

비례성원칙과 보호처분: 해석론과 적용가능성을 중심으로

정 희 철*

국문 요약

비례성원칙은 넓게는 법의 일반원칙으로, 좁게는 형법의 법치국가적 정형화를 실현하는 원칙으로 자리매김된다. 특별형법인 소년법에서 규정된 보호처분 역시 형사적 제재를 수반하는 보안처분의 일종으로 파악될 수 있고, 따라서 형법의 보장과제에 속하는 규범원칙에 의한 심사의 예외가 될 수 없다. 바로 이런 점에서 비례성원칙과 보호처분의 접점이 형성될 수 있으며, 소년법 제32조의 법문은 비례성원칙에 따른 보호처분의 제한 및 각 처분간의 보충적 투입이라는 해석의 가능성을 열어준다고 할 수 있다. 이런 관점 아래 이 논문에서는 소년법의 보호처분을 보안처분의 일종으로 파악하고(아래 I), 보안처분의 제한원칙인 비례성원칙(아래 II)에 따른 소년법 제32조의 해석가능성을 모색한 이후(III), 각 각 보호처분 간의 비례성(또는 보충성)과 대상소년에 대한 처분의 적합성을 중심으로 비례성원칙의 적용가능성을 살펴본다(IV).

* 대구가톨릭대학교 법학부 전임강사, 법학박사

I. 머리말

소년보호제도는 영국의 비행소년법의 제정에서 시작된 소년사법이 미국의 국친사상과 결부되어, “부조를 요하거나 방임된 소년 또는 비행이 있는 소년”에 관하여 형사법원이 아닌 소년법원에서 형사절차와 다른 절차에 의해 형벌이 아닌 보호처분을 결정하는 체계를 확립한 데서 비롯되었다. 대륙법계와 영미법계에서 운영되는 소년법이념과 원칙이 다소 차이가 있긴 하지만, 비행소년에 대해 교육적·복지적 차원에서 접근하여 처우함으로써 장차 범죄행위로 나아가는 것을 방지하고자 하는 목적을 띠고 있다는 점에서는 공통점이 있다.¹⁾

현행 소년법의 보호처분을 보안처분의 일종으로 볼 것인가 아니면 사회복지처분의 일종으로 볼 것인가에 관한 논란이 있어 왔다. 먼저 보호처분이 소년보호의 이념 아래 비행소년의 환경조정 및 성행의 교정을 목적으로 하기 때문에, 미완성의 인격자에 대한 보호육성이라는 복지정책적 요청에서 발전된 사회복지처분이라고 보는 견해가 있다.²⁾ 이 견해에 의하면 보호처분은 영국의 형평법원에서 유래한 국친사상을 배경으로 후견과 복지를 소년들에게 보장해주는 사회복지처분의 일종이며, 따라서 예방처분 또는 사회방위론을 배경으로 하는 보안처분과는 다르다고 한다.³⁾ 이런 관점에서 보면 보호처분은 소년의 개선과 보호가 그 목적이 되는 반면, 보안처분은 사회방위에 그 주안점을 두고 있다고 파악된다. 다시 말해 보호처분이 비행소년에 대한 사후적 치료 및 교정을 위한 교육적·복지적 활동을 강조하고 있는 반면, 보안처분은 사회방위이념을 배경으로 장래에 범죄를 저지를 우려가 있는 자에 대한 사전적 예방활동을 강조하고 있다는 것이다.⁴⁾

한편 보호처분을 보안처분의 일종이라고 보면서도, 보호처분이 단순한 예방처분 내지 사회방위사상을 배경으로 하는 형사정책적 처분의 의미를

1) 민학기, 소년보호제도 개선방안(소년법연구, 창간호, 2002), 151면.

2) 박재운, 형사법강좌 II(형법총론 하), 한국형사법학회편, 박영사, 1985, 585면; 김용우/최재천, 형사정책, 박영사, 1998, 516면; 신진규, 우범소년의 처리실태와 선도방안(청소년범죄연구 제5집, 1987), 165면; 서정욱, 소년원 수용기간의 재검토(청소년범죄연구 제4집, 1986), 18면.

3) 윤재운, 소년보호처분의 본질·요건·효력과 그 현황(판례월보 제181호, 1985), 34면.

4) 김용우/최재천, 앞의 책, 516면.

넘어서 소년의 건전한 육성을 목적으로 성행의 교정과 환경조정을 하는 교육적·복지적 내용도 함께 포함하는 처분이라고 보는 견해도 있다.⁵⁾

그러나 보호처분은 범죄소년, 측범소년 그리고 우범소년의 교화·개선·보호를 위해 소년의 환경조정 또는 성행교정에 필요한 처분으로, 소년의 비행에 대한 책임을 묻는 제재유형이 아닌, 소년의 재범위험성을 방지하기 위해 부과되는 특별예방 목적을 띤 보안처분의 일종으로 보아야 한다.⁶⁾ 그리고 그 대상에 범죄소년이 포함되어 있기 때문에 보호처분은 형벌을 대체하는 수단의 성격을 지니고 있다. 보호처분이 주로 복지행정처분 또는 사회복지처분이라고 보는 견해는 보안처분을 보안목적에만 중점을 둔 좁은 의미의 보안처분으로만 이해한 나머지, 보안처분이 개선 또는 교육을 내용으로 하는 특별예방적 목적처분이라는 점을 간과한 것으로 보인다. 보안, 개선, 치료를 포괄하는 보안처분(Maßregeln der Besserung und Sicherung)이 단순히 '보안'처분(Sicherungsmaßnahme)으로 이해되어서는 안 된다. 범죄인의 보안 그리고 그에 따른 사회방위의 추구가 보안처분의 유일한 목적은 아니기 때문이다.

보호처분을 단순히 사회복지처분으로 볼 수 없는 또 하나의 이유가 있다. 소년법의 보호처분은 어디까지나 소년비행 또는 소년범죄에 대한 사법적 판단에 따라 내려지는 처분이다.⁷⁾ 즉 법관의 결정에 의한 보호처분은 행정처분인 사회복지처분과는 처분의 주체와 처분의 정형화 정도에서 구별되는 사법처분인 것이다. 소년원송치처분은 사회복지처분이 아니라 법원의 결정에 의해 해당 소년을 소년원에 수용하는 자유박탈적 보안처분이며, 보호관찰처분은 자유제한적 보안처분이다.⁸⁾

5) 김종원, 보호처분의 다양화 및 시행방안(청소년범죄연구 제4집, 1985), 44면; 양승균, 우리나라 소년법상의 보호처분에 관한 연구(검찰 제3집, 1982), 86면 이하; 오행남, 소년법에 대한 보호처분의 연구(가정법원사건의 제문제, 재판자료 제18집), 법원행정처, 1983, 796면.

6) 배종대, 형사정책(제5전정판), 홍문사, 2003, 76/5[형법총론(제7판), 홍문사, 2004, 191/19]; 박상기, 형법총론(제5판), 박영사, 2002, 555면; 김일수/서보학, 형법총론(제9판), 박영사, 2002, 812면; 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002, 907면; 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002, 655면; 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2003, 611면; 오선주, 소년심판과 소년보호(청주대학교 법학논집 제7집, 1993), 9면; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002, 414면.

7) 박상기, 앞의 책, 555면; 김용우/최재천, 앞의 책(주2), 517면.

8) 오영근, 앞의 책, 907면.

따라서 보호처분은 범죄소년, 촉법소년, 우범소년에 대해 소년보호이념에 따라 행해지는 보안처분이며, 법질서 위반행위에 대해 사법절차를 거쳐 결정되는 사법적 처분이다. 보호처분이 사법적 처분을 통해 강제적으로 과해지는 보안처분인 이상, 법치국가원칙에 따른 심사와 제한으로부터 자유로울 수 없다는 점은 명확한 것으로 보인다.⁹⁾ 이 점은 특별형법인 소년법의 보호처분 역시 형법의 보장과제에 속하는 규범원칙에 의한 심사의 예외가 될 수 없다는 것을 말한다. 바로 이 점에서 비례성원칙과 보호처분의 접점이 형성된다.

II. 비례성원칙의 일반론과 법문언의 해석방향

1. 규범원칙으로서 비례성원칙

비례성원칙은 경찰행정법에서 성립한 용어로, 마이어(O. Meyer)가 1895년 경찰권발동과 관련하여 ‘방어의 비례성’(Verhältnismäßigkeit der Abwehr)이란 표현을 사용한 것에서 비롯되었다.¹⁰⁾ 엘리네크(W. Jellinek)는 경찰목적상의 상태를 달성하기 위해 필요한 정도를 넘어선 침해에 대해 ‘과잉’(Übermaß)이라는 말을 사용하였다.¹¹⁾ 과잉금지원칙은 18세기 프로이센 자연법적 사고의 산물이라고 볼 수 있으며, 이러한 과잉금지의 사고는 1791년 수아레즈(Svarez)가 다음과 같이 말한 데서 비롯된 것이다. “국가 공법의 제1의 원칙은 국가가 모든 사람의 자유와 안전이 유지될 수 있도록 하기 위해 필요한 경우에 한해서만 개인의 자유를 제한할 수 있다는 것이다. … 국가가 도덕적 확신을 가질 정도로 시민사회에 대해 우려

9) 윤재운, 앞의 글, 35면은 법적 안정성, 비례성, 형식적 엄격성, 보편성을 가진 적법절차 등의 형법 및 형사사법절차상의 여러 인권보장적 기능이 유지되어야 한다는 말로 이 점을 표현한다.

10) 홍성방, 앞의 책(주6), 330면: 비례성원칙은 공공의 안녕과 질서가 위협에 놓이는 경우에 행정부의 간섭을 제한하는 일반적인 한계로서 경찰법에서 성립·발전되었다. 즉 행정부의 간섭은 위협을 방어하기 위하여 필요한 경우에만, 그것도 주어진 상황 하에서 위협을 방어하는 데 가장 부드러운 수단이 사용되는 때에만 합법적이라는 것이다.

11) 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1995, 33면.

되는 커다란 손해를 피하기 위해서만 또는 시민사회전체를 위해 매우 중요하고도 영속적인 이익을 얻고자 하는 합리적 이유가 있는 때에만 경찰법을 통하여 국민 개개인의 자연적 자유를 제한할 수 있는 것이다.”¹²⁾ 이러한 기본사고에 더 잡은 과잉금지원칙은 계속적 발전을 거쳐 1931년 프로이센 경찰행정법에 정착된다.¹³⁾

비례성원칙(또는 과잉금지원칙)은 보통 ‘목적과 수단의 관계’로 이해된다. 즉 선택된 국가적 수단은 그 수단에 의해 추구되는 목적과 서로 이성적 관계에 있어야 한다는 것이다.¹⁴⁾ 일정한 목적을 실현하기 위해 투입한 국가적 수단은 목적달성에 비례적이어야 하는데, 만약 그렇지 않으면 헌법상 입법원칙으로는 문제되는 법률수단이 위헌이 되고, 법률해석원칙으로는 해석결론이 위법이 된다는 것이 그 내용이다. 그리고 ‘비례’는 선택한 수단이 처음에 의도한 목적의 달성에 적합하고, 필요하며 균형을 이루어야 한다는 것을 그 내용으로 한다.¹⁵⁾ 헌법 제37조 ②항 후단은 “국민의 모든 자유와 권리는 … 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용은 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 보통 이 규정의 “필요한 경우에 한하여”가 비례성원칙의 근거로 이해되고 있다.¹⁶⁾ 비례성원칙에 의한 기본권제한의 비례성심사는 기본권의 제한을 통하여 달성하려는 목적과 이 목적을 달성하기 위하여 공권력이 선택한 수단의 상호관계를 통제함으로써 기본권제한의 합헌성통제를 구조화·합리화한다.¹⁷⁾ 즉 비례성원칙은 적극적으로는 국가권력에 특정한 방법으로 한계를 설정해주는 기능을 수행하고, 소극적으로는 개인의 기본권을 가능한 한 효력을 강화시키는 방향으로 보장하는 기능을 한다. 비례성원칙은 국가권력에 대한 통제척도뿐만 아니라 기본권제한의 범위에 대한 규제적 기능

12) Bae, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985, 12면 이하에서 재인용.

13) 20세기 독일의 입법과정은 황치연, 앞의 논문, 32면 이하.

14) Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, 1997, 244면의 보기: BVerfGE 10, 89[117]; 35, 382[401]; 77, 1[44].

15) 배종대, 보안처분과 비례성원칙, 『법치국가와 형법』 (김일수/배종대 편), 세창출판사, 1998, 46면.

16) 계희열, 헌법학(중), 보정판, 박영사, 2002, 137면; 김남진/김연태, 행정법 I(제8판), 법문사, 2004, 40면.

17) 계희열, 위의 책, 138면.

에서 한계장치(Schranken-Schranken)로 작용한다.¹⁸⁾

우리 헌법재판소는 헌법 제37조 ②항이 비례성원칙을 명문으로 인정한 것으로 판시하고, 법률이 기본권제한의 한계를 벗어났는지를 판단할 때에는 이 원칙을 기준으로 해야 한다고 한다. 그러한 과잉입법의 판단기준으로는 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 그리고 법익의 균형성을 들고 있다.¹⁹⁾ 그리고 이러한 판단기준 가운데 어느 하나에라도 저촉이 될 경우 위헌이 된다고 판시하고 있으며,²⁰⁾ 대법원도 이와 같은 입장을 따르고 있다.²¹⁾

2. 과잉금지와 비례성

비례성원칙은 과잉금지원칙으로도 표현되는데, 엄격히 보아 같은 의미를 가진다고 볼 수는 없다. 과잉금지원칙을 상위개념으로 보고, “적정한 수단-목적-관계”를 의미하는 비례성과 목적달성에 적합한 수단들 가운데 가장 경미한 침해결과를 가져오는 수단만을 선택해야 한다는 의미를 띤 필요성을 하위개념으로 보는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 “과잉”은 중립적 상위표지가 된다.²²⁾ 이에 대해 “과잉”이라는 용어 대신 비례성개념을 상위개념으로 사용하여, 그 하위에 적합성, 필요성 그리고 좁은 의미의 비례성원칙의 3단계의 심사과정을 두는 견해가 있다.²³⁾ 그러나 세 번째의

18) 계희열, 위의 책, 137면; 황치연, 앞의 논문(주11), 39면.

19) 헌재결 1992.12.24, 92헌가8. 다만 우리 헌법재판소가 목적의 정당성까지 비례성원칙의 내용으로 설명하는 것은 타당하지 않다는 견해(장영수, 헌법총론, 홍문사, 2002, 279면 이하)가 있다. 즉 비례성원칙은 목적의 정당성을 이미 전제해 놓은 상태로 목적과 수단의 비례여부를 판단하는 기준이며, 따라서 목적의 정당성은 비례성판단 이전에 판단되어야 하는 것이지 비례성심사를 통해 비로소 판단되는 것은 아니기 때문이라고 한다.

20) 헌재결 1990.9.10, 89헌마82.

21) “국민의 기본권을 제한하는 것으로서 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 것이 아니거나 또는 필요한 것이라 하더라도 국민의 자유와 권리를 덜 제한하는 다른 방법으로 그와 같은 목적을 달성할 수 있다든지, 위와 같은 제한으로 인하여 국민이 입게 되는 불이익이 그와 같은 제한에 의하여 달성할 수 있는 공익보다 클 경우에는 이와 같은 제한은 비록 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니더라도 헌법에 위반되는 것이다.”(대판 1994.3.8, 92누1728).

22) Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 19면(Sobota, 앞의 책, 242면의 주1149).

23) 대표적으로 BVerfGE 11, 30[42 f.](Sobota, 앞의 책, 243면의 주1153).

표지인 좁은 의미의 비례성과 관련해서는 그 용어선택이나 내용에 대해 의견이 일치되지 않다. 이러한 현상은 무엇보다 하위개념이 상위개념과 같은 용어인 “비례성”을 사용하는 데에서 기인한다. 즉 이러한 견해에 의할 때, 상위개념인 비례성과 다른 의미의 비례성을 전제해야만 하는 난점이 발생하는 것이다. 그러한 난점 때문에 많은 문헌들이 “과잉”이라는 상위개념을 그대로 사용하는 반면, 비례성원칙을 상위개념으로 그대로 둔 채 하위의 비례성을 “적정성”(Angemessenheit), “등비성”(또는 비율성 Proportionalität), “이익교량”(Güter- od. Interessenabwägung) 등으로 표현하려는 시도를 하기도 한다.²⁴⁾ 더 나아가 좁은 의미의 비례성원칙을 이익교량의 하위사례로 개념규정하기도 한다.²⁵⁾

그러나 비례성원칙과 과잉금지원칙의 구별이 이러한 개념적 차이에만 그치는 것은 아니다. 과잉금지원칙, 즉 “과잉의 금지” 또는 “반비례의 금지”는 비례성원칙의 소극적 표현으로 볼 수 있다. 비례성원칙이 이와 같이 소극적으로만 파악된다면 수단과 목적이 ‘이성적 관계’에 있어야 한다는 적극적 요청을 담을 수 없다.²⁶⁾ 비례성원칙의 적극적 파악은 국가침해의 장·단점 그리고 개별사안의 마지막 부분까지 수단과 결과를 섬세하게 비교형량할 것을 적극적으로 요청하는 내용으로 구성된다. 비례성원칙을 소극적으로 파악하는 경우에는 현저하거나 극단적인 반비례관계의 확인에 그치기 때문에 허용되는 수단과 허용되지 않는 수단의 경계가 적극적 파악의 경우보다 넓게 나타난다.²⁷⁾ 헌법상 충돌하는 이익을 최적상태로 조정하는 것을 의미하는 실질적 정합성(praktische Konkordanz)원칙²⁸⁾에 비

24) Sobota, 앞의 책, 244면.

25) M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, 1985, 99면.

26) Bae, 앞의 책(주12), 57면 이하.

27) 배종대, 앞의 글(주15), 54면.

28) 실질적 정합성 또는 실제적 조화이론[레르헤(“기본권의 한계”, 『법치국가의 기초이론』, 허영 편역, 박영사, 1996)은 ‘규범조화이론’으로 새기고 있다]에 의하면, 헌법상 보호되는 법익은 법익교량 또는 가치형량에 의해 타 법익이 희생하여 하나의 법익만이 실현되어서는 안 되며, 헌법의 통일성의 원리로부터 나오는 최적화과제에 따라 양 법익이 최적으로 실현될 수 있는 경계가 확정되어야 한다고 한다. 이러한 경계획정은 구체적 사례에 따라 비례적이어야 하는데, 이때의 비례성이란 두 개의 가변적 단위의 관계를 가리킨다. 더 정확히 말해 최적화과제에 가장 잘 부합되는 관계를 표현할 뿐, 불변의 목적과 가변적인 하나 또는 다수의 수단과의 관계를 표현하는 것은 아니다. 자세

추어 보더라도 이 점은 분명해진다. 실질적 정합성은 적합성, 필요성, 좁은 의미의 비례성 등의 소극적 심사로 만족할 수 없고 적극적인 최상의 비례상태(optimale Verhältnismäßigkeit)를 요구한다. 왜냐하면 목적과 수단이 서로 반비례관계에 놓여 있지 않다는 판단만으로는 이러한 관계가 최상인 것인지 여부를 알 수 없기 때문이다.²⁹⁾ 다만 구체적 사안과 관련하여 목적, 수단 그리고 제3의 비교인자인 희생한계를 서로 비교형량하는 데에는 예측의 문제가 뒤따른다. 따라서 유형비교를 통한 비교형량이라는 소극적 형식을 통해 비례성심사가 이루어지게 된다. 과잉금지원칙은 비례성원칙의 사법적 실천형식인 동시에 반증적 심사방법에 속한다.³⁰⁾

3. 비례성원칙의 부분원칙

비례성심사는 적합성, 필요성, 균형성의 3단계 심사를 거친다. 심사는 구체적인 목적과 관련해서만 세 가지 요청의 준수여부가 확정될 수 있기 때문에 목적의 정당성심사가 선행한다. 헌법적 정당성이 결여된 목적을 달성하기 위한 수단의 비례성을 논하는 것은 아무런 의미가 없다. 비례성원칙은 합리성과 법치국가의 핵심내용인 실질적 정의를 실현하기 위한 원칙이기 때문이다. 또한 목적의 정당성에 관한 검토는 목적과 수단의 비례관계의 판단에 영향을 미칠 수 있다. 정당성에 의문이 있는 목적의 경우는 그렇지 않은 목적의 경우보다 더욱 엄격한 수단의 비례성으로 법치국가적 의문이 해소되어야 한다.³¹⁾

가. 적합성원칙

“적합성”은 국가가 사용하는 수단이 추구하는 목적에 비추어 목적달성이나 최소한 목적달성의 촉진에 기여하는 것이야 한다는 의미이다. “적합

한 것은 헛세(저)/계희열(역), 통일 독일헌법원론(제20판), 박영사, 2001, 단락번호 72, 317-319 참조.

29) 배종대, 앞의 글(주15), 54면.

30) 배종대, 위의 글, 55면. 비례성원칙에 의한 심사기준에 대해서는 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007, 279면 이하도 참조.

31) 배종대, 위의 글, 56면 이하.

성”의 동의어로는 “유용성”(Tauglichkeit), “목적적합성”(Zwecktauglichkeit)이라는 표현이 쓰인다.³²⁾ 적합성원칙은 국가가 사용하는 수단에 의해 입법목적이 완전히 실현될 것을 요구하는 것은 아니며, 추구된 목적을 위한 상황이 개선되거나 그 부분적 실현을 가져오는 경우에도 적합성요건은 충족된다.³³⁾ 그렇기 때문에 사법적 통제에서는 수단이 “전혀 부적합한지(명백히 부적합 또는 불필요한지)” 또는 “근본적으로 부적합한지” 아니면 “그 수단에 의해 원하는 결과의 실현을 촉진할 수 있는지” 여부만을 통제한다.³⁴⁾

입법자가 선택한 수단을 통해 입법목적이 달성될 수 있는지에 대한 판단은 예측의 성격을 갖는다. 따라서 입법자에게는 법률효과에 대한 예측과 관련하여 평가의 여지가 인정되며, 입법에 대한 사법적 통제의 범위는 그만큼 제한되게 된다. 적합성의 문제는 입법자의 입장에서 사전적으로(ex ante) 판단되는 것이다. 국가적 입법조치가 법률제정 당시를 기준으로 모든 인식가능성을 전부 동원하였음에도 명백하게 목적달성에 부적합한 것으로 확인될 경우에만 예외적으로 사후적인(ex ante) 적합성원칙에 대한 위반을 선언할 수 있을 뿐이다.³⁵⁾ 즉 어떤 입법조치가 적합성요건을 충족하지 못하여 반비례적인 것으로 선언되는 경우는 예외에 불과하며, 이 때 비례성 심사의 중점은 필요성과 균형성 심사에 놓이게 된다.³⁶⁾

나. 필요성원칙

“필요성”은 적합성 심사를 통과한 수단이 목적을 달성하기 위해 필요한 정도에 비추어 가장 침해가 적은 것이어야 함을 의미한다. 필요성은 “최소 침해명령”(Gebot des geringstmöglichen Eingriffen) 또는 “최소개입명

32) Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, 20면. 우리 헌법재판소는 방법의 적정성 또는 수단의 상당성(헌재결 1995.4.20, 92헌바29), 수단의 적합성(헌재결 1996.6.26, 96헌마200)이라는 표현을 쓰고 있다.

33) 계희열, 앞의 책(주16), 139면; 양삼승, 과잉금지의 원칙 - 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로(헌법논총 제1권, 1990), 126면 이하.

34) BVerfGE 19, 119[127]; 83, 90[109]; 70, 1[26]; 30, 292[316](계희열, 앞의 책, 139면).

35) 계희열, 앞의 책(주16), 139면; Bae, 앞의 책(주12), 134면; 양삼승, 앞의 글(주33), 128면 이하.

36) 그리하여 적합성에 의한 통제는 “성긴 체”(grobmaschiges Sieb) 이상의 역할을 하지 못하고 사실상 그 의미를 상실하고 만다는 비판이 있다[Hirschberg, 앞의 책(주32), 54면].

령”(Gebot des Interventionsminimums) 등으로 불리며, 때로는 “보충성”³⁷⁾이라고도 한다.³⁸⁾ 기본권을 덜 제한하는 수단을 통해서 동일한 결과나 더 나은 결과를 가져올 수 있는 경우에는 필요성요건은 충족되지 않는다.³⁹⁾ 그리고 제한의 강도를 단계화시킬 수 있는 경우에는 입법자가 강도가 약한 제한으로 목적을 달성할 수 없는 경우에만 그 다음 단계를 요구한다.⁴⁰⁾

필요성판단에는 두 가지 본질적 기준이 있다. i) 일정한 목적달성에 동일한 정도로 적합한 여러 가지 수단에 대한 확인이 있어야 한다(동일한 적합성 또는 동일한 효과). 그리고 ii) 목적달성에 동일한 정도로 적합한 여러 수단 가운데 행위자에게 가장 부담이 적은 수단을 선택해야 한다(최소침해).⁴¹⁾ 동일한 적합성에 의문이 있는 경우에는 그 수단은 일단 원칙적으로 제외되지만, 균형성심사에서 다시 고려될 수 있다.⁴²⁾ 문제는 기본권을 최소한 제한하는 수단, 즉 최소침해를 동반하는 수단임을 확정하는 기준이 무엇인가 하는 것이다. 이 판단은 기본권침해를 당하는 피처분자의 관점에서 이루어져야 하지만, 일반에 미치는 불이익의 정도도 함께 고려해야 한다.⁴³⁾ 그러나 피처분자 개개인의 주관적 측면은 모두 고려될 수 없다. 어떤 혜택을 주는 조치(수혜적 행위)인 경우에는 어떤 수단이 가장 적은 불이익을 유발하는가를 기준으로 판단해야 한다.⁴⁴⁾ 여러 개의 필요한 수단이 있을 수 있기 때문에 입법자의 형성의 자유는 존중된다. 따라서 적합성원칙과 마찬가지로, 기본권을 적게 제한하는 다른 수단들이 있다는 것이 “명백히” 확인될 때, 즉 입법자가 그와 같은 판단에 따른 선택

37) 보충성원칙을 비례성원칙과 동일한 차원에서 논의하는 견해가 있기는 하지만, 필요성원칙을 반영한 것이라고 할 수 있다: 배종대, 앞의 글(주15), 75면.

38) Hirschberg, 앞의 책(주32), 20면.

39) 헌재결 1996.6.26, 90헌마200.

40) 홍성방, 앞의 책(주6), 332면: 이른바 3단계이론(Drei-Stufen-Lehre)은 직업의 자유와 관련하여 “공공복리를 합리적으로 고려하여 직업행사를 규제하는 것이 합목적적으로 생각될 때(1단계), 개인의 자유에 우선하는 사회적 이익을 보호하기 위해서만 주관적 사유에 의하여(2단계), 매우 중요한 사회적 이익에 대한 입증할 수 있고 매우 개연성 있는 중대한 침해를 방어하기 위해서만 객관적 사유에 의하여(3단계) 직업선택의 자유가 입법자에 의해 제한될 수 있다고 한다(BVerfGE 7, 377: 이른바 약국판결).

41) 헌재결 1998.5.28, 96헌가5.

42) 배종대, 앞의 글(주15), 73면.

43) 배종대, 앞의 글(주15), 74면.

44) 계희열, 앞의 책(주16), 141면. 수익적 행위의 경우는 필요성원칙의 문제가 아니라 과소(보호)금지원칙(Untermaßverbot)의 문제라고 보는 견해는 황치연, 앞의 논문, 76면 이하.

을 할 때 “명백히”(offensichtlich od. eindeutig) 오류가 있었는지의 여부가 필요성판단에서 문제가 된다(명백성통제: Evidenzkontroll).⁴⁵⁾

다. 균형성원칙

“좁은 의미의 비례성”, 즉 균형성은 국가의 침해가 추구하는 목적과 불균형관계에 있어서는 안 된다는 의미이다. 균형성은 “적정성”(또는 상당성 Angemessenheit), “좁은 의미의 과잉금지”(Übermaßverbot i.e.S.) 등으로도 표현된다.⁴⁶⁾ 독일연방헌법재판소는 균형성원칙을 “목적달성에 적절한 수단일 것”, “당사자에게 지나치게 부담을 주지 않는 수단일 것”, “기대가능성(또는 수인가능성, Zumutbarkeit)의 한계 내에 있을 것” 등으로 표현하고 있다.⁴⁷⁾

균형성원칙은 적합하고 필요한 것으로 판단되는 국가적 조치의 경우에도 그 침해수단과 달성하고자 하는 목적가치 사이에 불균형이 있다고 판단될 정도로 당사자의 자유를 중대하게 침해할 경우에는 정당화될 수 없다는 의미를 가진다. 다시 말해 이 단계에서는 국가적 조치가 요구하고 있는 개인에 대한 자유희생이 추구하고자 하는 목적과 반비례관계에 놓여 있지 않은지가 심사된다.⁴⁸⁾ 균형성원칙은 적합성원칙이나 필요성원칙처럼 수단에 중점을 두어 목적에 수단을 단순히 비교심사하는 것이 아니라 목적과 수단의 상호관계를 심사한다.⁴⁹⁾ 즉 적합성원칙과 필요성원칙은 목적·수단에 대한 단순한 관계개념이지만 균형성원칙은 목적과 수단을 포괄하는 상위개념이라고 할 수 있다.⁵⁰⁾

45) 헌재결 1996.4.25, 95헌마31; BVerfGE 17, 232[244 f.](계희열, 앞의 책, 141면); 양삼승, 앞의 글(주33), 137면; 헛세, 앞의 책(주28), 단락번호 320 이하.

46) Hirschberg, 앞의 책(주33), 20면 이하.

47) BVerfGE 17, 306[314]; 38, 312[322]; 30, 292[316]; 40, 196[227](장영수, 앞의 책(주19), 278면 이하). 홍성방, 앞의 책(주6), 330면은 이러한 견해를 따라 좁은 의미의 비례성 대신 기대가능성을 사용한다. 수인가능성이라는 표현은 “기본권제한의 정도와 이를 정당화하는 사유의 비중 및 긴급성을 종합적으로 형량할 때 수인한도가 지켜지고 있어야 한다”는 의미를 담고 있다(계희열, 앞의 책, 141면).

48) 배종대, 앞의 글(주15), 75면.

49) 양삼승, 앞의 글, 139면 이하.

50) Bae, 앞의 책(주12), 46면 이하.

목적과 수단의 관계를 형량하는 기준으로는 각 법익이 헌법에서 차지하고 있는 비중이 결정적인 비교의 준거가 된다고 한다. 균형성심사는 상충하는 개인들의 형량, 개인의 이익과 공익의 형량으로 이행하게 된다. 이 경우 균형성원칙에 의한 평가는 한 법익이 다른 법익의 희생 하에 과도하게 높게 평가되지 않을 때에만 정당하다고 할 수 있다.⁵¹⁾ 한편, 자유원칙의 관점에서 보자면, 균형성의 기준은 당사자의 기본적 행위자유이고(헌법 제12조 ①항), 이 자유권이 희생한계(Opfergrenze)로 작용한다.⁵²⁾ 개인의 자유에 부담이 되는 국가적 침해는 타인의 자유를 보호하기 위해 필요한 범위, 즉 희생한계를 초과하는 경우에는 허용될 수 없다.

따라서 균형성원칙은 목적과 수단 그리고 희생한계로 구성되는 삼각관계구조를 띤다. 헌법상 개인의 자유권으로부터 도출되는 희생한계는 제3의 비교인자(*tertium comperationis*)이자 상수로 작용한다. 목적과 수단은 변수일 뿐이다. 그러므로 일정한 목적과 그 실현을 위해 투입되는 수단은 결국 희생한계에 의해 정당성이 부여된다.⁵³⁾ 그러나 이러한 분석은 일반적·규범적 요청을 설명한 것일 뿐, 그 구체적 내용은 구체적 적용대상과 만남으로써 충족될 수 있다. 즉 균형성의 기준은 유형비교를 통해 현실적 구성과 관련하여 규정되고 비교될 수 있다. 균형성의 유형표지가 사안과 사안의 표지에 올바르게 관련될 때에만 균형성심사의 정당성은 확보될 수 있다. 유형은 현실관련적이기 때문에 다만 기술될 수 있을 뿐이며, 균형상태의 유형이 지닌 최종적 모습은 파악하기 어렵다.⁵⁴⁾

51) 계희열, 앞의 책, 142면; 김남진/김연태, 앞의 책, 42면; 레르헤, 앞의 글(주28), 69면; 헌재결 1994.4.28, 96헌바10; 1998.11.26, 97헌바31.

52) Bae, 앞의 책(주12), 47면.

53) 배종대, 앞의 글(주15), 76면. 황치연, 앞의 논문, 85면 이하는 균형성심사의 상수로 고려될 수 있는 여러 가지 기준에 대해 논하고 있다. 그러한 기준으로 보편타당성의 원리, 이성과 정의, 이익교량(*Güterabwägung*), 기본권의 의미내용, 기대가능성(*Zumutbarkeit*) 등이 제시된다.

54) 배종대, 앞의 글(주15), 77면 이하.

III. 법문언의 해석방향: 보호필요성과 비례성원칙

1. 보호필요성을 통한 해석

소년법 제32조는 “보호처분의 필요가 있다고 인정한 때” 보호처분을 과하여야 한다고 규정하고 있다. 이 규정의 의미가 무엇인가를 논하기 위해 학설은 “보호필요성”이라는 개념을 일반적으로 사용하고 있다. 일본에서는 보호필요성을 “요보호성”(要保護性)이라는 명칭 아래 학설을 발전시켜왔다. 그러나 보호필요성의 구체적 의미는 아직 확정되지 않은 상태다. 우리나라의 소년법 관련문헌⁵⁵⁾ 역시 보호처분의 필요성을 논할 때 요보호성에 관한 일본 학설⁵⁶⁾을 중심으로 서술하고 있다.

요보호성을 논하고 있는 문헌에 따르면, 미성년자의 친권자, 후견인 기타 법률상·사실상 보호책임이 있는 자의 보호에 결함이 있는 경우(요부조소년, 방임소년), 국가가 복지적 관점에서 적극적으로 관여하여 이루어지는 보호는 아동복지법의 보호필요성에 적합한 개념이며, 소년법의 보호필요성은 그 구체적 내용을 달리 파악해야 한다고 한다.⁵⁷⁾ 구체적 내용에 관해서는 크게 네 가지 견해가 있다.

첫째, 보호필요성을 범죄위험성으로 파악하는 견해가 있다. 이 견해는 복지개념의 차원에서 보호필요성을 보는 것이 아니라 범죄위험성, 더 나아가 재비행의 우려를 중심으로 보호필요성을 파악하고자 한다. 소년법의 대상은 비행소년이기 때문에 보호필요성 유무의 판단에는 사회방위가 중점적으로 고려되게 된다. 이 견해에 의하면 보호처분의 결정, 비행사실 없

55) 대표적으로 유진식, 소년법, 육법사, 1982; 김용우/최재천, 앞의 책, 1998; 최종식, 소년법상 보호처분에 관한 일고찰(강원법학 제7권, 1995); 김동립, 소년법, 화성사, 2000.

56) 이러한 여러 학설에 대해서는 早川義朗, 「少年審判にをける非行事實と要保護性の意義について」, 家裁月報 第19卷 4號, 6面; 入江正信, 「少年保護事件にをける若干の法律問題」, 家裁月報 第5卷 7號, 12面; 据分一立, 「要保護性試論」, 家裁月報 第5卷 4號, 22面; 平井哲雄, 「非行と要保護性」, 家裁月報 第6卷 2號, 18面; 平場安治, 『少年法』, 有斐閣 1987, 68面; 島山勝美, 「試験觀察の實證的研究」, 司法研究報告書 第17輯 2號, 11面 참조.

57) 견해의 소개는 유진식, 앞의 책, 119면; 김용우/최재천, 앞의 책, 575면; 김동립, 앞의 책, 2000, 348면.

음을 이유로 하는 심리불개시 및 불처분의 결정에는 기관력이 발생하지 않게 되어 소년의 법적 지위가 불안정하게 된다.⁵⁸⁾

둘째, 보호필요성이 재비행의 가능성과 교정가능성이라고 보는 견해가 있다. 즉 범죄소질이 있거나 환경이 불건전하여 왜곡된 인격구조를 가진 소년이 비행에 저지를 경우 그 행위를 방치해 두면 그 소년은 다시 비행을 저지를 위험이 있고, 보호처분은 이러한 위험성이 있는 동시에 교정가능성을 지닌 소년에 과해져야 한다는 것이다. 따라서 복지처분에 맡기는 것이 상당한 경우에는 보호필요성은 없는 것으로 본다.⁵⁹⁾

셋째, 보호필요성을 재비행의 가능성, 교정가능성 및 보호상당성으로 구성하려는 견해가 있다. 즉 이 견해는 보호필요성이 보호처분의 필요성, 유효성, 상당성이라는 세 개의 요소로 구성되어 있다고 파악한다. 이 때 필요성은 범죄위험성 또는 재비행의 위험성이며, 유효성은 교정가능성으로 보호처분에 의해 보호의 효과를 얻을 가능성을 말하며, 보호의 상당성이란 보호처분에 의하는 것이 소년에게 가장 유효적절한 보호수단이라고 인정되는 것을 의미한다고 한다.⁶⁰⁾ 이 견해에 따르면, 일회성을 띤 비행이나 과실에 의한 비행은 재비행의 위험성이 없기 때문에 보호필요성이 없다. 또한 현저한 심신장애에 의해 윤리적 정서가 전혀 없는 자, 확실히 윤리관을 달리하는 자, 지극히 흉악한 자 등은 교정가능성이 없기 때문에 보호필요성이 없다. 비행반복의 위험성, 교정가능성이 있더라도 다른 복지 처분에 맡기거나 형벌을 과하는 것이 사회의 법감정에 적합하고 교정에 가장 유효한 수단이라고 인정되는 경우에는 보호필요성은 없다.⁶¹⁾

넷째, 보호필요성을 국가보호의 필요성으로 보는 견해가 있다. 이 견해는 보호필요성이란 비행이 있는 소년에 대하여 국가의 보호를 요할 것인가 여부를 의미하는 것이라고 한다. 비행사실과 국가보호의 필요성이 보호필요성의 요건이 되며, 여기서 비행성이란 개인의 소질과 환경의 상호작용 속에서 복합적으로 생성된 인격의 반사회적 성향이므로 비행반복의 인격적·환경적 위험성을 말한다고 한다.⁶²⁾

58) 김동립, 앞의 책, 349면; 김용우/최재천, 앞의 책, 575면.

59) 김동립, 앞의 책, 349면; 김용우/최재천, 앞의 책, 576면.

60) 자세한 논의는 최종식, 앞의 글(주55), 40면; 김동립, 앞의 책, 350면.

61) 최종식, 앞의 글, 40-41면.

2. 비례성원칙에 따른 해석의 가능성

그러나 보호필요성의 내용에 대한 위의 여러 견해에도 불구하고, 소년법의 보호필요성의 실질은 설명되지 않은 채로 남아 있다. 즉 여러 견해들은 비행반복의 위험성, 교정가능성, 보호상당성 등의 용어로 보호필요성을 대체했을 뿐이다. 보호필요성 개념은 보호처분을 과하는 국가형벌권의 편에 서서 비행의 위험성이나 가능성 등을 판단하거나 복지처분의 관념에서 보호처분의 본질을 보고 있을 뿐, 법치국가적으로 절제된 처분의 투입이라는 비판적 사고의 거점을 결여하고 있는 것으로 보인다.

이미 앞서 말한 대로 보호처분은 그 성격에서 비행소년(범죄소년, 촉법소년, 우범소년)에 대해 소년보호이념에 따라 행해지는 보안처분이고, 법질서 위반행위에 대해 사법절차를 거쳐 결정되는 사법적 처분이며, 국가형벌권에 의해 해당 소년에게 부과되는 강제처분이다. 따라서 보호처분이 법치국가원칙에 따른 심사와 제한으로부터 자유로울 수 없다는 점은 자명하다. 소년법 제32조를 법치국가적 제한 속에 두는 방법은 “필요가 있다고 인정하는 때”를 비례성원칙의 표현으로 보는 것이다.

보호필요성의 의미를 캐내기 위해 비행반복의 위험성, 교정가능성, 보호의 상당성이라는 병렬적 개념을 발전시키는 것보다는 비례성원칙의 단계적 심사를 통해 구체화시키는 것이 훨씬 합리적 해결책이 될 것이라 생각한다. 좀 더 구체적으로 말하자면, 소년법 제32조는 보호처분을 부과할 것인가를 결정하는 데에 그 보호처분이라는 수단이 소년법이 의도하는 환경의 조정 및 성행의 교정을 통한 소년의 건전한 육성에 적합하고 필요하고 균형적인 관계에 있는 것인지에 대한 심사를 요구하고 있다고 볼 수 있다. 즉 이것은 같은 목적을 달성할 수 있는, 침해가 더 적은 다른 적합한 수단이 있는 경우에는 소년법의 보호처분은 부과되지 말아야 한다는 점을 의미한다. 또한 이것이 필요성원칙을 반영한 제재 또는 처분의 보충성의 표현이라 본다면, 소년법 제32조 각 호의 보호처분도 각각의 처분이 동일한 등급이 아닌 보충성의 관련성 가운데 놓여 있다고 볼 수 있는 여지가 발생한다.

62) 견해의 소개는 김용우/최재천, 앞의 책, 577면.

IV. 비례성원칙의 관점에서 본 보호처분과 형벌

따라서 소년법 제32조의 “필요가 있다고 인정하는 때”라는 문언을 비례성원칙의 표현으로 보게 될 경우, 개별처분간의 투입우선순위와 대상에 대한 처분적합성의 측면에서 아래와 같은 이론구성이 시도될 수 있다.

1. 개별처분간의 비례성

환경의 조정, 성행의 교정, 건전한 육성 등의 같은 목적을 달성할 수 있는 적합한 다른 법률적 구제수단(대표적으로 청소년보호법이나 아동복지법의 구제수단)이 있는 경우에는 소년법의 보호처분의 부과는 제한되어야 한다. 이 점은 형법의 보충성의 표현이며, 필요성원칙의 심사에 따른 당연한 결과이다. 또한 소년법의 대상소년에 대해 더 적은 침해를 수반하는 보호처분을 통해서 동일한 결과 또는 더 나은 결과를 가져올 수 있다면, 그보다 더 큰 침해를 가져오는 보호처분을 부과하는 것은 제한되어야 한다. 더 나아가 각 처분으로 인해 침해되는 이익과 보호되는 이익 사이의 균형성 역시 대상소년의 희생한계 내에서 섬세하게 고려되어야 한다. 그리고 만약 보호처분이 지닌 처분의 강도가 단계화될 수 있는 경우라면 침해의 강도가 약한 제한으로 목적을 달성할 수 없는 경우에만 그 다음 등급의 강도를 지닌 처분이 요구된다고 보아야 한다.

이렇게 보면, 대상소년에게 경미한 침해를 동반하는 1호처분을 통해서도 소년의 개선 또는 교육목적을 달성할 수 있는 경우임에도 자유박탈처분인 6호 또는 7호처분을 과하는 것은 필요성원칙에 반한다. 이런 경우 침해되는 이익과 보호되는 이익 사이의 균형성심사는 불필요해진다. 마찬가지로 시설외처우 또는 중간처우인 2호, 3호, 4호처분에 대해 시설내처우인 6호, 7호처분은 보충적으로 투입되어야 한다. 즉 자유박탈을 수반하는 시설내처우인 소년원송치처분은 자유제한적인 다른 보호처분에 대해 최후수단의 의미를 가진다고 볼 수 있다. 따라서 소년원송치처분은 다른 시설외처우나 중간처우를 통해 소년법이 목적하는 바를 달성할 수 없다고 예측되고 판단될 때 비로소 투입될 수 있다. 더불어 4호처분과 5호처분은

처분의 성격상 소년법에 규정할 것이 아니라 그 제재적 성격을 제거하여 순수복지행정처분을 규정하고 있는 법영역에 편입시키는 것이 타당할 것이다. 이렇게 본다면 소년형벌이 다른 모든 보호처분에 대해 최후수단의 의미를 가져야 함은 당연하다,

2. 대상에 대한 처분적합성과 비례성

소년법의 대상소년 가운데 우범소년이나 촉범소년에 대한 보호처분의 부과 또한 비례성원칙의 관점에서 보면 그 정당성이 의문스럽다.⁶³⁾ 보호처분을 보안처분의 일종으로 보는 이상, 보호처분은 보안처분의 일반적 부과요건을 충족시켜야 한다.⁶⁴⁾ 즉 보안처분의 부과하기 위해서는 우선 원인이 되는 범죄행위가 있어야 하고, 이러한 원인행위로부터 예상되는 장래의 중대한 범죄행위에 대한 위험성이 있어야 한다. 범죄의 위험성을 판단하는 데에는 예측의 문제가 중요하지만, 여기에는 예측의 불확실성이라는 위험성이 언제나 존재한다. 이러한 예측의 불확실성은 입법에 의한 정형화와 규범원칙, 다시 말해 비례성원칙에 의한 정형화에 의해 상쇄되어야만 해당 보안처분은 그 정당성이 확보될 수 있다.⁶⁵⁾ 비례성원칙에 따라 보안처분은 과거의 원인행위와 장래에 중대한 범죄를 저지를 수도 있다는 개연성 사이의 균형관계를 당사자의 희생한계의 관점에서 균형적일 수 있는지를 심사해야 한다.

범죄소년과 달리 우범소년은 아직 범죄행위에도 이르지 못한 지위비행자(status offender)에 불과한 소년들이다. 과거의 원인행위도 없으며, 그렇기 때문에 원인행위로부터 예상되는 장래의 중대한 범죄행위에 대한 위험성도 예측될 수 없다. 우범성은 현행 보안처분이 규정하고 있는 ‘재범의 위험성’보다 더 광범위하고 추상적 개념이어서⁶⁶⁾ 소년의 비행성에 대한

63) 연령별 분포를 보아도 이미 현실적으로 우범소년에 대한 보호처분은 거의 없고, 14세 미만의 보호소년은 거의 촉범소년, 14세 이상 19세까지의 보호소년은 범죄소년이 대부분을 차지한다(최종식, 앞의 글, 101면).

64) 특히 배종대, 형사정책(제5전정판), 2003, 76/5 이하 참조.

65) 배종대, 앞의 책, 76/5.

66) 현행 우범사유는 정당한 감독, 정당한 이유, 범죄성이 있는 자, 부도덕한 자, 덕성을 해롭게 하는 등의 개념일변도로 구성되어 법률문언으로부터 일정한 의미를 도출해내기

객관적 예측에 따른 과학적 처우와는 관련점을 찾아볼 수 없기 때문이다. 우범소년은 복지와 배려의 대상일 뿐 소년법이 추구하는 목적을 달성하기 위한 보호처분의 부과대상이라고 볼 수 없다. 우범소년에 대해 부과되는 보호처분은 명백하게 적합하지 않은 수단이라고 볼 수밖에 없다. 우범소년에 부과되는 보호처분이 동일한 목적을 달성할 수 있는 적합한 수단이라고 하더라도, 최소침해를 동반하는 다른 복지처분들이 있으므로 필요성 원칙에 반한다. 우범소년규정은 소년보호와 육성을 빌미로 한 형사적 제재의 과잉투입에 불과하다. 이러한 반비례적인 우범소년규정은 — 입법론적인 관점에서 보아 촉범소년도⁶⁷⁾ — 소년법의 대상소년에서 삭제되는 것이 마땅하다.

V. 맺음말

소년법의 수단이 복지처분의 성격을 띠는 것은 소년법이 소년의 보호와 육성을 목적으로 하기 때문에 나타나는 정당하고도 원칙적인 기본속성일 뿐, 그 자체가 성격이나 목적이 될 수 없다. 복지증진과 학교교육은 아동복지법(또는 청소년보호법)과 교육법의 목적일 뿐이며, 그것은 소년정책 일반의 과제이다. 소년법은 소년법에 할당된 정당한 몫의 육성에 지향되어 있을 뿐이다(소년정책에 대한 소년법과 소년형사정책의 단편성).

현행 소년법은 행위자형법이며, 소년보호이념을 표방하고 있고, 그 내용 가운데는 소년의 보호뿐만 아니라 교육과 육성도 들어있다. 그렇기 때문에 그 형벌 역시 소년의 건전한 육성을 목적으로 할 때에만 소년법도 특별형법으로서 정당성을 확보할 수 있다. 소년형벌과 함께 비행소년에 대한 제재수단으로 규정되어 있는 보호처분은 특별예방적 목적처분으로 그 보호처분 역시 소년의 건전한 육성이라는 목적규정에 구속되어야 할

어렵다. 이미 죄형법정주의에 반하는 규정이 아닐 수 없다.

67) 우리 소년법과 유사한 법제를 지닌 일본 소년법에서는 촉범소년에 대해 아동복지법을 우선 적용하는 규정을 두고 있어서, 1차적으로 都道府縣知事 또는 아동상담소의 관할이 되고, 가정재판소는 이들 기관으로부터 송치를 받았을 때에만 심판할 수 있게 되어 있다.

것이다. 형벌과 보호처분은 그것이 교육 또는 보호를 지향하는 경우라 할 지라도 건전한 육성과 보호라는 관점에서 대상소년에게 도움이 되지 않거나 필요하지 않다고 판단될 때에는 다른 수단으로 대체되어야 한다. 소년 형벌은 범죄행위의 정도가 중대한 경우에만 고려되어야 하며(행위책임의 부분적 고려와 형벌의 보충성),⁶⁸⁾ 그런 경우에도 교육적 목적에 맞는 형태와 내용을 갖추어야만 한다.

소년사법제도가 청소년복지의 증진을 중요한 목적으로 하고 있다 하더라도, 청소년범죄자에 대한 모든 조치는 범죄소년과 범죄행위 양자의 정황과 균형을 이루도록 해야 한다. 소년범죄자들의 복지 또는 교육을 겨냥한 대응책들이 필요한 정도를 넘어서게 될 경우에는 오히려 보호를 빌미로 한 기본권침해로 나타날 수 있으며, 그 때문에 비례성원칙이 준수되어야 할 필요가 있는 것이다.⁶⁹⁾

참고문헌

- 강봉수, 소년법개정에 있어서의 문제점 II, 청소년범죄연구, 제5집, 1987.
 계희열, 헌법학(중), 보정판, 박영사, 2002.
 김기두, 소년법상의 제반 문제점과 개정방향, 청소년범죄연구, 제3집, 1985.
 김남진/김연태, 행정법 I(제8판), 법문사, 2004.
 김동림, 소년법, 화성사, 2000.
 김영란, 개정소년법에 대한 일고, 청소년범죄연구, 제7집, 1989.
 김용우/최재천, 형사정책, 박영사, 1998.
 김일수/서보학, 형법총론(제9판), 박영사, 2002.
 김종원, 보호처분의 다양화 및 시행방안, 청소년범죄연구, 제4집, 1985.
 레르헤, 기본권의 한계, 법치국가의 기초이론(허영 번역), 박영사, 1996.

68) 독일 소년법원법 제5조 및 제17조는 교육처분과 훈육징계처분 그리고 소년형벌 사이의 보충성과 비례성에 대해 규정하고 있다. 자세한 것은 Streng, Jugendstrafrecht, 2003, § 8 Rn. 2 ff. 참조.

69) “소년사법의 운용을 위한 유엔최소표준규칙(북경규칙)”의 rule 5와 commentary 참조.

- 민학기, 소년보호제도 개선방안, 소년법연구, 창간호, 2002.
- 박상기, 형법총론(제5판), 박영사, 2002.
- 박재윤, 형사법강좌 II(형법총론 하), 한국형사법학회편, 박영사, 1985.
- 배종대, 보안처분과 비례성원칙, 법치국가와 형법(김일수/배종대 편), 세창출판사, 1998.
- 배종대, 형법총론(제7판), 홍문사, 2004.
- 배종대, 형사정책(제5전정판), 2003.
- 서정옥, 소년원 수용기간의 재검토, 청소년범죄연구, 제4집, 1986.
- 소순무, 각국의 소년법제와 우리 제도의 개선방안, 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제18집, 법원행정처, 1983.
- 신진규, 우범소년의 처리실태와 선도방안, 청소년범죄연구, 제5집, 1987.
- 양삼승, 과잉금지의 원칙 - 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로, 헌법논총, 제1권, 1990.
- 양승균, 우리나라 소년법상의 보호처분에 관한 연구, 검찰, 제3집, 1982.
- 오선주, 소년심판과 소년보호, 청주대학교 법학논집, 제7집, 1993.
- 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002.
- 오행남, 소년법에 대한 보호처분의 연구, 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제18집, 법원행정처, 1983.
- 유진식, 소년법, 육법사, 1982.
- 윤재윤, 소년보호처분의 본질·요건·효력과 그 현황, 판례월보, 제181호, 판례월보사, 1985.
- 이부하, 비례성원칙과 과소보호금지원칙, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007.
- 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2003.
- 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002.
- 장영수, 헌법총론, 홍문사, 2002.
- 최종식, 소년법상 보호처분에 관한 일고찰, 강원법학, 제7권, 1995.
- 한국형사정책연구원, 소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구, 1995.
- 헛세(저)/계희열(역), 통일 독일헌법원론(제20판), 박영사, 2001.
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002.
- 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1995.

Bae, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, 1985.

Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981.

M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, 1985.

Nothacker, Erziehungsvorrang und Gesetzesauslegung im Jugendgerichtsgesetz, 1985.

Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, 1997.

Streng, Jugendstrafrecht, 2003.

210 형사정책연구 제18권 제4호(통권 제72호, 2007 · 겨울호)

The principle of proportionality and the juvenile court dispositions

Jung, Hee Cheol

(Professor, Catholic University of Daegu)

This essay focuses upon the interpretation of the provision of juvenile law and analyse the possibility of application of the principle of proportionality in the juvenile court dispositions.

The juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence.

The provision of our juvenile law, “in necessity of”, may be translated into “be in proportion to”. The principle of proportionality is well-known as an instrument for curbing punitive sanctions, mostly expressed in terms of just deserts in relation to the gravity of the offence. The response to young offenders should be based on the consideration not only of the gravity of the offence but also of personal circumstances. The individual circumstances of the offender should influence the proportionality of the reactions.

By the same token, reactions aiming to ensure the welfare of the young offender may go beyond necessity and therefore infringe upon the fundamental rights of the young individual, as has been observed in some juvenile justice systems. The proportionality of the reaction to the circumstances of the both the offender and the offence, including the victims, should be safeguarded. New and innovative types of reactions are as desirable as precautions against any undue widening of the net of formal social control over juveniles.

The juvenile court disposition shall be guided by following principles. first, the reaction of taken shall always be in proportion not

only to the circumstances and the gravity of the offence but also to the circumstances and the needs of the juvenile as well as to the needs of the society. Secondly, restrictions on the personal liberty of the juvenile shall be imposed only after careful consideration and shall be limited to the possible minimum. Thirdly, deprivation of personal liberty shall not be imposed unless the juvenile is adjudicated of a serious act involving violence against another person or of persistence in committing other serious offences and unless there is no other appropriate response.

주제어 : 보호처분, 비례성원칙, 보안처분, 과잉금지, 교육/형벌

Keywords : Juvenile court dispositions, Verhältnismäßigkeitsprinzip,
Principle of proportionality, Maßregeln der Besserung und
Sicherung, Übermaßverbot, Erziehung/Strafe