

범죄피해자의 공판참가를 위한 입법적 과제*

이진국**

국 | 문 | 요 | 약

형사절차상 피해자참가제도는 보호기능과 통제기능을 담당한다. 피해자참가제도의 보호기능이란 예컨대 형사절차에서 피고인측이 위법성조각사유, 책임조각사유 또는 정상에 관한 사실을 주장하는 사례에서 피해자 등의 인격권을 보호하고 2차적 피해자화를 방지하는 역할을 의미한다. 피해자참가제도의 통제기능이란 피해자참가제도가 검사의 소극적인 공소유지활동에 대한 통제수단으로서의 역할을 담당해야 한다는 것을 말한다. 법무부의 형사소송법 개정법률안은 피해자참가제도를 도입함에 있어 보호기능만 고려하고 있을 뿐 통제기능은 전혀 고려하지 않았다. 법원으로부터 기소가 강제된 사건에서 검사의 소극적 공소유지를 통제할 필요성이 크기 때문에 재정신청 사건에 대해서는 피해자에게 독자적으로 공판절차에 참가할 가능성을 인정해야 한다. 결론지우면, 우리나라에 도입되어야 할 피해자참가제도에는 법무부 형사소송법 개정안이 의도하는 것과 같이 피해자참가제도의 보호적 기능과 이와 결부된 검사에 대한 보조자적 지위를 부여할 것이 아니라 통제적 기능과 주체적 지위도 부여해야 한다. 그리고 피해자참가제도에 보호기능과 통제기능을 모두 인정하는 경우에는 법무부 형사소송법 개정안에 나타난 피해자참가제도를 이원적으로 재구성해야 한다. 피해자참가제도의 보호기능과 관련해서는, 법무부 형사소송법 개정안의 내용과 마찬가지로 참가 대상범죄를 특정 범죄로 한정하고, 피해자참가인에게 부여되는 절차상의 권리도 법무부 형사소송법 개정안이 의도하는 기본적인 틀을 유지하면 될 것으로 본다. 이에 반해 피해자참가제도의 통제기능과 관련해서는, 법원으로부터 재정신청이 인정된 사건은 모두 피해자참가의 대상범죄로 삼고, 이 경우에 피해자참가인에 대해서는 구형사소송법상 공소유지변호사에게 부여되는 광범위한 권리가 인정되어야 한다.

❖ 주제어 : 범죄피해자, 피해자진술권, 피해자참가제도, 부대공소, 재정신청

* 이 논문은 2010년도 정부재원(교육과학기술부 인문사회연구역량강화사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF - 2010 - 332 - B00484)

** 아주대학교 법학전문대학원 조교수. 법학박사.

I. 서 설

우리나라에서는 1987년 10월 29일자 제9차 헌법 개정을 통하여 범죄피해자 구조 청구권(제30조)과 형사피해자의 재판정진술권(제27조 제5항)이 신설된 것을 기점으로 범죄피해자에 대한 보호가 필요한 분야별로 다양한 단행 법률이 제정·시행되고 있고, 2007년 6월 1일자로 공포된 개정 형사소송법은 형사절차상 범죄피해자를 보호하기 위한 다양한 조치를 담고 있다.¹⁾ 또한 2010년 5월 14일에 전면 개정된 범죄피해자보호법을 통하여 행위자와 피해자의 화해를 추구하는 “형사조정제도”의 법적 근거도 신설되었다. 그럼에도 불구하고 우리나라의 형사절차에서 피해자는 여전히 증인 등의 객체로서의 지위에 머물고 있으며 선진 외국의 형사절차에서 볼 수 있는 주체적 지위를 인정받지 못하고 있다. 이러한 의미에서 최근 법무부가 형사소송법에 제294조의5부터 제294조의9까지 총 5개 조문을 신설하여 공판절차상 피해자참가제도를 도입하기 위하여 법안을 내 놓은 사실은 피해자중심적 형사사법의 실천에 적지 않은 의미를 지니고 있다. 공판절차상 피해자참가를 통하여 피해자의 지위가 이전보다 획기적으로 강화되는 것을 기대할 수 있기 때문이다. 법무부가 도입하고자 하는 공판절차상 피해자참가제도의 틀은, 특정범죄의 피해자 등이 공판절차에서 검사를 통하여 공판기일에 참석할 의사를 법원에 신청하고 법원이 이를 허가하는 경우 공판기일에 증인이나 피고인에 대하여 직접 신문하거나 검사의 구형 후별도로 법률과 사실에 관한 의견을 진술하는 것을 내용으로 한다.

우리나라 학계에서는 과거 피해자에게 광범위하고 강력한 권리가 부여되어 있는 독일 형사소송법 제395조 이하의 부대공소제도(Nebenklage)를 전제로 하여 그것을 형사소송법에 도입할 경우에는 피해자가 개인적인 이익과 응보감정을 추구할 목적으로 소송을 수행해나갈 가능성이 크고, 이로써 피고인의 방어권을 약화시킬 위험이 있다는 점을 고려하여 부대공소제도의 도입에 소극적인 견해²⁾가 적지 않았다.

1) 구체적으로는 모든 범죄에 대한 재정신청의 가능성 명시(제260조 이하), 신뢰관계자 동석(제163조의2, 제221조), 비디오 중계방식에 의한 신문(제165조의2), 공판진행 상황의 통지(제259조의2), 피해자의 법정진술권의 강화(제294조의2), 피해자 진술의 비공개(제294조의3), 피해자 등의 공판기록 열람·등사(제294조의4) 등이다.

2) 독일의 부대공소제도를 도입하는 데 반대하는 견해와 그 논거에 관해서는, 이재상이호중, 형사절차

그러나 최근의 논의에서는 주로 일본 형사소송법 제316조의³³⁾에 규정되어 있는 피해자참가제도를 모범으로 하여 그것을 도입해야 한다는 주장³⁴⁾이 설득력을 얻고 있다. 그 주된 근거로는, 독일의 부대공소제도와는 달리 검사가 형사소송을 주도하고 피해자가 보조적으로 참가하는 방식을 취하고 있는 일본의 피해자참가제도를 도입하면 국가형벌권의 적정한 행사를 방해하는 문제는 발생하지 않고, 다른 한편으로 피고인의 방어권이 피해자의 절차참가를 통한 진실규명이라는 형사사법의 가치보다 우월할 수 없다는 점을 들고 있다.

현재 공판절차상 피해자참가에 관한 법무부의 입법구상은 일본의 피해자참가제도를 모범으로 삼고 있다. 그렇지만 우리나라에서 공판절차상 피해자참가제도를 도입함에 있어 일본의 제도를 답습할 것이 아니라 우리나라의 법·문화적 상황에 맞게 정합적으로 도입해야 한다. 이와 관련하여 공판절차상 피해자참가에 관한 법무부 입법안이 과연 우리나라의 법현실이나 규범적 필요성을 충분하게 고려하고 있는지는 의문이다. 이러한 의미에서 이 글은 현재 법무부가 도입하고자 하는 공판절차상 피해자참가제도에 관한 입법안과 이에 대한 학계의 의견을 소개하면서 우리나라의 법·문화적 상황에 부합하는 공판절차상 피해자참가제도의 입법방안을 제시하고자 한다.

상 피해자 보호방안, 한국형사정책연구원, 1993, 188쪽; 송광섭, 범죄피해자보호의 현황과 형사사법 체계 내에서의 피해자보호방안, 저스티스, 통권 제82호(2004.12), 26쪽 참조; 한편, 독일의 부대공소제도를 원칙적으로 도입하되 피고인의 방어권의 부당한 침해가 없도록 하고 피해자의 부대공소에 상응하는 피고인의 방어권을 보장하는 법적 장치를 마련해야 한다는 견해로는 윤종행, 공판단계에서의 피해자 보호방안, 비교형사법연구, 제7권 제2호(2005. 12), 98쪽; 천진호, 범죄피해자의 권리확보방안, 피해자학연구, 제15권 제1호(2007.4), 37쪽.

- 3) 안성수, 범죄피해자 보호의 제도적 강화방안, 형사법의 신동향, 통권 제16호(2008.10), 34-41쪽; 한생일, 부대공소제도 도입을 통한 범죄피해자의 권리강화, 형사법의 신동향, 통권 제20호(2009.6), 168-180쪽; 조균석, 형사재판절차에서의 범죄피해자 참가제도 도입 방안, 피해자학연구, 제18권 제1호(2010.4), 9-26쪽; 김영기, 피해자 공판절차참가 도입방안 연구, 정암 정성진 박사 고회기념논문집 한국 형사법학의 이론과 실천, 2010, 690-700쪽; 이호중, 공판분야의 개정방안, 한국형사정책연구원-한국형사법학회(공동주최), ‘형사소송법 개정의 쟁점과 검토’ 자료집(2010.9.30), 160-168쪽; 박광민, 범죄피해자제도의 바람직한 도입방안, 한국형사소송법학회법무부(공동주최), ‘선진 형사사법제도 입법 공청회’ 자료집(2010.10.5), 87-107쪽.

II. 현행법의 상황과 그 문제점

현행법질서에서 범죄피해자가 공판정에 참가할 가능성이 전혀 없는 것은 아니다. 헌법 제27조 제5항과 이를 실천하는 형사소송법 제294조의2는 피해자진술권을 명시하고 있다. 문제는 피해자진술권이 증인신문과 결합되어 있다는 치명적인 약점을 안고 있다는 점이다.

1. 형사소송법 제294조의2와 그 개정

1987년 제9차 헌법 개정 때 신설된 헌법 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 헌법지침에 따라 1987년 11월 28일 제6차 형사소송법 개정 때 형사소송법 제294조의2에 피해자진술권이 신설되었다. 그 당시 형사소송법 제294조의2에 의하면, 법원은 피해자의 신청이 있는 경우에는 그 피해자를 증인으로 신문해야 하고, 피해자를 신문하는 경우에는 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 반드시 주도록 규정하면서도(동조 제1항 및 제2항), ① 피해자가 아닌 자가 신청한 경우, ② 신청인이 이미 당해 사건에 관하여 공판절차 또는 수사절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우, ③ 신청인의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우에는 피해자의 진술권을 배제시킬 수도 있었다(동조 제1항 단서 제1호 내지 제3호). 그러나 그 당시 형사소송법 제294조의2에 대해서는, 신청권자를 피해자에 한정시키고 있는 점, 피해자 진술권의 성격(피해자를 증인으로 신문하는 것)이나 그 범위, 행사방법 등이 명확하지 않는 점, 진술권의 배제사유가 너무 광범위하다는 점 등으로 인하여 헌법상 보장된 피해자의 진술권이 제대로 행사될 수 없다는 문제점이 적지 않게 지적되었다.⁴⁾

이러한 문제를 해소하기 위하여 2007년 6월 1일자로 개정·공포된 형사소송법 제

4) 류병관, 형사절차상 범죄피해자권리의 헌법적 보장에 관한 연구, 피해자학연구, 제14권 제1호(2006.4), 39쪽; 박상식, 범죄피해자의 의견진술권에 관한 연구, 피해자학연구, 제14권 제1호(2006.4), 3쪽.

294조의2는 기존의 피해자진술권을 대폭 손질하여, 신청주체를 피해자 이외에 법정 대리인 및 그 친족 등으로 확대하였고, 형사소송법 제494조의2 제1항 단서에 명시된 피해자진술권의 배제사유 중 “피해자가 아닌 자가 신청한 경우”(제1항 제1호)를 삭제하였으며, “수사절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우”(제1항 제2호의 내용 중 일부)를 삭제하였다. 또한 증인신문 절차에서 진술을 신청한 피해자 등에게 피해의 정도와 결과, 피고인의 처벌에 대한 의견, 기타 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 부여하여 과거보다 진일보된 내용으로 개정하였다. 형사소송법 제294조의2의 개정으로 인하여 현행 형사소송법상 피해자진술권은 미국법상 피해자의견진술제도와 피해자영향진술제도가 모두 포함되어 있는 것으로 이해할 수 있다.⁵⁾

2. 피해자진술권의 문제점

그렇지만 형사소송법 제294조의2의 개정에도 불구하고 피해자진술권은 여전히 학계에서 비판의 대상으로 되고 있다. 현행 피해자진술권이 안고 있는 치명적인 약점은 바로 피해자의 진술권이 증인신문의 연장으로 파악되고 있다는 점이다.⁶⁾ 개정 형사소송법에서 피해자진술권의 행사방식을 증인신문방식과 연계한 이유는 피해자가 위증부담이나 피고인의 반대신문에 대한 검증도 없이 강력한 유죄심증을 심어줄 수 있는 진술을 하게 하는 것은 적절하지 않고, 특히 국민참여재판에서는 그 위험성이 더욱 커질 것이라는 우려 때문이다.⁷⁾

그러나 피해자진술권은 피해자에게 형사절차에서 자신의 관심사를 적절하게 반영할 수 있도록 기회를 제공하는 것을 본질로 하는 것으로서 일반적인 증인신문과 그 성격을 달리하는 것으로 보아야 한다. 나아가 피해자진술권에 관한 형사소송법 제294조의2가 개정되었음에도 불구하고 진술권의 구체적인 행사방법에 대한 절차적 보장이 여전히 미흡하고, 진술의 내용 및 그 한계에 대한 명확한 정의를 명시하

5) 박광민, 범죄피해자의 양형절차에의 참가, 형사법연구, 제21권 제4호(2009.12), 185쪽.

6) 이재상이호중, 앞의 주 2번, 58쪽; 이용식, 형사피해자의 지위에 대한 소고, 피해자학연구, 제14권 제1호(한국피해자학회, 2006. 4), 12쪽; 천진호, 앞의 주 2번, 16쪽; 박광민, 앞의 주 5번, 188-189쪽.

7) 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 216쪽 및 그곳의 주 166번.

고 있지 않은 것도 문제로 지적되고 있다.⁸⁾ 결국 형사소송법 제294조의2는 헌법 제27조 제5항의 규범적 지침⁹⁾을 충실하게 이행하고 있지 않은 것으로 볼 수 있으며, 피해자 진술과 증인신문을 결부시키고 있는 것은 현행 형사소송법이 피해자에게 주체적 지위를 인정하지 않는 반증이라고 볼 수 있다.

3. 피해자진술권의 개선을 위한 제안

피해자진술권에 관한 헌법 제27조 제5항의 취지와 형사절차에서 피해자의 2차적 피해를 방지할 필요성을 고려해보면, 현행 형사절차상 피해자진술권은 통상적인 증인신문과는 그 성질을 달리하는 것으로 보아야 한다. 따라서 피해자진술권을 증인신문의 연장으로 규정하면서 이를 광범위하게 제한하고 있는 형사소송법 제294조의2는 피해자의 권리보호에 적지 않은 문제를 안고 있다. 이러한 의미에서 학계¹⁰⁾에서는 형사절차상 피해자의 진술권을 보다 실효적으로 보장해주기 위한 입법론으로, ① 피해자진술을 증인신문절차와 분리하여 독립적인 진술권으로서의 성격을 부여하고, ② 피해자진술이 양형에 관한 의견진술이라는 점을 명확하게 해야 하며, ③ 진술의 시기를 증거조사절차를 종료하여 법원이 심증을 형성한 후에 이루어지도록 명확하게 해야 하고, ④ 피해자진술의 방식에 관해서는 구두진술을 원칙으로 하되 피해자보호를 위하여 서면에 의한 진술권행사를 보장할 필요가 있다는 점 등 다양한 제안을 내놓고 있다.

8) 이용식, 앞의 주 6번, 13쪽; 천진호, 앞의 주 2번, 16쪽; 박광민, 앞의 주 5번, 189쪽.

9) 특히 헌법재판소(전원재판부 1989.4.17. 88헌마3 결정)는 헌법 제27조 제5항에 명시된 피해자진술권의 성격에 관하여 “헌법 제27조 제5항에서 형사피해자의 재판절차진술권을 독립된 기본권으로 보장한 취지는 피해자 등에 의한 사인소추를 전면 배제하고 형사소추권을 검사에게 독점시키고 있는 현행 기소독점주의의 형사소송체계 아래에서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 형사재판절차에 참여할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위한 것이므로...”라고 판시하여 형사재판에 있어 법관의 피해자진술청취의무를 인정하고 있다.

10) 특히 박광민, 앞의 주 5번, 190-192쪽 참조.

III. 피해자참가제도의 본질과 피해자 진술권과의 관계

공판절차상 피해자참가제도의 도입 배경에는 현행 형사소송법상의 피해자진술권 제도가 안고 있는 흠결과 무관하지 않은 것으로 보인다. 피해자진술권을 보다 실효적이고 의미있게 구성하여 운영해왔다면, 공정한 형사절차를 방해하고 피고인의 방어권을 제약한다는 비판까지 받으면서 굳이 피해자참가제도를 적극적으로 도입할 필요는 없었기 때문이다. 이와 관련하여 공판절차상 피해자참가제도가 현행 형사소송법상 피해자진술권과 어떠한 차이점을 지니고 있는지 논의할 필요가 있다.

피해자참가제도는 특정범죄의 피해자 등이 법원의 허가를 얻어 공판기일에 증인이나 피고인에 대하여 직접 신문하거나 독자적인 지위에서 법률과 사실에 관한 의견을 진술하는 것을 본질로 한다. 현재 그 도입이 논의되고 있는 피해자참가제도와 현행 형사소송법상 피해자 진술권은 모두 피해자가 공판절차에 참가하여 일정한 소송법적 권리를 행사한다는 점에서 공통적이다. 그러나 이 두 제도 간에는 - 그 절차 등 세부적인 차이점을 별론으로 하더라도 - 피해자가 공판절차에 참가하여 행사할 수 있는 권리의 질적인 면과 양적인 면에서 본질적인 차이가 있다.

형사소송법상 피해자진술권 하에서 피해자는 공판정에서 범죄피해의 정도와 결과, 피고인의 처벌에 대한 의견 기타 당해 사건에 관한 의견을 진술할 수 있다(제294조의2 제2항). 그러나 피해자진술권제도에서 피해자 등은 피해자참가제도에서 인정되는 적극적·공격적 권리를 행사하는 것이 아니라 증인의 지위에서 당해 범죄 및 그 결과에 관하여 일정한 “의견”을 표현하는 데 불과하다. 피해자진술권제도에 의하면 피해자는 공판정에서 증인의 자격으로 출석하여 위증의 부담을 안고 의견을 진술하고, 판사나 피고인등의 반대신문을 받게 된다. 이에 반해, 피해자참가제도하에서는 피해자가 위증의 부담에서 해방되어 증인신문이나 피고인신문 등 적극적·공격적 권리를 행사할 수 있다. 이 점에서 질적인 관점에서 보면, 피해자참가제도는 피해자진술권과는 본질적으로 다르고, 양적인 관점에서도 피해자의 단순한 의견진술(형사소송법 제294조의2)을 뛰어넘는 것이다.¹¹⁾

11) 피해자진술권과 피해자참가제도의 차이점에 관해서는, 김영기, 앞의 주 3번, 697쪽 및 그곳의 도표 참조.

IV. 피해자참가제도에 관한 비교법적 검토

피해자참가제도가 어떠한 내용을 갖추고 있고 그 본질이 무엇인지를 보다 상세하게 밝히기 위해서는 피해자의 공판참가에 대한 비교법적 접근이 필요하다. 우리나라에서 도입이 논의되고 있는 피해자참가제도의 틀과 내용은 외국(특히 일본)의 관련제도를 모범으로 삼고 있기 때문이다.

1. 미국법상 피해자영향진술제도와 피해자의견진술제도

미국법에서는 피해자에게 피해자참가제도에서 인정되는 적극적·공격적인 권리를 부여하지 않는 대신 피해자영향진술제도(Victim Impact Statement: VIS)를 도입하고 있다.¹²⁾ 피해자영향진술이란 양형절차에서 피해자의 피해결과에 대한 진술 내지의견표현으로서 현재 미국의 모든 주법률에 그 근거가 명시되어 있다. 서면 또는 구두로 행해지는 피해자영향진술에서 피해자는 범죄로부터 받은 영향, 범죄 이후에 자신과 가족이 처해 있는 상황, 범죄로 인하여 자신이 겪고 있는 육체적·정신적·사회적 및 경제적 사정에 관한 증거를 제출한다.¹³⁾ 나아가 미국에서는 1990년까지 35개 주가 피해자의견진술제도(Victim Statement of Opinion : VSO)를 도입하고 있다. 피해자의견진술은 당해 진술이 증명된 사실정보에 초점을 두고 있는 피해자영향진술제도(VIS)¹⁴⁾와는 달리 피해자가 보다 주관적으로 피고인에게 부과되어야 할 형

12) 그 밖에 미국법상 피해자에 대해서는 법적 청문권과 가석방에 관한 의견진술권 등도 부여되어 있다. 피해자의 법적 청문권은 검사와 피고인간의 답변협상(plea agreement)이나 검사의 기소제기와 관련하여 핵심적인 역할을 담당한다는 점에서 형사절차상 피해자의 이익을 주장할 가장 중요한 수단으로 간주되고 있다. 이러한 법적 청문권으로부터 미국의 다수 주헌법에서는 피해자에게 형사절차의 특정한 단계에서 당사자에 대하여 피해자가 알고 있는 사실을 제공할 권리를 인정하고 있다. 예컨대 아리조나주 수정헌법[Arizona: Constituion Art. II, §2.1(A)]에 의하면, 절차상황이 바뀔 때마다, 즉 검사의 공소제기 이후나 공판절차 개시전 또는 절차의 진행에 관한 모든 결정을 하기 이전에 피해자가 검사와 협의할 권리를 명시해두고 있다. 또한 대부분의 주에서는 피해영향진술 이외에 피해자가 가석방위원회(parole board)에 대하여 수형자에 대한 가석방 결정 이전에 의견을 진술할 권리도 인정되고 있다.

13) Hellerstein, The Victim Impact Statement: Reform or Resprisal?, American Criminal Law Rievew, Vol. 27, 1989, 399쪽.

14) 미국법상 피해자영향진술제도가 일반적으로 피해자의 피해상황에 대한 객관적인 자료만을 대상으로

벌의 종류 및 형량에 관한 자신의 의견을 법원에 제시하는 것을 내용으로 한다. 이 점에서 미국법의 피해자의견진술제도와 피해자영향진술제도는 우리나라에서 논의되고 있는 피해자참가제도와 그 성격을 달리하는 것이며, 오히려 형사소송법 제294조의2에 명시되어 있는 피해자진술권과 유사하다.

2. 독일의 부대공소제도

미국과는 달리 독일 형사소송법 제395조 이하에서는 피해자가 공판절차에 참가하여 독자적인 권리를 행사하는 것을 내용으로 하는 부대공소제도를 도입하고 있다. 피해자참가제도는 그 성격 면에서 독일의 부대공소제도와 유사하다. 부대공소제도 하에서 피해자 등은 공판절차에서 당해 범죄와 관련한 의견을 진술하는 차원을 뛰어넘어 적극적이고 공격적인 권리를 행사한다. 부대공소제도는 형사절차에서 피고 인측의 부당한 책임 떠넘기거나 허위의 주장으로부터 피해자를 보호하고, 다른 한편으로 검사의 소극적 공소유지를 통제하는 역할을 담당한다. 부대공소제도하에서 공소참가인은 ① 공판기일출석권, ② 피고인·증인·감정인에 대한 질문권, ③ 재판장의 명령 및 개별 질문에 대한 이의제기권, ④ 증거신청권 및 증거신청 기각결정에 대한 상소권, ⑤ 증거조사에 관한 의견진술권, ⑥ 최종진술을 포함한 의견진술권, ⑦ 법관이나 감정인에 대한 기피권, ⑧ 국선변호인의 조력을 받을 권리(이상 형소법 제397조), ⑨ 상소권(형소법 제395조 제4항, 제401조 제1항 제1문) 등 검사의 지위에서 독립하여 광범위하고 독자적인 권리를 행사할 수 있다.¹⁵⁾

그러나 독일의 부대공소제도에서 공소참가인이 양형에 관한 의견을 표현하는 예

하지만, 범죄행위와 피고인 및 양형제안에 대한 피해자의 주관적인 내용도 포함하는 예도 있다고 한다. 예컨대 Connecticut 주에서는 사건의 사실관계와 범죄로 인하여 직접 야기된 신체피해, 경제적 손실과 일신이익의 범위로 제한하고 있지만[Conn. Gen. Stat. Ann, §54-91c(b), 1994], Oklahoma 주에서는 범죄의 상황, 범죄행위의 실행방법 및 제안된 형량에 대한 피해자의 의견을 포괄적으로 진술할 수 있다[Okla. Stat. tit. 22, §984(1), 1996]

15) 그러나 부대공소제도는 그 보호기능과 관련하여 공소참가인에게 광범위한 권리를 부여함으로써 피해자의 주체적 지위를 인정하고 있지만, 이로 인하여 부대공소제도가 피고인의 방어권을 약화시키고, 피해자의 옹호사상을 대변하며 부대공소로 인하여 피고인에게 발생한 소송비용이 피고인의 재사회화에 적대적으로 작용한다는 비판적인 견해가 적지 않다. Kühne, Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2007, §11 Rn. 257.1.; Roxin Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009, S. 468, 475.

는 드물다고 한다. 그 이유는 독일 형사소송법 제258조가 의견표현의 범위에 관하여 명시적으로 규정하지 않고 있음에 따라 실무에서 피해자의 변호사들이 공소참가인에게 양형에 관하여 권고하지 않고 있으며, 다른 한편으로는 양형 그 자체는 공소참가인이 향유하는 핵심적인 권리에 속하는 것이 아니라고 보고 있기 때문이다. 참고로 독일 형사소송법 제400조 제1항은, 법원이 선고한 형량이 적다고 판단하는 경우에 공소참가인이 상소를 제기할 수 없도록 명시하고 있다.

3. 일본의 의견진술제도와 피해자참가제도

일본 형사소송법상 피해자의 공판참가 방식은 크게 두 가지가 있다. 하나는 미국식 피해자영향진술제도와 유사한 의견진술제도(형사소송법 제292조의2)이며, 다른 하나는 독일식 부대공소제도를 유사한 피해자참가제도(형사소송법 제316조의33 이하)이다. 이 중에서 피해자의 의견진술제도는 우리나라의 피해자진술권과 의견상 유사하지만 그 내용면에 보면 차이는 부분도 적지 않다.¹⁶⁾

일본에서 피해자참가제도는 2007년 6월 20일자로 제정된 “범죄피해자 등의 권리 이익보호를 도모하기 위한 형사소송법 등의 일부를 개정하는 법률”을 통하여 형사소송법 제316조의33 이하에 도입된 것이다. 일본의 피해자참가제도는 일정한 중대 범죄의 피해를 입은 피해자 등이 검사와의 밀접한 소통을 전제로 하여 소송법상 권리를 행사할 수 있는 것을 내용으로 한다. 일본의 피해자참가제도는 현재 우리나라 법무부가 제안하고 있는 피해자참가제도와 매우 유사하다. 다만, 일본의 피해자참가제도에서 주목할 부분은 독일의 부대공소제도와는 달리 공판절차에 참가하는 피해자 등이 검사의 보조자적 지위에 있다는 점과 피해자참가인에게 부여되는 권리의

16) 피해자가 참고인 또는 증인으로 등장함으로써 형사절차로부터 소외되는 문제를 해소하기 위하여 도입된 피해자 의견진술제도(일본 형사소송법 제292조의2)는 피해자의 신청을 전제로 공판기일에서 피해자가 의견을 진술하는 것을 본질로 한다. 이 경우 의견진술의 내용에는 피해에 관한 심정 그 외의 피고사건에 관한 의견이 포함된다. 여기서 “피해에 관한 심정”에는 양형에 대한 의견도 포함되는 것으로 이해되며, “피고사건에 관한 의견”에는 범죄사실에 관한 의견도 포함되지만 이 의견을 범죄사실의 인정을 위한 증거로 할 수 없다. 또한 피해자는 법원에 대해서 의견진술을 신청하는 것이 아니라 미리 검사에게 신청하고, 검사가 이 신청에 의견을 첨부하여 법원에 통지하여 법원이 허가하는 구조를 취하고 있다.

범위가 협소하다는 점이다.

일본의 피해자참가제도에 따르면, 피해자참가인은 공판기일출석권(형소법 제316조의34), 검사의 권한행사에 대한 의견진술권(형사소송법 제316조의35), 정상사실에 대한 증인신문권(동법 제316조의36), 피고인에 대한 질문권(동법 제316조의37), 사실 및 법률에 대한 의견진술권(동법 제316조의38)만을 향유한다. 이와 같이 일본의 피해자참가제도가 독일의 부대공소제도에 비하여 피해자참가인에게 한정된 권리만을 부여하고 있는 배경은 무엇보다도 피해자참가제도의 보호기능¹⁷⁾에서 찾아볼 수 있다. 피해자참가제도를 지탱하는 두 가지의 주요 기능은 통제기능과 보호기능이다. 재정신청과 관련하여 검사의 소극적 공소유지를 통제할 필요성에서 그 정당성이 인정되는 피해자참가제도의 통제기능은 적어도 일본 형사소송법하에서는 큰 의미가 없다. 일본의 경우 검사가 불기소한 사건에 대하여 법원의 재정신청을 통하든 검찰심사회를 통하든 그 사건에 대한 공소가 제기되면 그 이후의 공소유지는 - 우리나라와는 달리 - 법원이 지정한 변호사가 담당하게 되어 있기 때문에 검사의 소극적인 공소유지에 대한 피해자측의 통제 문제가 등장하지 않고, 따라서 피해자참가제도에 피해자의 통제기능을 인정할 필요성이 존재하지 않는다. 따라서 일본의 법문화와 형사사법의 현실에서는 피해자참가제도의 보호기능만 실제적인 의미를 가지게 된다.

그런데 공판절차에서 피고인측의 부당한 책임전가나 허위의 주장으로부터 피해자를 보호해야 한다는 관점에서 도출되는 피해자참가제도의 보호기능을 법제화함에 있어 피해자참가인에게 독일의 부대공소제도와 같이 광범위한 권리를 부여하여 형사절차상 당사자적 지위를 인정할 것인가가 문제로 된다. 이와 관련하여 일본의 입법자는 “피해자를 보호할 필요성이 있는 한도 내”에서만 보호기능을 고려하고 있다. 이것은 일본의 피해자참가제도가 피해자참가인에게 제한적인 권리만을 부여하고 있는 점에서 알 수 있다. 이러한 일본의 입법태도는, Schünemann 교수가 독일의 부대공소제도에 대하여 “.....검사의 소극적 공소유지를 통제할 목적으로 피해자에게 검사와 병렬적으로 당사자적 지위를 부여하는 것은 정당화될지는 몰라도, 그 이외의 일반적인 사건에서 피해자에게 광범위한 권리를 부여하여 당사자로서의 지위를 부여하는 것은

17) 이에 관해서는 아래의 V. 참조

수궁이 가지 않는다”¹⁸⁾고 비판하는 것과 그 맥락을 같이 하는 것이다.

종합해보면, 일본은 피해자참가제도를 설계함에 있어 검사가 불기소로 처분한 사건에 대한 통제기능과 관련해서는 그것을 도입할 필요가 없었기 때문에 피해자참가인에게 “공소유지변호사의 권한에 상응하는 광범위한 소송법적 권리의 부여”라는 문제가 처음부터 등장하지 않았다. 또한 그 자체 정책적 재량이 강하게 작용하는 피해자참가제도의 보호기능과 관련해서는 피해자참가인에게 “필요한 한도 내”에서만 제한적으로 소송법상 권리를 부여함으로써 결과적으로 일본 나름대로의 독자적인 피해자참가제도를 마련한 것으로 이해할 수 있다.

V. 우리나라에 도입될 피해자참가제도의 기능

그렇다면 일본의 피해자참가제도를 모범으로 삼은 우리나라 법무부의 피해자참가 도입안의 내용 형성도 일본의 법적 상황과 동일한 관점에서 - 즉, 피해자참가제도의 보호기능만 고려하여 - 출발해야 할 것인가? 입법론적 관점에서 보면, 이 물음은 향후 우리나라에 도입될 피해자참가제도에 어떠한 기능을 부여할 것인가의 문제로 귀착된다. 피해자참가제도의 역할 내지 기능으로 거론되는 것으로는 보호기능, 통제기능, 응보기능 등이다.

1. 보호기능

이미 언급한 것과 같이, 피해자참가제도의 보호기능이란 예컨대 형사절차에서 피고인측이 위법성조각사유, 책임조각사유 등을 주장하거나 범행에 피해자가 일정하게 기여했다거나 범행 이후에 피해자를 위하여 일정한 속죄를 했다(예컨대 살인사건의 피고인이 피해자의 묘지에 매일 찾아가서 꽃송이를 두었다는 등의 속죄성 진

18) 보다 상세한 내용은, Schünemann, Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell, in: Schünemann-Dubber(Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, 9쪽 참조.

술)는 등의 부당한 주장이 나오는 사례에서 피해자 등을 보호하기 위하여 피해자 등에게 절차참가권을 인정해야 한다는 것을 말한다. 독일의 부대공소제도나 일본의 피해자참가제도가 가지는 대표적인 기능이 바로 이러한 보호기능이라 할 수 있다. 형사절차에서 피고인측이 피해자를 증인으로 신문하거나 공판심리에서 공격과 방어를 하는 과정에서 피해자에게 부당하게 당해 사건에 대한 책임을 떠넘기는 경우에는 피해자의 인격권이 침해될 뿐만 아니라 형사절차에서 또 다시 피해를 입게 된다. 바로 이러한 2차적 피해자화를 방지해야 할 필요성에서 공판절차상 피해자참가의 정당성이 인정된다. 문제는 피해자참가제도의 보호기능과 관련하여 피해자참가인에게 어느 정도의 범위까지 소송법적인 권리를 부여할 것인지에 있다. 법무부 형사소송법 개정안은 일본의 피해자참가제도와 유사하게 피해자참가인에게 제한적인 권리를 부여하고 있다는 점에서 - 개별적인 부분에서 문제되는 쟁점은 별론으로 하고 - 적어도 독일 형사소송법상 부대공소절차에 대하여 제기되는 비판(즉, 피해자참가인에게 광범위한 권리를 부여함으로써 공판절차상 당사자로 등장한다는 점)은 줄어들 것으로 보인다.

2. 통제기능

피해자참가제도의 통제기능이란 피해자참가제도가 검사의 소극적인 공소유지활동에 대한 통제수단으로서의 역할을 담당해야 한다는 것을 말한다. 공판절차상 피해자참가제도의 통제기능이 역할을 발휘하는 곳은 우리나라와 독일의 형사소송법에 규정되어 있는 기소강제절차에서 찾아볼 수 있다. 기소강제절차에 의하면, 재정법원으로부터 공소제기가 결정된 사건에서는 검사가 공소유지를 담당하게 되는데, 이 경우에는 검사의 소극적 공소유지를 방지할 필요성이 있기 때문에 검사의 공소유지활동과 별도로 피해자등에게 독자적인 절차참가권을 부여하게 된다(독일 형사소송법 제395조 제2항 제2호 참조). 법원으로부터 공소제기 결정이 내려진 사건에서 그 이후의 공판절차에서 검사로부터 독립된 변호사가 공소를 유지하는 일본에서는 피해자참가제도의 통제기능을 인정할 필요가 없는 반면, 독일이나 우리나라 형사소송법상 재정신청제도와 같이 법원이 공소제기 결정을 하면 검사가 공소를 제기

하고 그 이후의 공소도 검사가 유지하는 체계에서는 검사의 소극적 공소유지에 대한 통제의 필요성이 인정된다. 특히 우리나라에서는 2007년 6월 1일자로 개정된 형사소송법이 발효된 이후로 법원에 의하여 공소제기 결정이 내려진 사건에 대하여 검사가 공소유지를 소홀히 하고 경우에 따라서는 무죄를 구형하는 사례까지 발생하고 있어 재정신청제도의 본질적인 취지인 피해자보호에 소홀할 수 있다는 문제점이 지적되고 있다.¹⁹⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해서는 재정신청제도의 본래의 취지인 피해자보호사상의 관점에서 피해자에게 절차참가의 가능성을 열어두고, 피해자참가인 또는 그 위임을 받은 변호사에게 검사로부터 독립된 지위에서 증거신청권, 상소권, 법관 등에 대한 기피권 등 독자적인 권리를 부여함으로써 검사의 공소유지에 소극적인 태도를 수정할 가능성을 부여해야 한다.

물론 피해자참가인(및 그 위임을 받은 변호사)에게 독립적인 지위를 부여하고 독자적인 권리행사를 가능하게 하는 경우에는 공판심리에서 검사와 피해자참가인의 의견이 일치하지 않는 경우가 발생할 수 있고, 이로 인하여 재판의 신속성이나 혼란을 가져올 수 있다는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 검사와 피해자의 의견이 불일치하는 문제는 검사와 증인의 관계에서도 동일하게 나타나며, 검사와 피해자참가인 측간의 의견의 불일치에 대한 염려가 재정신청이 인용된 사건에서 피해자등에게 절차참가권을 부여하지 않아야 한다는 결론으로 이어져서는 안되고, 재판의 신속성은 피해자참가제도를 도입하는 한 어느 정도 감수되어야 하며, 법정의 혼란은 재판장의 소송지휘를 통하여 해결될 수 있을 것으로 본다. 다만, 재정신청이 인용된 사건에서 피해자가 독자적인 지위에서 참가하는 경우에는 피고인측이 2명의 적과 싸우는 형국이 되어 피고인의 방어권이 약화될 수 있다는 문제가 제기될 수 있다. 그러나 이러한 사정은 법무부가 형사소송법 개정안에 규정된 피해자참가제도에서도 그대로 나타나고, 특히 피해자참가인은 동시에 증인으로 진술할 수 있기 때문에 예컨대 “후일 피해자참가인이 증인신문을 받는 것이 예정된 경우” 등의 사유가 있는 경우 법원이 피해자참가인의 권한을 제한할 수 있는 관련 규정을 둬으로써 해결될 수 있다고 본다.

19) 이러한 문제제기로는 이호중, 앞의 주 3번, 142쪽.

3. 응보기능

피해자참가제도의 응보기능이란 피해자참가제도가 피고인에 대한 형벌선고에 있어서 피해자의 응보감정이 충분하게 반영되도록 역할을 수행해야 한다는 의미로 이해된다.²⁰⁾ 일상적인 의미에서 보면 피해자의 응보욕구는 당연한 것으로 볼 수 있고, 따라서 이를 두고 도덕적으로 비난할 수 없다. 그러나 피해자의 응보욕구가 정당한 것이라고 해서 입법자가 형사정책적 도구를 통하여 피해자의 개인적인 복수감정을 실현하도록 하는 것은, ① 진실발견과 범죄로 인하여 파괴된 법평화의 재건을 본질로 하는 형사절차의 목표와 부합하지 않으며, ② 응보효과는 이미 공적인 형벌에 내재되어 있으므로 피해자에게 별도로 내면적 만족을 찾을 수 있는 수단까지 제공할 필요는 없고²¹⁾, ③ 피해자참가제도에 응보기능을 인정하는 경우에는 형법의 목적과도 모순되며, ④ 결과적으로 행위자의 재사회화에도 도움을 주지 않는 등 적지 않은 문제점을 초래하게 될 것으로 본다.²²⁾ 결론적으로, 피해자참가제도에 피해자의 개인적인 응보기능을 부여하는 것은 정당성을 인정받기 어렵다.

VI. 법무부의 피해자참가제도 도입안에 대한 검토

앞에서 언급한 피해자참가제도의 기능의 관점에서 출발하여 현재 법무부 형사소송법 개정안에 나타난 피해자참가제도의 도입안을 개별적으로 검토해보면, 부분적으로는 타당한 면도 있지만, 삭제 내지 보완이 필요한 부분도 적지 않게 존재한다.

20) 피해자참가제도의 응보기능은 독일 형사소송법상 부대공소제도를 바라보는 독일 학계의 일부 의견이기도 하다. KK-StPO-Senge, Vor §395 Rn. 1; Meyer-Göfner, StPO, Vor §395 Rn. 1; Volk, Grundkurs StPO, 2008, §39 Rn. 18; Roxin-Schünemann, 앞의 주 15번, S. 475.

21) Zechmann, Strafantragserfordernis bei der Nebenklage, Diss. Augsburger, 1993, S. 74.

22) Roxin-Schünemann, 앞의 주 15번, S. 475.

1. 절차참가대상자 및 절차참가대상범죄

법무부 형사소송법 개정안에 의하면, 피해자참가권을 향유할 수 있는 인적 범위는 절차참가 대상범죄의 피해자, 피해자의 법정대리인, 피해자가 사망하거나 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 배우자·직계친족·형제자매이다. 참가권을 가진 자는 변호사에게 참가를 위임할 수 있다(형사소송법 개정안 제294조의5 제1항 본문). 참가대상자가 절차참가를 신청하여 법원으로부터 참가가 허가된 경우에는 그 대상자를 피해자참가인이라고 부른다(형사소송법 개정안 제294조의5 제3항 제1호).

법무부 형사소송법 개정안은 모든 범죄를 대상으로 하는 것이 아니라 특정한 범죄에 국한하여 절차참가를 허용하고 있다. 예컨대 살인죄와 그 미수죄, 상해죄·중상해·상해치사죄·폭행치사상죄, 교통사고처리특례법이 적용되는 업무상과실·중과실치사상죄, 약취유인의 죄 중 일부 범죄 및 그 미수죄, 강간과 추행의 죄, 인질상해치상과 인질살해치사죄 및 그 미수죄, 강도살인치사죄 및 그 미수죄, 강도강간죄 및 그 미수죄, 해상강도상해치사상죄 및 그 미수죄에 국한하여 피해자참가가 인정된다(형사소송법 개정안 제294조의5 제1항 제1호). 그리고 이들 범죄를 가중처벌하는 죄에 대해서도 피해자참가가 허용된다(형사소송법 개정안 제294조의5 제1항 제2호).²³⁾

법무부 형사소송법 개정안은 피해자참가가 허용되는 대상범죄의 범위를 일신전속적 법익을 침해한 특정 중범죄와 그 미수범에 한정시키고 있다. 이 점에서 법무부가 의도하는 피해자참가 대상범죄는 - 개별적으로 약간의 차이가 있지만 - 독일이나 일본 형사소송법상 피해자참가가 허용되는 대상범죄의 범위와 유사하다. 이와 같이 일신전속적인 법익이 침해된 범죄사건에 국한하여 피해자참가를 허용하는 이유는 이들 범죄의 경우 피고인측의 책임전가로부터 피해자를 보호할 이익이 더 크게 나

23) 피해자참가 대상범죄에 관한 법무부의 입법안에 대해서는, 절차참가의 필요성이 큰 피해자도 포함시켜야 한다는 관점에서 법무부안에 규정된 참가 대상범죄의 범위를 보다 확대시켜야 한다는 견해(조균석, 앞의 주 3번, 13쪽)와 참가를 인정하는 범죄와 그렇지 않은 범죄를 구분하는 합리적 기준이 없으므로 피해자를 두텁게 보호하기 위해서는 모든 범죄에 대하여 절차참가를 인정해야 한다는 견해(박광민, 앞의 주 3번 100쪽) 등 다양한 제안이 있다. 특히 조균석 교수는 법무부 형사소송법 개정안에 명시되어 있는 피해자참가의 대상이 된 강력범죄의 범위가 좁아서 절차참가의 필요성이 큰 범죄피해자가 제외되는 문제점이 있고, 교통범죄의 경우에도 그 대상이 도주차량에 제한되어 있어 널리 교통범죄 일반에 까지 그 범위를 넓힐 필요가 있다고 한다.

타난다는 점이 고려되었기 때문인 것으로 보인다. 그러나 법무부 형사소송법 개정안과 같이 참가대상범죄를 일신전속적 범익을 침해한 범죄에 국한시키는 것은 공판 절차상 피해자참가제도에 보호기능을 부여할 경우에만 그 타당성이 인정된다. 피해자참가제도에 통제기능을 부여하는 경우에는 재정신청 후 법원으로부터 공소제기가 결정된 모든 사건이 절차참가의 대상범죄로 되어야 한다.²⁴⁾ 이 점에서 법원으로부터 공소제기가 결정된 사건에 대해서는 피해자의 참가를 인정하지 않고 있는 법무부 형사소송법 개정안의 내용은 이를 인정하는 방향으로 수정되어야 한다.

2. 참가시기

법무부 형사소송법 개정안에 의하면, 피해자의 절차참가는 공판절차에서만 가능하다(형사소송법 개정안 제294조의5 제1항 본문). 따라서 공판준비절차에서는 절차참가가 허용되지 않는다.

형사절차에 피해자가 독자적인 권리를 가지고 참가하는 경우에는 공판절차가 지연될 개연성이 크다. 지금까지의 공판절차에서는 피고인과 검사 및 법원으로 조직되었으나, 피해자가 독자적인 권리를 가지고 공판절차에 참가하는 경우에는 재판의 신속성이 그 만큼 저해될 것이기 때문이다. 이 점에서 피해자 등에게 공판준비절차에서 피해자의 참가를 인정함으로써 피해자등이 이미 공판절차의 이전 단계에서 절차참가와 관련된 다양한 전략을 수립할 수 있게 하고, 다른 한편으로 법원은 사건을 효율적이고 신속하게 진행할 수 있도록 법적 기반을 갖추어야 한다. 특히 현행 형사소송법은 재판장으로 하여금 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있도록 하여(형사소송법 제266조의5 제1항) 임의적 회부방식을 취하고 있기 때문에 당해 사건의 성질에 비추어서 재판장의 재량으로 피해자의 절차참가시기를 공판준비절차로 앞당긴다고 해서 소송법적으로나 이론적으로 문제될 것은 없다. 또한 국민참여재판의 경우 재판장은 사건을 반드시 공판준비절차에 부쳐야 하는데(국민의 형사재판참여에 관한 법률 제36조 제1항), 이 경우에는 피해자참가의 시기도 공판준비절차로 앞당기는 것이 효율적이고 신속한 절차진행에도 도움을 줄 것이다.

24) 조균석, 앞의 주 3번, 13쪽; 이호중, 앞의 주 3번, 166쪽; 같은 취지로 박광민, 앞의 주 3번, 100쪽.

3. 참가절차

법무부 형사소송법 개정안에 따르면, 공판절차에서 참가권자가 절차에 참가하기 위해서는 먼저 검사에게 참가신청을 해야 한다. 검사는 피해자등의 신청에 대하여 피해자등이나 변호사의 참가가 필요하다고 판단하는 때에는 의견을 붙여서 법원에 이를 송부하고, 참가가 필요 없다고 판단하는 때에는 피해자 등 또는 그 위임받은 변호사에게 그 이유를 고지해야 한다(형사소송법 개정안 제294조의5 제2항). 법무부 형사소송법 개정안에 나타난 피해자참가절차의 특징으로는, 피해자참가인의 검사에 대한 제한적 보조자로서의 지위를 가지고 있다는 점이다.²⁵⁾ 피해자참가인의 검사에 대한 제한적 보조자로서의 지위를 추론할 수 있는 근거로는, 피해자등이 절차참가를 신청할 때 검사의 1차적 판단을 받게 하도록 한 점, 피해자참가인이 증인신문권, 피고인신문권 및 의견진술권을 행사함에 있어 반드시 검사를 경유하도록 한 점 등이다.

법무부 형사소송법 개정안이 피해자참가인에게 검사의 보조자적 지위를 부여하는 데 그치고 있는 이유는, 피해자참가의 방식과 절차 및 권한이 각 국가의 법률문화나 국민정서 등에 따라 달라지기 때문에 우리나라에서는 일본의 제도를 모델로, 검사의 공소유지활동을 보조하기 위한 범위 내에서 제한적인 보조참가의 방식이 적절하다는 고려에 기초한 것으로 보인다.²⁶⁾ 그러나 피해자참가인에게 검사의 (제한적) 보조자로서의 지위를 부여하는 경우에는 검사의 소추활동 내지 공소유지의 목적을 달성하기 위하여 피해자를 도구화한다는 비판이 제기될 수 있다. 형사절차상 피해자보호를 강화하기 위해서는 피해자참가인의 보조자적 지위를 주체적(또는 독

25) 그러나 검사에게 일차적 판단권을 부여하는 형사소송법 개정안에 대해서는, ① 피해자보호의 견지에서 검사가 일차적 판단권을 가지는 것은 타당하지 못하므로 일본과 같이 검사에게 신청하되, 검사가 의견을 붙여 법원에 통지하면 법원에서 허가하도록 해야 한다는 견해(조근석, 앞의 주 3번, 13쪽), ② 검사의 일차적 판단권을 부정한다면 굳이 검사를 경유할 필요가 없으므로 독일의 부대공소제도와 같이 참가권자가 직접 법원에 신청하고 법원이 결정해야 한다는 견해(이호중, 앞의 주 3번, 166쪽), ③ 검사에게 일차적 판단권을 부여하게 되면 피해자참가제도를 검사의존형 제도로 만들어 피해자참가제도의 기본취지를 몰각시킬 우려가 크기 때문에 처음부터 피해자의 참가여부에까지 검사에게 채량권을 부여하는 형식은 재고되어야 한다는 견해(박광민, 앞의 주 3번, 100쪽)가 있다.

26) 김영기, 앞의 주 3번, 700쪽.

자적) 지위로 바꾸거나 적어도 완화시켜야 한다. 특히 피해자참가제도에 통제기능을 부여하는 경우에는 피해자 등에게 검사의 보조자적 지위 내지 검사의 공소유지 활동을 보조하는 지위를 인정하는 것은 더 더욱 어울리지 않는다. 이 경우 피해자 등은 검사의 소극적 공소유지를 통제하는 입장에 있기 때문이다. 이 점에서 피해자 등이 검사에게 참가신청을 하고 그 신청을 받은 검사가 참가여부를 일차적으로 판단하도록 하는 형사소송법 개정안의 내용은 적절하지 못하며, 오히려 피해자등이 법원에 곧바로 절차참가를 신청하도록 하는 방식이 더 적합하다.

4. 피해자참가인의 권리

법무부 형사소송법 개정안에 의하면, 피해자참가인은 공판기일출석권(형사소송법 개정안 제294조의6), 증인신문권(개정안 제194조의7), 피고인신문권(개정안 제298조의8), 의견진술권(개정안 제294조의9) 등 크게 네 가지의 소송법상의 권리를 행사할 수 있다. 이 중에서 논란이 제기되는 부분은 증인신문권과 의견진술권이다.

법무부 형사소송법 개정안 따르면, 피해자참가인 또는 그 위임을 받은 변호사는 공판기일에서 증인을 신문할 수 있지만, 증인신문권의 범위는 일본의 피해자참가제도와 같이 정상에 관한 증인의 증명력을 다투기 위한 경우에 국한되어 있기 때문에 공소사실에 대한 증인신문을 허용되지 않는다. 그러나 피해자참가인이 행사할 증인신문권(안 제294조의7)의 범위를 정상에 관한 사실뿐만 아니라 범죄사실에 관한 사항까지도 포함시키는 것이 타당하다. 물론 피해자는 객관의무를 지니지 않으며, 피해자의 신문권한은 피해자의 증인으로서의 지위와 상충되는 측면이 있기 때문에 증인신문이나 피고인신문의 내용에 공소사실에 관한 사항까지 포함시키는 것은 적절하지 않다는 반론²⁷⁾도 있다. 그렇지만 증인신문권은 피해자참가제도의 본질에 속하는 내용이고, 공소사실에 대한 증인신문권을 행사함으로써 나타나는 부작용은 피고인측 변호인의 이의신청이나 재판장의 소송지휘를 통하여 해소할 수 있으며²⁸⁾, 특히 피고인측이 형사절차에서 피해자에게 책임을 전가하는 방식은 양형에 관련된 정

27) 이호중, 앞의 주 3번, 167쪽.

28) 조균석, 앞의 주 3번, 19쪽; 박광민, 앞의 주 3번, 103쪽.

상에 관한 사항뿐만 아니라 책임선고(사실인정)와 관련된 사실에도 관련되어 있기 때문에 공소사실에 관한 사항까지도 증인신문이 가능하도록 해야 한다.

또한 피해자참가인의 의견진술권의 범위도 제한되어야 한다. 법무부 형사소송법 개정안에 따르면 피해자참가인 또는 그 위임을 받은 변호사에게 공소사실 및 정상에 관한 의견을 진술할 수 있도록 명시되어 있다. 그러나 사실 또는 법률의 적용에 관한 의견진술권(안 제294조의9) 중 피해자참가인에게 직접 양형에 관한 의견진술권을 부여하는 것은 적절하지 못하다. 피해자참가제도에 응보기능을 부여할 정당성이 인정되지 않기 때문이다. 피해자참가제도의 내용을 구상함에 있어 피해자로 하여금 법정에서 여과없이 자신의 양형의견을 표현하게 하여 그 응보이익을 고려해줄 것이 아니라 양형조사관으로 하여금 피해자의 응보욕구를 조사하게 하거나 - 일정한 한도 내에서 굳이 양형의견을 표현하게 하는 경우에도 - 피해자의 위임을 받은 변호사로 하여금 대리하게 하는 것이 보다 객관적이고 이성적인 범죄해소의 방법이다.

VII. 피해자참가제도 도입안의 외재적 보완

피해자참가제도에 관한 법무부 형사소송법 개정안에는 포함되어 있지 않지만, 기왕에 이 제도를 도입하는 한에서는 다음과 같은 보완이 있어야 할 것으로 본다.

1. 피해자참가제도의 이원적 구성

법무부 형사소송법 개정안과 같이 피해자참가제도에 보호기능만 귀속시킨다면 피해자참가인의 권리에 관한 몇 가지 세부적인 문제를 제외하고는 큰 문제가 제기되지 않는다. 그러나 현재의 법적 상황과 실무를 고려해보면, 피해자참가제도에 통제기능도 부여해야 할 것으로 본다. 법원으로부터 재정신청이 인용된 사건에서 검사의 소홀한 공소유지를 통제할 필요성이 인정되기 때문이다. 이와 같이 피해자참가제도에 관한 법무부 형사소송법 개정안의 기본적인 틀을 유지하면서 피해자참가제도에 보호기능과 통제기능을 모두 귀속시키는 경우에는 피해자참가제도를 이원

적으로 구성해야 한다.

우선, 피해자참가제도의 보호기능과 관련해서는, 피해자참가인에게 검사와는 독립적인 지위를 부여하거나 적어도 검사의 보조자적 지위를 완화시키되, 법무부 형사소송법 개정안의 내용과 마찬가지로 참가대상범죄를 특정 범죄로 제한하고, 이 경우 피해자참가인에게 부여되는 절차상의 권리도 - 앞에서 언급한 일부 수정을 전제로 - 법무부 형사소송법 개정안이 의도하는 틀을 유지하면 될 것으로 본다.

그러나 피해자참가제도의 보호기능 이외에 통제기능까지 부여한다면, 적어도 법원으로부터 재정신청이 인용된 사건에 대한 피해자참가제도는 다음과 같은 내용을 담고 있어야 한다. 첫째, 재정신청을 통하여 공소가 제기되도록 한 모든 고소인 또는 고발인에게 절차참가를 인정해야 한다. 이렇게 되면 피해자참가제도의 보호기능과 관련해서는 특정 범죄의 피해자등에게만 절차참가를 인정하되, 통제기능과 관련해서는 재정신청을 통하여 공소가 제기되도록 한 모든 고소인 또는 고발인에게 절차참가가 인정되는 결과가 된다. 둘째, 피해자등에게 검사로부터 독립적인 지위 내지 검사와 병렬적인 지위를 부여해야 한다. 피해자참가인은 검사의 소극적 공소유지를 통제하는 입장에 있기 때문이다. 이로부터 피해자 등이 법원에 대하여 직접 절차참가를 신청하도록 해야 한다는 결론이 도출된다. 셋째, 법원으로부터 재정신청이 인용된 사건에 대해서는 피해자참가인이 검사의 소극적 공소유지를 통제하는 입장에 있기 때문에 구 형사소송법상 공소유지변호사에게 부여되었던 광범위한 소송법상의 권리를 부여해야 한다. 이 경우에는 피해자참가인에게 예컨대 강제수사를 제외한 증거신청권, 상소권 등 널리 공소사실을 확인할 수 있는 독자적인 권리가 부여되어야 한다. 따라서 피해자참가제도의 통제기능의 영역에서 피해자참가인이 향유할 수 있는 소송법상 권리의 종류와 범위는 법무부 형사소송법 개정안에 규정되어 있는 피해자참가인의 소송법상의 권리를 양적·질적으로 뛰어넘어야 한다는 결론이 도출된다.

2. 공판(준비)절차상 형사조정 가능성 확보

그러나 재정신청이 인용된 사건을 대상범죄로 삼든 특정 (중대)범죄를 대상으로

삼든 피해자참가제도에는 그 자체 응보적 색채가 깔려 있다는 점을 인정하지 않을 수 없다. 피해자참가제도를 어떻게 구성하든 이 제도는 본질적으로 피해자참가인이 법원에 대하여 피고인에 대한 유죄를 선고해달라는 취지를 담고 있고, 특히 피고인의 정상에 관한 증인신문이나 피고인신문은 피고인에게 유죄를 선고해달라는 취지를 뛰어넘어 정당한 응보를 해달라는 역할을 하기 때문이다. 또한 피해자참가제도는 피해자를 보호하기 위하여 형사절차상 피해자의 지위를 강화하는 것이지만, 동시에 많은 적든 피고인의 정당한 이익과의 균형을 위협하는 측면이 있다는 점도 부정할 수 없고, 피고인의 재사회화 보다 응보에 더 중점을 두고 있다는 점도 인정하지 않을 수 없다.

따라서 피해자를 보다 더 강력하게 보호하기 위하여 피해자참가제도를 도입하는 경우에도 국가적 형사입법의 관점에서는 피해자의 절차참가를 통한 피고인의 소추에만 그 방향을 설정할 것이 아니라 가능한 한 피고인과 피해자가 상호 갈등을 해소하여 종국적으로 화해를 달성할 수 있도록 장려하는 방향으로 나아가야 한다. 바로 이 점에서 공판절차에서 피해자참가 이외에 회복적 사법의 한국형 모델이라고 할 수 있는 형사조정도 실행할 가능성을 모색해보아야 한다.

물론 피해자참가제도는 회복적 사법(형사조정)과 그 성격을 완전히 달리한다. 피해자참가제도는 피해자등이 형사절차에서 피고인을 유죄로 이끌고 가는 것을 본질로 하는 반면, 형사조정은 피해자와 피고인간의 범죄이전부터 존재하였거나 범죄로 인하여 발생한 갈등을 해소하는 것을 본질로 하기 때문이다. 또한 형사조정에서는 당사자의 자율이 지배되는데 반해, 피해자참가제도는 당사자 자율과 무관하다. 그렇지만 범죄사건을 해소해 나가는 과정에서 ① 피해자참가제도와 형사조정간에 하나의 공통분모는 분명하게 확인할 수 있다. 그것은 바로 피해자참가든 형사조정이든 피해자에게 절차진행의 핵심적 열쇠가 주어져 있고, 이 두 제도는 모두 당해 범죄를 둘러싼 피해자의 감정 표현과 의견 표현을 본질로 한다는 점이다. 범행해소와 관련하여 형사조정이 보다 건설적이며, 당사자의 자율을 강조하고 있다는 점을 고려해보면, 상이한 목적과 본질을 가진 두 제도가 운영되는 경우에도 형사사법기관은 사건에 대한 자율적 해결이 강조되는 형사조정에 더 무게를 두어서 범행을 해소해 나가야 한다.

우리나라에서는 일본과는 달리 2006년부터 검찰을 중심으로 형사조정제도가 실무에서 운영되어 왔고, 2010년 8월 15일자로 발효된 범죄피해자보호법 제41조 내지 제46조는 형사조정제도의 법률적 근거까지 명시하고 있다. 그러나 현행법상 형사조정은 수사절차에서만 활용될 뿐 공판절차에서는 형사조정의 가능성이 법제상 흡결되어 있다. 범행당사자간의 자율적인 형사조정은 그 성격상 특정한 절차단계에서만 가능한 것이 아니라 마지막 유죄판결이 선고될 때까지 촉진되어야 하고, 심지어 유죄판결이 선고된 이후에도 형사조정의 가능성이 있어야 한다는 점을 고려해보면, 이제는 공판절차에서도 형사조정이 실시될 수 있도록 법·제도적 보완조치가 있어야 할 것이다.²⁹⁾ 예컨대 공판전 준비절차와 공판절차에서 법원이 당사자에게 형사조정의 기회를 고지하고, 이에 따라 당사자들이 동의하는 경우에 한하여 당해 사건을 형사조정절차에 회부하도록 하는 방안을 생각해볼 수 있다. 현재 범죄피해자보호법에 명시되어 있는 형사조정제도를 형사소송법 속으로 편입시키고, 조정담당기관을 형사사법기관 이외의 민간기구를 활용하여 사법예의 시민참여가 확보될 수 있는 작업도 병행되어야 할 것이다.

3. 피해자참가인을 위한 국선변호사제도의 도입

법무부 형사소송법 개정안은 피해자참가제도의 실효성을 뒷받침하기 위한 국선변호인제도에 관한 규정을 두지 않고 있다. 피해자등에게 단순한 의견진술권을 부여하는 차원을 뛰어넘어 일정한 소송법상의 권리까지 부여하는 경우에는 법률문외한인 피해자를 지원하기 위한 변호사의 조력이 불가결하다. 독일의 경우에도 부대공소를 제기한 피해자의 99% 이상이 변호사나 법학자 등 대리인으로 하여금 소송을 대리하게 했다고 한다³⁰⁾.

29) 예컨대 독일 형사소송법 제155a조는 “검찰과 법원은 형사절차의 모든 단계에서 피의자와 피해자의 조정이 가능한지를 검토해야 한다. 검사와 법원은 조정에 도달하기에 적합하다고 판단되는 사례에서는 조정을 성사시킴에 노력하여야 한다. 피해자의 명시적인 의사에 반하여 조정합의를 인정해서는 안된다”라고 규정하여 법원과 검찰에게 가해자-피해자-조정을 우선적으로 고려하도록 책무를 부담시키고 있다.

30) Hüsing, Die Rechtswirklichkeit der Nebenklage - eine rechtstatsächliche Untersuchung an 569 nebenklagefähige Strafverfahren, 1983, 118쪽.

비교법적 관점에서 보면, 독일 형사소송법 제397a조는 공소참가 대상범죄별로 공소참가인에게 아무런 요건없이 무료로 변호사를 신청할 권리를 부여하거나 특정범죄의 경우 “중대한 신체적 또는 정신적 피해를 입었거나 그러한 피해가 예상되는 경우에 한하여” 무료로 변호사를 신청할 권리를 부여하고 있다. 일본에서도 2008년 4월에 “범죄피해자등의 권리이익의 보호를 도모하기 위한 형사절차에 부수하는 조치에 관한 법률”이 제정되어 피해자참가인의 자력(그 자에게 귀속하는 현금, 예금 그 외의 정령에서 규정한 이러한 것에 준하는 자산의 합계액을 말한다)이 일정한 기준금액³¹⁾에 미치지 못하는 경우에 국선변호인을 선임할 수 있도록 명시해두고 있다(동법 제5조 참조). 이 점에서 자력이 부족한 피해자참가인에게 당해 사건이 계속 중인 형사절차에서 변호사를 선임하여 줄 것을 청구할 수 있도록 관련 법률이나 규정을 두어야 할 것이다.³²⁾

VIII. 마치며

공판절차상 피해자참가제도에 관한 법무부의 입법구상은 일본의 피해자참가제도를 모범으로 삼고 있다. 일본의 피해자참가제도는 주로 독일의 부대공소제도를 접근방식으로 삼되, 그 구체적인 내용은 일본의 법문화적 상황에 맞게 도입한 것으로 알려져 있다. 일본의 이러한 접근방식은 우리나라에서도 참고할 가치가 충분히 있다고 본다. 다시 말해서, 우리나라에서 피해자참가제도를 도입하는 경우에도 외국

31) 여기서 ‘기준금액’이란 피해자참가인의 자력에서 형사피고사건에 관계되는 범죄행위에 의해 발생한 부상 또는 질병의 요양에 필요한 비용, 그 외의 당해 범죄행위를 원인으로써 청구한 날로부터 3개월 이내에 지출하는 것으로 인정되는 비용의 금액이 기준금액(표준적인 3개월간의 필요생계비를 감안하여 일반의 피해자참가변호사의 보수 및 비용을 충당하는 금액으로써 정령에서 규정한 금액)에 미치지 못하는 금액을 말한다. 이러한 기준금액에 대해서는 정령에서는 150만 엔으로 명시되어 있다. 이것은 범죄피해자 등이 범죄피해에 따른 수입의 감소, 상실이라는 사태에 직면하는 경우가 많기 때문에 치료비 등의 부담이 증가하게 되며, 피해자 등이 본래의 생활을 유지하고 피해로부터 회복을 도모하기 위해서는 3개월간의 필요생계비의 확보가 불가결하다고 생각하였기 때문이다.

32) 피해자참가인을 위한 국선변호의 필요성과 국선변호사 선정 청구에 관한 입법안으로는 조균석, 앞의 주 3번, 24쪽.

(일본)의 제도를 답습할 것이 아니라 우리나라의 법·문화적 상황에 맞게 정합적으로 도입해야 한다. 이러한 관점에서 출발해보면, 일본에서는 기소가 강제된 사건의 공판절차에서 법원이 지정한 변호사가 공소유지를 담당하고 있기 때문에 이 한도에서 피해자참가의 필요성이 없는 반면에 우리나라에서는 공소유지권자가 검사로 한정되어 있기 때문에 검사의 소극적 공소유지를 통제할 필요성이 크고, 따라서 법원으로부터 공소제기 결정이 내려진 사건에 대하여 피해자에게 독자적으로 공판절차에 참가할 가능성을 인정해야 한다. 결론지우면, 우리나라에 도입되어야 할 피해자참가제도에는 법무부 형사소송법 개정안이 의도하는 것과 같이 피해자참가제도의 보호적 기능과 이와 결부된 검사에 대한 보조자적 지위만을 부여할 것이 아니라 통제적 기능과 주체적 지위도 부여해야 한다. 그리고 피해자참가제도에 보호기능과 통제기능을 모두 인정하는 경우에는 법무부 형사소송법 개정안에 나타난 피해자참가제도를 이원적으로 재구성해야 한다. 피해자참가제도의 보호기능과 관련해서는, 법무부 형사소송법 개정안의 내용과 마찬가지로 참가 대상범죄를 특정 범죄로 한정하고, 피해자참가인에게 부여되는 절차상의 권리도 법무부 형사소송법 개정안이 의도하는 기본적인 틀을 유지하면 될 것으로 본다. 이에 반해 피해자참가제도의 통제기능과 관련해서는, 법원으로부터 재정신청이 인정된 사건은 모두 피해자참가의 대상범죄로 삼고, 이 경우에 피해자참가인에 대해서는 구형사소송법상 지정변호사(공소유지변호사)에게 부여되는 광범위한 권리가 인정되어야 한다.

참고문헌

- 김영기, 피해자 공판절차참가 도입방안 연구, 정암 정성진 박사 고회기념논문집 한국 형사법학의 이론과 실천, 2010.
- 류병관, 형사절차상 범죄피해자권리의 헌법적 보장에 관한 연구, 피해자학연구 제14권 제1호, 한국피해자학회, 2006. 4.
- 박광민, 범죄피해자의 양형절차에의 참가, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009. 12.
- 박광민, 범죄피해자제도의 바람직한 도입방안, 한국형사소송법학회·법무부(공동주최), ‘선진형사사법제도 입법 공청회’ 자료집, 2010. 10. 5.
- 박상식, 범죄피해자의 의견진술권에 관한 연구, 피해자학연구 제14권 제1호, 한국피해자학회, 2006. 4.
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007.
- 송광섭, 범죄피해자보호의 현황과 형사사법체계 내에서의 피해자보호방안, 저스티스 통권 제82호, 한국법학원, 2004.12.
- 안성수, 범죄피해자 보호의 제도적 강화방안, 형사법의 신동향, 통권 제16호, 대검찰청, 2008. 10.
- 윤종행, 공판단계에서의 피해자 보호방안, 비교형사법연구 제7권 제2호, 한국비교형사법학회, 2005. 12.
- 이용식, 형사피해자의 지위에 대한 소고, 피해자학연구 제14권 제1호, 한국피해자학회, 2006. 4.
- 이재상·이호중, 형사절차상 피해자 보호방안, 한국형사정책연구원, 1993.
- 이호중, 공판분야의 개정방안, 한국형사정책연구원·한국형사법학회(공동주최), ‘형사소송법개정의 쟁점과 검토’ 자료집, 2010. 9. 30.
- 조균석, 형사재판절차에서의 범죄피해자 참가제도 도입 방안, 피해자학연구 제18권 제1호, 한국피해자학회, 2010. 4.
- 천진호, 범죄피해자의 권리확보방안, 피해자학연구 제15권 제1호, 한국피해자학회, 2007. 4.
- 한생일, 부대공소제도 도입을 통한 범죄피해자의 권리강화, 형사법의 신동향 통권 제20호,

대검찰청, 2009. 6.

Hellerstein, Dina R.: The Victim Impact Statement: Reform or Resprisal?, American Criminal Law Rieview, Vol. 27, 1989.

Hüsing, Diethild: Die Rechtswirklichkeit der Nebenklage - eine rechtstatsächliche Untersuchung an 569 nebenklagefähige Strafverfahren, 1983.

KK-StPO-(Bearbeiter): Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs-gesetz, 4. Aufl., München 1999.

Kühne, Hans-Heiner: Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2007.

Meyer-Goßner, Lutz: Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 51. Aufl., 2008.

Roxin Claus·Schünemann Bernd: Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009.

Schünemann, Bernd: Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell, in: Schünemann-Dubber(Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000.

Volk, Klaus: Grundkurs StPO, 6. Aufl., 2008.

Zechmann, Günther: Strafantragserfordernis bei der Nebenklage, Diss. Augusburg, 1993.

Die legislative Aufgabe für die Beteiligung des Verletzten an der Hauptverhandlung*

Lee, Jin-Kuk**

In der vorliegenden Arbeit beschäftigt sich der Verfasser mit der Thematik zur Beteiligung der Verletzten am Strafverfahren. Das koreanische Justizministerium will nun das Institut in das Strafprozessgesetzbuch einführen. Um den Verletzten noch effektiver zu schützen, muss der Gesetzesentwurf zur Beteiligung der Verletzten am Strafverfahren dahingehend korrigiert werden: ① Der beteiligende Verletzte darf nicht zum blosser Gehilfe der Staatsanwaltschaft gemacht werden, sondern ihm eine subjektive Stellung gegeben werden; ② Zeitpunkt des Beteiligung muss auf das Vorbereitungsverfahren des Hauptverhandlung erstreckt werden; ③ Der Bereiligungsantrag des Verletzten muss direkt beim Gericht gestellt werden; ④ Das Zeugenvernehmungsantrag muss sich auf Tatsachen erstreckt werden; ⑤ Dem Beteiligten darf nicht das Erklärungsrecht über Strafzumessung gewährt werden, weil das Institut “Beteiligung der Verletzten am Strafverfahren” nicht zur Vergeltung dienen darf. Auf der anderen Seite sollen dadurch ergänzt werden: ① Im Fall, der Verletzte als Antragssteller die Staatsanwaltschaft erfolgreich zur öffentlichen Klage gezwungen hat, muss seine Beteiligung gewährt werden, damit er die nachlässige Prozessführung der Staatsanwaltschaft kontrollieren kann; ② Unabhängig von der Einführung des Institut “Beteiligung der Verletzten am Strafverfahren” in die koreanischen StPO muss die Möglichkeit gesucht werden, im Stadium des Hauptverfahren eine

* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government (NRF - 2010 - 332 - B00484)

** Prof. Dr. an der Law School der Universität Ajou.

Strafmediation durchzuführen, um sozial konstruktive Versöhnung zwischen dem Beschuldigten und Verletzten zu erzielen; ③ Dem beteiligenden Verletzten müssen auch das Antragsrecht auf Rechtsanwalt als Beistand gewährt werden.

❖ Key words : Opfer/Verletzte, Verletztenbeteiligung am Strafverfahren, Victim Impact Statement(VIS), Victim Statement of Opinion(VSO), Nebenklage, Klageerzwingungsverfahren