

회복적 사법의 관점에서 본 형사조정실무의 문제점

이 진 국*

국문요약

우리나라 형사사법 실무에서 시행되고 있는 형사조정제도는 사 인간의 민사분쟁형 재산범죄와 개인적인 법익이 침해된 고소사건에 대해 고소장 수리 즉시 수사에 착수하던 기존의 방식에서 벗어나 형사조정을 통하여 분쟁사건을 원만하게 해결하고자 도입되어 2007년 하반기부터는 전국적으로 실시되고 있으며, 실무에서의 그 성과도 괄목할만하다. 그러나 형사조정실무에 대해서는 수사기관이 원래 담당해야 할 진실규명의무를 민간기관인 범죄피해지원센터(형사조정기관)에 전가시킨다는 비판이 제기될 수 있다. 또한 성립된 형사조정에 대하여 통상적인 수사 내지 공소를 진행할 길을 열어줌으로써 회복적 사법 보다는 책임옹보의 관점이 전면에 등장하고 있다. 결론적으로 현행 형사조정실무는 서구에서 논의되어왔고 실무에 정착되어 있는 회복적 사법모델과 그 성격상 동떨어져 있다. 현행 형사조정실무가 회복적 사법을 반영하고 있다는 일부의 주장은 회복적 사법에 대한 오해에서 비롯된 것이며, 이러한 의미에서 현행 형사조정실무를 회복적 사법의 관점에서 재구축할 필요가 있다.

※ 이 논문은 2007학년도 아주대학교 정착연구비 지원에 의하여 연구되었음

* 아주대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 문제제기

2006년부터 우리나라 형사사법의 실무에서는 형사조정이 시행되고 있다. 여기서 형사조정이란 중립적인 지위에 있는 제3자가 사건 당사자를 중개하여 중국적으로 화해에 이르도록 도와주고 그 결과를 사건처리 또는 판결에 반영하는 일체의 절차를 말한다. 우리나라에서 시행되고 있는 형사조정제도는 수사기관이 주축이 되어 실시하는 것이다. 검찰은 2006년 4월경부터 부천지청을 시작으로 서울남부지검, 서울동부지검 및 대전지검에서 시범적으로 실시된 이후 2007년 하반기부터 전국 55개 지방검찰청과 지방검찰청지청으로 확대하여 실시하고 있다.

우리나라에서 검찰이 주축이 되어 형사조정을 추진하게 된 배경은 범행당사자(가해자와 피해자)간의 원만한 피해조정이라는 관점도 있지만, 보다 현실적인 관점에서 보면 우리사회에서 점증하고 있는 고소사건을 줄이기 위함이다. 오늘날 우리사회에서는 “고소왕국”¹⁾ 또는 “동방고소지국”²⁾이라고 불릴 정도로 고소사건이 격증하고 있으며, 이로 인하여 형사사법의 부담이 가중되는 양상을 나타내고 있다. 특히 고소사건 중에는 범죄의 혐의를 인정할 수 없는 소위 민사분쟁형 고소사건이 매우 많이 차지하는 데, 이는 검사에게 무용한 업무를 강요하는 것일 뿐만 아니라 억울한 피의자까지 양산하게 된다는 문제를 낳고 있다. 형사조정제도는 이와 같은 민사적 성격의 고소에 대하여 당사자의 자율적 분쟁해결을 가능하게 하는 조정을 거치도록 함으로써 중국적으로 남고소를 줄이고자 한다.³⁾ 형사조정제도를 고소조정제도라고 부르는 이유도 바로 이 때문이다.

현재 수사기관의 실무에서는 한편으로는 형사조정을 활성화하고, 다른 한편으로는 형사조정의 실시에 따른 전국적인 표준을 설정하기 위하여 형사조정에 관한 내부규범을 제정·시행하고 있다. 그 중 하나는 대검찰청이 제정한 ‘고소사건 형사조정 실무운용 지침’(이하 ‘형사조정지침’으로 약함)이며, 다른 하나는 각 지방검찰청 및 지청이 제정·운영하고 있는 ‘범

1) 박상기/박강우, 고소제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1998, 19쪽.

2) 신동운, 민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안, 형사법의 신동향 제2호, 대검찰청, 2006, 4쪽.

3) 상세한 내용은 송길룡, 고소사건 처리의 NEW 패러다임, 형사법의 신동향 제2호, 대검찰청, 2006, 47쪽 이하 참조.

죄피해자지원센터 형사조정위원회 운영지침'(이하 '형사조정위원회운영지침'으로 약함)이다. 전자는 고소사건의 형사조정 의뢰 및 사건처리 등에 관한 세부절차를 규정하고 있고, 후자는 '범죄피해자지원센터 형사조정위원회'의 형사조정업무가 원활하게 수행될 수 있도록 지원 및 협조하기 위하여 그에 필요한 업무 범위와 세부 절차를 정하고 있다.

현행 고소사건 형사조정제도는 남고소의 피해를 줄이기 위한 정책의 산물이라는 점에서 나름대로 그 가치를 인정받을 수 있다. 문제는 현행 형사조정제도가 추구하는 목표가 단순히 남고소의 저감을 뛰어넘어 회복적 사범의 이념을 달성하기 위한 구체적 프로그램의 달성에 있다는 점이다. 다시 말해서 현재 수사실무에서는 형사조정제도를 회복적 사범 프로그램의 일종으로 이해하고 있다는 것이 문제로 된다.⁴⁾

현행 형사조정제도가 회복적 사범과 결합되었다고 볼 수 있기 위해서는 회복적 사범에서 요구되는 다양한 기준들이 충족되어야 한다. 그러나 필자는 이 글에서 현행 형사조정실무가 회복적 사범의 이념과 쉽게 조화될 수 없는 다양한 문제점을 안고 있다는 문제의식을 가지고 있다. 회복적 사범의 관점에서 볼 때 현행 형사조정제도가 어떠한 흠결을 안고 있는지, 그 흠결을 치유할 수 있는 방안을 무엇인지 논의해보지 않을 수 없다. 이러한 배경 하에서 이 글에서는 회복적 사범의 본질(II)과 현행 형사조정의 실무를 개관(III)하여, 형사조정제도의 가치를 규명(IV)한 다음, 회복적 사범의 관점에서 현행 형사조정제도가 안고 있는 개별적 문제점(V)을 서술할 것이다.

II. 회복적 사범의 본질과 일반적 진행과정

현행 형사조정제도가 회복적 사범과 어느 정도로 근접해있는지(즉 조화를 이루고 있는지)는 회복적 사범의 본질에 관한 기본적인 이해가 갖추어진 이후에 판단이 가능하다.

4) 예컨대 송길룡, 형사조정의 새로운 이해, 법조 2007/5(통권 608호), 136-186쪽 참조.

1. 회복적 사법과 형사조정

회복적 사법(Restorative Justice)이란 일반적으로 피해자와 가해자 또는 지역사회 구성원 등 범죄사건 관련자들이 사건 해결과정에 능동적으로 참여하여 피해자 또는 지역사회의 손실을 복구하고 관련 당사자의 재통합을 추구하는 일체의 범죄대응 양식을 총칭하는 개념으로 이해되고 있다.⁵⁾ 회복적 사법은 범죄피해자를 포함시켜서 가해자와 범죄로 인하여 발생한 갈등의 해소와 그 피해의 회복을 실현할 수 있는 다양한 접근방식을 포괄하는 선도이념이다.

전통적인 응보적 형사사법과 재사회화 형사사법에 대한 새로운 대안으로 등장하고 있는 회복적 사법은 ① 행위자에 대한 대인적 유대관계의 강화를 통한 범죄예방의 잠재력이 높고, ② 그 동안 형사사법에서 주변적 존재로 여겨져 왔던 범죄피해자도 형사사법체계 속으로 편입시켜서 피해자의 이익을 실질적으로 보호하며, ③ 가해자의 자발적인 책임수용과 피해자의 물질적, 정신적 만족을 통하여 종국적으로는 범죄로 인하여 파괴된 범평화를 재건하는 데 실효적으로 기여한다. 한마디로 회복적 사법은 행위자의 범죄예방과 피해자의 실질적 보호라는 두 마리 토끼를 한꺼번에 잡기 위한 전략으로 이해되고 있다.

회복적 사법을 실천하기 위한 모델은 다양하지만 두 가지로 대별해보면 협의체모델과 조정모델로 나눌 수 있다.⁶⁾ 협의체모델과 조정모델은 가

5) 회복적 사법의 개념에 관한 상세한 논의로는 김용세, 회복적 사법의 개념과 활용가능성에 관한 小考, 피해자학연구 제12권 제2호, 한국피해자학회, 2004, 29-33쪽; 이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2006, 57-72쪽; 이호중, 회복적 사법(Restorative Justice) - 이념과 법이론적 쟁점들, 피해자학연구, 제9권 1호, 한국피해자학회, 2001, 29-32쪽 참조.

6) 이 이외에 회복적 사법의 구체적 형식으로 서클모델(Circle Model)이 있다. 서클모델은 미국 원주민과 캐나다의 원주민과의 분쟁을 해결하는 데에 그 기원을 두고 있다. 서클은 의견결정 서클(Centencing Circle), 화해장려서클(Peacemaking Circle), 지역사회 서클(Community Circle) 등으로 분류될 수 있다. 서클모델은 참가자의 범위가 피해자와 가해자 이외에 각각의 가족과 지원자, 형사사법기관을 포함하는 점에서 협의체모델과 동일하지만, 지역사회에 권한을 부여하는 데 특징이 있다. 즉, 서클모델에서는 가해자가 사건을 설명하고 그 후 서클의 모든 사람들과 대화할 기회가 주어진다. 서클모델에 대한 설명으로는 박상식, 회복적 사법에 관한 연구, 경상대학교 박사학위논문, 2004, 117-118쪽 참조.

해자와 피해자간의 범죄를 둘러싼 갈등을 해결한다는 공통의 목표를 가지고 있지만, 회복적 사법절차의 진행과정과 참가자의 범위에서 차이가 난다. 조정모델이란 ‘가해자-피해자-조정’(Victim-Offender Mediation) 모델을 말하는 것으로서, 일반적으로 피해자와 가해자 및 제3자(조정자)로 구성되며, 가해자와 피해자의 직접적인 대면을 원칙으로 한다.⁷⁾ 주로 대륙법계 국가의 회복적 사법모델은 조정모델로 특징지을 수 있다. 예컨대 독일의 ‘가해자-피해자-조정’(Täter-Opfer-Ausgleich), 오스트리아의 ‘범원외적 범행조정’(außergerichtlicher Tatausgleich), 프랑스의 ‘형사조정’(médiation pénale)은 모두 조정모델로 볼 수 있다. 이에 반해 협의체모델에서는 가해자와 피해자 뿐만 아니라 피해자의 가족과 친구, 가해자의 가족과 친구 및 경우에 따라서는 변호사나 형사사법기관의 종사자들이 협의체에 참가한다. 협의체모델은 소년범죄에 일반적으로 적용된다고 한다.⁸⁾ 협의체모델은 주로 영미법계 국가에서 적용되고 있다. 예컨대 뉴질랜드의 ‘가족단위회합’(family group conference), 호주의 ‘지역사회회합’(community conference) 등을 들 수 있다.

조정모델에서는 범평화의 재건이라는 목표를 향한 범행당사자간의 갈등해결이 전면에 나타나는 반면, 협의체모델은 규범이나 이해관계가 서로 상이한 사회(예: 뉴질랜드 토착민인 와나우족과 영국식민지 지배사회)에서 어느 일방의 공동체가 타 공동체의 규범이나 이해관계의 수용을 통한 갈등해결과 파괴된 평등성 내지 동등성을 재건하는 데 중점을 설정하고 있다.⁹⁾ 이와 관련하여 Braithwaite¹⁰⁾는 협의체모델이 조정모델보다 더 큰 장점을 가지고 있다고 지적한다. 조정과정에 보다 폭넓은 인적 범위가 참가하여 갈등을 해소하는 협의체모델에서는 사안을 보다 더 깊게 파고들 수 있고, 갈등을 보다 더 잘 해결할 수 있게 해주며, 특히 가해자측과 피

7) 상세한 내용은 이호중, 피해자-범죄자 조정제도에 관한 연구, 외법논집 제13집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2002, 19쪽.

8) 박상식, 회복적 사법에 관한 연구, 경상대학교 박사학위논문, 2004, 116쪽.

9) Astrid Klukkert, Integrative Konfliktregelungen durch ‘Gemeinschaftskonferenzen’ für den Hamburger Stadtteil Lurup -Projektkonzept-, Stadterneuerungs- und Stadtentwicklungsgesellschaft Hamburg mbH, Hamburg, 2001, 21-22쪽.

10) John Braithwaite, Crime, shame and reintegration, Cambridge Univ. Press · Cambridge, 1999, 83쪽.

해자측간에 합의된 내용을 완전하게 이행할 수 있도록 책무를 부담시킬 수 있는 장점이 있다는 것이다. 그러나 Braithwaite 자신이 지적하듯이, 협의체모델에 기초한 회복적 사법절차를 통하여 행위자(가해자)가 사회 속으로 복귀되었다고 볼 수 없는 경우에는 낙인효과를 초래할 위험이 있다. 특히 형법 교과서에서조차도 행위자를 ‘범죄인’ 또는 ‘범죄자’로 부르고 있는 우리사회에서 회복적 사법절차 속에 지역사회의 다수의 대표자가 참가할 경우에는 행위자에게 도움이 되기보다는 오히려 낙인효과를 가져올 위험이 적지 않다. 이러한 의미에서 서구의 합리성이 완전하게 뿌리를 내리고 있지 못한 우리사회에서 적어도 성인범죄에 대한 형사조정절차에는 범행에 직접적인 관련을 가지는 가해자와 피해자만 참가하도록 하는 조정모델이 우리 현실에 더 적합하다.¹¹⁾

2. 회복적 사법의 형사정책적 가치

회복적 사법은 전통적 형사사법과 대비해볼 때 매우 다양한 독자적인 색깔을 지니고 있다. 회복적 사법의 실천프로그램(예: 형사조정절차)에 참가할 것인지의 여부와 당사자와의 화해에 협력할 것인지의 여부가 행위자와 피해자의 자발적인 의사에 달려있다는 자율성원칙¹²⁾이 지배된다는 점, 진정한 의미의 사회적 평화가 달성되었다고 판단하기 위해서는 범행당사자간의 갈등이 해소되어야 한다는 점, 범죄피해자를 실질적으로 보호하기 위하여 범죄피해의 배상이 강조되는 점, 범죄로 인하여 발생한 갈등과 피

11) 이와 관련하여 박상식, 회복적 사법에 관한 연구, 경상대학교 박사학위논문, 2004, 172쪽에 의하면, 성인범죄에 있어서는 가해자와 피해자만의 합의로는 진정한 화해가 되지 않고, 소년범죄에 있어서는 가족을 비롯한 관련당사자들 간의 해결이 바람직하다는 점을 근거로 우리나라의 현실에서 성인범죄에 대해서는 조정모델이, 소년범죄에 대해서는 협의체모델이 이상적이라고 이해하고 있다.

12) 이에 대해서는 Dieter Rössner, Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, in: Arzt, Gunther u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, Giesecking · Bielefeld, 1992, 269-279쪽. 자율성 내지 자발성 관념에 대한 비판적인 견해로는 Fritz Loos, Zur Kritik des “Alternativentwurf Wiedergutmachung”, ZRP 26(1993), 54쪽; Ernst Joachim Lampe, Wiedergutmachung als “dritte Spur” des Strafrechts?, GA 140(1993), 487쪽; Hans Joachim Hirsch, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102(1990), 561쪽 참조.

해회복을 위하여 지역사회 내지는 공동체의 역할이 강조된다는 점 등이다.

그러나 우리가 회복적 사법을 강조하는 보다 근본적인 실익은 회복적 사법이 전통적인 억압적 형사제재를 대체하기 위하여 탄생한 것이라는 점이다. 회복적 사법의 모델로 간주되는 형사조정절차에서 당사자 간의 조정이 성립된 경우 더 이상 형사제재를 부과하지 않는 것이 일반적이다. 물론 회복적 사법을 이해하는 관념¹³⁾에 따라서는 회복적 사법의 실천프로그램을 현행 형사사법체계와 결부시켜서 형벌대체적 효과를 초래하게 할 수도 있고, 형사사법체계와 무관하게 회복적 사법실천프로그램을 구성할 수도 있다. 이 중에서 어느 방식을 취하든 가해자와 피해자는 자율성에 기초하여 당사자를 만날 수 있고 갈등을 해결할 수 있으며 범죄로 인하여 발생한 손해를 배상하는 것이 가능하다. 그렇지만 통상적인 사례에서 행위자는 범행 이후에 스스로 책임을 수용하고 피해를 배상하고자 노력하지는 않는다. 행위자의 관점에서 볼 때 범죄사건의 처리는 이제 형사사법기관의 손에 달려있다고 생각하기 때문이다. 이러한 문제점을 해소하기 위해서는 범행 이후의 당사자간의 갈등이 해결되고 손해가 회복된 경우에는 형법의 법효과체계 속에서 행위자에게 기소유예나 형벌감면 등과 같은 특권을 부여할 필요가 있다. 예컨대 독일의 가해자-피해자-조정, 프랑스의 형사조정, 오스트리아의 법원외적 범행조정에서는 조정이 성사된 사례에 대하여 기소유예의 법적 효과를 부여하고 있다.¹⁴⁾ 결론적으로, 회복적 사법과 전통적 형사사법의 공생관계를 인정하는 입장에서 출발하게 되면, 회복적 사법의 모델은 일정한 사례¹⁵⁾에서 형벌을 대체하는 방식으로

13) 회복적 사법과 전통적 형사사법의 관계에 관한 논쟁에 대해서는 김용세, 형사제재시스템과 회복적 사법 - “회복적 사법의 이념과 형사제재체계의 개편(이호중)”에 관한 의견을 겸하여, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005, 224-252쪽; 이진국, 회복적 사법과 형사사법의 관계에 관한 소고, 피해자학연구 제14권 제2호, 한국피해자학회, 2006, 69-87쪽 참조; 이호중, 회복적 사법 이념과 형사제재체계의 개편, -트로이목마의 투입? 값싼 형벌 신상품의 개발?, 형사법연구 제22호(특집호), 한국형사법학회, 2005, 495-516쪽.

14) 이에 관한 상세한 내용은 이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2006, 101-125쪽 참조.

15) 이 경우 형벌을 대체할 수 있는 범위와 요건을 어떻게 설정할 것이냐가 문제로 될 수 있다. 참고로 독일 형법 제46a조에 의하면, 행위자가 피해자와 조정을 이루려고 노력하면서(가해자-피해자-조정), 그의 범행의 전부 또는 중요한 부분을 원상회복하였거나 또는 범행의 원상회복을 진지하게 추구하였거나, 손해원상회복이 행위자의 일신적인 급부 또는 일신적인 포기를 요구하는 사례에서 피해자에게 손해의 전부 또는 현저한

구성하는 것이 바람직하다.

3. 회복적 사법의 일반적 절차

현행 형사조정절차의 합리성과 정합성을 검토하기 위한 접근방식으로 서 우리나라 수사절차와 유사한 구조를 가지고 있는 독일의 가해자-피해자-조정을 예로 들어 그 구체적인 진행과정을 개관할 필요가 있다. 독일의 전통적인 수사절차 속에서 회복적 사법절차의 진행과정을 크게 세 국면으로 개관해보면, 수사기관의 조정회부 단계, 조정기관에서의 조정단계, 조정이 성사된 경우 그에 대한 사건처리 단계로 나눌 수 있다.

첫째, 수사기관의 조정회부 단계에서는 검사의 조정회부로 이루어진다. 검사는 경죄¹⁶⁾(Vergehen)에 해당하는 사건이 조정에 적합하다고 판단하는 경우에 그 사건에 대하여 일정기간 동안(통상 최장 6월) 기소를 유예한 후 그 사건을 조정기관에 회부한다. 이 경우 검사가 조정기관에 조정을 회부하기 위해서는 관할법원과 피의자의 동의가 있어야 하며, 당해 사건을 조정절차에 회부함으로써 소추할 공익이 제거될 수 있고 책임의 중대함에 반하지 않아야 한다(독일 형사소송법 제153a조 제1항). 물론 드문 예이긴 하지만 가해자가 피해자가 수사기관을 거치지 아니하고 직접 조정기관에 조정을 의뢰할 수도 있다. 다만, 이 경우에 조정기관은 수사기관에 대하여 관련 정보를 제공하게 된다.

둘째, 조정기관¹⁷⁾에서의 조정단계는 교섭과정과 협의과정으로 나누어

부분까지 배상한 경우에 법원은 형법 제49조 제1항에 따라서 형벌을 감경할 수 있고, 행해진 범행이 1년 이하의 자유형이나 360일까지의 벌금일수에 처해질 경우에는 형벌을 면제할 수 있다고 규정하고 있다. 독일 형법 제46a조에 대한 해석에 관해서는, 이진국, 독일형법 제46a조: 자율적 범행원상회복, 비교형사법연구 창간호, 1999, 409-430쪽 참조.

16) 독일 형법 제12조 제2항에 규정된 경죄(Vergehen)은 법정형이 '1년 미만의 자유형이나 벌금형'으로 규정된 범죄를 말한다. 그러나 독일 형법에는 많은 범죄구성요건에서 벌금형이 징역형과 선택적으로 규정되어 있기 때문에 형사실무에서 경죄가 적용될 수 있는 범위는 매우 넓다.

17) 독일에서 가해자-피해자-조정 업무를 담당하고 있는 기관은 매우 다양하다. 또한 가해자-피해자-조정과 관련한 개별적인 프로그램들은 초창기만 하더라도 소년범죄의 경우 소년국, 성인범죄의 경우 보호관찰조직이나 법원원조조직 등 형사사법과 직접 결부된 공적인 기관이 담당하는 예가 압도적으로 많았다. 그러나 이후 점차적으로 사설기관이

진다. 교섭단계에서 조정자는 먼저 가해자와 교섭하고, 다음으로 피해자와 교섭하여 각각 당사자들이 생각하는 갈등의 내용을 확정한다. 협의과정에서는 조정자의 중개 하에 가해자와 피해자가 각각 만나서 갈등해소와 피해회복 방안에 관하여 협의한 다음 구체적 합의내용을 서면으로 작성한다. 그리고 조정자는 가해자가 합의된 내용대로 피해자에게 이행하는지 감독한다. 통상 이 과정은 2-3개월이 소요되지만 사건이 복잡한 경우에는 6개월 이상 소요되는 경우도 있다. 가해자가 피해자에게 합의된 피해배상을 모두 이행한 이후 조정자는 종결보고서를 작성하여 검찰청에 송부한다. 물론 당사자들이 합의조정을 원하지 않는 경우에도 조정자는 그 경과 과정을 서면으로 작성하여 검찰이나 법원에 송부한다.

셋째, 조정이 성사된 경우의 사건처리 단계에서는 검사의 중국처분이 행해지게 된다. 즉, 검사는 조정자가 작성한 종결보고서상의 가해자의 이행의무 등을 검토한 후 그것이 인정될 경우에 기존의 잠정적인 기소유예를 중국적인 기소유예로 종결하거나 불법성이 중한 피의사실은 낮은 구형량으로 공소를 제기한다. 독일 검찰의 실무에 의하면, 이미 성사된 형사조정에 대하여 기소하는 예는 드물고 대부분 기소유예로 종결된다.

III. 현행 수사실무에서 형사조정의 진행과정

우리나라의 경우 성인형사범을 대상으로 형사조정을 실시하기 위한 법률적 차원의 근거는 존재하지 않는다.¹⁸⁾ 형사조정에 관한 두 개의 지침은

가해자-피해자-조정을 담당하는 사례가 증가하고 있다. 조정업무를 담당하는 조직의 형식을 보면, 기관의 구성원이 오로지 가해자-피해자-조정의 업무만을 담당하는 이른바 ‘전문화된 인력투입’을 운용하는 조정기관은 1993년도에 15.7%에 불과했으나, 10년 후인 2002년에는 73.3%로 대폭 증가하였다. 이에 반해 기존의 보호관찰업무나 법원원조업무와 가해자-피해자-조정업무를 함께 담당하는 이른바 ‘통합화된 인력투입’을 운용하는 조정기관은 1993년도에 58.8%로 가장 많았지만, 2002년에는 6.7%에 불과하였다. 상세한 내용은 Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), Hans Jürgen Kerner/Arthur Hartmann, Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung, Berlin, 2005, 5-7쪽 참조

18) 현재 검찰에서 실시하고 있는 형사조정제도의 주된 목적 중의 하나를 ‘재산죄에서 당사자간의 합의에 의한 피해의 조정’이라고 이해할 경우 현행 법질서에서 형사조정과 유사한 제도를 찾아볼 수 있다. 예컨대 2008. 6. 22. 시행될 개정 소년법 제25조의3(화

아직 법률적 차원의 규범이 아니라는 점에서 수사기관과 범죄피해자지원센터에서 형사조정을 원활하게 실시하기 위한 실무상의 지침에 불과하다. 이 두 가지 지침에 따른 형사조정 대상사건과 조정절차를 개관하면 아래와 같다.

1. 형사조정의 의뢰주체 및 대상사건

현행 형사조정실무에 의하면, 형사조정의 의뢰주체는 검사와 사법경찰관이다. 단, 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 범죄피해자지원센터에 형사조정을 의뢰할 수 있다.

형사조정의 대상이 되는 것은 수사 중인 소년, 의료, 일반 형사사건 중 수사기관이 당사자 간에 원만한 화해가 필요하다고 판단하는 사건이다. 이 점에서 형사조정의 대상사건은 제한이 없는 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 대검찰청의 형사조정지침 제2조는 형사조정의 대상사건을 일정한 고소사건에 제한시켜두고 있다. 이에 의하면, ① 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄 사건, ② 개인 간의 명예훼손·모욕, 경계침범, 지적재산권 침해 등 사적 분쟁에 대한 고소사건, ③ 기타 형사조정에 회부하는 것이 분쟁해결에 적합하다고 판단되는 고소사건을 형사조정 대상사건으로 명시하고 있다(동 지침 제2조 제1항).¹⁹⁾

해권고)은 소년보호사건에서 소년부 판사로 하여금 피해자 보호를 위하여 소년에게 피해변상 등 피해자와의 화해를 권고할 수 있고, 소년이 그 권고에 따라 피해자와 화해하였을 경우에는 소년부 판사는 보호처분을 결정할 때 이를 고려할 수 있도록 명시하고 있다. 한편, 2004. 1. 29. 제정된 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제16조는 학교폭력대책 자치위원회(동법 제10조)로 하여금 학교폭력을 둘러싼 분쟁을 조정할 수 있도록 일정한 관할권을 부여하고 있다. 여기서 분쟁의 조정은 주로 피해학생과 가해학생 간 또는 그 보호자간의 “손해배상에 관련된 합의조정”에 초점이 맞추어져 있다. 그러나 개정 소년법상의 화해권고는 소년보호사건에서 소년부 판사가 실시하고, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 분쟁조정은 학교폭력대책 자치위원회가 실시한다는 점에서 검찰의 주도로 이루어지는 형사조정과 그 성격을 달리한다.

19) 그러나 피고소인(고소장 접수 후 수사착수 전 형사조정 의뢰된 사건에 있어 고소를 당한 당사자) 또는 피의자가 도주나 증거인멸의 우려가 있는 경우, 공소시효 완성이 임박한 경우, 고소장 및 증거관계 등에 의하여 혐의가 명백히 인정되거나 각하, 공소권없음, 혐의없음, 죄가 안됨 사유에 해당함이 명백한 경우에는 형사조정 의뢰하여서는 아

이와 관련하여 문제로 될 수 있는 것은, 범죄피해자지원센터 형사조정 위원회 운영지침은 모든 사건에 대하여 형사조정의 가능성을 열어두고 있음에 반하여, 대검찰청의 형사조정지침은 일정한 고소사건으로 조정의 대상을 제한하고 있기 때문에 두 개의 지침 간에 규범적용의 혼란이 발생할 수 있다는 점이다. 그러나 대검찰청의 형사조정지침은 민사적 분쟁 성격의 고소사건에 관하여 특별하게 형사조정의 의뢰 및 사건처리 등에 관한 세부절차를 규정하고 있다는 점에서 형사조정의 대상사건 자체는 고소사건에 국한되지 않고 모든 사건이 될 수 있다고 보아야 한다. 다만, 개인의 이해관계가 첨예하게 대립되는 유형이 고소사건이라는 점에서 실무에서는 주로 고소사건이 대부분의 형사조정 의뢰사건이 될 것이며, 고소사건의 유형도 일정한 재산범죄사건, 명예훼손 사건 등을 열거해두고 있는 점을 미루어 볼 때 범죄의 불법성 측면에서는 주로 경미한 고소사건들이 형사조정의 대상이 될 가능성이 크다고 할 것이다.

2. 형사조정의 절차

현행 형사조정의 절차를 개괄적으로 보면, 수사기관의 형사조정 의뢰 단계 → 범죄피해자지원센터에서의 형사조정 실시 단계 → 형사조정 성립 이후의 단계로 나누어진다.

가. 수사기관의 형사조정 의뢰 단계

수사기관이 직접 수사한 사건이든 고소의 방식으로 접수한 사건이든 검사와 사법경찰관은 당해 사건이 형사조정에 적합하다고 판단되는 경우에는 범죄피해자지원센터에 형사조정을 의뢰할 수 있다. 이 경우 수사기관이 형사조정에 의뢰할 수 있기 위해서는 당사자의 동의가 반드시 필요하다. 즉 고소장 접수 후 수사착수 전의 고소사건은 고소인의 서면동의가 있어야 하며, 경찰로부터 송치된 고소사건은 피의자와 고소인 양 당사자의 동의가 있어야 한다(형사조정지침 제3조).

니된다(형사조정지침 제2조 제2항).

검사가 형사조정제에 의뢰할 것을 결정한 경우에는 고소사건 배당일로부터 1주일 이내에 형사조정을 의뢰하여야 한다(형사조정지침 제14조 제4항). 사법경찰관은 접수 즉시 관할 검찰청 또는 지청 검사의 지휘를 받아 이사장에게 형사조정을 의뢰할 수 있다(형사조정지침 제26조). 한편, 경찰로부터 송치된 고소사건의 경우에 검사는 송치 고소사건을 배당받은 날로부터 1개월 이내에 형사조정제에 의뢰할 것인지의 여부를 결정해야 한다(형사조정지침 제30조 제2항).

나. 범죄피해자지원센터에서의 형사조정 절차

형사조정의 구체적인 절차는 각 검찰청 또는 지청 범죄피해자지원센터 형사조정위원회 운영지침에 규정된 바대로 따르고 있기 때문에 세부적인 절차에서는 차이가 날 수 있지만, 일반적으로는 형사조정 기일전의 절차와 형사조정 기일에서의 절차로 세분화된다.

형사조정 기일전의 절차에서 중요한 것은 담당형사조정위원의 구성과 형사조정대상자의 소환이다. 범죄피해자지원센터 이사장은 형사조정위원회 소속 위원 중 형사조정이 의뢰된 각 사건별로 형사조정을 담당할 위원 3인을 지정하되, 이 중 1인을 변호사 자격 소지자 또는 법학교수 등 법조실무자로 지정한다.²⁰⁾ 범죄피해자지원센터 이사장은 형사조정위원회와 협의하여 형사조정 기일을 정한 후 형사조정 대상자들에게 형사조정의뢰 사실과 그 취지 등을 설명하고 형사조정기일에 출석하도록 소환하며, 조정대상자가 미성년자인 경우 친권자나 보호자 등에게 위와 같은 내용을 통보하고 대상자를 소환한다. 한편, 범죄피해자지원센터 이사장이 형사조정과 관련하여 검사에게 고소장에 첨부된 증거서류 등의 송부를 요청하는 경우에 검사는 그 증거서류가 형사조정에 필요하다고 판단되면 해당 증거자료를 이사장에게 송부할 수 있다(형사조정지침 제22조 제1항)

형사조정 기일에서의 절차에서는 형사조정위원회와 형사조정 대상자들이

20) 일반적으로 형사조정위원의 수는 형사조정에 의뢰되는 사건 수 등을 고려하여 범죄피해자지원센터 이사장이 정할 수 있다. 형사조정위원의 임기는 1년으로 하며, 연임할 수 있지만, 예컨대 금치산자 및 한정치산자 등 형사조정위원의 자격에 일정한 제한이 따른다.

참석하여 조정대화를 실시하게 된다. 형사조정을 실시함에 있어서는 형사조정위원장이 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우를 제외하고는 담당위원 2인 이상이 참석해야 한다. 또한 형사조정을 실시함에 있어 피해자, 피의자 등 형사조정 대상자가 참석하여야 한다. 다만 변호인이나 법정대리인 또는 형사조정 대상자로부터 위임을 받은 자가 참석할 수 있고, 형사조정 대상자가 미성년자인 경우 그 친권자 또는 미성년자를 보호, 감독하는 자가 형사조정 절차에 참석할 수 있다.

형사조정기간은 일반적으로 형사조정위원회에 회부된 날로부터 2개월을 초과할 수 없지만, 고소장 접수 후 수사 착수 전에 검사와 사법경찰관으로부터 형사조정에 회부된 사건으로서 형사조정 당사자들이 기간 연장에 동의하는 때에는 1개월을 연장할 수 있다.

다. 형사조정 실시 후의 절차

형사조정이 성립된 경우에는 담당위원은 형사조정결정문을 작성한다. 이 경우 형사조정 대상자들이 합의서나 처벌불원서 등을 작성한 경우 검찰청 민원실에서 검인을 받는 등 확인절차를 거쳐야 하고, 범죄피해자지원센터 이사장은 대상자로부터 합의서 등을 제출받아 형사조정결정문에 첨부한다. 범죄피해자지원센터 이사장은 형사조정 절차가 종료되는 즉시 형사조정을 의뢰한 검사 또는 사법경찰관에게 형사조정결과통보서를 작성, 송부한다. 검사는 형사조정결과통보서의 내용을 참작하여 사건의 종국 결정 및 양형, 경찰에 대한 고소사건 수사지휘에 반영한다. 이와 관련하여 특히 고소사건의 경우에 검사는 형사조정절차에서 형사조정이 성립되어 고소가 취소된 사건에 대해서는 각하 처분하고, 관련자료 등을 검토한 결과 범죄혐의가 있다고 사료되는 때에는 통상의 수사절차에 따라 수사를 진행하되 처벌시 감경할 수 있다(형사조정지침 제24조 제1항). 그러나 검사는 형사조정이 성립되지 아니한 사건에 대하여는 통상의 수사절차에 따라 직접 수사하거나 경찰에 수사지휘 할 수 있다. 다만, 관련자료 등을 검토한 결과 각하, 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음이 명백하거나 피고소인의 소재불명이 확인된 경우에는 즉시 불기소 또는 기소중지 처분할 수 있다(형사조정지침 제24조 제2항).

3. 형사조정의 성과

우리나라에서 형사조정제도는 2006년 4월부터 2006년 10월까지 서울남부지검 등 4개청에서 시범시행 되었고, 전국 35개 검찰청 및 지청에서 형사조정을 시행한 것도 2007년 8월에야 가능했기 때문에 아직 형사조정의 분명한 성과는 확인하기 힘들다. 그럼에도 불구하고 지금까지의 형사조정의 성공률을 보면 결코 무시할 수 없는 수치를 나타내고 있다.

2006년 4월부터 10월까지 6개월 동안에 형사조정이 시범실시된 것을 보면, 총 310건이 형사조정에 의뢰되었으며, 그 중에서 206건에 대하여 조정이 성립됨으로써 66.5%의 조정성공률을 보인바 있다. 개별적으로 보면, 서울남부지원 범죄피해자지원센터가 의뢰받은 87건 중 37건이 조정에 이르러 42.5%의 조정성공률을 보이고 있으며, 대전지검 범죄피해자지원센터는 의뢰받은 126건 중 111건(88.1%)에 대하여 조정이 성립되었고, 부천지원 범죄피해자지원센터는 의뢰받은 97건 중 58건(59.8%)에 대하여 조정이 성립되었다.²¹⁾ 또한 2007년 1월부터 3월까지의 형사조정의 실무를 보면, 형사조정이 의뢰된 사건은 총 736건이었으며, 이 중에서 445건이 종결되었고 291건이 조정절차에 계속 중인데, 종결된 사건 중 233건에 대하여 조정이 성립되어 조정성립률은 52.4%였으며, 61건의 소환불능 사건을 종결사건에서 제외하면 순수 조정성립률은 60.7%에 이르렀다.²²⁾

형사조정의 대상사건으로 가장 빈번한 사건은 재산범죄 사건이다. 2006년 4월부터 2006년 10월까지의 형사조정 시범실시 기간 동안의 형사조정 의뢰건수를 보면, 총 318건의 의뢰사건 중 재산범죄가 232건, 근로기준법 위반범죄가 28건, 지적재산권위반범죄가 11건, 명예에 관한 범죄가 8건, 기타 39건으로 나타났다. 이로써 재산범죄가 전체 형사조정 건수의 73%를 차지했다는 점을 알 수 있다.²³⁾ 2007년 1월부터 3월까지의 형사조정에 관한 통계를 보아도 형사조정에 의뢰된 전체 건수 중 재산범죄가 436건으로서 59.4%에 달했다.²⁴⁾

21) 최영승, 현행 형사화해제도의 실태 및 문제점, 피해자학연구 제15권 제1호(2007.4), 81쪽에서 인용.

22) 송길룡, 형사조정의 새로운 이해, 법조 2007·5(608호), 179-180쪽에서 인용.

23) 최영승, 현행 형사화해제도의 실태 및 문제점, 피해자학연구 제15권 제1호(2007.4), 81쪽.

IV. 형사조정제도의 가치

우리나라에서는 1990년대까지만 해도 ‘회복적 사법’이라는 용어가 등장하지 않았다. 1990년대 말에서 2000년대 초에 이르러서야 비로소 그 당시까지의 형사절차상 범죄피해자보호라는 주제를 뛰어넘어 범죄에 대한 새로운 대응양식으로서 회복적 사법이 학계의 논의에서 전면에서 위치하게 되었다.²⁵⁾ 그런데 학계에서 회복적 사법에 관한 논의가 서서히 진행되는 동안 수사실무에서는 ‘피해회복적 형사사법’을 추구한다는 목표 하에 회복적 사법의 구체적인 실천모델인 형사조정을 전국적으로 시행하고 있다. 이 점에서 현행 형사조정제도는 매우 짧은 기간 동안 전통적 형사사법에 대한 새로운 대안으로 떠오르게 되었다.

특히 현행 형사조정실무는 수사 前절차와 수사절차 단계에서 시행되고 있다는 점에서 그 형사정책적 효용성도 인정할 수 있다. 선진외국의 회복적 사법프로그램에서 알 수 있듯이 회복적 사법이 구체적으로 실천되는 형사절차의 단계는 일반적으로 수사절차라고 할 수 있다. 수사절차단계에서 회복적 사법을 실천하는 경우에는 공판절차에서의 2차 피해자화의 방지, 법원의 실체재판을 통한 공식적 낙인의 방지, 절차상의 비범죄화, 소송경제의 도모 등과 같은 복합적인 장점을 가져올 수 있기 때문이다.²⁶⁾ 이 점에서 현행 형사조정제도는 회복적 사법이념을 실천할 잠재력이 매우 높다고 평가할 수 있다.

그러나 우리나라 형사조정제도는 회복적 사법의 실천을 일차적인 목표로 설정하고 있는 것이 아니라 민사분쟁형 형사고소사건의 감축이라는 실용적인 관점을 추구하는 데 일차적인 의미를 두고 있다. 이러한 판단은 현행 형사조정의 대상사건이 주로 고소사건이라는 점, 남고소²⁷⁾로 인하여

24) 송길룡, 형사조정의 새로운 이해, 법조 2007·5(608호), 180쪽.

25) 우리나라 학계에서 회복적 사법 논의과정에 관한 간략한 소개로는, 이진국, 범죄피해자와 회복적 사법, 형사법연구 제19권 제3호(2007 가을), 361-368쪽 참조

26) 회복적 사법의 형사정책적 유용성에 관해서는 이진국, 회복적 사법이념의 실천방안에 관한 고찰, 형사정책연구 제17권 제4호(통권 제68호, 2006·겨울호), 478-482쪽 참조.

27) 통계분석에 의하면 우리나라에서 고소사건은 지속적으로 증가하고 있다. 1995년부터 2004년까지의 고소율의 추이를 보면, 일반 형법범의 경우 1995년에 고소율이 64.4%로 가장 높았으나, 점차 하락하기 시작하여 2002년을 기점으로 다시금 증가하다가 2004년

가중되는 형사사법의 부담을 경감시켜야 한다는 점, 이를 위하여 고소장이 접수된 이후 수사에 착수하기 전에도 형사조정이 가능하다는 점 등으로부터 추론할 수 있다.

결론적으로 현행 형사조정제도는 사회적 문제로 등장하고 있는 남고소를 억제하기 위한 효율적인 수단으로 탄생한 것이지만, 형사조정을 통하여 가해자와 피해자간의 갈등해소와 피해회복을 꾀할 수 있다는 점에서 그 형사정책적 가치는 결코 무시할 수 없다.

V. 형사조정제도의 개별적 문제점

현행 형사조정실무는 조정의뢰 단계에서 당사자의 동의를 받는다는 점, 조정기관에서 조정대화를 이끌어간다는 점, 당사자 간의 화해와 피해회복에 그 목표를 두고 있다는 점 등에서 외국에서 실시되고 있는 회복적 사법의 일반적인 모델과 매우 유사한 측면이 있다. 그러나 자세히 고찰해보면 우리나라 형사조정제도는 그 법적·실무적 문제점으로 인하여 회복적 사법의 절차에서 요구되는 일반적인 기준을 충족시키지 못하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 현행 형사조정실무를 둘러싼 다양한 문제점은 형사조정에 필요한 법률적 차원의 근거가 마련되지 않은 데서 연유하는 것도 있고, 현행 형사조정이 회복적 사법체계와 근본적인 차이를 보이는 데서 유래하는 것도 있다.

에는 50.4%에 달했다. 이로써 수사기관이 처리하는 사건의 절반 이상이 고소사건이라는 것을 알 수 있다. 2005년도 고소사건과 관련한 죄명별 고소인원의 분포를 보면, 전체 고소사건 중 재산범죄인 사기, 횡령, 배심 등에 집중되어 60%가 재산범죄를 이유로 고소된 것이었다. 그러나 전체 고소사건의 절반 이상을 점하고 있는 사기사건은 구공판 4.8%, 구약식 7.4%로서 기소율은 12.2%에 불과하여 최하위의 기소율을 나타냈다. 사기, 횡령, 배심사건 고소사건 접수인원 365,070명 중 319,285명에 대하여 불기소처분이 내려짐으로써 불기소 비율이 87.5%에 달했다. 이와 같이 재산범죄의 고소사건과 관련하여 매일 875명의 국민이 불기소로 처분될 사건의 피의자로 양산되고 있다고 평가할 수 있다. 송길룡, 고소사건 처리의 NEW 패러다임, 형사법의 신동향 제2호, 대검찰청, 2006, 41쪽.

1. 적용범위의 협소성

우리나라 형사조정에서 조정의 대상이 되는 사건에는 제한이 없는 것이 원칙이다. 수사 중인 사건 중 당사자 간의 원만한 화해가 필요하다고 판단되는 사건은 형사조정이 가능하기 때문이다. 그러나 대검찰청의 형사조정지침 제2조에서는 일정한 고소사건에 대하여 형사조정을 의뢰할 수 있도록 규정해두고 있다. 외국에서 뿐만 아니라 우리나라에서도 고소가 가장 일반적이고 핵심적인 수사단서이기 때문에 일정한 고소사건을 형사조정의 대상사건으로 확정해 두고 있는 것으로 보인다. 문제는 대검찰청의 형사조정지침이 조정대상 사건을 일정한 고소사건에 국한시켜둠으로써 수사기관이 고소 이외의 단서에 의한 사건이나 수사기관 직수사건에 대해서는 형사조정에 회부하는 것을 꺼려할 우려가 있고, 이렇게 될 경우에는 형사조정을 장려하는 데 장애가 초래될 수 있다는 점이다. 따라서 형사조정의 대상사건을 모든 사건으로 확대시키되 검사가 개별사건을 합리적으로 판단하여 형사조정에 의뢰할 수 있도록 대검찰청 형사조정지침을 개정하는 것이 타당할 것이다.

한편, 현행 형사조정 대상사건에 내재되어 있는 불법성도 문제로 된다. 형사조정지침 제2조는 일정한 고소사건을 형사조정 대상사건으로 열거하고 있지만, 자세히 고찰해보면, 이러한 고소사건들은 개인 간의 재산적 분쟁이 첨예화된 사건들로서 그 불법성이 비교적 경미한 것으로 판단된다. 그러나 범행당사자간의 자발적인 범행해소를 강조하는 형사조정이 반드시 경미범죄에만 적용되어야 한다고 단정할 수 없다. 피해자보호 사상에서 출발해보면, 중범죄 일수록 피해자의 정신적·물질적 이해관계는 더 중요하게 다가오기 때문이다. 다만, 중범죄의 경우에는 비록 형사조정이 성사되었다 하더라도 공공의 이익은 고려되어야 하기 때문에 그에 대한 법적 효과는 경미범죄의 경우에 비하여 차등화 되어야 한다. 결론적으로 중범죄일지라도 형사조정이 적합하다고 판단되는 경우에는 형사조정에 의뢰하되, 기소시 형량을 감경하여 구형하는 방안을 검토해 보아야 한다.

2. 수사기관의 진실규명의무 해태

일반적으로 형사조정이 개시되기 위해서는 문제되는 사건의 사실관계가 명확하게 확정되어 있어야 할 뿐만 아니라 당해 사건에 대한 당사자(예: 고소인과 피고소인)가 범행과정에서의 자신의 역할(즉 피해자라는 점, 가해자라는 점)을 인정해야 한다. 당해 사건에 대한 진실확인을 거치지 않는 경우에는 당해 사건이 단순한 민사사건에 해당하는 것인지, 형사사건에 해당되는 경우에도 누가 가해자의 입장인지를 알 수 없기 때문이다.

그런데 현행 형사조정 실무에 따를 때 수사기관이 대상사건을 형사조정에 의뢰하는 방식으로는, 검사 또는 사법경찰관²⁸⁾이 고소사건에 대하여 수사를 진행하여 구체적 혐의를 확인한 후에 사안의 경중 등을 검토하여 형사조정에 의뢰하는 방식과 수사기관이 고소장을 접수하는 단계에서 고소인의 동의를 득한 후 수사에 착수함이 없이 곧바로 범죄피해자지원센터에 형사조정을 의뢰하는 방식이 있다. 이 중에서 문제되는 것은 두 번째 방식, 즉 수사기관이 수사에 착수하기 이전단계인 고소장 접수단계에서 당해 사건이 형사조정에 적합한 것인지를 확인하여 범죄피해자지원센터에 형사조정을 의뢰하는 방식이다.

수사기관이 고소인조사나 피고소인조사를 거치지 않고 이미 고소장을 접수하는 단계에서 당해 사건을 범죄피해자지원센터의 형사조정절차에 회부하는 실무는 수사기관이 형사사법기관의 고유한 기능인 진실규명의무를 아무런 수권이 없는 민간기관인 범죄피해자지원센터에 떠 넘겨버린다는 비판이 제기될 수 있으며, 남고소의 저감이라는 목표만을 노릴 뿐 진정한 의미의 회복적 사법의 이념을 추구하는 것이 아니라는 비판을 불러일으킬 수 있다.²⁹⁾ 범죄피해자지원센터는 범죄사건에 대한 수사가 개시되어 사안이 명확하게 규명된 사건에 대하여 조정을 개시해야 한다. 형사조정절차

28) 사법경찰관이 대상사건을 형사조정에 의뢰하기 위해서는 검사의 지위를 받아야 한다(형사조정지침 제26조 제1항 참조).

29) 현행 형사소송법상 고소는 수사의 단서로서, 사법경찰관이 고소를 받은 때에는 신속히 조사하여 검사에게 송부하여야 한다(법 제238조). 또한 검사가 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소 또는 고발을 수리한 날로부터 3월 이내에 수사를 완료하여 공소제기여부를 결정하여야 한다(법 제257조). 특히 고소인의 고소에 대하여 수사기관은 이를 수리하여 사실을 확정해야 할 의무가 있다.

에서 조정자는 결정권과 강제수단을 가지지 않는 중립적인 제3자이며, 이들은 당사자들이 합의에 도달하도록 지원해주는 역할을 담당할 뿐이다.³⁰⁾ 그러므로 조정자는 보호자도 아닐 뿐만 아니라 교육자도 아니며, 조사자는 더 더욱 아니다. 형사조정은 범죄사실을 규명함에 있어 형사사법기관에 도움을 주는 제도가 아니다. 이러한 의미에서 수사기관에서 당해 사건의 실체를 확인함이 없이 범죄피해자지원센터에 형사조정을 의뢰해버리는 경우에는 국가공권력으로서의 수사기관이 진실을 규명할 의무를 이행하지 않은 채 민간기관에 진실규명을 전가시켜버리는 결과를 초래할 수 있다.

3. 성립된 형사조정사건의 처리에 관한 문제점

특히 문제로 되는 것은 형사조정이 성립된 경우의 사건처리 과정이다. 현행 형사조정 실무에서는 범죄피해자지원센터에서 조정이 성립되어 고소가 취소된 사건에 대해서는 각하처분³¹⁾하고, 관련자료 등을 검토한 결과 범죄혐의가 있다고 사료되는 때에는 통상의 수사절차에 따라 수사를 진행하되 처벌시 감경할 수 있도록 하고 있다. 이러한 형사조정의 실무는 일정한 고소사건의 경우 범죄피해자지원센터 형사조정위원회가 일종의 진심절차로서 역할을 한다는 사실을 반증해주는 것이기도 하다.

그러나 앞에서 서술³²⁾한 바와 같이 선진외국의 형사조정제도를 보면, 성립된 형사조정에 대해서는 검사의 기소유예로서 사건을 종결시키는 것이 일반적인 실무의 태도이다. 이는 형사조정을 포함하는 회복적 사법에 대한 논의가 처벌위주의 억압적 형사사법의 운용으로 인한 다양한 폐해를 줄이기 위한 한 방편으로 등장하였다는 회복적 사법의 탄생배경에서 분명

30) Stephan Breidenbach, Mediation, Struktur, Chance und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Otto Schmidt Verlag · Köln, 1996, 137쪽.

31) 여기서 '각하처분'이란 고소 또는 고발인이 있는 사건에 관하여 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의하여 혐의없음, 죄가안됨, 또는 공소권없음 처분사유에 해당함이 명백한 경우, 고소·고발이 형사소송법상의 법정요건을 갖추지 못한 경우, 동일사건에 관하여 검사의 불기소처분이 있는 경우, 고소인 또는 고발인이 출석요구에 불응하거나 소재불명되어 고소·고발사건에 대한 진술을 청취할 수 없는 경우에 하는 검사의 종국결정을 말한다(검찰사무규칙 제69조 제3항 제5호).

32) 앞의 II. 2. 참조.

하게 알 수 있다.³³⁾

원래 고소와 결부된 분쟁당사자들은 수사기관의 개입이 없이도 언제든지 자율적으로 합의가 가능하다. 그럼에도 불구하고 수사절차상 형사조정을 실시하는 근본적인 이유는 수사기관이 이니셔티브를 잡고 고소를 통하여 현출된 갈등을 당사자 간에 자율적으로 해결할 수 있는 장을 마련하여 갈등해소와 피해조정을 장려하기 위한 것이다. 그렇다면 특히 개인간의 갈등이 첨예화된 사건에서 당사자 간의 갈등이 원만하게 해결된 사안(즉 조정이 성립된 사안)에 대해서는 예방적 관점과 국가형벌권 개입의 보충성의 관점에서 형사사법기관의 개입이 자제되어야 하고, 그 구체적인 실천수단으로 기소유예가 있다.

현행 형사조정실무와 같이 성립된 형사조정에 대한 효과로서 ‘처벌감경’을 ‘기소를 전제로 한 양형절차에서의 형벌감경’(즉, 통상구형량 보다 낮은 구형량)으로 이해된다면, 이는 피해자의 2차 피해자화의 방지, 절차적 비범죄화, 소송경제 등을 목표로 하는 회복적 사법의 이념에 상응하는 것이라고 보기 힘들다.

4. 정보공개에 따른 문제점

형사조정이 실효적으로 기능하기 위해서는 형사조정기관(범죄피해자지원센터)이 사건 관련자의 신원이나 수사기록 등 관련 정보에 접근하는 것이 보장되어야 한다. 그러나 형사조정기관이 형사조정을 목적으로 수사기관이 보유하고 있는 각종 증거자료 등에 임의로 접근할 경우에는 개인의 정보적 자기결정권을 침해할 소지가 있을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 증거자료를 송부하는 수사기관 종사자에게 피의사실공표죄의 가벌성이 문제될 수 있다.

그런데 현행 형사조정지침에 의하면, 검사가 범죄피해자지원센터 이사장으로부터 고소장에 첨부된 증거서류의 송부를 요청받은 경우 그 증거자료가 형사조정에 필요하다고 판단되면 해당 증거자료를 이사장에게 송부

33) 회복적 사법의 태동배경에 관해서는 이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2006, 72쪽 이하 참조.

할 수 있도록 규정되어 있다(동 지침 제22조 제1항). 이는 수사기관이 민간기관인 범죄피해지원센터에 증거서류의 송부를 허용하는 규정이지만, 문제는 그 근거가 ‘지침’ 차원에 불과할 뿐 아직 법률적 차원의 근거가 존재하지 않는다는 점이다. 형사조정을 실시함에 필요한 수사기관과 형사조정기관간의 증거자료 송부에 관한 사항은 법률에 명시적으로 규정해 두어야 한다. 이와 관련하여 조정기관이 조정업무를 수행함에 있어 필요한 개인정보의 송부 및 이와 결부된 정보보호에 관하여 명시적으로 규정하고 있는 독일 형사소송법 제155b조³⁴⁾를 참고할 필요가 있다.

5. 조정기관의 중립성 및 자질에 관한 문제점

현재 우리나라에서 형사조정을 실시하는 기관으로는 범죄피해자지원센터가 있다. 그러나 범죄피해자지원센터가 형사조정업무를 맡게 될 경우에는 한편으로는 형사조정에서 필수적인 요건인 ‘중립성’에 위반되는 것은 아닌지, 다른 한편으로는 형사조정자가 조정업무를 수행할 수 있는 자질³⁵⁾을 갖추고 있는지가 문제로 등장한다. 전자는 조정기관으로서의 자격에 관한 문제이고, 후자는 조정위원의 자질에 관한 문제로 귀착된다.

형사조정기관의 자격에 관하여 판단함에 있어 요구되는 대전제는 당해 형사조정기관이 ‘중립성’의 요건을 갖추고 있는지의 여부이다. 여기서 ‘중

34) 독일 형사소송법 제155b조에 따라서 검찰이나 법원은 가해자-피해자-조정을 위탁한 조정기관에 대하여 직권 또는 신청에 의하여 조정이나 손해원상회복에 필요한 신원관련 자료를 송부할 수 있다(동조 제1항 1문). 조정의 위임을 받은 기관들은 송부 받은 개인의 신원관련 정보를 가해자-피해자-조정과 손해원상회복의 실행에 필요하고 당사자의 보호할 가치 있는 이익에 반하지 아니하는 범위 내에서 처리하고 이용할 수 있다(동조 제2항 1문). 조정기관은 당사자가 동의하였고 가해자-피해자-조정과 손해원상회복에 필요한 경우에만 개인의 신원관련 정보를 조사할 수 있고, 조사된 자료를 처리·이용할 수 있다(동조 제2항 2문). 조정기관은 조정업무가 종료된 이후에는 필요한 범위 내에서 검찰과 법원에 보고한다(동조 제2항 3문). 조정기관이 비공공단체일 경우에는 개인의 신원관련정보가 자료 내에서 또는 자료로부터 처리되지 아니한 경우에는 연방정보보호법 제3장의 규정도 적용된다(동조 제3항). 검찰이나 법원으로부터 조정을 위임받은 조정기관은 개인의 신원관련 정보를 담고 있는 문서를 형사절차가 종료된 후 1년이 경과한 이후에 폐기한다. 검찰과 법원은 조정기관에 대하여 지체 없이 직권으로 형사절차종료의 시점을 통지한다(동조 제4항).

35) 같은 견해로는 송길룡, 형사조정의 새로운 이해, 법조 2007·5(608호), 183쪽 이하 참조.

립성'이란 가해자와 피해자의 어느 한 쪽에 치우침이 없이 중립적으로 알선조정 업무의 수행해야 한다는 것을 말한다. 이 점을 고려해보면, 가해자나 피해자 중 어느 일방을 보호하는 관계나 감독하는 관계에 있는 기관은 기본적으로 조정기관으로서의 적격성이 부족하다고 할 것이다. 예컨대 보호관찰대상자를 감독하는 보호관찰소나 피해자보호를 주된 업무로 수행하는 피해자보호기관은 중립성의 요건을 충족시킨다고 보기 어렵다. 가해자나 피해자 중 어느 일방을 보호 또는 감독하는 관계에 있는 기관은 알선조정기관의 중립성이 더 이상 보장하기 어렵기 때문이다. 다만 범죄피해자지원센터가 형사조정 업무를 수행하는 경우에도 피해자보호기능과 조정기능을 완전히 분리하여 업무를 처리하는 경우에는 알선조정의 중립성을 어느 정도 확보할 수 있을 것이다.

한편, 형사조정기관의 자질에 관한 문제는 형사조정위원이 조정분야의 전문가이어야 하는지, 아니면 일반인으로 족한지에 관한 논의로 귀착된다. 형사조정위원의 핵심적인 활동은 갈등당사자들을 매개해 주는 것이다. 알선조정위원은 결정권과 강제수단을 가지지 않는 중립적인 제3자로서 당사자들 간의 갈등의 맥락과 크기를 확정하여 상호 원만한 합의에 도달하도록 지원해주는 역할을 담당한다.³⁶⁾ 그러나 조정업무가 그렇게 쉬운 것은 아니다. 형사조정을 실시함에 있어서는 심리학적 능력과 지식, 인간에 대한 이해력, 범죄를 사회적 갈등으로 전환할 수 있는 능력, 의사소통의 능력, 범행당사자간에 존재하는 다양한 차이점과 갈등을 전문적이고 건설적으로 이끌어가는 기본적 능력, 중립성, 공개성, 창조성 등과 같은 자질이 요구되기 때문이다. 또한 가해자와 피해자가 구체적 합의내용(예: 피해배상)에 관하여 문의가 있는 경우에는 적어도 기초적인 법률적 지식도 갖추고 있어야 한다. 이와 같이 조정위원에게 요구되는 다양한 자질과 역할을 고려해보면, 일반인 보다는 전문적 자질을 갖춘 사회사업가 등 전문가가 조정업무를 수행하는 것이 바람직할 것이다. 나아가 알선조정의 내용적 질을 확보하기 위한 방안으로 형사조정 관련 법률에 형사조정위원의 자질에 관한 일반규정을 명시하고 형사조정에 필요한 연구교육체계³⁷⁾를 구축

36) Stephan Breidenbach, Mediation, Struktur, Chance und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Otto Schmidt Verlag · Köln, 1996, 137쪽.

37) 외국의 경우 조정자의 전문성을 확보하기 위한 실무연수교육기관이 국가차원이나 민간

하는 방안도 생각해볼 수 있다.

VI. 결 어

현재 우리나라에서 시행되고 있는 형사조정제도는 사기, 횡령, 배임, 임금체불 등 사인간의 민사분쟁형 재산범죄와 명예훼손 등 개인적 법익침해 고소사건에 대해 고소장 수리 즉시 수사에 착수하던 기존의 방식에서 벗어나 민간단체인 범죄피해자지원센터에 의뢰하여 형사조정위원들로 하여금 분쟁사건을 원만히 해결하도록 하는 제도이다. 현행 형사조정실무는 비교적 상세한 세부지침에 의거하여 고소사건 당사자에게 자율적인 분쟁 해결의 길을 열어두고 있다는 점에서 회복적 사법의 이념을 실천하기 위한 기반이 구축되어 있다고 볼 수 있다.

그러나 형사조정 실무에 대해서는 수사기관이 원래 담당해야 할 진실 규명의무를 민간기관인 형사조정기관에 전가시킨다는 비판이 제기될 수 있다. 물론 우리나라에서 점증하고 있는 고소사건 중에서는 범죄의 혐의를 인정할 수 없는 고소사건도 존재하지만, 이 경우에도 수사기관은 고소에 대하여 진실을 확인한 후 필요한 조치를 취해야 할 것이다. 또한 성립된 형사조정에 대하여 통상적인 수사를 진행할 길을 열어둠으로써 회복적 사법 보다는 책임옹보의 관점이 전면에 나서게 되었다. 결론적으로 현행 형사조정실무는 서구에서 논의되어왔고 실무에 정착되어 있는 회복적 사법모델과 그 성격상 동떨어져 있다고 판단된다. 이러한 의미에서 현행 형사조정실무를 회복적 사법의 관점에서 재조명할 필요가 있다. 다만 현재

차원에서 설치되어 있으며, 이들 기관들은 국가기관으로부터 재정적 지원을 받으면서 연수교육대상자에 대하여 유료의 수업료를 징수하기도 한다. 예를 들어 독일의 경우에는 전국조직으로서 '가해자-피해자-조정 및 갈등조정 서비스 사무소'(Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung)가 1992년부터 Köln에 설치되어 있는데, 이 사무소는 독일보호관찰협회의 기관으로서 연방법무부의 재정적 지원을 받고 있으며, 연수교육대상자들로부터 일정한 액수의 연수교육비를 받고 있다. 상세한 내용은 <http://www.toa-servicebuero.de> 참조. 또한 Servicebüro für Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktschlichtung, Leistungsbericht, 2005 참조.

의 형사조정실무는 법률적 차원의 근거를 가지고 운용되는 것이 아니라 검찰 내부의 지침 차원에서 시행되고 있기 때문에 향후 형사조정을 법제화하는 과정에서 앞에서 지적된 다양한 문제점들이 해소될 여지는 충분히 존재한다.

참고문헌

- 김용세, 형사제재시스템과 회복적 사법 - “회복적 사법의 이념과 형사제재체계의 개편(이호중)”에 관한 의견을 겸하여, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005
- 김용세, 회복적 사법의 개념과 활용가능성에 관한 小考, 피해자학연구 제12권 제2호, 한국피해자학회, 2004
- 박상기/박강우, 고소제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1998
- 박상식, 회복적 사법에 관한 연구, 경상대학교 박사학위논문, 2004
- 송길룡, 고소사건 처리의 NEW 패러다임, 형사법의 신통향 제2호, 대검찰청, 2006
- 송길룡, 형사조정의 새로운 이해, 법조 2007/5(통권 608호)
- 신동운, 민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안, 형사법의 신통향 제2호, 대검찰청, 2006
- 이진국, 범죄피해자와 회복적 사법, 형사법연구 제19권 제3호, 2007
- 이진국, 회복적 사법이념의 실천방안에 관한 고찰, 형사정책연구 제17권 제4호(통권 제68호), 2006
- 이진국, 회복적 사법과 형사사법의 관계에 관한 소고, 피해자학연구 제14권 제2호, 한국피해자학회, 2006
- 이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2006
- 이진국, 독일형법 제46a조: 자율적 범행원상회복, 비교형사법연구 창간호, 1999.
- 이호중, 피해자-범죄자 조정제도에 관한 연구, 외법논집 제13집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2002
- 이호중, 회복적 사법 이념과 형사제재체계의 개편, -트로이목마의 투입? 값싼 형벌신상품의 개발?, 형사법연구 제22호(특집호), 한국형사법학회, 2005
- 이호중, 회복적 사법(Restorative Justice) - 이념과 법이론적 쟁점들, 피해자학연구, 제9권 1호, 한국피해자학회, 2001

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

Braithwaite, John : Crime, shame and reintegration, Cambridge Univ. Press · Cambridge, 1999

Breidenbach, Stephan: Mediation, Struktur, Chance und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Otto Schmidt Verlag · Köln, 1996

Bundesministerium der Justiz(Hrsg.) : Hans Jürgen Kerner/Arthur Hartmann, Täter-Opfer-Ausgleich in der Entwicklung, Berlin, 2005

Hirsch, Hans Joachim : Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102(1990)

Klukkert, Astrid : Integrative Konfliktregelungen durch ‘Gemeinschaftskonferenzen’ für den Hamburger Stadtteil Lurup -Projektkonzept-, Stadterneuerungs- und Stadtentwicklungsgesellschaft Hamburg mbH, Hamburg, 2001

Lampe, Ernst Joachim : Wiedergutmachung als “dritte Spur” des Strafrechts?, GA 140(1993)

Loos, Fritz : Zur Kritik des “Alternativentwurf Wiedergutmachung”, ZRP26(1993)

Rössner, Dieter : Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, in: Arzt, Gunther u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, Giesecking · Bielefeld, 1992

Die Problematik der geltenden ‘Mediation Penal’-Praxis unter
besonderem Gesichtspunkt von Restorative Justice

Lee, Jin-Kuk*

In der koreanischen Justizpraxis existiert seit 2006 die sog. Mediation Penal, die man als eine der Durchführungsform von Restorative Justice bezeichnen kann. Die geltende Praxis von Mediation Penal ist jedoch im Wesentlichen von Restorative Justice weit entfernt, da es nicht den Kernelementen von wiedergutmachender Justiz entspricht, die das Bestreben nach einer sozialkonstruktiven Lösung strafrechtlich relevanter Konflikte gemein sind. Soweit die koreanische Justiz auf die wiedergutmachende Justiz abzielen will, sollte bisherige Praxis von Mediation Penal dahingehend geändert werden, dass der Erfolg von Mediation Penal mit staatsanwaltschaftlichen Einstellung honoriert wird und dass das Mediationsverfahren dann eingeleitet wird, wenn die Ermittlungsbehörde den bestrittenen Fall erst aufgeklärt haben.

주제어 : 형사조정, 회복적 사법, 남고소, 형사조정지침

Keywords : Mediation Penal, Restorative Justice, Anzeigemissbrauch, Richtlinie der Mediation Penal

* Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Ajou in Suwon/Korea, Dr. iur.