

형사조정제도의 운영현황과 개선방안

Present Conditions and Strategies for Enhancing Mediation
in the Criminal Justice System

전현욱 · 송광섭 · 양가을 · 김혜영

KICJ

형사조정제도의 운영현황과 개선방안

연구책임자

전 현 옥 한국형사·법무정책연구원 선임연구위원

공동연구자

송 광 섭 원광대학교 법학전문대학원 교수,
전주지방검찰청 군산지청 형사조정위원회 위원장

양 가 을 (주)케이스탯컨설팅 책임컨설턴트

김 혜 영 (주)케이스탯컨설팅 선임컨설턴트

연구지원

소 병 도 한국형사·법무정책연구원 조사연구원

발간사

이 연구는 현재 담보상태에 있는 것으로 보이는 형사조정 의뢰율과 성립률을 어떻게 높일 수 있을 것인가라는 단순한 문제의식에서 출발하였습니다. 그러나 연구를 수행하는 과정에서 형사조정의 의뢰율이 담보상태에 있다기 보다는 사실상 포화상태에 이른 것이 아닌가 하는 문제의식을 갖게 되었습니다. 무엇보다도 금전배상에 중점을 두고 진행되는 현행 형사조정 실무에 대한 경험적 연구를 수행하면서, 이상적인 회복적 사법의 이념이 외면되고 왜곡되는 모습을 상세하게 관찰할 수 있었습니다. 그래서 회복적 사법의 이념이 현실의 한계에 부딪히고 있으며, 따라서 보다 근본적인 변화 없이는 형사조정제도가 더 이상 확장되기 어려울 것으로 생각되었습니다. 결국 이 연구는 이상적인 회복적 사법의 이념과 현실의 한계를 모두 고려하는 가운데 ‘이상과 현실의 조화’라는, 기존의 연구와는 조금 다른 관점에서 형사조정의 실질적 개선방안을 도출하는 것을 목적으로 수행되었습니다.

정책은 이상을 실현하기 위한 것입니다. 그러나 이상은 현실과의 관계 속에서 실현될 수 있습니다. 인간의 본성이라는 현실을 고려할 때 형사절차에서도 당사자 사이에 이해타산이 서로 접점을 찾을 때 합의가 성립될 가능성이 높아집니다. 가해자와 피해자의 이해관계를 초월하는 화해와 용서가 이상적인 회복적 사법의 바람직한 결론이라 하더라도, 이를 국가가 형사절차를 통해 모든 경우에 대하여 제도적으로 보편화하여 추구할 수는 있는 목적이라고 하기는 어려울 것으로 생각합니다. 오히려 이해타산에 따라 움직이는 인간의 본성을 인정하고 솔직하게 문제해결적 합의중심의 형사조정의 관점에서 현행 제도의 개선을 추구하는 것이 의뢰율과 성립률을 높이는 실질적인 방법이 될 수 있을 것입니다. 실제 대부분의 형사조정은 이미 문제해결적 합의중심의 방식으로 운용되고 있으며, 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하기 위하여 선행연구가 제안한 다양한 개선방안들은 현실적인 한계로 인하여 실무에 적절히 반영되지 못하고 있습니다. 그래서 이 보고서에서는, 회복적 사법의 이상적 목표를 실현하기 위하여 인본주의적 대화중심의 형사조정을 구현하기 위하여 노력함과 동시에, 인간의

ii 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

본성과 민사상 손해배상제도의 한계와 같은 현실의 상황을 반영하여 피해자의 피해회복에 집중하는 문제해결적 합의중심의 형사조정 모델도 공식적으로 제도화함으로써 형사조정제도를 이원화 할 것을 제안하였습니다. 피해자의 실질적 피해회복에 도움이 된다는 점에서 오히려 미약하나마 회복적 사법의 이념을 조금이라도 실현하는 현실적인 대안이 될 것이라고 생각합니다.

연구를 수행하는 과정에서 언제나 그렇듯이 글로 적지 못할 많은 어려움이 있었습니다. 크고 작은 고비를 만날 때마다 형사법 학자로서 그리고 실무 경험이 풍부한 형사조정위원장으로서 규범적 연구는 물론 경험적 연구에 대하여 큰 도움을 주신 송광섭 원광대학교 법학전문대학원 교수님께 깊이 감사드립니다. 아울러 급하고 어려운 상황 속에서도 형사조정위원, 실무자, 검사, 변호사 등 형사조정 실무 전문가들을 대상으로 표적집단심층면접(FGI) 및 심층면접(IDI)를 수행하고 내용을 깊이 있게 분석하여 이 보고서의 중요한 논거를 도출해주신 케이스탯컨설팅의 연구진 여러분에게도 깊이 감사드립니다. 무엇보다도 이 보고서가 출간되기까지 누구보다도 성실하게 이 연구를 지원해주신 소병도 조사연구원에게 감사드립니다. 학문적으로 크게 성공할 것으로 기대합니다. 이 연구가 형사조정제도의 발전을 위한 밑거름이 될 수 있기를 바랍니다. 감사합니다.

2023년 12월

연구진을 대표하여

선임연구위원 전 현 옥



목 차

국문요약	1
제1장 전현욱	
서론	9
제1절 연구의 목적	11
제2절 연구의 범위와 방법	13
제2장 전현욱·송광섭	
형사조정제도 운영현황	15
제1절 형사조정 개관	17
1. 배경적 논의	17
2. 연혁과 현황	25
제2절 형사조정 절차 운영 실무	28
1. 형사조정 회부	29
2. 대상 사건의 범위	29
3. 형사조정위원과 형사조정위원회	30
4. 조정절차	33
제3절 유사제도와와의 비교	39
1. 경찰 단계	39
2. 법원 단계	47
3. 민사조정외 형사절차상 의의	66
제4절 선행연구 검토	82

1. 법리적 검토	82
2. 형사조정제도의 개선방안 분석	96

제3장 양가을·김혜영

형사조정에 대한 평가 :

형사조정위원, 실무자 및 검사·변호사	105
----------------------------	-----

제1절 개관	107
--------------	-----

1. 들어가며	107
2. 형사조정의 실무	110

제2절 형사조정에 대한 형사조정위원들의 평가	116
--------------------------------	-----

1. 형사조정의 경험 - 형사조정의 대상	116
2. 형사조정에서의 사실관계	118
3. 형사조정제도의 운영에서의 애로사항	120
4. 형사조정의 목표 : 배상 vs. 사과와 회복	122
5. 당사자들의 참여 자율성 및 불성립 불이익	127
6. 형사조정의 회부 시기와 조정결과의 실효성 보장 방안	128
7. 형사조정위원의 전문화	129
8. 형사조정 성립률에 대한 성과 압박	131

제3절 형사조정에 대한 검사·변호사의 평가	132
-------------------------------	-----

1. 형사조정의 경험	132
2. 형사조정의 회부 대상	133
3. 형사조정의 목적 : 배상 vs. 화해	137
4. 형사조정위원과 형사조정의 전문성	141
5. 검사·변호사가 생각하는 형사조정의 장·단점	149
6. 검사·변호사가 생각하는 형사조정의 단계	153

제4절 소결 및 시사점	156
--------------------	-----

1. 회복적 사법 이념의 구현자로서의 역할	156
2. 형사조정의 자율성	156
3. 형사조정의 실천모형: 문제해결형 vs. 화해형	157
4. 형사조정위원의 역할과 위상 제고	157

제4장 전현욱

정책제언 159

 제1절 형사조정외의 이원성 161

 1. 왜 회복적 사법인가 161

 2. 무엇을 회복할 것인가 - 이상적인 형사조정의 목표 163

 제2절 문제해결적 합의중심의 형사조정으로서 개선방안 169

 1. 대상 사건의 확대 170

 2. 직권적 개입의 확대 가능성 검토 171

 3. 형사조정위원의 전문성 - 가해자와 피해자에 대한 법률적 조력 172

 4. 민사분쟁의 동시해결 174

 제3절 인본주의적 대화중심의 형사조정으로서 개선방안 180

 1. 대상 사건의 축소 180

 2. 당사자의 자율성 보장 181

 3. 대화 촉진을 위한 절차 운영 182

 4. 형사조정위원의 전문성 182

 5. 회복적 경찰활동과 통합 183

제5장 전현욱

결론 및 요약 187

참고문헌 195

Abstract 201



표 차례

[표 2-1] 형사조정제도의 연혁	25
[표 2-2] 형사조정 의뢰율/성립률	27
[표 2-3] 부천지원의 회복적 사법 프로그램 대상 사건 및 결과	64
[표 2-4] '민사조정법'의 개정 연혁과 내용	68
[표 2-5] 민사조정위원의 유형	75
[표 3-1] A그룹 참석자 특성	108
[표 3-2] B그룹 참석자 특성	109
[표 3-3] 심층면접 대상자(이름은 모두 익명으로 처리함)	109
[표 3-4] 심층면접 기본 질문지 문항	110



그림 차례

[그림 2-1] 회복적 경찰활동의 진행 단계별 주요 내용 및 담당부서	43
[그림 2-2] 회복적 경찰활동에 참여한 당사자 및 경찰관 대상 설문조사 결과	44
[그림 2-3] 민사조정절차의 흐름	70
[그림 4-1] 핀란드의 조정절차 개요	178

□ 연구의 필요성 및 목적

○ 논의 배경

- 이 연구는 답보상태에 있는 형사조정 의뢰율과 성립률을 어떻게 높일 수 있을 것인가라는 문제의식에서 출발함
- 형사조정제도는 2007년 전국으로 확대 실시된 이후 의뢰 건수 및 의뢰율이 지속적으로 증가했으나 2016년 이후 그 증가세가 멈춤
- 형사조정제도의 효과성은 경험적 연구를 통하여 반복적으로 확인된 바 있으며, 따라서 형사조정의 운영현황을 분석하여 그 개선방안을 모색할 필요가 있음
- 법무부는 '제4차 범죄피해자 보호 지원 기본계획'에서 '형사조정제도의 실질화'를 구체적인 정책과제로 제시한 바 있음

○ 연구 목적

- 그러나 연구를 수행하는 과정에서 형사조정의 의뢰율이 답보상태에 있다기보다, 사실상 포화상태에 이른 것이 아닌가 하는 문제의식을 갖게 됨
- 무엇보다도 금전배상에 중점을 두고 진행되는 현행 형사조정 실무에서 이상적인 회복적 사법의 이념이 외면되고 왜곡되는 모습을 관찰할 수 있었음
- 회복적 사법의 이념을 토대로 제도화된 현재의 형사조정제도가 현실의 한계에 부딪히고 있으며, 보다 근본적인 변화 없이는 형사조정제도가 더 이상 확장되기 어려울 것으로 사료됨
- 결국, 이 연구는 이상적인 회복적 사법의 이념과 현실의 한계를 모두 고려

2 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

하는 가운데 '이상과 현실의 조화'라는, 기존의 연구와는 조금 다른 관점에서 형사조정의 실질적 개선방안을 도출하는 것을 목적으로 수행되었음

□ 연구방법

○ 선행연구와 법령 분석, 운영 현황 확인

- 회복적 사법의 의의나 형사조정제도의 개념, 제도 운영 현황 등에 대해서는 다수의 상세한 선행연구가 존재하므로, 필요한 범위 내에서 선행연구와 현행 법령을 분석하여 형사조정제도를 개관하고 회복적 사법으로서 형사조정제도의 의의와 운영 현황을 확인

○ 경찰, 법원 단계의 회복적 사법 유사 제도와 비교

- 경찰단계의 회복적 경찰활동, 법원 단계의 형사합의와 공탁, 형사절차상 배상명령, 민사상 다툼에 관한 형사소송절차에서의 화해, 민사조정제도의 형사절차상 의의 등 분석

○ 선행연구의 개선방안 분석

- 기존의 연구가 제시한 개선방안을 검토하고 이러한 개선점들이 실무에서 어떻게 반영되고 있는지, 또는 반영되지 못하였다면 어떠한 이유로 반영되지 못하고 있는지를 확인

○ 다양한 이해관계자의 관점에서 형사조정에 대한 경험적 조사연구 수행

- 형사조정위원, 실무자, 검사와 변호사 등을 대상으로 표적집단심층면접(FGI)과 심층면접(IDI)을 실시하여 현행 형사조정 실무의 과정과 결과를 조망함

○ 형사조정외 개선방안 제시

- 형사조정의 이상과 현실을 고려하여, 문제해결형 합의중심의 형사조정과 인본주의적 대화중심의 형사조정으로 이분하여 구체적인 개선방안을 제시

□ 주요 연구내용

○ 형사조정제도 개관

- 제도화된 형사조정은 회복적 형사사법의 이념을 구현하는 조정절차로서, 현행법 규정에 따라 형사조정위원이 가해자와 피해자의 분쟁에 개입하여 범죄피해자의 피해가 실질적으로 회복될 수 있는 해결책을 도출해 나아가는 절차를 말함

○ 형사조정절차 운영 실무

- 형사조정 절차는 '범죄피해자 보호법' 및 그 시행령과 시행규칙, 대검찰청 예규인 '형사조정 실무운용 지침', 그리고 각 지방검찰청(지청)의 장이 정하는 '형사조정위원회 운영 지침'에 따라 운영됨
- 당사자의 동의를 전제로 개시되며, 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 경우에도 합의 결과에 따라 처벌 시 감경될 수 있음

○ 유사제도와의 비교

- 회복적 경찰활동은 경찰의 주도 아래 당사자 간 대화를 촉진하여 합의를 도출하고 그 결과를 경찰의 형사사건 처리절차에 반영하는 것을 말함. 형사절차가 개시되기 이전에 분쟁이 종국적으로 해결될 수 있으므로, 회복적 사법 이념을 보다 구체적으로 실현할 수 있을 것으로 기대됨

4 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

- 민사조정도 제3자의 중재적 개입을 통해 당사자 사이의 협상을 촉진하고 합의의 방법으로 분쟁을 종국적으로 종결하려는 대안적 분쟁해결제도라는 점에서 형사조정과 유사함. 특히 관련사건 처리 조항으로 형사합의가 민사 조정의 결과로 반영되기도 하는데, 이는 사실상 민사재판 절차에서 진행되는 형사조정이라 할 수 있음. 현실의 형사조정의 대부분을 차지하고 있는 문제해결형 합의중심 형사조정은 결과적으로 형사불법에 수반된 민사조정 의 특수한 형태에 해당하는 것이라고 할 수 있음

○ 선행연구에서 제안된 개선방안 검토

- 선행연구는 형사조정 대상 사건의 확대, 사실관계가 명확하지 않은 사건의 형사조정 회부 금지, 당사자의 자율성 보장을 위한 절차 개선, 인본주의적 대화중심 조정모델로의 전환, 형사조정위원의 전문성 확보, 합의 내용에 대한 법률상의 효력 부여, 형사조정결과의 피드백, 조정 수당 개선 등을 제안하였음
- 그러나 이미 대부분의 형사조정은 이미 문제해결적 합의중심의 형사조정 으로 진행되고 있음. 그래서 다양한 개선방안들이 제시되었음에도 불구하고, 대부분 현재의 실무를 인본주의적 대화중심 형사조정으로 돌리려는 관점에서 제시된 제언들이어서 실무에 적절히 반영되지 못하고 있을 뿐만 아니라, 이러한 이유로 최근에는 형사조정의 의뢰율과 성립률이 모두 답보 상태에 머무르고 있는 것으로 사료됨

○ 형사조정에 대한 경험적 조사연구

- 형사조정위원, 실무자, 검사와 변호사 등을 대상으로 표적집단심층면접 (FGI)과 심층면접(IDI) 수행
- 코로나19 이후 비대면 방식의 전화 조정이 주를 이루게 되었으며, 전체 형사조정의 약 70%가 비대면으로 진행됨

- 현실에서는 회복적 사법 이념의 구현자로서의 역할을 충실히 수행하지는 못하고 있음. 현실에서의 형사조정은 자율적 담화에 의한 문제해결이라기 보다는 금전적 배상을 조율하고 합의하는 장으로 변모함
- 형사조정의 질적 개선을 위해서 형사조정위원들에 대한 수당 개선과 충분한 조정 시간 부여가 필요하며, 형사조정위원들의 역할과 처우를 개선할 필요가 있음

○ 형사조정의 이원성 - 무엇을 회복할 것인가

- 인간의 본성을 고려할 때 형사절차에서도 이해타산이 서로 접점을 찾을 때 형사조정이 성립될 가능성이 생김. 가해자와 피해자의 이해관계를 초월하는 화해와 용서는 예외적으로 달성 가능한 도덕적으로 바람직한 결론이라고 하더라도, 이를 국가가 형사절차를 통해 제도적으로 보편화하여 추구할 수는 있는 목적이라고 하기는 어려움
- 오히려 이해타산에 따라 움직이는 인간의 본성을 인정하고 솔직하게 문제해결적 합의증심의 형사조정의 관점에서 현행 제도의 개선을 추구하는 것이 회부율과 성공률을 높이는 실질적인 방법이 될 수 있을 것으로 사료됨
- 이상적 관점에서 인본주의적 대화중심 형사조정은 1. 피해자의 자율성이 철저히 보장되는 가운데, 2. 경미한 손해만을 입은 경우에 한하여, 3. 피해자와 가해자의 관계 회복을 목적으로 적용되는 것이 바람직함

□ 정책제언

- 실무의 관행에 부합하는 문제해결적 합의증심 형사조정과, 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하는 인본주의적 대화중심 형사조정으로 나누어 각각의 형태에 적합한 형사조정제도의 개선방안을 제시함

6 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

○ 인간의 이해타산적 본성과 민사상 손해배상제도의 한계와 같은 현실을 반영하여 피해자의 피해회복에 집중하는 문제해결적 합의중심의 형사조정 모델을 공식적으로 제도화할 것을 제안함

○ 문제해결적 합의중심의 형사조정으로서 개선방안

- 대상 사건의 확대 - 비공식적 형사합의 관행의 제도화라는 관점에서 사실상 모든 사건이 대상이 됨. 중대 사건도 대상이 되어야 하나 가해자가 지불해야 하는 손해배상액이 형사절차에서 가해자가 얻을 이익에 비하여 과대한 사건의 경우에는 합의를 도출하기 어려울 것임. 사실관계가 불명확한 사건은 제외되어야 함
- 직권적 개입의 확대 가능성 검토 - 민사조정처럼 형사사법기관의 직권적 개입을 확대할 수 있음. 형사사법기관이 당사자를 조정절차에 참여하게 함으로써, 양 당사자에게 법률적 정보를 제공하고 합의를 촉진하여 피해회복에 도움이 될 수 있음
- 형사조정위원의 법률적 전문성 강화 - 범죄피해의 실질적 회복을 위해서 조정을 통한 손해배상액의 확정 및 그 집행의 확보가 중요하므로, 조정인의 법률적 전문성이 요구됨. 변호사를 상근 형사조정위원으로 위촉하는 방안을 검토해 볼 필요가 있음
- 법원 단계로의 형사조정 확대 및 민사조정과 통합 - 분쟁해결을 목적으로 하는 조정의 관점에서 민사와 형사의 구분은 혼화되며 융합됨. 이미 민사조정 절차에서는 형사분쟁을 동시에 해결하고 있음. 법원 단계에서의 형사조정이 법제화될 수 있다면 합의의 결과를 판사가 확인함으로써 책임원칙의 범위 내에서 법률적 효력을 부여하는 것도 가능함. 문제해결적 합의중심의 형사조정은 형사분쟁과 민사분쟁을 동시에 해결하는 방안이 될 수 있음

○ 인본주의적 대화중심의 형사조정으로서 개선방안

- 대상 사건의 축소 - 회복적 사법이 의미 있는 사건을 선별하여 인본주의적 대화중심의 형사조정 절차를 개시하도록 제도화해야 함. 인본주의적 대화중심의 형사조정을 활성화하기 위해서는 형사사법적 자원이 많이 소요되기 때문임
- 당사자의 자율성 보장 - 가해자의 사과와 피해자의 용서가 진정한 것으로 평가될 수 있으려면, 가해자는 물론 피해자의 자율성도 철저하게 보장되어야 함. 이를 위하여 독립적인 형사조정센터를 설치하고 운영하는 것이 바람직함
- 대화 촉진을 위한 절차 운영 - 양 당사자 간 충분한 관점교환이 이루어지는 가운데 이상적인 회복적 사법의 이념을 달성할 수 있음. 예비조정을 의무화하고 2회 이상의 조정기일과 충분한 조정시간을 확보해야 함
- 형사조정위원의 대화 및 화해 중재 역량 강화 - 형사조정위원에게는 조정 능력, 대화능력, 공감능력과 같은 분쟁 중에 있는 당사자 사이에서 대화와 화해를 중재하는 역량이 더 크게 요구됨. 역량 강화를 위해 조정 수당의 현실화가 시급함
- 회복적 경찰활동과 통합 - 형사절차의 진행 단계에 따라 당사자 간 갈등은 심화될 가능성 높음. 가해자와 피해자의 화해와 관계 회복은 형사절차의 앞으로 당길수록 좋음

제 1 장

형사조정제도의 운영현황과 개선방안

서론

전 현 육

제1절 | 연구의 목적

이 연구는 담보상태에 있는 형사조정제의 의뢰율과 성립률을 어떻게 높일 수 있을 것인가라는 단순한 문제의식에서 출발한다.

형사조정제도는 2006년 대검찰청 예규¹⁾를 제정하여 시범 실시 되었으며, 2007년 전국으로 확대 실시되었다. 2010년 ‘범죄피해자 보호법’의 개정을 통하여 법률적 근거(같은 법 제6장)를 마련한 이후 그 의뢰 건수가 지속적으로 증가였다. 그러나 2016년 이후로는 현재에 이르기까지 연간 약 11만 건 정도로 의뢰 건수 및 의뢰율 모두 그 증가세가 멈춘 상황이다. 특히 2013년부터 2020년까지의 기간 동안의 평균 의뢰율은 4.35%로 여전히 매우 낮은 수준에 머물고 있다.²⁾ 심지어 2020년에는 77,514건으로 의뢰 건수가 대폭 감소하여 형사사법기관이 인지한 전체 사건 중에서 차지하는 비율은 3.5%에 불과한 것으로 나타났다.³⁾ 2021년의 의뢰율은 4.1%, 2022년에는 4.6%로 소폭 증가하였으나 여전히 2013년부터 2020년까지의 평균 의뢰율에 미치지 못하거나 유사한 수준이다.⁴⁾

주지하는 바와 같이 형사조정제도는 “피의자와 범죄피해자 사이에 형사분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복”⁵⁾하기 위한

1) ‘고소사건 형사조정 실무운용 지침’. 2009년 ‘형사조정 실무운용 지침’의 제정으로 폐지됨.
2) 각 수치는 법무부, ‘제4차(‘22~’26) 범죄피해자 보호·지원 기본계획’, 2021.9., 54쪽에서 인용.
3) 코로나19로 인하여 감소한 것으로 추정된다. 이러한 분석은 법무연수원, 2021 범죄백서, 210쪽 참조.
4) 대검찰청, 2023 검찰연감, 325쪽.
5) ‘범죄피해자 보호법’ 제41조 제1항에서 인용.

12 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

제도이다. 일종의 “지역사회 분쟁조정 프로그램”의 하나로 이해되며, “회복적 형사사법(Restorative Justice)의 이념 아래 당사자의 자율적이고 능동적인 참여 및 대화와 타협을 통한 문제해결을 도모하기 위하여, 전문성과 덕망을 갖춘 민간인으로 구성된 형사조정위원들로 하여금 가해자와 피해자의 형사 분쟁을 공정하고 원만하게 해결하도록 조정함으로써 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복할 수 있도록 지원하는 제도”⁶⁾로 설명된다. 검찰 수사 단계부터 피해자와 가해자 간의 관계를 회복하여 원만한 화해를 도모하기 위한 제도로서, 이를 통하여 가해자의 범죄행위에 대한 책임인식을 높여 배상을 촉진함으로써 결과적으로 피해자의 피해를 실질적으로 회복하는 것을 그 목적으로 한다. 실제 형사조정제도는 조정성립 여부와 관계없이 피해자와 가해자 모두 높게 만족하는 것으로 확인되었으며, 아울러 그 효과성도 경험적 연구를 통하여 확인된 바 있다.⁷⁾ 그러므로 코로나19로 인하여 형사조정 의뢰 건수가 대폭 감소한 2020년의 특수한 상황을 감안하더라도 이미 답보상태에 머무르고 있는 것으로 평가되는 형사조정제도의 의뢰율 및 성립률을 높이기 위한 정책 방안을 모색할 필요가 있다. 법무부는 ‘제4차 범죄피해자 보호 지원 기본계획’에서 “가해자의 책임인식 및 피해배상 촉진”을 5대 정책영역의 하나로 설정하고, “형사조정제도의 실질화”를 구체적인 정책과제로 제시한 바 있다.

그러나 연구를 수행하는 과정에서 문제의식을 구체화하면서, 형사조정제도에 관한 수많은 선행연구들이 제시하는 이론적 배경이나 개선방안들을 정리할수록, 형사조정의 의뢰율이 답보상태에 있다기보다, 사실상 포화상태에 있는 것이 아닌가 하는 의문을 지우기 어렵게 되었다. 이상적인 회복적 사법의 이념을 토대로 제도화된 현재의 형사조정제도가 현실의 한계에 부딪히고 있으며, 그렇다면 보다 근본적인 제도적 변화 없이는 형사조정이 더 이상 확장될 가능성은 없는 것이 아닌가 하는 관점을 갖게 된 것이다. 이러한 관점은 제3장의 경험적 연구를 수행하는 가운데 더 강화되었다. 형사조정 실무 참여자들의 경험 속에서 형사조정의 실무는 우리가 이미 형사합의에서 경험하고 있는 바와 같이 사과와 용서보다는 금전배상에 더 중심을 두고 운영되고 있다는 사실을 다시 한 번 확인할 수 있었으며, 이상적인 회복적 사법의 이념이 형사조

6) 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022, 1쪽에서 인용.

7) 김지선, 형사조정사건의 성립율 제고방안 연구, 한국형사정책연구원, 2011, 267쪽, 269-271쪽 등 참조.

정의 실무에서 외면되고 왜곡되는 모습을 관찰할 수 있었다.

그래서 이 연구는 이상적인 회복적 사법의 이념과 현실의 한계를 모두 고려하는 가운데 형사조정제의 실질적 개선방안을 도출하는 것을 목적으로 수행되었다. 형사조정제의 개념 및 관련 제도에 관한 선행연구들을 검토하고, 이러한 논의를 바탕으로 형사조정에 관한 수많은 선행연구들이 제시하는 개선방안이 형사조정 실무에서 반영되고 있는지를 경험적 연구를 통하여 확인함으로써, 실제 반영되지 않은 이유를 확인하고 이상과 현실의 조화라는 조금 다른 관점에서 문제의 원인을 찾아 그에 대한 개선방안 제시하였다.

제2절 | 연구의 범위와 방법

회복적 사법의 의의나 형사조정제도의 개념 등에 대해서는 제도 도입 과정에서부터 최근에 이르기까지 한국형사·법무정책연구원은 이미 다수의 선행연구⁸⁾를 발표한 바 있으며, 제도화된 이후에도 제도의 운영주체인 대검찰청 역시 다수의 문헌자료⁹⁾를 발간하였다. 그러므로 이 보고서에서 이러한 논의를 상세하게 반복하는 것은 불필요할 뿐만 아니라 무의미할 것으로 생각된다.

이 연구는 우선 제2장에서 이러한 선행연구와 법령을 분석함으로써 논의의 전개를 위하여 필요한 범위 내에서 우선 형사조정제도를 개관하고 회복적 사법으로서 형사조정제도의 의의와 운영 현황을 확인하였다. 아울러 회복적 사법의 관점에서 시행되고

8) 대표적으로 탁희성/김성돈/이동원/박민정/강우예, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(I), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2008; 탁희성/이원상/이동원/최창욱, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(II), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2009; 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011; 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016; 박미숙/김민영, 실무적 현황의 제 분석을 통한 형사조정의 실효성 제고방안, 대검찰청 연구용역보고서, 2018 등 다수. 아울러 이미 상기한 선행연구에서, 미국 각주, 영국, 캐나다, 프랑스 독일, 오스트리아, 뉴질랜드, 스위스, 일본의 관련 제도에 대하여 상세한 비교법적 연구가 수행된 바 있으므로 이 연구에서는 중복을 피하기 위하여 제도 개선방안을 설명하기 위하여 필요한 범위 내에서 상술한 국가 이외의 제도를 중심으로 외국의 제도를 간략하게 소개하였다.

9) 대검찰청, 형사조정제의 이론과 실무, 증보판, 2018; 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022 등.

14 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

있는 경찰과 법원 단계의 유사 제도와 비교함으로써 현행 형사조정제도를 깊이 있게 이해하고 이를 통해 논의의 기반을 마련하고자 하였다. 이러한 이해를 바탕으로 한국 형사·법무정책연구원이 기존에 수행한 연구에서 제시한 형사조정제도의 개선방안을 검토하고 이러한 개선점들이 실무에서 어떻게 반영되고 있는지 또는 반영되지 못하였다면 어떠한 이유로 반영되지 못하고 있는지를 확인하고자 하였다. 이를 위하여 제3장에서는 형사조정에 대한 다양한 이해관계자들의 관점에서 형사조정의 과정과 결과를 살펴보았다. 다양한 관점에서 현재의 형사조정을 조망하기 위해서, 형사조정위원, 실무자, 검사와 변호사 등을 대상으로 선정하였고 표적집단심층면접(FGI, Focus Group Interview)과 심층면접(IDI, In-depth Interview)을 진행하였다.¹⁰⁾ 제4장에서는 이러한 논의를 토대로 형사조정의 이상과 현실을 고려하여 문제해결형 합의중심의 형사조정과 인본주의적 대화중심의 형사조정으로 이분하여 구체적인 개선방안을 제시하였다.

10) 참여적 관찰은 관계자의 도움을 받아 제한적으로 실시하였으나, 형사조정이 대부분 전화 조정으로 진행되고 있는 현실을 확인하는데 그쳤으며, 그 내용이 유의미하지 않다고 판단되어 보고서에 구체적인 내용으로 기술되지는 않았음을 밝힌다.

제 2 장 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

형사조정제도 운영현황

전현욱 · 송광섭

제1절 | 형사조정 개관

1. 배경적 논의

가. 제도화된 형사조정

형사조정(Criminal Mediation)이란 “회복적 형사사법(Restorative Justice)의 이념 아래 당사자의 자율적이고 능동적인 참여 및 대화와 타협을 통한 문제해결을 도모하기 위하여, 전문성과 덕망을 갖춘 민간인으로 구성된 형사조정위원들로 하여금 가해자와 피해자의 형사 분쟁을 공정하고 원만하게 해결하도록 조정함으로써 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복할 수 있도록 지원해 주는 제도”¹¹⁾이다.

넓은 의미의 형사조정은 “피해자와 가해자 사이의 관계에서 범죄행위로 인하여 야기된 갈등을 해소하는 일체의 절차”¹²⁾를 의미하며, 따라서 형사사법 절차를 대체하는 협의의 형사조정 절차 이외에도, 제도로써 민간단체 의한 사회적 조정(Social Mediation)을 포함하는 것으로 이른바 회복적 사법(Restorative Justice)의 이념을 실현하기 위한 중재 및 조정제도 전반을 의미하는 것으로 이해되기도 한다.¹³⁾ 범죄행위로 인한 갈등은 당사자에 국한되는 것이 아니므로 이를 해소하기 위해서는 지역사회

11) 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022, 1쪽에서 인용.

12) 대검찰청, 형사조정 의 이론과 실무, 증보판, 2018, 16쪽에서 인용.

13) 조현지, “형사상 화해·조정 에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문, 2008, 17쪽; 형사절차에서 회복적 사법의 이념에 관해서는 도중진/원혜옥, 보호관찰단계에서 회복적 사법이념의 실천방안 - 형사화해제도를 중심으로, 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2006, 특히 46쪽 이하.

18 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

와의 갈등까지도 함께 고려되어야 하는 경우도 있으며, 이러한 가해자와 피해자는 물론 지역사회와의 갈등을 중재하고 조정하기 위하여 형사사법적 판단 이전 또는 이후에 이르기까지 동원되는 다양한 방법을 의미한다.¹⁴⁾

그러나 이 보고서에서 검토하고자 하는 형사조정은 제도화된 형사조정으로서 협의의 형사조정만을 의미한다. 즉 일종의 대안적 형사절차로서 현행법에 따라 “형사상 문제와 관련된 명백한 사실관계를 전제로 하여 이해관계 당사자인 가해자와 피해자 양측이 조정자가 행하는 일정한 조정절차에 참여하여 상호 대화하고 논의함으로써 일정한 해결책을 모색하는 구체적 절차”¹⁵⁾를 말하는 것이다.

형사조정은 개념적으로나 법률적으로 형사화해와도 구별된다. 형사조정은 갈등 해소를 위하여 가해자와 피해자가 모두 받아들일 수 있는 합의점을 도출할 것을 목표로 하나, 반드시 화해에 이르러야 하는 것은 아니다.¹⁶⁾ 물론 범죄로 인한 갈등을 해소하기 위하여 가해자의 뉘우침과 피해자의 용서에 기반을 둔 화해가 이상적인 것이기는 하나, 화해라는 개념이 자칫 피해자에게 가해자를 용서할 것을 사실상 강요하는 것처럼 오해될 우려가 있다는 지적¹⁷⁾이 있었다.¹⁸⁾ 오히려 현행법상 형사절차에서의 화해는 형사소송 절차가 계속된 이후에 형사피고사건으로 인한 민사상 다툼에 관하여 피고인과 피해자가 합의한 경우를 의미¹⁹⁾하며, 합의 사실은 법원에 의하여 공판조서에 기재됨으로써 민사상 화해²⁰⁾와 같은 법률적 효력을 갖는다.

요컨대 이 보고서에서 검토하고자 하는 제도화된 형사조정은 회복적 형사사법의 이념을 구현하는 조정절차로서 현행법 규정에 따라 형사조정위원이 가해자와 피해자

14) 조현지, “형사상 화해·조정에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문, 2008, 18쪽.

15) 조현지, “형사상 화해·조정에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문, 2008, 19쪽 및 대검찰청, 형사조정 of 이론과 실무, 증보판, 2018, 17쪽에서 인용.

16) 조현지, “형사상 화해·조정에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문, 2008, 17쪽.

17) 미국을 중심으로 전개된 이러한 논의에 관해서 상세한 내용은 김용세/박광섭/도중진, 형사화해제도 도입을 위한 입법론적 연구, 한국형사정책연구원 연구보고서, 2001, 14쪽; 도중진/원혜옥, 보호관찰단계에서 회복적 사법이념의 실천방안 - 형사화해제도를 중심으로, 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2006, 50쪽 참조.

18) 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 형사화해라는 표현이 오히려 적당하다는 견해로 김용세/박광섭/도중진, 형사화해제도 도입을 위한 입법론적 연구, 한국형사정책연구원 연구보고서, 2001, 16쪽.

19) ‘소송촉진 등에 관한 특례법’, 제36조 참조. 형사절차상 화해에 대한 보다 상세한 설명은 대검찰청, 형사조정 of 이론과 실무, 증보판, 2018, 17쪽, 각주 18번 참조.

20) ‘민사소송법’ 제220조(화해, 청구의 포기·인낙조서의 효력) 화해, 청구의 포기·인낙을 변론조서·변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다.

의 분쟁에 개입하여 범죄피해자의 피해가 실질적으로 회복될 수 있는 해결책을 도출해 나아가는 절차라고 할 수 있다.

나. 회복적 사법으로서 형사조정제도의 정당성

제도의 정당성에 관한 논의는 개선방안의 방향성을 제시하는 논거가 될 수 있다. 형사조정제도의 정당성은 회복적 사법의 관점에서 논의되고 있다. 그러나 아직까지는 회복적 사법은 우리나라에서 제도화된 주류 형사사법 체계의 근간을 형성하고 있는 것으로서 보편적 동의를 얻은 형사절차의 핵심 이념이라고 하기는 어려울 것으로 판단됨에도 불구하고, 회복적 사법의 전문가들은 수많은 문헌들을 통하여 대부분 회복적 사법을 당연히 이념적으로 지향해야 할 목표로 전제된 이후에 이를 더 잘 구현하기 위한 방안을 논의하고 있다.

아마도 이러한 관점의 배경에는 “범죄행위의 이해관계자인 피해자, 가해자, 공동체가 자발적으로 참여하여 피해와 손상된 관계를 회복”²¹⁾하는 것이 도덕적으로는 물론 사회경제적으로도 보다 바람직하다는 원론적인 명제가 놓여있는 것으로 보인다. 이러한 원론적인 명제에 대하여 반대할 사람을 찾기는 어려울 것으로 생각한다. 그래서 회복적 사법에 관한 논의들은 대체로 이러한 원론적인 명제로부터 그 정당성의 근거를 찾고 있는 것으로 사료된다. 형사조정제도도 다르지 않은 것으로 보인다. 그러나 원론적 명제의 이상적 측면은 현실적 한계에 부딪힐 수밖에 없다. 이와 같은 비판적 관점에서 선행연구를 통하여 논의된 형사조정제도의 정당성의 근거를 정리²²⁾해 보면 다음과 같다.

(1) 범죄피해 회복

범죄는 피해를 야기하며, 따라서 범죄로 인하여 야기된 분쟁을 해결하기 위해서는 무엇보다도 범죄로 인하여 범죄피해자가 입은 피해를 회복하는 것이 가장 중요하다.

21) 김태현/최응렬, 회복적 경찰활동의 운용실태 및 정책방향, 한국피해자학회/경찰청/한국형사·법무정책연구원 추계공동학술대회 자료집, 2023.10.27., 43쪽에서 인용.

22) 국내외의 형사조정제도의 정당성 관련 논의들은 대검찰청 발간 자료(대검찰청, 형사조정: 이론과 실무, 증보판, 2018, 20-25쪽)에 “형사조정의 필요성”이라는 제목 아래 잘 정리되어있다. 이 글에서는 이 대검찰청 발간 자료의 내용을 중심으로 요약하여 정리하였다.

회복적 사법의 절차를 통하여 가장 우선적으로 회복해야 하는 것은 범죄피해자가 범죄로 인하여 입게 된 범죄피해다. 그러므로 어떠한 방향으로건 응보적 사법에 비하여 피해자의 회복 가능성이 축소된다면 회복적 사법작용은 그 자체로 근본적인 개념 모순에 해당한다. 회복적 사법의 이상을 실현하는 제도가 되기 위해서는 어떠한 경우에도 가해자나 공동체를 위해 피해자에게 일방적으로 양보를 강요하는 제도가 되어서는 안 된다. 당연하게도 피해자의 치유와 회복이 회복적 사법의 주된 목적이 되어야 하며, 가해자의 재사회화나 지역사회 공동체의 관계 회복은 피해자의 치유나 회복을 위하여 필요한 것이거나 부수적인 것이어야 한다.

그러나 분쟁의 해결을 우선할 것인지 피해의 회복을 우선할 것인지에 대해서는 회복적 사법의 이념적 배경 위에서 형사조정제도를 다루고 있는 많은 선행연구들은 대체로 피해자의 이익 보호가 분쟁의 이성적 해결을 위한 길²³⁾이라는 관점을 견지하고 있는 것으로 보인다. 하지만 현행법상 형사조정제도는 회복적 사법의 이념을 실현하기 위한 제도로, 현행 법률 규정에 따르면 “범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하는 데 필요하다고 인정”(‘범죄피해자 보호법’ 제41조 제1항²⁴⁾)하는 경우에 개시되는 것으로 제도화되어 있다. 제도화된 형사조정의 근거가 되는 법률 문언의 해석상 ‘형사분쟁의 공정하고 원만한 해결’은 그 자체로 형사조정제도의 독립적인 목적이 되는 것이라기보다, 피해의 실질적 회복을 위한 수단으로서의 의미를 갖는 것으로 이해된다. 이 보고서는 바로 이러한 관점에서 형사조정제도는 피해자의 피해를 실질적으로 회복하는데 필요하기 때문에 정당화될 수 있는 것으로 이해하고자 한다.

형사조정제도 이외에도 범죄로 인한 피해를 회복하기 위한 제도가 있다. 우선 형사 절차상 배상명령(‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제25조)이 있다. 그러나 가해자가 배상을 위한 자력이 없는 경우 법원의 명령은 집행될 수 없으며 따라서 피해회복에 현실적 한계가 있다. 반면 형사조정제도는 배상금의 지급을 화해의 조건으로 함으로써 피해

23) 안성훈/김선혜/심재우/조균석, 형사사건에서의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 기초연구 - 한·중·일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2013, 65-66쪽; 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 23쪽.

24) 범죄피해자 보호법 제41조 제1항. “검사는 피의자와 범죄피해자(이하 “당사자”라 한다) 사이에 형사분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하는 데 필요하다고 인정하면 당사자의 신청 또는 직권으로 수사 중인 형사사건을 형사조정에 회부할 수 있다.”

자가 민사상 청구권을 실현하는 것을 돕는다. 특히 형사조정제도는 가해자에게 형사 절차상에서의 법률상·사실상의 이익을 제공하는 방법으로 가해자의 적극적인 참여 및 실질적인 배상과 사과를 촉진할 수 있다. 물론 국가의 형벌권이 단순히 피해자의 민사상 청구권을 담보하는 수단으로 전락 되어서는 안 될 것이다.²⁵⁾ 제도로서의 형사 조정은 이러한 우려도 적절히 고려하는 것이어야 한다. 그래서 현행 형사조정제도에 서 검사는 형사조정 결과 고려할 수 있을 뿐, 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 경우 형사조정이 성립된 경우에도 통상의 수사절차에 따라 수사할 수 있으며 다만 처벌시 감경할 수 있을 뿐이다.

이 외에도 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해(같은 법 제36조) 또한 피해자의 손해에 대한 민사상 청구권을 보다 용이하게 실현하는 것을 돕기 위한 제도 라고 할 수 있다. 화해 성립의 조건으로 배상금의 모두 지불했을 것, 또는 지불을 현실적으로 확보할 만한 보증 등을 요건으로 한다면 배상명령에 비하여 실질적 피해 회복의 가능성을 높일 수 있을 것이다. 더 나아가 형사절차상 공탁제도 또는 이른바 합의와 이를 기소 및 양형 단계에서 고려하는 실무관행은 가해자로부터 피해자에게 손해배상을 위한 금전이 실제로 전달되는 것을 전제로 한다는 점에서 공식·비공식적 으로 피해자가 경제적 손해를 실질적으로 회복하는데 기여한다. 이러한 관점에서 형 사조정제도는 결국 이와 같은 절차를 제도화한 것으로 이해할 수 있다.

더 나아가 범죄로 인한 피해는 경제적 피해에 국한되지 않는다. 범죄는 피해자에게 트라우마나 안정감 또는 정의감의 침해²⁶⁾ 또는 법 제도에 의해 억제된 사적 복수로 인한 무력감 등 정서적 피해는 물론 각종 유·무형의 피해를 야기한다. 심지어 범죄의 회복 과정에서 2차적인 피해를 입기도 한다. 물론 현재의 손해배상 법제에 따르면 정서적 피해 등도 위자료의 형태로 회복될 수 있는 것으로 간주된다. 그러나 그 크기를 객관화하는 것은 매우 어려운 일이다. 또한 가해자와의 또는 사회공동체와의 관계 회복은 위자료의 형태로 달성할 수 없는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에 제도화된 형사조정제도는 국가적 개입을 통하여 피해자의 목소리에 귀를 기울임으로써²⁷⁾, 그리

25) 회복적 사법의 관점에서 있는 형사조정제도 관련 문헌들은 특히 이러한 우려 때문에 피해자의 (경제적) 피해회복보다 분쟁의 공정한 해결을 우선하여 정당성의 근거로 들고 있는 것으로 보인다. 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 23쪽 참조.

26) 안성훈/김선혜/심재우/조균석, 형사사건에서의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 기초연구 - 한·중·일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2013, 65쪽.

고 조정과 대화의 촉진을 통하여 피해자가 정서적 피해를 보다 직접적으로 회복하도록 도울 수 있을 뿐만 아니라, 위자료의 크기를 객관화하고, 아울러 가해자 및 공동체와의 관계를 회복하여 피해자가 사회로 신속하게 복귀하는 것에도 기여할 수 있다.

그러므로 바로 이러한 점, 즉 범죄피해자의 정서적·무형의 피해까지 실질적으로 회복하는데 다른 제도에 비하여 실효적이라는 측면이 형사조정제도의 정당성을 뒷받침하는 핵심 근거가 된다. 그러나 인간의 이기적인 본성을 고려하면 역시 이성적 합의를 전제로 하는 제도는 현실적인 한계를 가질 수밖에 없다. 이러한 관점에 대하여는 목차를 바꿔 후술한다.

(2) 이성적인 분쟁해결

상술한 바와 같이 범죄로 인한 분쟁을 해소함으로써 피해자의 피해를 회복하기 위한 제도는 형사절차상 배상명령, 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해, 공탁, 합의 등이 있다. 그러나 가해자의 적극적인 협조 없이는 사실상 집행력을 확보할 수 없는 경우도 있으며, 이를 촉구하기 위한 적절한 중재 및 조정과정 또한 결여되어 있어 소액의 금전이나만 확보하고자 하는 피해자에게 일방적인 양보가 강요될 우려도 있다. 반면 정서적 피해 등에 대한 객관화가 어려우므로 피해자의 무리한 요구로 인하여 화해에 도달할 수 없는 경우도 생각해 볼 수 있다. 이러한 과정 속에서 오히려 분쟁의 해결은 소외되고 경제적 배상액이 논의의 주요한 쟁점이 되기도 한다.²⁷⁾ 그러므로 상술한 제도들이 비록 피해회복에 기여하기 위한 제도라고 하더라도 이성적인 절차라고 보기 어려울 것으로 사료된다. 바로 이러한 관점에서 형사조정의 제도적 정당성을 확인할 수 있다.

바로 이러한 관점에서 회복적 사법의 이념을 실현하는데 이상적인 형사조정제도는 적절한 조정자의 개입을 통하여 이성적인 분쟁해결의 장을 만들기 위한 절차적 장치가 되어야 한다. 이성적인 분쟁해결은 결국 합리적인 피해회복을 달성하는 수단이 된다. 중재자는 가해자와 피해자의 상호 관점교환을 촉진하고, 이를 통해 가해자의 진정한 사과와 충분한 배상을 전제로 하는 피해자의 용서라는 가해자와 피해자 사이

27) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 22-23쪽.

28) 안성훈/김선혜/심재우/조균석, 형사사건에서의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 기초연구 - 한·중·일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2013, 63-64쪽.

의 합의를 도출해 낸다면 가장 이상적이고 바람직한 형사조정이 될 것이다.

그러나 이상은 이상이고 현실은 현실이다. 현실적인 한계에도 불구하고 이상적인 목적만을 추구하여 설계된 제도는 실무에서 크게 왜곡될 수밖에 없다. 전문적인 중재자가 형사조정위원으로 개입하는 형사조정제도가 상술한 공식·비공식적 피해회복 제도에 비하여 가해자와 피해자의 관점교환 및 이성적 합의를 도출해낼 가능성이 상대적으로 높은 것은 분명하다. 그러나 형사절차에서 가해자와 피해자가 “본인에게 유리한 부분을 먼저 생각”²⁹⁾하는 것은 인간의 본성인데, 그렇다면 당사자의 이해관계를 초월하는 화해와 용서는 설령 사건의 유형과 당사자 관계 등 사건의 개별적 특성에 따라 예외적으로 달성 가능한 매우 바람직한 결론이라고 하더라도, 대부분의 경우에는 인간의 본성에 어긋나는 것으로 이를 국가가 형사절차를 통해 제도적으로 보편화하여 추구할 수는 없는 목적이라는 생각을 지우기 어렵다. 이러한 문제의식은 형사조정 실무에 대한 실증적 조사를 통해 보다 구체화된다. 실무상 대부분의 형사조정은 결국 돈 문제로 귀결되는 것이 현실이다.³⁰⁾

즉 이성적 대화의 장을 마련하기 위한 제도로서의 형사조정이 정당한 것으로 평가되기 위해서는 이상적 목표를 추구하면서도 현실적 한계에 대하여도 역시 이성적 대응이 가능한 것이어야 한다.

(3) 범죄예방

제도로서의 형사조정은 비록 형사처벌에 있어서의 법률적·사실상 이익에 관한 직·간접적인 압력을 전제로 한다 하더라도 가해자의 자발적인 참여를 전제로 한다. 피해자와의 관점교환 과정에 자발적으로 참여한 가해자는 범죄로 인한 책임 또한 자발적으로 수용할 가능성이 높고, 따라서 규범 내면화에 이를 가능성이 커져, 일반적으로 강제적 제재인 형벌보다 특별예방에 성공할 가능성이 높은 것으로 평가된다.³¹⁾

29) 김태현/최응렬, 회복적 경찰활동의 운용실태 및 정책방향, 한국피해자학회/경찰청/한국형사·법무정책연구원 추계공동학술대회 자료집, 2023.10.27., 52쪽에서 인용. 회복적 경찰활동에서 조정자로서 피해자전담경찰관은 가해자나 피해자의 이기적인 관심에 대하여 적절한 답변과 이해를 돕는 역할을 할 수 있도록 전문화되어야 한다는 취지이다.

30) 상세한 내용은 제3장 참조.

31) 안성훈/김선혜/심재우/조균석, 형사사건에서의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 기초연구 - 한·중·일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2013, 64쪽.

(4) 지역사회 통합

회복적 사법의 이념은 범죄로 인한 분쟁이 단지 가해자와 피해자의 갈등에 그치는 것으로 보지 않는다. 범죄가 개인적 행위라 해도 범죄의 원인과 결과는 사회적으로 나타난다. 그래서 회복적 사법의 이념은 분쟁 해소를 위한 지역사회의 역할과 책무를 강조한다.³²⁾ 형사조정 절차는 다소 제한적이기는 하나 형사조정위원으로 참여하는 지역사회 구성원의 역할이 강조된다. 검찰과 법원이 아닌 지역사회의 이웃이 조정자로 참여하여 가해자와 피해자 사이의 범죄로 인한 갈등을 해소하는 과정에서 범죄로 인하여 발생한 사회적 갈등 또한 해소될 것을 기대할 수 있으며, 이러한 과정은 사회적 통합을 촉진하는 것이 될 수 있다.³³⁾

(5) 형사사법경제

형사절차는 국민의 세금으로 운영된다. 그래서 형사사법 절차에 투입되는 자원을 줄이는 것은 현실적으로 중요하다. 더 나아가 형사절차에 참여하는 당사자는 가해자는 물론 설령 피해자라 하더라도 그 과정에서 많은 부담을 질 수밖에 없게 된다. 아울러 범죄로 인한 분쟁은 형사절차로 종결되는 것이 아니며 추후 손해배상을 위한 민사절차가 계속되어야 할 수도 있다. 이러한 가운데 공소가 제기되기 전에 절차를 종결할 수 있는 형사조정제도는 국가적 비용의 절감은 물론 당사자의 편익을 증진하는 것이 된다. 특히 형사 고소가 많은 우리나라의 특성을 고려하면 형사화된 민사사건의 비율이 높을 수밖에 없으며,³⁴⁾ 형사조정제도를 통하여 이러한 사건을 적절히 걸러내고 효율적으로 처리할 수 있으면 형사사법 자원은 보다 더 중요하고 심각한 형사사건에 투입될 수 있다.³⁵⁾

32) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 23-24쪽.
 33) 안성훈/김선혜/심재우/조균석, 형사사건에서의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 기초연구 - 한·중·일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2013, 66쪽.
 34) 우리나라의 고소 건수가 인구비례를 고려했을 때 일본의 124배에 달한다고 한다. 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 24쪽. 특히 각주 40번 참조.
 35) 안성훈/김선혜/심재우/조균석, 형사사건에서의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 기초연구 - 한·중·일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2013, 67쪽. 특히 각주 98번 참조.

2. 연혁과 현황

가. 연혁

회복적 사법의 이념의 발전과 함께 세계적으로 형사상 가해자와 피해자의 분쟁을 조정으로 해결하려는 제도가 발전해왔다.³⁶⁾ 우리나라에서도 그동안 형사절차에서 소외되어왔던 피해자의 권익을 실질적으로 보호해야 한다는 관점이 힘을 얻으면서 2006년 4월 가해자와 피해자 간의 화해를 통하여 피해자가 범죄피해를 실질적으로 회복할 수 있도록 하기 위하여 형사조정이 시범 실시된 바 있다. 이후 형사조정제도는 법적 근거 없이 검찰 내부지침에 근거하여 운영되어 오다가, 실무와 학계의 논의³⁷⁾를 거쳐 2010년 ‘범죄피해자 보호법’의 개정을 통해 법제화되었다.³⁸⁾ 최근에 이르기까지 형사조정제도의 연혁과 경과를 표로 정리하면 아래와 같다.

» [표 2-1] 형사조정제도의 연혁

구분	경과
2006.4.~5.	• 대전지검·남부지검·부천지청에서 형사조정 시범시행
2007.5.30.	• 전국 56개청 모두에서 형사조정 실시
2008.6.	• 통상의 형사조정업무를 피해자인권과로 인계
2008.11.	• 형사조정제도를 포함한 ‘범죄피해자 보호법’ 개정안 국회 제출
2009.10.29.	• 범죄피해자지원센터에서 각급 검찰청으로 형사조정기능의 이관(‘형사조정 실무운용 지침’ 제정)
2010.5.14.	• 형사조정위원회 검찰 이관(‘범죄피해자 보호법’ 및 ‘형사조정 실무운용지침’ 개정) • 형사조정 수당 재정기반 마련(‘범죄피해자보호기금법’ 제정)
2012.7.19.	• 형사조정 시한부 기소중지 제도 시행(‘형사조정 실무운용지침’ 개정)
2014.1.6.	• ‘분쟁의 종국적 해결을 위한 형사조정의 활성화 종합대책’ 수립 • 전국적으로 국민의 편의를 고려한 즉일 조정, 야간 조정, 찾아가는 조정 시행
2015.1.19.	• 형사조정과 공증 연계 및 수수료 지원을 통한 형사조정의 집행력 확보 노력 • 일선청의 형사조정실 개선사업

36) 영국, 미국, 캐나다, 프랑스, 독일의 형사조정제도의 발전과정과 그 이념적 고찰 및 평가에 대한 상세한 내용은 탁희성/강우예, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(I), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구원 협동연구총서, 2008, 35쪽 이하 참조.

37) 우리나라의 형사조정제도 도입과정에 대하여 상세한 내용은 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고 방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 66쪽 이하; 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 52쪽 이하; 대검찰청 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 85쪽 이하 등 참조.

38) 형사조정의 연혁에 관하여는 대검찰청 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 15쪽 이하 참조.

26 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

구분	경과
2017.4.1.	• 수사 전 단계부터 형사조정을 활용할 수 있도록 ‘형사조정 조기 활용 확대방안’ 시행 (검찰 직수 고소사건 및 경찰 접수 고소사건, 노동청 접수 임금체불 사건)
2017.4.6.	• ‘제10회 국제검사협회(IAP) 아시아·태평양지역회의’에서 형사조정제도 소개
2017.6.1.	• ‘형사조정 실무운용지침’ 개정 • 전문화·활성화 도모를 위한 전문분과별 형사조정위원회 활성화 • 객관성·신뢰성 확보를 위한 형사조정조서 및 결정문 개정을 통한 신뢰성 확보
2017.9.11.	• ‘제22회 국제검사협회 총회’에서 형사조정제도 국제표준안 마련을 위한 발표
2019.2.	• ‘한국 형사조정 표준안’을 ‘국제검사협회(IAP)’의 표준모델로 채택
2019.9.~12.	• KICS 피해자지원시스템상 형사조정 관련 정보의 전산화 구축
2020.6.	• 민원인의 이해를 돕기 위해 KICS에서 형사조정 절차 안내 문자메시지 발송 기능이 구현되도록 시스템 개선
현재(매년)	• 형사조정위원들의 자질과 능력 함양을 위한 프로그램 및 교육 운영 • 조정의 난이도 등을 고려하여 형사조정 우수사례 선정 • 형사조정 우수청 선정(선정 기준을 정량평가에서 교육 이수율, 우수사례, 민원사항 등 정성평가 요소 반영하는 것으로 개선)

자료출처: 대검찰청, 2022 검찰연감, 357-358쪽; 2017 검찰연감, 711쪽에서 재구성.

나. 현황

(1) 의뢰율 및 성립률 변화 추이

2010년 ‘범죄피해자 보호법’의 개정을 통하여 법률적 근거(같은 법 제6장)를 마련한 이후 형사조정의 의뢰 건수는 지속적으로 증가하였다. 그러나 2016년 이후로는 현재에 이르기까지 연간 약 11만 건 정도로 의뢰 건수 및 의뢰율 모두 그 증가세가 멈춘 상황이다. 특히 2013년부터 2020년까지의 기간 동안의 평균 의뢰율은 4.35%로 여전히 매우 낮은 수준에 머물고 있다.³⁹⁾ 심지어 2020년에는 77,514건으로 의뢰 건수가 대폭 감소하여 형사사법기관이 처리한 전체 사건 중에서 차지하는 비율은 3.5%에 불과하다.⁴⁰⁾ 2021년의 의뢰율은 4.1%, 2022년에는 4.6%로 소폭 증가하였으나 여전히 2013년부터 2020년까지의 평균 의뢰율에 미치지 못하거나 유사한 수준이다. 성립률은 제도 도입 초기부터 50%대 중반에 머무르고 있으며 큰 변화를 보이지 않고 있다. 형사조정 의뢰 건수, 의뢰율, 성립률 등을 표로 정리하면 아래와 같다.

39) 각 수치는 법무부, ‘제4차(‘22~’26) 범죄피해자 보호·지원 기본계획’, 2021.9., 54쪽에서 인용.

40) 코로나19로 인하여 감소한 것으로 추정된다. 이러한 분석은 법무연수원, 2021 범죄백서, 210쪽 참조.

▶▶ [표 2-2] 형사조정 의뢰율/성립률

구분 연도	형사조정 의뢰율				형사조정 종결			진행 중	성립률 (%)
	사건 수		의뢰 건수	의뢰율 (%) (전체 사건 수 대비)	성립	불성립	소환 불응		
	전체 사건 수	기소 건수							
2008	2,736,064	1,316,987	11,496	0.4	5,632	4,314	979	571	51.6
2009	2,820,395	1,196,776	16,201	0.6	8,006	6,273	1,049	873	52.2
2010	2,398,984	1,014,849	16,671	0.7	7,713	6,608	1,074	1,276	50.1
2011	2,259,500	917,335	17,517	0.8	8,398	6,999	1,500	620	49.7
2012	2,316,969	902,552	21,413	0.9	10,280	6,189	1,551	3,393	57.0
2013	2,389,660	910,158	33,064	1.4	14,772	10,787	2,882	4,623	51.9
2014	2,374,370	870,320	54,691	2.3	25,523	16,015	3,989	9,164	56.1
2015	2,495,255	852,314	87,272	3.5	42,527	25,361	5,410	13,974	58.0
2016	2,581,748	894,616	111,012	4.3	57,102	33,138	4,996	15,776	60.0
2017	2,407,061	809,882	118,113	4.9	59,424	37,661	4,716	17,493	58.4
2018	2,290,052	719,980	117,014	5.1	57,061	38,401	3,714	18,035	57.5
2019	2,361,611	699,111	118,310	5.0	56,946	40,277	3,297	17,881	56.7
2020	2,215,577	662,077	77,514	3.5	34,296	29,399	2,730	10,835	51.6
2021	1,483,351	576,547	60,217	4.1	28,550	20,636	987	9,950	56.9
2022	1,551,444	608,836	70,878	4.6	36,719	22,070	1,180	10,923	51.8

자료출처: 대검찰청, 2023 검찰연감, 325쪽; 2022 검찰연감, 360쪽; 548쪽; 2020 검찰연감, 349쪽; 2018 검찰연감, 409쪽; 2016 검찰연감, 515쪽; 2014 검찰연감, 492쪽; 2012 검찰연감, 469쪽; 2010 검찰연감, 313쪽에서 재구성.

(2) 대상 범죄의 유형별 비율

2021년에 형사조정에 의뢰된 사건은 유형별로 폭력 범죄가 42.2%로 가장 많았으며, 재산범죄(23.9%), 일반형사 범죄(10.1%), 교통 범죄(10.1%), 노동 범죄(8.1%), 명예 훼손 범죄(4.6%), 지적재산권 범죄(0.9%), 의료 범죄(0.1%)의 순이었다. 교통 범죄와 노동 범죄의 비율과 순서가 약간 달라지는 정도 외에 2017년부터 범죄 유형별 비율에 큰 변화는 없는 것으로 확인된다.⁴¹⁾

보건의료인이 범한 업무상 과실치상죄의 경우 의료사고 피해구제 및 ‘의료분쟁 조정 등에 관한 법률’ 제51조의 규정에 따라 조정조서가 작성된 경우 반의사불벌죄가

41) 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022, 4쪽.

된다. 다만 이때 의료분쟁조정은 의료분쟁조정중재원에서 진행되는 민사상 손해배상에 관한 조정으로 형사조정에서 말하는 의료사건과는 구분된다.⁴²⁾

(3) 형사조정위원 현황

또한 2021년 12월 기준 전국 지방검찰청 및 지청의 형사조정위원은 총 2,592명이다. 직업별로는 법조인이 24.7%로 가장 많았으며, 기업인 15.7%, 전직 공무원 14.9%, 회계사·노무사 등 14.2%, 교직원 10.4% 순이었다. 기타로 분류된 경우도 20.1%로 나타났다. 전문 분과별로는 일반형사로 분류된 형사조정위원이 71.8%로 가장 많았으며, 소년·여성 8.6%, 노동 7.9%, 지적재산 6.6%, 의료 5.1%의 순서였다.⁴³⁾

제2절 | 형사조정 절차 운영 실무

형사조정 절차는 ‘범죄피해자 보호법’ 및 그 시행령과 시행규칙, 대검찰청예규인 ‘형사조정 실무운용 지침’, 그리고 각 지방검찰청(지청)의 장이 정하는 ‘형사조정위원회 운용 지침’에 따라 운영된다(‘형사조정 실무운용 지침’ 제19조 제1항). 실무상 형사조정 절차가 구체적으로 어떻게 운영되는지에 대해서는 대검찰청 발간 자료⁴⁴⁾나 한국형사·법무정책연구원의 선행 연구보고서⁴⁵⁾에 매우 상세하게 정리 및 분석되어 있다. 이하에서는 법령과 자료 및 연구과정에서 조사한 내용⁴⁶⁾을 토대로 이 보고서의 논의를 위하여 필요한 범위 내에서 형사조정 절차 운영 실무를 간략히 개관한다.

42) 의료분쟁과 회복적 사법에 관한 상세한 분석은 최민영, “회복적 사법과 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도”, 형사정책연구 제23권 제2호, 2012, 133쪽 이하 참조.

43) 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022, 6쪽.

44) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018 등.

45) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011; 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016 등.

46) 상세한 내용은 제3장 참조.

1. 형사조정 회부

우선 ‘범죄피해자 보호법’에 따르면 검사는 “피의자와 범죄피해자(이하 “당사자”라 한다) 사이에 형사분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하는 데 필요하다고 인정하면 당사자의 신청 또는 직권으로 수사 중인 형사사건을 형사조정에 회부할 수 있다”(제41조 제1항).

다만 대검찰청은 2014.5. ‘형사조정 실무운영 지침’을 개정하여 직권으로 회부하는 경우에도 당사자의 동의를 얻도록 하였다(제2조 제1항).⁴⁷⁾ 이는 회복적 사법의 취지를 고려하여 형사조정에 참여하는 당사자의 자율성을 더욱 강하게 보장하기 위한 제도적 개선이다. 따라서 검사가 형사조정에 회부하는 결정을 하려면 당사자로부터 형사조정 신청서(‘형사조정 실무운영지침’ 제11조 제1항, 별지 제1호 서식)를 제출받거나, 형사조정 회부에 동의한다는 취지가 기재된 형사조정회부동의서를 제출받아 이를 형사조정신청확인서(제11조 제2항, 별지 제2호 서식)에 첨부하여야 한다.

검사는 형사조정에 회부할 경우 당해 사건에 대하여 시한부 기소중지 처분을 하여야 한다(같은 조 제2항). 고소사건 배당일 또는 송치일로부터 각 1개월 이내에 형사조정에 회부하는 것이 원칙이나 필요할 경우 2개월 이내에 형사조정에 회부할 수 있다(같은 지침 제10조, 제25조). 형사조정에 회부되면 추후 다시 검사에게 회송되더라도 사건번호가 다시 부여된다고 한다. 이러한 이유로 담당 검사가 사건을 맡은 지 3개월이 넘어 장기미제사건으로 분류되지 않도록 면피용으로 형사조정회부를 이용하는 것을 막기 위하여 형사조정 회부 기한을 설정한 것이다.⁴⁸⁾

2. 대상 사건의 범위

형사조정 대상 사건의 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다. 다만 피의자가 도주하거나 증거를 인멸할 염려가 있는 경우, 공소시효의 완성이 임박한 경우, 기소유예처분 이외에 불기소처분의 사유에 해당함이 명백한 경우, 즉 고소장 및 증거관계 등에 의하여 각하, 혐의 없음, 공소권 없음, 죄가 안됨의 사유에 해당함이 명백한 경우에는

47) 대검찰청, 형사조정 이론과 실무, 증보판, 2018, 102쪽.

48) 이에 관하여 상세한 내용은 제3장 참조.

형사조정에 회부할 수 없다(‘범죄피해자 보호법’ 제41조 제2항, ‘형사조정 실무운용 지침’ 제3조 제2항). 사실관계에 다툼이 있는 경우 등은 법령이 정하고 있는 형사조정 회부 불가 요건은 아니다.⁴⁹⁾

형사조정 대상 사건의 범위를 구체적으로 정하고 있는 ‘범죄피해자 보호법’ 시행령 제46조 각호에 따르면 “1. 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄사건, 2. 개인 간의 명예 훼손·모욕, 경계 침범, 지식재산권 침해, 임금체불 등 사적 분쟁에 대한 고소사건, 3. 제1호 및 제2호에서 규정한 사항 외에 형사조정에 회부하는 것이 분쟁해결에 적합하다고 판단되는 고소사건, 4. 고소사건 외에 일반 형사사건 중 제1호부터 제3호까지에 준하는 사건”이 형사조정 회부 대상 사건이 된다. 실무상 제4호에 따라 고소사건인지 여부에 관계없이 형사조정에 적합한 사건을 선정하게 된다고 한다.⁵⁰⁾

‘형사조정 실무운용 지침’의 형사조정회부서 양식(별지 제3호 서식)에 따르면 형사조정에 회부할 때 사건의 유형을 “재산, 폭력, 명예, 교통, 지적재산권, 의료,⁵¹⁾ 노동, 소년·학교, 여성·가정, 외국인·다문화, 기타”로 분류하여 표시해야 한다. 이는 주로 형사조정에 회부되는 사건의 유형을 의미하며, 사건을 유형별로 분류하여 형사조정위원의 전문성에 따라 사건을 배정하기 위한 것이다.⁵²⁾

3. 형사조정위원회와 형사조정위원회

가. 형사조정위원의 전문성

형사조정은 형사조정위원이 담당한다. 형사조정위원은 “형사조정에 필요한 법적 지식 등 전문성과 덕망을 갖춘 사람 중에서 관할 지방검찰청 또는 지청의 장이 미리 위촉한다”(‘범죄피해자 보호법’ 제42조 제3항). 형사조정위원의 전문성을 강화하고

49) 사실관계가 명확히 확정된 사건이 형사조정에 적합하다는 견해로, 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 257쪽.

50) 조아라, 실무적 관점에서 본 형사조정 활성화 방안, 학술심포지엄 자료집, 2016.9.26., 81쪽.

51) 의료사건에 대한 형사조정은 의료분쟁조정중재원에서 진행되는 의료분쟁에 대한 민사조정과는 구별된다. 최민영, “회복적 사법과 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도”, 형사정책연구 제23권 제2호, 2012, 133쪽 이하 참조.

52) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 103쪽 각주 45번 참조.

전문 분야에 맞는 사건을 배정하여 형사조정이 효과성을 높이기 위하여 조정위원 경력카드(‘형사조정 실무운용 지침’ 제4조 제15항, 같은 지침 별지 제10호 서식)를 작성하여 관리하여야 한다. 경력카드에는 형사조정위원의 경력 및 전공 등은 물론, 상기한 형사조정회부서 양식과 마찬가지로 형사조정위원의 전문 분야를 재산, 폭력, 명예, 교통, 지적재산권, 의료, 소년·학교, 노동, 여성·가정, 외국인·다문화, 기타로 분류하여 기재하고 참여 희망 사건 유형을 적도록 하고 있다. 그러나 형사조정 실무에서 이러한 전문성은 적절하게 고려되고 있지 못한 것으로 보인다.⁵³⁾

나. 제척·기피·회피

형사조정위원회는 “당사자 사이의 공정하고 원만한 화해와 범죄피해자가 입은 피해의 실질적인 회복을 위하여 노력”하여야 한다(‘범죄피해자 보호법’ 제43조 제1항). 형사조정위원이 당사자와의 관계로 인하여 불공정한 형사조정을 할 것으로 판단되는 경우 형사조정위원은 해당 형사조정업무에서 제척되며(‘범죄피해자 보호법’ 시행령 제50조 제1항) 당사자는 기피를 신청할 수 있고(같은 조 제2항), 기피신청에 대한 결정은 관할 지방검찰청 또는 지청의 장이 한다(제3항). 형사조정위원도 관할 지방검찰청 또는 지청의 장의 허가를 받아 회피할 수 있다(제5항).

다. 개별 조정위원회

형사조정위원회는 3명 이내(‘범죄피해자 보호법’ 시행령 제48조 제1항)의 형사조정위원으로 구성되며(개별 조정위원회),⁵⁴⁾ 통상 3인 중 1인은 법률전문가가 지정된다.⁵⁵⁾ 대검찰청 발간 자료에 따르면 3인 1조로 운영되는 것이 일반적이라고 하나 지검 또는 지청의 사정을 고려하여 실무상 2인으로 운영되는 경우도 많다.⁵⁶⁾ 개별 조정위원회의 조정장은 형사조정위원 중에서 호선⁵⁷⁾한다(같은 조 제3항). 형사조정위원회의 사무처리를 위하여 관할 검찰청 또는 지청 소속 5급 이하의 직원을 간사로 둘 수 있다(제2항).

53) 상세한 내용은 제3장 참조.

54) 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022, 5쪽.

55) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 108쪽.

56) 개별 조정위원회의 운영 실무에 대해서 상세한 내용은 제3장 참조.

57) 실무상 보통 경험이 많은 조정위원이 위원장을 하고 새로 조정위원은 조정과정을 관찰하면서 형사조정실무를 익히게 된다고 한다. 형사조정위원회 운영에 관한 상세한 내용은 제3장 참조.

라. 형사조정위원의 의무

형사조정위원이나 형사조정위원이었던 사람은 재판 등에 대한 영향력 행사 금지(제38조), 비밀누설의 금지(제39조), 수수료 등의 금품 수수 금지(제40조) 의무를 진다(제46조).⁵⁸⁾ 형사조정위원이 타인의 비밀을 누설하거나 형사조정 업무 외의 목적에 사용한 경우, 그리고 금품을 요구하거나 받은 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금으로 처벌된다(제48조). 수사, 변호, 또는 재판에 부당한 영향을 미치기 위한 행위를 한 경우에는 300만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다(제50조 제1항 제3호). 그 외에도 형사조정위원은 공무수행 사인으로 부정청탁 및 금품 수수의 금지에 관한 법률이 적용된다.⁵⁹⁾

마. 수당 등

형사조정위원에게는 법무부령이 정하는 바에 따라 수당, 여비, 일당, 숙박료 등을 지급할 수 있다(‘범죄피해자 보호법’ 제42조 제7항). 또한 여비 등은 ‘공무원 여비규정’ 별표 1의 제2호에 해당하는 공무원에 준하여 지급되며(같은 법 시행규칙 제14조 제2항), 조정 수당은 사건에 따라 2분의 1의 범위에서 조정회부검사가 이를 증액할 수 있다(제3항). 그러나 실무상 예산 부족으로 소액의 수당이 겨우 지급되고 있다. 실무상 1일 4건의 조정에 참여하는 형사조정위원에게 7만 원의 일당이 지급되며, 그마저도 지검 또는 지청이 사정에 따라 연말에 배정된 예산이 모두 소진된 경우에는 지급하지 못하기도 한다.⁶⁰⁾

58) 현행 형사조정제도에 대한 보다 상세한 분석은 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 58쪽 이하; 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 100쪽 이하 참조.

59) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 108쪽.

60) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 107쪽 참조. 실무상 수당 지급에 관하여 상세한 내용은 제3장 참조.

4. 조정절차

가. 조정 전 단계

(1) 준비절차 - 통지 및 동의 확인

검사로부터 형사조정회부서(‘형사조정 실무운용 지침’ 별지 제3호 서식)를 송부받으면, 형사조정위원장과 간사는 형사조정위원회 사건번호를 부여하고 절차를 개시한다.⁶¹⁾ 위원장은 형사조정위원의 전문성을 고려하여 개별 형사조정위원회를 구성한다. 그러나 실무상 간사에 의하여 형사조정위원이 구성되는 경우가 많으며, 전문성보다는 형사조정위원의 일정을 고려하여 구성하는 경우가 많다고 한다.⁶²⁾

형사조정 절차를 개시하려면 당사자의 동의가 필수적이다(‘범죄피해자 보호법’ 시행령 제52조 제1항). 당사자의 자율적 참여는 회복적 사법의 이념을 실현하기 위하여 필수적인 전제조건이기 때문이다. 그러므로 검사가 형사조정을 직권으로 회부하는 경우에도 당사자의 동의를 얻어야 한다(‘형사조정 실무운용 지침’ 제2조 제1항). 동의를 전제로 형사조정에 회부되었다 하더라도, 형사조정위원회는 형사조정 절차를 개시하기 전에 당사자 모두의 동의가 있음을 확인해야 하며, 당사자가 미성년자, 금치산자 또는 한정치산자인 경우에는 법정대리인의 동의를 확인해야 한다(같은 지침 제6조 제2항). 일반적으로는 간사가 전화 등의 방법으로 당사자의 동의를 확인한다.⁶³⁾

동의권자가 제1회 형사조정 절차 개시 이전까지 형사조정 절차에 동의하지 않을 뜻을 명확히 한 경우 형사조정위원회는 해당 사건을 담당 검사에게 회송해야 하며(‘범죄피해자 보호법’ 시행령 제52조 제2항), 회송을 받은 검사는 즉시 당해 형사사건을 재기하여야 한다(‘형사조정 실무운용 지침’ 제6조 제4항).

형사조정기일은 우편, 전화, 팩스 또는 그 밖의 상당한 방법으로 매회 당사자, 변호인 또는 법정대리인에게 통지하여야 한다(‘범죄피해자 보호법’ 시행령 제51조).⁶⁴⁾ 기일의 통지는 출석 요청을 의미한다.⁶⁵⁾

61) 대검찰청, 형사조정론의 이론과 실무, 증보판, 2018, 108쪽.

62) 상세한 내용은 제3장 참조.

63) 동의 확인 절차 등 상세한 내용은 제3장 참조.

64) 2020.6. KICS 시스템을 개선하여 당사자에게 자동으로 문자메시지를 발송할 수 있도록 하였다.

65) 대검찰청, 형사조정론의 이론과 실무, 증보판, 2018, 109쪽.

(2) 형사조정위원의 사건 내용 사전 숙지

법령에 따르면 위원장은 특별한 사정이 없는 한 형사조정기일 3일 전까지 형사조정 회부서와 고소장 또는 의견서 사본 등을 담당위원에게 송부함으로써 사전에 사건 내용을 파악한 후 형사조정에 임하도록 해야 한다(‘형사조정 실무운용 지침’ 제5조 제4항).⁶⁶⁾ 그러나 실제로는 형사조정위원이 담당사건을 조정장에 들어가서 처음 알게 되는 경우도 있다고 한다.⁶⁷⁾

2011년 한국형사·법무정책연구원의 연구⁶⁸⁾에 따르면 조사대상 형사조정의 약 57.5%가 형사조정 당일 시작 직전에 담당사건에 대한 정보를 제공받았다고 한다. 실무상 담당 직원(간사)의 업무가 과다하여 사전 송부를 위한 개인정보 비식별화가 어렵기 때문이라고 한다.⁶⁹⁾ 다만 형사조정위원이 모여서 조정회의 시작 전 사건 내용을 숙지하고 조정 전략을 준비하기 위하여 간단하게 회의를 하는 경우도 있다.⁷⁰⁾

(3) 예비조정 절차의 부재

조정 전 단계에서 당사자의 참여의사를 보다 명확하게 확인함으로써 형사조정 참여의 자율성을 확실하게 보장하고, 조정자와 당사자 간 신뢰감과 유대감을 고취함으로써 형사조정의 성립률을 높이기 위하여 예비조정 절차를 활성화해야 한다는 지적⁷¹⁾이 있으나, 법령상 예비조정 절차는 마련되어 있지 않으며, 실무상으로도 전혀 활성화되지 못하고 있다.

형사조정이 법제화되기 전 범죄피해지원센터의 주관으로 운영되던 시기에는 형사조정위원이 형사조정 기일 외에 일방 당사자와 접촉하는 것을 금지하는 것을 내용으로 하는 ‘형사조정 운영지침’이 있었다고 한다. 그러나 이러한 규정은 현행 법령에는 없으며, 따라서 현행 법제 하에서도 예비조정 절차를 운영하는 것은 불가능하지 않으나 실제 예비조정 사례를 찾기 어려울 정도이다. 2011년 발표된 조사연구에 따르면 예비조정이 시행된 사례는 약 1.8%에 불과하였다고 한다.⁷²⁾

66) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 109-110쪽.

67) 상세한 내용은 제3장 참조.

68) 김지선, 형사조정사건의 성립률 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 138쪽.

69) 김지선, 형사조정사건의 성립률 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 139쪽.

70) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 112쪽.

71) 김지선, 형사조정사건의 성립률 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 140-142, 279쪽.

나. 조정 단계

(1) 형사조정 기간

형사조정 기간은 형사조정이 회부된 날부터 3개월 이내이다(‘형사조정 실무운영 지침’ 제9조 제1항). 형사조정위원회는 필요 시 최대 2개월 이내의 범위에서 검사에게 형사조정 기간 연장 요청을 할 수 있다(같은 조 제2항). 연장 요청을 받은 검사는 1회 1개월 이내의 범위에서 2회에 한하여 연장할 수 있다(제3항). 그러나 실무상 대체로 1회로 종료되는 경우가 많다. 만약 가해자가 배상을 약속하였으나 경제적 어려움 등으로 배상금 지급이 지연될 경우 형사조정위원이 형사조정 기간이 종료될 때까지 기한을 정하여 배상금을 마련할 수 있도록 하고, 배상금을 분할 지급하도록 하는 등의 방법으로 지급 완료 여부를 확인하여 약정 금액이 모두 지불 된 이후에 형사조정 결정문(제19조 제3항, 별지 제9호 서식)을 작성하는 경우가 있다.⁷³⁾

(2) 대면 조정, 전화 조정

형사조정은 일반적으로 관할 검찰청 또는 지청의 형사조정실에서 대면으로 진행되는 것이 원칙이나, 대검찰청은 당사자의 편의를 위하여 찾아가는 형사조정을 적극 장려하고 있다.⁷⁴⁾ 대검찰청 발간 자료⁷⁵⁾에서도 2019년 쌍방 폭행치상 사건에서 피고인 겸 피해자인 쌍방 당사자를 병원과 주거지로 찾아가 조정한 사례를 우수사례로 제시하고 있다. 그러나 실제 형사조정 실무에서 출장 조정은 거의 실시되지 않고 있다고 한다.⁷⁶⁾ 이 연구를 위한 형사조정위원 FGI에서도 출장 조정 사례를 확인하지 못하였다.⁷⁷⁾

형사조정은 가해자와 피해자가 대면하는 가운데 진행되는 것이 원칙이다. 그러나 당사자가 대면을 거부하는 경우나 성범죄 등 피해자를 보호할 필요가 있는 경우,

72) 예비조정에 관하여 상세한 내용은 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 140쪽.

73) 상세한 내용은 제3장 참조.

74) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 110쪽.

75) 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022, 65쪽 이하.

76) 이동임, “원격화상시스템을 이용한 형사조정제도 도입에 관한 연구”, 서울법학 제28권 제1호, 2020, 362쪽.

77) 형사조정 실무에 관해서는 제3장 참조.

그리고 사건의 특성상 분리조정이 효과적이라고 판단되는 경우 분리조정이 적극 활용된다. 그러나 분리조정 절차에 대하여는 법령에 그 근거를 확인할 수 없으며 실무상 분리조정 절차에 관한 상세한 지침도 없는 것으로 보인다.⁷⁸⁾

2020년 발표된 연구⁷⁹⁾에서 형사조정에 참여한 당사자를 대상으로 조사한 바에 따르면 전체 형사조정 중 약 67%가 분리조정으로 진행되었으며, 분리조정을 실시한 경우의 조정성립률은 69.3%로 대면 조정을 실시한 경우의 성립률인 62.0%에 비하여 약 7.3% 높아진 것으로 확인되었다. 그러나 영국 법무부의 의뢰를 받아 셰필드 대학에서 수행한 연구⁸⁰⁾에 따르면 대면 조정이 분리조정의 경우보다 재범률을 더 낮춘다고 한다.

2021.10. 대검찰청은 “실질적 피해회복을 위한 형사조정제도 개선방안”을 마련하여 “① 사안이 경미하여 출석을 필요로 하지 않는 사건, ② 피해자가 피의자와의 대면을 거부하는 사건, ③ 원거리 거주나 당사자의 건강상 사유 등으로 출석이 여의치 않는 사건의 경우에는 전화 조정, 화상 조정⁸¹⁾ 등 비대면 조정을 적극 검토하도록⁸²⁾한 바 있다. 특히 코로나19로 인하여 전화 조정이 활성화되었으며⁸³⁾, 최근에는 형사조정 사건의 2/3 이상이 전화 조정으로 이루어진다고 한다.⁸⁴⁾ 사실상 원칙과 예외가 뒤바뀐 것이다. 그러나 한국형사·법무정책연구원이 2016년 출간한 연구보고서⁸⁵⁾에 따르면 형사조정위원 대상 심층면접 결과 전화 조정에 대해서는 형사조정위원 대부분이 부정적 견해를 표명하였다. 이 조사에 참여한 형사조정위원들은 전화 조정의 경우

78) 류채형, “형사조정제도 개선에 관한 연구: 분리조정(caucus)의 활성화를 중심으로”, 한국융합과학회지 제11권 제8호, 2022, 86쪽.

79) 이동원/윤현석/류채형, “형사조정에서 분리조정의 실시 및 효과 평가에 관한 연구”, 인문사회21 제11권 제2호, 2020, 1271쪽 이하, 특히 1275쪽.

80) MoJ evaluation of restorative justice(<https://restorativejustice.org.uk/resources/moj-evaluation-restorative-justice>, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

81) 화상 조정에 대해서는 이동임, “원격화상시스템을 이용한 형사조정제도 도입에 관한 연구”, 서울법학 제28권 제1호, 2020, 355쪽 이하 참조.

82) 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022, 6쪽, 각주 3번에서 인용.

83) 연합뉴스, 2020.6.30. “대전지검, 코로나19 비대면 상형서도 형사조정 ‘성과’”(https://www.yna.co.kr/view/AKR20200630032700063, 2023.11.15. 최종방문) 참조. 실제 2020년 2월부터 형사조정이 전면 중단된 바 있다. 이동임, 원격화상시스템을 이용한 형사조정제도 도입에 관한 연구, 서울법학 제28권 제1호, 2020, 365쪽.

84) 전화 조정 실무에 관하여는 제3장 참조.

85) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 93쪽, 112쪽.

대면 조정에 비하여 신뢰감 형성이 어렵기 때문에 조정성립률이 낮아질 수밖에 없으므로, 부득이한 경우에만 전화 조정이 허용되어야 한다고 응답하였다.

(3) 형사조정 기일의 절차

당사자는 관련 자료를 형사조정위원회에 제출할 수 있다(‘형사조정 실무운영 지침’ 제15조). 형사조정위원회는 담당 검사에게 “해당 형사사건에 관하여 당사자가 제출한 서류, 수사서류 및 증거물 등 관련 자료의 사본을 보내 줄 것을 요청”(‘범죄피해자 보호법’ 제44조 제1항)할 수 있으나, 검사는 “당사자 또는 제3자의 사생활의 비밀이나 명예를 침해할 우려가 있거나 수사상 비밀을 유지할 필요가 있다고 인정하는 부분은 제외할 수 있다”(같은 조 제44조). 그러나 상술한 바와 같이 실무상 개인정보 비식별화 등의 어려움으로 형사조정위원이 담당 사건에 대하여 파악할 수 있는 시간적 여유가 부족한 경우가 대부분이며, 조정기간도 조정 당일 30분 내로 종료되는 경우가 많아, 조정 중 추가 자료를 요청하는 경우는 거의 없으며, 대체로 검사가 조정에 회부하면서 첨부한 자료 정도만을 파악하고 조정을 진행하게 되는 경우가 많다고 한다.⁸⁶⁾ 아울러 형사조정위원회는 필요한 경우 관련 기관이나 전문가로부터 의견을 청취하거나 자료를 제출받을 수 있으나(‘형사조정 실무운영 지침’ 제15조 제5항) 역시 당일 종료되는 경우가 많으며 비용에 관한 예산도 확보되어 있지 않은 경우가 대부분이므로 실무상 이러한 경우를 찾기는 어렵다.

형사조정위원회는 조정기일마다 ‘형사조정 실무운영 지침’ 별지 제8호 서식의 형사조정조서를 작성해야 하며 형사조정이 종료되면 별지 제9호 서식의 형사조정결정문을 작성해야 한다(‘형사조정 실무운영 지침’ 제19조). 조정 과정에서 명백히 혐의가 없는 것으로 인정되는 경우 담당 검사와 협의하여 조정을 중단하고 담당 검사에게 회송하여야 하고(같은 지침 제20조 제1항), 검사는 즉시 당해 형사사건을 재기하여야 한다(제20조 제3항).

다. 종료 단계

형사조정이 성립되면 형사조정위원회는 그 결과를 서면으로 작성하여 검사에게

86) 형사조정위원회 운영에 관한 상세한 내용은 제3장 참조.

보내야 하며(‘범죄피해자 보호법’ 제45조 제1항, 제3항), “검사는 형사사건을 수사하고 처리할 때 형사조정 결과를 고려할 수 있다. 다만 형사조정이 성립되지 아니하였다는 사정을 피의자에게 불리하게 고려하여서는 아니 된다.”(같은 조 제4항)

(1) 합의 불성립 시

당사자 사이에 합의가 성립되지 아니하는 경우 또는 성립된 합의 내용이 위법하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된다고 인정되는 경우에는 조정 불성립 결정을 하고 담당 검사에게 해당 사건을 회송하여야 하고(‘형사조정 실무운용 지침’ 제20조 제2항), 검사는 즉시 당해 형사사건을 재기하여야 한다(제20조 제3항). 형사조정이 성립되지 않은 경우에는 원칙적으로 통상의 수사절차에 따라 수사를 진행하나, 관련 자료 등을 검토한 결과 각하, 혐의 없음, 죄가 안됨 또는 공소권 없음이 명백하거나 피고소인의 소재불명이 확인된 경우에는 즉시 불기소 또는 기소중지 처분할 수 있다(‘형사조정 실무운용 지침’ 제22조).

(2) 합의 성립 시

고소사건에 대하여 형사조정이 성립되어 고소가 취소되거나 합의서가 작성된 경우 당해 사건이 친고죄나 반의사불벌죄에 해당하면 공소권 없음 처분을, 그 외의 경우는 각하 처분을 한다. 다만, 관련자료 등을 검토한 결과 범죄혐의가 있다고 사료되는 때에는 통상의 수사절차에 따라 수사를 진행하되 처벌 시 감경할 수 있다(‘형사조정 실무운용 지침’ 제22조 제1항).

형사조정 성립을 이유로 각하 처분된 사건에 대하여 재고소 또는 항고가 있는 때에는 ‘검찰사건사무규칙’에 따라 새로운 자료가 제출되는 등 재수사가 필요 없으면 이를 각하하거나 항고청에 송부⁸⁷⁾해야 하나, 고소사건 접수 즉시 조정의뢰 되거나 조정성립 이후 별도의 수사절차 없이 합의 성립을 이유로 처분된 사건 중 고소인의 주장과 기타 자료 등을 검토하여 혐의유무를 규명함이 상당하다고 판단되는 사건은 재수사 또는 재기수사 할 수 있다(같은 지침 제23조 제1항). 이 경우 형사조정을 다시 의뢰할 수 없다(같은 조 제2항). 고소사건이 아닌 경우에도 고소사건에 관한 규정이 준용되나(같은 지침 제29조), 각하 처분은 제외된다.⁸⁸⁾

87) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018, 113쪽.

제3절 | 유사제도와 비교

상술한 바와 같이 형사조정은 회복적 사법의 관점에서 제도화되었다. 형사절차는 초동수사에서 판결의 확정에 이르기까지 연속성을 가지며, 그래서 회복적 사법의 이념 또한 경찰 단계는 물론 법원 단계에서도 구체화되고 있다. 다만 우리나라에서 회복적 사법의 논의는 2000년 이후부터 본격적으로 논의되기 시작하였으며, 아직까지 제도화 단계에 있는 것으로 평가된다.⁸⁹⁾ 이하에서는 형사조정제도의 개선방향에 대한 착안점을 모색하기 위하여 필요한 범위 내에서, 가해자와 피해자의 대화를 촉진하여 분쟁을 해결하는 것을 내용으로 하여 형사조정제도와 유사한 것으로 평가할 수 있는 경찰과 법원 단계에서의 회복적 사법 관련 제도를 검토한다.

1. 경찰 단계

가. 가족회합 프로그램

경찰은 2007년 소년법을 조기에 선도하기 위하여 경미한 소년사건을 범한 소년범을 대상으로 ‘가족회합 프로그램’이라는 제도를 시범 운영한 바 있다.⁹⁰⁾ 경찰이 이 프로그램에 적합할 것으로 선별하여 의뢰한 사건 중에서 가해자, 피해자 및 그 보호자 등의 동의를 얻어 갈등조정 전문가가 참여한 회합을 개최하고 갈등해결 방안을 도출하여 그 결과를 경찰 단계의 형사사건 처리 과정에 반영하고자 하였다. 그러나 경찰내 담당자의 업무 과중과 민사개입으로 오해를 살 여지가 있다는 점에 대한 우려로 인하여 1차 시범 실시 기간 중 단 한건도 진행하지 못하였다. 시범 실시 대상 경찰서와 기간을 늘려 실시한 2차 시범 실시 기간 중에는 총 10건을 의뢰받았으나, 6건의 회합에서 당사자 간 합의를 도출하였다. 가해자와 피해자 그리고 그 부모들 모두 긍정적인

88) 대검찰청, 형사조정 이론과 실무, 증보판, 2018, 113쪽.

89) 대검찰청, 형사조정 이론과 실무, 증보판, 2018, 40쪽.

90) 김항곤, “경찰단계 ‘회복적 사법제도’의 시범운영을 통한 소년사법제도 발전방향 모색”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009, 35쪽 이하; 이무선, “경찰단계에서의 형사조정제도 도입의 필요성에 관한 연구”, 한국공안행정학회보 제59호, 2015, 156쪽. 상술한 바와 같이 2006년에는 검찰에서 형사조정제도가 시범 실시된 바 있다. 당시 회복적 사법의 제도화를 위한 노력은 검찰은 물론 경찰 단계에서도 확인할 수 있다.

반응을 보였으나, 경찰의 수사종결권이 없는 당시 상황에서 법 제도적 인센티브가 크게 부족하였고, 경찰이 가해자 편이라는 오해를 사는 등 많은 한계를 드러내는 결과로 마무리되었으나⁹¹⁾ 회복적 사법에 입각하여 가해자와 피해자 사이의 분쟁을 조정하려는 시도로서의 의의를 갖는 것으로 평가된다.

나. 회복적 경찰활동

(1) 추진 경과

2018년 말 경찰은 회복적 사법의 이념을 보다 본격적으로 경찰활동에 반영하기 위한 추진 계획을 수립하였으며, 이에 따라 2019년 약 6개월간 경찰 단계의 회복적 대화 프로그램을 시범 운영하였다.⁹²⁾ 시범 운영은 서울과 수도권 지역의 총 15개 경찰서에서 진행되었으며, 총 95건이 대상 사건으로 선정되었으나, 그중 9건이 동의를 철회하여 절차에 들어가지 못하였고, 84건에서 당사자 간 대화를 통하여 합의를 도출하였다. 회복적 대화모임이 개시되었으나 합의에 실패한 사례는 2건이었다.⁹³⁾ 운영 결과 당사자의 80% 이상이 회복적 대화의 결과에 만족한 것으로 조사되었으며, 담당 경찰의 평가도 높아 2020년에는 142개, 2021년에는 200개, 2022년에는 230개 경찰서로, 2023년에는 모든 경찰서로 확대하여 전면 실시하고 있다.⁹⁴⁾

(2) 의의

회복적 경찰활동이란 “지역사회에서 갈등·분쟁 또는 범죄가 발생했을 때, 경찰이 범인을 검거하고 처벌하는 데에 그치지 않고 가·피해자 등이 함께하는 회복적 대화모임을 통해 피해회복·재발방지 등 근본적인 해결방안을 모색토록 지원함으로써 지역사회

91) 시범 실시 및 그 결과에 관한 상세한 내용은 김향곤, “경찰단계 ‘회복적 사법제도’의 시범운영을 통한 소년사법제도 발전방향 모색”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009, 35-47쪽 참조.

92) 상세한 경과는 김태현/최응렬, 회복적 경찰활동의 운용실태 및 정책방향, 한국피해자학회/경찰청/한국형사·법무정책연구원 추계공동학술대회 자료집, 2023.10.27., 46-47쪽 참조.

93) 2019년의 시범 실시 결과에 관하여 상세한 내용은 김태현/최응렬, “회복적 사법의 이해와 경찰단계에서의 법제화 방안”, 한국공안행정학회보 제87호, 2022, 63쪽 참조.

94) 김태현/최응렬, “회복적 경찰활동의 운용실태 및 정책방향”, 한국피해자학회/경찰청/한국형사·법무정책연구원 추계공동학술대회 자료집, 2023.10.27., 47쪽; 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 5쪽. 2020년에는 573건, 2021년에는 1,118건에 대하여 회복적 경찰활동이 진행되었다. 경찰청, 2022년 경찰백서, 112쪽.

회를 안전하고 평온하게 지켜나가는 경찰활동 패러다임⁹⁵⁾을 말한다. 구체적으로는 경찰의 역할을 범죄척결자(Crimefighter)가 아니라 문제해결자(Problem-solver)로 설정하고 당사자의 동의를 전제로 가해자와 피해자는 물론 법정대리인 등 이해관계자가 참여하는 “회복적 대화모임”을 경찰이 직접 주재하거나 전문가에게 의뢰하는 등의 방법으로 당사자 간 합의를 도출하고 그 결과를 경찰의 형사사건 처리절차에 반영하는 것을 의미한다.⁹⁶⁾ 회복적 경찰활동은 다음과 같은 의의⁹⁷⁾를 갖는 것으로 평가된다.

- ① 사건 발생 초기 당사자 간 갈등이 심화되기 전에 문제를 해결하는 것이 피해자의 피해회복, 가해자의 재사회화(진심 어린 반성, 책임 인수 등)에 효과적,
- ② 검찰·법원 단계까지 형사절차가 장기화되면서 발생하는 사건지연, 가해자에 대한 부정적 낙인 효과, 피해자에 대한 2차 피해 등 최소화,
- ③ 경찰은 공동체 내 문제해결 과정에 지역사회 차원의 참여 촉진 용이

(3) 근거 규정

회복적 경찰활동의 근거는 행정안전부령인 ‘경찰수사규칙’ 제82조와 경찰청 훈령인 ‘피해자보호 및 지원에 관한 규칙’ 제39조에서 찾을 수 있다.

- 경찰수사규칙 제82조(회복적 대화)** ① 사법경찰관리는 피해자가 입은 피해의 실질적인 회복 등을 위하여 필요하다고 인정하면 피해자 또는 가해자의 신청과 상대방의 동의에 따라 서로 대화할 수 있는 기회를 제공할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 대화 기회를 제공하는 경우 사법경찰관리는 피해자와 가해자 간 대화가 원활하게 진행될 수 있도록 전문가에게 회복적 대화 진행을 의뢰할 수 있다.
- 피해자보호 및 지원에 관한 규칙 제39조(회복적 대화)** ① 경찰관은 피해자가 입은 피해의 실질적 회복 또는 범죄의 재발방지 등을 위하여 필요한 경우 피해자의 신청과 가해자의 동의 또는 가해자의 신청과 피해자의 동의에 따라 서로 대화할 수 있는 기회를 제공할 수 있다.
- ② 시·도경찰청장은 갈등조정 및 대화기법에 관한 전문적인 지식과 경험이 있는 사람을 회복적대화전문위원으로 위촉하여 제1항의 대화 진행을 의뢰할 수 있다.
- ③ 시·도경찰청장은 매년 회복적대화전문위원의 활동 성과를 평가하여 재위촉 여부를 심사하여야 한다.
- ④ 회복적대화전문위원에게는 예산의 범위 내에서 수당을 지급할 수 있다.

95) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 4쪽에서 인용.

96) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 4쪽.

97) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 4쪽에서 인용.

42 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

다만 규칙에는 회복적 대화의 근거 및 전문가 의뢰에 대한 내용만 있을 뿐 구체적인 제도의 운영에 관한 내용은 포함되어있지 않으며, 실제 운영 절차는 경찰청 ‘회복적 경찰활동 운영 가이드’에 따른다.

(4) 대상 사건

법령상 회복적 경찰활동의 대상 사건은 별도로 규정되어있지 않다. 죄의 종류나 경중에 관계없이 모든 사건이 회복적 경찰활동의 대상이 된다. 지역경찰 또는 수사부서에서 판단하여 당사자 간 대화로 문제를 해결하는 것이 적합할 것으로 보이는 사건을 발굴하여 절차를 진행하는 것이 원칙이다.⁹⁸⁾ 다만 당사자의 동의는 전제 요건이 된다. 대체로 다음과 같은 사건이 적합하지 않은 사건으로 분류된다.⁹⁹⁾ 다만 아래 기준에 따라 제외 대상 사건으로 분류된다 하더라도 가해자나 피해자의 의사 등을 존중하여 회복적 경찰활동을 진행할 수 있다.

- ① 사실관계가 분명하지 않거나 가해자가 가해 사실을 인정하지 않는 경우
- ② 가해자 또는 피해자가 피성년후견인 등 원활한 의사소통이 곤란한 경우
- ③ 가·피해자 대면이 바람직하지 않은 경우(2차 피해가 우려되는 경우 등)
 - ※ △살인, 강도, 강간 등 강력범죄, △일진회·조폭 연루 사건
- ④ 피해자가 금전배상만을 요구하거나 가해자가 처벌 감경에만 관심이 있는 경우
- ⑤ 성폭력·가정폭력·아동학대·장애인 대상 범죄 중 고위험 사건의 가해자로 처벌·분리가 우선되어야 한다고 판단되는 경우
 - ※ 특히 성폭력·가정폭력·아동학대 사건은 성폭력·가정폭력 상담소 및 아동보호전문기관 등과 협의하여 진행여부 결정

2022년 기준 접수된 총 1,203건의 사건 중 40%인 447건이 폭행·협박 사건이었으며, 구체적으로는 층간소음이 68건으로 이웃 간 갈등 사건 다수 포함되었다. 이 외에도 가정폭력이 35%로 417건, 학교폭력이 21%로 249건, 절도가 5%로 60건이었다.¹⁰⁰⁾

98) 김태헌/최응렬, 회복적 경찰활동의 운용실태 및 정책방향, 한국피해자학회/경찰청/한국형사·법무정책연구원 추계공동학술대회 자료집, 2023.10.27., 52쪽.

99) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 9쪽에서 인용.

100) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 5쪽에서 인용.

(5) 절차

회복적 경찰활동은 다음과 같은 절차¹⁰¹⁾를 통해 단계별로 진행된다.

» [그림 2-1] 회복적 경찰활동의 진행 단계별 주요 내용 및 담당부서

단 계	주요 내용	담당부서
① 사건선정	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 지역경찰·수사부서(형사·여청 등)에서 피해회복·재발방지 등을 위해 상호 대화가 필요한 사건을 발굴하여 전담부서(수사·여청)에 연계 ※ 가·피해자로부터 정보수신 및 개인정보제공 동의서 수령 ▶ <1>접수·검토 ⇒ <2>안내·동의 ⇒ <3>연계 順 	지역경찰·수사부서
② 예비검토	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 전담부서 담당자(피전·SPO)와 회복적 대화 전문기관이 함께 사안 검토, 회복적 대화모임 진행 여부 결정 ※ 부적절하다고 판단되는 경우 즉시 회신 	전담부서(수사·여청), 전문기관
③ 회복적 대화	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 전문기관 주관으로 가·피해자 및 이해관계자(가족·교사 등) 등이 참여하여 회복적 대화모임 진행(담당 경찰관 참여) ▶ <1>대화준비 ⇒ <2>대화진행 ⇒ <3>결과통보 順 	전문기관
④ 결과반영	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 대화결과보고서를 수사서류에 첨부, 경찰단계 종결 또는 검찰처분 및 양형 등에 반영 ▶ 경미사안은 경미범죄·선도심사위원회 회부 ⇒ 즉심청구·훈방 등 	수사부서 생질·여청
⑤ 모니터링	<ul style="list-style-type: none"> ▶ 약속 이행 여부 등 확인 ▶ 필요시 사후모임 	전담부서(수사·여청), 전문기관

자료출처 : 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 6쪽에서 인용.

(6) 결과

2022년에 회복적 경찰활동에 의뢰된 사건은 총 1,203건으로 그중 합의를 도출하는데 성공한 사건 899건 중 약 70%인 629건이 경찰 단계에서 종결처리 되었다. 30%인

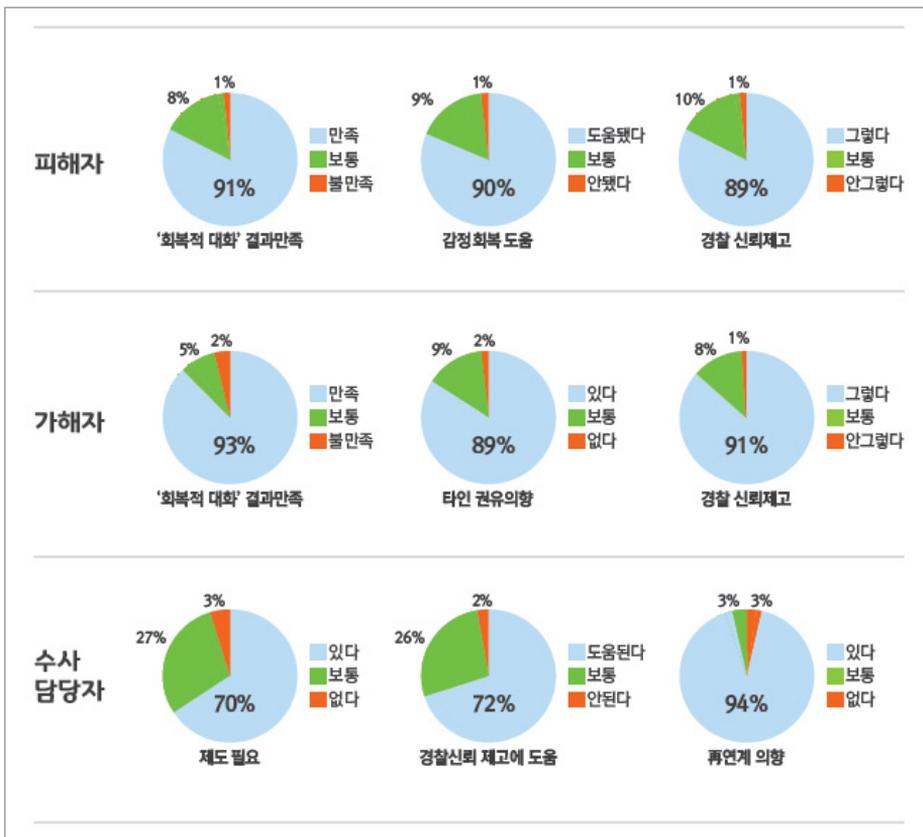
101) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 8쪽에서 인용.

44 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

270건은 합의 후에도 검찰에 송치되었다.¹⁰²⁾ 구체적으로는 접수 전 종결이 373건, 입건 전 종결이 149건, 불송치 종결이 91건, 훈방이 4건이다.¹⁰³⁾

그러나 가해자나 피해자, 참여 경찰관들은 대체로 회복적 경찰활동에 대하여 만족하였다. 회복적 경찰활동에 참여한 당사자 및 경찰 대상 설문조사 결과는 다음 그림¹⁰⁴⁾과 같다.

▶▶ [그림 2-2] 회복적 경찰활동에 참여한 당사자 및 경찰관 대상 설문조사 결과



자료출처 : 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 6쪽에서 인용.

102) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 5쪽에서 인용.

103) 김태현/최응렬, 회복적 경찰활동의 운용실태 및 정책방향, 한국피해자학회/경찰청/한국형사·법무정책연구원 추계공동학술대회 자료집, 2023.10.27., 48쪽.

104) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 6쪽에서 인용.

(7) 검토

경찰 단계의 가해자 피해자 간 화해는 검찰 단계의 형사조정 절차에 비하여 사건 초기 단계에서 조정이 진행된다는 점에서 피해회복 및 갈등해소에 분명 장점이 있다.¹⁰⁵⁾ 특히 초동수사 단계에서부터 경찰이 중재자로 개입함으로써 형사절차가 개시되기 이전에 분쟁이 종국적으로 해결될 수 있으므로, 회복적 사법 이념을 보다 구체적으로 실현할 수 있을 것으로 기대된다.¹⁰⁶⁾ 그러므로 진지한 사과와 용서 및 화해를 추구하는 인본주의적 관점의 대화 모델의 형사조정이 경찰 단계에서부터 적극적으로 활용될 수 있도록 보다 구체적으로 제도화할 필요가 있을 것으로 사료된다.

그러나 후술하는 바와 같이 현행 형사사법 절차에서 검찰 단계보다 경찰 단계의 합의에 법적 효과를 부여하기가 더 어렵다는 한계가 있으며, 무엇보다도 경찰의 권한 확대와 그에 따른 책임 문제가 법적으로 해결되어야 하는 문제가 있다. 이 외에도 사건에 대한 당사자의 이해나 감정이 아직 정리되지 않은 상황에서 합의에 이르게 될 경우 그 결정을 추후 후회하게 될 가능성도 있다는 지적¹⁰⁷⁾이 있다.

1) 법적 효과의 미비

당사자 및 경찰관의 긍정적인 평가에도 불구하고 명확한 법률적 근거가 없어, 회복적 경찰활동을 통한 합의에 대하여 법적 효과를 부여하기 어려운 문제가 있다. 경찰청 훈령인 '경미범죄 심사위원회 운영규칙'에 따르면 즉결심판 사건은 물론이고 형사사건에 대해서도 '경미'한 사안에 대하여는 경미범죄 심사위원회의 심의를 거쳐 감경할 수 있는 것으로 되어 있다. 아마도 이 규정이 회복적 경찰작용의 결과를 반영할 수 있는 법령상의 근거 규정이 될 것으로 보인다. 그런데 이 규칙에 따르면 형사사건 중 20만 원 이하의 벌금, 구류, 과료에 처할 수 있는 사건은 경미한 경우 감경하여 즉결심판에 회부할 수 있는 것으로 되어 있는데, '즉결심판에 관한 절차법' 제2조는 해당 사건이 본래 즉결심판의 대상이라고 규정하고 있어 사실상 '감경'이라고 하기

105) 특히 소년법의 경우 초동수사 단계에서 회복적 사법절차를 진행하는 것이 바람직하다는 견해로 김향곤, "경찰단계 '회복적 사법제도'의 시범운영을 통한 소년사법제도 발전방향 모색", 이화여자대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009, 48쪽.

106) 이무선, "경찰단계에서의 형사조정제도 도입의 필요성에 관한 연구", 한국공안행정학회보 제59호, 2015, 165쪽.

107) 실무 전문가의 이러한 문제에 관한 의견은 제3장 참조.

어려울 것으로 생각된다. 법률의 해석상 경미범죄 심사위원회의 심의 없이도 즉결심판에 회부할 수 있기 때문이다. 더 나아가 불법이 ‘즉결심판에 관한 절차법’ 제2조에서 정한 것보다 더 큰 사건은 아무리 회복적 경찰작용을 통해 합의를 도출하고 이에 근거하여 경미범죄 심사위원회 등을 통해 감경하려 한다 하더라도 즉결심판 대상이 될 수 없다.

아울러 ‘경미범죄 심사위원회 운영규칙’에 따르면 즉결심판 사건의 경우 감경하여 훈방하도록 하고 있는데, 이 경우는 결과적으로 유죄임에도 불구하고 경찰의 결정으로 훈방조치를 하는 것에 해당하여, 만약 해당 범죄가 반의사불벌죄나 친고죄가 아님에도 불구하고 회복적 경찰활동의 성공, 즉 피해자와의 합의 성립 여부에 따라 유죄인 가해자에 대한 형사사법 절차를 종결하고 훈방한다면 사실상 유전무죄, 무전유죄의 문제를 야기할 가능성이 있을 것으로 생각된다. 물론 즉결심판 대상범죄의 불법이 경미하므로 상대적으로 큰 문제가 될 것으로 보이지는 않으나 이는 회복적 경찰활동의 성공시 경찰 단계에서 사건을 종결하는 대부분의 경우와 연결된 쟁점으로 보인다.

게다가 경찰이 회복적 경찰활동의 결과를 반영하여 즉결심판에 회부한 경우에도 판사가 “즉결심판절차에 의하여 심판함이 적당하지 아니하다고 인정할 때에는 결정으로 즉결심판의 청구를 기각”할 수 있으며(‘즉결심판에 관한 절차법’ 제5조 제1항), 이 경우 경찰서장은 지체 없이 사건을 검찰로 송치하여야 한다(제2항). 아울러 검찰로 송치된 사건의 경우에는 기소여부 또는 구형량에 대하여 회복적 경찰활동의 결과는 아무런 법적 구속력을 가질 수 없다. 반대로 합의의 조건으로 손해배상 등의 조건을 약정하였고 사건은 경찰 단계에서 종결되었으나 가해자가 해당 조건을 이행하지 않는 경우에도 그 이행을 강제할 방법이 없다.

2) 경찰 개입의 확대와 책임

회복적 경찰활동은 지역사회의 회복적 경찰활동 및 협력체계를 강화하기 위하여 수사 전의 갈등관리와 관련한 경찰의 역할과 임무를 확대하려는 제도이다. 경찰의 범죄예방활동 강화에 대해서는 이견이 있을 수 없을 것으로 생각한다. 그러나 그 구체적인 방법이 경찰 개입을 전단계화 하는 것이라면, 개입의 시기와 기본권 제한적 수단 발동의 범위 및 한계에 대하여 복잡한 법리적 판단 및 입법이 전제되어야 할

것이다. 특히 수사 이전 단계이므로 사법경찰작용인지 또는 행정경찰작용인지 여부가 명확하지 않은 상황이 발생할 수밖에 없을 것이며, 따라서 영장주의에 근거한 강제적 개입도 사실상 불가능할 수밖에 없다. 이러한 상황에서 회복적 경찰활동의 관점에서 수사 전 갈등관리를 위하여 경찰이 적극적으로 정보를 수집한다면, 이는 경우에 따라서는 경찰의 민간인에 대한 사찰 문제로 연결될 수 있다.

무엇보다도 이웃 간 갈등에 대하여 경찰의 갈등 조정자로서의 역할을 강화하여 112 신고 등의 경우 출동한 일선 경찰관에게 대화를 통한 분쟁해결을 시도할 것을 요구한다면, 만약 이러한 노력을 통하여 조율이 성공한 것으로 오판하고 현장에서 철수하였으나 그 직후 갈등이 폭발하여 심각한 범죄가 발생한 경우 현장 경찰관에게 중대한 민·형사상 책임문제가 발생할 소지가 있으며, 시민사회의 비판에 대한 경찰의 대응도 쉽지 않을 것이다.

무엇보다도 범죄예방을 위한 경찰의 사전적 개입 강화 또는 회복적 경찰활동을 통한 합의에 근거한 경찰의 입건 및 송치 등에 대한 재량 강화 모두 사실상 경찰의 권한을 강화하는 결과로 귀결된다. 제도적 관점에서 경찰의 재량권 확대가 다른 부작용을 야기할 가능성을 검토하고 이에 대한 적절한 통제장치를 어떻게 마련할 것인지를 생각해 볼 필요가 있다.

2. 법원 단계

가. 형사합의와 공탁

(1) 형사합의

1) 의의와 개념

주지하는 바와 같이 형사합의는 형사절차법상의 근거가 있는 개념은 아님에도 불구하고 실질적인 효과가 인정되는 “비공식적 관행”이라고 할 수 있다.¹⁰⁸⁾ 물론 친고죄나 반의사불벌죄의 경우 합의에 수반되는 처벌불원의사 또는 고소의 취소는 공소권을 소멸시키는 법률적 효력을 갖는다. 따라서 형사재판이 개시되었다 하더라도 제1심

108) 기광도, “형사합의가 양형에 미치는 효과분석: 성폭력을 중심으로”, 피해자학연구 제23권 제2호, 2015, 206쪽.

판결 선고 전까지 형사합의가 이루어진 경우에는 법률적 효과를 갖는다(‘형사소송법’ 제232조). 그러나 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 경우에도, 그리고 친고죄나 반의사불벌죄의 1심 판결선고 이후의 경우에도 실무상 대부분의 형사재판 절차에서 형사합의 유무가 공식·비공식적 양형인자, 즉 감경인자로 고려되며, 심지어 기소 전 단계에서도 기소유예의 근거로 고려되기도 한다.¹⁰⁹⁾ 관련하여 대법원은 반의사불벌죄라 하더라도 “성년후견인이 의사무능력자인 피해자를 대리하여 피고인 또는 피의자와 합의를 한 경우에는 이를 소극적인 소추조건이 아니라 양형인자로서 고려”¹¹⁰⁾해야 한다고 판시한 바 있다.

실무상 일반적으로 통용되는 형사합의의 개념은 다음과 같다. “형사합의는 통상적으로 범죄를 저지른 가해자가 형사처벌을 면피하거나 가볍게 받기 위해 피해자에게 범죄피해에 대한 일정한 금전적 보상 내지 개인적 요구사항을 이행하기로 피해자(또는 피해자 사망시 피해자의 친족)와 합의하는 것”,¹¹¹⁾ “손해의 전보를 염두에 두고 피해자가 가해자와의 자발적인 화해를 통하여 형사절차를 종결시키거나 법관의 양형 판단에서 형벌의 감경효과를 인정하고 있는 것”,¹¹²⁾ “범죄를 저지른 가해자가 형사처벌을 면하거나 가볍게 받기 위해 피해자에게 범죄피해에 대한 일정한 금전적 보상 내지 개인적 요구사항을 이행하기로 피해자와 합의하는 것”¹¹³⁾, “가해자가 피해자에게 일정한 보상을 약정하고 그 반대급부로 피해자가 가해자의 형사책임을 묻지 않기로 하는 일종의 민사계약”¹¹⁴⁾을 말한다. 법리상 형사합의는 ‘민법’ 제731조의 화해계약이며, 따라서 착오를 이유로 취소하지 못한다(‘민법’ 제733조).¹¹⁵⁾

109) 그러므로 엄밀한 의미에서 형사합의를 법원 단계의 (비공식적) 제도라고 말하기는 어렵다. 그러나 후술하는 바와 같이 형사재판 실무에서 형사합의가 적극적으로 활용되는 측면을 고려하여 일단 이 보고서에서는 법원 단계의 회복적 사법제도의 목차 아래에서 검토하였다.

110) 대법원 2023.7.17. 선고 2021도11126 전원합의체 판결.

111) 장다혜, “형사소송절차상 관행으로서의 형사합의에 관한 실증적 연구”, 형사정책 제24권 제3호, 2012, 133쪽에서 인용.

112) 안성훈/윤현석, 형사사법절차상 형사합의 관행의 실태분석과 제도화 방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2014, 35쪽에서 인용.

113) 김혜정, “현행 양형기준상 양형인자로서의 합의(처벌불원)에 관한 제문제”, 사법 제45권, 2018, 10쪽에서 인용.

114) 임상규/임재화, “형사합의의 소송법적 성격과 그 효력범위 - 사건의 동일성과 관련하여”, 경북대학교 법학논고 제72집, 2021, 74쪽에서 인용.

115) 대구지방법원 2023.5.19. 선고 2022나321526 판결 참조.

2) 형식

실무상 형사합의는 일반적으로 가해자의 손해배상¹¹⁶⁾과 피해자의 처벌불원의사의 교환으로 이루어진다. 형사합의와 처벌불원의사는 개념적으로 구분된다고 할 수 있으나, 우리 법원은 가해자와 피해자가 작성한 합의서에 합의한 사실만 표시되었다 하더라도 처벌불원의 의사표시가 있는 것으로 본다.¹¹⁷⁾

형사합의에 근거한 손해배상의 확정 및 배상금의 지급은 소송 외적 사실행위이나, 처벌불원의 의사표시는 소송행위에 해당한다. 따라서 손해배상에 터 잡은 형사합의의 구체적인 방법 또는 형식에는 법률적 제한이 없지만, 처벌불원의 의사표시는 기소전에는 수사기관¹¹⁸⁾에, 재판 계속 중에는 법원¹¹⁹⁾에 하여야 한다.¹²⁰⁾ 아울러 주지하는 바와 같이 형사사건의 고소취소 또는 처벌불원의사의 표시는 제1심 판결 선고 전까지만 가능하다(‘형사소송법’ 제232조). 따라서 형사합의가 친고죄나 반의사불벌죄에서 법률적 효력을 갖기 위해서는 제1심 판결 선고 전에 수사기관 또는 법원에 제출되어야 한다. 대법원도 “모욕죄의 고소인이 합의서를 피고에게 작성하여 준 것만으로는 고소가 적법히 취소된 것으로 볼 수 없다”¹²¹⁾고 판시한 바 있으며, 더 나아가 합의서가 작성되었으나 법원에 제출된 바 없고 오히려 법원에서 처벌을 희망한다고 증언한 경우 고소취소 및 처벌의사의 철회가 있었다고 할 수 없다¹²²⁾고 판시하기도 하였다. 다만 처벌불원의 의사가 표시된 서면은 피고인 측에 의하여 제출될 수 있다.¹²³⁾

게다가 친고죄 고소권에 관하여 우리 대법원은 “고소권은 공법상의 권리이므로 법이 특별히 명문으로 인정하는 경우를 제외하고는 자유처분을 할 수 없고 따라서 일단 한 고소는 취소할 수 있으나 고소 전에 고소권을 포기할 수 없다”¹²⁴⁾고 판시한

116) 대법원은 형사합의금은 재산상 손해배상금의 성격을 갖는 것으로 본다. 대법원 1996.9.20. 선고 95다53942 판결.

117) 대법원 1994.2.25. 선고 93도3221 판결.

118) 대법원 2002.7.12. 선고 2001도6777 판결.

119) 대법원 1981.11.10. 선고 81도1171 판결.

120) 임상규/임재화, “형사합의의 소송법적 성격과 그 효력범위 - 사건의 동일성과 관련하여”, 경북대학교 법학논고 제72집, 2021, 75쪽; 김혜정, “현행 양형기준상 양형인자로서의 합의(처벌불원)에 관한 제문제”, 사법 제45권, 2018, 11-12쪽.

121) 대법원 1983.9.27. 선고 83도516 판결.

122) 대법원 2012.2.23. 선고 2011도17264 판결.

123) 대법원 2008.2.29. 선고 2007도11339 판결; 대법원 2001.12.14. 선고 2001도4283 판결.

124) 대법원 1967.5.23. 선고 67도471 판결.

바 있으므로 만약 고소가 있기 이전에 작성된 처벌불원의사에 관한 합의는 이후의 고소에 영향을 주지 않는 것으로 볼 수 있다. 아울러 대법원은 “고소인(강간피해자)과 피고인(가해자)사이에 작성된 “상호 간에 원만히 해결되었으므로 이후에 민·형사간 어떠한 이의도 제기하지 아니할 것을 합의한다”는 취지의 합의서가 제1심 법원에 제출되었으나 고소인이 제1심에서 고소취소의 의사가 없다고 증언하였다면 위 합의서의 제출로 고소취소의 효력이 발생하지 아니한다”¹²⁵⁾고 판시한 바 있다. 그러므로 형사합의가 실제 의도한 대로 고소취소의 효력을 발생시키도록 하기 위해서는 고소취소 권한을 가해자 측에 위임하는 등의 내용을 포함하는 등 합의서의 문구를 신중하게 작성하여야 한다.

3) 방어권 및 피해회복의 기회

형사합의는 중요한 양형인자로 고려되고 있으므로 형사재판 실무에서 “가해자의 진지한 반성과 피해자에 대하여 용서를 구하는 것”은 모든 범죄의 양형심리절차에서 허용될 수밖에 없는 피고인의 방어권 행사의 내용”¹²⁶⁾으로까지 여겨진다. 이러한 관점에서 피고인에게 합의할 기회를 부여하는 것은 방어권을 보장해야 하는 법원의 의무가 된다. 동시에 법원은 국가형벌권의 발동 여부에 대한 결정권한을 피해자에게 부분적으로나마 위임함으로써, 처벌불원의사를 반대급부로 하여 범죄피해를 실질적으로 회복할 기회를 확보하는 수단으로 형사합의를 활용한다.¹²⁷⁾ 따라서 법원은 형사재판 과정에서 피고인에게 합의의사를 “필수적”으로 “반복해서” 확인하고 설사 피고인이 요청하지 않은 경우에도 판결 선고 전 “2~3주간의 합의유예 기간”을 관행적으로 배려한다.¹²⁸⁾

(2) 양형인자 - 처벌불원과 피해회복

우리 ‘형법’상 명시된 양형인자는 “1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 2. 피해자에

125) 대법원 1981.10.6. 선고 81도1968 판결.

126) 이진화, “합의와 공탁이 아동·청소년 대상 성폭력범죄의 양형에 미치는 영향”, 사법 제31호, 2015, 52쪽에서 인용.

127) 장다혜, “형사소송절차상 관행으로서의 형사합의에 관한 실증적 연구”, 형사정책 제24권 제3호, 2012, 139쪽.

128) 장다혜, “형사소송절차상 관행으로서의 형사합의에 관한 실증적 연구”, 형사정책 제24권 제3호, 2012, 143-144쪽.

대한 관계, 3. 범행의 동기, 수단과 결과, 4. 범행 후의 정황”이다(‘형법’ 제41조). 형사 합의, 즉 가해자가 피해자의 손해를 전보하여 피해회복을 위하여 노력한 정황은 위 양형인자 중 “4. 범행 후의 정황”에 포함되는 것으로 해석될 수 있다.¹²⁹⁾ 이러한 관점에서 처벌불원의사와 피해의 회복은 피해자가 있는 대부분의 범죄에서 양형위원회의 양형기준에 따라 이미 공식적인 양형인자로 고려된다.¹³⁰⁾

예컨대 살인죄의 양형기준에 따르면 실무상 형사합의를 의미하는 처벌불원은 특별 양형인자로 명시되어있다. 그런데 이 외에도 실질적 피해회복(공탁 포함) 또한 특별양형인자로, 그리고 상당한 피해회복(공탁 포함)과 진지한 반성은 일반양형인자로 고려된다. “특별양형인자는 당해 범죄유형의 형량에 큰 영향력을 갖는 인자로서 권고 영역을 결정하는 데 사용되는 인자를 말한다. 일반양형인자는 그 영향력이 특별양형인자에 미치지 못하는 인자로서 권고 영역을 결정하는 데에는 사용되지 못하고, 결정된 권고 형량범위 내에서 선고형을 정하는 데 고려되는 인자를 말한다.”¹³¹⁾ 즉 형사합의를 통해 표시된 피해자의 처벌불원의사는 권고 영역을 바꿀 수 있을 만큼 중요한 양형인자로 고려된다.

양형기준상 양형인자의 인자정의 중 처벌불원은 “피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고, 피해자나 유족(피해자가 사망한 경우)이 처벌불원의 법적·사회적 의미를 정확히 인식하면서 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우를 의미한다.”¹³²⁾ 즉, 이러한 요소가 포함되지 않은 단순한 피해배상에 관한 합의서는 최소한 처벌불원으로서 양형상 감경인자로 고려될 수 없는 것이 우리 양형기준이 명시하고

129) 기광도, “형사합의가 양형에 미치는 효과분석: 성폭력을 중심으로”, *피해자학연구* 제23권 제2호, 2015, 205쪽.

130) 김혜정, “현행 양형기준상 양형인자로서의 합의(처벌불원)에 관한 제문제”, *사법* 제45권, 2018, 17쪽.

131) 양형위원회 홈페이지 ‘양형인자의 질적 구분’(https://sc.scourt.go.kr/sc/krcsc/criterion/explan/stand/standard_03.jsp, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

132) 보다 구체적으로는 “① 피고인 측의 사실상의 강요 또는 기망에 의한 처벌불원 등 자유로운 의사에 기하지 않은 처벌불원의 의사표시를 한 경우나, ② 피해자나 법정대리인의 처벌불원의사에 통상적으로 납득할 만한 사유가 없다고 판단되는 경우는 포함하지 않는다. / 피해자 또는 그 법정대리인의 나이, 지능 및 지적 수준에 비추어 처벌불원의 의사표시가 가지는 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력이 있는지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사, 판단한 결과 이에 해당되는 경우만을 포함한다.” 양형위원회 홈페이지 ‘살인범죄 양형기준’(https://sc.scourt.go.kr/sc/krcsc/criterion/criterion_01/murder_01.jsp, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

있는 원칙이라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 상술한 바와 같이 우리 양형기준은 피해자의 의사와 상관없이, 즉 진정한 사과나 용서와 상관없이 오로지 피해의 회복을 독립된 양형인자로 규정하고 있다. 형사합의가 성립되지 않은 경우에도, 즉 피해자가 여전히 처벌을 원한다 하더라도 피고인이 피해자의 의사와 상관없이¹³³⁾ 공탁 등의 방법으로 '실질적인 피해 회복'의 외관¹³⁴⁾을 만들어 내면 이러한 외관은 현행 양형기준상 처벌불원의사와 같은 수준으로 고려되는 것이다. 게다가 피해를 실질적으로 회복하기에는 부족한 정도라 하더라도 역시 피해자의 의사와 상관없이 공탁 등의 방법으로 '상당한' 피해회복의 외관을 만들어낸 경우, 이 또한 진지한 반성과 같이 감형인자로 고려된다.

요컨대, 형사합의의 두 가지 요소, 즉 처벌불원의사 뿐만 아니라 피해회복으로서의 손해배상적 측면은 양형기준에서 각각 고려된다. 피해회복을 양형인자에 포함시킨 것은, 우리 법원이 형사절차에서 범죄피해를 실질적으로 회복할 기회를 확보하는 수단으로 형사합의를 활용하려는 것과 같은 맥락에서, 감형 가능성을 이용하여 가해자의 손해배상을 촉진하려는 실무상 관행이 양형기준으로 구체화 된 것이라 할 수 있다.

(3) 회복적 사법의 관점과 형사합의의 한계

그러나 과연 피해자의 처벌불원의사가 결여된, 심지어 피해자가 거부하는 공탁을 통한 피해회복을 양형에서 고려하도록 하는 것이 가해자의 사과와 피해자의 용서를 전제로 하는 이상적인 회복적 사법의 관점에서 바람직한 것인지는 의문이 있다. 형사합의를 양형에 반영하는 관행에서 이상과 실무의 괴리를 확인할 수 있는 것이다.

관련하여, 2014년에 실시된 판사 50인을 대상으로 한 설문조사¹³⁵⁾ 결과 42명의 판사가 “진정한 것으로 판단되는 피해자의 처벌불원의 의사표시가 있거나, 상당한 금액의 공탁이 이루어진 경우”에 감형하는 것이 정당하다고 답하였으며, 단지 1명만

133) 형사공탁의 특례(‘공탁법’ 제5조의2)가 신설됨에 따라 가해자는 피해자의 인적사항을 몰라도 피해자의 의사와 상관없이 일방적으로 공탁을 할 수 있게 되었다. 이에 관해서는 후술한다.

134) “피고인이 피해회복을 위한 진지한 노력 끝에 합의에 준할 정도(재산적 피해만 발생한 경우에는 그 손해액의 약 2/3 이상)로 피해를 회복시키거나 그 정도의 피해회복이 확실시되는 경우를 의미한다.” 양형위원회 홈페이지 ‘양형인자의 정의’(https://sc.scourt.go.kr/sc/krcsc/criterion/criterion_01/murder_01.jsp, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

135) 이진화, “합의와 공탁이 아동·청소년 대상 성폭력범죄의 양형에 미치는 영향”, 사법 제31호, 2015, 40쪽.

부당하다고 답하였다. 회복적 사법의 관점에서 처벌불원의 의사표시는 피해자의 용서를, 그리고 상당한 금액의 공탁은 피해자의 피해가 상당히 회복되었음을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 다만 같은 조사에서 판사 7명은 공탁의 경우 사안에 따라 참작할 수 있다거나 참작하는 것이 부당하다고 답변하였다. 피해자의 진정한 용서 없는 경제적 손해배상은 양형인자로서 달리 평가될 필요가 있다는 관점을 드러내는 것으로 해석된다.

그런데 실제로는 일방적인 공탁은 물론 형사합의도 책임 인정에 근거한 가해자의 진정한 사과와 피해자의 용서와 같은 요소를 포함하지 않는 경우가 대부분이다.¹³⁶⁾ 피해자가 합의서 작성에 동의하는 이유는 그것이 사과를 받아들이는 용서를 표현하기 위함일 수도 있지만, 단지 처벌불원의 의사와의 교환조건으로 거래되는 손해배상을 확보하기 위해서일 가능성이 크다. 상술한 바와 같이 형사합의는 처분권을 가진 개인 간의 민사상 계약에 불과하기 때문이다. 합의서 작성의 과정은 전적으로 당사자의 결단에만 맡겨져 있으며, 이해관계에 따라 전략적으로 활용되기 마련이다.¹³⁷⁾ 그래서 정형화되지 않은 절차를 통해 작성된 처벌불원의사가 담긴 합의서만으로는 사과와 용서에 기반한 화해가 전제된 것이지 여부를 확인할 방법이 없다. 그래서 “종래 합의를 바탕으로 한 ‘처벌불원’이라는 특별감경인자는 피해의 실질적인 회복 여부와 관계없이 피해회복을 위한 노력이라는 피고인의 행위를 통해 피고인의 관점으로만 판단됨으로써 형사합의의 ‘화해’와 ‘피해회복’이라는 성격을 왜곡하는 결과를 가져왔다.”¹³⁸⁾고 평가되기도 한다. 실무 관행상 “피고인의 관점으로 평가된 피해회복”이라는 관점에서 형사합의의 법적 성격이 왜곡되고 있다.¹³⁹⁾ 그래서 형사합의의 실무관행을 개선하기 위하여 보다 상세한 양형인자의 인자정의를 통하여 “회복적 사법의 이념에 바탕을 둔 피해회복에 초점을 두어야 한다”¹⁴⁰⁾는 대안이 제시된다.

136) 장다혜, “형사소송절차상 관행으로서의 형사합의에 관한 실증적 연구”, 형사정책 제24권 제3호, 2012, 154쪽.

137) 대검찰청, 대검찰청, 형사조정 이문과 실무, 증보판, 2018, 21쪽.

138) 김혜정, “현행 양형기준상 양형인자로서의 합의(처벌불원)에 관한 제문제”, 사법 제45권, 2018, 25쪽에서 인용.

139) 이러한 견해로 장다혜, “형사소송절차상 관행으로서의 형사합의에 관한 실증적 연구”, 형사정책 제24권 제3호, 2012, 153쪽 이하.

140) 김혜정, “현행 양형기준상 양형인자로서의 합의(처벌불원)에 관한 제문제”, 사법 45권, 2018, 31쪽에서 인용.

(4) 형사공탁의 특례

심지어 2020년 ‘공탁법’의 개정으로 형사공탁의 특례(제5조의2)가 신설되었다. 형사공탁의 특례는 피고인이 피해자의 인적사항을 알 수 없는 경우에도 형사공탁을 할 수 있도록 하는 것을 내용으로 한다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

제5조의2(형사공탁의 특례) ① 형사사건의 피고인이 법령 등에 따라 피해자의 인적사항을 알 수 없는 경우에 그 피해자를 위하여 하는 변제공탁(이하 “형사공탁”이라 한다)은 해당 형사사건이 계속 중인 법원 소재지의 공탁소에 할 수 있다.

② 형사공탁의 공탁서에는 공탁물의 수령인(이하 이 조에서 “피공탁자”라 한다)의 인적사항을 대신하여 해당 형사사건의 재판이 계속 중인 법원(이하 이 조에서 “법원”이라 한다)과 사건번호, 사건명, 조서, 진술서, 공소장 등에 기재된 피해자를 특정할 수 있는 명칭을 기재하고, 공탁원 인사실을 피해 발생지점과 채무의 성질을 특정하는 방식으로 기재할 수 있다.

③ 피공탁자에 대한 공탁통지는 공탁관이 다음 각 호의 사항을 인터넷 홈페이지 등에 공고하는 방법으로 갈음할 수 있다.

1. 공탁신청 연월일, 공탁소, 공탁번호, 공탁물, 공탁근거 법령조항
2. 공탁물 수령·회수와 관련된 사항
3. 그 밖에 대법원규칙으로 정한 사항

④ 공탁물 수령을 위한 피공탁자 동일인 확인은 다음 각 호의 사항이 기재된 법원이나 검찰이 발급한 증명서에 의한다.

1. 사건번호
2. 공탁소, 공탁번호, 공탁물
3. 피공탁자의 성명·주민등록번호
4. 그 밖에 동일인 확인을 위하여 필요한 사항

⑤ 형사공탁의 공탁서 기재사항, 첨부하여야 할 서면, 공탁신청, 공탁공고 및 공탁물 수령·회수 절차 등 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

본래 민사상 변제공탁을 위해서 “피공탁자의 특정, 공탁통지 절차 및 공탁물출급 절차의 정확성 담보 등을 위하여 공탁서에 피공탁자의 성명·주소·주민등록번호 등 인적사항을 기재”해야 했으나 개인정보 보호법제가 강화되면서 “형사사건의 경우 민사와 달리 피공탁자가 범죄피해자라는 특성상 피공탁자의 인적사항을 확인하기 어려운 경우가 많아 공탁을 하지 못하는 상황이 발생”하였으며, “이에 따라 피고인은 불법적인 수단을 동원하여 피해자의 인적사항을 알아내고 해당 피해자를 찾아가 합의를 종용하고 협박하는 등의 문제가 발생”한다는 지적이 있었다. “이에 형사공탁 특례

제도를 도입하여 형사사건에 있어서 피고인은 공탁서에 피해자의 인적사항 대신 사건 번호 등을 기재할 수 있도록 하고, 피공탁자에 대한 공탁통지는 공탁관이 인터넷 홈페이지 등에 공고하는 방법으로 갈음할 수 있도록 함으로써 피해자의 사생활을 보호하고 피고인이 피해자의 인적사항을 모르는 경우에도 공탁할 수 있는 기회를 부여"하기 위하여 '공탁법' 제5조의2가 신설된 것이다.¹⁴¹⁾

그러나 법의 개정 취지와는 달리, 특례 규정이 시행된 이후 형사공탁은 피고인의 감형 전략으로 더욱 적극적으로 활용될 수 있게 되었다. 특례 규정이 시행된 2022년 이전에는 피해자의 인적사항을 알 수 없는 경우 공탁을 할 수 없어 양형의 감경을 위해서 가해자는 보다 적극적으로 형사조정 또는 형사합의에 참여하여 피해자로부터 처벌불원 의사를 구하기 위하여 노력하거나 최소한 피해자의 인적사항이라도 확보하기 위하여 피해자 측과 대화라도 시도해야 했다.

물론 형사공탁의 특례규정은 가해자가 대화를 시도하는 과정에서 피해자에게 2차 피해를 가하는 부작용을 막기 위한 규정으로 그 합리성이 있다. 그러나 형사공탁의 특례규정이 시행된 이후부터 결과적으로는 피고인은 피해자의 의사와 전혀 관계없이 형사공탁을 할 수 있게 된 것이다. 양형기준에 공탁을 통한 피해회복이 독립적인 감경인자로, 심지어 피해액의 2/3 이상인 경우 특별양형인자로 규정되어있어, 이제 피고인은 피해자와의 번거로운 형사합의 협상 과정을 거치지 않고도, 법률적으로 평가된 피해액의 2/3만 공탁하면 쉽게 감형이라는 법적 효과를 얻을 수 있게 되었다.¹⁴²⁾

(5) 소결 - 합의의 제도화로서 형사조정

형사조정제도는 결국 형사합의를 검찰 단계에서 제도화한 것이라고 할 수 있다. 형사조정 과정에서 이상적 관점에서 전문성을 갖춘 중재자가 개입을 통한 조정이 이루어 질수 있다면, 전적으로 가해자와 피해자의 전략적 선택에 내맡겨진 형사합의에 비하여 진정한 사과와 용서에 기반한 화해라는 회복적 사법의 이념을 보다 적극적으로 실현할 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 이상적인 조정의 목적 및 조정자의 역할과 요구되는 전문성 등을 설정하기 위한 착안점을 도출할 수 있을 것으로 기대된

141) '공탁법' 개정이유 및 주요내용(2020.12.8.)에서 인용.

142) 형사공탁 특례 규정 신설의 실무상 영향에 대해서는 제3장 참조.

다. 이에 관해서는 후술한다.

반대로 피해회복의 수단으로 활용되는 형사합의의 관행, 더 나아가 피해회복이 독립적인 양형기준으로 반영된 현실 등을 고려한다면 형사조정이 가해자로부터 민사상 손해배상을 실질적으로 확보하기 위한 수단으로 이용되고 있는 현재의 상황¹⁴³⁾도 크게 다르지 않음을 확인할 수 있다. 그렇다면 형사조정 of 현실적 목적과 개선의 방향성을 형사합의 및 공탁의 실무로부터 도출할 수 있을 것으로 생각된다. 역시 이에 대해서는 후술한다.

나. 형사재판에서의 회복적 사법

우리나라에서도 2000년대 이후 가해자에 대한 문제를 근본적으로 해결하여 보다 효과적으로 재범을 예방하기 위하여 형사재판 단계에 회복적 사법의 이념을 적극적으로 적용해야 한다는 논의가 전개되고 있으나, 상술한 형사합의의 양형고려 관행 외에는 아직 본격적으로 제도화 단계에 이른 것으로 평가하기는 어렵다.¹⁴⁴⁾ 아직 법 제도적 뒷받침이 충분하지는 않음에도 불구하고, 형사재판 단계에서 판사에게 인정되는 재량의 범위 내에서 개별적으로 실시하는 사례를 일부 확인할 수 있으나, 법관의 인식 및 인프라, 제도적 기반 등이 부족한 것은 물론이고 형사재판부의 업무량이 과다¹⁴⁵⁾하여 회복적 사법의 이념이 형사재판 단계에까지 확산되지는 못하고 있다. 이하에서는 현행법과 실무상 형사재판 단계에서의 회복적 사법과 관련된 제도와 실무의 내용을 검토해 본다.

(1) 소송촉진 등에 관한 특례법

1) 형사절차상 배상명령

형사절차상 배상명령은 1981년 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’이 제정되면서 신설된 제도로 민사상의 손해배상 청구권을 별도의 민사소송 절차 없이 형사소송 절차에서 행사할 수 있도록 하는 소송절차법의 특칙이다. 즉 이상적인 회복적 사법의 이념에

143) 상세한 내용은 제3장 참조.

144) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 8쪽.

145) 형사재판 단계에서 회복적 사법의 현실적 한계에 대하여 상세한 내용은 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 140-148쪽 참조.

따라 사과와 용서를 통한 화해를 추구하는 제도라고 할 수는 없으며 다만 피해자의 피해회복에만 집중하고 있는 제도이다.

‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제25조에서 형사절차상 배상명령제도를 규정하고 있으며, 이 외에도 ‘가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제56조는 가정보호사건에서의 배상명령 신청제도를 규정하고 있다. 이 외에도 ‘아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제44조는 ‘가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’상의 배상명령 규정을 준용함으로써 아동보호사건에 대한 배상명령제도를 규정하였다. 배상명령은 형사절차의 판결을 통하여 민사상의 배상을 명령하는 것에 그치며 영미의 징벌적 손해배상과는 다르다.¹⁴⁶⁾ ‘소송촉진 등에 관한 특례법’상의 형사절차상 배상명령 근거 규정의 구체적인 조문은 다음과 같다.

- 제25조(배상명령)** ① 제1심 또는 제2심의 형사공판 절차에서 다음 각 호의 죄 중 어느 하나에 관하여 유죄판결을 선고할 경우, 법원은 직권에 의하여 또는 피해자나 그 상속인(이하 “피해자”라 한다)의 신청에 의하여 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적(物的) 피해, 치료비 손해 및 위자료의 배상을 명할 수 있다.
1. 「형법」 제257조제1항, 제258조제1항 및 제2항, 제258조의2제1항(제257조제1항의 죄로 한정한다)·제2항(제258조제1항·제2항의 죄로 한정한다), 제259조제1항, 제262조(준속폭행치사상의 죄는 제외한다), 같은 법 제26장, 제32장(제304조의 죄는 제외한다), 제38장부터 제40장까지 및 제42장에 규정된 죄
 2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조부터 제14조까지, 제15조(제3조부터 제9조까지의 미수범은 제외한다), 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제12조 및 제14조에 규정된 죄
 3. 제1호의 죄를 가중처벌하는 죄 및 그 죄의 미수범을 처벌하는 경우 미수의 죄
- ② 법원은 제1항에 규정된 죄 및 그 외의 죄에 대한 피고사건에서 피고인과 피해자 사이에 합의된 손해배상액에 관하여도 제1항에 따라 배상을 명할 수 있다.
- ③ 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 배상명령을 하여서는 아니 된다.
1. 피해자의 성명·주소가 분명하지 아니한 경우
 2. 피해 금액이 특정되지 아니한 경우
 3. 피고인의 배상책임의 유무 또는 그 범위가 명백하지 아니한 경우
 4. 배상명령으로 인하여 공판절차가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사소송 절차에서 배상명령을 하는 것이 타당하지 아니하다고 인정되는 경우

146) 이영훈, “재판에서의 회복적 사법의 현재와 미래”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009, 71-72쪽 참조.

형사절차상 배상명령 제도는 별도의 민사소송 절차를 거치지 않고 형사절차를 통하여 피해자가 가해자에게 민사상 손해배상 청구권을 행사할 수 있도록 도와준다는 점에서 간이하고 신속하게 범죄피해가 실질적으로 회복될 수 있도록 하기 위한 제도로 평가된다. 그러나 대상 범죄를 “상해, 중상해, 상해치사, 폭행치사상, 과실치사상, 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령, 배임, 손괴죄”¹⁴⁷⁾와 성폭력 범죄¹⁴⁸⁾만으로 열거하고 있어서 제한적이다. 이 외의 범죄에 대해서도 피고인과 피해자 사이에 손해배상액이 합의될 경우 법원은 합의된 금액에 관하여 배상을 명할 수 있으나(‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제25조 제2항), 물론 이러한 경우는 사실상 판결 확정 전이라 하더라도 공판조서에 기재하는 방법으로 민사상 화해라는 법률상 같은 효력을 얻을 수 있는 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해제도를 우선 활용할 것이다(같은 법 제36조).

아울러 법원은 “1. 피해자의 성명·주소가 분명하지 아니한 경우, 2. 피해 금액이 특정되지 아니한 경우, 3. 피고인의 배상책임의 유무 또는 그 범위가 명백하지 아니한 경우, 4. 배상명령으로 인하여 공판절차가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사소송 절차에서 배상명령을 하는 것이 타당하지 아니하다고 인정되는 경우”(‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제25조 제3항)에는 배상명령을 할 수 없다. 이는 법원이 국가형벌권 행사라는 형사소송의 본질에 집중하지 못하고 신속하게 확정되어야 하는 형사재판 절차가 민사상 손해배상금을 확정하는 문제로 인하여 과도하게 지연될 우려를 막기 위한 것이다. 따라서 소액 사기 사건이나 단순 폭행 등 피해 등 재산상 피해액이나 치료비 등이 명확하게 산정 및 소명될 수 있는 경우에 적합한 제도이다. 2006년의 개정으로 ‘위자료’가 배상명령의 손해의 범위에 포함되었으나, 위자료의 금액을 객관적으로 산정하는 것은 쉽지 않으므로 신체적, 정신적 피해를 야기한 범죄에 대해서는 가해자와 피해자가 위자료에 관하여 합의하지 않는 한 그 효용성이 떨어질 수밖에 없다.

배상명령이 기재된 유죄판결의 정본은 집행력 있는 민사판결 정본과 동일한 효력이

147) 각 범죄를 가중처벌하는 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 등 특별법상의 범죄도 포함된다. 대한민국 법원 홈페이지(https://www.scourt.go.kr/nm/min_9/min_9_2/index_08.html, 2023. 12.26. 최종방문)에서 인용.

148) 2010년 개정으로 성폭력범죄도 대상범죄에 추가됨.

있으며(같은 법 제34조), 따라서 별도의 집행문이 필요 없는 집행권원이 된다. 그러나 가해자, 즉 피고인은 유죄판결에 대하여 상소하거나 배상명령에 대하여만 즉시항고를 할 수 있으며(제33조 제1항, 제5항), 배상명령이 최종적으로 확정된 경우라 하더라도 청구이의의 소를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있어(제34조 제4항) 배상명령의 집행에 있어서 다소 한계가 있다.

아울러 형사재판의 종료, 즉 유죄판결의 선고와 함께 배상명령이 내려지므로 형사 절차를 통하여 회복적 사법의 이념이 실현될 여지가 매우 좁다.¹⁴⁹⁾ 무엇보다도 배상명령이 확정된다 하더라도 다른 민사소송의 결과와 마찬가지로 가해자가 무자력인 경우, 즉 실질적인 배상능력이 없는 경우에는 피해자의 손해가 회복될 수 없는 한계가 있다.

2) 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해

현행 법제상 그나마 가장 이상적인 회복적 사법의 이념을 일부라도 반영하고 있는 것으로 평가될 수 있는 제도로 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해(‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제36조)를 들 수 있다. 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해제도는 “범죄피해자 및 유족의 신체적·재산적 피해 등과 관련된 민사상 다툼을 형사소송 절차 내에서 간이하게 해결”¹⁵⁰⁾하기 위하여 2005년 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’의 개정으로 도입되었다.¹⁵¹⁾

이 제도는 범죄로 인하여 발생한 피해의 배상과 관련하여 가해자와 피해자 간 합의가 이루어진 경우 이를 형사재판의 공판조서에 기재하여 민사상 화해(‘민사소송법’ 제220조)와 동일한 법적 효력을 부여함으로써 피해자가 피해를 보다 실질적 회복할 수 있도록 하는 것을 그 내용으로 한다. 그 근거 규정의 구체적인 조문은 다음과 같다.

149) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 150쪽.

150) ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 개정이유(2005.12.14.)에서 인용.

151) 일본의 범죄피해자 등 보호를 위한 형사절차상 부수조치에 관한 법률 제4조를 거의 그대로 계수한 것이라고 한다. 이영훈, “재판에서의 회복적 사법의 현재와 미래”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009, 75쪽 참조.

- 제36조(민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해)** ① 형사피고사건의 피고인과 피해자 사이에 민사상 다툼(해당 피고사건과 관련된 피해에 관한 다툼을 포함하는 경우로 한정한다)에 관하여 합의한 경우, 피고인과 피해자는 그 피고사건이 계속 중인 제1심 또는 제2심 법원에 합의 사실을 공판조서에 기재하여 줄 것을 공동으로 신청할 수 있다.
- ② 제1항의 합의가 피고인의 피해자에 대한 금전 지급을 내용으로 하는 경우에 피고인 외의 자가 피해자에 대하여 그 지급을 보증하거나 연대하여 의무를 부담하기로 합의하였을 때에는 제1항의 신청과 동시에 그 피고인 외의 자는 피고인 및 피해자와 공동으로 그 취지를 공판조서에 기재하여 줄 것을 신청할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 신청은 변론이 종결되기 전까지 공판기일에 출석하여 서면으로 하여야 한다.
- ④ 제3항에 따른 서면에는 해당 신청과 관련된 합의 및 그 합의가 이루어진 민사상 다툼의 목적인 권리를 특정할 수 있는 충분한 사실을 적어야 한다.
- ⑤ 합의가 기재된 공판조서의 효력 및 화해비용에 관하여는 「민사소송법」 제220조 및 제389조를 준용한다.

민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해는 기존의 형사절차상 배상명령 제도를 보완하는 것이라고 할 수 있다.¹⁵²⁾ 우선 대상 범죄에 제한이 없으며 형사판결의 선고 전에도 합의의 내용을 공판조서에 기재하는 방법으로 피해자에게 법적 효력 있는 집행권원을 부여한다. 무엇보다도 형사판결의 확정 전에 가해자와 피해자의 ‘화해’가 형사법원에 전달됨으로써 형사재판 과정에서 이러한 요소를 고려할 수 있는 사실상의 기회를 제공하여 비공식적으로나마 가해자가 보다 적극적으로 화해를 위한 협상에 임하도록 할 수 있으며, 피해자는 이 과정에서 더 유리한 배상조건을 협의할 수 있다. 아울러 화해의 조건으로 손해배상금의 완납 또는 이를 확실하게 담보할 수 있는 보증을 구할 수 있다면, 이는 피해자의 범죄피해가 보다 실질적으로 회복될 수 있도록 하는 수단으로 활용될 가능성도 있다.

그러나 화해는 법 제도상 형사법적 효력을 부여하는 것은 아니며, 법리적으로는 단지 민사상 청구권에 대한 집행력을 확정하는 것에 불과하다. 가해자와 피해자 사이의 합의는 형사재판 절차에서 사실상 고려되거나, 또는 형사합의의 경우와 마찬가지로 양형기준에 따라 고려될 수 있을 뿐이다. 무엇보다도 법제상 이러한 합의 과정에서

152) 이영훈, “재판에서의 회복적 사법의 현재와 미래”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009, 75쪽.

법원의 중재자로서의 역할은 전혀 규정되어 있지 않으며 전적으로 당사자의 자율에 맡겨져 있다. 그래서 가해자와 피해자의 합의는 형사합의와 마찬가지로 책임 인정에 근거한 가해자의 진정한 사과와 피해자의 용서와 같은 요소를 포함하지 않는 경우가 대부분일 것으로 사료된다. 가해자는 양형상의 이익을 위하여, 그리고 피해자는 단지 처벌불원의 의사와의 교환조건으로 거래되는 손해배상을 확보하기 위하여 합의할 가능성이 크기 때문이다. 그러므로 그 합의 과정에서 이상적인 회복적 사법 이념의 실현을 기대하기 어려운 한계가 있다.¹⁵³⁾

(2) 소년법상 화해권고 제도

1) 개관

소년보호 사건에 국한된 것이기는 하나, 현재까지 법제화된 제도 중 법원 단계에서 회복적 사법의 이념에 가장 가까운 제도는 ‘소년법’상 화해권고 제도라고 할 수 있다. ‘소년법’ 제25조의3에 따르면 소년부 판사는 소년의 선도를 위하여 필요한 경우 소년에게 손해배상 등을 전제로 화해를 권고할 수 있으며, 화해를 위한 기일을 지정하여 당사자를 소환하고 화해의 결과를 소년에 대한 보호처분을 결정할 때 고려할 수 있다. 그 근거 규정의 구체적인 조문은 다음과 같다.

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

2) 평가

‘소년법’상의 화해권고 제도는 법원이 보다 적극적으로 개입하여 가해자인 소년과 피해자, 그 보호자들이 만나 대화를 통해 서로의 관점을 교환할 수 있는 기회를 만들어 줌으로써, “피해자는 자신의 피해경험을 가해자에게 말하고, 가해자는 자신의 행동에

153) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 150쪽.

대한 반성과 사과의 기회를 제공할 뿐만 아니라 손해배상에 대한 합의를 통해 깨어진 관계의 회복과 화해를 이루고자 하는 제도¹⁵⁴⁾이며, “소년의 품행을 교정하고 피해자를 보호하기 위하여 필요한 때, 대화를 통하여 피해의 변상 등 소년과 피해자 사이의 화해를 이끌어내는 제도”¹⁵⁵⁾로 이해된다.

소년부 판사가 가해 소년 측과 피해 소년 측의 동의를 확인하여 화해권고에 적합한 사건을 선정하면, 조사관의 조사를 거치게 되며 조사된 자료를 토대로 법원에서 위촉한 화해권고위원이 양 당사자를 각각 면담하는 예비조정 절차를 갖는다. 이후 화해권고 기일에 합의할 수 있는 해결책을 도출하게 되면 판사가 그 결과와 합의의 이행 여부를 최종적으로 확인하여 가해 소년에 대한 처분을 결정하는데 반영한다.¹⁵⁶⁾

‘소년법’상 화해권고 제도는 현재까지 법제화된 절차 중 법원 단계에서의 회복적 사법을 가장 잘 실현하고 있는 제도라고 할 수 있으나, 소년법에 국한되는 한계가 있다. 성인 사건에 대해서도 적합하고 필요하다고 판단되는 경우 이러한 절차를 확대 적용하는 것을 적극 검토할 필요가 있을 것으로 생각된다.

(3) 회복적 사법 이념 이념을 반영한 형사재판 사례

1) 부천시원 회복적 사법 프로그램

2013년 인천지방법원 부천시원에서는 ‘소년법’상 보호사건에서만 활용되던 화해권고 제도를 확장하여 일반 형사사건에도 적용하는 형사화해제도를 실시한 바 있다. 이는 회복적 사법의 이념을 재판 단계에 적용하기 위한 구체적인 시도로, 구체적으로는 “훈련된 회복적 사법 전문가들을 법원에서 (가칭)형사화해위원으로 선임하여 당사자들 간의 화해를 지원하되, 그동안 거의 사장되어 있다시피 한 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 상의 민사상 다툼에 관한 형사상 화해(제36조 이하) 절차를 활용하여 피고인에게는 국선변호인, 피해자에게는 소송구조를 통한 화해신청 대리인 형태의 법률적

154) 윤현석/전명길, “소년법상 화해권고제도에 관한 실증적 고찰 - 화해권고제도 운영 실태에 관한 화해권고위원 인식 조사”, 법이론실무연구 제7권 제1호, 2019, 349쪽에서 인용.

155) 서울가정법원, 소년보호사건 화해권고절차, 서울가정법원 홈페이지(https://slfamily.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsViewAction.work?seqnum=11&gubun=196&cbub_code=000230&searchWord=&pageIndex=1, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

156) 서울가정법원, 소년보호사건 화해권고절차, 서울가정법원 홈페이지(https://slfamily.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsViewAction.work?seqnum=11&gubun=196&cbub_code=000230&searchWord=&pageIndex=1, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

조력까지 함께할 수 있도록 기안한 것이다.”¹⁵⁷⁾

다만 법원에 회복적 사법 시범 실시 프로그램과 관련된 별도로 예산이 마련되어있지 않아, 회복적 사법 전문기관과 MOU를 체결하는 방법으로 전문가로서 참여하도록 하였으며, 아울러 피해자에 대한 법률적 조력에 관하여도 법률구조공단의 협력을 구하여 현재 가능한 제도 내에서 도움을 제공하였다.¹⁵⁸⁾

2) 대상 사건 및 결과

회복적 사법 시범 실시 재판의 대상 사건을 선정하는 과정에서 피해자, 피고인의 동의를 전제로 하는 것을 원칙으로 하였으며, 검사의 사전 동의도 확인하였다. 또한 이미 형사조정제에 실패한 사건, 성폭력 및 보복범죄 사건 등 피해자에 대한 2차 피해의 우려가 있는 사건은 제외하였다. 대상 사건 선정 기준은 다음과 같다.¹⁵⁹⁾

- ① 자백 사건 등 사실관계가 확정된 사건
- ② 피해회복이 필요하고 가능한 사건
- ③ 피해회복에 있어서 갈등조정 내지 대화 진행 전문가들의 도움이 필요한 사건
- ④ 소년 형사사건 내지 미성년 형사사건

회복적 사법 프로그램은 공판절차와 엄격히 분리하여, 판사나 검사는 절차에 관여하지 않고, 그 진술이나 자료를 추후 공판절차에서 증거로 하거나 피고인에게 불리한 양형요소로 고려하지 않도록 하였다.¹⁶⁰⁾ 즉 합의가 성립된 경우 그 사실은 피고인이나 변호인이 공판절차에 양형자료로 제출하였으며, 검사가 합의의 이행 여부, 즉 피해회복 여부를 확인한 후 구형하는 방식으로 진행되었다. 시범 실시 대상 사건은 총 10건이었으며, 구체적인 내용은 아래 표¹⁶¹⁾와 같다.

157) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 209쪽에서 인용. 이하 회복적 사법 시범 실시 재판과 관련하여 상세한 내용은 위 보고서의 내용을 요약 정리하였다.

158) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 210쪽.

159) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 211쪽에서 인용.

160) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 212쪽.

161) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 213-215쪽과 217-218쪽의 표를 재구성.

▶▶▶ [표 2-3] 부천지원의 회복적 사법 프로그램 대상 사건 및 결과

순번	사건	피고인	죄명	합의	선고	재법 162)	비고
1	2013 고단867	58세 (남)	폭처법 위반 (집단·흥기 등 상해)	O	징역 1년 6개월/ 집행유예 3년	X	합의금 150만 원, 피해자가 적 극 참여하였으며, 피해자의 과 도한 요구 ¹⁶³⁾ 를 수용하여 가 해자가 이사감
2	2013 고단2648	19세 (남)	상해, 감금, 재물손괴	X	벌금 100만 원	O	사과 시도했으나 피해자가 받 아들이지 않음, 가해자의 가족 내 문제해결을 위한 상담 실시
3	2013 고단734	45세 (남)	교통법 위반	O	금고 6개월/ 집행유예 1년	O	피해자(22세)의 과실이 경합 된 교통사고 사망사건
4	2013 고단877	33세 (남)	상해	△	징역 6개월 (법정구속)	O	합의금 일부만 지급하여 약속 불이행으로 합의 효력 인정 불가
5	2013 고단2477	27세 (남)	폭처법 위반 (공동상해)	X	각 징역 10개월 집행유예 2년/사회봉사 160시간	X	가·피해자 분리 예비조정 실 시. 합의금 불합치로 2,000만 원 공탁. 피해회복은 불충분하 였으나 사회봉사로 보충하여 사회 내 처우
		28세 (남)					
6	2013 고단2557	54세 (남)	폭처법 위반 (집단·흥기 등 협박), 폭행	O	폭행 공소기각/ 징역 1년/ 집행유예 2년	X	가·피해자 분리 예비조정 실 시. 가정폭력 사건. 혐의이혼 신청 확인 후 선고. 위자료 및 재산분할로 가해자 집의 소유 권 이전. 형사·가사·민사 동시 해결
7	2013 고단945	46세 (남)	재물손괴, 상해	O	징역 8개월, 집행유예 2년/폭력· 알코올 치료 수강명령 80시간	O	충간소음 사건. 피해자가 회복 적 사법 프로그램 절차에는 응 하지 않아 피해자와는 전화로 만 접촉, 합의는 사선 변호인 노력의 결과로 판단됨.
8	2013 고단2405	45세 (남)	업무방해, 협박, 상해	O	협박 공소기각/ 징역 1년/ 집행유예 2년	O	가·피해자 분리 예비조정 실 시. 쌍방 폭행 사건
		47세 (남)	상해		징역 8개월/ 집행유예 2년	X	
9	2013 고정1028, 469, 1327 (병합)	74세 (여)	모욕, 폭행	X	각 벌금 80만 원	X	회복적 써클 시도. 가·피해자 분리 사전 써클 실시. 합의서 작성까지 했으나 불성립. 취약 당사자에 대한 사회복지적 지 원 체계 구축 시도
		68세 (남)	상해				

순번	사건	피고인	죄명	합의	선고	재범 162)	비고
10	2012 고단1228	42세 (남)	폭처법 위반(집단·흉기 등 상해)	X	징역 2년/ 집행유예 4년/ 사회봉사 160시간	X	가·피해자 분리 예비조정 실시 하였으나 피해자 불출석. 합의 금 불합치로 1억 5천만 원 공 탁. 부천지청 형사조정위원 2 인 참여. 민·형사동시해결 시도

자료출처: 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 213-215쪽과 217-218쪽의 표를 재구성.

3) 평가

형사재판에 회복적 사법의 이념을 반영하기 위한 시도로서 추후 입법 및 제도 개선의 근거가 될 수 있다는 점에서 그 자체만으로도 의의를 찾을 수 있을 것으로 생각한다. 설문조사나 전화조사 등의 방법으로 참여자 대상 만족도를 조사하였고 긍정적인 평가를 확인할 수 있었다. 다만 그 대상 사건 및 당사자의 수가 너무 적고 적극적으로 응답한 경우의 의견만을 확인할 수 있었다¹⁶⁴⁾는 점은 조사 결과의 한계라고 할 것이다.

다만 그 성과에 있어서 합의 내용의 이행이 재판 결과에서 고려되도록 함으로써, 금전배상 등의 합의 내용이 즉각 이행되는 경우가 많았으며, 민사상 절차를 거치지 않아도 되는 장점이 확인되었다. 아울러 피해자에게 분쟁 당사자로서의 주체적인 지위를 부여하고 가해자와 피해자 간 소통의 기회를 부여함으로써 ‘치유와 안심 내지 안정감’을 가질 수 있었으며, 이를 통하여 형사사법 절차에 대한 신뢰를 높이는 효과를 거둔 것으로 평가된다.¹⁶⁵⁾ 이러한 시도가 지속되어 보다 구체적인 제도로 법제화되지 못한 점은 아쉬움이 남는다.

이후 2019년 서울고등법원 형사 제1합의부에서 회복적 사법을 시범 실시한 바 있다. 23세 여성 피고인이 온라인 게임 채팅을 통해서 자신을 남성으로 오인하고

162) 재범 여부는 2020.12.17. 기준 벌금형 이상의 처벌을 받은 경우를 의미한다. 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 218쪽 각주 287번 참조.

163) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 213쪽 각주 293번.

164) “피고인을 범정구속하면서 피고인에게 만족도 조사지를 내밀 수는 없었고, 회복적 사법 프로그램에 아예 참여의사를 보이지 않은 피해자에 대해서는 만족도 조사를 할 수 있는 길이 없었다.” 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 216쪽에서 인용.

165) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 216-217쪽.

교제하던 여성 피해자를 그녀의 신체를 촬영한 영상물을 유포하겠다고 협박하고 칼로 찔러 살해하려 하였으나 미수에 그친 사건에서, 법원이 배정한 전문심리위원의 주관으로 가해자와 피해자가 만나 가해자의 진심 어린 사과와 5,000만 원을 지급하는 것으로 합의가 성사되었으며, 법원은 이를 고려하여 징역 5년이 선고된 1심 판결을 파기하고 징역 2년을 선고하였다.¹⁶⁶⁾ 그러나 단지 1건의 재판에 그쳤고 결과의 분석 및 피드백, 제도화를 위한 노력이 뒤따르지 못한 아쉬움이 있다.

3. 민사조정의 형사절차상 의의

법원 단계의 조정으로 가장 대표적인 것은 민사조정이라 할 수 있다. 민사조정 또한 제3자의 중재적 개입을 통해 당사자 사이의 협상을 촉진하고 합의의 방법으로 분쟁을 종국적으로 종결하기 위한 일종의 대안적 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution)라는 점에서 형사조정과 유사성을 갖는다. 반면 민사적 분쟁에 대한 조정이라는 점에서, 그리고 검찰 수사 단계에서 진행되는 형사조정과 달리 법원의 재판 중에 진행되는 조정절차라는 점에서 차이가 있다. 민사조정과 형사조정의 유사점과 차이점을 비교하는 것은 형사조정의 개선방안을 도출하기 위하여 의미가 있을 것으로 생각한다.

특히 민사조정은 민사 분쟁의 해결 방안으로 1960년 ‘민사조정법’이 제정·시행된 이후 오랜 기간 개선을 거듭하며 그 역할을 수행하고 있으며, 따라서 민사조정 법제 및 관련 실무에서 형사조정의 개선을 위한 유의미한 착안점을 도출 할 수 있을 것으로 기대된다. 이하에서는 형사조정제도의 개선방안 도출이라는 관점에서 의미 있는 내용 중심으로 민사조정제도를 검토한다.

가. 민사조정제도의 개관

(1) 의의

민사조정이란 “당사자의 자주적·자율적 분쟁해결 노력을 존중하면서 분쟁을 적정·공정·신속하고 효율적으로 해결”하기 위한 조정절차를 말한다(‘민사조정법’ 제1조).

166) 서울고등법원 2019.10.30. 선고 2019노888 판결.

양 당사자의 동의를 전제로 중립적인 제3자가 조정인이 되어 분쟁해결을 위한 협상과정에 참여하여 당사자의 협상을 촉진하고 합의를 통해 분쟁을 해결할 수 있도록 돕는 분쟁해결 절차이다. 법률전문가인 판사에 의하여 분쟁이 종결되는 민사절차에 비하여 해당 분쟁과 관련된 전문가가 조정위원으로 참여하여 조정과정에서 그 전문성을 활용할 수 있다는 장점이 있으며, 특히 조정과정에서 당사자의 협상을 통한 양보와 타협으로 분쟁을 신속하게 종국적으로 해결함으로써 분쟁 당사자 간 관계 회복도 도모할 수 있다. 무엇보다도 민사소송에 비하여 비용이 적게 들며, 절차 또한 간이하다.¹⁶⁷⁾

우리나라의 민사조정제도는 직권주의적 특성을 갖는 것으로 평가된다. 직권 조정회부 제도 및 조정 담당 판사의 조정을 갈음하는 결정 권한 등이 직권주의적 요소에 해당한다. 따라서 중재(arbitration)와 조정(mediation)이 결합된 형식을 갖고 있으며, 일종의 중재조정(med-arb)의 성격을 갖는 것으로 분류된다.¹⁶⁸⁾

(2) 연혁

민사조정제도는 1962.1.15. 제정 및 시행된 ‘차지차가조정법’에서 처음 도입되었다. 이후 1970.12.31. 제정 및 시행된 ‘간이절차에의한민사분쟁사건처리특례법’과 1973.2.24. 제정되고 1973.9.1. 시행된 ‘소액사건심판법’을 통하여 그 적용 영역이 확대되다가, 1990.1.13. 제정되고 1990.9.1. 시행된 ‘민사조정법’을 통해 민사조정 절차가 정리되고 통합되었다. 이후 ‘민사조정법’은 민사조정제도의 실효성을 높이기 위하여 총 9차례 개정이 이루어졌는데, 이러한 개선책들은 대체로 민사조정의 대상을 확대하면서 직권주의적 요소를 강화하는 것이었다. 최근에 이르기까지 민사조정제도의 개선 내용 및 그 방향성을 확인하기 위하여 ‘민사조정법’의 개정 연혁과 내용을 표로 정리하면 아래와 같다.¹⁶⁹⁾

167) 조정재판실무편람집필위원회, 조정 재판실무편람, 2016, 2쪽.

168) 조정재판실무편람집필위원회, 조정 재판실무편람, 2016, 2-3쪽.

169) 각 개정안의 개정이유 및 각 개정 법률 내용, 대법원 내부자료 등 재구성.

▶▶ [표 2-4] '민사조정법'의 개정 연혁과 내용

개정 시기	내용
'민사조정법' 제정 이전	<ul style="list-style-type: none"> • 1962.1.15. '차지차가조정법' 시행 • 1970.12.31. '간이절차에의한민사분쟁사건처리특례법' 시행 • 1973.9.1. '소액사건심판법' 시행
1990.1.13. '민사조정법' 제정	<ul style="list-style-type: none"> • 소송물 가액을 불문하고 민사분쟁 당사자는 법원에 조정을 신청할 수 있음(제2조) • 제1심 수소법원은 쌍방 동의가 있는 경우에 한하여 조정회부 가능(제6조) • 조정사건은 원칙적으로 조정담당 판사가 처리하나 제6조에 의하여 조정에 회부된 사건은 반드시 조정위원회(조정장 1인과 조정위원 2인)에서 처리(제7조 제2항) • 조정이 성립되지 않은 사건에 대하여 직권으로 "조정에 갈음하는 결정"을 할 수 있음(제30조)
1992.11.30.	<ul style="list-style-type: none"> • '민사조정법' 시행 초기에 민사조정사건이 오히려 감소하는 문제가 발생하였으며 이를 해결하기 위하여 직권주의적 요소를 강화 • 수소법원에 직권 조정 회부 권한을 부여함(제6조) • 제1심 수소법원이 조정에 회부한 사건에 대하여 수소법원이 스스로 조정 가능(제7조 제3항) • 상당한 이유가 없는 한 조정 불성립 시 조정에 갈음하는 결정을 하도록 의무화(제30조) • 당사자 사이에 합의가 성립한 경우라 하더라도 합의의 내용이 상당하지 아니하다고 인정한 사건에 관하여 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있음(제30조)
1995.12.6.	<ul style="list-style-type: none"> • 수소법원은 항소심에서도 사실심 변론종결 시까지 조정회부 가능(제6조) • 조정에 갈음하는 결정은 이의신청이 없거나 취하된 때 또는 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때에는 재판상 화해와 동일한 효력이 있음
1998.12.28.	<ul style="list-style-type: none"> • 조정사건 관할법원을 확대하여 소송사건의 전속관할 법원에 대하여도 조정신청 제기 가능(제3조) • 변론종결 후에도 변론 재개 결정 없이 항소심 판결 선고 전까지라면 조정 회부 가능(제6조)
2001.1.29	<ul style="list-style-type: none"> • 수소법원이 조정사건을 처리하는 경우 재판장 외에 수명법관 또는 수탁판사에게 조정을 담당할 수 있도록 함(제7조 제5항) • 특별한 사정이 있는 경우 조정위원의 임기를 2년 이내로 위축할 수 있도록 함(제10조 제1항) • 조정담당 판사도 조정장의 경우와 같이 조정위원에게 사건관계인의 의견을 듣는 등 조정사건의 처리를 위하여 필요한 사무를 촉탁 할 수 있도록 함(제10조 제2항)
2009.2.6.	<ul style="list-style-type: none"> • 변호사 자격이 있고 일정한 경력이 있는 사람을 상임조정위원으로 위촉하는 상임조정위원 제도를 신설하고 상임조정위원에게 조정담당 판사와 같은 권한 부여하여 조정장으로서 조정사건을 처리하도록 함(제7조 제2항)
2010.3.31.	<ul style="list-style-type: none"> • 법률의 한글화, 어려운 법령 용어의 순화, 한글맞춤법 등 어문 규범의 준수, 정확하고 자연스러운 법 문장의 구성
2012.1.17.	<ul style="list-style-type: none"> • 독촉절차도 조정절차로 이행할 수 있도록 하는 근거 규정 신설(제5조의2, 제5조의3)
2020.2.4.	<ul style="list-style-type: none"> • "각종 민사 분쟁사건들이 고소·고발을 통해 형사사건화되고 있는 현실 속에서 대체적 분쟁해결 방안으로서의 조정이 활성화될 수 있도록 관련 제도를 개선"(개정이유) • 조정담당 판사나 조정장은 조정위원으로 하여금 합의안 도출 등 조정사건의 처리를 위하여 필요한 사무를 처리하도록 할 수 있음(제7조 제6항) • 조정위원에게 정기적인 교육 및 연수기회를 제공해야 함(제10조 제4항) • 조정기관은 조정절차에서 당사자를 동등하게 대우하고, 사건에 대해 충분히 진술할 수 있는 기회를 주어야 함(제11조 제2항 신설) • 조정을 갈음하는 결정을 "상당한 이유가 없으면 (중략) 하여야 한다"에서 "할 수 있다"로 개정(제30조)

자료출처 : 각 개정안의 개정이유 및 개정 법률 내용, 대법원 내부자료 등.

(3) 절차

민사조정은 당사자의 신청(‘민사조정법’ 제2조)에 의한 조정신청 사건과 민사소송 제기 이후 수소법원의 조정회부(같은 법 제6조)에 의한 조정회부 사건으로 나뉜다. 조정신청 사건의 경우 당사자가 서면이나 구술로 하며(제5조 제1항) 구술로 신청한 경우 법원사무관등은 조정신청조서를 작성하고 기명날인한다(같은 조 제3항). 수소법원은 항소심 판결 선고 전까지 소송이 계속 중인 사건을 결정으로 조정에 회부할 수 있다(제6조). 실무상 조정신청 사건은 많지 않으며 조정회부 사건이 대부분이라고 한다.¹⁷⁰⁾

조정사건은 조정담당 판사가 처리하는데(제7조 제1항), 스스로 조정을 하거나 상임 조정위원 또는 조정위원회로 하여금 조정을 하게 할 수 있다(같은 조 2항). 조정회부 사건의 경우 수소법원이 스스로 조정사건을 처리할 수 있으며(제3항) 수명법관이나 수탁판사에게 조정을 담당하게 할 수도 있다(제5항).

조정위원회는 조정장 1명과 조정위원 2명으로 구성되며(제8조), 조정담당 판사, 상임 조정위원, 수소법원 재판장, 수명법과 또는 수탁판사가 조정장이 된다(제9조).

조정담당 판사는 조정 전의 처분으로 당사자의 신청을 받아 상대방과 그 밖의 사건 관계인에게 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지나 그 밖에 조정의 내용이 되는 사항의 실현을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위의 배제를 명할 수 있다(제21조 제1항).

조정절차는 공개하지 않을 수 있으나(제20조), 조정기일에는 조정의 결과에 관하여 이해관계가 있는 자도 조정담당 판사의 허가를 받아 조정에 참가할 수 있다(제16조).

조정담당 판사는 사건이 그 성질상 조정을 하기에 적당하지 않다고 인정하거나 당사자가 부당한 목적으로 조정신청을 한 것임을 인정하는 경우에는 조정을 하지 아니하는 결정으로 사건을 종결시킬 수 있다(제26조).

조정절차를 통하여 당사자 사이에 합의가 도출되면 이를 조서에 기재함으로써 조정이 성립되며(제28조), 조정의 결과는 재판상 화해와 동일한 효력이 있다(제29조). 합의가 성립되지 않거나 성립된 합의의 내용이 적당하지 않다고 인정하는 경우 조정담당 판사는 조정 불성립으로 사건을 종결해야 한다(제27조). 조정담당 판사는 합의가 성립

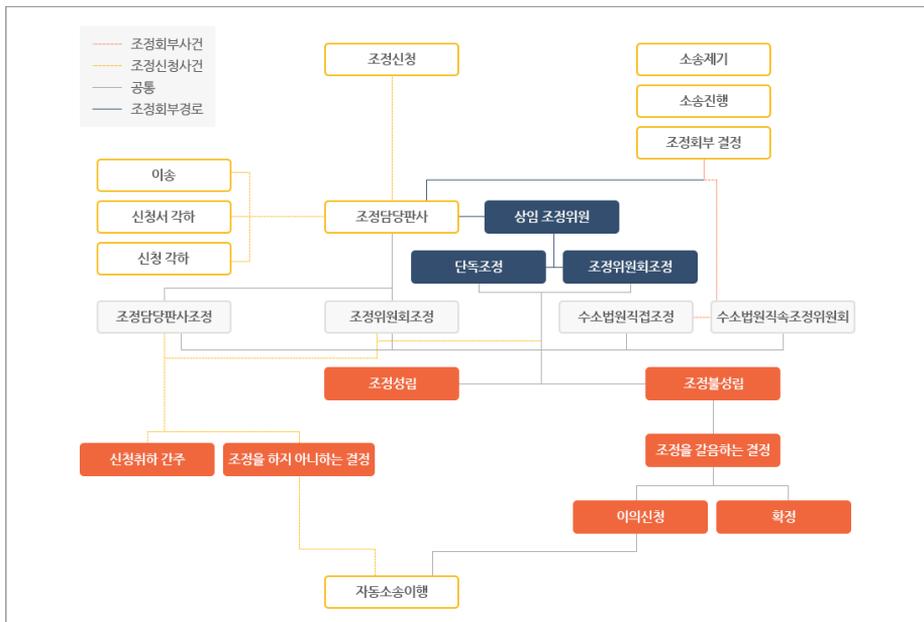
170) 조정재판실무편람집필위원회, 조정 재판실무편람, 2016, 3쪽.

되지 않은 사건 또는 당사자 사이에 성립된 합의의 내용이 적당하지 않다고 인정한 사건에 관하여 직권으로 당사자의 이익이나 그 밖의 모든 사정을 고려하여 신청인의 신청 취지에 반하지 아니하는 한도에서 사건의 공평한 해결을 위하여 조정을 갈음하는 결정을 할 수 있다(제30조). 조정을 갈음하는 결정에 대하여는 조서의 정보가 송달된 날부터 2주 이내에 이의를 신청할 수 있으며, 이의신청이 없거나, 취하 또는 각하된 경우 조정을 갈음하는 결정도 재판상 화해와 동일한 효력이 있다(제34조).

조정을 하지 아니하기로 하는 결정이 있는 경우, 조정이 성립되지 않은 것으로 사건이 종결된 경우, 조정을 갈음하는 결정에 대하여 이의신청이 있는 경우에는 조정신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 본다(제36조).¹⁷¹⁾

민사조정절차의 흐름을 정리하면 아래 그림¹⁷²⁾과 같다.

» [그림 2-3] 민사조정절차의 흐름



자료출처: 대법원 홈페이지(https://help.scourt.go.kr/nm/min_1/min_1_6/min_1_6_1/index.html, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

171) 민사조정 절차에 관하여 상세한 내용은 조정재판실무편람집필위원회, 조정 재판실무편람, 2016, 21쪽 이하 참조.

172) 대법원 홈페이지(https://help.scourt.go.kr/nm/min_1/min_1_6/min_1_6_1/index.html, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

(4) 민사소송법상 화해권고결정과의 비교

‘민사소송법’ 제6절은 화해권고결정을 규정하고 있다. 이에 따르면 법원·수명법관 또는 수탁판사는 소송에 계속 중인 사건에 대하여 직권으로 당사자의 이익, 그 밖의 모든 사정을 참작하여 청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 사건의 공평한 해결을 위한 화해권고결정을 할 수 있다(‘민사소송법’ 제225조). 당사자는 화해권고결정에 대하여 조서 또는 결정서의 정본을 송달받은 날부터 2주 이내에 이의를 신청할 수 있으며(제226조), 이의신청이 없거나, 이에 대한 각하결정이 확정되거나, 당사자가 이의신청을 취하지거나 이의신청권을 포기하면 재판상 화해와 같은 효력을 갖는다(제231조). 이의신청이 적법한 경우에는 다시 소송으로 복귀한다(제232조). ‘민사소송법’상 화해권고결정은 1심과 2심에서만 가능한 형사절차상 배상명령이나 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해와는 달리 법리적으로 시기에 제한이 없으므로 상고심에서도 가능한 것으로 해석된다.

‘민사조정법’상 조정을 갈음하는 결정과 유사한 제도로서, 화해의 형식을 갖는 제도 이기는 하나 판사가 권고의 방법으로 개입하여 민사 분쟁을 종결시키는 것으로 미약 하나 법원에 의한 중재나 조정의 의미를 갖는다. 공식 통계 등을 통하여 확인할 방법은 없으나 민사소송 실무에서 상당히 높은 빈도로 활용되고 있다고 한다. 이처럼 ‘민사소송법’상 화해권고결정은 민사분쟁에 대한 화해만을 의미하며, 형사법적 효력은 갖지 않는다는 점에서 명시적으로 보호처분에 영향을 줄 수 있는 근거 규정이 있는 ‘소년법’상의 화해권고와는 차이가 있다. 다만 재판상 화해를 통하여 실질적인 손해배상이 이루어진 것으로 평가될 수 있다면, 경우에 따라서는 처벌불원의 의사까지 확인될 수 있다면 이를 형사절차에서 양형인자 등의 형식으로 공식·비공식적으로 고려할 수 있다.

나. 민사조정의 활성화를 위한 제도 개선

민사조정제도도 조정위원이 개입하는 분쟁해결절차라는 점에서 형사조정제도와 절차적 유사점이 있다. 따라서 1990년 ‘민사조정법’이 제정된 이후 현재까지 민사조정제도의 운영을 활성화하기 위하여 만들어진 제도 개선방안들을 고찰하는 것은 형사조

정제도의 개선방안을 도출하기 위한 착안점을 도출하는 방법 중 하나가 될 수 있을 것으로 생각한다. 이하에서는 형사조정제도의 제도 개선방안을 위한 참고 자료로서 그간의 민사조정제도의 제도 개선 노력의 내용을 살펴본다.

(1) 조정담당 판사 및 조정 총괄부 제도

민사조정제도를 활성화하기 위하여 1991년경부터 조정담당 판사 제도를 두고 있다.¹⁷³⁾ 각급 법원의 법원장은 조정제도에 적극적인 관심을 가진 법관 중에서 가능한 한 2인 이상을 조정판사로 지정해야 하고(‘민사 및 가사조정제도의 사무처리에 관한 예규’ 제3조 제1항), 조정담당 판사가 충실하게 효율적으로 조정을 할 수 있도록 가능한 한 조정사건만을 전담하여 처리하도록 하고, 법원의 사정에 따라 조정 이외의 업무를 맡게 될 경우에도 다른 업무의 종류 및 부담량을 적절히 조절해야 하며(같은 조 제2항), 조정담당 판사로 지정된 법관의 조정사건에 관한 사무분담이 2년 안에 변경되지 않도록 하여야 한다(제3항). 조정담당 판사는 조정사건의 처리 외에 다음의 사무를 처리한다(제5항).

1. 조정위원회 구성과 조정위원회 운영 방식의 설정
2. 조정사건의 배당
3. 조정회부의 권장과 조정회부 사건의 관리
4. 적절한 조정사무에 필요한 지원 업무 지휘·감독
5. 조정위원 교육
6. 조정 활성화 계획 수립과 집행
7. 조정사무에 관한 각종 보고
8. 그 밖의 조정 활성화에 필요한 사무

2016년부터는 고등법원과 지방법원의 조정사건 및 조정위원단을 총괄하고 조정센터의 운영의 효율성을 높이기 위하여 고등법원 부장판사를 총괄부장으로 하는 조정총괄부 제도를 도입하였다. 서울고등법원에는 2016.2. 설치되었는데 설치 이후 6개월간 조정회부 사건이 전년 동기 대비 5배 증가하였다고 한다.¹⁷⁴⁾

173) 대한법무사협회 블로그 2017.1.18. “만나고 싶었습니다! 조병현 서울고법·서울중앙지법 조정총괄부장판사”(https://blog.naver.com/PostView.naver?blogId=with_bubmusa&logNo=220913306181, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

(2) 조정위원의 전문성 확보

1) 위촉

민사조정 효과성을 높이기 위해서는 무엇보다도 우수한 조정위원을 확보하는 것이 우선되어야 한다. 조정위원은 고등법원장, 지방법원장 또는 지방법원지원장이 학식과 덕망이 있는 사람 중에서 미리 위촉한다. 상임 조정위원은 변호사 자격이 있는 사람으로서, 10년 이상 법조경력에 있는 사람 또는 민사조정위원 또는 가사조정위원으로 3년 이상 활동한 사람(‘조정위원규칙’ 제2조의2) 중에서 법원행정처장이 위촉한다(‘민사조정법’ 제10조 제1항). 상임조정위원은 조정사무에 있어서 조정담당 판사와 동일한 권한을 가지며(제7조 제4항), 겸직이 제한되고(‘조정위원규칙’ 제2조의3 제1항) ‘민사조정법’에 따른 조정에 관한 사무 이외에 변호사 직무를 행할 수 없다(같은 조 제2항).¹⁷⁵⁾

법원장은 지방자치단체, 교육기관, 변호사회, 변리사회, 법무사회, 의사회, 건축사회, 감정평가사협회 기타 적당하다고 인정되는 직능단체 또는 사회단체에 추천을 의뢰하거나 각급 법원의 인터넷 홈페이지에 공모하는 등의 방법으로 사회 각계각층으로부터 광범위하게 조정위원으로 위촉할 만한 사람을 물색해야 하며(‘민사 및 가사조정 사무처리에 관한 예규’ 제4조 제2항), 조정위원으로 위촉할 사람에 대하여 면접과 추천자의 의견 청취 등 적절한 방법으로 조정위원으로서 충분한 자질을 갖추었는지 여부를 조사하여야 한다(같은 조 제2항).

법원장은 조정위원의 전문 분야 또는 담당을 희망하는 사건 분야를 파악하기 위하여 법원사무관으로 하여금 위촉된 모든 조정위원에게 조정위원경력카드를 교부하여 전공분야, 참여 희망 사건유형, 주요경력 등을 기재하도록 한 다음 이를 분류·정리하여 보관하게 하여야 하며, 이때 필요한 경우 건축, 의료, 환경 등 특정 분야별로 전문가 조정위원 명단을 작성하도록 한다(같은 예규 제5조 제1항). 조정담당 판사는 조정위원

174) 대한법무사협회 블로그 2017.1.18. “만나고 싶습니다! 조병현 서울고법·서울중앙지법 조정총괄부장판사”(https://blog.naver.com/PostView.naver?blogId=with_bubmusa&logNo=220913306181, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

175) 매달 1,000만 원 수준의 수당을 받는다고 한다. 조선일보, 2014.1.16. “[정권현의 법과 사회] 법원에서 고액 월급 받는 변호사들” https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2014/01/15/2014011504488.html, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

경력카드를 참고하여 조정위원을 지정할 때 전문성이 활용될 수 있도록 해야 한다(같은 조 제2항).

2) 상근조정위원 제도

상근조정위원이란 임기 중 “매일 또는 특정 요일에 법원에 출근해 대기”하면서 “재판부가 부치는 즉일 조정사건, 조정신청 사건 등에서 주심 조정위원으로서 사무를 처리하는”¹⁷⁶⁾ 조정위원을 말한다. 조정위원은 비정기적으로 조정기일이 잡히면 법원에 출석하는 방식으로 운영되므로 당일 조정이 필요한 경우 재판부가 조정을 즉시 활용할 수 없는 한계가 있었다. 이러한 문제를 극복하기 위하여 조정위원이 법원에 상근하는 제도를 도입한 것이다. 다만 상근조정위원의 제도에 대한 법률상의 근거는 아직 마련되지 않고 있으며, 일반 조정위원에게 일정액¹⁷⁷⁾의 수당을 보장해 주는 조건으로 상근하는 형태로 운영된다.

상근조정위원은 변호사의 자격이 있는 사람 중에 위촉된다. “법률지식 및 법적사고 능력, 공정성, 청렴성, 전문성, 의사소통 능력, 품성, 적성, 공익성, 건강 등을 고려하여 상근조정위원의 직무수행에 적합하다고 판단되는 사람을 위촉”¹⁷⁸⁾한다. 이는 당일 조정 등에 참여하기 위해서는 특정 분야에 대한 전문성보다 법률적 전문성이 요구되기 때문이다. 일반적인 법률 분쟁이 다수인 민사조정 실무에서 건축, 의료, 환경 등 특정 분야의 전문성보다는 법률적 전문성이 요구되는 경우가 많으며, 조정조항을 작성함에 있어 법률적 쟁점이 명확히 정리되지 않을 경우 분쟁이 종국적으로 해결되지 못할 가능성도 있다. 이러한 점을 고려하여 상근조정위원 제도를 도입함에 있어 변호사 자격을 가진 사람을 위촉하는 것으로 자격요건을 정하였다.

변호사의 자격이 필요한 조정위원으로 상근조정위원 외에 ‘민사조정법’상 상임조정위원(제10조)이 있으나, 상임조정위원의 자격은 상술한 바와 같이 10년 이상의 법조경

176) 법률신문, 2012.3.26. “수원지법, 상근조정위원 제도 시행”(https://www.lawtimes.co.kr/news/63271, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

177) 세전 약 400만 원.

178) 서울중앙지방법원 홈페이지 새소식 게시판 2018.8.24. “서울중앙지방법원 상근 조정위원 지원 모집 공고”(https://seoul.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsViewAction.work?seqnum=3193&gubun=41&cbun_code=000210&searchWord=%BB%F3%B1%D9&pageIndex=1, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

력 또는 3년 이상의 조정위원 경력이 요구된다. 반면 상근조정위원은 변호사이기만 하면 되며 경력을 별도로 요구하지 않으므로 대체로 새로 변호사 자격을 취득한 변호사들이 위촉된다. 위촉 기간은 2년이며 1회 재위촉이 가능하다. 주 5일 법원에 상근하며 월 400만 원을 기준으로 조정 관련 수당이 지급되며¹⁷⁹⁾ 상근직이므로 겸직은 제한된다.¹⁸⁰⁾ 일반 조정위원, 상근조정위원, 상임조정위원의 차이는 아래 표¹⁸¹⁾와 같다.

▶▶ [표 2-5] 민사조정위원의 유형

조정위원		상임조정위원
일반 조정위원	상근조정위원	
<ul style="list-style-type: none"> • 대부분 비정기적·간헐적으로 조정 업무 참여 • 대부분 봉사 차원에서 조정위원 활동 	<ul style="list-style-type: none"> • 사무실에 상주하며 매일 또는 특정 요일에 정기적으로 조정업무에 참여 • 대부분 책임조정 방식으로 운용(종결처를 대부분 주관한 후 조정 담당 판사에게 사무수행 보고) 	<ul style="list-style-type: none"> • 조정담당 판사와 동일한 권한(조정절차 종결권) 보유
<ul style="list-style-type: none"> • 조정담당 판사 또는 수소법원 재판장의 업무를 보좌하여 조정에 관여 		

자료출처 : 2018.3. 대법원 내부자료에서 인용.

2023년 현재 서울중앙지방법원에는 상임조정위원 9인과 상근조정위원 27인을 포함한 조정위원 344인이 민사조정업무를 담당하고 있다.¹⁸²⁾

민사조정위원의 경우를 참고하여 형사조정위원의 경우에도 상임 또는 상근조정위원 제도를 마련하고 이를 확대하는 방안을 모색할 필요가 있다. 특히 경제적 피해회복이 주된 쟁점인 경우 배상액을 확정하기 위하여 유사 사건의 사례와 배상액에 대한 정보를 충분히 제공하고 합의에 따른 피의자의 유·불리에 대한 구체적인 정보를 제공하는 등의 방법으로 법률적 쟁점을 해결하는 것이 조정의 실효성을 높이는 방법이

179) 현재 440만 원에서 460만 원 정도 지급되고 있다고 한다. 한국일보, 2022.7.4. “민사조정 활성화 나선 법원…전담변호사 늘리고 보수 올린다”(https://m.hankookilbo.com/News/Read/A2022070411260005294, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

180) 서울중앙지방법원 홈페이지 새소식 게시판 2018.8.24. “서울중앙지방법원 상근 조정위원 지원 모집 공고”(https://seoul.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsViewAction.work?seqnum=3193&gubun=41&cbub_code=000210&searchWord=%BB%F3%B1%D9&pageIndex=1, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

181) 2018.3. 대법원 내부자료에서 인용.

182) 서울중앙지방법원 홈페이지(https://seoul.scourt.go.kr/seoul/intro/intro_11/intro_111/index.html, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

될 것이므로,¹⁸³⁾ 법률전문가가 상임 또는 상근조정위원으로 조정절차에 참여하는 것이 바람직할 것으로 사료된다.

3) 수당

민사조정위원의 수당은 대법원규칙이 정하는 바에 따라 지급하고 필요한 경우에는 여비 등을 지급할 수 있다(‘민사조정법’ 제12조). 조정위원의 일당과 수당은 매년 예산의 범위 안에서 대법관회의에서 정하여 지급한다(‘조정위원 규칙’ 제6조 제1항). 민사조정위원과 가사조정위원에게 지급하는 수당 및 상임 조정위원과 조정전담변호사에게 지급하는 수당은 사건의 난이도, 조정위원이 수행한 직무의 내용, 조정에 소요된 시간, 조정에 관여한 정도, 그 밖의 사정을 참작하여 예산의 범위 안에서 조정담당판사가 이를 증액할 수 있다(같은 조 제4항).

민사조정위원의 수당의 재원은 공탁금 관리위원회의 공탁지원금¹⁸⁴⁾에서 운영된다. 그러나 ‘민사조정법’의 지속적인 개정으로 조정이 점차 활성화되면서 2013년경부터 예산이 부족해지기 시작했고, 최근에는 예산 규모에 맞춰 민사조정이 운영되고 있는 실정이라고 한다. 2014년에는 수당 지급 예산이 부족하여 민사조정위원의 수당이 종전 사건당 7만 원에서 5만 원으로 감액되었다고 한다.¹⁸⁵⁾ 형사조정위원에게는 1일 4개의 사건을 조정하는 것을 전제로 일당 7만 원이 지급된다고 한다.¹⁸⁶⁾ 형사조정위원에 대한 수당의 현실화가 시급하다.

다. 민사조정의 형사절차상 효력

(1) 재판상 화해

민사조정은 재판상 화해와 동일한 효력이 있다(‘민사조정법’ 제29조). 이를 통해 피해자의 피해가 실질적으로 회복된 것으로 볼 수 있으면 형사절차에서도 양형상 고려될 수 있다. 더 나아가 민사조정임에도 불구하고 형사분쟁과 연결된 사건의 경우

183) 실무상 조정의 쟁점에 대해서는 제3장 참조.

184) ‘공탁법’ 제19조에 근거하여 공탁금운용수익금 중 일정부분을 공탁금관리위원회에 출연하여 이를 국선번호 지원 등 공익사업에 활용하고 있음. 장용근, “법원의 공탁출연금 제도에 대한 재정법적 연구”, 법과정책 제21집 제3호, 2015, 307쪽 이하 참조.

185) 2018.3. 대법원 내부자료 참조.

186) 수당 지급 실무에 관하여 상세한 내용은 제3장 참조.

화해의 내용으로 처벌불원의 의사, 혹은 형사사건의 고소취소를 포함하는 경우가 대부분이다. 이 경우에도 당연히 형사절차상 고려될 수 있다. 다만 민사소송과 형사소송이 동시 진행된다면 형사소송의 결과를 기다리기 위하여 민사소송 기일을 추정(추후 지정)하는 경우가 상당히 많은 실무의 관행을 고려하면, 오히려 형사절차의 결론이 민사조정 성립에 영향을 주는 경우가 많을 것으로 사료된다.¹⁸⁷⁾

대법원은 재판상 화해의 민사법상 효력의 범위를 다음과 같이 실시한 바 있다. “재판상 화해 또는 제소 전 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있으며 당사자 간의 사법상의 화해계약이 그 내용을 이루는 것이면 화해는 창설적 효력을 가져 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무 관계는 소멸하나, 재판상 화해 등의 창설적 효력이 미치는 범위는 당사자가 서로 양보를 하여 확정하기로 합의한 사항에 한하며, 당사자가 다툰 사실이 없었던 사항은 물론 화해의 전제로서 서로 양해하고 있는데 지나지 않은 사항에 관하여는 그러한 효력이 생기지 않는다.”¹⁸⁸⁾ 그러므로 민사조정을 통해 도출된 합의는 그 내용이 명확하게 표시된 것에 한하여 그 법적 효력을 갖는다.

(2) 조정조항¹⁸⁹⁾

합의의 내용은 일반적으로 조정조항의 형식으로 조정조서에 기재된다. 조정조항에는 주된 조항과 종된 조항이 있다. 주된 조항은 판결의 주문에 대응하는 것으로 이행 및 급부조항, 확인조항, 형성조항 등이 이에 해당한다. 민사상 분쟁의 원인을 종결하기 위하여 필요한 내용이 주된 조항에 기재된다. 종된 조항은 부관조항, 특약조항, 청산조항, 관련사건 처리 조항, 기타 조항 등을 의미한다. 부관조항으로는 기한과 조건이 가장 대표적이며, 선이행 또는 동시이행 조건 등도 부관조항에 해당한다.

형사분쟁과 연결된 사건에서 화해의 내용으로 처벌불원의 의사, 즉 형사사건의 고소취소 등이 포함되는 경우 이는 일반적으로 관련사건 처리 조항으로 기재된다. 그 외에도 법적 효력이 없는 도의적 조항이나 비용부담 조항, 이행확보 조항 등이

187) 물론 불구속 재판인 경우 민사재판의 결과를 형사재판 절차에서 기다리는 경우도 있다.

188) 대법원 2001.4.27. 선고 99다17319 판결.

189) 각 조정조항의 상세한 내용은 조정재판실무편람집필위원회, 조정 재판실무편람, 2016, 94쪽 이하 참조.

있다. 도의적 조항은 주로 이웃 간 분쟁 등의 경우에 법률적 쟁점 외의 사정을 정리하기 위하여 포함되는 경우가 많으며¹⁹⁰⁾ 이 또한 형사분쟁이 수반되는 사건의 경우 화해의 내용으로 기재되는 경우가 대부분이다. 상술한 바와 같이 조정조항에 적힌 내용대로 재판상 화해, 즉 확정판결과 동일한 효력이 발생하므로 조정조항은 명확하고 구체적으로 간결하게 서술되어야 한다.

(3) 관련사건 처리 조항

조정사건과 관련 있는 다른 사건의 처분에 관한 합의를 기재하는 것을 관련사건 처리 조항이라고 한다. 별건의 민사소송의 취하 등을 그 내용으로 하기도 하나, 민사분쟁은 형사분쟁과 연결되어있는 경우가 많으며, 따라서 형사분쟁이 수반된 경우 피해자의 형사사건 고소취소, 즉 처벌불원의 의사표시에 대한 합의 또한 관련사건 처리 조항으로 기재하는 경우가 일반적이다.

[기재례]¹⁹¹⁾

- 원고는 피고에 대하여 서울중앙지방검찰청에 제기한 사기사건(2015형제1234호)의 고소를 취소하기로 한다. 만약, 원고가 이를 이행하지 아니하는 경우에는 피고는 고소취소의 뜻이 담긴 이 조정조서의 제출로 고소취소장 제출에 갈음하고, 원고는 피고에게 그 제출권한을 위임한다.
- 원고는 서울중앙지방법원 2015가합1234 손해배상청구사건을 취하하고, 피고는 이에 동의한다.
- 원고는 피고로부터 제1항 기재 금원을 지급받으면 지체 없이 피고 소유 부동산에 대하여 한 가 압류신청(서울중앙지방법원 2016카단1234)을 취하하고, 그 집행을 해제한다.
- 원고는 피고로부터 제1의 가항 기재 돈을 지급받는 즉시 대전지방법원 홍성지원 2016카단 1234호로 마친 부동산처분금지가처분결정에 관한 신청을 취하하고, 가처분집행을 해제한다.
- 피고는 원고에 대하여 원고가 수원지방법원 2016카단1234호 채권가압류신청사건에 관하여 제공한 담보의 취소에 동의하고, 그 취소결정에 대한 즉시항고권을 포기한다.
- 원고는 피고에 대하여 피고가 서울중앙지방법원 2015카정1234호 강제집행정지신청사건에 관하여 제공한 담보의 취소에 동의하고, 그 취소결정에 대한 항고를 하지 아니한다.

190) 도의적 조항의 예. “원고와 피고는 앞으로 이웃으로서 상호 원만하게 살아가기로 노력하고 서로 상대방을 중상·비방하는 언동을 하지 아니할 것을 굳게 약속한다.” 조정재판실무편람집필위원회, 조정 재판실무편람, 2016, 126쪽에서 인용.

191) 조정재판실무편람집필위원회, 조정 재판실무편람, 2016, 113쪽에서 일부 사건번호를 변경하여 인용.

관련사건 처리 조항의 효력과 관련하여 원칙적으로는 관련사건의 처리에 당사자가 합의한다 하더라도 그 합의만으로 다른 사건에까지 직접 법률적 효력을 갖는 것은 아니다. 예컨대 민사소송을 취하하기로 합의한 경우 그 합의만으로 바로 해당 민사소송 절차에서 소 취하 종결의 효력이 발생하지는 않는다. 그러나 소 취하 합의에도 불구하고 다른 소송이 계속 중인 법원에 소 취하서를 제출하지 않는 경우 상대방(피고)이 소취하 합의 성립의 항변을 주장하면 원고에게는 권리보호의 이익이 없는 것이 되므로 그 소가 각하될 것이다.¹⁹²⁾

그러나 조정사건에서 한 합의가 별개 사건인 형사사건에 대하여도 바로 법률적 효력을 발생시키는 것이 아니므로, 조정조서에 어떠한 방식으로건 형사합의, 처벌불원의사, 고소취소 약정 등이 기재되었다고 하여 조정조서만으로 바로 고소를 취소한 법률적 효과가 발생하는 것은 아니다. 따라서 별도로 다른 소송이 계속 중인 법원이나 수사기관에 소송 취하서나 고소취소서 등을 작성하여 제출하여야 한다. 이렇게 수사기관이나 법원에 제출된 처벌불원의 의사표시는 친고죄나 반의사불벌죄의 경우에 형사합의와 마찬가지로 법률적 효력을 가질 수 있다. 친고죄나 반의사불벌죄에 해당하지 않는다 하더라도 역시 형사합의와 마찬가지로 양형인자로서 형사절차에서 고려될 수 있다.

주지하는 바와 같이 형사사건의 고소취소 또는 처벌불원의사의 표시는 제1심 판결 선고 전까지만 가능하다(‘형사소송법’ 제232조). 따라서 민사조정 결과로 작성된 조정조서의 관련사건 처리 조항이 친고죄나 반의사불벌죄에서 법률적 효력을 갖기 위해서는 제1심 판결 선고 전에 수사기관 또는 법원에 제출되어야 한다. 친고죄의 고소권에 관하여 우리 대법원은 “고소권은 공법상의 권리이므로 법이 특별히 명문으로 인정하는 경우를 제외하고는 자유처분을 할 수 없고 따라서 일단 한 고소는 취소할 수 있으나 고소 전에 고소권을 포기할 수 없다”¹⁹³⁾고 판시한 바 있으므로 만약 고소가 있기 이전에 작성된 처벌불원의사에 관한 합의는 이후의 고소에 영향을 주지 않는 것으로 볼 수 있다. 아울러 대법원은 “고소인(강간피해자)과 피고인(가해자)사이엔 작성된 “상호 간에 원만히 해결되었으므로 이후에 민·형사간 어떠한 이의도 제기하지

192) 대법원 2005.6.10. 선고 2005다14861 판결.

193) 대법원 1967.5.23. 선고 67도471 판결.

아니할 것을 합의한다”는 취지의 합의서가 제1심 법원에 제출되었으나 고소인이 제1심에서 고소취소의 의사가 없다고 증언하였다면 위 합의서의 제출로 고소취소의 효력이 발생하지 아니한다”¹⁹⁴⁾고 판시한 바 있다. 그러므로 민사조정절차에서의 합의가 실제 의도한 대로 고소취소의 효력을 발생시키도록 하기 위해서는 법률적 요건을 꼼꼼히 확인하고 이를 관련사건 처리 조항의 문구에 반영하여야 할 것이다.

다만 처벌불원의 의사가 표시된 서면은 피고인 측에 의하여도 제출될 수 있다.¹⁹⁵⁾ 그래서 상술한 [기재례] 첫 번째 사례에서 확인할 수 있는 것처럼 형사고소 취소의 합의를 이행하지 않을 경우 상대방이 직접 조정조서를 제출하는 등의 방법으로 조정 조항에 가해자 측이 직접 고소취소에 갈음할 행위를 할 수 있는 권한을 위임하는 조건을 부가하는 것이 일반적이다. 그러므로 관련사건 처리 조항 등의 조정조항을 작성함에 있어 합의된 대로 법률적 효력이 발생할 수 있도록 가해자 및 피해자에 대한 법률적 조력이 요구되며, 따라서 조정조서의 작성을 중재하고 조정조항의 문구를 정리하는 형사조정위원 역시 법률적 전문성을 갖추는 것이 바람직하다.

라. 소결

(1) 형사상 다툼에 대한 민사소송 절차에서의 화해

결국 민사조정 조항에 관련사건 처리 조항으로 반영된 처벌불원의사는 형사 절차상의 형사합의와 그 형식과 내용면에서 전혀 다르지 않다. 오히려 일반적인 형사 합의와는 달리 민사조정은 조정위원이 개입하여 중재한다는 점에 있어서 차이가 있으며, 이러한 점에서는 검찰 단계의 형사조정제도와 유사성이 있다.

이처럼 관련사건 처리 조항에 형사합의가 반영되는 민사조정은 민사절차임에도 불구하고 양 당사자의 협상 및 합의의 대상으로 형사분쟁 그 자체를 직접 다룬다는 측면에서 사실상 민사재판 절차에서 진행되는 형사조정이라 해도 과언이 아닐 것으로 생각한다. 즉 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해(‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제36조)의 정반대의 경우에 해당하며, 그래서 이른바 형사상 다툼에 대한 민사소송 절차에서의 화해라고 할 수 있다.

194) 대법원 1981.10.6. 선고 81도1968 판결.

195) 대법원 2008.2.29. 선고 2007도11339 판결; 대법원 2001.12.14. 선고 2001도4283 판결.

다만 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해는 법률에 의하여 민사적으로도 재판상 화해의 효력이 부여되나, 형사상 다툼에 대한 민사소송 절차에서의 화해는 그 합의된 처벌불원의 의사표시가 수사기관이나 형사법원에 제출되기 전까지는 그 조정조서 자체로는 형사절차상 법률적 효력이 인정되지 않는 한계가 있다. 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차에서의 화해가 법제화될 수 있었으므로, 역으로 형사상 다툼에 관한 민사소송 절차에서의 화해도 요건과 효과를 구체적으로 법제화하여 법률상 효력을 부여하는 것이 불가능하지는 않을 것으로 생각한다. 예컨대 법원사무관 등이 조정조서를 형사재판이 계속 중인 재판부나 수사기관으로 송부하고 조정조서가 송달된 때 처벌불원 의사표시가 법률적 효력을 갖도록 하는 등의 방법을 생각해 볼 수 있다.

(2) 조정의 관점에서 민사와 형사의 융합

민사와 형사에서 분쟁을 해결하는 이유나 목적에 따라 구체적인 절차는 서로 다르게 구성되어 있으나, 많은 경우 실제 해결해야 하는 분쟁은 결국 서로 다르지 않다. 이는 결국 우리 법체계가 인위적으로, 그리고 규범적으로 민사분쟁과 형사분쟁을 구별하여 절차를 구축하고 있으나, 실제 현실 세계의 분쟁에서는 민사와 형사 양 측면의 구분이 그리 명확하지 않기 때문이다. 따라서 분쟁해결을 목적으로 하는 조정의 관점에서 민사와 형사의 구분은 혼화되며 융합된다. 그래서 조정의 영역에서 '민사조정법'을 '조정법'으로 또는 '민사 및 형사조정법'으로 개정하고 재판 단계의 형사조정과 민사조정을 통합하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것으로 생각한다. 형사재판의 재판장이 민사상 분쟁에 대한 해결이 우선이라고 생각하면 전문성을 가진 조정위원이 개입하는 조정절차에 회부하여 민사와 형사의 분쟁을 동시에 해소하는 것도 불가능한 이유가 없다. 오히려 사실상 형사합의를 위하여 기일을 조정하고 배려하는 현재의 형사재판 실무 관행을 보다 합리적으로 제도화하는 것으로 평가할 수도 있다.

형사조정을 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하는 것에 초점을 둔 대화중심형과 피해자 범죄피해의 실질적 회복에 중점을 둔 문제해결형으로 구분하는 견해에 따르면, 관련사건 처리 조항의 형식으로 형사분쟁에 대한 합의를 표시하는 민사조정은 대체로 문제해결형 형사조정에 가까운 것으로 보아도 큰 오류는 없을 것으로 사료된

다. 민사조정은 본래 민사분쟁의 해결을 목적으로 하며, 설령 손해가 범죄로 인하여 발생한 것이라 해도 손해배상액의 산정 및 이행확보가 민사분쟁의 종국적 해결에 있어서 핵심이 되기 때문이다. 가해자가 형사절차에서의 유리함을 얻기 위하여 적극적으로 합의에 나설 것이라는 점, 피해자도 실질적 피해배상을 확보하기 위하여 적극적으로 합의에 나설 것이라는 점은 형사합의에 관하여 상술하면서 설명한 바와 같다.

그래서 현재의 민사조정위원회에 기대되는 전문성은 분쟁의 종국적 해결에 조금 더 무게를 두고 있으며, 물론 중재와 조정, 대화적 전문성도 필요로 하나 오히려 법률적 전문성 측면을 더 강조하고 있다. 특히, 가해자와 피해자, 더 나아가서는 지역사회와의 화해와 통합과 같은 회복적 사법의 이념의 실현을 위한 전문성은 크게 고려되고 있지 않은 것으로 보인다. 그러므로 민사조정과 법원 단계의 형사조정의 운영을 통합한다면, 회복적 사법의 이념이 어떻게 실천될 수 있을지를 고민할 필요가 있다.

제4절 | 선행연구 검토

1. 법리적 검토

가. ‘형사’ 조정인가 ‘민사’ 조정인가

(1) 하나의 분쟁에 대한 두 개의 절차

앞에서 민사조정제도와 비교하여 살펴본 것처럼 우리의 규범적 체계 속에서 인위적으로 형사와 민사가 분리된다 하더라도, 현실 세계에서 사람과 사람 사이의 분쟁은 하나의 사건으로, 한 덩어리로 존재한다. 그렇다면 분쟁해결을 목적으로 하는 조정은 현실 분쟁의 이러한 속성을 적절히 반영할 수 있는 것이어야 합목적적인 것으로 평가될 수 있다. 그래서 범죄와 관련한 분쟁을 조정하기 위해서 실무상 민사조정과 형사조정의 연결이 발생할 수밖에 없는 것이다.¹⁹⁶⁾

196) 이를 “갈등해결의 재민사화”라고 평가하는 견해로 윤영철, “형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 867쪽 참조.

범죄가 발생하면 가해자와 피해자 간의 대립구도가 형성되며, 이와는 별도로 가해자, 즉 피의자·피고인과 국가형벌권의 관점에서 국가를 대신하는 수사기관 및 공소를 제기하는 검사 사이에서 유죄 입증과 관련하여 형사상 쟁점에 대한 대립구도가 만들어진다. 민사와 형사를 엄격히 분리하는 전통적인 관점에서 보면 전자는 민사적 분쟁 해결절차에 해당하며 형사절차는 후자의 대립구도를 의미한다. 형사절차는 유죄를 입증하고자 하는 국가기관과 방어하고자 하는 피의자 또는 피고인 사이의 대립 속에서 실제적 진실을 발견해 나아가는 과정이다. 형사소송의 당사자는 가해자 즉, 피의자 또는 피의자와 검사이며 그러므로 피해자는 원칙적으로 참고인 또는 증인에 불과하다. 따라서 소송을 통해 다투어야 하는 분쟁을 대안적 방법을 통하여 해결한다는 조정제도의 관점에서 보면 가해자와 피해자가 참여하는 형사조정은 ‘형사적 분쟁’에 대한 조정이라고 할 수 있어도, 엄밀한 의미에서 ‘형사적 쟁점’을 협의하여 조정하는 것이라고는 할 수 없다. 이 점은 민사조정과 대비해서 보면 더욱 명확해진다. 민사조정은 각각 분쟁 대상에 관한 처분 권한을 갖는 원고와 피고가 당사자로 분쟁의 종국적 해결을 목적으로 협상하여 ‘민사적 쟁점’에 대한 합의를 도출해 내는 과정이다. 그러나 현행 형사절차상 혐의사실 및 형량과 같은 형사상 쟁점에 대한 이른바 유죄협상(plea bargain)은 공식적으로 인정되지 않으므로, 형사조정은 엄밀한 의미에서 혐의사실 및 형량에 관한 형사상 쟁점에 대한 조정, 즉 유죄인부나 증거채택과 같은 형사적 쟁점에 대하여 양측 당사자가 처분권을 가지고 이견을 조율하면서 합의하는 과정을 조정자가 중재하는 것이 될 수 없다.

참고로 유죄협상제도가 인정되는 미국의 경우 형사조정 당사자를 가해자와 피해자로 규정하지 않고 피고인과 검사로 규정하기도 한다. 그 예로 아이다호주 형사조정제도(Mediation in Criminal Cases)를 들 수 있다. 아이다호주의 형사조정 절차에서는 물론 피해자에 대한 배상도 조정의 대상이 되나, 피해자가 아니라 해당 형사절차에 대하여 처분 권한이 있는 검사가 조정 당사자로 참여하며, 따라서 형사상 쟁점, 즉 범죄혐의나 양형 등에 대한 합의도 조정의 대상이 되며, 피고인은 물론 검사도 합의된 대로 형사절차상의 쟁점을 정리하고 이후의 형사절차를 진행한다. 아이다호주 형사조정 절차에 관하여 구체적인 내용은 아래와 같다.

미국 아이다호주의 형사조정 절차

근거 규정 : Criminal Rule 18.1. Mediation in Criminal Cases¹⁹⁷⁾

형사소송에서 당사자 또는 법원이 형사조정 요청 가능. 조정 참여는 자발적으로 이루어져야 하며, 모든 당사자의 동의가 있을 때에만 조정절차 개시. 피고인이 다수인 경우 모든 피고인이 조정에 참여하거나 합의할 필요는 없음. 결정 권한은 조정자가 아니라 당사자에게 있음. 원칙적으로 조정 절차는 다른 절차를 중단시키지 않음.

- (a) 조정의 정의 - 조정이란 중립적인 조정자가 당사자(국가를 대신하는 검사¹⁹⁸⁾와 피고인)가 상호 수용 가능한 합의에 도달하도록 지원하는 과정. 선고(양형), 손해배상금의 지급은 물론 증거 능력(admissibility of evidence) 및 사건 해결에 도움이 될 수 있는 모든 쟁점(any other issues)이 포함됨.
- (b) 조정의 대상 - 법원이 사건을 해결하는데 도움이 된다고 판단하는 경우 모든 경죄(misdemeanor)와 중죄(felony)가 조정 대상이 됨. 조정 대상에는 다음이 포함되며 이에 국한되지 않음.
 - (1) 혐의의 축소(reduced charges) 가능성
 - (2) 선고(양형)에 대한 합의 또는 Rule 11에 따른 합의
 - (3) 배상의 집행(handling of restitution)
 - (4) 피해자와의 관계 회복
- (c) 조정인 선정 - 당사자의 추천을 고려하여 법원행정처가 관리하는 조정인 명단에서 조정인 선정. 조정인 명단에는 12시간의 형사조정 교육을 이수한 부장(senior) 또는 배석(sitting) 판사 또는 대법관(judge)이 포함됨. 선정된 조정인이 부장판사 또는 대법관인 경우 중재인은 부장판사에 준하여 수당을 받으며(compensated), 중재 전에 1심 법원(trial court) 관리자(administrator)의 승인을 받아야 함.
- (d) 조정인의 역할 - 형사사건에서 당사자의 자발적인 해결을 촉진하는 것으로 제한됨. 중재인은 당사자가 문제를 이해하고, 오해를 줄이고, 해결 가능한 방안을 탐색하고, 사건의 재판 또는 종결을 신속하게 처리할 수 있는 합의 가능한 영역을 논의하는데 도움을 주는 것임. 자발적인 해결을 촉진하는 이외에 사건의 진행을 주재해서는 안 됨. 중재인은 피고의 유죄를 인정하거나 하는 판단을 해서도 안 됨.
- (e) 조정 참석자 - 참석자는 변호사(또는 검사, attorney)와 중재자에 의하여 결정됨. 합의를 위한 논의에 참석하는 정부측 변호인(검사)은 사건에 대한 처분 권한이 있어야 함.
- (f) 비밀 유지 - 조정인은 아이다호주 Rule of Evidence 507에 따라 비밀유지 특권(privilege)이 있음.
- (h) 조정인과 법원간의 소통 - 조정인과 법원은 조정인의 논평 없이 다음의 사항을 보고할 수 있는 경우 이외에는 어떠한 경우에도 법원과 의사소통을 해서는 안 됨.
 - (1) 당사자 간 협의가 교착상태에 빠짐.

- (2) 당사자 간 합의가 성립되었으며 검사, 피고인 및 변호인이 서명하고 법원에 제출할 수 있는 서면으로 작성됨.
 - (3) 의미 있는 조정이 진행 중임.
 - (4) 조정인의 사임.
- (i) 조정인과 변호사(또는 검사 attorney)와의 의사소통 - 조정인은 현재의 협상 상태와 조정을 통해 해결할 문제에 대하여 더 잘 이해하기 위하여 조정 전에 변호사와 의사소통할 수 있음. 이러한 의사소통은 각 변호사를 대상으로 분리하여 이루어질 수 있고, 피고인의 참석 없이도 이루어질 수 있음.
- (j) 조정 종료 - 법원, 조정인, 각 당사자는 합리적인 합의를 위한 추가 진전이 없을 것으로 예상되거나 조정이 더 이상 적절하지 않을 우려나 문제가 발생하는 경우 언제든지 조정을 종료할 수 있음.

(2) 민사적 조정의 특수한 형태로서 형사조정

형사조정제도를 통해서 조정되는 것이 무엇인지를 확인하면 형사조정의 법적 성격이 보다 명확해진다. 앞에서 살펴본 바와 같이 형사조정은 피의자와 피해자 사이의 형사분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하는데 필요한 경우에 회부된다(‘범죄피해자 보호법’ 제41조). 즉 형사조정을 통해서 달성하고자 하는 목적은 범죄피해자의 피해에 대한 실질적 회복이다.

현행 형사조정, 형사합의, 양형기준, 형사적 쟁점에 대한 민사조정 등의 실무를 종합적으로 살펴보면 범죄피해자의 피해는 크게 경제적 손해와 그 외의 손해로 나누어 볼 수 있다. 오히려 경제적 손해는 비교적 객관적이며 협상의 여지가 큰 편으로 보이며, 따라서 실무상 주로 조정의 쟁점이 되는 것은 경제적 손해의 배상액의 확정 및 집행방법인 경우가 대부분이다. 이러한 관점에서 주로 손해배상액의 합의에 중점을 두게 될 가능성이 높은 문제해결형 형사조정은 결과적으로 형사불법에 수반된 민사조정의 특수한 형태에 불과한 것이라고 할 수 있다.

반면 이상적인 회복적 사법의 이념에 입각한 화해형 형사조정의 경우 가해자의 자발적 책임 인정에 근거한 사과와 피해자의 용서를 통해 이른바 “피해회복적 형사사법정의”를 추구하는 것으로 이해되므로 그 나름대로 형사법적 의미를 갖는 조정이라

197) 미국 아이다호주 법률정보 홈페이지(<https://isc.idaho.gov/icr18-1>, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

198) 피해자가 아니라 검사가 형사조정 당사자가 됨.

고 할 수 있다. 그러나 역시 협상의 일방 당사자가 검사가 아니라 피해자라는 점은 그대로이며 조정을 통하여 양형이나 증거능력 등 형사법적 쟁점이 합의되는 것이 아니므로, 결국 개인 간의 분쟁해결절차라는 측면이 달라지는 것은 아니라고 생각된다. 즉 화해형 형사조정 경우에도 비록 그것이 문제해결형 형사조정에 비하여 형사법적 의미를 더 많이 갖는 것으로 보인다 하더라도 그 본질에 있어서는 개인 간의 분쟁에 대한 조정, 즉 민사조정에 더 가까운 것으로 보인다. 그렇다면 형사조정은 형사절차에 공식·비공식적으로 직·간접적으로 영향을 주는 민사적 조정절차의 특수한 형태라고 사료된다.

(3) 형사조정의 법치국가적 정형화

처분권을 갖는 개인 간의 합의를 통하여 당사자 간의 민사적 분쟁을 해결하는 것을 따로 정당화해야 할 이유나 필요는 없을 것이다. 그러나 개인 간의 합의가 국가의 형벌권 행사에 영향을 주는 결과를 초래한다면, 그것이 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 한, 합당한 근거와 그와 관련된 형사사법적 쟁점에 대해서 정당성을 확인할 필요가 있다. 피해자에게 형법규범에 대한 처분권을 주는 것은 시민의 자율을 확대하는 것이라 하더라도 법치국가적으로 정형화되어야 한다.¹⁹⁹⁾

물론 형법 및 형사절차법 이론의 관점에서 형사조정의 형사사법적 정당성과 법치국가적 정형화의 가능성과 방향성은 일찍이 회복적 사법의 절차적 수용에 관하여 논의가 전개될 당시부터 이미 수많은 선행연구²⁰⁰⁾들을 통하여 다원적 지평에서 분석된 바 있다. 이하에서는 이 보고서의 논의를 위하여 필요한 범위 내에서 선행연구들을 정리하여 검토한다.

199) 배종대, 형법총론, 제17판, 홍문사, 2023, 81/1 참조.

200) 이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원·경제인문사회연구원 협동연구총서, 2006; 윤영철, “형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007; 탁희성/김성돈/이동원/박민정/강우예, 새로운 범죄대응 전략으로서 화해조정체제구축(), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구원 협동연구총서, 2008; 김성돈, “회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안”, 성균관법학 제21권 제2호, 2009; 이용식, “회복적 정의와 형사사법 정의 - 두 정의의 ‘절충’은 가능한 것인가”, 동아법학 제54호, 2012; 이보영, “형사조정제도의 법이론적 문제점 및 효과성 검토”, 경희법학 제48권 제2호, 2013 등 다수.

나. 무죄추정의 원칙, 공정한 재판을 받을 권리

경찰, 검찰, 법원 등의 형사사법기관이 판결이 확정되기 전의 피고인에게 조정절차에 참여하도록 하는 것은 '헌법'상 공정한 재판을 받을 권리(제27조 제1항) 및 무죄추정의 원칙(같은 조 제4항)에 반할 가능성이 있다. 예컨대 자백 등으로 수사나 공판절차에서 이미 사실관계가 확정된 것으로 간주할 수 있는 경우라 하더라도, 판사가 피고인에게 조정에 참여할 것을 명령하는 경우, 또는 검사가 피의자가 유죄라는 점에 대하여 확신을 갖고 기소 전 단계에서 기소유예²⁰¹⁾ 등 형사절차상의 이익을 조건으로 조정을 통한 합의를 요구하는 경우 피의자 또는 피고인은 판결이 확정되기 전에 사실상 유죄로 추정되어 불이익한 상황에 놓이게 되는 것과 다름 아니다. 그러므로 형사조정은 자발적인 책임 인수, 즉 가해자의 진지한 동의를 전제로 하는 절차여야 한다.²⁰²⁾

그러나 형사조정이 동의를 전제로 한다 하더라도 형사사법기관이 직권으로 형사조정에 회부한다면, 이를 통해 법원과 검찰의 예단을 확인한 피고인 또는 피의자가, 설령 본인이 무죄라고 확신하는 경우라 하더라도 형사조정에 적극적으로 임하지 않을 경우 예상되는 불이익을 피하기 위한 전략적 선택으로 조정회부에 동의해야 하는 상황에 놓이게 될 가능성이 있다.

따라서 무죄추정의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리가 침해되지 않도록 하기 위하여, 법원의 결정으로 회부할 수 있는 민사조정('민사조정법' 제6조)이나 화해권고('민사소송법' 제225조)와는 달리, 어떠한 경우에도 형사사법기관에 의한 명령으로 개시되어서는 안 된다.²⁰³⁾ 설령 이의신청 등의 방법으로 가해자가 명령으로 개시된 형사조정 절차에 참여하지 않을 수 있다 하더라도, 이러한 사정은 결과적으로 형사조정 절차를 개시하려고 했던 수사기관 또는 법원의 심증에 불리한 영향을 줄 수밖에 없으며, 결과적으로 가해자의 동의를 사실상 강요하는 상황을 만들게 되기 때문이다.

사실상 동의를 강요하여 무죄추정의 원칙에 반하는 상황이 만들어지지 않도록,

201) 기소유예제도는 그 자체로 권력분립원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다는 비판이 제기된다.

202) 이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사범이념의 실천방안, 한국형사정책연구원·경제인문사회연구원 협동연구총서, 2006, 220쪽; 김성돈, "회복적 사범형 형사조정제도의 법제화 방안", 성균관법학 제21권 제2호, 2009, 280쪽; 이보영, "형사조정제도의 법이론적 문제점 및 효과성 검토", 경희법학 제48권 제2호, 2013, 250쪽 등.

203) 그래서 현행 법령상 형사조정 회부사건도 당사자의 동의를 확인해야 한다('형사조정 실무운용지침' 제2조 제1항).

가해자와 피해자 사이에 사실관계에 다툼이 없거나 유·무죄 판단에 영향을 주지 않을 정도로 경미한 사건의 경우에만 형사조정 절차가 개시되도록 제도적으로 설계되어야 하며, 특히 가해자, 즉 피고인·피의자의 자발적인 동의가 전체 형사조정 과정에서 지속적으로 확인될 수 있어야 한다.²⁰⁴⁾ 더 나아가 형사조정 절차의 개시 및 합의에 대한 가해자의 동의 여부를 확인하는 경우에도 부동의 또는 소극적인 조정절차 참여가 수사 및 형사재판에서 피고인에게 불이익하게 고려되지 않는다는 점을 고지하고 실제 그렇게 고려되지 않도록 하는 법 제도적 장치²⁰⁵⁾가 마련되고 강화되어야 한다.

다. 양심의 자유, 자기부죄 금지 원칙

가해자의 동의를 전제로 형사조정제도를 설계한다 하더라도 형사조정 절차에서 가해자와 피해자의 관계 회복을 너무 지나치게 강조할 경우 조정절차의 참여 여부에 대한 결정 및 조정절차 그 자체가 가해자에게 사실상 사과를 강제하는 것으로 작용할 여지가 있다.²⁰⁶⁾ 형사조정 절차에 대한 동의가 있더라도 가해자의 심리 속에서는 사과의 의사는 개념적으로 구분될 수 있다.

이처럼 사실상 강제된 사과는 당연히 형사조정을 통해 달성하고자 이상적인 회복적 사법의 이념과 대화중심형 형사조정의 본질에도 반한다.²⁰⁷⁾ 그런데 상술한 바와 같이 현재의 형사조정 및 형사합의 등의 실무를 살펴보면 형사조정의 이상에도 불구하고 결국 현실적으로 조정절차는 양 당사자의 계산적인 타협의 절차가 될 가능성이 높다. 이렇게 형식화된 절차 속에서 가해자의 사과와 피해자의 용서가 조정의 조건이 된다 면, 그리고 형사조정위원의 개입이 적극적일수록, 형사조정의 결과가 더 강하게 형사 절차에 반영될수록, 형사조정 절차는 가해자에게 직·간접적으로 사과를 강요하는 절차로 전락할 가능성이 크며 결과적으로 ‘헌법’상 양심의 자유(‘헌법’ 제19조)를 침해하

204) 따라서 무죄추정의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 대한 보장 강화는 형사조정의 의의율을 높이는 것과 반비례 관계에 있을 가능성이 높다.

205) ‘범죄피해자 보호법’ 제45조 제4항. “검사는 형사사건을 수사하고 처리할 때 형사조정 결과를 고려할 수 있다. 다만, 형사조정이 성립되지 아니하였다는 사정을 피의자에게 불리하게 고려하여서는 아니 된다.”

206) 윤영철, “형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 864쪽; 김성돈, “회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안”, 성균관법학 제21권 제2호, 2009, 281쪽.

207) 김성돈, “회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안”, 성균관법학 제21권 제2호, 2009, 282쪽.

는 제도가 될 수밖에 없다. 더 나아가 판결이 확정되기 전에 이루어지는 형사조정에서 책임 인수를 전제로 하는 사과는 결국 자기부죄 금지 원칙(‘헌법’ 제12조 제2항)에도 반하게 된다.²⁰⁸⁾

물론 자발적 책임 인정을 전제로 하는 사과라면 양심의 자유가 침해된 것이라고 하기 어려울 것이다.²⁰⁹⁾ 그러나 피해자의 상황에 따라서 사과는 합의의 필수조건이 아닐 수도 있다. 계산적인 타협의 결과라 하더라도 가해자의 적극적인 손해배상을 확보하여 피해자의 피해가 실질적으로 회복될 수 있다면 그 자체로도 형사조정의 의의는 크다고 할 것이다. 그러므로 문제해결형으로 이해된 형사조정 절차에서 가해자의 사과는 필수적인 것이 아닐 수도 있다. 그러므로 형사조정 절차가 정당한 것으로 평가되기 위해서는 사과에 대한 강요 없이 자발적 책임 인정을 확인할 수 있는 절차가 갖추어져야 할 것이다.

라. 책임원칙

형사조정이 성립되고 이를 근거로 가해자의 형사처벌을 감면하게 되면, 이는 결국 책임원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 지적²¹⁰⁾이 있다. 이러한 지적은 특히 형법이론적 관점에서 반박하기가 쉽지 않은 본질적인 비판이라고 생각된다. 이러한 문제를 법이론적으로 극복하기 위하여 책임원칙을 재구성하려는 시도도 있으나 이는 주객이 전도된 것으로 보여 받아들이기 어렵다.²¹¹⁾ 형사조정을 “형법의 독자적인 목적의 하나로 인정”하고 조정의 결과인 사과나 피해회복을 형법상 제재로서 의미를 갖는 것으로 이해함으로써 법이론적으로 해결하려는 견해도 있으나²¹²⁾ 이 또한 본질적으로 책임원칙을 재구성하려는 시도와 다르지 않은 것으로 보인다.

208) 따라서 양심의 자유 및 자기부죄 금지 원칙에 대한 보장 강화는 형사조정의 성립률을 높이는 것과 반비례 관계에 있을 가능성이 높다.

209) 이보영, “형사조정제도의 법이론적 문제점 및 효과성 검토”, 경희법학 제48권 제2호, 2013, 251쪽.

210) 이러한 견해에 대해서는 탁희성/김성돈/이동원/박민정/강우예, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체제구축(Ⅰ), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2008, 32쪽 이하 참조.

211) 형사조정과 관련하여 형법이론상 책임원칙을 재구성하려는 논의에 대한 설명과 그에 대한 비판은 이보영, “형사조정제도의 법이론적 문제점 및 효과성 검토”, 경희법학 제48권 제2호, 2013, 252쪽 참조.

212) 탁희성/김성돈/이동원/박민정/강우예, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체제구축(Ⅰ), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2008, 34쪽.

오히려 이러한 문제는 규범의 현실을 직시하는 방법으로 이해될 수 있을 것으로 생각된다. 우리는 이미 행위불법과 결과불법의 주관적 귀속으로서의 책임 이외에도, 결과 발생 이후의 가해자의 태도를 공식·비공식적으로 양형요소로 고려하고 있다. 예컨대 자수, 처벌불원, 실질적 또는 상당한 피해회복, 진지한 반성, 범행 후 피해자의 구호, 개전의 정, 실무상 형사합의 등이 바로 이러한 요소에 해당한다. 이러한 관점에서 우리 '형법' 제51조 제4호도 '범죄 후의 정황'을 양형의 조건으로 참작하도록 명시하고 있다.

책임원칙에 따르면 양형은 책임에 상응해야 한다. 양형이 달라진다는 것은 책임을 다르게 인식한다는 것을 의미한다. 이 경우 책임을 다르게 인식하도록 하는 요인은 범죄 결과 발생 이후의 가해자의 태도이다. 우리가 왜 가해자의 사후적 태도를 책임에 반영하여 고려하는지에 대하여 논하는 것은 책임원칙의 본질에 관한 이해에 닿아있는 쟁점으로, 이러한 쟁점을 이 보고서에서 상세하게 논하는 것은 시간과 지면의 제약으로 가능하지도 않을 뿐만 아니라 필요하지도 않다. 다만 이 글에서는 현실 세계에서 우리가 이미 형법적 책임을 그러한 방식으로 이해하고 있다는 사실에 근거하여 형사조정이 책임원칙에 반한다는 지적에 대하여 반박하고자 할 뿐이다.²¹³⁾

책임원칙은 국가형벌권 남용의 통제장치로서 가장 중요한 의의를 갖는다. 국가권력의 남용을 통제하기 위해서는 형벌의 상한이 중요하다. 형벌의 하한은 개별화된 책임의 양정 속에서 합리적으로 정해지면 된다. 그렇다면 그 상한의 범주 내에서 형사조정을 통하여 도출된 특별예방적 고려가 반영²¹⁴⁾되어야 한다는 주장도 불가능한 논변은 아니라고 생각한다. 이러한 관점에서 가해자가 진지하게 반성하고 피해를 배상한 경우 재범 가능성이 낮은 것으로 볼 수 있으므로 형사조정의 결과가 양형에 반영되는 것은 책임원칙의 현실적 이해에 따르고 있는 것으로 볼 수 있다.

그러나 형사조정의 결과에 따라 가해자의 형사처벌이 달라질 경우 책임원칙에 반할 우려가 있다는 지적은 후술할 '무전유죄, 유전무죄'라는 직관적인 비판의 본질에 닿아

213) 물론 당위적 논변에 대하여 사실을 논거로 하는 반박이 결코 충분할 수는 없겠으나, 오히려 회복적 사법이 "행위자의 책임원칙을 강조하는 제도로 이해되어야 한다"(이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원 경제인문사회연구회 협동연구총서, 2006, 147쪽에서 인용)는 선행연구를 소개하는 것으로 이 보고서에서의 논의를 마무리하고자 한다.

214) Roxin이 주장한 특별예방적 위가이론이다. 이에 관하여 자세한 설명은 최석훈, "양형위원회와 양형이론", 형사정책연구 제18권 제3호, 2007, 433쪽 참조.

있다. 그렇기 때문에 조정의 결과가 현저히 정의에 반하여 책임원칙에 반하는 결과가 초래되지 않도록²¹⁵⁾ 전문성을 갖춘 형사조정위원 등이 조정절차에 적절히 개입할 필요가 있으며, 무엇보다도 조정의 결과가 법률의 규정에 따라 기계적으로 형사절차에 반영되지 않도록 함으로써, 법률전문가인 검사나 판사의 형사법적 판단이 개입할 수 있는 여지를 절차적으로 마련해야 한다.

마. 형사절차상 방어권

주지하는 바와 같이 형사절차에는 피의자 또는 피고인에게는 다양한 방어권 보장 장치가 있다. 그런데 변호인의 조력을 받을 권리,²¹⁶⁾ 위법수집증거 배제법칙, 전문법칙 등 다양한 ‘형사소송법’적 장치들과 적법절차 원칙²¹⁷⁾ 등이 형사조정 절차에서 무력화 될 우려도 있다.²¹⁸⁾

이러한 문제를 극복하기 위하여 무엇보다도 형사조정 절차에서 가해자에게 법률적 조력을 제공하는 것을 고려해야 할 것이며, 더 나아가 형사조정 절차는 형사재판 절차와 분리²¹⁹⁾되어야 한다. 적법절차에 대한 법률적 판단을 거치지 않고 형사조정 절차를 통해 현출된 진술이나 증거가 ‘형사소송법’에 따른 증거능력 판단 없이 형사재판 절차에 현출되거나 형사재판을 담당하는 법관의 예단 형성에 영향을 주어 피고인에게 불리하게 작용하지 않도록 형사조정 절차를 설계해야 한다.²²⁰⁾

바. 국가형벌권과 적극적 일반예방

형사조정은 결과적으로 국가형벌권의 발동 여부가 피해자의 선택에 좌우되도록 한다. 이러한 측면은 기존의 친고죄나 반의사불벌죄 또는 피해자의 승낙에서 피해자

215) 책임원칙에 반할 것이 예상되는 경우 조정에서 배제해야 한다는 견해로 이보영, “형사조정제도의 법이론적 문제점 및 효과성 검토”, 경희법학 제48권 제2호, 2013, 253쪽.

216) 탁희성/김성돈/이동원/박민정/강우예, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(I), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2008, 38쪽.

217) 김성돈, 회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안, 성균관법학 제21권 제2호, 2009, 283쪽 이하.

218) 윤영철, “형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 863쪽.

219) 형사조정의 본질상 형사사법절차와 분리될 수 없다는 견해로 김성돈, “회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안”, 성균관법학 제21권 제2호, 2009, 284쪽.

220) 상술한 부천지원 회복적 사법 프로그램 참조.

의 의사가 국가형벌권에 우선하는 현상에 대한 비판 및 그에 대한 반론과 같은 논의의 지평에 있는 쟁점이라고 할 수 있다.

전통적인 응보적 사법의 관점에서 “형법에서 범죄는 국가에 대한 공격으로 정의된다.”²²¹⁾ 범죄로 인하여 만들어진 침해를 바로잡는 것이 공동체의 요구를 충족해야 하는 국가의 의무이며 국가형벌권은 이러한 의무를 이행하기 위해 활용될 때에만 정당한 것으로 여겨진다.²²²⁾

만약 형사조정 결과에 형사처벌을 좌우하는 수준에 이르는 법적 효과를 부여할 경우 이는 사실상 피해자에게 형벌권 발동에 대한 처분 권한을 주는 것과 다름 아니다. 이를 통해 피해자의 손해가 배상 될 가능성을 높이고, 더 나아가 가해자와 피해자의 관계가 회복될 수 있는 이상적인 결과가 달성될 수 있다 하더라도, 합의 성공 여부에 따른 국가형벌권의 선택적 미집행은 법익보호의 근간이 되는 규범이 시민들에게 내재화되는 과정에 어떠한 방식으로든 장애를 초래할 가능성이 있음을 부인할 수 없다. 국가형벌권의 빠짐없는, 그리고 일관된 집행이 규범 내면화의 가장 중요한 형식적 요소로 여겨지기 때문이다.

특히 합리적 이유나 근거가 설득력 있게 제시되지 못한 채 형사조정의 결과가 형벌의 감경 또는 면제, 더 나아가 기소유예 등 형사절차의 면제로까지 연결되는 것이 일반화된다면, 이른바 “무전유죄, 유전무죄”라는 국민적 비판에 직면하게 될 것이며, 배상이 가능한 가해자에 한하여 형사절차가 사실상 민사상의 손해배상으로 대체되는 결과를 초래하게 될 것이므로, 결국 규범위반에 대한 불승인을 통한 법질서 방위, 즉 형벌의 일반예방적 기능과 이를 통한 법익보호 기능은 적절하게 작동할 수 없을 것이다.

반면 합의의 결과에 아무런 법률적 효력이 부여되지 않는 경우 형사조정 절차의 실효성이 급감할 수밖에 없다. 그러므로 합의의 결과와 내용을 형사절차에서 어떻게 고려할 것인가는 신중하게 정형화되어야 한다. 합의를 통한 형사처벌의 면제는 엄격한 요건 하에 예외적으로만 인정되어야 하며, 형벌의 감경도 보편적 동의에 기반한

221) 하워드 제어, 손진 옮김, 우리 시대의 회복적 정의, 25주년 기념 개정판 초판2쇄, 대장간, 2020, 116쪽에서 인용.

222) 이용식, “회복적 정의와 형사사법 정의 - 두 정의의 ‘절충’은 가능한 것인가”, 동아법학 제54호, 2012, 418쪽.

국민적 신뢰를 획득할 수 있는 합리적 요건과 절차가 충족되는 경우로 한정되어야만, 형법의 법익보호기능이 유지될 수 있을 것이다.

그러나 피해자의 이익과 관점을 합리적이고 적절하게 배려하는 국가형벌권의 집행 을 통해 시민사회의 규범에 대한 신뢰가 강화될 수 있다는 견해²²³⁾는 적극적 일반예방 의 지평에서 그 관점을 확장하는 것으로 이해될 수 있다. 더 나아가 가해자의 능동적인 절차참여를 통해 진정한 의미의 속죄와 화해가 이루어진다면, 가해자에게 특별예방적 효과가 발생할 것을 기대할 수 있을 것이다. 또한 이러한 과정 속에서 가해자의 규범위 반 행위가 사회적으로 결코 승인될 수 없다는 사실이 일반인들에게 규범승인의 효과 를 줄 수 있다. 이러한 관점에서, 단순히 배상과 처벌 감면에만 집중하는 형사조정 의 방식은 국가형벌권의 이념에 상충하는 것이 될 우려가 큰 반면, 기존의 형사법 체계 내에서 합리적으로 설계된 제도와 절차를 거쳐 이른바 형벌 완화 요건으로 작동하는 경우, 즉 합리적이고 정당한 피해자에 대한 배려라고 여겨질 수 있도록 정형화된 형사조정제도는 오히려 국가형벌권의 기초를 강화하는 요소가 될 수 있을 것이다.²²⁴⁾ 즉 이상적 회복적 사법의 이념에 입각한 대화중심형 형사조정 모델의 경우는 물론 피해자의 실질적 피해회복에 중점을 두는 문제해결형 형사조정 모델의 경우에도, 형 벌 완화의 기준과 정도를 피해자에 대한 배려의 관점과 책임원칙을 모두 고려하는 가운데 합목적적으로 설정할 수 있다면, 이러한 관점에서 정당성을 갖는 것으로 평가 될 수 있다.

사. 소결

(1) 현상에 대한 규범적 성찰

우리 학계와 실무의 많은 비판에도 불구하고 법원은 실무상 이른바 형사합의를 양형에 적극적으로 고려하고 있다. 역사적 관점에서 보면 과거 민사상 손해배상제도가 피해자의 권리를 적절하게 구제하지 못하던 상황에서 형사합의는 매우 유용한

223) 김성돈, “회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안”, 성균관법학 제21권 제2호, 2009, 279-280쪽.

224) 범죄피해자에 대한 배려가 국가형벌권의 기초를 흔들지 않는다는 견해로, 김성돈, “회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안”, 성균관법학 제21권 제2호, 2009, 278쪽; 이용식, 형사절차에서 회복적 사법이념의 구현방안에 관한 연구, 대검찰청 연구용역보고서, 2011, 64-65쪽.

피해회복 수단이었다. 그러나 민사상 손해배상제도 및 형사배상명령제도 등 피해자 권리구제 절차의 발전에도 불구하고 법 제도의 내재적 한계로 인하여 피해자의 권리가 구제되기 어려운 경우가 많은 것이 사실이다. 가해자의 무자력 또는 의도적인 재산은닉 등의 경우에는 강제집행이 불가능하며 가해자의 가족 등 가해자의 주변인으로부터 손해전보를 확보할 방법도 사실상 존재하지 않는다. 그래서 가해자 측이 피해회복에 적극적으로 나서지 않는 경우 강제집행절차를 통하더라도 피해자의 피해가 실질적으로 회복되지 못하는 경우가 많다. 이러한 상황에서 이른바 형사합의는 피해자의 손해회복에 대한 가해자 측의 적극적인 노력을 이끌어 낼 수 있는 사실상 유일한 방법이었다는 것이 부인할 수 없는 사실이다. 그렇기 때문에 합의의 사실상의 집행력을 높이기 위하여 그 결과를 양형에 반영하는 실무가 관행화되었는데, 이는 결국 피해자의 경제적 회복 측면이 중요하게 고려되었기 때문이다. 이러한 관행은 형사조정 실무 관행에도 그대로 이어지고 있다. 대부분의 형사조정은 피해자의 손해를 실질적으로 회복할 가능성을 확보하는 것에 초점을 두고 진행된다.²²⁵⁾ 이러한 관점에서 보면 우리 형사조정 실무에서 이상적 회복적 사법의 이념에 근거한 다른 요소, 즉 피해자의 정서적 회복, 가해자의 진정 어린 뉘우침과 피해자의 용서, 가해자와 피해자의 화해나 관계 회복 등에 비하여 경제적 손해의 실질적 회복이 더 큰 비중을 가지고 고려되고 있음을 알 수 있다.

(2) 형사사법 정의와 유전무죄라는 비판

이러한 현상에 대하여, 전적으로 이상적인 회복적 사법의 이념의 지평에 서서 형사합의의 당위적 중점을 사과와 용서, 즉 화해에 두고, 현실 세계에서 경제적 손해의 배상에만 치중하여 이를 왜곡하는 현상이 발생하고 있는 문제를 지적하는 비판적 견해도 성립 가능하다. 회복적 사법의 이념을 지지하는 다수의 학자들이 이러한 견해에 서 있는 것으로 보인다. 더욱이 응보적 사법의 관점에서도 형사법적 응보개념, 책임원칙, 그리고 형사절차의 이념, 즉 실제적 진실 발견과 직권탐지주의의 의의 등이 손해의 배상이 양형을 좌우하는 이러한 현실에 대한 비판의 매우 설득력 있는 논거가 된다.

225) 사실상 피해자의 경제적 피해회복에 집중하는 형사조정 실무 관행에 관하여는 제3장 참조.

물론 양형표지상 처벌불원의 의사와 경제적 손해의 배상은 다른 의미를 가진다. 그러나 처벌불원의 의사도 가해자와 피해자의 진정한 관계 회복을 간접적으로 추정하게 해주는 객관적 사실에 지나지 않는다. 실제 피해자의 정서적 회복은 주관적 요소이며 장기적으로 경향성은 추단할 수 있을지언정 피해자의 정서나 마음은 상황에 따라 쉽게 변할 수 있으므로 가해자에 대한 형사재판 단계에서 이를 객관화하여 측정하거나 입증하는 것이 사실상 불가능하다. 이러한 현실을 고려할 때 형사합의의 당위적 중점을 어디에 둘 것인지, 최소한 양형상의 고려요소로서 형사재판 단계에서 객관적으로 확인 가능한 부분을 형사절차에 어떻게 반영할 것인지, 이에 대한 정책적 대안을 어떻게 제시할 것인지에 대해서 답을 하려면, 물론 더 깊은 성찰과 연구가 필요하겠지만, 최소한 형사합의 및 형사조정제도를 통하여 피해자의 실질적 피해회복에 중점을 두는 현재의 형사사법 관행을 규범적 관점에서 이해하기 위한 논의가 필요하다는 점에 대해서는 동의할 수 있을 것으로 생각한다.

(3) 형사조정의 형사합의에 대한 우월성

위와 같은 제도의 현실적 한계를 인정하는 지평에서 살펴보면, 형사조정제도는 피해자의 의사가 가해자의 의사와 함께 절차적으로 고려된다는 점에서 최소한 피해자의 인권이라는 측면에서 이른바 “처벌불원의 의사표시” 정도 이상의 의미를 갖는다고 할 수 있으며, 따라서 형사합의보다 회복적 사법의 관점에서 우월한 제도라고 할 수 있을 것이다. 더 나아가 상술한 바와 같이 가해자의 자율성과 피해자와의 소통의 기회를 절차적으로 보장하는 방법으로 형사조정제도를 실질적으로 보완한다면 회복적 사법의 이상적, 당위적 목표에 더 가까이 다가갈 수 있는 도구가 될 수 있다. 응보, 책임, 실체적 진실 발견, 직권탐지 등은 설령 가해자, 피해자가 진심 어린 화해를 하는 경우에도, 즉 회복적 사법의 개념 본질에 내재되어 있는 쟁점이라고 할 수 있다. 반면 조정자의 적절한 개입이 전제된다면 형사조정은 형사합의에 비하여 더 실효적으로 피해자의 피해를 회복할 수 있는 수단이 될 것으로 기대된다. 이러한 관점에서 형사조정의 합리성을 높이고, 회복적 사법 개념 본질에 내재된 쟁점의 문제를 줄이는 방향이 형사조정제도의 개선을 위한 정책적 지향점으로 제시될 수 있을 것이다.

(4) 법이론적 검토에 근거한 착안점 요약

결국 다음과 같은 요소들이 법 제도적, 절차적으로 보장되어야 한다.

1. 조정 대상 사건의 요건은 세분화·구체화 되어야 한다. 사실관계에 다툼이 없는 사건, 자백 사건 등이 형사조정 대상에 법률에 명시될 필요가 있다. 이는 무죄추정원칙이나, 공정한 재판을 받을 권리, 자기부죄 금지 원칙이 침해되지 않도록 하기 위함이다.
2. 양 당사자 특히 가해자의 진정성 있는 동기가 조정 개시 요건으로 명시되어야 한다. 이는 현재에 비하여 의뢰율을 낮추는 요소가 될 수도 있으나, 역시 양심의 자유 등의 기본권이 침해되지 않도록 하기 위함이다.
3. 형사조정 절차에서도 피고인 또는 피의자에 대한 변호인의 조력을 제도화하는 것을 고려해 볼 필요가 있다. 자율성을 보다 효과적으로 보장하고 형사절차상 방어권 등이 침해되지 않도록 하기 위함이다.
4. 동시에 피해자에 대한 법률 조력을 보장할 필요가 있다. 피해자의 자율성도 보장되어야 한다. 아울러 피해자가 충분한 법률적, 사실적 정보를 가지고 후회 없는 결정을 할 수 있어야 용서가 진정한 것으로 평가될 수 있다.
5. 형사절차상 방어권을 보장하기 위하여 조정과정에 대한 비밀엄수, 증거사용 금지, 형사조정위원의 진술거부권 및 진술거부무 등이 법제화 되어야 한다.
6. 조정 불성립뿐만 아니라 조정절차 참여 부동의 등 가해자의 형사조정 대상에 대한 소극적인 태도에 대해서도 불이익 금지가 명문화되어야 한다.
7. 대부분의 형사합의 및 형사조정에서 결국 손해배상이 주요 쟁점이 되고 있다는 현실을 반영하여 민사조정과의 통합 및 연계 가능성을 검토해 볼 필요가 있다. 이는 법원 단계에서의 형사조정제도의 도입 방안과 연결된다.

2. 형사조정제도의 개선방안 분석

2006년 형사조정제도가 처음 시범 실시된 이후 2010년 공식적으로 법제화되어 현재에 이르기까지 형사조정제도를 활성화하기 위하여 실무와 학계에서 많은 노력을 기울였으며 특히 다수의 선행연구들이 형사조정제도의 운영실태를 실증적 연구의 방법으로 분석하고 개선방안을 제시한 바 있다. 특히 한국형사·법무정책연구원에서 2011년과 2016년 발간한 두 건²²⁶⁾의 연구보고서를 통하여 형사조정제도 운영실무를 심층 분석하고 상세한 개선방안을 도출하여 제시한 바 있다. 이 연구보고서들은 공식

226) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011; 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016.

통계분석, 형사조정 전담 공무원 심층면접, 기록조사, 참여관찰, 당사자 대상 설문조사, 형사조정위원 대상 설문조사, 형사조정위원 대상 심층면접 등 다양한 조사연구기법을 망라적으로 활용하여 다양한 각도에서 깊이 있게 형사조정 운영실무의 현황을 살펴보고, 그 결과를 바탕으로 이상적인 회복적 사법의 이념에 입각하여, 그리고 상기한 법이론적 분석에 근거한 상세하고 구체적인 개선방안을 제시하였다.

우선 2011년의 연구²²⁷⁾는 “회복적 사법이 추구하는 이념과 가치를 평가기준으로 삼아 현행 형사조정제도의 과정과 성과를 실증적으로 평가해 보고, 형사조정제도의 성과와 효과에 영향을 미치는 요인들을 파악함으로써 그 실효성을 제고시킬 수 있는 방안들을 마련”²²⁸⁾하기 위한 연구이다. 이를 위하여 공식통계 분석, 형사조정 전담 공무원 심층면접, 기록조사, 참여관찰, 당사자 대상 설문조사, 형사조정위원 대상 설문조사의 방법으로 형사조정제도 운영 실무를 분석하였으며, 이를 토대로 형사조정제도의 발전을 위한 정책제언을 도출하였다.

2016년의 연구²²⁹⁾는 “형사조정실무의 지난 10년간의 현황을 살펴보고 그 성과를 평가”함으로써 “향후의 형사조정제도의 정착 및 활성화”를 위한 방안을 제시하기 위한 연구이다.²³⁰⁾ 이를 위하여 형사조정에 관한 선행연구를 분석하고, 공식통계 분석 및 형사조정위원 대상 심층면접과 설문조사를 실시하였으며, 독일의 형사조정 실무와 비교법적 연구를 수행하였으며, 이를 토대로 형사조정 실무의 문제점을 확인하고 개선과 발전을 위한 방안을 제시하였다.

그러나 이러한 연구와 제언에도 불구하고 상술한 바와 같이 형사조정제도는 2016년 이후 의뢰 건수 및 의뢰율 모두 낮은 수준에서 답보상태에 머무르고 있다. 이하에서는 이 연구의 방향을 보다 구체적으로 정리하기 위하여 필요한 범위 내에서 이 두 연구보고서에서 제안한 개선방안의 내용을 정리하고 현행 법제에 이러한 개선방안이 반영되었는지, 반영되지 못하였다면 그 이유는 무엇인지를 살펴본다.

227) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011.

228) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 40쪽에서 인용.

229) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016.

230) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 18쪽에서 인용.

가. 형사조정 대상 확대

실무상 형사조정 대상 사건의 범위가 고소사건으로 집중되는 것은 형사조정제도의 법제화 과정에서 당초 의도한 대로 남고소 문제를 해결하는 제도로 기능하기보다 오히려 민사분쟁의 형사화를 촉진하는 문제가 있으므로, 이 연구는 민사적 성격이 강한 재산상의 분쟁에 관한 고소사건에 한정하여 운영하는 것을 지양하고 폭력범죄와 같은 일반 형사사건으로 확대할 것을 제안하였다.²³¹⁾

그러나 아직도 '범피피해자 보호법' 시행령 제46조는 제1호부터 제3호까지 고소사건을 열거한 후 제4호에서 고소사건 외의 형사사건도 형사조정 대상 사건이 될 수 있는 것으로 규정하고 있다. 실무에서는 고소사건 여부에 상관없이 사건의 내용을 토대로 판단하므로 고소사건 이외의 형사사건도 형사조정의 대상이 되고 있다²³²⁾고 하며, 2015년의 조사연구에 따르면 형사조정에 회부된 사건 중 고소사건과 인지사건이 거의 같은 비중을 차지하고 있다²³³⁾고 한다. 따라서 2011년의 연구에서 우려한 바는 상당 부분 해소되었다고 할 수 있다.²³⁴⁾ 그러나 이를 보다 명확히 하기 위한 시행령 및 '형사조정 실무운용 지침'의 개정은 아직 이루어지지 않고 있다.²³⁵⁾

아울러 2011년 보고서에 따르면 2008년 전체 범죄 중 재산범죄의 비율은 64%로 폭력범죄의 비율인 약 37%에 비하여 훨씬 높으나 형사조정에 회부된 사건은 재산범죄가 43.6%, 폭력범죄가 42.4%로 재산범죄의 회부율이 월등히 높았던 것으로 확인되었다. 그러나 2021년 기준 형사조정에 의뢰된 사건의 비율은 폭력 범죄가 42.2%로 가장 많으며 재산범죄는 23.9%로 두 번째로 많았다.²³⁶⁾ 형사조정 대상 사건의 확대는 실무상 상당 부분 반영된 것으로 보인다.

231) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 271-274쪽.

232) 조아라, 실무적 관점에서 본 형사조정 활성화 방안, 한국형사정책연구원/대검찰청 형사조정학술심포지엄 자료집, 2016.9.26., 81쪽.

233) 이동원, 형사조정 실효성 연구(II), 대검찰청 연구용역보고서, 2015, 19쪽.

234) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 254쪽.

235) 형사조정 의뢰 사건 중 고소사건의 건수를 별도로 취합하지 않는다(조아라, 실무적 관점에서 본 형사조정 활성화 방안, 한국형사정책연구원/대검찰청 형사조정학술심포지엄 자료집, 2016.9.26., 76쪽, 각주 5번 참조)고 하므로 일반 형사사건의 비중이 연구 당시에 비하여 높아졌는지 여부는 알기 어렵다.

236) 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022, 4쪽.

나. 사실관계가 명확하지 않은 사건의 형사조정 회부 금지

2011년 보고서는 조사 결과를 토대로 사실관계가 불명확한 사건의 경우, 특히 가해자가 범행사실이나 책임을 인정하지 않는 경우 합의 가능성이 매우 낮으므로 이에 대하여 형사조정 절차를 개시하는 것은 “셔츠의 첫 단추를 잘못 끼우는 것과 같다.”²³⁷⁾고 평가하고 있다. 가해자가 혐의를 인정하지 않음에도 불구하고 형사조정 절차에 회부한다면, 합의 가능성이 낮을 뿐만 아니라 상술한 바와 같이 무죄추정의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해할 우려가 있다.²³⁸⁾ 그러므로 자백 사건 등의 경우에 한하여 조정절차 회부가 가능하다는 등의 요건을 법제화하는 것이 바람직하나 아직 반영되지 않고 있다. 다만 이 보고서는 검사가 고소사건 배당일로부터 1주 이내 형사조정에 회부하도록 하는 ‘형사조정 실무운용 지침’ 제10조를 개정할 것을 제안하고 있는데 현행 지침은 1개월, 필요 시 2개월을 기한으로 하고 있어 이러한 개선안은 반영된 것으로 보인다.

대상 사건의 확대에 관하여 2016년의 연구는 독일의 예에 비추어 중범죄라 하더라도 성질상 형사조정에 적합한 사건에 대해서는 적극적으로 형사조정을 실시할 것을 제안하였다.²³⁹⁾ 실무상으로도 사건의 중대성보다는 사실관계가 명확한지 여부와 조정을 통한 해결 가능성이 형사조정 회부 결정에 영향을 미치는 것으로 보인다.²⁴⁰⁾

다. 당사자의 자율성 보장

2011년 보고서는 조사연구를 통하여 법령으로 보장된 당사자의 자율성이 실무상 적절하게 보장되지 못하는 상황을 확인하였으며, 당사자의 자율성을 완전히 보장하기 위한 실무 개선이 필요함을 지적하였다.²⁴¹⁾ 이 연구에서 실무의 운영현황을 조사한 결과에 따르면 담당 직원이 참여 의사를 확인하지 않은 경우가 피해자의 15.4%, 가해자의 12.1%에 달하였으며, 형사조정제도가 무엇인지에 대하여 설명받지 못한 경우는

237) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 275쪽에서 인용.

238) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 274-277쪽.

239) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 255쪽.

240) 이에 관해서는 제3장 참조.

241) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 277-280쪽.

피해자의 23.5%, 가해자의 21.2%에 달하였다. 특히 형사조정의 높은 개시율(93%)을 지적하면서 이는 당사자의 자율성 훼손의 방증임을 지적하였다.²⁴²⁾

그러나 2016년 보고서에 따르면, 실무상 조정에 회부하기 전 검사실에서 당사자의 동의 여부를 대면 혹은 전화로 확인하면서 형사조정제도의 취지를 설명하고 동의하는 경우 동의확인서를 작성하고 있어²⁴³⁾ 2011년에 비하여 당사자의 동의를 확인하는 절차에 관해서는 제도적 개선을 확인할 수 있었다. 그러나 “실제 조정회의에서 당사자들은 그 의미를 제대로 이해하지 못한 채 의사확인에 동의하는 경우가 많아 순수한 자발성이라고 보기에는 어려운 측면도 없지 않다.”²⁴⁴⁾

이러한 문제를 개선하고자 대검찰청은 2014년 ‘형사조정 실무운용 지침’의 제2조 제1항을 개정하여 직권으로 형사조정에 회부하는 경우에도 당사자의 동의를 얻어야 함을 명백히 규정하였으며, 2020.6. KICS 시스템을 개선하여 당사자에게 형사조정 절차 안내 문자메시지가 자동으로 발송되도록 하였다. 그러나 당사자의 동의를 실질적으로 확인하고 형사조정제도의 내용을 충분히 설명할 수 있도록 하기 위한 대면접촉을 통한 안내 또는 소개책자의 우편송부, 예비조정 절차²⁴⁵⁾ 등은 아직 도입되지 않고 있다. 아울러 2011년 보고서는 담당직원에 대한 성과 압박이 당사자에 대한 참여 증용의 결과로 이어질 가능성이 높다는 점을 지적하고 있다.²⁴⁶⁾ 그러나 여전히 형사조정 의뢰율 및 성립률이 평가지표로 남아있는 것으로 보인다.

라. 인본주의적 대화중심의 조정모델로의 전환

2011년 보고서는 형사조정의 실무가 금전적인 배상과 같은 문제에 중점을 두고 있음을 지적하면서 “조사 결과를 종합해 볼 때, 상당수의 형사조정이 인본주의적인 대화중심의 조정모델보다는 문제해결적 합의중심 조정모델에 따라 진행되고 있다”고 평가²⁴⁷⁾하면서 “범죄유형이나 고소사건 여부와 관계없이 인본주의적 대화중심 모델

242) 김지선, 형사조정사건의 성립률 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 277-278쪽.

243) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 253-254쪽.

244) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 254쪽에서 인용.

245) 김지선, 형사조정사건의 성립률 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 279쪽.

246) 김지선, 형사조정사건의 성립률 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 279-280쪽.

이 조정성립률을 높일 뿐만 아니라 형사조정제도의 궁극적인 목적인 회복적 영향력을 최대화한다는 점”에 근거하여 단기적 관점에서 합의 성립 여부를 중시하지 말고 장기적 관점에서 형사조정 실무를 인본주의적 대화중심의 조정모델로 전환할 것을 제안한다. 이를 위하여 구체적으로 예비조정을 활성화하고 충분한 조정시간을 배정할 것을 개선방안으로 제시하였다.²⁴⁸⁾ 이러한 지적은 2016년의 연구에서도 동일하게 반복되었다. 특히 관계회복형, 즉 대화중심 조정모델의 경우 충분한 조정시간의 확보가 필수적임에도 불구하고 형사조정위원회는 물론 당사자들도 조정시간이 지나치게 짧은 것에 불만을 표시하였다.²⁴⁹⁾ 이 연구는 실무상 1회의 기일로 종료되는 형사조정의 문제점을 지적하면서 2차 조정기일을 적극 활용할 것을 제안하였다.

그러나 여전히 예비조정이나 2차 조정기일 등은 거의 활성화되지 못하고 있으며, 충분한 조정시간도 배정되지 못하고 있다. 형사조정의 실무는 코로나19 이후에 오히려 비대면 전화 조정이 활성화되면서 오히려 인본주의적 대화중심 조정모델로부터 멀어지고 있는 것으로 평가된다.

마. 형사조정위원의 전문성 확보

회복적 사법의 이념을 실현하기 위하여 가장 중요한 요인은 조정자의 역량이라고 할 수 있다. 따라서 2011년 보고서의 조사 결과 또한 형사조정위원의 역량이 조정성립률 및 당사자의 만족도에 영향을 주는 것으로 확인되었다. 이 연구는 이러한 조사 결과를 토대로 “조정위원회에 반드시 법률적인 지식이 필요한 것은 아니며, 자율적인 담화과정을 통한 감정적 해소와 관계 회복이라는 핵심 가치를 다룰 수 있는 전문기술이 중요하다.”²⁵⁰⁾고 판단하였다. 아울러 이 연구는 형사조정위원의 위촉과정도 중요하나 위촉된 형사조정위원에 대한 체계적 교육 및 훈련을 통하여 전문적인 조정자를

247) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 280쪽에서 인용.

248) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 270-286쪽.

249) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 257-258쪽.

250) 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011, 286쪽에서 인용. 2016년 조사 결과 법률전문가(60.8%)에 비하여 비법률가(68.8%)의 조정 성공률이 다소 높았다고 한다(박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 256-257쪽).

양성할 필요가 있음을 지적하면서, 형사조정위원이 사실상 자원봉사 형식으로 참여하는 방식이어서는 안 되고 장기적으로는 독자적이고 중립적인 형사조정위원회를 설립하여 상근직 전문조정위원을 두는 방안 등을 제안하였다.

2016년의 연구는 형사조정위원의 위촉 실무 관행에서 자격요건이나 전문성이 제대로 검증되지 않는 경우가 있음을 확인하였으며, 이를 토대로 형사조정위원의 전문성을 강화하고 더 나아가 다양한 분야의 전문가를 형사조정위원으로 위촉할 수 있도록 위촉기준을 객관화할 것을 제안하였다.²⁵¹⁾ 아울러 회복적 사법의 이념을 적절히 구현하기 위하여 외국의 사례에 비추어 민간협력을 바탕으로 독립적인 형사조정센터²⁵²⁾를 설치하고 신규 위촉 위원이나 재위촉 위원에 대한 교육을 구분하여 실시할 것을 형사조정위원의 전문성을 실질적으로 강화하기 위한 방안으로 제시하였다.²⁵³⁾ 특히 형사조정위원에게는 법률지식에 대한 교육 외에도 조정능력이나 대화능력, 공감능력이 필요함을 지적하면서 이러한 분야의 훈련 전문가의 도움을 받아 체계적으로 전문화 교육이 이루어져야 함을 지적하였다.²⁵⁴⁾

실제 2017년 형사조정위원의 전문화 및 전문성 활용 강화를 위하여 '형사조정 실무 운용 지침'을 개정하였다. 개정 내용에 따르면 형사조정위원 경력카드 제도를 신설(같은 지침 제4조 제15항, 별지 제10호 서식)하여 형사조정위원의 전문 분야를 재산, 폭력, 명예, 교통, 지적재산권, 의료, 소년·학교, 노동, 여성·가정, 외국인·다문화 등으로 표시하도록 하고 있으며, 형사조정회부서(별지 제3호 서식)에도 조정에 회부하는 사건의 유형을 경력카드의 유형과 같이 분류하여 표시하도록 함으로써 전문화를 도모²⁵⁵⁾하고자 하였다. 그러나 현실적인 한계로 인하여 실무에서 이러한 형사조정위원의 전문화가 잘 시행되고 있는 것으로 평가하기는 어려울 것으로 사료된다.²⁵⁶⁾

251) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 255-256쪽.

252) 특히 조정업무의 지원 및 관리를 위해서도 필요하다(박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 264쪽).

253) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 261-262쪽.

254) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 263쪽.

255) 일부 검찰청에서 노동, 의료, 소년·여성, 조세, 교통, 해양 등 청벌 특성에 따라 전문분과를 운영하였다.

256) 형사조정위원의 전문성 활용에 관해서는 제3장 참조.

바. 합의 내용에 대한 법률상의 효력 부여

2016년의 연구는 1회 조정기일로 종료하는 실무 현실로 인하여 조정을 통해 성립된 합의가 적절하게 이행되었는지가 형사조정결과에 적절하게 반영되기 어려운 문제를 지적하면서, 합의의 결과에 대하여 민사상 강제집행을 할 수 있도록 제도화할 것을 제안하였다.²⁵⁷⁾ 특히 현행 법제상 형사조정의 결과에 아무런 법률적 효력이 부여되어 있지 않다는 점을 “조정의 결과와 법 효과를 결부시키고 있는” 독일의 경우와 비교하면서 형사조정의 결과에 법률상의 효력을 부여하는 방법을 탐색할 필요가 있다고 제안하였다.²⁵⁸⁾

사. 형사조정결과의 피드백

2016년의 보고서는 형사조정 절차의 운영과정에서 겪는 다양한 경험을 데이터화 해서 추후 제도 개선을 위해 활용할 것을 제안하였다. 형사조정 절차에 대한 만족도뿐 아니라, 조정결과가 검찰로 회보된 이후 검찰에서 형사사건을 처리한 결과 자료를 축적할 필요가 있으며, 특히 조정이 불성립된 경우 그 이유를 분석하는 것이 필요하며, 이러한 자료가 형사조정위원회에 제공될 수 있다면 형사조정 실무의 개선에 도움이 될 것이라고 제안하였다.²⁵⁹⁾

아. 조정 수당 문제

형사조정위원들은 형사조정의 참여를 봉사로 인식하고 있는 경우가 많아 조정 수당 자체에 대하여 문제를 제기하고 있지는 않으나, 형사조정의 활성화나 형사조정위원의 전문화를 위하여 수당을 현실화할 필요가 있다.²⁶⁰⁾ 2016년의 연구에 따르면 수당의 문제는 결국 운영 예산을 확보하는 것과 연결되는데, 제한된 범죄피해자보호기금에서

257) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 258-259쪽.

258) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 266쪽.

259) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 259-260쪽.

260) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 265쪽.

예산을 확보하는 것이 어렵다면 법무부 고유사업의 형식으로 일반회계에서 수당 지급을 위한 예산을 확보할 것을 제안하였다.²⁶¹⁾

261) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 266쪽.

형사조정에 대한 평가 : 형사조정위원, 실무자 및 검사·변호사

양가을 · 김혜영

제3장

형사조정에 대한 평가 : 형사조정위원, 실무자 및 검사·변호사

제1절 | 개관

1. 들어가며

가. 형사조정의 의의

형사조정은 범죄행위로 인해 발생한 가해자와 피해자 간의 갈등을 해결하는 과정이다. 보다 구체적으로는 형사조정은 형사사법의 시스템 안에서 제도화된 조정의 절차를 의미한다. 형사조정제도는 범죄 등의 법적 사안에 대해서 검찰 등의 공적 기관이 주도하여 해결하는 것이 아니라, 당사자 간의 자율적인 참여에 의해 문제를 해결하는 분쟁조정 절차이다.

형사절차는 범죄를 저지른 범죄자를 징벌하는 목적을 갖고 있지만, 형사조정제도의 목적은 당사자 간의 화해와 조정을 통해 문제를 해결하는 것이다. 한국에서의 형사조정제도는 2007년 전국 지방검찰청 범죄피해자지원센터가 운영을 시작한 이래로, 2010년 ‘범죄피해자 보호법’에 명문화되면서 각 지방검찰청(지청)의 형사조정위원회에서 조정의 업무를 관장하고 있다. 형사조정제도는 신속하게 사건을 처리할 수 있어 사법기관의 업무를 덜어주는 효과가 있다. 하지만, 현재의 형사조정제도의 목적이 당사자 간의 자율적인 소통을 통한 문제해결인지, 아니면 피해에 대한 민사적 피해액 산정에 관한 것인지에 대해서는 여전히 논쟁 중이라 할 수 있다.

한국의 형사조정제도는 2007년 이래로 17년 넘게 진행되고 있고, 코로나19 시대를 지나면서 큰 변화를 겪기도 했다. 본 장에서는 코로나19 시대를 겪으면서 나타난

형사조정제도의 변화와 운영현황을 평가하고자 하였다. 또한, 형사조정제도의 쟁점과 문제점 등을 파악하기 위해서 다양한 관계자들(형사조정위원, 검찰 실무자, 검사, 변호사 등)의 인터뷰를 진행하였다. 다양한 관계자들의 의견을 청취하여, 형사조정실무의 모습과 가치지향, 그리고 실무적인 개선방향 등을 보다 입체적으로 구성하고자 하였다. 궁극적으로, 다양한 이해관계자들에 대한 심층적인 면접을 통해서, 현재 진행되고 있는 형사조정의 실재는 어떠한지 그리고 실무에서의 형사조정의 의미는 어떻게 나타나는지를 파악하고자 하였다.

나. 연구방법 및 연구대상

본 장에서는 응답자의 심층 인식을 조사하기 위한 정성조사 방법 중 표적집단심층면접(FGI, Focus Group Interview, 이하 FGI)과 심층면접(IDI, In-depth Interview, 이하 IDI)을 병행하였다. 본 장의 FGI에서는 형사조정을 진행했던 형사조정위원들의 인식을 파악하고자 하였다. 이를 위해 질적 연구방법 중 FGI를 사용하였고, OO지검과 OO지청 소속의 형사조정위원들을 섭외하여 진행하였다. 본 장에서는 실제 형사조정을 담당했던 형사조정위원들을 대상으로 그들의 다양한 이해와 관점을 수렴할 수 있도록 참석자 그룹을 설계하였다.

(1) A그룹 - OO지청 형사조정위원

▶▶ [표 3-1] A그룹 참석자 특성

번호	성명	직업
A1	강○○	교수(정보)
A2	김○○	변호사
A3	김□□	약사
A4	도○○	상담사(성폭력)
A5	서□□	직업전문학교
A6	송○○	시의원
A7	이△△	공인노무사
A8	황○○	상담사(장애인)
A9	홍△△	교수(법학)

(2) B그룹 - 00지검 형사조정위원

▶▶ [표 3-2] B그룹 참석자 특성

번호	성명	직업
B1	이□□	(주)○○○○ 대표이사
B2	고○○	한국범죄피해자지원중앙센터
B3	최○○	(前)기업대표
B4	주○○	교수
B5	이○○	(주)○○○○○○ 대표이사
B6	신□□	(前)○○고교 교장

일대일로 진행되는 IDI는 대상자들과 직접적으로 대화를 통해서 숫자로 표현되는 조사에서 얻을 수 없는 미묘한 뉘앙스나 깊은 생각을 수집할 수 있는 조사 기법이다. 형사조정의 실행과정과 실무를 평가함에 있어서도 어떤 역할을 하였는가에 따라 이해관계자들의 경험과 영감은 큰 차이를 보인다. 다양한 이해관계자의 체험과 경험에서 얻는 영감은 우리 연구자가 생각하지 못했던 다양한 차원의 사고를 가능하게 해주기도 한다.

IDI 대상자는 검찰의 입장에서 형사조정에 대한 경험을 설명해 줄 20년 경력의 현직 검사 1명과 17년 경력의 변호사 1명, 그리고 현직에서 형사조정을 담당하며 간사의 역할을 하는 현직 검찰수사관 1명 총 3명을 섭외하였다. 이들은 수많은 형사조정을 배정하고 참여하는 등 형사조정 실무의 최전선에서 실제 경험을 하였던 인물들로, 검사와 변호사 그리고 형사조정 담당 간사의 각 역할에서의 경험은 현재 실행중인 형사조정의 총체적 양상을 파악하는 데 도움을 주었다.

▶▶ [표 3-3] 심층면접 대상자(이름은 모두 익명으로 처리함)

피면접자	유관경험
검사(○○○)	현 부장검사
변호사(○○○)	법무법인 ○○ 대표변호사
검찰수사관	○○지청 형사조정 담당 간사

FGI는 2023년 9월 18일~22일에 걸쳐 각각 2시간씩 진행하였고 IDI는 10월 10일 두 차례 1~2시간씩 진행하였다. FGI와 IDI에서 필요한 질문이 누락되거나 대화의

방향이 어긋나는 것을 막기 위해 반구조화된 질문지를 활용하였는데, 준비한 기본 질문지는 다음과 같다.

▶▶▶ [표 3-4] 심층면접 기본 질문지 문항

	질문
I. 조정회부 대상	주로 형사조정에서 회부되는 사건은 무엇인지 형사조정에서 회부되는 사건의 제한 필요성 형사조정에서 사실관계의 명확성
II. 형사조정의 실제	형사조정의 실제 사례(시간, 예비조정 등)
III. 대화중심 조정모델 운영	형사조정에서의 주된 논의 사과와 용서 vs. 금전배상 참여당사자 설득 시 주요 논거
IV. 당사자들의 참여 자율성	형사조정 개시에 대한 동의 여부 등 참여당사자들의 자율성 보장 명령에 의한 조정 참여 가장 바람직한 참여 방식
V. 피의자의 불이익과 비밀유지	불성립 시, 기소나 재판에서의 불이익 독립기관의 형사조정 가능성 형사조정의 단계(검찰, 경찰, 법원 등) 민사조정과 형사조정의 차이
VI. 형사조정 결과의 실효성 보장	합의 내용 이행여부 확인 합의 내용 법적 효과 가능성
VII. 형사조정위원 전문화	전문분과제도 운영의 실효성 “자율적 담화과정을 통한 감정적 해소와 관계 회복 기술”에 대한 전문성 형사조정위원의 전문성 확보 방안 형사조정위원 교육훈련 체계 형사조정위원의 처우 등

자연스러운 대화를 위해서 모든 질문을 필수적으로 하지 않았고, 응답자가 추가적으로 설명하고자 하는 부분은 자율적으로 응답할 수 있도록 하였다. 인터뷰 결과는 이들이 입장에서 형사조정의 실체가 어떠한지 그리고 실무에서의 형사조정의 의미는 어떻게 나타나는지를 파악할 수 있도록 구성되었다.

2. 형사조정의 실무

현재 실시되고 있는 형사조정의 실무에 대한 모습은 현직 형사조정 담당 간사의 역할을 하고 있는 검찰수사관과의 인터뷰를 통해서 조사하였다.

가. 형사조정 문자메시지 발송 시스템의 활용

형사조정의 시작을 위해서 실무 담당자는 당사자들의 조정의사를 가장 먼저 확인한다. 당사자들의 조정 참여 의사를 확인한 후에는 문자메시지 발송 시스템을 활용하여 추후 일정 등을 통보한다. 형사조정 일정을 위한 문자메시지 발송 시 법률용어를 잘 모르는 일반인이 많기 때문에 문자메시지 내용에는 보통 ‘조정’이라는 용어보다 ‘합의’라는 표현을 사용하여 조정제도에 대한 일반인들의 이해를 돕는다. 당사자들이 이미 동의했다 하더라도, 형사조정 일정에 대한 문자메시지를 수신한 후에는 형사조에 대한 일반인들의 전화 문의가 많다.

나. 형사조정 절차를 통한 화해 성립 가능성

형사조정 실무자의 입장에서 형사조정을 통한 화해 성립 가능성은 매우 낮다. 가족이나 아는 사람 간의 범죄이거나 양자 간의 오해가 해소되거나 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 서로 모르는 가해자와 피해자 사이에서 형사조정을 통한 진정한 화해가 성립하는 것은 사실상 불가능하다고 말한다. 더욱이, 민사상 돈 문제가 얽히면 형사조정에서의 합의는 더 어려워진다고 평가한다. 실무자가 바라본 ‘다시 안 볼 사이’의 형사조정에서는 돈 문제가 핵심이 된다. 물론, 아는 사람 사이에서도 금전적 배상은 매우 중요한 문제이다. 때때로 형사조정에서 금전적 배상과 더불어 사과와 용서 등이 이루어지기도 한다. 그러나 수년간 형사조정을 담당할 경험에 있는 실무자는 형사조정에서 실제 화해가 이루어지는 경우는 1,000건 중 10건도 되지 않는다고 말한다.

다. 전화 조정의 활용

과거 형사조정의 원칙은 대면 조정이었고 부득이한 경우에 전화 조정이 시도되었다. 하지만 코로나19 이후 전화 조정이 주된 방법이 되었다. 형사조정을 위해서 사전 설명을 진행할 때, 형사조에 대한 출석을 의무라고 오해하는 당사자가 많고 출석에 대해 문의하는 경우가 많다. 생업 등을 이유로 출석이 어렵다고 하는 경우 실무자는 주로 전화 조정을 추천한다. 정확한 통계가 없고 각 개별 검찰청별로 차이는 있겠지만, 전체 회부 사건의 약 70~80% 가량은 전화로 진행되는 것으로 보인다. 때때로, 대면

형사조정보다 가해자와 피해자가 직접 만나지 않는 것이 오히려 조정성립에 도움이 된다고 실무자는 평가한다. 대면으로 직접 만나 서로 대화하고 화해하면서 조정에 이르면 가장 이상적이겠지만, 형사조정의 대부분이 돈(금전적 배상) 문제인 경우가 대부분이라 합의 금액 조정에 더 용이하고 효과적인 전화 조정이 현실에서 더 많이 활용된다.

라. 구체적인 사건 종류와 조정실무 경험

일반적으로 형사조정에서 피해자가 높은 합의 금액을 제시하면 가해자는 합의 성립 시 감액될 것으로 예상되는 금액 이상을 합의금으로 지출하려고 하지 않으려고 하는 경향을 나타낸다. 일반적으로 합의 시 벌금액은 절반 정도로 감액되는 경향이 있다. 때문에 피해자가 감액이 예상되는 벌금액보다 높은 합의금을 제시하면 조정성립에 어려움을 겪는다고 말한다. 단 가해자가 공무원 등이어서 전과가 신분상의 불이익으로 이어지는 경우에는 매우 높은 금액으로 합의가 이루어지기도 한다.

교통사고 사건은 자동차 보험 가입 시 민사상 손해배상이 이루어지면 형사상으로도 처벌받지 않는다. 대부분 교통사고 사건에서는 자동차 종합보험을 통해 민사상 손해배상이 이루어지기 때문에 형사사건으로 전환되는 사건은 그리 많지 않다. 하지만 12대 중과실에 해당하는 교통사고 사건의 가해자의 경우에는 피해자에 대한 보상이 자동차 종합보험을 통해 이루어지더라도 형사입건 된다. 이러한 경우 형사조정이 진행된다면, 민사상으로 피해자는 이미 보험회사로부터 손해배상을 다 받은 상황이고 가해자는 추가적으로 합의를 하더라도 기소될 수 있기 때문에 가해자에게 추가 합의금을 지출하라고 설득하기 어려운 면이 있다고 말한다. 때때로 이러한 점을 피해자에게 잘 설명할 경우 피해자의 동의 하에 추가적인 합의금 없이 조정이 성립되기도 한다. 교통사고 사건의 경우, 가해자에게는 대략 전치 2주 기준으로 벌금이 70~100만 원 정도 선고될 가능성이 높는데, 합의할 경우 벌금이 대략 절반 정도로 줄어들 가능성이 높다. 형사조정에서 실무자는 이러한 상황을 설명하고 벌금액 감액 예상 범위 내에서 합의금을 지출하라고 설득한다. 동시에 피해자에게도 가해자가 감액이 예상되는 벌금액 이상은 지불할 가능성이 없다는 점을 설명하고, 보험금 외에 이 정도 금액이라도 추가로 받는 것이 결국 이익이 된다는 점을 들어 설득한다고 말한다.

재산범죄에서는 ‘피해액’이라는 합의의 기준점이 존재한다. 그래서 중고거래 사기 등 소액사건은 실제 피해금액을 기준으로 합의가 잘 이루어진다. 그러나 피해금액이 큰 사기 사건은 조정에 잘 회부되지도 않고, 회부가 되더라도 합의가 잘 이루어지지 않는다. 특히, 미성년자가 가해자인 인터넷 소액사기는 부모가 적극적으로 합의하는 경우가 많으나, 일반사건의 경우 결국 돈 문제이므로 사실상 형사조정 성립을 기대하는 것 자체가 어려운 경우가 많다고 말한다. 예를 들어, 프랜차이즈 무인점포 절도사건의 경우에는 본사에서 정해놓은 합의 금액이 있어서 개인이 운영하는 무인점포보다 합의에 어려움을 겪는다고 말한다.

폭행죄는 피해자의 처벌불원의사가 있는 경우 기소할 수 없는 반의사불벌죄로 조정이 성립되면 검사의 불기소 처분을 기대할 수 있다. 그렇기 때문에 폭행사건의 형사조정에서는 조금 높은 금액을 지불하더라도 합의를 통해 불기소 처분을 받으려는 경향이 강하다. 그래서 폭행사건의 형사조정에서 합의금은 높은 편이다. 하지만, 상해죄는 조정이 성립되더라도 검사가 기소를 하는 경우가 많기 때문에 폭행죄에 비하여 조정 성립률도 낮고, 성립되는 경우에도 합의금은 오히려 폭행죄보다 낮은 편이라고 말한다. 즉, 형사조정에서 법정형과 합의 금액이 반드시 비례하는 것은 아니다. 일반적으로 상해죄의 벌금은 전치 2주 기준 벌금이 약 100만 원 정도이나 합의를 해도 처벌되기 때문에 50만 원 정도에는 합의가 잘 성립하지 않는다. 그러나 폭행죄는 합의 시 불기소가 되기 때문에 50만 원 정도에 합의가 성립하는 경우가 많다고 평가한다.

명예훼손죄의 경우 비교적 조정성립률이 낮은 편이다. 일반적으로, 반의사불벌죄보다 친고죄 사건의 조정성립률이 더 어려운 편이다. 실무자의 관점에서 형사조정에서 합의의 관건은 피해자 설득이다. 실무자에게 형사조정(합의)의 최종 목표는 피해자의 처벌불원의사를 구하는 것이다.

마. 조정회부 사건의 종류와 성립률

실무자의 관점에서, 법률 해석상 형사조정 회부 가능한 사건의 제한은 없다. 검찰 내규상으로도 형사조정 회부에 대해서 구체적인 제한이 있지 않으나 실무적으로는 다음과 같은 사건을 주로 조정에 회부된다고 한다. 실무의 경험에서 보면, 형사조정에서는 주로 재산, 폭력, 명예훼손, 교통, 지적재산권, 의료, 노동, 소년·학교폭력, 여성·

가정폭력 등의 범죄를 다룬다. 실무의 경험에 근거해서 말하면, 전체 회부 사건 중 폭행·상해 사건의 비중이 50%, 명예훼손 사건이 10~20%, 사기 등 재산범죄 사건이 10~20%, 임금 체불 등 임금 사건이 10~30% 정도를 차지한다. 실무자가 평가하는 조정 성립률은 폭행·상해 사건의 경우 60~70%, 명예훼손 사건은 10%, 재산범죄 사건은 10%, 임금 사건은 20~30% 정도이다.

바. 형사조정의 회부와 사법비용 절감

검찰 실무의 측면에서 보면, 형사조정 회부하여 조정성립으로 종결되는 경우라 하더라도 불기소 이유서를 작성해야 한다. 그렇기 때문에 검찰 실무의 입장에서 형사 조정의 업무가 공소장을 작성하는 경우와 비교하여 실제 업무량에 큰 차이를 보이지 않는다. 또한, 형사조정의 조정회부율 또는 성공률이 높다고 하여 검사의 업무가 크게 경감되는 것은 아니라고 말한다. 즉, 검사나 검찰수사관의 입장에서 형사조정 절차의 적극적 이용에 대한 유인이 그리 크지는 않다.

하지만, 검찰 실무의 입장에서 사건을 형사조정 회부하면 조정기간 동안 다른 사건을 처리할 수 있는 시간적 여유를 확보할 수 있는 장점이 있다고 말한다. 즉, 검사실에 사건이 쌓이는 경우 일부 사건을 조정에 회부하고 조정기간(통상 3개월) 동안 다른 급한 사건을 먼저 처리할 수 있다. 즉, 검사 입장에서 업무상 시간을 안배하는 수단으로 형사조정을 활용하는 경우도 있다.

사건이 형사조정에 회부되면 수사 및 기소가 중지되고, 형사조정이 성립되지 않을 경우에는 다시 한번 사건번호가 부여되어 재기수사를 진행하게 된다. 또한 실무자의 입장에서 보면, 민사소송 등을 진행하는 것보다 형사조정을 통해 가해자나 피해자 모두의 소송비용이 절감되는 효과는 비교적 명확하다.

사. 성립률 제고 노력

형사조정과 관련하여, 매년 각 검찰청을 규모별로 분류하여 같은 규모의 그룹에 속한 검찰청 간 형사조정의 성립률을 비교하고 순위를 매긴다. 하지만 각 검찰청별로 사건과 환경이 다르기 때문에 일률적인 기준으로 성립률을 비교하는 것은 어려움이

있다고 평가한다. 실무자의 입장에서 보면, 검찰의 형사조정에 대한 태도 변화나 지검장과 지청장의 인식에 따라서 형사조정 성립률에 대한 요구가 달라진다고 말한다. 일반적으로, 대부분의 지검장·지청장은 형사조정의 성립률이 높아서 '나쁠 것은 없다'는 정도의 태도를 갖는 경우가 많다.

아. 형사조정과 담당 수사관의 역할

형사조정위원이 법률전문가가 아닌 경우, 수사관의 사전 오리엔테이션이 중요한 역할을 한다. 즉, 사안과 관련된 정보, 예컨대 예상되는 양형, 기소여부, 집행유예 여부 등은 형사조정 성립을 위한 중요한 정보라 할 수 있다. 형사조정의 과정에서 가해자와 피해자에게 이러한 정보를 적극적으로 전달할 경우, 형사조정의 성립률은 높아진다. 조정일정을 잡으면서 실무자가 가해자와 피해자에게 법률적 상황이나 벌금 감액 범위 등에 관하여 매우 적극적으로 설명한다면 형사조정의 성립률은 매우 높아진다. 실무적으로 수사관이 형사조정회의에 간사로 참여하는데 형사조정위원이 벌금액 등에 대하여 잘 모르는 경우 간사인 수사관이 적극적으로 벌금 감액 등의 내용을 설명하기도 한다. 실제로, 형사조정위원에게는 해당 사건에 대하여 상세한 정보가 전달되지 않는다. 형사조정위원들은 형사조정회부서에 적힌 사건 개요 및 검사 의견 정도만 파악하고 조정을 시작한다. 그렇기 때문에 검찰 실무자의 사전 설명이 중요하다.

자. 합의조건의 이행

일반적으로 형사조정의 결과 이행을 담보하기 위하여 조정에 회부되는 3개월 동안(조정기간) 형사조정위원이 결과를 이행하도록 한다. 가해자가 경제적으로 어려운 경우 분납이 가능함을 안내하고, 공정증서를 작성하는 경우 그 비용을 검찰에서 지불한다. 현 지청에서 공정증서 작성 건은 실제 연간 4~5건 정도이다. 형사조정의 결과가 이행된 것을 확인하고 조정성립을 결정하거나, 반 이상의 합의금을 낸 경우에는 조건부 성립으로 결정하기도 한다. 실무자의 관점에서 보면, 분납하기로 하고 1~2회 합의금을 지불한 사람들은 검사 처분상의 이득을 예상하고 완납하는 경우가 많다.

차. 형사조정위원의 전문성, 전문분과

형사조정위원의 전문성 제고와 전문분과 설치의 필요성에 대해 검찰 실무자는 실제로 얻을 수 있는 이익이 크지 않다고 평가한다. 대부분의 형사조정은 금액 조율의 문제이기 때문에 합의 성립 가능성을 예측하기 어려운 측면이 있다. 이러한 상황에서, 형사조정위원의 전문성이 높아진다고 해도 형사조정의 합의 성립률이 크게 높아지지 않을 것이라고 실무자는 평가한다. 하지만 조정의 성립률과는 별개로 실무자는 형사조정위원의 전문성이 높아지면 조정위원들이 조정 대상 사건의 내용 파악하는데 큰 도움이 될 것이라고 여긴다.

카. 형사공탁과 조정

최근 ‘공탁법’이 개정되었는데, 개정된 ‘공탁법’은 피해자의 인적사항을 몰라도 공탁할 수 있게 하였다. 과거에는 가해자가 피해자의 인적사항을 어떻게든 알아야 공탁을 할 수 있었으나, 개인정보 보호가 강화되면서 피해자의 인적사항을 알기 어려워져 공탁이 제한되었다. 실무자의 입장에서 가해자의 공탁은 피해자와의 직접 합의보다는 상대적으로 중요한 영향 요소가 아니다. 예를 들어 합의가 이루어진 경우 대부분 구속되지 않으나, 공탁한 경우 대체로 50% 정도는 구속된다. 즉, 공탁 여부가 구속에 큰 영향을 주지 않는다. 하지만, 피해자가 높은 합의금을 제시해도 조정이 성립되지 않은 경우에 가해자가 합리적인 금액의 합의금을 공탁하면 법관에게 고려사항이 될 수도 있다. 그렇기 때문에 형사조정 단계에서 피해자의 요구가 과하면 실무자가 가해자에게 비공식적으로 공탁을 조언하기도 한다고 말한다.

제2절 | 형사조정에 대한 형사조정위원들의 평가

1. 형사조정의 경험 - 형사조정의 대상

형사조정의 경험에 대한 형사조정위원들의 경험은 매우 다양하게 나타난다. 형사조

정은 어떠한 성질의 범죄에도 적용 가능하다(‘형사조정 실무운용 지침’ 제3조). 현실에서의 형사조정제도는 모든 형사사건을 대상으로 하는 것이 아니라 주로 재산범죄를 대상으로 한다. 하지만 실제로 형사조정에 회부되는 사건들은 폭행, 명예훼손, 교통사고, (디지털)성폭력 등으로 매우 다양하게 다루어지고 있다.

“폭행을 거의 많이 하고 ... 명예훼손 ... 가끔 교통사고 ...” (참석자 A2)

“성폭력 상담도 있기 때문에 ... (질문 : 성폭력 사건도 조정이 되나요?) 어떤 케이스는 좀 힘들기도 하고 어떤 케이스는 또 진행이 되기도 하고 ...” (참석자 A4)

형사조정 도입 초반에는 피해자지원센터에서 형사조정을 운영하였는데, 그때의 조정성립률이 더 높았다고 말한다. 그 이유는 현재의 조정과정에서 검사가 형사조정에 회부하는 사건이 형사조정에 적합하지 않은 경우가(사기, 횡령 등) 많아졌기 때문이라고 평가한다. 형사조정위원의 입장에서, 사기·횡령 사건은 현실적으로 조정이 힘들다고 말한다. 그 이유는 사기·횡령범의 경우 사과나 배상에 대한 의지가 낮고, 합의사항을 이행하지 않는 경우가 많기 때문이라고 말한다.

“형사조정을 하는데 사기·횡령 이런 거 조정이 안 돼요. 사기 친 사람이 조정에 합의하러 오겠어요? 안 오잖아요. 그리고 검사들이 ... 통상적으로 (형사조정을 진행하기) 어려운 거 내려보내면 더 어렵잖아요.

단순 폭행, 병역 의무 ... 예비군 훈련 그런 게 ... 그다음에 회사하고 퇴직금 지급안해(서) ... 이런 거는 서로 불러다 놓고 사장하고 앉혀놓고 합의를 시키면 울면서도 합의해 본단 말이야. 근데 이게 법적으로 그냥 해버리면 평생 원수가 되는 거예요. ... 이제 그런 건을 (검사가) 주지 않는 거예요. 횡령·사기만 주는 거예요.” (참석자 B1)

“형사조정이 성립이 돼야되는 거지. 조정해도 (그만) 안 되도 그만이면 이게 무슨 조정이나 조정될 건을 주라. 그래서 이제 시작한 게 이제 단순 폭행 ... 가벼운 사건을 주기 시작하니까 성립이 되기 시작했어요.” (참석자 B1)

금전적인 합의가 중요한 조정사건의 경우에 가해자와 피해자의 구분이 명확하면 금전적인 합의가 가장 중요한 의제가 된다. 때때로 강간이나 추행 등의 사건에 대해서도 형사조정이 진행되기도 한다.

“어떻게 보면 디지털 성폭력 ... 피해자들이 변호사를 통해서 고소를 해놓은 사건이기 때문에 그런 부분들에 있어서는 ... 조정 상황이 다른 부분(금전 외적인 부분)을 크게 (의제로) 가져가거나 그러지는 않은 것 같아 ...” (참석자 A4)

“강간이나 추행이나 이런 부분들은 이제 피해자의 어떤 심리 정서적인 부분들도 많이 차지하기는 하는데 ... 유튜브를 통한 명예훼손이나 이런 ... 범죄들은 거의 기본 전제가 이제 어떤 조정을 하려고 상황이 좀 많이 있더라고요.” (참석자 A2)

또한, 코로나19 이후 대다수의 형사조정은 비대면으로 진행되고 있다. 코로나19 시기에는 전화 조정이 주로 이루어졌는데, 코로나19 이후에도 전화 조정이 비중이 여전히 높다고 말한다.

“사실상 이제 코로나 이후 비대면으로 많이 하기 때문에 ...” (참석자 A9)

“(질문 : 코로나 이후에는 비대면으로 많이 진행하나요?) ... 전화를 나누고 (조정)회의를 하기 때문에 ... (질문 : 전화로도 많이 하시나요?) ... 거의 전화로 ...” (참석자 A2)

코로나19라고 하는 외부 요인으로 인해 형사조정에서 비대면의 비율은 급격하게 늘었다. 그럼에도 불구하고, 형사조정위원들은 전화로 이루어지는 비대면 형사조정보다 얼굴을 맞대는 대면 형사조정이 더 효과적이라 말한다.

“(질문 : 전화로도 조정이 잘 되나요?) ... 이게 사람이 웃는 얼굴에 침 못 뱉는다고 서로 직접 보고 ... (형사조정을) 하는 게 조금 더 좋을 것 같기는 한데 ...” (참석자 A3)

“제가 중간에서 이쪽 의사를 전달하고 이쪽 의사를 또 중간에서 이렇게 전달하고 하다 보니까 서로 감정싸움이 있는 경우도 ...” (참석자 A2)

“전화에서는 ... 자신의 의견만 강화되는 ...” (참석자 A3)

“(질문 : 전화로 하실 때 성립률이 더 높나요 아니면 더 낮나요?) ... 대면이요. 사람 얼굴 보고 하는 게 조정의 효과가 더 (높다).” (참석자 A2)

2. 형사조정에서의 사실관계

형사조정에서 가해자와 피해자는 대부분 명확하게 구분된다. 하지만 실제 형사조정 과정에서 가해자와 피해자의 구분이 모호해지는 경우도 생긴다. 가해자와 피해

자의 구분이 모호한 상태에서 조정이 진행될 경우, 조정을 진행하면서 가해자와 피해자 여부를 확정해 가는 경우도 생긴다.

“(질문 : 대부분의 조정은 그럼 가해자하고 피해자는 명확히 정의되어 있나요?) ... 네. (거의 명확하다.) (질문 : 피해에 대해서 논쟁이 있지는 않겠네요? 조정에서?) ... (피해자 또는 피해 여부가) 명확한 사건들이 대개 형사조정으로 (회부되죠).” (참석자 A2)

대부분의 형사조정사건에서 가해자와 피해자의 구분은 명확하다. 하지만, 가해자와 피해자의 구분이 명확하진 않더라도 당사자들이 원하는 경우에는 형사조정이 진행되기도 한다고 말한다. 물론, 이러한 경우의 조정은 원활한 합의가 이루어지는 과정이라기보다는 논쟁과 다툼의 장으로 변질되는 경우가 많다.

“(질문 : 명확하지 않은 사건들을 조정으로 보낼 수 있나요?) ... 아마 보내줄 수도 있는데 ... (피해자와 가해자가) 서로 원할 때요 ...” (참석자 A9)

“(질문 : 조정 해보신 적도 있으세요? 명확하지 않은 사건?) ... 있는데 그런 분들은 되게 다투시더라고요.” (참석자 A2)

가해자와 피해자가 명확하다고 판단되어 형사조정에 회부된 사건에서도, 비록 증거가 있음에도 가해자가 책임을 부인하고 합의가 이루어지지 않는 경우도 발생한다. 이러한 이유로 형사조정 회부에 가해자와 피해자가 명확하고 사실관계가 명확한 사건으로 제한을 두어야 한다는 의견이 있다. 이러한 의견에 대해서 많은 형사조정위원들은 부정적 의견을 보인다. 형사조정위원들은 가해자와 피해자의 구분이 명확하지 않더라도 형사조정이 이루어지면서 설득이 되는 경우가 있기 때문에 형사조정사건에 제한을 두는 것의 실효성은 그리 크지 않을 것이라 평가한다.

“(질문 : 예를 들면 절차를 정해서 가해자와 피해자가 명확히 구분된다거나) ... 그 부분을 명확하게 하기 쉽지는 않을 것 같아요. ... 검사님 판단 하에 ... 증거는 있는데 부인하는 경우도 많이 있기 때문에 ...” (참석자 A9)

“형사조정하면서도 설득이 되는 경우가 있어요. ... 근데 (잘못을) 인정하는 경우가 있어요.” (참석자 A8)

3. 형사조정제도의 운영에서의 애로사항

가. 참여당사자의 이해 결여

형사조정에 참여하는 당사자 중에서도 '조정'에 대한 이해가 떨어지는 경우가 많이 있다. 형사조정위원들은 형사조정에 대한 이해 없이 참여하는 당사자의 문제를 해결하기 위해서는 검사가 조정으로 회부할 때 형사조정의 취지와 목적에 대해서 충분히 설명해야 한다고 말한다. 많은 경우에, 형사조정위원이 참여자들에게 직접 형사조정의 의미와 목적을 설명해야 되는 경우도 있다. 때때로, 형사조정에 참여하는 당사자들 중에는 사법기관의 명령에 의한 조정을 회피하기 목적으로 형사조정을 신청하고 참여하는 경우도 있다. 요약하면, 형사조정위원들은 형사조정의 참여자들에게 조정의 취지와 조정을 통해서 얻을 수 있는 것이 무엇인지에 대해서 사전에 충분히 설명되어야 한다고 말한다.

“오시는 분들이 조정이 뭔지에 대해서 ... 검사님이 이렇게 조정하겠나라고 의사를 타진했을 때 이분들은 그 안에서 조정이 뭔지 모르고 대답하는 경우 있는 것 같더라고요.” (참석자 A3)
“검사님한테 조정한다라고 해서 이렇게 오지 않았느냐라고 하면 이게 뭔지를 잘 모르고 ...” (참석자 A3)

“명확하게 내가 여기 와서 어떤 상황에 직면하고 어떻게 문제해결을 해야 될지 ... 준비를 안 해가지고 ... 그래서 검사님이 조금 더 조정으로 넘길 때는 충분한 취지 설명해 주시고 이분들이 조정하러 올 때는 내가 여기 가면 어떤 영역에 놓이게 되고 ... 좀 알고 오시는게 훨씬 수월하지 않을까라는 ...” (참석자 A9)

“(질문 : 그러면 예를 들면 개시하기 전에 제도에 대한 설명 같은 것들은 다 조정위원들의 몫인가요?) ... 설명을 하고 이러이러한 상황이라고 (설명) 하는데 이분들은 여기 오는 것 자체가 왜 오는지를 (모릅니다).” (참석자 A9)

“(형사조정 전에) ... 넘어오기 전에 그런 취지나 이런 것들에 대한 내용을 정확히 좀 설명을 ... 조정에 대한 내용을 모르고 ...” (참석자 A5)

나. 시간적 제약 : 조정 시간은 30분

현실에서 형사조정의 시간은 약 30분 정도 안에서 이루어진다. 조정을 위한 사전

조사 등이 이루어지지 않는 형편에서 실제 조정의 시간이 30분 정도인 것은 형사조정 위원뿐만 아니라 참여 당사자에게도 매우 불만족스러운 부분이다. 대부분의 형사조정 위원들은 현재 2시간에 4건의 조정을 진행해야 하는 상황에 대해서 매우 불만이라고 말한다. 이들이 느끼기에, 효과적인 조정을 위해서는 1건당 조정시간을 최소한 50분 이상으로 늘려야 한다고 말한다.

“(질문 : 시간에 대한 아쉬움이 있다고 하셨죠?) ... 사건에 따라 ... 좀 더 했으면 좋겠고 ... 면대면을 할 때는 사실은 30분이면 시간 압박을 받으면서 하는 경향이 있거든요. ... 하루에 2건 (배정하면) 50분, 50분 배정해서 하는데 4건을 쥐버리면 30분, 30분 해야되니까 ... 시간이 늦춰지면 다른 건이 계속 늦춰지는 거잖아요. 좀 압박이 있어서 최대한 ... 어떤 것들은 빨리빨리 하려고 하는 경향이 좀 있어서 ... 편안하게 할 수 있는 거는 그래도 50분 잡고 한 건씩을 할 수 있는(는) 상황을 만들어주는 게 좋을 것 같더라는 생각을 (합니다).” (참석자 A3)

현재 조정을 위해 실질적으로 주어진 시간은 30분 정도로 대부분의 형사조정위원들은 매우 부족하다고 생각한다. 과거에는 더 길게 할 수 있었고, 법원에서의 민사조정 시간은 무한정인데 현재의 형사조정은 급하게 진행되는 실정이다 보니 대화 및 화해 유도보다는 빠른 금액 조정이 더 효율적일 수밖에 없는 형편이다. 이러한 점 때문에 많은 형사조정위원들은 제대로 조정받지 못한 피해자의 불만이 커질 수 있는 구조라는 점을 지적된다.

“조금 얘기하고 ... 이러면 ... 30분. 절대적인 시간 자체가 ... (조정을) 전문적으로 하시는 분들이 오히려 효율적이죠.” (참석자 A7)

몇몇 형사조정위원들은 적어도 회당 1~2시간은 주어져야 대화를 통한 조정이 성립될 수 있다고 말한다. 또한 1회로 조정이 끝나지 않는 경우, 몇 번 반복해서 조정을 해야 하는 경우도 있는데 현 시스템에서는 동일한 형사조정위원이 배정되지도 않고 회차마다 다른 형사조정위원이 배정되는 구조이기 때문에 조정의 효율이 떨어진다는 점을 지적한다. 또한 과거에 비해 짧은 시간에, 일회성으로 조정해야 하는 현실도 성립률이 낮아진 이유라고 응답한다.

“전에 자율적으로 할 때는 (성립률이) 60%, 70%, 80%도 (나왔어요). 몇 번씩 ... 설득도 시키고 또 해보고, 또 해보고 이렇게 해야 하거든요. (지금은) 한두 번 얘기해서 안 되면 끝내는 걸로 ... (화해시키기가 어렵다).” (참석자 B6)

4. 형사조정의 목표 : 배상 vs. 사과와 회복

가. 형사조정에서 배상과 사과 그리고 회복

형사조정위원들 중에서는 사기, 횡령과 같은 사건보다 상호 간 ‘감정’에 의해서 벌어진 갈등의 경우야말로 진정한 조정이 필요하다는 의견을 피력하는 이들도 많았다. 형사조정위원들이 보기에 형사조정에 보다 적합한 사건은 1) 기존 관계를 회복할 여지가 있는 노사관계나 친족관계 간의 사건, 2) 금전적 보상과 사과로 화해가 가능하거나 처벌보다 금전적으로 보상하는 것을 택하기 쉬운, 즉 단순하고 우발적인 모욕이나 폭행에 관한 사건 등이라고 말한다.

“(회사가 부도나서 퇴직금을 지급하지 못한 사건에서는) ... 사장이 구속된다고요. ... 10년 이상 같이 생사고락해서 돈을 벌다가 돈이 없어서 부도난 거 아니에요. 근데 인건비 안 줬다고 고소한 거잖아요. (조정에서) 같이 앉혀놓는 거지. ... 같이 울어요. ‘몇 년(에 거쳐서라도) 갚을게’ 라고 하고 ... 그러면 합의서 써서 끝내버리는 거지.

단순한 폭행(사건) 있잖아요. (질문 : 그냥 욕해서 벌어진...?) 한번 때렸는데 전과도 남고 그러잖아요. ... 합의해버리고 고소 취하해버리면 그러면 그 좋은 거죠. 치료비 좀 받고 미안하다고 사과하고 ...

또 형제 간에는 재산 싸움이 많잖아요. ... 아버지 재산 100억 남겨놨다 그러면 죽기 살기로 싸움하면 형제 갈등이 (심해지죠) ... 그건 진짜 조정해야 되는거(죠).” (참석자 B1)

“교회 교육 때문에 부부 간에 갈등이 있어가지고, ... 한 분은 그 교회 다니다가 그만뒀고 ... 아버지하고 아들은 계속 다니는데 갈등이 생겼어요.

서로 이혼 단계까지 갔었는데. ... 형사조정을 하고 그게 안돼가지고 ... (절차가 끝나고) 확장실에 갔다가 만났어요. 그래서 ... (제가) 가족 간에 이게 뭐냐고 ... ‘우리 합의합시다.’ 이랬더니 ... 다시 들어가서 조정한 일도 있어요. 그런 건 보람된 일이죠.” (참석자 B6)

“명예훼손 건도 해야죠. ... 그냥 성질 나가지고 막 욕하고, 또 나쁜 마음을 먹고서 그냥 욕하는 경우도 있잖아요. 그리고 나이 적은 사람이 나이 많은 사람한테 막 욕하고 (그런게) 모욕죄가 되는 게 또 있더라고. 명예훼손이나 모욕죄나 비슷하게 (형량이 나오죠). 사과하고 그러면 풀릴 수 있는 건데 그냥 놔두면 그것도 처벌받잖아요.” (참석자 B1)

형사조정위원들의 경험에 의하면, 현실의 형사조정은 주로 피해자의 요구금액을 들여보고 절충하는 방식으로 진행된다. 일반적으로 가해자와 피해자 등 당사자들이 그들의 책임과 이해를 인정한 상태에서는 금전적 논의가 주로 언급된다. 간혹, 피해자들이 ‘나한테 왜 그랬는지’ 물어보고 사과를 요구하는 경우가 있고, 그에 따라 형사조정 단계에서 사과가 이루어지기도 한다. 하지만 코로나19 이후 비대면 조정이 늘어나면서, 전화로 이루어지는 형사조정에서 사과나 화해 같은 의례를 기대하기는 어렵다고 말한다. 때때로 서면 사과를 요구하기도 하고, 진정한 사과를 하면 합의금이 필요 없다고 말하는 경우도 있다. 성범죄의 경우 조정에 가해자가 참석하지 못하게 요구하는 경우도 있지만, 대면 형사조정에서 성범죄 피해자의 요구를 가해자가 성실히 부응하면 피해자가 합의를 써주는 경우도 있다.

“(합의를) 하고 싶어도 금전적인 여력이 없어서 못 하시는 경우가 되게 많아요. 서로 잘못도 인정하고 다 하는데 금전적인 그런 부분이 있어가지고. ... 일단 ... 조건부로 조정이 성립됐는데 그 이후에 ... 계속 갇지 않는 거죠.
다 합의를 원하는데 결국은 금전적인 노력이 안 돼서 합의가 안 되는 경우가 많아. ... 금전적인 (여유가 있으면) 성립이 될 부분 ...
한번 (요구사항을) 들어나 보지 뭐 이렇게 해서 조정에 임하는 경우가 많이 있던 말이에요.” (참석자 A3)

형사조정에서 진정한 사과나 용서와 화해가 이루어지는 것이 이상적이지만 형사조정위원들의 경험에 따르면 형사조정의 핵심은 금전적 논의인 것으로 보인다.

“피해자나 가해자 서로 간에 ... 얼마를 요구할 것인지 ... (사과나 용서, 화해를 다루는 것이) 이상적이긴 한데 저 사람이 왜 그랬는지, 왜 나한테 그랬는지 그런 걸 듣는 게 아니라 돈을 들여보자는게 ...” (참석자 A4)

“보통 피해자하고 먼저 통화를 하거든요. ... 피해자들한테 회복금을 얼마를 요구하시는

... (질문 : 실제로 돈 먼저 물어보세요?) ... ‘얼마 받아야 해요’(라고) 물어봐. ... 이쪽에서 100만 원을 요구합니다. 그러면 이쪽에서 100만 원을 요구하는데 ... (그러면) 절충을 한다든지 ...” (참석자 A3)

많은 형사조정위원들은 형사조정에서 금전적 논의가 핵심이 되어버린 이유는 현재의 형사조정 시스템에서 사과나 화해가 자리 잡을 여지가 별로 없기 때문이라고 말한다.

“질문 : 다른 거는 주로 논의를 안 하시거나, 주된 논의가 금전인가요? 이상적인 케이스이긴 한데 보통 피해자들이 가장 듣고 싶은 답 중 하나가 ‘왜 나한테 그랬는지’(인데) ... 직접 대면해 있을 때는 사과를 받는 경우도 많이 있어요. ... 근데 코로나 이후에 전화 상담(조정) 같은 경우에(는) 직접 사과를 못 하잖아요. ... (형사조정위원이) 중간 역할을 해야 되잖아요. ... 비대면인 경우(에도) 사과를 원하는 사람도 있지만 실질적으로 사과 방법이 없잖아요.” (참석자 A2)

“비대면인 경우 실질적으로 사과 방법이 없고, 대면인 경우(에도) (자녀간 다툼인 경우) ‘합의금 필요 없다. 나도 자식 키우는 사람인데’라고 하며 끝나는 경우도 있고 그래요. 또 (성추행 사건에서) 상당히 나이가 많은 노인인 어머니(가 나오셨는데) 자기 딸이 성적 추행을 (어떤) 시설에서 받았는데 ‘그 사람(가해자)만 안 오게 해주면 된다, 그리고 합의금 필요 없다.’며 (합의가 되기도 했고) ... (청소년 사의의 성추행 사건의 경우 양측의) 엄마가 와가지고 (서로) ‘언니, 동생’(이라 부르며 화해하고) 나간 경우도 있는 ... 그렇게 근본적인 화해가 (되기도 하고) ...” (참석자 A3)

사건의 특성상 양자 간 화해라는 조정의 목적을 이루기 어려운 사건, 예컨대 보이스 피싱 사건의 수거책이 가해자인 사건이 형사조정에 회부 된다고 지적하기도 한다.

“수거책 있잖아요. (이 가해자는) 단순하다고 생각하는 것 같더라고. ... ‘배달만 하면 30만 원 준다.’(고 해서 범행에 참여했고), ... ‘나는 알바로 단순히 전달해 준 것뿐인데 ... (검찰이 형사조정에) 내려보냈다.’(고 주장한다). ... 피해자는 오지도 않고 ... (화해를 달성하는 것이) 말이 안 되는데 그냥 (검찰에서 형사조정위원회로) 내려온 거 ...” (참석자 B4)

면대면으로 이루어지는 형사조정에서, 성폭력 사건의 경우 피해자가 선처를 하되 조건을 제시하는 경우가 있다. 하지만 비대면으로 이루어지는 조정에서 이러한 선처나 사과 등을 기대하기 어렵다.

“성폭력 같은 경우는 피해자 입장에서는 선처에 조건을 다는 경우가 있어요. ... 면대면일 경우에는 조건을 다는 경우들이 (거의 없죠)” (참석자 A4)

“가해자들의 어떤 상담 위탁(에서) 몇 시간 (교육 듣고) 확인서를 보내주(면) ... (피해자가) 합의서를 써주겠다고 하는 경우들이 있었다. 이게 면대면일 경우에는 ... 조금 가능했었거든요.” (참석자 A8)

“면대면이 아닌 경우 그런 부분은(조건부 합의와 같은) 조금씩 줄어드는 건 사실인 것 같다는 생각이 듭니다. ... (면대면 형사조정에서는 가해자가) 자기의 어떤 행동이라든가, 이런 것들을 수정할 수 있는 기회를 준다거나 사과 편지를 받아서 ... (선처와 함께) 병행할 수 있어서 더 낫지 않을까라는 생각이 듭니다.” (참석자 A4)

전반적으로 형사조정이 금전적 배상의 논의에 집중되고, 단순히 조정의 성립률을 높이는 방향으로 진행되는 것으로 보인다. 이러한 상황에서 형사조정위원들은 대화를 통한 화해와 상관없는 사건에 대한 형사조정은 별 의미가 없다고 말하기도 한다.

“편의점에서 커피 하나 들고 나가는 ... 절도(사건). 지하철에서 휴대폰을 놔두거나 우산을 두고 있는데 (가져간) 점유물 이탈 횡령(사건) ... 검사들이 신경 쓰기 싫은 거(사건). (참석자 B1 : 합의가 다 되겠네요.) 금방 되죠. (참석자 B4 : (그런 사건이) 성립은 잘 되는 거예요.) (그렇지만) 화해가 전혀 없고 (논의하는 내용은) 전부 돈이에요.” (참석자 B1)

나. 대화중심형 운영

현재의 형사조정은 점차 형식적으로 변하고 있다는 점에 대부분의 형사조정위원들이 공감했다. 형사조정위원들은 현재 시스템에서는 형사조정위원들의 발언력은 약해졌고, 검사장이나 검사의 의지가 형사조정에 가장 중요한 요소라고 보고 있었다. 하지만 현실의 형사조정에서 검사의 참여는 거의 없고, 형사조정의 모든 과정은 거의 기계적으로 진행된다고 한다.

“(본래 피해자지원센터에서 형사조정이) 굉장히 활성화되고 있었는데 (기능이 검찰로 넘어가면서) ... 검찰에서 (조정위원을) 뽑아서 조정을 시작한 거예요. 꽤 오래됐죠. ... (참석자 B4 : 한 10년 넘지 않아요?) 그러다 보니까 조정위원도 힘이 없는 거야. ... 말을 할 수가 없는 거지. 왜냐하면 법을 잘 아는 법무사 이런 사람이 (앉아 있으니까).” (참석자 B1)

“의지대로 되지 않아요. 설득을 더 시켜주고 이렇게 (형사조정을) 해주어야 되는데, 그냥 어느 선에서 (법을 잘 아는 형사조정위원이 형사조정 진행 여부를) ... 결정을 해버리니까 (법을 잘 모르는 형사조정위원은) 뭐 얘기할 수도 없고” (참석자 B6)

“(검사나 관련 공무원이 형사조정실에) 들어오지도 않아요. 계장은 들어오지도 않고 조정장 앞에 컴퓨터 한 대 있어요. ... 불도 우리가 켜고 들어가서 (형사조정이 끝나면) 우리가 끄고 끝나며 연락하라는 거예요. 그것까지 좋은데 실질적으로 ... 기계적으로 업무를 처리해 내는 거예요.” (참석자 B5)

법 전문가가 형사조정을 진행해야 한다는 의견에 대해서 많은 형사조정위원들은 대화를 통한 화해와 조정에서는 민간인이 법 전공자보다 더 큰 역할을 할 수 있다고 보고 있다.

“조사관으로서 얘기를 너무 잘해. ... 피해자가 무슨 얘기를 하려고 하면 “그거 (합의금은) 200만 원 이면 돼.” (라고 말해버린다.) 내가 어제 놀란게 “200만 원 요구할 거지, 그래서 100만 원” 그런데 전화를 해서 “이분은 보나마나 100만 원 요구할 거야. 그러면 우리가 150만 원에 조정 할 테니까 그렇게 해.” 옆에서 (듣고 있으면) 진짜 무서워요.

조정이 아니라 그냥 거의 “이거는 여기서 여기까지야.” (식으로.) “내가 40년간 (해봐서) 이거 다 알아. ... 형사에서 (합의 안하면) 민사에서 받아야 된다. 그럼 비용도 엄청 많이 들어가고 안 줘. 그러니까 이렇게 해.” (식으로 말한다.) 조정장이 그걸 주도하니까 (조정위원은) 할 말이 없어요.” (참석자 B1)

“우리 조정위원들 중에 아까 민간인들도 있지만 ... 오히려 작은 사건들 조정하는 데는 오히려 법을 아는 사람이 아예 없는 게 낫다. 아까도 말씀드렸지만 (합의를) 강요도 하고. (참석자 B6 : 빨리 끝내려고.) 변호사는 그래도 좀 덜해요. ... 우리는 법을 잘 모르기 때문에, ... (합의를 위해) 감성적으로 계속 설명하고 얘기하는데, 법무사들이 꼭 ... (법적인 측면을) 얘기를 해요. ... 결국 그렇게 되면 오히려 합의가 안 되는 ...” (참석자 B3)

형사조정을 위한 대화가 시작되기 전에 법무사인 형사조정위원들은 금액 조정부터 시도하는 경우가 많다. 또한 인터넷에 떠도는 정보를 바탕으로 변호사가 처음부터 금액 조정을 시도하는 경우가 많아졌다.

“특히 성추행이나 ... 이런 분(피해자)들은 변호사를 보내는 분들이 있거든요. 그 얘기 들으면 더 재미있는게 ... 요새는 인터넷에 ... (합의금이 보통) ‘얼마값이다’고 그냥 다 뺏았대요.

인터넷에 쳐보니까 이걸 ... '300은 받는다'(고 말하더라고요) ... 인터넷에 다 나와 있어요.”

(참석자 B5)

“(성추행 건의 경우) 전문 변호사라고 있어. 성추행 변호사. 제일 많이 받아준 걸 자기는 또 자랑삼아 ... 얘기하는 거는 ... (이런 상황에서) 화해가 어디 있어요 ... (변호사가 의뢰인에게 합의 금액의 하한을) 500(만 원)으로 받았는데 이분(가해자)은 생각지도 않고 있다. ... 그리고 (피해자에게) 전화오면 거기서 한 100이나 200 깎아준다고. (참석자 8: 브로커지 브로커.) (참석자 B1: 조정에 의의가 없는 거야.)” (참석자 B4)

결국 피해자를 위해서는 갈등의 중재와 해소 역할이 중요하다는 지적이 다수 나왔다. 그러나 민간인 형사조정위원의 실제 역할은 과거에 비해 현재 많이 축소된 것이 현실이라고 지적하였다.

“조정이 ... 피해자를 위해서 만들어졌(다고 하는데) 조정을 하다 보면 피해자가 피해를 더 입게 되는 거예요. 마음이 약하니까 피해자가 양보를 하게 돼 있잖아요. ... (양보가 아니라) 조정을 해서 갈등을 풀어주는 역할이 제일 중요하잖아요.

(민간인 조정위원들은) 가만히 있다 오는 거야. 말을 할 수가 없는 거지. 왜냐하면 법을 잘 아는 법무사 이런 사람이 (있으니까) 말할 수가 없을 거 아니에요.” (참석자 B1)

“의지대로 되질 않아요. 설득을 더 시켜주고 이렇게 해주야 되는데 ... (법 전공) 조정위원 분이 (합의 가능성이나 합의 금액을) 딱 잘라버리고 결정을 해버리니까 뭐 얘기할 수도 없고 ...” (참석자 B4)

5. 당사자들의 참여 자율성 및 불성립 불이익

조정 개시에 대한 동의 여부 확인은 형식적으로 이루어지고 사전에 형사조정에 대한 안내가 미흡한 경우가 종종 있다. 형사조정 참여자들은 참여 여부나 참여방식의 선택 가능성에 대한 인지 없이 전화를 받고 안내대로 이행하는 경우가 많다.

“보통 일반인들이 검찰에서 전화가 오면 사실 긴장하잖아요. 형사조정에 참석하겠냐 그러니까 (피해자가) 참석한다고 그랬대요. 그래서 오늘 휴가 내고 왔대요. “전화 조정이라는 게 있습니다.”(라고 안내하니까) ... 이분이 “안 나와도 되는 거였는데” (참석자 B2)

가해자가 조정에 나오지 않았을 때 명시적인 패널티는 존재하지 않는다. 또한 법원에서 판사가 조정에 배석하는 것과 달리 검사는 형사조정에 참여하지 않기 때문에 조정 불응이나 불성실 이행 등이 사건에 미치는 영향도 거의 없다. 이는 검사들이 조정에 관심이 적음에 대한 지적이기도 하다.

“패널티가 어디 있어요. ... 법률 조항이 없어요. 그러니까 처벌 조항이 없으니까요. ... 법원처럼 조정이 안 되면 불이익을 주는 것도 없고 안 돼도 그만인 거예요.

제일 효과적인 건 ... 검사가 (조정회의실을) 한번 돌아보고 가는 거지. 협의가 됐다 그러면 검사가 와서 (합의이행 관련 서류에) 싸인하는 거예요. ... (기껏) 조정해 놓고 피해자가 돈 못 받았다고 (조정을) 다시 또 해달라고 그러는 경우가 많거든요. 법적인 근거가 없으니까. ... 그러면 검사가 책임질 거 아니에요.” (참석자 B1)

전술했듯 형사조정이 불성립되거나 피의자가 불참해도 기소나 재판에 불이익은 없다. 검사가 형사조정에 직접 참여하는 절차가 존재하지 않기 때문인데, 형사조정위원들은 이 때문에 합의사항을 이행하지 않을 경우 패널티를 줄 수 없다고 지적하였다.

6. 형사조정의 회부 시기와 조정결과의 실효성 보장 방안

과거 범죄피해자지원센터에서 형사조정이 시행되던 때에 비하여 형사조정이 검찰의 업무영역이 되면서 형식적인 면이 많아졌다. 형사조정위원들은 검찰청사 안에서 형사조정을 진행하기 때문에 검사가 배석하기 좋은 환경이고 이를 살려 담당 검사가 배석하면 좋을 것이라고 입을 모았다. 또한 법원의 조정과 달리 형사조정은 합의사항 이행에 대한 강제력 행사가 불가능하다는 점을 지적하기도 하였다.

“법원의 조정처럼 그 조정에 대한(합의의 이행을 강제할) 권한이 없는 거예요. ... 안 지키면 그만이지. ... 효력이 없는 거예요. ... 조정해놓고서 돈 안 주면 그만인 거예요.” (참석자 B1)

형사조정위원들은 피해자가 직접 찾아와서 호소하지 않는 이상 이행 여부를 알기 어렵고, 안다고 해도 그로 인한 법적으로 강제할 수 없는 구조라고 말한다. 합의 내용에 대한 법적 효과 부여를 위해 공증을 활용한다고 해도, 이행하지 않을 사람은 결국에

는 이행하지 않기 때문에 거의 의미가 없다고 보는 의견이 대다수였다.

“공증했는데 돈 없으면 그만이잖아요. ... 공증은 (받았다 해도) 또 재판을 해야 되는 거예요.”
(참석자 B1)

“(합의를 하지 않으면) 검사한테 (다시) 넘어가니까. (합의를 빌미로) 사기꾼들은 그 시간을 버는 거야. 이용하는 거지.” (참석자 B5)

7. 형사조정위원의 전문화

현재 실행되고 있는 형사조정위원에 대한 온라인 교육도 분명 의미가 있으나, 이전에 시행되던 것처럼 학점제, 수료증제와 같은 오프라인 교육의 필요성이 크다고 말한다. 명망가 혹은 지역유지 출신의 연로한 인물이 형사조정위원으로 위촉되는데 컴퓨터 사용에 익숙치 않은 세대에게 온라인 교육은 부적합한 방법일 수 있다는 점을 지적한다.

“(과거에는 오프라인으로 교육하고) 의무적으로 이수증까지 받아와요(받아왔어요).” (참석자 B3)

“(과거에는) 대학교에서도 (교육을) 여러 번 했고 ... 직접 조정위원(이 겪은) 사례를 얘기해 주고 ... 교수들이 나와서 분쟁 갈등(에 대해서) 얘기해 주고 ... (조정위원 교육이 과거에는) 활성화되고 ... 실적도 좋았고. (질문 : 지금도 하고 있나요?) 없어진 거지 오래전에 없어졌지.” (참석자 B1)

형사조정위원들은 주로 형사조정위원장이 진행하는 조정을 참관하며 배우거나 정·부로 나뉜 형사조정위원이 서로 같이 진행하면서 조정의 실무를 배운다. 또한 조정에 대한 배당에 있어서 전문성을 고려하기보다는 일정이 맞는 형사조정위원이 진행한다.

“(질문 : 정·부 이렇게 나누어서 ‘부’가 많이 보고 배운다라고 말씀해 주셨는데 그럼 사실상 그게 실질적인 교육이 되는 건가요?) 조정위원장께서 하시는 것을 부조정위원이 보고 배우시는 게 ... 형사조정위원 중에서 상근직이 있는데 ... 그 사람들이 다 연락하고 전화하고 ... 당일날 또 오늘 나와야 하고 ...” (참석자 A1)

민간인 형사조정위원 외에도, 고정적인 검찰 담당자의 지속적인 참여가 형사조정 전문가를 만들 수 있다는 의견도 있었다.

“검찰 담당(형사조정 담당자)이 오면 1년 있다 가잖아요. ... 수사하러 왔는데 피해자 지원하라고 발령 내려버리면 일하고 싶은 마음이 없겠죠.” (참석자 B1)

“황당했던 게 ... 카톡으로 그제(형사조정이 가능한지 묻는 메시지) 와요. ... 신청을 했어요. 하고 나면 그거에 대해 컨펌을 해줘야 되잖아요. 그런데 ... 연락이 안 오니까 난 10월 15일 여기 왔죠. 오니까 (형사조정 담당자가) ‘오늘 아님데요’(라고 했다). ... 항의를 했어요. ... 그다음 달부터 연락해줘요. ... 나중에 사과하고.” (참석자 B4)

“(형사조정 담당자가) 2년 근무했으면 좋겠어요. 조금 알만하면 또 그만두고 또 다른 분이 와서 또 새로 ...” (참석자 B6)

“(형사조정) 활성화를 위해서 ... 전문직처럼 (담당 직원을) 채용 해가지고 ... 계속 연락하고 조정 기술을 배워서 ... 그렇게 하는 게 효과적이지 않겠나 이거죠.” (참석자 B1)

“여기에 대한 어떤 관리 매뉴얼이나 (그렇게 없고) ... 가장 편리한 대로 운영이 되는 것 같고요.” (참석자 B6)

현재의 조정 진행은 형사조정위원의 전문성도 살릴 수 없는 구조라는 점도 지적되었다. 예컨대 교육, 노동, 특허, 의료 등 전문성을 가지고 있는 형사조정위원이라 해도, 해당 분야와 관련된 조정 건을 맡는 것이 아니라 전혀 관계없는 사건을 무작위로 맡게 된다.

“옛날에 ... 특허(사건)에는 변리사 ... 근로기준법 같은 건(사건)에는 노무사가 와서 ... (그렇게) 변호사하고 일반인하고 3명이서 조정을 했어요.” (참석자 B1)

더구나 민간 형사조정위원은 조정 당일 현장에 도착해서 사건의 내용을 알게 되기 때문에 내용을 미리 검토해 볼 수 없다는 문제도 있다.

“(과거에는) 집으로 (사건 기록이) 왔어요. ... 그럼 내용을 검토하고 와서 바로 시작하고 그랬는데 ...” (참석자 B5)

“조정하러 가면 조정 자료를 줘야지. ... 아무것도 안 주고.” (참석자 B1)

“(현재는) 아무것도 안 주고, 나도 조정을 하는데 아무것도 (서류가) 없고 ... 보통 사건 서류를 한 2장에서 3장 (정도로) 핵심, 하이라이트만 딱 적어서(적힌걸 당일)에 보죠” (참석자 B4)

형사조정위원 수당은 건당 7만 원 정도이지만 실제로는 예산이 떨어지면 수당이 나오지 않는 경우도 있다. 그 금액도 조정위원들 입장에서는 그리 크지 않기 때문에 조정 참여에 금액은 큰 동인이 아니다. 조정 및 참여자들의 화해 성사를 통한 보람이 조정참여의 주된 이유인데 상기 서술한 바와 같이 점차 화해를 위한 조정이 아닌 형식적 조정으로 변모하여 조정참여 의욕을 떨어트린다는 의견이 다수 있었다.

“조정이 잘 되면 신나서 가고(좋고) 잘 안되면 좀 찝찝(하죠). (잘 안되면) 내가 뭐 잘못했나 그런 생각도 (하죠)” (참석자 B6)

“잘 되면 기분이 (좋죠) ... 보람도 느껴요.” (참석자 B5)

“사무적이면 안 돼. 조정하는데 사무적이면 ...” (참석자 B3)

8. 형사조정 성립률에 대한 성과 압박

형사조정위원들은 성립률과 관련한 성과 압박을 받진 않는다고 말한다. 그러다 보니 형식적으로 조정에 관여하는 사람들은 대화를 시도하기보다는 어떻게 해서든지 빠르게 사건을 종료하는 것을 목적으로 한다.

“그분들(검찰에서 나온 직원)은 빨리 결정하지. 가서 일을 해야 되니까. ... 1시나 2시부터 시작하면 6시까지 그냥 4시간(만)을 하는 거예요. ... 우리는 7시 8시까지 해서 성사시킨 적도 있어요.” (참석자 B6)

형사조정의 활성화와 합의 내용의 충실한 이행을 위해서 형사조정위원들은 검사들이 조정성립률과 관련된 성과 요구 내지는 관심을 더 갖게 만들 수 있는 유인이 있어야 한다고 본다.

“(합의가 이루어지고 검사가) 확인하 사인(하면 형사조정이) 활성화되고 ... 또 범죄자는 검사가 싸인했으니 ‘꼭 갚아야 되겠구나’(라고) 생각도 하겠죠.” (참석자 B1)

제3절 | 형사조정에 대한 검사·변호사의 평가

1. 형사조정의 경험

인터뷰에 응한 검사는 형사조정제도가 정확히 언제 생겼는지는 기억하지 못하지만, 처음에 조정을 접했을 때는 제도적으로 이용할 수 있는 방법이 없었다고 회고한다. 그 당시의 거의 모든 형사조정은 검사실에서 진행되었다. 검사실 내에서 계장이나 검사가 조정을 진행했었다. 2013년 일선에 복귀했을 때 형사조정제도가 자리 잡고 있었고, 그 이후에는 외부 위원들을 통해서 형사조정제도를 활용할 수 있었다.

“조정제도를 제도적으로 이용할 수 있는 방법이 없어서 검사실에서 (형사조정을) 다 했어요. ... 제가 직접 고소인하고 피의자 앉혀놓고 합의를 시키거나. 아니면 계장님께 해보라고 하거나 ... 2013년도에 다시 일선으로 복귀하니깐 형사조정을 하는 외부 위원들이 있었어요. ... 그래서 그때부터는 제도적으로 활용을 할 수가 있게 됐어요.” (검사)

17년 동안 변호사로 일하면서 다수의 형사조정을 경험하기는 했지만, 형사조정 업무는 그렇게 자주 발생하지는 않는다. 변호사로서 형사와 민사 분야에서 다양한 사건들을 접하였지만 형사조정의 경험이 자주 발생하는 업무는 아니라고 말한다. 변호사로서 평가하는 형사조정은 좋은 제도이다. 그 이유 중 하나는 형사조정을 통해서 금전적인 배상이 가능하다는 점이다.

“경험 자체가 적은 건 아니지만 저는 연차가 많아서 여러 번 했을 뿐이지 형사조정은 매달 있거나 그러진 않아요. 좋은 제도라고 생각(합니다). ... 기본적으로 우리나라에서 고소인이 형사고소를 하는 가장 큰 이유는 ... 정의를 구현하고자 (하는 목적도) 있겠지만 금전적인 부분이 상당한데 형사조정 절차를 거치지 않고 결론이 나버리면 실질적으로 보상받을 길이 없는 경우들이 상당히 많아서 ... 민사소송을 통해서도 이겨도 집행이 불가능한 경우들이 많고 ... (가해자가) 구속될 수도 있다든지 아니면 기소될 수도 있다는 불투명한 상태에서는 (합의의 유인이 있으므로) 조정이 가능한데 ... (구속되거나 기소되어 합의의 유인이 없어) 조정이 불가능한 경우도 ... 있기 때문에 (필요하다고 생각합니다).” (변호사)

변호사로 피해자 뿐만 아니라 피의자를 대변해야 할 경우가 있는데, 피의자를 대변할 때도 형사조정은 장점이 있다고 말한다. 피의자 입장에서 형사조정의 장점은 조정을 통해 사건을 조기에 해결함으로써 민사적으로나 형사적으로 신경 쓸 부분이 줄어든다는 점이다. 피의자는 형사조정을 통해서 안정적인 상황을 얻을 수 있고, 피해자는 형사조정을 통해서 빠르게 금전배상을 받을 수 있다.

“피의자 입장에서는 (합의를 통해 사건을) 해결하면 안정적인 생활을 할 수 있다는 것이죠. ... (합의가 이루어지면) 재산범죄 같은 경우는 무혐의 결정 나거든요. ... 더 이상 이 문제로 민사적으로든 형사적으로 신경 안 써도 된다는 점이 가해자 입장에서는 좋은 점이고, 피해자 입장에서는 ... 금전배상을 받을 수 있는 가장 빠른 방법이라고 볼 수 있죠.” (변호사)

2. 형사조정의 회부 대상

가. 당사자의 참여 동의 및 의지

검사는 형사조정제도를 많이 활용했다고 회고하는데, 검찰에는 형사조정에 회부하는 절차와 대상 리스트 등을 마련해 놓고 있다고 말한다. 사건이 3개월 이상 경과되어 장기화되기 직전에 회부하여 사건의 장기화를 피하려는 것을 막기 위한 절차와 방법을 마련하고 있다. 예를 들어, 형사조정이 성립될 수 없는 사건을 형사조정으로 회부하는 것을 막기 위한 장치뿐만 아니라, 재산범죄의 경우에는 변제 계획서를 낸 사건으로 회부를 제한하는 등의 장치를 마련하고 있다.

“형사조정 의뢰 대상이 되는 사건이 따로 있어요 ... 사건을 방치하고 있다가 (사건처리 기한인) 3개월 초가 넘어갈 때쯤 갑자기 느닷없이 (조정) 보내는 검사들이 (장기화를) 면피하려고 그러니까 ... 악용되면 안 되기 때문에 ... ‘한 달 내에 보내야 한다’(는 제한도) 있었고 ... 그리고 ... 완전히 양 당사자들의 (생각이) 극단의 평행선을 달리기 때문에 조정이 될 가능성이 전혀 없는 그런 사건들도 보내기도 해요.

그렇게 하면 안 되기 때문에 ... 처음에 그 제도 설계할 때 ... 재산범죄 같은 경우 피의자가 변제 계획서를 내(도록 하는) 거죠. (변제 계획서 제출은) 혐의를 어느 정도 (인정한 상태에서) ... 형사조정을 하게끔 (하는거죠). ... 하여튼 (지침에) 맞는 거를 (회부)하지 않으면 나중에 사무감사에 걸려요.” (검사)

검사의 입장에서 형사조정 회부에 가장 중요한 기준은 양쪽의 당사자들이 모두 형사조에 동의하는 것이라 말한다. 가해자와 피해자 양쪽의 참여 의사는 합의 성립과 매우 밀접한 관계를 가진다.

“질문 : 그러면 가장 중요한 요건 기준이 뭐였나요? 가장 중요한 요건 기준은 일단 양쪽이 다 형사조에 동의하는 거죠. ... 피의자 중에는 ‘난 그럴 마음 전혀 없다. 형사처벌 받을 거니까 난 조정 같은 거(에 참여하고 싶지 않고), ‘피해자라는 사람 보고 싶지도 않다’(고 말하는) 그런 경우도 있어요. 그러면 못 보내는 거죠. 양쪽의 동의가 없으니 ...” (검사)

변호사로서 다뤄본 형사조정의 대상은 주로 재산범죄가 많았으나 성범죄 같은 경우도 조정에 회부되는 일이 있다고 말한다. 반면에, 교통범죄의 경우 변호사로서 형사조정을 참여한 경험은 없었으나, 변호사로서는 경찰과 검찰의 중간 단계에서 합의를 시도하는 경우가 많았다고 평가한다.

“성범죄 같은 경우는 ... 조정이 안 되는 경우들이 대부분이고 ... 정도에 따라 다른데 성범죄도 스펙트럼이 넓어서. 예를 들어서 희롱 수준의 추행이거나 아니면 카메라 등 촬영죄 뭐 이런 것들 같은 경우는 피해자 입장에서도 조정하고 그냥 끝내는 경우도 있어요. 교통범죄는 형사조정으로 들어가 본 적은 없고요. ... 음주라든지 그다음에 민식이법 관련 사건들 같은 경우는 형사조정까지 가지 않고도 ... 경찰이나 검찰에서 조정할 생각을 자꾸 확인을 해요. ... (질문 : 그래요?) 네. 합의 의사를 계속 확인을 해요. ... 음주(운전 사건) 같은 경우는 가해자 측에서 굉장히 적극적으로 조정(합의)하려고 하죠.” (변호사)

변호사의 입장에서 형사조정 회부의 가장 중요한 기준 역시 양쪽의 당사자들의 동의 여부이다.

“양방 당사자가 ... 어떻게 동의를 하나면, (만약) 가해자 측(이)라면 검사한테 전화를 해서 ‘저희는 형사조정 하고 싶습니다’고 하거나, 검사실에서 (먼저) 전화가 와요. ... (그렇게) 양쪽에다가 연락해서 조정 생각이 있는지 물어보고 ...” (변호사)

변호사가 생각하기에 폭행과 같은 범죄는 조정이 되어도 벌금액이 줄어드는 정도에 그치지만, 재산범죄 같은 경우는 무혐의 처분도 가능하기 때문에 그 효과가 더 명확하

게 드러난다고 말한다. 그렇기 때문에 변호사 입장에서 재산범죄는 형사조정의 효과가 가장 잘 발휘되는 사안이라 할 수 있다.

“재산범죄 같은 경우는 고소 취하를 하고 그다음에 내가 기망을 당했다는 부분에 대해서 피해자가 부인을 해주면 검사 입장에서도 그냥 증거 불충분(이나) 무혐의 쓰기(처분하기)가 되게 편하니까 ...” (변호사)

나. 형사조정 회부대상 : 사실관계가 명확해야 함

주로 형사조정의 대상이 되는 범죄는 폭력, 재산범죄, 명예훼손, 모욕 등이 많고, 그중에서 재산범죄의 비중이 가장 높다고 할 수 있다. 하지만 특정 범죄가 형사조정의 대상에 더 적합하다는 의미가 아니라 사실관계가 명확한 범죄가 형사조정에 적합한 것이라고 말한다.

또한 검찰에서의 수사가 미진한 사건은 형사조정에 회부해서는 안된다고 말한다. 검찰에서는 이러한 문제를 통제하기 위해서 (담당)부장의 결재를 통해서 회부 하도록 하는 시스템을 갖추고 있다. 검찰에서 회부하는 형사조정사건의 우선적 원칙은 사실관계가 명확해야 한다는 점이지만, 사실관계가 명확하더라도 중대 사건을 형사조정에 회부하는 것에 대해서는 부정적 의견을 피력한다. 추가적으로, 사건의 주목적이 처벌이 아닌 경우에는 관계 회복을 위한 형사조정을 진행할 필요성이 있다고 말한다,

“명예훼손, 모욕, 폭력, 그다음에 재산범죄(순으로 많죠). (질문 : 증거상 사실관계가 명확하지 않은 사건들도 있잖아요. 그런 것들도 조정에 붙이나요?) 그거는 결재권자가 걸러야 돼요. 개인적인 소견으로는 검사 수사가 미진한 상태에서는 조정은 보내서는 안 된다고 생각합니다. 그래서 저는 반대합니다. 그리고 저는 그런 거는 조정 보내지 않아요.

(질문 : 그런데 현재는 검사님들 개개인의 재량에 맡기는 건가요?) 부장의 결재를 받지(받아)야지 혼자 결정을 할 수가 없어요. 자기 혼자 하고 싶어도 안 해주죠. 부장이 만약에 (조정에 회부 될 사건을) 안 걸러주면 어쩔 수가 없죠. 근데 그렇게 하면 안 돼요. 그렇게 하면 조정 안 됩니다.

(질문 : 사실관계가 명확하면 중대 사건도 조정에 붙일 수 있나요?) 아닙니다. 어떤 정도를 (중대 사건 이라고) 말씀하시는지 모르겠는데 중대 사건(은 조정에) 붙이면 안 돼요. 예를 들어서 ‘중중 돈 10억을 떼먹었다.’, ‘계주가 계금을 들고 튀었다.’ 이런 거(사건은 조정에)

붙이면 안 돼요.

(이러한 재산범죄와는 달리) ‘십장이 노임을 떼먹었다.’ ‘십장이 노임의’ 일부는 썼는데 일부를 안 썼다.” (이런 사건은) 사실 십장이 경제적인 능력이 안 돼가지고 (노임 지급을 위해) 돌려 막기를 하는 정도가 됐다면 이 사람은 돈 줄 능력 없는 거거든요. ... (이런 사건은) 기소해도 되지만 십장하고 일용직 근로자들과의 관계도 있고, 또 일용직 근로자는 처벌이 주목적이 아니에요. 여기서 빨리 돈을 받고 다른데 가서 빨리 일을 해야 되거든요. 이런 경우는 받지 못한 노임이 1천만 원 단위 2천만 원 단위가 돼도 형사조정에 붙이는 게 형사조정제도에 부합한다고 저는 생각을 해요. 그러니까 너무 중대한 거는(사건은 조정에 회부)하면 안 된다고 저는 생각해요.” (검사)

형사조정에 회부 여부를 금액으로 판단할 수 없지만, 검사의 입장에서 형사조정 회부 시 고려하는 가장 중요한 요소는 조정의 실질적 의미라고 말한다.

“(혐의 금액이) 10억 단위 되는 거 조정 안 됩니다. ... 조정 되려면 적어도 얼마 (정도의) 현금을 뺀내고 월(변제 확약 서류 등) 써줘야 되는데 그 정도 돈이 있는 사람 같았으면 여기까지 오지도 않아요. ... 조정 안 되는 거 자꾸 조정만 하면 안 돼요.” (검사)

변호사가 경험하는 조정사건은 비교적 규모가 큰 사건이라 할 수 있다. 일단 변호사를 선임할 정도면 어느 정도의 규모가 되는 사건일 것이다. 형사조정의 대상이 되는 범죄는 그 사실관계가 명확해야 한다. 만약 사실관계가 명확하지 않다면 형사조정에서 변호사는 사실관계를 다룰 수밖에 없다. 사실관계를 다루기 시작하면, 형사조정은 어려워진다고 말한다. 실제로 형사조정의 과정에서 가해자와 피해자 간의 사실관계에 대한 다툼으로 인해 불성립되는 경우가 많이 발생한다고 말한다.

“그것(사실관계 다툼) 때문에 깨지는 경우도 많이 있습니다. ... 예를 들어서 피해자 입장에서는 돈이 문제가 아니라 형사조정을 하더라도 (가해자에게) ‘이거(사실관계)’는 인정해라(라는 건데) ... 조정위원이나 가해자 측은 모든 걸 차치하고 그냥 조정만 하자라고 하는 경우들이 많거든요. ... 그래서 안 되는 경우들도 많이 있습니다 ...” (변호사)

변호사 역시 형사조정에 회부 여부를 단순히 금액으로 결정할 수 없지만, 보통 피해액이 10억 정도 되는 사건의 경우에는 형사조정이 불가능하고, 2~3억 정도면

가능하다고 평가한다. 2~3억 정도의 사건까지 가능하다고 평가하는 이유는 그 정도의 금액을 변제하지 않을 경우 실형이 선고될 수 있다고 판단하기 때문이라고 말한다.

“해결이 불가능할 정도의 금액은 (조정이) 불가능하죠. (사건 금액이) 10억 이렇게 되면은 ... 택도 없어요. ... 보통 한 2억, 1억에서 2억, 3억 정도 수준이면 ... 그 정도면은 (조정을) 할 수도 있다고 봅니다. ... (질문 : 그게 실형 선고 여부를 좌우할 만한 금액인가요?) 그 정도라고 봅니다. 미변제 시 실형이 나올 수 있는 ...” (변호사)

검사와 변호사 모두 형사조정을 위한 예비조정에 대해서는 잘 알지 못하는 듯하다. 예비조정에서 무엇이 이루어지는지 등에 대해서 알지 못하는 것으로 보아 이 과정에 특별히 관여하고 있지 않는 것으로 보인다. 또한 형사조정에 회부된 사건에 대해서 그 조정이 어떻게 이루어지는지에 대해 검찰에서는 직접 관여하지는 않고 있다. 검사는 실제 형사조정을 참관하지 않으나 범죄피해자 업무를 전담하면서 형사조정위원들을 만나 설명을 청취한 적이 있다고 기억한다. 검사는 형사조정을 독립적인 절차로 보고 있으며, 구체적으로 어떠한 방식으로 조정이 진행되고 결과가 도출되는지 파악하지는 않는 것으로 보인다.

“예비조정이 뭐죠? ... 그 조정위원들이 영역이라서 ... (질문 : 실제 조정을 보신 적은 있으세요?) ... 실제 조정하는 거를 보진 않고요. ... 범죄피해자 지원 업무를 전담 하면서 조정위원님들(의) 애로사항 청취하고 (그러적은 있는데) ... 실제로 조정실에 가서 본 적은 ... 가끔 조정위원님들이 연락을 주실 때가 있어요. ... 사건 개요를 알 수 있는지 (궁금해 하시면) ... 수사기록 중 일부(나), 조서 이런 거를 첨부해서 드리는데 그래도 이해가 안 되거나 (사건)배경의 다른 이야기가 궁금하시면 ... 그럴 때는 설명을 해드리죠.” (검사)

3. 형사조정의 목적 : 배상 vs. 화해

검사의 시각에서 형사조정은 복합적인 성격을 가지고 있다. 형사조정에서 합의와 금전적 배상이 큰 부분을 차지하지만, 때로는 합의와 배상 없이 대화를 통해서 사과와 화해 등이 이루어지기도 한다고 말한다.

“(질문 : 그러면 검사분들이 생각하시기에 조정은 합의인가요?(합의가 큰 부분을 차지하나 요?)) ... 합의금이 요소일 때도 있고 어떤 때는 돈 없이 사과가 요소인 때도 있어요. ... 사과가 요소일 때도 있어요. 사과라든지 화해라든지 용서 이런 게 중요한 요소일 때도 있어요. (이러한 요소를 바탕으로) 형사조정이 성립되는 경우도 꽤 있어요.

(질문 : 어떤 사건인가요?) 대개는 사건 자체는 경미하고 ... 제 편견일지 모르겠는데 양쪽 다 술을 마셨거나 해서 걱정적으로 스트리트 범죄로 일어나는 그런 경우에, 그리고 술을 평상시에 마시는 분들은 술김에 일어나는 현상에 대해서는 관대할 때가 많아요. 그럴 때는 ... 돈 없이 ‘그래 좋아.’ ‘나도 이해할 수 있어.’(라며 성립되기도 하죠) ... 단 둘이만 있는 게 아니라 현장에서나 경찰서에서는 제3자가 끼기도 하고 자기 위신이 있기도 하고(해서) 경찰서에서는 사건 발생 직후라서 합의가 또 안 되기도 해요. ... 그런 때는 다시 조정실에 단 둘이 만나가지고 ... 사과하고 뭐 하면 그러면은 (성립되기도 하죠).” (검사)

그럼에도 불구하고, 검사의 입장에서 형사조정 of 최종 목적은 금전적인 배상이라 말한다. 형사조정 of 원래 목적인 관계 회복과 피해에 대한 사과와 용서, 화해 등의 가치가 부정되는 것은 아니지만, 현실적으로 형사조정에서 추구하는 것은 성공적인 금전적 배상과 합의이다. 금전적 배상이 아닌 용서와 화해로 종결되는 형사조정 of 건은 전체의 약 10%를 넘지 않을 것이라 말한다.

“(질문 : 조정에서 주로 돈 얘기를 많이 하나요?) 돈이 주목적입니다. (질문 : 화해로 종결되는 건도 있다고 하셨잖아요) 비율이 ... 아주 가끔, 아주 가끔입니다. (검사가 형사조정에서 회부하는 사건 전체에서 보면) 한 달에 한두 건 정도 ... 그러면 비율적으로는 1~2% 이렇게 생각할 수 (있죠)” (검사)

변호사 역시 형사조정 of 최종 목적은 금전적인 배상이라 말한다. 변호사의 경험에 비추어 보면 모든 형사조정에서 주로 논의하는 것은 돈, 즉 금전적 배상이라 말한다.

“피해자 측에서는 ‘지금 (합의 금액을) 다 줄 수 없느냐’ (이렇게 묻기도 하고) ... 가해자 측에서는 지금은 다 줄 수 없고 뭐 이런 얘기들 ... (질문 : 주로 논의하는게, 돈 얘기만 하나요?) ... 거의 다 돈 얘기예요.” (변호사)

변호사가 바라보는 형사조정의 목표는 명확하다. 형사조정이 용서와 화해를 목표로 해야 할지 혹은 금전적 배상이 주목적이 되어야 할지에 대해서, 변호사는 돈이 빠져 있는 형태의 용서와 화해가 주된 목적이면 이상적이고 좋지만 현실에서는 그런 경우들이 없으며 실효성이 없다고 말한다.

“손해는 돈으로 위자하는 거 아닙니까? ... 어설피게 용서와 화해를 했다가 고민하시는 분들이 꽤 있어요.” (변호사)

변호사의 생각에 고소하는 사람들의 본질적인 목적은 돈에 있다. 국가의 검찰 조직이 채권 추심 업체가 되어버린다는 비판에 대해서 변호사는 형사적인 불법 행위에 대해서 청구하는 행위 그 자체를 실질적인 피해자들의 구제책으로 봐야 한다고 말한다.

“불법 행위에 대한 부분, 그러니까 형사적인 불법 행위에 대해서 민사적으로 청구할 수 있는 건 명백한데 ... (국가가) 돈 받아준다는 느낌 ... (형사고소를) 실질적인 피해자들의 구제책이라고 봐야 되는데 아닌가 ... 민사적으로(는) ‘(피해) 재산은 당신이 (알아서) 찾아가 ... (정도)밖에 ... 피해자 입장에서는 진정으로 원하는 구제는 집행문(판결문)에 있는 판결 정보를 받는 거랑 저 사람의 구속이 아닌거죠.” (변호사)

금전적 배상이나 합의가 주목적으로 이루어지는 형사조정에서 금전적 배상은 때때로 외상의 형태로 이루어지기도 한다. 이와 같은 외상 합의의 경우 검사들은 조정성립 여부만 서류상으로 확인한다. 실제 합의했던 금전적 배상이 이루어졌는지를 확인하는 것은 개별 검사의 재량에 따라 달라진다고 말한다.

“[질문 : 외상 합의 같은 경우는 검사님은 이행을 확인하시거나 이런 일은 없는 거죠?] 외상 합의라고 하면 ‘(피해자가) 약속한 돈은 받지 못했는데 조정에는 응하겠다.’ (이런건데) ... 조정위원들이 (확인을 해요). ‘돈이 들어왔으니까 ... 여러분 그러면 합의하시는 거예요.’ (또는) ‘아니예요. 안 들어왔기 때문에 아니예요. 그럼 조정 불성립이에요.’ (이렇게 확인을 하죠). 우리(검사)는 성립, 불성립만 보면 되는데 ... (어떤 경우는 피해자가) 돈 안 받은 채로 ‘합의한 걸로 해주세요. 형사 처벌은 원치 않아요. 돈은 내가 받을게요.’ 이런 분들도 있던 말이에요. (질문 : 합의가 이행 됐는지 확인하시나요?) ... 저는 합니다.” (검사)

또한, 형사조정으로 회부된 사건이 불성립되었다고 해서 특별한 불이익이 있을 순 없다고 말한다. 애초에 조정 참여 여부가 임의적인 것이기 때문에 조정이 불성립되었다고 더 불이익을 줄 필요는 없다고 말한다.

“(질문 : 혹시 불성립되면 기소하거나 아니면 재판에서 불이익이 있나요?) 특별히 불성립됐다고 불이익을 하지는(주지는) 않죠. 조정을 보내고 안 보내는 거는 임의적인 거였는데(거였기 때문에 성립되지 않으면) 합의가 안됐다 생각하고 원래 하려고 했던 기준으로 (처리)하면 되니까 불성립됐다고 더 불이익 ... 그렇게까지는 아닙니다.” (검사)

변호사 역시 형사조정이 불성립되었을 경우 참여 당사자가 받는 불이익은 거의 없다고 말한다. 변호사가 보기에, 형사조정에 회부된 사건이 다시 돌아오면 담당 검사가 바뀌기 때문에 특별한 불이익이 발생하지 않는다.

“사건을 형사조정에 보내면 거기서 한 두세 달 있다가 다시 오거든요. ... 그러면 사건번호가 다시 부여되면서 담당 검사가 바뀌는 경우들이 있어가지고 ... 사실 불이익이고 뭐고 별로 할 게 없는 게 그냥 새로 시작하는 경우들이 많거든요. ... (질문 : 그럼 특별히 불이익이 있다고 얘기할 수는 없겠네요?) ... 없었던 것 같아요. 그냥 새로운 사건(이죠).” (변호사)

일반적으로 형사조정의 모델은 대화형과 해결형으로 나뉜다. 대화를 통해서 사과와 용서, 화해와 공감적 이해를 목표로 하는 대화형 모델이 있는 반면에, 문제해결을 목적으로 하는 해결형 모델이 있다. 이러한 형사조정의 모델 중에서 검사의 입장에서 조정이 지향해야 할 바는 배상의 문제, 즉 돈 문제가 해결되어야 한다는 점이다. 대화와 화해, 용서 등이 중요하지만, 피해자에 대한 적절한 배상이 이루어지지 않는다면 대화와 화해가 불가능해지는 경우가 많다고 말한다. 즉, 배상의 문제가 해결되어야 대화와 화해가 가능해지고, 반대로 금전적인 문제가 해결되지 않는다면 조정은 쉽게 결렬된다고 말한다.

“돈 문제가 해결이 되면 대화와 타협이 ... 되는데 ... 피해자 입장에서 이렇게 얻어맞아서 치료비 그다음에 정신적인 위자료, (그리고) 일 못한 거(에 대한 보상)를 일단 받아야 용서할 마음이 생기기 때문에 ... ‘이쪽(피해자)에서는 500(만 원)을 원하는데 이쪽(가해자)에서는 200(만 원)밖에 못 주겠다.’ 그래서 결렬되는 경우도 많거든요. ... 피해 보전이 얼마큼 되느냐가 중요한 거죠.” (검사)

4. 형사조정위원과 형사조정의 전문성

가. 형사조정위원에 대한 평가

검사들은 형사조정위원들의 역량을 높게 평가한다. 검사가 느끼기에 형사조정위원들은 연륜 있고 지역사회에서 존경받는 인물이기 때문에 검사가 진행하는 조정보다 더 효과적일 수 있다고 생각한다. 형사조정위원들은 일반적으로 공무원, 변호사, 교사, 간호사 등 다양한 직업적 배경을 가지고 있다.

“(질문 : 조정위원들이 조정을 담당하는 거에 대해서는 어떻게 생각하세요?) 조정위원들 역량도 충분하다고 생각해요. 그리고 잘하세요. ... 평검사들보다 연세도 더 많고, 그리고 조정 업무를 하시기 전까지 지역사회에서 공무원, 변호사분들도 계세요. ... 퇴직 교사 아니면 간호사 이런 분들이기 때문에 연세 많으신 분들이 하시는데 조정(성립)도 검사가 하는 것보다 더 잘 될걸요.” (검사)

변호사가 직접 경험한 형사조정위원들은 직접적으로 직업을 밝히지 않은 경우가 제일 많았고, 직업을 알 수 있었던 경험에 의하면 변호사, 법무사와 같은 분들이 가장 많았다고 회고한다.

“본인이 무슨 직업에 있는지도 정확히 밝혀주지는 않은 경우들이 많아서 ... 변호사 법무사 이런 분들이 있었고 ... 자기가 무슨 일을 한다고 딱 얘기를 하지는 않고 조정위원이라고만 말씀하시는 (경우가 많죠). (질문 : 어떤 분들인 것 같으세요?) ... 전직 선생님 이런 분 ... 사회 지도층 ... 전직 공무원 이런 분들이 아닌가 싶기도 한데요. ... 가끔은 법률적 지식이 많지 않으신 분들도 (계십니다).” (변호사)

검사는 형사조정을 위해서 형사조정위원들이 어떠한 것을 교육받고 준비하는지 자세히 알지 못하나, 일반적으로는 전국 범죄피해자 지원협의체를 통해서 일괄적으로 교육을 받을 것으로 생각한다. 또한, 특별한 교육이 없더라도 형사조정위원들이 그들의 인생의 경험을 활용해 조정을 진행하는 것이 오히려 더 효과적일 것이라 믿는다. 특히, 지방의 경우 지역사회가 좁기 때문에 지역의 어른인 형사조정위원들이 서로의 양보를 이끌어내는 경우도 많다고 말한다.

“질문 : 그분들은 특별한 교육을 받으시나요? 받는 걸로 알고 있어요. 저기 전국 범죄피해자 지원협의회 거기서 따로 받으시는 걸로 알고 있습니다. ... 무슨 내용을 받는지는 그건 모르겠습니다.

서울 아니고 다른 지방 같은 경우에는 지역사회가 좁아 가지고 이렇게 한 다리, 두 다리 건너면 아는 분이 조정위원이기도 하고 그런가 봐요. ... 그러면 ... 동네 어른일 수도 있어서 ... 조정이 되었다. 이런 경우도 들어봤어요.

인생의 연륜을 활용해서 서로 양보 좀 해서 중간점을 찾아보자라고 하는 거니까 저는 좋다고 생각해요. 검사실에서도 항상 제시하는게 그거거든요. ... 그래서 저는 (검사보다) 조정위원들이 조정하시는 게 더 성립률이 높다고 봅니다.” (검사)

나. 형사조정위원의 적극적 태도

변호사는 조정의 성립을 위해서 형사조정위원의 적극적 개입이 중요하다고 말한다. 형사조정위원들의 적극적인 개입이 당사자들의 의견을 이끌어내고, 형사조정에서 당사자들 간의 의견 차이를 줄일 수 있고, 궁극적으로는 조정의 성립률을 높인다고 평가한다.

“(당사자들과) 얘기를 한 번이라도 더 하면 조정이 조금 더 많이 되거든요. ... (당사자들의 생각하는 합의점에) 갭이 좀 있을 수밖에 없거든요. 그 갭 차이를 줄이려고 노력할 필요가 있잖아요. (갭이 클 경우 검사실로 돌려)보내버릴 수도 있거든요. ... 안 될 것 같으니까 ... 조정위원이 ‘정리 좀 해보시죠’라고 (정리)하면 갭이 줄어들 수 있거든요. ... 약간은 적극적이어야죠.” (변호사)

형사조정을 경험한 변호사는 형사조정위원의 전문성보다는 조정에 적극적으로 임하는 태도가 더 효과적이라고 말한다. 때때로, 전문적인 형사조정위원보다 덜 전문적이지만 적극적으로 대화를 시도하는 형사조정위원의 조정성립률이 높다고 평가한다.

“조정위원이 ‘너는 범죄자야’라고 얘기를 해버리면 오히려 조정이 안 돼 ... ‘나는 이거(범죄 해당성 여부)에 대해서 관심 없다. ... 죄인지 아닌지는 저는 모르겠다. ... 근데 돈은 주셔야 하지 않느냐’ ... 그렇게 설명을 하시면 (오히려 말이 더 잘 통하죠.)” (변호사)

다. 형사조정위원 분과제도에 대해 - 조정은 연륜으로? 전문성으로?

형사조정위원들이 연륜도 있고 인생의 선배로서 진행되는 조정에서의 성과에 대해서 일선에서의 만족도는 매우 높은 것으로 보인다. 하지만, 형사조정을 위한 전문적인 교육이 부재한 상황에서 전문분과 제도 도입에 대해 긍정적으로 평가한다. 예를 들어, 교통사고와 관련된 사건이 형사조정에서 성립 시 공소권 없음으로 종결될 수 있는 경우라면 교통사고의 특성을 어느 정도 파악할 수 있는 전문가가 더 쉽게 조정을 진행할 수 있을 것이라고 말한다. 하지만, 특별히 전문적인 지식이나 교육이 형사조정에 필요하다고 여기지는 않는다. 그냥 보통의 상식을 가진 일반인 정도의 수준이면 지금 이루어지고 있는 형사조정을 무난하게 진행할 수 있을거라 생각한다.

“(분과제도가) 필요하긴 하죠. 아무런 지식 없이 조정을 들어가면 사실 조정도 잘 안 돼요. ... 예를 들면 교통사고(의 경우) ... 합의만 되면 공소권 없음인데, 합의가 안 된 채로 온(회부된) 경우는 조정 보내기 딱 좋거든요. ... 상해 지수도 ... 심하게 다치지 않았고 ... 근데 이 사람이 책임보험에만 들어있지 종합보험에 가입이 안 돼 있는 상태(에서는) 치료비나 일 못한 거(에 대한 배상) 그런 기회 비용, 위자료 조금 더 해서 주면 합의가 돼요. ... 그러면 공소권 없음으로 사건이 해결이 되니까 피해자도 좋고 ... 근데 그러면(이러한 합의를 이끌어 내려면) 교통사고에 대해서는 ... 적어도 일반인 수준으로는 알아야 돼(요). ... 일반인 수준보다 조금 더 알면 좋고요. ... 전직 경찰들 ... 범피센터에서 봉사하는 분들이 ... 만약 그런 분들이 하시게 되면 더 잘 알겠죠.” (검사)

변호사 입장에서는 형사조정에서 법률적 판단이 이루어지는 것이 아니라 주로 금전적 배상과 관련된 이야기를 나누기 때문에 형사조정위원이 특별한 법률적 지식을 갖추지 않아도 별 문제가 없을 것이라고 말한다. 또한 형사조정에서는 법률전문가의 역할을 잘 느끼지 못하였다고 평가한다.

“어차피 돈 얘기라서요. 왜냐하면 법률적 판단을 하는 건 아니거든요. ... 재산범죄라고 하는 게 여기까지 왔다는 거는 ... 최소한 돈을 빌렸거나, 물품 대금 채권이 있거나, 뭔가 돈을 줘야되는 상황은 맞는 거예요. ... 그럼 법률적 지식(이) 그렇게까지 ... 필요한 상황은 아니고 ... 제가 형사조정에서는 (법률) 전문가들의 역할을 잘 느끼지 못해가지고 ...” (변호사)

라. 형사조정위원들의 수당에 대한 생각

현재 형사조정위원들은 하루에 약 4건의 조정사건을 처리하면서 일당으로 약 7만 원 정도를 받는다. 이에 대해서, 검사는 우선 사건을 처리하는데 시간이 절대적으로 부족하다는 점을 지적한다. 또한, 수당 또한 현재의 일당 7만 원 수준의 보수는 조정을 일종의 봉사로 만드는 것은 아닌지 반문한다.

(질문 : 얼마쯤 받는 것 같으세요?) 한 건당 한 10만 원은 받으셔야 되나?

(질문 : 하루에 4건 정도 하시는데... 일당으로 치면 7만 원 ...) 너무 박한 것 같습니다.

... (30분에 한 건씩 해서 하루에 4건씩 이렇게) 준비를 되게 많이 하면 가능한 한데요.

... 좀 시간이 짧네요. 진짜 봉사네요." (검사)

변호사 역시 형사조정위원들의 수당에 대해서 건당 15만 원은 받아야 할 것이라고 말한다. 하지만, 현실의 조정에서는 하루 7만 원 정도에 4건 정도의 조정을 처리해야 한다는 것을 알게 되었을 때 변호사는 형사조정위원들이 의욕이 떨어질 것이라 말한다.

(질문 : 조정위원들 수당 얼마나 받는지 혹시 아세요?) 한 건당 ... 15만 원? 모르겠어요

... (질문 : 7만 원 받고 하루에 4건을 하시는 거예요) ... 의욕이 전혀 없으시겠네요." (변호사)

마. 형사조정위원들의 전문성과 전담조직의 필요성

형사조정위원들의 전문성은 다양하게 나타날 수 있다. 예를 들어, 의료 영역이나 교육 영역 아니면 여성이나 아동 영역에 대한 전문적인 배경지식이 전문성으로 나타날 수 있고, 법적으로 사건이 어떻게 처리되는지에 대한 법률 지식이 전문성으로 나타날 수 있다. 만약 조정의 목적이 대화를 통한 화해와 용서라면, 화해를 유도하는 대화의 기술적인 전문성이 더 강조되고 부각 될 수도 있다. 혹은 상담의 역할이 더 필요한 사건에서는 상담의 전문성이 더 요구될 수도 있다. 이러한 전문성에 대해 검사는 특정 영역에 대한 전문성, 법률적 지식에 대한 전문성, 화해를 유도하는 대화 기술의 전문성 중에서 가장 필요한 것은 사건의 성격에 맞는 전문성이고 그다음으로는 법률적 지식, 그리고 마지막으로 상담자 역할 전문성이라고 말한다. 특히나, 상담 전문성은 교육으로도 쉽게 얻을 수 없는 것이라 평가한다.

“세 가지 전문성 다 필요하긴 한데요 ... 중요도는 고유 사건 성격에 맞는 그 분야의 전문성이 제일 중요할 것 같고요. ... 그다음은 법률적인 거, 그다음은 상담자 역할이라고 생각을 하고 ... 그리고 상담자 역할은 ... 교육으로 함양될 수 있는 그런 능력이 아닌 것 같습니다.”
(검사)

변호사 입장에서 형사조정위원의 대화의 기술은 그저 형사조정위원 개인의 조정 방식일 뿐 조정의 결과가 그것에 의해 좌우되지 않는다고 평가한다.

“대화 기술은) 조정하시는 분들의 방식이니까 그거는 크게 문제되지 않아요 ... 그러니까 엄청나게 말을 잘하시는 분이 조정을 더 잘하고 이랬던 것 같지는 않거든요.” (변호사)

때로는 나이 많은 형사조정위원이 강압적으로 조정을 진행하는 경우에 조정의 성공률이 높아졌다고 말한다.

“고집 피우시는 분들이 있거든요. ... 근데 고집이 나쁜 고집은 아니고 돈 받으셔야 되니까 ... (고집을 피우셔서) 조정 안 되고 그런 경우도 있는데 ... 강압하시는 분들이 ... 성공률이 높아요. ... 내 클라이언트한테 내가 (강압적으로) 할 수는 없잖아요. 변호사인 저는 못하는데 어쨌든 중간에 심판이라고 하실 수 있는 조정위원 분들은 그런 (강압적인 내용)을 얘기하실 수 있거든요. 근데 그게 장기적으로는 나쁘지 않거든요.” (변호사)

검사들은 상근조정위원회와 같은 조직이 조정을 전담하는 것에 대해서는 부정적으로 평가한다. 우선 조직의 유연성이 떨어지기 때문이기도 하고, 실제로 특정 사건(교통사고나 폭력 등)이 시기별로 그 발생의 편차가 크기 때문에 유연하게 대응하기 어렵다고 말한다.

“(상근조정위원회는) 체도를 운영하는데 유연성이 떨어지지 않나요? (회부되는 사건이) 많을 때도 있고 적을 때도 있을 텐데 ... 교통사고, 폭력 이런 거는 날씨 따뜻해서 사람들 밖으로 나오면 더 많아지잖아요. ... 사건이 많아지면 조정도 더 많이 보내고 하는 거니까. (사건의 수는) 시기를 탄다고 생각합니다.” (검사)

바. 변호인 조력에 대한 생각

또한 형사조정에서 법률적인 지원이 필요한지에 대해서 검사는 매우 부정적이다. 형사조정 절차에서 변호인의 조력과 같은 법률적 지원이 발생하게 되면 변호사를 대동하는 것이 정식 절차화 되버리기 때문에 적절하지 않다고 평가한다. 검사는 형사 조정은 정식 절차가 아니고, 형사사법 절차 안으로 들어와서도 안된다고 생각한다.

“변호사(를) 대동하면 정식 절차화가 돼버리는데 그러면 제 입장 같으면 조정을 잘 안 할 것 같아요. (질문 : 검사님 입장에서 생각하면 조정은 정식 절차는 분명히 아닌 거죠?) ... 그렇죠 정식 절차로 들어오면 안 된다고 저는 생각해요. ... 일부러 정식이 아닌 옆으로 빼놓은 가장 큰 이유가 ‘합의해서 그냥 해결하라’는 목적(이고) ... 국가 작용 측면에서 볼 때 범죄자 루트 타는 것(범죄자로 낙인되는 것)을 좀 줄여보자는 거라고 저는 생각을 해요. (예를 들어) 경찰 단계에서 청년들끼리 얼굴에 침 뱉고, 뺨 때리고 하는 거를 ... 요즘은 경찰이 (합의를) 유도하지 않아요. ... 그런데 거기서(경찰서) 좀 캄다운 되고, 술 좀 깨고 집에 가버리면 종료 후에 거기(기록)에도 남지 않거든요. 근데 그게(범죄자로 낙인 되는 것을 막는게) 이 사건은 이 성질에는 맞지 않나요?” (검사)

변호사는 형사조정에서 변호인의 조력에 대해서 꼭 필요하진 않지만 어느 정도 수준까지는 필요하다고 말한다. 형사조정은 유·무죄가 어느 정도 판단된 상태에서 진행된다. 이러한 상황에서 변호인의 조력은 당사자를 진정시키고 현실적으로 가장 좋은 선택을 할 수 있도록 하는 정도에 그칠 수밖에 없다고 말한다.

“(변호인의 조력이) 필요하진 않지만 본인(의뢰인)을 진정시키고 ... (합의 금액)이 정도 수준에서 정리하자라는 취지의 얘기들을 할 수는 있죠. ... 그럴 수밖에 없는 게 송치돼서 검찰에서 조정(으로) 가는 경우에는 법률적인 부분으로서 유무죄는 어느 정도는 인정이 된다고 생각을 하거든요.” (변호사)

그럼에도 불구하고, 검사실에서 사건을 형사조정으로 회부하는 건 이미 사건이 검찰에 송치되었지만, 기소유예의 가능성이 있고, 검사실에서 형사조정을 진행하는 것보다 조정의 성립률이 더 높기 때문이라고 말한다. 즉, 검사의 입장에서 형사조정은 피해자나 피의자가 서로 만족할 수 있는 결과에 더 빨리 도달할 수 있는 방법이다.

물론 형사조정을 통해서 더 나은 결과를 얻으려면 형사调到에 적합한 사건을 회부하여야 한다. 그렇기 때문에 조정의 성공을 위해서는 적합한 사건을 고르는 역할을 하는 검사에게 첫 번째 책임이 있다고 말한다.

“(조에 회부되면 결과에 따라) 기소유에도 할 수 있는 거잖아요. ... 검사실에서 하는 것보다 조정률도 더 높고 조정 성사율이 더 높기 때문에 양쪽 다 서로 만족할 만한 결과에 빨리 도달되는 거니까요). (질문 : 그러기 위해서는 적합한 사건이어야겠네요.) ... 네. 사건을 잘 골라야죠. (질문 : 고르는 첫 번째 책임은 검사님들한테 있는게 맞네요) 네. 그렇죠.” (검사)

사. 형사조정 결과의 기속력과 가이드라인

반의사 불벌죄나 친고죄 같은 경우에는 합의가 이루어지면 불기소 처분도 가능하기에 형사조정 성공률이 높아지고 합의도 적극적으로 추진된다. 하지만 그렇지 않은 경우에는 조정이 성립되어도 기소 가능성이 여전히 존재한다. 형사조정의 성공률을 높이기 위해서 검찰 조직 내에서 조정이 이루어진 이후 그 결과에 대해 기속력을 부여하는 방안에 대해 검사는 매우 어려울 것이라는 입장을 견지한다. 구체화 된 기속력은 없지만 검사들은 대개 조정의 결과를 긍정적으로 반영한다고 말한다.

“그거(조정결과에 기속력을 부여하는 것) 어려울걸요. 왜냐하면 그게 구형 기준하고 관련된 건데 ... 사건이 제각각이어서 ... 원래 구형 기준이 범위로 이렇게 구간으로 돼 있는데 ... 그것에 또 기속력을 뒀서 ... (조정결과를 반영하여 구형기준을 조정하는 것은) 현실적으로 어려우니까 ... 근데 조정을 보낸 검사 입장에서는 처음에 생각했던 것보다 확실히 (구형을) 깎는 건 맞아요.” (검사)

또한, 조정의 결과를 양형기준 형식으로라도 구형 기준에 반영하자는 아이디어에 대해서도 실현이 매우 어려울 것이라 말한다.

“(양형기준 형식의 반영도) 어려울 겁니다. ... 그렇게 세세하지가 않아 가지고 자기네 시스템으로 양형기준 인자를 입력을 하고 난 다음에 그거에 대한 기속력이 없어 가지고 ... 거기에 따르지 않는 경우에 판결문에 부기하도록 돼 있는 걸로 알고 있는데 부기 안 하거든요. ... 그래서 양형기준에 기속되는 판사 없어요.” (검사)

형사조정을 위한 가이드라인을 만들어 배포하는 것에 대해서도 검사는 부정적인데, 가장 큰 이유는 범죄유형과 법정형을 유형화하는 시도 자체가 매우 비현실적이고 설계도 어렵기 때문이라고 한다.

“설계하는 게 어려울 거다. ... (우선) ‘양형기준법’이 법으로 제정이 돼서 법원이 거기 기속돼야 돼요. ... 그러면 거기에 맞춰서 ... 검찰의 업무 처리를 반영해서 구형 기준을 정하고 기속력을 부여하고 그러면 (가이드라인 제작이) 더 쉽죠. ... 근데 이 방향으로 가는 거는 저는 현실적이지 않다고 보거든요.” (검사)

그나마 형사조정사건 중 구형 기준이 정해진 교통사고에 대해서는 구형량에 대한 기속을 고려할 수 있다고 말한다. 교통사고 이외에 다른 범죄 사건에 대해서는 이러한 구형량 기속을 고려할 수 없을 것이라 말한다.

“사건 유형 중에 굉장히 세세하게 구형 사건 처리 기준이 정해진 범죄가 교통사고예요. 교통사고는 저희가 어떻게 끔찍할 수 없을 정도로 여러 가지 인자를 반영을 해서 ... 그리고 또 교통사고는 정확하게 (상해)진단 주수가 나오니까요. 진단 주수하고, 그다음에 물피 액수도 나오고, 그다음에 몇 명이 피해자인지(도 나오고), 그다음에 여기에 가중 요소로 음주(또는) 무면허 여부와 그다음에 ‘도망갔다.’ (등) .. 추려진 인자들이 있어요. ... 표 안에서 왔다 갔다 합니다. ... 근데 폭력은 어려울 거예요. 너무나 동기가 다양하고 ... 우리가 생각할 수 있는 거는 피해 피해자 각자의 연령, (상해)진단 주수, 그다음에 도구를 뭘 썼는지 뭐 그런 건데요. 사실 알고 보면 폭력 사건도 처리할 때 고려해야 될 문제들이 굉장히 많아요. 사실상 실제로 벌어지는 사건들도 (마찬가지이고) ... 교통사고 정도는 (구형량 기속을) 할 수 있을 것 같기도 ...” (검사)

변호사 입장에서 형사조정에 대한 가이드라인이 있다면 형사조정의 성립률은 높일 수 있지만, 범죄를 계량화하는 것이기 때문에 반대한다고 말한다.

“(가이드라인이) 있으면 안 되는 거죠. ... 범죄를 계량화하는 거라서 이게 말이 안 되는 거거든요. ... (예를 들어) 폭행 사건의 경우처럼) ‘(상해 진단 주수) 일주일(에 합의금이) 얼마면 돼’ 이런 류의 생각하고 같은 류일 것인데 ... ‘주당 얼마입니다’ 이렇게 말 할 수도 없는 노릇이고. ... 폭행은 그렇다 치고 성범죄는 어떻게 할 것이며 13세 미만(에 대한 성폭력)

은 그러면 금액으로 얼마 정해져(야 한다는 건데) 이게 말이 안 되거든요. ... 성립률을 높이는 방법이라고 하면은 좋겠지만 그러면 절대 (계량화는) 안 되는 ...” (변호사)

아. 민사조정과 형사조정의 차이

금전적인 배상이 주목적이라면 형사조정을 민사조정으로 대체할 수도 있을텐데 검사는 형사조정의 절차는 민사조정과 매우 다르다고 평가한다.

“민사조정은 거의 판사님 마음대로 다 해요. ... 법복을 입고 법대가 이만큼 높은 데서 하기 때문에 ... 법정 내에서 ... 위압감이 ... 그리고 일반인들은 이게 정식 재판 절차인지 조정절차인지 잘 구별이 안 돼요.” (검사)

변호사는 형사조정과 민사조정의 차이를 보다 더 자세한 협상이 진행되는지의 여부에 따라 구분하는 듯하다. 변호사 입장에서 민사조정은 청구권이 있으면 계산의 방식을 준비하여 설득하고 합의에 이르는 경우가 많다. 하지만 형사조정의 경우에는 돈의 총량을 더 중요하게 다룬다고 말한다.

“개인적으로 민사조정을 할 때는 저 같은 경우 안을 되게 많이 준비했어요. ... 그러니까 무슨 말이나 하면 청구권이 있으면 ... 1번의 방식으로 계산을 하면 얼마, 2번의 방식으로 계산하면 얼마, 거기서 이자를 빼면 얼마 이런 식으로 (계산을 하지) 무턱대고 50% 이렇게 제시하기 보다는 ... 형사조정은 좀 그렇지 않은 것 같아요. 그렇게 구체적으로 (진행)되지 않고 ... 약간 주먹구구네요. ... 그럴 수밖에 없는 게 (형사조정에서는) 결국 돈의 총량이 중요해서, 그걸 민사로 못 받을 거라고 생각해서 형사로 오신 분들이 많아가지고 ... 그렇게 고소하신 분들이 많아서 금액을 그렇게 정하는 경우들이 꽤 많고요. ... 내가 여기서 조정을 하지 않으면 (민사소송에서는) 전부 패소할 수도 있다는 ...” (변호사)

5. 검사·변호사가 생각하는 형사조정의 장·단점

가. 형사조정의 장·단점

검사가 생각하는 형사조정의 장점은 형사조정을 통해 형사적 처벌로 가는 대상을 줄일 수 있는 점이라 말한다. 검사는 사건을 수사 및 기소하고 구형하는 입장이라는

점을 고려하면 의외의 답변이라 할 수 있다. 검사가 생각하는 형사조정은 이미 형사사법의 절차에 진입한 이들에게 형사처벌이라는 마지막 열차를 타지 않을 수 있게 하는 기회를 제공하는 장치이다.

“조정의 장점은 ... 형사절차로 들어온 사람들에게 ... 될 수 있으면 형사처벌로 가는 그 대상을 줄인다는 거죠. ... 그것도 조속한 시일 내에 ... 조정제도가 없으면 합의 시도를 안 한 채로 그냥 그냥 처리했을 거예요. ... (조정제도가 없었다면) ‘기소되기 전에 합의되면 (합의서를) 검찰청에 내시고 기소된 다음에는 법원에 내세요.’ ‘당신은 이번 달 며칠쯤에 기소될 겁니다.’ 이렇게 안내를 하고 말텐데 합의를 할 기회를 더 주는 거죠.” (검사)

변호사가 생각하는 형사조정의 장점은 피해자가 배상을 가장 빠르고 확실하게 받을 수 있다는 점이다. 변호사는 형사조정위원이 이행 여부를 확인하기 때문에 민사소송에서 승소하여 직접 집행하는 것보다 간명하다고 말한다.

“(형사조정위원이) 이행 여부까지 거의 확인을 하거든요. ... 그러면 사실 피해자 입장에서는 민사사건(에서) 이겨가지고 직접 집행하는 것보다 ... 훨씬 간명하거든요. ... 이행하지 않았다는 정도 수준이 되면 거의 기소되는 케이스들이 많아가지고 거의 기소되면 ... 무혐의거나 또는 무죄를 닦는 게 쉽지 않은 상태거든요. ... 그렇다면 피해자 입장에서는 내가 직접 집행을 하거나 아니면 오래 걸리는 집행을 하는 것보다는 빠르게 검찰에서 조정 방식으로 돈을 받아주는 게 분명히 메리트가 있다고 생각을 ...” (변호사)

변호사 입장에서 형사조정의 또 다른 장점은 피해자는 원하는 구제를 받고 가해자는 빠르게 법적 안정성을 획득하는 것이라 말한다.

“피해자 입장에서는 피해자 구제가 맞네요. ... 저는 그렇게 생각해요. 그럼 가해자 입장에서는 ... 법적 안정성이 (확보되고)... 빨리 해결하는 (장점이 있죠).” (변호사)

검사가 생각하는 형사조정의 가장 큰 단점은 형사조정이 성립되었어도 얼마나 구형량을 줄여줄 수 있을지, 혹은 합의가 되었으니 선고 형량이 얼마나 될지 등에 대해서 확답해 줄 수 없다는 점이라 말한다.

“검사가 가진 한계이기도 하고 이제 조정위원들이 가진 한계이기도 할 거예요. ... 합의되면 ‘(구형량을) 얼마 깎아줄 수 있어요’라고 얘기 못하는 거 ... ‘법원에서는 (선고 형량이) 얼마 나올 거예요’ ... 말 못하는 거예요. ... 실제로 장담 못 하니까 그게 제일 큰 한계예요.”
(검사)

변호사가 생각하는 형사조정의 가장 큰 단점은 조정이 성립되면 2차, 3차 수임이 줄어들어 변호사의 수익이 줄어드는 문제가 아니라, 가해자가 돈으로 해결하면 된다는 생각을 갖게 되는 비윤리적인 면이라 말한다.

“제도적인 단점이지? 제도적인 단점은 사실 윤리적인 문제겠죠. ... 돈으로 해결하면 된다는 생각을 할 수 있으니까요. ... 사기를 치거나 횡령을 하거나 했을 때 막 화를 내는 사람들이 있어요. ‘남들은 (피해액의) 50%, 70%만 (합의금으로) 받아도 합의 다 해주는데’ (라며 화를 내죠).” (변호사)

또한 형사조정에서 합의금을 깎아 합의에 이르는 경우 사기에서의 기망을 가볍게 여기는 경우도 생길 수 있다는 점이다. 변호사로서 이러한 점이 대표적으로 형사조정이 악용되는 사례라고 말한다.

“조정뿐만 아니라 공탁도 마찬가지고요. ... 어느 정도는 계량할 수 있으니까 ... 극단적으로 구속을 기준으로 본다면 내가 친구한테 1억 원을 빌리고 ... ‘원금 보장해 주고 투자금(까지 더)해서 2억으로 내년까지 줄게’라고 약속을 해서 1억을 빌렸다고 하더라도 형사 기소가 된다고 하면 (혐의 금액은) 1억이잖아요. 그런데 거기서 ... (형사조정을 통해) 5천만 원 깎아서 .. 합의한다고 하면 이제 (그래서) 집행유예 정도 수준으로 끝난다면 .. 기망이(기망행위를 저지르는 것을) 조금 더 쉽게 생각될 수 있는 그런 ... 윤리적인 리스크 ...” (변호사)

또한 구조적으로 형사조정에서 피해자가 양보해야 조정이 성립되기 때문에 피해자 입장에서는 피해 보전을 더 받을 방법이 없다는 점도 단점 중 하나라 할 수 있다.

“결국에 피해자가 양보해야 성립이 되는 거잖아요. ... 그럴 수밖에 없죠. 피해자 입장에서는 더 받을 방법은 없어요.” (변호사)

나. 형사조정 발전을 위한 아이디어

형사조정의 의뢰율을 높이기 위해서는 형사조정 대상 범죄의 범위를 확대하여 검사들이 보다 더 많은 사건을 형사조정에 회부할 수 있도록 하는 방안이 고려될 수 있다. 이러한 방안에 대해서 현직 검사는 형사조정 대상 사건의 범위를 넓히는 것이 성립률에 도움이 되기 보다는 사건을 처리하는 편법으로 악용될 소지가 더 크다고 말한다. 결론적으로, 현재 형사조정에 의뢰하는 건수는 충분한 수준이라 말한다.

“(형사조정 회부 건수를 늘리면) 사건을 처리하는 편법적인 방법으로 악용될 우려가 있기 때문에 너무 많이 늘려주면 안 돼요. 지금도 충분하다고 생각합니다. 그리고 (형사조정 처리) 기한도 무한정으로 늘려주고, 부장 결재도 안 받고 전결로 하고 (회부하고) 싶다. ... 그러면 모든 사건을 조정을 다 보내겠다는 겁니까? ... 꼭 악용하는 사람들(이 있습니다.)” (검사)

보다 나은 형사조정을 위해서는 대상 범죄의 확대가 아니라 형사조정위원들에게 사건당 더 많은 시간을 할애할 수 있도록 시간을 부여하고 더 많은 수당을 보장해야 한다고 말한다. 또한, 형사조정의 의미를 살리기 위해서는 얼굴을 맞대고 논의할 수 있는 대면 조정이 필요하다고 말한다.

“근데 조정성립률을 늘리는 방법은 그분들한테 시간을, 수당을 좀 더 (드려야 합니다) ... 30분은 너무 짧네요. ... (형사조정위원이) 사람(당사자를) 만나야 돼요. ... 만나야 한 건이라도 더 (성립)될 텐데 ...” (검사)

검사의 입장에서 형사조정의 성공률을 높이기 위한 방법으로 플리바게닝 대상 범죄를 제한적으로 설정하고 해당 범죄의 경우 형사조정에서 합의가 되면 형사절차가 더 이상 진행되지 않을 수 있도록 하는 것을 제안한다.

“플리바겐 대상 범죄를 지금 조정 대상 범죄를 제안하는 것처럼 플리바겐 대상 범죄를 딱 제한을 해서 여기에 해당되는 건은 합의되면 누락 할 수 있으면 조정성립률은 엄청 높아지겠는데요. ... 그러면 조정위원님들이 설명하기도 너무 좋을걸요.” (검사)

형사조정과 플리바게닝을 연계하는 방안에 대해서, 변호사는 큰 효과가 없을 것이라 말한다. 형량을 결정하는 것은 판사이기 때문에, 형사조정의 결과로 검사가 형량을 감량하는 방법이 존재하지 않는 상황에서 별 의미 없는 대안이라 평가한다.

“근데 현재 상태에서 검사가 형량을 감량하는 방법이 있지 않으니깐요. ... 어차피 ... (양형은) 판사가 하는 거라서 ...” (변호사)

형사조정제도가 결국에는 배상을 받아내는 민사조정의 성격을 띠고 있다는 비판에 대해서 검사는 그 성격이 큰 문제가 되지 않는다고 말한다. 형사소송과 민사소송의 구성이나 조직은 분리되어 있지만 현실적으로 정확하게 분리되는 것이 아니기 때문에 형사조정이 민사조정처럼 된다 해도 큰 문제라 평가하지 않는다.

“두 개가 얽혀 있는 경우가 굉장히 많잖아요. ... 그래서 형사사건을 담당하고 있는 검찰에서도 사건을 형사로만 볼 수가 없습니다. ... 민사소송을 제기하고 증거 수집에 제한이 있기 때문에 (형사)고소를 해서 ... 증거 수집을 하거나 아니면 형사적으로 절차 진행을 해서 기소가 되면 이걸 민사재판에 가지고 와서 증거 자료로 내거나 ... 어떤 때는 민사에서 형사 이거를(증거나 기소여부를) 기다릴 때도 있고 형사에서 민사소송을 기다릴 때도 있거든요. ... 이렇게 딱 정확하게 분리되는 이 성격이 아니기 때문에 지금 형사조정제도가 결국에는 돈 받아내는 민사조정의 성격이 있지 않나라고 하는 거는(비판은) ... 해외도 마찬가지래요. 미국도 마찬가지라고 합니다. .. 저 사람이 피해 입었으니까 돈 달라고 하는 거를 그렇게 막 불량하게 보지 않아요. ... 결국 뭘로 사람을 위로하겠어요. 이 사람의 실추된 명예를 뭘로 위로하겠어요.” (검사)

6. 검사·변호사가 생각하는 형사조정의 단계

현재의 형사조정은 검찰 단계에서만 진행되지만, 실제로는 경찰 단계에서도 조정이 진행되기도 한다. 또한 현실적으로 현장에서 많은 조정이 이루어지고 종결되는 사건이 있다. 검사의 입장에서 경찰 단계에서 진행되는 조정에 대해서 공식적인 형사사법의 절차에 들어오지 않는 긍정적인 면이 있지만, 가정폭력이나 아동학대 등 여성이나 아동이 피해자인 경우 시간이 지나고 나서 형사절차를 진행해야 하는 경우가

발생할 수 있다. 이러한 이유로 검사는 검찰 이전의 단계에서 조정으로 마무리되는 것에 대해서 유보적인 입장이다.

“경찰서에 들어가기 전에 ... (사건 현장에서) 끝나는 사건들도 많아요. (질문 : 개인적으로 어떻게 판단하세요?) 긍정적인 면이 있죠. ... 공식적인 형사절차로 들어오지 않기 때문에 ... (수사만 받더라도) 수사를 받은 경력 조회가 남으니까 그거로(공식적 형사절차로) 들어오지 않는다는 거에 대해서는 긍정적인 면이 있는데 ... 근데 가끔 사고가 나요. ... 가정폭력 범죄랄지 아니면 아동학대랄지 ... 경찰이 집에서 ‘처벌받길 원하세요?’ (라고 물으면 피해자가) 그 자리에서 ‘그것까지는 아니고요’라고 얘기하는 게 ... 거짓말은 아니지만 그래도 나중에 미래는 어떻게 될지 모르니까. (아무튼) 현장에서 그렇게 얘기가 오고 간 거고 형사절차로 넘어오지 않은 거잖아요. ... 근데 ... 미래의 일은 알 수 없으니까 뭔가 큰 일(보복 범죄 등)이 벌어지고 난 다음에 과거를 돌아켜보니 ‘그때 조치를 제대로 세계 들어갔어야 되는 거 아니냐’ (하는 비판도 있어서) ... 뭐가 맞다고 말씀드리기 어렵습니다.” (검사)

현재의 형사조정은 검찰 단계에서 이루어지지만, 경찰 단계나 법원 단계에서의 형사조정도 가능하다. 만약 법원 단계에서 형사조정이 이루어진다면, 민사조정과 통합하여 진행할 수도 있다. 법원 단계에서 이루어지는 형사조정에 대해서 현직검사는 법원 단계에서 이루어지면 너무 늦는다고 말한다. 반면, 검찰에 앞서 경찰 단계에서 형사조정이 초기에 이루어지는 것이 불가능하지는 않다고 말한다. 하지만 사건 초기에서 진행되는 조정에서는 선부른 결정에 이를 수 있다고 평가한다. 때문에, 현직검사는 현행 검찰 단계에서의 형사조정이 가장 시기적으로 적절하다고 말한다.

“(사건이) 무르익지 않은 상황에서 조정 잘 안 돼요. ... 서로 침 뱉고, 뺨 때리고 하는 그런 수준이 아닌 상황에서는(상황이 아니라) 고소장을 내가지고 ‘때인 임금 천만 원을 받아내겠다’고 하는데 그 단계에서 만나서 ‘그럼 얼마 줄래’ (하는 식의 조정은) 안 됩니다. ... 검찰이 기소의견으로 송치했다고 피의자한테 통지가 되면 ... (그 때 가해자가) ‘내가 법정에 서겠구나’ ‘검찰청에서 나오라고 하겠구나’라고 생각해서 긴장이 돼야 그때야 내 주머니에서 얼마나 돈을 꺼낼지 마음이 생기고 ... 그래서 저는 (검찰단계에서 형사조정을 하는 것이) 적절한 것 같습니다.” (검사)

형사조정 단계 전에 합의가 이루어지지 않는 이유에 대해서 변호사는 대부분의 당사자가 송치되기 전에는 형사사건이 아니라고 생각해서라고 말한다. 대부분의 당사자들은 사건이 송치되기 전에는 채무 등의 미변제 정도이지 형사사건이 아니라고 생각하는 경향이 있다고 말한다. 하지만, 송치가 되면 기소 될 수도 있다는 생각을 하게 되고 형사조정에 대해서 고민하게 된다고 말한다.

“송치되기 전에는 이거는 미변제일 뿐 형사사건은 아니라고 생각을 하고 ‘무혐의 받을 거다’ ‘불송치 될 거다’라고 생각을 하는 거죠. 근데 송치가 되면 ... 진짜 (사건이) 무르익어서 ... 저 같은 경우는 대놓고 얘기하거든요. ... ‘불구속 기소되더라도 1심 끝날 때까지 미변제면 구속되실 거다.’, ‘이거 구속된다.’, ‘2심 끝날 때까지 미변제 하시면 만약에 1심 끝날 때까지 불구속 되더라도 실형(이다)’, ‘불구속 상태에서 2심 확정되면 그때는 또 구속된다.’ 그런 얘기들을 해요. 그럼 본인들도 대부분 알고 있습니다.” (변호사)

이러한 상황에서 전액을 변제하고 집행유예를 선고받을 수도 있지만, 어차피 변제할 생각이려면 조정 단계에서 합의해 불기소로 사건을 마무리 하는게 이득이라는 생각을 하게 된다고 말한다.

“전액 변제하면 재판부 입장에서도 합의가 안 되더라도 대부분은 집행유예(를 선고) 하거든요. ... 어차피 그때 가서 변제하고 집행유예 받을 거면 지금이라도 ... 합의하고 무혐의 불기소 받는 거를 선택하시는 분들(이 있죠) ... (질문 : 합의하면 불기소에 대한 기대가 어느 정도 확실한가요?) .. 거의 불기소 .. 거의가 아니라 사실 다 불기소 ... 피해자 입장에서도 형사조정에 들어가는 가장 큰 이유는 아무리 때려도 돈이 나올 것 같지가 않아서 들어온 거거든요.” (변호사)

변호사의 입장에서 법원에서 진행되는 형사조정이 효과적일 수 있다고 말한다. 하지만 조정의 합의 결과가 영향을 미칠 수 있어야 한다는 전제가 필요하다. 즉, 조정의 결과가 판결에 영향을 줄 수 있어야 효과성을 담보할 수 있는데 현실에서는 이미 기소가 된 상태이기 때문에 그 효과성이 매우 제한적일 수밖에 없다고 말한다.

“법원 또는 법원이 아닌 기관이 재판 중에서 조정이라는 방식을 통해서 양쪽의 의견을 좁힐 수 있는 그런 일을 할 수 있다면 좋을 것 같아요. ... 판결에 영향을 미쳐야겠죠. 근데

검찰에서의 형사조정 만큼은 불가능할 거예요. ... 검찰에서의 형사조정은 아예 불기소 결정을 해주니까. 근데 법원은 이미 기소가 된 상태이고 이제 양형만 적용해 줄 수 있을 때는 ... (효과가 제한적이라)" (변호사)

제4절 | 소결 및 시사점

1. 회복적 사법 이념의 구현자로서의 역할

형사조정은 기존의 형사사법제도에 대한 대안으로 출현한 회복적 사법에 기반하고 있다. 회복적 사법의 이념을 실천하기 위한 프로그램이 형사조정인데, 실상은 목표 이념이나 지향과 매우 동떨어져 있다. 현실에서 형사조정이 회복적 사법 이념 구현의 중추적 역할을 담당하고 있는지는 비판적으로 검토해야 한다.

회복적 사법의 정신은 (이해관계자의) 자율성, 갈등의 해소, 범죄피해의 배상, 공동체의 역할 등으로 대변된다.²⁶²⁾ 이해관계자의 자율성은 피해자와 가해자가 자발적으로 형사조정에 참여하고 그 과정과 결과에 참여한다는 것을 의미한다. 즉, 형사사건이라고 하는 문제에 대해서 국가가 문제를 해결해 주는 것이 아니라 당사자들이 문제해결에 적극적으로 참여하고 해결을 결정한다는 것을 의미한다. 하지만, 현실에서는 이러한 자율성의 모습을 찾아볼 수 없다. 물론, 형사조정의 참여에 대한 충분한 취지 설명은 이루어지는 것으로 보이나, 진정한 의미에서 당사자들의 적극적 참여의 모습은 보이지 않는다.

2. 형사조정의 자율성

형사조정에서 추구하는 자율성은 문제의 당사자들이 실제로 대면하고 문제를 해결하는 것을 의미한다. 이러한 자율성의 추구에서 형사조정은 국가 주도의 강제적 절차와 구별된다. 즉, 사건을 당사자 간의 대화와 소통을 통해 해결하려는 의지로서의

262) 이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2006.

‘자율’에 대한 강조이다. 하지만 현실에서 진행되는 형사조정에서는 당사자가 주도적으로 문제를 해결하기보다는 단순한 자율적 참여에 불과하여 개념이 축소되어 운영되고 있다. 현실에서는 형사조에 대한 취지나 의미가 제대로 설명되지 않는 경우도 많았고, 자율적 담화에 의한 문제해결이라기보다는 금전적 배상에 대한 조정이 가장 큰 목표로 작동되고 있다.

3. 형사조정의 실천모형: 문제해결형 vs. 화해형

형사조정의 실천모형이 무엇이나에 따라 형사조정의 목적과 전략, 절차는 차별적으로 조직화 된다. 즉, 조정모형이 지향하는 바에 따라 조정의 절차와 과정과 역할 등이 결정된다. 형사조정 모형은 크게 화해형 모형과 문제해결형 모형으로 구분된다. 현재 한국사회에서 진행되는 거의 모든 형사조정은 문제해결형에 속한다고 할 수 있다. 화해형 모형이 당사자 간의 대화와 관계 회복을 목표로 하고, 단순한 합의보다는 당사자 간의 새로운 관계 설정을 강조한다면, 문제해결형 모형의 목표는 분쟁사항에 대한 합의이다. 즉, 문제해결형 모형에서는 분쟁에 관련된 감정 표현을 자제시키고, 분명하고 가시적인 합의(성과)를 강조한다. 문제해결형 형사조정 모형은 신속하고 효율적이고 비용을 절감할 수 있는 장점이 있지만, 지급할 배상액에 초점을 둘 수밖에 없다. 즉, 돈 문제 이외의 (범죄)사건으로 인한 사회심리적 문제 등에 대해서 관심을 쏟을 여력이 없다. 형사조정은 회복적 사법 이념에 기반하고 있다.²⁶³⁾ 회복적 사법 이념을 추구하기 위해서는 문제해결형 모형과 화해형 모형을 동시에 구현해야 하지만, 현실에서의 형사조정에서는 화해형 모형을 찾을 수 없고 문제해결형 모형이 주를 이루고 있다.

4. 형사조정위원의 역할과 위상 제고

마지막으로, 형사조정위원에 대한 역할과 처우 개선에 대한 필요성이 제기된다. 형사조정위원들뿐만 아니라 검사와 변호사 모두 형사조정의 질이 높아지기 위해서는

263) 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 증보판, 2018.

형사조정위원들의 역할과 처우(수당)를 제고할 필요성이 있다고 한다. 일반적으로 형사조정위원들은 조정의 과정을 이끌고 합의에 이르도록 돕는 역할을 한다. 현재 2시간에 4건의 조정을 진행하고 일당 7만 원을 받는 상황에서, 형사조정위원들에게 양질의 조정 진행을 기대하기는 어렵다. 형사조정위원의 역할은 중재(arbitration)나 판결(adjudication)이 되어서도 안 된다. 하지만, 현실에서의 형사조정위원은 조정자의 역할보다는 중재자의 역할에 더 집중하는 모습을 보인다. 이는 형사조정위원의 전문성과도 관련이 깊은데, 현재 “형사조정에 필요한 법적 지식 등 전문성과 덕망을 갖춘 사람”이 형사조정위원으로 위촉된다.²⁶⁴⁾ 법적 지식을 갖춘 형사조정위원은 법적 지식에 근거한 판정과 중재를 하고, 사회적 덕망을 갖춘 명망 높은 형사조정위원들은 비공식적인 어른의 권위에 근거한 중재의 역할을 한다. 물론, 형사조정위원의 비공식적 권위나 스타일이 성공적인 조정으로 이끌기도 한다. 보다 중요한 것은 개별 형사조정위원들이 각자의 개인기로 성공적인 형사조정을 이끌어나가는 것이 아니라, 동일한 의미와 목적을 가지고 접근하는 것이다. 형사조정제도의 의미와 목적이 무엇이고 형사조정위원의 역할은 무엇인지에 대한 관점을 공유하는 것은 교육 프로그램을 통해서 가능하다. 초창기의 형사조정위원의 선정은 사회적인 명망을 중심으로 선발하였고, 위촉된 형사조정위원들은 사회적 봉사로 생각했다. 개별 형사조정위원의 역량에 의존하는 조정이 아니라, 보다 전문적인 형사조정위원을 양성하기 위해서는 교육 프로그램이 필요하다.

264) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016.

제 4 장 형사조정제도의 운영현황과 개선방안

정책제언

전 현 육

제1절 | 형사조정외의 이원성

1. 왜 회복적 사법인가

이 연구는 담보상태에 있는 형사조정의 의뢰율과 성립률을 어떻게 높일 수 있을 것인가라는 단순한 문제의식에서 출발했다. 그러나 형사조정제도에 관한 수많은 선행 연구들이 제시하는 이론적 배경이나 개선방안들을 정리할수록, 형사조정의 의뢰율이 담보상태에 있다기보다, 사실상 포화상태에 있는 것이 아닌가 하는 의문을 지우기 어렵게 되었다. 이상적인 회복적 사법의 이념을 토대로 제도화된 현재의 형사조정제도가 현실의 한계에 부딪히고 있으며, 그렇다면 보다 근본적인 제도적 변화 없이는 형사조정이 더 이상 확장될 가능성은 없는 것이 아닌가 하는 관점을 갖게 되었다.

이러한 관점은 제3장의 경험적 연구를 수행하는 가운데 더 강화되었다. 형사조정 실무 참여자들의 경험 속에서 형사조정의 실무는 우리가 이미 형사합의에서 경험하고 있는 바와 같이 사과와 용서보다는 금전배상에 더 중심을 두고 운영되고 있다는 사실을 다시 한번 확인할 수 있었으며, 이상적인 회복적 사법의 이념이 형사조정의 실무에서 철저히 외면되고 심지어는 왜곡되는 모습을 관찰할 수 있었다. 이는 회복적 사법의 이상과 이해타산에 따라 움직이는 가해자와 피해자가 만드는 현실이 서로 맞지 않기 때문인 것으로 생각된다.

아쉽게도 아직까지는 회복적 사법이 우리나라에서 제도화된 주류 형사사법 체계의 근간을 형성하고 있는 것으로 보편적 동의를 얻은 형사절차의 핵심 이념이라고 하기

어려움에도 불구하고, 회복적 사법의 전문가들은 많은 문헌들을 통하여 대부분 회복적 사법을 당연히 이념적으로 지향해야 할 목표로 전제한 이후에 이를 더 잘 구현하기 위한 방안을 논의하고 있다. 회복적 사법의 관점에서 형사조정제도 또한 응보적 사법의 패러다임이 지배하는 형사사법체계에 회복적 사법의 이념을 반영하기 위한 제도적 장치로 이해된다. 물론 가해자가 범죄행위에 관하여 진심으로 사과하고 피해자의 피해를 실질적으로 회복하도록 도우며, 피해자는 이러한 가해자의 진정 어린 행동을 받아들여 가해자를 용서하며, 범죄행위로 인하여 파괴된 가해자와 피해자, 그리고 공동체의 관계가 회복되도록 하는 것이 도덕적으로는 물론 사회·경제적으로도 보다 바람직하다는 원론적인 명제에 대하여 반대할 사람을 찾기는 어려울 것으로 생각한다. 그러나 오히려 그렇기 때문에 회복적 사법이 응보적 사법의 패러다임을 대체하여 모든 형태의 범죄에 대하여 달성 가능한 근본적인 이념이 될 수는 없다.

형사사법 절차에 참여한 인간이 이해관계에 따라 자신에게 유리한 선택을 하는 것은 인간의 본성이기 때문이다. 따라서 형사절차에서 가해자와 피해자 또한 인간으로 스스로에게 유리한 부분을 먼저 생각하는 것은 당연하다. 그렇기 때문에 형사절차에서의 합의 과정은 유불리에 대한 철저한 이해타산을 바탕으로 진행될 가능성이 높다. 오히려 이해타산이 서로 접점을 찾을 때 합의가 성립될 가능성이 생긴다. 그렇다면 가해자와 피해자의 이해관계를 초월하는 화해와 용서는 설령 사건의 유형과 당사자 관계 등 사건의 개별적 특성에 따라 예외적으로 달성 가능한 도덕적으로 바람직한 결론이라고 하더라도, 이를 국가가 형사절차를 통해 제도적으로 보편화하여 추구할 수는 있는 목적이라고 하기는 어렵다는 생각을 지우기 어렵다. 그렇다면 회복적 사법은 제한된 영역에서만 현실적 실현 가능성을 갖는 이념이며, 응보적 사법을 대체하는 패러다임이라기보다 회복적 사법이 실제 효과성을 가질 수 있는 제한된 영역에 한하여 실효를 거둘 수 있는 이념이라고 할 것이다. 이러한 관점에서 이상적인 회복적 사법의 이념에 입각하여 인본주의적 대화중심의 조정모델을 목표로 제도화된 형사조정 대상의 대상이 될 수 있는 사건의 범위는 계속 확장될 수 없다.

2. 무엇을 회복할 것인가 - 이상적인 형사조정 목표

가. 피해자의 치유와 회복

실체적 진실을 발견하고 책임원칙에 따라 책임에 상응하는 형벌을 받는다는 전통적인 응보적 사법과 달리, 회복적 사법에서 추구하는 화해는 내심의 이유가 무엇이건 간에 결국 양 당사자가 자신의 원하는 바를 크건 작건 간에 어느 정도 양보하여 합의점을 찾는 것을 의미한다. 결과적으로 화해는 어떠한 방식으로든지 간에 가해자는 물론 피해자의 양보도 포함하는 개념이라고 할 수 있다. 경우에 따라 피해자는 가해자와의 대화 과정에서 합의점을 찾기 위하여 가해자의 한정된 자력(資力)을 고려한 가운데 손해배상액의 지급을 촉진하기 위하여 또는 진정한 용서의 의미로 가해자로부터 받을 손해배상액의 상당 부분을 포기해야 할 수도 있다. 반대로 만약 형사조정 과정에서 가해자의 형사절차상의 이익을 대가로 가해자의 사과를 비롯하여 경제적 배상에 이르기까지 피해자가 원하는 바를 끝까지 관철하여 이를 모두 얻어낸 경우라 하더라도, 그 결과로 가해자가 형사절차에서 어떠한 형식으로든 이익을 받게 된다면, 형사조정에서 피해자의 합의 의사, 즉 처벌불원의사는 최소한 가해자에 대한 응보적 처벌에 있어서는 상당한 수준의 양보를 전제한 것으로 해석될 수 있다. 이로 인하여 결국 범죄피해자는 가해자의 응보적 처벌을 관철함으로써 얻을 수 있는 정서적 만족과 이를 통한 피해의 치유를 포기하게 된다.

그런데 무엇보다도 회복적 사법의 절차를 통하여 가장 우선적으로 회복해야 하는 것은 범죄피해자가 범죄로 인하여 입게 된 피해일 것이다. 이러한 견해에 대하여 다음과 같은 반론이 있다. “회복적 사법의 궁극적 목표는 결코 피해자가 입은 손해의 배상이 아니다. (중략) 회복적 사법이 ‘회복(restore)’시키려 하는 것은 범죄행위로 인하여 파괴된 가해자와 피해자 및 지역사회의 관계(법공동체의 평화)이다.”²⁶⁵⁾ 그러나 이러한 반론은 피해자의 경제적 손해가 배상 될 필요가 없다는 주장은 아니다. 당연하게도 범죄행위로 인한 피해의 상당 부분은 피해자에게 발생한다. 가해자와 피해자 그리고 공동체의 관계도 회복되기 위해서는 피해자의 범죄피해가 회복되고 치유되는

265) 김용세/류병관, 교정단계에서 회복적 사법의 가능성, 한국형사정책연구원·경제인문사회 협동연구총서, 2006, 17쪽.

것이 필요하다. 그래서 UNODC가 발간한 ‘회복적 사법 프로그램을 위한 핸드북’²⁶⁶⁾은 회복적 사법의 목표의 핵심 요소 중 첫 번째로 “피해자들이 목소리를 높일 수 있게 지원하고, 그들의 이야기에 귀 기울이면서 그들의 요구와 희망을 표현할 수 있게 격려하며, 그들의 질문에 답해주고 피해 해결 과정에 참여할 수 있도록 도움을 제공”²⁶⁷⁾하는 것을 들고 있다. UN 총회의 ‘범죄피해자 및 권력남용피해자에 대한 사법의 기본 원칙 선언’도 “피해자를 위한 화해(conciliation)와 배상(redress)에 적합한 경우 조정이나 중재, 관습적 사법, 지역적 실무 관행을 포함하는 분쟁해결을 위한 비공식적 메커니즘을 활용해야 한다”²⁶⁸⁾고 선언하면서 조정 등은 피해자의 배상을 위하여 활용되어야 함을 명시하였다. 회복되어야 하는 피해자의 범죄피해 중에서 경제적 손해는 매우 중요한 부분을 구성한다. 응보적 사법의 대안적 이념으로 회복적 사법이 자리를 잡아야 하는 상황에서, 즉 이미 응보적 사법을 통해 피해자가 얻을 수 있는 것이 무엇인지가 명확한 상황에서, 어떠한 방향으로건 응보적 사법에 비하여 피해자의 회복 가능성이 축소되는 회복적 사법은 그 자체로 근본적인 개념 모순에 해당한다. 그러므로 최소한 용서나 사회적 관계의 회복을 통한 만족이 경제적 손해배상을 통해 얻을 수 있는 만족보다 더 큰 경우에만 피해자의 회복이라는 이념이 실현될 수 있다.

그러므로 형사조정이 이상적인 회복적 사법 프로그램의 하나가 되기 위해서는 어떠한 경우에도 가해자나 공동체를 위해 피해자가 일방적으로 양보하는 방식으로 구체화되어서는 안 될 것이다. 당연하게도 피해자의 치유와 회복은 회복적 사법 프로그램에서 형사조정, 유일하지는 않더라도, 핵심적인 목적이 되어야 하며, 가해자의 재사회화나 지역사회 공동체의 관계 회복은 피해자의 치유나 회복을 위하여 필요한 것이거나 회복에 수반되는 것이어야 한다. 그러므로 경우에 따라 정도의 차이가 있을 수 있다 해도 결과적으로 피해자의 양보가 조건이 되는 형사절차가 정당화되려면 피해자

266) UNODC, 회복적 사법 프로그램을 위한 핸드북(한국어판), 박영사, 2020, 제2판, 원문은 UNODC 홈페이지(https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/_210621.pdf, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

267) UNODC, 회복적 사법 프로그램을 위한 핸드북(한국어판), 박영사, 2020, 제2판, 6쪽에서 인용. 원문은 UNODC 홈페이지(https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/_210621.pdf, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

268) General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985, para. 7. UNODC 홈페이지(https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/_210621.pdf, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

에게도 그에 비례적으로 상응하여 회복적 이익이 보장되는 것 역시 조건이 되어야 한다. 설령 그것이 용서를 통해서 얻는 피해자의 주관적인 만족감이라 하더라도, 피해자의 피해를 실질적으로 치유하고 회복하는데 조금이라도 도움이 되는 방향으로 회복적 사법 프로그램으로서 형사조정의 절차가 구현되어야 할 것이다.

나. 피해자의 자율적 참여의 보장과 법률적 조력

이를 위하여 가장 중요한 전제조건으로 우선 피해자의 자율성이 철저히 보장되어야 함에는 이견이 있을 수 없다. 제2장의 법이론적 검토 과정에서 응보적 사법 체계를 기반으로 구축된 피의자의 방어권 등의 문제를 검토하면서 가해자의 자율성이 철저히 보장되어야 한다는 점은 서술하였다. 가해자의 사과가 진실한 것이기 위하여 가해자의 자율적 참여가 보장되어야 하는 것과 마찬가지로 피해자 용서가 진실한 것이기 위해서는 피해자의 자율성도 철저히 보장되어야 한다.²⁶⁹⁾

그런데 형사조정이 아무리 피해자의 동의를 전제로 한다 하더라도, 이상적인 회복적 사법의 이념에 입각하여 조정자가 가해자와 피해자의 화해를 적극적으로 추구하려면 할수록 그 과정에서 합의를 위하여 양보할 것에 관하여 피해자에게 다양한 형식의 직간접적인 압력이 발생할 수 있다. 따라서 피해자에게 형사조정은 피해를 회복하기 위한 것이며 따라서 피해자가 원하지 않을 경우에는 참여하지 않을 수 있을 뿐만 아니라 참여하지 않는다고 하여 어떠한 불이익도 없고, 또한 참여한 이후에도 언제든지 피해자의 의사에 의하여 중단될 수 있음이 충분히 고지되어야 한다.

설령 피해자가 용서의 관점에서 가해자로부터 받을 손해배상액을 일부 포기한다 하더라도 피해자의 용서가 진실한 것이 되려면 철저히 피해자의 자율적 의사에 기반한 것이어야 하며, 이러한 자율적 결정을 추후 번복하거나 후회할 가능성이 사라질 정도로 본인이 당한 범죄피해에 관한 법률적, 사실적 정보를 충분히 이해한 가운데 깊은 숙고를 거쳐 내린 결론이어야 한다. 이를 위하여 피해자의 참여의사를 확인하고 이후의 과정을 진행함에 있어 피해자에게 형사사건에 관한 전문성이 있는 법률가의

269) 참여의 자발성과 자유로운 사전 동의는 회복적 사법의 실현을 이끄는 핵심 가치이다. UNODC, 회복적 사법 프로그램을 위한 핸드북(한국어판), 박영사, 2020, 제2판, 6쪽. 원문은 UNODC 홈페이지(https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/_210621.pdf, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

자문을 포함한 충분한 법률적 조력이 제공된 경우에 한하여 비로소 피해자의 자율성이 철저하게 보장되었다고 할 수 있을 것으로 생각한다.

다. 문제해결형 합의중심의 형사조정과 인본주의적 대화중심의 형사조정의 구분

아울러, 바로 이러한 관점에서 이상적인 회복적 사법의 이념을 구현하기 위해서는 형사조정과정에서 피해자의 경제적 손해에 대한 배상의 확보가 피해자의 양보에 상응하는 이익으로 제시되어서는 안 될 것이다. 마치 형사합의를 양형상 고려해주는 관행에 내재된 근본적인 이유가 피해의 실질적인 회복을 위한 수단으로 활용하기 위함인 것처럼, 민사상 손해배상제도의 실패가 형사조정의 이유가 된다면, 형사조정도 결국 손해배상액의 협상에 불과하다는 지적을 받는 형사합의에 대한 비판과 동일한 문제로 부터 자유로울 수 없는 제도가 될 수밖에 없다. 그러나 안타깝게도 제3장을 통해 확인한 형사조정의 실무로부터 이미 대부분의 합의가 금전 문제로 귀결되고 있는 문제해결적 합의중심 형사조정으로 진행되고 있음을 확인할 수 있다. 이처럼 형사조정제도는 도입 당시의 이상적 이념에도 불구하고 여러 가지 한계로 인하여 결과적으로는 현재 사실상 손해배상의 확보에 제한된 실무 운용 양태를 보이고 있는 것이다.

이러한 문제는 형사조정제도가 두 가지 모순된 인간의 본성을 동시에 전제로 하고 있기 때문인 것으로 생각된다. 우선 이해타산에 좌우되는 인간의 합리적 본성은 형사조정에 참여하도록 하는 동인이 된다. 가해자는 형사절차에서 유리한 처분을 위하여, 피해자는 손해의 실질적인 회복을 위하여, 즉 자신의 이익을 위하여 형사조정 절차에 참여하도록 설계되어 있다. 참여자에게 문제해결적 합의중심 형사조정을 기대하게 하는 것이다. 반면 형사조정제도는 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하기 위하여 타인에 대한 이해를 전제로 하는 이타적 본성을 사죄와 용서라는 형사조정의 바람직한 결론으로 이끄는 동인으로 전제한다. 그래서 인본주의적 대화중심의 형사조정모델은 조정자의 적절한 개입을 통해 가해자와 피해자가 서로의 관점을 교환함으로써 상대방을 이해하고 서로 화해할 것을 기대한다. 그러나 이러한 가정이 너무나도 이상적이라는 점은 아쉽게도 상술한 바와 같이 형사조정 실무에 대한 경험적 연구들을 통해 반복적으로 확인된다.

물론 손해배상액의 합의는 궁극적으로는 범죄피해를 전보하기 위한 것이므로 피해자의 치유와 회복에 근거한 용서를 이끌어 내는데 어떠한 방식으로든지 분명 도움이 된다. 그러나 민사적으로 보장된 손해배상을 민사집행 절차상의 문제로 인하여 받지 못할 가능성이 있다는 이유로 손해배상을 부분적으로나마 확보하기 위하여 형사절차에서 피해자에게 양보가 사실상 강요된다면, 이는 결국 피해자의 일방적 양보와 가해자의 일방적 이익에 다름 아니다. 다시 말하지만, 손해배상을 받기 위한 피해자의 용서는 결코 진정한 용서가 될 수 없다. 그러므로 인본주의적 대화중심의 형사조정으로서 회복적 사법의 이념을 제대로 실현하는 제도가 되려면 필연적으로 민사상 손해배상을 적절하게 받지 못하는 문제가 다른 절차적 방법으로 해소될 수 있어야 한다. 그러나 현재의 실무처럼 대부분의 형사조정이 민사집행절차상의 한계를 극복하고 손해배상을 확보하기 위한 수단으로 전락한 상황에서는, 설령 서면 동의가 있다 하더라도 손해배상을 받기 위해 형사조정 절차에 참여한 피해자의 자율성이 완전히 보장된 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 결과적으로 당연히 받아야 할 손해배상을 받기 위하여 피해자에게 양보를 강요하는 것이 되므로 상술한 바와 같은 회복적 사법의 본질에도 어긋나는 것이 된다. 즉, 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하는 형사조정은 피해자의 경제적 피해를 회복하기 위한 수단으로 전락할 가능성이 제거된 상태에서만 구현 가능하다.

그러므로 현재의 민사 집행상의 한계가 제도적으로 보완될 가능성이 거의 없다는 현실을 고려하면, 피해자에게 일방적인 양보를 강요하지 않기 위해서 인본주의적 대화중심 형사조정은 피해자가 손해배상의 필요성이 크지 않은 경우, 예컨대 피해자가 경미한 손해만을 입은 경우나 피해자에게 경제적 손해보다 정서적, 관계적 피해가 더 중요한 경우에 한하여 적용될 수 있을 것으로 생각한다. 그 외의 경우는 후술하는 바와 같이 문제해결적 합의중심 형사조정이 적합하다. 물론 이러한 판단을 위해서도 피해자에게 법률적 조력이 전제될 필요가 있다.

이러한 논의를 종합하여 판단해 보면, 결국 피해자 가해자 간 관계 회복을 통한 일상의 회복 및 정서적 회복 등이 피해자가 기대할 수 있는 인본주의적 대화중심 형사조정의 실질적 이익이 될 수 있을 것이다. 상술한 바와 같이 가해자의 재사회화나 지역사회 공동체의 관계 회복도 피해자의 일상 회복이라는 맥락에서 그 중요성을

갖는 것이라고 생각한다. 그렇다면 인본주의적 대화중심 형사조정은 지금까지 회복적 사법의 이념이 지속적으로 제도화를 시도했던 영역인 소년범이나 가정 내 범죄 등과 같이 가해자와 피해자가 범죄 발생 이전부터 밀접한 관계를 갖고 생활하던 상황에 적용되는 것이 그 본질에 부합할 것으로 생각한다.

라. 소결

정리하자면 이상적 관점에서 인본주의적 대화중심 형사조정은 1. 피해자의 자율성이 철저히 보장되는 가운데, 2. 경미한 손해만을 입은 경우에 한하여, 3. 피해자와 가해자의 관계 회복을 목적으로 적용되는 것이 바람직할 것으로 사료된다. 그렇기 때문에 이상적인 회복적 사법의 이념을 기반으로 인본주의적 대화중심 형사조정을 구현하려고 하는 개선은 형사조정 of 회부율과 성공률을 높이는데 한계에 부딪힐 수밖에 없다.

오히려 보다 이해타산에 따라 움직이는 인간의 본성을 인정하고 솔직하게 문제해결적 합의중심의 형사조정의 관점에서 현행 제도의 개선을 추구하는 것이 회부율과 성공률을 높이는 실질적인 방법이 될 수 있을 것으로 생각한다. 현재 실무에서 형사조정제도가 운영되고 있는 것처럼 문제해결적 합의중심의 형사조정은 금전적인 배상 등 피해자의 피해를 실질적으로 회복하는 것에 주된 관심을 두게 된다. 다만 이 경우에도 플리바겐(plea bargain)이 인정되지 않는 우리 형사사법의 패러다임을 근본적으로 바꾸지 않는 한, 전통적인 책임원칙이 문제해결적 합의중심의 형사조정 모델의 확장 한계가 될 것이다.

물론 문제해결적 합의중심의 형사조정의 관점에 따라 현행 제도의 개선방안을 찾아 보자는 주장이 인본주의적 대화중심의 형사조정을 포기하자는 것을 의미하는 것은 아니다. 상술한 바와 같이 인본주의적 대화중심 형사조정은 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하는 수단으로 추구되어야 한다. 다만 대상 사건의 범위가 확장될 수 없다는 한계가 있을 뿐이다. 그렇다면 인본주의적 대화중심 형사조정의 대상이 되는 사건에 대해서는 보다 실효적으로 형사조정이 운영될 수 있도록 제도가 개선되어야 할 것이다. 이하에서는 형사조정을 실무의 관행에 부합하는 문제해결적 합의중심 형사조정과 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하는 인본주의적 대화중심 형사조정

로 나누어 각각의 형태에 적합한 형사조정제도의 개선방안을 간략히 제시해보고자 한다.

제2절 | 문제해결적 합의중심의 형사조정으로서 개선방안

상술한 바와 같이 대부분의 형사조정은 이미 문제해결적 합의중심의 형사조정으로 진행되고 있다. 그래서 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하기 위하여 다양한 개선 방안들이 제시되었음에도 불구하고, 대부분 현재의 실무를 인본주의적 대화중심 형사조정으로 돌리려는 관점에서 제시된 제언들이어서 실무에 적절히 반영되지 못하고 있을 뿐만 아니라, 그래서 최근에는 형사조정의 의뢰율과 성립률이 모두 담보상태에 머무르고 있다.

이 보고서에서는 이러한 현실을 받아들이고 지금까지 살펴본 내용에 터 잡아 형사조정이 문제해결적 합의중심 형사조정으로서 더 효과적으로 기능할 수 있도록 하기 위한 개선방안을 제시해 보고자 한다. 이는 인간의 이해타산적 본질과 민사상 손해배상제도가 범죄피해로 인한 피해자의 손해배상 청구권을 실현하는데 충분한 역할을 하지 못하고 있는 현실을 반영하는 것으로, 결과적으로 피해자의 실질적 피해회복에 도움이 된다는 점에서 미약하나마 회복적 사법의 이념을 조금이라도 실현하는 현실적인 대안이 될 것이다. 특히 형사조정은 비공식적 관행으로 이루어지는 형사합의에 비하여 전문성을 가진 중재자가 적절히 개입할 수 있으며, 당사자의 자율성을 보장하기 위한 제도적 장치들을 확보할 수 있으므로, 훨씬 합리적인 제도로 구현 가능하다는 점에서 형사합의를 합리적으로 대체하는 공식적인 제도로 구현해 나아갈 수도 있다. 이러한 과정에서 충분히 제도적으로 정비된다면 형사조정의 결과에 법적 효과를 부여하는 것도 가능할 것으로 생각한다. 그러나 플리바겐(plea bargain)이 인정되지 않는 우리 형사사법의 패러다임을 근본적으로 바꾸지 않는 한, 전통적인 책임원칙이 문제해결적 합의중심의 형사조정 모델의 확장 한계가 될 것이라는 점은 상술한 바와 같다.

1. 대상 사건의 확대

제2장에서 살펴본 바와 같이 선행연구들을 통해서 주장된 형사조정 대상 사건의 확대는 형사조정의 의퇴율을 높이기 위한 개선의 출발점이 된다. 그러나 현재 고소사건뿐만 아니라 인지사건도 형사조정 의뢰 대상이 되고 있으며, 재산범죄 외의 다양한 유형의 범죄도 형사조정에 회부되고 있으므로, 이러한 개선방안은 이미 상당 부분 반영된 것으로 평가된다.

그러나 문제해결적 합의중심의 형사조정이라는 관점에서 보면, 즉 비공식적 형사합의의 관행을 대체하고 피해자의 범죄피해를 실질적으로 회복하기 위한 절차라는 점을 고려하면, 사실상 모든 유형의 형사사건이 형사조정의 대상이 될 수 있을 것으로 생각한다. 모든 유형의 범죄에서 피해자는 최소한 위자료에 해당하는 손해배상 청구권이 발생하기 때문이다. 그래서 형사합의의 대상 범죄도 사실상 제한이 없다.

그래서 사건의 중대성도 대상 여부를 가르는 기준이 되기는 어렵다고 생각한다. 경미한 사건은 물론 중대한 사건도 문제해결적 합의중심 형사조정의 대상이 될 수 있다. 그러나 이해타산적 인간의 본성을 고려한다면 가해자가 지불해야 하는 손해배상액이 형사절차상 가해자가 얻을 수 있을 것으로 기대되는 이익에 비하여 과대한 사건의 경우에는 설령 형사조정에 회부된다 하더라도 합의가 도출되기는 어려울 것이다. 이러한 점에 관하여 제3장에서 형사조정 실무를 검토하면서 고액 재산범죄의 경우 형사조정을 통해 합의가 성립되기 어렵다는 사실을 확인한 바 있다.²⁷⁰⁾

다만 대상 사건의 범죄유형은 제한이 없다 하더라도, 사실관계가 불명확한 사건은 형사조정의 대상이 되기 어렵다. 실제적 진실에 이견이 있는 경우 이를 밝히는 과정은 피의자, 피고인의 방어권이 적절하게 고려되는 적법절차 원칙이 지배하는 형사소송 절차에서 진행되어야 하기 때문이다. 그러나 자백 등으로 범죄의 성립 여부에 관한 사실관계는 명확하나, 구성요건의 주요 부분과 관계없는 사실에 일부 이견이 있거나 위자료 등에 당사자 간 이견이 있어 손해배상액이 명확하지 않은 경우에는 형사조정 대상이 될 수 있을 것으로 생각한다. 오히려 형사절차에 관한 경험이 풍부한 법률전문가가 형사조정위원으로 참여하여 전문지식을 바탕으로 중재하는 것이 손해배상액의 합의를 도출하는데 더 효과적일 수도 있다.

270) 상세한 내용은 제3장 참조.

2. 직권적 개입의 확대 가능성 검토

만약 형사조정이 이 보고서에서 제안하는 것처럼 인본주의적 대화중심의 형사조정과 문제해결적 합의중심 형사조정으로 제도적으로 양분될 수 있다면, 후자의 경우에 해당하는 형사조정에 대해서는 마치 민사조정²⁷¹⁾의 경우처럼 형사사법기관의 직권을 강화하는 방안을 검토해 볼 수 있다.

제2장에서 살펴본 바와 같이 민사절차에서 수소법원은 조정회부 결정(‘민사조정법’ 제6조)을 할 수 있다. 현행 형사조정의 경우에도 담당 검사가 판단하여 필요하다고 인정하는 경우 직권으로 조정에 회부할 수 있으나, 이 경우에도 당사자의 동의를 얻어야 한다(‘형사조정 실무운용 지침’ 제2조 제1항). 물론 합의는 의사의 자발성을 전제로 하므로 동의 없는 조정은 성립할 수 없다. 그러나 역시 제2장에서 살펴본 바와 같이 민사조정의 경우 당사자가 불출석한 경우 또는 합의가 성립되지 않은 경우 조정담당 판사는 직권으로 조정을 갈음하는 결정(‘민사조정법’ 제30조)을 할 수 있으며, 당사자의 이의신청이 없는 한 이 결정은 조정이 성립(같은 법 제29조)된 것과 마찬가지로 재판상 화해의 효력을 갖는다(제34조 제4항). 심지어 민사절차에서 법원은 화해권고결정(‘민사소송법’ 제225조)을 할 수도 있으며 이의가 없으면 역시 재판상 화해와 같은 효력을 갖는다(같은 법 제231조).

물론 형사조정의 경우에는 당사자의 동의 없이 조정에 회부하거나 그 결과에 법률적 효력을 부여할 수는 없다. 그러나 문제해결적 합의중심의 형사조정 절차가 인본주의적 대화중심의 형사조정 절차로부터 명확히 구분될 수 있다면, 그리고 상술한 조건, 즉 구성요건의 주요 내용에 대하여 당사자 간 이견이 없어 사실관계가 명확한 사건에서 오로지 손해배상액에 대해서만 합의가 이루어지지 않는 경우에 해당한다면, 검사 등 형사사법기관이 당사자를 조정절차에 참여하게 함으로써, 전문성과 신뢰성을 갖춘 형사조정위원으로부터 충분한 법률적 조언을 들을 수 있도록 하는 것은, 양 당사자에게 합의를 촉진하는 정보를 제공하는 기회로 활용될 수 있다.

게다가 실무에서는 이미 사법기관의 권위적 판단이 가해자와 피해자 사이의 합의를 촉구하는 방식으로 작용하고 있다. 역시 제2장에서 살펴본 것처럼 형사분쟁과 민사분

271) 이러한 경우 형사조정의 회부율은 유의미하게 올라갈 수 있을 것으로 보인다.

쟁이 연결된 사건의 민사소송 절차에서 민사조정을 통해 도출된 형사적 합의, 즉 손해배상과 교환된 처벌불원의사가 조정조서에 관련사건 처리 조항으로 기재되는 실무사례에 비추어보면, 상기한 민사조정절차에서의 직권회부 및 조정을 갈음하는 결정 등이 사실상 직권적 개입에 의한 문제해결적 합의중심의 형사조정 절차의 역할을 대체하고 있는 것으로 볼 여지도 있다. 아울러 형사합의를 촉구하기 위하여 공판기일을 배려하는 현재의 관행을 고려하면, 형사소송 절차에서도 정도의 차이는 있으나 법원의 권위적 판단이 합의 성립에 직·간접적인 영향을 주고 있는 것으로 이해될 수도 있다.

실무상 소송절차의 진행 과정 속에서 가해자와 피해자의 유불리에 대한 판단은 동태적일 수밖에 없으며, 유죄의 확정판결이 기대될수록 가해자의 형사합의에 대한 동력이 강해지는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 그렇다면 인본주의적 대화중심의 형사조정과 문제해결적 합의중심 형사조정으로 제도적으로 양분될 수 있다는 전제 아래, 사실관계에 대한 다툼이 없는 사건에 대하여 형사사법기관의 직권을 강화하여 형사조정을 촉구하는 것은 이러한 실무의 상황을 적절히 반영하는 것이 될 것이며, 오히려 충분한 논의와 숙고를 거쳐 합리적으로 제도화된다면, 전문성과 신뢰성을 갖춘 형사조정위원으로부터 가해자와 피해자가 충분한 법률적 조언을 들을 수 있도록 함으로써 피해자의 피해를 실질적으로 회복하기 위하여 긍정적인 역할을 기대할 수도 있다. 다만 직권적 개입의 정도와 방법을 구체화하기 위해서는 더 깊은 연구가 필요할 것으로 생각한다.

3. 형사조정위원의 전문성 - 가해자와 피해자에 대한 법률적 조력

형사절차에서 피의자 또는 피고인에게는 다양한 방어권 보장장치가 있다. 그런데 변호인의 조력을 받을 권리²⁷²⁾, 위법수집증거 배제법칙, 전문법칙 등 다양한 '형사소송법'적 장치들과 적법절차 원칙²⁷³⁾ 등이 형사조정 절차에서 무력화될 우려가 있

272) 탁희성/김성돈/이동원/박민정/강우예, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(1), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2008, 38쪽.

273) 김성돈, "회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안", 성균관법학 제21권 제2호, 2009, 283쪽 이하.

다.²⁷⁴⁾ 물론 사실관계에 대하여 이견 없음이 전제된, 그리고 손해배상액의 합의에 집중하는 문제해결적 합의중심 형사조정 절차에서는 이러한 문제가 상대적으로 크지 않을 것으로 생각되지만, 그럼에도 불구하고 가해자에 대한 법률적 조력은 필요하다. 방어권 보장 측면뿐만 아니라, 손해배상액을 확정하기 위해서도 법률적 지식이 필요하기 때문이다. 그래서 필요한 경우 문제해결적 합의중심 형사조정 절차에서도 가해자가 변호인의 조력을 받도록 하는 방안도 고려해 볼 필요가 있다.

아울러 피해자의 경우에도 문제해결적 합의중심 형사조정 절차에서 손해배상액 등의 합의에 관한 결단은 이를 추후 번복하거나 후회할 가능성이 사라질 정도로 본인이 당한 범죄피해에 관한 법률적, 사실적 정보를 충분히 이해한 가운데 깊은 숙고를 거쳐 내린 결론이어야 한다. 이를 위하여 피해자에게 형사사건에 관한 전문성이 있는 법률가의 자문을 포함한 충분한 법률적 조력이 제공될 필요가 있다.

무엇보다도 문제해결적 합의중심 형사조정 절차에서는 손해배상액을 확정하고 그 집행 가능성을 확보하는 것이 중요하다. 손해배상액의 확정은 법률적 판단의 영역이며, 유사한 사건에서의 손해배상액이 현재의 사법절차상 어떻게 판단되었는지에 대하여 충분한 정보를 가지고 있어야 가해자와 피해자에게 이러한 정보를 충실하게 제공할 수 있으며, 합의를 이끌어낼 가능성이 높아진다. 따라서 문제해결적 합의중심 형사조정 절차에서는 조정인의 전문성 가운데 법률적 전문성이 더 강하게 요구된다고 할 수 있다. 같은 맥락에서 앞에서 살펴본 민사조정の場合에도 변호사를 상근조정위원으로 위촉하고 있음을 알 수 있다. 문제해결적 합의중심 형사조정을 위하여 변호사를 상근 형사조정위원으로 위촉하는 방안을 검토해볼 필요가 있다. 아울러 해당 분야에 대한 지식, 예컨대 의료나 노동 영역에 대한 전문성이 추가된다면 조정 대상 사건에 있어서 손해배상액을 산정하는데 도움이 될 것이다.

만약 가해자나 피해자가 변호인의 조력을 받지 못하는 경우라면 조정인의 법률적 전문성과 신뢰성은 더 중요한 요소가 된다. 물론 조정인으로서 중재와 대화를 촉진하기 위한 능력이 요구되는 것은 당연하나, 문제해결적 합의중심 형사조정 절차에서는 상대적으로 법률적 전문성이 강조될 수 있다.

274) 윤영철, “형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 863쪽.

4. 민사분쟁의 동시해결

가. 민사상 분쟁에 대한 형사소송 절차에서의 화해제도

그런데 인본주의적 대화중심의 형사조정과 구분되는 문제해결적 합의중심의 형사조정이 결국 추구하는 것은 대부분의 경우 손해배상액의 확정 및 이의 집행 확보를 통한 범죄피해의 실질적 회복이 될 것이다. 우리는 이미 형사재판 단계에서 바로 이와 같은 절차를 민사상 다툼에 대한 형사소송 절차에서의 화해(‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제36조)로 법제화하여 갖고 있다. 이 제도는 범죄로 인하여 발생한 피해의 배상과 관련하여 가해자와 피해자 간 합의가 이루어진 경우 이를 형사재판의 공판조서에 기재하여 민사상 화해(‘민사소송법’ 제220조)와 동일한 법적 효력을 부여함으로써 피해자가 피해를 보다 실질적 회복할 수 있도록 하는 것을 그 내용으로 한다. 그러나 법 제도상 합의에 형사법적 공식적인 효력을 부여하는 것은 아니며, 가해자와 피해자 사이의 합의는 형사재판 절차에서 사실상 고려되거나, 또는 형사합의의 경우와 마찬가지로 양형기준에 따라 고려될 수 있을 뿐이다. 무엇보다도 법제상 이러한 합의 과정에서 법원의 중재자로서의 역할은 전혀 규정되어 있지 않으며 전적으로 당사자의 자율에 맡겨져 있다. 그러므로 가해자는 양형상의 이익을 위하여, 그리고 피해자는 단지 처벌불원의사와의 교환 조건으로 거래되는 손해배상을 확보하기 위하여 합의할 가능성이 크기 때문에 그 합의 과정에서 이상적인 회복적 사법의 이념이 실현될 것을 기대하기 어려운 한계가 있다.²⁷⁵⁾ 그러나 이러한 취지는 이상적인 회복적 사법의 이념의 실현이 다소 후퇴하더라도 피해자의 피해가 실질적으로 회복되는 것을 추구하는 문제해결적 합의중심의 형사조정의 취지와 다르지 않다. 그러나 문제해결적 합의중심의 형사조정이 제도화될 수 있다면, 전문성과 신뢰성을 갖춘 형사조정위원이 가해자와 피해자 사이의 합의 과정이 합리적으로 진행될 수 있도록 개입할 수 있다는 점에서, 막연히 당사자의 자율적 결단에만 의지하는 민사상 다툼에 대한 형사소송 절차에서의 화해제도에 비하여 제도적 우월성을 갖는 것으로 평가할 수 있을 것이다.

275) 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021, 150쪽.

나. 형사상 분쟁에 대한 민사소송 절차에서의 화해제도로서 민사조정

민사조정제도는 조정위원이 개입하는 분쟁해결절차라는 점에서 형사조정제도와 절차적 유사점이 있다. 특히 민사조정은 상술한 바와 같이 관련사건 처리 조항을 통하여 사실상 형사상 다툼에 대한 민사소송 절차에서의 화해제도로서 기능하고 있다. 다만 형사상 다툼에 대한 민사소송 절차에서의 화해는 그 합의된 처벌불원의 의사표시가 수사기관이나 형사법원에 제출되기 전까지는 그 조정조서 자체로는 형사 절차상 법률적 효력이 인정되지 않는 한계가 있다. 문제해결적 합의중심의 형사조정이 제도화될 수 있다면, 요건과 효과를 구체적으로 법제화하여 가해자의 형사절차에 대한 형사법적 효력은 물론 손해배상에 관한 민사법적 효력을 동시에 부여하는 것도 불가능하지는 않을 것으로 생각한다.

다. 법원 단계의 형사조정 및 민사조정과의 통합의 가능성

이처럼 민사와 형사에서 분쟁을 해결하는 이유나 목적에 따라 구체적인 절차는 서로 다르게 구성되어 있으나, 많은 경우 결국 실제 해결해야 하는 분쟁은 서로 다르지 않다. 이는 결국 우리 법체계가 인위적으로, 그리고 규범적으로 민사분쟁과 형사분쟁을 구별하여 절차를 구축하고 있으나, 실제 현실 세계의 분쟁에서는 민사와 형사의 구분이 그리 명확하지 않기 때문이다. 따라서 분쟁해결을 목적으로 하는 조정의 관점에서 민사와 형사의 구분은 혼화되며 융합된다. 그래서 조정의 영역에서 ‘민사조정법’을 ‘조정법’으로 또는 ‘민사 및 형사조정법’으로 개정하고 재판 단계의 형사조정과 민사조정을 문제해결적 합의중심 형사조정 절차로 통합하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것으로 생각한다. 손해배상액의 확정 및 이행확보와 더불어 관련사건 처리 조항의 형식으로 형사분쟁에 대한 합의를 표시함으로써 민사분쟁을 종국적으로 해결하고자 하는 민사조정은 대체로 문제해결형 형사조정과 다르지 않기 때문이다. 이미 민사조정절차에서는 형사분쟁을 동시에 해결하고 있다. 그러므로 형사재판의 재판장이 민사상 분쟁에 대한 해결이 우선이라고 생각하면 손해배상과 관련하여 법률적 전문성을 가진 조정위원이 개입하는 조정절차에 회부하여 민사와 형사의 분쟁을 동시에 해소하는 것도 불가능할 이유가 없다.²⁷⁶⁾ 오히려 사실상 형사합의를 위하여 기일을

조정하고 배려하는 현재의 형사재판 실무 관행을 보다 합리적으로 제도화하는 것에 불과한 것으로 평가할 수도 있다. 이처럼 법원 단계에서의 형사조정이 법제화될 수 있다면 합의의 결과를 판사가 확인함으로써 책임원칙의 범위 내에서 적절한 법률적 효력을 부여하는 것도 가능하다. 그러나 아직 법원 단계의 형사조정제도는 법제화되지 않았으며, 문제해결적 합의중심 형사조정제도도 공식화되지 않고 있으므로, 한걸음 더 나아가 민사조정과 형사조정을 통합하는 방안을 구체화하기 위해서는 더 깊은 연구가 필요할 것으로 생각한다.

라. 비교법적 검토

민사조정과 형사조정을 통합하여 운영하는 예로 참고하기 위하여 핀란드의 조정제도를 들 수 있다. 핀란드는 법원이 아니라 사회보건부(Ministry of Social Affairs and Health) 산하 핀란드 보건복지 연구소(THL, Finnish Institute for Health and Welfare)에서 민사와 형사조정 업무를 통합하여 총괄한다. 핀란드에서 조정은 사법적 절차로서가 아니라 사회복지의 차원에서 무료 공공서비스로 제공된다. 핀란드의 조정절차에 관하여 구체적인 내용은 아래와 같다.

핀란드의 조정제도²⁷⁷⁾

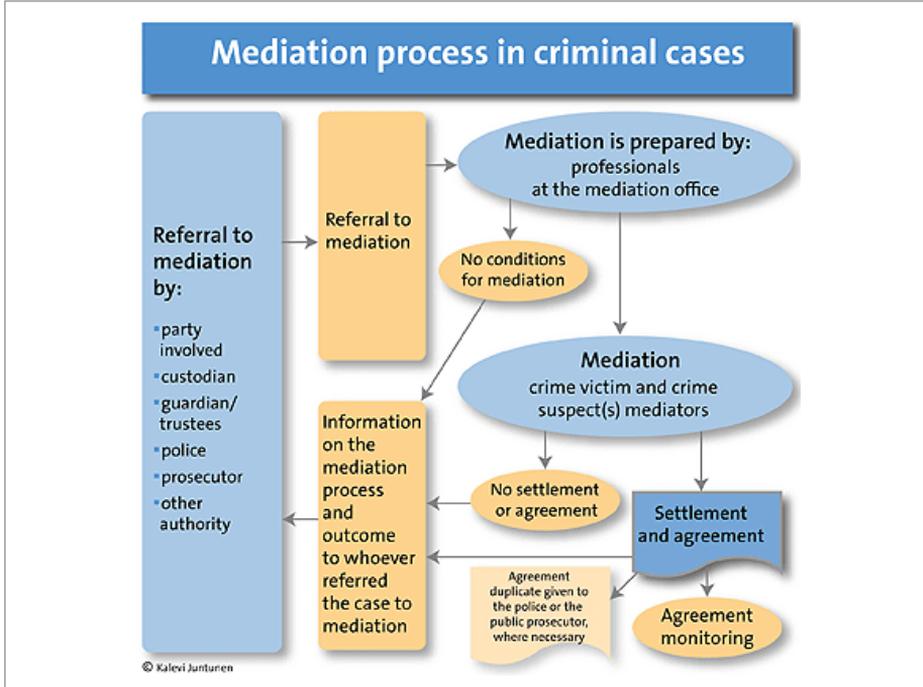
- 사회보건부가 형사 및 민사조정 감독
 - ※ 다만 2024년에 조정업무가 법무부로 이관될 수 있음²⁷⁸⁾
- 조정인은 자원봉사이며 민·형사조정은 무료 공공서비스
- 피해자의 정신적, 물질적 피해에 관하여 의견을 나누고 피해를 구제할 방법을 합의하는 것이 목적
- 형사절차에 병행해서 진행되며, 재범을 방지하는 것을 목표로 함
- 형사사건조정자문위원회는 국내, 국제 조정 활동 모니터링하고 촉진하는 역할 담당
- 핀란드 보건복지 연구소는 전국적으로 조정절차를 조직하고 운영하는 일을 담당함
 - 지방자치단체 및 제3섹터 운영자(third-sector operators)와 서비스 제공 계약 체결
 - 조정 사무소 감독

276) 다만 형사절차의 특수성으로 인하여 민사조정 수소법원조정과는 달리 형사절차의 판사가 형사조정을 주관하는 것(‘민사조정법’ 제7조 제3항)은 적절치 않을 것으로 생각한다.

- 직원 교육 조직
 - 조정 사무소의 조정 서비스 운영을 위한 주 보조금 할당
 - 민·형사조정 통계 수집, 조정 모니터링 및 연구, 국가차원에서 개선방안 도출
- 근거법률(명칭의 영문 번역)
- Laki rikosasioiden ja eräiden riita-asioiden sovittelusta(Act on Conciliation in Criminal and Certain Civil Cases)
 - Valtioneuvoston asetus rikosasioiden ja eräiden riita-asioiden sovittelusta(Government Decree on Conciliation in Criminal and Certain Civil Cases)
- 조정 사무소에서 조정 서비스 무료로 제공
- 전형적인 조정 대상 사건은 재산범죄, 형사상 손해배상, 폭행범죄
 - 경미한 분쟁의 경우에도 조정 이용 가능
- 형사 및 민사조정 요청자
1. 형사 또는 민사사건의 당사자
 2. 아동 또는 청소년의 보호자 및 법정대리인
 3. 경찰, 검찰 등 당국
- 조정절차
1. 동의를 자발적으로 표명하고 조정 및 조정을 통한 합의의 의미를 이해할 수 있는 당사자 간에만 가능
 2. 조정사무소는 조정 요청을 받으면 사건이 조정에 적합한지 여부를 평가하고 조건 충족 여부를 확인한 후 조정 개시 여부를 결정
 3. 당사자에게 연락을 하여 조정과 그 의미, 각 당사자의 상태, 조정 및 조정 후 지원 서비스 등에 대하여 설명함. 당사자는 동의하기 전 권리와 상황에 대해 고지 받음
 4. 조정사무소는 조정인을 선정하고 조정인은 특정 당사자와 개별적으로 또는 쌍방 당사자와 함께 의사소통
 5. 조정절차 진행 중 언제든지 동의 철회 가능
 6. 미성년자는 보호자 또는 법정대리인의 동의 필요
 7. 조정인도 필요 시 절차 중단 결정 가능
 8. 조정사무소는 동의 철회 또는 동의를 자발적이지 않거나, 당사자가 계속하기를 원치 않는 경우 조정 중단
 9. 조정인의 중재에 따라 합의를 위한 회의 개최
 10. 화해가 이루어지면 당사자는 중재자가 인증(서명)한 합의서에 서명, 화해의 내용에는 다양한 금전배상, 작업형식의 배상 등 다양한 유형의 배상이 포함될 수 있음
 11. 조정 결과는 경찰 또는 검찰에 제공되며 이를 참고하여 경찰 수사 또는 형사절차에서 사건 계속 여부를 결정하게 됨
 12. 합의된 내용에 대한 모니터링이 준비될 수 있음
 13. 하나 이상의 당사자가 지방법원에 합의결과에 대한 확인을 신청하고, 서면 제출된 합의에 대하여 법원이 해당 합의의 전부 또는 일부를 강제집행할 수 있음을 확인하는 방법으로 합의에 법적 효력을 부여함

핀란드의 조정절차의 개요는²⁷⁹⁾ 아래와 같다.

▶▶ [그림 4-1] 핀란드의 조정절차 개요



자료출처: 핀란드 보건복지 연구소 홈페이지(<https://thl.fi/en/web/thlfi-en/services/special-government-services-in-social-welfare-and-health-care/mediation-in-criminal-and-civil-cases/mediation-process/mediation-process-in-criminal-cases>, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

더 나아가 개인 간의 분쟁이 발생한 경우 해당 분쟁이 민사절차를 통해 해결되는 것이 바람직한지 아니면 형사절차를 통해서 하는지에 또는 더 나아가 문제해결적 합의중심 형사조정 절차가 적합한지 아니면 인본주의적 대화중심 형사조정 절차가

277) 핀란드 보건복지 연구소 홈페이지(<https://thl.fi/en/web/thlfi-en/services/special-government-services-in-social-welfare-and-health-care/mediation-in-criminal-and-civil-cases>, 2023.12.26. 최종방문); 핀란드 사회보건부 홈페이지(<https://stm.fi/en/mediation-in-criminal-and-civil-cases1>, 2023.11.15. 최종방문) 참조.

278) 핀란드 정부 공동출판 아카이브(<https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/162952>, 2023.12.26. 최종방문)의 연구보고서 Rikosasioiden sovittelupalveluiden siirto oikeusministeriön hallinnonalalle(핀란드어) 참조.

279) 핀란드 보건복지 연구소 홈페이지(<https://thl.fi/en/web/thlfi-en/services/special-government-services-in-social-welfare-and-health-care/mediation-in-criminal-and-civil-cases/mediation-process/mediation-process-in-criminal-cases>, 2023.12.26. 최종방문)에서 인용.

적합한지 등에 대한 판단도 역시 법률적 지식이 필요한 일이다. 이러한 관점에서 사법행정관(Magistrate)이 우선 개인 간의 분쟁에 개입하여 어떠한 절차를 따를 것인지를 판단하는 싱가포르의 형사조정 절차를 참고할 수 있다.²⁸⁰⁾

싱가포르의 형사조정 절차²⁸¹⁾

- 사법행정관(또는 치안판사, Magistrate)의 고소장이 접수되면 치안판사는 다음과 같은 명령(order)을 내릴 수 있다.
 1. (형사) 조정절차에 참여
 2. 양 당사자 간의 사적 문제해결을 위한 청문절차(심리절차) 연기
 3. 경찰에 수사명령 - 중대범죄로 판단되는 경우
 - 경찰이 기소 결정하면 치안판사 절차는 종결, 형사절차 개시
 - 범죄혐의 인정되나 사소한 범죄로 경찰이 기소하지 않으면 6번 사적기소 절차 개시
 4. 참고인 소환장 발부 - 결정을 위한 추가 조사
 5. 고소 기각
 6. 사적 기소(private prosecution) 절차 개시
 - ※ 다만 아래 조건을 충족해야 한다.
 - 3년 이하의 징역 또는 벌금(또는 병과)
 - 싱가포르 관할 내
 - 피고인이 형사기소 되지 않음
 - 피고인에게 영장이 발부되지 않음
- 형사조정은 중립중재자가 양 당사자 간 협상을 통해 스스로 해결방안을 찾도록 도움을 제공
- 형사조정 명령이 내려진 경우 법원은 일시 및 장소가 기재된 통지서를 양 당사자에게 발송
- 고소인 불출석 시 고소 기각
- 피고소인 불출석 시 이를 고려하여 치안판사가 다시 상기 명령을 내림
- 장소 : 법원 조정센터 및 법무부 조정센터

280) 다만 싱가포르의 형사사법체계는 사적기소(private prosecution)를 인정하므로 사법행정관은 민사절차를 개시하는 결정을 내리지는 않는다.

281) 싱가포르 법원 홈페이지(<https://www.judiciary.gov.sg/criminal/criminal-mediation>, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

제3절 | 인본주의적 대화중심의 형사조정으로서 개선방안

현실의 한계가 바로 이상의 포기로 연결되는 것은 아니다. 현재의 형사 및 민사 사법 절차의 한계 속에서도 제한된 범위에서나마 가능할 경우 이상적인 회복적 사법의 이념을 추구하는 것은 정당하고 바람직하다. 상술한 바와 같이 회복적 사법의 의미 있는 것으로 여겨지는 사건에 한하여 인본주의적 대화중심의 형사조정 절차가 개시될 수 있도록 제도화할 수 있다면, 전체 사건 대비 회부율에 큰 영향을 줄 수는 없다 하더라도 성공률은 유의미하게 높아질 수 있을 것으로 사료된다. 인본주의적 대화중심의 형사조정의 관점에서 현행 형사조정제도에 대한 개선방안은 수많은 선행 연구에서 상세하게 다루어진 바 있다. 이 보고서에서는 제2장에서 회복적 사법의 이념의 관점에서 이러한 선행연구의 내용을 이미 정리한 바 있다. 인본주의적 대화중심의 형사조정으로서의 개선방안은 이미 제2장에서 살펴본 내용과 다르지 않다. 그러므로 이하에서는 문제해결적 합의중심의 형사조정과의 분리를 전제로 필요한 범위 내에서 인본주의적 대화중심의 형사조정의 개선방안을 간략히 검토해 본다.

1. 대상 사건의 축소

상술한 바와 같이 선행연구는 대체로 형사조정 대상 사건을 확대할 것을 제안하고 있다. 그러나 인본주의적 대화중심의 형사조정을 활성화하기 위해서는 오히려 대상 사건을 축소해야 할 것으로 판단된다.

인본주의적 대화중심의 형사조정을 통하여 가해자와 피해자의 화해를 이끌어내고 이를 바탕으로 공동체의 회복까지 만들어 낼 수 있다면 이는 이상적인 회복적 사법의 이념에 가장 부합하는 형태의 형사조정이 될 것이다. 그러나 선행연구에서 일관되게 지적하고 있는 것과 같이, 아울러 후술하는 바와 같이, 이상적 형사조정이 진행되기 위해서는 조정시간이나 형사조정위원의 전문성 등과 같은 형사조정의 자원이 집중적으로 투입될 수 있어야 한다. 즉 인본주의적 대화중심의 형사조정을 활성화하기 위해서는 비용이 많이 들 수밖에 없는 것이다. 현실적으로 제한된 예산이나 인력 등을

고려하여, 즉 형사사법 자원의 보다 효율적인 투입을 위하여 선택과 집중이 요구된다. 그래서 인본주의적 대화중심의 형사조정제에 적합한 사건을 선별하는 것이 무엇보다 중요한 요건이 된다.

역시 상술한 바와 같이 이상적 관점에서 인본주의적 대화중심 형사조정은 사실관계에 대한 다툼이 없을 뿐만 아니라, 가해자가 피해자에게 발생한 피해는 물론 그에 대한 책임을 진지하게 받아들이는 사건에 한하여, 그리고 가능하면 경미한 손해만을 입은 경우에 한하여, 피해자와 가해자의 관계 회복을 목적으로 적용되는 것이 바람직할 것으로 사료된다. 즉 관계 회복이 경제적 손해 회복보다 중요한 사건으로 인본주의적 대화중심 형사조정제 대상 사건을 축소할 필요가 있다. 가정폭력, 학교폭력, 소년사건, 지인 간의 소액재산범죄나 가벼운 폭행 등이 이에 해당할 것이다.

2. 당사자의 자율성 보장

인본주의적 대화중심 형사조정제 결과, 즉 가해자의 사과와 피해자의 용서가 진정한 것으로 평가될 수 있으려면, 가해자는 물론 피해자의 자율성이 철저히 보장되어야 한다. 어떠한 경우에도 명령으로 개시되어서는 안 되며, 형사사법기관의 직권적 개입이 차단될 수 있도록 제도가 개선될 필요가 있다.

단지 형사조정 절차의 참여에 대한 동의를 확인하는 것만으로는 자율성이 적절하게 보장되었음을 담보할 수 없다. 당사자에게 동의에 앞서 형사조정제의 의의와 절차, 그 결과의 공식·비공식적 법률상의 효과 등에 대하여 충분한 정보가 제공되어야 하며, 현재의 관행처럼 문자메시지나 담당 공무원의 짧은 전화 통화만으로는 충분하다고 할 수 없다. 소개 책자의 우편 송부는 물론 형사조정위원이 참여하는 예비조정 절차 등을 통하여 당사자에게 이러한 정보가 충분히 전달되어야 한다. 아울러 검찰이나 법원 등 형사사법기관의 직·간접적 영향을 최소화하기 위하여 형사조정 절차는 철저히 형사사법 절차와 분리되어야 하며, 이를 위하여 독립적인 형사조정센터를 설치하고 운영하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

3. 대화 촉진을 위한 절차 운영

인본주의적 대화중심 형사조정은 양 당사자 간의 충분한 관점 교환이 이루어지는 가운데 이상적인 회복적 사법의 이념을 달성할 수 있다. 가해자는 피해자의 범죄피해를 직시하는 가운데 진정한 반성에 도달해야 한다. 피해자는 가해자의 사과가 진정한 반성에 근거한 것임을 확인할 수 있어야 하며, 이를 통해 정서적 피해까지도 회복될 수 있어야 한다. 이러한 조건이 달성되어야만 가해자와 피해자의 진지한 화해가 합의로서 의미를 가질 수 있다.

이를 위하여 선행연구가 지적하고 있는 것처럼 충분한 조정시간을 확보하는 것이 필수적이다. 예비조정을 활성화하여 형사조정위원과 당사자 간 신뢰를 형성하고 2회 이상의 조정기일 배정되어야 함은 물론, 각 기일마다 충분한 시간이 당사자 간 대화를 위하여 할애될 수 있어야 한다. 성범죄 등 피해자를 보호할 필요가 있을 때 분리조정도 고려할 수 있으나 “피해자-가해자 조정은 피해자와 가해자가 얼굴을 마주해서 만나고, 서로의 감정들을 직접적으로 서로에게 표현하고, 범죄 이유를 포함해 당시 상황에 대한 새로운 이해를 구축할 수 있다면, 그 목적을 충분히 달성하기가 보다 쉽다.”²⁸²⁾

4. 형사조정위원의 전문성

인본주의적 대화중심의 형사조정 모델에서 형사조정위원에게는 법률적 전문성이거나 특정 분쟁영역에 대한 지식, 예컨대 의료, 노동 등에 대한 지식 보다 조정 능력, 대화 능력, 공감 능력과 같이 분쟁 중에 있는 당사자 사이에서 대화와 화해를 중재하는 역량이 더 크게 요구된다. 형사조정위원의 위촉 및 교육 과정에서 법률지식에 대한 교육 외에도 조정능력이나 대화능력, 공감능력이 필요하므로 이러한 분야의 훈련 전문가의 도움을 받아야 체계적으로 전문화 교육이 이루어져야 한다.²⁸³⁾

게다가 대화를 촉진하기 위하여 만약 필요하다면 대화나 화해를 중재하는 역량을 가진 전문가가 특정한 사건에 대하여 오랜 시간 동안 투입될 수 있어야 한다. 가해자

282) UNODC, 회복적 사법 프로그램을 위한 핸드북(한국어판), 박영사, 2020, 제2판, 25쪽에서 인용. 원문은 UNODC 홈페이지(https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/_210621.pdf, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

283) 박미숙/이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016, 263쪽.

및 피해자의 마음 깊은 곳에서의 진정한 목소리를 이끌어낼 수 있으려면, 당사자와 신뢰관계를 구축하고 지속적으로 대화에 나설 필요가 있다. 그러므로 현실적으로는 형사조정위원의 전문성 확보만큼이나 조정 수당의 현실화가 시급한 문제라고 할 것이다.

5. 회복적 경찰활동과 통합

가해자와 피해자의 화해와 관계 회복은 형사절차의 앞으로 당길수록 좋을 것으로 생각된다.²⁸⁴⁾ 형사절차의 진행 단계에 따라 당사자 간 갈등은 심화될 가능성이 높다. 이러한 관점에서 제2장에서 살펴본 경찰 단계의 회복적 경찰작용과 형사조정을 연계하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다. 상술한 바와 같이 회복적 경찰활동이란 “지역사회에서 갈등·분쟁 또는 범죄가 발생했을 때, 경찰이 범인을 검거하고 처벌하는 데에 그치지 않고 가·피해자 등이 함께하는 회복적 대화모임을 통해 피해회복·재발방지 등 근본적인 해결방안을 모색토록 지원함으로써 지역사회를 안전하고 평온하게 지켜 나가는 경찰활동 패러다임”²⁸⁵⁾을 말한다. 당사자 간의 진정한 화해에 기반한 합의가 형사절차의 개시 이전 단계에서 확인될 수 있다면 이미 형사절차를 통해 해결되어야 할 분쟁이 아닌 것이 될 가능성이 높다. 그러므로 형사조정을 공식적으로 경찰 단계로 확대하는 것도 고려해 볼 수 있다.

인본주의적 대화중심의 형사조정 모델에 입각하여 형사조정을 경찰, 검찰, 법원 단계 구분 없이 활용하는 예로 폴란드의 형사조정제도가 있다. 폴란드의 경우 검찰이나 법원 단계에서 형사조정 회부를 결정하는 것이 원칙이나 경찰 단계에서도 필요한 경우 조정절차가 개시될 수 있다. 직권으로 회부된 경우에도 당사자의 동의가 있어야 개시된다. 그 외의 구체적인 내용은 다음과 같다.

284) 김항곤, “경찰단계 ‘회복적 사법제도’의 시범운영을 통한 소년사법제도 발전방향 모색”, 이화여자 대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009, 48쪽.

285) 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023, 4쪽에서 인용.

폴란드의 형사조정제도²⁸⁶⁾

○ 근거 규정 : 형사소송법 및 형사사건에서 조정절차에 관한 법무부령

- 형사소송법 : 형사조정 일반적 조건 규정
- 법무부령 : 조정위원(기관 및 개인)의 조건, 조정위원 위촉 및 해촉 절차, 조정위원의 사건 기록 접근 권한, 조정절차 수행 방법 등 구체적인 내용

1. 조정절차는 자발적, 양 당사자 동의 필요, 독립적인 조정자가 참여하여 법원 밖에서 수행되며 별도의 비용부담은 없고 비밀이 보장됨
2. 분쟁을 신속하게, 그리고 양 당사자 간 화해의 방법으로 해소하는 것을 일차적 목적으로 함. 중재절차에서 피해자는 1. 자신이 제안한 조건에 따라 문제가 해결될 수 있는 기회를 가짐(손해 등에 대한 배상청구) 뿐만 아니라 2. 본인의 감정, 범죄피해와 가해자에게 기대하는 바를 더 완전하게 전달할 수 있는 기회를 가짐. 3. 배상과 사과를 신속하게 받을 수 있는 기회를 가짐. 피고인은 1. 범죄피해의 회복에 관하여 피해자와 합의할 수 있는 기회를 가짐, 2. 형사절차의 빠른 결론을 얻을 수 있음(유죄판결이 빨리 실효될 수 있음) 3. 절차에 들어가는 비용을 줄임. 4. 형사절차에 비하여 덜 권위적인(관대한, 우호적인) 대우를 받음
3. 조정 대상 사건은 제한되지 않음. 규정상 중대한 사건의 경우에도 조정절차 회부 가능. 다만 조정 회부 결정은 형사절차의 진행 정도에 따라 검사 또는 법원이 내림
4. 경찰 또는 검찰의 준비절차(preparatory proceeding) 단계에서도 조정절차가 진행될 수 있음. 즉 기소결정이 전달된 직후 조정개시 동의서를 제출할 수 있음
5. 조정은 동의를 기반으로 하나 신청이 없는 경우에도 직권으로 개시될 수 있음. 가해자나 피해자 모두 조정 신청 가능. 형사절차의 진행 정도에 따라 경찰, 검찰, 법원에 제출. 상대 당사자가 동의해야 조정절차 개시. 직권으로 조정회부되는 경우는 쌍방의 동의 필요
6. 형사소송법 제23a조 - 조정 근거 규정. 조정위원 또는 조정기관은 지방법원 등록부에 등록되어야 함. 조정기관은 형사조정 및 공익과 인권 보호를 위해 설립된 기관이어야 하며, 적절한 조직과 인력을 갖추어야 함. 조정위원 또한 등록되어야 함. 심리학, 교육학, 사회학, 범죄인 교화, 법률 등에 대한 지식을 갖추어야 할 뿐만 아니라 조정절차에 필요한 갈등 해결 기술이 필요함. 특별한 경우 효율적이라고 판단되면(필요 시) 등록되어있지 않은 기관 또는 개인이 요건을 충족하고 그 준비가 충분함이 보고되면 특정한 사안에 대하여 조정위원(기관)으로 임명될 수 있음. 사건 관계자, 당사자의 관계인, 증인 기타 공정성에 의심이 있는 사람은 조정위원이 될 수 없음. 법률가, 즉 판사, 검사, 변호사, 법률연수생 등도 조정위원이 될 수 없음
7. 조정이 성립되는 것으로 바로 형사절차가 종료되지 않음. 합의가 성립되면 조정위원(기관)은 조정 보고서를 법원, 검찰, 경찰에 제출하고 이 보고서를 당국이 고려하여 결정함. 합의만으로는 법적 효력이 없으며, 중구적으로는 조정결과를 참작한 판결을 통하여 법적 효력이 부여됨. (양형, 선고유예, 선고 취소, 집행유예 등)

8. 조정절차는 한 달 내에 완료되는 것이 원칙이며, 당사자 또는 조정위원(기관)의 요청에 의하여 조정에 회부한 기관이 그 기간을 연장할 수 있음
9. 조정회부 결정이 내려지면 당사자에게 조정절차의 원칙과 목적 및 당사자의 권리를 알리고 조정 참여 동의 여부를 확인
10. 피해자, 가해자가 조정에 참여하기로 결정하면 대면 또는 비대면을 선택하고 비대면인 경우 조정위원(기관)이 각 당사자를 개인적으로 만나 조건과 입장을 확인함
11. 각 당사자는 언제든지 조정을 거부할 수 있음
12. 조정은 공정하고 비밀리에 진행됨. 조정위원(기관)이 작성한 서면 보고서에는 당사자에 대한 평가가 기재되지 않음
13. 조정절차에 참여한 사람은 양 당사자로부터 알게 된 사실에 대하여 증언거부권이 인정됨

286) 폴란드 법무부 홈페이지(<https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/postepowanie-mediacyjne-w-sprawach-karnych>, 2023.12.26. 최종방문); 폴란드 형법 정보 사이트(<http://karne.pl/en/mediation.html>, 2023.12.26. 최종방문) 참조.

제 5 장

형사조정제도의 운영현황과 개선방안

결론 및 요약

전 현 육

제2장에서는 형사조정제도의 개선방안에 관한 논의의 전개를 위하여 필요한 범위 내에서 형사조정제도를 개관하였다. 제도화된 형사조정은 회복적 형사사법의 이념을 구현하는 조정절차로서 현행법 규정에 따라 형사조정위원이 가해자와 피해자의 분쟁에 개입하여 범죄피해자의 피해가 실질적으로 회복될 수 있는 해결책을 도출해 나아가는 절차라고 할 수 있다. 우리나라의 형사조정제도는 지속적으로 의뢰 건수가 증가하다가 2016년 이후로는 답보상태에 머무르고 있다. 형사조정 절차는 ‘범죄피해자 보호법’ 및 그 시행령과 시행규칙, 대검찰청예규인 ‘형사조정 실무운용 지침’, 그리고 각 지방검찰청(지청)의 장이 정하는 ‘형사조정위원회 운영 지침’에 따라 운영된다. 형사조정 절차는 법령에 따라 당사자의 동의를 전제로 개시되며, 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 경우에도 합의 결과에 따라 처벌 시 감경될 수 있다.

경찰 단계의 회복적 사법 제도로 회복적 경찰활동은 경찰의 주도 아래 당사자 간 대화를 촉진하여 합의를 도출하고 그 결과를 경찰의 형사사건 처리절차에 반영하는 것을 말한다. 특히 형사절차가 개시되기 이전에 분쟁이 종국적으로 해결될 수 있으므로, 회복적 사법 이념을 보다 구체적으로 실현할 수 있을 것으로 기대된다.

법원 단계의 회복적 사법 제도로는 형사합의, 형사절차상 배상명령, 민사상 다툼에 관한 형사소송 절차가 있다. 민사조정 또한 제3자의 중재적 개입을 통해 당사자 사이의 협상을 촉진하고 합의의 방법으로 분쟁을 종국적으로 종결하려는 대안적 분쟁해결 제도라는 점에서 형사조정과 유사성을 갖는다. 특히 관련사건 처리 조항으로 형사합의가 민사조정의 결과로 반영되기도 하는데, 이는 사실상 민사재판 절차에서 진행되는 형사조정이라 할 수 있다. 같은 맥락에서 회복적 사법의 이념에도 불구하고 현실의 형사조정의 대부분을 차지하고 있는 문제해결형 합의중심 형사조정은 결과적으로

형사불법에 수반된 민사조정의 특수한 형태에 해당하는 것이라고 할 수 있다.

이러한 이해를 바탕으로 선행연구가 제시하는 형사조정의 법치국가적 정형화를 위한 조건을 검토하였으며, 한국형사·법무정책연구원이 기존에 수행한 연구를 통하여 제시한 형사조정제도의 개선방안, 특히 이상적인 회복적 사법의 이념의 관점에서 인본주의적 대화중심의 형사조정을 구현하기 위한 개선방안들이 실무에서 어떻게 반영되고 있는지 또는 반영되지 못하였다면 어떠한 이유로 반영되지 못하고 있는지를 확인하였다.

제3장에서는 형사조정제도에 대한 다양한 이해관계자들의 관점에서 형사조정의 과정과 결과를 살펴보았다. 다양한 관점에서 현재의 형사조정을 조망하기 위해서, 형사조정위원, 실무자, 검사와 변호사를 대상으로 선정하였고 표적집단심층면접(FGI)과 심층면접(IDI)을 진행하였다.

얼굴을 맞대고 대화를 통해 문제해결을 지향했던 형사조정의 모습은 코로나19를 거치면서 비대면 방식의 전화 조정이 주를 이루게 되었다. 전체적으로, 형사조정의 약 70% 이상은 비대면으로 진행되고 있음을 확인할 수 있었다. 비대면 형사조정제에 대한 호불호는 실무자와 형사조정위원에 따라 달리 나타났으나, 형사조정을 통해 화해를 추구하는 기존의 가치지향은 비대면의 전면화와 더불어 퇴색되어 가고 있었다.

형사조정위원들이 말하는 형사조정에서의 가장 큰 문제 중 하나는 조정에 대한 참여당사자의 이해 결여였다. 이는 조정에 회부하는 주체가 보다 더 적극적으로 형사조정의 취지와 목적을 당사자에게 설명해야 할 필요성이 있다는 점을 보여줬다.

형사조정프로그램은 기존의 형사사법제도에 대한 대안으로 출현한 회복적 사법에 기반하고 있으나, 현실에서 회복적 사법 이념의 구현자로서의 역할을 충실히 수행하지는 못하고 있었다. 대화를 통한 용서와 화해를 목표로 했던 형사조정이 현실에서는 주로 피해자의 요구금액을 듣고 절충하는 방식으로 이루어진다는 것을 생각하면, 현실에서의 형사조정의 핵심은 '돈'으로 보이기도 하였다. 현실에서 진행되는 형사조정에서는 당사자가 자율적으로 문제를 해결한다기보다는 단순 참여로 자율성의 개념이 축소되었다. 결과적으로, 현실에서의 형사조정은 자율적 담화에 의한 문제해결이라기보다는 금전적 배상을 조율하고 합의하는 장으로 변모하였다.

형사조정의 실질적 개선을 위해 필요한 대표적인 것은 시간과 비용이다. 현실에서

의 형사조정 시간은 30분 내에서 이루어지고 대부분의 형사조정위원들은 2시간에 4건의 조정을 하면서 7만 원의 수당을 받았다. 이는 형사조정의 질적 개선을 위해서 형사조정위원들에 대한 수당 개선과 충분한 조정 시간 부여가 필요하다는 점을 보여줬다.

형사조정위원들에 대한 전문화 역시 지역의 명망가나 어른이 조정을 진행·성사시키는 수준에서 벗어나지 못하고 있었다. 신규 형사조정위원들은 선배 형사조정위원들의 진행을 참관하며 어깨너머 조정을 배우고 있었으며, 형사조정을 위한 전문적 교육 체계는 찾기가 어려웠다. 형사조정위원들뿐만 아니라 검사와 변호사 모두 형사조정의 질이 높아지기 위해서는 형사조정위원들의 역할과 처우를 개선할 필요가 있다고 입을 모았다.

제4장에서는 이러한 논의를 토대로 형사조정제도의 개선방안을 제시하였다. 이 보고서에서는 실무의 관행에 부합하는 문제해결적 합의중심 형사조정과, 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하는 인본주의적 대화중심 형사조정으로 나누어 각각의 형태에 적합한 형사조정제도의 개선방안을 다음과 같이 제시하였다.

1. 문제해결적 합의중심의 형사조정으로서 개선방안

대부분의 형사조정은 이미 문제해결적 합의중심의 형사조정으로 운용되고 있으며, 이상적인 회복적 사법의 이념을 실현하기 위하여 제안된 다양한 개선방안들은 현실적인 한계로 인하여 실무에 적절히 반영되지 못하고 있다. 인간의 이해타산적 본성과 민사상 손해배상제도의 한계와 같은 현실을 반영하여 피해자의 피해회복에 집중하는 문제해결적 합의중심의 형사조정 모델을 공식적으로 제도화할 것을 제안한다. 오히려 피해자의 실질적 피해회복에 도움이 된다는 점에서 미약하나마 회복적 사법의 이념을 조금이라도 실현하는 현실적인 대안이 될 것이다. 유죄답변 형량거래(plea bargain)가 인정되지 않는 우리 형사사법체계에서 전통적인 책임원칙이 합의의 한계가 된다.

1.1. 대상 사건의 확대 - 비공식적 형사합의 관행의 제도화라는 관점에서 사실상 모든 사건이 대상이 된다. 중대 사건도 대상이 되어야 하나 가해자가 지불해야 하는 손해배상액이 형사절차상 가해자가 얻을 이익에 비하여 과대한 사건의 경우에는 합의가 도출되기 어려울 것이다. 사실관계가 불명확한 사건은 제외되어야 한다.

1.2. **직권적 개입의 확대 가능성 검토** - 민사조정처럼 형사사법기관의 직권적 개입을 확대할 수 있다. 형사사법기관이 당사자를 조정절차에 참여하게 함으로써, 양 당사자에게 법률적 정보를 제공하고 합의를 촉진하여 피해회복에 도움이 될 수 있다.

1.3. **형사조정위원의 법률적 전문성 강화** - 범죄피해의 실질적 회복을 위해서 조정을 통한 손해배상액의 확정 및 그 집행의 확보가 중요하므로, 조정인의 법률적 전문성이 요구된다. 변호사를 상근 형사조정위원으로 위촉하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다.

1.4. **법원 단계로의 형사조정 확대 및 민사조정과 통합** - 분쟁해결을 목적으로 하는 조정의 관점에서 민사와 형사의 구분은 혼화되며 융합된다. 이미 민사조정 절차에서는 형사분쟁을 동시에 해결하고 있다. 법원 단계에서의 형사조정이 법제화될 수 있다면 합의의 결과를 판사가 확인함으로써 책임원칙의 범위 내에서 법률적 효력을 부여하는 것도 가능하다. 문제해결적 합의중심의 형사조정은 형사분쟁과 민사분쟁을 동시에 해결하는 방안이 될 수 있다.

2. 인본주의적 대화중심의 형사조정으로서 개선방안

현실의 한계가 바로 이상의 포기로 연결되는 것은 아니다. 현재의 형사 및 민사사법 절차의 한계 속에서도 제한된 범위나마 가능할 경우 이상적인 회복적 사법의 이념을 추구하는 것은 정당하고 바람직하다.

2.1. **대상 사건의 축소** - 회복적 사법이 의미 있는 사건을 선별하여 인본주의적 대화중심의 형사조정 절차를 개시하도록 제도화해야 한다. 인본주의적 대화중심의 형사조정을 활성화하기 위해서는 형사사법적 자원이 많이 소요되기 때문이다.

2.2. **당사자의 자율성 보장** - 가해자의 사과와 피해자의 용서가 진정한 것으로 평가될 수 있으려면, 가해자는 물론 피해자의 자율성도 철저히 보장되어야 한다. 이를 위하여 독립적인 형사조정센터를 설치하고 운영하는 것이 바람직하다.

2.3. **대화 촉진을 위한 절차 운영** - 양 당사자 간 충분한 관점교환이 이루어지는 가운데 이상적인 회복적 사법의 이념을 달성할 수 있다. 예비조정을 의무화하고 2회 이상의 조정기일과 충분한 조정시간을 확보해야 한다.

2.4. **형사조정위원의 대화 및 화해 중재 역량 강화** - 형사조정위원에게는 조정능력,

대화능력, 공감능력과 같이 분쟁 중에 있는 당사자 사이에서 대화와 화해를 중재하는 역량이 더 크게 요구된다. 조정 수당의 현실화가 시급하다.

2.5. 회복적 경찰활동과 통합 - 형사절차의 진행 단계에 따라 당사자 간 갈등은 심화될 가능성 높다. 가해자와 피해자의 화해와 관계 회복은 형사절차의 앞으로 당길 수록 좋다.

1. 단행본 및 연구보고서

- 김용세/류병관, 교정단계에서 회복적 사법의 가능성, 한국형사정책연구원·경제인문사회 협동연구총서, 2006.
- 김용세/박광섭/도중진, 형사화해제도 도입을 위한 입법론적 연구, 한국형사정책연구원 연구보고서, 2001.
- 김지선, 형사조정사건의 성립을 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2011.
- 도중진/원혜옥, 보호관찰단계에서 회복적 사법이념의 실천방안 - 형사화해제도를 중심으로, 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2006.
- 배종대, 형법총론, 제17판, 홍문사, 2023.
- 박기쁨, 형사재판에서의 회복적·치료적 사법에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2021.
- 박미숙·김민영, 실무적 현황의 제 분석을 통한 형사조정의 실효성 제고방안, 대검찰청 연구용역보고서, 2018.
- 박미숙·이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2016.
- 안성훈/김선혜/심재우/조균석, 형사사건에서의 전통적 대체분쟁해결방안에 대한 기초 연구 - 한·중·일의 대체적 분쟁해결방안 비교연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2013.
- 안성훈/윤현석, 형사사법절차상 형사합의 관행의 실태분석과 제도화 방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2014.
- 이동원, 형사조정 실효성 연구(II), 대검찰청 연구용역보고서, 2015.
- 이용식, 형사절차에서 회복적 사법이념의 구현방안에 관한 연구, 대검찰청 연구용역보고서, 2011.
- 이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2006

- 탁희성/김성돈/이동원/박민정/강우예, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축 (I), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2008.
- 탁희성/이원상/이동원/최창욱, 새로운 범죄대응전략으로서 화해조정체계구축(II), 한국형사정책연구원·경제인문사회연구회 협동연구총서, 2009.
- 하워드 제어, 손진 옮김, 우리 시대의 회복적 정의, 25주년 기념 개정판 초판2쇄, 대장간, 2020.

2. 논문

- 기광도, “형사합의가 양형에 미치는 효과분석: 성폭력을 중심으로”, 피해자학연구 제23권 제2호, 2015.
- 김성돈, “회복적 사법형 형사조정제도의 법제화 방안”, 성균관법학 제21권 제2호, 2009.
- 김태현·최응렬, “회복적 사법의 이해와 경찰단계에서의 법제화 방안”, 한국공안행정학회보 제87호, 2022.
- 김항곤, “경찰단계 ‘회복적 사법제도’의 시범운영을 통한 소년사법제도 발전방향 모색”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009.
- 김혜정, “형행 양형기준상 양형인자로서의 합의(처벌불원)에 관한 제문제”, 사법 제45권, 2018.
- 류채형, “형사조정제도 개선에 관한 연구: 분리조정(caucus)의 활성화를 중심으로”, 한국융합과학회지 제11권 제8호, 2022.
- 윤영철, “형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007.
- 윤현석/전명길, “소년법상 화해권고제도에 관한 실증적 고찰 - 화해권고제도 운영 실태에 관한 화해권고위원 인식 조사”, 법이론실무연구 제7권 제1호, 2019.
- 이동원/윤현석/류채형, “형사조정에서 분리조정의 실시 및 효과 평가에 관한 연구”, 인문사회21 제11권 제2호, 2020.
- 이동임, “원격화상시스템을 이용한 형사조정제도 도입에 관한 연구”, 서울법학 제28권 제1호, 2020.
- 이무선, “경찰단계에서의 형사조정제도 도입의 필요성에 관한 연구”, 한국공안행정학회보 제59호, 2015.

- 이보영, “형사조정제도의 법이론적 문제점 및 효과성 검토”, 경희법학 제48권 제2호, 2013.
- 이영훈, “재판에서의 회복적 사법의 현재와 미래”, 이화여자대학교 법학논집 제14권 제2호, 2009.
- 이용식, “회복적 정의와 형사사법 정의 - 두 정의의 ‘절충’은 가능한 것인가”, 동아법학 제54호, 2012.
- 이진화, “합의와 공탁이 아동·청소년 대상 성폭력범죄의 양형에 미치는 영향”, 사법 제31호, 2015,
- 임상규/임재화, “형사합의의 소송법적 성격과 그 효력범위 - 사건의 동일성과 관련하여”, 경북대학교 법학논고 제72집, 2021.
- 장다혜, “형사소송절차상 관행으로서의 형사합의에 관한 실증적 연구”, 형사정책 제24권 제3호, 2012.
- 장용근, “법원의 공탁출연금 제도에 대한 재정법적 연구”, 법과정책 제21집 제3호, 2015.
- 조현지, “형사상 화해·조정에 관한 연구”, 이화여자대학교 박사학위논문, 2008.
- 최민영, “회복적 사법과 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도”, 형사정책연구 제23권 제2호, 2012.
- 최석윤, “양형위원회와 양형이론”, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007.

3. 기타자료

- 경찰청, 회복적 경찰활동 운영 가이드, 2023.
- 경찰청, 2022년 경찰백서.
- 김태현·최응렬, 회복적 경찰활동의 운용실태 및 정책방향, 한국피해자학회/경찰청/한국형사·법무정책연구원 추계공동학술대회 자료집, 2023.10.27.
- 대검찰청, 2023 검찰연감.
- 대검찰청, 2022 검찰연감.
- 대검찰청, 2020 검찰연감.
- 대검찰청, 2018 검찰연감.

- 대검찰청, 2017 검찰연감.
- 대검찰청, 2016 검찰연감.
- 대검찰청, 2014 검찰연감.
- 대검찰청, 2012 검찰연감.
- 대검찰청, 2010 검찰연감.
- 대검찰청, 형사조정 이론과 실무, 증보판, 2018.
- 대검찰청, 형사조정가이드북 : 2019-2021년 대검 선정 우수사례 중심으로, 2022.
- 법무부, '제4차('22~'26) 범죄피해자 보호·지원 기본계획', 2021.9.
- 법무연수원, 2021 범죄백서.
- 조아라, 실무적 관점에서 본 형사조정 활성화 방안, 한국형사정책연구원/대검찰청 형사
조정학술심포지엄 자료집, 2016.9.26.
- 조정재판실무편람집필위원회, 조정 재판실무편람, 2016.

4. 웹사이트

- 대법원 홈페이지(https://help.scourt.go.kr/nm/min_1/min_1_6/min_1_6_1/index.html, 2023.12.26. 최종방문).
- 대한민국 법원 홈페이지(https://www.scourt.go.kr/nm/min_9/min_9_2/index_08.html, 2023.12.26. 최종방문).
- 대한법무사협회 블로그 2017.1.18. “[만나고 싶었습니다] 조병현 서울고법·서울중앙지법 조정총괄부장판사”(https://blog.naver.com/PostView.naver?blogId=with_bubmusa&logNo=220913306181, 2023.12.26. 최종방문).
- 미국 아이다호주 법률정보 홈페이지(<https://isc.idaho.gov/icr18-1>, 2023.12.26. 최종방문).
- 서울가정법원 홈페이지(<https://slfamily.scourt.go.kr/main/new/Main.work>, 2023.12.26. 최종방문).
- 서울중앙지방법원 홈페이지(<https://seoul.scourt.go.kr/main/new/Main.work>, 2023.12.26. 최종방문).
- 서울중앙지방법원 새소식 게시판 2018.8.24. “서울중앙지방법원 상근 조정위원 지원

- 모집 공고”(https://seoul.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsViewAction.work?seqnum=3193&gubun=41&cbub_code=000210&searchWord=%BB%F3%B1%D9&pageIndex=1, 2023.12.26. 최종방문).
- 싱가포르 법원 홈페이지(https://www.judiciary.gov.sg/criminal/criminal-mediation, 2023.12.26. 최종방문).
- 양형위원회 홈페이지(https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/main/Main.work, 2023.12.26. 최종방문).
- 폴란드 법무부 홈페이지(https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/postepowanie-mediacyjne-w-sprawach-karnych, 2023.12.26. 최종방문).
- 폴란드 형법 정보 사이트(http://karne.pl/en/mediation.html, 2023.12.26. 최종방문).
- 핀란드 보건복지 연구소 홈페이지(https://thl.fi/en/main-page, 2023.12.26. 최종방문).
- 핀란드 사회보장부 홈페이지(https://stm.fi/en/mediation-in-criminal-and-civil-cases1, 2023.12.26. 최종방문).
- 핀란드 정부 공동출판 아카이브(https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/162952, 2023.12.26. 최종방문)의 연구보고서 Rikosasioiden sovittelupalveluiden siirto oikeusministeriön hallinnonalalle.
- General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985. UNODC 홈페이지(https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/_210621.pdf, 2023.12.26. 최종방문).
- MoJ evaluation of restorative justice (https://restorativejustice.org.uk/resources/moj-evaluation-restorative-justice, 2023.12.26. 최종방문).
- UNODC, 회복적 사법 프로그램을 위한 핸드북(한국어판), 박영사, 2020, 제2판. 원문은 UNODC 홈페이지(https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/_210621.pdf, 2023.12.26. 최종방문).

5. 언론기사

- 법률신문, 2012.3.26. “수원지법, 상근조정위원 제도 시행”(https://www.lawtimes.co.kr/news/63271, 2023.12.26. 최종방문).

- 연합뉴스, 2020.6.30. “대전지검, 코로나19 비대면 상황서도 형사조정 '성과'”(https://www.yna.co.kr/view/AKR20200630032700063, 2023.12.26. 최종방문).
- 조선일보, 2014.1.16. “[정권현의 법과 사회 법원에서 고액 월급 받는 변호사들]”(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2014/01/15/2014011504488.html, 2023.12.26. 최종방문).
- 한국일보, 2022.7.4. “민사조정 활성화 나선 법원…전담변호사 늘리고 보수 올린다”(https://m.hankookilbo.com/News/Read/A2022070411260005294, 2023.12.26. 최종방문).

6. 판례

- 대법원 2023.7.17. 선고 2021도11126 전원합의체 판결.
- 대법원 2012.2.23. 선고 2011도17264 판결.
- 대법원 2008.2.29. 선고 2007도11339 판결
- 대법원 2005.6.10. 선고 2005다14861 판결.
- 대법원 2002.7.12. 선고 2001도6777 판결.
- 대법원 2001.12.14. 선고 2001도4283 판결.
- 대법원 2001.4.27. 선고 99다17319 판결.
- 대법원 1996.9.20. 선고 95다53942 판결.
- 대법원 1994.2.25. 선고 93도3221 판결.
- 대법원 1983.9.27. 선고 83도516 판결.
- 대법원 1981.11.10. 선고 81도1171 판결.
- 대법원 1981.10.6. 선고 81도1968 판결.
- 대법원 1967.5.23. 선고 67도471 판결.
- 서울고등법원 2019.10.30. 선고 2019노888 판결.
- 대구지방법원 2023.5.19. 선고 2022나321526 판결.

Abstract



Present Conditions and Strategies for Enhancing Mediation in the Criminal Justice System

Chun Hyun Wook · Song Kwang Soub · Yang Ga Eul · Gim Hye yeong

This study overviews mediation in criminal justice system within the scope necessary for discussing strategies for enhancing mediation in criminal cases. Institutionalized criminal mediation is a mediation procedure that embodies the ideology of restorative criminal justice, that is, an mediator facilitates dispute resolution process between the offender and the victim and help them to arrive at a solution that could substantially recover the damage suffered by the crime victim. In Korea, the number of application for mediation in criminal cases had steadily increased, but it has come to a standstill since 2016. The criminal mediation procedure is governed by Crime Victim Protection Act, Enforcement Decree Of The Crime Victim Protection Act operates in accordance with the Victim Protection Act, Operating Guidance of Mediation in Criminal Cases of established regulations of the Supreme Prosecutor's Office and operational guidelines for criminal mediation committees set by the heads of regional prosecution offices. Upon consent of the parties involved, criminal mediation process is initiated and the punishment may be reduced based on content of the agreement that the parties reached even an offense subject to complaint or an offense unpunishable over objection.

Restorative policing, referring to restorative justice delivered at the level of police, is the process that the police facilitates communication between parties and aids them to reach an agreement and then reflects the outcomes of mediation

in the criminal case handling procedures of the police. Subsequently, the outcomes of mediation are integrated into the criminal case handling procedures of the police. Mediation at the police level enhances the substantial realization of restorative justice by enabling the resolution of disputes before formal criminal proceedings initiate.

The restorative justice at the court level includes criminal agreements, compensation orders in criminal proceedings, and criminal litigation procedures for civil disputes. Civil mediation is also similar to criminal mediation in that it is an alternative dispute resolution system that promotes negotiation between parties through the mediation of a third party and ultimately seeks to end the dispute through agreement. In particular, for handling related cases, agreement in criminal cases are considered as important elements of civil mediation, in other words, criminal mediation is carried out during civil trial procedures. In the same context, despite the ideology of restorative justice, problem-solving, agreement-oriented criminal mediation, which accounts for the majority of criminal mediation in reality, could be viewed as a distinctive form of civil mediation addressing criminal illegality.

Considering various forms of mediation in criminal cases, this study scrutinized the prerequisites for institutionalizing criminal mediation as proposed by prior research. Then, it offered suggestions for enhancing the criminal mediation system. Within the framework of ideal restorative justice, the study examined the practical implementation of improvement measures aimed at fostering humanistic and communication-centered criminal mediation. Where such measures were not employed, the study looked into the reasons of non-implementation.

This study further examined the procedural aspects and outcomes of criminal mediation by considering the viewpoints of diverse stakeholders involved in the process. To comprehensively analyze current criminal mediation, the study selected criminal mediators, practitioners, prosecutors, and lawyers as survey participants. Both focus group interviews (FGI) and in-depth interviews were conducted with

these stakeholders to gain insights from their respective perspectives.

In the past, criminal mediation typically involved face-to-face communication aimed at resolving conflicts between parties. However, due to the impact of the COVID-19 pandemic, criminal mediation is now commonly conducted remotely, by using phones or other remote contact devices. This study found that over 70% of criminal mediation is conducted remotely and preferences for remote criminal mediation are varied among practitioners and members of the mediation committee.

One of the primary challenges highlighted by mediators in criminal mediation is the insufficient understanding of the mediation process by the participating parties. Consequently, it appears essential for the entity referring the case to mediation to take a more proactive role in explaining the purpose and objectives of criminal mediation to all involved parties. Although the criminal mediation program is grounded in restorative justice principles, serving as an alternative to the traditional criminal justice system, it has not consistently realized the fundamental goals of restorative justice ideology. Despite its initial intention of achieving forgiveness and reconciliation through communication, the practical implementation often revolves around the victim proposing a compensation amount, leading to both parties reaching an agreement on the amount of compensation. In the current context, the predominant focus of criminal mediation appears to be on 'monetary compensation.'

In reality, stakeholders tend to participate in the criminal mediation process without actively seeking autonomous conflict resolution. Consequently, the actual practice of criminal mediation has evolved into a platform primarily centered around coordinating and reaching agreements on monetary compensation, rather than serving as a means to autonomously address and resolve underlying issues through meaningful discourse.

What is most needed for substantive improvements in criminal mediation are time and financial resources. Currently, the average duration of criminal mediation

is only 30 minutes, with mediators typically receiving an allowance of 70,000 won for handling four cases within a two-hour timeframe. To enhance the quality of criminal mediation, there is a need to raise the allowances provided to mediators and allocate sufficient time for the mediation process.

Another challenge in criminal mediation is the insufficient expertise of the mediators. Typically, local prominent individuals or seniors serve as criminal mediators, learning the mediation procedures through observation without undergoing specific training or education. In fact, education or training for criminal mediation is hardly provided to mediators. Both criminal mediators and legal professionals, including prosecutors and lawyers, unanimously agree that improving the role and treatment of criminal mediators is essential for enhancing the overall quality of criminal mediation.

Examining the practical aspects of criminal mediation, this study proposes recommendations to enhance the criminal mediation system, focusing on the identified needs for extended mediation time and professional training for mediators. The study categorizes the criminal mediation system into two types: consensus-centered criminal mediation, aligned with prevalent practical approaches to address issues, and humanistic communicate-centered criminal mediation, aimed at embodying the ideals of restorative justice ideology. Suggestions to improve the two types of criminal mediation are outlined as follows.

1. for consensus-centered criminal mediation

Presently, criminal mediation primarily operates as a consensus-centered model with the goal of resolving conflicts between parties. Despite various proposed improvement measures to align with the ideals of restorative justice, these measures have not yet been taken due to realistic constraints. Therefore it is needed to formally institutionalize a problem-solving, consensus-oriented criminal mediation model that prioritizes the recovery of victims' damages. This model should

acknowledge the inherent complexities of human behavior and the limitations of the civil damage compensation system. It may serve as a pragmatic approach to realizing the principles of restorative justice by helping victims in recovering from tangible harm. It is particularly relevant in the Korean criminal justice system, where plea bargains are not recognized, and the traditional principle of responsibility becomes limitations on agreements.

1.1. Expanding the scope of applicable cases –

From the perspective of institutionalizing the practice of informal criminal settlement, virtually all cases might be eligible for criminal settlement. However, for felony cases, it may be challenging to reach an agreement, particularly in cases where the required monetary compensation that the offender should pay to the victim is disproportionate to the benefits the offender might derive from criminal proceedings. Consequently, cases with unclear facts should be excluded from consideration for criminal settlement.

1.2. Examining the possibility of expanding ex officio intervention –

Like civil mediation, ex officio intervention by criminal justice agencies could be expanded. If law enforcement agencies encourage the parties involved to take part in the mediation process, furnish legal information to both parties, and actively encourage consensus, their intervention could prove beneficial in aiding the victim's recovery of damages.

Given that the accurate determination of damages through mediation and ensuring its enforcement are crucial for the tangible recovery of the victim's losses, it becomes imperative to enhance the legal expertise of mediators. A potential solution is to contemplate the appointment of a lawyer as a full-time mediator to contribute to the requisite legal proficiency in the mediation process.

1.3. Expansion of criminal mediation to the trial stage and integration it with civil mediation -

Considering the goal of mediation in dispute resolution, the distinction between civil and criminal matters is blurred. Criminal disputes are already being concurrently addressed through civil mediation procedures. If legislation is enacted to introduce criminal mediation at the trial stage, it could facilitate legal validation within the framework of the responsibility principle by having a judge confirm the outcomes of the agreement. Problem-solving, agreement-oriented criminal mediation could offer a pathway to simultaneously resolve both criminal and civil disputes.

2. for humanistic communicate-centered criminal mediation

The constraints of reality should not be a reason to forsake ideals. Even in the face of limitations within current criminal and civil judicial procedures, it is both justifiable and desirable to strive for the ideal principles of restorative justice, especially when implementing criminal mediation, even if it can only be achieved to a limited extent.

2.1. Narrowing the Scope of Target Cases -

To institutionalize restorative justice, it is crucial to thoughtfully select cases where the principles of restorative justice are applicable, allowing for the effective implementation of humanistic communication-centered criminal mediation procedures. Given the substantial resources required for activating such mediation processes within the criminal justice system, a strategic approach involves selectively choosing cases and minimizing the overall scope of those subjected to criminal mediation.

2.2. Ensuring the Autonomy of the Parties –

To ensure the sincerity of the offender's apology and the victim's forgiveness, it is required to guarantee the autonomy of both parties in resolving conflicts through criminal mediation. To achieve this, the establishment and operation of an independent criminal mediation center are highly desirable.

2.3. Implementation of Procedures to Facilitate Communication Between the Offender and the Victim –

Restorative justice would be realized only when parties fully exchange their thoughts regarding the offense and resulting harm. For criminal mediation, it is necessary to make preliminary mediation mandated, to secure two or more mediation sessions along with ample mediation time, and to foster effective communication between the offender and the victim.

2.4. Promoting mediators' communication and reconciliation ability –

Mediators should be equipped with the necessary skills to foster communication and reconciliation between conflicting parties. To attract individuals meeting the fundamental requirements for mediators, it is crucial to increase their allowances.

2.5. Integrating Restorative Policing into Criminal Mediation –

Conflicts between parties often escalate at different stages of criminal proceedings. Early efforts by the offender and the victim to resolve conflicts can lead to more favorable outcomes.

연구총서 23-A-07

형사조정제도의 운영현황과 개선방안

발행 | 2023년 12월

발행처 | 한국형사·법무정책연구원

발행인 | 하태훈

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kicj.re.kr

정가 | 7,000원

인쇄 | 크리커뮤니케이션 (02)2273-1775

I S B N | 979-11-986058-3-2 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.



형사조정제도의 운영현황과 개선방안

Present Conditions and Strategies for Enhancing Mediation
in the Criminal Justice System

