

소년법상 부정기형 제도에 대한 재검토*

김 혁**

국 | 문 | 요 | 약

부정기형 제도는 특별예방에 기대를 걸고 도입된 제도이기는 하지만, 구조적인 설계 자체가 잘못되어 있을 뿐만 아니라 재판이나 행정 실무에 있어서도 의도했던 성과를 찾아보기 어렵다. 어쩌면 아무도 관심을 가지지 않은 채 부정기형 제도가 그동안 큰 고민 없이 시행되어 왔다고 표현하는 것이 보다 정확한 표현일지 모른다. 양형조사의 미비, 일관성 없고 예측 불가능한 양형으로 인한 소년의 법적 지위 불안, 정기형과 차별성 없는 형의 집행, 조기 석방의 부재 등 부정기형 제도의 난맥상은 열거하기도 벅거울 정도이다.

부정기형의 적용 대상은 비행성이 상당히 진행되었거나 사회의 이목을 집중시킨 범죄를 저지른 소년들이라는 점에서 동 제도를 지금과 같이 그대로 방치하여서는 안 된다. 판결 전 조사의 의무화, 법관의 광범위한 재량의 통제, 단기 도달시 가석방 원칙의 명문화 등 부정기형 제도의 존치를 전제로 한 제도 개선은 물론, 부정기형의 폐지까지 테이블 위에 올려놓고, 형사제재의 실효성 및 처우의 효과성을 높이기 위한 전면적인 제도의 재검토를 진지하게 고려할 필요가 있다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.9.30.3.1>.

❖ 주제어 : 부정기형, 특별예방, 판결 전 조사, 가석방, 양형기준

* 이 논문은 2021학년도 부경대학교의 지원을 받아 수행된 연구임(과제번호: CD20210553).

** 부경대학교 법학과 조교수, 법학박사

I. 서론

소년법은 소년에 대한 형사처분의 특칙 중 하나로 부정기형을 규정하고 있다. 소년에 대한 형벌은 원칙상 부정기형을 선고하여야 하고(소년법 제60조 제1항), 형의 단기가 지난 때에는 그 형의 집행을 종료시킬 수 있으며(동조 제4항), 단기의 3분의 1이 경과하면 가석방을 허가할 수 있을 뿐만 아니라(제65조), 가석방 기간의 종료에도 특례가 적용된다(제66조). 소년의 건전한 성장을 도모하는 소년법의 목적은 보호사건은 물론 형사사건에도 그대로 유효하므로 부정기형이 소년의 특성에 기반하여 고안된 제도임에는 틀림이 없을 것이다. 그동안 부정기형이 소년보호와 특별예방에 기여할 것이라는 믿음은 큰 의문 없이 이어져 왔고, 부정기형은 지금까지 보호처분과 더불어 소년에 대한 형사제재의 일익을 담당해 왔다.

그런데 부정기형 제도가 정말로 소년법의 목적에 부합되는 구조적 설계의 틀을 갖추고 있는지, 또한 현실에서도 성인과의 차별화된 제도로써 의미를 부여할 수 있을 만큼 운용되고 있는지에 대해서는 제대로 된 검증이 이루어진 바가 없다. 물론 부정기형에 대한 논의 자체가 전혀 없었던 것은 아니지만, 절대적 부정기형은 인권보장의 측면에서 정당화될 수 없는 반면 소년법의 상대적 부정기형은 그 필요성이 인정된다는 정도에서 대체로 논의가 정제되어 있다.¹⁾ 이러한 무관심의 배경에는 보호처분을 우선하는 소년법의 체계하에서 소년에 대한 형벌보다는 보호처분에 보다 관심이 집중될 수밖에 없는 구조적 측면도 하나의 원인으로 작용하였을 것이다.

하지만 부정기형은 소년법의 존재의의를 정당화하는 측면에서도 절대 소홀히 다룰 수 없는 영역이다. 부정기형은 소년에 대한 이원적 형사제재의 한 축을 이루고 있는 형벌 중에서도 중핵을 차지하는 위치에 있기 때문이다. 부정기형에 대한 효과성 검증이나 진중한 고민이 이루어지지 않은 채, 성인과 구별되는 제도의 존재 자체가 소년법의 특수성을 반영하는 것이라는 논리는 내용 없는 공허한 외침에 불과하다. 더 이상 부정기형 제도를 소년법 중에서도 변방에 위치하는 비주류적인 제도 중 하나로 치부할 것이 아니라, 제도 설계의 구조적 측면과 실무에서의 운용을 면밀히 검토함으로써 과연 동 제도가 소

1) 최근의 논문으로는, 정숙희, “소년법상 상대적 부정기형제도에 대한 소고”, 법조 제729호, 2018, 525-554면; 정신교, “소년형사법에 대한 현행 부정기형의 문제점과 개선방안”, 경찰학논총 제13권 제4호, 2018, 67-91면.

년법의 목적 달성에 기여할 수 있는지를 전면에서 다룰 필요가 있다.

이러한 문제의식을 가지고, 본고에서는 소년에 대한 형사제재로서의 부정기형의 의미와 위치를 명확히 한 다음(Ⅱ), 현행 부정기형 제도가 가지고 있는 구조적 문제점을 논증하고자 한다(Ⅲ). 또한 실제 부정기형 제도의 양형 및 집행 실태를 검토하여 운용상의 문제점을 도출하고(Ⅳ), 부정기형의 폐지를 포함한 소년에 대한 형벌의 재설계 방안을 제시하고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 형사제재로서의 부정기형의 의미와 중요성

1. 부정기형 제도의 도입과정

부정기형은 19세기 특별예방이론의 입장에서 범죄인에 대한 교육개선과 격리를 목적으로 그 위험성을 제거하기 위한 방안의 하나로 등장하였는데,²⁾ 독일의 경우 1835년 게오르크 오버마이어(Georg M. Obermaier)가 뮌헨교도소에서 부정기형을 운용한 것으로 알려져 있다.³⁾ 특히 나치시대인 1941년 법규명령(Verordnung)으로 소년에 대한 부정기형을 도입하였으며, 1943년 제국소년법원법(RJGG)을 제정하여 부정기소년형을 입법화하였다. 제2차 세계대전 이후 나치의 잔재를 청산하기 위해 제정된 1953년의 소년법원법(JGG)에서도 상대적 부정기소년형을 규정하여 정기소년형과 부정기소년형을 선택적으로 선고할 수 있도록 하였는데, 1990년 소년법원법개정법률이 제정되면서 부정기소년형은 폐지되었다.⁴⁾

한편, 부정기형이 가장 활발히 활용된 곳은 미국이었다. 미국에서는 엘미라 교정원(Elmira Reformatory)을 시작으로 20세기 중반까지 대부분의 주에서 부정기형을 도입하였는데, 부정기형은 가석방 및 선행보상과 함께 미국 형사사법제도의 기본구조를 이루게 되었다.⁵⁾ 당시 부정기형을 도입한 이유는 범죄인을 피보호자로 간주하고 사회의 안전

2) 오영근·최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 25면.

3) 小川太郎, 刑事政策論講義, 法政大学出版社, 1975, 144면.

4) 오영근·최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 26-29면.

5) 오영근·최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 22-23면.

과 범죄인의 복지를 위하여 원활한 사회복귀가 가능할 때까지 범죄인을 구금한 후에 그를 석방할 필요가 있다는 논리에서였다. 즉 개선효과가 언제 이루어질지 사전에 예측하기가 어렵기 때문에 탄력적인 형벌의 운용이 필요하다는 것이었다.⁶⁾

그런데 우리나라에서의 부정기형 제도는 일제 강점기인 1942년 조선소년령이 제정되고 상대적 부정기형이 도입되면서 시작되었다. 조선소년령은 일부 차이가 있기는 하나 1922년 제정된 일본의 구소년법의 내용을 그대로 답습하고 있었는데, 일본에서의 부정기형 제도의 도입에는 미국에서의 제도 운용이 상당 부분 영향을 준 것으로 알려져 있다.⁷⁾ 일본의 구소년법에서 부정기형을 도입한 취지는, 단기자유형으로는 교정 목적 달성에 한계가 있기 때문에 교화를 위한 어느 정도의 처우 기간을 확보하기 위함이었다.⁸⁾ 즉 피고인에게 예측되는 개선 가능성을 기초로 부정기형의 장기를 설정하고, 사실상의 효과를 중시하여 교화개선이 달성되지 않는 한 소년을 계속 수용하는 것이 이상적이라는 사고를 전제하고 있었다.⁹⁾ 소년에 대한 제도 시행 이후 성인 상습누범자에 대해서도 부정기형을 확대 도입하는 방안을 염두에 두고 있었으며,¹⁰⁾ 실제 1940년 「개정형법가안」 제91조에도 관련 내용이 반영되어 있었다. 부정기형에 대한 이러한 기대가 계속되어서 인지 해방 이후 1958년 제정된 우리 소년법은 법정형 장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 범죄에 대하여 부정기형을 선고할 수 있도록 함으로써, 장기 3년 이상의 유기형으로 처단하여야 하는 경우로 규정하던 조선소년령에 비하여 부정기형의 대상 범죄를 확대하였다. 그 결과 사형 또는 무기형의 완화 및 집행유예와 선고유예를 제외하면 소년에 대한 자유형은 부정기형이 원칙임을 선언하게 되었다. 이후 몇 차례 개정과정(1988년, 2007년)에서 부정기형의 부작용을 개선하면서 현재에 이르고 있다.¹¹⁾

6) Burkert Foster, *Corrections: The Fundamentals*, Pearson Prentice Hall, 2006, p.39; Todd R. Clear & George F. Cole & Michel D. Reisig, *American Corrections*(10th ed.), Wadsworth, 2013, pp.53-54.

7) 김혁, “부정기형과 불이익변경금지의 원칙 - 대법원 2020. 10. 22. 선고 2020도4140 전원합의체 판결을 중심으로 -”, *형사법연구* 제33권 제1호, 2021, 158면.

8) 太田達也, “不定期刑廢止論—仮釈放の観点から”, *法学新報*125卷11·12号, 2019, 8면.

9) 小西曉和, “少年に対する不定期刑についての刑事政策論的考察(1)”, *早稻田法學*90卷3号, 2015, 8-9면.

10) 泉二新熊, “不定期刑の執行に就て”, *刑政*36卷3号, 1923, 13면.

11) 부정기형의 문제점에 대한 자세한 내용은 후술한다.

2. 부정기형 제도의 의의

도입과정에서 살펴본 바와 같이 부정기형에는 특별예방의 관점이 강하게 투영되어 있다. 범죠힌 중에서도 연령적 특성으로 인하여 특별예방의 효과를 가장 기대할 수 있는 존재로 인식되어 왔던 소년인 싨험적인 제도의 시행에 적합한 대상으로 일찌감치 낙점되었던 것이다. 이 점은 부정기형 제도의 취지에 관한 일반적인 해설에도 잘 드러나 있다. 즉 법원실무제요는, “소년은 인격 발달 과정에 있고 가변성이 풍부하여 교육에 의한 개선·갱생이 보다 많이 기대되므로 교육적 배려의 차원에서 성인에 비하여 가석방을 완화함과 동시에 소년에 대한 자유형(싨형)은 원칙적으로 부정기형으로 하여 형기에 폭을 인정함으로써 처우에 탄력성을 가져오게 한 것”으로 부정기형의 취지를 설명하고 있다.¹²⁾ 이렇듯 부정기형은 형벌이기는 하지만 보호처분과 더불어 소년에 특화된 형사제재로서의 성격을 가지고 있다.

그렇다면 부정기형은 다음의 점이 확인되어야만 그 존재 의의를 인정할 수 있을 것이다. 첫째, 부정기형의 양정 과정에서는 사회학·정신의학·심리학적 요소를 포함한 과학적인 양형조사가 이루어져야 한다. 양형조사 없이 특별예방에 필요한 내용들을 확인할 수는 없고, 특히 부정기형의 경우 법원이 유기형의 장·단기를 선고하는 이상 양형과정에서부터 책임과 특별예방을 고려한 장·단기의 폭을 결정하여야 하기 때문이다. 둘째, 형의 집행과정에서 정기형에 비하여 처우의 탄력성을 도모하기 위한 차별적 운용이 전제되어야 한다. 만약 처우에 있어서의 차별성이 인정되지 않는다면 정기형만으로도 특별예방의 효과를 기대할 수 있는데 굳이 부정기형을 선고할 필요는 없을 것이기 때문이다. 셋째, 형 집행의 종료 또는 가석방의 운용에 있어서도 뚜렷한 차이가 확인되어야 한다. 부정기형을 통하여 교정교육의 목적이 효과적으로 달성되었다면 소년법에서 규정하고 있는 바와 같이 성인에 비하여 단기간에 교정교육 또는 시설내 처우를 종료할 수 있을 것이기 때문이다. 넷째, 부정기형으로 인하여 소년의 인권 침해의 문제가 발생해서는 안 된다. 부정기형 역시 형벌이고 적법절차의 원칙은 소년의 형사사건에서도 당연히 준수되어야 하므로 재판이나 처우과정에서 특별예방이나 소년법의 목적달성을 내세운 소년의 인권 침해는 용인될 수 없고 책임주의의 한계 역시 작동하여야 하기 때문이다.

12) 법원행정처, 법원실무제요(보급판), 2014, 371면.

Ⅲ. 부정기형 제도 설계에 있어서의 구조적 한계

1. 장·단기 기준 설정의 부재

부정기형은 정기형과 달리 장·단기형을 각각 선고하여야 한다. 형 집행의 탄력성 유지를 위하여 장·단기형의 설정이 불가피하다는 전제를 인정하더라도, 부정기형 역시 형벌인 이상 양형과정에서 형벌의 근거 및 한계를 기초 짓는 책임주의의 통제로부터 자유로울 수는 없다. 이때 장기와 단기 중 어느 것이 책임형의 기준이 되어야 하며, 특별예방적 요소는 어떻게 고려될 수 있는지 등의 복잡한 문제가 필연적으로 발생한다. 대법원의 양형기준이 일단의 기준을 제시해 줄 수는 있지만, 피고인이 소년인 때에는 양형기준 자체가 적용되지 않는다. 소년의 개별 특성을 고려하기 위하여 일률적인 양형기준을 설정하지 않은 것인데,¹³⁾ 그로 인하여 장기와 단기의 기준을 구체화할 수 있는 타당한 근거를 제시하기가 더욱 곤란해진다. 법관에 따라 장기를 책임형의 기준으로 삼거나 반대로 단기를 그 기준으로 삼을 수도 있을 것인데, 관점에 따라 동일한 사안을 두고 양형에 있어 실질적인 차등이 발생하는 상황을 피할 수 없게 된다. 특히 처우기간의 확보를 위하여 장기의 자유형을 선고할 필요가 있다는 입장을 취하게 되면, 부정기형 제도가 성인에 비하여 중한 장기형을 양산하는 결과를 초래할 수 있다.

또한 소년법은 장기와 단기의 상한을 각각 10년, 5년으로 규정하고 있을 뿐(제60조 제1항)¹⁴⁾, 장·단기의 폭을 얼마로 설정할지는 법관의 재량에 맡겨져 있다. 예를 들어, 사기죄의 경우 가중·감경이 없다는 가정하에 처단형의 범위 내에서 단기는 1월에서 5년, 장기는 1월에서 10년의 징역형을 선택할 수 있는데, 최단 1일에서 최장 9년 11월의 폭을 두고 장·단기형을 선고하는 것도 이론상 불가능하지 않다.¹⁵⁾ 물론 실무에서는 통상 장기 5년에 단기 4년, 장기 4년에 단기 3년, 장기 3년에 단기 2년 6월 또는 2년, 장기 2년에 단기 1년 6월, 장기 1년 6월에 단기 1년, 장기 1년에 단기 10월 또는 8월, 장기

13) 양형위원회, 양형기준, 2021.

14) 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」(이하, 특정강력범죄법)의 경우 장·단기의 상한은 각각 15년, 7년이다(제4조 제2항).

15) 단, 장기 1년, 단기 1년과 같이 실질상 정기형을 선고하는 것은 부정기형이 아니므로 위법하다(대법원 1956. 1. 31. 선고 4288형상371 판결).

10월에 단기 8월 또는 6월, 장기 8월에 단기 6월을 선고하고 있다고 하지만,¹⁶⁾ 검사와 피고인 모두 예상되는 장·단기의 폭을 가늠하기 어렵다. 장·단기의 폭이 지나치게 좁게 설정되어 있을 경우 정기형과 별다른 차이가 없기 때문에 본래 부정기형을 선고하는 취지 자체를 의심스럽게 할 수밖에 없고, 반대로 그 폭이 지나치게 넓다면 형형에서의 재량이 너무 넓어 예측 가능성 내지 법적 안정성을 저해한다는 비판에서 자유로울 수 없다. 장·단기의 기준을 설정하지 않고 이러한 복잡한 문제를 법관의 재량에만 오로지 맡겨두는 것이 과연 책임과 예방에 부합할 수 있는지, 또 그것을 소년의 건전한 성장을 도모하기 위한 양형이었다고 정당화할 수 있을 것인지 의문이다.

2. 부정기형과 소년감경규정에 따른 체계적 혼란

비록 형법은 이중평가금지원칙을 명문으로 선언하고 있지는 않지만, 법적 구성요건요소가 되는 사유를 양형에 있어 다시 고려하여서는 안 된다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁷⁾ 구체적으로 구성요건요소에 관한 사항, 책임의 가중 감경적 구성요건에 관한 사항, 형사정책적 고려사항, 범죄 실행에 있어서의 전형적인 행위결과 내지 태양 등을 양형에 재차 고려하여서는 안 된다.¹⁸⁾ 그런데 법률상 감경사유인 소년법 제60조 제2항의 소년감경은 형법 제51조의 양형의 조건과 사실상 그 내용이 중복된다. 소년은 곧 양형의 조건인 범인의 연령을 의미하기 때문이다. 특히 소년법 제60조 제2항에서의 연령을 책임요소로 파악하지 않는 판례의 입장을 취하게 되면,¹⁹⁾ 그것이 형법 제51조와의 관계에서 어떠한 의미를 가지는 것인지가 더욱 애매해진다. 그 결과 소년이라는 연령상의 이유를 기초로 법률상 감경을 한 후에 구체적인 선고형을 정하는 과정에서 연령을 고려하는 것을 전면에서 허용하게 되어 이중평가금지원칙에 반할 뿐만 아니라 양형에 있어서의 재량이 지나치게 확장되는 문제가 발생한다.

16) 법원행정처, 소년실무제요(보급판), 372면.

17) 김혜경, “피해자 관련적 양형인자에 대한 비판적 고찰”, 피해자학연구 제26권 제2호, 2018, 165면; 정숙희, “양형기준에서 일반양형인자의 실효성 검증 및 효율성 제고 방안”, 형사법의 신통향 제62호, 2019, 84면.

18) 김혜정, “현행 양형기준상 양형인자로서의 합의(처벌불원)에 관한 제문제”, 사법 제1권 제45호, 2018, 24면.

19) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2393 판결.

사실 소년감경규정은 부정기형에 내재된 문제를 해결하기 위하여 1988년 전면개정(법률 제4057호) 당시 신설된 조문이다. 부정기형을 신고하는 경우 장기와 단기를 정하여야 하는데, 법정형이 “○년 이상의 징역형”으로 규정되어 있는 경우 처단형의 하한을 단기로 신고하더라도 별도의 장기형을 신고하여야 하므로 소년에게 불이익한 결과를 초래하는 문제가 있었기 때문이다. 이때 단기를 법정형과 상관없이 신고할 수 있도록 하는 방안도 검토되었으나, 결국 소년감경규정을 신설함으로써 간접적으로 이 문제를 해결하였던 것이다.²⁰⁾ 그러나 이로써 양형에 있어서의 불리함은 해소되었을지 모르지만, 처단형의 범위가 지나치게 축소될 우려가 있을 뿐만 아니라, 이중평가금지원칙에 반하는 새로운 문제를 초래하게 되었다.

또한 소년감경규정의 적용범위에 대해서도 논란이 있을 수 있다. 소년감경규정은 태생적으로 부정기형의 문제와 밀접한 관련을 갖고 있었기 때문에, 부정기형을 규율하고 있는 소년법 제60조에 조문(제2항)이 위치하고 있다. 이를 단초로 소년감경규정의 입법 연혁 및 법조문의 체계를 고려할 때 동 규정은 부정기형을 신고하는 경우에만 적용되고 정기형을 신고할 때에는 소년감경을 할 수 없다는 주장도 제기될 수 있는 것이다. 물론 소년법 제60조 제2항은 소년감경의 범위를 특별히 한정하지 않기 때문에 정기형을 신고하는 때에도 소년감경을 할 수 있을 것으로 보이고 판례도 같은 입장이지만,²¹⁾ 소년감경규정의 조문상 위치로 인하여 해석상 혼란을 야기할 여지는 충분히 있다.²²⁾ 나아가 법정형 중에서 사형 또는 무기형을 선택한 후에 소년감경규정을 적용할 수 있다고 보면, 특정강력범죄가 아닌 경우 완화된 15년에서 소년감경을 한 다음 경우에 따라 재차 작량감경하는 것도 가능할 것인데, 사실상 동일 사유로 중복 감경을 하는 것이 타당한지의 문제도 발생할 수 있다.

한편, 상대적으로 법정형이 낮은 범죄의 경우 소년감경과 작량감경을 중복하면 처단형의 범위가 지나치게 협소해져 부정기형의 존재의의가 상실되는 문제도 발생한다. 소년

20) 최병각, “소년감경의 적용요건과 소송법적 효과”, 형사법연구 제12호, 1999, 469면.

21) 대법원 1991. 10. 8. 선고 91도1718 판결.

22) 한편, 판례 중에는 “무기징역을 선택한 후 작량감경한 결과 유기징역을 선고하게 되었을 경우 부정기형을 신고할 수 없”다고 하면서, 소년감경이 가능한지에 관하여 별다른 언급을 하지 않은 것도 있다(대법원 1991. 4. 9. 선고 91도357 판결). 판례가 사실상 소년감경과 동일한 사유인 작량감경만을 언급하고 있는 것으로 보아, 정기형을 신고할 때에는 소년감경규정을 적용할 수 없다고 본 것이라는 주장도 있을 수 있다.

법 제60조 제1항은 장·단기형의 폭에 제한을 두지 않은 채, “장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 죄를 범한 경우 그 형의 범위에서 장기와 단기를 정하여 선고”하도록 규정하고 있을 뿐이기 때문이다.²³⁾ 따라서 예를 들어 명예훼손죄의 경우 징역형을 선택한 후 소년 감경과 작량감경을 중복하면 처단형의 범위는 1월 이상 6월 이하로 장·단기형의 차이가 매우 미미하게 된다. 물론 명예훼손 사안의 경우 대체로 보호처분이 내려지겠지만, 수차례의 보호처분에도 불구하고 개선갱생의 효과가 없어 형사처분을 해야 하거나 반복된 학교폭력으로 인하여 피해자가 고통을 호소한 경우 등 범죄의 내용이 결코 가볍지 않은 경우를 충분히 상정할 수 있다. 최소한의 구금처우는 정기형으로도 충분할 텐데, 이러한 경우에게까지 정기형과 차별성을 갖기 힘든 부정기형을 굳이 선고하도록 하는 것이 어떠한 의미를 가질 수 있는지 의문이다.

3. 상소에서의 문제

부정기형은 상소에 있어서도 많은 문제를 발생시킨다. 소년 피고인이 제1심에서 부정기형을 선고받고, 항소심 도중에 19세에 이른 때에는 정기형을 선고하여야 하기 때문이다.²⁴⁾ 연령 도과만을 이유로 어쩔 수 없이 정기형을 선고하도록 하는 것은 재판의 효율성 측면에서도 바람직하지 않다. 부정기형 선고를 앞두고 경주되었던 제1심에서의 노력과 고려 요소들은 항소 자체만으로 무용해질 수밖에 없다. 연령 도과 외에 양형 사유의 변화가 전혀 없음에도 오로지 항소 여부로 인하여 실질적인 양형의 차이를 인정하는 것을 두고 과연 정당한 양형이라고 할 수 있을지 의문이다. 그렇다면 적어도 19세를 앞두고 있는 피고인의 경우에는 장기와 단기를 선고하여 특별예방의 효과를 기대한다는 부정기형의 존립 기반이 더 이상 유지되기 어려울 것이다.

또한 부정기형은 불이익변경금지 원칙과의 측면에서도 상정하지 못했던 문제를 발생시킨다. 피고인만이 항소하고 그가 항소심 도중에 19세에 이르게 된 경우 불이익변경금지 원칙과의 관계상 정기형과 부정기형을 비교하여야 하기 때문이다. 그런데 판례는 장기와 단기 중 중간형을 기준으로 불이익변경에 해당하는지를 판단하도록 하고 있어,²⁵⁾

23) 소년법 제60조 제1항은 장·단기의 상한에 제한을 두고 있을 뿐이다.

24) 대법원 1966. 3. 3. 선고 65도1229 전원합의체 판결; 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도539 판결.

25) 대법원 2020. 10. 22. 선고 2020도4140 전원합의체 판결.

피고인의 상소권 침해 논란을 피할 수 없게 되었다.²⁶⁾

4. 형 집행 과정에서의 문제점

가. 조기 집행 종료 규정(소년법 제60조 제4항)의 사문화 우려

소년법은 소년의 형의 집행에 있어서도 특칙을 마련하고 있는데, 소년에 대한 부정기형을 집행하는 기관의 장은 형의 단기가 지난 소년범의 행형 성적이 양호하고 교정의 목적을 달성하였다고 인정되는 경우에는 관할 검찰청 검사의 지휘에 따라 그 형의 집행을 종료시킬 수 있다(제60조 제4항). 즉 형의 단기가 지나기만 하면 가석방 없이 형의 집행을 곧바로 종료시킬 수 있다는 내용으로, 소년에 대한 온정적 배려와 특별예방의 효과를 기대한 매우 아름다운 조문인 것처럼 보인다.

그런데 소년법 제60조 제4항의 희망적인 내용대로 형 집행을 종료할 수 있는 경우를 과연 상정할 수 있을지 의문이다. 소년범의 행형성적이 양호하고 교정의 목적을 달성하였다면, 단기 경과에 앞서 가석방이 이루어지는 것이 일반적일 것이다. 단기의 3분의 1이 지나면 가석방이 가능하므로(소년법 제65조 제3호), 형 집행 종료 결정보다 가석방의 심사가 우선할 수밖에 없는 구조이기 때문이다. 가석방의 심사·결정에 있어서는 본인의 인격, 교정성적, 직업, 생활태도, 가족관계 및 재범 위험성 등을 고려하여야 하고(「보호관찰 등에 관한 법률(이하, 보호관찰법)」 제23조 제4항), 이들 고려요소는 행형성적의 양호와 교정의 목적 달성을 판단하는 기준과 그 내용이 사실상 중복된다. 그럼에도 불구하고 가석방의 심사과정에서 교정 목적이 달성되지 않은 것으로 결정되었던 수형자에 대하여 갑자기 교정 목적이 달성되었으니 형 집행을 종료하여야 한다는 것은 상식적이지 않다. 더구나 영화 “마이너리티 리포트”에서와 같이 미래를 완전히 예측할 수 있다면 모를까, 교정목적의 달성이나 재범의 위험성을 정확히 판단할 수 없는 현 상황하에서는 일단 가석방을 한 다음 보호관찰을 실시하여 사회 내 처우와 연계하는 것이 보다 합리적인 결정일 것이다. 형의 집행 종료 결정을 하게 되면 원칙적으로 아무런 개입도 실시할 수 없지만, 가석방과 보호관찰을 연계하게 되면 보호관찰의 상황을 토대로 보호관찰의 목적

26) 김혁, “부정기형과 불이익변경금지의 원칙 - 대법원 2020. 10. 22. 선고 2020도4140 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 171-172면.

달성 여부를 판단한 후 부정기형의 집행 종료 여부를 결정할 수 있기 때문이다(보호관찰법 제50조 제1항). 이렇듯 단기를 기준으로 가석방 없이 형을 종료시킬 수 있도록 규정하고 있는 소년법 제60조 제4항은 허울뿐인 조문으로 전락할 가능성이 매우 높다.

나. 가석방에서의 정기형과의 차별화 문제

소년법은 단기를 기준으로 가석방을 허가할 수 있도록 규정하고 있는데(소년법 제65조 제3호), 이러한 취지는 조기 석방을 기대한 소년의 개선갱생의 의욕을 고취시켜 교정교육의 효과를 높일 수 있다는 기대에 따른 것이다. 가석방된 자의 경우 단기 경과 후에 형의 집행을 종료할 수 있도록 하고 있는 것도 마찬가지로의 취지에서이다(보호관찰법 제50조 제1항). 필요 최소한의 교정교육을 거친 후 가능한 사회 내 처우로 전환하는 것이 소년의 사회복귀와 적응에 유효할 것임은 명확하므로, 이들 규정 자체는 타당해 보인다.

그런데 정기형과 구별되는 부정기형의 존재의의를 인정하기 위해서는 교정교육과 가석방이 실제로 단기를 기준으로 이루어진다는 점이 전제되어야 한다. 즉 단기의 3분의 1이 경과한 시점부터 장기의 3분의 1이 경과하기 이전에 대부분의 가석방이 이루어지는 실무 운용이 전제되어야 한다. 또한 조기에 교정교육의 목적을 달성하려면, 집행과정에서 정기형과 차별화된 교정교육이 실시되어야 함은 물론이다. 부정기형을 도입한 목적 중 하나가 필요 최소한의 교정 교육기간을 확보하기 위함이었다는 점을 상기할 때, 단기를 기준으로 마련된 교정 프로그램의 운영이야말로 부정기형의 존치를 정당화할 수 있는 핵심 근거로 기능할 수 있을 것이다. 만약 정기형처럼 형의 집행과 가석방이 이루어지고 더욱이 잔여형기가 얼마 남지 않은 시점에서 가석방된다면, 사회 내 처우에 필요한 기간을 확보할 수 없게 되어 부정기형의 본연의 목적을 달성할 수 없게 될 것이다.

IV. 부정기형의 실태 및 문제점

1. 부정기형의 현황과 기능

소년법은 검사선의주의를 채택하고 있고(제49조), 법정형으로 장기 2년 이상의 유기 형에 해당하는 죄를 범한 경우 부정기형을 선고하도록 하고 있어(제60조 제1항), 부정기형의 활용 빈도가 적지 않을 것임을 예고하고 있다. 다만, 소년법은 그와 동시에 보호처분을 우선하고 있으므로(제49조 제1항, 제50조), 부정기형이 소년에 대한 형사제재 중 실제로 어떠한 역할과 기능을 담당하고 있는지는 보호절차를 포함한 전체 소년사건의 처리실태를 염두에 두고 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.

아래의 표와 같이 소년의 형사사건의 경우 기소율이 그다지 높지 않음을 알 수 있다. 해마다 다소 차이가 있기는 하지만, 기소율은 대략 10% 정도인 반면 불기소와 소년보호송치의 비율은 약 90%에 이르고 있다. 기소된 사건마저도 구약식을 제외하면 실제로 부정기형이 선고될 가능성이 있는 사건은 2019년의 경우 9.1% 정도에 불과하다.

〈연도별 소년범죄 처리 현황〉

(단위: 명, (%))

연도	계	기 소			불 기 소					소년 보호 송치	가정 보호 송치	기타
		소계	구공판	구약식	소계	혐의 없음	기소 유예	죄가 안됨	공소권 없음			
2015	56,050 (100.0)	6,252 (11.2)	4,034 (7.2)	2,218 (4.0)	30,198 (53.9)	4,518 (8.1)	19,623 (36.0)	105 (0.2)	5,952 (10.6)	18,216 (32.5)	119 (0.2)	-
2016	60,669 (100.0)	6,113 (10.1)	3,755 (6.2)	2,358 (3.9)	32,235 (53.1)	4,815 (7.9)	21,044 (34.7)	136 (0.2)	6,240 (10.3)	20,597 (33.9)	147 (0.2)	4 (0.0)
2017	58,218 (100.0)	5,833 (10.0)	3,449 (5.9)	2,384 (4.1)	31,371 (53.9)	4,636 (8.0)	20,108 (34.5)	121 (0.2)	6,506 (11.2)	20,578 (35.3)	136 (0.2)	2 (0.0)
2018	52,278 (100.0)	6,168 (11.8)	3,950 (7.6)	2,218 (4.2)	25,964 (49.7)	4,255 (8.1)	15,939 (30.5)	126 (0.2)	5,644 (10.8)	19,648 (37.6)	131 (0.3)	3 (0.0)
2019	52,973 (100.0)	6,498 (12.3)	4,308 (9.1)	2,190 (4.1)	25,102 (47.4)	4,729 (8.9)	15,129 (28.6)	114 (0.2)	5,130 (9.7)	20,885 (39.4)	177 (0.3)	311 (0.5)

출처: 대검찰청, 범죄분석(2020).

또한 검사가 공소를 제기하더라도 법원은 심리결과 보호처분에 해당할 사유가 있다고 인정하면 사건을 관할 소년부에 송치하여야 하므로(소년법 제50조), 모든 사건에 대하여 실체재판이 이루어지는 것은 아니다. 실제 아래 표와 같이 연간 절반 정도의 사건이 소년부로 송치되고 있어서 유죄판결을 선고하는 비율은 전체 형사사건 중 일부에 불과하다. 이렇듯 소년에게 형벌이 부과되는 비율은 미미하지만, 그렇다고 하여 부정기형의 중요성을 간과할 수는 없다. 절대적 숫자가 많지는 않다고 하더라도 부정기형이 형벌 중 가장 높은 비율을 차지하고 있어, 적어도 소년에 대한 형벌 중에서는 중추적 기능을 담당하고 있기 때문이다.

〈제심 소년형사사건 재판 현황〉

(단위: 명, %)

구분 연도	계	사형	무기	정기형	부정기형	집행유예	벌금	선고 유예	무죄	소년부 송치	기타
2015	3,516 (100.0)	-	-	7 (0.2)	630 (17.9)	440 (12.5)	102 (2.9)	18 (0.5)	18 (0.5)	1,981 (56.3)	320 (9.1)
2016	3,242 (100.0)	-	-	1 (0.0)	697 (21.5)	395 (12.2)	94 (2.9)	15 (0.5)	8 (0.2)	1,721 (53.1)	311 (9.6)
2017	2,716 (100.0)	-	1 (0.0)	4 (0.1)	502 (18.5)	386 (14.2)	109 (4.0)	20 (0.7)	19 (0.7)	1,428 (52.6)	247 (9.1)
2018	2,837 (100.0)	-	-	-	626 (22.1)	367 (12.9)	77 (2.7)	14 (0.5)	15 (0.5)	1,419 (50.0)	319 (11.2)
2019	3,036 (100.0)	-	-	4 (0.1)	712 (23.5)	546 (18.0)	78(집유2) (2.7)(0.1)	4 (0.1)	10 (0.3)	1,386 (45.7)	294 (9.7)

출처: 법원행정처, 사법연감(2015-2020).

한편, 소년의 형사사건 중 부정기형이 선고되는 사안의 대부분은 범죄사실이 상당히 중하거나 수차례의 보호처분에도 불구하고 교정교육의 효과를 제대로 기대할 수 없었던 경우일 가능성이 높다. 소년은 성인에 비하여 기소유예의 비율이 높아 경미사건이거나 초범인 경우에는 애초에 검찰단계에서 종결될 것이고, 경찰에서도 경미사건은 선도심사위원회를 통하여 사건을 자체적으로 종결하고 있기 때문이다.²⁷⁾ 또한 상대적으로 경미하지 않은 사건인 경우에도 검사 또는 법원의 소년부 송치 가능성이 열려 있고(소년법

27) 김혁, “경찰의 경미범죄 처리실무에서의 법적 논쟁에 관한 고찰”, 경찰법연구 제14권 제1호, 2016, 193-196면.

제49조 제1항, 제50조), 실제로도 그 비율이 각각 상당히 높음을 확인할 수 있다. 이 점은 소년사건의 집행유예나 벌금형의 선고비율이 성인사건에 비하여 현저히 낮은 것으로부터도 쉽사리 추론할 수 있다.²⁸⁾ 결국 소년법의 구조상 부정기형은 보호처분의 대상과는 달리, 비행성이 상당히 진행되거나 사회적 비난 가능성이 높은 소년의 개선갱생을 위한 제도로서의 성격과 역할을 담당하게 될 숙명을 가지고 있다. 실제로 2019년 소년수형자의 죄명별 구성비를 살펴보면 강간 등(22.4%), 강도 등(12.1%), 폭력·상해(9.5%), 절도(8.6%)의 순으로 중대범죄가 그 대상이 되고 있음을 알 수 있다.²⁹⁾ 부정기형 제도의 성패는 소년의 개선갱생은 물론 사회방위에도 직접적인 영향을 미칠 뿐만 아니라, 사회적 관심이 집중된 사건인 만큼 일반 시민들의 소년법에 대한 신뢰와도 직결되는 문제이다. 이렇듯 부정기형은 비록 전체 형사사건 중 그 활용 비율이 높지는 않지만, 형벌의 중추적 위치를 차지하고 있고, 형벌에서의 소년법의 목적달성을 판단할 수 있는 기능자의 역할을 한다는 점에서 그 중요성은 결코 가볍지 않다.

2. 부정기형의 선고 실태와 문제점

가. 일관성 없는 형의 선고

부정기형의 장기와 단기 중 어느 것을 기준으로 형을 양정하든 간에 장·단기 모두 책임과 예방을 염두에 둔 것이라면, 일반적으로 양자 간에 현격한 차이가 발생하지는 않을 것이다. 마찬가지로 아무리 개별처우를 강조하더라도 유사 사안에서의 장기형이 동일하다면 단기형의 기간 역시 해당 사안과 비슷한 수준에서 결정되어야 한다. 장·단기형에 현격한 차이가 있거나 그 폭에 일관성이 없다면, 피고인의 양형 내지 수형자의 형 집행에 대한 예측 가능성이 훼손되어 그들의 법적 지위를 불안하게 할 우려가 있다. 또한 본인 스스로 납득할 수 없는 형벌에 기초하여 실시되는 교정교육이 그 효과성을 발휘할 리도 없다. 형을 집행하는 입장에서도 장·단기형 사이에 일정한 비율의 차이가 확인되지 않는다면, 선고된 형벌 자체에 대한 신뢰도가 떨어져 교정교육의 기준을 설정하기가 곤

28) 2019년 제1심 형사공판사건 중 재산형은 26.1%에 이르며, 자유형 중 집행유예의 비율은 56.4%에 달한다(법원행정처, 사법연감, 2020, 707-708면).

29) 법무부 교정본부, 교정통계연보, 2020, 73면.

란해지고, 단기를 기준으로 가석방 또는 형 종료 여부를 결정하는 데에 부담을 느낄 수 밖에 없을 것이다.

그런데 실제로 합리적인 재량의 범위 내에서 부정기형이 선고되고 있는지는 의문이다. 아래의 표와 같이 2016년부터 2020년까지 5년간 로앤비 사이트(lawnb.com)에 수록되어 있는 제1심 판결 중 부정기형이 선고된 판례 21건을 종합하여 분석해 보면, 장기와 단기의 차이가 좁게는 2개월에서 넓게는 8년에 이르고 있음을 확인할 수 있다.³⁰⁾ 장기와 단기의 비율 역시 46.7%에서 85.7%까지 다양하다. 특정강력범죄와 같은 중대범죄의 경우 장·단기의 상한으로 인하여 부득이하게 장기와 단기의 폭이 넓어질 수밖에 없는 한계가 존재하기 때문에, 이를 두고 곧바로 양형재량의 남용 내지 일탈이라고 판단하기는 어렵다. 하지만 표의 1, 11, 18, 19의 판례와 같이 장기가 모두 3년으로 동일한 경우에도 1년에서 2년 6월의 단기형을 선고하여 장·단기 사이에 6월, 1년, 1년 6월의 차이가 있음을 확인할 수 있다. 소년의 개별 상황을 고려한 결과라는 항변도 가능하겠지만, 이를 두고 과연 책임과 예방의 관점을 반영한 합리적인 양형이라고 단언할 수 있을지 의문이다. 이렇듯 장·단기의 폭에 일정한 경향을 확인하기 어려운 상황에서는 부정기형이 예측가능한 형벌로서의 제 기능을 발휘하기 어려울 것이다.

〈제1심 부정기형 선고 현황(2016~2020)〉

연번	사건번호	선고형	장·기의 폭	장기 대비 단기 비율(%)
1	대구지법 2018고합416, 2018고합440	장기 3년, 단기 2년	1년	66.7
2	대전지법 2018고합534	장기 2년 6월, 단기 2년	6월	80
3	광주지법 2018고합57	장기 3년 6월, 단기 3년 장기 2년 6월, 단기 2년	6월 6월	85.7 80
4	창원지법마산지원 2019고합40, 2019감고1, 2019전고6	장기 10년, 단기 5년	5년	50
5	서울동부지법 2019고단701, 2019고단1694	장기 10월, 단기 8월	2월	80
6	대전지법 2019고단752	장기 5년, 단기 4년	1년	80

30) 이에선 다양한 범죄 유형이 있음에 유의할 필요가 있다.

연번	사건번호	선고형	장·기의 폭	장기 대비 단기 비율(%)
7	대전지법 2018고단3557, 2018고단3644, 2018고단4073, 2018고단4106, 2018고단4313, 2018고단4652, 2018고단6014, 2019고단27	장기 1년, 단기 8월	2월	66.7
8	광주지법 2018고합269	장기 2년, 단기 1년 6월	6월	75
9	서울남부지법 2018고합90	장기 2년 6월, 단기 1년 6월 장기 2년, 단기 1년	1년 1년	60 50
10	광주지법 2019고합250	장기 15년, 단기 7년	8년	46.7
11	광주지법 2020고합1, 2020고합98	장기 3년, 단기 2년 6월	6월	83.3
12	대구지법 2019고단4795	장기 1년 6월, 단기 1년	6월	66.7
13	대전지법 2018고단786, 972, 975, 1236	장기 2년, 단기 1년	1년	50
14	청주지법 2019고합115	장기 5년, 단기 4년 장기 3년 6월, 단기 3년	1년 6월	80 85.7
15	서울남부지법 2019고합278, 2019고합331	장기 5년, 단기 3년	2년	60
16	인천지법 2019고합473	장기 15년, 단기 7년	8년	46.7
17	창원지법 2019고단438-1, 470, 527, 1140, 1633, 2019초기203	장기 1년 6월, 단기 1년	6월	66.7
18	수원지법안양지원 2019고합2	장기 3년, 단기 2년	1년	66.7
19	인천지법 2018고합822, 2019고합6, 2019고합115	장기 7년, 단기 4년 장기 6년, 단기 3년 장기 3년, 단기 1년 6월 장기 4년, 단기 2년	3년 3년 1년 6월 2년	57.1 50 50 50
20	제주지법 2019고합6, 8, 47, 51, 53, 59, 68, 84	장기 5년, 단기 4년 장기 2년 6월, 단기 2년	1년 6월	80 80
21	울산지법 2020고합73, 86, 170, 180, 188, 204, 216, 224, 235, 2020전고5	장기 5년, 단기 3년 6월	1년 6월	70

출처: 로앤비 사이트(사건번호 분리·병합여부 생략, 공동피고인 중 장기형은 제외)

나. 판결 전 조사의 문제

교정교육의 요부 및 기간을 합리적으로 판단하기 위해서는 정신의학, 심리학, 교육학 등 분야의 전문적인 지식과 식견이 요구된다. 전문가에 의한 양형 조사가 실시되고 장기와 단기의 기간 설정에 관한 의견 제시가 충분히 이루어지고 있다는 전제하에 비로소

부정기형이 그 효과성을 거둘 수 있을 것이다. 이 점에서 소년법은 법원이 형사사건의 심리에서도 보호사건과 마찬가지로 조사관에게 필요한 사항의 조사를 위촉할 수 있도록 하고 있다(소년법 제56조). 조사관 조사에서는 소년의 심신상태, 품행, 경력, 가정상황, 그 밖의 환경, 소년과 보호자의 관계, 보호자의 소년에 대한 보호감독상황 및 향후 보호 능력, 피해자에 대한 관계 및 재범의 위험성과 정도, 그 밖에 사건의 심리에 필요한 사항에 대한 조사가 이루어진다(소년심판규칙 제56조). 그러나 인력부족과 업무과중으로 보호절차에서의 조사조차 제대로 수행하기도 버거운 상황에서 조사관에게 이러한 역할을 현실적으로 감당해낼 수는 있는 여력이 있을지 의문이다. 게다가 조사관의 조사를 양형 조사로 볼 수 있을지에 대해서도 근본적인 의문이 제기되고 있는 실정이다.³¹⁾

한편, 법원은 보호관찰소장에게 판결 전 조사를 요구할 수도 있다. 즉 법원은 피고인에 대하여 보호관찰, 사회봉사 또는 수감을 명령하기 위하여 필요하다고 인정하면 보호관찰소의 장에게 범행 동기, 직업, 생활환경, 교우관계, 가족상황, 피해회복 여부 등 피고인에 대한 조사를 요구할 수 있다(보호관찰법 제19조 제1항). 판결 전 조사는 형사피고인에 대하여 이루어지는 점에서 사안조사, 검사결정전조사, 법원결정전조사, 청구전조사와는 차이가 있으며, 양형자료조사, 정상조사, 사회조사로도 불리고 있다.³²⁾ 판결 전 조사의 내용은 조사개요, 범행 등에 관한 사항, 피고인에 관한 사항, 조사자 의견 등 4단락으로 구성되며, 면접조사, 가정·학교·직장 등에 대한 현지조사, 주민조화, 범죄경력조회, 행형·보호관찰 기록조회 등 각종 자료조회, 피고인 등에 대한 심리검사 등 과학적 도구에 의한 검사 등의 방법으로 이루어진다.³³⁾ 이러한 판결 전 조사제도는 소년형사사건의 심리에서 전문적 지식을 활용한 과학조사주의를 실현하고 소년의 자질을 고려한 교육적 처우를 담보하기 때문에,³⁴⁾ 특별예방의 기능이 강화된 부정기형의 양형 과정에서도 가치 있는 제도로 활용될 수 있다.

그런데 아래의 표에서 확인할 수 있듯이 소년을 대상으로 이루어지는 판결 전 조사는 전체 인원 대비 20%에도 미치지 못하고 있는 실정이다.³⁵⁾ 게다가 판결 전 조사 요구는

31) 이상한, “소년형사사건에서 양형조사의 합리적 운영방안”, 형사정책 제28권 제3호, 2016, 133면.

32) 강호성, “판결전조사제도의 활성화 및 전문성 강화방안”, 보호관찰 제14권 제2호, 2014, 194면.

33) 강호성, “판결전조사제도의 활성화 및 전문성 강화방안”, 205면.

34) 법원행정처, 법원실무제요(보급판), 366면.

35) 다만, 통계의 경우 판결 전 조사는 “건”으로 집계하고 있어서, 판결 전 조사의 대상이 된 피고인의 인원수는 파악되지 않는다.

제1심뿐만 아니라 항소심에서도 할 수 있으므로, 실제 판결 전 조사가 이루어진 비율은 더욱 낮을 것으로 추정된다. 제대로 된 판결 전 조사 없이 부정기형에 대한 합리적인 양형이 이루어질 수 있을지 의문이다.

〈소년 대상 판결 전 조사 현황〉

연도 \ 구분	판결 전 조사(건)	재심 재판인원(명)	판결 전 조사 비율(%)
2015	698	3,516	19.9
2016	592	3,242	18.3
2017	476	2,716	17.5
2018	513	2,837	18.1
2019	557	3,036	18.3

출처: 법무부 범죄예방정책국 보호관찰과(2020).

3. 형 집행의 실태

가. 처우에 있어서의 문제점

지역 또는 금고형을 선고받은 소년은 소년교도소에 수용함을 원칙으로 하며, 일반교도소에 수용하는 경우에는 분리된 장소에 수용한다(「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(이하, 형집행법)」 제11조, 제13조). 다만, 소년교도소에 수용 중에 19세가 된 경우에도 교육·교화프로그램, 작업, 직업훈련 등을 실시하기 위하여 특히 필요하다고 인정되면 23세가 되기 전까지 계속하여 수용할 수 있다(형집행법 제12조 제3항). 소년교도소에서의 교정교육은 학과교육, 직업훈련, 생활지도, 교화활동 등으로 구분할 수 있는데, 교도소장은 의무교육을 받지 못한 수형자에 대하여는 본인의 의사·나이·지식정도, 그 밖의 사정을 고려하여 그에 알맞게 교육하여야 하므로(형집행법 제63조 제2항), 성인에 비하여 교육의 중요성이 강조된다. 또한 2007년 4월 법무부·NHN엔터테인먼트·게임이용자보호센터의 업무협약을 시작으로 소년 수용자 심리치료 프로그램을 별도로 운영하고 있다.³⁶⁾

그런데 소년수형자는 성인수형자와 분리하여 처우되고 있을 뿐, 정기형과 구별되는 부정기형만의 고유한 처우방식이 따로 존재하는 것은 아니다. 그마저도 19세에 임박한 시점에서 부정기형이 확정된 수형자의 경우에는 23세가 지나면 더 이상 소년교도소에 수용할 수 없기 때문에 정기형을 선고받은 성인 수형자들과 함께 생활하게 된다. 또한 행형실무에서는 장기가 2년 이하인 경우 장기를 기준으로 교정계획을 수립하고 있다고 한다.³⁷⁾ 부정기형의 입법취지에 부합되기 위해서는 단기를 기준으로 교정교육이 진행되어야 할 것인데, 이와 같이 처우에 있어서 정기형과 아무런 차이를 발견할 수 없다면 굳이 부정기형을 선고할 필요가 있는지 의문이다.

나. 시설 내 수용의 장기화로 인한 단기형의 무의미화

부정기형의 가장 큰 의의는 사실 조기에 수형자를 석방하는 데에 있다. 소년법이 의도한 대로 단기를 기준으로 가석방이 이루어진다면, 정기형에 비하여 수용처우가 성공적으로 이루어져 사회 내 처우로 연계하였음을 의미하고, 가석방에 있어서 정기형과의 차이가 없다면 부정기형이 제 기능을 담당하지 못하였음을 나타낼 것이다. 마찬가지로 의미에서 집행종료결정은 부정기형의 완벽한 목적 달성을 나타내는 징표로 이해될 수 있다. 단기 경과 후 더 이상의 처우가 필요 없을 정도로 개선교화가 이루어졌다는 판단이 있을 때에만 집행종료결정이 이루어질 것이기 때문이다.

이러한 점을 염두에 두고, 아래의 형 집행 현황을 살펴보면, 2019년 석방된 소년수형자 57명 중 만기석방은 37명(64.9%), 가석방이 11명(19.3%), 특별사면·형집행정지·사망·노역종료 등을 포함하는 기타가 9명(15.8%)이었음을 확인할 수 있다. 수형자의 대부분이 부정기형을 선고받은 자임을 감안할 때, 형 집행의 상황은 부정기형의 성패를 가늠하는 중요한 잣대가 된다. 그중에서도 만기석방의 비율이 높다는 사실은 곧 부정기형에 의한 교정교육의 실패를 의미한다. 소년법과 보호관찰법의 취지에도 불구하고, 교육과정에서의 규율위반이 빈번하여 생활 태도가 불량하고 재범 위험성이 해소되지 않아 부득이하게 만기석방을 할 수밖에 없었을 것이기 때문이다. 소년수형자의 가석방 비율은 오히려 성인의 가석방 비율보다도 낮는데,³⁸⁾ 이러한 충격적인 결과는 부정기형이 소년에 대

36) 법무부 교정본부, 교정통계연보, 2020, 165면.

37) 정현미, “소년법 제제의 분석과 검토”, 소년보호연구 제27호, 2014, 155면.

한 특별처우로서의 기능을 제대로 하지 못하고 있음을 확연히 드러내고 있는 것이다. 또한 가석방이 이루어진 때에도 어느 시점에서 가석방을 한 것인지 통계상 확인할 수는 없지만, 과연 단기를 기준으로 가석방 허가가 이루어지고 있는지 의심스럽다. 조금 오래된 자료이긴 하나, 행형실무에 따르면 가석방된 소년의 평균 수용기간은 단기의 85%이고 대개 장기의 2분의 1 이상이어서 성인과 비교하여 큰 차이가 없다는 지적이 제기된 바 있기 때문이다.³⁹⁾ 그렇다면 장기 만료 전에 가석방 기간이 종료되는 경우는 거의 없을 것이다(소년법 제66조). 게다가 입법자의 기대와는 달리 집행종료는 최근 수년간 단 한차례도 이루어진 바가 없어서, 소년법 제60조 제4항은 이미 예견된 바와 같이 희망 고문만을 안겨주는 사문화된 조항임이 입증되었다. 이렇듯 부정기형을 선고받은 경우 합리적으로 예상되는 형은 오히려 장기에 가깝다고 할 수 있고, 부정기형에서 단기를 선고하는 의미는 반감될 수밖에 없다.

〈소년수형자 석방사유별 인원〉

석방사유 연도	계	가석방	집행종료결정	형기종료	기타
2016	94 (100.0)	9 (9.6)	-	64 (68.1)	21 (22.3)
2017	83 (100)	10 (12.0)	-	38 (45.8)	35 (42.2)
2018	67 (100)	5 (7.5)	-	43 (64.2)	19 (28.4)
2019	57 (100)	11 (19.3)	-	37 (64.9)	9 (15.8)

출처: 법무부, 법무연감(2020).

38) 교정통계연보에 따르면 기타를 제외한 형기종료와 가석방만을 놓고 비교할 때, 2019년 성인의 가석방률은 27.9%, 소년의 가석방률은 22.9%이다.

39) 오영근·최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 51면.

V. 소년에 대한 형벌의 재설계

1. 소년법의 목적에 맞는 부정기형의 개선: 부정기형의 유지를 전제로

가. 판결 전 조사 의무화

판결 전 조사제도는 대상자의 인격에 내포되어 있는 범죄의 위험성을 예측한 후 이를 양형이나 처우의 결과에 반영함으로써 재범방지와 사회복귀를 유도하는 데에 활용되므로,⁴⁰⁾ 소년에 대한 양형은 물론, 형 집행 전반에 걸쳐 중요한 기능을 담당하게 된다. 그 중에서도 양형의 합리화가 판결 전 조사의 핵심적인 기능일 텐데, 보호관찰법은 판결 전 조사를 형의 집행유예에 따른 보호관찰, 사회봉사 또는 수강명령을 선고하기 위한 조사로 자리매김하고 있다(보호관찰법 제19조 제1항). 이는 집행유예의 가능성이 희박한 살인사건 등에서도 실질적으로 양형결정을 위한 성격으로 판결 전 조사제도가 운영되고 있는 현실과 괴리되는 측면이 있다. 보호관찰법을 개정하여 판결 전 조사의 양형조사로서의 성격을 보다 분명히 규정할 필요가 있을 것이다.

특히 소년의 형사재판의 경우 소년부 송치를 제외하면 대부분 실형선고가 예상되므로 판결 전 조사를 의무화할 필요가 있다. 판결 전 조사의 중요성은 비단 부정기형의 선고에 한정된 문제는 아니지만, 장기와 단기를 구분하여 선고해야 하는 부정기형에 있어서는 전문적 식견이 더욱 요구된다는 점에서 판결 전 조사의 중요성이 보다 부각된다. 그럼에도 불구하고 현행 판결 전 조사는 어디까지나 재량사항에 불과하다. 이 점을 개선하기 위하여 소년법 제56조를 개정하여 조사관 또는 보호관찰소의 장에게 양형에 필요한 사항을 조사하도록 요구하는 것을 의무화하거나, 보호관찰법 제19조 제1항에 단서를 추가하여 소년 형사사건에서의 의무적 조사를 규정하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

한편, 사실인정과 양형절차가 구분되어 있지 않은 우리의 형사소송절차를 고려할 때, 판결 전 조사(양형조사)의 의무화가 무죄추정의 원칙에 반할 수 있다는 비판도 제기될 수 있을 것이다. 하지만 소년보호절차 또는 형사절차에서도 조사관 조사(소년법 제11조), 전문가의 진단(동법 제12조), 임시조치에 의한 위탁조사(동법 제18조), 검사의 결정전조

40) 강호성, “판결전조사제도의 활성화 및 전문성 강화방안”, 192-193면.

사제도(동법 제49조의2)가 운영되고 있고, 재량이나 의무이냐에 따라 판결 전 조사의 성격 자체가 달라지는 것도 아니므로 이러한 개정이 곧바로 무죄추정 원칙의 위반 문제로 연결되는 것은 아니다.

나. 법관의 광범위한 재량의 통제

부정기형에서 논란이 되는 장·단기의 기준 설정을 법관의 광범위한 재량에만 맡겨두는 문제 역시 시정되어야 한다. 구체적으로는 입법을 통한 통제 방식과 양형기준을 제시하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

먼저, 소년법 제60조를 개정하여 부정기형의 선고기준을 명확히 하는 방안이다. 유사한 입법례로 일본의 경우 2014년 부정기형은 행위책임의 범위 내에서 일반예방목적과 특별예방 목적을 추구하는 제도라는 전제하에, 부정기형의 장기는 행위책임의 관점을 중시하여 상한을 획정하는 역할을 하고 단기는 특별예방을 중시하여 정하여야 한다는 점을 분명히 한 소년법 개정을 단행하였다.⁴¹⁾ 즉 부정기형의 장기와 단기 모두 “처단하여야 할 형의 범위 내에서” 정하도록 하면서, “소년의 개선생생의 가능성, 그 밖의 사정을 고려하여 특별히 필요가 있는 때”에는 처단형의 하한을 하회하는 것도 허용하였다.⁴²⁾ 또한 장기와 단기의 폭에 대해서도 장기를 먼저 정한 다음 장기의 2분의 1(장기가 10년을 하회할 때에는 장기에서 5년을 감한 기간)을 하회하지 않는 범위 내에서 단기를 정하도록 하여 장·단기 폭의 한도를 규정하였다.⁴³⁾ 장기와 단기를 정하는 순서를 명시하고 장·단기 폭의 범위를 한정한다면, 형의 기준 설정에 관한 논란을 종식시킬 수 있을 것이다. 또한 처단형을 하회하는 단기를 선고할 수 있도록 하면서 소년감경규정(소년법 제60조

41) 中村功一·榑清隆, “少年法の一部を改正する法律について”, 法曹時報66卷8号, 2014, 64면.

42) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 有斐閣, 2017, 500면.

43) 일본 소년법 제52조(부정기형) ① 소년에 대하여 유기의 징역 또는 금고로써 처단하여야 할 때에는 처단하여야 할 형의 범위 내에서 장기를 정함과 동시에 장기의 2분의 1(장기가 10년을 하회할 때에는 장기에서 5년을 차감한 기간. 제2항에서도 동일)을 하회하지 않는 범위 내에서 단기를 정하여 이를 언도한다. 이 경우 장기는 15년, 단기는 10년을 초과할 수 없다.

② 전항의 단기에 관하여는 동항의 규정에도 불구하고, 소년의 개선생생의 가능성, 그 밖의 사정을 고려하여 특히 필요한 때에는 처단하여야 할 형의 단기의 2분의 1을 하회하지 않고 장기 2분의 1을 하회하지 않는 범위 내에서 이를 정할 수 있다. 이 경우에는 형법 제14조 제2항의 규정을 준용한다.

③ 형의 집행유예를 언도할 경우에는 전 2항의 규정은 적용하지 않는다.

제2항)을 삭제한다면, 이중평가금지 원칙의 문제도 일거에 해결할 수 있다.

다음으로, 양형기준을 새로이 마련하여 피고인이 소년인 경우에도 이를 적용하도록 하는 방안도 고려해 볼 만하다. 개별 특성을 중시할 필요가 있다고 하여 일단의 기준 자체가 무의미한 것은 아니다. 성인 피고인 역시 양형의 장면에서는 책임과 예방의 관점이 투영되는 것은 마찬가지인데, 단지 소년이라는 이유만으로 양형기준을 배제하는 것은 타당하지 않다. 소년이 피고인인 사건에서는 장기와 단기형을 결정하여야 하므로 보다 지난하고 복잡한 양형요소에 대한 고려가 있어야 할 것인데, 그러한 모든 요소들에 대한 발굴과 판단을 오로지 법관의 재량에만 맡기는 것은 비합리적일 뿐만 아니라 사법신뢰를 저해하는 결과로 이어질 수 있다. 소년의 인격과 환경에 관한 정치한 양형요소들을 새로이 발굴하여 유형회함으로써 예측가능성을 높이고 실질적인 양형에 도움을 줄 수 있도록 하는 것이 오히려 타당한 방향일 것이다.

다. 단기 도달시 가석방 원칙의 명문화

부정기형을 정당화하려면 무엇보다도 형집행에 있어서의 차별성과 조기 석방의 가능성이 인정되어야 한다. 소년의 건전한 성장은 사회복귀를 통하여 이루어질 수 있으므로, 가급적 시설 내 처우보다는 사회 내 처우의 가능성을 높이는 것이 필요하다. 부정기형 제도를 계속 유지하려면, 소년법 제65조와 보호관찰법 제23조를 개정하여 단기의 3분의 1이 지난 시점부터 가석방이 가능하도록 하되, 단기에 도달한 시점에서는 수용처우가 필요하다고 인정되는 특별한 사유가 없는 한 가석방을 원칙적으로 허가하도록 하여 조기 석방을 제도적으로 보장할 필요가 있다. 단기 도달시 가석방 원칙을 선언하여야만 행형의 실무에서 단기를 기준으로 실질적인 처우계획을 수립할 것이고, 부정기형이 규범력 있는 형벌로서의 기능을 다할 수 있을 것이기 때문이다.

이러한 입법이 이루어지면, 조기 석방을 우려한 단기형 선고의 인상 현상, 가석방 기간 중 재범에 대한 우려, 성인과 형벌의 불균형 문제 등의 부작용도 발생할 수 있을 것이다. 하지만 이러한 부작용을 우려한다면 애초에 부정기형을 폐지하는 것이 타당할 것이지, 현재의 위선적인 부정기형 제도를 방지하는 것이 해결책은 아닐 것이다. 가석방이 본래 사회 내 처우를 통하여 원활한 사회 적응과 복귀를 촉진하기 위한 제도라고 본다면, 가석방 시기를 늦추는 것보다는 비교적 장기간의 보호관찰기간을 확보하여 지도·

감독·원호를 하는 것이 범죄인의 진정한 사회 적응 및 복귀에 도움이 될 것이다. 보호관찰 기간 동안 성적이 양호할 때에는 보호관찰을 임시해제하거나(보호관찰법 제52조), 형의 집행을 종료하는 등의 방법으로 제도를 운용한다면(동법 제50조), 부정기형의 도입취지에 부합하는 운용이 가능할 것이다.

2. 부정기형 폐지를 통한 정기형으로의 일원화 검토

부정기형 제도가 구조적·실무적으로 많은 문제점을 내포하고 있다면, 부정기형을 폐지하는 것도 하나의 대안이 될 수 있다. 물론 부정기형의 폐지를 직접 주장하기보다는 부정기형의 문제점을 보완하거나, 나아가 부정기형의 요건을 삭제하여 부정기형의 대상 범위를 확대하지는 주장이 대세를 이루고 있는 듯하다.⁴⁴⁾ 하지만 재판보다는 형의 집행 단계가 처우의 효과성을 판단하는 데에 보다 적합하므로, 굳이 난해한 양형과정을 거쳐 부정기형을 선고하기보다는 부정기형을 폐지하고 자유형을 정기형으로 일원화하는 것이 여러 부작용들을 최소화할 수 있는 좋은 방안 중 하나임은 분명하다. 일반적인 자유형도 가석방이 가능하므로 사실상 운용방식에 있어서는 부정기형의 형태를 띠고 있을 뿐만 아니라, 부정기형을 처음 도입한 때와는 달리 지금은 보호관찰이 활성화되어 있어서 정기형을 통해서도 부정기형이 의도하는 효과들을 그대로 거둘 수 있다.

또한 부정기형 제도를 도입하였던 국가들에서도 부정기형을 이미 폐지하였거나 폐지하지는 주장이 강력히 대두되고 있다. 먼저, 독일에서는 석방시기의 불확실성, 인권침해의 문제가 제기되어 부정기형이 실무상 거의 활용되지 않다가 1990년 소년법원법 개정을 거쳐 부정기형이 폐지되었다.⁴⁵⁾ 미국에서도 1970년대 개선·사회복귀처우에 대한 재범방지의 유효성 및 경제성에 대한 회의, 형벌이라는 강제적 제도하에서 이루어지는 개선·사회복귀이념 추구에 따른 범죄자 인권의 부당한 침해, 차별적인 범죄의 정의 및 적용의 문제 등이 지적되어 부정기형의 근거가 된 개선·사회복귀이념에 대한 비판론이 강하게 제기되었다.⁴⁶⁾ 그 결과 부정기형을 폐지하는 주들이 늘어났으며,⁴⁷⁾ 1984년 양형개

44) 오영근·최병각, 부정기형에 관한 연구, 89-97면; 박찬걸, “소년형사사건의 심판에 있어서 특례조항에 대한 검토 - 소년법 제56조 내지 제67조를 중심으로 -”, 소년보호연구 제18호, 2012, 7면.

45) 오영근·최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 28-29면.

46) Robert Martinson, “What Works? - Questions and Answers about Prison Reform”, The Public

혁법(Sentencing Reform Act)이 통과되어 연방 차원에서는 부정기형을 폐지하였다.⁴⁸⁾ 영국 역시 2012년 「범죄자 법률지원·양형 및 처벌법(Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012)」의 제정으로 부정기형을 폐지하였다.⁴⁹⁾ 일본의 경우 소년법에서 부정기형 제도를 규정하고는 있지만, 재판원제도에서의 양형 곤란⁵⁰⁾, 형의 종료를 앞당기는 문제에 대한 일반 시민의 지지 문제⁵¹⁾, 정기형에 가까운 행형 운용 및 형의 일부 집행유예와 가석방의 문제⁵²⁾ 등을 이유로 부정기형을 폐지하지는 주장이 강력히 주장되고 있다. 소년의 형사사건도 국민참여재판으로 진행될 수 있고, 가석방의 운용에서 여러 문제가 발생하고 있는 점을 감안할 때, 이들 주장은 우리나라의 상황에서도 타당한 측면이 있다.

한편, “소년”의 해석론에 관한 문제이기도 하지만, 행위 당시 소년이었던 자가 재판시에 19세가 되었다고 하여 부정기형을 선고할 수 없다고 하는 것이 부정기형의 취지에 부합하는지 의문이다. 상소에 따른 불이익변경금지 원칙의 문제도 바로 여기서 발생하는 데, 19세에 이른 시점에서 개별처우나 특별예방의 필요성이 갑자기 사라졌으니 부정기형을 통한 처우는 불필요하다라는 논리는 상식적이지 않다. 이는 부정기형이 확정된 이후 형의 집행 과정에서 성인이 되더라도 그대로 부정기형이 유지되는 것과도 모순된다. 따라서 형사사건에 있어서는 행위시를 기준으로 소년 연령을 해석하여 재판시 연령과 상관없이 부정기형을 선고하도록 하든가, 아예 소년의 부정기형을 폐지하여 문제의 근원을 제거하는 것이 합리적인 것이다. 이와 같이 부정기형의 맹점을 해결하기 곤란하다면, 부정기형의 폐지도 선택지 중의 하나로 진지하게 고려해 볼 만하다.

Interest(35), 1974, pp.22-54; 小西曉和, “少年に対する不定期刑についての刑事政策論的考察(2)”, 早稲田法學90卷4号, 2015, 2-3면. 미국의 제도에 관한 일반적인 논의는, 송문호, “미국의 부정기형에 관한 연구”, 형사정책 제16권 제2호, 2004, 245-264면.

47) 현재 33개의 주에서 부정기형제도를 유지하고 있다고 한다(Alison Lawrence, Making Sense of Sentencing: State Systems and Policies, National Conference of State Legislatures, 2015, p.4.)

48) Lisa M. Seghetti, Federal Sentencing Guidelines: Background, Legal Analysis, and Policy Options, CRS Report for Congress, 2009, p.4.

49) Andrew Ashworth, Sentencing and criminal justice(6th ed.), Cambridge, 2015, p.238.

50) 角田正紀, “少年刑事事件を巡る諸問題”, 家庭裁判月報58卷6号, 2006, 19-20면.

51) 八木正一, “少年の刑事処分に關する立法論的覺書—裁判員裁判に備えて”, 小林充先生·佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行會編, 小林充先生·佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(上卷), 判例タイムズ社, 2006, 640-641면.

52) 太田達也, “不定期刑廢止論—仮釈放の観点から”, 1-33면.

VI. 결론

부정기형 제도는 특별예방에 기대를 걸고 도입된 제도이기는 하지만, 구조적인 설계 자체가 잘못되어 있을 뿐만 아니라 재판이나 행정 실무에 있어서도 의도했던 성과를 찾아보기 어렵다. 어쩌면 아무도 관심을 가지지 않은 채 부정기형 제도가 그동안 큰 고민 없이 시행되어 왔다고 표현하는 것이 보다 정확한 표현일지 모른다. 양형조사의 미비, 일관성 없고 예측 불가능한 양형으로 인한 소년의 법적 지위 불안, 정기형과 차별성 없는 형의 집행, 조기 석방의 부재 등 부정기형 제도의 난맥상은 열거하기도 벅거울 정도이다.

부정기형의 적용 대상은 비행성이 상당히 진행되었거나 사회의 이목을 집중시킨 범죄를 저지른 소년들이라는 점에서 동 제도를 지금과 같이 그대로 방치하여서는 안 된다. 판결 전 조사의 의무화, 법관의 광범위한 재량의 통제, 단기 도달시 가석방 원칙의 명문화 등 부정기형 제도의 존치를 전제로 한 제도 개선은 물론 부정기형의 폐지까지 테이블 위에 올려놓고, 형사제재의 실효성 및 처우의 효과성을 높이기 위한 전면적인 제도의 재검토가 필요한 시점이다. 더 이상 여러 문제들과 현실을 외면한 채 부정기형은 소년의 특별예방을 위하여 도입된 제도라는 설명을 반복하면서, 마치 실존 자체가 불확실한 아틀란티스 대륙을 찾아 나침반도 없이 항해하며 곧 목적지에 도착할 것이라는 근거 없는 자기 최면을 되풀이하는 행태는 그만두어야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내 문헌

- 강호성, “판결전조사제도의 활성화 및 전문성 강화방안”, 보호관찰 제14권 제2호, 2014.
- 김 혁, “경찰의 경미범죄 처리실무에서의 법적 논쟁에 관한 고찰”, 경찰법연구 제14권 제1호, 2016.
- _____, “부정기형과 불이익변경금지의 원칙 - 대법원 2020. 10. 22. 선고 2020도4140 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 형사법연구 제33권 제1호, 2021.
- 김혜경, “피해자 관련적 양형인자에 대한 비판적 고찰”, 피해자학연구 제26권 제2호, 2018.
- 김혜정, “현행 양형기준상 양형인자로서의 합의(처벌불원)에 관한 제문제”, 사법 제1권 제45호, 2018.
- 대검찰청, 범죄분석, 2020.
- 박찬걸, “소년형사사건의 심판에 있어서 특례조항에 대한 검토 - 소년법 제56조 내지 제67조를 중심으로 -”, 소년보호연구 제18호, 2012.
- 법무부 교정본부, 교정통계연보, 2020.
- 법무부, 법무연감, 2020.
- 법원행정처, 법원실무제요(보급판), 2014.
- 법원행정처, 사법연감, 2015-2020.
- 송문호, “미국의 부정기형에 관한 연구”, 형사정책 제16권 제2호, 2004.
- 양형위원회, 양형기준, 2021.
- 오영근·최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993.
- 이상한, “소년형사사건에서 양형조사의 합리적 운영방안”, 형사정책 제28권 제3호, 2016.
- 정숙희, “소년법상 상대적 부정기형제도에 대한 소고”, 법조 제729호, 2018.
- _____, “양형기준에서 일반양형인자의 실효성 검증 및 효율성 제고 방안”, 형사법의 신동향 제62호, 2019.

정신교, “소년형사법에 대한 현행 부정기형의 문제점과 개선방안”, 경찰학논총 제13권 제4호, 2018.

정현미, “소년법 제재의 분석과 검토”, 소년보호연구 제27호, 2014.

최병각, “소년감경의 적용요건과 소송법적 효과”, 형사법연구 제12호, 1999.

2. 영미 문헌

Alison Lawrence, Making Sense of Sentencing: State Systems and Policies, National Conference of State Legislatures, 2015.

Andrew Ashworth, Sentencing and criminal justice(6th ed.), Cambridge, 2015.

Burker Foster, Corrections: The Fundamentals, Pearson Prentice Hall, 2006.

Lisa M. Seghetti, Federal Sentencing Guidelines: Background, Legal Analysis, and Policy Options, CRS Report for Congress, 2009.

Robert Martinson, “What Works? - Questions and Answers about Prison Reform”, The Public Interest(35), 1974.

Todd R. Clear & George F. Cole & Michel D. Reisig, American Corrections(10th ed.), Wadsworth, 2013.

3. 일본 문헌

角田正紀, “少年刑事事件を巡る諸問題”, 家庭裁判月報58卷6号, 2006.

小西曉和, “少年に對する不定期刑についての刑事政策論的考察(1)”, 早稻田法學90卷3号, 2015.

_____, “少年に對する不定期刑についての刑事政策論的考察(2)”, 早稻田法學90卷4号, 2015.

小川太郎, 刑事政策論講義, 法政大學出版局, 1975.

田宮裕·廣瀬健二, 注釋少年法(第4版), 有斐閣, 2017.

中村功一·櫛清隆, “少年法の一部を改正する法律について”, 法曹時報66卷8号, 2014.

泉二新態, “不定期刑の執行に就て”, 刑政36卷3号, 1923.

太田達也, “不定期刑廢止論—仮釋放の視点から”, 法學新報125卷11・12号, 2019.

八木正一, “少年の刑事處分に關する立法論的覺書—裁判員裁判に備えて”, 小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行會編, 小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集(上卷), 判例タイムズ社, 2006.

A Review of the Indeterminate Sentence under the Juvenile Act

Kim, Hyeok*

Although the indeterminate sentence was introduced with the expectation of special prevention, it is not only structurally misdesigned, but it also fails to produce the intended results in trial or practice. Perhaps it is more accurate to say that the indeterminate sentence has been implemented without much consideration. There are too many problems with the indeterminate sentence, such as lack of a presentence investigation, anxiety over the young offender's legal status due to inconsistent and unpredictable sentencing, execution of sentence without distinction from determinate sentence, and the absence of early release.

The system should not be left as it is, given that the indeterminate sentence is subject to young offenders with considerable delinquency or who have committed crimes that can attract public attention. It is time for a full-scale review of the system to increase the effectiveness of criminal sanctions and the effectiveness of treatment. Specifically, the indeterminate sentence shall be improved through the mandatory presentence investigation, the control of judges' discretion, and the stipulation of the principle of early parole. Alternatively, the abolition of the indeterminate sentence shall also be considered.

❖ key words: Indeterminate sentence, Special prevention, Presentence investigation, Parole, Sentencing guidelines

투고일 : 8월 24일 / 심사일 : 9월 30일 / 게재확정일 : 9월 30일
--

* Professor, Department of Law, Pukyong National University.