

## 피해자중심 형사사법의 실천을 위한 입법적 과제\*

이 진 국\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

우리나라 형법은 법익보호를 대상으로 한다. 법익보호를 형법의 진정한 임무로 이해함에 따라 범죄피해자는 형법학에서 뿐만 아니라 실무에서도 특별하게 다루어지지 못했고, 기껏해야 형사절차에서 그 의미를 가질 수 있을 뿐이었다. 그러나 현실에서 규범위반은 법익에 대한 추상적 침해에 머무는 것이 아니라 전통적인 개인적 법익의 경우에는 항상 피해를 입은 인격과 관련을 가지고 있다. 피해자는 국가형벌권 속에서 자신이 당한 피해를 확정하고 자신의 지위를 승인받으며 또 다른 피해로부터 보호받아야 한다. 이 점에서 국가형벌권이 피해자의 고통에 관하여 문제삼는 것은 형법의 핵심적인 임무에 속한다고 보아야 한다.

한편, 우리나라에서는 적지 않은 범죄피해자 보호규정들이 제개정되었음에도 불구하고 범죄피해자를 위한 다양한 프로그램들이 아직 확충되지 않았고, 기존의 제도들도 부분적인 흥결을 보이고 있다. 특히 형사절차상 범죄피해자의 적극적 지위를 강화하는 입법이 갖추어져 있지 않다. 예컨대 피해자의 정보권이나 피해자변호사제도는 부분적인 도입에 머물고 있으며, 오늘날 피해자의 적극적 지위를 인정할 국제적 표준이라 할 수 있는 피해자참가제도는 그 법적 근거도 찾아볼 수 없다. 이 점에서 피해자보호의 질적인 관점에서 보면, 여전히 개선의 필요성이 충분하다.

❖ 주제어 : 범죄피해자, 피해자중심적 형사사법, 회복적 사법, 피해자참가제도

\* 이 논문은 2014. 6. 13(금). 한국형사정책연구원 개원 25주년 기념학술행사에서 발표한 내용을 수정한 것임

\*\* 아주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사(Dr. iur., LL.M./Halle).

## I. 서설

서구의 계몽기 이후로 형사사법에서 ‘주변적 존재’로 평가받아 온 범죄피해자는 1970년대 이후로 세계적인 형사정책적 논의의 중심에 서게 되었다. 사회의 발전과 이에 따른 인권의식이 높아짐에 따라 형사사법의 영역에서는 범죄인의 갇혀보호 이외에 피해자보호에 대한 관심이 증대되었으며, 2차 세계대전 이후로 등장한 피해자학의 비약적인 발전은 피해자의 정의에 관한 문제를 법치국가적 형사사법의 핵심 주제로 만들었다. 피해자보호에 관한 세계적인 발전추세는 우리나라 형사사법에서도 그대로 나타났고, 지금도 형사사법 개혁에서 핵심적인 주제에 속한다.

우리나라에서는 1987. 10. 29. 제9차 헌법 개정을 통하여 범죄피해자 구조청구권(제30조)과 형사피해자의 재판정진술권(제27조 제5항)이 신설된 것을 기점으로 범죄피해자보호법 등 피해자 보호가 필요한 분야별로 다양한 단행 법률이 제정 시행되고 있다. 또한 2007. 6. 1. 전면 개정된 형사소송법을 통하여 변호인등 신뢰관계에 있는 자의 동석, 비디오중계방식에 의한 신문, 피해자진술의 비공개 등에 관한 규정을 신설하여 형사절차상 피해자의 지위를 강화하였다. 이로써 우리나라에서도 1980년대 초반부터 독일 형법학계에 확산되기 시작한 피해자중심적 형사사법의 이념<sup>1)</sup>(Idee der opferbezogenen Strafrechtspflege)이 구체화되고 있다. 여기서 피해자중심적 형사사법이란 한마디로 형사절차에서부터 행형단계에 이르기까지 피해자의 지위를 개선하여 행위자와 피해자 및 사회를 통합하고자 하는 형법철학으로 평가할 수 있다.

그러나 이것으로 형사법질서에서 범죄피해자의 보호에 관한 문제가 종결된 것은 아니다. 우리나라에서 1908년대 이후로 다양한 분야에서 광범위하게 범죄피해자를 보호하기 위한 입법을 추진해왔지만, 그 이면에는 내용적으로 개선의 여지가 있는 정책영역이 있고, 피해자의 지위강화를 위하여 새로이 도입해야 할 제도들도 있기 때문이다. 더욱 문제로 되는 것은, 우리나라에서 피해자보호 입법이 수없이 많이 제 개정되었음에도 불구하고 범죄피해자 보호에 관한 기본적이고 일관된 철학이 정립되어 있지 않고, 그때그때의 필요성에 따라 관련 정책이 수립·시행되었다는 점이다.

1) Rössner/Wulf, Opferbezogene Strafrechtspflege. Leitgedanken und Handlungsvorschlägen für Praxis und Gesetzgebung, 1984.

이러한 다양한 문제점에 직면하여 이 글에서는 형법의 영역에서 피해자중심적 형사사법의 이념을 실천할 수 있는 이론적 접근방식에 터 잡아, 우리나라에서 범죄피해자 보호 입법의 발전과정을 살펴본 후, 범죄피해자와 관련된 분야별로 피해자의 지위를 강화하기 위한 방향을 제시하는 것을 목적으로 한다.

## II. 피해자보호와 형법의 임무

피해자중심적 형사사법의 관점에서 출발할 때 그 이론적 기초로서 범죄피해자 보호를 형법의 임무로 볼 수 없는지 논의해볼 필요가 있다. 이를 통하여 그 동안 논의되지 못했던 형법의 영역에서 범죄피해자 보호의 정당성을 부각시킬 수 있기 때문이다.

### 1. 법익보호사상과 피해자보호

서구의 형법체계에서는 계몽기부터 19세기 초기까지만 하더라도 형법의 보호대상은 개인의 주관적 권리라고 이해되었다. 개인의 권리에 대한 침해를 범죄로 간주하고 형법은 이러한 피해자의 주관적인 권리를 보호하는 것으로 인식되었다<sup>2)</sup>. 이러한 이해에 따르면 형법은 범죄피해자의 권리보호를 그 임무로 한다. 그러나 19세기 중반의 시민적 자유주의 시대 이후부터는 형법의 보호대상이 주관적 권리가 아니라 ‘법익(Rechtsgut)’이라는 추상적 개념으로 변화되었다. 즉, 형법의 임무가 법익보호에 있다고 이해되었다. 법익론의 창시자로 알려진 Birnbaum에 의하면, 범죄는 이제 더 이상 주관적 권리에 대한 침해가 아니라 국가에 의하여 균등하게 보장된 물질적 財(materielles Gut)에 대한 침해 또는 위태화라고 이해되었다. Birnbaum 이후로 형법의 보호대상이 자연적 권리가 아니라 인간의 사고 속에만 존재하는 가치지향적인 법익이라는 이해방식은 지금까지도 형법학에 깊은 뿌리를 두고 있다. 오늘날 형법도그마틱에서 법익과 구체적인 행위의 대상(Handlungsobjekt)의 구분이 이루어진 것도 법익론에 영향을 받은 것이다. 이와 같이 법익보호를 형법의 진정한 임무로

2) 계몽기시대의 형법의 보호대상에 대해서는 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 1994, 28~30쪽 참조.

이해함에 따라 범죄피해자는 형법학에서 뿐만 아니라 실무에서도 특별하게 다루어 지지 못했고, 기껏해야 형사절차에서 그 의미를 가질 수 있을 뿐이었다. 형법의 임무에 관한 전통적인 이해방식에 따르면, 피해자의 구체적인 침해결과는 점차적으로 법익침해의 배후에 머물게 되었고, 개인적 범주로서 범죄피해자는 결국 법익침해의 추상성 속에서 용해되었기 때문이다.<sup>3)</sup> 요컨대 지배적인 형법 도그마틱은 지금까지도 법익체계 속에서 범죄피해자를 법익향유자로서의 ‘잠재적인’ 피해자로 보고 있을 뿐 구체적 범죄의 ‘현실적인’ 피해자에 초점을 맞추고 있는 것은 아니다.

## 2. 형벌목적론에서 범죄피해자

법익체계 속에서 범죄피해자가 그 자취를 감춘 것과 유사하게 형벌목적론에서도 피해자보호는 논의되지 않고 있다. 범죄자에 대한 응보형벌의 부과 그 자체를 형벌의 정당성으로 파악했던 절대적 형벌론의 시대에는 개별적 피해자가 형벌의 임무설정에서 아무런 역할을 하지 못했다. 일반예방론에서 범죄피해자는 단지 잠재적인 피해자에 초점을 맞추고 있었으며, 특별예방론에서는 피해자의 재사회화 문제가 아예 등장하지 않았다.<sup>4)</sup>

Roxin은 1980년대에 범죄피해자를 포함시킨 자신의 통합예방론(Integrationsprävention)을 전개한 적이 있다. Roxin은 ‘법질서의 존속력과 관철력에 대한 신뢰의 유지와 강화’를 본질로 하는 적극적 일반예방론을 재해석하는 과정에서 적극적 일반예방론에 세 가지의 상이한 효과, 즉 ① 법충실의 훈련을 가져올 사회교육학적으로 동기 지워진 학습효과(Lerneffekt), ② 시민이 법이 관철되는 것을 볼 때 그 결과로 일어나는 신뢰효과(Vertrauenseffekt), ③ 국민일반의 법의식이 범위반에 대하여 분노를

3) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, 70쪽 이하에서는, “국가적 형법은 피해자의 중립화(Neutralisierung)로써 탄생되었다....분명한 것은 피해자가 행위자와의 동등한 지위에서 분리되었을 때 형벌의 체계가 그 의미를 가질 수 있었다는 점이다....피해자의 중립화와 피해자이익의 일반화는 국가적 형벌의 특징일 뿐 아니라 일탈행위에 대한 사회적 통제 내에서의 업적이기도 하다”고 밝힌 바 있다.

4) Schneider는 이미 오래 전부터 범죄피해자에게도 재사회화가 필요하다고 역설하였다. Schneider, Das Verbrechensoffer: Die zukünftige Hauptperson der Kriminalitätskontrolle, Universitas, 1990, 627쪽 이하.

가라앉히고 행위자와의 갈등을 해결하는 것으로 나타날 만큼 행위자가 적극적으로 노력할 경우에 나타나는 평화초래효과(Befriedungseffekt)가 나타난다고 지적하면서, 이 중에서 학습효과와 신뢰효과는 적극적 일반예방의 목적인 반면, 평화초래효과 내지 평화초래목적은 ‘통합예방’이라고 명명하면서 형사제재의 정당성의 근거로 제시하였다.<sup>5)</sup> 요컨대 Roxin의 통합예방론에 의하면, 행위자가 범죄로 인하여 유발된 손해를 피해자에게 배상한 경우에는 - 항상 그런 것은 아니지만 - 형사제재를 통하여 추구하고자 하는 평화초래의 목적이 달성되었기 때문에 국가형벌권은 형벌을 (부분적으로) 포기할 수 있고, 이 점에서 범죄피해자는 형벌목적론에 편입될 수 있게된다.

그러나 전통적인 형벌목적론에서 피해자를 포함시키고자 하는 이론적 시도들은 규범과 현실의 구조 속에서 현실적 내지 개인적 피해자의 존재를 간과하였다. 현실적 내지 개인적 피해자의 요구와 잠재적 피해자로서 국민일반의 요구가 반드시 일치하는 것이 아니기 때문이다. 이는 특정 범죄에 대하여 국민일반의 중벌에 대한 요구가 높아질 수 있는 반면, 현실적 피해자의 요구는 이와 다를 수 있기 때문에 이해관계를 달리하는 다양한 인적 그룹이 있을 수 있다는 추측으로부터 짐작할 수 있다.<sup>6)</sup> 따라서 잠재적 피해자로서 국민일반과 현실적 피해자를 통합예방적으로 동일한 그룹에 포함시키는 것은 적절하지도 않을 뿐 아니라 내용적으로도 틀린 것이다.<sup>7)</sup>

### 3. 형법의 독자적인 임무로서 피해자보호

형법의 임무에 관한 논의는 형벌의 목적론과 밀접하게 관련되어 있다. 이들 개념은 모두 행위자와 관련한 처벌 내지 범죄예방에 방향을 설정하고 있기 때문이다. 그러나 엄밀하게 보면, 형법의 임무(즉, 형법의 목적)와 형벌의 목적은 많은 부분 일치하지만 개념적으로 구분할 수 있고, 그 차원도 달리 나타난다.<sup>8)</sup> 형법의 임무는 형법이 공동체 내에서 어떠한 역할을 수행해야 할 것인가에 관한 물음이다. 이에 반해

5) Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, 1987, 48쪽; Roxin, Strafrecht AT, 1997, §3 I, Rn. 27.

6) Kilchling, Opferschutz und der Strafanspruch des Staates - Ein Widerspruch?, NStZ 2002, 59쪽.

7) Kilchling, a.a.O., 59쪽.

8) 형법의 임무와 형벌의 목적을 구별하는 견해로는 Löschnig-Gspandl, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht: auf dem Weg zu einem neuen Kriminalrecht?, 1996, 73~79쪽 참조.

형벌의 목적은 형벌에 대한 의무부여, 즉 형벌의 정당성에 관한 것이다. 따라서 형벌의 목적은 형벌 내지 형사제재에 국한된 문제임에 반해, 형법의 임무는 매우 다양하게 나타날 수 있다. 형법의 임무에 법익보호 이외에 사회의 보호나 사회윤리적 행위 가치의 보호 등이 포함되는 이유도 바로 여기에 있다. 또한 형법의 임무를 달성하기 위해서는 형벌을 수단으로 하는 것이 일반적이지만, 반드시 형벌만을 사용해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 형법은 ‘형벌’이라는 법효과 하나만으로 형벌의 목적을 달성하는 것이 아니라 피해자중심적인 수단(예: 피해회복)을 통해서도 형벌보다 더 잘 달성하거나 적어도 형벌과 동일한 정도로 달성할 수 있기 때문이다.

특히 현실에서 규범위반은 법익에 대한 추상적 침해에 머무는 것이 아니라 전통적인 개인적 법익의 경우에는 항상 피해를 입은 인격과 관련을 가지고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이와 관련하여 범죄피해자는 국가형벌권 속에서 자신이 당한 피해를 확정하고 자신의 지위를 승인받으며 또 다른 피해로부터 보호받아야 한다.<sup>9)</sup> 그러므로 국가형벌권이 범죄의 결과를 극복해 나감에 있어 범죄피해자에게 물질적·정신적으로 지원하는 등 피해자의 고통에 관하여 문제 삼는 것은 형법의 핵심적인 임무에 속한다고 보아야 한다. 또한 이와 같이 피해자보호를 형법의 독자적인 임무로 설정함으로써 국가가 형벌권을 피해자친화적으로 행사할 수 있는 정당성의 근거로 삼을 수 있을 것이다.

### III. 우리나라에서 범죄피해자 보호입법의 발전과정

우리나라에서 범죄피해자 보호입법의 발전과정은 3단계(1980년대, 1990년대 ~ 2000년대 초반, 2010년 이후)로 구분할 수 있다. 이렇게 3단계로 구분하는 이유는 범죄피해자 보호입법이 1980년대에 시작하여 그 이후로 가면서 점차 양적·질적으로 심화되는 현상이 나타나기 때문이다.<sup>10)</sup>

9) Rössner, Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle, FS-Roxin, 2001, 986쪽.

10) 김성돈 교수는 범죄피해자 우호적 형사정책의 연대기를 ① 1980년대 이후, ② 2004년 법무부의 종합대책과 2007년의 형사소송법 개정, ③ 2010년 - 현재로 구분하고 있다. 상세한 내용은 김성돈,

## 1. 1980년대 : 범죄피해자에 대한 관심의 환기

우리나라에서 피해자학은 1970년대 소개된 것으로 알려져 있지만<sup>11)</sup>, 그 당시에는 피해자학을 직접 다루기보다는 형법의 도그마틱과 피해자관점을 결부시킨 이론 연구에 집중되어 있었으며, 피해자의 특성이나 유형에 관한 진정한 의미의 피해자학에 관한 연구를 거치지 않고 정책으로서 피해자보호에 관한 연구에 집중되어 있었다.<sup>12)</sup> 그리고 이러한 경향은 1980년대에도 그대로 이어졌다. 다만, 1980년대의 범죄피해자에 관한 논의는 주로 범죄피해자 보상제도의 이론과 정책에 초점이 맞추어져 있었다. 이러한 이론적 노력 때문인지는 몰라도 1987년 10월 29일자 제9차 헌법 개정에서는 제30조에 범죄피해자의 구조청구권이 신설되어 범죄피해자에 대한 보상이 헌법적 지위를 가지게 되었고, 헌법 제27조 제5항에는 형사피해자의 재판정진술권도 명시되었다. 이러한 헌법상의 지침에 따라 ‘범죄피해자구조법’과 형사소송법 제294조의2가 신설되었다. 또한 1981년의 ‘소송촉진등에 관한 특례법’이 시행됨에 따라 형사절차에서 범죄피해자가 손해배상까지 받을 수 있는 배상명령제도도 도입되었다. 범죄피해자가 헌법에 처음으로 명시되었고, 이를 실천하기 위한 하위 법률이 제정되었다는 점에서 1980년대의 범죄피해자 보호입법을 범죄피해자 문제에 관한 관심을 환기시킨 시대라고 평가할 수 있다.<sup>13)</sup>

## 2. 1990년대~2000년대 초반 : 범죄피해자 보호입법의 성황

1990년대부터 2000년대 초반까지는 범죄피해자 보호입법이 성황을 이룬 단계로 평가할 수 있다. 이 시기에는 범죄피해자 보호를 위한 다수의 특별법이 제정되었기 때문이다.

1990년대에 피해자보호와 직접적인 관련을 가지는 법률로는, ‘특정강력범죄의 처

---

우리나라 범죄피해자 우호적 형사정책의 과거, 현재, 그리고 미래, 피해자학연구 제20권 제1호, 2012, 110~114쪽 참조.

11) 김용세, 피해자학, 2003, 68쪽.

12) 김성돈, 우리나라 피해자학의 연구동향, 피해자학연구 제7권, 1999, 89쪽.

13) 김용세, 한국 범죄피해자 지원법제의 현황과 발전방향, 피해자학연구 제20권 제1호, 2012, 43쪽.

벌에 관한 특례법'(1990), '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률'(1994), '가정폭력 방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률'(1997), '가정폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법'(1997), '특정범죄 신고자 등 보호법'(1999) 등이다. 이 중에서 '성폭력 범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률'은 이후 '성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법'과 '성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률'로 분법되었다.

피해자보호 관련 법률들은 그 후 2000년대까지 지속적으로 제개정되어 왔다. 예컨대 '청소년의 성보호에 관한 법률'(2000), '학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률'(2004), '성매매 방지 및 피해자보호 등에 관한 법률'(2004), '범죄피해자 보호법'(2005) 등이다. 이 중에서 '청소년의 성보호에 관한 법률'은 2009년 전부개정을 통해서 법률명을 '아동청소년의 성보호에 관한 법률'로 바꾸고 피해아동청소년을 위한 복지와 지원을 위한 법적 근거를 강화하였다. 또한 2005년에 제정된 '범죄피해자 보호법'은 범죄피해자 보호·지원을 위한 기본법적 성격을 가진 법률로서 범죄피해자의 손실복구를 지원하고, 범죄피해자의 형사절차 참여 보장 등 권리보호를 강화하며, 사생활의 평온 및 신변보호를 목적으로 하고 있다. 또한 2005년 12월 14일자 '소송촉진 등에 관한 특례법'의 개정을 통하여 '위자료'도 배상명령이 가능하도록 하였고, 형사재판상 화해제도도 신설되었다.

그러나 2000년대 범죄피해자 보호입법으로 가장 중요한 의미를 가지는 것이 바로 2007년 개정 형사소송법에 편입된 피해자 보호규정들이다. 일반법인 형사소송법에 범죄피해자의 지위강화를 내용으로 하는 규정들이 신설되거나 개정되었기 때문이다. 그 당시 형사소송법에 도입된 범죄피해자 보호수단으로는, 모든 범죄에 대한 재정신청의 확대(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 열람등사(제294조의4) 등이다.

### 3. 2010년 이후 : 범죄피해자 보호입법의 강화 및 심화

2010년 이후부터 현재까지의 입법 경향을 보면 범죄피해자 보호를 강화하거나 심화하는 특징을 보이고 있다.

2010년 5월 14일에 개정된 ‘범죄피해자 보호법’ 제41조부터 제45조에 형사조정제도가 명시되었다. 형사조정이란 중립적인 지위에 있는 제3자가 사건 당사자를 중개하여 중국적으로 화해에 이르도록 도와주고 그 결과를 사건처리 또는 판결에 반영하는 절차로서 가해자와 피해자간의 화해를 궁극적인 목표로 삼는다. 이로써 1980년대 이후로 선진외국의 형사절차에서 시행되어 온 회복적 사법 프로그램 내지 형사조정 제도가 우리나라 형사실무에서도 시행될 수 있는 법적 근거가 마련된 것이다. 또한 ‘범죄피해자 보호법’은 종래의 범죄피해자구조법을 통합하여 범죄피해자를 지원할 수 있는 자원마련을 위해 전제 벌금 수납액의 최소 4%이상의 재원을 범죄피해자보호기금에 적립할 수 있도록 하였고, 구조금 지급대상도 확대하였다.

2012. 12. 19. 전면 개정된 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’을 통하여 성폭력범죄의 예방과 피해자의 효과적 보호를 위한 다양한 조치들이 개선되었다. 성폭력범죄를 예방하기 위한 조치로는, ① 친족관계에 의한 강간죄(성폭력특례법 제5조)의 ‘친족’의 범위에 ‘동거하는 친족’ 포함(동법 제5조 제4항), ② 장애인과 13세 미만인 자에 대한 강간죄의 객체를 ‘여자’에서 ‘사람’으로 변경(동법 제6조, 제7조), ③ 성적 목적을 위한 공공장소 침입죄의 신설(동법 제12조), ④ 성범죄에 대한 친고죄 조항의 삭제(동법 제15조 삭제), ⑤ 성폭력범죄의 피고인에 대한 판결전조사제도의 신설(동법 제17조), ⑥ 성폭력범죄의 공소시효 적용 배제 대상의 확대(동법 제21조), ⑦ 신상정보 등록제도의 개선(동법 제43조, 제47조, 제49조) 등이다. 한편, 성폭력범죄의 피해자 보호 수단으로는 법률조력인제도와 진술조력인제도의 도입이 획기적이다. 법률조력인이란 피해자변호사를 의미한다. 이에 반해, 진술조력인이란 형사절차에서 의사소통 및 의사표현에 어려움이 있는 성폭력범죄의 피해자를 조력하는 사람을 말한다(동법 제35조 제1항). 진술조력인제도는 성폭력범죄의 피해 아동이나 장애인의 경우 진술능력이나 방어능력이 취약하여 수사 및 재판과정에서의 법률지원만으로는 그 보호가 충분하지 못함에 따라 전문적인 자격을 갖춘 진술조력인이 수사 및 재판과정에서 성폭력 아동이나 장애인의 의사소통이 제대로 이루어질 수 있도록 중립적 지위에서 상호간 의사소통을 중개 또는 보조하기 위하여 도입되었다.

## IV. 범죄피해자 보호 강화를 위한 입법적 쟁점

형사사법의 영역에서 범죄피해자의 보호는 크게 형사절차상 피해자의 (소극적·적극적) 지위, 범죄로 인하여 유발된 피해자의 배상, 회복적 사법 프로그램 등 3개 분야에서 문제될 수 있다. 여기서는 지금까지의 범죄피해자 보호입법에 관한 주요 쟁점을 중심으로 논의를 전개할 것이다.

### 1. 형사절차상 범죄피해자의 지위 강화

형사절차상 범죄피해자의 지위 강화와 관련된 입법적 쟁점으로는 범죄피해자에 대한 형사절차상 권리고지의 의무화, 피해자변호사제도 및 피해자절차참가제도가 있다.

#### 가. 범죄피해자에 대한 권리고지의 의무화

형사절차상 범죄피해자의 적극적 권리 중에서 범죄피해자의 정보권은 크게 두 가지 유형을 포함한다. 하나는, 당해 사건에 관한 형사절차의 진행과정에 관하여 범죄피해자가 정보를 취득할 권리이고, 다른 하나는 형사절차에서 범죄피해자가 어떠한 권리를 행사할 수 있는지에 관한 정보를 취득할 권리이다. 전자는 2007년 개정 형사소송법 제259조의2(피해자등에 대한 통지)를 통하여 도입되었으나, 후자는 아직 그 법적 근거가 없다.

형사절차상 범죄피해자의 권리에 관한 정보권은 특히 범죄피해자의 절차참가권이나 소송서류열람등사권 등 적극적 권리를 행할 수 있게 하는 핵심적 전제가 된다. 범죄피해자가 형사절차의 상황에 관하여 알고 있는 경우에 한하여 자신의 권리를 적시에 행사할 수 있기 때문이다. 이 점에서 수사기관이나 법원으로 하여금 범죄피해자에게 피해자의 소송법상 권리에 대한 고지, 배상명령의 신청시기와 방법에 관한 고지, 피해자지원기관을 통한 보호 및 지원의 가능성에 관한 고지 등 형사절차상 권리를 의무적으로 고지하도록 하는 규정을 신설해야 할 것이다. 비교법적으로 보면, 독일 형사소송법 제406h조는 검사와 법원으로 하여금 범죄피해자에게 그의 권리를 의무적으로 고지하도록 규정하고 있다. 형사소송법 제406h조는 2009년 9월의 제2차 피해자권리개혁법을 통하여 개정되었다.

## 나. 피해자변호사제도의 도입

범죄피해자가 형사절차에서 향유하는 권리를 적시에 적절한 방식으로 행사할 수 있기 위해서는 법률전문가인 변호사의 조력이 필수적이다. 판사, 검사, 변호인 등 법률전문가들에 의하여 다이나믹하게 전개되는 형사절차에서 법률의 문외한인 범죄피해자가 적시에 적절한 방법으로 자신의 권리를 행사하기란 쉽지 않다. 또한 범죄피해자는 검사와 피의자·피고인처럼 대립당사자는 아니지만, 범죄사건에 대한 이해당사자로서 형사절차에서 자신의 사건이 공정하게 다루어지도록 소송절차에 영향을 미칠 수 있는 권한이 제한적이거나 인정되어야 한다. 피해자변호사제도의 필요성은 범죄피해자에게 소송주체로서 적극적인 절차참가권을 폭넓게 인정할수록 더욱 커지게 된다.<sup>14)</sup>

현행 형사소송법에 따르면, 범죄피해자는 수사절차에서 참고인으로 조사를 받거나 공판절차에서 증인으로 신문을 받음에 있어 자신의 변호사를 동석시킬 수 있다. 형사소송법상 범죄피해자는 형사절차에서 자신의 신뢰관계인과 동석할 수 있고(제163조의2, 제221조 제3항, 제276조), 이 경우 피해자를 위한 변호사는 신뢰관계인으로 볼 수 있기 때문이다. 다만, 신뢰관계인 동석제도는 피해자의 심리적 불안상태를 해소하기 위하여 신뢰관계인이 피해자 옆에서 ‘동석’한다는 의미에 불과할 뿐 신뢰관계인이 구체적인 소송행위를 하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 변호사가 범죄피해자를 위하여 수사절차에 참여하거나 공판절차에서 소송행위까지 할 수 있는 경우는 성폭력범죄 또는 아동·청소년대상 성범죄에 국한되어 있다. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제27조 및 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제30조는 ‘법률조력인’이라는 명칭으로 피해자변호사제도를 도입하였는데, 이 경우 법률조력인은 성폭력범죄 또는 아동·청소년대상 성범죄의 피해자 또는 그 법정대리인의 선임을 통하거나 피해자에게 사선변호사가 없는 경우 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있다. 그렇지만 피해자변호사제도에서 나타나는 실익은 범죄피해자를 위한 국선변호사제도일 것이다. 이 점에서 입법론적으로 어떠한 사건에서 범죄피해자를 위한 국선변호사의 조력을 받을 수 있도록 할 것인지 문제로 된다. 한정된 사법자원을 고려해보면, 모든 사건에 대하여 국고부담을 전

14) 이호중, 피해자변호인의 신문참여권, 형사정책연구 제17권 제3호, 2006, 252쪽.

제로 피해자국선변호사를 도입하는데는 한계가 있기 때문이다. 이에 관한 비교법적 접근방식으로는 독일 형사소송법상 피해자변호사제도를 살펴볼 필요가 있다.

독일 형사소송법은 제406f조에서 모든 범죄에 대한 피해자변호사제도를 도입하면서도, 피해자변호사의 선임을 위한 비용지원을 범죄피해자의 지위에 따라 달리 규율하고 있다. 즉, 부대공소권이 없는 일반적인 범죄피해자의 경우 피해자변호인에 대한 선임비용을 스스로 부담함에 반해<sup>15)</sup>, 부대공소가 제기된 경우에는 부대공소권자는 국선변호사의 선임을 신청할 수 있다. 다만, 피해자변호사의 선임과 소송비용구조의 신청의 요건은 개별 범죄의 의미와 중대성에 따라 아무런 요건없이 국선변호를 신청할 수 있거나 특정한 요건에 해당하는 경우에 한하여 국선변호를 신청할 수 있도록 규정하고 있다(독일 형사소송법 제297a조 제1항 참조). 다만, 국선변호사 선임 요건이 존재하지 않는 경우에도 부대공소권자가 스스로 자신의 이익을 충분하게 향유할 수 없거나 이것을 기대할 수 없는 경우에는 부대공소권자는 민사소송에서 적용되는 조항에 따른 변호사의 조력에 대한 소송비용구조를 신청할 수 있다(동조 제5항).

우리나라에서도 피해자변호사제도는 주로 독일의 부대공소제도와 같은 피해자절차참가제도의 도입을 전제로 논의되고 있다. 피해자절차참가제도의 도입을 전제로 어떠한 요건하에 국선변호사의 조력을 받도록 할 것인지 고민해 보아야 할 것이다.

#### 다. 피해자참가제도의 도입

우리나라에서 논의되고 있는 피해자참가제도란 특정범죄의 피해자 등이 공판절차에서 검사를 통하여 공판기일에 참석할 의사를 법원에 신청하고 법원이 이를 허가하는 경우 공판기일에 증인이나 피고인에 대하여 직접 신문하거나 검사의 구형 후 별도로 법률과 사실에 관한 의견을 진술하는 것을 내용으로 것으로서, 범죄피해자의 적극적 지위를 강화하기 위한 핵심적 수단으로 평가받고 있다. 법무부가 2010년에 성안하여 국회에 제출한 형사소송법 개정안<sup>16)</sup> 중 피해자참가제도의 주요 내용

15) LR-Hilger, §406f Rn. 1.

16) 법무부 형사소송법 개정특위는 2010년 형사소송법에 제294조의5부터 제294조의9까지 총 5개 조문을 신설하여 공판절차상 피해자참가제도를 도입 법안을 마련하여 2011년 7월 14일자로 국회에 제출(의안번호: 12633)하였으나 제18대 국회 국회의원 임기만료로 폐기되었다.

을 보면, ① 피해자참가 대상범죄를 살인죄 등 일신전속적 범죄를 침해한 특정 범죄와 그 미수범에 한정시키고 있었고, ③ 공판절차에서만 절차에 참가할 수 있도록 하였으며, ④ 절차참가를 원하는 피해자들은 검사에게 절차참가를 신청하도록 하고, 피해자참가인이 증인신문권, 피고인신문권 및 의견진술권을 행사함에 있어 검사를 경유하도록 하였고, ⑤ 피해자참가인에게 공판기일출석권, 증인신문권, 피고인신문권, 의견진술권 등의 소송법상의 권리를 행사할 수 있도록 했다.

범죄피해자의 형사절차상 지위 강화를 위하여 피해자참가제도를 도입하는 것에 의문이 제기될 수 없을 것이다. 다만, 법무부가 애초에 설계한 피해자참가제도에는 중요한 흠결이 나타나는데, 이 문제는 피해자참가제도의 기능을 고찰해봄으로써 들추어낼 수 있다. 넓은 의미에서 보면 피해자참가제도는 형사절차상 피해자의 보호를 본질로 하는 것이지만, 그것을 기능면에서 보면 보호기능, 보상기능, 통제기능으로 세분할 수 있다.<sup>17)</sup> 피해자참가제도의 보호기능(Schutzfunktion)이란 형사절차에서 피고인측이 피해자를 증인으로 신문하거나 공판심리에서 공격과 방어를 하는 과정에서 피해자에게 부당하게 당해 사건에 대한 책임을 전가하는 행위(예: 피고인측이 위법성조각사유, 책임조각사유 등을 주장하거나 범행에 피해자가 일정하게 기여했다거나 범행 이후에 피해자를 위하여 일정한 속죄를 했다는 등의 부당한 주장이 있는 경우)로부터 범죄피해자를 보호하는 기능을 말한다. 보상기능(Genugtuungsfunktion)이란 피해자참가제도의 피해회복기능과 응보기능을 포함한다. 마지막으로 피해자참가제의 통제기능(Kontrollfunktion)이란 검사의 소추활동에 대하여 피해자의 정당한 불신이 존재하는 곳에서 피해자참가제가 검사의 형사소추에 대한 통제수단으로서 역할을 수행해야 한다는 것을 말한다. 우리나라에서 피해참가제도를 설계함에 있어 보호기능과 보상기능을 어느 정도로 고려할 것인지는 입법자의 재량의 폭이 넓게 작용하겠지만, 통제기능을 고려할 것인지는 단순히 입법자의 재량에만 맡겨둘 수 없는 현실적 문제점을 고려해서 판단해야 한다.

피해자참가제도에 관한 2010년의 법무부 형사소송법 개정안은 이 제도의 보호기능에만 초점을 맞추고 있었을 뿐, 그 통제기능은 처음부터 고려의 대상에서 제외되

17) 피해자참가제도의 세 가지 기능에 관한 상세한 설명은, 이진국, 범죄피해자의 공판참가를 위한 입법적 과제, 형사정책연구 제21권 제4호, 2010, 232~235쪽 참조.

어 있었다. 법원으로부터 재정신청이 인용된 사건에 대해서는 피해자의 절차참가를 허용하지 않았기 때문이다. 이는 아마도 일본의 피해자참가제가 재정신청이 인용된 사건에 대하여 피해자참가를 허용하지 않는 태도를 이어받았기 때문인 것으로 보인다. 그러나 일본의 형사절차에서는 재정신청을 통하든 검찰심사회를 통하든 공소가 제기되면 그 이후의 공소유지는 법원이 지정한 변호사가 담당하게 되어 있기 때문에 검사의 소극적인 공소유지에 대한 문제 자체가 등장하지 않고, 따라서 일본의 피해자참가제에 피해자의 통제기능을 부여할 필요성이 존재하지 않는다. 이에 반해 우리나라의 법적 상황은 일본의 그것과 완전히 다르다. 2007년 개정 형사소송법을 통하여, 법원이 공소제기 결정을 하면 일반 사건과 마찬가지로 검사가 공소를 제기하고 그 이후의 공소유지도 검사가 담당하는 독일식 기소강제제도로 성격이 변화되었기 때문이다. 문제는 현행 형사소송법 하에서 검사가 공소유지를 소홀히 하고 경우에 따라서는 무죄를 구형하는 사례까지 발생하고 있어 재정신청제도의 본질적인 취지인 피해자보호에 흠결이 발생한다는 점이다.<sup>18)</sup> 기왕에 피해자참가제도의 도입이 논의된다면, 피해자참가제의 통제기능을 포함시켜야 할 것으로 본다. 이 관점에서 출발하면, 피해자참가제도는 이원적으로 구성되어야 할 것이다. 즉, 피해자참가제도의 보호기능과 관련해서는 법무부 형사소송법 개정안의 내용과 마찬가지로 참가대상범죄를 특정 범죄로 제한할 수 있지만, 피해자참가제도의 보호기능 이외에 통제기능까지 부여한다면, 적어도 법원으로부터 재정신청이 인용된 모든 사건에 대한 피해자참가가 인정되어야 할 것이다.<sup>19)</sup>

## 2. 범죄피해배상 프로그램

범죄피해자가 형사절차에서 범죄로 인하여 침해된 손해를 배상받을 수 있는 수단으로 는 현행법상 배상명령제도가 있지만 적극적으로 활용되지 못하는 문제점이 지적되고 있고, 입법론적으로는 범죄피해재산 환부제도와 범죄자재산 긴급보전제도가 논의되고 있다.

18) 이러한 문제제기로는 이호중, 공판분야의 개정방안, 한국형사정책연구원·한국형사법학회(공동주최), ‘형사소송법 개정의 쟁점과 검토’자료집(2010.9.30), 142쪽 참조.

19) 이에 관한 상세한 논의는, 이진국, 범죄피해자의 공판참가를 위한 입법적 과제, 형사정책연구 제21권 제4호, 2010, 240~241쪽 참조.

## 가. 배상명령제도의 적극적 활용

배상명령제도는 범죄피해자가 형사절차에서 별도의 민사소송을 제기하지 않고 신속하게 피해를 배상받게 함으로써 피해자의 이익보호와 소송경제의 도모라는 두 가지 목표를 한꺼번에 추구함에도 불구하고 실무에서는 그 활용도가 낮다. 지난 10년(2003년~2012년) 동안 배상명령 신청사건에 대한 법원의 인용률이 25% 정도에 불과하기 때문이다.<sup>20)</sup> 물론 국회는 배상명령제도의 활용도를 높이기 위하여 2005. 12. 14.자 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 개정을 통하여 배상명령이 가능한 손해의 범위를 ‘직접적인 물적 피해 및 치료비 손해’ 이외에 ‘위자료’도 포함시켰으나, 이러한 개정에도 불구하고 배상명령제도의 활용도는 여전히 낮은 수준이다.

학계에서는 배상명령제도를 보다 적극적으로 활용하기 위해서는 민사재판으로 하는 것이 불가피한 경우가 아니면 배상명령을 의무적으로 하도록 해야 한다는 견해<sup>21)</sup>를 내놓고 있다. 그러나 의무적 배상명령제도는 신속한 재판의 이념에 반할 우려가 있고 법원의 업무를 증가시키는 요인으로 작용할 것이라는 우려가 있다는 반론<sup>22)</sup>도 있다. 배상명령의 활용도를 높이기 위해서는, 배상명령 활용도를 낮추는 원인으로 평가받고 있는 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제25조 제3항 제4호의 규정내용(즉, 공판절차의 현저한 지연 우려 또는 형사소송절차에서 배상명령함이 상당하지 않은 경우 배상명령의 배척 가능성)을 법원의 실무에서 제한적으로 적용해야 한다고 본다. 나아가 일정 액수 이하의 재산상 손해에 대해서는 약식절차에서도 배상명령이 가능하도록 하는 방안도 고려해보아야 할 것이다.

## 나. 범죄피해재산 환부제도

‘범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률’ 제8조 제3항은 특정 재산범죄에 의하여 그 피해자로부터 취득한 재산 또는 그 재산의 보유처분에 의하여 얻어진 재

20) 범죄백서, 2013, 275쪽.

21) 예컨대 사법개혁위원회, *사법서비스 및 형사사법제도*, 제5차회의 보고자료, 2004, 162쪽; 박광민, 형사절차상 피해자의 지위강화, 형사법연구 제10호, 1998, 222쪽.

22) 오영근이천현, *범죄피해자에 대한 재정적 지원제도의 현황과 개선방안*, 피해자학연구 제13권 제1호, 2005, 37쪽.

산을 범죄피해재산으로 정의하고 있다. 예컨대 절취당했거나 횡령당한 금원이 범죄 피해재산이다. 현행법상 범죄피해재산에 대해서는 몰수나 추징을 할 수 없다. 따라서 범죄피해재산은 범죄피해자가 개인적으로 민사소송절차에 따라서 반환받아야 한다. 물론 형사소송법 제134조와 이를 준용하는 제219조는 압수한 장물이 피해자에게 환부할 이유가 명백한 때에는 피고사건의 종결 전이라도 결정으로 그 압수한 장물을 피해자에게 환부할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 압수장물의 피해자환부가 가능하기 위해서는 압수한 장물을 ‘피해자에게 환부할 이유가 명백한 때’에 해당해야 한다. 여기서 ‘피해자에게 환부할 이유가 명백한 때’란 사법상 피해자가 그 압수된 물건의 인도를 청구할 수 있는 권리가 있음이 명백한 경우를 말하고, 그 인도청구권에 관하여 사실상 또는 법률상 다소라도 의문이 있는 경우에는 ‘피해자에게 환부할 이유가 명백한 때’에 해당하지 않는다고 보아야 한다.<sup>23)</sup> 따라서 보이싱 피싱 사례와 같이 다수의 피해자가 행위자의 통장이나 제3자 명의의 통장에 입금한 금원은 애초에 피해자환부가 불가능하다고 보아야 한다.<sup>24)</sup> 이 경우에는 통장에 입금된 금원에 대하여 다수의 피해자가 이해관계를 가지고 있기 때문이다.

원래 범죄피해재산에 대한 몰수추징을 금지하는 취지는, 범죄피해재산에 대하여 몰수추징해 버린다면 몰수추징된 재산은 국고에 귀속되어 버리기 때문에 이 경우 범죄피해자의 범죄피해재산에 대한 정당한 원상회복이 침해될 수 있다는 사고가 깔려있다.<sup>25)</sup> 그러나 범죄피해재산에 대한 몰수추징의 금지로 인하여 오히려 범죄피해자가 범인에게 민사소송을 제기할 수 없는 어려운 상황에 빠지게 되어 범인이 범죄수익을 보유하게 되는 문제점이 발생시킨다. 특히 범인이 횡령·배임 등 재산범죄를 범하여 그 범죄수익을 외국으로 반출하여 외국에서 부동산을 구입하여 은닉한 경우에는 범죄피해자가 민사소송을 통하여 그 피해금액을 돌려받기란 거의 불가능하다.<sup>26)</sup> 범죄피해자는 범인의 주소 및 성명 등 상대방에 관한 정보를 입수하기 힘들며, 수사기관에 비해 범인을 특정하기 위한 조사방법과 능력도 부족하기 때문이다. 범죄피해자가 스스로의 노력에 의하여 범인에 대해 사법상의 권리를 제대로 행사하는 것이 현실적으로 불가

23) 이진국, 범죄피해재산의 피해자환부를 위한 입법적 과제, 일감법학 제23호, 2012, 90쪽.

24) 이진국, 앞의 논문, 91쪽.

25) 법무부, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률해설, 법무자료 제244집, 2002, 154쪽.

26) 이진국, 앞의 논문, 104쪽.

능한 상황에서 피해자보호를 위하여 신설된 ‘범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률’ 제8조 제3항 및 제10조 제2항의 몰수추징의 금지 규정은 오히려 범인이 불법 재산을 은닉하는데 기여하게 되는 기이한 현상을 초래하게 된다.

원래 범죄피해재산은 범죄피해자의 원상회복을 우선시하기 때문에 법원의 몰수 추징을 금지한다는 원칙론에서 출발하더라도, 적어도 범죄피해자가 범죄피해재산 등에 관하여 범인에 대한 재산반환청구권 또는 손해배상청구권 등을 행사할 수 없는 등 피해회복이 매우 곤란하다고 인정되는 예외적인 경우에 한하여 국가가 범죄 피해재산을 몰수추징을 하도록 하여 이를 범죄피해자에게 환부하는 방식이 타당한 것으로 보인다.<sup>27)</sup>

#### 다. 범죄인재산 긴급보전제도

범죄인재산 긴급보전이란 검사가 수사절차에서 피의자의 재산을 미리 파악하여 피의자가 자신의 재산을 은닉하지 못하도록 법원에 청구하여 가압류 등 보전처분을 해줌으로써 범죄피해자로 하여금 장래에 범죄로 인한 피해를 배상받을 수 있도록 지원하는 제도를 말한다. 이 점에서 범죄인 재산의 일시적 처분 금지를 내용으로 하는 범죄인재산 긴급보전제도는 외형상 몰수추징 보전제도와 유사하다. 범죄인재산 긴급보전제도의 도입이 필요한 이유는 범죄인이 범행 후 범죄피해자측의 민사상 강제 집행을 면탈하기 위하여 자신의 재산을 빼돌리거나 은닉함으로써 범죄피해자가 현실적으로 손해배상을 받을 수 있는 길이 차단되는 현상을 방지하기 위함이다.<sup>28)</sup>

범죄피해자는 수사기록 등 증거자료를 가지고 있지 아니하고 피의자의 정확한 인적사항 조차 파악하기 어려운 상황에 처해있다. 또한 범죄피해자들은 일반적으로 범행 이후 정신적 고통과 혼란, 두려움 등으로 인해 장래의 손해배상청구권 행사에 대비해 신속하게 범죄인의 재산을 파악하여 보전하는 것이 사실상 불가능하

27) 범죄피해재산의 피해자에 대한 환부방법에 관한 상세한 내용은, 이진국, 범죄피해재산의 피해자환부를 위한 입법적 과제, 일감법학 제23호, 2012, 108~113쪽 참조.

28) 이러한 예는 2006년에 발생한 용산 초등생 강간살인 사건에서 확인할 수 있다. 용산 초등생 강간살인 사건에서는 가해자가 2006. 2.경 초등학생 피해자(여, 10세)를 추행한 후, 피해자를 살해하고 사체를 불태워 유기한 후 2006. 4. 가해자가 자신 명의의 주택을 저가(1억 1,300만원)에 매각·도피해버렸다. 한국일보 2006. 6. 20.자 참조, 서울신문 2008. 6. 30.자 참조

다. 특히 살인·성폭력 등 강력범죄의 경우나 범행발생 초기에는 피해자의 당황 등으로 인하여 범죄인의 재산을 파악해야 한다는 점조차 피해자의 머리 속에 남아있지 않게 된다. 결국 피해자가 범죄인에게 손해배상을 청구할 재산을 보전하지 못하는 경우에는 범죄인에게만 이익이 돌아가고 피해자는 또 다른 피해를 입게 되는 결과를 초래하게 된다. 이러한 현상은 사회정책적으로 바람직하지 않을 뿐만 아니라 피해자보호사상에도 배치되는 것이다. 이 점을 고려하면 특정 범죄의 경우 범죄인재산 긴급보전제도를 도입하여 피해자를 실질적으로 보호할 수 있도록 해야 할 것이다.

참고로 프랑스 형사소송법 제706-166조는 3년 이상의 징역에 처할 범죄행위(절도, 강요, 공갈, 사기, 횡령, 강제집행면탈죄 등)에 대하여 수사를 개시하는 경우, 석방구금판사는 검사의 청구에 의하여 벌금형의 집행과 범죄피해의 배상을 위하여 예심수사 피의자가 공유 또는 단독으로 소유한 동산·부동산 등 자산에 대한 보존조치를 명할 수 있다고 명시하고 있다.<sup>29)</sup>

### 3. 회복적 사법 프로그램

넓은 의미에서 보면, 회복적 사법 프로그램은 범죄피해자의 피해배상과 관련되어 있지만, 정확하게 보면 피해배상 그 이상의 의미를 지니고 있다. 회복적 사법의 목표는 범행당사자간의 갈등 내지 분쟁의 해소 내지 조정을 본질로 하는 것이기 때문이다. 우리나라에서는 2006년부터 검찰에서 운영된 형사조정을 회복적 사법 프로그램으로 인식하고 있다. ‘범죄피해자 보호법’에 그 근거를 두고있는 형사조정제도는 2012년의 경우 조정성립률도 57%<sup>30)</sup>에 달할 정도로 실무에서 비교적 그 활용도가 높다. 이 점에서 형사조정이 외견상 성공적이라고 평가할 여지도 있지만, 적지 않은 문제점도 안고 있는 것으로 보인다.

29) 범죄인재산 긴급보전제도에 관한 상세한 내용은, 장규원·이진국·이호중·오경식, 범죄피해자 보호 및 권리 강화를 위한 혁신적 제도 연구, 2013년 대검찰청 용역과제, 1~104쪽 참조.

30) 범죄백서, 2013, 281쪽.

### 가. 형사조정제도의 형사소송법으로의 편입

형사조정제도가 ‘범죄피해자 보호법’에 그 근거를 두고 있는 이유는 무엇보다도 형사조정을 통한 피해배상이 범죄피해자 보호수단이라는 점에 착안하였기 때문으로 보인다. 그러나 피해배상이 형사조정제도의 핵심적 내용이기는 하지만, 다른 한편으로 형사조정제도는 가해자와 피해자간의 갈등 내지 분쟁을 자율적으로 해결하여 화해에 이르게 함으로써 행위자에게 자발적인 책임수용을 가능하게 하고, 이로써 범죄예방을 촉진시킨다는 국가형벌권의 목적과 직결되어 있다. 그렇다면 형사조정을 ‘범죄피해자 보호법’에 명시해두는 것은 법체계상 문제가 있다. 형사조정의 중국적 취지가 범행당사자간의 화해와 범죄예방에 있고, 그 대상도 민사적 성격의 사건이 아닌 형사사건이라는 점을 고려해보면, 형사조정은 형사소송법에 명시되어야 한다. 참고로 프랑스나 독일의 법제에서도 형사조정제도는 형법과 형사소송법에 명시되어 있다.

### 나. 공판절차상 형사조정의 가능성 법제화

현행 형사조정제도는 수사절차에서만 활용되고 있다. 검사만 문제되는 사건을 형사조정위원회에 회부할 수 있기 때문이다. 따라서 적어도 현행법상으로는 공판절차에서 형사조정을 실시할 가능성이 흠결되어 있다. 그러나 범행당사자간의 자율적인 형사조정은 그 성격상 특정한 절차단계에서만 가능한 것이 아니라 마지막 유죄판결이 선고될 때까지 촉진되어야 하고, 심지어 유죄판결이 선고된 이후에도 형사조정의 가능하도록 해야 한다. 이 점에서 공판절차에서도 형사조정을 실시하여 범행을 건설적으로 해소시킬 수 있는 길을 열어두어야 한다. 예컨대 형사소송법상 공판전 준비절차와 공판절차에서 법원이 당사자에게 형사조정의 기회가 있다는 사실을 고지하고, 이에 따라 당사자들이 동의하는 경우에 한하여 당해 사건을 형사조정절차에 회부하도록 하는 방안을 생각해볼 수 있다.

### 다. 형사조정의 운영과 관련된 문제

우선, 형사조정이 성사된 경우에 그 결과를 형사법의 법효과체계 속에서 고려해

주어야 한다는 점이 문제로 된다. ‘범죄피해자 보호법’ 제45조 제4항은 “검사는 형사사건을 수사하고 처리할 때 형사조정 결과를 고려할 수 있다.”고만 명시하고 있을 뿐 형사조정의 결과를 어떻게 고려할 것인지를 아무런 지침이 없다. 선진외국의 형사조정제도를 보면, 성립된 형사조정에 대해서는 수사절차에서 검사의 기소유예로 사건을 종결시키는 것이 일반적인 실무의 태도이다. 이는 형사조정제도가 처벌위주의 형사사법의 운용에 따른 다양한 폐해를 줄이기 위한 한 방편으로 등장하였다는 회복적 사법의 탄생배경에서 분명하게 알 수 있다.<sup>31)</sup> 원래 수사절차상 형사조정을 실시하는 이유는 수사기관이 이니셔티브를 잡고 고소와 관련된 당사자 간의 분쟁을 자율적으로 해결할 수 있는 장을 마련해주면서 피해를 회복시키고 이로써 사회적 평화를 달성하라는 취지이다. 그렇다면 특히 당사자 간의 분쟁에 관한 조정이 성립된 사안에서는 소추에 대한 공익이 존재하지 않는 한 예방적 관점이나 보충성의 관점을 고려하여 형사사법기관의 개입은 자제되어야 한다. 그리고 이 경우의 구체적인 절차법적 수단으로는 검사의 기소유예(형사소송법 제247조)와 법원의 완화된 선고형이다.<sup>32)</sup>

다음으로 형사조정기관의 자격도 문제로 된다. 현재 형사조정 자체는 민간인으로 구성된 형사조정위원회가 담당하고 있지만, 형사조정위원회는 검찰청에 설치되어 있다. 그러나 검찰청 내부에서 형사조정을 실시하는 경우에는 당사자간의 자유로운 대화가 사실상 어려울 수 있고, 조정의 분위기도 조성되지 못한다는 근본적인 문제가 있다. 이 점에서 장래에는 지역사회의 형사조정기관으로 하여금 형사조정을 실시하도록 하여 형사사법기관과 지역사회의 형사조정기관간의 협력하는 관계를 유지하도록 하는 것이 보다 타당할 것으로 본다.<sup>33)</sup>

31) 회복적 사법의 태동배경에 관해서는 이진국·오영근, 형사사법체계상 회복적 사범이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2006, 72쪽 이하 참조.

32) 이진국, 회복적 사범의 관점에서 본 형사조정실무의 문제점, 형사정책연구 제19권 제1호, 2008, 19-20쪽 참조.

33) 이진국, 형사조정의 이론과 실제, 2010년 한국범죄방지재단 세미나 자료집(2010.4.28.), 25쪽.

## V. 전망

우리나라에서는 1980년대 헌법에 범죄피해자가 명시되어 범죄피해자 보호에 관한 주의를 환기시킨 이후로 1990년대와 2000년대 초반까지 범죄피해자 보호입법의 성장기를 거쳐 현 시점에서는 범죄피해자를 보호하기 위한 입법을 강화하거나 심화하는 단계에 와 있다. 이 점에서 범죄피해자 보호입법의 영역에서는 양적으로 지속적인 성장을 해 온 것으로 보인다. 그러나 이러한 양적 발전을 두고 형사사법의 패러다임이 가해자에서 피해자로 분명하게 전환되었다고 단언할 수 없다. 범죄피해자의 보호를 위한 다양한 프로그램들이 아직 확충되지 않았고, 기존의 제도들도 부분적인 흠결을 보이고 있기 때문이다. 이는 형사절차상 범죄피해자의 적극적 지위를 강화하는 입법이 갖추어져 있지 않다는 사실로부터 짐작할 수 있다. 예컨대 피해자의 정보권이나 피해자변호사제도는 부분적인 도입에 머물고 있으며, 오늘날 피해자의 적극적 지위를 인정할 국제적 표준이라 할 수 있는 피해자참가제도는 그 법적 근거도 찾아볼 수 없다. 이 점에서 피해자보호의 질적인 관점에서 보면, 여전히 개선의 필요성이 충분하다. 다만, 한 가지 긍정적으로 평가할 수 있는 부분은 우리나라의 경우 ‘피해자 시대’ 내지 ‘피해자의 르네상스’로 이끌 수 있는 역동성과 잠재력이 충분하다는 점이다. 이는 불과 30년 남짓한 피해자 보호입법의 역사 속에서 관련 법률들을 지속적으로 제정하거나 개정해왔고, 선진 외국의 제도들을 흡수하는 데 주저하지 않았다는 사실로부터 알 수 있다. 범죄피해자의 실질적 보호를 위한 입법의 개선과 범죄피해자에 대한 지원이 보다 발전되기를 바란다.

## 참고문헌

- 김성돈, 우리나라 범죄피해자 우호적 형사정책의 과거, 현재, 그리고 미래, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012.
- 김성돈, 우리나라 피해자학의 연구동향, 피해자학연구 제7권, 한국피해자학회, 1999.
- 김용세, 피해자학, 형설출판사, 2003.
- 김용세, 한국 범죄피해자 지원법제의 현황과 발전방향, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국 피해자학회, 2012.
- 박광민, 형사절차상 피해자의 지위강화, 형사법연구 제10호, 한국형사법학회, 1998.
- 범죄백서, 법무연수원, 2013.
- 법무부, 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률해설, 법무자료 제244집, 법무부, 2002.
- 사법개혁위원회, 사법서비스 및 형사사법제도, 제5차회의 보고자료, 2004.
- 오영근·이천현, 범죄피해자에 대한 재정적 지원제도의 현황과 개선방안, 피해자학연구 제13권 제1호, 한국피해자학회, 2005.
- 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사, 1994.
- 이진국, 범죄피해자의 공판참가를 위한 입법적 과제, 형사정책연구 제21권 제4호, 한국형사정책연구원, 2010.
- 이진국, 형사조정의 이론과 실제, 2010년 한국범죄방지재단 세미나 자료집, 2010.4.28.
- 이진국, 범죄피해재산의 피해자환부를 위한 입법적 과제, 일감법학 제23호, 건국대학교 법학연구소, 2012.
- 이진국, 회복적 사법의 관점에서 본 형사조정실무의 문제점, 형사정책연구 제19권 제1호, 한국형사정책연구원, 2008.
- 이진국·오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2006.
- 이호중, 공판분야의 개정방안, 한국형사정책연구원·한국형사법학회(공동주최), ‘형사소송법 개정의 쟁점과 검토’자료집, 2010.9.30.
- 이호중, 피해자변호인의 신문참여권, 형사정책연구 제17권 제3호, 한국형사정책연구원, 2006.

- 장규원·이진국·이호중·오경식, 범죄피해자 보호 및 권리 강화를 위한 혁신적 제도 연구, 2013년 대검찰청 용역과제, 2013.
- Hassemer, Winfried: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München, 1990.
- Kilchling, Michael: Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?, NStZ 2002.
- LK-Bearbeiter : Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), 12. Aufl., Berlin, 2008.
- Löschnig-Gspandl, Marianne: Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht: auf dem Weg zu einem neuen Kriminalrecht?, Graz, 1996.
- Rössner, Dieter/Wulf, Rüdiger: Opferbezogene Strafrechtspflege. Leitgedanken und Handlungsvorschlägen für Praxis und Gesetzgebung, Bad-Godesberg, 1984.
- Rössner, Dieter: Die besonderen Aufgaben des Strafrechts im System rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle, FS-Roxin, Berlin, 2001.
- Roxin, Claus: Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Heinz Schöch(Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, München, 1987.
- Roxin, Claus: Strafrecht AT, Bd. 1., 3. Aufl., München, 1997.
- Schneider, Hans-Joachim: Das Verbrechensopfer: Die zukünftige Hauptperson der Kriminalitätskontrolle, Universitas, Stuttgart, 1990.

## Issues Over Legislation Improving the Criminal Justice System Focusing on Crime Victims

Lee, Jin-Kuk\*

The protection of legal interests is the objective of Korean Criminal law. Specifically, as it is widely accepted that the main purpose of enforcing criminal law is to protect legal interests of the general public, crime victims have not drawn much attention in the process of practicing law as well as in criminal jurisprudence. They only could exercise their rights as a crime victim in criminal procedures. However, violating law should be reviewed practically and theoretically; in theory, violating law is infringing rights of others and at the same time, in practice, there is a crime victim whose legal interests are interfered. During the criminal procedures, crime victims shall confirm damages they have gotten and their status as crime victim shall be recognized. In addition, they should be protected to prevent them from falling into secondary victimization. In this regard, it is one of duties of criminal law to deal with issues of crime victims and their damages.

A large number of provisions related to crime victims have been amended, however there are no sufficient programs to assist them and the current systems and institution have shortages. What is issue at this point is that there is no legislation to consolidate crime victims' status in criminal procedures. For example, the legislative partially introduces institutions relating to public attorney for crime victim and their right to access to documents and information. In addition, no legal ground has been provided to allow crime victim to participate in criminal procedures. In the world, crime victim's participation in criminal

---

\* Prof. Dr. jur., Law School of Ajou.

justice proceedings is regarded as a way to assess status of victim. Considering all the above, there are still much room to improve as to crime victim protection.

❖ Key words: Victim, criminal justice system focusing on crime victims, restorative justice, victims' participation in criminal procedures

