

〈논문〉

## 범죄피해자의 헌법상 기본권보호\*

李孝元\*\*

### 요약

우리 헌법은 국민이 범죄피해자가 된 경우에는 당해 사건의 재판절차에서 진술할 권리와 국가로부터 구조를 받을 권리를 기본권으로 인정하고 있는데, 범죄피해자에 대한 헌법상 기본권은 보호영역의 설정에 따라서 그 규범적 내용과 범위가 달리 평가될 수 있다. 이들 권리의 내용과 한계는 형사소송법과 범죄피해자구조법을 통하여 구체적으로 형성되는데, 헌법에서 규정하는 내용은 법률에 규정되어 있더라도 헌법상 기본권으로 보호되어야 할 것이다. 따라서 이러한 기본권을 침해한 입법작용에 대하여는 위헌법률심판을 통하여 구제될 수 있고, 이를 침해한 모든 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여는 헌법소원을 통하여 구제될 수 있다. 한편, 헌법에서 직접 규정하고 있는 범죄피해자의 재판절차진술권과 구조청구권과는 달리 범죄피해자보호법에서 규정하고 있는 권리는 헌법상 기본권이 아니라 법률에 의하여 보장된 권리이다. 따라서 이러한 권리는 비록 헌법상 근거를 두고 제정된 법률에 의하여 보장된 것이라고 하더라도 위헌법률심판의 기준이 될 수가 없고, 그 권리의 침해에 대하여도 위헌법률심판 또는 헌법소원의 대상으로 인정될 수가 없다고 하겠다. 현행 형사소송법, 범죄피해자보호법, 그리고 범죄피해자구조법은 범죄피해자를 보호하고 지원하는 규정을 두고 있는데, 이들 규정이 국가의 범죄피해자에 대한 기본권보호의무를 위반하였다고 할 수는 없다고 하겠다. 현대 국가에서 범죄피해자는 더 이상 범죄의 객체나 시혜적으로 보호되어야 할 대상이 아니라 실체적 진실을 규명하여 적정한 형사처벌을 실현함으로써 형사사법의 정의를 구현하는 적극적인 권리의 주체로서 인식되고 있다. 범죄피해자의 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 범죄피해자보호법 등에 대한 입법과 그 법률해석을 통한 사법을 비롯한 국가작용을 체계정합적으로 정서하는 것이 필요하다. 이러한 목적을 달성하기 위해서는 범죄피해자의 헌법상 기본권을 정확하게 이해하는 것이 요구된다고 하겠다.

주제어: 범죄피해자, 헌법상 기본권, 법률상 권리, 재판절차진술권, 범죄피해자보호법, 범죄피해자구조법, 기본권보호의무, 헌법소원

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비 지원을 받았음. 2009년 12월 8일 대검찰청 학계·실무포럼에서 발표한 것을 수정·보완한 것이다.

\*\* 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

## I. 서 론

1985년 11월 29일 국제연합은 “범죄 및 권력남용 피해자에 관한 사법의 기본 원칙의 선언(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)”을 채택하여 범죄피해자에 대한 국제사회의 지원과 관심을 촉구하였다. 그 이후, 전세계적으로 범죄피해자에 대한 보호와 지원이 학문적, 정책적 측면에서 본격적으로 연구되었으며, 우리나라도 1987년 개정헌법에서 피해자의 재판절차진술(제27조 제5항)과 범죄피해자의 구조(제30조)를 새로 규정하였다. 이에 따라 1987년 범죄피해자구조법이 제정되고, 형사소송법이 개정되었으며, 2004년 법무부에서 “피해자보호·지원 강화를 위한 종합대책”을 발표하고 전국 검찰청 산하에 범죄피해자지원센터를 설치하는 등 범죄피해자지원정책을 본격적으로 추진하였으며, 2005년에는 범죄피해자보호와 지원에 대한 기본법률인 범죄피해자보호법이 제정되었다.

범죄피해자에 대한 권리보호는 일반적으로 범죄피해자에 대한 지원과 형사절차상의 범죄피해자보호로 구분할 수 있다. 전자는 범죄피해자의 경제적, 정신적, 사회적 어려움을 제거하고, 피해자의 재활을 돕기 위한 활동으로서 범죄피해자에 대한 경제적·의료적 지원, 정신·심리적 지원, 기타 법률구조 등을 내용으로 하고, 후자는 형사사법에서의 정의를 실현하기 위하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호하기 위한 모든 조치로서 형사사법기관의 보호조치, 형사절차상 피해자의 지위강화, 회복적 사법 등을 내용으로 한다.<sup>1)</sup> 이러한 범죄피해자에 대한 권리보호는 범죄피해자보호법을 비롯하여 형사소송법, 범죄피해자구조법, 배상명령제도, 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 등을 통하여 규율하고 있는데,<sup>2)</sup> 이는 모두 이념적으로 헌법적인 근거와 정당성을 바탕으로 하고 있다.

그 동안 범죄피해자의 권리에 대하여는 형사소송과 형사정책적 관점에서 그

1) 김용세·류병관, “피해자학의 발전과 피해자보호의 최신동향”, **피해자학연구** 제10권 제1호, 2002, 167면 이하.

2) 범죄피해자 지원에 관한 현행 입법으로는 형사소송법, 범죄피해자보호법, 범죄피해자구조법, 배상명령제도, 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법, 법률구조법, 성매매방지및피해자보호등에관한법률, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률, 아동복지법, 특정강력범죄의처벌에관한특례법, 특정범죄신고자등보호법 등을 들 수 있는데, 그 제도의 운영현황에 대하여는 이상원·박광민, **범죄피해자와 인권**(2008년 법무부 용역연구), 법무부 인권국, 2008, 11-45면 참조.

확대의 필요성에 대하여 논의되었으나, 이러한 논의는 헌법적 관점에서 범죄피해자의 기본권의 개념과 보호영역을 설정하는 것에서부터 시작되어야 할 것이다. 왜냐하면 우리 헌법은 범죄피해자의 권리를 규정하고 있고, 헌법상 기본권은 입법작용을 포함한 모든 국가권력의 정당성의 기초로서 구속력을 가지며, 범죄피해자의 권리에 관한 법령의 해석기준이자 한계설정의 기준이 되기 때문이다. 2005년 이후 범죄피해자의 권리와 관련법령을 헌법적 관점에서 분석하는 노력이 있었으나, 대부분 범죄피해자의 권리를 확대하기 위하여 그 헌법적 정당성을 뒷받침하는 의미에서 헌법 제27조 제5항이나 제30조를 포함하여 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등으로부터 헌법적 근거를 도출하는 것이었다.<sup>3)</sup>

이 글에서는 우리 헌법에서 규정하는 범죄피해자의 기본권의 내용을 분석하고자 한다. 이는 우리 헌법이 범죄피해자에 대하여 어떠한 헌법적 가치를 갖는 자유와 권리를 부여하고 있는지를 명확히 함으로써 기본권의 보호영역을 설정하는 것을 의미한다. 이를 통하여 국가권력이 범죄피해자를 보호해야 하는 헌법적 의무의 내용과 범위를 확정할 수 있을 것이다. 우리 헌법은 전문에서 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”라고 규정하고 있으며, 제1조에서 국민주권주의를 선언하고 있고, 제2장(제10조 내지 제39조)에서 국민의 자유와 권리에 대하여 구체적으로 규정하고 있다. 또한, 제3장 이하에서 대의제도와 권력분립을 바탕으로 사법권의 독립과 헌법재판제도에 대하여 자세하게 규정하고 있다. 이러한 규정은 일반적으로 국민의 자유와 권리를 보장하는 것을 이념으로 하는 입헌주의에 바탕을 둔 것으로서 범죄피해자의 권리보호에도 적용된다고 할 것이다. 그러나 이러한 헌법이념과 규정은 범죄피해자를 포함한 일반 국민의 자격과 지위를 기준으로 해석되는 것이며, 범죄피해자를 염두에 두고 그 권리보호를 위하여 인정되는 것은 아니다. 따라서 헌법에서 규정하는 범죄피해자의 권리에 대해서는 개별적인 기본권 규정을 통하여 그 개념과 보호영역을 설정하는 것이 범죄피해자의 권리보호를 위하여 구체적이고 현실적인 의미를 갖는다고 하겠다.

3) 류병관, “형사절차상 범죄피해자권리의 헌법적 보장에 관한 연구”, **피해자학연구** 제14권 제1호, 2006.4.; 김성환, “범죄피해자의 헌법적 근거”, **헌법학연구** 제12권 제5호, 2006. 12.; 김재민, “헌법상 기본권 규정에 대한 피해자학적 고찰”, **경찰법연구** 제3호 등 참조.

## II. 기본권으로서의 범죄피해자의 권리

### 1. 헌법규정

범죄피해자의 보호의 필요성과 구체적인 입법조치에 대하여는 우리나라뿐만 아니라 전세계적으로 공통된 주제로서 국제연합을 비롯하여 유럽연합 등 국제기구와 미국, 독일, 일본 등에서도 범죄피해자에 대한 권리선언이나 관련 법률을 제정하여 시행하고 있다.<sup>4)</sup> 그러나 미국, 독일, 프랑스, 일본 등 외국에서는 헌법에서 범죄피해자에 대하여 직접 규정하지 않고 있다. 미국 수정헌법 제14조는 “어떤 주도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며”라고 규정하고, 독일 헌법 제16조 a 제1항은 “정치적으로 박해받는 자는 망명권을 가진다.”고 규정하고, 프랑스 헌법 제71의 1조 제2항은 “조직법률에 규정된 조건에 따라 공공서비스의 기능 또는 전향에서 정한 조직체에 의해 침해를 받았다고 생각하는 모든 사람들은 권리수호자에게 제소할 수 있다. 권리수호자는 직권으로 제소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이와 같이 미국 등 외국의 헌법은 일정한 영역에서 개인을 범죄로부터 피해를 받지 않고 보호할 것을 규정하고 있으나, 범죄피해자에 대하여 독자적으로 기본권을 규정하고 있지 않다.

우리 헌법도 개인이 범죄로부터 피해를 받지 않고 보호받을 것을 개인의 기본권으로 규정하고 있지만, 특별히 범죄피해자에 대하여는 별도로 그 기본권을 인정하고 있는 것이 특징이다. 우리 헌법이 개별적인 기본권 규정을 통하여 범죄피해자에 대하여 규율하고 있는 것은 우선적으로 헌법 제10조를 들 수 있다. 범죄피해자도 대한민국 국민으로서 헌법이 보장하는 개인의 기본권을 향유하는 주체가 되므로 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 비롯한 헌법상 개별적인 기본권을 가진다. 그러나 이러한 규정도 역시 일반적인 개인으로서 가지는 기본권 주체를 의미할 뿐, 특정 개인이 “범죄피해자이기 때문에” 고유하게 가지는 기본권을 의미하는 것이 아니어서 범죄피해자의 권리의 범위와 한계를 설정하는 적절한 기준을 제시하지 못한다. 또한, 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의

4) 외국의 범죄피해자에 대한 각종 선언, 입법현황, 매뉴얼에 대하여는 이상원·박광민, **범죄피해자와 인권**(2008년 법무부 용역연구), 법무부 인권국, 2008, 47-98면; 법무부 인권국, **외국의 범죄피해자 인권**, 2009; 법무부 인권국, **외국의 범죄피해자 매뉴얼**(캐나다, 일본, 프랑스), 2009. 등 참조.

명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대하여 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있어 언론·출판으로 인하여 명예를 침해당한 범죄피해자를 보호하는 내용을 포함하고 있다. 그러나 이 규정도 범죄의 범위와 피해자, 그리고 피해회복의 방법을 특정하고 있어서 범죄피해자의 헌법상 권리로서 보장하는 것이 아니라 언론·출판의 자유의 제한과 한계를 규정한 것으로 이해하여야 할 것이다.

결국, 우리 헌법이 범죄피해자에 대하여 직접적으로 규정하고 있는 것은 형사피해자의 재판절차진술권과 범죄피해자구조청구권에 국한된다고 하겠다. 즉, 헌법은 제27조 제5항에서는 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.”고 규정하고, 제30조에서 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”고 규정하고 있다. 한편, 우리 헌법은 제10조 후문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여 국가의 기본권보호의무를 부여하고 있는데, 범죄피해자는 주로 사인에 의하여 기본권이 침해된 경우에 발생하므로 국가의 기본권보호의무는 범죄피해자의 권리보호에도 직접적으로 관련되는 부분이 있다고 하겠다. 이와 같이 헌법이 범죄피해자에 대하여 직접적으로 규정하는 부분에 대하여 헌법규범적 의미와 내용을 명확히 하는 것은 범죄피해자의 헌법상 기본권과 범죄피해자를 보호해야 하는 국가의 헌법적 의무를 명확하게 규명하는 것이다. 이는 헌법을 근거로 제정된 범죄피해자에 대한 관련 법령을 해석하고 적용하는 출발점이 될 뿐만 아니라, 범죄피해자에 대한 형사정책적인 지원과 보호대책을 수립하고 시행함에 있어서도 그 정당성을 부여하고, 규범적 한계를 설정하는 기능을 담당할 수 있을 것으로 기대된다.

## 2. 기본권의 개념과 보호영역

기본권이란 개인이 가지는 헌법상의 권리로서 “실정헌법에 의하여 보장된 권리”를 의미하는데, 우리 헌법에는 “자유와 권리”, “자유”, “기본적 인권”이라고 표현하고 있을 뿐 “기본권”이라는 용어를 사용하지 않고 있고, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 “헌법상 보장된 기본권”이라고 표현하고 있다. 이러한 의미에서 기본권은 우리 헌법에서 규정하는 용어가 아니라 강학상 개념으로 사용되고 있으며,

헌법상 보장된 국민의 자유와 권리와 동의어라고 이해할 수 있다.<sup>5)</sup> 범죄피해자가 우리 헌법상 어떠한 권리를 가지는가는 이러한 기본권의 개념을 규명하여 그 보호영역을 명확하게 설정함으로써 도출할 수 있다.<sup>6)</sup> 우리 헌법이 규정하는 범죄피해자의 권리가 헌법상 기본권으로서 어떠한 의미와 내용을 가지는 것인지에 대하여는 앞에서 검토한 바와 같이 국민으로서의 개인이 아닌, 범죄피해자이기 때문에 갖게 되는 고유한 속성의 기본권이 있는지, 그 내용과 범위는 무엇인지를 규명하는 것이며, 이를 위해서는 기본권의 개념요소를 분석하는 것이 필요하다.

첫째, 기본권은 헌법에 의하여 인정되고 보장되는 권리로서 “헌법적 요소”를 가진다. 이는 헌법적 가치나 이익으로서 인류적으로 보편성을 가지는 인권 또는 자연권을 포함하여 특정한 국가공동체가 역사적 특수성을 고려하여 근본규범인 헌법으로 보장하는 것만을 기본권으로 인정한다는 것이다. 즉, 헌법은 개인의 기본권을 보장하는 것과 국가의 조직과 구성을 통해 국가공동체를 유지, 존속하는 것을 사명으로 하고 있으며, 국가권력으로 하여금 기본권을 보호하는 목적에 제한되어 행사하도록 한계를 설정하고 있다. 따라서 헌법이 인정하는 개인의 기본권은 행정과 사법뿐만 아니라 의회의 입법의 정당성의 근거이자 한계를 설정하므로 의회가 제정하는 법률도 기본권을 구체적으로 실현하여야 하는 헌법적 의무가 있고, 이에 위반되는 경우에는 위헌으로 무효화되는 것이다. 또한, 헌법에서 규정하는 기본원리나 헌법적 지침도 기본권과 체계정합적으로 부합하여야 하며, 그 기본원리가 기본권을 제한하는 직접적 근거로 이용될 수는 없다. 이와 같이 기본권은 헌법적 요소를 가지고 있어서 법률상 보장되는 권리와 구별되는데, 이는 규정형식이 아니라 실질적인 내용을 기준으로 구별하여야 한다. 헌법적 가치나 이익을 의미하는 기본권은 대부분 법률의 규정을 통하여 구체화되므로 비록 법률에 규정되더라도 기본권을 구체화하는 경우에는 기본권에 포함시켜야 한다. 그러나 법률이 기본권을 구체화하는 것이 아니라 입법형성권 또는 입법재량에 따라서 창설하는 권리는 기본권이 아니라 법률상 권리에 불과하게 된다. 기본권은 헌법소원의 대상이 되지만, 법률상 권리는 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 점에서 큰 차이가 있고 그 구별의 실익이 있다.<sup>7)</sup>

둘째, 기본권은 국가의 객관적 규범에 의하여 보장되는 권리로서 “실정법적 요

5) 성낙인, **헌법학**, 법문사, 2009, 304-305면.

6) 우리 헌법상 기본권의 개념에 대하여는 정종섭, **헌법연구 5**, 박영사, 2005, 15면 이하.

7) 성낙인, 앞의 책, 306면; 정종섭, 앞의 책, 275-280면.

소”를 가진다. 헌법에 의하여 확인되거나 창설된 가치나 이익이라도 국가의 실정법화를 통하여 비로소 기본권으로서의 법적 효력이 인정되어 강제력을 가지며, 이는 자연권 이외의 헌법적 가치나 이익도 기본권이 될 수 있도록 하고 기본권이 절대권이 아니라 상대권으로서 일정한 경우에는 제한될 수도 있다는 근거가 되기도 한다. 또한, 기본권은 실정법화됨으로써 객관적 규범성을 가지게 되며, 이를 통하여 개인이 국가에 대하여 기본권 행사의 정당성을 주장할 것이 아니라 국가가 기본권을 제한할 경우에 그 정당성을 입증하여야 한다는 점에서 중요한 의미가 있다. 기본권을 실정화하는 방법에는 반드시 기본권조항의 형식만 있는 것이 아니라 헌법적 기본원리나 제도보장 등의 형식을 취할 수도 있으므로 이들로부터 기본권이 도출될 수도 있다고 하겠다. 다만, 이러한 경우에도 헌법소원의 대상이 되는 것은 이러한 헌법적 기본원리나 제도보장이 아니라 이들로부터 도출되는 기본권이라는 점에서 기본권조항과 구별할 실익이 있다고 하겠다. 우리나라의 현행헌법의 경우에도 개별적 기본권조항 이외에도 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”고 규정하여 기본권의 진화적, 발전적 성격을 고려하여 개별적인 기본권목록에 포함되지 않는 경우에도 기본권으로 포섭할 수 있는 창구를 열어두고 있다.<sup>8)</sup>

셋째, 기본권은 헌법적 차원에서 인정되는 주관적 공권으로서 “권리적 요소”를 가진다. 기본권으로서 인정되는 헌법적 가치나 이익은 기속력 있는 규범으로서 국가와 개인의 관계에서 권리 또는 의무를 부과함으로써 직접적인 강제력과 집행력이 인정되는 것이다. 따라서 기본권의 주체는 그 권리를 주관적으로 배타적으로 행사하는 것이 법적으로 보호되며, 그 본질적 속성으로서 주관적·개인적 권리로서 개체귀속성, 타인에 의하여 자신의 권리관계가 형성·변경·소멸되지 않는 면책성, 개인이 자신의 책임 하에 임의로 행사할 수 있는 처분성,<sup>9)</sup> 기본권에 대한 법적 실효성을 보장하기 위하여 국가는 헌법적 의무를 부담하도록 하는 청구성을 가진다고 하겠다. 이러한 주권적 기본권성은 기본권의 종류와 법적 성격에 따라서 차이가 있을 수 있는데, 자유권에 있어서는 지배권, 형성권, 청구권이 강하게 보장되지만, 사회권에 있어서는 입법작용을 통한 보완이 없는 실제로 그 권리성을 실현하기가 곤란하다고 할 것이다.<sup>10)</sup>

8) 정종섭, 앞의 책, 268-275면.

9) 이러한 경우에도 기본권의 공권성으로 인하여 원칙적으로 양도성은 인정하기 어려우나, 개인적 자유권 등 일정한 영역에서는 포기성이 인정된다고 하겠다.

결국, 기본권이란 개념본질적으로 “헌법적 요소”, “실정법적 요소”, “권리적 요소”로 구성되며, 직접적으로는 헌법의 기본권조항을 통하여, 간접적으로는 헌법의 기본원리나 지침규정을 통하여 도출된다고 하겠다. 이 기본권은 헌법은 물론 법률로 구체화되어 규정될 수도 있는데, 헌법규정으로 자연권을 확인하거나 기본권으로 창설한 것으로 구별할 수 있고, 법률규정으로는 헌법적 권리를 구체화한 것만이 기본권으로 포섭될 수 있는 것이다. 범죄피해자에 대한 권리도 이러한 기준에 따라 기본권의 개념을 명확히 하고, 그 보호영역을 설정하는 것이 필요한데, 범죄피해자의 권리를 헌법적 관점에서 파악할 경우 제1차적이고 직접적인 근거는 헌법규정이라고 하겠다. 우리 헌법은 범죄피해자의 권리에 대하여 제27조 제5항의 형사재판진술권과 제30조의 범죄피해자구조청구권을 통하여 직접적으로 규정하고 있다. 따라서 범죄피해자의 기본권에 대한 헌법적 차원에서의 보장은 헌법에서 기본권으로 직접 규정하고 있는 재판절차진술권과 형사보상청구권을 중심으로 그 보호영역을 설정하는 것에서 출발한다고 하겠다. 이는 범죄피해자의 기본권이 헌법에 열거되지 아니한 기본권에 포함될 수 있는지 여부와 국가의 기본권보호의무의 대상으로 범죄피해자의 권리가 포함될 수 있는지 여부에 따라서 그 보호영역이 달라지므로 여기에서는 이를 포함하여 함께 검토하고자 한다.

### III. 형사피해자의 재판절차진술권

#### 1. 규범적 의미

형사피해자의 재판절차진술권이란 범죄로 인한 피해자가 당해 사건의 재판절차에서 증인으로 출석하여, 자신이 입은 피해의 내용과 사건에 관하여 의견을 진술할 수 있는 권리를 의미한다.<sup>10)</sup> 우리 헌법 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이는 현행헌법에서 제30조의 범죄피해자구조청구권과 함께 신설한 것인데, 본질적으로 보편성을 가지는 자연권이어서 당연히 헌법에 규정되어야 하는 것은 아니다. 국가공동체의 역사성과 특수성에 기초한 헌법적 결단에 의하여 기

10) 정종섭, 앞의 책, 266-268면.

11) 권영성, **헌법학원론**, 법문사, 2009, 611면; 계희열, **헌법학(中)**, 박영사, 2007, 649면.



본권목록에 포함시킴으로써 헌법이 창설한 기본권이라고 할 수 있다. 형사피해자의 재판절차진술권은 이를 법률에서 정할 수도 있는 성질의 것이지만 헌법이 기본권으로 보장하고 있어 이를 침해하는 행위는 법률에 위반되는 것이 아니라 헌법에 위반되는 것이다. 이 규정은 검사의 불기소처분에 의하여 피해자가 재판정에서 진술할 기회가 박탈되는 것을 방지하여 형사사법의 적정성을 확보하면서, 동시에 그 동안 단순히 심리의 대상에 그쳤던 형사피해자의 정당한 권리를 보장하기 위한 것이다.<sup>12)</sup>

헌법은 형사피해자의 재판절차진술권의 구체적인 내용에 대하여는 법률에 위임하고 있고, 형사소송법 제294조의2에서 형사피해자의 재판절차진술권을 구체화하고 있으므로 그 요건, 대상, 절차, 효과 등 규범적 의미는 헌법규정과 형사소송법을 통일적이고 조화적으로 해석함으로써 명확하게 도출될 수 있다. 범죄피해자의 재판절차진술권의 보호영역은 재판절차진술권의 주체, 발현시기(공소제기를 전제로 인정되는 것인지 여부), 내용을 구체적으로 확정함으로써 설정될 수 있다.

## 2. 주체

헌법은 재판진술절차권의 주체로 “형사피해자”로 규정하고 있는데, 형사소송법에서는 “범죄로 인한 피해자”(제294조의2 제1항, 제294조의3 제1항 등), “소송계속 중인 사건의 피해자”(제294조의4 제1항)로 규정하고 있다. 형사피해자의 재판절차진술권이 헌법상 기본권으로 인정되고, 형사소송법이 이를 구체화하고 있는 점을 고려할 때 헌법에서 규정하는 “형사피해자”와 형사소송법이 규정하는 “피해자”는 동일한 의미라고 해석하는 것이 체계정합적이라고 할 것이다. 우리 헌법재판소도 “형사소송법 제294조의2 제1항 본문의 ‘범죄로 인한 피해자’의 개념 역시 앞서 본 헌법 제27조 제5항의 취지에 맞추어 재판절차진술권을 보장하는 위 헌법 조항의 ‘형사피해자’의 개념과 동일한 뜻으로 풀이하는 것이 올바른 해석일 것이다.”고 판단하였다.<sup>13)</sup>

이때 형사피해자의 개념은 헌법이 형사피해자의 재판절차진술권을 독립된 기본권으로 인정한 취지에 비추어 넓게 해석할 것이므로 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자 개념에 의존하여 결정하여야 할 필요는 없다. 즉,

12) 정종섭, 앞의 책, 797면.

13) 헌법재판소 1997.2.20. 96헌마76.

형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 주체로 해석되지 않는 자라 하여도 문제되는 범죄 때문에 법률상 불이익을 받게 되는 자라면 헌법상 형사피해자의 재판절차진술권의 주체가 될 수 있고, 따라서 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구할 수 있는 청구인적격을 가진다고 할 것이다.<sup>14)</sup> 따라서 고소하지 아니한 범죄피해자도 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구할 적격이 있으며,<sup>15)</sup> 한편, 헌법재판소는 교통사고로 사망한 사람의 부모도 해당 범죄로 인하여 법률상 불이익을 받게 되므로 헌법상 재판절차진술권이 보장하는 형사피해자의 범주에 포함된다고 하였다.<sup>16)</sup> 다만, 형사피해자는 헌법상 기본권의 주체로 인정되므로 기본권의 헌법적 요소에 의하여 일정한 범위로 제한된다고 할 것이다. 이러한 이유로 범죄로 인하여 사실상 불이익을 받는 자는 제외되고 “법률상 불이익을 받게 되는 자”만 포함될 것이므로 그 범위의 설정도 헌법적 요소에 의하여 제한을 받는다고 하겠다.

### 3. 발현시기

범죄피해자의 재판진술권에 대하여 헌법상 기본권으로 인정하는 경우에도 구체적으로 언제부터 그 효력이 발현하여 현실적으로 행사할 수 있는 것인지에 대하여는 논란이 있다.

첫째, 헌법이 직접 규정하고 있는 재판절차진술권은 당해 사건의 범죄피해자에 대하여는 그것이 공소제기 여부를 불문하고 보호되어야 하고, 검사가 공소제기를 하지 않음으로써 제한된다는 입장이다. 헌법재판소는 “검사의 불기소처분이 적절하게 행사되지 못하거나 자의적으로 행사된 경우에는 형사피해자는 헌법 제27조 제5항에 규정된 재판절차진술권을 침해한 것이다.”,<sup>17)</sup> “검사로서는 … 공소권 없음을 이유로 불기소처분을 하지 않을 수 없는데, … 이 사건 법률조항으로 인하여 형사재판절차에서 그 피해에 대하여 진술할 기회조차 가지지 못하게 된다.”<sup>18)</sup> 고 하여 이러한 입장을 취하고 있다. 이는 헌법이 재판절차진술권을 독립된 기본권으로 보장한 취지가 형사피해자로 하여금 재판절차에 참여할 수 있는 청문의

14) 헌법재판소 1992.2.25. 90헌마91.

15) 헌법재판소 2004.11.25. 2004헌마595.

16) 헌법재판소 2009.2.26. 2005헌마764, 2008헌마118(병합).

17) 헌법재판소 1989.4.17. 88헌마3.

18) 헌법재판소 2009.2.26. 2005헌마764, 2008헌마118(병합).

기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하고,<sup>19)</sup> 형사피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 보장하기 위한 것이라는 것에 바탕을 두고 있다.<sup>20)</sup> 이 외에도 형사사법의 절차적 적정성을 확보하는 것에는 검사의 불기소처분에 의하여 피해자가 재판정에서 진술할 기회가 박탈당하는 것을 방지하는 것도 포함된다고 해석되는 점, 범죄피해자를 단순히 재판절차에 있어서 심리의 대상이나 증인으로서 출두하는 것만을 의미하는 것이 아니라 피해자가 자신의 권리를 방어하고 주장하기 위한 적극적인 진술권으로 특별히 보장한 것이라는 점 등도 이 입장의 근거로 제시되고 있다.<sup>21)</sup>

둘째, 재판절차진술권은 그것이 헌법상 인정되는 기본권이라고 하더라도 검사가 당해 사건을 기소함으로써 재판절차가 진행된 경우에 비로소 인정되어 행사할 수 있는 권리라는 입장이다. 헌법재판소는 소수의견으로 “피해자의 재판절차진술권은 피의자가 이미 공소제기된 것을 전제로 하는 것으로서, 종합보험 등 가입을 이유로 검사의 공소권 없음의 불기소처분이 내려진 교통사고 사건의 피해자는 재판절차진술권을 가지고 있다고 볼 수 없다 할 것이므로 이러한 피해자의 재판절차진술권을 보장하기 위하여 수사기관에 공소제기를 요구할 수는 없는 것이다.”고 설시하였다.<sup>22)</sup> 이러한 입장은 우리 형사소송법제도가 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있으며, 헌법과 형사소송법이 당해 사건의 재판절차를 전제로 하여 규정하고 있는 것에 바탕을 두고 있는 것으로 판단된다. 그 외에도 형사소송법에서 법원이 범죄피해자 등의 신청이 있는 때에 재판절차진술권을 인정하는 점, 피해자 등의 신청이 있더라도 진술할 필요성과 공판절차의 지연을 고려하여 법원이 재판절차진술권을 인정하지 않거나 제한할 수 있는 점, 피해자의 진술을 증인신문의 절차에 의하여 진행하는 점 등도 그 근거로 하고 있다고 판단된다.

헌법이 형사피해자의 재판절차진술권을 인정한 것은 범죄피해자를 단순히 재판절차에 있어서 심리의 대상이나 증인으로서 출두하는 것만을 의미하는 것이 아

19) 헌법재판소 2002.10.31. 2002헌마43.

20) 헌법재판소 1989.4.17. 88헌마3.

21) 김철수, **학설판례 헌법학(상)**, 2008, 1300-1301면.

22) 헌법재판소 2009.2.26. 2005헌마764, 2008헌마118(병합)의 재판관 조대현, 재판관 민형기의 반대이견으로서 당해 사건의 서울중앙지방검찰청 검사장 및 법무부장관의 의견도 동일한 취지이다.

나라 피해자가 자신의 권리를 방어하고 주장하기 위한 적극적인 진술권으로 특별히 보장하여 헌법상 기본권으로 인정한 것이다. 따라서 범죄피해자의 재판절차진술권은 공소제기 여부를 불문하고 보호되고, 검사의 불기소처분으로 인하여 제한되며 헌법 제37조 제2항의 과잉금지제한의 원칙에 따라서 헌법적으로 정당화된다고 해석하는 것이 타당하다. 형사소송법 제294조의2 제2항이 피해자등의 재판절차진술의 내용으로 “피해의 정도 및 결과, 피고인의 처벌에 관한 의견, 그 밖에 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회”를 보장함으로써 단순히 증인으로서의 지위를 넘어서 적극적인 진술권을 보장하고 있는 것도 이러한 관점에서 파악하여야 할 것이다.<sup>23)</sup> 형사소송법에서 피해자의 정보권을 보호하기 위하여 피해자에 대하여 검사의 처분결과를 통지하도록 하고(제259조의2), 피해자에게 공판기록열람·등사권을 인정하며(제294조의4), 피해자의 방어권을 보장하기 위하여 공판절차와 수사절차에 신뢰관계에 있는 자를 동석할 수 있게 하고 있는 것(제163조의2)도 마찬가지라고 하겠다. 이 외에도 헌법이 이를 기본권으로 신설한 이론적 근거는 피해자의 증언을 청취함으로써 진실발견에 최선을 다하고, 피해자의 피해상황을 직접 확인함으로써 국가구조 여부를 판단하는 자료로 활용하며, 당해 사건에 관한 피해자의 의견을 청취함으로써 유무죄와 양형의 판단에 참고하자는 것이라는 입장도 동일한 취지이다.<sup>24)</sup>

#### 4. 구체적 내용

헌법 제27조 제5항은 범죄피해자의 재판절차진술권에 대하여 그 구체적인 내용은 법률에 위임하고 있다. 이는 법률에 의한 기본권의 제한을 목적으로 하는 자유권적 기본권에 대한 법률유보의 경우와는 달리 기본권으로서의 재판절차진술권을 보장하고 있는 헌법규범의 의미와 내용을 법률로써 구체화하기 위한 이른바 기본권형성적 법률유보에 해당한다. 따라서 재판절차진술권을 어떠한 내용으로 구체화할 것인가에 관하여는 입법자에게 입법형성의 자유가 부여되고 있으며, 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에 비로소 위헌의 문제가 생긴다고 할 것이다.<sup>25)</sup> 범죄피해자의 재판절차진술권의 보호영역을 확정하는 것은 위와 같이 형사소송법이 규정하는 재판절차상의 권리를 침해한 경우에

23) 신동운, **형사소송법**, 법문사, 2006, 643면도 동일한 취지이다.

24) 권영성, 앞의 책, 611면.

25) 헌법재판소 1993.3.11. 92헌마48, 2003.9.25. 2002헌마533 등

이를 헌법상 기본권 침해의 문제로 파악하여 헌법소원의 대상으로 인정할 것인지, 단순히 법률상의 권리 침해의 문제로 파악할 것인지와 직접적으로 관련된다 고 하겠다.

이에 대하여는 헌법에서 기본권으로 인정하는 것은 당해 사건의 재판절차에서 형사피해자로 하여금 진술할 수 있도록 보장하는 것이므로 그와 같은 재판절차 진술권 자체를 박탈하는 경우에만 헌법상 기본권의 침해로서 헌법소원의 대상이 된다고 해석할 여지도 있다. 이러한 입장에 따르면 형사소송법이 규정하는 내용을 위반하는 경우에는 기본권의 침해가 아니라 단순히 법률상 권리를 침해하는 것에 불과하므로 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 할 것이다. 그러나 형사소송법이 규정하는 재판절차진술권의 내용은 입법자가 입법형성의 자유를 가지고 헌법상 기본권을 구체화한 것으로서 기본권과 일체로 파악하여야 한다. 만약, 재판절차진술권이 내용을 위반하여 그 권리를 침해한 경우에 이를 기본권 침해로 파악하지 않아 헌법소원의 대상으로 인정하지 않으면, 헌법 제29조 제5항의 재판절차진술권은 그 보호영역은 극도로 제한되어 실질적으로는 그 권리가 형해화될 위험성이 있다고 할 것이다. 따라서 형사소송법에서 규정하고 있는 내용이 헌법에서 기본권으로 보장하는 재판절차진술권을 구체화하고 있는 경우에는 이 규정을 위반하는 것은 기본권 침해로서 헌법소원의 대상으로 인정된다고 해석하여야 할 것이다.

#### IV. 범죄피해자구조청구권

##### 1. 규범적 의미

범죄피해자구조청구권이란 본인의 귀책사유 없는 타인의 범죄행위로 인하여 생명을 잃거나 신체상의 피해를 입은 국민이나 그 유족이 범죄자로부터 충분한 피해배상을 받지 못한 경우, 국가에 대하여 일정한 보상을 청구할 수 있는 권리를 말한다.<sup>26)</sup> 헌법 제30조는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”고 규정하여 타인의 범죄행위로 인하여 생명을 잃거나 신체상의 피해를 입은 국민

26) 허영, **한국헌법론**, 박영사, 2009, 586면.

이나 그 유족에게 국가로부터 재정적 구조를 청구할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 이는 현행헌법에서 형사피해자의 재판절차진술권과 마찬가지로 본질적으로 보편성을 가지는 자연권으로 당연히 헌법에 규정되어야 할 것이 아니라 헌법이 창설한 기본권으로서 헌법적 결단에 의하여 기본권목록에 포함시킨 것이라고 하겠다. 범죄피해자구조청구권의 본질에 대하여는 국가가 범죄를 예방하고 진압할 책임이 있으므로 당연히 범죄피해를 입은 국민에 대하여 국가는 무과실배상책임이 있다는 국가책임설, 국가가 사회보장적 차원에서 범죄의 피해를 구조해야 한다는 사회보장설, 국가가 범죄의 피해를 사회구성원에게 분담시키는 것이라는 사회부담설로 구분된다. 이는 범죄피해자구조청구권이 “... 권리를 가진다.” 또는 “...할 수 있다.”가 아니라 “구조를 받을 수 있다.”는 규정형식을 취하고 있는 것과도 관련되는데, 이러한 이유에서 그 법적 성격도 국가배상청구권을 파악하는 직접효력규정설과 사회보장에 관한 권리로 파악하는 입법방침규정설로 구분된다.<sup>27)</sup>

범죄피해자구조청구권에 대하여는 헌법정책적으로는 법률정책적 수준에서 제도화할 수 있으므로 기본권의 남발 또는 포화의 관점에서 재검토할 필요가 있다는 지적도 있지만,<sup>28)</sup> 그 본질은 국가책임과 사회보장에 바탕을 두고 있고, 그 법적 성격은 생존권적 성격을 띤 청구권이라고 할 것이다.<sup>29)</sup> 헌법재판소도 “헌법은 위에서 본 바와 같이 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무를 이와 같은 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 있다.<sup>30)</sup>

범죄피해자구조청구권은 본질적으로 범죄피해 발생에 대한 국가책임이론과 사회책임이론에 그 뿌리를 두고 있고, 범죄자의 배상능력이 없음을 전제로 하는 보충적인 성질을 갖는 제도라고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 범죄피해자구조청구권을 침해하는 행위는 헌법상 기본권을 침해하는 것으로 법률에 위반되는 것이 아니라 헌법에 위반되는 것이다. 또한, 헌법은 범죄피해자구조청구권의 구체적인 내용에 대하여는 법률에 위임하고 있는데, 이는 단순한 입법방침만을 규정하는 것이 아니고, 입법 의무의 내용과 범위를 분명히 정한 기본권형성적 법률유보에

27) 성낙인, 앞의 책, 775면.

28) 정종섭, 앞의 책, 832면.

29) 김철수, 앞의 책, 1138면; 허영, 앞의 책, 587면; 정종섭, 앞의 책, 833면 등.

30) 헌법재판소 1989.4.17. 88헌마3.

해당하므로 입법자는 범죄피해자구제제도를 법률로써 입법화할 의무를 부담한다.<sup>31)</sup> 범죄피해자구조법은 범죄피해자의 구조청구권을 구체화하고 있으므로 그 요건, 대상, 절차, 효과 등 규범적 의미와 보호영역의 설정은 헌법과 범죄피해자구조법을 통일적이고 조화적으로 해석함으로써 명확하게 도출될 수 있다.

## 2. 주체

헌법은 범죄피해자구조청구권의 주체로 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 입은 국민”으로 규정하고 있다. 그러나 이것만으로는 헌법상 기본권으로서 범죄피해자구조청구권의 주체를 명확하게 확정하기 어려우므로 그 범위에서 이를 형성하고 구체화하는 범죄피해자구조법의 규정을 통하여 통일적으로 해석하여야 할 것이다. 헌법 제30조는 범죄피해자구조청구권의 주체로 모든 국민이 아니라 “타인의 범죄행위로 인하여” “생명·신체에 대한 피해를 입은 국민”으로 제한하고 있으므로 최소한 자연인에게만 인정되고, 단체나 법인은 주체가 될 수 없을 것이다. 범죄피해자구조법 제1조는 “사람의 생명 또는 신체를 해하는 범죄행위로 인하여 사망한 자의 유족이나 중상해를 당한 자”를 구조함을 목적으로 하고, 제3조 제1항은 “국가는 범죄피해를 받은 자(이하 “피해자”라 한다)가 ... 피해자로 된 때에는 이 법이 정하는 바에 의하여 피해자 또는 유족에게 범죄피해자구조금을 지급한다.”고 규정하고 있다. 따라서 헌법상 기본권으로서 범죄피해자구조청구권의 보호영역은 범죄피해자구조법이 규정하는 위 주체와 “범죄피해”와 “중상해” 등의 개념규정을 통하여 구체화된다고 하겠다.

범죄피해자구조청구권은 생존권적 청구권이므로 사회국가원리의 측면에서 그 주체, 요건, 내용과 범위에 대하여 보다 폭넓게 인정할 수도 있을 것이다. 이는 국가의 재정능력 등을 고려하여 정책적으로 결정할 수 있는 입법재량에 속하는 사항이지만, 그것이 헌법이 규정하는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 입은 국민”의 범위를 넘어서는 경우에는 헌법상 기본권의 보호영역에 포섭될 수가 없으므로 법률상 권리에 불과할 뿐이어서 그 침해를 이유로 헌법소원을 인정할 수는 없다고 하겠다. 물론 입법부가 헌법상 규정을 초과하는 내용을 법률로 규정한다고 하더라도 그것이 헌법상 기본권을 제한하는 것이 아닌 한, 입법형성의 자유에 포함되므로 헌법위반의 문제는 생기지 않는다고 하겠다.

31) 정종섭, 앞의 책, 834면; 허영, 앞의 책, 587면.

### 3. 구체적 내용

헌법 제30조는 범죄피해자구조청구권에 대하여 그 구체적인 내용은 법률에 위임하고 있는데, 이는 형사피해자의 재판절차진술권과 마찬가지로 기본권형성적 법률유보에 해당한다. 따라서 이러한 의미에서 범죄피해자구조청구권을 어떠한 내용으로 구체화할 것인가에 관하여는 입법자에게 입법형성의 자유가 부여되고 있으며, 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에 비로소 위헌의 문제가 생긴다고 할 것이다.

그러나 이는 헌법적 관점에서 범죄피해자구조법의 법적 성격을 파악할 경우에 원칙적으로 헌법상 기본권을 형성하고 구체화하는 입법형식임을 강조한 것이지, 그 법률규정을 통하여 기본권의 보호영역을 설정하거나 기본권을 제한하는 것을 금지하는 것은 아니라는 점을 유의하여야 한다. 즉, 헌법상 기본권도 일반적으로 제37조 제2항에 따라서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 법률에 의하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있고, 이때 법률은 기본권형성적 법률유보의 입법형식으로도 가능하다는 것이다. 실제로 법률유보는 기본권제한과 기본권형성으로 절대적으로 명확하게 구분되는 것이 아니라 혼합적인 성격을 갖는 경우가 많고, 기본권을 형성하는 경우에 그 내용에 따라서 보호영역에서 제외되는 경우에는 실질적으로 기본권을 제한하는 결과를 초래하는 경우도 발생한다. 따라서 법률유보의 형식에 있어서 기본권형성과 기본권제한은 상대적이며, 기본권의 보호영역을 설정하는 과정에서는 통일적이고 종합적으로 기능하는 것이라고 이해할 수 있다. 범죄피해자구조법의 경우에도 그 법률규정을 통하여 헌법상 기본권을 형성하고 구체화하는 동시에 소극적 요건으로서 구조금지급의 제외(제6조, 제7조, 제8조), 구조금의 환수(제16조), 구조금지급신청기간의 제한과 시효(제12조, 제16조) 등을 통해 기본권의 보호영역을 설정하거나 기본권을 제한하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

범죄피해자구조청구권의 보호영역을 설정하는 것도 범죄피해자구조법이 규정하는 권리를 침해한 경우에 이를 헌법상 기본권 침해의 문제로 파악하여 헌법소원의 대상으로 인정할 것인지, 단순히 법률상의 권리 침해의 문제로 파악할 것인지와 직접적으로 관련된다고 하겠다. 이에 대하여는 앞에서 형사피해자의 재판절차진술권의 보호영역을 설정하는 것에서 검토한 바와 같이 헌법에서 기본권으로 인정하는 권리 자체를 입법화하지 않거나 박탈하는 것은 물론 헌법상 기본권의 범위로 포섭할 수 있는 내용을 규정한 범죄피해자구조법상의 권리를 침해하는 것은 헌



법상 기본권의 침해로서 헌법소원의 대상으로 인정된다고 하겠다. 따라서 범죄피해자구조법에 대하여는 그 실질적 내용이 헌법상 기본권을 구체화하여 형성하는 것이므로 원칙적으로 헌법상 기본권을 침해하는 것을 이유로 위헌법률심판 또는 헌법소원의 대상으로 인정할 수는 없다고 하겠다. 다만, 범죄피해자구조법이 헌법이 전제하는 기본권으로서 “생명·신체에 대한 피해를 받은 국민”의 범죄피해자구조권을 침해하는 내용을 포함하는 경우에는 위헌법률심판 또는 헌법소원의 대상으로 인정할 수 있을 것이다.

현행 범죄피해자구조법은 피해자가 가해자의 불명 또는 무자력으로 손해배상을 받지 못하는 경우, 형사사건의 수사나 재판의 협조와 관련하여 피해자로 된 경우, 국가가 피해자 또는 유족에게 범죄피해구조금을 지급하는 요건과 절차 등에 관하여 규정하고 있는데, 유족급여금은 1,000만원이고, 장해구조금은 등급에 따라 300만원부터 600만원까지 지급한다.<sup>32)</sup> 구조금의 지급에 관한 사항을 심의, 결정하기 위하여 지방검찰청에 범죄피해자구조심의회를 설치하고 있는데, 이 심의회는 법무부장관의 지휘와 감독을 받도록 하고 있다.<sup>33)</sup> 범죄피해자구조금에 대하여는 우선 구조금액의 상한선이 너무 낮게 책정되어 있으므로 이를 상향조정하여야 하고, 보상대상의 범위를 확대하여 생명과 신체에 대한 죄로 사망 또는 중장해의 결과가 발생한 이외에도 일반적인 신체상해에도 따른 치료비용도 포함시킴으로써 피해자에게 실질적인 혜택을 주어야 한다는 지적이 있다. 또한, 과실범의 경우를 범죄피해자구조금의 지급대상에서 제외하고 있는 것을 개선하여야 하며, 범죄피해자구조금에 대하여 홍보를 강화하여 이 제도가 활성화될 수 있도록 해야 한다는 것도 문제점으로 지적된다.<sup>34)</sup>

<sup>32)</sup> 범죄피해자구조법 제3조, 제9조, 동법 시행령 제12조, 제13조. 한편, 일본의 경우에는 2008년 현재 유족급부금의 최고액이 2,964만 5천엔, 장해급부금의 최고액이 3,974만 4천엔으로 우리나라와 경제수준의 차이를 고려할 때 지나치게 적은 액수라는 비판이 있다. 이상원·박광민, 앞의 책, 24면.

<sup>33)</sup> 범죄피해자구조법 제11조, 제13조.

<sup>34)</sup> 최근 범죄피해자구조금의 지급현황은 2005년 118건 약 10억원, 2006년 117건 약 10억원, 2007년 169건 약 16억원, 2008년 152건 약 14억원에 이른다. 법무부, 범죄피해자 보호 지원에 관한 기본계획(2009년도 시행계획), 2009, 21면; 이상원·박광민, 앞의 책, 24면.

## V. “헌법에 열거되지 아니한 기본권” 여부

### 1. 규범적 의미

헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”고 규정하고 있는데, 헌법이 범죄피해자에 대하여는 직접적으로 형사피해자의 재판절차진술권과 범죄피해자의 구조청구권만 규정하고 있을 뿐이다. 이때 피해자의 권리가 우리 헌법상 기본권 체계에 있어서 “헌법상 열거되지 아니한 기본권”에 포함될 수 있는지가 문제될 수 있다.

헌법상 열거되지 아니한 기본권은 헌법에 개별적인 기본권목록으로 규정되지 않는다고 하더라도 헌법의 역사성, 개방성에 비추어 시대와 사회의 변화에 따라서 헌법적 가치를 갖는 새로운 기본권을 헌법상 기본권으로 창설할 수 있는 창구를 열어 둔 것이다. 헌법상 열거되지 아니한 기본권에 대하여는 “열거되지 아니한”의 규범적 의미는 개별적 기본권으로 열거된 기본권의 보호영역의 설정과 직접적으로 관련되고, “경시되지 아니한다.”는 규범적 의미에 대해서도 논란이 있어서 그 구체적인 범위와 효력에 대하여는 어려운 과제로 남아 있다. 헌법상 열거되지 아니한 기본권에 대하여는 헌법학자들은 일반적으로 헌법 제10조와 관계를 중심으로 인간의 존엄과 가치, 행복추구권의 내용을 구성하는 일련의 자유와 권리를 제시하고 있고,<sup>35)</sup> 헌법재판소도 일반적 인격권, 자기결정권, 일반적 행동자유권, 개성의 자유로운 발현권, 알권리, 생명권 등을 제시하고 있다.<sup>36)</sup>

### 2. 헌법상 기본권 여부

헌법상 열거되지 아니한 기본권은 앞에서 검토한 기본권의 본질적 개념요소로 “헌법적 요소”, “실정법적 요소”, “권리적 요소”를 필요로 하므로 헌법에서 포괄적이고 보충적인 규정형식으로 실정화하고 있지만, 그 내용은 헌법적 가치와 이익을 갖는 것으로 개인의 주관적인 권리로 인정할 수 있는 사항에 국한된다고 하겠다. 다만, 이는 헌법의 역사성과 개방성이 반영되고 사회국가화 경향과 과학기술의 발달에 따른 헌법적 가치의 변화를 전제로 하고 있어 그 구체적인 내용은 학설과 판례를 통해 구체적으로 축적됨으로써 형성되므로 가변적일 수밖에

35) 이에 대한 자세한 내용은 성낙인, 앞의 책, 307-310면.

36) 헌법재판소 2001.7.19. 2000헌마546 등.

없는 한계가 있다.

범죄피해자의 권리에 대하여는 현재의 헌법과 관련 법률의 규정을 바탕으로 범죄피해자의 권리에 관한 구체적인 사례와 판례의 경향을 살펴볼 때, 그 사례와 내용이 형식적이고 미비하여 이를 헌법적 권리로 인정할 만큼 확실이나 판례에 의하여 축적되었다고 인정하기는 어렵다고 판단된다. 다만, 헌법재판소는 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원 사건에서 소수의견으로 범죄피해자의 권리를 사법구제청구권으로 파악하여 헌법상 열거되지 아니한 기본권으로 인정하여 국가의 기본권보장의무와 연계시켜 헌법상 기본권을 침해한 것으로 인정한 사례가 있다. 즉, 헌법재판소의 소수의견은 “이 사건 불기소결정으로 인하여 침해되는 기본권은 평등권이나 재판절차진술권이 아니라 사법구제청구권이라고 생각한다. … 국가의 사법작용은 국민의 권리가 침해된 경우에 이를 구제하여 기본권을 최대한 실질적으로 보장하기 위한 것이므로, 국민은 기본권이 침해된 경우에 국가에게 기본권 침해의 구제를 청구할 권리를 가진다. 기본권 침해의 주체가 국가기관이 아니라 사인인 경우에도 마찬가지이다. 국민의 기본권구제청구권 중에서 대표적인 것이 국가에게 적정한 사법작용을 청구하는 사법구제청구권이라고 할 수 있다. 사법구제청구권은 기본권을 실질적으로 보장받기 위하여 필수적인 것이므로 기본권을 보장하기 위한 기본권으로서 헌법상 보장된다. … 따라서 범죄로 인하여 피해자의 기본권이 침해된 경우에 검사의 수사나 기소 여부 결정이 헌법이나 법률에 위반되거나 재량권의 한계를 일탈하여 기본권 구제의 직무를 유기하였다고 볼 수 있는 경우에는, 국가의 기본권보장의무를 위반한 것으로서 범죄피해자의 사법구제청구권을 무시한 것이라고 보아야 한다.”고 설시하고 있는데,<sup>37)</sup> 이는 범죄피해자의 사법구제청구권에 대하여 헌법상 기본권으로 인정하려는 노력으로 평가할 수 있다.

## VI. 범죄피해자보호법상 권리

### 1. 규범적 의미

2005년 범죄피해자보호와 지원에 대한 기본법률로서 범죄피해자보호법을 제정

<sup>37)</sup> 헌법재판소 2007.4.26. 2005헌마1220 사건에서 조대현 재판관의 의견.

하였는데, 이는 범죄피해자의 보호·지원의 기본시책 등을 정하고 범죄피해자에 대한 국가 및 지방자치단체의 보호·지원과 국민의 범죄피해자 지원활동을 촉진함으로써 범죄피해자의 손실복구, 정당한 권리행사 및 복지증진에 기여함을 목적으로 제정되었다(제1조). 동법은 제2조(기본이념)에서 “① 범죄피해자는 범죄피해 상황에서 조속히 벗어나 인간의 존엄성을 보장받을 권리가 있다. ② 범죄피해자의 명예와 사생활의 평온은 보호되어야 한다. ③ 범죄피해자는 당해 사건과 관련하여 각종 법적 절차에 참여할 권리가 있다.”고 규정하고, 이를 위하여 국가, 지방자치단체, 국민의 책무를 규정하고 있다(제4-6조).

범죄피해자보호법의 헌법적 근거는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 들 수 있고, 범죄피해자의 헌법상 기본권으로 규정하고 있는 제27조 제5항의 형사피해자의 재판절차진술권과 제30조의 범죄피해자구조청구권, 그리고 제10조 후문의 국가의 기본권보호의무도 그 근거로 제시할 수 있을 것이다.<sup>38)</sup> 그러나 위와 같은 헌법규정이 범죄피해자에 대하여 갖는 규범적 의미는 동일하지 않다고 하겠다. 즉, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 범죄피해자가 국민의 한 사람으로서 기본권을 가지고 헌법적 이념에 따라 보호된다는 의미에서 범죄피해자보호법의 헌법이념적 근거가 되는 것이다. 국가의 기본권보호의무는 국가가 국민의 생명과 신체의 안전 등을 범죄로부터 보호해야 하는 본연의 임무를 충실하게 수행하도록 하고, 범죄예방이라는 임무를 충실하게 수행하지 아니한 경우에는 범죄피해자를 보호하고 지원함으로써 책임을 져야 한다는 헌법적 의무를 규정한 것이다. 한편, 형사피해자의 재판절차진술권과 범죄피해자구조청구권은 일정한 영역과 범위에서 범죄피해자의 기본권으로 인정한 것으로 그 헌법적 취지가 피해자의 보호와 지원에도 반영된다는 것을 의미한다.<sup>39)</sup> 범죄피해자보호법에서 규정하는 범죄피해자의 권리의 규범적 의미는 그 헌법적 근거의 문제와는 별개로 법적 성격을 규명함으로써 명확하게 나타난다.

<sup>38)</sup> 김성환, 앞의 논문, 477-486면.

<sup>39)</sup> 김성환, 앞의 논문, 486면에서는 헌법 제30조의 범죄피해자구조청구권이 범죄피해자보호법의 직접적인 헌법상의 근거라고 한다. 하지만, 범죄피해자구조청구권은 범죄피해자구조법의 직접적인 헌법상의 근거라고 할 수 있지만, 범죄피해자보호법의 직접적인 헌법상 근거규정이 있다고 할 수는 없다고 생각된다.

## 2. 법적 성격

범죄피해자보호법에서 규정하고 있는 범죄피해자의 권리는 헌법상 기본권으로서 형사피해자의 재판절차진술권과 범죄피해자구조청구권을 구체화하고 있는 형사소송법이나 범죄피해자구조법에서 규정하고 있는 범죄피해자의 권리와는 달리 헌법상 기본권이 아니라 법률상 권리라고 해석함이 타당하다. 범죄피해자보호법은 위와 같이 헌법적 근거를 바탕으로 국민의 한사람으로서 범죄피해자에게 보장되는 헌법적 가치와 이념과 부합하는 범위에서 국회가 입법형성의 자유를 가지고 법률에 의하여 권리로 창설한 것이지, 헌법상 기본권을 구체화하는 것은 아니라는 것이다. 범죄피해자의 권리의 법적 성격과 관련하여, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리와 제5항의 “국가는 재해를 예방하고, 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”는 규정을 근거로 헌법상 기본권성을 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 사회권적 기본권인 인간다운 생활을 할 권리의 개념과 내용에 대하여 다양한 견해가 존재하는 것을 고려하더라도 범죄로 인하여 발생한 피해의 정도와 내용이 다양한 것으로 고려할 때 범죄피해자의 권리가 사회권적 기본권에 포함된다고 인정하기는 어렵다. 또한, 사회권적 기본권으로서 인간다운 생활을 할 권리 자체도 법률에 의하여 구체화될 때 비로소 인정되는 법률상의 권리인 점을 고려하면 범죄피해자의 권리를 헌법상 기본권으로 인정하기는 어렵다고 하겠다. 이는 특정한 권리가 법률상의 권리에 해당하지만 헌법상 근거 규정을 바탕으로 하고 있다는 것과 그 권리가 헌법상 기본권이라는 것을 별개의 문제라고 할 것이다.

헌법재판소도 “헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 사회권적 기본권의 일종으로서 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하는데, 이러한 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다.”고 판단하고 있다. 따라서 범죄피해자보호법 제2조에서 규정하는 인간의 존엄성을 보장받을 권리, 명예와 사생활의 평온, 당해 사건과 관련하여 각종 법적 절차에 참여할 권리는 물론 제8조에서 규정하는 형사절차 참여보장이나 제9조에서 규정하는 사생활의 평온과 신변의 보호 등의 권리는 모두 헌법상 기본권이 아니라 법률상 권리에 불과하다고 하겠다.

범죄피해자보호법은 제3조 제1항 제1호에서 “범죄피해자라 함은 타인의 범죄행위로 피해를 당한 사람과 그 배우자(사실상의 혼인관계를 포함한다), 직계친족

및 형제자매를 말한다.”고 규정하고, 제2항에서 “제1항 제1호에 해당하는 사람 외에 범죄피해 방지 및 범죄피해자 구조활동으로 피해를 당한 사람도 범죄피해자로 본다.”고 규정하고 있다. 이러한 범죄피해자의 개념은 재판절차진술권의 주체인 형사피해자 또는 범죄피해자구조청구권의 주체인 범죄피해자에 비하여 그 범위를 확대하고 있는데, 이러한 것도 범죄피해자의 법적 성격을 간접적으로 나타내고 있는 것으로 판단된다. 따라서 형사피해자의 재판절차진술권과 범죄피해자구조청구권과 달리 범죄피해자보호법이 규정하고 있는 범죄피해자의 권리가 침해된 경우에는 헌법소원의 대상으로 인정되지 않는다고 하겠다.

## VII. 국가의 기본권보호의무<sup>40)</sup>

### 1. 범죄피해자의 권리보호와 관계

헌법 제10조 후문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여 국가에게 기본권에 의하여 보호받을 법익을 국가나 사인에 의하여 위법하게 침해받지 않도록 보호해야 할 의무를 부과하고 있다. 국가의 기본권보호의무는 국가 영역에서는 국가의 기본권에 대한 침해 금지의무, 기본권의 적극적 실현의무를, 사적 영역에서는 사인간의 기본권침해방지 의무를 그 내용으로 하고 있는데,<sup>41)</sup> 범죄피해자의 권리는 사인에 의한 기본권 침해와 관련된다고 하겠다. 범죄피해자는 국가가 아닌 사인에 의하여 기본권의 침해가 발생한 경우에 피해자는 직접 기본권을 주장할 수 없는 한계가 있으므로 국가는 범죄를 미리 예방하거나 사후적으로 구제하여야 하는 헌법적 의무가 있는

40) 국가의 기본권보호의무에 대하여는 표명환, “기본권 보호의무의 이론적 기초”, **헌법학연구** 8권 1호(2002.4.), 한국헌법학회, 132-160면; 송기춘, “국가의 기본권보장의무에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1999; 방승주, “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제”, **고시연구** 31권 8, 9호(2004.8.-9.); 김상겸, “제3자의 기본권침해에 대한 보호의무로서: 기본권보호의무”, **고시연구** 30권 6호(2003.6.); 이상경, “국가의 기본권보호의무와 그 위반여부의 심사기준으로서의 과소보호금지원칙”, **고시계** 54권 7호(2009), 고시계사, 65-79면; 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, **공법연구** 37권 1-2호, 한국공법학회, 2008, 201-227면 등 참조.

41) 성낙인, 앞의 책, 370면; 정중섭, 앞의 책, 376-377면.

것이다. 따라서 국가가 범죄피해자에 대하여 갖는 기본권보호의무는 국가의 본질적인 목적과 기능, 그리고 헌법이 보장하는 기본권의 보장에 근거를 두고 있다고 하겠다.<sup>42)</sup>

범죄피해자의 권리보호에 있어서 국가의 기본권보호의무는 범죄피해자의 권리를 독자적으로 헌법상 개별적 기본권성을 인정할 것인지 여부와 무관하게 범죄피해자의 권리보호를 위한 헌법적 근거를 제시한다는 점에서 중요한 규범적 의미가 있다. 즉, 형사피해자의 재판절차진술권이나 범죄피해자구조청구권과 같이 헌법상 개별적인 기본권인 경우에는 그 자체의 보호영역을 가지고 있으므로 이를 침해한 경우에는 국가의 기본권보호의무와 무관하게 헌법소원의 대상으로 인정되지만, 일반 국민으로서 비록 헌법상 독자적이고 개별적인 기본권을 갖지 않는다고 하더라도 사적 영역에서 기본권을 침해당한 이상, 국가가 기본권보호의무를 위반한 경우에는 이를 이유로 헌법위반을 주장할 수 있는 것이다.

## 2. 국가의 기본권보호의무에 대한 심사기준

국가가 기본권보호의무를 이행하였는지 여부에 대한 심사기준은 국가권력이 국민의 기본권을 침해하였는지 여부에 대한 심사기준과는 달리 권력분립의 원칙과 민주주의 원칙을 충분히 고려하여 이른바 “과소보호금지의 원칙”을 심사기준으로 하여야 한다. 과소보호금지의 원칙이란 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하는 것으로 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다고 하겠다. 국가의 기본권보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현되고 구체화되는 것이고, 이는 국가의 정치, 경제, 사회, 문화적인 제반 여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이기 때문이다.

헌법재판소도 “국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았는지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로

42) 독일에서 국가의 기본권보호의무(Grundrechtliche Schutzpflicht)이론은 사적 영역에서 발생하는 기본권의 침해문제를 해결하고 이에 개입하는 국가의 관여를 정당화하는 이론이다. 이는 종래의 기본권의 제3자적 효력에서 간접효력설이 가지는 설명상의 불충분성을 극복하기 위하여 전개되었으며, 사적 영역에서의 기본권보호의무에 한정하여 국가의 기본권보호의무를 논의하고 있다. 정종섭, 앞의 책, 377면.

부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다. 헌법재판소는 원칙적으로 국가의 보호의무에서 특정조치를 취해야 할, 또는 특정법률을 제정해야 할 구체적인 국가의 의무를 이끌어 낼 수 없다. 단지 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단일 경우에만 입법자의 광범위한 형성권은 국가의 구체적인 보호의무로 축소되며, 이 경우 국가가 보호의무이행의 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에는 헌법재판소는 보호의무의 위반을 확인하게 된다.”고 설시하였다.<sup>43)</sup>

현행 헌법이 규정하는 형사피해자의 재판절차진술권과 범죄피해자구조청구권에 대하여는 형사소송법과 범죄피해자구조법에서 구체적으로 규정하고 있고, 그 밖에 범죄피해자보호법 등을 제정하여 범죄피해자의 권리를 보호하고 있다. 국가의 기본권보호의무를 기준으로 범죄피해자의 권리보호를 위한 입법을 평가하면, 이들 법률들은 모두 국회가 범죄발생과 피해의 현황, 범죄피해자에 대한 권리보호의 필요성, 국가재정 등 제반 여건을 고려하여 입법형성의 자유를 가지고 제정한 것으로 판단된다. 따라서 이러한 법률들이 입법부작위나 불완전한 입법으로서 범죄피해자의 기본권을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 명백하게 부적합하거나 불충분한 경우라는 것이 입증되지 아니한 한, 헌법재판소가 제시하고 있는 과소보호금지의 원칙을 위반하였다고 인정하기는 어렵다고 하겠다.<sup>44)</sup>

국가의 기본권보호의무를 기준으로 범죄피해자의 권리보호를 판단함에 있어서 유의할 점은 국가의 헌법적 의무의 대상은 “기본권보호”라는 점이다. 따라서 국가의 범죄피해자에 대한 기본권보호의무의 대상으로는 헌법이 범죄피해자의 기본권으로 인정하고 있는 형사피해자의 재판절차진술권과 범죄피해자의 구조청구권은 당연히 인정된다. 또한, 형사소송법이나 범죄피해자구조법에서 범죄피해자의 권리로 규정하고, 이를 헌법상 기본권으로 인정할 수 있는 권리는 비록 헌법에서 직접 규정하지 않고 법률에서 규정하더라도 그 대상이 된다고 하겠다. 그러나 범죄피해자보호법에서 규정하는 범죄피해자의 권리에 대하여는 헌법상 기본권으로 인정되지 않는 경우에는 그것만으로는 국가의 기본권보호의무의 대상이 되지 않고, 그

43) 헌법재판소 1997.1.16. 90헌마110 등.

44) 현행 범죄피해자보호법, 범죄피해자구조법 등에 나타난 범죄피해자에 대한 보호와 지원, 범죄발생의 현황 등에 대하여는 법무부, 범죄피해자 보호지원에 관한 기본계획(2009년도 시행계획), 2009.; 이상원·박광민, 앞의 책, 11-45면 참조.



것이 헌법이 규정하는 개별적 기본권으로 인정되는 경우에 한하여 그 대상이 된다고 하겠다.

## VIII. 결론

국가는 국민을 범죄로부터 보호하여 범죄피해자가 되지 않도록 예방함으로써 그 기본권을 실현할 수 있도록 할 헌법상 의무를 부담한다. 한편, 개인은 범죄로부터 보호됨으로써 인간의 존엄과 가치를 구현할 수 있고, 이로써 국가공동체가 유지되고 존속될 수 있다. 이러한 가치는 국민주권주의를 이념으로 하는 입헌주의의 기본원리로서 입법을 비롯한 모든 국가작용이 정상적으로 작동할 수 있는 헌법적 정당성의 기초가 된다. 우리 헌법은 개인이 범죄의 피해자가 된 경우에는 당해 사건의 재판절차에서 진술할 권리와 국가로부터 구조를 받을 권리를 헌법상 기본권으로 인정하여 특별히 규정하고 있는데, 범죄피해자에 대한 헌법상 기본권은 보호영역의 설정에 따라서 그 규범적 내용과 범위가 달리 평가될 수 있다.

첫째, 헌법에서 직접 규정하는 범죄피해자의 재판절차진술권과 구조청구권은 헌법상 기본권으로 그 내용과 한계는 형사소송법과 범죄피해자구조법을 통하여 구체적으로 형성된다. 헌법에서 전제하여 법률에 위임하고 있는 내용에 대하여는 그것이 비록 법률에 규정되어 있다고 하더라도 이는 헌법상 기본권으로 해석하여 헌법적 가치와 이익으로서 특별히 보호되어야 할 것이다. 따라서 헌법상 기본권의 보호영역으로 설정되는 내용에 대하여 이를 침해한 입법작용에 대하여는 위헌법률심판을 통하여 구제될 수 있고, 이를 침해한 모든 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여는 헌법소원을 통하여 구제될 수 있을 것이다.

둘째, 범죄피해자의 권리에 대하여 이를 독자적인 헌법상 기본권으로 인정하기 위해서는 헌법 제37조 제1항이 규정하는 “헌법에 열거되지 아니한 기본권”의 개념과 보호영역을 설정하는 것이 필요하다. 헌법상 기본권의 본질적 개념요소와 현재까지의 판례의 형성과 축적에 비추어 볼 때 범죄피해자의 권리가 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 보호영역에 포함되기에는 부족하다고 하겠다.

셋째, 헌법에서 직접 규정하고 있는 범죄피해자의 재판절차진술권과 구조청구권과는 달리 범죄피해자보호법에서 규정하고 있는 권리는 헌법상 기본권이 아니라 법률에 의하여 보장된 권리라고 하겠다. 따라서 이러한 권리는 비록 헌법상 근거를

두고 제정된 법률에 의하여 보장된 것이라고 하더라도 위헌법률심판의 기준이 될 수가 없고, 그 권리의 침해에 대하여도 위헌법률심판 또는 헌법소원의 대상으로 인정될 수가 없다고 하겠다.

넷째, 범죄피해자보호법이 범죄피해자에 대하여 보장하는 권리는 그것이 비록 헌법규정을 근거로 하고 있다고 하더라도 이는 헌법상 기본권이 구체화된 것이 아니라 법률에 의하여 창설된 권리라고 할 것이다. 따라서 그 권리를 침해하는 내용의 법률이 제정되더라도 이는 위헌법률심판의 대상이 되지 않으며, 국가기관이 그 권리를 침해한 경우에도 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 하겠다.

다섯째, 국가는 헌법상 기본권으로 인정되는 범죄피해자의 재판절차진술권과 구조권을 보호할 의무가 있는데, 이를 위하여 형사소송법, 범죄피해자보호법, 그리고 범죄피해자구조법을 제정하고 있다. 이들 법률의 입법취지, 목적, 범죄의 발생 현황, 범죄피해자에 대한 보호와 구조 내용 등을 고려할 때 이들 입법이 국가가 범죄피해자의 기본권을 보호하기 위한 조치로 명백히 부적합하거나 불충분하다고 할 수는 없다. 따라서 국가가 범죄피해자에 대한 기본권보호의무를 위반하였다고 할 수도 없다고 하겠다.

현대 국가에서 범죄피해자는 더 이상 범죄의 객체나 시혜적으로 보호되어야 할 대상이 아니라 실체적 진실을 규명하여 적정한 형사처벌을 실현함으로써 형사사법의 정의를 구현하는 적극적인 권리의 주체로서 인식되고 있다. 범죄피해자의 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 범죄피해자보호법 등에 대한 입법과 그 법률해석을 통한 사법을 비롯한 국가작용을 체계정합적으로 정서하는 것이 필요하다. 이러한 목적을 달성하기 위해서는 범죄피해자의 헌법상 기본권을 정확하게 이해하는 것이 요구된다고 하겠다.

## 참고문헌

- 계희열, **헌법학(中)**, 박영사, 2007.
- 권영성, **헌법학원론**, 법문사, 2009.
- 김칠수, **학설판례 헌법학(상)**, 2008.
- 성낙인, **헌법학**, 법문사, 2009.
- 신동운, **형사소송법**, 법문사, 2006.
- 정종섭, **헌법연구 5**, 박영사, 2005.
- 허영, **한국헌법론**, 박영사, 2009.
- 이상원·박광민, **범죄피해자와 인권**(2008년 법무부 용역연구), 법무부 인권국, 2008.
- 법무부 인권국, **외국의 범죄피해자 인권**, 2009.
- 법무부 인권국, **외국의 범죄피해자 매뉴얼**(캐나다, 일본, 프랑스), 2009.
- 법무부, **범죄피해자 보호지원에 관한 기본계획**(2009년도 시행계획), 2009.
- 김상겸, “제3자의 기본권침해에 대한 보호의무로서: 기본권보호의무”, **고시연구** 30권 6호(2003.6.).
- 김성환, “범죄피해자의 헌법적 근거”, **헌법학연구** 제12권 제5호, 2006, 12.
- 김용세·류병관, “피해자학의 발전과 피해자보호의 최신동향”, **피해자학연구** 제10권 제1호, 2002.
- 김재민, “헌법상 기본권 규정에 대한 피해자학적 고찰”, **경찰법연구** 제3호.
- 류병관, “형사절차상 범죄피해자권리의 헌법적 보장에 관한 연구”, **피해자학연구** 제14권 제1호(2006.4.).
- 방승주, “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제”, **고시연구** 31권 8, 9호(2004.8.-9.).
- 송기춘, “국가의 기본권보장의무에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1999.
- 이상경, “국가의 기본권보호의무와 그 위반여부의 심사기준으로서의 과소보호금지원칙”, **고시계** 54권 7호(2009).
- 표명환, “기본권 보호의무의 이론적 기초”, **헌법학연구** 8권 1호(2002.4.), 한국헌법학회.
- 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, **공법연구** 37권 1-2호, 한국공법학회, 2008.

<Abstract>

## Study on the Constitutional Fundamental Rights of Victims of Crime

Hyo-won Lee<sup>\*</sup>

It is prescribed in the constitutional law that victims of crime have rights to make a statement during the proceeding of the trial of the case involved and to ask for assistance to themselves. The Criminal Procedure Code and the Criminal Indemnity Act give shape to the meanings and limits of these fundamental rights. In order to understand the rights of victims of crime, the concept and protection sphere of these fundamental rights must be preferentially fixed. These fundamental rights can be protected as constitutional rights, even if they are prescribed in the laws. Therefore, the exercise of governmental authority against these rights of victims of crime, including legislation can be reviewed in the constitutional court.

On the contrary, the rights of victims of crime protected as rights under law, which are prescribed in the victims of crime act, can not be the object of constitutional complaint. Even though these rights of victims of crime are based on the constitutional law, they belong not to constitutional fundamental right, only but to right under law. The Criminal Procedure Code, The Victims of Crime Act, and the Criminal Indemnity Act provide victims of crime with various means to keep there rights. In this meaning, It can not be said that the government do not fulfill its responsibility for protection of fundamental right. In the modern society, victims of crime are not so much an object of crime or for compensation as a subject of criminal case to realize criminal justice. So it is necessary to extend and increase the rights of victims of crime.

---

\* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

Key words: victims of crime, constitutional fundamental rights, rights under law, right to make a statement during the proceeding of the trial of the case involved, The Victims of Crime Act, The Criminal Indemnity Act, responsibility for protection of fundamental right, constitutional complaint

