「法과 政策」 第20輯 第1號, 2014. 3. 30.
濟州大學校 法과政策硏究所

회복적 사법의 형사조정에 관한 고찰

A Study on the Criminal Mediation of Restorative Justice

박 광 현*
Park, Kwang-Hyun

목 차

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 회복적 사법의 형사조정제도의 개관
Ⅲ. 형사조정제도의 문제점
Ⅳ. 현행 형사조정제도의 개선방안
Ⅴ. 결 론

국문초록

전통적 형사사법에서 국가형벌권의 목적은 형사절차를 통해 구현되는데 실체적 진실을 발견하여 죄 있는 자를 벌하고 죄 없는 자를 벌하지 않는 실현과정이다. 그런데 위험사회의 도래로 다양한 위험원으로부터 법익을 보호하기 위해 형사특별법이 비대화되었고 이로 인해 형사사법의 비용증가와 공판중심주의로 인한 사법기관의 제한된 인적·물적 자원은 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 필요성을 부각시켰다. 이런 이유로 미국, 독일 등 세계 각국이 회복적 사법을 통해 전통적 형사법을 보완하거나 대체하는 것을 내용으로 하는 제도를 도입하고 있는 것이다.

논문접수일 : 2014.02.15
심사완료일 : 2014.03.03
게재확정일 : 2014.03.05
* 법학박사·광주여자대학교 경찰법학과 교수

회복적 사법이란 피해자와 가해자 또는 지역사회 구성원 등 범죄사건 관련자들이 사건 해결과정에 능동적으로 참여하여 피해자와 지역사회의 손실을 복구하고 당사자들의 재통합을 추구하는 일체의 범죄대응 형식을 총칭하는 개념으로서 자율성, 갈등해소, 손해배상 및 회복 등을 핵심요소로 하고 있다. 이는 범죄를 하나의 사회현상으로 파악하여 당사자 및 지역사회를 함께 참여시켜 사회적 관계 속에서 문제를 해결하고자 한다. 물론 이 제도에 관하여 형사소송의 이념인 실체적 진실의 발견과 부합하지 않고 피의자·피고인의 헌법상 기본권을 침해하며 민사사건을 형사절차를 통해 손해배상 등 원상회복으로 합의함으로써 민사사건을 형사화하는 등 법치주의를 역행한다는 이유로 반대하는 견해도 존재한다. 그러나 형벌의 목적이 응보뿐만 아니라 예방에도 있으므로 보충성원칙 및 사회적 통합을 이루기 위해 형사조정의 중요성이 대두된다.

또한 가해자가 사회 복귀적 형벌집행을 가능하도록 하는 특별예방과 일반인의 규범의식을 강화하고 규범의 안정화를 가져오는 일반예방 효과도 동시에 거둘 수 있다. 국가형벌권 행사에서 형식적 획일성에 의해 범죄인에게 형벌을 부과하기 보다는 피해자의 의사를 반영하고 사회통합을 목적으로 대화를 통한 문제해결에 접근함으로써 구체적 타당성을 확보하는 것도 하나의 방법론이 될 수 있다. 그리고 형사조정제도는 전통적 형사사법과의 관계설정에서 부차적으로 보완관계를 유지해야 하며 형법도그마와 법치국가적 형사절차의 틀 내에서 그 존재 의의를 찾아야 한다.

현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도는 조정대상 범위 및 조정의 효력에 관해 명확히 규정되지 않아 수범자들에게 혼란을 야기할 수 있다. 또한 형사조정의 시기에 관하여도 공소제기 전에만 가능하다는 점도 사회적 합의를 통해 개선되어야 한다.

결국 전통적 형사사법이 피해자의 개입을 최소화하는 방향으로 체계화 되었지만 형사조정제도는 피해자에 대한 배상과 화해를 중심으로 전개되는 대화 과정이므로 피해자 보호의 이념을 실현할 수 있을 것이다.

주제어 : 회복적 사법, 형사조정, 효율성, 범죄피해자보호법, 형사조정위원, 손해배상, 형사절차

Ⅰ. 서 론

현대의 위험사회(Risk society)에서 범죄원인은 다양하게 증가하고 있으며 이러한 현상을 대처하기 위해 형사특별법의 양적팽창과 실체형법의 비대화[1]가 가속되고 있다. 이러한 형사법의 비대화는 결국 범죄의 증가로 순환되고 형사사법의 비용증가와 더불어 공판심리기간의 장기화 및 법원의 업무과중의 원인이 되고 있다. 이에 따라 형사절차상의 경제적 효율성을 제고하기에 이르렀는데 그 대안으로 회복적 사법제도가 대두되고 있다. **회복적 사법**(restorative justice)이란 가해자가 범죄 피해자에게 손해를 배상하고 사죄할 기회를 부여함으로써 공동체로 복귀할 길을 열어주고 피해자에게는 피해를 원상회복하고 가해자와 화해할 기회를 주는 사법절차를 말하는데 **'조정'**과 **'화해'**가 대표적이다. 형사법에서 이러한 회복적 사법의 이념을 구현하는 실천원리로 형사조정제도가 최근 새로운 범죄 대응전략으로 부각되고 있다. 특히 소년범죄의 경우 기소이전 단계에서 범죄인에게 유죄판결을 피할 수 있도록 하여 낙인효과를 방지하고 형사사법제도에 융통성을 부여함으로써 범죄를 효과적으로 처리할 수 있도록 하는 다이버전 효과를 거둘 수 있는데 훈방처분 또는 검사의 기소유예처분 등으로 적극 활용될 수 있다.[2] 물론 민사법과 달리 사적자치의 원칙이 적용될 수 없는 범죄와 형벌의 문제에 회복적 사법은 정의의 관점에서 보면 불합리해 보일 수 있다. 그러나 회복적 사법을 통해 피해자와 가해자가 대면해 화해와 보상의 기회를 갖도록 하는 것은 '濫訴 및 民事法의 刑事化' 경향이 증대되고 있는 시점에서 영미법의 플리바게닝과 같이 사법 경제적 측면에서 효율적이다.[3]

---

1) 이상돈, 「형법학」, 법문사, 1999, 542면.

2) 또한 법무부는 '사법협조자 형벌감면·소추면제'를 2010년 12월 형사사법제도 개선방안으로 입법예고하였는데 형법·형사소송법 개정안의 핵심으로 조직마약·테러·부패범죄에서 내부 가담자가 범죄수사에 기여할 경우 검찰이 형량을 낮춰주거나 기소를 면제해주는 것을 골자로 하고 있다.

3) 이 외에도 사법제도의 효율성을 고려한 법률로는 2012년 4월 8일부터 의료분쟁조정법(의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률)이 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 동시에 보건의료인의 안정적인 진료 환경을 조성하기 위해 시행되고 있는데 신

법률용어상 조정은 분쟁관계인들에 대해 제3자의 중개가 필수적이고 중립적인 제3자가 조정안을 제시하여 분쟁을 해결하는 반면 화해는 자주적 해결방식으로서 반드시 중재인의 중개를 요하지 않고 분쟁 당사자가 주도적인 지위를 갖고 서로 양보하여 분쟁을 종결짓는 차이는 있지만 이 둘의 개념은 혼용되어 사용되고 있다.[4] 이 제도는 전통적 형사사법과 비교하여 범죄에 대한 대응방식이 상이하기 때문에 전통적 형사사법과의 관계설정문제, 적법절차 등 헌법상 기본권침해의 문제, 사회적 인식 및 이론적 정당성 문제 등이 선결문제로써 논의되어야 한다. 왜냐하면 전통적 형사사법에서는 국가의 형사사법기관이 주도적 역할을 하고 가해자에게 범죄에 합당한 처벌을 받게 함으로써 범죄에 대응하였지만 회복적 사법에서는 피해자 및 가해자와 사회공동체가 주체로서 참여하여 피해자와 가해자의 대화를 통해 사회적 통합을 강조하기 때문이다.

본 논문은 회복적 사법으로써 범죄피해자보호법에 규정된 형사조정제도에 관한 일반론을 검토하고 이에 대한 문제점과 개선방안을 모색하고자 한다.

II. 회복적 사법의 형사조정제도의 개관

1. 형사조정제도의 필요성

형사조정제도는 사회적 갈등과 분쟁의 합리적 해결 및 지역사회가 분쟁해결에 적극 개입함으로써 사적자치 영역에서의 분쟁해결 능력을 증대하고 전

속·간편한 분쟁해결제도인 조정제도를 도입하고 의료분쟁조사의 전문성 확보를 통해 의료사고의 입증책임을 한국의료분쟁 조정원으로 전환시켰다. 또한 2004년에 제정된 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률은 제16조에서 각급 학교별로 학교폭력대책자치위원회를 두고 학교폭력에 관한 분쟁을 조정할 수 있는 제도를 도입하였다.

4) 최영승, "현행 형사화해제도의 실태 및 문제점", 「피해자학연구」 제15권 제1호, 한국피해자학회, 2007, 71면. **조정**(Mediation)은 화해와 중재에 의해 경계 지어지는 연속체의 중심에 놓여 있는 것으로 분쟁자들 간에 직접적인 협상이 요구되고 **화해**(Reconciliation)는 분쟁의 자주적 해결방식으로 민법상의 화해계약의 일종인데 여기에서 중재자는 단순히 한 분쟁자로부터 다른 분쟁자로의 정보전달을 용이하게 하는 역할을 수행한다. **중재**(Arbitration)는 중립적인 중재자가 사실발견자로서의 적극적인 역할을 하는 절차로 두 당사자의 설명을 들은 후 공정하고 최종적인 법적구속력 있는 결정을 하는 절차이다.

통적 형사법의 응보형주의에서 피해자와 가해자 간의 상호조정을 통한 사회적 합의를 통해 효율적 형사사법시스템을 구현할 수 있다는 장점이 있다. 전통적 형사법과 회복적 사법의 관계에 대해서는 이견도 있지만 기본적으로 양자가 법적이념 및 작동방식이 상이하므로 대립관계보다는 절충의 관계로 보는 것이 타당하다.

또한 이 제도는 현재 남고소 또는 민사사건의 형사화에 대처하려는 정책상 이유에서도 기인한다. 미국과 독일 등 여러 나라에서도 형사절차상 협상제도를 도입하고 있는데 그 목적은 사법업무의 가중완화 또는 형사절차의 효율성을 고려한 것이다. 예를 들면 미국에서의 유죄협상제도(Plea Bargaining)는[5] 형사사건에 있어서 검사와 피의자·피고인 사이의 유죄인정 자백과 형량에 대한 교환으로 성립되는 합의로써 피의자·피고인이 유죄를 인정한 경우 검사가 형량을 감경하여 기소하거나 여러 가지 혐의 가운데 일부만을 기소하는 것으로 사법업무를 간소화하고 있다. 독일의 경우는 당사자주의가 지배하는 영미법계의 형사소송절차와는 달리 실체적 진실을 강조하기 때문에 협상제도는 이러한 이념에 맞지 않다. 그렇지만 증가하는 형사사건에 대한 현실적 고려와 검찰의 업무과중을 완화시키고 신속한 재판을 위해 2009년 형사절차상 협상제도(Absprache in Strafverfahren)를 독일 형사소송법 제257조의 c[6]에 명문화시켰다. 이와 같이 회복적 사법제도는 현실적 이유로 그 필요성이 증가되고 있으므로 이에 대한 원리 및 특징을 검토할 필요가 있다.

---

5) Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson&West, 2006, p. 540. 공소가 제기된 후 공판절차가 정식으로 개시되기 전에 피고인에게 유죄인정 여부를 확인하여 이후 심리의 방향을 결정하는 절차가 기소인부절차(Arraignment)인데 피고인이 공소제기 후 법정에서 유죄답변을 하게 되면 증거조사가 생략된 채 곧바로 양형절차를 거쳐 사건을 종결시키는데 오늘날 미국에서 약 90%가 넘는 형사사건이 기소인부절차에서 유죄답변을 하는 것으로 처리되고 있다고 한다.

6) 2009년 7월 29일에 제정된 독일 형사소송법 제257조 c의 협상제도는 법원이 소송결과와 진행과정에 관한 내용을 소송참여자와 협의할 수 있도록 하고, 협의 대상은 판결과 결정의 내용이 될 수 있는 법률효과 및 그 밖에 소송참여자의 절차행위 등 정차와 관련된 소송행위만으로 제한하고 있으며 보안처분 또는 책임문제는 협의의 대상에서 제외하고 있다. 그러나 여전히 형사소송법 제44조 제2항의 실체적 진실규명의무는 유지하고 있다. 김환수 외 2인, Klaus Volk의 독일 형사소송법, 박영사, 2009, 374면.

2. 형사조정제도의 원리 및 특징

오늘날 새로운 범죄 대응방안으로써 범죄자에 대한 처벌보다는 범죄자와 피해자간의 의사소통적 화해 및 조정으로 보완하려는 형사조정제도의 도입이 국제적으로 확산되고 있다.[7] 최초의 회복적 사법개념은 1977년 미국에서 Barnett[8]가 피해자와 가해자를 조정하기 위한 원칙들을 지칭하면서 사용되었는데 이후 다양한 모습으로 발전하고 있다.[9] 우리나라도 형사조정제도를 도입하였는데 고소의 남용 또는 민사사건의 형사화에 대처하려는 정책목표가 중요한 축으로 고려되었고 피해자가 형사절차에서 화해를 통해 피해에 대한 원상회복을 받을 수 있다면 이중의 소송부담을 덜 수 있는 소송경제도 일부 작용하였다.[10]

형사조정의 핵심원리는 첫째, 범죄로 인한 피해의 회복 둘째, 이해당사자의 자발적이고 능동적인 참여 및 화해의 절차 셋째, 사회공동체의 주도적 역할이다.[11] 이러한 원리로부터 이 제도의 세 가지 특징이 도출되는데 첫째, 회복적 사법에서는 범죄를 단순한 규범위반이 아니라 피해자와 지역사회 그리고 범죄자 자신에게 손해를 야기하는 행위로 인식한다는 점 둘째, 사법절차는 미래 지향적으로 손해를 배상하는데 이익이 되어야 한다는 점 셋째, 범죄통제에 대한 지역사회의 역할강조 및 국가 형사사법권 독점에 대한 다양성을 제시한다는 점이다.[12] 특히 친고죄와 반의사불벌죄의 경우에는 형사조정절차를 우선적으로 적용하여 개인적 갈등범죄를 해결하자는 주장도 제기는데[13] 형사조정은 형법도그마 및 전통적 형사사법체계를 보완하는 역할을 수행하는 것이 타당하다.

---

7) 김성돈, "회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안", 「성균관법학」 제21권 제2호, 성균관대법학연구소, 2009, 261면.

8) Randy. E. Barnett, *Restitution : A new paradigm of criminal justice*, *Ethics*, vol. 87, 1977, p 279.

9) 김성돈, "형사법상 회복적 사법의 가능성과 과제", 한국형사정책연구원, 2004, 229~368면. 외국의 회복적 사법프로그램은 크게 조정모델(Mediation Model)과 협의모델(Conference Model), 서클모델(Circle Model)로 구분할 수 있다.

10) 김용욱, "형사화해제도에 관한 소고", 「비교법연구」 제2호, 배재대 비교법연구소, 2007, 9면.

11) 이호중, "회복적 사법의 이념과 형사제재체계의 재편", 「형사법연구」 제22호, 한국형사법학회, 2004, 501면.

12) 박미숙, "회복적 사법과 피해자 보호", 「피해자학연구」 제8호, 한국피해자학회, 2000, 216면.

13) 김성돈, "형사법상 회복적 사법의 가능성과 과제", 한국형사정책연구원, 2004, 42~69면.

우리나라의 형사조정제도는 사건을 조정에 회부하는 주체를 검사로 한정하고 있어 검찰주도형 형사조정제도를 택하고 있다. 형사조정 절차를 살펴보면 검사의 형사조정 회부를 시작으로 당사자 동의에 의한 형사조정 절차개시와 조정기일 진행이 이루어지고 이후 조정절차가 종료되면 형사조정결정문이 작성되어 담당검사에 대한 사건송부의 과정을 통해 이루어지는데 이러한 형사조정 결과에 대한 법적효과는 명문의 규정은 없지만 실무상 형사조정이 성립된 경우 고소가 취소되거나 합의서가 작성되어 각하가 되고 형사조정이 실패한 경우에는 통상의 정식절차에 따라 수사가 진행된다.

그리고 형사조정의 시기에 관하여 독일과는 달리 범죄피해자보호법 제41조 제1항은 사건 당사자를 '피의자와 범죄피해자'로 규정하여 공판절차 전의 형사조정만을 명시하고 있는데 형사조정이 성립된 경우 검사는 재량에 따라 수사 및 기소 여부를 결정할 수 있도록 재량적 다이버전방식을 채택하고 있다.[14]

그런데 최근 공소제기 이후에도 '형사재판에서의 조정'을 도입하자는 주장이 제기되고 있다. 왜냐하면 형사재판에서 피해자는 별도의 민사소송 없이 피해배상을 받을 수 있고 가해자 역시 양형상 이익을 얻을 수 있어 소송경제 및 회복적 사법을 구현할 수 있기 때문이다. 현재 하급법원에서는 2013년 국내최초로 시범적으로 형사재판 중인 사건에 대해 회복적 사법을 시행하였는데 긍정적 평가를 받아 새로운 재판유형으로 주목받고 있다.[15]

따라서 형사조정제도에 관해 정당성을 확보하기 위해서는 전통적 형사사법과 조화될 수 있는지 여부를 이론적 관점에서 살펴볼 필요가 있다.

3. 법익론 관점에서 형사조정제도

법익론 관점에서 살펴보면 전통적 형사사법체계에서 형사제재는 법익침해를 전제로 이에 상응하는 국가형벌권 행사가 이루어져야 한다는 것을 의미한

14) 김재희, "현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토", 「피해자학연구」 제19권 제1호, 한국피해자학회, 2011, 276면.

15) 부천지원은 2013년 8월부터 회복적 사법 전문기관과 업무협약을 맺고 형사재판 중인 10건의 사건에 회복적 사법프로그램을 시범 실시하였다.

다. 그러나 Hassemer는 형법체계 내에서 법익의 존재와 기능은 사회적 맥락을 이해해야 하므로 위태화하는 행위의 빈도, 당해 객체의 필요의 정도, 위협요인 등을 종합적으로 고려하여 사회적 요인들을 판단해야 한다고 주장하였는데[16] 형사정책적 고려를 통해 이러한 형사조정 제도도 이해될 수 있을 것이다. 물론 이에 대해서는 법익과 무관한 요소인 각종 제도와 구조, 민사적 요소, 윤리적 요소, 합목적성 및 효율성의 강조, 정당성보다 필요성의 강조 등은 형법의 무분별한 비대화를 초래한다는 비판도 제기될 수 있다.[17]

그러나 형법의 대원칙인 보충성 원칙은 형사절차에서도 사회공동체의 자율성을 존중할 것을 요구하는데 자율적 해결이 가능한 영역에 형법의 개입을 제한함으로써 법익개념을 축소시킬 수 있다. 특히 비례성원칙은 목적과 수단의 비례성과 관련해서 경미범죄의 비범죄화에 관한 근거를 제공해 준다.[18] 리스트는 법익개념에 대해 "국가 공동체의 생활조건인 동시에 법적으로 보호되는 이익으로서 모든 법은 인간을 위해 존재하며 형법의 목적도 인간의 생활이익을 보호하는데 있다"고 주장하였다.[19] 따라서 리스트는 형벌목적론에서 행위자를 처벌하기 위해서는 '필요성'과 '적합성'의 요건이 충족되어야 하는 것으로 이해하였는데 형벌이 아닌 대체 제재수단 또는 행위자의 자발적인 속죄행위를 통해 충분히 사회질서의 유지를 통한 법익보호가 가능한 곳에서는 형벌적용의 필요성이 결여되어 형벌을 부과해서는 안되고 형벌이 형사정책적 효과가 없거나 오히려 해로운 경우에는 형벌의 적합성이 결여되어 형법이 개입해서는 안된다고 주장하고 있다. 따라서 형사조정제도는 형벌보다는 완화된 원상회복이라는 수단으로 대체하는 것이므로 형법의 보충성원칙에 충실할 수 있다. 그러므로 법익론 관점에서 형사조정제도는 법익개념을 축소시키는 역할을 수행한다고 할 수 있을 것이다. 법익론 관점에서 형사조정제도가 정당성을 갖는다면 그 법적근거 및 현행법상 형사절차에서 운용되고 있는 회복적 사법

16) Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens.*, Frankfurt/M, 1973, S. 130ff.

17) 윤영철, "형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰", 「형사법연구」 제19권 제3호, 2007, 853면.

18) 김창군, "비범죄화 정책에 관한 이론적 연구", 고려대 박사학위논문, 1987, 38면.

19) Liszt, Der *Zweckgedanke im Strafrecht*, Baden-Baden, 2000, S. 37; Rudolphi, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in: Honig-Festschrift, Bd. 77, 1970, S. 155.

에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

4. 형사조정제도의 법적근거

형사조정의 최초의 법적근거는 이견은 있지만 2006년 범죄피해자보호법 제3조, 제7조에 규정된 "국가의 범죄피해자에 대한 보호, 지원활동 촉진 및 이를 위한 피해자의 손실복구 지원활동"에서 찾을 수 있다. 이후 2010년 범죄피해자보호법을 개정하여 동법 제6장에 포괄적 규정으로 형사조정을 명문화하였다. 그리고 구체적 시행에 관해서는 현재 범죄피해자보호법 시행령과 2009년에 개정된 대검찰청예규인 형사조정 실무운용지침[20]에 따라 운용되고 있다.

〈표 1〉 응보적사법(형사사법)과 회복적 사법의 비교[21]

사법제도 / 내 용	응보적 사법(형사사법) (Retributive Justice)	회복적 사법 (Restorative Justice)
목 적	범죄자 처벌	손해배상을 통한 피해 회복
초 점	범죄와 위하(대립적 관계)	대화와 타협(상생적 관계)
피해자	범죄해결의 주변에 위치	범죄 해결과정의 중심에 위치
범죄자	범죄자 개인책임(고통 부과)	개인과 사회의 책임(대화)
정치형태	권위주의	민주주의
최종목표	절대적 정의	공동체 평화의 재건

민·형사의 엄격한 구분을 기초로 한 전통적 형사사법은 형벌의 공적 성격을 강조하면서 피해자의 개인적인 이익이 개입하는 것은 비효율적이고 불공정하므로 피해자의 개입을 최소화하는 방향으로 체계화되었지만 회복적 사법은 피해자에 대한 배상과 화해를 중심으로 전개되는 대화과정이기 때문에 피

20) 개정 대검예규 제548호, 2010. 8. 15.

21) Zehr, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PN: Herald Press, 1990, p. 211: M. Wernham, *An Outside Chance: Street Children and Juvenile Justice – An International Perspective* , London, Consortium for Street Children, 2004, p. 125.

해자 보호의 이념을 실현할 수 있는 프로그램이다.[22]

형사정책적 측면에서 조망해 보면 회복적 사법의 가치와 이념은 전통적 형사사법과 비교했을 때 매우 광범위하며 전통적 형사사법이 범죄자의 처벌과 사회복귀 및 이를 통한 범죄예방에 중점을 둔 반면 회복적 사법은 범죄자의 사회복귀 뿐만 아니라 피해회복과 사회공동체의 평화라는 가치까지 포괄하고 있다.[23]

현행법상 형사제도에서 운용되고 있는 회복적 사법제도는 네 가지가 있는데 소송촉진 등에 관한 특례법, 소년법, 범죄피해자보호법에 규정되어 있다.

첫째, 소송촉진 등에 관한 특례법 제25조에 규정된 배상명령제도[24]는 형사소송절차에서 유죄판결을 선고할 때 피고인에 대해 그 범죄행위로 인한 피해자의 직접적인 재산상의 손해를 배상하라고 명령하는 부대소송절차로써 이를 통해 확정된 배상명령은 강제집행절차에서 집행력 있는 민사확정판결과 같은 효력을 갖는다.

둘째, 소송촉진 등에 관한 특례법 제36조의 민사상 다툼(해당 피고사건과 관련된 피해에 관한 다툼을 포함하는 경우로 한정한다)에 관한 형사소송절차에서의 화해는 피고인과 피해자 사이에 민사상 다툼에 합의한 경우 형사소송

22) 이호중, "회복적 사법의 이념과 실무", 「법학논집」 제14권 제2호, 이대 법학연구소, 2009, 5면.

23) 이호중, "한국의 형사사법과 회복적 사법 - 과거, 현재, 미래", 「형사법연구」 제19권 제3호, 2007, 327면.

24) 제25조(배상명령) ① 제1심 또는 제2심의 형사공판 절차에서 다음 각 호의 죄 중 어느 하나에 관하여 유죄판결을 선고할 경우, 법원은 직권에 의하여 또는 피해자나 그 상속인(이하 "피해자"라 한다)의 신청에 의하여 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적(物的) 피해, 치료비 손해 및 위자료의 배상을 명할 수 있다.
1. 「형법」 제257조제1항, 제258조제1항 및 제2항, 제259조제1항, 제262조(존속폭행치사상의 죄는 제외한다), 같은 법 제26장, 제32장(제304조의 죄는 제외한다), 제38장부터 제40장까지 및 제42장에 규정된 죄
2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조부터 제14조까지, 제15조(제3조부터 제9조까지의 미수범은 제외한다), 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제12조 및 제14조에 규정된 죄
3. 제1호의 죄를 가중처벌 하는 죄 및 그 죄의 미수범을 처벌하는 경우 미수의 죄
② 법원은 제1항에 규정된 죄 및 그 외의 죄에 대한 피고사건에서 피고인과 피해자 사이에 합의된 손해배상액에 관하여도 제1항에 따라 배상을 명할 수 있다.
③ 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 배상명령을 하여서는 아니 된다.
1. 피해자의 성명·주소가 분명하지 아니한 경우
2. 피해 금액이 특정되지 아니한 경우
3. 피고인의 배상책임의 유무 또는 그 범위가 명백하지 아니한 경우
4. 배상명령으로 인하여 공판절차가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사소송 절차에서 배상명령을 하는 것이 타당하지 아니하다고 인정되는 경우

절차의 공판조서에 기록을 남겨 민사분쟁을 해결하는 제도이다.

그러나 위의 배상명령제도는 강제적 법원의 명령이고 민사상 다툼에 관한 형사소송절차에서의 화해는 실무에서 거의 사용되지 않고 있다.

셋째, 2007년 소년법 개정으로 도입된 '피해자 진술권' 및 '화해권고제도'는 소년보호사건의 재판절차에서 회복적 사법을 위한 근거규정으로 작용하고 있다.[25]

넷째, 범죄피해자보호법에서 규정하고 있는 '형사조정'은 형사조정의 구체적인 절차와 조정효력 등에 관한 내용을 규정하고 있는데 검사가 분쟁해결을 위해 필요하다고 인정하면 당사자의 신청을 받거나 직권으로 형사조정에 회부하여 범죄피해자와 가해자가 중립적인 제3자의 조정 하에 범죄로 인한 피해나 장래 행동 계획 등에 관한 해결책을 모색하는 제도이다.[26] 실무상 주로 사기, 횡령, 배임 등 재산 범죄 고소사건과 개인간 모욕, 명예훼손 등 민사분쟁의 성격이 강한 형사사건을 형사조정위원회에 회부하고 있지만[27] 법적효과에 대한 규정이 없고 조정이 안 된 경우에는 정식재판에 회부된다.

물론 위의 현행법상 운용되고 있는 회복적 사법제도가 전통적 형사법이념에 대한 보완원리로서 그 중요성은 전 세계적으로 증대되고 있지만 피의자 및 피고인의 권리를 해치지 않는 범위에서 조화롭게 이해할 필요가 있다.

그렇다면 형사정책적 필요성과 소송경제적 고려에 의해 도입된 현행 형사조정제도가 전통적 형사사법체계와의 관계에서 어떠한 문제점을 내포하는지 검토할 필요가 있다.

---

25) 소년법 제25조의3(화해권고) ① 소년부 판사는 소년의 품행을 교정하고 피해자를 보호하기 위하여 필요하다고 인정하면 소년에게 피해 변상 등 피해자와의 화해를 권고할 수 있다.② 소년부 판사는 제1항의 화해를 위하여 필요하다고 인정하면 기일을 지정하여 소년, 보호자 또는 참고인을 소환할 수 있다.③ 소년부 판사는 소년이 제1항의 권고에 따라 피해자와 화해하였을 경우에는 보호처분을 결정할 때 이를 고려할 수 있다.

26) 형사조정은 2005년 대전지검이 범죄피해자지원센터를 중심으로 '화해중재'란 이름으로 처음 시작해 2007년 8월부터 전국 검찰청에 설립된 범죄피해자지원센터 소속 형사조정위원회에서 시행하고 있는데, 기소 전에 피해자(고소인)와 피의자(피고소인)가 화해에 합의하면 피해자가 고소를 취하하고 검찰은 각하 처분을 내린다.

27) 최영승, 앞의 논문, 78면.

Ⅲ. 형사조정제도의 문제점

1. 헌법상 형사피의자와 형사피고인의 권리

형사조정제도와 관련하여 헌법상 보장된 기본권 침해가 문제될 수 있다. 헌법은 형사피의자와 형사피고인의 인권보장을 위해 법원칙과 형사절차상의 권리들을 규정하고 있는데 형사조정제도와 관련되어 문제되는 기본권으로는 무죄추정의 원칙과 양심의 자유, 재판받을 권리 등이 있다.

첫째, 무죄추정의 원칙과 관련하여 현행 헌법 제27조 제4항은 "형사 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다"고 규정되어 있는데 이 원칙은 형사절차와 관련하여 피고인뿐만 아니라 아직 공소의 제기가 없는 피의자도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급해야 하고 불이익을 입혀서는 안되며 설령 그 불이익을 입힌다 하더라도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 함을 말한다.[28] 이 원칙은 신체의 자유를 보장하기 위한 규정이며 헌법상 기본권이다. 따라서 형사소송절차도 불구속수사가 원칙이고 범죄사실에 대한 입증책임은 공소제기 및 유지의 책임이 있는 검사가 적극적으로 입증의무를 부담하며 피고인은 자신의 무죄를 적극적으로 입증할 필요가 없는 것으로 헌법상 원리인 동시에 법치국가의 일반원칙이다. 그러므로 수사기관 또는 법원이 피의자·피고인과 형사절차에 관하여 협상한다는 것은 유죄를 전제로 하므로 재판이 확정되기 전까지 무죄로 추정되어야 한다는 헌법상 원리에 반할 수 있다. 그리고 수사과정에서 형사절차의 중단을 약속받으면서 형사조정에의 참여를 요구받게 되는 가해자 입장에서는 조정을 거부할 경우 사실상 불이익을 우려하여 조정결과를 수인할 가능성도 농후하다. 그러나 형사조정은 사법기관이 피의자에게 자신의 죄를 인정하면 형사절차가 간이화되고 형량에 참작된다는 내용을 고지하며 피의자는 자의성과 임의성이 보장된 상태에서 형

28) 헌법재판소 1990. 11. 19. 90헌가48결정.

사절차를 선택하게 된다. 그리고 형사조정제도는 당사자의 합의를 전제로 하고 조정이 실패한 경우에는 정식공판절차를 거쳐 실체적 진실이 규명되므로 반드시 무죄추정의 원칙에 반한다고는 할 수 없다. 따라서 형사화해절차를 개시함에 있어서는 검사 또는 당사자의 자발적 동의에 의해야 하고 화해에 이르는 과정도 당사자의 자발성이라는 기본원칙에 충실해야 하므로 이에 대한 문제는 없어 보인다.

둘째, 양심의 자유와 관련하여 헌법 제19조는 "모든 국민은 양심의 자유를 가진다"라고 규정하고 있는데 사람은 자기 양심에 따라 행동함으로써 인격적인 자기표현을 할 수 있기 때문에 인간존엄의 기초라 할 수 있다. 헌법재판소는 헌법상 보호되는 양심의 개념에 대해 "어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적인 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 진지한 마음의 소리이지 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니다"[29]고 공감각적 표현을 통해 정의하였는데 형사조정 과정에서 합의하기 위해 또는 제재의 강제성과 같은 불이익을 염려한 나머지 양심과 배치되는 자백을 할 우려가 있다. 그러나 이에 대해서도 형사조정은 중립적인 제3자의 참여와 당사자의 자발적 동의 및 책임인정을 본질요소로 하는 점에서 양심의 자유에 대한 침해는 문제될 것이 없어 보인다.[30]

셋째, 헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다"고 규정함으로써 재판청구권을 보장하고 있다. 여기의 재판에는 민사재판, 형사재판, 행정재판을 의미하는데[31] 구체적 사건에 관하여 사실의 확정과 그에 대한 법률의 해석적용을 그 본질적인 내용으로 한다. 그런데 형사조정제도는 검사가 기소 전에 피의자에게 형사조정에 회부하거나 피해자에게 원상회복을 명하는 것 자체가 검사에

29) 헌법재판소 1997. 3. 27. 96헌가11결정; 2001. 8. 30. 99헌바92결정; 2002. 4. 25. 98헌마425 결정; 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1결정.

30) 이보영, "형사조정제도의 법이론적 문제점 및 효과성 검토", 「경희법학」 제48권 제2호, 경희대 법학연구소, 2013, 252면.

31) 헌법재판소 1997. 10. 30. 97헌바 37 결정. 여기에서 대법원의 재판을 받을 권리 및 헌법재판을 받을 권리도 포함되는지에 대해 헌법재판소는 "모든 사건에 대해 대법원의 재판을 받을 권리가 보장되는 것은 아니다"라고 판시하고 있고 명문의 규정이 없으므로 부정설이 타당해 보인다.

게 사법권 행사를 인정하는 결과가 되므로[32] 권력분립원칙에 반할 수도 있다. 즉, 검사의 형사조정 회부로 인하여 피의자가 자백과 형량협상을 통해 감경된 처분을 받은 경우 행정부 소속인 '檢察의 司法化'를 초래할 수 있으므로 법관에 의한 공정한 재판받을 권리가 침해된다는 견해도 일면 설득력이 있다. 특히 검사의 직권에 의한 형사조정 회부가 가능하고 원칙적으로 형사조정절차는 가해자가 자발적으로 자기의 책임을 인정하는 행위를 요하는데, 이는 자신의 책임 인정을 강요받게 된다는 점에서 헌법 제12조 제2항의 진술거부권 또는 묵비권 규정을 모든 절차에서 침해할 수 있다. 그러나 형사조정이 실패한 경우 피의자의 정식재판청구권이 인정되므로 법관에 의한 재판받을 권리를 침해하는 것은 아니다. 협상이 불성립되거나 피의자에 의해 철회되면 이후 정식재판절차가 진행되어 재판을 받을 권리를 행사할 수 있기 때문이다. 이러한 위헌소지를 미연에 방지하고 권력분립원칙 위반가능성 우려를 희석시키기 위해서 현행법상 형사조정제도에 관할법원의 동의를 명문화할 필요도 있다.[33]

2. 책임원칙에 관한 문제

책임원칙은 책임 없으면 범죄는 성립하지 않고 형량도 책임의 대소에 따라 결정하여야 한다는 원칙을 말한다. 책임주의는 결과책임사상을 극복하고 책임의 범위 내에서 형벌을 한정함으로써 국가의 형벌권으로부터 개인의 자유를 보장하는 기능을 수행한다. 이와 같은 책임주의는 법치주의와 인간의 존엄과 가치의 보장으로부터 당연히 도출되는 헌법상의 원칙이다. 그러므로 합의를 통한 형사조정이 이루어진 경우에는 책임의 상쇄에 대한 형법이론상 논리가 필요한데 이에 대한 요소는 '피해 회복이라는 결과' 및 '자율적 대화 과정'이 될 수 있을 것이다.

Roxin은 책임개념을 예방적 형벌 목적에 따라 재구성하려는 전제에서 출발하면서 전통적인 양형책임원칙을 고수하고 있다. 그러나 형사조정은 형법의

32) 이진국, 오영근, "형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안", 한국형사정책연구원, 2006, 220면.
33) 이호중, "한국의 형사사법과 회복적 사법 - 과거, 현재, 미래", 「형사법연구」 제19권 제3호, 2007, 321면.

독자적인 목적의 하나로 인정되어야 하는데 그 이유는 조정을 통해 형벌이 책임의 양에 따라 정해지지만 그 형벌의 양을 다시 다른 형벌의 목적 달성 정도에 따라 감면할 수 있기 때문이다.[34]

또한 형사조정에서 가해자가 자신의 범행을 시인하지 않았음에도 불구하고 형사조정에 회부될 경우 당사자 간의 분쟁이 심화되거나 가해자에게 유죄를 시인하라고 강요하는 결과가 초래될 수 있는데 이는 수사기관이 업무부담을 완화시킬 목적으로 가해자에게 유죄답변협상의 수단으로 활용될 가능성도 배제할 수 없으므로 대상사건은 피의자가 자백하거나 범죄혐의가 충분한 정도로 수사가 진행된 이후로 범위를 제한하는 것이 타당하다.[35]

3. 형사절차상 문제

형사소송법의 이념은 실체적 진실의 발견과 적법절차를 목적으로 한다. 우선 실체적 진실발견의 전제는 수사나 공판에서 형사소송법에 바탕을 둔 정형화된 적법절차에 따라 구성되는 절차적 진실 또는 재판상의 진실이 되어야 한다.

그러므로 형사조정은 사안의 진실을 발견하여 범죄자에게 책임에 상응하는 형벌을 주어야 함에도 불구하고 범죄자와 협상한다는 것은 실체적 진실발견이라는 형사절차의 이념에 반한다는 주장도 제기될 수 있다. 또한 이 제도는 앞서 살펴본 바와 같이 진술거부권[36], 무죄추정의 원칙 등 형사절차상의 적정절차 원리를 침해한다는 견해도 존재한다.

그러나 형사조정이 적법한 절차를 통해 피의자의 자백을 근거로 사실관계를 확정한 후 감경된 형량으로 신속하게 진행되고 조정 당사자 간의 의사소통적 진실이 충분히 이루어진다면 반드시 실체진실주의에 반한다고는 해석할 수 없을 것이다.[37] 또한 현행 형사법은 친고죄 및 반의사불벌죄를 규정하여

34) 탁희성 외 4인, 「형사화해 조정제도 도입을 위한 기초연구」, 한국형사정책연구원, 2008, 34면.

35) 이영훈, "재판에서의 회복적 사법의 현재와 미래", 「법학논집」 제14권 제2호, 이대 법학연구소, 2009, 83면.

36) 진술거부권은 미연방수정헌법 제5조의 "누구든지 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에게 불리한 증인이 됨을 강요당하지 아니한다"는 自己負罪禁止의 特權에서 유래한다.

37) 독일 형사소송법 제257조c 제2항 "모든 협상의 구성요소는 자백이어야 한다"고 규정하고 있다.

피해자 등의 의사를 형사절차의 진행에 반영하고 있다. 이 제도는 실체적 진실의 발견에 의한 형벌의 부과라는 법적안정성보다는 피해자 등의 의사를 반영시킴으로써 구체적 타당성을 확보하고자 하는 입법취지에 기인하므로 형사조정 제도의 근거규정이 될 수 있다.

그러므로 형사조정은 피해자 등의 동의를 전제로 조정을 통한 신속한 사건처리와 피의자의 형사절차상 불확실한 지위를 조속히 벗어나게 할 수 있고 수사기관의 업무과다와 재판의 지연을 완화시킬 수 있으므로 수사기관의 형사절차상 경제성 및 사건 당사자들의 합의를 근거로 정당성을 확보할 수 있다.

이러한 문제점을 토대로 현행 형사조정제도의 개선방안을 모색하고자 한다.

Ⅳ. 현행 형사조정제도의 개선방안

1. 형사조정의 대상범위의 확정

형사조정의 대상범위[38]는 범죄피해자보호법 시행령 제46조에서 규정하고 있다. 실무에서 형사조정에 회부되는 범죄는 주로 재산범죄에 집중되고 있는데 이는 민사적 형사분쟁의 고소남용문제에 대한 대처방안으로 현실적 필요에 의해서 이루어지고 있지만 최근에는 '민사적 형사분쟁' 뿐만 아니라 '신체피해 및 기타 사건'의 조정회부 비율이 증가하고 있다.[39] 외국의 경우도 회복적 사법은 주로 개인적 법익에 관한 경미한 범죄사건에 적용되어 왔지만 회

38) 범죄피해자보호법 시행령 제46조 및 형사조정 실무운용지침 제3조 (형사조정 대상 사건) 법 제41조제2항에 따라 형사조정에 회부할 수 있는 형사사건은 다음 각 호와 같다.
1. 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄 사건
2. 개인 간의 명예훼손·모욕, 경계 침범, 지식재산권 침해, 임금체불 등 사적 분쟁에 대한 고소사건
3. 제1호 및 제2호에서 규정한 사항 외에 형사조정에 회부하는 것이 분쟁 해결에 적합하다고 판단되는 고소사건
4. 고소사건 외에 일반 형사사건 중 제1호부터 제3호까지에 준하는 사건

39) 정준영, "치유와 책임, 그리고 통합 : 우리가 회복적 사법을 만날 때 까지", 「저스티스」 통권 제134- 3호, 한국법학원, 2013, 539면.

복적 사법의 옹호자들은 이론적인 차원에서 이러한 사유들로 한정할 이유는 없다고 본다.[40] 그런데 대상범위에 관해 동법 시행령 제46조 제1호는 재산범죄, 제2호는 개인 간 사적분쟁에 관해 규정하고 있지만 제3호와 제4호의 경우 애매한 규정으로 말미암아 명확성의 원칙에 어긋날 수 있다. 물론 제3호와 제4호의 규정을 경미한 범죄로 해석할 경우 이에 대한 기준이 마련되어야 하는데 법정형을 토대로 한 해석기준의 입법이 요구된다.

그리고 성매매, 도박, 약물남용 등 피해자 없는 범죄도 대상범위에 포함될지도 문제된다. 이 범죄들은 피해자가 없거나 가해자와 피해자의 구별이 곤란하기 때문이다. 최근 일부 피해자 없는 범죄에 대해 비범죄화론이 제기되기도 하지만[41] 개인적 법익침해가 없더라도 중대한 사회적 유해성이 존재하므로 이 경우에는 공익의 대표자인 검사가 피해자의 당사자로 참여하여 형사조정을 통한 기소유예처분을 하는 것도 하나의 방법론이 될 수 있다.

형사조정의 시적범위에 관해 현행법은 공소제기 전까지 인정하고 있는데 독일의 협상제도처럼 공판전·후를 불문하고 실체적 진실을 크게 벗어나지 않는 범위 내로 개정할 필요가 있다.

또한 형사조정제도는 전통적 형사법을 보완하는 기능을 수행하는 점에서 범죄피해자보호법에 규정하는 대신 독일과 같이 가해자, 피해자 모두에게 중립적이고 형사절차에 관한 일반법인 형사소송법에 규정하거나 독자적인 개별법을 제정하는 것이 타당해 보인다.

2. 형사조정위원회의 집행권원 부여

현행 범죄피해자보호법은 검사가 형사사건을 수사하고 처리할 때 형사조정 결과를 고려할 수 있다는 내용만 있고 조정성립의 효과에 관해서는 명문의

40) 이호중, "한국의 형사사법과 회복적 사법- 과거, 현재, 그리고 미래", 「형사법연구」 제19권 제3호 2007, 316면.

41) 서울북부지법 형사4단독부는 2012년 7월 7일 '자발적 성매매' 혐의로 기소된 여성 피고인이 '성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항'의 위헌법률심판을 신청하였는데 이를 받아들여 헌법재판소에 제정하였고 헌법재판소는 특별히 지정재판부의 사전심사 없이 즉시 전원재판부에 회부하였다.(2013헌가2)

규정이 없다. 따라서 당사자가 합의한 사항에 관해 민사조정과는 달리 이행을 강제할 방법이 없다.[42] 그러므로 이에 대해 합의가 이루어지고 이행한 경우에 대해 피의자에게는 필요적 형감면의 효과를 인정해야 한다는 주장이 제기되고 있지만[43] 피해자에 대해서는 범죄피해자보호법의 개정을 통해 형사조정이 이루어진 경우 재판상 화해와 동일한 효력을 부여하는 것도 하나의 방안이 될 수 있을 것이다. 만약 합의사항을 불이행시 강제이행 방법이 없다면 형사절차의 지연 또는 형사사법기관에 대한 신뢰저하로 이어져 불신을 가져올 수 있기 때문이다.

물론 형사조정은 형사사법에 대한 대안으로 시행되는 것이므로 형사조정위원회의 결정에 법원의 재판과 동일한 효력을 부여하는 것에 대해 비판이 제기될 수 있다. 그러나 가해자가 일부 또는 전부 불이행시 해결방안에 대해 공법과 사법이라는 법적이념이 상이하지만 형사법은 민사법과 법률개념 및 제도에 대해 평가적 요소와 일정한 연결점을 형성하고 있으므로 실효성 확보를 위해서는 고려해 볼만하다.[44] 또한 형사조정이 범죄피해자와 가해자가 중립적인 제3자의 조정 하에 범죄로 인한 피해나 장래 행동계획 등에 관한 해결책을 모색하는 제도이므로 경미사건이나 청소년 범죄 등에서 합의한 경우 이러한 효력을 부여하는 것은 형사정책적 측면에서 가능하리라 본다.

이러한 효과에 대해 명백한 새로운 증거가 발견되었거나 법적·사실적 관계가 간과되었거나 책임의 적정성이 이루어지지 않을 경우에는 법적구속력이 배제되는 것은 당연하다. 독일 형사소송법도 제257조c 제4항에서 협상이 이루어졌더라도 '일정한 경우' 그 구속력을 배제하고 있다.[45]

---

42) 민사조정에서는 합의가 이루어지면 조정조서가 작성된다. 민사조정법 제29조는 '조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다'고 규정하고 있는데 이는 확정판결과 동일한 효력이 있는 집행권원이 되어 이를 토대로 불이행시 강제집행을 할 수 있다.

43) 김성돈, "형사절차상 피해자, 가해자 조정제도의 도입방안", 「피해자학연구」 제9권 제1호, 한국피해자학회, 2001, 183면.

44) 박광현, "형사법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라 본 학제 간 고찰", 「서울법학」 제20권 제1호, 서울시립대 법학연구소, 2012, 259면.

45) 독일은 협상과정에서의 자백에 관하여 형사소송법 제257조의c 제4항 제3문에서 "법원은 동법 제257조의c 제4항 제1문과 제2문에 따른 협상에 대해 구속되지 않으며 이탈시 피고인이 협상의 존속을 신뢰한 상태에서 진술한 자백에 대해 증거평가를 해서는 안된다"고 규정하고 있다.

3. 형사조정을 통한 형벌목적 실현

형사조정은 대개 금전보상을 통해 이루어지기 때문에 잘못하면 '유전무죄 무전유죄'라는 사회적 비판에 직면하게 될 수 있다. 왜냐하면 형사조정은 유죄협상의 일종으로 볼 수 있으며 사법기관이 범죄자와 형벌에 관하여 협상하는 것이므로 국민의 법감정에 반할 수 있기 때문이다. 즉, 민사사건의 형사화가 문제되는데 형사사법기관이 형사조정 등의 방법으로 범죄문제의 해결에만 몰두하게 되면 경미한 범죄를 저지른 자를 중심으로 남고소의 우려가 있다. 또한 형사조정이 활성화되면 종래 민사소송이나 민사조정 신청으로 해결되었을 사건을 범죄 피해자가 형사고소를 통한 형사조정 절차를 이용하여 상대방에 대한 피해배상을 받으려는 가능성도 존재한다.[46] 뿐만 아니라 형사사법체계가 범죄로 처리할 필요가 있는 경우에도 형사조정을 통해 민사상의 손해배상 등의 원상회복으로 종결되면 '法律上의 非犯罪化'가 이루어질 수도 있다는 비판도 제기될 수 있다.[47] 만약 형사조정을 통해 형벌감면의 효과가 부여된다면 형벌을 통해 소극적 일반예방 및 적극적으로 일반인의 국민의식을 강화하고 법규범에 자발적인 복종을 가능케 하는 적극적 일반예방 측면의 약화를 초래할 수 있다. 그러나 형사조정과정에서 가해자와 피해자의 대면을 통해 적대관계를 해소할 수 있고 이러한 절차를 통한 사회적 학습이 가능하므로 재사회화적 특별예방 효과도 기대할 수 있다.[48] 그러므로 피의자가 자신이 행한 범죄의 형벌보다 가벼운 형벌을 받음으로써 형벌의 일반예방효과를 약화시키지 않도록 피해자의 입장이 우선적으로 고려되는 조정이 되어야 한다.

4. 형사조정위원의 중립성 및 역할

형사조정제도의 가장 중요한 전제조건은 이 제도를 담당할 전문가를 선발,

46) 이영훈, "재판에서의 회복적 사법의 현재와 미래", 「법학논집」 제14권 제2호, 이대 법학연구소, 2009, 81면.

47) 윤영철, 앞의 논문, 867면.

48) 윤영철, 앞의 논문, 865면.

양성, 배치하는 것이다. 형사조정위원회 위원은 조정의 성립여부 즉, 사건해결 방안에 대한 당사자의 합의성립 여부에 결정적인 영향을 미치기 때문이다. 그러므로 형사조정위원의 자질 및 역할이 중요한 독립변수로 작용한다.

형사조정 위원의 전문성도 요구되는데 범죄피해자 보호법 제42조 제2항은 "형사조정위원은 형사조정에 필요한 법적 지식 등 전문성과 덕망을 갖춘 사람 중에서 관할 지방검찰청 또는 지청의 장이 미리 위촉한다"고 규정되어 있는데 분쟁에 관한 법적자문을 할 수 있는 법률전문가 및 피해자의 감정을 공감하고 문제를 해결할 수 있는 상담전문가의 확보가 필요하며 회복적 사법에 관한 교육을 이수하도록 하는 자격규정이 명문으로 제정될 필요가 있다. 또한 형사조정과정에서 지득한 정보의 비밀유지의무도 독일조정관의 비밀유지의무와 같이 명문으로 규정하는 것이 바람직하다.

조정이 성공하기 위해서는 다음과 같은 조정위원의 자질이 요구된다.[49]

첫째, 조정의 성립에 가장 중요한 요인은 조정위원의 자세이다. 사건 당사자는 조정위원이 문제를 해결하는데 도움을 줄 것으로 기대하고 일정 부분 의존하게 되는데 조정위원이 소극적이고 수동적인 자세를 보이면 조정위원으로서 신뢰를 상실하기 때문이다.

둘째, 조정위원과 사건 당사자 간의 공감이 중요하다. 조정위원은 중립적인 입장에서 사건 당사자의 입장에서 상담가로서의 역할을 수행해야 한다.

셋째, 중립적인 중개자로서의 자질을 갖추어야 한다. 왜냐하면 조정위원이 유능한 중개자가 되어야 당사자가 조정합의에 이르도록 할 수 있기 때문이다.

그리고 조정위원은 피해자와 가해자 간의 대화를 통한 의사소통을 통해 상호이해를 증진시키고 물질적 합의의 도출보다는 피해자와의 상생적 관계를 유도하는 역할이 강조된다. 현행 범죄피해자보호법은 검찰주도형 형사조정위원회를 규정하고 있는데 법원주도형 형사조정의 도입 등 이에 대한 개선방안도 요구된다.

---

49) Coates, R .B., and Boris Kalaji, *Victim meets offender the impact of restorative justice and mediation*, Willow Tree Press, inc., 1994: McCorkle, S.,&Reese, M.j., *Mediation theory and practice*, Pearson Eduation, Inc., 2005: 이동원, "형사조정프로그램과 조정위원의 역할", 「형사정책연구」 제20권 제1호, 2009, 1024면 재인용.

5. 공소제기 이후 형사조정제도의 도입

범죄피해자보호법에 형사조정을 도입한 입법취지는 크게 회복적 사법과 더불어 형사사법의 효율성 제고이다. 현행법은 공소제기 전이라는 시적범위를 설정하여 형사조정을 시행하고 있다. 그러나 선택과 집중이라는 기준을 마련하고 형사조정의 대상범위를 명문으로 규정하여 공소제기 전·후를 불문하고 형사재판에서의 조정을 도입하는 것이 타당하다. 이를 위한 전제조건으로 피의자·피고인의 방어권 행사를 충분히 보장하는 한편 피해자 등의 실질적 피해보전 및 화해의 기회가 주어져야 한다.

물론 현행 소년법상 화해권고제도가 시행되어 소년부 판사는 소년의 품행 교정과 피해자 보호를 위해 필요하다고 인정되는 경우에 소년에게 피해를 배상하는 등의 권고를 할 수 있는데 이러한 판사의 권고에 따라 소년이 피해자와 화해하였을 때에는 판사는 보호처분을 결정할 때 배상 또는 화해를 조건으로 보호처분을 임의적 감면할 수 있다. 현재 소년보호사건에 한하여 제한적으로 형사재판의 조정을 도입하고 있지만 일반 형사사건에서의 적용도 검토되어야 한다.

그리고 형법 제51조는 양형의 조건으로 첫째, 범인의 연령, 성행, 지능과 환경 둘째, 피해자에 대한 관계 셋째, 범행의 동기, 수단과 결과 넷째, 범행 후의 정황을 판단자료로 규정하고 있다. 여기에서 동법 제51조 4호에 따라 범죄 후 피해자와 가해자 사이에 형사합의에 도달하면 정상이 참작되어 가해자는 형의 선고를 유예받거나 그 집행을 유예받을 수 있고 형사소송법 제247조 제1항도 형법 제51조의 사항을 참작하여 기소를 유예할 수 있도록 규정하고 있다. 이를 더욱 명확히 하기 위해서는 동법에 제5호를 신설하여 '형사조정의 결과' 등을 참작사유로 규정함으로써 피고인의 적극적 참여를 유도할 필요도 있다.

그리고 형선고 이후의 단계에서도 회복적 사법을 활용할 필요가 있다. 즉, 징역형 등 자유형의 집행과정에서 수형자 교정교화프로그램 또는 보호관찰 단계에서도 형사조정제도를 활용할 수 있을 것이다.[50]

50) 한국형사정책연구원 외 2인, "교정단계에서 회복적 사법의 가능성", 한국형사정책연구원, 2006, 62면.

V. 결 론

회복적 사법의 담론은 피해자 보호라는 맥락에서 논의가 시작되었고 사회 공동체의 유대관계를 회복한다는데 가치가 있다. 이 제도가 잘 운영되면 피해자는 형사조정으로 가해자와 화해 및 원상회복 등의 합의를 통해 형사절차가 조기에 종료되고 가해자에게는 양형상 유리하게 작용하므로 '解怨相生'을 통해 사회통합을 이룰 수 있다. 사법기관의 입장에서도 민사소송의 형사화가 증대되고 있는 현실에서 분쟁을 조속히 해결할 수 있고 사법 경제적으로 효율성을 확보할 수 있다.

물론 형사조정제도는 무죄추정의 원칙, 양심의 자유 등 헌법상 기본권을 침해할 여지도 있으므로 전통적 형사사법의 보완 또는 대안의 기능을 해야 하는 것은 당연한 사실이다. 또한 각 참여자들이 타인의 기대에 대한 기대를 갖고서 서로에 대해 반성적 태도를 취하고 이를 통해 예상되는 타인의 결정에 맞추어 자신의 결정을 내리므로 완전하게 갈등은 해결될 수 없지만[51] 효율적 제도임에는 부인할 수 없다.

전통적 형사법은 국가가 형벌권을 독점하고 있다. 그러나 형벌이 범죄인의 교화를 목적으로 한다면 수사기관과 피의자 사이에 자백을 전제로 형사절차에 관하여 합의하는 것도 국가의 형벌의무에 반하지는 않는다. 그리고 전통적 형사사법과 회복적 사법제도는 대립이 아닌 조화롭게 운용되어야 하며 검사의 재량권 확대라는 부작용을 경계하여 관할 법원의 동의를 명문으로 규정함으로써 권립분립원칙에 위배되지 않도록 하는 입법이 요구된다.

회복적 사법은 전통적 형사사법과는 다른 새로운 대응방식이지만 전통적 형사사법을 완전히 대체할 수 없다. 물론 기존의 형사사법의 중심은 피의자, 피고인의 형사절차상 권리보장에 치우친 경향이었지만 이제는 피해자의 권리보호에 중점을 두어 운영될 필요가 있다. 또한 회복적 사법의 절차를 통해 피해자가 가해자와 대화를 통해 사회적 유대를 회복할 수 있고 특히 소년범의

51) 위르겐 하버마스 / 한상진, 박영도, 「사실성과 타당성」, 나남출판, 2000, 100면.

경우 범죄자에 대한 낙인효과를 최소화하여 사회적 통합을 이룰 수 있다.

형사조정은 당사자주의 소송구조를 채택하고 있는 영미법계에서 발전하였다.[52] 그러나 직권주의를 채택하고 있는 독일도 형사절차상 협상제도를 도입한 점으로 봤을 때 소송구조는 형사법의 이념을 실현하기 위한 수단에 불과하다.

형사조정의 구체적인 절차와 조정 효력 등에 관한 내용은 형사조정이 범행에 상응한 형벌을 보완하는 형사사법제도라는 점에서 범죄피해자보호법의 개정을 통해 보충하기보다는 형사절차법상 형사소송법을 개정하여 근거규정을 마련하거나 민사조정법과 같이 독자적으로 형사조정절차를 통괄하는 개별적 '형사조정법'을 입법할 필요가 있다. 또한 범죄피해자와 가해자의 재통합과 범죄예방 효과를 거두기 위해서는 형사조정제도의 효력을 구체화하고 조정이행을 확보할 수 있도록 재판상 화해와 동일한 효력을 부여하는 것도 명문화시킬 필요가 있다. 이러한 형사조정의 대상범위를 명문으로 규정하여 법적안정성 및 일반국민의 예측가능성을 담보하는 것은 매우 중요한 일이다.

최근 검찰 기소사건 중 무죄 선고율이 증가하는 데에는 남고소로 인한 일선 검사들의 업무량 증가도 중요한 이유가 되고 있다. 따라서 형사조정제도의 법적효과에 대한 실효성 있는 근거를 마련하고 이를 통해 고소각하 제도를 활성화하자는 주장도 제기된다. 특히 민사분쟁형 사건임에도 허위로 고소·고발을 악용하는 경우에는 무고죄로 엄벌할 필요가 있다.

따라서 형사조정제도는 공판중심주의의 확립에 따른 사법기관의 부담 및 비용을 해소할 수 있는 방안으로 그 유용함이 크지만 가해자에게 화해를 강요하여 기본권을 침해할 수도 있고 불합리하게 형사상 면죄부를 줄 수 있는 한계를 경계하면서 위의 개선방안을 운용할 필요가 있다. 법은 국가나 사회가 추구하는 목적에 적합한 합목적성과 법적안정성에 의해 안정적으로 실현되어야 한다.

결국 형사조정이 정당성을 확보하기 위해서는 국민적 공감대 형성과 대상범죄의 확정 및 전통적 형사사법이라는 독립변수의 조화가 이루어져야 사회통합과 가해자의 효과적인 재사회화라는 종속변수가 긍정적으로 작용할 수 있을 것이다.

52) 무죄추정원칙, 신속한 재판을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 국선변호제도 등은 당사자주의와 어울리는 제도이다.

참고문헌

〈국내 문헌〉

김성돈, 형사법상 회복적 사법의 가능성과 과제, 한국형사정책연구원, 2004.

_____, 형사절차상 피해자, 가해자 조정제도의 도입방안, 피해자학연구 제9권 제1호, 한국피해자학회, 2001.

_____, 회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안, 성균관법학 제21권 제2호, 성균관대법학연구소, 2009.

김용욱, 형사화해제도에 관한 소고, 비교법연구 제2호, 배재대 비교법연구소, 2007.

김재희, 현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토, 피해자학연구, 제19권 제1호, 한국피해자학회, 2011.

김창군, 비범죄화 정책에 관한 이론적 연구, 고려대 박사학위논문, 1987.

김환수 외 2인, Klaus Volk의 독일 형사소송법, 박영사, 2009.

박광현, 형사법의 독자성과 민사법과의 법질서 통일성 관점에서 바라 본 학제간 고찰, 서울법학 제20권 제1호, 서울시립대 법학연구소, 2012.

박미숙, 회복적 사법과 피해자 보호, 피해자학연구 제8호, 한국피해자학회, 2000.

위르겐 하버마스 / 한상진, 박영도, 사실성과 타당성, 나남출판, 2000.

윤영철, 형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰, 형사법연구 제19권 제3호, 2007.

이동원, 형사조정프로그램과 조정위원의 역할, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.

이보영, 형사조정제도의 법이론적 문제점 및 효과성 검토, 경희법학 제48권 제2호, 경희대 법학연구소, 2013.

이상돈, 형법학, 법문사, 1999.

이영훈, 재판에서의 회복적 사법의 현재와 미래, 법학논집 제14권 제2호, 이대 법학연구소, 2009.

이진국, 오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2006.

이호중, 한국의 형사사법과 회복적 사법 - 과거, 현재, 미래, 형사법연구 제19권 제3호, 2007.

_____, 회복적 사법의 이념과 실무, 법학논집 제14권 제2호, 이대 법학연구소, 2009.

_____, 회복적 사법의 이념과 형사제재체계의 재편, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.

정준영, 치유와 책임, 그리고 통합 : 우리가 회복적 사법을 만날 때까지, 저스티스 통권 제134-3호, 한국법학원, 2013.

최영승, 현행 형사화해제도의 실태 및 문제점, 피해자학연구 제15권 제1호, 한국피해자학회, 2007.

탁희성 외 4인, 형사화해 조정제도 도입을 위한 기초연구, 한국형사정책연구원, 2008.

한국형사정책연구원 외 2인, 교정단계에서 회복적 사법의 가능성, 한국형사정책연구원, 2006.

〈외국 문헌〉

Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, Thomson&West, 2006.

Coates, R .B., and Boris Kalaji, Victim meets offender the impact of restorative justice and mediation, Willow Tree Press, inc., 1994.

Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens., Frankfurt/M, 1973.

Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, Baden-Baden, 2000.

M. Wernham, An Outside Chance: Street Children and Juvenile Justice – An International Perspective, London, Consortium for Street Children, 2004.

McCorkle, S.,&Reese, M.j., Mediation theory and practice, Pearson Eduation, Inc., 2005.

Randy. E. Barnett, Restitution : A new paradigm of criminal justice, Ethics, vol. 87, 1977.

Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Honig-Festschrift, Bd. 77, 1970.

Zehr, H., Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Scottsdale, PN: Herald Press, 1990.

〈Abstract〉

A Study on the Criminal Mediation of Restorative Justice

Park, Kwang-Hyun
Professor, Dept. of Police Law of KwangJu Women's University

In the late 20th century, intensive policies of the punitive criminal justice system were lack of ability to deal with the crimes which were inundated qualitatively. Some scholars are criticizing the current criminal justice system for the absence of proper care for the criminal victims, which leads to the consideration of the introduction of the restorative justice as an alternative to the traditional criminal justice system. In recent years Korea Prosecution has attracted a great deal of attention for Criminal Mediation Program based on the restorative justice, which provides a new paradigm in criminal justice system. The Crime Victim Protection Law in Korea provides the contents of the criminal mediation in order to meet the demands of establishing ground laws to the criminal mediation system. it seems that the criminal mediation recently enacted is settling down for its usefulness and increasingly used in real work. The criminal mediation is a informal process whereby the victim and the offender of the crime meet with a trained and effective resolution with an emphasis on repairing the harm from the Crime. In the process of restorative justice, it is possible to restore the relationships among victims, offenders and community. In addition, it can minimize the side effect of traditional punishment, such as branding and desocialization of offenders. The criminal mediation will be a good solution which is superior to criminal justice.

Restorative justice is a response to crime, suggested as a complement or

alternative to the conventional criminal justice.

Restorative justice can be at all stages of criminal procedure from before the accusation to correction.

But restorative justice, on the basis of voluntary participation, cannot replace conventional criminal justice. And restorative justice functions well when criminal justice is operated fairly.

The Subject of the current criminal mediation is limited to the minor crimes. Also because a victim closely related to the prosecutor's office, there is a question of neutrality. Moreover, it often happens that a mediator does not get sufficient information of cases. In addition, the issue of restoration of relationship of parties is no dealt with so well because mediation has worked so excessively to achieve agreement of parties.

However the restrictive role of the traditional justice is to be preserved. Also 'the Criminalization of Civil Cases' must be sublated.

Restorative justice should be introduced in Korea as well to realize justice and develop confidence of the criminal jurisdiction from the civil society by reducing the work burden of the machinery of law and equally protect the rights of both victim and the offender

Key words : Restorative justice, Criminal mediation, Effectiveness, Victim Crime Protection Act, Mediator, Restitution, Criminal procedure