

형사사법과 회복적 사법

김 성 돈*

- I. 들어가는 말
- II. 회복적 사법의 개념과 발전과정
- III. 회복적 모델과 주요 회복적 프로그램들
- IV. 종래의 형사사법제도와 회복적 사법의 차이점
- V. 회복적 사법에 대한 평가
- VI. 회복적 사법의 전망과 한국형사법상의 개혁과제
- VII. 나오는 말

I. 들어가는 말

1980년대까지만 해도 거의 알려지지 않았지만 최근 형사사법정책분야에서 유행어처럼 번지고 있는 용어가 있다. 일부 실무가와 학자들은 공동체주의적 이상을 실현하는 방안으로서 기존의 형사사법시스템의 대안을 제안하면서 이 용어를 사용하고 있다. 이 용어에 의해 지칭되는 범죄에 대한 새로운 대응방식 내지 새로운 사고방식은 불과 20년전만해도 국지적으로 일화적으로만 활용되어 왔으나 오늘날 전세계의 형사사법개혁가들이나 정책입안자들의 주목을 받고 있다. 뿐만 아니라 서구의 많은 나라들은 앞다투어 그 사고방식을 구체화하는 프로그램들을 개발하여 운용하거나 적극적으로 입법에 반영하여 왔다. 급기야 2000년에 와서는 유엔의 범죄예방 및 형사

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

사법위원회는 그러한 프로그램을 회원국에게 적극 활용을 권장하는 결의안까지 채택하였고, 그 이듬해에는 그러한 사고방식을 프로그램화하여 활용하는데 지침이 될 수 있는 기본원칙까지 마련하였다.

‘전세계적인 운동’¹⁾이 되고 있는 이러한 새로운 프로그램들의 생성 움직임에 대해 붙여지고 있는 용어는 바로 ‘회복적 사법’(Restorative Justice)이다. 회복적 사법의 실천가나 옹호자들은 회복적 사법을 범죄에 대한 대응방식에 있어서 새로운 패러다임이라고 말하기까지 하고 있다²⁾.

회복적 사법프로그램과 회복적 사법정책은 매우 빠른 속도로 전세계에 파급되고 있다. 애초에 재산범죄나 소년범죄에 국한되어 사용되었던 프로그램들이 최근에는 매우 중한 범죄에 대해서도 활용되고 있다. 회복적 사법의 토대를 이루고 있는 철학, 회복적 사법이 지향하는 목표, 회복적 사법이 범죄피해자, 가해자 그리고 사회일반인에게 미치게 될 영향력 등을 고려하여 회복적 사법이념은 오늘날 세계 각국의 형사사법개혁가들에게 이상적인 모델로 부각되고 있다.

우리나라에서 회복적 사법이라는 용어와 주요 내용이 소개³⁾된 것은 그리 오래된 일이 아니다. 회복적 사법이념을 구체화하는 방안도 회복적 사법프로그램의 다양한 스펙트럼 가운데 일부에 불과한 화해프로그램⁴⁾ 혹은 조정프로그램⁵⁾에 관한 내용이 주를 이루어 왔다. 그 이전에는 형사제재법상의 개혁방안 속에서 회복적 사법이념의 실천적 요소를 구체화하려고 시도한 독일의 원상회복제도를 중심으로 한 논의⁶⁾가 부분적으로 있어왔고, 동일한 제재범영역 안에서 영미권의 배상형제도⁷⁾에 관한 문제 제기가 이루어졌을 뿐이다. 그러나 오늘날 전세계에 급속도로 파급되고 있는 회복적

1) van Ness/A. Morris/G. Maxwell, *Introducing Restorative Justice, Restorative Justice for Juveniles*, 2002, p. 9.

2) community justice, positive justice, reintegrative justice, relational justice, transformative justice 등이 유사한 의미로 사용되고 있다[Lucia Zedner, *The Victim, The Oxford Handbook of Criminology*, 3. Ed.(ed. by M. Maguire/R. Morgan/R. Reiner, Oxford. University Press, 2002), p. 444].

3) 박미숙, *회복적 사법과 피해자 보호*, *피해자학 연구 제8호*, 2000, 201쪽 이하; 이호중, *회복적 사법-이념과 법이론적 쟁점들*, *피해자학 연구 제9권 제1호*, 27쪽 이하; 김성돈, *형사절차상 피해자-가해자 조정제도의 도입방안*, *피해자학 연구 제9권 제1호*, 165쪽.

4) 김용세, *한국의 형사사법체계와 회복적 사법*, *형사법연구 제20호*, 2003, 347쪽 이하.

5) 김성돈, *앞의 논문*, 153쪽 이하.

6) 김일수, *형법상 원상회복제도의 형사정책적 기능과 효용에 관한 연구*, *성곡논총 제21집*, 1990; 이호중, *형법상 원상회복제도에 관한 연구*, *서울대학교 박사학위논문*, 1997; 김성돈, *원상회복의 형사제재로서의 적격성과 형법의 과제*, *피해자학 연구 제5호*, 1997.

7) 이승호, *형벌로서의 배상제도에 관한 연구*, *피해자학연구, 제7호*, 1999, 181쪽.

사법이라는 새로운 패러다임은 제재법상의 영역에 국한되는 것이 아니라 범죄에 대한 새로운 대응모델 내지 새로운 분쟁해결수단으로서 절차적 측면에 강조점이 주어져 있다. 이러한 차원의 논의가 우리나라 형법 및 형사소송법 개정작업과정에서 정식으로 이루어진 적은 아직까지 없다.

이 글은 회복적 사법이 무엇을 목표로 하여 실험되고 있는 사법모델이며 그러한 사법모델을 어떻게 정의할 수 있는지 또 어떤 구체적인 내용을 가진 사법모델인가에 대해 살펴보고자 한다. 더 나아가 회복적 사법모델의 장점뿐 아니라 문제점에 대해서도 검토하면서 회복적 사법모델이 장차 어떻게 변모해갈 것인지 그리고 기존의 형사사법시스템 내에서 어떻게 자리매김될 수 있을 것인지 그리고 어떻게 자리매김되든 간에 회복적 사법의 옹호자들이 표방하는 가치를 구체화하기 위해 정교하게 가다듬어야 할 과제가 무엇인가에 대해 가늠해 보고자 한다.

II. 회복적 사법의 개념과 발전과정

1. 개념정의와 그 구체화

‘회복적 사법’이라는 용어가 주목을 받기 시작한 것은 1985년에 하워드 제어(Howard Zehr)가 북아메리카에 존재하였던 피해자-가해자 화해/조정 실무를 묘사하고 나아가 그러한 실무를 장려하기 위해서 이 용어를 사용한 때부터였다⁸⁾. 문헌에 의하면 이 용어를 처음 사용한 것은 이 보다 앞선 1977년의 알버트 애글래쉬(Albert Eglash)라고 한다⁹⁾.

오늘날 국제적으로 가장 많이 인용되고 있는 회복적 사법에 대한 정의는 영국의 범죄학자 토니 마아샬(Tony Marshall)의 정의이다. 그에 의하면 “회복적 사법은 특정 범죄에 이해관계를 가진 모든 당사자가 그 범죄가 미친 영향 및 그 범죄가 장래에 대해 가지고 있는 함의를 어떻게 다룰 것인가 하는 문제를 집단적으로 해결하기 위해 함께 모이는 절차”라고 한다¹⁰⁾.

8) C. Hoyle/R. Young, Restorative Justice. Assessing the prospects and pitfalls, The Handbook of The Criminal Justice Process(Oxford University Press, 2002), p. 529.

9) Lode Walgrave, Restoration in Youth Justice, Youth Crime and Youth Justice(ed. by M. Tonry/Anthony N. Doob, The University of Chicago Press, 2004), p. 543.

10) Marshall, Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996 4(4) European Journal on Criminal Policy and Research, 1996, 4(4), p. 37.

이와 같은 회복적 사법의 정의에는 절차적인 측면이 강조되어 있지만, 회복적 결과에 초점을 맞추어 정의 내리려고 하는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 절차적 측면에 초점을 맞추는 정의는 결과가 회복적이어야 할 필요도 없다고 하며 당사자들이 함께 만나는 것을 전제하지 않고 회복적 결과에 이르는 방안은 인정하지 않기 때문에 회복에 이르는 가능한 수단을 제한할 뿐만 아니라 목표와 수단을 혼동하게 한다고 한다. 따라서 최종목표인 회복적 결과에 초점을 맞추는 회복적 사법의 개념정의로는 “범죄가 발생한 후에 그 범죄가 야기한 손해를 복구하는데 우선순위를 두는 대응방안”¹¹⁾이 타당하다고 한다. 이 견해는 특히 자발적 합의에 도달할 수 없는 경우에 (부분적) 회복을 위한 강제적 의무도 회복적 수단속에 포함시키는 결론에 이르게 된다.

오늘날 회복적 사법에 관한 정의는 회복적 사법 프로그램의 수보다 많이 등장하였고, 아직도 회복적 사법이라는 용어에 대해 확립된 정의가 없다고 하기도 한다¹²⁾. 회복적 사법에 대한 정의를 어떻게 내리는 일반적으로 회복적 사법은 다음과 같은 세 가지 믿음에 그 철학적 기반을 두고 있다고 한다¹³⁾.

- 범죄는 피해자, 가해자 그리고 커뮤니티에 해로운 결과를 야기한다.
- 국가는 물론이고 피해자, 가해자 그리고 커뮤니티도 능동적으로 형사사법절차에 관여하여야 한다.
- 사법을 활성화함에 있어서 국가는 질서를 유지하는 일에 책임을 다하여야 하고, 커뮤니티는 평화를 확립하는 일에 책임을 다하여야 한다.

이러한 일반적인 믿음은 오늘날 유행하고 있는 많은 회복적 사법프로그램들 사이에 몇 가지 공통적 요소를 만들어 내고 있다. 그러한 공통적 요소들은 다음과 같다¹⁴⁾.

- 범죄를 피해자 및 커뮤니티 평화에 대한 손상으로 정의함¹⁵⁾

11) Welgrave, 앞의 논문, p. 552.

12) 이 용어에 대한 합의가 이루어지지 않은 이유 탓인지 2002년 유엔의 ‘형사사건에서 회복적 사법의 활용에 관한 기본원칙’에서조차도 ‘회복적 절차’, ‘회복적 프로그램’에 관한 용어에 대한 정의만 내려져 있고 ‘회복적 사법’에 관한 정의는 등장하지 않고 있다.

13) J. Belgrave, Restorative Justice. A Discussion Paper(Ministry of Justice New Zealand, 1995: 이하에서는 RJ, 1995로 표기함), p. 8.

14) J. Belgrave, RJ, 1995, p. 8.

15) 회복적 사법의 옹호자들은 범죄개념을 종래의 개념정의에 따라 법을 위반하는 일 혹은 국가에 대한 공격으로 이해하지 않고, 사람에 대한 침해 내지 잘못이라고 이해한다. 범죄에 대한 이러한 정의는 피해자와 가해자들로 하여금 어떠한 갈등이라도 대화나 협상을 통해 해결하는데 직접 참여하도록 촉구한다. 따라서 피해자와 가해자는 국가와 법률전문가들과 함께 절차의 중심

- 잘못을 바로 잡는 일에 초점을 둬
- 범죄에 대한 대응 및 범죄적 갈등을 해결함에 있어서 피해자와 가해자를 능동적 역할자로 봄
- 가해자에 의한 원상회복을 통하여 피해자가 입은 손실을 보상함
- 사법절차에 대한 피해자의 직접적인 개입을 통해 문제의 해법(종결)을 추구함에 있어서 피해자에게 권한(자격)을 부여함
- 범죄에 의해 영향을 받은 피해자가 삶의 영역에서 균형감을 회복할 수 있도록 피해자를 원조함
- 가해자들로 하여금 자신들의 행동에 대해 책임지게 하는 것을 목표로 함
- 가해자들이 자신들의 행동이 야기한 실제적인 영향력을 느끼도록 함
- 가해자들이 자신들의 행동에 대한 책임을 인정하도록 촉구함
- 피해자, 가해자 그리고 커뮤니티가 범죄의 결과로 초래된 개인적 손상 및 관계

인물이 된다. 이러한 절차에서 국가와 법률전문가의 역할은 피해자와 가해자의 만남을 주선하고, 가해자에게 책임을 인정하게 하며, 잘못을 원상회복하거나 바로 잡는 일에 목표를 두는 시스템을 유지하는 일 등으로 제한된다(Zehr, *Changing Lenses: A New focus for Crime and Justice*(Herald Press, Scottdale, Pennsylvania, 1990), p. 194). 이와 같은 차원의 범죄개념에 대한 이해의 변화는 특히 브레이스웨이트 등의 형사사법의 공화주의이론(republican theory)에서 도입한 'dominion' 혹은 'freedom as non-domination' 개념으로 나타난다. 브레이스웨이트 등에 의하면 “비지배로서의 자유”란 우리가 자유롭게 움직이고 국가와 사회환경에 의해 보장된 정신적·사회적 영역을 일컫는다. 여기서 결정적인 것은 권리와 자유의 보증이다. “비지배로서의 자유”라는 사회적 개념과 “비개입으로서의 자유”라는 자유주의적 개념을 분명하게 구별하게 해 주는 것은 바로 이러한 확신(보증)이다. 자유주의적 개념인 비개입으로서의 자유에서 개인의 권리와 자유는 다른 시민들의 권리와 자유가 시작되는 지점에서 끝이 난다. 권리와 자유는 주어진 정태로서 지각되어지고, 이들은 시민들 사이에 가능한한 공정하게 분배되어야 한다. 모든 다른 시민들은 나의 자유속으로 개입하는 것이 가능하고 나의 자유를 확장하기 위한 투쟁에서 경쟁자이다. 반대로 공화주의이론에서는 권리와 자유는 집단의 재화이다. “지배영역”은 주어진 정태가 아니라 개인이나 집단의 행동에 의해 신장되고 확장될 수 있는 가치이다. 다른 시민은 그것을 확장하기 위한 노력을 경주함에 있어서 동맹자이고 집단의 재화로서의 지배영역을 상호 보증한다. 이 이론에서는 범죄를 지배영역에 대한 침해로서, 특히 권리와 자유의 보증에 대한 침해로서 이해한다. 즉 강도는 현존하는 법적 권리와 프라이버시 및 재산을 감소시키는 것이 아니라 피해자와 그의 동료시민들이 이러한 권리들이 존중받고 중요하게 취급되고 있다고 확신하고 있는 정신적 영역을 축소시키는 행위이다. 범죄후의 공적 개입이 필요한 것은 규범위반을 국가기관이 공적으로 불승인하는 것을 널리 유포시킴으로써 그리고 회복의 관점에서 이루어진 행동을 통하여 대응함으로써 보증(확인)을 고양시키기 위함에서이다. 그러한 개입은 국가기관이 지배영역을 중요하게 취급함으로써 분명하게 보여주고 피해자, 일반 공공 그리고 범죄자에게 일련의 권리와 자유의 영역을 재확인시켜주는 의미를 가진다(Walgrave, 앞의논문, p. 554-555).

손상을 처리할 것을 추구함

- 범죄에 대한 대응을 함에 있어서 영향을 받은 모든 자들을 당사자로 포함하도록 함

이와 같은 공통적 요소를 가지고 있는 회복적 사법의 특징 중에 핵심은 절차 속에 피해자를 참여시켜 피해자와 가해자의 대화를 이끌어내는 일이다. 이러한 방법은 범죄와 범죄의 결과를 보다 건설적인 방법으로, 보다 넓은 커뮤니티와의 연관성 속에서 그리고 관계된 자들이 직접 참여하는 방법으로 해결하는 방법이다. 이러한 방법에 의하면 형사사법은 국가와 범죄자 사이만의 일이 아니며 피해자, 커뮤니티 그리고 범죄자가 그 절차의 주인공이 된다. 따라서 이러한 방법은 다음과 같은 목표를 지향한다고 한다¹⁶⁾.

- 피해자의 요구를 절차에 반영함
- 가해자를 커뮤니티 속으로 재통합시킴으로써 재범을 예방함
- 가해자로 하여금 자신의 행위에 대해 책임을 질 수 있도록 함
- 피해자를 후원하고 가해자의 사회복귀를 돕고 장차 범죄를 적극적으로 예방할 수 있는 커뮤니티를 재건함
- 사법 메카니즘의 과잉 및 그와 연관된 비용과 지연을 회피함

2. 회복적 사법 프로그램의 핵심적 요소

이상에서 살펴본 바에 따르면 회복적 사법이라는 개념이 피해자와 가해자간의 피해변상을 위한 합의라는 요소만을 특징적 요소로 가지는 개념이 아니라는 것을 알 수 있다. 회복적 사법은 피해자, 가해자 그리고 커뮤니티의 회복과 관계되는 개념으로 이해되고 있는 것이다. 이 때문에 흔히들 회복적 사법에서의 핵심적 가치는 “가해자의 요구, 피해자의 요구 그리고 커뮤니티의 요구 사이의 균형을 이루는 것”이라고 한다¹⁷⁾.

회복적 사법이라는 표현은 형사사법이 지향해야 할 목표와 이러한 목표를 실현하는데 요구되는 중심원칙들을 ‘회복적’이라는 형용사에 담아 둔 것이라고 말할 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 범죄로 인해 야기될 수 있는 피해가 다양하다는 점을

16) S. Tickell/K. Akester, Restorative & Justice. The way ahead, (Justice, 2004), p. 20.

17) G. Bazemore/L. Walgrave, Restorative juvenile justice: in search of fundamentals and an outline for systemic reform, Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime(ed. by G.Bazemore/L.Walgrave, Monsey, NY: Crime Justice Press, 1999), p. 45.

인정한다면 회복적 절차가 진정으로 주의를 기울여야 하는 손상된 관계의 범위는 피해자와 가해자의 관계뿐 아니라 가해자와 커뮤니티 및 전체로서의 사회와의 관계라는 점도 분명해진다. 회복적 사법절차에서 가해자는 범죄에 기여한 요소가 무엇인가에 대하여 무엇보다도 먼저 주의를 기울이도록 독려되어야 한다. 가해자가 이러한 요소들을 극복하는데 도움이 필요한 경우 국가는 원조활동을 다해야 한다. 왜냐하면 그것이 사회 통합(social integration)을 증진시켜야 하는 국가의 의무이기 때문이다.

피해자의 관점에서 볼 때 ‘회복’이란 단순히 물질적인 배상에 그치는 것이 아니라 보안, 안전, 자기 존중, 인간의 존엄성 그리고 무엇보다도 균형감을 회복하려는 노력을 의미한다. 이러한 내용은 가해자 및 범죄로 인해 피해를 당한 다른 당사자들에 대해서도 마찬가지이다¹⁸⁾. 이 때문에 오늘날 피해의 회복, 이해관계자의 참여, 그리고 커뮤니티와 국가의 역할변화라는 세 가지 요소가 범죄에 대한 대응방법으로서의 회복적 사법이 가지는 가장 특징적이고 핵심적 요소라고 한다¹⁹⁾.

3. 회복적 사법의 역사와 발달 배경

회복적 사법은 매우 다양한 기원²⁰⁾을 가지고 발전된 것이기 때문에 그 경계를 긋기가 매우 어렵다. 피해자운동은 피해자 역할의 확대를 주장했고 손해의 회복에 초점을 맞추는 결과를 요구했다. 여성주의운동은 1차피해자와 2차피해자의 여성주의적 측면에 주목하였다. 비판범죄학은 형사사법제도의 부정적은 효과와 사회적 삶에서의 평화를 보장하는데 형사사법제도가 무능하다는 점을 강조하였다. 회복적 사법의 지지자들은 회복적 사법을 형사사법 전반, 혹은 보다 특별하게는 소년사법에 대한 대안으로 생각하였다. 공동체주의자들은 커뮤니티를 회복적 사법의 수단이자

18) Hoyle/Young, 앞의 논문, p. 532.

19) G. Bazemore/C. Erbe, Reintegration and restorative justice: towards a theory and practice of informal social control and support, After Crime and Punishment. Pathways to offender reintegration(ed. by S. Mauna/R. Inmarigeon, Willam Publishing, 2004), p. 29.

20) 회복적 사법은 “고대 아라비아, 그리스 및 로마 문화의 사법전통 ... 게르만 족의 공공 집회의 회복적 접근 ... 인도의 힌두교 ... 그리고 고대 불교, 도교 그리고 유교 전통에 기초되어 있었던 사상”에 뿌리를 두고 있다고 하기도 한다(J. Braithwaite, Restorative Justice and Responsive Regulation, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 3). 이러한 회복적 사법의 고대의 원형이 쇠퇴의 길을 걷게 된 것은 권력의 중앙집권의 확립과 더불어 비롯되었는데, 이 때부터 범죄는 더 이상 타인에 대해 해를 끼치는 것으로 이해되지 않고 왕의 법을 위반하는 것으로 이해되었다. 회복적 대응모델은 1980년대에 와서야 다시 등장하였다가 1990년대의 실무와 정책에 중요한 요소로 부각되었다.

목표로 보면서 커뮤니티의 부활을 비공식적 상호부조와 통제의 유기체적 원천으로 옹호하기도 하며 일부는 원주민들의 해방운동 또는 종교에서 그 뿌리를 찾고 있는 견해도 있다.

1) 형사정책의 방향전환

회복적 사법의 출현은 형사사법시스템을 피해자를 향해 재정립할 필요가 있다는 학문적 견해에 그 주된 뿌리를 두고 있다. 60년대까지만 해도 세계 각국의 형사사법 시스템은 범죄자에 초점을 맞추고 있었다. 재사회화 모델과 응보 모델을 사이에 두고 약간씩 흔들림이 있었지만 양자 모두 범죄행위를 한 행위자의 개선·교화 혹은 행위자의 책임에 상응한 응보적 형벌을 목표로 삼고 있었다는 점에서 다를 바가 없었다. 따라서 피해자와 커뮤니티는 형사사법절차로부터 철저히 소외되어 있었다. 많은 피해자들에 의해 공유된 소외의 느낌을 가장 적절하고도 강력하게 대변한 것은 니힐 크리스티(Nihle Christie)였다. 그는 1977년 ‘국가가 갈등을 빼앗아갔다. 그리고 그렇게 함으로써 피해에 대한 배상과 회복을 추구하는 피해자의 권리를 강탈해버렸다’고 요약될 수 있는 내용의 논문을 발표하였다²¹⁾.

이러한 입장은 범죄가 사회에 대한 잘못일 뿐 아니라 특히 경우에 따라서 구체적인 피해자 개인에 대한 잘못으로 나타나는 경우도 있으므로, 역사적으로 국가가 범죄에 의해 야기된 손해를 배상받을 피해자의 권리를 찬탈한 것이라면, 오늘날의 형사사법시스템의 주된 목적은 피해자를 위한 손해의 원상회복에 맞추어져야 한다는 주장으로 이어졌다. 이와 관련하여 바넷(Barnett)은 “사법은 범죄자가 자신이 야기한 손해를 원상회복 하는 것으로 구성되어 있다. [...] 한때 우리가 범죄를 사회에 대한 것으로 보았던 적도 있었지만, 이제 우리는 범죄를 개인에 대한 것으로 본다”고 한다²²⁾. 이렇게 되어야 소극적이고 응보 일변도의 처분에 대한 의존도를 줄이고, 그 자리에 범죄로 인하여 야기된 구체적인 손해를 바로잡기 위한 적극적인 노력을 세울 수 있다고 주장되었다²³⁾. 이러한 주장은 특히 피해자에 대한 배상제도의 증가, 피해자충격진술제도의 도입, 피해자현장의 제정 등으로 결실을 맺었다.

형사사법정책이 피해자에게로 시각을 집중시키는데 국제적으로 흥미로운 기여를 한 것은 네덜란드의 범죄학자 한스 보텔리어(Hans Boutellier)의 생각이다²⁴⁾. 그에

21) Christie, “Conflicts as Property”, 17 British Journal of Criminology(1977), p. 1-26.

22) R. E. Barnett, Resitution: A New Paradigm of Criminal Justice, Ethics, 87, 1977, p. 287-288.

23) Zedner, Victims, p. 444-445.

24) Anthony Bottoms, Some Sociological Reflections on Restorative Justice, Restorative & Criminal

의하면 현대 사회에서 사회적 신뢰의 원천은 전형적으로 전통적인 지역사회집단 및 커뮤니티로부터 보다 개인화되고 기술적인 사회적 장치들로 이동되었다고 한다. 그리고 이러한 발전은 도덕적 개인주의 및 도덕적 상대주의를 만들어내는 경향이 있다고 한다. 이러한 도덕적 개인주의 및 상대주의 때문에 형법은 ‘커뮤니티의 자명한 도덕적 결속력’에 의해 더 이상 정당화될 수 없게 되었다고 한다²⁵⁾. 더욱이 그러한 도덕의 전환은 현대사회에서 범죄에 대한 시각의 변화를 초래하였다고 한다. 즉 범죄는 국가(혹은 집단)에 대한 공격으로 보이기보다는 피해자 개인에 대한 공격으로 보인다는 것이다. 그러한 사회적 맥락에서는 피해자 및 피해자의 고통이 과거보다 더 개인주의적이고 보다 구체적으로 새로운 도덕적 관점에서 인지되는 경향이 생겼다고 한다. 현대 사회의 구성원들은(특히 젊은 층) 전통적인 집단규범의 추상적인 위반보다는 피와 살을 가진 구체적인 피해자의 고통을 방지하는데 기초를 둔 도덕전의 요점을 훨씬 용이하게 여길 수 있다고 한다²⁶⁾. 법정(혹은 그 이외의 법정에 상응한 대응물)에서의 피해자에게 우세한 역할을 부여하는 일은 따라서 ‘도덕적 상대주의와 다원주의에 대한 한계를 긋는 기준을 발견’하는 데 도움을 주는 길이 될 수 있다고 한다²⁷⁾.

이러한 생각에 의하면 회복적 사법은 도덕적으로 변화하는 사회에서 규범적인 명료화의 요소를 제공하는데 도움을 주기 때문에 매력적인 사회정책이자, 우리시대의 새로운 ‘적극적인 도덕’을 발전시키기 위한 투쟁수단으로서 각광을 받을 수 있다. 그리고 회복적 사법이 무엇 때문에 구조적으로 특히 - 도덕교육의 전통적인 주제 - 청소년에 초점을 맞추었는지에 대해서도 쉽게 이해될 수 있는 대목이다.

2) 회복적 사법의 경험적 토대와 그 발전

Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?(ed. by von Hirsch/J.V. Roberts/A. Bottoms, Hart Publishing, 2003), pp. 103.

25) Boutellier, Beyond the Criminal Justice Paradox, European Journal on Criminal on Criminal Policy and Research, 1996, 4(4), p. 15(Bottoms, 앞의 논문, p. 103에서 재인용).

26) 보텔리에의 이 테제, 즉 범죄의 본질을 추상적인 도덕원칙에 대한 위반이 아니라 구체적인 피해자에 대한 위반으로 바꾸어 이해한다는 그의 제안은 오늘날 회복적 사법의 옹호자들에 의해 주장되고 있는 범죄에 대한 새로운 개념 정의와 같은 맥락이다. 범죄개념에 대한 이러한 사고의 전환은 형사사법에서의 ‘피해자학적 전환’을 가져오고 있을 뿐만 아니라 발생한 사건들을 필연적으로 ‘범죄’로 이해하지 않을 수 있는 계기를 제공하여 ‘형사사건의 민사화 경향’을 부추기는 단서로 이용된다고 한다(Bottoms, 앞의 논문, p. 103).

27) Bottoms, 앞의 논문, p. 103.

1970년대와 1980년대에는 피해자를 형사절차 안으로 끌어들이는 시도를 통해 회복적 사법의 맥아로 비취질만한 프로그램들이 등장하였다²⁸⁾. 첫 번째 피해자-가해자 화해(Victim-Offender Reconciliation)프로그램은 1974년 캐나다의 온타리오주의 키치너(Kitchener, Ontario)에서 시작되었다. 이후 미국에서도 다양한 공동체 프로그램들이 피해자와 가해자를 접촉시켰는데, 이러한 시도들은 형사절차에서 법원이 판결을 내린 후에 이루어졌다. 그리고 이러한 화해/조정 프로그램들은 피해자와 가해자의 개인적인 차원의 화해와 보상에 초점이 맞추어져 있었다. 청소년범죄자에 대한 보호관찰의 대안으로 시작된 이러한 시도들은 피해자와 가해자가 판사의 양형에 대해 건설적인 제안을 하는 것을 허용하는 형선고 전 프로그램으로 확대되어갔다. 가해자는 피해자의 요구에 노출됨으로써 혜택을 입을 것으로 추정되었고 이는 다시 재범을 감소시킬 수 있고 원상회복의 가능성을 높여줄 것으로 추정되었다. 특히 종래의 법원 절차에서보다 훨씬 높은 만족수준에 도달한다는 점이 보고 되면서 범죄피해자도 역시 이러한 접근방식으로 혜택을 입을 수 있을 것이라는 점이 드러났다²⁹⁾. 이러한 회복적 원리들은 기존의 응보적 사고의 틀 속에서 일부 수용되기도 하였다. 예컨대, 형벌의 낙인적/위하적 성질은 그대로 유지하면서도 피해자를 위한 원상회복제도를 형사제수단으로 도입하거나 양형참작사유로 삼으려는 것이 그 예에 해당한다.

1980년대에는 제한적이긴 하지만 피해자와 가해자가 법원의 관여없이 중립적인 조정자의 감독 아래 불만을 말하고 문제를 해결해나가는 여러 가지 변형 프로그램들이 발달하였다. 피해자-가해자 조정제도들은 형선고 전/후 혹은 심지어 구금 후에도 피해자와 가해자가 법원의 관여없이 분쟁을 해결하는 수단으로 활용되고 판결에 대한 직접적 대안으로 제안되고 이용되기도 하였다.

나아가서 보다 넓은 커뮤니티를 그러한 프로그램들 안으로 포함시키려는 시도들도 등장하였다. 예컨대, 뉴질랜드, 호주, 미국, 영국 등지에서 실험되고 있는 가족집단협의(Family Group Conferencing), 회복적 협의(Restorative Conferencing), 회복적 주의(Restorative Cautions), 커뮤니티 협의(Community Conferencing), 캐나다의 지역 공유 화해프로그램들에 해당하는 ‘양형서클’등이 그 예에 해당한다. 이들 프로그램 역시 범죄로 인한 피해의 회복에 중점을 두었으며 결론에 대한 상호합의를 추구하였다. 대개의 이들 지역 모델들이 영어권 국가의 사법 당국, 대학 교수들, 정책결정자

28) 오늘날 회복적 사법이라는 이름을 통해 발달되어 온 대부분의 프로그램들이 그 명칭 안에 ‘피해자’라는 단어를 포함하고 있는 것도 이 때문이다(Wright, The Court as last resort, British Journal of Criminology(2002), p. 654).

29) Zehr, 앞의 책, 1990, p. 158-174.

의 주의를 끌기 시작한 것도 이때에 즈음해서였다.

비록 그 모델들이 다양한 목표와 실무를 어우르고 있었지만, 그들의 대부분을 포섭하는 용어로서 회복적 사법이라는 용어가 널리 유통되기 시작한 것은 하워드 제어(Howard Zehr)의 팜플렛 제목³⁰⁾에 그 용어가 포함되어 출간되었던 1985년경부터이다. 이때부터 회복적 사법이라는 우산 아래 포함될 수 있는 사법모델이 기존의 형사사법시스템보다 훨씬 나은 범죄대응방법이라는 주장을 하는 자들이 늘어가기 시작하였다.

1990년대부터는 존 브레이스웨이트(John Braithwaite), 마크 움브라이트(Mark Umbreit), 하워드 제어(Howard Zehr) 등의 학문적 연구에 힘입어 많은 회복적 사법 프로그램들이 활성화되어 기존의 확립된 형사사법시스템에 대한 대안이 될 수 있는 가능성이 탐지되고 있으며, 회복적 사법의 이념을 구체화하는 방안을 입법에 반영하는 국가들이 늘어나고 있고³¹⁾, 2002년 7월에는 회복적 사법의 활용을 위한 기본원칙이 유엔의 경제사회이사회에서 승인되었다.

Ⅲ. 회복적 모델과 주요 회복적 프로그램들

회복적 사법이 회복적 절차를 통해 범죄로부터 야기된 문제를 해결하는 절차라고 할 때, 구체적인 회복적 모델은 ‘누가 절차를 주선할 것인가’, ‘절차 참여를 어떻게 장려하는가’, ‘누가 절차에 참여하는가’, 그리고 ‘절차에서 다루게 될 문제는 무엇인

30) Zehr, Retributive Justice, Restorative Justice, Elkhart, in: Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, 1985.

31) 회복적 사법이념을 입법화한 각국의 주요법안들 가운데, 특히 영국과 웨일즈의 범죄 및 무질서에 관한 법(the Crime and Disorder Act 1998)(CDA) 그리고 소년사법과 형사증거법(the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999) (YJCEA), 세계최초로 회복적 사법모델을 입법화한 뉴질랜드의 1989년 아동, 소년 및 그 가족에 관한 법, 형선고에 관한 법(Sentencing Act 2002), 가석방에 관한 법(Parole Act 2002), 그리고 피해자권리에 관한 법(the Victims' Rights Act 2002)과 오스트리아와 독일의 개정된 여러 법률규정들이 유명하다. 일본에서도 2000년 5월에 제정된 피해자기본법에서 형사재판 중에 피고인과 피해자 간에 당해 형사사건으로 인한 피해에 관하여 민사상의 합의가 성립한 때에 피고인과 가해자가 공동으로 제1심 법원 또는 항소심 법원에 대하여 그 합의 내용을 공판조서에 기재해 줄 것을 신청할 수 있게 하였고(법 제4조 제1항), 법원이 이 신청을 받아들여 합의내용을 공판조서에 기재하면 그 기재는 재판상의 화해와 동일한 효력(법 제4조 제4항)을 가지게 하는 내용이 되었는데, 이러한 재판상화해제도는 피해자 구제라는 측면에서 배상명령제도가 진전된 제도라고 할 수는 있지만, 회복적 사법모델을 형사사법절차에 도입한 것이라고는 보기 어렵다.

가'에 따라 구조적으로 각기 다른 모델들로 나타나게 된다.

그러나 문헌에서 등장하고 있는 회복적 사법프로그램들의 공통분모는 범죄로 인한 피해의 회복이고 그 피해의 회복이라는 결과는 피해자와 가해자가 얼굴을 마주하는 만남에서 가장 잘 도출될 수 있다는 점에 착안한다면 회복적 사법의 순수 모델이 만들어질 수 있다. 파울 맥콜드(Paul McCold)에 의하면 회복적 사법의 순수 모델은 다음과 같은 절차를 거친다고 한다³²⁾.

1. 잘못을 시인함(사실이 이야기됨)
2. 해로운 결과를 함께 나누고 이해함(감정이 표현됨)
3. 회복에 대한 합의가 이루어짐(회복에 동의함)
4. 미래의 행동에 대한 이해에 도달함(변화가 이루어짐)

맥콜드에 의하면 어떠한 회복적 사법모델이라도 이와 같은 네 가지 핵심적 요소를 구비하고 있어야 한다고 한다. 독립된 제3자나, 가족들, 후원자들 혹은 커뮤니티의 구성원들을 절차에 참여시키는 것도 앞의 네 가지 단계를 거치면서 최상의 회복을 실현하려는 하나의 방법이 된다.

오늘날 회복적 사법에 관한 문헌에서는 '피해자-가해자 조정' 프로그램, '가족집단 협의' 프로그램, '양형서클' 프로그램 등이 거론되고 있으며, 경우에 따라 '배상위원회' 프로그램을 여기에 추가하기도 한다³³⁾. 하지만 맥콜드는 이러한 프로그램들의 상위에 있는 회복적 사법모델을 크게 조정모델, 협의모델, 서클모델로 구분하고 있다.³⁴⁾

1. 조정(Mediation)모델

조정모델은 위에서 언급한 순수 회복적 모델의 중핵적 요소를 완성시키는, 조정자

32) McCold, Restorative Justice Practice - The State of the Field 1999(이하 1999라 표기한다), in: http://www.iirp.org/library/vt_mccold.html. p. 2.

33) 예컨대, Mara Schiff, Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies, Restorative Justice & Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms?(ed. by A. von Hirsch/J. V. Roberts/A.Bottoms, Hart Publishing, 2003), pp. 315; 김지선(역), 앞의 논문, 9쪽 이하. 우리나라의 이호중은 피해자-범죄자 조정 프로그램과 가족집단회의 제도만을 소개하고 있다.

34) McCold, 2002, p. 41.

(mediator)의 개입을 인정하는 모델이다. 조정모델에서 조정자는 중립적인 제3자(통상적으로 훈련받은 공동체 자원봉사자 혹은 사회사업전문가)로서 범죄가 피해자와 가해자에게 미친 영향, 정보의 상호교환, 회복적 합의 및 후속 계획 등과 관련하여 피해자와 가해자 사이의 대화를 조정하는 역할을 한다.

이 모델의 참여자는 일반적으로 피해자와 가해자 그리고 조정자에 국한된다. 피해자가 복수인 경우도 상관없고, 청소년 가해자의 부모들이 때때로 조정절차를 관찰하는 것도 허용될 수 있다. 범죄사건에 대한 조정인 경우에는 일반적으로 원상회복금액을 결정하기만 하고 사건을 종결처분하지는 않는다. 원상회복합의는 법원에 의해 집행될 수도 있다. 법원은 가해자에 대한 사법권을 보유함으로써 그 절차에 대해 간접적으로 영향을 미친다.

이와 같은 내용을 포함하고 있는 조정모델에 대해서는 회복적 사법에 관한 이론적인 연구가 이루어지기 훨씬 전인 1971년에 맨하탄 조정 및 갈등해결 연구소(IMCR)가 조정실무를 위한 표준을 만들었다. 맨하탄 모델에서 조정자는 그 절차를 설명하기 위해 당사자들을 방문하거나 초빙하여 참여를 이끌어내는데, 조정 절차는 다음과 같은 단계를 밟아 진행된다³⁵⁾.

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

35) 특히 맨하탄 조정실무는 다음과 같은 점을 강조한다. ‘조정자는 각 참석자의 발언을 잘 들을 수 있도록 훈련되어야 하고, 참여자들이 말한 것을 요약할 수 있어야 하며 합의사항을 참석자에게 확인시켜 줄 수 있어야 하고, 참석자들이 더 깊은 대화로 나아가도록 분위기를 조성할 수 있어야 한다. 조정자는 합의점이 유지되고 있는지를 확인하기 위해 합의시점으로부터 두 달 후에 그 내용들을 체크하는 것이 바람직하다’(McCold, 1999, p. 3).

이와 같은 조정모델에 해당될 수 있는 회복적 사법모델의 구체적인 프로그램으로는 커뮤니티 조정 프로그램, 피해자-가해자 화해 프로그램, 피해자-가해자 조정 프로그램, 피해자-가해자 협의 프로그램 등이 있다.

2. 협의(Conferencing)모델

일반적으로 협의는 과거의 특정 행위에 의해 영향을 받은 개인들이 함께 모여 어떤 쟁점에 대해서 토론을 거치는 절차를 말한다. 협의는 가해자와 피해자는 물론이고 주요 당사자들을 포함시킨다는 점에서 그리고 비전문가의 주도 하에서 분쟁을 해결한다는 점에서 조정과 유사하다. 그러나 협의의 옹호자들은 조정이 도덕적으로 동등한 분쟁당사자들이 협상을 거쳐 타협점을 찾을 수 있는 기회를 제공하는 민사법 절차에 기반을 두고 있기 때문에 형사피해사건에 대해서는 적절하지 않다고 비판한다³⁶⁾.

조정은 두 당사자들간에 대화를 촉진하기 때문에 당사자간의 상호작용을 조절하기 위한 절차 진행을 조정자에게 맡기고 있는 반면, 협의는 행동을 규율하기 위해 집단절차가 지닌 규범적 효과를 활용한다. 협의 집단이 나아가야 할 방향을 설정하는 주선자(facilitator)는 협의의 기본 목적달성을 위해 노력해야 하며 참여자들을 더욱 존중하여야 한다.

조정에서는 조정자로 봉사하는 훈련된 자원자들을 조정에 개입시키는 일에 커뮤니티의 개입이 국한되어 있지만, 협의의 경우에는 범죄에 의해 가장 영향을 받은 커뮤니티의 구성원을 직접 포함시키고 있어서 커뮤니티의 직접적 개입을 인정하는 메카니즘으로 평가되고 있다³⁷⁾.

협의모델은 가족이나 중요한 타인을 포함하여 피해자, 피해자 지원자 그리고 가해자 지원자의 참여에 따라 그 구조가 달라진다. 누가 주선자인가, 전체 집단이 결과물에 대해 협상을 하는가, 아니면 가족구성원만이 협상의 주체가 되는가, 그리고 누가 합의를 승인하는가에 따라 협의모델의 구조가 달라진다. 일반적으로 전문가들이 협의를 주선하는데 경찰관, 학교직원, 학교 상담원, 사회사업가 등이 주선할 수도 있고,

36) “조정이 협의가 아닌 것은 민사법이 형사법이 아닌 것과 마찬가지로이다”(McCold, 1999, p. 6에서 재인용).

37) 따라서 협의모델에서는 피해자와 가해자간의 화해/조정이 협의의 여러 가지 긍정적인 결과 가운데 하나에 불과하다는 점에서 화해/조정만을 결과의 전부로 보는 피해자-가해자화해/조정 프로그램과 결정적으로 다르다(McCold, 1999, p. 6).

전문 상담원이 주선했을 수도 있다.

협의모델에서는 피해자와 가해자의 후원자를 프로그램에 참여시키기 때문에 피해자와 가해자 사이의 힘의 균형을 창출해 낼 수 있다. 따라서 협의는 다른 지원자를 포함시키지 않는 조정모델보다 가정폭력사건에 대해서 더 적합한 것으로 평가되고 있다.

협의 모델을 채택하는 구체적인 프로그램으로는 뉴질랜드의 청소년사법 가족집단 협의프로그램(JFGC), 호주의 와가와가(Wagga Wagga)지역에 있는 경찰 협의프로그램, 그리고 커뮤니티 협의프로그램 등이 있다.

3. 서클(Circles)모델

서클은 아메리카 원주민과 캐나다의 원주민(First Nation)에 기원을 두고 있는 분쟁해결 절차에서 발전하였다³⁸⁾. 이러한 절차들은 양형서클, 화해서클(Peacemaking Circles) 혹은 커뮤니티 서클로 불리워지는데, 각각은 추구하는 목표에 있어서 조금씩 차이를 보이고 있다. 서클은 1991년 캐나다의 유콘 지역에서 판사와 커뮤니티 사회사업가에 의해 부활되었다³⁹⁾. 이 프로그램은 1995년 미네소타 주에서 실험이 시작되면서 미국으로 확산되었다.

서클모델은 두 개의 일반적 경로를 거쳐 발전하였다. 상황을 처리하기 위한 치유 패러다임(치유서클)과 실제 사건을 처리함에 있어서 사법당국에 제안을 하는데 국한되어 있는 협력재판 패러다임(양형서클)이 그것이다. 재판 이전 단계에서의 대안으로 사용되든지 재판 후의 처분을 결정하는데 사용되는지 간에 서클 모델은 유사한 구조적 절차를 따르는 경향이 있다⁴⁰⁾.

서클의 목적에 따라, 누가 참석하는가에 따라 그리고 참석자의 역할에 따라 구별되는 많은 서클 절차들이 있다. 치유서클과 대화서클은 모든 당사자들의 공통된 특별한 관심사에 초점을 맞추고 있다. 그러한 서클들이 사법부의 전문가를 포함하는 경우는 거의 없지만 전문상담가는 포함될 수 있다⁴¹⁾.

구체적인 서클 프로그램으로는 북아메리카의 서클 절차로서 아리조나의 나바조에

38) 캐나다의 양형서클모델도 뉴질랜드의 협의모델의 경우와 마찬가지로 캐나다 토착원주민의 문화에 적합한 형선고 상황을 제공하기 위한 정치적 타협의 산물이라고 할 수 있다.

39) 이에 관해서는 Roberts and Roach, *Restorative Justice in Canada: From Sentencing Circles to Sentencing Principles*, *Restorative Justice&Criminal Justice*, p. 237 참조.

40) McCold, 1999, p. 14.

41) McCold, 2002. p. 49.

서 유래한 화해 법정, 유콘의 원주민 사회에서 비롯된 양형서클 프로그램, 그리고 캐나다의 마니토바(Manitoba) 주의 할로우 워터(Hollow Water)의 원주민 커뮤니티에서 발달된 정교한 서클 프로그램 등이 있다.

IV. 종래의 형사사법제도와 회복적 사법의 차이점

회복적 사법이 가지는 대안적 특징을 부각시키기 위해 하워드 제어는 매우 강력한 이분법적 시각을 가지고 종래의 형사사법과 회복적 사법을 대비시키고 있다. 그에 의하면 종래의 형사사법은 응보적 렌즈를 통해 범죄를 바라보고 범죄에 대한 대응방안을 만들어내고 있지만 회복적 사법은 회복적 렌즈를 통해 범죄를 바라보고 범죄에 대한 대응방안을 만들어내고 있다고 한다. 우선 응보적 관점에서는 1) 범죄를 국가 및 국가의 규칙을 침해하는 것으로 보고 2) 사법은 유죄를 확인하는데 초점을 맞추기 때문에 3) 범죄자에게 일련의 고통이 부과될 수 있다고 한다. 그리고 4) 사법은 당사자들 사이의 갈등을 남김 없이 찾아내고, 5) 그 절차 속에서 범죄자는 국가에 대적하며, 6) 결과물에 비해 규칙과 의미에 더 무게가 주어지고 한 쪽은 승자이고 다른 한쪽은 패자가 된다고 한다. 이에 반해 회복적 관점에서는 1) 범죄를 사람 사이의 관계를 침해하는 것으로 보고 2) 사법은 피해자의 요구와 가해자의 책임을 확인하는데 초점을 맞추기 때문에 3) 잘못을 바로 잡을 수 있게 된다고 한다. 그리고 4) 사법은 대화와 상호 합의를 독려하고 5) 피해자와 가해자에게 중심적 역할을 부여하며, 6) 범죄자가 책임을 떠안았으며, 피해자의 요구가 충족되었고, (개인 및 관계의) 치유가 어느 정도로 장려되었는가 하는 결과물에 의해 평가된다고 한다⁴²⁾.

그러나 회복적 사법과 종래의 형사사법 간의 본질적 차이는 단순한 이분법적 시각에서 묘사하는 것처럼 그렇게 일도양단식으로 드러나지 않는다. 종래의 형사사법 시스템도 피해자를 무시하지 않고 피해자의 요구를 반영할 수 있는 방안을 끊임없이 도입하고 있고, 가해자에 대해서도 과거지향적으로 비난일색으로 대응하고 있는 것이 아니라 미래를 향한 문제해결방안을 모색하고 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 회복적 사법은 그것이 기초하고 있는 이념적 토대 및 세계관 때문에 종래의 형사사법과 뚜렷한 차별성을 보이고 있는 특징들과 함의들을 지니고 있다. 그 내용들을 몇

42) Zehr, Changing Lenses, pp. 211에서 제어는 두 가지 사법형태를 도식적으로 비교하면서 대비시키고 있다.

가지 살펴보면 다음과 같다.

1. 절차상의 차이

현행 형사사법시스템은 가해자의 유죄를 합리적 의심의 여지없이 입증하기 위해 범죄를 구성하는 요소를 확인하는 일에 초점을 맞춘다. 그렇게 함에 있어 현행 형사사법시스템은 피고인이 유죄를 인정하기에 앞서 경찰, 피고인 혹은 소추기관의 행위에 영향을 미치는 절차를 만들어가기 위해 절차 및 증거의 규칙들을 사용한다. 그러나 회복적 사법은 범죄자가 자신의 행위에 대해 책임을 부담할 것을 인정하는 일에 초점을 맞추고 있기 때문에 절차가 진행되는 동안에 범죄자에게 자신이 초래한 해악에 대해 책임을 인정하는가를 묻고, 범죄 의사의 확인보다는 책임을 질 수 있는 능력, 사후적인 대응능력 등으로 초점을 변경시킴으로써 사후처리를 위한 대안적 절차를 확립할 수 있는 토대를 제공한다⁴³⁾.

2. 대응방식의 차이

이상과 같은 절차상의 차이점은 대응방안의 차이점으로도 나타난다. 종래의 형사사법시스템에서 범죄에 대한 대응은 범죄의 중대성에 비례해서 현실적인 손해가 있는가 아니면 손해의 위험이 있는가 그리고 범죄자에게 어느 정도 책임이 있는가에 비례해서 이루어진다. 그러나 회복적 사법은 어떤 행위의 결과물, 예컨대 교통사고의 결과로서의 사망에 대해 어떻게 책임질 것인가에 하는 점에 초점을 맞춘다. 그 때문에 회복적 절차에서는 범죄의 중대성이나 범죄자의 유책성보다는 피해자의 요구가 절차의 결과물에 더 큰 영향을 미칠 수 있다. 현행의 형사사법시스템의 대응은 부주의 혹은 음주가 사망에 기여하였는가 하는 문제에 대한 고려에 영향을 받을 수 있다. 그러나 회복적 사법모델을 사용하게 되면 거의 유사한 범죄들이 전혀 다른 결과물로 귀착될 수도 있다. 예컨대, “동일한 유책성을 가지고 행위하면서 유사한 결과를 야기하고 있는 두 명의 범죄자는 매우 다르게 처분을 부과하는 피해자를 만날 수 있다. 용서하는 피해자도 있고, 응징하는 피해자도 있는 것이다”⁴⁴⁾. 물론 회복적 절차에서는 커뮤니티 구성원의 참여와 절차의 목표가 고려되어 이러한 양 극단적 결과물이 중화될 수도 있다.

43) J. Belgrave, RJ, p. 18.

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

3. 감정적 요소의 배제와 감정적 요소의 활용

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

그러나 회복적 사법은 피해자, 가해자 및 커뮤니티의 감정적 효과를 전적으로 활용한다. 회복적 사법은 범죄의 감정적 영향력을 회복의 중요한 요소로 취급하여 그 감정적 문제들의 치유를 추구한다. 범죄가 미친 감정적·육체적·재정적 효과를 청취하는 것은 가해자로 하여금 자신의 행위에 대해 책임을 지도록 하는 중요한 요소가 된다. 자신들의 행동이 미치는 영향에 대한 이해 없이는 가해자들이 범죄 및 그 결과에 대해 진정으로 책임을 질 수 없을 것이기 때문이다⁴⁵⁾.

4. 국가의 역할 차이

종래의 법원 중심 사법시스템은 국가의 역할을 절대화하고 있다. 국가가 피해자와 커뮤니티를 대표하는 역할을 하기 때문이다. 피해자는 고소인과 증인으로서의 역할에 그치는 경우가 대부분이고, 피해자가 전혀 개입하지 않은 채 절차가 진행되는 경우도 있다⁴⁶⁾.

그러나 회복적 사법 하에서 사람들은 가능한 한 자신들의 견해와 느낌을 표현하고, 피해자로서건 가해자 또는 커뮤니티 구성원으로서건 혹은 국가의 대표자로서이건 간에 자기 자신의 입장을 나타낸다. 국가는 가해자가 손해를 회복하는 일에 대해 책임을 지도록 하기 위한 공정한 절차를 제공할 책무를 가질 뿐이고, 그 절차의 내용은 피해자, 가해자 그리고 커뮤니티의 구성원들이 스스로 만들어간다. 회복적 사법은 국가의 형사사법시스템이 범죄에 대한 최초의 대응이 되는 것을 이상적으로 생각하지 않기 때문이다.

45) J. Belgrave, RJ, p. 17.

46) 물론 그 동안에 형사사법절차에서 피해자의 지위강화를 위한 많은 노력과 제도적 변화가 있었으나, 이에 관해서는 이호중, 형사절차상 피해자보호방안, 한국형사정책연구원, 1993.

따라서 회복적 사법 프로그램들은 형사사법절차보다는 민사사법 절차를 구체화하려는 시도처럼 보일 수 있다. 회복적 사법 프로그램들은 피해자, 가해자 그리고 후원자가 조정자 내지 주선자들과 함께 협의시간, 절차 내지 절차의 결과물 등을 스스로 규율해 가기 때문이다. 특히 회복적 사법시스템에서는 국가의 이익을 대변하는 자로서 검사가 등장하지 않고, 그 역할의 일부를 조정자/주선자/코디네이터 등의 명칭을 가진 제3자가 하게 된다. 따라서 종래 검사에게 부여된 ‘객관의무’ 혹은 인권의 옹호자적 역할에 상응하는 역할도 이 제3자가 떠맡게 된다. 모든 당사자들에게 발언할 기회를 주고 참석자들이 서로의 권리를 존중하게 하며 불법적이거나 강압적인 요소에 의하여 최종합의에 이르는 것을 막아주는 역할도 바로 제3자가 한다. 뿐만 아니라 모든 관련 당사자들을 조정절차나 협의 혹은 회합에 오게 하고 필요한 정보(예컨대 배상의 가능성에 대해)를 주는 것도 바로 제3자가 하는 것이다. 물론 이러한 제3자는 판사의 결정 내지 판결 선고, 검사의 기소재량권 등에 상응하는 권한을 행사할 수는 없다. 또 가해자가 자신이 범죄자임을 인정하지 않거나 피해자가 주장하는 범죄의 요소를 부정한다면, 회복적 사법의 회합이 성사될 수도 없고 성사되어서도 안 된다. 그러므로 회복적 사법의 핵심은 당사자들의 합의 및 회복 필요성이라고 할 수 있다. 그러한 핵심적 요소가 충족되지 못하면 절차는 전통적인 형사사법(경찰, 검사, 혹은 법원)으로 돌아가 범죄가 다시 분명해질 때까지 공식적인 형사사법의 채널을 거치면서 진행된다. 따라서 본질적으로 회복적 사법은 공식적인 형사사법절차의 뒷받침을 받지 않으면 유지될 수 없는 한계가 있다⁴⁷⁾.

5. 커뮤니티의 역할 차이

커뮤니티는 전통적 형사사법보다 회복적 사법절차에서 훨씬 분명한 역할을 수행한다. 피해자-가해자 조정이나 가족집단협의에서도 커뮤니티의 이해관계가 고려될 수 있지만, 특히 원주민 문화를 받아들인 프로그램들이 개인 간의 미팅 혹은 협의에서 커뮤니티의 대표자들을 당사자로 인정하는 경우가 많다⁴⁸⁾. 회복적 사법이 커뮤니티의 이해관계를 중요하게 생각하는 것은 범죄자가 소속감을 느끼는 커뮤니티 속으

47) J. Shapland, *Restorative Justice and Criminal Justice: Just Responses to Crime*, Restorative Justice&Criminal Justice, p. 202.

48) 커뮤니티 대표들을 회복적 사법절차에 포함시킴으로써 얻을 수 있는 장점은 많다. 그들은 문제 해결방안에 도움을 주는 커뮤니티 내의 여러 가지 자원들을 알고 있고 또 그 자원들을 동원할 수 있다. 커뮤니티 대표들은 자원들을 개인적 차원에서부터 끌어올려 합의에 이르는 일에 정당성을 더할 수 있다(J. Shapland, 앞의 논문, p. 206).

로 범죄자들을 재통합하지 않고 낙인찍고 비난하는 일이 커뮤니티에 대한 훨씬 더 큰 손상으로 여기기 때문이다.

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

V. 회복적 사법에 대한 평가

1. 회복적 사법의 장점과 문제점

1) 회복적 사법의 장점

회복적 사법은 어디에 초점을 맞춘 프로그램이든지 간에 사건처리과정에서 피해자에게 직접적인 참여의 기회를 제공한다. 피해자들은 범죄 및 그 영향에 대해 자신들의 감정을 표현할 기회를 가지며 사태를 바로잡기 위해 요구되는 바가 무엇인지에 대해 자신들의 견해를 밝힐 수 있다. 따라서 회복적 사법은 피해자의 만족을 높이고 피해자의 요구를 더 잘 충족시켜줄 수 있는 가능성을 내포하고 있다. 이러한 점을 구체적인 목표로 삼고 있는 프로그램들도 있다. 많은 프로그램에서 피해자가 만족했다는 보고가 나오고 있다⁴⁹⁾.

가해자들 역시 피해자들과 마찬가지로 회복적 절차에 직접 참여함으로써 자신들의 범죄가 피해자에게 준 영향을 직접 배울 수 있는 기회를 얻게 된다. 직접적 상호작용을 통해 가해자는 자신들이 야기한 해악과 거리를 두는 일과 자신들의 행동과 그 영향을 중립화하려는 시도를 하지 못하게 된다. 직접적 접촉은 또한 피해자에 대한 고정관념도 없애줄 수 있다.

피해자와의 접촉은 또한 자신들이 저지른 범죄에 대해 진정한 후회와 회개를 할 수 있게 하며, 이를 표현하기를 원하는 가해자에 대해 좀 더 나은 기회를 제공한다. 가해자 참여는 법원에서 부과된 형과 비교하여 볼 때 가해자가 그 결과물에 대해 헌신하는 수준도 더 높다. 이는 가해자가 스스로 그 대응방안을 찾는데 일정한 역할을 하였다는 생각을 가질 수 있기 때문이기도 하다.

49) 뉴질랜드 청소년사법시스템을 살펴보면 가족집단협의회에 대한 피해자의 참여도는 낮지만, 피해자가 일단 참석하기만 하면 피해자는 이에 매우 만족한다고 한다(J. Belgrave, RJ, p. 46).

피해자-가해자 조정(화해) 프로그램이 가지고 있는 많은 장점 중의 하나로 가해자가 구금의 악영향으로부터 벗어날 수 있다는 점을 들 수 있다⁵⁰⁾. 특히 화해프로그램을 대안적 해결방안으로서 자리매김하여 통상적인 구금형의 대체수단으로 활용하는 경우에 더욱 그러하다.

회복적 사법을 지지하는 자들은 종종 회복적 프로그램을 광범위하게 사용하면 정부가 많은 것을 절약하게 될 것이라고 주장한다. 강화된 커뮤니티가 참여할 기회가 많아지고, 가해자 및 피해자의 책임의식이 고양되며, 그로 인해 사회적 결속력이 커짐에 따라, 범죄감축을 통한 단기적 시스템 절약 및 장기적 절약이 가능할 것이라고 한다. 회복적 사법프로그램은 가해자를 다이버전시키고, 구금형을 적게 사용하며 범죄율을 감소시키기 때문에 법원의 부담을 감경시켜줄 수도 있다고 한다⁵¹⁾.

2) 회복적 사법프로그램의 활용상의 문제점

회복적 프로그램을 구체적으로 운용함에 있어서 드러날 수 있는 문제점도 많이 지적되고 있다. 첫째, 피해자와 가해자의 요구에 우선권을 주는 회복적 절차는 형사사법시스템에 대한 넓은 일반 공공의 기대를 충족시키는데 실패할 수 있다고 한다. 피해자의 정당한 이익은 국가와 사회를 구성하는 수많은 국민의 이익의 일부분에 불과하기 때문에, 누군가가 피해자에게 범죄를 저질렀다는 이유만으로는 처벌의 문제에 있어서 ‘공공의 이익’이라는 관점에서 행동하는 법원의 목소리 보다 피해자의 이익을 앞세울 근거가 될 수 없다는 것이다⁵²⁾.

둘째, 특히 감정적으로 상처받기 쉬운 피해자들은 그들 자신의 요구를 넘어서서 가해자에게 무슨 일이 일어나야 하는가에 대해서까지 신경써야 하는 조정절차에서 중심적인 역할을 하기보다는 차라리 법정절차에서 증인의 역할을 하는 것에 만족할 수 있기 때문에 회복적 절차를 선호하지 않는다고 한다⁵³⁾.

셋째, 더 가벼운 제재수단이나 다이버전될 것을 기대하는 가해자에 대해 유죄답변이 강요될 위험이 존재하고⁵⁴⁾, 회복적 절차가 유죄인정이나 다이버전과 결합하는 경우, 가해자에 대해 법률적 조언을 해 줄 수 있는 변호인의 조력기회가 없어질 수도

50) Zehr, 앞의 책, 1990. p. 5

51) J. Belgrave, RJ, p. 62.

52) A. Ashworth, Ist Restorative Justice the Way Forward?, Current Legal Problem, 2002, p. 367.

53) J. Belgrave, RJ, p. 65.

54) 이러한 가능성 때문에 회복적 사법이 무죄추정의 원칙에 반할 수 있다는 지적 및 그 대응방안에 관해서는 이호중, 앞의 논문, 43-44쪽.

있어서, 유죄답변의 유혹도 받을 수 있으며 합법적 방어권을 행사할 기회를 가지지 못할 수도 있다고 한다. 가해자가 복수하고 싶은 피해자에게 노출될 수 있는 위험도 있고, 간접적인 제재를 받을 가능성도 없지 않다는 문제점도 있다고 한다⁵⁵⁾.

넷째, 피해자-가해자 조정의 경우는 조정자들이 법원의 판사들과는 달리 그 인적 구성에 있어서 양적으로나 질적으로 통일되어 있지 못하기 때문에 그 절차 및 결과물에 일관성이 결여될 수 있다는 지적도 있다⁵⁶⁾. 더욱이 피해자들은 가해자들, 시스템 그리고 그 시스템의 대안에 대해 제한된 정보를 밖에 가지지 않은 채 양형을 하는 역할을 수행하도록 요구받고 있기 때문에 절차 속에서 너무 많은 힘을 부여받고 있는 반면에, 가해자들은 ‘관리되고, 수치를 당하고 조건화’될 수 있는 ‘객체’로 취급 받는다고 한다⁵⁷⁾.

다섯째, 법치주의를 존중하고 시민을 합리적으로 선택하는 존재로 간주하는 정치체제에서 형선고는 범죄의 중대성과 관련되어야 하는데, 회복적 사법은 형선고에서 피해자의 참여 및 결정권을 인정하고 있으므로 비례성의 원칙을 보장할 수 없다는 비판이 있다. 피해자의 의견은 각양각색이기 때문에 피해자 참여를 통해서는 비례성 있는 형선고를 할 수 있다는 기대를 거의 할 수 없기 때문이라고 한다. 따라서 피해자의 만족을 양형서클과 협의의 목적 중의 하나로 설정하는 것을 포기하지 않는 한, 비례성에 맞는 형선고는 피해자의 만족과 양립할 수 없을 것이라고 한다⁵⁸⁾.

여섯째, 커뮤니티 개념은 오늘날 대부분의 서구 사회에서 정의 내리기가 매우 어렵고 그 의미는 장소와 상황과 문화에 따라 매우 다양할 수 있음은 차차하고서라도, 회복적 사법에서 커뮤니티의 참여를 옹호하는 것은 공동체주의 철학에 기반을 두고 있기 때문에 개인의 권리와 조화를 이루지 못하고 커뮤니티의 이익만을 앞세울 위험성이 있다는 지적이 있다. 오늘날 고도로 분화된 사회에서 공동체주의를 앞세우게 되면 ‘자유가 없는 포퓰리즘 뿐 아니라 자경주의 및 커뮤니티 독재’를 위한 좋은 허울로 사용된다고 한다⁵⁹⁾.

55) J. Belgrave, RJ, p. 73.

56) Delgado, Prosecuting Violence: A Colloquy on Race, Community, and Justice. Goodbye to Hammurabe: Analyzing the Atavistic Appeal of Restorative Justice, Stanford Law Review(52), p. 763.

57) Delgado, 앞의 논문, p. 765.

58) Ashworth, 앞의 논문, 2002, p. 365

59) J. Dignan/K. Lowey, Restorative justice options for Northern Ireland: a comparative review, Review of Criminal Justice in Northern Ireland Research Paper 10(The Stationary Office, Belfast, 2000), p. 18.

일곱째, 성인범죄자에 대한 형선고의 결과에 대해 회복적 절차가 미치는 영향과 관련하여 네트와이드닝의 효과가 발생할 수 있다는 문제가 제기될 수 있다⁶⁰⁾. 회복적 합의에 따라 구금형의 선고는 피할 수 있지만 보호관찰이나 사회봉사명령을 선호하여 이를 선고하게 되면 벌금형이 선고될 경우에 비해 사회통제의 그물망이 더 넓어질 수 있기 때문이다. 회복적 절차가 없었다면 공식적인 형사절차가 종결되었을지도 모를 정도의 사건 또는 최소한의 절차만 요구되는 사건의 가해자를 너무 지나치게 통제할 수도 있다는 우려⁶¹⁾도 이와 같은 맥락이다.

2. 종합적 평가

1) 비판에 대한 반론

회복적 사법이 종래의 형사사법시스템에서 이질적인 요소, 특히 절차의 중심적 역할이 국가에서 이해관계자에게로 이동된다는 특징 그 자체로부터 많은 문제점과 부작용이 생겨나올 수 있다. 그러나 회복적 프로그램의 성과에 대한 최근의 연구결과들은 회복적 협의 절차에 참여하는 가해자와 피해자가 공히 전통적인 법원에서 경험하는 것보다 더 만족을 느낀다는 결론을 내놓고 있다. 제도화된 회복적 협의의 모범적이고 선구자적인 실례를 보여주고 있는 호주와 뉴질랜드의 연구결과에 따르면 회복적 협의 절차에 참여한 피해자와 가해자가 절차 속에서 공정하게 취급되고 결과물에 대해서도 만족한다는 태도를 보이고 있다고 한다. 미국과 캐나다의 연구결과도 이와 유사하다. 물론 만족도, 공정성 혹은 다른 참여적 결과물을 암시하는 증거와는 별개로 회복적 사법은 ‘이해당사자’를 어떤 의미로 사용하고 그러한 참여자들을 어떻게 확인하고 포함시켜야 하며 그들의 경험을 어떻게 측량해야 할 것인지에 대해 정확하게 그리고 지속적으로 검토해야 할 것이다.

종래의 형사사법시스템에서 마련되어 있는 여러 가지 보호장치를 갖추고 있지 않은 회복적 사법프로그램에서 가해자의 권리가 침해될 가능성이 있고 절차상의 형평성을 상실할 수도 있다는 우려가 많지만, 실제로는 그러한 우려가 기우에 불과한 것임을 보여주는 실증자료가 쌓이고 있다. 회복적 프로그램들의 성과에 대한 실증자료들은 조정이나 다른 회복적 절차에 참여한 피해자와 가해자가 법원의 절차를 거친 경우에 비해 더 공정하게 취급받고 있음을 뒷받침해 준다.⁶²⁾

60) Marshall T & Merry S, Crime and Accountability - Victim/Offender Mediation in Practice(Home Office, HMSO, London, 1990), p. 188.

61) Delgado, 앞의논문, p. 764

회복적 사법이 일관성 없는 결과물을 낳고 또 그럴 수 있다는 점은 인정되지만 그러한 가능성이 법원절차에서도 전적으로 배제되어 있다고 확신하기는 어렵다. 종래의 법원절차에서도 판사에 따라 그리고 지역에 따라 형선고가 편차를 보인 것은 물론 여성이나 극빈자 혹은 인종에 따라 형선고를 차별화하는 태도를 보여 왔기 때문이다.

커뮤니티 개념의 모호성에서 비롯되는 문제점도 분명히 경청해야 할 부분이다. 모든 커뮤니티를 정의내리고 특징지우는 ‘본질적 특징’을 찾아내기가 어렵기 때문이다.

그러나 회복적 사법은 다른 사법적 개입과 마찬가지로 현존하는 조건 및 이와 같은 내적인 불평등의 구조 속에서 실시되어야 한다. 이러한 관심사에 접근하는 다른 방법은 회복적 절차를 방해하는 응집력 있고 분명한 커뮤니티가 부재하는가 하는 점이 아니라 커뮤니티가 어떤 발전단계에 있는지 그리고 회복적 개입이 어떻게 강화될 수 있고 현존하는 자원들을 고양할 수 있는지에 대해 묻는 것일 것이다. 이러한 단계를 이해하고 확인하고 측정하는 일은 회복적 사법의 미래에 가장 중요한 사항일 것이다. 일부 환경은 회복적 사법에 더 적합하게 될 수 있다. 요컨대 회복적 사법의 가능성을 부정하는 것보다 이러한 관심사(걱정)에 주의를 기울이는 태도가 또 다른 논의의 필요성을 밝혀주고 커뮤니티라는 우산 아래 누가 무엇이 들어오는가를 구별하게 해주며, 그러한 단위가 사법 절차 속으로 강력하게 흡수통합될 수 있게 하는 방법 및 흡수되는 정도가 어떠한가를 분별하게 해 준다.

회복적 사법프로그램에 네트-와이드닝의 위험성이 내재되어 있다는 지적도 가능하지만, 그러한 위험성은 회복적 절차가 형사사법의 어느 단계에서 적용될 수 있는가, 그 프로그램의 운영자의 태도가 어떠한가, 그리고 사건을 회복적 절차에 회부할 경우 적용여부에 관한 재량은 어느 정도인가에 따라 달라질 수 있는 문제이다.

2) 회복적 사법의 미래와 성공가능성

오늘날 세계 각국에서 시행되고 있는 많은 회복적 사법 실무와 프로그램들은 범죄에 대한 새로운 예방 내지 대응방안을 가지고 실험하고 있는 초기단계이다. 더욱이 이러한 프로그램에 기반을 두고 있는 이론 역시 계속 발전도상에 있다. 단적으로 말해 회복적 사법의 실험은 비교적 일천한 역사를 가지고 있을 뿐이다. 이러한 맥락에서 비평가들은 현 단계에서 회복적 사법 정책이 실패했다는 성급한 결론을 내려서

62) H. Strang/L. W. Sherman, Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice, Utah Law Review, 2003, 15(1) pp.24

는 안 된다. 부분적인 실험을 해 본 지 불과 얼마 되지 않은 시점에서 종래의 형사사법시스템에서도 해결하지 못한 만성적인 문제점(예컨대 적법절차에 부적절성 등의 문제)을 회복적 사법이 해결하지 못하였다고 하는 것은 지나친 비판이다.

따라서 회복적 사법의 성패여부를 판단하기 이전에 회복적 사법프로그램의 성패를 어떻게 측정할 수 있는가 하는 것과 같은 근본적인 물음에 답해야 할 것이다. 그리고 성취된 효과가 의도된 목표와 일치하는지를 평가하기 위해서는, 먼저 그 목표가 무엇인지를 분별하고 난 뒤에 그 목표가 충족되었는지를 확인해 보는 전략이 적절할 것이다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 회복적 사법은 다차원의 결과물을 다차원의 절차 속에서 추구하고 있는 새로운 사법형식이다. 회복적 사법의 성과에 대한 평가가 어려운 것도 바로 이 점 때문이다⁶³⁾.

그럼에도 불구하고 오늘날 회복적 사법의 성공여부를 측정하기 위해 현실적으로 가동 가능한 두 가지 척도가 있다. 첫 번째 척도는 피해자의 만족, 가해자 또는 가해자 가족 간의 관계 개선이 얼마나 이루어졌는가 하는 점이고, 두 번째 척도는 회복적 사법이 재범율을 감소시켰고, 감소시키는데 영향을 줄 수 있는 절차와 내용을 가지고 있는가 하는 점이다.

첫 번째 척도에 관해서는 조정프로그램이나 협의프로그램의 성과에 대한 평가작업에서 많은 긍정적인 결과들이 나왔다. 종래의 형사사법시스템에서 이미 실패한 것으로 평가되었던 피해의 회복, 상호작용을 통한 관계의 개선이 회복적 사법절차를 통해서 괄목할만하게 증진되었다는 점에서 일단 회복적 사법의 미래는 밝다고 할 수 있다.

그러나 많은 회복적 프로그램들이 장기목표로 채택하고 있는 재범율의 감소라는 두 번째 척도와 관련해서는 아직까지 이렇다할만한 자료가 없다. 따라서 현재로서는 회복적 사법과 종래의 형사사법시스템을 여러 가지 분석도구를 가지고 비교해나가는 수밖에 없을 것 같다. 이 비교작업에서는 효과적인 사법시스템의 다차원적 목표를

63) 특히 반네스는 ‘회복 정도’를 반영하는 결과물의 연속성에 기반을 두고서 회복적 개입의 효과를 점검해야 한다고 한다. 그에 의하면 회복적 전략은 단순한 이분법적 측정수단(즉 피해자가 회복되었는가? 가해자는 재범을 범했는가?)에 기반을 두고서 측정되어서는 안 되고, 오히려 수많은 중요한 결과물들이 어느 정도로 발생하였는가 하는 점에 기반을 두어야 한다고 한다. 여기서 이와 같은 핵심적 특징들을 좀 더 많이 성취하면 좀 더 큰 회복성을 보여주는 것이라는 결론을 내릴 수 있다고 한다. 따라서 반네스는 만남, 회복, 재통합 및 포섭 등과 같은 다차원적인 회복적 가치를 고려하고 있다. 반네스에 의하면 이와 같은 핵심적 가치들을 반영하는 결과물이 성취된 정도에 따라 ‘완전 회복적 시스템’, ‘최소 회복적 시스템’ 그리고 ‘중도 회복적 시스템’을 구별할 수 있다고 한다.

추구하는 두 가지 전략, 즉 회복적 전략과 종래의 형사사법전략의 비용 및 장단점의 비교가 주된 내용이 되어야 할 것이다. 회복적 사법전략이건 다른 사법전략이건 간에 모든 목표를 충족시킬 것으로 기대하는 것은 비현실적인 생각이다. 그러나 어떤 목표가 누구에게 가장 중요한 목표인가를 밝히고 다음으로 회복적 사법이 그러한 목표들을 얼마나 잘 충족시키는가를 점검하는 것은 적절한 방법일 것이다. 바로 여기서 회복적 개입의 복합적 성격을 적절히 반영하는 평가수단을 개발하는 방안도 생각해 보아야 할 것이다. 따라서 회복적 사법이 더 나은가 더 나쁜가 혹은 종래의 형사사법시스템과 동등하게 효과적인가 하는 물음에 대해서도 일도양단식의 답변을 내리는 것은 현재로서는 어렵다. 회복적 사법에 대한 평가들 간에 상당한 차이가 존재하기는 하지만 회복적 사법모델이 그 참여자들의 요구 혹은 더 확대된 사회의 요구를 충족시키에 있어서 현행 실무보다 본질적으로 더 나쁜 모델이라는 종국적인 증거를 제시하는 연구는 아직도 나오지 않고 있다.

결론적으로 말해, 현재 회복적 사법을 시도하지 말아야 할 실증자료가 존재하지 않는 마당에, 회복적 사법이 더 나은 결과물을 내놓고 있다는 증거가 결정적이지 않다고 해서 이를 회복적 사법을 거부하는 단서로 삼을 수는 없다. 회복적 사법이 아무런 해를 끼치지 않고 비용부담도 경감시켜주며 현행 실무보다 더 나쁜 결과물을 내놓는 것이 아니라면 굳이 그것을 하지 말아야 한다고 강변할 수는 없을 것 같다.

VI. 회복적 사법의 전망과 한국형사법상의 개혁과제

1. 수렴하고 있는 두 개의 사법모델

회복적 사법이 종래의 형사사법시스템에 대한 전적인 대안이 될 수 있다고 보는 시각에서는 비교되는 두 개의 형사사법모델 간에 본질적 차이가 있음을 강조한다. 그러나 전형적인 이분법적 시각이 도식화하고 있는 것과 같이 종래의 형사사법이 피해자를 무시하고, 미래지향적으로 문제를 해결하기 보다는 과거를 돌아보며, 응보적 처벌에만 초점을 맞추고 있지는 않다. 회복적 사법에 대한 기대와 비전이 회복적 사법에 대한 장광설로 이어진 것처럼 종래의 형사사법에 대한 실망과 좌절이 종래의 형사사법에 대한 과소평가로 귀결되기도 하였음을 알아야 한다.

그러나 회복적 사법과 종래의 형사사법은 그 절차적 측면에서 보이고 있는 차이만큼 그 결과적 측면에서도 차이를 보이고 있는 것 같지는 않다. 조정과 협의 그리

고 서클의 결과가 종종 전형적인 형벌규정에 비해 훨씬 더 상상력이 풍부한 것이 사실이다. 반면 종래의 정형화된 형벌시스템은 정책입안자나 의회입법자의 상상력의 빈곤의 탓일 수도 있다. 회복적 결과로서 산출된 모든 요소를 입법화하여 현행의 제재 체계의 틀 속으로 편입시키지 못할 이유가 없다. 최근 회복적 사법의 목표를 구체화하기 위한 입법례들은 이미 종래의 형사사법시스템과 회복적 사법모델과의 본질적 구별을 어렵게 하고 있는 증거들이다.

더욱이 회복적 사법의 목표와 중심원칙들이 다차원적인 구조를 가지고 있듯이, 오늘날의 형사사법정책에서는 다양한 가치와 철학이 아울러서 이루어지고 있다.⁶⁴⁾ 오늘날 형사사법시스템의 전체를 아우르는 원칙도 없고, 시종일관된 철학도 없다는 점에서 보면 더욱 그러하다. 형사사법정책은 대조적이고 서로 모순 되는 상이한 많은 요소들을 허용하는데 주저하지 않고 있다. 응보, 재사회화 그리고 배상을 지향하는 형사사법시스템이 초래하게 될 잠재적 결과물은 회복적 형사사법과 종래의 형사사법 사이의 명확한 구별을 어렵게 하고 있다.

2. 회복적 사법의 도입가능성과 그 형태

오늘날 회복적 사법실무를 도입한 대부분의 국가들에서 활용되고 있는 프로그램은 소규모이고, 시행한 경험이 30년도 채 안 되었으며, 그것도 종래의 공식적 형사사법시스템에 연계하여 혹은 그것과 병행하여 사용되고 있다. 뿐만 아니라 많은 프로그램들은 청소년이나 혹은 특정한 범죄종류(예컨대, 재산범죄)에 대해서만 적용되고, 심각한 재범자 및 위험한 범죄자들을 거의 다루지 않는다. 더 나아가 회복적 프로그램들이 항상 효과가 있을 것이라는 장담도 할 수 없고, 회복적 프로그램들은 피해자에게 절차에 참여하지 않을 권리를 인정하면서도, 피고인이 책임을 부정하는 경우에 유무죄를 결정하는 절차를 가지고 있지도 않다. 회복적 절차에서 합의한 결과물을 이행하지 않을 경우에 대한 대응방안도 자체 내에 가지고 있지 않다. 또 자유형에 대한 의존도를 여전히 버릴 수 없는 한, 회복적 절차는 더 많은 사람들을 형사절차에 참여하게 하는 것을 허용하면서 “네트 와이드”의 효과를 가져 올 뿐임을 유념해야 한다⁶⁵⁾.

이러한 모든 한계요소들 때문에 회복적 사법이 현재의 형사사법시스템을 전적으

64) 이러한 경향을 형선고에 있어서 카페테리아 경향 내지 포스터 모던 시대라고 부른다(J. Shapland, 앞의 논문, p. 201).

65) Zehr, 1990, p. 5.

로 대체할 수 있을 것 같지는 않다. 따라서 회복적 사법이 공식적 법원시스템과 연계되어 현행의 형사사법시스템의 문제점을 보완하는 역할 모색이 필요하다.

이 때문에 형사사법시스템 내부에서 혹은 그와 연계되어 사건처리에 영향을 주는데 초점을 맞추고 있는 회복적 사법 프로그램들은 공식적 프로그램의 일부가 되는 경향이 있고 판사, 법률가 기타 보호관찰관과 같은 권한 있는 자의 승인 하에 운용되는 경향이 많다. 이러한 ‘통합적 프로그램’들은 현행의 형사사법시스템 절차와 연계된 시스템과 절차를 가지게끔 만들어 질 수 있다. 이러한 프로그램들의 목표는 특별히 회복적 사법과 연결된 목표들 이외에도 형사사법시스템의 일반적 목표들도 포함해야 한다. 이러한 통합적·회복적 사법프로그램들은 아래의 세 단계에서 활용될 수 있다.

1) 재판 이전 단계: 이 단계에서 활용될 수 있는 회복적 프로그램들은, 피의자가 유죄를 부인하지 않거나 사건을 방어하지 않을 의도를 가지고 있음을 명시적으로나 묵시적으로 동의하는 경우에만 운용될 수 있다. 이러한 프로그램은 경찰단계 혹은 검찰단계에서 사건을 형사재판의 회부하지 않을 것을 염두에 두고 운용되도록 하는 것이 바람직하다. 경미한 사건이나 초범자에 대해 조정형태 혹은 협의형태의 프로그램을 사용하게 되면 가장 진정한 의미의 다이버전효과를 만들어 낼 수 있다. 사건의 범위를 조금 더 중한 사건으로 확대하면 검찰이 회복적 프로그램에서 나온 결과물을 법원에 보고하는 등의 방식을 취하여 양형사유에 반영하도록 할 수도 있다. 이 경우에는 양형서클형태도 가능할 것이다.

2) 기소 이후 유죄판결 이전 단계: 이 단계에서도 피고인이 자백하거나 방어권의 행사를 포기할 의사를 명백히 밝힌 경우에 회복적 사법프로그램이 활용될 수 있다. 이 경우 회복적 사법프로그램은 변속장치로 활용될 수 있다. 다만 회복적 사법프로그램에 회부하는 주체는 판사가 되도록 해야 할 것이고 조정, 협의 혹은 양형서클형태 어느 것이든 가능할 것이다. 이 단계에서 검사가 법원의 동의 하에 형사절차를 중단하고 피고인으로 하여금 공소기각의 판결을 받게 할 수도 있을 것이다.

유죄가 인정되었거나 입증된 후에도 법원은 사건을 회복적 프로그램에 회부할 수 있다. 세계 각국의 많은 회복적 프로그램이 이 단계에서 실험되어 왔고, 입법화된 회복적 프로그램도 이 단계에서 실시되고 있다. 단, 이 단계에서 회복적 사법프로그램의 활용도를 높이기 위해서는 유죄인정절차와 형선고절차의 절차적 구분이 뒷받침되

어야 할 것이다.

3) 형선고 이후 단계: 형선고를 받은 가해자들 - 사회 내 처우를 받는 경우이든 자유형이 선고되는 경우이든 - 에 대해서도 회복적 사법프로그램이 운용될 수 있다. 이러한 프로그램들은 직접적 관계를 가지고 있는 피해자와 가해자 사이 혹은 구체적인 범죄에 의해 연결되지 않은 피해자 및 가해자 집단 사이에 운용될 수 있다. 재소자와 재소자가 출소 후 속하게 될 커뮤니티 사이의 회복적 프로그램은 재소자의 사회통합에 기여할 수 있을 것이다.

3. 통합적 · 회복적 사법프로그램의 과제

앞에서 종래의 형사사법시스템 내부에서 운용되거나 그와 연계되어 운용되는 통합적·회복적 사법프로그램의 활용방안에 대해 간단히 스케치 하여 보았다. 이러한 내용과 형식을 구체화할 수 있는 통합적·회복적 사법프로그램을 구상함에 있어서 특히 유념해야 할 사항을 다시 한번 강조하면 다음과 같다.⁶⁶⁾

첫째, 피해자의 개인적 요구 충족에 무게 중심을 두어야 한다. 회복적 사법은 피해자로 하여금 형사사법시스템에 직접 참여하게 하여, 개인적 요구 및 관계적 요구를 충족시켜 주어 피해자가 균형감을 회복하는데 도움을 주는 시스템이다. 그러나 이와 같은 피해자의 요구가 극대화되기 위해서는 피해자의 의사에 초점을 맞추어 회복적 사법 프로그램을 구체화해야 할 것이다. 따라서 회복적 절차의 구조 및 회복적 절차를 운영하는 주체는 개별화된 개인의 요구를 만족시키는 일에 초점을 맞추어야 한다.

둘째, 피해자, 가해자 그리고 커뮤니티의 자발적 참가를 전제로 삼아야 한다. 회복적 사법 프로그램이 공통적으로 주목하는 바는 피해자, 가해자 그리고 커뮤니티가 범죄에 대한 대응절차에 적극적으로 참여하여야 한다는 점이다. 피해자, 가해자 그리고 커뮤니티 간의 의사소통은 참여를 위한 필수조건이다.

셋째, 당사자 모두가 만족할 수 있는 결과물을 내놓을 수 있어야 한다. 회복적 사법이 정의에 대한 모든 이해당사자의 합의를 목표로 삼고 있지만, 정의를 추구함에 있어서 범죄의 당사자들(피해자, 커뮤니티, 국가, 가해자)이 합의된 이해관계를 가지기란 드물고 합의에 도달하기도 매우 어렵다.

66) 유엔이 회복적 사법프로그램의 활용을 위한 가이드라인으로서 내놓은 ‘기본원칙’에 맞추어 가야 함은 두말할 것도 없다.

이러한 통합시스템내에서 회복적 개입의 성공여부는 자발적으로 참여함으로써 도달된 합의를 충실히 이행할 준비가 되어 있는 가해자의 마음가짐에 달려있다. 유죄를 부인하지 않는 가해자는 피해자, 커뮤니티 그리고 국가와 함께 회복적 해결을 시도할 수 있지만, 반면 그 절차에 만족하지 않고 합의에 도달할 수 없을 경우에는 여전히 기존의 사법절차 안에서 사건을 다루게 할 수 있는 선택권을 가지게 해야 한다. 뿐만 아니라 회복적 절차로 가기에 불가능한 조건이 나타나는 경우(특히 가해자의 비협조)에는 회복적 제재라도 부과할 가능성을 열어두어야 할 것이다.

VII. 나오는 말

현재 각국의 공식적 형사사법시스템은 사전에 세운 계획에 의거하여 한꺼번에 만들어진 것이 아니라 여러 가지 제도들과 기능적 요소들이 점진적으로 첨가되면서 진화한 것이다. 회복적 사법도 범죄에 가장 잘 대응하기 위해 고안한 새로운 사법 패러다임으로서 경험을 거치면서 진화를 거듭하고 있다. 그러나 회복적 사법은 그 경험이 아직 짧고, 국지적이며, 완전한 모델로 정착되지 않았다. 회복적 사법에 관한 문헌들과 프로그램들을 보면 피고인의 유죄확인을 둘러싼 중요 문제들을 해결하고 있지도 않고 그러한 확인과정에서 적용될 증거의 원칙들과 규칙들을 제안하고 있지도 않다. 뿐만 아니라 당사자들이 합의에 이를 수 없을 경우에는 어떻게 되는가에 대해서도 통일된 모델이 마련되어 있지 않고, 회복적 사법 이념의 목표와 가치를 모두 포섭할 수 있는 모델 방안을 구체화해야 하는 과제도 남아 있다. 이러한 한계에도 불구하고 형사사건들 가운데 회복적 사법프로그램이라는 형식이 필요하고도 적절한 대응방법이라고 할 수 있는 사건들이 많고, 또 그러한 프로그램을 입법화하는 국가들이 점차 늘어나고 있다. 따라서 회복적 사법은 이제 실험적 모델 혹은 단순한 사법에 관한 이론의 차원을 넘어서서, 범죄에 대한 새로운 접근방법이고 형사사법시스템의 개혁방안으로 고려되고 있는 것이다.

그러나 대부분의 회복적 프로그램들은 선진각국이 각자의 고유한 역사와 문화 속에서 자생적으로 생성하여 온 프로그램들이거나 다른 나라들의 모델들에 대해 자국의 특수성을 고려하면서 실험적 과정을 거친 후에 변형모델로 탄생시킨 프로그램들이다. 이러한 프로그램들을 우리의 사회문화적 환경에 맞도록 수정하여 우리나라의 형사사법시스템 속에 연착륙 시킬 수 있는 가능성을 타진해 나가야 한다. 특히 오늘날 도시화와 복잡화로 표상되는 다원적인 현대사회에서 두터운 사회적 상호관계를

전제로 하는 회복적 사법의 이념이 우리에게 얼마나 이형물인가 그리고 그러한 이념을 실현하거나 (과거에 경험한 적이 있다고 하더라도) 다시 복원시키는 일에 무엇이 가장 큰 걸림돌인지를 탐구해나가야 한다.

회복적 사법의 옹호론자들의 주장과 같이 지리적인 단위가 아니라 전문직업적 상호관계 및 그와 유사한 사회적·정신적 상호관계를 전제로 하는 단위로 이해하더라도 그러한 단위들이 이른바 일반형사법에 대해서도 관련성을 가지고 성공적인 상호의사소통과 원만한 해결을 담보할 수 있는 전제기반이 될 수 있는가 하는 점은 여전히 의문이다.

그렇기 때문에 우리나라와 같이 도시화가 급속하게 이루어진 사회구조 속에서 회복적 사법프로그램을 성공적으로 이식할 가능성이 있는지에 대해 답할 수 있으려면 회복적 사법프로그램들이 거치고 있는 검증절차의 결과물을 보아야 한다. 이를 기다리는 가운데 우리는 사회문화적 환경에 맞게 그 의미와 형태가 변화된 커뮤니티를 전제로 한 회복적 사법프로그램도 운용해 볼 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 가해자와 피해자 그리고 커뮤니티의 구성원들 사이에 가슴으로의 만남과 의사소통의 진정성이 확보되어 사과와 화해를 전제로 한 합의가 이루어지고 마침내 가해자도 거듭나는 변화를 겪게 되는 회복적 과정도 있지만, 그렇지 않은 경우도 있음을 염두에 두어, 그러한 예외적인 만남 속에서도 최선의 결과물을 얻을 수 있는 회복적 프로그램도 실험해 보아야 할 것이다.

끝으로 우리는 우리의 사회문화적 환경에 맞는 더 나은 형사사법시스템을 모색하는 과정 속에서 ‘범죄의 문제는 범죄자만의 문제만으로 단순화 될 수 없다’는 경구를 출발점으로 삼아야 한다. 그러나 그러한 모색과정에서 나오는 성과물이 범죄자를 위한 ‘인권보장적’ 보호장치들을 후퇴시키는 결과를 초래해서는 안 될 것이다. 회복적 사법이 피해자 중심적 사고에서 출발한 것이기 때문에 결국 회복적 사법의 강화는 범죄자 인권보장의 약화를 가져올 것이라는 우려를 하는 자는 회복적 사법이 추구하는 이념과 가치 및 목표에 대해 학습의 기회를 더 가져야 한다. 회복적 사법은 제로-섬(zero-sum)게임을 하고 있는 것이 아니라 윈/윈(win/win)전략을 추구하고 있기 때문이다.



▶ 김성돈

회복적 사법(Restorative Justice), 형사사법(Criminal Justice), 조정모델(Mediation), 가족집단협의모델(Family Group Conferencing), 서클모델(Circles), 피해자(Victim), 다이버전(Diversion)

[ABSTRACT]

Criminal Justice and Restorative Justice

Prof. Dr. Kim, Seong-Don

"Restorative Justice" is the main phrase used worldwide to describe alternative ways of responding to crime. The term "Restorative Justice" is commonly applied to a wide variety of practices that seek to respond to crime in a more constructive way than conventional criminal justice system.

This paper explores not only the definition, goal and main philosophy of restorative justice, but also the historical background and the development of restorative justice.

Restorative Justice processes, in their purest form, involve victims and their offenders in face-to-face meetings and it is these participants who determine how best deal with the offence. Three practices currently fully these requirements: mediation, conferencing and circles.

Although there are paradoxes and problems of restorative practices, are also to be find promises of these new paradigm. Therefore, I argue in this paper that there exist possible ways out of the current dilemmas and problems and that the time is ripe for steps to be taken towards restorative justice also in korean criminal justice system.