

형사보상제도에 대한 고찰

권 오 걸* **

〈국문초록〉

형사보상제도는 헌법 정신을 바탕으로 형사보상 및 명예회복에 관한 법률로 구체화되고 있다. 국가기관이 행하는 실체적 진실발견에는 일정한 한계와 불가피한 오류가 있을 수 밖에 없다. 사후적으로 그러한 오류를 시정해줄 수 있는 제도가 필요한데 이것이 바로 형사보상의 본질이라고 할 수 있다. 국가가 무고한 옥살이를 한 시민에게 하는 형사보상은 당연한 국가적 의무이며, 시민의 소중한 권리라고 할 수 있다. 보상 청구에 대한 제약적 요소들은 완화되어야 한다. 형사보상청구권의 불행사를 권리위에 잠자는 자와 동일시해서는 곤란하다고 생각한다. 2010년부터 양벌규정 위헌결정과 과거사 사건의 제소청구에 대한 무죄판결 더불어 형사보상의 청구도 비례하여 증가하고 있는 실증이다. 이러한 상황에서 형사보상은 여전히 국민에게 편리한 제도로 자리 잡지 못하고 있다. 현행 시스템으로는 밀려드는 형사보상 청구에 효율적으로 대응할 수 없다는 비판이 제기되고 있다. ‘억울한 옥살이’에 대한 국가적 차원의 보상제도는 보상의 절차와 내용이 일반국민이 이해하기 쉽게 구성되어 있어야 한다. 2011년에 형사보상법이 전면 개정되면서 보상청구의 기간은 ‘무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내’로 변경되었다. 그러나 청구기간이 연장되었음에도 불구하고 여전히 권리의 존재자체도 모르는 사람들이 많다. 형사보상청구권이 제대로 실현되기 위해서는 권리행사와 관련된 정보가 충실히 제공되어야 한다. 그리고 무죄판결을 선고하는 경우에는 형사보상의 청구가 자동적으로 연계될 수 있는 시스템이 마련되어야 하고, 형사보상이 형사소송비용과 함께 청구하고 집행될 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 또한 변호인을 선임하는 경우에도 형사사건의 위임과 동시에 형사소송비용 그리고 형사보상을 일괄하여 선임한다면 피고인의 입장에서 형사소송절차에 대한 부담을 경감시킬 수 있을 것으로 생각한다.

주제어 : 형사보상제도, 국가배상, 헌법, 형사보상과 명예회복에 관한 법률, 형사보상청구권

• 투고일 : 2021.4.20. / 심사일 : 2021.4.21. / 게재확정일 : 2021.4.23.

* 경북대학교 법학전문대학원 교수/법학연구원 연구위원

** 언제나 열정적으로 연구와 강의에 임하셨던 박동률 교수님의 명복을 빕니다!!!

I. 의의 및 법적 성질

1. 의의

형사보상이란 국가의 잘못된 형사사법권의 행사로 인하여 부당하게 형의 집행이나 미결구금 등을 당한 자에 대하여 국가가 그 손실을 보상하여 주는 제도를 말한다.¹⁾ 잘못된 소추, 잘못된 재판을 받은 자가 입는 손실은 다른 무엇과도 비교할 수 없이 중대하고 통절하다. 그러나 이러한 문제점으로 인해서 국가가 법질서를 유지하기 위한 형사절차의 중단할 수는 없다. 형사보상의 문제는 바로 여기에서 제기되는 것이다.²⁾ 헌법 제28조는 ‘형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다’라고 규정하여 형사보상을 국민의 기본권으로 규정하고 있다.³⁾ 헌법에는 구금되었던 자의 형사보상만을 직접 규정하고 있으나 사형 또는 재산형의 집행을 받은 자에 대한 형사보상도 당연히 포함된다고 보고 있다.⁴⁾ 이러한 헌법정신을 구체화하여 형사보상의 요건과 절차는 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’에서⁵⁾⁶⁾ 규정되어 있다.(이하에서는 ‘동법’이라고 약칭한다).⁷⁾⁸⁾ 형사보상제도는 국가기관이 행하는 실체적 진실발견에 있어서 발생한 오류를 사후적으로 시정해주는 제도로서 미결구금, 구금, 형의 집행을 당한 무죄판결이 확정된 피

1) 최근 형사보상청구금액이 증가하고 있는 것은 먼저 불행하고 암울했던 우리나라의 과거사를 정리하는 과정에서 재심과 무죄판결이 연속적으로 이어지고 그 결과 피해자나 유족에게 형사보상이 지급되는데 있다고 보는 견해는 한상훈, “영미법상 형사보상제도에 대한 검토”, 법학연구(연세대학교 법학연구원) Yonsei Law Review 제22권 제4호, 2012, 1면

2) 김정환, “형사보상의 역사와 본질”, 서울법학, 18권 2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2011, 59면.

3) 우리나라는 1948년 제헌헌법에서부터 형사보상청구권을 헌법상 권리로 보장해오고 있다.

4) 이창현, 형사소송법, 정독, 2020, 1424면.

5) 2011년 국회는 대대적인 제도 개선을 위해 종전의 「형사보상법」을 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」로 전부 개정하였다.

6) 이 연구에서는 형사보상부문에 한하여 검토하고, 명예회복부문에 대해서는 논의하지 않는다.

7) 우리나라의 경우에는 형사보상은 헌법을 구체화하고 있는 제도라고 할 수 있으며, 형사보상에 관하여 우리나라처럼 헌법에 명문의 권리로 규정한 사례는 찾아 보기 힘들다. 대부분의 국가에서 형사소송법이나 개별법률에 의하여 형사보상의 절차와 한도를 정해 놓고 있다; 김현철, “국가를 상대로 한 형사보상, 국가배상, 범죄피해자구조제도의 비교연구”, 형사법의 신통향 제59호(2018·6), 250면.

8) 한국 형사보상제도의 역사와 본질에 대한 상세한 설명은 김정환, “형사보상의 역사와 본질”, 55면- 83면 참조.

고인과 불기소처분 또는 불송치결정을 받고 미결구금을 받은 피의자가 청구할 수 있으며,⁹⁾ 담당공무원- 예컨대 법관, 수사기관 등-의 고의·과실을 요하지 않는다.¹⁰⁾¹¹⁾ 한편 형사보상제도는 형사소송법상의 (형사)비용보상과는 구별하여야 한다. 형사소송법 제194조의2 제1항은 “국가는 무죄판결이 확정된 경우에는 당해 사건의 피고인이었던 자에 대하여 그 재판에 소요된 비용을 보상하여야 한다.”라고 규정하고 있다.¹²⁾ 비용보상제도는 국가의 잘못된 형사사법권 행사로 인하여 피고인이 무죄를 선고받기 위하여 부득이 변호사 보수 등을 지출한 경우, 국가로 하여금 피고인에게 그 재판에 소요된 비용을 보상하도록 함으로써 국가의 형사사법작용에 내재한 위험성 때문에 불가피하게 비용을 지출한 비용보상청구권자의 방어권 및 재산권을 보장하려는 데 목적이 있다.¹³⁾¹⁴⁾ 비용보상은 무죄판결을 받은 피고인이면 미결구금, 구금, 형의 집행이 없는 경우에라도 청구할 수 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾

9) 결국 ‘억울한 옥살이’에 대한 국가적 보상이라고 할 수 있다.

10) 대법원 2019. 7. 5. 자 2018모906 결정

11) 형사보상제도의 관념은 계몽주의, 시민혁명과 밀접하게 관련되어 있다. 일찍이 1700년대 프랑스의 볼테르가 무고하게 구금된 피해자에 대한 보상제도를 주장하였다. 1864년 독일 바덴주 형사소송법에 보상규정이 신설되었으며, 1871년 멕시코 형사법, 1884년 포르투갈의 형사법에도 입법화되었다. 1886년 스웨덴, 1887년 노르웨이, 1888년 덴마크에서 입법되었고, 이들 스칸디나비아 3국의 법에는 부당히 유죄판결을 받은 사람뿐 아니라 부당히 구속된 피고인에게도 형사보상이 규정되었다; 보다 상세한 설명은 한상훈 “영미법상 형사보상제도에 대한 검토”, 4면 이하 참조.

12) 한편 이 규정은 주로 형사피고인에 대한 사선변호인의 비용에 적용된다. 왜냐하면 국선변호비용은 ‘형사소송비용 등에 관한 법률’에서 정하고 있기 때문이다.

13) 대법원 2019. 7. 5. 자 2018모906 결정

14) 결국 ‘형사소송법’상의 비용보상청구와 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’상의 구금보상청구로 구별할 수 있다; 정영훈, 실무중심 형사변호, 진원사, 2019, 165면.

15) 한편 비용보상청구, 비용보상절차, 비용보상과 다른 법률에 따른 손해배상과의 관계, 보상을 받을 권리의 양도·압류 또는 피고인이었던 자의 상속인에 대한 비용보상에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」에 따른 보상의 예에 따른다(형사소송법 제194조의 5).

16) 형사소송 비용보상은 무죄판결이 확정된 피고인에 대해서만 인정되고, 부당한 인신구속이 아닌 소송 진행 과정에서 소요된 비용을 보상한다는 점에서 현행법상 형사보상과 구별되지만, 국가가 부당하게 형사절차에 회부된 자의 피해를 보상한다는 차원에서는 양자 모두 광범위한 의미의 형사보상에 포섭될 수 있다고 판단된다는 견해는 윤지영, “형사보상제도의 실효성 제고 방안 연구”, 형사법의 신통향 통권 제55호, 2017, 76면.

	비용보상	형사보상제도
근거	형사소송법 제194조의2 제1항	헌법/ 형사보상 및 명예회복에 관한 법률
청구권자	무죄판결이 확정된 피고인	1)형사소송절차에서 무죄등의 판결을 받은 피고인 2) 피의자로서 구금되었던 자 중 검사로부터 불기소처분을 받거나 사법경찰관으로부터 불송치결정을 받은 자 3) 면소(면소) 또는 공소기각(공소기각)의 재판을 받아 확정된 피고인 4) 치료감호의 청구기각판결이 확정된 자
청구기한	무죄판결이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄판결이 확정된 때부터 5년 이내	무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내
관할	무죄판결을 선고한 법원의 합의부	무죄재판을 한 법원
보상 범위	피고인이었던 자 또는 그 변호인이었던 자가 공판준비 및 공판기일에 출석하는데 소요된 여비·일당·숙박료와 변호인이었던 자에 대한 보수	1) 구금 : 구금일수(구금일수)에 따라 1일당 보상청구의 원인이 발생한 연도의 「최저임금법」에 따른 일급(일급) 최저임금액 이상 대통령령으로 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금 2) 사형 집행 : 집행 전 구금에 대한 보상금 외에 3천만원 이내 3) 벌금 또는 과료 집행 : 이미 징수한 벌금 또는 과료의 금액에 징수일의 다음 날부터 보상 결정일까지의 일수에 대하여 「민법」 제379조의 법정이율을 적용하여 계산한 금액을 더한 금액
불복 방법	즉시항고	보상결정 :1주일 이내에 즉시항고/ 청구기각결정 : 즉시항고

2. 형사보상의 법적 성질¹⁷⁾

- 17) 형사보상 자체가 가지고 있는 본질에 대하여 법률상 의무를 어떻게 볼 것인가에 관하여는 사회적 과실에 대하여 국가배상책임과 같은 이론을 적용하거나 손실 보상제도와 같은 논리로 보거나 형사사법의 과오를 일종의 사업상의 위험으로 보고 접근하거나 객관적 위험에 대한 무과실책임으로 보는 등의 다양한 견해가 있다; 김정환, “형사보상의 역사와 본질”, 70~74면 참조

형사보상의 법적 성질에 대해서는 법률의무설과 공평설이 대립하고 있다.

법률의무설에 의하면¹⁸⁾ 국가의 구속 또는 형집행처분이 객관적·사후적으로 위법하기 때문에 이 위법한 처분에 대한 법률적 의무로서 국가가 형사보상을 하여야 한다는 입장이다. 즉 형사보상은 객관적으로 위법한 공권력의 행사가 있는 경우에 공무원의 고의·과실을 묻지 않고 국가가 이를 배상하여 주는 무과실손해배상이며, 형사보상은 공법상의 손해배상의 성질을 가진다고 한다.¹⁹⁾ 이에 반하여 공평설에서는 형사보상은 공평의 견지에서 국가가 행하는 조절보상이라고 본다.²⁰⁾ 국가가 형사소추권 및 형사재판권을 행사함에는 언제나 부정확의 오류가 개입할 위험성이 있는데 구체적 시민이 억울하게 미결구금이나 형집행을 당한 경우에는 전체 시민을 위하여 구체적 시민이 특별한 희생을 입은 것이라고 본다. 따라서 구체적 시민에 대하여 그 손해를 전보하는 것이 형사보상이라고 한다. 결국 공평설에 따르면 형사보상은 공법상의 손실보상에 가까운 성질을 지니게 된다.²¹⁾

생각건대 형사보상은 말 그대로 ‘보상’의 성질로 이해하여야 한다. 국가기관이 행하는 실체적 진실발견에는 일정한 한계와 불가피한 오류가 있을 수 밖에 없다. 따라서 사후적으로 그러한 오류를 시정해줄 수 있는 제도가 필요한데 이것이 바로 형사보상의 본질이라고 할 수 있다. 또한 형사보상법은 보상을 받을 자가 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 청구함을 금지하지 아니한다(제5조 제1항)라고 규정하고 있는데, 이것은 형사보상의 성격은 일종의 손실보상이기 때문에 다른 법률에 의한 배상을 금지하지 않는 것으로 이해할 수 있다. 또한 현행 형사보상법이 공무원의 고의·과실을 묻지 않고 국가가 이를 배상해주도록 한 것은, 과실책임을 원칙으로 하고 있는 공법상의 손해배상과는 달리 공법상의 손실보상이라는 성격을 나타내는 것이다.²²⁾ 따라서 공평설이 타당하다고 생각한다.

18) 이재상, 형사소송법, 56/3; 이은모, 형사소송법, 907면.

19) 백형구(강의), 형사소송법, 914면; 송광섭, 형사소송법, 621면; 이재상, 형사소송법, 56/3; 정영석/이형국, 형사소송법, 549면; 차용석/최용성, 형사소송법, 865면.

20) 배종대/이상돈/정승환, 형사소송법, 102/5; 신동운, 형사소송법, 1470면; 신양균, 형사소송법, 1185면; 이창현, 형사소송법, 1425면; 진계호, 형사소송법, 845면.

21) 신동운, 형사소송법, 1470면.

22) 신양균, 형사소송법, 1185면.

3. 손해배상과의 관계

형사보상은 국가배상과 유사점과 차이점을 가지고 있다.²³⁾

	형사보상	국가배상
근거	헌법/형사보상 및 명예회복에 관한 법률	헌법/국가배상법
목적	무죄재판 등을 받은 자에 대한 정당한 보상과 실질적 명예회복에 이바지함(형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제1조)	국가나 지방자치단체의 손해배상(손해배상)의 책임과 배상절차를 규정함을 목적으로 한다(국가배상법 제1조)
요건	형사소송절차에서 무죄 등의 판결을 받거나 불기소처분 또는 불송치결정을 받은 경우	국가나 지방자치단체의 직무집행의 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우(국가배상법 제2조 제1항)
청구권자의 입증책임	법원 또는 수사기관의 고의 또는 과실에 대한 입증책임 없음	국가나 지자체의 고의 또는 과실과 그로인한 손해를 입증하여야 함

(1) 동시청구 가능 : 형사보상법은 보상을 받을 자가 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 청구함을 금하지 아니한다(형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제5조 제1항). 따라서 형사보상을 청구하는 자가 형사보상 및 명예회복에 관한 법률에 의한 청구 이외에 국가배상법이나 민법에 의한 손해배상을 동시에 청구하는 것이 가능하다.²⁴⁾²⁵⁾ 즉 형사절차에서 억울하게 구금 또는 형의

23) 이론상 범죄피해자로서 중상해를 입었음에도 수사기관의 위법무당한 수사에 의하여 공범으로 오인되어 억울한 재판을 통해 구금되어 있었다가 진범이 확인되어 재심무죄 판결을 받은 경우는 이론상 국가배상책임, 형사보상책임, 범죄피해자보상책임이 모두 발생하게 된다. 이러한 경우에 국가배상책임과 형사보상책임, 범죄피해자구조금지금책임의 상호관계는 어떻게 되는지 하는 문제가 발생하게 된다; 김현철, “국가를 상대로 한 형사보상, 국가배상, 범죄피해자구조제도의 비교연구”, 240면.

24) 배종대/이상돈/정승환, 형사소송법, 102/6.

25) 동시청구가 가능하다면 어떤 청구를 하는 것이 청구인에게 유리한지에 따라 달라지게 될 것이다. 현재까지의 실무를 보면 구금되었던 자의 경우 형사보상을 통한 청구를 하는 것이 압도적으로 많은 것으로 보인다. 2011년부터 2015년까지 형사보상금의 지급현황을 보면 구속사건과 재심사건의 비중을 보면 재심사건이 전체 형사보상금 지급건수의 98%를 차지하고 있고, 지급금액기준으로는 재심사건이 87.3%를 차지하고 있는 실정이다. 이는 앞에서 살펴본 바와 같이 형사보상금액의 산정방식이 국가배상법에 의한 방식보다 유리한 측면도 있고, 국가배상법에 의한 입증보다 재심무죄 판결을 받는 방식이 청구인의 측면에서 훨씬 용이한 측면이 있는 것에 기인한 것으로 보인다; 김현철, “국가를 상대로 한 형사보상, 국가배상, 범죄피해자구조제도의 비교연구”, 264면.

집행을 받은 자는 공무원의 귀책사유를 입증하여 손해배상을 받을 수도 있고, 공무원의 귀책사유를 입증할 필요 없이 형사보상을 받는 방법을 통하여 간편·신속하게 피해를 구제받을 수도 있다.²⁶⁾ 국가로 인해 부당한 구금을 당한 자는 일정한 요건하에 국가배상제도를 이용할 수 있는 길도 열려 있으나, 형사사건의 진실을 밝혀가던 그 시점에 직무를 집행하던 공무원이 고의나 과실로 불법행위를 저질렀다는 사실을 입증하기란 용이하지 않다. 이에 반해 형사보상 제도는 원인행위당시의 고의·과실이 아닌 불기소처분이나 무죄판결이 내려지면서 종래의 구금이 부당했다는 사실이 밝혀진 결과만으로 국가에 대해 책임을 물을 수 있다는 점에서 그 의의가 있다.²⁷⁾²⁸⁾

(2) 배상액과 비교²⁹⁾ : 보상을 받을 자가 동일한 원인에 대하여 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 받았을 경우에 그 손해배상의 액수가 이 법에 의하여 받을 보상금의 액수와 동일하거나 또는 이를 초과할 때에는 보상하지 아니한다. 손해배상의 액수가 이 법에 의하여 받을 보상금의 액수보다 적을 때에는 그 금액을 공제하고 보상금의 액수를 정하여야 한다(동법 제5조 제2항). 만약 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 받을 자가 동일한 원인에 대하여 이 법에 의한 보상을 받았을 때에는 그 보상금의 액수를 공제하고 손해배상의 액수를 정하여야 한다(동조 제3항).³⁰⁾ 손해배상액을 산정하는 과정에서 위 관련 규정에 의하여 먼저 받은 형사보상금을 공제할 때에는 이를 손해배상채무의 변제액 공제에 준하여 민법에서 정한 변제충당의 일반 원칙에 따라 형사보상

26) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다38325 판결.

27) 윤지영, “형사보상제도의 실효성 제고 방안 연구”, 76면.

28) 피해자들은 공무원의 고의나 과실을 입증하여 국가배상을 청구하기보다는 형사보상을 우선적으로 청구하거나 형사보상만을 청구하는 경우가 존재하는데, 이 경우에는 국가배상법의 규정이 적용되지 않아 불법행위를 행한 공무원에게 책임을 물을 수 없는 상황이 발생하는 문제점을 해결하기 위해 형사보상법에 국가배상법의 구상권 규정을 준용하는 조항을 두거나 별도로 구상권을 규정할 필요가 있다는 견해는 김정환/박성현, “형사보상에서 국가배상법의 구상권 규정의 준용 필요성”, 형사정책 제31권 제3호, 2019, 202면.

29) 국가배상은 상한의 제한없이 실손해액 전액을 배상하도록 규정하고 있는 반면, 형사보상은 기본적으로 구금 1일당 최저임금액을 기준으로 하고 5배 한도내에서 보상하도록 하고 있고, 그 산정방식도 다르기 때문에 보상금액도 차이가 날 수밖에 없다; 김현철, 전게논문, 240면.

30) 형사보상제도에 구상권을 두지 않은 이유는 단순히 형사사법기관의 구금이 불법행위를 구성하는 경우에는 국가배상청구가 가능하기 때문인 것으로 판단되며, 이러한 차이는 본질적으로 국가배상제도와 달리 형사보상 제도에 구상권을 두지 않아야만 하는 근거가 될 수는 없다고 한다; 김정환/서치원, “형사보상에 있어서 구상권 도입의 필요성”, 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제21권 제3호, 2019, 215면.

금을 지급받을 당시 손해배상채무의 지연손해금과 원본 순서로 충당하여 공제하는 것이 타당하다. 형사보상금을 곧바로 손해배상액 원본에서 공제할 것은 아니지만, 예외적으로 불법행위로 인한 위자료 배상채무의 지연손해금이 사실 심 변론종결일부터 기산되는 경우 형사보상금 수령일을 기준으로 지연손해금이 발생하지 아니한 위자료 원본 액수가 이미 수령한 형사보상금 액수 이상인 때에는 계산의 번잡을 피하기 위하여 이미 지급받은 형사보상금을 위자료 원본에서 우선 공제하여도 무방하다.³¹⁾

II. 형사보상의 요건³²⁾

미국은 유죄평결을 받은 이후의 구금, 즉 재심보상만 규정하는 반면, 독일, 프랑스, 일본 등 대륙법계는 미결구금에 대하여도 보상을 하고, 나아가 독일은 운전면허정지 등에 대하여도 보상을 하는 등 보상의 범위가 넓다.³³⁾ 이러한 차이는 직권주의, 당사자주의와 같은 소송구조뿐 아니라 사법민주화, 배심제 등 사법 및 재판제도도 영향을 미친다고 보인다. 일찍부터 시민혁명으로 근대 민주주의를 발전시킨 영국이나 미국은 “정부는 잘못을 범할 수 없다.”는 신념으로 무고한 시민이 유죄평결을 받아 복역할 수 있다는 관념이 들어갈 자리가 거의 없었다.³⁴⁾ 하지만, 실증적 연구를 통하여 실제 무고한 수형자가 상당수 있다는 점이 점차 밝혀졌고, 특히 최근에는 DNA검사를 통하여 적지 않은 사건에서 오판이 드러나자 점차 형사보상에 대하여 전향적인 태도를 취하게 되었다. 우리나라의 형사보상법제는 재심보상뿐 아니라 미결구금에 대하여도 형사보상을 인정하므로 대륙법계의 넓은 보상제도를 따르고 있다.

31) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다38325 판결

32) 형사소송법에 의한 일반절차 또는 재심이나 비상상고절차에서 무죄재판을 받은 자가 미결구금을 당하였을 때에는 이 법에 의하여 국가에 대하여 그 구금에 관한 보상을 청구할 수 있다(형사보상법 제1조 제1항).

33) 한상훈, “영미법상 형사보상제도에 대한 검토”, 20면.

34) 영국에서는 형사보상제도가 그다지 발전하지 않았다. 먼저 일반적인 국가배상은 영미법의 코먼로상 허용되지 않는다. “왕은 잘못을 범할 수 없다.”(The King can do no wrong.)는 주권자 면책(sovereign immunity) 법리하에 왕에 대한 소송은 허용되지 않았고, 이는 원칙적으로 미국에도 계승되어 “정부는 잘못을 범할 수 없다.”고 하여 연방이나 주 정부를 상대로 하는 손해배상소송이나 형사보상청구소송은 인정되지 않았다; 한상훈, 전계는 문, 4면.

1. 무죄판결

무죄의 재판을 받았다는 것은 무죄의 재판이 확정된 것을 의미한다. 무죄의 재판은 일반형사절차에서 선고된 경우뿐만 아니라 상소권회복에 의한 상소, 재심,³⁵⁾ 비상상고의 절차에서 선고된 경우를 모두 포함한다.³⁶⁾ 면소 또는 공소기각의 재판을 받은 자도 면소 또는 공소기각의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄의 재판을 받을 만한 현저한 사유가 있었을 때에는 국가에 대하여 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다(형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조).³⁷⁾

2. 불기소처분 또는 불송치결정(피의자 보상)

피의자로서 구금되었던 자 중 검사로부터 불기소처분을 받거나 사법경찰관으로부터 불송치결정을 받은 자는 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있다. 이 경우는 사실상 죄를 범하지 아니하였다고 인정할 명백한 이유가 있거나 구금된 때로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분을 할 사유가 존재하는 경우이다(형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제27조 제1항). 이를 특별히

35) 형사소송법 제420조가 유죄의 확정판결에 대하여 선고를 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있는 것은 유죄의 확정판결에 중대한 사실인정의 오류가 있는 경우 이를 바로잡아 무고하고 죄 없는 피고인의 인권침해를 구제하기 위한 것인데, 만일 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄판결이 재심청구의 대상이 될 수 없다고 한다면, 이는 특별사면이 있었다는 사정만으로 재심청구권을 박탈하여 명예를 회복하고 형사보상을 받을 기회 등을 원천적으로 봉쇄하는 것과 다를 바 없어서 재심제도의 취지에 반하게 된다: 대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체판결

36) 신양균, 형사소송법, 1187면; 신동운, 형사소송법, 1473면.

37) 피고인이 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치’(이하 ‘긴급조치 제9호’라 한다)를 위반하였다는 공소사실로 제1, 2심에서 유죄판결을 선고받고 상고하여 상고심에서 구속집행이 정지된 한편 긴급조치 제9호가 해제됨에 따라 면소판결을 받아 확정된 다음 사망하였는데, 그 후 피고인의 처(처) 갑이 형사보상을 청구한 사안에서, 긴급조치 제9호는 헌법에 위배되어 당초부터 무효이고, 이와 같이 위헌·무효인 긴급조치 제9호를 적용하여 공소가 제기된 경우에는 형사소송법 제325조 전단의 ‘피고사건이 범죄로 되지 아니한 때’에 해당하므로 법원은 무죄를 선고하여야 하는데, 피고인이 면소판결을 받은 경위 및 그 이유, 원판결 당시 법원이 긴급조치 제9호에 대한 사법심사를 자제하는 바람에 그 위반죄로 기소된 사람으로서는 재판절차에서 긴급조치 제9호의 위헌성을 다룰 수 없었던 사정 등을 종합하여 보면, 이 결정에서 긴급조치 제9호의 위헌·무효를 선언함으로써 비로소 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 피고인에게 생겼다고 할 것이므로, 갑은 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제26조 제1항 제1호, 제3조 제1항, 제11조를 근거로 긴급조치 제9호 위반으로 피고인이 구금을 당한 데 대한 보상을 청구할 수 있다 : 대법원 2013. 4. 18. 자 2011초기689 전원합의체 결정

피의자보상이라고 한다.

3. 미결구금 또는 형의 집행

(1) 미결구금 : 미결구금이란 수사 또는 공소의 목적을 달성하기 위하여 피고인 또는 피의자를 판결이 선고될 때까지 구금, 즉 구속하는 강제처분을 말하며, 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제2조 제1항에 의하여 미결구금이 형사보상의 대상으로 되는 것은 신체의 자유가 박탈된 것에 대한 국가적인 보상책으로 볼 수 있다.³⁸⁾ 보상은 죄 없이 국가에 의하여 구금되어 있는 동안에 자유의 박탈에 대한 보상이다. 따라서 미결구금이란 실제의 형의 집행으로서의 구금이란 불문한다. 한편 판결 주문에서 경합범의 일부에 대하여 유죄가 선고되더라도 다른 부분에 대하여 무죄가 선고되었다면 형사보상을 청구할 수 있다. 그러나 그 경우라도 미결구금 일수의 전부 또는 일부가 유죄에 대한 본형에 산입되는 것으로 확정되었다면, 그 본형이 실형이든 집행유예가 부가된 형이든 불문하고 그 산입된 미결구금 일수는 형사보상의 대상이 되지 않는다. 그 미결구금은 유죄에 대한 본형에 산입되는 것으로 확정된 이상 형의 집행과 동일시되므로, 형사보상할 미결구금 자체가 아닌 셈이기 때문이다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 또한 판결 주문에서 무죄가 선고되지 아니하고 판결 이유에서만 무죄로 판단된 경우에도 미결구금 가운데 무죄로 판단된 부분의 수사와 심리에 필요하였다고 인정된 부분에 관하여는 판결 주문에서 무죄가 선고된 경우와 마찬가지로 보상

38) 서울고등법원 2011. 8. 9. 자 2011코4 결정

39) 또한 판결 주문에서 경합범의 일부에 대하여 유죄가 선고되더라도 다른 부분에 대하여 무죄가 선고되었다면 형사보상을 청구할 수 있다. : 대법원 2017. 11. 28. 자 2017보1990 결정

40) 재건축사업조합 조합장으로 재직하던 청구인이 사업 시행사인 갑 주식회사 대표이사 을에게서 뇌물을 수수 또는 요구하였다는 혐의로 구속되어 포괄일죄인 제①, 제②공소사실 및 이와 경합범 관계인 제③공소사실로 기소되었다가 제1심법원으로부터 위 공소사실 전부에 관하여 무죄를 선고받고 당일 석방되었는데, 그 후 항소심법원이 제①, 제②공소사실 부분을 파기하여 제②공소사실만을 유죄로 인정하면서 징역형의 집행유예를 선고하되 제①공소사실은 이유에서 무죄로 판단한 판결이 확정되자 제②공소사실 부분이 유죄라 하더라도 처음부터 불구속 수사 및 재판을 받았어야 한다고 주장하며 미결구금에 대하여 형사보상을 청구한 사안에서, 청구인이 제①, 제③공소사실에 대하여 무죄판결을 받았더라도, 청구인의 미결구금일수는 이미 제②공소사실에 대한 징역형에 산입되었으므로 더 이상 형사보상의 대상으로 되는 미결구금일수는 존재할 수 없고, 결국 청구인에 대하여 미결구금일수를 상회하는 징역형이 선고되어 확정된 이상, 비록 집행이 유예되었다 할지라도 청구인의 형사보상 주장은 이유 없다고 하여 청구를 기각한 사례 : 서울고등법원 2011. 8. 9. 자 2011코4 결정

을 청구할 수 있다.⁴¹⁾⁴²⁾

(2) 형의 집행 : 확정판결에 의하여 형의 집행이 개시되므로 형의 집행이 문 제되는 것은 상소권회복에 의한 상소, 재심 또는 비상상고절차에서 무죄판결을 받은 경우이다(동법 제1조 제2항).⁴³⁾ 무죄판결을 받을 당시에 구금되어 있을 것을 요하지 않는다.⁴⁴⁾ 자유형의 집행이 심신장애의 사유로 정지된 경우에 병 원 기타 적당한 장소에 수용할 수 있을 때까지 교도소 또는 구치소에 구치하 는 경우(제470조 제3항), 확정판결 후 검사가 사형이나 자유형을 집행하기 위 하여 형집행장을 발부하여 피고인을 구금한 경우(제473조 내지 제475조)도 구 금 또는 형의 집행으로 본다(형보법 제1조 제3항).

4. 형사보상 불허사유

형사보상이 불허되는 경우는 피고인의 경우와 피의자의 경우로 나누어 볼 수 있다.

(1) 피고인 : 피고인에 대한 형사보상이 불허되는 경우는 보상청구자가 ① 형사미성년자(형법 제9조) 또는 심신장애(형법 제10조 제1항)의 사유에 의하여 무죄재판을 받은 경우,⁴⁵⁾ ② 본인이 수사 또는 심판을 그르칠 목적으로 허위

41) 형사보상법 조항은 입법 취지와 목적 및 내용 등에 비추어 재판에 의하여 무죄의 판단을 받은 자가 재판에 이르기까지 억울하게 미결구금을 당한 경우 보상을 청구할 수 있도록 하기 위한 것이므로, 판결 주문에서 무죄가 선고된 경우뿐만 아니라 판결 이유에서 무죄로 판단된 경우에도 미결구금 가운데 무죄로 판단된 부분의 수사와 심리에 필요하였다고 인정된 부분에 관하여는 보상을 청구할 수 있고, 다만 형사보상법 제4조 제3호를 유추적용하여 법원의 재량으로 보상청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 있을 뿐이다 : 대법원 2016. 3. 11. 자 2014모2521 결정

42) 대법원 2017. 11. 28. 자 2017모1990 결정(그러나 미결구금 일수의 전부 또는 일부가 선고된 형에 산입되는 것으로 확정되었다면, 그 산입된 미결구금 일수는 형사보상의 대상이 되지 않는다).

43) 이재상, 형사소송법, 56/2.

44) 이재상, 형사소송법, 56/2.

45) 부산고법 2008. 3. 21. 자 2007코8 결정 : 확정 【형사보상】 : 어머니에 대한 존속살해 혐의로 긴급체포되어 구속된 후 심신상실을 이유로 무죄를 선고받고 석방된 사람이 위 구금에 대한 형사보상금을 청구한 사안에서, 청구인이 형법 제10조 제1항(심신상실) 등의 사유에 의하여 무죄판결을 받은 경우 법원은 재량에 의하여 보상청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 있다고 규정하는 형사보상법 제3조에 근거하여, 청구인이 아무리 심신상실의 상태에 있었다고는 하나 잘못도 없는 자신의 친어머니를 잔인하게 살해하는 패륜을 범하였으므로 인륜적인 측면이나 법적인 정의의 관념에 비추어 그 형사보상청구를 기각한 사례.

의 자백을 하거나 또는 다른 유죄의 증거를 만듦으로써 기소, 미결구금 또는 유죄재판을 받게 된 것으로 인정된 경우, ③ 1개의 재판으로써 경합범의 일부에 대하여 무죄재판을 받고 다른 부분에 대하여 유죄재판을 받았을 경우이다. 이 경우에는 법원은 재량에 의하여 보상청구의 전부 또는 일부를 기각할 수 있다(동법 제4조). ‘수사 또는 심판을 그르칠 목적’은 헌법 제28조가 보장하는 형사보상청구권을 제한하는 예외적인 사유임을 감안할 때 신중하게 인정하여야 하고, 형사보상청구권을 제한하고자 하는 측에서 입증하여야 한다. 수사기관의 추궁과 수사 상황 등에 비추어 볼 때 본인이 범행을 부인하여도 형사처벌을 면하기 어려울 것이라는 생각으로 부득이 자백에 이르게 된 것이라면 ‘수사 또는 심판을 그르칠 목적’이 있었다고 선불리 단정할 수 없다. 따라서 군용물손괴죄로 구금된 공군 중사가 수사기관에서 범행을 자백하다가 다시 부인하며 다투어 무죄의 확정판결을 받고 형사보상청구를 한 사안에서, 자신이 범인으로 몰리고 있어서 형사처벌을 면하기 어려울 것이라는 생각과 거짓말탐지기 검사 등으로 인한 심리적인 압박 때문에 허위의 자백을 한 것이라면 형사보상청구의 기각 요건인 ‘수사 또는 심판을 그르칠 목적’에 해당하지 않는다.⁴⁶⁾

(2) 피의자 : 피의자로서 구금되었던 자 중 검사로부터 불기소처분을 받거나 사법경찰관으로부터 불송치결정을 받은 자는 국가에 대하여 그 구금에 대한 형사보상(이하 “피의자보상”이라 한다)을 청구할 수 있다. 다만, 구금된 이후 불기소처분 또는 불송치결정의 사유가 있는 경우와 해당 불기소처분 또는 불송치결정이 중국적(중국적)인 것이 아니거나 「형사소송법」 제247조에⁴⁷⁾ 따른 것일 경우에는 그러하지 아니하다.(동법 제27조 제1항) 또한 피의자가 ① 본인이 수사 또는 재판을 그르칠 목적으로 허위의 자백을 하거나 다른 유죄의 증거를 만듦으로써 구금된 것으로 인정되는 경우, ② 구금기간 중에 다른 사실에 대하여 수사가 행하여지고 그 사실에 관하여 범죄가 성립한 경우, ③ 보상을 하는 것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 인정할 특별한 사정이 있는 경우에는 보상의 전부 또는 일부를 하지 않을 수 있다(형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제27조 제2항).

46) 대법원 2008. 10. 28. 자 2008모577 결정.

47) 형사소송법 제247조(기소편의주의) 검사는 「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

III. 형사보상의 내용

1. 구금에 대한 보상

1) 구금에 대한 보상을 할 때에는 그 구금일수에 따라 1일당 보상청구의 원인이 발생한 연도의 「최저임금법」에 따른 일급 최저임금액 이상 대통령령으로 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급한다(형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제5조 제1항). 법원이 보상금액을 산정할 때에는 구금의 종류 및 기간의 장단, 기간 중에 받은 재산상의 손실과 얻을 수 있었던 이익의 상실 또는 정신상의 고통과 신체상의 손상, 경찰, 검찰, 법원의 각 기관의 고의 또는 과실의 유무, 무죄재판의 실질적 이유가 된 사정⁴⁸⁾ 기타 모든 사정을 고려하여야 한다(동조 제2항). 노역장유치의 집행을 하였을 때에도 구금의 경우를 준용한다(동조 제5항). 비상상고의 절차에서 보호감호를 기각하는 재판을 받은 자가 원판결에 의하여 보호감호의 집행을 받았을 때에도 형사보상법 제1조 제2항을 유추 적용하여 보호감호의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있다.⁴⁹⁾ 그러나 보안감호의 집행에 대해서는 보상을 청구할 수 없다.⁵⁰⁾

48) '무죄재판의 실질적 이유가 된 사정'은 2018. 3. 20., 일부개정되면서 추가된 내용임.

49) 대법원 2004. 10. 18. 자 2004코1(2004오1) 결정 : 형사보상청구권을 인정하고 있는 것은 형사재판절차에서 억울하게 구금 또는 형의 집행을 받은 사람에 대하여 공무원의 고의·과실의 유무와 상관없이 국가가 그로 인하여 입은 손해에 대한 정당한 보상을 해 주어야 한다는 취지로 보이는 점, 보호감호처분은 그 본질과 추구하는 목적 및 기능에 있어 형벌과는 다른 독자적 의의를 가진 이른바 보안처분에 속하는 것이기는 하나, 보호감호처분의 집행은 피보호감호자를 보호감호시설에 수용하는 것을 기본 요소로 하고 있으므로 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 형벌과 매우 유사한 측면이 있으며 억울하게 구금되거나 형의 집행을 받은 사람은 보상해 주면서 유독 보호감호의 집행을 받은 사람만을 보상에서 제외할 합리적 근거를 찾을 수 없는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 비상상고의 절차에서 보호감호를 기각하는 재판을 받은 자가 원판결에 의하여 보호감호의 집행을 받았을 때에도 형사보상법의 위 규정을 유추 적용하여 보호감호의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있다고 해석함이 상당하고, 이렇게 해석하는 것이 형사보상청구의 권리를 선언하고 있는 헌법정신에도 부합한다고 할 것이다.

50) 그러나 재심에서 무죄판결이 확정된 후 보안감호처분 집행에 대한 형사보상청구를 부정한 판단은 [청구한 사안에서 청구인이 영장 없이 체포되어 구금된 상태에서 국가보안법위반죄·반공법위반죄·간첩죄로 유죄 확정판결을 받고 징역형 집행 및 보안감호처분 집행을 종료하였는데, 재심에서 무죄판결이 확정된 후 보안감호처분 집행에 대한 형사보상을 청구한 사안에서, 구 사회안전법(1989. 6. 16. 법률 제4132호 보안관찰법으로 전부 개정되기 전의 것)상 보안감호처분과 구 사회보호법(2005. 8. 4. 법률 제7656호로 폐지)상 보호감호처분은 처분을 행하는 주체, 처분 형식, 처분에 대한 불복절차 등이 상이하여 기능이 준별되고 판단작용의 측면에서도 구별되는 등 법적 성질상 여러 차이점이 있는 점 등에 비추어 보안감호처분 집행에 대해서도 형사보상을 구할 수 있는지는 법원의 해석으로는

2. 형의 집행에 대한 보상⁵¹⁾

(1) 사형집행 : 사형집행에 대한 보상금은 집행 전 구금에 대한 보상금 외에 3천만 원 이내에서 모든 사정을 고려하여 법원이 상당하다고 인정하는 액을 가산 보상한다. 이 경우 본인의 사망에 의하여 생긴 재산상의 손실액이 증명된 때에는 그 손실액도 보상한다(동법 제5조 제3항).

(2) 벌금·과료 집행 : 벌금 또는 과료의 집행에 대한 보상에 있어서는 이미 징수한 벌금 또는 과료의 액에 징수일의 익일부터 보상 결정일까지의 일수에 따라 민법 제379조의 법정이율에 의한 금액을 가산한 액을 보상한다(동조 제4항).

(3) 몰수·추징 : 몰수집행에 대한 보상에 있어서는 그 몰수물을 반환하고 그것이 이미 처분되었을 때에는 보상결정시의 시가를 보상하며, 추징금에 대한 보상을 할 때에는 그 액수에 징수일의 다음 날부터 보상 결정일까지의 일수에 대하여 「민법」 제379조의 법정이율을 적용하여 계산한 금액을 더한 금액을 보상한다(동조 제7항).

IV. 형사보상 청구 절차

1. 청구권자

1) 본인·피의자 : 형사보상의 청구권자는 무죄·면소 또는 공소기각의 재판을 받은 본인(동법 제2조, 제256) 또는 기소유예처분 이외의 불기소처분 또는 불송치결정을 받은 피의자이다(동법 제27조 제1항).

인정하기 어렵고, 입법권을 가지고 있는 국회에서 추가로 형사보상의 범주에 포함시킬 것 인지에 관하여 헌법과 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 등 관계 법령의 입법 취지를 면밀히 검토하고 각계 의견을 수렴한 후 법률을 개정할 것인지를 결정할 입법의 영역인 점 등을 고려하면, 보안감호처분 집행에 대해서는 보호감호처분 집행에 대하여 형사보상을 인정하는 판례의 법리가 준용될 수 없고, 나아가 구금에 대하여 형사보상을 인정하는 법리가 유추적용될 수도 없어 결국 형사보상을 구할 수 없다] : 서울고등법원 2016. 2. 1. 자 2014코114 결정

51) 현행법은 구금이나 형의 집행에 대해서만 보상을 청구할 수 있도록 제도화하고 있으나 미구금 상태의 피의자나 피고인의 사회적·경제적·정신적 피해를 고려할 때 이들도 형사보상의 대상에 포섭시켜야 한다는 주장도 제기 되고 있다. 아울러 최저금액을 기준으로 구금 1일당 상한과 하한이 설정되어 있는 보상액과 관련해서도 국가의 잘못된 수사나 재판으로 인하여 부당하게 피해를 입은 자에 대한 보상으로는 미흡하다는 문제가 지적되고 있다; 윤지영, “형사보상제도의 실효성 제고 방안 연구”, 95면.

2) 상속 : 청구권은 양도 또는 압류할 수 없다(동법 제23조). 그러나 상속의 대상은 된다. 따라서 본인이 보상청구를 하지 않고 사망한 때에는 상속인이 이를 청구할 수 있다(동법 제2조 제1항).

3) 재심·비상상고 : 사망한 자에 대하여 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판이 있었을 때에는 보상의 청구에 있어서는 사망한 때에 무죄재판이 있었던 것으로 본다(동조 제2항). 따라서 사망 시에 본인의 보상청구권이 발생하고 그 청구권이 상속인에게 상속되는 것이다.

2. 청구시기·관할법원

보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.(동법 제8조). 피의자보상의 청구는 불기소처분 또는 불송치결정의 고지 또는 통지를 받은 날부터 3년 이내에 하여야 한다(동법 제28조 제3항). 보상의 청구는 무죄재판을 한 법원에 대하여 하여야 한다(동법 제6조). 피의자보상을 청구하려는 자는 불기소처분을 한 검사가 소속된 지방검찰청(지방검찰청 지청의 검사가 불기소처분을 한 경우에는 그 지청이 소속하는 지방검찰청을 말한다) 또는 불송치결정을 한 사법경찰관이 소속된 경찰관서에 대응하는 지방검찰청의 심의회에 보상을 청구하여야 한다(동법 제28조 1항)

3. 보상청구서

청구권자는 보상청구서에 재판서의 등본과 그 재판의 확정증명서를 법원에 제출하여야 한다(동법 제9조 제1항). 보상청구서에는 ① 청구자의 등록기준지, 주소, 성명, 생년월일, ② 청구의 원인된 사실과 청구액을 기재하여야 한다(동조 제2항). 보상의 청구는 대리인에 의해서도 가능하다(동법 제13조). 피의자보상을 청구하는 자는 보상청구서에 공소를 제기하지 아니하는 처분을 받은 사실을 증명하는 서류를 첨부하여 제출하여야 한다(동법 제27조 제2항).

4. 상속인에 의한 보상청구

보상의 청구는 상속인이 할 수도 있다. 상속인이 보상을 청구할 때에는 본

인과의 관계와 동순위의 상속인의 유무를 소명할 수 있는 자료를 제출하여야 한다(동법 제10조). 보상의 청구를 할 수 있는 동순위의 상속인이 수인인 경우에 그중 1인이 보상청구를 하였을 때에는 보상을 청구할 수 있는 전원을 위하여 그 전부에 대하여 한 것으로 본다(동법 제11조 제1항). 이 경우에 청구한 자 이외의 상속인은 공동청구인으로서 절차에 참가할 수 있다(동조 제2항). 법원은 보상을 청구할 수 있는 다른 동순위의 상속인이 있음을 안 때에는 지체 없이 그 상속인에 대하여 보상청구가 있었음을 통지하여야 한다(동조 제3항).

5. 보상청구 취소

형사보상을 청구한 자는 법원의 보상청구에 대한 재판이 있을 때까지는 그 청구를 취소할 수 있다. 다만 동순위의 상속인이 수인인 경우에는 보상을 청구한 자는 다른 전원의 동의 없이 청구를 취소할 수 없다(동법 제12조 제1항). 보상청구를 취소한 경우에는 보상청구권자는 다시 보상을 청구할 수 없다(동조 제2항).

V. 형사보상청구에 대한 재판

1. 보상청구사건에 대한 심리

무죄의 재판을 받은 자가 청구한 형사보상에 대해서는 법원 합의부에서 재판한다(동법 제14조 제1항). 보상의 청구에 대하여는 법원은 검사와 청구인의 의견을 들은 후 결정하여야 한다. 결정 후 법원은 결정의 정본을 검사와 청구인에게 송달하여야 한다(동법 제14조 제2항, 제3항). 보상청구의 원인된 사실인 구금일수 또는 형집행의 내용에 관하여는 법원은 직권으로 이를 조사하여야 한다(동법 제15조). 직권조사의무를 법원에 부과한 것은 청구인의 자유로운 청구를 보장하기 위한 것이다.

2. 보상청구 중단 · 승계

- 1) 중 단 : 보상을 청구한 자가 청구절차 중 사망하거나 또는 상속인의 신분

을 상실한 경우에 다른 청구인이 없을 때에는 청구의 절차는 중단된다(동법 제19조 제1항). 이때 보상을 청구한 자의 상속인 또는 보상을 청구한 자와 동순위의 상속인은 2월 이내에 청구의 절차를 승계할 수 있다(동조 제2항).

2) 승 계 : 법원은 보상절차를 승계할 수 있는 자로서 법원에 알려진 자에 대하여는 지체 없이 2월의 기간 내에 청구의 절차를 승계할 것을 통지하여야 한다(동조 제3항). 법원은 2월의 기간 내에 절차를 승계하는 신청이 없을 때에는 법원은 각하의 결정을 하여야 한다(동조 제4항).

3. 법원의 결정

법원은 검사와 청구인의 의견을 들은 후 청구각하, 청구기각 또는 보상결정을 내려야 한다

(1) 청구각하결정 : 보상청구의 절차가 법령상의 방식에 위반하여 보정할 수 없을 때, 청구인이 법원의 보정명령에 응하지 아니할 때 또는 청구기간 경과 후에 보상을 청구하였을 때에는 이를 각하하는 결정을 하여야 한다(동법 제16조). 청구절차가 중단된 후 2개월의 기간 내에 절차를 승계하는 신청이 없을 때에도 법원은 각하의 결정을 하여야 한다(동법 제19조 제4항).

(2) 보상결정·청구기각결정⁵²⁾ : 법원은 보상의 청구가 이유 있을 때에는 보상의 결정을 하여야 하고,⁵³⁾ 보상의 청구가 이유 없을 때에는 청구기각의 결정을 하여야 한다(동법 제17조). 보상의 청구를 할 수 있는 동순위의 상속인이 수인인 경우에 그 1인에 대한 제16조의 결정은 동순위자 전원에 대하여 한 것으로 본다(동법 제18조). 한편 법원은 보상의 결정이 확정되었을 때에는 2주일 내에 보상 결정의 요지를 관보에 게재하여 공시하여야 한다. 이 경우 보상의 결정을 받은 자의 신청이 있을 때에는 그 결정의 요지를 신청인이 선택하는 2종 이상의 일간신문에 각 1회 공시하여야 하며 그 공시는 신청일로부터 30일

52) 현행 형사보상금 결정 및 지급 절차를 살펴보면, 형사보상청구를 통해 형사보상결정을 받은 이후 피고인이 보상금 지급청구를 해야 한다. 형사보상 결정은 법원에서, 보상금지급은 검찰에서 이루어진다. 1단계 절차인 형사보상결정이 법원에 의해 판결 난 이후에 2단계의 보상금 지급은 검찰청에 청구 추가절차를 통해 진행되는 데 이러한 절차에 대한 정확한 안내가 부족하다; 박미량, “무죄와 무고를 구분하는 이원적 형사보상제도 운영의 필요성”, 韓國公安行政學會報 - 第63號, 2016, 87면.

53) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제14조 ③ 보상청구를 받은 법원은 6개월 이내에 보상결정을 하여야 한다. <신설 2018.3.20.> ④ 제2항에 따른 결정의 정본(정본)은 검사와 청구인에게 송달하여야 한다. <개정 2018.3.20>

이내에 하여야 한다(동법 제25조 제1항). 보상청구자가 동일한 원인으로 다른 법률에 의하여 충분한 손해배상을 받았다는 이유로써 보상의 청구를 기각하는 결정이 확정되었을 때에도 마찬가지이다(동조 제2항).

4. 불복신청⁵⁴⁾

보상의 결정에 대해서는 불복을 신청할 수 없다. 그러나 보상의 청구를 기각한 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다(동법 제20조).⁵⁵⁾ 그러나 판례는 보상의 결정에 재판에 영향을 미친 헌법 법률의 위반이 있음을 이유로 하는 때에는 형사보상법 제20조의 규정에도 불구하고 즉시항고를 할 수 있고 항고법원의 결정에 대하여서 형사소송법 제415조의 규정에 의하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다고 판시하고 있다.⁵⁶⁾

5. 피의자보상의 결정

피의자보상에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 지방검찰청에 피의자보상심의회(이하 “심의회”라 한다)를 두며, 심의회는 법무부장관의 지휘·감독을 받는다(동법 제27조 제3항, 제4항). 피의자보상의 청구에 대한 심의회의 결정에 대하여는 법무부장관의 재결을 거쳐 행정소송을 제기할 수 있다(동법 제27조 제4항).

VI. 보상금지급 청구 및 보상금액의 결정

1. 청구권의 행사

형사보상청구권은 형사보상법에 따라 그 구체적 내용을 형성하는 공법상의

54) 제20조(불복신청) ① 제17조제1항에 따른 보상결정에 대하여는 1주일 이내에 즉시항고를 할 수 있다. ② 제17조제2항에 따른 청구기각 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

55) 한편 보상청구에 대한 각하결정에 대하여도 명문의 규정은 없으나 즉시항고를 할 수 있다는 견해는 배종대/이상돈/정승환, 형사소송법, 103/18; 신양균, 형사소송법, 1193면; 이은모, 형사소송법, 913면.

56) 대법원 1965. 5. 18. 선고 65다532 판결.

권리로서 그 보상의 범위도 같은 법에 규정된 내용에 따라 결정된다. 청구인이 형사보상청구권을 행사함으로써 보상결정이 확정되면, 비로소 국가에 대해 확정된 형사보상금의 지급을 청구할 수 있는 권리, 즉 형사보상금지급청구권이 발생한다(동법 제21조, 제23조 참조).⁵⁷⁾⁵⁸⁾ 보상의 지급을 청구하고자 하는 자는 보상을 결정한 법원에 대응한 검찰청에 보상지급청구서를 제출하여야 한다. 청구서에는 법원의 보상결정서를 첨부하여야 한다. 보상결정이 송달된 후 1년 이내에 보상지급의 청구를 하지 아니할 때에는 권리를 상실한다. 보상의 지급을 받을 수 있는 자가 수인인 경우에는 그중 1인이 한 보상지급의 청구는 보상의 결정을 받은 전원을 위하여 그 전부에 대하여 한 것으로 본다(동법 제21조). 무죄의 재판을 받은 자의 보상에 관한 규정은 피의자보상에 대하여도 적용된다(동법 제29조 제1항). 또한 보상의 지급을 받을 수 있는 자가 수인인 경우에는 그 중 1인에 대한 보상의 지급은 그 전원에 대하여 효력을 발생한다(동법 제22조).

2. 보상금액의 결정

형사보상 금액은 구금의 종류 및 기간의 장단 등 관련되는 모든 사정을 고려하여 산정하되, 구금 1일당 보상금 지급한도를 보상청구의 원인이 발생한 해의 최저임금법에 따른 일급 최저임금액을 하한으로 하여 그 금액의 5배까지로 한다고 되어 있어(동법 제5조 제1항, 제2항, 그 시행령 제2조), 구체적인 형사보상금의 액수는 법원의 형사보상결정을 기다려 볼 수밖에 없다. 또한 동법 제6조 제3항은 “다른 법률에 따라 손해배상을 받을 자가 같은 원인에 대하여 이

57) 형사보상금지급청구권은 확정된 보상결정의 내용에 따라 청구인이 국가에 대해 확정된 금액을 지급해 달라고 요구할 수 있는 권리이다. 또한 이미 보상결정이 확정되었으므로 보상금의 범위가 추후 변동될 가능성도 없다. 따라서 형사보상금지급청구권은 그 성질상 국가에 대한 일반 금전채권과 다르지 않다. 국가가 확정된 형사보상금의 지급을 지체하는 경우 지연손해금을 가산하여 지급하여야 하는지에 관해서는 명문의 규정이 없다. 그러나 형사보상금지급청구권은 국가에 대한 일반 금전채권과 유사하므로, 민법의 이행지체 규정, 그중에서도 민법 제397조의 금전채무불이행에 대한 특칙이 그대로 적용된다고 보아야 한다. 또한 형사보상금지급청구권은 형사보상법이나 보상결정에서 그 이행의 기한을 정하지 않고 있으므로, 국가는 미지급 형사보상금에 대하여 지급 청구일 다음 날부터 민사법정이율로 계산한 지연손해금을 가산하여 지급하여야 한다고 봄이 타당하다 : 대법원 2017. 5. 30. 선고 2015다245466 판결.

58) 보상결정이 내려지면 형사보상청구권은 구체적인 금전지급청구권으로 변경되므로 이때부터 국가는 피고인에 대한 구체적인 금전지급의무를 부담하게 된다; 윤지영, “형사보상제도의 실효성 제고 방안 연구”, 80면.

법에 따른 보상을 받았을 때에는 그 보상금의 액수를 빼고 손해배상의 액수를 정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 채권자가 재심무죄판결 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하지는 아니하였더라도 그 기간 내에 형사보상법에 따른 형사보상청구를 한 경우에는 소멸시효의 항변을 저지할 수 있는 권리행사의 ‘상당한 기간’은 이를 연장할 특수한 사정이 있다고 할 것이고, 그때는 형사보상결정 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하면 상당한 기간 내에 권리를 행사한 것으로 볼 수 있다. 다만 이 경우에도 그 기간은 권리행사의 사실상의 장애사유가 객관적으로 소멸된 재심무죄판결 확정일로부터 3년을 넘을 수는 없다고 보아야 한다.⁵⁹⁾

VII. 결 론

국가기관이 행하는 실체적 진실발견에는 일정한 한계와 불가피한 오류가 있을 수 밖에 없다. 따라서 사후적으로 그러한 오류를 시정해줄 수 있는 제도가 필요한데 이것이 바로 형사보상의 본질이라고 할 수 있다. 형사보상제도는 헌법 정신을 바탕으로 ‘형사보상 및 명예회복에 관한 법률’로 구체화되고 있다. 국가가 무고한 옥살이를 한 시민에게 하는 형사보상은 당연한 국가적 의무이며, 시민의 소중한 권리라고 할 수 있다. 보상 청구에 대한 제약적 요소들은 완화되어야 한다. 형사보상청구권의 불행사를 권리위에 잠자는 자와 동일시해서는 곤란하다고 생각한다. 2010년부터 양벌규정 위헌결정과 과거사 사건의 재심청구에 대한 무죄판결 및 형사보상청구가 급증하면서 비롯되었는데, 2011년부터 2015년까지의 통계를 보면 재심사건에 대한 피고인 보상이 전체 보상금 지급에서 차지하는 비율이 건수로는 96.4%에서 99.1%사이로 이르고 지급금액 기준으로 볼 때는 83.1%에서 90.4%사이를 유지하고 있다.⁶⁰⁾ 현재 우리나라의 경우 급증하는 재심신청과 더불어 형사보상의 청구도 비례하여 증가하고 있는 실증이다. 이러한 상황에서 형사보상은 여전히 국민에게 편리한 제도로 자리 잡지 못하고 있다. 현행 시스템으로는 밀려드는 형사보상 청구에 효율적으로 대응할 수 없다는 비판이 제기되고 있다. 흔히 표현하는 ‘억울한 옥살이’에 대한 국가적 차원의 보상제도는 보상의 절차와 내용이 일반국민이 이해하기 쉽

59) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다201844 판결

60) 윤지영 등, 형사보상제도의 운영현황과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2016, 제122면.

게 구성되어 있어야 한다. 2011년에 형사보상법이 전면 개정되면서 보상청구의 기간은 ‘무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내’로 변경되었다. 그러나 청구기간이 연장되었음에도 불구하고 여전히 권리의 존재자체도 모르는 사람들이 있는바, 형사보상청구권이 제대로 실현되기 위해서는 권리행사와 관련된 정보가 충실히 제공되어야 한다.⁶¹⁾ 무죄판결을 선고하는 경우에는 형사보상의 청구가 자동적으로 연계될 수 있는 시스템이 마련되어야 한다. 또한 형사소송법 제194조의5는 ‘비용보상청구, 비용보상절차, 비용보상과 다른 법률에 따른 손해배상과의 관계, 보상을 받을 권리의 양도·압류 또는 피고인이었던 자의 상속인에 대한 비용보상에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 「형사보상법」에 따른 보상의 예에 따른다’고 규정하고 있기 때문에, 형사소송법과 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 상호간의 적용가능성이 열려있다고 본다. 따라서 무죄판결을 받은 피고인의 경우에는 형사보상과 형사소송비용이 함께 청구되고 집행될 수 있도록 입법화하는 것이 바람직하다.⁶²⁾

이를 위해 다음과 같은 입법론을 제시한다.⁶³⁾

현행	개정안
형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제8조(보상청구의 기간) ①보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.	①보상청구는 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다. ② 무죄판결이 확정된 경우에 법원은 제2조 제1항과 2항에 해당하는지를 검토하여 이를 피고인에게 알려주어야 한다.
형사소송법 제194조의3(비용보상의 절차 등) ① 제194조의2제1항에 따른 비용의 보상은 피고인이었던 자의 청구에 따라 무죄판결을 선고한 법원의 합의부에서 결정으로 한다.	① 제194조의2제1항에 따른 비용의 보상은 피고인이었던 자의 청구에 따라 무죄판결을 선고한 법원의 합의부에서 결정으로 한다. ② 제1항에 따른 청구는 무죄판결이 확정된 사

61) 윤지영, “형사보상제도의 실효성 제고 방안 연구”, 94면.

62) 불기소결정이나 무죄판결을 선고받은 당사자에게 형사보상청구권의 존재와 그 내용을 고지하도록 규정하고 있는 프랑스 형사소송법을 참조하여 우리나라도 국가가 의무적으로 불기소처분이나 무죄판결을 받은 자에게 형사보상에 관한 권리를 고지하도록 하고, 나아가 무죄판결이 확정된 피고인에게는 비용보상에 관한 권리까지 고지하도록 하는 내용의 규정을 신설해야 한다는 견해는 윤지영, 전제논문, 98면.

63) 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제15조에서는 ‘보상청구의 원인된 사실인 구금일수 또는 형집행의 내용에 관하여는 법원은 직권으로 이를 조사하여야 한다’라고 하여 법원의 직권조사의무를 규정하고 있다. 따라서 보상청구의 해당여부에 대한 법원의 직권조사와 통지의무의 시기를 보상청구사건의 심리 이전의 무죄판결의 확정시로 앞당기는 것은 절차상 중복되지 않는다고 본다.

<p>② 제1항에 따른 청구는 무죄판결이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄판결이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.</p> <p>③ 제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.</p>	<p>실을 안 날부터 3년, 무죄판결이 확정된 때부터 5년 이내에 하여야 한다.</p> <p>③ 무죄판결이 확정된 경우에 법원은 형사보상 및 명예회복에 관한 법률 제2조 제1항과 2항에 해당하는지를 검토하여 이를 피고인에게 알려주어야 한다.</p> <p>④ 제1항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.</p>
--	---

또한 변호인을 선임하는 경우에도 형사사건의 위임과 동시에 형사소송비용 그리고 형사보상을 일괄하여 선임한다면 피고인의 입장에서조차 형사소송절차에 대한 부담을 경감시킬 수 있을 것으로 생각한다.

[참고문헌]

- 김현철, “국가를 상대로 한 형사보상, 국가배상, 범죄피해자구조제도의 비교연구”, 형사법의 신동향 제59호, 2018.
- 김정환, “형사보상의 역사와 본질”, 『서울법학』, 제18권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2010.
- , “형사보상에 있어서 보상대상의 확대 - 압수에 대한 형사보상의 도입 -”, 형사법연구 제27권 1호, 2015.
- 김정환/박성현, “형사보상에서 국가배상법의 구상권 규정의 준용 필요성”, 형사정책 제31권 제3호, 2019.
- 김정환/서치원, “형사보상에 있어서 구상권 도입의 필요성”. 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제21권 제3호, 2019.
- 박미량, “무죄와 무고를 구분하는 이원적 형사보상제도 운영의 필요성”, 韓國公安行政學會報 - 第63號, 2016.
- 윤지영, “형사보상제도의 실효성 제고 방안 연구”, 형사법의 신동향 통권 제55호, 2017.
- 한상훈, “영미법상 형사보상제도에 대한 검토”, 법학연구(연세대학교 법학연구원) Yonsei Law Review 제22권 제4호, 2012.
- 정영훈, 실무중심 형사변호, 진원사, 2019.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사(2009).
- 신동운, 신형사소송법, 법문사(2008).
- 신양균, 형사소송법, 화산미디어(2009).
- 이은모, 형사소송법, 박영사(2011).
- 이재상, 신형사소송법, 박영사(2008).
- 이창현, 형사소송법, 정독, (2020).
- 임동규, 형사소송법, 법문사(2009).
- 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사(1996).
- 진계호, 형사소송법, 형실출판사(2004).
- 차용석/최용성, 형사소송법, 21세기사(2008).

[Abstract]

A Study on the Criminal Compensation System

Kwon, Oh Geol*

Based on the spirit of the Constitution, the criminal compensation system is embodied in the Act of Criminal Compensation and Honor Recovery. The right to claim for criminal compensation has been recognized as a constitutional right. Besides, There are certain limitations and inevitable errors in the substantive truth-being of state institutions. Therefore, it is necessary to have a system that can correct such errors posthumously, which is the essence of criminal security. Therefore, the criminal award that the state makes to an innocent, overt citizen is a natural national duty and a valuable right of the citizen. The constraints on compensation claims should be mitigated. I think it is difficult to equate the misfortune of the right to criminal security with the sleeping one on the right. In other words, in the case of the current country, with the rapidly increasing retrial application, the claim for criminal compensation is also increasing in proportion. Under these circumstances, criminal compensation is still not a convenient system for the public. Still, criticism has been raised that the current system cannot efficiently respond to pushed criminal compensation claims. The national compensation system for the "False charge ", which is commonly expressed, should consist of the procedures and contents of compensation that are easy for ordinary people to understand. In order for the right to a criminal request to be properly realized, information relating to the right to do so must be faithfully provided. In the case of a not guilty verdict, a system should be in place for criminal compensation claims to be automatically linked.

Keywords : Criminal Compensation System, The Act of Criminal Compensation and Honor Recovery, Constitutional Law, False charge, Retrial

* Professor, Kyungpook National University School of Law