

개정소년법의 과제와 전망

오 영 근*

국문요약

2007년 12월 개정된 소년법의 주요 개정내용은 소년사법에 균형적 혹은 회복적 사법을 도입하고, 수사단계에서의 다이버전을 확대하고, 보호처분을 다양화·내실화하였고, 소년사건의 대상이 되는 소년연령과 촉범소년과 우범소년의 연령을 인하하였고, 소년법의 인권보장을 강화하기 위한 규정을 마련한 것 등이다.

소년법개정에서 가장 중요한 목적은 문제소년에 대해 조기에 개입함으로써 소년의 비행을 예방하고, 소년사법에서 소년보호의 이념을 좀더 충실하게 실천하기 위해 소년사법의 전문화·과학화를 기하는 것이라고 할 수 있다.

개정소년법이 촉범소년이나 우범소년의 연령을 낮춘 것은 비행의 초기단계에서 형사제재를 과하려 하기 보다는 비행의 초기 단계에서 교육적·복지적 처분을 함으로써 비행성의 고착화와 이로 인한 범죄소년 혹은 성인범죄인으로의 전락을 미리 예방하자는 것이라고 할 수 있다. 이를 위해서는 보호처분을 형사제재가 아닌 복지적 처분·교육적 성격의 처분으로 전환할 필요가 있다.

현재 소년사법제도의 가장 큰 문제점은 소년사법제도에서의 결정이 주로 소년사법에 대한 비전문가에 의해 이루어지고, 소년사법의 전문가들은 그 결정에 충분히 참여하거나 결정권한을 갖지 못하는 것이라고 할 수 있다. 소년사법의 전문화를 위해서는 순환보직이 아니라 진정한 의미에서의 소년전담 법관이나 소년 전담검사, 소년전담 경찰관, 소년전담 정책관 제도들이 도입되어야 한다.

* 한양대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

“소년법은 성인법과 달리 개선가능성이 높다”, “소년범죄는 에피소드적 성격을 지닌다”는 관념은 형사정책 그 중에서도 교정주의 형사정책을 지지해 주는 가장 중요한 근거라고 할 수 있다. 이 때문에 문명국가에서는 성인 형사사법과 다른 형태의 소년사법을 인정하고 그 대상이나 내용도 성인 형사사법과는 달리하고 있다. 소년법이 성인법보다 개선가능성이 높다는 것은 과학적·실증적 근거가 존재하기도 하지만, 이러한 과학적 근거가 충분하지 않다 하더라도 소년법을 성인법과 달리 취급해야 한다는 것은 설득력있는 명제로 정착되었다.

소년법이 증가하거나 충격적인 사건이 발생할 때에는 이러한 명제가 흔들리는 때도 있고, 이것이 소년사법과 이를 규율하고 있는 소년법에 반영되기도 한다. 일본의 경우 몇몇 엽기적인 소년범죄가 발생하자, 언론과 정치권이 합세하여 소년범죄에 대한 강경대응책을 주장하였고, 이로 인해 소년법이 개정되기도 하였다.¹⁾ 그러나 우리나라에서 소년법에 대해 강경대응정책을 주장하는 목소리는 높지 않다. 우리나라에서 최근 10여년동안 엽기적인 소년범죄가 발생하지 않았다는 것과 소년법이 양적으로 감소하고 있는 것이 중요한 이유라고 할 수도 있을 것이다. 충격적인 성인범죄가 발생하면 언론이나 일부 시민단체 등은 강력한 처벌로의 법개정을 주장하고, 정치권은 이러한 여론을 무마하기 위해 별 실효성 없는 법개정을 하곤 한다. 이것과 비교할 때, 우리나라에서도 보기에 따라서는 충격적인 소년범죄가 종종 발생함에도 불구하고, 소년법에 대한 강경대책을 주장하는 목소리가 높지 않은 것은 흥미있는 일이라고 할 수 있다.²⁾

1) 일본의 경우 1997년 14세의 중학생이 칼과 쇠파이프 등으로 초등학교 2명을 살해하고 3명을 상해한 소위 ‘고베연속아동살상사건’이 발생하였다. 범인인 소년은 잔혹한 범행수법을 사용하고 사체를 절단하여 피해소년의 잘린 머리를 성명문 형태의 메시지와 함께 시내의 한 중학교 정문 앞에 놓아두고, 지역신문사에 항의서한을 보내는 등 기괴한 행각을 벌였다. 당시의 일본 소년법에 의하면 14세의 소년에 대해서는 보호처분만 할 수 있고, 형사처분은 할 수 없도록 규정하고 있었으나, 나이가 어린 소년이라도 엄중하게 처벌해야 한다는 여론을 반영하여 2000년 소년법개정이 이루어졌다. 이 개정을 통해 형사처분 연령이 16세에서 14세로 인하되었다. 최근 일본의 소년법개정에 대해서는 이 동희, “일본의 소년사법제도와 그 운용상황”, 형사실무연구회 발표논문, 2007. 8.

2) 이러한 현상의 정확한 이유를 알아내는 것도 우리 소년사법의 운용과 앞으로의 소년법

소년법의 개정과정에서 최근의 소년범죄에 동향에 대한 실태파악과 그에 대한 평가에 따라 개정의 기본방향이 정해질 수 있다. 공식통계에 의하면, 최근 10년간 소년사건의 수는 거의 절반 이상 줄어들어 양적으로는 기존의 소년사법이 소년사건에 효율적으로 대처하였고, 이에 따라 굳이 소년법을 개정할 필요가 없다는 주장도 가능하다. 그러나 재범율이 30% 이상을 유지하고 있고³⁾, 소년법 중 촉범소년의 비율이 증가하고 있고,⁴⁾ 범죄가 흉포화되고 있어⁵⁾ 질적인 측면에서는 소년법 개정을 통한 소년사법의 변화가 필요하다고 하는 지적이 있었다.

소년범죄의 질적 심각성을 인정하면서도, 학계나 실무계의 지배적인 의견은 소년법에 대해 처벌을 강화하기 보다는 소년의 비행성을 교정하고, 비행환경으로부터의 보호 등을 강조하였다. 따라서 소년법개정 과정에서도 소년보호이념을 더욱 강화해야 한다는 데에 별 이견이 없었다고 할 수 있다, 아울러 소년보호이념을 실현하기 위한 또 하나의 이념으로서의 국친주의로 인해 소년들이 성인범보다 불리한 처우를 받는 문제점이 있다면, 국친주의와 적법절차의 원칙을 적절하게 조정하여 이를 해결해야 한다는 주장이 있었고,⁶⁾ 최근 3 - 4년 사이에 소년의 효과적인 개선·교육을 위해서는 회복적 사법을 도입해야 한다는 새로운 주장이 학계나 실무계에서 등장하였다.⁷⁾ 개정위원회는 이러한 의견과 주장들을 반영하는 것

의 개정에 중요한 참고자료가 될 수 있으리라 생각된다.

- 3) 대검찰청 범죄분석에 의하면, 2001년에서 2005년까지 소년범죄 중 재범율은 30 - 36% 정도에서 등락을 반복하고 있다.
- 4) 법원행정처 사법연감에 의하면, 소년사건 중 촉범소년이 차지하는 비율은 2000년 16.1%에서 2005년에는 21.4%로 증가하였다.
- 5) 대검찰청 범죄분석에 의하면, 2001에서 2005년까지 소년범죄 중 살인, 강도, 강간, 절도, 폭력행위 등의 비율은 약 60%에 가깝다.
- 6) 강영호, “소년심판절차상의 적법절차의 보장”, 청소년범죄연구, 제5집, 1987, 109-129면;; 오영근/최병각, 소년사건처리절차의 개선 방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995; 김용우, 소년사건처리절차의 문제점, 국회도서관 입법조사분석실, 1998; 원혜옥, “적정한 소년사건처리절차의 보장”, 형사정책, 제11호, 1999, 353-371면 등.
- 7) 이에 대해서는, George Mousourakis, “청소년범죄자들을 대상으로 한 회복적 사법협의체”, 피해자학연구, 제13권 제2호, 2005, 111-138면; 황지태, 회복적 소년사법 조정실무가 실행지침, 한국형사정책연구원, 2006; 김은경, 학교폭력 대응방안으로서 회복적 소년사법 실험연구 I, 한국형사정책연구원, 2006; 이호중, “한국의 형사사법과 회복적 사법 : 과거, 현재, 그리고 미래”, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007, 297-338면, 이승호, “회복적 사법과 우리나라의 형사제체체계”, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007, 339-358면; 이진국, “범죄피해자와 회복적 사법”, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007, 359-386면

으로 개정의 기본방향을 정했다. 다시 말해 2005년 12월에 시작된 소년법 개정작업에서 가장 중요한 관심사는 위와 같은 학계와 실무계의 의견을 최대한 그리고 효율적으로 반영하는 것이었다고 할 수 있다.

II. 개정의 과정과 주요내용

1. 소년법의 개정과정

법무부는 1988년 소년법의 전면개정 이후 꾸준히 제기되어 온 소년법의 문제점을 해결하고 시대환경에 맞도록 소년법의 내용을 갖추도록 하기 위해 2005년 12월 ‘소년법개정특별분과위원회’(이하 ‘개정위원회’라 한다)를 구성하여 소년법개정작업에 착수하였다. 개정위원회는 위원장 포함 8명의 위원으로 구성되었는데, 교수 3명, 법무부 및 대검찰청 소속의 검사 각 1명, 합계 2명, 소년부판사 1명, 변호사 1명, 시민단체 대표 1명이었다. 위원회의 구성에서 한가지 아쉬운 점이 있다면 일선에서 소년사건을 다루는 경찰이나 소년보호직 공무원 또는 보호관찰직 공무원이 위원으로 참여하지 못하였다는 점이다.

개정작업의 일정과 관련하여 개정위원들은 충분한 시간을 두고 각계의 의견을 수렴하여 개정안을 마련하고, 개정안을 마련한 이후에도 개정안에 대한 충분한 검토를 거쳐 법률안을 제출할 것을 희망하였다. 그러나 항상 그렇듯이 시간상의 제약, 예산 및 인력의 부족 등 현실적 여건으로 인해 이러한 희망사항이 충족되기는 어려웠다. 법무부 보호국(현재에는 범죄예방정책국)의 담당자들이 바뀌면서 개정작업의 일정에 대한 방침이 바뀌고, 이에 따라 개정작업도 속도를 내게 되었다. 이후 개정안에 대한 공청회 및 개정법률안의 국회제출과 국회통과도 매우 신속하게 이루어졌다.

2. 소년법 개정의 쟁점

개정위원회는 9차에 걸친 회의를 통해 7가지의 중요 쟁점별로 전문가 등 다수의 단행본과 논문이 있다.

를 초빙하여 의견을 청취하고, 기존의 연구논문을 분석하여 개정작업을 수행하였다. 개정위원회에서 개개의 쟁점에 대해 직접 연구를 하고, 이 연구성과를 토대로 하여 개정작업을 진행하는 것이 가장 바람직하겠지만, 이는 연구인력과 예산의 부족으로 처음부터 불가능한 일이라고 할 수 있다. 그러나 단순히 개정위원들의 구두회의만에 의해서가 아니라,⁸⁾ 비록 일부 쟁점에 대한 것이기는 하지만 개정위원이 직접 연구한 결과와 전문가들의 의견청취 및 기존의 연구논문에 대한 분석을 기초로 하여 개정작업이 이루어진 것은 그나마 다행이라고 생각된다.

개정위원회 초기에 소년법개정에서 주요하게 다룰 사항들로 선정한 것은 다음과 같다.

첫째, 소년사법에 균형적 혹은 회복적 사법의 도입 여부이다.

둘째, 수사단계에서의 다이버전의 확대 방안이다.

셋째, 보호처분의 다양화·내실화 방안이다

넷째, 검사선의(심)주의를 존치할 것인가 아니면 법원선의주의로의 전환할 것인가의 여부이다.

다섯째, 보호사건의 대상의 조정이다. 소년연령 상한의 인하나 촉범소년이나 우범소년 연령 하한의 인하문제 등이다.

여섯째, 소년법의 인권보장을 강화하기 위한 규정의 마련이다.

일곱째, 소년법에 청소년 비행예방에 관한 기본규정의 신설 여부이다.

위의 일곱 가지 쟁점 이외에 개정작업을 진행해 나가면서 새로운 쟁점들을 발굴하기로 하였으나, 이후 개정작업이 생각보다 신속하게 진행되었고, 개정위원들의 관심 및 능력 부족, 홍보의 미비로 인한 학계나 실무계의 참여유도의 부족으로 인해 더 이상 제시된 쟁점들은 없었다. 개정위원회의 회의도 보호사건의 대상 문제가 두 번째로 다루어진 것을 빼면, 위의 순서에 따른 쟁점을 논의하는 방식으로 진행되었다. 위의 순서는 중요성 정도에 따라 정해진 것은 아니고 논의의 편의를 위해 정해진 것이다.

8) 대부분의 정부위원회에서는 쟁점 전반에 대한 전문지식은 갖지 못하고, 자신의 활동분야에만 전문지식과 관심이 있는 위원들이 있게 마련이다. 이러한 위원들을 개정위원으로 참가시켜야 하는지 아니면 개정안에 대한 의견진술의 기회를 주는 것으로 족한지는 앞으로의 개정위원회의 구성이나 운영에 있어서 신중히 검토해 보아야 할 사항이다.

3. 개정법의 주요내용

가. 회복적 사법의 도입

개정소년법은 제25조의3은 소년보호사건의 경우 판사가 소년에게 피해자와의 화해를 권고할 수 있고, 화해가 되었을 경우 보호처분의 결정에 이를 참작할 수 있도록 함으로써 회복적 사법을 도입하였다.⁹⁾ 개정 소년법이 회복적 사법을 도입한 것은 피해자보호라는 측면과 함께, 피해자와 가해자 사이의 화해, 조정 등을 통해 가해소년의 교정이라는 목적을 달성하는 데에 효과적이라는 판단에 의한 것이다. 그러나 전자보다는 후자에 더 중점이 놓여졌다고 할 수 있다. 제25조의3 제1항에서 ‘피해자보호 및 소년의 성행교정’이라고 표현하지 않고, ‘소년의 성행교정 및 피해자보호’라고 규정하고 있는 것도 이 때문이다.

회복적 사법을 도입한 것은 회복적 사법이 소년사건에서 먼저 도입되고, 또 효과적으로 운용되고 있는 외국의 예를 참고한 것이다. 그러나 외국에서 효과적으로 운용되고 있다는 사실이 우리나라에도 그대로 적용된다는 보장은 없다. 화해권고와 같은 회복적 사법이 효과적으로 운용되기 위해서는 화해절차의 담당자, 절차, 내용 등 여러 가지 인적, 물적 자원이 갖춰져야 한다. 이러한 자원이 별로 갖춰지지 않은 상태임에도 불구하고 화해권고를 규정한 것은 새로운 형태로 소년사법이 변화될 수 있는 가능성을 제공하기 위한 것이라고 할 수 있다.

나. 소년사건 대상의 조정

개정과정에서 가장 논란이 되었던 부분은 소년사건의 대상문제였다고 할 수 있다. 여기에서는 소년연령 상한의 인하 문제, 우범소년 규정의 폐지문제, 촉법소년과 우범소년 연령 하한의 인하 문제가 논의되었다.

9) 제25조의3(화해권고) ① 소년부판사는 소년의 성행교정 및 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 소년에 대하여 피해변상 등 피해자와의 화해를 권고할 수 있다. ② 소년부판사는 제1항의 화해를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 기일을 지정하여 소년, 보호자, 참고인을 소환할 수 있다. ③ 소년부판사는 소년이 피해자와 화해하였을 경우 보호처분 결정 시 이를 참작할 수 있다.

개정위원회는 우범소년 규정을 폐지하지 않기로 하였다. 연령 문제와 관련하여서는, 제2조에서 “이 법에서 ‘소년’이란 19세 미만인 자를 말하며”라고 하고, 제4조 제2호와 제3호에서 각각 “형벌 법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만인 소년”, “그의 성격이나 환경에 비추어 앞으로 형벌 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 10세 이상인 소년”이라고 규정하였다. 이는 소년의 상한 연령을 종전 20세에서 19세로 낮추고, 촉법소년과 우범소년의 하한 연령을 종전 12세에서 10세로 낮춘 것이다.

1) 소년연령 상한의 인하

소년연령 상한을 20세에서 19세로 낮추는 것에 대해 찬성론과 반대론이 있었다.

반대론의 가장 주요한 논거는 i) 소년연령을 낮추는 것이 소년법에 대한 형사처벌의 강화를 의미할 수 있는데, 이는 바람직하지 않고, ii) 소년사건의 대상을 독일에서는 21세 미만, 일본에서는 20세 미만이라고 규정하고 있는 것과 비교할 때 굳이 우리나라에서 19세로 낮출 필요가 없다는 것 등이었다.

찬성론에서는 I) 만19세는 이미 대학생이 되는 연령으로서 이미 사회적으로도 성인으로 취급받고 있고, ii) 오늘날의 소년들은 과거에 비해 정신적·육체적 발육의 상태가 빨라졌고, iii) 서울가정법원 가사제도개혁위원회의 공식입장도 19세로 인하하는 것이고, iv) 영미에서는 18세 미만 등으로 규정하기도 한다는 것 등을 근거로 제시하였다.

2) 우범소년 규정의 존치

우범소년 규정을 존치할 것인가에 대해서도 찬반론이 엇갈렸다.¹⁰⁾

폐지론은 i) 비행이나 범죄의 위험성이 있다고 하여 형사제제의 일종인 보호처분을 과하는 것은 과잉금지원칙에 반하고, ii) 현실적으로도 우

10) 이에 대해서는, 원혜옥, “소년비행 예방을 위한 입법정책: 우범소년에 대한 규정을 중심으로”, 형사정책, 제18권 제2호, 2006, 375-398면; 송광섭, “우범소년의 우범사유와 우범성”, 한일형사법의 과제와 전망(이한교 교수 정년기념논문집), 화성사, 2000, 485-504면; 최종식, “소년법상 우범소년에 관한 연구”, 강원법학, 제8권, 1996, 457-474면.

범소년으로 문제되는 예가 많지 않고, 우범소년으로 문제되는 경우도 사실은 촉범소년이라고 할 수 있고, iii) 우범소년에 대해서는 형사제재로서의 보호처분이 아닌 복지적 처분을 해야 하고, iv) 법원의 소년법 개정안은 우범소년을 삭제하는 것으로 되어있다는 것 등을 근거로 제시하였다.

존치론은 i) 소년법은 범죄나 비행 예방하는 기능도 수행해야 하는데 이를 위해서는 범죄나 비행의 위험성이 높은 소년에 대해서도 보호처분을 해야 할 필요가 있고, ii) 우범소년에 대한 처우를 규정하고 있는 다른 법률이 없는 상태에서 우범소년 규정을 폐지할 경우에는 이들에 대해 법적 개입을 할 수 있는 여지가 모두 사라진다는 것 등을 근거로 제시하였다.

우범소년 규정의 존치여부에 대해서는 견해가 갈렸지만, 우범소년 규정을 존치한다면 그 내용을 구체화하여야 한다는 데에는 의견이 일치하였다. 결국 개정위원회에서는 우범소년 규정을 존치하되 우범사유를 좀더 구체적으로 규정하기로 하였다.¹¹⁾

나. 촉범소년 · 우범소년 연령 하한의 인하

1) 촉범소년 연령

촉범소년과 우범소년의 하한연령을 10세로 낮추는 것에 대해서는 소년 연령 상한의 인하 문제보다 좀더 많은 논란이 있었다.

촉범소년의 연령 인하를 찬성하는 입장에서는 i) 초등학교의 학교폭력 등에서 보듯이 소년비행의 저연령화되고 있으므로¹²⁾ 이에 대한 대책을 마련해야 할 필요가 있고, ii) 비행연령이 낮을수록 성인범죄인으로 될 가능성이 높으므로 비행을 조기발견하고 비행소년을 조기에 처우해야 할 필요가 있고, iii) 소년의 정신적 · 육체적 발육의 정도가 이전보다 더 빨라졌

11) 개정소년법 제4조 제3호. 다음 각 목에 해당하는 사유가 있고 그의 성격이나 환경에 비추어 앞으로 형벌 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 10세 이상인 소년, 가) 집단적으로 몰려다니며 주위 사람들에게 불안감을 조성하는 성벽(性癖)이 있는 것, 나) 정당한 이유 없이 가출하는 것, 다) 술을 마시고 소란을 피우거나 유해환경에 접하는 성벽이 있는 것

12) 초등학생 학교폭력 피해율은 2001년 8.5%, 2002년 13.7%, 2003년 17.5%, 2006년 17.8% 등으로 계속 증가하고 있다고 한다. 원혜옥, “법무부 소년법개정안의 개요”, 법무부, 소년법개정 공청회 자료집, 2007.

다는 것 등을 근거로 제시하였다. 반대하는 입장에서는 i) 보호처분의 확대는 형사제재의 확대를 의미하고 ii) 보호처분도 형사제재의 일종이므로 공연히 낙인효과만 높일 수 있으므로, 복지적 처분을 하는 것이 바람직하고, iii) 현재의 소년사법제도에서 소년을 조기처우를 할 수 있는 기반이 갖춰지지 못하였다는 것 등을 근거로 제시하였다.

다수의견은 촉범소년의 연령 하한의 인하를 찬성하였지만, 반대의견이 지적하는 대로 소년사법제도에서 비행소년에 대해 효과적으로 조기처우를 할 수 있는 방안을 마련하고, 조기처우에 따른 낙인효과를 방지할 수 있는 대책 마련이 필요하다는 데에는 의견이 일치하였다.

2) 우범소년 연령 하한의 인하

개정위원회에서 우범소년 규정을 존치할 경우 촉범소년과 같이 연령 하한을 10세로 인하할 것인가가 문제되었다.

반대론은 i) 우범소년을 존치하는 것 자체에도 문제가 있는데 우범소년의 연령 하한을 인하하여 우범소년의 범위를 확대하는 것은 바람직하지 않고, ii) 현실적으로도 우범소년이 별로 문제되지 않으므로 그 범위를 확대할 필요는 없다는 것 등을 근거로 제시하였다. 이에 대해 촉범소년의 연령 하한을 인하하는 취지와 같이 우범소년의 연령 하한도 인하하여야 한다고 하였다.

개정위원회에서는 우범소년의 연령 하한은 인하하지 않기로 하였으나, 법률안의 국회심의과정에서 우범소년의 연령하한도 10세로 인하되었다.

다. 수사절차에서의 다이버전 확대

1) 쟁 점

개정소년법 이전의 수사단계에서의 다이버전이라고 할 수 있는 것으로서 훈방, 기소유예, 선도조건부 기소유예를 들 수 있다. 훈방과 단순기소유예는 단순 다이버전이라고 할 수 있고, 선도조건부 기소유예는 개입형 다이버전이라고 할 수 있다. 단순 다이버전은 범죄를 저지른 소년을 아무

런 감독이나 원호 대책없이 사회에 그대로 복귀시키는 것은 범죄환경으로의 귀환을 의미하기 때문에 재범방지에 취약하다는 문제점이 있다. 이 때문에 검찰에서는 선도조건부 기소유예제도를 활용하고 있었으나, 이에 대해서는 법적 근거가 없다는 비판이 있었다. 한편 경찰단계의 다이버전인 훈방에 대해서는 역시 법적 근거가 없다는 지적과, 단순훈방이 아닌 선도조건부 훈방제도를 신설해야 한다는 주장이 있었다.

개정소년법은 경찰의 훈방이나 선도조건부 훈방에 대해서는 규정하지 않고, 검사의 선도조건부 기소유예에 관한 근거규정만을 두었다.

2) 선도조건부 기소유예에 대한 근거규정 마련

선도조건부 기소유예 제도에 대해서는, 선도조건부 기소유예도 일종의 형사제재나 부담이라고 할 수 있는데, i) 이를 법관이 아닌 검사가 부과하여 위헌 문제가 있고, ii) 법률상 근거없이 시행되고 있다는 비판이 제기되었다. 그러나 이러한 비판에도 불구하고 선도조건부 기소유예가 실질적으로 소년에게 유리한 결과를 가져오고, 낙인효과를 방지하기 위해 그 필요성도 인정되고, 소년의 동의를 요하고, 이미 널리 시행되고 있다는 이유로 선도조건부 기소유예제도 자체를 폐지하자는 주장은 별로 없었다.¹³⁾ 따라서 개정위원회는 위헌성여부에 관한 문제는 여전히 남아있더라도 선도조건부 기소유예를 폐지하기 보다는 존치시키고, 개정 소년법에 그 근거를 두기로 하였다.

그리하여 개정법 제49조의3은 검사의 선도조건부 기소유예제도에 대한 근거규정을 두고, 선도조건이 아닌 다른 형태의 조건부 기소유예제도의 근거를 마련하기 위해 제목을 조건부 기소유예로 하였다¹⁴⁾. 개정위원회에서

13) 박재윤, “선도조건부 기소유예제도 : 한독간의 비교 연구”, 국민대학교 법학논총, 제9집, 1997, 37-66면; 오영근/최병각, 선도조건부기소유예제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994; 임안식, “보호관찰제도와 선도조건부 기소유예제도”, 형사정책연구소식, 제12호, 1992, 18-27면; 신동운, “다이버전운동과 선도조건부 기소유예”, 형사정책, 제2호, 1987, 5-14면.

14) 제49조의3 (조건부 기소유예) 검사는 피의자에 대하여 다음 각 호에 해당하는 선도(善導)등을 받게 하고, 피의사건에 대한 공소를 제기하지 아니할 수 있다. 이 경우 소년과 소년의 친권자·후견인 등 법정대리인의 동의를 받아야 한다. 1. 범죄예방자원봉사위원의 선도 2. 소년의 선도·교육과 관련된 단체·시설에서의 상담·교육·활동 등.

는 소년원생 수용자의 감소에 따라 소년원·소년분류심사원에서의 특별교육도 규정하기로 하였으나, 국회의 논의과정에서 삭제되었다. 소년원·소년분류심사원에서의 특별교육이 개정소년법 제49조의3 제2호에 해당될 수 있을 것인가 논란이 있을 수 있겠지만, 긍정해도 무방할 것이다.

3) 경찰 훈방과 선도조건부 훈방의 근거규정 신설 문제

단순훈방과 선도조건부 훈방에 대한 근거규정을 신설할 것인가에 대해서도 논란이 있었다. 경찰에서는 이를 강력히 주장하고 있고, 특별법의 입법도 추진하고 있다.¹⁵⁾ 개정위원회에서도 낙인효과를 방지하기 위해서는 절차의 초기단계에서 다이버전을 하는 것이 필요하기 때문에 경찰의 훈방과 선도조건부 훈방을 규정하는 것이 바람직하다고 의견이 있었다.

그러나 검찰에서는 경찰의 훈방과 선도조건부 훈방을 규정하는 것이 일반 형사소송법상 사건의 종결권을 검사에게 인정하는 것과 모순되고, 경찰의 주장이 수사권독립 요구와 맥을 같이 한다는 등의 근거를 들어 반대하는 입장을 취하였다.

이와 같이 부처간 이견이 있는 문제를 다루다가 소년법 개정 자체가 너무 늦어지거나 불가능해질지도 모른다는 염려로 인해 개정위원회에서는 훈방과 선도조건부 훈방에 관한 규정을 신설할 것인가는 차후의 논의에 맡기기로 하였다.

라. 보호처분의 다양화·내실화¹⁶⁾

개정 소년법 제32조 제1항은 보호처분의 종류를 10종류로 하여 3종류를 추가하였다.¹⁷⁾ 제1항 제5호 및 제6호는 사회봉사명령과 수강명령을 보

15) 경찰청에서는 경찰다이버전의 도입을 위해 ‘소년범죄 예방 및 선도에 관한 특별법’의 입법을 추진 중에 있다.

16) 보호처분의 문제점과 개선방안에 대해서는, 최종식, “소년법상 보호처분제도의 개선방안”, 소년법연구, 제1호, 2002, 9-40면; 박형남, “소년법상 보호처분의 현황과 문제점 및 개선방안”, 소년법연구, 제1호, 2002, 41-68면; 염기창, “소년보호처분의 실질적 강화방안, 실무연구 X, 서울가정법원, 2005; 정희철, “현행 소년법의 보호처분의 문제점과 개선방안”, 안암법학, 제21호, 2005, 86-106면.

호관찰의 부수처분이 아니라 독립된 보호처분으로 변경하였다. 제32조 제3, 4항은 사회봉사명령은 14세 이상, 수강명령은 12세 이상으로 하여 대상 연령을 하향조정하고, 제33조 제4항은 사회봉사명령은 200시간, 수강명령은 100시간을 초과할 수 없도록 시간을 변경하여 규정하였다. 이는 사회봉사명령이나 수강명령에 관한 그동안의 문제점 지적을 개정법에 반영하기 위한 것이다. 제32조 제8호는 1월 이내의 소년원 송치를 신설하였는데, 이는 이른바 ‘충격적 구금’ 혹은 ‘충격적 보호관찰’(shock probation)의 가능성을 열어놓아 소년에 대한 집중적 감독이나 비행예방 프로그램을 시행할 수 있도록 하기 위한 것이다.

신설된 개정 소년법 제32조의2는 대안교육·상담명령, 외출제한명령, 보호자에 대한 특별교육명령 등을 보호관찰의 부수처분으로서 규정하였다.¹⁸⁾ 이는 보호관찰을 통해 소년의 인격과 환경을 효과적으로 개선할 수 있는 집중적 보호관찰 프로그램의 가능성을 열어 놓기 위함이다.

마. 검사선심(의)주의와 법원선심(의)주의¹⁹⁾

사법개혁과제의 하나로서 법원에서는 법원선심주의로의 전환을 주장한 바 있다. 검사선심주의에 대해서는 여러 가지 비판이 제기되지만, 중요한

-
- 17) 제32조 (보호처분의 결정) ① 소년부 판사는 심리 결과 보호처분을 할 필요가 있다고 인정하면 결정으로써 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하여야 한다. 1. 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁 2. 수강명령 3. 사회봉사명령 4. 보호관찰관의 단기(短期) 보호관찰 5. 보호관찰관의 장기(長期) 보호관찰 6. 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁 7. 병원, 요양소 또는 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」에 따른 소년의료보호시설에 위탁 8. 1개월 이내의 소년원 송치 9. 단기 소년원 송치 10. 장기 소년원 송치
- 18) 제32조의2 (보호관찰처분에 따른 부가처분 등) ① 제32조제1항제4호 또는 제5호의 처분을 할 때에 3개월 이내의 기간을 정하여 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」에 따른 대안교육 또는 소년의 상담·선도·교화와 관련된 단체나 시설에서의 상담·교육을 받을 것을 동시에 명할 수 있다. ② 제32조제1항제4호 또는 제5호의 처분을 할 때에 1년 이내의 기간을 정하여 야간 등 특정 시간대의 외출을 제한하는 명령을 보호관찰대상자의 준수 사항으로 부과할 수 있다. ③ 소년부 판사는 가정상황 등을 고려하여 필요하다고 판단되면 보호자에게 소년원·소년분류심사원 또는 보호관찰소 등에서 실시하는 소년의 보호를 위한 특별교육을 받을 것을 명할 수 있다.
- 19) 법원선주의의와 검사선주의의에 대한 논쟁으로, 김성돈, “우리나라 소년법의 검사선의주의모델의 개선방안”, 저스티스, 제88호, 2005, 189-210면; 이욱, “검사선의주의와 법원선주의의”, 소년보호연구, 제8호, 2005, 89-132면.

두 가지 근거는 첫째, 검사는 직무성격상 보호처분보다는 형사처분을 선호하는 경향이 있고, 둘째, 미결구금상태에서 검사의 결정에 따라 형사부에 송치된 소년이 다시 소년부에 송치될 경우 절차의 변경으로 인해 악영향이나 성인보다 불리한 처우를 받을 수 있다는 것이다.

이에 대해 현행 검사선심주의 하에서도 검사들이 보호처분보다는 형사처분을 선호한다는 증거가 없을 뿐 아니라 법원선심주의라고 해서 반드시 형사처분보다는 보호처분을 선호한다고 할 수 없고, 절차의 변경으로 인한 문제는 여전히 해결될 수 없다는 반론도 제기되었다.

개정위원회에서는 위와 같은 이론적 논쟁 이외에 검사선심주의와 법원선심주의가 검찰과 법원간의 권한다툼의 성격이 없다고 할 수 없어서 이 문제에 집중하다보면 개정작업이 너무 지연되어 득보다는 실이 많을 수 있다고 하여 현행 검사선심제도를 그대로 유지하기로 하였다. 대신에 검사선심주의의 단점을 다소나마 보완하기 검사의 개정법 제49조의2에서 결정전 조사제도를 신설키로 하였다.²⁰⁾

바. 인권보장 관련 규정 강화

개정위원회에서는 국친주의로 인해 소년이 사실상 성인보다 불리한 처우를 받는 문제를 해결하기 위해 소년에 대한 인권보장을 강화하는 규정을 두었다. 검사의 결정전 조사제도도 한 예라고 할 수 있지만, 가장 중요한 것은 국선보조인제도라고 할 수 있다. 개정소년법 제17조의2는 형사사건에서의 국선변호인에 대응하는 보호사건에서의 국선보조인제도를 신설

20) 제49조의2 (검사의 결정 전 조사) ① 검사는 소년 피의사건에 대하여 소년부 송치, 공소제기, 기소유예 등의 처분을 결정하기 위하여 필요하다고 인정하면 피의자의 주거지 또는 검찰청 소재지를 관할하는 보호관찰소의 장, 소년분류심사원장 또는 소년원장(이하 “보호관찰소장 등”이라 한다)에게 피의자의 품행, 경력, 생활환경이나 그 밖에 필요한 사항에 관한 조사를 요구할 수 있다. ② 제1항의 요구를 받은 보호관찰소장등은 지체 없이 이를 조사하여 서면으로 해당 검사에게 통보하여야 하며, 조사를 위하여 필요한 경우에는 소속 보호관찰관·분류심사관 등에게 피의자 또는 관계인을 출석하게 하여 진술요구를 하는 등의 방법으로 필요한 사항을 조사하게 할 수 있다. ③ 제2항에 따른 조사를 할 때에는 미리 피의자 또는 관계인에게 조사의 취지를 설명하여야 하고, 피의자 또는 관계인의 인권을 존중하며, 직무상 비밀을 엄수하여야 한다. ④ 검사는 보호관찰소장등으로부터 통보받은 조사 결과를 참고하여 소년피의자를 교화·개선하는 데에 가장 적합한 처분을 결정하여야 한다.

하였다.²¹⁾

사. 청소년 비행예방에 관한 기본규정 신설

개정위원회에서는 소년범죄와 비행의 사전예방을 위한 기본규정을 신설할 것인가의 여부에 대해 논의하였다.

개정위원회는 i) 소년사건의 사후적 처리절차만 규정하여서는 소년법의 이념을 달성하기 에 불충분하고, ii) 소년비행의 유발요인에 대한 사전통제 및 예방에 관한 통일적 법률이 필요하고, iii) 현행 사법처분과 복지처분 사이의 괴리가 커 그 괴리를 메꾸어 줄 필요가 있고, 우범소년에 대해서는 이러한 중간적 처분이 필요하다는 등을 근거로, 소년법에 청소년비행의 예방에 관한 기본규정을 신설하기로 하였다.²²⁾ 그리하여 소년법 제4장에 비행예방의 장을 신설하고, 비행예방정책, 지원 및 비용의 보, 지도·감독 등의 규정을 두기로 하였다.²³⁾

21) 제17조의2 (국선보조인) ① 소년이 소년분류심사원에 위탁된 경우 보조인이 없을 때에는 법원은 변호사 등 적절한 자를 보조인으로 선정하여야 한다. ② 소년이 소년분류심사원에 위탁되지 아니하였을 때에도 다음의 경우 법원은 직권에 의하거나 소년 또는 보호자의 신청에 따라 보조인을 선정할 수 있다. 1. 소년에게 신체적·정신적 장애가 의심되는 경우 2. 빈곤이나 그 밖의 사유로 보조인을 선임할 수 없는 경우 3. 그 밖에 소년부 판사가 보조인이 필요하다고 인정하는 경우

22) 비행예방에 관한 기본규정의 신설에 대해, 법무부 보호국, 청소년 비행예방에 관한 기본규정 신설방안에 관한 연구, 2006.

23) 그 내용은 다음과 같다. 제68조(비행예방정책) ① 법무부장관은 소년의 비행을 예방하고 비행소년을 건전하게 육성하기 위하여 다음 각 호의 사항에 대한 필요한 조치를 취하여야 한다. 1. 소년의 비행예방 및 비행소년의 건전한 육성을 위한 조사·연구·교육·홍보 및 관련 정책의 수립·시행 2. 소년의 선도·교육과 관련된 기관·단체와의 협조체제의 구축 및 운영 ② 법무부장관은 제1항과 관련한 정책의 집행을 위하여 다음 각호의 기능을 수행하는 청소년비행예방센터를 설치, 운영할 수 있다. 1. 비행예방 정책 수립을 위한 조사·연구 2. 소년의 비행예방 및 비행소년의 건전한 육성을 위한 체계적인 교육 프로그램 운영 3. 비행예방 관련 종사자들의 전문성 향상과 민간 자원봉사자 양성을 위한 교육. 제69조(지원 및 비용의 보조) 법무부장관은 소년의 선도·교화와 관련된 단체·시설 중 적합한 곳을 선정하여 활동에 필요한 행정적 지원을 하거나 사무를 위탁할 수 있으며, 예산의 범위 내에서 그 경비의 일부를 보조할 수 있다. 제70조(지도·감독) 법무부장관은 제69조에 의해 선정된 시설의 장으로 하여금 필요한 보고를 하게 하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 소속공무원으로 하여금 시설의 운영 상황을 보고하도록 할 수 있다.

그러나 국회의 입법과정에서 이러한 개정안은 실현되지 못하였다.

III. 개정소년법의 과제

1. 소년법개정의 의의

개정 소년법의 특징을 한마디로 표현한다면, 그것은 소년법 적용범위의 확대라고 할 수 있다. 소년연령의 상한이 19세 미만으로 인하되면서, 소년법의 적용범위가 축소되기는 하였지만, 촉법소년과 우범소년의 연령이 10세 이상으로 인하되었고, 보호처분의 종류와 보호관찰의 부수처분의 종류가 늘어났고, 사회봉사명령이나 수강명령의 대상연령이 인하되었기 때문이다.

19세의 소년에 대해서는 소년법이 아닌 일반형법을 적용하도록 하고, 보호처분의 대상소년의 범위를 넓힌 것을 소년법에 대한 강경정책의 채택 및 국가의 통제망을 확대한 것이라고 비판할 수 있는 여지도 있다. 앞으로의 소년사법이 이러한 형태로 운영될 가능성이 있음도 사실이다. 그러나 개정위원회에서는 이것을 의도하지 않았고, 강경정책을 원하는 보이지 않는 손이 개정과정에 영향을 미친 것도 아니다. 위와 같은 결론은 적어도 개정위원들의 자유로운 판단의 결과라고 할 수 있다. 개정위원회의 가장 중요한 개정의도는 문제소년에 대해 조기에 개입함으로써 소년의 비행을 예방하고, 소년사법에서 소년보호의 이념을 좀더 충실하게 실천하기 위해 소년사법의 전문화·과학화를 기하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그리고 개정 소년법은 이를 위한 하드웨어를 제공했다고 할 수 있다.

이러한 하드웨어가 본래의도와는 다르게 사용되지 않고, 개정의 취지를 충분히 살리도록 활용되기 위해서는 소년사법종사자들이 적절한 소프트웨어를 개발해야 한다. 이러한 의미에서 한국형사정책연구원이 주최하는 오늘의 세미나는 중요한 의미가 있다고 할 수 있다. 개정 소년법은 소년보호 처분과 보호관찰에의 부수처분을 다양화하였는데, 그 구체적이고 실천방안

을 소년사법 전문가들에게 위임해 놓고 있다. 이 세미나의 제1주제 발표와 토론을 통해 기존의 소년보호처분과 개정 소년법에서 새로이 규정된 소년 보호처분의 효율적 시행방안이 모색하기를 기대한다. 촉법소년과 우범소년 연령의 인하는 소년사법의 성격변화까지 요구하는 중요한 문제이다. 단순히 이들 소년들의 범죄나 비행에 대한 사후조치만이 아니라 이들의 범죄와 비행을 조기에 예방할 수 있는 사전조치까지 모색해야 한다. 개정소년법은 회복적 사법을 도입하였는데, 이론이나 실제의 활용가능성에 대한 확신에서 비롯된 것은 아니라고 생각된다. 그만큼 회복적 사법이라는 이름하에 채워가야 할 내용이 많음을 의미한다. 이들 주제에 대한 발표와 토론을 통해 회복적 사법의 올바른 방향이 제시되기를 기대한다.

아울러 오늘의 발표 주제 이외에 개정소년법에 따른 소년사법이 효율적으로 운영되기 위해 필요하다고 생각되는 방안을 제시하면 다음과 같다.

2. 형사제재로서의 성격 탈피

현재 일치된 견해는 소년법상의 형사처분은 물론이고 보호처분도 형사제재의 일종이라고 파악한다. 그러나 소년법상의 보호처분을 형사제재의 일종이라고 할 경우 낙인효과를 피할 수 없게 되고, 이는 소년의 건전육성과 원만한 사회복귀에 장애를 발생시키게 된다. 보호처분을 형사제재가 아닌 복지적 처분이라고 이해하게 되면 낙인효과로 인한 문제점은 감소시킬 수 있지만, 범죄와 비행을 범한 소년에 대해 강제가 수반되는 보호처분을 형사제재가 아닌 복지적 처분이라고만 이해하는 충분한 이유를 제시하기 어렵다. 보호처분을 복지적 처분이라고 하고 엄격한 사법적 통제를 없앨 경우, 소년에 대한 인권침해 위험성이 커질 수도 있다. 따라서 범죄소년에 대한 보호처분의 법적 성격을 무엇으로 파악할 것인가의 문제는 쉽게 결론을 내릴 수 없는 것으로서 앞으로도 논란이 계속될 수 있을 것이다.

그러나 우범소년이나 촉법소년에 대한 보호처분을 형사제재의 일종으로 파악할 것이 아니라 문자 그대로 보호처분이라고 이해해야 한다는 점에 대해서는 위의 문제보다 조금 더 쉽게 합의가 이루어질 수도 있을 것이라고 생각된다. 개정소년법이 촉법소년이나 우범소년의 연령을 낮춘 것은 비행의 초기 단계에서 형사제재를 과하려 하기 보다는 비행의 초기 단

계에서 교육적·복지적 처분을 함으로써 비행성의 고착화와 이로 인한 범죄소년 혹은 성인범죄인으로의 전락을 미리 예방하자는 것이라고 할 수 있다. 보호처분을 형사제재가 아닌 복지적 처분·교육적 성격의 처분으로 전환하기 위해서는 보호처분의 선고기관, 선고절차, 보호처분의 내용, 집행기관, 집행방법 등에서 근본적인 변화가 필요하다.

3. 소년사법의 전문화

개정소년법이 훈방이나 선도조건부 훈방의 근거규정의 신설 및 법원선심제도로의 전환여부 등에 대해 심도있는 논의가 진행되지 못한 것은 결국 부처간의 권한다툼 또는 이견 때문이다. 전자의 문제는 검찰과 경찰이, 후자의 문제는 검찰과 법원 간의 이견이 노출되었다. 조직논리에서 자유롭지 못한 개정위원이나 의견진술자들은 자신의 개인적 의견이 어떠한건 자기 부처의 의견과 다른 의견을 제시하기는 어렵다. 이 때문에 좀더 심도있는 개정논의를 위해서는, 부처의견에서 자유로운 위원들로 구성되고, 또한 이러한 문제에 대해 결정할 수 있는 충분한 권한이 부여된 개정위원회가 구성되어야 할 필요가 있다.

이와 관련하여 현재 소년사법제도의 가장 큰 문제점은 소년사법제도에서의 결정이 주로 소년사법에 대한 비전문가에 의해 이루어지고, 소년사법의 전문가들은 그 결정에 충분히 참여하거나 결정권한을 갖지 못하는 것이라고 할 수 있다. 소년사법의 전문화를 위해서는 소년사법에 대한 결정을 소년사법의 전문가들이 하도록 해야 한다. 그러나 현재 소년사법의 중요한 결정은 주로 판사와 검사 및 법무부 범죄예방정책국(이전의 보호국) 소속의 검사들에 의해 이루어지고 있다. 이들은 순환보직으로 소년사법에 종사하므로 전문성이 높다고 할 수 없다. 검찰청에 소년 전담검사가 있지만, 성인사건도 처리하면서 부분적으로 소년사건을 처리하고 있다. 소년부 판사 역시 2년 정도 근무하고 다른 보직으로 이전하게 된다. 법무부 보호국의 검사들도 1-2년 정도 어떨 때에는 불과 몇 개월을 근무한다. 소년담당 경찰도 마찬가지이다. 평소 소년사법에 별 관심도 없고, 소년사법과는 전혀 무관한 업무에 종사하다가 어느 날 갑자기 소년사법 업무를 담당하게 된다. 예를 들어 법무부 범죄예방정책국의 경우 소년사법에 관한

정책결정을 하게 되는데, 순환보직 공무원의 경우 재임기간 동안 무언가 새로운 정책을 내놓아야 하고, 그것을 관철시키려야 하므로, 충분한 숙고 없이 정책결정을 하는 경우가 있다. 과거 청소년선도위원회와 갱생보호위원회를 범죄예방자원봉사위원으로 통합한 것, 소년범죄나 소년원수용자가 감소한다는 이유로 소년분류심사원을 폐쇄하고, 소년보호직 공무원과 보호관찰직 공무원의 직렬을 통합한 것도 한 예라고 할 수 있다. 이러한 정책의 결론이 타당할 수도 있겠지만, 그 과정에서 좀더 신중한 고려나 전문가들의 의견수렴 없었던 것은 문제라고 할 수 있다. 반면에 소년사법에 평생을 종사하고 전문가라고 할 수 있는 보호직공무원들나 보호관찰관들은 소년사법에 관한 결정에서 보조적인 역할을 하는 데에 불과하다.

따라서 소년사법의 전문가들이 소년사법에 관한 결정을 할 수 있도록 하는 방안이 필요하다. 순환보직이 아니라 진정한 의미에서의 소년전담 법관이나 소년 전담검사, 소년전담 경찰관, 소년전담 정책관 제도들이 도입되어야 한다.

Tasks Set by the Revised Juvenile Act 2007

Oh, Young-Keun*

The Draft of the Juvenile Act passed the Congress in December 2007. New Juvenile Act is putting some meaningful tasks to Korean juvenile justice system. In this article are surveyed the principles and the process of the revision of the Juvenile Act and suggested several ways of performing these tasks. The contents of this article is as follows;

I. Introduction

II. The Process and the Main Contents of the Revised Juvenile Act 2007

1. The Process of Revision
2. The Principles of Revision
3. The Main Contents of the Revision
 - (1) The Introduction of Restorative Justice into Juvenile Justice System
 - (2) Resettling the Ages of Juvenile Delinquents
 - (3) Widening the Scope of Diversion in the Investigation Procedure
 - (4) Individualizing the Treatment of Juvenile Delinquents
 - (5) Power Distribution between the Prosecutor and the Judge in the Juvenile Justice System
 - (6) Strengthening the Protection of the Rights of Juvenile Delinquents
 - (7) Introducing the Basic Provisions for the Prevention of Crime and Delinquency

* Professor, College of Law Hanyang University, Ph.D. in Law

III. Some Tasks set by the Revised Juvenile Act 2007

1. The Meaning of the the Revising Juvenile Act
2. Changing the Charater of the Juvenile Justice System
3. Professionalizing the staffs and the Juvenile Justice Sysem

IV. Conclusion

주제어 : 소년법개정, 연령인하, 회복적 사법, 인권보장, 보호처분

Keywords : Revision of the Juvenile Act, Restorative Justice,
Individualized Treatment, Due Process

투고일 2008.5.19. / 심사일 2008.5.27 / 게재확정일자 2008.6.16.(월)