

賠償命令節次의 주요내용과 문제점

김 창 군*

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 현행법에 대한 검토
- III. 문제점
- IV. 개선방안
- V. 결론

국문초록

배상명령은 피해자로 하여금 피고인에게 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 손해의 배상을 형사소송에서 청구할 수 있는 권리를 인정해 주는 제도이다. 배상명령 절차에서는 형사소송과 민사소송이 절차법적인 연계체계 속에서 서로 통합된다. 刑事制裁와 民事賠償의 기능적인 統合은 事件關聯性의 思考에 기인한다. 즉 일정한 범죄행위로부터 재산법적인 청구권이 발생했다면, 형사소송 따라 민사소송 따라 진행되는 二重裁判과 양재판 사이에 상호 모순된 판결을 방지하기 위해서 피해자의 손해배상청구권을 형사절차에서 일괄 처리하는 편이 합목적적일 수 있다. 또한 범죄피해자가 가해자인 피고인으로부터 손해배상을 받기 위해서는 형사소송과는 별도로 민사소송을 제기해야 하는데, 이 경우에 민사소송절차의 번잡함과 소송기간의 장기화, 많은 소송비용의 부담 등으로 인하여 범죄피해자는 법률상 不法行爲가 명백히 성립함에도 불구하고 민사소송의 제기를 주저하거나 포기하는 경향마저 있었다. 이러한 불합리를 시정하려면 民事訴訟을 통한 번잡한 절차를 거치지 않고 형사소송에서 손해배상의 유무와 그 범위를 판단하게 함으로써 피해자에게 신속히 피해를 변상 받게 하는 것이 피해자에게 이익이 될 뿐만 아니라 訴訟經濟도 기할 수 있을 것이다. 이

* 제주대 법정대학 법학부 부교수

처럼 배상명령절차는 일정한 범죄의 피해자를 '가능한 한 완전하고 가능한 한 신속하게' 구제하려는데 그 취지가 있다. 하지만 배상명령절차는 신속한 被害者保護를 표방하면서 일정한 범죄의 피해자에게 형사절차에서 불법행위로 인한 민사법적인 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 인정해 주고 있지만, 실무에서는 제대로 활용되고 있는 못한 실정이다. 본논문은 그 원인과 문제점을 진단하고, 개선방안을 제시하고자 한다.

주제어 : 배상명령, 피해자보호, 형사소송의 대중화

1. 문제의 제기

賠償命令이란 일정한 범죄행위에 해당하는 사건에 대하여 법원이 유죄판결을 선고하는 경우에 직권 또는 피해자나 그 상속인의 신청에 의하여 가해자인 피고인에게 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 손해의 배상을 명하는 절차를 말한다. 이처럼 배상명령은 피해자로 하여금 피고인에게 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 손해의 배상을 형사소송에서 청구할 수 있는 권리를 인정해 주는 제도이므로 형사소송과 민사소송은 절차법적인 연계체계 속에서 서로 통합된다. 이러한 연계성은 일반적인 소송방식체계와는 잘 맞지 않는다. 절차법의 질서와 체계는 '최대한의 相互 獨立性(Unabhängigkeit)의 原則'을 근간으로 하기 때문이다. 이점은 민사소송과 형사소송, 형사소송과 행정소송, 행정소송과 민사소송에 그대로 적용된다. 배상명령절차에서는 이러한 소송방식의 자율성의 관계가 왜해된다. 이 제도에서는 형사소송과 민사소송이 연계된 절차의 통일성에 통합되기 때문이다. 刑事制裁와 民事賠償의 기능적인 統合은 事件關聯性(Sachzusammenhang)의 思考에 기인한다. 즉 일정한 범죄행위로부터 재산법적인 청구권이 발생했다면, 형사소송 따라 민사소송 따라 진행되는 二重裁判과 양재판 사이에 상호 모순된 판결을 방지하기 위해서 피해자의 손해배상청구권을 이미 형사절차에서 처리하는 것이 합목적적이다.¹⁾ 또한 범죄피해자가 가해자인 피고인으로부터 손해배상을 받기 위해서는 형사소송과는 별도로 민사소송을 제기해야 하는데, 이 경우에 민사소송절차의 번잡함과 소송기간의 장기화, 많은 소송비용의 부담

1) Roxin. Strafverfahrensrecht. 19.Aufl., S.383 : Granderath. Opferschutz - Todes Recht ?. in : NSTZ 1984. S.399.

등으로 인하여²⁾ 범죄피해자는 법률상 不法行爲가 명백히 성립함에도 불구하고 민사소송의 제기를 주저하거나 포기하는 경향마저 있었다.³⁾ 이러한 불합리를 시정하려면 民事訴訟을 통한 번잡한 절차를 거치지 않고 형사소송에서 손해배상의 유무와 그 범위를 판단하게 함으로써 피해자에게 신속히 피해를 변상 받게 하는 것이 피해자에게 이익이 될 뿐만 아니라 訴訟經濟도 기할 수 있을 것이다.⁴⁾ 이처럼 배상명령절차는 일정한 범죄의 피해자를 ‘가능한 한 완전하고 가능한 한 신속하게’ (möglichst vollständig und möglichst schnell) 구제하려는데 그 취지가 있다.

원래 이 제도는 독일의 경우 이미 보통법과 지방분권법(Partikularrecht)에서 그 전형을 찾아볼 수 있으며, 1877년 제국 형사소송법은 모욕죄, 명예훼손죄, 상해죄 등 아주 제한된 범위내에서만 피해자에게 손해배상청구권을 인정해 주었다.⁵⁾ 이러한 이전의 규정들과 프랑스 및 오지리의 입법례를 본떠⁶⁾ 독일에서는 나치시대때인 1943년 형사소송법 개정시 ‘刑事訴訟의 大衆化’(Volkstümlichkeit)라는 모토 아래 同法 제 403조 내지 제406조d에 도입되었다.⁷⁾ 우리나라에서는 1981년 「訴訟促進 등에 관한 特例法」(이하 特例法이라 한다)을 제정하면서, 독일 형사소송법의 부대소송을 입법례로 해서 배상명령제도를 형사소송에 대한 特例 가운데 하나로 신설하였다. 이러한 맥락에서 特例法 제1조는 “소송의 지연을 방지하고 국민의 권리의무의 신속한 실현과 분쟁처리의 촉진을 기함” 그 목적으로 표방하고 있다. 또한 피해자를 신속히 구제한다는 취지에서 특례법은 배상명령절차에 인지침부의 면제(제26조 1항), 口述에 의한 배상신청의 허용(제26조 5항), 소송비용국고부담의 원칙(제35조) 등 민사소송에서는 찾아보기 어려운 각종 特則을 인정하고 있다.

그러나 신속한 被害者保護라는 취지를 표방하고 생겨난 배상명령절차가 일정한 범죄의 피해자에게 이미 형사절차에서 가해자에게 불법행위로 인한 민사법적인 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 인정해 주고 있지만, 실무에서는 잘 활용되고 있는 못한 실정이다.⁸⁾ 이에 따라 특례법은 배상명령제도를 활성화하기 위하여 2005년 12월 14일 일부 개정되었으며, 그 일환으로 배상명령의 대상에 위자료를 추가하고, 범죄피

2) 鄭榮錫·李炯國, 『刑事訴訟法』(서울 : 법문사, 1994), 535면.

3) 白亨球, 『刑事訴訟法講義』(서울 : 박영사 1996), 905면 ; 金日秀, 『刑事上 原狀回復制度의 刑事政策的 機能과 效用에 관한 研究』, 『성곡논총』 제21집(1990), 592면.

4) Roxin. a.a.O., S.383 ; 林東奎, 『형사소송법』(서울 : 법문사, 2004), 785.

5) Roxin. ebenda.

6) Peters. Strafprozeß. S.586.

7) Amelunxen. Die Entschädigung des durch eine Straftat Verletzten. ZStW 86(1974), S.460.

8) 백형구, 『알기쉬운 형사소송법』(서울 : 박영사, 2004), 71면.

해자 및 유족의 신체적·재산적 피해 등과 관련된 민사상 다툼을 형사소송절차 내에서 간이하게 해결하는 화해제도를 도입하였다. 이러한 입법적인 노력에도 불구하고 배상명령제도가 안고 있는 문제점들이 완전히 해소되었다고 보기 어렵다. 이러한 이유로 본논문은 배상명령이 제대로 활용되고 있지 못한 근본원인과 문제점을 진단하고자 한다. 이를 위해서 현행 배상명령제도가 특별법상 그 대상과 요건을 어떻게 규율하고 있는지를 전체적으로 조감하고, 외국의 입법례와는 어떠한 차이점이 있는지를 그때그때마다 살펴보고자 한다. 마지막으로 현행 배상명령절차가 안고 있는 문제점을 지적하고, 개선방안을 제시하고자 한다.

II. 현행법에 대한 검토

1. 賠償命令의 대상범죄와 그 범위

(1) 對象犯罪

賠償命令에는 피고인과 피해자간에 합의가 없는 경우의 賠償命令(제25조 1항)과 합의된 손해배상액에 대한 賠償命令(제25조 2항)이 있다. 전자가 원칙적인 경우이고, 후자는 예외적인 경우이다.

1) 合意가 없는 賠償命令

特例法 제25조 1항은 賠償命令을 할 수 있는 범죄의 종류를 제한적으로 열거하고 있다. 즉 형법각칙 중 傷害罪(제257조 1항), 重傷害罪(제258조 1,2항), 傷害致死罪(제259조 1항), 尊屬暴行致死傷罪를 제외한 폭행치사상죄(제262조), 형법 제26장의 過失致死傷罪, 제38장의 竊盜와 強盜罪, 제39장의 詐欺와 恐嚇罪, 제40장의 橫領과 背任罪, 제42장의 損壞罪에 한한다. 이같은 범죄가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률에 의하여 加重處罰을 받는 경우도 이에 포함된다고 할 것이다.⁹⁾ 이처럼 일정한 범죄유형에 한정해서 배상명령을 할 수 있도록 규정해 놓은 것은 이러한 유형의 범죄로 인한 피해의 존부와 그 범위를 비교적 용이하게 판단하고 산정할 수 있기 때문으로 보여진다.¹⁰⁾

9) 姜求真, 『刑事訴訟法原論』(서울 : 학연사, 1982), 660면 ; 李在祥, 『형사소송법』(서울 : 박영사, 2002), 750면 ; 李時潤, 『民事訴訟法』(서울 : 박영사, 1994), 363면 ; 金日秀, 앞의 논문, 593면.

배상명령은 이상의 범죄유형에 관하여 제1심 또는 제2심의 형사소송공판절차에서 유죄판결을 선고할 경우에 한한다. 따라서 피고사건에 대하여 無罪, 免訴 또는 公訴棄却의 재판을 할 때에는 배상명령을 할 수 없다. 이러한 경우들까지 배상명령을 인정하면 배상명령이 순수한 民事訴訟化할 우려가 있기 때문이다.¹¹⁾

2) 합의된 손해배상액에 대한 賠償命令

이것은 이미 합의된 賠償額에 대하여는 執行力을 부여하여 즉시 強制執行을 할 수 있도록 하기 위하여 마련된 것이다. 이에 따르면, 첫째로 합의 없는 경우와 달리 특정한 범죄에 한하지 않고 어떤 범죄로 인한 경우라도 그 손해에 대해 피고인과 피해자 사이에 합의한 바 있으면 명할 수 있으며(제25조 2항), 둘째로 被告事件에 대해 有罪判決을 선고하지 않는 경우라도 명할 수 있는 점(제33조 2,3항)이 특색이다.

(2) 損害賠償의 범위

1) 합의가 없는 賠償命令

特例법이 개정되기 이전에는 賠償命令은 被告事件의 범죄행위로 인하여 발생한 “직접적인 物的被害 및 治療費損害”에 한정함으로써, 정신적 피해에 대한 慰籍料에 대해서는 賠償命令을 할 수 없었다. 그러나 법률이 개정되면서 위자료의 배상을 명할 수 있도록 그 대상을 확대하고 있다(제25조 1항). 문제는 생명과 신체를 침해하는 범죄로 인하여 발생한 期待利益의 喪失도 배상명령의 범위에 속하는가 하는 점이다. 이점에 대해서는 특례법이 배상명령의 대상을 “직접적인 물적 피해, 치료비손해 및 위자료”로 명시하고 있고, 또한 기대이익의 상실액을 배상명령의 대상에 넣을 경우 그 算定으로 인해 재판이 현저히 지연될 우려가 있다는 점 등을 고려해 볼 때 기대이익의 산정은 배상명령의 대상에 포함되지 않는다고 보여진다.¹²⁾ 그런데 賠償命令은 일정액의 금전지급을 명하는 방법으로 내려지므로(제31조 2항), 賠償命令을 할 수 있는 청구권은 그 성질상 金錢債權이다. 이에 반해 독일 형사소송법 제403조에서는 金錢債權 뿐만 아니라 慰籍料의 지급, 盜品の 返還 등 모든 財産法的 請求權을

10) 申東雲, 『刑事訴訟法』(서울 : 법문사, 1993), 959면.

11) 李在祥, 『賠償命令節次』, 『고시계』(91.10), 55면.

12) 李在祥, 『刑事訴訟法』, 750면 : 申東雲, 앞의 책, 959면 : 襄鍾大·李相敬, 『형사소송법』(서울 : 홍문사, 2005), 883면.

인정하고 있다.¹³⁾ 그러나 프랑스의 경우는 여기에서 한걸음 더 나아가 원칙적으로 모든 청구권을 다 인정하고 있다. 따라서 배상신청있는 給付請求權 이외에 確認請求權, 不作爲請求權 등을 주장할 수 있다.¹⁴⁾

2) 합의된 손해배상액에 대한 賠償命令

피고인과 피해자 사이에 손해배상에 관하여 합의된 때에는 그 손해배상액이 손해배상의 범위로 된다(제25조 2항).

(3) 소극적 요건

법원은 ① 피해자의 성명, 주소가 분명하지 아니한 때, ② 피해금액이 특정되지 아니한 때, ③ 피고인의 배상책임의 有無 또는 그 범위가 명백하지 아니한 때, ④ 賠償命令으로 인하여 公判節次가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사소송절차에서 賠償命令을 함이 상당하지 아니한다고 인정한 때에는 賠償命令을 해서는 안된다(제25조 3항).

2. 賠償命令의 절차

賠償命令은 법원의 職權 또는 피해자나 그 相續人의 申請에 의하여 할 수 있다(제25조 1항).

(1) 法院의 職權에 의한 경우

독일의 경우(형소법 제403조)는 신청권자가 '피해자 또는 그 상속인'으로 한정되어 있으나, 우리나라의 경우는 '피해자 또는 그 상속인'의 신청이 없어도 법원이 職權으로 賠償命令을 할 수 있다. 그 한에서는 순전한 私訴로서의 성격과 상치되는 公的要素가 가미되어 있다.¹⁵⁾ 이처럼 사법상의 손해배상청구권에 대하여 職權에 의한 賠償命令을 인정한 것은 민사소송의 당사자주의에 대한 증대한 예외가 되고 있다. 직권에 의하여 賠償命令을 할 수 있는 경우로는 피해자가 배상신청을 하지 않았거나,

13) Roxin. a.a.O., S.384 : Granderath. a.a.O., S.400.

14) Vgl. Scholz. a.a.O., S.731.

15) 金日秀, 앞의 논문, 593면.

審理 중 피고인의 재산이 발견되어 賠償命令을 함이 상당하다고 인정되거나, 피해자가 악의로 배상금의 수령을 거부하는 경우 등을 들 수 있다. 이 경우에도 신청에 의한 賠償命令에 준하여 피고인에게 배상책임의 有無와 범위를 설명하고 이에 대하여 의견을 진술할 기회를 주어야한다.¹⁶⁾

(2) 피해자의 신청에 의한 경우

1) 申請權者

賠償命令의 신청은 피해자 또는 그 상속인이 할 수 있다(제25조 1항). 따라서 손해배상청구권의 특정승계인이나 법률상 대위권자는 이를 신청할 수 없다. 반면에 辯護士代理의 原則(민사소송법 제80조)의 예외로서 피해자는 법원의 허가를 받아 배우자, 직계혈족 또는 형제자매에게 배상신청에 관하여 訴訟行爲를 대리하게 할 수 있다. 피고인의 변호인은 배상신청에 관하여 피고대리인으로서 소송행위를 할 수 있다(제27조).

2) 申請期間과 管轄法院

배상신청은 제1심 또는 제2심 公判의 辯論終結時까지 사건이 係屬된 법원에 하여야 한다(제26조 1항). 그러므로 上告審에서는 허용되지 않고 있다. 비교법적으로 보면, 프랑스 형사소송법 제85조는 공소제기가 없을 때에도 피해자는 배상신청을 할 수 있고, 배상신청의 訴訟係屬과 함께 자동적으로 형사소송도 개시되도록 규정되어 있다.¹⁷⁾

배상명령은 형사사건이 계속된 법원의 전속관할에 속하기 때문에, 배상청구액이 합의부의 사물관할에 속하든지 또는 단독판사의 관할에 속하는지는 문제되지 않는다. 이처럼 배상청구권에 대한 고유의 관할이 있는데도 형사소송절차의 관할에 따르도록 규정한 현행 법체계에 대한 비판이 있다. 이에 의하면, 우리나라의 배상명령제도는 형사소송절차가 단독판사에 계류된 경우이든 합의부에 계류된 경우이든 불문하며, 피해액이 단독판사의 관할이든 합의부의 관할에 속하는 엄청난 多額이든 가리지 않고 있기 때문에 민사청구 고유의 절차에 의하여 받는 절차보장의 이익을 침해할 가능성이 있다는 것이다.¹⁸⁾ 이러한 맥락에서 독일 형사소송법 제403조 1항은 改正前

16) 林東奎, 앞의 책, 786면 : 李在祥, 앞의 책, 751면 : 申東雲, 앞의 책, 960면.

17) Vgl. Scholz, a.a.O., S.730f.

18) 李時潤, 앞의 책, 367면.

에는 區法院(Amtsgericht)의 경우 배상명령절차가 가능한 訴價(Streitwert)의 上限을 일정한 액수로 제한한 적이 있었다. 이러한 규율은 예외를 인정하는 민사절차상의 규율보다도 더 엄격하기 때문에, 민사절차상의 訴價規律과 조화를 도모하기 위한 편법으로 개정법률안은 피고인이 관할을 달리하는 지방법원에서의 배상명령절차를 동의할 수 있도록 제안하고 있다. 그러나 '同意的 留保'를 통해 문제를 해결하고자 한 同改正案은 어딘가 궁색해 보인다. 먼저 訴價의 제한은 배상명령절차의 근본취지를 약화시켜 버린다. 부연하면 피해자는 형사절차에서 민사적인 청구권을 일괄 구제받을 수 없게 된다. 형사절차와 민사절차의 통합은 필연적으로 절차법적인 특수성을 야기한다. 배상명령절차가 행해지는 법원은 어디까지나 형사법원이고, 형사법원은 형사소송법의 규칙에 따라 소송을 진행해야 한다. 이로 인해 형사법원이 訴價의 제한과 同意的 留保를 두지 않은 特殊管轄을 갖는 것은 당연하다. 게다가 訴價는 법원관할을 정하는데 매우 개략적이고, 사리상 그리 명확하지 못한 척도일 뿐이다.¹⁹⁾ 이러한 비판에 직면하여 1986년 同條가 개정되어 이러한 제한선이 없어졌으며,²⁰⁾ 오지리의 경우도 아무런 제한을 두고 있지 않다.²¹⁾ 이러한 외국의 입법례를 참작해 보고, 또한 배상명령을 容易하게 하기 위해 형사절차와 민사절차를 통합하게 되면 고유의 관할이 어느 정도는 침해될 수밖에 없다는 점을 감안해 본다면, 현행법체계에 대한 비판은 설득력이 약해 보인다.

3) 申請方法

피해자가 배상신청을 함에는 신청서와 상대방 피고인의 數에 상응한 신청서부본을 제출하여야 한다(제26조 2항). 법원은 신청서부본을 지체없이 피고인에게 송달하여야 한다(제28조). 신청서에는 ① 피고사건의 번호·사건명 및 사건이 係屬된 법원, ② 신청인의 성명·주소, ③ 대리인이 신청하는 때는 그 성명·주소, ④ 상대방 피고인의 성명·주소, ⑤ 배상의 대상과 그 내용, ⑥ 배상을 청구하는 금액을 기재하고 신청인 또는 그 대리인이 서명·날인하여야 하며(제26조 3항), 필요한 증거서류를 첨부할 수 있다(동조 4항). 다만 피해자가 증인으로 법정에서 출석한 때에는 口述로 배상을 신청할 수 있다. 이때에는 公判調書에 신청의 취지를 기재하여야한다(동조 5항).

19) Schroth. Das Adhäsionsfahren des österreichischen Strafprozeßrechts im Lichte der Reformüberlegungen in der Bundesrepublik Deutschland. in : GA (1987). S.56f.

20) Ebenda. S.57 Fn.30a.

21) Ebenda. S.56.

4) 申請의 取下

신청인은 賠償命令이 확정되기까지는 언제든지 배상신청을 취하할 수 있다(제26조 6항).

5) 申請의 效果

배상신청은 민사소송에 있어서의 訴의 提起와 동일한 효력이 있다(제26조 8항). 따라서 時效中斷, 期間遵守의 效力이 발생한다. 배상신청은 소송법상으로도 訴訟係屬의 효력이 생겨 그 뒤 민사소송에 의한 배상청구를 할 때에는 重複訴訟(민사소송법 제259조)이 되느냐의 문제가 있다. 배상신청에 의하여서는 既判力있는 판단을 받을 수 없고 또 배상신청이 있어도 배상책임의 有無 또는 그 범위의 不明이나 형사절차를 현저히 지연시킬 우려 등의 사유가 있으면 賠償命令을 하지 않을 수 있으므로 중복소송으로 보아서는 안될 것이다. 특히 오지리의 경우를 놓고 보면 배상신청은 민사소송에 의한 배상청구권소송과 선택적으로 할 수 있을 뿐만 아니라 증첩적으로도 할 수 있다고 한다.²²⁾ 피해자는 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 피해에 관하여 민사소송 등 다른 절차에 의한 손해배상청구가 법원에 係屬 중인 때에는 배상신청을 할 수 없다(제26조 7항). 그러므로 債務名義를 갖고 있는 경우에는 賠償申請의 利益이 없게 된다.²³⁾

3. 申請人의 地位

법원은 書面에 의한 신청이 있는 때에는 지체없이 그 신청서부분을 피고인에게 송달하여야 한다(제28조). 법원은 신청인에게 公判期日을 통지하여야 하나 신청인이 公判期日의 통지를 받고도 출석하지 아니한 때에는 그 진술없이 재판할 수 있다(제29조). 口述主義의 예외이며 민사소송법상의 期日懈怠의 制裁(擬制自白, 雙不取下)도 따르지 않는다고 볼 것이다.²⁴⁾ 신청인 및 그 대리인은 공판절차를 현저히 지연시키지 않는 범위안에서 재판장의 허가를 받아 소송기록을 열람하거나 증인을 訊問할 수 있으며, 기타 필요한 증거를 제출할 수 있다(제30조 1항). 다만 증거조사의 방식 및 證據能力에 관하여는 형사소송법의 관계규정에 의한다(동법 시행규칙 제24조 4항). 재판장의 허가에 대해서는 不服이 허용되지 않는다(동조 2항).

22) 李時潤, 앞의 책, 364면.

23) 大判 1982.7.27. 82도 1217.

24) 李時潤, 앞의 책, 365면.

피고인의 변호인은 배상신청에 관하여 피고인의 대리인으로서 소송행위를 할 수 있다(제27조 2항).

4. 賠償申請에 대한 裁判

(1) 申請의 却下

배상신청이 不適合한 때 또는 그 신청이 理由없거나 賠償命令을 함이 상당하지 아니하다고 인정될 때에는 결정으로 이를 却下하여야 한다(제32조 1항). 이 條文을 보면, 배상신청을 각하할 수 있는 척도로 適合性, 理由不備, 相當性을 들고 있다. 그러나 適合성과 理由不備는 '相當性'의 구체적인 예시로 볼 수 있다. 다시 말하면, 부적합하거나 이유없는 경우란 결국 상당하지 아니한 경우일 것이다. 그렇게 본다면, 그 판단척도는 相當性으로 귀결된다. 그렇다면 이제는 '相當性'을 판단할 수 있는 기준을 확보해야 한다. 특별법은 제25조 3항에서 이에 대한 판단기준을 제시해 놓고 있다고 보여진다.²⁵⁾ 비교법적으로 보면 독일 형사소송법 제405조는 賠償命令을 함이 相當(適合)하지 아니한 때를 "공판절차를 지연할 우려가 있는 경우"로 규정하고 있다. 그러나 형사절차가 민사법적인 청구권을 併合審理하게 되면 아무래도 소송절차를 지연시키지 않을 수 없기 때문에, '相當性'(Eignung)은 부인되게 마련이다.²⁶⁾ 訴訟의 遲延을 이유로 相當性이 언제나 부인된다면, 배상명령이 활용될 수 있는 여지는 애당초 없어져 버린다. 이러한 불합리를 바로잡고 배상명령제도가 제대로 활용될 수 있는 여지를 마련해 주자면 우선 법문의 표현부터 정리해야 할 것이다. 이러한 이유로 소송절차를 '단순히 지연'시킬 우려가 있는 경우가 아니라, '현저히(wesentlich) 지연'시킬 우려가 있는 경우로 同條文을 개정해야 한다고 지적하고 있다.²⁷⁾ 이에 반해 현행 특별법 제25조 3항 4호는 "公判節次가 현저히 지연될 우려가 있는" 경우로 규정하고 있어서 그러한 법문상의 문제점을 안고 있지 않다. 이에 반해 "賠償命令으로 인하여 公判節次가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사소송절차에서 賠償命令을 함이 상당하지 아니하다고 인정한 때에는 賠償命令을 해서는 안된다"라고 규정한 제25조 3항을 배상명령절차 활용의 저해요인으로 지목하여, 활용도를 높이기 위해서는 이를 삭제하고, 오히려 민사법원에서 심판하는 것이 불가결한 경우가 아니면 배상명령을

25) 이와 달리 同條 3항 3. 4호에 해당할 때에는 각하할 것이 아니라 민사법원에 移送하는 것이 입법론상 타당하다고 주장하는 견해도 있다(李時潤, 앞의 책, 365면 註1).

26) Amelunxen, ZStW 86(1974), S.460.

27) Ebenda, S.465 : Vgl. Scholz, a.a.O., S.727.

의무적으로 하도록 규정해야 한다는 견해²⁸⁾도 있다. 피해자 보호의 취지를 살리자면 배상명령의 활용도를 높여야 함은 두말한 나위도 없다. 그렇다고 해서 무제한 허용할 수도 없는 노릇이다. 이로 인해 신속한 재판이라는 형사소송법의 지도이념이 근본적으로 침해될 우려가 있기 때문이다. 형사소송과 민사소송의 統合은 '신속한 재판' 이념의 일정한 양보를 불가피하게 만든다. 그러나 배상명령절차에 있어서 主는 형사소송이고 從은 민사소송이므로, 그 양보선은 "공판절차를 현저히 지연시킬 우려가 있는 경우"에서 그어져야 한다고 생각한다. 특례법 제25조 3항, 제32조 1항은 그러한 맥락에서 제정되었다고 보여진다. 그렇게 본다면 제25조 3항을 삭제하자고 주장하는 것은 배상명령의 활용도를 높이자는데 支證하여 넘지 못할 제한선을 넘어버리자는 주장으로 보인다. 그러한 제한선을 넘지 않고자 한다면 '민사법원에서 심판하는 것이 불가결한 경우'란 다른 아닌 '현저히 지연시킬 우려가 있는 경우'의 다른 표현으로 둔갑하는 길밖에 없다.

신청의 却下는 피고사건에 대한 終局裁判前에 할 수 있으며 유죄판결의 선고와 동시에 신청을 却下한 때에는 이를 有罪判決의 主文에 표시할 수 있다(제32조 2항). 신청을 각하하는 재판에 대하여는 신청인은 불복을 신청하지 못하며 다시 동일한 배상신청을 할 수 없다(동조 3항). 그러나 却下된 경우가 賠償請求權의 不存在에 대한 既判力까지 생기는 것은 아니므로, 피해자는 민사소송에 의한 배상청구를 할 수 있음은 물론이다.

(2) 賠償命令의 宣告와 不服

1) 賠償命令의 宣告

賠償命令은 유죄판결의 선고와 동시에 하여야 한다(제31조 1항). 賠償命令은 일정한 액의 금전지급을 명함으로써 하고 배상의 대상과 금액을 유죄판결의 主文에 표시하여야 한다. 賠償命令의 이유는 특히 필요하다고 인정되는 경우가 아니면 이를 기재하지 아니한다(동조 2항). 이는 절차의 簡易化를 위한 것이다. 賠償命令은 假執行할 수 있음을 선고할 수 있으며(동조 3항), 이 경우에는 「민사소송법」 제213조 제3항, 제215조, 제500조 및 제501조의 규정을 준용한다(동조 4항).

賠償命令을 한 때에는 유죄판결서의 정본을 피고인과 피해자에게 지체없이 송달하여야 한다(동조 5항). 賠償命令의 절차비용은 특히 그 부담할 자를 정한 경우를 제

28) 李在祥, 「刑事節次上 被害者 保護方案」, 한국형사정책연구원 1993.2. 213면.

의하고는 國庫의 부담으로 하므로(제35조), 따로 재판을 요하지 않는다.

2) 賠償命令에 대한 不服

피고인은 '上訴' 또는 '賠償命令에 대한 即時抗告'에 의하여 불복할 수 있다. 유죄판결에 대한 上訴의 제기가 있는 때에는 賠償命令에 대한 불복이 없더라도 賠償命令의 확정은 차단되고 賠償命令은 피고사건과 함께 上訴審에 移審된다(제33조 1항). 賠償命令은 유죄판결을 전제로 하는 것이기 때문에 그럴 수밖에 없다. 上訴審에서 原審의 유죄판결을 파기하고 피고사건에 대하여 無罪, 免訴 또는 公訴棄却의 재판을 할 때에는 原審의 賠償命令을 취소하여야 한다. 이 경우 上訴審에서 원심의 賠償命令을 취소하지 아니한 때에는 이를 취소한 것으로 본다(동조 2항). 다만 原審에서 피고인과 피해자 사이에 합의된 배상액에 대하여 賠償命令을 한 때에는 그러하지 않다(동조 3항). 上訴審에서 원심판결을 유지하는 경우에도 賠償命令에 대하여는 이를 취소·변경할 수 있다(동조 4항).

피고인은 유죄판결에 대하여 상소를 제기함이 없이 賠償命令에 대하여만 상소제기 기간내에 即時抗告를 할 수 있다. 다만 即時抗告 제기후 상소권자의 적법한 상소가 있는 때에는 即時抗告는 취하된 것으로 본다(동조 5항). 여기서 상소권자에는 檢事는 포함되지 아니한다. 檢事는 형사사건에 대하여만 上訴하는 것이며, 민사상 손해배상청구권의 존부와 범위를 다투는 배상명령사건의 당사자가 아니기 때문이다.²⁹⁾

5. 賠償命令의 효력

(1) 확정된 賠償命令 또는 假執行宣告있는 賠償命令이 기재된 유죄판결서의 정본은 「민사집행법」에 의한 강제집행에 관하여는 집행력 있는 민사판결정본과 동일한 효력이 있다. 이는 확정된 賠償命令에 대해 執行力만 인정하고 既判力을 부인하려는 취지이다. 따라서 賠償命令이 확정된 때에는 그 認容金額의 범위안에서는 피해자는 민사소송 등 다른 절차에 의한 손해배상을 청구할 수 없으며(제34조 2항), 認容金額을 넘어선 부분에 대해서는 別訴를 제기할 수 있다.

(2) 배상신청에 대해서는 그 고유의 管轄에도 불구하고 형사사건의 管轄에 따른다. 賠償命令에 대한 請求異議의 訴는 민사지방법원을 제1심판결법원으로 한다. 이

29) 李在祥, 『刑事訴訟法』, 753면 : 申東雲, 앞의 책, 963면.

법규는 지방법원이 민사지방법원과 형사지방법원으로 분리 설치된 경우에 적용되는 것이다(동조 3항). 청구에 대한 異議의 주장에 관하여는 「민사집행법」 제44조 제2항에 규정된 제한에 따르지 아니한다(제34조 4항).

6. 민사상 다툼에 관한 刑事訴訟節次에서의 和解

개정 특례법은 민사상 다툼에 관한 형사소송절차에서의 화해제도를 도입하였다. 이에 따르면, 형사피고사건의 피고인과 피해자가 해당 피고사건과 관련된 피해에 관한 민사상 다툼과 관련하여 합의한 경우, 피고사건이 係屬된 제1심 법원 또는 항소 법원에 공동으로 公判調書에 그 합의내용의 기재를 구하는 신청이 가능하다(제36조 1항). 이러한 공판조서는 재판상 화해와 같은 효력을 갖는다. 또한 형사소송절차에서의 재판상 화해제도의 도입을 위하여 피해자뿐만 아니라 금전배상의 경우 이를 보증하거나 연대의무를 지고자 하는 사람도 피고인 및 피해자와 공동하여 그 취지를 공판조서에 기재하여 줄 것을 신청할 수 있으며(동조 2항), 이러한 신청은 당사자들이 변론종결 전까지 법정에서 출석하여 서면으로 제출하여야 한다(동조 3항). 화해와 관련된 집행문부여의 소, 청구에 관한 이의의 소 또는 집행부여에 대한 이의의 소에 대하여는 「민사집행법」 제33조, 제44조 제1항 및 제45조의 규정에 불구하고 당해 피고사건의 제1심 법원의 관할에 전속한다(제39조).

III. 문제점

賠償命令節次는 독일에서 '刑事訴訟의 大衆化'를 표방하여 제정되었지만, 실무에서 별로 활용되지 못함에 따라 이율배반적으로 大衆化가 되지 못했다. 이로 인해 Jescheck는 이 제도를 '死文化된 法'(totes Recht)이라고 까지 말하고 있다.³⁰⁾ 우리나라의 경우도 배상명령절차가 도입된 이후 매년 배상명령의 신청 건수를 추적해보면 독일의 경우와 크게 다르지 않다. 이 제도 실시 첫해인 1981년의 1,065건, 1984년의 1,917건, 1985년의 2,259건, 1987년의 1,076건, 1989년의 543건, 1990년의 521건, 1993년의 795건, 2001년의 1,726건, 2002년의 1,930건, 2003년의 3,483건 등으로 나타나고 있다.³¹⁾ 이러한 수치를 종합적으로 비교 검토해 보면 배상명령의 신청 건수가 실시 초

30) Granderath. a.a.O., S.400.

31) 법원행정처, 司法年鑑(1994), 492면 ; 司法年鑑(2002), 480면 ; 司法年鑑(2003), 490면 ; 司法年鑑(2004), 520면.

반 몇년 동안은 상승세를 보이다가 그후 점차 감소추세에 있다가 최근 신청 건수가 약간의 상승곡선을 보이고 있다. 그러나 인용률이 비교적 낮음을 감안한다면 전체적으로 보면 그 활용도는 저조한 편이다. 이러한 활용도의 저조경향은 독일의 경우도 비슷해 보인다.³²⁾ 그렇다면 왜 피해자보호라는 좋은 취지를 갖고 있는 배상명령절차가 실무에서 제대로 활용되고 있지 못한지 그 원인을 진단해 보기로 한다.

첫째, 형사소송과 민사소송은 그 본질상 차이가 있는데도 병합심리를 하는데 따른 문제가 발생한다. 刑事訴訟과 民事訴訟은 상이한 節次原則과 證據法則이 적용된다. 즉 형사소송에서는 職權探知主義(Inquisitionsmaxime), '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' 원칙(in dubio pro reo) 등이 적용되는 데 반하여, 민사소송에서는 當事者處分權主義, 一應의 推定(prima-facie-Beweis), 過失相計가 이루어지는 손해산정 등이 적용된다.³³⁾ 이처럼 형법상의 罪責(Schuld)과 민법상의 損害賠償請求權은 사실인정을 위한 證據法則 등이 상이하게 적용되는데도,³⁴⁾ 민사상의 손해배상을 민사소송절차가 아닌 형사소송절차에서 併合審理토록한 것은 ① 피고인의 이익을 보호하기 위한 '迅速한 裁判'이란 형사소송법의 지도이념이 많은 시간이 드는 損害의 確認과 損害賠償額算定으로 인해 침해될 우려가 있으며,³⁵⁾ ② 민사청구 고유의 절차법에 따른 審理가 충분히 이루어질 수 없는 우려가 있다. 때문에 賠償命令節次는 간단하고 명확한 사건에 국한시켜 예외적으로 활용해야 한다.³⁶⁾ 이러한 맥락에서 현행 특례법에서도 배상명령을 제한적인 경우에만 인정하고 있기는 하다.

둘째, 併合審理는 구속사건의 경우 피고인이 양형상의 혜택을 받고자 배상신청에 대한 防禦權을 拋棄하는 요인이 될 수 있다. 이것은 효과적인 피해자구조라는 근본 취지가 자칫 형사소송의 지도이념을 침해하고 피고인에게 불이익을 줄 우려가 있음을 말해 준다. 반대로 유죄판결은 곧 賠償命令으로 귀결되기 때문에 被告事件에 대해 피고인의 무리한 방어권행사를 조장시킬 수도 있을 것이다.³⁷⁾ 이것은 실체적 진실발견에 장애로 작용할 수 있다. 만약 그렇게 본다면 피해자가 배상명령에 의하여 형사절차에 참여하는 것이 실체적 진실발견에 도움이 된다는 견해³⁸⁾는 잘못된 것으로 보인다.

32) Vgl. Peters. a.a.O., S.588.; Amelunxen. a.a.O., S.460.

33) Schöch. FS für Maihofer. S.471.

34) Amelunxen. a.a.O., S.461.

35) Ebenda. S.463 ; Scholz. a.a.O., S.728.

36) Peters. a.a.O., S.588.

37) 李時潤. 앞의 책. 367면.

38) 姜求真. 앞의 책. 658면.

셋째, 배상명령절차의 약점은 당사자지위에 관한 규율(특례법 제25-26조, 동법 시행규칙 제24조 등)에서 나타난다. 배상신청인은 형식적으로는 당사자의 지위를 갖지만, 실질적으로는 본래의 절차권을 거의 갖고 있지 아니한 소송당사자에 불과하다. 배상신청인은 법원에 本案判決을 요구할 수 없고, 또한 절차의 진행에 대해 영향을 미치지 못한다. 그는 共同原告의 지위를 갖지 못한다. 절차는 형사소송의 공식적인 규칙에 따라 진행될 뿐이다. 그러나 형사법관도 고려해야하는 민사소송의 유일한 원칙은 다름아닌 *ne ultra petita* 원칙, 즉 當事者處分權主義(Dispositionsmaxime)이다.³⁹⁾

넷째, 집행가능성의 확보가 어렵다. 피고인에게 자유형을 선고·집행하는 경우 대부분 직장을 상실하기 때문에, 상당한 기간동안 손해배상을 받을 수 있는 가능성이 사실상 사라져 버릴 우려가 있다.⁴⁰⁾ 특히 피고인에게 罰金刑을 선고할 경우, 賠償命令의 집행가능성은 그만큼 더 적어진다. 벌금형의 경우에는 완납하지 않으면 換刑處分을 가하여 罰金刑의 집행을 담보할 수 있지만, 범죄피해자는 賠償命令을 가지고 債務名義를 받는다고 할지라도 강제처분할 재산이 없으면 강제집행을 할 수 없게 된다.⁴¹⁾ 실제로 피고인은 無資力者인 경우가 태반이므로 그 한에서 이 제도의 실효성은 미미하다 할 것이다.

요컨대 배상명령절차는 형사소송과 민사소송의 병합심리로 인해 형사법관들이 민사법적인 지식을 보완해야 하는 어려움, 많은 변호사들이 민사소송의 재기를 선호하는 경향,⁴²⁾ 집행가능성의 미확보 등 여러가지 문제점으로 말미암아 제대로 활용되고 있지 못한 실정이다.

IV. 개선방안

배상명령절차는 가능한 한 신속하고, 소송경제적이고 포괄적인 방식으로 피해자를 보호하려고 하지만, 실무에서 그 활용도가 낮아 그 제도에 부여하고자 했던 임무를 충족하지 못하고 있음은 이미 위에서 살펴보았다. 그렇다면 이 제도의 진로를 심각

39) Scholz. a.a.O., S.727f.

40) Schroth. a.a.O., S.64.

41) Schroth. ebenda : Vgl. Peters. a.a.O., S.588.

42) Kramer. Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht. S.183.

하게 생각해 보아야 할 것이다. 그 방향으로서는 이 제도를 폐지해 버리든가 아니면 활용도를 높일 수 있도록 개정하는 양자택일만이 남아있다.

배상명령절차의 문제점으로 지적되는 내용은 주로 이 제도를 '형사소송체계에서의 異物質'로 보는 데서 비롯된 것이다. 그러나 의견상의 破格(Systemswidrigkeit)은 더 높은 원칙을 통해 요청되고 정당화될 수 있다. 헌법은 국민들에게 裁判請求權을 보장해 주고 있으며(헌법 제27조 1항), 裁判請求權은 소송법이론에 의해 점차 '법원에 의한 권리보호'(Gerichtsschutz)로 해석되고 있다. 이러한 사회법치국가적인 '법원에 의한 권리보호'의 원칙은 국가로 하여금 피해자를 가능한 한 포괄적으로, 가능한 한 사리에 합당하게 그리고 가능한 한 효과적으로 구조하도록 의무지운다.⁴³⁾ 그런데 배상명령절차가 피해자에게 신속하고 보다 적은 비용으로 債務名義를 획득할 수 있도록 해 준다. 동시에 배상판결은 형사절차의 중요한 목표, 즉 '加害者와 被害者 사이의 和解'를 달성하는데 기여한다.⁴⁴⁾ 소송경제적으로 볼 때에도 범죄행위로부터 야기된 모든 소송들을 신속하게 일괄 처리하는 것이 합리적이다. 형사적인 訴訟物과 민사적인 訴訟物이 하나의 절차과정에서 결정하게 되면, 證據調査를 二重으로, 즉 먼저 형사법원에서 행하고, 그리고 나서 민사법원에서 다시 한번 더할 필요 없이 한번의 증거조사로 충분하게 된다. 이로써 피해자는 국가의 형사제재와 직접 연계해서 신속하게 개인적인 손해를 배상받을 수 있다. 형사제재와 민사배상에 대한 공동의 재판으로 범죄행위를 통하여 교란된 사회적인 法的 平和가 일반적이고 통일적으로 다시 회복된다.⁴⁵⁾ 그렇게 본다면 배상명령절차를 형사소송체계에서의 이물질로 보고 폐지하기 보다는 그 근본취지를 살려 보완하는 방향으로 개정하는 편이 법정책적으로 타당하다. 이를 위해서는 배상명령절차에 대한 홍보가 뒤따라야 할 것이고, 형사피고인의 無資力의 문제를 해결해야 할 것이다.

첫째, 형사피고인이 無資力인 경우가 피해자의 배상에 주요장애요인이고,⁴⁶⁾ 실제로 형사피고인은 무자력자인 경우가 태반이라는 사정을 감안한다면, 배상명령의 집행가능성부터 확보되어야 한다. 우선 피해자의 실질적인 구제를 위하여 국가에 의한 피해자보상제도가 그 보완조치로 강구되어야 할 것이다. 피해자보상제도는 범죄진압에 대한 국가의 독점적 지위와 社會國家原則에 근거를 두고 있

43) Vgl. Scholz. a.a.O., S.729f.

44) Granderath. a.a.O., S.401 : Vgl. Scholz. a.a.O., S.730.

45) Scholz. a.a.O., S.728.

46) Weigend. Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren. in : ZStW 96(1984), S.792.

다.47) 이러한 맥락에서 헌법 제30조는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”고 천명하고 있다. 이 헌법조문을 근거로 국가에 의한 피해자보상제도를 규정한 것이 다름아닌 犯罪被害者救助法이다. 그러나 同法은 국가에 의한 피해보상의 대상범죄를 ‘생명·신체에 대한 범죄’에 제한시키고 있다(제1조, 제3조). 동법이 그 적용범위를 ‘생명·신체에 대한 범죄’에 제한하기는 했지만, 그 한에서는 현행 배상명령절차의 弱點을 부분적으로 보완할 수 있는 제도로 작용할 수 있음은 두 말할 나위도 없다.48) 그러나 재산범죄를 그 적용범위에서 제외시켰기 때문에 부분적인 보완책에 지나지 않으므로, 전체적인 보완책을 강구해야 하리라고 본다. 이에 대한 제안이 있어 주목할 만하다. 구체적으로 살펴보면, ① 범죄피해자에 대한 손해배상을 형사제재와 연계시키는 것이다. 현행법상 범죄자가 피해자에게 손해배상을 하면 범죄자에게 宣告猶豫 내지 執行猶豫를 부과할 수 있는 가능성이 열려 있다(형법 제59조 1항, 제62조 1항 참조). 배상명령절차가 실효성을 갖자면 이러한 현행법상의 任意的인 規定을 원칙적으로 必要的인 規定(Soll-Vorschrift)으로 개정하는 것이다. ② 범죄자가 罰金으로 납입한 금액을 손해배상의 假支給分(Vorableistung)으로 우선 피해자에게 지급하는 것이다. 여기서 모자라는 피해액은 민사소송을 통해 벌충하도록 하는 것이다. 이러한 방식을 취하게 되면, 대부분 얼마되지 않는 범죄자의 금전을 둘러싼 국가와 피해자 사이의 미묘한 競争이 弱者인 피해자에게 유리하게 해결될 것이다.49) 비교법적으로 보면, 오지리 형사소송법 제373조는 자유형이나 벌금형이 선고·집행되어 피해배상이 어려워질 경우, 피해자에게 申請으로 배상명령에 대한 先支給을 보장할 수 있도록 규정하고 있다.50) 고려해 볼만한 입법자료이다.

둘째, 배상명령제도의 認知度를 높이기 위해서는 피해자에게 공판절차에 관한 情報權을 부여해야 한다. 비교법적으로 보면, 독일 형사소송법 제403조 2항은 피해자에게 공소를 제기하였음을 통지하였을 때에는 배상명령을 신청할 수 있음을 고지하도록 규정하고 있다. 오지리 형사소송법 제365조 1항은 독일법제보다 더 강력하게 고지의무를 규정하고 있다. 이에 따르면, 피해자가 형사절차에 관하여 인지하고 있는지 여부가 의심스러울 때에는 피해자가 형사절차에 참여할 수 있는 권리를 행사할 수

47) Peters. a.a.O., S.588.

48) 金日秀, 앞의 논문, 594면 이하 참조 : 李在祥, 「賠償命令節次」, 60면.

49) Weigend. ZStW 96(1984), S.792f.

50) Vgl. Schroth. a.a.O., S.64.

있도록 이에 관해 통지해야 한다.⁵¹⁾ 입법론적으로 고려해볼만 규정이라고 생각한다.⁵²⁾

V. 결론

이상에서 살펴보았듯이 특히 '相當性'(Eignung)과 '遲延性'(Verzögerung) 개념이 배상명령의 여부를 판단해주는 주요기준으로 작용하고 있음을 알 수 있다. 또한 賠償命令節次가 가지고 있는 근본취지는 좋지만, 근본취지와 달리 여러 가지 문제점을 안고 있는 것도 밝혀졌다. 물론 배상명령절차를 활성화하기 위하여 여러 가지 제도들을 도입하고 있지만, 피해자보호의 근본취지를 살려나가고자 한다면, 賠償命令節次가 안고 있는 문제점을 해결하는 방향으로 손질하여 실무에서 많이 활용될 수 있도록 해야 할 것이다. 그러기 위해서는 위에서 제시한 제안은 음미해 볼만한 대목이다.

참고문헌

- 姜求眞, 『刑事訴訟法原論』, 서울 : 學研社, 1982.
- 金日秀, 「刑事上 原狀回復制度의 刑事政策的 機能과 效用에 관한 研究」, 『성곡논총』 제21집(1990), 579-634면.
- 白亨球, 『刑事訴訟法講義(新訂2版)』, 서울 : 박영사, 1996.
- _____, 『알기쉬운 刑事訴訟法(제2판)』, 서울 : 박영사, 2004.
- 裴鍾大·李相燾, 『刑事訴訟法(제6판)』, 서울 : 홍문사, 2005.
- 申東雲, 『刑事訴訟法』, 서울 : 법문사, 1993.
- 李時潤, 『民事訴訟法(新訂版)』, 서울 : 박영사, 1994.
- _____, 『新民事訴訟法(제2판)』, 서울 : 박영사, 2004.
- 李在祥, 『刑事訴訟法(제6판)』, 서울 : 박영사, 2002.
- _____, 「賠償命令節次」, 『고시계』 1991.10, 51-60면.

51) Vgl. ebenda. S.54.

52) 同旨 : 李在祥, 「刑事節次上 被害者 保護方案」, 213면.

- _____, 「刑事節次上 被害者 保護方案」, 한국형사정책연구원 1993.2.
- 林東奎, 『刑事訴訟法(제3판)』, 서울 : 법문사, 2004.
- 鄭榮錫·李炯國, 『刑事訴訟法』, 서울 : 박영사, 1994.
- 法院行政處, 司法年鑑, 1994-2004.
- Amelunxen, Clemens : Die Entschädigung des durch eine Straftat Verletzten, in : ZStW 86(1974), S.457-470.
- Grandenath, Reinhard : Opferschutz - Todes Recht ?, in : NStZ 1984, S.399-401.
- Kramer, Bernhard : Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren, Stuttgart u.a. 1984.
- Peters, Karl : Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4.Aufl., Heidelberg 1985.
- Roxin, Claus : Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 19.Aufl., München 1985.
- Scholz, Rupert : Erweiterung des Adhäsionsverfahrens - rechtliche Forderung oder rechtspolitischer Irrweg ?, in : JZ 1972, S.725-731.
- Schöch, Heinz : Strafrecht zwischen Freien und Gleichen im demokratischen Rechtsstaat. Zur konkreten Utopie der Wiedergutmachung im Strafverfahren, in : Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70.Geburtstag(Hrsg. Arth. Kaufmann u.a), Frankfurt am Main 1988, S.461-479.
- Schroth, Hans-Jürgen : Das Adhäsionsfahren des österreichischen Strafprozeßrechts im Lichte der Reformüberlegungen in der Bundesrepublik Deutschland, in : GA 1987, S.49-65.
- Weigend, Thomas : Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren, in : ZStW 96(1984), S.761-793.

[Abstract]

Grundlinie und Problematik des Adhäsionsverfahrens

Kim, Chang-Kuhn

Professor, Faculty of Law, Cheju National Univ.

Das Adhäsionsverfahren gibt dem Verletzten das Recht, einen materiellen Zivilanspruch, der an sich vor dem Zivilgericht zu verfolgen wäre, wahlweise auch vor dem Strafgericht zu verfolgen. Daraufhin kann der Verletzte gegen den Beschuldigten diesen Anspruch durch einen Antrag bei den Gericht geltend machen, bei welchem die strafrechtliche Anklage der Staatsanwalt erhoben worden ist. Das Gericht kann dann im Zusammenhang mit der Durchführung des Strafverfahrens über den zivilrechtlichen Anspruch mitentscheiden. Diese Entscheidung kann zu einem Vollstreckungstitel werden. Das Adhäsionsverfahren beruht auf dem Gedanken des Sachzusammenhangs : Wenn aus einer Straftat vermögensrechtliche Ansprüche erwachsen, ist es zweckmäßig, zur Vermeidung von Doppelarbeit, aber auch von einander widersprechenden Entscheidungen, die Entschädigungsansprüche des Verletzten bereits im Strafverfahren zu erledigen : damit wird zugleich dem Interesse des Geschädigten an einer raschen Wiedergutmachung Rechnung getragen.

Leider hat das Adhäsionsverfahren in der koreanische Gerichtspraxis nur geringe Rolle gespielt. Denn strafrechtliche Schuld und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche unterliegen ganz verschiedenen Beweisregeln. Daher sind Adhäsionsanträge weder bei den Richtern der Stragerichtsbarkeit, die ihre zivilrechtlichen Kenntnisse auffrischen müßten, noch bei manchen Rechtsanwälten, die es vorziehen, einen Zivilprozeß zu führen, beliebt. Daneben stellt sich die Mittellosigkeit des Täters als Haupthindernis dar. Um diesem Mangel abzuwehren, wäre dem Vorschlag näherzutreten, die Entschädigungsleistung an das Deliktsoffer zum Bestandteil der

strafrechtlichen Sanktion zu machen. Die bereits bestehende Möglichkeit, dem Täter die Schadlosstellung des Opfers bei der Strafaussetzung zur Bewährung aufzuerlegen (§59 Abs.1, §62 Abs.1 StGB), sollte für den Regelfall zumindest als Soll-Vorschrift ausgestaltet werden. Daneben kommt die bevorzugte Zuweisung des vom Täter als Geldstrafe bezahlten Betrages an das Opfer als Vorableistung auf dessen glaubhaft gemachte Entschädigungsansprüche in Betracht, wobei die Forderung im Umfang der Leistung auf den Fiskus überginge und weitergehende Forderungen des Opfers im Zivilprozeß eingeklagt werden könnten. Auf diese Weise würde die bisher bestehende mißliche Konkurrenz zwischen Staat und Verletztem um die meist sehr bescheidenen finanziellen Mittel des Täters zugunsten des schwächeren Teils aufgelöst.

Key words : Adhäsionsverfahren, Schutz des Opfers, Volkstümlichkeit des Strafverfahrens.