

## 소년보호처분의 전과와 형가중\*

최 병 각\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

우리 소년사법은 보호사건과 형사사건의 이원적 구조를 채택하면서 소년보호주의를 공통의 이념으로 삼고 있다. 그러나 소년으로서 형사재판에서 벌금 이상의 형을 선고받으면 전과기록으로, 소년심판에서 보호처분의 결정을 받으면 수사경력자료로 남아 누범상습범 가중을 비롯하여 나중의 사건처리에 불리하게 작용한다.

미국의 경우 소년보호처분의 전과를 재범자 가중처벌의 요건으로 활용하는 것을 연방, 캘리포니아주 및 텍사스주만 법률로 허용하고, 다른 주에서는 법률이나 판례로 금지하고 있다. 그러나 연방대법원은 *Cunningham v. California* 판결에서 캘리포니아주의 삼진법(Three Strikes Law)이 피고인의 배심재판을 받을 권리를 침해하였다고 판시하였고, 캘리포니아주 항소법원은 소년보호처분은 *Apprendi v. New Jersey* 판결에 따른 “이전의 유죄선고”에 해당하지 않으며 따라서 “스트라이크”로 사용할 수 없다고 판시하였다.

유엔의 1985년 소년사법운영최소기준(베이징규칙)과 1989년 아동권리협약은 18세 미만자인 아동의 범죄기록이 수사나 재판에 직접 관련된 자를 제외한 제3자에게 공개되지 않도록 함과 아울러 아동의 범죄기록을 차후의 사건에 대한 성인절차에서 양형을 가중하는데 사용하지 않도록 규정하고 있다. 나아가 유엔아동권리위원회는 18세 이전의 범죄기록을 자동 삭제하거나 2년 내 재범하지 아니한 경우 요청에 따라 삭제하는 제도의 도입을 권고하고 있다.

소년전과를 형가중의 근거로 하는 것은 소년법의 이념에도 반하고 헌법위반의 문제까지 발생한다. 특히 소년보호처분을 상습범의 상습성 인정자료로 사용하여 형가중에 활용하는 것은 법률의 명문 규정을 두어 금지해야 할 것이다. 더욱이 검사에게 소년사건처리절차의 선택권을 인정하고 있음을 고려하면 적어도 소년심판의 대상이 되거나 보호처분을 받은 경우에는 소년의 범죄기록 자체를 폐쇄하도록 해야 할 것이다.

❖ 주제어 : 소년보호처분, 전과, 삼진법, 재범, 형가중

\* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음

\*\* 동아대학교 법과대학 조교수, 법학박사

## I. 들어가는 말

우리 소년사법은 보호사건과 형사사건의 이원적 구조를 채택하고 있으면서도 소년의 건전육성을 공통의 이념으로 삼고 있고, 특히 소년보호처분은 “보호”가 핵심가치임을 표방하고 있다.<sup>1)</sup> 하지만 소년보호처분이 옳곧게 소년의 보호에 몰입하고 있는지, 실제 소년보호에 얼마만큼 기여하는지, 만약 그렇지 못하다면 왜 그러한지 늘 문제되고 있다. 뿐만 아니라 소년에 대한 보호를 내세운 처분이 전과기록으로 남아 나중에 처벌, 그것도 가중처벌의 빌미로 활용될 수 있다면 더욱 심각한 문제가 아닐 수 없다.

우리 입법자는 소년법을 1958년 제정하면서부터 2007년 개정할 때까지 줄곧 “소년의 보호처분은 그 소년의 장래의 신상에 어떠한 영향도 미치지 아니한다.”는 명문의 규정을 두고 있다.<sup>2)</sup> 아울러 “소년으로 범한 죄에 의하여 형의 선고를 받은 자가 그 집행을 종료하거나 집행의 면제를 받은 때에는 자격에 관한 법령의 적용에 있어서는 장래에 향하여 형의 선고를 받지 아니한 것으로 본다.”고 규정하고 있다.<sup>3)</sup> 그럼에도 현실적으로는 소년에 대한 낙인효과(labeling effect)의 발생이 꾸준히 문제된다. 무엇보다 형사실무에서 예전에 형을 받았거나 심지어 소년보호처분을 받은 사실까지도 나중에 저지른 사건을 처리할 때 불리한 방향으로 고려하는 사례가 적지 않고, 오히려 이를 당연한 것으로 받아들이는 태도도 쉽게 찾아볼 수 있다.

이 글에서는 소년이 범죄행위로 입건되어 소년심판을 거쳐 보호처분을 받은 사실을 전과로 삼아 나중에 형가중의 요건으로 사용하는 것이 과연 타당한가 하는 문제를 고찰하기로 한다. 이러한 맥락에서 먼저 소년사법을 최초로 발원시킨 미국에서 소년보호처분의 전과를 차후의 범죄에 대한 양형에서 어떻게 고려하고 있는지, 특히 삼진법(Three Strikes Law)으로 유명한 캘리포니아주에서 소년전과를 스트라이크로 산정하여 매우 가중된 양형을 강제하는 것을 둘러싸고 어떠한 논란이 벌어지고 있는가를 면밀히 분석할 것이다. 아울러 유엔의 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child)이

1) 소년사법은 형사법의 특별예방사상과 형평법의 국친사상에 연원하는 소년보호이념에 기반하고 있다. 상세히는 최병각, “소년보호사건의 범위와 처리에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 1998, 4면, 64면, 68-70면.

2) 소년법 제32조 제6항.

3) 소년법 제67조.

소년사법에서의 적법절차 보장이란 맥락에서 아동의 범죄기록의 관리와 이용에 있어서 어떤 기준을 제시하고 있는가를 검토한다. 이를 토대로 소년보호처분이 전과로 작용하여 소년의 장래에 불리한 영향을 미치는 것을 최소화할 수 있는 방안을 모색하기로 한다.

## II. 전과기록의 작성과 관리

무릇 전과기록<sup>4)</sup>이란 검찰청·군검찰부에서 관리하는 수형인명부, 본적지 시·구·읍·면 사무소에서 관리하는 수형인명표 및 경찰청에서 관리하는 범죄경력자료를 말한다.<sup>5)</sup> 수형인명부와 수형인명표는 자격정지 이상의 형을 받은 경우의 범죄기록이고,<sup>6)</sup> 범죄경력자료는 벌금 이상의 형을 받거나 형면제, 선고유예, 치료감호, 보호관찰, 선고유예 실효, 집행유예 취소, 몰수, 추징, 사회봉사명령, 수강명령 등이 내려진 경우의 범죄기록이다.<sup>7)</sup> 한편 전과기록과 구별하여 수사경력자료라 하여 벌금 미만의 형을 받거나 불기소처분이 있는 경우의 범죄기록을 따로 작성·관리하고 있다.<sup>8)</sup> 다만 범죄경력자료와 수사경력자료는 둘다 수사자료표의 일부에 해당하는데, 수사자료표는 피의자의 지문을 채취하고, 인적 사항, 죄명, 입건관서, 입건일자, 처분·선고결과 등을 기재한 범죄기록이다.<sup>9)</sup>

2006년의 경우 범죄자 1,932,729명 가운데 초범은 644,542명(33.3%)이고 전과자가 903,000명(46.7%)이었다.<sup>10)</sup> 여기에서 “전과자”는 이전에 기소유예, 선도유예, 지명수배, 즉결심판, 보호처분, 선고유예, 집행유예, 보석, 형집행중지, 가석방, 형집행종료,

4) 전과기록은 개인의 프라이버시나 명예를 침해할 우려가 있는 중요한 개인정보이기 때문에 작성, 관리, 조회, 회보, 삭제, 폐기의 과정에 엄격한 법적 규율이 요구된다는 견해는 황태정, “전과기록의 이용·관리와 형실효법의 문제점”, 형사정책, 제18권 제2호, 2006, 559면.

5) 형의 실효 등에 관한 법률 제2조 7호.

6) 형의 실효 등에 관한 법률 제2조 2호, 3호.

7) 형의 실효 등에 관한 법률 제2조 5호.

8) 형의 실효 등에 관한 법률 제2조 6호.

9) 형의 실효 등에 관한 법률 제2조 4호, 형의 실효 등에 관한 법률 시행령 제2조 제1항.

10) 범죄분석, 2007, 266면.

감호소출소 등의 처분을 받은 사실이 있는 자를 말한다. 이는 “전과기록”이 있는 자보다 범위가 훨씬 더 넓다. 예를 들면 경찰서장이 즉결심판을 청구하는 자는 처음부터 수사자료표의 작성대상에서 제외된다.<sup>11)</sup> 기소유예와 선고유예의 경우 수사경력자료에는 해당하나 10년 또는 5년 경과후 해당 사항을 삭제해야 한다.<sup>12)</sup> 특히 소년에 대한 수사경력자료는 기소유예는 3년후, 혐의의 불기소, 무죄, 면소, 공소기각은 확정시 삭제 대상이 된다.<sup>13)</sup> 지명수배나 보석을 받은 것만으로 전과기록에 따로 올라가는 것도 아니다. 그럼에도 실무에서는 이들 모두를 일종의 전과로 취급하고 있음을 알 수 있다.

또한 2006년의 경우 검찰이 소년범 69,211명 가운데 6,819명을 구약식으로 처리했는데, 이는 구공판으로 처리한 2,496명의 2.7배이고, 소년법원에 송치한 14,105명의 거의 반에 이른다.<sup>14)</sup> 제1심 형사공판에서 20세 미만자 3,551명 중 367명에게 벌금형이 선고되고, 1,266명이 소년법원에 송치되었다.<sup>15)</sup> 소년법원이 보호사건으로 접수·처리한 25,262명 중 20,241명(80.1%)에게 보호처분이 부과되었다.<sup>16)</sup> 아래에서는 구약식이나 벌금형으로 처리하는 것과 소년법원송치나 보호처분으로 처리하는 것이 범죄기록과 관련하여 어떠한 차이를 가져오는가를 살피기로 한다.

소년에 대한 보호처분은 범죄소년<sup>17)</sup>으로 검사가 직접 소년법원에 송치하거나 형사법원을 거쳐 소년법원에 이송된 경우와 촉법소년<sup>18)</sup>이나 우범소년<sup>19)</sup>으로 소년법원의 심판대상이 된 경우에 비행사실과 요보호성의 인정을 전제로 부과되는 소년법상의 제재수단이다.<sup>20)</sup> 여기에서 경찰이 촉법소년이나 우범소년을 소년법원에 송치하는 경우<sup>21)</sup>

11) 형의 실효 등에 관한 법률 제5조 제1항 1호. 그러나 경찰실무에서는 일단 전자수사자료표시스템(E-CRIS)을 이용하여 수사자료를 작성하되 즉결심판을 청구하는 경우 수사자료표를 경찰청에 송부하지 않고 삭제함으로써 사건을 종결한다. 황태정, “전과 기록의 이용·관리와 형실효법의 문제점”, 568면.

12) 형의 실효 등에 관한 법률 제8조의2 제1항 1호, 제2항.

13) 형의 실효 등에 관한 법률 제8조의2 제3항.

14) 범죄분석, 2007, 27면.

15) 사법연감, 2007, 642면.

16) 사법연감, 2007, 757면.

17) 소년법 제4조 제1항 1호(14세 이상 19세 미만).

18) 소년법 제4조 제1항 2호(10세 이상 14세 미만).

19) 소년법 제4조 제1항 3호(10세 이상 19세 미만).

20) 소년보호처분은 대상이 반사회성이 있는 소년이고, 목적이 소년의 건전육성이며, 내용이 강제적인 환경조정과 성행교정이라는 점에서 보안처분에 해당하며, 헌법 제12조 제1항의 법률주의와 적법절

에는 수사자료표를 작성하지 않는다.<sup>22)</sup> 그러나 검사가 범죄소년을 기소하거나 불기소하지 않고 소년법원에 송치하는 경우<sup>23)</sup>와 형사법원에서 유죄판결을 하거나 무죄, 면소 또는 공소기각으로 처리하지 않고 소년법원으로 이송한 경우<sup>24)</sup>에는 이미 경찰단계에서 작성된 수사자료표를 폐기하는 것은 아니다.<sup>25)</sup> 다만 소년법원송치나 보호처분으로 처리된 사건에 대하여 범죄수사, 재판, 형집행, 사회봉사명령, 수감명령, 치료감호, 보호관찰, 보안관찰의 집행을 위하여 필요하거나 본인이 신청한 경우가 아니면 3년 경과후 수사경력자료의 회보가 금지된다.<sup>26)</sup> 다시 말해서 적어도 범죄소년은 소년보호사건으로 처리되는 경우에도 일단은 수사자료표가 작성되고 수사경력자료로 관리된다는 것을 뜻한다.

문제소년을 발견한 경찰이 훈방으로 처리하지 않고 정식으로 입건하면 그때부터 범죄기록이 남게 된다. 특히 형사재판에서 벌금 이상의 형을 선고받은 경우에는 전과기록으로, 소년심판에서 보호처분의 결정을 받은 경우에는 수사경력자료로 남아 이후로도 오래도록 따라다니게 된다. 이는 소년법에 의한 보호처분을 받은 사실을 상습성을 인정하는 증거자료로 할 수 있다는 대법원의 판결<sup>27)</sup>에서도 확인할 수 있다. 게다가 소년법원송치처분을 받은 사실을 공소장에 기재하는 것까지도 피고인을 특정할 수 있는 사항으로 보아 허용된다고 한다.<sup>28)</sup> 이 밖에도 대법원은 형법의 누범가중규정이 소년법에서 말하는 “자격에 관한 법령”이 아니며,<sup>29)</sup> 장래에 향하여 형의 선고를 받지 아니한 것으

---

차원칙의 적용을 받는다. 최병각, “소년보호사건의 범위와 처리에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 1998, 216면.

21) 소년법 제4조 제2항.

22) 지문 및 수사자료표 등에 관한 규칙(경찰청훈령) 제4조 제4호.

23) 소년법 제49조 제1항.

24) 소년법 제50조.

25) 지문 및 수사자료표 등에 관한 규칙(경찰청훈령) 제8조 제3항, 제16조.

26) 형의 실효 등에 관한 법률 시행령 제7조의2 제1항.

27) 대판 1990.6.26. 90도887; 대판 1986.7.8. 86도963; 대판 1973.7.24. 73도1255. 그러나 보호처분의 방법과 효과에 대한 검토 없이 보호처분을 받은 사실을 상습성 인정의 자료로 하여 형사책임가중의 근거로 삼는 것은 의문의 여지가 있다는 견해는 이영란, “상습범의 상습성 인정기준”, 형사판례연구, 제2집, 1994, 131면. 한편 기소유예나 공소권없음의 불기소처분을 받은 전력까지 상습성 판단자료로 할 수 있다는 견해는 최호진, “상습범의 상습성 판단자료와 죄수판단”, 비교형사법연구, 제7권 제1호, 2005, 352면.

28) 대판 1990.10.16. 90도1813. 이를 반대하는 견해는 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 435면.

로 본다는 것이 전과가 소멸된다는 취지는 아니라고 한다.<sup>30)</sup>

우리 형사법제에 있어 상습범 처벌법규는 상습성이 인정되면 선고형을 조금 더 무겁게 한다거나 처단형을 좀더 상향조정하는 차원이 아니라 법정형 자체가 가중된 별개의 범죄유형의 성립되는 방식으로 이루어져 있다.<sup>31)</sup> 따라서 소년보호처분의 전과를 상습성 인정의 증거자료로 할 수 있는가 여부는 단순히 양형조건의 하나로 참작할 것인가의 문제와는 분명히 구별해야 한다.<sup>32)</sup> 이러한 맥락에서 미국의 법제를 비판적으로 살펴볼 필요가 있다.

### Ⅲ. 미국 캘리포니아주 삼진법에서의 소년보호처분

#### 1. 미국 캘리포니아주의 양형법제와 삼진법

미국의 경우 1876년 뉴욕주에서 엘마이러 교정원(Elmira Reformatory)을 설립하여 16세 이상 30세 미만의 초범을 최대 5년간 수용하되 3단계 처우와 가석방(parole)을 인정한 것이 부정기형(indeterminate sentence)제도의 전형이 되었다.<sup>33)</sup> 이후 부정기형이 매우 광범위하게 확산되었으나 사회복귀(rehabilitation)의 이념이 점차 쇠퇴하고 정당한 응보(just deserts)가 강조되면서 사정이 달라졌다. 1976년 메인주에서 처음으로 가석방을 폐지하였고, 1977년 캘리포니아주는 정기형(determinate sentence)제도를 도입하였다.<sup>34)</sup>

캘리포니아주의 양형법제에 따르면 중죄(felony)<sup>35)</sup>에 해당하는 개별 범죄에 대하여

29) 대판 1993.2.23. 93도69.

30) 대판 1983.2.8. 82도2896, 82감도626.

31) 최병각, “양형의 과정과 통제”, 형사정책연구, 제11권 제3호, 2000, 159-160면; 이천현/김혜정, 양형 관련규정의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2006, 126-127면.

32) 전과사실이라고 하더라도 누범가중이나 상습범가중의 사유가 아니라 일반적 양형사실에 그치는 경우에는 엄격한 증명의 대상이 되지 않는다는 견해는 신동운, 신형사소송법, 868면.

33) 오영근/최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 22-23면.

34) Cal. Penal Code Ann § 1170.

35) 캘리포니아주 형법은 범죄를 사형이나 주교도소 구금형으로 처벌하는 중죄(felony), 6월 이하의

낮은 형기(lower term), 중간형기(middle term), 높은 형기(upper term) 3종을 법률에 규정하여 두고 법관이 그 하나를 선택하여 형선고를 하도록 하고 있다.<sup>36)</sup> 그러나 재범자(recidivist)에 대한 강력한 대응책으로 등장한 삼진법<sup>37)</sup>은 다음과 같이 강제적 양형(mandatory sentence)을 규정하고 있다.<sup>38)</sup> 즉, 중대한 중죄(serious felony)<sup>39)</sup> 또는 폭력적 중죄(violent felony)<sup>40)</sup>의 유죄선고를 받은 전과가 있는 자로서 새로이 중죄의 유죄선고를 받은 자에 대하여 스트라이크에 해당하는 전과가 1개이면 형기를 2배 가중하고,<sup>41)</sup> 스트라이크가 2개 이상이면 25년 또는 3배 가중한 형기 중 보다 장기인 형기를 최소형기(minimum term)로 하는 종신형(life imprisonment)으로 처벌한다.<sup>42)</sup>

삼진법이 적용되는 재범자는 다이버전도 재활센터수용도 배제되고, 주교도소에 수용되어 형기를 복역해야 한다.<sup>43)</sup> 또한 동시집행적 양형(concurrent sentence)이 허용되지 않고, 연속 집행적 양형(consecutive sentence)만이 가능하다.<sup>44)</sup> 뿐만 아니라 선행보상(credits for good behavior)도 형기의 20%로 제한되어 적어도 형기의 80%를 복역해야 한다.<sup>45)</sup>

나아가 삼진법은 검사에게 피고인의 중죄 전과를 모두 입증할 의무를 부과하면서,<sup>46)</sup> 예외적으로 “정의의 실현을 위하여(in the furtherance of justice)” 또는 중죄 전과를

군교도소(county jail) 구금형 또는 1천달러 이하의 벌금형으로 처벌하는 경죄(misdemeanor), 250달러 이하의 벌금형으로 처벌하는 위경죄(infraction)고 구분하고 있다. Cal. Penal Code § 16, § 17, § 19.8.

36) 예를 들면 강간죄에 대하여 3년, 6년 또는 8년의 형기가 법정되어 있다. Cal. Penal Code § 264 (a)

37) 삼진법은 의회법안 제971호에 의한 형법 제667조와 주민발안 제184호에 의한 형법 제 1170.12조를 일컫는다. 상세히는 최병각, “재범에 대한 형가중제도”, 형사법연구, 제20권 제2호, 2008, 155-159면; 윤진원, “미국 삼진법 연구”, 해외연수검사연구논문집, 제13집 제2호, 1997, 5-56면,

38) 정기형제도는 강제형 외에 잠정형(presumptive sentence), 확정형(definite sentence), 지침서(guideline) 방식이 있다. 상세히는 오영근/최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 25면.

39) Cal. Penal Code § 667.5 (c) (1)-(23).

40) Cal. Penal Code § 1192.7 (c) (1)-(42).

41) Cal. Penal Code § 667 (e) (1).

42) Cal. Penal Code § 667 (e) (2) (A).

43) Cal. Penal Code § 667 (c) (4).

44) Cal. Penal Code § 667 (c) (6) (7) (8).

45) Cal. Penal Code § 667 (c) (5).

46) Cal. Penal Code § 667 (f) (1).

입증할 증거가 불충분한 경우 중죄 전과를 배제(strike)할 것을 신청할 수 있도록 하고 있다.<sup>47)</sup>

삼진법에 따르면 스트라이크 산정에 있어서 과거 유죄선고를 받은 범죄는 중대한 또는 폭력적 중죄여야 하지만, 현재 유죄선고를 받은 범죄는 중죄이기만 하면 된다.<sup>48)</sup> 캘리포니아주가 아닌 다른 주나 연방의 법원에서 받은 유죄선고(out-of-state conviction)<sup>49)</sup>와 소년법원에서 받은 소년보호처분(juvenile adjudication)<sup>50)</sup>도 삼진법의 스트라이크가 된다. 그런데 캘리포니아주와 같이 재범자의 가중처벌에 있어서 소년보호처분을 전과로 사용하는 것을 법률의 명문규정으로 허용하고 있는 곳은 텍사스주와 연방뿐이다.<sup>51)</sup> 반대로 아리조나주, 뉴멕시코주, 뉴욕주, 오레곤주, 테네시주, 위스콘신주에서는 소년보호처분을 재범자 평가중의 요건으로 사용하는 것을 법률로 금지하고 있다.<sup>52)</sup> 한편 법률의 규정이 없는 알라바마주, 아칸소주, 델라웨어주, 루이지애나주, 사우스 캐롤라이나주, 웨스트 버지니아주에서는 법원의 판결에 따라 소년전과를 배제하고 있다.<sup>53)</sup> 아래에서는 캘리포니아주 삼진법에서 소년보호처분을 스트라이크로 산입하는 문제를 상세히 살펴하기로 한다.<sup>54)</sup>

47) Cal. Penal Code § 667 (f) (2).

48) 삼진법 적용의 계기가 되는 최후의 범죄를 모든 중죄가 아니라 중대한 또는 폭력적 중죄로 제한하고 이를 소급적용하고 했던 주민발안 제66호는 캘리포니아주 2004년 선거에서 통과되지 못하였다.

49) Cal. Penal Code § 667 (d) (2).

50) Cal. Penal Code § 667 (d) (3).

51) 18 U.S.C. § 924(e) (2006); Cal. Penal Code § 667 (West 1999 & Supp. 2007); Cal. Penal Code § 1170.2 (West 204 & Supp. 2007.); Tex. Penal Code Ann. § 12.42(f) (Vernon 2003 & Supp. 2007) (held unconstitutional in *Scott v. State*, 55 S.W.3d 593, 597-98 (Tex. Crim. App. 2001).)

52) Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-604(A)-(F) (2007); N.M. Stat. § 31-18-23(C) (2000); N.Y. Penal Law § 60.10(2) (McKinney 2004 & Supp. 2007); N.D. Cent. Code § 12.1-32-09(1)(c) (2007); Or. Rev. Stat. § 161.725 (3)(a) (2005) (prohibiting use of offenses committed before the age of sixteen years); Tenn. Code Ann. § 40-35-120 (e)(3) (2007); Wis. Stat. § 939.62(3)(a) (2006).

53) *Pickens v. State*, 475 So.2d 637, 639 (Ala. Crim. App. 1985); *Thomas v. State*, 455 So.2d 992, 994 (Ala. Crim. App. 1984); *Vanesch v. State*, 37 S.W.3d 196, 200-01 (Ark. 2001); *Fletcher v. State*, 409 A.2d 1254, 1256 (Del. 1979); *State v. Brown*, 879 So.2d 1279, 1289-90 (La. 2004); *State v. Ellis*, 547 S.E.2d 490, 492 (S.C. 2001); *Justice v. Hedrick*, 350 S.E.2d 565, 568 (W. Va. 1986).

54) 삼진법에서 소년보호처분의 전과 활용에 대하여 Forquer, Lise, "California's Three Strikes Law: Should a Juvenile Adjudication be a Ball or a Strike?", 32 San Diego Law Review, 1297, (1995), p. 1297-1345; Luna, Erik G., "Forward: Three Strikes in a Nutshell", 20 Thomas Jefferson Law

## 2. 소년보호처분의 전과를 스트라이크로 산정

### 가. 개 관

소년보호처분을 삼진법에 따른 형가중을 위한 전과로 삼기 위한 요건은 첫째, 이전의 범죄를 범할 때 16세 이상의 소년이어야 하고, 둘째, 이전의 범죄가 소년법원법(Juvenile Court Law)<sup>55)</sup> 제707조(b)에 열거된 범죄이거나 중대한 중죄 또는 폭력적 중죄이어야 한다. 셋째, 소년이 소년법원법에 따라 처리하기에 “적합하고도 적절한 대상(fit and proper subject)”이어야 한다. 넷째, 소년이 소년법원법 제707조(b)에 열거된 범죄를 범하여 소년법원법 제602조에 규정된 “소년법원의 피보호자(ward of the juvenile court)”로 결정되어야 한다.<sup>56)</sup> 그러나 삼진법과 소년법원법의 관련 법조문의 해석을 둘러싼 논란에 더하여 소년전과를 스트라이크로 이용하는 것 자체에 대한 위헌 주장이 이어지고 있다.

### 나. 법률적 문제점

#### 1) 대상범죄의 범주

캘리포니아주 형법 제667조(d)(3)의 (B)항은 이전의 범죄가 두가지 범주의 하나에 포함될 것을 요구하고 있다. 즉, 소년법원법 제706조(b)의 목록과 형법 제667.5조의 중대한 중죄 또는 형법 제1192.7조의 폭력적 중죄의 목록이 있다. 그러나 각각의 범주는 다른 범주에 열거되지 아니한 범죄를 포함하고 있다. 예를 들면 약물제조죄와 소년시설 탈출죄는 소년법원법의 목록에는 있지만 형법의 중대한 중죄나 폭력적 중죄에 해당하지는 않는다. 때문에 이러한 범죄를 소년이 범한 경우에는 스트라이크로 산입되지만 성인이 범한 경우에는 그러하지 아니하다. 반대로 자발적 고살죄와 주거침입강도죄는 형법의 중대한 또는 폭력적 중죄이지만 소년법원법 제707조(b)에 열거되어 있지는 않다.

한편 캘리포니아주 형법 제667조(d)(3)의 (D)항은 소년이 소년법원의 피보호자로

Review 1, (1998), p. 78-89 참조

55) Welfare and Institutions Code, Division 2, Part 1, Chapter 2.

56) Cal. Penal Code § 667 (d) (3).

결정되어야 한다고 규정하고 있다. 대상 소년이 소년법원법 제706조(b)에 열거된 범죄를 범하였음을 소년법원이 인정하는 경우에 피보호자 결정을 내릴 수 있다. (B)항이 형법의 중대한 또는 심각한 중죄를 언급하고 있는 것과 대조적으로 (D)항은 소년법원법 제707조(b)에 열거된 범죄로 인한 소년보호처분만을 스트라이크 적격이 있는 것으로 제한하는 듯하다. 때문에 소년전과와 관련된 삼진법의 두 조항이 서로 충돌할 수 있다.

캘리포니아주 대법원은 1999년 *People v. Garcia* 판결<sup>57)</sup>에서 (B)항이 스트라이크 적격이 있는 소년보호처분의 목록을 규정한 것이고 (D)항은 추가조건이라고 판시하였다. *Garcia* 사건에서 피고인은 배심으로부터 주거침입강도죄와 강도도구소지죄의 유죄 판결을 받았는데, 법원은 이전에 범한 주거침입강도죄로 받은 소년보호처분에 기초하여 삼진법 조항에 따라 양형을 하였다. 이에 피고인이 상소하였다. 캘리포니아주 대법원은 중대한 또는 폭력적 중죄를 구성하는 범죄를 범하여 소년보호처분을 받은 전과도 스트라이크가 될 수 있다고 판시하였다.

이러한 해석에 따르면 (B)항만이 스트라이크 적격이 있는 소년보호처분을 받게 된 범죄의 범주를 규정한다. 즉, 삼진법의 목적에 부응하여 모든 “중대한” 범죄와 “폭력적” 범죄가 스트라이크가 될 수 있다. (A), (C) 및 (D)항은 스트라이크가 되는 범죄의 범위를 보다 좁게 제한하는 것이 아니라 소년기에 저지른 범죄를 형가중을 위한 스트라이크로 이용함에 있어서 추가적 조건을 부여하는 것이다.<sup>58)</sup>

## 2) 보호상당성(fitness) 인정의 필요성

캘리포니아주 소년법원법 제707조(a)에 따르면 소년이 소년법원법에 따라서 처리하기에 “적합하고 적절한 대상자(fit and proper subject)”가 아닌 경우 검사의 신청과 소년법원의 결정에 의하여 사건을 형사법원으로 이송(transfer)할 수 있다. 검사의 이송 신청에 따른 심리를 거쳐 대상소년이 적합하고 적절한 대상자임을 소년법원이 인정할 경우에는 보호상당성(fitness)에 대한 명시적 언명을 한다. 문제는 소년보호처분을 스트라이크로 산입하려면 소년법원에 의한 보호상당성의 명시적 언명이 반드시 있어야 하

57) 980 P.2d 829 (Cal. 1999).

58) Id. p. 883.

는가 여부이다.

이와 관련하여 캘리포니아주 대법원은 1997년 *People v. Davis* 판결<sup>59)</sup>에서 모든 소년보호처분에 존재하는 보호상당성에 대한 묵시적 인정만으로 삼진법 적용을 위한 요건을 충족한다고 판시하였다. *Davis* 사건에서 살인죄로 기소된 피고인은 스트라이크라고 주장된 소년보호처분의 전과를 배제할 것을 신청하였다. 사실심 법원이 피고인의 신청을 받아들였고, 이에 검사가 불복하였다. 캘리포니아주 대법원은 “소년법원법에 따라서 처리하기에 적합하고 적절한 대상자”라는 명시적 인정이 소년보호처분의 전과를 삼진법의 스트라이크로 사용하는데 꼭 필요한 것은 아니라고 판시하였다.

그런데 2000년 캘리포니아주는 주민발안 제21호로 “갱폭력과 소년범죄예방법(The Gang Violence and Juvenile Crime Prevention Act)”을 통과시켰다. 이에 따라 검사는 소년법원에 의한 보호상당성 심사를 거치지 않고 스트라이크에 해당하는 범죄를 범한 소년을 직접 형사법원에 기소할 수 있게 되었다.<sup>60)</sup> 결국 소년보호처분의 전과를 스트라이크로 산정하는 것을 허용해야 할 필요성이 현격하게 감소하였다.

### 3) 재량적 적용배제 여부

캘리포니아주 삼진법은 검사는 “정의의 실현을 위하여” 또는 “중죄 전과를 입증할 증거가 불충분한 경우” 이전의 스트라이크를 배제할 수 있다는 규정을 두고 있으나, 법원이 이전의 스트라이크를 독자적 재량으로 배제할 수 있는가 여부에 대하여는 명확하게 규정하고 있지 않다.

그러나 캘리포니아주 대법원은 1996년 *People v. Superior Court (Romero)* 판결<sup>61)</sup>에서 법원은 “정의의 실현을 위하여” 이전의 스트라이크를 배제할 수 있는 권한을 가진다고 판시하였다. *Romero* 사건에서 피고인은 약물소지죄에 대하여 유죄답변을 하였다. 사실심 법원은 삼진법의 적용요건이 될 수 있는 2건의 중대한 중죄전과 주장을 배제하였다. 이에 검사가 배제처분의 취소를 강제하기 위한 이행영장(writ of

59) 938 P.2d 938 (Cal. 1997).

60) Welfare and Institutions Code § 707(d). Packel, Amanda K., "Juvenile Justice and the Punishment of Recidivists under California's Three Strikes Law", 90 California Law Review 1157, (2002), p. 1199.

61) 917 P.2d 628 (Cal. 1996).

mandamus)을 청구하였다. 캘리포니아주 대법원은 형법 제1385조(a)에 근거하여 “정의의 실현을 위하여” 이전의 스트라이크를 배제할 권한이 법관에게 있다고 판시하였다.

Romero 판결은 삼진법의 강제성(mandatory nature)을 약화시키는 중요한 걸음이다. 사실 삼진법은 의회구성의 개혁으로도 “어찌할 수 없는(invincible)” 것으로 간주되어 왔다. 때문에 삼진법의 과잉을 제한하는 가장 중요한 방법은 “검사와 법관이 삼진법 규정을 적용하지 아니할 수 있는 재량”이다.<sup>62)</sup> 달리 말하면 검사나 법관의 재량을 개별적으로 활용하여야 삼진법의 가혹한 결과로부터 많은 사람들을 구제할 수 있다는 것이다.

## 다. 헌법적 문제점

### 1) 적법절차 위반 여부

캘리포니아주 삼진법에서 소년전과를 형가중의 근거로 이용하는 것에 대한 주요한 헌법적 도전은 배심재판을 받을 권리(right to a jury trial)에 초점을 두며, 적법절차와 평등보호의 위반에 관련된다. 주지하는 바와 같이 미연방 대법원은 1971년 *McKeiver v. Pennsylvania* 판결<sup>63)</sup>에서 소년사법제도와 형사사법제도가 목적에 있어서 근본적인 차이가 있다는 점에 근거하여 소년법원에서 배심재판을 받을 헌법적 권리가 소년에게 인정되는 것은 아니라고 판시하였다. 문제는 삼진법에 따라 현재의 중죄에 대한 처벌을 가중시키기 위하여 소년전과를 사용하는 것이 미연방헌법 수정 제14조와 캘리포니아주 헌법 제15조 제1항의 적법절차조항을 위반하는가 여부이다.

캘리포니아주 항소법원은 1995년 *People v. Peterson* 판결<sup>64)</sup>에서 소년전과를 형가중에 사용하는 것이 적법절차에 위반되는 것은 아니라고 판시하였다. Peterson 사건에서 피고인은 총기를 사용한 차량절취와 납치죄로 유죄판결을 받았다. 피고인은 위험한 무기를 사용한 강도죄를 이유로 소년보호처분을 받은 전과가 있었다. 삼진법이 적용되면 소년전과에 기초하여 형량이 2배가 된다. 피고인은 삼진법의 소년전과 규정의 위헌성을 다음과 같이 주장했다. 첫째, 적법절차조항은 시민의 자유가 문제되는 경우 근본

62) Zirming/Hawkins/Kamin, *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California*, New York: Oxford University Press, 2001, p. 126-133.

63) *McKeiver v. Pennsylvania*, 403 U.S. 528 (1971).

64) 40 Cal. App. 4th 1479, 48 Cal. Rptr. 2d 318 (1995),

적 공정성을 확보하기 위하여 존재한다. 소년에게 허용된 권리와 소년법원에서 사용되는 절차는 형사법원과 같지 않다. 이러한 차이의 하나가 배심재판에 대한 권리의 결여이다. 둘째, 피고인이 “전과”를 얻은 절차에서 성인이었다면 가졌을 권리를 허용하지 않았기 때문에 소년법원의 “유죄선고”를 이용하는 것은 적법절차조항의 근본적 공정성에 위반된다.<sup>65)</sup>

사실심 법원은 피고인의 신청을 기각했지만, 정의의 이익을 위하여 또는 형의 2배 가중이 “잔혹하고 이상한 형벌(cruel and unusual punishment)”이라는 이유로 소년전과를 배제하였다. 이에 검사가 항소하였는데, 그 이유는 사실심 법원이 삼진법의 명백한 의도를 무시하고 불법적인 양형을 했다는 것이었다.

캘리포니아주 항소법원은 이전의 소년전과를 삼진법에 따른 형가중을 위한 이전의 중죄 전과로 이용하는 것이 피고인의 적법절차에의 권리를 위반하지 않는다고 판시하면서 다음과 같은 논거를 제시하였다. 첫째, 성인의 양형을 증가시키기 위하여 소년전과를 이용하는 것이 적법절차에 위반한다는 주장에도 불구하고 삼진법 이전의 캘리포니아주에서 또한 다른 주와 연방에서 합헌으로 인정되었다. 양형에 소년전과를 사용하는 것을 승인하는 논거들은 삼진법에도 동일하게 적용된다. 둘째, 소년사법과 형사사법은 근본적으로 그 목적이 다르기 때문에 소년에게 성인이 가진 어떤 권리, 예를 들면 배심재판을 받을 권리를 부정하는 것은 헌법적으로 허용된다. 배심재판 없이 소년의 자유를 박탈하는 것이 적법절차의 원칙을 위반하는 것이 아니라면 이러한 소년전과 때문에 나중의 자유박탈이 증가된다고 하여 적법절차 위반이라고 인정할 수 없다. 셋째, 재판자에 대한 가중처벌은 과거의 범죄가 아닌 현재의 범죄에 대한 것이다. 넷째, 비행의 인정은 법관이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 확신을 가진 후에야 내려진다. 따라서 소년전과는 피고인의 범죄성향을 입증하는 공정한 수단이다.<sup>66)</sup>

미국 연방대법원은 소년전과를 성인양형을 증가시키는데 사용하는 것이 헌법적으로 허용되는가 여부에 대한 판단을 아직 내놓지 않고 있다. 하지만 연방대법원의 *Nichols v. United States* 판결<sup>67)</sup>은 삼진법에서 소년전과는 헌법적 검열을 통과할 것임을 암시

65) 48 Cal. Rptr. 2d 318 (1995), p.318.

66) 48 Cal. Rptr. 2d 318 (1995), pp.320-322.

67) 114 S.Ct. 1921 (1994).

한다. Nichols 사건에서 쟁점은 다음과 같다. 피고인이 변호인의 조력을 받지 못한 채 경죄의 유죄선고를 받은 전과가 있는데, 그 유죄선고는 Scott v. Illinois 판결<sup>68)</sup>에 따르면 구금형이 선고되지 않았다는 이유로 유효하다. 문제는 피고인에 대한 현재의 유죄선고에 따른 양형에서 그러한 유죄선고의 전과를 고려할 수 있는가 여부이다. 비록 연방 헌법 수정 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리는 여러 판결을 통하여 그 적용범위를 “문언의 명백한 의미를 넘어” 확장되었지만, Scott 판결은 “실형(actual imprisonment)”이 내려진 사건과 내려지지 않는 사건간에 선을 그었다. 즉, 변호인의 조력을 받을 권리는 실형이 부과된 경우에만 인정된다. 연방대법원은 Nichols 판결에서 변호인의 조력을 받지 못한 유죄선고라도 Scott 판결에 따라 유효하다면 차후의 범죄에 대한 양형이 실형을 포함하더라도 그 양형을 증가시키는데 사용될 수 있다고 판시하였다. 연방대법원은 양형법규가 이전의 유죄판결에 대한 형량을 변경하는 것이 아니라고 설명했다. 더욱이 연방대법원은 이전의 변호인의 조력을 받지 못한 경죄의 유죄선고를 양형에서 고려하는 것은 전통적인 양형절차와 일치하며, 법관은 양형과정에서 유죄선고에 이르지 아니한 범죄행위를 포함한 많은 요소들을 고려할 수 있다고 지적했다.<sup>69)</sup> 따라서 Nichols 판결의 관점에서 삼진법의 소년전과의 사용은 적법절차 위반주장을 극복할 것이다.<sup>70)</sup>

한편 연방항소법원은 1994년 United States v. Johnson 판결<sup>71)</sup>에서 연방 양형지침서에 따라 형량을 가중하는데 소년전과를 사용하는 것을 인정하였는데, Nichols 판결에 비추어 배심재판을 받지 못하여도 합헌적인 소년전과를 차후의 형가중에 사용하지 못할 이유가 없다고 판시하고 있다.<sup>72)</sup>

## 2) 평등보호 위반 여부

삼진법에서 소년전과를 형가중의 근거로 사용하는 것에 대하여 연방헌법 수정 제14조와 캘리포니아주 헌법 제7조 제1항의 평등보호조항과 관련하여 위헌주장이 제기되고 있다.

68) 440 U.S. 367 (1979).

69) 114 S.Ct. 1921 (1994), pp. 1927-1928.

70) Forquer, supra, p. 1334.

71) 28 F.3d 151 (D.C. Cir. 1994).

72) Id, p. 153 n3.

위에서 살펴본 Peterson 사건에서 피고인은 삼진법이 소년전과를 성인전과와 동일한 방식으로 양형을 가중하는데 사용하는 것을 허용하기 때문에 평등보호에 위반한다고 주장하였다. 소년전과를 가진 피고인이 누리지 못했던 권리가 다른 성인전과자에게는 인정되었다. 소년범은 단지 그들이 소년이라는 이유로 성인범에 비하여 불리한 처우를 받았던 것이다. 다시 말하면 성인전과자가 배심재판을 받은 반면 소년전과자인 피고인은 배심재판을 받지 못했는데도 삼진법에 따른 형가중이 동일하게 적용되었다.<sup>73)</sup>

캘리포니아주 항소법원은 Peterson 판결에서 어떠한 심사기준(standard of review)을 적용하였는가를 언급하지 않고 평등보호주장을 기각하였다.<sup>74)</sup> 합리적 근거(rational basis) 기준에 따르면 차별화와 정부의 합법적 목적간에 합리적 관련성이 존재한다는 것을 정부가 입증하면 그 법률은 합헌으로 인정된다. 엄격한 심사(strict scrutiny) 기준에 따르면 차별화가 정부의 절박한(compelling) 이익을 달성하는데 필요한 경우에만 합헌적 법률로 된다. 캘리포니아주에서 소년범의 재범율은 63.5%이고, 성인범의 재범율은 69.7%이다.<sup>75)</sup> 이러한 맥락에서 Peterson 판결에서 “주정부는 공공의 안전을 보장하고 재범의 예방과 처벌에 대한 절박한 이익을 가진다”고 판시했다. 따라서 소년전과를 성인양형을 가중하는데 사용하는 것은 엄격한 심사 기준도 통과할 것이다. 보다 덜 엄격한 합리적 근거 기준을 적용하면 삼진법은 당연히 합헌적 법률로 인정될 것이다.<sup>76)</sup>

그러나 삼진법이 어떤 범죄에 대하여 소년이 범한 경우에만 스트라이크가 되도록 하는 것은 미연방 헌법과 캘리포니아주 헌법의 평등보호조항을 위반할 수 있다. 이 문제는 삼진법이 소년전과의 대상이 되는 스트라이크 적격이 있는 범죄의 범주를 두가지로 규정하고 있어서 발생한다.<sup>77)</sup> 이는 다음의 상황을 가정하면 분명히 알 수 있다. 두명의 성인이 각각 살인죄의 유죄선고를 받았는데, 둘다 이전에 성인에게 1온스의 PCP를 팔아 약물판매죄로 유죄선고를 받은 적이 있다. 이전의 약물사건에서 한명은 소년법원의 피보호자로 소년보호처분을 받았고, 다른 한명은 형사절차에서 유죄선고를 받았다. 두 성인은 유사한 상황에 있지만 이전의 약물판매죄의 유죄선고는 소년이 범한 경우에

73) 48 Cal. Rptr. 2d 318 (1995), p. 320.

74) Id, p. 322.

75) Children's Advocacy Institute, California Children's Budget, 1995-96, 8-5 (1995).

76) Forquer, supra, p. 1341.

77) Cal. Penal Code § 667 (d) (3) (B).

만 스트라이크가 된다. 즉, 소년전과를 가진 성인만이 이전의 중죄 유죄선고에 기초하여 2배의 양형을 받게 된다. 그러나 전과가 되는 범죄가 소년일 때 저지른 것이라는 이유로 동일한 범죄를 성인일 때 범한 경우보다 더 오래 구금하는 것을 정당화할 수 있는 국가적 이익은 없다. 따라서 성인이 아닌 소년이 범한 범죄만을 스트라이크로 규정하는 조항은 평등보호에 위반되는 것이라 할 것이다.<sup>78)</sup>

나아가 이전의 소년전과가 보강증거 없는 공범의 진술에만 근거하는 경우에 또다른 평등보호 위반이 문제될 수 있다. 캘리포니아주 형법 제1111조에 따르면 보강증거 없이는 공범의 진술에만 근거하여 유죄판결을 내릴 수 없다.<sup>79)</sup> 소년법원법 제701조가 소년 절차에 캘리포니아주 증거법(California Rules of Evidence)이 적용된다고 규정하고 있지만,<sup>80)</sup> 법원은 형법의 보강증거 없는 공범진술 규정을 소년법원에 적용하는 것을 거부해왔다. 캘리포니아주 대법원은 1978년 *re Mitchell P.* 판결<sup>81)</sup>에서 합리적 근거 기준을 적용하여 형사법원이 아닌 소년법원에서 보강증거 없는 공범 진술을 구금의 유일한 근거로 사용하는 것을 허용하는 것이 정부의 합법적 이익에 도움이 되는가 여부를 다루었다. 주대법원의 판시에 따르면 소년에게는 법관재판(bench trial)을 받을 권리만 있고 법관은 배심과 달리 공범 진술에 보다 비판적이기 때문에 적법절차의 원칙이 공범진술 보강법칙(accomplice corroboration rule)을 필요로 하는 것은 아님을 지적하고,<sup>82)</sup> 캘리포니아주의 소년사법제도가 다른 헌법적 요구에 부응하기 때문에 증거절차에 있어서 상이한 기준이 허용된다고 결론을 내렸다.<sup>83)</sup> 하지만 *Mitchell P.* 판결의 다수의견에 따르면 유일한 증거가 보강증거 없는 공범진술인 두개의 동일한 사건에서 순전히 법률문제 때문에 소년은 구금될 수 있지만 성인은 구금될 수 없다. 더욱이 삼진법에 따르면 소년 전과를 가진 자는 현재 범죄에 대한 양형이 2배로 되지만, 다른 성인은 동일한 사건으로 유죄판결을 받지도 아니하고 삼진법을 적용받는 양형의 대상이 되지도 않는다. 따라서 보강증거 없는 공범 진술에만 근거한 이전의 소년전과를 이전의 중죄 전과로 산정할

78) Forquer, *supra*, pp. 1331-1342.

79) Cal. Penal Code § 1111.

80) Cal. Welf. & Inst, Code & 701.

81) 22 Cal.3d 946, 587P.2d 1144, 151 Cal. Rptr. 330 (1978), cert. denied, 444 U.S. 845 (1979).

82) *Id.*, p. 949.

83) *Id.*, p. 953.

수 없다고 할 것이다.<sup>84)</sup>

## 라. 소 결

소년보호처분의 전과를 재범자의 형가중을 위한 스트라이크나 이전의 유죄판결로 사용함에 있어서 가장 근본적인 문제는 소년사법제도가 추구하는 사회복귀의 목적과 삼진법이 지향하는 강력한 처벌에의 요구가 충돌할 수 밖에 없다는 것이다. 삼진법과 소년사법제도 사이의 긴장을 해소하려면 주의회의 의결이나 주민발안을 통하여 소년전과를 스트라이크로 사용하는 것을 폐지 또는 제한해야 한다. 하지만 가까운 장래에 법 개정을 이를 가능성이 거의 없다.

이러한 문제를 주대법원도 주의회도 해결하지 못한다면 결국에는 사실심 법관이 재량을 적극 발휘하여 이전의 소년전과를 스트라이크에서 배제하는 방법만이 남는다. 이 경우 항소법원은 스트라이크에서 배제해야 할 소년전과의 유형에 관한 지침을 제시해야 할 것이다.<sup>85)</sup>

최근들어 연방대법원은 *Cunningham v. California* 판결<sup>86)</sup>에서 배심이 아닌 법관에게 피고인을 가중된 높은 형기에 노출시키는 사실을 인정할 수 있는 권한을 부여하고 있는 캘리포니아주 정기형 법률이 피고인의 배심재판을 받을 권리를 침해하였다고 판시하였다. 또한 캘리포니아주 항소법원은 소년보호처분은 *Apprendi v. New Jersey* 판결<sup>87)</sup>에 따른 “이전의 유죄선고”에 해당하지 않으며 따라서 “스트라이크”로 사용할 수 없다고 판시하고 있다.<sup>88)</sup>

소년법원의 절차에서도 대상 소년에게 배심재판을 받을 권리를 인정하는 것이 위헌 문제의 해결을 위한 하나의 방법이 될 수도 있다.<sup>89)</sup> 그러나 검사와 법관이 소년전과를

84) Forquer, *supra*, p. 1344.

85) Packel, *supra*, p. 1202.

86) 549 U.S. 270 (2007).

87) 530 U.S. 466 (2000). 범죄에 대한 형벌의 상한을 증가시키는 사실은 이전의 유죄선고를 제외하고 모두 공소장에 명기되고 배심에 제출되어 합리적인 의심이 없는 정도로 증명되어야 한다.

88) 152 Cal. App. 4th 1205, 62 Cal. Rptr. 3d 255 (2007).

89) Feld, Barry C., “The Constitutional Tension Between Apprendi and McKeiver: Sentence Enhancement Based on Delinquency Convictions and the Quality of Justice in Juvenile Courts”, 38 Wake Forest Law Review 1111, (2003), p. 1224.

양형가중을 위하여 사용하지 않도록 하는 것을 우선해야 한다.<sup>90)</sup> 소년사법제도를 일반 형사사법제도에 근접시키면 소년에게는 사회복귀의 기회가 줄어들 수밖에 없다. 사회복귀 프로그램을 성공적으로 활용할 수 있음에도 불구하고 소년이 범죄를 지속하도록 내버려두면 사회도 실패하는 결과가 된다. 왜냐하면 형가중으로 얻게 될 추가적인 보복 및 억제효과가 소년을 재사회화할 수 있는 가능한 모든 일을 하지 않았을 때 사회가 부담해야 할 해악보다 클 수는 없기 때문이다.<sup>91)</sup>

#### IV. 아동권리협약에서의 소년범죄기록

아동권리협약은 1989년 유엔총회에서 채택한 국제적인 인권조약으로서, 2008년 현재 193개국이 당사국으로 가입하고 있다.<sup>92)</sup> 우리나라는 1991년 아동권리협약에 서명·비준하여 조약 제1072호로 공포하였다. 아동권리협약은 차별금지, 아동의 최선의 이익, 생존·보호·발달, 참여라는 4개의 일반원칙에 따라 18세 미만의 아동에게 다양한 권리와 보호를 마련하고 있다.<sup>93)</sup> 유엔은 아동권리위원회를 설립하여 당사국의 협약 이행상황을 심사하고 제안과 일반적 권고를 하고 있다.

아동권리협약은 소년사법에 있어서 제재수단의 완화와 적법절차의 보장을 위하여 매우 상세한 규정들을 마련하고 있다.<sup>94)</sup> 특히 제40조 제2b항 7호에서 “사법절차의 모

90) Cole, Tonya K., “Counting Juvenile Adjudication as Strikes under California’s ‘Three Strikes’ Law: An Undermining of Separateness of the Adult and Juvenile Systems”, 19 Journal of Juvenile Law 335, (1995), p. 349.

91) Abbot, Jason, “The Use of Juvenile Adjudications under the Armed Career Criminal Act”, 85 Boston University Law Review 263, (2005), p. 292.

92) 아동권리협약을 비준하지 않고 있는 유일한 국가가 미국이다. Weissdrodt, D., “Prospects for Ratification of the Convention on the Rights of the Child”, 20 Emory International Law Review 209, (2006) 참조.

93) 상세히는 김태진, “아동권리협약”, 국제인권법, 제1호, 1996, 185-195면; 권영복, “아동의 권리에 대한 법적고찰: 아동인권론의 방향과 아동권리협약의 국내법적 효력을 중심으로”, 아태공법연구, 제11집, 2003, 282-286면.

94) 제재수단의 완화는 고문·잔혹한 처벌의 금지, 사형·절대적 종신형의 금지, 자유박탈의 최소화, 사회내처우의 확대, 다이버전의 확대 등이 있고, 적법절차의 보장은 소급처벌의 금지, 무죄추정, 피의사실의 통지와 법률적 지원, 공정·신속한 재판, 진술거부권과 증인신문권, 상소권, 통역의

든 단계에서 아동의 사생활(privacy)은 충분히 존중되어야 한다.”고 규정하고 있다.<sup>95)</sup> 여기에서 사생활의 권리를 보장한다는 것은 아동의 범죄기록이 수사나 재판에 직접 관련된 자를 제외한 제3자에게 공개되지 않도록 함과 아울러 아동의 범죄기록을 차후의 사건에 대한 성인절차에서 양형을 가중하는데 사용하지 않도록 하는 것을 뜻한다.<sup>96)</sup> 유엔이 1985년에 채택한 소년사범운영최소기준(베이징규칙)도 동일한 내용을 담고 있다.<sup>97)</sup> 나아가 유엔아동권리위원회는 18세 이전의 범죄기록을 자동 삭제하거나 2년내 재범하지 아니한 경우 요청에 따라 삭제하는 제도의 도입을 권고하고 있다.<sup>98)</sup>

주지하는 바, 우리 헌법은 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있다. 아동권리 협약은 우리나라가 헌법규정에 합치하여 체결·공포한 조약이며, 세계 거의 모든 국가가 가입하고 있다는 점에서 일반적으로 승인된 국제법규라 할 수 있다.<sup>99)</sup> 따라서 아동권리 협약의 규정은 적어도 가입당시 유보한 조항<sup>100)</sup>이 아니라면 직접적인 국내법의 효력을 가진다.<sup>101)</sup> 또한 유엔아동권리위원회의 권고가 비록 법적 구속력을 가지는 것은 아니라 해도 권고적 효력<sup>102)</sup> 내지 선언적 효력<sup>103)</sup>은 인정되는 것은 분명하기 때문에 이를 적극적으로 수용하는 것이 바람직하다.

지원, 사생활의 존중 등이 있다. 상세히는 최병각, 아동권리협약과 소년사범, 국가인권위원회, 2007, 32-64면.

- 95) States Parties shall, in particular, ensure that every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees: To have his or her privacy fully respected at all stages of the proceedings.
- 96) United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No.10: Children's Rights in Juvenile Justice, 2007, para. 66.
- 97) 베이징규칙 제21.2조에 따르면 소년범의 기록은 차후의 사건에 대한 성인절차에서 사용할 수 없다(Records of juvenile offenders shall not be used in adult proceedings in subsequent cases involving the same offender).
- 98) Children's Rights in Juvenile Justice, para. 67.
- 99) 권영복, “아동의 권리에 대한 법적 고찰”, 291-293면.
- 100) 우리나라는 비상계엄하 군사재판의 단심제에 관한 헌법규정을 이유로 아동권리협약 제40조 제2항 b 5호의 상소권에 관한 조항만을 유보하였다. 이와 관련하여 최병각, 아동권리협약과 소년사범, 58-59면.
- 101) 헌재 2007.8.30. 2003헌바51.
- 102) 이병조/이중범, 국제법신강, 일조각, 2007, 330면.
- 103) 장효상, “UN총회 결의의 효력”, 서울대학교, 법학, 제22권 제1호, 1981, 130면.

## V. 맺음말

지난 2007년 소년법 개정<sup>104)</sup>에서 이른바 “필요적 소년보호사건”<sup>105)</sup>에 해당하는 “벌금 이하의 형에 해당하는 범죄” 부분이 소년법 제49조 제1항과 제50조에서 삭제되었다. 이에 따라 소년에 대한 통고처분·즉결심판·약식절차·벌금형·노역장유치의 배제를 주장할 수 있는 법적 근거가 사라진 셈이다. 아마도 경미한 범죄를 저지른 소년을 굳이 보호사건으로 처리하여 힘을 쏟기 보다는 형사사건으로 쉽고 빠르게 처리하는 것이 두루두루 더 낫다는 실무계의 인식이 힘을 얻은 결과일 것이다. 그러나 본디 18세 미만 자에 대한 통고처분은 허용되지 않았고<sup>106)</sup> 노역장유치도 배제되었다.<sup>107)</sup> 이번에 소년 연령의 상한이 20세에서 19세로 바뀌면서<sup>108)</sup> 논리적으로는 18세 이상 19세 미만의 소년만이 문제되는데, 이들을 즉결이나 약식의 형사절차를 거쳐 벌금, 과료, 구류로 다스리는 것보다는 새롭게 강화된 보호처분<sup>109)</sup>으로 대응하는 것이 소년의 건전육성에 도움이 될 것이다.

그런데 소년사범의 실무에서는 보호사건으로 소년법원에 보내는 것보다 구약식이나 벌금형으로 처리하는 것이 소년에게도 사실상 유리한 조치라는 인식이 널리 퍼져있다. 그러나 범죄기록의 측면에서 벌금형을 받으면 범죄경력자료에 올라가고 소년법원송치나 소년보호처분은 수사경력자료로만 관리된다. 그럼에도 차후 범죄를 저지르면 수사와 재판의 과정에서 경력조회를 받아 전과로 취급된다는 점은 양자 모두 동일하다. 다만 누범가중<sup>110)</sup>은 금고 이상의 형을 받은 전과가 있을 때에만 문제되기 때문에 소년이 벌금형이나 보호처분을 받은 전과에 따른 형가중은 실질적으로 상습범규정을 적용할

104) 오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 형사정책연구, 제19권 제2호, 2008, 5-24면 참조.

105) 필요적 보호사건에 대하여 상세히는 최병각, “소년보호사건으로의 처리기준: 소년법 제49조 제1항 및 제50조를 중심으로”, 이한교교수 정년기념논문집, 2000, 513-521면.

106) 경범죄처벌법 제5조 제2항 4호.

107) 소년법 제62조.

108) 결과적으로 19세 이상 20세미만의 자에 대하여는 보호사건으로 처리할 수도 없고, 형사사건에서도 형감경(소년법 제60조 제2항), 부정기형(소년법 제60조 제1항), 가석방요건 완화(소년법 제65조)를 인정할 수 없다.

109) 보호처분의 강화에 대하여 상세히는 최병각, “소년법개정과 소년사범의 건전한 육성”, 형사정책연구, 제18권 제3호, 207, 1097-1099면.

110) 형법 제35조.

때에 문제가 된다.

앞에서 살펴본 바와 같이 미국 캘리포니아주 삼진법에서는 소년보호처분의 전과를 형가중을 위한 스트라이크로 사용할 것을 규정하고 있다. 다만 검사와 법관에게 스트라이크 산입을 배제할 수 있는 재량이 인정되고 있다. 그러나 배심재판 없이 내려진 소년 전과를 이후의 범죄에 대한 형가중의 근거로 삼는 것에 대하여 적법절차와 평등보호의 헌법원칙에 어긋난다는 주장이 계속 이어지고 있다.<sup>111)</sup> 특히 어떤 범죄는 성인이 아닌 소년이 범한 경우에만 스트라이크가 된다는 점과 성인과 달리 소년은 보강증거 없는 공범의 진술만으로 보호처분을 받을 수 있다는 점은 명백히 평등의 원칙에 위반된다. 이와 같이 소년전과를 형가중 근거로 하는 것은 소년법의 이념에도 반하고 헌법위반의 문제까지 발생한다는 점에 비추어 소년보호처분을 상습범의 상습성 인정자료로 사용하여 형가중에 활용하는 것은 삼가야 할 것이다.

더욱이 우리나라는 14세 이상 범죄소년에 대하여 검사가 별다른 제한없이 직접 형사법원에 공소제기를 할 수 있다는 점, 10세 이상의 촉법·우범소년은 범죄사실이 없이도 보호처분을 받을 수 있다는 점, 소년법원의 심판절차에서 형사소송절차에 비하여 오히려 불리한 처우가 이루어질 수 있다는 점<sup>112)</sup> 등을 고려하면 적어도 소년보호처분의 전과는 이후의 범죄에 대한 형가중의 요건사실로 삼을 수 없도록 법률의 명문 규정을 두어 처음부터 배제하는 것이 바람직하다고 하겠다. 아울러 이미 검사에게 소년의 범죄가 어떠한 범죄이든 모두 형사사건으로 또는 보호사건으로 처리할 수 있는 권한을 인정하고 있음을 고려하면 적어도 소년심판의 대상이 되거나 보호처분을 받은 경우에는 소년의 범죄기록 자체를 폐쇄하도록 해야 할 것이다. 이는 유엔의 아동권리협약과 베이징 규칙에 부응하는 것이기도 하다.<sup>113)</sup>

111) Deusch, Melanie, "Minor League Offenders Strike Out in the Major League: California's Improper Use of Juvenile Adjudications As Strikes", 37 Southwestern University Law Review 375, (2008); Gaston, Molly Gulland, "Never Efficient, But Always Free: How the juvenile Adjudication Question Is the Latest Sign That Almendarez-Torres v. United States Should Be Overturned", 45 American Criminal Law Review 1167 (2008)참조.

112) 우리 대법원은 소년보호사건에는 자백보강법칙(형사소송법 제310조)이 적용되지 않는다고 판시하고 있다. 대결 1982.10.15. 82도36.

113) 소년사법에 관한 국제준칙의 국내이행을 체계화하고 가속화해야 한다는 견해는 최병문, "한국의 소년사법과 국제준칙", 한국비교형사법학회/중국법학회 형법학연구회, 제6회 한·중 형법학술심포지엄 자료집, 소년범죄와 소년사법, 2008, 340면.

비록 소년범의 성인범으로의 전이가 항상 문제이지만 소년시절의 범죄기록을 성인이 되어 저지른 범죄에 대한 형가중의 빌미로 삼는 것은 되도록 삼가는 것이 소년의 건전 육성을 이념으로 하는 소년사법의 독자성과 효율성을 유지함에 유리할 것이다.

## Use of Juvenile Adjudications in Sentencing

Choi, Byung-Gak<sup>\*</sup>

This article analyses the problem of using juvenile adjudications as prior convictions in enhancement of sentence. To this end California's Three Strikes Law and UN Convention on the Rights of the Child are explored. This article suggests closing of criminal records of juvenile offenders.

California's Three Strikes Law exacts enhanced punishment for recidivists who have been previously convicted of serious or violent felonies. Under Three Strikes a juvenile adjudication is counted as a strike if the person committed a violent or serious felony offense when he or she was sixteen years of age or older, was found to be a fit and proper subject for the juvenile court, and was adjudged a ward of the juvenile court. But using juvenile adjudications as strikes is deemed to violate a person's due process rights and the equal protection clauses because in the juvenile court system a juvenile does not have a right to a jury trial.

United Nations Convention on the Rights of the Child affords the right of a child to have his/her privacy fully respected during all stages of the proceedings. This means records of child offenders should not be used in adult proceedings in subsequent cases involving the same offender, or to enhance such future sentencing. The Beijing Rules has an identical provision. And the Committee also recommends that the States parties introduce rules which would allow for an automatic removal from the criminal records of the child, or discretionary removal at the request of the child under certain conditions such as not having committed an offence within two years after the last conviction.

In Korea juvenile offender could be processed by the juvenile court proceeding or the criminal court proceeding at the discretion of the prosecutor. The criminal

---

<sup>\*</sup> Professor, College of Law, Donga-A University, Ph.D. in Law

record of juvenile who receive protective dispositions is available in the later investigation and/or trial and used as aggravating factor in sentencing especially in regard to habitual offence. But the rehabilitative goal of the juvenile justice system and the due process rights of juveniles demand the closing of criminal records of juveniles who are treated as protective cases at least.

❖ Keywords : juvenile adjudication, criminal record, three strikes law, recidivism, enhancement of sentence