

형벌론과 형법이론학에 있어서 피해자의 체계적 지위 소고

조 준 현*

국문요약

피해자의 문제는 형벌권이 국가의 독점적 권한으로 확립되는 과정에서 충분히 고려되지 못하였다. 그 이유는 고전학파이든 근대학파이든 모두 형벌은 개별 피해자의 억울함이나 보복감정을 대리 행사하는 것이 아니며 공동선(bonum commune)을 위한 것이라는 인식을 지니고 있었기 때문이다. 이제 각국은 20세기를 지나 21세기에 진입하면서 그간 소외되었거나 기본적 자유와 권리를 충분히 보호받지 못한 계층을 위하여 눈을 돌리기 시작하였다.

사법 분야에서는 범죄피해자가 그러한 계층으로 이해되면서 형사절차법을 개정하면서 공판중심주의의 강화 및 피해자의 보호를 더욱 강화하게 되었다.

본고는 이러한 흐름의 배경을 분석하면서 국가의 일시적이며 은혜적인 조치의 대상으로서 피해자를 자리매김하는 것은 부족하며 형벌론과 형법이론학에서 피해자의 지위를 체계적으로 이해할 필요가 있음을 주장한다.

보쿰대학의 Tatjana Hörnle 교수의 취임강연논문을 정리하면서 이제까지 피해자학이 피해자를 국가의 복지정책상, 절차상 보호대상으로서 인식하였으나, 이제 절차상 처벌을 요구할 권리를 지닌 주체이며, 범죄의 불법성립과 불법조각에 있어서 반드시 고려해야 하는 주체로 파악해야 한다고 제안하였다.

* 성신여자대학교 법학부 교수, 법학박사

I. 피해자의 지위에 관한 전통적인 견해

이제까지 형법이론학에서 피해자의 문제는 관심을 끌지 못하였다. 그 이유로는 여러 가지를 들 수 있겠으나 더 이상 피해자가 형벌목적에서 관심 밖에 놓여서는 안되며, 형벌이론에 있어서나 형법이론학에 있어서 피해자의 문제를 반가치판단을 해야 한다고 본다.

최근 들어 각국이 다투어 형사법개혁을 하고 있는데 그 주된 이유 중 하나가 그간 형사사법에서 피해자의 지위가 제대로 인식되어 있지 못하였다는 반성 때문이다. 피해자가 더 이상 판사의 은혜적 배려에 의하여 보호되는 그러한 자로 취급되어서는 안된다는 자각이 일어났다. 피해자라는 개념이 명확하지는 않다. 형사정책적으로 보면 피해자란 특정범죄의 피해자가 될 수 있는 불특정한 집단을 말한다. 피해자보호란 결국 누구나 범죄의 피해자가 될 수 있다는 점을 고려하면 결국 사회전체를 보호해야하는 문제를 인식하는 것과 다르지 않다. 일반인들은 범죄피해를 입지 않으면서 살고 싶다는 집단의식을 갖고 있다.

사실 형법이론학에서는 범죄로부터 벗어나 안전하게 살고 싶은 시민들의 일반의지에 관심을 기울이지 않았다. 근대 이후부터 사람들은 국가를 잠재적으로 시민들을 위협할 수도 있는 위험한 실체로 보지 않게 되었고, 법치주의 아래에서 그의 권력을 행사하는 실체라는 식으로 보면서 국가란 시민들을 괴롭히는 사회의 제요소로부터 시민들을 보호해 주는 자유와 권리의 보장자라고 보기 시작하였다. 근대형법은 계급형법을 넘어서서 국민국가의 형법에 도달하였다. 국민국가의 형법에서는 계급적 이해관계를 중요하게 생각하지 않게 되었다. 그 좋은 예를 성범죄에 관한 형법에서 볼 수 있다. 그리고 피해자를 더욱 보호하는 형법이 되어야 한다는 명제도 바로 그러한 추세를 나타내는 것이다. 물론 형벌에 의한 처벌이 갖는 상징성과 별도로 범죄로부터 벗어나서 안정하게 살 수 있도록 하는 권리가 성립하는가, 이러한 권리가 과연 개인의 자유와 얼마나 조화를 이룰 것인가 하는 문제를 다루게 되면 형법이론학과 형법철학적으로 큰 주제가 될 것이다. 피해자문제를 시민들 누구나 피해자가 될지 모른다는 생각으로 가 아니라 이미 자행된 범행으로부터 피해를 입은 사람들을 중심으로 보

면 논의의 범위를 적당히 좁힐 수 있다.

독일형법에서는 자행된 범행의 피해자문제를 두 가지 면에서 고려한다. 양형형법 분야에서 원상회복, 범죄자-피해자 화해라는 관점이 그 하나이고, 1) 다른 하나는 형사절차이다. 오래전부터 각국은 형사소송법개정운동에서 피해자문제를 논의해 왔다.²⁾ 우리나라나 외국에서 모두 정치적 필요에 의하여 형사소송법개정이 자주 이루어고 있지만 아직도 피해자를 배려함이 부족하다는데 별다른 이견은 없다. 일찍이 Thomas Weigend가 지적한 것처럼 피해자를 보다 더 배려하는 개정안은 결코 정치적으로 자충수를 두는 것이 아니라고 하면서 형사소송법에서 피의자·피고인의 이익과 피해자의 이익을 균형있게 추구하는 것이 마땅하다고 주장하였다.³⁾ 형사사법에서 피해자문제를 남김없이 다루려고 하기 보다는 마땅히 피해자문제를 다루어주어야 하는 기대치에 비하면 너무나 소홀히 다루어지고 있는 분야를 중심으로 점차적으로 논의하는 것도 한 방법이다. 현재로는 절차법상 피해자에 대하여 배려하고 있는 정도와 비교하면 실체형법에서 피해자문제는 아주 소홀히 다루어지고 있는 점이 눈에 띈다.

지금까지 실체형법에 있어서 피해자문제는 별 의미를 지니지 못하였다. 형법학에로 들어가는 출입구에 서서 설명되고 있는 형벌론에서도 피해자의 문제에 관심을 보이는 견해는 거의 없었다. 형법학에서 것처럼 오랜 역사를 자랑하는 형벌론에서 피해자문제가 논의된 적이 거의 없었다는 사실은 놀라운 일이다. 어쨌든 현재로서는 피해자문제를 체계적으로 이해하는데 어려움이 있으며, 피해자문제를 형사사법영역에서 어떻게 취급해야 하는지 논란이 일어 날 수 밖에 없는 쟁점이다.

-
- 1) Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 15 ; Roxin, Zur Wiedergutmachung als einer "Dritten Spur" im Sanktionensystem, in FS für Baumann, 1992, S.243ff. ; Schöch, Wege und Irrwege der Wiedergutmachung im Strafrecht, in : FS für Roxin 2001, S.1045ff. ; Hassemer/reemtsma, Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, S.159.
 - 2) Hörnle, T., Die Rolle des Opfer in der Straftheorie und materiellen Strafrecht, JZ 19/2006, S.950ff.
 - 3) Weigend, T., JZ 19/2006, S.950, Anm., 8.

II. 형벌론의 역사로 본 피해자⁴⁾

형법교과서는 서론부분에서 형벌이론을 소개한다. 형벌의 목적이란 무엇인가 또는 역사적으로 형벌을 어떻게 이해했는가 하는 내용으로부터 시작한다. 형벌론의 기본이념은 절대형 이론과 상대형 이론으로부터 갈라진다. 절대형 이론은 과거의 범행에 향하여져 있고 형벌을 통하여 목적을 추구하지 않는다. 상대형 이론은 형벌이 앞으로 어떠한 영향을 미치느냐 하는 것에 초점을 맞추어, 미래지향적이다. 오늘날 거의 예외 없이 학설들은 형벌이란 그것이 추구하는 목적으로 인하여 정당화될 수 있다고 인식한다.⁵⁾

형벌목적은 일반예방목적론과 특별예방목적론으로 나누어지고, 일반예방목적은 위하를 통한 소극적 일반예방과 규범의 의미를 확립해 주는 적극적 일반예방으로 나누어진다. 특별예방은 재사회화조치, 장차 범행을 저지르지 않도록 모를 범죄자를 겁주거나 상당기간 시설에 가두어 다시 범행을 자행하지 못하게 하는 조치 등을 통하여 실현된다. 미국, 독일 등 서구 형법학계의 동향을 보면 70년대 중반에 이르러서는 재사회화에 대한 지지가 거의 일반적이라고 할 정도로 강세를 보였지만⁶⁾, 절충적인 의견들이 주류를 이루게 되었으며, 그중에서 적극적 일반예방이론이 그러한 방향을 나타냈다.⁷⁾

주류를 이루는 학설들은 모두 형벌이란 사회일반인이 이익을 고려하여 부과된다고 본다. 현실의 범죄피해자들은 증인이 되지만 형벌이론상 아무런 중요성도 부여받지 못한다. 형벌은 공익을 위한 것이며 개개인의 마음과 피해를 고려하여 하는 제도가 아니라는 의미이다. 독일형법학에서는 전통적으로 형벌을 집단주의적으로 이해해 왔다. 독일형법학계에서 19세기말부터 20세기초에 이르는 시기에 학파논쟁이 치열했는데 고전학파와 근대학파의 논쟁이 그것이다.⁸⁾ 고전학파는 그리스철학자가 프로타고라스의 응보이론을 지

4) 본고 II, III의 설명은 Tatjana Hörnle 교수가 보쿰대학에 교수로 초빙되어 취임강연 내용을 정리한 논문 Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 19/2006을 주로 참조하여 정리하였다.

5) Schünemann, Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, in : FS für Lüderssen, 2002, S.327ff.

6) Kaiser, Kriminalpolitik in der Zeitenwende, in : FS für Roxin 2001, S.991.

7) Jakobs, Strafrecht, AT, 2. A, 1991, 1/9ff.

8) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,

지하고, 근대학파는 Franz v. Listzt의 특별예방이론을 지지한다. 그러나 두 학설은 공동체를 위하여 또는 개인적 이익이 아닌 공공의 이익을 위하여 형벌이 존재한다는 점에서는 공통된 인식을 갖고 있다. 이는 특별예방이론에 있어서나 위하이론에서나 분명하다. 왜냐하면 사회는 미래의 범죄행위로부터 보호되어야 하기 때문이다. 물론 고전학파에서는 응보야말로 사람들에게 매우 긍정적 영향을 미친다고 믿는다. 고전학파에 속하는 Merkel과 Lilienthal은 형벌론을 너무나 경직되게 절대설과 상대설로 이분법적으로 보면서 출발하는 오류를 범하였다. 형벌이 전혀 아무런 목적이 없이 추구될 수 있다고 생각하는 것은 정말로 전통적, 기독교적인 맥락과는 너무나 괴리된 이론이며 학문적으로 사고하는 방법을 익힌 사람들에게는 너무나 상식에 어긋나는 견해이다. 아무리 고전학파에 속하는 순수파라고 해도 형벌이란 국가나 법질서가 자체의 존재를 알리고 이를 관철시키는 것이라는 데 이견이 없다. Hälschner는 Hegel 법철학의 영향을 받아 국가는 불법을 상쇄하고, 법을 회복시키기 위하여 강제권을 지녀야 한다고 보면서 이점에서 헤겔의 법철학이 자유주의적(개인주의적) 형벌론을 추구했다고 보는 Eberhard Schmidt의 주장은 잘못이라고 비판하였다.⁹⁾

고전학파에 속하는 Karl Binding도 형벌이란 법적 안정성의 확립을 목표로 하며 법률을 위배한 자를 처벌함으로써 법률의 권위를 지키려는 것으로 보았다.

Maurach는 이러한 사상을 이어 받아 응보는 침해된 법률을 회복하여 법률의 존재확인이라고 표현한다.¹⁰⁾ Hegel과 Stahl이 집단주의적, 권위주의적 국가관을 구상했었고 19세기에는 어찌된 일인지 그러한 이념이 독일국민들에게 받아 들여져 결국 세계대전을 일으켰다. 그러나 1, 2차대전에서 패배한 독일은 대내적으로, 대외적으로 더 이상 그러한 국가관을 유지할 수 없었다.

형법학계에서는 집단주의 가치관을 Hegel의 형벌론에서 직접 추론하지만 Binding도 이러한 사상을 기초로 형벌론을 전개한 것도 사실이다. 그후 독일형법학에서는 당시의 시대상을 반영하여 규범적인 개인주의를 받아들이기 시작하였다.

3.A, 1965, S.386ff. 학파논쟁을 잘 정리해놓은 명저로 성가가 높다.

9) Hörnle, T., a. a. O., JZ 19/2006, S.951. Anm. 20.

10) Maurach, Grundriß des Strafrechts, Allg., Teil, 1948, S.21ff.

규범적 개인주의(Normativer Individualismus)¹¹⁾도 실제의 공동생활을 무시하려고 하지 않았으며, 오히려 관련 대상자들의 이해관계를 따져서 집단적 목표를 설정하고 이를 실천하려는 것이다.

헌법이념상 어느 정도로 집단적 이해와 관심이 고려되어야 하는가는 헌법학계에서 오래 논의해 온 주제이다. 우리헌법은 미국, 독일, 일본의 경우와 같이 기본권보장에 있어서 개인주의적 관점을 우선시하고 있음은 틀림없다. 형벌론에서 보면 앞서 말한 그러한 규범적 개인주의적 태도가 확립되었다고 할 수 없다. 오늘날 형법학에는 크게 두 가지 학파가 있는데 두 학파가 서로 충돌하고 있어서 너무나 이것이나 저것이나 하는 양자택일적 강요를 하고 있는 듯 하여 규범적 개인주의가 채 확립되지 못하고 있는 것으로 생각된다. 두 학파 중 하나는 전통적인 입장으로서 19세기부터 주장되어 온 해결학파에 뿌리를 두고 있다. 이 학파는 형벌을 회고적으로 파악하고 예방효과를 부수적인 것으로 이해하고, Luhmann의 체계이론에 관계된 적극적 일반 예방론을 강조한다. 이러한 형벌론은 사리에 비추어 변할 수 없는 것으로 까지 주장되고 있다.

다른 하나는 진취적이며 지배적인 입장에 반기를 들고 있는 주장인데 전적으로 개인의 권리를 강조한다. 정치·경제·사회·문화적인 이유로 1960년대, 70년대에는 범죄자의 권리가 특히 강조되었는데 피고인·피의자의 인권이 강조되면서 형벌론에서도 범죄자의 관점에 서서 특별예방이론을 구성하는 추세로 나아갔다.

물론 이러한 추세는 오래가지 않았지만 특별예방이론에 대한 관심이 고조되면서 범죄자를 둘러싸고 있는 상황 가운데 정상참작을 할 수 있는 상황에 대하여 논의가 집중되었다. 피해자가 가해자와 합의를 했느냐 여부를 중요한 정상참작사유로 하게 되면 그만큼 범죄피해자에 대한 고려를 덜 하게 되는 결과가 된다.¹²⁾ 절차상 피고인, 피의자의 권리에 치중하여

11) Hörnle, T., a. a. O.

12) 서울중앙지방검찰청에서는 사기, 횡령, 배임등 재산범죄 고소사건과 소년, 의료, 명예훼손 등 일정한 형사사건에 대하여 피해자와 피의자가 화해에 이를 수 있도록 지역사회인사들로 구성된 형사 조정위원회에서 조정하도록 하고, 범죄피해자의 피해를 실질적으로 보전하고 지역사회인사들로 하여금 조정하여 분쟁을 해결하려고 하고 있다. 이는 「범죄피해자보호법」상 국가가 범죄피해자에 대한 보호·지원 활동촉진 및 이를 위한 피해자의 손실복구지원활동(동법 제3조, 제7조)에 근거 하며(서울중앙지방검찰청 보

논의하다 보면 피해자의 권리는 그만큼 관심 밖으로 밀려 난다.

형사정책적으로도 피해자 문제는 특정한 정책을 선택하게 하는 도구의 역할을 한다. 범죄발생율이 매우 높은 미국, 유럽국가에서는 피해자보호의 문제를 명분으로 ‘법과 질서’ 회복운동으로 이어지고, 이 때문에 형은 가혹해지고 일반인들의 자유는 크게 훼손될 수 있다. 왜냐하면 피해자보호라는 말이 현실적으로 피해를 입은 특정인에 대한 개념이 아니라 잠재적인 피해자라고 인식되면서 시민들의 불안과 적대감에 호소하는 정책에 서게 된다. 결국 이러한 애매한 - 일반인들에게는 매우 설득력있는 - 피해자개념은 실제의 피해자와 관련하여 중요한 의미를 지닌 피해자의 진술을 듣는 것을 어렵게 만든다. 진보적인 입장에서 서 있는 많은 사람들이 의외에도 피의자의 인권유린을 우려하면서 피해자를 중요하게 생각하지 않고, 그것은 ‘법과 질서’라는 명제로 이어져 구체적인 범행현장에서 서 있던 피해자의 고통과 슬픔을 간과해 버린다.

판결로 확인된 범행으로 인하여 피해를 입은 사람들은 형사절차에서 중요하지 않으며 형벌론에서도 피해자는 고려되지 아니한다. 이렇게 피해자가 사라지게 된 모습은 형법학에서 너무나 당연시 되어 왔기 때문에 혼란을 받은 법률가들에게도 특별히 이상하게 생각되지 않아 왔다. 전문적인 소양이 없는 일반인들에게 있어서 이러한 모습은 정말 이상하게 생각된다. 물론 범죄의 성격에 따라서 일반인들이 느끼는 것은 다르다고 보며 범죄의 종류를 묻지 않고 동일한 형벌론을 전개하는 것이 합리적으로 보이지 않는다.¹³⁾

예를 들어 행정형법에 속하는 형벌조항들은 대체로 집단적 이해관계를 고려하고, 개별적인 피해자가 없는 조항들이다. 그에 비하여 형벌조항들은 대부분 구체적으로 피해자가 생기는 것을 예상하여 제정되었다. 음주운전 행위는 특별히 피해자가 없는 경우에도 처벌된다. 이러한 행위와 달리 수인의 청년들이 지나가는 젊고 아름다운 여성을 보고, 마침 보호자가 없는

도자료 2007. 6. 8), 이 이외에도 「소송촉진에관한특별법」상 배상명령제도(제25조), 형사소송절차에서의 화해제도(동 제36조)도 형사절차상 피해자와 합의 내지는 손해배상을 규정하여 관련이 있다.

13) 영미형법에서는 범죄의 종류에 따라서 인과관계, 고의, 법률의 착오, 결과적 가중범의 성립 등에 있어서 차이가 생기는 것을 당연하다고 보며, 그에 대하여 대륙법계인 독일 형법에서 총론적으로 통일적으로 파악하는 것이 당연하며, 예외적인 것은 각론에서 다루어지는 것으로 본다.

것을 확인하자 폭행을 가하였고, 피해여성은 병원에서 오랫동안 치료를 받았지만 회복이 되지 않았다고 한다면 형사처벌시 피해자의 이익은 존중되어야 하고, 형벌론적으로 보아도 피해자의 문제가 고려되어야 한다. 물론 이러한 주제가 오늘날 처음 주장된 것은 아니다.

Ⅲ. 형벌론에서의 피해자의 지위

피해자의 지위 회복이라는 구호는 형사사법에서 아주 새롭고도 놀라운 어떤 특이한 현상을 찾아 낸 것이 아니다. 사회전체, 사회일반인을 고려하면서도 개인의 자유보장을 위하여 규범적 개인주의를 표방하면서 국가의 형벌은 구체적인 피해자의 이익을 무시하고는 정당화될 수 없다는 이념에 따른 것이다. 정당한 형벌은 결코 범죄피해자의 이해를 희석시키지 않고 구체적으로 고려한다는 것이다. Tatjana Hörnle는 형벌론에 있어서 피해자지위를 사법상 피해배상, 피해자의 감정, 피해자의 이익의 요보호성, 범죄자에 대한 해악부과의 정당성 등에 관련하여 다루고 있다. 이를 정리하면 다음과 같다.¹⁴⁾

1. 형벌론에 있어서 피해자와 사법상 피해배상

피해자에 대하여 배상을 하였다고 해도 형벌이 부과되는 것은 당연하다. 형법과 사법은 추구하는 목적이 다르다. 형법에서는 일반인의 이익을 고려하고 사법에서는 피해자개인의 이익을 고려한다. 형법의 역사를 보더라도 중세이전에는 피해자가 속한 종족이 가해자에게 속죄금을 지불하게 하여 응보적인 조치를 취하였으나 중세말, 근대초기에 이르러 범행에 대하여 각 지역마다 지역 주권에 터 잡아 형벌고권(Strafhoheit)의 명분으로 소추하여 처벌하였으며 점차 대단위 지역별로 국민국가가 형성되면서 통일적인 형벌체계가 구축되었다. 이렇게 국민국가가 형벌권행사를 독점함으로써 형사사법에서 피해자는 중립화되게 되었다.¹⁵⁾

14) Hörnle, T., a. a. O. S.953-956.

15) Hassemer, W., Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S.70.

그러나 이렇게 한다고 해서 중세, 근세초기에 비하여 범죄자에게 보다 인간적인 분위기를 가져다주었다고도 할 수 없다. 범죄자에 대한 사회적 통제가 공법적 제도화 속에서 정교하게 이루어지고, 그런 만큼 공적 통제의 한계가 논의되었고, 한편으로는 사법적 배상제도가 확립되게 되었다. 형벌고권으로부터 사법적 절차를 분리하여 논의하는 것은 일반인이나 관련당사자 모두에게 의미를 갖는다. 상급법원의 판결은 가급적이면 탈감정화의 길을 가며, 결과의 희석화, 중화를 가져 왔다.

범죄자의 행동에 대하여 형사법원의 판단을 유일한 기준으로 시시비비를 가리고 그것으로 끝내게 하여 혹시 있을 수도 있는 피해자 및 그 밖의 이해관계자들의 보복으로부터 범죄자를 보호해 준다. 범죄피해자들로 하여금 보복공격을 하지 못하게 하여 피해자들의 지위를 강화해주고, 보호해주는 면도 있다. 그렇다면 형벌고권의 이념으로 운영되는 형사사법이 가져다주는 장점은 결국 피해자의 아픔을 간과하는 단점을 가져 온 것이 아닌가하는 의문이 들기도 한다.¹⁶⁾

그러나 민사상으로 신체의 피해, 재산상 손해 및 위자료를 받을 수 있다고 해도 이것이 피해자에게 충분한 법적 원상회복을 의미하지는 않는다. 우선 범죄자에게 충분한 재산이 없다면 아무리 사법적으로 원상복구가 가능하도록 규정되어 있다고 해도 소용이 없다. 아무리 공적 절차에 의하여 배상조치를 취해 준다고 해도 과연 배상이 충분한지 의문이며, 아마 경미한 재산범죄에 있어서는 그것이 가능하겠지만 피해자의 이해관계가 소정의 금전배상으로 충분히 배상처리 된다고 할 수 없을 경우가 많을 것이다. 특히 개인적 법익을 침해하는 범죄로 인하여 정신적 · 신체적으로 심대한 피해를 입은 피해자들은 물질적 배상으로 결코 충분히 피해배상이 이루어지는 것이 아니라고 생각할 것이다.

2. 피해자의 감정

피해자의 민사상 피해배상과는 상관없이 비합리적이고, 역겹기까지 한 감정적 대응은 논의할 가치가 없는가. 피해자의 반응은 보복적 행위로 취급된다. 오늘날 형사사법에서 복수는 받아들여지지 않는다. 처벌을 통하여

16) Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S.378.

다소나마 보복감정을 표현하고 응보적 고통부과를 상징하는 것도 사실이다. 만일 형사사법에서 일체 보복감정을 참작하지 않는다면(이는 불가능할 것이다) 보복감정을 완전히 벗어 날 수 없는 나약한 인간성으로 보아 사적 보복을 막기가 어려울지도 모른다.

인간의 개별심리를 고려할 때 피해자의 복수심을 충족시키는 것이 필요하다. 사실 많은 사람들이 주장한 바 있지만 복수심이야말로 자기존재를 위한 투쟁에 있어서 필수적인 무기이며 자기실현의 상징일 것이다. 사실 피해자들은 마음속 깊이 보복하고 해악을 가해야 한다고 생각한다. 인간의 마음속 깊이에는 복수심리를 인정하면 과연 그러한 복수를 어떻게 평가하여야 하는가가 문제이다. 사실 복수심은 양면성을 지닌다. 우선 범죄자에 대하여 복수심을 갖기보다 이해하고, 화해한다면 더욱 인간적이고 존귀할 것이며, 자행된 불법에 대하여 보복한다는 것은 비합리적이고 바람직하지 않다. 그러나 주수일 이상을 납치당했던 사람이 그 사실이 주위 사람들에게 알려졌을 때 피해자가 범죄자에 대하여 감정을 갖게 되는 것은 당연하며 이를 잘 이해할 필요가 있다. 이러한 복수심은 지극히 당연하며 흉악한 범행을 한 범죄자를 증오할 수 없다면 이것은 정상적인 심리가 아니라고 하겠다.

피해자가 복수의 감정을 갖는 것은 비합리적이 아닌가 하는 주장과 복수심을 기초로 형벌이론을 구성하여야 한다는 주장은 구분해야 한다. 대부분의 학자들은 국가의 형벌권력을 통하여 피해자가 복수심을 충족시키는 것이라는 주장은 타당하지 않다고 본다.

왜냐하면 국가가 이처럼 복수를 정당화한다면 아무나 내가 복수를 대행한다고 주장하면서 범죄자를 공격할 수 있게 될 텐데 부당한 주장이다. 결국 공동체는 폭력을 조장하는 야만스러운 공동체로 되어 모든 피해자들이 스스로 복수를 할 수 있다고 생각하고, 결과적으로 증오심과 분노를 이기지 못하는 피해자에 의하여 과도하게 보복이 이루어질 것이다.

결국 형벌의 기초를 보복에서 찾는다면 형벌의 제한이 적정하게 이루어지기 어렵고, 사회통제가 민간사회에서 평화롭게 이루어지는 것을 크게 저해하게 된다. 폭력과 그에 대한 보복폭력이라는 악순환의 고리를 끊기 위하여 감정적 보복이라는 것을 형벌이론에서 삭제함이 타당하다. 일반인들의 입장에 서서 한계가 필요하며 복수의 감정을 강하게 갖고 있는 피해자에게 범죄자의 처벌을 요구하는 권리가 있다고 해서는 안되며 보정적인

논리가 필요하다.

3. 피해자보호의 가치

통설적인 형벌이론에서 피해자의 문제는 별로 중요하게 생각되지 않았다. 피해자의 관심을 형벌에서 고려하기 보다는 오히려 피해자의 복수심을 통제하고, 길들이는 것이 바람직하다고 생각해 왔다. 물론 피해자의 복수심을 이용하는 형벌이론이 타당하지 않다는데 일치하고 있지만 정말 피해자의 이익은 보호받을 가치가 없는 그러한 논의할 필요가 있다.

형벌이란 시민들에게 무엇인가 호소하는 것이라는 표현주의적 형벌관은 형벌로 위협한 사람들을 순치시키는 도구로 사용할 것이 아니라, 범죄자에 대하여 객관주의적 태도를 취하면서 형벌을 통하여 사회연대를 이루고 있는 다른 사람들에 대하여 일정한 태도를 나타내는 것으로 본다. 결국 형벌은 특정한 행동양식에 대한 반가치판단 즉 비난을 가하는 것으로서 하나의 의사소통이다. 영국의 Peter Strawson의 사상¹⁷⁾에 영향을 받은 표현주의적 형벌이론은 형벌의 운용을 통하여 나타 난 의사소통요소를 강조한다. 형벌은 범죄자, 일반인 뿐 만 아니라 피해자를 겨냥한 것이기도 하며, 이때 형벌을 통한 반가치평가를 함에 있어서 피해자를 특별히 고려할 이유는 없다.

그러나 중요한 것은 막연히 다른 사람들에게 어떠한 태도를 보이는 것 보다는 구체적인 불법에 대응하여 어떻게 대응할 것인지 결정하는 일이라고 한다면 아직 일반적으로 확립된 견해는 없다. 그것은 형사절차에서 범죄자에게 형을 부과하여 확정시키는 것이 왜 피해자에게 중요한 일인지에 대해 견해의 일치를 보지 못하고 있기 때문이다.

일반예방이론에서 보면 형벌을 통한 반가치판단(비난)은 일반시민들에게 일정한 방법시설과 경비원이 있으니까 그러한 범죄가 일어나지 않도록 하겠다는 약속을 다시 하는 것과 같다. 물론 그러한 약속이 실생활에서 얼마나 효과가 있는지는 의문이다. 이는 막연히 규범이 제대로 작동될구나 하는 생각일 뿐이다. 범죄로부터 벗어나서 살게 되겠구나, 이제는 그런 범죄는 일어나지 않겠지 하는 막연한 믿음은 실생활에서 흔들리게 되

17) P. F. Strawson, Freedom and Resentment, in : ders, Freedom and Resentment, 1974.

는데 형사법원의 판사가 유죄판결을 하여도 규범에의 신뢰는 회복되지 않는다. 규범이 엄연히 시행되고 있지만 깨지기 쉬운 규범의 위력은 한번 깨지면 다시 원래대로 회복되기 어렵다. 법원에 의한 유죄판결로 규범에의 신뢰가 확립되고, 피해자 스스로 보복을 해서는 안된다는 생각이 뿌리를 내려야 하는데 그렇게 되지 않다는 것이다. 범죄자를 처벌함으로써 피해자가 입은 마음의 상처를 치유하는 것이라고 짧게 말하기도 하고, 피해자학계에서 폭력범죄를 중심으로 그러한 문제를 다루고 있다. 현재는 폭력범죄로 인한 피해자의 피해는 외상으로서 영속적이라고 인식되고 있다. 상처는 쉽게 치유되지 않는 것으로 보고되고 있다.

이밖에 폭력범죄나 강간범죄 말고 개인의 사적 영역에 침입범죄도 정신적으로 충격을 남기며 상당히 오래 가는 것으로 알려져 있다. 특히 타인과 관계를 맺는데 있어서 어려움을 갖게 만드는 것으로 알려지고 있어서 큰 문제가 되고 있다. 학자들 가운데 형사처벌을 통하여 중범죄의 피해자들의 상처가 치유될 수 있다고 보지 않는 학자들이 적지 않다.¹⁸⁾

커다란 고통을 가져다준 외상은 인생에 있어서 쉽게 사라지지 않는다. 극단적인 경우이지만 예를 들어 범죄로 인하여 자식을 잃은 부모(제2차 범죄피해자)의 고통은 범죄자처벌로 결코 치유될 수 없다. 그러나 처벌하는 것이 처벌하지 않는 것과 아무런 차이도 없다는 의미는 아니다. 처벌만으로 피해자의 치유가 다 끝난 것처럼 생각해서는 안된다는 점을 강조하려는 것이다. 어쨌든 범죄자가 형벌을 받게 되면 이를 통하여 피해자가 상처를 잊게 되거나, 더욱 잊지 못하게 하거나 하게 될 것이다.

Reemtsma는 피해자에게 그가 입은 피해는 결코 불운에 지나지 않는 것이 아니라 불법이며 이 불법에 대하여 사회는 무언가를 해주어야 한다고 생각하게 해주어야 한다고 강조한다. 당신은 불운한 사태의 우연한 피해자가 아니라 일어나서는 안되는 불법의 피해자이라는 점을 분명히 해주어야 한다.

국가의 형벌고권사상이 일반되어 있는데 현대사회에서 그렇게까지 할 필요가 있는지 의문이 들 수 있다. 사람들은 오히려 불운일 뿐이라거나 액땀을 하였다거나 하는 말로 피해자가 범죄피해의 상처로부터 벗어 나는데 도움이 되는 것이 아닐까하고 생각할 수도 있다. 더 높은 곳에서 운명을 지배하는

18) Hörmle, T., a. a. O. S.954. Fn. 65 : Reemtsma, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem, 1999, S.24ff.

주체가 있고, 인간은 어쩔 수 없이 그러한 운명에 순종하여 살 수 밖에 없다고 하는 생각이 차라리 낫지 않을까 하는 생각을 할 수도 있기 때문이다.

그러나 이러한 해결은 우리를 소외시키는 방식으로 이루어지는 것에 불과하다. 이 참혹한 일이 그저 우리의 운명일 뿐이며 우리는 신의 섭리에 대해 어쩔 수 없으며 신이 피해자를 버렸다는 생각은 도움이 되지 않는다. 자연과학적 사고에 익숙한 현대인들은 모든 사건의 인과과정을 이해하며, 이러한 인과과정들은 외부인자로부터 영향을 받기도 하고, 조종가능하기도 하다고 생각한다. 피해자는 재수가 없어서 그렇게 되었다라는 말 보다는 공적인 기관에 의하여 이것은 불법이며 누군가의 불법행위로부터 그만 피해를 입었다고 확인받는 것을 더욱 선호한다. 공적 절차에서의 유죄판결을 통하여 반가치평가를 드러내어 교묘하게 빠져 나가려는 범죄자의 변명을 용인하지 않는다는 점에 그 의미를 두어야 한다. 피해자에게 “피해자에게도 문제가 있었다”라는 말은 용납되지 않는다. 수사절차에서 범죄자의 변명에 의하여 또는 수사기관의 태도로 인하여 “너도 책임이 있지 않느냐”는 식의 비판을 받기도 하고 스스로 수치심을 느끼도록 추궁을 받기도 한다. 본인 스스로도 회한에 젖어 자포자기의 심정으로 엄격히 잘 잘못을 추궁하려는 의지를 상실하기도 한다.

피해자에게 결코 그러한 것이 아니라고 하는 자기주장을 할 기회가 보장되어야 하고, 근거없는 비방에 맞서서 자기 자신의 자존심을 지키도록 보호되어야 한다. 범죄피해자의 정당한 이익은 보호되어야 한다. 어디까지나 범죄의 피해자라는 사실을 확인해 주어야 하고, 그에 상응하여 권리를 보장해 주어야 한다(Günther). 물론 이에 대하여 반대하는 견해도 있다(Lüderssen).

권리라고 해서 절대적 권리로 인정되는 것은 아니다. 경미한 범죄로 인한 피해의 경우 반드시 기소해야 하는 것은 아니며 아무래도 권리로까지 인정되지 않는다. 그러나 중대한 범죄로 인한 피해를 입은 경우 개인의 권리가 성립될 수 있다.

범죄자에 대한 유죄판결은 사회전체의 이름으로 피해자에게 위로를 전하고, 연대감을 표시하는 것이다. 이러한 것이 당연하다고 본다면 그간 형벌론에서 피해자에 대하여 별다른 고려를 하지 않았던 것은 이상한 일이었다. 본고의 모두에서 설명한 것처럼 형법을 집단주의적으로 이해하게 되면 범행은 전적으로 추상적인 사회의 통일성을 해한 것으로 이해한다.

그러나 이는 사리에 부합하는 이해가 아니다. 보다 완전하게 이해하기 위하여 개인주의적 요소와 피해자관련 요소를 포함해야 한다. 국가의 형벌고권을 인정하고 집단적 이해를 중시하다 보면 피해자에게 범죄자를 처벌할 권리를 인정할 수는 없었을 것이다. 그러나 형벌고권을 실현하는 절차는 피해자에게 또 다른 피해를 입히는 결과로 이어지게 되었다. 범죄자의 범행을 확인하여 비난함으로써 그 이상 더 이상 피해자를 고려하지 않게 되고, 피해자와 다른 사람들이 연대하게 되는 계기를 찾지 않게 되었다.

4. 해약을 가하는 판결의 정당성

피해자가 범죄자에게 직접 해약을 가하도록 할 수 있는가. 이 문제는 피해자의 이익을 보호할 필요가 있는가 하는 문제와 맥락을 같이 하지만 내용은 좀 다르다. 처벌은 범죄자의 범행을 확인하고 나아가 해약을 가하는 것이다. 벌금을 납부하거나 신체의 자유를 박탈당한다. 만일 형벌을 Günther처럼 상징주의적, 표현주의적으로 보면 형벌이란 피해자를 위하여 그러한 피해를 입힌 행동은 잘못된 것이라고 선언하기만 하면 된다. 해약을 부과하여 괴롭히는 것은 불필요하다. 해약을 가하여 괴롭히는 것은 범죄자의 행위를 부당하다고 평가하는 것이다.

무엇인가 조치를 취하지 않으면 안된다는 전통적인 견해를 포기할 수 없는 것은 아니라는 것이 상징주의-표현주의적 형벌론이다. 이러한 견해를 취하면 피해자의 지위는 거의 고려의 여지가 없다. 범죄자에 대한 일반인의 생각을 표현하면 충분하기 때문이다. 그러나 이에 대하여 반가치의 평가를 표현하는 외에 심심히 위로하고, 연대감을 표현하려고 한다면 표현하는 방식에 있어서 내용이 들어 있어야 한다. 이를 반가치평가의 양적 차별화라고 부르겠다. 다시 말해 비난과 위로에도 차이가 있다는 뜻이다.

절차상으로 보면 반가치평가는 벌금액이나 형기에서 볼 수 있다. 이론상으로 형법체계론적으로 벌금액이나 형기없이도 반가치판단에서 반가치의 크기를 설명할 수는 있다. 해약을 가하는 것은 쉽게 포기할 수 있는 그러한 제도가 아니다. 그렇게 한다면 아마도 현재의 문화공동체가 지향하는 일정한 재량판단의 영역을 인정하지 아니하는 것으로 비유할 수 있다. 문화공동체는 말로써 일정한 표현을 하는 것에 그치지 아니하고 내용

있는 거동으로 표현을 더욱 확실하게 매듭을 지는 관습을 중시하고 있다. 생일을 축하하는 마음은 생일선물로 가시화하면 더욱 그럴 듯하고, 훌륭한 업적에 대한 칭찬은 포상으로 더욱 확고해지는 것과 같은 이치이다.

제재도 공적으로 여러 가지 방법으로 행해질 수 있다. 소추 이외에도 기관이나 시설에서 시행되는 다양한 불이익한 조치를 들 수 있다. 어쨌든 표현과 실질이 상부하는 것이어야 한다. 경미한 불법이나 약간의 업적에 대해서는 구두로 비난과 칭찬을 하면 충분할 것이다. 이러한 조치는 일상생활의 형사사법실무상 빈번히 일어난다. 중대한 범죄를 범한 범죄자에 대해서는 반드시 중대한 조치가 취해진다. 만일 중대한 폭력범죄자에 대하여 처벌이 아니라 그저 비난만 하고 끝낸다면 가볍게 비난하는 것이며 앞뒤가 맞지 않는 조치이다. 판사가 그러한 경미한 처벌을 한다면 피해자에 대해서도 진지하지 못하게 그저 형식적이며 의례적인 위로를 전하는 것뿐이다.

피해자는 범죄자 처벌을 요구하는 권리가 없다고 하는 주장은 타당하지 않지만 그렇다고 가혹하게 처벌하도록 요구할 권리는 없다. 피해자에게 심심한 위로를 전달하고 연대감을 표시하기 위하여 범죄자에게 해악을 가하는 것은 당연하다. 그러나 어느 정도로 해악을 가할 수 있느냐하는 문제는 별도로 논의해야 한다. 어느 정도 비난을 하고 어느 정도로 형량을 정해야 하는지는 명확하지 않다. 즉 구체적으로 타당한 형량은 쉽게 추론되지 않는다.

범죄자의 행위에 대하여 범죄자를 비난하는 정도를 구체적으로 나타내는 일정한 폭의 형량이라고 볼 수 있으면 된다. 피해자가 구체적으로 합당한 형량을 제시하면서 처벌을 요구할 수는 없다.

만일 피해자가 구체적인 형량을 제시하면서 처벌을 하라고 주장하도록 하면(Hörnle는 이를 양형참여권 Mitspracherecht이라고 말한다) 피해자의 보복감정에 더 얽은 요구형량을 절차를 통하여 조정하고 완화한다는 이념 즉 형벌고권의 적법 절차적 기초를 포기하는 셈이다. 왜냐하면 근대이후 확립된 평등하고 공정한 형사사법이라는 이념과 충돌하기 때문이다. 피해자의 요구를 얼마나 고려해 주어야 하느냐 하는 문제는 어려운 문제인데 다수학자들은 피해자의 형벌기대치는 다양하게 나타나 가늠하기가 어려우며 또 많은 피해자들이 엄하게 처벌하는 것 보다 국가기관인 공소권자가 공식적으로 기소하는 것이 더 중요하다고 인식하고 있다고도 본다. 피

해자의 이익을 보호하여야 한다는 주장이 일반인의 이익을 무시해도 좋다는 의미는 아니다. 국가 형벌고권의 이념에 따라서 절차를 진하게 되면 그 절차는 당연히 평등의 원칙을 지켜야 한다.

또한 중대한 범죄를 범한 범죄자를 피해자가 용서하였고, 진정으로 그의 행위에 대한 비난에 관심이 없다고 하더라도 처벌해야 한다. 피해자가 사망하였고 가족도 없으며 범죄자의 처벌에 관심을 가질 사람도 없다고 해도 그를 소추하여 처벌하여야 하며 형벌론으로 보면 범죄자를 처벌하여 일반인들에게 공포를 안겨주고, 규범이 살아 있음을 보여주는 일은 포기될 수 없기 때문이다. 물론 피해자를 적절히 배려하는 일이 필요함은 물론이다.

IV. 형법이론학으로 본 피해자

Hörnle의 논문을 통하여 형벌론으로부터 본 피해자의 문제를 살펴보았다. 다음으로는 형벌론과 직접 관련이 없지만 형법이론학에서 피해자문제를 어떻게 파악해야 하는지를 놓고 다시 Hörnle의 설명을 보기로 한다.

형벌론이 형법총론교과서 앞부분에 서술되어 학생들의 관심과 흥미를 끌고 있는데 사실 형법이론학적으로 보면 형벌론은 이론학과 밀접히 관련되어 있지는 않다. 물론 형벌론의 사상적 기초와 형법이론학의 사상적 기초를 보면 연결되기는 하지만 논리적으로 범죄체계를 다루는 형법이론학과 형벌목적은 다루는 형벌론은 아무런 관계도 없다.

그러나 무엇을 어떻게 처벌하고 왜 처벌하느냐 하는 문제는 아무래도 네트워크를 이루면서 함께 논의되곤 한다. 형법을 해석하고, 그 결과 형벌에 의한 시민들에 대한 통제범위가 결정되면 해석원리와 형벌목적이 내적으로 모순되는 것은 아닌지 하는 논의는 가능하다.

어떠한 행위에 대하여 반가치평가를 함에 있어서 피해자의 입장을 중요하게 생각해야 한다. 물론 피해자의 의견에 전적으로 의존하여 반가치평가를 내려서는 안된다. 범죄성립요건으로 행위에 대한 반가치판단과 행위자에 대한 비난이 요구된다. 그런데 책임무능력이나 한정책임능력은 범죄자의 관점에서 판단되고 피해자는 전혀 고려되지 않는다. 책임문제와

피해자는 아무런 관계가 없다. 그러나 행위에 대한 반가치판단에 있어서 피해자를 고려해야 한다. 특히 전혀 불법이 아니라거나 불법이 성립하더라도 그렇게 중한 것은 아니라고 평가하려면 피해자를 살펴보아야 한다. 여기서 피해자도 공동책임이 있다고 하는 식으로 똑같이 고려한다는 의미는 아니다. 피해자가 자기 자신을 위하여 마땅히 감당해야 할 책무를 소홀히 하지 않았는지를 따져서 비난받을 여지는 없는지를 확인한다.¹⁹⁾

구체적인 행위상황에서 피해자가 얼마나 자유로운 상태이었던지를 살펴본다. 실제적으로 피해를 회피할 수 있었던 가능성만으로 판단해서는 안된다. 그가 자기 자신을 위하여 충분히 노력하지 않았다고 한다면 자기를 지킬 가능성은 충분했는지, 상황으로 볼 때 얼마나 자유로웠는지, 그가 마땅히 해야 할 일은 다 했는지 등을 따져 본다. 이 문제는 형법해석의 문제로 돌아간다. 피해자가 행위 상황에서 구성요건적 행위를 하지는 않았는지를 살펴보는 소위 피해자이론학(Viktimodogmatik)이 정립될 필요가 있다.²⁰⁾

이처럼 피해자문제를 논의하게 되면 아무래도 범죄자에게 유리한 상황을 찾아내는 것이 된다. 특정한 규범의 적용범위를 제한하는 사정을 확인하는 결과가 되기 때문이다. 예를 들어 사기죄에서 그 예를 볼 수 있다. 1주일동안 복용하면 다이어트 없이도 체중을 10kg이나 줄일 수 있다는 말에 혹하여 환약을 구입하였을 때 구입한 피해자는 말도 안되는 말을 믿은 것이며 경솔하기 짝이 없는 피해자를 과연 보호해야 하는가 하는 문제가 제기된다.

사기범죄자는 자신의 행위를 정당화하여 사기죄의 구성요건의 해석이나 양형이론으로 볼 때 피해자의 공동책임은 당연히 인정되어야 한다고 주장할 것이다. 결국 피해자가 마땅히 지켜야 할 자신의 책무를 다하였는지 묻지 않을 수 없다. 성매매여성을 강간한 경우 불법감경적 정황을 인정해야 한다고 주장하기도 하지만 피해자(성매매여성)가 자기의 책무를 다하지 못한 점이 인정되어야만 불법감경정황 내지 불법조각적 상황을 인정할 수 있다.

피해자가 충분히 이행할 수 있음에도 불구하고 행위상황 속에서 긴급히 요구되는 조치를 취하지 아니하여 결국 그러한 피해를 입었다면 범죄자 입장에서는 자기의 행위가 불법하지 않거나 불법하더라도 감경된다고 주장할 수 있다. 성매매여성이 호객을 하였고, 고객이 오자 성매매여성의 집에 불러

19) Hassemer/Reemtsma, Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, 2002, S. 70f.

20) Hörnle, T., a. a. O. S.957.

들인 것은 그녀의 정당한 이익을 실현하려고 한 것이다. 강간을 한 고객은 피해여성이 성매매를 직업으로 하는 여성이라는 것을 이유만으로 자기의 행위를 정당화하거나 불법감경사유를 주장할 수 없다. 강간한 후 돈을 던져 놓고 간다고 해서 그의 강간의 불법이 감경, 조각되지는 않는다.

그러나 터무니없는 광고(다이어트도 안하고 알약을 먹기만 하면 1주일에 10kg가 빠진다는 광고)를 보고 이를 구입한 경우 피해자는 자기가 지켜야 할 책무를 다하지 못했음을 인정할 수 있고, 사기죄의 불법은 감경되거나 아예 불법하지 않다고 할 수 있다.

형법각칙과 양형에 있어서 뿐만 아니라 총칙상 해석의 문제에 있어서 평가가 피해자의 관점과 조화를 이루지 않으면 안된다. 형법이론학상 매우 중요한 문제인 피해자문제는 허용구성요건착오의 문제와도 관련된다.

외국인이 여행을 와서 거리를 배회하고 있었는데 마침 소매치기를 발견한 경찰관이 ‘도둑잡아라’라고 소리치면서 쫓아오자 이 소리에 지갑을 잃어버렸다고 생각한 어떤 행인이 그 외국인에게 다가와 소리지르면서 ‘지갑을 내 놓으라’고 했다. 그러나 사실은 지갑은 이미 다른 곳에서 절취당하거나 분실한 후였는데 이를 오인하고 아주 다른 인상의 외국인이 소매치기범이고 경찰관이 이를 경고한 것으로 착오를 범한 것이다. 행인은 불문곡직하고 외국인을 길에 쓰러뜨려서 상해를 입혔다. 이것은 교과서에서 다루고 있는 오상방위의 사례가 될 수 있다. 우리형법에 오상방위를 규율하는 조항은 없다.

다수설은 외국인을 구타하여 길에 쓰러뜨린 행위는 무죄가 될 수는 없지만 그렇다고 위법하다고 할 수도 없다는 것이다(법효과제한책임설 중 구성요건착오설에 준한다는 설). 그러나 외국인의 입장에서 당신에 대한 폭행은 불법은 아니라고 하면 이는 도저히 이해가 되지 않을 것이다. 비록 오인상태이었지만 행위자가 의도적으로 공격을 하여 상해를 입힌 것이 명백한데 불법이 아니라고 하면서 외국인은 결코 정당방위를 할 수는 없다고 한다면 외국인 차별의 문제가 아니라 이론상 도저히 받아들일 수 없는 논리구성이라고 하겠다.

폭행행위자는 유감스럽게도 착오상태에 빠져 있었기 때문에 처벌이 어렵지만 그렇다고 피해자의 이해를 너무나 무시하는 이론구성은 받아들일 수 없다. 결국 오상방위자 행위는 책임비난과 관련지어 불가별로 하여야 한다.

형법이론학에서도 이제는 범죄자, 일반인뿐만 아니라 피해자의 입장

에 서서도 가치판단·반가치판단을 하도록 이론구성을 해야만 설득력을 지닐 수 있다.

V. 소 결

형사소송법이 개정되어 피해자의 지위를 적극적으로 반영하기 시작하였다. 공판조서의 열람·등사권, 재정신청대상범죄의 전면확대 등이 그 좋은 예이다. 형사절차상 피해자의 지위를 전면적으로 고려한 입법예로 2004년에 개정된 독일 및 오스트리아형사소송법을 들 수 있다.

두 나라의 형사절차법개혁으로 피해자에게 절차참여권이 보장되고, 고소, 고발을 할 권리를 고지받을 권리, 형집행, 출소 등에 관한 사항을 고지받을 권리, 손해배상청구 및 손해정산 등에 관한 사항을 고지받을 권리가 인정되었고, 독일 각주단위별로는 피해자를 보호하기 위한 로비단체를 구성할 수 있는 근거규정이 마련되기 시작하였다.²¹⁾

이에 비하면 개정형사소송법은 피해자의 권리를 다양하게 충분히 규정하지 못하고 있어서 향후 과제로 남게 되었다. 그러나 아무리 절차상 피해자의 권리를 보장하고 피해자의 원상회복을 돕는 규정을 설정하더라도 기본적으로 피해자의 문제가 형법이론학과 형벌론에서 어떻게 취급되어야만 하는지 하는 논의를 빠뜨린다면 그것은 방향을 잃고 그때그때 땀질식으로 피해자에 대한 동정심을 수용하는 정도가 될 것이다. 본고는 이러한 문제제기의 차원에서 Bochum대학의 Tatjana Hörnle 교수의 논문을 주로 하여 정리해 보았다. 21세기에 들어서서 형사사법의 여러 분야에서 개혁이 논의되고 있어서 바람직한 면을 보이고 있지만 피해자의 문제를 절차상 참여권보장과 가해자-피해자화해 방식의 보호관찰기법을 논의하는 정도로는 충분하지 않다. 피해자가 형법이론과 형벌론에서 어떻게 자리매김해야 하는지를 논의하여야 할 때가 되었다.

21) Höyneck/Jesionek, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren in Deutschland und Österreich nach den jüngsten opferbezogenen Reformen des Strafverfahrensrechts: Österreich als Modell? in: Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 89Jahrgang Ht.2 2006,S.88.

참고문헌

형사소송법일부개정법률안

조병인, 한국의 범죄피해자보호체계 : 법률과 실제, 형사정책연구 제35호

한국피해자학회, 피해자학연구 제1권-제12권

番敦子/武内大徳/佐藤文彦, 犯罪被害者等基本計劃の解説, 2006

Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.A, 1965, S.386ff.

Hassemer/Reemtsma, Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, 2002.

Hassemer, W., Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S.70.

Hörnle, T., Die Rolle des Opfer in der Straftheorie und materiellen Strafrecht, JZ 19/2006, S.950ff.

Höynck/Jesionek, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren in Deutschland undÖsterreich

nach den jüngsten opferbezogenen Reformen des Strafverfahrensrechts : Österreich als

Modell? in : Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 89Jahrgang Ht.2 2006, S.88.

Jakobs, Strafrecht, AT, 2. A, 1991, 1/9ff.

Kaiser, Kriminalpolitik in der Zeitenwende, in : FS für Roxin 2001, S.991.

Maurach, Grundriß des Strafrechts, Allg., Teil, 1948, S.21ff.

Schünemann, Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, in : FS für Lüderssen, 2002, S.327ff.

Strawson, P. F, Freedom and Resentment, in : ders, Freedom and Resentment, 1974.

Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S.378.

The Role of Crime Victim in the formation of the Theory of Crime and Punishment

Cho, Jun Hyon*

Because the government prosecute and punish criminals on behalf of society (so to say 'bonum commune'), the victim of a crime is not a party to the criminal prosecution. By filing a complaint with a law enforcement agency, a victim initiates the process that can lead to prosecution, but once prosecution begins, the victim's participation is primarily that of being a witness. Quite often victims feel lost and frustrated in the shuffle of the criminal process. They sometimes feel That system is insensitive or even hostile to their legitimate interests in seeing justice done.

As we shall see, some states are now taking steps to address victim's concerns. Despite some measures being proposed, recommended and others that have been adopted, crime victims remain secondary players in the criminal justice system.

The principal parties in a criminal case are the prosecution and the defendant. Only in some rare situations the victim might have another remedy. The last 20 years of the 20th century have witnessed a gradual but pervasive and lastly widespread trend to elevate the rights of crime victims, even if that requires lessening the rights of the perpetrators.

Incomparably there have been little survey and debate about the role of crime victim in Formation of the theory of crime and punishment. To attain the goal of positioning crime victim in appropriate place in the whole criminal justice system, this way of thinking is indispensable and essential. To assert the right of criminal

* Professor, Department of Law, Sungshin Women's University, Ph.D. in Law

victim can't be enough. We must find the role of victim in the systematic analysis of crime and punishment.

주제어 : 피해자, 가해자, 범죄체계론, 형벌론, 불법, 정당화사유, 양형, 형벌고권, 공동책임(피해지화)

Keywords : victim, offender, systematic theory of crime, theory of punishment, offence, justification, sentencing, sovereignty to punish, co-responsibility(victimization)