 경우 (강간과 강제추행)¹⁵³⁾

요컨대 신체의 완전성에 대한 모든 종류의 침해로부터 발생한 청구권이 배상을 통하여 실현되는데, 그 청구권은 비재산적인 것도 가능하다. 즉 입법자는 경제적 손해라는 요건을 정하지 않은 것이다.

다만 피해자는 (예를 들어 보험회사와 같은) 다른 곳으로부터 상당한 배상을 받아서는 안되며, 피해자는 그 손해로 인하여 '물질적으로 곤란한 상황'에 있어야 한다.

(3) 피해자의 국적

상술한 배상청구권은, 그 범죄행위가 외국에서 이루어진 경우 프랑스 국적의 피해자에게 귀속된다.

153) 그러나 요부조자의 유기(형법 제223-3조), 자유박탈(형법 제224-1조) 및 윤락알선을 통한 인간의 존엄성에 대한 침해(형법 제225-2조)와 현대판 착취행위(형법 제225-13조 이하)는 부모의 일상적인 폭력의 대상이 되고 있는 미성년자의 피해와 마찬가지로 여기에서 제외되었다. 이러한 제한의 부당성에 대하여는 Penaud, Dr.pén. 1999, Chron., Nr.22.를 볼 것.

외국 국적자의 경우에는, 그 범죄행위가 프랑스 영토 내에서 이루어졌고 또 피해자의 국적의 유럽연합국가 중 하나이거나 범죄행위 또는 배상청구권 주장의 당시 유효한 체재허가를 가지고 프랑스 영토 내에 거주하는 자인 경우 청구권을 가진다.

(4) 피해자의 공동책임

1980년대의 배상법(1983년 7월 8일 법률)은, “범죄행위시 피해자의 행동이나 행위자와의 관계에 의하여” 배상청구권을 부인하거나 그 배상한도를 하향할 수 있도록 규정하고 있었다. 이로 인하여 몇몇 배상위원회는 의혹이 제기될 만한 방법으로 배상청구권을 부인하거나 그 배상액을 삭감하였다 (예를 들어 자동차 운전자로부터 강간을 당한 젊은 여성 편승자는 배심법원으로부터 그 손해배상청구권을 인정받았으나, 배상위원회는 그 여성이 자동차에 편승하여 여행한 것이 과실있는 행동이었다는 이유로 그 배상액을 삭감하였다).

나아가 1990년 7월 6일 법률에서는 “피해자의 공동책임이 있는 경우 배상을 거절하거나 삭감할 수 있다”고 규정하고 있다. ‘행동’이라는 개념을 ‘책임’이라는 용어로 대체한 것은 그 판단의 기준을 분명히 하고, 특히 민사책임법과의 용어를 통일하고자 하는 조치이다.

나. 절차상의 요건

배상청구에 대하여는 Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI)이라는 특수한 배상위원회가 판단하게 된다.

(1) 배상위원회(CIVI)의 권한

배상요구를 관장하는 위원회는 시민의 접근용이성과 효율성을 위하여 대심법원(Tribunaux de grande instance, TGI)에 설치되어 있다 (형사소송법 제 706-4조). 모든 위원회는 판사 2인으로 구성되고, 이들은 그 위원회가 설치되

어 있는 대심법원에 소속된 판사들로서, 피해자 문제를 처리하기 위하여 파견된 프랑스 국적의 권리능력 있는 자이다. 이들 중 한 명이 위원장이 되며, 그 구성원은 대심법원의 법관총회에 의해 3년의 임기로 임명된다. 검찰의 역할은 대심법원의 법원사무국장이나 서기관의 사무를 검사 1인이나 그 전권을 위임받은 대리인이 수행하는 일이다.

피해자 배상에 관한 결정에 있어 그 관할은 청구인의 거주지 법원의 위원회 또는, 형사법원이 개입하고 있는 경우에는 당해 형사법원의 관할 내의 위원회에 있다. 피해자가 프랑스에 거주하고 있지 않고 형사법원이 개입하지 않았다면 파리 대심법원의 배상위원회에 그 관할이 있다.

(2) 배상위원회에서의 절차

배상위원회의 배상절차에는 수수료를 요한다. 그렇지만 청구인에게는 법원의 원조를 구할 수 있는 권리가 있다. 청구할 수 있는 기간은 범죄행위시로부터 3년 또는 형사나 민사소송이 제기된 경우에는 법원의 재판일로부터 1년이다.

다만 위원회는 그 청구기간의 도과에도 불구하고 청구에 대하여 판단할 수 있으며, 특히 '청구인이 손해의 악화로 고통받은 경우' 또는 다른 법적인 근거가 있는 경우에 그러하다.

손해배상의 청구에는 청구인의 신상, 사건의 행위, 발생한 손해의 종류와 범위, 가능한 형사소추, (청구인이 피해자 본인이 아닌 경우) 피해자와의 관계, 청구인이 가입되어 있거나 그 조직으로부터 보장받고 있는 공적·사적 조직에 의한 배상가능성, 다른 방법으로 이미 제기하였던 손해배상청구 및 요구하는 배상액의 상한에 대한 광범위한 정보가 수반되어야 한다.¹⁵⁴⁾

154) 이러한 청구에는 상응하는 증거서류나 증명문서가 첨부되어야 하며, 무엇보다도 본래 건강상태에 관한 의사의 증명서 및 소득의 손실과 비용부담의 상승을 평가 가능하게 하는 모든 문서 또는 노동능력의 상실을 입증하는데 적합한 문서가 중요하다. 물질적 손해에 대한 배상을 위한 청구의 경우 이에 더하여 다음과 같은 문서를 제출하여야 한다. 즉 피해자의 소득에 관하여 설명하는 것으로서, 청구인이 가입되어 있는 공적·사적 조직으로부터 어떠한 배상도 받지 않았음을 증명하는 문서 및 범죄행위로 인하여 피해자가 처한 물질적으로 곤란한 상황에 대하여 기술한 문서가 그것이다.

청구가 행해지면, 위원회의 사무국은 청구 문서의 사본을 검찰과 테러 및 기타범죄 피해자를 위한 보증기금에 교부한다. 그리고 위원회의 장은 예비심리를 개최하는데, 여기서는 그 장과 참석 판사에게 광범위한 수사권한이 주어지게 된다. 특히 형사절차가 종결되지 않은 경우에도 그 범죄행위에 대한 조사 및 모든 형사절차 서류에 대한 열람청구권이 주어진다.

또한 위원회는 다음의 사항에 대한 권한도 가진다.

- 범죄행위자나 배상청구인의 직업적, 재정적, 조세 관련 또는 사회적 상황에 대한 정보를 모든 개인이나 행정청으로부터 수집하는 일
- 국가기관, 지방공공단체, 사회복지국, 사회시설 및 보험회사에 대하여 이들이 자신의 의무를 이행하였는지 여부에 대한 정보를 얻는 일
- 국가기관, 지방공공단체, 사회복지국, 사회시설 및 보험회사에 대하여 이들이 자신의 의무를 이행하였는지 여부에 대한 정보를 얻는 일

한편 위원회는 제출된 모든 문서를 검찰과 보증기금에 교부한다. 청구인과 보증기금은 이들 문서를 열람할 수 있으며, 조사를 위임받은 자에 대하여 자신의 입장을 표명할 수 있는 권리가 주어진다.

예비심리의 진행에 있어 위원장은 위원회의 비용 지원에 대하여 결정할 수 있다. 배상액의 상한이 폐지되었으므로 1990년부터는 분할불입금이나 선납금에 대한 상한도 존재하지 않는다. 따라서 위원장은 지급방법에 대하여 자유롭게 결정할 수 있으며, 그 범위는 손해의 한도와 제출된 증거자료를 통하여 정해진다.

예심이 종결된 후에는 심리기일이 정하여지는데, 이 기일에는 배상청구인과 보증기금의 대리인을 소환한다. 소환시 당사자에게는, 위원회의 심리일로부터 늦어도 2주전까지는 자신의 입장을 밝힐 것을 통지한다. 심리기일은 검사에게도 통지하며, 검사는 자신의 최종 입장을 늦어도 기일 2주전까지 제출하게 된다.

심리일에는 예심 수명법관이 보고서를 낭독하며, 이어서 청구인과 보증기금 측이 출석하였거나 변호사가 대리하고 있는 경우 이들을 신문한다. 검사는 이에 대하여 자신의 최종 입장을 밝힌다.

심리는 합의실에서 비공개로 진행된다.

최종적으로 위원회는 형식에 따라 이유를 설시한 결정을 내린다. 결정의 절차는 민사법원의 절차와 유사하다. 1992년 7월 16일의 법률개정에 따라 위원회의 결정에 대한 피해자와 보증기금의 항소가 허용된다 (형사소송법 제706-4조).

다. 배상

피해자에게 위원회가 허용하는 배상액수는 위원회의 결정 후 1개월 이내에 ‘테러 및 기타 범죄의 피해자 배상을 위한 보증기금(Fonds de garantie des actes de terrorisme d’autres infractions)’에서 지불한다.

(1) 배상액의 결정

1990년 7월 6일 법률은 개인에 대한 중대한 침해의 결과 발생한 손해의 완전한 치유 원칙을 따르고 있다 (과거 이 원칙은 테러행위 피해자에게만 적용되는 것이었다). 이에 더하여 보충성의 원칙이 약화되었다. 물론 위원회는 사회복지국 등에서 어떠한 급부를 이행하였는지, 그 피해자가 발생한 손해로 인하여 자신의 직업을 수행할 수 없는 기간 동안 사업주로부터 급여의 전부 또는 일부를 계속 수령하였는지, 의료보험으로부터 질병이나 노동불능에 따른 보험금을 수령하였는지 여부를 고려하여야 한다. 위원회가 무엇보다 반드시 고려해야 할 의무를 지는 사항은, ‘동일한 손해와 관련하여 다른 지급원으로부터 지급받은 또는 지급받게 될 모든 종류의 배상’에 관한 것이다.

위원회가 지불하도록 결정한 배상액에서, 동일한 손해와 관련한 법정의, 특수지위에 의한 또는 계약상의 권리에 근거하여 피해자에게 지급된 금액을 공제하여야 한다는 점을 법무부는 그 회람에서 확정하였다.¹⁵⁵⁾ 이는 보험자의 지급액에도 적용된다. 보험회사는 피보험자의 손해에 대하여 즉시 보상하게 되나, 이들에게는 그 지불한 금액의 전부 또는 일부를 책임법상의 유책한 자에게 요구할 수 있는 권리가 유보되어 있다.

155) 1990. 10. 27. 법무부 회람.

(2) 보증기금의 상환청구

이후 피해자에 대하여 행위자가 다른 급부를 이행하게 되면, 보증기금이 지불한 금액 중 상응하는 범위에 대하여는 상환을 청구할 수 있다. 보증기금은 또한 행위자에 대하여 직접 상환을 청구할 수도 있지만, 이러한 상환청구는 제한적인 것으로, 배상의 이행시에 손해배상을 확정하는 법원의 판결이 이미 이루어진 경우에 한한다.



성폭력 피해배상 활성화 방안

1절	손해배상청구소송제도 개선	145
2절	배상합의의 촉진	146
3절	법률구조활동 증대	147
4절	배상명령의 제도화	147
5절	범죄피해자구조제도의 개선	149
6절	성폭력피해자 보상과 인권보호	151

1절 손해배상청구소송제도 개선

성폭력은 그 피해의 성질상 금전적 배상이 필요한 것은 명확하다. 그렇다면 성폭력은 그 자체로 불법행위이므로 그로 인한 금전적 배상은 일차적으로는 우리 법이 불법행위에 대해 예정하고 있는 조치, 즉 손해배상청구를 통해 원활히 수행될 수 있어야 한다. 그렇지만 앞서 본 것처럼, 성폭력을 이유로 손해배상청구소송을 하는 예도 적거니와, 소를 제기한다 하더라도 그 수행상 어려움이 따르며 결과 역시 만족스럽지 못했던 것이 현실이었다. 이는 한편으로는 성폭력에 대해 손해배상청구로서 배상을 받을 수 있다는 것 자체가 널리 알려지지 않았기 때문이기도 하지만 다른 한편으로는 우리 민사법상의 손해배상청구소송제도 자체가 성폭력 피해자들이 이를 활용하기에는 어려운 부분이 많기 때문이다.

무엇보다도, 불법행위자의 행위가 위법하며 유책하다는 점을 피해자가 입증해야 하는 부담을 진다는 구조적인 한계가 있다. 다만 형사소송상의 유죄확정이 있는 경우 피해자의 입증부담이 경감될 여지는 있는데, 우리의 경우에도 이는 마찬가지이지만, 독일의 경우는 이를 좀더 명확히 하고 있는 예이다. 우선, 독일 민법 제823조 1항에 의해 성폭력의 피해자들도 민사상 손해에 대해서 배상을 받을 수 있는 권리를 갖는다는 것이 명확하다. 또한 독일 민법 제823조 제2항에 의하면 피해자의 손해는 형사소송에 의한 유죄확정판결에 의해서 입증된 것으로 간주되므로, 이런 경우 피해자는 자신이 입은 손해만을 입증하면 되는 것이다.

그러므로 향후 우리 민법상으로도 독일의 경우처럼, 통상적으로 형사적으로 처리되는 성폭력사건이 민사상 다투어질 때 피해자가 손해배상을 받는 것이 좀더 용이하도록 법문상 명확하게 장치를 마련하는 방안도 생각할 수 있다. 그렇지만 이는 이미 형사적으로 판단이 내려진 사건의 경우에는 효과가 있지만 민사상 절차를 형사상 절차와 따로 밟아야 하는 점은 마찬가지이고, 형사적으로 처리되지 않은 사건의 경우에는 별다른 장점이 없다는 한계를 지니며, 무엇보다 가해자에게 자력이 없는 경우 투여한 많은 노력과 시간이 무용지물이 된다는 한계는 여전히 극복하지 못한다.

따라서 사실의 인정 여부와 고통의 정도가 판단되는 민사본안사건 자체에서 성폭력 사실 인정을 용이하게 하고 성폭력으로 인한 피해자의 육체적·정신적 고통의 정도를 합리적 수준에서 평가하도록 하는 것이 우선적으로 필요하다. 예컨대 폭행·협박의 존부를 피해자가 반항한 흔적에서 찾을 것이 아니라 가해자에게 당해 행위를 했는지 여부를 심문하며, 나아가 피해자의 동의를 구했는지 여부를 질문하는 것이다.

그밖에, 성폭력피해에 대한 손해배상청구에 다른 불법행위의 경우처럼 “피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년 또는 불법행위를 한 날로부터 10년”(민법 제766조)의 소멸시효를 적용하는 것도 개선되어야 할 부분이다. 애초 불법행위법은 그 대상사안에 성폭력피해를 생각하지 못했을 뿐 아니라 실제 성폭력사건의 특수성을 감안하면 이 기간은 지극히 짧기 때문이다. 특히 아동기에 성폭력피해를 겪었다면 장시간이 경과한 후에 후유증을 호소하는 경우가 많으므로 피해를 인지한 때로부터 소멸시효의 기산점을 적용하는 등으로 조정할 필요가 있다.

2절 배상합의의 촉진

따라서 사건을 형사적 민사적 양쪽에서 처리하는 부담을 줄이면서 배상을 이끌어 내는 방법으로 배상합의를 촉진하는 것을 고려할 수 있겠다.

예컨대 독일에서는 경죄의 경우는 합의를 통해 배상을 하면 형사소송절차를 중지하는 재판규칙을 택하고 있고, 여타의 사건에서도 피해자와의 합의 여부를 명시적으로 형을 감경하거나 면제할 수 있는 사유로 규정하고 있으며, 집행유예나 가석방의 요건으로도 배상합의를 고려하도록 하고 있는바, 우리의 경우도 실무상 양형에서 합의 여부를 고려하는 정도에서 그치지 말고 가능한 범위의 범죄에 대해서는 합의의 전제로서 배상을 요건화하는 방안을 도입하는 것이다. 특히 우리 법에서는 아직 상당수의 성폭력범죄가 친고죄(親告罪)로 되어 있는데 이를 반의사불벌죄(反意思不罰罪)로 하여, 배상을 요건으로 한 합의를 한다면 피해자의 의사에 따라 처벌되지 않는 것으로 배치할 수 있을 것이다.¹⁵⁶⁾

3절 법률구조활동 증대

그런데 민사소송이건 형사소송에서의 배상연계이건 간에 그와 같은 소송을 통한 배상방안은 시간과 비용, 전문성의 문제 때문에 피해자의 부담을 증가시키기 마련이다. 따라서 소송을 수행하고자 하는 피해자가 그를 원활히 할 수 있도록 지원하는 것도 매우 중요하다.

그런 맥락에서 보자면 우리의 경우 지극히 제한적으로 운용되어 오던 법률구조활동이 2003년부터 여성폭력사건을 포괄하게 된 것은 대단히 다행스러운 일이며, 그 증대가 요청된다. 다만 이나마 형사고소를 전제로 한 경우에 한하고 있어 민사상 손해배상청구소송만을 원하는 피해자에게는 도움이 되지 못하는 문제가 있다. 또한 2주이상 진단서를 요구하고 있어 미처 진단서를 확보하지 못했거나 상해 정도가 그에 이르지 않은 경우도 마찬가지로 이를 활용하지 못하게 되는 것도 해결해야 할 문제라 할 것이다.

4절 배상명령의 제도화

앞서 본 성폭력에 대한 민사상 손해배상청구소송은 제도를 보완하더라도 소송의 본래 특성상 많은 시간과 노력이 소요되며, 법률구조를 통해 지원을 받더라도 비용의 측면 외에는 부담의 경감이 그다지 크지 않아 정신적으로 취약한 상태에 빠지는 성폭력 피해자가 선택하기에는 쉽지 않다.

그러므로, 가정폭력의 경우와 마찬가지로 성폭력 피해자의 경우도 성폭력사건을 형사적으로 처리하는 과정에서 실질적으로 필요한 배상이 행해질 수 있도록 하는 것이 필요하다.

156) 물론 친고죄로 되어 있는 현행법하에서도 실무상으로는 성폭력사실이 인정될 경우 고소취하를 위한 배상과 합의가 이루어지고 있다. 그렇지만 친고죄인 성폭력범죄에 있어서의 배상합의는 피해자의 손해보전 외에 당해 사건을 '덮음으로써' '사회적으로 강요된' 피해자의 수치심을 회피한다는 의미가 큰 반면, 반의사불벌죄로 할 경우는 미약하나마 배상에 있어서 피해자측에 좀더 주도권이 주어지는 면이 있을 것으로 판단된다.

이러한, 형사절차에서의 민사적 문제의 해결은 독일의 경우에는 부대소송으로 제도화되어 있지만, 우리의 경우는 이미 형사법상 도입되어 있는 배상명령 제도가 당해 기능을 담당하므로 성폭력사건의 경우도 배상명령제도를 좀더 활성화할 필요가 있다. 다만 배상명령은 분쟁의 1회적 해결을 가능하게는 하지만, 피해액 6천마르크 이하의 사건에만 배상명령을 적용하고 있는 독일의 경우에서 보듯이 피해가 큰 경우는 오히려 일순에 해결하는 것이 적절치 못할 수도 있으므로 피해정도가 그다지 크지 않은 사건에서 피해자가 배상명령 제도를 활용하고자 할 때 그 이용에 지장이 없도록 개편하는 것을 원칙으로 해야 할 것이다.

구체적인 방법을 보자면, 현재 가정폭력과 성폭력은 둘 다 형사특별법의 구조로 관련 특별법을 가지고 있는데 가정폭력의 경우는 동법안에 배상명령을 규정하고 있는 데 비해 성폭력의 경우는 그에 대한 규정이 없는데, 가정보호사건의 경우는 가정법원에서 처리하므로 민사법적인 배상명령을 결합하는 데 더 용이한 점은 있으나 우리 소송촉진등에관한특례법이 도입하고 있는 배상명령은 일반 법원에서 형사사건을 처리하는 경우를 예정하고 있으므로 관할의 문제는 발생하지 않는다.

다만 성폭력에 대한 배상명령을 어떤 방식으로 제도화하느냐의 문제는 남는데, 가정폭력의 경우와 마찬가지로 성폭력특별법에 관련 규정을 둘 수도 있고, 소송촉진등에관한특례법 자체에서 성폭력사건에 이를 적용하도록 개정할 수도 있을 것이다.

소송촉진등에관한특례법을 개정할 경우에는 현재는 이에 따른 형사절차상 배상명령제도는 상해, 폭행, 재산범죄 등에 한정되어 있으므로 이를 성폭력범죄에도 적용할 수 있도록 개정해야 할 것이다.¹⁵⁷⁾ 기실 배상명령제도를 지금과 같이 지극히 제한적으로만 운영하는 것은 민사상 손해배상의 곤란함을 덜어주고자 한 제도의 취지에도 어긋나기 때문이다.

다만 판례(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도945 판결([공1996하, 2268])에 따르면, “배상명령은 피고인의 범죄행위로 피해자가 입은 직접적인 재산상 손해에

157) 정현미, 『성폭력범죄의 실태』, 이화여자대학교 법학연구소, 2000, 55면.

대하여 그 피해금액이 특정되고, 피고인의 배상책임의 범위가 명백한 경우에 한하여 피고인에게 그 배상을 명함으로써 간편하고 신속하게 피해자의 피해 회복을 도모하고자 하는 제도”이므로, “피고인의 배상책임의 유무 또는 그 범위가 명백하지 아니한 때에는 배상명령을 하여서는 아니되고, 그와 같은 경우에는 법원은 결정으로 배상명령 신청을 각하하여야 하므로” 소송상 배상에 대해서 그다지 축적된 근거를 갖고 있지 못한 성폭력사건의 경우 비록 형사재판에서 유죄를 선고한다 하더라도 배상유무 또는 배상범위의 모호함으로 인해 배상명령 신청이 받아들여지지 않을 가능성도 많다 할 것이다.

한편, 성폭력 형사재판에서도 배상명령을 활용한다 하더라도 현재의 배상명령은 “직접적인 물적 피해 및 치료비손해의 배상”에만 한정되어 있어 위자료 지급까지는 미치지 못하는 한계는 여전히 남는바, 이 문제도 해결해야 한다.

아울러 배상명령제도를 개편할 때는 프랑스에서처럼, 동일한 범죄행위의 공범은 그 범죄행위로 인하여 획득한 물건의 반환, 손해배상, 벌금 및 비용에 대하여 연대채무를 지게 하거나, 채무자가 손해배상액에 대한 강제집행을 면탈하기 위하여 법원의 판결 이전이나 이후 지급불능을 초래하거나 강화한 경우 그 채무자를 제재하는 조치를 마련하는 것도 검토해야 할 것이다.

5절 범죄피해자구조제도의 개선

그런데 앞서 본 배상명령 역시 성폭력범죄자가 무자력자인 경우는 피해배상을 받을 수 없다는 한계를 지닌다. 따라서 이 경우의 문제해결을 위해서는 국가가 이를 구제하는 방안을 강구해야 한다. 이 때문에 1964년 뉴질랜드가 세계 최초로 범죄피해자를 지원하기 위한 범죄피해자보상 프로그램을 제도화하는 법률을 제정하였고, 다음 해에는 영국과 미국의 캘리포니아주에서 범죄피해자보상프로그램이 제도화되었으며, 이후 각국으로 확대되었다.¹⁵⁸⁾ 그런가 하면 유럽에서는 범죄피해자에 대한 관심이 증가함에 따라 1983년에 <폭력범죄피해자 보상에 관한 유럽협약>(The European Convention on the Compensation

158) 이근호(1999), 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 25면.

of Victims of Violent Crime)을 채택하였으며, 우리도 범죄피해자구조법을 통하여 이 문제를 해결하고자 하고 있다.

그런데, 지극히 제한적으로 범죄피해자보상제도를 운용하고 있는 것은 많은 나라들에서 대동소이하긴 하지만, 현재 우리의 범죄피해자구조법은 사망한 경우나 신체적으로 중장해를 당한 경우에 한해서 구조를 하도록 하고 있으므로, 성폭력피해자가 사망하거나 신체상 중장해를 당하지 않았다면 동법에 의해 처리될 가능성은 없다. 따라서, 현실적으로 그같은 중장해에는 이르지 않는 상해가 많고, 신체적인 측면보다는 정신적인 측면의 손상이 많은 성폭력의 경우에는 범죄피해자구조법에 의해 보상을 받을 가능성은 지극히 희박하다. 다만 독일은 성폭력으로 인한 심리적 외상에 폭력행위와의 인과관계를 인정하여 보상을 행했고, 프랑스는 강간과 강제추행의 경우를 그 자체로 중대한 신체적 손상으로 간주하고 있는바, 이 같은 발상의 전환이 요청된다.

따라서 향후 우리의 경우 보상에 물리적 심리적 치료비 및 장애로 인한 소득상실분에 대한 보상이 포함되어야 하며, 사망시도 생계비 상실에 대한 보상이 충분히 지급되어야 한다. 예컨대 대부분의 유럽국가의 경우는 <폭력범죄 피해자 보상에 관한 유럽협약>에 근거하여 보상의 범위에 소득상실분, 치료 및 입원비용, 장례비용, 그리고 부양가족이 있었던 경우 그 생계비를 포함시키고 있는 것이 보통이며¹⁵⁹⁾ 게다가 영국은 여성이 강간에 대해서 피해보상을 받는 경우에는 그 여성이 아이를 양육할 의도를 가지고 있다면 추가 보상액까지 지급하고 있는 것이다. 일본이나 미국처럼 범죄피해자를 위한 기금을 설치할 필요성도 강력하게 제기되는 것은 바로 이 지점에서이다. 당해 기금은 범죄자가 납부한 벌금이나 몰수된 범죄자재산을 재원으로 할 수 있을 것이다.

한편 성폭력으로 인해 사망이나 중장해를 당하여 범죄피해자구조제도의 요건을 충족한다 하더라도, 피해자가 범죄행위를 유발하였거나 당해 범죄 피해의 발생에 관하여 피해자에게 귀책사유가 있는 경우는 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있으므로(범죄피해자구조법 제6조) 성폭력피해자의 경우는 성폭력 발생의 책임을 물어 구조금 지급이 제한될 위험마저 있다.

159) Greer(ed.)(1996), *Compensating Crime Victims*, Freiburg, p.6.

그렇지만 영국의 보상심의회는 피해자의 옷차림은 성폭력을 유발한 위법한 행위가 아니라는 이유를 들어 보상을 제한하지 않은 바, 우리의 경우도 성 고정관념에 의한, 부당한 피해자책임론을 철저히 배격할 필요가 있다.

6절 성폭력피해자 보상과 인권보호

성폭력은 개인에 대한 범죄로 규정되어 있으므로 기본적으로는 가해자에 대한 손해배상청구 및 그를 지원하기 위한 법률구조로서, 그리고 절차의 간이함을 위해 배상명령으로서 해결되어야 한다.

그렇지만 한편으로 성폭력은, 그 피해자의 대부분이 여성이고 가해자의 대부분이 남성인 점, 여성들은 길거리에서도 성폭력의 두려움을 느끼는 점, 그 간 성폭력사건의 처리가 오히려 피해자들을 고통에 빠뜨렸던 점 등을 고려하면 다만 가해자만이 아니라 그러한 사태를 방치한 국가의 책임을 물을 수 있지 않나 하는 의견이 있다. 앞서 제3장에서 살펴 보았듯이, 최근 그러한 맥락에서 국가를 상대로 한, 성폭력에 대한 국가배상청구가 최초로 제기되기도 했다. 당해 사건은 아직 판결이 내려지지 않고 있지만, 국가배상청구는 기본적으로 공무원의 직무집행중 고의 또는 과실로 손해를 입힌 경우를 대비한 것이고 또 거기서의 ‘과실’이란 각각의 구체적인 행위에 있어서의 것을 말하므로, 성폭력 관련 법제를 허술하게 둔 것이라든지 치안활동을 완벽하게 하지 못한 것을 과실있다고 판단할 여지는 희박하다.

다만, 캐나다 온타리오주의 경우처럼 국가가 인권보호의 측면에서 성폭력 피해자를 겨냥한 피해보상을 하는 방법은 적극적으로 검토할 만하다. 즉 캐나다 온타리오주 <범죄 피해 보상 위원회>¹⁶⁰⁾는 성폭행 등 폭력 범죄로 인해

160) 변호사를 고용할 필요는 없으며, 이에 의하면 형사소송을 통하지 않고도 보상을 받을 수 있다. 피해를 입은 시점으로부터 4년 이내에 신청을 해야 하며, 이 기간이 경과한 후에는 위원회에 좀더 기간을 연장해 달라고 요청할 수는 있지만 반드시 연장되는 것은 아니다. 피해를 받은 당시 미성년자인 경우에는 성인(18세)이 된 후 4년 이내에 신청이 가능하다. 우선, 기본적인 정보를 제공하면 범죄피해보상위원회에서 신청서를 보내준다. 이를 작성해서 보내고 접수가 되면 위원회는 비공식 심리를 진행한다. 다음으로 위원회로부터 폭력행위자에게 통지가 가며, 행위자가 심리에 참석

정신적, 육체적으로 상처를 입은 경우, 적정 수준의 치료비용, 고통, 수입 감소 등에 대해 보상을 행하고 있다. 이는 이미 우리 성폭력특별법상 도입되어 있는 성폭력 피해자에 대한 치료보호와 일시보호시설에서의 보호와 마찬가지로 맥락으로도 이해되며 우리의 범죄피해자구조제도와도 유사한 측면이 있지만, 반드시 사망이나 중장해의 경우에 한하지 않고 널리 성폭력으로 인한 피해를 보상한다는 점에서 좀더 유용할 수 있을 것으로 보인다.

그밖에, 성폭력 피해자들이 당해 사건을 형사적으로 처리하는 데에서 나아가 그로 인한 피해를 제대로 배상받을 수 있기 위해서는 배상 관련 제도의 보완에 앞서서, 수사·재판의 담당자가 성평등의식의 교육 등을 통하여 성폭력으로 인한 인권침해의 심각성을 주지하고, 성폭력 처리절차 전반에서 피해자의 인권이 보장될 수 있도록 제도적 장치를 마련하고 이를 실행해 나가야 할 것이다.

할 경우 자신을 반대심문할 권리를 갖는다. 따라서 여전히 변호사의 조력을 받을 필요성은 있는 셈인데, 커뮤니티 법률상담소에서도 이를 지원한다. 증거자료로 제출한 진단서 발부 비용 등은 본인이 부담해야 한다. 자세한 것은 법무부(2001), 『각국의 여성에 대한 폭력 방지 제도-캐나다, 미국-』, 164-165면 참조.

참고문헌

- 곽윤직(1991), 『채권각론』, 박영사.
- 권용우(1998), 『불법행위론』, 신양사.
- 김상용(1997), 『불법행위법』, 법문사.
- 김용세(1999), “일본에서의 피해자학 연구동향”, 『피해자학 연구』.
- 김준호(2000), 『민법강의』, 법문사.
- 미야자와 고이치, 장규원 역(1999), 『피해자학 입문』, 길안사.
- 박동섭(1997), 『손해배상의 법률지식』, 청림출판.
- 박선영(2002), “강간죄와 남근주의”, 『시민과 변호사』.
- 법무부(2001), 『각국의 여성에 대한 폭력 방지 제도-캐나다, 미국-』.
- _____(2002), 『형사법상 범죄피해자의 원상회복제도-미국·프랑스를 중심으로』.
- 여성부(2002), 『여성폭력 피해여성을 위한 무료법률구조사업 안내』.
- 이건호(1999), 『범죄피해자구조제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원.
- 이은영(1989), 『채권각론』, 박영사.
- 정현미(2000), 『성폭력범죄의 실태』, 이화여자대학교 법학연구소.
- 한국법제연구원(2002), 『지적재산권법의 손해배상책임제도에 대한 과제와 전망』 (워크샵 자료집).
- 한국성폭력상담소(2003), 『법조인의 성별의식과 양성평등교육 실태 및 대안모색을 위한 토론회 자료집』.
- 현대호(2002), 『지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안연구』, 한국법제연구원.
- 加藤一郎(1982), 『不法行爲(法律學全集 22-II)』, 有斐閣.
- 角田由紀子(1990), “被害者の側からみた民事裁判”, 『法學セミナー No.430』.
- 宮澤浩一, 田口守一, 高橋則夫 共編(1996), 『犯罪被害者の研究』, 成文堂.
- 吉村良一(1996), 『不法行爲法』, 有斐閣.
- 奥山明良(1999), 『職場のセクシュアル・ハラスメント』, ゆうひかく選書.

Elias(1986), *The Politics of Victimization*, Oxford Univ. Press.

Eppenstein(1991), "Weißer Ring - Lobby for Victims of Crime", Kaiser/Kury/
Ibrecht(eds.), *Victims and Criminal Justice*.

Greer(ed.)(1996), *Compensating Crime Victims*, Freiburg.

Kunz(1995), *Opferentschädigungsgesetz, Kommentar*, C.H.Beck.

Villmow/Plempner(1989), *Praxis der Opferentschädigung*, Centaurus Verl.

Walklate(1989), *Victimology*, Unwin Hayman.

2003 연구보고서 210-28

성폭력 피해배상 활성화 방안 연구

2004년 1월 29일 인쇄
2004년 2월 2일 발행

발행인 : 장 하 진

발행처 : 한국여성개발원
서울시 은평구 불광동 1-363
전화 / 02-3156-7000 (대)

인쇄처 : 도서출판 한학문화
전화 / 02-313-7593 (대)

<정가 5,000원>

ISBN 89-8491-091-0 93330