



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

범죄피해자를 위한 변호인제도에
대한 헌법적 연구

2014년 2월

서울대학교 대학원

법학과

서혜진

범죄피해자를 위한 변호인제도에 대한 헌법적 연구

지도교수 이 효 원

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2013년 11월

서울대학교 대학원
법학과
서 혜 진

서혜진의 법학석사 학위논문을 인준함
2014년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

국가소추주의 형사법체계하에서, 논의의 중심은 범죄피해자의 권리 보장보다는 국가 형벌권의 정당한 행사와 이에 대응하는 피의자·피고인의 방어권 보장 문제이다. 그러나 범죄피해자의 권리 보장과 보호 문제는 결코 도외시 되어서는 안 될 중요한 가치가 있다. 범죄피해자는 개인의 지위에서 가지는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등의 기본권 외에 피해자 고유의 지위에서 가지는 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항) 및 범죄피해자구조청구권(헌법 제30조)을 향유하며, 「형사소송법」 및 「범죄피해자보호법」에 근거한 권리 역시 가지는바, 국가는 이러한 피해자의 권리를 보장할 의무가 있다.

이 논문에서는 범죄피해자의 권리를 실효성 있게 보장하기 위한 방편으로서, 피해자 변호인제도의 헌법적 의의와 근거, 독일과 일본의 사례 및 동 제도의 도입방안을 연구한다. 이 논문의 핵심적 주장은, 국가가 범죄피해자에 대한 기본권보장의무를 온전하게 이행하고, 범죄피해자의 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리가 「형사소송법」에 규정되어야 하며, 특별한 보호가 필요한 범죄피해자들에게는 국선변호인을 선정하여 변호인의 조력을 받을 권리를 실질화하여야 한다는 것이다.

구체적으로 이 논문은 다음과 같이 구성되어 있다. 이 논문 제2장에서는 범죄피해자 변호인제도의 헌법적 의의에 관하여 논한다. 피해자 변호인제도는 범죄피해자의 기본권 보장을 목적으로 하는 것이므로 가장 먼저 범죄피해자의 헌법상 기본권에 대한 해석이 전제되어야 한다. 피해자의 지위에서 가지는 재판절차청구권(헌법 제27조 제5항) 및 구조청구권(제30조), 그리고 개인의 지위에서 가지는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 대한 논의를 전개한다. 제3장에서는, 현행 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상의 피해자 변호인제도를 분석하고, 그 문제점에 관하여 논의한다. 제4장에서는, 외국의 입법사례를 참고하여 우리에게 주는 시사점을 도출한다. 「형사소송법」에 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 독일과, 피해자참가제도를 도입하고 있는 일본의 사례를 비교법적으로 연구한다. 마지막으로 제5장에서는, 피해자 변호인제

도의 도입방안에 관하여 논의한다. 구체적으로, 모든 범죄피해자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하여야 하며, 정책적으로 특별한 보호가 필요한 범죄피해자에게는 국선변호인을 선정하여야 한다는 것을 기본 내용으로 한다. 또한, 피해자 변호인이 가져야 할 기본적 권리로서 피해자 조사기일 및 공판기일 참여권, 이의제기권, 의견진술권, 통지를 받을 권리, 기록 열람 및 등사권에 관하여 설명하며, 현행 피해자 국선변호사제도의 개선방안에 관하여 논의한다.

주요어 : 범죄피해자, 피해자의 권리, 변호인, 피해자 변호인, 성폭력 범죄의 처벌등에 관한 특별법, 피해자 국선변호사, 변호인의 조력을 받을 권리

학 번 : 2012-21263

목 차

제 1 장 서 론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 방법과 범위	3
제 2 장 범죄피해자 변호인제도의 헌법적 의의	5
제 1 절 범죄피해자 변호인제도의 개념	5
1. 범죄피해자 보호의 패러다임 변화	5
2. 범죄피해자 보호를 목적으로 하는 피해자 변호인제도	6
제 2 절 범죄피해자 변호인제도의 헌법적 근거	7
1. 국가의 범죄피해자에 대한 기본권 보호의무	7
2. 범죄피해자의 기본권	8
가. 헌법 제27조 제5항의 재판절차진술권	8
나. 헌법 제30조의 범죄피해자구조청구권	9
다. 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등 자유권	10
라. 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리	11
마. 소결	15
제 3 절 범죄피해자 변호인제도의 필요성	16
1. 범죄피해자의 형사절차상 권리의 실질적 보장	16
가. 현행 「형사소송법」상 범죄피해자의 권리	16
나. 「형사소송법」상 범죄피해자 권리 보호의 실질화 필요성	17
2. 「범죄피해자보호법」상 범죄피해자 권리의 실질적 보장	19
가. 현행 「범죄피해자보호법」상 범죄피해자의 권리	19
나. 「범죄피해자보호법」상 범죄피해자 권리보호의 실질화 필요성	20
3. 형사정책적 측면에서의 피해자 변호인 제도의 필요성	20
가. 국가소추주의의 실효성 확보	20
나. 회복적 사법의 구현	21
다. 범죄피해자의 2차 피해 방지	22

제 3 장 범죄피해자 변호인제도의 현황 및 문제점 24

제 1 절 범죄피해자의 개념과 범위 24

1. 범죄피해자 개념과 범위 확정의 필요성 24
2. 헌법 제27조 제5항의 ‘형사피해자’ 24
3. 헌법 제30조의 ‘범죄피해자’ 26
4. 형법 및 기타 실정법상 ‘범죄피해자’ 27
5. 피해자학의 ‘범죄피해자’ 개념과 범위에 대한 논의 27
6. 소결 - 피해자 변호인제도의 보호대상인 범죄피해자 28

제 2 절 피해자 변호인제도의 현황 29

1. 일반적 근거 법률 부재 29
2. 「성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 상의 ‘피해자 변호사제도’ 30
 - 가. 제도도입의 취지 30
 - 나. 범죄피해자 변호인의 권리 32
 - 다. 피해자 국선변호사 제도 34

제 3 절 현행 ‘피해자 변호사제도’의 문제점 38

1. 성폭력 범죄피해자에게만 국한된 피해자 변호인제도 38
 - 가. 피해자 변호인제도의 일반적 근거 규정의 부재 38
 - 나. 성폭력 범죄피해자와 다른 범죄피해자와의 형평성 문제 39
2. 국선변호사 선정신청권자 및 취소 규정의 미비점 40
3. 변호인의 조력권 측면에서의 문제 42
 - 가. 적절한 이의제기권의 부재 42
 - 나. 수사단계에서 통지를 받을 권리의 부재 42

제 4 장 외국의 범죄피해자 변호인제도 44

제 1 절 독일 44

1. 독일의 피해자 변호인제도 개관 44
2. 구체적 내용 46
 - 가. 피해자(Verletzte)의 변호인의 조력을 받을 권리 46
 - 나. 부대공소(Nebenklage)에서 피해자의 변호인의 조력을 받

을 권리	47
다. 증인의 변호인의 조력을 받을 권리	49
제 2 절 일본	50
1. 일본의 피해자 변호인제도 개관	50
2. 피해자 참가제도의 구체적 내용	51
가. 피해자 참가의 요건	51
나. 피해자 및 변호인의 권리	52
다. 피해자 참가인에 대한 국선변호사 선임제도	53
제 3 절 시사점	57

제 5 장 범죄피해자 변호인제도의 도입 방안 59

제 1 절 피해자 변호인제도의 일반적 근거 규정 마련 59

1. 형사소송법상 근거 규정 신설 필요성	59
2. 피의자 또는 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리와 비교	59
3. 범죄피해자의 변호인제도의 일반적 근거 규정 형식	61
가. 변호인 선임권 주체에 범죄피해자를 규정하는 방안	61
나. 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하는 방안	62
4. 범죄피해자 국선변호인제도의 근거 규정 신설	63

제 2 절 피해자 변호인의 권리 내용과 범위의 설정 63

1. 피의자 또는 피고인 변호인의 방어권 고려	63
2. 피해자 변호인의 구체적 권리 내용과 범위	64
가. 피해자 조사 참여권	65
나. 공판기일 참석권	66
다. 의견진술권	67
라. 이의제기권	68
마. 통지를 받을 권리	68
바. 기록 열람권 및 등사권	69

제 3 절 현행 피해자 국선변호사 제도의 개선 70

1. 국선변호인 선정 대상 범죄피해자의 범위 확대	70
가. 성폭력 범죄피해자에게만 인정되는 현행 피해자국선변호인제도	70
나. 국선변호인의 조력을 받을 수 있는 범죄피해자의 범위 확대	71

2. 국선번호인 선정 및 관리 기준 강화	73
가. 국선번호인 선정기준의 강화	73
나. 국선번호인 선정취소사유에 대한 구체적 규정 마련	74
3. 국선번호인을 선정 받지 못한 경우 사후보상절차 신설	76
제 6 장 결론	78
참고 문헌	81
Abstract	85

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

범죄피해자의 기본권과 권리는 근대 형사사법 체계하에서 상대적으로 소홀하게 다루어져 왔다. 이는 범죄피해자의 권리보다는 국가 형벌권에 대응하는 피의자·피고인의 방어권의 보장에 관심이 집중되었기 때문이다. 그러나 20세기에 이르러, 특히 1985년 11월 29일 국제연합의 ‘범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙 선언(Declaration of basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)’이 채택된 것을 기점으로 국제적으로 범죄피해자의 권리를 실질적으로 보장하기 위한 움직임이 시작되었다. 이러한 국제적 흐름 속에서 우리나라도 1987년 제9차 개정헌법에서 범죄피해자의 재판절차진술권(제27조 제5항) 및 구조청구권(제30조)을 신설하여 피해자의 기본권을 강화하였다. 또한, 헌법 개정 이후 범죄피해자의 기본권을 법률에 구체화하기 위하여 각종 입법을 정비하여 왔다. 대표적으로, 2005년에는 범죄피해자 보호에 있어 기본법의 역할을 하는 「범죄피해자보호법」을 제정하여 범죄피해자에 대한 국가적 지원과 구조의 구체적 틀을 마련하였으며, 일련의 「형사소송법」 개정을 통해 피해자의 형사절차상 지위와 권리 보호를 강화하였다.

헌법상 범죄피해자는 개인의 지위에서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을, 피해자 고유의 지위에서 재판절차진술권 및 구조청구권을 향유하는 기본권주체이다. 또한, 범죄피해자는 이러한 기본권을 구체화하는 법률인 「형사소송법」 및 「범죄피해자보호법」상의 권리를 가지는 주체이기도 하다. 국가는 헌법 제10조에 따라 범죄피해자의 이러한 기본권과 권리를 보호하여야 할 의무가 있다. 또한, 범죄피해자의 형사절차상 권리 및 그 보호에 실효성을 더하고, 범죄피해자의 인격권 및 프라이버시권의 침해를 방지하여 사법권에 대한 신뢰를 확보할 필요도 있다.

그러나 범죄피해자의 권리를 보호하기 위한 우리나라의 제도적 기반은 미흡하다. 형사절차, 즉, 수사과정과 공판과정에서 범죄피해자는 자신이 어떠한 권리를 가지고 있는지, 그러한 권리를 언제, 어떻게 행사하여야 할지에 관하여 알지 못하는 경우가 대부분이다. 또한, 범죄피해자는 범죄 사실입증과 무관한 사생활에 대한 질문을 받거나 반복된 진술을 강요당함으로써 이중의 고통을 받아야 하는 경우도 많다. 국가형벌권에 대응하는 적극적이고 주체적 지위를 가지는 피의자 또는 피고인, 이들을 변호하는 변호인, 그리고 객관의무를 실현하는 검사 사이에서 범죄피해자는 자신의 기본권을 보호받지 못하는 이른바 ‘보호의 공백상태’에 빠질 우려가 크다.¹⁾ 피해자의 이러한 보호의 공백상태를 메우고, 국가가 피해자에 대한 기본권보장의무를 온전히 이행하기 위해서는, 기본적으로 범죄피해자도 피의자 또는 피고인과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되어야 한다.

우리나라 형사법체계는 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 일반적 규정을 가지고 있지 않다. 「형사소송법」에서는 변호인의 선임주체를 피의자 또는 피고인으로 규정하고 있을 뿐이고(동법 제30조 제1항), 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 정한 성폭력 범죄피해자에게만 명문으로 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있을 뿐이다. 성폭력 범죄피해자의 인격권 보호라는 제도의 도입취지를 고려하더라도, 성폭력 범죄피해자에게만 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 현행 제도는 다른 범죄피해자의 형평성 측면에서 바람직하지 않다. 또한, 범죄피해자가 가지는 권리의 성격이 범죄와 피해의 유형에 따라 달라지는 것은 아닌바, 성폭력 범죄피해자 외의 다른 범죄의 피해자에게도 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하여야 한다. 다시 말해, 범죄피해자 일반에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 범죄피해자 변호인제도를 도입할 필요가 있다는 것이다. 또한, 특별한 보호가 필요한 범죄피해자에 대하여서는 국선변호인을 선정하여 줌으로써 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 실효적으로 보장할 필요도 있다.

1) 김성돈, “피해자변호인제도의 도입방안”, 『피해자학연구』 제10권 제2호, 한국피해자학회, 2002, 131면.

이러한 맥락에서, 이 논문은 범죄피해자의 헌법상 기본권과 법률상 권리를 실질적으로 보장할 수 있는 방안인 범죄피해자를 위한 변호인제도에 대한 헌법적 연구를 목적으로 한다.²⁾ 특히, 피해자에 대한 법률적 조력이 가장 필요하고 의미가 있는 형사절차에 논의를 집중하여, 형사절차상 피해자가 가지는 권리에 대한 침해를 사전에 방지하고 각종 법률상의 피해자 권리를 실질화하기 위한 범죄피해자 변호인제도의 헌법적 근거와 필요성을 논증하고자 한다. 범죄피해자 변호인제도는 피해자가 이미 가지고 있는 각종 권리가 적절히 행사될 수 있도록 하고, 동 권리들이 사문화되는 것을 방지함으로써, 궁극적으로 국가소추주의의 실효성을 확보하고 사법부에 대한 신뢰를 회복하는데 기여할 수 있을 것이다.

제 2 절 연구의 방법과 범위

이 논문 제2장에서는 범죄피해자 변호인제도의 헌법적 의의를 논의한다. 범죄피해자 변호인제도는 범죄피해자의 기본권과 법률상의 권리를 보장하는 것을 목적으로 하는바, 범죄피해자가 향유하는 헌법상 기본권 목록을 확정하고 그 법적 성격을 규명하는 과정이 필요하다. 즉, 우리 헌법의 해석론과 헌법재판소의 결정례에 대한 분석을 통해, 범죄피해자가 피해자의 지위에서 가지는 기본권인 재판절차청구권(헌법 제27조 제5항) 및 구조청구권(헌법 제30조)과 개인의 지위에서 가지는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 법적 성격 등 그 헌법적 의미를 논의한다. 한편, 범죄피해자 변호인제도는 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 제도적으로 보장한 것인바, 피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리와 비교분석을 통해 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법적 의미를 규명한다. 이에 더불어, 「형사소송법」 및 「범죄피해자보호법」

2) 범죄피해자를 위한 변호인제도의 명칭과 관련하여, 현재 학계에서 피해자 변호인제도, 범죄피해자 변호인제도, 피해자 변호사제도 등 다양한 명칭이 사용되고 있으나 이 논문에서는 “범죄피해자 변호인제도”라고 칭하여 논의를 전개하기로 한다.

이 보장하는 범죄피해자의 법률상 권리 역시 살펴본다.

제3장에서는 현재 시행중인 성폭력 범죄피해자를 위한 변호인제도인 ‘피해자 변호사’ 제도의 현황과 문제점을 분석한다. 「형사소송법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 대한 분석을 바탕으로, 이 제도 하에서 성폭력 범죄피해자의 변호인이 행사할 수 있는 권리의 목록과 그 내용 및 피해자 국선변호사제도의 구체적 내용을 살펴본 후, 현행 제도의 법률적, 정책적 문제점을 도출한다.

제4장에서는 범죄피해자 변호인제도를 운영하고 있는 독일과 일본의 입법례를 분석하여 이를 통한 시사점을 찾는다. 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 일반적으로 인정하고 있는 독일과 피해자참가인제도를 도입하고 있는 일본의 입법례를 비교법적으로 연구함으로써, 범죄피해자 변호인제도를 도입을 위해 필요한 법적 근거 및 도입시 고려할 점에 대한 시사점을 도출하고자 한다.

제5장에서는 범죄피해자 변호인제도의 도입방안을 제시하고, 그 법적 근거와 정책적 방향을 제시하고자 한다. 특히 독일과 일본의 제도 분석을 통한 시사점을 바탕으로 하여, 범죄피해자 권리의 실질적 보장을 목적으로 하는 범죄피해자 변호인제도가 어떤 형식으로 도입되어야 하는지에 관하여 논의한다. 구체적으로, 범죄피해자 변호인제도의 일반적 근거 규정을 마련하기 위한 방안을 제시하고, 피해자 변호인의 권리 내용과 그 범위, 피해자 국선변호인제도의 개선 방안을 구체적으로 논의한다.

제 2 장 범죄피해자를 위한 변호인제도의 헌법적 의의

제1절 범죄피해자 변호인제도의 개념

1. 범죄피해자 보호의 패러다임 변화

범죄피해자란 ‘범죄에 의해 손해 내지 피해를 입은 사람’으로 정의하는 것이 일반적이다.³⁾ 그러나 국가의 형벌권 행사 원칙이 확립된 근대의 형사절차체계에서는 범죄자인 피의자·피고인의 인권 보장에 관심이 집중되었을 뿐, 범죄피해자에 대한 보호는 상대적으로 소홀하게 다루어져 왔다. 그러나 1985년 국제연합이 채택한 ‘범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언(Declaration of basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)’을 기점으로 범죄피해자에 대한 국제사회의 지원과 관심이 시작되었고, 이후 범죄피해자 보호와 지원을 위한 정책이 시행되었으며, 이에 대한 학문적 연구가 본격화되었다. 우리나라도 1987년 제9차 개정헌법에서 형사피해자의 재판절차진술권(제27조 제5항)과 범죄피해자의 구조청구권(제30조)을 규정하였다.⁴⁾

범죄피해자에 대한 지원과 보호에 관한 논의는 형사절차에서의 범죄피해자의 지위 강화와 참여 보장의 문제로 자연스럽게 이어진다. 우리나라에서의 피해자 권리 보호 동향 역시 피해자 보호의 필요성에 대한 인식을 환기하는 것에서 출발하여, 피해자의 지위 강화와 형사절차에 대한 참여를 확대하기 위한 구체적인 근거를 정비하는 방향으로 논의가 발전해 가고 있다.⁵⁾⁶⁾ 다수의 학자들이 범지피해자를 단순히 지원과 보호의

3) 배종대, 『형사정책』, 홍문사, 2011, 89-90면 참조. 피해자 변호인제도에서의 범죄피해자 개념에 대한 구체적 논의는 제3장 제1절에서 후술한다.

4) 이효원, “범죄피해자의 헌법상 기본권보호”, 『서울대학교 법학』, 제50권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2009.12, 82면 참조.

5) 김재희, “범죄피해자변호인의 역할과 국선피해자변호인제도”, 『피해자학연구』 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012.4, 289면 참조.

대상으로 파악하지 않고, 피해자가 형사절차에 적극적으로 참여하여 의견을 피력할 수 있도록 그 지위를 실효적으로 확보하는 방안을 연구하고 있는 것도 같은 맥락으로 볼 수 있을 것이다.⁷⁾

2. 범죄피해자 보호를 목적으로 하는 범죄피해자 변호인제도

범죄피해자 변호인제도는, 범죄피해자가 형사절차상 자신의 권리를 대변하고 이익을 옹호하기 위하여 법률전문가인 변호인을 선임하여, 형사절차 전반에 걸쳐서 피의자 또는 피고인과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 보장하는 제도로 설명될 수 있다. 즉, 범죄피해자 변호인제도는 피해자가 명문의 근거를 가지고 변호인을 통하여 법률적 조력을 받도록 보장함으로써, 형사절차의 전 과정에서 범죄피해자의 권리가 실효적으로 보장될 수 있도록 하는 것을 목적으로 하는 제도이다.

범죄피해자는 자신의 입장을 대변하는 변호인을 통해 형사절차 과정에 대한 부담감을 줄여 자신의 권리를 실질적으로 행사할 수 있게 되고, 절차 진행에 따른 법률적 조언을 얻어 자신의 권리가 부당하게 침해되는 것을 사전적으로 방지할 수 있다. 즉, 피의자나 피고인이 형사절차 전반에 걸쳐서 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는 것과 마찬가지로, 범죄피해자도 형사절차 전반에 걸쳐서 법률전문가의 조력을 받아 헌법상 보장된 기본권이 실효적으로 보호될 수 있도록 하는 것에 제도의 목적이자 의의가 있는 것이다.⁸⁾

6) 우리나라도 범죄피해자에 대한 지원 정책의 일환으로 무료법률구조를 대폭 확대하는 추세에 있다. 2010년도에 6,530건(9,628명)이던 무료법률구조 건수가 2011년도에는 11,960건(15,426명)으로 대폭 증가된바 있다(법무부 “2012년 범죄피해자보호시행 계획” 11면).

7) 김성돈, 앞의 논문; 이호중, “피해자변호인의 신문참여권”, 『형사정책연구』 제17권 제3호, 한국형사정책연구원, 2006; 천진호, “범죄피해자 권리 확보방안”, 『피해자학연구』 제15권 제1호, 한국피해자학회, 2007 등.

8) 여성가족위원회 수석전문위원, “아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안(강명순의원 대표발의) 검토보고서”, 2011.3. 4-7면 참조.

제2절 범죄피해자 변호인제도의 헌법적 근거

1. 국가의 범죄피해자에 대한 기본권 보호의무

‘국가의 기본권 보호의무’란 기본권에 의하여 보호받는 법익이 국가나 사인에 의해 위법하게 침해되지 않도록, 국가가 이를 보호해야 할 의무를 말한다. 헌법 제10조 후문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 하여 국가의 기본권 보호의무를 규정하고 있다. 국가의 기본권 보호의무에 따라 국가는 공권력을 통해 국민의 기본권을 침해하지 않아야 할 의무(기본권 침해금지의무), 기본권 실현을 위한 법령과 제도를 정비함으로써 기본권을 적극적으로 실현할 의무(기본권의 적극적 실현의무), 기본권 실현이 모든 영역에서 이루어질 수 있도록 사인에 의한 기본권침해를 방지하고 실효성 있는 피해구제수단을 마련하여야 할 의무(사인간의 기본권침해방지의무)를 진다.⁹⁾

일반적으로 ‘범죄에 의해 손해 내지 피해를 입은 사람’으로 정의되는 범죄피해자를 헌법적 차원에서 정의한다면, ‘사인 또는 국가에 의하여 기본권을 침해당한 사람’으로 이해할 수 있을 것이다. 해당 범죄에 대한 형사절차가 진행되는 과정에서, 국가는 국가소추주의 및 기소독점주의 등 현행 형사법체계를 해하지 않는 범위 내에서 범죄피해자의 기본권을 최대한 보장해야 할 의무가 있다. 그 의무의 내용은, 우선 국가 그 자신이 범죄피해자의 기본권을 침해하지 않아야 하며, 형사절차에서 주체적 성격이 약한 범죄피해자의 기본권을 보호하고 실현할 수 있도록 최소한의 법적, 제도적 수단을 마련하여야 하는 것으로 구체화 될 수 있다.

범죄피해자 변호인제도는 이와 같은 국가의 범죄피해자에 대한 기본권 보호의무에 헌법적 근거를 두고 있는 제도이다. 즉, 범죄피해자 변호인제

9) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2011, 381-383면; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2010, 388-396면 등 참조.

도는 변호인을 통하여 범죄피해자의 입장을 대변하고, 헌법상 보장된 범죄피해자의 기본권이 침해당하는 것을 사전적으로 방지하는 등, 범죄피해자의 기본권을 실질적으로 보장하는 기본적인 수단으로 이해할 수 있다.

2. 범죄피해자의 기본권

주지하는 바와 같이, 범죄피해자 변호인제도의 헌법적 근거이자 궁극적 목적은 범죄피해자의 기본권 보장이다. 따라서, 이에 대한 논의는 필연적으로 범죄피해자의 헌법상 기본권에 관한 논의를 수반하는바, 범죄피해자에게 인정되는 헌법상 기본권의 내용과 그 성격, 명시된 기본권 외에 다른 기본권도 인정할 수 있는지 여부 등에 대한 논의가 필요하다. 특히, 범죄피해자의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’의 기본권성 인정여부와 법적 성격이 문제된다. 또한, 범죄피해자의 헌법상 기본권 외에 법률상의 권리도 검토할 필요성도 있는바, 이에 대하여는 범죄피해자 보호와 관련된 대표적인 법률인 「범죄피해자보호법」과 「형사소송법」에 규정된 피해자의 권리 목록과 그 내용에 대한 분석이 필요하다.

가. 헌법 제27조 제5항의 재판절차진술권

형사피해자의 재판절차진술권이란 범죄로 인한 피해자가 당해 사건의 재판절차에서 증인으로 출석하여, 자신이 겪은 피해와 사건의 내용에 관하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 말한다.¹⁰⁾ 헌법 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 현행 헌법상 범죄피해자의 기본권을 명시적으로 인정한 유일한 규정인바, 형사절차 전반에서 범죄피해자가 가지는 권리의 대표적 근거규정으로서의 가치가 크다.¹¹⁾

10) 정종섭, 앞의 책, 805-806면 참조.

11) 류병관, “형사절차상 범죄피해자권리의 헌법적 보장에 관한 연구”, 『피해자학연구』 제14권 제1호, 피해자학회, 2006, 39면 참조.

이에 대하여, 형사피해자의 이익은 검사의 형사소추권의 행사에 의하여 충분히 반영되고 있다는 점에 비추어 형사피해자의 재판절차진술권의 헌법적 의미는 기

형사피해자의 재판절차진술권은 국가공동체의 역사성과 특수성에 기초한 헌법적 결단에 의하여 기본권목록에 포함된 것으로, 헌법이 창설한 기본권이라고 할 수 있다.¹²⁾ 사인소추를 배제하는 현행 기소독점주의 형사법체계 하에서 피해자에게 형사재판절차에 참여할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하려는 것이 재판절차진술권의 기본 목적이자 취지이다. 헌법은 형사피해자의 재판절차진술권의 구체적 내용을 법률에 위임하고 있는바, 재판절차진술권의 법적 성격은 입법자에 의해 구체화될 것을 전제로 하는 청구권적 기본권이다.¹³⁾ 이에 근거하여 「형사소송법」은 제294조의2에서 “범죄로 인한 피해자 또는 법정대리의 신청이 있는 경우 법원이 증인으로 신문을 하여야 한다.”고 규정하여 범죄피해자의 의견진술권을 규정하고 있다.

나. 헌법 제30조의 범죄피해자 구조청구권

범죄피해자 구조청구권이란, 피해자 본인의 귀책사유 없이 발생한 범죄행위로 인하여 생명 또는 신체상의 피해를 입은 경우, 피해자나 그 유족이 국가에 대하여 일정한 보상을 청구할 수 있는 권리를 의미한다.¹⁴⁾ 헌법 제30조는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”고 규정하여 범죄피해자가 국가에 대하여 범죄 피해로 인한 재정적 구조를 청구할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 범죄피해자 구조청구권은 재판절차진술권과 같이 구체적 입법형성을 전제로 하는 청구권적 기본권으로서의 성격을 가진다.¹⁵⁾ 헌법 제30조에 규정된 범죄피해자 구조청구권은 1987년 개정헌법에서 범죄피해자의 재판절차진술권(제27조 제5항)과 함께 신설되었으며, 범죄피해자의 보호와 지위 강화라는 헌법적 결단

본권의 주관적 보장이라기보다는 헌법적 지침으로 성격을 가진다고 보는 견해가 있다(한수웅, 『헌법학』 제3판, 2013, 박영사, 909-910면).

12) 정종섭, 앞의 책, 840-843면 참조.

13) 한수웅, 앞의 책, 874면 이하 참조.

14) 성낙인, 앞의 책, 825면

15) 정종섭, 앞의 책, 840-843면; 성낙인, 앞의 책, 825-827면; 한수웅, 앞의 책, 924-928면 등 참조.

에 의하여 기본권 목록에 포함된 것으로 이해 할 수 있다. 범죄피해자 구조청구권에 대하여는 기본권을 남발한 결과이기 때문에 그 기본권성에 관하여 재검토할 필요가 있다는 지적과,¹⁶⁾ 범죄피해자의 기본권을 규정한 것이라기보다는 국가의 사회보장적 구조의무를 규정한 것이라는 견해가 있다.¹⁷⁾ 그러나 범죄피해자 구조청구권은 그 본질이 국가책임과 사회국가원리에 바탕을 두고 있는바, 그 법적 성격을 ‘생존권적 성격을 띤 청구권’으로 해석하여야 할 것이다.¹⁸⁾ 헌법재판소도 “헌법은 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무를 소극적 차원에서만 규정하지 아니하고, 이에 더 나아가 범죄행위로 인하여 피해를 받은 국민에 대하여 국가가 적극적인 구조행위까지 하도록 규정하여 피해자의 기본권을 생존권적 기본권의 차원으로 인정하였다”고 판단하고 있는바,¹⁹⁾ 범죄피해자구조청구권의 법적 성격을 ‘생존권적 기본권’으로 이해하고 있다.

이러한 헌법 제30조의 구조청구권은 형사절차상 범죄피해자의 권리를 인정하는 권리의 근거로 작용할 수 있다고 생각한다. 즉, 문언상 ‘구조’의 의미를 구조금이나 금전적 보상으로 좁게 해석하지 않고, 국가에 대한 법률구조를 포함한 입법적 지원 및 정책으로 넓게 해석한다면, 동 권리로부터 법률구조를 청구할 수 있는 권리도 도출할 수 있는 것이다. 헌법 제30조가 범죄피해자 보호를 위하여 마련된 조항이고, 또한 구체적 법률이 있어야 행사할 수 있는 권리라는 점을 고려한다면 ‘구조’의 범위를 넓게 해석하는 것이 오히려 헌법 개정의 취지에 부합하는 것이 아닌가 생각한다.

다. 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등 자유권

헌법은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하여 인간의 존엄성과 행복추구

16) 정종섭, 앞의 책, 840면.

17) 류병관, 앞의 논문, 37면 참조.

18) 정종섭, 앞의 책, 841면

19) 헌법재판소 1989.4.17. 88헌마3 결정 참조.

권을 보장하고 있다(헌법 제10조). 동시에 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”고 규정하여 평등권을 명시하고 있다. 범죄피해자 역시 한 개인이자 국민으로서 인간의 존엄권과 평등권을 가지는 것은 당연하다. 이러한 이유로 범죄피해자의 권리 확대를 위한 논의는 기본적으로 범죄피해자의 인격권, 생명권 등의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등에서 주된 헌법적 근거를 구하고 있다.²⁰⁾ 그러나 이러한 규정은 일반적인 개인으로서 가지는 기본권일 뿐 범죄피해자이기 때문에 가지는 고유한 기본권을 의미한다고 할 수 없다.²¹⁾ 자유권적 기본권은 국가의 통제나 간섭 없이 개인의 자유 영역에 대한 국가의 부당한 침해 배제하는 대국가적 방어권인바, 범죄 피해로 인하여 발생하는 범죄피해자의 기본권은 자유권적 기본권과 큰 관련성을 갖지 않는 것이다.

라. 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리

(1) 문제점

범죄피해자는 개인의 지위에서 자신의 의지와 선택에 따라 변호인을 선임할 수 있고, 변호인에게 상담을 구할 수 있는 권리와 자유가 있음은 당연하다. 그러나 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리 내지는 변호인 선임권이 명문에 근거를 두고 인정되는 범죄피해자 변호인제도에 있어서는, 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리의 법적 성격을 단순히 인간의 존엄과 가치 또는 일반적 행동자유권에서 찾을 수는 없다. 즉, 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법적 해명이 필요한 것이다.

피해자의 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법에 명문의 규정이 없을 뿐

20) 이효원, 앞의 논문, 84-88면; 류병관, 앞의 논문, 35-41면 참조.

21) 같은 견해로 이효원, 앞의 논문, 84면

다만, 헌법재판소는 2007.4.26. 2005헌마1220 결정에서 조대현 재판관이 별개 의견으로 “범죄피해자의 권리를 사법구제청구권으로 파악하여 헌법상 열거되지 아니한 기본권으로 인정하여 국가의 기본권보장의무가 연계시켜 헌법상 기본권을 침해한 것”으로 의견을 개진한 사례가 있다(이효원, 앞의 논문, 98-99면 참조).

만 아니라, 일부 특별법을 제외하고는 법률에 규정되어 있지도 않으며,²²⁾ 헌법재판소의 결정례도 아직까지 없다. 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법적 근거 및 법적 성격을 파악함에 있어, 가장 먼저 생각해 볼 수 있는 것은 이 권리가 ‘체포 또는 구속을 당한 자’의 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있는 헌법 제12조 제4항으로부터 도출될 수 있는지 여부의 문제이다. 이는 변호인의 조력을 받을 권리를 기본권으로 보장한 헌법의 취지와, 헌법의 기본원리인 법치국가원리, 적법절차의 원칙, 사회국가원리 및 변호인제도의 취지 등을 바탕으로 하는 헌법해석의 문제이다. 만약 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리의 근거를 헌법 제12조 제4항에서 찾을 수 없다면, 이러한 권리를 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 기본권으로 인정할 수 있는지 여부에 대한 논의도 추가적으로 필요하다. 즉, 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리가 기본권성을 가지는 헌법상의 권리인지, 아니면 단순한 법률상의 권리인지에 대한 규명이 필요한 것이다.

(2) 헌법 제12조 4항에 의하여 보장되는 기본권인지 여부

헌법의 명문 규정에 따르면, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체는 ‘체포 또는 구속된 사람’이다(헌법 제12조 제4항). 체포 또는 구속되지 않은 피의자 및 피고인, 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리에 관하여는 헌법에 명시적 규정이 없다. 그러나 불구속 피의자 및 피고인에 대하여서는, 우리 헌법의 법치국가원리와 적법절차원칙에 근거하여 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 됨을 인정하는 것이 헌법재판소의 태도이다. 즉, 헌법 제12조 제4항은 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 특별히 명시한 조항으로 이해하는 것이다.²³⁾ 현행 「형사소송법」 역시 구속전 피의자 심문에 있어서의 피의자, 구속적부심사를 청구한 피의자에 대하여서는 명문으로 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있으며, 사선변호인이 없는 경우

22) 범죄피해자 변호인제도를 규정한 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 및 「성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 대하여는 제3장에서 구체적으로 논의한다.

23) 헌법재판소 2004.9.23. 2000헌마138 결정 참조.

필요적으로 법원이 국선변호인을 선정하도록 규정하고 있다(형사소송법 제201조의2, 제214조의2).

형사절차에 있어서 ‘변호인’은 국가형벌권에 대응하는 피의자 또는 피고인의 방어력을 보충하는 것을 주된 임무로 하는 사람을 의미한다.²⁴⁾ ‘형사소송법 발전의 역사는 변호권 확대의 역사’라고도 할 만큼,²⁵⁾ 변호인 제도의 존재 목적은 피의자 또는 피고인을 위하는데 있을 뿐 피해자를 위하는데 있지는 않다. 변호인 제도의 본질은 형식적 법치주의를 넘어 실질적 법치주의를 달성하고 적법절차원칙을 구현하기 위하여, 방어력이 부족한 지위를 가지는 피의자 또는 피고인을 위하는 데 있는 것이다. 이를 고려할 때, 헌법상 명문으로 인정되는 변호인의 조력을 받을 권리의 주체는 헌법에 명시적으로 규정된 ‘체포 또는 구속된 자’와, 법치국가원리, 적법절차원칙 등의 헌법원리와 「형사소송법」에 의하여 권리의 주체성이 인정되는 ‘불구속 피의자’ 및 ‘피고인’으로 한정하여 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리는 그 취지가 방어권의 실효적 행사에 있는 것이 아니라 범죄피해자로서 가지는 권리와 그 보호에 대한 실효성 확보에 있는바, 헌법이 특별히 보장하는 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리와 같은 법적 성격을 가진 것으로 볼 수 없는 것이다. 따라서 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법 제12조 제4항에 의하여 보장되는 기본권이라고 할 수 없다.

(3) 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니한 기본권인지 여부

헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하고 있는바, 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리가 ‘헌법상 열거되지 아니한 기본권’에 포함될 수 있는지가 문제된다. 학자들은 ‘헌법에 열거되지 아니한 기본권’의 목록으로, 인간의 존엄과 가치와 행복추구권의 내용을 구성하는 일련의 자유와 권

24) 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 2007, 119면 등

25) 이재상, 앞의 책, 119면.

리를 제시하고 있다. 공통적으로 언급하는 것으로는 생명권, 자기결정권, 일반적 인격권(성명권, 명예권, 초상권), 일반적 행동자유권, 평화적 생존권 등이 있다.²⁶⁾ 헌법재판소는 “헌법상 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하기 위해서는 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체, 즉 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고, 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 한다”고 판시하고 있다.²⁷⁾ 이러한 기준 하에 헌법재판소가 인정하고 있는 ‘헌법상 열거되지 아니한 기본권’으로는, 대표적으로 인격권, 자기결정권, 일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권, 생명권, 알권리 등이 있다.²⁸⁾

기본권이란 개인이 가지는 헌법상의 권리로서 ‘실정헌법에 의하여 보장된 권리’를 의미한다. 기본권은 본질적으로 권리적 요소, 실정적 요소, 헌법적 요소를 그 개념요소로 한다.²⁹⁾ 즉, 권리의 내용이 헌법적 가치와 이익을 갖는 것으로, 개인의 주관적 권리로 인정할 수 있는 사항에 국한된다고 할 것이다. 어떠한 권리를 기본권으로 볼 수 있는지 여부는 해당 권리에 대한 헌법적 가치판단이 반영된 학설과 판례의 축적을 통한 구체적 논의에 의하여 이루어진다고 할 수 있다.³⁰⁾

현재 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 판례는 없으며, 이에 관한 구체적 논의와 권리의 성격에 대한 헌법적 규명은 거의 이루어지지 않았다.³¹⁾ 피해자 변호인제도 도입에 관한 논의는 1990년대부터 진행되어 왔지만,³²⁾ 주로 형사정책적 관점에서, 범죄피해자 지원을 위한

26) 성낙인, 앞의 책, 318-321면 참조.

27) 헌법재판소 2009.5.28. 2007헌마369 등 참조.

28) 헌법재판소 1991.9.16. 89헌마165(인격권), 헌법재판소 2009.11.26. 2008헌마385(자기결정권), 헌법재판소 2009.10.29. 2008헌마454(인격의 자유로운 발현권), 헌법재판소 1989.9.4. 88헌마22(알권리) 등 결정례 참조.

29) 정종섭, 앞의 책, 276-286면 참조.

30) 이효원, 앞의 논문, 98-99면.

31) 범죄피해자의 권리를 헌법적 권리로 인정할 만큼 이에 대한 학설이나 판례가 축적되었다고 보기 어렵다는 견해도 있다(이효원, 앞의 논문, 99면).

32) 이재상, “형사절차에서의 피해자보호”, 『피해자학연구』 창간호, 한국피해자학회, 1992; 하태훈, “증인 또는 범죄피해자 보호제도”, 『피해자학연구』 제4호, 한국피해자학회, 1996 등 참조.

제도의 필요성에 대한 논의가 주를 이루었을 뿐, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법적 규명에는 큰 관심을 두지 않았던 것으로 보인다. 또한, 제도도입에 대한 헌법적 근거로는 범죄피해자의 인간의 존엄성, 범죄피해자에 대한 국가의 보호의무, 사회국가원리 등만이 제시되었고, 이에 관한 상세한 헌법적 논의보다는 제도의 이상적 모습이나 형사절차상 범죄피해자의 권리 강화에 대한 내용이 보다 중점적으로 논의되었던 것으로 판단된다. 따라서, 현 시점에서 범죄피해자의 변호인의 권리를 ‘헌법상 열거되지 아니한 기본권’으로 인정하기에는 관련 판례와 학계의 논의가 미비한바, 동 권리의 헌법상 기본권성을 인정하기에는 무리가 있다고 생각한다.

(4) 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리의 법적 성격

이미 언급한 바와 같이, 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리는 현 시점에서는 ‘헌법상 열거되지 아니한 기본권’으로 보기에 무리가 있는바, 이는 법률에 규정이 있을 경우 법률에 근거하여 주장할 수 있는 ‘법률상의 권리’라고 해석하는 것이 타당하다. 즉, 입법자가 입법형성권을 행사하여 법률로써 창설하는 입법형성적인 것으로 새겨야 할 것이다. 이러한 이유로, 범죄피해자 변호인제도를 도입함에 있어서는 ‘범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리’ 내지는 피해자의 ‘변호인 선임권’을 반드시 법률에 명문으로 규정하여야 한다.

마. 소결

상술한 바와 같이 우리 헌법상 범죄피해자에 인정되는 고유한 기본권은 헌법 제27조 제5항의 재판절차진술권과 제30조의 구조청구권에 국한된다고 할 수 있다. 즉, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 범죄피해자의 고유의 지위가 아닌 개인의 지위에서 당연히 가지는 기본권이며, 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법상 열거된 기본권으로 보기에 무리가 있는바 법률상 권리라고 해석하여야 한다.

제3절 범죄피해자 변호인제도의 필요성

1. 범죄피해자의 형사절차상 권리의 실질적 보장

가. 현행 「형사소송법」상 범죄피해자의 권리

「형사소송법」은 헌법의 기본원칙을 형사절차에 실현하는 법률이다. 「형사소송법」이 규정하고 있는 형사절차의 내용은 물론 「형사소송법」의 해석도 헌법이 이념으로 삼고 있는 실질적 법치국가원리와 일치하여야 한다.³³⁾ 2007년 6월에 개정된 「형사소송법」은 과거에 비하여 피해자의 지위나 권리를 강화하여 형사절차상 피해자가 가지는 권리에 관한 규정을 다수 신설하였다. 이는 헌법상 범죄피해자의 기본권인 재판절차진술권과 구조청구권을 「형사소송법」에서 구체화하여 범죄피해자 권리를 보장하고 강화하였다는 점에서 의미가 있다. 현행 「형사소송법」상 피해자가 가지는 권리는 다음과 같다.

피해자는, 법원 및 수사기관이 피해자를 증인 또는 참고인으로 신문하는 경우 신뢰관계에 있는 자를 동석하여 줄 것을 법원 및 수사기관에 신청할 권리가 있다(형사소송법 제163조의2, 제221조 제3항).³⁴⁾ 또한, 피해자 또는 법정대리인이 법원에 신청하여 증인신문을 하여 진술을 할 권리가 있으며(피해자 등의 진술권, 동법 제294조의2), 소송계속 중인 사건의 피해자인 경우 소송기록의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 권리가 있다(피해자 등의 공판기록 열람 등사권, 동법 제294조의4). 그 밖에, 피해자에게 직접적인 신청권을 인정하고 있지는 않지만, 피해자의 권익을 위하여 인정된 제도로 비디오 중계방식에 의한 신문(동법 제165조의2),

33) 이재상, 앞의 책, 5면

34) 형사소송법

제163조의2(신뢰관계에 있는 자의 동석) ① 법원은 범죄로 인한 피해자를 증인으로 신문하는 경우 증인의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 증인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 피해자·법정대리인·검사의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다.

피해자통지제도(동법 제259조의2)³⁵⁾등이 있다.

나. 「형사소송법」상 범죄피해자 권리보호의 실질화 필요성

(1) 수사단계

범죄피해자는 반복조사나 대질신문 등이 이루어지는 수사 절차 과정에서 인격권과 프라이버시를 침해받을 가능성이 크다. 또한, 수사 초기는 범죄 피해로부터 온전한 회복이 이루어지지 않은 시점이므로 냉정한 판단과 진술을 하기도 어렵다.

특히, 범죄로 인하여 중상해를 당한 자나, 장애인, 아동·청소년, 성폭력 범죄피해자 등 형사절차에 대한 방어능력이 상대적으로 부족한 사람들에게는 이러한 위험에 더욱더 크게 노출되어 있다. 또한, 수사기관의 피해자에 대한 조사시 대응하여야 할 적절한 요령에 대한 사전 지식이 없는 경우, 자신이 입은 범죄 피해에 대한 충분한 진술을 하지 못하여 수사기관이 범죄사실을 특정하는 것 자체가 어려울 때도 있다. 따라서, 수사단계에서 범죄피해자가 겪는 일련의 고통을 완화하고 법률전문가의 법률적 조력을 통하여 수사단계부터 피해자가 변호인의 조력을 받을 수 있도록 지원해야 할 필요가 있다.

(2) 공판단계

대다수의 범죄피해자들은 형사재판 진행과정에서 당사자 지위가 없어, 이미 법률로 보장되어 있는 피해자 권리의 종류를 알지 못하거나 이에 대한 제대로 된 정보를 제공받고 있지 못하다. 설사 권리 규정이나 내용에 관하여 잘 알고 있다고 하더라도, 절차과정에서 권리를 구체적으로

35) 형사소송법

제259조의2(피해자 등에 대한 통지) 검사는 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정 대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)의 신청이 있는 때에는 당해 사건의 공소제기여부, 공판의 일시·장소, 재판결과, 피의자·피고인의 구속·석방 등 구급에 관한 사실 등을 신속하게 통지하여야 한다.

행사하는데 있어서 대다수가 어려움을 느낀다. 그리하여 범죄피해자는 자신의 권리가 침해되었는지 여부에 관하여 제대로 알 수 없으며, 침해되었을 때는 어떻게 문제를 제기할 수 있는지를 몰라 형사절차 과정에서 무력감을 느끼는 경우가 많다. 따라서, 「형사소송법」이 피해자의 권리로 인정하고 있는 ‘의견진술 신청권’이나 ‘신뢰관계 있는 자의 동석 신청권’ 등에 관하여 법률적으로 조언을 해 줄 사람이 필요하다. 범죄피해자는 이러한 법률적 조력을 통하여 자신의 권리를 실질적으로 보장할 수 있게 될 것이다.

범죄피해자의 변호인이 공판과정에서 피해자의 권리 행사를 조력할 수 있는 구체적 모습은 다음과 같다. 피해자의 변호인은 피해자와 함께 공판정에 출석하여 허위의 증언을 함으로써 위증죄로 처벌받지 않도록 피해자에게 조언하고, 인격권 침해 요소가 있는 질문이나 피해자에게 불이익한 증언을 유도하는 질문에 대하여서는 증언거부권을 행사하는 방안을 상의할 수 있다. 이러한 변호인의 역할과 관련하여, 피고인의 방어권을 부당하게 침해하지 않는 범위 내에서는 피고인 또는 증인에 대한 피해자 측의 신문권을 인정하는 것이 피고인 변호인의 부당한 공격으로부터 피해자를 보호하는 방안이 될 수 있을 것이라는 견해가 있다.³⁶⁾

특히, 성폭력 범죄피해자는 공판과정에서 피고인의 변호인으로부터 당해 성폭력 범죄가 마치 피해자에게 잘못이 있는 것처럼 피해자의 책임을 추궁하는 질문을 받거나, 경찰에의 신고 또는 고소 경위에 관하여 피해자의 진실성을 추궁하는 질문을 받게 되면 이성적으로 증언을 하기가 어려워진다. 이러한 경우에, 범죄피해자가 해당 변호인으로부터 공판 절차에서 적절한 법률 조력을 받는다면 자신의 권리가 침해당하는 것을 최소화할 수 있고, 부당한 상황을 적절하게 대응할 수 있을 것이다. 또한, 변호인을 통하여 해당 공판기록을 열람하면서 공판의 진행상황을 쉽게 파악할 수 있으며, 변호인의 조력으로 적시에 의견진술 신청권 등과 같은 법률에 규정된 피해자의 권리를 행사하는 것도 좀 더 용이해 질 것이다.

36) 김성돈, 앞의 논문, 136-140면 참조.

2. 「범죄피해자보호법」 상 범죄피해자 권리의 실질적 보장

가. 현행 「범죄피해자보호법」 상 범죄피해자의 권리

「범죄피해자보호법」은 범죄피해자의 보호 및 지원에 관한 기본정책들을 정하고 범죄피해자의 구조 및 복지 증진을 위하여 2005년에 제정된 법률이다. 동법은 2010년 대대적 개정을 거쳐 국가 및 지방자치 단체 및 국민의 피해자보호를 위한 책무를 밝히고, 필요한 정책의 마련을 요구하는 ‘범죄피해자보호의 기본법’으로서의 모양을 갖추게 되었다.³⁷⁾

동법은 제2조에서 기본이념으로 “① 범죄피해자는 범죄피해 상황에서 빨리 벗어나 인간의 존엄성을 보장받을 권리가 있다. ② 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온은 보호되어야 한다. ③ 범죄피해자는 해당 사건과 관련하여 각종 법적 절차에 참여할 권리가 있다.”고 규정하여 범죄피해자가 가지는 일반적 권리를 규정하고 있다. 또한, 이러한 범죄피해자의 권리를 보장하기 위하여 국가, 지방자치단체, 국민의 책무를 규정하고 있다(동법 제4조 이하). 특히 제8조는 ‘형사절차참여보장’을 밝혀 단순히 피해자에 대한 원조에 그치지 않고, 적극적 형사절차상의 참여자로서 지위를 인정할 것을 명문으로 밝혀 두고 있다는 점에서 의미가 있다.³⁸⁾

「범죄피해자보호법」이 규정하고 있는 범죄피해자의 인간의 존엄성을 보장받을 권리, 명예와 사생활 평온에 대한 권리, 피해 사건의 법적 절차에 참여할 권리는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 및 범죄피해자의 고유의 기본권인 제27조 제5항의 재판절차진술권 및 제30조의 구조청구권, 제10조 후문의 국가의 기본권보호의무에 헌법적 근거를 두고 있다고 할 것이다.³⁹⁾

37) 김재희, 앞의 논문, 291면.

38) 김재희, 앞의 논문, 291면.

39) 이효원, 앞의 논문, 100면 참조.

나. 「범죄피해자보호법」상 범죄피해자 권리보호의 실질화 필요성

「범죄피해자보호법」상의 피해자의 권리가 비록 법률상 권리에 불과하다고 할지라도, 피해자를 보호하고 지원하기 위한 동법의 제정 목적을 고려한다면 반드시 실질적으로 보장되어야 하는 권리이다. 동법이 국가와 지방자치단체에 대하여 범죄피해자 보호·지원을 위하여 범죄피해자의 지원 체계를 구축할 것을 요구하고(동법 제4조 제1호), 관계법령의 정비 및 각종 정책의 수립·시행의 책무 등을 명시적으로 규정하고 있는 점 역시 범죄피해자 권리를 실효적으로 보장하기 위한 것으로 보인다.

「범죄피해자보호법」상 범죄피해자가 가지는 각종 권리를 행사할 수 있기 위해서는 기본적으로 피해자 스스로가 자신의 권리에 대한 자각과 인식을 하는 것이 매우 중요하다. 즉, 범죄로 인한 피해가 발생하였을 경우, 피해자가 자신의 권익을 위하여 국가에 대하여 행사할 수 있는 권리는 어떤 것이 있는지, 그 절차와 내용은 어떻게 규율되고 있는지 등을 제대로 알고 있어야만 범죄피해자에 대한 보호 법제가 의미가 있는 것이다. 범죄피해자가 자신의 권리에 대한 객관적 인식을 하기 위해서는, 해당 법제도에 대한 사전 정보제공과, 적절한 권리 행사 방법 및 시기 등에 관한 법률전문가인 변호사로부터의 조력이 필수적이라고 할 것이다.

3. 형사정책적 측면에서의 범죄피해자 변호인제도의 필요성

가. 국가소추주의의 실효성 확보

국가소추주의를 바탕으로 하는 현행 형사소송법 체계하에서 범죄피해자는 형사절차 전반에 걸쳐 주체적 지위를 가지지 못한다. 또한, 형사소송절차상 피고인과 대립하는 상대방은 소추기관인 검찰일 뿐, 범죄피해자는 이에 속하지 못하는바 소송과정에서도 피해자는 소외될 수밖에 없다. 범죄피해자의 형사절차상 지위가 과거에 비하여 향상된 측면이 있다고 하더라도, 국가소추주의하에서의 범죄피해자 지위는 증인 내지 참고

인이라는 역할 외에 사실상 주체성을 가지지 못한다. 또한, 피고인은 헌법상 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리를 가지고 자신의 방어권을 적극 행사할 수 있으나, 범죄피해자의 경우에는 헌법상으로 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되어 있지도 않으며 형사절차과정에서 자신의 이익을 적극 대변할 권리도 가지지 못한다. 소추기관인 검찰 역시 객관의무를 통하여 실제진실을 발견하는 것을 목적으로 할 뿐, 피해자의 이익을 대변해 주는 기관이 아니다. 결국 국가소추주의의 실효성이 확보되기 위해서는 소추기관인 국가에 대한 신뢰와, 형사절차과정에서 범죄피해자가 스스로의 의사와 의견을 적극 전달할 수 있어야 한다. 형사절차 전 과정에 걸쳐 법률전문가인 변호사로부터 법률적 조력을 얻고 자신의 의사를 적극 전달한다면, 소추기관인 국가에 대한 신뢰와 사법부에 대한 신뢰를 형성할 수 있는 효과를 기대할 수 있다.

또한, 수사기관 및 공판기일에 동석한 변호인의 법률적 조력하에 피해자가 심리적 안정감을 가진 상태에서 진술하도록 하는 것은 범죄피해자의 이익 보호만이 아니라 실제진실의 발견에도 기여할 것이라 생각한다.⁴⁰⁾ 법률전문가인 변호사로부터 법률적 조력을 받는 범죄피해자의 경우에는 심리적 안정감으로 인하여 수사과정 및 공판진행과정에서 공포나 불안감을 가지는 피해자보다 진실에 부합하는 진술을 기대할 수 있기 때문이다.

나. 회복적 사법의 구현

회복적 사법이란 “피해자와 가해자 또는 지역사회의 구성원 등 범죄사건 관계자들이 사건 해결과정에 능동적으로 참여하여 피해자 또는 지역사회의 손실을 복구하고 관련 당사자들의 재통합을 추구하는 일체의 범죄 대응방식”을 의미한다.⁴¹⁾ 회복적 사법은 1990년대 말 이후 범죄에 대

40) 같은 견해로 천진호, “범죄피해자의 권리방안”, 『피해자학연구』 제15권 제1호, 한국피해자학회, 2007, 31-32면; 하태훈, “형사피해자의 형사절차상의 지위와 권리”, 『안암법학』 창간호, 고려대학교 안암법학회, 1993.9, 327면; 김성돈, 앞의 논문, 136면 등 참조.

한 새로운 대응양식으로서 학계의 논의에 의해 전면적으로 등장한 개념이다.⁴²⁾ 회복적 사법의 중심에는 가해자와 피해자라는 두 축이 있으며, 가해자와 피해자 간의 화해와 합의를 통한 피해 회복과 갈등해소가 그 핵심이라고 할 수 있다. 범죄피해자가 가해자와 화해하고 피해를 회복하기 위해서는 형사절차 전반에 걸쳐 피해자 자신의 권리 주장과 적절한 법률적 대응 방법에 관하여 전문적으로 조력해 줄 사람이 필요하다. 범죄피해자 역시 가해자 혹은 피의자와 마찬가지로 법률문외한인 경우가 대부분이고, 가사 법률에 지식을 가진 사람이라고 하더라도 갑작스런 범죄 피해의 경우 냉철한 판단능력을 가지지가 어렵다. 따라서, 범죄피해자에게도 법률에 근거하여 변호인의 조력을 받을 수 있게 하고, 일정한 경우 국선변호인을 선정해 주어 가해자와의 화해 또는 합의 과정에 전문적인 법률 조력을 해 줄 필요가 있다. 국가로부터 도움을 받고 있다는 인식 하에 자신의 피해 상황을 객관적으로 파악하고 가해자와의 화해 여부에 대해 진지하게 고민하는 과정 자체가 회복적 사법의 출발점이 될 것이라고 생각한다.

다. 범죄피해자의 2차 피해 방지

범죄피해자는 범죄로 인한 직접적인 피해, 즉, 1차적인 피해만 겪는 것이 아니라 형사절차 과정에서 신체적, 정신적, 경제적 측면에서 추가적인 피해를 입는 경우가 많다. 특히, 성폭력범죄와 같이 개인의 내밀한 영역과 관련하거나 피해자의 진술이 곧 증거인 범죄피해의 경우, 말하고 싶지 않고 기억하고 싶지 않은 범죄에 대하여 수사절차 및 공판과정에서 원치 않게 구체적인 진술을 강요당하는 것이 현실이다. 범죄피해자의 이러한 2차 피해는 피해자에 대한 조사나 증인신문 과정 등이 실제진실 발견을 위하여 피해자가 당연히 감내하여야만 하는 절차라고 치부하기에는 피해자가 겪어야 하는 피해 정도가 매우 크다. 범죄피해자가 형사절차 전반에서 경험하는 2차 피해는 결국 사법부 자체에 대한 불신으로 이어

41) 노정환, “수사절차상 범죄피해자의 법적지위-정의의 회복이론에 입각하여-”, 『형사법의 신동향』 통권 제16호, 대검찰청, 2008.10, 52면.

42) 이진국, “범죄피해자와 회복적사법”, 『형사법연구』 제19권 제3호(통권 제32호), 2007, 365면.

질 가능성이 높으며, 회복적 사법 구현에도 장애물로 작용하게 될 것이다. 범죄피해자의 2차 피해 방지를 위한 방편으로 공익의 수호자적 지위가 인정되는 검사에게 그 역할을 기대해 볼 수도 있지만, 검사의 객관 의무로 인하여 범죄피해자의 권리 보장을 위한 역할 수행에는 근본적 한계가 있을 수밖에 없다.⁴³⁾ 따라서, 범죄피해자 스스로가 자신이 선임하거나 또는 국가가 선임해주는 변호인의 법률적 조력을 통하여 수사기관의 과도한 수사나 신문에 적절하게 대응할 수 있어야 한다. 결국 범죄피해자의 불안감이 최소화된 상태로 형사절차에 임할 수 있는 것 자체가 2차 피해의 사전적 방지이자 2차 피해를 최소화할 수 있는 장치인 것이다.

43) 김성돈, 앞의 논문, 129-130면 참조.

제 3 장 범죄피해자 변호인제도의 현황 및 문제점

제1절 범죄피해자의 개념과 범위

1. 범죄피해자 개념과 범위 확정의 필요성

헌법은 제27조 5항에서 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술권에 관하여 규정하고 있고, 제30조에서는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”고 하여 범죄피해자의 구조청구권을 규정하고 있다. 위 두 조항은 형사절차상 범죄피해자가 가지는 일반적 권리를 헌법에서 기본권 차원으로 보장하고 있다는 점에서 의미가 있다. 따라서, 범죄피해자의 개념을 이해하기 위하여서는 우선적으로 헌법이 규정하고 있는 제27조 제5항의 ‘형사피해자’와 제30조의 ‘범죄피해자’의 구체적 개념에 대한 이해가 필요하다.

2. 헌법 제27조 제5항의 ‘형사피해자’

헌법은 제27조 5항에서 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 규정하여 형사피해자의 재판절차진술권에 관하여 규정하고 있다. 이러한 형사피해자의 재판절차진술권은 「형사소송법」에서 그 내용을 구체화하고 있다. 「형사소송법」 제223조는 “범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다.”고 규정하고 있고, 같은 법 제294조의2 제1항 본문에서는 “법원은 범죄로 인한 피해자의 신청이 있는 경우에는 피해자를 증인으로 신문하여야 한다.”고 규정하고 있다.

헌법 제27조 제5항이 규정하고 있는 형사피해자의 범위에 관하여, 헌법재판소의 다수의견은 “범죄로 인하여 직접적 보호법익의 침해를 입은 자 뿐만 아니라 그와 가족관계 등 특수한 관계가 있어 정신적 고통 등 법률적 불이익을 입은 자까지도 포함되는 것”으로 판단하고 있다.⁴⁴⁾ 즉, 헌법 제27조 제5항의 형사피해자 개념은 직접적 보호법익의 침해 여부를 기준으로 판단하지 않고 범죄로 인하여 법률상 불이익을 받게 되는 자까지 넓게 인정하고 있는 것이다.

이 견해는 사인소추를 전면적으로 배제하고 소추권을 검사에게 독점시키고 있는 현행 기소독점주의 형사소송체계하에서의 헌법 제27조 제5항의 존재 의의에서 주된 논거를 찾고 있다. 구체적으로, 헌법재판소는 “헌법 제27조 제5항에서 형사피해자의 재판절차진술권을 독립된 기본권으로 보장한 취지는 현행 기소독점주의 형사소송체계 아래에서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 형사재판절차에 참여할 수 있는 청문의 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위한 것이므로, 위 헌법 조항의 형사피해자의 개념은 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자개념에 한정하여 결정할 것이 아니라, 형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 향유주체로 해석되지 않는 자라 하더라도 문제된 범죄행위로 인하여 법률상 불이익을 받게 되는 자도 포함하는 의미로 이해하여야 한다”고 판시하고 있다.⁴⁵⁾

그러나, 이에 대하여 반대 견해가 있다. 즉, 헌법 제27조 제5항이 의미하는 형사피해자는 “범죄로 인하여 침해당한 보호법익의 향유주체에 한정”하여 이해하자는 견해이다. 형사피해자의 범위를 한정적으로 해석하는 견해는 헌법재판소의 반대의견과 별개의견으로도 여러 차례 개진된

44) “교통사고로 사망한 사람의 부모는 형사소송법상 고소권자의 지위에 있을 뿐만 아니라, 비록 교통사고처리특례법의 보호법익인 생명의 주체는 아니라고 하더라도, 극심한 정신적 고통을 받은 법률상 불이익을 입게 된 자임이 명백하므로, 헌법상 재판절차진술권이 보장되는 형사피해자의 범주에 속한다.”고 판시한 헌법재판소 1993.3.11. 92헌마48 결정 등 참조.

45) 헌법재판소 1993.3.11. 92헌마48 결정 참조.

적이 있다.⁴⁶⁾ 이러한 견해는, 「형사소송법」 제223조의 “범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다.”는 규정, 같은 법 제225조의 범죄로 인한 피해자 외의 고소권자를 별도로 인정하고 있는 규정, 같은 법 제294조의2 제1항 본문의 “법원은 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인의 신청이 있는 경우에는 피해자를 증인으로 신문하여야 한다.”는 규정 형식상 형사피해자로서 재판절차진술권이 있는 자는 ‘고소권자인 범죄로 인한 피해자 본인’에 한정하여 해석되는 개념이라고 본다. 즉, 예외적으로 고소권을 부여받은 비피해자인 고소권자는 재판절차진술권이 아닌 고소권만을 행사할 수 있는 것으로 해석해야 하며, 헌법상의 재판절차진술권을 누리는 형사피해자는 오직 범죄로 인하여 보호법익에 침해를 당한 주체만으로 한정하여 해석하는 것이 상당하다는 것이다.

3. 헌법 제30조의 ‘범죄피해자’

헌법 제30조에서는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”고 규정하여 범죄피해자의 구조청구권을 인정하고 있다. 헌법 제30조의 범죄피해자 구조청구권을 구체화한 「범죄피해자보호법」은 제3조 제1항 1호에서 “범죄피해자란 타인의 범죄행위로 피해를 당한 사람과 그 배우자(사실상의 혼인관계를 포함한다), 직계친족 및 형제자매를 말한다.”고 규정하고 있다. 즉, 헌법 제30조상의 범죄피해자의 개념에 범죄로 인한 직접 피해자뿐만 아니라 가족과 같이 특수관계에 있는 간접 피해자까지 포함하고 있다.

46) 헌법재판소 1993.3.11. 92헌마48 결정에 실시된 재판관 조규광, 재판관 김진우의 반대의견(판례집 4, 620, 636-640 참조), 헌법재판소 1993.3.11. 92헌마48 결정에 실시된 재판관 김진우, 재판관 최광률의 반대의견(판례집 5-1, 121, 132-141 참조), 헌법재판소 1995.5.25. 94헌마185 결정에 실시된 재판관 김용준, 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 신창언의 별개의견(판례집 7-1, 811, 821 참조), 헌법재판소 1998.8.27. 97헌마79 결정에 실시된 재판관 김용준, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 신창언, 재판관 한대현의 별개의견(판례집 10-2, 444, 456 참조), 헌법재판소 2002.2.28. 2001헌마580 결정에 실시된 재판관 한대현, 재판관 김영일의 각하의견, 헌법재판소 2002.8.29. 2002헌마330 결정에 실시된 재판관 한대현, 재판관 김영일의 별개의견 등.

4. 형법 및 기타 실정법상의 ‘범죄피해자’

「형법」, 「형사소송법」 등 대부분의 법령이 규정하고 있는 피해자는 형식적 의미의 범죄로 인한 피해자를 의미한다. 즉, 구성요건해당성, 위법성, 책임이 인정되고 명문에 근거가 있는 형식적 범죄로 인하여 직접적 피해를 입은 자를 범죄피해자로 이해하는 경우가 대부분이며,⁴⁷⁾ 형식적 범죄 외의 행위로 인한 피해 또는 간접적으로 피해를 입은 사람은 피해자의 범위에 포함하지 않는 경우가 대부분이다.

5. 피해자학의 ‘범죄피해자’ 개념과 범위에 대한 논의

형사정책적 관점에서 피해자의 권리나 지위를 연구하는 피해자학에서는, 범죄피해자의 범위에 대하여 ‘범죄’를 어떻게 이해할 것인지 및 범죄로 인하여 ‘피해를 입은 자’를 어느 범위까지 인정할 것인지에 대한 논의를 활발하게 진행하고 있다. 이에 관하여서는 다음의 네 가지 학설이 대표적이다.⁴⁸⁾

첫 번째 학설은 범죄피해자 개념을 최협의로 이해하는 견해로서, 형식적 범죄개념에 입각하여 범죄행위에 의해 손해를 입은 사람만을 범죄피해자로 본다. 즉, 형법상 범죄의 구성요건에 해당하고, 법질서 전체의 관점에서 법에 위배되고, 행위에 대한 책임이 있는 경우만을 ‘범죄’로 이해하며, 이러한 ‘범죄’로 인하여 피해를 입은 사람만이 범죄피해자에 해당한다는 것이다. 두 번째 학설은 피해자 개념을 협의로 보는 견해로서 범죄를 실질적 개념으로 파악한다. 즉, 형식적 범죄개념이 아닌 형사정책적 범죄개념에 기초하여 사회유해성, 범익침해성을 갖춘 경우를 실질적 범죄로 이해하여, 실정 형법의 규정 유무를 불문하고 사회적으로 유해한 행위로 인하여 법익을 침해당한 사람까지도 범죄피해자의 범위에 포함시

47) 강석구, 박광민, 김재희(공저), 『양형에서 범죄피해자의 역할 제고방안』, 한국형사정책연구원, 2009. 12, 33면 참조.

48) 김용세, 『피해자학』 제3판, 형설출판사, 2009, 44면 이하; 노정환, “수사절차상 범죄피해자의 법적 지위-정의의 회복이론에 입각하여”, 『형사법의 신동향』, 대검찰청, 2008.10, 47면 참조

킨다. 세 번째 학설은 범죄피해자 개념을 광의로 보는 견해로서, 피해자를 범죄와 분리하여 피해자 개념의 독자성을 강조한다. 즉, ‘피해를 입은 자’의 범위를 직접적으로 범익을 침해당한 자로 제한하지 않고, 가족과 같이 관련을 맺고 있는 사람까지 피해자의 범위를 확장한다. 헌법재판소가 헌법 제27조 제5항의 ‘형사피해자’의 개념을 해석하는 태도가 이 견해에 해당한다고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 네 번째 학설은 범죄피해자를 최광의로 보는 입장으로, 피해를 범죄와 분리하는 것에서 더 나아가 피해의 원인이 민사, 행정 등과 관련될 뿐 범죄와 직접적 관련이 없는 사건까지도 확장한다. 즉, 범죄와 관련이 없는 사건과 재해로 인한 경우에도 범죄피해자의 범주에 포함하여 이해한다.⁵⁰⁾

6. 소결- 범죄피해자 변호인제도의 보호대상인 범죄피해자

범죄피해자 변호인제도를 통해 법률상 조력을 받을 권리를 주장할 수 있는 범죄피해자는 원칙적으로 ‘성문법을 위반한 범죄로 인한 직접적 범익의 침해를 입은 자’로 한정하여 해석하는 것이 바람직하다고 본다. 다만, 범죄피해자가 사망하거나 의사능력을 상실하는 경우 및 이와 동등한 사유로 형사절차의 참여 자체가 불가능한 경우에는 범죄피해자의 법정대리인 또는 해당 범죄 피해로 인하여 법률상 불이익을 입는 자들을 범죄피해자의 범주에 예외적으로 포함하여야 할 것이다.

범익을 직접적으로 침해당한 범죄피해자의 형사절차 참여가 가능함에도 불구하고, 직접적 범익의 침해가 없는 범죄피해자의 법정대리인 또는 법률상 불이익을 입게 되는 자들까지 변호인의 조력을 받을 권리를 인정한다면 변호인의 조력권이 집중될 수 없어 실효적인 법률 조력이 어렵기 때문이다. 또한, 이들은 범죄피해자 변호인제도의 범죄피해자의 범주에 포함되지 않더라도, 헌법상 형사재판절차진술권 및 범죄피해자구조청구권의 행사, 형사소송법상이 인정하고 있는 각종 권리를 통하여 자신의 이익을 옹호할 수 있는바 변호인의 조력을 받을 권리를 인정할 실익 역

49) 강석구, 박광민, 김재희(공저), 앞의 논문, 32면 참조

50) 김용준, 『범죄피해자학』, 백산출판사, 2009, 27-30면 참조

시 크게 없다. 따라서, 범죄피해자 변호인제도에 있어서, 변호인의 조력의 권리를 행사할 수 있는 범죄피해자는 원칙적으로 형식적 범죄로 인하여 보호법익이 침해된 법익의 직접적 향유자로 해석하는 것이 바람직하다.

제2절 범죄피해자 변호인제도의 현황

1. 일반적 근거 법률 부재

현재 범죄피해자 변호인제도 또는 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 일반적으로 인정하고 있는 법률은 없다. 다만, 「아동·청소년 성보호에 관한 법률」과 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에서 대상 범죄의 범죄피해자에게 변호인의 조력을 받을 권리와 변호인 선임권을 특별히 인정하고 있다.

2012년 3월 16일 시행된 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(2011.9.16. 일부개정, 이하 ‘아청법’)은 아동 및 청소년 피해자를 위한 변호인제도를 최초로 도입하여 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하였으며,⁵¹⁾ 2012년 12월 18일 전부개정된 「성폭력범죄의 처벌 등

51) 현행 성폭법은 피해자의 변호인을 ‘피해자 변호사’로 지칭하고 있으나, 구 아청법상 피해자 변호인의 실무상 명칭(법무부지침)은 ‘법률조력인’이었다. 현행 성폭법이 피해자의 변호인을 ‘피해자 변호사’로 지칭하고 있으므로, 이 논문에서도 현행 피해자 변호인제도를 설명함에 있어서는 ‘피해자 변호사’라고 지칭한다.

구 아동·청소년의성보호에관한법률(법률 제11047호, 2011.9.15. 일부개정)

제18조의6 (피해아동·청소년 등에 대한 변호인선임의 특례)

- ① 아동·청소년대상 성범죄의 피해자 및 그 법정대리인(이하 “피해아동·청소년 등”이라 한다)은 형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호인을 선임할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 변호인은 검사 또는 사법경찰관이 피해아동·청소년 등에 대하여 조사할 경우 수사기관에의 출석권을 가진다.
- ③ 제1항에 따른 변호인은 증거보전절차 청구권 및 참여권, 증거보전 후 증거물에 대한 열람·등사권과 공판절차 출석권을 가진다.
- ④ 제1항에 따른 변호인은 형사절차에서 피해아동·청소년 등의 대리가 허용될 수

에 관한 특례법」(이하 ‘성폭법’)에서는 기존의 아동·청소년 대상 성범죄의 피해자에게만 인정되던 변호인의 조력을 받을 권리를 성폭력 범죄피해자 전반에 대해 확대 적용하였다(동법 제27조, 성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례).⁵²⁾ 이로써 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 처벌하는 성폭력으로 인한 범죄피해자는 그 연령을 불문하고 변호인의 조력을 받을 권리가 명문으로 인정되게 되었다.

성폭법은 위와 같이 개정을 거치면서 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리와 선임권, 변호인의 형사절차 과정에서의 권리, 국선변호인의 선정 등에 관한 요건을 구체적으로 규정하게 되었다. 이후 아동법은 변호인의 조력을 받을 권리와 선임권에 대한 규정만 남겨두고 기존의 선임권, 변호인의 권리 등에 관한 규정은 삭제하여 성폭법을 준용하는 형식으로 개정하였다. 따라서, 현행법상 범죄피해자의 지위에서 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 이에 관한 구체적 사항을 규정하고 있는 법률은 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이라고 할 수 있는바, 성폭법상의 범죄피해자 변호인제도를 살펴볼 필요성이 있다.

2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상의 범죄피해자 변호사제도

가. 제도도입의 취지

성폭력 범죄의 경우 수사과정 및 공판과정에서 범죄피해자의 인격권과 프라이버시가 침해되어 2차 피해를 입는 사례가 빈번하다. 다른 범죄에 비하여 피해자의 수사과정에서의 진술이나 법정에서의 증언이 매우 중요한 증거가 될 수 있음에도 피해자의 수치심, 모욕감, 심리적 불안감 등의 다양한 원인으로 증거가치 있는 진술을 하기 어려운 경우가 많다. 조사

있는 모든 소송행위에 대한 포괄적인 대리권을 가진다.

- ⑤ 검사는 피해아동·청소년에게 변호인이 없는 경우 국선변호인을 지정하여 형사절차에서 피해아동·청소년의 권익을 보호할 수 있다.

내지 신문과정에서 인격권과 사생활의 침해 위험에 지나치게 노출되고, 사건의 책임소재와 관련된 사실에 대해 자신에게 어떤 불이익을 가져올지 정확하게 판단하지 못하는 상태에서 답변을 하여 범죄 피해의 실제 진실발견을 어렵게 만들 위험도 존재한다.⁵³⁾ 특히 아동·청소년, 장애인인 성폭력 범죄의 피해자가 증인으로 증언을 하는 경우와 같이, 진술능력과 진술의 신빙성이 부정되는 등 피해자 혼자 힘으로는 증인의 역할을 수행하는 것이 어려울 때가 많다.

대다수의 범죄피해자들과 마찬가지로 성폭력 범죄피해자 역시 이미 형사소송법 및 성폭법 등에 규정되어 있는 형사절차상 피해자가 가지는 권리에 관하여 알지 못하는 경우가 많고, 이에 대한 정보를 제대로 제공받지 못하는 경우가 많다. 설사 권리의 존재를 알고 있다고 하더라도 해당 권리의 행사방법에 대한 법률적 지식이 없는 경우가 대부분이다. 결국 범죄피해자들은 이러한 문제점에 직면하여, 권리 행사와 절차 등의 복잡함과 어려움에 무력감을 느낀 나머지 절차 진행을 포기해 버리는 경우도 많다.⁵⁴⁾

이러한 성폭력 범죄피해자의 현실적 문제점을 인식하여, 형사절차 전반에 걸쳐 법률전문가인 변호사의 조력을 통해 성폭력 범죄피해자의 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 취지에서 도입된 제도가 현행 피해자 변호사제도이다.⁵⁵⁾ 현행 성폭력 범죄피해자 변호사제도는 사건 발생초기부터 수사 및 공판에 이르는 전 과정에서 해당 피해자에 대한 법률적 지원을 가능하게 한다는데 그 특색이 있다.⁵⁶⁾ 종래 피해자의 고소대리인으

53) 이호중, 앞의 논문, 245-247면; 이호중, “성폭력 2차 피해의 근절을 위한 정책 제언”, 아동·청소년 성폭력 2차 피해, 국가 책임을 묻다: 대안을 찾아가는 토론회, 2008 참조.

54) 물론 이러한 문제는 비단 성범죄 피해자의 경우에만 존재하는 특수한 문제는 아니며, 다른 범죄의 피해자들에게도 해당되는 문제이다(여성가족위원회 수석전문위원, 앞의 글, 도입취지; 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 일부개정안, 법무부 공고 제2011-112호 참조).

55) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정안, 법무부공고 제2011-112호 참조.

56) 제3장에서 후술하는 바와 같이, 비교법적으로 독일이나 일본에도 피해자변호인 제도가 도입되어 있기는 하나, 사건발생 초기부터 재판 종결시까지 법률적 조력을 하는 피해자 변호인제도는 우리나라에서 최초로 도입된 것으로 평가되고 있

로 선임된 변호사가 피해자를 위하여 피고인의 고소장 등을 제출하거나 배상명령신청을 하는 등의 경우는 있었으나, 조사기일 및 공판 기일에 직접 출석하는 경우는 매우 드물었다. 따라서 범죄피해자에 대한 실효적 법률 조력을 위하여, 피해자가 선임한 변호사 또는 국선변호인으로 하여금 방어능력이 상대적으로 취약한 아동·청소년 대상 성폭력 범죄의 피해자 및 성폭력 범죄피해자 일반을 위한 변호활동을 할 수 있도록 하는데 이 제도의 의의가 있다.⁵⁷⁾

성폭법은 “형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호사를 선임할 수 있다”고 규정하여 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 명문으로 인정하고 있다(동법 제27조 제1항). 변호사 선임에 있어서 동법을 준용하고 있는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 역시 제30조에서 위와 동일한 규정을 두고 있다.

나. 범죄피해자 변호인의 권리

(1) 수사단계에서의 권리

성폭법 제27조 제2항은 피해자의 변호인이 수사기관의 피해자 등에 대한 조사에 참여하여 의견을 진술할 수 있음을 규정하여, 변호인의 조사참여권 및 의견진술권을 인정하고 있다. 다만, 변호인이 조사 도중에 의견을 진술할 경우에는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아야 할 것을 단서로 삼고 있다(동법 제27조 제2항 단서). 또한, 피해자의 변호인은 구속전 피의자신문, 증거보전절차에서 의견을 진술할 권한이 있다(동법 제27조 제3항). 수사 과정에서 피해자의 변호인이 조사에 참여하고 의견을 진술할 권리는 피해자의 변호인이 조사에 동석하는 단순한 신뢰관계인이 아닌 실질적인 법률 조력자의 지위를 인정하는 것인바, 성범죄 피해자의

다(법무부·대한변호사협회 공동주관 “피해자 국선변호사 시행1주년, 성과 평가와 제도적 발전방향에 관한 심포지엄” 보도자료, 2013. 3. 15. 참조)

(검색처: <http://www.moj.go.kr>, 검색일: 2013.9.20.).

57) 배준현·이은혜, “성폭력 사건의 공판절차 및 법률조력인의 역할”, 『법률조력인 전문화과정교육자료집』, 법무부·대한변호사협회, 2012, 23-24면 참조.

조사 과정에서 피해자의 권익을 보호하기 위한 취지로 명문에 규정한 것이다.

(2) 공판절차에서의 권리 - 공판출석권, 의견진술권, 열람·등사권

피해자의 변호인은 공판준비기일 및 공판절차에 출석하여 의견을 진술할 수 있고(성폭법 제27조 제3항), 증거보전 후 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사할 수 있으며, 공판 계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사할 권리가 있다(동법 제27조 제4항). 열람·등사신청의 경우, 피해자의 변호인은 열람·등사할 서류나 증거물을 특정하고, 그 서류나 증거물의 열람등사가 피해자 등의 피해 방어와 피해자 등에 대한 법률적 조력을 위하여 필요한 사유를 소명하여 서면으로 신청하여야 한다(성폭력범죄 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙 제12조). 또한, 법원은 피해자 변호사에게 공판기일을 통지하여야 하는바 피해자의 변호인은 공판기일을 통지 받을 권리도 있다(동 규칙 제4조).

「형사소송법」은 공판 기록 열람·등사권에 관하여, 피해자 및 피해자의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자의 변호사에게 열람·등사를 신청할 권리를 규정하고 있으며, 위 신청에 대한 허가 여부를 재판장이 결정할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송법 제294조의4). 즉, 이 경우 피해자의 변호사가 열람·등사를 신청하는 권리는 피해자의 권리를 대리하는 권리에 불과하지만, 성폭법은 피해자의 변호인이 변호인의 지위에서 가지는 고유권으로 열람 및 등사를 할 수 있음을 규정한 것으로 해석할 수 있다.

(3) 그 밖의 범죄피해자 변호인의 포괄적 대리권

피해자의 변호인은 형사절차상 피해자가 가지는 권리에 관하여, 대리가 허용될 수 있는 성질의 모든 소송행위에 대한 포괄적 대리권을 가진

다(성폭법 제27조 제5항). 따라서 피해자의 변호인은 동법 제27조 제2항부터 제4항까지 규정한 권리 외에 형사소송법 및 관련 법률 상 피해자가 행사할 수 있는 신청권을 대리하여 행사할 수 있다. 대표적으로 「형사소송법」 상의 피해자의 진술신청권(동법 제294조의2), 증인신문시 신뢰관계 있는 자의 동석 신청권(동법 제163조의2), 진술의 비공개신청권(동법 제294조의3, 성폭법 제31조 제2항), 진술조력인의 재판과정 참여 신청권(성폭법 제37조) 등을 대리하여 행사할 수 있다. 그 밖에 피해자가 고소인으로서 검사의 불기소처분에 대하여 항고를 제기하거나 재정신청을 하는 경우 변호인이 이를 대리할 수 있으며, 형사 절차 외에 「범죄피해자보호법」 상의 범죄피해구조금 지급청구의 대리 신청 등도 가능하다.

다. 피해자 국선변호사제도

(1) 의의

성폭법은 성폭력 범죄피해자에게 변호인이 없는 경우 국선변호인을 선임할 수 있음을 규정하여 국선변호사제도를 도입하고 있다(동법 제27조 제6항). 경제적인 이유로 변호사를 선임하기 어려운 처지에 있는 피해자들에게는 성폭법이 인정하고 있는 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리나 변호사 선임권 자체가 무의미할 수 있다. 또한 경제적 이유 이외에도 변호인 선임과정에서 겪는 심리적 피로로 인하여 선임권이 있음에도 불구하고 변호인 선임을 포기하는 경우도 있을 수 있다. 따라서, 성폭력 범죄피해자들에게 국선변호사를 선정하여 이들에게 실질적으로 법률 조력을 받을 권리를 인정할 필요가 있다. 피해자 국선변호사제도는 성폭력 범죄피해자에 대한 지원 강화라는 정책적 측면에서도 의미가 있지만, 경제적 어려움 또는 심리적 불안감에 처한 성폭력 범죄피해자들의 법률 조력을 받을 권리를 확대하고 실질화한다는 측면에서 보다 의미가 있다. 무엇보다도, 국가의 비용으로 직접 피해자에게 변호인을 선임하여 줌으로써 국가의 범죄피해자에 대한 기본권 보호의무를 충실히 이행할 수 있도록 하는 제도라고 할 수 있다.

(2) 피해자의 변호사 선정 절차 및 요건

(가) 선정 주체

성폭법은 검사가 직접 국선변호사를 선정하는 구조를 취하고 있다. 이는 피고인 또는 구속전 피의자신문에서의 피의자, 체포·구속적부심을 청구한 피의자에게 국선변호인을 선정할 경우 법원이 선정주체로서 변호사를 선정하는 것과 구분된다(형사소송법 제33조,⁵⁸⁾ 제201조의2, 제214조의2). 이처럼 현행 형사소송법상 피의자 및 피고인의 국선변호사를 법원이 선정하는 것과는 다르게 피해자 국선변호사의 선정주체를 검사로 규정한 것은 수사절차에서도 성폭력 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하려는 취지를 반영한 결과로 보인다.⁵⁹⁾

(나) 신청권자 및 신청시기

국선변호사의 선정은 피해자나 피해자의 법정대리인의 신청 또는 검사의 직권으로 이루어진다. 피해자에 대한 국선변호사는 수사절차 과정에서도 선정될 수 있는 것에 특색이 있다. 즉, 피의자의 지위에서는 원칙적으로 수사단계에서 국선변호사가 선정될 수 없는 것과 차이가 있다. 피해자에 대한 수사를 진행하는 검사 또는 사법경찰관은 피해자 조사 전에 피해자에게 변호인이 있는지 여부를 확인하여야 하고, 변호사가 없는 경

58) 형사소송법

제33조(국선변호인)

- ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.
 1. 피고인이 구속된 때, 2. 피고인이 미성년자인 때, 3. 피고인이 70세 이상인 때, 4. 피고인이 농아자인 때, 5. 피고인이 심신장애의 의심이 있는 때, 6. 피고인이 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때
- ② 법원은 피고인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에 피고인의 청구가 있는 때에는 변호인을 선정하여야 한다.
- ③ 법원은 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 변호인을 선정하여야 한다.

59) 원혜옥, “피해자변호인제도에 대한 소고”, 『피해자학연구』, 제20권 제1호(2012. 4), 143-144면 참조

우 피해자 또는 법정대리인에게 국선변호사 선정을 신청할 수 있다는 뜻을 고지하여야 한다(검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙 제9조). 국선변호사의 선정 신청은 성범죄 행위자의 사실심의 변론종결시까지 할 수 있으며, 불기소된 경우에는 불기소처분에 대한 불복절차가 기각 결정으로 최종 종결되기 전까지 신청할 수 있다(동 규칙 제10조 제3항).

(다) 국선변호사 선정요건

국선변호사 선정 요건과 관련하여 성폭법은 특별한 제한을 두고 있지 않다. 다만, 「검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙」에서 국선변호사 선정여부 결정에 있어서 검사가 필요한 경우 피해자 또는 법정대리인에게 소명자료를 제출하도록 요청할 수 있음을 규정하고 있을 뿐이다(동 규칙 제12조 제1항). 이는 「형사소송법」이 피고인 또는 피의자를 위한 국선변호사의 선정요건을 구체적으로 규정한 것과 비교되는데, 이는 성폭력 범죄피해자에 대한 보호와 지원이라는 피해자 국선변호사제도의 도입취지를 고려하여 선정요건을 특별히 규정하지 않은 것으로 보인다. 실무상으로도 피해의 경중, 빈곤 여부 등 일련의 사정을 고려하지 않고 피해자의 신청이 있는 경우 전적으로 국선변호사를 선정하고 있다. 이러한 이유로, 성폭력 범죄의 경우 피해자의 변호사는 사선변호사가 차지하는 비율보다 국선변호사가 차지하는 비율이 월등히 높다.

다만, 동 규칙은 피해자의 신청이 없는 경우라도 직권으로 국선변호사를 선정하여야 하는 경우를 규정하고 있다. 그 사유로는, ① 미성년자인 피해자에게 법정대리인이 없는 경우, ② 미성년자인 피해자의 법정대리인이 신체 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 경우, ③ 성폭법 제3조부터 제9조까지 및 제15조(제3조부터 제9조까지의 미수범으로 한정한다)에 해당하는 피해를 입은 경우다.⁶⁰⁾ 이 경우 검사는 피해자가 국선변호사의 선정에 관하여 거부 의사

60) 「성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조 (특수강도강간 등), 제4조 (특수강간 등), 제5조 (친족관계에 의한 강간 등), 제6조 (장애인에 대한 강간·강제추행 등), 제7조 (13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등), 제8조 (강간 등 상해·치상), 제9조 (강간 등 살인·치사), 제15조 (미수범)

를 밝히는 등 피해자의 명시적 의사에 반하지 않는 한 필요적으로 국선 변호사를 선정하여야 한다(동 규칙 제8조).

(라) 선정의 효력

선정된 국선변호사는 선정이 취소되지 않는 한 해당 범죄에 대한 재판이 확정되어 종결될 때까지 피해자를 법률적으로 조력하며 사건을 담당하게 된다. 또한 성폭법에 근거하여 의견진술권, 공판참여권 등 피해자의 권리에 관한 포괄적 대리권을 행사할 수 있게 된다. 사건의 종결시점은 원칙적으로 판결이 확정된 때를 기준으로 판단한다. 그러나 검찰의 불기소처분이 있을 경우에는 선정효력의 종기는 원칙적으로 불기소처분시까지이며, 불복절차가 진행될 경우 불복절차가 기각결정으로 최종 종결될 때를 기준으로 판단한다(검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙 제13조).

(마) 선정 취소 사유

피해자 또는 그 법정대리인이 다른 변호사를 선임한 경우(검사의 국선 변호사 선정 등에 관한 규칙 제16조 1호), 국선변호사가 제3조 각 호의 자격을 상실한 경우(동 규칙 동조 2호), 법무부장관이 제7조의4에 따라 국선전담변호사를 해촉한 경우(동 규칙 동조 3호), 업무중지 허가를 받은 국선전담변호사가 담당하고 있는 사건이 업무중지 기간 개시 전까지 종료되지 아니한 경우(동 규칙 동조 42호), 검사가 제15조에 따라 국선변호사의 사임을 허가한 경우(동 규칙 동조 7호), 재판장이 피해자 보호를 위하여 국선변호사 선정의 취소를 요청한 경우(동 규칙 동조 8호)에 검사는 필요적으로 해당 국선변호사의 선정을 취소하여야 한다.⁶¹⁾ 그 밖에 피해자 및 법정대리인의 국선변호사 변경 신청이 상당하다고 인정되는 경우나 국선변호사가 업무를 성실히 수행하지 아니하는 경우, 위 경우에

61) 공판과정에서 선정된 국선변호사가 그 업무를 성실하게 수행하지 아니하거나 그 밖의 사유로 공판절차에 계속 관여하는 것이 적절하지 아니하다고 인정하는 때에는 피해자 보호를 위하여 재판장이 검사에게 국선변호사 선정이 취소를 요청할 수 있다(성폭력범죄 사건의 심리재판 및 피해자 보호에 관한 규칙 제10조).

준하여 선정을 취소할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 국선변호사의 선정을 취소할 수 있다(동 규칙 동조 7,8,9호).

제3절 현행 ‘피해자 변호사제도’의 문제점

1. 성폭력 범죄피해자에게만 국한된 피해자 변호인제도

가. 피해자 변호인제도의 일반적 근거 규정의 부재

현행 피해자 변호사제도는 앞서 제2장에서 언급한 바와 같이, 범죄피해자의 헌법상 기본권 보장과 형사절차상 권리의 실질적 보장, 그리고 형사정책적 차원에서 그 필요성을 충분히 인정할 수 있는 제도이다. 그럼에도 불구하고 현행법 체계하에서 피해자 변호인제도는 오직 성폭력 범죄피해자를 위하여서만 도입되어 있을 뿐, 일반적 범죄피해자들에 대하여는 특별한 명문의 근거 규정을 두고 있지 않다.

물론 범죄피해자가 형사절차상 행사할 수 있는 권리 중 성질상 대리가 가능한 것은 피해자의 대리인인 선임된 변호사가 대리하여 행사할 수 있다. 그러나 피해자 변호인의 일반적인 대리권 행사만으로 피해자 권리보장이 충분하다면 굳이 범죄피해자 변호인 제도의 도입을 논할 필요는 없을 것이다. 판사, 검사, 피고인의 변호인 등 법률전문가들에 의하여 전개되는 형사절차에서 법률 문외한인 피해자가 적시에 자신의 권리를 행사하기란 쉬운 일이 아니다. 또한, 권리의 행사 이전에 피해자 자신에게 주어진 권리가 어떤 것인지에 대하여 파악하는 것도 법률전문가의 조력이 없다면 매우 어려운 일이다.

피의자와 피고인의 경우, 정당한 방어권의 행사를 위하여 다양한 절차적 권리가 인정되고 있고, 또 이러한 절차적 권리가 실질적으로 보장될 수 있도록 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법상 기본권으로 인정되고 있

다. 범죄피해자의 경우에도, 비록 국가 형벌권에 대응하는 방어권의 보장 차원은 아니더라도 범죄피해자의 헌법상 기본권인 재판절차진술권과 구 조청구권에 대한 최소한의 보장과, 형사절차 과정에서 피해자가 향유하는 「형사소송법」상의 권리 및 기타 「범죄피해자보호법」상의 권리 등을 적시에 적절한 방법으로 행사하기 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하여야 한다. 그리고 범죄피해자들에 대한 변호인의 법률 조력에 실효성을 확보하기 위해서는, 피해자 변호인의 권리의 내용과 범위, 행사 방법 등 구체적 사항이 명문으로 규정되어야 한다. 즉, “형사절차상 입을 수 있는 피해를 방어하고 법률적 조력을 보장하기 위하여 변호사를 선임할 수 있다(동법 제27조 제1항)”는 성폭법의 규정과 같이, 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 일반적 근거 규정이 마련되어야 하는 것이다.⁶²⁾

나. 성폭력 범죄피해자와 다른 범죄피해자와의 형평성 문제

성폭력 범죄피해자에 대해서만 변호인제도를 도입한 것은 다른 범죄의 피해자와의 형평성 문제가 제기될 수 있다. 형사절차 전반에 걸쳐 법률 전문가의 조력을 통해 성폭력 범죄피해자의 권리를 실질적으로 보장하려는 것이 범죄피해자 변호인제도의 도입취지인바, 이러한 논거는 성폭력 범죄 외의 다른 범죄피해자의 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있는 것이다. 물론 성폭력 범죄의 경우 최근 피해자의 2차 피해 및 인격권 침해 등이 중요한 사회적 문제로 대두되고, 성폭력 범죄로 인한 피해 여성의 심리적 고통과 수사과정에서의 어려움을 참작하여, 정책적 차원에서 우선적으로 성폭력 범죄피해자에게 변호인제도를 도입한 것이라고 판단할 수 있는바, 그렇다면 이러한 우선적 도입 자체가 잘못된 것이 아님은 분명하다. 그러나 범죄피해자가 감내하여야 하는 범죄 피해로 인한 고통과 수사 및 공판 과정에서의 소외감과 무력감은 비단 성폭법이 정한 성폭력 범죄의 피해자의 경우에만 해당하는 특수한 상황은 아니다. 예를 들어,

62) 이에 관하여서는 제5장 피해자 변호인제도 도입방안에서 상세히 서술한다.

폭행·상해 또는 강도 등의 범죄로 인하여 중상해를 입어 거동을 할 수 없는 경우나 협박 등으로 인하여 정신적 장애를 입은 경우, 또는 범죄로 가족을 잃은 경우는 성폭력 범죄와 비교하여 볼 때 법률전문가의 법률적 조력을 받을 필요성이 결코 낮다고 보기 어렵다.

현재 성폭력 범죄피해자의 경우에만 범죄피해자 변호인제도를 도입한 것은 다른 범죄피해자와의 형평성 측면에서 바람직하지 않은 부분이 있다. 범죄피해자의 권리는 범죄의 종류나 피해 정도에 따라서 규정되거나 변화하는 것이 아니다. 즉, 모든 범죄의 피해자들에게는 헌법상 기본권이 인정되고, 이를 구체화하는 각종 법률상의 권리도 인정된다. 따라서, 점진적으로 범죄피해자 일반에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하여야 한다고 생각한다. 또한, 정책 차원에서 특별한 보호가 필요한 범죄 피해자들 및 특정 범죄로 인한 피해자들에게는 국선변호사제도를 적극 활용하여 이들에 대한 법률적 지원을 실질화하는 것 역시 필요하다.

2. 국선변호사 선정신청권자 및 취소 규정의 미비점

성폭법은 피해자가 국선변호사를 선정받고자 신청하는 경우 특별한 요건 없이 국선변호사를 선정할 수 있음을 규정하고 있다. 피고인의 경우와 달리 성폭력 범죄피해자를 위한 국선변호사 선정에 있어 요건에 제한을 가하지 않은 것은, 성폭력 범죄피해자에 대한 법률적 지원 및 보호의 필요성을 고려할 때 일견 바람직해 보인다. 하지만 피해자의 신청만 있으면 제한 없이 국선변호인을 선임해 주는 것은 후술하는 경우와 같이 제도의 도입 취지에 반하는 결과를 가져올 수도 있다.

실무상으로는 범죄피해자라는 지위의 발생 시점을 경찰에 최초로 신고를 하거나 진술 조사를 받는 시점으로 파악한다. 이 단계에서 피해자의 국선변호사 신청 의사를 확인하여, 피해자가 원하는 경우 국선변호사를 선정한다. 성폭력 범죄의 가해자로 지목된 사람은, 피의자의 지위를 가지며 수사절차에 임하게 되는데, 여기서 현행 국선변호사제도의 미비점이 여실히 드러나는 경우가 있다. 즉, 피해자의 일방적 범죄 신고로 인하여

줄지에 피의자 지위에 처하게 된 사람은, 실제로는 자신이 가해자가 아니거나 또는 피해자임에도 불구하고 국선변호사의 선정 지원을 받을 수 없게 되는 문제가 발생하는 것이다. 자신을 신고한 사람에 대하여 고소를 하는 방법으로 자신이 가해자가 아니거나 또는 피해자임을 주장하는 방법을 생각해 볼 수도 있겠지만, 만약 고소를 하지 않는다면 이 경우 피의자로 지목된 사람은 법률적 조력을 전혀 받지 못하게 되는 반면, 허위의 신고를 한 피해자의 경우에는 국가의 비용으로 법률적 조력을 지원 받는 모순이 발생한다. 따라서, 수사과정이나 공판과정에서 국선변호사의 조력을 받은 피해자가 허위의 범죄 신고를 하였거나, 실제로는 피해자 아닌 가해자였음이 밝혀진 경우 등과 같이 피해자의 유책사유로 국선변호사를 선정받은 경우에는 국선변호사의 선정을 취소하는 것이 바람직하며, 국가가 투입한 비용에 대한 구상을 청구할 수 있어야 할 것이다.

성폭법의 피해자 국선변호사제도에 관하여 구체적 사항을 정하고 있는 「검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙」은, 국선변호사의 신청권자로 검사, 피해자 및 법정대리인만을 규정하고 있고, 국선변호사의 취소사유에 관하여는 오직 국선변호사의 자격이나 업무 성실도 등에 관한 규정만 두고 있다.⁶³⁾ 즉, 신청권자인 피해자의 범위나 지위에 관한 구체적 규정이 없으며, 피해자의 허위 신고 등 피해자의 유책사유에 의하여 국선변호사가 선정되었을 경우 국선변호사 선정을 취소하는 사유 및 국가가 투입한 비용을 구상할 수 있는 것에 관하여는 전혀 규정하고 있지 않다. 따라서, 향후 이러한 규칙의 미비점을 정비할 필요성이 있어 보인다. 다만, 피해자 국선변호사제도의 도입 취지가 범죄피해자의 권리 보호에 있다는 것을 고려하여 피해자의 허위 신고 등에 관하여는 무고죄가 성립하는 경우에 한정하는 등의 방식으로 엄격하고 신중하게 판단하여야 할 것이다.

63) 동 규칙은 크게 국선변호사 자격 및 예정자 명부의 작성(제2장), 국선전담변호사(제2장의2), 국선변호사의 선정 및 선정취소(제3장), 국선변호사의 보수(제4장), 국선변호사 감독(제5장)을 규정하고 있다.

3. 변호인의 조력권 측면에서의 문제

가. 적절한 이의제기권의 부재

「형사소송법」상 피의자의 변호인은 피의자신문 과정에서 수사기관의 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수도 있으며, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수도 있음을 규정하고 있다(동법 제243조의2 참조). 그러나, 성폭력 범죄피해자의 변호인의 경우에는 이의제기권에 대한 명문 규정은 없고, 수사과정에서 피해자 조사에 참여할 권리와 의견진술권만이 규정되어 있을 뿐이다.⁶⁴⁾ 또한, 공판과정에서 피해자에 대한 증인신문이 이루어지는 경우, 검사 또는 피고인 측에서 제기한 부당하거나 부적절한 질문에 대하여 피해자 변호인이 이의제기권을 행사할 수 있는 권리에 관한 규정도 없다.

피해자 조사 과정에서 피해자는 수사기관의 모든 질문에 대하여 진술할 의무는 없다. 또한, 성폭력 범죄피해자의 경우 해당 범죄와 관련이 없는 질문을 받는 경우가 있으며, 범죄 입증과 크게 관련이 없는 정황에 대한 질문을 받는 경우가 종종 있다. 그럼에도 불구하고 피해자의 변호인에게 수사방법 등에 관한 적절한 이의제기권을 명시적으로 인정하지 않은 것은, 성폭력 범죄피해자를 법률적으로 충분히 조력하는데 있어 다소 부족한 측면이 있어 보인다. 따라서, 피해자에 대한 법률 조력이 실질적으로 이루어질 수 있도록 하는 차원에서, 최소한 피해자의 명시적 의사에 반하지 않는 범위 내에서는 변호인의 적절한 이의제기권을 명문으로 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.

나. 수사단계에서의 통지를 받을 권리의 부재

「성폭력범죄 사건의 심리·재판 및 피해자 보호에 관한 규칙」은 법

64) 참고로 독일형사소송법은 “피해자의 변호인은 피해자의 명시적 의사에 반하지 않는 범위에서 피해자를 위하여 이의제기권을 행사할 수 있다”고 규정하고 있다(독일형사소송법 제406f조 제2항).

원이 피해자의 변호사에게 공판기일을 통지하여야 함을 규정하고 있는바 공판과정에서 피해자의 변호사는 동 규칙에 의하여 공판기일을 통지받는다(동 규칙 제4조). 그러나 수사절차에 있어서는 피해자 조사기일이나 관련 증거 조사 기일을 통지 받을 수 있는 명문의 규정이 없다. 즉, 피해자 조사기일 등에 관한 통지는 수사기관의 선택사항에 불과하여 경우에 따라서는 피해자의 변호인이 선임되어 있더라도 조사기일에 대하여 전혀 통지를 받지 못하는 경우가 빈번하다. 또한, 범죄피해자 역시 자신은 피의자가 아닌 ‘피해자’라는 인식과, 수사기관이 피해자인 자신의 편에 설 것이라는 막연한 기대감으로 인하여 조사 절차나 방법, 기일의 중요성을 전혀 인식하지 못한 채 수사기관의 일방적 조사 진행에 응하는 경우도 많다. 이는 피해자에게 변호인이 선임되어 있는 경우에도 종종 발생하는 일이다.

수사과정, 특히 범죄 발생 직후의 초동 수사과정에서 성폭력 범죄피해자의 진술은 범죄를 특정하고 구체적 혐의를 입증하는데 유일한 자료가 되는 경우가 많다. 성폭력 범죄는 범죄 특성상 물적 증거가 부족하고 피해자의 진술에 의존하여야 하는 경우가 범죄 유형의 대부분을 차지한다. 수사과정에서의 피해자 진술은 어떠한 조사 과정보다 중요한 절차이며, 향후 공판과정에서 피해자 진술의 신빙성을 판단하는데 있어서도 매우 중요한 부분이다. 따라서, 피해자의 변호인에게 명문의 근거를 바탕으로 피해자 조사기일 및 장소에 대한 통지를 사전에 받을 권리를 인정하여, 피해자의 변호인이 사전에 피해자와 진술 요령이나 방향에 관하여 충분히 상의할 수 있도록 하는 절차적 보완이 필요하다.

제4장 외국의 범죄피해자 변호인제도

제1절 독일

1. 독일의 피해자 변호인제도 개관

독일은 1970년대 이후 형사절차에서 피해자의 권익을 보호하기 위해 피해자 관련 법률을 제·개정해 왔다.⁶⁵⁾ 그 중 피해자 변호인제도의 도입은 독일 「형사소송법」⁶⁶⁾의 정비로부터 시작되었다. 1987년에 형사절차에서 피해자의 변호사의 조력을 받을 권리를 규정한 「형사소송법」 제406f조를 신설하였다.⁶⁷⁾ 현행 독일 「형사소송법」도 “피해자는 형사절차에 있어 변호사의 조력을 받거나 변호사로 하여금 대리하도록 할 수 있다.”(동법 제406f조 제1항)⁶⁸⁾고 규정하여 모든 범죄 피해자가 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리를 가짐을 명문으로 인정하고 있다. 그러나 독일 연방헌법재판소는 동법이 명문으로 피해자의 변호인조력권을 인정하기 전인 1975년에 이미, “참고인조사나 증인신문시 당사자가 자신의 권리를 잘 알지 못하거나 질문의 의미를 명확히 이해하지 못하고 이로 인하여 위증의 결과에 이를 수도 있다.”는 점을 지적하면서, “이들에게 법률전문가의 조언을 받으면서 신문에 응할 수 있는 권리를 부여하는 것이 법치주의의 요청에 부합하는 것”이라고 판시하여, 증인과 참고인

65) 독일의 피해자보호입법의 발전과정에 대하여는 이진국, “피해자중심적 사법개혁의 발전방향 - 독일 피해자보호입법의 발전과 비교를 중심으로”, 『피해자학연구』 제16권 제2호, 한국피해자학회, 2008, 195면 각주 13 참조.

66) Strafprozeßordnung(StPO). 이하의 독일 형사소송법의 원문은 독일 연방 법무부 법령정보센터

(<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>,

검색일: 2013.10.20) 참조. 독일 형사소송법의 한글 번역본은 법무부 형사법제과 역, 『독일 형사소송법』, 2012, 15-334면 참조.

67) 이호중, “피해자변호인의 신문참여권”, 『형사정책연구』 제17권 제3호, 한국형사정책연구원, 2006, 253면 이하; 원혜옥, 앞의 논문, 147면 각주 27.

68) 독일 형사소송법

제406f조(피해자에 대한 조력과 대리인) ① 피해자는 형사절차에 있어 변호사의 조력을 받거나 변호사로 하여금 대리하도록 할 수 있다. 피해자의 신문을 위한 변호사 조력인에게는 신문 참석이 허용된다.

신문에서의 변호인의 조력을 받을 권리를 인정한 바 있다.⁶⁹⁾

독일의 피해자변호인제도는 크게 ① 범죄피해자(Verletzte)에 대한 변호인제도(동법 제406f조), ② 부대공소(Nebenklage)⁷⁰⁾에서의 변호인제도(독일 형사소송법 제397a조 및 제406g조), ③ 증인(Zeugen)에 대한 변호인제도(동법 제68b조)로 나눌 수 있다.⁷¹⁾

첫째, 범죄피해자에 대한 변호인제도는 1987년 「형사소송법」 개정시 신설된 동법 제406f조를 근거로 한다. 이는 동법 제4장 그 밖의 피해자의 권한(Sonstige Befugnisse des Verletzten)편에 규정되어 있다. 동조에 의하여 피해자는 형사절차과정에서 변호인의 조력을 받을 수 있으며, 피해자 변호인은 피해자에 대한 신문에 참석할 권한을 가진다(동법 제406f조 제1항). 둘째, 부대공소참가제도는 일정한 중죄의 피해자(동법 제395조 제1항 각호), 범죄행위로 사망한 자의 자녀, 부모, 형제자매 및 배우자(동법 제395조 제2항 1호) 등이 검사와 동등한 권한을 가지고(동법 제397조 제1항 4문) 피고인과 대등한 지위에서 공판절차에 참여하는 제도이다. 이처럼 부대공소에 참가할 권리가 인정되는 피해자에게는 일정한 경우 국선변호사를 선정하여 주거나(동법 제397a조 제1항), 소송비용을 원조(동법 제397a조 제2항)하여 주는 형식으로 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있다. 부대공소참가의 권리가 인정되는 피해자의 변호인은 모든 공판절차에 참석할 수 있다(동법 제406g조 제2항 1문). 셋째, 증인에 대한 변호사제도는, 증인신문기일에 증인이 변호사의 조력을 받을 수 있도록 하는 제도로(동법 제68b조 제1항), 증인에게 변호사가 없고 자신의 권한을 스스로 행사할 수 없다고 보이는 특수한 사정이 있는 경우 국선변호사를 선정하여 주는 것(동법 제68b조 제2항)을 기본틀로 하고 있다.

69) BVerfG 38, 105ff(이호중, 앞의 논문, 255-256면; 정도희, “피해자변호인제도의 도입과 실현방향-성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정안을 중심으로-”, 『피해자학연구』 제19권 제2호, 한국피해자학회, 2011, 170면 각주 13 참조)

70) ‘Nebenklage’는 부대참가소송, 공소참가, 보조공소, 보조기소 등의 용어로도 번역되어 사용되고 있으며, 이 논문에서는 ‘부대공소’라고 지칭하기로 한다.

71) 원혜옥, 앞의 논문, 146-148면.

2. 구체적 내용

가. 피해자(Verletzte)의 변호인의 조력을 받을 권리

(1) 변호인 선임권 및 피해자신문시 변호인의 참여권

독일 「형사소송법」 제406f조 제1항 전단은 “피해자는 변호사의 조력을 받거나 변호사로 하여금 대리하게 할 수 있다.”고 규정하여 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점인 변호인 선임권을 인정하고 있다. 또한 동조 후단은 피해자에 대한 신문시 피해자 변호인의 참석권을 명문으로 인정하고 있다. 이 규정에 의하여 독일의 모든 범죄피해자는 형사절차에서 이른바 ‘조력인(Beistand)’으로 변호인을 선임할 수 있다.

(2) 변호인의 권리

피해자가 선임한 변호사는 피해자의 권리행사를 도와주기 위해 성질상 대리가 가능한 범위에서 피해자의 소송행위에 대한 포괄적 대리권을 가진다. 또한, 피해자 변호인은 자신의 고유권으로 소송기록 열람·등사권을 가진다(동법 제406e조 제1항). 다만 열람·등사권에는 일정한 제한사유가 있는데, 피의자 또는 기타 제3자의 중요한 보호이익에 반하는 경우, 해당 절차 내지 다른 절차의 조사목적에 해할 것으로 여겨지는 경우, 절차를 현저히 지연시킬 우려가 있는 경우에는 기록열람권을 행사하지 못할 수도 있다(동법 제406e조 제2항). 그 밖에, 해당 피해자가 부대공소에 참가할 권한이 있는 경우에는 변호인의 고유권으로 법원이나 검찰의 피해자에 대한 신문시 조사에 참여할 권리가 있다(독일 형사소송법 제406f조). 변호인의 신문에 대한 참여권은 변호인의 고유한 권리로 규정되어 있으며, 이에 대하여는 특별한 제한사유를 규정하지 않았는바 수사나 심리에 지장을 초래한다는 등의 사유로 변호인의 참여권을 제한 할 수는 없다.⁷²⁾

72) 원혜옥, 앞의 논문, 147-148면

나. 부대공소(Nebenklage)에서 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리

(1) 변호인의 조력을 받을 권리

독일 「형사소송법」 제397a조는 특별한 보호필요성이 있는 피해자에 대하여, 그 피해자의 신청이 있는 경우 필요적으로 변호인을 임명해 주어야 함을 규정하여, 부대참가소송에서 피해자의 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리에 대해 규정하고 있다.⁷³⁾ 동법 제397a조 제1항에 규정된 피해자 변호인제도는 1998년 「증인보호법」⁷⁴⁾을 통하여 도입된 이후, 2009년 「형사절차에서 피해자와 증인의 권리강화를 위한 법률」(제2차 피해자권리개혁법)⁷⁵⁾의 개정을 거치면서 피해자의 권리로 강화된 것이다.⁷⁶⁾ 부대공소참가의 권리가 인정되는 범죄는 독일 「형법」상 살인미수죄, 상해죄, 성범죄, 유기·학대죄, 약취·유인죄, 강도죄 등의 범죄 중 일부 중한 죄의 경우이다(동법 제395조 제1항 각호)이다. 이러한 범죄의 피해자 중 변호인의 조력을 받을 수 있는 자의 범위는 부대공소참가의 권리가 인정되는 범죄 중 불법이 중하거나, 피해자가 신체적·정신적 상

73) 독일 형사소송법

제397a조(보조기소인의 신청에 따른 변호인 선정; 소송비용보조)

① 다음 각 호에 해당하는 경우에는 신청에 기하여 변호인을 임명해 주어야 한다

...(1호부터 4호까지 생략)...

② 제1항에 따른 신청의 요건이 갖추어지지 아니한 경우라고 할지라도, 보조기소인이 자신의 이익을 충분히 보호할 능력이 없거나 이를 기대할 수 없는 경우에는, 신청에 기하여 민사상의 권리분쟁에서와 동일한 규정에 따라 보조기소인이 변호사를 선임하기 위한 소송비용부조를 승인한다. 민사 소송법 제114조 후단과 제121조 제1항 내지 제3항은 적용하지 않는다.

③ 제1항과 제2항에 따른 신청은 보조기소인으로 참여하고자 하는 의사표시가 이루어지기 전에 제기되어야 한다. 사건을 다루는 법원이 소송비용부조의 승인에 관하여 재판한다. 제142조 제1항이 준용되는 변호사의 임명 그리고 소송비용의 승인에 대해서는 본안을 심리하는 법원의 재판장이 결정한다. 제2항에 해당하는 경우에는 이 결정에 불복할 수 없다.

74) Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen, ZSHG

75) Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren, 2. Opferrechtsreformgesetz

76) 원혜옥, 앞의 논문, 146면.

해를 입은 경우 등으로 한정되어 있으며, 이에 관하여는 독일 「형사소송법」 제397a조 제1항 각호가 상세히 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 이는 일종의 피해자에 대한 국선변호인제도로 이해할 수 있다.

(2) 변호인의 권리

피해자가 실제로 부대공소를 통하여 검찰에 의해 제기된 공소에 참가하게 되면, 피해자는 법관 또는 감정인에 대한 기피권, 질문권, 재판장의 질문에 대한 이의제기권, 재판장의 명령에 대한 불복권, 증거신청권 및 의견진술권과 상소제기권을 부여받게 되는바(독일 형사소송법 제397조 제1항, 동법 제400조), 변호인은 해당 공판절차에 참여하여 이러한 피해자의 권리를 대리 행사할 수 있다(동법 제397조 제2항).

한편, 부대공소에 참가할 권리가 있는 피해자의 변호인에게는 일반적인 피해자 변호인에 비하여 보다 폭넓은 고유권이 인정된다.⁷⁸⁾ 이 경우 변호인의 고유권은 피해자가 부대공소에 참가할 권리를 가진다는 사실만으로 인정되는 것이므로, 피해자가 실제 부대공소참가권의 행사하지 않아서 형사절차에 참여하지 않는 경우에도 대리행사는 허용된다(동법 제406g조 제1항 참조).⁷⁹⁾ 즉, 부대공소에서의 피해자 변호인은 공소제기 이전에도 피해자에 대한 조력의 일환으로 피해자의 권리를 대리할 수 있는 것이다.

구체적인 변호인의 권리는 다음과 같다. 부대공소에 참가한 피해자의 변호인은 공판절차에 참석할 수 있으며, 공판기일에 대한 통지를 받을 수 있는 권한이 있다(동법 제397조 제2항), 그리고, 법원에 제출되어 있거나 공소를 제기할 때 제출되어야 하는 기록을 피해자를 위하여 열람할 수 있으며, 정당한 이익이 있음을 입증하는 경우 관청이 보관하고 있는

77) 한편, 독일 형법의 원문은 독일 연방 법무부 법령정보센터 참조
<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>, 검색일: 2013.10.20). 독일 형법의 한글 번역본은 법무부, 『독일 형법』, 2008 참조.

78) 이호중, 앞의 논문, 254면; 독일 형사소송법 제406조g 제2항 참조.

79) 이호중, 앞의 논문, 255면

증거물을 열람할 수 있다(동법 제406e조 제1항). 또한, 일반적인 범죄피해자 변호인이 피해자 신문에만 참석할 수 있는 것과 달리, 법관의 모든 신문과 검증절차에 참석할 권리가 인정된다(동법 제406g조 제2항).

(3) 소송비용원조

제1항에 근거하여 변호인을 선임할 수 없는 부대공소참가인은 변호인 선임을 위한 소송비용원조를 신청할 수 있다(독일 형사소송법 제397a조 제2항). 소송비용원조는 신청자 본인 또는 그 가족이 변호인 선임을 위한 비용을 지불할 수 없는 경우에 허용된다. 소송비용원조를 신청하기 위해서는 개인적, 경제적 정보에 대한 자료(가족관계, 직업, 재산, 수입 등에 대한 증빙자료)를 첨부하여 제출하여야 한다. 해당 자료가 제출되면 법원은 첨부한 서류를 심사하여 원조할지 여부를 판단한다. 이러한 소송비용원조제도는 국선변호인을 인정하는 것과는 구별된다는 평가가 있다. 즉, 소송비용원조는 일단 부대공소참가인이 변호인을 선임한 후에 국가가 선임비용을 지불하는 사후적인 형태인 반면, 국선변호인제도는 피해자가 변호인을 선임하기 전에 법원이 직접 피해자에게 변호인을 선정하여 준다는 점에서 두 제도의 차이점이 있다는 것이다.⁸⁰⁾

다. 증인의 변호인의 조력을 받을 권리

독일 「형사소송법」 제68b조는 1998년 증인보호대책에 따라 신설되었으며, 증인 내지 참고인에 대한 신문시 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있다. 다만, 동법은 변호인의 신문기일 출석이 원활한 증거조사를 증대하게 침해할 것이라고 판단할 만한 충분한 근거가 있는 때에는 증인신문에서 해당 변호사를 배제할 수 있는 근거도 두고 있다. 즉, 동법은 변호사의 출석을 원칙적으로 배제할 수 있는 경우에 관한 규정을 두고 있는바, 해당 변호사가 조사대상 행위에 관여하였거나 그 행위와 관련하여 증거인멸, 범죄은닉이나 장물취득의 죄로 관여하였다고 생각할

80) 원혜옥, 앞의 논문, 147면 참조.

수 있는 경우, 변호사가 증인의 진술행태에 영향을 미친다고 생각할 수 있는 경우, 변호사가 증인신문을 통하여 획득한 사실을 은폐하거나 제3자에게 전달할 것으로 생각되는 경우에는 원칙적으로 변호사의 증인신문에의 참여를 배제할 수 있다(동법 제68b조 제1항 각호).

증인신문에 있어서는 일정한 경우 증인을 조력할 국선변호사의 선임도 가능하다. 즉, 변호사의 조력을 받지 않고 있는 증인의 경우 해당 증인에게 신문 과정에서 자신의 권한을 스스로 행사할 수 없다고 보일만한 특별한 사정이 있는 경우 법원은 국선변호사를 임명하여야 한다고 규정하여(동법 동조 제2항), 증인의 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장될 수 있도록 제도적으로 뒷받침하고 있다.

제2절 일본

1. 일본의 피해자 변호인제도 개관

일본은 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리나 변호인을 선임할 수 있는 권리에 관한 일반조항을 두고 있지 않다. 다만, 「형사소송법」⁸¹⁾ 제316조의33 제1항에 근거하여 공판절차에 피해자 참가인으로서 참가가 허락된 경우에, 해당 피해자가 변호인을 선임하여 피해자 참가인의 권리를 대리 행사할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다. 즉, 독일이 범죄피해자 일반에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 명문의 규정을 두고 있는 것과 달리, 피해자 참가의 경우에만 제한적으로 변호인의 조력을 받을 수 있는 구조를 취하고 있다.

또한, 「범죄피해자등의권리이익보호를위한형사절차에부수하는조치에관

81) 刑事訴訟法(1948.7.10. 제정, 법률 제131호; 2013.11.27. 개정, 법률 제86호)
이하의 일본 법률 원문은 일본 전자정부 종합창구 법령데이터 제공시스템 중 사항별 분류색인(事項別分類索引) 참조
(<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>, 검색일: 2013.10.20).

한법률」 82)(이하 ‘범죄피해자보호법’) 및 「종합법률지원법」 83)에 의하여 피해자 참가가 인정되는 피해자에 대한 국선변호사(피해자참가변호사)제도를 도입하고 있다.

일본의 피해자참가제도는 2004년 7월 전국범죄피해자회를 기점으로 형사소송에서의 피해자 보호 강화 방안으로 마련된 것이다. 이는 피해자가 스스로 형벌권을 행사할 수는 없어도 법원에 범죄자에 대한 형벌을 구하고, 증거를 제출할 권리는 자연권으로서 피해자에게 남아 있으며, 복수의 연쇄를 방지하기 위하여 피해자의 형벌권을 국가에 신탁하였다는 사고에 기초하고 있는 것이다.⁸⁴⁾

2. 피해자참가제도의 구체적 내용

가. 피해자 참가의 요건

고의로 사람을 사상시킨 죄, 강제추행죄, 강간죄, 자동차운전과실치사상죄, 체포·감금죄, 약취·유인 등 인신매매의 죄 등으로 인한 피해자는 직접 또는 법정대리인 및 선임한 변호사를 통하여 해당 사건의 공판절차에 참가신청을 할 수 있다(일본 형사소송법 제316조의33 제1항). 법원은 피해자 등의 참가 신청이 있는 경우 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 범죄의 성질, 피고인과의 관계, 그 외의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 결정으로 해당 피해자 등에 대하여 절차에의 참가를 허락하게 된다(동법 제316조의33 제2항).⁸⁵⁾

82) 犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律(1937.7.11. 제정, 법률 제75호; 2013.6.12. 개정, 법률 제33호)

83) 総合法律支援法(2004.6.12. 제정, 법률 제74호; 2013.6.12. 개정, 법률 제33호)

84) 안성수, “범죄피해자 보호의 제도적 강화방안”, 『형사법의 신동향』 통권 제16호, 대검찰청, 2008.10, 16-17면 참조.

85) 刑事訴訟法

第三百十六條の三十三 ① 裁判所は、次に掲げる罪に係る被告事件の被害者等若しくは当該被害者の法定代理人又はこれらの者から委託を受けた弁護士から、被告事件の手続への参加の申出があるときは、被告人又は弁護人の意見を聴き、犯罪の性質、被告人との関係その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、決定で、当該被害者等又は当該被害者の法定代理人の被告事件の手続への参加を許すものとする。

나. 피해자 및 변호인의 권리

법원으로부터 공판절차에의 참가를 허락받은 피해자 또는 그 위탁을 받은 변호사는 공판기일 출석권(일본 형사소송법 제316조의34 제1항, 제5항),⁸⁶⁾ 검사의 권한행사에 대하여 의견진술을 할 권리 및 설명을 들을 권리(동법 제316조의35),⁸⁷⁾ 증인신문권(동법 제316조의36 제1항),⁸⁸⁾ 피고인에 대한 질문권(동법 제316조의37 제1항),⁸⁹⁾ 사실 및 법률적용에 관한 의견진술권(동법 제316조의38 제1항)⁹⁰⁾ 등의 권리를 가진다.

-
- 一 故意の犯罪行為により人を死傷させた罪
 - 二 刑法第七十六條 から第七十八條 まで、第二百十一條、第二百二十條又は第二百二十四條から第二百二十七條までの罪
 - 三 前号に掲げる罪のほか、その犯罪行為にこれらの罪の犯罪行為を含む罪（第一号に掲げる罪を除く。）
 - 四 前三号に掲げる罪の未遂罪
- ② 前項の申出は、あらかじめ、検察官にしなければならない。この場合において、検察官は、意見を付して、これを裁判所に通知するものとする。

86) 刑事訴訟法

第三百十六條の三十四 ① 被害者参加人又はその委託を受けた弁護士は、公判期 日に出席することができる。⑤ 前各項の規定は、公判準備において証人の尋問又は檢証が行われる場合について準用する。

87) 刑事訴訟法

第三百十六條の三十五 被害者参加人又はその委託を受けた弁護士は、検察官に對し、当該被告事件についてのこの法律の規定による検察官の権限の行使に關し、意見を述べることができる。この場合において、検察官は、当該権限を行使し又は行使しないこととしたときは、必要に応じ、当該意見を述べた者に對し、その理由を説明しなければならない。

88) 刑事訴訟法

第三百十六條の三十六 ① 裁判所は、証人を尋問する場合において、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士から、その者がその証人を尋問することの申出があるときは、被告人又は弁護人の意見を聴き、審理の狀況、申出に係る尋問事項の内容、申出をした者の數その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、情狀に關する事（犯罪事實に關するものを除く。）についての証人の供述の証明力を争うために必要な事項について、申出をした者がその証人を尋問することを許すものとする。

89) 刑事訴訟法

第三百十六條の三十七 ① 裁判所は、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士から、その者が被告人に對して第三百十一條第二項の供述を求めするための質問を發することの申出があるときは、被告人又は弁護人の意見を聴き、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士がこの法律の規定による意見の陳述をするために必要があると認め場合であつて、審理の狀況、申出に係る質問をする事項の内容、申出をした者の數その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、申出をした者が被告人に對してその質問を發することを許すものとする。

90) 刑事訴訟法

第三百十六條の三十八 裁判所は、被害者参加人又はその委託を受けた弁護士から、事實又は法律の適用について意見を陳述することの申出がある場合において、

다. 피해자 참가인에 대한 국선변호사 선임제도

(1) 제도의 도입 배경

일본은 피해자참가의 경우 피해자에게 국비로 변호인을 지원하고 있다. 피해자참가 국선변호사제도는 2008년 개정된 「범죄피해자보호법」과 2004년 제정된 「종합법률지원법」에 근거를 두고 있다. 「종합법률지원법」은 일본 사법제도개혁의 일환으로 시민의 사법절차 접근을 촉진하고, 변호사회, 사법서사회, 지방공동단체 및 상담기관이 서로 연대·협조하는 것을 촉진하기 위해 제정된 법률이다. 동 법률에 근거하여 2006년 4월에 ‘일본사법지원센터’(이하 ‘법테라스’)가 설립되었다. 법테라스(法テラス)는 피해자 참가인에게 국선피해자참가변호사를 지원하여 주는 시행 주체로서의 역할을 수행하고 있다.⁹¹⁾

법테라스는 법률문제의 해결방법에 대해 무지하거나, 도움을 요청할 만한 변호사를 알지 못하거나, 자신이 변호인을 선임할 자격이 없는 경우 등의 문제를 해결하기 위하여 존재하는 기관이다. 법테라스는 직접 해당 피해자와 상담을 하지는 않고, 단지 피해자의 의뢰에 따라 변호사 및 해당 기관과의 연계를 담당하여 주는 역할을 하고 있다(종합법률지원법 제30조 제1항 제5호 참조).⁹²⁾

(2) 피해자참가변호사 선정요건과 절차

피해자참가인이 공판기일 출석권, 검사의 권한행사에 대하여 의견진술을 할 권리 및 설명을 들을 권리, 증인심문권, 피고인에 대한 질문권, 사실 및 법률적용에 관한 의견진술권 등 자신에게 인정되는 권리를 변호인

審理の状況、申出をした者の數その他の事情を考慮し、相当と認めるときは、公判期日において、第二百九十三條第一項の規定による檢察官の意見の陳述の後に、訴因として特定された事實の範囲内で、申出をした者がその意見を陳述することを許すものとする。

91) 김재희, 앞의 논문, 306-308면; 법테라스 홈페이지 www.houterasu.or.jp. 참조

92) 이러한 역할 수행이 마치 테라스 역할과 유사하다고 보아 일본사법지원센터를 ‘법테라스’라고 부르고 있다(김재희, 앞의 논문, 307면 참조).

에게 위탁하려는 경우에, 청구일로부터부터 6개월 이내의 요양비 등을 공제할 때 피해자참가변호사의 보수 및 비용을 충당하기 어려운 경우, 피해자참가변호인의 선임을 법원에 청구 할 수 있다(일본 범죄피해자보호법 제11조 제1항).⁹³⁾

법테라스는 피해자참가변호사의 선정청구를 접수받으면, 선정청구 사실을 법원에 알리고, 제출된 서류를 법원에 보낸다(일본 범죄피해자보호법 제11조 제3항).⁹⁴⁾ 그리고 법테라스는 청구가 부적법한 경우 (동법 제13조 제1항 각호) 등을 제외하고, 피해자참가변호사의 후보를 지명하고 법원에 통지한다(동법 제12조 제1항).

법원은 이러한 법테라스로의 통지를 받은 후, 당해 피해자참가인을 위한 피해자참가변호인을 선정하게 된다(동법 제13조 제1항). 또한, 법테라스는 청구가 부적법하거나, 후보의 지명통지를 법원에 하지 않는 경우에도 그 취지를 법원에 통지해야 하며(동법 제12조 제2항), 그 취지를 통지 받은 법원이 법테라스의 의견과 달리 청구가 적법하다고 판단한 경우에는, 법테라스에게 변호인을 지명통지하도록 요청할 수 있음을 규정하고 있다(동법 제13조 제2항).⁹⁵⁾

93)犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律

第十一條 (被害者参加弁護士の選定の請求) ① 刑事訴訟法第三百十六條の三十四から第三百十六條の三十八 までに規定する行爲を弁護士に委託しようとする被害者参加人であつて、その資力(その者に屬する現金、預金その他政令で定めるこれらに準ずる資産の合計額をいう。以下同じ。)から、手続への参加を許された刑事被告事件に係る犯罪行爲により生じた負傷又は疾病の療養に要する費用その他の当該犯罪行爲を原因として請求の日から六月以内に支出することとなると認められる費用の額(以下「療養費等の額」という。)を控除した額が基準額(標準的な六月間の必要生計費を勘案して一般に被害者参加弁護士(被害者参加人の委託を受けて同法第三百十六條の三十四 から第三百十六條の三十八 までに規定する行爲を行う弁護士をいう。以下同じ。)の報酬及び費用を賄うに足りる額として政令で定める額をいう。以下同じ。)に満たないものは、当該被告事件の係屬する裁判所に對し、被害者参加弁護士を選定することを請求することができる。

94) 犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律

第十一條 (被害者参加弁護士の選定の請求)

③ 日本司法支援センターは、第一項の規定による請求があつたときは、裁判所に對し、これを通知するとともに、前項の規定により提出を受けた書面を送付しなければならない。

피해자참가변호사 선정에 있어서는, 법테라스는 법테라스와 계약을 하고 있는 변호사 중에서 후보를 지명하게 되는데(일본 종합법률지원법 제38조의2 제1항),⁹⁶⁾ 이 경우 법테라스는 피해자참가변호사의 선정청구를 한 사람의 의견을 들어야 한다(일본 범죄피해자보호법 제12조 제3항).⁹⁷⁾⁹⁸⁾

95) **犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律**

第十二條 (被害者参加弁護士の候補の指名及び通知)

- ① 日本司法支援センターは、前條第一項の規定による請求があったときは、裁判所が選定する被害者参加弁護士の候補を指名し、裁判所に通知しなければならない。
- ② 前項の規定にかかわらず、日本司法支援センターは、次條第一項各号のいずれかに該当することが明らかであると認めるときは、前項の規定による指名及び通知をしないことができる。この場合においては、日本司法支援センターは、裁判所にその旨を通知しなければならない。
- ③ 日本司法支援センターは、第一項の規定による指名をするに当たっては、前條第一項の規定による請求をした者の意見を聴かななければならない。

第十三條 (被害者参加弁護士の選定)

- ① 裁判所は、第十一條第一項の規定による請求があったときは、次の各号のいずれかに該当する場合を除き、当該被害者参加人のため被害者参加弁護士を選定するものとする。
 - 一 請求が不適法であるとき。
 - 二 請求をした者が第十一條第一項に規定する者に該当しないとき。
 - 三 請求をした者がその責めに歸すべき事由により被害者参加弁護士の選定を取り消された者であるとき。
- ② 裁判所は、前項の規定により被害者参加弁護士を選定する場合において、必要があるときは、日本司法支援センターに對し、被害者参加弁護士の候補を指名して通知するよう求めることができる。この場合においては、前條第一項及び第三項の規定を準用する。

96) **總合法律支援法**

第三十八條之二 (國選被害者参加弁護士の候補の指名及び通知等)

- ① 支援センターは、犯罪被害者等保護法 の規定に基づいて國選被害者参加弁護士の候補を指名するときは、被害者参加弁護士契約弁護士の中から指名しなければならない。

97) 김재희, 앞의 논문, 306-308면 참조.

98) **犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律**

第十二條 (被害者参加弁護士の候補の指名及び通知)

- ③ 日本司法支援センターは、第一項の規定による指名をするに当たっては、前條第一項の規定による請求をした者の意見を聴かななければならない。

(3) 피해자참가변호사 선정의 효과

법원이 선정한 피해자참가변호사는 선정을 청구한 피해자참가인의 해당 공판절차에서의 참가활동을 법률적으로 조력하는 변호인의 지위를 가지게 된다. 변호사의 선정효력은 당해 심급에만 한정되는바, 상고 등이 있으면 한 번 더 변호사의 선정하여야 한다(일본 범죄피해자보호법 제14조 제1항).⁹⁹⁾

법원은 피해자참가변호인이 심신의 장애 등으로 직무를 행하는 것이 어렵게 된 경우 등은 그 선정을 취소할 수 있고(동법 제15조 제1항 각호), 이 경우 피해자참가인이 자비로 변호인을 선정하는 등으로 선정을 취소하는 경우를 제외하고는 다시 피해자참가변호인을 선정한다(동법 제15조 제2항).¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾

99) 犯罪被害者等の權利利益の保護を図るための刑事手續に付隨する措置に関する法律

第十四條 (被害者參加弁護士の選定の効力)

① 裁判所による被害者參加弁護士の選定は、審級ごとにしなければならない。

100) 김재희, 앞의 논문, 308면 참조.

101) 犯罪被害者等の權利利益の保護を図るための刑事手續に付隨する措置に関する法律

第十五條 (被害者參加弁護士の選定の取消し) ① 裁判所は、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、被害者參加弁護士の選定を取り消すことができる。

一 被害者參加人が自ら刑事訴訟法第三百十六條の三十四 から第三百十六條の三十八 までに規定する行爲を他の弁護士に委託したことその他の事由により被害者參加弁護士にその職務を行わせる必要がなくなったとき。

二 被害者參加人と被害者參加弁護士との利益が相反する状況にあり被害者參加弁護士にその職務を繼續させることが相当でないとき。

三 心身の故障その他の事由により、被害者參加弁護士が職務を行うことができず、又は職務を行うことが困難となったとき。

四 被害者參加弁護士がその任務に著しく反したことによりその職務を繼續させることが相当でないとき。

五 被害者參加弁護士に對する暴行、脅迫その他の被害者參加人の責めに歸すべき事由により被害者參加弁護士にその職務を繼續させることが相当でないとき。

② 裁判所は、前項第二号から第四号までに掲げる事由により被害者參加弁護士の選定を取り消したときは、更に被害者參加弁護士を選定するものとする。この場合においては、第十三條第二項の規定を準用する。

제3절 시사점

독일은 1987년 개정된 「형사소송법」에서 모든 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 명문으로 규정하였다. 피해자가 형사절차에서 자신의 권리를 적시에 적절한 방법으로 행사하기 위해서는 변호인의 조력을 받을 권리가 필요하다는 판단에서 비롯된 입법이라고 평가할 수 있다. 또한, 형사절차에서 법치주의와 공정한 소송의 원리라는 헌법적 가치를 실현한 것으로 평가할 수 있다. 다만 독일은 피해자의 유형에 따라 변호인에게 부여되는 독립적인 권한의 범위를 구분한다. 즉, 피해자의 유형을 부대공소의 권리가 있는 피해자와 없는 피해자로 나누어 피해자변호인의 고유권의 내용과 범위를 달리 인정한다. 부대공소에 참가할 권리가 있는 피해자의 변호인에게는 피해자신문 참석권, 공판정 출석권, 검증절차 참여권 등 보다 적극적 권리를 인정하는 반면, 부대공소의 권리가 없는 일반피해자의 변호인에게는 피해자신문에 참석할 권한만을 인정한다. 부대공소참가의 권리가 있는 피해자의 변호사에게 폭넓은 고유권이 인정되는 것과 달리, 피해자가 선임한 변호사는 피해자신문 이외에 공판절차에서 행해지는 다른 증거조사에는 참여할 권리가 없는 것이다.

일본은 독일과 달리, 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 일반적으로 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 다만, 피해자 참가의 경우에만 제한적으로 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고, 국선변호사제도를 인정하고 있다. 이는 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 일반적으로 인정하지 않는다는 점에서 독일에 비하여 피해자의 권리 보호가 미약하다고 평가할 여지도 있다. 그러나 피해자 참가가 인정되는 경우에는 피해자에게 공판기일 출석권, 검사의 권한행사에 대한 의견진술 및 설명을 들을 권리, 증인신문, 피고인질문, 사실 및 법률적용에 관한 의견진술권 등의 권리를 인정한다는 점에서 피해자를 단순한 형사사법절차의 객체가 아닌 독립된 주체로 인정한 것으로 볼 수 있다. 더욱이 일본은 피해자

참가인으로부터 위탁을 받은 변호사가 피해자 참가제도를 진행할 수 있도록 허용하고 있어 피해자의 위임을 받은 변호사는 이러한 피해자의 권리를 대리할 수 있는바, 일본에서 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리는 피해자 참가제도를 실질화하는 수단으로 기능하고 있다고 평가할 수 있다.

우리 법은 피해자의 헌법상 기본권과 기타 법률상 권리를 적절하게 행사하기 위한 변호인의 조력을 받을 권리를 일반적으로 보장하지 않고 있다. 「아동·청소년 성보호에 관한 법률」과 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에서 대상 범죄의 피해자에게 변호인의 조력을 받을 권리내지 변호인 선임권을 특별히 인정하고 있을 뿐이다. 독일과 일본이 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 우리나라보다 넓게 인정하고 있다는 점은 범죄피해자 권리 보장 측면에서 반드시 본받아야 할 것으로 생각한다. 우리 형사법이 독일의 부대공소제도나 일본의 피해자참가제도와 같이 피해자가 주체적으로 공소나 공판에 참여할 권리를 인정하지 않더라도, 향후 피해자 변호인제도를 도입함에 있어 두 나라를 입법 모델로 삼을 수 있을 것으로 기대한다. 특히, 국가의 비용으로 피해자에게 변호인을 선임하여 주는 두 나라의 일종의 국선변호인제도는, 시행된 지 얼마 안 된 우리나라의 피해자 국선변호사제도의 미흡한 점을 보완하고 개선하는데 있어 입법 모델로 참고할 수 있을 것이다.

제5장 피해자 변호인제도의 도입 방안

제1절 피해자 변호인제도의 일반적 근거 규정 마련

1. 형사소송법상 근거 규정 신설의 필요성

범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리가 실효적으로 확보되기 위하여서는 법률적 근거가 명확하여야 한다. 즉, 피해자의 변호인 선임권 및 피해자 변호인의 권리가 구체적으로 규정되어 있는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 외에 범죄피해자 일반에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 법률에 명시할 필요성이 있다. 물론 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리가 일반적으로 규정되어 있지 않은 현행법 체계하에서도 피해자는 자신의 의사에 따라 변호인을 선임할 수 있다. 그러나 피의자 및 피고인과 달리 범죄피해자에게는 헌법이나 법률에 변호인의 조력을 받을 권리 자체가 규정되어 있지 않고, 마찬가지로 피해자의 변호인에게 실질적인 권한을 부여할 수 있는 일반 규정이 없기 때문에 수사 절차 및 공판 진행 과정에서 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리가 제대로 실행될 수가 없다. 또한, 현실적으로 범죄피해자가 선임한 변호사는 형사상 고소 및 고발 등을 대리하는 정도의 역할만 수행하는데 그쳐 변호인으로서도 피해자를 충분히 조력할 수도 없는 실정이다. 따라서, 범죄피해자의 헌법상 보장된 기본권과 법률상 권리를 실효성 있게 보장하기 위하여서는 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 형사소송법에 명문으로 규정할 필요성이 있다.

2. 피의자 또는 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리와 비교

헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 체포 또는 구속된 피의자와 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있

다. 여기서 말하는 조력은 충분한 조력을 의미한다.¹⁰²⁾ 동 규정은 신체의 구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받아야 할 권리의 중요성을 특별히 강조하기 위하여 ‘체포 또는 구속을 당한 때’로 규정된 것으로 보아야 하므로, 불구속 상태의 피의자 또는 피고인도 동 조항에 의하여 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 된다. 헌법재판소 역시 “우리 헌법에 나타난 법치국가 원리, 적법절차원리를 근거로 ‘불구속 피의자’의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리가 당연히 인정된다”고 판시한바 있다.¹⁰³⁾

피의자 또는 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리에선 변호인 선임권, 국선변호인의 조력을 받을 권리, 변호인과의 접견교통권이 대표적이다. 그 중 변호인 선임권은 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점이 되는 권리이다. 헌법재판소는 변호인 선임권을 구체적 입법형성 없이 헌법상 바로 도출되는 권리이며 법률로써도 제한할 수 없는 성질의 권리고 판시하고 있다.¹⁰⁴⁾ 다음으로, 국선변호인의 조력을 받을 권리는 동 조 단서 “형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”에 근거하고 있다. 헌법재판소는 헌법 제12조 제4항 규정이 피의자 일반에 대하여 국선변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 천명한 것으로 볼 수 없고, 국선변호인의 조력을 받을 권리는 피고인에게만 인정되는 것으로 해석하는 것이 상당하다고 판시한바 있다.¹⁰⁵⁾ 동 조 단서의 문언상으로는 오직 피고인에게만 국선변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있으나, 「형사소송법」은 피고인을 비롯하

102) 다음의 헌법재판소 1992.1.28. 91헌마111 결정 참조.

“헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것으로, 여기의 ‘변호인의 조력’은 ‘변호인의 충분한 조력’을 의미한다.”

103) 헌법재판소 2004.9.23. 2000헌마138 결정 참조.

한편, 대법원은 “임의동행된 피의자 또는 피내사자도 피의사실에 대한 충분한 방어권행사가 필요하므로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 된다. 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자와 피내사자에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권이 인정된다.”고 판시한 바 있다.

(대법원 1996.6.3. 자 96모18 결정)

104) 성낙인, 앞의 책, 484면 참조.

105) 헌법재판소 2008.9.25. 2007헌마1126 결정 참조.

여 구속전 피의자심문시 및 체포·구속적부심을 청구한 피의자 등의 경우에도 국선변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 규정하고 있다(형사소송법 제33조, 제201조의2, 제214조의2).¹⁰⁶⁾ 마지막으로, 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리의 필수불가결한 내용을 이루는 핵심적 권리이다.¹⁰⁷⁾ 헌법재판소는 구속된 피의자 또는 피고인이 갖는 변호인과의 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리로부터 도출되는 헌법상의 권리라고 판시하고 있다.¹⁰⁸⁾

범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리 역시 피의자 또는 피고인의 경우와 그 내용이 크게 다르지 않다. 즉, 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점인 변호인 선임권, 특수한 상황에 있어서의 국선변호인의 조력을 받을 권리, 변호인과의 접견교통권 등 대부분의 내용이 범죄피해자의 경우에도 적용될 수 있다. 다만, 피해자의 경우에는 변호인과의 접견교통권이 피의자 또는 피고인의 경우와 같이 크게 의미를 가지기는 어렵다고 본다. 피해자의 경우에는 수사과정에서 피의자 지위를 중복적으로 가지고 있지 않는 한 언제나 자유롭게 자신의 변호인과의 접견교통이 가능할 것이기 때문이다. 따라서, 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리는, 동 권리의 핵심이자 출발점인 변호인 선임권, 그리고 국선변호인의 조력을 받을 권리가 핵심적 내용을 이룬다고 할 것이다.

3. 범죄피해자의 변호인제도의 일반적 근거 규정 형식

가. 변호인 선임권 주체에 범죄피해자를 규정하는 방안

현행 형사소송법 제30조는 변호인 선임권자를 피고인 또는 피의자(제30조 제1항), 피고인 또는 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족과 형제자매(동조 제2항)로 규정하고 있으며, 피해자는 변호인 선임권자로 규

106) 그 밖에 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제7조는 “이 법에 따른 국민참여재판에 관하여 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.”고 규정하여 필요적 국선변호를 규정하고 있다.

107) 헌법재판소 1992.1.28. 91헌마111 결정 참조.

108) 헌법재판소 1991.7.8. 89헌마181 결정 참조.

정하고 있지 않다. 변호인의 조력을 받을 권리는 피고인 또는 피의자, 피해자 모두 변호인의 선임권으로부터 시작한다고 할 수 있다. 따라서, 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하기 위하여서는 현행 형사소송법 제30조 변호인 선임권자에 ‘범죄피해자’를 추가로 규정할 필요가 있다.

이 경우 변호인 선임권자는 제30조 제2항과 균형을 위하여 범죄피해자 외에 그 법정대리인, 배우자, 직계친족과 형제자매까지 독립된 선임권자로 규정하여야 한다. 이 논문 제3장에서 논의한바와 같이 범죄피해자 변호인제도의 보호대상인 범죄피해자의 개념과 범위를 ‘범죄로 인하여 직접적 보호법익의 침해를 입은 자’로 해석하는 견지에서는, 배우자, 직계친족과 형제자매까지 독립된 변호인 선임권자로 법률에 규정할 실익이 있기 때문이다.

나. ‘피해자의 변호인의 조력을 받을 권리’를 규정하는 방안

위와 같이 현행 형사소송법상 변호인 선임권자의 주체에 범죄피해자를 포함하는 방안 외에 독일형사소송법 제406f조 제1항과 같이 “피해자는 변호사의 조력을 받거나 변호사로 하여금 대리하게 할 수 있다”는 형식으로 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 규정을 하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 이 방안은 변호인 선임권자의 주체에 범죄피해자를 포함하는 형식으로 규정하는 것과 비교하여 볼 때, 의미나 그 내용이 실질적으로 크게 다르지는 않다. 독일형사소송법 제406f조 제1항은 결국 피해자의 변호인 선임권을 의미하는 것으로 해석되기 때문이다.¹⁰⁹⁾ 다만, 이 논문 제2장 제3절에서 밝힌 바와 같이 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리의 법적 성질을 법률상 권리라고 보는 견지에서는, 이러한 규정 형식이 단순히 선임권자에 범죄피해자를 규정하는 것보다 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성과 의미를 부각할 수 있는 규정 형식이 될 수 있을 것이라 생각한다.

109) 원혜옥, 앞의 논문, 144-148면; 이호중, 앞의 논문, 253-257면 참조.

4. 범죄피해자 국선변호인제도의 근거 규정 신설

범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리나 변호인 선임권을 인정하면서 이를 전적으로 피해자의 자력에 의존하도록 하는 것은 오히려 피해자로 하여금 박탈감과 소외감은 느끼게 함은 물론 사법권에 대한 신뢰를 떨어뜨리게 만들 우려가 크다.¹¹⁰⁾ 범죄피해자 역시 피고인과 마찬가지로 경제적인 이유로 변호인을 선임하기 어려운 처지에 있는 경우가 있다. 심지어 범죄피해자는 피고인과 달리 범죄 피해 자체로 인하여 경제적 상황이 악화되는 경우도 있다. 예를 들어, 피해 범죄가 사기, 횡령 등 경제범죄인 경우 피해자가 변호인을 선임하기 위한 경제적 능력이 해당 범죄피해로 인하여 상실되는 경우를 상정하여 보면 이해가 쉽다. 또한, 형사정책 차원에서 국가가 특별히 더 보호해야 하는 범죄피해자가 있을 수 있다.

범죄피해자에게 경제적으로 변호인을 선임할 수 있는 자력이 없거나, 중대한 범죄 피해를 입은 경우 및 특별한 보호가 필요한 경우에는 피해자의 일반적 변호인 선임권을 형사소송법에 규정한다고 하더라도 현실적으로는 이러한 범죄피해자들에 대한 아무런 보호책이 될 수 없다. 따라서, 일정한 요건을 갖춘 범죄피해자에게 국선변호사를 선정할 수 있는 근거 규정을 형사소송법에 마련할 필요가 있다.

제2절 피해자 변호인의 권리 내용과 범위의 설정

1. 피의자 또는 피고인 변호인의 방어권 고려

피해자 변호인제도 도입에 있어서 가장 핵심적인 사항은 피해자 변호인의 조력권의 범위와 종류의 문제이다. 즉, 피해자 변호인의 권한 내지

110) 김재희, 앞의 논문, 311면.

권리를 어디까지 인정할 것인가 문제된다. 피해자 변호인의 권리 범위가 문제되는 이유는 국가소추주의를 취하고 있는 우리 형사소송법 체계상 국가형벌권에 대응하는 피고인 또는 피의자의 방어권이 피해자 변호인제도 도입으로 인하여 훼손되거나 약화되는 결과를 초래하여서는 안 되기 때문이다. 형사변호인의 형사절차과정에서의 전통적 역할은 검사와 대등한 법률지식을 갖춘 법률전문가로서 충분한 방어권을 행사하지 못하는 피고인 또는 피의자를 보조하여 진정한 무기평등을 실현하는 것이다. 피고인 또는 피의자에게 변호인이 없을 경우에 발생 할 수 있는 수사 및 소송과정 상의 불평등에 대한 위험은 범죄인의 마그나카르타라는 형법의 지형도를 변화시킬 가능성도 있는바, 피해자 변호인의 권리 설정에 있어 이러한 점을 반드시 인식할 필요가 있다.¹¹¹⁾

범죄피해자 변호인제도가 보호의 공백상태에 있는 피해자를 보호하고, 형사절차상 피해자가 가지는 권리를 실질적으로 보장하고, 국가소추주의의 신뢰 확보를 위하여 필요하다는 점을 상기하여 본다면, 피해자 변호인의 권한은 피고인 또는 피의자의 방어권 및 변호인의 변호권을 침해하지 않는 범위 내에서 인정되는 것이 타당하다. 즉, 독일식의 부대공소(Nebenklage)나 영미의 사인검사제도(private prosecutor)에서와 같이 피해자 변호인에게 피고인에 대한 소추권 및 검사의 권한에 상응할 만한 공격적 권한까지 부여하는 것은 부적절하며, 기본적으로 피해자 보호를 위한 공백의 간극을 메우기 위한 성격을 가져야 할 것이다..¹¹²⁾

2. 피해자 변호인의 구체적 권리 내용과 범위

피해자 변호인제도가 피고인 또는 피의자의 방어권 및 변호인의 조력권을 침해하지 않는 범위 내에서 조화롭게 운영되기 위하여서는, 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 명문 근거를 두는 것 이외에도 피해자 변호인의 권리 종류와 범위를 구체적으로 법률에 규정할 필요가 있다. 즉, 피해자의 일반적 권리를 포괄적으로 대리하여 행사할 수 있는 대

111) 김성돈, 앞의 논문, 130-136면.

112) 같은 견해로 김성돈, 앞의 논문, 136면 이하 참조.

리권 외에 피해자 변호인의 지위에서 행사할 수 있는 고유권의 종류와 범위를 명시적으로 법률에 규정하여야 한다. 국가소추주의의 큰 틀을 유지하면서 범죄피해자 변호인제도를 도입한다면, 피해자 변호인의 고유권의 기본적 내용은 피해자에 대한 조사 및 공판에 참여할 권리, 의견을 진술할 수 있는 권리, 피해자에 대한 부당한 일련의 처분에 대하여 적절한 이의제기를 할 수 있는 권리, 피해자에 대한 조사기일 및 공판기일을 통지 받을 권리, 기록을 열람 및 등사할 수 있는 권리로 구체화 될 수 있다.

가. 피해자 조사 참여권

수사기관의 범죄피해자에 대한 참고인 조사시 피해자 변호인은 피해자와 해당 조사에 동석하고, 피해자에 대하여 적절한 조언과 상담을 하며, 변호인의 의견을 제시 할 수 있는 권리가 필요하다. 범죄의 실체진실 발견과 객관적 범집행을 목적으로 하는 수사기관이 범죄피해자의 권리를 전적으로 보호하여 주기를 기대하는 것은 현실적으로 불가능하다. 수사 과정에 있어서 범죄피해자 역시 피의자와 마찬가지로 수사의 객체인 인유로 위압감과 불편함을 느낄 수밖에 없다. 따라서, 범죄피해자의 변호인은 최소한 수사기관의 피해자에 대한 조사시 피해자와 동석하여 수사의 문제점이나 피해자에 대한 부당한 처우 등을 현장에서 직접 경험할 필요가 있다. 즉, 수사기관의 피해자에 대한 조사시 피해자가 받을 수 있는 2차 피해의 충격을 최소화하고, 권리와 이익을 옹호하기 위하여 피해자 변호인의 조사 참여권은 반드시 권리의 목록에 포함되어야 하는 것이다.

피해자변호인의 피해자 조사에 참여할 수 있는 범위와 방법의 문제는 피의자 변호인의 피의자 신문참여권과 균형을 이루어 설정되어야 한다. 형사소송법 제243조의2 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다.”고 하여 피의자 변호인의 피의자 신문에 대한 참여권을 인정하고 있다.¹¹³⁾ 동조에 따르면, 피의자 신문에 참여하는

변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있고, 신문 중에는 부당한 방법에 대하여 이의를 제기할 수 있으며, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 권리가 있다(동법 제243조의2 제2항). 이와 같은 피의자 변호인의 피의자신문 참석권을 고려하여 본다면, 피해자 변호인은 사법경찰관 또는 검사의 피해자에 대한 조사에 동석할 수 있고, 조사 과정에서 수사기관의 부당한 방법에 대하여 이의를 제기할 수 있어야 하며, 조사 종료 이후에는 의견을 진술할 권리가 법률에 명시적으로 규정되어야 할 것이다.

나. 공판기일 참석권

수사과정을 거쳐 공판단계로 넘어가게 되면, 피고인은 수사절차상의 위법성이나 피해자 진술의 신빙성 등을 공격하며 적극적으로 방어권을 행사하게 된다. 피고인의 방어권 행사라는 장막 속에 피해자의 권리가 침해당하지 않도록 피해자 변호인은 해당 공판에 참석하여 피고인이 어떤 방법으로 방어권을 행사하는지를 직접 보고 경험할 수 있어야 한다. 일련의 공판과정에 피해자 변호인이 참석할 권리가 인정되지 않는다면 피해자에 대한 법률적 조력 자체가 현실적으로 불가능하게 되기 때문이다. 따라서 피해자 변호인의 공판기일에 참석할 권리가 법률에 명시적으로 규정되어야 하며, 이 과정에서 피해자 변호인이 행사할 수 있는 구체적 권리에 대한 규정이 마련되어야 한다.

공판절차 중 피해자 변호인의 참석이 가장 의미 있는 경우는 피해자가 증인의 지위에서 증언을 하는 경우이다. 이 과정에서 피고인은 피해자 진술의 신빙성을 공격하기 위하여 피해자의 인격권과 프라이버시권을 침해하는 질문을 하는 경우도 있다. 피해자 변호인은 피해자가 범 죄 사실과 관련 없는 내용으로 인격권에 부당한 침해를 당하고 있다고 판단하는 경우에는 피고인 측의 질문을 제지하거나, 이의를 제기할 수 있어야 한다.

113) 형사소송법 제243조의2 제1항 에서 ‘정당한 사유’란 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우 등을 말한다(대법원 2008.9.12. 자 2008모793 결정 참조).

다만, 피해자 변호인이 질문을 제지할 수 있는 경우는 해당 질문이 범죄 사실과는 아무런 관련이 없고, 해당 질문으로 인하여 피해자의 인격권 등 권리에 침해가 있는 경우에 한하여야 할 것이다. 피해자의 권리 및 피해자 변호인의 조력권 행사가 피고인의 방어권을 침해하면서까지 인정될 수는 없기 때문이다.

따라서, 피해자 변호인이 공판에 참여하여 행사할 수 있는 권리는 피해자의 권익 보호를 위한 것과, 피고인 측의 피해자에 대한 부당한 행위를 통제할 수 있는 것을 기본으로 하여 설정되어야 할 것이다. 즉, 피해자 변호인은 공판에 참석하여 자신의 의견을 진술하고, 피해자가 증인으로 출석하는 경우에는 검사나 피고인 측의 부당한 질문에 적절한 이의제기나 의견을 진술할 수 있는 권리를 가지는 것에 그쳐야 하며, 피고인에 대한 신문을 하는 등 피고인을 공격할 수 있는 권리까지는 갖지 않는 것으로 하여야 할 것이다.¹¹⁴⁾

다. 의견진술권

피해자가 법률전문가인 변호사의 조력을 실질적으로 받기 위해서는 수사단계 및 공판단계의 전 과정에서 피해자 변호인의 의견진술권이 법률에 명시적으로 인정되어야 한다. 피해자 변호인의 의견진술권은 피해자의 입장을 대변하고 피해자의 권리와 이익을 옹호하여 줄 수 있는 핵심적 권리이다. 피해자 변호인은 범죄사실 또는 피해사실에 대한 법률적 판단과 의견을 표명함으로써 수사기관에 대하여서는 범죄 입증과 실체진실 발견을 촉구할 수 있고, 법원에 대하여서는 공정하고 정확한 법집행을 촉구할 수 있다. 또한, 의견진술권을 통해 피해자의 의사를 적극적으로 전달함으로써 피해자와 가해자 간의 화해를 위한 교두보 역할을 수행할 수도 있다.

114) 피해자변호인제도의 본질이 피해자 보호 및 피의자 또는 피고인과의 무기평등 원칙의 실현이라고 보아 피해자 변호인은 피의자 또는 피고인을 공격할 수 있는 권한까지 인정하는 것은 부당하다는 견해도 있다.
(김성돈, 앞의 논문, 139-140면)

피해자 변호인이 의견을 진술하는 방법은 통상 피의자 변호인이 의견을 진술하는 형식과 같이 구두 또는 서면으로 할 수 있을 것이다. 피해자 변호인이 서면으로 의견을 진술함에 있어서는 특별한 시기상, 방법상의 제한을 둘 필요가 없다. 그러나 해당 절차에 직접 참가하여 구두로 의견을 진술하는 경우에는, 해당 절차에 피해자 변호인이 참여하여 의견을 진술할 수 있음이 구체적으로 법률에 규정되어 있어야 할 것이다. 예를 들어, 수사기관의 피해자 조사에 참여하거나 증인신문기일에 참여할 경우 절차 종료 후 의견을 진술할 수 있도록 하여 권리 행사의 구체적 방법을 규정하는 경우를 생각해 볼 수 있겠다.

라. 이의제기권

피해자의 변호인에게는 수사기관의 부당한 질문이나 처분, 공판절차 중 피해자가 증인으로 출석하는 경우 검사 및 피고인 측의 부당한 질문에 대하여 적시에 이의를 제기할 수 있는 권리가 인정되어야 한다. 수사단계에서 피해자 변호인이 피해자를 조사하는 경찰관이나 검사에게 이의제기를 하는 경우, 이는 해당 질문이나 처분이 피해자의 인격권 및 프라이버시권을 침해하거나 권익에 반하는 등의 부당함이 있다는 것을 환기시킬 수 있다.¹¹⁵⁾ 공판과정에서는, 피해자가 법정에서 증인으로 출석하는 경우 피고인 측의 부당한 질문에 대하여 즉각 이의를 제기하여 피해자의 인격권 침해를 사전에 방지할 수 있다는 점에서 이의제기권의 존재 의미가 있다.

마. 통지를 받을 권리

피해자 변호인이 사건의 진행 상황과 흐름에 따라 적절한 방법으로 피해자를 조력하기 위해서는, 수사단계에서는 최소한 피해자에 대한 조사기일을 통지받을 수 있어야 하며, 공판단계에서는 공판기일의 통지를 받을 수 있어야 한다.

115) 이호중, 앞의 논문, 265면 참조

특히 수사과정에서 피해자에 대한 조사기 예정되어 있는 경우에는, 조사 기일과 시간 및 장소 등을 변호인에게 구체적으로 통지하여 사전에 적절하게 대비할 수 있도록 하여야 할 현실적 필요성이 있다. 즉, 수사과정에서 피해자의 진술이 중요한 경우가 많고, 피해자가 조사를 받는 과정에 2차 피해를 당하는 경우가 많은바 피해자에게 변호인이 있는 경우 변호인에게도 별도의 통지를 하는 것이 피해자의 권익 보호 측면에서 바람직하다고 생각한다.

그러나 피의자에게 변호인이 선임되어 있는 경우에도 피의자에 대한 신문기일을 별도로 피의자 변호인에게 통지를 하지 않는 수사 현실상, 피해자 변호인에게 조사기일을 통지하도록 하는 것이 과연 적절한 것인가에 대한 의문이 있을 수 있다. 범죄피해자는 자신은 피의자가 아닌 피해자이고, 수사기관이 피해자인 자신을 배려하고 자신의 편에 설 것이라는 막연한 기대감으로, 자신의 변호인에게 조사기일을 알릴 필요성을 인식 못하거나 번거롭다고 느끼는 경우가 많다. 즉, 피의자가 신문기일의 중요성을 인식하는 정도에 비하여 피해자는 자신에 대한 조사기일의 중요성 자체를 인식하지 못하는 경우가 많다. 즉, 수사절차상 조사기일의 중요성에 대하여 피의자와 피해자의 인식에 온도차이가 있는 것이다. 따라서, 이러한 점을 감안한다면 피해자 본인 외에 피해자 변호인에게도 조사기일에 대한 통지를 받을 권리가 명문으로 인정되어야 할 것이다.

바. 기록 열람권 및 등사권

피해자 변호인은 피고인 변호인의 경우와 마찬가지로 공판 계속 중의 관계 서류나 증거물을 열람하거나 등사할 권리가 있어야 한다. 이는 피해자의 공판진행과정에 대한 알 권리를 보호하고, 증인신문이 있는 경우 이에 적절히 대비하기 위하여 반드시 필요한 권리이다.

형사소송법은 공판기록 열람·등사권에 관하여, 피해자 및 피해자의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자의 변호사에게 열람·등사

를 신청할 권리를 규정하고 있으며, 위 신청에 대한 허가 여부를 재판장이 결정할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송법 제294조의4). 즉, 위 조항에 따른 경우에도 피해자의 변호인은 피해자로부터 위임을 받아 대리인으로서 열람·등사를 신청할 수 있다. 그러나, 피해자 변호인제도를 도입한다면, 형사소송법 제35조의 피고인 변호인의 열람·등사권과 같은 형식의 규정을 신설하여 피해자의 변호인도 고유한 권한으로 소송기록에 대한 열람·등사를 할 수 있어야 할 것이다.¹¹⁶⁾

제3절 현행 피해자 국선변호사제도의 개선

1. 국선변호인 선정 대상 범죄피해자의 범위 확대

가. 성폭력 범죄피해자에게만 인정되는 현행 피해자 국선변호인제도

현행법상 범죄피해자에게 국선변호인의 선정이 가능한 경우는 오직 성폭력 범죄 피해가 발생한 경우뿐이다. 성폭력 범죄피해자에 대한 국선변호인 제도가 도입된 계기는, 인격권과 프라이버시 침해 등 수사 및 공판과정에서 성폭력 범죄피해자가 겪는 2차 피해가 중요한 사회문제로 대두됨에 따라, 이들에게 법률적 구조를 제공할 필요성이 제기되었기 때문이다. 그러나 범죄피해자가 감내하여야 하는 고통 - 예컨대 범죄 피해로 그 자체로 인한 고통, 수사 및 공판 과정에서의 인격권과 프라이버시 침해 및 소외감과 무력감 등 - 은 성폭력 범죄피해자에게만 적용되는 특수한 것이 아니다. 따라서 성폭력 범죄피해자에게만 국선변호인 선정을

116) 형사소송법

제35조 (서류·증거물의 열람·등사)

① 피고인과 변호인은 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다.

② 피고인의 법정대리인, 제28조에 따른 특별대리인, 제29조에 따른 보조인 또는 피고인의 배우자·직계친족·형제자매로서 피고인의 위임장 및 신분관계를 증명하는 문서를 제출한 자도 제1항과 같다.

가능하게 한 현행 제도는, 다른 범죄피해자와의 관계에서 헌법상 평등의 원칙에 반한다는 평가를 받을 소지가 있는바, 국선변호인의 조력을 받을 수 있는 범죄피해자의 범위를 다음과 같이 확대할 필요가 있다.

나. 국선변호인의 조력을 받을 수 있는 범죄피해자의 범위 확대

성폭력범죄 피해자 이외에도 특별한 보호가 필요한 범죄피해자들에게는 피해자 국선변호사제도를 적극 활용하여 이들에 대한 법률적 지원이 실효성을 가지게 하여야 한다. 국선변호인의 조력을 받을 수 있는 범죄피해자의 범위를 정하는 문제는 고도의 정책적 판단이 필요한 것이지만,¹¹⁷⁾ 범죄피해의 유형(범죄의 종류) 및 범죄피해의 정도가 우선적으로 고려되어야 할 것이다.

국선변호사를 선정 받을 수 있는 범죄피해자의 범위를 확대하는 구체적인 방안으로는, 첫째, 현행 「특정강력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」¹¹⁸⁾이 정하고 있는 ‘특정강력범죄’로 인한 피해자에게 국선변호사를 선정해 주는 방안과, 둘째, 비교법적으로 일본의 피해자참가제도에서 피해자 참가 대상 범죄의 종류 및 피해의 정도를 규정하고 있는 것을 참고하는 방안을 상정해 볼 수 있다.

(1) 현행 「특정강력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 ‘특정강력범죄’로 인한 피해자에게 국선변호사를 선정해 주는 방안

현행 「특정강력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」은 기본적 윤리와 사회질서를 침해하는 특정강력범죄에 대한 처벌과 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하고 범죄로부터 사회를 지키는 것을 목적으로 한다(동법 제1조). 동법이 규정하고 있는 특정강력범죄를 범한 자에게는 집행유예 결정기간의 제한을 가할 수 있고(동법

117) 이호중, 앞의 논문, 269-270면 참조.

118) 현행 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」(2014.1.7. 일부개정, 법률 제12198호)

제5조), 보석 또는 구속의 집행정지를 취소하거나 신상에 관한 정보를 공개하는 등의 조치를 취할 수 있으며(동법 제6조, 제8조의2), 특정강력범죄로 인한 피해자가 증인으로 법정에서 출석하는 경우 신변보호조치를 받을 수 있는 등 일정한 보호를 받을 수 있다(제7조).

동법이 정하는 특정강력범죄의 종류는, ① 「형법」상 살인의 죄 중 제250조(살인·준속살해), 제253조(위계등에 의한 촉탁살인 등) 및 제254조(미수범. 다만, 제251조 및 제252조의 미수범은 제외한다)의 죄, ② 「형법」상 약취, 유인 및 인신매매의 죄 중 제287조부터 제291조까지 및 제294조(제292조제1항의 미수범은 제외한다)의 죄, ③ 「형법」상 강간과 추행의 죄 중 제301조(강간등 상해·치상), 제301조의2(강간등 살인·치사)의 죄 및 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하거나 2명 이상이 합동하여 범한 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간·준강제추행), 제300조(미수범) 및 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄, ④ 「형법」상 강간과 추행의 죄, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조부터 제10조까지 및 제15조(제13조의 미수범은 제외한다)의 죄 또는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제13조의 죄(아동·청소년의 성을 사는 행위, 아동·청소년의 성을 사기 위하여 아동·청소년을 유인하거나 성을 팔도록 권유한 행위)로 두 번 이상 실행을 선고받은 사람이 범한 「형법」 제297조, 제297조의2, 제298조부터 제300조까지, 제305조 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제13조의 죄, ⑤ 「형법」상 절도와 강도의 죄 중 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(인질강도), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조(해상강도), 제341조(상습범) 및 제342조(미수범. 다만, 제329조부터 제331조까지, 제331조의2 및 제332조의 미수범은 제외한다)의 죄, ⑥ 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제4조(단체등의 구성·활동) 및 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의8(단체등의 조직)의 죄, ⑦ 위 각 호의 범죄로서 다른 법률에 따라 가중처벌하는 죄(동법 제2조) 이다.

「특정강력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 규정하는 특정강력범죄

는 국가적 범익보다는 개인적 범익, 재산적 범익보다는 생명·신체적 범익, 과실범보다는 고의범을 주로 그 대상으로 하고 있다. 동법은 정책적으로 특정한 강력 범죄를 규정하여 해당 범죄를 범한 자에 대하여 일정한 제한을 가하고, 해당 범죄의 피해자에게는 일정한 보호를 제공함으로써, 국민의 생명과 신체의 안전을 보장하려는 입법목적을 구현하고 있다. 동법상의 특정강력범죄로 인한 피해자에게 국선변호사의 조력을 받을 권리 또는 신청권을 인정함으로써 해당 범죄의 피해자에게 법률조력을 지원하는 것은, 동법의 존재의미에 부합하는 것임과 동시에 범죄피해자를 실질적으로 보호하는 유의미한 정책수단이 될 수 있을 것으로 본다.

(2) 일본의 피해자참가 대상 범죄 및 피해 정도를 참고하는 방안

비교법적으로 일본이 피해자참가제도에서 피해자 참가 대상 범죄의 종류와 피해 정도를 규정하고 있는 것을 참고하는 방안이 있다. 일본 「형사소송법」은 고의로 사람을 사상시킨 죄, 강제추행·강간죄, 자동차운전과실치사상죄, 약취·유인 등 인신매매의 죄 등으로 인한 피해자는 해당 사건의 공판절차에 참가신청을 하여 국선변호인의 조력을 받을 수 있음을 규정하고 있다.¹¹⁹⁾ 이러한 일본 피해자참가제도의 대상 범죄를 참고하여, 우리 「형법」상 고의로 타인의 생명·신체를 침해하는 범죄, 성적자기결정권을 침해하는 범죄, 약취·유인 등 인신매매의 죄 등으로 인한 범죄피해자에게 국선변호사의 조력을 받을 권리를 인정하는 방안도 검토할 만하다.

2. 국선변호인 선정 및 관리 기준 강화

가. 국선변호인 선정기준의 강화

현행 피해자국선변호사제도 하에서는, 검사의 직권 또는 피해자 본인이나 그 법정대리인의 국선변호사 선정신청이 있는 경우, 범죄피해자의

119) 이 논문의 제4장 제2절 2. 피해자 참가제도의 구체적 내용에 상술하였다.

피해정도와 상황에 대한 고려 없이 대부분 국선변호사가 선정되고 있다. 다만, 미성년자인 피해자에게 법정대리인이 없거나, 미성년자인 피해자의 법정대리인이 신체 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 경우, 성폭법 제3조부터 제9조까지의 죄 및 제15조에 해당하는 범죄피해자의 경우에는 피해자의 명시적 거부 의사 표시가 없는 한 검사의 직권으로 국선변호사가 필요적으로 선정된다(검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙 제8조 제2항).

국선변호사제도는 본질상 국가의 재정이 뒷받침되어야 실효적으로 운영될 수 있는 제도이다. 제한적인 국가의 재정여건을 고려할 때, 국선변호사의 조력을 받을 수 있는 피해자의 범위를 성폭력 범죄피해자로부터 다른 범죄까지 확장하는 것이 현실적으로 가능하기 위해서는, 범죄피해의 정도나 상황을 고려하는 등 국선변호사의 선정기준을 강화하는 것이 선결조건이다. 즉, 범죄피해자의 국선변호사 선정신청이 있을 경우, 선정권자인 검사가 해당 범죄피해자의 피해정도나 상태 등을 추가적으로 검토하도록 하여, 해당 피해자의 신체적, 정신적 피해가 극히 경미하거나, 신고 대상 행위가 범죄로 성립하지 않음이 명백한 경우 등에는 국선변호사의 신청을 배척할 수 있도록 하는 일정한 기준을 마련할 필요가 있다.

나. 국선변호인 선정취소사유에 대한 구체적 규정 마련

현행 피해자 국선변호사제도 하에서 국선변호사의 선정취소사유는 오직 국선변호사의 자격이나 업무 성실도 등 국선변호사 측에 존재하는 사유뿐이며, 피해자 측의 귀책사유로 인한 선정취소사유에 대한 규정은 전혀 없다(검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙 제16조 참조).¹²⁰⁾

그러나 실무상으로는, 허위의 범죄신고를 통하여 국선변호사를 선정받는 경우 및 범죄피해자와 피해자 변호인간의 신뢰관계가 상실되거나 상호간의 이익이 상반되는 경우 등 이미 선정된 국선변호사를 선정 취소하

120) 이 논문의 제3장 제3절 2. 국선변호사 선정신청권자 및 취소 규정의 미비점에서 상술하였다.

여야 할 필요성이 제기되는 경우가 많다. 어떤 자가 특정 범죄의 피해자라고 주장하며 범죄 신고를 하였으나 그 신고가 수사과정에서 무고임이 드러나는 경우에는, 국가의 비용으로 그 자에게 국선변호사를 선정해줄 근거 자체가 멸각되는 것이다. 또한 범죄피해자가 선정된 국선변호사에게 위법한 행위를 하는 등 상호간의 신뢰관계를 깨뜨리는 경우에는 선정된 국선변호사로 하여금 법률 조력을 지속하게 하는 것이 부당한 일이 된다.

따라서 어떤 자가 특정한 범죄의 피해자라고 주장하며 범죄신고를 하여 국선변호사를 선정받았으나, 수사기관이 해당 피해자에 대한 무고죄인지 또는 기소를 한 경우와 같이 객관적으로 허위신고임이 드러나는 경우에는 지정된 국선변호사 선정을 취소하고 이에 대한 국가의 투입비용을 구상할 수 있는 근거 규정을 마련할 필요성이 있다. 또한, 선정된 국선변호사와 피해자와의 신뢰관계가 파탄되거나, 기타 피해자 측의 책임 있는 사유로 선정된 국선변호사가 더 이상 법률 조력을 하기 어려운 경우 등에도 국선변호사 선정을 취소하고, 새로운 국선변호사를 선정할 수 있는 근거규정을 마련할 필요가 있다. 다만, 피해자 국선변호사제도의 도입취지가 범죄피해자의 권리보호에 있다는 것을 고려하여, 피해자의 허위신고 등에 관하여는 무고죄로 인지 및 기소되는 경우에 한정하는 등 그 취소요건을 엄격하게 판단하여야 할 것이다.

한편, 국선변호인 선정취소사유에 관하여는 피해자참가에 있어 피해자참가변호사의 선정취소사유를 규정하고 있는 일본의 「종합법률지원법」(總合法律支援法) 제15조를 참고할 만하다. 일본은 동 법률에서 피해자참가인이 국선변호사를 선정 받은 후 피해자와 국선변호인의 이익이 상반되거나, 피해자가 해당 변호인에 대하여 폭행 또는 협박을 행사하는 등 피해자의 귀책사유로 해당 변호사에게 직무를 계속하기 어려운 상당한 사유가 있을 경우에는 국선변호인의 선정을 취소할 수 있는 근거규정을 두고 있다.¹²¹⁾ 비록 우리에게서는 일본과 같은 피해자참가제도가 도입

121) 總合法律支援法
第十五條(被害者參加弁護士の選定の取消し)

되어 있지 않다고 하더라도, 피해자참가변호사의 주된 역할이 해당 범죄 피해자에 대한 일반적 법률 조력에 있다는 점을 고려한다면, 피해자 국선변호인제도에 있어서도 피해자와 해당 변호인과의 신뢰관계 등을 고려하여 국선변호인의 선정을 취소를 할 수 있는 근거규정이 필요하다고 생각한다.

3. 국선변호인을 선정 받지 못한 경우 사후보상절차 신설

범죄피해자가 국선변호인 신청 당시에는 요건을 갖추지 못하였지만 추후 국선변호인을 신청할 수 있는 자격이 생기는 경우가 있을 수 있다. 수사개시 당시 피해자가 아닌 피의자로 지목되어 수사를 받고 있었던 사람이 수사과정 및 공판과정을 거치면서 피해자로 밝혀지는 사안을 예로 들 수 있다. 이러한 경우 해당 범죄피해자는 처음부터 국선변호사의 조력을 받을 수 있었던 사람인바 이들에 대하여 최소한의 사후보상을 하여 피해자 국선변호인제도의 공백을 메울 필요가 있다. 사후보상의 방법으로는 해당 사건에 대한 공판 종료 이후 피해자가 실제 지급한 사선변호사 선임료 중 일부를 법정변호사 비용에 준하여 지급하거나, 또는 법률에 미리 일정한 금액을 정하여 이를 지급하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

사후보상절차의 신설에 있어서는, 독일 형사소송법이 부대소송참가에 있어 소송참가인이 자신의 이익을 충분히 보호할 능력이 없거나 이를 기

裁判所は、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、被害者参加弁護士の選定を取り消すことができる。

一 被害者参加人が自ら刑事訴訟法第三百十六條の三十四から第三百十六條の三十八までに規定する行爲を他の弁護士に委託したことその他の事由により被害者参加弁護士にその職務を行わせる必要がなくなったとき。

二 被害者参加人と被害者参加弁護士との利益が相反する状況にあり被害者参加弁護士にその職務を繼續させることが相当でないとき。

三 心身の故障その他の事由により、被害者参加弁護士が職務を行うことができず、又は職務を行うことが困難となったとき。

四 被害者参加弁護士がその任務に著しく反したことによりその職務を繼續させることが相当でないとき。

五 被害者参加弁護士に對する暴行、脅迫その他の被害者参加人の責めに歸すべき事由により被害者参加弁護士にその職務を繼續させることが相当でないとき。

대할 수 없는 경우에 민사상의 권리분쟁에서와 동일한 규정에 따라 변호인 선임료를 소송비용부조금으로 지급하는 규정을 입법론적으로 참고할 만하다(독일형사소송법 제397a조 제2항).¹²²⁾

122) **Strafprozeßordnung**

397a (2) Liegen die Voraussetzungen für eine Bestellung nach Absatz 1 nicht vor, so ist dem Nebenkläbger für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts auf Antrag Prozesskostenhilfe nach denselben Vorschriften wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu bewilligen, wenn er seine Interessen selbst nicht ausreichend wahrnehmen kann oder ihm dies nicht zuzumuten ist. § 114 Satz 1 zweiter Halbsatz und § 121 Absatz 1 bis 3 der Zivilprozessordnung sind nicht anzuwenden.

제6장 결 론

범죄피해자는 형사절차 과정에서 자신이 어떠한 권리를 보유하고 있는지, 그러한 권리를 언제, 어떻게 행사하여야 하는지에 관하여 알지 못하는 경우가 대부분이다. 자신의 권리에 대한 감수성이 높지 않다면, 범죄피해자는 수사기관의 질문에 대답할 의무가 있는지, 사건의 진행상황이 어떠한지, 재판과정에 어떤 방식으로 참가할 수 있는지 등 형사절차에 적절히 대처하기 어렵다. 심지어 범죄피해자는 수사과정에서는 실체진실의 발견 및 객관의무라는 미명하에 범죄사실 입증과 관련이 없거나 반복된 진술을 강요당하기도 하고, 공판과정에서는 피고인의 방어권 행사로 인하여 인격권과 프라이버시권을 침해받기도 하는 등 범죄로 인한 고통이 회복되지도 않은 상태에서 2차적 고통을 경험하는 경우가 많다.

범죄피해자는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등 개인의 지위에서 가지는 기본권뿐만 아니라 피해자 고유의 지위에서 가지는 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항) 및 구조청구권(헌법 제30조) 역시 향유하는 기본권의 주체이다. 또한, 범죄피해자는 「형사소송법」 및 「범죄피해자보호법」에 근거한 권리도 가지는바, 국가는 이러한 피해자의 기본권과 권리를 보장할 의무가 있다. 국가가 범죄피해자의 권리와 기본권보장의무를 온전히 이행하고, 국가소추주의의 실효성을 확보하기 위해서는 범죄피해자의 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하여야 한다. 변호인의 조력을 통하여, 범죄피해자는 재판절차진술권과 구조청구권, 그리고 형사절차과정에서 향유하는 「형사소송법」상의 권리 및 기타 「범죄피해자보호법」상의 권리 등을 적시에, 적절한 방법으로 행사할 수 있게 된다. 또한, 국가소추주의를 바탕으로 하는 형사소송법 체계하에서 주체적 지위를 갖지 못하는 범죄피해자는, 변호인의 조력을 제공받음으로써 자신의 권리에 대한 인식을 강화하고 의사를 적극 전달할 수 있다. 범죄피해자 변호인제도의 시행은 궁극적으로 국가소추주의의 실효성을 제고하고 회복적 사법을 구현하는 효과를 가져 올 수 있는 것이다.

현재 우리나라 형사소송법은 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리에 관하여 규정하고 있는 사항이 없으며, 성폭력 범죄피해자만이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 근거하여 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 그러나, 성폭력 범죄피해자의 인격권과 프라이버시권을 특별히 보호해야 할 필요성을 인정한다 하더라도, 성폭력 범죄피해자에게만 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 것은 다른 범죄피해자에 대한 권리 보호와의 형평성 측면에서 결코 바람직하지 않다. 범죄피해자의 권리는 범죄의 종류나 피해 정도에 따라서 규정되거나 변화하는 것이 아니기 때문이다.

이 논문의 핵심적 주장은 범죄피해자 일반에 대하여 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리 내지 변호인 선임권을 인정하여야 하며, 정책적으로 특별한 보호가 필요한 범죄피해자에게는 그 범죄 유형과 피해 정도를 고려하여 피해자 국선변호사제도를 도입하여야 한다는 것이다. 첫째, 범죄피해자 변호인제도의 도입을 위하여 최우선적으로 필요한 것은 「형사소송법」에 피해자의 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 근거 규정을 마련하고, 피해자 변호인의 권리의 범위를 설정하는 것임을 주장하였다. 피해자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 방식은, 형사소송법상 변호인 선임권자에 범죄피해자를 추가하는 방식과 피해자에게 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 새롭게 규정하는 방식을 제시하였다. 한편, 변호인의 권리 내용 및 범위 설정에 있어서는, 피해자 조사 및 공판에 참여할 권리, 의견을 진술할 권리, 이의를 제기할 권리, 기일을 통지 받을 권리, 기록을 열람 및 등사할 권리 등이 명문으로 규정되어야 함을 제시하였다. 다만, 이렇게 변호인의 권리를 인정하는 취지는, 어디까지나 피의자 또는 피고인의 방어권에 부당한 침해를 주지 않는 범위 내에서 수사기관을 통제하고 피해자의 권익을 보호하기 위함이라는 점을 지적하였다. 이는 국가소추주의라는 형사절차의 큰 틀과 피고인 또는 피의자의 방어권이 피해자 변호인제도의 도입으로 인하여 훼손되어서는 안 되는 가치이기 때문이다. 둘째, 상대적으로 중한 피해를 입었거나 특별한 보호가 필요한 범죄피해자들에 대하여서는 국가의 비용으로 변호인을 선임하여 주는 피해자 국선변호인제도가 필요함을 주장하였다. 국선변호인제도

는 현행 성폭력 범죄피해자 국선변호인제도를 근간으로 하여, 국선변호사를 선정 받을 수 있는 범죄피해자의 범위를 확대하고, 국선변호인의 선정절차 및 관리를 강화하는 방향으로 개선되어야 할 것이다. 특히, 국선변호인을 선정 받을 수 있는 범죄피해자의 범위를 설정하는데 있어서는, 현행 「특정강력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상의 특정강력범죄로 인한 피해자, 일본의 피해자참가 대상 범죄 및 피해자를 입법 모델로 참고 할 수 있음을 제시하였다.

범죄피해자에 대한 보호 정책은 강화되고 있는 추세지만, 형사절차에서 범죄피해자는 여전히 수사기관의 객관의무와 무관심, 법원의 외면, 피고인의 방어권 행사 속에서 온전한 보호를 받지 못하고 있다. 형사절차 전 과정에서 범죄피해자가 소외되지 않고 기본권을 실효적으로 보호받기 위해서는 모든 범죄피해자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 범죄피해자 변호인제도를 도입하는 것이 최선의 방법이라고 생각한다. 범죄피해자 변호인제도가 도입되어 정착이 된다면, 범죄피해자의 형사절차상의 지위 향상은 물론, 궁극적으로 국가소추주의의 실효성을 확보하고 사법부에 대한 신뢰를 회복하는데 크게 기여할 수 있을 것이라 기대한다.

참고 문헌

1. 단행본

- 김용세, 『피해자학』, 형설출판사, 2009
- 김성돈, 『독일형사소송법』, 성균관대학교출판부, 2012
- 배종대, 『형사정책』, 홍문사, 2011
- 법무부 형사법제과 역, 『독일 형사소송법』, 2012
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2011
- 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 2007
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2010
- _____, 『헌법연구 5』, 박영사, 2005
- 한수웅, 『헌법학』 제3판, 법문사, 2013
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2009

2. 학술논문

- 강석구, 박광민, 김재희(공저), 『양형에서 범죄피해자의 역할 제고방안』, 한국형사정책연구원, 2009. 12
- 김성돈, “피해자변호인제도 도입방안”, 『피해자학연구』 제10권 제2호, 한국피해자학회, 2002
- 김용세, “한국 범죄피해자 지원법제의 현황과 발전방향”, 『피해자학연구』 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012
- 김재희, “범죄피해자변호인의 역할과 국선피해자변호인제도”, 『피해자학연구』 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012
- 노정환, “수사절차상 범죄피해자의 법적지위-정의의 회복이론에 입각하여-”, 『형사법의 신동향』 통권 제16호, 대검찰청, 2008.10
- 류병관, “형사절차상 범죄피해자권리의 헌법적 보장에 관한 연구”, 『피

- 해자학연구』 제14권 제1호, 한국피해자학회, 2006
- 배준현·이은해, “성폭력 사건의 공판절차 및 법률조력인의 역할”, 『법률조력인 전문화과정자료집』, 법무부·대한변호사협회, 2012
- 송광섭, “형사절차에 있어서 피해자의 지위 강화”, 『피해자학연구』 제8호, 한국피해자학회, 2000
- 성낙인, “기본권으로서의 청구권적 기본권”, 『고시계』, 고시연구소, 1996
- 신주호, “범죄피해자권리의 헌법상 근거에 관한 소고”, 『세계헌법연구』 제16권 제4호, 국제헌법학회, 2010
- 안성수, “범죄피해자 보호의 제도적 강화방안”, 『형사법의 신동향』 통권 제16호, 대검찰청, 2008.10
- 원혜옥, “피해자변호인제도에 대한 소고”, 『피해자학연구』 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012
- 이재상, “형사절차에서의 피해자보호”, 『피해자학연구』 창간호, 한국피해자학회, 1992
- 이진국, “범죄피해자와 회복적사법”, 『형사법연구』 제19권 제3호(통권 제32호), 한국형사법학회, 2007
- _____, “피해자중심적 사법개혁의 발전방향 - 독일 피해자보호입법의 발전과 비교를 중심으로”, 『피해자학연구』 제16권 제2호, 한국피해자학회, 2008
- 이호중, “피해자변호인의 신문참여권”, 『형사정책연구』 제17권 제3호, 한국형사정책연구원, 2006
- _____, “성폭력 2차 피해의 근절을 위한 정책 제언”, 아동·청소년 성폭력 2차 피해, 국가 책임을 묻다: 대안을 찾아가는 토론회, 2008
- 이효원, “범죄피해자의 헌법상 기본권보호”, 『서울대학교 법학』, 제50권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2009.12.
- 정도희, “피해자변호인제도의 도입과 실현방향-성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정안을 중심으로-”, 『피해자학연구』 제19권 제2호, 한국피해자학회, 2011
- 정승환, “범죄피해자기본법의 제정과 형사절차에서 피해자의 지위 회복”, 『인권과 정의』 2005.6.
- 조균석, “형사절차에서의 범죄피해자 보호방안”, 『형사법개정연구자료

- 집』, 법무부, 2009.12.
- 천진호, “범죄피해자 권리 확보방안”, 『피해자학연구』 제15권 제1호, 한국피해자학회, 2007
- 하태훈, “형사피해자의 형사절차상의 지위와 권리”, 『안암법학』 창간호, 고려대학교 안암법학회, 1993.9
- _____, “증인 또는 범죄피해자 보호제도”, 『피해자학연구』 제4호, 한국피해자학회, 1996

3. 기타자료

- 법무부 “2012년 범죄피해자보호시행 계획”
- 법무부·대한변호사협회 공동주관 “피해자 국선변호사 시행1주년, 성과 평가와 제도적 발전방향에 관한 심포지엄” 보도자료, 2013.3.15.
- 여성가족위원회 수석전문위원, “아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안(강명순의원 대표발의) 검토보고서”, 2011.3.
- 성폭력 피해아동 법률조력인 제도 입법공청회 자료집, 2011. 5. 4.
- 서울중앙지방법검찰청, 개정 성폭법 시행 100일 심포지엄 자료집 2013. 9. 30.
- 법무부·대한변호사협회, 피해자 국선변호사 교육자료, 서울중앙지방법검찰청 여성아동범죄조사부 법률조력인 전문화 과정 자료집, 2013
- 법무부·대한변호사협회, 법률조력인 전문화 과정 교육자료집, 2012

4. 웹사이트

- 법제처 세계법제정보센터 독일 법령자료
(<http://world.moleg.go.kr/World/WesternEurope/DE/law>)
- 독일 연방 법무부 법령정보센터
(<http://www.gesetze-im-internet.de/>)

법제처 세계법제정보센터 일본 법령자료

(<http://world.moleg.go.kr/World/EastAsia/JP/law>)

일본 법무성 홈페이지

(<http://www.moj.go.jp/>)

일본법령외국어번역데이터베이스 시스템

(<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/>)

일본 전자정부 종합창구 법령데이터 제공시스템

(<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>)

일본사법지원센터

(<http://www.houterasu.or.jp/>)

Abstract

A Constitutional Study on the Victims Counsel System

Seo, Hye Jin

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

Victims of crime have constitutional rights to give a statement during trial proceedings and compensation for his or her Injuries. In spite of these fundamental rights, victims of crime are not protected properly in criminal procedure. Also, they feel difficulty to participate in the process. In order to protect victims' fundamental rights and facilitate participating in criminal procedure, there is a need of the victims counsel system.

The aim of this thesis is to find constitutional reasons on the necessity of the victims counsel system. The thesis includes a analysis of victims' rights in the criminal procedure, the structure of victims of sexual crime counsel system in operation and its problems, the victims counsel system in Germany and Japan, the way of introducing this system in Korea.

keywords : Victim, Victims Counsel, Victims Attorney,
Victim's Right, Right of Counsel, Victims of Sexual
Crime

Student Number : 2012-21263