

## 형사사법의 담론과 법원운용의 시스템

이 승 호\*

### 국 | 문 | 요 | 약

이 글은 형사사법의 제 담론과 법원운용의 여러 가지 시스템을 종합적으로 정리·설명하고 각기 나름의 적용영역을 구분하고 있다. 우선 범죄문제의 처리를 법률가에게 독점적으로 맡기는 전통적 형사사법의 담론은 당사자주의와 직권주의라는 전통적인 법원운용의 방식을 발전시켰는데, 그에 대한 비판이 제기되면서 최근 들어 다양한 사법담론과 법원운용의 방식이 제안되는 상황이다. 첫째, 치료사법은 행동과학 분야의 전문가에 의해 기획된 대안적 담론으로서 약물법원 및 정신건강법원의 운용시스템을 창안하였다. 둘째, 비전문가 집단의 이해를 반영한 사법담론으로서 피해자 관점의 형사사법과 공동체사법이 제안되고 있는바, 이는 각기 가정폭력법원과 지역사회법원으로 연결된다. 셋째, 종교인을 비롯한 감성적 사회운동가들에 의해 회복적 사법이라는 전향적인 사법담론도 소개되고 있는데, 여기서는 법원을 화해조정기구로 변화시킬 것을 주장한다. 하지만 각 담론은 전 사법영역을 독점할 수 있는 것이 아니라 각기 나름의 영역에서 개별적으로 활용되는 것이 바람직하다고 이 글은 판단한다. 이러한 인식을 바탕으로 이 글은 특히 최근에 감지되고 있는 치료사법의 확대경향에 대한 비판을 덧붙이고 있다.

❖ 주제어 : 치료사법, 공동체사법, 피해자학, 회복적 사법, 문제해결법원

\* 건국대학교 법과대학 교수, 법학박사

## I. 들어가는 말

주지하는 바와 같이 형사사법(刑事司法)이란 발생한 범죄를 처리하는 일련의 사법(司法)작용을 말한다.<sup>1)</sup> 그 과정은 단계별로 구축되는 것이 일반적인데, 범인을 발견하고 증거를 수집하는 수사, 사안을 재판단계에 회부하는 공소제기, 유·무죄 여부를 판단하는 재판, 그리고 선고된 형을 집행하는 행형 등의 순서로 구성되는 것이 전통적인 형사사법의 모델이다. 아울러 전통적인 형사사법에서는 이러한 일련의 과정이 법규범에 의해 통제된다. 즉, 법이라는 규범적 기준이 형사사법기관에게 집행권한의 최대한과 최소한을 부여하고 그 범위에서 집행의 매뉴얼이 구축되는 것이다. 따라서 형사사법을 이끌어가는 주도권은 마땅히 법률가에게 주어진다. 근대 이후의 형사사법은 이러한 법률가 주도의 전통적 모델에 의해 이끌려져 왔다.

하지만 20세기 후반부터 형사사법의 무대에는 전통적 모델과 궤를 달리하는 담론이 다양하게 등장하였다. 대표적인 것이 소위 치료사법(治療司法, therapeutic jurisprudence)인데, 여기서는 치료수단으로서의 형사사법을 제안한다. 행동과학에 관한 신기술의 발달이 형사사법의 영역에까지 영향을 미치게 된 것인데, 마땅히 법규범의 기준보다는 치료의 기술이 집행 매뉴얼의 근간을 이루게 되고, 형사사법의 실제 운용에 있어서도 치료 전문가의 역할이 강조된다. 그런가 하면 전통적 형사사법이 수립되기 이전에 기능 하였던 고전적인 사법담론도 새롭게 옷을 갈아입고 형사사법의 무대에 재등장하는 양상이 나타났다. 주지하듯이 근대의 전통적 형사사법이 정착되기 전에는 발생한 범죄를 처리하는 과정에서 피해자 내지 공동체의 역할지분이 일정 부분 확보되어 있었다. 그러다가 국가공권력이 형사사법의 전(全) 영역을 지배하는 전통적 형사사법이 등장하면서 피해자와 공동체의 목소리가 현저하게 약화된 것인데, 다시 피해자학과 피해자보호운동이 발달하면서 형사사법에서 피해자 관점(被害者 觀點, victim perspective)이 강조되기 시작하였고 아울러 형사사법에 대한 지역사회 공동체의 관심이 증대되면서 공동체사법(共同體司法, community justice)이라는 다소 생소한 형사사법 운용의 방식도

1) 범죄대책은 크게 구분하여 범죄가 발생된 이후에 행해진 범죄를 처리하는 사후대책과 범죄가 발생되기 이전에 행해질 가능성 있는 범죄를 방지하는 사전대책으로 이루어진다. 전자의 국가작용이 형사사법이고 후자가 범죄예방인데, 양자는 별개로 운영될 수 있는 것이 아니라 상호 긴밀한 연결 관계를 맺으며 범죄대책의 두 축으로 기능한다.

제안되고 있다. 나아가 피해자와 공동체를 형사사법의 전면에 적극적으로 내세우는 보다 전향적(轉向的)인 패러다임도 등장하였으니, 회복적 사법(回復的 司法, restorative justice)이 그것이다. 회복적 사법은 형사사법기관의 역할을 조정의 역으로 전환시키면서 국가 주도의 전통적 형사사법을 배척하는 경향까지 보이기도 한다.

이렇게 형사사법의 무대에 다양한 담론이 제안되면서 법원운용의 시스템에도 여러 가지 변화가 초래되고 있다. 즉, 법률가들이 주도하는 전통적 법원에서는 검사와 변호인이 대립하는 당사자로서 공방하고 법원이 중립적인 판단자의 역할을 수행하면 되었지만, 치료전문가들이 핵심적 역할을 수행하는 치료사법에서는 치료 매뉴얼에 입각하여 관계자들이 상호 협력하는 법원운용의 시스템이 요구되는 것이다. 아울러 피해자 관점의 형사사법이 수용되고 공동체사법이 도입되면 법원의 운용 주체가 다양해질 뿐 아니라 수행 업무의 영역도 다변화된다. 그리하여 전통적 법원운용의 방식에서 탈피한 새로운 시스템이 제안되는데, 20세기 말부터 등장한 문제해결법원(問題解決法院, problem solving court)은 이러한 새로운 경향의 사법담론을 담아낸 결과물로 설명된다. 아울러 회복적 사법은 담론 자체가 전향적인 만큼이나 법원운용의 시스템을 구축함에 있어서도 패러다임의 전환을 추구하는데, 그 일환으로 법원의 기능을 화해조정기구로 변화시키려고 시도하기도 한다.

이러한 다양한 사법담론과 법원운용의 시스템은 이미 우리나라에도 개별적으로 소개되고 있으며,<sup>2)</sup> 그 중의 일부는 제도적인 도입까지 시도되는 상황이다. 따라서 지금쯤의 시점에서는 다양한 사법담론을 상호 비교하여, 각 담론이 정확한 기반을 어디에 두고 있는지, 담론의 본질적 내용은 무엇인지, 그리고 각 담론의 분기점은 어디인지 명확하게 정리하는 작업이 필요하리라고 판단된다. 아울러 새롭게 제안되는 법원운용의 시스템들에 대해서도 전통적 법원의 양식과 어떤 점은 같이하고 어떤 점은 달리하는지, 각 시스템은 어떠한 사법담론을 바탕으로 하고 있는지 검토하는 작업이 요구됨은 물론이다. 그리고 이에 덧붙여서 다양한 사법담론과 법원운용의 시스템이 상호 배척의 관계에

2) 대표적인 문헌을 정리하면 다음과 같다. 박광배, “치료사법의 개념과 현황”, 사법 창간호, 2007, 135-161면; 황태정, 범죄피해자보호 관련법제 개선방안 연구, 한국형사정책연구원, 2006; 이진국·오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2007; 이호중, “회복적 사법:이념과 법이론적 쟁점들”, 피해자학연구 제9권 제1호, 2001, 27면-51면; 이승호, “피해자와 민간의 형사절차 참여를 위한 방안”, 형사법연구 제19호, 2003, 85면-108면.

있는지 아니면 통합 모델의 구축이 가능한지 진단해 보는 것도 유익한 일이라고 판단되는 바, 이 글의 지면은 이러한 일련의 작업에 할애되어 있다.

## II. 형사사법의 담론

### 1. 담론 기획의 주체

형사사법의 다양한 담론을 이해하기 위하여 우선 파악해야 할 사항은 그러한 담론을 기획하고 제안하는 주체가 어떤 집단인가 하는 점이다. 즉, 주도집단을 확인하는 일인데, 그에 따라 해당 담론의 지향과 본질이 결정되기 때문이다. 우선 전통적 형사사법이 범죄문제의 처리를 전적으로 법률가에게 맡기는 체계라는 점은 주지의 사실이다. 따라서 전통적 형사사법에서는 판사, 검사, 변호사 등의 법률 전문가들이 업무수행의 권한을 지니며 그들은 법적 가치기준과 절차에 따라 법적 결론을 도출함으로써 사건을 처리하게 된다. 법률 전문가들이 주도하는 전통적 형사사법의 담론은 근대 이후의 형사사법을 지배하였으며 오늘날에도 여전히 형사사법의 근간을 이룬다.

그런데 범죄문제의 처리에 나름의 목소리를 내는 법률가 이외의 그룹들이 생겨나게 되었는데, 정리하면 다음과 같다. ① 심리학, 정신의학, 행동과학 분야의 전문가 집단은 범죄를 법적으로 단죄해야 할 문제라기보다 치료가 필요한 이상(異常) 현상으로 파악한다. 그리하여 치료사법의 담론을 기획하였으며, 이를 통해 법률전문가 집단과 때로는 대립하고 때로는 협력하면서 형사사법에 나름의 영향을 미친다. ② 전통적 형사사법에서는 상대적으로 소외되었던 피해자 집단도 형사사법 절차에의 적극적 참여를 주장하게 되었다. 특히 성범죄 피해자에 대한 보호운동은 일부 페미니스트들까지 가세하여 나름의 세력을 형성하였으며, 이러한 사회운동의 흐름이 형사사법의 전 영역에서 피해자 관점의 개입을 주장하게 되었다. ③ 공동체사회, 즉 지역사회도 범죄문제의 처리에 관심을 갖고 또 다른 독자적인 목소리를 내기 시작하였다. 그들은 공동체의 안전과 번영을 형사사법의 최우선적 목표로 설정하며 이를 위해 때로는 전통의 형사사법기관과 공동보조를 취하기도 하지만 때로는 중앙집권적인 사법권위를 해체하여 공동체에 기반

을 둔 의사결정구조를 추구하기도 하는데, 이러한 일련의 목소리는 소위 공동체 사법이라는 새로운 사법운영의 담론을 제창하였다. ④ 일부 종교인을 비롯한 감성적 사회운동가들은 형사사법을 화해와 조정의 무대로 변화시키는 기획을 시도하였는데, 그들의 작업에는 이미 나름의 목소리를 내기 시작한 피해자 집단과 지역공동체의 대변인들도 동참하는 양상을 보였다. 그리하여 회복적 사법의 담론이 등장하였으며, 처음에는 다소 이상적(理想的)이라는 평가를 받았으나 곧 현실의 형사사법에 접목되어 구체적인 대안을 갖춘 담론으로 발전하고 있다. 이렇게 볼 때, 형사사법의 각 담론은 기획주체의 측면에서 일단 다음의 표와 같이 구별된다고 할 수 있다.

〈형사사법의 담론과 기획주체〉

| 전 문 가    |       | 비 전 문 가 |       |          |
|----------|-------|---------|-------|----------|
| 법률가      | 치료전문가 | 피해자     | 공동체   | 종교인 및 기타 |
| 전통적 형사사법 | 치료사법  | 피해자 관점  | 공동체사법 | 회복적 사법   |

## 2. 전문가 주도의 형사사법 담론

### 가. 전통적 형사사법

법률가들이 주도하는 전통적 형사사법은 주된 임무를 범죄인에 대한 법적용으로 설정한다. 그런데 주지하는 바와 같이 법은 규제적 측면과 보장적 측면을 동시에 갖고 있는 양날의 칼이다. 즉, 수범자(受範者)의 범위만을 규제할 뿐 아니라 수범자의 자유와 권리를 보장하는 양 기능이 모두 법규범에 내재해 있는 것이다. 따라서 이러한 법의 양 기능 중에서 어느 것을 중시하는가에 따라 전통적 형사사법은 상이한 운영모델을 산출하게 되는데, 소위 범죄통제 모델과 적정절차 모델의 두 가지 관점이 그것이다. 전자는 법의 규제적 속성을 강조하는 모델로서 어떻게 하면 범죄를 감소시킬 것인지에 관심을 두고, 후자는 법의 보장적 속성에 방점(傍點)을 두는 모델로서 형사사법의 공정성에 관심을 둔다. 양 모델의 중심내용을 설명하면 다음과 같다.

우선 범죄통제 모델은 지향을 ‘범죄의 진압과 감소’에 두는 관계로<sup>3)</sup> 형사사법의 효율

3) 범죄통제 모델이 형사사법의 첫 번째 기능을 범죄감소에 두는 배경에는 범죄감소에 실패할 경우

성과 신속성을 중시할 뿐 아니라 형사사법의 운용에 있어서 비공식적인 재량결정도 허용하는 경향을 보인다. 즉, 범죄인의 수는 많고 형사사법에 동원 가능한 자원은 한정되기 때문에, 이러한 상황에서 검거율과 유죄율을 높이려면 형사사법이 효율적이고 신속하게 운영되어야 할 뿐 아니라 경우에 따라서는 공식적 의식(儀式)에서 탈피한 비공식적 의사결정이 필요하게 된다는 것이다. 그러면서 범죄통제 모델은 형사사법에 투입된 대상자에 대하여 ‘아마도(probably) 유죄일 것이라는 추측’을 하는데, 이러한 차원에서 ‘유죄추정(有罪推定, presumption of guilt)’에 기초하는 모델이라고 설명된다.<sup>4)</sup> 그리고 이러한 유죄추정의 정책은 수사기관의 활동에 가능하면 제약을 두지 않는 형사사법을 선호한다. 특히 법원이 수사기관의 진실규명 활동에 과도한 규제를 하는 것을 반대하며, 형사사법의 초기과정에 중요성을 두어 수사기관의 역할을 중요하게 부각시킨다. 즉, 형사사법의 초기단계에서 행해지는 비공식적 재량결정을 통해 유·무죄의 여부를 가려내려고 하며,<sup>5)</sup> 그 이후의 단계에서는 초기단계의 처리결과를 검토하는 작업이 수행되는 것이다.

반면 적정절차 모델은 ‘형사사법의 공정한 실행’을 주된 목표로 설정하기 때문에 효율성이나 신속성 보다는 신뢰성을 중시하고 재량적인 권한행사보다는 법규범상의 매뉴얼에 따른 형사사법의 운용을 강조한다. 즉, 형사사법은 항시 남용될 수 있고 나름대로 최선을 다한다고 해도 인간관찰의 부정확성, 감정적 처리, 편견의 영향 등이 개입할 수 있으므로,<sup>6)</sup> 이를 막기 위해서는 결국 공식적이고 공정한 룰에 입각한 절차의 실행을

자유사회의 기초조건인 공공질서가 파괴된다는 생각이 있다. 아울러 법집행이 흔들리면 법에 대한 경시가 촉발된다는 것이다. 이렇게 공공질서가 파괴되고 법에 대한 경시가 확산되면, 결국 법을 준수하는 일반시민들의 안전과 자유, 재산이 침해된다는 주장이다. 한마디로 말해서, 범죄통제 모델은 일반시민들의 이익을 보호하려는 형사사법 정책이다(Joel Samaha, Criminal Justice sixth ed., Wadsworth, 2003, pp. 11-12).

- 4) 범죄통제 모델은 컨베이어 벨트로 연결된 조립 공정대로 표현되기도 한다. 끊임없이 투입되는 사건들을 쉼 없이 이동시키고, 일정 장소마다 고정적으로 서 있는 일꾼들이 작지만 꼭 필요한 나름의 작업을 수행하여, 완성품으로 한 단계씩 나아가게 하는 컨베이어 벨트와 같이 범죄통제 모델에서의 형사사법은 각 단계에서마다 형사사법기관이 나름의 작업을 수행하여 대상자를 유죄인으로 만들어 나간다는 것이다(Herbert Packer, The Limits of the Criminal Sanction, Stanford University Press, 1968, p. 159).
- 5) 따라서 수사단계에서의 피의자신문에 많은 비중을 두기도 한다. 재판단계에서의 심문 보다 수사기관의 피의자신문이 사실관계를 훨씬 더 빨리 밝혀내기 때문이다.
- 6) 단적으로 말해, 적정절차 모델은 형사사법기관의 도덕성을 믿지 않는다. 즉, ‘형사사법의 도덕성에 대해 회의주의(skepticism)’적 관점을 견지하는 것이다.

지키는 수밖에 없다고 한다. 적정절차 모델은 소위 ‘무죄추정(無罪推定, presumption of innocence)의 원칙’을 강조하는 것으로 알려져 있는데,<sup>7)</sup> 이는 곧 특정 사안에 있어서 유죄인을 색출하는 일보다 해당 개인의 권리를 보호하는 일에 우선순위를 두기 때문이다.<sup>8)</sup> 그리고 이러한 맥락에서 적정절차모델은 수사단계 보다 재판단계에 더 중점을 둔다. 즉, 수사기관에 의해 주도되는 형사사법의 초기단계에서보다 중립적인 법관이 관리하는 재판단계에서 사건의 실체가 규명되도록 하여야 형사사법의 공정성이 실질적으로 확보된다는 것이다.

역사적으로 살펴볼 때 범죄통제 모델과 적정절차 모델은 마치 시계의 추와 같이 교대하며 전통적 형사사법을 지배하여 왔다. 즉, 강성(強性) 형사사법이 요구되는 사회적 상황에서는 범죄통제 모델이 선호되다가 시간이 지나면서 강성의 과도함이 문제되어 연성(軟性) 형사사법이 주장되는 경우에는 적정절차 모델이 채택되며, 다시 온건한 형사사법에 대한 비판이 점등하면 범죄통제 모델이 복귀하는 식으로 양 모델의 순환이 계속되었던 것이다. 하지만 어떤 모델이 입각하건 전통적 형사사법은 범죄인에 대한 처우의 지향과 내용을 구축하는 일에 대부분의 관심을 쏟기 때문에 피해자의 이해라든지 공동체의 입장에 대한 헤아림은 부족할 수밖에 없는 것이 사실이다.

## 나. 치료사법

치료사법이란 한 마디로 말하여 사법을 치료수행의 활동으로 구축하는 담론이다.<sup>9)</sup>

7) 적정절차 모델은 장애물경기 코스와 유사하다. 형사사법의 각 단계에 가능한 한 많은 장애물이 놓아두고 피의자 및 피고인의 다음 단계 진행을 막는데, 이러한 장애물이란 곧 공식적 절차규칙을 말한다(Herbert Packer, 각주 4)의 책, p. 170).

8) 적정절차 모델은 피의자, 피고인, 범죄인들의 인권에 많은 관심을 쏟는다. 사회적 낙인, 자유 및 프라이버시의 박탈, 해고의 위험, 가정의 파괴, 인격손상 등이 형사사법에 연루된 개인에게 초래되고, 이것은 곧 국가의 입장에서 개인을 그런 지경으로 빠지게 할 수 있다는 것인 바, 그렇다면 이렇게 힘 있는 형사사법절차를 운용함에 있어서는 철저하게 공정한 물에 따르도록 해야 한다고 주장한다. 아울러 적정절차 모델은 형사사법의 평등한 집행에도 많은 관심을 갖는다. 즉, 성, 연령, 사회적 혹은 경제적 지위, 교육정도 등의 변수들에 의해서 형사사법절차의 대상자에 대한 처우가 달라져서는 안 된다는 것이다.

9) 치료사법이라고 번역되는 ‘therapeutic jurisprudence’라는 용어는 아리조나 대학의 범심리학 교수인 David Wexley 교수가 1980년대 후반부터 사용하기 시작하였는데, “치료기관으로서의 법의 역할에 대한 연구(the study of the role of the law as a therapeutic agent)”라고 정의된다(David Wexler, “Therapeutic Jurisprudence: An Overview”, p. 1 참조. 이 글은 <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj>)

즉, 사법은 규범을 적용하는 과정만이 아니라 “치료적인 결과를 창출할 수도 있고 반치료를적인 결과를 초래할 수도 있는 사회적인 힘”이라는<sup>10)</sup> 것이다. 이러한 관점은 심리학, 정신의학, 행동과학 등과 같이 인간의 행동과 심성을 과학적으로 연구하는 분야의 전문가들에 의해 발전되었는데, 그들에 의하면 형사사법의 대상이 되는 사람들 중에는 소질적(素質的) 측면에서 해결해야 할 문제를 안고 있는 경우가 많다고 한다. 특히 대상자가 알코올이나 약물에 중독되어 있다든지 심리 내지 정신의 영역에서 트러블을 겪고 있는 경우에는 기계적인 처벌만으로 소질상의 문제가 해결되지 않으므로 결국 사법을 통해 치료적인 기능을 향상시킬 방안이 모색되어야 한다는 것이다. 문제는 과연 형사사법이 그러한 치료적 기능을 수행함에 적합한 기제인가 하는 점인데, 앞에서 소개한 Winick과 Wexler의 명제에 나타난 바와 같이 치료사법의 담론은 사법이 충분히 치료친화적(治療親和的)임을 주장한다.

이렇게 사법의 지향을 치료로 설정하면 전통적 형사사법이 의지하는 법규범의 매뉴얼은 치료전문가의 처방전에 실행준거(實行準據)의 자리를 내주게 된다. 즉, 규범적 기준보다 사실적인 치료효과가 형사사법작용을 이끄는 기준으로 기능하게 되는 것이다. 따라서 형사사법의 각 단계에서 치료전문가의 발언권이 강해지는 것은 당연하다. 수사단계에서는 치료의 대상자를 판별하는 작업이 행해지고 재판단계에서는 치료의 내용이 결정되며, 행형의 단계에서는 구체적으로 치료가 행해지게 될 것이니 이러한 일련의 과정을 주도하는 역할이 법률가로부터 치료전문가에게로 넘어가는 양상이 나타난다.<sup>11)</sup> 아울러 전통적 형사사법에서는 형사사법의 각 단계가 나름의 독자성을 갖추고 있었으나 치료사법은 수사와 재판 그리고 행형의 각 단계가 통합되어 치료라는 궁극의 효과를 달성해야 한다는 점을 강조한다. 따라서 각 단계의 관계자는 대상자의 치료를 위해 협력하는 관계를 보이게 되며, 그 결과 검사와 변호인이 상호 협조하여 법관과 함께 치료 작업에 동참하는 경우까지 가능해 진다.

에 실려 있다).

10) Bruce J. Winick & David B. Wexler, *Judging in a Therapeutic Key*, Carolina Academic Press, 2003, p. 7.

11) 이러한 점 때문에 치료사법은 사법의 독립을 저해할 가능성이 있다고 비판받는다. 즉, 치료사법은 사법절차 내에서 치료, 상담, 교육 등의 처우를 실행하기 때문에 판사는 처우전문가에게 의존할 수밖에 없는데, 이러한 경향이 심화되면 사법절차의 주도권이 처우전문가에게 넘어 가서 결국 사법의 순수성이 훼손될 여지가 발생하게 된다는 것이다.

치료사법이 대상자를 단순히 처벌함에 그치지 않고 적극적으로 치료하고자 시도하는 담론이라면 그만큼 전통적 사법에 비해 사법의 개입적 성격이 강해지는 것은 어쩔 수 없다. 사실 치료사법은 극단적으로 비유하자면 법률가의 위력에 치료전문가의 권위를 덧붙이는 사법운용의 체계라고 할 수 있다. 따라서 형사사법이 할 수 있는 일의 범위가 넓어지고 그 정도 역시 강화된다.<sup>12)</sup> 결국 사법이 중립적인 제3자로서 해당 사안에 대하여 판단만 하고 멈추는 것이 아니라 후견적 입장에서 대상자를 치료하는 작업까지 수행하는 것이니,<sup>13)</sup> 이러한 차원에서 치료사법은 소위 ‘개입적 사법(介入的 司法, engaged judiciary)’의 성격을 띠는 것으로 설명된다.

### 3. 피해자와 공동체 주도의 형사사법 담론

#### 가. 피해자 관점의 발전

주지하는 바와 같이 근대의 형사사법은 범죄인처우의 지향과 기법에 주된 초점을 맞추었으며 그 결과 피해자의 이해에 대한 고려는 적극적으로 행해지지 못하였다.<sup>14)</sup> 하지만 20세기 중반 이후 피해자의 지위에 대한 관심이 증대되었는데, 그 선두에는 소위 ‘피해자학(被害者學, victimology)’이라는 새로운 학문적 담론이 서 있었다. 피해자학은 초기에는 범죄발생의 원인에 피해자 변수가 개재되지 않는지에 대한 호기심에서 시작되었지만 차츰 범죄인의 인권 못지않게 피해자의 인권을 보호하는 일이 형사사법의 중요한 과제라는 관점을 구축하게 되었다. 그리하여 범죄로 야기된 피해의 구조라

12) 치료사법은 행동변화 프로그램에 범위반자를 적극적으로 참여시켜서 자기변혁을 이루어 내자고 주장한다. 동기를 부여하기 위하여 네거티브 방법 뿐 아니라 포지티브한 방법이 같이 동원되고, 처우는 신속히 실행되며, 성과에 대한 점검을 수시로 시행한다. 결국 형사사법의 업무영역이 확대 되는 것이다.

13) 이러한 점 때문에 치료사법은 권위적인 사법후견주의로 연결되어, 그 앞에 서는 대상자는 한 없이 무력해 질 수 있으며, 소위 적법절차원칙의 후퇴 가능성이 상존한다는 비판이 제기된다.

14) 국가권력이 강화되면서 질서확보의 권한과 책임이 공동체사회로부터 상당부분 국가로 이관되었는데, 이렇게 국가법체계가 공동체사회의 규범을 대체하게 되면서 국가는 범죄문제에 있어서도 해결사로서의 역할을 담당하게 된다. 아울러 이러한 현상은 점차 피해자를 범죄문제 해결의 장에서 몰아내게 된다. 즉, 국가권력의 강화가 형사사법의 장을 범죄인과 피해자의 관계에서 국가와 범죄인의 관계로 변모시켜 간 것이다.

든지 형사절차에서 초래될 수 있는 2차 피해로부터의 피해자보호가 형사사법의 해결과 제라는 인식을 확산시켰고, 한걸음 더 나아가 형사절차의 진행에 있어서 피해자의 발언권 강화까지 추진하게 되었다.

이러한 피해자학의 주장은 의미 있는 반향을 일으켜 사회운동으로서의 피해자보호운동을 견인하였다. 즉, 피해자가 사회의 약자로 인식되면서 피해자의 권리를 대변하는 사회단체들이 구성되었고, 이들은 범죄인처우에 치중되어 있는 형사사법의 전통적 구도에 피해자 관점(被害者 觀點, victim perspective)의 도입을 제창하였던 것이다. 그리고 이를 위한 구체적 방안이 모색되었는데, 그 결과물은 다음과 같이 정리된다.

첫째, 범죄로 인한 피해를 공적으로 구조하기 위한 방안이 형사사법의 한 내용으로 편입되어야 한다고 주장되었다. 즉, 형사사법은 범죄인에 대한 처벌과 재사회화의 영역에만 머물러서는 안 되고 피해자의 생활을 정상화시키는 일까지 감당해야 하는데, 이를 위해 우선적으로 해결해야 할 과제가 범죄로 야기된 피해의 보상이라는 것이다. 전통적 사법체계에서는 범죄피해의 회복은 범죄인의 손해배상으로 해결하는 것이 원칙이었으나, 이에 대해 소위 피해자 관점의 형사사법은 범죄피해의 공적 구조를 확립함으로써 범죄인에게 손해배상의 능력이 없는 경우일지라도 피해자를 방책 없이 내버려 두어서는 안 된다는 주장을 하게 된다.

둘째, 형사절차의 진행과 관련하여 피해자를 보호하기 위한 방안도 제안되었다. 대표적인 것이 성폭력범죄 등의 피해자가 겪는 2차 피해 내지 3차 피해를 방지하기 위한 방안들인데,<sup>15)</sup> 이를 위해 전통적 형사사법이 근거하였던 형사절차의 공개성 원칙이 일정한 조건 하에 유보되기도 한다. 아울러 피해자 관점의 형사사법은 피해자의 신변안전을 보장하기 위한 방안도 제안하는데, 이는 강력범죄 등의 사건을 처리함에 있어서 피해자가 증인 내지 참고인으로 진술하는 것에 대한 보복의 우려를 불식시키기 위한 것으로 설명된다.

셋째, 형사사법의 운영과 관련하여 가장 중요하게 제기되는 피해자 관점의 방책은

15) 2차 피해란 피해자가 재판과정에서 피고인 측으로부터 명예 및 프라이버시를 침해하는 진술을 강요받음으로써 발생하는 피해를 말하고(성폭력범죄의 피해자가 겪는 2차 피해에 대하여는 정현미, “성폭력범죄 형사절차상 이차적 피해”, 피해자학연구 제8호, 한국피해자학회, 2000, 172면 참조), 3차 피해란 피해자가 이웃이나 사회로부터 따돌림 당하여 취업, 결혼, 대인관계 등에서 기피의 대상이 되는 것을 말한다(이성호/김상균/신석환, 범죄피해자학, 21세기사, 2005, 255-256면).

피해자에게 형사절차 개입의 권한을 확보해 주는 것이다. 즉, 피해자는 범죄로부터 피해를 입은 직접 당사자이기 때문에 범죄인을 수사·재판하고 선고된 형을 집행하는 일련의 절차에서 적극적으로 개입할 수 있어야 한다는 것이다. 이를 위해 피해자 관점의 형사사법은 여러 가지 방안을 기획하는데, ① 무엇보다 선결적으로 보장되어야 하는 것은 피해자의 정보권(情報權)이라고 한다. 해당 형사절차의 진행상황을 피해자로 하여금 구체적으로 알 수 있도록 해 주는 정보권은 형사사법기관이 일정 사항을 피해자에게 통지해주는 방법과 피해자가 형사사법 기관에 보관된 정보를 스스로 열람하는 방법의 두 가지 형태로 실행된다. ② 정보접근 다음으로 요청되는 피해자의 형사절차 개입의 권한은 진술권(陳述權)이다. 재판절차에서 피해자로 하여금 당해 사건에 관한 의견을 진술할 수 있도록 하는 것이 피해자 진술권의 핵심적 사항인데, 진술 가능한 의견의 내용으로는 증언뿐 아니라 심정에 대한 토로와 양형의견이 포함된다. ③ 피해자 관점을 보다 강하게 형사사법에 접목시키려고 시도하는 진영에서는 형사절차의 진행여부 자체에 피해자의 의사를 반영하는 방안을 기획한다. 피해자로 하여금 직접 소추권을 행사하도록 하는 피해자소추주의는 가장 강력한 방법이며, 이보다 완화된 형태로서 재정신청 제도라든지 소송참가제도가<sup>16)</sup> 제안되기도 한다. ④ 마지막으로 피해자의 형사절차 참여를 실질적으로 보장하기 위한 방안으로 피해자의 변호인선임권이 주장된다. 피해자가 참고인 내지 증인의 위치를 넘어서 형사절차에 적극적이고 주체적으로 참여하기 위해서는 변호인으로부터 법적 부조를 받을 수 있도록 하는 것이 필수적이기 때문이다.

## 나. 공동체사법

공동체사법 역시 전통적 형사사법의 한계와 문제점을 비판하면서 제안된 새로운 형사사법의 담론이다. 한 마디로 정리하면, 형사사법의 목적은 국가법질서의 권위를 확인·보강하는 것이 아니라 공동체의 안전을 구체적이고 실질적으로 확보·증진하는 것이며, 이러한 지향을 달성하기 위해서는 독점적으로 국가공권력을 실행하는 관행에서

16) 독일의 법제는 사인소추의 대상이 아닌 사안에 있어서도 일정한 경우에 범죄피해자에게 검사와 유사한 지위를 부여하는 제도를 운영하고 있다. 즉, 피해자가 공판절차에 참여하여 의견진술을 포함한 형사절차 진행의 제반 권한을 갖게 되는 것이다(독일 형사소송법 제396조). 이렇게 피해자에게 부여한 형사재판의 참여와 수행의 권한을 소송참가의 권한이라고 한다.

탈피하여 공동체와의 긴밀한 협조를 바탕으로 공동체 안에서 형사사법이 실행되는 틀을 마련해야 한다는 것이다. 공동체사법이 요청되는 이유는 앞에서 지적한대로 전통적 형사사법의 한계와 문제점 때문인데, 공식적 기관의 업무수행에만 전적으로 의지하는 형사사법은 범죄문제의 처리에 이해관계를 가지는 집단 및 개인의 관심을 해체시킬 뿐만 아니라 필요 이상의 고비용(高費用)과 엄형(嚴刑)을 대가로 치르게 된다는 것이 공동체사법의 주장이다. 따라서 형사사법의 무대 전면(前面)에 공동체를 적극 등장시키자고 하는 것이며, 이를 통해 생산적이고 창조적인 형사사법의 가능성을 열고자 시도한다.

연혁을 살펴볼 때, 오늘날 주장되는 공동체사법은 공동체경찰(共同體警察, community policing)에서 발전되었다는 것이 일반적인 설명이다. 공동체경찰이란 경찰과 공동체가 상호 협조체계를 이루어 경찰활동을 수행하는 것인데, 그럼으로써 ‘창문을 깨뜨리는 행위(broken window)’와 같은 사소한 범위반에도 소홀함 없이 대처할 수 있게 되어 결과적으로 보다 중한 범죄의 예방과 공동체의 안전증진을 도모하게 된다.<sup>17)</sup> 공동체경찰이 일정 부분 성공하였다는 평가를 받아 경찰 이외의 형사사법기관들도 공동체경찰의 모델을 따르게 되었고, 그러면서 공동체사법이라는 담론이 자연스럽게 형성되었다. 그리하여 법원체계에 있어서도 지역사회법원이라는 새로운 모델이 등장하였으며, 보호관찰업무 역시 지역사회 내에서 공동체 구성원들과의 협력 하에 범죄인에 대한 처우를 실행하는 경향을 발전시켰다. 그런데 수사기관이나 재판기관 그리고 교정기관의 어디에서 추진되는 것이든 공동체사법은 형사사법이 공동체와 단순히 협력체계를 구축한다는 것 이상의 의미를 띄고 있음에 주의를 요한다. 즉, 공동체 사법의 담론에는 전통적 형사사법이 근거하는 중앙집권적인 사법권위를 탈피하여 공동체에 기반을 둔 의사결정 구조를 새롭게 구축한다는 철학이 담겨 있으며, 실제로 있어서도 관심의 초점을 범죄인 쪽에만 설정하는 것이 아니라 범죄가 공동체사회에 끼치는 영향을 광범하게 염두에 두어 형사사법의 전략을 기획·실행하게 되는 것이다.

17) 미국의 경우 공동체경찰은 1980년대에 시작되었으며 많은 도시에서 경찰들은 순찰차를 포기하고 도보순찰을 다시 실시하여 공동체 구성원들과의 관계를 증진하고자 하였다. 아울러 공동체 경찰은 단순히 범인체포를 경찰작용의 목적으로 두지 않고 범죄야기의 원인을 해소하여 범죄를 궁극적으로 방지하는 일에 궁극의 목적을 설정하였다.

## 다. 회복적 사법

지금까지 제안된 새로운 형사사법의 담론 중에서 회복적 사법은 지지그룹의 면에서 가장 보편성을 갖추고 있는 것으로 평가받는다. 형사사법에 대한 종교적 관점이 계기가 되어 기획되었지만 곧 피해자 관점과 공동체의 요구를 수용하였으며 현재에는 치료사법의 전문가들에서까지 우호적인 지지를 받고 있는 것이다. 그러면서도 회복적 사법은 내용의 면에서 대단히 전향적이고 진보적이다. 형사사법을 바라보는 기본시각에서부터 색다름을 보이는데, 회복적 사법의 담론에 의하면 전통적 사법은 불신을 바탕으로 하는 형사사법이라고 한다. 즉, 범죄인이 법질서를 위반하여 스스로 신뢰를 파괴했기 때문에 형사사법도 범죄인을 불신하겠다는 태도가 전통적 형사사법에 녹아 있다는 것이다.<sup>18)</sup> 하지만 불신을 불신으로 대처하는 것은 파괴의 심화만을 결과할 뿐이다. 따라서 불신의 고리를 끊고 신뢰의 형사사법을 구축해야 한다는 것이 회복적 사법의 주장이며, 이를 위해 전통적 형사사법과 대비되는 나름의 형사사법 담론을 기획한다.

우선 회복적 사법은 형사사법에 있어서 대립되는 당사자의 구도를 새롭게 설정한다. 즉, 전통적 형사사법은 범죄인과 국가의 대립구도 속에서 범죄인처우의 지향과 내용을 구축하였으나, 회복적 사법은 형사사법의 실행과 관련하여 이해관계를 가진 대립당사자를 범죄인과 피해자 혹은 범죄인과 공동체사회로 설정한다. 이렇게 국가가 후선(後線)으로 물러나고 피해자와 공동체를 형사사법의 전면(前面)에 내세운다는 점에서 회복적 사법은 피해자 관점 및 공동체사법과 연대를 구축하는 것이 가능해진다.

그러면서 회복적 사법은 범죄의 본질을 신뢰위반으로 설명한다. 즉, 범죄인이 피해자 내지 공동체로부터 부여받은 신뢰를 깨뜨린 행위가 범죄라는 것이다. 여기서 과연 어떤 신뢰가 부여되었는지 질문이 제기될 수 있는데, 회복적 사법의 설명에 따르면 사회구성원들에게는 다음과 같이 3가지 종류의 신뢰가 주어질 수 있다고 한다.<sup>19)</sup> ① 가장 보편적인 신뢰는 자동적(自動的, automatically)으로 부여되는 신뢰이다.<sup>20)</sup> 예를 들어 특

18) 이렇게 범죄인을 불신하는 전통적 형사사법의 문화는 사실상 범죄와 그로부터 야기되는 갈등을 충분히 제거할 수 있을 만큼 힘 있는 형사사법기관들에 의해 한층 강화되는 측면도 있다는 것이 회복적 사법의 지적이다.

19) Aleksandar Fatic, Punishment and restorative crime-handling : a social theory of trust, Aldershot ; Brookfield : Avebury, 1995, pp. 212-214

20) 이러한 세 유형 중에서 범죄로 위반되는 신뢰는 대부분 첫째의 경우라는 것이 회복적 사법의 설명

단의 사유가 있지 않는 한 우리에게는 길에서 만난 다른 사람을 공격하지 않을 것에 대한 신뢰가 자동적으로 부여되어 있으며, 따라서 거리범죄(street crime)는 이렇게 자동적으로 부여된 신뢰를 깨뜨린 행위로 파악된다. ② 특수한 상황 하에서 긴급성(緊急性, urgency)에 기초하여 신뢰가 부여될 수도 있다. 화재를 당하여 급하게 다른 사람에게 진화의 도움을 청한 경우를 예로 들 수 있는데, 이 때 도움의 과정에서 청탁인의 재물을 절취하였다면 긴급신뢰를 위반한 것으로 설명될 수 있다. ③ 자동신뢰 내지 긴급신뢰가 아니면서 예외적으로 특정인에게 신뢰를 부여하는 예외적(예외적, exceptional)인 경우도 생겨날 수 있다. 즉, 특정 사항에 대해서만 의식적으로 청탁하면서 긴급한 일처리가 아닌 경우를 말하는데, 친구로부터 선물전달을 부탁받은 자가 선물을 소비하였다면 이는 예외신뢰를 위반한 행위로 설명될 수 있다는 것이다.

범죄를 신뢰파괴의 행위로 이해하는 바탕 하에 회복적 사법이 설정하는 형사사법의 과제는 깨어진 신뢰의 회복이다. 즉, 범죄의 발생으로 신뢰가 깨어진 상황에서 범죄인과 피해자 및 범죄인과 공동체 간의 갈등을 생산적으로 해결하여 신뢰를 회복해 내는 것이 형사사법의 지향이어야 한다는 것이다. 이를 위해 다음의 점들을 형사사법 운용의 원칙으로 제안한다.<sup>21)</sup> ① 형사사법기관의 일차적 위상을 조정자(調停者) 내지 중재자(仲裁者)로 설정한다. 즉, 독점적 권위에 입각하여 일방적으로 법을 집행하는 것이 아니라 범죄인과 피해자 내지 범죄인과 공동체 간의 갈등을 조정하고 중재하는 것이 형사사법기관의 우선적 역할이라는 것이다. ② 갈등해결의 중요한 기제로서 원상회복을 제안한다. 즉, 범죄인을 단순히 처벌하는 것이 아니라 범죄인이 피해자와 공동체에 끼친 피해를 복구할 수 있도록 주선하는데, 바로 이러한 피해의 복구가 범죄로 인해 깨어진 신뢰를 회복하는 필요조건이기 때문이다. ③ 범죄인에게 부과되는 강제조치는 최소화하는 것이 바람직하다고 주장한다. 따라서 구금이 필요한 경우에도 실행되는 구금의

이다. 아울러 첫째 유형의 신뢰는 그것이 자동적으로 부여되지 않는다면 우리의 공동체 생활(community life)이 불가능하고, 사회가 유지되지 않을 것이기 때문에 그만큼 그것의 위반은 심각하게 받아들여진다고 한다.

21) 회복적 사법에 대해서는 각국의 입법이 명확한 개념정의를 하지 않고 있으며, 대부분의 프로그램이 비공식적 성격을 띠고 있어서 통일적 개념정립이 어려운 것으로 설명된다(도중진·원혜옥, 보호관찰단계에서의 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2007, 11-13면). 그리하여 이 글에서는 일단 회복적 사법의 개념범주를 최대한 넓게 설정하여 이후의 논의 폭을 확대하고자 하며, 이를 위해 ‘갈등해결을 통한 신뢰회복’을 목표로 설정한다는 점과 ‘화해조정 및 원상회복의 실행과 강제조치의 최소화’를 기제로 사용한다는 점을 회복적 사법의 개념표지로 설명하고 있는 것이다.

본질은 처벌적 구금이 아니라 갈등방지구금에 그쳐야 한다. 신뢰의 회복은 처벌이 아니라 화해를 통해서 달성된다는 것이 회복적 사법의 논지이기 때문이다.

이렇게 볼 때 회복적 사법은 통상적으로 연성(軟性) 형사사법을 선호하게 되는데,<sup>22)</sup> 그러면서도 형사사법의 목적달성에는 부족함이 없다고 주장한다. 즉, 범죄인에 대하여 자기가 행한 범행에 상응한 원상회복을 요구함으로써 형사사법의 처벌적 기능이 수행될 뿐만 아니라 범죄인으로 하여금 치우 프로그램에 적극적으로 참여하도록 유도함으로써 교화의 목적도 달성될 수 있다는 것이 회복적 사법의 설명이다.<sup>23)</sup>

### III. 법원운용의 시스템

#### 1. 법원모델의 배경담론

형사사법의 담론이 다양해지면서 법원운용의 시스템에도 변화가 초래되고 있다. 종래 법원은 순수하게 재판의 기능만 담당해 왔으나 최근 들어서는 법원이 치료업무를 비롯하여 관련자의 요구와 필요사항을 수행해 주는 업무 나아가 화해조정 업무 등을 떠맡는 양상이 나타나고 있는 것이다. 이렇게 새로워진 법원운용 시스템의 선두에 소위 문제해결법원이라는 다소 이색적인 법원모델이 있다. ‘문제해결’이라는 명칭 자체에서 재판기능 이상의 그 무엇이 법원의 업무에 부과됨을 알 수 있는데, 부과되는 업무의 내용에 따라 약물법원, 정신건강법원, 가정폭력법원, 지역사회법원 등이 구별된다. 아

22) 회복적 사법은 자유형을 제재체계의 중심에 놓지 않기 때문에 가해자 및 그 가족들에 대한 고통이 훨씬 약하고, 비난보다는 신뢰회복을 지향하기 때문에 낙인의 부작용도 덜 하다.

23) 회복적 사법은 전통적 사법보다 범죄인에 대한 교화에 성공적이라고 주장하는데, 그 이유는 5가지에서 찾아진다고 한다. : ① 회복적 사법은 발생된 피해에 합리적이고 논리적으로 관련된다. ② 회복적 사법의 기제인 원상회복은 그 내용이 명확하고 정확하기 때문에 범죄인의 입장에서 자기가 언제까지 그리고 어느 정도 부담을 수행해야 하는지 알 수 있다. ③ 회복적 사법은 범죄인에게 수동적이고 어쩔 수 없는 교정프로그램에의 참여가 아니라 자발적이고 적극적인 참여를 유도하고 있다. ④ 회복적 사법은 범죄인에게 그의 잘못을 보상하는 방법과 죄의식을 처리할 수 있는 방법을 구체적으로 제공한다. ⑤ 회복적 사법은 범죄인으로 하여금 원상회복의 노력을 보이게 함으로써 범죄인에 대한 사회의 긍정적 반응을 형성시킨다(Hudson, J., and B. Galaway, “Undoing the Wrong.” Social Work 19, 1974, p. 45).

올려 매우 전형적인 법원모델도 제안되고 있다. 미국의 공동체법정, 뉴질랜드의 가족단위협의체, 호주의 지역사회협의체 등이 유사한 계열인데, 여기서는 법원이 화해조정업무의 수행에 중점을 두게 된다.

그리하여 이렇게 다양해진 법원운용의 시스템을 이해하기 위해서는 우선 각기의 법원모델이 어떤 사법담론을 배경으로 하는 것인지 파악할 필요가 있다. 앞에서 설명한 전통적 형사사법, 치료사법, 피해자 관점의 형사사법, 공동체사법, 회복적 사법 등의 각 담론이 새로운 법원운용 시스템과 어떻게 관련되는지 검토해 보자는 것인데, 정리하면 다음과 같다.

우선, 법원의 업무를 순수한 재판기능의 담당으로 한정하는 전통법원의 모델이 전통적 형사사법의 담론에 근거하는 것임은 당연하다. 전통법원은 철저하게 법률가의 주도에 의해 운용되며 기소된 사안에 대한 법적 판단을 주된 업무로 하고 있기 때문이다. 하지만 최근에는 전통법원의 모델에 약간의 변형이 가해지고 있는데, 그 배경에는 치료사법의 담론이 있다. 즉, 치료사법의 영향 하에 전통법원이 재판 기능에 첨가하여 제한된 범위 내의 치료업무를 수행하는 양상이 나타나고 있는 것이다.<sup>24)</sup>

다음에, 문제해결법원 중에서 약물법원과 정신건강법원은 치료사법이 만들어낸 대표적인 법원모델이라고 할 수 있다. 여기서는 피고인을 법적으로 단죄하는 일보다 치료하는 일이 우선시되며, 따라서 치료전문가의 역할이 다른 어떤 관련자의 이해나 요청보다 중시되는 모습을 보이게 된다. 하지만 문제해결법원 중에서도 가정폭력법원에는 치료사법 이외에 피해자 관점의 형사사법이 중요한 배경담론으로 작용한다. 가정폭력사건의 처리에서는 피해자보호가 가장 중요한 과제로 설정되기 때문인데, 그 결과 오히려 피해자 관점의 사법담론이 주된 바탕을 이루고 치료사법이 보조적인 배경담론으로 기능하게 된다. 나아가 지역사회법원이라는 문제해결법원에서는 공동체사법이 주된 배경담론이 되고 그에 덧붙여서 피해자 관점의 사법담론이 보조담론으로 기능한다. 지역사회법원은 공동체가 주도하여 사안을 해결하는 법원모델이며, 그 과정에서 피해자의 이해와 요청을 해결의 변수로 받아들여지게 되기 때문이다.

마지막으로, 법원의 기능을 화해조정업무의 수행으로 변형시키는 모델에서는 회복적

24) 덧붙여서 최근에는 피해자 관점의 수용 현상도 발견되고 있으나, 그 영향은 그리 크지 않은 것으로 판단된다.

사법의 담론이 이념적 토대로 작용한다. 즉, 신뢰의 회복을 형사사법의 지향으로 설정할 때 법원의 임무는 법의 단순한 적용이 아니라 화해를 통한 갈등해결의 도모가 되는 것이다. 위의 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

〈법원모델의 배경담론〉

| 구 분  | 전통법원        | 약물법원 | 정신건강<br>법원 | 가정폭력<br>법원 | 지역사회<br>법원 | 화해조정<br>법원 |
|------|-------------|------|------------|------------|------------|------------|
| 주담론  | 전통적<br>형사사법 | 치료사법 | 치료사법       | 피해자<br>관점  | 공동체<br>사법  | 회복적<br>사법  |
| 보조담론 | 치료사법        |      |            | 치료사법       | 피해자 관점     |            |

## 2. 전문가 담론의 법원모델

### 가. 전통법원

근대 형사사법에 있어서 법원의 전통적 기능은 기소된 사안을 대상으로 중립적인 판단자의 입장에서 재판업무를 수행하는 것이다. 재판은 사실판단과 법적 판단의 두 부분으로 이루어지는데, 사실판단 역시 증거법의 규정에 의해 행해지는 것이므로 결국 법의 해석과 적용이 재판의 핵심적 내용으로 된다. 따라서 전통법원의 운용은 법률가에 의해 주도되는 것이다. 다만 같은 법률가이면서도 법관과 양 당사자(검사 및 변호인)의 역할은 다를 수밖에 없는데, 과연 어느 쪽의 법률가가 소송추행(訴訟追行)의 주도권을 갖는가에 따라 당사자주의와 직권주의의 양 모델이 제시되어 왔다.

주지하는 바와 같이 당사자주의란 소송의 주도적 지위가 양 당사자에게 부여되어 있으며 법관은 단순한 판단자의 지위에 머무르는 소송구조를 말한다.<sup>25)</sup> 즉 법관은 스포츠게임에서의 심판 정도의 지위만을 갖고 있어서, 진행과정상의 규정위반을 지적하고 마지막에 결과의 승패를 선언하는 역할만을 담당하는 소송구조인 것이다. 반면 직권주

25) 민사소송에서는 당사자의 합의로 소송절차를 마무리지을 수 있는 당사자처분주의가 제도적으로 마련되어 있으나 형사소송은 실체적 진실의 발견이 중요한 이념이므로 당사자처분주의는 인정되지 않는다. 따라서 형사소송에서 말하는 당사자주의는 당사자처분권주의를 제외한 형태의 당사자주의를 말한다. 즉, 심리를 양 당사자가 번갈아가면서 주도적으로 진행한다는 상호신문제도와 증거조사를 당사자의 신청에 기해서 한다는 증거신청제도가 형사소송에서의 당사자주의인 것이다.

의는 소송의 주도적 지위를 법관이 갖는 소송구조이다. 따라서 법관에게는 당사자의 소송행위에 대한 판단의 권한 뿐 아니라 직권으로 사실을 심리하고 직권으로 증거를 조사하는 권한이 주어진다. 이렇게 볼 때 전통법원의 모델을 구체적으로 운용하는 방안에 있어서는 두 가지의 이념형(理念型, idealtypus)이 제시되어 있다고 할 수 있다. 하지만 현실의 운용방식은 당사자주의의 요소와 직권주의의 요소가 모두 통합되는 것이 일반적이다. 그러면서 결국 법관과 법률가로서의 양 당사자가 적절히 권한을 배분하여 소송을 수행해 나가는 것이다.

그런데 최근 들어 치료사법의 영향력이 급증하면서 전통법원의 운용방식에도 개입적 사법(介入的 司法, engaged judiciary)의 요소가 도입되는 상황이다. 즉, 사건의 실체에 한정하지 않고 피고인의 성향과 처지까지를 판단대상에 포함시킨다든지 규범적 기준에 덧붙여서 산출될 결과의 적절성을 판단기준으로서 중시하는 재판방식이 허용되고 있는 것이다. 이렇게 치료사법의 원리가 전통법원의 운용에 큰 거부감 없이 접목되는 배경에는 종래 교정이념의 전성(全盛)으로 말미암아 전통법원의 법관들에게도 교화와 치료에 대한 마인드가 일정 부분 형성되어 있었기 때문으로 설명된다.<sup>26)</sup>

## 나. 약물법원과 정신건강법원

약물법원(藥物法院, drug court)과 정신건강법원(精神健康法院, mental health court)은 치료사법의 본산이다. 범죄인 중에서 약물중독자와 정신이상자의 집단은 본질적으로 규범적 판단에 앞서 치료적 처우의 대상일 수밖에 없어서 법적용을 주된 업무로 하는 전통법원에 어울리지 않는 측면이 있기 때문이다. 그리하여 치료전문가들은 약물중독자와 정신이상자에 대한 처우를 시작으로 치료사법의 활동영역을 확보해 나갔던 것이다.

우선 약물법원은 문제해결법원의 선구적 유형으로서 1980년대 후반에 사법무대에 등단하였다.<sup>27)</sup> 당시 서구에서는 약물관련 사건이 급증하면서 형사사법은 ‘마약과의

26) 하지만 교정이념과 치료사법은 다르다. 교정이념은 법률가 주도 하의 전통적 형사사법 체계에서 형벌을 통한 범죄인 교화를 실현하려는 담론임에 반하여, 치료사법은 형사사법의 전면에 치료전문가가 등장하여 사법의 치료의 수단으로 사용하려는 담론인 것이다.

27) 1989년 여름에 플로리다 주 마이애미의 11번째 순회법원이 약물법원을 운영하기 시작하였다 (Jeremy Travis, The Drug Court Movement, National Institute of Justice, US Department of

전쟁'을 선언할 만큼 약물사용에 대한 사법대책의 중요성이 강조되는 상황이었다. 이에 전통적 형사사법 및 그에 입각한 법원체계로는 약물중독의 문제를 적절히 해결해 내기 힘들다는 인식이 확산되었고, 대안적 방안으로 치료사법을 바탕으로 둔 약물법원이 등장하게 된 것이다.

정신건강법원 역시 정신이상 범죄인에 대해서는 전통적 사법체계가 효과적이지 못하다는 인식을 바탕으로 추진되었는데, 1990년대 후반 들어서 사법무대에 모습을 나타낸다.<sup>28)</sup> 당시 서구의 상황을 살펴보면 정신이상자에 의한 범행의 건수도 가속적으로 증가하고 있었는데,<sup>29)</sup> 그 이면에는 정신이상자에 대한 의료적 격리처분이 감소함으로 말미암아 별다른 대책 없이 사회에 방출된 정신이상자가 상당수 있었기 때문으로 설명된다.<sup>30)</sup> 따라서 정신이상 범죄인에게 형사사법상의 감독과 치료를 병행하여 재범을 방지해야 할 필요성이 절실했으며, 이를 해결하기 위한 방책으로 치료사법의 담론에 입각한 정신건강법원이 문을 열게 된 것이다.

약물법원과 정신건강법원은 치료업무를 사법시스템과 통합시킨다는 점에서 공통점을 지니고 있다.<sup>31)</sup> 즉, 기존의 형사사법적 처리와 치료적 처우 서비스를 결합하는 법원 체계인데, 이로 말미암아 전통법원과 비교하여 다음의 차이를 나타낸다. ① 검사와 변호인이 대립하는 당사자로서의 역할을 탈피하여 공공의 안전과 피고인의 권리 증진을 위해 상호 협력하는 모습을 보이게 된다. 즉, 양자 모두 피고인의 치료라는 공통의 업무에 참여해야 하기 때문에 굳이 유죄와 무죄의 주장으로 대립하지 않는 것이다. ② 관리

Justice, 1995, July, p. 1, <http://www.ncjrs.gov/pdffiles/drgctmov.pdf>.

28) 1997년에 플로리다 주의 Broward County에서 설립된 정신건강법원이 시초라고 한다.

29) 1999년의 통계에 의하면 미국의 주교도소 및 구치소 수용인원과 보호관찰 대상자의 16%가 정신이상을 가지고 있었으며, 그들 중 50% 이상이 3번 이상 전과를 가지고 있고 10% 가량은 11번 이상의 전과를 가지고 있는 것으로 나타났다.(Pamela M. Casey · David B. Rottman, Problem-Solving Courts: Models and Trends, Justice System Journal 2005, p. 46)

30) 서구의 경우 1960년대만 하여도 정신질환자는 상당수가 병원시설에 수용되었으나 이후 정신질환자 격리에 대한 비판이 점증하면서 그들을 사회에 내놓게 되었다. 참고로 미국에서는 정신이상으로 병원에 수용된 인원이 1960년에 559,000명이었으나, 1999년에는 60,000명으로 떨어졌다고 한다(Pamela M. Casey · David B. Rottman, 각주 29)의 책, p. 46).

31) 이러한 방법에 대해서는 차라리 형사사법적 처리를 포기하여 비범죄화하고 치료적 처우서비스만으로 대처하면 되지 않느냐는 반론이 제기될 수 있는데, 대상자를 설득하고 강제하여 처우를 받게 하기 위해서는 형사사법의 개입이 필수적이고 효율적이라는 전제가 약물법원과 정신이상법원의 발상에 깔려 있다.

자로서의 법관은 대상자에 대하여 지속적인 사법관여(司法關與, judicial interaction)를 실시한다. 즉, 법관이 중립적인 판단자의 지위에서 벗어나 처우과정 전체를 적극적으로 감독하고 지휘하는 것이다. ③ 치료전문가의 역할이 증대된다. 즉, 치료전문가는 단순히 법관에 대한 보조자의 지위에 머무는 것이 아니라 법원운용의 핵심적 축을 담당하는 관계자로서 대상자에 대한 처우를 기획하고 실행한다. ④ 법원이 여타의 공공기관 및 공동체사회와 원활한 협조관계를 유지하기 위해 노력한다. 전통법원에서는 사법독립을 위하여 법원이 의도적으로 고립을 자처하는 양상을 보였는데 약물법원과 정신건강법원에서는 처우 프로그램의 성공적 실행을 위하여 밖의 전문가 및 단체들과 협조관계를 유지하는 것이다.<sup>32)</sup>

### 3. 피해자와 공동체 담론의 법원모델

#### 가. 가정폭력법원

가정폭력사건은 전통적 형사사법에서 상대적으로 소홀하게 다루어졌던 영역이다.<sup>33)</sup> 그 이유는 가정폭력사건이 지니는 특수성에서 비롯되는데, 주지하는 바와 같이 가정 내에서 일어나는 폭력은 가해자와 피해자가 모두 가족구성원이기 때문에 형사사법이 적극적으로 개입하기 어려운 속성을 지니고 있는 것이다. 하지만 가정폭력은 통상의 범죄에 결코 뒤지지 않는 폭력성을 내포하고 있을 뿐 아니라 폭력의 지속성으로 인하여 피해자에게 주는 고통과 상처가 대단히 크다. 아울러 궁극에는 가정을 해체시키는 핵심 요인이기 때문에 그대로 방치할 경우 피해의 파장이 상당히 넓다.

그리하여 피해자 관점의 형사사법이 주장되면서 가정폭력사건을 방임적으로 처리하는 전통적 형사사법에 대한 비판이 제기되었고,<sup>34)</sup> 이에 부응하여 1990년대에 기획된

32) 약물법원과 정신건강법원은 단순히 약물사용과 정신이상을 치료하는 것 뿐 아니라 보다 광범하게 대상자의 직업훈련, 보건, 교육, 주거 등의 문제에도 개입하여 대상자가 정상으로 돌아오고 범죄인으로부터 법준수자로 복귀하는 것이 성공할 수 있도록 여러 가지 배려를 하게 되기 때문에 이러한 차원에서도 여타의 공공기관 및 공동체사회와 협조관계를 맺는 것이 필요하게 된다.

33) 사법당국은 가정폭력사건을 사적인 문제 혹은 가정사로 취급하여 여간해서는 개입하지 않으려는 경향을 보였던 것이다.

34) 형사사법의 소극적 태도가 가정폭력을 더욱 부추긴다는 인식이 확산되면서 미국에서는 1980년대

것이 가정폭력법원(家庭暴力法院, domestic violence court)이라는 새로운 법원운용의 모델이다. 가정폭력법원은 사건을 단순히 법적으로 재단(裁斷)하는 것이 아니라 향후의 발생가능성을 차단하려고 시도한다는 점에서 전통법원을 벗어나 문제해결법원과 궤를 같이 한다. 하지만 피해자보호의 관점이 강하게 적용됨으로 말미암아 형사사법의 강온(強溫)에 있어서는 여타의 문제해결법원과 다른 계열에 서는 것으로 파악된다. 즉, 여타의 문제해결법원이 비교적 연성(軟性) 형사사법을 선호함에 반하여 가정폭력법원은 ‘피해자의 안전과 가해자의 책임’을 증진하는 것에 목표를 설정하는 등 강성(強性) 형사사법의 기초를 띠고 있기 때문이다.<sup>35)</sup> 다만 최근에는 가정폭력 관련자의 비정상성(非正常性)에 주목한 치료사법의 담론이 가정폭력법원의 운용에 치료적 처우의 중요성을 주장하고 있으며, 이로 인하여 치료사법의 원리가 일부 수용되는 상황이다.

## 나. 지역사회법원

공동체사법의 담론이 주도하여 기획한 지역사회법원(地域社會法院, community court)은 지역공동체의 내부에 깊숙이 들어와 있는 작은 규모의 법원, 즉 ‘동네법원’이라고 할 수 있다.<sup>36)</sup> 따라서 다루는 사건이나 운용방식, 그리고 사용하는 제재 등이 소위

와 1990년대에 경찰과 검찰에 가정폭력전담부가 설치되고 가정폭력에 대한 보다 강력한 제재가 도입 및 실행되는 등 다양한 시도가 행해졌다. 특히 페미니스트들과 피해자보호단체 등에서 가해자의 지시사항 준수를 보다 엄격하게 감독하고 피해자를 보호하라는 요청이 쇄도하면서 1989년부터 1998년까지 기소된 가정폭력사건의 양은 178% 증가하였는데, 이는 가정폭력사건에 대한 공공의 인식이 변화하였을 뿐 아니라 보다 엄격한 법집행이 이루어졌음을 의미한다.(Susan Keilitz, Specializations of Domestic Violence Case Management in the Courts: A National Survey, Williamsburg : National Center for State Courts, 2000, p. 3).

35) 그리하여 일부에서는 가정폭력법원을 문제해결법원의 일종으로 취급하는데 주저하는 경향을 보이기도 한다. 왜냐하면, ① 여타의 문제해결법원이 주로 비폭력사건(경우에 따라서는 피해자 없는 사건)을 다루는데 반하여 가정폭력법원은 폭력사건을 다루고, ② 법원의 사건진행절차도 치료적인 것이 아니라 당사자주의적이며, ③ 가해자의 폭행을 치유 가능한 중독에 의한 것이 아니라 학습된 것으로 보아서 가해자에게 부과되는 프로그램(batterer's program)의 내용이 그들에 대한 감독과 책임부담으로 짜여 지기 때문이다(Emily Sack, Creating a Domestic Violence Court: Guidelines and Best Practices, San Francisco : Family Violence Prevention Fund, 2002, pp. 2-3).

36) 지역사회법원으로 처음 개소된 것은 1993년의 New York의 Midtown Community Center이다. 동 법원은 3년간의 시범프로젝트로 출발하였는데, 과연 형사법원이 지역사회와 밀접한 관계를 가지며 범죄문제에 대하여 문제해결적 접근을 해낼만한 능력을 가지고 있는지 시험하도록 기획되었다고 한다(Sviridoff, M. et. als., Dispensing Justice Locally: The Impacts, Costs and Benefits

‘가정의(家庭醫)’에 비유될 정도로 소규모적이다. 우선 대상사건의 면에서 경범죄의 처리에 주된 관심을 갖는데, 이는 공동체사회에서 발생하는 경범죄를 방지할 경우 ‘깨어진 창문(broken window)’의 기능을 하여 중국에는 중대한 사회악으로 증폭된다는 관점 때문이다. 또한 운용방식의 면에서도 공동체사회에 개방적이고 관련자의 협력이 중시된다. 즉, 법관, 검사, 변호인 등과 같은 법률가들에 의해 사건처리가 독점되는 것이 아니라 지역사회의 여러 단체 및 상담전문가들의 적극적인 참여가 장려되고, 법률가와 공동체 관계자가 하나의 팀을 이루어 사건을 해결하게 되는 것이다. 아울러 부과하는 제재의 면에서 자유형이나 재산형보다는 사회봉사명령과 같은 대체적 징벌을 제재 수단으로 사용하며, 제재의 실행을 통해 대상자의 삶을 변화시킴으로써 지역사회의 삶의 질을 향상시키고자 노력한다.

#### 다. 화해조정기구

회복적 사법은 범죄인과 피해자 및 범죄인과 공동체 간의 화해도모를 형사사법의 궁극적 지향으로 설정한다. 따라서 형사사법을 담당하는 각 기관의 업무도 당사자 간의 화해를 조정하는 작업이 되고, 결국 법원은 최종적인 조정기관의 위상을 갖게 된다. 이렇게 법원이 화해조정기구로 탈바꿈하는 것은 마치 패러다임의 변화라고 할 만큼 중대한 변혁이다. 전통법원의 운용방식이 근본에서부터 폐기되는 것이며, 사건처리의 주도권이 실질적으로 당사자에게 넘어 간다.

화해조정기구는 여타의 법원운용 모델과 비교하여 가장 새로운 접근방법인 만큼 아직은 완성도가 떨어지는 ‘구축 중의 기획’이라 할 수 있다. 그리하여 인적 구성을 어떻게 할 것인가에 관하여도 여러 가지 방안이 제시되는데, 대표적인 것이 조정모델과 협의체모델이다.<sup>37)</sup> 우선 조정모델은 화해조정기구의 구성을 가해자, 피해자, 조정자로 제한한다. 그리고 운영에 있어서는 가해자와 피해자의 직접 대면을 통한 화해시도를

of the Midtown Community Court, Newm York : Center for Court Innovation, 2002, p. 1).

37) 각 개인이 공동체 연대의 의식을 강하게 갖고 있다든지 규범과 문화가 상이한 여러 공동체들이 혼재하는 사회에서는 협의체모델에 의한 화해조정이 나름의 의미를 지닐 수 있는 반면, 현대화된 개인주의 사회에서는 당사자와 조정자만이 참여하여 구체적 사건에 한정하여 문제를 해결하는 조정모델이 효율성을 높이는 화해조정기구의 구성방안이라고 설명된다(Braithwaite, Crime, shame and reintegration, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1999, p. 83).

원칙으로 하되 경우에 따라서 가해자와 피해자를 분리시켜 조정업무를 수행하는 프로그램(shuttle diplomacy)을 실행하기도 한다. 현재 미국에서 시행되는 피해자-가해자-조정프로그램은 조정모델의 대표적인 것으로 알려져 있으며, 독일, 오스트리아, 프랑스 등지에서도 이러한 조정모델이 널리 사용되고 있다고 한다. 이에 대하여 협의체모델은 참가하는 구성원의 범위를 넓혀서 가해자, 피해자, 조정자 뿐 아니라 가해자의 친지, 피해자의 친지, 기타 관련자를 모두 포함시켜서 화해조정을 도모한다. 여러 사람의 참여로 말미암아 사건 자체만이 아니라 사건의 이면에 있는 배경적 갈등까지 해결되는 장점이 있는 것으로 설명되는데, 뉴질랜드의 가족단위협의체(family group conference), 호주의 지역사회협의체(community conference) 등이 대표적인 사례로 거론된다.

#### Ⅳ. 치료사법의 확산 경향에 대한 평가 -맺는말을 대신하여-

이 글은 최근에 소개되는 형사사법의 제 담론과 새로운 법원운용 시스템에 대하여 정리하였다. 그러면서 형사사법의 여러 담론이 각기 어떤 집단의 이해를 대변하며, 어떤 법원운용 시스템을 기획하는지 분석하였다. 이러한 분석의 취지는 각 사법담론의 적용영역을 분명하게 하기 위한 것으로서, 이 글은 형사사법의 각 담론이 각기 나름의 영역에서 활용되어 전체적인 통합체를 구성할 때 비로소 바람직한 형사사법의 구조가 구축될 수 있을 것이라 생각한다.

반면 어떤 사법담론이 본래의 기능을 넘어서 무분별하게 적용영역을 확대하려고 시도한다면 이는 경계해야 한다는 것이 이 글의 인식이다. 즉, 사법담론의 월담은 바람직하지 않다는 것인데, 특히 치료사법은 전문가 집단에 의해 기획된 담론임으로 말미암아 끊임없이 영역확대를 시도할 가능성이 있어서 그에 대한 우려를 지적하는 것으로 이 글을 마무리하고자 한다.

주지하는 바와 같이 치료사법은 범죄인을 치료의 대상으로 상정하는 담론이므로 소위 형법학상 신파이론(新派理論)에 접목된다. 21세기의 신파이론이라고도 할 수 있는데, 바로 이 지점에서 우리는 20세기 초반의 신파 형법이론이 나치즘과 손을 잡았던 불행한 과거를 떠올리게 된다. 사실 전통적 형사사법이 굳이 사법의 역할을 ‘법적 판단’

에 한정지우려 하는 것은 ‘문제해결의 의지’가 없어서가 아니라 사법에 또 다른 권위가 덧붙여짐으로써 발생될 ‘무소불위’의 위험을 스스로 차단하기 위한 ‘자제의 결단’이다. 따라서 치료사법이 전통적 형사사법에 전면적으로 침투하는 것은 자제의 해체를 의미하고, 이는 곧 무소불위의 재현을 결과하게 된다.

나아가 치료사법은 스스로 문제해결법원의 대표담론을 자처하여 피해자 관점의 형사사법 내지 공동체사법의 적용영역으로까지 세력 확장을 시도하고 심지어 회복적 사법의 담론까지 필요한 경우에는 우군으로 치장하는 경향이 있는데, 이는 치료사법의 정치화 현상으로 경계해야 한다는 것이 이 글의 인식이다. 다른 제반의 형사사법 담론들과 마찬가지로 치료사법도 자기의 고유영역인 약물법원과 정신건강법원의 영역에 머물러서 활용될 때에 나름의 긍정적 의미를 갖게 된다고 이 글은 판단한다.

## A Study on the Relation between the Theory of Criminal Justice and the Court System

Lee, Seung-Ho<sup>\*</sup>

Generally, criminal justice is administered by lawyers in modern states. Courts consist of judge, prosecutor and advocate, whose job is to interpret the law and apply it to their cases. While lawyer's discourse still prevails, others appear in the stage of criminal justice recently. Therapeutic jurisprudence is an alternative theory proposed by behavioral scientists including psychologists and psychopathologists. According to their views, the law is a social force that can produce therapeutic or anti-therapeutic consequences. So criminal justice should be concerned in curing criminals of their individual defects inclining to criminal behaviors. Another theory criticizing traditional discourse is drawn up by the victim's side, which has been treated lightly as compared to the criminal's side. Proponents of victim's rights claim a victim's share in practicing criminal justice. Along with them, the spokesmen of community also participate in complaining of lawyer's negligence. They demand that criminal justice should be administrated in favor of community. So-called community justice is a device for reflecting community's interests in criminal justice. The last alternative is somewhat revolutionary plan to restore trust by practicing criminal justice. According to restorative theory, current criminal justice contrives to repay state's distrust for criminal's distrust so that it deserves to be named as destructive justice.

New theories and discourses of criminal justice also propose new court systems. Therapeutic jurisprudence designs the management system of drug court and mental health court, while victim perspective provides family violence court with it's theoretical bases and technical methods. In addition, community court relates

---

<sup>\*</sup> Professor, Department of Law, Konkuk University, Ph.D. in Law

to community justice, and restorative theory comes up with a plan to transform a court into a mediation committee.

❖ Keywords : therapeutic jurisprudence, community justice, victimology, restorative justice, problem solving court