

# 소년보호사건의 처리상의 문제점과 개선방안

## A Study on Problems and Improvement Measures for Juvenile Protection Cases

강수환

동국대학교 대학원 법학과 박사과정수료

Soo-Hwan Kang(jumbokang@nate.com)

### 요약

소년이 보호받아야 하는 이유는 다양하지만, 그중에서도 가장 핵심적인 이유는 소년범죄자들이 성인범죄와는 달리 그들의 개선 가능성에 있다고 할 수 있다. 현행 소년법은 다음과 같은 점에서 개선할 부분이 있다고 생각한다. 첫째, 형사처분과 보호처분으로 구분되는 과정상의 명백하고 객관적인 근거가 없다. 둘째, 소년을 두텁게 보호하고자 하는 입법정신은 이해할 수 있으나 실제 소년범죄에 대한 소년법의 적용과정을 검토해 보면, 이러한 정신은 발견하기가 어려워 보인다. 셋째, 소년보호사건을 처리함에 있어 처분결과 뿐만 아니라 처분과정에 대하여도 소년의 보호와 복지적 관점이 반영되어야 할 것이다. 마지막으로, 사건의 처리기간 단축을 비롯해 강력범의 소년원 송치 지양 그리고 제1호 처분의 후단과 제6호 처분의 통합 문제에 대해서는 좀 더 적극적인 개선의 노력을 해야 할 것이다.

■ 중심어 : | 보호처분 | 선의권 | 소년원 | 형사처분 | 소년부 |

### Abstract

The current juvenile law has to be improved in the following respects: First, there is no clear and objective basis for the process divided into criminal and protective dispositions.

Second, the spirit of legislation to protect the boy is understandable, but when reviewing the application process of the juvenile law to actual juvenile crimes, it is hard to find such spirit. Third, in dealing with juvenile protection cases, the outcome and process of disposal should be reflected in the boy's protection ideology. Finally, efforts should be made to shorten the processing period of the case, curb the transfer of violent criminals to juvenile detention center, and integrate the latter part of the first and sixth disposition.

■ keyword : | Principle of Discretionary Prosecutions | Primary Authority Principle | Juvenile Court | Protective Disposition | Criminal Disposition |

## I. 소년보호의 배경과 현황

### 1. 소년보호사상의 반성적 회고

소년법 제1조에서 “반사회성이 있는 소년의 환경 조성과 품행 교정을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 한다”고 규정

있다. 소년법은 처벌이 목적이 아니라 교육을 통한 개선과 만약 형사처분을 하더라도 성인과 달리 특별한 조치를 함으로써 소년보호와 함께 국가에 대해서는 미성숙 상태의 소년을 건전하게 육성해야 하는 책임을 부여하는 등의 보호주의를 선언하고 있다[1].

소년범죄에 대하여 성인범죄와 다르게 특별취급 이유로서 이른바 국친사상과 소년보호주의 사상이 있다 [2]. 또한 대륙법 체계의 국가에서도 복지적 이념과 후견 사상을 도입하고 있으며, 영미법계에서도 피해자를 적극 고려하는 등 형사법적 측면과 후견적 측면을 조화시키는 방향으로 나아가고 있다. 결국 소년범죄에 있어 소년을 일반 형사사건과는 달리 취급하는 이유는 법 정책적인 측면과 소년의 개선의 가능성 등을 고려한 조치라고 생각된다.

그러나 최근의 일명“n번방 사건(박사방 사건)”으로 알려진 미성년자와 여성을 대상으로 한 성범죄 사건을 보면, 가해자로 지목된 인물 중에는 미성년자도 포함되어 있었을 뿐만 아니라 피해자 중에도 미성년자가 다수 포함되어 있었다. 굳이 다른 사건을 언급하지 않더라도 이 사건은 최근 청소년 범죄의 일반적인 양상이라 할 수 있는 성인 범죄의 모방성과 잔혹성 등을 총 망라한 범죄의 전형이라고 해도 과언이 아니다. 이러한 최근 청소년 범죄의 경향성을 보면 청소년 범죄에 대하여 관대한 처벌의 태도를 취하고 있는 우리 형사법 체계를 그대로 유지하는 것이 타당한가라는 의문도 제기되는 것은 사실이다.

따라서 이하에서는 소년보호의 관점에서 소년사건 처리과정 중 개선해야 할 부분은 무엇인지 살펴보고 이에 대한 개선방안을 제시해 보고자 한다.

## 2. 소년범죄의 현황과 소년법 처리의 기초

소년범죄는 2009년 약 87,000명을 정점으로 하여 2018년 약 54,000명으로 약 38.3% 감소하였다. 그러나 2009년에서 2018년 사이 재산범죄는 약 48,000건에서 약 26,000건으로 절반정도 감소하였고, 폭력범죄는 약 32,000건에서 약 19,000건으로 30%이상 감소하였다. 강력범죄(흉악)는 년 간 3,500~4,000건을 유지하고 있다[3]. 이는 전체 범죄의 감소추세를 고려하면

상대적으로 흉악범죄는 증가하고 있다고 해석할 수 있다.

연령별 범죄 비율(2013년~2018년)의 경우, 14세~15세는 약 1,400~1,800명, 16세~17세는 약 2,000명~2,400명, 18세는 약 2,000명대를 유지하고 있다[4]. 모든 범죄에서 16세~17세의 비율이 가장 높은 경향을 보이고 있다. 최근 10년 동안 소년범죄의 범죄원인(이욕, 보복, 유혹, 우발, 부주의 등) 중 ‘우발’범죄가 가장 큰 부분을 차지하고 있어, 소년범죄가 즉흥적, 충동적 양상의 위험성을 보여주고 있다[5].

이상의 내용을 종합하면, 소년범죄는 우발, 충동, 흥포, 성인범죄 모방 등으로 요약되며, 더욱더 심각한 것은 사법기관이 입건유예, 선도조건부기소유예, 보호처분 등 사법적 완화조치를 취하였음에도 불구하고 범죄 감소 현상은 나타나지 않는다는 것이다. 그러나 지난 10여 년간의 통계에서도 알 수 있듯이 우발적, 충동적 범죄가 큰 비중을 차지하고 있는 것은 소년의 범죄적 비행적 행위들은 소년의 성장과정에서 거치는 정상적 사회화의 과정으로 해석할 수 있으며, 이러한 입장이 소년법을 성인법에 비해 특별 취급하는 이유이기도 하다.

이러한 의미에서 소년범죄 사건을 처리함에 있어 다음과 같은 자세는 유지될 필요가 있을 것이라고 생각할 한다[6].

첫째, 소년법에 대하여는 소년법의 입법목적에 부응하여 최대한 보호처분의 방식을 통해 악성을 교정해 나아가야 할 것이다. 즉 보호처분을 통하여 범죄자나인의 꼬리표를 피할 수 있을 뿐만 아니라 시설수용을 최소화함으로써 정상적인 생활을 유지하면서 그들의 악성을 교정할 수 있다. 다만, 통계에서도 보듯이 강력범죄에 대하여는 소년원 등의 시설 내 처우가 효과가 있을 수 있다는 생각도 해 볼 수 있으나 이는 시설 내 처우가 사회 내 처우보다 성과를 낼 수 있다는 보다 객관적 신뢰가 있을 때 선택되어야 할 것이다.

둘째, 소년법의 시설 내 수용은 최소화 하는 것이 원칙적이지만, 시설 내 수용을 하는 경우라도 자유로운 시민 사회의 환경과 흡사할 정도의 환경을 조성하여야 할 것이다. 만약 시설내의 물리적 환경이 보안과 감시에만 초점이 맞추어 진다면 오히려 시설 내에서 새로운

범죄문화를 형성할 가능성이 있을 뿐만 아니라 향후 출소 후에도 시설 내 문화에 적응되어 사회 속에서 부적응의 문제가 발생할 우려가 있다.

셋째, 사회 속에서는 소년들이 범죄의 영향을 받을 수 있는 요소들에 대한 차단에도 노력해야 한다. 소년은 미성숙 상태에서 쉽게 범죄에 빠지기도 하지만 또 한편으로는 쉽게 범죄에서 빠져 나올 수 있는 특성이 있다. 따라서 가정과 사회 내의 범죄 유발적 환경을 일소시키는 것도 중요한 과제라고 생각한다[7].

## II. 소년사건의 처리절차와 문제점

### 1. 소년보호사건의 처리절차의 개관

#### 1.1 관할

소년보호사건의 관할은 소년의 행위지, 거주지 또는 현재지이며, 소년보호사건은 가정법원 또는 지방법원의 소년부에 속한다. 소년 보호사건의 심리와 처분결정은 소년부 단독판사가 한다(소년법 제3조). 경찰서장은 촉범소년과 우범소년을 발견한 때에는 직접 관할 소년부에 송치하여야 하며(소년법 제4조 제2항), 범죄소년, 촉범소년, 우범소년을 발견한 보호자 또는 학교·사회복지시설·보호관찰소의 장은 이를 관할 소년부에 통고할 수 있다(소년법 제4조 제3항).

#### 1.2 검사와 소년법원 간의 송치

소년사건의 경우, 검사-소년법원, 형사법원-소년법원 간 소년사건에 대하여 송치 받은 결과가 자신의 견해와 다를 경우, 재송치가 가능하도록 제도화 되어 있다. 이러한 제도는 소년을 두텁게 보호하고자 하는 목적이지만 절차적인 면에서는 복잡한 부분도 존재한다. 즉 검사의 수사결과가 보호처분에 해당하는 사유가 있는 것으로 결정되면, 사건을 관할 소년부에 송치하여야 한다. 소년부에서는 송치 받은 사건을 조사, 심리한 결과가 동기나 죄질이 금고 이상의 형사처분을 할 필요가 있다고 인정될 경우, 결정으로써 해당 검찰청 검사에게 송

치할 수 있다. 이 경우, 검사는 법원으로부터 송치 받은 사건을 다시 소년부로 송치할 수는 없다(소년법 제49조). 한편 소년부가 검사에게 송치를 할 수 있는 경우는 소년부의 조사, 심리한 결과가 금고 이상의 형에 해당하는 범죄 사실이 발견된 경우 그 동기와 죄질이 형사처분을 할 필요가 있다고 인정되면, 결정으로써 사건을 검사에게 송치하여야 한다. 소년부는 조사, 심리한 결과 사건 본인이 19세 이상인 것으로 밝혀진 경우 결정으로써 사건을 검사에게 송치하여야 한다(소년법 제7조).

### 1.3 소년부의 조사

조사는 의학, 심리학, 교육학, 사회학이나 그 밖의 전문적인 지식을 활용하여 소년과 보호자 또는 참고인의 품행, 경력, 가정상황, 그 밖의 환경 등을 밝히도록 노력하여야 한다(소년법 제9조). 소년부 또는 조사관이 범죄 사실에 관하여 소년을 조사할 경우 미리 소년에게 불리한 진술을 거부할 수 있다는 사실을 알려야 한다(소년법 제10조). 소년부 판사는 조사관에게 사건 본인, 보호자 또는 참고인의 심문이나 그 밖에 필요한 사항을 조사하도록 명할 수 있으며, 소년부는 제4조 제3항에 의해 통고된 소년을 심리할 필요가 있다고 인정되면 사건을 조사하여야 한다(소년법 제11조). 소년부는 조사, 심리를 할 때에 전문가(심리학자, 사회사업가, 교육자 등)의 진단, 소년 분류심사원의 분류심사 결과와 의견, 보호관찰소의 조사결과와 의견 등을 고려하여야 한다(소년법 제12조).

### 1.4 보호처분의 결정

보호처분을 받은 소년에 대하여, 심리가 결정된 사건은 다시 공소를 제기하거나 소년부에 송치할 수 없다. 그러나 보호처분이 계속 중인 경우, 사건의 본인이 처분 당시 19세 이상인 것으로 밝혀진 경우에는 소년부 판사는 결정으로써 보호처분을 취소하여야 한다. 그리고 촉범소년, 우범소년에 대한 보호처분이 계속 중인 경우에는 사건 본인이 행위 당시 10세 미만으로 밝혀진 경우, 소년부 판사는 결정으로써 그 보호처분을 취소하여야 한다(소년법 제38조). 또한 보호처분이 계속

중일 때, 사건의 본인에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에는 보호처분을 한 소년부 판사는 그 처분을 존속할 필요가 없다고 인정하면 결정으로써 보호처분을 취소할 수 있다(소년법 제39조). 보호처분이 계속 중일 때에 사건 본인에 대하여 새로운 보호처분이 있었을 때에는 그 처분을 한 소년부 판사는 이전의 보호처분을 한 소년부에 조회하여 어느 하나의 보호처분을 취소하여야 한다(소년법 제40조).

## 2. 소년보호사건의 처리절차상의 문제

### 2.1 절차 복잡성과 방어권 행사의 문제

소년법의 특성이면서 문제로 지적될 수 있는 부분이 형사법원과 소년부 사이에 사건에 대한 상호송치가 가능하도록 되어 있다는 것이다. 즉 소년법원의 경우, 소년이 자신의 범죄에 대한 인정에서부터 출발하지만 형사법원의 자신의 범죄를 부인 혹은 다툼의 여지를 전제로 하고 있기 때문에 소년법원의 관함에 해당하는 사건이 소년부 판사의 의견에 따라 형사법원으로 송치될 경우 소년의 형사법원에서의 방어권 행사는 사실상 의미가 없어지게 될 우려가 매우 높다. 즉 현행 소년법상 경찰서장 등은 범죄소년 등을 소년부에 통고 할 수 있다. 특히 검사가 소년부로 송치한 사건(소년법 제49조 제①항)의 경우, 소년부는 다시 검사에게 송치가 가능하다(소년법 제49조 제②항). 사건을 송치 받은 검사는 소년부로 재송치를 할 수 없으며 기소를 해야 한다. 그러나 제1심 형사법원은 '소년에 대한 피고사건을 심리한 결과 보호처분에 해당할 사유가 있다고 인정하면 결정으로써 사건을 관할 소년부에 송치하여야 한다.'고 규정되어 있기 때문에 다시 소년부로 송치하는 것이 가능하다(소년법 제50조).

이러한 구조는 소년보호의 관점에서 본다면 절차가 복잡성이 크게 문제되지 않을 수 있다. 그러나 하나의 사건에 대하여 명확한 기준이 없이 검사-소년부-형사법원이 상호 복잡하게 사건을 주고받는 구조는 현행법 체계 하에서 거의 유일하다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 형사절차와 보호절차는 과정상의 차이뿐만 아니라 사건의 실체를 다루는 과정은 더욱더 차별화가 된다. 보

통 형사절차는 법률적 다툼이 존재하나 소년보호사건의 실무에서는 범죄인정과 소년보호의 관점에서 접근하기 때문에 재판의 진행 양상과 분위기는 형사절차의 그것과는 다를 수 밖에는 없다[8]. 그럼에도 불구하고 검사, 소년부, 형사법원이 사건을 자의적으로 판단하여 상호간 송치하는 것은 소년보호는 물론이고 형사절차상의 피고인의 권리행사에 있어서도 도움이 되지 않는다[9]. 뿐만 아니라 검사의 업무가 수사와 기소에 맞추어져 있는 현행 수사구조에서 소년법에 대하여 충분한 시간과 노력을 투입하는 것은 쉽지 않다. 이는 범죄소년에게 적절한 선의권 행사가 이루어지기 어렵다는 것으로 해석되며, 소년보호의 관점에서 보면 부적절한 처분으로 나타날 수 있어 소년의 방어권 행사에서 불리하게 작용할 수 있는 요인이 될 수 있다[10].

### 2.2 형사처분과 보호처분의 기준의 문제

소년법에 대한 중국적인 법적 판단이 내려지기 전까지 소년법은 형사처분과 보호처분이라는 두 가지 선택의 기로에 서 있으며, 일반 형사사건으로만 진행되는 성인범에 비하여 시간적 관점에서 장기화로 이어질 가능성이 매우 높다. 즉 우리나라의 교육여건상 소년범의 대부분은 학생신분인 경우 많으며, 과거에 비하여 피의자에 대한 수사기관의 조사과정에서 배려하는 부분이 많아 졌다고는 하지만 여전히 수사를 받아야 하는 피의자 입장에서는 주변에서 알지 못하게 수사를 받는다는 것은 어려운 일이다. 특히 학생의 신분에서는 수사기관에서 조사를 받는다는 그 자체만으로도 문제학생으로 인식 될 수 있어 각별한 관점에서 살펴보아야 할 것이다. 특히 조사과정에서 구금되는 경우에는 더 이상 학생신분으로서 정상적인 학교생활 및 교우관계를 거의 어렵게 되는 경우가 많다.

따라서 수사나 재판의 원활한 진행을 위하여 소년범을 구금하는 것은 교육적 관점에서도 부적합하다고 생각을 한다. 특히 사건의 처리가 장기화됨으로써 소년이 받는 정신적 스트레스와 심한 압박감으로 인하여 학업 성적 저조를 비롯해 학업의 중단상태도 나타날 수 있다. 뿐만 아니라 사건처리의 장기화로 인하여 학업과정의 정상적인 일정을 놓치는 경우도 어렵지 않게 볼 수

있다. 소년에게 있어 학업의 중단이라는 그 자체도 문제이지만 수사나 조사 과정 중에 소년이 또 다른 범죄나 비행은 길로 빠지게 되는 것도 큰 문제가 아닐 수 없다. 이는 결국 소년보호에 최선두에 있어야 하는 소년법이 소년의 보호의 걸림돌로 작용할 수 있는 요인이 되기도 한다[11].

한편 촉법소년과 우범소년의 비행사건에 대하여는 소년부로 송치나 통고하는 것은 합리적이라고 본다. 그러나 소년법 제49조는 '검사는 소년에 대한 피의사건을 수사한 결과 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정된 경우에는 사건을 관할 소년부에 송치하여야 한다'라고 규정을 하여 보호처분 사유가 있는 경우 소년부 송치를 의무적으로 규정하고 있으나 이를 위반 하더라도 처벌 규정이 존재하지는 않는다. 결국 이 규정은 소년보호의 관점에서 사건을 다루어야 한다는 강한 권고적 의미로 해석되어 진다.

그러나 한편으로 '보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정한 경우'의 구체적 기준을 제시하고 있지 않는 점은 문제로 지적될 수 있다. 즉 형사처분과 보호처분은 법률상의 효과적인 면에서 큰 차이를 보인다는 점과 소년법에게 형사처분과 보호처분 중 어떤 처분이 내려지는가에 따라 소년의 장애에 크고 중대한 영향을 미칠 수 있다는 점에서 그 사유를 최대한 구체적으로 열거하여 최대한 소년의 입장에서 처분이 내려질 수 있도록 하는 것이 타당하다고 본다[12]. 뿐만 아니라 실무에서 소년법에 대한 형사처분이 보호처분으로 전환되기 위해서는 소년법이 자신의 범죄를 인정해야 한다는 점을 고려하면 소년법의 입장에서는 보호처분으로 진행되는 것이 형사사건으로 진행되는 것에 비해 심리적 부담이 적을 뿐만 아니라 추후 내려지는 처분에 대한 부담감도 경감될 수 있다는 점에서 자칫 충분한 실제진실의 발견의 기회를 포기하고 현실과 타협할 수 있는 문제도 지적될 수 있을 것이다.

### 2.3 검사의 선의권 행사 과정에서의 문제

소년법상 소년사건의 처리과정에서 1차적 선의권은 검사에게, 2차적 선의권은 법원이 행사하도록 되어 있다. 그러나 검사의 주된 임무가 공소제기를 전제로 한

형사사건에 대한 실체적 진실발견이 주요한 목적이며, 소년사건에 대하여 보호처분을 부과할지 여부를 결정하는 것은 형사사법체계에서 만들어진 법률상의 권한 일 뿐이다. 즉 현행 형사소송법과 소년법에 의할 때, 소년 범죄사건을 담당하는 검사가 소년사건만을 전담하는 구조가 아닌 이상 소년에 대한 전문적 지식의 결여와 성인범에 비해 소년사건의 양적 부족으로 인하여 사건을 다루는 경험의 상대적 부족 및 업무처리과정에서의 시간의 부족 등으로 인하여 여러 가지 문제가 발생하게 된다. 통계를 보면 검사가 소년에 대한 기소사건 중 상당비율을 벌금형으로 약식기소하거나 전체 소년범죄 사건 중 상당 수의 사건이 불기소처분으로 종결되고 있는 부분을 보더라도[13], 과연 소년사건에 대한 충분한 이해와 시간을 가지고 전문적 감각으로 사건을 다루었는지가 의문이 드는 부분이기도 하다[14].

특히 검사가 선의권을 행사할 때 주로 활용하는 경찰단계에서 작성된 피의자신문조서의 양식과 내용도 성인범의 양식과 다를 것이 없다. 즉 이로 인해 소년사건을 처리함에 있어 기본이 되는 내용(부모 등 보호자 현황, 학업 중단 여부)등을 확인할 수 없는 구조이다. 뿐만 아니라 경찰단계에서 작성되는 소년환경카드 역시 형식적인 경우가 많으며, 소년에 대한 전문적 지식이 없는 담당자에 의해 작성되어 의견 제시의 기준이나 내용과 표현기법 등이 제각각이라는 점도 문제이다. 뿐만 아니라 소년부 판사에 대한 의견조회 결과의 따르면, 검사가 소년부 송치서에 처분의견을 기재하면서 소년법상 병과를 할 수 없는 처분을 함께 기재하는 경우도 있으며, 여러 가지 범죄사실로 형사 입건되었다가 수사과정에서 일부 범죄사실에 대하여 무혐의로 밝혀져 검찰에 송치되어도 이를 삭제하지 않고 그대로 법원으로 송치되는 경우도 있다. 이외에도 경찰이 잘못 적용한 죄명을 수정 없이 송치하거나, 피해자와 범죄소년이 범죄에 대한 의견이 상이하여 추가 조사가 필요함에도 불구하고 추가 수사 없이 송치하는 경우도 다수 발생하고 있다. 이러한 경찰과 검사 단계에서 일어나는 모든 일들이 전문적 지식과 경험의 부족에서 일어나는 일이라고 생각한다[15].

### 2.4 보호처분의 실효성 문제

소년에 대한 보호처분을 함에 있어 비행사실의 내용 및 증대성, 보호소년의 비행전력, 가정의 양육환경과 보호능력, 교우관계와 사회관계의 내용, 학교출석률과 사회활동의 형태, 나이와 성별, 음주, 흡연, 가출 등의 습관, 소년의 심리적 상태와 건강 등을 고려하게 된다 [16]. 특히 제1호 처분에 해당하는 '보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁'은 나이가 어린 소년 중, 비행전력과 비행성이 낮으며, 소년이 가정과 유대관계가 유지되고 있는 경우에 내려지는 경우가 많다. 그러나 이 처분은 비행소년을 부모 등에게 전적으로 위임하는 것으로서 법원이 보호처분만을 부과할 뿐 집행과정이나 집행 중의 프로그램에 대하여 구체적으로 제도화된 것은 전무한 상태이다. 따라서 제1호 처분은 사실상 사안이 경미하고 부모가 소년을 보호할 능력이 된다는 사정만으로 국가의 의무를 개인에게 전가시키는 것 밖에는 되지 않는다. 물론 처분과정에서 소년의 반성적 태도와 변화하는 모습을 볼 수는 있겠으나, 수사기관과 법원이 긴 시간과 많은 노력을 투입하여 결국은 아무런 사후 예방적 조치 없이 가정으로 돌려보낸다는 것은 공식적 사법체계의 신뢰를 저하시킬 수 있는 문제가 있다.

특히 제1호 처분의 후단 '보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호위탁'과 제6호 처분 '아동복지법에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁'은 사회 내 처우와 인가 시설 내 처우인이라는 부분에서 차이가 있을 뿐, 가정에서 소년을 보호하거나 교정할 능력이 없는 경우에 내려지는 처분이라는 점과 제1호 처분에서 보호자를 대신할 수 있는 자로서 청소년회복지원시설에 종사하는 위탁보호위원이 감호를 한다는 점에서 사실상 차이가 없다고 할 수 있다. 그리고 두 처분을 부과하는 기준에 대해서도 실무상 명확하지 않다는 점도 문제가 있다. 제6호(아동복지법상의 아동복지시설 기타 소년보호시설에 감호를 위탁), 제7호(병원, 요양소 또는 보호소년 등의 처우에 관한 법률에 따른 소년의료보호시설에 위탁)처분의 경우도 소년법의 환경에 맞는 적합한 처우와 교육을 통해서 개선을 촉진 하는데 목적이 있다. 그러나 그 활용실적이 저조할 뿐 아니라 시설의 위축 또한 특정지역에 국한되어 있어 타 지역에서는 사실상 활용이 어렵게 되어 있

는 점도 문제가 있다[17]. 소년법상 소년 처우에 관한 부분은 교정교화 뿐만 아니라 복지적 측면도 존재하는 점을 일부 시설을 제외하고는 수탁기관 대부분이 인적·물적 여건이 열악하여 민간 주도의 시설 내 처우로의 기능을 제대로 수행하지 못하고 있어 처분의 실익을 기대하기 곤란한 경우가 많다.

### III. 소년보호사건의 처리과정에 대한 개선 방안

#### 1. 불기소처분 등에 대한 소년부 송치 의무화

현행 형사법 체계와 검사 중심의 수사구조에서 동일 혹은 유사한 소년범죄가 발생하더라도 어떤 성향의 검사 또는 법관이 소년 사건을 취급하는가에 따라 선의권행사의 방향이 바뀌며, 그에 영향을 받아 소년범죄자 역시 보호처분보다 상대적으로 중한 형사처분을 받을 수 있으며, 반대로 보호처분 보다 경미한(?) 형사처분(불기소처분, 기소유예)을 받을 수도 있다. 동등하거나 동일한 처우 혹은 사건처리 결과에 있어 형평성 문제는 다른 어떤 법률의 분야보다도 형사법 분야에서는 더욱 더 중요한 가치라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 소년범죄자에 대하여 내려지는 형사처분 또는 보호처분의 결정이 법과 제도에 의해 정해진 절차에 따라 정해지는 것이 아니라 사법기관의 주관적이거나 자의적 판단, 혹은 운에 의해서 결정되어 지고 그러한 처분이 자신의 인생에 심각한 영향을 미칠 수 있다고 한다면 과연 누가 법을 신뢰하고 결과에 승복할 수 있을지 의문이 아닐 수 없다.

따라서 모든 소년 범죄자에 대해서 법률적용의 과정 뿐만 아니라 효과 면에서도 형평성 문제가 생기지 않도록 해야 할 것이다. 이를 위하여 현재의 검사나 법원 선의제가 아닌 수사의 개시와 종결은 현재와 같이 경찰과 검사가 담당을 하되 형사처분, 불기소처분, 보호처분 등 소년법과 관련한 모든 처분을 소년법이라는 단일법 체계에서 처리할 수 있도록 한다면 소년법 적용에서 일관성 뿐만 아니라 소년사건의 처리에 있어서도 일관성과 형평성의 유지도 가능할 것이다[18]. 물론 이러한 의견에 대하여 많은 비판과 문제점이 제기 될 수 있다는 것

을 필자 역시 충분히 인지하고 있으나, 소년사건을 처리함에 있어 형사사건과 소년보호사건을 일괄적으로 처리할 수 있는 체계가 필요함을 강조하고자 한 것이다.

소년법상 검사와 형사법관에게 부여된 선의권은 소년보호의 관점이 반영되어 있다고 할 수 있다. 그러나 현재의 수사구조 하에서는 소년법에 대한 검사의 선의권 행사가 검사의 형사사건에 대한 기소독점과 기소편의권으로 인하여 검사의 사실상 간섭 내지는 제한을 받는 모습으로 나타나고 있다. 즉 검사가 범죄소년에 대하여 공소제기를 결정 하는 경우, 소년은 보호사건으로의 절차 진행의 기회를 차단 혹은 제한받게 되어 불이익을 받을 수 있으며, 반대로 검사가 소년사건에 대하여 기소유예처분이나 불기소 처분권을 행사하는 경우에는 보호처분의 부담에서 완전히 자유로워 질 수 있어 법률적으로나 현실적으로 여러 가지 이익을 볼 수 있게 되어 있다. 물론 검사가 행사한 기소유예처분이나 불기소처분이 근시안적 관점에서는 소년에게 일신상의 이익이 될 수 있겠으나 장래의 재범의 가능성까지를 염두에 둔다면 오히려 보호처분 등과 같은 재범방지 조치 없이 형사절차를 종결시키는 행위가 소년에게 얼마나 이익이 될 수 있는가도 생각을 해 볼 필요가 있다[19].

따라서 소년범죄사건에 대하여 검사의 기소편의권을 제한하여 형사사건에 대한 공소제기를 현행의 구조를 유지하되 검사의 불기소처분과 기소유예처분에 대하여는 소년부에 송치를 하도록 하는 것이 소년보호의 관점에서 더욱 유리하다고 생각한다.

## 2. 불이익변경의 금지와 처리기간의 단축

소년법 제7조 제①항에 따르면 ‘소년부는.....금고 이상의 형에 해당하는 범죄 사실이 발견된 경우 그 동기와 죄질이 형사처분을 할 필요가 있다고 인정하면.....사건을.....검사에게 송치하여야 한다.’ 동법 제②항에서는 ‘소년부는.....사건의 본인이 19세 이상인 것으로 밝혀진 경우에는.....검사에게 송치하여야 한다.’라고 규정되어 있다.

동법 제②항의 경우에는 소년법 적용대상이 되지 않으므로 당연히 검사에게 송치하는 것이 마땅하다. 그러

나 동법 제①항의 경우, 소년부의 판단에 의해 형사처분이 필요한 경우 검사에게 다시 송치하도록 규정되어 있다. 이는 소년 형사사건에서 소년이 자신의 행위에 대하여 범죄인정이 있을 후 소년부로 이송되는 점을 고려한다면, 범죄인정을 통해 형사처분이 아닌 경미한 보호처분을 기대한 소년의 입장에서는 불이익변경에 해당할 뿐만 아니라 사실상 법원에 의한 수사과 기소권의 자의적 행사로 해석될 여지도 충분히 있다[20]. 따라서 이러한 문제는 제도적으로 해결이 되어야 할 것이며, 현행 제도 하에서도 소년의 죄질이나 동기가 불량하고 형사처분의 필요가 있는 경우에 소년부에서 검사로의 송치되는 경우는 최대한 자제되어야 할 것이다.

나아가 소년사건을 처리함에 있어 그 기간을 보면, 짧게는 수개월, 길게는 1년 이상 걸리는 경우도 다수 있다. 사건 종결시까지 시간이 길게 소요될수록 학업과 일상의 모든 면이 비정상적으로 변화될 수 밖에는 없을 것이다. 뿐만 아니라 소년보호사건 처리절차 과정에서 발생하는 소년부와 검사 간의 송치, 역송 등 절차적 중복과 지연 그리고 시설 수용 등으로 인하여 소년의 악성감염 증대와 재범가능성 등도 문제가 아닐 수 없다. 이러한 문제의 해소방안으로서 소년사건처리의 최장기간을 검찰 20일, 법원 30일로 단축하는 방안이 정책적으로 적극 검토될 필요성이 있다는 주장도 한때 있었다[21]. 소년사건의 처리기간의 단축과 함께 사건처리과정에서 소년의 외부노출도 최소한 줄일 수 있는 방안 예컨대, 보호사건의 절차를 일과 후 또는 휴일에 진행할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다.

## 3. 강력법의 소년원송치 지양

소년법상 소년원 송치는 소년보호처분 중 가장 무거운 처분에 해당한다. 법률상으로는 소년교도소나 소년원은 별개의 기관이면서 그에 대한 법률적 효과도 차이가 있으나, 사실상 두 시설 모두가 범죄소년에 대한 교정교화를 목적으로 한다는 점에서는 차이가 없다고 해도 무방할 것이다.

따라서 처음부터 강도, 살인, 강간 등 강력 흉악범죄 같이 극히 사안이 중대하거나 잔인하고 심지어 개선이

곤란하다고 판단이 되는 경우에는 형사처분을 통하여 소년교도소로 보내야 할 것이지만, 소년원은 소년법의 목적과 이념에 맞추어 조기에 교정이 가능한데도 불구하고 재비행 혹은 재범의 위험성을 현저하게 지닌 채, 이전의 환경 속으로 되돌려 보내지는 소년을 그 대상으로 하여야 할 것이다. 만약 소년원에 교화나 개선이 쉽지 않거나 강력범죄자들을 수용하게 된다면 소년원의 교육활동은 위축될 것이며 그에 따라 효율성 또한 떨어질 뿐만 아니라 소년교도소와의 기능과 역할 면에서 차이가 없게 될 것이다. 따라서 강도, 강간 등 강력범죄 소년들이 상당수가 소년원에 송치되어 비행성 감염의 역기능을 배제할 수 없고, 성행교정 적합한 처우를 기대할 수 없다는 점에서 “특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법”에서 규정하고 있는 “특정강력범죄” 해당자의 소년원송치는 가급적 지양하는 것이 좋을 것으로 생각한다[22].

#### 4. 제1호 처분의 실효성 및 제1호 후단과 제6호 처분의 통합 등

소년보호처분의 대상이 되는 소년들의 경우, 가정에서 보호와 감독기능이 원활하게 작동하지 않는 경우가 많다. 그러한 의미에서 제1호 처분에서 ‘보호자 위탁’ 부분은 오히려 소년범죄자의 문제를 해결하지 못한 채 사법기관에서 정해진 절차진행을 위하여 시간만 낭비한 채로 범죄의 환경이 있는 곳으로 되돌려놓는 것과는 크게 다르지 않을 수 있다. 따라서 소년법원이 범죄소년에게 ‘보호자 위탁처분’을 부과하는 경우, 위탁기간 동안 최소한의 프로그램이나 감독이 가능하도록 하는 실무적 지침을 마련하는 것이 소년법의 취지를 제대로 살릴 수 있는 방안이라고 생각을 한다.

뿐만 아니라 종래까지만 하더라도 제6호 보호처분은 범죄는 정황은 경미하지만 보호환경이 취약한 소년을 대상으로 보건복지부, 지방자치단체 관할의 사회복지시설(민간 수탁기관)에서 6개월의 범위 내에서 교육을 실시한 후 사회에 복귀시키는 형태로 운용되었다. 그러나 현재 청소년회복지원시설이 이러한 역할을 대신 수행하고 있으며, 제1호 후단의 ‘보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁’의 경우에도 실무에

서는 청소년회복지원시설의 위탁보호위원회에 일임하고 있는 점을 감안할 때, 이들 양 제도는 제6호로 통합을 하여 통근의 방법을 도입해 보는 것도 좋은 방안이 될 수 있을 것이라고 생각한다. 뿐만 아니라 제7호 처분의 대상이 되는 소년에 대하여 질병치료나 요양목적만으로는 소년법의 이념을 제대로 충분히 구현할 수는 없을 것이다. 오히려 소년법들의 신체적, 정신적 문제를 치료하는 기능과 범죄적 성향을 교정하는 프로그램이 동시에 활용될 때(예컨대, 소년의료원제도) 소년법의 재사회화 가능성이 더 높아질 것이라고 생각한다[23].

#### IV. 맺음말

소년범죄자들을 성인 범죄와는 달리 특별히 취급하는 이유는 그들의 개선 가능성에 있다고 할 수 있다. ‘개선가능성’의 관점에서 소년을 특별히 법률상 관대한 취급을 하는 것은 소년 개인의 입장에서 유리하겠지만 향후 범죄로 인한 사회의 경제적 비용의 감소와 범죄로부터 사회적 안정이라는 측면에서 볼 때, 사회적으로도 매우 유용하다고 할 수 있다.

그러나 현행 형사소송법과 소년법의 적용과정에 나타나는 문제들을 요약하면, 형사처분과 보호처분으로 구분되는 과정상의 명백하고 객관적인 근거가 없다는 점이다. 즉 소년범죄자가 어떤 성향의 검사나 법관을 만나는가에 따라 형사처분 보다 경미한 보호처분을 받을 수 있거나 또는 보호처분보다 더 경미한 기소유예, 불기소처분을 받을 수 있는 구조로 되어 있다는 점이다. 법률은 적용에 있어서 공평해야 하며 일관성을 가지고 예측 가능해야 한다는 것은 굳이 언급하지 않더라도 당연하다.

소년을 두텁게 보호하고자 하는 입법정신은 충분히 이해할 수 있겠으나 실제 소년범죄에 대한 소년법의 적용과정을 면밀히 살펴보면, 법률이 지니고 있어야 하는 이러한 정신은 발견하기가 어려워 보인다. 따라서 소년법이 그 목적에 충실하기 위해서는 모든 소년범죄자에게 소년보호절차로의 진행의 기회는 열려 있어야 할 것이며, 그러한 기회 속에서 충분한 시간과 전문적인 진단의 결과를 토대로 하여 처분이 내려져야만 소년보호



의 목적을 달성하는 것이라고 생각을 한다. 결과뿐만 아니라 절차적 측면에서도 소년보호의 정신이 반영되어야 할 것이다. 나아가 소년보호사건을 처리함에 있어 처분결과 뿐만 아니라 처분과정에 대하여도 소년의 보호와 복지적 관점이 반영되어야 할 것이다. 그러한 의미에서 검사가 선의권을 행사하여 소년부로 송치한 사건을 소년부가 다시 역송하는 것은 불이익한 처분으로서 소년이 향후 형사사건으로의 전환 후 방어권 행사에도 문제가 있을 수 있다는 점을 고려하여야 할 것이며, 사건의 처리기간 단축을 비롯해 강력범의 소년원 송치지양 그리고 제1호 처분의 후단과 제6호 처분의 통합 문제에 대해서는 좀 더 적극적인 개선의 노력을 해야 할 것이다.

특히 앞서 언급한 개선방안들 중 불기소 처분에 대한 소년부 송치 의무화와 처분의 통합은 입법적 결단이 필요한 부분이라 시간과 노력이 필요할 것으로 보이나 소년법의 제정 목적을 고려한다면 반드시 추진되어야 할 것이다. 또 사건 처리기간의 단축과 강력범의 소년원 송치지양은 실무에서 사법기관의 의지만 있으면 얼마든지 축소할 수 있는 부분이 아닌가 생각이 든다. 마지막으로 최근 10여년 사이 소년법에 대한 연구가 과거에 비하여 많이 줄어든 것이 사실이다. 질적 연구 문헌들은 일부 존재 하지만 양적 연구는 거의 전무한 것으로 알고 있다. 보다 많은 다양 분야의 연구자들이 소년법 분야에서 연구성과를 보여준다면 우리 나라의 소년 사법시스템이 한 단계 더 발전 할 수 있는 기반이 될 수 있을 것이라 생각한다.

**참 고 문 헌**

[1] 최병각, “소년사법의 방향과 과제,” 소년보호연구, 제 26호, 한국소년정책학회, 2014.  
 [2] Philip L. Reichel, “Corrections ; Philosophies, Practices, and Procedures,” 2nd ed., pp.435-438, 2001.  
 [3] 법무연수원, 범죄백서, 2019.  
 [4] 법무연수원, 범죄백서, 2019.  
 [5] 법무연수원, 범죄백서, 2019.  
 [6] 천진호, “소년보호관찰대상자 처우의 개선방안,” 동아

법학, 제48호, pp.421-425, 2010.  
 [7] 이하섭, 조현빈, “청소년범죄에 대한 경찰활동,” 한국콘텐츠학회논문지, 제11권, 제7호, pp.285-297, 2011.  
 [8] 최병각, *소년보호사건의 범위와 처리에 관한 연구*, 서울대학교 박사학위논문, pp.126-130, 1998.  
 [9] 오영근, 최병각, “소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구,” 한국형사정책연구원, pp.85-89, 1995  
 [10] 이수현, “소년법상 선의제도에 관한 비판적 고찰,” 소년보호연구, 제33권, 제1호, pp.10-12, 2020.  
 [11] 문성주, 김윤정, 서용성, *소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구 - 통합적 운용가능성을 중심으로 -*, 사법정책연구원, 2019.  
 [12] 최영승, “소년보호사건에 있어서 적법절차의 구현,” 소년보호연구, 제24호, pp.331-333, 2014.  
 [13] 법무연수원, 범죄백서, 2019.  
 [14] 김성돈, “우리나라 소년법상의 검사선의주의모델의 개선방안,” 가사소년제도개혁위원회 자료집(II)-전체 위 원회, 제1·2·3·특별분과위원회, 회의결과 및 회의 자료 -, 서울가정법원, 2005.  
 [15] 문성주, 김윤정, 서용성, *소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구 - 통합적 운용가능성을 중심으로 -*, 사법정책연구원, pp.28-30, 2019.  
 [16] 이옥형, *소년보호재판에서 처우 선택, 가사재판 연구* 자료집 참조, 2007.  
 [17] 법무연수원, 범죄백서, 2019.  
 [18] 문성주, 김윤정, 서용성, *소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구 - 통합적 운용가능성을 중심으로 -*, 사법정책연구원, 2019.  
 [19] 이수현, “소년법상 선의제도에 관한 비판적 고찰,” 소년보호연구, 제33권, 제1호, pp.12-14, 2020.  
 [20] 심재무, “한국 소년보호처분제도의 문제점과 그 개선방안,” 비교형사법연구, 제10권, 제2호 통권, 제19호, 2008.  
 [21] 법원행정처, 소년보호사건의 개선을 위한 회의결과 보고서, *소년보호사건 처리 및 소년원 송치처분의 문제점과 개선방안*, 1996.11.  
 [22] 황일호, “소년법상 화해권고제도의 현황분석과 개선과제,” 중앙법학, 제15권, 제3호 통권, 제49호, pp.139-141, 2013.  
 [23] 박은민, 최진아, “청소년 범죄 재범방지를 위한 경찰 다이버전 프로그램의 활성화 방안,” 한국콘텐츠학회논문지, 제11권, 제6호, pp.311-325, 2011.

저 자 소 개

강 수 환(Soo-Hwan Kang)

정회원



- 2018년 8월 : 동국대학교 법학과  
(법학석사)
- 2020년 8월 : 동국대학교 법학과  
(박사과정수료)

〈관심분야〉 : 소년보호사건, 청소년 범죄