

형사사건에서의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 기초연구

- 한 · 중 · 일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구 -

A Study on the Korean Conventional Alternative
Dispute Resolution (ADR) System in Criminal Justice

안성훈 · 김선헤 · 심재우 · 조균석

■ 안성훈

한국형사정책연구원 부연구위원, 법학 박사

■ 김선희

인천대학교 역사교육과 강사

■ 심재우

한국학중앙연구원 교수

■ 조균석

이화여자대학교 법학전문대학원 교수

발간사

지난 60여년간 우리나라의 사법제도는 혁신과 개선을 거듭, 선진국과 비교해서도 손색이 없을 정도의 위치에 이르게 되었습니다. 하지만 이러한 우리나라의 사법제도 개선에 부응하여 과연 우리의 법의식이 근대화 되었는지, 그리고 반대로 현대의 법제도가 우리의 의식에 기반을 하고 있었는지에 대해서는 의문이 남습니다.

한 국가의 문화요소로서의 법의식은 근본적인 변화를 기대하기 어렵다는 점을 고려하면, 우리 사회의 특수적이며 전통적인 인간관과 사회윤리도덕관과 관습이 우리의 DNA와 더불어 공고한 뿌리 위에 면면히 전승되고 있기 때문에 서구의 근대법적 의식으로 전승하는 것은 애초부터 불가능한 것이었는지도 모릅니다. 따라서 우리의 법의식이 근대화한다고 하더라도 그것은 어차피 서구의 근대법적 의식이 아니라 한국적인 근대법적 의식을 기대할 수밖에 없을 것입니다. 실제로 오늘날에 있어서도 전통적인 법의식과 그에 의한 행동양식이 특히 계약관계, 경미한 사건처리 등의 모든 분야에서 여전히 존속되고 있다는 것은 주지의 사실입니다.

이 연구는 조선시대의 대체적 분쟁해결방식의 하나였던 사화(私和) 제도에 대해서 고찰하고 있습니다. 사화(私和) 제도는 법적, 공식적으로 제도화되었던 것은 아니지만 당시 백성들의 권리의식이 증대되고 소송제도가 정비되면서 소송이 지방관이 감당하기 어려울 정도로 폭주하였다는 시대적 배경 하에 재판 외 분쟁해결방안으로 널리 이용되었던 우리나라의 전통적 대체분쟁해결방안이었습니다. 우리나라와 함께 유교문화권을 공유하였던 이웃나라 일본과 중국 또한 각각 나이사이라는 전통적 대체분쟁해결방법을 예로부터 이용해 왔습니다. 그러나 불행히도 우리나라의 사화제도와 관련된 사료는 일본과 중국에 비해서는 찾아보기 힘들고, 이에 대한 연구 또한 거의 이루어지지 않은 것이 현실입니다. 이에 본 연구에서는 이러한 부족한 부분을 이웃나라인 일본과 중국의 자료들을 통해 보완하면서 우리나라의 전통적 대체분쟁해결방안의 모습에 대해서 살펴보고 있습니다.

현재 우리나라는 고소나 고발이 비교적 많고, 특히 개정 형사소송법에 의해 모든 고소·고발사건에 대해 재정신청(裁定申請)이 확대됨에 따라 고소·고발에 따른 형사사법비용이 증가하고 있으며, 또한 형사사법절차에서 분쟁의 당사자인 피해자가 소외되어 왔다는 점 등이 당면의 문제점으로 지적되고 있습니다. 따라서 이와 같은 불만과 불신을 어느 정도 해소하고 또한 소송의 폭증에 따른 문제점을 해소하기 위한 한 방안으로서 신속, 저렴하고 누구나 이해하기 쉬우며 경미하거나 특수한 분쟁의 효과적인 처리절차로서 화해조정이나 중재 등 형사사건에서의 대체적 분쟁해결제도의 개발이 시급하게 요청되고 있습니다. 이러한 요청에 부응하는 합리적이고 건전한 분쟁해결제도를 가지기 위해서는 소송절차의 정비 못지않게 재판에 의하지 않는 대체분쟁해결제도도 발전시켜야 할 것인데, 여기에서 우리나라의 전통적 대체분쟁해결제도에 관한 연구에서 도출된 시사점을 활용할 수 있을 것으로 기대됩니다.

본 연구는 조선시대 사화 제도에 대한 최초의 연구이며, 사화 제도에 대한 본격적인 기초적 연구라는 점에서 그 의의를 찾아볼 수 있습니다. 이를 계기로 본 연구결과를 활용하여 향후 내실 있는 관련 연구가 활성화되고, 나아가 이 연구가 국내의 여러 회복적 사법을 비롯한 형사사건에서의 대체분쟁해결방안 관련 연구에 작게나마 도움이 되길 기대합니다.

마지막으로 이 연구가 완성될 수 있도록 본 연구에 함께 참여해 주신 한국학중앙연구원 심재우 교수님, 이화여자대학교 법학전문대학원 조균석 교수님, 김선헌 박사님께 감사드리고, 본 보고서의 편집 및 교정 등을 맡아 수고해 준 강상훈 군에게도 고마움을 표합니다. 무엇보다 연구책임자로서 이 모든 연구를 도맡아 수행한 안성훈 박사의 노고를 치하합니다.

2014년 2월

한국형사정책연구원

원장 

CONTENTS

국문요약	9
제1장 서론	21
제1절 연구의 목적 및 필요성	23
1. 연구의 필요성	23
2. 연구의 목적	27
제2절 연구범위와 방법	29
1. 연구범위	29
2. 연구방법	30
제2장 대체분쟁해결제도에 대한 이론적 고찰	31
제1절 대체적 분쟁해결제도(ADR)의 의의	33
1. ADR의 개념	33
2. ADR의 형태	35
3. ADR의 특징	36
제2절 형사상 화해조정제도의 의의	37
1. 형사상 화해조정제도의 기원	39
2. 형사상 화해조정제도의 개념	42
제3절 형사상 화해조정제도의 이념적 기초	44
1. 회복적 사법의 의의 및 이념	44

2. 전통적 형사사법과 회복적 사법의 차이점	47
3. 회복적 사법의 목적	51
4. 회복적 사법 실천프로그램의 유형	53
제4절 현행법상 형사상 화해조정제도	56
1. 형사상 화해조정제도의 유형	56
2. 형사상 화해조정제도의 법적 근거	57
3. 형사조정제도에 대한 검토	58
 제3장 한·중·일의 전통적 대체분쟁해결방안 비교연구	 69
제1절 전통적 대체분쟁해결제도의 의의	71
1. 전통적 대체분쟁해결제도의 개념	71
2. 전통적 대체분쟁해결제도의 유형	72
제2절 한국의 전통적 대체분쟁해결제도	73
1. 개요	73
2. 사화(私和) 관련 자료 및 법조문 분석	75
3. 조선시대 재판제도와 분쟁 조정의 양상	85
4. 살인 사건의 처리절차와 사화의 사례	97
5. 소결	109
제3절 중국의 전통적 대체분쟁해결제도	111
1. 개요	111
2. 분쟁해결 관련 법 규정의 이해	115
3. 지역사회의 분쟁해결 제도와 실제	119
4. 종족제의 발달과 분쟁해결	135
5. 소결	142
제4절 일본의 전통적 대체분쟁해결제도	145
1. 제도의 배경 및 의의	145
2. 나이사이 제도의 유형	146
3. 나이사이 제도의 대상사건	147

4. 나이사이 제도의 절차와 기능	152
5. 소결	158
제5절 비교적 고찰	160
1. 제도의 배경 및 필요성	160
2. 제도의 성격 및 특징	162
3. 제도의 실제 및 문제점	163
4. 소결	165
제4장 전통적 대체분쟁해결제도의 시사점	169
제1절 전통적 대체분쟁해결제도의 시사점	170
제2절 외국의 전통적 대체분쟁해결제도 도입 사례	172
1. 캐나다 및 호주의 서클(circle)모임	173
2. 미국 나바조 부족의 전통적 분쟁해결제도	175
3. 아프리카 국가의 전통적 대체분쟁해결제도	176
제3절 형사사건의 대체분쟁해결방안 도입방향	178
1. 기존 형사사법체계와의 연계	179
2. 입법의 필요성	180
3. 당사자의 동의 및 절차적 권리의 보장	181
4. 중재자의 객관성 확립	182
5. 대체분쟁해결제도 구축을 위한 인프라 구축	182
제5장 결론	185
참고문헌	191
Abstract	205

1. 연구의 목적

형사상 화해조정제도와 같은 대체적 분쟁해결제도는 완전히 새로운 제도나 패러다임이 아니며 국가가 형사사법제도를 독점적으로 운영하기 전에는 일반적이었던 분쟁해결수단이었다. 최근 주목을 받고 있는 회복적 사법은 미국·캐나다·호주·뉴질랜드·유럽 등에서 전통적인 형사사법제도에 대한 대안으로 제시되고 있는데 영미의 형사상 화해조정제도는 다른 여러 가지 회복적 사법 프로그램과 함께 30년가량의 역사를 두고 양적·질적으로 비약적인 변화를 보여 주었으며 현재에도 계속해서 발전하고 있다. 이러한 영미의 형사상 화해조정제도의 도입과 발전은 이들 국가의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 고찰을 바탕으로 하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 예를 들어 뉴질랜드 마오리족의 분쟁해결 방안을 모델로 한 서클모델 등은 전통적 대체분쟁해결방안을 모델로 한 대표적인 형사사건에서의 대체분쟁해결방안이다.

본 연구는 갈등과 분쟁의 당사자가 함께 참여하여 갈등과 분쟁을 해결해 가는 회복적 사법의 한국식 원형을 찾고자 하는 관심에서 출발하였다. 부끄러운 이야기이지만 우리나라 대부분의 (특히 형사사법분야의) 법학자들과 법조인들은 영미법과 대륙법의 법제사는 꿰뚫고 있지만 우리나라의 법제사에 대해서는 관심이 적은 것이 사실이다. 서두에서도 언급한 조선시대의 대체적 분쟁해결 방법인 사화(私和)제도에 대해서 알고 있는 학자와 실무가가 거의 없다는 것이 우리나라 법학계 및 법조계의 현실이다. 이러한 연유에서인지 모르겠지만 우리나라의 형사조정제도 도입 시 모델로 삼은 것은 영미국가와 유럽국가에서 시행한 제도이고 본 제도에 대한 연구 또한 이들 국가의 법제를 중심으로 이루어진 것이 사실이다. 우리나라에서 본격적으로 도입되고 있는 형사조정제도를 성공적으로 확

립, 발전시키기 위해서는 영미권과 유럽의 법제와 사례를 살펴보는 것도 중요하겠지만, 그에 앞서 우리나라 법문화에 대한 이해가 필요할 것이다.

그러나 불행히도 우리나라의 사회제도와 관련한 사료는 찾아보기가 힘들고 이에 대한 연구 또한 거의 이루어지지 않고 있는 것이 현 실정이다. 이에 비해 중국과 일본에서는 조선시대의 사회제도와 유사한 전통적 대체분쟁해결방안에 관한 사료와 연구가 상당히 축적되어 있다. 특히 일본 에도시대의 전통적인 분쟁해결방법인 나이사이(内濟)제도는 중국 대명률의 영향 하에 있었던 국가에 있어서 근대 이후 형법과 민법이 분화되기 이전의 피해자-가해자 조정제도의 원형을 잘 보여주고 있다.

이에 본 연구에서는 과거 동일한 문화와 법제도를 공유하였던 한·중·일의 국가에 있어서 소송을 대체하여 이루어져 왔던 전통적 대체분쟁해결방안을 비교·검토함으로써 우리나라의 전통적인 분쟁해결방법인 사회제도를 이해하고 회복적 사법의 원형을 밝혀보고자 하였다. 또한 우리나라의 전통적 대체분쟁해결방안의 모색을 통해 얻을 수 있는 시사점에 대해서도 살펴보았다.

2. 한·중·일의 전통적 대체분쟁해결제도의 비교적 고찰

가. 제도의 배경 및 필요성

우선 한국을 살펴보면, 조선 후기 국가가 형벌권을 엄격하게 통제하고 있는 상태에서, 민·형사 소송을 처리하고 분쟁을 해결해야 할 국가의 역할은 점점 더 증가하였다. 위에서 살펴본 바와 같이 관아의 수령이 하루도 쉬지 않고 5건 이상의 소송건을 처리해야 했으며, 여기에 민원, 행정 청원, 보고서 등의 업무가 더해졌기 때문에 대체분쟁해결방안의 필요성은 충분했으며 사소한 사건들에 대해서는 권장까지 되었을 것이라 추정된다.

동 시기 중국에서도 소송이 매우 활발하게 전개되었음이 최근 일본의 중국사 연구자에 의해 실증적으로 밝혀졌다. 최근 일본 교토대학교 후마 스스무(夫馬進) 교수는 청대(清代) 동치기(同治期) 13년(1862~1874) 동안의 파현당안(巴縣檔案) 분석을 시도하였다. 이를 통해 그는 당시 파현(巴縣)의 연간 평균 소송 문서수가 12,000매~15,000매, 소송 건수는 1,000건~1,400건(연평균 1,098건)으로

그 수가 상당히 많았다고 하였다. 당시 파현(巴縣)의 호수(戶數)가 약 126,600호이고, 소송 1건당 원고, 피고 두 명 이상이 관여한다는 것을 고려하여 매년 새로운 소송이 약 40~60호당 1건씩 제기되었다는 것이다.

이같은 분석 결과를 바탕으로 후마 교수는 ‘호송지풍(好訟之風)’, ‘건송지풍(健訟之風)’의 현상이 만연했던 명·청 시기 중국사회를 소송이 매우 활발했던 소송사회(訴訟社會, ‘Litigious society’)였다고 말한다. 당시 많은 백성들이 거리낌 없이 소송을 제기하였고, 소송 억제라는 사대부 관리의 일반적 원칙과 달리 실제 관아에서는 백성들의 소송을 억제하지도 않았다는 것이다.

이같은 후마 교수의 지적을 염두에 둘 때 조선후기 사회도 인구수 등을 고려할 때 앞서 민장의 수량은 중국 소송사회에 비견될 만큼 많은 수량이었으며, 조선시대 백성들은 자신의 권리를 지키고 분쟁과 갈등을 해결하기 위해 관아에 적극적으로 소송을 제기하였다고 할 수 있다. 당연히 소송의 처리는 수령의 감당하기 힘든 일이었을 것이며, 수령 입장에서는 민간에서의 분쟁이 관에 접수되기 전에 사적인 조정, 화해로 마무리되길 바랬을 것이다. 이는 위에서 살펴본 바와 같이, 일본에서도 해당되는 문제였다. 이를 통해 소송건수의 증가로 인해 대체적 분쟁해결방안의 필요성이 증가하였다는 것을 알 수 있다.

또한 한국, 중국, 일본에서 소송을 바라보는 부정적 관점 또한 대체분쟁해결방안을 통한 갈등의 해결이라는 방식에 일조하였을 것이라 생각된다. 위에서 살펴본 바와 같이 한국은 유교사회로서 소송을 부정적으로 바라보았으며, 성리학을 지배적 이데올로기로 채택한 조선에서 소송은 결코 바람직한 분쟁 해결책은 아니었다. 즉, 공자(孔子)는 「논어(論語)」에서 “송사를 심리한다면 나도 다른 이와 같겠지만, 나는 반드시 쟁송이 일어나지 않도록 할 것이다”라는 유명한 말을 남겼다. 이 말은 소송이 없는 ‘무송(無訟)’의 경지, 즉 예(禮)로 다스려져서 형벌과 다툼이 필요 없는 사회를 공자는 가장 이상적인 정치가 실현된 사회로 본 것이다.

이러한 관점은 일본에서도 적용되었는데, 위에서 살펴본 바와 같이 사람들의 일상생활에 관계된 사건의 경우에는 관의 개입보다는 당사자 간의 납득이나 합의를 우선적으로 하고 있었다는 점에서 그러하다. 이를 통해 우리는 한·중·일 삼국은 공통적으로 가지고 있는 유교적 문화를 바탕으로, 관이 개입하여 갈등을 해결하는 것을 꺼려왔으며, 당사자간의 합의와 조정을 통해 갈등을 해결하려는

노력을 공통적으로 해 왔음을 알 수 있다.

나. 제도의 성격 및 특징

위와 같은 맥락에서 나오게 된 한국, 중국, 일본의 전통적 대체분쟁해결방안의 성격과 특징은 다음과 같다. 우선 현재 남겨진 자료들이 부족한 점도 있지만 위에서 살펴본 바로는 한국에서는 다양한 분쟁, 갈등을 조정하는 제도가 국가적 차원에서는 마련되어 있지 않은 것으로 추정된다. 반면 일본과 중국에서는 그 절차와 기능이 상대적으로 상세하게 나오는데, 그 성격은 비슷해 보인다. 자세히 살펴보면 다음과 같다.

현재 형사사법체계에서 대체분쟁해결방안이라고 할 수 있는 ‘회복적 사법’에는 여러 가지 방법이 있는데, 당사자간 합의하는 방식, 중재자가 개입하여 조정하는 방식, 공동체가 모두 모여 당사자들을 화해시키는 방식 등이 있다. 하지만 한국, 중국, 일본의 대체분쟁해결방안을 살펴보면 공통적으로 공동체의 중재자가 당사자를 불러 갈등을 조절하는 모습을 보이는데, 여기서 중재자는 官인 경우도 있었으나 대부분은 마을의 연장자 혹은 이장과 같은 사람들이 하였던 것으로 나타났다. 중국에서는 나이 많은 사람 혹은 마을마다 구성원들이 인정하고 존경하는 사람을 기숙(耆宿)으로 임명하여 분쟁을 중재하게 하였고, 이러한 기숙이 폐지된 이후에는 나이가 많고 덕이 있으며 세상사에 밝은 50세 이상인 자 한명을 선발하게 하였다. 일본에서는 아츠카이닌(掾人)이 중재자로서 활동하였음을 위에서 살펴보았고, 이러한 임무는 공동체에서 인정받는 능력과 성품을 가진 사람에게 주어졌다. 한국 또한 마을의 연장자가 이러한 역할을 맡아왔다. 세 나라 모두 마을의 덕망 있는 연장자로 하여금 이러한 중재자의 역할을 맡게 하였다는 공통점을 발견할 수 있었는데, 이는 위에서 살펴본 바와 같이 일정시기마다 교체되는 官보다 마을의 자세한 사정에 밝고 정확한 판단을 내리기에 적합하기 때문인 것으로 추정된다.

또한 제도의 명문화라는 측면에서 중국과 일본에서는 대체분쟁해결방안에 대한 명문규정이 있으나, 한국에서는 이러한 규정이 없는 것으로 나타난다. 하지만 중국의 영향을 많이 받아온 한국의 역사를 생각해 볼 때, 중국의 규정에서

크게 벗어나지는 않을 것으로 추정된다.

다. 제도의 실제 및 문제점

한·중·일의 전통적 대체분쟁해결방안의 실제와 문제점은 다음과 같다. 우선 한국의 사화(私和)를 살펴보면 국가에서 제도화한 것이 아니라 법률 규정과 실제의 차이를 살펴보는 것은 무의미하고, 사료에 기록들을 살펴보면 많은 범죄들에 대해서 공공연하게 이루어진 것으로 보인다. 그 방식적인 측면에서는 관에 소장을 제기하기 전에 이웃주민이나 마을의 유력자들에 의해 지역사회에서 중재되는 경우와 관에 소장을 접수한 이후 고을 수령이 소송을 처리하는 과정에서 원고와 피고의 중재를 하는 경우로 나뉜다. 이는 중국과 일본에도 공통적으로 나타나는데, 한국의 경우와 비교하여 볼 때, 산송과 같이 그 숫자가 많고 사건의 해결에 당사자의 사정이 중요시 될 때, 대체분쟁해결방식은 더욱 효과적이었으며 많이 사용된 것으로 나타났다.

한편 한국에서는 사화(私和)를 살인에 대해서 적용하는 것을 금지하였으며, 그럼에도 불구하고 사화한 경우에는 처벌하는 규정이 존재하였다. 하지만 위에서 살펴본 바와 같이 살인에 있어서도 사화가 공공연하게 이루어 졌으며, 이러한 맥락에서 사화가 금지되었던 다른 범죄에서도 불법적으로 사화가 행해졌을 것이라 짐작할 수 있다. 또한 위의 살인사건에서 살펴본 바와 같이 소송의 기간과 비용이 많이 들기 때문에 비록 사화를 금지한 다른 범죄들에 대해서도 ‘울며 겨자먹기’식으로 사화를 해야 했던 당대 사람들의 처지 또한 이해가 되는 바이다. 이와 비슷하게 일본의 제도에서도 나이사이(内済)를 금지하는 조항을 위에서 살펴 볼 수 있었는데, 방화, 도적, 살인, 존속이나 주인에 대한 범죄 등이 있었다. 사적인 해결을 금지시키는 범죄행위들을 규정하였다는 점, 그러한 범죄가 살인과 같은 강력범죄라는 점, 그리고 존속이나 주인에 대한 범죄와 같이 신분관계에서도 규정되었다는 점이 공통적이며, 차이점이라고 하면 일본의 경우에는 살인과 신분관계 외에도 나이사이(内済)로 해결하면 안되는 범죄들을 다양하게 규정했다는 점이다. 또한 같은 범죄에 있어서도 이러한 대체분쟁해결방법을 사용할 수 있는 여러 조건들을 명문화 하였다는 점에서 또한 차이를 발견할 수 있다.

또한 일본에서는 이러한 단점 이외에 당사자들의 지위가 불평등 하다거나, 이러한 방식의 분쟁조정방식을 강요한 폐해가 있었는데, 이는 중국의 제도에서도 나타났는데, 종족제에서도 이러한 문제는 발견할 수 있었으며, 중재자들의 권한이 커져 이들이 분쟁해결에서 객관적인 입장을 취하지 않는 경우도 드러났다. 이러한 점으로 보아 한국에서도 소송의 양을 줄이라는 官의 압박과 동시에, 소송을 부정적으로 바라보는 사회 분위기 내에서, 마을 공동체의 중재자가 객관적인 역할을 하지 못하고, 합의와 조정이 강제되었을 것이란 것은 자연스레 추정되는 바이다. 중국에서는 이러한 폐해로 인해 이후 중재자들의 권한을 제한하고, 중재자들의 행위를 마을 구성원들이 감시하고 고발하게 하여 그러한 단점들을 해결할 수 있었는데, 한국과 일본에서도 비슷한 양상으로 제도가 바뀌었을 것이라고 생각된다.

이상의 한·중·일의 전통적 대체분쟁해결방안의 비교를 표 통해 정리하면 다음과 같다.

□ 한·중·일의 전통적 대체분쟁해결제도의 비교

구분	한 국 [사화(私和)]	중 국 [화식(和息)]	일 본 [나이사이(内濟)]
담 당 자	마을의 이장(풍헌, 존위) 혹은 官의 수령	마을의 연장자, 덕망있는 사람(가숙, 기민, 이노인, 이갑, 족리 등)	공동체에서 인정받는 인물(아츠카이닌(掇人))
해결방식	중재자를 통한 조정방식, 개인간의 합의	중재자를 통한 조정방식	중재자를 통한 조정방식
명문규정	대명률, 속대전, 향약, 동약	대명률, 대청률, 당률, 원전장, 교민방문	공사방어정서
배 경	소송건수의 증가, 사소한 사건들의 소송화, 官의 소송해결능력의 부족	소송건수의 증가, 官의 소송해결능력 부족 및 불공정한 판결에 대한 당사자들의 불만	소송건수의 증가, 官의 소송해결능력의 부족
부 작 용	허용되지 않는 범죄에서도 사화 남용	중재자 권한의 남용, 당사자 간의 불평등한 지위, 공정하지 못한 조정	당사자 간의 불평등한 지위, 합의와 조정의 강제, 허용되지 않는 범죄에서도 남용
목 적	소송의 양적 감소, 당사자들의 개별적 사정을 이해한 판결 유도	소송의 양적 감소, 당사자들의 개별적 사정을 이해한 판결 유도	소송비용과 시간의 절약, 당사자간 관계의 회복, 재판의 양 감소
대상범죄	공통적으로 민사사건, 형사사건에 모두 적용하였으나 그 사안이 심각한 살인과 같은 강력 범죄에는 적용을 금지하였음		

3. 전통적 대체분쟁해결제도의 시사점

전통적 대체분쟁해결방안의 장점과 단점을 통해, 우리나라에서는 어떻게 이를 적용할 수 있을지, 적용한다면 어떠한 점을 고려해야 하는지 등에 대한 시사점은 다음과 같다.

가. 기존 형사사법체계와의 연계

사화제도를 비롯하여 한국, 중국, 일본의 대체분쟁해결방법이 국가주도의 사법과 어떠한 관계를 가졌을 지에 대해 살펴볼 필요가 있다. 이를 통해 우리나라에서 현재 어떻게 이러한 제도를 도입할 수 있을지를 알아볼 수 있을 것이다. 우선 우리나라의 경우를 살펴보면, 사화제도가 어디까지나 官에 의한 사법, 즉 국가주도의 사법에 대해 부차적인 제도로서 존재하였던 것으로 보인다. 하지만 이러한 사화제도의 효과는 官으로 올라오는 소송의 숫자를 감소시켰으며, 당사자간의 사정을 잘 이해하는 중재자를 통해 사건을 원만하게 해결할 수 있었다. 즉 한국의 경우 사화제도를 적극적으로 명문화하지는 않았지만, 그 효과적인 측면에서는 없어서는 안 될 제도였던 것이다. 중국과 일본의 경우를 보면, 이 두 국가는 대체분쟁해결방안을 명문화하여 관리하고 있는데 제도 도입의 배경이나 그 효과의 유사성으로 보아 두 국가에서도 대체분쟁해결방안이 기존 형사사법제도의 부족한 면을 보완하고 있던 것으로 추정된다. 특히 다음에서 살펴볼 중국의 형사사법 제도의 변천사를 살펴보면 이러한 패러다임을 꾸준히 승계하여 온 것으로 짐작된다.

하지만 삼국의 대체분쟁해결방안에서 공통적으로 찾아볼 수 있는 부작용에 대해서도 언급할 필요가 있다. 그것은 바로 대체분쟁해결방안의 대상이 아닌 범죄를 대체분쟁해결방안으로 해결하는 경우와, 중재자가 객관성을 잃고 한쪽 편을 드는 경우이다. 기존의 국가주도의 형사사법절차는 범죄를 국가가 다스린다는 인식에서 시작한다. 이는 국민들을 범죄로부터 지키는 것은 국가라는 인식이기도 하다. 이렇게 범죄를 저지르면 국가가 관여하여 범죄자를 처벌하는 국가주도의 사법절차를 통해 국민들은 범죄에 대해 안심할 수 있었고, 범죄를 당한 이후에도 범죄피해에 대해 국가가 자기 대신 응징해 줄 것이라는 신뢰가 형성되었

다. 이는 분명 기존 형사사법 패러다임의 긍정적인 면이다.

대체분쟁해결방안제도의 설치는 형사사법제도 내부에 위치하도록 하는 것과 독립된 형태로서 형사사법시스템이나 지역사회로부터 사건을 송부 받는 방식의 두 가지 접근방식을 생각해 볼 수 있다. 형사사법제도 내부에 설치하는 것은 행정적 편의에 따라 대체분쟁해결방안의 독립성을 떨어뜨릴 수 있는 위험성이 있고 국민들은 형사사법시스템에 의해 운영되는 대체분쟁해결제도에 비판적 관점에서 의구심을 제기 할 수 있으며 절차에 참여하지 않을 수도 있다. 반면 독립된 형태는 적법성을 유지할 수 있는 장점이 있으나, 기존의 형사사법 절차부터 사건을 송부받기 어려운 단점이 있다. 핵심은 이들 기관과 지역사회 간의 본질적인 관계 및 지역 사회의 관점에서 본 신뢰성에 있다. 대체분쟁해결방안이 성공적으로 이루어지기 위해서는 기존 형사사법체계와의 연계를 통해 이러한 장점을 활용하고 단점을 극복하여야 한다. 역설적이지만 기존 형사사법체계와 대체분쟁해결방안은 독립적이면서 서로 의존적이어야 한다. 이를 위해서는 양자택일의 방식이 아닌 제3의 방식을 채택하여 구체적으로 이를 규정하고 규칙적으로 그 이행을 점검하여야 할 것이다.

나. 입법의 필요성

일부 대체분쟁해결방안들은 법에 규정되어 있으나 일부는 공식적인 법률에 규정되지 않는 등 이들 제도의 법적 상태는 전 세계적으로 매우 다양하다. 위에서 살펴본 바와 같이 한국에서는 사회가 비공식적인 제도였으나, 중국과 일본에서는 공식적인 제도였던 것처럼 말이다. 남아프리카 또한 우리나라와 유사하게 대체분쟁해결방안에 관한 명문규정이 없음에도 이러한 제도를 시작하였다. 그러나 법치주의 사회에서 이러한 제도가 어떤 범죄에 대하여 어떻게 대응하는지를 확정하고자 한다면 새로운 법적 토대가 필요하고 기본적인 틀을 마련한다는 측면에서 입법의 필요성이 있다. 이러한 입법을 통해 국민들은 범죄를 해결할 수 있는 방안으로 기존의 형사사법 제도와 함께 대체분쟁해결방안을 고려할 수 있을 것이다. 즉, 법률이 없다면 이러한 제도들은 자체적으로 일상적인 형사사법 시스템에 유입되기 어렵다. 명문화를 통해 이러한 절차들은 보다 일상적으로 이용

될 수 있으며, 이는 필요한 법적 보호수단을 수립할 뿐만 아니라 예측 가능성과 확실성을 증대시켜주는 기능을 하기 때문에 입법의 필요성이 있다.

또한 대체분쟁해결방안제도를 도입함에 있어서 해결해야 할 사항은 대상범죄의 범주를 설정하는 작업이다. 위에서 살펴본 바와 같이 대체분쟁해결방안의 큰 폐해는 그 대상사건이 명확하지 않아 기존 형사사법의 권위가 무너지거나, 금지한 범죄에 대해서도 이러한 제도를 악용하여 법치의 사각지대가 발생하는 것이다. 이러한 점에 있어 대상범죄의 범주를 설정하는 것은 매우 중요하다. 입법과정에 있어 이러한 문제에 대한 고려는 필수적이라고 할 것이다.

다. 당사자의 동의 및 절차적 권리의 보장

대체분쟁해결방안이 성립하기 위해서는 당사자의 동의가 있어야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 한국, 중국, 일본의 전통적 대체분쟁해결방안에 있어 큰 폐해 중 하나는 조정 혹은 중재가 강제되었다는 것이다. 따라서 현대에는 이러한 제도를 도입함에 있어 가해자가 자신의 행위에 대하여 책임을 회피하지 않아야 하고, 피해자 및 가해자 모두 기꺼이 대체분쟁해결방안에 참여해야 하며, 피해자 및 가해자 모두 절차에 참여하는 것이 안전하다고 생각해야 한다. 이러한 조건의 핵심은 당사자의 자발적 참여가 보장되어야 하고 조정이 성립되지 않았을 경우 조정 결과가 본인에게 불이익하게 사용되어서는 안 될 것이라는 인식에 있다.

위에서 살펴본 당사자의 동의가 절차 전 권리보장이라고 하면, 절차 중의 권리 보장 또한 필요하다. 조정 절차에 대한 동의 이전에 당사자들은 자신들의 권리와 절차의 본질, 자신들의 결정에 대한 예견 가능 결과 등에 대해 충분한 설명을 들을 권리가 있다. 대체분쟁해결방안 참가 자체와 관련하여 이러한 절차에 참가하거나 그 결과를 수락하도록 유도하기 위해 피해자나 가해자에게 강요하거나 기망해서는 안 되며, 당사자의 승낙이 가장 중요한 요건이다. 또한 절차 참가 자체가 실질적인 형사소송절차에서 유죄의 인정 증거로 사용될 수 없으며 공개되지 않은 장소에서 행한 토론의 내용은 기밀사항으로 취급한다. 양 당사자의 동의나 법률이 요구하는 경우를 제외하고는 외부에는 비공개되며 만약 합의사항 도출이 실패하였다 하더라도 가해자에게 그것을 이유로 불이익을 줄 수 없어야 할 것이다.

라. 중재자의 객관성 확립

위에서 살펴본 전통적 대체분쟁해결방안의 또 다른 문제점은 중재자의 객관성이 결여되어있다는 점이다. 이로 인해 공정한 조정이 불가능하게 되고 법치의 사각지대가 발생하게 되는 것이다. 대체분쟁해결방안에 참여하는 중재자의 핵심적인 활동은 가해자와 피해자간의 갈등관계를 해소해 주는 것이다. 즉 중재자는 중립적인 제3자로서 당사자들 갈등의 맥락과 크기를 확정하여 상호 원만한 합의에 도달하도록 지원해 주는 역할을 담당하여야 한다. 과거에는 지역 원로가 이러한 역할을 도맡아 왔지만, 현재에는 그러한 역할을 부여하는 것이 사실상 불가능하여 이러한 역할을 수행할 중재자를 새롭게 선정할 필요가 있다. 중재자는 사실상 형사사법제도의 한 축을 담당하는 자이므로 조정위원으로서의 적격성 및 전문성이 요구된다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 조정위원들이 자신의 역할을 수행할 수 있는 전문능력과 필요한 경우 지역문화 및 지역사회에 대한 식견을 가질 수 있도록 하기 위한 교육훈련을 받아야 한다. 조정위원의 자격을 보증할 수 있는 구조와 절차가 수립되어야 하고 대체분쟁해결방안에 참여하는 조정위원들을 관리하는 시스템을 설치하는 것이 바람직하다.

마. 대체분쟁해결제도 구축을 위한 인프라 구축

앞서 살펴본바와 같이 우리 사회에서 아직까지 남아있는 전통적인 법의식과 현실적 법문화를 고려한다면 소송 이외에 이미 우리에게 익숙한 분쟁해결수단인 중재나 조정 등의 제도가 각 분야의 분쟁해결수단으로 성공할 여지가 충분히 있다고 본다. 문제는 이러한 중재나 조정제도에 대하여 공정성과 중립성을 보장할 수 있도록 법제화하고 이를 운용하는 기관이 효율적으로 기능할 수 있는 여건을 마련하느냐에 있다.

한국, 중국, 일본의 전통적 대체분쟁해결제도가 나오게 된 배경에는 사건을 처리할 수 있는 사법부의 인프라가 부족하였다는 공통점이 존재하였다. 이러한 상황이 현재에도 재현되고 있다는 점은 앞서 설명한바와 같다. 물론 대체분쟁해결제도의 도입을 통해 기존 사법부의 부담을 덜 수는 있겠지만, 대체분쟁해결제

도가 국가는 방관한 채 당사자들이 알아서 해결하라는 식의 방법이 되어서는 안 된다는 점은 분명하다. 따라서 대체분쟁해결제도의 운영과 절차에 있어서도 유관기관의 적극적인 감독과 참여가 필요할 것이다.

또한 모든 분쟁이 점차 사법화되어 법원의 문을 두드리는 경향이 현저히 증가함에 따라 조정제도의 이용률은 크게 증가되기 어려울 것이라는 전망이 있다. 따라서 대체적 분쟁해결제도의 중요성을 인식하여 이를 어떻게 홍보하고 활성화를 위해 어떻게 노력하느냐에 따라 그 이용도가 좌우될 것이다. 또한 활성화된 경우에도 명망있고 전문성을 갖춘 조정인을 다수 확보하여 이들을 교육하고 적극적 참여를 유도할 수 있는지가 조정제도운영의 성패를 좌우하는 주요한 요소가 될 것이다.

현재 우리나라에서의 형사상 화해조정제도는 검찰단계에서의 형사조정이 대표적이다. 민간조정은 과거 경찰단계에서 시범적으로 실시한 이후 이루어지지 않고 있다. 앞으로 각 형사절차단계에서 화해조정제도가 도입될 것으로 예상되지만 조정기관을 설치하더라도 이를 어떠한 형태로 조직하여 어떠한 기능을 부여하고 재판제도와의 관계에서 어떠한 위상을 정립할 것인가는 그 나라의 법문화나 국민의 법의식 등을 고려하여 정립되어야 할 것이다. 물론 국가나 공공기관이 이를 설치 운영하는 경우와 민간의 창의에 의하여 발족된 경우에 각각 그 특성이 다를 것이므로 이를 고려한 인프라 구축이 필요할 것이다.

제1장 서론

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

안성훈 · 김선헤 · 심재우 · 조균석

제1절 연구의 목적 및 필요성

1. 연구의 필요성

앞산너머 양지바른 산비탈에 한 집성촌이 있었다. 그곳에 의좋게 모여 살던 형제 중 한분이 그때 벌목허가를 받아 목재를 실어다 파는 산판에 재미를 보고 있었다. 그도 원래 농부였지만, 산판을 거둬하면서 사업가로 변신한 셈이었다. 가난한 이웃에 겹으로 포개져 살던 동네에서 한 집 두 집 푼돈을 모아 사업자금에 쓸어 넣던 그가 사업의 실패로 파산지경에 이르렀다. 수년 동안 그와 돈거래를 하지 않은 집은 마을에 한집도 없을 정도였으니, 그가 패가망신을 선언하고 나섰을 때 마을의 비탄과 충격은 이만저만한 일이 아니었다.

2, 30호에 가까운 마을, 대개는 친인척이요, 이웃사촌으로 얹혀 사는 동네에서 이 사태를 마무리하기 위해, 옛부터 전해 내려오던 관례대로 빚잔치가 열렸다. 그것을 어른들은 판심(判審)이라 불렀다. 판심은 사태종결을 위한 비상수단이었지만, 당사자 에게는 얼굴을 들 수 없을 정도로 수치스러운 일이기도 했다. 어느 날 이른 아침, 채무자의 동생이 빈 지계를 지고 집집마다 찾아다니며 오늘 낮에 판심을 할 예정이니 와달라는 요청을 했다. 마음의 준비가 덜 된 어떤 집에서는 그 요청을 달갑게 받아들이지 않는 경우도 있었지만, 마을 공동체의 회복을 위해 빚잔치는 한번 넘어야 할 고통스러운 고비였다.

그 날 빗잔치의 현장에 어쭙잡게 나도 구경꾼으로 따라 나섰다. 채무자의 집 마당에 큰 명석을 넓게 깔고, 먼저 채권자 중 연장자를 판심장으로 추대하는 절차가 있었다. 판심장의 진행으로, 채무자와 그 형제들이 채무자의 모든 세간 살이와 살림살이를 털어서 명석위에 쌓아 놓았다. 농기구, 이불, 의복, 그릇, 수저 등 식기류 일체 그리고 크고 작은 가마솥까지도 뜯어내어 마당으로 들고 나왔다. 방문은 다 열어 제쳐진채 줄지에 흥가처럼 되어버린 그 집을 냉기가 휘감고 있는 듯 했다. 꼭 필요한 무거운 몇마디 외엔 아무도 말하려 하지 않는 듯 했다. 무거운 침묵이 새벽의 정적처럼 흘렀다.

빗진 자와 빗쟁이들의 확인절차를 거쳐 심판장은 고액 채권자로부터 그 물건 가운데 하나씩 챙길 수 있는 우선 선택권을 주었다. 마지막 남은 작은 수저까지 채권자의 몫으로 돌아간 후, 빗잔치 놀이마당은 거기에서 시작되었다. 가마솥과 밥솥을 빗값으로 차지했던 사람들이 그것을 다시 부엌으로 들고 들어가 제자리에 걸어 놓고 나왔다. 이부자리며, 각종 세간살이를 맡았던 사람들도 그것을 다시 채무자에게 돌려주기 시작했고, 수저가락을 맡았던 소액의 채권자까지도 잠깐 만족를 맞본 그 자리에서 채무자에게 되돌려 주는 것이었다. 빗의 상징적 되값음만 남고, 공동체의 삶은 일시에 복원된 듯 했다.

채무자의 형제들이 부엌에 들어가 불을 지핀 뒤 얼마 지나지 않아, 큰 함지박에 잔치국수를 가득 넘치게 들고 나왔다. 된장과 막장을 풀어 끓인 국수였다. 빗잔치에 참여한 모든 사람들이 둘러 앉아 잔치 국수 한 그릇씩을 나누었다. 어린 내게 그 맛은 울면서 삼키는 쓰디 쓴 맛으로 느껴졌다. 그러나 그 쓴맛의 빗잔치 국수를 나눔으로써 빗으로 얹히고 켜혔던 감정의 골은 풀어져 내리고, 품앗이 정신으로 다져진 취약공동체, 그 이웃사랑의 온기가 회복되기 시작했다. 채무자는 이제 빗의 굴레에서 벗어났고, 채권자들도 권리의 무거운 짐을 내려놓고 홀가분히 일상의 일자리로 돌아가고 있었다. 그 날 마을 어귀에는 먹장 구름사이로 무지개가 피어올랐고, 눈에서는 뽀부기 노랫가락이 길게 들려왔다.

— 두 가지 잔치국수 이야기 중에서¹⁾ —

사람이 사는 곳은 언제 어디에서나 분쟁과 갈등이 있고 그 분쟁과 갈등을 해결하기 위한 방법 내지 제도도 존재하기 마련이다. 인류의 역사를 보면 개인 사

1) 김일수 전한국형사정책연구원 원장 著

이의, 구성 집단 사이의 또는 중앙과 지방 사이에 여러 종류의 분쟁과 갈등이 있었음을 알 수 있다.²⁾ 이러한 분쟁과 갈등이 물리적인 힘 외의 방법으로 해결되는 방법은 크게 권위주의적 해결방법, 다수결에 의한 방법, 법적인 해결에 의한 방법, 그리고 협상을 통한 방법 등으로 나뉠 수 있다.

법적 권리관계에 관한 분쟁이 발생하면 당사자는 될수록 빠른 시간 내에 적은 비용으로 공정하게 해결하기를 바란다. 당사자 사이의 합의로 분쟁이 해결되지 않는다면 타인의 조정이나 강제적인 권한에 의존할 수밖에 없는데, 그 절차마다 서로 다른 특징이 있어서 그 장단점을 달리 한다. 많은 경우에는 분쟁의 규모, 당사자 사이의 관계, 분쟁의 실질적 핵심, 분쟁의 발단, 분쟁에 임하는 당사자의 태도 등에 따라서 그 분쟁을 해결하기 위한 가장 적합한 절차가 무엇인가가 결정된다. 특히 오늘날에는 분쟁이 매우 다양하고 복잡해졌으며 동시에 분쟁의 해결절차에 대한 당사자의 욕구 역시 다양해져서 기존의 해결절차만으로는 해결이 어려운 경우도 많이 발생한다. 다원주의가 심화되고 있는 현대사회에서 이러한 경향은 더 뚜렷하게 나타날 것으로 예상된다.

소송에 의하여 분쟁을 해결하지 않는 경우 소송 이외의 대체적 분쟁해결제도로 분쟁을 해결하는데 이러한 제도에는 분쟁 당사자 사이에서 만남을 주선해주고 화해와 조정의 분위기를 조성해주는 알선이 있고, 당사자들의 수락을 전제로 하여 제3자가 타협안을 작성하여 수락을 권고하는 조정도 있으며, 사건마다 분쟁 당사자가 재정을 맡길 제3자를 정하고 그의 판단에 반드시 복종하게 하는 개별적, 강행적 해결방식인 중재가 이용되기도 한다. 최근에는 형사사건에 있어서도 대체분쟁해결제도가 도입되고 있는데 형사조정제도가 그것이다. 이와 같은 형사상 화해조정제도³⁾는 기본적으로 피해회복적 형사사법제도로써 경제성, 신속

2) 인류학자들의 보고된 업적을 거론하지 아니하더라도 어느 부족이든지 간에 그들간의 분쟁을 해결하여 내부평화를 유지하는 자생적인 메카니즘을 발달시켰을 것이다. 사실 대체분쟁해결제도는 친족이나 부락공동체의 구성원 등과 같은 가까운 인간관계에 기초한 사회조직에서 발달되었음이 여러 범인류학자들의 연구에서 밝혀졌다. 예컨대 부락민이 분쟁을 촌장에게 보고한 경우 촌장이 양당사자를 즉시 소환하여 그들간의 차이를 조정해보고 이에 실패하는 경우에는 관에 고발하여 정식 재판으로 넘기는 예가 많이 발견된다.

3) 형사상 조정제도(mediation)는 양 당사자와 조정자(mediator)가 직접 만나서 일정한 해결을 도모한다는 점에서, 화해(Conciliation)·중재(Arbitration) 등의 절차와 구분된다. 앞서 살펴본듯이 화해제도는 조정과 유사하거나 기금 동일한 용어로 쓰이기도 하지만 조정과 달리 화해

성, 유연성이라는 특성을 지니며 전통적인 형사사법체제를 대체하고 보완하는 대체적 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution)로 이해할 수 있다.

법제사적으로 볼 때 근대 이후 형법과 민법이 분화되기 이전의 사회에서도 보복적 자력구제를 지양하고 협상과 화해를 장려하는 메커니즘이 존재하였다. 이러한 메커니즘이 장려된 이유는 사회의 질서와 평화를 유지하는데 있어서 소송을 통한 분쟁해결보다 이러한 방법이 사회적 평화를 달성하는데 보다 효과적이고 경제적이었기 때문이었다.⁴⁾ 그리고 무엇보다도 범죄를 피해자 개인에 대한 침해라고 이해하였기 때문에 피해자가 받은 침해와 손해에 대한 원상회복이 범죄문제해결의 최대 관심사였다.

우리의 전통사회에서도 분쟁발생 이전에 발생원인 자체를 없앴거나 초기 단계에서 해결하려는 노력이 있었던 것으로 보인다. 대가족제도에서 각자 자신의 욕구를 절제하고 자기의 역할에 충실하려고 했든지 윗사람을 공경하고 그 의사를 존중·복종하는 관습, 또 인화를 중시하고 한순간의 관계보다 오랜 기간의 교류, 더 나아가서는 여러 세대에 걸친 친교를 유지하는 데에 더 큰 비중을 두었던 점 등에서 그러한 점을 찾아 볼 수 있다. 즉 사회적 규범과 관습에 자기를 맞추고, 가부장적인 질서 안에서 분쟁원인을 최소화하고 갈등의 초기 단계에서 해결을 찾았던 것이다. 농경사회에서 마을 원로의 관여로 이웃간의 분쟁을 해결한다든가, 집안에서 가장 연장자에게 가사분쟁에 대한 의견을 요청하여 해결한다든가, 상인들간의 분쟁을 가장 세력 있는 우두머리 상인에게 의뢰하여 해결하는 등은 제도화되지는 않았으나 우리에게 익숙한 분쟁해결수단들이었다. 우리는 고조선 때부터 사적인 분쟁을 법에 호소해 해결하지 않고, 부족 또는 마을공동체의 풍습을 존중하면서 자연적으로 형성된 도덕적 제재에 따라 자치적으로 규율하는 사회현실로서의 중재 또는 조정을 우선하는 전통이 확립되어 있었다.

2010년 5월 형사조정제도를 내용으로 하는 범죄피해자보호법이 개정되어 우리나라에서도 형사사건에 대한 대체적 분쟁해결 제도가 법제화되었다. 근대 이

는 가해자와 피해자 간의 직접 대면 접촉이라는 방법 외에도 전화나 우편을 통한 접촉 혹은 조정자가 가해자와 피해자 사이를 왕복하며 화해를 시도하는 방법을 모두 포함하는 절차를 의미한다. 사실 많은 조정제도에 있어 사전 접촉 단계로써 간접적 접촉 방식이 활용된다. 이러한 의미에서 본고에서는 화해조정이라는 용어를 사용하고자 한다.

4) 조운선 (2002), 조선 후기 소송 연구, 국학자료원, 277-278쪽 참조.

후의 형사사법체계가 범죄 행위자에 대한 피해자의 사적 복수를 철저히 배제시키고 그 대신에 국가가 분쟁해결의 주도권을 가지고 국가 공형벌 제도를 정착시킴으로 범죄(범죄자) 관계적으로 전개되어 왔다는 점을 고려하면 형사사건에서의 대체분쟁해결제도의 도입은 그 시사하는 바가 매우 크다.⁵⁾

형사조정제도는 기존의 경직된 형사사법이 지배적인 우리나라에서는 비교적 낯선 제도로 여겨지고 있지만, 우리사회에서 소송에 의하지 아니한 분쟁해결방식은 재판제도가 출현하기 오래 전부터 늘 이용되어 왔다. 특히 조선시대에는 사화(私和)라는 제도가 존재하여 갈등과 분쟁에 대하여 소송이 아니라 협상과 화해를 장려하기도 하였다. 그러나 불행히도 우리나라의 이와 같은 전통적 대체분쟁해결제도와 관련한 사료는 찾아보기가 힘들고, 그 결과 이에 대한 연구는 거의 이루어지지 않고 있는 실정이다. 이에 우리나라의 전통적 분쟁해결방안에 대해서 고찰할 필요성이 있고, 또한 이제 우리나라에서 본격화되고 있는 형사상 화해조정제도를 성공적으로 확립, 발전시키기 위해서는 영미권과 유럽의 법제와 사례를 살펴보는 것도 중요하겠지만, 무엇보다도 우리나라의 법문화에 대한 이해가 선행되어야 한다는 점에서 연구의 필요성이 있다.

2. 연구의 목적

앞서 언급한바와 같이 형사상 화해조정제도와 같은 대체적 분쟁해결제도는 완전히 새로운 제도나 패러다임이 아니며 국가가 형사사법제도를 독점적으로 운영하기 전에는 일반적이었던 분쟁해결수단이였다.⁶⁾ 최근 주목을 받고 있는 회복적 사법은 미국·캐나다·호주·뉴질랜드·유럽 등에서 전통적인 형사사법제도에

5) 최근 주목을 받고 있는 회복적 사법은 바로 이러한 전통적인 형사사법시스템에 대한 불신을 반영한 것이라고 할 수 있다. 회복적 사법이 주목을 받는 이유는 범죄를 구체적인 개인에 대한 침해로 이해하며 범죄에는 피해자와 가해자간의 개인적인 갈등이 내재되어 있다고 파악한다는 점에 있다. 이러한 흐름 속에서, 형사사법체계 패러다임의 변동을 가져올 새로운 갈등규율모델로서 오늘날 각광을 받고 있는 모델이 바로 형사상 피해자-가해자 화해조정제도이다.

6) See, e.g., John Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation* 5 (2002); Heather Strang & Lawrence W. Sherman, *Repairing the Harm: Victim and Restorative Justice* 2003, Utah L. Rev. 15, 16.

대한 대안으로 제시되고 있는데 영미의 형사상 화해조정제도는 다른 여러 가지 회복적 사법 프로그램과 함께 30년간의 역사를 두고 양적·질적으로 비약적인 변화를 보여 주었으며 현재에도 계속해서 발전하고 있다. 이러한 영미의 형사상 화해조정제도의 도입과 발전은 이들 국가의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 고찰을 바탕으로 하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 예를 들어 뉴질랜드 마오리족의 분쟁해결방안을 모델로 한 서클모델 등은 전통적 대체분쟁해결방안을 모델로 한 대표적인 형사사건에서의 대체분쟁해결방안이다.

본 연구는 갈등과 분쟁의 당사자가 함께 참여하여 갈등과 분쟁을 해결해 가는 회복적 사법의 한국식 원형을 찾고자 하는 관심에서 출발하였다. 부끄러운 이야기이지만 우리나라 대부분의 (특히 형사사법분야의) 법학자들과 법조인들은 영미법과 대륙법의 법제사는 꿰뚫고 있지만 우리나라의 법제사에 대해서는 관심이 적은 것이 사실이다. 서두에서도 언급한 조선시대의 대체적 분쟁해결 방법인 사화(私和)제도에 대해서 알고 있는 학자와 실무가가 거의 없다는 것이 우리나라 법학계 및 법조계의 현실이다. 이러한 연유에서인지 모르겠지만 우리나라의 형사조정제도 도입 시 모델로 삼은 것은 영미국가와 유럽국가에서 시행한 제도이고 본 제도에 대한 연구 또한 이들 국가의 법제를 중심으로 이루어진 것이 사실이다.

우리나라에서 본격적으로 도입되고 있는 형사조정제도를 성공적으로 확립, 발전시키기 위해서는 영미권과 유럽의 법제와 사례를 살펴보는 것도 중요하겠지만, 그에 앞서 우리나라 법문화에 대한 이해가 필요할 것이다.

그러나 불행히도 우리나라의 사화제도와 관련한 자료는 찾아보기가 힘들고 이에 대한 연구 또한 거의 이루어지지 않고 있는 것이 현 실정이다. 이에 비해 중국과 일본에서는 조선시대의 사화제도와 유사한 전통적 대체분쟁해결방안에 관한 자료와 연구가 상당히 축적되어 있다.⁷⁾ 특히 일본 에도시대의 전통적인 분쟁 해결방법인 나이사이(内濟)제도는 중국 대명률의 영향 하에 있었던 국가에 있어

7) 아이러니하게도 전통적 분쟁해결 방법에 대한 자료와 연구가 축적되어 있는 일본에서는 형사상 화해조정제도가 도입되고 있지 않은 반면, 전통적 분쟁해결 방법에 대한 자료도 찾아보기가 힘들고 이에 대한 연구도 거의 이루어지지 않고 있는 우리나라에서는 형사조정제도가 도입되어 시행되고 있다.

서 근대 이후 형법과 민법이 분화되기 이전의 피해자-가해자 조정제도의 원형을 잘 보여주고 있다.

이에 본 연구에서는 과거 동일한 문화와 법제도를 공유하였던 한중일의 국가에 있어서 소송을 대체하여 이루어져 왔던 전통적 대체분쟁해결방안을 비교·검토함으로써 우리나라의 전통적인 분쟁해결방법인 사화제도를 이해하고 회복적 사법의 원형을 밝혀보고자 한다. 또한 우리나라의 전통적 대체분쟁해결방안의 모색을 통해 얻을 수 있는 시사점에 대해서도 살펴보고자 한다.

제2절 연구범위와 방법

1. 연구범위

본보고서는 한국, 중국, 일본에 있어서 소송을 대체하여 이루어져 왔던 전통적 대체분쟁해결방안을 비교 검토함으로써 우리나라의 전통적인 분쟁해결방법인 사화(私和)제도를 이해하고 또한 우리나라의 회복적 사법의 원형을 살펴보고자 한다. 이 연구는 다음과 같은 내용을 포함한다.

제2장에서는 기초적인 검토로서 대체적 분쟁해결제도 및 형사상 화해조정제도의 의의와 목적 그리고 필요성에 대한 이론적 검토를 하였다. 또한 중국, 일본을 제외한 외국 각국의 전통적 대체분쟁해결제도에 대해서도 살펴보았다. 대체적 분쟁해결제도와 형사상 화해조정제도 의의와 필요성에 대한 검토는 본 보고서가 목적으로 하는 우리나라의 전통적 대체분쟁해결제도를 이해하는데 필요한 기본 자료로서 우리나라의 회복적 사법의 원형을 밝히는데 있어서 유용한 준거가 될 것이다.

제3장에서는 한·중·일 삼국의 전통적 대체분쟁해결제도에 대해 구체적으로 살펴보고 각국의 대체분쟁해결제도 간 비교 검토를 실시하였다. 구체적으로 한·중·일의 전통적 대체분쟁해결제도의 운영현황과 당시의 시대상(한국의 경우 조선, 중국의 경우 청대, 일본의 경우 에도시대)등을 개관해 보고, 특히 형사사건과 관련한 당시의 실제 사례를 검토해 봄으로써 당시 어떠한 방식으로 형사사

건에서의 대체분쟁해결제도가 운영되었는지를 살펴보았다. 이를 통해 형사사건에서의 소송과 소송에 의하지 않는 분쟁해결제도의 운영관계에 대해서 살펴보고자 하였다. 이러한 검토는 우리나라의 형사사법제도 내에서 대체분쟁해결제도의 역할과 나아가야 할 방향을 제시할 것이다.

제4장에서는 한·중·일의 전통적 대체분쟁해결제도에 대한 비교 검토를 통해 얻을 수 있는 시사점을 모색해 보았고, 또한 이러한 검토를 기초로 하여 전통적 대체분쟁해결제도의 적용가능성과 형사상 화해조정제도의 도입방향에 대해서 모색해 보았다.

제5장에서는 이러한 검토를 기초로 하여 우리나라에서의 형사사법제도와 전통적 대체분쟁해결제도의 경쟁을 통한 상호보완적 발전방안에 대해서 제언하였다.

2. 연구방법

본 연구는 문헌연구를 기본적인 방법으로 하여 연구를 진행하였다. 우선 문헌연구를 위해 대체적 분쟁해결제도와 형사상 화해조정제도의 이론과 실제에 관한 문헌자료에 대한 검토를 하였고, 외국의 대체적 분쟁해결제도와 형사상 화해조정제도에 관한 문헌 등에 대한 비교 연구도 진행하였다.

또한 한·중·일 삼국의 전통적 분쟁해결제도의 구체적인 운영상황을 알아보고 이를 비교 검토하기 위해 삼국의 전통적 분쟁해결제도의 실증사례를 수집하여 분석 검토하였다. 또한 문헌연구가 가지는 한계를 극복하기 위해 한중일의 전통적 분쟁해결제도 관련 교수(법학자, 사학자 등) 및 전문가 등에 대한 자문을 실시하였다. 또한 중국과 일본의 관련 전문가와의 워크숍을 통해 관련 자료를 입수하고 중국, 일본과 우리나라의 전통적 대체적 분쟁해결제도를 검토·분석하였다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제2장

대체분쟁해결제도에 대한 이론적 고찰

안성훈 · 김선혜 · 심재우 · 조균석

대체분쟁해결제도에 대한 이론적 고찰

제1절 대체적 분쟁해결제도(ADR)의 의의

1. ADR의 개념

소송의 대상이 되는 사건은 사회적으로 생긴 분쟁 그 자체가 아니라 요건사실에 의하여 재구성된 분쟁 내지 생활 관계이므로 사회적 분쟁의 일부에 지나지 않는다. 따라서 소송은 피라미드와 같은 분쟁해결제도의 정점에 위치하여 법적으로 문제된 분쟁만을 해결하고 그 밑의 사회적 분쟁 그 자체는 화해조정과 같은 자주적 분쟁해결제도⁸⁾에 의하여 해결되고 있다.

제2차 세계대전 후 경제가 고도성장되면서 사회생활이 복잡화·다양화하고 각 방면의 거래가 활발화 됨에 따라 소송이 폭발적으로 증가(litigation explosion)하게 되었는데, 이로 인해 소송지연과 재판실물의 현실적 문제가 발생하게 되었고,

8) ADR이 단순히 재판절차를 보완한다는 의미를 넘어 사회의 다양하고도 복잡한 분쟁에 대한 해결메커니즘의 한 대안으로 취급받고 있기 때문에 이를 분쟁당사자간의 자주적인 분쟁해결 제도로 본다.

이에 따라 저렴·신속·간이·유연한 분쟁해결을 지향하는 소송에 의하지 않는 자주적 분쟁해결수단이 다양하게 형성되기에 이르렀다.⁹⁾ 이러한 자주적 분쟁해결수단은 소송에 의한 법적 해결의 대안으로까지 인식하게 되었고, 이와 같이 소송의 대안으로 인식되는 자주적 분쟁해결수단을 대체적 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution: 이하 ADR이라고 함.)라고 한다.¹⁰⁾

ADR은 민간기구, 행정기구, 법원 등의 주도에 의하여 경미한 형사사건의 처리를 포함하여 여러 가지 형태로 이용되고 있는데 이것은 소송은 능가할 정도로 발달하고 있다.¹¹⁾

-
- 9) ADR은 1960년대 후반 미국을 필두로 전통적 사법제도의 결함을 보완할 수 있는 대안으로서 각광을 받아 왔다.(Sander, Frank E. A. (1985), "Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview", *University of Florida Law Review*, 37(1), p. 97.)
- 10) 전병서의 2인 (2005), "대체적 분쟁처리제도(ADR) 도입방안", 사법제도개혁추진위원회 연구용역보고서, 1-3쪽. 대체적 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution: 이하 ADR이라고 함.)의 개념 정의에 대해서는 여러 가지 견해가 제시되고 있으나, 대체로 법원에서 이루어지는 재판절차 또는 소송절차를 보충하는 분쟁해결제도라고 정의되고 있다.
- 11) ADR은 미국에서 가장 활발히 운영되고 있는데, 미국의 ADR의 연혁을 살펴보면 다음과 같다. 1976년 4월 미국변호사협회(American Bar Association: ABA)가 주최하고 연방사법회의(Judicial Conference of the U.S)와 대법관회의(the Conference of Chief Justice)도 참여한 전국회의가 미국에서 개최되었는데, 이 회의의 목적은 미국의 사법제도에 대한 대중의 불만과 원인을 규명하기 위한 것이었다. 여기에서 파악된 사법에 대한 불만은 ① 법원의 과다한 업무로 인한 소송의 지연, ② 각종 소송비용 및 변호사 보수의 고액화, ③ 분쟁처리에 부적절한 관료제도로 집약되었다. 이러한 불만요인을 해소하고 사법제도를 보다 대중과 가깝게 하고자 ABA는 조지아주 변호사 Griffin Bell을 의장으로 한 사법제도개선위원회를 조직하였고 그 결과로서 법원의 판결에 대체되는 대체적 분쟁해결수단으로써 근린분쟁해결센터(Neighborhood Justice Center)가 등장하였다. NJC는 지역사회의 개인적인 분쟁해결에 주로 조정을 이용하였다는 데 특징이 있다. NJC는 처음에는 ① 이웃간의 분쟁, ② 집안싸움, ③ 소비자 문제, ④ 세입자 분쟁, ⑤ 소액의 민/형사분쟁을 취급하였는데 곧이어 복잡한 민사분쟁 및 이혼사건도 다루게 되었다. 그 뒤 이러한 경험을 뒷받침으로 하여 1980년 분쟁해결법(Dispute Resolution Act)이 제정되었다. 1980년대 초에 하버드 대학의 프랑크 센터 교수는 위의 분쟁해결에 조정만을 이용할 게 아니라 법원에서 중재/미니트라이얼 등 다방면의 방책을 강구하여 분쟁을 해결하여야 한다고 주장하였는데 그 영향으로 지금은 다방면적으로 분쟁해결이 시도되고 있다. 그 뒤 1990년의 행정분쟁해결법(Administrative Dispute Resolution Act of 1990)이 제정되어 법원은 물론이고 행정사건에 고나한 전체 연방소송에 관해서도 ADR이 이용되게 되었다. (강현중(1994), "대체적 분쟁해결제도", 고시제 94/7, 195-196쪽 참조.)

2. ADR의 형태

대체적 분쟁해결제도의 형태는 화해, 조정, 중재 이외에도 상담, 교섭(Negotiation), 알선(Mediation) 등 다양한데, 이 가운데 대표적인 것은 조정과 중재이다.

화해는 조정과 유사하거나 가끔 동일한 용어로 쓰이기도 한다. 하지만 조정과 달리 화해는 가해자와 피해자 간의 직접 대면 접촉이라는 방법 외에도 전화나 우편을 통한 접촉 혹은 조정자가 가해자와 피해자 사이를 왕복하며 화해를 시도하는 방법을 모두 포함하는 절차를 의미한다.

조정은 중립적 위치에 있는 제3자가 분쟁당사자를 중개하고 쌍방의 주장을 절충하여 화해에 이르도록 도와주는 것을 말한다. 이에 대하여 중재는 양쪽 당사자가 그들 사이의 분쟁에 대하여 제3자인 중재인에게 그 해결을 맡겨서 중재인의 판정에 복종할 것을 약정하고 그에 근거하여 중재인이 행하는 절차로 일종의 사적 재판이라고 할 수 있다.

교섭이란 당사자 사이에서 이해가 엇갈리는 문제를 당사자 스스로 해결하는 것을 말하고, 알선이란 당사자 사이에서 대립되는 문제를 제3자가 조정/합의에 이르게 하는 것을 말한다. 조정이나 중재는 분쟁의 해결을 전제로 하지만 교섭이나 알선은 분쟁의 해결을 전제로 하지 않는다는 점에서 구별된다.

상담은 상담기관이 당사자의 고충을 듣고 법률문제를 포함한 분쟁처리방법에 관한 정보를 제공하는 것이다. 상담기관¹²⁾은 정보의 편재를 시정하여 당사자 사이의 교섭력을 대등하도록 하는 기능을 하지만 원칙적으로 분쟁해결기능은 없다. 그러나 사실조사의 과정에서 상대방과 절충할 수 있고 그 단계에서 분쟁해결역할을 할 수 있다.

알선은 제3자기관이 당사자들이 교섭에 의하여 합의를 형성하도록 조력하는 것을 말한다. 다만 알선은 조정에서와 같이 조정안을 제시할 정도로 강하게 중개하지 못하고, 절차도 조정보다 덜 정비되어 있다.¹³⁾

12) 우리나라에서는 시민단체나 법률구조공단, 한국가정법률상담소 등 많은 단체가 상담기관으로 활동하고 있다.

13) 노동쟁의 조정법(제3조)과 환경오염피해분쟁조정법(제18조 이하)은 알선제도를 채택하고 있다.

□ 조정·중재·재판의 비교

	조정	중재	재판
절차개시에 상대방의 동의가 필요한가	○	○	×
제3자를 선택할 자유가 있는가	○	○	×
해결책의 제시가 있는가	○	○	○
해결책을 받아들일지 여부에 대한 자유가 있는가	○	×	×
해결책을 상대방에게 강제할 수 있는가	×	○	○

3. ADR의 특징

ADR의 절차에 공통적인 특징으로 ① 신속하고 저렴한 비용에 의한 분쟁의 처리, ② 분쟁처리 과정에서의 법원 개입의 가급적인 배제, ③ 당사자의 의사결정 존중과 변호사 역할의 감소, ④ 최소한의 그리고 비형식적인 재결절차, ⑤ 공개적이거나 공공적이 아닌 사적인 절차 진행, ⑥ 창의적인 규범의 생산과 실제적인 법률에 대한 구속의 회피를 들 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 공통적인 속성을 종합하면 ADR은 실제적인 원칙에 그다지 구속되지 아니하고 비형식적인 절차를 통하여 분쟁을 내부적으로 해결한다는 것인데, 이를 다시 정리하면, ① 소송과 같이 엄격한 법적 과정을 요구하지 않는다는 비형식성(Informalization)¹⁵⁾, ② 법적 해결만을 고집하지 아니하고 사회적 통념에 따라 분쟁을 처리한다는 법외화(Delegalization)¹⁶⁾, ③ 담당기관을 법원에 한정시키지 않고 사회적으로 덕망 있는 유지들도 참여시킬 수 있다는 비법조화(Deprofessionalization)¹⁷⁾가 ADR의 절차에 중요한 특징이 된다.¹⁸⁾

14) Edward Brunet (1987), "Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution". Tulane Law Review, Vol. 62, No. 1, pp. 11-14.

15) 소송절차가 형식화되면 적어도 그 절차의 적정은 보장된다. 그러나 절차의 복잡화가 초래된과 동시에 경직화, 형해화되기 쉽다. 반면, 비형식성은 절차의 적정에 대한 보장이 없는 대신에 절차를 경직화, 형해화되지 않게 하면서도 간략화로 인하여 국민이 분쟁해결제도에 쉽게 접근하게 하는 장점이 있다.

16) 법외화는 법규범에 의해서가 아니라 국민의 감정 내지 커먼센스에 의하여 분쟁을 해결할 필요성을 가리키는 것이다. 예컨대, 법적용의 전제되는 법해석이나 사실의 확정이 법률가의 독선에 빠질 위험성이 있는 경우 또는 분쟁해결 그 자체를 법으로부터 괴리시킬 필요가 있는 경우 등이다. ADR은 바로 이 같은 법외화의 요청에 부응하는 것이다. 또한 ADR의 또 하나의 장점은 원만성인데 이것도 바로 법외화의 현상이다. 법정이라는 공개의 장소에서의 대결은 일도양단적인 패소에 의한 굴욕감을 부정할 수 없으며, 비공개적 경우의 설득과 양보에 의한 결론은 굴욕감의 회피라는 장점이 있어 분쟁을 원만하게 해결할 수 있게 된다.

이상에서 알 수 있듯이, ADR은 사법적 판단과 중재결정이 갖는 단점을 보완하기 위한 사전적 분쟁해결장치로서 분쟁의 일방 당사자가 다른 당사자에 대해 승리를 얻는 것이 아니라 분쟁당사자 모두가 수용할 수 있는 해결책을 발견하여 당사자 모두에게 이익이 되는 방향으로 분쟁해결을 도모한다. 따라서 이러한 ADR들은 단순히 파이를 절반으로 나누는 것이 아니라 여러 가지 방안을 모색하여 파이를 더 크게 만든 후 이것을 반으로 나누도록 당사자를 설득하고 조력한다는 데 특징이 있다.¹⁷⁾

제2절 형사상 화해조정제도의 의의

…… 이 사건 피해자인 공소외 유한회사 무등통운은 피고인과 이 사건 교통사고에 대하여 원만히 합의하고 공소외 박상영을 통하여 1992. 3. 3. 자동차교통사고합의서라는 제목으로 그 제목 바로 밑부분 괄호안에 “교통사고처리특례법 제3조 제2항”이라고 기재하고, 피해자 및 가해자는 이 사건 교통사고에 대하여 상호 원만히 합의되었기에 서명날인한 합의서를 제출한다는 내용의 서면을 이 사건 수사기관인 순천경찰서에 제출한 사실을 알 수 있는바, 따라서 위 피해자는 위 자동차교통사고합의서를 제출함으로써 피고인의 처벌을 희망하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였다고 할 것이고, ……

(출처: 대법원 1994.02.25. 선고 93도3221 판결)

…… 피해자가 피고인과 사이에 피고인이 교통사고로 인한 피해자의 치료비 전액을 부담하는 조건으로 민·형사상 문제삼지 아니하기로 합의하고 피고인으로부터 합의금 일부를 수령하면서 피고인에게 합의서를 작성·교부하고, 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출한 경우, 피해자는 그 합의서를 작성·교부함으로써 피고인에게 자신을 대리하여 자신의 처벌불원 의사를 수사기관에 표시할 수 있는 권한을 수여하였고, 이에 따라 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출한 이

17) 분쟁해결기관을 비법조화하는 것은 사회의 커먼센스(common-sense)를 분쟁해결에 반영시킨다는 의미에서 필요하다.

18) 강현중, 앞의 논문, 197-198쪽.

19) 강현중, 앞의 논문, 197쪽.

상 피해자의 처벌불원의사가 수사기관에 적법하게 표시되었으며, ……

(출처: 대법원 2001.12.14. 선고 2001도4283 판결)

…… 기록에 의하면 위 피해자는 피고인의 제1심 국선변호인을 통하여 2007. 10. 11. “가해자와 피해자 간에 원만한 합의를 하였으므로 이 건을 차후 민·형사상 어떠한 이의도 제기치 않을 것을 서약하면서 합의서를 제출합니다”라는 내용과 “합의금 이백 중 나머지 일백만 원은 11월부터 매월 10만 원씩 송금하기로 함”이라는 내용이 기재된 합의서를 제1심법원에 제출하였음을 알 수 있는바, 그렇다면 위 피해자는 위 합의서를 제출함으로써 피고인에 대한 처벌을 희망하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시한 것으로 봄이 상당하다고 할 것이다. ……

(출처 : 대법원 2008.02.29. 선고 2007도11339 판결)

상기의 내용은 대법원 판결의 일부로서 형사절차에서 당사자 간의 합의가 형사법적 효과를 가지는 경우를 보여주고 있다.²⁰⁾ 예를 들어 폭행죄나 협박죄와 같은 반의사불벌죄의 경우 당사자 간에 합의가 이루어져 피고인을 처벌하지 않겠다는 의사를 표시하게 되면 공소를 제기할 수 없게 된다. 또한 일정한 경우에는 합의 자체가 명시적인 형사법적 효과는 없지만 사실상으로 기소를 유예하거나 불구속재판을 하거나 또는 재판에서 형을 감경하는 효과를 가지는 경우도 존재한다. 이와 같이 당사자 간의 합의가 직간접으로 형사절차에서 영향을 미치는 것은 우리나라에서 흔히 볼 수 있는 현상이다.²¹⁾ 이와 같이 현실적으로나 제도

20) 그러나 근대적인 형사사법의 주요 특징 가운데 하나가 민·형사책임 및 그 처리절차의 분리라고 할 수 있다. 따라서 당사자 간에 민사 분쟁에 대한 합의가 이루어졌다 하더라도 형사책임에 영향을 미치지 않는 것이 원칙이다.

21) 폭행이나 상해와 같은 대인범죄나 교통사고 또는 의료사고에 따른 상해나 사망과 같은 과실범죄의 경우나 사기나 횡령범죄의 경우에 발생하게 되는 민사상의 분쟁을 해결하기 위해 피해자가 다양한 방안을 강구할 수 있지만, 특히 민사상 분쟁해결을 전제로 형사절차의 진행을 종결시키거나 양형단계에서 고려할 수 있도록 하는 방안이 사실상 일반화되어 있다. (신양균(2009), “우리나라 형사화해제도에 대한 검토”, 동아법학 제44호, 446쪽.) 한편, 그동안 범죄 혐의와 관계 없이 음해성으로 남발되거나 민사분쟁적 성격이 짙은 악성 고소·고발사건은 수사기관에서도 골칫거리였는데, 특히 개인채무와 관련된 사기 등 재산분쟁형 고소사건의 경우 고소인이 고소제기를 통해 상대방을 심리적으로 압박하는 동시에 민사소송에 이용할 증거수집수단으로 검찰 수사를 악용하는 사례가 많아 문제로 지적돼 왔다. 이와 같이 고소인들이 반드시 형사처벌을 원해서라기보다 상대방을 압박하여 경제적 손실을 보상받기 위한 목적이나 민사소송에

적으로 당사자의 합의는 형사책임에 일정한 영향을 미치고 있다.²²⁾

1. 형사상 화해조정제도의 기원

앞서 살펴보았듯이 전통사회에서는 분쟁이나 갈등 발생 이전에 발생원인 자체를 없앴거나 초기 단계에서 해소하려는 노력²³⁾이 있었던 것으로 이해된다. 대가족제도에서 각자 자신의 욕구를 절제하고 자기의 역할에 충실하려고 했다는지 위사람을 공경하고 그 의사를 존중하고 복종하는 관습, 또한 인화를 중시하고 한 순간의 관계보다 오랜 기간의 교류, 더 나아가서는 여러 세대에 걸친 친교를 유지하는 데에 더 큰 비중을 두었던 점 등에서 그러한 점을 찾아 볼 수 있다. 즉 사회적 규범과 관습에 자기를 맞추고, 가부장적인 질서 안에서 분쟁원인을 최소화하고 갈등의 초기 단계에서 해결을 찾았던 것으로 본다. 이와 같이 분쟁과 갈등을 법에 호소해 해결하지 않고 부족 또는 마을공동체의 풍습을 존중하면서 자연적으로 형성된 도덕적 제재에 따라 자치적으로 규율하는 사회현실로서의 중재 또는 조정을 우선하는 전통의 뿌리는 고대의 법전 등을 통해 살펴볼 수 있다.

예를 들어 함무라비법전(Code of Hammurabi)은 동해보복과 잔혹한 형벌규정으로 유명하지만, 배상형도 널리 활용되고 있었다.²⁴⁾ 함무라비 법전에 나타난 배상형제도는 공법과 사법이 분리되고 국가권력이 확립되기 이전의 고대사회에

이용할 자료를 만들기 위하여 고소를 남발하는 측면이 있다는 조사결과도 있다.

- 22) 이러한 합의는 주로 고소·고발사건의 경우에 자주 나타나는데 우리나라는 특히 외국에 비해서 형사사건에 대한 고소·고발이 많은 편이라고 할 수 있다. 예컨대 2013년 법무연감에 의하면 2012년도 우리나라 고소·고발건수는 72만4116건으로 전체 검사수사 접수사건의 30.1%를 차지하고 있다. 가까운 일본과 비교하면 60배나 많은 수치이다. 하지만 무혐의 등의 이유로 불기소 처리되는 고소사건 비율은 무려 70%를 넘어서고 있어 수사력 낭비와 국민 불편 등 막대한 사회적 비용을 유발하고 있는 것으로 나타나고 있다. 이와 같이 고소사건이 많은 것은 주로 법의식의 빈곤에서 비롯된 계약체결 등 법률행위 시에 근거서류를 정확하고 세밀하게 작성하지 못하는 관행, 민사사건의 형사사건화, 민사소송의 실효성 결여 내지 장기화, 허위고소 등 무고남발 등의 거짓말 문화 그리고 법률서비스의 저변확대 미흡 등에 주된 원인이 있는 것으로 지적되고 있다. (검찰청고·고소제도 개선 및 사건처리절차 합리화 방안 연구, 서울고등검찰청(1997), 174쪽 이하 참조 신양균, 앞의 논문, 447쪽.)

23) 전통사회의 분쟁해결에 있어서 주로 사용되었던 방법은 속죄와 배상의 방법이다.

24) 바빌론 제1왕조의 함무라비왕(재위 BC1792~1750)이 종전의 법원칙들을 집성하여 제정하였다.

서는 동서양을 막론하고 널리 통용되던 범죄대응방식이다.²⁵⁾ 또한 고대 로마에서도 배상형은 일반적인 범죄 대응방식이었던 것으로 추정되는데, BC450년에 성립한 12표법(12標法: lex duodecim tabularum)에서도 배상형 규정이 발견된다.²⁶⁾ 이처럼 로마시대에는 범죄와 민사불법행위가 분화되지 않은 채, 개인적 법익에 대한 침해를 당사자간의 채권채무관계로 해소하는 전통이 남아있었다.²⁷⁾ 이러한 전통은 성경에서 찾아볼 수 있는데 마태복음 5장 25절에는 “너를 고발하는 자와 함께 길에 있을 때에 급히 사화(私和)하라 그 고발하는 자가 너를 재판관에게 내어 주고 재판관이 옥리에게 내어 주어 옥에 가둘까 염려하라”고 하는 구절이 있는데 이는 재판관 앞에서 시시비비를 가리기 전에 고발하는 사람과 적극적으로 해결책을 모색하라는 의미로 해석할 수 있다.

우리사회에서도 소송에 의하지 아니한 분쟁해결방식은 재판제도가 출현하기

25) 예컨대, 신전이나 국왕 소유의 가축을 절도한 자는 각각 일정한 속죄금을 지불하고 사형을 면할 수 있었다(제8조). 타인의 눈을 뺨 자는 그 눈을 빼내고(제196조) 타인의 뼈를 부러뜨린 자는 그 뼈를 부러뜨린다(제197조). 그러나 자유민(free-born man)이 해방자유민(freed man)10)의 눈을 빼거나 뼈를 부러뜨린 때에는 1 미나(mina)의 금(金)을(제198조), 타인 소유 노예의 눈을 빼거나 뼈를 부러뜨린 때에는 1/2 미나의 금을(제199조) 지불하고 형벌을 면할 수 있었다. 대등한 신분에 속한 타인의 이를 부러뜨린 자는 그 이를 부러뜨리지만(제200조), 자유민이 해방자유민의 이를 부러뜨린 때에는 1/3 미나의 금을 속죄금으로 지불하게 하였다(제201조). 해방자유민이 상위의 신분에 속한 자를 폭행한 때에는 가죽채찍(ox-whip)을 사용한 60대의 공개태형에 처하고(제202조) 노예가 해방자유민을 폭행한 때에는 그 귀를 자르지만(제205조), 자유민이 같은 신분에 속한 타인을 폭행한 때에는 1 미나의 금을(제203조), 해방자유민이 같은 신분의 타인을 폭행한 때에는 10 셰켈(shekel)의 돈을(제204조) 속죄금으로 지불하게 하였다. 그밖에 폭행치상(제206조 내지 제208조), 폭행에 의한 낙태(제209조), 의사의 업무상 과실치사상(제215조 내지 제223조)에 대해서도 배상형을 규정하고 있다.

26) “사람의 사지(四肢 : limb)를 불구로 만들고(maim) 피해자와 합의하지 않은 경우에는 똑같이 보복당하게 한다. 손이나 곤봉으로 타인의 뼈를 부러뜨린 자에 대해서는 300아시(coin)를 벌칙으로 지불하게 한다. 만일 노예의 뼈를 부러뜨린 때에는 그에게 150아시를 지불하게 한다. 타인을 폭행이나 모욕한 때의 벌칙은 25아시의 지불이다.”(Ⅷ標2조). 이 규정은 특히 제1문(文)에서 피해자와 가해자의 화해를 명문으로 규정하고 있는데 중상해의 피해자에게 가해자의 속죄금에 해당하는 채권을 인정하되, 그 배상액에 관한 합의가 성립하지 않는 경우에 한하여 동해보복(talio)을 가하므로 가해자에 대한 처벌방법을 피해자가 결정하는 일종의 사형(私刑)을 허용하고 있다. (吉田敏雄 (2005), 法的平和の恢復, 成文堂法, 31쪽; 김용세의 2인 (2002), 형사화해제도 도입을 위한 입법론적 연구, 한국형사정책연구원, 21쪽.)

27) BC3세기경 로마에서는 공형법(das öffentliche Strafrecht)이 발전함에 따라 사형법(das private Strafrecht)이 제한되기 시작했지만 양자는 그 기능이 서로 달랐기 때문에 그 이후에도 여전히 배상과 합의를 통한 사적 처리절차가 존속하였다고 한다. 吉田敏雄, 앞의 책, 32쪽.

오래 전부터 늘 이용되어 왔다. 농경사회에서 마을 원로의 관여로 이웃간의 분쟁을 해결한다든가, 집안에서 가장 연장자에게 가사분쟁을 의논하여 해결한다든가, 상인들간의 분쟁을 가장 세력 있는 우두머리 상인에게 의뢰하여 분쟁을 해결하는 등은 제도화된 것들은 아니었으나 우리들에게 익숙한 분쟁해결수단들이었다. 즉 고조선 때부터 사적인 분쟁을 법에 호소해 해결하지 않고, 부족 또는 마을공동체의 풍습을 존중하면서 자연적으로 형성된 도덕적 제재에 따라 자치적으로 규율하는 사회현실로서의 중재 또는 조정을 우선하는 전통이 확립되어 있었다.

우리나라의 조정을 우선시 하는 사상이나 전통의 뿌리는 8조법금을 통해서 살펴볼 수 있다.²⁸⁾ 또한 향약을 통해서도 조정, 중재제도가 마을 생활의 규범으로 존재해 왔으며 조선시대 말에 이르러서도 정부에 의해 육성, 장려되어 왔다. 우리나라의 향약은 덕업상규, 과실상규, 예속상교, 환난상휼의 네 가지 강목을 주된 정신으로 삼아왔다. 예로부터 우리나라 법에서는 형사·민사 등 서민의 일상생활에 관계되는 법률의 대부분이 가장 중요시하는 경제생활의 규율도 예속과 관습이 불문율적 기준에 따라 유지되었다. 후술하겠지만, 특히 조선시대에는 사화(私和)라는 관습이 있어 분쟁과 갈등이 발생할 경우 소송을 통하는 대신에 당사자간의 조정과 화해를 통해 해결하는 것을 장려하기도 하였는데 당시 문헌 등을 살펴보면 제3자의 판정에 의해 분쟁을 해결하는 방식인 중재나 소송은 아주 기피되고 당사자간의 타협에 의하거나 제3자가 개입하여도 조정자의 기능을 하는 분쟁 해결방식이 일반적이었다. 한편, 법적으로도 고려시대와 조선시대에는 일정한 금전이나 물품의 납입을 조건으로 형을 감경 또는 변제하는 속형(贖刑)제도가 채용되었는데, 주로 반역죄, 강도죄 등 중죄에 해당하지 않는 범죄에 대해 부녀자나 양반 또는 유년과 노년의 범죄자에 대해서만 예외적으로 적용되었다.²⁹⁾

1908년 최초의 근대형법전인 형법대전이 대폭 개정되어 민사관계 조항이 모두 삭제되고 416개조의 형사조항만이 유지됨으로써 근대적 형법전이 성립되었지만

28) 잘 알려진 바와 같이, 우리나라에서도 민사와 형사가 제대로 구별되지 않았던 고조선시대에는 팔조금법(八條禁法)을 통해 배상과 속죄가 혼재되어 있었다. 즉 고조선의 팔조금법(八條禁法)에는 “타인을 상해한 자는 곡물로 배상하게 하며, 절도범은 노비로 삼되 50만전을 지불하여 속죄하게 할 수 있다(相傷 以穀償, 相盜者 男沒入爲其家奴, 女子爲婢, 欲自贖者, 五十萬錢).”는 배상형 규정이 있었다.

29) 신양균, 앞의 논문, 447쪽.

일본의 강점으로 인해 결실을 거두지 못하고 1910년 프랑스와 독일의 법제를 계수한 일본의 법제가 그대로 우리나라에 적용되었다. 이로써 국가독점의 형사재재시스템이 확고히 정착되고, 가해자와 피해자 사이의 배상합의는 범죄사건 처리의 주요한 수단으로서의 지위를 상실하고 극히 제한적인 의미를 가지는데 머물게 되었다. 그러나 해방 이후 정부의 귀속재산 불하(拂下)과정에서 재산분쟁이 빈발하면서 분쟁을 신속하고 효율적으로 처리하는 방안으로 고소를 택하게 되고 검찰이 이러한 고소사건을 통해 민사분쟁에 깊이 관여하게 되면서 검찰은 재산분쟁의 효율적 해결사 역할을 자임하여 왔고, 그러한 검찰관행에 보조를 맞추어 시민사회는 형사합의의 관행을 당연한 것으로 여기게 되었던 것이다.³⁰⁾

2. 형사상 화해조정제도의 개념

형사상 화해조정제도는 당사자들이 제3자의 도움을 받아 직접 대화함으로써 범죄로 인해 야기된 분쟁을 해결하고 범공동체를 재통합하기 위한 절차를 말한다.³¹⁾ 형사상 화해조정제도는 영미에서는 회복적 사법(Restorative Justice)의 이념을 토대로 하면서 「피해자와 가해자의 조정」(Victime-Offender Mediation, VOM) 내지 「조정 및 대화」(Mediation and Dialogue)를 통해 화해에 이르는 과정을 중시하여 발전되었지만, 독일에서는 상대적으로 국가의 관여를 전제로 하면서 당사자의 능동적 역할을 강조하고 갈등해소를 위해 합의를 도출하는데 중점을 둔다.³²⁾ 한편 우리나라의 경우에는 고소사건을 대상으로 검사가 형사조정위원을 중재자로 활용해서 당사자 간의 화해를 유도한다는 점에 특징이 있다.

이러한 형사상 화해조정제도는 전통적 형사사법제도가 가지고 있던 문제점들을 해결해줄 수 있을 뿐만 아니라 피해자의 지위 향상, 형벌의 예방기능의 보완

30) 신동운 (2006), “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, 형사법의 신동향 2호, 147쪽; 신양균, 앞의 논문, 447-448쪽.

31) 검찰실무에서는 종래 화해중재라는 표현을 사용하였으나, 중재라는 표현이 당사자의 대화보다 제3자의 의사에 중점을 두는 측면이 있다는 점을 고려하여 현재로는 형사조정이라는 표현을 사용하고 있다. 신양균, 앞의 논문, 449쪽.

32) 신양균, 앞의 논문, 450쪽.

등 여러 가지 장점을 안고 있지만 동시에 형사상 화해조정제도는 전통적 형사사법시스템과의 관계 정립과 관련하여 다음과 같은 다양한 비판이 제기되고 있다.

- ① 법치국가적 관점에서 무죄추정의 원칙에 반할 수 있다는 비판이 있다. 즉 범죄자가 범죄에 대한 자신의 책임을 부정하는 경우에는 자발적인 참여를 전제로 하는 화해조정제도를 적용할 수 없게 되고 만일 그런 경우에 화해조정을 강제한다면 범죄자에게 헌법적으로 보장된 무죄추정의 원칙에 반하는 결과로 될 수 있다는 것이다. 실제로도 화해조정은 유죄가 확정되지 않은 범의인에 대해 사실상 책임을 강요하는 결과로 될 수 있다. 따라서 조정절차에의 회부명령이 헌법상 무죄추정원칙에 위배되지 않기 위해서는 형사조정을 형사사법체계내로 통합할 경우 피해자와 가해자의 동의를 요건으로 만드는 것이 필수적 전제조건이 되어야 하는데, 이와 같이 형사상 화해조정에 있어서는 범의인의 동의 여부를 명확히 하는 절차가 특별히 중요한 의미를 가지게 된다.³³⁾
- ② 형법이론적 관점에서 형법의 민법화가 문제될 수 있다. 형법과 민법이 독자적인 영역으로 발전해 왔음에도 불구하고 민사문재인 원상회복을 형사화해의 주된 내용으로 하는 것은 형법의 민법화를 초래할 수 있고, 뿐만 아니라 이로 인해 형사절차가 돈 많은 범죄자를 보호하는 제도로 전락할 우려가 있으며 또한 범죄자에게 범죄로 인한 피해에 대해 민사상 손해배상책임을 인정하는 것만으로는 범죄피해자를 실질적으로 구제할 수 없는 측면도 있다.³⁴⁾
- ③ 형사상 화해조정을 통해 형법의 사회통제기능이 확대될 수 있다는 비판도 제기되고 있다. 즉 형사상 화해조정제도는 범죄문제를 비공식적인 절차를 통해

33) 탁희성의 4인 (2008), 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(Ⅰ); 형사화해조정제도 도입을 위한 기초연구, 한국형사정책연구원, 30쪽; 신양균, 앞의 책, 451쪽.

34) 박광민 (2005), “형사절차상 피해자보호의 현황과 전망”, 경성법학 제14집 제1호, 29쪽; 신양균, 앞의 책, 451쪽. 한편, 형사상 화해조정은 중국적으로 범죄자가 범죄로 인해 손해를 입은 피해자나 그 가족은 물론 지역사회에 대해 자신의 책임을 다하게 하는 것을 의미하므로 손해의 회복에 국한하지 않고 회복을 위한 과정과 방법의 다양성에 큰 의미를 부여하고 있다. 따라서 피해의 배상은 협의, 조정 또는 합의와 함께 화해성립을 위한 조건 중 일부에 불과하고 이런 의미에서 화해의 결과 내지 부수적 효과에 그치는 원상회복(Wiedergutmachung)과는 구별할 필요가 있다.

해결하는 비범죄화 전략의 일환이라고 할 수 있고 이러한 방식은 범죄의 당사자 및 사회공동체가 경미한 범죄에 대해서도 관여하는 결과로 이어지게 될 우려가 있으므로 결과적으로 사회통제망의 확대를 가져오게 된다.³⁵⁾

제3절 형사상 화해조정제도의 이념적 기초

화해제도를 이해하기 위해서는 그 철학적 기초가 되고 있는 회복적 사법의 의미를 이해할 필요가 있다.

1. 회복적 사법의 의의 및 이념

회복적 사법(Restorative Justice)의 출현³⁶⁾은 형사사법시스템을 피해자를 향해 재정립할 필요가 있다는 학문적 견해에 그 주된 뿌리를 두고 있다.³⁷⁾ ‘회복적 사법’이라는 용어가 주목을 받기 시작한 것은 1985년에 하워드 제어(Howard Zehr)가 북아메리카에 존재하였던 피해자-가해자 조정실무를 묘사하고, 나아가 그러한 실무를 장려하기 위하여서 이 용어를 사용한 때부터였다.³⁸⁾

35) 예컨대 과거에는 아무런 조건 없이 기소유예나 형의 감경을 받았던 범죄인들도 형사화해를 통해 피해를 회복하는 경우에만 그런 혜택을 누릴 수 있게 된다. 신양균, 앞의 책, 451-452쪽.

36) 1960년대까지만 해도 세계 각국의 형사사법시스템은 범죄자에 초점을 맞추고 있었다. 재사회화 모델과 응보 모델을 사이에 두고 대립이 있었지만 양자 모두 범죄행위를 한 행위자의 개선·교화 또는 행위자의 책임에 상응한 응보적 형벌을 목표로 삼고 있었다는 점에서 차이가 없었다. 따라서 또 다른 한편의 당사자인 피해자와 지역사회는 형사사법절차로부터 철저히 소외되어 있었다. 이에 대하여 닐스 크리스티(Nils Christie)는 “국가가 갈등을 빼앗아갔다. 그리고 그렇게 함으로써 피해에 대한 배상과 회복을 추구하는 피해자의 권리를 강탈해 버렸다”고 주장하기도 하였다. (Nils Christie (1977), “Conflicts as Property”, The British Journal of Criminology, Vol. 17.)

37) 회복적 사법(Restorative Justice)의 출현은 형사사법시스템을 피해자를 향해 재정립할 필요가 있다는 학문적 견해에 그 주된 뿌리를 두고 있다. (高橋則夫 (2003), 修復的司法の探求, 成文堂, 4쪽, 이하 참조)

38) 문헌에 의하면 이 용어를 처음 사용한 것은 이 보다 앞선 1977년의 알버트 애글리쉬(Albert Eglash)라고 한다. (Lode Walgrave (2004), ed. by M. Tonry, Anthony N. Doob, Restoration

회복적 사법의 정의에 관한 통일된 개념정의는 없지만, 마아샬(Tony Marshall)의 정의에 따르면 회복적 사법은 “특정 범죄에 이해관계를 가진 모든 당사자가 그 범죄가 미친 영향 및 그 범죄가 장래에 대하여 가지고 있는 합의를 어떻게 다룰 것인가 하는 문제를 집단적으로 해결하기 위하여 함께 모이는 절차”라고 한다.³⁹⁾ 이와 같은 회복적 사법의 정의에는 절차적인 측면이 강조되어 있지만, 회복적 결과에 초점을 맞추어 정의를 내리는 견해도 있다. 웰그레이브(Lode Walgrave)는 회복을 지향하는 절차가 일정한 공식적인 틀 속에서 진행되는 경우나 법원에서 부과되는 일정한 제재수단도 피해자는 물론 가해자 또는 지역사회에 회복적인 결과를 가져올 수 있다고 하고 “범죄에 의해 야기된 피해를 회복하는 것을 사법의 주된 방향으로 잡고 있는 모든 행위”를 회복적 사법이라고 정의한다.⁴⁰⁾ 이 정의에 의하면, 회복적 사법의 원칙과 철학을 실천하는 것이 가능하기 위하여서는 강제적 제재수단의 부과도 회복적 사법의 영역 속으로 들어와야 한다고 한다. 통상 전자는 순수모델(Purist Model), 후자는 최대화모델(Maximalist Model)이라고 한다.⁴¹⁾

한편으로, “회복적 사법의 이용에 관한 개정 기본원칙”이 2002년 4월 유엔 제 11회 범죄방지 형사사법위원회에서 승인되어, 동년 7월 경제사회이사회에서 채택되었는데, 이 기본원칙에서는 회복적 사법에 관한 단일의 정의를 부여하는 것을 피하고 “회복적 프로그램은 회복적 절차를 이용하거나, 회복적 목적의 달성(성과)을 지향하는 프로그램이다”고 정의하였다. 이러한 절차와 목적의 병존이라는 표현은 타협의 산물로 보인다. 왜냐하면 순수모델과 최대화 모델이라는 회복적 사법의 두 모델간의 논쟁에서 과정을 중시하는 입장은 순수모델 측에 서고, 목적을 중시하는 입장(회복 목적이 달성된다면 형벌사용도 괜찮다고 본다)은 최

in Youth Justice, Youth Crime and Youth Justice, The University of Chicago Press, p. 543 ; 吉田敏雄, 앞의 책, 59-61쪽 참조.)

39) Tony F. Marshall (1996), “The evolution of restorative justice in Britain”, European Journal on Criminal Policy and Research 4(4), p. 37.

40) Bazemore, Gordon and Lode Walgrave (1999), “Restorative juvenile justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform.” In Restorative juvenile justice: Repairing the harm of youth crime, ed. Gordon Bazemore and Lode Walgrave, With an introduction by Gordon Bazemore and Lode Walgrave. Monsey, NY: Criminal Justice Press, pp. 45-74.

41) 高橋則夫, 앞의 책, 76쪽.

대화 모델 측에 서게 되기 때문이다. 이는 곧, 어느 쪽도 배제하지 않는 정의라고 할 수 있다.

이와 같은 이유로 회복적 사법의 개념규정은 관계 회복적이라고 말할 수 있는 불가결한 요소, 즉 회복적 사법의 이념과 원리를 분명히 함으로써 간접적으로 정의하고자 하는 경향을 보인다. 그러한 요소들은 다음과 같다.⁴²⁾

- ① 사건을 국가가 정한 보호법익의 침해로 정의하지 않는다. 관계 당사자에게 개별 구체적인 해악적 영향(경제적, 신체적, 정신적 영향의 총합)과 인간적 회복을 지향하는 당사자 자신의 내면적 요구(needs)나 타자애의 요청이라고 하는 요구에 근거하여 “범죄”를 정의하여야 한다. 즉 해악적 영향과 요구에 근거하는 정의로, 여기에서는 근대법을 이야기할 때에 항상 열등한 위치에 있었던 “감정”이나 “특수한 상황”을 정당하게 평가할 필요성이 제시된다.
- ② 국가가 형사책임을 근거로 형벌로써 대응하는 것이 아니라, 관계 당사자에 의한 회합의 상호작용 과정 속에서 본인들이 사태에 직면하여 자각한 책무(책임)에 의한 배상으로써 대응해야 한다는 것이다. 그 결과 사태는 건전화된다고 하는 견해로써 배상은 금전적 배상뿐만 아니라, 사회·봉사 등의 상징적인(정신적인) 배상까지도 중시해야 한다.
- ③ 사태의 해결은 국가(사법의 관료)의 손에 의하지 않고 지역을 포함하는 전 관계당사자가 자발적으로 참여하여 주체적으로 결정해야 한다.(자발적, 주체적 관계당사자주의)
- ④ 개인 간의 비공식적인 회합이라고 해도 우리들의 생활영역 근저에 있는 구조적 격차, 힘의 불평등, 피해자의 궁핍, 일상의 경제적 부정의를 간과한 채 이루어 저서는 안 된다. 이것은 회합에 있어서 국가의 구조적 문제 전반을 논하는 것을 의미하지 않으며 가해자의 변명을 그대로 수용하지는 것도 아니다. 범죄를 조장하는 지역 사회적, 심리적 조건에 대한 통찰을 참가자가 충분한 토의를 거쳐 공유하는 것이다

42) J. Belgrave (1996), *Restorative Justice: A Discussion Paper*, Ministry of Justice: New Zealand, p. 8. ; 西村春夫 (2006), “修復的司法の理念、実態、正当性”, 細井洋子外3人編著, 修復的司法の総合的研究, 風間書房, 9쪽 이하 참조.

이와 같은 공통적 요소를 가지고 있는 회복적 사법은 다음과 같은 목표를 지향한다.⁴³⁾

- ① 피해자의 요구를 절차에 반영한다.
- ② 가해자를 지역사회 속으로 재통합시킴으로써 재범을 예방한다.
- ③ 가해자로 하여금 자신의 행위에 대하여 책임을 질 수 있도록 한다.
- ④ 피해자를 후원하고 가해자의 사회복귀를 돕고 장차 범죄를 적극적으로 예방할 수 있는 지역사회를 재건한다.
- ⑤ 사법메커니즘의 과잉 및 그와 연관된 비용과 지연을 회피한다.

2. 전통적 형사사법과 회복적 사법의 차이점

“우리는 가해자에 대해 어떤 조치를 취하기보다, 피해자를 위해 무언가함으로써, 그리고 가해자에게 그렇게 하도록 요구함으로써 좀 더 건설적으로 범죄를 비난할 수 있다.”⁴⁴⁾

회복적 사법과 전통적 형사사법 간의 차이는 단순히 일도양단식으로 드러나지 않는다. 전통적 형사사법제도도 피해자를 무시하지 않고 피해자의 요구를 반영할 수 있는 방안을 끊임없이 도입하고 있고, 가해자에 대해서도 과거지향적으로 비난일색으로 대응하고 있는 것이 아니라 미래를 향한 문제해결방안을 모색하고 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 회복적 사법은 그것이 기초하고 있는 이념적 토대 및 세계관 때문에 종래의 형사사법과 뚜렷한 차별성을 가지는 특징들을 가지고 있다.⁴⁵⁾ 그러한 특징들은 다음과 같다.⁴⁶⁾

43) Shari Tickell and Kate Akester (2004), *Restorative Justice: The Way Ahead*, Justice, p. 20.

44) Martin Wright (1988), “From Retribution to Restoration: A New Model for Criminal Justice”, *New Life: The Prison Service Chaplaincy Review* 5, p. 49.

45) 전통적 형사사법과 회복적 사법의 각각의 특징에 대해서는 Umbreit, Mark S.(2001), Introduction: Restorative Justice through Victim Offender Mediation, *The Handbook of Victim Offender Mediation*, Jossey-Bass Inc., p. 30. 참조

46) 회복적 사법의 특징에 관해서는 (김성돈 (2005), “형사사법과 회복적 사법”, 성균관법학 제17

가. 절차상 차이

현행 형사사법시스템은 가해자의 유죄를 합리적 의심의 여지없이 입증하기 위해 범죄를 구성하는 요소를 확인하는 일에 초점을 맞춘다. 이를 위해 현행 형사사법시스템은 피고인이 유죄를 인정하기에 앞서 경찰, 피고인 혹은 소추기관의 행위에 영향을 미치는 절차를 만들어가기 위해 절차 및 증거의 규칙들을 사용한다. 그러나 회복적 사법은 범죄자가 자신의 행위에 대해 책임을 부담할 것을 인정하는 일에 초점을 맞추고 있기 때문에 절차가 진행되는 동안 범죄자에게 자신이 초래한 해악에 대해 책임을 인정하는지를 묻고, 범죄의사의 확인보다는 책임을 질 수 있는 능력, 사후적인 대응능력 등으로 초점을 변경시킴으로써 사후처리를 위한 대안적 절차를 확립할 수 있는 토대를 제공한다.⁴⁷⁾

나. 대응방식의 차이

이상과 같은 절차상의 차이점은 대응방안의 차이점으로도 나타난다. 종래의 형사사법시스템에서 범죄에 대한 대응은 범죄의 중대성에 비례해서 현실적인 손해가 있는지 아니면 손해의 위험이 있는지, 그리고 범죄자에게 어느 정도 책임이 있는지에 비례해서 이루어져 왔다. 그러나 회복적 사법은 어떤 행위의 결과물, 예컨대 교통사고의 결과로서의 사망에 대해 어떻게 책임질 것인지에 초점을 맞춘다. 그 때문에 회복적 사법절차에서는 범죄의 중대성이나 범죄자의 유책성보다는 피해자의 요구가 절차의 결과물에 더 큰 영향을 미칠 수 있다. 현행의 형사사법시스템의 대응은 부주의 혹은 음주가 사망에 기여하였는가 하는 문제에 대한 고려에 영향을 받을 수 있다. 그러나 회복적 사법모델을 이용하게 되면 거의 유사한 범죄들이 전혀 다른 결과로 귀착될 수도 있다. 예컨대, “동일한 유책성을 가지고 행위하면서 유사한 결과를 야기하고 있는 두 명의 범죄자는 매우 다르게 처분을 부과하는 피해자를 만날 수 있다. 용서하는 피해자도 있고, 응징하는 피해자도 있는 것이다.”⁴⁸⁾ 물론 회복적 절차에서는 지역사회 구성원의 참

권 제1호, 420-424쪽 ; 高橋則夫 (2007), 對話による犯罪解決, 成文堂, 16-33쪽 참조

47) J. Belgrave, op. cit., p. 18.

48) A. Ashworth (1993), Some doubts about Restorative Justice, Criminal Law Reform 4(2), p. 291.

여와 절차의 목표가 고려되어 이러한 양 극단적 결과물이 중화될 수도 있다.⁴⁹⁾

다. 감정적 요소의 배제와 감정적 요소의 활용

현행 형사사법시스템은 형사사건의 절차를 진행시키는 과정에서 피해자의 감정을 배제시키기 위하여 피해자를 대신하여 국가가 절차의 주인공으로 등장한 것을 특징으로 한다. 그래서 형사사법시스템은 보복 및 복수에 대한 어떤 공공의 요구라도 원칙과 선례들에 의거하여 잠재울 수가 있다. 형사법정에서는 강한 감정의 표현을 엄격하게 관리한다. 감정을 나타낼 기회는 변호인이 작성한 문서와 피해자에 대한 범죄의 감정적·물리적·재정적 효과를 기술하기 위한 서류 및 진술로 제한된다.

그러나 회복적 사법은 피해자, 가해자 및 지역사회의 감정적 효과를 전적으로 활용한다. 회복적 사법은 범죄의 감정적 영향력을 회복의 중요한 요소로 취급하여 그 감정적 문제들의 치유를 추구한다. 범죄가 미친 감정적·육체적·재정적 효과를 청취하는 것은 가해자로 하여금 자신의 행위에 대하여 책임을 지도록 하는 중요한 요소가 된다. 자신들의 행동이 미치는 영향에 대한 이해 없이는 가해자들이 범죄 및 그 결과에 대하여 진정으로 책임을 질 수 없을 것이기 때문이다.⁵⁰⁾

라. 국가의 역할 차이

종래의 법원 중심의 사법시스템에 있어서는 국가가 피해자와 지역사회를 대표하는 역할을 하고 있다. 피해자는 고소인과 증인으로서의 역할에 그치는 경우가 대부분이고, 피해자가 전혀 개입하지 않은 채 절차가 진행되는 경우도 있다.⁵¹⁾

그러나 회복적 사법 하에서 사람들은 가능한 한 자신들의 견해와 느낌을 표현한다. 즉, 피해자, 가해자 또는 지역사회 구성원 등은 자기 자신의 입장을 나타낸다. 국가는 가해자가 손해를 회복하는 일에 대하여 책임을 지도록 하기 위한 공정한 절차를 제공할 책무를 가질 뿐이고, 그 절차의 내용은 피해자, 가해자 그

49) 김성돈, 앞의 논문, 421쪽.

50) J. Belgrave, op. cit., p. 17 ; 김성돈, 앞의 논문, 422쪽.

51) 물론 그 동안에 형사사법절차에서 피해자의 지위강화를 위한 많은 노력과 제도적 변화가 있었다. 이에 관해서는 (이호중 (1993), 형사절차상 피해자보호방안, 한국형사정책연구원) 참조.

리고 지역사회 구성원들이 스스로 만들어간다.⁵²⁾

따라서 회복적 사법 프로그램들은 형사사법절차보다는 민사사법절차를 구체화하려는 시도처럼 보일 수 있다. 회복적 사법 프로그램들은 피해자, 가해자 그리고 후원자가 조정자 내지 주선자들과 함께 협의시간, 절차 내지 절차의 결과물 등을 스스로 규율해 가기 때문이다. 특히, 회복적 사법 시스템에서는 국가의 이익을 대변하는 자로서 검사가 등장하지 않고, 그 역할의 일부를 조정자, 주선자, 코디네이터 등의 명칭을 가진 제3자가 하게 된다. 따라서 종래 검사에게 부여된 객관의무 또는 인권의 옹호자적 역할에 상응하는 역할도 제3자가 떠맡게 된다. 모든 당사자들에게 발언할 기회를 주고, 참석자들이 서로의 권리를 존중하게 하며 불법적이거나 강압적인 요소에 의하여 최종합의에 이르는 것을 막아주는 역할도 바로 제3자가 한다. 뿐만 아니라 모든 관련 당사자들을 조정절차나 협의 또는 회합에 오게 하고 필요한 정보(예컨대, 배상가능성에 대한 정보)를 주는 것도 바로 제3자가 하는 것이다. 물론 이러한 제3자는 판사의 결정 내지 판결선고, 검사의 기소재량권 등에 상응하는 권한을 행사할 수는 없다. 또한 가해자가 자신이 범죄자임을 인정하지 않거나 피해자가 주장하는 범죄의 요소를 부정한다면 회복적 사법의 회합이 성사될 수도 없고 성사되어서도 안 된다. 그러므로 회복적 사법의 핵심은 당사자들의 합의 및 회복 필요성이라고 할 수 있다. 그러한 핵심적 요소가 충족되지 못하면 절차는 전통적인 형사사법(경찰, 검사 또는 법원)으로 돌아가 범죄가 다시 분명해질 때까지 공식적인 형사사법의 절차를 거치면서 진행된다. 따라서 본질적으로 회복적 사법은 공식적인 형사사법절차의 뒷받침을 받지 않으면 유지될 수 없는 한계가 있다고 볼 수 있다.⁵³⁾

52) 회복적 사법은 국가의 형사사법시스템이 범죄에 대한 최초의 대응이 되는 것을 이상적으로 생각하지 않는다. (김성돈, 앞의 논문, 422쪽.)

53) Joanna Shapland (2003), "Restorative Justice and Criminal Justice: Just Responses to Crime?", Andrew von Hirsch, et. al., eds., *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 202. ; Shapland, J., Atkinson, A., Atkinson, H., Colledge, E., Dignan, J., Howes, M., Johnstone, J., Robinson, G., and Sorsby, A. (2006), "Situating restorative justice within criminal justice", *Theoretical Criminology*, London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications. ; 김성돈, 앞의 논문, 423쪽.

마. 지역사회의 역할 차이

지역사회는 전통적 형사사법보다 회복적 사법절차에서 훨씬 분명한 역할을 수행한다. 피해자-가해자 조정이나 가족집단협의에서도 지역사회의 이해관계가 고려될 수 있지만, 특히 원주민 문화를 받아들이는 프로그램들은 개인 간의 회합 또는 협의에서 지역사회의 대표자들을 당사자로 인정하는 경우가 많다.⁵⁴⁾ 회복적 사법이 지역사회의 이해관계를 중요하게 생각하는 것은 범죄자가 소속감을 느끼는 지역사회 속으로 범죄자들을 재통합하지 않고 낙인찍고 비난하는 일이 지역사회에 대한 훨씬 더 큰 손상으로 여기기 때문이다.

□ 전통적 형사사법과 회복적 사법의 특징

	응보적 형사사법	재사회화 형사사법	회복적 사법
작용	위협	효과적 처우	범행결과와 조정
분야	질서	행위자	사회적 갈등
내용	고통부과	치료	규범명확화
대응의 기초	범행의 중대성	처우필요성	피해자고통
최종목표	절대적 정의	규범순응적 행동	공동체평화의 재건

더욱이 회복적 사법은 단순히 개인상호 간의 갈등보다는 지역사회 상호간의 갈등이 문제될 경우 지역사회 자체를 당사자로 참석시킬 강한 필요성을 갖는다. 남아프리카의 진실 및 화해위원회는 지역사회 자체를 이해관계인으로 포함시킨 대표적인 회복적 사법절차의 예에 해당한다.⁵⁵⁾

3. 회복적 사법의 목적

앞서 살펴본바와 같이 범죄자에 대한 전통적인 대응 방식은 주로 범죄자 위주

54) 지역사회 대표들을 회복적 사법절차에 포함시킴으로써 얻을 수 있는 장점은 많다. 그들은 문제해결방안에 도움을 주는 지역사회 내의 여러 가지 자원들을 알고 있으며 그 자원들을 동원할 수 있다. 또한 지역사회 대표들은 자원들을 개인적 차원에서부터 끌어올려 합의에 이르는 일에 정당성을 더할 수 있다.(Joanna Shapland (2003), op. cit., p. 206.)

55) 김성돈, 앞의 논문, 424쪽.

의 징벌이었다. 피해자에 대한 보상 명령도 증가하였지만, 이러한 대응 방식의 주된 목적은 범죄자를 처벌하고 재범을 막는 것이었다. 한편, 회복적 사법은 피해자 관계적 사법으로 범죄로 인해 야기된 피해와 파괴된 당사자간의 관계의 회복을 목적으로 한다.⁵⁶⁾ 회복적 사법은 범죄자와 피해자의 요구 사이의 균형을 잡고, 범죄자가 책임감(responsibility)을 갖도록 하며 피해자에게는 공식 사법 절차에서 적극적인 역할을 부여한다.⁵⁷⁾ 회복적 사법은 또한 범죄인과 피해자를 동등하게 존중한다. 회복적 사법을 통해 일반적으로 피해자에 대한 사죄, 피해자와 지역사회를 위한 작업, 금전적 보상 그리고 사회복귀가 이루어졌다.⁵⁸⁾

특히 회복적 사법의 목적에 있어서 주목할 점은 회복적 사법이 종종 재범을 감소시키기 위한 방법으로 소개되거나 평가되고 있다는 사실이다.⁵⁹⁾ 앞서 살펴본바와 같이 만일 회복적 사법이 범죄자와 피해자 그리고 지역사회를 회복시키고 만족시키는데 성공한다면, 재범의 여지는 그만큼 줄어들게 될 개연성이 있는 것이다.⁶⁰⁾ 그러나 회복적 사법의 목적은 재범율을 감소시키는 것이 아니다. 달리 표현하자면, 재범율을 감소시키기 위해서 회복적 사법을 실천하는 이유가 아니라는 것이다.⁶¹⁾ 이와 같이 회복적 사법의 지지자들은 재범율의 감소가 회복적

56) 회복적 사법의 주요 3가지 개념은 손해와 요구(harms and needs), 의무(obligations), 그리고 참가(engagement)이다. 구체적으로 회복적 사법에 있어서 정의는 피해자에의 배려와 그들의 요구로부터 시작한다. 이것은 손해를 구체적으로 또한 상징적으로 가능한 한 회복할 것을 요구한다. 이러한 피해자 중심의 접근은 가해자가 특정되지 않았거나 또는 체포되지 않은 경우라도 피해자의 요구를 중요시 한다. 또한 범죄 또는 손해는 의무를 발생시키기 때문에 회복적 사법은 가해자의 의무와 책임을 강조한다. 마지막으로 회복적 사법은 참가를 장려한다. 회복적 사법절차에 있어서 범죄에 의해 영향을 받은 당사자, 즉 피해자, 가해자, 지역사회의 주민들은 중요한 역할을 담당한다. 이들 이해관계자는 서로 정보를 주고받고 정의를 위해 무엇이 이루어져야 하는지를 협의하는 결정에 참가할 필요가 있다(Howard Zehr (2002), *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, pp. 22-25.)

57) Johnstone, G. (2002), *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates*, Cullompton: Willan Publishing. p. 5.

58) Howard Zehr (2002), op. cit., pp. 22-25.,

59) Hennessey Hayes, Gerry Johnstone, Daniel W. Van Ness, ed. (2007), *Handbook of Restorative Justice*, London and NY/Routledge, p. 428.

60) 실제로 회복적 사법 프로그램은 공격행동을 감소시키는 효과가 있다고 믿을 만한 몇 가지 이유가 있는데, 주로 소년범죄자를 대상으로 하는 지금까지의 연구조사에서 재범율을 실제로 낮추고 있다는 것이 보고되고 있다. (Howard Zehr (2002), op. cit., p. 9.)

61) *ibid.* ; Maloney, D., and Bazemore, G. (1994), "Making a Difference: Community Service

사법의 목적이라고 하지 않지만, 그럼에도 불구하고 그들은 전통적인 사법보다 회복적 사법이 미래의 범죄를 방지하는데 더 효과적이라고 주장하고 있다.⁶²⁾ ‘회복적 사법이야말로 범죄를 통제하는 새로운 기술이다’라는 생각은 바로 그런 맥락에서 유래하는 것이다.⁶³⁾

4. 회복적 사법 실천프로그램의 유형

회복적사법을 실천하기 위한 프로그램은 다양하지만 대별해보면, 조정(Mediation) 모델과 협의(Conferencing)모델, 그리고 서클(Circles)모델로 나눌 수 있다. 이들 모델은 모두 행위자와 피해자간의 범죄를 둘러싼 분쟁을 해결한다는 점에서 동일하지만 회복적사법 절차의 진행과정과 참가자의 범위에서 차이가 난다.

가. 조정모델

조정모델은 일반적으로 피해자와 행위자 및 조정자(mediator)로 구성되어, 행위자와 피해자의 직접적인 대면을 통한 분쟁해결을 내용으로 하는 방식이다. 조정모델에서 조정자는 중립적인 제3자(통상적으로 훈련받은 공동체 자원봉사자 또는 사회사업전문가)로서 범죄가 피해자와 가해자에게 미친 영향, 정보의 상호 교환, 회복적 합의 및 후속 계획 등과 관련하여 피해자와 가해자 사이의 대화를 조정하는 역할을 한다. 이 모델의 참여자는 일반적으로 피해자와 가해자 그리고 조정자에 국한된다. 피해자가 복수인 경우도 상관없고, 청소년 가해자의 부모들이 때때로 조정절차를 관찰하는 것도 허용될 수 있다. 범죄사건에 대한 조정인 경우에는 일반적으로 원상회복금액을 결정하기만 하고 사건을 종결처분하지는 않는다. 원상회복합의는 법원에 의해 집행될 수도 있다. 법원은 가해자에 대한 사법권을 보유함으로써 그 절차에 대하여 간접적으로 영향을 미친다.⁶⁴⁾

Helps Heal Troubled Youths”, (Juveniles: A Generation at Risk) *Corrections Today*, December: 74, 76, 78-79, 82-84, 149.

62) John Braithwaite, op. cit..

63) Johnstone, G., op. cit., p. 5.

64) 이와 같은 내용을 포함하고 있는 조정모델에 대하여서는 회복적 사법에 관한 이론적인 연구

이와 같은 조정모델에 해당될 수 있는 회복적 사법모델의 구체적인 프로그램은 독일의 ‘가해자-피해자 조정프로그램’, 오스트리아의 ‘법원외적 범행조정’, 프랑스의 ‘형사조정’ 등을 들 수 있다.

나. 협의모델

일반적으로 협의는 과거의 특정 행위에 의해 영향을 받은 개인들이 함께 모여 어떤 쟁점에 대하여서 토론을 거치는 절차를 말한다. 협의는 가해자와 피해자는 물론이고 주요 당사자들을 포함시킨다는 점에서 그리고 비전문가의 주도 하에서 분쟁을 해결한다는 점에서 조정과 유사하다. 그러나 협의의 옹호자들은 조정이 민사법절차에 기반을 두고 있기 때문에 형사피해사건에 대하여서는 적절하지 않다고 비판한다.⁶⁵⁾

조정은 두 당사자들 간에 대화를 촉진하기 때문에 당사자 간의 상호작용을 조절하기 위한 절차진행을 조정자에게 맡기고 있는 반면, 협의는 행동을 규율하기 위하여 집단절차가 지닌 규범적 효과를 활용한다. 협의 집단이 나아가야 할 방향을 설정하는 진행자(facilitator)는 협의의 기본 목적달성을 위하여 노력해야 하며 참여자들을 더욱 존중하여야 한다. 조정에서는 조정자로 봉사하는 훈련된 자원자들을 조정에 개입시키는 일에 지역사회의 개입이 국한되어 있지만, 협의의 경우에는 범죄에 의해 가장 영향을 받은 지역사회의 구성원을 직접 포함시키고

가 이루어지기 훨씬 이전인 1971년에 맨하탄 조정 및 갈등해결 연구소(IMCR)가 조정실무를 위한 표준을 만들었다. 맨하탄 모델에서 조정자는 그 절차를 설명하기 위하여 당사자들을 방문하거나 초빙하여 참여를 이끌어내는데, 조정절차는 다음과 같은 단계를 거쳐 진행된다.

- ① 조정자는 기본원칙을 정한다. - 물러나 앉아 있으면서 간섭하지 않고 폭력적인 언어를 사용하지 않으면서 합의를 도출하는데 힘쓴다.
- ② 조정자는 조정 중에 일어나는 일에 대하여 비밀을 유지할 것을 참석자에게 알린다.
- ③ 조정자는 조정이 실패하면 그 결과를 기술한다. - 법원에 결과를 제출한다.
- ④ 당사자들은 조정자의 개입을 받지 않고 사건의 쟁점사항을 제시한다.
- ⑤ 당사자들은 토론에 참여한다.
- ⑥ 조정자는 당사자 쌍방에 대하여 그들의 앞으로의 행동에 관해 합의할 것을 장려한다(조정자는 협상이 결렬되지 않는 한 제안을 해서는 안 된다). 조정자는 필요한 경우 각 당사자와 따로 상담할 수 있다.

65) Paul McCold (1999), “Restorative Justice Practice: The State of the Field 1999”, in: www.iirp.org/library/vt/vt_mccold.html. p. 2.

있어서 지역사회의 직접적 개입을 인정하는 메커니즘으로 평가되고 있다. 협의 모델은 가족이나 중요한 타인을 포함하여 피해자, 피해자 지원자 그리고 가해자 지원자의 참여에 따라 그 구조가 달라진다.⁶⁶⁾ 누가 진행자인가, 전체 집단이 결과물에 대하여 협상을 하는가, 아니면 가족구성원만이 협상의 주체가 되는가, 그리고 누가 합의를 승인하는가에 따라 협의모델의 구조가 달라진다. 일반적으로 전문가들이 협의를 주선하는데 경찰관, 학교직원, 학교상담원, 사회사업가 등이 주선할 수도 있고, 전문상담원이 주선할 수도 있다. 협의모델에서는 피해자와 가해자의 후원자를 프로그램에 참여시키기 때문에 피해자와 가해자 사이의 힘의 균형을 창출해 낼 수 있다. 따라서 협의는 다른 지원자를 포함시키지 않는 조정 모델보다 가정폭력사건에 대하여서 더 적합한 것으로 평가되고 있다.⁶⁷⁾

다. 서클모델

서클은 아메리카 원주민과 캐나다의 원주민(First Nation)에 기원을 두고 있는 분쟁해결 절차에서 발전하였다.⁶⁸⁾ 이러한 절차들은 양형서클, 화해서클(Peacemaking Circles) 또는 커뮤니티서클로 불리워지는데, 각각은 추구하는 목표에 있어서 조금씩 차이를 보이고 있다. 서클모델은 캐나다의 유콘 지역에서 판사와 커뮤니티 사회사업가에 의해 부활되었는데 1992년 캐나다 유콘 준주(準州)법원(Territorial Court)의 Philip Moses 사건에서 처음으로 사용되었다.⁶⁹⁾ 이 프로그램은 1996년 미네소타주에서 실험(Minnesota's Mille Lac band of Ojibwe)이 시작되면서 미국으로 확산되었다.⁷⁰⁾

66) Howard Zehr (2002), *op. cit.*, pp. 47-50.

67) 협의모델을 채택하는 구체적인 프로그램으로는 뉴질랜드의 가족집단협의프로그램(Family Group Conference), 호주의 와가와가(Wagga Wagga) 지역에 있는 가족협의프로그램(Family Conference), 지역사회협의프로그램(Community Conference) 등이 있다. (김성돈 (2002), 앞의 논문, 418-419쪽.)

68) Howard Zehr, *op. cit.* p. 50.

69) Julian Roberts and Kent VandRoach (2003), "Restorative Justice in Canada: From Sentencing in Circles to Sentencing Principles", Andrew von Hirsch, et. al., eds., *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 237 참조.

70) http://www.ehow.com/about_5387084_history-circle-sentencing.html 참조.

서클모델은 두 개의 일반적 경로를 거쳐 발전하였다. 상황을 처리하기 위한 치유패러다임(치유서클)과 실제 사건을 처리함에 있어서 사법당국에 제안을 하는데 국한되어 있는 협력재판 패러다임(양형서클)이 그것이다. 재판 이전 단계에서의 대안으로 사용되든지 재판 후의 처분을 결정하는데 사용되든지 간에 서클 모델은 유사한 구조적 절차를 따르는 경향이 있다.⁷¹⁾ 치유서클과 대화서클은 모든 당사자들의 공통된 특별한 관심사에 초점을 맞추고 있다. 그러한 서클들이 사법부의 전문가를 포함하는 경우는 거의 없지만 전문상담가는 포함될 수 있다.⁷²⁾

구체적인 서클프로그램으로는 북아메리카의 서클절차로서 아리조나의 나바조에서 유래한 화해법정, 유콘의 원주민 사회에서 비롯된 양형서클프로그램, 그리고 캐나다의 마니토바(Manitoba)주의 할로우 워터(Hollow Water)의 원주민 지역 사회에서 발달된 정교한 서클프로그램 등이 있다.

제4절 현행법상 형사상 화해조정제도

1. 형사상 화해조정제도의 유형

현행법 하에서 피해자와 가해자 간의 중재는 기소 이전 단계와 재판 단계에서 찾아볼 수 있다. 기소 이전의 단계에서 이루어지는 형사조정에는 형사조정위원이 주도하여 피해자와 가해자 간의 합의를 도출하는 방식을 취하고 있고, 재판 단계에서는 양 당사자 간의 합의를 민사상 화해와 동일한 효력을 인정함으로써 피해자가 형사사건뿐만 아니라 그와 관련된 민사상 분쟁을 한꺼번에 해결할 수 있도록 하고 피해회복을 쉽게 하려는 것이다.⁷³⁾

한편 소년법에 한정되지만, 소년법에서는 소년사건에 대해 별도의 화해제도를 두고 있다. 즉 소년부 판시는 소년보호의 차원에서 소년에게 피해자와 피해변상

71) 서클의 목적에 따라 그리고 누가 참석하는지에 따라 그리고 참석자의 역할에 따라 구별되는 많은 서클 절차들이 있다. (Paul McCold, op. cit. p. 14.)

72) 서클모델은 참가자가 피해자와 가해자 외에 각각의 가족이나 지원자, 형사사법기관을 포함한 다른 점에서는 협의모델과 유사하나, 이에 더해 사건에 관심이 있는 지역사회의 구성원도 참가한다는 점에서 차이가 있다. 김성돈, 앞의 논문, 419면.

73) 신양균, 앞의 논문, 452쪽.

등의 화해를 권고할 수 있도록 하고 소년이 그러한 권고에 따라 피해자와 화해하였을 경우에는 보호처분을 결정할 때 이를 고려할 수 있도록 명시하고 있다(소년법 제25조의3).⁷⁴⁾

2. 형사상 화해조정제도의 법적 근거

가. 형사재판상 화해

재판 단계에서는 소송촉진 등에 관한 특례법 제36조에서 규율하고 있다. 즉 형사피고사건의 피고인과 피해자 사이에 민사상 다툼(해당 피고사건과 관련된 피해에 관한 다툼을 포함하는 경우에 한한다)에 관하여 합의한 경우, 해당 피고사건이 계속 중인 제1심 또는 제2심 법원에 공동하여 그 합의를 공판조서에 기재하여 줄 것을 신청할 수 있고(동법 제36조 제1항), 이를 받아들이면 그 공판조서에 대하여는 재판상 화해와 동일한 효력을 인정하고 있다(동조 제2항).

종래 형사절차에서 피고인과 피해자 사이에 피고사건에 관한 합의가 이루어져 소위 합의서를 법원에 제출하고 이것이 양형사유로 고려되어 왔다. 그러나 이 합의서에는 집행력이 없기 때문에 나중에 지불을 약속하는 내용인 경우에 피고인이 성실하게 이것을 이행하지 않는 때에는 피해자는 다시 민사소송을 제기하여 확정판결을 얻어내어 강제집행을 해야만 하고 이로 인해 비용이나 시간 등 상당한 부담을 지게 되었으며 피해회복에도 문제를 안고 있었던 점을 감안하여, 양자의 합의를 형사절차에서 공판조서에 기재하면 그 기재를 민사소송에서 재판상 화해와 동일한 효력을 가지도록 한 것이다.⁷⁵⁾

나. 기소전 화해(형사조정)

기소전 화해를 내용으로 하는 형사조정에 대한 법적 근거는 범죄피해자보호법

74) 이론적으로는 소년범죄에 대해서는 가족집단협의(Family Group Conference)프로그램을 통해 형사조정을 실시하자는 제안이 있다.

75) 신양균, 앞의 논문, 455쪽.

제6장에서 규율하고 있다. 즉, 사기, 횡령, 배임 등 재산과 관련된 범죄에 대한 고소사건과 소년, 의료, 명예훼손, 지적재산권침해범죄 등 일정한 형사사건에 대하여 피해자와 피의자가 원만한 합의 또는 화해에 이를 수 있도록 해당 지역사회의 주요 인사들로 구성된 형사조정위원회에서 분쟁을 조정할 수 있도록 하고 있다. (이하에서 구체적으로 검토.)

3. 형사조정제도에 대한 검토

가. 형사조정제도의 의의

형사조정제도는 고소권의 남용을 억제하고 재산적 분쟁 성격의 고소사건에 대하여 사적자치 영역에서의 해결능력을 증대하는 토대를 마련하고 장기적으로 민사 분야에 국가기관의 개입을 자제함으로써 고소제도가 실질적인 피해를 입은 국민에게만 행사되어 범죄피해자의 실질적인 피해보전을 도모하는 한편 조정 과정에서 지역사회의 동참을 유도하여 형사사법예의 국민 참여 효과도 거두기 위한 정책적인 고려와 폭주하는 대부분의 고소사건이 민사 분쟁에 불과하다는 이유로 불기소 처분되고 있는 상황에서 효율적인 고소사건 처리를 위한 현실적인 필요에서 등장한 것이다.⁷⁶⁾

형사조정(Criminal Mediation)제도는 광의와 협의로 나누어 정의할 수 있는데, 광의의 형사조정은 피해자와 가해자 사이의 관계에서 범죄행위로 인하여 야기된 갈등을 해소하는 일체의 절차를 말한다. 이와 같이 넓은 의미의 형사조정은 대체형사사법절차로서의 형사조정뿐만 아니라, 독립된 사회복지프로그램이나 민간 단체에 의한 자활프로그램 형태의 회복적 사법조정(Restorative Justice Mediation)이나 사회적 조정(Social Mediation)까지 포괄하는 개념으로 사용된다.

협의의 형사조정은 형사사법체계 내에서 제도화된 조정절차를 의미하는 것으로 형사사건을 조정에 의뢰하고 그 결과를 사건처리 또는 판결에 반영하는 일체의 절차를 말한다. 즉, 형사상 문제와 관련된 명백한 사실관계를 전제로 하여

76) 고소사건 관련 제도 개선방안 연구, 대검찰청 미래기획단 (2009), 29쪽.

이해관계 당사자인 가해자와 피해자 양측이 조정자가 행하는 일정한 조정절차에 참여하여 상호 대화하고 논의함으로써 일정한 해결책을 모색하는 구체적 절차를 지칭하는 것으로 이해할 수 있다. 일반적으로 이러한 형사조정⁷⁷⁾에 대하여는 일정한 형사법적 평가를 거쳐 법적 효과가 부여된다.

우리나라의 경우, 형사조정⁷⁷⁾이란 보통 협의의 형사조정을 의미한다. 즉, 사기, 횡령, 배임 등 재산과 관련된 범죄에 대한 고소사건과 소년, 의료, 명예훼손, 지적재산권침해범죄 등 일정한 형사사건⁷⁸⁾에 대하여 피해자와 피의자가 원만한 합의 또는 화해에 이를 수 있도록 해당 지역사회의 주요 인사들로 구성된 형사조정 위원회에서 분쟁을 조정하는 제도를 의미한다(범죄피해자보호법 제6장 참조).

77) 형사조정제도를 ‘형사화해제도’와 혼동하는 경우가 많은데, ‘형사화해’는 제3자의 개입 없이 민법상 당사자 사이에 직접 이루어지는 전형계약인 ‘화해’가 가해자(피고인)와 피해자가 제3자의 개입 없이 합의에 이르는 것임에 반하여, ‘형사조정’은 제3자인 조정위원회의 알선으로 가해자(피의자)와 피해자가 합의에 응하는 형식을 취한다는 점, 형사실체법적 성격이 아닌 형사절차법적 성격을 가진다는 점, 민사조정과도 대응된다는 점에서 ‘형사화해’와는 그 개념을 달리한다. 이는 소송촉진 등에 관한 특례법 제36조 내지 제39조에서 형사피고사건의 피고인과 피해자 사이에 민사상 다툼에 관하여 합의한 경우에 법원이 이를 수용하는 형태를 취한다는 것을 보더라도 쉽게 이해할 수 있다. 위와 같이 법에서 규정하고 있는 형사화해는 법원이 피고인과 피해자를 알선하여 합의를 유도하는 것이 아니라 형사절차 외에서 피고인과 피해자가 스스로 민사상 다툼에 관한 화해를 하고 법원이 이를 확인한 후, 이에 대하여 소송상의 집행력을 부여하는 것에 불과하므로 ‘형사화해’라고 칭하더라도 문제가 없으나, 이 글에서 다루고자 하는 형사조정은 공소가 제기되기 전의 ‘피의자’를 의미하고 제3자가 가해자와 피해자를 ‘알선’으로 조정을 한다는 점에서 그 개념을 달리하여야 한다.

78) 형사조정에 회부할 수 있는 형사사건은 다음과 같다(범죄피해자보호법 시행령 제46조).

- 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, 임금채불 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

□ 사례 1

고소죄명	폭행, 상해
사건개요	피고소인은 음주 후 택시를 타고 귀가 하던 중, 만취상태에서 목적지에 내릴 때 택시 요금을 내지 않고 하차하려고 하여 택시기사인 고소인과 시비가 되었다. 피고소인이 나이가 어림에도 나이 많은 고소인을 구타하였다. 피고소인은 술김에 저지른 행동이고 모르고 한 일이라고 사과를 하였으나, 고소인인 택시기사는 당시 기분과 그 날 이후 그 사건으로 인해 회사에서 면직되어 생활에 어려움이 따른다며 배상을 요구하였다.
조정내용	당사자들은 모두 상대방에 대한 분노를 자제하기 어려운 상태였으나, 먼저 피고소인과 고소인의 진술을 청취한 뒤, 양측 모두에게 잘못된 점을 지적하고 시인하도록 하여 분노의 감정을 우선 순화시켰다. 그리고 쌍방고소, 고발, 폭행·상해 등의 사건은 죄의 경중에 따라 양측 모두가 벌금형을 받을 수 있음을 인식시켜, 전과 없는 자이상 정립이 가능한 화해를 유도하였다. 피고소인이 고소인에게 사과하였고, 동시에 피해액을 반으로 줄여 피고소인이 부담하기로 하고, 공증을 받아 원만하게 해결하였다.

□ 사례 2

고소죄명	재물손괴
사건개요	고소인과 피고소인은 같은 아파트에 거주하였는데, 고소인 아파트에서 발생하는 소음문제로 피고소인이 항의를 하는 과정에서 고소인이 나와 보지도 않았다. 이에 피고소인이 화가 나, 고소인 현관문을 자신의 집에 있던 아기용 플라스틱 의자로 내리쳐 시가 60만원 상당의 재물을 손괴하였다.
조정내용	서로의 감정적인 문제가 발단이 되어 발생한 사건으로 처음에는 의견 차이가 좁혀지지 않아 어려움이 있었다. 그러나 이웃끼리 계속적인 불화보다는 잘 지내는 것이 장래에 더 좋지 않겠느냐고 이야기하면서 법률적으로 해결하게 될 경우에 당사자들에게 부과될 이익과 불이익을 생각해 보라고 하였다. 그리고 합의를 할 경우 고소인은 피해 변상을 위하여 요구되는 개인적인 소송을 하지 않아도 되고, 피고소인은 형사처벌을 면할 수 있다는 사실을 적극적으로 이해시켜 합의를 유도하였다.

위 사례는 폭행·상해범죄와 재물손괴범죄에 관한 고소사건으로 형사조정이 이루어진 사례이다. 이러한 사례에서 알 수 있듯이 형사조정제도는 다음과 같은 주요한 특징을 지닌다.

첫째, 형사조정제도는 모든 형사사건을 대상으로 하는 것이 아니라, 주로 재산관련 범죄를 대상으로 한다.⁷⁹⁾ 보통 형사사건은 사기 등 재산관련 범죄만이 아니라 절도, 폭행 등 모든 형사사건을 통칭한다. 이에 비해 형사조정제도는 사기, 횡령, 배임 등 재산관련 범죄를 주된 대상으로 삼는다. 사기, 횡령, 배임 등 재산관련 형사사건은 대부분 당사자 간의 재산상 분쟁에 의해서 유발된 고소사

79) 형사조정은 어떠한 성질의 범죄에도 적용가능하다. 재산범죄는 물론, 폭력범죄에도 적용가능하다. (吉田敏雄, 앞의 책, 82쪽.) 현행 형사조정 대상범죄에 대하여서는 대검찰청의 「형사조정 실무운용 지침」 참조.

건인 경우가 많다. 그리고 피해자는 피의자의 범죄행위 그 자체에 대하여서 고소를 하기 보다는 돈을 돌려받기 위한 수단으로서 고소를 하는 경우가 많다. 따라서 이러한 사건은 순수한 형사사건이기 보다는 민사사건의 일환인 경우가 많다. 따라서 이러한 경우 형사사건으로 처리하기 보다는 조정 등을 통하여 당사자 간의 재산상 분쟁을 해결하는 것이 더 의미 있는 해결절차가 될 수 있다.

둘째, 형사조정제도는 경찰, 검사 등 공권력에 의하여 해결되는 법적 분쟁이 아니라 민간 자율에 의하여 해결되는 분쟁조정절차이다. 형사절차는 국가의 공권력이 발현되는 가장 대표적인 부문이다. 형사절차에서는 국가가 시민들 간의 분쟁을 조정하기 위하여 그들보다 상위의 지위에서 강제력을 행사한다. 그러나 형사조정제도는 국가의 강제력이 아니라 민간의 자율적인 노력에 의하여 분쟁을 해결하고자 하는 제도이므로 당사자 간의 분쟁을 조정하는 것은 어디까지나 해당 지역의 주요 인사이다.⁸⁰⁾ 해당 지역의 법조계 인사 및 전문 인사들로 하여금 사건을 조정하게 하되 조정에 강제력은 없다. 사건 당사자들은 본인의 의지에 의하여 조정을 받아들일 수도 있고 받아들이지 않을 수도 있다. 국가의 강제력으로써 분쟁을 해결하는 법원의 문제해결절차에 비해 형사조정제도의 문제해결은 민간 자율적이고 당사자 자율적인 해결이라는 특성을 지닌다. 즉, 형사조정제도는 사적 자치를 중시하며 시민의 자율적인 문제해결능력을 믿고 의지하는 제도이다. 또한, 범죄피해자의 피해를 실질적으로 보전해 줌과 동시에, 해당 지역사회로 하여금 사인간의 분쟁을 원만히 해결해주는 역할을 담당하게 하는 제도라는 의미를 지닌다.

이러한 형사조정제도는 기본적으로 피해회복적 형사사법제도이며 대체적 분쟁 해결(ADR) 절차를 의미한다. 형사사건은 기본적으로 범죄를 저지른 범죄자를 징벌하는 것을 목적으로 한다. 따라서 형사사건은 범죄가해자 쪽에 초점을 맞추게 되며, 범죄피해자에 대하여서는 간접적으로만 관심을 가지게 된다. 범죄사건과 관련하여 진실로 어려움을 겪고 힘들어하는 사람은 범죄피해자이나 형사절차에서는 범죄피해자에 대한 보호나 지원 등은 사실상 이루어지기 어렵다. 따라서 범죄가해자로부터 피해를 입은 범죄피해자를 보호할 수 있는 제도적 보완이 요구되게 되는데 이러한 관점에서 생긴 제도가 형사조정제도이다.⁸¹⁾

80) 吉田敏雄, 앞의 책, 82쪽.

또한, 형사조정제도는 대체적 분쟁해결로서 분쟁해결에 있어서 사법외적인 방법을 활용한다. 형사절차는 비용이 많이 들고 기간이 오래 걸리며 경직적이라는 특성을 지닌다. 이에 대하여 형사조정제도는 경제성, 신속성, 유연성이라는 특성을 지니며 전통적인 형사사법체제를 대체하고 보완하는 대체적 분쟁해결제도로 이해할 수 있다.

나. 형사조정제도의 필요성

형사조정은 왜 필요한 것인가? 이 문제는 형사사법체계 내에서 형사조정제도의 정당성에 관한 물음이기도 하다. 형사조정제도의 필요성은 다양한 관점에서 그 근거를 찾을 수 있다.

1) 이성적인 분쟁해결을 위한 장(場)의 제공

형사조정의 핵심점 개념요소 중의 하나는 범죄피해자에 대한 피해의 회복이다. 범죄피해자에 대한 피해회복은 현행법에서도 찾아 볼 수 있다. 즉, 형사절차상 배상명령제도(소송촉진등에관한특례법(이하 소촉법) 제25조 이하)⁸²⁾, 2006년부터 시행된 민사상 다툼에 관한 형사소송절차에서의 화해⁸³⁾(이른바 형사재판상

81) 김성돈(2008), 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(I): 형사사법체계내 형사조정제도 도입에 따른 법이론적 문제점 및 개선방안, 형사정책연구원, 19쪽 이하.

82) 1981. 3. 1.부터 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 시행됨에 따라 형사공판절차에서 형법범주의 일정한 범죄, 즉 상해, 중상해, 상해치사, 폭행치사상, 과실치사상, 절도와 강도, 사기와 공갈, 횡령과 배임, 손괴의 죄에 관하여 유죄의 판결을 선고할 경우에 법원은 직권 또는 피해자의 신청에 의하여 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해 및 치료비 손해의 배상을 명할 수 있고, 위 특정의 죄 및 그 이외의 죄에 대하여도 그 배상을 명할 수 있게 되었다. 배상신청은 민사소송에 있어서의 소제기와 동일한 효력이 있고, 제1심 또는 제2심 공판의 변론종결시까지 사건이 계속된 법원에 소정 양식의 신청서를 제출하는 방법으로 신청함이 원칙이나, 피해자가 증인으로 법정에서 출석한 때에는 구술로도 가능하다. 배상명령은 유죄판결의 선고와 동시에 하여야 하고, 가집행을 붙일 수 있으며 유죄판결에 대한 상소제기가 있는 때에는 배상명령도 함께 상소심에 이심된다.

83) 형사재판상 화해란 형사피고사건의 피고인과 피해자가 해당 피고사건과 관련된 피해에 관한 민사상 다툼과 관련하여 합의한 경우, 피고사건이 계속된 제1심 법원 또는 항소심 법원에 공동으로 공판조서에 그 내용의 기재를 구하는 신청이 가능하도록 하고, 그 공판조서에 대하여서는 재판상 화해와 같은 효력을 부여하는 제도를 말한다.

화해)(소속법 제36조 이하)가 여기에 해당한다. 그리고 범행당사자 간의 자율적인 피해회복을 목표로 하는 ‘형사합의’도 일상화되어 있다.

형사조정과 배상명령제도는 피해를 회복하기 위한 수단인 점에서 공통적이지만 형사조정은 자율적인 반면 배상명령은 법원의 강제적인 손해배상명령을 본질로 한다는 점에서 차이가 있다. 현행 배상명령절차는 손해를 배상받을 수 있는 범죄의 종류와 범위⁸⁴⁾가 일정한 범죄로 제한되어 있고 배상명령의 배척사유가 광범위하게 규정되어 있으며 실무적용의 공식통계를 보아도 배상명령제도는 크게 활용되지 않고 있다는 한계를 안고 있다.⁸⁵⁾ 따라서 배상명령제도는 실질적으로 피고인과 피해자의 분쟁해결의 장을 제공하지 못할 뿐만 아니라, 피해회복의 가능성까지도 축소시키는 문제점을 안고 있다. 이에 반하여, 형사재판상 화해제도는 피해자의 물질적 이익의 확보라는 측면에서 배상명령제도보다 발전된 제도로 볼 수 있지만, 가해자에게 자력이 없거나 피해자의 무리한 요구로 인해 화해에 도달하기 어려운 경우에는 제도로서 제대로 기능할 수 없다는 문제점을 안고 있다.⁸⁶⁾

한편, 형사합의와 형사조정은 자율적 피해회복이라는 측면에서 유사하다. 형사합의는 검사의 기소유예에 적지 않은 영향을 미치고, 법원의 양형절차에서도 통상 재판상 감경의 사유가 되며 특히 친고죄나 반의사불벌죄의 경우에는 절대적인 역할을 한다. 문제는 현실적으로 행해지고 있는 형사합의의 방식과 내용이 범행당사자들의 완전한 자유에만 맡겨져 있어 결과적으로 피해자뿐만 아니라 행위자에게도 큰 부담을 안겨준다는 것이다. 뿐만 아니라 이로써 분쟁의 해결은 아예 범행당사자의 관심에서 사라져버리고 손해의 배상에만 집중하게 되는 부작용까지 초래할 수 있다. 결론적으로 현재의 형사합의는 사회적 평화의 달성에 도움을

84) 기존의 배상명령제도는 배상범위가 직접적인 물적 피해 및 치료비 손해의 배상에 국한되어 있었으나, 2005년 12월 14일자 소송촉진 등에 관한 특례법의 개정을 통하여 위자료의 배상까지 확대되었다.

85) 2002년부터 2011년까지 최근 10년 동안의 배상명령 관련 통계를 보면, 배상명령 신청건수는 2002년에 2,871건을 기록한 뒤 계속 증가하여 2011년에는 5,877건으로 증가하였다. 그러나 인용율을 보면, 전체 신청건수 중 20~30%사이에 머물고 있다. 상세한 내용은 (범죄백서 2012, 법무연수원, 277쪽) 참조

86) 김용세 (2006), “형사화해제도에 관한 형사사법 실무자의 인식”, 피해자학연구 제14권 제1호, 한국피해자학회, 286-287쪽.

주기는 하지만 그 정도는 그다지 만족할 만한 수준이라고는 볼 수 없다.⁸⁷⁾

범행당사자 간의 분쟁해소와 피해회복이 보다 이성적으로 이루어지기 위하여서는 현재의 형사합의와 같이 범행의 해소를 당사자 간의 완전한 자유에 맡겨둘 것이 아니라 제3자의 조정 하에 행위자와 피해자가 직접 만나서 대화를 나눌 수 있는 일정한 장을 마련해야 한다. 이러한 이성적인 분쟁해결의 공간에서 행위자와 피해자 간에 당해 범죄의 원인과 배경 및 해결책이 무엇인지에 대한 합리적인 대화가 가능해지기 때문이다.⁸⁸⁾

2) 형사조정의 범죄예방효과

형사조정은 자율성을 핵심적 개념요소로 한다. 형사조정의 범죄예방효과는 행위자의 자발적인 책임수용에서 찾아볼 수 있다. 행위자가 형사조정절차에 자율적으로 참가하고 피해자에게 범죄로 인한 손해를 회복하는 과정은 자신의 범행에 대한 책임을 자발적으로 수용하는 것을 실증해주는 것으로 볼 수 있으며 그 가치 또한 수동적인 강제성(예: 형벌)보다 더 높다고 한다.⁸⁹⁾ 행위자의 자율적 책임수용이 범죄예방에 효과가 있다는 추론은 오늘날 서구의 사회화연구에서 도출된 결론을 통해 알 수 있는데, 사회화연구에 의하면, 행위자가 자신과 관련된 사회적 유대관계(인적 유대관계)의 범위가 넓으면 넓을수록, 사회적 규범을 내면화하면 할수록 그에 대한 사회통제의 효과(즉, 범죄예방의 효과)는 더욱 더 강하게 나타난다고 한다.⁹⁰⁾ 다시 말해서 개인의 범죄예방효과는 (형)법이나 제도보다는 인적 유대관계 속에서 규범을 내면화할 경우에 더 커진다는 것이고 이러한 점에서 범행 당사자 상호간의 의사소통을 통한 분쟁해소를 본질로 하는 형사조정은 범죄예방효과를 기대할 수 있는 것이다.

87) 이진국 (2010), “형사조정의 이론과 실제”, 범죄방지포럼 제27호, 한국범죄방지재단, 16쪽.

88) 이진국, 앞의 논문, 16쪽.

89) Dieter Rössner (1992), Strafrechtsfolgen ohne Übelzufügung? -Zur Reform der Sanktion ohne Freiheitsentzug, NStZ12, S.412.

90) Klaus Hurrelmann (1998), Einführung in die Sozialisationstheorie, 6. Aufl., Weinheim und Basel, S.14.

3) 형사조정을 통한 피해회복

형사조정이 등장하게 된 주요배경은 범죄피해자 보호의 필요성에 있다. 범죄로 인하여 파괴된 법질서는 구체적으로 범죄피해자의 피해를 통해서 나타난다. 피해자학의 연구결과에 의하면 피해자는 범행이라고 하는 1차 피해를 당하고 이를 해소해 나가는 과정에서 2차 피해를 겪게 되는데 이러한 피해자화의 과정에서 피해자는 종종 그 자신이 주관적으로 느끼는 안전감뿐만 아니라 정의감에도 부정적인 변화를 느끼게 된다.⁹¹⁾ 즉, 범죄피해자는 가해자의 부당한 행위에 의해 권리 내지 인권을 침해 받아 중대한 손해를 입게 되어 불행한 사태에 직면하고 있음에도 그 피해에 대하여서 법적인 보호가 이루어지지 않는 상태에 있다고 한다면 범죄피해자는 형사사법을 포함하는 법질서를 신뢰하지 않게 될 것이고, 그 결과 사회의 규범의식이 저하되고 형법의 규율기능이 약해지게 될 것이다. 그러므로 국가형벌권은 피해자에게 가해진 피해에 주목하여 가장 최선의 방식으로 피해를 제거해야 하며 또한 형사사법기관이 사건의 당사자인 피해자의 주장과 인권보호에 귀를 기울이고 있다는 것을 보여주어야 한다.

형사조정은 피해자가 조정절차에 참여함으로써 피해자가 고통당하고 있는 손해, 상실, 굴욕감을 극복하고 그동안 형사사법에서 경시되어 왔던 피해자의 지위를 개선해 줄 것으로 기대된다.⁹²⁾ 물론, 형사조정이 피해자의 물질적 및 정신적 이익의 보호에 우선적으로 관심을 두어야 한다는 요구가 곧바로 피해자가 형사절차 내지 국가형벌권의 목적이 된다는 것은 아니다. 왜냐하면, 피해자의 보상이익은 국가형벌권의 목적이 될 수 없기 때문이다. 그러나 형사사법이 최대한 피해자의 주장과 요구에 귀를 기울이는 것이 피해자 정의에 가장 부합하게 된다는 점은 의문의 여지가 없다. 따라서 피해자를 위한 정의에 부합하는 이익보호의 틀을 형사법의 영역에서 형성해나가는 것은 분쟁을 이성적으로 해결하기 위

91) 범죄피해자는 생명(또는 가족)을 잃거나, 상해를 입거나, 물건을 도둑맞는 등, 생명, 신체, 재산상의 직접적인 피해 뿐만 아니라(1차 피해), ① 사건을 당하는 것으로 인한 정신적·신체적인 충격, ② 가족의 가장을 잃음으로 인한 무수입, 의료비의 부담, 그리고 실직·전직 등으로 인한 경제적 곤궁, ③ 수사나 재판의 과정에 있어서의 정신적·시간적 부담, ④ 사람들의 무책임한 소문이나 매스미디어의 취재, 보도 등에 의한 스트레스 등, 피해 후에 발행하는 다양한 문제에 고통 받고 있다(2차 피해).

92) 이진국, 앞의 논문, 17쪽.

한 최우선적인 길이라고 할 수 있다.⁹³⁾

4) 지역사회와 범죄해결에의 협력과 통합

형사조정에서는 행위자와 피해자와의 관계뿐만 아니라 분쟁의 해소과정에서의 지역사회의 역할이 강조된다. 이것은 형사조정절차에 행위자, 피해자와 더불어 지역사회의 구성원이 참가해야 한다는 요청으로 이어진다. 이러한 구상에는 지역사회에서 발생한 범죄가 결코 그 지역과 무관하지 않으며 당해 범죄가 실업, 빈곤, 타인에 대한 혐오, 근린관계 등에 의해 발생한 경우에는 개인적 사건을 뛰어넘어 지역사회의 전체적 책임에 관한 문제로 취급될 수 있다는 사고가 깔려있다.⁹⁴⁾

따라서 형사조정절차에 지역사회의 구성원이 참가하는 것은 지역사회로 하여금 지역사회의 여건 및 사회정책의 변화 필요성에 대하여서 주의를 환기시키고 지역사회에 그들의 문제를 해결하는 능력을 가지게 한다. 형사조정의 과정에 지역사회의 구성원이 참가하여 범죄사건을 해결하는 것은 형사사법의 작용에 민간인이 참여함으로써 참여민주주의가 실천된다는 의미도 있지만 보다 본질적으로는 질서와 반목, 법적 투쟁 위주의 사회분위기를 조정과 화해를 통한 통합으로 변화시킬 수 있게 한다.⁹⁵⁾

5) 형사사법의 부담 경감

형사사법의 분야에서 피의자나 피고인의 인권보장의 강조는 필연적으로 형사절차의 장기화를 초래하고 소송건수의 증가에 상응하게 국가 형사사법의 재정적 부담도 커지게 된다. 이러한 배경 하에서 형사사법실무는 형사절차상 피의자·피고인의 기본권을 보장하면서도, 다른 한편으로는 국가적 형사사법에 대한 대안을 구하고 있다.⁹⁶⁾ 비공식적 분쟁해결수단으로서의 형사조정은 현재 형사사법이 안고 있는 부담을 현저하게 줄여줄 것으로 기대된다. 우리나라의 형사조정제

93) 앞의 논문, 17쪽.

94) John Braithwaite (1997), "Restorative Justice and a better future", *Dalhousie Review* 79, p. 18.

95) 이진국, 앞의 논문, 18쪽..

96) 앞의 논문, 18쪽.

도는 우리나라에 특유한 ‘납고소⁹⁷⁾’ 또는 ‘민사사건의 형사화’에 대처하려는 정책목표가 중요하게 고려되고 있는 것으로 보인다. 특히 각 당사자의 관점에서 본다면, 먼저 피해자의 입장에서는 피해자가 형사절차에서 피해에 대한 원상회복을 받을 수 있게 된다면 피해자는 형사소송과 민사소송절차 모두를 거쳐야 하는 이중의 부담을 덜게 된다. 그리고 가해자의 입장에서도 조속히 형사절차로부터 벗어나 사회생활로 복귀할 수 있게 된다. 한편, 사법기관의 입장에서도 형사조정절차를 통하여 사건이 간결하게 해결된다는 점에서 소송경제상으로도 효율적이라고 할 수 있으며 수사절차에서도 대개의 경우 고소취소를 수반하는 합의는 재고소나 항고의 가능성을 없앴으로써 검사의 불기소처분에 따른 부담을 경감시켜 준다.⁹⁸⁾ 이와 같이 형사조정제도는 피해자와 가해자 상호 조정을 통해 사회적 평화를 재건하고 합의를 도출하는 효율적 형사사법시스템 구현을 통하여 종국적으로 형사사법의 비용절감의 효과가 있다.⁹⁹⁾

97) 우리나라의 연간 고소·고발 접수건수가 일본의 44배(인구비례를 감안하면 124배)에 달하고 있을 정도로 고소·고발이 많다는 점을 감안하면, 고소·고발이 남발되어 사건처리에 많은 시간과 비용의 부담이 가중되고 있다는 점에 관하여는 이론의 여지가 없다.

98) 예를 들어, 형사조정에서 행위자와 피해자간의 화해가 성사되어 소추에 대한 공익이 없어지게 된 사례에서, 검사가 기소유예 등의 절차법적 수단을 통하여 비범죄화하는 것은 수사기관이나 법원으로 하여금 사건부담의 경감과 비용절감을 동시에 추구할 수 있게 하고, 형사사법의 여력을 중범죄에 집중할 수 있게 한다.

99) 형사사법의 비용절감의 효과에 관한 구체적인 내용에 관해서는, (박민정 (2008), 새로운 범죄 대응전략으로서 화해조정체계구축(Ⅰ): 형사화해 조정을 통한 형사사법비용 절감 효과에 관한 연구, 한국형사정책연구원) 참조.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제3장

한 · 중 · 일의 전통적 대체분쟁해결방안 비교연구

안성훈 · 김선혜 · 심재우 · 조균석

한 · 중 · 일의 전통적 대체분쟁해결방안 비교연구

제1절 전통적 대체분쟁해결제도의 의의

1. 전통적 대체분쟁해결제도의 개념

인류 역사의 오랜 기간 동안 국가가 형벌부과의 역할을 맡은 것은 상대적으로 최근의 일이며, 그 이전에는 부족이나 사회가 그 역할을 맡아 왔다. 그리고 이러한 과정은 회복적인 방식으로 이루어져 왔고 그 효과 또한 인정되었다.¹⁰⁰⁾ 이렇듯 회복적인 방법을 통해 분쟁을 해결하는 것은 전통적 사회에서 지배적인 형태였다고 보고되고 있는데, 이와 관련하여 John Braithwaite는 회복적 사법이 고대 아랍, 그리스, 그리고 로마문명에서부터 게르만 민족의 공의회, 인도의 힌두, 고대 불교, 도교 그리고 유교 전통에 기반을 둔다고 주장하며, 회복적 사법이 인류역사 전체를 놓고 볼 때 지배적인 형사사법 제도였다고 결론내리고 있다.¹⁰¹⁾

100) Chris Cunneen (2007), "Reviving restorative justice traditions?", ed. Gerry Johnstone, Daniel W. Van Ness., *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, p. 114.

전통적 사회에서 개인들은 사회에서 형성된 그룹과 밀접한 관계를 맺고 있었고 중재와 배상은 갈등을 해결하는 주된 방법이었다. 하지만 현재의 관점에서 이러한 전근대적이고 전국가적인 회복적 사법은 오늘날 토착 공동체에서 여전히 작동하고 있음을 발견할 수 있다.

2. 전통적 대체분쟁해결제도의 유형

사회질서를 유지하고 분쟁을 해결하는 토착 공동체의 방법은 다양하고 복잡하다. UN에 따르면 전세계에 약 3억의 토착민이 있는 것으로 추산되며, 이들은 전 대륙의 70여개의 국가에 거주하고 있는 것으로 추정된다. 이러한 토착 공동체의 범죄에 대한 대응방식에 대한 관심은 1970년대 이후부터 시작되었다. 뉴질랜드와 북아메리카, 호주의 토착 공동체에서는 그들의 권리와 범죄에 대한 사회통제의 방법에 대한 요구를 했었고 이러한 방식들은 대개는 회복적 사법의 형태로 나타났다.¹⁰²⁾

북아메리카, 호주, 뉴질랜드에서 발견되는 수십 년 동안의 회복적 사법의 발전을 통해 우리는 회복적 사법과 토착사회 사이의 관계를 알 수 있다. 호주, 뉴질랜드, 캐나다에서 이루어진 회복적 사법의 발달은 토착문화를 기반을 한다. 호주와 뉴질랜드에서의 가족 그룹 회의(family group conference)는 마오리족의 전통에서 영감을 받았다고 전해진다. 한편 캐나다에서의 양형 서클(sentencing circle)은 범죄에 대한 효율적인 처리방법에 대한 토착민들의 요구에 따라 1990년대 캐나다에서 시작되었다. 또한 이와 관련하여 아메리카의 peace-making 범죄학은 아메리카의 토착 전통에서 그 영감을 따왔다고 전해진다.¹⁰³⁾

이들의 주된 목표는 범죄자들로 하여금 그들의 범죄에 대한 책임감을 인정하도록, 그리고 보상을 하도록 설득하는 것이었다. 국가기반의 형벌시스템의 발전

101) Braithwaite, J. (1999), "Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic accounts", in M. Tonry ed. *Crime and Justice: A Review of Research*. Vol. 25. Chicago, IL: University of Chicago Press. p. 1.

102) Chris Cunneen, op. cit., p. 115.

103) *ibid.*, p. 113.

은 법 앞에서의 평등과 같은 장점¹⁰⁴⁾ 등을 만들어 냈지만, 커뮤니티 기반의 범죄 통제의 메커니즘을 손상시켰다. 즉, 형사사법제도에서 피해자를 소외시켰고 범죄와 형벌에 대한 사회 공동의 교육적이고 재통합적인 과정을 상실케 하였다.¹⁰⁵⁾

토착 공동체의 범죄에 대한 전통적 분쟁해결 대응방식과 국가 주도의 형벌권의 통합은 그 나라의 문화와 국민의 법의식에 근거한 긍정적 형태의 복합적 사법 시스템을 창조할 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서 토착 공동체가 가지고 있는 전통적 분쟁해결방안에 대한 고찰과 근현대의 국가 주도의 형사사법에 대한 반성을 통해 우리는 회복적 사법이라는 새로운 가능성을 발견할 수 있을 것이다.

이하에서는 이상의 이론적 고찰을 바탕으로 과거 동일한 문화와 법제도를 공유하였던 한·중·일의 국가에 있어서 소송을 대체하여 이루어져 왔던 전통적 대체분쟁해결방안을 살펴보고 또한 이를 비교·검토함으로써 우리나라의 전통적인 분쟁해결방법인 사화(私和)제도를 이해하고 이를 토대로 우리나라의 회복적 사법의 원형을 밝혀보고자 한다.

제2절 한국의 전통적 대체분쟁해결제도

1. 개요

중국 전근대 시기 당률(唐律)은 고대의 잔혹한 육형(肉刑)을 없애고 유교이념과 신분형법의 특징을 법 규정에 구현하는 등 동아시아사의 흐름 속에서 가장 체계적이고 완성도가 높은 법이었다. 전통시대 한국의 경우 중국과 동일한 법률문화권에 속해서 당률과 명률을 계수(繼受)하면서도 우리의 여건에 맞게 변용하여 사용하였음은 잘 알려진 사실이다.

특히 조선시대는 중국 대명률을 형법으로서 전체적, 포괄적으로 계수하면서도 국가 기본법인 통일적인 성문법전을 편찬, 운용한 명실상부한 통일법전을 완성한 시대에 해당한다.¹⁰⁶⁾ 19세기 갑오개혁을 거치면서 전통적 법질서에서 점차

104) 기존 토착 공동체에서 제재의 방식으로 사용되었던 가혹한 신체형이나 추방과 같은 폐해들을 현대의 형사사법은 극복하고 있다.

105) Chris Cunneen, op. cit., pp 113-120.

벗어나 서구법의 세례를 받기 전까지 조선왕조는 「대명률」을 기초로 한 유교적 형사사법질서와 법률문화를 영위하였으며, 법과 제도가 나름의 제도적 체계성과 이념적 합리성을 유지하고 있었음은 물론이다.

그런데 우리의 관심인 현대의 ADR과 관련하여 주목할 수 있는 것은 조선시대의 사화(私和)이다. 조선시대에 분쟁과 갈등이 발생할 경우 소송을 통하는 대신에 당사자간의 조정과 화해를 통해 해결하는 것을 대개 사화(私和)라고 칭하였다.¹⁰⁷⁾ 물론 분쟁 조정을 위한 사화 제도가 당시의 법과 규정에 체계적으로 명시되어 있지는 않기 때문에 조정과 화해를 특징으로 하는 사화가 형사분쟁에서 어느 정도 장려되었는지 여부는 아직 불분명하다.

하지만 사화에 의한 조선시대 대체분쟁 해결의 양상과 내용을 파악하는 것은 우리의 전통에 기반한 ADR 제도의 정착과 활성화를 위한 필수적인 과제이다. 여기에서는 조선시대의 대체적 분쟁해결 방안이었던 사화에 관한 법 규정을 검토하고, 관련 사례를 다양한 사료에서 추출함으로써 조선시대 형사사건 처리에서 사화 제도가 갖는 역사적 의의와 성격을 살펴보고자 한다.

지금까지 조선시대 법제사에 관한 연구 자체가 충분히 이루어지지 않았으며, 이하에서 다루고자 하는 형사사건의 사화에 주목한 연구는 아예 전무한 실정이다. 따라서 이 글에서 활용할 수 있는 선행 연구는 극히 제한적이라 할 수 있으나, 조선시대 소송과 재판 제도에 관한 지금까지의 중요한 연구성과들을 바탕으로 고문서, 판례집, 연대기 등 관련 사료들을 검토해보면 비록 사례가 매우 부족하지만 어느 정도 당대 사화의 관행을 유추해볼 수 있을 것으로 기대한다.¹⁰⁸⁾

106) 박병호 (1995), “한국법제사의 시대구분과 각시대 특징”, 한국사의 시대구분에 관한 연구, 한국정신문화연구원

107) 이 글에서 합법적, 불법적인든 간에 전통적, 관행적 화해조정 방식을 통칭하는 용어로 ‘사화(私和)’를 사용하였음을 밝힌다. 조선시대에 사화(私和)가 부정적 의미로 많이 쓰이고, 바람직한 화해는 ‘조해(調解)’라는 표현을 쓰는 경우가 있었다. 아울러 일부 중국 법제사 연구자의 경우 명청 시기의 대체적 분쟁조정 방식을 합법적인 화해조정제도인 ‘화식(和息)과 관에서 금지하는 불법적 화해조정인’ 사화(私和) 두가지로 구분하고 있다. 이상의 내용을 종합할 때 조선시대의 사화는 불법적인 화해만을 지칭했을 가능성도 있으나, 관련 연구가 축적되지 않은 현재로서는 곧바로 단정지를 수 없기 때문에 조선시대 화해조정을 통칭하는 포괄적인 의미로 사용하였다.

108) 본 연구에서 활용한 조선시대 소송과 재판에 관한 대표적인 연구성과를 제시하면 다음과 같다.

아래에서는 크게 세 가지를 다뤄보려고 한다. 첫째, 조선시대 사화(私和)에 관한 기록은 어떤 것들이 있는지 관련 사료에 대해 살펴보고, 그리고 법전에 수록된 사화 관련 규정을 검토하였다. 조선시대 소송 판례집, 조선왕조실록을 비롯한 연대기 자료 등 본 연구에서 활용한 사료들이 갖는 특징과 함께, 사화(私和)를 언급하고 있는 법전 조문을 추출하여 사화에 대한 기본 원칙이 무엇인지를 확인할 것이다.

둘째, 지방사회 수령의 소송과 재판절차를 검토하고, 실제 사화를 통해 분쟁을 조정하는 사례를 살펴보았다. 오늘날과 달리 조선시대 지방 고을 수령은 행정권과 함께 사법권을 행사하였고, 당시 지방관의 목민서(牧民書)에서는 수령의 바람직한 소송 처리의 방향을 제시하고 있었다. 여기서는 지방사 자료를 중심으로 소송 처리 과정에서 수령이 사화를 권고하거나, 지방 유력자들이 향촌사회 향약(鄕約) 등 자치기구를 활용하여 사화를 장려하는 사례들을 찾아보고 그 의미를 음미해보고자 한다.

셋째, 살인 사건에서 이루어진 사화의 양상과 의미를 다룬다. 조선시대에 살인 등 인명사건이 발생한 경우 해당 사건은 관찰사를 거쳐 중앙의 국왕에까지 보고되었고, 살인 사건에 대한 국왕의 처리기록이 판례집의 형태로 비교적 풍부하게 남아 있다. 이들 판례집의 사건 케이스들을 하나하나 뒤지면서 중대 사건인 살인 사건에서 사화가 어떤 방식으로 어떻게 이루어졌는지를 확인하고자 한다.

2. 사화(私和) 관련 자료 및 법조문 분석

가. 조선시대 판례집과 사화(私和) 관련 자료의 소개

조선시대 조정과 화해를 통해 분쟁을 해결했던 사화(私和)의 전통을 이해하고 관련 법제와 관행 등을 종합적으로 검토하고자 할 때 반드시 살펴보아야할 자료들은 어떤 것들이 있는지부터 우선 개괄적으로 살펴보기로 한다.

-
- 박병호 (1972), 전통적 법체제와 법의식, 서울대출판부.
 - 박병호 (1974), 한국법제사고-근세의 법과 사회, 법문사.
 - 임상혁 (2000), “조선전기 민사소송과 소송이론의 전개”, 서울대 박사학위논문.
 - 조운선 (2002), 조선후기 소송연구, 국학자료원.

첫째, 본 연구를 위해 가장 기초적이면서도 중요한 사료가 「조선왕조실록」을 비롯한 각종 연대기 자료이다. 조선왕조는 연도순으로 국정 운영의 모습을 생생하게 기록한 다양한 연대기 자료를 남겼는데, 「조선왕조실록」, 「승정원일기」, 「일성록」, 「비변사등록」 등이 대표적이다.

이 중 「조선왕조실록(朝鮮王朝實錄)」은 조선왕조 전 시기에 걸쳐 정치, 경제, 사회, 문화의 제 모습을 가장 종합적으로 보여주고 있는데, 책에는 중요한 범죄 사건과 소송의 처리 과정, 그리고 재판운영에 관한 여러 가지 양상 등도 볼 수 있다. 사실 본 연구에서 주로 검토하고자 하는 조선시대 화해, 조정을 통한 분쟁해결 양상의 모습은 실록에 상세하게 나오지는 않는다. 하지만 실록에 수록된 재판 기록, 관리들이 조정에서 언급한 내용 등을 면밀하게 분석하면 그에 관한 관행과 사례 등을 일부 파악할 수 있다.

「승정원일기(承政院日記)」는 조선시대에 왕명(王命)의 출납(出納)을 관장하던 승정원에서 매일매일 취급한 문서(文書)와 사건을 기록한 일기로서, 조선전기 부분은 임진왜란 때에 소실되어 현재 1623년(인조 1)부터 1894년(고종 31)까지 270여 년간의 일기만이 현존한다. 「일성록(日省錄)」은 1760년부터 1910년까지 조선왕조의 국정에 관한 제반사항을 기록한 일기 형식의 연대기이다. 조선 제22대 국왕 정조의 개인일기에서 시작되어, 이후 공식적인 국정 일기로서 순종 때까지 편찬되었다. 「비변사등록(備邊司謄錄)」은 조선 중후기 국정 전반을 총괄한 관청인 비변사에서 작성한 것으로, 1617년(광해군 9)부터 1892년(고종 29)까지 276년간의 등록이 현존한다.

이들 연대기 자료 가운데 본 연구에서는 「조선왕조실록」과 「승정원일기」를 우선적으로 검토하였다. 특히 「승정원일기」는 기록이 매우 상세하여 다양한 국정의 현안과 사회 상황을 보여주고 있기 때문에 「조선왕조실록」과 함께 내용을 살펴보았다.

둘째, 조선시대 소송, 혹은 사건 수사 및 재판 과정에서 만들어진 각종 판례집이 있다. 조선시대에 중앙 정부 차원에서 만든 판례집은 대부분 살인사건 판례집이며, 국왕의 판부(判付)를 모아놓은 것이 대부분이다.

중요한 형사판례집으로는 국왕 정조가 대리청정을 하던 1775년 12월부터 사망한 1800년 6월까지 국왕이 직접 심리한 중죄수에 대한 사건 개요 및 처리과정

을 요약한 「심리록(審理錄)」, 다산 정약용이 편찬한 우리나라 최초의 본격적인 판례연구서에 해당하는 「흙흙신서(欽欽新書)」 등이 있다. 특히 「심리록」에는 모두 1,112건의 판례가 수록되어 있어 당시 지역별, 시기별로 발생한 살인사건의 수사 및 재판과정을 보여주기에 때문에 매우 유용하다. 이들 자료에서 관행적으로 이루어지던 분쟁 및 갈등 해결의 사례들을 살펴볼 수 있다.¹⁰⁹⁾

중앙 정부와 달리 지방에서 만들어진 수사 및 판례집도 당시 수령, 즉 지방관 차원에서 민·형사 사건을 처리하던 관행과 제도를 이해하는데 중요한 자료이다. 수령들이 만든 자료 가운데는 형사판례집은 없으나 살인사건의 검시 및 수사기록을 수록한 「검안(檢案)」, 「사안(査案)」 등 자료가 전해지고 있다. 아울러 관내 백성들이 올린 소장(訴狀)과 이를 접수한 관의 처분을 요약하여 놓은 「민장치부책(民狀置簿冊)」이 전한다. 당시 소장에는 민사소송, 행정청원, 고소 및 고발 등 다양한 내용을 담고 있는데, 몇 개 지역의 것만 남아 있다.

「검안」과 「사안」, 「민장치부책」은 19세기의 것만 남아있어서 그 이전 시기의 상황을 살피기에 어려움이 있다는 단점이 있으나, 당시 지역별 소송 및 재판의 상황과 차이를 이해하기 위해 검토가 필요하다. 그렇지만 자료가 방대하여 본 연구에서는 일부만 활용하였다.

셋째, 조선왕조에서 편찬한 다양한 법전이다. 조선왕조에서는 중국 명나라의 「대명률」을 형사 일반법으로 채택하고, 조선에서 새로 만든 법규를 모아놓은 법전을 특별법의 형태로 적용하였다. 따라서 「대명률」은 조선왕조의 법의 성격을 이해할 때 기본적으로 검토해야할 법전이다.

조선에서 새로 편찬한 법전은 시기에 따라 다양하지만, 종합법전으로는 조선 초기의 「경국대전(經國大典)」을 시작으로, 영조대 「속대전(續大典)」, 정조대 「대전통편(大典通編)」, 고종대 「대전회통(大典會通)」이 대표적이다. 이 글에서는 「대명률」과 조선의 법전에서 재판절차, 그리고 사화(私和)와 관련한 규정을 살펴보기 위해 검토하였다.

넷째, 조선 각 지역별로 생산된 각종 지역사 관련 자료, 지방사회 수령들이

109) 「심리록」과 「흙흙신서」에는 중복되는 사건들이 함께 수록되어 있기도 하다. 이들 자료의 성격에 대한 보다 자세한 내용은 심재우, 「조선후기 판례집·사례집의 유형과 「흙흙신서」의 자료가치」, 『다산학』 20호, 2012년 6월, 다산학술문화재단) 참조.

지켜야할 지침서의 성격을 지치는 목민서(牧民書)도 검토 대상이다. 지역사 자료 가운데서는 군현별로 시행된 다양한 종류의 향약(鄕約), 동약(洞約)의 규약과 내용을 기록해놓은 자료집 검토가 필수적이다. 이들 규약에는 지방사회 분쟁·갈등의 자체 처리를 강조하는 내용이 실려 있기 때문이다.

그리고 조선후기 많이 만들어진 목민서 가운데는 다산 정약용의 「목민심서(牧民心書)」가 대표적이며, 이밖에도 여러 목민서를 묶어놓은 「조선민정자료 목민편」, 「조선민정자료총서」 등도 지방사회 수령들의 재판 업무를 파악하는데 유용하다.

다섯째, 소송 관련 고문서, 당대인이 기록한 일기류 자료도 활용할 필요가 있다. 고문서는 낱장으로 되어 있고 전국에 흩어져 있어 이용하기가 쉽지 않지만, 최근에는 이들 고문서를 문중별, 지역별로 묶어놓은 자료집이 많이 만들어졌고, 웹사이트에 관련 고문서의 이미지와 서지사항을 올려놓은 경우도 많다. 따라서 가능한 범위에서 고문서 가운데 오늘날의 소송장에 해당하는 소지(所志) 등을 추출하여 검토하였다. 또한 개인이 매일매일 기록한 일기 자료에는 종종 지역사회 분쟁, 수령의 재판업무 스타일을 보여주는 내용이 수록되어 있으나, 이들 일기류 자료를 일일이 찾아서 검토하는 작업은 많은 시간을 요하는 부분이라 이 글에서는 미처 수행하지 못했다.

여섯째, 한말, 혹은 일제시기 한국인들의 관습을 조사한 기록이나 보고서, 현대인의 구술 등도 활용할 필요가 있다. 조선후기 분쟁, 갈등을 대처하는 사람들의 관행, 관습은 구한말, 일제시기 조사 과정에서 일부 기록으로 전해지고 있다. 아울러 현대인들의 회고록이나 구술 가운데는 과거의 관행을 소개하는 것도 있다. 그렇지만 본 연구에서는 이들 관습조사 보고서나 구술자료 등은 역량 부족으로 제대로 활용하지 못했음을 밝혀둔다.

나. 사화 관련 법조문 분석

조선시대 갈등과 분쟁을 관의 힘을 빌리지 않고 이해 당사자 간에, 혹은 주변인의 도움을 받아 조정하고 화해하는 것을 의미하는 사화는 오늘날의 ADR과 달리 법적, 공식적으로 제도화되어 있지는 않았다. 사화 제도가 공식적으로 마련되어 있지 않았기 때문에 법전에 이에 관한 사항도 상세하게 실려 있지는 않다.

하지만 몇 가지 흥미로운 조문이 있으므로 이에 대한 검토가 필요하다. 법조문에 실린 사화에 관한 기록을 면밀히 분석해보면 사화를 바라보는 조선정부와 당시 지배층의 기본 입장을 확인할 수 있기 때문이다.

먼저 조선에서 형사 일반법으로 채택했던 중국 명대 「대명률」에 실린 사화에 관한 규정부터 살펴본다. 「대명률」에는 사화와 관련한 조문이 세 개 등장하는데, 「대명률」 권19, 형률(刑律) 인명(人命) 「존장위인살사화(尊長爲人殺私和)」조에 두 조문, 「대명률」 권26, 형률(刑律) 잡범(雜犯) 「사화공사(私和公事)」조에 한 조문이 각각 실려 있다. 「존장위인살사화(尊長爲人殺私和)」조에 실린 두 조문은 아래에서 보듯이 살인 사건에서 사화를 금지하는 것을 주요 골자로 하고 있다.

조부모, 부모 및 남편이나 가장이 남에게 살해당하였는데 아들, 손자, 처와 첩, 노비, 머슴[고공]이 사사로이 화해하면 장 100, 도 3년에 처한다. 기복친(期服親, 만 1년의 상복을 입는 친족)의 윗사람이 피살되었는데 아랫 사람이 사사로이 화해[私和]하면 장 80, 도 2년에 처한다. 대공친 이하는 각각 1등급씩 낮춘다. 단 아랫 사람이 피살되었는데 윗사람이 사사로이 화해하면 각각 1등급씩 낮춘다. 마 찬가지로 처와 첩, 아들과 손자, 아들이나 손자의 부인, 노비, 머슴[고공]이 피살되었는데 조부모, 부모, 가장이 사사로이 화해하면 장 80을 친다. 재물을 받았으면 그 받은 재물을 헤아려 절도에 준하여 논하되 무거운 쪽으로 죄의 등급을 매긴다.¹¹⁰⁾

보통 사람[常人]이 남의 목숨을 놓고 사사로이 화해[私和]하면 장 60을 친다.¹¹¹⁾

위 두 조문 가운데 첫째 조문은 살해당한 피해자의 가족·친족, 혹은 노비·노비주 관계에 있는 자가 가해자와 사화(私和)하여 사건을 무마하는 경우 사화에 참여한 이들을 형벌로 다스린다는 규정을 담고 있다. 그런데 동일한 사화라

110) 「대명률」 권19, 刑律 人命 「尊長爲人殺私和」, “凡祖父母父母及夫若家長 爲人所殺 而子孫妻妾奴婢雇工人私和者 杖一百 徒三年 期親尊長被殺 卑幼私和者 杖八十 徒二年 大功以下 各減一等 其卑幼被殺 而尊長私和者 各減一等 若妻妾子孫及子孫之婦 奴婢雇工人被殺 而祖父母父母家長私和者 杖八十 受財者 計贓 准竊盜論 從重科斷”

111) 「대명률」 권19, 刑律 人命 「尊長爲人殺私和」, “常人私和人命者 杖六十”

할지라도 형벌에 차등을 두었는데, 직계비속의 사화 행위를 직계존속의 동일한 행위보다 무겁게 처벌하는 것이 특징이다.

구체적으로는 조부모, 부모 등 직계 존속이 살해당했는데, 아들, 손자와 같은 직계 비속이 가해자를 법에 의거하여 처벌받을 수 있도록 관에 고발하는 대신에, 가해자 혹은 가해자 가족과 사화한 경우 장100 도3년의 중형에 처한다는 것이다. 반면 아들이나 손자가 살해당한 경우 조부모, 부고와 같은 피해자의 직계 존속이 사화한 경우는 앞서 직계비속의 사화행위보다는 가벼운 장80의 형벌을 가하도록 규정하였다.

유교에서 남편의 처·첩에 대한 관계, 주인의 노비·고공에 대한 관계는 부모의 자식에 대한 관계와 마찬가지로 상하 위계와 명분이 뚜렷이 구분되어 있었다. 따라서 동일한 사화행위라 할지라도 직계존속이나 비속이나에 따라 형벌에 차등을 두었듯이, 남편과 처·첩, 주인과 노비·고공의 관계에서도 형벌을 동일하게 적용하였음을 위 조문에서 확인할 수 있다.¹¹²⁾

위 첫째 조문이 가족·친족, 혹은 그에 준하는 명분 관계에 있는 주인·노비·고공의 살인사건 사화 행위를 금지한 것이라면, 위의 둘째 조문은 일반적인 관계에 있는 자들의 모든 사화 행위를 금지하는 것을 내용으로 하고 있다. 상인(常人), 즉 가족 관계, 신분의 상하 관계에 있지 않은 자들이 살인 사건의 사화에 참여한 경우 그를 장60의 형벌에 가한다는 것인데, 이처럼 살인 사건의 경우 피해자 가족뿐 아니라 피해자의 이웃 등이 범인과 사화하여 관에 고하지 않고 마무리짓는 행위는 범죄 행위로 논죄되었음을 분명히 알 수 있다.

다음으로 「사화공사(私和公事)」조에 실린 사화 관련 조문은 다음과 같다.

이미 관에 접수된 공사(公事)를 사사로이 화해하면[私和] 범인의 죄에서 2등급을 감하되 죄는 태 50에 그친다.¹¹³⁾

112) 그런데 위 조문의 끝부분에 “사화할 때 재물을 받은 경우 무거운 쪽으로 죄의 등급을 매긴다”는 것은 각각 사사로이 화해한 것과 재물을 받는 것의 죄를 서로 비교하여 사사로이 화해한 것이 재물을 받은 것보다 무겁거나, 혹은 재물을 받은 것이 사사로이 화해한 것보다 무겁거나 각각 무거운 죄를 좇아 등급을 매기는 것을 말한다(이에 대해서는 「大明律講解」 해당 조문 참조. “從重科斷者謂 各以私和及受財之罪 相較 或私和重於受財 或受財重於私和 各從重罪科之”).

113) 「대명률」 권26, 刑律 雜犯 「私和公事」 “凡私和公事者 減犯人罪二等 罪止笞五十”

위 조문은 상세한 의미를 파악하기는 어렵지만 대략적인 의미를 유추하면 이 미 관에 고소·고발한 민·형사 사건을 고소인이 피고소인과 사적으로 화해하여 처리할 경우 그를 최대 태50의 형벌에 처한다는 내용으로 볼 수 있다. 관에 한번 접수된 사건은 관의 처리를 기다려야지 고소인이 함부로 마무리하는 것을 금지하였음을 알 수 있다.

이상 「대명률」에 나오는 사화에 관한 규정을 살펴보았다. 위에서 살펴보았듯이 「대명률」에는 형률의 인명편(人命篇)과 잡범편(雜犯篇)에 사화를 금지하는 규정을 싣고 있을 뿐, 전체적으로 형사분쟁 전반에 대한 화해, 조정에 관한 내용이 전혀 실려있지 않다. 따라서 적어도 당시 발생하는 다양한 분쟁, 갈등을 화해 조정하는 시스템이 국가적 차원에서 제도적, 체계적으로 마련되어 있지 않았음은 분명하다.

그렇다고 해서 위에서 언급한 「대명률」의 사화 금지 규정 몇 조문을 가지고 「대명률」이 모든 사화를 금지시켰다고 이해하는 것은 곤란하다. 왜냐하면 위에서 살펴본 규정 중 「존장위인살사화(尊長爲人殺私和)」조의 내용은 살인 사건이라는 특수한 경우의 사화 금지 규정이기 때문이다. 살인 사건의 가해자가 자신의 범죄가 폭로되어 처벌받을 것을 두려워 피해자 가족, 친족 등에게 재물을 주는 등의 방법으로 법의 심판을 피하는 것을 막기 위한 사화 금지 조치일 뿐 일반적인 형사분쟁에서 사화를 막기 위한 것은 아니기 때문이다.

아울러 「사화공사(私和公事)」조의 규정 또한 일단 관에 접수된 사건의 사화를 금지하는 원론적인 차원의 규정으로서 다양한 형사분쟁의 사화를 일체 금지하는 것과는 관련이 없다고 봐야 한다. 범죄가 관에 접수되어 관에서 사건을 처리하는 외중에 범죄 가해자로부터 물질적 보상 등을 받고 사적으로 화해하여 범죄 가해자의 처벌을 면하게 하는 행동은 당연히 법질서를 해치는 불법이며, 따라서 이를 처벌하겠다는 의지가 본 규정에 담겨 있을 뿐이다.

한편, 「대명률」과 함께 조선시대 새로 편찬된 법전에서 사화와 관련한 조문을 찾아서 그 의미를 살펴보기로 한다. 조선에서는 「대명률」을 형사 일반법으로 채택하면서도, 「경국대전(經國大典)」을 비롯한 국전(國典)을 편찬하여 이를 형사 특별법처럼 활용하였다. 국전에도 사화와 관련한 규정은 두 조문 실려 있는데,

모두 「속대전」의 형전 살옥(殺獄)조에 있다.

영조대 편찬된 「속대전」에 실린 사화 관련 조문의 전문은 다음과 같다.

그의 아버지가 피살되어 옥사가 성립[成獄]되었으나 조사와 심판을 기다리지 아니하고 함부로 아버지를 살해한 원수를 죽인 경우에는 사형을 감하여 유배형(減死定配)에 처한다(그의 아버지가 피살되었는데도 관에 신고하지 아니하고 원수와 더불어 사사로이 화해하여 장례 비용을 받고, 이후 오랜 후에 원수를 함부로 죽여서 복수한 경우에는 복수율(復讐律)을 적용하지 아니하고 사화율(私和律)을 적용하여 장100 도 3년에 처한다).¹¹⁴⁾

살인 사건에서 뇌물(賂物)을 받고 사사로이 화해한 자는 본율(本律)에 의거하여 처벌한다.¹¹⁵⁾

첫째 조문은 아버지가 피살되었을 때 피해자 자식이 관에 신고하지 않고 사화(私和)하였다가 나중에 가해자를 살해한 경우에 이 행동을 부모에 대한 자식의 복수로 간주하여 봐주지 말고 「대명률」의 사화 규정에 의거하여 처벌한다는 내용이다. 둘째 조문은 앞서 살펴본 「대명률」 인명편에 실린 사화 금지 조문과 큰 차이가 없는데, 살인사건에서 뇌물을 받고 사화한 자는 사화율(私和律)에 의거하여 처벌한다는 내용이다.

이상 「속대전」 살옥조에 실린 두 조목 모두 살인사건에서 가해자와 피해자 측 쌍방이 문제를 자체적으로 해결하는 사화 행위의 금지라는 「대명률」의 원칙을 재천명하는 내용이다. 이로써 적어도 살인 사건에서만은 가해자와 합의하여 사화하는 행위를 엄격히 금지하는 것이 조선시대 법규였음을 우리는 「대명률」과 「속대전」 조문에서 분명히 확인할 수 있다.

여기서 짚고 넘어갈 것은 크게 두 가지이다. 하나는 왜 살인사건의 경우 사화를 금지시켰는가 하는 점이고, 또 하나는 다른 형사사건에서 발생하는 사화에 대한 관의 입장은 무엇이었는가 하는 점이다.

114) 「續大典」 권5, 刑典 「殺獄」 “其父被殺成獄 不待究覈 擅殺其讎人者 減死定配 (其父被殺 不告官 與讎人私和 受其葬需 日久而後 擅殺復讎者 勿用復讎律 用私和律 杖一百徒三年)”

115) 「續大典」 권5, 刑典 「殺獄」 “殺獄受賂私和者, 依本律勘罪”

첫째 문제는 법적 정의의 실현이라는 원론적 차원에서 쉽게 납득이 간다. 살인을 저지른 중범죄자가 피해자측과 합의하여 처벌을 받지 않는 일이 발생하는 것 자체는 법과 정의를 구현해야 할 정부의 입장에서는 결코 바람직한 현상이 아니다. 따라서 「대명률」과 「속대전」에서 살인사건 피해자 가족의 불법적인 사회행위를 막고자 한 것이다.

위에서 제기한 두 번째 문제, 즉 살인 사건 이외의 다양한 형사 분쟁에 대한 관의 입장은 무엇인가? 이는 법전만 가지고는 확인할 수 없고 당시의 관행에 대한 다양한 사례의 추적을 통해서 추정할 수 있을 것이다. 다만 결론부터 이야기한다면 당시 관행상 민, 형사 분쟁에서 사회가 실제 적지 않게 이루어졌고, 관에서도 이를 금지하기 보다는 오히려 장려했던 것으로 짐작된다.

여기서 한 가지 덧붙이자면 살인 사건에서 사회를 금지하는 법규가 실제 잘 지켜졌을까 하는 의문이다. 법전의 규정만 가지고는 실제 민간의 사회 실태를 단정지을 수는 없으며, 당시 발생한 형사 사건이 처리되는 실제 사례와 관행을 추적해야만 사회의 양상을 분명히 알 수 있기 때문이다. 그런데 살인 사건에서 사회를 금지하는 법과 실제 당시 관행은 상당히 달랐음은 다산 정약용과 성호 이익의 지적에서 단적으로 확인할 수 있다.

다산 정약용은 그의 저서 「목민심서(牧民心書)」에서 자신의 경험을 바탕으로 당시 살인 사건이 어떻게 처리되었는가에 대해 이야기하고 있다. 글에서 다산은 당시 민간에서 발생한 살인 사건 중에 관에 고발되는 것은 10중 2, 3에 불과하고 나머지는 모두 사회를 하여 숨긴다고 하여 사회 행위가 매우 광범위했음을 지적하고 있다. 이는 시신 검시(檢屍)를 하는 과정에서 아전들의 횡포로 마을이 쑥대밭이 될 것을 우려한 마을의 부로(父老)와 호걸(豪傑)들이 사망자 가족들을 독려하여 가해자측과 사회하여 사건을 향후 문제삼지 않도록 종용하기 때문이라는 것이다.¹¹⁶⁾

이보다 앞서 이익도 유사한 언급을 하였는데, 살인 사건이 발생해도 장례 비용이 만만치 않고 또 관에 고하면 검시과정에서 가산이 탕진될 우려가 있어서 피해자 가족들이 살인자측의 뇌물을 받고 사회하여 관에 고하지 않는 경우가 많다는 것이다. 「성호사설」에 나오는 그의 말은 다음과 같다.

116) 「목민心書」 刑典六條, 「斷獄」

사람의 욕망은 삶에 대한 욕망보다 더 심한 것이 없고, 싫어하는 것은 죽음보다 더 심함이 없으므로, 그 원통한 것도 파살되는 것보다 더 심함이 없으니, 살인한 자를 죽이는 것은 법의 가장 급선무(急先務)인 것이다. 그러므로 한 고조(漢高祖)의 약법 삼장(約法三章)과, 기자(箕子)의 팔조목(八條目)에도 반드시 〈살인한 자를 죽이는 조문으로서〉 첫째를 삼았다. 그러나 관장(官長)이 법을 남용하여 죽이면 감히 보복하지 못하고, 권세 있는 자가 재물을 써서 도모하면 감히 보복하지 못한다. 한번 죽으면 다시 살아나지 못하지만, 가난한 백성들이 거개 염습(斂襲)과 매장(埋葬)의 경비로서 걱정이 되고, 관리들이 검시(檢屍)할 적에 공궤하자면 재산이 탕진된다. 그러므로 원수의 집에서 노물을 받고 사건을 은폐하는 일이 있는데, 이것을 사화(私和)라고 한다. 자제(子弟)로서 부형의 원수를 보복하지 못하니, 교화(教化)의 퇴패함이 이보다 더할 수 없다.¹¹⁷⁾

다산 정약용이 지적한 살인 사건의 70, 80%는 관에 보고되지 않는다는 언급은 다소 과장된 측면이 있다. 하지만 전체적으로 이익, 정약용의 언급을 통해 당시 민간에서 살인사건에 대해 불법적으로 사화하는 경우가 매우 많았음을 분명하다.

지금까지의 내용을 종합하면 법전을 통해 사화와 관련해 확인할 수 있는 정보는 조선시대 살인 사건의 경우에 사화를 금지시켰다는 것이다. 따라서 오늘날과 달리 사화 제도가 법적으로 마련되어 있지는 않았다. 그런데 실제 관행상 사화는 많이 이루어졌던 것으로 추정이 되는데, 살인 사건이 발생할 경우 금지 법령에도 불구하고 자체 처리 관행이 광범위하게 행해졌던 것에서도 미루어 짐작할 수 있다. 따라서 조선시대 사화 제도를 깊이있게 탐구하기 위해서는 법조문 외에 실제 관행을 고문서, 사건 판례에서 추적할 필요가 있다. 그래야만 사화와 관련한 전체적인 양상을 그려낼 수 있을 것이다.

117) 「星湖僿說」 권11, 人事門 「殺人法」

3. 조선시대 재판제도와 분쟁 조정의 양상

가. 조선시대 재판제도와 분쟁 조정의 필요성

여기서는 조선시대 지역사회에서 발생하는 소송의 양상과 그 과정에서 이루어진 실제 사화(私和) 사례를 살펴보기로 한다. 그런데 당시 소송 과정에서 사화를 한 사례가 기록으로 전하는 경우는 많지 않아 사화 사례를 추적하는 일은 만만치 않은 과제이다. 이하에서는 이같은 난제를 타개하기 위해 조선시대 재판제도의 절차와 특징을 정리함으로써 사화가 이루어지던 시대적 분위기와 상황을 유추해보는데 초점을 두고자 한다.

조선시대 다양한 소송을 처리했던 재판기관의 유형과 권한을 법전에 정한 규정을 통해서 알아본다. 「경국대전」을 비롯한 조선시대 법전에는 당시 사법권과 재판권을 행사한 기관으로 삼법사, 사송아문, 직수아문 등 여러 기관이 등장한다. 삼법사(三法司)는 형조, 한성부, 사헌부 등 사법권을 가진 중앙의 핵심 사법기관이다. 이 가운데 형조(刑曹)가 조선시대 재판·법률 사무를 총괄하는 대표적인 사법 기관이었다. 다음으로 민사 분쟁과 관련한재판을 담당하는 기관인 사송아문(詞訟衙門)으로 지방의 군현(郡縣)과 감영(監營), 서울의 한성부(漢城府), 장예원(掌隸院), 형조(刑曹), 사헌부(司憲府) 등이 있었다.¹¹⁸⁾

또한 직수아문(直囚衙門)은 죄수를 직접 체포·구금할 수 있는 권한을 갖춘 기관들로 병조(兵曹), 형조(刑曹), 한성부(漢城府), 사헌부(司憲府), 승정원(承政院), 장예원(掌隸院), 종부시(宗簿寺), 관찰사(觀察使), 수령(守令) 등이 해당된다.¹¹⁹⁾ 직수아문은 조선후기에 더욱 증가하였는데, 조선후기 영조 때 편찬된 「속대전」에는 비변사(備邊司)와 포도청(捕盜廳)이 새롭게 직수아문으로 추가되었다.¹²⁰⁾ 그리고 19세기 후반 고종 때 편찬된 「육전조례(六典條例)」에는 이보다 더 많은 직수아문을 확인할 수 있다.¹²¹⁾ 이들 직수아문에서는 장형(杖刑) 이상

118) 金仙卿, 1992 「『民狀置簿冊』을 통해서 본 조선시대의 재판제도」, 『역사연구』 창간호, 여강출판사

119) 「經國大典」 권5, 刑典 「囚禁」

120) 「續大典」 권5, 刑典 「囚禁」

121) 「六典條例」 권9, 刑典 直囚衙門 「直囚衙門」조에는 推鞠할 때 直囚할 수 있는 아문으로 刑曹, 宗親府, 議政府, 中樞府, 儀賓府, 忠勳府, 敦寧府, 奎章閣, 承政院, 弘文館, 藝文館,

에 해당하는 범죄를 저지른 범인을 직접 체포하여 구금, 재판할 수 있었으며, 이외의 기관에서는 사건을 형조로 이송하여 처리하도록 규정하였다.

이처럼 각 국가기관이 정해진 사법권을 행사하고 있었고, 사법기관별로 일부 업무의 중첩이 있긴 했지만 각각 맡은 역할이 정해졌다. 또한 현직 관리들의 처벌을 맡은 의금부와 일반 형사범을 담당한 형조가 구분되어 있듯이, 범죄의 내용과 신분에 따라서 그 처리 기관을 구분하고 있었다.

그런데 이들 사법기관의 권력 행사와 관련하여 주목할 점은 형벌을 집행할 수 있는 권한이 각 기관별로 달랐다는 것이다. 즉 조선시대 사법기관이 상부 기관에 보고하지 않고도 직접 행사할 수 있는 형벌의 상한이 정해져 있었는데, 이를 직단권(直斷權)이라고 한다. 먼저 중국의 예를 들기로 한다. 중국 명·청 시기에 주현(州縣)의 지방관은 태·장형까지의 형벌을 부과할 수 있었다. 도형 이상의 형에 관련되는 안건의 경우 주현에서는 심리는 할 수 있어도 결정권은 없기 때문에 총독(總督)·순무(巡撫 : 徒刑), 형부(刑部 : 流·軍·遣)가 처리했으며, 사형 안건은 반드시 황제에게까지 보고해야 했다.

조선의 경우도 이와 유사한데 군현의 지방관은 형사재판의 판결을 통해 태형의 형벌은 스스로 집행할 수 있었다. 이에 비해 관찰사와 형조는 유형까지의 직단권(直斷權)을 행사하였다. 이는 상부의 보고 없이 지방관이 행사할 수 있는 형벌권이 수령은 태형, 관찰사는 유형까지였음을 의미한다. 그러나 살인 사건 등 사형에 해당하는 안건은 청나라와 마찬가지로 국왕에게 보고되고 사형에 대한 최종 판결은 오직 국왕만이 내릴 수 있었다.

이처럼 각 기관에서 집행할 형벌 상한을 명시함으로써 관리들이 형벌권을 남용하는 것을 견제할 수 있었고, 국왕 중심의 사법권의 집중화를 가져올 수 있었다. 국왕은 조선왕조 최고 재판관으로서 막강한 권한을 행사했는데, 직단권에서 보듯이 오직 국왕만이 사형을 집행할 수 있었다. 지방에서 발생하는 살인 등 사형에 해당하는 중범죄 사건의 경우 반드시 관찰사, 형조를 거쳐 국왕의 심리를 거쳐서 형을 확정했다. 이는 최고 재판관으로서의 국왕의 역할을 단적으로 보여준다.

이 밖에도 국왕은 경우에 따라 형을 감면해줄 수 있는 사면권을 행사할 수 있었고, 지방과 중앙 관청의 판결에 불복하는 사람들이 상언(上言), 격쟁(擊錚)이

司憲府, 耆老所, 漢城府, 權設都監, 義禁府 등이 등장한다.

나 신문고(申聞鼓)를 통해 국왕에 직소하여 억울한 사정을 호소할 경우 최종 판결을 내릴 수도 있었다.

이상에서 보듯이 지방관, 즉 고을 수령이 국가로부터 위임받은 사법권력과 형벌권은 제한되어 있었지만 그렇다고 조선시대 지방 고을 수령의 권한이 약했다고 이해해서는 곤란하다. 고을 수령은 관내 백성들이 민원이나 민·형사 분쟁의 해결을 위해 매일매일 올리는 민장(民狀)을 처리해야 했으며, 관내에서 발생한 살인 사건의 검시뿐 아니라 이웃 군현에서 발생한 사건의 검시관으로 파견되기도 하였다. 더구나 군현 내에서 발생한 소송과 각종 형사사건에 대한 1차적인 처리는 수령이 담당하였다. 이런 점들 때문에 지방 수령의 재판권과 형벌권은 관내 백성들에게 거의 절대적인 영향을 미쳤으며, 수령은 이들에게 국가 공권력의 거의 전부였다고 할 수 있다.

한편 민·형사 소송을 처리하고 갈등을 중재해야 할 수령의 역할은 시간이 갈수록 더욱 증대했는데, 실제 군현 내에서 제기되는 소송이 적지 않아 그 처리가 수령의 능력을 판별하는 중요한 기준의 하나가 되었다. 조선시대 소송이 얼마나 많았고, 소송 유형이 어떠한지를 명확하게 계량화할 수 있는 통계자료가 없기 때문에 현재로서는 정확히 알 수 없다. 그렇지만 조선후기로 오면서 백성들의 권리의식이 증대되고 소송 및 재판제도가 정비되면서 소송이 더욱 증대되는 추세였음은 충분히 짐작 가능하다.

19세기 군현 단위로 백성들이 올린 민장(民狀)을 묶어놓은 「민장치부책」의 사례 분석에 따르면 관아에 접수된 민장의 수량이 엄청났다.¹²²⁾ 예컨대, 분석 대상 9개 지역에서 월 평균 관에 접수된 민장의 수량은 전라도 영암(1838년-1839년) 199.6건, 경상도 영천(1846년) 58.6건, 충청도 연기(1858년) 61.7건, 경상우병영(1862년) 69.2건, 전라도 영광(1870-1872년) 244.8건, 충청도 목천(1876-1877년) 129건, 경상도 경산(1879년) 58건, 경상도 의령(1888년) 205건, 충청도 진천(1891년) 71.5건 순으로 집계되었다. 민장의 수효가 적은 곳은 한달에 58건(경산) 정도에 그치나, 많은 곳은 244.8건(영광)에 달하는 곳도 있었다. 평균해보면 한달 평균 156.3건의 민장이 관에 접수된 것인데, 관아의 수령이 하루도 쉬지 않는다

122) 이하의 내용은 심재우, 「조선후기 소송을 통해 본 법과 사회」(『동양사학연구』 123집, 2013년 6월), 104-112쪽에 의거하였다.

고 하더라도 매일 5건 이상 처리해야할 정도로 많은 양이었다.

당시 백성들이 관에 올린 민장에는 민·형사 소송장만 있는 것이 아니라 민원이나 행정 청원, 아전들의 보고서 등도 있기 때문에 실제 소송의 양상은 추후 면밀한 분석을 요구하긴 하지만, 그럼에도 불구하고 ‘민장의 홍수’는 수령들에게 백성들의 목소리에 귀기울이고 백성들이 제기하는 소송에 적극 대비해야 했음을 보여준다.

앞서 조선시대 재판제도, 지방사회 소송의 양상과 의미 등을 개괄적으로 살펴 보았는데, 이를 통해 우리는 지금까지의 편견과 달리 조선시대에 소송이 결코 적지 않았으며, 소송 처리에 수령들이 많은 시간과 노력을 들여야 했음을 알 수 있다. 이런 추세 속에서 분쟁과 갈등이 발생할 경우 소송을 통하는 대신에 당사자간의 조정과 화해를 통해 해결하는 사회의 필요성이 자연스럽게 제기되었을 것이다.

실제로 수령에 의해 소송 대신 마을 내에서의 해결, 사적인 화해가 적극 장려되기도 하였음은 당시 만들어진 목민서(牧民書)에서 확인할 수 있다. 영조대에 만들어진 목민서 「치군요결(治郡要訣)」에 변화한 고을에서는 싸움(相鬪), 논에서의 물다툼(爭水) 등 작은 일들은 관아에 신고하여 처리하지 말고 해당 면(面)의 풍헌(風憲)이 공론에 따라서 처리할 것을 수령들에게 권고하고 있다.¹²³⁾

정조대 편찬된 것으로 보이는 「선각(先覺)」에 백성들이 올리는 소장 중 일부는 해당 면(面)의 존위(尊位)가 처리하도록 하여 마을에 소송 처리를 맡기는 사례도 이와 비슷하다.¹²⁴⁾ 여기서 풍헌, 존위 등은 면임(面任)에 해당하는 자들이다. 소송을 수령이 직접 처리하기 보다는 이들 마을의 담당자가 중심이 되어 소송을 처리하게 함으로써, 마을의 풍헌과 존위는 때로는 시비를 가려 처리하기도 하였지만 상당수는 자연스럽게 갈등의 분쟁, 조정을 통한 화해를 시도하게 되는 것이다.

아래 인용문은 19세기 다산 정약용이 수령으로 임명된 자들에게 소장(訴狀) 처리와 관련하여 언급한 내용의 일부로 수령 부임 초에 백성들에게 다음과 같이 약속할 것을 권고하는 내용이다.

123) 「治郡要訣」(『조선민정자료 목민편』 67쪽)

124) 「先覺」先覺追錄(『조선민정자료 목민편』 226-227쪽)

소장의 데김(題音 : 일종의 즉결 판결문)에 양편을 대질시키라고 한 것 중에 만약 그들이 스스로 사화(私和)하면 아무 일도 없을 것이다. 만약 화해가 되지 않고, 또 피고인이 판결하는 때에 나오지 않아서 원고로부터 거역하였다는 고소가 있으면 관에서는 부득이 저졸(邸卒 : 面主人)을 보내지 않을 수 없고, 심한 경우는 관아의 문자기를 보내거나 혹은 군교(軍校)를 보내게 된다. 이렇게 되면 마을이 대단히 소란하게 될 것이다.¹²⁵⁾

위의 인용문에서 정약용은 소장이 올라와 원고와 피고가 서로 화해가 되지 않고 특히 피고가 관아에 출두하지 않을 경우 여러 가지 소란이 있을 수 있다고 전제하고, 원고와 피고가 사화하면 아무 일도 없을 것이라 약속하고 있다. 이는 관에 접수된 소송이라 할지라도 원고와 피고 양측에서 사화, 즉 화해조정하는 경우에는 관아에서 관여하지 않는 것을 수령들에게 주문하는 내용이다. 이로 볼 때 정약용 또한 사화를 통해 일이 자연스럽게 당사자 간에 해결하는 것을 바람직하게 여긴 것이다.

이처럼 소송 증대라는 현실에 대처하기 위해 민간 차원의 당사자간의 사적 분쟁 조정의 필요성이 자연스럽게 대두되었는데, 이와 함께 유교사회에서 소송을 바라보는 부정적 관점 또한 사화를 통한 해결을 이상적으로 바라보았음을 잊어서는 곤란하다.

사대부 관리들 입장에서 소송이 성행한다는 것은 사람들 간의 반목과 다툼이 증가하는 것을 의미하며, 이는 민심이 천박해지고 도덕과 체통이 타락했음을 보여주는 증표로 인식되었다. 한마디로 소송이 사회에 표면화된다는 것은 그들이 생각하는 바람직한 사회의 모습과는 거리가 멀었다. 따라서 사대부들의 입장에서는 소송이 아닌 화해, 조정을 통한 분쟁 해결이 훨씬 이상적인 사회 분쟁, 갈등 조정 모델이었던 것이다.

이상 소송을 바람직하게 여기지 않는 유교적 전통, 그럼에도 불구하고 소송이 늘어나는 시대적 상황 속에서 사건 처리의 효율성을 제고할 뿐만 아니라 갈등과 분쟁의 원만한 조정을 위한 사화(私和)가 장려되었다. 그런 상황에서 조선시대 실제 다양한 갈등과 민·형사 분쟁이 자연스럽게 사화로 해결되었을 것인데, 그

125) 「牧民心書」 赴任六條「莅事」

내용에 대해서는 다음에서 살펴보기로 한다.

나. 향약·동약과 지방사회 분쟁의 조정 사례

앞의 내용을 이어서 실제 지역사회에서 갈등과 분쟁이 어떤 방식으로 어떻게 화해, 조정되었는지 그 사례를 추적해볼 차례이다. 조선시대에 분쟁이 발생할 경우 사회는 크게 두 가지 방식으로 이루어졌다. 첫째, 관에 소장을 제기하기 전에 이웃민이나 마을의 유력자들에 의해 지역사회에서 중재되는 경우이다. 둘째, 일단 관에 소장을 접수한 이후 고을 수령이 소송을 처리하는 과정에서 원고와 피고의 중재를 하는 경우이다. 이하에서 이들 두 가지 경우의 사례를 각각 살펴보려고 한다. 관련 사례 자체가 기록으로 거의 남아 있지 않기 때문에 사회의 사례로는 형사사건 뿐만 아니라 민사사건에 해당하는 것들도 함께 언급했음을 미리 밝혀둔다.

먼저 관아에 소장을 접수하기 전에 마을에서 분쟁을 자체처리하거나 사회하는 경우이다. 이 경우의 사례는 기록으로 확인하기가 매우 어렵다. 그 이유는 사회를 하고 서로간에 작성한 사회장(私和狀)이 고문서의 형태로 남아있는 경우가 거의 없기 때문이다. 관련 기록이 거의 없음에도 불구하고 사회가 적지 않게 이루어졌을 것으로 파악하는 이유는 조선시대 향촌자치 규약의 일종인 향약(鄕約)의 정신에서 분쟁의 재판 외 화해 조정의 장려 경향성을 찾아볼 수 있기 때문이다. 이같은 향약을 통해 마을내의 각종 민·형사 분쟁이 지역 유력층인 사족들의 주도로 자체 처리되거나 화해, 조정이 이루어졌음을 유추할 수 있다.

조선시대, 특히 16, 17세기에 지방사회에서 지방 사족들의 자치권이 강화되면서, 이들에 의해 마을 자치 규약으로서의 향약, 동약이 지역별로 활발히 시행되었던 것으로 파악된다. 조선왕조는 건국 직후 줄곧 중앙집권제의 강화를 추진하였지만, 집권력의 한계로 지방사회 양반사족들은 마을민에 대한 일정한 자치권을 행사하였던 것이다. 이들 사족들이 유향소(留鄕所)의 장악, 향약(鄕約)의 시행, 서원(書院)의 건립 등 다양한 실천 활동을 통해 고을민에 대한 통제 및 향촌 교화(敎化)를 추진하였다.

따라서 이 시기 관권을 대변하는 수령과 자치권을 행사하는 사족은 상호보합

적 관계를 유지하면서 향촌사회를 안정적으로 지배하였는데, 이같은 조선중기 수령과의 유착(癒着)과 길항(拮抗)을 통한 사족의 향촌사회 지배구조를 이른바 ‘사족지배체제’ 또는 ‘사족주도 향촌지배체제’라 부를 수 있다.¹²⁶⁾

이처럼 사족들의 자치적 지배가 관철되던 시기에 시행된 향약, 동약은 분쟁과 갈등의 조정과 관련하여 중요한 역할을 했다. 대개 향약(鄉約)은 군현 단위의 사족 지배를 규정한 것이라면, 동약(洞約) 혹은 동계(洞契)는 사족의 거주 마을 단위에서 마련한 규약으로 이들 규약은 구성원의 명단, 각종 규정, 공유재산 등을 갖추고 있었다. 이들 향약, 동약·동계의 규정에서는 마을내에 일어나는 소소한 다툼, 분쟁과 갈등의 상당수를 관에 고하여 처리하지 않고 자체적으로 처리하거나 사회화하도록 권장하고 있었다. 재판 외 분쟁 조정을 향약, 동약·동계를 이용해 고을 유력민이나 사족들이 주도한 것이다.

첫째, 동약·동계의 사례를 제시하면 「온계동계(溫溪洞契)」를 들 수 있다. 「온계동계」는 경상도 예안현(禮安縣)에서 16세기 중반 진성이씨(眞城李氏) 동족 간에 상부상조와 하층민 통제를 목적으로 시행한 것으로 진성이씨와 그의 사위, 외손(外孫) 등 다양한 성씨가 참가하고 있었다.¹²⁷⁾ 이 동계의 규약은 1554년(명종 9) 퇴계 이황(李滉)이 작성하였는데, 규약에는 그들 소유의 동내 가문노비 통제를 위한 ‘동령(洞令)’이 있는데, 이 동령을 통해서 마을내에서 발생하는 여러 가지 범죄 행위를 관에 고하는 대신 노비주인과 종종 사족들이 자체 처리하였음을 발견하게 된다. 이 ‘동령(洞令)’에 나오는 사족들이 자체 처리하는 주요 범죄 행위를 열거하면 다음과 같다.

- 본주(本主)와 타주(他主)에게 무례하고 불손한 자
- 부모에게 불순(不順)한 자
- 형제간에 서로 싸우는 자
- 간음한 자, 도적질한 자

126) 이에 대한 자세한 내용은 아래의 연구성과가 참조된다.

- 김인걸, 「조선후기 향촌사회 변동에 관한 연구」, 서울대 박사학위논문, 1991

- 정진영, 「조선시대 향촌사회사」, 한길사, 1998

127) 이하 「온계동계」 및 「서원향약」에 대해서는 심재우, 「조선후기 국가권력과 범죄통제」 「심리록 연구」(태학사, 2009) 35-39쪽 참조

- 구타하여 서로 상처를 입힌 자
- 친척과 이웃간에 화목하지 못한 자
- 묘산(墓山)에 방화한 자와 개간한 자
- 먼 곳에 거주하는 자를 끌어들이는 자
- 경작지를 빼앗은 자, 천방(川防)을 굽게 한 자, 곡식을 베어서 취한 자
- 묘산(墓山)을 벌목한 자, 근거가 불명확한 자를 머무르게 한 자
- 무리를 지어 술마시고 취해서 난동을 부린 자, 천방에 벌목한 자
- 토지에 모래를 흘려보낸 자
- 우마(牛馬)를 방목한 자

동령에 의거하면 마을 내에서 위에 열거한 죄를 저지는 노비들의 경우 동계를 운영하던 사족들이 직접 죄의 경중에 따라 태형(笞刑)을 가하고 있었다. 즉 간음(奸淫), 절도(竊盜), 싸움(鬪毆) 등 촌락사회에서 노비가 저지룰 수 있는 다양한 범죄 행위 유형에 대해 사족들이 자체 처리하고 있었다는 것인데, 노비에 대한 실질적인 규제와 범죄 통제가 관(官)에서 처리되지 않고 동계를 바탕으로 동네 사족들에 의해 이루어지고 있었다는 점이 주목된다. 비록 위 규정은 마을내 분쟁의 당사자, 피해자가 서로 합의하여 화해, 조정하는 사례를 보여주는 것은 아니지만, 진성이씨 마을 내에서 노비들이 일으킨 소소한 범죄 행위들을 관에까지 고하지 않고 자체 처벌을 통해 처리하였음을 의미한다. 이 동계의 사례는 재판 외 자체 분쟁 조정이 적지 않았을 것임을 예상케 해주는데, 다음에 언급할 향약의 사례를 살펴보면 동계·동약, 향약이 향촌사회에서 일종의 분쟁 조정 기구로서의 역할을 했음이 좀더 명확해진다.

이하에서 제시할 조선시대 시행된 향약은 울곡(栗谷) 이이(李珣)가 주도한 향약이다. 당시 지역사회에서는 마을 내의 분쟁과 갈등이 최종적으로 관(官)에 소송으로 제기되지 않는 경우가 많았으며, 지역 내 향약을 장악한 유력 사족들에 의해 소송이 억제되고 분쟁, 갈등이 자체적으로 조정, 합의되는 경우가 많았음을 이이가 만든 여러 향약의 규약에서 확인할 수 있다.

예컨대 이이가 황해도 해주에서 시행한 「해주일향약속(海州一鄕約束)」에는 고을 내 과실(過失) 행위에 대한 처벌 규정이 명시되어 있는데, 그 처벌 조항에

따르면 ‘비리호송(非理好訟)’은 가장 무거운 벌인 상벌(上罰)로 규정하여 손도(損徒)의 처벌을 내리도록 규정하고 있었다.¹²⁸⁾ ‘비리호송’이란 쓸데없이 소송을 좋아하여 함부로 소송을 제기하는 행위를 말하는데, 비리호송 행위를 과실로 지목하여 자체 처벌하는 지침을 만들었다는 사실은 그만큼 소송을 제기하기 보다는 화해와 조정을 통해 해결할 것을 권장하고 있었음을 의미한다.

지역사회 각종 소송이나 분쟁을 관에 제기하기보다 가능하면 사족들이 자체적으로 처리하고자 하였음은 이이의 「서원향약(西原鄉約)」에서도 확인할 수 있다. 이이가 청주목사 재임시인 1571년(선조 4)에 충청도 청주에서 실시한 이 서원향약의 시행 대상은 경내 상하민을 포괄하였고, 그 조직은 읍(邑)-면(面)-리(里) 세 단계로 구성하였다.¹²⁹⁾ 수령이 주도하여 만든 향약이지만 향약의 실질적인 운영은 면단위의 사족층이 담당하였는데, 특히 아래 인용문에서 보듯이 민간의 분쟁이 발생하여 그 해결을 호소하고자 하는 자는 관에 직접 소송을 올리지 못하고, 반드시 각 면(面)의 사족들에게 고하게 하여 사족들이 회의를 통해서 처리하도록 하였다.

민간에 쟁송하는 자가 있으면 모두 계장(契長)과 유사(有司)에게 나아가 먼저 그 곡직(曲直)을 분별하여 계장과 유사가 이치에 어긋난 자를 깨우쳐 송사를 그치게 한다. 계장과 유사가 만약 혼자 결단할 수 없으면 향약 중의 사류(士類)에게 통문을 돌려 모여 의논하고 분석하여 깨우친다. 곡직(曲直)이 분명히 드러났는데도 이치에 어긋나는 자가 오히려 그치지 않으면 비리호송(非理好訟)으로 논한다. 만약 향중(鄉中)에서 결단할 수 없으면 고관(告官)을 허락한다.¹³⁰⁾

서원향약에서는 각 면마다 계장(契長)과 유사(有司)를 두고 이외에 별도로 사류회의(士類會議)를 두어 향약내의 전반적인 업무는 이들이 처리하도록 하였는데, 위의 인용문에 나오듯이 각 면에서 민·형사 분쟁이 발생할 경우 반드시 각 면의 계장과 유사가 회의를 통해 자체처벌하거나, 합의나 조정을 하여 수령의 재판에까지 이르지 않도록 하였다. 물론 고을에서 결정할 수 없는 중대한 사안

128) 「栗谷全書」 권16, 雜著「海州一鄉約束」

129) 한상권 (1984), 「16·17세기 鄉約의 機構와 性格」, 「진단학보」 58.

130) 「栗谷全書」 권16, 雜著「西原鄉約條目」

의 경우는 관에 소장(訴狀)을 올리는 것을 허락하도록 하였다.

동계, 향약의 사례를 통해서 전체적으로 향약의 취지가 교화(教化)를 통해 갈등이 마을 내에서 해결될 수 있도록 하는 것을 장려하였다는 것이다. 즉, 사소한 일을 가지고 양반들의 조정 의견을 무시하고 관에 소송을 제기하는 행위를 쓸데없이 송사를 일삼는다는 뜻으로 ‘비리호송(非理好訟)’으로 규정하여 금지시키고자 하였다. 요컨대 동약, 향약이 마을내 여러 분쟁을 자체 처벌하거나 조정하는 일종의 재판 외 마을 내 분쟁 조정 기구로서의 역할을 수행했음을 알 수 있다.

한편, 마을 내 분쟁의 조정과 자체 처리의 관행은 향약, 동약을 통해 이루어지기도 하였지만, 고을 면리(面里)의 직임인 풍헌(風憲) 등이 행사하기도 하였다. 전북대학교 박물관에는 조선시대 소지(所志)가 많이 소장되어 있는데, 그 가운데 전라도 나주목 하의도에 사는 윤득경(尹得景)이 작성한 소지가 바로 관아가 아닌 풍헌(風憲)에게 올린 것이다.

이 소지는 정유년(丁酉年) 정월에 올렸다는 것만 알 수 있을 뿐 정확한 연대는 알 수 없다. 내용은 윤득경의 할아버지가 아들이 없던 장인 이씨의 제위답(祭位畵)을 장만하여 제사를 받들어 온 이래 3대째 외손봉사(外孫奉祀)를 하고 있었는데, 갑자기 어느 날 이시백(李時白)이란 자가 나타나 이 제위답을 자신의 종증조(從曾祖)의 땅이라고 주장하여 탈취해갔다는 것이다. 이 때문에 윤득경은 이를 찾아달라는 요청을 풍헌에게 탄원하고 있다.¹³¹⁾

위의 사례는 처리 결과를 명확히 알 수 없으며 아울러 원고와 피고간의 분쟁의 화해, 조정을 보여주는 것은 아니다. 하지만 고을의 풍헌이 관을 대신하여 분쟁의 안건을 해결하려 했다는 점에서 고을내 자체 처리의 전통을 알려주는 또 하나의 증거로 꼽을 수 있다.

이상으로 재판 외 분쟁조정 사례 가운데 관아에 정식 소송을 제기하기 전 단계에서 이웃민이나 마을의 유력자들에 의해 지역사회에서 사건이 처리·중재되는 경우를 향약, 동약의 사례를 통해 살펴보았다. 다음으로 살펴볼 것은 관아에 정식 소장이 접수된 이후에 재판 과정에서 수령에 의해 사화가 시도되는 경우이다.

고을 수령이 소송을 처리하는 과정에서 원고와 피고의 중재를 피하는 경우 또한 사례가 기록으로 거의 남아있지 않다. 하지만 뒷자리를 둘러싼 조선후기의

131) 「박물관 도록·고문서」, 전북대학교 박물관, 1999, 213쪽 참조.

대표적인 소송의 하나인 산송(山訟) 고문서를 통해 당시 상황을 추적할 수 있다.

먼저 조선후기 큰 사회문제로 제기된 산송이 어떤 소송이었는지에 대해서 알아본다. 산송은 사상적으로는 풍수설의 영향으로, 경제적으로는 산림의 이용권, 소유권 전반을 둘러싸고 전개된 뭇자리 다툼을 말한다. 묘지(墓地) 문제를 중심으로 해서 야기된 산송은 17세기에 대두하여 18세기에 다양한 양태로 전개되었으며 조선후기 소송의 상당수를 차지하였다.¹³²⁾

산송의 주요 원인은 ‘투장(偷葬)’인데, 투장이란 다른 사람이 수호하는 분묘 구역 내에 주인의 허락 없이 몰래 무덤을 조성하는 행위를 말한다. 투장 등으로 야기된 산송은 매우 격렬하게 전개되어 단순한 묘지 다툼에 그치지 않고, 폭력 행위로까지 전개되는 경우가 많았다. 19세기 다산 정약용은 「목민심서」에서 당시 구타(毆打)와 살상(殺傷) 사건의 거의 절반이 산송으로 인해 발생한다고까지 말할 정도였다.¹³³⁾

수령은 산송을 처리함에 있어 잘잘못을 가려내어 투장(偷葬)한 자를 형사처벌로 다스리기 보다는 대개 투장한 무덤을 파내도록 하는데 그치고 있다. 즉 투장한 자에게서 자신의 잘못을 뉘우치고 묘를 다시 파가겠다는 약속을 글로 받은 후 이후 그가 약속대로 이행한 경우에는 그것으로 사건을 마무리하였던 것이다. 이 때 피고가 작성하는 약속문서를 수표(手標), 혹은 다짐(拷音)이라 하였다.

1844년 심부솔택(沈副率宅) 점돌(占厝)이 충청도 부여 수령에게 올린 소지(所志)에는 이같은 사례가 나온다. 본 소지는 심능혁(沈能赫)과 그의 외손 심시연(金始演)이 자신들의 선산에 몰래 무덤을 썼다는 이유로 정산(定山) 왕진(旺津)에 거주하는 박성룡(朴成龍)과 최산옥(崔山玉)을 부여 수령에게 고발하는 내용이다. 이 소지에는 사건의 처리과정이 나오는데, 부여 수령은 이들이 처음 올린 소지를 접수한 후 투장을 한 두 사람을 관아로 소환한다. 그러자 최산옥은 병으

132) 산송에 대해서는 다음 연구가 참고된다.

- 김선경 (1993), 「조선후기 산송과 산림소유권의 실태」, 『동방학지』 77·78·79합집.
- 한상권 (1996), 「조선후기 산송의 실태와 성격-정조대 상언·격쟁의 분석을 중심으로-」, 『성곡논총』 27-4.
- 전경목 (1996), 「조선후기 산송 연구-18, 19세기 고문서를 중심으로-」, 전북대 박사학위논문.
- 김경숙 (2012), 「조선의 묘지소송」, 문학동네.

133) 「牧民心書」 刑典六條 「聽訟」

로 인해 관아에 출두하지는 못하고 대신에 투장한 무덤을 파내겠다는 수표(手標)를 작성했으며, 박성룡은 직접 관정(官庭)에 잡아들여 역시 기한을 정하여 묘를 이굴(移掘)하겠다는 다짐을 제출하였다. 그러자 당초 피해를 입은 심능혁 등이 만약 둘이 다짐한 기한을 넘기고도 파내가지 않는다면 관에서 무덤을 파내고 이들을 엄히 처벌해달라는 소지를 다시 올린 것이다.¹³⁴⁾

이후 이 사건이 어떻게 마무리되었는지는 분명하지 않다. 그렇지만 이 소지를 통해서 피고가 무덤의 투장 행위를 철회하는 선에서 수령은 사건을 마무리하려 하였으며, 피고가 약속을 파기하고 계속 버틸 경우에 비로소 형사처벌과 관의 강제집행이 있었음을 짐작할 수 있다.¹³⁵⁾ 이처럼 산송에서 수령이 잘잘못을 가려 수표를 받아서 양측을 조정하려 한 것은 재판 외 분쟁 조정 방식과는 거리가 있다. 하지만 최종 판결을 통해 형벌을 확정하는 대신 사건의 잘잘못을 파악하여 피고가 자신의 잘못을 철회하게 함으로써 양측간의 갈등을 조정하였다는 점에서 의미가 있다.

조선후기 산송의 경우 수령들은 주로 이런 방식으로 소송을 해결하였다는 점에서, 분쟁이 한쪽의 처벌이라는 극단적 파국보다는 조정과 합의로 해결하려 한 사화(私和)의 정신이 수령의 산송 판결에서 확인된다. 이로써 앞서 살펴본 향약·동약을 통한 거주 면리, 촌락 차원에서의 분쟁의 자체 처리 방식, 산송 처리 과정에서의 수표(手標) 작성을 통한 수령의 문제 해결 방식 모두 지방사회에서 분쟁을 조정하는 유용한 방법의 하나였다고 할 수 있다.

134) 고문서집성 64 - 안동김씨 삼당·노가재후손가판, 한국정신문화연구원 (2003).

135) 물론 투장(偷葬) 행위를 한 자가 소송 과정에서 자신의 잘못을 시인하고 수령의 지시에 의해 묘를 파가겠다는 다짐을 하고도 그 약속을 지키지 않아 소송이 지속되는 경우도 적지 않았다. 이에 대한 사례로는 경상도 경주의 1850년 최제헌(崔濟憲)의 소지, 1870년 최윤수(崔崙壽) 등의 소지가 참고된다(『고문서집성 50 -경주 이조 경주최씨·용산서원편(1)-』, 한국정신문화연구원, 2000). 이런 경우에는 수령이 판결을 통해 묘를 파내게할 뿐만 아니라, 피고에게 최종적으로 엄한 처벌을 내리는 것이 일반적이었다.

4. 살인 사건의 처리절차와 사화의 사례

가. 살인 사건의 특징과 지역별 처리 관행

앞서 지방사회에서 발생하는 다양한 분쟁, 갈등이 어떤 방식으로 중재, 조정되었는가 하는 것을 찾기 위해 향약·동약 등의 사례와 수령의 산송 처리 문제를 중심으로 살펴보았다. 그렇지만 분쟁을 사적으로 중재, 조정했던 내용을 담은 사례가 고문서의 형태로 전해지는 것이 거의 없기 때문에 조선시대 사화(私和)의 양상을 충분히 밝혀내지 못했다.¹³⁶⁾ 그런데 조선시대 살인 등 인명 사건에서는 가해자, 피해자 측에서 사화, 즉 사적으로 화해를 했다는 기록이 적지 않게 나타나고 있다. 따라서 이하에서는 조선시대 인명 사건에서 왜 사화가 많이 발생했고, 사화가 어떤 양상으로 전개되었으며 조정에서는 이를 어떻게 인식하고 있었는지를 살펴보기로 한다.

조선시대에는 인명 사건을 ‘살육(殺獄)’이라고 불렀다. 그런데 살육(殺獄)에는 살인뿐 아니라 폭행치사, 과실치사 등을 포괄하고 있었으며 심지어 자살도 살육의 범주에 넣기도 하였다. 지금도 마찬가지이지만 인명을 중시한 당시에 살육은 매우 엄중한 사건으로 인식되었기 때문에, 인명 사건의 수사, 재판 절차는 매우

136) 조선시대 관습적으로 이루어졌던 사화의 양상을 제대로 살펴보기가 어려운데, 그 이유는 사화장(私和狀)을 비롯한 구체적인 고문서가 거의 남아있지 않기 때문이다. 그렇다면 한국에서 사화(私和)의 양상을 보여주는 고문서가 거의 남아있지 않은 역사적 배경은 어떻게 이해할 수 있을까? 이에 대해서는 다양한 가능성이 있으며 몇 가지 추정이 가능하다.

첫째, 조선시대 사화의 관행은 있었지만, 이것이 지금처럼 제도로써 정착되어 있었던 것이 아니어서 일정한 형식의 문서 교환이 이루어질 필요가 없었기 때문이다. 당시 가해자와 피해자 측 사이의 사화는 당사자들끼리 해결하는 경우도 있었지만, 이웃 사람들에 의해, 혹은 고을 양반들의 중재를 통해 행해지는 경우가 많았다. 이들 이웃이나 고을 양반의 중재에 의한 경우 중재자가 증인으로서 존재하기 때문에 양측간에 굳이 문서를 교환할 필요가 없었을 것이다.

둘째, 고문서가 상당 부분 유실(遺失)되었기 때문이기도 하다. 당시 사화를 할 때 사화장(私和狀)을 작성했다는 기록이 연대기에 일부 확인이 되고 있다. 따라서 사화장이 향후 발굴될 가능성은 있다. 그렇지만 현재로선 일제강점기, 한국전쟁 등의 사건과 오랜 시간을 거치면서 이들 관련 고문서의 상당수가 사라진 것으로 파악된다. 이 점은 개인 기록이 잘 남아있는 이웃 일본과의 차이로 생각된다. 한국의 고문서 보존 상황 및 기록문화의 특징은 중국, 일본과 비교사적 시각에서 향후 검토해봐야 할 문제이다.

복잡하였다.

살인 사건 처리의 특징으로 꼽을 수 있는 것이 사건이 국왕에게까지 보고되었다는 점이다. 앞서 살펴보았듯이 조선시대에 각급 재판관들은 직단권(直斷權)을 행사하였는데, 사형 판결은 오직 국왕만이 내릴 수 있었다. 살인 사건의 형량은 대부분 사형에 해당하므로 국왕의 최종 판결을 통해 형이 확정되었던 것이다.

살인 사건은 국왕의 판결을 거쳐야 했지만, 그럼에도 불구하고 사건 처리에 있어 사건이 일어난 고을 수령의 역할 또한 매우 중요하였다. 인명 사건이 발생하여 관에 사건이 접수되면 수령은 관찰사의 지휘 하에 사건 수사 및 사망자에 대한 검시를 수행해야 했으며, 검시가 끝난 후에는 동추(同推)라 하는 검시관들이 수행하는 정기적인 합동 조사에도 참여해야 했다. 따라서 사건의 전후 사정을 파악하고 피의자를 특정하는데 초기 수사를 맡은 수령의 정확한 판단이 요구되었다.

특히 살인 사건에서 사망자의 사망 원인을 찾기 위해서는 시신에 대한 검시 과정이 필수적이었는데, 검시 제도는 비교적 잘 갖추었으며 검시 방법은 중국 「무원록(無冤錄)」을 주로 참고하였다.¹³⁷⁾

인명 사건에서 검시를 주관하는 관원을 당시 검험관(檢驗官), 검관(檢官)이라고 불렀다. 한성부의 경우는 오부(五部)의 해당 부관(部官)이 초검관, 한성부 낭관(郎官)이 복검관이 되며, 지방에서는 사망자가 놓인 장소의 관할 수령이 초검관, 인근 고을의 수령이 복검관이 된다. 초검관은 1차 검시를 하는 관원, 복검관은 2차 검시를 하는 관원이다.

따라서 지방에서 살인 등 변사(變死) 사건이 발생하여 관에 신고가 들어오면 사망 장소의 관할 수령은 아전들을 대동하여 즉시 검시를 주관하고, 사건을 수사해야 했다. 그런데 살인사건에 대한 직단권이 없는 수령은 시신에 대한 검시와 관련자들의 심문 내용을 종합하여 관찰사에게 보고하면 관찰사는 복검관을 지정하여 2차 검시를 수행하게 하였으며, 그래도 사망 원인이 애매하거나 밝혀지지 않으면 3차 이상의 검시를 거쳤다.

137) 조선시대 자세한 검시 과정은 아래 연구가 참고가 된다.

- 심희기 (1997), “조선후기의 검험과 검안”, 한국법제사강의, 삼영사.
- 심재우 (1997), “조선후기 인명사건의 처리와 검안”, 역사와 현실 23.

검시가 끝난 후에도 관찰사는 검시관을 불러서 정기적으로 피의자에 대한 합동 심문 과정을 수행했으며, 이후 국왕에게 사건의 개요와 수사 내용을 보고한다. 이상의 과정을 거치다 보면 자연스럽게 사건 수사 및 재판 과정에서 많은 시간이 불가피하게 소요되었다.

조선시대에 체옥(滯獄), 즉 옥사의 처리가 지체되는 문제를 막기 위해 재판 처리 시한을 법전에 명시해 두었다. 즉, 「경국대전」에 형사 사건이 발생할 경우 사건의 경중에 따라 대·중·소로 나누어 범죄가 대사(大事) 즉 사죄(死罪)에 해당하면 30일, 중사(中事) 즉 도·류(徒·流)에 해당하면 20일, 소사(小事) 즉 태·장(笞·杖)에 해당하면 10일 이내에 처결하도록 규정하고 있다.¹³⁸⁾ 아울러 옥사를 지체한 관리에 대해서는 제서유위율(制書有違律)로 처벌하도록 하여¹³⁹⁾ 옥사의 신속한 처리를 강조하였다.

하지만 이같은 규정은 복잡한 사건 수사 및 보고 과정에서 많은 시간이 소요되기 때문에 애초부터 지켜질 수 없었으며 더욱이 인명 사건을 최종 심리하는 국왕의 판결까지는 더욱 기나긴 시간이 필요하였다. 18세기 후반 국왕 정조가 재위 기간 동안 사형에 해당하는 중범죄인을 심리하고 재판한 기록인 「심리록(審理錄)」을 보면 저간의 사정을 알 수 있다.

「심리록」에는 모두 1,112건의 사건이 수록되어 있다. 이 가운데 살인 등 인명 사건이 1,004건(90.3%)으로 대부분을 차지하는데, 이들 살인 등 인명 사건이 처음 관에 접수된 이후 국왕의 최종 판결이 나기까지 걸린 시간은 평균 41.8개월로 집계되었다. 이처럼 인명 사건은 그 해결까지 평균 3년이 훨씬 넘는 시간이 소요되었던 것인데,¹⁴⁰⁾ 이는 가해자 가족뿐 아니라 피해자 가족들에게 적지 않은 고통을 안겨주었다.

그런데 체옥뿐만 아니라 검시 과정에서의 비용 또한 적지 않게 요구되었다. 대개 검시할 때 아전들이 많은 비용을 토색질하는 것이 예사였는데, 다산 정약용은 「목민심서」에서 ‘옥사가 일어나면 아전(衙前)과 군교(軍校)들이 마음대로 설치서 민가를 부수고 세간을 약탈하여 그 촌락이 드디어 망하기까지 하니 우선

138) 「經國大典」 권5, 刑典 「決獄日限」

139) 「新補受教輯錄」 권5, 刑典 「決獄日限」 속종 24년 承傳

140) 심재우, 앞의 책, 2009, 133-136쪽 참조.

마땅히 우려해야 될 일은 이것이다'¹⁴¹⁾라고 그 폐단을 지적할 정도였다.

이렇듯 인명 사건은 소송의 장기화, 막대한 비용 지출 등의 문제로 인해 가해자뿐만 아니라, 피해자 가족, 그리고 마을 사람들에 이르기까지 여러 가지 정신적, 경제적 고통을 가져올 수 있었다. 이런 점에서 흉악한 범죄인은 죄값을 치러야 하지만, 경우에 따라선 가해자와 피해자간의 화해를 통한 합의가 현실적으로 더 바람직한 방법일 수 있었으니인명 사건 중에서도 과실치사 등 범죄 사인이 경미한 경우나 억울한 누명을 쓸 우려가 있는 사건 등이 그 예이다.

그럼 조선시대 인명 사건 처리 과정에서 사화가 얼마나 자주 일어났을까? 관련 기록을 종합할 때 살인 등 인명 사건 처리 과정에서 사화는 매우 빈발하게 이루어졌던 것으로 파악된다. 물론 이들 사화의 상당수는 법에서 금지하는 불법 사화였는데, 당시 조정에서는 불법사화의 문제점을 비판하는 관리들의 지적이 적지 않았는데 살인 사건의 가해자가 정당한 죄값을 치루는 대신 사화를 통해 처벌받지 않게 되는 문제점을 비판하는 내용이 많다.

먼저 1733년(영조 9) 참찬관(參贊官) 홍상빈(洪尙賓)의 언급을 살펴보자.

참찬관(參贊官) 홍상빈(洪尙賓)이 말하기를, “... 먼 지역의 경우 왕화(王化)가 미치지 못하여 살육(殺獄)이 있어도 살인자가 정당하게 사형에 처해지는 경우가 거의 없습니다. 이산(理山) 고을의 경우 땅이 매우 넓어서 혹 300리 여정에 달합니다. 산곡(山谷)이 깊어 비록 살인 사건이 있어도 매번 사화(私和)를 일삼으며, 관리(官吏)와 일향(一鄕)은 복검(覆檢)과 동추(同推)를 싫어하고 또한 감영에 왕복해야 하는 것을 어렵게 여겨 끝내 사건을 관에 고하지 않습니다. 이것이 변방의 고질적인 폐단입니다.¹⁴²⁾”

위의 기사에서 참찬관 홍상빈은 평안도 이산(理山) 고을의 경우 땅이 넓고 산이 험해서 살인 사건이 발생해도 백성들이 관에 고하는 대신 서로 불법적으로 사화(私和)를 행하고 있었음을 언급하고 있다. 아울러 관리들의 경우도 살인 사

141) 「牧民心書」刑典六條, 「斷獄」

142) 「承政院日記」 760책, 영조 9년 5월 25일 “參贊官洪尙賓曰... 遐遠之地, 王化不及, 凡有殺獄, 償命者幾希, 理山幅圓甚大, 或有三百里程道, 山谷深邃, 雖有殺人之事, 每以私和爲事, 官吏, 一鄕嫌於覆檢同推, 且難於往覆營門, 終不告官, 此實邊地之痼弊矣”

건의 발생으로 인한 검시·수사 및 감영 출장의 번거로움 때문에 아예 관찰사에게 보고하지 않고 자체 처리하고 있다는 것이다.

위 기사는 비록 불법 사화를 언급하고는 있지만 그만큼 사화(私和)가 변방 지역에서 많이 이루어지고 있었음을 알 수 있다. 아울러 백성들이 사화하는 주요 원인 가운데 하나가 관청이 멀리 위치해있기 때문이다. 이처럼 관청이 멀리 떨어져 있어 백성들이 관에 신고하기보다 사화하는 사례는 또 있었다.

주강(晝講)을 행하였다. 강(講)을 마치자, 검토관(檢討官) 조진희(趙鎭禧)가 아뢰기를, “북관(北關)의 여러 고을은 감영(監營)에서의 거리가 너무 멀기 때문에 비록 살옥(殺獄)이 발생하더라도 처음 검사한 뒤 영문(營門)에 논보(論報)하여 재검관(再檢官)을 정하기를 청할 때까지는 순월(旬月: 열흘 또는 한달 정도)의 시간이 허비되곤 합니다. 때문에 살옥(殺獄)이 있을 경우는 스스로 서로 사화(私和)하고 있어 아주 법의(法意)에 만족하지 못한 점이 있으니, 북병영(北兵營)에서 직접 검관(檢官)을 정하게 하는 것이 마땅할 것 같습니다.” 하니, 임금이 묘당(廟堂)과 도신(道臣)으로 하여금 의논하여 조처하게 하였다.¹⁴³⁾

위의 기사는 1727년(영조 3) 10월에 검토관(檢討官) 조진희(趙鎭禧)가 북관, 즉 함경도의 북병영(北兵營)에서 함경감영처럼 검시관을 지정할 수 있는 권한을 쥐어한다는 내용의 건의이다. 함경도 관내 군현에서 살인 사건이 발생하면 1차 검시를 한 후 그 결과를 관찰사가 있는 함경감영에 보고하고자 할 때 군현과 감영과의 거리가 멀리 떨어져 있어 그 사이에 많은 시간이 걸린다는 것이다. 이같은 지체 때문에 번거로움을 싫어하는 관내 군현 수령이 살인사건이 발생해도 종종 사화(私和)하여 처리한다는 것이다. 조진희의 요지는 함경감영이 아닌 가까운 북병영에서도 2차 검시관(再檢官)을 지정할 수 있는 권한을 부여해서 불법 사화하는 행위를 막자는 것이다.

그런데 사화는 비단 위에서 언급한 변경 지역에서만 있었던 것은 아니었다. 아래에서 보듯이 섬 지역, 경상도 지역에서도 똑같이 관찰되는 관례였다.

143) 「영조실록」 권13, 영조 3년 10월 21일

모든 해도(海島) 백성들은 비록 원통하고 억울한 일이 있어도 부굴(負屈)을 달
게 여기며 관청 출입은 맹세코 하지 않는다 …… 무릇 싸우다가 사람을 죽었더
라도 예사로 사화(私和)하며 …… 내가 오랫동안 바닷가에 있었으므로 그 실정을
익히 알게 되었다.¹⁴⁴⁾

신이 경상도 관찰사로 있었는데 본도(本道)의 사람이 사람 보기를 닢이나 개처
럼 생각해서 사분(私忿)으로 공공연히 쏘아 죽이므로 가끔 길가에도 죽은 사람을
볼 수가 있으며, 또 듣건대 살인한 것을 혹시 고발하더라도 수령이 추열(推闕)하
는 것을 꺼려서 시일을 지체하면서 판결하지 않으며, 또한 사화(私和)하겠다는 것
을 들어 주어서 이를 놓아주는데, 감사가 어찌 이것을 알 수가 있겠습니까? 이러
하기 때문에 백성이 법을 두려워하지 않고 멋대로 행동하여 꺼림이 없으니 모름
지기 감사에게 유시(諭示)를 내려 그들로 하여금 서로 화해하는 폐단을 금단하도
록 하소서.¹⁴⁵⁾

앞의 기사는 다산 정약용이 섬 지역에서 살인 사건이 생길 경우 사화가 민간
에서 자주 행해지고 있음을 말하고 있으며, 뒤의 기사는 1514년(중종 9) 대사헌
(大司憲) 송천희(宋千禧)가 경상도 관찰사 시절에 관내 고을 수령이 가해자, 피해자
간의 사화를 허용하여 처리하고는 감영에 고하지 않고 있는 상황을 말하고 있다.

이들 사례들을 종합해볼 때 조선시대 살인 사건에서 지역과 시기를 막론하고
사화가 적지 않게 행해졌음을 알 수 있다. 물론 이들 사례는 대부분 불법 사화
로 인해 가해자가 제대로 처벌받지 못하는 상황에 대한 우려를 표명하는 것이
다. 왜냐하면 앞서 보았듯이 조선시대에는 살인 사건에서 가해자가 피해자 가족
과 합의하여 사화하는 행위를 법에 엄격히 금지하고 있었기 때문이다.

이상을 통해 살인사건 처리의 특징을 간략히 살펴보고, 사화가 초래된 계기
등을 살펴보았다. 분명한 것은 당시 실제로 사화가 많이 이루어졌다는 점, 살인
사건에서 이루어지는 사화는 불법이었기 때문에 관리들이 적지 않는 우려를 표
명했다는 것이다. 그런데 당시 관리들이 반드시 살인 사건에서 사화를 불법적인
것으로만 간주하고 사화를 억제하려고만 했던 것은 아니었다. 오히려 살인사건

144) 「경세유표」 권2, 추관형조 형관지속 수원사(綏遠司)

145) 「중종실록」 권21, 중종 9년 12월 2일.

에서도 필요한 경우 사화가 필요하다는 인식이 일반적이었다. 이제 구체적인 사건에서 사화가 어떻게 이루어졌는지 그 양상에 대해서는 이하에서 살펴보기로 한다.

나. 살인 사건의 유형과 실제 사화 사례

「대명률」과 조선시대에 새로 편찬된 법전을 통해 조선왕조는 원칙적으로 살인 사건에서 가해자와 피해자 측에서 사적으로 화해하는 행위를 엄격히 금지하고 있었다. 그렇지만 이와 같은 금령에도 불구하고 조선시대에 살육에서 사화는 적지 않게 행해졌음을 위에서 확인할 수 있었다.

이제 마지막으로 구체적인 살육 사례에서 사화가 어떻게 행해졌는지를 살펴보기로 한다. 앞서 살육에서 불법적으로 사화하는 폐단이 지적되었지만, 살인 사건에서 양측간의 합의가 무조건적으로 비난받은 것은 아니었다. 사안에 따라 사화 행위가 비난받지 않고 오히려 적극 장려되는 경우도 있었는데, 그 사례부터 보기로 한다.

사화가 지방 수령들에 의해 오히려 장려되었던 대표적인 사안이 과실치사의 경우이다. 또한 이밖에도 피해자의 사망원인이 복합적이어서 가해자의 죄를 참작해줄 여지가 있는 살인사건의 경우에도 가해자와 피해자 측의 합의 또한 관에서 인정하는 것이 관례였다. 다산 정약용의 다음 언급은 당시 민간에서 살육을 처리하는 관례를 극명하게 보여준다.

신이 오랫동안 백성 틈에 살면서 무릇 사화하는 사건을 보았는데, 대부분 애매한 것들로서 평민들의 풍속은 비록 어리석고 무지하다 하나 하늘의 도리는 사라지지 않았습니다. 아버지, 남편이 진정 얻어맞거나 찔려 살이 터지고 뼈가 깨져서 죽은 경우, 그 아들과 아내가 뇌물을 받고 타협하는 예가 없습니다. (사화를 하는 경우는) 반드시 그 다침이 대단치 않거나, 탄 빌미가 서로 섞여서 묵은 병으로 죽거나, 또는 찔려서 스스로 자살함으로써 부로(父老)의 공의(公義)가 있어 관아와 마을의 무사를 꾀할 때 뿐입니다.¹⁴⁶⁾

146) 「欽欽新書」 권9, 祥刑追議十五 「經久之檢」三 “臣久居民間 見凡私之和獄 多係曖昧 誠以 毗俗雖頑 天理不泯 其父其夫 眞正被毆被刺 肉綻骨破而死者 其子其妻 無受賂調和之例

「흙흙신서」에 수록된 위의 기사는 황해도 연안에서 발생한 사망 사건에 대한 정약용의 의견을 서술하는 부분이다. 여기서 다산은 인명 사건 처리와 관련하여 당시 행해지던 관례와 관련하여 매우 중요한 지적을 한다. 즉, 그는 백성들이 살인 사건에서 사화하는 경우는 사망 원인이 애매하거나 여러 가지 복합적인 원인이 사망을 가져온 때이며, 부모 등에 대한 잔인한 살인의 경우에는 함부로 뇌물을 받고 사화하지는 않았으며, 사화는 마을의 연장자인 부로(父老)들의 상의를 거쳐 이루어졌다는 것이다. 다산은 이 글의 뒤를 이어 사화를 통해 해결해 되는 사안을 아전(衙前)들이 자신들의 이익을 챙기기 위해 들추어내는 사례를 거론하며 이를 강하게 비판하고 있다.¹⁴⁷⁾ 다산의 생각은 살육에서 사화가 이루어지는 경우도 있으며, 이는 공론(公論)에 의한 것으로 문제될 것이 없는데 오히려 이를 들추어내서 사건화하는 것이 문제라는 주장이다.

특히 다산 정약용은 과실치사의 경우는 사화로 문제를 해결하는 것이 바람직하다고 여겼다. 당시 살인에는 모두 여섯 가지가 있었다. 「대명률」에 살인은 모살(謀殺), 투구살(鬪毆殺), 고살(故殺), 희살(戲殺), 오살(誤殺), 과실살(過失殺)로 나눌 수 있는데, 모두 참수형이나 교수형에 처해지나 속전(贖錢)을 내고 목숨을 부지할 수 있는 경우는 과실살 하나 뿐이다.¹⁴⁸⁾

다산은 과실살에서 가해자와 피해자가 사화, 즉 화해하는 것은 경전(經典)의 본뜻이며 과거부터 행해져온 좋은 관습이라 주장하는데, 그 근거로 「주례(周禮)」의 다음 구절을 먼저 인용하고 있다.

조인(調人)은 만백성의 원수를 화해시키는 것을 관장한다. 무릇 과실로 사람을 죽이거나 다치게 한 사람은 백성이 화해시키고, 화가 치밀어 싸운 사람은 화해시키되, 화해할 수 없는 사람은 문서로 보고하며, 먼저 행동한 사람은 죽인다.¹⁴⁹⁾

위에 언급된 조인(調人)은 「주례」 지관사도(地官司徒) 휘하의 한 직임(職任)

必其受傷不猛 他崇相混 或因之以宿病 或搥之以自戕 乃有父老之公議 以圖官村之無事耳”

147) 「欽欽新書」 권9, 祥刑追議十五 「經久之檢」三

148) 이하 과실살에 대해서는 조균석, 「「흙흙신서」에 수록된 조선시대 과실살 사례의 고찰」(「다산학」 20호, 2012년 6월)에 의거하였다.

149) 「周禮」 「地官·調人」

을 말한다. 다산은 「주례」에 등장하는 조인(調人)의 예를 거론하며, 과실치사로 사람을 죽인 경우 마을에서 가해자와 피해자 측을 화해시키는 것이 성인의 법이라고 주장하였다. 나아가 법전에서 사화를 금지한 경우는 고살(故殺), 투구살(鬪毆殺)일 때를 말하는 것이며, 과오살은 「주례」에서 사사로이 화해하도록 했으니 이런 경우 사화 행위를 형률로 처벌하는 것은 부당하다는 것이다. 심지어 사화할 때 재물을 받았더라도 염습과 장례에 보탬다면 죄가 되지 않는다고 하였다.¹⁵⁰⁾

위와 같은 신념을 가진 다산은 과실치사 때 민간에서 사화한 것은 그 사유를 갖추어 관에 보고하면 수령은 공식 증빙서류를 발급하여 후환이 없도록 해주어야 한다는 주장까지 하였다. 「목민심서」에 “우연한 과실치사로서 마땅히 그 묵숨으로써 보상할 필요가 없는 경우에는 이웃의 부로(父老)들이 양가(兩家)에 깨우치고 타일러 그들로 하여금 조해(調解 : 화해)하게 하는데, 이것은 「주례(周禮)」 「조인(調人)」의 남긴 뜻이다. 조해가 이미 이루어져서 갖추어 관에 보고하면 곧 증빙서류를 발급할 것이니, 혹시 조해한 사실을 숨겨 두었다가 후환이 생기지 않게함이 또한 좋지 않겠는가”¹⁵¹⁾라는 언급이 그것이다.

이상 다산의 언급을 종합할 때 당시 과실치사 등 정리상 용서할 만한 살인 사건의 경우는 민간에서 사화로 해결했으며, 이같은 관행은 경전의 본 뜻이기 때문에 관리들의 경우도 이를 묵인하였을 뿐만 아니라 때론 바람직한 처리 방식이라고 장려하기도 하였음을 알 수 있다. 비록 구체적인 케이스로 확인하지는 못했지만 조선시대 대체적 분쟁해결제도의 하나로서 과실치사에서의 사화(私和)의 사례들이다.

한편, 빛이 있으면 그림자도 있는 법이다. 관에서 장려하고 민간에서 관행화됐던 조선시대 대체적 분쟁 해결 방안의 하나였던 과실치사에서의 사화(私和)와 별도로, 법전에 명시한 것과 같은 불법적인 사화 행위가 살인 사건에서 자주 발생해서 논란이 되곤 했다. 조선왕조에서 줄기차게 금지했던 살육에서의 불법사화는 정상을 참작해주기 어려운 살인 범죄에서 주로 발생하였고, 뇌물 등 돈으로 사건을 무마하는 과정에서 법적 정의가 심각히 훼손되는 데서 문제가 되었

150) 「欽欽新書」 권1, 經史要義一 「過殺諧和之義」

151) 「牧民心書」 刑典六條 「斷獄」

다. 이는 앞서 본 것처럼 「조선왕조실록」 등 연대기 자료에서 자주 거론되었는데, 가장 문제시되었던 불법 사화는 부모 등 직계존속이 살해당했는데, 재물을 받고 가해자 측과 화해하는 행위였다.

이같은 불법 사화는 수령이나 아전들에 의해 행해지기도 하였고, 관련 백성들 사이에서 사적으로 도모하기도 하였다. 이 중 수령이나 향소(鄕所)·아전(衙前) 차원에서 불법 사화를 행하는 가장 큰 이유는 본 사건으로 인해 읍호(邑號)가 강등(降等)되는 등 고을이 피해를 입지 않을까 우려해서이다. 당시 자식이 부모를 죽이거나, 아내가 남편을 죽이거나, 혹은 노비가 주인을 시해하는 것과 같은 중대한 강상범죄(綱常犯罪)를 저지를 경우 죄인을 중앙으로 압송해 추국하여 처형한 후에 처자식을 연좌시킬 뿐만 아니라, 사건이 발생한 해당 고을 수령을 파직시키고 읍호(邑號)를 강등했다.¹⁵²⁾ 이같은 법규 때문에 지방에서 이런 중대한 사건이 발생할 경우 종종 사건을 숨기고 자체처리하거나 화해시키는 경우가 있었다.

이같은 사례를 열거하면 다음과 같다. 1596년(선조 29년) 전라도 영광 지역에서는 사노(私奴) 정세(正世)가 자신의 어머니를 죽인 사건이 발생하였는데, 본군의 향소(鄕所)와 마을민이 즉시 수령에 고하지 않았다가 이듬해 적발되어 조정에 보고되기에 이르렀다.¹⁵³⁾ 1666년(현종 7)에도 이와 비슷한 사건이 강원도 강릉에서 발생했다. 강릉에서 아버지를 시해한 죄인 옥지(玉只)에게 향소에서 태형(笞刑)을 가하고 사건을 숨기다 적발된 것이다.¹⁵⁴⁾ 당시 향소에서 살인을 숨긴 이유는 본 사건으로 인해 고을 읍호가 강등되어 고을이 피해를 볼까 두려웠기 때문이다.

때로 수령은 살인사건 발생시 검시 및 수사과정에서 관찰사 및 중앙으로부터 시달릴 것을 우려하여 민간 사화(私和)를 눈감아주기도 하였다. 이는 앞서도 언급한 내용이다. 여기서 또 하나의 예를 제시하면 숙종대 전라도 순천부사 류백승(柳百乘)의 경우를 들 수 있다. 1714년(숙종 40)에 전라도 관찰사는 순천부사 류백승(柳百乘)의 악행과 비리를 조정에 고발하였다. 그가 지목한 류백승의 악행 중에는 살인사건을 아전들에게 맡겨 감영에 보고도 하지 않고 뇌물로 사화하

152) 「續大典」 권5, 刑典「推斷」, “綱常罪人(弑父母夫 奴弑主 官奴弑官長者) 結案正法後 妻子女爲奴 破家滲澤 降其邑號 罷其守令(從時居邑)”

153) 「宣祖實錄」 권89, 선조 30년 6월 경오

154) 「顯宗實錄」 권11, 현종 7년 2월 계축

는 것을 방치하였다는 것이 포함되어 있는데,¹⁵⁵⁾ 류백승처럼 살인을 사화로 처리하는 지방관은 적지 않았을 것으로 추정된다.

다음은 정조 시기의 살인 사건 판례를 기록한 「심리록」, 「흙흙신서」에 수록된 사건 중에서 관에 신고하지 않고 양측이 사화를 도모한 사례의 일부를 뽑아 사건 개요와 사화 내용을 소개하기로 한다.

□ 「심리록」의 사례1 : 전라도 순천(順天) 오창옥(吳昌玉)의 옥사

오창옥이 매서(妹壻) 김도관(金道觀)과 전토를 다투다가 절굿공이로 때려 25일 만에 죽게한 사건. 시신을 몰래 매장하고 검험하지 않았으며, 범인 오창옥이 여동생을 증용하여 관에 고발하지 말아달라고 사화(私和)함. 사화가 이루어져 다짐을 받은 후에는 도리어 사화한 문권(私和狀)을 빼앗았는데, 이 때문에 뒤늦게 그 여동생이 사건을 관아에 고발하여 옥사가 이루어지게 된 사건.¹⁵⁶⁾

□ 「심리록」의 사례2 : 경상도 삼가(三嘉) 박도경(朴道經)의 옥사

박도경이란 자가 자신의 종(奴)의 태만함을 나무라면서 구타하자, 그의 아내인 권 여인(權女人)이 만류하며 뜯어말렸다. 이에 박도경이 노하여 권 여인을 때려 그 자리에서 죽게 한 사건. 관찰사의 조사 결과 박도경이 돈으로 사화(私和)를 시도했음이 드러났으나, 누가 주선하였는지, 사화한 양측이 누구인지는 분명히 나오지 않음.¹⁵⁷⁾

□ 「심리록」의 사례3 : 충청도 문의(文義) 조완벽(趙完璧)의 옥사

조완벽이란 자가 관차(官差)라고 거짓으로 칭하고 진개남(陳介男)에게 환곡 납입을 독촉했는데, 납부하지 않자 발로 차고 때려서 3일 만에 죽게 한 사건. 가해자가 뇌물로 피해자측에 사화(私和)를 애걸하다가 여의치 않자 도망갔음이 밝혀졌다.¹⁵⁸⁾

155) 「승정원일기」 482책, 숙종 40년 3월 17일 “全羅監司書目 順天府使柳百乘 殺獄初檢之後 中間掩置 不報營門 因使下吏 教誘愚民 多給賂物 脅成私和 極爲無據 爲先罷黜 其罪狀 令攸司稟處事”

156) 「심리록」 권5, 전라도 순천 오창옥의 옥사

157) 「심리록」 권20, 경상도 삼가 박도경의 옥사

158) 「심리록」 권24, 충청도 문의 조완벽의 옥사

□ 「흙흙신서」의 사례 1 : 황해도 안악 이진춘(李振春)의 옥사

안악 백성 이진춘이 유언정을 죽인 사건. 피해자가 가해자에게 맞고 차여 죽었으나 간수를 마셨다고 속이고 가해자측이 사건 무마를 위해 돈 105궤미(緡) 내 놓고 사화를 시도한 것이 문제가 되었다. 황해도 관찰사는 유족 모자(母子)가 아버지를 살해한 자와 사화를 시도한 것을 비판함. 즉, 관찰사는 아들이 원수와는 같은 하늘 아래 살지 않는 의리를 분별치 않고 재물에 연연해 가해자측과 사화한 사실과, 사망자의 부인은 남편이 죽었는데 고발하지 않은 점을 힐책하며 사화를 시도한 피해자 측 가족들을 엄히 처벌할 것을 조정에 요청함.¹⁵⁹⁾

□ 「흙흙신서」의 사례2 : 경상도 순흥 사노(私奴) 치결(致乞)의 옥사

사노 치결이 술에 취해 김후선(金厚先)을 죽인 사건. 가해자 치결의 요청으로 피해자 김후선의 아들 김암회(金巖回)가 사화하여 없던 것으로 함. 그래서 아버지가 목매 자살한 것으로 가장하여 아버지의 시신을 묻었으나, 치결이 뇌물의 약속을 저버리자 사건이 일어난지 14년만에 관아에 고발한 사건.¹⁶⁰⁾

위에서 다섯 가지 사례를 소개하였지만 해당 「심리록」과 「흙흙신서」에는 관에서 허용하지 않는 사화 행위를 시도하는 사례가 더 많이 등장하고 있다. 이로써 불법적인 사화 행위가 많이 시도되었음을 유추해볼 수 있다. 그러나 이같이 범죄인이 죄를 모면하기 위한 불법 행위가 있었다고 해서, 조선시대 과실치사 등과 같은 살인 사건에서 가해자, 피해자측의 원만한 사건 해결을 위해 때로는 관이나 이웃의 권유로, 때로는 양측 당사간의 합의로 이루어진 사화의 정신까지 훼손되는 것은 아니다. 정식 재판을 거쳐 사건을 해결하는 과정에서 발생하는 적지 않은 폐단과 비효율을 막는데 사화는 매우 적절하고도 필요한 대안일 수 있었기 때문이다.

159) 「欽欽新書」 권6, 祥刑追議五 「自他之分」十九

160) 「欽欽新書」 권7, 祥刑追議八 「圖賴之誣」一

5. 소결

이상으로 조선시대 전통적 대체적 분쟁해결제도의 하나로서 이야기할 수 있는 사화(私和) 제도와 관행을 개괄적으로 살펴보았다. 재판 외 분쟁 조정 수단의 중요성이 강조되고 있는 오늘날에 조선시대 전통적 대체분쟁해결 양상을 추적하는 작업은 그런 점에서 중요하다. 하지만 서론에서도 언급하였듯이 사화와 관련한 내용이 기록으로 실려있는 경우가 소략하기 때문에 당대의 상황을 확실히 파악하는 데는 한계가 있었다.

본문에서 논의한 내용을 간단히 정리하면 다음과 같다. 먼저 법전을 검토한 결과 조선시대 대체분쟁 해결제도의 하나였던 사화(私和)는 법적, 공식적으로 제도화되었던 것은 아니라는 것을 알 수 있었다. 대신 법전에는 불법 사화를 금지하는 규정이 실려 있는데, 핵심 금지 대상은 살인 사건에서 피해자 가족들이 가해자 측과 재물을 받고 화해하는 일이었다. 이는 범죄자가 죄값을 받지 않고 처리되는 일이 없도록 하고자 하는 국가기관의 의지를 반영한 조문으로서, 민·형사 분쟁의 사화를 일체 금지하는 것과는 관련이 없다. 따라서 사화 제도는 법 조문을 넘어서 관련 관행과 사례를 추적해보아야만 내용을 구체적으로 파악할 수 있다는 사실을 파악할 수 있었다.

이에 지방사회 소송의 양상을 추적해본 결과 당시 백성들의 권리의식이 증대되고 소송제도가 정비되면서 소송이 지방관이 감당하기 어려울 정도로 폭주하였으며, 재판 외 분쟁 조정의 필요성이 현실적으로 대두되었다. 더욱이 성리학을 수용한 사대부들은 소송의 성행을 결코 바람직한 현상으로 파악하지 않았으며, 따라서 지역사회 지배집단인 양반 사대부들은 소송이 아닌 화해, 조정을 통한 분쟁 해결을 이상적인 모델로 인식하였다.

이같은 배경에서 지역사회에서 발생한 다양한 분쟁은 관에 소장을 접수하는 대신에 마을이나 촌락 단위에서 자체 처리하거나 사화(私和)하는 경우가 많았다. 이런 지역사회 대표적인 분쟁 조정 기구로서의 역할을 수행한 것이 16, 17세기에 성행했던 향약(鄕約), 동약(洞約)이었다. 향약, 동약을 바탕으로 지방사회 양반, 사족들은 백성들의 갈등, 분쟁을 사족들의 회의를 통해 조정하였고, 때로 자체적으로 처벌권을 행사하기도 하였다. 그 사례를 「온계동규」, 「서원향약」 등을

통해서 엿볼 수 있었다.

이와 함께 관에 소송이 제기되는 경우에도 지방의 수령들은 재판 과정에서 사화를 시도하는 경우도 있었다. 조선후기 사회문제가 될 정도로 폭발적으로 증가한 산송(山訟)의 처리 과정을 살펴보면, 수령은 대개 분쟁의 한쪽 편을 형사처벌하기 보다는 조정과 합의를 통해 사건을 처리하려 했음을 알 수 있었다. 이처럼 사화의 정신은 지방사회에서 분쟁을 처리하는 유용한 방법으로 조선시대에 기능했음을 짐작할 수 있었다.

마지막으로 조선시대 살인 사건에서의 사화(私和) 사례를 살펴보았다. 다른 시기에다 마찬가지로이지만, 살인 등 인명사건은 조선왕조에서 매우 신중하게 처리되었다. 사건의 최종 확정판결은 국왕을 통해 이루어졌으며, 수사 및 재판과정은 매우 긴 시간을 요했기 때문에 때로 소송의 장기화, 막대한 비용 지출이라는 문제가 발생하였다. 이같은 폐단을 해결하려는 과정에서 자연스럽게 민간에서는 피해자, 가해자간 합의, 즉 사화(私和)를 통해 사건을 마무리하는 관행이 많은 지역에서 정착되었음은 「조선왕조실록」을 비롯한 여러 자료에서 확인되었다.

살인 사건에서 사화를 하는 행위는 법적으로 금지된 사안이었지만, 과실치사 등의 경우에는 민간에서 자주 사화로 처리했음은 물론이고, 수령들의 경우도 관에 보고하여 처리하기 보다 사화로 처리하는 것을 장려하였다. 특히 다산 정약용은 정상을 참작할 수 있는 과실치사를 비롯한 살인 사건은 사화로 문제를 해결하는 것이 바람직하다고 여겼다.

물론 이상적인 형태의 사화만 있었던 것은 아니었다. 사건 당사자들간에 불법적인 사화를 도모하고, 수령과 아전들은 이를 묵인, 방조하거나 심한 경우 부추기는 사례도 적지 않았다. 법적 정의를 실현하는데 걸림돌이 되는 이런 불법 사화는 금지되었지만, 갈등과 분쟁을 관의 정식 재판을 통하는 대신 이웃의 도움으로, 혹은 양측 당사자간의 합의로 원만히 해결하려는 사화의 정신은 조선왕조 내내 면면히 내려온 전통이라 할 수 있다.

요컨대 사화는 오랜 역사를 갖고 유지되었고 정부에서도 관행을 묵인, 내지 인정하고 있었던 조선시대 재판 외 형사 분쟁처리의 대표적인 제도와 관습이었다고 정의할 수 있다. 당시 사화의 의의는 적지 않았다. 지금의 ADR과 마찬가지로

지로 소송비용과 시간을 절약할 수 있었을 뿐만 아니라, 수령의 소송 폭주를 막을 수 있는 효과적인 대안이기도 하였다. 다만 살인 사건에서 뇌물을 이용한 불법 사화는 범죄자가 부당하게 법망을 피하는 수단으로 종종 악용되는 부작용도 있었다.

조선시대 사화제도에 관한 연구는 시작에 불과하다. 선행 연구가 미비한 상태에서 이 글은 주로 법조문에 대한 기초분석, 법제도와 분쟁의 양상, 유교적 가치 규범 하에서 사화의 정신이 사회적으로 공감을 얻게 된 배경을 검토하는데 주력하였다. 개별 사화의 양상과 케이스 분석은 관련 자료의 미비로 충분하게 설명되지는 못했다. 앞부분에서 소개한 연구 자료들을 좀더 꼼꼼히 살펴보면서 추가로 사화 자료를 찾는 작업을 수행한다면 사화 양상에 대한 보다 세밀한 추적이 가능할 것이다. 이같은 작업은 추후의 과제로 남겨둔다.

제3절 중국의 전통적 대체분쟁해결제도

1. 개요

중국 대륙지역에서는 일반적으로 형사화해조정을 형사소송절차에서 가해자(범죄혐의자 혹은 피고인)가 본인의 죄를 인정하고 피해자 및 그의 친척가족이 이를 승인한 후 배상, 사죄 등의 방식으로 양해와 협의를 달성하면, 국가 사법기관은 가해자의 형사책임을 면제하거나 가볍게 하는 사건처리방식이라고 인정하고 있다.¹⁶¹⁾ 하지만 오종현 교수의 이론연구와 실무경험에 비추어 볼 때, ‘형사화해조정’은 사실상 화해(reconciliation), 조정(mediation) 및 민간의 ‘사적 분쟁해결’(정부기관을 거치지 않고 스스로 형사사건을 해결하는 것을 말한다) 등 여러 가지 형식을 포함한 개념이다.¹⁶²⁾

중국 전통사회는 분쟁이 발생하더라도 소송에 의한 결론보다는 조정을 통해 해결하는 ‘無訟’의 문화를 지향했다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁶³⁾ 일찍이 공자

161) 陳光中, 「刑事和解再探」, 『中國刑事法雜誌』, 2010年 第2期, p.3.

162) 吳宗憲, 「한중일 전통적 분쟁해결방안」, 한국형사정책연구원 워크숍 발표문 (2013)

163) 중국 전통사회의 無訟, 賤訟, 息訟에 대한 개괄적인 내용은 (范忠信·鄭定·詹學農, 李仁

가 소송이 없는 경지, 즉 예로 다스려져서 형벌과 다툼이 필요 없는 사회를 가장 이상적인 정치가 실현된 것으로 간주했고,¹⁶⁴⁾ 이후 중국 통치자들의 공통된 목표가 되었다. 사대부 관리들 입장에서 소송이 성행한다는 것은 사람들 간의 반목과 다툼이 증가하는 것을 의미하며, 이는 민심이 천박해지고 도덕과 체통이 타락했음을 보여주는 증표로 인식되었다. 한마디로 소송이 사회에 표면화된다는 것은 그들이 생각하는 바람직한 사회의 모습과는 거리가 멀었다.

역사적 서술에 따르면, 西周시기(기원전 1046~기원전 771년)부터 官府에는 ‘調人’, ‘胥吏’라는 관직이 있었는데 이의 주요한 직책은 분쟁을 조정하고 소송을 처리하며 사회질서를 유지하는 것이었다. 秦漢시기(기원전 221~220년)의 조정제도는 乡官治事の 조정체계로 발전하였다. 县이하의 乡, 亭, 里에는 夫를 설치하여 ‘职聽訟’과 ‘收賦稅’ 이 두 직책을 수행하였는데 이 중 ‘직청송’이 바로 민간분쟁을 조정하는 것을 말한다. 唐代(기원전 618~907년)에는 진한시기의 제도를 계승하여 현 이하의 행정조직에는 재판권을 부여하지 않았고, 민간분쟁이나 소송이 발생한 경우, 먼저 坊正, 村正, 里正에서 조정하도록 규정을 두었다. 조정결과를 달성할 수 없는 경우에는, 县衙에 상소할 수 있도록 규정하였다. 중국은 역사적으로 행정과 사법의 일체화를 실시하였기 때문에 县官이 바로 法官이었다.¹⁶⁵⁾

명·청대 국가의 원론적 입장은 모든 소송이 사회질서와 조화를 해치는 ‘골칫덩이’에 불과한 것으로 간주하여 ‘無訟論’이 이상적으로 간주되었다.¹⁶⁶⁾ 이 때문에 淸代의 한 지방관은 “대개 관리가 송사를 판결한다 함은 백성들이 모두 두려워하며 스스로 반성하도록 만들어서 송사가 일어나지 않게 하는 것이다. 이것이 지방관의 책임이다”라고 했다.¹⁶⁷⁾ 명·청대 퇴임관료들도 자신이 얼마나 많은 소송사건을 성공적으로 처리했는지 보다는, 임기동안 교화에 진력하여 백성들의 ‘풍속이 순박해졌다’든지, ‘송사를 벌이는 것을 부끄럽게 만들었다’는 것을

哲 譯 (1996), 『中國法律文化探究—情理法과 中國人』, 서울: 一潮閣, 民事篇) 참고

164) 「論語」 顏淵 第十二, “子曰 聽訟 吾猶人也 必也使無訟乎”.

165) 吳宗憲, ‘한중일 전통적 분쟁해결방안’, 한국형사정책연구원 워크숍 발표문 (2013)

166) 중국은 예전부터 조정을 통해 분쟁을 해결하는 것을 중시하였는데 이는 형사사건의 경우에도 마찬가지다. 이와 반대로 소송은 사회 안정을 위협하는 극단적인 방식으로 간주되어 왔으며 이러한 맥락에서 『周易』訟卦에서는 “소송은 흉한 것이로다(訟, 終凶)”고 서술하고 있다.

167) (淸) 劉禮松, 「判語錄存」序.

자신의 주요 치적으로 적고 있다.

이러한 ‘무송론’은 전근대 중국의 법체계에 내재하는 구조적 특질과도 관련이 깊다. 漢代에 유교의 예가 법률화함으로써 예와 법은 결합하였고, 이후 양자는 수레의 두 바퀴처럼 서로 보완적인 기능을 담당하였다. 그러나 양자는 “德禮는 政敎의 근본이고 형벌은 정교의 수단이다”¹⁶⁸⁾라는 말에 집약되어 있듯이, ‘禮主法(刑)輔’의 관계에 있었다. 유교가 지배 이데올로기로 기능하던 중국사회에서 국가의 이상적인 통치방식은 ‘예주법종(禮主法從)’이라는 용어에 잘 집약되어 있다. 명·청시대 지배계층 역시 예로써 통치하고 백성들이 교화될 수 있도록 하는 ‘예치(禮治)’를 우선시하였고, 법치(法治), 즉 법과 형벌의 사용은 사회질서 유지에 필요한 경우 최소한으로 행사되어야 한다고 생각하였다. 덕치가 강조되면서 도덕이 정치와 사회생활의 중심 위치를 차지하였으며 분쟁이 발생했을 경우 예를 기초로 분쟁해결을 꾀하였던 것이다.¹⁶⁹⁾

그러나 명중기 이후 사회경제 전반에 걸친 변화와 발전이 진행됨에 따라 개인 간의 이해관계도 복잡하게 얽히기 시작하여 이를 둘러싼 분쟁이 더욱 빈번해지고, 통치자의 이상과는 달리 소송이 급격하게 증가하였다. 따라서 ‘소송사회’라는 지적이 있을 정도로 명·청시대 풍속을 기록한 자료에는 ‘호송지풍(好訟之風)’·‘건송지풍(健訟之風)’이라는 말이 자주 나온다.¹⁷⁰⁾ ‘소송이 없는’ 예치(禮治)를 지향했지만 소송이 빈번하게 발생하는 현실에 대처하기 위해 명·청시대 통치자들은 다각적으로 노력하였다. 소송과 관련된 법제와 지방관의 책임을 강화하는 한편, 백성들에게 조정의 중요성을 더욱 널리 알려 분쟁이 향촌단계에서 자체적으로 해결되도록 하였다. 또한 지역적으로 종족제(宗族制)가 발달하면서 분쟁해결의 또 다른 방편이 되었다.

1949년 후, 중국대륙지역에서는 지속적으로 조정을 중요시하는 전통을 발전시켜 점차적으로 관련 법률제도를 수립하였다. 1954년에 반포한 〈인민조정위원회 임시조직통칙(人民調解委員會暫行組織通則)〉에서는 심각하지 않은 형사사건에 대해서는 조정을 할 수 있다고 규정하였다. 1963년 모택동의 절강 ‘풍교경험(楓

168) 「唐律疏議」卷1, 名例律 疏議.

169) 馬小紅 (2004), 「禮與法: 法的歷史連接」, 北京大學出版社, pp.113~118 참조.

170) 夫馬進, 「明清時代의 訟師와 訴訟制度」, 「中國近世의 法制と社會」, 京都大學人文科學研究所, 1993 ; 「中國訴訟社會史의 研究」, 京都大學學術出版會, 2011.

桥经验)’에서도, 조정 등 방식을 통하여 분쟁을 해결하는 방식을 언급하였다. “작은 일은 촌을 넘지 않고, 큰 일은 진을 넘지 않으며, 모순은 위에 알리지 않고, 현지에서 해결”하는 내용이다. 1979년에 반포한 형사소송법 제127조에 의하면 “인민법원은 자소사건에 대해 조정을 할 수 있고 고소인은 판결을 내리기 전에 피고인과 조정을 하거나 소송을 철회할 수 있다”고 규정하고 있다.¹⁷¹⁾

아래에서는 명·청시대 분쟁해결을 위한 제도적인 노력과 소송문서에 나타난 구체적인 실태를 함께 살펴봄으로써 중국의 전통적 분쟁해결 방안¹⁷²⁾의 일면을 이해하는데 도움이 되고자 한다. 명·청시대 소송문서란 소송과 관련된 각종 문서를 총칭하는 것이다. 크게 관부가 백성들에게 발급하거나, 백성들이 관부에 제출한 소송문서와 분쟁·소송 해결과정에서 당사자가 작성한 민간문서로 나누어진다. 민간문서는 분쟁·소송 해결시에 양 당사자가 제출하는 화식합동(和息合同)·식송합동(息訟合同) 등 합동류와 당사자중 한쪽이 다른 쪽에게 주는 契約·甘罰約 등 約類로 나누어진다. 또한 중앙 형부단계에서 처리된 사건을 모아 놓은 刑案과 지방관의 판결 내용을 기록한 判牘 자료도 있으며, 한 안건의 전 과정을 알 수 있는 訴訟案卷도 있다. 각 문서들은 장점과 단점이 있기 때문에, 여러 성격의 자료들을 두루 살펴보아야 한다. 이와 같이 다양한 소송문서의 분석과 활용은 형사사건에 대한 중국의 전통적 해결방안을 규명하는데 적절한 연구방법이라고 할 수 있다. 잘 알려진 바와 같이 전통시대 중국에는 민·형사 소송의 구분이 존재하지 않았다.¹⁷³⁾ 실제 명·청시대 소송문서에 나타나는 사건의

171) 吳宗憲, ‘한중일 전통적 분쟁해결방안’, 한국형사정책연구원 워크숍 발표문 (2013)

172) 吳宗憲 교수는 중국 고대의 형사조정을 다음과 같이 2종류로 구분하고 있다: ① “화식(和息)”. 관부에서 민사사건으로 처리하는 것을 허용하는 형사사건이 이에 해당한다. 이런 종류의 사건은 주로 상해(傷害), 비방, 무고, 친족간의 범죄사건, 과실상해사살사건 등이다. ② “사화(私和)”. 이는 사건의 영향이 엄중하여 관부는 당사자 간에 조정하여 해결하는 것을 금지하고 있지만 민간에서는 관부에 고소하지 않고 사적으로 해결하는 형사사건이 이에 해당한다. 이런 종류의 사건은 주로 살인사건, 간통 등이 있다(吳宗憲, ‘한중일 전통적 분쟁 해결방안’, 한국형사정책연구원 워크숍 발표문 (2013))

173) 滋賀秀三은 徒이상의 刑을 부과하는 것은 刑事手續으로, 州縣自理의 수속과는 분명히 구별된다고 수속상의 차이를 지적하였다(『清代中國の法と裁判』, p.150). 그러나 『淸國行政法』 5, 第3編 司法行政에서는 獄(斷獄)을 訟(聽訟)과 구분하여, “원래는 獄舍의 뜻이었으나 나아가 형사재판의 의미를 갖는다”고 하면서도 “중국의 법률은 형사법을 본위로 하고 민사법을 제정하지 않았으므로, 실제로는 민사에 속하는 것도 斷獄이라 칭하였다”고 하여 민·형

경우도 사소한 문제로 다툼이 시작되었지만 중대한 사건으로 확대되는 경우도 많다. 때문에 본 논문에서 사용하는 ‘형사’라는 용어는 현대적인 의미와 다소 차이가 있을 수 있다는 점을 미리 밝혀둔다.

2. 분쟁해결 관련 법 규정의 이해

국가가 사회구성원 간의 이해와 대립을 조정하고 사회갈등을 통제하기 위한 규약이나 장치를 ‘法’이라고 할 수 있으며, 이런 다양한 법·법률을 성문화하여 모아 놓은 것이 法典이다. 법전 속에는 공권력 및 정치기구의 구성과 특징, 사회체제의 유지에 필요한 각종 규약 등이 망라되어 있기 때문에, 한 사회의 사회질서·사회상을 해명하기 위해서는 반드시 살펴보아야 할 자료이다. 따라서 중국의 전통적 분쟁해결 방안에 대한 본격적인 분석에 앞서 우선 명·청시대의 기본 법률인 「대명률(大明律)」·「대청률(大清律)」에 실린 관련 조항을 살펴봄으로써, 국가가 분쟁해결에 대해서 어떠한 기본 입장을 가지고 있었는지 파악하고자 한다.

유래가 오래된 중국 형법발달사 가운데 가장 뛰어난 체제를 갖춘 법전이 「당률(唐律)」이며, 그 요점이 명·청대까지 계승되었다는 것은 이미 많은 선학들에 의해 지적되었다.¹⁷⁴⁾ 그러나 국가와 사회의 변화에 따라 구체적인 체제와 내용은 달라졌다. 명초 홍무제는 元代 사회 전반에 만연했던 무질서를 바로잡고자 법제를 정비하는 데 많은 노력을 기울였다. 일찍이 뤄원년(1367)에 율령 편찬을 명하여 洪武원년(1368)에 律·승을 반포하였으며, 그 후 律은 여러 차례에 걸친 편찬과 개정¹⁷⁵⁾을 통해 홍무30년(1397)에 완성되었다. 이 과정에서 편찬된 「대명률」은 가장 중요한 기능을 가진 법전으로, 명조가 멸망할 때까지 한 글자도 개정되지 않고 계승되었다.¹⁷⁶⁾

사의 구분이 없었음을 말하고 있다.

174) 나카무라 시게오, 임대희 외 옮김, 「판례를 통해서 본 청대 형법」, 2004, 서경, p.9.

175) 편찬·개정에 관한 자세한 내용은 佐藤邦憲 (1993), “明律・明令と大誥および問刑條例”, 中國法制史—基本資料の研究, 東京大學出版會, pp.436~444 ; 蘇亦工 (2000), “明清律典與條例”, 中國政法大學出版社, pp.93~97 참고

「대명률」을 前代의 법전, 특히 「당률(唐律)」과 비교해 볼 때¹⁷⁷⁾ 체제상에서 크게 달라진 점은 바로 형률 중의 소송편 분리이다. 전제정치체제 하에서 사법 심판은 각급 관부의 행정직책이었고, 주로 관리의 판단에 따라 운용되어 절차상의 규정이나 제한이 세분화되지 않았다.¹⁷⁸⁾ 따라서 진한이래 역대 법률체제에서 소송과 관련된 법규는 모두 다른 편목 속에 포함되어 있었다.¹⁷⁹⁾

그런데 元代の 법률서인 「원전장(元典章)」에는 소송이 단독 항목으로 분류되어 있다.¹⁸⁰⁾ 「원전장」에 어떻게 해서 소송편이 설정되었는지 이해하기 위해서는 우선 그 성격부터 파악할 필요가 있다. 이민족 왕조라는 특수성으로 인하여 원대에는 정치·사회적 상황 전반과 마찬가지로 법제 또한 복잡하였다. 중국의 전통에 입각한 法令의 제정도 계속해서 이루어지지 않았고, 오히려 「원전장」, 「통제조격(通制條格)」 등과 같은 특이한 법률서를 만들어내는 방향으로 진전되었다. 「원전장」의 경우는 전국적인 차원이 아니라 남중국의 일부 지방관청과 관련된 간행물로 지역적인 한계가 있다. 게다가 율령과 같은 정연한 법체계가 아니다. 때때로 공포되었던 황제의 명령인 성지(聖旨)와 조서(詔書), 중앙정부 기관에 의한 행정명령 등 判例의 방대한 축적이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 「원전장」에는 唐 이후 사회경제적인 변화를 거치면서 국가가 이에 대응하려는 노력이 반영되어 있다고 할 수 있다. 「당률」이 중국 법체계의 대표적인 전범(典範)이었지만, 송·원시대가 되자 더 이상 사회의 실정에 대응하기 어렵게 되었다. 특히 통치자의 입장에서 남송을 거치면서 남중국 사회의 실상을 고려하지 않을 수 없었을 것이다. 또한 송대 이후 발전하기 시작한 행정의 실무주의와 실용성도 법전 편성에 영향을 끼쳤다. 즉 사회경제적인 변화로 인해 늘어난 분쟁·소송

176) 「明史」 卷93, 志69, 刑法1, p.2287.

177) 「唐律」은 名例, 衛禁, 職制, 戶婚, 廩庫, 擅興, 賊盜, 鬪訟, 詐僞, 雜律, 捕亡, 斷獄律 12篇 체제로 이루어져 있다. 「唐律疏議 解題」, 「譯註 唐律疏議」 名例篇, 韓國法制研究院, 1994, pp.26~32 참고.

178) 鄭泰, 「清代司法審判制度研究」, 湖南教育出版社, 1988, p.4.

179) 秦·漢代 律에는 訴訟과 관련된 篇目이 없었고, 「魏新律」에는 告劾律·囚律이, 晉代 「晉泰始新律」에는 告劾潔訊律이 각각 신설되었다. 北齊시기 「北齊律」에서 訴訟 관련 조항을 鬪事에 포함하여 「鬪訟」이라 칭하였는데, 이는 隋·唐代에도 마찬가지였다(楊雪峯 (1978), 明代的審判制度, 黎明文化事業公司, p.18).

180) 「元典章」 53, 刑部 卷15에 書狀, 聽訟, 告事, 問事, 元告, 被告, 首告, 誣告, 稱冤, 越訴, 代訴, 折證, 約會, 停務, 告攔, 禁例 등 모두 16개의 주제별로 분류되어 있다.

문제와 그에 대한 대처의 경험이 「원전장」 속에 포함되고 반영되었던 것이다. 원대 법제가 서리의 법률행정 간여로 인한 혼란 등 부정적인 면이 많았던 것은 사실이나, 「원전장」의 소송편 설정은 현실 상황에 적응하려는 노력이었다고 평가할 수 있을 것이다.

명대에 이르러 정통 법전이 다시 편찬되기 시작하여 「대명률」이 완성되었는데, 기본적으로는 「당률」을 본받았지만 前代인 원대의 상황에 영향을 받은 흔적도 보인다. 그 중에 하나가 「대명률」 소송편의 ‘군민약회사송조(軍民約會詞訟條)’이다.¹⁸¹⁾ 군관·군인이 범죄를 저질렀을 경우에 대한 처벌인데, 民과 관련된 사건은 해당 관리와 함께 조사·처리하되 군 담당관이 월권하여 민송(民訟)을 처리하면 처벌하도록 규정한 조목이다. 소송인의 신분에 따라 처리를 분리한 것으로, 원대의 독특한 소송처리 형식이었던 ‘약회’¹⁸²⁾의 영향을 받은 조문이다. 약회란 본래 ‘약속하여 만난다’는 의미로, 반드시 재판에 한정해서만 사용되었던 용어는 아니다. 그러나 원대 몽골의 지배 하에서 민족·직업별 각종 집단 내부의 사건이나 다른 집단사람들과 분쟁이 발생했을 때, 그 집단의 책임자와 관할 관청이 재판이나 처리과정에 간여하여 협의해서 처리하던 것이 바로 약회제도였다. 다민족으로 이루어진 원대 사회에서 각각의 관습과 습속을 존중하는 시스템으로, 각 집단 내부의 분쟁은 자체적으로 처리하고 여러 집단이 관련되었을 경우는 집단들이 서로 협의하여 처리하도록 하였던 것이다. 이러한 원대 특유의 제도가 「대명률」에 영향을 주어 군·민의 문제로 대체되어 나타난 것이다. 즉 홍무제가 원말의 무질서한 법제 상황을 극도로 혐오하고 이를 바로잡고자 했음에도 불구하고, 법제를 정비하는 과정에서 현실적으로 늘어난 소송과 前 시대의 경험 등을 반영하지 않을 수 없었을 것이다. 이러한 맥락에서 볼 때 정권의 기반이 되었던 원대 강남사회의 상황과 법률실무의 경험이 담긴 「원전장」의 소송편이 자연스럽게 「대명률」에도 이어지게 된 것이 아닐까 생각된다.

181) 凡軍官、軍人、有犯人命、管軍衙門約會有司檢驗歸問。若奸盜、詐僞、戶婚、田土、鬪毆、與民相干事務、必須一體約問。與民不相干者、從本管軍職衙門自行追問。其有佔吝不發、首領官吏各答五十。若管軍官、越分輒受民訟者、罪亦如之。

182) 약회에 대한 논문으로 (有高 巖 (1936), 「元代の司法制度—特に約會制に就いて—」, 『史潮』 6-1 ; 陳高華 (1994), 「元朝의 審判機構和 審判程序」, 『東方學報』 66 ; 森田憲司 (1996), 「約會의 現場」, 『前近代中國의 刑罰』, 京都大學人文科學研究所) 등이 있다.

그러나 「대명률」 소송편의 분리는 일부 지역의 실무경험이 담긴 「원전장」 경우와는 그 의미가 다르다. 천하에 두루 통용될 뿐 아니라, 명대 가장 중요한 정식 법전에 독립된 편목으로 분류된 것은 국가차원의 의지가 반영된 결과라고 볼 수 있기 때문이다. 이에 대해 양설봉은 투구(鬪毆)·소송의 분리는 투구사건이 많아져 소송과 혼합하기가 어려워졌기 때문이라고 지적하였는데,¹⁸³⁾ 투구 관련 조문수가 많은 것은 사실이다.¹⁸⁴⁾ 그런데 투구사건이 많아졌다는 것 자체도 사회에 많은 분쟁이 발생했음을 의미하는 것이므로, 국가차원에서 그에 대응하는 법의 규제·절차를 확실하게 할 필요가 있었을 것이다. 그러나 소송관련 조문수가 차지하는 비중은 「대명률」과 「당률」이 비슷하다. 그럼에도 명대에는 적은 수의 소송 관련 조문들을 묶어 따로 편성했다는 점에 주목해야 할 필요가 있지 않을까 생각한다. 「원전장」의 영향도 물론 있었겠지만, 소송이 증가함에 따라 소송 처리를 보다 체계적으로 엄격하게 관리하겠다는 국가의 적극적인 자세가 소송편 분리를 가져오게 한 것이라고 생각된다.

이제 역대 처음으로 분리된 소송편 조문에 나타난 국가의 입장은 어떠한지 소송과 관련된 조문의 형량 증감을 살펴보면, 가족 내부의 상하질서의 문란에 대한 일들은 오히려 「당률」보다 가볍게 처리되고 있다. 소송편을 포함한 「대명률」 전체에 걸쳐서 父權·夫權 중심의 宗法관계 및 윤리·도덕관련 범죄에 대한 처벌이 상대적으로 가벼워진 것이다.¹⁸⁵⁾ 반면 투익명문서고인죄(投匿名文書告人罪)·월소(越訴)·무고(誣告) 등은 형량이 오히려 증가하였다. 이들 위반행위는 소송의 근본적인 체계를 무너뜨리는 것이다. 이러한 행위에 무거운 처벌을 규정하고 있는 것은 우선 元末明初 당시 소송체계가 重刑으로 다스려야 할 만큼 문

183) 楊雪峰, 앞의 책, pp.18~19.

184) 이후 당률과 대명률의 조문 분석은 金鐸敏·任大熙 主編 (1998), 譯註 唐律疏議 各則(下), 韓國法制研究院; 「大明律」(1990), 懷效鋒 點校本, 遼瀋書社에 근거하였다.

185) 張顯清, 「<大明律>의形成及其反映的時代特點」, 「中國史研究」, 1989年 第4期, p. 94. 구체적인 조문의 刑量 비교는 表3 <宗法及倫理犯罪唐明律比較>를 보면 자세히 다. 清代 薛允升(1820~1901)은 誣告有服尊長과 告尊長者 조문의 당·명률 형량 변화에 대해 “是本應輕者而一概從重, 本應重者而反致從輕, 未知何意”라고 지적한 바 있다(「唐明律合編」, 懷效鋒·李鳴 點校本, 法律出版社, 1999, p. 649). 楊一凡是 “명률의 典禮 및 風俗敎化와 관련된 범죄에 대한 형량이 감소한 것은 사회발전에 따른 결과”라고 해석하기도 하였다(『明初重典考』, 湖南人民出版社, 1983, p.20). 또한 이러한 변화는 後代로 갈수록 人命을 중시하는 전반적인 추세와도 관련 있지 않을까 생각된다.

란했다는 사실을 짐작케 한다. 그런데 소송체계의 무질서는 단순히 소송문제에만 관련된 것이 아니라는 데 문제의 심각성이 있다. 소송의 문란은 사회질서의 혼란으로 이어지고, 이를 책임져야 할 지방행정을 어렵게 만들며, 더 나아가 국가 기강의 확립에도 영향을 주게 되는 것이다. 따라서 그러한 혼란을 일으키는 행위에 대해 무거운 처벌을 규정함으로써 사회 질서유지나 국가의 기강을 확립하고자 했던 것임을 알 수 있다. 이후 「청률」은 「명률」을 거의 그대로 계승하였으므로 소송에 대한 기본입장은 변함이 없었다고 보아도 좋을 것이다.

한편 「대명률」에는 살인사건에서 분쟁 당사자간의 사적인 조정을 금지하고 있다. 「尊長爲人殺私和」 조항을 보면 윗사람이 남에게 살해당했을 때 사사로이 화해할 경우 처벌하는 규정이 상세하게 나와 있다.¹⁸⁶⁾ 살인사건 이외의 분쟁해결과 관련된 내용은 「교민방문(敎民榜文)」에 상세하게 규정되어 있는데, 이는 다음 장에서 살펴보고자 한다.

3. 지역사회의 분쟁해결 제도와 실제

가. 향촌재판의 운영과 영향

洪武·永樂年間에는 「大明律」·「大誥」와 더불어 수시로 공포된 「榜文」 또한 중요하였다. 「방문」은 황제의 성지(聖旨)로 내려져 각 아문과申明정(申明亭)에 판방(板榜)으로 게시되는 단행 법령으로서, 황제권에 근거하고 있기 때문에 법형식상 「대명률」에 구속되지 않는 하나의 완결된 법체계를 이루고 있다. 명초에는 이러한 방문금례(榜文禁例)의 효력이 높았는데¹⁸⁷⁾ 그 중에서도 「교민방문」¹⁸⁸⁾은 명조가 향촌사회를 어떻게 운영·지배해 나가고자 했는지를 살펴보는 데 중

186) “凡祖父母，父母及夫若家长为人所杀而子孩妻妾奴婢等雇工人私和者，杖一百，徒三年”

187) 黃彰健 (1975), 「明洪武永樂朝의 榜文 峻令」, 「中央研究院歷史語言研究所集刊」 46-4, p. 575.

188) 「교민방문」은 명초 여러 법령을 집성하여 校刻했던 「皇明制書」에 수록되어 있다. 「황명제서」는 여러 판본이 있는데, 필자가 이용한 것은 日本의 古典研究會本(上卷, 1967)이다. 이는 東洋文庫所藏本(20卷, 萬曆7年刊)을 底本으로, 蓬左文庫所藏本(14卷, 嘉靖年間, 萬曆41年補刻)과 內閣文庫所藏本(不分卷)을 채록·집성하여 영인한 것이다.

요한 자료라고 할 수 있다. 그동안 「교민방문」 분석을 통해 老人制¹⁸⁹⁾의 제도적 측면에 관해서는 많은 연구성과가 축적된 상태이다.¹⁹⁰⁾ 본 논문에서는 里老人의 기능·역할 자체보다는, 개별 규정에 반영된 향촌사회의 소송처리에 대한 국가의 理想이 어떠했는지를 파악하는 데 중점을 두고자 한다.

「교민방문」의 조치를 이해하기 위해서는 홍무초기로 거슬러 올라갈 필요가 있다. 중국사회에서는 예전부터 나이 많은 사람을 존중하는 풍속이 있었는데, 明代에도 이러한 습속을 향촌통치에 활용하고자 하였다.¹⁹¹⁾ 洪武14年(1381) 里甲制를 전국적으로 시행한 이후, 里마다 백성들이 복종하고 존경할 만한 사람 한 명을 택하여 耆宿으로 임명하였다. 그들에게 里 내의 옳고 그름을 가려내어 분쟁을 중재하게 하고, 경미한 범죄에 대한 재판권도 부여하였다. 그러나 이 기속은 里내의 소송을 처리할 뿐만 아니라 지방관의 업무처리의 잘못을 상주할 수 있는 권한도 가지고 있어서¹⁹²⁾ 그 폐해가 많았기 때문에 홍무 21년 8월에 일단 폐지되었다.¹⁹³⁾

그 후 홍무22년(1389) 8월 천하의 각 부·주·현에서 나이가 많고 덕이 있으며 세상에 밝은 50세 이상인 자 한 명을 선발하게 하였고, 11월에는 里마다 ‘耆年有德’한 자 한 명을 두게 하였다.¹⁹⁴⁾ 이들의 직명은 분명하지 않지만, 후자는 ‘기민(耆民)’이라고 호칭되는 경우가 많고 里마다 두어진 것으로 보아 예전 기속의 부활이 아닐까 생각된다. 그 직무는 차례로 조정에 와서 3개월 동안 중앙의 정치를 견학하고 그 배운 바를 지방행정에 반영하는 것으로, 우수한 자는 주로 지방관으로 발탁되었다. 홍무26년 정월 조정에 와서 견학하는 것을 중지하

189) 최근 中島樂章은 法制用語로서의 ‘里老’는 ‘里長’과 ‘老人’으로 풀이해야 하며, 同시대 사료에 나타나지 않는 ‘里老人’이라는 호칭을 사용해서는 안 된다고 주장한 바 있다(「明代の訴訟制度と老人制—越訴問題と懲罰權をめぐって—」, 『中國—社會と文化』 15, 2000, p. 136). 그의 견해에 타당한 면이 있기는 하나, 본 논문에서는 학계에서 통용되고 있는 ‘里老人’이라는 용어를 사용하고자 한다.

190) 明代 里老人制의 研究史에 대해서는 中島樂章, 「明代鄉村の紛爭と秩序」, 汲古書院, 2002., pp. 67~72에 자세하다.

191) 이하 耆宿 관련 내용은 (小畑龍雄 (1952), 「明代鄉村の教化と裁判—申明亭を中心として—」, 『東洋史研究』 11-5・6, pp. 27~30) 참고

192) 「大誥」 45, 耆民奏有司善惡, pp.48~49: …… 不才官吏同僚人等, 捏詞誹陷, 一時不能明其公心, 遠在數千里, 情不能上達, 許本處城市鄉村耆宿, 赴京面奏, 以憑保全. ……

193) 「明太祖實錄」 卷193, 洪武21年 8月 壬子, p.2894.

194) 「明太祖實錄」 卷198, 洪武22年 11月 癸未, p.2971.

였지만, 리마다 설치된 기민 자체가 폐지된 것은 아니었다. 그들의 역할은 기숙과 거의 동일하였으므로, 리내의 소송을 처리하는 데 영향력을 발휘했음이 분명하다. 명초 里甲制라는 새로운 행정조직을 설치하고 이를 통해 향촌을 지배하고자 했으나, 이 시기에는 아직 이갑제 자체도 충분히 정착되지 않았기 때문에 기존의 방식과 절충할 수밖에 없었을 것이다. 즉 리 단위로 기숙·기민 등을 임명하고는 있지만, 宋·元代 이래 명망가를 중심으로 한 향촌의 지도층(父老·耆老)들에게 의지하여 질서를 유지했던 전통을 이은 것으로 보인다.¹⁹⁵⁾

이처럼 향촌 세력을 활용하고자 했던 명조는 홍무27년(1394)에 이르러 아래와 같은 조치를 취하게 되었다.

민간의 나이 많은 老人에게 명하여 그 마을의 사송(詞訟)을 처리하도록 했다. 전에 州·郡의 백성들은 대부분 작은 분노로 걸핏하면 옥송을 일으키고 京師에 越訴하였는데, 체포하여 심문해보면 부실한 내용이 많았다. 이에 황제는 월소를 엄금하고, 지방관에게 명하여 민간의 기민 중 공정하게 일을 맡을 만한 자를 택해서 그 마을의 소송을 처리하도록 했다. 만일 호훈·전택·투구의 일이 있으면 吏胥와 함께 이를 결정하고, 사안이 중요한 것이라야 비로소 관에 알리게 했다. 또 「교민방」을 주어 이를 지켜 행하도록 했다.¹⁹⁶⁾

향촌에서 일어난 호훈·전택·투구사건은 우선 老人이 자체적으로 처리하도록 강제한 것인데, 그 목적은 어디에 있었을까 검토해보자. 위의 실록에서도 당시 주현의 작은 소송사건들이 관리의 태만으로 판결이 늦어지거나, 불공정한 판결에 대한 불만 등으로 인해 원활하게 해결되지 못하자 京師로 越訴¹⁹⁷⁾하는 자가 속출하여 그 번거로움을 감당하지 못할 지경에 이르렀음을 분명히 나타내고 있다.

195) 이 점에 대해서는 中島樂章 (1995), 「徽州の地域名望家と明代の老人制」, 「東方學」 90 참고

196) 「明太祖實錄」 卷232, 洪武27年 4月 壬午, p.3396: 命民間高年老人, 理其鄉之詞訟, 先是州郡小民, 多因小忿, 輒興獄訟, 越訴于京, 及逮問多不實. 上於是嚴越訴之禁, 命有司擇民間耆民公正可任事者, 俾聽其鄉訴訟. 若戶婚·田宅·鬭毆者, 則會吏胥決之, 事涉重者始白於官. 且給教民榜, 使守而行之.

197) 中島樂章은 명초 行中書省의 폐지(홍무9년)에 따라 行省에서 처리되던 소송이 京師로 폭주하였고, 송원시대에 비해 吏役을 극력 배제하여 지방아문의 소송 처리 능력이 불충분하였으며, 명초 경사였던 應天府가 송대 이래의 健訟지역인 강남·절강·강서와 가까웠던 것도 조정으로의 월소를 조장했다고 지적하였다(앞의 논문, 2000, pp.144~145).

홍무30년(1397) 9월에는 이노인에게 교화 및 권농의 책임을 더하고 里 내의 相互扶助를 규정한 조령을 내렸다. 드디어 31년 3월에 이 두 규정을 합하고 이전부터 시행을 명했던 향촌통치와 관련된 여러 규정도 포함하여 모두 41조의 「교민방문」을 발표하였다. 홍무제 치세 초기부터 꾸준히 여러 시도를 행해오다, 그 마지막 해에 이르러서야 종래의 경험을 집대성하여 향촌통치책을 최종적으로 완성했던 것이다.

「교민방문」에는 서문 및 1~14조¹⁹⁸⁾, 23조, 38조¹⁹⁹⁾ 등 16개 조항이 향촌에서 일어난 분쟁·소송 처리에 관련된 것이다. 그중 序·1·2조문이 가장 핵심적인 내용이기 때문에 全文을 살펴보면 다음과 같다.

序: 민간의 호훈·전토·투구·상쟁 등 모든 작은 일은 반드시 本里의 이노인·이갑의 판결을 거쳐야 한다. 간도(奸盜)·사위(詐僞)·인명(人名) 등과 같은 중대한 사건이라면 관에 알리는 것을 허락한다.²⁰⁰⁾

198) 小畑龍雄은 1~15조까지를 이노인의 재판권 설명으로 파악하였으나(앞의 논문, p.431), 15조의 全文을 살펴보면 “民間一里之中, 若有強劫盜賊, 逃軍逃囚, 及生事惡人, 一人不能緝捕, 里甲老人, 卽須會集多人擒拿赴官, 違者以罪罪之”으로 재판권이라기보다는 치안·질서 유지 임무로 파악해야 할 것이다.

199) 향촌재판 관련 조항을 간단히 정리해 보면 다음과 같다. 1 모든 小事는 이갑·이노인에게 처리할 것; 2 이노인·이갑이 처리하는 이유, 이를 어길 경우에 杖60으로 처벌, 처리 가능한 소송 종류; 3 소송처리 장소는 각 里의 申明亭, 이노인의 선발 기준과 수량, 坐次에 대한 기준; 4 이노인의 자격; 5 이노인이 해결하기 어려운 경우 여러 이노인과 이갑이 함께 처리; 6 무능한 관리가 이노인·이갑의 소송 처리에 간여하면 처벌; 7 이노인이 죄를 범했을 경우는 여러 이노인이 자체 해결, 지방관의 심문·체포 금지; 8 이노인의 부정행위가 발각되면 여러 이노인이 체포하여 경사로 압송; 9 판결을 이유로 이노인이 권력을 남용했을 경우에 대한 처벌; 10 姦盜·詐僞·人命은 관에 바로 고소 가능; 11 姦盜·詐僞·人命이라도 강도·살인·十惡이 아닌 경우, 고소를 원치 않으면 이노인의 판결로 종결; 12 민간의 詞訟은 이노인·이갑의 판결로 종결, 이를 어기고 다시 관에 고소할 경우 처벌, 잘 살피지 않고 소송을 받아들이는 관리도 처벌; 13 이노인·이갑의 재판은 주간에 실시, 밤에는 죄인 석방, 감옥을 설치하고 죄인 구금 불가능; 14 이갑·이노인은 본인이 와서 고소한 것을 처리, 본인이 원치 않는데 風聞을 듣고 처리했을 경우 처벌; 23 兩浙·江西 등지의 好訟 풍조로 인한 京師로의 越訴 증가, 이에 대한 대책; 38 越訴 금지.

200) …… 民間戶婚田土鬭毆相爭, 一切小事, 須要經由本里老人, 里甲斷決. 若係姦盜詐僞人命重事, 方許赴官陳告 …….

- 1: 인간의 호훈·전토·투살(鬪殺)·상쟁(相爭) 등 모든 작은 일은 바로 官에 고소할 수 없고, 해당 이갑·이노인의 판결을 거쳐야만 한다. ① 만약 이 (절차를) 거치지 않는 자는 사실여부에 상관없이 고소한 자를 杖60에 처하고, (그 사건은) 이갑·이노인에게 돌려보내 판결하도록 한다.²⁰¹⁾
- 2: ① 이노인·이갑은 향리의 민과 가까이 살고 있고 田土가 인접하여 평소에 옳고 그름, 좋고 나쁨을 잘 알고 있다. 무릇 고소하는 자가 있으면 바로 회의를 하여 公에 따라 조사하고 판결한다. 竹篋·荊條²⁰²⁾를 써서 정상을 헤아려 처벌하는 것을 허락한다. ② 만약 판결하지 못하여 백성이 官에 가서 번거롭게 한다면 그 이갑·이노인 또한 杖60에 처한다. 나이 70이상인 자는 때리지 않고 公에 따라 속형으로 판결한다. 만약 이갑·이노인이 私情에 이끌려 폐해를 일으키고 옳고 그름을 뒤바꾸는 자는 出入人罪에 따라 논한다.²⁰³⁾

이들 조문에서 공통적으로 드러나는 것이 향촌에서 일어난 사건은 향촌에서 해결하게 하려는 국가의 의지이다. 이러한 향촌재판²⁰⁴⁾을 실시할 수 있는 구체

201) 民間戶婚田土鬪毆相爭，一切小事，不許輒便告官。務要經由本管里甲老人理斷。若不經由者，不問虛實，先將告人杖斷六十，仍發回里甲老人理斷。

202) 荊條는 明代 答·杖刑에 사용되었다(「大明律」, 獄具之圖). 竹篋는 清代에는 태·장형에 사용되었던 대나무로 만든 판이지만(嘉慶「大清會典事例」卷84, 刑部, 名例律, 五刑), 明代에는 태·장형에 대해 징계적으로 사용되었다고 생각된다. 대형 죽비는 특히 중죄범의 징벌에 사용한 경우도 있다(呂坤, 「實政錄」卷6, 風憲約, 用刑). 奧村郁三은 이노의 형조·죽비 사용을 태·장형과는 다른 징계적인 체벌이라고 보았으며(「中國における官僚制と自治の接點—裁判權を中心として—」, 「法制史研究」19, 1969, p.34), 三木聰도 그 견해를 지지하고 있다(「明代里里老人制の再檢討」, 「海南史學」30, 1992). 분명히 「교민방문」에서는 향촌재판의 준칙으로서 「대명률」이 전혀 인용되지 않기 때문에 이노인·이갑에 의한 형벌이 「대명률」에 규정된 五刑과 같은 것이라고 보기는 어렵다.

203) 老人里甲，與鄉里人民，住居相接，田土相隣，平日是非善惡，無不周知。凡用竹棍荊條，量情決打。若不能決斷，致令百姓赴官索煩者，其里甲老人，亦各杖斷六十。年七十以上者不打，依律罰贖仍着落果斷。若里甲老人循情作弊，顛倒是非者，依出入人罪論。

204) 이와 비슷한 개념으로 ‘基層訴訟制度’(杜婉言, 「明代訴訟制度」, 「中國史研究」, 1996年 第2期, p. 83) ‘鄉訴訟’(尤紹華, 「明代司法初考」, 廈門大學出版社, 1998, p. 62)이라는 표현도 있다 그러나 단순히 소송을 접수하는 차원이 아니라, 향촌단계에서 소송을 처리하고 판결할 것을 규정하고 있기 때문에 본 논문에서는 ‘鄉村裁判’이라는 표현을 쓰고자 한다. Edward L. Farmer도 ‘老人里甲，剖決詞訟’을 ‘Local Decision’이라고 번역하고 있다(Zhu Yua

적인 근거도 2-①에서 제시하고 있다. 즉 이노인·이갑은 백성들과 가까이 있어서 그들의 정황을 잘 알기 때문에, 일정시기마다 교체되어 자세한 사정에 어두운 관리들보다 정확한 판단을 내리기에 유리하다는 것이다. 물론 기술적으로 그런 측면도 컸겠지만, 이러한 조치를 내린 보다 중요한 요인이 어디에 있는지 아래 조문을 살펴보자.

6: 이노인·이갑이 소송을 처리하는 것은 본래 관부의 편이를 위한 것으로(本以便益官府) 무능한 관리가 간여하면 처벌한다.

23: 兩浙·江西 등지의 백성들은 소송하기를 좋아하는 경우가 많아서 사소한 일이라도 참사를 얹고 바로 京師에 가서 告狀을 제출한다. 法司에 유능한 인재들이 있어 심리가 분명하고 바로 처리되기도 하지만, 종종 여러 사람이 연루되어 법사에 囚人이 많아지면 한꺼번에 처리하기 어려우며, 간혹 심리가 명확하지 않기도 하다. 오랜 기간 감금하다보니 죽는 자들 또한 많은데 관련자들이 죄 없이 죽는 경우도 적지 않다. 그 이유를 살펴보니, 모두 평소에 서로 勤誠하지 않아 작은 분노도 참지 않고 바로 관부에 고소하기 때문이다. …… 이후부터 이노인은 반드시 각 里의 백성들에게 간절히 告誡해야 한다. 사소한 일은 서로 조금씩 참고, 다른 사람에게 아주 심하게 능욕을 당하여 용납하기 어려우면 이노인에게 가서 고소해야 한다. …… (이렇게 하면) 관부의 번거로움을 면할 수 있을 것이다(免致官府繁累). ……

관리의 향촌재판 간여를 금지한 6조와 兩浙·江西 등지의 사례를 인용한 23조에서 官府의 행정 부담을 덜어주고자 했던 의도가 분명하게 드러나고 있다.

관부의 편이를 위해 향촌단계에서 소송을 처리하도록 하겠다는 국가의 의도는 이미 홍무27년에 천명된 바 있는데, 기존의 조치들과 차이가 나는 것이 1-①, 2-② 규정이다. 즉 향촌재판을 단순히 권장하는 차원이 아니라, 반드시 먼저 이노인·이갑에게 고소하여 그들의 처리·판결을 받게 하고, 이를 어길 경우에 대한 처벌까지 법으로 규정하였던 것이다. 종래에는 이 내용을 越訴에 대한 처벌 규정이라고 해석하였는데,²⁰⁵⁾ 이러한 견해는 顧炎武의 기록에서 유래한다. 그는 知

nzhang and Early Ming Legislation : The Reordering of Chinese Society Following The Era of Mongol Rule, E.J.Brill, Leiden, 1995, p. 195).

縣을 거치지 않고 직접 上司에게 제소하는 것을 월소라고 본 동시대인의 견해를 비판하고, “홍무27년에 里老人에게 호훈·전토 등 사건에 대한 재판권을 부여하고 이것을 직접 官司에 제소하는 것을 금하는 것이 본래의 월소 금지”²⁰⁶⁾라고 지적하였다. 그러나 律에는 분명히 정해진 순서를 거치지 않고 상급아문에 고소했을 경우를 월소라고 규정하였다.²⁰⁷⁾ 즉 월소란 어디까지나 국가의 정식 재판기구를 차례로 거치지 않았을 경우에 해당되는 용어로, 이노인·이갑을 거치지 않는 행위를 월소라고 보기는 어렵다. 「교민방문」내에서 월소라는 용어가 나타나는 조항의 내용도 이노인이 아닌 해당 관리를 처벌한다고 규정하고 있다.²⁰⁸⁾ 「대명률」의 월소에 대한 형량은 笞50이나 이노인·이갑을 거치지 않고 바로 관에 고소했을 경우는 杖60으로, 명조가 향촌재판 우선 원칙을 얼마나 확고하게 관철시키고자 했었는지 짐작케 한다.

그렇다면 향촌단계에서 처리할 수 있었던 소송은 어떤 종류였을까? 「교민방문」 2조에 그 범위를 19개 항목으로 구체적으로 명시하고 있는데, 범죄의 비중을 가늠해보기 위해 「대명률」의 조문과 비교해 보면 아래와 같다.

□ 「교민방문」과 「대명률」의 항목 비교²⁰⁹⁾

교민방문	大 明 律	
	項 目	刑 量
戶婚	戶律1, 戶役 戶律3, 婚姻	笞二十 ~ 杖一百徒三年 笞四十 ~ 杖一百
田土	戶律2, 田宅	笞二十 ~ 杖一百流三千里
鬪毆	刑律3, 鬪毆	笞二十 ~ 杖一百流三千里
爭占	없음	
失火	刑律9, 雜犯, 失火	笞四十 ~ 杖一百流二千里
竊盜	刑律1, 盜賊, 竊盜	笞五十 ~ 杖一百流三千里
罵詈	刑律4, 罵詈	笞一十 ~ 杖一百

205) 명대 월소의 법적 개념에 대해서는 中島樂章이 앞의 논문, 2000에서 상세하게 설명하고 있다.

206) 顧炎武, 「日知錄集釋」 卷8, 鄉亭之職: …… 今人謂不經縣官而上訴司府, 謂之越訴. 是不然. 太祖實錄, 洪武二十七年四月壬午 …… 若不由里老處分而徑訴縣官, 此之謂越訴也.

207) 「大明律」 卷22, 刑律5, 訴訟, 越訴: 凡軍民詞訟, 皆須自下而上陳告. 若越本管官司, 輒赴上司稱訴者, 笞五十. 若迎車駕及擊登聞鼓申訴, 而不實者杖一百, 事重者從重論, 得實者免罪.

208) 38: 民間詞訟, 已今自下而上陳告, 越訴者有罪. 所司官吏, 往往不遵施行, 致令越訴者多. 今後敢有仍前不遵者, 以違制論的決.

209) 小畑龍雄, 앞의 논문, p.32의 표를 보충한 것임.

錢債	戶律6, 錢債	笞一十 ~ 杖一百
師巫邪術	禮律1, 祭祀, 禁止師巫邪術	笞四十 ~ 杖一百流三千里
賭博	刑律9, 雜犯, 賭博	杖八十
擅食田園瓜果等	戶律2, 田宅, 擅食田園瓜果	坐贓論 (笞二十 ~ 杖一百流三千里)
私宰耕牛	兵律4, 廢牧, 宰殺馬牛	笞三十 ~ 杖七十徒一年半
棄毀器物稼穡等	戶律2, 田宅, 棄毀器物稼穡等	準竊盜 (笞五十 ~ 杖一百流三千里)
畜產咬殺人	兵律4, 廢牧, 畜產咬踢人	笞四十
卑幼私擅用材	戶律1, 戶役, 卑幼私擅用材	笞二十 ~ 杖一百
褻瀆神明	禮律1, 祭祀, 褻瀆神明	笞四十 ~ 杖八十
子孫違犯教令	刑律5, 訴訟, 子孫違犯教令	杖一百
六畜踐食禾稼等	없음	
均分水利	없음	

「대명률」의 호율·형율에 속하는 것이 가장 많고 그밖에는 병율·예율에 속하는 범죄들이다. 「대명률」에서 찾아 볼 수 없는 항목은 쟁점(爭占), 육축천식화가 등(六畜踐食禾稼等), 균분수리(均分水利) 세 가지이다. 토지는 물론 담장·나무 등 사소한 것을 가지고도 서로의 소유를 주장하며 다투는 일, 다른 사람의 가축이 곡식을 함부로 먹거나 밟아서 망쳐버리는 일, 농지에 물을 끌어대는 일로 불화가 생기는 경우는 향촌사회에서 흔히 볼 수 있었을 것이다. 「교민방문」이 향촌통치를 위해 제정된 것이기 때문에, 향촌의 실제상황에 보다 가까운 내용들이 포함된 것으로 보인다.

이들 사안이 어느 정도의 범죄인지를 알아보기 위해 「대명률」 조문의 형량을 찾아보니, 최고 형량이 장일백도삼년, 장일백류삼천리까지로 중형인 경우도 있으나 대부분은笞·杖罪에 해당하는 수준이었음을 알 수 있었다. 이와 같이 비교적 가벼운 사건이 향촌 재판에 위임되고, 姦盜·詐僞·人命과 같이 심각한 사안은 바로 官에 알릴 수 있었다(10조). 그러나 이 경우에도 強盜·殺人·十惡에 해당되지 않으면서 당사자들이 官에 고소하는 것을 원하지 않고 화해하기를 바란다면 이노인이 처리할 수 있도록 규정하였다(11조). 당연히 官에서 처리해야 할 重罪인데도 당사자가 원치 않으면 이노인·이갑 단계에서 처리할 수 있도록 했던 것으로 보아 향촌재판에서는 법적인 처벌보다는 중재와 화해를 통해 소송

자체가 발생하지 않도록 하는 데 역점을 두었음을 알 수 있다. 따라서 이노인에 게는 官에 소송을 일으키지 않도록 里民들을 깨우치고 경계해야 하는 책무도 부과되었던 것이다(23조).

이와 같이 향촌재판을 법 규정으로 강제하고 있어서 향촌의 가벼운 사건은 어디까지나 향촌에서 처리해야만 했다. 따라서 그 진행을 순조롭게 하기 위해서 재판권을 보장해 주는 조치도 명시하고 있다. 이노인·이갑이 소송을 처리하는 데 관리가 끼여들어 문제를 일으키지 않도록 경계하였고(6조),²¹⁰⁾ 이노인·이갑의 결정에 복종하지 않고 관에 고소하는 頑民에게는 극형을 가하고, 이들의 소송을 수리하여 뇌물을 탐하는 관리도 처벌하였다(12조).²¹¹⁾ 관리의 간여를 배제하고 백성들의 복종을 구하여 향촌재판의 권위를 보증해 주었던 규정들을 통해서도, 가능한 이노인·이갑 단계에서 해결되도록 하려는 국가의 노력을 다시 한번 확인할 수 있다.²¹²⁾

「교민방문」이 노인층을 향촌통치에 활용하려는 여러 조치들의 연장선상에 있었지만, 향촌재판의 담당자를 里老人과 里甲으로 표현하고 있다는 점도 분명히 다르다. 기존의 연구들은 이 부분에 대한 설명에서 종종 ‘이노인 재판’·‘이노인의 재판권’ 등이라는 용어를 사용해왔다. 그런데 「교민방문」 중에 소송처리와 관련된 대부분의 규정에는 ‘里老人·里甲’ ‘里·老人’, 또는 ‘里甲과 공동으로 회의한다’는 식으로 기재되어 있어서, 이노인만의 단독 재판이라고 볼 수 없기 때문에 정확한 서술은 아니라고 생각한다. 다만 이노인이 과거부터 향촌에서 교화·재판을 관장하며 통제의 중추에 있었으므로, 그 영향으로 「교민방문」 규정 중에 이노인의 역할을 더 강조하는 내용이 포함되어 있는 것도 사실이다.

그러나 官과 里甲 사이에서 이노인이 재판권을 빌미로 마음대로 행동할 경우, 여러 里老人²¹³⁾·里甲이 공동으로 조사해서 죄상이 가벼우면 그들 사이에서 처

210) 6: 老人里甲, 剖決詞訟, 本以便益官府. 其不才官吏, 敢有生事羅織者, 罪之.

211) 12: 民間詞訟, 已經老人里甲處置停當. 其頑民不服, 展轉告官, 捏詞誣陷者, 正身處以極刑, 家遷化外. 其官吏人等, 不察所以一槩受理, 因而貪贓作弊者, 一體罪之.

212) 이와 같이 철저하게 향촌재판을 우선하려고 했었기 때문에, 이런 조치들이 “在地의 재판에 대한 황제나 중앙관료의 무관심”으로 비춰지기도 했다(谷井陽子, 「明代裁判機構の内部統制」, 「前近代中國の刑罰」, 京都大學人文科學研究所, 1996, p.411).

213) 「교민방문」에 규정된 이노인의 定數에 대해서는 학자마다 의견이 다르다. 里老人은 1명이 고 3~10명의 보조 이노인이 설치되었다는 견해(小畑龍雄, 앞의 논문; 松本善海, 「中國村

리하여 그 이노인의 재판권을 박탈하고, 죄가 무거운 경우는 지방관에게 맡겨 경사로 압송하게 하였다(7, 8조). 이와 아울러 고의로 재판을 지연시키거나 이노인의 개인적인 이유 때문에 공정하지 못한 결정을 내렸을 경우는 杖六十에 처한다고 규정하였다. 또한 한 리의 이노인 능력으로 해결하기 곤란한 경우나 자제·친척이 범죄에 관계되었을 때는 인근 이노인·이갑과 서로 모여서 해결하도록 하였다.²¹⁴⁾ 이와 같이 향촌재판에서 이노인이 全權을 행사하지 못하도록 함으로써, 그들의 독단을 배제하고 이갑과 공동으로 처리하게 했다는 것을 알 수 있다.

종래에는 향촌재판을 통해 민간의 자율성을 보장해 주었다는 등 ‘향촌자치’라는 면을 지나치게 부각시켜 왔다. 이노인을 중심으로 한 향촌재판은 명조의 민간자치 우선이라는 정책의지를 보여주는 것이라는 평가도 있다.²¹⁵⁾ 또한 滋賀秀三은 관료에 의해 구성되는 국가의 통치기구와 민간의 자치조직은 제도적으로 결합하기 어려운 성향을 가지고 있는데, 이 성향에 대한 역사상 거의 유일한 예외가 명초의 里老人 제도라고 하였다. 민간의 자율적 해결 수속을 우선하려고 하는 생각은 종규와 같은 자치조직의 규약에 흔히 나타나지만, 이노인 제도는 그것을 국가 측에서 요구하여 지역사회의 자치적 기능을 국가제도의 하나로 취급하려 했다는 데서 이색적인 제도라는 것이다.²¹⁶⁾ 그렇다면 명조는 왜 지역사회의 자치 기능을 제도화하려고 했었을까. 이 문제를 이해하기 위해서는 地域自治라는 면에 치중하기보다는, 그것을 시행한 국가의 의도를 명확하게 파악하는 작업이 필요할 것이다.²¹⁷⁾

落制度の史的硏究, 岩波講座, 1977), 이노인이 3~10명 정도였다는 견해(清水盛光, 「中國鄉村社會論」, 岩波講座, 1951), 3~10명의 이노인 외에 몇 명의 보좌 노인이 두어졌으며 다른 여러 리의 노인 집단인 ‘衆老人’이 특수한 안건을 심리했다는 견해(細野浩一, 「里老人と衆老人—教民榜文の理解に關連して—」, 「史學雜誌」 78-7, 1969) 등이 있다. 반면 Edward L. Farmer는 앞의 책에서 이노인은 리마다 3~10명이 설치되었을 뿐 그 외의 보좌 노인은 두어지지 않았으며, ‘중노인’이란 여러 리의 노인들에 대한 총칭이라고 해석하였는데, 본 논문은 이 견해에 따른 것이다.

214) 5: 本里老人, 遇有難決事務, 或子弟親戚有犯相干, 須會東西南北四隣里分. 或三里五里衆老人里甲剖決. 如此則有見識多者, 是非自然明白.

215) 宋正洙, 「中國近世鄉村社會史硏究」, 해안, 1997, p. 69.

216) 滋賀秀三, 「清代中國の法と裁判」, 創文社, 1984, p. 101.

217) 이와 관련된 최근 일본학계의 논의가 三木聰, 「明清時代の地域社會と法秩序」, 「歴史評論」

통치자의 입장에서는 백성들 사이에서 사소한 다툼조차 일어나지 않는다면 그야말로 가장 理想的인 것이다. 그러나 이러한 사회는 어디까지나 이상일 뿐 현실에서는 존재할 수 없다. 국가가 나서서 다툼이 일어나는 것 자체를 막을 수 없기 때문에, 차선택으로 분쟁이 생기더라도 될 수 있는 한 당사자들이 서로 조금씩 양보하여 소송까지 확대되지 않도록 서로 경계할 것을 권하고 있다. 정말 참기 어려운 일이라면 소송을 하되 각 里의 里老人·里長에게 告訴하여 그들의 판결을 받도록 강제하였다. 중대한 사건이면 바로 관에 고소할 수 있지만, 그 경우에도 당사자가 원치 않으면 이노인·이장 단계에서 처리하게 하였다. 즉 향촌에서 일어나는 소송은 화해, 조정으로 해결되든 아니면 재판절차를 거치든 간에 이노인·이장 단계에서 처리되도록 하려는 것이었다. 관부에 고소를 하는 경우에도 각 단계에 따라 순서대로 해야지 바로 京師로 告狀을 들고 오지 못하도록 하였다. 이와 같이 이갑제 하의 이노인·이장을 적극 활용하여 주현 이상 관부의 부족한 행정여건을 보완하고자 하였다. 특히 향촌의 분쟁은 향촌단계에서 해결되도록 함으로써, 官에 제기되는 소송 자체를 감소시키고, 더 나아가 京師로의 越訴를 줄여보고자 했던 것이다. 이것이 바로 「교민방문」에 나타나는 향촌의 소송처리에 대한 국가의 理想이었다고 할 수 있을 것이다.

민간의 자율성을 높이 평가하는 것은 다음과 같은 연유에서였다. “(2조) 老人·里長·甲首는 鄉里의 백성들과 주거가 서로 접해 있고, 경지가 서로 인접해 있어서 평상시 (그 사람들의) 시비선악을 주지하고 있지 않는 바가 없기 때문”이라고 한다. 이처럼 백성들의 良知를 믿고 이를 정책의 근간으로 추진한 것이 洪武帝의 향촌통치가 갖는 커다란 특징이라고 할 수 있다.

명중기 이후 사회변동과 함께 종래의 향촌통치책에 한계가 나타나기 시작하면서 예전과 같이 향촌의 자체적인 노력만으로 분쟁이 해결되지 않는 경우가 많아졌다. 이에 새로운 상황에 대한 대응으로 나타난 것이 바로 향약(鄉約)과 보갑제(保甲制)이다.²¹⁸⁾ 향약은 북송대에 여대균(呂大鈞) 형제가 섬서성(陝西省) 남

1998-8에 자세하게 소개되어 있다. 佐藤正彦도 종래의 研究史를 정리하고 이노인제는 자율적인 촌락공동체를 기반으로 하는 自治的 제도가 아니라, 국가가 향촌사회의 慣行을 이용하여 창출한 職役이었다고 주장하였다(「明代里老人制理解への提言—村落自治論・地主權力論をめぐって—」, 足立啓二 編 「東アジアにおける社會・文化構造の異化過程に關する研究」, 科研費研究成果報告書, 1996).

전현(藍田縣)에서 교화를 목적으로 창안하고 4강령을 ‘향약’이라 한데서 유래하여, 이후 주자의 보정·증감을 거쳐 널리 알려지게 되었다. 향인 스스로가 행위의 준칙을 세우고 상권상규(相勸相規)의 법을 통해 향리 전체를 교화·선도하고자 했던 것이기 때문에 본래 조직과 운영이 자율적으로 이루어졌으나, 이후 官 주도 하에 백성들을 교화시키는 방책으로 채택되어 지배체제를 유지하는 데에도 이용되었다. 한편 명대 중기 이후 각종 반란과 왜구의 침입 등으로 사회혼란이 가중되자 보다 체계적으로 향촌방어체제를 전담할 조직이 필요하게 되었다. 이에 따라 ‘弭盜防賊’, ‘守望相助’를 중요 직책으로, 각 지방에서 실시된 것이 보갑제이다. 보갑제 역시 北宋代 王安石의 新法에서 비롯되었지만, 明代 王陽明의 여러 시책이 계기가 되어 널리 시행되었다고 알려져 있다.²¹⁹⁾

그는 正德12년(1517) 강서(江西) 남공(南贛)지역에서 순무(巡撫)로 재직하던 중 횡행하는 유적(流賊)을 토벌하여 향촌사회를 안정시키기 위해 민병조직인 총소갑제(總小甲制)와 함께 십가패법(十家牌法)을 실시하였다. 10家を 1甲으로 조직하여 연대책임을 맡겨 도적방어와 향촌의 질서를 유지하도록 하였는데, 그 후 상위조직으로 보를 설치하고 보장 1명을 두어 촌락의 자위를 도모하는 보갑제로 발전하였던 것이다. 한편 향약의 경우 정통초년 광둥(廣東) 조주부(潮州府) 지부(知府) 왕원(王源)이 향촌 교화를 위해 시행한 기록이 있으나,²²⁰⁾ 역시 왕양명이 1촌마다 1약을 편성하여 백성들 상호간의 권선징악·상호부조 등을 권장한 향약이 모범이 되었다. “십가 중에서 쟁송 등의 사건이 발생하면 같은 甲의 사람들이 즉시 쟁송 당사자들에게 화해하도록 권하며, 화해를 해도 효과가 없을 때에만 관청에 가도록 해야 한다. … 서로 화평하고 용서하며 경솔하게 사소한 일로 화내고 다투지 말라. 문제가 생겨도 참아야 하며 툭하면 송사를 일삼는 그런 짓은 하지 말라.”²²¹⁾ 이후 향약과 보갑제는 각지의 지방관에게 채택되어 가정·만

218) 이하 향약과 보갑제에 관한 내용은 별도의 주가 없는 한 宋正洙, 「中國近世鄉村社會史研究」, 해안, 1997, pp.92~227을 주로 참고하였다.

219) 명대 보갑제에 대해서는 酒井忠夫, 「明代前中期の保甲制について」, 「清水博士追悼記念明代史論叢」, 大安社, 1962 ; 金鍾博, 「明末清初期 里甲制의 廢止와 保甲制의 施行」, 「中國史研究」, 19, 2002 등 참고.

220) 「明史」 卷281, 王源傳: …… 其餘建亭, 設先聖四配十哲像, 刻藍田呂氏鄉約, 擇民爲約正副約士講肄其中.

221) 「王文成公全書」, 「申諭十家牌法」.

력연간에 이르러서는 향촌의 질서를 유지하는 데 중요한 제도가 되었다.

분쟁을 지역사회에서 자체적으로 해결하고자 했던 명초 향촌재판의 理想은 향약·보갑제 뿐 만 아니라, 清代 소송의 중지(息訟)를 권유하는 글들에서도 찾아볼 수 있다. 그중에서 가장 대표적인 것이 康熙帝의 「聖諭十六條」이다. 강희제는 “효도와 공경에 힘써서 인륜을 소중히 여기고, 친척들과 돈돈히 지내서 화목함이 빛나게 하며, 마을사람들과 화복하게 지내어 쟁송이 사라지게 하고, 예의와 겸양을 밝혀서 풍속을 순후하게 하라. … 원수진 사람과 화해하여 신명을 보전토록 하라”²²²⁾고 백성들을 훈계했다. 여기에 담겨있는 가장 중요한 정신이 바로 사람들이 분수에 만족하여 본분을 지키며 송사와 분쟁을 그만두게 하는 것이다. 이러한 내용은 이후 청대 민간에서 분쟁을 해결하는 최고의 근거가 되었으며, 향약이나 宗法族規에도 널리 인용되었다.

나. 訴訟文書에 나타난 분쟁해결 사례

향촌의 소송처리에 대한 국가의 理想이 실제 현실에서는 얼마나, 어떻게 실현되었을까? 官纂史料의 개략적인 서술이나 官吏들의 上奏文을 통해 실시 상황을 짐작할 수 있지만, 이는 어디까지나 관리의 눈에 비친 모습이며 주로 폐해를 지적하는 내용이 많다.²²³⁾ 좀 더 여과되지 않은 실체를 확인하기 위해서 형사사건에 해당하는 사례를 당시 향촌의 訴訟文書 속에서 찾아보고자 한다.

永樂10년(1412) 徽州府 歙縣 23都의 程佛保가 程仕師의 墳山에 무단으로 어머니를 매장하는 사건이 발생했다.²²⁴⁾ 山地가 많은 휘주의 지역적인 특성상 경계가 불분명한 경우가 많아 이로 인한 다툼이 자주 일어났다.²²⁵⁾ 특히 그 산지

222) 「清聖祖實錄」, 康熙9年 冬10月 乙酉朔條.

223) 명초 노인의 폐단에 대해서는 「明宣宗實錄」 卷4, 洪熙元年 7月 丙申, p. 122 ; 按四川監察御史 何文淵 上奏; 卷47, 宣德3年 9月 乙亥, p. 1148 ; 東 新城縣 知縣 董諒의 上奏 등이 있다. 「明宣宗實錄」 卷86, 宣德7年 正月 乙酉, pp. 1990-1991)에서는 陝西按察僉事 林時가 향촌재판 실시과정에서 발생한 不正에 대해서 지적하고 있다.

224) 본 사건은 上海圖書館藏 「買賣田地契約」 속에 수록되어 있는데, 필자가 직접 구해 보지는 못하였고 中島樂章, 앞의 책, p. 130의 개요를 참고하였다.

225) 「明成化二年祁門縣謝友政等劃分山界合同」, 「中國歷代契約會編考釋」, 下(이하 「會編」이라고 줄임), p. 1095: …… 爲因南北相連, 俱各至山, 原無硬界, 以致互爭. ; 乾隆「績溪縣志」, 卷1, 方輿地, 風俗: …… 或因稅畝未清, 界址相連, 鼠牙雀角.

에 조상의 墳墓가 있다 보니 경계 분쟁에서 당사자 사이에 쉽게 타협하지 못하고 끝까지 소송을 벌이는 경우가 많았고, 더욱 심각한 것은 당사자도 모르게 조상의 분묘가 훼손되는 일이었다. 이런 사건의 경우 「대명률」에서는 “주인이 있는 분묘에 몰래 매장한 자는 장80에 처하며 기한 내에 다른 곳으로 移葬하도록” 규정하고 있다.²²⁶⁾ 그런데 원주인인 정사사는 향촌재판의 규정대로 지현에게 고소하지 않고 먼저 “里老에게 狀投했다.” 그 결과 이노와 房兄 程文師의 중재로 정문사의 墳山 일부를 정불보의 산과 교환하고 화해하는 것으로 사건이 해결되었다. 향촌재판을 통한 분쟁해결은 正統5年(1440) 甘罰文約에서도 확인할 수 있다.²²⁷⁾

…… 合前到汪富潤等, 土名□□□迎年坑吳(?)公塢等處山墳□□盜砍木植, 今被富潤等查看 ① 狀投里老, 員受□□□□ ② 不願素繁官府, 自情願將祖產山一號, 坐落一保, 土名, 被字一千貳百八十七號, 西 [至] 山, 南 [至] 坑班石下山四畝一角, 係上祖買受某家山本位合得一畝, 又一號一千三百十二號, 沙坦源下山二畝, 合得一畝, ③ 今自情願憑托范明宗浼說, 將前項山二處山地合藉得分, 並行立契賠還□盜木價□立契之後, 一聽自富潤 福潤宗到□□□管業, 員受並無異詞, 立契之後外人重互交易, 如有不明, 係員受 [之當, 不及受買] 人 [之] 事, 所有上手文契與兄寄得相連未曾繳付, 今恐無 [憑], 立此文契爲照者.

正統五年 四月 廿四日 出賣人 呂員受 (押) 約

원문서 자체가 훼손된 상태라서 판독할 수 없는 글자가 많긴 하지만, 사건의 개요는 파악할 수 있다. 기문현 15都에 사는 여원수가 왕부윤 등의 산지에 들어가 나무를 몰래 베었는데, 왕부윤 등이 이를 알아내고 里老에게 고소하였다(①). 이런 사건의 경우 「대명률」에서는 “園陵내의 수목을 몰래 훔친 자는 장100 도3년에 처하고 다른 사람의 墳塋내의 수목을 훔친 자는 장80에 처하도록” 규정하고 있다.²²⁸⁾ 범인 여원수가 죄를 인정하고 도벌한 나무 값 대신에 자신의 산지 소유권을 넘겨주는 것으로 마무리되었다. 「교민방문」 규정대로 이노가 함께 고

226) 「大明律」, 刑律, 盜賊, 發塚: 於有主墳地內盜葬者, 杖八十, 勒限移葬.

227) 「正統五年祁門呂員受甘罰文約」, 王鈺欣・周紹泉 編, 「徽州千年契約文書」, 石家莊: 花山文藝出版社, 1991年序(이하에서는 「徽州文書」라고 줄임) 1卷, p. 129.

228) 「大明律」, 刑律, 盜賊, 刑律, 盜賊, 盜園陵樹木: 凡盜園陵內樹木者, 皆杖一百徒三年. 若盜他人墳塋內樹木者, 杖八十

소를 받은 것은 확인할 수 있는데, 이노의 이름과 구체적인 후속조치가 나와 있지 않다. 이노가 도벌 현장에 가서 사실 확인을 하고, 보상을 하도록 조정했던 과정이 생략된 것이 아닐까 싶다. “범명중에게 부탁했다”(③)라는 표현을 보면 이노 외에 향촌사회의 또 다른 인물을 통해 사건이 원만하게 해결되었다는 것을 알 수 있다. 특히 이 문서에 나와 있는 “不願紊繁官府, 自情願 ……”(②)이라는 표현은 다른 문서에서도 나타나지만, 향촌재판의 최종 목표가 어디에 있었는가를 단적으로 보여준다.

그런데 이 문서는 분쟁이 해결된 후 범인이 벌을 달게 받을 것이며, 그에 대한 피해보상은 어떻게 할 것인지를 명확하게 적은 감벌문약이다. 비슷한 문서가 『徽州千年契約文書』에는 모두 9건이 수록되어 있다.

□ 「徽州千年契約文書」에 수록된 감벌문약

	時 期	縣 名	文 書 名	紛 爭 事 由	出 處
1	正統 4.11. 1	祁門	謝應祥等甘罰文約	侵砍	1卷, p.128
2	正統 5. 4.24	祁門	呂員受甘罰文約	盜砍木植	1卷, p.129
3	成化23. 3. 6	?	汪春清等爲盜木事立甘罰文約	砍掘杉木	1卷, p.234
4	正德 8.12.27	?	李文志等因盜伐事立甘罰文約	杉木松苗, 拔取燒炭	1卷, p.343
5	隆慶 2. 2.19	?	鮑佛祐因盜伐甘罰文約	盜取松木	2卷, p.410
6	隆慶 5. 3.15	?	汪乞付等甘罰文約	山界相連, 過界混斫	2卷, p.470
7	萬曆 9. 6.15	祁門?	汪天護等甘罰文約	入山私斫苗木	3卷, p. 72
8	天啓 6. 5.18	?	陳大保因盜伐樹木立甘罰戒約	盜木根餘	4卷, p.196
9	崇禎14. 7.口	?	僕人汪春陽立甘罰文約	家主欺藐	4卷, p.469

이들 사건은 지방관의 재판이 아닌 향촌사회의 조정에 의해 해결되었기 때문에, 향후 비슷한 일이 재발할 경우 근거로 삼기 위해 이러한 문서를 작성했던 것이다. 이를 통해 명말까지도 향촌사회의 자체적인 조정 노력으로 분쟁을 해결했던 사례를 간접적으로 확인할 수 있다.

명말 흡현의 지현이었던 傅岩의 판결문 모음집인 「欽紀」²²⁹⁾의 사건처리를 보

229) 「흡기」의 사료적 가치와 구체적인 내용에 대해서는 (拙稿, 「明末 徽州의 訴訟 樣相과 特徵—「欽紀」의 事例 分析—」, 「明清史研究」 12, 2000) 참고.

면, 명후기에 이르러서는 소송처리가 명대 전·중기에 비해 다양한 세력들에 의해 이루어졌음을 확인할 수 있다. 지방관이 아문내의 관리를 동원하여 전부 처리하기에는 행정력이 부족했고, 그렇다고 명전기처럼 향촌조직에게 전담시키기에는 이갑조직이 견고하지 못했다. 그 보완으로 향약·보갑을 소송처리에 활용하였으나 이 또한 충분하지는 않았다. 따라서 때로는 족장의 권위를 활용하기도 하였다. 결과적으로 사건의 정황에 따라 여러 가지 방법으로 소송을 처리하게 되었던 것으로 보인다. 이장·향약·보갑장과 같은 향촌조직의 조사와 검증, 종족 내 유력자의 조사와 화해 권유, 관리와 차역의 파견과 조사 등이 서로 중첩되어 작용하는 경우가 많았던 것이다.

향촌조직의 담당자들은 소송을 처리하면서 ‘해분(解紛)’·‘권해(勸解)’라고 사료상에 나타나는 조정 역할을 수행하기도 하였다.

- 46: 許文魁는 洪三貴의 山木 盜伐에 걸린 현상금이 탐나 이웃 徐岩을 誣告. 鄉約 許世儒가 勸解했으나 兄 許杭이 고소. 향약이 다시 解紛 시도. 許杭 및 盜跡을 무마하려던 鄉約 杖, 文魁는 免擬.
- 92: 方和尚이 옷을 도둑맞자 賭坊之長 汪國梁에게 조사 의뢰. 평소 盜行을 일삼던 天才·吳福初등을 고소
- 123: 吳天貴는 싸우다 程大洪에게 상해 입힘. 里役 吳細毛가 勸解했으나 응하지 않자 程의 家主 程起蘭이 이를 빌미로 고소
- 148: 呂華는 羅尙古 숙모의 僕 呂君甫에게 팔린 후 복역하지 않자 반환됨. 羅가 매매를 중개했던 것에 원한을 품고 예전 보수를 요구하며 約里에게 投告. 약리의 조정에 응하지 않고 병든 처가 죽자 살인으로 고소

그 중 148안건처럼 소송이 제기되기 전에 조정을 시도하기도 하지만, 46·92·123안건에서는 소장이 수리되어 재판 수속이 진행되더라도 민간의 조정이 그치지 않고 재판과 병행해서 행해지고 있었음을 보여준다. 淸初 上海人 姚廷遴이 자신의 일생을 기록한 회상기인 「歷年記」에서도 분쟁이 발생하면 당사자가 사건에 따라 국가의 재판과 민간의 조정을 선택하기도 하고, 양자를 병용하는 것이 일반적이었음을 지적하고 있다.²³⁰⁾ 黃宗智(Philip C.C. Huang) 역시 淡新

·巴縣·寶坻縣 등지의 문서를 분석·종합하여 민사안건 중 상당부분이 국가의 심판과 민간의 조정사이에 있는 ‘제3의 영역’ 속에서 해결된다고 보았다.²³¹⁾ 따라서 국가의 재판이나 민간의 조정이나 하는 이분법적인 논리가 실제 지방사회에서는 그렇게 중요하지 않았고, 오히려 적절하게 병용하여 사건을 해결하고자 했음을 알 수 있다. 이러한 조정의 결과 중도에서 분쟁이 해결되어 소송을 취하하는 경우도 많았을 것인데, 지방관의 판결 결과를 기록한 「흡기」의 특성상 그 부분에 대한 기록은 상세하지 않다.

4. 종족제의 발달과 분쟁해결

가. 종족제의 발달과 영향

宗族은 中國 鄉村社會를 구성하는 기본단위의 하나였던 만큼 시기적으로 다른 모습을 보이고 있다. 宋代 이후에 族產·族譜·祠堂을 중심으로 한 종족조직이 출현하였고, 이러한 새로운 모습의 종족제가 명중기에 이르러 한층 강화되어 갔다. 嘉靖年間 이후 民間에서는 祠堂祭祀의 제한이 철폐되었다고 인식되면서 사당에 모시고 제사를 지낼 수 있는 조상이 시천조(始遷祖) 내지는 시조(始祖)까지 소급되었다. 종족은 흔히 ‘聚族而居’ 혹은 ‘累世同居’의 거주형태를 가지면서 그 결합의 범위를 결정해 왔다. 그러나 일단 제사의 범위가 시조 내지는 시천조 까지 확대되면서, 제사라는 의례를 통해 그 이하의 모든 男系親이 근본을 같이한다는 혈연의식을 공유할 수 있기 때문에 宗族結合의 범위가 확대될 수 있었다. 명·청시대는 종족제도의 역사에서 볼 때, 종족조직이 어느 때보다 발전했던 시기였다. 특히 종족이 발달한 광둥, 복건, 휘주 지역에서는 친족들이 서로 가까운 거리에 모여 살았고, 宗義를 중시하는 전통이 강했다. 청대에 이르러 각지의 종족은 더욱 발전하여, 종족조직은 날로 완비되어 갔다. 국가 통치자

230) 岸本美緒, 「歷年記」に見る清初地方社會の生活, 『史學雜誌』 95-6, 1986, pp. 67~68.

231) Philip C.C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford Calif. Stanford U.P., 1996(→ 黃宗智, 「民事審判與民間調解: 清代的表達與實踐」, 北京: 社會科學出版社, 1998).

는 종족이 행정조직의 여러가지 기능을 부분적으로 대행하여 세금 징수, 치안 유지, 민사 분쟁이나 가벼운 형사사건을 처리할 수 있도록 하였다.

특히 종족결합 상징물의 하나인 족보가 많이 편찬되었다. 족보에는 가법·종규 등으로 불리는 종족내의 규약이 수록되어 있는 경우가 많았다. 아래의 인용문을 통해서 볼때 민간의 자율적 해결 수속을 우선하려고 하는 생각은 宗規와 같은 자치조직의 規約에도 흔히 나타난다는 것을 알 수 있다.

“무릇 勸道風化와 戶婚田土 분쟁의 일은 그 族長과 副族장이 먼저 해결하고 일이 큰 경우에만 관에 고소하는 것을 허락한다.”²³²⁾

“族衆에 다툼이 있으면 반드시 먼저 戶尊, 房長에게 호소하여 처리하고 멋대로 소송을 해서는 안 된다. 만약 이를 어길 경우 家規에 따라 처벌한다.”²³³⁾

“일이 불공평하다면 먼저 족장에게 알리고 사당에 모여 정실을 밝혀 公議에 따라 화해를 권유하여 선량한 자에게 해를 끼치거나 힘없는 자를 속이지 말라. 만약 힘 있는 자가 (족장의 결정에) 불복하여 일을 일으킨다면 족장이 그 사실을 관에 알려 처벌받게 한다.”²³⁴⁾

“만일 족장에게 알리지 않고 함부로 관부에 고소하는 자는 우선 罰銀 1량을 사당에 내고 나서야 이치에 따라 公斷한다.”²³⁵⁾

일반적으로는 종족내부에서 분쟁이 발생하게 되면 일단 자체 조정을 거쳐야 했다. 여러 종족의 족보·족규에는 대부분 분쟁이 일어나면 종족에 먼저 알려 조정을 하도록 규정하고 있다. 만약 사건을 바로 官으로 가져가서 해결하려는 경우, 대부분의 종족은 문제의 옳고 그름을 떠나서 종족내부의 조정 과정을 거치지 않았다는 이유만으로 제재와 처벌을 가했다. 종족 내부의 소송은 一族 내

232) 「皇明經世文編」卷58, 張海珊, 聚民論.

233) 安徽 桐城 「祝氏宗譜」.

234) 安徽 桐城 「劉氏宗譜」, 卷1 家規, 禁刁訟.

235) 江書 南昌 預章 黃城「魏氏宗譜」, 卷11 宗式.

의 불미스러운 일인지라 관련기록을 별도로 남겨두는 일이 적었다. 반면 종족 간에 일어난 소송은 해결이 되더라도 사후 방지책으로 소송의 진행과정과 판결 등 관련서류 전체를 수록한 소송안권을 제작하여 보관하고 있는 경우가 많기 때문에, 비교적 다양한 모습을 아주 구체적으로 확인할 수 있다.

나. 소송문서에 나타난 분쟁해결 사례

宗族制가 발달한 중국의 경우 향촌조직 자체가 종족단위로 편성되는 경우도 있고, 그렇지 않다고 해도 각 향촌조직의 책임자가 같은 종족사람일 가능성이 비교적 높았다. 때문에 당사자 중 어느 한쪽 종족사람이 책임자가 되어 사적인 감정으로 공정하게 처리하지 못하면, 상대방이 상급에 상고하여 사건 해결이 더 어려워지는 경우도 발생한다. 반면 같은 종족사람이라는 것이 유리하게 작용하여 사건을 조사하는 과정에서 조정·화해가 이루어져 재판까지 가지 않고 息訟文書를 제출함으로써 해결되는 사례도 많이 나타난다. 휘주의 방진홍과 방진순은 형제관계인데 사소한 일로 다툼이 일어나 큰 폭력사건으로 번졌으나 일족의 중재를 받아들여 화해하고 이후 같은 일이 재발하지 않게 하기 위해 문서를 작성한 사례가 그러한 경우이다.²³⁶⁾

앞에서 소개한 명말 지현의 判讀인 「흡기」에서도 분쟁을 해결하는데 종족이 중요한 역할을 하는 사례들을 찾아볼 수 있다. 28안건에서는 종족을 대표하여 ‘族里’가 직접 고소하였는데, ‘족리’가 바로 종족 단위로 편성된 里의 里長을 말한다. 종족이 결정을 내렸지만 따르지 않자 그 후에야 현에 고소하는 안건(5), 종족내의 문제를 족장과 상의하지 않아서 분쟁이 발생했다고 원고와 피고를 모두 처벌하는 안건(132) 등을 통해서 분쟁이 발생했을 때 종족단위에서 일단 먼저 처리하려고 했음을 확인할 있다. 족인의 횡령사건을 족장이 책임지고 종족 차원에서 해결하도록 판결한 사례(33), 종족의 중재하에 내린 결정(合約)을 지현이 수용하여 판결한 사례(41), 종족의 결정대로 분쟁을 해결하라는 사례(54) 등

236) 「咸豐二年徽州方鎮洪，方鎮順等遵勸和睦字據」，中國社會科學院 歷史研究所圖書館 所藏：借一爲末之小事，而傷兄弟之大倫，是以隣居邀集苦勸，但將前後之事一應說明，二各自愿遵勸，永無生端。

을 보면 종족차원의 자체적인 분쟁해결책이 지방관의 판결에도 영향을 끼쳤음을 알 수 있다.

- 5: 두 차례나 혼인한 이복누이에게 계속 연정을 호소한 余民康이 종족의 결정에 따르지 않고 府에 고소
- 28: 鮑觀老가 어려서 다른 집의 양자로 들어간 형 金老를 또 다른 형수와 혼인시켜 임신하자 族里가 고발, 金老의 혼인 무효, 觀老와 함께 杖, 聘金은 入官
- 33: (銅商) 徐章의 銅本 횡령 사건을 府의 명령으로 조사: 3600량 횡령하여 1,000량은 徐憲輔 등에게 빌려주고, 나머지는 여러 사람 명의로 產業 구매, 族長이 서장 소유 屋地山田을 사들여 상환할 것
- 41: 형 曹美聾가 出商한 후 사망하자 아우 美定이 자신의 아들 邦輝로 형을 계후하려다 가족간에 분쟁, 美定 杖, 長兄 美賜가 증재한 合約에 따라 판결
- 54: 汪金老·汪宗曆의 두 아들이 복숭아 하나 때문에 다투다 두 처의 싸움으로 비화되어 金老의 처가 자살. 종력이 가난하니, 종족의 해결책에 따라 通族義助하여 埋葬銀 지급
- 132: 程應震이 유산 없이 죽자 族人的 도움으로 장례를 치른 후, 妾 胡氏는 房長 程希文 主婚으로 方軫中에게 再嫁, 이후 족장 등이 震에게 유산이 있었다고 誣告, 장례·재가 문제를 족장과 상의하지 않아 분쟁이 발생한 것이니, 原·被告 모두 杖

위의 사례들이 모두 형사사건에 해당되는 것은 아니지만, 분쟁해결에서 종족의 영향력을 이해하는 데는 도움을 줄 것이다. 한편 成化8년 徽州府 祁門縣에서 일어난 ‘謝氏訴訟’을 통해서도 정식으로 관에 소송이 제기되어 지방관의 조사가 진행되는 과정에도 종족의 조정이 계속 진행되었던 정황을 파악할 수 있다.²³⁷⁾ 본격적인 다툼은 성화8년(1472) 11월 14일 祁門縣 十西都民 里長 謝玉清戶 소속의 謝玉澄이 徽州府에 告狀을 제출하면서 시작되었다. 그의 주장에 의하면

237) 본 소송관련 문서는 「抄白告爭東山刷過文卷一宗」이라는 이름의 책자 형식으로 남아있다(<明檔2-4>로 분류되어 中國第一歷史檔案館에 소장). 자세한 것은 拙稿, 「明中期 地方의 訴訟處理와 里老—徽州府 祁門縣 ‘謝氏訴訟’을 중심으로—」, 『東洋史學研究』 86, 2004 참고

“조상으로부터 물려받은 東山²³⁸⁾ 唐字 2000, 2001號(山 53畝10步)의 坑에 이르는 북쪽 경계가, 같은 都에 사는 謝道本 등 소유의 산지 唐字 1997, 98, 99號(山 18畝) 남쪽 경계와 맞닿아 있었다. 일찍이 영락연간에 사도본의 父·伯·叔이 尖에 이르는 동쪽 경계를 넘어와서 다툰 적이 있었는데 친척 汪景韶의 권유로 경계를 분명히 정한 이후, 지금까지 50년이 넘도록 별다른 일이 없었다”고 한다. ① 명초에도 산지의 경계 때문에 분쟁이 일어나기는 하였으나, 당시에는 친족의 조정으로 해결되어 소송으로까지 발전하지 않았다. 그러나 “성화7년(1471) 9월에 사옥징 등이 산에서 나무를 베고 있는데 뜻하지 않게 謝道本·道忠, 王成·仕端·文瑜 등이 여러 사람을 데리고 와서 앞을 가로막고 베어 놓은 나무를 가져가지 못하게 하였다”고 한다. 사건이 일어난 9월부터 고소를 한 11월 사이에 영락연간의 경우와 마찬가지로 ② 당사자들 사이에서 조정과 타협이 시도되었을 것인데, 결국 실패하여 휘주부에 고소를 하였던 것으로 보인다.

11월 15일 徽州知府 周正²³⁹⁾은 사옥징의 고장을 수리하고 ‘사도본 등 범인들을 관아로 소환하여 본인인지 확인한 후 속히 휘주부로 압송하라’는 내용의 帖文을 기문현에 내려보냈다. 祁門知縣 王璫²⁴⁰⁾이 늦장을 부리자 11월 25일 소송 처리를 독촉하는 휘주지부의 牌文이 재차 발송되었고, 12월 4일에야 범인들을 압송하라는 기문지현의 명령이 내려져 里長 謝得延이 병이 난 사도총을 제외한 범인들을 데려왔다.

한편 12월 5일에는 범인으로 지목된 里長 謝得延 소속 甲首民인 謝道忠 역시 휘주부에 告狀을 제출하였는데, 그는 “里長 謝珍瑛, 謝珍瑞·志華·玉澄·瓊 등이 우리 집안의 杉木 약 900여 그루를 강제로 베어갔다. ③ 族親 謝得延·李景昌²⁴¹⁾·謝用和 등에게 부탁하여 조사를 한 결과 그들이 경계를 넘은 것이 분명한데도, 이를 인정하지 않아 고소하였다”고 주장하였다. 이번에도 “기문현에서 조사하여 보고하라(仰本縣勸判回報)”는 지부의 批文이 내려졌고, 12월 7일 기문지현은 조사를 위해 사도총의 고장에 기재된 관련자 8인을 소환하라는 비문을 내렸

238) 明清時代 十西都是 현재 祁山區 喬山鄉 지역으로, 지금도 東山坐·東山坐岡이라는 산 이름이 쓰이고 있다(祁門縣地名委員會辦公室 編, 「祁門縣地名錄」, 1987).

239) 弘治 「徽州府志」 卷4, 郡邑官屬: 周正, 字子建, 東寧衛軍籍, 吉水縣人 … 成化四年四月二十九日到十三年十一月二十五日秩滿, 歷陞雲南左布政使, 今致仕.

240) 弘治 「徽州府志」 卷4, 郡邑官屬: 王璫, 山東陽穀人, 成化六年任.

241) 「宣德八年祁門李阿謝供狀」(「明朝檔案」, p.36)에 등장하는 李景祥의 兄으로, 사씨 집안과는 姻戚관계였다.

다.

12월 17일 휘주지부는 관련자들이 府에 도착한 후 심문을 해보니 서로 다른 주장을 하고 있어서, 기문현의 해당 관리가 원·피고를 데리고 동산에 가서 이웃들을 불러모아놓고 명확하게 조사·검증하도록 첩문을 내렸다. 이에 따라 기문지현이 관련자들을 심문하여 成化9년 3월 11일 관련자들의 供狀이 작성되었다. 그중 사옥징의 진술에 의하면 “작년 (사옥징이 휘주부에 고소한) 사건에 대한 조사를 기다리지 않고, 사도본은 2월에 집안사람 30여인을 데리고 와서 橋路를 부수고 사옥징 측 인부들을 쫓아버리는 등 소란을 피우다 (사옥징 측이 베어놓은) 삼목 5000여 그루를 가져다가 자기네 王坑 부근에 있는 나무속에다 감춰버렸다”고 한다. 그러나 사도본은 “2월에 ④ 친족 謝以美·李義芳·謝用堅·李景祥 등에게 다시 부탁하여 문제의 동산을 조사해보니 경계가 서로 맞물려 있음이 분명하여 화해하도록 권유하였으나, 이를 따르지 않고 오히려 사옥징 측이 노복(伴僮) 汪干付 등 50여인을 데리고 와서 삼목을 가져다 다른 나무와 함께 팔아버렸다”며 서로 완전히 다른 주장을 하였다.

3월 18일 기문지현 왕환은 관련자들의 공장을 받아본 후 排年里老에게 해당 산에 살고 있는 이웃과 保長 등을 모아놓고 현장 조사할 것을 명하였다. 이에 따라 里老 사득연 등은 조사를 마치고 “사옥징이 베어낸 삼목은 원래 그가 묘목을 심어 숲으로 가꾼 지역 안에 있었기 때문에 옥징의 소유가 확실하다. 반면 동산 내에 아직 베지 않은 삼목은 어린 나무인데 사도본이 묘목을 심은 것으로 도본의 소유가 확실하다”는 보고를 5월 3일 제출하였다.

里老의 현장 조사가 있는 후 원·피고는 ⑤ 친족 李秉高 등의 권유를 받아들여 5월 19일 오래된 산지의 삼목은 사옥징이 관리하여 운반해 가고, 어린 나무들 내의 묘목은 사도본이 계속 관리하도록 타협했으니 소송을 취하하겠다는 내용의 告息文書を 기문현에 제출했다. 기문지현이 이러한 경과를 5월 24일 휘주부에 보고하자, 6월 3일 이를 허락하는 지부의 첩문이 내려졌고, 6월 13일에 기문지현이 당사자들에게 첩문을 발급함으로써 사건은 최종적으로 마무리되었다. 얼마 후 ⑥ 당사자들이 화해하여 소송을 취소하겠다는 告息狀²⁴²⁾이 지현에게 제출되었다.

242) 이 소송의 경우는 告狀의 형식으로 화해 사실을 알리고 있지만, 合同 형식을 갖춘 문서도 있다(「嘉靖四十二年謝祖昌等息訟合同」, 『徽州文書』 2卷, p.314 ; 「崇禎四年黃記秋、謝孟義息訟清業合同」, 『徽州文書』 4卷, p.306 등). 즉 소송을 취소하는 문서는 일정한 형태가 있었다기보다는 상황에 따라 융통성 있게 작성되었던 것 같다.

이 소송은 같은 종족사람들 사이에서 산지 경계 문제를 둘러싸고 일어난 사건으로, 명초에는 친족의 중재로 해결되었다(①). 그러나 같은 일이 계속 재발되었고 명중기 사회경제적인 변화로 인해 이해관계가 복잡하게 얽히면서 종족 내부에서도 자체 조정이 되지 못하고 관에 소송하게 되었던 것이다. 그 과정에서 협박, 폭행, 기물 파손, 은닉, 盜伐 사건으로 점차 확대되었다. 그러나 휘주부에 접수된 소송사건을 기문현에서 맡아 조사하는 과정 중에도 친족 등에 의한 자체 조사와 조정이 계속되고 있었음을 알 수 있다(②, ③, ④).

관의 소송처리가 행해지는 동안에도 사건을 해결하려는 노력이 계속되다가, 里老의 현장 조사가 있는 후에 타협이 이루어졌고, 그 내용 또한 이노의 보고 내용과 일치한다는 점을 감안할 때, 소송 당사자들과 친인척 관계였던 이노가 화해를 권유하지 않았을까 추측된다. 다시 휘주부까지 가서 재판을 받는다는 것은 양측 모두에게 번거로운 일이었으며, 현장조사 결과 각자의 소유 상황과 삼목의 상태가 분명하게 드러난 이상, 그럴 필요성을 느끼지 못했을 것이다. 당사자들 사이에 화해와 조정이 이루어져 분쟁 자체는 해소되었지만(⑤), 府에 소송을 접수시킨 사건이었기 때문에 최종적으로 지부가 소송 취하를 승인하는 절차를 거친 후에야 사건이 마무리되었다. 이후 당사자들의 자체적인 조정, 화해로 소송을 그만둔다는 문서를 관에 제출함으로써 추후 사건 재발에 대한 근거로 삼았다. 이와 같은 ‘사씨소송’ 사례는 종족 내에서 일어난 분쟁이 어떤 과정을 거쳐 해결되는지 전형적인 모습을 보여준다고 할 수 있다.

반면 다른 종족과의 개별적인 분쟁은 全종족 차원의 문제로 확대되면서 더욱 복잡한 양상을 나타냈다. 종족사이에 발생한 소송이면서 비교적 간단하게 끝난 예외적인 경우도 있다. 休寧縣 吳氏의 조상인 吳輔가 묻힌 墓地에 대한 관리가 소홀한 틈을 타 이웃의 長豐 朱氏가 침점하여 두 종족사이에 벌어진 소송이 그러하다.²⁴³⁾ 소송을 진행하는 과정에서 江潭·茗洲·桃源의 각 오씨는 合同議約

243) 이 소송의 전모는 休寧縣 茗洲村의 吳氏 族譜인 「茗洲吳氏家記」(萬曆間抄本) 卷10, 社會記에 자세하며 卷12, 雜記에도 관련 문서(「輔公荊山墓域記事」)가 수록되어 있다고 한다. 中島樂章, 「明代徽州の一宗族をめぐる紛争と同族結合」, 『社會經濟史學』 62-4, 1996(→「明代鄉村の紛争と秩序」, 汲古書院, 2002) 참고

(「龍江諸族合劑約」嘉靖3.5.20)을 세워 各派가 소송비용을 분담하고 협력하여 분지의 회복에 힘쓸 것을 맹세하였다. 명 중기 이후 인구의 급격한 증가로 개발할 수 있는 토지가 부족해진 상황에서, 묘지를 둘러싼 경쟁은 단순한 明堂 확보 차원에서만이 아니라 주변의 토지나 자원을 그 집안의 경제적인 기반으로 활용할 수 있었기 때문에 더욱 중요한 의미를 가지는 것이었다.

縣丞의 실지조사 결과 이웃과 鄉役 등은 문제의 墳地는 保簿에도 분명히 오씨의 소유이고 주씨가 사들였다는 사실이 없음을 확인하고 검증결과를 府에 보고하였는데, 雜記에는 지부의 판결이 수록되어 있지 않다. 아마 이 시점에서 주씨 측이 굴복하여 소송을 취하하고 최종적으로 오씨가 墳地를 회복했던 것으로 보인다. 오씨와 주씨간의 소송에서도 종족이 소송에 적극 개입하여 지방관의 최종 판결까지 가지 않고 중도에 소송을 포기하게 하는 모습을 찾아 볼 수 있다.

이상과 같이 종족제가 발달한 명·청시대에는 일족이 이웃하면서 서로 도움을 주고받으며 삶을 유지해갔다. 따라서 人情과 체면을 중시하면서 서로를 존중하고 서로의 의견에 가치를 부여하면서 삶을 영위하는 생활양식은 이웃 간에 불가피하게 발생하는 분쟁을 해결함에 있어서도 중재자의 설득을 수용하며 인정, 체면 등의 요소에 의존하는 경향을 가지게 되었던 것이다.²⁴⁴⁾ ‘熟人社會’²⁴⁵⁾ 사람들은 서로가 오랜 시간 동안 다방면에 걸쳐 정서적·현실적 교류를 해왔기 때문에, 어떤 문제로 인해 관계를 끝내버리는 결과를 가져올 수 있는 행동을 하기 어렵다. 각자의 생산 활동 및 실제 생활에서 심각한 손해를 초래하게 되므로 소송이 아닌 대안으로서 조정이 분쟁을 해결하는 최선의 방법으로 선택되었다고 볼 수 있다.

5. 소결

본 절에서는 형사사건에 대한 중국의 전통적 해결방안을 이해하기 위해 명·

244) 徐忠明, 「如何思考中國傳統法制的現代意義」, 「中西法律傳統」, 中國政法大學出版社, 2004, pp. 166~169.

245) 費孝通, 이경규 옮김, 「중국사회의 기본구조」, 일조각, 1995.

청시대 법제와 향촌사회의 실제 분쟁해결 사례를 살펴보았다. 「대명률」과 같은 법 조문에 의하면 살인사건의 경우 관련자간의 분쟁해결을 금지시켰다. 또한 일반적으로 ‘戶婚田土’와 같은 사건은 ‘州縣自理’에 속하여 주현단계에서 사건 처리를 완료할 수 있지만, 그 외의 형사사건은 사안의 중대성에 따라 상급이 결정권을 가지는 구조에 의해 上申하여 처리하도록 규정하고 있다. 하지만 형식적인 법제와 향촌사회의 현실은 맞지 않는 경우가 많았을 것이다. 따라서 관련 법조문과 분쟁해결에 대한 구체적인 운용 실태를 비교 분석함으로써 법과 현실의 차이를 이해하고자 하였다.

명·청시대 통치자들은 살인사건이라는 특수한 중대 범죄의 경우 국가에서는 사적인 분쟁해결을 금지시켰지만, 그 밖의 지역사회의 분쟁에 대해서는 민간의 자율적 해결 수속을 우선하려는 생각이 지배적이었다. 전통 유가적 관점에서 소송은 ‘民風淺薄’을 나타내는 것으로 ‘無訟’의 이상사회를 추구하였다. 민간에서 발생하는 분쟁은 관청에 올려 번잡하게 하지 말고 민간에서 스스로 조처하여 화해하게 함으로써 소송을 종결짓는 것을 上策으로 여겼다.

明初 洪武帝는 「教民榜文」을 반포하여 里甲制하의 里老人을 활용하여 향촌 단계에서 소송을 처리하도록 했다. 里甲 특히 里老人의 존재와 역할을 강조하여, 향촌의 분쟁이 官에 정식 소송으로 제기되기 이전 단계에서 지역사회의 자체 조정에 의해 해결되도록 했던 것이다. 이노인이 처리할 수 있는 사건은 대부분 ‘戶婚田土’에 해당되는 민사사건이었지만, 실제 소송이 진행되는 과정에서 형사사건으로 까지 확대되는 경우도 많았다. 민간의 자율적 해결 수속을 우선하려고 하는 생각은 宗規와 같은 자치조직의 規約에 흔히 나타나지만, 이노인 제도는 그것을 국가 측에서 요구하여 지역사회의 자치적 기능을 국가제도의 하나로 취급하려 했다는 데서 이색적인 제도라고 할 수 있다.

명 중기 이후 里甲制의 동요와 함께 향촌질서가 재편되어 기존의 이갑제가 기능을 발휘하기 어려워지면서, 그와 병행하여 鄉約·保甲制가 실시되었다. 교화와 치안이라는 목적으로 조직된 향약과 보갑은 명중기 이후 향촌통치책으로 운용되면서 행정의 편이상 일체화된 조직으로 시행되기도 하였다. 또한 이갑제에 대한 보완으로 실시되기 시작했기 때문에, 본래의 직책 외에 향촌통치에 관련된 여러 업무들을 맡아보았다. 특히 지방관에 의해 추진되면서 부족한 행정력

을 보조하는 차원에서 적극 활용되었을 것이고, 향촌질서 유지와 관련이 깊은 소송을 처리하는 데도 간여하게 되었던 것으로 생각된다. 향촌조직의 담당자들은 소송을 처리하면서 ‘解紛’·‘勸解’라고 사료상에 나타나는 調停 역할을 수행하기도 하였다.

명·청시대 향촌사회의 소송처리 과정에서 宗族과의 관련을 언급하지 않을 수 없다. 종족제가 발달한 지역의 경우 향촌조직 자체가 종족단위로 편성되는 경우도 있고, 그렇지 않다고 해도 각 향촌조직의 책임자가 같은 종족사람일 가능성이 비교적 높다. 때문에 당사자 중 어느 한쪽 종족사람이 책임자가 되어 사적인 감정으로 공정하게 처리하지 못하면, 상대방이 상급에 상고하여 사건 해결이 더 어려워지는 경우도 발생한다. 반면 같은 종족 사람이라는 것이 유리하게 작용하여 사건을 조사하는 과정에서 조정·화해가 이루어져 재판까지 가지 않고 息訟文書를 제출함으로써 해결되는 사례도 많이 나타난다.

이상과 같이 본 연구에서 명·청시대 소송문서에 나타난 형사 분쟁 처리 과정을 살펴본 결과, 분쟁 해결 현장에서 중국의 전통적인 ‘無訟’에 대한 신념과 향촌자치의 관행이 뿌리 깊게 작용했음을 알 수 있었다. 명초에 국가에 의해 실시되었던 향촌재판은 향촌사회의 분쟁을 자체적으로 해결하여 관으로 정식 소송을 제기하지 않게 하는데 어느 정도 효과가 있었다. 명중기 이후 사회경제적인 변화와 함께 이해관계가 복잡하게 얽히면서 이노인에 의한 향촌재판은 더 이상 분쟁을 효과적으로 해결하지 못하게 되었다. 또한 사소한 다툼이 중대한 형사사건으로 확대되는 사례 역시 많아졌다.

그러나 향촌자치의 관행이 계속 작용하여 향약, 보갑 등 향촌조직의 담당자나 족장과 같은 민간의 조정, 중재를 통해 소송을 하기 전에 분쟁이 해결되기도 했다. 또한 관에 정식으로 소송이 제기된 후에도, 사건을 조사하는 과정에서 조정·화해가 이루어져 재판까지 가지 않고 분쟁이 해결되는 사례도 확인할 수 있었다. 지방관의 소송 처리 과정에서도 분쟁을 방지한다는 목적 하에 개별 사안에 따라 가장 적절한 방법을 모색하려고 했기 때문에, 재판과 민간의 조정을 병용하는 경우가 많았다.

제4절 일본의 전통적 대체분쟁해결제도²⁴⁶⁾

1. 제도의 배경 및 의의

지금으로부터 약 150~400년 전, 일본은 에도 막부(江戸幕府)가 통치했던 시대였다(1603~1868년). 당시의 사회는 혈연 공동체 또는 촌락 공동체가 생활의 기반이 되는 시대였다. 이러한 에도시대에는 공동체 안에서 어떠한 갈등과 분쟁이 생겼을 경우에 재판에 의한 판결(「裁許」)이 아니라, 우선적으로 당사자의 합의와 화해를 분쟁해결 수단으로 삼는 나이사이(内濟) 제도가 활발히 기능하였다. 일본에서는 역사학이나 법제사의 관점에서 나이사이라는 흥미로운 주제에 대해서 오랫동안 연구가 진행 되어왔지만, 최근에는 대체적 분쟁해결방법(특히 Alternative Dispute Resolution ; ADR)을 모색하는 가운데, 현대 법학의 관점에서 에도시대 나이사이 시스템에 대한 주목이 높아지고 있다.²⁴⁷⁾

나이사이란 분쟁이 발생하였을 경우 재판 판결 이외의 방법으로서 중재자인 제3자를 통해 분쟁 당사자 간의 화해, 합의 등을 이끌어 내어 분쟁을 해결하는 것을 말한다.²⁴⁸⁾ 특히 분쟁해결 과정에서 해결에 이르기까지 제3자에 의한 알선 절차를 「扱(아츠키아)」, 또는 「取扱」, 「嚢」라고 한다.²⁴⁹⁾ 민사와 관련한 나이사이 대상사건은 오늘날의 법제상에서는 민법상「화해」제도에 해당한다고 볼 수 있다.²⁵⁰⁾ 또한 재판외의 제3자가 분쟁해결에 관련한다면 「조정」에 의한 화해」에 가까울 것이고, 더욱이 그 제3자가 官吏라면 실제로는 「조정」보다 오히려 「중재」에 가까울 것이다. 다만, 나이사이에서는 분쟁해결을 위한 합의의 조건에 대해서 당사자 쌍방이 제3자에게 일임하는 것보다도 당사자 쌍방의 충분한 대화와 협의를 알선하여 합의에 이르게 하는 것에 제3자의 존재의의가 있었기 때문에

246) 이하의 일본의 전통적 대체분쟁해결제도인 나이사이에 관한 논의는 저자의 拙稿 (안성훈·오카자키 마유미 (2012), “나이사이(内濟)제도에 대한 소고-일본 에도시대의 전통적인 대체적 분쟁해결방법-”, 피해자학연구 제20권 제1호)를 참고하여 작성하였다.

247) 大平祐一 (2005), “内濟と裁判”, 藤田覚編, 近世法の再検討—歴史学と法史学の対話, 山川出版社, 5쪽.

248) 大平祐一, 위의 논문, 15쪽.

249) 牧健二, 위의 논문, 204쪽.

250) 위의 논문, 203쪽.

「조정에 의한 화해」가 가장 적절한 표현이라고 생각한다.²⁵¹⁾ 에도시대는 당사자 사이 합의에 의한 분쟁해결이 원칙이었기 때문에 이러한 나이사이 제도가 통치자인 에도 막부로부터 종종 장려되었고, 상당히 활발하게 기능하고 있었다.²⁵²⁾

나이사이에 의한 분쟁해결 방법, 즉 당사자 간의 합의 형성을 목적으로 한 분쟁해결 방법은 에도시대에 갑자기 시작된 것은 아니다. 율령(律令) 시대에는 나이사이는 사화(私和)라고 불렸고²⁵³⁾, 특히 민사 사건에 한정한다면 카마쿠라(鎌倉) 시대부터 무로마치(室町) 시대(12세기 후반~16세기)에 걸쳐 주로 토지 소유에 관한 분쟁(「所務沙汰」라고 한다.)에 대해서는 화여(和與)라고 하는 당사자 간(혹은 제3자가 개입하여) 분쟁을 해결하는 방법이 기능하고 있었다. 나이사이는 이러한 사화나 화여라는 분쟁해결 방법의 계보를 잇는 제도이다.²⁵⁴⁾ 또한 후술 하듯이, 법적인 분쟁이 발생했을 경우 나이사이의 대상사건이 되는 것은 민사는 물론 형사사건도 이에 해당하였다. 다만, 민사사건의 경우에는 대부분 나이사이의 대상이 되었지만 형사사건의 경우에는 부분적으로 나이사이의 대상이 되었다.

2. 나이사이 제도의 유형

법적 분쟁이 발생하였을 경우, 나이사이가 기능하는 시기, 즉, 언제 나이사이가 시작되는가라고 점을 기준으로 나이사이의 형태를 분류하면, 다음과 같이 두 가지 형태로 구분할 수 있다. 첫째는 소송 제기전의 나이사이이다. 즉, 민사사건의 경우에 당사자가 재판을 제기하기 전에 그 당사자가 사는 마을 관리(官吏)나 장로(長老), 혹은 조정인인 아즈카이닌(掇人)²⁵⁵⁾ 등의 제3자가 개입하면서 분쟁 당사자 쌍방이 비공식적으로 사건을 해결하는 형태이다.²⁵⁶⁾ 둘째는 소송 제기

251) 大竹秀男 (1952), “近世水利訴訟法における「内済」の原則”, 法制史研究 第1号, 206-207쪽.

252) 大平祐一, 위의 논문, 13쪽.

253) 牧健二, 위의 논문, 204면. 牧健二의 논문에서는 재판의 분쟁해결방법이라는 의미로 「私和」라는 말을 사용하는 구체적인 예로 고대 중국의 賊盜律에는 「凡祖父母父母外祖父母, 及夫為人所殺, 私和者徒三年……」이라고 하는 조문을 제시하고 있다.

254) 西村安博 「前近代社会における伝統法文化の一斑—「和與」と「内済」をめぐって—」, 「法政理論」, 第32卷第2号(1999) 참조.

255) 아즈카이닌(掇人)에 대한 구체적인 내용은 후술하는 「4. 나이사이 제도의 절차와 기능」 참조.

후의 나이사이이다. 이것은 당사자의 소송 제기 후 재판을 담당하는 관리가 나이사이에 의해서 해결해야 한다고 하는 판단을 당사자에게 권고 혹은 장려하고, 그에 따라 당사자 간(대부분의 경우, 제3자를 개입시켜)에 합의를 형성하여 사건을 해결하는 형태이다.

이와 같이, 에도시대는 원칙적으로 당사자 간 합의에 의하여 분쟁을 해결해야 한다고 하는 사상이 있었기 때문에 소송 제기 전후에 관계없이 나이사이는 언제라도 기능할 수 있었고, 오히려 재판 심리 과정 중에 재판 관리에 의해서 항상 나이사이가 장려되고 있었다.²⁵⁷⁾ 다만, 일반적으로 나이사이라고 하면 소송 제기 후의 나이사이를 의미하는 것으로 이해된다.²⁵⁸⁾ 따라서 본보고서에서 논의하는 나이사이도 기본적으로 소송 제기 후의 나이사이를 말한다.²⁵⁹⁾

3. 나이사이 제도의 대상사건

나이사이제도는 어떠한 분쟁에 대해서 기능할 수 있었을까? 이하에서는 나이사이제도의 대상사건에 대해서 살펴보고자 한다.

에도시대는 전통적인 조선시대의 법이나 중국법과 같이, 민사·형사사건의 구분이 분명하지 않았다.²⁶⁰⁾ 그렇지만 채권·채무 관계나 토지를 둘러싼 분쟁 등, 현재에도 전형적인 민사사건으로서 볼 수 있는 사건은 대개 「出入物; 데이리모

256) 에도시대에 있어서, 당사자 간의 분쟁 해결시, 제3자를 통하지 않고 당사자끼리 해결하는 것을 특히 「相対」라고 불렀다.)

257) 牧健二, 위의 논문, 205쪽; 大竹秀男, 위의 논문, 188쪽 주5 참조.

258) 大平祐一, 위의 논문, 27쪽.

259) 「内济」의 형태는 지역에 따라 차이가 있었다고 생각된다. 특히 정치적 중심지이었던 「江戸」(현재의 東京을 비롯한 関東地方)와 경제적 중심지이었던 「上方」(현재의 京都・大阪를 중심으로 한 畿内地方)에서는 법문화(특히 거래법이나 생활에 밀접한 법관습—토지나 산림, 水利에 관한 법관습—)에 있어 크게 차이가 있었기 때문에 당연히 「内济」의 형태도 차이가 있었을 것으로 생각된다. 다만, 재판외에서 분쟁을 해결한다고 하는 본질에 있어서는 차이가 없었을 것이다.

260) 예를 들어, 근대법과 같은 「민사책임」과 「형사책임」의 엄격한 구별은 없었다. 채무불이행 책임이 형사책임을 부담하는 것에 의해서 소멸하거나, 반대로 배상책임을 부담하는 것에 의해서 형사책임을 면하는 경우도 있었다. (服藤弘司「刑事法と民事法」, 創文社(1983), 28쪽.)

노」(「公事出入」)라고 하고, 살인이나 상해, 절도 등 현대의 전형적인 형사사건은 대개 「吟味物」, 긴미모노」라고 하여 재판절차에 차이를 두면서 양자를 구별하였다.²⁶¹⁾ 이러한 구분을 바탕으로 「出入物」의 경우는 나이사이에 의한 해결을 원칙으로 하는 경향이 강하였고, 형사사건인 「吟味物」의 경우에도 일부는 나이사이에 의한 해결이 시도되었다. 이러한 나이사이 제도의 대상사건을 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가. 「出入物」(데이리모노)²⁶²⁾

전술한 바와 같이, 금전 대차에 의한 채권·채무 관계나 토지 가옥을 둘러싼 분쟁, 또한 소작 사건 등을 포함하는 「出入物」 전반이 나이사이 사건의 대상이 될 수 있었다. 다만, 「出入物」라고 하여 일률적으로 (자동적으로) 나이사이로 처리되는 것은 아니었다. 「出入物」중에서도 좀 더 내용이 검토되고 나이사이로 처리해야 할 필요성이 높은 것, 「内濟」로 처리되면 안 되는 것 등 나이사이에 해당하려면 필요한 조건이 몇 가지 있었다.²⁶³⁾ 이하에서는 나이사이로 처리해야 할 대표적인 사건 그리고 나이사이로 처리해서는 안 되는 대표적인 사건에 대해서 살펴보고자 한다.

우선 「出入物」중 특히 소송수가 많았던 채권·채무 관계 사건의 경우, 사건 내용이 ① 「仲間事」(수 명의 동료 간의 영리사업을 둘러싼 이익분배청구권, 「木戸錢」이라는 연극·홍행장의 입장료 등에 관한 채권, 無尽金(계)을 둘러싼 채권) 인지의 여부, ② 「金公事」(물적 담보를 수반하지 않는 이자가 붙은 채권)인지의

261) 「出入物」과 「吟味物」는, 律令 이래 이용되어온 「聽訟」과 「斷獄」이라는 구분의 계보를 계수한 것으로, 에도시대에 접어들어 「出入物」와 「吟味物」라는 말로 대체되어 정착되었다. (위의 책, 25쪽.) 또한 服藤弘司는 「聞伝奏書」 제10권에서 「公事出入と吟味物差別之事」라는 자료를 제시하면서 「出入物과 吟味物을 구별하는 중요한 기준은 상대방(피고)에게 답신서(변명서)의 제출을 인정하는지의 여부 …… 즉, 吟味物에서는 상대방에게 답신서의 제출은 인정되지 않고 奉行所(재판 관아)가 직권에 의해 일방적으로 범인을 심리한 반면, 出入物에서는 상대방의 변명을 듣기 위해 답신서를 제출시켜서 이것에 의해 원고·피고 간에 합의가 되면 「内濟」가 인정되고, 또한 소송의 취하(願下け)도 허용되었다」라고 지적한다. (위의 책, 36-37쪽.)

262) 현재 민사사건에 해당한다.

263) 大平祐一, 위의 논문, 24쪽.

여부가 중요한 기준이 되었다. ① 「仲間事」라고 한다면 소송제기는 허용되지 않았고, 만약 제기하더라도 수리되지 않았으며, ② 「金公事」라고 한다면 소송수리는 되더라도 매우 제한적이었다.²⁶⁴⁾ 이런 종류의 사건은 어디까지나 「私事」(즉, 「公」= 통치자에 관계하지 않는 사건)이며, 더욱이 「仲間事」나 「金公事」는 추잡스러운 거래관계로 간주되었기 때문에 「御上」=에도 막부나 그 관리에게 수고를 끼쳐서는 안 되는 것이라고 간주되었다.²⁶⁵⁾ 즉, 이러한 종류의 분쟁은 당사자 간의 화해에 의해서 해결해야 하는 것이었다. 한편, ③ 「本公事」(무이자 금전채권이나, 물적 담보를 수반하는 이자가 있는 채권 등)의 경우는 「私事」로서 처리하지 않고, 관리가 보호해야 할 사건으로 간주되어, 나이사이뿐만 아니라 경우에 따라서는 재판에 의한 해결의 길도 열어 주었다.²⁶⁶⁾

더욱이, 「論所」라고 하는 水利, 入会²⁶⁷⁾, 산이나 촌락의 경계에 관한 사건 등의 경우 나이사이에 의한 분쟁 해결이 최우선적으로 고려되었다.²⁶⁸⁾ 이러한 「論所」사건은 사람들(특히 농민들)의 생활에 직결되는 문제²⁶⁹⁾이었기 때문에 당사자 쌍방의 주장은 보다 강렬하였고, 「論所」의 성질상 대개 분쟁의 사실 관계가 복잡하였기 때문에 간단히 해결될 수 있는 사건이 아니었다. 또한, 재판 관리가 「論所」에 관한 사건을 잘 처리할 수 있다고 한다면 마을 사람들의 신뢰를 보다 얻을 수도 있었겠지만 만약에 타당하지 않은 판결을 내리게 되면 사람들의 생활이 혼란에 빠질 뿐만 아니라 재판 官吏에 대한 신뢰까지 잃을 우려가 있었다. 그 때문에 「論所」사건의 경우에는 해결을 서두르지 않고 나이사이에 의해서 분쟁 당사자 쌍방이 잘 납득해서 합의하는 것이 최우선이라고 생각했던 것이다.²⁷⁰⁾

264) 「公事方御定書」 제33조 「借金銀取捌之事」에 「仲間事」과 「金公事」의 재판 처리에 관한 규정이 있다.

265) 大平祐一, 위의 논문, 13-14쪽; 牧健二, 위의 논문, 210쪽.

266) 大竹秀男, 위의 논문, 185-186쪽; 牧健二, 위의 논문, 210쪽.

267) 일정 지역의 주민이 관습에 따라 일정한 산림·들·어장 등에 들어가서 그것을 공동으로 이용하여 풀·땔감·물고기 등을 채취하는 일을 말한다.

268) 大竹秀男, 위의 논문, 184쪽; 高柳眞三 「和解主義に立つ裁判」 「中央公論」第56卷4号.

269) 특히 농민의 생산수단으로 절대적인 의미를 갖는 用水에 관한 분쟁(「水論」)은 사람들의 생활이 걸린 문제이었을 뿐만 아니라, 농민의 생산으로부터 세를 징수하는 영주에게 있어서도 중대한 문제이었다. 그러므로 「水論」에 대해서는 특별히 신중함이 요구되어 재판보다도 「内濟」에 의한 원만한 분쟁해결이 시도되었다.

또한 분쟁에 신분 관계 (부모와 자식, 부부, 백부 백모와 생질, 형제, 주인과 고용인 등)가 관련되는지가 나이사이 사건에 해당되는 기준이 되었다. 이것은 말할 것도 없이 에도 막부의 통치 사상이 유교에 의거하였기 때문에 특정한 신분 관계가 있는 사람끼리의 공적인 소송을 용인하는 것은 도덕적으로 용인할 수가 없었기 때문이다. 이러한 경우에는 분쟁 당사자가 소송을 제기하더라도 관리가 수리하지 않고 나이사이를 명하는 것이 원칙이었다.²⁷¹⁾

나. 「吟味物」(긴미모노)²⁷²⁾의 일부

「吟味物」, 즉 형사사건의 나이사이에 대해서는 에도시대에 편찬된 「公事方御定書」²⁷³⁾라는 법전 속에 나이사이 대상사건에 관한 규정이 있다. 그 내용은 다음과 같다.

「公事方御定書」, 下卷 第十五條²⁷⁴⁾

「出入扱願い取り上げざる品並扱日限之事」²⁷⁵⁾

- 一. 火附 (방화)
- 一. 盜賊 (도적)
- 一. 人殺 (살인)
- 一. 人勾引 (약취 유인)

270) 牧健二, 위의 논문, 212쪽.

271) 위의 논문, 211쪽.

272) 현재 형사사건에 상당한다.

273) 「公事方御定書」는 에도 막부 8대 장군 徳川吉宗가 재판, 행정의 준거법이 되도록 편찬한 법전으로, 상하권으로 되어 있다. 상권은 사법경찰 관계의 중요한 법령을 81개조에 걸쳐 규정하고 있고, 하권 대부분은 형벌 규정과 형사소송절차를 103개조에 걸쳐 규정하고 있다. 法源은 기본적으로 에도시대의 관습을 성문법화한 것이지만, 吉宗가 주도적으로 새롭게 제정한 조문도 있다. 또한 중국 명나라의 「大明律」의 영향을 받은 부분도 있을 것으로 생각된다. 직접적으로는 막부 직할지에서 효력을 가졌지만, 간접적으로는 직할지 이외의 각 「藩」에서도 많이 참조되었다.

274) 石井良助編 「徳川禁令考 別巻」創文社(1991). 또한 이 조문은 「公事方御定書」하권이 寛保3년(1743)에 증보·수정되었을 때에 더해진 규정이다. (石井良助編 「徳川禁令考 後集第一」創文社(1990), 420-421쪽). 또한, 이 조문에 열거된 「火附」이하 각 범죄에 대해서는 「公事方御定書」하권 중에 형벌이 각각 규정되어 있다.

275) 전단부분을 발췌. ()안은 필자의 번역.

- 一. 逆罪之もの (존속이나 주인에 대한 범죄)
- 一. 名主等私曲非分 (名主²⁷⁶⁾의 부정행위)
- 一. 博奕三笠附取退無盡 (도박)
- 一. 隱賣女 (비합법적인 매춘)
- 一. 巧事 (계획적으로 금품을 사취하는 것)
- 一. 右之外二も, 公儀江掛リ候出入, 扱之儀願出候共, 爲扱申間敷事° (公儀(에도 막부)에 관한 범죄)

이 조문에는 나이사이의 대상사건으로 다루면 안 되는 사건들을 열거하고 있다. 즉, 위에서 열거한 대상사건에 대해서는 반드시 관리의 재판에 의해서 가해자에게 처벌을 내려야했다. 열거된 대상사건을 살펴보면, 모두 전형적인 형사범죄로서 이러한 형사사건에 대해서는 원칙적으로 나이사이에 의한 해결을 금지하고 있었던 것으로 보인다.²⁷⁷⁾ 그렇지만 형사사건의 일부는 나이사이의 대상이 될 수 있었는데 그 대표적인 사건은 상해사건이었다.²⁷⁸⁾ 다만, 상해사건이라도 모든 사건이 나이사이의 대상이 된 것이 아니고 나이사이 대상 상해사건 기록의 분석에 따르면 ① 피해자 후유증의 유무, ② 피해자·가해자 사이의 신분 관계의 유무, ③ 가해자에 의한 상해의 태양에 특별한 흉악성이 인정되는지의 유무를 기준으로 하여, ① ~ ③에 해당하는 상해 사건의 경우에는 나이사이의 대상이 되지 않고 관리의 재판에 의해서 가해자의 처벌을 결정해야했다.²⁷⁹⁾ 한편, ① ~ ③에 해당하지 않는 경우, 예를 들면 말다툼을 발단으로 하는 가벌성이 적은 사소한 상해사건은 나이사이에 의해서 당사자 간 분쟁해결의 합의를 형성²⁸⁰⁾하고, 이를 근거로 관리의 재판에 의한 처벌을 면제한 것도 있었다.²⁸¹⁾

276) 名主는 代官(에도 막부의 관리로, 지방에서 행정이나 사법을 담당하는 자)의 아래에서 마을의 행정 일반을 담당한 촌장을 말한다.

277) 陶山宗幸 「江戸幕府の刑事内済—傷害罪の検討を中心として—」, 「法制史研究」第41号(1992), 101쪽.

278) 牧健二, 위의 논문, 208쪽. 덧붙여 陶山宗幸의 위의 논문과 山田勉 「延岡藩の刑事内済」, 「日本史研究」第297号(1987)는 에도시대의 형사 「内済」사건에 대해서 다룬 논문이다.

279) 陶山宗幸, 위의 논문, 107-111쪽.

280) 예를 들어, 치료비나 위로금의 수수 등을 들 수 있다.

281) 상해죄에 있어서의 피해자의 치료비는 「公事方御定書」에서 일률적으로 「銀一枚」로 규정되어 있었다. 그 때문에 피해자에게 있어서는 치료비나 위문금을 임의적으로 정할 수 있는 「内

이렇게 보면 「出入物」이나 「吟味物」에 있어서 에도 막부의 통치 질서의 토대가 되는 사상 즉 충효(忠孝), 인애(仁愛) 등의 유교(儒敎)·주자학(朱子學)적인 사상이나 사회 질서의 혼란을 초래할 가능성을 내포한 사건, 즉 「公」에 관계하는 사건에 대해서는 당사자 간의 합의에 의해 분쟁을 해결하는 나이사이가 활용되지 않았지만²⁸²⁾, 그 외에 사람들의 일상생활에 밀접한 사건의 경우에는 분쟁 내용이 사람들의 생활 기반과 관계하는 것일수록 재판 관리가 개입하는 것보다는 당사자 간의 납득이나 합의를 최우선적으로 한 해결을 지향하고 있었다는 것을 알 수 있다. 이것이 일본 에도시대의 분쟁 해결에 대한 태도라고 볼 수 있다.

4. 나이사이 제도의 절차와 기능

다음은 실제로 나이사이가 어떻게 진행되었는지, 나이사이의 진행 절차에 대해서 살펴보고자 한다. 이에 앞서 전술한 바와 같이 나이사이는 대부분의 경우 분쟁 당사자에 제3자가 개입하여 그 제3자의 중재를 바탕으로 분쟁해결을 지향하는 제도이었기 때문에 나이사이의 진행 절차를 이해를 돕기 위해서 먼저 ‘제3자’에 대한 설명을 하고자 한다. 「扱人」은 알기 쉽게 현재의 법률용어로 말하자면 「조정인」에 해당하는 자로서 분쟁을 「화해」로 유도하는 제3자이다. 이 「扱人」이 어떻게 선임되는가에 대해서는 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 먼저 ① 분쟁 당사자가 선임하는 경우 그리고 ② 「扱人」이 될 수 있는 자가 이 분쟁해결을 위해서 자발적, 적극적으로 나서는 경우, 또한 ③ 재판 관리가 선임하는 경우가 있었다.²⁸³⁾ 「扱人」이 되기 위한 특별한 자격은 필요 없었지만²⁸⁴⁾, 분쟁 당사자를

「済」가 보다 유리한 방법이었다. 또한, 만약에 가해자에게 과형(科刑)이 되면 피해자에게는 어떠한 구제 조치도 주어지지 않았다. 따라서 사람들은 경미한 상해죄라면 「内済」에 의해서 해결하는 것을 보다 희망하였다고 볼 수 있다. 이러한 지적은 「聞伝叢書」9권을 바탕으로 陶山宗幸, 위의 논문, 124쪽에서 상세히 기술하고 있다.

282) 이 외에도 사회 발전에 따라 새롭게 발생한 범죄 유형, 예를 들어 「車を引掛人殺」등의 범죄는 「内済」가 인정되지 않았다. (陶山宗幸, 위의 논문, 103쪽.)

283) 모두 경우 정식으로 「扱人」이 되기 위해서는 반드시 재판 官吏에 의한 임명이 필요하였다. 그러므로 「扱人」은 공적인 「内済」기관이었다고도 말할 수 있다. (大竹秀男, 위의 논문, 202쪽.)

284) 다만, 보수를 받을 목적으로 하는 영업적인 「扱人」의 개입은 금지되었다. (위의 논문, 202쪽.)

잘 알고 분쟁 내용에 대해서 잘 이해하고²⁸⁵⁾, 평소부터 재판, 행정기관과의 관계도 가지고 있었던 자가 선임되는 경향이 있었던 것으로 보인다. 구체적으로는 「名主」나 「庄屋」²⁸⁶⁾, 혹은 寺院(승려), 「公事宿」이나 「郷宿」²⁸⁷⁾이 선임된 기록이 많이 남아있다.²⁸⁸⁾ 이들 모두 그 지역에서 지역민들로부터 덕망 있는 신뢰 받는 존재이자 법적인 분쟁 처리에 있어서 충분한 능력을 갖춘 존재였다. 그러한 사회적, 신분적 지위가 높은 자나 법적 분쟁처리 능력을 갖춘 자가 조정인이 되어 분쟁 당사자를 중재하면 「扱人」의 체면이 상하지 않도록 하기 위하여 분쟁 당사자 쌍방이 합의를 형성하는 의욕을 높이거나, 혹은 분쟁해결에의 타협안에 대한 설득력을 높여서 보다 원만한 해결을 기대할 수 있었던 기능도 나이사이 제도를 유지한 큰 요인이었다.²⁸⁹⁾

이하에서는 실제로 「出入物」(민사)·「吟味物」(형사)에 있어서의 나이사이 대상사건의 자료를 예로 들어 구체적인 사건 경과를 살펴봄으로써 나이사이 진행 절차 과정을 알아보고자 한다.²⁹⁰⁾

[具体的事例 1] - 「出入物」

〈原文〉

「指上申用水内濟規定証文之事」²⁹¹⁾

285) 「論所」 등 사람들의 생활 기반에 관한 분쟁이라면 더욱더 그러하다.

286) 「名主」나 「庄屋」는, 「代官」(에도 막부의 관리로 지방 행정, 사법을 담당하는 자) 의 아래에서 마을 행정 일반을 담당한 촌장으로, 신분은 농민이었다.

287) 「公事宿」이란 소송을 위해서 시골에서 도시부로 나온 자를 위한 숙소이다. 또한, 「郷宿」이란 시골의 사람들이 公用을 위해 代官 소재지에 체재할 때의 공식적인 숙소이다. 「公事宿」은 訴狀을 작성하거나 소송절차를 대행하며, 「郷宿」도 領主와 농민의 중개역을 담당하였다.

288) 이 제3자에 해당되는 자는 마을 관리나 당사자를 잘 아는 친족 등 연고자가 「扱人」; 아츠카 이닌」으로서 선임되어 나이사이에 의한 분쟁해결 과정에 참가하였다. 大竹秀男, 위의 논문, 202쪽.

289) 牧健二, 위의 논문, 221쪽.

290) 나이사이는 소송 시작의 전후 (판결인 「裁許」가 나오기 전이라면) 언제라도 나이사이에 의해서 분쟁해결을 할 수 있는 특성을 가지고 있기 때문에 여기서 그 다양한 절차를 정리하여 일률적인 나이사이 진행 절차 과정을 제시할 수는 없다. 그러나 일반적인 나이사이 사례를 살펴봄으로써 나이사이 진행 절차 과정의 개략적인 모습을 파악하는 것은 가능할 것이다.

291) 福井県文書館所蔵「加藤与次兵衛家文書」(1852年 史料). 이 자료는 원문 데이터베이스로

一、六條用水組合上六條村地內字一ノ堰、当年過分二底石伏上ケ候二付、水下モ天王・下六條・江端右三ヶ村御田地順水不仕難儀迷惑仕、無據 ① 御役所様江御願申上候處、② 御慈悲之上双方被召出御利解被仰付、猶又下方二而内濟取計候様被仰付、③ 則喫人として井番新左衛門殿御指向被成下 ④ 依之右新左衛門殿双方被相調格別之心配を以見詰之上和談取計被吳候、是偏二御上様御威光之御陰故と難有奉存候、右二付双方立合之上字一ノ堰四寸貳分爲下ケ、且上六條村ヨリ八大工利三郎、下三ヶ村ヨリは大工十右衛門差入、水繩を以左之通規定 ⑤ 濟口仕双方納得仕候

一、水通し底石表ヨリ四面泥底迄三寸六分二致規定、猶又其余ハ安永年中規定表之通幅内法四尺三寸・長四尺幅壹尺之緣石、右之通普請仕村々難難ン二順水仕、小前末々迄承知納得仕難有仕合奉存候、尤以後普請之節ハ、井番新左衛門立會締証文之通相仕立可申候、然ル上ハ此末右御規定二相背不法申立候者御座候ハハ、御吟味之上何様之越度二被仰付候共少も御恨無御座候 ⑥ 爲後日村々役人共印形仕濟口規定証文差上申處依而如件

嘉永五子年八月

上六條村 長百姓 与兵衛	庄屋 猪左衛門
天王村 長百姓 茂左衛門	庄屋 多右衛門
下六條村 長百姓 源兵衛	庄屋 与三右衛門
江端村 長百姓 甚兵衛	庄屋 市右衛門
前書之通相違無御座候、	爲後証奥印仕指上申候、以上
扱人 井番 新左衛門	

이 사건은 用水(堰)를 둘러싸고 「天王村・下六条村・江端村」이라는 세 개의 마을(원고)이 「上六条村」이라는 마을(피고)에 대해 用水의 불편을 호소하고 개선을 요구한 사건으로 「論所」(水論) 사건에 속한다. 「上六条村」가 「堰」의 底石을 필요 이상으로 쌓았기 때문에 그 「水下」(「堰」를 기준으로 「上六条村」에서 아래쪽)에 위치하는 원고인 세 개의 마을이 용수의 이용에 관해서 불편을 입고 있었기 때문에 그 개선을 요구하기 위해서 세 개의 마을이 「上六条村」을 상대로

소송을 제기한 것이다. 이 자료에서 볼 수 있는 소송의 제기부터 해결에 이르기까지의 과정을 개관하여 설명하면 다음과 같다. (원문중의 ① ~ ⑥과 다음의 설명 ① ~ ⑥은 대응한다.)

① 세 개의 마을 「天王村・下六條村・江端村」의 대표자는 용수를 원활하게 이용하기 위해서 「堰」 개선을 요구해서 「上六條村」을 상대로 재판 관아(「御役所樣」)에 소송을 제기하였다.

② 재판을 담당한 官吏는 세 개의 마을(원고)과 「上六條村」(피고)을 소환하여 쌍방의 주장을 들은 후, 이 사건은 「內濟」로 처리해야 한다고 판단하였다. 그리고 당사자에 대해서 「內濟」를 하라고 명하였다.

③ 더욱이 재판 官吏는 「井番²⁹²⁾・新左衛門」이라는 남자를 「扱人」으로서 임명하였다.

④ 新左衛門은 소송을 제기한 세 개의 마을과 「上六條村」 쌍방의 주장을 조사하고 고려하면서 구체적인 「堰」 설계 개선책을 마련하여 해결안을 작성하였다.

⑤ 그 해결안에 대해서 세 개의 마을과 「上六條村」 쌍방이 납득하였다.

(기울임 부분: 이렇게 해서, 쌍방이 납득한 부분은 향후 해결안대로 이행할 것을 약속하고, 만약에 당사자가 이 해결안의 결정에 따르지 않을 경우는 어떤 책임을 지더라도 전혀 반론하지 않다고 맹세하였다.)

⑥ 후일, (원고・피고 양자) 각 마을의 官吏들은 해결의 구체적 내용, 그리고 당사자 쌍방이 납득한 것에 대한 증명서(「濟口証文」)에 도장을 찍고 재판 관아에 상회하였다.

292) 본 연구 작성중 「井番」이라는 말의 의미를 명확하게 제시한 자료를 찾아볼 수 없었기에 확실한 의미는 알 수가 없다. 그러나 한자로부터 추측하건데 아마도 우물을 지키는 자로, 에도시대에 있어서의 「水番」(하천이나 용수지 등 관개용수를 지키던 자)과 비슷한 존재이었을 것으로 추측된다.

[具體的事例 2] - 「吟味物」

〈原文〉

「檢使御免例書」293)

文化九申年十一月

- 一、北方村之内早人門荒平二て、山師共之内、同所虎次郎と申もの娘江及狼藉候趣、① 昨夜中申達有之候二付、奉行衆江内達之上、同心鈴木庄助、肥地要右衛門、② 其後右一件之儀内濟取計可然と、③ 又候同心弥平と要右衛門差遣、相手鞍岡村右次郎と申者二て、同心親類之内北方村江罷越候様、奉行衆より宮水表江申し參、右右次郎村役人親類預二相成居、④ 虎次郎娘怪我全快二付、養生銀として貳百五拾目、鞍岡村より差出、尤怪我平癒全快以後申分無之と申儀、⑤ 書面相認、一件相片付候事

이 자료는, 「山師」(광산 경영의 도급을 맡은 직업)인 「虎次郎」라는 남자의 딸에 대한 「狼藉」(폭행)사건이 어떤 경과를 거쳐 처리되었는지를 나타내는 자료이다. 「狼藉」사건이므로 「吟味物」(형사사건)에 해당한다. 이에 이 자료에서 알 수 있는 사건의 발단에서부터 해결에 이르기까지의 과정을 살펴보면 다음과 같다. (원문중의 ① ~ ⑤와 다음의 설명 ① ~ ⑤는 대응한다.)

- ① 「虎次郎」의 딸에 대한 「狼藉」사건이 발생하여 상사의 명령을 받은 同心(치안 유지 등을 담당한 경찰과 같은 官吏) 「鈴木庄助・肥地要右衛門」이라는 자들이 사건 수사를 시작하였다.
- ② 그 후 同心들의 상사인 奉行이 수사 보고를 받고, 이 사건을 「内濟」로 처리해야 한다고 판단하였다.
- ③ 奉行의 판단을 바탕으로 부하인 同心들은 구속 중의 가해자 「右次郎」의 친족을 피해자의 소재지로 소환하였다.
- ④ (파견된 同心들이 「扱人」으로서 가해자의 친족과 피해자를 중재하면서) 피해자인 「虎次郎」의 딸의 상처가 완치될 것 같았기 때문에 위로금(「養生金」)

293) 明治大学図書館所蔵「内藤家文書」(1812年 史料). 이 사례에 대한 논의는 山田勉, 위의 논문, 1-28쪽 참조

으로 금액 250目的 돈을 가해자로부터 받아 피해자에게 보내고, 한편 피해자는 상처가 완치되면 그 후 이 사건에 대해서는 아무것도 불평하지 않는다고 하는 내용을 약속하여 쌍방이 납득하고 합의가 성립되었다.

- ⑤ 쌍방 간에 합의가 성립된 것과 그 합의 내용에 대해서 문서를 작성하고 이 사건은 해결되었다.

이상과 같이, 본 논문에서는 두 가지 사례를 살펴보았다. 전술한 바와 같이, 두 가지 사건은 각각 민사사건과 형사사건이기 때문에 서로 사건의 성질이 다르고, 더욱이 많은 나이사이 대상사건 사례 가운데 하나의 구체적인 예로서 든 것이기 때문에, 이것이 바로 일반적인 나이사이 진행 절차 과정이라고 말할 수는 없다. 그러나 두 가지의 사례를 살펴보면, 다음과 같은 일련의 흐름이 있음을 알 수 있다. 즉, 「出入物」의 경우는 분쟁 당사자에 의한 소송 제기로, 「吟味物」의 경우는 범죄 수사로부터 시작되고 다음으로 그 사건을 담당한 재판 官吏가 나이사이로 그 사건을 처리해야 한다고 판단한 후 「扱人」을 임명하고 나이사이 절차가 진행되었다. 그리고 「扱人」이 중재하면서 분쟁 당사자(「吟味物」라면 피해자와 가해자) 간의 분쟁해결을 지향하는 합의 형성이 시도되고²⁹⁴⁾, 쌍방이 합의하면 그 내용을 문서(이 문서를 「済口証文」이라고 한다.)로 작성하고 재판 관아에 제출하였다. 이와 같이 나이사이가 성립한 것을 확인한 문서가 재판 관아로 제출되면 재판 관아는 그 문서에 근거하여 분쟁 당사자가 향후 그 사건에 관해 다시 다투지 않을 것을 약속하였다고 이해하여, 「出入物」의 경우에는 「済口証文」에 대한 「聞届」²⁹⁵⁾(認定)을 선고하고, 「吟味物」의 경우는 「済口証文」을 하나의 참고 자료로 하면서 가해자에 대한 추궁을 중지할 것을 선고하였다.²⁹⁶⁾ 이

294) 물론 쌍방이 합의를 형성하지 못하고 「内済」가 성립하지 않는 경우도 있었다. 그러한 경우에는 원칙적으로는 官吏에 의한 재판 절차에 들어가지만, 실제로는 이 재판 절차 중에도 재판을 담당하는 官吏가 당사자 쌍방에 대해 권유, 설득, 위협, 협박 등 모든 수단을 사용하면서 몇 번이나 「内済」에 의한 해결을 장려하고(사료에서는 특히 「御利解」나 「理解」라고 표현한다), 당사자 쌍방의 동의가 있으면 몇 번이나 「内済」할 기회를 주었다. 이와 같이, 재판 官吏는 가능한 한 「内済」에 의한 분쟁 해결을 지향하였다. (牧健二, 위의 논문, 206쪽; 大平祐一, 위의 논문, 6쪽 이하 참조)

295) 분쟁 당사자의 상대방(피고)이 답신서를 제출하지 않는 기간에 「内済」가 성립하면, 그것은 「済口」가 아니라 「願下げ」(소송의 취하라는 의미)라고 하였다. 다만, 이것은 절차상 형식적으로 명칭이 다를 뿐, 양자의 효력은 같았다. (大竹秀男, 위의 논문, 204-205쪽)

렇게 해서 나이사이의 결과인 당사자 간의 합의문서는 에도시대의 재판 판결인 「裁許」(=판결)와 같은 법적 효력이 부여되었다.²⁹⁷⁾

5. 소결

이상에서 살펴보았듯이 나이사이 제도는 에도시대에 에도 막부가 장려한 하나의 재판 외 분쟁 해결 수단이었지만 이것이 단순히 “막부의 방침”으로 끝나지 않고 사람들의 일반 사회생활에 침투하게 된 배경에는 분쟁 당사자 측에게도, 실무자인 재판을 담당하는 관리측에게도 각각 장점이 있었기 때문일 것이다. 하지만, 여기에는 장점뿐만 아니라 나이사이 제도의 장려에 의해서 발생한 문제점도 있었다. 이하에서는 나이사이 제도를 둘러싼 평가와 관련하여 제도의 장점 및 문제점을 중심으로 나이사이 제도에 관한 선행 연구²⁹⁸⁾가 지적하는 점을 몇 가지 정리해 보고자 한다.

먼저 장점에 대해서 살펴보면, 첫째는 분쟁 당사자에게 있어서 소송비용과 시간을 절약할 수 있었던 점이다.²⁹⁹⁾ 에도시대에 있어서 소송비용은 분쟁 당사자 쌍방의 부담이었다. 그 때문에 재판에서 분쟁해결이 길어지면 재판 관아에 출두하기 위한 여행 비용이나 「公事宿」과 같은 재판 당사자를 위한 숙소 비용을 부담해야 했고, 더욱이 농민이라면 재판이 진행되는 동안 생업인 농업에 전념할 수가 없다고 하는 단점이 있었다. 따라서 당사자가 서로 타협하면서 원활히 합의를 형성할 수 있는 나이사이 제도는 분쟁 당사자에게 있어서 매우 유효한 수

296) 「吟味物」의 경우, 원칙적으로 「内済」가 인정되지 않기 때문에 이론적으로는 가해자와 피해자가 화해하더라도 官吏에 의한 직권적 추궁을 완화할 수는 없었다. 그러나 당사자 쌍방간에 합의가 성립되고 더욱이 가벌성의 낮음이 인정되면, 그 이상 官吏에 의한 추궁을 행할 필요가 없는 경우도 있었다. 그런 경우에는 당사자 쌍방이 재판 官吏에게 탄원하고 관리가 그것을 받아 들여 은혜적으로 「内済」를 인정하고 가해자에 대한 직권적 추궁을 거두었다. (平松義郎「近世刑事訴訟法の研究」創文者(1960), 406-408쪽) 이러한 이유에서 실질적으로 형사사건에 있어서의 「内済」가 일부 인정되었다고 볼 수 있다.

297) 大竹秀男, 위의 논문, 206-209쪽.

298) 「内済」제도에 관한 근세인의 평가에 대해서는 大平祐一, 위의 논문, 6쪽 이하 참조.

299) 위의 논문, 24-25쪽.

단이었다고 생각할 수 있다.³⁰⁰⁾

둘째, 당사자 쌍방이 납득하여 분쟁을 해결함으로써 당사자 간의 관계회복을 기대할 수 있다는 점이다. 본 연구의 서두에서 말한바와 같이, 에도시대에는 일반인에게 있어서 혈연·지역 공동체가말로 살아가기 위한 절대적인 기반이었다. 그러한 공동체 속에서 분쟁이 발생했을 경우 그것을 해결하기 위해서 “소송에 의한 판결”이라고 하는 권력적인 재판을 통해 결과적으로 쌍방에 화근을 남길 가능성이 있는 방법보다는 당사자 간에 납득하여 합의를 형성하는 쪽이 생활 실정에 맞고, 보다 실효성 있는 분쟁해결을 기대할 수 있었다. 즉, 지역 공동체의 자율적 질서 회복을 원했던 것이다.³⁰¹⁾

한편 재판을 담당하는 관리에게 있어서의 장점은 첫째, 특히 「論所」등 사람들의 생활에 밀접한 一사활이 걸린 문제가 될 수 있는— 분쟁의 경우, 만약에 소송에 대해 재판 관리가 타당하지 않은 「裁許」를 내리면, 장래에 분쟁이 다시 반복될 가능성이 있었다. 그렇게 되면 「裁許」의 권위는 실추되고 나아가서는 관리나 에도 막부의 권위조차도 실추하게 될지도 모른다. 이러한 위험을 회피하기 위해서 특히 「論所」사건에서는 관리에게 있어서도 나이사이 제도가 아주 유효한 분쟁 해결 수단이었다.³⁰²⁾ 둘째, 에도시대에는 특히 경제적인 발전에 따라 소송 건수가 증가하였지만³⁰³⁾, 나이사이를 장려함으로써 재판의 양을 억제할 수 있고 소송의 지체 해소 등 사법 행정의 효율을 높일 수 있었다는 점³⁰⁴⁾도 관리의 측면에서 생각할 수 있는 장점으로 생각된다.

한편, 나이사이 제도에는 몇 가지 문제점도 있었다. 먼저 분쟁 당사자의 측면에서 생각할 수 있는 문제점으로서 나이사이에 의한 분쟁해결 과정에서 쌍방

300) 牧健二, 위의 논문, 217쪽.

301) 平川新「紛争と世論—近世民衆の政治参加—」, 東京大学出版会(1996), 250쪽 이하; 水本邦彦「近世の村社会と国家」, 東京大学出版会(1987), 207쪽 이하 참조. 더욱이 과도하게 엄한 형벌을 회피할 수 있었다고 하는 지적도 있다. (大平祐一, 위의 논문, 14쪽). 이것은 과도하게 엄한 형벌을 과하는 것을 회피함으로써 공동체의 동요를 막고, 안정된 통치의 도모로 이어졌다고 생각된다.

302) 大平祐一, 위의 논문, 14쪽.

303) 陶山宗幸, 위의 논문, 124쪽; 曾根ひろみ「6章 享保期の訴訟裁判權と訴—享保期の公儀—」, 松本四郎・山田忠雄編「講座日本近世史(4) 元禄・享保期の政治と社会」, 有斐閣(1980), 267쪽; 大平祐一, 위의 논문, 25쪽.

304) 陶山宗幸, 위의 논문, 124쪽.

에게 자유·대등한 논의가 보장되지 않았다고 하는 점이다. 해결안이 권력자나 유력자, 부자에게 유리한 결과가 될 가능성이 있었고, 혹은 빈자에게 특별한 호의를 베풀 결과가 될 가능성도 있었다. 그 때문에 반드시 공평한 논의가 된다는 보장이 없었던 것이다.³⁰⁵⁾ 또한 재판을 담당하는 관리의 측면에서 생각할 수 있는 문제로서는 나태와 태만으로 인해 관리가 일의 양을 줄이는 것을 도모하여 분쟁 당사자에 대해 나이사이를 강요하는 측면이 있고 원래대로라면 관리가 재판해야 하는 사건을 불합리하게 나이사이로 다룬 적도 있었다.³⁰⁶⁾ 특히, 사실 관계가 「公儀」(에도 막부)에 관계한 것은 재판을 담당하는 官吏에게 있어서 매우 신경을 쓰지 않으면 안 될 귀찮은 문제이었기 때문에 경원시 되, 간단히 나이사이로 처리해야 한다고 판단되는 경우가 많았다.³⁰⁷⁾

제5절 비교적 고찰

이상에서 살펴본 한국, 중국, 일본의 전통적 대체분쟁해결제도를 바탕으로 이 하에서는 세 나라의 전통적 대체분쟁해결방안을 비교 검토해보고자 한다. 이를 통해 세 나라의 제도들이 어떠한 공통점과 차이점을 가지고 있는지, 또한 같은 동아시아 유교 문화권에서 세 나라의 제도가 어떠한 관련성을 가지고 있는지 살펴보고자 한다. 비교에 있어서는 크게 전통적 대체분쟁해결제도가 나오게 된 배경 및 필요성을 살펴보고, 관련 규정 및 제도의 성격에 대해 살펴볼 것이다. 또한 이러한 제도가 어떻게 실제로 운영되었는지 살펴보고, 각 제도들의 운영에 있어서 부작용은 없었는지에 대해서도 살펴보고자 한다.

1. 제도의 배경 및 필요성

한·중·일 세 나라에서 대체분쟁해결방안이 나오게 된 배경 혹은 필요성은

305) 大平祐一, 위의 논문, 25쪽; 大竹秀男, 위의 논문, 211쪽; 牧健二, 위의 논문, 229쪽.

306) 牧健二, 위의 논문, 229쪽; 大平祐一, 위의 논문, 25쪽.

307) 牧健二, 위의 논문, 228쪽; 大平祐一, 위의 논문, 25쪽.

무엇일까. 우선 한국을 살펴보면, 조선 후기 국가가 형벌권을 엄격하게 통제하고 있는 상태에서, 민·형사 소송을 처리하고 분쟁을 해결해야 할 국가의 역할은 점점 더 증가하였다. 위에서 살펴본 바와 같이 관아의 수령이 하루도 쉬지 않고 5건 이상의 소송건을 처리해야 했으며, 여기에 민원, 행정 청원, 보고서 등의 업무가 더해졌기 때문에 대체분쟁해결방안의 필요성은 충분했으며 사소한 사건들에 대해서는 권장까지 되었을 것이라 추정된다.

동 시기 중국에서도 소송이 매우 활발하게 전개되었음이 최근 일본의 중국사 연구자에 의해 실증적으로 밝혀졌다. 최근 일본 교토대학교 후마 스스무(夫馬進) 교수는 청대(清代) 동치기(同治期) 13년(1862~1874) 동안의 파현당안(巴縣檔案) 분석을 시도하였다. 이를 통해 그는 당시 파현(巴縣)의 연간 평균 소송 문서수가 12,000매 ~ 15,000매, 소송 건수는 1,000건 ~ 1,400건(연평균 1,098건)으로 그 수가 상당히 많았다고 하였다. 당시 파현(巴縣)의 호수(戶數)가 약 126,600호이고, 소송 1건당 원고, 피고 두 명 이상이 관여한다는 것을 고려하여 매년 새로운 소송이 약 40~60호당 1건씩 제기되었다는 것이다.³⁰⁸⁾

이같은 분석 결과를 바탕으로 후마 교수는 ‘호송지풍(好訟之風)’, ‘건송지풍(健訟之風)’의 현상이 만연했던 명·청 시기 중국사회를 소송이 매우 활발했던 소송사회(訴訟社會, ‘Litigious society’)였다고 말한다. 당시 많은 백성들이 거리낌 없이 소송을 제기하였고, 소송 억제라는 사대부 관리의 일반적 원칙과 달리 실제 관아에서는 백성들의 소송을 억제하지도 않았다는 것이다.

이같은 후마 교수의 지적을 염두에 둘 때 조선후기 사회도 인구수 등을 고려할 때 앞서 민장의 수량은 중국 소송사회에 비견될 만큼 많은 수량이었으며, 조선시대 백성들은 자신의 권리를 지키고 분쟁과 갈등을 해결하기 위해 관아에 적극적으로 소송을 제기하였다고 할 수 있다. 당연히 소송의 처리는 수령의 감당하기 힘든 일이었을 것이며, 수령 입장에서는 민간에서의 분쟁이 관에 접수되기 전에 사적인 조정, 화해로 마무리되길 바랬을 것이다. 이는 위에서 살펴본 바와 같이, 일본에서도 해당되는 문제였다. 이를 통해 소송건수의 증가로 인해 대체적 분쟁해결방안의 필요성이 증가하였다는 것을 알 수 있다.

또한 한국, 중국, 일본에서 소송을 바라보는 부정적 관점 또한 대체분쟁해결

308) 夫馬進 (2011), “中國訴訟社會論概論”, 中國訴訟社會史の研究, 京都大學學術出版會.

방안을 통한 갈등의 해결이라는 방식에 일조하였을 것이라 생각된다. 위에서 살펴본 바와 같이 한국은 유교사회로서 소송을 부정적으로 바라보았으며, 성리학을 지배적 이데올로기로 채택한 조선에서 소송은 결코 바람직한 분쟁 해결책은 아니었다. 즉, 공자(孔子)는 「논어(論語)」에서 “송사를 심리한다면 나도 다른 이와 같겠지만, 나는 반드시 쟁송이 일어나지 않도록 할 것이다”³⁰⁹⁾라는 유명한 말을 남겼다. 이 말은 소송이 없는 ‘무송(無訟)’의 경지, 즉 예(禮)로 다스려져서 형벌과 다툼이 필요 없는 사회를 공자는 가장 이상적인 정치가 실현된 사회로 본 것이다.

이러한 관점은 일본에서도 적용되었는데, 위에서 살펴본 바와 같이 사람들의 일상생활에 관계된 사건의 경우에는 관의 개입보다는 당사자 간의 납득이나 합의를 우선적으로 하고 있었다는 점에서 그러하다. 이를 통해 우리는 한, 중, 일 삼국은 공통적으로 가지고 있는 유교적 문화를 바탕으로, 관이 개입하여 갈등을 해결하는 것을 꺼려왔으며, 당사자간의 합의와 조정을 통해 갈등을 해결하려는 노력을 공통적으로 해 왔음을 알 수 있다.

2. 제도의 성격 및 특징

위와 같은 맥락에서 나오게 된 한국, 중국, 일본의 전통적 대체분쟁해결방안의 성격과 특징은 어떠할까. 우선 현재 남겨진 자료들이 부족한 점도 있지만 위에서 살펴본 바와는 한국에서는 다양한 분쟁, 갈등을 조정하는 제도가 국가적 차원에서는 마련되어 있지 않은 것으로 추정된다. 반면 일본과 중국에서는 그 절차와 기능이 상대적으로 상세하게 나오는데, 그 성격은 비슷해 보인다. 자세히 살펴보면 다음과 같다.

현재 형사사법체계에서 대체분쟁해결방안이라고 할 수 있는 ‘회복적 사법’에는 여러 가지 방법이 있는데, 당사자간 합의하는 방식, 중재자가 개입하여 조정하는 방식, 공동체가 모두 모여 당사자들을 화해시키는 방식 등이 있다. 하지만 한국, 중국, 일본의 대체분쟁해결방안을 살펴보면 공통적으로 공동체의 중재자가

309) 「論語」 顏淵篇, “子曰, 聽訟, 吾猶人也, 必也使無訟乎.”

당사자를 불러 갈등을 조절하는 모습을 보이는데, 여기서 중재자는 '官인' 경우도 있었으나 대부분은 마을의 연장자 혹은 이장과 같은 사람들이 하였던 것으로 나타났다. 중국에서는 나이 많은 사람 혹은 마을마다 구성원들이 인정하고 존경하는 사람을 기숙(耆宿)으로 임명하여 분쟁을 중재하게 하였고, 이러한 기숙이 폐지된 이후에는 나이가 많고 덕이 있으며 세상사에 밝은 50세 이상인 자 한명을 선별하게 하였다. 일본에서는 아즈카이닌(掾人)이 중재자로서 활동하였음을 위에서 살펴보았고, 이러한 임무는 공동체에서 인정받는 능력과 성품을 가진 사람에게 주어졌다. 한국 또한 마을의 연장자가 이러한 역할을 맡아왔다. 세 나라 모두 마을의 덕망 있는 연장자로 하여금 이러한 중재자의 역할을 맡게 하였다는 공통점을 발견할 수 있었는데, 이는 위에서 살펴본 바와 같이 일정시기마다 교체되는 官보다 마을의 자세한 사정에 밝고 정확한 판단을 내리기에 적합하기 때문인 것으로 추정된다.

또한 제도의 명문화라는 측면에서 중국과 일본에서는 대체분쟁해결방안에 대한 명문규정이 있으나, 한국에서는 이러한 규정이 없는 것으로 나타난다. 하지만 중국의 영향을 많이 받아온 한국의 역사를 생각해 볼 때, 중국의 규정에서 크게 벗어나지는 않을 것으로 추정된다.

3. 제도의 실제 및 문제점

그렇다면 이러한 한·중·일의 전통적 대체분쟁해결방안이 실제로 어떻게 시행되었으며 그 문제점은 어떠한 것들이 있었는지에 대해서 비교해보고자 한다. 우선 한국의 사화(私和)를 살펴보면 국가에서 제도화한 것이 아니라 법률 규정과 실제의 차이를 살펴보는 것은 무의미하고, 사료에 기록들을 살펴보면 많은 범죄들에 대해서 공공연하게 이루어진 것으로 보인다. 그 방식적인 측면에서는 관에 소장을 제기하기 전에 이웃주민이나 마을의 유력자들에 의해 지역사회에서 중재되는 경우와 관에 소장을 접수한 이후 고을 수령이 소송을 처리하는 과정에서 원고와 피고의 중재를 하는 경우로 나뉜다. 이는 중국과 일본에도 공통적으로 나타나는데, 한국의 경우와 비교하여 볼 때, 산송과 같이 그 숫자가 많고

사건의 해결에 당사자의 사정이 중요시 될 때, 대체분쟁해결방식은 더욱 효과적이었으며 많이 사용된 것으로 나타났다.

한편 한국에서는 사화(私和)를 살인에 대해서 적용하는 것을 금지하였으며, 그럼에도 불구하고 사화한 경우에는 처벌하는 규정이 존재하였다. 하지만 위에서 살펴본 바와 같이 살인에 있어서도 사화가 공공연하게 이루어 졌으며, 이러한 맥락에서 사화가 금지되었던 다른 범죄에서도 불법적으로 사화가 행해졌을 것이라 짐작할 수 있다. 또한 위의 살인사건에서 살펴본 바와 같이 소송의 기간과 비용이 많이 들기 때문에 비록 사화를 금지한 다른 범죄들에 대해서도 ‘올며져자먹기’식으로 사화를 해야 했던 당대 사람들의 처지 또한 이해가 되는 바이다. 이와 비슷하게 일본의 제도에서도 나이사이(内済)를 금지하는 조항을 위에서 살펴 볼 수 있었는데, 방화, 도적, 살인, 존속이나 주인에 대한 범죄 등이 있었다. 사적인 해결을 금지시키는 범죄행위들을 규정하였다는 점, 그러한 범죄가 살인과 같은 강력범죄라는 점, 그리고 존속이나 주인에 대한 범죄와 같이 신분관계에서도 규정되었다는 점이 공통적이며, 차이점이라고 하면 일본의 경우에는 살인과 신분관계 외에도 나이사이(内済)로 해결하면 안되는 범죄들을 다양하게 규정했다는 점이다. 또한 같은 범죄에 있어서도 이러한 대체분쟁해결방법을 사용할 수 있는 여러 조건들을 명문화 하였다는 점에서 또한 차이를 발견할 수 있다.

또한 일본에서는 이러한 단점 이외에 당사자들의 지위가 불평등 하다거나, 이러한 방식의 분쟁조정방식을 강요한 폐해가 있었는데, 이는 중국의 제도에서도 나타났는데, 종족제에서도 이러한 문제는 발견할 수 있었으며, 중재자들의 권한이 커져 이들이 분쟁해결에서 객관적인 입장을 취하지 않는 경우도 드러났다. 이러한 점으로 보아 한국에서도 소송의 양을 줄이라는 官의 압박과 동시에, 소송을 부정적으로 바라보는 사회 분위기 내에서, 마을 공동체의 중재자가 객관적인 역할을 하지 못하고, 합의와 조정이 강제되었을 것이란 것은 자연스레 추정되는 바이다. 중국에서는 이러한 폐해로 인해 이후 중재자들의 권한을 제한하고, 중재자들의 행위를 마을 구성원들이 감시하고 고발하게 하여 그러한 단점들을 해결할 수 있었는데, 한국과 일본에서도 비슷한 양상으로 제도가 바뀌었을 것이라고 생각된다.

4. 소결

아래에서는 위에서 살펴본 삼국의 전통적 대체분쟁해결방안의 비교를 표를 통해 살펴보았다. 이를 통해 우리는 한국, 중국, 일본에서 사용되었던 대체분쟁해결방안의 모습이 조금씩은 달랐지만 대체적으로 제도 도입의 배경, 목적, 방법, 부작용 등에 있어서 매우 유사한 모습을 보이고 있는 것을 알 수 있다. 이는 삼국이 모두 유교의 영향권 안에 있었으며, 지리적 근접성으로 인해 비슷한 문화를 나누게 된 것에 기인한 것으로 추정된다.

□ 한·중·일의 전통적 대체분쟁해결제도의 비교

구분	한 국 [사화(私和)]	중 국 [화식(和息)]	일 본 [나이사이(内濟)]
담당자	마을의 이장(풍헌, 존위) 혹은 官의 수령	마을의 연장자, 덕망있는 사람(기숙, 기민, 이노인, 이갑, 족리 등)	공동체에서 인정받는 인물 (아츠카이인(掇人))
해결방식	중재자를 통한 조정방식, 개인간의 합의	중재자를 통한 조정방식	중재자를 통한 조정방식
명문규정	대명률, 속대전, 향약, 동약	대명률, 대청률, 당률, 원전장, 교민방문	공사방어정서
배 경	소송건수의 증가, 사소한 사건들의 소송화, 官의 소송해결능력의 부족	소송건수의 증가, 官의 소송해결능력 부족 및 불공정한 판결에 대한 당사자들의 불만	소송건수의 증가, 官의 소송해결능력의 부족
부 작 용	허용되지 않는 범죄에서도 사화 남용	중재자 권한의 남용, 당사자 간의 불평등한 지위, 공정하지 못한 조정	당사자 간의 불평등한 지위, 합의와 조정의 강제, 허용되지 않는 범죄에서도 남용
목 적	소송의 양적 감소, 당사자들의 개별적 사정을 이해한 판결 유도	소송의 양적 감소, 당사자들의 개별적 사정을 이해한 판결 유도	소송비용과 시간의 절약, 당사자간 관계의 회복, 재판의 양 감소
대상범죄	공통적으로 민사사건, 형사사건에 모두 적용하였으나 그 사안이 심각한 살인과 같은 강력 범죄에는 적용을 금지하였음		

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제4장

전통적 대체분쟁해결제도의 시사점

안성훈 · 김선혜 · 심재우 · 조균석

전통적 대체분쟁해결제도의 시사점

이상에서 살펴본 한·중·일 삼국의 전통적 대체분쟁해결제도의 비교 검토를 통해, 삼국의 대체분쟁해결제도의 시행 배경과 운영형태 및 대상이 매우 유사하다는 사실을 알 수 있었다. 다소 무리한 적용일 수 있지만 이러한 비교 검토를 통해 실제 사례를 거의 찾아볼 수 없어 그 운영의 실태를 명확히 파악할 수 없었던 우리나라의 사화제도를 추측해 볼 수 있었다.

이하에서는 이상의 논의를 바탕으로 우리나라 사화제도에 대한 평가 및 시사점에 대해서 조심스럽게 논의해 보고자 한다. 구체적으로 외국의 적용사례를 통해 전통적 분쟁해결방안의 도입 가능성을 살펴본 후, 현재의 형사사건에서의 대체분쟁해결제도가 어떠한 방식으로 도입될 수 있을지에 대해 그 방향을 모색해 보고자 한다.

제1절 전통적 대체분쟁해결제도의 시사점

최근 한국 법조계에서는 이른바 ADR에 대한 관심이 높아지고 있다. 주지하다시피 ADR(Alternative Dispute Resolution)은 대체적 분쟁해결제도, 판결 이외의 분쟁해결, 재판외 분쟁처리제도, 소송대체분쟁해결제도 등 다양하게 불리는데, 소송절차에 대한 판결에 의하지 않고 분쟁을 해결하는 다양한 분쟁해결 수단을 포괄하는 개념이다.³¹⁰⁾ ADR은 분쟁과 갈등을 소송이 아닌 조정, 중재, 알선 등을 통해 해결함으로써, 법원으로의 사건폭주를 막을 뿐만 아니라 분쟁의 해결에 도달하기까지의 시간과 비용을 줄일 수 있는 등 여러 가지 장점 때문에 분쟁해결을 위한 효과적인 제도로 인식되고 있다.

오늘날 한국의 형사상 화해조정제도는 영미 및 유럽국가에서 시행한 제도이다. 법학계에서는 우리나라 고유의 법제사의 전통에 대한 이해가 부족함은 물론이고, 조선시대에 소송이 아닌 화해와 조정을 통해 분쟁해결을 모색한 사실에 대한 인식 또한 결여되어 있는 것이 현실이다. 이는 근대화 과정에서 조선시대 전통적 법률문화가 오늘날과 단절되었기 때문이기도 하며, 전통적인 법제도에 대한 현대 많은 사람들의 뿌리 깊은 오해와 부정적 편견 또한 그 중요한 원인 가운데 하나이다.

하지만 위에서 살펴본 바와 같이, 이러한 대체분쟁해결방안은 우리나라에서도 그 뿌리를 찾을 수 있는 유서 깊은 제도이며, 사회제도를 통해서 우리는 우리나라의 조상들이 지금의 형사사법절차와 유사한 官을 통한 문제의 해결보다는 공동체의 중재자를 통한 문제해결 방식에 익숙하였다는 것을 알 수 있다. 또한 우리나라와 함께 유교문화권을 이루고 있는 중국과 일본의 사례를 살펴보면, 이러한 대체분쟁해결제도가 매우 활발하게 이루어 졌고 비록 그 부작용도 있어 왔지만 긍정적인 영향이 상당하였음을 알 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 삼국에서 공통적으로 이러한 대체분쟁해결방안이 도입된 이유에는 소송의 수적 증가로 인한 官의 행정력 부족, 재판에 대한 대중의 불만을 발견할 수 있는데, 현재 한국 또한 소송의 증가로 인해서 골머리를 앓고 있으며, 재판관 1인이 담당해야 하는 소송건수는 외국에 비해 배 이상이 되어

310) 김상찬·양영화 (2012), “우리나라 ADR제도의 활성화 방안”, 법학연구 제45집, 249쪽.

큰 문제가 되고 있다. 한편 재판결과에 대한 대중의 불신 또한 깊어져 사법부가 국민 여론을 제대로 반영하지 못하고 있다는 의견 또한 나오고 있다. 이를 위해서 로스쿨 제도와 국민참여재판제도 등 다양한 제도를 도입하여 문제를 해결하려 하고 있지만, 아직까지 그 과리는 채워지고 있지 않은 듯하다.

이러한 맥락에서 위에서 살펴본 사화제도 및 중국과 일본의 제도를 통해서, 현재 우리가 겪고 있는 어려움을 대체적 분쟁해결방안을 통해서 해결할 수 있는 가능성을 엿볼 수 있다. 하지만 이 과정에서 당시 제도들이 가져왔던 문제점들, 예를 들면 중재자의 객관성 결여, 官을 통해서 해결되어야 하는 범죄들에 대해서도 대체분쟁해결방안이 적용되는 폐해, 합의와 조정이 강제되는 분위기 등을 해결해야 할 것이다. 하지만 이는 당시와 비교해볼 때 국민의 권리와 권리의식이 매우 향상되고 형사사법제도가 상대적으로 투명화된 현재에서는 이러한 문제점을 방지할 방안이 많이 마련되어 있다.

한편 그 방법적인 측면에서 우려되는 점이 있다면, 현재는 마을 공동체의 구성원들이 예전과 같이 서로에게 많은 관심을 가지고 있지 않은 것이 현실이며, 개개인에게 벌어진 사건들에 대해서 자세히 알고 있는 마을의 명망있는 원로들을 찾기는 어려운 것이 사실이다. 과거에는 마을의 사정들을 꿰뚫고 있는 여러 마을의 원로들을 통해 중재자를 통한 갈등의 조정과 분쟁해결이 가능하였지만, 현재에는 그러한 방법이 어려울 것이다. 따라서 중재자의 역할을 이를 대신할 수 있는 자격이 있는 자에게 부여하는 것이 현실적일 것이다. 사건으로는 현재 도입하려는 제도가 어디까지나 대체분쟁해결방안인 만큼, 법조관계자나 분쟁해결관련 전문가 등이 담당하는 것이 옳다고 생각한다.

또한 전통적 형사사법과 화해조정제도는 분명히 경쟁적 위치에 서 있음은 분명하다. 그러나 이 두 제도는 분쟁의 해결이라는 똑같은 목적을 지향하고 있기 때문에 이러한 경쟁은 바람직한 것이다. 이론적으로 이러한 경쟁은 형사사법 관련기관으로 하여금 화해조정제도에서 사용되기 시작한 새로운 절차를 원용하도록 할 수 있을 것이다. 그리고 실제로 형사사법기관에 의하여 운영되는 화해조정제의 증가는 바로 이러한 동향의 증거라고 할 것이다.

그러므로 전통적 형사사법과 대체적 분쟁해결제도는 서로 경쟁적이고 보완적인 관계를 갖고 있으며, 이를 통하여 분쟁의 효율적인 해결에 이바지할 수 있을

것으로 평가할 수 있다.

제2절 외국의 전통적 대체분쟁해결제도 도입 사례

그렇다면 외국에서는 전통적 대체분쟁해결방식을 현재 어떻게 도입하고 있을까. Cunneen의 연구에 따르면, 호주에서 이러한 토착 공동체의 분쟁 해결방식을 적용한 지역에서 체포와 구금정도가 감소하였다는 것을 보여주었는데, 이러한 결과는 문제를 확인하고 해결책을 발전시키는 데에서 사용된 활발한 호주 공동체의 참여에 기인한다고 인정된다.³¹¹⁾ 이러한 해결방법은 회복적 사법의 맥락으로 생각할 수 있으며 이들 방법은 다음과 같은 구체적인 방법들을 포함하고 있다.

- ① 가족 폭력의 해결을 목표로 한 토착민들의 해결방안과 유사한 가해자 교육 프로그램
- ② 양형 모임(circle sentencing)이나 토착 공동체 법원과 같은 대안적 법원에서의 양형 과정
- ③ 대안적인 가해자-피해자 중재와 공동체 사법 단체나 그룹의 분쟁 해결 과정

최근 많은 변화가 일어나는 분야는 양형서클이나 토착 공동체 법원의 성장인데, 이들은 공동체로 하여금 양형과정에 더욱 활발하게 참여하게 하고 그로 인해 결과적으로 무엇이 가해자에게 적절한 양형인지에 대한 새로운 생각을 이끌어 내게 한다.³¹²⁾ 이러한 관점에서 공동체의 참여는 형사사법 전문가들의 생각을 넘어서 새로운 양형과정을 만들어 내게 된다. 아래에서는 호주, 미국, 아프리카의 전통적 대체분쟁해결방안이 현재 어떻게 적용되고 있는지를 알아보고 이를 통해서 전통적 대체분쟁해결방안이 현대에 적용될 수 있는 가능성을 살펴보았다.

311) Chris Cunneen (2007), "Reviving restorative justice traditions?", ed. Gerry Johnstone, Daniel W. Van Ness., *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, p. 120.

312) 캐나다나 호주의 서클모임의 발전을 살펴보면, 어떻게 이러한 서클모임이 기존의 법률시스템 내에서 그 자리를 잡게 되었는지를 알 수 있다.

1. 캐나다 및 호주의 서클(circle)모임

가. 캐나다의 서클

서클모임은 캐나다의 유콘 지역에서 판사와 커뮤니티 사회사업가에 의해 부활되었는데 1992년 캐나다 유콘 준주(準州)법원(Territorial Court)의 Philip Moses 사건에서 처음으로 사용되었다.³¹³⁾ 캐나다의 서클모델은 두 개의 일반적 경로를 거쳐 발전하였는데 상황을 처리하기 위한 치유패러다임(치유서클)과 실제 사건을 처리함에 있어서 사법당국에 제안을 하는데 국한되어 있는 협력재판 패러다임(양형서클)이 그것이다.

1) 양형서클(Sentencing Circles)

양형서클은 1992년 캐나다에서 만들어졌는데, 이는 Yukon 대법원의 R v. Moses 판결로부터 비롯되었다. 양형서클은 호주의 Yukon 사람들의 문화를 전제로 한다고 알려져 있다.³¹⁴⁾

양형서클은 지역사회의 역할에 중점을 둔 절차로서 형사사법시스템과 지역사회가 파트너가 되어 모든 이해관계가 있는 당사자의 관심사를 전달하는 등 하여 적절한 양형계획에 대한 합의점을 도출하기 위한 절차이다. 양형서클은 모든 이해관계가 있는 커뮤니티 구성원들, 즉 피해자 및 피해자의 후원자, 가해자 및 가해자의 후원자, 판사, 검사, 변호사, 경찰 및 법원직원 등이 진심으로 서로 마음을 나누면서 그 사건에 대해 이해한 바로부터 말할 수 있는 존중 받을 만한 공간을 창조하기 위해서, 그리고 범죄에 의해 영향을 받은 모든 당사자를 치유하는데 도움을 주고 장래의 재범방지를 위해 필요한 단계를 확인하기 위해서 전통적인 서클 의식(circle ritual)과 구조를 사용한다. 양형서클은 법정에서 개최되는 경우가 많다.³¹⁵⁾

313) 본보고서 제3장 제4절 참조.

314) Chris Cunneen (2007), op. cit., p. 124.

315) 박윤석 (2011), 회복적 사법과 한국형사사법의 발전방향, 동국대학교 박사학위논문, 98쪽.

2) 치유서클(Healing Circles)

치유서클은 서클모델 가운데 가장 중요한 프로그램 중의 하나로 평가받고 있는 것으로서 마니토바(Manitoba)주의 할로우 워터(Hollow Water)에서 애니쉬나 브족의 오지브바 부족에 의해 개발된 커뮤니티 서클이다. 할로우 워터의 치유서클은 근친상간이나 성폭력에 의하여 파괴된 친밀한 관계와 인간의 존엄을 치유하는 방법뿐만 아니라 그러한 폭력을 발생하게 한 사회적 환경을 강조하는 방법으로 범죄에 대응하는 프로그램이다. 많은 원주민 사회와 마찬가지로 할로우 워터도 많은 형태의 음주문화와 폭력문화에 빠져 들어가 그들의 문화를 완전히 상실할 위기에 처하였고 이러한 위기를 극복하기 위한 방안으로 제시된 것이 치유서클이다.³¹⁶⁾

나. 호주의 서클

호주의 토착 공동체 법원들은 호주의 사법권 내에 있는 성인 및 청소년 범죄자들을 위해서 설립하고 있는데 이들 법원에서는 일반적으로 지역 원로들이나 공동체 구성원들이 치안판사들과 함께 배석하고 있다. 이들은 범죄자들에게 직접적으로 발언하며, 범죄자들의 행동에 대한 그들의 의견과 걱정을 표현하고 문화적, 혹은 공동체의 특정 사안들과 관련한 것들을 치안판사에게 범죄자의 양형에 참고하라고 조언한다.³¹⁷⁾ 토착 공동체 법원들은 이러한 절차를 통해 토착 공동체의 법률과 기본 교리의 가치를 입증한 것으로 보이며 이러한 과정을 통해 공동체의 원로들에 대한 존경과 권위를 재발견하는 기회로 생각하고 있다.³¹⁸⁾

316) 앞의 논문, 98쪽.

317) Queensland의 Murri 법원에서는 범죄자들에게 공동체의 사법관련 구성원이나 연장자들과 주기적으로 면담하는 것이나 어떠한 프로그램들을 이수할 것을 명령하는데, 범죄자들은 관습적 처벌이나 공동체에 대한 봉사명령을 실행에 대한 대안으로 받아들이는 경우가 많다고 한다. 또한 법원에서 내려지는 보호관찰명령이나 집중교정명령은 종종 사법단체 혹은 지역 원로그룹에 출석하여 면담하거나 특정한 문제(가정폭력, 알콜 중독, 마약 중독)를 해결하기 위한 프로그램에 참여하는 것 또는 지역 단체 혹은 다른 지원 단체들에 참석할 것을 포함한다. 이러한 과정들 통해 범죄에 대한 반성의 기회뿐만 아니라 사회복귀에 대한 기회가 제공된다. (Chris Cunneen, op. cit., p. 121.)

318) 지역원로들의 권위와 지혜에 대한 토론회에서의 인정과 공동체에서 도덕적 수호자로서의

또한, 범죄자에 대한 우려와 개인적인 걱정들을 공공의 장소인 법원에서 말하는 것은 가해자의 가족들에게도 매우 도움이 되는 일이었다. 범죄자에게 가해지는 명령들은 가족들의 생각을 반영할 필요가 있는데 이는 명령이 단지 벌을 주기 위한 것이 아니고 가해자로 하여금 그의 문제(범죄 그 자체, 혹은 개인적 문제)를 적절한 지원을 받아 해결하기 위한 것이기 때문이다.³¹⁹⁾ 이러한 토착 공동체의 사법 관련 단체와 지역원로그룹은 호주내의 많은 사법권에서 발달하여 현재 사용되고 있는 여러 법정의 사법절차들과 연결되어 있다. 이러한 단체들은 형을 선고하는 것뿐만 아니라 범죄를 공동체의 문제로 받아들이며 범죄로 인해 생긴 공동체의 균열을 다시 회복시켜 화합을 추구하는 일에도 관여하고 있다. 또한 공동체 사법 단체들은 일반적으로 개인간 혹은 가족간의 중재라는 방법을 사용하는데 이는 공동체에서 범죄로 인해 생겨난 긴장감을 완화시키고 법원으로 하여금 사소한 분쟁과 관련된 일을 줄여주고 있다. 이들은 경찰들과 함께 협력하거나 경찰들로 하여금 그들의 역량을 활용하도록 권장하는데 예컨대 경찰들이 공동체의 관련 단체를 통해 범죄관련 개인들에 대한 정보를 파악함으로써 이들 범죄자들에 대한 공동체 내에서의 적합한 판단을 가능하게 한다.

2. 미국 나바조 부족의 전통적 분쟁해결제

미국의 나바조(Navajo) 부족은 토착 공동체의 법과 회복적 사법에 대한 예를 보여준다. 나바조 부족의 정의에 대한 원칙과 과정들은 1980년대부터 부활하기 시작하였다. 나바조 부족의 관습, 방법, 그리고 전통들은 나바조 일반법라고 불리는 형태를 띠게 되었다. 나바조 부족의 방법은 ‘평화의 창조’에 기반을 하고

그들의 역할은 지역 원로들의 역할에 대한 전통적인 공경을 드러내고 있다. 지역원로들은 이러한 과정에 진지하게 임했으며 그들은 범죄자들로 하여금 공동체의 지지가 가능하도록 법원에 책임감을 드러내게 하였다. 범죄자들에게 발언을 할 때 지역원로들은 옛날 사람들에게 관한 이야기나 과거에는 어떠한 일들이 있었었는지에 대해서 얘기해주었다. 이것은 항상 범죄자들의 심금을 울렸다.(Hennessy A. (2005), “indigenous justice: indigenous laws at the colonial interface”, Paper presented to Law Asia Conference, Bali, March, p. 6. ;

Chris Cunneen, op. cit., p. 122.)

319) Chris Cunneen, op. cit., p. 121.

있는데 이는 구성원간의 긍정적 관계를 회복하는 데 초점이 맞추어 진 치유과정(healing process)로 묘사된다. 나바조 부족의 방법은 범죄자들에게 그들의 행동(범죄행위)들의 특성들과 그러한 행위가 다른 구성원들에게 어떤 영향을 미치는지 교육하려고 노력하며, 사람들로 하여금 공동체 안에서 그들의 위치를 확인하고 공동체에서 그들이 담당하였던 역할로의 재통합을 도와주도록 노력한다. 이러한 ‘평화의 창조’는 관계(relation)를 기반으로 하는데 그것은 존경, 연대, 자기반성, 문제 해결, 그리고 공동체와의 유대라는 감정적인 요소들을 이용한다.³²⁰⁾

3. 아프리카 국가의 전통적 대체분쟁해결제도

아프리카의 전통적인 사법시스템의 대표적인 특징을 살펴보면, 어떤 문제가 발생했을 때 그 문제를 공동체 혹은 집단 전체의 문제로 바라보며 사회적 조화(social harmony)의 회복과 화해를 강조한다. 공동체 내에 전통적인 중재자(arbitrators)가 정해져 있으며 사법시스템에 있어 구성원들의 참여 정도가 매우 높다. 화해에 이르기 위해 고려하는 요인은 오직 관습법(customary law)이며 증거와 절차에 관한 규칙은 정해져 있지 않고 유연하다. 법을 집행하는 전문가가 따로 존재하지 않으며 사법과정이 자발적(voluntary)이며 사법결정은 동의(agreement)에 근거해 이루어진다. 처벌은 회복적(restorative) 성격의 처벌을 강조하며 사법적 결정사항은 사회적 압력을 통해 시행되고 보장된다. 사법적 결정사항은 재통합(reintegration)을 목적으로 한 의례(rituals)를 통해 확인되며 비슷한 사건이라고 해서 반드시 유사하게 처리되지는 않는다. 아래에서는 이러한 전통적인 제도를 적용한 사례를 살펴보고자 한다.

320) *ibid.*, p. 115.

가. 남아프리카의 전통 우분투(ubuntu)³²¹⁾

우분투(ubuntu)는 인간다움(humaneness), 인간애(humanity)라는 뜻으로 타인의 삶을 존중하고 상호 간에 도움과 지지를 주고받는 관계적 측면까지 포괄하는 개념이다. 1993년 제정된 남아프리카 헌법초안에는 ‘복수(verngeance)보다는 이해(understanding)가 보복(retaliation)보다는 보상(reparation)이 희생(victimization)보다는 우분투(ubuntu)가 필요하다’는 문안이 새겨져 있고, 1995년에는 사형제도를 폐지하였을 뿐 아니라 1996년에 ‘진실과학위원회(The Truth and Reconciliation Commision)’는 아파테이트(arpatheid)기간에 인권을 유린하였던 수많은 범죄자를 사면하는 결정을 내리기도 했다.

남아프리카 공화국에서 일어난 일련의 결정들은 넓은 의미에서 회복적 사법이라고 불릴 수 있는 실천노력의 결과이며 그 핵심에는 남아프리카 공화국의 전통인 우분투 정신이 깃들여 있다. 우분투의 출발점은 ‘대화를 통한 합의(consensus through dialogue)’이며 전통적으로 아프리카의 재판은 처벌이나 보복보다 상처의 치유, 불균형의 회복, 깨어진 관계의 회복에 주안점을 두었다.

우분투와 회복적 사법은 모두 동의(agreement)가 매우 중요한 역할을 한다는 공통점을 가지고 있으며 사건과 관련된 모든 사람이 참여하는 장시간의 토론(indaba)을 통해 합의(consensus)를 도출하는 것을 목표로 한다. 또한 우분투는 공동체를 강조하고 있는데 이 공동체는 단순히 씨족이나 부족을 일컫는 말이 아니라 ‘확대 가족(extended family)’을 의미하며 이는 혈연, 친족, 혼인을 넘어서 십지어는 낯선 외부인까지 포함하는 개념으로 인류(humanity), 그 자체가 하나의 가족을 이루고 있다는 의미를 갖는다고 설명한다.

나. 르완다(Rewanda)의 가카카(gacaca)³²²⁾

가카카(gacaca)라는 말은 원래 ‘풀(grass)’이라는 뜻을 가지고 있는데 전통 사

321) Dirk J. Louw (2008). “The African concept of ubuntu and restorative justice.”, ed. Dennis Sullivan, Larry Tift, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, pp. 161-173.

322) Dirk J. Louw (2008). “The African concept of ubuntu and restorative justice.”, ed. Dennis Sullivan, Larry Tift, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, pp. 422-434.

회에서 소송이 발생했을 때 마을 주민들이 모두 풀밭에 둘러앉은 데서 유래한다. 내전 이후 르완다에서는 서구식 재판방식이 너무나 오랜 시간이 걸리자 전통적 방식대로 통합을 위한 대표를 선출하여 그들이 적절한 처벌을 결정하는 새로운 재판위원회를 구성하였는데 이를 현대적 의미에서 ‘가카카(gacaca)’라고 한다.

르완다 새정부(RPF)는 남아프리카의 ‘진실과 화해위원회’ 방식을 거부하고 보복적 사법을 주장하면서 대학살에 참여한 수천 명의 군인, 경찰, 공무원을 체포하고 재판에 넘겼다. 이러한 상황에서 대학살 재판을 보다 신속하게 처리하고 구금자를 줄이기 위해 르완다 정부는 전통적인 분쟁해결 방식인 가카카 제도를 고려하기 시작하였다. 이후 1998년 교정당국은 가카카를 수감자가 참회(confession)하는 제도로 활용하기 시작하였고, 이를 계기로 2001년에 ‘가카카 법원(gacaca courts)’ 설립법안이 통과되었다.

제3절 형사사건의 대체분쟁해결방안 도입방향

전통적 대체분쟁해결방안의 장점과 단점을 통해, 우리나라에서는 어떻게 이를 적용할 수 있을지, 적용한다면 어떠한 점을 고려해야 하는지를 알아보려고 한다. 기본적으로 위에서 살펴본 바와 같이, 우리나라에서 시행되었던 사회제도 및 중국과 일본에서 시행되었던 제도들을 살펴보면, 법적으로 명문화가 필요하며, 중재자의 객관성이 보장되어야 하며, 그 절차적 과정에서 당사자들의 평등성이 보장되어야 함을 알 수 있다. 또한 국가주도의 사법과 이러한 대체분쟁해결방안이 서로 긴밀하게 연계되어야 하며, 마지막으로 그 대상사건을 명확하게, 그리고 적절한 선에서 통제할 필요가 있음을 알 수 있었다.

이를 바탕으로 아래에서는 형사사건에서 대체분쟁해결방안을 도입할 경우에, 어떠한 점들을 고려해야 할지를 크게 도입단계와 시행단계로 나누어 생각해보았다. 도입단계에서는 위에서 말한 바와 같이 입법의 필요성, 기존 형사사법체계와의 연계, 형사조정의 대상사건의 명문화를 생각하였으며, 시행단계에서는 당사자의 동의, 절차에서의 권리보장, 중립적인 조정자, 대체분쟁해결과정에서의 절차진행에서의 주의점 등을 생각하였다. 이 과정에서 현재 한국에서 시행되고 있

는 형사조정제도를 참고하여 비교하였다.

1. 기존 형사사법체계와의 연계

사화제도를 비롯하여 한국, 중국, 일본의 대체분쟁해결방법이 국가주도의 사법과 어떠한 관계를 가졌을 지에 대해 살펴볼 필요가 있다. 이를 통해 우리나라에서 현재 어떻게 이러한 제도를 도입할 수 있을지를 알아볼 수 있을 것이다. 우선 우리나라의 경우를 살펴보면, 사화제도가 어디까지나 官에 의한 사법, 즉 국가주도의 사법에 대해 부차적인 제도로서 존재하였던 것으로 보인다. 하지만 이러한 사화제도의 효과는 官으로 올라오는 소송의 숫자를 감소시켰으며, 당사자간의 사정을 잘 이해하는 중재자를 통해 사건을 원만하게 해결할 수 있었다. 즉 한국의 경우 사화제도를 적극적으로 명문화하지는 않았지만, 그 효과적인 측면에서는 없어서는 안 될 제도였던 것이다. 중국과 일본의 경우를 보면, 이 두 국가는 대체분쟁해결방안을 명문화하여 관리하고 있는데 제도 도입의 배경이나 그 효과의 유사성으로 보아 두 국가에서도 대체분쟁해결방안이 기존 형사사법제도의 부족한 면을 보완하고 있던 것으로 추정된다. 특히 다음에서 살펴볼 중국의 형사사법 제도의 변천사를 살펴보면 이러한 패러다임을 꾸준히 승계하여 온 것으로 짐작된다.

하지만 삼국의 대체분쟁해결방안에서 공통적으로 찾아볼 수 있는 부작용에 대해서도 언급할 필요가 있다. 그것은 바로 대체분쟁해결방안의 대상이 아닌 범죄를 대체분쟁해결방안으로 해결하는 경우와, 중재자가 객관성을 잃고 한쪽 편을 드는 경우이다. 기존의 국가주도의 형사사법절차는 범죄를 국가가 다스린다는 인식에서 시작한다. 이는 국민들을 범죄로부터 지키는 것은 국가라는 인식이기도 하다. 이렇게 범죄를 저지르면 국가가 관여하여 범죄자를 처벌하는 국가주도의 사법절차를 통해 국민들은 범죄에 대해 안심할 수 있었고, 범죄를 당한 이후에도 범죄피해에 대해 국가가 자기 대신 응징해 줄 것이라는 신뢰가 형성되었었다. 이는 분명 기존 형사사법 패러다임의 긍정적인 면이다.

대체분쟁해결방안제도의 설치는 형사사법제도 내부에 위치하도록 하는 것과

독립된 형태로서 형사사법시스템이나 지역사회로부터 사건을 송부 받는 방식의 두 가지 접근방식을 생각해 볼 수 있다. 형사사법제도 내부에 설치하는 것은 행정적 편의에 따라 대체분쟁해결방안의 독립성을 떨어뜨릴 수 있는 위험성이 있고 국민들은 형사사법시스템에 의해 운영되는 대체분쟁해결제도에 비판적 관점에서 의구심을 제기 할 수 있으며 절차에 참여하지 않을 수도 있다. 반면 독립된 형태는 적법성을 유지할 수 있는 장점이 있으나, 기존의 형사사법 절차부터 사건을 송부받기 어려운 단점이 있다. 핵심은 이들 기관과 지역사회 간의 본질적인 관계 및 지역 사회의 관점에서 본 신뢰성에 있다. 대체분쟁해결방안이 성공적으로 이루어지기 위해서는 기존 형사사법체계와의 연계를 통해 이러한 장점을 활용하고 단점을 극복하여야 한다. 역설적이지만 기존 형사사법체계와 대체분쟁해결방안은 독립적이면서 서로 의존적이어야 한다. 이를 위해서는 양자택일의 방식이 아닌 제3의 방식을 채택하여 구체적으로 이를 규정하고 규칙적으로 그 이행을 점검하여야 할 것이다.

2. 입법의 필요성

일부 대체분쟁해결방안들은 법에 규정되어 있으나 일부는 공식적인 법률에 규정되지 않는 등 이들 제도의 법적 상태는 전 세계적으로 매우 다양하다. 위에서 살펴본 바와 같이 한국에서는 사회가 비공식적인 제도였으나, 중국과 일본에서는 공식적인 제도였던 것처럼 말이다. 남아프리카 또한 우리나라와 유사하게 대체분쟁해결방안에 관한 명문규정이 없음에도 이러한 제도를 시작하였다. 그러나 법치주의 사회에서 이러한 제도가 어떤 범죄에 대하여 어떻게 대응하는지를 확정하고자 한다면 새로운 법적 토대가 필요하고 기본적인 틀을 마련한다는 측면에서 입법의 필요성이 있다. 이러한 입법을 통해 국민들은 범죄를 해결할 수 있는 방안으로 기존의 형사사법 제도와 함께 대체분쟁해결방안을 고려할 수 있을 것이다. 즉, 법률이 없다면 이러한 제도들은 자체적으로 일상적인 형사사법 시스템에 유입되기 어렵다. 명문화를 통해 이러한 절차들은 보다 일상적으로 이용될 수 있으며, 이는 필요한 법적 보호수단을 수립할 뿐만 아니라 예측 가능성과

확실성을 증대시켜주는 기능을 하기 때문에 입법의 필요성이 있다.

또한 대체분쟁해결방안제도를 도입함에 있어서 해결해야 할 사항은 대상범죄의 범주를 설정하는 작업이다. 위에서 살펴본 바와 같이 대체분쟁해결방안의 큰 폐해는 그 대상사건이 명확하지 않아 기존 형사사범의 권위가 무너지거나, 금지한 범죄에 대해서도 이러한 제도를 악용하여 법치의 사각지대가 발생하는 것이다. 이러한 점에 있어 대상범죄의 범주를 설정하는 것은 매우 중요하다. 입법과정에 있어 이러한 문제에 대한 고려는 필수적이라고 할 것이다.

3. 당사자의 동의 및 절차적 권리의 보장

대체분쟁해결방안이 성립하기 위해서는 당사자의 동의가 있어야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 한국, 중국, 일본의 전통적 대체분쟁해결방안에 있어 큰 폐해 중 하나는 조정 혹은 중재가 강제되었다는 것이다. 따라서 현대에는 이러한 제도를 도입함에 있어 가해자가 자신의 행위에 대하여 책임을 회피하지 않아야 하고, 피해자 및 가해자 모두 기꺼이 대체분쟁해결방안에 참여해야 하며, 피해자 및 가해자 모두 절차에 참여하는 것이 안전하다고 생각해야 한다. 이러한 조건의 핵심은 당사자의 자발적 참여가 보장되어야 하고 조정이 성립되지 않았을 경우 조정 결과가 본인에게 불이익하게 사용되어서는 안 될 것이라는 인식에 있다.

위에서 살펴본 당사자의 동의가 절차 전 권리보장이라고 하면, 절차 중의 권리 보장 또한 필요하다. 조정 절차에 대한 동의 이전에 당사자들은 자신들의 권리와 절차의 본질, 자신들의 결정에 대한 예견 가능 결과 등에 대해 충분한 설명을 들을 권리가 있다. 대체분쟁해결방안 참가 자체와 관련하여 이러한 절차에 참가하거나 그 결과를 수락하도록 유도하기 위해 피해자나 가해자에게 강요하거나 기망해서는 안 되며, 당사자의 승낙이 가장 중요한 요건이다. 또한 절차 참가 자체가 실질적인 형사소송절차에서 유죄의 인정 증거로 사용될 수 없으며 공개되지 않은 장소에서 행한 토론의 내용은 기밀사항으로 취급한다. 양 당사자의 동의나 법률이 요구하는 경우를 제외하고는 외부에는 비공개되며 만약 합의사항 도출이 실패하였다 하더라도 가해자에게 그것을 이유로 불이익을 줄 수 없어야 할 것이다.

4. 중재자의 객관성 확립

위에서 살펴본 전통적 대체분쟁해결방안의 또 다른 문제점은 중재자의 객관성이 결여되어있다는 점이다. 이로 인해 공정한 조정이 불가능하게 되고 법치의 사각지대가 발생하게 되는 것이다. 대체분쟁해결방안에 참여하는 중재자의 핵심적인 활동은 가해자와 피해자간의 갈등관계를 해소해 주는 것이다. 즉 중재자는 중립적인 제3자로서 당사자들 갈등의 맥락과 크기를 확정하여 상호 원만한 합의에 도달하도록 지원해 주는 역할을 담당하여야 한다. 과거에는 지역 원로가 이러한 역할을 도맡아 왔지만, 현재에는 그러한 역할을 부여하는 것이 사실상 불가능하여 이러한 역할을 수행할 중재자를 새롭게 선정할 필요가 있다. 중재자는 사실상 형사사법제도의 한 축을 담당하는 자이므로 조정위원으로서의 적격성 및 전문성이 요구된다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 조정위원들이 자신의 역할을 수행할 수 있는 전문능력과 필요한 경우 지역문화 및 지역사회에 대한 식견을 가질 수 있도록 하기 위한 교육훈련을 받아야 한다. 조정위원의 자격을 보증할 수 있는 구조와 절차가 수립되어야 하고 대체분쟁해결방안에 참여하는 조정위원들을 관리하는 시스템을 설치하는 것이 바람직하다.

5. 대체분쟁해결제도 구축을 위한 인프라 구축

앞서 살펴본바와 같이 우리 사회에서 아직까지 남아있는 전통적인 법의식과 현실적 법문화를 고려한다면 소송 이외에 이미 우리에게 익숙한 분쟁해결수단인 중재나 조정 등의 제도가 각 분야의 분쟁해결수단으로 성공할 여지가 충분히 있다고 본다. 문제는 이러한 중재나 조정제도에 대하여 공정성과 중립성을 보장할 수 있도록 법제화하고 이를 운용하는 기관이 효율적으로 기능할 수 있는 여건을 마련하느냐에 있다.

한국, 중국, 일본의 전통적 대체분쟁해결제도가 나오게 된 배경에는 사건을 처리할 수 있는 사법부의 인프라가 부족하였다는 공통점이 존재하였다. 이러한

상황이 현재에도 재현되고 있다는 점은 앞서 설명한바와 같다. 물론 대체분쟁해결제도의 도입을 통해 기존 사법부의 부담을 덜 수는 있겠지만, 대체분쟁해결제도가 국가는 방관한 채 당사자들이 알아서 해결하라는 식의 방법이 되어서는 안 된다는 점은 분명하다. 따라서 대체분쟁해결제도의 운영과 절차에 있어서도 유관기관의 적극적인 감독과 참여가 필요할 것이다.³²³⁾

또한 모든 분쟁이 점차 사법화되어 법원의 문을 두드리는 경향이 현저히 증가함에 따라 조정제도의 이용률은 크게 증가되기 어려울 것이라는 전망이 있다. 따라서 대체적 분쟁해결제도의 중요성을 인식하여 이를 어떻게 홍보하고 활성화를 위해 어떻게 노력하느냐에 따라 그 이용도가 좌우될 것이다. 또한 활성화된 경우에도 명망있고 전문성을 갖춘 조정인을 다수 확보하여 이들을 교육하고 적극적 참여를 유도할 수 있는지가 조정제도운영의 성패를 좌우하는 주요한 요소가 될 것이다.

현재 우리나라에서의 형사상 화해조정제도는 검찰단계에서의 형사조정이 대표적이다. 민간조정은 과거 경찰단계에서 시범적으로 실시한 이후 이루어지지 않고 있다. 앞으로 각 형사절차단계에서 화해조정제도가 도입될 것으로 예상되지만 조정기관을 설치하더라도 이를 어떠한 형태로 조직하여 어떠한 기능을 부여하고 재판제도와와의 관계에서 어떠한 위상을 정립할 것인가는 그 나라의 법문화나 국민의 법의식 등을 고려하여 정립되어야 할 것이다. 물론 국가나 공공기관이 이를 설치 운영하는 경우와 민간의 창의에 의하여 발족된 경우에 각각 그 특성이 다를 것이므로 이를 고려한 인프라 구축이 필요할 것이다.

323) 위의 논문, 49쪽.

제5장 결론

안성훈 · 김선헤 · 심재우 · 조균석

우리나라는 1945년 8월 15일 광복이후 민주국가로서의 새로운 출발을 하였다. 1948년 8월 17일에는 우리의 근대적 헌법이 공포되었고, 그 후 형법을 비롯하여 각종 법률이 속속 공포되어 근대적 법체제를 갖추어 시행되기에 이르렀다. 이후 어언 60년이 경과된 오늘에 이르는 동안 우리나라의 사법제도는 혁신과 개선을 거듭하여 선진 외국과 비교하여도 손색이 없을 정도의 위치에 이르렀다. 그러나 이러한 우리나라의 사법제도 혁신과 개선에 부응하여 우리의 법의식도 근대화되어 왔는지에 대한 물음에는 의문이 남는다.

의식이란 인간의 내면적 정신적인 문제이기 때문에 하루아침에 변화되기를 기대하기는 어려운 것이기 때문에 한 국가의 문화요소로서의 법의식은 근본적인 변화를 기대하기 어렵다. 이러한 점을 고려하면, 우리 사회의 특수적이며 전통적인 인간관과 사회윤리도덕관과 관습이 우리의 DNA와 더불어 공고한 뿌리 위에 면면히 전승되고 있기 때문에 서구의 근대법적 의식으로 전승하는 것은 애초부터 불가능한 것이었는지도 모른다. 따라서 우리의 법의식이 근대화한다고 하더라도 그것은 어차피 서구의 근대법적 의식이 아니라 한국적인 근대법적 의식을 기대할 수밖에 없을 것이다.

그러나 한편으로 우리 사회도 근대법 체제하에 있고 또한 서구화된 사회화가

진전됨에 따라 서구의 근대적 법의식이 제고되고 있는 것도 사실이다. 실제로 국민들의 권리의식은 강화되고 법적 소송에 의한 분쟁해결이 증가됨으로써 사회관계의 제문제를 법적 관계로 보려고 하는 의식이 높아져 가고 있다. 그리고 한편으로는 사회질서에 관한 많은 문제들을 실정법에 의존하지 않을 수 없게 되었다는 객관적 현실적인 과정이 법의식의 근대화를 촉진시키고 있다는 것도 인정할 수 있다. 확실히 오늘날 우리 사회에 있어서도 자유평등과 인권의 관념을 중심으로 한 권리의식의 강화가 일반적으로 나타나고 있다고 생각되며, 우리사회에서의 소송사건의 증가경향은 이를 반영하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 현상이 곧 소송에 이르는 원인이나 그 과정과 배경에 있어서 각자의 권리의 존중이라든가 의무의 성실한 이행이라든가 또한 공정한 기준에 따라 그것을 정직하게 준수함으로써 사회관계를 규율하고 분쟁을 해결한다고 하는 의식 내지는 태도가 일상생활의 저변에 까지 충분히 침투하고 있다는 것을 표현하는 것으로 생각하기는 어렵다. 다시 말하면 이러한 현상도 많은 경우가 법과 소송에 대한 전통적인 의식의 특수한 변형된 형태로서 생각할 수 있다. 오늘날에 있어서도 전통적인 법의식과 그에 의한 행동양식이 특히 계약관계, 경미한 사건처리 등의 제분야에서 여전히 존속되고 있다는 것은 주지의 사실이다.

또한 분쟁의 해결과 관련하여 전통적 규범체계와 자유주의 규범체계의 관계를 볼 때 우리 사회는 점점 자유주의 규범체계를 더 많이 활용하고 있지만, 자유주의 법체계는 그 자체가 분쟁의 원천이 되기도 한다. 자유주의 법체계 아래에서는 일상의 생활에서 발생하는 충돌이나 이해관계들이 어떠한 것이든 권리로 전환될 수 있는데, 권리의 충돌은 곧 법적 분쟁을 뜻하게 된다. 과거에는 인간적인 유대관계에 의하여 해결될 수 있었던 분쟁이 이제는 권리간의 충돌로 변질되고 있으며 이러한 분쟁과정에서 인간적인 화해나 해결이 개입할 수 있는 여지가 더욱 좁아지게 된다. 따라서 자유주의 법체계 아래에서는 분쟁이 점점 더 경직되고 격화될 수도 있다. 이러한 점을 감안할 때 현재 우리의 사회에서 발생하고 있는 갈등과 분쟁의 현상에 대하여 새로운 관점에서 접근할 필요가 있다.

본고에서는 중국과 일본의 전통적 대체분쟁해결제도를 바탕으로 조선시대의 대체적 분쟁해결방식의 하나였던 사화(私和) 제도를 파악해 보았다. 사화(私和) 제도는 법적, 공식적으로 제도화되었던 것은 아니지만 당시 백성들의 권리의식

이 증대되고 소송제도가 정비되면서 소송이 지방관이 감당하기 어려울 정도로 폭주하였다는 시대적 배경하에 재판 외 분쟁해결방안인 사화 제도의 필요성이 현실적으로 대두되었던 것이다.

영국의 역사가인 아놀드 토인비(1889~1975)의 말을 굳이 인용하지 않더라도 역사는 반복된다는 것을 현재 우리의 소송제도를 통해서도 인식할 수 있다. 즉, 근대적 재판제도를 중심으로 한 사법절차에 대한 국민의 불만, 즉 분쟁해결의 지연, 과도한 비용, 심리대상의 제약, 재판절차의 기술적 난해성, 경직성 및 획일성, 경미한 분쟁에 대한 재판절차의 부적합성, 비능률적 법집행이라는 재판의 기능적, 구조적 한계 때문에 마침내 소송은 백해무익이라는 거부감과 법원불신이 초래되고 있다. 실제로 현재 우리나라는 형사사건에 대한 고소나 고발이 비교적으로 많고, 특히 개정 형사소송법에 의해 모든 고소·고발사건에 대해 裁定申請이 확대됨에 따라 고소·고발에 따른 형사사법비용이 증가하고 있으며, 또한 형사사법절차에서 분쟁의 당사자인 피해자가 소외되어 왔다는 점 등이 당면의 문제점으로 지적되고 있다. 따라서 이와 같은 불만과 불신을 어느 정도 해소하고 또한 소송의 폭증에 따른 문제점을 해소하기 위한 한 방안으로서 신속, 저렴하고 누구나 이해하기 쉬우며 경미하거나 특수한 분쟁의 효과적인 처리절차로서 화해조정이나 중재 등 형사사건에서의 대체적 분쟁해결제도의 개발이 시급하게 요청되고 있다. 이러한 요청에 부응하는 합리적이고 건전한 분쟁해결제도를 가지기 위해서는 소송절차의 정비 못지않게 재판에 의하지 않는 대체분쟁해결제도도 발전시켜야 할 것인데, 여기에서 우리나라의 전통적 대체분쟁해결제도에 관한 연구에서 도출된 시사점을 활용할 수 있을 것이다.

사람이 공동체를 이루어 살아가는 데에는 인간관계가 중요한데, 이는 계수적 또는 기능적 사고가 지배하는 서구 산업사회의 합리적이고 냉철한 관계와는 대조적이다. 이와 같은 인간관계는 아무리 근대화와 개인주의적 법률만능주의가 심화되더라도 인정과 의리, 체면과 인화, 그리고 토착적 윤리의식과 명예감정을 바탕으로 한 전통적 생활관계이고 그 속에서 우리나라 분쟁해결방식이 근대적 재판제도의 운영에 영향을 끼칠 것은 명약관화하다. 따라서 우리나라의 전통적 대체분쟁해결제도를 활용한 조정이나 중재 등은 법원의 재판업무의 경감이라는 실무적 차원을 넘어서 갈등 있는 인간관계를 윤리와 상식, 사회통념과 경험칙으

로 풀어 상실된 인간성을 회복하고 재판제도의 신뢰회복에 기여할 것으로 기대된다.

또한 앞서 외국의 전통적 대체분쟁해결제도의 도입 사례에서 알 수 있듯이 형사사건에서 전통적 대체분쟁해결방식을 적용한 지역에서는 체포와 구금정도가 감소하였고, 지역 공동체의 관계성이 회복되었다는 것을 보여주고 있다. 회복적 사법의 실천으로 보고되고 있는 많은 연구에서도 전통적 대체분쟁해결방식을 적용한 실천프로그램들이 피해자와 범죄자 그리고 그들의 지역사회에 많은 이점, 즉 피해자들은 형사사법시스템에 적극적으로 참여함으로써, 범죄자들은 손해를 치유하고 회복할 수 있는 기회를 얻는다는 점에서, 또한 지역사회는 범죄라는 갈등상황에 대한 회복적 해결책을 얻는다는 점에서 이점을 가진다고 보고하고 있다.³²⁴⁾ 실제로 대체적 분쟁해결제도와 소송은 서로 경쟁적이고 보완적인 관계에 있으며, 이를 통하여 분쟁의 효율적인 해결에 기여할 수 있을 것으로 기대된다.

본 연구에서는 조선시대 사화 제도에 대한 최초의 연구이며 사화에 관한 관련 케이스들을 구체적으로 찾아서 소개하였다는 점에서 의의가 있지만, 형사사건 분쟁 조정과 관련한 기록 자체가 부족한 형편에서 사화제도의 구체적 내용을 완전히 복원하는 데는 한계가 없지 않다. 그렇지만 이 글은 사화 제도에 대한 본격적인 기초적 연구라는 점에서 그 의의를 찾아볼 수 있으며, 이를 계기로 본 연구결과를 활용하여 향후 내실 있는 관련 연구가 활성화되기를 기대한다. 나아가 이러한 검토를 기초로 하여 우리나라에서 본격적으로 도입되고 있고 또한 도입될 예정에 있는 형사사건에서의 화해조정제도가 지향해야 할 바가 무엇이고 이를 위해 법률적·제도적으로 개선되어야 할 점이 무엇인지를 모색함에 있어서 참고가 되었으면 한다.

324) 안성훈 (2012), “회복적 사법과 재범방지에 관한 소고(1)”, 범죄와 비행, 한국범죄비행학회, 72쪽 ; John Braithwaite (2002), *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Melbourne: Oxford University Press.

I. 국내문헌

1. 단행본

- 고석규 (1998), 19세기 조선의 향촌사회연구-지배와 저항의 구조, 서울대 출판부
- 공정식 (2000), 刑事政策-行刑學 및 矯正學 包含, 東玄出版社
- 김기춘 (1990), 朝鮮時代刑典-經國大典 刑典을 中心으로, 三英社
- 김성돈 (2001), 형사절차상 피해자 - 가해자조정(Victim-Offender Mediation)제도의 도입방안, 피해자학연구, 제9권 제1호
- 김성돈 (2008), 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(I): 형사사법체계내 형사조정제도 도입에 따른 법이론적 문제점 및 개선방안, 형사정책연구원
- 김용세의 2인 (2002), 형사화해제도 도입을 위한 입법론적 연구, 한국형사정책연구원
- 김용세 (2010), 피해자학, 형설출판사
- 박광범·김성돈 (2006), 각국의 회복적 사법 실무운용 자료집, 한국형사정책연구원
- 박병호 (1974), 韓國法制史攷-近世의 法과 社會, 法文社
- 박병호 (1985), 韓國의 傳統社會와 法, 서울大學校 出版部
- 박병호 (1986), 세종시대의 법률, 세종대왕기념사업회
- 박병호 (1996), 近世의 法과 法思想, 도서출판 진원
- 서일교 (1968), 朝鮮王朝 刑事制度의 研究, 韓國法令編纂會
- 심희기 (1997), 韓國法制史講義-韓國法史上의 判례와 읽을 거리, 三英社

- 오갑균 (1995), 朝鮮時代司法制度研究, 三英社
- 이진국 역 (2002), 가해자-피해자-조정, 범죄대처의 새로운 가능성과 행위자와 피해자에 대한 기회, 한국형사정책연구원
- 이진국 (2010), 형사조정의 이론과 실제, 범죄방지포럼, 제27호
- 이호중 (1993), 형사절차상 피해자보호방안, 한국형사정책연구원
- 이해준·김인걸 외 (1993), 조선시기 사회사 연구법, 한국정신문화연구원
- 임재표 (2000), 조선시대 行刑制度에 관한 연구-恤刑을 중심으로, 한국형사정책연구원
- 전재경 (1995), 복수와 형벌의 사회사, 웅진출판
- 정궁식 (2002), 韓國近代法史攷, 博英社
- 정석중 (1983), 朝鮮後期 社會變動研究, 一潮閣
- 정진영 (1998), 조선시대 향촌사회사, 한길사
- 조윤선 (2002), 조선후기 소송연구, 국학자료원
- 조윤선 (2002), 조선후기 소송 연구, 國學資料院
- 조지만 (2007), 조선시대의 형사법-대명률과 국전, 景仁文化社
- 지승중 (1995), 朝鮮前期奴婢身分研究, 一潮閣
- 최승희 (2003), 古文書를 통해 본 朝鮮後期 社會身分史研究, 知識産業社
- 한상권 (1996), 朝鮮後期 社會와 訴冤制度-上言·擊箏 研究, 一潮閣
- 대검찰청 미래기획단 (2009), 고소사건 관련 제도 개선방안 연구
- 서울고등검찰청 (1997), 검찰항고·고소제도 개선 및 사건처리절차 합리화방안 연구
- 한국역사연구회 조선시기 사회사연구반 (2000), 조선은 지방을 어떻게 지배했는가, 아카넷

2. 논문

- 강현중 (1994), “대체적 분쟁해결제도”, 고시계 94/7
- 권순철 (2002), “19세기 전반 서울지역 下級官吏 범죄의 실태와 정부의 대책”, 史叢
- 권연웅 (1994), “『審理錄』의 기초적 검토-正祖代의 死罪判決”, 李基白先生古稀 紀念韓國史學論叢(下)-朝鮮時代篇・近・現代篇”, 一潮閣
- 김경숙 (2002), “조선후기 山訟과 사회갈등 연구”, 서울대 박사학위논문
- 김경숙 (1998), “朝鮮時代 流配刑의 執行과 그 事例”, 史學研究
- 김상찬·양영화 (2012), “우리나라 ADR제도의 활성화 방안”, 법학연구 제45집
- 김선경 (1992), “‘民狀置簿冊’을 통해서 본 조선시대의 재판제도”, 역사연구 창간호
- 김선경 (1993), “조선후기 山訟과 山林 所有權의 실태”, 東方學志, 77・78・79
- 김선경 (2000), “조선후기 여성의 성, 감시와 처벌”, 역사연구
- 김성돈 (2005), “형사사법과 회복적 사법”, 성균관법학 제17권 제1호
- 김용세 (2006), “형사화해제도에 관한 형사사법 실무자의 인식”, 피해자학연구 제14권 제1호, 한국피해자학회
- 김인걸 (1990), “‘民狀’을 통해 본 19세기 전반 향촌사회 문제”, 韓國史論, 서울대 국사학과
- 김인걸 (1991), “조선후기 鄉村社會 변동에 관한 연구-18, 19세기 ‘鄉權’ 담당 층의 변화를 중심으로”, 서울대 박사학위논문
- 김인걸 (2002), “조선후기 여론과 정치-‘公論政治’의 지속과 단절”, 朝鮮의 政治와 社會, 集文堂
- 김 호 (1998), “奎章閣 소장 ‘檢案’의 기초적 검토”, 朝鮮時代史學報
- 도면희 (1998), “1894-1905年間 刑事裁判制度 研究”, 서울대 박사학위논문
- 박경하 (1988), “正祖朝 『鄉禮合編』의 刊行과 鄉約의 性格”, 又仁金龍德博士停年紀念史學論叢
- 박광민 (2005), “형사절차상 피해자보호의 현황과 전망”, 경성법학 제14집 제1호
- 박민정 (2008), 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(I): 형사화해 조정을 통한 형사사법비용 절감 효과에 관한 연구, 한국형사정책연구원

- 박병호 (1985), “茶山の 法思想”, 丁茶山研究의 現況, 民音社
- 박병호 (1990), “茶山の 刑律觀”, 茶山學의 探究, 民音社
- 박병호 (1998), “朝鮮初期 法制定과 社會相大明律의 實用을 중심으로”, 國史館論叢, 80
- 박윤석 (2011), “회복적 사법과 한국형사사법의 발전방향”, 동국대학교 박사학위논문
- 신동운 (2006), “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, 형사법의 신동향, 2호
- 신양균 (2009), “우리나라 형사화해제도에 대한 검토”, 동아법학, 제44호
- 심재우 (2001), “『審理錄』을 통해 본 18세기 후반 서울의 범죄양상”, 서울학연구
- 심재우 (2007), “조선말기 형사법 체계와 『대명률』의 위상”, 역사와 현실
- 심희기 (1998), “한국적 전통과 시민적 덕성-部民告訴禁止法과 世宗의 苦惱”, 世宗時代 文化의 現代의 意味, 韓國精神文化研究院
- 심희기 (1997), “18세기의 형사사법제도 개혁”, 韓國文化
- 안성훈·오카자키 마유미 (2012), “나이사이(內濟)제도에 대한 소고-일본 에도 시대의 전통적인 대체적 분쟁해결방법-, 피해자학연구 제20권 제1호
- 안성훈 (2012), “회복적 사법과 재범방지에 관한 소고(1)”, 범죄와 비행, 한국범죄비행학회
- 이진국 (2010), “형사조정 의 이론과 실제”, 범죄방지포럼 제27호, 한국범죄방지재단
- 전경목 (1997), “山訟을 통해 본 朝鮮時代 司法制度 運用실태와 그 특징”, 法史學研究, 18
- 전병서의 외 2인 (2005), “대체적 분쟁처리제도(ADR) 도입방안”, 사법제도개혁추진위원회 연구용역보고서
- 정순옥 (2003), “정조의 법의식-『審理錄』 판부를 중심으로”, 全南史學
- 조윤선 (1997), “丁若鏞의 社會改革 方法論-法治의 觀點에서”, 史叢
- 조윤선 (2000), “조선후기 법사학 연구의 현황”, 조선후기사 연구의 현황과 과제, 창작과비평사
- 조윤선 (2009), “英祖代 남형, 흑형 폐지 과정의 실태와 欽恤策에 대한 평가”, 朝鮮時代史學報
- 탁희성 외 4인 (2008), 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(I); 형사

- 화해조정제도 도입을 위한 기초연구, 한국형사정책연구원
 한상권 (1994), “조선시대 법전편찬의 흐름과 각종 법률서의 성격”, 역사와 현실
 홍순민 (1998), “조선 후기 法典 編纂의 推移와 政治運營의 變動”, 韓國文化
 홍순민 (2004), “『日省錄』의 편찬 과정과 구성 원리”, 民族文化

Ⅱ. 국외문헌

1. 일본

가. 단행본

- 吉田敏雄 (2005), 法的平和の恢復, 成文堂
 山崎佐 (1957), 日本調停制度の歴史, 財団法人日本調停協会連合会
 平松義郎 (1960), 近世刑事訴訟法の研究, 創文社
 高橋則夫 (2007), 対話による犯罪解決, 成文堂
 石尾芳久 (1975), 日本近世法の研究, 木鐸社
 服藤弘司 (1983), 刑事法と民事法, 創文社
 小早川欣吾 (1988), 増補 近世民事訴訟制度の研究, 名著普及会
 平川新 (1996), 紛争と世論—近世民衆の政治参加, 東京大学出版会
 大平祐一 (2000), 近世の合法的『訴訟』と非合法的『訴訟』—救済とその限界
 一, 藪田貫
 井ヶ田良治 (2002), 日本法社会史を拓く, 部落問題研究所
 高橋則夫 (2003), 修復的司法の探求, 成文堂
 大平祐一 (2005), “内済と裁判”藤田覚編 近世法の再検討—歴史学と法史学の
 対話, 山川出版社
 梅原郁 編 (1995), 中國近世の法制と社會, 京都大學人文科學研究所
 夫馬進 編 (2011), 中國訴訟社會史の研究, 京都大學學術出版會
 歴史學研究會 編 (2000), 紛争と訴訟の文化史, 青木書店

- 仁井田陞 (1964), 中國法制史研究: 法と慣習, 法と道德, 東京大學出版會
滋賀秀三 (1984), 清代中國の法と裁判, 創文社
中島樂章 (2002), 明代鄉村の紛爭と秩序, 東京: 汲古書院
中村茂夫 (1973), 清代刑法研究, 東京大學出版會
高橋則夫 (2003), 修復的司法の探求, 成文堂

나. 논문

- 金田平一郎 (1928), “徳川時代に於ける訴訟上の和解 (一)(二)”, 史苑, 第一卷
第二號・三號
牧健二 (1930), “七兩二分不義の詔証文”, 法律春秋, 第5卷
高柳眞三 (1940), “密通罪とその特異性”, 法学, 第9卷
中田薫 (1943), “法制史論集』第三卷下”, 岩波書店
高柳眞三 (1941), “和解主義に立つ裁判 わが近世裁判制度の一面”, 中央公論
』第五十六卷第四號
牧健二 (1942), “近世武家法の和解及び調停』『齋藤博士還曆記念”, 法と裁判,
有斐閣
大竹秀男 (1952), “近世水利訴訟法における「内済」の原則”, 法制史研究, 一号
山中永之佑 (1960), “密通の仕置と内済—江戸時代における婚姻規制の一側面
—”, 阪大法学』第38号
曾根ひろみ (1980), “享保期の訴訟裁判権と訴”, 松本四郎・山田忠雄編, 講座
日本近世史(4), 元禄・享保期の政治と社会, 有斐閣, 1980.
曾根ひろみ (1981), “享保期の公事訴訟と法支配”, 歴史学研究, 別冊特集
宮島敬一 (1981), “近世農民支配の成立について(一)—中世在地法の「否定」と
「内済」—”, 地方史研究, 第31卷3号
山中至 (1981), “幕藩体制における密通仕置の研究(一)(二)”, 九大法学, 第43号
水林彪 (1983), “近世의 法秩序と規範意識”, 相良亨・尾藤正英・秋山虔編, 講
座 日本思想 第3卷, 東京大学出版會
山田勉 (1987), “延岡藩の刑事内済”, 日本史研究, 第二九七号

- 水本邦彦 (1987), “第三章 村共同体と村支配”, 近世の村社会と国家, 東京大学出版会
- 植田信廣 (1987), “日本法の史的展望(三)—幕藩体制下の法と裁判”, 碧海純一編, 日本の社会と法, 放送大学教育振興会
- 茎田加寿子 (1987), “内済と公事宿”, 朝尾直弘他編, 日本の社会史, 第5巻 裁判と規範, 岩波書店
- 安竹貴彦 (1991), “近世幕府法における「作略」の意義と機能(一), (二)”, 法学雑誌, 第三十七卷第四号; 第三十八卷第一号
- 陶山宗幸 (1992), “江戸幕府の刑事内済—傷害罪の検討を中心にして”, 法制史研究, 41号
- 大平祐一 (1996), “近世の非合法的訴訟(四)—駕籠訴・駆込訴を素材として”, 立命館法学, 第243・244号
- 西村安博 (1999), “前近代社会における伝統法文化の一斑—「和與」と「内済」をめぐる—”, 法政理論, 第32巻第2号編, 社会と秩序(民衆運動史3), 青木書店
- 渡邊忠司 (2000), “幕末期の取扱人(仲介人)について—幕末期郡中惣代のゆくえ”, 大阪市史編纂所, 大阪の歴史』第五十六号; 大坂町奉行と支配所・支配国 (2005), 第三章, 東方出版
- 村上一博 (2009), “第9講 ADRの日本の原型は内済か”, 村上一博・西村安博編, 史料で読む日本法史, 法律文化者
- 大平祐一 (2009), “出入の終了”, 立命館法学, 第5・6号
- 大平祐一 (2011), “判決が出たあと—江戸時代の「訴訟社会」像”, 夫馬進編, 中国訴訟社会史の研究, 京都大学学術出版会
- 李培玉 (1998), “論傳統訴訟意識的特徵以及對當代中國的影響”, 南京社會科學, 第1期
- 寺田浩明 (1995), “清代民事司法論における『裁判』と『調停』- Philip C.C. Huang氏の近業寄せて-”, 中國史學, 5
- 寺田浩明 (1997), “合意と齊心の間”, 森正夫外編, 明清時代史の基本問題, 汲古書院

- 三木聰 (1998), “明清時代の地域社會と法秩序”, 歴史評論, 580
- 奥村郁三 (1969), “中國における官僚制と自治の接點—裁判權を中心として—”, 法制史研究, 19
- 佐立治人 (1997), “舊中國の地方裁判と法律—法律に従わない判決が持つ意味—”, 東洋史研究, 56-2
- 中村哲夫 (1990), “清末の地方習慣調査の報告書について”, 布目潮瀧博士古稀記念論集・東アジアの法と社會, 汲古書院
- 西村春夫 (2006), “修復的司法の理念, 実態, 正当性”, 細井洋子外3人編著, 修復的司法の総合的研究, 風間書房
- 春原源太郎 (1962), “出入嚙日記”, 法制史研究, 12号
- 川島孝 (1974), “近世用水争論の解決過程—河内国新大和川上流右岸を対象として—”, 歴史研究, 第16号

2. 중국

가. 단행본

- 水林彪・大津透・新田一郎・大藤修編 (2001), 法社会史, 山川出版社
- 臺灣 中央研究院 歷史語言研究所 (1979), 明代律例彙編
- 臺灣 中央研究院 歷史語言研究所 (1979), 明代律例彙編
- 懷效鋒 主編 (1998), 大清律輯注, 法律出版社
- 台灣總督府 編 (1972), 清國行政法, 巖松堂書店, 1936(→ 汲古書院, 1972)
- 劉伯山 主編 (2005), 徽州文書, 廣西師範大學出版社
- 王鈺欣・周紹泉 編(1991), 徽州千年契約文書, 花山文藝出版社
- 乾隆卷 (1991), 清代巴縣檔案, 檔案出版社
- 清代乾嘉道巴縣檔案選編 上,下 (1989, 1996), 四川大學出版社
- 官箴書集成 (1997), 黃山書社, 10冊
- 刑案匯覽 (1968) 成文出版社
- 中國 山西大學 晉商學研究所・인천대학교 HK 中國관행연구사업단 (2012), 中

- 國宗族資料集-族譜 資料를 중심으로 , 도서출판 모두의 지혜
 王源謝氏孟宗譜, 中國國家圖書館 善本室 所藏.
 文堂陳氏鄉約家法, 安徽省圖書館 所藏.
 范忠信·鄭定·詹學農 (1996), 이인철 역, 中國法律文化探究-情理法과 中國人-, 일조각
 宋正洙 (1997), 中國近世鄉村社會史研究, 혜안
 張晉藩 主筆 (2006), 한기중 외 역, 中國法制史, 소나무
 强世功 (2005), 調解, 法制與現代性: 中國調解制度研究, 中國法制出版社.
 顧培東 (1991), 社會衝突與訴訟機制, 四川人民出版社
 瞿同祖 (1981), 中國法律與中國社會, 中華書局
 毛國權 (2007), 宗法結構與中國古代民事爭議解決機制, 法律出版社
 西蒙·羅伯茨 (2011), 糾紛解決過程: ADR與形成決定的主要形式, 北京大學出版社
 徐朝陽 (1933), 中國訴訟法溯源, 上海商務印書館
 蘇亦工 (2000), 明清律典與條例, 中國政法大學出版社
 梁治平 (1996), 清代習慣法: 社會與國家, 中國政法大學出版社
 韋山明 (2009), 中国古代訴訟制度研究, 上海古籍出版社
 鄭 秦 (1988), 清代司法審判制度研究, 湖南教育出版社
 黃宗智 (1998), 民事審判與民間調解: 清代的表達與實踐, 社會科學出版社
 王興安 譯 (2003), 十九世紀的北部臺灣: 晚清中國的法律與地方社會, 播種者文化有限公司

나. 논문

- 夫馬進 (2011), “中國訴訟社會論概論”, 中國訴訟社會史の研究, 京都大學學術出版會
 岩村等 (1976), “内濟·勸解·調停—水利の場合について—”, 法の科学, 4号
 岸本美緒 (1992), “清初上海的審判與調解—以『歷年記』爲例—”, 中央研究院歷史語言研究所編, 近世家族與政治比較史論文集 上冊

3. 영·미

가. 단행본

- A. Ashworth (1993), Some doubts about Restorative Justice, Criminal Law Reform 4(2)
- Dieter Rössner (1992), Strafrechtsfolgen ohne Übelzufügung? -Zur Reform der Sanktion ohne Freiheitsentzug, NStZ12
- Hennessey Hayes, Gerry Johnstone, Daniel W. Van Ness, ed. (2007), Handbook of Restorative Justice, London and NY/Routledge
- Howard Zehr (2002), The Little Book of Restorative Justice, 2002, pp. 47-50
- Lode Walgrave (2004), ed. by M. Tonry, Anthony N. Doob, Restoration in Youth Justice, Youth Crime and Youth Justice, The University of Chicago Press
- J. Belgrave (1996), Restorative Justice: A Discussion Paper, Ministry of Justice: New Zealand
- Johnstone, G. (2002), Restorative Justice: Ideas, Values, Debates, Cullompton: Willan Publishing
- John Braithwaite (2002), Restorative Justice and Responsive Regulation, Melbourne: Oxford University Press
- Klaus Hurrelmann (1998), Einführung in die Sozialisationstheorie, 6. Aufl., Weinheim und Basel
- Mark A. Allee (1994), Law and Local Society in Late Imperial China: Northern Taiwan in the Nineteenth Century, Stanford U. P.
- Philip C.C. Huang (1996), Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing, Stanford Calif: Stanford U.P.
- John Braithwaite, Restorative Justice & Responsive Regulation 5 (2002), Heather Strang & Lawrence W. Sherman, Repairing the Harm: Victim and Restorative Justice 2003, Utah L. Rev. 15, 16.

- Shapland, J. (1986), Victims and the Criminal Justice System, Fattah, E. A.(ed)
 From Crime Policy to Victim Policy, London/The Macmillan Press LTD
- Shari Tickell and Kate Akester (2004), Restorative Justice: The Way Ahead, Justice
- Umbreit, Mark S. (2001), Introduction: Restorative Justice through Victim
 Offender Mediation, The Handbook of Victim Offender Mediation,
 Jossey-Bass Inc

나. 논문

- Bazemore, Gordon and Lode Walgrave (1999), “Restorative juvenile justice: In
 search of fundamentals and an outline for systemic reform.” In
 Restorative juvenile justice: Repairing the harm of youth crime, ed.
 Gordon Bazemore and Lode Walgrave, With an introduction by Gordon
 Bazemore and Lode Walgrave, Monsey, NY: Criminal Justice Press
- Braithwaite, J. (1999), “Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic
 accounts”, in M. Tonry ed. Crime and Justice: A Review of Research,
 Vol. 25. Chicago, IL: University of Chicago Press
- Chris Cunneen (2007), “Reviving restorative justice traditions?”, ed. Gerry Johnstone,
 Daniel W. Van Ness., Handbook of Restorative Justice, Willan Publishing
- Christie, N. (1977), “Conflicts an Property”, The British Journal of Criminology 17
- David C. Buxbaum (1971), “Some Aspects of Civil Procedure and Practice at
 The Trial Level in Tanshui and Hsinchu from 1789 to 1895”, Journal
 of Asian Studies, Vol. 30, No. 2
- Dirk J. Louw (2008), “The African concept of ubuntu and restorative justice.”, ed.
 Dennis Sullivan, Larry Tifft, Handbook of Restorative Justice, Routledge
- Edward Brunet (1987), “Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution”.
 Tulane Law Review, Vol. 62, No. 1, pp. 11-14
- Hennessy A. (2005), “indigenous justice: indigenous laws at the colonial
 interface”, Paper presented to Law Asia Conference, Bali, March

- John Braithwaite (1997), "Restorative Justice and a better future", Dalhaousie Review 79
- Joanna Shapland (2003), "Restorative Justice and Criminal Justice: Just Responses to Crime?", Andrew von Hirsch, et. al., eds., Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?, Oxford and Portland, Orgeon: Hart Publishing
- Julian Roberts and Kent VandRoach (2003), "Restorative Justice in Canada: From Sentencing in Circles to Sentencing Principles", Andrew von Hirsch, et. al., eds., Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?, Oxford and Portland, Orgeon: Hart Publishing
- Maloney, D., and Bazemore, G. (1994), "Making a Difference: Community Service Helps Heal Troubled Youths", (Juveniles: A Generation at Risk) Corrections Today, December
- Martin Wright (1988), "From Retribution to Restoration: A New Model for Criminal Justice", New Life: The Prison Service Chaplaincy Review 5
- Nils Christie (1977), "Conflicts as Property", The British Journal of Criminology, Vol. 17
- Paul McCold (1999), "Restorative Justice Practice: The State of the Field 1999", in: www.iirp.org/library/vt/vt_mccold.html
- Philip C.C. Huang (1993), "Between Informal Mediation and Formal Adjudication: The Third Realm of Qing Civil Justice", Modern China 19-3
- Shapland, J., Atkinson, A., Atkinson, H., Colledge, E., Dignan, J., Howes, M., Johnstone, J., Robinson, G., and Sorsby, A. (2006), "Situating restorative justice within criminal justice", Theoretical Criminology, London, Thousand Oaks and New Delhi: SAGE Publications
- Sander, Frank E. A. (1985), "Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview", University of Florida Law Review, 37(1), p. 97
- Tony F. Marshall (1996), "The evolution of restorative justice in Britain", European Journal on Criminal Policy and Research 4(4)

Ⅲ. 기타자료

1. 연대기

『朝鮮王朝實錄』(國譯本, <http://sillok.history.go.kr>)

『日省錄』(서울대 奎章閣, 1982-1996)

『備邊司謄錄』(國史編纂委員會, 1959-1960)

『承政院日記』(國史編纂委員會, 1961-1977)

2. 법전

『經國大典』(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1997)

『大典續錄·大典後續錄·經國大典註解』(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1997)

『各司受敎·受敎輯錄·新補受敎輯錄』(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1997)

『典錄通考』上·下(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1997)

『續大典』(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1998)

『大典通編』上·下(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1998)

『典律通補』上·下(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1998)

『兩銓便攷·銀臺條例』(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 2000)

『銀臺便攷』上·下(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 2000)

『大典會通』上·下(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1999)

『六典條例』上·下(奎章閣資料叢書 法典篇, 서울대 奎章閣, 1999)

『刑法大全』(奎 17287-4, 1책)

3. 형사판례집·법제자료

『국역 심리록』(民族文化推進會, 1998-2007)

- 『秋官志』 上・中・下(奎章閣資料叢書 官署志篇, 서울대 奎章閣, 2004)
- 『역주 欽欽新書』 1-3(丁若鏞 著, 朴錫武・丁海廉 역주, 現代實學社, 1999)
- 『수교정례・올레요람』(법제자료 38집, 법제처, 1970)
- 『형전사목・흙흙전직』(법제자료 82집, 법제처, 1976)

4. 지방사 자료

- 『朝鮮民政資料 牧民篇』(內藤吉之助 編, 1942)
- 『朝鮮民政資料叢書』(驪江出版社, 1987)
- 『嶺南鄉約資料集成』(吳世昌 等 編著, 영남대 출판부, 1986)
- 『韓國地方史資料叢書』 報牒篇1-12(驪江出版社, 1987-1990)
- 『韓國地方史資料叢書』 民狀篇1-13(驪江出版社, 1987-1990)
- 『朝鮮時代社會史研究史料叢書』(一)・(二)・(三)(金仁杰・韓相權 編, 保景文化社, 1986)

5. 통계

범죄백서 (2012), 법무연수원

Abstract

A Study on the Korean Conventional Alternative Dispute Resolution (ADR) System in Criminal Justice

An, Sung-Hoon

1. Purpose of the study

The Alternative Dispute Resolution (ADR) system, like criminal reconciliation is not an entirely new method of resolving problems. It was a normal and universal system for handling disputes before a state that represented victims appeared. In many societies including the US, Canada, Australia, New Zealand and Europe, Restorative Justice has been suggested as an alternative to the existing criminal justice system. The criminal reconciliation system in the US and England have showed great development in the past 30 years and it is important to understand that these systems are derived from a customary or conventional ADR system.

The purpose of this study is to discover the conventional ADR system in Korea and find a way to adopt it into the criminal reconciliation program. Unfortunately, there was little data for this study and no

prior research. However, there is a lot of data about the conventional ADR systems in China and Japan, that share culture commonalities with Korea. Consequently, in this study I tried to determine the conventional ADR system in Korea and how it can be adopted into the crime reconciliation system by comparing Korea, China and Japan due to their cultural similarities.

2. Comparing conventional ADR systems in the three country

a. Background and necessity of the system.

Let's first look into the latter part of the Joseon Dynasty. In the late Joseon the state tightly controlled punishment power as such the role of the state in resolving civil and criminal litigation disputes grew. Civil, administrative petitions, reports, etc. were added to the work of the state. So, the need for alternative dispute resolution was sufficient. Moreover, minor incidents would have been presumed to recommend. The same was true in China and Japan. At the time many people were not afraid to sue, despite the general principle of the government to suppress litigation.

However, the proper treatment of a suit would have been difficult for public officials to deal with and therefore these officials would have wanted these cases to be solved with by a method of reconciliation, not a legal suit. In addition, a negative perception of lawsuits in China, Japan and Korea is thought to have contributed to the prevalence of alternative dispute resolution methods. Korea as a Confucian society has negative view of litigation. This perspective was the same in Japan.

The cases involving the daily lives of people was solved through agreement between the parties, not through involvement of the state. We

can assume that the Korean, Chinese and Japanese societies that had common Confucian culture were all reluctant to resolve the conflict with government intervention, and sought consensus and coordination between the parties.

b. The features and Characteristics of the system

In the context of the above understanding of Korea, China, Japan, the nature of the traditional alternative dispute resolution methods and features are considered to have the following characteristics.

From the historical materials, It is presumed that the system of mediating conflicts and disputes was not at the national level. The procedure and nature of the system is relatively detailed in Japan and China and they seem to have similar nature.

In terms of the alternative methods of dispute resolution, Korea, China, Japan all feature a common mediator from the community to bring the parties to deal with the conflict. The mediator could be an official, but most of the case, it was the elder or community leader from the town.

A common feature of the systems is that elders in the three countries who were considered as virtuous were allowed to be a mediator. This is because this person, who understood town's circumstances could better play the role of mediator better than an officials who was replaced frequently.

c. Problems and realities of the system

The problems and realities of the dispute resolution systems in the three countries are as follows. First, Korea's reconciliation(私和) system was not institutionalized in the country, so it is useless to investigate the

legislature about the system. However, historical materials state that this method was publicly used in many criminal cases.

In order to overcome negative side effects of reconciliation, the application of this system to cases of murder was banned. If someone broke this rule and mediated such a case, he or she was punished. Despite this, according to other historical data about murder, the reconciliation system was also still often and publicly used. In this context, it can be assumed that reconciliation was done illegally for some crimes.

In the case of Japan, in addition to the side effects, there were some other negative effects like unequal position of the parties or forced reconciliation. They were also showed in China's system, in an increase in cases where the moderator of the dispute didn't take a neutral position.

In this context, it is presumed that with governmental pressure to reduce litigation and a social atmosphere in which people didn't like litigation, but the moderator didn't take neutral position that reconciliation was forced. In China, due to these abuses of the moderator's privilege, it was limited and government made people monitor the actions of the moderator, so that the side effects could be solved successfully. I believe the systems of Korea and Japan were also similarly changed.

This is a comparison table of the three countries' alternative dispute resolution system.

□ Comparison table of the three countries' ADR system

Division	Korea	China	Japan
Moderator	Head of a village, officials	Elderly of venerable man of town	Elderly of venerable man of town
Process	Moderator' s mediation	Moderator' s mediation	Moderator' s mediation
Background	Increase of litigation, , People suing minor crime, Official' s lack of ability to resolve litigation	Increase of litigation, , Official' s lack of ability to resolve litigation, People' s complaints about unfair judgement	Increase of litigation, , Official' s lack of ability to resolve litigation
Side effects	Abuses of the system	Abuses of the moderator' s right, Unfair position of the parties	Unfair position of the parties, Forced reconciliation, Abuses of the system
Purpose	Decresing the number of litigation, Judgement considering the parties' circumstance	Decresing the number of litigation, Judgement considering the parties' circumstance	Saving the cost and time of judgement, Restoration of the relationship of parties, Decresing the number of litigation

3. The implications of the traditional alternative dispute resolution system

Considering the advantages and disadvantages of traditional alternative dispute resolution, I searched for a form of alternative dispute resolution that could be applied in Korea. They are as follows:

a. Linkages with the existing criminal framework

We need to investigate what relationship the traditional ADR system have with the system led by state in the three countries. Then we could know how to introduce the system in a modern context.

First, Let's look at Korea's case. It seems that the reconciliation system was secondary to the country's judicial system. But the traditional ADR system decreased the number of cases and moderator who understood each party helped people resolve problems peacefully.

In other words, the reconciliation system in Korea was not institutionalized but the effect of the system was excellent. The same is true of China and Japan.

However, we need to consider the side issues which can be found in the three countries. The side issues are deciding which crimes to apply ADR to and securing the neutrality of the moderator. To solve this problem, linkages with the existing criminal framework is essential.

b. The need for legislation

Some alternative dispute resolution systems are defined in the law, but some measures are not specified in the law. As discussed above, the reconciliation system in Korea was informal but in China and Japan, it was an official system.

We now live in the society of law and if the system and as such if ADR is not codified in law, many people will be confused. Also, to solve the side effects discussed, legislation is essential.

c. Ensuring procedural rights and agreement of the parties

As discussed above, the traditional methods of alternative dispute resolution in Korea, China, Japan had one great evil that adjustment or arbitration was forced. Therefore, To adopt this system successfully, each parties should be involved voluntarily and all procedures should be considered safe.

In addition, prior to mediation the parties should agree on their rights and the nature of the procedure and moderator needs to explain to the parties the expected result of their decisions and such rights should be guaranteed.

c. Securing objectivity of moderator

As discussed earlier, another problem of the traditional methods of alternative dispute resolution is that it lacks objectivity of the moderator. This will make adjustment unfair. The most important role of the moderator participating in alternative dispute resolution is to resolve the conflict between the offender and the victim. In the past, local elders took these roles but, nowadays, it is virtually impossible to make someone perform this role, so new mediator ensuring the quality and objectivity needs to be selected.

In order to solve these problems, moderators need education and training for neutral reconciliation and effective mediation. Also, structures and procedures should be established to ensure the qualification of moderators and new system managing these moderator should be installed.

d. Infrastructure construction to introduce ADR system.

As shown earlier, considering our traditional legal sense and culture, ADR system is thought to be settled successfully. The problems are deciding how to ensure objectivity and neutrality and which institution would manage this system effectively.

The amount of litigation has increased and people tend to solve their problems not by reconciliation, but by litigation. In the current environment it is reasonable to suggest that people will not use the ADR system frequently. Thus, the success or failure of the system depends on promoting and enabling the system. A representative ADR system in our country is criminal mediation in the process of prosecution. Reconciliation at each criminal stage is expected to be introduced in the future and the construction of infrastructure is needed to make this system successful.

연구총서 13-AA-05

형사사건에서의 전통적대체분쟁해결방안에 대한 기초연구

- 한·중·일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구 -

발 행 / 2014년 2월

발행인 / 박상옥

발행처 / 한국형사정책연구원

서울특별시 서초구 태봉로 114

(02)575-5282/5283

등 록 / 1990. 3. 20. 제21-143호

인 쇄 / 삼양애드

(02)3474-3646

보고서 내용의 무단복제를 금함

정가 10,000원

ISBN 978-89-7366-007-0 93360