

# 일본 피해자참가제도 시행 7년의 운영 성과와 그 시사점

## Seven-year Application of the Japanese Victim Participation System and Its Implications

조 균 석\*

Cho, Kyoon-Seok

### 목 차

- |                         |                            |
|-------------------------|----------------------------|
| I. 글머리에                 | III. 피해자참가제도의 운용 현황과 그 시사점 |
| II. 피해자참가제도의 도입 및 시행 경과 | IV. 나오며                    |

일본은 2008년 12월 범죄피해자가 형사절차의 참가하여 증인신문, 피고인질문은 물론 변론으로서의 의견진술을 할 수 있도록 하는 피해자참가제도를 도입하여 시행하고 있다. 지난 7년간의 운용 현황을 분석한 결과, 제도의 기본취지에 따라 순조롭게 운용되고 있음을 알 수 있다.

우리나라에서는 지난 2011년 일본 제도를 모델로 한 피해자참가제도의 도입 등을 내용으로 한 형사소송법개정법률안(2011년 정부안)을 정부에서 제출하였으나 제대로 된 논의도 이루어지지 못한 채 폐기된 바 있다. 그러나 피해자보호에 대한 사회의 요구가 더욱 커지고 있는 점에 비추어, 하루라도 빨리 피해자참가제도를 도입할 필요성이 커지고 있다. 새롭게 피해자참가제도를 도입할 경우, 일본에서의 운용 성과를 잘 분석하여 이를 참조할 필요가 있다.

이런 점에서 앞으로 피해자참가제도를 도입할 경우, 다음과 같은 사항을 고려하여야 할 것이다. 첫째, 대상범죄를 2011년 정부안 보다 넓게 인정하여야 하고 특히 교통범죄로 인한 피해자의 참가 의지가 큰 점에 비추어 이를 꼭 포함시켜야 한다. 둘째, 피해자참가인을 위한 변호사제도를 도입하고, 자력이 모자란 피해자에 대해서는 국선변호사의

투고일 : 2017. 8. 29. / 심사완료일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 10. 11.

\* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수

Professor, School of Law, Ewha Womans University

조력을 받도록 하여야 한다. 셋째, 피해자가 참가를 원할 경우 거의 99% 허용하는 일본 실무에 비추어 참가신청은 2011년 정부안과 마찬가지로 검사에게 하도록 하고, 나아가 검사의 권한행사에 대한 의견진술권을 보장하고 검사의 설명의무를 부과하여야 한다. 넷째, 피해자참가인의 권한을 보다 강화하여야 한다. 즉, 공판준비절차에의 출석을 허용하고, 정상사실 외에 범죄사실에 대해서도 증인신문이나 피고인신문을 할 수 있도록 하여야 하고, 변론으로서의 의견진술, 즉 논고·구형을 인정하여야 한다. 나아가 증거신청권이나 상소권도 부여할 필요가 있다.

**[주제어]** 범죄피해자, 피해자보호, 피해자참가, 일본피해자참가제도, 피해자변호사

## I. 글머리에

범죄로 인하여 피해를 당한 사람, 즉 범죄피해자(이하, ‘피해자’로 약칭한다)가 형사절차의 주변자이던 시대는 이미 끝났다. 그러나 아직 형사절차의 주체나 당사자의 지위에까지는 이르지 못했다는 것이 일반적인 견해이다. 피해자가 소송상 어떤 지위에 있는지를 불문하고, 피해자에게 ① 공정한 처우를 받을 권리, ② 정보를 제공받을 권리, ③ 피해회복을 받을 권리, ④ 의견을 진술할 권리, ⑤ 지원을 받을 권리, ⑥ 사생활과 안전을 보호받을 권리가 있다는 데는 의문이 없다.<sup>1)</sup> 이 중에서 피해자가 주체적으로 행사할 수 있는 권리는 ④의 형사절차에 참석하여 자신의 의견을 진술할 권리이다.

④의 권리를 보장하기 위하여 헌법 제27조 제5항(피해자의 진술권), ‘형사소송법’ 제294조의2(피해자등의 진술권), ‘범죄피해자 보호법’ 제8조(형사절차 참여 보장 등)를 두고 있으나, 적극적으로 피해자의 형사절차참가권을 보장하는 다른 나라의 입법에 비하여 미흡한 실정이었다.<sup>2)</sup> 2005년에 제정된 범죄피해자 보호법에 따라 2007년 “범죄피해자보호지원에 관한 기본계획”(2007-2011)이 마련되었는데, 그 안에 형사절차의 참여보장을 위하여 공판절차에서 피해자의 진술권을 강화하는 내용이 포함되었다.<sup>3)</sup> 이에 따라

1) 조균석, 검찰업무와 인권, 법무연수원, 2015, 215쪽.

2) 피해자는 미국에서는 제한적 당사자(limited standing)로서 재판절차에 참가하여 의견을 진술할 수 있고, 독일에서는 부대공소(Nebenklage)제도가, 일본에서는 피해자참가제도가 인정되고 있고, 중국 형사소송법은 피해자의 당사자성을 인정하고 있다(이에 대해서는 조균석, “형사절차에서의 범죄피해자보호 방안 - 피해자참가 제도의 도입을 중심으로 -”, 형사법개정연구자료집 I, 법무부, 2009. 12, 547쪽의 <표 3> 각국의 형사절차상 범죄피해자의 주요 권리 참조).

3) 법무부, 범죄피해자보호·지원에 관한 기본계획(2007-2011), 법무부, 24-25쪽.

정부는 피해자참가제도를 도입하는 내용 등이 포함된 형사소송법 일부개정법률안을 마련하여 2011년 7월 15일 국회에 제출하였다(이하, ‘2011년 정부안’이라고 한다).<sup>4)</sup> 그런데 2011년 정부안에는 사법협조자 소추면제 및 형벌감면제도·중요참고인 출석의무제·사법방해죄의 각 도입, 영상녹화물의 본증 인정 등의 내용이 함께 들어 있었다. 피해자참가제도에 대해서는 법원에서도 긍정적인 반응을 보이는 등 전체적으로 찬성하는 분위기였으나, 검찰의 권한이 커지는 데 대한 우려나 검찰에 대한 불신 등의 이유로 나머지에 대해서는 법조계·학계는 물론 여·야 정치권이 전반적으로 반대하는 입장을 취하였다. 그 결과, 2011년 정부안은 제대로 된 논의조차 해보지 못한 채 2012년 5월 29일 제18대 국회 임기만으로 폐기되었다.

2011년 정부안의 입법 좌절 후에도 법무부의 형사소송법 개정특별분과위원회에서 피해자참가제도의 도입에 관한 논의가 계속되었고, 2012년의 제2차 “범죄피해자보호지원에 관한 기본계획”(2012-2016)은 보다 적극적으로 피해자가 사건의 ‘당사자’로서 형사절차에 참여할 수 있도록 법령을 개정한다는 내용을 포함시켰다.<sup>5)</sup> 그러나 현재까지 피해자참가제도를 도입하려는 형사소송법개정법률안은 국회에 제출되지 못하고 있다. 뿐만 아니라 참가제도의 도입에 부정적인 기류가 더해져 2017년의 제3차 “범죄피해자보호지원에 관한 기본계획”(2017-2021)에는 현재 형사소송규칙으로 인정되고 있는 증인이 아닌 피해자로서의 의견진술권(규칙 제134조의10 내지 제134조의11)을 상위법인 형사소송법에 규정한다는 내용으로 전면 후퇴하였다.

이에, 2011년 정부안의 모델이 되었던 일본의 피해자참가제도의 운영 현황과 그 성과의 분석을 통하여 피해자참가의 도입이 왜 꼭 필요하고, 만일 이를 도입할 경우 어떤 점에 유의해야 할 것인지 그 시사점에 대하여 살펴보기로 한다.

## II. 피해자참가제도의 도입 및 시행 경과

일본은 우리나라와 같이 국가소추주의, 검사의 기소독점주의를 취하고 있고, 형사소송은 원칙적으로 당사자주의를 택하고 있다.<sup>6)</sup> 이러한 형사소송구조에서 종래 피해자는

4) 이에 대해서는 법무부, 선진형사사법제도 입법관련 Q&A, 2011; 박미숙/이진국, 형사절차상 피해자참여 운영 현황과 개선방안 - 피해자참여제도 도입을 위한 기초연구, 한국형사정책연구원, 2015, 111-124쪽.

5) 법무부, 범죄피해자보호·지원에 관한 제2차 기본계획(2012-2016), 법무부, 16-17쪽.

검사와 피고인·변호인의 입증행위의 증거수단으로 취급되고, 경우에 따라서는 피고인의 헌법상 권리행사로 인하여 피고인이 재정하는 공개법정에서 사생활에 관한 증언을 강요당하기도 하였다.

그러나 일본에서도 1990년대부터 피해자보호에 관한 사회적 공감대가 형성되면서 형사절차에서 피해자의 권리를 구체화하는 입법이 추진되었다. 먼저 2000년 4월 ‘형사소송법 및 검찰심사회법의 일부를 개정하는 법률’, ‘범죄피해자 등의 보호를 도모하기 위한 형사절차에 부수하는 조치에 관한 법률’로 구성된 소위 범죄피해자보호관련 2법이 제정되었다. 동법에 의하여 ① 증인신문 시의 차폐조치(일본형소법 제157조의2), 비디오 링크 방식에 의한 증인신문(제157조의4) 등 증인에 대한 부담경감을 위한 조치, ② 피해자의 공판에서의 의견진술권(제292조의2), ③ 증인동석제(제157조의2), ④ 공판기록의 열람·등사(범죄피해자 등의 보호를 도모하기 위한 형사절차에 부수하는 조치에 관한 법률 제3조), ⑤ 형사소송절차에서의 화해(동법 제4조), ⑥ 성범죄 고소기간의 철폐가 인정되었다. 그러나 이러한 것들은 어디까지나 기존의 형사절차의 틀을 그대로 둔 채, 피해자를 위한 조치들을 일부 도입한 것에 불과하였다.

이 후, 2004년 12월 ‘범죄피해자기본법’이 제정되고, 이에 따라 범죄피해자기본계획이 수립되면서 이를 구체화하여 형사절차에서 피해자의 권리를 한층 더 강화하기 위한 입법이 진행되었는데, 그 핵심이 되는 것은 피해자의 소송참가였다. 이를 둘러싸고는 무죄추정의 원칙에 반한다는 등의 반대도 있었지만 논란 끝에 2007년 6월 20일 ‘범죄피해자등의 권리이익의 보호를 도모하기 위한 형사소송법등의 일부를 개정하는 법률’(이하, 범죄피해자등보호법이라 약칭한다)이 제정되어 피해자의 소송참가가 인정되었고, 2008년 12월 1일부터 시행되었다.<sup>7)</sup>

피해자참가가 인정되었지만, 법원의 결정에 의하여 피해자의 소송참가를 인정하고, 검사를 통하여 권리를 행사하도록 하는 제한적 소송참가형태를 취하였다. 이는 당사자주의를 근간으로 한 종래의 형사소송구조의 틀을 바꾸지 않은 채 피해자에게 소송상 특별한 지위를 부여하기 위한 것으로 생각된다. 일본 피해자참가제도는 첫째, 피해자참

6) 渥美東洋, 刑事訴訟法(新版補訂), 有斐閣, 2001, 216頁 以下.

7) 일본 피해자참가제도의 내용에 관하여는 最高裁判所事務總局刑事局 監修, 平成19年・平成20年の犯罪被害者等保護關連改正法及び改正規則の解説, 法曹會, 2009; 김형만, “일본의 범죄피해자 형사재판 참가제도에 관한 고찰”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008, 281-303쪽; 박미숙/이진국, 앞의 책, 140-170쪽; 이정민, “피해자 참가와 형사재판의 변화”, 피해자학연구 제17권 제2호, 한국피해자학회, 2009, 10, 35-57쪽 참조.

가인의 활동이 정상에 관한 증인신문, 피고인질문이나 의견진술에 한정되어 기소사건의 유죄를 지원하는 방향으로의 활동을 인정하지 않고, 둘째, 검사의 법정활동에 피해자참가인의 의견을 반영시키거나 그 활동을 보충하는 기능을 분담하는 데 그칠 뿐 독자적인 활동을 인정하지 않고 있다는 점이 그 특색이라고 할 수 있다.

### Ⅲ. 피해자참가제도의 운용 현황과 그 시사점

#### 1. 피해자참가 대상사건과 대상자

##### 1.1 일본

피해자참가 대상범죄는 ① 고의의 범죄행위에 의하여 사람을 사상시킨 죄, ② 강제추행, 강간, 준강제추행 및 준강간, 업무상과실치사상등죄, 체포 및 감금죄, 약취·유괴 및 인신매매의 죄, ③ 그 범죄행위에 위 ②의 죄의 범죄행위를 포함하는 죄, ④ 자동차의 운전이 의하여 사람을 사상케 한 행위 등의 처벌에 관한 법률(2013년 법률 제86호, 2014년 5월 20일 시행) 제4조(과실운전치사상 알코올 등 영향발각 면탈), 제5조(과실운전치사상) 또는 제6조 제3항, 제4항(위 제4조·제5조에 대한 무면허운전에 의한 가중죄), ⑤ 위 ① 내지 ③의 죄의 미수죄 등이다(일본형소법 제316조의33 제1항). 이는 개인을 존엄을 근간으로 하는 생명, 신체, 자유를 침해하는 죄로서 평소 피해자의 재판참가 요구가 큰 사건들에 해당한다. 그리고 피해자참가를 할 수 있는 사람은 ① 대상범죄의 피해자, ② 피해자가 사망하거나 심신에 중대한 장애가 있는 경우는 그 배우자, 직계 친족 또는 형제자매(이하, ① 내지 ③을 합하여 ‘피해자등’이라 한다), ③ 피해자의 법정대리인이다(일본형소법 제316조의33 제1항).

피해자참가제도는 2008년 12월부터 실시되었는데, 사실상 첫 해인 2009년에는 제1심에서 피해자참가신청이 있었던 사건 중 종결처리 된 사건 피고인은 모두 403명이었는데, 참가신청을 한 피해자등은 571명이었고, 그 중 98.1%인 560명이 법원으로부터 허가를 받았다. 참가신청자는 매년 증가하여 2015년에는 종결된 피고인이 915명이었는데, 2009년의 2.4배에 해당하는 1,391명이 신청하여 99.0%인 1,377명이 허가되었다. 신청허가

된 사건 중 30%는 재판원재판사건이었다. 한편, 2015년의 제1심 종결 피고인이 60,887명이었는데 그 중 1.5%에 이르는 사건에서 피해자참가가 신청된 셈이다(<표 III-1>피해자참가 신청 및 허가).

<표 III-1> 피해자참가 신청 및 허가 현황<sup>8)</sup>

연도	제1심 종결처리 인원(피고인)	피해자참가				
		종결처리 인원 (피고인)	처리사건 대비 참가율	신청인원 (피해자등)	허가인원 (재판원재판)	허가율
2009	76,590	403	0.5%	571	560(22)	98.1%
2010	72,716	588	0.8%	849	839(262)	98.8%
2011	67,110	586	0.9%	914	902(320)	98.7%
2012	65,047	660	1.0%	1,023	1,002(327)	97.9%
2013	60,338	811	1.3%	1,306	1,297(366)	99.3%
2014	59,667	821	1.4%	1,241	1,227(317)	98.9%
2015	60,887	915	1.5%	1,391	1,377(417)	99.0%

<표 III-2> 죄명별 피해자참가 현황(2015년)<sup>9)</sup>

죄명		종결처리인원	신청인원	허가인원	죄명	종결처리인원	신청인원	허가인원	
	살인	80	158	157	위험운전치사	2	2	2	
강도	강도치상	23	32	32	위험운전치상	7	15	15	
	강도치사 (강도살인)	10	22	21	업무상과실치사상	24	56	56	
	강도강간	7	9	9	자동차	운전과실상해	30	38	38
상해	상해	123	129	128		운전과실치사	76	130	130
	상해치사	46	71	68		자동차운전사상처벌법위반	222	362	357
강간·추행	강제추행	98	119	118	도로교통법위반	25	35	34	
	강제추행치사상	22	33	33	체포·감금치사상	3	4	4	
	강간	46	65	64	영리약취등	8	15	15	
	강간치사상	32	48	48	폭처법위반	3	3	3	
	집단강간	4	4	4	미성년자약취유괴	1	1	1	
	집단강간치사상	3	3	3	중과실치사	1	2	2	

8) 最高裁判所, 2009-2015年 司法統計年報(刑事編) 및 日本辯護士連合會, 2016年 辯護士白書を 참조하여 작성.

9) 最高裁判所, 2015年 司法統計年報(刑事編)를 참조하여 작성.

피해자참가가 신청된 사건의 죄명을 유형별로 살펴보면, 교통사고 관련범죄(위험운전 및 운전과실)가 피고인수로는 전체(915명)의 36.8%인 337명으로 가장 많음은 물론 신청·허가인원으로도 가장 많다. 그 다음이 살인·강도치사·상해(치사) 등 강력범죄, 강간·강제추행 등 성범죄의 순으로 전체의 대부분을 차지하고 있다(<표 III-2> 죄명별 피해자참가 현황(2015년)).

## 1.2 우리나라에의 시사점

2011년 정부안도 강력범죄, 성범죄, 교통사고처리특례법이 적용되는 업무상(중)과실 치사상죄를 그 대상범죄로 하고 있어(안 제294조의5 제1항 제2호), 대체로 그 방향성은 타당하다고 생각한다. 다만, 대상범죄를 제한적으로 열거하다 보니 강력범죄의 경우 그 범위가 지나치게 좁은 감이 있다. 예컨대, 형법 제29장의 체포·감금의 죄가 제외되다 보니 대상인 상해죄(형법 제257조 제1항)보다 그 법정형이 높은 체포·감금치사상죄(형법 제281조)는 대상이 아니다. 이런 점을 개선하기 위해서는 일본과 같이 ‘고의의 범죄행위에 의하여 사람을 사상시킨 죄’를 대상범죄의 한 유형으로 신설하는 것이 바람직하다.<sup>10)</sup>

한편, 2011년의 입법 좌절을 겪은 뒤 제도 도입 초기에는 그 대상범죄를 줄여 시행착오를 최소화한 다음 긍정적인 면이 부각되면 이를 넓혀가자는 주장이 제기되고 있다.<sup>11)</sup> 예컨대 대상사건을 증대한 생명·신체 침해범죄로 축소하고, 특히 교통사고를 중상해 또는 사망에 이르게 한 경우로 제한하여 대폭 그 범위를 줄이자는 것이다. 그러나 일본에서 실제 교통사고 관련범죄의 신청인원이 가장 많은 점을 고려하면(<표 III-2>죄명별 피해자참가 현황(2015년)), 이러한 주장은 적절하다고 할 수 없다. 오히려 뒤에서 살펴보는 바와 같이 피해자참가제도의 도입 시의 여러 우려가 현실적으로 크게 문제되지 않은 점을 고려하면, 오히려 그 대상범죄를 2011년 정부안보다는 넓힐 필요가 있다. 예컨대, 일본에서는 그 대상이 아니지만 재정신청 대상사건이 모든 고소사건으로 확대되어 있는 우리나라에서는 법원으로부터 공소제기결정이 내려진 사건에 대해서도 피해자참가를 인정할 필요가 있다.<sup>12)</sup>

10) 조균석, “형사재판절차에서의 범죄피해자 참가제도의 도입 방안”, 피해자학연구 제19권 제1호, 한국피해자학회, 2010.4, 11-12쪽.

11) 박미숙·이진국, 앞의 책, 250쪽.

12) 박미숙·이진국, 위의 책, 250쪽; 조균석, 앞의 논문(주10), 12-13쪽.

## 2. 피해자참가인의 변호사

### 2.1 일본

피해자참가를 원하는 피해자등 또는 피해자의 법정대리인은 변호사를 위탁하여 참가 신청을 할 수 있고(일본형소법 제316조의33), 피고사건에의 절차참가가 허용된 신청인, 즉 피해자참가인도 변호사를 위탁할 수 있다(일본형소법 제316조의34 내지 제316조의38).<sup>13)</sup> 그리고 2008년 4월 16일 “범죄피해자등의 권리이익의 보호를 위한 형사절차에 부수된 조치에 관한 법률 및 종합법률지원법을 일부 개정하는 법률”(이하, 부수조치법이라 한다)이 제정되어, 자력이 부족한 피해자참가인에 대한 국선변호사제도가 도입되었다. 즉, 변호사에게 위탁하여 참가절차에서 권리를 행사하고자 하는 피해자참가인 일정한 자격요건을 갖춘 사람은 피고사건이 계속 중인 법원에 피해자참가변호사의 선정을 청구할 수 있다(동법 제5조 제1항). 선정 청구는 일본사법지원센터(‘법테라스’라고도 한다)<sup>14)</sup>를 경유해야 하는데, 그 경우 피해자참가인은 자력 및 그 내역을 서면으로 제출하여야 한다(동법 제5조 제2항). 지원센터는 법원이 선정하는 피해자참가변호사의 후보를 지명하여 법원에 통지하여야 하고(동법 제6조 제1항·제3항), 법원은 청구가 부적법한 경우 등 일정한 경우를 제외하고는 피해자참가변호사를 선정한다(동법 제7조 제1항). 이처럼 피해자참가변호사의 선정 자체는 법원에서 하지만, 그 밖의 관리·지원업무는 법원이 아닌 지원센터에서 담당하고 있다.

피해자참가인 가운데 사선·국선을 불문하고 변호사를 위탁한 인원은 60% 후반을 유지하다가 2014년부터 크게 늘어나 2015년에는 전체의 78.5%에 해당하는 1,081명에 이르고 있다. 마찬가지로 변호사 중 국선변호사 인원도 점차 늘어나 2015년에는 절반에 가까운 533명(49.3%)에 이르고 있다(<표 III-3> 피해자참가변호사 위탁 현황). 그러나 2015년의 제1심 종국 피고인 60,887명 중 변호인이 선임된 인원이 전체의 99.4%인 60,536명에 이르고, 그 중 국선이 85% 대에 이르는 것<sup>15)</sup>과 비교해 볼 때, 아직까지 피해자가 변호사의 조력, 특히 국선변호사에 의한 조력을 충분히 받지 못하고 있음을 알 수 있다.

13) 피고인의 조력을 위한 ‘변호인’의 ‘선임’에 대응하여 피해자참가인의 경우에는 ‘변호사’를 ‘위탁’ 또는 ‘선정’할 수 있도록 하였다.

14) 종합법률지원법 제13조에서 규정하는 일본사법지원센터를 말하고, 우리나라의 법률구조공단과 유사한 기관이다.

15) 最高裁判所, 2015年 司法統計年報(刑事編), 表25에 의함.

〈표 III-3〉 피해자참가변호사 위탁 현황<sup>16)</sup>

연도	피해자참가인 (A)	변호사 위탁		국선변호사 위탁	
		인원(B)	비율(B/A)	인원(C)	비율(C/B)
2009	560	367	65.5%	131	35.7%
2010	839	557	66.4%	272	48.8%
2011	902	632	70.1%	275	43.5%
2012	1,002	677	67.6%	324	47.9%
2013	1,297	873	67.3%	410	47.0%
2014	1,227	951	77.5%	462	48.6%
2015	1,377	1,081	78.5%	533	49.3%

한편 죄명별로 국선변호사의 위탁율을 보면, 2015년의 경우 강도치사상·강도강간등이 86.3%로 가장 높고, 그 다음으로 성범죄, 살인 등 강력범죄의 위탁율이 높은 것을 알 수 있다. 반면에 교통사고의 경우 10%-20%에 불과하고, 업무상과실치사상의 경우 국선변호사 위탁은 1명 밖에 없는 실정이다(<표 III-4> 죄명별 피해자참가 국선변호사 위탁 현황(2015년)).

교통사고의 피해자들의 자력이 다른 범죄에 비하여 많기 때문에 위와 같은 결과가 나왔을 것으로 보이지만, 교통사고의 경우 비용을 들여 사선 변호사를 선임해서라도 피해자참가를 하겠다는 사람이 많은 것을 알 수 있다(<표 III-1> 참조). 이처럼 교통사고의 피해자들이 적극적으로 절차에 참가하는 것은 범죄의 성질과 밀접한 관련이 있다는 것이 일반적인 분석이다. 아침에 인사하고 나간 가족이 갑자기 사고로 사망하였지만 무슨 일이 일어났는지 전혀 몰라 그만큼 더 가슴이 아프고, 무엇보다 어떻게 해서라도 그 ‘진상을 알고 싶다’는 욕구가 크기 때문일 것으로 보고 있다.<sup>17)</sup> 그래서 교통사고의 경우, 피해자참가까지는 하지 않더라도 방청을 하러 오는 피해자가 많다고 한다.<sup>18)</sup>

16) 最高裁判所, 2009-2015年 司法統計年報(刑事編) 및 日本辯護士連合會, 2016年 辯護士白書を 참조하여 작성.

17) 座談會, 犯罪被害者支援の現状と課題, 論究ジュリスト No. 20, 有斐閣, 2017, 139頁(初又且敏 발언).

18) 위 같은 쪽(入江猛 발언).

〈표 III-4〉 죄명별 피해자참가 국선변호사 위탁 현황(2015년)<sup>19)</sup>

죄명	피해자참가인 (A)	변호사 위탁 (B)	국선변호사 위탁(C)	국선변호사 위탁율(C/B)
살인(살인미수)	157	141	74	52.5%
상해	128	108	70	64.8%
상해치사	68	61	34	55.7%
강간·강제추행	270	223	179	80.3%
업무상과실치사상	56	56	1	1.8%
자동차운전과실치사상	168	139	20	14.4%
강도치사상·강도강간등	62	51	44	86.3%
자동차운전사상처벌법위반	357	234	60	25.6%

## 2.2 우리나라에의 시사점

2011년 정부안은 피해자등으로부터 참가의 위임을 받은 변호인이 참가신청은 물론 공판에서 조력을 할 수 있는 규정을 두었다(안 제294조의5). 그 명칭을 일본의 피해자참가 ‘변호사’와는 달리 ‘변호인’이라는 용어를 사용하고 있다. 필자는 이를 피해자의 형사 절차에서의 지위를 보다 강화하여 당사자인 피고인에 준해서 보겠다는 의지를 보여준 것으로 평가하고 싶다. 다만, 일본과는 달리 국선변호인에 대한 규정을 두고 있지 않은 것은 타당하지 않다. 일본과 마찬가지로 자력이 부족한 피해자참가인에 대해서는 국선변호인을 반드시 선임해 주어야 한다. 그 규정방식에 대해서는 여러 의견이 있을 수 있겠지만, 이미 형사소송법 제33조에 피고인의 국선변호사제도가 있으므로 이를 참조하여 별도 규정하던지,<sup>20)</sup> 형사소송법 제33조에 피해자도 함께 규율하면<sup>21)</sup> 될 것이다.

다만, 국선변호인(또는 변호사)의 관리 등을 담당하는 기관으로 어디로 할 것인지 신중하게 검토할 필요가 있다. 일본에서는 우리 법률구조공단과 유사한 기능을 수행하는 일본사법지원센터에서 이를 담당하고 있다. 우리나라에서는 피고인의 국선변호인에 대해서는 법원에서 담당하고 있다. 그러나 성범죄·아동학대범죄의 피해자에 대한 국선변호사의 선임·관리 등은 법무부에서 담당하고 있으므로, 마찬가지로 피해자참가인 국선변호인에 대해서도 법무부에서 담당하는 것이 보다 효율적이라고 생각한다.<sup>22)</sup> 다

19) 最高裁判所, 2009-2015年 司法統計年報(刑事編) 및 日本辯護士連合會, 2016年 辯護士白書を 참조하여 작성.

20) 조균석, 앞의 논문(주10), 24쪽.

21) 박미숙/이진국, 앞의 책, 254쪽.

22) 대한변호사협회는 국선변호제도의 운영주체를 대한변호사협회로 일원화할 것을 주장하고 있다(대한변협신

만, 최근 새 정부의 국정기획과제에는 2019년부터 형사공공변호인 제도를 도입하겠다는 내용이 들어있다.<sup>23)</sup> 그 전담기구 등 구체적인 방안은 앞으로 논의되겠지만, 국정기획위원회는 이미 ‘변호처’ 도입 방안을 내놓은 바가 있다.<sup>24)</sup> 이는 2005년 설치된 사법제도개혁추진위원회에서 국선변호의 질을 향상시키기 위한 방안으로 2006년 11월 20일 채택·의결한 ‘공적 변호인(public defender)제도’<sup>25)</sup>를 구체화한 것으로 보인다. 만일 새 정부에서 변호처를 도입한다면, 변호처에서 피고인에 대한 국선변호뿐 아니라 피해자참가인을 포함하여 피해자에 대한 국선변호도 함께 담당하는 것이 보다 효율적일 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 우리나라에는 아직 피해자참가를 전제로 한 피해자참가변호사제도나 피해자변호인제도는 도입되어 있지 않지만, 성폭력범죄의 피해자와 아동학대범죄의 피해자에 대한 변호사제도는 도입되어 있다. 물론 국선변호사제도도 인정되고 있다. 그러나 그 주무기관이 일본은 일본사법지원센터임에 비하여 우리나라는 법무부에서 담당하고 있다. 그리고 국선변호의 경우, 일본은 자력을 기준으로 하고 있는 점에서 구분된다. 그리고 피해자에 대한 조력의 면에서도 일본의 피해자참가변호사제도에는 못 미치고 있다. 앞으로 피해자참가제도가 도입되더라도 피해자가 중복되지 않는 범위 내에서는 피해자국선변호사제도를 존치·발전시켜 나가야 할 것이다.<sup>26)</sup>

### 3. 참가절차

#### 3.1 일본

피해자등, 피해자의 법정대리인, 이들로부터 위탁을 받은 변호사는 검사에게 참가신

문, “국선변호제도 운영주체, 변협으로 일원화”, 2017.8.21).

23) 과제 6 ‘국민 인권을 우선하는 민주주의 회복과 강화’ 중.

24) 법률신문, “‘변호처’ 신설 논의 신중해야”, <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=119146>>, 검색일: 2017.8.22.

25) 사법제도개혁추진위원회, 사법선진화를 위한 개혁, 사법제도개혁추진위원회 백서(상), 2006. 301쪽; 사법제도개혁추진위원회, 사법선진화를 위한 개혁, 사법제도개혁추진위원회 백서(하), 2006, 558-560쪽.

26) 일본과의 비교 및 피해자국선변호사제도의 확대방안에 대해서는 강동욱, “피해자국선변호사제도의 확대방안”, 피해자국선변호사제도의 현황과 과제 심포지엄 자료집, 법무부·대한변호사협회, 2014.3.9, 65-107쪽; 김재희, “범죄피해자변호인의 역할과 국선피해자변호인제도”, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012, 289-315쪽; 정지혜, “공판과정에서의 국선피해자참가변호사제도 도입을 위한 비교연구 - 일본변호사연합회와 베테라스의 운영현황 분석을 통한 시사”, 비교형사법연구 제17권 제2호, 한국비교형사법학회, 2015, 22-44쪽 참조.

청을 하고, 검사는 의견을 붙여 법원에 통지한다(일본형소법 제316조의33 제2항). 통지를 받은 법원은 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 범죄의 성질, 피고인과의 관계나 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 경우에 결정으로 피해자등 또는 피해자의 법정대리인의 참가를 허가한다(일본형소법 제316조의33 제1항). 참가가 허가된 뒤에도, 참가허가를 받은 자가 피해자등에 해당하지 않는 것이 명백해 지거나 별조가 철회·변경 되어 피고사건이 대상사건에 해당되지 않게 된 경우나 참가를 인정하는 것이 상당하지 않다고 인정되기에 이른 경우에는 이를 취소할 수 있다(일본형소법 제316조의33 제3항).

이처럼 일본의 참가절차는 ‘검사에게 참가신청, 법원 허가결정’의 구조를 택하고 있다. 따라서 먼저 검사에게 신청하여야 한다. <표 III-1>에서 보는 바와 같이 2015년의 경우 제1심 종결 피고사건 중 피해자참가가 신청된 사건은 겨우 1.5%에 지나지 않는다. 그러나 살인사건의 경우는 종결처리 된 피고인 324명 중 24.7%에 이르는 80명에 대하여 피해자참가가 신청되었다. 그만큼 사건에 따라 참가신청율에 큰 차이가 있다. 조금 오래 된 통계이지만 2011년의 경우, 역시 살인죄가 가장 신청비율이 높고, 그 다음에 강력범죄, 교통범죄, 성범죄 순이다(<표 III-5>제1심 사건과 피해자참가신청사건 종결처리인원(2011년)). 2011년의 전체 신청비율이 0.9%이던 것이 2015년에는 1.5%로 크게 늘어남에 따라 개별범죄의 신청율도 늘고 있는 추세이다.

<표 III-5> 제1심 사건과 피해자참가신청사건 종결처리인원(2011년)<sup>27)</sup>

		처리인원	피해자참가신청된 처리인원	비율
합계		67,110	586	0.9%
죄명	강제추행·강간	1,902	81	4.3%
	살인	387	73	18.9%
	상해·위험운전치사상 등	4,357	106	2.4%
	자동차운전과실상해 등	5,445	247	4.5%
	강도치사상죄 등	430	40	9.3%

신청권자별로 보면, 대체로 직계친족이 가장 많고, 본인, 배우자, 형제자매, 법정대리인 순이다(<표 III-6> 피해자참가신청을 한 피해자등 현황)

27) 法務省, 第1回 平成19年改正刑事訴訟法等に関する意見交換會 자료를 기초로 작성.

〈표 III-6〉 피해자참가신청을 한 피해자등 현황<sup>28)</sup>

연도	합계	본인	배우자	직계친족	형제자매	법정대리인
2009	530	138	62	270	45	15
2010	893	227	103	472	65	26
2011	946	238	90	494	76	48

<표 III-1> 에서 보는 바와 같이, 일단 피해자참가를 신청하면 법원에서 99%는 이를 허가하고 있다. 허가하지 않는 사례는 크게 신청을 취하한 경우와 허가하지 않는 경우로 나눌 수 있다. 후자의 예로서는 폭력단의 대립항쟁사건 등과 같이 법정질서가 어지럽게 되거나 피고인의 방어에 불이익을 줄 우려가 있는 경우 외에 피해자와 피고인의 관계가 매우 나빠 마주하게 되면 예기치 못한 사태가 일어날 우려가 있는 경우 등을 상정할 수 있다.<sup>29)</sup>

### 3.2 우리나라에의 시사점

2011년 정부안도 일본과 마찬가지로 참가신청은 사전에 검사에게 하고 검사가 의견을 붙여 법원에 송부하면(안 제294조의5 제2항), 법원이 허가 여부를 결정하는 형태(안 제294조의5 제1항)를 취하고 있는데, 타당하다고 생각한다.<sup>30)</sup> 이와 관련하여, 첫째 검사에게 신청할 것이 아니라 바로 법원에 신청하도록 해야 한다는 주장이 있다.<sup>31)</sup> 그러나 피고인의 반대 당사자인 검사로서도 효율적인 공판 수행을 위해서 피해자참가가 적정한지 사전에 검토할 필요가 있고, 나아가 피해자참가인이 공판에서 그 권한을 효율적으로 행사하기 위해서는 검사와의 긴밀한 사전 협조가 필요한 점에서 타당하다고 할 수 없다. 둘째, 신청을 받은 검사에게 허가 여부에 관한 1차적 결정권을 주어야 한다는 주장이 있다. 그러나 검사가 불허할 경우 다시 법원에 불복할 기회를 주어야 하는 등 절차적으로도 번잡할 뿐 아니라, 일본의 경우 99%가 허가되는 점을 고려하면 위 주장은 부당하다.

28) 위 자료를 기초로 작성.

29) 最高裁判所事務總局刑事局 監修, 앞의 책, 75-76頁; 池田修·前田雅英, 刑事訴訟法講義(第5版), 東京大學出版會, 2014, 48頁 注1).

30) 조균석, 앞의 논문(주10), 13쪽.

31) 박미숙/이진국, 앞의 책, 252쪽.

## 4. 피해자참가인의 권한

### 4.1 일본

우리나라와 마찬가지로 일본에서도 피해자참가인이 아닌 일반 피해자등에 대해서도 형사절차에서 다양한 권리를 부여하고 있다. 즉, 피해자등이 증인으로 출석한 경우 보호자<sup>32)</sup>의 동석(일본형소법 제157조의2), 차폐조치(제157조의3), 비디오중계에 의한 신문(제157조의4), 피해자특정사항의 비닉 등 정보보호(제290조의2), 피해에 관한 심정 등 의견진술(제292조의2), 공판기록의 열람·등사(부수조치법 제3조·제4조)가 인정된다.<sup>33)</sup>

이에 더하여 피해자참가인 또는 그 위탁을 받은 변호사(이하, ‘피해자참가인등’이라 한다)에 대해서는 ① 공판기일예의 출석, ② 검사의 권한행사에 대한 의견진술, ③ 증인신문, ④ 피고인질문, ⑤ 변론으로서의 의견진술, ⑥ 보호자의 동석, ⑦ 차폐조치 등의 특별한 권한을 부여하고 있는데, 그 운영현황은 <표 III-7>과 같다.

<표 III-7> 피해자참가인의 권한 행사 현황<sup>34)</sup>

연도	피해자 참가인	증인신문	피고인 질문	논고·구형	심정에 관한 의견진술	보호자 동석	차폐 조치
2009	560	130	344	288	359	24	50
2010	839	217	484	428	522	40	115
2011	902	176	459	454	591	30	104
2012	1,002	193	475	479	639	38	95
2013	1,297	257	596	605	833	47	147
2014	1,227	261	587	596	804	93	195
2015	1,377	269	604	686	938	87	249

#### 4.1.1 공판기일예의 출석

피해자참가인등은 공판기일 및 증인신문 또는 검증이 행해지는 공판준비에 출석할 수 있다(일본형소법 제316조의34 제1항, 제5항).<sup>35)</sup> 그 당연한 전제로 공판기일은 피해자

32) ‘부첨인’(付添人)이라고 하는데, 우리나라의 신뢰관계에 있는 사람과 유사하다.

33) 2009-2015년 통계에 관하여는 最高裁判所, 犯罪被害者保護關連に基づく諸制度の實施狀況(高·地·簡裁總數), <[http://www.courts.go.jp/vcms\\_lf/28jisshijoukyou.pdf](http://www.courts.go.jp/vcms_lf/28jisshijoukyou.pdf)>, 검색일: 2017.8.26. 참조.

34) 最高裁判所, 2009-2015年 司法統計年報(刑事編) 및 日本辯護士連合會, 2016年 辯護士白書を 참조하여 작성.

에게 통지된다(제316조의34 제2항). 피해자참가인이 다수인 때에는 필요에 따라 전원 또는 일부를 참가시키거나, 그중에서 공판기일에 출석할 대표자를 선정하게 할 수도 있다(제316조의34 제3항). 한편, 법원은 심리의 상황·피해자참가인의 수 및 그 외의 사정을 고려하여 상당하고 인정하지 않을 때는 공판기일 전부 또는 일부의 출석을 허가하지 아니할 수 있다(일본형소법 제316조의34 제4항).

피해자참가인등은 85% 이상이 모든 기일에 출석하는 등 적극적으로 공판에 임하고 있는 것을 나타냈다.<sup>36)</sup> 다만, 성범죄의 경우 피해자감정의 문제나 2차 피해의 우려 등 여러 사정으로 인하여 피해자등이 직접 출석하기 보다는 피해자참가변호사의 조력을 얻는 경우가 많다고 한다.<sup>37)</sup>

한편, 최근 일본에서는 공판절차뿐 아니라 공판전준비절차<sup>38)</sup>에도 참가를 인정해 달라는 피해자참가인의 요구가 커지고 있다. 그 논거로는 ① 피해자참가인도 모르게 쟁점·증거정리·심리계획 등이 세워지면 피해자참가인이 소외감을 가지게 되고, 이는 피해 회복이나 형사사법의 신뢰의 측면에서 바람직하지 않다는 점, ② 위 절차에서 공판기일이 정해지므로 피해자참가인등이 그 기일에 참석하기 어려운 경우도 생기는데, 심리적으로 이미 정해진 기일을 변경해 달라고 요구하기 어려운 점, ③ 피해자참가인등이 효과적으로 소송활동을 하기 어려운 점 등이 거론된다.<sup>39)</sup> 이러한 요구에 따라 검찰에서는 필요할 경우 피해자참가인등이 공판전준비절차에 방청할 수 있도록 법원에 그 취지를 전달하고는 있으나 실무상 방청이 허용되는 경우는 거의 없다고 한다.<sup>40)</sup>

#### 4.1.2 검사의 권한행사에 대한 의견진술

피해자참가인등은 검사에게 형사소송법에 규정된 검사의 권한행사에 관하여 의견을 진술할 수 있고, 검사는 그 권한을 행사하거나 행사하지 아니한 때에는 필요에 따라 의견진술자에게 그 이유를 설명하여야 한다(일본형소법 제316조의35). 이는 검사의 권한

35) 피해자참가인이 공판정에 출석한 때에는 자력과 관계없이 여비(교통비) 및 일당은 물론, 재판 전날이나 당일 에 숙박이 필요하다고 인정되는 때에는 숙박료도 지급한다(그 지급건수와 지급액 등에 대해서는 日本辯護士協會, 2015年 辯護士白書, 22頁 참조).

36) 法務省의 第1回 平成19年改正刑事訴訟法等に関する意見交換會 자료에 의하면, 2011년의 경우 모든 기일 출석 86.0%, 일부 출석 11.7%, 모두 불출석 2.3%이다.

37) 앞의 座談會, 139頁(番敦子 발언).

38) 우리나라의 공판준비절차에 해당한다.

39) 椎橋隆幸, “被害者學·被害者支援の現状と課題”, 被害者學研究 第27号, 日本被害者學會, 2017.3, 10頁.

40) 앞의 座談會, 142頁(入江猛 발언).

행사에 관하여 피해자참가인등에게 의견진술권한을 주고, 검사에게는 설명의무를 부여함으로써 피해자참가인과 검사와의 원활한 소통을 꾀하도록 하기 위한 것인데, 최종적인 재량권은 여전히 검사에게 유보되어 있다.

실제로 위와 같은 의견진술을 하는 사례는 많지 않은 데, 의견 중에는 논고와 구형에 관한 것이 가장 많고, 피해자참가인에게는 인정되지 않는 증거신청이나 상소에 관한 의견도 있다(<표 III-8> 검사에 대한 의견진술 현황). 구체적인 의견진술을 하지 않더라도 피해자참가제도가 원활하게 운용되기 위해서는 검사와 피해자참가인등의 밀접한 커뮤니케이션이 무엇보다 중요하다.<sup>41)</sup>

<표 III-8> 검사의 권한행사에 대한 의견진술 현황<sup>42)</sup>

연도	의견진술 있음							의견진술 없음
	공소장 변경 등	증거신청	증거조사 방법	논고 구형	상소권	기타	합계	
2009	11	5	1	13	24	2	48	472
2010	5	15	3	15	7	2	41	845
2011	5	12	12	14	8	0	39	902

#### 4.1.3 증인신문

피해자참가인등이 증인을 신문하고자 할 경우, 검사의 신문(검사의 신문이 없는 때에는 피고인 또는 변호인의 신문)이 끝난 직후에 신문사항을 명백히 하여 검사에게 신청하고, 검사는 스스로 그것을 신문하는 경우를 제외하고는 의견을 붙여 법원에 통지하여야 한다(일본형소법 제316조의36 제2항). 법원은 증인을 신문하는 경우에 피해자참가인등으로부터 증인신문신청이 있는 때에는, 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 심리의 상황, 신문사항의 내용, 신청자수 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되면 피해자참가인등의 증인신문을 허가한다(일본형소법 제316조36 제1항). 허용되는 신문사항은 정상(情狀)에 관한 사항에 관하여 증인의 진술의 증명력을 다투기 위해 필요한 사항에 한정되고, 범죄사실에 관한 사항은 제외된다(일본형소법 제316조의36 제1항). 따라서 정상에 관한 사실 중에도 범죄사실 자체에 속하는 정상인 소위 범정(동기, 목적, 계획성, 범행태양 등)은 포함되지 않고, 피고인과 그 친족과의 합의나 사죄상황 등 같이 일반정상에

41) 椎橋隆幸, 앞의 논문, 12頁.

42) 法務省, 第1回 平成19年改正刑事訴訟公法等に関する意見交換會 자료.

한정된다. 그리고 증인이 이미 증언한 진술의 증명력을 감소시키기 위한 탄핵적 질문에 한정되고, 새로운 사항의 신문은 할 수 없다.<sup>43)</sup> 그리고 재판장은 형사소송법 제259조 제1항 내지 제3항의 진술제한사유가 있는 외에, 피해자참가인등이 위 허용되는 신문사항 이외의 사항을 신문하는 경우 이를 제한할 수 있다(일본형소법 제316조의36 제3항).

신문절차나 사항 등을 매우 제한해 놓았기 때문에 다른 권한의 행사에 비하여 적게 행사하고는 있지만, 매년 늘어나는 추세이다(<표 III-7> 피해자참가인의 권한 행사 현황). 그리고 증인신문이 불허되는 예는 없고, 신문은 대부분 피해자참가인으로부터 위탁을 받은 변호사가 하지만 피해자 본인이 하는 경우도 적지 않다.<sup>44)</sup> 증인신문과 관련해서는, 현행대로 정상에 관한 사항에 한정해야 한다는 견해와 범죄사실에 관한 신문도 인정해야 한다는 견해가 여전히 대립하고 있다.<sup>45)</sup>

#### 4.1.4 피고인질문

피해자참가인등이 피고인에게 질문을 하고자 할 경우, 미리 질문사항을 명백히 하여 검사에게 신청하고, 검사는 스스로 그것을 질문하는 경우를 제외하고는 의견을 붙여 법원에 통지하여야 한다(일본 형소법 제316조의37 제2항). 법원은 피해자참가인등으로부터 질문신청이 있는 때에는, 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 피해자참가인등이 의견진술을 할 필요가 있다고 인정되는 경우에, 심리의 상황, 질문사항의 내용, 신청자수 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되면 신청자가 피고인에게 질문을 하도록 허가한다(일본 형소법 제316조의37 제1항). 재판장은 진술제한사유(일본형소법 제259조 제1항 내지 제3항)가 있는 외에, 피해자참가인등이 의견진술을 위하여 필요한 사항과 관계없는 사항에 관하여 질문하는 경우 이를 제한할 수 있다(일본형소법 제316조의37 제3항). 피고인질문은 의견진술을 하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 허용되는데, 이는 피해자참가인등이 장차 보다 효과적으로 피해사건에 관한 의견진술(일본형소법 제292조의2)이나 변론으로서의 사실 또는 법률적용에 관한 의견진술(일본형소법 제316조의38)을 할 수 있도록 하기 위하여 마련된 것이다. 따라서 증인신문의 경우와 달리 정상에 관한 사항에 한정되지 않는다.

피고인참가의 주된 목적 중에 하나가 피고인 본인으로부터 사건의 진상이 무엇인지

43) 池田修・前田雅英, 앞의 책, 50頁.

44) 法務省의 第1回 平成19年改正刑事訴訟法等に関する意見交換會 자료에 의하면, 2011년의 경우 153명이 증인신문을 신청하여 모두 허가되었고, 신문은 변호사 113명, 본인 29명, 쌍방 11명이 하였다.

45) 法務省, 平成19年改正刑事訴訟法等に関する意見交換會, における議論の概要, 2014. 7, 11-12頁.

확인하는 것이기 때문에 증인신문 보다는 피고인질문을 적극적으로 행사하고 있음을 알 수 있고, 매년 늘어나는 추세이다(<표 III-7> 피해자참가인의 권한 행사 현황). 증인신문과 마찬가지로 신청할 경우 불허되는 예는 거의 없고, 대부분 피해자참가인으로부터 위탁을 받은 변호사가 질문을 하지만 피해자 본인이 하는 경우도 많다.<sup>46)</sup>

#### 4.1.5 변론으로서의 의견진술

피해자참가인등이 사실 또는 법률의 적용에 관하여 의견진술을 하고자 할 경우, 미리 진술할 의견의 요지를 명백히 하여 검사에게 신청하고, 검사는 의견을 달아 법원에 통지하여야 한다(일본형소법 제316조의38 제2항). 법원은 피해자참가인등으로부터 의견진술 신청이 있는 때에는, 심리의 상황, 질문사항의 내용, 신청자수 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정되면 의견진술을 허가한다(일본형소법 제316조38 제1항). 의견진술은 검찰관의 논고·구형이 끝난 후에 소인으로 특정된 사실의 범위 내에서 한다(일본형소법 제316조의38 제1항). 사실 또는 법령의 적용에 관한 의견이라 함은 공소사실이나 양형의 기초가 되는 사실에 관하여 그와 같은 사실이 어떠한 증거에 의하여 인정되는가에 대한 의견과 인정된 사실에 대한 실체법 및 절차법의 구체적인 해석·적용에 관한 의견 등을 말한다. 한편, 재판장은 진술제한사유(일본형소법 제259조 제1항 내지 제3항)가 있는 외에, 피해자참가인등의 의견진술이 그 범위를 넘는 때에는 이를 제한할 수 있다(일본형소법 제316조의38 제3항). 그리고 위 의견진술은 검사의 논고나 변호인의 변론과 마찬가지로 의견에 지나지 않고, 증거로 할 수 없다(일본형소법 제316조의38 제4항).

<표 III-7> (피해자참가인의 권한 행사 현황)에서 보는 바와 같이, 피해자들에게 일반적으로 인정되는 심정에 관한 의견진술 외에 피해자참가인의 별도 권한 중에서는 변론으로서의 의견진술, 즉 논고와 구형이 가장 많음을 알 수 있는데, 2015년의 경우 피해자참가인 가운데 50%가 위 권한을 행사한 바 있다. 이러한 논고와 구형은 피고인의 양형에 어느 정도 불리한 영향을 미칠 것으로 생각된다. 피고인참가가 제도로서 인정되는 한 이는 당연한 것이지만, 일본의 실무에 비추어 보면 피고인참가가 법원의 양형에 그다지 큰 영향은 미치지 않는 것으로 나타나고 있다.<sup>47)</sup>

46) 法務省의 第1回 平成19年改正刑事訴訟公法等に関する意見交換會자료에 의하면, 2011년의 경우 479명이 피고인질문을 신청하여 모두 허가되었고, 변호사 318명, 본인 101명, 쌍방 58명이 질문하였다.

47) 横田信之, “犯罪被害者と量刑”, 刑法雜誌 第53卷 第3号, 日本刑法學會, 2013, 420頁.

<표 III-9> 는 오사카지방법원의 재판원재판 중 2009년부터 2011년 9월까지 피해자참가인등이 구형한 사건에 관한 판결 현황인데, 피해자참가인이 터무니없이 높은 구형을 한 사례는 거의 없다. 대부분 변호사가 선임되어 있어 적절한 양형에 대하여 의견교환이 되어 있는데다가 피해자참가인으로서도 실제 양형기준에 크게 벗어난 구형을 하더라도 소용이 없다는 것을 인식하고 있는 것으로 분석된다.<sup>48)</sup>

<표 III-9> 검사·피해자참가인 구형과 판결 현황(오사카지방법원)<sup>49)</sup>

	죄명	검사 구형 (징역)	피해자참가인 구형(징역)	판결 (징역)
1	살인미수	5년이상 10년이하	무기	5년이상 10년이하
2	살인미수	8년	실형	4년
3	살인미수	11년	10년이상	7년
4	살인미수, 각성제	10년	15년	7년 6월
5	살인미수, 총포도검	13년	가능한 한 장기	10년
6	상해치사	6년	상당기간 실형	3년 6월
7	상해치사	8년	10년이상	6년
8	상해치사, 도교법	11년	12년이상	8년
9	강도치상, 강도	12년	무기	10년
10	강도치상	10년	10년이상	8년
11	강도강간 등 13건	무기	무기	무기

#### 4.1.6 보호자의 동석

피해자참가인이 공판기일 또는 공판준비에 출석하는 경우에, 법원은 피해자참가인의 연령·심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 피해자참가인이 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정할 때에는 검사 및 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 그 불안 또는 긴장을 완화하는데 적당하고, 법관 또는 소송관계인의 심문이나 피고인에 대한 진술 요구행위 또는 소송관계인의 진술을 방해하거나 그 진술의 내용에 부당한 영향을 줄 우려가 없다고 인정되는 자를 피해자참가인과 함께 동석하게 할 수 있다(일본 형소법 제316조의39 제1항).

48) 横田信之, 위의 논문, 419頁.

49) 横田信之, 위의 논문, 419頁.

#### 4.1.7 차폐조치

법원은 피해자참가인이 공판기일 또는 공판준비에 출석하는 경우에, 범죄의 성질, 피해자참가인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정에 의하여, 피해자참가인이 피고인의 면전에서 재석, 신문, 질문 또는 진술을 할 때, 압박으로 인하여 정신의 평온을 현저하게 해질 우려가 있다고 인정되는 경우로서 상당하다고 인정하는 때에는, 검사 및 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 변호인이 출석해 있는 경우에 한하여 피해자참가인과 피고인 사이에 차폐조치를 설치할 수 있다(일본형소법 제316조의39 제4항). 그리고 피해자참가인이 공판기일에 출석하는 경우에, 범죄의 성질, 피해자참가인의 연령, 심신의 상태, 명예에 대한 영향, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 검사 및 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 피해자참가인과 방청인 사이에 차폐시설을 할 수 있다(일본형소법 제316조의39 제5항).

위 보호자의 동석과 차폐조치의 현황은 <표 III-7> (피해자참가인의 권한 행사 현황)과 같은데, 매년 활용하는 사례가 늘고 있음을 알 수 있다.

## 4.2 우리나라에의 시사점

2011년 정부안도 일본과 마찬가지로 공판기일출석권, 증인신문권(정상), 피고인신문권(공소사실 및 정상), 의견진술권만을 인정하고 있다. 일본에서의 그 간의 운영 성과와 개선 논의 등에 비추어, 앞으로 우리나라에서 피해자참가제도를 도입함에 있어서는 다음과 같은 점에 유의할 필요가 있을 것이다.

첫째, 공판기일의 출석권과 관련해서는 공판준비절차에서는 증인신문이나 피고인신문이 허용되지 않는 것과 비교하여 공판준비절차에의 참석권은 인정할 이유가 없다는 견해도 있으나,<sup>50)</sup> 일본에서도 공판전준비절차에의 참가 요청이 큰 점을 고려하여 공판준비기일에의 참석권도 인정할 필요가 있다.<sup>51)</sup> 둘째, 일본처럼 검사의 권한행사에 대한 의견진술권을 인정하여야 한다. 그리고 의견진술 중에는 피해자참가인에게 인정되지 않는 증거신청이나 상소에 관한 의견도 있는 점을 고려하면, 피해자참가제도가 그 본래의 기능을 다하도록 하기 위해서는 반드시 피해자참가인에게 증거신청권을 부여할 필요가 있고,<sup>52)</sup> 상소권을 인정할 것인지도 신중하게 검토할 필요가 있다. 나아가 피해자참가

50) 박미숙/이진국, 앞의 책, 253-254쪽.

51) 조균석, 앞의 논문(주10), 15쪽.

인의 의견진술에 대한 검사의 설명의무도 인정할 필요가 있다. 검사는 공익의 대표자이기기는 하지만, 역사적으로 볼 때 피해자를 대리하여 공판을 수행하는 측면도 있을 뿐 아니라, 일본의 실무에서 특히 강조되는 바와 같이 피해자참가인과 검사의 소통이 매우 중요하기 때문이다. 셋째, 일본의 경우 증인신문사항이 정상에 관한 사실로 제한되어 있어 피고인질문에 비하여 신청이 적은 점, 범죄사실에 대한 신문도 허용된다는 주장이 제기되는 있는 점 등을 고려할 때, 우리나라에서는 범죄사실에 관한 사항까지 증인신문할 수 있도록 입법할 필요가 있다.<sup>53)</sup> 넷째, 피고인신문은 일본의 피고인질문과 마찬가지로 정상사실 외에 공소사실에 대해서도 인정할 필요가 있다. 일부에서 피해자는 소송주체가 아니고 범죄사실의 입증주체는 검사라는 점을 강조하면서 피고인질문도 정상사실에 한정해야 한다고 주장하는데, 이는 피해자참가제도 도입 취지를 몰각한 것으로 타당하지 않다. 다섯째, 변론으로서의 의견진술은 일본과 마찬가지로 이를 인정할 필요가 있다. 일부에서는 형사소송법 제294조의2에서 피해자등의 진술권을 인정하고 있으므로 사실상 차이가 없는 변론으로서의 의견진술을 중복해서 인정할 필요가 없다고 주장한다. 그러나 형사소송법 제294조의2의 진술권은 피해자등이 증거조사단계에서 증인으로서 진술하는 것이 그치는 데 대하여, 변론으로서의 의견진술은 피해자등이 절차참가의 주체로서 진술하는 것이고, 게다가 모든 증거조사가 끝난 단계에서 최종적으로 구형을 포함한 의견을 진술하는 것으로 전혀 그 제도의 취지와 무게가 다른 점에서, 위 주장은 타당하지 않다. 그리고 피해자참가인의 구형을 인정하면 형량이 지나치게 높아져 피고인에게 불리할 것이라는 우려도 있으나, 일본 실무에서도 피해자참가인의 구형이 검사의 구형에 비하여 지나치게 높지 않을 뿐 아니라 판결도 이를 과도하게 고려하지 않고 있음을 알 수 있다.

#### IV. 나오며

일본에서 피해자참가제도에 대하여 진실발견에 지장을 가져온다거나, 당사자주의 소송구조를 밑바닥에서부터 변용시킨다거나, 무죄추정의 원칙에 반한다는 등의 반대가 있었음에도 불구하고,<sup>54)</sup> 피해자의 절차적 참가권을 보다 중시하여 2008년 12월 위 제도

52) 그 구체적인 내용에 관하여는 조균석, 위의 논문, 18쪽.

53) 박미숙/이진국, 앞의 책, 253쪽; 조균석, 위의 논문, 19쪽.

를 도입하였다. 시행 이후 10년을 바라보면서 여전히 반대의견이 있는가 하면 피해자권리 보호로는 미흡하므로 이를 개선해야 한다는 의견도<sup>55)</sup> 있지만, 전반적으로 순조롭게 운용되고 있는 것으로 평가되고 있다.<sup>56)</sup> 이러한 평가는 앞서 살펴본 바와 같이 지난 7년간의 운용실적 통계를 분석한 결과와도 일치함을 알 수 있다.

지난 2011년에 일본의 피해자참가제도를 모델로 하여 우리나라에서도 이를 도입하는 내용의 형사소송법개정안이 국회에 제출된 바 있으나, 함께 제출된 선진수사기법에 대한 반감 때문에 제대로 된 논의조차 못한 채 폐기된 쓰라린 경험이 있다. 늦은 감은 있지만 지금이라도 피해자참가부분을 분리하여 조속히 입법할 필요가 있다. 2011년에 비하여 피해자보호에 대한 공감대가 더욱 커짐에 따라 피해자참가제도도 새롭게 마련되어야 하는데, 이때 일본에서의 실무운용 경험은 귀중한 시사점이 될 것으로 생각한다.

모쪼록 앞서 살펴본 시사점들을 참고하여 빠른 시일 안에 피해자들이 형사절차에서 제3자가 아닌 사건의 당사자로서, 나아가 소송의 당사자로서 참가하여 자신의 권리를 주장할 수 있게 되기를 기대해 본다.

54) 위 반대논거와 그에 대한 반박에 대해서는 椎橋隆幸, 앞의 논문, 6-10頁.

55) 法務省, 第1回 平成19年改正刑事訴訟法等に関する意見交換會 자료.

56) 椎橋隆幸, 앞의 논문, 6頁.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 법무부, 범죄피해자보호·지원에 관한 기본계획(2007-2011).  
 \_\_\_\_\_, 범죄피해자보호·지원에 관한 제2차 기본계획(2012-2016).  
 \_\_\_\_\_, 선진형사사법제도 입법관련 Q&A, 2011.
- 박미숙/이진국, 형사절차상 피해자참여 운영현황과 개선방안 - 피해자참여제도 도입을 위한 기초연구, 한국형사정책연구원, 2015.
- 사법제도개혁추진위원회, 사법선진화를 위한 개혁, 사법제도개혁추진위원회 백서(상)(하), 2006.
- 조균석, 검찰업무와 인권, 법무연수원, 2015.
- 渥美東洋, 刑事訴訟法(新版補訂), 有斐閣, 2001.
- 池田修・前田雅英, 刑事訴訟法講義(第5版), 東京大學出版會, 2014.
- 最高裁判所, 2009-2015年 司法統計年報(刑事編).
- 最高裁判所事務總局刑事局 監修, 平成19年・平成20年の犯罪被害者等保護關連改正法及び改正規則の解説, 法曹會, 2009.
- 日本辯護士連合會, 2016年 辯護士白書.

### 2. 학술논문

- 강동욱, “피해자국선변호사제도의 확대방안”, 피해자국선변호사제도의 현황과 과제 심포지엄 자료집, 법무부·대한변호사협회, 2014.3.9, 65-107쪽.
- 김재희, “범죄피해자변호인의 역할과 국선피해자변호인제도”, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012, 289-315쪽.
- 김형만, “일본의 범죄피해자 형사재판 참가제도에 관한 고찰”, 비교형사법연구 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008, 281-303쪽.
- 이정민, “피해자 참가와 형사재판의 변화”, 피해자학연구 제17권 제2호, 한국피해자학회, 2009.10, 35-57쪽.
- 정지혜, “공판과정에서의 국선피해자참가변호사제도 도입을 위한 비교연구 - 일본변호

사연합회와 법테라스의 운영현황 분석을 통한 시사”, 비교형사법연구 제17권 제2호, 한국비교형사법학회, 2015, 22-44쪽.

조근석, “형사재판절차에서의 범죄피해자 참가제도의 도입 방안”, 피해자학연구 제19권 제1호, 한국피해자학회, 2010.4, 5-29쪽.

\_\_\_\_\_, “형사절차에서의 범죄피해자보호 방안 - 피해자참가제도의 도입을 중심으로 -”, 형사법개정연구자료집 I, 법무부, 2009.12, 507-609쪽.

椎橋隆幸, “被害者學・被害者支援の現状と課題”, 被害者学研究 第27号, 日本被害者學會, 2017. 3-16頁.

横田信之, “犯罪被害者と量刑”, 刑法雜誌 第53卷 第3号, 日本刑法學會, 2013, 409-421頁.

### 3. 자료

法務省, 平成19年改正刑事訴訟法等に関する意見交換會, における議論の概要, 2014. 7. 座談會, 犯罪被害者支援の現状と課題, 論究ジュリスト No. 20, 有斐閣, 2017, 136-159頁.

### 4. 신문기사 및 웹사이트

대한변협신문, “국선변호제도 운영주체, 변협으로 일원화”, 2017.8.21.

법률신문, “‘변호처’ 신설 논의 신중해야”, <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=119146>>, 검색일: 2017.8.22.

[ Abstract ]

## Seven-year Application of the Japanese Victim Participation System and Its Implications

Cho, Kyoon-Seok\*

In December 2008, Japan introduced a victim participation system that allows the victim of crime to participate in criminal procedures to examine witnesses, to examine the defendant, as well as to state opinions as a pleading. As a result of analyzing the application of the past seven years, it is noted that the system is operated smoothly to the basic purpose.

In 2011, The Korean government made a revised bill of the Criminal Procedure Law(The government proposal of 2011) based on the introduction of a victim participation system modeled on the Japanese system. However, it has been abandoned without any proper discussion. Yet, there is a growing need to introduce a victim participation system as soon as possible in view of the increasing demand of the protection of victims by society. When instituting a new victim participation system, it is necessary to analyze the operation outcome of Japan and refer to it.

In this regard, the following points should be considered when introducing the victim participation system. First, I suggest the target crime be more widely accepted than the government proposal of 2011. In particular, victims of traffic crime needs to be included in view of the fact that they are eager to take part in. Second, the lawyer system for participating victim should be established and the victim who is lacking in self-sufficiency can be assisted by the court-appointed defence attorney for the participating victims. Third, in the light of the Japanese practice of allowing almost 99% of the victims to participate, the application for participation should be made to the prosecutor as in the case of the government bill of 2011. Moreover, it is required to guarantee the right to state an opinion against the prosecutor's exercise of discretion and impose the duty of explanation on the prosecutor.

---

\* Professor, School of Law, Ewha Womans University

Lastly, I propose the strengthened rights for the victim participant as follows: the right to attend on pre-trial date, the right to examine witnesses, the right to examine the defendant regarding the criminal facts as well as the circumstantial facts, and the right to state opinions as a pleading. Furthermore, it is necessary to authorize the right to request evidence or the right of appeal.

**[Key Words]** Victim of Crime, Victim Support, Victim Participation, Japanese Victim Participation System, Victim Attorney