

# 소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

A Study On the Introduction of Pretrial Supervision  
Program for Juvenile Delinquent.

김지선·박경규·김혁·이유경



**KiC**

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY



소년사건처리에 있어 절차와 관할이 이원화되어 있는 우리나라 소년사법체계의 특성상 소년사건 발생 후 법원의 중국처분이 이루어질 때까지 평균적으로 약 6개월 정도의 시간이 걸립니다. 소년사건처리기간의 장기화는 범죄와 처벌 간 간격이 멀어 질수록 처벌이 소년의 비행 사실에 대한 반성과 개선을 끌어내기 어렵다는 점 이외에도 이 기간 동안 비행청소년이 범죄유발환경에 지속적으로 노출되어 그 사이 다시 비행을 저지르거나 법원 심리에 불참해 법원의 중국처분이 더 지연되는 등의 문제를 낳고 있습니다.

일례로 2019년 피해자 어머니의 국민청원으로 사회적 관심을 끌었던 인천 여중생 집단강간사건의 경우 이 사건의 가해자인 소년범은 첫 범죄를 저지른 뒤 보호관찰 결정을 받을 때까지 약 반년 동안 공백 기간 동안 집단강간사건 이외에 2건의 추가 범죄를 저지른 것으로 나타났습니다. 이 사건에 대한 국민청원을 계기로 소년이 재비행 위험성이 있을 때 해당사건 발생 후 법원 처분 전까지 임시조치의 하나로 보호관찰관의 지도감독 등을 받도록 하는 '재판 전 감독제도'의 도입 필요성이 제기되었고, 제2기 법무사법개혁위원회에서는 소년사건처리기간 중 재범을 막을 수 있도록 소년범에 피해자 접근금지 및 보호관찰을 신설하고, 이 임시조치를 수사단계에서도 적용할 수 있도록 법을 개정해야 한다고 권고하였습니다.

이에 본 연구는 소년범을 대상으로 한 재판 전 감독(pre-trial supervision)제도의 도입 필요성을 현행 재판 전 개입절차 및 제도에 대한 실증자료를 통해 검토하고, 재판 전 감독제도와 관련된 외국의 유사 입법례 및 운영과정을 비교법적으로 검토함으로써 향후 재판 전 감독제도를 수사단계에 까지 도입 확대할 때 고려해야 할 기본 방향과 구체적 운영 방안을 제시하는 것을 목적으로 수행되었습니다.

이 연구결과가 소년범을 대상으로 한 재판 전 감독제도에 대한 관심을 촉구하고, 향후 관련 소년법 개정 시 기초자료로 활용될 수 있기를 바랍니다.

본 연구보고서는 소년범죄에 관심을 갖고 있는 여러 분들의 연구에 대한 열정과

ii 소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

헌신적인 협업을 통해 세상에 나오게 되었습니다. 내부 공동연구진으로 연구의 전 과정에 참여해주신 박경규 박사와 연구지원 업무를 맡아 준 조병철 조사연구원에게 깊은 감사를 드립니다. 그리고 외부 공동연구자로 외국의 유사제도 부분을 집필해주고, 각 국가의 장점을 우리나라의 소년사법체제와 연계하기 위해서 많은 고민을 해주셨던 부경대학교 김혁 교수님과 이유경 변호사님께도 진심으로 감사의 말씀을 올립니다. 더불어 코로나19 상황에서 개최된 관련 전문가 세미나에 참석하여 발표와 토론을 통해 참신한 의견을 제시해 주신 외부 전문가와 실무가 여러분들께도 깊이 감사드립니다.

2020년 9월

연구진을 대표하여

선임연구위원 김 지 선



# 목 차

국문요약 ..... 1

## 제1장 김지선

서 론 ..... 15

- 제1절 연구의 배경 ..... 17
- 제2절 연구내용과 방법 ..... 18
- 제3절 보고서의 구성 ..... 19

## 제2장 김지선

우리나라의 재판 전 감독제도 현황과 문제점 ..... 23

- 제1절 소년사건처리 절차 및 문제점 ..... 25
  - 1. 절차 및 관할의 이원화와 검사선의주의 ..... 25
  - 2. 소년사건 처리절차의 장기화와 기간 중 높은 재범율 ..... 26
- 제2절 소년범에 대한 재판 전 개입 현황 및 문제점 ..... 31
  - 1. 수사단계 ..... 31
  - 2. 수사 종료 후부터 재판 전 단계 ..... 45
- 제3절 소결 ..... 57

## 제3장 김지선

외국의 재판 전 감독제도 1 : 미국 ..... 63

제1절 미국의 소년사법 제도 .....	65
1. 개관 .....	65
2. 소년사법 절차와 소년 미결구금 .....	66
제2절 시설구금에 대한 대안 프로그램의 확산 .....	71
1. 소년 미결구금제도 개혁 .....	71
2. 시설구금에 대한 대안 프로그램의 중요성 .....	74
3. 시설구금에 대한 대안 프로그램의 이론적 배경 .....	75
제3절 시설구금에 대한 대안 프로그램 모델과 성과 .....	78
1. 시설구금에 대한 대안 프로그램 관련 법률 .....	78
2. 시설구금에 대한 대안 프로그램의 기본 모델 .....	82
3. 시설구금에 대한 대안 프로그램의 성과 .....	88
제4절 대안 프로그램 성공에 영향을 미치는 중요 요인 .....	91
1. 객관적 입소정책 수립 .....	91
2. 표준화된 위험평가도구의 사용 .....	93
3. 대안 프로그램의 적절한 감독 기간 .....	101
4. 준수사항 위반에 대한 점진적·단계적 대응 .....	102
제5절 시사점 .....	103

## 제4장 이유경

### 외국의 재판 전 감독제도 2 : 영국 .....

제1절 영국의 소년사법제도 .....	109
1. 법원선의주의 .....	109
2. 소년사법 체계 .....	111
제2절 재판 전 감독제도 .....	121
1. 경찰의 피의자 보석 단계 (police bail) .....	121
2. 기소 후 법원 단계 .....	123
제3절 시사점 .....	141

## 제5장 박경규

### 외국의 재판 전 감독제도 3 : 독일 ..... 145

제1절 소년법원법률 및 (청)소년사건의 절차진행 개관 .....	147
1. 소년법원법률 개관 .....	147
2. (청)소년의 범죄행위에 대한 제재조치 .....	148
3. (청)소년의 범죄사건에 대한 법원관할권의 분배 .....	150
4. 소년법원 관할 소년형사사건의 일반적인 절차진행 .....	152
5. 소년사법제도의 근본적인 구조에서 우리나라와의 차이점 .....	154
제2절 재판 전 감독제도 .....	156
1. 청소년범 구속의 요건 .....	156
2. 형사소송법률상의 구속명령집행 중단 제도(피의자/피고인보석제도) ...	164
3. 제71조의 임시 훈육명령 .....	170
4. 소년사법원호 .....	177
제3절 시사점 .....	185
1. 독일의 재판 전 감독제도 요약 .....	185
2. 우리나라에 주는 시사점 .....	187

## 제6장 김혁

### 외국의 재판 전 감독제도 4 : 일본 ..... 191

제1절 소년사건처리절차 .....	193
제2절 가정재판소 종국결정 전 개입수단 .....	195
1. 관호조치 .....	195
2. 시험관찰 .....	199
3. 보호적 조치 .....	206
제3절 시사점 .....	210

**제7장** 김지선·박경규

재판 전 감독제도의 확대방안 .....	213
제1절 발의된 법률안 검토 .....	215
1. 발의된 『소년법 일부개정법률안』의 배경 및 내용 .....	215
2. 개정법률안 검토 .....	221
제2절 재판 전 감독제도의 확대방안 .....	245
1. 임시조치 확대를 위한 기본원칙 .....	246
2. 임시조치 확대방안 .....	247
참고문헌 .....	265
Abstract .....	273
부 록 .....	277

## 표 차례

[표 2-1] 보호관찰처분을 받은 소년범의 처리에 걸리는 기간 .....	27
[표 2-2] 소년사법단계별 소요기간 분포 .....	28
[표 2-3] 제1심 형사공판사건 중 19세 미만자에 대한 소년부 송치비율 .....	29
[표 2-4] 전체 보호관찰 처분 소년과 재범 소년의 소년사법단계별 소요기간 비교 .....	30
[표 2-5] 소년범의 구속현황 .....	32
[표 2-6] 분과별 외부위원 역할 및 구성 .....	34
[표 2-7] 선도심사위원회 운영현황 .....	36
[표 2-8] 청소년 선도프로그램 운영현황 .....	37
[표 2-9] 검찰의 소년범 처리 현황 .....	40
[표 2-10] 소년범에 대한 조건부 기소유예 현황 .....	42
[표 2-11] 임시조치 현황 .....	46
[표 2-12] 소년분류심사원 수용 기간 .....	48
[표 2-13] 소년분류심사원 일일수용 인원 .....	49
[표 2-14] 소년분류심사원 위탁소년의 연령별 분포 .....	50
[표 3-1] Multnomah 카운티의 지역사회 감독 접촉 요건 .....	83
[표 3-2] 대안 프로그램의 일일 평균 비용 .....	89
[표 5-1] 제재조치의 세부유형 .....	149
[표 5-2] 청소년 및 장소년 구속의 비율 .....	163
[표 5-3] 메클렌부르크-포어포르멘에서의 소년범에 대한 구속집행중단 사건의 수와 비율(1997년 및 1999년) .....	169
[표 5-4] 메클렌부르크-포어포르멘에서 구속집행이 중단된 소년범사건의 범죄유형별 비율(1997년 및 1999년) .....	169
[표 5-5] 메클렌부르크-포어포르멘에서 구속집행중단 소년범 중 재구금된 비율 (1997년 및 1999년) .....	170
[표 5-6] 메클렌부르크-포어포르멘에서 구속집행중단 소년범 중 원호시설수용여부에 따른 재구금 비율(1997년 및 1999년) .....	176
[표 5-7] 메클렌부르크-포어포르멘에서 소년원호시설수용으로 구속집행중단 소년범 중 시설유형에 따른 재구금 비율(1999년) .....	177

viii 소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

[표 6-1] 일반 보호사건 종국결정 인원 중 소년감별소 송치이력 .....	198
[표 6-2] 일반 보호사건 종국결정 인원 중 비행별 소년감별소 송치 비율(2018년) .....	199
[표 6-3] 소년보호사건 중 시험관찰 현황 .....	204
[표 6-4] 일반 보호사건 종국결정 인원 중 신병부 보도위탁 현황 .....	205
[표 6-5] 일반 보호사건 중 비행 유형별 시험관찰 현황(2018년) .....	205
[표 6-6] 일반 보호사건 종국 인원 중 불처분·심판불개시 이유(2018년) .....	209



## 그림 차례

[그림 2-1] 경미 소년범 처리 절차도 .....	35
[그림 3-1] Multnomah 카운티의 지역사회 감독 준수기준 .....	84
[그림 4-1] 유관부서 업무 흐름도 .....	114
[그림 4-2] 재판 전 감독처분 통계 .....	124
[그림 4-3] 재판 전 감독 처분 결정 과정 .....	131



## 1. 연구필요성 및 연구목적

### ○ 연구의 필요성

- 2019년 4분기 보호관찰처분을 받은 소년을 대상으로 경찰에 검거된 이후 소년 법원에서 종국처분을 받기까지 걸리는 시간을 분석해 본 결과, 평균 179일, 약 6개월의 시간이 걸리는 것으로 나타났다. 특히, 검사가 소년부로 송치한 이후 종국처분을 받기까지 기간이 평균 109일로 전체 절차 중 가장 오랜 시간이 소요되었다.
- 소년사건처리기간의 장기화는 재판 시 소년의 신병확보 어려움, 범죄와 처벌 간 간격이 멀어질수록 처벌이 소년의 비행 사실에 대한 반성과 개선을 끌어내기 어렵다는 점, 재판을 기다리는 동안 심리적 불안감이나 처분에 대한 두려움으로 학업중단의 사례가 발생하고, 학업중단이 소년의 비행성향을 심화시킬 수 있다는 점 등과 같은 다양한 문제점을 낳을 수 있다. 실제 보호관찰처분을 받은 소년 중 사건처리 기간에 재범한 소년은 20.9%였고, 고위험 보호관찰 대상자로 분류된 소년의 재범률은 46%로 훨씬 더 높았다.
- 이는 소년사건처리절차에서 불필요한 지연 특히, 검사의 소년부 송치 이후부터 보호처분결정이 이루어지는 과정에서 불필요한 지연을 없애고, 다른 한편으로는 재판에 계류 중인 소년의 재범을 방지하기 위해서 그들의 상황과 욕구에 맞는 다양한 수준의 보호·감독을 제공하려는 정책적 노력이 필요하다는 점을 보여준다.
- 이에 따라 2020년 4월 검찰법무개혁위원회에서는 수사단계에서 처분 결정이 내려지기 전까지의 기간 중 재범을 막을 수 있도록 소년법에 피해자 접근금지 및 보호관찰을 신설하고, 이 임시조치를 수사단계에서도 적용할 수 있도록 법을 개정해야 한다고 권고하였다.

## 2 소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

### ○ 연구목적

본 연구는 소년법을 대상으로 한 재판 전 감독(pre-trial supervision)제도의 도입 필요성을 현행 재판 전 개입절차 및 제도의 운영실태와 문제점 등을 파악하여 검토하고, 재판 전 감독제도와 관련된 외국의 유사 입법례 및 운영과정을 비교법적으로 검토함으로써 향후 재판 전 감독제도를 수사단계에 까지 도입 확대할 때 고려해야 할 기본방향과 구체적 운영 방안을 제시하는 것을 목적으로 한다.

## 2. 연구방법

- 문헌연구 : 재판 전 개입제도와 관련된 외국의 유사 입법례 및 제도와 우리나라의 현행 재판 전 개입제도의 현황 및 실태에 관한 문헌을 검토하였다.
- 공식범죄통계 및 행정자료 분석 : 소년범죄 발생 및 처리 실태에 관련된 공식통계와 소년법을 대상으로 한 현행 재판 전 개입 제도 운영과 관련된 행정자료 및 보호관찰대상 소년의 재판 전 재범 실태 자료를 분석하였다.
- 소년법 관련 전문가 자문 : 재판 전 감독제도 관련 개정안과 재판 전 감독제도 도입 방향 및 구체적 운영방안에 대해 전문가 자문회의를 개최하였다.

## 3. 주요 연구내용

### 가. 현행 소년법 대상 재판 전 개입제도의 현황 및 문제점

- 소년법상 명확히 규정된 재판 전 개입제도는 검찰수사단계에서 '조건부 기소유예'와 소년형사피의자에 대한 '구속', 소년법원단계에서 '임시조치'(주로 소년분류심사원 위탁)와 '화해권고' 등이 있다. 그러나 소년법에 명확한 법조항은 없지만, 경찰수사단계에서 '선도조건부 훈방'과 소년법원단계에서 청소년 참여법정, 심리상담조사 등과 같은 '처분 전 조사제도'가 시행되고 있다. 대체로 중대한 범죄를 저질렀거나 재범위험성이 큰 소년에게는 구속이나 소년분류심사원 위탁과 같은 시설수용을, 경미한 범죄를 저질렀거나 초범인 소년에게는 일정한 준수 사항이나 조건을 부과하고, 입건, 기소, 심리개시 등과 같은 처분 결정을 유예하

는 개입형 다이버전(조건부 훈방, 조건부 기소유예, 처분 전 조사)을 활용하는 방식을 취하고 있다.

#### ○ 수사단계

- 2018년 소년형사피의자 구속율은 18.4%로 소년법에 규정된 소년범에 대한 구속 특례와 UN 아동권리협약의 권고에 불구하고, 성인형사피의자 구속율(13.4%)보다 더 높았다.
- 한편, 구속은 대체로 소년범 중 형사법원 기소가 예상되어 있는 경우에 활용하기 때문에, 소년부 송치가 예상되는 소년의 신병확보나 재범방지를 위한 목적으로 활용하기 어려운 점이 있다. 그리고 수사단계에서 신병확보, 재범위험성, 긴급한 보호의 필요성 등으로 인해 개입 필요성은 있지만, 그렇다고 미결구금 시설에 유치할 만큼 위험하지 않거나 보호·감독의 필요성이 높지 않은 소년을 위한 적절한 보호·감독 프로그램은 전혀 없는 실정이다.

#### ○ 검찰단계

- 전체 소년범의 약 15%, 기소유예 소년의 약 50%가 조건부 기소유예를 받았으나, 조건부 기소유예처분을 받은 소년 중 이전에 기소유예를 받은 경험이 있는 소년은 33.5%였고, 보호처분을 받은 경험이 있는 소년도 38.5%나 되는 것으로 나타났다.
- 조건부 기소유예처분의 목적 및 취지에 부합하는 대상자를 선정하고, 개별 소년의 필요와 욕구에 부합하는 프로그램에 배치하기 위해 검사 결정 전 조사 제도를 활성화해야 할 필요가 있다.

#### ○ 소년법원단계

- ‘보호자 및 기타 소년보호시설 위탁’, ‘병원 및 요양소 등 위탁’, ‘소년분류심사원 위탁’과 같이 3가지 임시조치가 현행 소년법에 규정되어 있다. 그러나 기타 소년보호 시설과 병원 및 요양소 위탁은 위탁시설 등의 부족으로 거의 활용되지 않으며, 보호자 위탁은 준수사항 부과나 다른 개입방법과 연계되지 않아 아무런 조치없이 소년을 다시 집으로 되돌려 보내는 것과 차이가 없어 실효성이 없는 것으로 나타났다.

#### 4 소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

- 이에 따라 전체 소년부로 송치된 소년 중 소년분류심사원 위탁비율은 11.9%였고, 임시조치를 받은 소년 중 소년분류심사원 위탁비율은 과반수를 상회하였다.
- 보호자 위탁, 기타 소년보호 시설 위탁, 병원 및 요양소 등 위탁은 구금시설 유치를 피하면서도 지역사회 내에서 소년에 대한 보호·감독의 필요에 따라 다양한 수준의 개입이 가능하므로 이러한 유형의 임시조치가 실효적으로 작동할 수 있도록 제반 조건을 마련하는 것이 필요하다.
- 현재 소년분류심사원 위탁이 소년법원 단계에서 재범위험성이 크거나 보호자의 보호력이 약하거나 돌아갈 가정이 없거나 위험한 심리적·정서적 상태 등 긴급한 보호의 필요성이 있는 소년을 위한 재판 전 개입제도로서 중요한 역할을 하고 있으나, 소년분류심사원 위탁은 자유 박탈적 성격을 갖고 있으므로 재범위험성이 매우 높거나 정밀한 분류심사의 필요성이 있는 소년에 한정하여 활용해야 한다.
- 부모의 보호력이 약하거나 돌아갈 가정이 없거나 심리적·정서적 상태 등 긴급한 보호가 필요한 소년을 위해서는 이러한 목적에 부응하는 다양한 재판 전 감독 프로그램을 개발할 필요가 있다.
- 2010년 이후 소년법원에서는 청소년 참여법정, 화해권고, 심리전 상담(정신과 치료 포함), 처분 전 교육명령 등과 같은 '처분 전 조사제도'를 시행하고 있다. 각 프로그램에 참여한 소년이 성공적으로 프로그램을 이수한 때, 소년부 판사는 이러한 결과를 고려하여 심리불개시 처분을 내리고 있다.
- 그러나 이 중 화해권고를 제외한 다른 프로그램은 소년법에 관련 규정이 없어 소년조사제도의 하나로 시행되고 있으며, 운영상황과 관련된 통계가 공표되지 않아 소년부 판사가 어떤 소년들을 대상으로, 어떠한 규모로 재판 전 조사제도를 활용하고 있으며, 재판 전 조사의 결과가 소년의 중국처분에 어떻게 반영되는지, 심리불개시 처분을 받은 소년들의 몇 %가 처분 전 조사제도에 참여하여 성공적으로 프로그램을 이수한 소년들인지에 대해 전혀 알 수 없는 상황이다. 운영과정과 그 성과에 관한 분석을 바탕으로 처분 전 조사제도의 확대 혹은 개선방안이 모색되어야 할 필요가 있다.

## 나. 미국의 재판 전 감독제도 현황과 시사점

- 미국에서 미결구금시설에 대한 대안 부족, 법으로 규정된 명확한 미결구금 요건 부재 및 소년범에 대한 강경한 여론 등으로 인해 많은 소년이 신병확보와 재판계류 중 재범방지라는 목적 이외에도 다양한 이유로 미결구금시설에 유치되었고, 이는 미결구금시설의 과밀수용의 문제를 낳았다. 이러한 문제를 해결하기 위해 1990년대부터 여러 주에서 소년 미결구금 개혁에 착수하였고, 이러한 개혁의 주된 내용 중 하나는 미결구금시설을 대체할 수 있는 다양한 유형의 지역사회기반 대안 프로그램(지역사회 기반 재판 전 감독 프로그램)을 고안하여, 적절한 방식으로 실행하는 것이었다.
- 미국에서 미결구금시설에 대한 대안으로 고안된 다양한 유형의 지역사회기반 보호·감독 프로그램은 소년사범에 있어 '보호(혹은 서비스)의 연속체(continuum of care)'라는 개념에 근거하고 있다. 즉 중독처분을 기다리는 소년의 도주 및 재범 위험 수준에 상응하는 다양한 유형의 보호·감독 프로그램을 개발하여 활용하고 있다.
  - 재판 전 보호·감독 프로그램의 전형은 ① 보호자가 일정 수준의 보호능력을 갖추고 있을 때 몇 가지 준수사항과 함께 부과되는 재택감독(home detention)이나 지역사회 감독(community detention) 등의 비거주, 비시설 기반 감독(non-residential, non-facility based supervision), ② 학교에 다니지 않아 특별한 일일 활동이 없는 소년을 위한 일일 혹은 오후보고센터 출석(day or evening reporting center)과 같은 비거주 시설 기반 감독(non-residential, facility based supervision), ③ 24시간 감독이 필요하거나 돌아갈 가정이 없는 소년을 위한 개방형 거주제 시설 배치(non-secure residential placement) 등을 포함하고 있고, 3가지 유형의 기본 프로그램 안에는 다시 보호·감독의 수준이 다른 다양한 프로그램들이 존재한다.
  - '보호의 연속체' 개념에 근거한 다양한 보호·감독 수준별 재판 전 감독제도의 장점은 각 프로그램에 배치된 소년의 프로그램 수행성과에 따라 보다 더 혹은 덜 규제적 프로그램으로의 전환이 가능하며, 이는 특히 각 프로그램에 배치된

## 6 소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

소년이 준수사항을 위반하였을 때 더 유용하다.

- 미국에서 소년 미결구금제도의 개혁에 성공한 지역에서는 재판 전 감독 프로그램의 활용이 소년에 대한 사법 통제망의 확대를 결과하지 않도록 하기 위한 3가지 주된 제도적 노력이 있었다.
  - 첫째, 재판 전 감독 프로그램의 대상자를 도주 위험이나 재판계류 중 재범 위험이 있으나 미결구금시설에 유치할 필요가 없는 소년으로 한정하였다.
  - 둘째, 소년의 도주 위험과 재판계류 중 재범위험을 평가할 수 있는 객관적 위험평가도구를 개발하여 활용하였다.
  - 마지막으로 소년이 재판 전 감독 프로그램에서 부과한 준수사항을 위반했을 때, 먼저 위반이유, 반복될 확률, 가족이나 주변 사람의 지원 여건, 지역사회 지원시스템 유무, 학교나 가정에서의 상황 등을 고려해, 준수사항 요건을 강화하거나 프로그램 기간을 연장하는 등의 방법을 활용하였다. 계속해서 준수사항을 위반했을 때는 미결구금시설로 유치되지만, 가급적 사소한 준수사항 위반이 미결구금시설 유치를 결과하지 않아 소년이 성공적으로 프로그램을 이수할 수 있도록 돕는 데 초점을 두었다.
- 미국에서 재판 전 감독 프로그램 기간은 대부분 30일 이내로 시설구금 기간과 거의 비슷하다. 미결구금시설에 대한 대안 프로그램은 자유를 박탈하는 미결구금시설 유치만큼 정도가 심하지 않지만, 자유제한적 성격을 갖는 조치이기 때문에, 기간이 너무 길어서는 안 되며, 이에 대한 감시가 필요하다는 태도를 견지하고 있기 때문이다.

### 다. 영국의 재판 전 감독제도 현황과 시사점

- 영국은 소년이 체포되어 조사를 받는 경찰단계에서부터 재범방지와 피해자 및 사회보호를 목적으로 하는 재판 전 감독제도를 체계화하였다.
  - 일정한 요건을 갖춘 경우 '구속' 대상이 되고, 경미한 범죄를 저지른 경우에는 '조건 없는 보석'의 대상이 된다.
  - 그 외의 소년 피의자에 대해서는 경찰 수사단계 및 기소 이후 재판 선고 전

단계까지 소년이 저지른 범죄의 중대성, 범죄경력, 그리고 생활환경평가 결과를 기준으로 경찰단계에서 '조건부 보석', 법원단계에서 '조건부 보석' 및 '보호 감호처분', 그리고 재판 중 법원의 결정으로 중구처분의 실행시기를 앞당길 수 있는 '사회복귀명령' 등 소년에 대한 감독을 어느 단계에서든 실시할 수 있도록 하고 있다.

- 영국은 경찰단계에서 소년에게 조건부 보석을 할 때, YOT와 협의 아래 외출제한 및 전자감독 등 일정한 보호처분 부과가 가능하였다. 경찰단계에서 부과할 수 있는 감독처분은 기소 이후 부과할 수 있는 감독처분의 구체적 내용과 큰 차이를 보이지 않아 범죄를 저지른 소년의 통제가 조기부터 개시될 수 있다. 감독 조치의 조기화가 정당화되기 위해서는 지역사회의 일관성 있는 지원을 통해 소년 개개인에 대한 연속적 관심과 관리가 전제되어야 한다. 영국은 법원 등 소년사법 관련기관 간 협조 의무를 법률에 분명하게 규정하고 있고, YOT 등 소년 개개인에 대한 지속적 관리를 하는 단체들이 지역사회를 기반으로 하여 소년사법기관과 긴밀한 협력체계를 구축하고 있기 때문에 재판 전 단계부터 소년의 필요와 특성에 따른 개별적 감독처분이 가능하다.
- 영국은 소년에 대한 형사절차에서 피해자 보호 및 재범방지를 할 필요성이 큰 성범죄나 폭력범죄 등을 중대범죄로 분류하여, 이에 대해서는 집중감독·감시형 보석 등 강화된 감독제도를 시행하고 있다. 또한, 외출제한 등 조건이 부과되는 조건부 보석부터 집중감독·감시형 보석, 그리고 집중감독·감시형 프로그램 등 준수사항 위반 시 감독을 단계적으로 강화시킬 수 있는 프로그램들을 개발하였다. 반면에, 중대범죄나 상습범죄 등으로 분류되지 않는 범죄에 대해서는 교육과 감독의 측면에 최대한 소년피의자와 보호자의 자율적이고 자발적 참여에 기반한 범죄예방프로그램을 운영하고 있다.
- 영국에서 보석이나 구속의 대상이 되지 않은 소년 피의자의 경우에는 원칙적으로 모두 비구금형 지방정부 시설에서 수용되어 감독을 받게 되며, 성폭력이나 성인이라면 14년 이상의 형이 선고될 수 있는 중대범죄에 대해서만 구금형 시설에 수용한다. 특히 소년이 12세 미만일 때 가급적 구금형 보호감호처분을 하지

않고, 주로 가족 및 보호자가 YOT와의 협력을 통하여 소년에 대한 감독을 지역 사회 내에서 수행한다.

라. 독일의 재판 전 감독제도의 현황과 시사점

- 독일은 소년법원이 확정판결 이전에 즉, 수사단계 또는 재판 진행 단계에서 임시훈육명령 또는 임시 소년원호시설수용명령을 할 수 있다(소년법원법률 제 71조). 특히 후자는 소년이 확정판결 이전에 새로이 범죄를 범하는 것을 방지하기 위해서 인정되는데, 구속요건이 충족되지 않는 사건일지라도 임시훈육명령 또는 임시 소년원호시설 수용명령을 할 수 있지만, 그 집행이 강제될 수는 없다.
- 독일 형사소송법상 인정되고 있는 구속명령집행중단(피의자/피고인 보석)은 소년법원절차에서도 인정된다. 일반 형사사건에 비해 소년사건에서 구속의 비례성 원칙을 더욱 강조하여 구속요건이 충족될지라도 임시훈육명령을 통해 구속의 목적을 달성할 수 있는 때에는 구속이 집행될 수 없도록 하고 있어 임시훈육명령이 구속을 자제·대체하는 수단으로 이용되고 있다. 소년원호시설수용명령은 주로 개방적 형태로 운용되는 소년원호시설에 소년을 수용하여 구속을 자제·대체하는 수단으로 이용되고 있다. 구속집행중단의 수단으로 임시훈육명령 또는 임시 소년원호시설 수용명령이 내려졌을 때, 지시를 현저히 위반하는 경우 구속집행중단이 취소되어 다시 구금된다. 그리고 소년원호시설 수용기간은 확정판결을 통해 선고되는 소년구금 또는 소년자유형에 산입된다.
- 범행반복위험이라는 구속사유가 충족되는 경우일지라도 소년법원법률 제71조 제2항의 소년원호시설수용명령에 기해 구속집행이 대체될 수 있다. 「가정법원 사건 및 유동적 재판권 대상 사건에서의 절차에 관한 법률」 제214조에 기해 폭력범죄 및 스토킹범죄가 행해질 구체적 위험이 인정되는 경우 가정법원은 신청에 기해 범죄(혐의)자가 1. 피해자의 주거를 출입하지 않을 것, 2. 피해자 주거의 일정 주변에 머무르지 않을 것, 3. 피해자가 자주 머무르는 특정 장소를 찾지 않을 것, 4. 원거리통신수단을 포함하여 피해자와 연락하는 것을 하지 않을 것, 5. 피해자와 만나지 않도록 할 것 등의 긴급조치를 명할 수 있다. 동 법률상의

접근금지조치는 사건이 수사기관에 입건되었는지에 상관없이 이루어지기에 구속요건 충족 여부를 불문하고 인정되고, 접근금지조치 명령에 위반하는 행위는 형벌로 처벌된다.

- 현행 제71조는 피혐의자인 소년의 건전한 성장·교육을 주된 관점으로 하여 인정된 규정이다. 범행반복위험이라는 구속사유가 소년형사절차에서도 그대로 인정되고, 소년법원법률 제71조에서 재범방지를 소년원호시설수용명령의 주요한 목적으로 제시하고 있는 것은 어느 정도 피해자보호 사상이 반영된 것이라고 할 수 있다. 그러나 아직까지 독일 소년법원법률이 제71조에서 피해자보호를 임시조치의 명시적 목적의 하나로 제시하지는 않고 있는데, 이는 독일에서 피해자보호 사상이 반영된 재판 전 감독이 인정되지 않는다는 것을 뜻하는 것이 아니라, 독일에서도 소년법원법률이 아직까지는 범죄자인 소년의 성장·교육을 주된 관점으로 하고 있기 때문이다.

#### 라. 일본의 재판 전 감독제도의 현황과 시사점

- 일본에서 소년사건에 활용되고 있는 재판 전 감독 내지 개입수단으로는 '관호조치', '시험관찰', '보호적 조치'가 있다.
- 관호조치는 우리나라의 임시조치에 해당하는 것으로, 정확한 자질감별과 신병확보 수단으로 활용되고 있으며, 실제 거의 활용되지는 않지만, 규정상으로는 조사관에 의한 재택관호도 가능하다.
- 시험관찰은 심판개시 결정 후 중간처분으로서 소년에 대하여 신속한 개입이 가능하다는 장점과 탄력적 운영을 통하여 종국결정의 신중을 기할 수 있다는 의의를 갖는다. 다만, 시험관찰의 내용 중 일부는 우리나라 소년법의 1호 처분과 유사하고, 일본 소년법과 달리 우리 소년법은 보호처분 변경을 인정하고 있다는 점에서 시험관찰제도의 도입의 실효성에 대해서는 보다 심도 깊은 논의가 필요하다. 물론 보호처분에 앞서 신속한 제도 운영이 담보된다면, 종국결정까지 기다리지 않고 소년에게 개입할 수 있다는 점에서 시험관찰이 제 기능을 발휘할 수는 있을 것이다. 또한 시험관찰이 효과적으로 운영되기 위해서는 조사관의

전문 역량이 필수적으로 요구된다.

- 보호적 조치는 법적 근거의 불명확성에도 불구하고, 일본에서 폭넓게 활용되고 있다. 보호적 조치는 상대적으로 보호처분의 필요성이 높지 않은 소년을 대상으로 활용되고 있다. 전건송치주의를 채용하고 있지 않은 우리의 제도(검사선의주의) 하에서 이러한 사안은 경찰단계에서의 선도심사위원회를 통한 훈방, 검찰단계에서의 기소유예 또는 조건부 기소유예의 대상이 될 가능성이 높을 것으로 예상된다. 그럼에도 불구하고, 일본에서 시행되고 있는 피해자의 관점을 고려하거나 심리학을 활용한 개입조치들은 요보호성 감쇄와 함께 시민들로부터의 신뢰 받을 수 있는 소년사법제도를 구현한다는 측면에서 충분히 참고할 가치가 있다.

#### 4. 정책제언

- 임시조치 목적으로서 ‘피해자 보호’와 소년법과의 조화 여부
  - 2020년 7월 백혜련 의원이 대표 발의한 소년법 개정법률안은 소년보호사건 심리단계의 임시조치의 목적으로 ‘피해자 보호’를 추가하고, 임시조치 유형에 피해자 접근금지 조치를 추가하고, 심리단계에서 인정되는 모든 임시조치를 수사단계에서도 인정될 수 있도록 함으로서 피해자 접근금지 조치가 수사단계에서도 인정될 수 있도록 하고 있다.
  - 그러나 소년법은 “반사회성이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정을 위한 보호 처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것”을 목적으로 하고 있기 때문에, 현행 소년법의 목적 규정의 변화 없이 단지 임시조치의 목적에 ‘피해자 보호’를 추가하고, 피해자에 대한 접근금지를 새로운 임시조치 유형으로 추가하며, 수사기관에 임시조치의 신청·청구를 요청하고, 이에 대한 의견을 진술할 수 있도록 하는 규정을 신설하는 것은 소년법 체계에 맞지 않는다. 따라서 피해자 관련 조치는 범죄피해자보호법 등과 같은 다른 법률에서 통합적으로 다룰 필요가 있다.
- 임시조치 유형 다양화 및 활성화
  - 소년법 제18조 제1항 제1호 ‘보호자 위탁’과 ‘소년을 보호할 수 있는 적당한

자에게 위탁'의 실효성 확보를 위해 제1호 임시조치에 소년의 상황과 특성에 맞는 다양한 준수사항을 부가하고, 이를 소년사법기관에서 감독할 필요가 있다. 즉 임시조치에 “보호관찰관에 의한 감독” 혹은 “준수사항에 대한 보호관찰관의 감독”을 신설할 필요가 있다. 백혜련 의원 대표발의안에서 별도의 임시조치 유형으로 제안한 ‘외출제한명령’과 ‘피해자 접근금지’는 별도의 임시조치 유형으로 신설하기 보다는 보호관찰관에 의한 감독을 부과할 때 준수사항의 하나로 포함하는 것이 더 적절하다고 판단된다.

- 소년법 제18조 제1항 ‘소년을 보호할 수 있는 적당한 시설에 위탁’을 활성화기 위해 민간시설에 위탁하는 방식과 더불어 영국이나 미국처럼 정부에서 비행소년을 위한 소규모의 개방적 기숙제 시설을 직접 운영하는 방식도 고려할 필요가 있다.
- 학교에 다니지 않는 비행소년은 재택감독이나 지역사회감독에 준수사항을 부과하면서 한 달에 1~2번 정도의 보호관찰관과 대면접촉 하는 것만으로는 실효성이 낮으므로, 미국의 일일 혹은 오후 보고센터(day or evening reporting center) 출석 명령을 새로운 임시조치유형으로 도입할 필요가 있다. 각 기초자치단체마다 있는 ‘유스 센터’(Youth Center)나 ‘학교 밖 청소년지원센터’ 및 법무부 소속 시설인 ‘청소년비행예방센터’를 일일 혹은 오후보고센터로 지정하여 운영하는 방안을 고려할 수 있다.
- 최근 몇 년 동안 심리나 정신건강의 문제를 가진 비행소년이 증가하고 있으므로, 이러한 특성을 갖는 소년을 위한 임시조치의 한 유형으로 심리 상담 및 치료 명령을 도입할 필요가 있다.

#### ○ 수사단계에서 임시조치의 활용

- 현재 수사단계에서 공소 제기나 소년부로 송치할 가능성이 있는 범죄소년에 대해 감독할 방법은 ‘구속’이 유일하지만, 통상 구속은 공소제기 가능성이 있는 소년을 대상으로 하므로 소년부 송치를 염두에 두고 있는 소년에 대한 재판 전 개입조치가 되지 못한다. 이러한 측면에서 수사단계에서도 임시조치를 활용할 수 있도록 확대할 필요가 있다.
- 수사단계의 소년사건은 검사가 형사법원으로 기소할 것인지 아니면 소년보호

사건으로 송치할 것인지를 결정하기 전이기에 그 관할권이 분명하지 않다. 그러나 소년사건 처리의 전문성을 제고할 수 있다는 측면에서 형사법원으로 기소할 소년의 임시조치 결정에 대한 관할권을 소년법원에 부여하는 것이 더 적절하다고 생각한다. 같은 논리에 근거하여, 소년법원이 설치되지 않은 지역에서 인근의 소년법원에 임시조치 결정에 대한 관할권을 부여하는 것이 더 적절하다고 판단된다.

- 소년분류심사원 위탁을 수사단계에서도 허용하면, 수사기관은 신병확보가 필요한 소년 형사피의자에 대해 '구속'과 '소년분류심사원 위탁'이라는 2가지 활용 가능한 대안을 갖게 되고, 수사기관이 소년분류심사원 위탁을 범죄소년을 간편하게, 더 오랜 기간 구속하기 위한 수단으로 악용할 위험이 있다. 따라서 소년법원 관할 임시조치 중 소년분류심사원 위탁은 수사단계에서 적용가능한 임시조치 유형에서 제외해야 할 필요가 있다.

○ 임시조치유형별 적정 대상 소년의 세분화

- 수사단계의 임시조치 대상은 만 14세 이상의 범죄소년에 한정하고, 소년부 송치 이후 재판 전까지 단계의 임시조치 대상은 촉법소년과 범죄소년으로 하되, 제18조 제1항의 3호인 소년분류심사원 위탁은 14세 이상의 범죄소년에만 적용될 수 있도록 할 필요가 있다.

○ 임시조치 기간의 적정화

- 임시조치는 종국처분의 길이를 고려해 기존의 보호자 위탁, 소년보호시설 위탁 등과 같이 3월 이내로 하고, 1회에 한하여 연장할 수 있도록 하는 것이 적절하다고 생각한다.

○ 소년에 대한 사법기관의 통제망 확대를 피하기 위한 제도적 장치 도입

- 소년사건처리절차의 장기화와 그 기간 중 재범사건의 증가로 재판 전 단계에서 소년에 대한 보호·감독을 강화하기 위해 임시조치를 수사단계까지 확대해야 할 필요성은 있으나, 소년에 대한 조기개입과 보호·감독의 필요라는 목적을 강조하다 보면, 임시조치는 소년에 대한 사법기관의 통제망을 확대(net-widening effect)하는 부정적 결과를 낳을 위험이 매우 크다. 수사단계로 임시조치를 확

대하는 조치가 소년에 대한 사법기관의 통제망 확대로 이어지지 않도록 다음과 같은 제도적 장치가 필요하다.

- 임시조치 요건을 법으로 명문화하고, 특히, 소년분류심사원 위탁의 경우, 자유를 박탈하는 가장 규제적인 조치이므로 다른 보다 덜 규제적 조치를 활용할 수 없을 때 최소한으로 사용해야만 한다는 보충성의 원칙을 명문화할 필요가 있다.
- 검사의 결정전 조사에 관한 소년법 제49조의3의 제1항에 조사가 필요한 결정에 ‘임시조치’를 추가하고, 모든 소년사건에 대해 검사의 결정전 조사를 의무화할 필요가 있다. 이와 더불어 수사단계에서 소년의 처분 결정에 관한 조사의 객관성을 담보할 수 있는 표준화된 위험평가도구의 개발이 필요하다.
- 임시조치는 조사 및 심리를 위해 소년의 신병을 확보하고, 이 기간 재범을 방지하기 위한 것이지 처벌이나 제재의 목적이 있는 것이 아니므로, 소년이 부과된 임시조치를 사소하게 위반하는 것이 시설구금을 결과하지 않도록 유의할 필요가 있다. 준수사항 불이행에 대해 먼저 부과된 임시조치 안에서 보호·감독의 정도를 강화하거나 보호·감독의 수준이 더 높은 다른 유형의 임시조치로 변경하고, 준수사항 위반이 계속되었을 때 미결구금 시설에 유치하는, 단계적·점진적 대응이 필요하다. 또한, 임시조치 집행을 감독하는 담당자를 별도로 지정한 후 집행 감독 담당자가 집행과정을 감독하면서 얻게 된 정보 등을 활용하여 검사나 소년부 판사에게 임시조치의 취소 혹은 변경에 대한 신청할 수 있도록 하는 방식을 검토할 필요가 있다.
- 소년과 그 보호자에게 임시조치의 결정과 변경 결정에 대한 불복수단을 허용하고, 이를 명문화할 필요가 있다. 또한, 소년분류심사원 위탁과 같이 자유박탈적 성격을 갖는 임시조치의 경우 부과된 이후 만약 ‘범죄혐의 없음’을 이유로 심리 불개시 또는 불처분 결정이 내려진 때에는 부과된 임시조치에 대해 보상이 이루어져야 한다. 마지막으로 심리결과 임시조치와 동일한 유형의 보호처분을 받게 된 경우 그 이전의 임시조치에서의 기간을 보호처분 기간에 산입할 필요가 있다.



## 제 1 장

소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

# 서 론

김 지 선



## 제1절 | 연구의 배경

최근 몇 년간 연이어 발생한 소년 강력범죄로 인해 소년범죄와 소년사법제도에 대한 일반인들의 관심이 어느 때보다 높다. 소년법에 대한 강경한 여론이 우세한 가운데 청와대 국민청원 게시판에는 소년법 처벌과 관련한 다양한 청원이 등록되었고, 소년법 폐지 청원도 등장하였다. 지난 3월 게시된 「“오늘 너 킬(KILL)한다”라며 술을 먹고 제 딸을 합동 강간한 미성년자들을 고발합니다」라는 제목의 청원은 이후 ‘인천 여중생 집단강간 사건’으로 알려진 사건으로, 피해자 어머니가 피해자의 2차 피해를 막기 위해 가해 학생을 구속 수사하고, 엄하게 벌해달라는 내용의 청원이었다.

위의 청원은 기존에 청와대 국민청원 게시판에 등록된 다른 청원들과 유사하게 가해 소년의 엄벌을 촉구했지만, 이 사건이 사회적으로 주목을 받으면서 재판계류 중인 소년법에 대한 감독의 필요성이라는 새로운 쟁점이 주목받았다. 청원대상이 된 사건은 가해 소년이 이미 공동폭행과 공갈 등의 범죄를 저질러 경찰에 입건된 이후 별다른 조치 없이 귀가하여 재판을 기다리는 중 저지른 사건이며, 소년법원에서 보호 관찰처분을 받기까지 약 6개월의 기간 동안 이외에도 2건의 추가범죄를 저지른 것으로 나타났기 때문이다.

이러한 문제점을 해결하기 위해 제2기 법무검찰개혁위원회는 지난 4월 “소년 범죄자에 대한 감독 공백을 최소화하고, 소년범죄에 효과적으로 대응하는데 필요한 제도와 소년 피해자의 실질적 회복을 지원하는데 필요한 제도 도입”을 주요 내용으로 하는 제17차 권고안을 발표하였다. 그리고 이의 후속 작업으로 법무부 범죄예방정책

국 소년범죄예방팀에서는 ‘재판 전 감독제도’ 주요 내용으로 한 소년법개정안 마련에 착수하였다.

본 연구는 위와 같이 최근 도입의 필요성이 논의되고 있는 ‘재판 전 감독’에 대해 실증자료에 대한 체계적 분석을 통해 도입의 타당성을 검토하고, 현행 재판 전 개입절차 및 제도에 대한 심층적 분석과 외국의 유사 입법례 및 운영과정에 대한 비교분석을 통해 제도 설계의 기본방향과 구체적인 도입방안을 제시하는 것을 목적으로 한다.

## 제2절 | 연구내용과 방법

위와 같은 연구목적을 달성하기 위해서 본 연구에서는 다음과 같은 내용을 포함하고 있다.

첫째, 우리나라 소년사법처리절차의 특성과 이러한 특성이 소년사건 처리 기간 및 소년의 재범위험에 미치는 영향을 살펴보았다.

둘째, 검거 이후 법원의 종국처분 결정이 내려지기 전까지 소년사법 절차 각 단계에서 소년에 대해 어떤 방식으로 개입하고 있으며, 그 문제점은 무엇인가를 살펴보았다.

셋째, 소년법 대상 재판 전 감독제도와 관련된 외국의 유사 입법례와 제도 운영현황을 비교법적으로 검토하였다. 검토대상이 된 국가는 미국, 영국, 독일, 일본이다. 미국은 1990년대 말부터 2010년대에 걸쳐 소년 미결구금시설에 대한 과도한 의존과 이로 인한 과밀수용 문제를 해결하기 위해 소년 미결구금 개혁을 추진하였고, 이 과정에서 미결구금시설 유치에 대한 대안으로 지역사회 내에서 민간단체의 협력으로 이루어질 수 있는 다양한 재판 전 감독프로그램을 도입한 국가이기 때문에 검토대상에 포함하였다. 또한, 재판 전에 보호관찰관에 의한 지도 감독도 미국에서 먼저 시작하였다. 한편, 영국과 독일은 법원 단계뿐만 아니라 수사단계에서도 재판 전 감독제도가 활용되는 국가이며, 영국은 YOT, 독일은 소년사법원호가 소년사건이 접수된 이후부터 처분이 종료될 때까지 소년에 대한 지속적 관리를 하고 있다는 점에서 검토대상에 포함하였다. 마지막으로 일본은 우리와 소년법 체계가 유사하고, 현재 소년법원에서

일본의 시험관찰과 보호적 조치 등을 모범례로 하여 일부 재판 전 개입제도를 실행하고 있어 검토대상 국가에 포함하였다.

넷째, 재판 전 감독제도와 관련해 발의된 개정법률안의 내용을 소년법의 취지와 목적, 기존 소년법 체계와의 통일성, 소년에 대한 통제망 확대의 가능성, 실현 가능성 등의 몇 가지 기준을 통해 비판적으로 검토하였다.

다섯째, 소년법에 대한 재판 전 감독을 확대하기 위한 구체적 방안을 논의할 때 고려해야 할 기본원칙을 검토하고, 구체적인 도입·확대방안을 제시하였다.

위와 같은 내용을 연구하기 위해서 본 연구에서는 문헌연구, 공식통계 및 법무부 내부자료 분석, 외국의 유사 입법례 및 제도에 대한 비교법적 분석, 소년법 관련 외부 전문가 자문 등의 연구방법을 활용하였다.

### 제3절 | 보고서의 구성

본 보고서는 총 7개의 장으로 구성되어 있다.

제1장에서는 재판 전 감독제도에 관한 연구의 목적과 의의, 연구방법 등을 제시하였다.

제2장에서는 재판 전 단계에 있는 소년에 대한 적절한 개입정책을 개발하기 위한 선행 작업으로 수사단계에서 중국처분 결정이 내려지기 이전 단계까지 소년법에 대해 어떠한 방식으로 개입이 이루어지고 있으며, 그 문제점이 무엇인가를 살펴보았다.

이를 위해 제2장은 다시 우리나라의 소년사건 처리절차와 문제점을 살펴보는 부분과 소년법에 대한 재판 전 개입의 현황과 문제점을 검토하는 부분으로 나누어 구성하였다. 소년법에 대한 재판 전 개입제도의 현황과 문제점을 검토하기 전에 먼저 소년사건 처리절차 및 문제점에 대해 살펴본 이유는 최근 재판 전 감독제도를 수사단계로 확대하고, 피해자 보호 등을 고려해 감독유형(임시조치 유형)을 다양화해야 할 필요성에 대한 논의가 소년사건 처리 기간 장기화와 이에 따른 부정적 결과 중 하나인 재판계류 중인 소년의 높은 재범율에 의해서 제기되었다는 점을 고려한 것이다. 이 절에서는 주로 실증자료를 통해 소년사건을 처리하는데 걸리는 시간과 이 기간에 소년의 재범

를 살펴보았다.

제2절에서는 소년법에 대한 재판 전 개입제도 현황을 수사단계와 수사 종료 후 재판 전 단계로 나누어 살펴보았다. 수사단계에서는 구속, 경찰의 조건부 훈방, 검찰의 조건부 기소유예 등의 현황과 문제점을 살펴보고, 수사 종료 후부터 재판 전 단계에서는 임시조치(주로 소년분류심사원 위탁)와 소년법원의 처분 전 조사제도의 현황과 문제점을 살펴보았다.

마지막으로 제3절 소결 부분에서는 현행 재판 전 감독제도의 문제점을 중심으로 정리하면서 향후 재판전 감독제도가 어떠한 면에서 보완·개선될 필요가 있는지를 짚어보았다.

제3장에서 제6장까지는 외국의 재판 전 감독제도를 검토하였다. 구체적으로 제3장에서는 미국, 제4장에서는 영국, 제5장에서는 독일, 제6장에서는 일본의 소년법에 대한 재판 전 감독제도를 살펴보았다. 외국의 유사제도를 검토하는 제3장에서 제6장은 크게 세 부분으로 구성하였다.

먼저 제1절에서는 각 나라의 소년사법 제도와 절차를 간단히 소개하였다. 이는 각 나라에서 소년법에 대한 재판 전 감독제도가 실행되는 단계와 비중 등을 이해하고, 다른 한편으로는 우리나라의 소년사법 체계 및 절차에 있어서 차이를 이해하는 데 도움을 주려는 목적으로 구성하였다.

제2절에서는 본격적으로 각 나라의 소년에 대한 재판 전 감독제도를 소개하였다. 미국은 시설구금 유치에 대한 과잉의존과 과밀수용문제를 해결하기 위해 시작된 소년 미결구금 제도 개혁 과정에서 고안된 지역사회 기반 대안 프로그램의 기본 모델(재택과 지역사회 감독, 보고센터(reporting center) 출석 명령을 통한 감독, 개방형 기숙시설 수용)을 중심으로 운영방식, 성과 및 대안 프로그램의 성공에 영향을 미치는 요인들을 소개하였다. 영국은 경찰 단계에서 조건부 주의 처분(youth conditional caution), 기소 후 법원 단계에서 조건부 보석 처분(conditional bail), 개입형 사회 내 처분(community remand with intervention), 지역사회시설 유치처분(remand to local authority accommodation)의 대상과 내용 등을 살펴보고, 마지막으로 사회복귀명령(youth rehabilitation order)에 대해 소개하였다. 사회복귀명령은 사회 내 종국처분이지만, 소년법원 판사가 재판 전 단계에서 향후 사회복귀명령을 내릴 가능성이 있는

소년에게 미리 앞당겨 처분을 내림으로써 재판 전에 적절하게 개입하고, 재판 전에 사회복귀명령을 집행한 기간을 나중에 종국처분의 기간에 산입해주는 제도이다. 일본은 관호조치, 시험관찰, 보호적 조치로 나누어 각 재판 전 제도의 의의, 내용, 활용현황 등을 살펴보았다. 마지막으로 독일은 구속명령집행 중단 제도와 임시훈육명령제도(임시훈육명령과 임시수용명령)를 중심으로 살펴보고, 이 두 제도가 소년사법원호제도와 어떻게 긴밀히 연계되어 운영되는가를 검토하였다. 마지막으로 제3절에서는 각 나라의 소년에 대한 재판 전 감독제도의 내용과 운영방식이 우리나라의 제도개선 방향과 내용에 주는 시사점을 정리하였다.

마지막 장인 제7장은 앞서 검토한 내용을 종합하여 소년법에 대한 재판 전 감독제도를 확대하는 방안을 다루었다. 이를 위해 먼저 제1절에서는 소년법에 대한 재판 전 감독제도와 관련된 소년법 개정법률안을 검토하였다. 재판 전 감독제도와 관련된 법률안으로는 지난 7월 백혜련 의원이 대표 발의한 소년법 일부 개정안(의안번호 2101664)이 있다. 이 소년법 일부 개정안은 지난 4월 27일 법무검찰개혁위원회의 17차 권고안인 “소년범죄 처리절차 개선 및 소년 피해자에 대한 지원강화” 중 현행 소년법 제18조의 임시조치에 피해자 접근금지 및 보호관찰을 신설하고, 이러한 임시 조치를 수사단계에서도 적용할 수 있도록 하라는 권고내용을 반영한 것이다.<sup>1)</sup>

그리고 제2절에서는 백혜련 의원이 대표 발의한 소년법 일부 개정안에 대한 비판적 검토 결과, 우리나라의 재판 전 감독제도의 현황과 문제점에 대한 논의결과, 주요 국가의 재판 전 감독제도에 대한 비교법적 고찰 결과를 종합해서 재판 전 감독제도를 확대하는 데 있어 고려해야 할 기본원칙을 제시한 후, 임시조치를 중심으로 재판 전 감독제도를 확대·강화하는 방안에 대해 구체적으로 제시하였다.

1) 법무·검찰개혁위원회, “(보도자료)소년범죄 처리절차 개선 및 소년 및 소년피해자 지원 강화(제 17차 권고)”, 2020. 4. 27.



## 제 2 장

소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

# 우리나라의 재판 전 감독제도 현황과 문제점

김 지 선



## 제2장

# 우리나라의 재판 전 감독제도 현황과 문제점

### 제1절 | 소년사건처리 절차 및 문제점

#### 1. 절차 및 관할의 이원화와 검사선의주의

우리나라 소년사법체계는 소년형사처분 절차와 소년보호처분 절차로 분리되어 있고, 판사가 각 절차 내에서 내릴 수 있는 판결 또는 결정의 성격 또한 완전히 다른 이원적 체계를 갖고 있다. 이러한 이원적 절차 중 소년에게 어떤 절차를 선택할 것인지를 결정할 수 있는 주체는 검사이다<sup>2)</sup>. 즉 우리나라는 검사선의주의를 취하고 있어 검사가 소년범에게 보호처분을 하는 것이 적당할 것인가 아니면 형벌을 하는 것이 적당할 것인가를 결정하여 소년부에 송치하거나 형사법원에 기소하게 된다. 소년부에 송치된 범죄소년은 소년보호절차에 의하여 보호처분을 받게 되고, 기소된 범죄소년은 일반형사절차에 의하여 형벌을 받게 되는 것이다.<sup>3)</sup>

소년사건처리절차를 간략히 살펴보면, 경찰이 범죄소년을 검거한 때에는 검사에게 송치해야 하며,<sup>4)</sup> 촉법소년이나 우범소년을 발견한 때에는 직접 소년부에 송치해야 한다. 한편, 보호자, 학교장, 사회복지시설의 장도 우범소년, 촉법소년, 범죄소년을 발견한 때에 소년부에 서면 또는 구술로 통고할 수 있다.<sup>5)</sup>

2) 문선주·김윤정·서용성, 「소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구」, 사법정책연구원 연구총서, 2019, 17면.

3) 김지선, 「소년미결구금제도에 관한 연구」, 형사정책연구원 연구총서, 2003, 43면.

4) 경찰은 경범죄 처벌법이나 도로교통법에 따라 소년에게 범칙금을 통고 처분하거나 즉결심판(20만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처해질 사건)에 관한 절차법에 따라 직접 지방법원 또는 지원의 순회판사에게 즉결심판청구를 할 수 있다(김지선, 위의 연구총서, 43면)

5) 김지선, 위의 연구총서, 44면.

검사는 경찰에서 송치되었거나 직접 인지한 소년사건을 수사한 결과 벌금형 이하에 해당하는 범죄이거나 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정한 때에는 소년부에 송치하여 보호사건으로 처리해야 하고, 그렇지 않으면 형사사건으로 처리한다. 형사법원은 검사가 형사사건으로 기소한 소년 피고사건을 심리한 결과 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄이거나 보호처분에 해당할 사유가 있다고 인정한 때에는 소년법원에 송치하여 보호사건으로 처리하도록 할 수 있다(소년법 제50조).

이렇게 검사나 형사법원에 의해서 소년부에 송치된 소년이나 경찰서장에 의해 송치되거나 보호자 등에 의해서 통고된 소년은 소년보호절차에 따른 조사와 심리를 받게 된다. 그러나 소년부가 조사 또는 심리한 결과 금고 이상의 형에 해당하는 범죄사실이 발견된 경우에 그 동기와 죄질이 형사처분의 필요가 있다고 인정한 때에는 검사에게 송치하여 소년형사 절차에 따라 처리하도록 할 수 있다(소년법 제7조 제1항).

## 2. 소년사건처리의 장기화와 기간 중 높은 재범율

이처럼 보호처분절차와 형사처분절차로 이원화된 구조는 절차의 중복과 종국처분 지연이라는 문제를 낳는 것으로 지적되고 있다. 실제 소년사건 처리에 걸리는 기간을 살펴보면, [표 2-1]과 같다. 현재 소년사건처리에 걸리는 기간에 대한 공식통계가 공표되지 않아 [표 2-1]은 법무부 범죄예방정책국 소년범죄예방팀에서 2019년 10월부터 12월 사이 보호관찰이 개시된 청소년 3,308명 중 범죄 일시가 정확하지 않거나 입건일 정보가 없는 사건을 제외한 2,624명을 대상으로 조사한 결과를 제시한 것이다. 이에 따르면, 보호관찰대상이 되게 된 본 건 범죄 발생 후 소년부에서 보호처분을 확정받기까지 걸린 기간은 평균 205.1일(약 7개월)이었다. 검거 기간을 제외하고 사건처리에 걸린 기간을 살펴보면, 약 178.7일(약 6개월)인 것으로 나타났다.

소년사법단계별로 구분하여 살펴보면, 경찰이 소년범을 검거한 이후 검찰에 송치하기까지 걸린평균 기간은 40.5일, 경찰이 소년범을 검찰에 송치한 이후 처분 결정을 하기까지 걸린평균 기간은 29.4일, 검찰이 소년범을 소년부에 송치한 이후 소년판사가 보호처분을 확정하기까지 걸린 평균 기간은 108.8일이었다. 검찰 단계에서의 기간이 1개월 이내로 가장 짧았고, 소년법원단계에서의 기간이 약 3개월 20일 정도로

가장 길었다.

▶▶ [표 2-1] 보호관찰처분을 받은 소년범의 처리에 걸리는기간

구분	범죄발생~검거	검거 이후~ 검찰 송치	경찰 송치이후~ 검찰의 처분	검찰의 소년부 송치이후~ 소년판사의 종국결정	총 사건처리기간
전체 (2,624명)	26.4일	40.5일	29.4일	108.8일	205.1일

\* 자료출처 : 법무부 범죄예방정책국 소년범죄예방팀 내부자료(2020)

한편, 윤웅장(2017)은 그의 논문에서 훨씬 소규모인 87명의 고위험 보호관찰 소년의 사건처리에 걸리는 기간을 분석하였다. 윤웅장(2017)의 자료는 조사대상 집단이 소규모이고, 고위험 보호관찰 소년을 대상으로 했다는 점에서 법무부 소년범죄예방팀 자료보다 더 편향성이 존재하지만, 소년사법처리의 장기화와 관련된 좀 더 구체적인 흥미로운 사실을 보여주고 있다.

먼저 윤웅장(2017)의 자료는 각 소년사법단계별로 소요기간을 범주화하여 제시하고 있다. 평균은 극단치(outlier)의 영향을 많이 받으므로 각 단계별로 소요기간을 범주화하여 살펴보는 것은 의미 있는 작업이라 할 수 있다. 이 자료에 따르면, 보호관찰처분을 받은 소년이 입건된 날로부터 소년부 판사로부터 보호처분 결정을 받을 때까지 걸린 총 기간은 평균 187.5일이다.

소년사법단계별로 나누어 살펴보면, 경찰 단계에서 평균 소요기간은 48일이며, 전체 사건의 51.8%가 30일 이내에 처리되는 것으로 나타났다. 검찰 단계에서 평균 소요기간은 34일이며, 전체 사건의 70%가 30일 이내에 처리되는 것으로 나타났다. 검찰 단계는 평균 소요기간이 경찰이나 법원 단계와 비교하면 훨씬 짧아 대체로 30일 이내에 사건이 처리되었다. 그러나 4개월 이상 소요되는 예도 있었는데, 이러한 극단치가 발생하는 이유는 형사사건으로 기소되어 2심까지 진행되었다가 소년부로 송치되는 역송 사건 때문이었다. 마지막으로 법원 단계의 소요기간은 평균 105.5일로 경찰과 검찰 단계와 비해 가장 길었다. 또한, 앞의 두 단계와 달리 30일 이내에 결정되는 경우에는 7%에 불과하였고, 90일 이상 소요되는 경우가 50.6%로 절반을 넘었고, 60일 이상 소요되는 경우가 77%였다. 즉 소년법원단계에서 대부분 사건이 적어도 2개월

이상 소요되는 것으로 나타났다.

▶▶ [표 2-2] 소년사법단계별 소요기간 분포

처리 단계	소요기간						
	10일 이내	11~20일	21~30일	31~60일	61~90일	91~120일	121일 이상
경찰	24 (27.6)	7 (8.1)	14 (16.1)	25 (28.7)	4 (4.6)	3 (3.4)	10 (11.5)
검찰	43 (49.4)	13 (14.9)	5 (5.8)	9 (10.4)	8 (9.2)	6 (6.9)	3 (3.4)
소년 법원	1 (1.2)	1 (1.2)	5 (5.8)	13 (14.9)	23 (26.4)	22 (25.3)	22 (25.3)

\* 자료출처 : 윤웅장(2017), 43~44면.

두 가지 자료를 종합해보면, 소년사건처리가 완료되는데 평균 6개월 이상장기간이 소요되고 있으며, 검찰 단계 소요기간이 가장 짧고, 소년부 송치 이후 보호처분 결정까지 소요기간이 가장 길다는 사실을 알 수 있다. 특히 소년부 송치 이후 보호처분 결정까지 단계가 전체 소요시간의 약 61%를 차지하고 있다.

그리고 위의 자료에서 제대로 나타나지 않았지만, 검사가 기소하여 형사처분이 진행되었으나 제1심 공판결과 소년부로 송치되는 경우(즉, 역송사건의 경우) 사건처리 장기화의 문제는 더욱 심각하다고 할 수 있다. 형사처분절차에서 소년부 송치 결정을 받는 데까지만 수개월이 걸리고, 다시 소년부로 송치되어 종국처분을 받기까지 다시 평균 6개월 정도 소요될 수 있기 때문이다.

더욱 심각한 문제는 위와 같이 기소되어 형사재판 결과 소년부 송치 결정을 받는 소년범의 수가 적지 않다는 점이다. 아래의 [표 2-3]에서 알 수 있듯이 2019년 19세 미만 소년범에 대한 제1심 형사공판 결과 소년부 송치처분을 받은 소년범은 1,419명으로 전체의 49.9%를 차지하고 있다. 2015년에는 2,082명으로 전체의 58.3%를 차지하였고, 이후 5년간 지속해서 감소하는 경향을 보이기는 하지만 여전히 구공판 기소된 소년의 과반수를 차지하고 있다.

▶▶ [표 2-3] 제1심 형사공판사건 중 19세 미만자에 대한 소년부 송치비율

연도	19세 미만자 재판 인원수	소년부 송치	
		인원수	비율
2015	3,574	2,082	58.3
2016	3,516	1,981	56.3
2017	3,242	1,721	53.1
2018	2,716	1,428	52.6
2019	2,841	1,419	49.9

\* 자료출처 : 법원행정처(2020), 「사법연감」.

소년사건처리 지연은 여러 가지 측면에서 소년에게 부정적인 영향을 미친다. 가장 우려할만한 문제점은 사건처리가 지연되는 동안 소년에 대하여 교육적 처우가 전혀 이루어지지 않은 채 소년이 방치된다는 점이다. 이 기간에 학교에 재학 중인 학생이 심리적 불안정, 좌절감, 처분에 대한 두려움으로 학교에서 이탈하거나 출석 일수 미달로 학업을 중단하게 되는 부적응을 초래하기도 하며, 학교에 복귀할 시점을 놓치거나 학업계획을 세우지 못한 채 사건의 처분결과를 기다리면서 시간을 보내는 경우도 흔한 사례라고 한다. 소년의 학업중단은 그 자체가 문제라기보다는 소속이나 목표를 상실한 소년의 재범으로 이어지는 가장 큰 원인이 되고, 그 사이 소년의 비행성향이 심화하여 재사회화가 더 어려워지는 결과를 초래한다는 점이 문제이다.<sup>6)</sup> 이와 더불어 사건처리 장기화는 수사 및 재판절차에서 소년에 대한 신병확보를 어렵게 하고, 6개월~1년이 지난 후 내려지는 법원의 보호처분은 소년범의 비행사실에 대한 반성과 개선을 끌어내기 어렵다는 문제점<sup>7)</sup>도 중요하게 고려해야 할 사항 중 하나이다.

사건처리 기간 중 소년범의 재범현황은 사건처리 지연으로 인한 문제점을 잘 보여준다. 법무부 범죄예방정책국 소년비행예방팀(2020)과 윤웅장(2017)은 본 건 발생 후 소년부의 보호처분 결정까지 소요된 기간 이외에 그 기간 소년의 재범현황에 대한 자료를 제공하고 있다. 먼저 법무부 범죄예방정책국 소년비행예방팀(2020)의 자료를 살펴보면, 2019년 4분기 보호관찰처분을 받은 총 3,308명의 소년범 중 20.9%에 해당하는 690명이 다시 범죄를 저지른 것으로 나타났다. 윤웅장(2017)의 자료에서는 87명 중 입건 이후로부터 보호처분 결정일 사이에 다시 범죄를 저지른 소년은 40명으로

6) 문선주·김윤정·서용성(2019), 위의 연구총서, 33면.

7) 이승현·권해수, 「소년범 조건부 기소유예제도의 내실화방안 연구」, 형사정책연구원 연구총서, 2017, 151면

재범률이 46%로 더 높았다. 두 자료 간 재범률이 큰 차이를 보이는 것은 윤웅장(2017)이 보호관찰 대상자 중 고위험군으로 분류된 소년에 한정해서 조사했기 때문인 것으로 생각된다.

한편, 윤웅장(2017)의 자료는 고위험 보호관찰 소년의 소년사건 처리 기간 중 재범률이 매우 높을 뿐만 아니라 재범횟수 또한 빈번하다는 점을 보여준다. 소년사건처리기간 중 재범을 한 40명의 소년범이 총 119건의 범죄를 저질러 1인당 평균 재범건수는 약 3건이며, 최대 재범건수는 7건인 것으로 나타났다. 통상 소년원 처분보다는 보호관찰 처분을 받은 소년의 재범위험성이 더 낮다는 점을 고려해보면, 보호관찰처분을 받은 소년범이 사건처리가 진행되는 과정 중에도 다시 범죄를 저지르는 소년이 비율이 상당히 높다는 점을 유추해볼 수 있다.

한편, 소년사건처리기간은 소년의 재범 여부에 따라 차이를 보이는 것으로 나타났다(표 2-4 참조). 전체 소년사건처리기간은 평균 187.5일이지만, 사건처리기간 중 재범을 저지른 소년의 처리기간은 평균 315.3일로 훨씬 더 길었다. 이 자료만으로는 소년의 재범으로 인해 소년사건처리기간이 더 길어졌는지 아니면 소년사건처리기간이 길어져 소년이 재범했는지에 대한 인과관계의 선후를 밝히기는 어렵지만, 소년사건처리기간 중 재범과 절차지연은 상관관계가 높다는 점은 명확해 보인다.

▶▶▶ [표 2-4] 전체 보호관찰 처분 소년과 재범 소년의 소년사법단계별 소요기간 비교

절차	입건 ~ 검찰 송치	검찰 송치 ~ 소년부 송치	소년부 송치 ~ 결정	입건 ~ 결정
전체 평균	48일	34일	105.5일	187.5일
재범한 소년	104.4일	74일	136.9일	315.3일

\* 자료출처: 윤웅장(2017), 45면.

이러한 결과는 소년사건 처리절차에서 불필요한 지연 특히, 소년부 송치 이후 보호처분 결정에 이르는 과정에서 불필요한 지연을 없애 최대한 사건처리의 신속성을 확보하고, 다른 한편으로는 입건 이후 보호처분 결정까지의 기간에 소년의 재범방지를 위해 적절한 개입을 할 수 있는 정책수단의 개발이 필요하다는 점을 보여준다. 소년사건처리의 장기화는 보호처분절차와 형사처분절차로 이원화된 구조와 검사선의 주의로부터 야기된 부분이 크기 때문에 사건처리 신속성 확보를 위해서는 소년사법절

차 전반에 걸친 개혁이 필요하다. 따라서 이하에서는 소년사건처리기간 중 소년에 대한 적절한 개입 문제에 초점을 맞추고자 한다. 이와 같은 취지에서 아래에서는 수사단계에서 중구처분 결정이 내려지기 전 단계까지 소년범에 대해 어떠한 개입이 이루어지고 있으며, 그 문제점은 무엇인가를 살펴보고자 한다.

## 제2절 | 소년범에 대한 재판 전 개입 현황 및 문제점

### 1. 수사단계

#### 가. 미결구금

현재 검찰은 수사단계에서 소년범의 재범방지를 위한 감독수단으로 구속과 조건부 기소유예 제도를 활용할 수 있다. 구속의 일차적 목적은 수사와 재판을 원활하게 진행하기 위한 것이나, 구속의 고려사항으로 열거된 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자에 대한 위해 우려는 구속이 사실상 즉각적·사전적·잠정적 응징 및 재범방지와 피해자 보호를 위한 예방구금(preventive detention)의 기능을 담당하고 있다는 점<sup>8)</sup>을 시사하므로 구속도 재판 전 단계에서 소년범의 재범방지를 위한 감독수단이라고 볼 수 있다.

「소년법」 제55조는 소년범에 대한 구속영장 발부를 제한하는 특칙을 두고 있다. 성인의 경우에는 미결구금, 즉 구속하기 위한 요건으로 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고, 증거인멸의 염려, 도망 또는 도망의 염려, 그리고 주거부정과 같은 필요가 인정되어야 한다.<sup>9)</sup> 그러나 소년의 경우에는 소년에 대한 구속영장은 부득이한 경우가 아니면 발부하지 못한다고 규정함으로써 성인과는 다른 구속기준을 제시하고 있다(「소년법」 제55조 구속의 제한).

이에 따라 일반적으로 소년범에 대한 구속률은 매우 낮은 것으로 인식되고 있으며, 이는 보호관찰을 기반으로 한 재판 전 감독제도의 도입 필요성을 주장하는 근거로도

8) 최병각, “소년법상 임시조치의 법적 성격”, 한국형사정책연구원(편), 『소년범에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』 워크숍 자료집, 2020, 14면.

9) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 48면.

활용되고 있다. 실제 검찰의 소년범에 대한 구속현황을 살펴보면(표 2-5 참조), 2018년 구속된 소년범은 728명으로 전체 소년범의 1.4%를 차지한다.

소년범에 대한 구속 수준을 가늠하기 위해서 성인범에 대한 구속현황과 비교해보면, 2018년 구속된 성인범은 25,293명으로 구속률은 1.5%이다. 이처럼 전체 사건을 기준으로 보았을 때, 소년범과 성인범의 구속률은 각각 1.4%와 1.5%로 큰 차이가 없다. 그러나 소년범의 경우에는 과반수 정도가 불기소처분을 받는다는 점을 고려해야 하며, 따라서 전체 사건보다는 정식재판이 청구된 공판 사건을 기준으로 구속률을 비교해볼 필요가 있다. 구공판 사건을 기준으로 비교해보면, 소년범의 구속률은 18.4%로 성인범의 구속률 13.4%보다 5.0%p 더 높다.

이는 소년범에 대한 구속영장 발부제한의 특칙(제55조)으로 인해 중대사건 발생 후에도 소년범에 대한 감독이 제대로 이루어지지 않으므로 보호관찰에 기반한 재판 전 감독제도를 도입할 필요가 있다는 논리에 배치되는 결과이다. 오히려 소년범에 대한 구속영장 발부제한의 특칙과 UN 아동권리협약의 소년에 대한 구금은 최후수단으로만 활용해야 한다는 권고에도 불구하고 소년범에 대한 구속률이 성인범보다 높으므로 미국의 소년 미결구금 개혁과 같이 시설구금에 대한 대안으로 다양한 지역사회 기반 대안 제도 도입을 고려해야 할 필요가 있는 것으로 보인다.

▶▶▶ [표 2-5] 소년범의 구속현황

연도	소년범					성인범	
	전체(A)	구공판(B)	구속 구공판(C)	C/A	C/B	C/A	C/B
2009	113,022	3,929	1,770	1.6	45.0	1.6	25.5
2010	89,776	2,913	1,386	1.5	47.6	1.4	23.0
2011	83,060	3,025	1,315	1.6	43.5	1.5	22.8
2012	102,871	4,898	1,655	1.6	33.8	1.5	19.9
2013	88,062	5,293	1,493	1.7	28.2	1.5	18.5
2014	72,964	4,191	1,128	1.5	26.9	1.6	17.5
2015	56,050	4,034	1,094	2.0	27.1	1.7	19.4
2016	60,669	3,755	933	1.5	24.8	1.7	17.6
2017	58,218	3,449	728	1.3	21.1	1.6	15.6
2018	52,278	3,950	728	1.4	18.4	1.5	14.0

\* 자료출처 : 대검찰청, 「범죄분석」, 각년도.

## 나. 개입형 다이버전

현재 우리나라는 수사단계에서 경찰의 선도조건부 훈방과 검사의 조건부 기소유예와 같은 개입형 다이버전(diversion with intervention)이 실시되고 있다. 법원 판결이 전 사법처리 절차를 중지하는 단순 다이버전과 달리 개입형 다이버전은 소년에 대한 적절한 감독을 하면서 기소를 유예함으로써 소년의 요보호성을 감소시키고, 궁극적으로는 재범방지를 도모할 수 있다. 이러한 측면에서 개입형 다이버전은 본 연구의 주제인 재판 전 개입수단<sup>10)</sup>의 하나로 볼 수 있다.

### 1) 경찰의 선도조건부 훈방

경찰은 2012년 3월부터 학교폭력사건을 대상으로 하여 ‘선도심사위원회’를 시범 시행하다가 2013년부터 모든 소년사건에 확대하여 시행하고 있다.<sup>11)</sup> 이는 경미한 소년사건의 경우 처벌보다는 선도를 우선시하여 범죄혐의가 인정되더라도 형사입건을 하지 않고 훈방하는 이전의 경찰 실무 관행을 좀 더 적정하게 실행하기 위해 제도화한 것이라고 할 수 있다.

구체적으로 ‘선도심사위원회’는 경찰서장을 위원장으로 하고, 지자체 공무원, 교육청 장학사, 교수, 교사, 의사, 법조인, 범죄심리사, 상담사, NGO 등 청소년 선도 경험이 풍부한 외부전문가 2인 이상과 청소년 업무 주무과장 등 1인 이상의 내부위원, 간사인 여성청소년계장으로 구성된다.<sup>12)</sup> 그리고 2014년부터는 선도분과, 생활지원분과, 의료분과, 법률분과 등 역할별 분과를 신설하여 운영하고 있다. 분과별 역할과 인력풀은 아래의 [표 2-6]과 같다.

10) 소년법에 대한 다이버전에 대해 비판적 견해를 갖고 있는 입장에서는 다이버전은 결국 심판 전 개입프로그램이라는 또 다른 형사사법제도를 창출하는 것이라고 주장한다(원혜옥, “소년법 다이버전의 실태와 개선방안”, 보호 통권 제17호, 2005, 7면).

11) 경찰청, 경찰백서, 2019, 159면.

12) 경찰청, 위의 자료, 159면.

▶▶ [표 2-6] 분과별 외부위원 역할 및 구성

분과	역할	인력풀 구성예시
선도분과	· 경미 소년범 처분결정 · 심리·진로상담 · 멘토-멘티 연계 · 인성교육	· 교육청, 교육기관 · 학교, Wee센터 · 청소년 단체 · 상담기관, 봉사단체
생활지원 분과	· 생활비·교육비 지원 · 취업지원 · 복지 서비스 지원	· 자치단체(복지·청소년 부서) · 교육청·교육지원청 · 청소년 단체 · 장학재단, 봉사단체
의료분과	· 신체적·정신적 치료 · 중독치료	· 자치단체 보건시설 · 종합병원 등 의료시설
법률분과	· 법률자문 · 학교폭력 및 피해자 지원제도 등 정책 자문	· 변호사, 법무사 · 교육청 소속 변호사 · 전·현직 판·검사, 퇴직경찰

\*자료출처 : 경찰청(2019), 「경찰백서」, 160면.

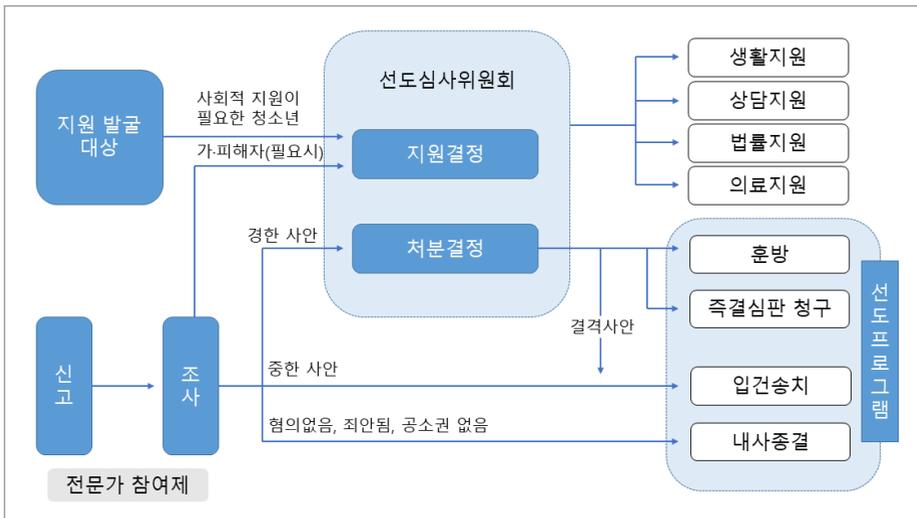
선도심사위원회에서는 소년이 저지른 범죄 중 즉결심판의 대상이 될 수 있는 사안을 대상으로 한다.<sup>13)</sup> 따라서 즉결심판의 대상이 될 수 없는 촉법사건과 우범사건은 비행의 내용과 관계없이 심사의 대상에서 제외되며,<sup>14)</sup> 범죄소년이 저지른 경미한 범죄만 심사의 대상으로 한다. 사안별 처분 및 선도·지원 방안에 대하여 참여한 위원들이 의견을 제시한 후 최종결정한다. 이러한 과정을 통해 훈방, 즉결심판 청구, 검찰송치 여부 등의 처분내용을 결정하고, 소년에 대한 선도방안과 학교폭력사건의 경우 가해자 및 피해자를 대상으로 한 상담·의료·법률·생활지원 등에 관한 사항도 결정한다.<sup>15)</sup>

구체적인 훈방의 요건은 ① 연령상 60세 이상 고령자나 미성년인 초범자, ② 신체상 정신박약, 보행불구, 질병자, ③ 신분상 주거 및 신원이 확실하고 정상을 참작할만한 부득이한 사유가 있는 자, ④ 죄질상 공무방해 또는 상습범이 아닌 자, 고의성이 없는 과실범, ⑤ 기타 경찰서장이 특히 훈방할 사유가 된다고 인정되는 자로서 연령, 신체, 신분, 죄질 등을 고려하여 훈방 여부를 판단한다.<sup>16)</sup> 이에 따라 법정형에 벌금형이

13) 김혁, “경찰의 경미범죄 처리실무에서의 법적 논쟁에 관한 고찰 - 경미범죄심사위원회와 선도심사위원회를 통한 사건처리를 중심으로”, 경찰법연구 제1권 제1호, 2016, 194면.  
 14) 그러나 선도심사위원회의 구성과 선도프로그램의 운영에 대해 규정하고 있는 경찰청예규인 「소년업무규칙」에서는 선도프로그램의 대상에 촉법소년과 우범소년을 포함시키고 있다(윤웅장, “소년사법절차에서의 신속성의 문제와 개선방안”, 보호관찰 제17권 제2호, 2017, 58-59면).  
 15) 김혁(2016), “경찰의 경미범죄 처리실무에서의 법적 논쟁에 관한 고찰”, 194면.  
 16) 김혁, 위의 논문, 192면.

규정된 최종인 경우 범죄소년이 저지른 경미 사건의 대부분은 훈방의 요건에 해당할 수 있지만, 범죄인지서나 피의자신문조서를 작성하는 등 입건한 때에는 검찰송치가 원칙이므로(검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정 제81조) 훈방은 불가능하다. 다만, 이때에도 해당 죄의 법정형에 벌금이 규정되어 있으면 즉결심판을 청구할 수 있다.<sup>17)</sup>

▶▶ [그림 2-1] 경미 소년범 처리 절차도



\* 자료출처 : 경찰청(2019), 「경찰백서」, 159면

선도심사위원회의 운영현황을 살펴보면(표 2-7기 참조), 2018년에는 총 1,507회의 선도심사위원회가 개최되었고, 3,401명의 소년이 선도심사 대상이 되었다. 선도심사위원회에서는 선도심사 대상이 된 3,401명 중 43.3%에 해당하는 1,474명을 훈방하였고, 53.8%에 해당하는 1,830명에 대해 즉결심판을 청구하였다.

17) 김혁, 위의 논문, 194면.

▶▶ [표 2-7] 선도심사위원회 운영현황

구분		'15년	'16년	'17년	'18년	
개최 횟수		1,602	1,550	1,577	1,507	
처분 결정	계	2,970(100)	2,835(100)	3,726(100)	3,401(100)	
	입건	273(9.2)	205(7.2)	110(3.0)	97(2.9)	
	훈방	1,524(51.3)	1,395(49.2)	1,712(45.9)	1,474(43.3)	
	즉심	1,173(39.5)	1,235(43.6)	1,904(51.1)	1,830(53.8)	
지원 결정	지원 인원	계	2,376	2,310	2,613	2,151
		가해	1,434	1,297	1,657	1,221
		피해	942	1,013	956	930
	지원 건수	계	2,649	2,581	2,779	2,317
		생활	572	881	908	915
		상담	1,879	1,562	1,712	1,277
		의료	126	47	33	75
		법률	72	91	126	50

\* 자료출처: 경찰청(2019), 「경찰백서」, 160면.

훈방이나 즉결심판을 청구할 때에는 반드시 선도프로그램에 연계하도록 하여 비행성을 개선하는 조치를 하고 있으며, 입건 후 검찰에 송치하는 때에도 선도프로그램을 진행할 수 있다. 선도프로그램에의 참여는 해당 소년과 보호자의 동의를 전제로 하므로, 선도프로그램 이수는 어디까지나 임의적 성격을 갖는다.<sup>18)</sup>

선도프로그램은 그 운영 주체에 따라 청소년 전문단체에 연계해 실시하는 '사랑의 교실'과 신경정신과 병원과 연계된 '표준 선도프로그램', 마지막으로 경찰관서에서 자체개발한 '자체 선도프로그램'의 세 가지 유형이 있다.<sup>19)</sup> 2018년에는 25,714명의 소년범이 선도프로그램에 참여하였으며, 경찰관서에서 자체개발한 '자체 선도프로그램' 참여자가 12,992명으로 가장 많았고, 그다음은 '사랑의 교실'(12,508명), '표준선도'(214명)의 순이었다([표 2-8] 참조).

선도프로그램을 이수한 소년범의 사건에 대해서는 수사서류에 결과보고서 또는 수료증을 첨부하여 사법처리 단계에서 참고자료로 활용할 수 있도록 조치하고 있다.<sup>20)</sup>

18) 김혁, 위의 논문, 195면.

19) 경찰청, 경찰백서, 2019, 161면.

20) 경찰청, 위의 자료, 161면.

▶▶ [표 2-8] 청소년 선도프로그램 운영현황

단위: 회, (%)

구분	총계	사랑의 교실	표준선도	자체선도
'15년	21,789(100)	5,985(27.5)	463(2.1)	15,341(70.4)
'16년	20,105(100)	5,861(29.2)	254(1.3)	13,990(69.6)
'17년	20,092(100)	9,559(47.6)	179(0.9)	10,354(51.5)
'18년	25,714(100)	12,508(48.6)	214(0.8)	12,992(50.5)

\* 자료출처: 경찰청(2019), 「경찰백서」, 161면.

경찰의 선도심사위원회를 통한 훈방은 소년을 신속히 사법절차에서 벗어날 수 있게 하여 낙인을 피하고, 소년법원의 업무 과중을 피할 수 있게 해준다는 측면에서 필요성이 인정되지만, 법적인 근거가 명확하지 않다는 점에서 계속 지적받아 왔다. 이러한 상황을 해결하기 위해 경찰은 소년범에 대한 훈방권을 즉결심판법에서 도출하게 되면서, 경미한 범죄를 저지른 '범죄소년'에 대해서만 선도심사위원회를 통한 훈방을 하고 있다. 그러나 이러한 문제해결 방식은 연령상 더 열악한 지위에 있는 촉법소년이나 아직 타인의 법익을 침해한 적이 없는 우범소년에 대해서는 소년부로 전건 송치하면서, 범죄소년에 대해서는 조건부 훈방을 하는 불균형을 낳고 있다. 그뿐만 아니라 특수절도와 같이 즉결심판절차에서 벌금형을 선고할 수 없는 사건 역시 훈방대상에서 제외된다.<sup>21)</sup> 소년사건의 경우 공범의 비율이 높다는 특징을 갖고 있는데, 2인 이상 합동하여 타인의 소유물을 절취한 사건에서는 피해액이 아무리 경미하더라도 단독범의 절도와 달리 훈방할 수 없는 상황에 놓이게 되는 것이다.<sup>22)</sup>

둘째, 선도조건부 훈방 처분을 받은 소년에 대한 정보가 형사사법기관 간 공유되지 않아 소년이 다시 범죄를 저지게 된 경우 계속해서 기소유예 등의 관용적 처분이 내려지거나 선도프로그램이 큰 효과 없이 중복적으로 집행되는 문제가 발생하고 있다. 경찰에서는 소년의 재범위험성을 평가하여 선도프로그램 연계에 활용하기 위해 전문가를 참여시켜 '비행촉발요인 조사'와 성격검사를 하거나 사랑의 교실 등 여러 가지 선도프로그램을 운영하고 있지만, 이러한 정보가 다른 소년사법기관에 공유되고 있지 않다.<sup>23)</sup> 이는 선도심사위원회에서 조건부 훈방되었던 소년이 재범으로 검찰로

21) 김혁(2016), “경찰의 경미범죄 처리실무에서의 법적 논쟁에 관한 고찰”, 201-202면.

22) 김혁, 위의 논문, 202면.

23) 윤용장(2017), “소년사법절차에서의 신속성의 문제와 개선방안”, 64면.

송치되는 경우 경찰 단계에서 처분결과와 개입프로그램의 집행 여부를 알 수 없어 검찰에서는 본 건에 대한 정보를 토대로 이 소년에 대해 기소유예 혹은 조건부 기소유예처분을 내릴 수 있다. 소년부로 송치된 경우에도 역시 다시 처분 전 조사제도를 실시하여 불처분이나 심리 불개시를 내릴 수 있다. 이 경우 매 단계에서 소년에 대한 정보 부족으로 초범이라고 판단해 관대한 처분을 내리거나 유사한 개입프로그램이 중복적으로 실시될 수 있다.

## 2) 검찰의 조건부 기소유예

검찰의 조건부 기소유예는 1978년 광주지검에서 선도적으로 실시한 이후 1981년부터 전국적으로 확대되었으나, 법적 근거 없이 실시되어 오다가 2007년 「소년법」 개정으로 「소년법」 제49조의3에 명문화되었다. 구체적으로 조건부 기소유예는 범죄 소년에 대한 절차선택권을 가진 검사가 소년과 보호자 등의 동의를 받아 일정 기간 준수사항을 이행할 것을 조건으로 기소유예처분을 하고 해당 소년이 준수사항을 위반하지 아니하거나 재범을 하지 않고 선도 기간을 경과하였을 때 공소를 제기하지 않는 제도를 의미한다.<sup>24)</sup>

조건부 기소유예 제도는 시행 초기 민간인인 선도위원(현, 법사랑위원)의 선도를 조건으로 하는 기소유예로 시작하였으나, 1995년 검사가 보호관찰소의 선도를 조건으로 기소를 유예하고 위탁하는 ‘보호관찰소 선도위탁 조건부 기소유예’<sup>25)</sup>, 2007년 청소년비행예방센터에서 일정한 대안교육을 받을 것을 조건으로 기소를 유예하는 ‘청소년비행예방센터 교육조건부 기소유예’가 추가되었다.<sup>26)</sup> 이외에도 최근 들어 검찰청별로 다양한 형태의 조건부 기소유예 프로그램을 실시하고 있으나 전국에서 공통적으로 실시되고 있는 것은 앞에 열거한 세 가지 유형의 조건부 기소유예이다.

대검찰청의 「소년사건처리지침」 제10조에 따르면, 법사랑위원 선도조건부 기소유예에는 ① 조손가정, 편부·편모가정, 다문화가정, 소년소녀가장 등 실질적 보호자가 없

24) 이승현·권해수(2018), 소년법 조건부기소유예제도의 내실화방안 연구, 15면.

25) 보호관찰소 선도조건부 기소유예는 2007년 「소년법」에 조건부 기소유예에 관한 근거규정(「소년법」 제49조의3)이 도입되기 전인 1995년 “보호관찰 등에 관한 법률” 제15조제3호에 도입되었다. 구체적으로는 법무부훈령인 “보호관찰소 선도위탁 규정”에 의해서 운용되고 있다(최영승, “소년법의 기소유예에 관한 고찰: 재범방지를 위한 처분관련 몇몇 유의미한 논의들”, 소년보호 연구 제30권 제3호, 2017, 198면).

26) 이승현·권해수(2018), 소년법 조건부기소유예제도의 내실화방안 연구, 17면.

이 경제적·정서적 후원이 필요한 경우, ② 입시생으로 수업결손을 피해야 하는 사정이 있는 경우, ③ 경제적 생계곤란 또는 결손가정으로 인한 범죄로서 장기적인 후원과 인성교육이 필요한 경우에 가능하다.<sup>27)</sup>

법사랑위원의 선도방법은 소년에 대한 상담지도를 통한 방식('접촉선도')과 돌아갈 집이 없거나 보호자의 보호 능력이 없는 경우 법사랑위원의 집이나 복지시설에서 지내게 하고 의식주를 제공하는 방식('원호선도')이 있다. 또한, 검사는 필요한 경우 청소년상담복지센터 등 전문가 상담, Wee센터 상담 및 심리치료, 대안교육 참가 등 선도에 적절한 프로그램을 병과할 수도 있다(「소년사건처리지침」 제11조 3항).

선도 기간은 재범가능성이 비교적 높은 1급인 경우에는 1년, 재범가능성이 비교적 낮은 2급인 경우에는 6개월이며, 3개월마다 2차례에 걸쳐 연장할 수 있다.<sup>28)</sup> 선도 기간 중 재범, 준수사항의 현저한 위배, 소재불명이 발생했을 때 법사랑위원의 의견을 들어 선도조치를 취소할 수 있다(「소년선도보호지침」 제28조).

청소년비행예방센터 교육조건부 기소유예는 학교폭력, 절도, 인터넷중독이나 약물중독으로 인한 범죄, 성범죄 등의 예방, 교통안전과 진로지도 등의 전문교육이 필요한 소년을 대상으로 하며(「소년사건처리지침」 제12조 제1항), 보통 3일(18시간)에서 5일(30시간) 과정의 통학형 교육을 실시한다. 검사는 교육 수료 여부를 확인한 후 재의뢰하거나 법원에 사건을 송부하는 결정을 한다.<sup>29)</sup>

보호관찰소 선도위탁 조건부 기소유예는 ① 계획적·상습적으로 범죄를 저지른 경우, ② 소년이 이미 대안교육을 이수한 경험이 있거나 대안교육 이수를 거부하는 경우, ③ 일정 기간 체계적인 선도·교화가 필요한 경우, ④ 단순 기소유예처분을 받은 전력이 있을 뿐이나 재범가능성이 높은 경우를 그 대상으로 한다.<sup>30)</sup>

1급은 6개월간, 2급은 1년간 보호관찰관이 대상 소년에 대해 선도교육, 집단치료, 상담 등에 관한 지도를 실시하고, 여기에 20시간 이내의 상담교육·봉사활동을 부가할 수 있다(「보호관찰소 선도위탁규정」 제4조). 분류등급 상 '집중'에 해당하면 월 4회 이상 출석이 요구되고, '주요'는 월 1~2회 이상, '일반'은 격월로 출석이 요구된다.<sup>31)</sup>

27) 이승현·권해수, 위의 연구총서, 25면.

28) 이승현·권해수, 위의 연구총서, 27면.

29) 이승현·권해수, 위의 연구총서, 34면.

30) 이승현·권해수, 위의 연구총서, 17면.

31) 이승현·권해수, 위의 연구총서, 54면.

이처럼 보호관찰소 선도위탁 조건부 기소유예는 보호처분 단계에서 실시하는 단기 보호관찰인 4호처분 및 장기 보호관찰인 5호처분과 동일한 형태로 실시된다. 마지막으로 선도 기간 중 재범, 준수사항의 현저한 위배, 소재 불명의 사유가 있는 경우 보호관찰관의 의견을 들어 선도위탁을 취소할 수 있다(「보호관찰소 선도위탁규정」 제18조).

아래에서는 위와 같은 조건부 기소유예가 실제로 얼마나, 어떻게 활용되고 있는가를 살펴보기로 한다. 이를 위해서 먼저 검찰의 소년범에 대한 처리 현황을 살펴보면 (표 2-9 참조), 2018년 검사가 소년범에 대해 ‘불기소’로 처리한 경우가 49.7%로 가장 높았고, 그다음은 ‘소년보호사건 송치’로 37.6%를 차지하였으며, ‘기소’로 처리한 경우는 11.8%였다. ‘불기소’가 거의 과반수에 다다른 가운데, 불기소 사유를 구체적으로 살펴보면, ‘기소유예’가 전체 사건의 30.5%, 불기소 사건의 61.4%를 차지하고 있다. ‘기소’한 경우에는 ‘구공판’ 비율이 전체 사건의 7.8%, 기소 사건의 64.0%로 ‘구약식’(전체 사건의 4.2%, 기소 사건의 36.0%)보다 더 높았다.

지난 10년간 불기소처분 비율은 2009년 63.3%에서 2018년 48.7%로 13.6%p 감소하였으며, 불기소처분의 상당 부분을 차지하고 있는 기소유예의 비율도 2009년 49.7%에서 2018년 30.5%로 19.2%p 감소하였다. 이에 반해 소년부 송치비율은 2009년 26.7%에서 2018년 37.6%로 지난 10년 동안 11.1%p 증가하였고, 기소 비율도 2009년 9.6%에서 2018년 11.8%로 증가하였다.

▶▶▶ [표 2-9] 검찰의 소년범 처리 현황

연도	계	기 소			소년 보호 송치	가정 보호 송치	불기소			기타
		소 계	구 공판	구 약식			소 계	기소 유예	기타	
2009	123,347 (100)	11,832 (9.6)	4,971 (4.0)	6,861 (5.6)	32,950 (26.7)	40 (0.0)	78,101 (63.3)	61,363 (49.7)	16,738 (13.6)	424 (0.4)
2010	101,596 (100)	10,080 (9.9)	3,947 (3.9)	6,133 (6.0)	30,443 (30.0)	19 (0.0)	60,679 (59.7)	47,108 (46.4)	13,571 (13.3)	375 (0.3)
2011	100,032 (100)	10,593 (10.6)	4,451 (4.5)	6,142 (6.1)	31,630 (31.6)	16 (0.0)	57,360 (57.3)	43,352 (43.3)	14,010 (14.0)	431 (0.4)
2012	100,354 (100)	7,743 (7.7)	4,841 (4.8)	2,902 (2.9)	36,255 (36.1)	20 (0.0)	56,061 (55.9)	42,642 (42.5)	13,419 (13.4)	275 (0.2)
2013	85,364 (100)	8,604 (10.1)	5,216 (6.1)	3,388 (4.0)	29,427 (34.5)	35 (0.0)	47,014 (55.0)	34,613 (40.5)	12,401 (14.5)	284 (0.3)

▶▶ [표 2-9] (계속)

연도	계	기 소			소년 보호 송치	가정 보호 송치	불기소			기타
		소 계	구 공판	구 약식			소 계	기소 유예	기타	
2014	72,947 (100)	7,037 (9.6)	4,191 (5.7)	2,846 (3.9)	23,740 (32.5)	50 (0.1)	39,548 (54.2)	27,599 (37.8)	11,949 (16.4)	2,572 (3.5)
2015	56,050 (100)	6,252 (11.2)	4,034 (7.2)	2,218 (4.0)	18,216 (32.5)	119 (0.2)	30,198 (53.9)	19,623 (35.0)	10,575 (18.9)	1,265 (2.3)
2016	60,669 (100)	6,113 (10.1)	3,755 (6.2)	2,358 (3.9)	20,597 (33.9)	147 (0.2)	32,235 (53.1)	21,044 (34.7)	11,191 (18.4)	1,577 (2.6)
2017	58,218 (100)	5,833 (10.0)	3,449 (6.0)	2,384 (4.1)	20,578 (35.3)	136 (0.2)	31,371 (53.9)	20,108 (34.5)	11,263 (19.4)	300 (0.5)
2018	52,278 (100)	6,168 (11.8)	3,950 (7.8)	2,218 (4.2)	19,648 (37.6)	131 (0.3)	25,964 (49.7)	15,939 (30.5)	10,025 (19.2)	367 (0.7)

주 : 1. 출처: 대검찰청, 「범죄분석」, 각년도.

2. '기타'에는 참고인증지, 기소중지, 성매매 보호송치 인원이 포함됨.

3. '불기소 기타'에는 혐의없음, 죄가안됨, 공소권없음이 포함됨.

살펴본 바와 같이 기소유예 비율은 2009년 49.7%로 가장 높은 비율을 차지하였으나 이후 지속해서 감소해 2018년에는 30.5%를 차지하였고, 소년부 송치비율보다 약간 낮아졌다. 그러나 아래의 [표 2-10]에서 알 수 있듯이 기소유예 중 조건부 기소유예가 차지하는 비율은 증가하는 경향을 보인다. 전체 기소유예 중 조건부 기소유예가 차지하는 비율은 2008년 16.1%에 불과하였으나, 이후 가파르게 증가하여 2016년에는 54.0%로 최고치를 기록하였고, 2017년에는 51.0%로 전년보다는 다소 감소하였으나 10년 전과 비교해볼 때 3배 이상 높은 비율을 차지하고 있다. 지난 10년간 소년범에 대한 기소유예 비율은 감소하는 경향을 보이지만, 반면에 기소유예 중 조건부 기소유예가 차지하는 비율은 증가추세에 있다는 점을 알 수 있다.

▶▶ [표 2-10] 소년범에 대한 조건부 기소유예 현황

구분	소년범 인원수 (A)	기소 유예 (B)	조건부 기소유예 (C)	B/A * 100	C/B* 100	조건부 기소유예 유형			
						법사랑 위원	비행 예방 센터	보호 관찰소	기타
2008	133,072	58,369	9,419	7.1	16.1	6,354 (67.5)	799 (8.5)	2,256 (24.0)	10 (0.1)
2009	134,155	57,957	10,826	8.1	18.7	7,655 (70.7)	729 (6.7)	2,420 (22.4)	22 (0.2)
2010	105,033	45,317	6,853	6.5	15.1	3,139 (45.8)	406 (5.9)	3,301 (48.2)	7 (0.1)
2011	104,108	41,722	5,838	5.6	14.0	1,399 (24.0)	305 (5.2)	3,584 (61.4)	550 (9.4)
2012	119,122	44,371	13,048	11.0	29.4	5,736 (44.0)	329 (2.5)	4,212 (32.3)	2,771 (21.2)
2013	100,835	35,130	12,634	12.5	36.0	4,656 (36.9)	1,208 (9.6)	3,925 (31.1)	2,845 (22.5)
2014	89,910	31,037	15,616	17.4	50.3	3,181 (20.4)	4,801 (30.7)	4,589 (29.4)	3,045 (19.5)
2015	90,467	30,371	15,017	16.6	49.4	3,374 (22.5)	5,352 (35.6)	3,875 (25.8)	2,416 (16.1)
2016	87,403	26,448	14,308	16.4	54.0	3,162 (22.1)	5,181 (36.2)	3,571 (25.0)	2,394 (16.7)
2017	84,116	25,241	12,752	15.2	51.0	2,669 (20.9)	4,900 (38.4)	3,260 (25.6)	1,923 (15.1)

\* 자료출처: 대검찰청 형사2과 내부통계자료, 이승현 외(2019). 43면에서 재인용

한편, 조건부 기소유예 유형별로 살펴보면, 2008년에는 6,354명의 소년범이 법사랑 위원 선도조건부 기소유예처분을 받아 가장 높은 비율을 차지하였고, 다음으로 보호관찰소 선도위탁 조건부 기소유예 2,256건(24.0%), 비행예방센터 교육조건부 기소유예(8.5%) 등의 순이었다. 그러나 법사랑위원 선도조건부 기소유예 처분을 받은 소년범의 수는 지속해서 감소하여 2017년에는 2,669명으로 전체 조건부 기소유예의 20.9%를 차지하여 세 가지 조건부 기소유예 중 가장 낮은 비율을 차지하고 있다. 반면에, 청소년비행예방센터 교육조건부 기소유예 처분을 받은 소년범은 2017년 4,900명(38.4%)으로 거의 7배 정도 증가하였다. 보호관찰소 선도위탁 조건부 기소유예는 2017년 3,260건으로 전체 기소유예의 25.6%이었다. 보호관찰 선도위탁 조건부 기소

유예는 2011년에 전체 조건부 기소유예의 61.4%를 차지하였으나 이후 감소 추세를 보이고 있다.

검찰의 조건부 기소유예와 관련해서는 다음과 같은 문제점들을 고려해볼 수 있다. 검찰의 조건부 기소유예가 얼마나 소년범의 재범억제에 효과적인가가 가장 관심 대상이지만, 조건부 기소유예 대상 소년들의 처분 중 재범율은 2000년도 중반까지 「청소년백서」 등을 통해 공표되었으나 현재에는 공표되지 않는다. 따라서 이하에서는 조건부 기소유예의 재범억제 효과에 대한 부분은 논외로 하기로 한다.

첫째, 조건부 기소유예에 대한 구체적이고 실효적인 판단기준이 없다는 점이다. 소년범 조건부 기소유예 사건을 담당하는 실무자를 대상으로 현행 선도조건부 기소유예 제도의 문제점을 살펴본 결과, '선도조건부 혹은 교육조건부 처분 기준이 모호하다'는 응답이 여타 항목에 비해 가장 높았다.<sup>32)</sup> 특히 쟁점이 되는 것은 한 소년에 대해 기소유예를 몇 번이나 하는 것이 적절한가의 문제이다.<sup>33)</sup> 구체적 판단기준이 없는 상황에서 일반적으로 조건부 기소유예는 경미한 범죄를 저지른 소년이나 초범인 소년을 활용될 것으로 기대된다. 그러나 이승현·권해수(2019)가 조건부 기소유예처분을 받은 소년범을 대상으로 설문조사를 실시한 결과에 따르면, 조건부 기소유예처분을 받은 소년범 중 상당수는 이미 이전에 기소유예처분이나 심지어는 보호처분을 받은 소년인 것으로 나타났다. 기소유예 횟수가 이번 기소유예를 포함해 2번 이상인 경우가 전체 응답자의 33.5%였다. 한편, 2번 이상의 기소유예를 받은 소년의 비율은 조건부 기소유예 유형에 따라 다르게 나타나 보호관찰소 선도위탁 기소유예처분 대상자의 경우에는 42.1%가 2번 이상의 기소유예처분을 받은 것으로 나타났다.<sup>34)</sup>

또한, 이번 기소유예를 받기 전 기소유예 경험과 보호처분 경험을 함께 질문한 결과, 기소유예가 처음인 응답자가 45.0%로 가장 많기는 했지만, 기소유예와 보호처분을 반복적으로 받은 응답자는 37.8%, 기소유예처분을 반복적으로 받은 응답자는 17.2%인 것으로 나타났다. 특히, 보호관찰소 선도위탁 기소유예 대상자의 경우에는 보호처분과 기소유예를 반복적으로 처분받은 비율이 54.1%로 법사랑 선도조건부 기소유예 대상자나 교육조건부 기소유예 대상자보다 훨씬 높았다.

32) 이승현·권해수, 위의 연구총서, 144면.

33) 문선주·김윤정·서용성(2019), 소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구, 30면.

34) 이승현·권해수(2018), 소년범 조건부기소유예제도의 내실화방안 연구, 144면.

법원에서는 소년부에 송치되어 올 때 여러 차례의 기소유예와 조건부 기소유예를 거쳐 비행성이 심화한 경우가 다수 발견된다는 점에 대해 문제를 제기하고 있다. 이처럼 조건부 기소유예 대상자 중 이전에 보호처분 경험을 받은 소년이 꽤 높은 비율을 차지하고 있는 원인 중의 하나는 형사사법기관 간 소년에 대한 정보공유 미비 때문이다. 촉법소년의 경우 경찰이 바로 법원으로 송치하기 때문에 검찰은 촉법소년에 대한 수사경력자료를 갖고 있지 않아 이미 촉법소년 단계에서 여러 차례 보호처분을 받은 소년조차 초범으로 분류하고, 이를 기준으로 소년에게 다시 기소유예하게 된다.<sup>35)</sup> 또한, 소년보호처분에 대한 결정문이 비공개로 되어있어 검사가 과거 보호처분 내역을 정확히 파악할 수 없어 검사가 현 사건에 대한 비행력에만 중점을 두어 처분을 결정하기 때문이기도 하다.<sup>36)</sup>

둘째, 법률상 조건부 기소유예의 구체적 기준이 없으며, 대검찰청 예규인 「소년사건 처리지침」에 조건부 기소유예 유형별로 대상자 선별기준이 제시되고 있지만, 그 선별기준의 적절성이 문제점으로 지적되고 있다. 기소유예 대상자 선별기준으로 ‘입시생으로 수업결손을 피해야 하는 사정이 있는 경우’, ‘계획적·상습적으로 범죄를 저지른 경우’, ‘단순 기소유예처분을 받은 전력이 있을 뿐이나 재범가능성이 높은 경우’ 등이 제시되고 있는데, 이와 같은 조건부 기소유예의 목적과 취지에 비추어 타당하지 않다는 것이다.<sup>37)</sup>

셋째, 조건부 기소유예가 사법적 낙인을 피하기 위한 다이버전이라기보다는 제재적 색채가 강해지는 방식으로 변질하고 있다는 점이다. 다이버전은 소년법을 공식적 사법절차에서 벗어나게 하여 낙인을 최소화하고, 소년의 개인적·환경적 특성에 따라 처우를 하는 취지를 갖고 있다.<sup>38)</sup> 초기의 선도위원과 연계한 조건부 기소유예는 이러한 취지에 잘 부합된다고 할 수 있으나, 국가기관인 보호관찰소에서 중국처분인 4호 처분이나 5호 처분과 동일한 형태로 이루어지는 보호관찰소 선도위탁 조건부 기소유예는 제재에 가까운 모습을 취하고 있다.<sup>39)</sup>

35) 문선주·김윤정·서용성(2019), 소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구, 30면.

36) 이승현·권해수(2018), 소년범 조건부기소유예제도의 내실화방안 연구, 213면.

37) 이승현·권해수, 위의 연구총서, 209-211면 참조.

38) 이승현·권해수, 위의 연구총서, 52면.

39) 이와 같은 취지의 주장으로는 박영규, “선도조건부 기소유예의 개선방안”, 소년보호연구 제25호, 2014, 144면; 최영승, “소년범의 기소유예에 관한 고찰: 재범방지를 위한 처분관련 몇 몇

넷째, 기소유예 여부와 조건부 기소유예 유형 결정에 대한 무제한의 재량권이 검사에게 주어진 상황에서 검사의 소년업무에 대한 전문성이 확보되어 있어야 하지만 현실은 그렇지 못하다는 것이다.<sup>40)</sup> 소년전담검사가 지정되어 있기는 하지만, 소년사건을 맡은 경험이 짧고 다른 사건과 전담하는 경우가 많으며, 인사이동으로 인해 소년사건에 대한 경험이 축적될 만큼 소년전담검사로 오래 일할 수도 없는 상황이다. 이러한 문제점을 일정 정도 해결하기 위해서 2007년 「소년법」 개정 시 검사 결정 전 조사제도를 도입하였으나, 활용도가 매우 저조하다. 전체 소년사건 중 검사가 결정 전 조사를 청구해 조사가 실시된 사건은 2010년 4.0%였고, 이후 등락을 거듭하다가 2016년에는 7.8%까지 높아졌으나 이후 급감하여 2019년에는 2.1%에 불과하였다.

## 2. 수사 종료 후부터 재판 전 단계

### 가. 임시조치

임시조치란 소년부 판사가 소년보호사건의 조사·심리에 필요하다고 인정되는 때 소년의 신병을 확보함과 아울러 기간 중 또 다른 범죄를 저지르는 것을 막기 위해 소년을 감호 즉 보호·감독할 수 있는 조치를 하는 것이다. 현행 「소년법」에 규정된 임시조치 유형은 ‘보호자, 소년을 보호할 수 있는 적당한 자 또는 시설에의 위탁’(「소년법」 제18조 1항 1호, 이하 보호자 등 위탁), ‘병원이나 그 밖의 요양소에의 위탁’(같은 항 2호, 이하 병원 등 위탁), ‘소년분류심사원에의 위탁’(같은 항 3호)과 같은 세 가지이다.<sup>41)</sup> 보호자 등 위탁과 병원 등의 위탁 기간은 3개월, 소년분류심사원 위탁 기간은 1개월이며, 모두 1회에 한하여 연장할 수 있다. 보호자 등과 병원 등에 위탁하는 경우 소년부 판사는 소년 감호에 관한 필요한 사항을 지시할 수 있으며(「소년법」 제18조 제4항), 이러한 조치는 언제든지 법원의 결정으로 취소하거나 변경할 수 있다(「소년법」 제18조 제6항).

유미미한 논의들”, 소년보호연구 제30권 제3호, 2017, 198-199면; 이승현·권혜수(2018), 소년법 조건부기소유예제도의 내실화방안 연구, 52면.

40) 이와 같은 취지의 주장으로는 원혜욱(2005), “소년법 다이버전의 실태와 개선방안”, 29-30면; 박영규, 위의 논문, 154면; 최영승, 위의 논문, 204-205면 등이 있다.

41) 정숙희, “적법절차의 측면에서 본 소년법상 임시위탁의 문제점과 개선방안: 일본의 임시위탁제도와와의 비교법적 검토를 중심으로”, 법학논고 제54집, 2016, 134면.

한편, 현재 임시조치는 소년보호사건으로 접수된 사건에만 적용할 수 있으며, 소년보호사건은 검찰의 송치사건 이외에도 경찰이 송치한 촉범소년과 우범소년 사건, 보호자, 학교장 등의 우범소년, 촉범소년, 범죄소년에 대한 통고 사건이 모두 포함되기 때문에 임시조치 대상은 우범소년, 촉범소년, 범죄소년을 모두 포괄한다.

2009년에서 2018년까지 소년부 판사의 임시조치 결정현황을 정리한 결과는 [표 2-11]과 같다. 2018년의 경우 소년부에 접수된 전체 소년보호사건 33,301건 중 임시조치 결정을 받은 사건은 7,474건으로 22.4%를 차지하고 있다. 임시조치의 유형별로 보면, 소년분류심사원 위탁이 3,965건으로 전체 임시조치의 53.1%를 차지하여 가장 높았고, 보호자 또는 기타 시설에의 위탁은 3,501건으로 전체 임시조치의 46.8%를 차지하고 있다. 마지막으로 병원 또는 기타 요양소 등에 위탁은 8건으로 거의 활용되지 않는 것으로 나타났다.

연도별 추이를 살펴보면, 전체 임시조치 중 소년분류심사원 위탁비율은 2009년 37.1%로 보호자 등 위탁비율에 비해 낮았고, 이후 약간의 등락을 거듭하였으나 전체적으로 증가하는 추세를 보여 2018년에는 53.1%로 보호자 등 위탁비율보다 더 높아졌다. 그리고 병원 등 위탁은 지난 10년간 10건 미만으로 거의 변화가 없다. 보호자 등 위탁의 경우에는 소년분류심사원 위탁 다음으로 높은 비율을 차지하고 있지만, 보호자 위탁은 다른 보호·감독수단과 결합하여 있지 않아 실질적으로는 보호자나 가족에게 되돌려보는 것 이상의 의미를 갖기 어렵다. 물론 보호자 위탁 등에는 소년보호시설에 대한 위탁도 포함되어 있다. 이에 대한 통계가 별도로 집계되지 않아 그 규모를 정확히 가늠하기 어렵지만, 적절한 시설이 부족하여 소년보호사건에 대한 중구처분인 6호 처분의 집행도 제대로 이루어지지 못하고 있는 실정을 고려해본다면 거의 활용되지 않으리라고 추정해볼 수 있다.

▶▶▶ [표 2-11] 임시조치 현황

연도	보호사건 (A)	임시조치 (B)	소년분류심사원			병원 기타 요양소	보호자 기타 시설 등
			인원수(C)	C/A	C/B		
2009	48,007	9,782	3,631	7.6	37.1	2	6,149
2010	44,200	9,199	3,934	8.9	42.8	4	5,261
2011	46,497	9,214	3,803	8.2	41.3	-	5,411
2012	53,536	10,640	4,895	9.1	46.0	1	5,744

▶▶ [표 2-11] (계속)

연도	보호사건 (A)	임시조치 (B)	소년분류심사원			병원 기타 요양소	보호자·기타 시설 등
			인원수(C)	C/A	C/B		
2013	43,035	9,605	4,592	10.7	47.8	-	5,013
2014	34,165	8,742	4,025	11.8	46.0	2	4,715
2015	34,075	8,236	3,921	11.5	47.6	3	4,312
2016	33,738	7,488	3,403	10.1	45.4	1	4,084
2017	34,110	7,639	3,393	9.9	44.4	8	4,238
2018	33,301	7,474	3,965	11.9	53.1	8	3,501

\* 자료출처 : 대검찰청, 「범죄분석」 각년도, 재구성

위의 임시조치 활용현황은 「소년법」에 보호자 등 위탁, 기타 소년보호 시설 위탁, 병원이나 요양소 등 위탁, 소년분류심사원 위탁 등 비교적 다양한 임시조치 유형이 규정되어 있지만, 실제 활용되고, 실질적인 재판 전 보호·감독 수단으로의 의미가 있는 임시조치는 규제적 시설수용인 소년분류심사원 위탁 하나뿐이라는 점을 보여준다. 또한, 전체 보호사건에서 소년분류심사원 위탁비율이 상당히 높고, 최근 증가추세에 있다는 점도 주목할 만하다. 소년분류심사원 위탁이 전체 보호사건에서 차지하는 비율은 2018년 11.9%로 소년부에 송치된 소년 100명 중 12명 정도가 소년분류심사원에 위탁되고 있음을 알 수 있다. 더욱 우려할만한 점은 전체 소년사건에서 소년분류심사원 위탁이 차지하는 비율이 2009년 7.6%에서 2018년 11.9%로 계속 증가하는 추세를 보인다는 점이다.

소년분류심사원은 소년에 대한 분류심사를 통해 소년의 요보호성에 적합한 개별화된 처우를 할 수 있는 기초를 제공해주는 역할을 하지만, 한편으로는 소년의 자유를 박탈한다는 측면에서 미결구금의 성격도 갖고 있다. 「소년법」 61조에서 소년분류심사원 위탁 기간을 판결 선고 전 구금 일수로 간주하며, 형사법원에서 소년법원으로 구속 상태에서 송치되는 경우 자동으로 소년분류심사원에 위탁된다는 점은 소년분류심사원 위탁이 소년보호처분 단계에서의 미결구금이라는 주장을 뒷받침해준다.<sup>42)</sup>

소년분류심사원이 미결구금시설로서 기능한다는 점을 고려해보면, 현재 소년보호

42) 이정주, “소년법 제18조 임시조치의 개선방안: 미국의 소년미결구금개혁 및 대안 프로그램 검토를 중심으로”, 소년보호연구 제31권 제4호, 2018, 162면.

처분 단계에서 임시위탁은 몇 가지 문제점을 갖고 있다. 첫째, 소년분류심사원 위탁비용이 성인범의 구속물이나 형사처분절차로 보내진 소년 형사피의자의 구속물보다 훨씬 더 높다는 점이다. 둘째, 소년분류심사원 위탁 기간이 일반 형사사건보다 더 길다는 점이다. 일반 형사사건은 구속 기간이 30일을 초과할 수 없는 반면에, 소년분류심사원 위탁 기간은 1개월에 1회 연장할 수 있어 최장 2개월로 훨씬 더 길다.

실제 위탁 기간을 살펴보면(표 2-12 참조), 2018년을 기준으로 71.5%가 1개월 이내 위탁되었고, 28.5%가 1개월 이상~2개월 이내 위탁되었다. 또한, 소년분류심사원 위탁 기간이 1개월을 초과하는 비중이 2010년 15.1%에서 2019년 28.5%로 계속 증가하는 추세를 보인다.

▶▶▶ [표 2-12] 소년분류심사원 수용 기간

연도	계	30일 이내				31-40일	41-50일	51-60일
		10일 미만	10-20일	21-30일	30일 이내			
2010	6,164 (100)	164 (2.7)	1,491 (24.2)	3,578 (58.0)	931 (15.1)	784 (12.7)	113 (1.8)	34 (0.6)
2011	6,707 (100)	159 (2.4)	1,182 (17.6)	4,367 (65.1)	999 (14.9)	851 (12.7)	128 (1.9)	20 (0.3)
2012	6,589 (100)	158 (2.4)	1,053 (16.0)	4,200 (63.7)	1,178 (17.9)	916 (13.9)	198 (3.0)	64 (1.0)
2013	6,700 (100)	124 (1.9)	949 (14.2)	4,392 (65.6)	1,235 (18.4)	1,026 (15.3)	145 (2.2)	64 (1.0)
2014	5,893 (100)	154 (2.6)	754 (12.8)	3,874 (65.7)	1,111 (18.9)	877 (14.9)	191 (3.2)	43 (0.7)
2015	6,187 (100)	166 (2.7)	950 (15.4)	3,850 (62.2)	1,221 (19.7)	1,014 (16.4)	160 (2.6)	47 (0.8)
2016	5,438 (100)	106 (1.9)	679 (12.5)	3,326 (61.2)	1,326 (24.4)	1,018 (18.7)	250 (4.6)	58 (1.1)
2017	5,863 (100)	124 (2.1)	562 (9.6)	3,851 (65.7)	1,326 (22.6)	1,032 (17.6)	238 (4.1)	56 (1.0)
2018	5,739 (100)	144 (2.5)	616 (10.7)	3,573 (62.3)	1,406 (24.5)	1,001 (17.4)	291 (5.1)	114 (2.0)
2019	5,000 (100)	70 (1.4)	371 (7.4)	3,134 (62.7)	1,425 (28.5)	907 (18.1)	400 (8.0)	118 (2.4)

\* 자료출처 : 대검찰청. 「범죄분석」, 각년도

셋째, 소년분류심사원 위탁은 절대 인원수와 비율이 모두 증가하고 있으나 소년분류심사원 시설은 한정되어 있어 과밀수용의 문제가 발생하고 있다는 점이다. 2000년대 초 소년분류심사원은 서울, 대전, 대구, 부산, 광주지역에 5개 있었으나, 2001년 법무부가 소년법에 대한 불구속 수사원칙을 세운 후 수용인원이 감소한다는 이유로 2003년 대전 소년분류심사원, 2005년 대구 소년분류심사원, 2007년 부산과 광주 소년분류심사원을 폐지하면서 현재는 서울 소년분류심사원 1개만 남아있다. 이에 따라 전국 6개 소년원(부산, 대구, 춘천, 제주, 광주, 대전)에 대해 위탁소년을 수용하도록 하고 있다.<sup>43)</sup>

아래의 [표 2-13]은 서울 소년분류심사원과 소년분류심사원의 대행 역할을 하는 소년원의 일일 수용인원을 정리한 결과이다. 법무부가 시설별로 적정 수용인원을 공개하지 않기 때문에 아래의 자료만으로는 과밀수용의 여부를 파악하기 어렵다.

▶▶▶ [표 2-13] 소년분류심사원 일일수용 인원

연도	계	부산	대구	광주	전주	대전	춘천	제주	서울(심)
2011	456	100	34	42	18	34	16	1	211
2012	464	95	30	43	13	24	18	1	240
2013	471	85	35	49	9	29	13	4	247
2014	471	84	35	49	9	29	14	4	247
2015	436	94	33	45	0	31	10	4	219
2016	398	87	38	41	0	42	10	3	178
2017	443	88	36	53	0	39	17	3	207
2018	431	82	31	45	0	44	13	3	213
2019	396	82	31	33	0	37	16	5	192

\* 자료출처 : 법무부, 「법무연감」, 각년도.

그러나 소년분류심사원에 몇몇 발표자료나 분류심사를 담당하는 직원에 대한 설문조사 결과는 소년분류심사원의 과밀수용이 심각하다는 점을 보여준다. 이승현과 박성훈(2015)의 연구에 따르면, 서울 소년분류심사원은 서울가정법원, 인천지방법원, 수원지방법원, 의정부지방법원에서 위탁소년을 받고 있는데, 소년 1인당 생활공간 면적이

43) 이승현·박성훈, 소년분류심사원의 역할강화방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2015, 20면.

0.72평에 불과하여 최소한의 개인 공간도 제공하지 못하는 실정인 것으로 나타났다.<sup>44)</sup>

또한, 관련자들에 대한 설문조사 결과에 따르면, 소년부 판사의 94.1%, 소년분류심사원 직원의 75.0%가 “소년분류심사원 수용인원이 과밀화되어 있다”고 응답하였다. 그리고 소년분류심사원 직원들은 교육업무와 분류심사업무를 위해 필요한 개선사항으로 공통으로 과밀수용의 문제를 지적하였으며, 그 해결방안으로 소년원과 분리된 소규모 소년분류심사원 증설로 지역별로 수용인원을 분산하는 것 이외에 과도한 위탁 결정 지양 혹은 법원에서 수용이 필요한 위탁생만 선별, 법원, 보호관찰소와 연계하여 적정인원수를 유지할 수 있는 시스템 구축 등을 제시하였다.<sup>45)</sup>

넷째, 미결구금시설에 유치하는 것이 부적절한 대상자도 소년분류심사원에 위탁되고 있다는 점이다. 소년분류심사원에 위탁된 소년의 연령별 분포를 보면(표 2-14 참조), 2018년에 미결구금의 대상으로 적절하지 않은 축법소년(14세 미만) 328명이 수용되어 전체 수용인원의 5.8%를 차지하고 있는 것으로 나타났다. 독일의 경우 16세 미만 저연령 소년에 대해서는 이미 절차를 기피한 경우나 수용시설에서 도주하려고 한 때 또는 확실한 주거지가 없는 경우에만 수용할 수 있도록 하고 있다는 것과 비교된다.<sup>46)</sup>

▶▶▶ [표 2-14] 소년분류심사원 위탁소년의 연령별 분포

연도	10-13세	14-15세	16-17세	18세	19세 이상	계
2015	213 (3.4)	1,761 (28.5)	2,843 (46.0)	1,095 (17.7)	268 (4.3)	6,180 (100)
2016	170 (3.1)	1,402 (25.9)	2,703 (50.0)	860 (15.9)	273 (5.1)	5,408 (100)
2017	266 (4.5)	1,572 (26.6)	2,816 (47.7)	1,016 (17.2)	239 (4.0)	5,909 (100)
2018	328 (5.8)	1,728 (30.3)	2,469 (43.3)	957 (16.8)	221 (3.9)	5,703 (100)

\* 자료출처 : 법무부, 「법무연감」, 각년도.

또한, 최근 경찰의 우범소년 송치와 학교장 등의 통고 건수가 확대되면서 우범소년이 주거가 부정하거나 학교출석 인정이 필요하다는 이유로 소년분류심사원에 수용되

44) 이승현·박성훈, 위의 연구총서, 133면.

45) 이승현·박성훈, 위의 연구총서, 79면.

46) 이승현·박성훈, 위의 연구총서, 135면.

는 비율도 늘어나고 있다고 한다.<sup>47)</sup> 우범소년은 비행 사실에 대한 심판의 개연성이 미약한 경우로 우범소년도 위탁수용의 대상으로 되고 있다는 것은 소년에 대한 미결구금은 가능한 한 제한되어야 한다는 규범적 요청 및 국제아동준칙에도 반하는 문제가 발생한다.

한편, 소년부 판사를 대상으로 소년분류심사원 위탁 시 판단기준에 대해 복수 응답을 할 수 있도록 설문한 결과에 따르면, 소년부 판사의 64.7%가 ‘처분경력’이 주요 판단기준이라고 응답해 가장 높았고, 그다음으로 ‘재범가능성’(47.1%), ‘보호력·가정환경’(23.5%), ‘신병확보’(17.6%), ‘반성적 태도’(17.6%), ‘초범/재범여부’(11.8%), ‘심리정서상태’(5.9%)의 순으로 나타났다.<sup>48)</sup> 이러한 조사결과는 소년분류심사원이 분류심사를 통해 소년에게 맞춤형 처우를 제공하거나 미결구금의 주목적인 신병확보 이외에 재판 전 재범억제를 위한 예방적 구금이나 부모의 보호력 부재, 심리적 정서적 상태와 같은 긴급한 보호의 목적 등 다양한 이유로 활용되고 있음을 보여준다. 이는 소년의 요보호성을 충족시킬 수 있는 다양한 대안적 임시조치들이 있었다면 굳이 소년분류심사원에 위탁되지 않았을 소년들이 위탁되고 있음을 보여준다.

이처럼 구금시설인 소년분류심사원에 위탁하는 것이 부적절하거나 불필요한 소년에 대해서도 위탁이 이루어지는 가장 근본적인 문제는 소년분류심사원이 일종의 미결구금임에도 불구하고 그 요건을 명확하게 규정하지 않은 데에서 비롯된다고 할 수 있다. 「형사소송법」에서는 피고인이 일정한 주거가 없는 때(제70조 제1항 제1호), 증거를 인멸할 염려가 있는 때(제2호), 도망하거나 도망할 염려가 있는 때(제3호)를 구속의 기준으로 규정하고, 50만 원 이하의 벌금, 구류, 과료에 해당하는 사건에 대해서는 피고인이 주거가 일정하지 않은 때를 제외하고는 구속을 배제하도록 규정하고 있다. 반면에, 「소년법」에서는 소년분류심사원 위탁을 “사건을 조사 또는 심리하는데 필요하다고 인정되는 때”(제18조 1항)라고 다소 모호하게 규정하고 있다.<sup>49)</sup>

실무상 위탁기준은 ① 연령, 심판권, 송치절차의 적법 등 심리조건이 있을 것, ②

47) 최정규 외 6인, 아동·청소년 인권보장을 위한 소년사법제도 개선 연구, 국가인권위원회 연구보고서, 2018, 327-328면; 그리고 이정주(2018), “소년법 제18조 임시조치의 개선방안”, 163-164면, 189면 참조.

48) 이승현·박성훈(2015), 소년분류심사원의 역할강화방안, 82면.

49) 정숙희, “적법절차의 측면에서 본 소년법상 임시위탁의 문제점과 개선방안”, 법학논고 제54집, 2016, 137면.

소년이 범행을 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 것, ③ 심리개시의 개연성이 있을 것, ④ 조사·심리 및 종국결정의 집행을 확실히 하기 위해 소년의 신병을 확보할 필요가 있을 것, 예컨대 주거부정이나 증거인멸 또는 도주의 염려가 있는 경우, ⑤ 소년이 긴급한 보호를 필요로 할 것, 예컨대 나쁜 환경에 빠져 악영향을 받을 우려가 있는 때, 자상·자살의 염려가 있는 때, 반복적인 재비행의 우려가 있는 때 등, ⑥ 소년을 수용하여 진단할 필요가 있을 것 등이 그것이다. 그리고 위 6가지 요건 중 ④내지 ⑥의 요건은 그 중 하나만 구비되면 족하다.<sup>50)</sup> 그러나 이러한 기준은 어디까지나 실무상의 기준이며, 위탁기준을 명문화하고, 보다 구체화 할 필요가 있다.<sup>51)</sup>

#### 나. 처분 전 조사제도

소년부 송치 이후 종국처분 전까지 소년법에 대한 보호·감독은 ‘처분 전 조사제도’의 방식으로 이루어지고 있다. 현재 시행되고 있는 ‘처분전 조사제도’는 2009년 서울가정법원에 구성된 ‘소년보호재판 개선 연구반’의 활동의 결과라고 할 수 있다. ‘소년보호재판 개선 연구반’은 2007년 「소년법」 개정 이후 소년법원 차원에서 이에 대한 후속 조치를 마련하기 위해서 서울가정법원 소년부 판사 및 소년사건 조사관 등을 중심으로 구성되었다. 이 당시 소년법원의 당면과제는 2007년 「소년법」 개정으로 촉법소년의 나이가 12세에서 10세로 낮아지면서 소년법원에서 저연령 소년을 어떠한 방식으로 처우할 것인가와 소년법을 중심으로 진행되었던 소년사법 절차에서 화해권고제도(「소년법」 제25조의3)의 취지를 실현하기 위해 어떻게 피해자와 피해자의 피해회복을 고려할 것인가였다. ‘소년보호재판 개선 연구반’은 소년법원의 지향점을 치료 사법(therapeutic justice)에 기초한 문제해결과 복지후견적 기능 강화에 두고 청소년 참여법정, 화해권고제도, 심리상담 조사 및 전문가진단 제도, 처분 전 교육명령 등과 같은 처분 전 조사제도 도입을 검토하고, 이에 대한 구체적인 운영방안을 마련하였다. 이러한 노력에 힘입어 처분 전 조사제도는 2010년부터 시행되었고<sup>52)</sup>, 현재 청소년 참여법정과 화해권고제도를 제외한 프로그램들이 전국적으로 실시되고 있다.

50) 정숙희, 위의 논문, 137면.

51) 이정주(2018), “소년법 제18조 임시조치의 개선방안”, 163면.

52) 신한미, “소년보호재판의 새로운 시도 : 청소년참여법정과 화해권고제도의 현황과 과제”, 아세아여성법학 제14권, 2011, 69면.

위와 같은 프로그램 중 화해권고제도(「소년법」 제25조의3)와 처분 전 교육명령(제32조의3)은 2007년 개정된 「소년법」에 그 실시 근거를 두고 있다. 그러나 청소년 참여법정과 심리상담조사 및 전문가진단조사는 「소년법」에 명확한 법적 근거가 없어 「소년법」 제9조(조사방침)와 제11조(조사명령)를 근거로 해 조사절차의 하나로 진행된다.<sup>53)</sup> 새롭게 시행된 모든 제도는 소년부에 송치된 소년을 대상으로 조사단계에서 소년사건 조사관이 참여해 일정 역할을 담당하면서 실시하기 때문에 ‘처분 전 조사제도’로 명명할 수 있다.

이러한 프로그램들은 재판 전에 개입하여 소년을 보호·감독한다는 점에서 임시조치와 그 성격을 같이 한다. 그러나 임시조치는 종국처분의 결정과 관계가 없지만, 처분 전 조사제도는 대상 소년의 프로그램 완료 여부가 종국처분의 결정에 영향을 미친다는 점에서 차이가 있다. 구체적으로 소년부 판사는 대상 소년의 프로그램 참여 정도 및 완료 여부를 소년조사관에게 보고받고, 대상 소년이 프로그램을 잘 완료한 때에는 심리불개시 결정을 내리거나 보호처분을 조정할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 수사단계에서 이루어지는 조건부 기소유예와 비슷하게 소년법원 단계에서 이루어지는 다이버전이라고 할 수 있다. 아래에서는 프로그램별로 구체적인 내용과 절차를 살펴보기로 한다.

### 1) 청소년 참여법정

청소년 참여법정은 청소년이 소년심판에 관여하는 참여재판 제도의 하나로, 비행소년의 또래 청소년들로 구성된 청소년 참여인단이 사건을 심리한 후 적합한 부과과제를 선정해 판사에게 건의하면 판사가 소년에게 부과과제의 이행을 명하는 제도이다.<sup>54)</sup>

좀 더 구체적인 절차를 살펴보면, 소년부 판사가 초범이나 경미한 비행을 저지른 소년에 대하여 청소년 참여법정에 회부할 것을 결정하고 비행 청소년 및 보호자가 동의하면 개시된다.<sup>55)</sup> 비행청소년 또래의 일반 청소년 5~9명으로 구성된 참여인단이 해당 비행 청소년의 진술 등을 듣고 사건을 심리한 후 평의 과정을 거쳐 적절한 부과

53) 김지선·박혜석·송현중, 청소년참여법정의 성과분석 및 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2014, 127면.

54) 안문희, 가정법원 조사관 제도 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2018, 39면.

55) 김지선·박혜석·송현중(2014), 청소년참여법정의 성과분석 및 개선방안에 관한 연구, 40면.

제를 선정하여 소년부 판사에게 건의한다.<sup>56)</sup> 소년부 판사는 심리나 평의 과정에 일체 관여하지 않되 선정된 부과과제가 5가지, 40시간을 초과하는지 등에 대해서만 판단하여 조정하는 역할을 하고, 이러한 문제가 없으면 건의된 부과과제를 해당 비행 청소년에게 고지한 뒤 이행을 명한다. 해당 비행 청소년이 일정 기간 이를 이행하면 더 이상의 절차 진행 없이 심리 불개시 결정으로 사건을 종결하는 방식으로 이루어지고 있다.<sup>57)</sup>

부과과제로는 일기쓰기, 청소년 참여법정의 참여인단으로 활동하기, 안전운전에 대한 강의 듣기, 사회봉사활동에 참여하기, 형사법정 방청 후 소감문 쓰기, 인터넷 중독 예방교육 받기, 금연클리닉 참여하기 등으로 구성되어 있으며, 이중 일기쓰기와 청소년 참여법정의 참여인단으로 활동하기는 필수과제이다. 이러한 부과과제들은 기존의 보호처분에서 실시되는 제재유형과는 다르며, 교육적이고 소년의 개개인의 상황과 특성에 적합한 개별화된 제재로 이루어져 있다.<sup>58)</sup>

이 과정에서 소년사건 조사관은 조사절차에서 소년과 보호자에게 청소년 참여법정에 대해 설명하고, 조사보고서를 작성해 청소년 참여인단과 진행자에게 제공하며, 소년의 부과과제 이행사항을 최종 점검해 판사에게 보고할 의무를 가진다.<sup>59)</sup> 소년과 보호자가 청소년 참여법정에 동의하지 않는 경우에는 소년재판절차로 진행된다.

## 2) 화해권고제도

화해권고제도는 개정 「소년법」에서 “소년의 품행을 교정하고 피해자를 보호하기 위해 필요하다고 인정되는 경우 소년에게 피해변상 등 피해자와의 화해를 권고할 수 있고, 그 화해를 위해 필요하다고 인정되면 기일을 지정하여 소년, 보호자 또는 참고인을 소환할 수 있으며, 화해권고에 따라 소년이 피해자와 화해하였을 경우 보호처분 시 이를 고려할 수 있다”는 제25조의3의 규정을 구체화하여 개발한 제도이다.<sup>60)</sup> 기존 소년보호 재판이 피해자를 충분히 인식하지 못해서 가해 소년과 피해자의 갈등을 해소하지 못하고 피해자가 방치되는 실정에서 피해자의 보호 요구가 커진 현실을

56) 김지선·박혜석·송현중, 위의 연구총서, 7면.

57) 김지선·박혜석·송현중, 위의 연구총서, 41면.

58) 김지선·박혜석·송현중, 위의 연구총서, 41면.

59) 안문희(2018), 가정법원 조사관 제도 개선방안에 관한 연구, 39면.

60) 김지선·박혜석·송현중(2014), 청소년참여법정의 성과분석 및 개선방안에 관한 연구, 40면.

반영하여 회복적 사법의 도입을 실현한 제도라고 할 수 있다.

화해권고제도를 진행하기 위해서는 전제 요건으로 ① 가해소년이 범죠평년 또는 촉죵소년일 것, ② 소년 보호자 및 피해자의 서면에 의한 동의가 있을 것(「소년심판규칙」 제26조의2 제1항), ③ 사실관계가 분명하고, 가해소년이 범죵사실을 시인하는 사건일 것이 요구된다.<sup>61)</sup>

사건명을 기준으로 한다면 ① 형법상폭행죄, 협박죄, 특수폭행죄, 상해죄공갈죄 및 이로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반죄 ② 절도죄, 특수절도죄, 자동차등 불법사용죄 및 각 미수범, 교통사고처리특례법위반죄(특히, 자전거를 통한 교통사고) ③ 재물손괴죄, 중재물손괴죄, 특수손괴죄 등, ④ 그밖에 화해권고가 필요하다고 판단 되는 사건을 대상으로 하고 있다.

통상 화해권고제도는 소년부 판사가 소년사건 조사관에게 조사명령을 내려 회부하여 소년사건 조사관이 화해권고를 위한 조사사항을 조사하고, 피해자와 전화 연락하거나 직접 면접해 피해자의 심정 등을 경청하고, 화해권고제도를 안내한 후 참여 동의 여부를 확인한 후 진행된다.<sup>62)</sup> 그러나 소년부 판사가 필요하다고 판단하면, 심리 진행 도중에도 화해권고절차에 회부 할 수 있다. 즉 중국적인 보호처분 결정이 내려지기 전이면 언제든지 화해권고 절차에의 회부가 가능하다.<sup>63)</sup> 화해권고는 소년부 판사 또는 화해권고위원이 운영하며, 피해자와 가해자가 능동적으로 참여하는 대화모임의 형태로 운영된다.

화해권고 기일에 당사자가 원만하게 합의에 도달하면, 최종적으로 화해권고 기일에 합의서를 작성하고 절차를 종결한다. 화해가 이루어졌다면 소년부 판사는 일정한 기간을 부여하여 권고에 따른 이행 내용을 조사하여 이를 반영하여 중국적으로 소년보호처분을 결정하고, 당사자가 합의에 실패한 때 즉시 보호처분을 할 필요가 있는 사건의 경우에는 판사가 출석한 소년과 보호자에게 심리기일을 고지한 다음, 가해 소년에 대한 보호처분을 내린다.<sup>64)</sup>

61) 신한미(2011), “소년보호재판의 새로운 시도”, 77면.

62) 송현중·노혜련, “가정법원 소년 조사관의 업무와 역할에 관한 연구”, 소년보호연구 제20호, 2012, 315면.

63) 안문희(2018), 가정법원 조사관 제도 개선방안에 관한 연구, 5면.

64) 신동주, “소년법상 화해권고제도의 개선방안 연구”, 법조 제68권 제5호, 2019, 501면.

### 3) 심리상담 조사제도

심리상담 조사제도는 「소년법」 제12조와 「소년보호 절차에 관한 예규」 제2조에서 정한 전문가 선정방법, 전문가진단 의뢰방법을 법적 근거로 하여 개발된 제도로써 보호처분만으로는 소년의 변화를 기대하기 어려운 사건에서 보호처분을 결정하기 전에 소년 및 보호자로 하여금 약 3~4개월(10~12회기) 동안 정신과 의사, 임상심리전문가 등의 전문가에게 심리상담 및 치료를 받도록 하는 절차이다. 이는 일본의 보호적 조치와 시험관찰을 참고하여 고안한 제도이다.<sup>65)</sup>

심리상담은 보통 1주일에 1회 간격으로 3개월 동안 집중적으로 진행되고, 소년에게 우울증, 편집증 등 정신과적 문제가 있는 경우에는 정신과 의사에게 의뢰하여 진단을 받은 후에 일정 기간 약물 등의 치료를 받도록 할 수 있다. 전문가는 상담 또는 치료가 종결되면, 결과보고서를 작성해 제출하고 소년부 판사는 이 결과를 보고 변화가 특히 눈에 띄는 경우에는 보호처분을 조정할 수 있으며, 심리상담 조사를 통해, 소년 및 보호자가 불성실하게 임하였거나 변화하기 위한 노력이 부족했던 경우에는 기존에 예상했던 처분을 하거나 그보다 상위 처분을 결정할 수 있다.

심리상담조사에서 소년사건 조사관의 역할은 다음과 같다. 먼저 소년사건 조사관은 조사를 진행하는 중에 심도 있는 상담이나 소년에 대한 환경조정이 필요하다고 생각 되는 경우, 조사명령 기간 내에 처리할 수 없으므로 우선 조사를 종결하면서 심리상담 조사명령의 필요성을 '조사관 의견'란에 기재한다. 소년부 판사는 소년사건 조사관의 이러한 의견을 고려하여 심리상담 조사명령을 하게 된다. 소년부 판사가 소년에게 심리상담 조사명령을 내리게 되면, 소년사건 조사관은 소년에게 적절하게 개입해 줄 수 있는 전문가에게 연계하는 임무를 수행한다. 마지막으로 소년조사관은 상담 또는 치료 종결 후 전문가가 제출한 결과보고서와 소년 및 보호자와 연락을 통해 상담 후의 변화과정을 파악한 후 추후 소년에게 필요한 조치, 소년에 대한 처분의견 등이 포함된 심리상담 조사보고서를 작성한다.<sup>66)</sup>

65) 안문희(2018), 가정법원 조사관 제도 개선방안에 관한 연구, 42면.

66) 안문희, 위의 연구총서, 43면

#### 4) 처분 전 교육명령

마지막으로 처분 전 교육명령은 1호처분(보호자위탁처분)의 경우 법정에서 간단한 훈계만 하고 심리가 종결되어 보호소년들이 심리를 경험하였음에도 경각심을 갖지 못하고, 보호자 또한 보호소년들을 보호·지도하는 방법을 모른 채 시간만 흘려보냄으로써 재비행을 예방하는데 교육적 효과가 미흡하다는 지적에 따라, 보호처분을 결정하기에 앞서 조사관이 1호 처분이 예상되는 보호소년과 보호자를 대상으로 약 1시간 가량 집합교육을 실시하고 소감문을 작성하도록 함으로써 비행에 대한 경각심을 갖도록 하는 절차이다.

소년부 판사는 1호 처분 결정이 예상되는 사건을 기록검토를 통해 선별하고, 각 사건을 배당받은 소년사건 조사관은 가능한 한 각 재판부의 재판 일정에 맞추어 교육 일정을 지정하여 출석 요구서를 발송한다. 교육은 집단교육의 방식으로 진행되는데, 참여자가 너무 많은 경우에는 교육효과가 반감될 수 있어, 소년과 보호자에 대한 1회 교육에 3~4개 사건을 함께 진행한다. 교육내용에는 소년보호처분, 소년의 발달 특성, 소년과 보호자 간의 바람직한 상호작용 등이 있으며,<sup>67)</sup> 해당 교육을 받은 직후에는 소년과 그의 보호자는 소감문과 생활계획을 작성하고, 소년사건 조사관은 소년과 보호자의 태도, 특이사항 등이 포함된 간략한 조사보고서를 작성하여 판사에게 보고한다. 이후 소년과 보호자는 심리기일에 법정에 출석하여 보호처분 결정(1호 처분)을 받게 된다.

### 제3절 | 소결

우리나라의 소년사건 처리절차는 절차와 관할이 이원화되어 있고, 검사선의주의를 채택하고 있어 기본적으로 소년사건처리가 장기화될 수밖에 없는 구조적 환경을 갖고 있다. 법무부 자료에 따르면, 2019년 4분기 중국처분으로 보호관찰처분을 받은 소년이 경찰에 검거된 이후 소년법원에서 중국처분을 받기까지 걸린시간은 평균 179일

67) 송현중·노혜련(2012), “가정법원 소년 조사관의 업무와 역할에 관한 연구”, 314면.

정도로, 약 6개월정도 인 것으로 나타났다. 특히, 소년부 송치 이후 중국처분을 받기까지 기간이 평균 109일로 가장 오랜 시간이 소요되었다. 검사에 의해 공소가 제기되어 형사재판절차를 밟았으나, 형사재판 결과 소년부로 송치되는 비율이 공소 제기 소년의 거의 과반수를 차지하며, 이들이 소년부 판사에 의해 보호관찰보다는 소년원 송치 처분을 받을 가능성이 더 크다는 점을 고려해보면, 중국처분으로 소년원 처분을 받은 소년범의 평균 소년사건 처리 기간은 더 길어질 수도 있다.

이와 같은 소년사건처리의 장기화는 소년재판 시 신병확보 문제, 범죄와 처벌 간의 간격이 멀어질수록 처벌이 소년의 비행 사실에 대한 반성과 개선을 끌어내기 어렵다는 점, 재판을 기다리는 동안 심리적 불안감이나 처분에 대한 두려움으로 학업중단의 사례가 발생하고, 이러한 학업중단이 소년의 비행성향을 심화시킬 우려 등의 다양한 문제점을 낳는 것으로 지적되고 있다. 실제 검거 이후 중국처분 전까지의 사건처리 기간 중 재범을 한 소년 비율을 살펴보면, 중국처분으로 보호관찰처분을 받은 소년 사건처리 기간 중 재범을 한 비율이 20.9%였고, 이중 고위험소년 보호관찰처분 대상자의 재범율은 46%로 훨씬 더 높았다.

이러한 결과는 한편으로는 소년사건처리절차에서 불필요한 지연 특히, 소년부 송치 이후 보호처분 결정까지 기간에 불필요한 지연을 없애 최대한 신속성을 확보하고, 다른 한편으로는 그 기간에 적절한 보호·감독을 통해 재범을 방지하기 위한 정책적 노력이 필요하다는 점을 보여준다.

이 장에서는 재판 전 단계 소년에 대한 적절한 개입정책을 개발하기 위한 선행 작업으로 현재 수사단계에서부터 중국처분 결정이 내려지기 이전 단계까지 실제로 소년범에 대해 어떠한 개입이 이루어지고 있으며, 그 문제점은 무엇인가를 살펴보았다.

검토 결과를 문제점을 중심으로 몇 가지로 요약해보면 다음과 같다.

첫째, 현행법상 명확히 규정된 재판 전 소년에 대한 개입은 검찰 수사단계에서 조건부 기소유예와 형사피의자에 대한 구속, 그리고 소년법원 단계에서 3가지 유형의 임시조치 등이 있다. 그러나 명확한 법 규정은 없지만, 경찰 수사단계에서 선도조건부 훈방 제도가 실시되고 있으며, 소년법원 단계에서는 청소년 참여법정, 심리상담조사 등과 같은 처분 전 조사제도가 시행되고 있다. 대체로 범죄의 중대성이나 재범위험성이 큰 소년에 대해서는 구속과 소년분류심사원 위탁과 같은 시설수용을, 경미한 범죄

나 초범일 때 일정한 준수사항이나 조건을 주고 입건, 기소, 심리개시 등과 같은 처분 결정을 유예하는 개입형 다이버전(조건부 훈방, 조건부 기소유예, 처분 전 조사)을 활용하는 방식을 취하고 있다.

둘째, 소년법에 대한 구속의 특례와 UN 아동권리협약의 권고에도 불구하고 수사단계와 소년법원 단계 모두 구속률(소년부 송치 단계에서는 소년분류심사원 위탁비율)이 높은 것으로 나타났다. 2018년 수사단계에서 공판이 청구된 소년 형사피의자의 구속률은 18.4%(728명)로 성인 형사피의자의 구속률(13.4%)보다 더 높았고, 소년법원 단계에서 소년보호사건의 대상이 된 소년 중 미결구금의 성격을 갖는 소년분류심사원 위탁비율은 11.9%였다.

이처럼 수사단계와 소년법원 단계 모두 구속에 대한 의존도가 높은 것은 시설수용을 대체할만한 적절한 보호·감독 수단이 없거나 법적으로 규정되어 있지만, 실질적으로 거의 활용되지 않기 때문이다.

특히, 수사단계에서 신병확보, 재범위험성, 긴급한 보호의 필요성 등으로 인해 개입의 필요성은 있으나 시설구금을 할 만큼 재범위험성이 높지 않은 소년을 위한 적절한 개입수단이 전혀 없는 상태이다. 향후 수사단계에서 시설구금을 대체할 만한 다양한 지역사회 기반 대안들을 개발할 필요가 있다.

한편, 소년법원 단계에서는 법적으로 보호자 및 기타 소년보호시설 위탁, 병원 및 요양소 등 위탁, 소년분류심사원 위탁과 같이 3가지, 구체적으로 5가지의 임시조치가 가능한 것으로 규정되어 있다. 그러나 소년분류심사원 위탁 이외에는 실질적인 개입수단으로 보기 어려웠다. 기타 소년보호 시설과 병원 및 요양소의 위탁은 위탁할만한 시설 등의 부족으로 거의 활용되지 않으며, 보호자 위탁은 다른 준수사항이나 개입방법과 연계되지 않아 집으로 되돌려 보내는 것과 차이가 없어 재판 전 개입수단으로서의 실효성이 없었다.

보호자 위탁, 기타 소년보호 시설 위탁, 병원 및 요양소 등 위탁은 시설수용을 피하면서도 지역사회 내에서 소년에 대한 보호나 감독의 필요에 따라 여러 가지 개입을 할 수 있는 수단이므로 이와 같은 임시조치가 실효적으로 작동할 수 있도록 제반 조건을 마련하는 것이 필요하다. 또한, 보호자 위탁에 외출 제한이나 수강명령 등을 부과하는 것과 같이 필요한 경우 각 임시조치에 여러 가지 의무를 부과할 수 있도록

개선하는 방안도 고려해 볼 필요가 있다.

셋째, 현재 소년분류심사원이 소년법원 단계에서 재범위험성이 큰 소년들을 위한 재판 전 개입제도로서 역할을 하고 있지만, 소년분류심사원 위탁은 자유 박탈적 조치라는 점에서 불가피한 때에만 제한적으로 활용해야 한다. 이런 관점에서 소년보호사건으로 접수된 소년 100명 중 약 11명 정도가 소년분류심사원에 위탁되고 있으며, 최장 위탁 기간이 2개월로 형사피의자의 구속 기간(최장 30일)보다 더 길다는 점도 재검토될 필요가 있다.

또한, 지난 10년간 소년범죄의 감소로 소년보호사건 인원수가 감소하고 있으나, 소년분류심사원에 위탁되는 소년은 절대 인원수에서 큰 차이를 보이지 않고 있고, 오히려 위탁비율은 증가하는 경향을 보이며 이로 인해 과밀수용의 문제가 제기되고 있다. 이와 더불어 촉법소년의 연령 인하와 우범소년에 대한 통고의 증가로 촉법소년과 우범소년이 소년분류심사원에 위탁되는 사례도 증가하고 있다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 앞서 지적한 바와 같이 소년분류심사원은 재범위험성이 매우 높거나 정밀한 분류심사의 필요성이 있는 소년에 한정하여 활용해야 한다. 부모의 보호력이 약하거나 돌아갈 가정이 없거나 심리적·정서적 상태와 긴급한 보호의 목적으로 소년분류심사원에 위탁되었던 소년들에 대해서는 그들의 보호·감독의 필요성에 대응하는 다양한 재판 전 감독 프로그램을 개발하여 이 프로그램에 배치해야 한다. 또한, 미결구금의 성격을 갖는 소년분류심사원을 다른 대안을 활용할 수 없을 때 대안으로 활용할 수 있도록 미결구금 요건을 법에 구체적으로 명시할 필요가 있다.

넷째, 검찰 단계에서 전체 소년범의 약 15% 이상, 기소유예 소년의 약 50% 정도가 조건부 기소유예를 받고 있다. 이는 조건부 기소유예가 경미한 범죄를 저지르거나 초범인 소년에 대한 재판 전 개입 프로그램으로서 중추적인 역할을 하고 있다는 점을 의미한다. 그러나 실제 조건부 기소유예처분을 받은 대상자들의 특성을 살펴보면, 이전에 기소유예를 받은 경험이 있는 소년은 33.5%였고, 보호처분을 받은 경험이 있는 소년도 38.5%나 되는 것으로 나타났다. 이처럼 한 소년에게 기소유예를 반복적으로 처분하거나 심지어 보호처분을 받은 경험이 있는 소년에게 기소유예를 처분하는 것이 소년의 비행 사실에 대한 반성과 개선을 기대하기 어렵다는 점은 너무나 자명하

다. 조건부 기소유예 집행 담당자들이 대상 소년의 태도 불성실과 비행 경각심이 낮아 개입이 곤란하다는 점을 대상자 관리 시 겪는 어려움의 첫 번째와 두 번째 순위로 꼽은 것은 적절치 않은 대상자 선정과 관련이 있는 것으로 판단된다.

조건부 기소유예처분의 목적과 취지에 부합되는 대상자 선정 기준의 마련과 대상자 선정의 적합성과 대상자의 필요와 욕구에 부합하는 프로그램 부과를 위해 검사 결정 전 조사제도를 활성화해야 할 것이다. 마지막으로 경찰 단계에서의 선도조건부 훈방 소년, 검찰 단계에서의 조건부 기소유예 소년, 법원에서 처분 전 조사에 참여한 소년이 받은 프로그램 내용과 처분결과 등에 대한 정보를 소년사법에 참여하는 기관끼리 서로 공유하여 각 기관의 처분 결정에 참고할 수 있도록 해야 할 것이다.

다섯째, 2010년 이후 소년법원에서는 청소년 참여법정, 화해권고, 심리전 상담(정신과 치료포함), 처분 전 교육명령 등의 처분 전 조사제도를 활용하고 있다. 이와 같은 처분 전 조사제도는 화해권고를 제외하고는 「소년법」에 관련 규정이 없어 소년 조사제도의 하나로 실시되고 있으며, 각각에 참여한 소년이 성공적으로 프로그램을 이수한 경우에는 심리 불개시 처분을 내리고 있다. 처분 전 조사제도는 비행 청소년의 또래집단 역학을 활용한 청소년 참여법정, 피해자가 참여하여 피해를 회복하는 과정에 초점을 맞춘 화해권고, 보호자를 대상으로 한 처분 전 보호자 교육, 우울증 등 심리·정서적 문제가 있는 소년에 특화된 심리상담제도 등 다양한 개입프로그램으로 구성되어 있다. 그러나 운영상황과 관련된 통계가 공표되지 않아 소년부 판사가 어떤 소년들을 대상으로, 어떠한 규모로 재판 전 조사제도를 활용하고 있으며, 재판 전 조사의 결과가 소년의 종국처분에 어떻게 반영되는지, 심리 불개시나 불처분을 받은 소년들의 몇 %가 처분 전 조사제도에 참여하여 성공적으로 프로그램을 이수한 소년들인지에 대해 전혀 알 수 없는 상황이다. 운영과정과 그 결과에 대한 명확한 분석을 바탕으로 처분 전 조사제도의 확대 혹은 개선방안이 모색되어야 할 필요가 있다.



# 외국의 재판 전 감독제도 1 : 미국

김 지 선



## 제3장

# 외국의 재판 전 감독제도 1 : 미국

### 제1절 | 미국의 소년사법 제도

#### 1. 개관

미국 연방 헌법상 소년비행과 소년사법 문제는 원칙적으로 각 주의 소관 사항이며, 이에 따라 주마다 다른 소년사법제도가 운영되고 있다. 소년사법과 관련하여 연방 정부의 역할은 주(州) 정부에 일정한 기준을 권고하거나 연방 정부의 예산이 들어간 주(州) 정부의 프로그램에 대해 감독하고, 연방 법을 위반한 소년에 대한 관할권 행사 하는 것에 한정돼 있다.

소년비행 및 소년사법과 관련된 연방 법률은 ‘소년사법 및 비행예방법’(Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act, 1974)과 ‘연방 소년비행법’(Federal Juvenile Delinquency)이 있다. 1974년에 제정된 ‘소년사법 및 비행예방법’(Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act, 1974)의 핵심내용은 1) 지위 비행소년(status offenders)의 탈시설화(deinstitutionalization), 2) 소년 범죄자의 성인시설 구금 금지 및 부득이하게 성인시설 구금 시 격리조치, 3) 지역사회 기반 대안(community based alternatives) 마련, 4) 소년사법제도의 개선 등에 관한 것이며, 이러한 핵심 조치와 관련된 주요 사항을 주(州) 법에 반영하여 실행하는 주(州)에 재정적 지원을 한다.

소년범죄 및 소년사법에 관한 또 다른 연방 법률인 ‘연방 소년비행법’(Federal Juvenile Delinquency)은 연방 법률을 위반한 소년범의 재판을 규율하고, 소년에 대하

여 유죄 판결로 인한 낙인효과를 배제하며, 교화하고 치료하는 것에 초점을 두고 있다.<sup>68)</sup>

위에서 제시한 바와 같이 주별로 소년사법제도가 다르게 운영되기 때문에 이를 간단하게 정리하기는 어렵다. 가장 일반적인 사항을 중심으로 논의해 보면, 먼저 미국에서 소년사법 관할 대상은 비행소년, 지위 비행소년, 방입소년, 보호조치가 필요한 소년을 모두 포함하고 있다. 연령의 측면에서는 주마다 차이가 있지만 대개 10세에서 18세까지 연령을 소년으로 간주한다. 그리고 소년법원이 관할권을 우선으로 행사하여 일정한 처분을 하는 법원선의주의를 채택하고 있다. 그러나 1970년대 이후 소년범죄의 지속적 증가, 1980년 중반 소년범죄의 흉포화 등으로 미국 소년사법제도는 1980년대 후반부터 1990년대 초반까지 엄벌정책(get tough policy)으로 선회하면서 소년에게 형사제재를 확대하는 추세가 강해지게 되었다. 이에 따라 특정 범죄를 저지른 소년은 이제 소년법원의 관할에서 제외되거나 혹은 자동으로 성인 법원에 송치되었다. 몇몇 주에서는 관할 경합 규정이 검사에게 특정 소년사건을 소년법원보다는 직접 성인 법원에 기소할 수 있는 재량을 부여하고 있다.

## 2. 소년사법절차와 소년 미결구금

미국의 소년사법절차를 본 연구의 관심 대상인 재판 전 감독제도 혹은 미결구금제도를 중심으로 살펴보면 아래와 같다.

미국의 소년사법절차는 경찰의 체포 및 조사, 법원의 접수(intake)절차, 유죄판단 심리(adjudication hearing) 및 처분 심리(disposition hearing) 등으로 진행된다.<sup>69)</sup> 소년에 대한 미결구금은 유죄판단 심리 이전과 유죄판단 심리 이후부터 처분 심리까지 크게 두 단계에서 가능하다. 소년이 경찰에 의해 일시적으로 미결구금시설에 유치된 경우에는 위의 일반적 절차에서 미결구금 선별(detention intake)과 미결구금 심리(detention hearing) 절차가 추가된다. 아래에서는 소년사법 절차를 유죄판단 전 미결구금과 유죄판단 후 미결구금으로 나누어 살펴보기로 하겠다.

68) 문선주·김윤정·서용성(2019), 소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구, 86면.

69) 이춘화, “한국의 소년분류심사제도에 관한 연구: 분류심사기준을 중심으로”, 소년보호연구 제13권, 2009, 105면.

### 가. 유죄판단 심리전 미결구금

미결구금의 일차적 목적은 소년이 소년법원에서 유죄판단(adjudication)을 기다리는 동안 일시적 보호·감독(custody)을 제공하기 위한 것이다. 대부분 주의 소년법원법은 누가 미결구금대상이 될 수 있는지에 대해 명문화하고 있으며, 시설에 유치된 이후 가능한 한 짧은 시간 내에 미결구금 심리(detention hearing)와 유죄판단 심리 및 처분 심리를 마칠 것을 요구함으로써 미결구금 기간을 제한하고 있다.

#### 1) 미결구금에 관한 결정

비행이나 범죄행위에 관련한 소년은 범죄현장에서 체포되거나, 피해자 혹은 증인에 의하여 피의자로 지목되거나, 학교, 가족 등에 의하여 가출, 교정 곤란, 기타 지위 비행을 이유로 통고 되는 방식을 통해 사건화 된다.<sup>70)</sup> 경찰은 범죄 특성, 비행력 등을 고려하여 신병구속이 필요 없다고 판단되는 때에 이후 법원에 출석하라는 지시와 함께 소년을 석방하여 부모 등에게 인계한다. 그러나 신병구속 필요성이 있다고 판단되는 소년에 대해서는 미결구금할 수가 있으며, 미결구금시설(detention center)로 이송되기 전 구치소나 경찰서 유치장에 보통 6시간 이내 동안 유치할 수 있다. 이외에 도경찰은 소년을 재판 외 처리절차에 회부, 즉 다이버전(diversion)할 수 있다.

미결구금 선별 담당자(detention intake staff)는 소년법원 판사에 의한 미결구금 심리가 열리기 전에 소년의 본 비행사실, 이전의 비행경력, 가족상황 등의 자료를 통해 미결구금 필요성을 조사한다. 이외에도 소년의 미결구금과 관련된 법규정 등을 고려하게 된다.

여기서 미결구금이란 장소적인 의미의 소년 미결구금 ‘시설’을 의미하는 것이 아니라 재판 전 보호·감독을 제공하는 ‘과정’을 의미한다. 따라서 미결구금이 필요하다고 판단하였을 때 행할 수 있는 조치는 소년 미결구금시설 유치뿐만 아니라 재택감독(home detention)과 이와 함께 부과되는 외출 제한, 출입금지 등과 같은 다양한 조치, 일일보고센터(day reporting center) 출석 명령, 기숙제 시설수용 등과 같은 프로그램도 포함된다. 이에 대해서는 뒤에서 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

70) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 105면.

대부분 주에서 미결구금은 소년이 범죄를 저질렀고, 미결구금이 소년을 위한 최선의 결정이며, 미결구금이 지역사회를 보호하며, 소년을 석방한다면, 소년이 법원에 출석하지 않을 것이라고 믿을만한 타당한 이유가 있을 때만 결정되어야 한다는 점을 요구하고 있다. 또한, 대부분 주에서 지위 비행소년, 방임소년 등의 비행소년(non-delinquents)을 미결구금시설에 유치할 수 없다는 금지규정이 있고, 미결구금시설(보통 juvenile detention center라고 불린다)에 유치할 수 있는 소년의 최소연령이 정해져 있는 경우가 많다.<sup>71)</sup> 그리고 소년 미결구금시설로 이송되기 전 구치소나 경찰서 유치장에 미결구금 될 수 있는 기간(보통 6시간 이내)을 제한하고 있고, 부모나 다른 책임 있는 성인에게 연락해 미결구금 사실을 알릴 의무를 부과하고 있다.<sup>72)</sup>

경찰이 영장 없이 소년을 미결구금시설에 보낸 경우 미결구금 선별 담당자는 그 소년을 미결구금할지에 대한 재량권을 발휘할 수 있다. 그러나 영장이 발부된 때에는, 미결구금 명령은 정해진 절차에 따라 법원에 의해서 결정된다. 미결구금 선별 담당자가 미결구금이 필요하다고 판단하면, 검사에게 미결구금 심리청구를 권고한다. 검사는 경찰로부터 송치되어 온 사건의 증거 및 선별 담당자의 권고를 고려하여 미결구금 심리를 신청할 수 있고, 초기면접 담당자가 미결구금을 권고하지 않았을 때도 심리를 청구할 수 있다.

모든 주에서 미결구금 심리는 주법에 명시된 시간 내에 이루어져야 하는데, 대부분 주는 36시간에서 72시간 이내에 의무적으로 미결구금 심리를 열 것을 요구하고 있으며, 일부 주는 더욱 엄격하게 24시간 이내에 심리를 열 것을 요구한다. 또한, 소년의 부모나 후견인 등 책임능력이 있는 성인에게 심리의 시간 및 장소를 알릴 의무가 있다.<sup>73)</sup>

## 2) 미결구금 심리(detention hearing)

미결구금 심리(detention hearing)에서 주(州) 정부는 소년의 위반행위 및 미결구금 필요성에 대한 믿을만한 이유를 증명해야 한다. 시설에 유치된 소년은 변호받을 권리가 있으며, 가난한 소년을 위해서는 국선 변호인을 지정해야 한다.<sup>74)</sup> 가능한 변호인이

71) 김지선, 위의 연구총서, 105면.

72) 김지선, 위의 연구총서, 106면.

73) 김지선, 위의 연구총서, 106-107면.

없다면, 심리는 연기될 수 있다. 소년법원에서는 미결구금 접수 담당자의 보고서에 기재된 권고내용과 소년의 본 비행사실과 비행경력을 고려하여, 미결구금시설 수용 이외의 다양한 재판 전 감독프로그램 배치(재택미결구금, 일일보고센터, 일시보호소 등과 같은 감호설비가 없는 기숙시설배치 등)를 결정한다.

### 3) 유죄판단 심리(Adjudication hearing)

유죄판단 심리(Adjudication hearing)는 주장된 범행에 관하여 소년의 책임이 인정되는지에 대한 사실관계를 확정하는 절차이다.<sup>75)</sup> 유죄판단 심리는 10~30일 이내에 행해지는 것이 원칙이며, 법원의 허가 하에 연기될 수 있다. 그러나 유죄판단 심리 기간이 길어질수록 미결구금 기간도 길어지므로 처분판결 전 기간은 될 수 있는 한 짧아야 한다는 점이 기본원칙이다.<sup>76)</sup>

검사가 유죄를 입증할 책임을 지며, 변호인도 소년에게 유리한 입증 활동을 전개한다. 형사재판과 마찬가지로 혐의사실은 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되어야 한다. 법원은 신청사실이 그러한 정도의 증거가 있으면, 소년은 유죄인 것으로 심판되고 소년에 대한 처우를 결정하기 위한 처분 심리(disposition hearing)를 개시한다.<sup>77)</sup> 반면, 그렇지 않으면 무죄를 선고하고, 소년에 대한 절차가 종결된다.

### 4) 이송(transfer)

대부분의 소년법원법은 심각하거나 반복된 비행을 저지르는 소년을 소년심판절차에 회부하지 않고, 성인 형사법원으로 이송(transfer)하는 체제를 갖고 있다. 성인으로서 재판받는 소년들은 소년 미결구금시설에 구금되는데, 소년보호처분 절차에 있는 소년에 비해 훨씬 더 긴 시간 동안 미결구금 될 수 있다.<sup>78)</sup>

74) 김지선, 위의 연구총서, 107면.

75) 법원행정처, 외국의 소년사법제도: 미국, 2009, 82면.

76) Rouch, D. W. Desktop Guide to Good Juvenile Detention Practice, Michigan State University, 1996, 28면.

77) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 105, 107면.

78) 김지선, 위의 연구총서, 108면.

### 나. 유죄판단 심리 후 미결구금

앞서 살펴 본 바와 같이 소년의 미결구금은 심리에 계류 중인 소년의 이후 유죄판단 심리 출석을 확보하고, 그 사이 재비행의 위험을 감소시키기 위해 일시적으로 보호·감독을 하는 것이다. 그러나 미결구금은 유죄판단 심리 이후에도 다양한 방식으로 활용되고 있다. 유죄판결 이후 미결구금은 계호설비가 있는 구금시설(소년 미결구금시설)에의 유치만을 의미하며, 보통 네 가지 방식으로 활용된다.

첫째, 처분 심리(disposition hearing)전 처분 명령을 기다리는 동안 일시적 장소로 소년 미결구금시설을 사용하는 것이다. 유죄판단 심리와 처분 심리 사이의 기간 소년법원은 보호관찰관에게 소년과 그 가족, 환경, 기타 소년의 처분 결정에 필요한 사항에 관한 처분결정전 조사를 지시하고, 그 제출을 명할 수 있다. 여기에는 소년의 심신의 건강상태에 대한 진단도 포함된다.<sup>79)</sup> 보호관찰관은 조사보고서를 서면 형태로 제출해야 하는데, 이 보고서에서 보호관찰관은 소년에 대해서 집행되어야 할 처분을 권고한다.

둘째, 처분 심리를 통해 처분 결정이 난 이후에도 배치가 지연되어 계속 구금될 수도 있다. 예를 들어, 대리가정에 배치되기를 기다리는 소년은 적절한 가정이 나타날 때까지 몇 달 동안 소년 미결구금시설에 구금될 수도 있다.

셋째, 이미 법원의 보호·감독 아래 있는 소년이 이후 범행이나 법원 명령 위반(보호관찰 준수사항 위반)으로 소년 미결구금시설에 구금되는 경우이다. 이 경우에는 유죄판단 심리 이전 미결구금과 달리 지위 비행소년이나 非비행소년도 구금될 수 있다.

마지막으로 대안적 처분(dispositional alternative)의 하나로 소년 미결구금시설에 배치되기도 한다. 예를 들어, ‘충격’ 판결 프로그램(shock sentencing program)으로 미결구금시설에 구금되었다가 바로 석방되는 경우이다.

살펴본 바와 같이 소년 미결구금시설이 유죄 판결 후에 다양한 방식으로 활용되고 있지만, 대부분 소년 미결구금시설은 보호관찰 준수사항 위반자나 유죄판단 이후 처분을 받아서 온 소년들을 위한 특별한 프로그램을 제공할 준비가 되어있지 않아 이러한 관행에 대한 비판의 목소리가 높으며, 이러한 문제해결이 소년 미결구금개혁의 주된 목표가 되었다.<sup>80)</sup>

79) 김지선, 위의 연구총서, 108면.

80) 김지선, 위의 연구총서, 109면.

## 제2절 | 시설구금에 대한 대안 프로그램의 확산

미국의 소년사법제도 중 본 연구의 연구대상인 소년에 대한 재판 전 감독제도에 해당하는 것은 소년 미결구금시설 유치에 대한 대안으로 고안된 다양한 지역사회기반 프로그램들이다. 미국에서 재판 전 감독프로그램의 개발과 확산은 소년 미결구금 제도개혁의 하나로 진행되었다. 따라서 이하에서는 먼저 소년 미결구금 제도개혁이 시작된 계기와 개혁의 구체적인 내용을 먼저 살펴보고, 이의 핵심적 내용인 지역사회기반 대안 프로그램이 개발되고 확산되는 데 있어 이론적 기초를 제공했던 논의들을 살펴보고자 한다.

### 1. 소년 미결구금제도 개혁

#### 가. 소년 미결구금제도 개혁의 배경

미국에서 소년 미결구금제도 개혁이 시작된 계기는 소년 미결구금시설의 과밀화와 그로 인해 야기된 다양한 부정적인 결과 때문이었다. 1980년대 소년범죄율의 급증과 이에 대해 강력한 처벌을 요구하는 여론에 따라 소년 사법제도의 기초가 소년의 재활에서 강력한 법 집행과 엄벌주의로 선화하면서 1985년부터 1995년까지 미국 전역에서 소년 미결구금시설에 유치된 소년의 수는 72%나 증가하였다. 입소 인원이 증가하면서, 미국에서 소년 미결구금시설의 과밀수용은 예외라기보다는 일반적인 현상이 되었다. 수용 능력 이상으로 운영되는 소년 미결구금시설의 수는 1985년 24개에서 1995년 178개로 642% 증가했고, 같은 기간 과밀 미결구금시설에 수용된 소년의 비율은 20%에서 62%로 증가했다. 이에 따라, 같은 기간 소년 미결구금시설의 운영비는 3억 6,200만 달러에서 거의 8억 2,000만 달러로 두 배 이상 증가하게 되었다.<sup>81)</sup>

한편, 소년 미결구금시설의 과밀화는 운영비용 증가 이외에도 시설에 거주하는 소년과 직원의 건강과 복지를 위협하고, 시설 내 소년들 간 폭력과 직원에 의한 학대

81) Mendel, R. A, Juvenile detention alternatives initiative progress report 2014, Annie E. Casey Foundation, 2014. p 1.

등 다양한 문제가 발생하게 되었다.<sup>82)</sup> 과밀수용만큼 문제가 되었던 것은 소년 미결구금시설에 입소한 소년의 유형이었다. 1995년 기준 전체 입소 소년의 33.9%(8,355명)는 지위 비행이나 보호관찰 준수사항 위반으로 시설에 유치된 소년이었고, 37.5%는 재산범죄, 약물, 기초질서위반이나 기타 범죄로 체포된 소년이었다. 이에 비해 일반적으로 미결구금시설에 유치하는 것이 필요하다고 고려되는 심각한, 폭력적인, 만성적인 소년범은 전체의 1/3에 불과하였다.<sup>83)</sup> 이러한 통계는 소년 미결구금시설이 사건이 계속 중인 소년의 심리 불출석과 그 기간 중 재비행의 위험성이 높은 소년을 관리하기 위해서 일시적으로 보호감독을 제공한다는 원래 목적을 위해서 사용되고 있지 않는다는 점을 여실히 보여주었다. 또한, 1974년 제정된 '소년사범 및 비행예방법'이 지위 비행소년의 탈시설화를 법 제정의 핵심적인 목적으로 삼았고, 이에 따라 각주에서는 지위 비행소년의 미결구금을 금지했음에도 불구하고, 여전히 상당히 많은 지위 비행 소년이 미결구금시설에 유치되고 있음을 보여주었다.

이와 더불어 미결구금시설의 과밀화가 소년사범의 중요한 문제로 떠오르면서 1990년대에 소년 미결구금이 소년뿐만 아니라 지역사회에 미치는 부정적인 효과에 대한 다수의 경험적 연구결과도 소년사법개혁을 위한 움직임에 영향을 미쳤다.

#### 나. 대안 프로그램 확산과정에서 민간기관의 역할

미국에서 소년 미결구금개혁에 있어 민간자선단체인 Annie E. Casey 재단은 매우 중요한 역할을 담당하였다. Annie E. Casey 재단은 UPS(United Postal Service)의 설립자가 1948년에 만들었다. 이 재단에서는 1992년부터 1) 규제적 미결구금시설 (secure detention center)의 부적절하거나 불필요한 사용 감소, 2) 소년의 재판 출석 실패와 사건처리 기간 중 비행 발생 최소화, 3) 공공재정을 신규 미결구금시설 건축에서 미결구금에 대한 대안으로 전환하기, 4) 규제적 미결구금시설의 환경개선이라는 네 가지 목표를 달성하고자 Juvenile Detention Alternatives Initiative(JDAI)라는 다년간, 다지역을 대상으로 하는 프로젝트를 시작하였다.

82) Austin, J., Dedel, K., & Weitzer, R. J. Alternatives to the secure detention and confinement of juvenile offenders. Washington, DC: US Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2005, p 2.

83) Mendel(2014), Juvenile detention alternatives initiative progress report 2014, p 2.

이 프로젝트는 Florida주 Broward카운티에서 1987년부터 1992년까지 실시된 구금 개혁의 성공적인 결과에서 영향을 받았다. Broward카운티는 유관 기관간 상호협력, 데이터 축적과 분석, 객관적 선별절차, 비규제적 미결구금 대안 마련, 신속한 사건처리 절차 등을 통해 공공안전을 위협하지 않으면서도 소년 미결구금시설의 수용인원을 65% 감소시키는 데 성공하였다.<sup>84)</sup>

JDAI는 Broward카운티의 성공사례에 대한 분석을 기초로 상호관련성을 갖는 8가지 핵심전략을 포함하는 종합적인 소년 미결구금개혁 모델을 고안하였다. 8가지 핵심 전략은 다음과 같다.<sup>85)</sup>

- 협업 : 소년법원, 보호관찰, 검사, 변호인과 기타 정부기관과 지역사회 단체 간 미결구금개혁을 협력적으로 계획, 시행, 평가하기 위한 공식적인 파트너십 구축
- 자료 수집과 활용 : 시스템 문제와 추이를 진단하고, 다양한 개혁의 영향을 평가하며, 결정이 신화나 일화가 아닌 경험적인 사실에 근거한다는 것을 보장하기 위한 자료의 수집과 활용
- 객관적 선별 : 어떤 청소년이 실제로 상당한 공공안전 위험을 내포하는지, 어떤 청소년이 대안 프로그램에 배치되어야 하는지, 어떤 청소년이 아무런 조건 없이 석방되어야 하는지를 규명하기 위한 객관적 선별절차
- 미결구금시설에 대한 비규제적 대안은 이 대안이 없었더라면 시설에 구금될 청소년들을 대상으로 하며, 가능하면 미결구금 사건이 발생한 지역사회에 기반하여 실행할 것
- 시스템을 통한 사례의 흐름을 촉진하고, 시설에서의 구금 기간을 단축하며, 비규제적 프로그램의 가용성을 확대하고, 소년에 대한 개입이 적시에 적절하게 이루어지도록 보장하는 사건처리 과정 개혁
- 많은 사법관할지역에서 공공안전에 최소한의 위험을 제기하는 소년에게조차도 자동으로 미결구금대상이 되도록 하는 '특별한' 구금사건-보호관찰 위반, 법원 출석 실패 등-을 다루는 새로운 법원의 정책과 관행 구축

84) 이정주(2018), "소년법 제18조 임시조치의 개선방안", 170면.

85) Mendel(2014), Juvenile detention alternatives, pp 8-9.

- 유색인종에 대한 편견을 없애고 공평한 경쟁의 장을 보장하기 위한 구체적 전략과 식별을 위한 신중한 연구와 같은 인종적 불균형과의 싸움에 대해 끈질기고 단호한 관심
- 미결구금시설이 안전하고 적절한 관리가 이루어질 수 있도록 보호·감독 하에 있는 소년의 수용상황에 대한 집중 모니터링

위와 같은 종합적인 소년 미결구금개혁 모델은 1992년부터 Cook, Milwaukee, Sacramento, Multnomah카운티와 New York市 5개 지역에서 시작되었고, JDAI는 이들 지역에 개혁을 진행하기 위한 기술과 막대한 자금을 지원하였다.<sup>86)</sup> 그리고 각 지역에서의 혁신적 활동과 그 과정에서 얻게 된 경험과 교훈을 공유하기 위해서 1999년부터 13개의 보고서 시리즈인 “소년 미결구금개혁의 길(Pathways to Juvenile Detention Reform)”을 출간하였다.

1992년 5개 지역에서 시작한 JDAI는 25년 후인 2017년에는 컬럼비아 특구와 39개 주 300개 이상의 지역에서 소년 미결구금개혁을 지원함으로써 지역 단위에서 소년 미결구금개혁의 확산에 있어 매우 중요한 역할을 한 것으로 평가된다.<sup>87)</sup>

## 2. 시설구금에 대한 대안 프로그램의 중요성

미국에서 소년 미결구금 개혁의 핵심은 소년의 심리참석을 확보하고, 공공안전에 부정적인 영향을 미치지 않으면서도 소년에게 폐해가 큰 폐쇄적인 대규모의 미결구금 시설에 대한 의존도를 줄이는 것이다. 이를 위해서는 폐쇄적인 대규모의 미결구금시설을 대체할만한 지역사회 기반의 다양한 대안들을 만들어 활용할 수 있도록 하는 것이 제일 중요한 과업이었다.

미결구금시설에 대한 대안 프로그램의 목적은 그렇지 않으면 폐쇄적 대규모 미결구

86) 5개 지역에서 미결구금개혁 프로그램을 시작할 즈음 Florida에서 소년이 관광객을 살해하는 사건 발생 및 소년폭력범죄의 증가를 알리는 언론 보도로 여론이 소년에 대한 강성정책 기조로 바뀐에 따라 Milwaukee카운티와 New York시는 프로그램을 중단하였다. 이에 대해서는 Mendel(2014), Juvenile detention alternatives, 2면 참조.

87) 최근 The Annie E. Casey Foundation은 소년사법 제도개선을 위해 소년 보호관찰 개혁에 관심을 집중하고 있다.

금시절로 보내질 소년에 대해 소년의 위험성에 따라 일정한 수준의 보호·감독을 부과함으로써 소년이 심리에 참석하고, 사건이 계류 중인 동안 다시 비행을 저지르지 않는 상태를 유지하는 것이다. 만약 대안이 없다면 소년을 미결구금시설에 유치하거나 거의 감독이 없는 상태에서 집으로 보내는 것 중 하나를 선택할 수밖에 없고, 이러한 상황에서 상당수의 소년이 여러 가지 이유와 목적으로 미결구금시설에 유치되고, 과도한 시설에 대한 의존이 과밀수용의 문제를 초래한다는 점을 과거의 경험과 자료가 명확하게 보여주기 때문이다. 대안 프로그램이 적절하게 사용된다면, 폐쇄적 시설에 유치하여 감독할 필요가 없는 소년에 대해서는 소년의 집이나 집과 가까운 곳에서 더욱 비용이 적게 드는 방식으로 감독(재택감독 혹은 지역사회 감독)할 수 있고, 반면에 가장 위험한 소년은 미결구금시설에 유치해 집중적으로 보호·감독을 받게 할 수 있다. 따라서 규제적 미결구금시설에 대한 대안 프로그램을 개발하고 효과적으로 시행하는 것은 소년 미결구금 개혁에 있어 가장 중요한 부분이라고 할 수 있다.

### 3. 시설구금에 대한 대안 프로그램의 이론적 배경

#### 가. 과정으로서의 미결구금과 보호의 연속체

미국에서 미결구금시설에 대한 대안 프로그램의 도입과 확산은 ‘과정으로서의 미결구금’의 개념에 기초하고 있다. 미국에서는 소년 미결구금의 목표가 무엇인가, 특히, 어떻게 이러한 목표를 달성할 것인가에 대한 두 개의 경쟁적 논의가 있는데, 하나는 장소로서의 미결구금(detention as place)에 초점을 맞추는 것이고, 다른 하나는 과정으로서의 미결구금(detention as process)에 초점을 맞추는 것이다.<sup>88)</sup>

‘장소로서의 미결구금’을 강조하는 견해에서는 미결구금의 객관적 요소인 수용인원, 보안 시설, 시설의 면적, 위생시설 등과 같은 “무엇”(what)과 관련된 요인에 초점을 맞춘다. 이러한 개념을 사용할 경우 미결구금 활용에 대한 요구가 증가하게 되면, 침상 수 혹은 수용 능력과 같은 시설 운영에 초점을 맞추게 되고, 미결구금의 목적

88) Roush, David W., Desktop Guide to Good Juvenile Detention Practice, Michigan State University, 1996, p 36.

달성은 제한적 범위에서만 이루어질 수 있다.

이에 비해 '과정으로서의 미결구금'을 강조하는 견해에서는 서비스의 강도, 보호의 질, 담당자의 소양, 담당자와 소년의 관계, 미결구금 철학 등과 같은 "어떻게(how)"와 관련된 요인에 초점을 맞춘다. 단순한 건물 혹은 장소로서의 미결구금개념에서 벗어나 미결구금을 보호·감독(custody)을 제공하는 행위로 간주한다. 이와 관련하여 Dunlap은 미결구금시설의 과밀화와 이를 줄이기 위한 노력의 실패는 미결구금을 장소 혹은 건물로 협소하게 개념화하였기 때문이라고 지적하면서, 소년 미결구금을 '장소'가 아닌 '과정'으로서 이해해야 한다고 주장한다.<sup>89)</sup>

이러한 방식으로 미결구금을 개념화하면, 미결구금이라는 우산 아래 개별 청소년의 보호·감독 필요에 따른 다양한 수준의 보호·감독이 포괄될 수 있다. 이처럼 다양한 범위의 보호·감독 대안들이 존재했을 때, 미결구금은 소년의 미결구금 욕구에 따라 적절한 제한 수준을 제시하는 것이 관건이 된다.

이와 같은 '과정으로서 미결구금'의 개념은 1940년대 이후 미국 소년사법 제도에서 널리 받아들여지고 있는 '서비스 혹은 보호의 연속체(continuum of service or care)'라는 개념과 유사하다. 미국에서는 소년사법제도의 서비스를 하나의 연속체(continuum)로 정의하고 있으며, 소년범을 위한 모범적 프로그램과 서비스를 제공하는 주와 지역에서는 개입전략에 '보호의 연속체'라는 개념을 반영하고 있다.

미시건 대학의 청소년 정책연구 센터에 따르면, '보호의 연속체'의 존재는 비용 효과적인 방식으로 지역사회 보호와 시민의 안전을 제공하는 것으로 평가되고 있다.<sup>90)</sup> 특히, Massachusetts는 '보호의 연속체'라는 개념에 근거해 비행소년을 위한 지역사회 기반 대안 프로그램을 만든 선도적인 지역으로 이러한 변화 이후 성인교정 시설로 가는 소년범 수가 35%에서 15%로 감소한 것으로 나타났다.

한편, 카운티 단위에서는 Kentucky주 Jefferson카운티의 소년서비스국의 대안 프로그램이 모델 프로그램으로 받아들여지고 있다. Jefferson카운티는 소년의 보호·감독 필요성 및 위험에 대응하는 12가지 대안 프로그램을 운영하고 있다. 보호·감독이 필요성이 낮은 단계의 소년에게는 멘터 프로그램(mentor program), 그룹홈-부모 모

89) Ibid, pp 36-37.

90) Ibid, p 37.

델(group home-parents model), 집단가정(group home)-직원감독 진단(staff-secure diagnostic), 집단가정(group homes)-직원감독 구금(staff-secure detention) 등의 프로그램을 제공하고, 중간 단계의 소년에게는 집중적 주간 처우(intensive daytime treatment), 집중적 가족보존 프로그램(intensive family preservation program), 집중 보호관찰(intensive probation), 추적 보호관찰(tracking probation), 추적 보호관찰 플러스(tracking probation plus), 전문적(치료적) 기숙제 처우(specialized or therapeutic residential treatment), 수위 저하 프로그램(Draw Down Program), 주기적 구금(periodic detention) 등의 프로그램을 제공한다. ‘보호의 연속체’ 개념에 기반해 미결구금시설에 대한 다양한 대안 프로그램을 운영한 후 Jefferson카운티의 소년 미결구금시설의 입소율은 수용 가능 인원 대비 50%에 불과해 미결구금시설에 대한 의존도가 매우 낮아진 것으로 나타났다.<sup>91)</sup>

#### 나. 비규제적 감독과 최소규제적 대안

미국의 “전국 보호관찰 및 가석방 협회”(National Probation and Parol Association)의 미결구금 고문인 Norman은 1945년 소년 미결구금시설에 대한 전국 조사 시행 후 이에 대한 조사보고서인 ‘소년 미결구금에 대한 보고서’와 NCCD의 기준과 지침서를 출판하였다.<sup>92)</sup> 그는 보고서와 지침서에서 소년 미결구금에 대한 중요한 개념들을 제시하고 있는데, 비규제적 감독(non-secure detention)이라는 개념 또한 그중 하나이다. 여기서 비규제적(non-secure)이란 규제적 하드웨어, 건물, 절차가 없다는 것을 의미하며,<sup>93)</sup> 법원이 소년을 강제적 권위에 기초해 보호·감독 아래 두는 과정은 동일하다. 즉 규제의 의미는 법원의 권위인 것이지 미결구금의 장소나 환경이 아니라는 것이다. 그리고 비규제적 감독을 위한 법적인 기준은 전통적 계호설비를 갖춘 미결구금시설로 유치하는 것과 동일해야 한다고 주장한다. 마지막으로 법원의 규제 혹은 감독수준의 결정은 지역사회와 소년의 보호를 위한 최선을 반영해야 한다.<sup>94)</sup>

비규제적 감독은 소년 미결구금과 시설 내 보호에 있어 ‘최소제한적 대안’(the least

91) Ibid, pp 38-40.

92) Ibid, p 28.

93) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 111면.

94) Roush(1996), Desktop Guide, p 40.

restrictive alternative)이라는 철학에 그 뿌리를 두고 있다. 이러한 프로그램은 소년과 지역사회의 보호라는 미결구금의 일차적인 목적에 이바지하면서도 필요한 최소한의 규제적 개입이라는 개념을 만족시킨다는 것이다.<sup>95)</sup> 최상의 비규제적 감독프로그램은 지역사회를 보호하면서도 개별 소년과 그 가족의 최선의 이익을 위해 서비스의 연속체에 빈틈없는 요소들로 구성되어야 할 것이 요청된다.

### 제3절 | 시설구금에 대한 대안 프로그램 모델과 성과

아래에서는 미국의 소년 미결구금 개혁에 있어 핵심적인 역할을 담당한 지역사회기반 대안 프로그램에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다. 먼저 소년 미결구금 개혁을 단행한 주에서 지역사회기반 대안 프로그램의 개발, 발전 그리고 활용과 관련하여 어떤 방식으로 주 법률에 반영하였는가를 살펴보기로 한다. 두 번째는 ‘보호의 연속체’ 개념에 근거하고 있는 지역사회 기반 대안 프로그램의 대표적인 3개의 모델을 살펴보고, 마지막으로 지역사회기반 대안 프로그램의 성과에 대해 정리할 것이다.

#### 1. 시설구금에 대한 대안 프로그램 관련 법률

Austin과 Weitzer(2005)는 구금시설에 대한 의존도를 줄이고, 규제적 미결구금시설의 환경을 개선하기 위한 개혁방식을 민간기관에서 자금 후원을 받는 특별한 프로그램을 활용하는 방식, 관련 법률을 제정하는 방식, 관련 기관이 추가 자금 투입이나 새로운 입법 없이 소년을 처리하는 새로운 절차를 실시하는 것과 같이 행정정책을 변화시키는 방식, 소년범의 권리침해와 관련된 소송 등을 통하는 방식 등 4가지로 구분하고 있다.<sup>96)</sup> 앞서 살펴본 Annie E. Casey 재단의 JDAI 프로그램을 통해 미결구금 정책을 개선한 지역은 대부분 민간기관에서 활동과 자금을 지원하는 특별한 프로그램 활용하였고, 주로 3주 정부보다는 카운티 수준에서 이 프로그램이 시행되었기 때문에

95) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 111-112면.

96) Austin & Weitzer(2015), Alternatives to the secure detention and confinement, pp 3-4.

주법 개정이 어려워서 주로 행정정책을 변화시켜 미결구금정책을 개혁하였다.

그러나 卅 차원에서 법률 제·개정을 통해 정책을 채택하면 소년 미결구금개혁을 효과적으로 심화시킬 수 있는 장점이 있다. JDAI 프로그램을 도입한 지역 중 卅 법의 제·개정을 통해 미결구금개혁을 공고화한 卅들도 있다. 아래에서는 JDAI의 핵심전략 별로 이를 지원하는 卅 법령과 규정을 정리한 The Juvenile Law Center(2014)의 보고서를 참조하여 대안 프로그램과 관련된 卅 법령과 규정을 1) 대안 프로그램 개발·활용을 요구하는 법령과 2) 대안 프로그램 적용요건에 관한 법령으로 구분하여 살펴보기로 한다.<sup>97)</sup>

### 가. 시설구금에 대한 대안 프로그램 개발·활용 관련 법률

대안 프로그램의 개발·활용과 관련된 卅 법률은 1) 대안 프로그램의 의무적 개발과 지속적 발전에 관한 조항, 2) 대안 프로그램을 열거하는 조항, 마지막으로 3) 미결구금 시설보다 이를 대신할 대안 프로그램에 우위에 두는 원칙에 관한 조항 등이 있다.

먼저 미결구금시설에 대한 대안 프로그램을 만들고, 그러한 대안 프로그램들이 사용될 수 있도록 하는 법률을 제정한 경우는 Florida와 New York주가 있다. Florida 주는 소년사법부가 현재 있는 대안 프로그램을 지속해서 파악하고, 새로운 대안 프로그램을 만들어 입법부에 제출하도록 요구하는 법률을 갖고 있다. 이에 비해 New York주는 좀 더 일반적으로 소년에게 대안 프로그램을 포함한 다이버전 프로그램을 제공할 것을 요구하는 법률을 갖고 있다.

#### Florida

"[Florida 소년 사법부는] 규제적 미결구금 및 보호의 대안들을 지속적으로 파악하고, 그러한 대안들을 개발하여 매년 입법부에 제출하여 인가를 받아야 한다." (Fla. Stat. Ann. § 985.24(4)).

#### New York

(a) 각 카운티와 인구 100만 명 이상의 도시는 감독 청구(supervision petition) 대상이 될 위험이 있는 소년에게 다이버전 서비스를 제공해야 한다. 이러한 서비스는 위기에 처한 가정에 즉각적으로 대응하고, 미결구금에 대한 적절한 대안을 파악하여 활용하며, 소년을 가정법원에서 심리대상이 되는 것으로부터 다이버전할 수 있도록 설계되어야 한다. 각 카운티 및 시에서는 지역사회 서비스 특별부서 또는 보호관찰 부서를 다이버전 서비스를 제공하는 선도 기관으로 지정하여야 한다.

97) 아래의 시설구금에 대한 대안 프로그램과 관련한 주법에 대한 소개는 모두 The Juvenile Law Center에서 발간한 보고서를 참조하였다.

(b) 지정된 기관은 다음과 같이 한다.  
 …(iv) 미결구금에 대한 대안이 소년의 시설 유치를 피하기 위해 적절한지를 판단해야 한다.(N.Y. Fam. Ct. Act § 735)

시설구금에 대한 대안 프로그램을 의무적으로 개발하고, 지속해서 발전시켜야 한다는 포괄적 의무를 부과하는 것을 넘어 Delaware, New Jersey주와 같이 대안 프로그램을 열거하는 법제를 가진 州도 있다.<sup>98)</sup> 이처럼 대안 프로그램을 열거하는 州 법제는 소년법원이나 다른 의사결정자가 대안 프로그램을 활용하는 것을 더욱 장려하도록 할 수 있는 장점이 있다.

<b>Delaware</b>
<p>[...] 법원은 다음 중 어느 하나에 해당하는 대안을 고려하여야 하며, 해당되는 경우 이를 채택하여야 한다.</p> <p>(1) 아동 자신의 법정출석 서약 후 석방</p> <p>(2) 법원이 수용할 수 있는, 아동의 부모, 보호자, 감독자 또는 기타 아동의 가족구성원에게 석방</p> <p>...</p> <p>(4) 이후 심리에서 아동의 법정출석을 확보하는 것과 합리적으로 관련이 있는 활동, 교우관계, 이동 및 거주에 대한 제한을 부과한 후 석방</p> <p>(5) 아동, 청소년 및 그들의 가족을 위한 서비스부서에서 개발한 재택구금, 일일감독, 감독이 부과된 재택기반 서비스, 위탁가정 혹은 비규제적 거주 시설 배치와 같은 비규제적 구금(nonsecure detention) 대안으로 석방</p> <p>(Del. Code Ann. tit. 10, § 1007(b).</p>
<b>New Jersey</b>
<p>미결구금을 결정하기 전에 판사 또는 법원 조사관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 대안을 고려하여야 하며, 적절한 경우에는 이를 채택하여야 한다.</p> <p>(1) 부모에게 석방</p> <p>(2) 이후 심리에 출석하기로 한 소년의 약속 후 석방</p> <p>(3) 이후 심리에 소년의 출석을 보장하기 위한 서면 보증에 따라 부모, 보호자 또는 관리인에게 석방</p> <p>(4) 이후 심리에 소년이 출석할 수 있도록 합리적으로 지원할 수 있는 관리인, 공공 또는 민간 기관에 석방</p> <p>(5) 이후 심리에 소년의 출석 확보와 합리적으로 연관된 소년의 활동, 교우관계, 이동 및 거주 제한의 부과와 함께 석방</p> <p>(6) 재택미결구금 프로그램에 필수 참여를 부과하여 석방</p> <p>(7) 일시보호시설에 배치 또는</p> <p>(8) 소년의 출석 확보와 합리적으로 관련된 미결구금시설 혹은 일시보호소 이외의 다른 제한의 부과</p> <p>(N.J. Stat. § 2A:4A-20)</p>

98) Teigen, Anne S, Legislative Reforms in Juvenile Detention and the Justice System, In National Conference of State Legislatures, 2015, 4면.

마지막으로 California나 Delaware주와 같이 소년법원, 수사기관, 혹은 다른 의사 결정자에게 법원 출석 확보가 어렵고, 재범위험성이 있는 소년에 대해 미결구금 결정을 내릴 때, 가장 덜 규제적인 대안에 우위를 둘 것을 요구하는 경우도 있다.

<p><b>California</b></p> <p>미성년자를 일시 구금하는 공무원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 있다.</p> <p>(a) 미성년자 석방</p> <p>(b) 미성년자를 다이버전 서비스 기관에 위탁</p> <p>(c) 미성년자에게 통지서에 명시된 시간과 장소에 구금을 담당할 카운티의 보호관찰관에게 가도록 서면으로 통지</p> <p>(d) 미성년자를 불필요한 지체없이 보호관찰관에게 데리고 가서 보호관찰관에게 보호·감독을 위탁</p> <p>공무원은 미성년자에게 어떤 처분을 내릴 것인지를 결정할 때, 그 대안이 미성년자 및 지역사회의 최선의 이익과 양립할 수 있다면 미성년자의 이동의 자유를 최소한으로 제한하는 대안을 선호해야 한다 (Cal. Welf. &amp; Inst. Code § 626)</p>
<p><b>Delaware</b></p> <p>법원은 판결 진행 중에 규제적 미결구금을 결정하기 전에 적절한 대안을 고려해야 하며, 적절한 경우 대안을 채택해야 한다(Del. Code Ann. tit. 10, § 1007(b))</p>
<p><b>Connecticut</b></p> <p>법원은 미결구금이 필요하다면, 그러한 미결구금은 이 장에서 규정된 방식에 따라야 하고, 아동을 공공안전에 상응하는 방식으로 가능한 한 가장 덜 제한적인 환경에 배치하여야 한다(Conn. Code Ann. tit. 10, § 1005(b)(3))</p>

#### 나. 대안 프로그램의 합리적 요건 부과에 관한 법률

시설구금에 대한 대안 프로그램은 야간 외출제한, 일일보고(day reporting) 및 프로그램 참여 등과 같이 소년의 자유를 일정 정도 제한하는 요건을 포함할 수 있다. 이러한 요건은 심리 이전에 공공안전을 확보하고, 재비행을 예방한다는 미결구금의 목적을 달성하면서도, 요건이 너무 까다롭고 충족시키기 어려워 소년이 이를 위반하여 시설에 구금될 위험에 드러내지 않도록 설계되어야 할 필요가 있다. 이에 대해 Georgia는 석방 요건에서 개입을 최소한도로 할 것을 포괄적으로 규정하고 있는 반면에, Maine주는 석방을 위한 요건을 구체적으로 열거하고 있다.

<b>Georgia</b>
기소된 소년이 조건 없이 석방될 수 없는 경우, 소년의 자유에 대한 최소한의 필요적 개입을 초래하는 조건부 또는 감독 부과 석방을 선호해야 한다(Ga. Code Ann., § 15-11-46.1.)
<b>Maine</b>
<p>이후 공식적인 절차에서 출석 보장에 대한 소년의 약속에 따라 석방은 조건 없이 이루어지거나 조건이 부과될 수 있고, 혹은 소년의 출석 보장이나 지역사회 보호 혹은 소년을 포함한 지역사회 어떤 구성원의 보호, 혹은 이 두 가지의 결합과 같은 두 가지 근거 중 하나에 따라 적절하게 석방될 수 없다면,</p> <p>(1) 이후 공식 절차 혹은 소년 사회 내 처우 공무원이나 법원에 의해서 명령된 시간과 장소에 소년의 출석을 보장하겠다는 소년의 법정 관리인의 서면에 근거</p> <p>(2) 출석 보장을 제공하는 책임 있는 사람이나 조직의 보호 하에 배치되는 것에 대한 소년의 자발적 동의에 근거</p> <p>(3) 이후 공식 절차와 소년 사회 내 처우 공무원이나 법원에 의해 명령된 시간과 장소에 소년의 출석을 보장하는 것과 합리적으로 관계된 소년의 활동, 교우관계, 거주지 혹은 여행을 제한하는 규정된 조건에 근거</p> <p>(4) 이후 공식적인 절차와 소년 사회 내 처우 공무원이나 법원에 의해 명령된 시간과 장소에 출석을 보장하는 것과 합리적으로 관계된 규정된 다른 조건에 근거</p> <p>(5) 지역사회 또는 소년을 포함한 지역사회 구성원 보호를 보장하는 것과 합리적으로 관련된 규정된 조건에 근거(Me. Rev. Stat. Ann. tit. 15, § 3203-A(B)).</p>

## 2. 시설구금에 대한 대안 프로그램의 기본 모델

미국에서 소년 미결구금개혁을 한 곳에서는 이러한 노력의 하나로 대안 프로그램을 확장하고 향상해왔다. 앞서 대안 프로그램의 이론적 개념인 '보호의 연속체'에서 살펴본 바와 같이 가장 이상적인 연속체는 최소한의 규제적 프로그램에서 최대한의 규제적 프로그램의 양극단 사이에 촘촘한 여러 개의 대안 프로그램으로 구성된 방식이다. 일부 지역에서는 연속체에 가까운 다양한 대안 프로그램을 도입했지만, 일부 지역에서는 단지 핵심적 격차만 채우는 방식으로 대안 프로그램의 개발이 이루어지기도 하였다.

일반적으로 볼 때, 시설구금에 대한 대안 프로그램은 다음의 3가지 기본적인 프로그램 모델을 포함하고 있다. 첫째, 재택 혹은 지역사회 감독(home or community detention)으로 비거주, 시설에 기반하지 않는 감독방식(non-residential, non-facility based supervision)이다. 둘째, 일일 혹은 오후 보고센터(day or evening reporting center)로 비거주시설에 기반한 감독방식(non-residential, facility based supervision)

이다. 마지막으로 세 번째는 일시보호소(shelter) 및 대리 보호(foster care)로 비규제적 기숙제 시설(non-secure residential placement)에 소년을 배치하는 것이다<sup>99)100)</sup>.

### 가. 재택 혹은 지역사회 감독

재택감독(home detention) 혹은 지역사회 감독(community detention)은 자신이나 친척 등의 집에 안전하게 거주할 수 있는 소년을 감독하기 위한 대안적 프로그램이다. 구체적 방식을 살펴보면, 소년은 집에 거주하면서 학교에 다니거나 직장에 다닐 수 있지만, 정해진 조건과 의무를 준수해야만 한다.<sup>101)</sup>

#### ▶▶ [표 3-1] Multnomah 카운티의 지역사회 감독 접촉 요건

단계	청소년에게 전화	감시자의 방문
1주차 시작 단계	1일 4회 통화 (주 28회)	매일 2회 대면; 주 2회 통금 확인; 5회 유선상 통금 확인
2주차 중간 단계	1일 3회 통화 (주 21회)	매일 1회 대면; 주 2회 통금 확인
3주차 중간 단계	1일 2회 통화 (주 14회)	주 3회 대면 접촉
4단계 마무리 단계	1일 1회 통화 (주 7회)	주 2회 대면 접촉

자료출처 : DeMuro(2003), 16면.

지역마다 차이가 있지만, 일반적으로 통행 금지시간이 정해져 있고, 소년이 집 밖에 있을 수 있는 시간, 장소, 그리고 할 수 있는 행동이 미리 정해져 있다. 재택감독 담당자가 자주, 무작위로, 예고 없이, 직접 대면 혹은 전화로 소년의 의무사항 준수 여부를 감독한다. 그러나 감독대상이 되는 소년이 의무사항을 잘 준수하는가에 따라

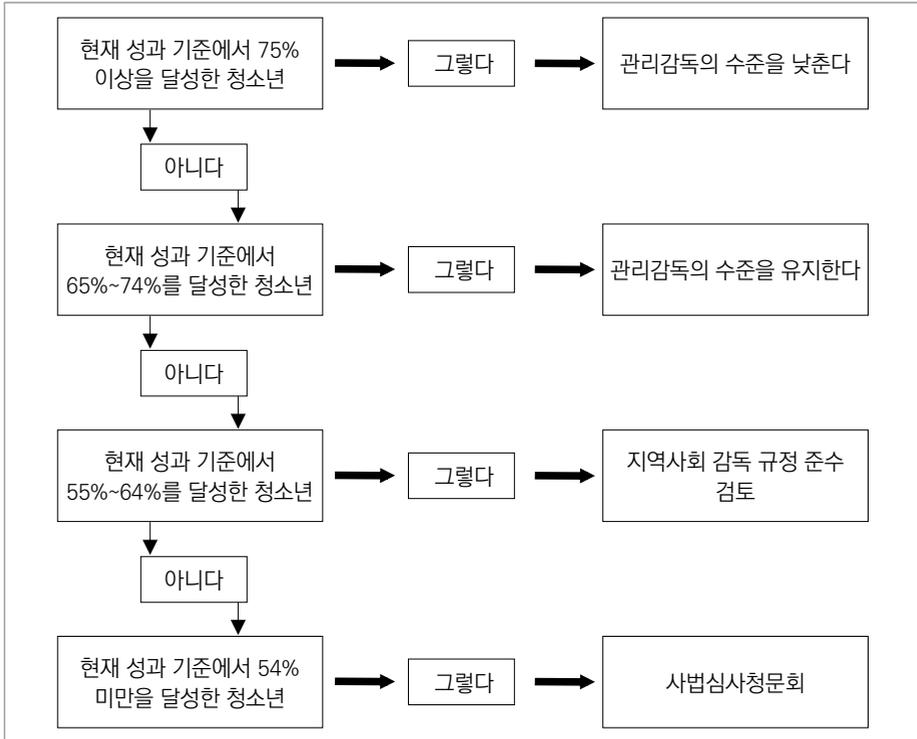
99) DeMuro, Paul, Consider The Alternatives planning and implementing detention alternatives, A Project of The Annie E. Casey Foundation, <http://www.aecf.org/initiatives/jdai>, 2003, p 15.

100) Austin과 Weitzer(2015)는 미결구금시설에 대한 대안 프로그램으로 위의 3가지 이외에 집중 감독(intensive supervision)과 전자감독을 추가로 제시하고 있으나, 집중감독이나 전자감독은 재택이나 지역사회의 일정시설에 거주하면서 사례관리담당자의 집중감독을 받거나 기계적인 방식으로 감독을 받는 것으로 크게 보면 재택 혹은 지역사회 감독에 포함될 수 있다.

101) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 113면.

감독의 강도와 접촉 시간을 조정할 수 있다. 즉 소년이 일정 기간 의무사항을 위반하지 않고 성공적으로 보내면, 통금시간이 완화되거나 특별한 활동을 할 수 있도록 허가할 수 있다.

▶▶ [그림 3-1] Multnomah 카운티의 지역사회 감독 준수기준



자료출처 : DeMuro(2003), 17면.

또한, 재택감독 기간 중 소년이 그와 관련된 준수사항을 위반한 경우에는 먼저 감독수준을 늘리는 방식으로 대응하고, 이후에도 계속 준수사항을 위반한 경우에 규제적 미결구금시설로 보낸다. 예를 들어, Cook카운티에서는 보호관찰 담당자가 소년의 집을 방문했을 때 3회 이상 집에 없었을 때 규제적 미결구금시설로 보낸다.

재택감독 프로그램은 공무원이 직접 운영하거나 공무원으로부터 위탁받은 지역사회 기반의 비영리단체가 운영하기도 한다. Sacramento카운티의 '재택감독(home supervision)'과 Cook카운티의 '재택감독(home confinement)'은 보호관찰국이 직접

소년에 대한 대면접촉과 전화통화 업무를 수행한다.

반면에, Multnomah카운티의 지역사회 감독 프로그램은 보호관찰국과 비영리민간단체의 협력을 통해 운영되기도 한다. Multnomah카운티에서는 소년이 사는 지역사회 사정에 밝은 민간 기관(예 : Volunteer of America)의 시간제 봉사자에게 소년의 대면접촉 감독을 맡기고, 보호관찰관은 소년과의 전화 연락을 담당한다.

Philadelphia에서의 재택감독 프로그램은 위탁받은 지역사회 기반의 비영리 민간단체에 의해서 운영된다. 비영리 민간단체는 주당 15~30시간 소년을 감독해줄 지원자(혹은 지역사회 감독자)를 고용한다. 감독자는 소년의 통행금지 준수 여부를 점검하기 위해서 가정방문, 대면접촉, 전화연락 등의 방식을 활용하고, 방과 후나 저녁 시간에 소년과 함께 교육이나 여가활동 등을 하면서 시간을 같이 보낸다. 또한, 직업이 필요한 소년의 구직 활동을 돕고, 소년과 그 가족의 법정 출석을 보증하는 역할도 담당한다. 즉 감독자는 소년을 감독할 뿐 아니라 지원하는 역할도 담당한다. 감독자가 집중적이고 개별화된 감독을 제공하기 때문에, 이들은 보통 한 번에 4명 정도의 소년을 담당한다.<sup>102)</sup>

San Francisco에서도 이와 유사한 프로그램인 미결구금 다이버전 지원자 프로그램(Detention Diversion Advocacy Program: 이하 DDAP)이 있다. 이는 소년의 특별한 요구에 맞는 사회복지 서비스를 제공하는 프로그램으로, 소년이 이 프로그램에 위탁되면, 프로그램 담당자는 유죄판단 이전에 미결구금 될 가능성이 있는 소년인지 확인한 후 소년에게 제공될 서비스와 감독 목표 등이 포함된 석방계획서를 작성하고, 이를 법원에 제출한다. 소년은 집이나 지역사회 내 시설에 살면서 DDAP 사례관리자와 최소한 일주일에 세 번 이상 만나고, 소년과 그 가족은 필요한 서비스를 제공받는다.<sup>103)</sup>

한편, 소년 및 부모와 협약 혹은 서면동의를 통해서 소년의 준수사항을 정하는 방식을 활용하기도 한다. 협약 혹은 서면동의 방식으로 통행 금지시간, 출입금지 장소와 허용 장소, 학교출석이나 고용 등의 의무를 명시하는 것이다.

마지막으로 재택감독에 전자감독이 부가되기도 한다. 그러나 전자감독은 일반적 재택감독의 준수사항을 위반한 청소년을 보다 규제적인 환경에서 감독하는 방안으로 활용하거나 재택감독 대상으로는 적합하지 않지만 시설에서 석방해야 할 필요성이

102) DeMuro(2003), Consider The Alternatives, pp 16-17.

103) Austin & Weitzer(2015), Alternatives to the secure detention and confinement, p 14.

있는 소년에게만 활용하는 등 매우 제한된 대상에게만 사용된다.<sup>104)</sup>

#### 나. 일일 혹은 오후보고센터 : 비기숙제 대안 프로그램

일일보고센터(day reporting center) 혹은 오후보고센터(evening reporting center)는 재택감독 프로그램보다 더 집중적인 감독이 필요한 소년에게 매일 6~12시간의 감독과 체계화된 활동을 제공하는 비기숙제 감독(non-residential detention alternative)방식의 하나이다.<sup>105)</sup> 이 프로그램은 보통 학교에 다니지 않아 재택감독 방식으로는 감독하기 어려운 소년을 대상으로 한다.

일반적으로 일일 보고센터의 기간은 최소한 30일간 혹은 판결 전까지이다. Cook카운티는 소년의 범죄 발생 비율이 높은 방과 후와 저녁 시간(오후 3시~9시)에 소년을 감독하는 방식, 즉 오후보고센터로 프로그램을 수정하였다. 오후보고센터에서는 출석한 소년에게 매일 6시간의 감독, 교육, 상담과 여가활동을 제공하고, 또한, 저녁 식사와 집으로 가는 교통편도 제공한다. 이외에도 지역사회 내 여가활동, 교육, 직업교육 시설에 소년을 위탁하기도 한다. 그리고 소년의 학교출석 및 학업 활동과 통행 금지시간을 감독한다. 이처럼 감독자가 소년에게 집중적이고 개별화된 감독을 제공하기 때문에 보통 감독자 1인당 5명의 소년을 담당하도록 한다. Cook카운티의 오후보고센터는 지역사회에서 소년 문제를 다루는데 경험 및 전문성이 있는 비영리, 지역사회 기반의 단체에 의해 운영된다.<sup>106)</sup> 한편, Florida의 Broward카운티 같은 일부 지역에서는 일일보고를 개방형 기숙제시설 처분과 연결해 활용하기도 한다.<sup>107)</sup>

#### 다. 임시보호소 혹은 위탁보호 : 기숙제 대안 프로그램

기숙제 대안 프로그램(residential alternative)은 24시간 집중적 감독이 필요한 고위험 소년이나 적합한 가정이나 친척의 집이 없는 소년을 위한 감독 프로그램이다.<sup>108)</sup>

104) Ibid, p 13.

105) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 115면.

106) Austin & Weitzer(2015), Alternatives to the secure detention and confinement, p 15.

107) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 115면.

108) DeMuro(2003), Consider The Alternatives, p 21.

New York에서 기숙제 대안은 24시간 집중적 감독이 필요한 고위험 청소년을 대상으로 하지만, Cook, Multnomah, Sacramento카운티에서는 위험성은 낮지만, 부모나 가족이 없거나 가족과 연락이 안 된 소년을 미결구금시설에 유치하지 않기 위해 활용한다. 즉 부모나 돌아갈 가족이 없어 미결구금시설에 유치되는 것을 막기 위한 대안으로 활용한다. 기숙제 대안의 거주 기간은 30일을 초과하지 않으며, 위험성이 낮으면서 가족이 확인되지 않아 배치된 소년의 경우에는 가족이 확인되면 수일 이내에 시설에서 나가기 때문에 거주 기간이 더 짧다.

가장 일반적 기숙제 대안은 임시보호소 프로그램(shelter program)이다. 임시보호소는 계호 설비가 없는 개방형 기숙제 시설로, 일정 기간 소년에게 주거를 제공한다. 임시보호소는 문 및 창문의 잠금장치 등과 같은 약간의 계호설비가 되어있지만, 기본적으로 1일 24시간 담당자의 감독에 의존한다. 따라서 담당자는 교대제로 근무하며, 입소 소년의 증가 혹은 담당자의 질병이나 휴가 등에 대비해 숙련된 시간제 직원을 고용한다. 소년은 기숙제 시설에서 연령대에 적합한 교육, 여가활동, 개인 교습, 생애 직업훈련 등을 받으며, 일부 시설에서는 소년이 공립학교에 출석할 수 있도록 허용하기도 한다.

일부 지역에서는 판결 전 소년을 위한 독립적인 임시보호소 프로그램을 별도로 개발하지 않고, 지역사회 내에 있는 기존 그룹홈(group home)을 이용하기도 한다. Sacramento카운티에서는 소년사법 당국에서 지역사회 내 그룹홈의 침상을 예약해놓고, 한시적으로 기숙제 감독이 필요한 소년을 위해 사용한다.<sup>109)</sup>

또 다른 형태의 기숙제 대안은 위탁가정(foster care)이다. 위탁가정(foster care)은 저연령 소년, 여자 청소년, 위험도가 낮은 소년, 집단 보호시설에 입소시키는 것이 적합하지 않은 소년을 위한 대안 프로그램이다. 대개 보호관찰관이 보다 영구적인 해결방안을 모색하는 동안 임시로 소년을 수양부모(foster parents)한테 위탁한다. 수양부모는 위탁된 소년에 관한 특별교육을 받으며, 위탁받은 소년에게 적절한 보호를 제공하기 위해서 보호관찰관과 긴밀한 협조 관계를 유지한다.<sup>110)</sup>

109) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 117면.

110) DeMuro(2003), Consider The Alternatives, pp 23-24.

### 3. 시설구금에 대한 대안 프로그램의 성과

#### 가. 대안 프로그램 유형별 성과

시설구금에 대한 대안 프로그램의 대표적 3가지 유형인 재택 혹은 지역사회 감독, 일일 혹은 오후보고센터, 일시보호소 프로그램 성과를 살펴보면 아래와 같다.

먼저 재택감독의 경우에는 평가연구 결과, 소년에 대한 보호·감독이 잘 이루어지는 경우 90~95%의 소년이 유죄판단 전까지 별 문제 없이 생활하다가 이후 법원 출석에 성공한 것으로 나타났다. 이와 더불어 규제적 시설구금(secure detention)보다 비용 효과적인 것으로 증명되면서 1970년대 후반부터 미국 전역에 걸쳐 일반적으로 사용되고 있다.<sup>111)</sup>

한편, 앞서 살펴본 바와 같이 재택감독에 전자감독이 결합되는 경우가 있고, 많은 지역에서 규제적 미결구금시설에 대한 첫 번째 대안으로 전자감독이 고려되기도 하였다. 그러나 전자감독은 담당자와 소년 사이의 직접 대면을 감소시켜 대면접촉 과정에서 나타날 수 있는 긍정적 효과를 기대하기 어렵고, 대상 소년이 전자감독 준수사항을 위반할 경우 그 이상의 대안이 없어 대개 규제적 구금시설로 보내지게 되었다. 이러한 부정적인 결과 때문에 JDAI 지역에서는 전자감독은 공공안전에 더 큰 위험성을 가진 소년을 대상으로 직접 대면 방식의 감독을 향상할 목적으로 사용되어야지 대면접촉을 대신할 목적으로 사용하지 말 것을 권고하고 있다.<sup>112)</sup>

일일 혹은 오후보고센터는 규제적 미결구금시설과 비교하면 비용이 적게 들면서, 소년이 센터 감독자의 집중적 감독에 의해 보호받는 장점이 있는 것으로 나타났다. 일일보고센터의 방식을 수정하여 오후보고센터 프로그램을 활용한 Cook카운티에서는 이 프로그램이 없었더라면 규제적 미결구금에 보내졌을 소년을 이 프로그램으로 전환하는 데 성공한 것으로 보고되고 있다. Cook카운티 오후보고센터의 성과에 대한 국립 범죄 및 비행 위원회(National Council on Crime and Delinquency)의 분석에서는 1997년에 183건의 사건이 오후보고센터로 배치되었고, 만약 오후보고센터가 없었더라면 그중 60% 이상이 규제적 미결구금시설에 보내졌을 것으로 추정하였다.<sup>113)</sup>

111) Ibid, p 8.

112) Ibid, pp 9-10.

113) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 100면.

기숙제 프로그램의 경우에는 부모나 친척이 없어서 규제적 미결구금시설에 보내졌던 소년을 전환하는 데 효과가 있는 것으로 나타났다. Sacramento카운티에서는 관할 지역 내에 있는 기존의 집단양육시설과 계약을 통해 일정 정도의 침상을 확보한 후 소년을 위탁해 왔는데, 이러한 방식은 30일 미만의 짧은 기간에 보호할 필요가 있는 소년에게 재정적·행정적 측면에서 편리함을 제공하는 것으로 나타났다. 그러나 집단양육시설의 원래 수용 목적에 맞게 수용된 소년과 비행 청소년을 한 곳에 혼합수용하면서 예상치 못한 문제가 발생하는 것으로 나타났다.<sup>114)</sup>

다소 오래된 자료이지만, JDAI 지역에서 실시된 시설구금에 대한 대안 프로그램 유형별로 일일평균비용을 비교한 결과를 제시하면 아래의 [표 3-2]와 같다. 1999년 기준으로 볼 때, 규제적 미결구금시설의 평균 운영비는 일당 \$150~200에 달하는 것으로 나타났고, 20개의 침상을 갖는 규제적 미결구금을 20년간 운영하는데 125만 달러가 소요되는 것으로 나타났다. 그러나 재택감독은 1일당 10달러, 직원이 포함되지 않은 전자감독은 6~10달러, 직원이 포함된 전자감독은 15~30달러, 지역사회기반 지원자 감독은 30~44달러, 저녁보고센터는 32~35달러, 비규제적 기숙시설은 90~130달러로 규제적 미결구금에 비해 훨씬 비용이 적게 드는 것으로 나타났다.

▶▶ [표 3-2] 대안 프로그램의 일일 평균 비용

프로그램 유형	일일 요금
재택감독	\$10
전자감독(직원 미포함)	\$6-10
전자감독(직원 포함)	\$15-30
지역사회 기반 지원자 감독	\$30-44
오후보고센터	\$32-35
비규제적 거주제	\$90-130

자료출처 : DeMuro(2003), 24면.

114) DeMuro(2003), Consider The Alternatives, p 23.

### 나. JDAI 지역에서 소년 미결구금개혁의 성과

위에서는 시설구금에 대한 대안 프로그램 유형별로 그 성과를 살펴보았다. 아래에서는 JDAI를 실시한 지역에서 매년 보고받은 지표를 기준으로 시설구금에 대한 대안 프로그램을 핵심내용으로 하는 소년 미결구금개혁의 성과를 포괄적으로 살펴보기로 한다.

JDAI 시행 25주년인 2017년 Annie E. Casey 재단에서 현재 JDAI가 실행 중인 164개 지역에서 지난 1년간의 성과<sup>115)</sup>를 제출받은 결과를 기준으로 그 성과를 정리한 보고서를 출간하였는데, 이 자료를 중심으로 소년 미결구금개혁의 성과를 살펴보면 아래와 같다.<sup>116)</sup> 먼저 소년 미결구금시설에 대한 의존도를 살펴보면, 164개의 JDAI 지역 중에서, 하루 평균 시설에 미결구금 된 소년의 수가 2015년 8,780명에서 2016년 4,964명으로 43% 감소한 것으로 나타났다. 그리고 JDAI 지역 내 연간 미결구금시설에 수용된 인원은 188,948명에서 95,939명으로 약 9만 3천명(49%) 감소했다.

한편, JDAI는 미결구금에 대한 의존도를 줄이는 것을 목표로 하는 개혁 프로그램으로 시작하였지만, 이는 卍에서 중국처분으로 시설내 처분을 받은 인원에도 긍정적 영향을 미치는 것으로 나타났다. 2016년 162개 지역에서 중국처분으로 시설내 처분을 받아 소년원 등에 수용된 인원도 전년도보다 57% 감소한 것으로 나타났다.

마지막으로 소년범죄 감소지표를 살펴보면, 2016년 이에 대한 정보를 제공한 127개 지역의 소년범죄는 이전 수준에 비교해 평균 40% 이상 감소한 것으로 나타났다. 소년범죄 감소지표 중 중범죄 발생 건수와 관련된 지표를 제공한 79개 지역에서 중범죄 발생 건수는 39% 감소한 것으로 나타났다.

이러한 결과는 소년 미결구금제도 개혁이 공공안전에 영향을 미치지 않으면서도 성공적으로 규제적 미결구금시설에 대한 의존도를 낮추었다는 점을 보여준다.

115) 지역마다 시작시기가 달라 1년이 되는 시점은 2015년 12월 31일에서 2016년 9월 30일까지로 다양하다.

116) Annie E. Casey Foundation, Insight From the Annual Results Reports, 2017, 4-14면.

## 제4절 | 대안 프로그램 성공에 영향을 미치는 중요 요인

Annie E. Casey 재단은 JDAI 지역에서의 경험 및 교훈을 바탕으로 대안 프로그램이 성공하기 위한 핵심문제로 1) 누가 대안 프로그램의 대상자가 되어야 하는가, 2) 누가, 언제 소년을 대안 프로그램에 배치할 것을 결정해야 하는가, 3) 대안 프로그램의 기간은 어느 정도이어야 하는가, 4) 대안 프로그램에서 부과된 준수사항을 소년이 위반한 경우 어떻게 대응해야 하는가와 같은 4가지를 제시하고 있다.<sup>117)</sup> 아래에서는 위의 4가지 핵심문제를 객관적 입소정책 수립, 표준화된 위험평가도구 사용, 대안 프로그램의 적절한 감독 기간, 준수사항위반에 대한 대응으로 나누어 살펴보기로 하겠다.

### 1. 객관적 입소정책 수립

과정으로서의 미결구금이라는 개념에 근거해서 볼 때, 대안 프로그램은 미결구금의 한 형태이면서 미결구금시설 유치와 비교해 볼 때 보호·감독 수준이 낮은 법적 지위라고 할 수 있다. 따라서 대안 프로그램은 미결구금의 원래 목적인 소년의 법원 출석 보장과 공공안전에 대한 위험방지(재범방지)라는 제한된 목적을 위해서만 활용되어야 하고, 대안 프로그램의 사용 결과 폐쇄적 미결구금시설에 유치된 소년의 수를 감소시킬 수 있어야 한다. 즉 대안 프로그램의 활용이 소년에 대한 사법기관의 통제망을 확대(net widening)하는 결과를 낳아서는 안 된다는 것이다.

대안 프로그램이 통제망 확대라는 부정적 결과를 초래하지 않기 위해서는 규제적 미결구금시설에 대한 입소자격을 명확하게 규정함으로써, 입소자격에 포함되지 않지만, 법원 출석확보가 어렵거나 재범위험이 있는 소년에 대해서만 대안 프로그램을 활용하도록 제한하는 제도적 뒷받침이 필요하다.

Florida는 卍 단위에서 소년 미결구금개혁을 시행한 독특한 사례로 미결구금시설 입소기준을 법률에 명문화하였다. 개혁 이전 卍法에서는 미결구금 기준을 “그 자신 혹은 타인에게 위험을 보였거나 보일 위험이 있는 자” 또는 “어떠한 법 혹은 법정

117) DeMuro(2003), Consider The Alternatives, pp 32-35.

명령을 위반한 자”로 규정하였으며, 소년에 대한 미결구금이 ‘형벌’의 목적으로 사용하는 것을 허용하였다.<sup>118)</sup>

그러나 개정 이후 심리 불출석의 위험이나 재판 전 심각한 재범위험이 없는 한 소년을 미결구금시설에 유치하는 것을 금지하였다. 새로운 법은 입법목적을 밝히는 조항에서 “본 장의 1부의 조항에 근거한 미결구금시설은 보다 덜 규제적 일시적 대안 처분이 적합하지 않을 때만 사용해야 한다. 이는 미결구금이 소년의 위험평가에 근거해야 한다는 州 의회의 의도에 따른 것이며, 그 결정은 반드시 소년이 그 자신이나 지역사회에 위험이 되거나 법정에 출두하지 않을 위험이 있거나 판결이나 처분이 내려지기 전에 재범위험이 있다는 명백하고 설득력 있는 증거가 있을 때로 한정해야 한다는 것이다”라고 밝히고 있다.<sup>119)</sup>

이와 더불어 Florida주는 미결구금시설이 부적절한 용도로 사용되는 것을 금지하는 규정을 마련하였다. 이는 미결구금시설에 대한 과도한 의존과 이에 따른 과밀수용이 비행을 저지르지 않았지만 문제를 둔 자녀의 부모가 자신의 법적인 책임을 회피하기 위해, 혹은 실무자가 피해자나 공동체의 처벌 욕구를 충족시키기 위해, 심문이나 조사의 편의를 위한 행정적 목적 등으로 미결구금시설을 부적절하게 사용한 결과로 파악하고 있기 때문이다. Georgia주에서도 Florida주와 유사한 법 조항을 갖고 있다.

<b>Florida</b>
<p>다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 비행 또는 법 위반 혐의를 받는 아동에 대해 규제적, 비규제적 혹은 재택 구금에 처할 수 없다.</p> <p>(a) 부모가 법적 책임을 회피하도록 허용하기 위해</p> <p>(b) 아동에 대한 보다 편리한 행정적 접근을 허용하기 위해</p> <p>(c) 추가 심문이나 조사를 용이하게 하기 위해</p> <p>(d) 더 적절한 시설이 부족하기 때문에 (Fla. Stat. Ann. § 985.24(2))</p>
<b>Georgia</b>
<p>비행을 저지른 것으로 추정되는 아동은 다음 사항으로 미결구금시설에 유치될 수 없다.</p> <p>(1) 처벌, 치료 또는 재활을 위해</p> <p>(2) 부모, 보호자 또는 법정 관리인의 법적 책임을 회피할 수 있도록 허용하기 위해</p> <p>(3) 피해자, 법집행기관 또는 사회의 요구를 충족시키기 위하여</p>

118) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 123면.

119) 김지선, 위의 연구총서, 123면.

- (4) 보다 편리한 행정 접근을 허용하기 위해
  - (5) 추가 심문 또는 조사를 쉽게 하기 위해, 또는
  - (6) 보다 적절한 시설의 부족으로 인하여
- (Act of May 2, 2013, 2013 Ga. Laws, H.B. 242, art. 6, pt. 3 § 15-11-503)

특정 유형의 소년을 규제적 미결구금시설에 유치하는 것을 원천적으로 배제하는 것도 미결구금시설에 대한 의존도를 낮추고, 부적절한 미결구금시설의 이용을 해결하는 가장 직접적인 방법이다. 아래에서 제시한 Alabama주의 예처럼 대체로 저연령 소년, 지위 비행이나 非비행소년에 대해서 미결구금시설 유치를 명시적으로 금지하고 있다.

#### Alabama

규제적 미결구금 또는 구금되어서는 안 되는 사람은 다음 각 호의 사항을 모두 포함한다.

- (1) 지위비행자
- (2) 연방 피보호자
- (3) 비범죄자
- (4) 10세 이하 아동 (Ala. Code § 12-15-208.)

## 2. 표준화된 위험평가도구 사용

### 가. 위험평가도구의 중요 원칙

소년의 심리출석 확보와 재판계류 중 재범방지라는 미결구금의 목적을 달성하면서도 소년을 계호 설비가 된 미결구금시설에 유치하지 않는 다양한 대안 프로그램을 효과적으로 사용하기 위해서는 다양한 대안 프로그램 중 소년을 어떤 프로그램에 배치할지를 결정해야 한다.

소년 미결구금제도 개혁에 착수한 州들은 경찰에 의해서 일시적으로 미결구금시설에 보내진 소년을 이후 어떻게 처리할 것인가를 결정하기 위해서 객관적 평가도구를 개발하여 사용하고 있다. 이는 일반적으로 '위험평가도구(Risk Assessment Instruments ; RAIs)'라고 불린다.

소년사법에서 활용되는 일반적 위험평가도구와 마찬가지로 미결구금에 대한 의사 결정을 돕기 위한 위험평가도구도 ‘객관성’(objectivity), ‘일관성’(uniformity), 그리고 ‘위험기반’(risk-based)을 중요한 원칙으로 삼고 있다.<sup>120)</sup> 이에 대해 구체적으로 살펴 보면 아래와 같다.

- 객관성 : 미결구금에 대한 결정은 소년 개개인에 대한 심사자의 주관적 의견보다는 중립적이고 객관적 요인에 근거해야 한다. 객관적 기준은 미결구금을 결정할 때 범죄의 성격과 심각성, 이전의 위탁 횟수 또는 소년의 보호·감독으로부터의 이탈 이력과 같은 확인 가능한 사실을 고려해야 한다는 것을 의미한다.
- 일관성 : 평가 기준은 미결구금 결정의 대상이 되는 모든 소년에게 동등하게 적용되어야 한다는 점에서 통일적이고 일관적이어야 한다. 원하는 수준의 통일성을 달성하려면 평가 기준이 서면(또는 전자) 형식으로 되어있어야 한다.
- 위험기반 : 평가 기준은 위험에 기반한, 즉, 소년에 의해서 제기된 특정 보호·감독수준에 상응하는 위험을 측정해야만 한다. 이러한 위험은 유죄 판결 이전에 재범할 위험과 법원 심리에 출석하지 않을 위험이다.

그러나 미결구금 위험평가도구와 일반적 위험평가도구의 차별적 지점은 ‘위험기반’ 원칙에 관한 것이다. 미결구금 결정 과정에서 사용되는 위험평가도구는 심리전 소년의 도주 및 재비행 위험 정도를 분류하여 미결구금시설 유치와 적절한 보호·감독 수준의 결정을 합리화하기 위한 객관적 심사 도구이다. 이처럼 미결구금의 일차적 목적이 치료, 교육, 교화가 아니므로 미결구금을 위한 위험평가에서는 일반적 위험평가도구에서 중요하게 고려되는 자살위험, 약물중독, 의료적 처우의 필요성과 같은 소년 자신에 대한 위험은 제외되어 있다.<sup>121)122)</sup>

120) Steinhart, D., Juvenile detention risk assessment: A practice guide to juvenile detention reform, Annie E. Casey Foundation, 2006, p 7.

121) Ibid, p 10.

122) 미결구금 위험평가도구에 소년 자신에 대한 위험요인이 배제된 또 다른 이유는 미국 소년 미결구금 역사에서 교육, 치료, 처우 등이 미결구금시설이 수용된 주요한 원인이었기 때문이기도 하다.

### 나. 위험평가도구 사용과 관련된 법률

Florida, New Mexico, Virginia, Colorado주는 법 개정을 통해 미결구금 결정 시 객관적 위험평가도구를 사용할 것을 의무화하고 있다.<sup>123)</sup> 특히, New Mexico주는 미결구금 위험평가도구를 개발하기 전까지 미결구금을 금지하였다.<sup>124)</sup> New Mexico주에서는 2003년에 위험평가도구가 개발되었는데, 2004년 1월 1일까지 입법부에 미결구금 위험평가도구의 적용에 관한 자료를 수집하고 분석하여 서면보고서를 제출하도록 하였다. 이외에 Colorado주도 2007년 이와 유사한 법률을 통과시켰다.

#### New Mexico

A. 「비행법」의 규정에 따라 법원의 명령을 받지 않는 한, 비행 혐의로 보호·감독이 고려되는 아동은 미결구금 위험평가도구가 완성되지 않는 한 미결구금과 관련된 보호·감독 프로그램에 배치되어서는 안 된다.

[...]

D. 부서는 미결구금 위험평가도구를 개발하여 시행한다. 부서는 미결구금 위험평가도구의 적용에 관한 자료를 수집하고, 분석하여야 한다. 부서는 2004년 1월 1일에 미결구금 위험평가도구의 적용에 관한 자료의 수집 및 분석에 관한 서면 보고서를 입법부에 제출해야 한다. (N.M. Stat. Ann., § 32A-2-11)

위험평가도구는 미결구금 결정 과정에서 객관성과 일관성을 확보하는 데 도움을 줄 수 있지만, 이러한 효과는 이 도구에 대한 지식과 경험이 풍부한 직원에 의해서 사용될 때 가장 잘 발현될 수 있다. Nebraska주에서는 이러한 점을 고려하여, 아래와 같은 법을 통해 특정 교육을 받은 직원이 위험평가도구를 관리하도록 요구하고 있다.

#### Nebraska

표준화된 소년 미결구금 위험평가도구는 보호관찰관에 의해서 미결구금이 필요한지, 그리고 미결구금이 필요하다면, 규제적 미결구금 혹은 비규제적 미결구금에 보낼 지 여부를 판단하기 위해서 주 전체에 걸쳐 사용되어야 한다...소년 미결구금 위험평가도구를 관리하기 위해 이에 대한 교육을 받은 보호관찰관을 소년사건 접수 보호관찰관(juvenile intake probation officers)으로 활동하도록 한다. 적절한 교육을 받은 보호관찰관만 소년 미결구금 위험평가도구를 관리할 권한을 갖는다(Neb. Rev. Stat. § 43-260).

123) Steinhart(2006), Juvenile detention risk assessment, p 8.

124) Teigan(2015), Legislative Reforms, p 4.

마지막으로 미결구금이 본래 목적에 맞게 활용될 수 있도록 Delaware 주에서는 미결구금 결정을 담당하는 법원, 보호관찰관 또는 다른 결정권자에게 미결구금을 결정할 이유를 서면으로 기록하는 것을 의무화하는 수가 있다. 미결구금 결정 이유를 서면으로 제출하도록 요구하는 것은 소년판사가 위험평가도구 결과에 따른 미결구금 배치계획에서 제시한 결정을 거부할 때, 특히 더 중요해진다.

#### Delaware

법원이 심리를 기다리는 동안 아동을 계호 설비가 된 미결구금시설에 배치하는 경우, 법원은 본조 (a)에 따른 미결구금 결정의 근거와 본조 (b)에 따른 미결구금시설에 대한 대안을 채택하지 않은 이유를 서면으로 진술해야 한다. 법원은 재판계류 중인 아동에 대한 위험평가가 완료된 경우, 아동에 대한 석방 혹은 계호설비가 없는 시설에 수용하는 것으로 결정이 예정되어 있으나, 법원이 그 결정을 거부하였을 때는 그 근거를 서면으로 명시하여야 한다(Del. Code Ann. tit. 10, § 1007(c).).

#### 다. 위험평가도구의 평가 요소

일반적으로 위험평가도구는 쉽게 측정될 수 있고, 소년이 제기하는 위험과 관련된 요인에 기반해야 하며, 각 요인의 항목들은 가중치가 매겨져 있다. 대부분의 미결구금 위험평가도구는 이와 유사한 형태를 띠고 있는데, 보통 1) 현재 혐의의 심각성, 2) 이전의 범죄경력, 3) 현재의 법적 신분(보호관찰 중, 다른 계류 중인 사건에 연루 여부 등), 4) 이전의 미결구금 관련 준수사항 위반 기록(예 : 법원 불출석으로 인한 영장 기록이나 심리전 체재포 등)의 4가지 요인으로 구성되어 있다.<sup>125)</sup> 각 요인을 구성하는 항목들은 선행연구들을 통해 밝혀진 중요도에 따라 가중치가 매겨져 있고, 미결구금 선별 담당자는 이를 합계해 총점을 산출한다.

예를 들어, Multnomah카운티의 위험평가도구는 1) 가장 심각한 범죄, 2) 본 건 이외의 추가 범죄, 3) 현재의 법적 지위, 4) 이전의 영장 발부 경력, 5) 범죄경력, 6) 감경요인, 7) 가중요인 등 크게 7가지 요인으로 구성되어 있다. 첫 번째 요인인 가장 심각한 범죄 중 의도적 살인인 경우에는 17점, 폭력, 무기사용, 무기위협을 포함한 C급 중범죄는 6점 등 점수가 매겨진다.

125) Orlando, Frank, Controlling The Front Gates effective admissions policies and practices, A Project of The Annie E. Casey Foundation, <http://www.aecf.org/initiatives/jdai>, 2003, 26면.

그리고 감경요인과 가중요인에는 학교출석, 법원명령 등을 감독할만한 책임 있는 성인의 존재 여부, 첫 비행연령, 이전의 기출경력 등과 같은 소년의 특성들로 구성되어 있으며, 감경요인일 경우 점수를 빼고(각 항목 당 최대 2점), 가중요인일 경우에는 점수를 더하게 되어있다.

개별 요인 점수를 합계한 총점을 12점 이상, 7점~11점, 0~6점의 3등급으로 구분하여 12점 이상의 소년은 미결구금시설에 보내고, 7점~11점의 소년은 조건부 석방을 하고, 0~6점의 소년은 조건없이 석방한다. 이외에 결정항목에 특별구금사례가 있는데, 이는 위험평가요인과 관계없이 미결구금시설 탈출, 체포 영장, 미결구금시설 유치 중 심리를 위한 소환, 법정명령위반(지역사회 미결구금 위반, 주간 보고 명령 위반, 전자감독 위반, 법 위반, 가석방 위반, 기타 등)의 경우에는 무조건 계호 설비가 된 미결구금시설로 보내진다.<sup>126)</sup>

한편, 판사는 위험평가결과를 검토한 후 미결구금 접수 담당관의 결정을 받아들일 것인지 아니면 거부할 것인지에 대한 재량권을 갖고 있다. 그러나 결정을 거부한 경우에는 반드시 그 이유를 구체적으로 기재해야 한다. 그리고 변호인은 위험평가도구에 포함된 요인에 근거해서 해당소년의 미결구금에 반대하는 변론을 할 수 있다.<sup>127)</sup>

#### Multnomah카운티 소년사법서비스국 위험평가도구(RAI) III

본 문서는 전자적 RAI가 이용할 수 없을 때 사용해야함. 본 내용은 가능한 빨리, 전자적 RAI에 입력되어야함.

날짜/시간(DELH 또는 입소)\_\_\_\_\_

접수선별(intake screening) 날짜/시간\_\_\_\_\_

소년 이름\_\_\_\_\_

사건 번호\_\_\_\_\_

특별 미결구금(모든 해당 범주에 동그라미 칠 것)

구금시설탈출

구금

체포 영장 (제한된 예외, 정의 참조)

구금

126) Steinhart(2006), Juvenile detention risk assessment, pp 91-94.

127) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 127면.

영장/소환장의 종류 (해당 항목 모두 표시) <input type="checkbox"/> 불출석 <input type="checkbox"/> 소재불명 <input type="checkbox"/> 기타 _____	
구금시설 유치 중 심리에 소환됨	구금
법정 명령(해당 항목 모두 표시) <input type="checkbox"/> 지역사회 미결구금 위반 <input type="checkbox"/> 일일보고 위반 <input type="checkbox"/> 전자감독 위반 <input type="checkbox"/> 법률 위반 <input type="checkbox"/> 보호관찰 위반 <input type="checkbox"/> 기타 _____	구금
<b>1. 가장 심각한 현재 위반(가장 높은 해당 점수에 동그라미 표시)</b>	
의도적 살인(가중 살인, 살인)	17
살인 미수 또는 폭력, 무기사용, 무기사용위협을 포함한 A급 중범죄 (강간1, 수단1, 강요를 통한 불법적 성적 침해1 포함)	12
폭력, 무기사용, 무기사용위협을 포함한 B급 중범죄	8
폭력적 강요가 없는 강간1, 계간1, 성적 침해1	7
폭력, 무기사용, 무기사용위협을 포함한 C급 중범죄	6
기타 모든 A급과 B급 중범죄	5
모든 C급 중범죄	3
폭력, 무기 소지, 무기사용위협을 포함한 경범죄	3
기타 모든 경범죄	1
보호관찰/가석방 위반	1
기타 (예: 지위비행 - MIP, 도주, 통행금지위반 등)	0
점수 범위 0-17	_점
<b>2. 추가적 현재 위반(해당 시, 가장 높은 점수 동그라미표)</b>	
연관 없는 두개 이상의 중범죄 추가	3
연관 없는 하나의 중범죄 추가	2
점수 범위 0-3	_점
<b>3. 법적 신분(해당하는 모든 것 동그라미표)</b>	
현재 소년사법/Oregon 혹은 다른 주 혹은 카운티의 감독(해당사항 모두 표시) <input type="checkbox"/> 가석방 <input type="checkbox"/> 보호관찰	2
또는 (이 부분이 해당된다면, 2 또는 1점 기록, 양자 모두가 아님) <input type="checkbox"/> 처분유예 <input type="checkbox"/> 비공식 처분 <input type="checkbox"/> 공식적 책임 서약서 <input type="checkbox"/> DJJS(Department of Juvenile Justice Service) 다이버전 <input type="checkbox"/> 기타 _____	1
상기 법적신분은 중범죄 폭력/상해법위반 혹은 가정폭력 또는 불법화기소지에 의함	1
법위반/보호관찰위반(소장 제출됨)으로 재판/처분 계류 중. 1번의 '가장 심각한 현재 위반'의 값을 사용해 재판계류 중인 가장 심각한 범죄점수를 매길 것. 현재 영장	17 12 8 7 6 5

이 없다면 6개월 이상 지난 경범죄에 대해서는 점수 없음 3 1 0  
 소년은 조건부 석방중임 (해당사항 모두 선택, 1점)  
 지역사회 미결구금  전자 감시  가택연금  
 기타 \_\_\_\_\_

점수 범위 0-21점 \_\_\_\_점

**4. 모든 영장/소환장 기록 20**

최근 18개월간 각 영장/소환장에 대해 2점 (최대 20점)

점수 범위 0-20점 \_\_점

**5. 과거의 유죄판결 기록 (해당시, 최고 점수에 동그라미)**

두 개 이상의 중범죄 판결 3  
 한 개의 중범죄 판결, 3개 이상 경범죄 판결 2  
 두 개의 경범죄 판결 1

점수 범위 0-20점 \_점

**6. 감경 요인 (해당사항 모두 선택)**

규칙적 학교 출석 또는 취직 중 -1  
 감독 및 법정 출석을 보증할 책임능력 있는 성인 -1  
 최근 1년간 법률 위반 이송 없음 (위법 기록이 있는 청소년만 해당) -1  
 16세 이후에 최초 범위반 위탁 -1  
 현재 범죄가 최초 범위반 위탁 -1  
 현재 보호관찰 중 아님, 첫 번째 소재불명 영장, 영장여부 모름 -2  
 불출석 영장 기록 없음 (반드시 비행 법정 출석 기록이 있어야 함) -2

점수 범위 0-9점 \_\_점

**7. 가중요인 (해당사항 모두 표시)**

확인 가능한 지역 공동체와의 유대가 없음 3  
 현재 위반 시 회기 사용 또는 사용위험 없는 화기 소지 2  
 최근 6개월 내 가출기록(2회 이상) 또는 1번 가출 및 1번 배치된 곳에서 도주 1  
 최근 6개월 내 가정 이외의 배치된 곳으로부터의 도주 (2회 이상) 2  
 현재 사건에서 피해자 다수 1  
 현재 사건에게 피해자에게 문서로 위협 1

점수 범위 0-10점 \_\_점

**위험 점수 합계 \_\_\_\_ 점**

**결정 단계/결정**

- 특별 구금 사례  구금 (+12)
- 조건부 석방 (7-11)  조건없는 석방 (0-6)

**소환**

- 예비 심리 소환  예  아니오
- 일시보호소 배치  예  아니오

**거부**

- 구금  조건부 석방  무조건부 석방 승인자\_\_\_\_\_
- 거부이유\_\_\_\_\_
- 소년은 미결구금의 법적 기준에 합치하는가?  예  아니오
- (만약 '아니오'라면 소년은 반드시 석방되어야함)

**계류 중인 예비 심리 하 소년의 입소 이유 (한 개 이상의 이유가 존재 가능)**

- 중범죄  보호관찰/가석방 위반
- 타인의 신체 상해관련 범죄  다른 사법구역으로부터의 도망
- 화기소지 (ORS 166.250)  주 소년원으로부터 APB
- 소년 미결구금시설로부터의 탈주  조건부 석방 위반
- 주 경계를 넘어선 도주  소환 불출석
- 그리고 덜 규제적인 방식으로는 청소년의 심리출두를 보증할 수 없을 때
- 청소년의 행위가 청소년자신/타인/지역사회의 복지를 위태롭게 할 때

**36시간 유치 (거부/감독 승인 요구됨)**

다음의 경우 청소년은 첫 경찰 보호·감독 하에 36시간까지 유치될 수 있음. 범죄로 송치/책임 능력 있는 부모나 후견인이 없거나 책임지려하지 않을 때, 임시보호소에 자리가 없을 때, 서약서부 혹은 조건부 석방이 불가능할 때.

소년이 경찰의 보호·감독 하에 들어간 시간/날짜는? \_\_\_\_\_

석방은 늦어도 \_\_\_\_\_(시간/날짜)까지는 이루어져야함.

이유: \_\_\_\_\_

전자 RAI가 사용불가능하고, 청소년이 미결구금될 때만, 아래 표를 완성할 것. 다음 표는 CMS점수 계산을 위해 전자 RAI가 사용하는 것임.

**CMS (capacity management system)점수 계산**

상담자의 위험측정도구(RAI) 점수 \_\_\_\_\_

가산 : 각각의 현재 혐의(가장 위험한 혐의만이 아님)의 점수	_____
가산 : 소장에 제출된 각각의 '대인' 또는 '대물' 혐의의 점수	_____
가산 : 각각의 사실로 판명된 혐의의 점수	_____
가산 : 최근 18개월 내 각 영장/소환장 발급 마다 2점(교통/약물중독 제외)	_____
CMS 점수 총점	_____ 점

본 종이 RAI는 통지 및 진술 정보는 포함하고 있지 않음. 전자 RAI에 옮길 때 본 정보를 포함 할 것.  
주의: RAI점수가 12점미만인 미결구금청소년은 'CMS 조기 석방 계획' 양식을 완성할 것.

자료출처 : Steinhart(2014), 91-94면.

### 3. 대안 프로그램의 적절한 감독 기간

소년이 지역사회기반 대안 프로그램에 배치된 경우 감독 기간이 어느 정도가 적절한가도 고려해야 할 중요한 쟁점이다. 이와 관련해서 DeMuro(2003)는 지역사회기반 대안 프로그램도 미결구금의 일종이고 소년의 자유를 일정 정도 제한하는 여러 가지 수준의 보호·감독조건이 부과되기 때문에, 폐쇄적 미결구금시설에서 그 기간이 엄격하게 관리되고 감시되는 것과 마찬가지로 지역사회기반 대안 프로그램의 기간도 엄격하게 감시될 필요가 있다고 주장한다.<sup>128)</sup>

한편, 오랜 기간 소년을 지역사회기반 대안 프로그램에 두는 것은 다음과 같은 두 가지 부정적 결과를 초래할 수도 있고, 이는 모두 규제적 미결구금시설의 수용인원 감소에 부정적 영향을 미칠 수 있다. 첫째, 소년이 대안 프로그램에 오래 머무를수록, 소년에게 부과된 요건, 즉 준수사항을 위반할 확률이 높아지게 되고, 준수사항을 위반한 경우 이에 대한 특별한 장치가 없는 한 자동적으로 규제적 미결구금시설로 보내지기 때문이다. 둘째, 소년이 오랜 시간 대안 프로그램에 머무르게 되면, 그 프로그램이나 시설 역시 가득 차게 되어 대안 프로그램에 보내져야 적절한 소년이 규제적 미결구금시설로 보내지기 때문이다.

따라서 규제적 미결구금시설에서와 마찬가지로 대안 프로그램의 기간은 심리에서 사건에 대한 유죄판단이나 처분이 내려지면 종결되는 것으로 정할 필요가 있다. 이 경우 보호·감독 기간이 소년사건 처리 기간에 의해서 영향을 받기 때문에 미국에서

128) DeMuro(2003), Consider The Alternatives, p 34.

소년 미결구금 개혁을 성공적으로 추진한 卍는 대안 프로그램 마련 및 객관적 위험평가도구의 개발과 더불어 소년사건 처리절차에서 불필요한 지연을 제거해 절차를 신속화하기 위한 다양한 노력을 하였다.

#### 4. 준수사항 위반에 대한 점진적·단계적 대응

앞서 살펴본 바와 같이 대안 프로그램은 소년의 위험도에 따라 다양한 보호·감독수준이 부과된다. 그렇다면 부과된 의무나 조건을 위반한 소년에 대해서 어떻게 처리할 것인가의 문제가 중요한 쟁점이다.

JDAI 지역의 대부분 프로그램은 단계적 혹은 점진적 대안(a graduated system of response)을 마련해두고 있다. 즉 소년이 대안 프로그램의 준수사항을 위반하였다고 해서 바로 규제적 미결구금시설로 보내는 것이 아니라 그 보다 단계가 높은 보호·감독을 부과하는 방식이다. 점진적 대안 프로그램을 결정하기 위해서 위반이유, 위반이 반복될 확률, 가족이나 친척의 지원, 지역사회 지원시스템의 유무, 학교나 가정에서의 소년의 태도 등을 종합적으로 검토한다.<sup>129)</sup>

Multnomah카운티에서는 대안 프로그램 요건을 준수하지 않는 소년을 위해 정기적으로 ‘준수사항 감독 심리’(compliance review hearing)를 개최한다. 이 심리에서는 의무사항이나 조건을 강화하거나 프로그램 기간을 연장하는 결정을 한다. 다른 지역에서는 보호·감독을 맡은 직원에게 소년의 준수사항 이행 정도에 따라 보호·감독 조건을 상향 혹은 하향할 수 있는 권한을 부여한다. 예를 들어, 재택감독 조건 위반 시에 소년에게 더 자주 전화하거나 통행금지 조건을 강화하거나 예고 없는 방문횟수를 늘리는 방식이다. 그러나 준수사항위반에 대한 대응으로 전자감독을 부과하기 위해서는 반드시 사법적 판결이 필요하다. 이와 같은 점진적·단계적 대응에도 불구하고 소년이 계속해 준수사항을 위반한 때에만 규제적 미결구금시설에 유치하게 된다.

한편, 일부 卍는 준수사항 위반한 소년의 절차적 권리를 보장하기 위해서 몇 가지 사항들을 법으로 규정해놓고 있다. Maine주는 소년에게 자신의 상태에 대한 명확한 정보를 제공하지 않으면, 부과된 요건을 준수할 것으로 기대할 수 없다는 점에서

129) 김지선(2003), 소년미결구금제도에 관한 연구, 121면

사회내 처우를 담당하는 직원이 소년에게 이를 서면으로 알려줄 의무를 부과하고 있다. 그리고 준수사항 위반에 대해 다른 유형 혹은 추가적인 요건이 부과될 경우 소년이 이의 적절성을 검토하는 심리를 요구할 수 있는 권리를 보장해주고 있다.

#### Maine

- 사회 내 처우 직원은 [소년의 출석보장과 지역사회 보호를 위하여 필요한] 석방 요건이 있는 경우, 소년에게 부과된 요건의 사본을 제공하고, 소년에게 해당 요건 위반 시 해당하는 결과를 알려야 하며, 소년법원에 의해 검토되는 조건을 가질 권리에 대해 알려야 한다(15 Me. Rev. Stat. tit. 15 § 3203-A(4)(B)).
- 석방의 원래 조건을 위반한 결과, 다른 또는 추가적 석방 요건이 부과될 경우 소년은 소년법원에 그 요건을 검토할 것을 요청할 수 있다. 추가 또는 다른 요건의 검토에는 증거의 우세가 고의 또는 고의로 석방 조건을 위반했음을 나타내는지 여부를 결정하는 청문회가 포함되어야 한다 (Me. Rev. Stat. tit. 15 § 3203-A(9)).

한편, Florida주는 소년이 준수사항 위반으로 대안 프로그램에서 규제적 미결구금 시설로 이송될 때 반드시 심리를 거치도록 하고 있다. 즉 심리에서 그럴만한 현저하게 변경된 상황이 인정되어야만 규제적 미결구금시설에 유치할 수 있다고 명시하고 있다.

#### Florida

- (1) 해당 부서는 아동이 본 장에 따라 미결구금 된 경우, 현저하게 변경된 상황이 그러한 이송을 보증하는 경우에만 비규제적 구금 혹은 재택감독보호에서 규제적 시설로 이송할 수 있다.
- (2) 아동이 석방 상태에 있고 본 파트에 따라 구금되지 않은 경우, 새로 발견된 증거 또는 변경된 상황에 근거하여 재평가된 위험평가도구가 증거에 포함되어야 한다(Fla. Stat. Ann. § 985.265)

## 제5절 | 시사점

미국에서 소년 미결구금제도 개혁 이전에는 우리나라와 같이 범죄로 연행된 소년을 아무런 조건 없이 보호자에게 돌려보내거나 미결구금시설에 유치하는 두 가지 선택지 밖에 없었다. 미결구금시설에 대한 대안 부족과 더불어 법으로 규정된 명확한 미결구금 요건 부재 및 소년범에 대한 강경한 여론 등으로 인해 많은 소년이 재판 출석

보장을 위한 신병확보와 재판계류 중 재범방지라는 목적 이외에도 다양한 이유로 미결구금시설에 유치되었고, 이는 과밀수용의 문제를 낳았다. 이러한 문제를 해결하기 위해 미국의 여러 주들은 1990년대부터 소년 미결구금개혁에 착수하였고, 소년 미결구금개혁의 주된 내용 중의 하나는 미결구금시설을 대체할 수 있는 다양한 유형의 지역사회기반 대안 프로그램을 고안하여, 적절한 방식으로 실행하는 것이었다.

미국의 재판 전 감독제도는 3가지 유형의 임시조치가 법적으로 규정되어 있으나, 실질적으로는 아무런 조건 없이 보호자에게 위탁하거나 미결구금 성격을 갖는 시설인 소년분류심사원 위탁이라는 2가지 선택지밖에 없는 우리나라에서 향후 재판 전 감독 제도의 운용과 관련해서 몇 가지 시사점을 제공해주고 있다.

먼저 미국에서 미결구금시설에 대한 대안으로 고안된 다양한 유형의 지역사회기반 보호·감독 프로그램은 소년사범에 있어 '보호(혹은 서비스)의 연속체'라는 개념에 근거하고 있다는 점이다. 즉 중구처분을 기다리는 소년의 도주확률과 재범위험 수준에 상응하는 다양한 유형의 보호·감독 프로그램을 개발하여 활용하고 있다는 점이다. 재판 전 보호·감독 프로그램의 전형은 보호자가 일정 수준의 보호 능력을 갖추고 있을 때 몇 가지 준수사항과 함께 부과되는 재택감독이나 지역사회 감독, 학교에 다니지 않아 특별한 일일 활동이 없는 소년을 위한 일일보고센터 혹은 오후보고센터 출석 명령, 24시간 감독이 필요하거나 돌아갈 가정이 없는 소년을 위한 개방형 기숙제 시설 위탁 등을 포함하고 있고, 각 기본 프로그램 안에는 다시 여러 수준의 보호·감독 프로그램들이 존재하고 있다.

'보호의 연속체' 개념에 근거한 다양한 수준의 재판 전 감독제도의 장점 중의 하나는 각 프로그램에 배치된 소년의 프로그램 수행성과에 따라 보다 더 혹은 덜 규제적 프로그램으로 전환하는 것을 가능하게 해준다는 점이다. 이는 무엇보다도 각 프로그램에 배치된 소년들이 준수사항을 준수하지 않았을 때 유용하다고 할 수 있다. 이와 같은 다양한 재판 전 보호·감독 프로그램은 우리나라에서 재판 전 보호·감독 프로그램들을 도입하여, 구체적 프로그램을 개발할 때 참고가 될 것으로 생각된다.

둘째, 미국에서 성공적으로 소년 미결구금제도를 개혁한 지역에서는 재판 전 감독 프로그램의 활용이 소년에 대한 형사사범 통제망 확대를 결과하지 않도록 하기 위한 제도적 노력이 있었다는 점이다. 제도적 노력은 크게 3가지 방향으로 전개되었다.

이 중 한 가지 방법은 재판 전 감독프로그램의 대상자를 도주 위험이나 재판계류 중 재범위험이 있으나 구금시설에 유치할 필요가 없는 소년에 한정하는 것이었다. 즉 재판 전 감독프로그램을 소년의 심리출석을 확실히 보장하고, 재판 전 기간 재범위험을 최소화하기 위한 목적으로만 사용되어야 한다는 점을 명확히 하였다. 또 다른 제도적 노력은 소년의 도주위험과 재판계류 중 재범위험을 평가할 수 있는 객관적 위험평가도구를 개발하여 활용하는 것이다. 마지막으로 소년이 재판 전 감독프로그램이 부과한 준수사항을 위반했을 때, 바로 시설에 구금되지 않도록 준수사항 위반 시 그 이유, 반복될 확률, 가족이나 주변 사람들의 지원 여건, 지역사회 지원시스템의 유무, 학교나 가정에서의 상황 등을 고려해 준수사항 조건을 강화하거나 프로그램 기간을 연장하는 등의 방법을 활용하고 있다는 점이다. 계속해서 준수사항을 위반했을 때는 미결구금시설로 유치되지만, 가급적 사소한 준수사항 위반이 미결구금시설 유치를 결과하지 않아 소년이 성공적으로 프로그램을 이수할 수 있도록 돕는 데 초점을 맞추고 있다는 점이다.

재판 전 감독제도 도입이 재판계류 중 소년의 재범위험을 억제한다는 선한 의도에서 시작되었더라도 이것이 형사사법의 통제망 확대를 결과할 가능성이 크기 때문에 우리나라에서도 재판 전 감독제도를 확대할 때, 재판 전 감독제도의 목적과 적용기준에 대한 명확한 법 규정 마련, 재범위험을 평가할 수 있는 위험평가도구 개발 및 의무적 적용, 준수사항 위반이 곧바로 미결구금시설 입소로 연결되지 않도록 하는 대응방식의 마련 등을 고려해야 할 것이다.

셋째, 미국에서 재판 전 감독프로그램 기간이 대부분 30일 이내로 시설구금 기간과 거의 비슷하다는 점이다. 미결구금시설에 대한 대안 프로그램은 자유를 박탈하는 미결구금시설 유치만큼 정도가 심하지 않지만, 자유 제한적 성격을 갖는 조치이기 때문에, 기간이 너무 길어서는 안 되며, 이에 대한 감시가 필요하다는 태도를 견지하고 있기 때문이다. 이외에도 재판 전 감독프로그램 기간이 긴 경우 소년이 준수사항을 위반할 가능성이 커지고, 이는 결국 미결구금시설에의 유치를 결과할 수 있다는 점도 재판 전 감독제도 기간 설정 시 고려해야 할 중요한 요인으로 판단된다.



제 4 장 소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

외국의 재판 전  
감독제도 2 : 영국

이 유 경



## 제4장

# 외국의 재판 전 감독제도 2 : 영국

### 제1절 | 영국의 소년사법제도

#### 1. 법원선의주의

영국 소년사법은 소년들의 범행 방지를 핵심 목표로 삼고 있으며, 소년사법 유관기관들이 각각의 법률적·행정적 목표와 함께 이러한 소년사법의 취지를 충실하게 고려할 것을 요구하고 있다.<sup>130)</sup> 이러한 기본 취지와 더불어 법원에 대해서는 절차적 결정이나 실체적 판결 시 소년범의 복지를 고려할 의무를 부여하고 있고,<sup>131)</sup> 검찰(Crown Prosecutors)에게는 소년 피의자의 복지를 반드시 참작하도록 의무화하고 있다.<sup>132)</sup> 이러한 영국 사법당국의 노력은 ‘소년(youth)’ 또는 ‘소년범(youth offender)’ 대신 ‘아동과 청소년(children and young people)’이라는 용어를 사용함으로써 범죄에 대한 처벌에 보다는 아동과 청소년에 대한 복지를 고려해야한다는 최근의 경향에서도 잘 나타나고 있다.<sup>133)</sup>

영국은 소년법원을 형사법원과 별개의 법원으로 설립하여 소년사법절차를 보호절차와 형사절차로 구분하였다. 10세에서 18세 사이의 소년 피의사건 중 경찰단계에서 종결되지 않고 검사에게 넘겨진 사건은 원칙적으로 모두 소년법원(Youth Court)에

130) Crime and Disorder Act 1998 (s)37(1).

131) Crime and Young Persons Act 1993 (s)44; 여기에서의 법원에는 치안법원(Magistrates' court), 소년법원(Youth court) 그리고 형사법원(Crown court)이 모두 포함된다.

132) The Code for Crown Prosecutors 4.14(d).

133) Sentencing Council, "Sentencing Children and Young People. Overarching Principles and offence specific guidelines for sexual offences and robbery", 2017, 1.2, 1.11~1.15.

송치된다.<sup>134)</sup> 다만 치안법원(magistrates' court)에 기소된 성인과 공범으로 판단되는 18세 미만의 피의소년은 소년법원이 아닌 치안법원에서 재판을 받는다.<sup>135)</sup> 소년법원은 송치받은 사건의 중대성을 바탕으로 하여 보호절차 또는 형사절차를 선택할 권한을 갖는다. 한국의 소년법원과 다르게 영국의 소년법원은 최장 2년까지의 시설수용이라는 형벌을 선고할 수 있으며, 소년법원 판사가 사실관계의 중대성에 기초하여 장기 2년 이상의 시설수용 선고 가능성이 있다고 판단하는 경우, 소년법원에서의 사실인정을 유지한 채 형사법원에 이송하여 형사처분선고를 내리게 된다.<sup>136)</sup>

이와 같이 영국은 법원선의주의를 채택한 것으로 보이지만, 전적으로 소년법원의 재량에 맡겨두고 있지는 않다. 피의소년이 살인·살인미수 등으로 기소된 경우,<sup>137)</sup> 최소 3년형이 선고되는 총기관련 범죄로 기소된 경우,<sup>138)</sup> 그리고 성폭력이나 테러 등으로 기소되어 가중처벌을 받을 수 있는 경우에는 소년법원을 거치지 않고 곧바로 형사법원에 송치하도록 하고 있다.<sup>139)</sup> 또한 피의소년이 중대하고 복잡한 사기범죄로 기소되었고 그 범죄를 입증할 증거가 충분한 사건에서 검사가 일정한 요건을 갖춰 소년법원 또는 치안법원에 이송의견서(transfer notice)를 제출하는 경우에는 소년사건을 형사법원으로 이송하도록 하고 있다.<sup>140)</sup> 즉, 법원선의주의에 따른 소년법원의 재량은 2년의 범위 안에서 시설수용 등 처벌을 소년법원에서 직접 선고할 것인지 아니면 사회내 처우 결정을 내릴 것인지 여부와 중대범죄로 분류되는 범죄로 기소되어 장기 2년 이상의 시설수용 선고의 가능성이 있는지를 판단하여 형사법원에 이송할 것인지 여부로 제한된다고 할 수 있다.

134) Code for Crown Prosecutors 8.4.

135) Magistrates' Courts Act 1980 (s)24.

136) Magistrates' Courts Act 1980 (s)24A; 여기서 중대범죄(grave crime)는 Magistrates' Act 1980 과 Powers of Criminal Courts Sentencing Act 2000 등에 규정되어 있으며, 성인형사재판을 받을 경우 14년 이상의 형을 선고받을 수 있는 범죄와 성폭력범죄, 아동성범죄 등이 이에 포함된다.

137) Criminal and Disorder Act 1998 (s)51A(2),(3)(a) and (12).

138) Firearms Act 1968 (s)51A, Violent Crime Reduction Act 2006 (s)29.

139) Criminal Justice Act 2003 (s)226B.

140) Crime and Disorder Act 1998 (s)51B.

## 2. 소년사법 체계

### 가. 소년사법관련 규정

영국의 소년사법체계는 기본적으로 「인권과 기본적 자유를 보호하기 위한 유럽 협약」과 「아동의 권리에 대한 국제연합 협약」의 취지와 구체적 지시사항들을 반영하고 있다. 하지만 유엔 아동권리위원회가 형사책임 최소연령을 12세 이상으로 하고, 14세 이상으로 규정한 국가들이 연령을 낮추지 말 것을 권고하고 있는 반면<sup>141)</sup> 영국은 형사책임 최소연령을 10세로 규정하는 등 다른 유럽국가들과 차별화되는 소년사법 체계를 갖추고 있다. 영국의 소년사법 관련 규정들은 단일법률에 규정되어 있지 않고 다음과 같이 일반 형사법률이 각각 소년에 관한 부분을 규정하고 있다.

#### 1) Police and Criminal Evidence Act 1984

제38조 제6항은 피의소년이 경찰에 의해 유치되어야 할 경우 반드시 지역 구금시설에 인도하도록 하고 있으며, 제57조는 청소년사법위원회(Youth Justice Board ; 이하 YJB)등 지방정부의 관리·감독을 받고 있는 피의소년이 경찰에 소환되거나 체포되는 경우 경찰은 그 기관에 반드시 그 이유와 장소를 통지하도록 하고 있다.

#### 2) Children Act 1989 / 2004

1989년 법은 소년사법의 적용을 받는 피의아동의 복지와 보호에 관한 기본법으로서 제17조는 구금 시까지 피의아동에 대한 보호 의무를 규정하고 있다. 2004년 법 제10조는 지방정부가 지역 아동들의 처우개선을 위하여 다른 유관기관들과의 협력을 강화할 것을 규정하고 있으며, 여기서 유관기관에는 경찰과 보호관찰기관, Youth Offending Team(이하 YOT)가 포함된다. 동법 제11조는 이러한 유관기관들과 구금시설들이 아동과 소년의 복지를 보장하고 증진할 의무를 진다고 규정하고 있다.

#### 3) Crime and Disorder Act 1998

위 법은 현재 영국의 소년사법의 기본체계를 규정하고 있으며 소년사법 관련기관의

141) UNCRC draft General Comment No.24.

체계적 구성과 운영을 규정하고 있다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 제39조는 각 지역에 YOT 설치를 의무화하여 자치단체와 경찰, 보호관찰기관 등 소년사범 관계기관 간의 협력체계의 기반을 마련하였다. 지방정부들은 매년 협의를 통하여 YOT의 구성과 재정, 활동에 관한 소년사범 연간계획서(Youth Justice Plan)을 YJB에 제출해야 하며, 특히 활동에 대해서는 Children Act 1989 별표2의 항목에 맞춰 평가·기획하도록 하고 있다. 그리고 YJB는 이 계획서에 기초하여 YOT에 대한 재정지원을 집행한다. YOT의 구성 및 운영에 대하여는 법무부에서 세부 지침을 제공하고 있으며,<sup>142)</sup> 이에 따라 각 지역 YOT는 운영과 지역별 특성에 맞는 업무 기획을 전담할 상근 담당자와 이와 독립되어 감사를 수행할 이사회를 설치해야 한다. 또한 과거에는 성인과 마찬가지로 절차에 따라 처리되던 무단침입, 무리 짓기 등 방해 행위(nuisance)와 소란 행위(annoyance)를 반사회행위(anti-social behaviour)로 분류하고 성인과 구분하여 소년에 대한 다양한 감독 및 보호처분을 부과하는 반사회행위명령제도를 도입했다. 반사회행위의 개념과 구체적인 처분은 Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014에서 별도로 규정하고 있다.

#### 4) Criminal Justice Act 2003

제13조는 법원이 소년에 대하여 보석(bail)을 결정할 경우 처벌과 사회적 위험성을 최우선 고려요소로 두는 성인사례와는 달리 소년의 보호와 복지, 이익을 고려하도록 하였으며, 제108조는 성인 피의자의 판결에서 원칙적으로 14세 이전에 유죄를 선고받은 사건의 증거를 사용하지 못하도록 하였다. 또한 제170조와 제172조는 양형기준위원회(Sentencing Guidelines Council)를 설치하고 법원이 소년에 대한 구금선고나 사회내 처우를 내릴 때 양형위원회의 「소년사건 선고를 위한 원칙 기준집(Overarching Principles - Sentencing Youths)」를 고려할 것을 의무화하였다.

#### 5) Criminal Justice and Immigration Act 2008

위 법 제1장은 사회복귀명령(Youth Rehabilitation Order, YRO)을 신설하여 구금 외에 야간 통행금지, 약물치료, 프로그램 참가명령 등 재범방지를 위한 다양한 보호조

142) Ministry of Justice, Modern Youth Offending Partnerships guidance, 2013.

치를 강구하였다. 그 외에도 제38조는 사회봉사명령(community order)을 위반하거나 반사회행위 등을 범한 16세 이상의 소년에 대하여 최고 240시간의 무보수 노동명령을 선고할 수 있도록 하였다. 위 법은 피의소년의 재범방지를 최고의 목표로 하고 있는 만큼, 제17조는 각 피의소년에 적합한 처분을 내리기 위하여 YJB에서 개발한 위험성 평가도구를 활용하도록 하였고, 제12조는 법원이 구금처분을 내리는 경우에는 YOT 등으로부터 판결 전 조사서(pre-sentence reports)를 제출받아 검토하도록 하였다.<sup>143)</sup>

#### 6) Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012

위 법 제92조는 법원이 아동을 지역 시설에 구금 또는 유치처분을 할 경우, 법원이 직접 피의소년이 거주하거나 불법행위가 발생한 지역의 정부를 지정하도록 하고 있다. 법원이 이러한 처분을 할 경우 해당 지방정부에 피의소년이 부과된 처분 사항을 이행할 수 있도록 여건을 조성하고 감독할 의무를 부과할 수 있다. 제104조는 아동이 소년원(secure training center)이나 소년 미결구금시설(secure children's home)에 구금되는 경우 지정된 지방정부가 피의아동에게 보호아동에 준하는 관리와 감독을 실시하도록 하고 있다. 또한 지방정부는 피의아동이나 소년이 구금될 시설들이 이들의 복지와 재범방지를 위한 프로그램에 적합한지 여부와 지역 유관기관들의 역할과 책임 분배에 대한 구금시설 배치계획(Detention Placement Plan)을 제출하여야 한다.

#### 7) Children and Families Act 2014

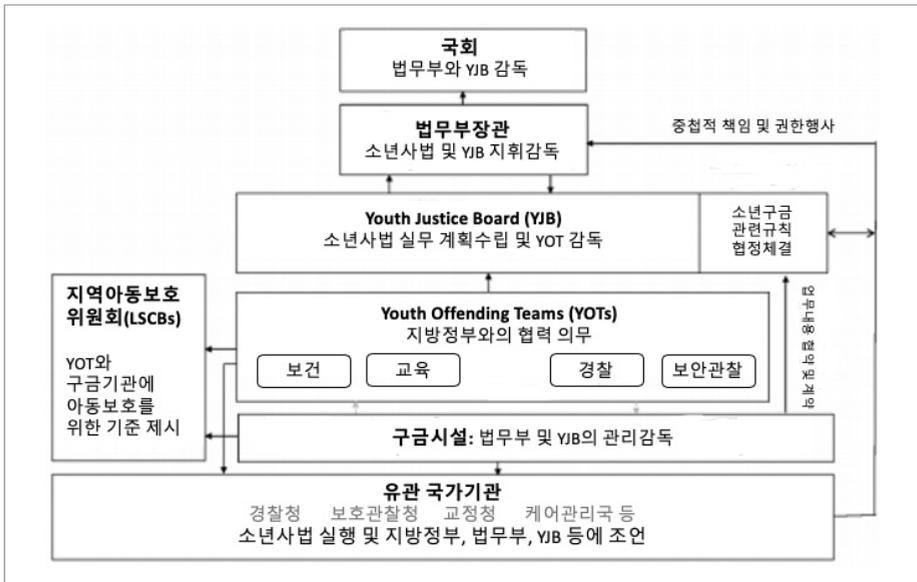
위 법 제70조부터 75조는 지방정부에게 구금된 소년에게 필요한 '교육, 건강 복지 서비스(Education, Health and Care Plan; 이하 EHC Plan)'를 검토하고, 이미 EHC Plan이 적용되는 소년의 경우에는 구금기간 필요한 특별 교육 프로그램을 제공하도록 하고 있다. 또한 제28조는 책임기관에게 자의적 행정을 방지하고 소년의 인권보호를 강화하기 위하여 다른 지역의 관련기관들과 협력할 의무를 부과하고 있다.

143) 소년의 경우에는 판결 전 조사서 제출과 검토가 의무화되어 있으나, 성인의 경우에는 법원의 재량에 따라 제출 및 검토 여부가 결정된다.

나. 소년사법 관련 기관

영국의 소년사법은 최종적 결정권은 법원이 보유하고 있지만, 1990년대 후반 이후 법원뿐만 아니라 법무부, 경찰, YJB나 YOT와 같은 소년전담 독립기관, 지방정부, 구금시설 등과 함께 협력체계를 구성하고 있고 2017년에도 대대적인 구조개혁이 이루어진 바 있다.<sup>144)</sup> 피의소년의 체포 및 수사시점부터 판결 후 구금 및 구금 이후 사회복지까지 지역사회 소년사법 전반에 대한 정책수립은 물론 개별 사건에 대한 조사와 의견제시 및 조율까지 이 협력체계에서 이루어지게 된다. 또한 소년사법을 전담하는 위 관련기관들 외에 지방정부의 약물전담팀(Drug Action Teams), 지방교육청(local education authorities), 교육복지부서(the Education Welfare Service), 사회복지부서(Social Services), 민간 시민단체 등과도 긴밀하게 협력하고 있다.<sup>145)</sup> 법률에서 소년사법에 대한 권한과 의무를 부여하는 주요 기관들은 다음과 같다.

» [그림 4-1] 유관부서 업무 흐름도



\* 자료출처: Ministry of Justice, "The government response to Charlie Taylor's Review of the Youth Justice System", 2016.

144) YJB와 YOT는 Crime and Disorder Act 1998에 의하여 설치되었다.

145) Local Government Association, Youth Justice Resource Pack, 2018, p 6.

### 1) 법무부(Ministry of Justice)

현재 영국의 소년사법에서 법무부가 개별사건에 대하여 구체적인 권한과 개입의무를 가지는 것은 아니다. 하지만 법무부는 특히 피의소년의 구금을 집행하고 감독하는데 있어서 총체적인 책임과 의무를 지고 있다. 비정부 독립기구인 YJB와 더불어 소년사법 법규들의 보다 명확한 해석과 기준을 제시하고 있으며, 다기관 협력체계가 원활하게 작동하지 않는 경우 적극적으로 개입하여 평가와 감독을 수행할 책임을 지게 된다.<sup>146)</sup> 또한 YJB의 인적자원과 물적자원을 지원하는 역할도 수행하고 있다.

### 2) Youth Justice Board (YJB)

YJB는 영국 소년사법 전반을 감독하는 기관으로서 정부의 직접적인 지시나 감독을 받지 않는 독립적인 비정부기구이다. YJB는 법무부장관이 임명하는 10명 내지 12명의 위원으로 구성되며, 주로 경찰, 소년정책 전문가, 보건전문가, 치안판사, 지방정부 담당자, 민간 시민단체 활동가 등이 임명된다.<sup>147)</sup> 주요 업무는 소년사법의 운영전반을 총괄하고 평가하며, 소년사법 법제에 대한 검토도 수행한다. YJB의 권한과 임무는 주로 Crime and Disorder Act 1998에서 규정하고 있다. YJB의 주요 업무는 다음과 같다.<sup>148)</sup>

- 런던 중앙 YOT는 물론 각 지역의 YOT, 경찰, 법원, 구금 및 보호시설 관계자로 구성된 협력체제 총괄
- 법무부·내무부·교육부 등 관련부처 장관에게 소년사법과 관련한 현안 보고
- 새로운 소년사법정책의 합법성 검토 및 관련부처 장관에게 검토결과 제공
- 새로운 소년구금·보호시설에 대한 선정 및 관련부처 장관에게 기존 시설 검토결과 제공
- 다기관 협력이나 소년사법 정책의 성공적 사례를 수집하고 분석하여 출판·공유
- 소년사법 시스템의 운영성과 보고와 재범방지라는 법률상 목표달성을 위한 방법 연구 및 보고

146) 법무부의 주관으로 YOT 등의 업무수행 및 결과에 대하여 비정기적인 조사와 연구가 진행되고 있다. 이러한 연구로는 Youth Justice Interventions - findings from the Juvenile Cohort Study(JCS), 2013.

147) Crime and Disorder Act 1998 (s)41(3); Local Government Association, Youth Justice Resource Pack, 2018, p 6.

148) Crime and Disorder Act 1998 (s)41(5).

### 3) Youth Offending Teams(YOT)

YOT는 YJB와 마찬가지로 Crime and Disorder Act 1998에 의해 설치되었으며, 모든 이 법에서 지방정부에 하나 이상의 YOT 설치를 의무화하였다. YJB로부터 재정 지원 및 지도·감독을 받지만 YJB나 법무부가 아닌 각 지방정부의 소년정책담당 부서에 소속되어 있다.<sup>149)</sup> YOT의 구성은 각 지역마다 차이를 보일 수 있으나 법률상 또는 정부지침상 주요 내부기관으로는 YOT 운영위원회 (YOT management board)와 YOT 운영자(YOT managers)가 있다. YOT 운영위원회는 재정과 지역의 소년사법 계획을 수립하는 역할을 하며, 의장은 지방정부의 장이 임명한다.<sup>150)</sup> 구성원으로는 법무부나 교육부 등 법률상 재정적 지원을 하는 모든 기관 관계자가 포함되고, 그 외에도 협력관계에 있는 소년법원 판사, 주택공급업자, 지역안전책임자 등이 포함될 수 있다.<sup>151)</sup> YOT 운영자는 법률상 기관은 아니지만 정부지침상 요구되는 기관이며, YOT 실무자들에게 업무를 분담하고 운영위원회와 실무자들 간의 가교역할을 수행한다. 또한 법원 등 협력기관과의 연계업무를 책임지고 있다.<sup>152)</sup> 또한 Crime and Disorder Act 1998 제39조 제5항은 각 YOT가 의무적으로 1명 이상의 보호관찰직원, 사회복지사, 경찰, 보건부서 관계자, 교육부서 관계자를 실무진에 포함하도록 하고 있다. 한편 법원, 보호관찰소, 경찰과 같은 협력기관의 YOT 참여는 법률로써 강제되고 있다.<sup>153)</sup>

YOT는 개별 소년사건들을 실무자에게 배당하여 경찰단계 체포·조사 때부터 재판 과정 및 구금기간, 그리고 퇴소이후 사회적응기까지 소년사법 전반에 걸쳐 실질적 실무를 담당하고 있다. YOT의 주요 업무는 다음과 같다.<sup>154)</sup>

149) Crime and Disorder Act 1998 (s)38(3)(a)&(b); Ministry of Justice, Modern Youth Offending Partnerships: Guidance on effective youth offending team governance in England, 2016.

150) Home Office, Inter-departmental Circular on Establishing Youth Offending Teams, 1998, para.40.

151) Modern Youth Offending Partnerships - Guidance on effective youth offending team governance in England, p 9.

152) Ibid. p 12.

153) Crime and Disorder Act 1998 (s)39(7).

154) Ministry of Justice, Modern Youth Offending Partnerships - Guidance on effective youth offending team governance in England, 2016, pp 10-11.

- 지역 소년범죄 예방사업
- 경찰에서 체포·조사 단계에 있는 피의소년 지원
- 사회봉사명령 중인 소년 지도·감독
- 각종 보호조치 지도·감독
- 재판 중 법원과 접촉하여 소년의 처우에 대한 의견 제시
- 법원에서 구금 결정시 판결전 조사서 제출
- 구금 중인 소년 면담 및 관리
- 출소 후 사회적응을 위한 지도·감독

한편 YOT는 소년사법절차에서뿐만 아니라 소년정책과 관련된 사안과 관련하여 유관기관과 협력할 법률상 의무를 부담한다. 다기관 공공보호 협의체(MAPPA)의 일원으로서의 협력의무는 물론,<sup>155)</sup> 지역 아동의 복지증진을 위하여 아동보호국(children services) 및 지역 아동안전위원회(safeguarding children board)와의 협력의무를 진다.<sup>156)</sup>

#### 4) Youth Custody Service(YCS)

소년보호국(Youth Custody Service; 이하 YCS)은 교정 및 보호관찰국(HM Prison and Probation Service) 산하기관으로 2017년에 신설되었다.<sup>157)</sup> YCS는 소년구금시설 관리 및 운영 책임을 지고 있으며, 구금상태 아동의 감독과 사회복지 프로그램을 운영한다. YOT 등 다른 소년사법 기관들과 마찬가지로 YJB의 관리·감독을 받으며, 법원에서 구금결정이 난 경우 해당 소년 및 아동을 어느 구금시설로 배치할지 결정하는 업무도 수행하고 있다.

#### 다. 소년사법 진행절차

영국의 형사책임 연령은 10세이며,<sup>158)</sup> 18세 미만의 소년은 소년사법절차를 따르게

155) Ibid, p 11.

156) Children Act 2004 (s)10(4); Local Safeguarding Children Boards Regulations 2006 (s)2(2)(b).

157) HM Prison & Probation Service, 「The Youth Custody Service Placement Team: Overview of operational procedures」

158) Crime and Disorder Act 1998 (s)34.

된다.<sup>159)</sup> 다만 12세 미만의 아동은 구금이나 훈련명령의 대상에서 제외되며, 10세 이하의 아동이 범죄를 저지른 경우에는 외출금지나 아동안전명령의 대상이 될 수 있다. 만10세부터 만17세 사이의 소년의 경우 그 신상정보가 공개되지 않으며, 만16세 미만의 소년의 경우에는 부모나 후견인, 또는 보호기관 관계자가 재판에 참석해야 한다. 만18세에 이른 경우에는 성인에 준하여 재판이 진행되지만, 만25세에 이를 때까지 성인과 분리된 구금시설에 배치된다.

### 1) 경찰단계

경찰은 사회적 피해가 크지 않은 경미사건에 대하여 소년의 복지와 사회복귀에 더 적절하다고 판단되는 경우 검찰에 송치하는 대신 경찰 단계에서 다양한 다이버전 처분을 결정할 권한을 갖는다.<sup>160)</sup> 비공식적 경고(informal warning)는 한국의 훈방과 유사한 처분으로 공적 기록이 남지 않고, 이후 형사절차에서 원용되지 않는다. 2013년 이전에는 경찰단계에서 가능한 다이버전으로 훈계(reprimand)와 여러 종류의 경고(warning)제도가 존재했는데,<sup>161)</sup> 현재는 소년대상 주의(youth caution)와 소년대상 조건부 주의(youth conditional caution)로 일원화 되었다.<sup>162)</sup> 소년대상 주의는 ① 범죄를 입증할 증거가 충분히 확보되었고, ② 피의소년이 범죄사실을 인정하였으며, ③ 기소나 소년대상조건부 주의가 필요하지 않다고 경찰이 판단하는 경우에 내릴 수 있는 처분이다.

과거 훈계의 경우에는 초범자에게만 허용되는 처분이었던 반면, 소년대상 주의의 경우에는 범죄경력이 있거나 법 개정 전 훈계나 경고를 받은 경우에도 내릴 수 있도록 하였다.<sup>163)</sup> 다만 성인과 공범으로 성인 법원에 기소되어야 하는 경우에는 소년대상 주의처분이 허용되지 않으며, 경찰은 소년대상 주의처분을 하는 경우 이 사실을 YOT

159) "Age of Criminal Responsibility" (<https://www.gov.uk/age-of-criminal-responsibility>, 2020. 10.2. 최종방문)

160) Ministry of Justice, Youth Out-of-Court Disposals: Guide for Police and Youth Offending Services, 2013, pp 6-8.

161) Crime and Disorder Act 1998에서 규정하였던 위 제도들은 Legal Aid Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (s)135(1)에 의하여 2013년부터 폐지되었다.

162) Crime and Disorder Act 1998 (s)66ZA.

163) The Crown Prosecution Service, 「Youth Offenders」,

(<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/youth-offenders> 2020. 10. 2. 최종방문)

에 통지하여야 한다.<sup>164)</sup>

소년대상 조건부주의는 ① 범죄를 입증할 증거가 충분히 확보되었고, ② 검사가 기소를 유지할 정도의 증거를 확보하였지만 소년대상 조건부주의처분이 적절하다고 판단하였고, ③ 피의소년이 범죄사실을 인정하였고, ④ 피의소년에게 소년대상 조건부주의처분의 법적 강제성과 위반 시 기소될 수 있음을 설명하였고, ⑤ 피의사실 인정과 소년대상 조건부주의처분의 효과에 대하여 이해하였다는 문서에 피의소년이 서명하는 경우에 내려질 수 있는 처분이다.<sup>165)</sup> 이 처분의 대상은 초범자에 국한되지 않으며, 과거 소년대상 조건부주의처분을 받은 바 있더라도 반복하여 처분이 가능하다. 다만 혐오범죄나 가정폭력과 같은 중한 범죄의 경우에는 허용되지 않는다. 소년대상 조건부 주의처분은 경찰단계에서는 물론 기소 이후 검사가 이 처분결정을 내려 사건을 경찰로 돌려보낼 수 있다.

## 2) 검찰(crown prosecution service) 및 법원단계

경찰은 범죄를 입증할 증거가 확보된 사건에 대하여 소년대상 주의처분 및 소년대상 조건부 주의처분이 적절하지 않다고 생각하는 경우 검찰로 사건을 송치한다. 검사는 기소를 유지하기에 충분한 증거 확보 여부 등 범죄와 관련된 수정가능한 요소들과 소년의 환경이나 복지 등에 대한 사항들을 모두 고려하여 기소 여부를 결정하게 된다.<sup>166)</sup> 검사가 검찰규칙이나 가이드라인에서 제시하는 요소들을 충분히 고려하지 않은 경우에는 사법심사의 대상이 될 수 있다.<sup>167)</sup>

소년사건은 원칙적으로 소년법원(youth court)에서 재판이 이루어지지만, 성인과 공범인 경우에는 치안법원(magistrates' court)에서 재판이 진행된다.<sup>168)</sup> 소년법원에서는 성인절차보다 비격식의 단순한 절차가 이루어진다. 소년이 16세 미만인 경우에는 부모나 후견인 등의 보호자가 법원에 출석하여야 하며, 소년의 신원과 재판절차는 공개되지 않는다.<sup>169)</sup> 소년법원에서는 사회내 처우(community sentence)와 구금 및

164) Crime and Disorder Act 1998 (s)66ZB(1).

165) Crime and Disorder Act 1998 (s)66A.

166) The Code for Crown Prosecutors, 3.1.~3.8.

167) *R v. Chief Constable of Kent and Another ex parte L, R v. DPP ex parte B* (1991) 93 Cr App R 416.

168) Magistrates' Courts Act 1980 (s)29(1).

169) Children and Young Person Act 1933 (s)47(2).

훈련명령(detention and training order)을 내릴 수 있다. 사회내 처우에는 위탁명령(referral order)과 피해회복명령(reparation order), 그리고 사회복귀명령(youth rehabilitation order)이 있다. 구금 및 훈련명령은 12세 이상의 소년에게만 허용되며 최단 4개월에서 최장 2년까지 선고할 수 있다.<sup>170)</sup> 또한 12세에서 14세 사이의 소년에 대해서는 상습성이 인정되지 않는 한 구금처분이 허용되지 않는다. 선고기간 중 처음 절반의 기간은 시설에 구금되며 나머지 절반의 기간은 구금상태에서 풀려나 외출금지 명령 또는 보호관찰 등을 받게 된다.<sup>171)</sup>

소년법원이 사건을 검토 후 장기 2년의 구금 및 훈련명령 이상의 형이 필요하다고 판단한 경우에는 형사법원(crown court)으로 사건을 이송한다.<sup>172)</sup> 소년법원에서 형사법원으로 이송의 대상이 되는 범죄는 법에서 정하고 있다. 이송의 근거는 소년이 살인을 저지른 경우,<sup>173)</sup> 중대범죄(grave crimes)에 해당하는 범죄로 기소된 경우 등이 있다. 중대범죄란 ① 성범죄나 폭력범죄 중 성인의 경우 14년 이상의 징역형 선고가 가능한 범죄,<sup>174)</sup> ② 성폭행·아동성범죄·아동인 가족을 성적행위에 가담시키는 행위·아동인 가족이 성적행위에 가담하도록 유인하는 행위,<sup>175)</sup> ③ 화기법(Firearms Act) 위반범죄 중 필수적으로 법정 최저형 이상을 부과하도록 하는 유형에 해당하는 범죄를 저지른 경우<sup>176)</sup>를 가리킨다.

소년이 형사법원에서 재판을 받는 경우에는 원칙적으로 성인과 동일하게 취급되지만, 재판절차에 대한 이해와 참여를 돕기 위하여 다음과 같이 일정한 변경을 가하고 있다.<sup>177)</sup>

- 재판과 신원의 공개를 최소화

170) Magistrates' Courts Act 1980 (s)24A.

171) HM Prison and Probation Service, Placing young people in custody: guide for youth justice practitioners.

172) Magistrates' Courts Act 1980 (s)24.

173) 소년을 소년법원에서 형사법원으로 이송하는 원인으로서의 살인(homicide)에 대하여 법률상 정의되어 있지 않지만 모살 및 고의살인(murder)뿐만 아니라 recklessness로 인한 manslaughter도 포함하는 것으로 보고 있다. 「Youth Court Bench Book」, 2013, p.38 ; 또한 무면허운전 및 난폭운전으로 사망을 야기한 경우에도 위의 살인의 범주에 포함하고 있다. Justices' Clerks' Society, 「Youth Court Jurisdiction in the Modern Approach」, 2015.

174) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (s)91.

175) Sexual Offences Act 2003 (s)13, (s)25, (s)26.

176) Magistrates' Court Act 1980 (s)24.

177) Criminal Procedure Rules 2014 Rule 3.9(3)(b).

- 어렵고 복잡한 용어의 사용을 피하고 쉽고 단순한 방식으로 질문
- 소년을 피고인석이 아닌 곳에 착석시켜 부모나 변호사와 동석하게 할 수 있음
- 적절한 휴정을 가짐
- 소년이 재판과정을 이해하고 있는지 확인하고 설명하는 시간을 확보

소년법원이나 형사법원 모두 지역 YOT와 긴밀한 협력관계 속에서 해당 소년사건과 피고소년의 환경 및 특성에 대한 의견을 나누게 되며, 소년법원에서 구금형 선고 시에는 YOT가 판결 전 조사서를 제출하여야 하며, 법원은 이를 양형판단 시 참고하도록 하고 있다.<sup>178)</sup>

## 제2절 | 재판 전 감독제도

영국 소년사법절차의 특징 중 하나는 재판 전 감독제도가 경찰단계에서부터 적극적으로 이용되며, 법원단계에서 이루어지는 재판 전 감독처분은 이후 재판의 선고와 연속성을 갖는다는 점이다. 이하에서는 경찰단계와 기소 후 법원단계에서 이루어지는 재판 전 감독제도를 나누어 살펴보도록 한다.

### 1. 경찰의 피의자 보석 단계 (police bail)

#### 가. 피의자 보석의 판단기준으로서의 소년대상 조건부 주의

법원에 사건을 기소하지 않기로 결정하는 경우, 경찰 또는 검사는 YOT의 협력 하에 법원 외 보호처분(out-of-court disposal)을 내릴 수 있다.<sup>179)</sup> 법원 외 보호처분에는 당사자 간 혹은 주민 간 합의(community resolution), 소년대상 주의(youth caution), 소년대상 조건부 주의(youth conditional caution)가 있다. 다만 법원은 기소된 사건에

178) Criminal Justice Act 2003 (s)156.

179) Ministry of Justice, Standards for children in youth justice system, 2019, p 8.

대하여 구금처분이나 사회내 처우(community sentence)가 적절하다고 판단한 경우, 소년대상 조건부 주의를 발급할 것을 조건으로 경찰로 사건을 돌려보낼 수 있다. 소년대상 조건부주의처분이 내려지는 경우, 주의처분에 부과된 조건을 이행하는지 여부를 YOT가 감독하여 주의처분 위반에 대한 사회내 처우이나 기소가 이루어지지 않는다면 사건은 종결하게 된다.

#### 나. 피의자 보석의 내용

경찰은 체포된 소년에 대하여 기소할 충분한 증거가 있는지 조사하게 되는데, 기소 결정을 내리기 전 경찰은 구속대상이 아니라고 판단되는 소년 피의자에 대하여 일정한 조건 하에 보석을 조건으로 혹은 보석조건 없이 석방처분을 할 수 있다. 경찰이 ① 피의사실과 관련하여 추가조사가 필요한 경우와 ② 기소 등 소년에 대한 형사절차가 진행될 가능성이 있거나 소년대상 주의처분을 내릴 가능성이 있다고 판단하는 경우에는 보석을 조건으로 석방하게 된다.<sup>180)</sup> 이 외에도 경찰은 기소나 소년대상 주의처분 전 YOT에 소년 피의자의 재범위험성을 평가하기 위한 목적 또는 YOT 등 소년범죄관련 기관에 범죄기록을 조회하기 위한 목적으로, 소년대상 주의처분을 내린 이후에는 담당 경찰관에게 인계하기 위한 목적으로 보석을 조건으로 한 석방처분을 내릴 수 있다.<sup>181)</sup> 신속한 절차진행을 위하여 보석기간은 일반적으로 휴일을 제외한 20일 이내(4주)로 기소의견으로 송치 여부 또는 소년대상 주의처분 여부를 결정하도록 하고 있다.<sup>182)</sup>

경찰 보석은 기소의견 송치 및 소년대상 주의처분 등이 내려질 가능성이 있는 소년 피의자에게 내려지게 된다. 경찰에 소년 피의자가 체포되어 조사를 받게 되면, 담당 경찰관은 소년이 거주하거나 사건이 발생한 지역의 YOT에 즉시 통지하고 YOT는 사건담당자를 파견하여 해당 지역 경찰과 YOT 간에 미리 합의된 프로토콜에 따라 소년 피의자의 보석 및 소년대상 주의처분의 절차와 내용을 결정하게 된다.<sup>183)</sup> YOT에

180) Police and Criminal Evidence Act 1984, (s)35(5), (5A).

181) Ministry of Justice, Youth Cautions - Guidance for Police and Youth Offending Teams, 2013, p 12.

182) Ibid. p 13.

183) 프로토콜은 다음과 같은 내용을 포함해야 한다.

서 소년 피의자의 이전 범죄경력이나 사회내 처우 경력 등은 제공하고 결정과정에서 의견을 제시하지만, 보석을 허가할 것인지 나아가 조건부로 할 것인지 여부에 대한 결정권은 경찰의 재량이다. YOT는 어떤 조건을 보석에 부여할 것인지를 경찰과의 협의 하에 각 소년 피의자의 필요와 상황에 맞게 조정하고 감독한다.

경찰이 조건부 보석을 결정하는 경우 재범방지와 정해진 날짜에 경찰 또는 법원에 출석할 것을 보장하는 목적 외에도 소년 피의자의 복지와 이해를 고려해야 한다. 조건부 보석에 부과할 수 있는 처분은 하나 혹은 여러 프로그램을 병과할 수 있으며, 구체적인 예는 다음과 같다.<sup>184)</sup>

- 보석기간 경찰과 합의한 장소 거주
- 담당 경찰서와 정기적 연락
- 일정 시간대 외출금지 (주로 야간외출금지)
- 일정 사람 접촉 금지 및 일정 장소 방문금지
- 보석보증금 납부
- 전자감시장치 착용<sup>185)</sup>

## 2. 기소 후 법원 단계

일단 소년 피의자가 법원 외 보호처분을 받지 않고 기소되는 경우,<sup>186)</sup> 법원은 사건의 중대성과 소년의 생활환경 등을 고려하여 크게 보석처분(bail), 구금처분(custodial

- 
- 조건부 보석에 부과될 프로그램
  - 해당 프로그램의 효용성에 대한 정보
  - 피해자에게 프로그램의 내용 고지하는 방식
  - 제시하는 프로그램 전반이 재범 방지에 미치는 영향 등

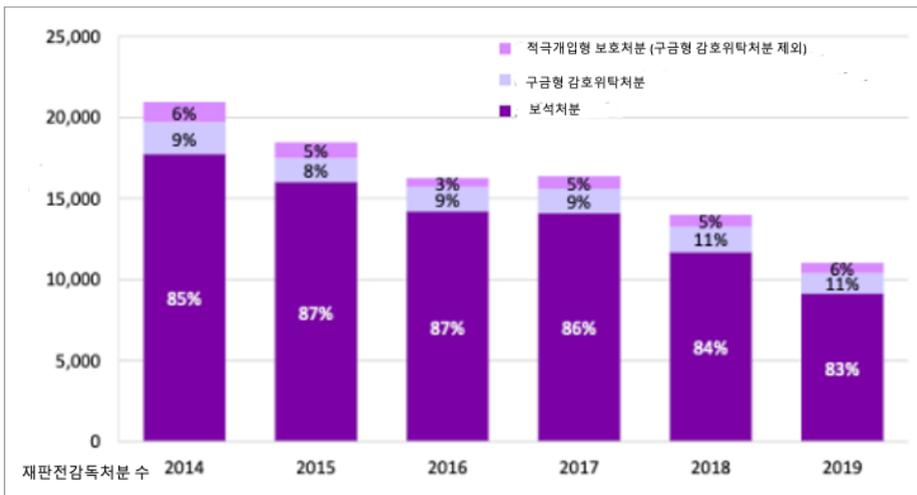
184) Police and Criminal Evidence Act 1984, (s)30CA.

185) Bail Act 1976 (s)3AA.

186) 경찰보석을 받지 않은 소년이 경찰에 체포되어 구금된 상태로 기소되는 경우, 경찰은 ① 신원이나 주거가 불분명하거나 ② 법원에 출두하지 않을 것이라는 합리적 근거가 있거나 ③ 기소된 범죄가 구금처분 또는 구금 및 훈련명령을 받을 가능성이 있는 범죄로서 범죄예방을 위해 구금이 필요하다고 판단되는 경우 ④ 기소된 범죄가 구금처분을 받을 정도가 아니라고 하더라도 자신 또는 타인의 신체적·재산적 피해를 예방하기 위해 구금이 필요하다는 합리적 판단 등이 있는 경우가 아닌 한 소년을 석방하여야 하며, 이때 보석이 조건으로 되거나 조건이 되지 않을 수 있다. Police and Criminal Evidence Act 1984 (s)38.

disposal), 그리고 개입형 사회내 명령(community remand with intervention)을 결정할 수 있다. 여기서 보석처분은 조건 없는 보석(unconditional bail)과 조건부 보석(conditional bail)로 나뉘며, 개입형 사회내 명령에는 보호·감독형 보석(bail supervision and support)과 집중 감독·감시형 보석(bail intensive supervision and surveillance),<sup>187)</sup> 그리고 지방정부시설 유치(remand to local authority accommodation)가 포함된다.

▶▶ [그림 4-2] 재판 전 감독처분 통계



\* 자료출처: Youth Justice Statistics, 2018-2019.

2012년 Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012는 소년에 대한 재판 전 감독제도와 관련하여 보석과 구속에 대한 법원의 결정과정의 체계화와 보호감호처분의 적극 활용, 그리고 재판 중 소년 피고인에 대한 보호와 감독의 강화를 주요 내용으로 하는 대대적 개정을 단행한 바 있다.<sup>188)</sup> 2009-2010년 통계에서는 총 76,593명의 소년 피고인 중 53%인 40,746명에 대하여 재판진행 중 아무런 재판 전 감독조치

187) 집중 감독·감시형 보석은 사회복귀명령 중 하나인 집중 감독 및 감시 명령(Intensive Supervision and Surveillance order)과 별개의 제도이다. 이에 대한 설명은 Youth Justice Board, Case Management Guidance - Bail and Remand Management, 2010, p 26. 참조.

188) Ministry of Justice, "Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012: The New Youth Remand Framework and Amendments to Adult Remand Provisions", Circular No. 2012/06.

가 이루어지지 않았던 반면,<sup>189)</sup> 2012-2013년 통계에서는 개정된 재판 전 감독제도들이 모든 소년 재판에 적용되었고,<sup>190)</sup> 이후 현재까지 보석과 적극 개입형 사회내 명령, 구금처분의 비율이 위 그래프(그림2)와 같이 비교적 일정하게 유지되고 있다.

이 장에서는 체포 후 기소 및 재판이 진행되는 과정에서 재판 전 감독조치 결정의 주체와 절차를 검토하고, 적극 개입형 사회내 명령 중 보호·감독형 보석과 집중 감독·감시형 보석을 살펴보도록 한다. 그리고 개별 장에서 지방정부시설 유치 결정의 내용을 살펴보고, 영국소년법상 재판 전 감독제도로 규정되어 있지는 않지만, 처분의 시기를 판결시가 아닌 기소직후로 앞당김으로써 결과적으로 기소이후부터 판결이후까지 일관된 프로그램으로 진행하여 재판 전 혹은 재판 중 감독제도로 기능하는 사회복지 명령 일반과 그 하위처분 중 하나인 집중 감독·감시 프로그램을 검토한다.

#### 가. 재판 전 감독제도의 운영 절차

재판 전 감독 처분에 대한 결정은 법원과 YOT 간의 협업을 통해 이루어진다.<sup>191)</sup> 지역 YOT는 정기적으로 소년법원의 판사 혹은 검사들과 정기적인 회의를 통해 최근 소년사범에 대한 선고의 경향과 결과를 논의하고 YOT와의 협력성가에 대한 피드백을 통하여 소년사범 서비스의 다양화와 질적 향상을 꾀한다. 또한 지역 YOT 혹은 YOT 담당자는 경찰, 검사, 법원 등과 소년에 대한 정보공유 범위와 방법과 피해자 및 목격자의 보호 및 참여를 위한 재판절차 등을 내용으로 하는 협정서를 작성함으로써 지역 별로 일관성 있는 소년보호 및 감독 체계를 확보하고 일부 정보는 소년의 변호인과도 공유함으로써 성인형사절차와 달리 소년보호주의에 입각한 협력체계를 유지하는 것을 목표로 한다.

경찰은 소년피의자를 체포한 직후 소년대상 조건부 주의 이상의 처분 예상되는 경우에는 YOT에 통지하여 보석이나 소년대상 주의처분의 조건을 각 협의하여 결정한다. 이후 구속되지 않고 보석처분을 받은 소년피의자에 대한 기소여부가 결정되면 경찰은 24시간 이내에 YOT에 통지하며, YOT가 해당 소년에 대한 형사절차진행보다

189) Ministry of Justice, Youth Justice Statistics 2009/2010, p 3.

190) Ministry of Justice, Youth Justice Statistics 2012/2013, p 37.

191) Youth Justice Board, Case Management Guidance - How to Work in Court, 2010.

다른 법원 외 보호처분 등이 적절하다고 판단하는 경우 검사에게 의견을 제시할 수 있다.<sup>192)</sup>

YOT는 법원 공판이 전 혹은 진행 중에 다음과 같은 자료를 법원에 제시하여야 한다.

- YOT가 해당 소년에 대하여 현재까지 수집한 자료
- 해당 소년에 대하여 이제까지 작성한 자료를 바탕으로 소년의 재범위험성과 생활 환경 등을 평가한 보고서
- 지역사회에서 실행 가능한 보호 프로그램 및 감독·감시 프로그램

이 외에도 법원은 소년 피고인에게 특정한 재판 전 처분의 필요성 여부 및 처분종류 결정에 있어서 YOT에게 특정 처분적합성 보고서(specific sentence report)를 제출하도록 요구할 수 있다. 다만 구금처분 혹은 구금선고가 내려질 경우에는 이러한 보고서를 요구하지 않는다. 이 보고서는 소년에 대한 정보를 바탕으로 YOT의 평가분석방법에 따라 특정 처분이 소년의 재범위험성을 완화할지 여부 및 소년에 대한 적절한 처분을 제안하며, 법원의 요청 당일에 제출하여야 한다. 법원은 YOT가 제출한 자료 및 의견을 바탕으로 소년에 대한 처분을 내리게 되며, 이러한 법원의 YOT와의 협력은 재판 중 처분의 이행여부에 대한 점검과 선고결정까지 일관성 있게 진행된다.

#### 나. 재범위험성 평가도구 : AssetPlus

YJB는 2018년 이전까지 Asset을 중심으로 여러 가지 소년사범 평가도구를 사용해 오다 평가도구를 일원화하여 2015년부터 2017년까지 시험기간을 거치다가 2018년 상반기에 본격 도입하였다.<sup>193)</sup> AssetPlus는 이전의 평가도구에 비하여 재범을 극복할 수 있는 보호예방요인(protective factor)과 진로설정, 그리고 각 소년들의 강점을 찾

192) 경찰로부터의 의견서를 바탕으로 해당 소년이 구금처분을 받거나 구금 및 훈련명령을 선고받을 가능성이 높다고 판단하는 경우, YOT는 소년에 대한 평가자료를 소년의 법원에서의 첫 공판 24시간 전까지 Youth Custody Service Placement Team에 이송하여 소년을 구금할 시설을 결정하도록 한다.

193) Natalie Picken et al, Process Evaluation of AssetPlus, Rand Europe, 2019, p 6.

아내는 데 초점을 맞추도록 고안되었다. 또한 사안의 복잡성에 따라 실무가들이 입력 정보의 양을 조절하도록 하는 등 실무가의 의견을 적극 반영하도록 함으로써 효율적이고 탄력적인 평가와 분석을 목표로 한다.

AssetPlus는 주요정보 수집 및 입력, 자료 분석 및 이해, 상황판단, 결정 4가지 주요 평가과정을 거쳐 이루어진다.<sup>194)</sup> 주요정보 수집 및 입력 단계에서는 소년의 개인정보와 보호자에 대한 자세한 정보, 이전 범죄경력 및 주위환경의 위험요인, 소년에게 적용 가능한 구체적 처분목록 등을 수집한다. 자료 분석 및 이해단계에서는 실무자가 수집된 정보를 바탕으로 소년의 성장환경과 행동성향 및 개선 가능성 요소들을 항목에 맞게 분류하고 분석하는 작업을 한다. 상황판단 과정에서는 수집되고 분류·분석된 자료를 바탕으로 ① 소년의 범죄행동의 유형과 경향, ② 향후 행동유형 예측, ③ 위 정보를 바탕으로 한 재범가능성과 위험성 도출, ④ 소년의 복지 및 안전과 관련한 부정적 결과발생 가능성이라는 4가지 주요 영역에 대한 판단을 내린다. 마지막으로 소년에 대한 향후 보호와 진로지도 계획을 결정하게 되는데, 주로 소년의 재범위험성과 개선가능성 요소를 바탕으로 적합한 사회내 처우 또는 감독·감시 프로그램을 구체화한다.

이 평가는 소년이 체포되어 YOT에 사건이 접수되면 개시되며, 재판 선고 전 법원에 제출한다. 보석과 재판 전 감독제도와 관련하여 YOT는 이 평가자료를 바탕으로 재범의 위험성과 개선가능성을 가늠하여 보석처분의 적합성 또는 보석 및 재판 전 감독제도의 구체적 프로그램을 제안하게 된다.

#### 다. 보호·감독형 보석 및 집중 감독·감시형 보석

적극개입형 사회내 명령 중 보호·감독형 보석처분은 조건부 보석에 부과 가능한 조건들 중에서 소년에 대한 보호와 감독을 강화하기 위한 엄격한 조건들이 부과된 것을 뜻하며, 보호자 등에게 위탁(residence requirement)하거나 지방정부 시설 거주 명령(local authority residence requirement) 등을 부과할 수 있다는 점에서 넓은 의미의 재판 전 감독제도에 속한다고 할 수 있다.<sup>195)</sup> 이 보호·감독형 보석처분은 주로

194) Ibid, p 8.

195) Youth Justice Board, Case Management Guidance - Bail and Remand, 2010, p 19.

법원에서 구금처분을 받거나 구금 및 훈련명령을 선고받을 가능성이 낮은 소년을 대상으로 한다. 보호·감독형 보석처분의 구체적인 프로그램은 다음과 같으며, 법원은 YOT가 제출한 자료와 의견을 바탕으로 아래 프로그램 중 하나 또는 여러 개를 처분에 포함시킬 수 있다.<sup>196)</sup>

- 일정한 주소에 거주<sup>197)</sup>
- 12세 이상 소년에 대한 전자감시 장치를 통한 외출제한
- 일정한 시간에 경찰과 연락
- 일정한 간격으로 YOT에 연락 (평가에 따라 하루에 여러 번부터 일주일에 한번 등 다양)
- 일정한 장소 출입금지
- 피해자나 목격자 등 정해진 사람과의 접촉금지
- 판결 전 조사서 작성을 위한 면담 참석

집중 감독·감시보석은 보호·감독형 보석처분과 감호위탁처분의 중간단계에 위치하는 처분으로, 보석처분을 받은 소년에 대한 보호자 등의 위탁 및 지방정부 시설 거주명령을 기본으로 하여 이보다 강한 단계의 감독과 감시 프로그램을 적용하는 처분이다.<sup>198)</sup> 집중 감독·감시보석은 법률에 의해 실행되는 처분이 아니라 지역에서 소년개인과 지역의 실정에 맞게 운영되는 처분으로, 사회복지명령과 함께 또는 사회복지명령의 선고가 예상될 때 내려지는 경우가 많다.<sup>199)</sup> YOT는 집중 감독·감시보석이 필요한 소년들을 지정하여 보고하며 법원은 이를 바탕으로 보석여부와 집중 감독·감시 조건 부과여부를 결정하게 된다.<sup>200)</sup> 집중 감독·감시보석의 조건을 이행하지 않은 경우, 법원은 집중 감독·감시명령을 통하여 주말과 저녁시간을 포함하여 일주일에 25시

196) Ibid.

197) 보호자가 없거나 주변 환경이 소년의 복지나 안전에 적합하지 않은 경우에는 YOT는 지방정부 시설을 섭외하여 여기에 거주하게 한다.

198) Youth Justice Board, "Guidance: AssetPlus: assessment and planning in the youth justice system".

199) Youth Court Bench Book, 2017, p 41.

200) 집중 감독·감시보석은 뒤에서 논할 집중 감독·감시명령과 다른 제도로, 전자는 보석에 부과되는 조건인 반면에 후자는 독립된 처분이다. 다만 집중 감독·감시보석이 사회복지명령과 관련하여 결정되는 경우가 많기 때문에 프로그램의 내용은 큰 차이를 보이지 않을 수 있다.

간 이상 면담을 진행하는 집중 감독·감시명령을 부과할 수 있다. 프로그램의 내용은 법률에서 정하고 있지 않기 때문에 법원에 의하여 구체화되며, 주로는 사회복지명령의 프로그램을 이용하고 있다.

## 라. 지방정부시설 유치

2012년 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012의 개정으로 제91조에 따른 보석처분이나 제98조 또는 제101조에 따른 구금처분을 받지 않은 모든 소년 피고인들이 지방정부시설 유치 대상이 되었다.<sup>201)</sup> 이 명령을 받은 소년은 보호소년(the looked after)으로 분류되어 부모의 친권행사가 제한될 수 있고 보호소년은 전담 상담가 또는 교사와의 상담 등 지방정부로부터 보호와 감독을 받게 된다. 지방정부시설 유치는 한국 소년법상 제18조 제3호 임시조치에 해당하는 소년분류심사원 위탁처분에 가장 가까운 제도로, 부모나 후견인 등 보호자와 주거하게 되더라도 보석이 거부된 후 내려진 처분이므로 추가적 감독처분의 유무와 관계없이 활동에 일정한 제약이 따르게 된다.<sup>202)</sup>

### 1) 대상

#### 가) 10세에서 11세 소년·소녀

대상 소년에 대한 보석신청이 기각되는 경우, 소년은 지방정부 시설(local authority accommodation)에 거주명령을 받는다. 거주명령을 통지받은 지방정부의 소년정책과 또는 복지과는 소년의 가족 또는 보호자의 집이나 위탁보호시설(foster placement), 지역 아동복지시설(children's home) 중에서 YOT의 의견을 참고하여 거주시설을 결정한다.<sup>203)</sup> 지방정부 시설 거주처분은 보석이 거부된 소년에 대하여 내려지는 처분이므로 보석에 부과될 수 있는 감독처분들이 조건으로 부과될 수 있다. 원칙적으로 이 연령의 소년·소녀에게 구금형 지방정부시설 거주처분은 내려질 수 없다. 다만 지방 정부는 이 연령의 소년·소녀에 대하여도 법원에 구금형 지방정부시설(secure local

201) Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (s)92.

202) Youth Court Bench Book, 2017, p 48.

203) Children Act 1989 (s)21.

authority accommodation) 배치 요청을 할 수 있으나,<sup>204)</sup> 해당 구금형 지방정부시설에 대한 지방정부의 개입 및 관리의 정도 등 많은 요건들을 증명해야 하기 때문에 이 요청이 받아들여지는 경우는 드물다.<sup>205)</sup> 보호처분 및 구금처분 담당자가 공공안전을 위하여 이 연령의 소년·소녀에 대한 구금이 필요하다고 판단하는 경우에는 비구금형 지방정부시설 대신 경찰서에 유치하도록 할 수 있다.<sup>206)</sup>

#### 나) 12세에서 14세 소년과 12세에서 16세 소녀

법원은 이 연령의 소년·소녀에 대하여 ① 폭력이나 성범죄로 유죄판결을 받은 적이 있거나 이러한 사유로 기소된 경우 또는 성인이라면 14년 이상의 징역형이 선고될 수 있는 범죄를 저질렀거나 ② 보석이나 비구금형 지방정부시설 유치 결정을 상습적으로 위반하는 범죄를 저지른 경우에는 구금형 지방정부시설 유치(court ordered secure remand) 결정할 수 있다. 이때 법원은 구금형 지방정부시설 유치 결정을 통하여 사회의 안전과 소년의 재범방지를 목적으로 한다는 점을 분명히 밝혀야 하며, 이에 대한 대안의 유무에 대하여 반드시 YOT와 상의하여야 한다.

#### 다) 15세에서 16세의 소년

법원이 이 연령의 소년에게 구금형 지방정부시설 유치 결정을 고려하는 때에는 구금 자체와 지방정부의 구금형 시설이 소년의 안전에 위해를 끼치지 않는지 여부를 반드시 고려해야 한다. YOT는 구금 및 훈련시설 또는 구금시설에서 소년의 안전이 확보될 수 있는지를 평가하여 보고서(Secure Remand Assessment)를 작성하고 구금형 지방정부시설에서의 거주 가능 여부를 YJB Placement Service와 상의하여 법원에 알려야 한다.

#### 라) 17세에 도달한 소년·소녀

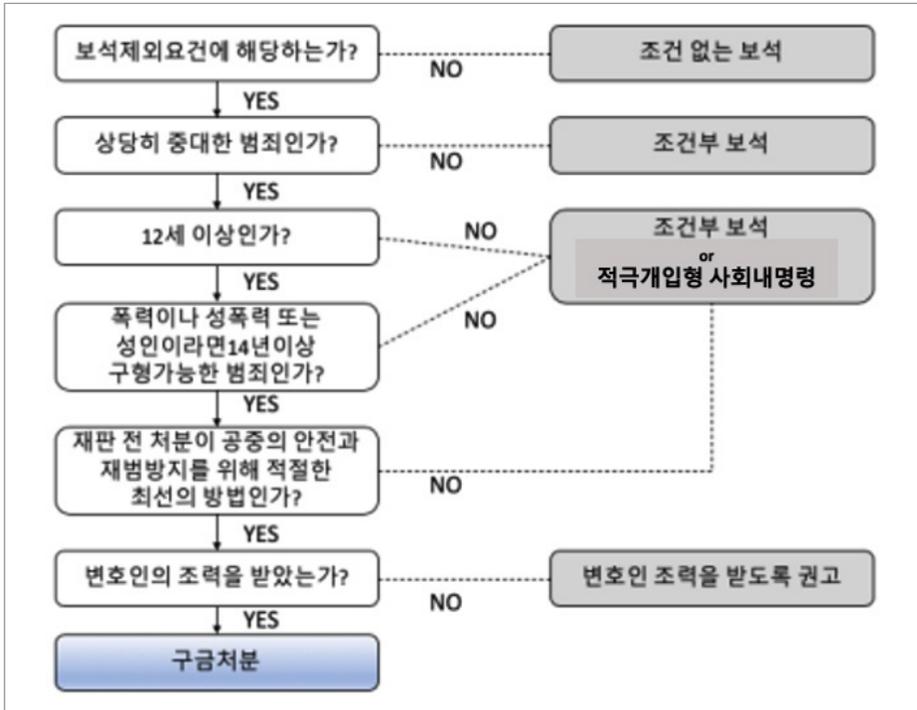
이 연령의 소년·소녀는 재판 전 감독처분과 관련하여 성인과 동일하게 취급되기 때문에 보석이 거부되면 구금처분을 받게 된다.

204) Children Act 1989 (s)25.

205) Case Management Guidance - Bail and Remand, p 19.

206) Police and Criminal Evidence act 1984 (s)38(6).

» [그림 4-3] 재판 전 감독 처분 결정 과정



\* 자료출처: Youth Court Bench Book, 2020

## 2) 절차 및 시설의 종류

YOT는 소년의 재판이 진행되는 과정에서 지방정부 시설거주처분이 내려질 가능성이 있다고 판단되면 아동복지국(Children's Service)의 데이터베이스인 CareFirst에서 대상 소년이 아동복지국의 보호관리 대상인지 확인하고, 정보공유시스템 MASH (Multi-Agency Safeguarding Hub)에서 소년에 대한 보호 및 관리를 하고 있는 기관이 있는지 점검한다. YOT는 아동복지국과의 연락을 통해 담당 아동복지국의 실무가가 해당소년의 재판에 출석하여 적합한 거주지 또는 시설을 논의하고 아동의 이동 및 배치를 위한 계획을 수립하도록 한다. 이제까지 소년의 개인 및 환경정보를 수집하고 재판과정을 기록하였으며 AssetPlus를 통한 평가를 진행한 YOT 실무가는 관련 자료를 아동복지국 담당자에게 MASH를 통해 전달하고 아동복지국 담당자는 이 자료와 기존의 아동복지국 자료를 바탕으로 아동복지국 내 CS Placements Team과의 협업을 통해 소년을 배치할 거주지 또는 시설을 결정하게 된다.

아동복지국 담당자는 장소를 결정함에 있어 반드시 가족이나 친지의 거주지를 우선적으로 검토하여야 한다. 가족이나 친지의 적절한 관리 감독을 받을 수 없거나 주변환경이 소년의 재범에 부정적 영향을 준다고 판단하는 경우에는 위탁보호자(foster carer)나 아동복지시설(children's home) 또는 공공청년주거시설(supported lodgings)에 소년을 머무르게 할 수 있다.<sup>207)</sup> 아동복지국의 담당자는 이러한 평가 및 제안을 재판에 출석하여 보고하여야 한다.

법원은 지방정부시설유치 결정을 내릴 때 반드시 소년이 거주할 장소를 명시하여야 하며, 이러한 결정이 내려지면 해당 소년에 대한 정리한 자료를 MASH에 입력하여 소년이 거주할 시설의 담당자가 참조할 수 있도록 하여야 한다. 아동복지국은 결정 이후 소년을 인계받아 지정된 거주지로 소년을 이동시키고 소년과 보호자에게 지방정부시설유치의 내용을 설명하고 이에 대한 준수서약서에 서명하도록 한다.

여기에서 지방정부 시설에는 구금형 지방정부 시설(secure accommodation)도 포함된다. 여기에서 구금형 지방정부 시설은 범죄행위에 대한 처벌로서의 구금을 주된 목적으로 하는 것이 아니라 소년의 안전과 복지를 목적으로 하는 시설로서, 무단이탈 및 자해 등을 예방하기 위한 최소한의 조치만을 취하는 시설로서 지역의 소년 미결구금시설(secure children's home)이 대표적인 예이다.<sup>208)</sup> 소년이 구금형 지방정부시설 유치 결정이 내려질 가능성이 있는 경우, YOT는 소년과 관련된 정보와 평가자료, Placement Alert form, 재판 전 보고서 등과 YOT에서 작성한 위험성 관리 계획(risk management plan)과 문제점 개선 계획(vulnerability management plan) 등을 YJB Placement Service에 제출하여야 한다. 구금형 지방정부시설유치 결정이 내려지면 YOT는 YJB Placement Service에 처분내용을 보고하고, YJB Placement Service는 지정된 시설과 연락을 취하여 소년을 인계할 절차를 진행하게 된다.

지방정부시설 유치 결정 시 법원이 적절한 기간을 정하게 되는데, 첫 번째 법원 출석에서 다음 출석까지 최대 8일이 우선 결정되고, 2번째 출석 시에는 최대 28일 혹은 다음 출석까지로 법원의 재량으로 결정된다. 지방정부시설 유치 결정을 받은 소년은 보호소년(the looked after)으로 분류되므로, 아동복지국 등 지방정부에서 보

207) Children Act 1989 (s)22C(6).

208) Department of Education, Local Authority Use of Secure Placements, 2016.

호소년에 대하여 추가적인 보호가 필요하다고 판단하면 Care Planning Regulations에 따른 요건을 갖추어 법원에 계속보호명령(permanence order)을 신청할 수 있다.<sup>209)</sup>

### 3) 부가처분

지방정부시설 유치는 조건부보석보다 심각한 범죄 혹은 상습적 범죄에 대하여 내려지는 처분이므로 조건부 보석에 부과되는 모든 조건들이 지방정부시설 유치에 첨부될 수 있다. 이 외에도 지역에서 실행이 가능한 각종 감독조치가 부과될 수 있으며, 이러한 조치는 대부분 뒤에서 살펴 볼 사회복귀명령의 각종 프로그램 중에서 선택된다. 특히 중대범죄로 기소되거나 구금 및 훈련명령 선고가 내려질 가능성이 있는 12세 이상의 소년에 대해서는 전자장치를 통한 외출제한 감독이 빈번히 이루어지고 있다.<sup>210)</sup> 최근 법원은 9시간 이상의 외출제한명령을 받고 전자장치로 감독이 이루어진 경우, 최종 선고 시 처분기간에 산입하여야 한다고 결정하였다.<sup>211)</sup>

#### 마. 사회복귀명령 및 집중 감독·감시 명령

법원의 주요 보호처분은 위탁명령(referral order), 피해회복명령(reparation order), 사회복귀명령(youth rehabilitation order)이 있다. 사회복귀명령은 최종선고에서는 물론 재판 중간 결정의 형태로도 가능하기 때문에 실질적으로 소년이 기소된 이후 재판 전 감독조치로서의 역할을 수행하고 있다. 특히 집중 감독·감시명령의 경우 보호감호처분의 대안으로서 활용되고 있다.

#### 1) 사회복귀명령 일반

사회복귀명령은 Criminal Justice and Immigration Act 2008에서 도입되었다. 도입 이전에는 총 9개의 보호처분이 마련되어 있었고 사회복귀명령은 그 중에 하나에 불과했는데 2008년 개정법으로 총 18개의 비구금적 보호처분이 사회복귀명령이라는 항목으로 묶이게 되었다.<sup>212)</sup> 사회복귀명령은 기소된 소년에 대하여 소년법원은 물론 형사

209) Care Planning Regulations (s)47B(2)(b).

210) Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 (s)93.

211) R v. A [2019] EWCA Crim 106.

212) Sentencing Guidelines Council, 「Overarching Principles - Sentencing Youths」, 2009, 14면.

법원도 내릴 수 있는 결정유형이다. 법원은 18개의 처분 중 하나 또는 복수의 처분을 병과할 수 있으며 이를 통하여 처벌의 효과는 물론 사회방위 및 재범방지 그리고 피해자 및 지역사회의 피해회복을 꾀하고 있다.<sup>213)</sup> 법원이 사회복귀명령을 결정할 경우 YOT가 소년의 상태를 평가하여 적절한 사회복귀명령을 판사에게 건의하며, 이후 집행 시에도 주로 YOT의 관리감독을 받게 된다.<sup>214)</sup>

사회복귀명령은 범죄행위가 “충분히 심각(serious enough)”해야 하지만 반드시 구금형이 내려질 정도의 심각성을 가져야 하는 것은 아니다.<sup>215)</sup> 또한 사회복귀명령은 해당명령으로 인한 소년의 갇혀 있는 가능성과 지역사회의 동의, 사건의 심각성을 종합적으로 고려해야 하므로, 범죄의 심각성이 인정된다고 하더라도 사회복귀명령을 반드시 결정해야 하는 것도 아니다.<sup>216)</sup> 다만 집중감독·감시명령과 집중위탁명령의 경우에는 이 명령들이 아니면 구금처분이 내려졌을 범죄만을 대상으로 한다.<sup>217)</sup> 다른 유형의 사회복귀명령을 상습적이고 의도적으로 위반한 경우에도 집중감독·감시명령과 집중위탁명령이 내려질 수 있다.<sup>218)</sup>

사회복귀명령은 최대 3년까지 가능하며 일반적으로 법원이 사회복귀명령을 결정할 때 기간을 명시한다. 이 기간은 ① 선고된 이행시간을 완료, ② 선고된 처분들 중 절반 이상을 완수, ③ 재범의 위험성이 감소, ④ YOT 실무자의 지시를 충실히 이행했음을 입증해야만 감축이 가능하다.<sup>219)</sup> YOT 실무자는 사회복귀명령을 선고받은 소년이 정당한 이유 없이 의무를 이행하지 않는다고 판단하는 경우 경고기간(warned period) 내에 또 다른 의무위반이 일어날 경우 사건이 다시 재판받을 수 있다는 내용의 경고를 하고 기록으로 남겨야 하며,<sup>220)</sup> 경고기간 내에 다시 정당한 이유 없이 의무를 위반한 경우에는 이 내용을 법원에 통지하여야 한다.<sup>221)</sup> 법원은 YOT의 통지를 바탕으로 소년이 사회복귀명령을 준수하지 않는다고 판단하는 경우 소년을 소환하거나 체포

213) Ibid.

214) 「How to use community interventions: Section 6 case management guidance」, 2.2.

215) Criminal Justice Act 2003 (s)148(1).

216) Criminal Justice Act 2003 (s)148(5).

217) 「Overarching Principles - Sentencing Youths」, p.14.

218) Criminal Justice and Immigration Act 2008, Sch. 2, para. 6(13) & para. 8(12).

219) Criminal Justice and Immigration Act 2008, Sch. 1, para. 27.

220) Criminal Justice and Immigration Act 2008, Sch. 2, para. 3.

221) Criminal Justice and Immigration Act 2008, Sch. 2, para. 4.

할 수 있으며,<sup>222)</sup> £2,500 이하의 벌금을 부과하거나 이전과는 다른 유형의 사회복지명령처분을 추가 또는 대체하거나, 집중감독·감시명령과 집중위탁명령을 내릴 수 있고, 구금처분이나 구금 및 훈련명령을 결정할 수 있다.<sup>223)</sup>

사회복지명령에 포함될 수 있는 처분은 다음과 같다.<sup>224)</sup>

- 활동명령(activity requirement)
- 감독명령(supervision Requirement)<sup>225)</sup>
- 무보수 노동명령(unpaid work requirement)
- 프로그램 참가명령(programme requirement)
- 출석명령(attendance centre requirement)
- 특정활동금지명령(prohibited activity requirement)<sup>226)</sup>
- 외출제한명령(curfew requirement)<sup>227)</sup>
- 전자감독명령(electronic monitoring requirement)<sup>228)</sup>
- 출입금지명령(exclusion requirement)<sup>229)</sup>
- 거주명령(residence requirement)<sup>230)</sup>

222) Criminal Justice and Immigration Act 2008, Sch. 2. para. 5.(1).

223) Criminal Justice and Immigration Act 2008, Sch. 2. para. 6.

224) Criminal Justice and Immigration Act 2008, Sch. 1, part 1 & part 2.

225) 법원이 정한 기간동안 주로 담당 YOT 실무가와 면담을 통해 관리감독을 받게 된다. 범죄의 경중과 재범의 위험성 등을 고려하여 면담 횟수가 결정되는데, 예를 들어 YOT는 중간 정도의 관리필요성이 인정되는 경우 처음 절반의 기간 동안은 한 달에 4번, 나머지 절반 동안은 한 달에 2번 이상을 면담하고 있다. 이에 대하여는, 「How to use community interventions: section 6 case management guidance」, 2.3. 참조.

226) 소년은 법원이 정한 기간 동안 YOT의 의견을 참작하여 정한 특정 활동들을 할 수 없다. 주로 소년의 범죄와 연관이 있는 활동들을 대상으로 하며, 그 예로는 타인의 소유지 출입금지나 버스의 지붕에 올라가지 않기 등이 있다.

227) 소년은 법원이 정한 기간 동안 특정 시간에는 법원이 정한 장소에 머물러야 한다. 시간과 장소는 요일이나 소년의 생활패턴을 감안하여 둘 이상을 정할 수 있으나 하루에 2시간 이상 16시간 미만으로 한정되고 12개월 이상 이루어질 수는 없다. 이 명령만으로는 전자감독이 불가능하므로 주로 호텔과 같은 관리감독이 가능한 장소에 소년이 거주하는 경우에 많이 내려지며, 법원은 이 명령과 함께 전자감독명령을 병과할 수 있다. 이에 대하여, 「How to use community interventions: section 6 case management guidance」, 2.3. 참조.

228) GPS의 발달로 인하여 2020년 3월부터 외출제한명령, 출입금지명령 등에 병과할 수 있게 되었다. 또한 조건부 보석에 대하여도 전자감독명령과 병과할 수 있게 되었다.

229) 소년은 최대 3개월 동안 범죄와 연관이 있고 재범방지를 위해 필요한 특정 장소에 출입할 수 없다. 이 명령도 2020년 3월부터 전자감독명령과 병과할 수 있다.

230) 이 명령은 만16세 이상의 소년에게만 부과가 가능하며, 소년은 법원이 지정한 특정 보호자와

- 지방정부시설 거주명령(local authority residence requirement)<sup>231)</sup>
- 정신치료명령(mental health treatment requirement)
- 약물중독치료명령(drug treatment requirement)
- 약물검사명령(drug testing requirement)
- 중독성물질치료명령(intoxicating substance treatment requirement)
- 교육명령(education requirement)
- 집중감독·감시프로그램(intensive supervision and surveillance programme)
- 집중위탁명령(intensive fostering requirement)<sup>232)</sup>

## 2) 집중감독·감시프로그램

### 가) 의의

집중감독·감시프로그램(Intensive Supervision and Surveillance Program, ISSP)은 2001년에 도입되어 상습적으로 심각한 범죄를 저지르는 소년들에 대해 초기에는 대도시들을 중심으로 진행되었고, 2003년에는 전국에 있는 모든 YTO에서 집중감독·감시 프로그램을 시행하게 되었다.<sup>233)</sup> 집중감독·감시프로그램은 Youth Justice Board의 감독을 받는 프로그램으로, 다수의 혹은 상습적으로 범죄를 저지는 소년들을 지역사회에서 관리하기 위해서는 집중적이고 체계적인 시스템이 필요하다는 문제의식에서 시작되었다. YJB의 이러한 문제의식은 구금과 비구금상태에서 훈련 프로그램을 이행하는 구금 및 훈련명령보다는 지역에서 적극적으로 집중으로 프로그램을 운영하는 것이

---

지정된 장소에서 일정기간 거주하여야 한다. YOT가 매일 거주상황을 점검하며, 소년에게 부모나 친척이 없는 경우에는 YOT가 적절한 성인이 보호할 수 있는 장소를 제공하게 된다.

231) 소년은 최대 6개월 동안 지방정부의 시설에서 거주하게 되며 명령 이행 중 18세에 도달하는 경우 이 명령은 종료한다. 거주명령시 적절한 보호자와 장소를 찾기 어려운 경우에 이 명령이 내려질 수 있다. 여기서 지방정부 시설이란 출입이 통제되는 장소는 아니며, 다만 소년을 관리할 수 있는 책임자가 상주하고 있어야 한다.

232) 집중위탁명령은 생활환경이 소년의 범행에 상당한 영향을 미쳤으며 재범의 위험성을 높인다고 판단하는 경우 지방정부와의 협의를 통해 부과할 수 있는 처분으로 구금처분이 내려질 정도로 심각한 범죄를 저지른 소년에게 구금형의 대안으로서 제시되고 있다. 지방정부는 교육을 받은 위탁부모가 있는 가정 혹은 시설을 마련하여 소년에게 제공하며, 그 기간은 12개월을 초과할 수 없다. 이 명령은 집중감독·감시명령과 병과할 수 없으며, 소년이 18세에 달하면 위탁장소에서 더 이상 머무를 수 없다.

233) Sue Adamson, Youth Crime - A Case Study of Intensive Supervision in a Neighbourhood Context, Research Report 42, Sheffield Hallam University, 2004, p 2.

소년의 복지와 프로그램 이수 후 사회복귀에 유리하다는 판단에서 비롯되었다.<sup>234)</sup>

집중감독·감시프로그램의 취지는 프로그램 대상이 되는 범죄의 상습성이 있는 소년들의 재범률을 떨어뜨리고, 문제소년들의 근본적 문제들에 효율적으로 중점 교육을 통해 개입하며 소년들의 범죄행위로 인하여 물질적·정신적 피해를 입은 지역사회 구성원들에게 범죄를 저지른 소년들이 세심하게 관리되고 있으며 그들로 인한 위험도 통제되고 있다는 점을 강조함으로써 지역사회의 안정을 꾀하는 것이다.

집중감독·감시프로그램은 90일 이상 180일 미만으로 진행되며 보통 6개월 동안 진행된다.<sup>235)</sup> 일반적으로 처음 절반의 기간 동안에는 일주일에 25시간의 고강도의 감독·감시가 진행되지만 나머지 절반 동안에는 소년의 자율성을 높이기 위해 주말을 제외하고 일주일에 5시간의 감독감시라는 보다 약한 수준의 프로그램이 적용된다.<sup>236)</sup> 다만 이러한 진행방식은 개별적 사안에 따라 탄력적으로 적용될 수 있다. 또한 집중감독·감시프로그램은 외출제한명령과 같은 다른 사회복귀명령과 함께 선고되는 경우가 대부분이며, 집중감독·감시프로그램이 종료된 이후 병과된 다른 보호처분이 진행되고 있다면 최대 12개월까지 기간이 연장될 수 있다. 법원은 보통 집중감독·감시프로그램과 외출제한명령 그리고 전자감독명령을 함께 선고하게 된다.

#### 나) 대상

원칙적으로 집중감독·감시프로그램은 만10세 이상 만17세 이하의 강도나 중상해와 같은 심각한 범죄를 저지른 소년을 대상으로 한다. 단, 유죄선고 시 15세 미만 소년의 경우에는 그 소년이 상습적으로 범죄를 저지른 경우에만 집중감독·감시프로그램의 대상이 된다.<sup>237)</sup> YJB는 집중감독·감시프로그램의 대상자를 구체화하여 범죄행위로 현재 기소되었거나 유죄판결을 받은 소년이 최근 1년 간 네 번 이상 각각 다른 범죄로 기소되거나 주의 혹은유죄선고를 받고, 적어도 한 번 이상의 보호처분이나 구금처분을 받은 경우에는 집중감독·감시프로그램의 대상이 된다고 하였다. 또한 위의 대상자에 해당되지 않는 소년도 다음의 조건에 해당하면 집중감독·감시프로그램의 대상자가 된다.

234) Ibid.

235) Criminal Justice and Immigration Act 2003 Sch. 1. para. 3(2).

236) How to use community interventions.

237) Sentencing Youths - Overarching Principles, 6.34.

- 현재 기소 중이거나 유죄선고를 받은 범죄가 성인이었다면 14년 이상의 징역형을 선고받을 정도의 심각한 범죄인 경우
- 최근 반복된 범죄로 보석을 받은 전력이 있고 현재 Criminal Justice and Police Act 2001 제130조에 의거하여 구금처분을 받을 가능성이 있는 경우
- 구금 및 훈련명령 선고를 받고 출소 이후 1년 내에 다시 범죄를 저질러 구금형을 받을 가능성이 높은 경우

YJB는 집중감독·감시프로그램이 구금형보다 회복적 사법이라는 소년법의 취지에 부합한다는 판단 하에 대상적격을 확장하고 있는 추세이다. 또한 외출제한명령, 출입금지명령 등과 함께 보호처분의 시기를 판결선고 시가 아닌 검찰의 기소 시로 앞당김으로써 지역사회의 안전과 재범의 방지를 꾀하고 있다. 따라서 구금처분을 받을 가능성이 있는 소년의 조건부 보석에 집중감독·감시프로그램을 부가할 수 있고, 출소하는 소년에 대하여도 부가할 수 있다. 만약 재판의 지연 등으로 보석 기간이 연장되는 경우에는 선고시까지 그 기간이 연장될 수 있다.<sup>238)</sup> 다만 집중위탁명령과 병과될 수는 없다.<sup>239)</sup>

#### 다) 절차

집중감독·감시프로그램 적용여부는 YOT와 법원, 경찰이 정보를 공유하여 다음과 같은 절차를 거쳐 결정된다.<sup>240)</sup>

##### (1) 대상자 확인 (identification)

YOT는 소년이 심각한 범죄로 기소되었다는 사실을 통지가 있으면 집중감독·감시 프로그램 실무자들에게 이 사실을 알려야 한다. 심각한 범죄를 저지른 소년에 대한 정보는 경찰이 사건 초기에 소년범 정보 시스템에 입력하며, YOT는 그 정보를 바탕으로 집중감독·감시프로그램 대상에 해당하는지 여부를 판단하게 된다.

238) 법무부, 영국의 소년보호제도, 2011, 116면.

239) Criminal Justice and Immigration Act 2003 Sch. 1. para. 5.

240) Nottinghamshire County Council, ISS Practice Guidance for Case Managers, 2015.

## (2) 대상적격 및 적합성 판단 (eligibility and suitability)

YOT는 경찰이 제공한 정보와 기소내용을 바탕으로 기소된 소년의 정보가 집중감독·감시프로그램의 대상조건에 해당하는지 확인하고,<sup>241)</sup> 현재 기소된 사건에 대하여 구금처분이 내려질 가능성이 있는지 여부를 법원에 문의하여 사건이 집중감독·감시프로그램에 적합성을 판단한다. 만약 법원이 소년이 집중감독·감시프로그램의 대상에 해당함에도 불구하고 구금처분이 아닌 보호처분 선고를 고려하고 있다면 이 사건은 집중감독·감시프로그램에 적합성을 갖지 않는다.

## (3) 법원에 의견서 제출 (proposal)

YOT는 소년이 대상적격을 갖추고 사건이 적합성을 갖겠다고 판단되면 법원에 집중감독·감시프로그램에 대한 제안서를 제출하여야 한다. YOT의 제출은 의무사항이지만 법원은 YOT의 제안서에 구속되지 않는다. 법원이 YOT의 제안을 받아들이는 경우, YOT는 집중감독·감시프로그램 대상 소년에게 고지하고 프로그램 의의와 준수사항을 설명한 후 준수사항 동의서에 서명을 받는다.

## (4) 프로그램 설계와 실시

YOT 및 집중감독·감시프로그램 담당자는 법원이 집중감독·감시프로그램 외에 다른 보호처분을 병과했는지 여부를 확인하고 해당 소년의 환경과 필요에 맞게 프로그램의 내용을 설계해야 한다. 집중감독·감시프로그램 개시 전에 집중감독·감시프로그램 담당자와의 면담에서 해당 소년의 상황에 맞게 설계된 프로그램의 내용을 설명하고 일주일 단위의 일정표를 소년과 소년의 보호자에게 제공한다.

## (가) 내용

집중감독·감시프로그램은 감독(supervision)과 감시(surveillance)로 구성된다.

## ① 감독

집중감독·감시프로그램을 위한 감독은 소년의 환경과 행동양태, 소년의 개선을 위해 필요한 요소 그리고 면담을 위한 프로그램을 조사하고 준비하는 것부터 시작한다.

241) 위의 4.(2)에 서술된 요건에 소년의 과거 범죄경력에 해당하는지 여부를 판단한다.

집중감독·감시프로그램은 소년의 행동의 자유를 제한하는 조치이지만 궁극적으로 소년의 갱생과 복지를 목표로 하는 처분이므로 소년의 환경과 지역사회의 조건에 맞는 프로그램을 개발하여야 한다. 프로그램에 반드시 포함되어야 하는 사항(core elements)들은 다음과 같다.

- 교육과 훈련 - 집중감독·감시프로그램 담당자는 소년의 교육과 훈련을 위하여 지역사회의 외부단체와 협력할 수 있다. 소년의 경우 기소로 인하여 학교에서의 교육이 이루어지지 않는 경우가 많으므로 이 프로그램에서 교육을 받을 수 있는 기회를 마련하여야 한다. 교육과 훈련은 소년의 성취감을 고취시키고 자아발견을 도와 사회복지기를 준비시키는 과정으로서, 집중감독·감시프로그램의 가장 중요한 요소이다. 이를 위하여 많은 지역에서 외부기관의 교육과정을 이용하여 소년들에게 수료증을 발급하고 있다.
- 범죄행위와 관련한 상담 - 집중감독·감시프로그램 담당자는 소년이 자신이 범죄를 저지른 동기와 주변환경을 인식하고 이를 예방할 수 있도록 상담 등의 프로그램을 진행한다.
- 회복적 사법 - 소년의 범죄행위로 인하여 직접적, 간접적으로 피해를 받은 피해자와 지역사회를 위하여 지역사회를 위한 봉사활동, 피해자와의 회복 프로그램 진행 등이 실시된다. 단, 피해자와의 회복 프로그램 진행에 있어서는 피해자의 참여 의사와 부가적 피해발생의 가능성을 반드시 고려해야 한다.
- 대인관계 회복 - 소년의 범죄행위를 야기한 생활환경의 개선을 위하여 안정적이고 비폭력적인 대인관계를 형성하기 위한 프로그램들을 진행한다.
- 가족 프로그램 - 소년의 주변환경 개선을 위하여 가족을 프로그램에 참여하게 할 수 있다. 프로그램이 진행되는 동안 담당자는 정기적으로 보호자와 면담을 진행하며, 프로그램 종료 시에도 성과를 공유하는 회의를 가진다.

이외에도 안정된 주거가 확보되지 않았거나 약물중독 등 건강상 어려움을 겪고 있는 소년들에게 범죄적 환경으로부터 거리를 둘 수 있는 주거공간을 제공하거나 정신건강상담 프로그램 등을 추천할 수 있다.

## ② 감시

집중감독·감시프로그램은 소년의 갱생 및 복지 외에 심각한 범죄를 저지른 소년에 대한 통제를 목적으로 하므로 강도 높은 감시가 이루어지게 된다. 보통 집중감독·감시 프로그램은 외출제한 및 전자감독명령과 함께 선고되므로, 집중감독·감시프로그램 담당자는 전자장치를 관리하는 업체로부터 매일 정보를 제공받게 된다. 집중적인 감시를 통하여 소년은 범죄적 환경으로부터 자신을 분리시킬 수 있고, 지역사회는 범죄 소년 및 재범가능성이 통제되고 있다는 점에서 안도감을 느끼게 된다. YJB는 최소한 하루에 두 번 대상 소년의 위치와 준수사항 이행 여부를 확인해야 한다는 기준을 제시하고 있으나, 필요한 경우에는 24시간 감시가 가능하다.

## 제3절 | 시사점

현재 영국의 소년사법은 엄벌주의 경향과 회복적 사법의 요구, 그리고 소년보호주의가 서로 균형점을 찾아가고 있는 과정이라고 할 수 있다. 1998년 Crime and Disorder Act를 통하여 지역사회를 기반으로 소년보호 업무를 연속성 있게 수행할 수 있는 YOT를 설치하고 2008년 사회복귀명령을 도입하여 보호처분을 다양화하고 정비하는 등 소년사법제도 개선에 적극적인 모습을 보여주고 있다. 이러한 노력의 결과 영국의 소년범죄율과 재범률은 1990년대 후반 이후 완만하게 감소곡선을 그리고 있다. 다만 소년사법제도 개선과 유지에 들어가는 자원을 고려할 때 그 효율성 측면에서는 비판의 목소리가 나오고 있는 것이 사실이다.<sup>242)</sup> 이러한 영국의 소년사법제도에 대한 비판적 고찰을 통하여 한국의 소년사법제도의 개선점을 찾아보고자 한다.

첫째, 영국의 경우 소년이 체포되어 조사를 받는 경찰단계에서부터 재범방지과 피해자 및 사회보호를 위한 감독 제도를 체계화하였다. 일정한 요건을 갖춘 경우 구속의 대상이 되고, 경미한 범죄를 저지른 경우에는 조건 없는 보석의 대상이 되는데,

242) 영국의 소년사법에 대한 비판적 시각으로, Tom Ellis et al, "Public protection in youth justice? The intensive supervision and surveillance Programme from the inside", International of Police Science & Management Vol. 11 No.4, 2009. 참조.

그 외의 소년 피의자에 대하여 경찰 수사단계 및 기소 이후 재판 선고 전 단계까지 소년이 저지른 범죄의 중대성, 범죄경력, 그리고 생활환경평가를 기준으로 경찰단계에서 조건부 보석, 법원단계에서 조건부 보석 및 보호감호처분, 그리고 재판 중 법원의 결정으로 실행시기를 조기화 할 수 있는 사회복귀명령 등 소년에 대한 감독과 감시를 사법체계 어느 단계에서든 실시할 수 있도록 하고 있다. 영국의 경우 경찰단계에서 소년대상 조건부 보석을 하는 경우 YOT와의 협의 아래 외출제한 및 전자감시 장치 착용 등 일정한 보호처분을 부과할 수 있도록 하고 있다. 경찰단계에서 내려질 수 있는 감독처분은 기소 이후 부과할 수 있는 감독처분의 구체적 내용과 큰 차이를 보이지 않아 범죄를 저지른 소년의 통제가 조기부터 개시된다. 한국의 경우 소년법에서 검사가 피의자에 대하여 선도조건부 기소유예를 규정하고 있으나 구속이 되지 않은 경우 기소를 할 소년에 대한 감독조치는 마련되어 있지 않아 수사개시부터 소년법원 송치까지 상당한 기간을 관리, 감독 없이 방치하는 결과를 낳는다. 따라서 영국이 경찰단계에서부터 소년대상 조건부 피의자 보석에 각종 감독 프로그램을 부과할 수 있도록 허용한 점은 수사단계에서 소년 피의자의 재범을 막고 피해자에 대한 접근을 방지할 수 있다는 점에서 참고할 만하다.

둘째, 이러한 감독 조치의 조기화가 정당화되기 위해서는 지역사회의 일관성 있는 지원을 통해 소년 개개인에 대한 연속적인 관심과 관리가 전제되어야 한다는 점을 유의할 필요가 있다. 영국은 소년사법에 관한 규정들이 수십 개의 법률에 나뉘어 있어 제도 전반에 대한 파악이 쉽지 않다. 하지만 법원 등 소년사법 관련기관 간의 협조 의무를 법률에 분명하게 규정하고 있고, YOT 등 소년 개개인에 대한 지속적인 관리를 하는 단체들이 지역사회를 기반으로 하여 소년사법기관과 긴밀한 협력체계가 구축되어 있기 때문에 재판 전 단계에서부터 소년에 대한 일률적이지 않고 개별적인 감독처분이 가능하다. 특히 YOT의 경우 소년정책 전문가뿐만 아니라 지역사회에서 소년정책을 실행하고 있는 여러 기관들이 참여하여 범죄경력이 있는 소년뿐만 아니라 범죄적 환경에 노출되어 지역사회의 지원이 필요한 소년, 범죄 후 법원의 처분이 중요한 소년 등에 대하여 지속적 관리를 수행하고 있다. 한국 역시 소년사법 주체 간 협의체가 구성되어 있기는 하지만, 검찰과 법원이 많은 비중을 차지하고 소년들과 관련된 실무를 수행할 주체들의 참여기회가 부족한 것이 사실이다. 한국의 경우 경찰

부터 법원까지 각 단계를 거칠 때마다 새로이 사건과 소년에 대한 조사를 수행하게 되어 자료의 충실성과 일관성에 문제가 발생한다. 분류심사원이 이러한 역할을 수행해야 하지만 분류심사원의 개입이 사건 초기에 이루어지지 않고 여러 기관이 공유하는 협력체계 부족으로 법원에서 분류심사원의 심사결과를 신뢰하기 어려운 것이 사실이다. 따라서 법률적으로 그리고 실제적으로 각 기관 간의 협력과 정보공유 체계를 갖추는 노력이 필요하다. 또한 한국은 검사선의주의를 취하고 있기 때문에 검사가 기소여부를 결정하기 전에 사건 초기부터 소년과 사건을 담당하는 기관으로부터 조사서를 제출받아 참조할 수 있도록 하는 조치가 필요하며 적어도 심각한 범죄사건의 경우에는 이러한 검사결정전 조사서의 제출을 의무화할 필요가 있다. 물론 이러한 개별화된 서비스는 인적, 물적 자원이 충분히 투입되어야 하므로 현재 영국에서 제기되는 효율성의 저하가 발생할 수 있다. 하지만 소년사범은 효율성만의 문제가 아니라 사회의 존속과 안정의 문제이기 때문에 경제적인 효율성을 평가기준으로 두는 것은 적합하지 않다.

셋째, 영국은 소년에 대한 형사절차에서 피해자 보호 및 피의자의 재범을 방지할 필요성이 큰 성범죄나 폭력범죄 등을 중대범죄로 따로 분류하여 이에 대해서는 집중감독·감시형 보석 등 강화된 감독 제도를 시행하고 있다. 또한 외출제한 등 조건이 부과되는 조건부 보석부터 집중감독·감시형 보석, 그리고 집중감독·감시형 프로그램 등 준수사항 위반 시 단계적으로 감시를 강화시킬 수 있는 프로그램들을 개발하였다. 반면 중대범죄나 상습범죄 등으로 분류되지 않는 소년의 범죄에 대해서는 교육과 감독의 측면에 최대한 소년피의자와 보호자의 자율적이고 자립적인 범죄예방 프로그램을 운영하고 있다. 한국의 경우 구속사유에 해당하지 않는 소년 피의자의 경우 범죄유형에 따른 감독 및 감시 제도가 단계적으로 제시되고 있지 않다. 경미한 범죄를 상습적으로 저지른 소년 피의자와 상당히 중대한 범죄를 저지른 소년 피의자에 대한 차별적 조치를 마련할 필요가 있다. 즉, 중대범죄에 대한 단계적인 재판 전 감독조치를 마련하여 피해자 보호는 물론 범죄적 환경으로부터 소년 피의자를 보호하고 그 외 범죄에 대해서는 교육과 상담을 통한 감독에 보다 초점을 맞춰야 한다.

넷째, 현재 소년법상 임시조치 중 의료기관 및 민간기관에의 위탁 그리고 소년분류심사원으로서의 위탁을 포함하여 출입이 통제된 상태에서 소년에 대한 수용 및 분류심

사, 치료 등을 하게 된다. 소년을 현재의 환경으로부터 분리할 필요는 있으나 구금의 필요성까지는 인정되지 않는 경우, 비구금적 위탁처분이 마련되어 있지 않아 보호자와의 교감 부족 및 정서적 불안감 등으로 소년의 복지에 부정적 영향을 미칠 수 있다. 영국의 경우 보석이나 구속의 대상이 되지 않은 소년의 경우에는 원칙적으로 모두 비구금형 지방정부 시설에서 수용되어 감독을 받게 되며, 성폭력이나 성인이라면 14년 이상의 형이 선고될 수 있는 중대범죄에 대해서만 구금형 시설에 수용하고 있다. 특히 12세 미만소년에 대하여 구금형 보호감호처분이 자제되고 있으며 주로 가족 및 보호자가 YOT와의 협력을 통하여 소년에 대한 감독을 지역사회 내에서 수행하고 있다. 한국의 경우 소년분류심사원 위탁이 소년원과 다름없이 출입이 통제되어 사실상 구금상태에 해당하고, 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」 제8조 상 16세 미만을 분리수용의 기준으로 두고 있어 10세 이상부터 16세 소년의 체계적인 분리 수용과 연령에 맞는 수용계획 마련에 어려움이 있다. 소년의 재범위험성 평가를 주된 목적으로 하는 경우라면 비구금형 시설수용을 통하여 보호자와의 충분한 소통을 보장하여 이후 자율적으로 범죄를 회피할 환경을 마련할 수 있는 기회를 보장해야 할 것이다.

## 제 5 장

소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

# 외국의 재판 전 감독제도 3 : 독일

박 경 규



## 제5장

# 외국의 재판 전 감독제도 3 : 독일

### 제1절 | 소년법원법률 및 (청)소년사건의 절차진행 개관

#### 1. 소년법원법률 개관

독일은 소년이 범죄행위를 행한 경우의 수사절차, 부과될 수 있는 제재조치 및 재판절차에 대해서는 소년법원법률(Jugendgerichtsgesetz, JGG)(이하 '소년법원법률')과<sup>243)</sup> 「소년법원법률에 대한 연방 가이드라인(Richtlinien zum Jugendgerichtsgesetz, RiJGG)」을<sup>244)</sup> 통해 규율하고 있다. 「가이드라인」은 소년법원법률의 내용을 보충하고 있고, 독일 각 주(州)법무부의 협정에 기해 제정되었다.

소년법원법률은 총 5부로 구성되어 있다: 제1부(적용범위), 제2부(청소년), 제3부(장소년), 제4부(연방군 군인을 위한 특별규정), 제5부(마무리- 및 경과규정). 소년법원법률은 청소년(Jugendlicher) 또는 장소년(Heranzwachsender)<sup>245)</sup> 형벌로 위하되고 있는 행위를<sup>246)</sup> 한 경우에 적용되는데, 청소년은 범죄행위 당시 14세 이상 18세 미만인 자를 뜻하고, 장소년은 행위 시에 18세 이상 21세 미만인 자를 의미한다(제1조 참조).<sup>247)</sup>

243) 1953. 8. 4. 제정. 최근 개정은 2019. 12. 9. 독일 소년법원법률은 1923년에 제정된 독일 「제국 소년법원법률(RJGG)」로부터 유래한다. 독일 소년법원법률의 연혁에 대해서는 박진애, “독일의 청소년사법제도 관련 입법례 I - 「청소년법원법」상 제재의 체계와 기본원칙-”, 입법현안 법률정보 제69호, 국회도서관, 2017.10. 5-7면.

244) 1955. 2. 15. 제정. 1994. 8. 1.에 개정된 버전.

245) 독일어 “Heranzwachsender”는 ‘준소년’, ‘장소년’, ‘청년’, ‘초기성인’ 등 여러 가지로 번역되고 있는데, 본 보고서에서는 ‘장소년’으로 번역한다.

246) ‘형벌로 위하되고 있는 행위’를 청소년 또는 장소년이 저지른 경우 형벌이 아니라 교육처분 또는 징계·교화처분이 부과될 수도 있기에 소년법원법률은 그러한 행위를 ‘비행행위(Verfehlungen)’라고 하고 있다.

제2조는 소년형법의 목적을 선언하고 있는데, 소년형법은 무엇보다 청소년 또는 장소년의 재범방지를 위해서 적용되어야 하고, 소년의 범죄행위에 대한 법효과와 소년형사절차는 교육/훈육사상(Erziehungsgedanke)을<sup>248)</sup> 우선적으로 지향해야 한다(제1항 참조). 소년사건에는 소년법원법률이 우선적으로 적용되고, 형사소송법률 등 일반형사사건에 관한 절차법은 소년법원법률에 명문 규정이 없는 경우에 한해 적용된다(제2조 제2항 참조).

소년법원법률은 제2부(청소년)에서 청소년의 범죄행위 및 그에 대한 법효과(제2부 제1편), 소년법원의 구성 및 소년형사절차(제2부 제2편), 형집행 및 제재조치의 집행(제2부 제3편), 전과기록의 말소(제2부 제4편), 일반형사사건을 관할하는 법원에서 재판을 받는 청소년(제2부 제5편)으로 편을 나누어 규율하고 있다. 장소년에게는 청소년에 대한 규정들이 대부분 준용되는데, 제3부(장소년)에서 장소년에게만 적용되는 사항에 대해 규정하고 있다. 제2부의 내용이 우리 소년법에 상응하는 것이기에 이하에서는 청소년사건을 위주로 살펴본다.

## 2. (청)소년의 범죄행위에 대한 제재조치

소년법원법률 제2부 제1편(청소년의 범죄행위 및 그에 대한 법효과) 제1장 내지 제7장에서 청소년이 범죄행위를 행한 경우에 부과될 수 있는 제재조치에 대해 자세히 규정하고 있다. 범죄행위를 행한 청소년에게는 ① 교육/훈육처분(Erziehungsmaßregeln), ② 징계/교화처분(Zuchtmittel),<sup>249)</sup> ③ 소년형벌(Jugendstrafe) = 소년자유형,<sup>250)</sup> ④ 일부 보안처분이 부과될 수 있다(제4조 및 제7조 참조). 징계/교화처분 또는 소년자유형은 교육/훈육처분으로는 충분치 않은 경우에 부과될 수 있고(제5조 제1항 참조), 소년자유형은 교육/훈육처분 또는 징계/교화처분으로는 충분치 않은 경우에만 부과될 수

247) 이하에서 법률명이 언급되지 않으면 소년법원법률의 조항을 의미한다.

248) 독일어 "Erziehung"은 '교육'으로 번역되기도 하고, '훈육'으로 번역되기도 하는데, 본 보고서에서는 양자 중 어느 하나를 택하기보다는 '교육/훈육'으로 번역한다.

249) "Zuchtmittel"은 징계처분'으로 번역되기도 하고, '훈육처분'으로 번역되기도 하는데, 교육/훈육처분과 형벌인 소년자유형의 중간 단계에 해당하는 제재조치라는 점에서 '징계/교화처분'으로 번역한다.

250) 소년에게 인정되는 형벌은 자유형뿐이므로(제17조 제1항 참조) 이하에서는 소년형벌을 소년자유형이라고 칭한다.

있기에(제17조 제2항 참조) 제재조치의 중합은 교육/훈육처분 → 징계/교화처분 → 소년자유형의 순서이지만, 각 조치들이 병과될 수도 있다. (청)소년에게 선고될 수 있는 제재조치의 세부유형을 표로 요약하면 다음과 같다.

▶▶▶ [표 5-1] 제재조치의 세부유형

처분의 종류	세부유형
교육/훈육처분 (Erziehungsmassregeln)	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 특정 행위를 하거나 하지 않도록 지시(Weisung) - 제10조 제1항               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 체류지·거주지와 관련된 지시를 따를 것</li> <li>2. 어느 가정 또는 시설(Heim)에서 살 것</li> <li>3. 교육과정 또는 직업훈련과정에 등록할 것</li> <li>4. 특정 노동행위(급부행위)를 행할 것</li> <li>5. 보호·지원자(Betreuungshelfer)의 보호·감독을 받을 것</li> <li>6. 사회적 훈련코스(교육코스)에 참여할 것</li> <li>7. 피해자의 손해를 원상회복하기 위해 노력할 것(가해자-피해자-조정)</li> <li>8. 특정인과의 교류를 하지 않을 것 또는 특정 유흥시설을 방문하지 않을 것</li> <li>9. 도로교통 교육코스에 참여할 것</li> </ol> </li> <li>○ 교육/훈육지원               <ul style="list-style-type: none"> <li>양육보호인(사회보장법전 제8권 제30조)의 선임</li> <li>24시간보호시설(사회보장법전 제8권 제34조)에서의 교육</li> </ul> </li> </ul>
징계/교화처분 (Zuchtmittel)	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 경고</li> <li>○ 부담(Auflage)부과               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 범죄로 초래된 손해의 원상회복</li> <li>2. 피해자에게 사과·용서를 구하기</li> <li>3. 일정 (노동)행위를 행하기</li> <li>4. 청소년이 감당할 수 있는 일정 금액을 공익용으로 납부하기</li> </ol> </li> <li>○ 소년구금(Jugendarrest)               <ul style="list-style-type: none"> <li>휴일구금(1-2일)</li> <li>단기구금(~4일)</li> <li>장기구금(1주 이상 4주 미만)</li> </ul> </li> </ul>
소년자유형	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 소년자유형</li> <li>○ 소년자유형의 집행유예</li> <li>○ 소년자유형의 선고유예</li> </ul>
보안처분	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 정신병원 또는 중독치료시설 수용</li> <li>○ 보안관찰(Führungsaufsicht)<sup>251)</sup></li> <li>○ 운전면허 박탈</li> <li>○ 보호감호(Sicherungsverwahrung)</li> </ul>

251) '행장감독'으로 번역되기도 한다.

### 3. (청)소년의 범죄사건에 대한 법원관할권의 분배

연방제 국가인 독일의 법원은 주(州)법원과 연방법원으로 대별되고, 전자는 '시·군·구 주법원(Amtsgericht, AG)',<sup>252)</sup> '지방 주법원(Landesgericht, LG)',<sup>253)</sup> '고등 주법원(Oberlandesgericht, OLG)'으로 구성된다. 후자는 연방일반법원(Bundesgerichtshof, BGH),<sup>254)</sup> 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht), 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht) 등으로 나뉜다.

소년법원법률은 제2부(청소년)에서 소년의 범죄사건에 대한 법원의 재판관할권 및 재판절차를 범죄유형에 따라 크게 2가지 유형으로 나누어 제2편(소년법원의 구성 및 소년형사절차)과 제5편(일반형사사건을 관할하는 법원에서 재판을 받는 청소년)에서 달리 규정하고 있다.

#### 가. 일반형사법원에서 재판을 받는 경우

소년법원법률 제2부 제5편의 제102조 제1문에 의하면 “연방일반법원과 고등 주법원의 관할권은 이 법률에 영향을 받지 않는다.” 따라서 법원조직법률(GVG) 제120 및 제121조에 의해 동 법률 제120조 제1항에 나열된 특정 ‘국가보호범죄’ 그리고 모살, 고살, 중방화 등 일부 특정 중범죄에서 사건의 중대성이 인정되어 연방검찰이 담당하게 된 사건(제120조 제2항의 요건이 충족된 범죄)의 경우 ‘고등 주법원(OLG)’이 1심을 담당하고, 연방일반법원이 상소심을 담당하기에, 그러한 범죄를 범한 청소년은 일반형사법원인 ‘고등 주법원’과 연방일반법원에서 재판을 받는다. 한편 소년법원법률 제103조는 소년법원이 관할권을 가지는 소년범죄사건일지라도 예외적으로 성인사건과의 병합이 인정되어 일반형사법원에서 재판될 수 있는 경우를 규정하고 있다.

소년법원법률 제104조는 제102조 및 제103조에 기해 (청)소년 범죄사건이 일반형사법원에서 재판되는 경우 그러한 재판절차에 적용되는 소년법원법률상의 규정들을

252) ‘구(區)법원’ 또는 ‘간이법원’으로 번역되기도 한다.

253) 직역하면 ‘주법원’이지만, 우리의 지방법원에 상응하는 역할을 하기에 ‘지방 주법원’으로 의역한다.

254) 연방일반법원은 일반 민·형사사건에서 최고법원으로 기능한다. 연방일반법원은 ‘연방대법원’으로 번역되기도 하는데, 이 경우 연방고등법원 또는 연방지방법원이 있다는 오해를 불러일으킬 수도 있으므로 연방일반법원으로 번역한다.

나열하고 있다. 청소년의 비행행위 및 법효과에 관한 규정(제3조 내지 제32조), 소년사법원호에 관한 규정(제38조, 제46a조, 제50조 제3항), 수사절차에서 수사의 정도에 관한 규정(제43조), 검찰의 불소추결정 및 법원의 절차중단결정에 관한 규정(제45조 및 제47조), 구속에 관한 규정(제52조, 제52a조 및 제72조) 등은 (청)소년법이 일반형사법원에서 재판을 받는 경우에도 적용된다(제104조 제1항 참조).

#### 나. 소년법원에서 재판을 받는 경우

소년법원법률 제2부 제2편(소년법원의 구성 및 소년형사절차) 제1장(소년법원)의 제33조 제1항에 의하면 “소년법원이 (청)소년의 비행행위(형벌로 위하되고 있는 행위 즉, 범죄행위)에 대해 재판한다.” 즉, 제2부 제5편의 규정에 기해 예외적으로 일반형사법원이 관할권을 가지는 중대한 범죄가 아니라면 소년법원이 재판권을 가진다. 소년법원은 ‘시·군·구 주법원(AG)’의 형사단독판사로서 소년사건을 담당하는 소년(사건)단독판사, 소년참심법원, 지방법원(Landesgericht)의 소년재판부(Jugendkammer)를 통칭하는 용어이다(제33조 제2항 참조). ‘시·군·구 주법원’의 소년단독판사가 제1심으로 선고한 재판에 대해서는 ‘지방 주법원(LG)’의 소년 소(小)재판부가 항소심을 담당하고, 이에 대한 상고심은 ‘고등 주법원(OLG)’의 형사합의부가 담당한다.

소년법원에서 소년사건을 담당하는 법관을 ‘소년법관(Jugendrichter)’이라고 하고, 소년사건을 담당하는 검사를 ‘소년(사건)검사(Jugendstaatsanwalt)’라고 하는데, 제37조에 의하면 “소년법원의 법관과 소년검사는 교육적으로 능력이 있고, 소년의 교육에 관한 경험이 있어야 한다.” ‘소년사법원호(Jugendgerichtshilfe)’란 행정기관의 일종으로서 소년에 대한 사회복지활동을 담당하는 소년국(Jugendamt)이 소년원호단체와 협력하여 사법절차(수사, 재판 및 형집행 단계를 포괄함) 과정에 있는 소년에게 보호·지원활동을 행하는 것을 의미한다(제38조 참조). 소년사법원호는 일반형사법원이 관할권을 가지는 소년범죄사건에서도 인정된다. 소년사법원호에 대해서는 이후 상세히 고찰한다.

#### 4. 소년법원 관할 소년형사사건의 일반적인 절차진행

소년법원법률은 제2부 제2편(소년법원의 구성 및 소년형사절차) 제3장에서 “소년형사절차(Jugendstrafverfahren)”라는<sup>255)</sup> 장 제목 하에 소년법원이 재판권을 가지는 (청) 소년범죄사건의 절차진행에 대해 자세히 규율하고 있다.<sup>256)</sup> 소년형사절차는 크게 수사절차(Vorverfahren), 제1심절차(Hauptverfahren), 상소심절차(Rechtsmittelverfahren)로 나뉜다.

제43조(수사의 범위) 제1항에 의하면 수사절차가 개시되면 수사기관은 가능한 이른 시점부터 (청)소년피의자의 정신적·심리적·성격적 특성을 판단하는데 기여할 수 있는 피의자의 생활환경, 가정환경, 성장과정, 기존의 행동 및 모든 정황을 조사하여야 하고, 가능하다면, 양육권자, 법정대리인, 해당 학교·교육자의 진술을 청취하여야 한다.

소년검사는 수사결과 소년이 범죄를 범한 것으로 인정되더라도 불기소결정을 할 수 있다. 성인범죄의 경우, 독일 형사소송법률은 제153조 내지 154조에서 ‘범죄를 범한 경우일지라도 불기소결정을 할 수 있는 경우(즉, 우리의 기소유예에 해당하는 불기소결정)’의 요건에 대해 자세히 규정하고 있는데, 이 규정들을 살펴보면 그러한 불기소결정은 다시 다음과 같은 3가지 유형으로 나뉜다. 1) 법원의 동의 없이 할 수 있는 종국적인 불기소결정, 2) 법원의 동의를 필요로 하는 종국적인 불기소결정, 3) 법원의 동의를 필요로 하고, 임시적인 불기소결정. 형사소송법률 제153조에 의하면 경죄(Vergehen)의 경우<sup>257)</sup> 피의자의 책임이 경미하다면 검사는 원칙적으로 법원의 동의를 얻어 불기소결정을 할 수 있는데, 피의자가 하한이 가중되지 않은 경죄를 범하였고, 범죄피해가 경미하다면 검사는 법원의 동의 없이 불기소결정을 할 수 있다. 형사소송법률 제153a조에 의하면 경죄의 경우 검사는 법원 및 피의자의 동의를 얻어 지시

255) 독일 소년법원법률은 일반형사법원이 아니라 소년법원이 재판권을 가지는 (청)소년범죄사건에서 수사·재판하여 소년에게 ① 교육/훈육처분, ② 징계/교화처분, ③ 소년자유형 또는 ④ 일부 보안처분을 부과하는 절차라는 의미로 “소년형사절차”라는 용어를 사용하고 있다. 즉, 독일 소년법원법률상의 “소년형사(사건)절차”는 우리 소년법상의 ‘소년형사사건’과 ‘소년보호사건’을 포괄하는 의미이다. 이에 대해서는 아래에서 다시 설명한다.

256) 제2편 제3장은 다음과 같이 총10개의 절로 구성되어 있다: 제1절. 수사절차(제43-46a조); 제2절. 제1심판결절차(제47-제54조); 제3절. 상소절차(제55-제56조); 제4절. 소년자유형의 집행유예(제57조-제61b조); 제5절. 소년자유형의 선고유예(제62-제64조); 제6절. 보충적 재판(제65-제66조); 제7절. 공통적 절차규정(제67-제74조); 제8절. 간이 소년형사절차(제75조-제78조); 제9절. 일반적 절차권 규정의 배제(제79조-제81조); 제10절. 보호감호명령(제81a조).

257) 독일 형법전 제12조에 의하면 ‘경죄’란 자유형 하한이 1년 이하인 범죄를 의미한다.

또는 부담을 부과하면서 지시·부담이행의 기한을 정하여 임시로(vorläufig) 불기소결정을 하고, 피의자가 부과된 지시 또는 부담을 이행한 경우에 한해 종국적으로 피의자는 불기소된다. 한편, 형사소송법률 제154조는 여러 범죄의 경우 경한 부수적 범죄에 대해 법원의 동의 없이 불기소결정을 할 수 있는 경우를 규정하고 있다. 이를 종합하면 독일은 성인범에서 피의자가 범죄를 범한 것으로 인정되는 경우 경한 죄일지라도 원칙적으로 검사가 법원의 동의를 얻어 불기소결정을 할 수 있도록 하고 있고, 조건부 불기소결정의 경우에는 피의자가 그 조건을 이행한 경우에 한해 종국적으로 불기소된다는 것을 명확히 하고 있다. 소년법원법률 제45조는 소년사건에서 검사가 ‘범죄혐의가 인정되지만 불기소결정을 할 수 있는 경우’를 규정하면서 성인범에 비해 그 요건을 조금 완화하고 있다.

소년법원법률 제45조 제1항 및 제2항에 의하면 형사소송법률 제153조의 요건이 충족된 경우(제1항)<sup>258)</sup> 또는 교육·훈육적 조치가 이미 취해지고 있거나 개시되었고, 기소할 필요가 없다고 인정되는 경우에(제2항)<sup>259)</sup> 검사는 법관의 동의 없이 불기소결정을 할 수 있다. 즉, 소년법원법률은 소년범의 경우 성인범과 달리, 경죄라면 소년검사가 소년법관의 동의 없이 불기소결정을 할 수 있도록 하고 있고, 교육·훈육적 조치가 이미 취해지고 있거나 개시된 경우에도 소년검사가 소년법관의 동의 없이 불기소결정을 할 수 있도록 함으로써 성인범에 비해 소년범의 경우 검사가 법관의 동의 없이 불기소결정을 할 수 있는 경우를 확대하고 있다.

제45조 제3항에 의하면 피의자인 소년이 자백을 하였고, 소년에게 경고를 하거나, 제10조 제1항 제3문 제4호, 제7호, 제9호에 따른 지시를 하거나 부담을 부과할 필요 있지만 기소할 필요까지는 없다고 여기는 경우, 검사는 소년법관에게 그러한 조치에 대해 신청하고, 소년법관이 이에 응한다면 불기소결정을 할 수 있다. 법관은 검사가 신청한 지시·부담의 유형에 기속되지 않고 적절하다고 판단하는 지시·부담을 정하여 검사의 신청에 응한다.<sup>260)</sup> 그리고 지시 또는 부담부과를 조건으로 내리지는 불기소결정은 임시의 불기소결정이고, 소년이 그러한 지시 또는 부담부과를 수행한 경우에만 종국적인 불기소결정으로 된다.

258) 따라서 이 경우에는 경죄일 것을 요건으로 한다.

259) 제2항은 경죄일 것을 요건으로 하지 않는다(HK-JGG/Diemer, § 45 Rn. 15).

260) NK-JGG/Blessing, § 45 Rn. 43; HK-JGG/Diemer, § 45 Rn. 26.

제45조 제3항에 의한 불기소결정은 법관의 동의를 필요로 한다는 점에서 법관의 동의 없이 이루어지는 제45조 제1항 및 제2항에 기한 불기소결정과 다르고, 지시·부담 부과를 통한 불기소결정은 소년이 지시·부담을 이행한 경우에만 종국적으로 불기소된다는 점에서 다른 불기소결정과 다르다.

한편, 검사가 소년법원에 공소를 제기한 경우일지라도, 소년법관은 검사의 동의 없이 또는 검사의 동의를 얻어 재판절차를 중단할 수 있다. 형사소송법률 제153조의 요건이 충족된 경우 또는 피고인인 소년이 미성숙으로 인해 형사책임을 부담할 수 없는 경우 소년법관은 검사의 동의 없이 재판절차를 중단할 수 있고(제47조 제1항 제1호 및 제4호 참조), 제45조 제2항의 교육/훈육조치가 이미 이루어지고 있거나 개시된 경우(제47조 제1항 제2호) 또는 피고인인 소년이 자백하였고, 제45조 제3항 제1문에 따른 조치를 명령하는 것으로 충분하다고 여기는 경우(제47조 제1항 제3호) 소년법관은 검사의 동의를 얻어 최대 6개월의 기한을 부여하여 재판절차를 중지하고, 그 기한 내에 소년이 지시, 부담 또는 교육·훈육적 조치를 수행한 경우 종국적으로 재판절차를 중단할 수 있다.

위와 같은 요건이 충족되지 않아 재판단계에서 절차가 중단되지 않고 유죄판결이 선고되는 경우일지라도 법원은 사건의 경중, 소년의 책임 등을 고려하여 소년자유형이 아닌 징계/교화처분 또는 교육/훈육처분을 선고할 수 있고, 이러한 제재조치는 서로 병과될 수도 있다(제8조 참조). 또한 소년자유형의 집행유예와 선고유예도 인정된다.

## 5. 소년사법제도의 근본적인 구조에서 우리나라와의 차이점

우리나라와 독일은 소년사법제도의 근본적인 구조에서 다음과 같은 차이점을 나타내고 있다.

먼저, 일반형사법원과 소년법원 간의 권한설정 또는 관할권 분배기준이 상이하다. 우리나라는 소년범죄사건에서 소년에게 금고 이상의 형벌이 부과되어야 하는지, 아니면 보호처분이 부과되어야 하는지를 기준으로 소년형사사건과 소년보호사건으로 구분하여 전자의 사건에 대한 관할권을 일반 형사법원에 부여하고, 후자의 사건에 대한 관할권은 가정법원소년부 또는 지방법원소년부에 부여하고 있다. 즉, 동일한 종류의 범죄가 문제되는 경우일지라도 보호처분이 부과될 사건인지, 아니면 금고 이상의 형

별이 부과될 사건인지에 따라 재판관할권이 소년부 또는 일반형사법원으로 갈라지게 된다. 이는 동일 종류의 범죄사건일지라도 검사가 올바르게 불기소결정, 소년부 송치 또는 일반형사법원에로의 기소 결정을 하기 위해 사건의 경중 판단 등에 더 많은 시간과 노력을 투입해야만 하는 구조이다.<sup>261)</sup> 반면에 독일은 소년범에게 부과될 제재조치가 형벌인지, 아니면 형벌 이외의 보호처분 또는 보안처분인지에 따라 일반형사법원과 소년법원 간의 관할권을 분배하지 않고, 일반형사법원과 소년법원에 모두 4가지 유형의 제재조치(소년자유형, 징계/교화처분, 교육/훈육처분, 일부 보안처분)를 할 수 있는 권한을 부여하고 있다.<sup>262)</sup> 성인범사건과의 병합이 인정되어 일반형사법원이 관할권을 가지는 경우를 차치하고 보면, 독일에서는 '고등 주법원(OLG)'이 1심 관할권을 행사하는 범죄(특정 국가보호범죄 그리고 특정 중범죄에서 사건의 중대성이 인정되어 연방검찰이 사건을 담당하는 경우가 그러함)에서만 일반형사법원이 관할권을 가지고, 기타 소년범죄사건에서는 소년법원이 관할권을 가짐으로써 원칙적으로 범죄자체의 경중을 기준으로 일반형사법원과 소년법원 간에 관할권을 분배하고 있지, 소년범에게 부과되어야 할 제재조치의 유형에 따라 일반형사법원과 소년법원 간에 관할권을 분배하지 않는다. 이는 독일에서는 우리나라에 비해, 검사가 해당사건이 일반형사법원과 소년법원 중 어느 법원에서 다룰 사건인지를 판단하는데 어려움이 덜하고, 기소 후 재판단계에서 사건을 다른 법원으로 송치해야 하는 경우가 거의 발생하지 않는다는 것을 뜻한다.

둘째로, 우리가 취하고 있는 검사선의주의와 독일이 취하고 있는 검사선의주의는 구체적인 모습이 상이하다. 독일은 성인범의 경우 형사소송법률에서 검사가 우리나라의 기소유예에 해당하는 불기소결정을 할 수 있는 요건을 아주 상세히 규정하고 있고, 소년범의 경우에도 소년법원법률에서 검사가 우리의 기소유예에 해당하는 불기소결

261) 거기에다 우리 소년법이 규정하고 있는 “금고이상의 형사처분을 할 필요가 있다고 인정하는 때”라는 기준은 객관적인 세부적 기준을 제시하지 못하고 있다는 비판은 정숙희, 소년형사법의 처분기준의 객관화와 재량통제방안, 저스티스 통권 제167호, 2018, 180면 이하; 우리나라의 현재 형태의 2원적 관할구조가 가지는 절차치연의 문제점에 대해 자세히는 김성은, 소년전문법원의 설립과 운영방안, 법학논총 제41권 제1호, 2017, 446면 이하 참조.

262) 독일 소년법원법률상의 청소년의 비행행위 및 법효과에 관한 규정(제3조 내지 제32조), 소년사법원호에 관한 규정(제38조, 제46a조, 제50조 제3항), 수사절차에서 수사의 정도에 관한 규정(제43조), 검찰의 불소추결정 및 법원의 절차중단결정에 관한 규정(제45조 및 제47조), 구속에 관한 규정(제52조, 제52a조 및 제72조) 등은 일반형사법원이 관할권을 가지는 소년범죄사건절차에도 적용된다.

정을 할 수 있는 요건을 우리나라에 비해 보다 상세히 규정하고 있다. 뿐만 아니라, 검사가 지시·부담 부과를 통한 불기소결정을 하고자 하는 경우 법관에게 신청하여 법관의 동의를 받아야 하고, 법관이 동의하는 경우에도 보호관찰부 불기소(기소유예) 결정이 내려지며 소년이 부과된 지시·부담을 이행한 경우에만 종국적으로 불기소된다. 즉, 독일에서는 조건부 기소유예 결정이 검사와 법원의 협력적 결정에 의해 이루어진다. 반면에 우리나라에서는 보호관찰소 선도위탁 조건부 기소유예가 인정되고 있지만, 이는 법원의 개입 없이 검사에 의해서 이루어진다.

## 제2절 | 재판 전 감독제도

독일에서 소년범에 대한 구속을 자제 또는 대체하는 수단으로서의 재판 전 감독은 구속명령집행 중단 제도, 임시훈육명령 제도 그리고 소년사법원호 제도의 종합적 연계에 의해 이루어지고 있다. 이하에서는 먼저, (청)소년범 구속의 요건에 대해 살펴보고, 재판 전 감독제도로 기능하는 제도들에 대해 순서대로 살펴본다.

### 1. 청소년범 구속의 요건

소년법원법률 제2부(청소년) 제2편(소년법원의 구성 및 소년형사절차) 제3장(소년형사절차)의 “제7절. 공통적 절차규정(제67-제74조)”은 수사절차 및 재판절차에 공통적으로 적용되는 사항들에 대해 규율하고 있는데, 제72조 내지 제72b조에서 다음과 같이 청소년범 구속(미결구금)의 요건 및 절차적 사항에 대해 규정하고 있다.

#### 제72조 구속

- (1) 구속은 구속을 통해 달성하고자 하는 목적이 임시 훈육명령(vorläufige Anordnung über die Erziehung) 또는 기타 다른 조치를 통해서 달성할 수 없는 경우에만 선고되고, 집행될 수 있다. 비례성원칙(형사소송법률 제112조 제1항 제2문)을 심사함에 있어서 청소년구속의 경우 청소년에게 가해지는 특별한 부담을 고려해야 한다. 구속이 선고되는 경우 구속명령의 이유부분에서 다른 조치들, 특히 소년원호시설로의 긴급수용은 충분하지 않고, 비례성원칙이 충족된다는 것을 보여주는 근거가 실시되어야 한다.

- (2) 청소년이 아직 18세를 넘기지 않았다면, 도주우려를 이유로 한 구속은 다음 각호의 경우에만 인정된다.
1. 도주하였거나 도주를 준비한 경우
  2. 이 법률의 적용범위에 해당하는 영토에 주거지 또는 거소지가 없는 경우
- (3) 구속명령의 집행과 집행저지를 위한 조치에 대해서는 구속명령을 발부하는 법관이 판단하고, 긴급한 경우에는 구속이 집행되어야 하는 지역을 관할하는 소년법원법관이 판단한다.
- (4) 구속명령이 발부될 수 있는 요건과 동일한 요건 하에 소년원호시설로의 임시수용(제71조 제2항)이 명령될 수 있다. 이 경우 수용명령은 추후, 구속명령으로 대체될 필요가 있는 경우라면 구속명령으로 대체될 수 있다.
- (5) 청소년이 구속된 경우 절차의 진행은 특히 신속하게 이루어져야 한다.
- (6) 법관의 구속발부권한은 중요한 사유가 인정되는 경우 그 권한의 전부 또는 일부를 다른 소년법원 법관에게로 이전할 수 있다.

#### 제72a조 구속사안에서 소년사법원호기관을 개입시키기(Heranziehung)

소년사법원호기관은 구속명령의 집행에 대해 지체 없이 통지받아야 한다; 소년사법원호기관에게는 구속명령 발부사실부터 통지되어야 한다. 청소년의 임시체포는, 수사상황에 따르면 그 청소년이 형사소송법을 제128조에 따라 법관 앞으로 구인될 것으로 여겨지는 경우라면, 소년사법기관에 통지되어야 한다.

#### 제72b조

청소년이 구속된 경우, 변호인에게 허용되는 정도의 면접교통이 소년사법원호인에게도 허용된다. 피혐의자인 청소년이 후견인(Betreuungshelfer)의 후견 및 감독 아래에 있거나 그에게 양육보조인(Erziehungsbeistand)이 선임된 경우라면 후견인과 양육보조인에 대해서도 그러하다.

### 가. 적용범위, 구속사유 및 구속의 요건

#### 1) 적용범위

제72조는 수사단계에서의 구속(피의자 구속)과 재판단계에서의 구속(피고인 구속)에 공통적으로 적용되는 규정이다.<sup>263)</sup> 제72조는 소년사건의 경우 성인사건에 비해 보다 엄격한 요건 하에 구속을 허용하고 있는 규정이다. 제72조에서 특별히 정하고 있는 사항 외에는 형사소송법률에서 규정하고 있는 내용이 (청)소년구속에도 적용된다.

#### 2) 구속사유

제72조는 구속사유에 대해서는 아무런 언급을 하지 않고 있기에 형사소송법률 제

263) 제72조는 제2부 제2편 제3장 제7절(공통적 절차규정)에 위치하고 있다. 이하에서 피의자 및 피고인을 통칭하고자 할 때에는 '피혐의자'라는 용어를 사용한다.

112조 및 제112a조에서<sup>264)</sup> 인정되고 있는 구속사유가 소년범의 경우에도 그대로 적용된다.<sup>265)266)</sup> 독일 형사소송법률 제112조 제2항의 구속사유(도주, 도주위험 및 증거인멸위험)는 우리 형사소송법률 상의 구속사유와 다르지 않다.<sup>267)</sup> 그러나 독일 형사소송법률은 제112조 제3항과 제112a조를 통해 우리와 조금 다르게 구속사유를 규정하고 있다.

먼저, 제112조 제3항은 일정 중범죄의 경우 제112조 제2항의 구속사유가 인정되지 않더라도 구속될 수 있다고 하고 있는데, 나열된 중범죄는 다음과 같다: 모살(형법전 제211조), 고살(형법전 제212조), 제노사이드범죄로서의 살해(국제형법전 제6조 제1항 제1호), 침략전쟁의 수행 또는 기타 침략행위(국제형법전 제13조 제1항), 중상해(형법전 제226조), 증방화죄(형법전 제306b조), 방화치사죄(형법전 제306c조), 폭발물파열죄(형법전 제308조), 국내 또는 국외에서의 테러단체 조직(형법전 제129a조 제1항, 제2항 및 제129b조).

그리고 제112a조는 다음과 같이 일정 범죄에서 범행반복위험(재범위험)을 독자적인 구속사유로 인정하고 있다.

**제112조a 범행반복위험의 구속사유**

(1) 피범행혐의자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 범행을 저질렀다는 현저한 혐의가 있고, 확정력 있는 판결 전에 동종의 중대한 범행을 추가로 저지르거나 범행을 지속할 위험이 일정한 사실에 의하여 뒷받침되며, 이러한 급박한 위험을 방지하는 데에 구속이 필요하고, 제2호의 경우에 1년 이상의 자유형이 예상되는 경우라면 구속사유가 존재한다.

1. 형법전 제174조, 제174a조, 제176조 내지 제178조 또는 제238조 제2항 및 제3항에 따른 범죄
2. 법질서를 중대하게 침해하는 정도로 형법전 제89a조, 제89c조 제1항 내지 제4항, 제125a조, 제224조 내지 제227조, 제243조, 제244조, 제249조 내지 제255조, 제260조, 제263조, 제306조 내지 제306c조나 제316a조 또는 마약류법률 제29조 제1항 제1문 제1호, 제10호 또는 제3항, 제29a조 제1항, 제30조 제1항, 제30a조 제1항 또는 「신(新)정신활성화 물질에 관한 법률」 제4조 제3항 제1호 제a목에 의한 범죄를 반복적으로(wiederholt) 또는 연속적으로(fortgesetzt) 범

264) 이 규정들 또한 수사단계와 재판단계에서 공통적으로 적용되는 규정이다.

265) MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 72 Rn. 5.

266) 18세 이하 소년의 경우 도주 또는 도주우려를 이유로 한 구속이 인정되기 위한 요건을 18세 미만 청소년이 이미 도주하였거나 도주를 준비한 경우 또는 독일 내에 주거지 또는 거소지가 없는 경우로 한정하고 있는 제72조 제2항은 도주 또는 도주우려를 이유로 한 구속의 요건을 달리하고 있는 것이지, 형사소송법률상의 구속사유를 제한하고 있는 것은 아니다.

267) 실무상 청소년범 구속에서 가장 많이 인정되고 있는 구속사유는 도주우려이다(MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 72 Rn. 6).

한 경우

제1문 제2호의 범행을 저질렀다는 현저한 혐의를 판단함에 있어서는 확정력 있게 종결된 절차를 포함해 다른 형사절차에서 심판대상이거나 심판대상이었던 범행도 고려해야 한다.

- (2) 제1항은 제112조에 따른 구속명령 발부요건이 존재하고 제116조 제1항, 제2항에 따른 구속명령집행 중단의 요건이 존재하지 않는 경우에는 적용되지 않는다.

1972년 8월 17일의 형사소송법률 개정에 의해 범행반복위험이 독자적인 구속사유로 인정되었고, 제112a조는 그동안 수차례의 개정을 통해 현재와 같은 모습을 가지게 되었는데, 피해자보호법의 변화도 제112a조가 현재와 같은 모습을 띄는데 영향을 미쳤다.<sup>268)</sup> 동 규정에 기한 구속은 재범을 방지하기 위한 것이기에 예방적 성격을 가지고,<sup>269)</sup> “예방구속(Sicherungshaft)”이라고 불린다.<sup>270)</sup> 제112a조 제1항은 범행반복위험에 기한 구속이 인정되는 범죄를 두 가지 유형으로 나누어 요건을 달리 하고 있다.

첫 번째 유형은 제1항 제1문 제1호에 나열된 형법전 제174조, 제174a조, 제176조 내지 제179조에 규정된 ‘성적 자기결정권에 대한 범죄’ 그리고 형법전 제238조 제2항 및 제3항에 의한 ‘중한 스토킹 행위’이다. 두 번째 유형은 제1항 제1문 제2호에 나열된 다음과 같은 범죄들이다: 일부 상해의 죄 - 형법전 제224조(위험한 상해), 제225조(피보호자에 대한 학대), 제226조(중상해), 제227조(상해치사); 일부 절도의 죄 - 형법전 제243조(특히 중한 절도), 제244조(무기휴대절도, 범죄조직절도, 주거침입절도); 제244조에서 규정된 절도의 죄; 강도와 공갈의 죄(형법전 제249조 내지 제255조); 영업적 장물취득과 조직범죄 장물취득(형법전 제260조); 사기죄(형법전 제263조); 형법전 제306조 내지 제306c조에 규정된 방화의 죄; 운전자에 대한 강도적 공격행위(형법전 제316a조); 마약류법률 제29조 제1항 제1문 제1호, 제10호 또는 제3항, 제29a조 제1항, 제30조 제1항, 제30a조 제1항에 의한 범죄; 「신(新)정신활성화 물질에 관한 법률」 제4조 제3항 제1호 제a목에 의한 범죄.

제1문제1호를 통해 성범죄와 중한 스토킹 행위에서 범행반복위험을 구속사유로 인정하고 있는 것은 이러한 범죄들은 그 범죄 자체가 중한 범죄일 뿐만 아니라, 여성·아동 등 특히 보호필요성이 높은 사람들을 대상으로 이루어지고,<sup>271)</sup> 범죄의 속성상

268) 동 규정의 연혁에 대해서는 KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 112a Rn. 1.

269) BVerfGE 19, 342 (349 f.)

270) KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 112a Rn. 4.

피해자들의 인격권에 큰 영향을 주는 범죄들이기 때문이다.<sup>272)</sup> 제1문제1호에서 나열된 범죄의 경우 그러한 범죄를 범하였다는 현저한 혐의가 인정되고, 확정판결 이전에 동종의 중대한 범행을 추가로 저지르거나 범행을 지속할 위험이 인정되고, 그러한 위험을 방지하기 위해서 구속이 필요하면 범행반복위험을 이유로 한 구속이 인정된다(단 제2항의 요건이 충족되어야 함).

그러나 제1문제2호에 나열된 범죄의 경우 제1호에 나열된 범죄와 달리, ① 범질서를 중하게 침해하는 정도로 제2호에 나열된 범죄를 범하였을 것(중한 사안일 것), ② 그러한 범행이 반복되거나 연속되었을 것, ③ 해당 범행으로 인해 1년 이상의 자유형이 예상될 것을 요건으로 한다. 평균적인 중함을 넘어서는 사안들이 제2호에 나열된 범죄를 중하게 범한 경우라고 한다.<sup>273)</sup> 최소한 2번 이상 그러한 범행을 한 경우에 반복적인 범행으로 인정되고,<sup>274)</sup> 연속범의 요건이 충족된 경우에 연속적인 범행으로 인정된다.<sup>275)</sup>

위와 같이 제1항의 요건들이 충족된 경우일지라도 제112a조 제2항에 의하면 제112조 제2항의 구속사유(도주, 도주위험, 증거인멸위험)에 기한 구속이 실제로 집행될 수 있는 경우라면(구속집행중단이 인정되지 않는 경우라면), 범행반복위험을 이유로 한 구속은 인정되지 않는다. 즉, 범행반복위험을 이유로 한 구속은 제112조 제2항에 기한 구속이 집행될 수 없는 경우에만 독자적인 구속사유로 인정되는 보충적인 구속사유이다. 판례에 의하면 제112조 제2항의 구속사유를 주장하면서 범행반복위험을 보조적인 근거로 이용하는 것도 허용되지 않는다.<sup>276)</sup>

독일 실무에서 범행반복위험을 이유로 한 구속이 차지하는 비율이 미미하다고는 할 수는 없다. '2018년에 확정판결을 받은 자 중 구속되었던 자'는 총 30,000명이었는데,<sup>277)</sup> 이 중 제112a조 제1항에 기해 구속되었던 자는 256명이었고, 제112a조 제2항

271) BVerfGE 19, 342 (350); OLG Karlsruhe StraFo 2010, 198; BeckOK StPO/KrauB, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 116 Rn. 2.

272) KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 112a Rn. 7.

273) 구체적인 판단기준에 관한 판례 개관은 KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 112a Rn. 14 f.; BeckOK StPO/KrauB, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 116 Rn. 7 ff.

274) OLG Schleswig NStZ 2002, 276 (277).

275) KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 112a Rn. 13; BeckOK StPO/KrauB, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 116 Rn. 6.

276) OLG Köln NStZ 2004, 79; LG Bonn StV 1988, 439.

277) 2018년에 구속된 자가 아니라, 구속되어 2018년에 확정판결을 받은 자를 의미한다.

에 기해 구속되었던 자는 1,367명이었다.<sup>278)</sup> 양자를 합치면 1,623명으로 5.41%였는데, 범행반복위험이 보충적인 구속사유라는 점을 고려하면 실무상으로 이 구속사유가 미미한 역할만 한다고 보기에는 어렵다.

### 3) 구속의 요건

형사소송법률 제112조 제2항 제2문은 “사안의 중대성과 예상되는 형벌 또는 개선·보안처분에 비하여 비례성을 벗어난 경우에 구속을 명할 수 없다”고 하여 구속이 비례성원칙에 합치할 것을 요구하고 있는데, 제72조는 “비례성원칙(형사소송법률 제112조 제1항 제2문)을 심사함에 있어서 청소년구속의 경우 청소년에게 가해지는 특별한 부담을 고려해야 한다”고 하여 청소년구속에서 비례성원칙을 보다 더 강조하고 있다.

청소년범 구속의 요건을 성인범 구속의 요건과 비교할 때 가장 두드러지는 차이점은 전자의 경우 비례성 원칙 또는 보충성원칙(구속의 목적을 달성할 수 있는 다른 수단이 인정되는 경우 구속이 인정되지 않는다는 원칙)이 더욱 엄격하게 적용된다는 점이다. 제72조 제1항은 “[청소년범]구속은 구속을 통해 달성하고자 하는 목적이 임시 훈육명령(vorläufige Anordnung über die Erziehung) 또는 기타 다른 조치를 통해서 달성할 수 없는 경우에만 선고되고, 집행될 수 있다”고 하여 ‘제71조에 의한 임시 훈육명령’이나 기타 다른 조치를 통해서 구속의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 청소년범에 대한 구속이 인정될 수 없도록 하고 있다. “기타 다른 조치”에 해당하는 대표적인 것은 형사소송법률 제116조에 의해 인정되고 있는 구속명령집행중단제도이다.<sup>279)</sup>

그리고 제72조 제4항은 “구속명령이 발부될 수 있는 요건과 동일한 요건 하에 소년원호시설로의 임시수용(제71조 제2항)이 명령될 수 있다”고 하여 청소년범의 경우 구속요건이 충족되는 경우일지라도 ‘제71조 제2항에 의한 소년원호시설로의 임시수용’으로 구속을 대신할 수 있도록 하고 있다.

278) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10(Rechtspflege), Reihe 3(Strafverfolgung), 2018, S. 364 f. 이 통계는 성인범과 소년범을 구분하지 않은 통계이다.

279) MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 72 Rn. 3.

### 나. 소년사법원호기관에게로의 통지

앞에서 살펴본 바와 같이, 소년법원법률은 소년법에서 구속의 비례성 원칙, 구속자제의 원칙을 더욱 강조하여 제71조의 임시훈육명령을 통해 구속의 목적을 달성할 수 없는 경우에만 소년법에 대한 구속을 인정하고 있다. 소년사법원호기관이 행하는 주요 소년사법원호활동 중 하나는 소년의 성장과정 등에 대한 조사 및 제71조의 임시훈육명령과 같은 덜 침해적인 수단이 이용될 수 있는지 여부 등에 대한 조사를 통해 구속 대신에 다른 수단을 취할 수 있는지에 대해 법원에 의견을 표명함으로써 가능한 최대한(청)소년법에 대한 구속이 자제되도록 하는 것이다. 소년사법원호기관이 이러한 임무를 제대로 수행하기 위해서는 구속명령 발부가 문제될 수 있는 사안에 대해 소년사법원호기관이 통지를 받아야 한다. 이에 따라 소년법원법률 제72a조는 구속명령의 발부가 문제될 수 있는 사안인 경우 소년법원원호활동에 의해 가능한 최대한 구속자제의 원칙이 실현될 수 있도록 수사기관(수사단계인 경우) 또는 법원(재판단계인 경우)에 소년사법원호기관에게로 통지할 의무를 부과하고 있다.

제72a조에 의하면 소년 피혐의자가 구속될 수 있는 경우 늦어도 구속명령이 집행될 때에 구속명령집행사실이 소년사법원호기관에 통지되어야 한다. 수사기관은 실무상 많은 경우에 구속명령을 집행한 후에야 소년사법원호기관에 통지하고 있다고 한다.<sup>280)</sup> 이러한 실무관행에 대해서는 ‘제38조 제3항 그리고 제72a조를 종합적으로 해석하면 구속명령이 발부될 수 있는 경우 구속명령 발부 이전에 사안을 소년사법원호기관에 통지하여 소년사법원호인이 조사활동을 하여 구속명령 발부 심사 시에 구속의 필요성 여부, 대체수단 여부 등에 대해 의견을 진술할 수 있도록 함으로써 최대한 구속을 자제하고자 하는 것이 법규정의 취지인데, 구속명령을 집행하고 나서야 소년사법원호기관에 통지하는 실무관행은 소년사법원호활동이 구속집행 후에야 구속이 구속대체수단으로 변경되는데에만 기여하도록 즉, 구속기간이 단축되는데에만 기여하도록 하는 것이므로 부적절하다’는 비판이 제기되고 있다.<sup>281)</sup>

280) Heinz, Sekundäranalyse empirischer Untersuchungen zu jugendkriminalrechtlichen Maßnahmen, deren Anwendungspraxis, Ausgestaltung und Erfolg. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, August 2019, S. 714.

281) BGH NStZ 2018, 665 (666); BeckOK JGG/Pawlischtsa, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 72a Rn. 3; Eisenberg/Kölbl JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 72a Rn. 4; Eisenberg/Kölbl JGG, 21. Aufl.

제72a조는 의무적 규정이기 이전에 위반하여 소년사법원호기관에 구속집행에 대해 통지하지 않은 경우 이는 절차위반에 해당하고, 상소이유가 된다. 통지가 이루어지지 않았다는 것만으로는 구속이 실효하지 않지만, 구속대체수단이 취해질 수 있었던 사안인데 통지위반으로 인해 그렇지 않은 경우라면 구속은 유지될 수 없다.<sup>282)</sup>

#### 다. 소년법 구속의 비율

아래 표는 1990년부터 2016년까지는 5년 주기로 전체 피구속자의 수, 청소년 및 장소년 피구속자의 수와 비율을 그리고 2017년과 2018년 전체 피구속자의 수, 청소년 및 장소년 피구속자의 수와 비율을 정리한 것이다.<sup>283)</sup>

» [표 5-2] 청소년 및 장소년 구속의 비율

년도	전체 피구속자	14-20세 (전체 피구속자 대비 비율)	14-17 (전체 피구속자 대비 비율)	18-20 (전체 피구속자 대비 비율)
1990	14,070	1,690(12.0)	381(2.7)	1,309(9.3)
1995	16,725	2,292(13.7)	591(3.5)	1,701(10.1)
2000	14,729	2,319(15.7)	713(4.8)	1,606(10.9)
2005	13,384	1,829(13.7)	578(4.3)	1,251(9.3)
2010	9,522	1,219(12.8)	339(3.5)	880(9.2)
2016	11,580	1,276(11.0)	345(2.9)	931(8.0)
2017.11	13,963	1578(11.3)	414(2.9)	1164(8.3)
2018.11	13,956	1,538(11.0)	377(2.7)	1,161(8.3)

2020, JGG § 72a Rn. 9-9a.

282) BeckOK JGG/Pawlischt, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 72a Rn. 3-4.

283) 1990-2016년은 Heinz, Sekundäranalyse empirischer Untersuchungen zu jugendkriminalrechtlichen Maßnahmen, deren Anwendungspraxis, Ausgestaltung und Erfolg. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, August 2019, 665면의 통계자료와 667면의 통계자료를 바탕으로 비율을 산출한 것이고, 2017년과 2018년은 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres, 2019, 7면 그리고 22면의 통계를 바탕으로 비율을 산출한 것이다.

독일에서도 소년 강력범(Intensivtäter) 또는 상습범(Mehrfachtäter)의 증가여부, 소년범죄의 중범죄화 여부 및 대응방안, 소년사범의 엄벌화 경향 여부에 대한 논의가 활발한데,<sup>284)</sup> 위의 표를 통해서 알 수 있듯이, 소년범 구속의 비율만 가지고 살펴보면 독일에서는 1995-2000년에 (청)소년범의 구속비율이 증가하는 추세를 보였다가 2000년 이후에는 다시 감소 추세를 나타내고 있다. 독일에서는 소년에 대한 재판 전 감독제도가 구속을 자제 또는 대체하는 수단으로 이용되고 있기에 이하에서는 재판 전 감독 제도로 기능하는 제도에 대해 살펴본다.

## 2. 형사소송법률상의 구속명령집행 중단 제도(피의자/피고인보석제도)

### 가. 제도의 취지, 신청권자 및 불복 가능성

형사소송법률 제1편(총칙) 제9장(구속과 임시 체포, 제112조-제130조)의 제116조는 다음과 같이 구속명령집행 중단(Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls) 제도에 대해 규정하고 있다.

#### 제116조 구속명령 집행의 중단

- (1) 법관은 구속명령의 사유가 도주의 위험분인 경우에 구속의 목적이 덜 심한 조치로써도 달성될 수 있다고 기대할 만한 충분한 근거가 있으면 그 구속명령의 집행을 중단한다. 특히 다음 각 호를 고려할 수 있다.
  1. 일정한 시간에 법관, 형사소추관청 또는 그들이 지정한 직무기관에 보고하라는 지시
  2. 주거지나 거소지 또는 일정한 지역을 법관 또는 형사소추관청의 허가 없이는 벗어나지 말라는 지시
  3. 주거를 벗어날 때에는 반드시 특정인의 감독을 받으라는 지시
  4. 피혐의자 또는 다른 사람의 적절한 담보 제공
- (2) 법관은 구속명령의 사유가 증거인멸의 위험인 경우에 증거인멸의 위험이 덜 심한 조치로써 현저히 감소될 것이라고 기대할 만한 충분한 근거가 있으면 그 구속명령의 집행을 중단할 수도 있다. 특히 공동 피혐의자, 증인 또는 감정인과 연락·교류하지 말라는 지시를 고려할 수 있다.
- (3) 법관은 구속명령이 제112조a에 따라 발령된 경우에 피혐의자가 일정한 지시를 준수하고 이를 통하여 구속의 목적이 달성될 것으로 기대할 만한 충분한 근거가 있으면 그 구속명령의 집행을 중단할 수 있다.
- (4) 법관은 제1항 내지 제3항의 경우에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 구속명령의 집행을 명한다.
  1. 피혐의자가 그에게 부과된 의무나 제한을 중대하게 위반한 경우

284) 이러한 논의에 대해서는 Heinz, a.a.O., S. 211-227, 287-291, 1360-1424 참조.

2. 피혐의자가 도주의 준비를 하거나 적법한 출석요구를 받고도 정당한 사유 없이 출석하지 않거나 또는 피혐의자에 대한 신뢰가 정당하지 않았음을 다른 방법으로 보여준 경우
3. 새롭게 드러난 사정에 비추어 구속할 필요가 생긴 경우

형사소송법률 제116조 제1항 내지 제3항에 의하면 구속명령이 발부되었을지라도 피구속인에게 일정한 지시를 하는 것과 같은 덜 심한 조치로 구속의 목적을 달성할 수 있는 경우 구속명령의 집행을 중단해야 하거나 중단할 수 있다. 동 규정은 형사소송법률 제1편(총칙)에 위치하기에 피고인구속뿐만 아니라 피의자구속에도 적용된다. 소년법원법률에서 특별히 규정하고 있지 않은 사항의 경우 형사소송법률에서 규정하고 있는 사항이 적용될 수 있기에(제1조 제2항 참조) 형사소송법률 제116조는 소년사건에도 적용될 수 있다.<sup>285)</sup> 형사소송법률 제116조는 구속에서의 비례성원칙을 표현하고 있는 규정이다.<sup>286)</sup> 구속명령집행중단 제도는 비례성원칙에 의해 인정되고 있는 것이기에 중범죄로 인한 구속이라고 하여 구속명령집행중단이 원칙적으로 배제되는 것은 아니고, 구속명령집행중단의 요건이 충족되는 한 중범죄에서도 인정될 수 있다.<sup>287)</sup>

구속명령집행 중단은 대개의 경우 구속적부심사 과정에서 이루어지는데, 피혐의자 또는 검사의 신청에 기해 이루어질 수도 있고, 법원이 직권으로 구속명령집행 중단을 결정할 수도 있다.<sup>288)</sup> 피혐의자(피의자 또는 피고인)는 구속집행중단 신청이 기각되었거나 법원이 부과한 지시 또는 제한이 너무 과도한 것으로 여겨지는 경우 항고를 제기할 수 있다.<sup>289)</sup> 구속집행중단 결정에 대해 검사는 형사소송법률 제304조 제1항에 따른 항고를 제기할 수 있다.<sup>290)</sup>

285) BeckOK JGG/Pawlischta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 72 Rn. 3; MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 72 Rn. 3.

286) BeckOK StPO/KrauB, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 1.

287) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 38.

288) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 41.

289) BeckOK StPO/KrauB, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 18.

290) BeckOK StPO/KrauB, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 16.

## 나. 구속명령집행중단의 요건 및 인정범위

### 1) 형사소송법을 제116조 제1항에 의한 구속집행중단

형사소송법 제116조 제1항에 의하면 구속명령의 사유가 도주의 위험뿐인 경우, 1. 일정한 시간에 법관, 형사소추관청 또는 그들이 지정한 직무기관에 보고하라는 지시를 하는 것, 2. 주거지나 거소지 또는 일정한 지역을 법관 또는 형사소추관청의 허가 없이는 벗어나지 말라는 지시를 하는 것, 3. 주거를 벗어날 때에는 반드시 특정인의 감독을 받으라는 지시를 하는 것, 4. 피혐의자 또는 다른 사람의 적절한 담보제공 등과 같은 덜 심한 조치를 통해서도 구속의 목적이 달성될 수 있다고 기대할 만한 충분한 근거가 있으면 법원을 그러한 지시를 하고 구속명령의 집행을 중단한다. 제116조 제1항 제1호 내지 제4호는 덜 제한적인 조치의 예시적 사유이고, 그러한 조치에 한정되지 않는다.

주거지·거소지 제한(제116조 제1항 제2호)은 준수여부를 감독하는데 어려움이 있지만 여권제출과 같은 다른 조치와 결합되면 효과를 가지는 지시조치가 될 수 있다.<sup>291)</sup> 부모의 집 또는 적절한 제3자의 집에 거주할 것을 지시하는 것은 피혐의자가 위법행위에 빠지는 것을 방지할 수 있다.<sup>292)</sup> 주거지·거소지 제한의 한 형태로 다른 나라에서 많이 인정되고 있는 재택구금(Hausarrest)은 독일에서는 거의 이용되지 않고 있는데, 가장 큰 이유는 그러한 조치는 전자팔찌 등 전자장치부착 조치와 결합하는 경우에만 효과적으로 준수여부를 감독할 수 있기 때문이다.<sup>293)</sup>

감독인 없이 주거를 벗어나지 말 것을 지시하는 것(제116조 제1항 제3호)은 특히 청소년 피혐의자의 경우에 중요한 의미를 가지는데,<sup>294)</sup> 감독업무를 맡을 준비가 되어 있고, 위반 시의 고지를 포함하여 감독업무를 충실히 할 것으로 신뢰할 수 있는 적절한 감독인이 있는 경우에 그러하다.<sup>295)</sup> 문헌에 의하면 부모, 양육권자와 같은 사인도 감독인이 될 수 있고,<sup>296)</sup> 피혐의자가 주거지를 벗어나 있는 시간 내내 감독이 이루어

291) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 23.

292) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 23.

293) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 23.

294) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 24; BeckOK StPO/Krauβ, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 10; KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 116 Rn. 17.

295) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 24; KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 116 Rn. 17.

져야 하는 것은 아니고, 피혐의자가 학교 또는 직장으로 가는 시간 동안 또는 귀가하는 시간 동안에만 감독인이 함께 하는 것으로도 충분하다.<sup>297)</sup>

제116조 제1항에 나열된 조치 이외의 기타 적절한 조치로는 신분증제출(압류),<sup>298)</sup> 전자발찌 또는 전자팔찌 부착,<sup>299)</sup> 계좌정지<sup>300)</sup> 등을 들 수 있다.

## 2) 형사소송법률 제116조 제2항에 의한 구속집행의 중단

형사소송법률 제116조 제2항에 의하면 구속명령의 사유가 증거인멸의 위험인 경우, 증거인멸의 위험이 덜 심한 조치로써 현저히 감소될 것이라고 기대할 만한 충분한 근거가 있으면 그 구속명령의 집행을 중단할 수 있다. 덜 심한 조치로 법규정은 공동 피혐의자, 증인 또는 감정인과 연락·교류하지 않도록 지시하는 것을 예로 들고 있다.

## 3) 형사소송법률 제116조 제3항에 의한 구속집행의 중단

형사소송법률 제116조 제3항에 의하면 구속명령이 제112a조에 따라 성범죄, 스토킹 등 일정 범죄에서 범행반복위험을 이유로 발령된 경우, 피혐의자가 일정한 지시를 준수하고 이를 통하여 구속의 목적이 달성될 것으로 기대할 만한 충분한 근거가 있으면 그 구속명령의 집행을 중단할 수 있다. 이 조항에 기한 구속집행 중단은 성인범의 경우 아주 예외적으로만 인정될 수 있다.<sup>301)</sup> 법규정은 덜 침해적인 조치의 구체적 예를 언급하지 않고 있는데, 치료행위를 받도록 지시하거나 피해자와 연락·교류를 하지 않도록 지시하는 것<sup>302)</sup> 또는 특정인의 감독을 받도록 하는 것을 그러한 조치로 볼 수 있다고 한다.<sup>303)</sup>

296) BeckOK StPO/KrauB, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 10; MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 24; KK-StPO/Graf, 8. Aufl. 2019, StPO § 116 Rn. 17.

297) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 24; BeckOK StPO/KrauB, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 10.

298) OLG Celle StV 1991, 473.

299) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 30.

300) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 30; BeckOK StPO/KrauB, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 12.

301) OLG Bremen BeckRS 2013, 773; BeckOK StPO/KrauB, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 14.

302) OLG Celle StV 1995, 644.

303) BeckOK StPO/KrauB, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 116 Rn. 14에서는 감독인으로 기능할 수 있는 특정인의 예로 보호관찰관(Bewährungshelfer)을 들고 있는데, 소년범에 대한 보석의 경우에도 보호관찰관이 감독인이 될 수 있는지에 대해서는 조금 더 상세히 살펴보아야 한다.

#### 다. 구속명령집행중단의 취소

법관은 1. 피혐의자가 그에게 부과된 의무나 제한을 중대하게 위반한 경우, 2. 피혐의자가 도주의 준비를 하거나 적법한 출석요구를 받고도 정당한 사유 없이 출석하지 않거나 또는 피혐의자에 대한 신뢰가 정당하지 않았음을 다른 방법으로 보여준 경우 또는 3. 새롭게 드러난 사정에 비추어 구속할 필요가 생긴 경우 중단된 구속명령의 집행을 명한다(형사소송법률 제116조 제4항). 즉 구속명령집행중단의 취소를 명한다. 피혐의자가 그에게 부과된 의무나 제한을 중대하게 위반한 경우에만 구속명령집행중단이 취소될 수 있으므로 과실 등에 기한 경한 위반행위의 경우 구속명령집행중단이 취소될 수 없지만, 경한 위반행위일지라도 계속 반복되는 경우 구속명령집행중단이 취소될 수 있다.<sup>304)</sup>

#### 라. 소년에 대한 구속명령집행중단 실무

메클렌부르크-포어포르멘州를 대상으로 소년범에 대한 구속명령집행 중단에 대해 조사한 한 경험적 연구에 의하면<sup>305)</sup> 메클렌부르크-포어포르멘州에서는 1999년에 전체 소년범(청소년범과 장소년범) 구속의 약 43%가 집행중단 되거나 임시수용명령으로 전환되었다고 한다.<sup>306)</sup> 아래 표는 1997년과 1999년 메클렌부르크-포어포메른州의 구속집행중단 숫자와 비율을 나타낸 것이다. 아래 표에서 ‘즉시의 구속집행중단’은 구속명령 발부와 동시에 그 집행이 중단된 경우를 의미하고, ‘사후의 구속집행중단’은 구속명령이 집행된 후 구속적부심사 등의 과정을 통해 구속집행이 중단된 경우를 의미하며, 임시수용명령은 소년법원법률 제71조 제2항의 임시수용명령을 의미한다.<sup>307)</sup>

304) MüKoStPO/Böhm, 1. Aufl. 2014, StPO § 116 Rn. 52.

305) 독일은 구속명령집행 중단에 대한 공식적인 통계자료를 산출하지 않고 있다. 독일 연방 통계청(Statistisches Bundesamt) 홈페이지에서는 “사법 및 법무(Justiz und Rechtspflege)” 관련 각종 통계자료를([https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/_inhalt.html) 참조) 제공하고 있지만, 현재 제공되고 있는 ‘사법 및 법무’ 통계자료에 구속명령집행중단에 대한 통계자료는 없다. 따라서 독일 전역의 구속명령집행 중단 현황에 관한 객관적인 통계자료를 찾을 수는 없고, 일부 또는 특정 지역을 대상으로 이루어진 경험적 조사연구를 통해 밝혀진 일부 지역에서의 소년범에 대한 구속명령집행 중단 현황, 이용도 등을 통해 간접적으로 독일 전역에서의 제도 활용도를 파악할 수밖에 없다.

306) Heinz, 앞의 연구보고서, 713면.

▶▶▶ [표 5-3] 메클렌부르크-포어포르멘에서의 소년범에 대한 구속집행중단 사건의 수와 비율  
(1997년 및 1999년)

구속집행중단의 유형	1997 (소년범 구속 총수 = 340)	1999 (소년범 구속 총 수: 414)	
	%	숫자	%
즉시의 구속집행중단	13.8	56	13.5
임시수용명령 발부	1.5	3	0.7
사후의 구속집행중단	30.0	108	26.1
임시수용명령으로의 전환	2.4	10	2.4
구속집행중단의 총수	47.6	177	42.8
구속집행중단이 이루어지지 않은 경우	52.4	237	57.2

\* 자료출처: Kowalzyck, Untersuchungshaft, Untersuchungshaftvermeidung und geschlossene Unterbringung bei Jugendlichen und Heranwachsenden in Mecklenburg-Vorpommern, Forum Verlag Godesberg, 2008, S. 250.

아래 표는 메클렌부르크-포어포르멘에서 1997년과 1999년에 구속집행이 중단된 사건의 범죄유형별 비율을 나타낸 것이다.

▶▶▶ [표 5-4] 메클렌부르크-포어포르멘에서 구속집행이 중단된 소년범사건의 범죄유형별 비율  
(1997년 및 1999년)

범죄유형	1997		1999	
	즉시중단	사후중단	즉시중단	사후중단
모살/고살	0.0	26.3	2.9	20.0
상해	7.1	39.3	12.5	35.5
강도	16.5	36.8	12.9	25.8
재산범죄	16.3	26.4	12.3	28.8
성범죄	25.0	50.0	0.0	55.6
향정신성물질법률 위반	14.3	35.7	14.8	51.9
방화의 죄	-	-	80.0	0.0
중한소요죄(Landfriedensbruch)	50	50	50.0	0.0
외국인관리법 위반	0.0	33.3	0.0	0.0
군형법 위반	-	-	0.0	25.0
합계	15.3	32.4	14.3	28.5

\* 자료출처: Kowalzyck, Untersuchungshaft, Untersuchungshaftvermeidung und geschlossene Unterbringung bei Jugendlichen und Heranwachsenden in Mecklenburg-Vorpommern, Forum Verlag Godesberg, 2008, S. 250.

307) 소년법원법을 제71조 제2항의 임시수용명령에 대해서는 아래 다.에서 살펴본다.

아래 표는 메클렌부르크-포어포르멘주에서 1997년과 1999년에 구속집행이 중단된 소년범에서 구속집행중단 중 범죄를 범한 경우, 도주한 경우, 지시/의무를 위반한 경우 그리고 이로 인해 재구금된 경우의 비율을 나타낸다.

▶▶▶ [표 5-5] 메클렌부르크-포어포르멘주에서 구속집행중단 소년범 중 재구금된 비율 (1997년 및 1999년)

	1997			1999		
	즉시 중단	사후 중단	합계	즉시 중단	사후 중단	합계
	52건	110건	162건	59건	118건	177건
범죄를 범한 경우	21.2	20.0	20.4	18.6	12.7	14.7
도주/소재불명	3.8	-	1.2	6.8	0.8	2.8
기타 지시/의무 위반	3.8	8.2	6.8	13.6	11.0	11.9
재구금	26.9	19.1	21.6	32.2	16.1	21.5

\* 자료출처: Kowalzyck, Untersuchungshaft, Untersuchungshaftvermeidung und geschlossene Unterbringung bei Jugendlichen und Heranwachsenden in Mecklenburg-Vorpommern, Forum Verlag Godesberg, 2008, S. 414.

### 3. 제71조의 임시 훈육명령

#### 가. 적용범위 및 입법목적

소년법원법률 제2부(청소년) 제2편(소년법원의 구성 및 소년형사절차) 제3장(소년형사절차) 제7절(공통적 절차규정)에 위치하는 제71조는 다음과 같이 임시 훈육명령에 대해 규정하고 있고, 「가이드라인(Richtlinien)」은 다음과 같이 제71조에 대한 가이드라인을 제시하고 있다.

**제71조 임시 훈육명령**

- (1) 기판력 있는 판결이 확정되기 전까지 법관은 청소년의 훈육에 관한 임시명령을 발하거나 사회보장법전 제8편에 따른 조치가 행해지도록 할 수 있다.
- (2) 법관은 청소년에게 부과될 것으로 예상되는 조치를 고려할 때, 그 청소년의 성장에 대한 추가적인 위험으로부터 그 청소년을 보호하기 위해서, 특히 그 청소년이 다시 범죄를 범하지 않도록 하기 위해서 적절한 소년원호시설(Heim der Jugendhilfe)로의 임시수용(einstweilige Unterbringung)

을<sup>308)</sup> 명하는 것이 요구된다면 그렇게 할 수 있다. 임시수용에 대해서는 형사소송법을 제114조 내지 제115a조, 제117조 내지 제118b조, 제120조, 제125조 그리고 제126조가 준용된다. 임시수용은 해당 소년원호시설의 규칙에 따라 집행된다.

#### 제71조에 대한 가이드라인

임시훈육명령을 발하기 전에 법원은 정기적으로 소년사법원호(인)의 의견, 그리고 필요한 경우 양육권자 및 법정대리인의 의견을 청취하여야 한다. 임시훈육명령을 발하는 것이 지체될 수 없는 경우라면 의견청취 없이 명령을 발할 수 있다. 이 경우 사후의 의견청취가 예고될 수 있다. 임시훈육명령에 관한 결정은 근거를 바탕으로 이루어져야 한다(형사소송법을 제34조).

‘적절한 소년원호시설로의 임시수용’은 형사소송법을 제112조 이하에 의한 구속명령의 요건이 충족되는 경우에 중요한 의미를 가진다(제72조 제4항 제1문). 임시수용조치가 실행될 수 있고, 그러한 조치가 충분한 경우라면 구속명령은 발부될 수 없거나 집행될 수 없다(제72조 제1항 제1문 및 제3문). 따라서 검찰과 법원은 적절한 소년원호시설이 이용될 수 있고, 필요한 경우 시설의 운영성과 연락할 수 있는지를 이른 시점에 확인하여야 한다. 소년사법원호가 이루어져야 한다. 제72a조와 제72a조에 대한 가이드라인이 준용된다.

구속명령이 발부되었는데, 임시수용이 가능한 것으로 구속명령 발부 사후에 밝혀진다면, 구속명령은 임시수용명령으로 대체될 수 있다.

제71조 제2항의 임시수용명령은 동 명령이 실행될 수 없거나 부적절한 것으로 밝혀지고, 구속의 요건이 여전히 충족되는 경우라면 구속명령으로 대체될 수 있다(제72조 제4항 제2문).

일반형사법원에서 관할하는 소년범죄사건에서도 임시훈육명령이 내려질 수 있고, 임시수용명령이 내려질 수 있다(제104조 제2항). 장소년에게는 이러한 조치가 인정될 수 없다.

제71조는 1953년 8월 4일에 새로이 제정된 소년법원법률부터 존재하는 규정인데, 1990년에 일부 개정되었지만 주요 내용에는 변화가 없다.<sup>309)</sup> 제71조는 제2부 제2편 제3장(소년형사절차)의 제7절(공통적 절차규정)에 위치하고 있기에 재판단계뿐만 아니라 수사단계에서도 임시훈육명령이 인정된다.<sup>310)</sup>

제71조의 임시훈육명령은 구속의 요건이 충족되지 않는 경우에도 청소년에 대한 부정적인 환경의 영향력을 배제하고, 구속의 요건이 충족되는 경우일지라도 구속 대신 임시훈육명령을 취함으로써 구속으로 인해 청소년에게 발생할 수 있는 부정적인 영향력을 피함으로써 청소년을 보호하고, 청소년의 건전한 성장 및 사회복귀를 촉진하기 위해 소년사법원호기관이 개입하는 것을 허용하는 규정이다.<sup>311)</sup> 뿐만 아니라 청소년을

308) 독일어 “einstweilig”는 ‘임시’ 또는 ‘긴급’으로 번역될 수 있는데, 긴급수용명령으로 번역할 경우 강제성이 인정된다는 오해를 불러일으킬 여지가 더 많아, ‘임시수용명령’으로 번역한다.

309) 1990.6.26.에 제71조 제1항이 개정되었고(BGBI. I S. 1163 참조), 1990.8.30.에 제2항이 개정되었다(BGBI. I S. 1853 참조).

310) OLG Celle NJW 1965, 2069; BeckOK JGG/Pawlischta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 3; MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 71 Rn. 2.

부정적인 환경으로부터 분리시키고 재판절차의 진행을 담보하는 것도 입법목적으로 한다.<sup>312)</sup> 그러나 임시훈육명령은 오로지 교육·훈육적 성격을 가지고, 결코 제재적 또는 처벌적 성격을 가져서는 아니 된다.<sup>313)</sup> 따라서 제71조의 임시훈육명령이 구속요건이 충족되지 않는 사안에서 부과된 경우 이 명령은 강제될 수 없고, 피혐의자인 소년이 임시훈육명령에 따르지 않더라도 제11조 제3항의 불복종구금(Ungehorsamsarrest)이 부과될 수 없다.<sup>314)</sup> 구속요건이 충족되는 사안에서 구속을 대체하는 수단으로 임시훈육명령이 부과된 경우 소년이 그 명령에 따르지 않는다면 재구금될 뿐이다.<sup>315)</sup>

## 나. 유형 및 요건

### 1) 제1항의 임시훈육명령

제71조의 임시훈육명령에는 ‘제1항의 임시훈육명령’과 ‘제2항의 임시수용명령’ 두 가지가 있다. ‘제1항의 임시훈육명령’은 소년법원법률 제10조의 지시와 같은 자유제한적 임시훈육명령이다. 제1항의 임시훈육명령으로 내려질 수 있는 지시로는 보호·지원자의 보호·지원을 받도록 지시하는 것, 특정 장소를 방문하는 것을 금지하는 것, 특정 사람들과의 교류를 금지하는 것, 후견인의 가정 등으로 이사하도록 지시하는 것 등이 있다.<sup>316)</sup> 구속요건이 충족되지 않은 사안에서 제1항의 임시훈육명령이 내려진 경우, 피의자/피고인이 이러한 지시를 따르도록 강제할 수는 없지만, 아직 절차가 진행 중이고, 재판결과가 아직 내려지지 않았다는 것은 피혐의자(피의자/피고인)인 소년이 지시에 따르도록 간접적으로 압박하는 효과를 가진다.<sup>317)</sup>

제1항의 임시훈육명령을 부과받은 피의자/피고인은 형사소송법률 제304조에 기한 항고를 제기할 수 있다.<sup>318)</sup> 그러나 재항고는 허용되지 않는다.<sup>319)</sup>

311) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 3; MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 71 Rn. 2.

312) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 3.

313) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 3; Eisenberg/Köbel JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 71 Rn. 3.

314) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 4; MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 71 Rn. 4.

315) HK-JGG/Diemer, § 71 Rn. 9.

316) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 5.

317) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 5.

## 2) 제2항의 임시수용명령

‘제2항에 의한 소년원호시설로의 임시수용명령’은 자유박탈적 조치이지만 구속과 달리 강제될 수는 없다. 제2항의 임시수용명령은 구속요건이 충족되지 않는 경우에도 인정될 수 있다. 그러나 제72조 제1항 및 제4항에 의하면 구속의 요건이 충족되는 경우일지라도 제71조 제2항의 임시수용명령이 실행될 수 있고, 임시수용명령을 통해 구속의 목적을 달성할 수 있는 경우라면 구속명령은 발부되거나 집행될 수 없다. 제72조는 소년범이 일반형사법원에서 재판되는 경우에도 적용된다.<sup>320)</sup> 따라서 제71조 제2항의 임시수용명령은 소년범죄사건에서 교육·훈육사상이 강조되어 구속을 대체하는 수단으로서 중요한 의미를 가진다.<sup>321)</sup>

제71조 제2항의 “적절한 소년원호시설”이란 협의의 “양육시설(Erziehungsheime)”에 한하지 않고, 소년을 원호하는 시설이면 족하다.<sup>322)</sup> 그러나 수용하기에 적절한 주거형시설에 한하고,<sup>323)</sup> ‘사회교육적 체험여행 시설’과 같은 시설은 적절한 원호시설로 볼 수 없다.<sup>324)</sup> 임시수용명령에 적절한 소년원호시설로 인정되기 위해서 도주를 방지하기 위한 설비를 갖춘 소년원호시설일 필요는 없다.<sup>325)</sup> 임시수용명령이 제72조 제1항 및 제4항에 기해 구속을 대체하는 수단으로 이루어지는 경우에도 그러하다.<sup>326)</sup>

임시수용명령은 피혐의자인 청소년의 건전한 성장에 대한 추가적인 위협으로부터 그 청소년을 보호하기 위해서, 특히 그 청소년이 다시 범죄를 범하지 않도록 하기 위해서 인정된다. 구속요건이 충족되지 않더라도 제71조 제2항의 임시수용명령은 인정될 수 있기에 구속요건이 충족될 정도로 범죄를 범할 위험성이 인정되어야만 하는 것은 아니다.<sup>327)</sup> 입법자료에 의하면 임시수용명령은 “특히, 피의자/피고인인 (청)소년이 자유시간을 보내는 그룹으로부터 나쁜 영향을 받아 경미하다고 볼 수 없는

318) HK-JGG/Diemer, § 71 Rn. 12; NK-JGG/Blessing, § 71 Rn. 23.

319) HK-JGG/Diemer, § 71 Rn. 12; NK-JGG/Blessing, § 71 Rn. 23.

320) 소년법원법률 제104조 참조.

321) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 13.

322) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 9.

323) BT-Drs. 11/5829, 44.

324) OLG Hamm NJW 1999, 230; BT-Drs. 11/5829, 30.

325) BT-Drs. 11/5829, 29.

326) BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 13.

327) KG BeckRS 2015, 15922; BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 10.

범죄를 범하였고, 일정 기간 그 피의자/피고인을 그러한 환경으로부터 분리시킬 필요가 있는 사례”에서 인정될 수 있다.<sup>328)</sup> 문헌에서는 소년 강력범(Intensivtäter) 또는 상습범의 경우에 임시수용명령이 중요한 의미를 가진다고 한다.<sup>329)</sup> 독일 형사소송법을 제112a조에 의하면 성범죄, 중한 스토킹 행위, 반복적 또는 연속적으로 중하게 범해진 일정 범죄의 경우 범행반복위험이 독자적인 구속사유로 인정되는데, 소년법원 법률은 소년법에서 구속사유를 성인법에 비해 제한하고 있지는 않기에 범행반복위험을 이유로 한 구속은 소년법에서도 인정된다.<sup>330)</sup> 판례는 소년법에서 제112a조에 의한 범행반복위험을 이유로 한 구속의 요건이 충족되는 경우일지라도 제71조 제2항의 소년원호시설 임시수용을 통해서 범행반복을 방지할 수 있다면 원호시설 임시수용이 취해져야 된다고 한다.<sup>331)</sup>

법개정에 의해 ‘소년자유형이 선고될 것으로 예상될 것’은 이제 임시수용명령이 인정되기 위한 요건은 아니다. 그러나 임시수용명령은 아직 유죄가 확정되지 않은 피혐의자의 수용을 허용하는 것이라는 점에서 무죄추정원칙과의 조화를 위해, 유죄판결의 개연성이 인정되어야 하고, 적어도 자유형의 선고유예 정도의 유죄판결이 예상되는 경우여야 하며, 소년구금 정도의 제재처분이 예상되는 것으로는 불충분하다고 한다.<sup>332)</sup>

임시수용명령을 받은 피의자/피고인은 형사소송법률 제304조에 기한 항고를 제기할 수 있다.<sup>333)</sup> 그리고 항고결정에 대해서는 재항고를 할 수 있다.<sup>334)</sup> 소년법원법률 제52a조에 의하면 피혐의자인 소년이 임시수용명령에 따라 소년원호시설에서 수용생활을 한 경우 그 기간은 추후 선고되는 소년자유형에 산입되고, 제52조에 의하면 소년구금이 선고되는 경우에는 소년구금에 산입될 수 있다. 임시수용명령은 자유박탈적 성격을 가지므로 임시수용된 자가 이후 무죄로 밝혀진 경우 형사보상이 인정된다.<sup>335)</sup>

328) BT-Drs. 11/5829, 30.

329) BeckOK JGG/Pawlschta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 10.

330) LG Kiel StV 2002, 433; BeckOK JGG/Pawlschta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 11.

331) OLG Hamm StV 2002, 432; LG Kiel StV 2002, 433.

332) BeckOK JGG/Pawlschta, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 71 Rn. 10.

333) HK-JGG/Diemer, § 71 Rn. 12; NK-JGG/Blessing, § 71 Rn. 23.

334) HK-JGG/Diemer, § 71 Rn. 12; NK-JGG/Blessing, § 71 Rn. 23.

335) KG NSTz 2010, 284; Eisenberg/Kölbel JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 71 Rn. 9.

## 다. 실무상 활용도 및 효과

### 1) 임시수용명령의 활용도

독일은 소년법원법률 제71조의 임시훈육명령에 대한 공식적인 통계자료를 산출하지 않고 있다.<sup>336)</sup> 따라서 일부 또는 특정 지역을 대상으로 이루어진 경험적 조사연구를 통해 임시훈육명령의 현황, 이용도 등을 파악할 수밖에 없다.

경험적 연구에 의하면 제72조 제2항의 임시수용명령의 활용도는 2000년 초까지는 매우 낮았다. 1994/95년 튀링엔(Thüringen) 지역에서는 전체 소년(청소년 및 장소년) 피구속자의 약 2% 정도에 해당하는 숫자의 소년범에 대해서만 임시수용명령이 이루어진 것으로 조사되었다.<sup>337)</sup> 메클렌부르크-포어포메른(Mecklenburg-Vorpommern) 주(州)에서는 1997년과 1999년에 전체 소년 피구속자의 약 3-4% 정도에 해당하는 소년범에 대해 임시수용명령이 집행된 것으로 조사되었고, 베를린에서는 2002-2004년에 5.9%-7.3%의 비율로 임시수용명령이 실제 집행된 것으로 조사되었다.<sup>338)</sup>

다음과 같은 사유가 임시수용명령이 잘 활용되지 않고 있는 원인으로 분석되고 있다:<sup>339)</sup> ① 임시수용제도의 모습 또는 시설운영에 대한 형사사법기관 종사자와 소년사법원호 수행자의 상이한 생각: 형사사법기관 종사자는 폐쇄적 수용조치가 필요하다고 생각하는데 반해, 소년사법원호 수행자들에 의해 현재 제공되고 있는 시설은 대부분 개방적 시설이다. ② 주말이나 공휴일 또는 저녁에도 소년사법원호활동을 행하는 것을 받아들일 준비가 되어 있는 소년사법원호 수행자들은 약 1/5정도에 불과하다. ③ 소년법원법률 제72a조에도 불구하고, 소년사법원호 수행자들은 형사사법기관으로부터 구속명령발부 이후에서야 사안에 대해 통지를 받는 경우가 많고, 이로 인해 소년사법원호인이 구속여부 판단 이전부터 사안에 대해 조사하여 구속여부 판단 시에 의견을 개진하는 경우가 그리 많지 않다. ④ 임시수용명령 실행비용을 국가 또는 주가 부담해야 하기에 재정적 부담이 크다는 것도 한 원인이다.<sup>340)</sup>

336) Heinz, Sekundäranalyse empirischer Untersuchungen zu jugendkriminalrechtlichen Maßnahmen, deren Anwendungspraxis, Ausgestaltung und Erfolg. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, August 2019, S. 712.

337) Heinz, a.a.O., S. 713.

338) Heinz, a.a.O., S. 713.

339) Heinz, a.a.O., S. 714.

340) MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 71 Rn. 2; BeckOK JGG/Pawlischtta, 17. Ed.

한편, 임시수용명령의 활용도가 기존에는 매우 낮았지만 근래에는 점차 증가하고 있다고 한다.<sup>341)</sup> 노르트라인-베스트팔렌(NRW)州를 대상으로 한, 한 경험적 연구에서는 노르트라인-베스트팔렌州의 경우 2007년에 전체 소년범 피구속자는 463명인데, 89명이 소년원호시설에 수용되었고, 2009년에는 전체 소년범 피구속자는 382명인데, 100명이 소년원호시설에 수용된 것으로 조사되었다.<sup>342)</sup> 이 연구는 임시수용명령이 근래에 증가하고 있다는 근거가 될 수 있지만, 다른 한편으로는 독일이 연방제국가라는 점, 州 또는 지역별 소년원호시설의 현황 차이 및 관련 정책의 차이 등으로 인해 임시수용명령의 활용도는 지역별 편차가 클 수 있다는 것을 보여준다.

2) 임시수용명령의 효과

아래 표는 1997년과 1999년 메클렌부르크-포어포르멘州에서 구속집행이 중단된 소년범 중 소년원호시설수용에 의해 구속집행이 중단된 사례와 소년원호시설수용 없이 지시/의무부과만 이루어진 채 구속집행이 중단된 사례에서 재구금의 사유와 비율을 조사한 결과를 나타낸다.

》》 [표 5-6] 메클렌부르크-포어포르멘州에서 구속집행중단 소년범 중 원호시설수용여부에 따른 재구금 비율(1997년 및 1999년)

	1997			1999		
	시설 수용	시설 미수용	합계	시설 수용	시설 미수용	합계
	31건	131건	162건	34건	143건	177건
범죄를 범한 경우	12.9	22.1	20.4	17.6	14.0	14.7
도주/소재불명	3.2	0.8	1.2	5.9	2.1	2.8
기타 지시/의무 위반	미상	8.4	6.8	미상	14.7	11.9
재구금	16.1	22.9	21.6	32.4	18.9	21.5

\* 자료출처: Kowalzyck, Untersuchungshaft, Untersuchungshaftvermeidung und geschlossene Unterbringung bei Jugendlichen und Heranwachsenden in Mecklenburg-Vorpommern, Forum Verlag Godesberg, 2008, S. 265.

1.5.2020, JGG § 71 Rn. 10.

341) MüKoStPO/Kaspar, 1. Aufl. 2018, JGG § 71 Rn. 2a.

342) Eberitzsch, Jugendhilfe und Strafrecht. Die Abwendung von Untersuchungshaft für Jugendliche im Fokus der Jugendhilfeforschung, 2013, S. 211.

아래 표는 1999년 메클렌부르크-포어포르멘州에서 소년원호시설수용에 의해 구속 집행이 중단된 사례에서 원호시설수용 유형이 개방적이었는지, 아니면 폐쇄적이었는지에 따라 재구금비율을 조사한 결과를 보여주고 있다.

▶▶▶ [표 5-7] 메클렌부르크-포어포르멘州에서 소년원호시설수용으로 구속집행중단 소년범 중 시설유형에 따른 재구금 비율(1999년)

	폐쇄적 원호시설 수용			개방적 원호시설 수용		
	즉시의 구속 집행중단	사후의 구속 집행중단	합계	즉시의구속 집행중단	사후의 구속 집행중단	합계
	3건	5건	8건	9건	19건	28건
범죄를 범한 경우	33.3	20.0	25.0	22.2	10.5	14.3
도주/소재불명	66.7	20.0	37.5	11.1	10.5	10.7
재구금	66.7	40.0	50.0	44.4	21.1	28.6

\* 자료출처: Kowalzyck, Untersuchungshaft, Untersuchungshaftvermeidung und geschlossene Unterbringung bei Jugendlichen und Heranwachsenden in Mecklenburg-Vorpommern, Forum Verlag Godesberg, 2008, S. 269.

#### 4. 소년사법원호

##### 가. 소년사법원호 개관

독일 「사회보장법전 제8권 - 아동 및 소년 원호(Sozialgesetzbuch VIII, SGV VIII - Kinder- und Jugendhilfe)」는 소년에 대한 복지적 원호(보호·지원) 즉, 소년원호(Jugendhilfe)를 복지행정기관의 일종인 소년국(Jugendamt)의 업무로 하면서 소년원호로서 행해져야 할 소년에 대한 복지행정적 지원·보호조치들, 소년국의 조직·구성, 소년원호 정책의 기획 등에 대해 규정하고 있다.<sup>343)</sup> ‘소년사법원호(Jugendgerichtshilfe)’란<sup>344)</sup> 소년국이 소년의 건전한 성장·교육을 위해 ‘수사, 재판 및 사법적 제재의 집행’이라는 사법적 절차 아래에 있는 소년을 원호하는 활동을 통칭하는 용어로서, 소년사법원호는 소년원호의 특별한 형태이다.<sup>345)</sup> 독일은 소년원호에 관한 일반적 사항은

343) 즉, 우리나라가 「아동복지법」, 「사회복지사업법」, 「사회보장기본법」 등을 통해서 아동의 (아동 복지법은 ‘18세 미만인 자’를 ‘아동’이라고 하고 있음) 복지에 대해 규율하고 있는 사항을 독일은 「사회보장법전 제8권」을 통해 규율하고 있다.

344) ‘소년사법보호’로 번역되기도 한다.

「사회보장법전 제8권(SGB VIII)」에서 규율하고, 소년사법원호에 대해서는 소년법원법률에서 규율하고 있다. 소년법원법률상의 소년사법원호에 관한 규정을 본 연구과제와 관련하여 중요성을 가지는 조항 위주로 번역·정리하면 다음과 같다.<sup>345)</sup>

**제38조 소년사법원호(Jugendgerichtshilfe)**

- (1) 소년사법원호는 소년국이 소년원호단체와 협력하여 행한다.
- (2) 소년사법원호인(Vertreter der Jugendgerichtshilfe)은 소년법원절차에서 교육적, 사회적 그리고 기타 소년원호를 위해 중요하고, 의미있는 활동들을 행한다. 그는 이러한 목적수행을 위해 청소년의 인성, 성장과정 및 가족적·사회적·경제적 배경에 대해 조사하고, 해당 청소년에게서 인정되는 특별한 보호필요성과 취해져야 할 조치에 대해 의견을 표명한다.
- (3) 해당 소년법원절차에서 중요하다면 가능한 이른 시기에 제2항에 따른 조사의 결과를 알 수 있어야 한다. 청소년이 구속된 경우 소년사법원호인은 신속히 조사결과를 보고하여야 한다. 제2항과 관련하여 중요한 정황·사실에 현저한 변경이 있는 경우 소년사법원호인은 필요한 경우 보완조사를 행하여 소년검찰에 보고하고, 공소제기 후라면 소년법원에도 그에 대해 보고한다.
- (4) 소년사법원호인은 제7항에 따라 공판참여권이 포기되지 않는 한, 공판절차에 참여한다. 보완조사를 행한 자는 공판에 참여해야 한다. 제50조 제3항 제1문에 따라 적시의 통지가 이루어졌음에도 불구하고 소년사법원호인이 공판에 출석하지 않은 경우 소년원호 업무를 담당하는 기관에 그로 인해 발생한 경비를 부과시킬 수 있다; 형사소송법률 제51조 제2항은 준용된다.
- (5) 보호관찰관(Bewährungshelfer)이 선임되지 않는 경우, 소년사법원호인이 법원의 지시 또는 부과된 부담을 청소년이 준수·이행하는지에 대해 감독한다. 그는 청소년의 현저한 위반행위를 법원에 통지한다. 소년법원에 의해 제10조 제1항 제3문 제5번에 따른 '보호·후견인(Betreuungshelfer)의 보호 및 감독을 받을 것' 지시가 내려졌는데, 소년법원이 보호·후견인을 선임하지 않은 경우 소년사법원호인이 보호 및 감독을 행한다. 소년자유형의 유예기간동안 소년사법원호인은 보호관찰관과 긴밀히 협력한다. 소년에 대한 자유형의 집행 중 소년사법원호인은 청소년과 계속하여 접촉하고, 청소년이 사회에 다시 진입할 수 있도록 도와주는 역할을 담당한다.
- (6) 청소년에 대한 전체 절차에서 소년사법원호 활동이 이루어져야 한다. 소년사법원호활동은 가능한 이른 시점부터 행해져야 한다. 소년법원은 특정행위 관련 지시(제10조)를 하기 전에 소년사법원호인의 의견을 청취해야 한다; 소년법원이 '보호·후견인의 보호·감독을 받을 것'이라는 지시를 하려고 하는 경우, 소년사법원호인은 '누가 보호·후견인으로 선임되어야 하는지'에 관해 의견을 표명해야 한다.
- (7) 사안의 상황에 따라 때 정당하고, 소년의 복지에 합치한다면, 소년법원과 수사단계인 경우(im Vorverfahren) 소년검사는 제3항에 따른 요청 그리고 소년사법원호인의 신청에 기해 제4항 제1문에 따른 요청을 포기할 수 있다. 그러한 포기는 가능한 빨리 소년사법원호인과 기타 절차참여자에게 통지되어야 한다. 사건이 공소제기 없이 종결될 것으로 여겨지는 경우라면 수사단계에서

345) Eisenberg/Kölbl JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 38 Rn. 2-4; BeckOK JGG/Gertler/Schwarz, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 38 Rn. 17-24 참조.

346) 위 규정들 외에도 소년사법원호인의 공판출석에 관한 규정(제50조), 공판에서 청소년을 위해 절차참여자의 일시퇴정을 신청할 수 있는 권리에 관한 규정(제51조), 지시 또는 부과된 부담의 사후적 변경에 대한 청취권 규정(제65조), 전과기록 말소를 청구할 권리에 관한 규정(제97조) 등이 있다.

도 그러한 포기가 이루어질 수 있다. 소년사법원호인이 공판 출석권을 포기하는 것은 공판과정의 일부에 한해 인정된다. 공판과정에서 공판출석권의 포기가 있었다는 사실이 해명될 수 있고, 이 경우 따로이 신청이 필요하지는 않다.

#### 제46a조. 소년사법원호인의 보고서작성 이전의 소제기

제38조 제7항과 상관 없이, 소년사법원호인이 제38조 제1항에 의한 소년사법원호 보고서를 제출하기 전일지라도 소제기하는 것이 청소년의 안녕·복지에 기여하고, 소년사법원호 보완조사결과가 낮어도 공판개시시점까지 준비될 수 있는 경우라면 소년사법원호 보고서가 제출되기 전일지라도 소제기할 수 있다. 소제기 후에는 소년사법원호의 조사결과가 소년검찰과 소년법원에 보고되어야 한다.

#### 제70조 공공기관에게로 통지

- (1) 소년사법원호기관은, 적절한 경우 가정법원과 학교도, 절차의 개시 및 결과에 대해 통지받아야 한다. 소년사법원호기관, 가정법원 및 학교는 해당 청소년에 대해 다른 절차도 진행 중인 경우 소년검찰에 이를 통지한다. ... ..
- (2) 절차의 개시에 대해서 소년사법원호기관은 늦어도, 청소년이 피혐의자(Beschuldigter)로 최초 출석요구를 받기 전에 통지받아야 한다. 소년에 대한 최초 피혐의자신문이 출석요구 없이 이루어진 경우라면 그 신문 이후 지체없이 소년사법원호기관에 통지해야 한다.

독일에서 소년사법원호는 소년담당 행정기관이 법원의 판결 전 조사활동을 지원하는 것에서 시작하였고, 소년국에 의한 소년원호활동(소년에 대한 복지활동)이 복지서비스의 한 분야로 확립되면서 소년에 대한 보호·지원을 전문적으로 담당하는 소년국이 단순히 수사기관이나 법원의 활동을 지원하는 기관이 아니라 객관적인 입장에서 독립적인 절차참가자로서<sup>347)</sup> 소년원호의 한 형태인 '사법절차과정에 있는 소년에 대한 원호'를 하는 제도로 발전하였다.<sup>348)</sup> 따라서 소년원호에 포함되는 한, 소년사법원호활동이 소년법원법률에서 명시적으로 인정하고 있는 활동으로 한정되지는 않는다.

소년사법원호는 소년국이 (민간) 소년사법원호단체와<sup>349)</sup> 협력하여 행한다. 예컨대 노르트라인-베스트팔렌州的 오버하우젠市的 소년국은 카리타스(Caritas), 디아코니(Diakonie)와 함께 법원 근처에 공동사무실을 개소하여 소년사법원호활동을 행하고 있다.<sup>350)</sup> 소년사법원호활동은 “가능한 이른 시기에” 즉, 수사개시 단계부터 이루어지

347) Eisenberg/Kölbel JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 38 Rn. 28. 소년사법원호인은 독립적인 절차참가자로 인정되고 있지만, 소송서류·기록 열람권, 공판에서의 질문권, 증거신청권, 상소제기권 등을 가지지는 않는다.

348) 소년사법원호의 연혁에 대한 개관은 BeckOK JGG/Gertler/Schwarz, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 38 Rn. 25-29.1.

349) 민간 소년원호단체에 대해서는 「사회보장법전 제8권」에서 규율하고 있다.

는 것이 원칙이다(제38조 제3항 참조).<sup>351)</sup> 소년사법원호기관(소년국)은 소년원호의 일환으로 사법절차 과정에 있는 소년에 대한 후견, 조사 및 감독 임무를 담당한다.

소년사법원호기관은 사회복지적·교육적(sozialpädagogisch) 관점에서 소년사법 절차의 전 과정에서 즉, 수사단계, 재판단계 및 제재처분의 집행단계에서 소년을 보호·지원하는 후견(Betreuung)임무를 행한다. ① 수사단계에서부터 소년의 인성, 성장과정 및 가족적·사회적·경제적 배경에 대해 조사하여 소년사법원호 보고서를 수사기관 및 법원에 제출하고, 해당 소년에게서 인정되는 특별한 보호필요성과 취해져야 할 조치에 대해 의견을 표명하는 것, ② 구속이 이루어질 수 있는 사안에서 구속영장발부심사 등에서 의견진술 등을 통해 가능한 한, 임시수용명령과 같은 구속대체수단이 취해지도록 노력하고, 이미 구속이 집행된 경우에도 소년원호시설수용으로 대체될 수 있도록 함으로써 구속기간이 축소되도록 노력하며, 소년이 구속된 경우에도 소년과 면접교통하는 것, ③ 자유형을 포함한 제재처분의 집행단계에서 소년의 재사회화를 촉진하기 위해 노력하는 것은 모두 후견임무의 일환이다.<sup>352)</sup>

조사임무는 소년사법원호기관이 소년의 인성, 성장과정, 환경 등에 관한 사실을 조사하여 수사기관과 소년법원이 적절한 판단을 하도록 지원하는 활동을 말한다. 범죄사안의 진상에 관한 사실의 조사는 수사기관과 법원의 임무이지, 소년사법원호기관의 조사대상에 해당하지 않는다.<sup>353)</sup> 소년사법원호기관의 조사활동으로 인해 구속기간이 연장되어서는 아니 되므로 소년이 구속된 경우 소년사법원호기관은 신속히 조사활동을 행해야 한다.<sup>354)</sup> 조사임무는 소년사법원호의 핵심적 활동이라고 할 수 있다.<sup>355)</sup>

감독임무는 소년에게 법원이 특정 행위에 관한 지시(Weisungen) 또는 특정 부담의무(Auflagen)를 부과한 경우, 소년이 그 지시 또는 부담의무를 이행·준수 하는지 여부를 감독(Aufsicht)하여 “현저한 위반이 있는 경우” 법원에 보고하는 활동을 의미한다.<sup>356)</sup>

350) Bericht zur Jugendgerichtshilfe Oberhausen, S. 2 ff. ‘카리타스’는 기독교 사회복지단이고, ‘디아코니’는 카톨릭 사회복지단이다.

351) BeckOK JGG/Gertler/Schwarz, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 38 Rn. 73.

352) 후견임무에 대해 자세히는 BeckOK JGG/Gertler/Schwarz, 17. Ed. 1.5.2020, JGG § 38 Rn. 72-86.

353) Eisenberg/Kölbel JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 38 Rn. 9.

354) Eisenberg/Kölbel JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 38 Rn. 17.

355) Trenczek, Jugendgerichtshilfe, in: Cornel/Kawamura-Reindl/Maelicke(Hrsg.), Resozialisierung. Handbuch, 3. Aufl., 2009, S. 118.

356) KVJS, Jugendhilfe-Service. Grundlagen für die Jugendhilfe im Strafverfahren in Baden-

감독임무와 관련하여 제38조 제5항 제1문에서 “보호관찰관(Bewährungshelfer)이 선임되지 않는 경우, 소년사법원호인이 법원의 지시 또는 부과된 부담을 청소년이 준수·이행하는지에 대해 감독한다.”고 하고 있어서 보호관찰관이 언제나 감독임무의 1차적인 수행자인 것으로 오해될 여지가 있는데, 이 규정의 의미를 제대로 파악하기 위해서는 재판 전 감독과 보호관찰에 기한 감독의 차이점을 명확히 하고, 감독임무가 발생하는 경우를 나누어 살펴볼 필요가 있다.

#### 나. 재판 전감독과 보호관찰에 기한 감독의 차이점

사법절차과정에 있는 소년에게 법원에 의해 지시 또는 부담이 부과되고, 지시/부담의 준수·이행여부를 감독하는 감독인이 선임되어야 하는 경우는 크게 2가지 경우로 나뉜다.<sup>357)</sup> 첫째는, 보호관찰(Bewährungshilfe) 또는 보안관찰(Führungsaufsicht)이 부과되는 경우이다. 보호관찰은 ① 소년검사가 법원의 동의를 얻어 지시/부담부 절차중단(불기소)결정을 한 경우, ② 법원이 검사의 동의를 얻어 지시/부담부 절차중단결정을 한 경우, ③ 소년자유형의 집행 또는 선고를 유예한 경우에 부과된다. 둘째는, 피혐의자(피의자 또는 피고인)인 소년에 대한 구속을 자제 또는 대체하는 수단으로 소년법원법률 제71조 제1항의 임시훈육명령 형태로 피혐의자인 소년에게 지시/부담이 부과되거나 제2항의 소년원호시설수용명령이 내려지는 경우이다. 보호관찰에 기한 감독은 범죄를 범하였다는 것이 확정된 소년에게 인정되는데 반해, 구속 자제·대체 수단으로서의 재판 전 감독은 범죄를 범하였다는 것이 확정되지 않은 피혐의자(피의자/피고인)인 소년에게 인정된다는 것이 양자의 차이점이다.

보호관찰과 소년사법원호는 그 성격이 다르다. 범죄를 범하였다는 것이 확정된 자에게 형사절차 진행 또는 형벌 부과·집행을 유예하는 대신에 어떠한 지시 또는 부담을 부과하고 그러한 지시·부담의 준수·이행여부를 감독하는 것이 보호관찰(Bewährungshilfe)이다.<sup>358)</sup> 보호관찰은 범죄를 범하였다는 것이 확정된 자에게 부과되므로 보호관찰에서 원호의 성격이 아무리 강조되더라도 제재의 속성이 사라지지는

Württemberg, 2017, S. 32 ff.

357) Eisenberg/Kölbl JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 38 Rn. 19-23.

358) 독일어 “Bewährungshilfe”를 직역하면 ‘시험/유예기간(Bewährungszeit) 중의 원호’이다.

않는다.<sup>359)</sup> 반면에 ‘사법절차 과정에 있는 자에 대한 복지적 원호활동’인 사법원호(Gerichtshilfe)는 근본적으로 복지서비스의 성격을 가진다. 그리고 사법원호의 한 분야인 소년사법원호(Jugendgerichtshilfe)도 마찬가지이다. 그렇기에 소년사법원호는 수사, 재판 및 집행단계 나아가 집행 이후 단계에 있는 모든 소년에 대한 원호·후견활동을 포괄하고, 수사단계에 있는 소년에 대한 원호활동은 전형적인 소년사법원호활동으로 인정되고 있다.

범죄를 범하였다는 것이 확정된 소년에 대한 감독활동(보호관찰)과 아직 범죄를 범하였다는 것이 확정되지 않은 소년에 대한 감독활동은 구분되어야 한다.<sup>360)</sup> 독일은 후자의 활동을 소년사법원호활동으로 이해하는 것이 적절하다고 보아 소년법원법률에서 구속명령이 발부될 여지가 있는 사안인 경우 소년사법원호인을 개입시키도록 규정하고, 실무상 구속 자제·대체 수단으로 재판 전 감독이 행해지는 경우 대부분 소년사법원호인이 소년사법원호활동의 일환으로 감독활동을 하고 있다. 즉, “보호관찰관(Bewährungshelfer)이 선임되지 않는 경우, 소년사법원호인이 법원의 지시 또는 부과된 부담을 청소년이 준수·이행하는지에 대해 감독한다”고 하고 있는 제38조 제5항 제1문은 보호관찰이 부과되는 경우 보호관찰관이 우선적으로 감독활동을 할 권한을 가지고, 보호관찰이 부과될 수 없는 경우 즉, 재판 전 감독의 경우 소년사법원호인이 우선적으로 감독활동을 할 권한을 가진다는 것을 의미하는 것으로 이해되고 있다.<sup>361)</sup> 물론, 이는 범죄를 범한 것이 확정된 자에 대한 감독과 아직 범죄를 범한 것으로 확정되지 않은 자에 대한 감독의 차이점을 강조하는 것이지, 감독활동 자체의 성격이 다르다거나 재판 전 감독의 경우 반드시 소년사법원호인이 감독활동을 하여야 한다는 것을 뜻하지는 않는다.

359) 독일은 보호관찰(Bewährungshilfe), 보안관찰(Führungsaufsicht), 사법원호(Gerichtshilfe)를 통칭하여 ‘사법절차과정 중에 있는 자의 사회내 처우 관련 복지적 성격의 사법·법무활동(ambulater Sozial Dienst der Justiz, aSD)’이라고 하는데, 이는 보호관찰도 원호적 성격을 가진다는 점을 강조하고 있는 것이지, 보호관찰이 제재적 성격을 가지지 않는다는 것은 아니다. 한편, 독일에서는 점점 더 많은 곳에서 성인범의 경우 aSD 전담 기구/부서를 법원 산하 또는 법무부 산하기구로 두면서 다시 보호관찰, 보안관찰, 사법원호 담당 부서로 세분화하여 업무를 담당하도록 하고 있다.

360) 이를 강조하고 있는 Eisenberg/Kölbl JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 38 Rn. 23.

361) Eisenberg/Kölbl JGG, 21. Aufl. 2020, JGG § 38 Rn. 23 참조.

### 다. 소년 강력범/상습범

독일에서도 소년 강력범/상습범은 중요한 문제 중의 하나이다.<sup>362)</sup> 소년사법원호기관은 소년 강력범/상습범 문제의 중요성을 인식하여 오래 전부터 소년 강력범/상습범을 소년사법원호활동의 중점대상으로 하고 있다.<sup>363)</sup> 한편 소년강력범죄의 경우, 특히 소년이 소년에 대해 범한 강력범죄의 경우 소년법원법률에서 인정하고 있는 재판 전 감독제도 외에도 「가정법원사건 및 유동적 재판권 대상 사건에서의 절차에 관한 법률(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, FamFG)」 제214조에 의한 긴급조치가 인정될 수 있다.

「폭력범죄 및 스토킹으로부터의 민사적 보호에 관한 법률(Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen, GewSchG)<sup>364)</sup> 제1조 제1항에 의하면 “누군가 고의로 타인의 신체, 건강 또는 자유를 위법하게 침해한 경우, 법원은 피해자의 신청에 기해 추가적인 침해를 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있다. 그러한 조치에 관한 명령은 조치의 기간을 정하여야 한다; 그 기간은 연장될 수 있다. 법원은 특히 다음의 조치를 명할 수 있다: 범죄자가 1. 피해자의 주거를 출입하지 않을 것, 2. 피해자 주거의 일정 주변에 머무르지 않을 것, 3. 피해자가 자주 머무르는 특정 장소를 찾지 않을 것, 4. 원거리통신수단을 포함하여 피해자와 연락하는 것을 하지 않을 것, 5. 피해자와 만나지 않도록 할 것.” 동 법률은 가정폭력범죄와 스토킹행위의 주된 피해자인 여성과 아동을 강하게 보호할 필요성이 인정될 뿐만 아니라, 폭력범죄 일반적으로 적용범위를 확대하여 일반적인 폭력범죄 피해자도 보호해야 한다는 생각에서 제정되었기에 동 법률의 적용범위는 가정폭력범죄로 한정되지 않는다.<sup>365)</sup> 동 법률 제4조에 의하면 제1조 제1항의 명령을 위반하는 행위는 1년 이하의 자유형 또는 벌금으로 처벌된다.

한편, 「가정법원사건 및 유동적 재판권 대상 사건에서의 절차에 관한 법률(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen

362) 소년범죄에서 강력범죄의 비율이 증가하고 있는가의 문제는 독일에서도 논란거리이다.

363) 이에 대해서는 Die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen Bremen, Jugendliche im Strafverfahren. Rahmenkonzeption 2014, Mai 2014, S. 29; Amt für

364) 이 법률은 2001년 12월 11일에 제정되었다.

365) BT-Drs. 14/5429, S. 1, 10.

Gerichtsbearbeitung, FamFG)」 제210조에 의하면 「폭력범죄 및 스토킹으로부터의 민사적 보호에 관한 법률」 제1조의 조치에 대해서는 가정법원이 관할권을 가진다. 그리고 동 법률 제214조에 의하면 「폭력범죄 및 스토킹으로부터의 민사적 보호에 관한 법률」 제1조의 범죄가 범해졌거나 구체적인 사실·정황에 의할 때 그러한 범죄가 범해질 수 있는 경우 법원은 신청에 기해 「폭력범죄 및 스토킹으로부터의 민사적 보호에 관한 법률」 제1조 또는 제2조의 조치를 긴급히 취할 것을 명할 수 있다.

「사회보장법전 제8권」 제2조 및 제50조에 의하면 소년국은 소년사법원호활동의 일환으로 가정법원에 의한 긴급조치 심판절차에 참여한다. 이외에도 소년국은 「사회보장법전 제8권」에 기해 소년원호(Jugendhilfe)의 일환으로 범죄피해자인 아동·소년에 대한 원호활동을 행할 임무를 담당한다.

소년법원법률 제71조의 임시훈육명령은 피혐의자인 소년에 대한 구속을 자제·대체하는 수단으로 주로 사용되고 있다. 그리고 소년에 대한 형사절차를 규율하는 법률로서, 일종의 형사특별법인 소년법원법률은 피혐의자 또는 범죄자인 소년의 건전한 성장·교육을 주된 관점으로 하고 있다. 제71조에서 피혐의자인 소년의 추가적인 범행을 방지하는 것이 임시훈육명령의 한 목적으로 특별히 제시되고 있는 것은 기본적으로 피혐의자인 소년의 성장·교육을 고려한 것이지, 제71조가 폭력범죄 등에서 소년 범죄 피해자를 보호하는 것을 주목적으로 하는 재판 전 감독제도까지 동 법률에서 명시적으로 규정하고 있는 것은 아니다. 그러나 성범죄 등 일정 범죄에서 특정 요건 하에 범행반복위험을 독자적인 구속사유로 인정하고 있고, 이러한 구속사유가 소년법에서도 그대로 인정되며, 소년법원법률 제71조 제2항이 소년원호시설 수용의 주요한 목적으로 재범방지를 언급하고 있는 것은 어느 정도 피해자보호사상이 반영된 것이다. 그리고 소년강력범죄사건에서, 특히 소년이 소년에게 행하였다는 혐의로 절차가 개시된 소년강력범죄 사건에서, 구체적인 사실·정황에 의할 때 폭력범죄 피혐의자인 소년이 피해자인 소년에게 다시 폭력범죄를 범할 개연성이 있는 경우 피해자보호를 위한 긴급조치가 재판 전 감독의 형태로 인정되지 않는 것은 아니다. 범행반복위험이라는 구속요건이 인정되는 경우에 그 구속은 제71조 제2항의 소년원호시설 임시수용을 통해 대체될 수 있다. 이러한 조치는 「폭력범죄 및 스토킹으로부터의 민사적 보호에 관한 법률」에 기해 인정되는 긴급조치와 다음과 같은 차이점을 가진다. 전자는 형사절

차에서 구속 또는 구속 자제·대체수단으로서의 소년원호시설 수용이라는 일종의 시설 수용 형태로 이루어지고, 모든 폭력범죄를 대상으로 하는 것이 아니라 성범죄나 반복적으로 또는 연속적으로 범해진 폭력범죄를 대상으로 하며, 해당 피해자에게로 다시 범해질 개연성을 필요적 요건으로 하지 않는다. 그리고 구속대체수단으로 소년원호시설에 수용된 피의자 또는 피고인이 위반행위를 하면 재구금 될 뿐이다. 반면에 후자는 사건이 형사절차로 개시되었는지에 상관없이 폭력범죄 일반을 대상으로 하고, 피해자에게로 폭력범죄가 범해질 구체적인 개연성을 기초로 하면서, 피해자의 신청에 기해 단지 접근금지라는 자유제한적 조치를 부과하는 대신에 위반 시에는 형벌로 처벌한다. 한편, 범행반복위험 이외의 구속사유가 충족된 경우 그리고 구속사유가 충족되지 않는 경우에도 소년법원법률 제71조 제1항의 임시훈육명령을 통해 피해자에 대한 접근·연락을 금지하는 지시를 내릴 수 있다.<sup>366)367)</sup> 구속집행을 대체하는 수단으로 제71조 제1항의 임시훈육명령으로 그러한 지시가 내려졌는데 소년이 지시를 위반한 경우라면 소년은 재구금되고, 구속의 요건이 충족되지 않는 사안에서 그러한 지시가 제71조 제1항의 임시훈육명령으로 내려졌는데 지시를 위반한 경우라면 그러한 사실은 재판결과에 영향을 미치는 사유로 고려된다.

### 제3절 | 시사점

#### 1. 독일의 재판 전 감독제도 요약

- 소년법원법률 제71조에 의하면 소년법원은 확정판결 이전에 즉, 수사단계 또는 재판단계에서 임시훈육명령 또는 임시 소년원호시설 수용명령을 할 수 있다. 특히 후자는 피혐의자(피의자/피고인)인 소년이 확정판결 이전에 새로이 범죄를

366) 제71조 제1항의 임시훈육명령에 의해 제10조 제1항 제9호에 따른 지시(특정인과의 교류 또는 특정 시설을 방문하지 않도록 지시하는 것)를 하는 것이 가능한데, 제10조 제1항 제9호에서 의미하는 “특정인”에는 피해자도 포함된다(HK-JGG/Diemer, § 10 Rn. 51).

367) 이러한 지시가 내려질 수 있는 사안은 아마도 「가정법원사건 및 유동적 재판권 대상 사건에서의 절차에 관한 법률」 제214조의 요건이 충족되지 않는 사안에 한정될 것이다.

- 범하는 것을 방지하기 위해서 인정되는데, 구속요건이 충족되지 않는 사건일지라도 제71조의 임시조치를 명할 수 있지만, 이 경우 그 집행이 강제될 수는 없다.
- 독일 형사소송법은 우리와 달리 성범죄, 스토킹 그리고 반복적 또는 지속적으로 범해진 일정 폭력범죄에서 범행반복위험을 독자적인 보충적 구속사유로 인정하고 있다. 독일 형사소송법상 인정되고 있는 구속명령집행중단(피의자/피고인 보석)은 소년법원절차에서도 인정된다. 소년법원법률 제72조는 구속의 비례성 원칙을 일반 형사사건에 비해 더욱 강조하여 구속요건이 충족될지라도 제71조의 임시훈육명령을 통해 구속의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 구속이 집행될 수 없도록 하고 있다. 이에 따라 제71조의 임시훈육명령은 구속을 자제·대체하는 수단으로 이용되고 있다. 제71조 제2항의 소년원호시설 수용명령은 주로 개방적 형태로 운용되고 있는 소년원호시설에 소년을 수용하여 구속을 자제·대체하는 수단으로 이용되고 있다. 소년원호시설 수용명령은 기존에는 활용도가 낮았지만, 점차 활용도가 증가하고 있고, 구속을 대체하는 소년원호시설수용은 확정판결을 통해 선고되는 소년구금 또는 소년자유형에 산입된다. 구속집행중단의 수단으로 제71조의 임시조치가 취해진 경우 지시/부담을 현저히 위반하는 경우 구속집행중단이 취소되어 다시 구금된다.
  - 독일법상 보호관찰은 범죄를 범하였다는 것이 확정된 자에게 부과될 수 있고, 이는 소년법원절차에서도 마찬가지이다. 제71조의 임시조치로 부과되는 지시는 아직 범죄를 범하였다는 것이 확정되지 않은 소년에게 부과되므로 보호관찰에 해당하지 않는다. 따라서 구속집행명령중단제도 및 제71조에 기해 이루어지는 재판 전 감독은 보호관찰에 기한 감독과는 요건·성격이 다르므로 소년법원법률은 재판 전 감독의 경우 소년사법원호인이 우선적으로 감독활동을 행하도록 하고 있다.
  - 범행반복위험이라는 구속사유가 충족되는 경우일지라도 소년법원법률 제71조 제2항의 소년원호시설 수용명령에 기해 구속집행이 대체될 수 있다. 「가정법원사건 및 유동적 재판권 대상 사건에서의 절차에 관한 법률」 제214조에 기해 폭력범죄 및 스토킹범죄가 행해질 구체적 위험이 인정되는 경우 가정법원은 신청에 기해 범죄(혐의)자가 1. 피해자의 주거를 출입하지 않을 것, 2. 피해자 주거의 일정 주변에 머무르지 않을 것, 3. 피해자가 자주 머무르는 특정 장소를 찾지

않을 것, 4. 원거리통신수단을 포함하여 피해자와 연락하는 것을 하지 않을 것, 5. 피해자와 만나지 않도록 할 것 등의 긴급조치를 명할 수 있다. 동 법률상의 접근금지조치는 사건이 수사기관에 입건되었는지 여부에 상관없이 이루어지기 에 구속의 요건 충족 여부를 불문하고 인정되고, 접근금지조치 명령에 위반하는 행위는 형벌로 처벌된다.

- 현행 제71조는 피혐의자인 소년의 건전한 성장·교육을 주된 관점으로 하여 인정된 규정이다. 범행반복위험이라는 구속사유가 소년형사절차에서도 그대로 인정되고, 소년법원법률이 제71조에서 재범방지를 소년원호시설수용명령의 주요한 목적으로 제시하고 있는 것은 어느 정도 피해자보호 사상이 반영된 것이라고 할 수 있다. 그러나 아직까지 독일 소년법원법률이 제71조에서 피해자보호를 임시조치의 명시적인 한 목적으로 제시하지는 않고 있는데, 이는 독일에서 피해자보호 사상이 반영된 재판 전 감독이 인정되지 않는다는 것을 뜻하는 것은 아니라, 독일에서도 소년법원법률이 아직까지는 범죄자인 소년의 성장·교육을 주된 관점으로 하고 있기 때문이다.

## 2. 우리나라에 주는 시사점

소년법의 경우 소년의 건전한 성장·교육을 위해 가능한 구속을 자제하고, 형사처벌을 자제해야 한다는 원칙은 그대로 유지되어야 한다. 이러한 원칙은 그대로 유지되어야 하겠지만, 소년의 강력범죄가 기존에 비해 증가 또는 감소하고 있는가에 대한 논란과 상관없이, 소년의 강력범죄가 발생하고 있고, 특히 소년이 다른 소년을 대상으로 폭력범죄 등 강력범죄를 범하는 경우가 적지 않은 현실에서 소년의 강력범죄에 적절히 대응할 수 있는 수단이 소년법에서도 마련되어야 할 것이다. 즉, 범죄(혐의)자인 소년의 성장·교육뿐만 아니라 범죄피해자인 소년의 성장·교육 또한 소년법에서 주요하게 고려되어야 할 기본적인 관점이 되어야 한다. 이러한 시각에서 독일의 재판 전 감독제도가 우리에게 주는 시사점을 살펴보면 다음과 같다.

- 독일 소년법원법률과 달리 우리 소년법은 수사절차에 관한 장을 따로 두지 않고, 보호사건과 형사사건의 관할을 소년부와 일반 형사법원으로 이원화하고 있는데,

이러한 구조를 그대로 유지하면서 수사단계에서도 재판 전 감독제도를 도입하고자 한다면 소년법 제18조와 제55조를 함께 개정하여 형사사건 및 보호사건에서 확정판결 이전까지 임시조치가 가능하다는 것을 규정하거나, 형사사건과 보호사건에 공통적으로 적용되는 규정을 신설하여 재판 전 감독제도를 도입해야 할 것이다.

- 공통규정을 신설하지 않고 제18조와 제55조를 개정하는 방식을 취한다면, 형사사건의 경우 현재 우리나라에서는 독일과 달리 피의자 보석이 아주 제한적으로 인정되고 있는데(우리나라에서는 신청에 의한 피의자보석은 인정되지 않고, 구속적부심사과정에서 법원이 필요하다고 인정하는 경우에만 피의자보석이 인정됨) 소년법에서라도 제55조를 개정함에 있어서 재판 전 감독을 조건으로 하여 피의자보석을 보다 넓게 인정하는 방향으로 개정해야 할 것이다. 즉, 피의자/피고인에게 준수사항 부과 또는 시설위탁을 조건으로 보석을 인정하는 방향으로 개정되어야 할 것이다. 다만, 이러한 개정이 현재에는 구속요건이 인정되지 않는 사안들에서 법개정에 의해 쉽게 구속이 인정되고, 재판 전 감독을 조건으로 보석을 인정하는 형태로 이용됨으로써 현재에 비해 오히려 구속요건을 약화시키는 방향으로 약용되어서는 아니 된다. 그리고 소년원호시설수용의 기간은 이후 자유형이 선고되는 경우 자유형에 산입된다는 것을 명시해야 한다.
- 우리나라에서는 ‘범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자에 대한 위해우려’는 독자적인 구속사유가 아니라, 주거부정, 증거인멸우려 또는 도주·도주우려라는 구속사유 충족여부를 판단함에 있어서 필요적으로 고려해야 할 요소이기에 재범방지 또는 피해자보호가 독자적인 구속의 목적이 될 수 있는지, 그리고 구속사유 충족여부를 판단함에 있어서 재범방지 또는 피해자보호 등의 요소가 어느 정도로 고려될 수 있는지는 논란거리이다.<sup>368)</sup> 재범방지의 필요성 또는 피해자보호의 필요성이 있는 경우로 구속을 확대하고자 한다면, 먼저, 예컨대 독일 형사소송법률 제112a조와 같이 구체적인 기준을 설정한 명문규정으로 구속이 인정되는 범위를

368) 형사절차 진행을 위한 신병확보 외에 재범방지, 피해자보호 등도 구속의 목적이 될 수 있다는 견해로는 이승주, 현행 구속사유 해석을 둘러싼 혼란과 개선방안, 저스티스 통권 167호, 2018, 148면 이하; 반면에 구속의 목적은 형사절차 진행을 위한 신병확보로 한정되어야 한다는 견해로는 조성용, 위장된 구속, 법조 통권 제638호, 2009, 224면 이하.

확대해야 하지, 구속이 인정되는 범위는 확대하지 않은 채, 구속보다 약한 소년분류심사원 위탁조치가 인정되는 범위를 확대하여 구속범위 확대와 같은 효과를 가지도록 재판 전 감독제도를 확대하는 법개정을 행해서는 아니 된다.

- 형사사건과 보호사건에서 공통적으로 피혐의자인 소년의 범죄를 방지하는 동시에 피해자보호 조치의 필요성이 강하게 요구되는 사안의 유형을 특정하여, 예컨대 '소년이 다른 소년에게로 폭력범죄 등 일정범죄를 범하였고, 그러한 범죄를 다시 피해자에게 범할 구체적 위험이 인정되는 경우', 소년의 재범방지 및 피해자 보호를 위해 확정판결 전까지 준수사항을 부과하는 조치를 취할 수 있고, 준수사항 위반 시 제재조치도 인정할 수 있을 것이다. 다른 법률에서 피해자보호의 목적으로 긴급조치를 인정하고 있는 범죄의 경우 피혐의자인 소년의 재범을 방지할 필요성이 인정되지 않더라도 긴급조치를 인정할 수 있을 것이다.
- 피해자보호를 위한 긴급조치의 필요성이 인정되지 않는 경우, 오로지 피혐의자인 소년의 일반적인 재범위험성을 이유로 준수사항을 부과하는 것은 가능하지만, 준수사항을 위반하는 행위를 제재할 수는 없다고 해야 한다. 그러한 준수사항 위반행위는 판결 시에 고려될 수 있다는 것을 규정함으로써 간접적으로 강제하는 것이 적절하다.
- 피의자/피고인인 소년에게 준수/지시사항을 부과하는 것이 인정된다고 하더라도 아직 범죄혐의자인 소년에게 지시사항이 부과되는 것이므로 지시사항의 준수여부를 감독하는 것을 보호관찰이라고 할 수 없다. '준수/지시사항의 부과' 또는 '특정 행위의 명령'과 같은 용어를 사용하는 것이 적절하고, 보호관찰이라는 용어는 사용하지 않는 것이 바람직하다. 그렇다고 하여 지시 또는 명령이 준수되는지를 감독하는 활동을 보호관찰관에게 맡기는 것까지 금지되는 것은 아니라고 보아야 한다.



## 제 6 장

소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

# 외국의 재판 전 감독제도 4 : 일본

김 혁



## 제6장

# 외국의 재판 전 감독제도 4 : 일본

### 제1절 | 소년사건처리절차

일본 소년법은 20세 미만을 소년으로 정의하고(제2조 제1항), 우리와 마찬가지로 범죄, 촉법, 우범소년을 보호의 대상으로 규정하고 있다(제3조 제1항).<sup>369)</sup> 일본 소년법의 가장 큰 특징은 범죄소년의 경우 기소유예 등 수사단계에서의 소추재량이 인정되지 않고, 원칙상 전건이 가정재판소<sup>370)</sup>에 송치되는 이른바 전건송치주의를 채택하고 있다는 점이다(제41조, 제42조). 전건송치주의를 취하고 있는 이유는 재판소에 선의권을 인정함으로써 형사처분보다 보호처분을 우선하도록 하는 것이 소년의 건전 육성을 목적으로 하는 소년법의 취지(제1조)에 부합하기 때문으로 이해되고 있다.<sup>371)</sup> 또 다른 일본 소년법의 특징은 14세 미만인 촉법·우범사건에 대해서는 원칙상 아동상담소의 판단을 우선하는 아동복지기관 선의주의를 채택하고 있다는 점이다(제3조 제2항). 이러한 구조를 취하고 있는 이유는, 저연령자의 경우 소년법에 따른 조치에 앞서 아동복지법 상의 조치를 우선하는 것이 아동의 복지를 도모하는 데에 도움이 되기 때문이다.<sup>372)</sup>

369) 법률명의 표기가 없이 조문만 표기한 경우 소년법 조문을 의미한다. 또한 별도의 표기가 없는 한, 법률명은 일본법을 의미한다.

370) 법률용어나 기관명은 의역하지 않고, 일본의 한자 표기 그대로 한다. 즉, 우리의 법원은 재판소, 법관(판사)은 재판관, 검사는 검찰관, 보조인은 부첨인, 구속은 구류(勾留), 임시조치는 관호조치, 심리불개시는 심판불개시, 소년분류심사원은 소년감별소, 대법원은 최고재판소, 대검찰청은 최고검찰청, 범칙금은 반칙금으로 각각 표기하기로 한다.

371) 武内謙治, 少年法講義, 日本評論社, 2015, 253면.

372) 武内謙治, 少年法講義, 156면.

구체적으로 소년사건 처리절차를 살펴보면, 기본적으로 범죄소년에 대한 수사는 형사소송법에 따라 이루어지고, 수사단계에서는 성인사건과 마찬가지로 임의수사는 물론 강제수사도 가능하다. 다만, 구류의 청구는 부득이한 경우에만 할 수 있고, 규정 상으로는 관호조치를 원칙으로 하도록 규정되어 있다(제43조 제3항, 제48조 제1항). 또한 부득이 소년을 구류할 때에도 유치시설이나 구치소 대신 소년감별소에 구금할 수 있다(제48조 제2항). 전자는 구류를 대신하는 성격을 가짐에 비하여 후자는 구류에 해당하되 구금 장소만을 소년감별소로 하는 데에 그친다. 성인의 형사사건과 달리 소년사건의 경우 수사기관은 범죄의 혐의가 인정되면 모든 사건을 가정재판소에 송치하여야 하고, 미죄처분이나 기소유예는 허용되지 않는다(제41조, 제42조). 다만, 전건 송치주의의 예외로 경미한 도로교통법위반사건의 경우에는 소년이라 하더라도 반칙금을 납부하면 사건이 가정재판소에 송치되지 않고 경찰 단계에서 절차가 종료된다(도로교통법 제130조). 또한 경미사건에 대해서는 최고재판소, 최고검찰청, 경찰청의 협의로 간이송치제도를 운영하고 있다.<sup>373)</sup>

촉법·우범소년은 통상 경찰에서 임의적 조사를 통하여 사실관계를 파악한다(제6조의2 내지 제5조의5). 특히 촉법소년과 14세 미만의 우범소년은 경찰의 조사 후 아동상담소에 통고 내지 송치되고(제6조의6, 아동복지법 제25조), 아동상담소가 가정재판소의 처분결정을 받는 것이 적당하다고 판단한 때에 한하여 사건을 송치, 가정재판소에서 사건을 취급하게 된다(제3조 제2항).

사건이 가정재판소에 송치되면, 재판관이 조사관에게 소년의 특성이나 환경에 관한 조사를 명하거나(제8조 제2항), 관호조치를 통하여 소년감별소에서 소년의 심신에 관한 과학적 감별을 실시하도록 하는 조치를 취한 다음(제17조), 심판의 개시 또는 불개시의 결정을 하게 된다(제19조, 제21조). 심판을 개시한 때에는 불처분결정(제23조 제2항), 보호관찰, 아동자립지원시설 또는 아동양호시설에의 송치, 소년원 송치 등의 보호처분(제24조 제1항), 형사처분을 위한 검찰관송치결정(제20조) 등의 종국결정을 하게 된다.

가정재판소에 계속된 사건이라고 하더라도 모두 다 보호처분이 내려지는 것은 아니

373) 자세한 내용은, 김혁, “회복적 사법의 이념 구현을 위한 경찰의 경미소년사건처리”, 경찰학연구 제11권 제1호, 2011, 75-76면.

고, 심리 불개시 또는 불처분 결정을 통하여 종결되는 사건이 상당수에 이른다. 실제로 2018년 도로교통 보호사건을 제외한 일반 보호사건 중 보호처분이 내려진 비율은 39.4%였던 반면, 심리 불개시는 37.0%, 불처분 결정은 20.8%에 이르고 있다.<sup>374)</sup> 이렇듯 약 60%에 이르는 사건이 보호처분 없이 종결되고 있는데, 이들 중 간이송치사건으로 심판 불개시 결정이 내려진 것을 제외하면<sup>375)</sup>, 보호처분 없이 종결된 사건의 대부분은 중국결정 전에 조사관 등에 의한 일정한 개입, 즉 보호적 조치를 이유로 심판에 부하는 것이 상당하지 않거나 보호처분에 부할 필요성이 없다는 판단에 따른 것이다. 이는 불처분·심판 불개시 이유의 각각 88.1%, 82.8%는 보호적 조치를 이유로 하고 있기 때문이다.<sup>376)</sup> 이와 같이 일본의 경우 보호사건의 상당수에서 가정재판소의 중국결정 전에 일정한 개입이 실시되고 있고, 사실상 그러한 개입을 통하여 사건이 중국 처리되고 있음을 알 수 있다. 이하에서는 중국결정 전 실시되는 여러 개입 수단에 대한 검토를 통하여 향후 우리나라의 입법 내지 정책 마련에 있어 참고자료로 삼고자 한다.

## 제2절 | 가정재판소 중국결정 전 개입수단

### 1. 관호조치

#### 가. 의의

관호조치는 소년의 신병을 확보하여 심신을 감별할 필요성이 인정되고, 긴급히 보호를 요하는 상태인 소년에 대하여 중국결정에 따른 보호를 실시할 때까지 잠정적으로 해당 소년을 보호하기 위하여 취해진다. 관호조치는 가정재판소에 의한 조사와 심판이라는 절차의 진행을 담보하는 기능과 함께, 소년의 신병을 긴급히 보호하는 기능, 감별을 실시하는 기능을 동시에 가지고 있다. 즉 관호조치 그 자체를 처우의

374) 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況(2·完) 一少年事件一”, 法曹時報72卷1号, 2020, 124면.

375) 2018년 일반사건 중 간이송치사건의 인원비율은 18.2%에 이른다(最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況(2·完) 一少年事件一”, 115면).

376) 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況(2·完) 一少年事件一”, 134면.

성격을 가지는 처분으로 평가할 수는 없지만, 종국결정 전에 소년의 보호를 도모하는 기능을 일부 수행하고 있는 것만은 분명하다.<sup>377)</sup> 관호조치에는 조사관의 관호에 부하는 조치(제17조 제1항 제1호)와 소년감별소에 송치하는 조치(제2호)가 있는데, 전자를 재택관호, 후자를 수용관호라고 부르고 있다.<sup>378)</sup>

재택관호는 소년을 시설 등에 수용하지 않고 소년에게 각종 조건을 부과하면서 심리적 강제를 가하는 것을 내용으로 한다. 즉 이는 조사관의 인격적인 노력에 의하여 관호의 목적을 달성하고자 하는 제도로써, 기간의 제한은 없으나 필요가 없어진 때에는 신속히 이를 취소하여야 한다(소년심판규칙 제21조). 재택관호 과정에서는 비행을 전제로 한 인격적 개량을 위한 적극적인 보도조정은 할 수 없지만, 관호의 목적에 맞는 보호, 즉 긴급히 보호를 요하는 상태를 제거하기 위한 조치의 실시, 소년보호절차의 내용에 대한 설명, 소년이 심판을 받아야 할 상황에 대한 교시, 절차진행에 협력하도록 각종 조치를 강구하는 것은 허용된다.<sup>379)</sup> 또한 소년과 보호자가 동의하면, 적당한 시설, 단체 등에 소년을 위탁할 수도 있다.<sup>380)</sup> 재택관호가 활용되는 경우로는, ① 수용관호의 필요는 있지만 그 폐해가 염려되는 경우, ② 소년이나 보호자의 정서가 불안정하여 제3자의 정신적 원조가 필요한 경우, ③ 보호자가 감호의욕을 상실하여 수용관호를 희망하고 있지만 수용관호가 상당하지 않은 경우, ④ 소년의 주거가 멀고 적당한 숙박처가 없는 등 관호를 필요로 하는 경우 등이 제시되고 있다.<sup>381)</sup> 다만, 재택관호는 신병보전의 실효성이 부족하여 실무상 거의 활용되지 않고 있다고 한다.<sup>382)</sup>

수용관호는 소년을 소년감별소에 수용하여 신병을 구속하는 것을 말하는데, 통상 관호조치라고 하면 수용관호를 지칭하는 것으로 이해되고 있다.<sup>383)</sup> 수용관호가 취해지면 소년에 대한 감별이 실시되는데, 자질감별은 소년과의 면접, 각종 심리테스트, 소년의 행동관찰 등을 통하여 소년의 자질과 환경 상의 문제점을 밝히고 그 처우에 도움이 되는 적절한 지침을 제공하는 것을 그 목적으로 한다.<sup>384)</sup>

377) 平場安治, 少年法(新版), 有斐閣, 1987, 184면.

378) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 有斐閣, 2017, 181면.

379) 平場安治, 少年法(新版), 192면.

380) 平場安治, 少年法(新版), 192면.

381) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 183면.

382) 카와이데 토시히로(황순평·김혁 역), 소년법, 박영사, 2016, 50면.

383) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 183면.

384) 카와이데 토시히로(황순평·김혁 역), 소년법, 49-50면.

### 나. 요건 및 기간

법문상 관호조치는 “심판을 위하여 필요한 때”로만 규정되어 있을 뿐, 상세한 요건은 별도로 규정되어 있지 않다(제17조 제1항). 다만, 실무상 ① 사건이 계속되고 있을 것, ② 심판의 조건이 구비되어 있을 것, ③ 심판에 부하여야 할 사유가 존재한다는 개연성이 있을 것, ④ 심판개시결정을 할 개연성이 있을 것, ⑤ 관호조치의 필요성이 있을 것, 즉 조사·심판 및 보호처분의 집행을 원활히 수행하기 위한 신병확보의 필요성, 소년의 긴급보호를 위한 잠정적 신병확보의 필요성, 수용하여 감별할 필요성이 인정되어야 한다고 여겨지고 있다.<sup>385)</sup>

관호조치의 기간은 기본적으로 2주이지만 3회까지 갱신이 가능하다. 따라서 관호조치를 할 수 있는 기간은 최장 8주이다(제17조 제3항 및 제4항). 다만, 2회 이상의 갱신(특별갱신)을 하기 위해서는 범죄소년에 관계되는 사형, 징역 또는 금고에 해당하는 죄의 보호사건이어야 하고, 그 비행사실의 인정과 관련하여 증인신문, 감정 혹은 검증을 실시하기로 한 사건이어야 하며, 소년을 수용하지 않으면 심리에 현저한 지장이 생길 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 존재하여야 한다(제17조 제4항). 실무상 소년감별소의 감별에는 통상 3주 정도가 소요되므로, 1회 갱신을 하여 심판을 하는 것이 일반적이라고 한다.<sup>386)</sup> 또한 형사처분을 위하여 검찰관송치결정이 내려진 때에는 관호조치를 갱신할 수 없다(제17조 제5항). 관호조치는 취소결정(제17조 제8항), 기간만료, 종국결정(제18조, 제19조 제1항 및 제2항, 제20조, 제23조 제2항, 제24조)에 의하여 실효된다.

한편, 수사단계에서도 구류의 요건이 구비되어 있는 경우 검찰관은 재판관에게 구류를 대신하는 관호조치를 청구할 수 있다(제43조 제1항). 이때의 관호조치 역시 통상 소년감별소에 수용하는 것을 말한다(제17조 제1항). 본 조치는 구류 그 자체는 아니지만 수사목적에 위한 신병구속이라는 점에서는 기본적으로 구류와 유사한 성질을 가지고, 형사소송법의 구류에 관한 규정이 대부분 준용된다.<sup>387)</sup> 따라서 그 성격 자체는 관호조치라고 할지라도 가정재판소 송치 이후의 자질감별을 목적으로 하는

385) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 184-188면.

386) 裁判所職員総合研究所監修, 少年法実務講義案(再訂補訂版), 司法協会, 2012, 139면.

387) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 457면.

관호조치와는 구별되는 측면이 있다. 검찰관은 관호조치 청구서를 작성하여 청구하며 그 상대방은 검찰관의 소속 검찰청을 관할하는 지방재판소, 간이재판소 또는 가정재판소 재판관이다(형사소송규칙 제147조, 제299조). 다만, 조사관 관호(제17조 제1항 제1호)의 청구는 가정재판소 재판관에게 하여야 하는데, 이러한 조치는 소년의 신병을 확보할 수 있는 실효성이 없어서 실무상 거의 활용되지 않는다.<sup>388)</sup> 그 기간은 10일이고 구류와 달리 연장은 인정되지 않는다(제44조 제3항). 구류를 대신하는 관호조치는 가정재판소 송치 전인 수사단계에 한정되므로, 형사처분을 위한 검찰관 송치(제20조) 후의 수사단계에서는 구류를 대신하는 관호조치를 할 수 없다.<sup>389)</sup> 사건이 가정재판소에 송치된 후에는 본 조치가 보호사건의 관호조치로 취급되며(제17조 제7항), 심판을 위한 조사·감별을 목적으로 하는 신병보전으로 그 성격이 바뀌게 된다.<sup>390)</sup>

다. 현황

일반 보호사건의 종국결정이 내려진 인원 중 관호조치의 이력이 있는 경우를 살펴보면, 2018년 전체 인원 21,625명 중 5,345명에 대하여 소년감별소 송치가 이루어져 전체의 24.7%를 차지하고 있다. 해마다 그 숫자 자체는 감소하고 있지만, 비율은 거의 일정하게 유지되고 있다.

▶▶▶ [표 6-1] 일반 보호사건 종국결정 인원 중 소년감별소 송치이력

연도	총 인원	소년감별소 송치	
		인원	비율(%)
2016	27,763	6,313	22.7
2017	24,603	5,570	22.6
2018	21,625	5,345	24.7

\* 자료출처: 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況 (2·完) 一少年事件一”, 113면.

일반 보호사건 중 관호조치의 비율이 높은 순으로 살펴보면, 각성제단속법 위반(95.8%), 살인(95.7%), 강도(90.6%), 강제성교 등(89.9%)으로 중대범죄이거나 중독성

388) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 455면.

389) 団藤重光·森田宗一, 新版少年法(第二版), 有斐閣, 1984, 364면.

390) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 457면.

등으로 신병보전의 필요성이 높은 사안에서 주로 관호조치가 이루어짐을 알 수 있다. 또한 우범소년에 대한 관호조치 역시 66.7%로 상당히 높은 수준임을 알 수 있는데, 이는 우범소년의 경우 적당한 보호처가 없거나 환경 등을 고려하여 보호자에게 그대로 두는 것이 적당하지 않은 경우가 많기 때문으로 추정된다.

▶▶ [표 6-2] 일반 보호사건 종국결정 인원 중 비행별 소년감별소 송치 비율(2018년)

연도	총 인원	소년감별소 송치	
		인원	비율(%)
각성제단속법 위반	72	69	95.8
살인	23	22	95.7
강도	170	154	90.6
강제성교 등	109	98	89.9
사기	910	660	72.5
마약 및 향정신약 단속법 등	292	202	69.2
우범	210	140	66.7
공갈	363	226	62.3
방화	40	24	60.0
공무집행방해	96	47	49.0

\* 자료출처: 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況(2·完) 一少年事件一”, 114면.

## 2. 시험관찰

### 가. 의의

시험관찰은 가정재판소 조사관의 관찰을 말하는 것으로, 소년에 대한 중국처분을 일정기간 유보하여 소년의 행동 등을 관찰하기 위하여 실시되는 중간처분이라고 할 수 있다.<sup>391)</sup> 시험관찰제도를 둔 이유로는, ① 소년법은 보호처분의 결정기관과 집행기관을 분리함과 동시에 보호처분의 종류를 한정하고, 보호처분결정 후에는 원칙적으로 취소·변경이 허용되지 않으므로 보호처분의 선택 결정에 적절하고 신중한 판단이 요구된다는 점<sup>392)</sup>, ② 소년의 처분결정은 장래의 비행방지와 소년의 건전육성을 목표

391) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 343면.

로 하기 때문에 이를 적절히 실시하기 위해서는 소년의 요보호성에 관한 자료를 충분히 수집하고, 일정 기간 소년의 행동 등을 관찰함으로써 소년의 예후를 파악할 필요가 있다는 점이 거론되고 있다.<sup>393)</sup>

시험관찰은 조사의 기능과 프로베이션(probation)으로서의 교육적 처우 기능을 가지고 있다.<sup>394)</sup> 먼저, 시험관찰은 이전까지의 조사를 보강·수정하여 요보호성의 전문적 판단을 한층 더 정확하게 하는 기능을 가지고 있는데, 단순히 소년을 정적으로 관찰하는 것이 아니라 소년을 특정 장소 내지 조건 하에 두어 교육적인 조치를 실시하면서 관찰한다는 능동적 기능을 가지고 있다.<sup>395)</sup> 또한 조사기능에 더하여 중구결정을 유보함으로써 소년에 대한 심리강제를 가하면서 지도원호를 실시하는 것이 기대되므로 실질적으로는 프로베이션의 기능을 담당하며 교육적 처우로서의 기능을 가지고 있다고 할 수 있다.<sup>396)</sup>

시험관찰은 개별 사안에 따라 탄력적으로 운용되는데, 일반적으로 ① 소년이나 보호자를 정기적으로 출석하게 하거나 통신, 가정방문 등을 통하여 담당 조사관이 직접적으로 관찰하는 방법, ② 고용주, 학교 교사, 민간 자원봉사자, 학생자원봉사자, BBS회원 등의 협력, 원조를 얻어 실시하는 방법, ③ 그룹워크에 의한 방법 등을 통하여 실시되고 있다.<sup>397)</sup>

## 나. 요건 및 기간

소년법은 시험관찰의 요건에 대하여 “보호처분을 결정하기 위하여 필요하다고 인정되는 때”로 규정하고 있을 뿐인데(제25조 제1항), 실무에서는 다음과 같은 요건에 따라 시험관찰을 운용하고 있다.<sup>398)</sup>

첫째, 보호처분의 개연성이 있어야 한다. 즉 비행사실과 요보호성이 필요하고, 심판

392) 이와 달리 우리의 경우 보호처분의 변경이 허용된다(소년법 제37조). 이와 관련한 내용은, 김혁, “소년법상 보호처분의 변경과 이중처벌금지 - 대법원 2019. 5. 10. 2018도3768 판결을 중심으로 -”, 비교형사법연구 제22권 제1호, 2020, 259-284면.

393) 団藤重光·森田宗一, 新版少年法(第二版), 261면.

394) 団藤重光·森田宗一, 新版少年法(第二版), 261면.

395) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 344면.

396) 猪瀬慎一郎, 少年法のあらたな展開, 有斐閣, 2001, 272면.

397) 카와이데 토시히로(황순평, 김혁 역), 소년법, 210면.

398) 裁判所職員総合研究所監修, 少年法実務講義案(再訂補訂版), 197면.

을 거칠 필요성이 인정되어야 한다. 시험관찰은 중간처분이라고 하더라도 실질적으로는 교육적 처우로서의 심리강제 효과에 더하여 자유를 구속하는 경우도 있기 때문이다.<sup>399)</sup> 요보호성에 관해서는 실무상 시험관찰의 결과 요보호성이 감쇄되어 보호처분의 필요성이 없게 되어 불처분결정을 하는 예도 적지 않다.<sup>400)</sup> 또한 조사관의 관찰을 규정하고 있는 시험관찰은 심판개시결정(제21조) 이후에 그 조문이 위치해 있고, 소년의 인권보장의 관점에서 심판기일에 비행사실을 고지하여 반론의 기회를 제공하여야 하기 때문에 심판의 결과에 근거하여 시험관찰의 필요성을 판단한 다음 시험관찰을 실시할 필요가 있다.<sup>401)</sup>

둘째, 즉시 보호처분을 할 수 없거나 상당하지 않은 사정이 있어야 한다. 소년의 개성이나 환경에 관한 자료 수집이 충분하지 않아 처우상의 결론을 내리기 어려운 사정이 있는 경우, 소년이 비행에 대해 반성하고 있지만 요보호성에 대한 판단이 어려워 중구결정을 유보함으로써 심리적 강제효과를 통해 소년의 자각에 의한 요보호성의 소멸을 기대할 수 있는 경우가 이에 해당한다.<sup>402)</sup>

셋째, 조사관의 관찰활동의 결과에 따라 적절한 중구결정이 가능하다는 전망이 있어야 한다. 조사기간 중 조사관이 소년이나 보호자에 대하여 케이스워크적인 기법을 활용한 개입을 실시하거나, 학교, 직장, 지역사회의 사회적 자원을 활용하여 환경조정을 실시함으로써 소년의 갱생이 용이하게 되어 처우선택이 달라질 전망이 있어야 한다는 것이다.<sup>403)</sup>

넷째, 상당기간 내에 관찰목적을 달성할 가능성이 있어야 한다. 시험관찰은 어디까지나 중간처분으로서의 성격을 가지고 있으므로, 보호처분의 가능성이 확실해진 경우에는 신속히 시험관찰을 종료하고 보호처분을 하여야 한다.<sup>404)</sup>

시험관찰의 기간 역시 조문은 “상당한 기간”으로만 정하고 있을 뿐인데, 시험관찰의 중간처분적인 성격, 자유제한적 조치 등을 고려할 때 일반적으로 대략 3개월에서

399) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 346면.

400) 이 부분은 후술하는 현황에서 논하기로 한다.

401) 카와이데 토시히로(황순평, 김혁 역), 소년법, 211면; 団藤重光·森田宗一, 新版少年法(第二版), 264면; 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 347면; 平場安治, 少年法(新版), 237면.

402) 裁判所職員総合研究所監修, 少年法実務講義案(再訂補訂版), 197면.

403) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 347면.

404) 大森政輔, “少年の権利保障強化のための手続改善について”, 家庭裁判月報29卷9号, 1977, 31면.

4개월을 기준으로 실시되고 있다.<sup>405)</sup> 또한 실무상 기간을 정하지 않는 것이 일반적이지만, 시험관찰결정은 언제든지 취소·변경할 수 있기 때문에(소년심판규칙 제40조 제6항), 정한 기간을 연장하는 것도 가능하다.<sup>406)</sup> 시험관찰을 종료하는 때에는 조사관이 최종적인 처우의견을 첨부하여 시험관찰의 성적을 재판관에게 보고하고, 재판관은 다시 심판을 진행하여 종국결정을 내리게 된다(소년심판규칙 제40조 제5항).

#### 다. 부수조치

가정재판소는 시험관찰과 함께 준수사항의 이행, 조건부 보호자 인도, 보도위탁 등 3가지의 부수조치를 선택·중첩적으로 부과할 수 있다(제25조 제2항). 또한 필요에 따라 추가·변경도 가능하다.

##### 1) 준수사항의 이행(제25조 제2항 제1호)

준수사항의 구체적 내용은 보호관찰에서의 일반준수사항이 참고가 될 수 있는데, 예를 들어 학교에 성실히 등교할 것, 가출을 하지 않을 것 등 소년의 성격이나 환경에 부합한 현실적이고 실행가능한 내용을 정하도록 하고 있다.<sup>407)</sup> 또한 가정재판소가 정하는 준수사항 외에도 시험관찰 담당 조사관이 관찰의 보조적 수단으로 소년 및 보호자에게 개별적이고 구체적인 약속사항을 정하여 운용하는 경우도 많다고 한다.<sup>408)</sup>

준수사항을 위반한 경우 그 효과에 대해서는 아무런 규정이 없다. 그러나 실무상 위반사실은 시험관찰의 평가에 중요한 참고사항이 되며, 위반의 정도, 내용, 필요에 따라 시험관찰의 취소·변경 등의 조치가 취해진다.<sup>409)</sup>

##### 2) 조건부 보호자 인도(제25조 제2항 제2호)

조건부 보호자 인도를 하는 경우에는 보호자에게 보호·감독에 필요한 조건을 구체적으로 지시하여야 한다(소년심판규칙 제40조 제3항). 보호자에게 조건을 부과한다는

405) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 347면.

406) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 347-349면.

407) 団藤重光·森田宗一, 新版少年法(第二版), 267면.

408) 寺島洋平 외, 家庭裁判所調査官による試験觀察の運用について, 家庭裁判所調査官実務研究·報告書4, 1993, 101면.

409) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 349면.

점에서 특색이 있는데, 그 내용은 보호자 또는 가정에 관한 사항에 한정되지 않는다. 예를 들어 소년의 일상생활을 서면으로 보고할 것, 소년의 입·퇴학, 취직, 전·퇴직 시 조사관의 허가를 구할 것 등과 같이 소년 본인에 관한 것도 포함된다.<sup>410)</sup> 조건 위반 시의 효과는 위와 동일하다.

### 3) 보도위탁(제25조 제2항 제3호)

적당한 시설, 단체 또는 개인에게 보도(補導)를 위탁할 수도 있다.<sup>411)</sup> 보도위탁에는 소년의 신병을 위탁처에 맡겨 숙박·거주를 하도록 하는 경우(신병부 보도위탁)와 신병은 주거지에 그대로 두고 보도만을 위탁하는 경우가 있다(재택보도위탁). 통상 일반사건의 경우 신병부 보도위탁을 중심으로 실시되어 왔는데, 최근에는 사회복지시설 등에서 단기간의 봉사활동을 실시하는 재택보도위탁도 이루어지고 있다.<sup>412)</sup> 구체적인 재택보도위탁의 예로는 특별양호노인홈에서의 사회봉사활동, 사회복지법인 등에서 이루어지는 단기보도위탁합숙, 여성 소년을 대상으로 실시되는 유아원 체험학습 등이 운영되고 있다.<sup>413)</sup> 또한 교통관계사건의 경우 그룹워크적 기법을 활용하여 교통교육을 전문기간에 위탁하여 강습하는 방식으로 운용되고 있다.<sup>414)</sup>

보도위탁을 할 때에는 수탁자에게 보도상 참고가 되는 사항을 지시하여야 한다(소년심판규칙 제40조 제4항). 그 외의 대상소년, 위탁처의 선정, 보도의 방법, 위탁기간 등 보도위탁의 구체적 운용에 관해서는 특별한 규정 없이 가정재판소의 재량에 맡겨져 있다. 보도위탁의 대상은, 시험관찰의 필요성이 인정되고, 가정환경에 문제가 있어 가정으로 돌려보내는 것이 상당하지 않은 경우, 공범자·불량교우와의 관계를 단절하기 위해 주거지로부터 벗어날 필요가 있는 경우 등 조사관에 의한 재택시험관찰 만으로는 충분히 대응하기 어려운 소년이다.<sup>415)</sup> 위탁처는 갱생보호시설, 사회복지시설, 기타 사회사업시설 등 공사를 불문하는데, 가족 전체가 1명의 소년을 담당하는 가정 형태의 시설도 있으며, 다수의 소년을 수용하는 대규모 시설도 있다.<sup>416)</sup> 실무상 건설

410) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 349-350면.

411) 우리의 1호처분과 유사하다.

412) 寺島洋平 외, 家庭裁判所調査官による試験觀察の運用について, 394면.

413) 柳沢恒夫, “東京家庭裁判所における保護的措置の新しい試み”, 犯罪と非行115号, 1998, 70면.

414) 相澤重明, “家庭裁判所調査官と少年保護”, JURIST 1087号, 1996, 74면.

415) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 352면.

416) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 352면.

업, 제조업 등의 회사경영자, 농업, 음식점 경영자 등 민간의 독지가에게 소년의 보도를 위탁하는 경우가 많다.<sup>417)</sup>

라. 현황

2018년 일반사건의 종국결정 인원 중 시험관찰이 실시된 인원은 1,161명으로 시험관찰률은 5.4%이었다. 과실운전치사상 등 사건 및 도로교통 보호사건의 시험관찰 비율이 감소 추이에 있는 반면, 일반사건의 시험관찰 실시 비율은 증가 추이에 있고 상대적으로 그 비율이 높은 편이다. 이는 과실운전치사상 등 사건이나 도로교통 보호사건의 경우 특정 유형의 비행에 해당하므로 상대적으로 요보호성의 판단이 어렵지 않기 때문인 것으로 추정된다.

▶▶▶ [표 6-3] 소년보호사건 중 시험관찰 현황

연도	일반사건		과실운전치사상 등 사건		도로교통 보호사건	
	인원	비율(%)	인원	비율(%)	인원	비율(%)
2009	1,582	2.9	2,226	8.3	645	1.9
2010	1,546	2.9	1,913	7.6	554	1.8
2011	1,550	3.2	1,771	7.3	423	1.5
2012	1,465	3.1	1,324	5.8	350	1.4
2013	1,353	3.3	1,202	5.4	199	0.8
2014	1,225	3.3	655	3.2	106	0.5
2015	1,078	3.3	128	0.7	111	0.5
2016	1,058	3.8	27	0.2	123	0.6
2017	1,196	4.9	24	0.2	115	0.7
2018	1,161	5.4	16	0.1	93	0.6

\* 자료출처: 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況 (2·完) 一少年事件一”, 120면.

일반 보호사건 중 신병부 보도위탁이 이루어진 비율은 아래와 같다. 해마다 등락의 변화가 있기는 하지만, 대체로 신병부 보도위탁의 비율이 증가하는 경향을 보이고 있다. 2018년에는 전체 시험관찰 중 19.3%에 대하여 신병부 보도위탁이 이루어졌다.

417) 카와이데 토시히로(황순평, 김혁 역), 소년법, 213면.

▶▶▶ [표 6-4] 일반 보호사건 종국결정 인원 중 신병부 보도위탁 현황

연도	총인원	일반사건 중 시험관찰		신병부 보도위탁	
		인원	비율(%)	인원	비율(%)
2009	54,253	1,582	2.9	163	10.3
2010	53,632	1,546	2.9	152	9.8
2011	48,881	1,550	3.2	127	8.2
2012	46,583	1,465	3.1	126	8.6
2013	40,987	1,353	3.3	132	9.8
2014	37,712	1,225	3.3	141	11.5
2015	32,740	1,078	3.3	113	10.5
2016	27,763	1,058	3.8	107	10.1
2017	24,603	1,196	4.9	206	17.2
2018	21,625	1,161	5.4	224	19.3

\* 자료출처: 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況 (2 · 完) 一少年事件一”, 121면.

또한 비행의 유형별로 살펴보면, 절대적인 수로는 상해(200명), 사기(108명), 공갈(39명), 우범(27명)의 순이었지만, 해당 비행 인원 대비로 보면 우범(12.9%), 방화·왕래 방해·공무집행방해(12.5%)의 순이었다. 우범소년은 아직 법익침해행위를 저지른 것이 아니고, 우범성 내지 요보호성에 대한 정확한 판단이 필요한 경우가 많을 것이기 때문에, 시험관찰의 비율이 상대적으로 높은 것으로 보인다.

▶▶▶ [표 6-5] 일반 보호사건 중 비행 유형별 시험관찰 현황(2018년)

비행 유형	총인원	시험관찰	
		인원	비율(%)
우범	210	27	12.9
방화	40	5	12.5
왕래방해	8	1	12.5
공무집행방해	96	12	12.5
사기	910	108	11.9
공갈	363	39	10.7
폭력행위 등	132	14	10.6
각성제단속법 위반	72	7	9.7
상해	2,099	200	9.5
강제성교 등	109	10	9.2

\* 자료출처: 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況 (2 · 完) 一少年事件一”, 122면.

### 3. 보호적 조치

#### 가. 의의

1922년 제정된 일본의 구소년법은 ① 훈계, ② 학교장예의 훈계 위탁, ③ 서면서약, ④ 조건부 보호자 인도, ⑤ 적정한 시설(사원, 협회, 보호단체)이나 인물에의 위탁, ⑥ 소년보호사의 관찰, ⑦ 감화원 송치, ⑧ 교정원 송치, ⑨ 병원 송치·병원 위탁의 9개의 보호처분을 규정하고 있었던 반면(제4조), 현행 소년법은 보호처분의 종류를 보호관찰, 아동자립지원시설·아동양호시설 송치, 소년원 송치의 3가지로 한정하고 있다(제24조 제1항). 구소년법의 ①, ②, ③, ④는 특단의 자유제약을 동반하지 않는 사실적인 조치라는 측면에서 「일시적 보호처분」으로 지칭되었다.<sup>418)</sup> 그중 ④, ⑤의 경우 현행법의 시험관찰의 조건부 보호자 인도, 보도위탁에 포함되어 있지만, ①, ②, ③의 사실적 조치에 대해서는 현행법상 근거 조문이 없다. 그럼에도 불구하고 공식 사법통계의 심판불개시 이유와 불처분 이유의 내역에 보호적 조치, 별건보호중, 사안경미, 비행없음, 소재불명 등, 기타를 명시하고 있어, 보호적 조치가 실무상으로는 정착해 있는 상황이다.<sup>419)</sup> 나아가 2000년 소년법 개정에 따라 새로이 규정된 제22조 제1항 후단 및 제25조의2가 보호적 조치의 근거가 된다고 보는 견해도 있다. 즉 제22조 제1항 후단에 “심판은 비행이 있는 소년에 대하여 자기의 비행에 관하여 내성을 촉진하는 방법으로 진행되어야 한다”는 문언과, 조사단계·심판단계에서 보호자의 조치를 명시한 제25조의2<sup>420)</sup>를 근거로 보호자에 대하여 일정한 보호적 조치를 실시할 수 있게 되었다고 한다.<sup>421)</sup> 다만, 이들 조문을 신설한 취지가 보호적 조치를 정당화하기 위한 데에 있는 것은 아니다.<sup>422)</sup>

한편, 과거 소년법 개정 논의 과정에서 보호적 조치의 명문화를 검토하기도 하였다.

418) 丸山雅夫, “少年保護事件における保護的措置”, 南山法学42卷3·4号, 2019, 4-5면.

419) 家庭局長通達, 不開始, 不処分事件の取扱について, 家庭裁判月報11卷12号, 1959, 171면.

420) 제25조의2(보호자에 대한 조치) 가정재판소는, 필요하다고 인정되는 때에는 보호자에 대하여 소년의 감호에 관한 책임을 자각시켜 그 비행을 방지하기 위하여 조사 또는 심판에서 스스로 훈계, 지도, 기타 적당한 조치를 취하거나 가정재판소 조사관에게 명하여 이들 조치를 취하도록 할 수 있다.

421) 丸山雅夫, 少年法講義(第3版), 成文堂, 2016, 185면.

422) 甲斐行夫 외, 少年法等の一部を改正する法律及び少年審判規則等の一部を改正する規則の解説, 法曹會, 2002, 114-117면.

즉 「소년법 개정요강」(1970년)의 자문을 받아 작성된 「법제심의회 소년법 부회 중간 보고(1976년)」에서는 「임시 보호적 조치」와 부수처분으로서의 「보호적 조치」를 제안한 바 있다.<sup>423)</sup> 전자의 경우 조사관에게 명하여 소년 또는 보호자에 대한 지도·원조 및 가정, 기타 환경의 조정 등 필요한 임시적 조치를 실시할 것을 명시하고 있었다. 또한 후자의 경우 심판불개시·불처분 결정 시의 부수조치로서 소년 또는 보호자에 대하여 상당한 지시를 부과할 수 있도록 되어 있었는데, 결국 그러한 입법이 이루어지지 않는 않았다.

어찌 되었건 현행법 상 보호적 조치의 근거 및 구체적인 내용은 명확하지 않은데, 실무 지침에는 본인에 의한 훈계, 본인, 보호자 등의 서약, 준수사항을 지시하여 그 이행을 명하는 것, 학교의 보도에 맡기는 것, 적당한 개인, 단체, 기관, 시설에 사실상의 보도를 위탁하는 등의 수단을 취하는 것이 열거되어 있을 뿐이다.<sup>424)</sup> 이에 따라 보호적 조치를 일률적으로 정의하기는 곤란하지만, 비행사실의 존재를 전제로 소년의 요보호성을 해소 내지 현저히 저하시킴으로써 심판불개시 내지 불처분으로 사건종결을 도모하기 위한 조치<sup>425)</sup> 또는 보호처분에 부할 것까지에는 이르지 않거나 그 조치의 효과에 따라 보호처분을 면제할 수 있는 소년 및 보호자에 대하여 시행되는 지도적, 교육적, 조정적 조치를 총칭하는 것으로 이해되고 있다.<sup>426)</sup>

#### 나. 시험관찰과의 관계

보호적 조치는 여러 측면에서 시험관찰과 유사한 측면을 가지고 있다. 실무에서는 심판단계에서의 시험관찰을 보호적 조치와 결합하여 운영하는 것이 일반적이고, 특히 후술하는 체험형 보호적 조치의 경우 보도위탁의 내용과 사실상 다를 바가 없다.<sup>427)</sup> 이에 따라 보호적 조치를 시험관찰과 엄격히 분리하여 취급하기보다는, 시험관찰을 비롯하여 조사 및 심판 과정에서 실제로 이루어지는 여러 조치를 모두 포함하여 보호

423) 最高裁判所事務総局家庭局, “法制審議會少年法部會關係資料 (67)”, 家庭裁判月報29卷5号, 1977, 197면 이하.

424) 家庭局長通達, 不開始, 不処分事件の取扱について, 172면 이하.

425) 丸山雅夫, “少年保護事件における保護的措置”, 7면.

426) 加藤学, “保護的措置の意義と限界”, 守屋克彦·齊藤豊治, コメントール少年法, 現代人文社, 2012, 353면; 法曹會編集部, “ほうそう講座 少年法 (6)”, 法曹749号, 2013, 58면.

427) 家庭局長通達, 補導委託の運営について, 家庭裁判月報49卷8号, 1997, 205면.

적 조치, 즉 광의의 보호적 조치로 이해하고 운영하는 것이 현재 실무의 태도이다.<sup>428)</sup>

다만, 학설의 경우 양자를 구분하여 설명하는 견해가 유력하다. 즉 보호적 조치는 사실적 대응에 한정되므로, 자유제한적 내용을 동반하고 중간처분적 성격을 가지는 시험관찰과는 구별된다는 것이다.<sup>429)</sup> 나아가 시험관찰은 어디까지나 보호처분을 결정하기 위한 필요가 인정될 때에 취해지는 조치인 데 반하여(제25조 제1항), 보호적 조치는 요보호성의 해소 내지 저하를 목적으로 하는 다이버전적 성격을 가지고 있다는 점에서 양자는 개념적으로 구분된다는 견해도 있다.<sup>430)</sup>

그 성격이 무엇이든 간에, 보호적 조치 역시 비록 직접적인 법적 근거가 없어 임의적 성격을 띠는 한계가 있기는 하지만, 요보호성의 해소나 감쇄를 목적으로 실시되는 점에서 처우적 실체성이 인정된다는 점은 부정할 수 없다.<sup>431)</sup> 물론 시험관찰의 경우 심리개시 결정 이후에 실시되는 반면에 보호적 조치는 그러한 한계가 없어 보호적 조치의 결과 심판불개시 결정을 할 수도 있으므로, 실질적인 운용은 별론으로 하더라도 형식적으로는 어느 정도 구별된다고 볼 수 있다.

#### 다. 현황

2018년 일반 보호사건의 중국 처리 인원 21,625명 중 불처분결정은 4,503명으로 불처분율은 20.8%, 심판불개시 인원은 8,006명으로 심판불개시율은 37.0%에 이르고 있다.<sup>432)</sup> 불처분의 이유를 살펴보면, 보호적 조치가 88.1%, 별건 보호중이 11.0%, 비행 없음이 0.8%, 기타가 0.1%의 순으로 비행 사실이 인정되는 경우 사실상 모든 사건에서 보호적 조치에 의하여 요보호성이 해소되었음을 이유로 불처분결정이 내려졌음을 알 수 있다. 심판불개시의 이유 역시 보호적 조치 82.8%, 별건 보호중 14.1%, 사안 경미 1.2%, 소재불명 1.1%, 기타 0.5%, 비행 없음 0.3%로 거의 대부분은 보호적

428) 廣瀬健二, 裁判例コンメンタル 少年法, 立花書房, 2011, 174면; 杉山英巳, “少年審判における保護的措施について”, 케이스研究221号, 1989, 97면.

429) 田宮裕·廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 221면; 柳瀬隆次, 少年保護事件における不開始・不処分決定に対する研究, 司法研究報告書8輯11号, 法曹会, 1960, 67면.

430) 丸山雅夫, “少年保護事件における保護的措施”, 23면.

431) 服部朗, “保護的措施の現状と課題”, 少年法における司法福祉の展開, 成文堂, 2006, 98면; 川添幸雄, “保護的措施について”, 調研紀要32号, 1977, 106면; 丸山雅夫, “少年保護事件における保護的措施”, 9면.

432) 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況(2·完)一少年事件一”, 124-125면.

조치를 이유로 심판불개시 결정이 내려지고 있음을 확인할 수 있다. 이렇듯 법적 근거의 불명확성에도 불구하고, 실무상 보호적 조치가 차지하는 역할은 지대하다고 평가할 수 있다.<sup>433)</sup>

▶▶ [표 6-6] 일반 보호사건 중국 인원 중 불처분·심판불개시 이유(2018년)

구분	불처분(%)	심판불개시(%)
보호적 조치	88.1	82.8
별건보호중	11.0	14.1
비행 없음	0.8	0.3
사안 경미	-	1.2
소재 불명	0.0	1.1
기타	0.1	0.5

\* 자료출처: 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況 (2·完) - 少年事件-”, 134면.

한편, 보호적 조치를 강구한 다음에 불처분결정을 하는 사안과 심판불개시 결정을 하는 사안의 차이는 보호적 조치의 효과를 한층 더 고양시키기 위하여 심판을 열 필요가 있는지 여부에 달려있다고 한다.<sup>434)</sup> 즉 조사관의 조사만으로 종국결정을 내리는 것보다는 심판을 여는 것이 보호처분의 효과를 제고하는 데에 도움이 된다고 생각 되는 때에는 불처분을 선택하고 있다.

#### 라. 보호적 조치의 내용

최근에 새롭게 시도되고 있는 보호적 조치를 몇 가지 살펴보면, 피해자를 염두에 둔 개입, 그룹워크를 포함한 체험형 개입, 보호자의 관여를 중시하는 조치 등이 이루어지고 있다.

먼저, 피해자를 염두에 둔 보호적 조치로는, 피해자의 입장에서 생각하기, 소년의 피해체험 말하기, 사죄·변상에 관한 소년·보호자에의 조언, 사죄 편지 작성, 관련 기관과의 연계(경찰, 부침인 또는 변호사, 보호관찰소, 학교) 등이 소개된 바 있다.<sup>435)</sup>

433) 다만, 본 통계의 경우 시험관찰과 보호적 조치를 별도로 구분하고 있지는 않은 것으로 보인다. 즉 광의의 보호적 조치를 의미한다.

434) 安藤成行 외, “家裁調査官の行う保護的措置の実証的研究”, 家裁調査官研究紀要2号, 20면.

특히 도쿄가정재판소에서는 피해자 패널(Victim Impact Panel)의 일환으로 「피해를 생각하는 모임」을 운영하고 있다. 상술하면 재산범을 저지른 소년을 대상으로 보호자를 참가시켜 조사관이 강의를 하거나 피해자를 강사로 초빙하여 강연을 실시하고, 그룹토의, 감상문 작성, 소년에 대한 사후 개별 면접을 실시하고 있다.<sup>436)</sup>

다음으로 치भाग정재판소에서는 체험형 보호적 조치를 실시하고 있다. 구체적으로는 야외 봉사활동으로 NPO 법인 「우간숙(友懇塾, 유스 서포트 센터)」과 연계한 JR 치바역 앞 청소활동, 치바 「소년친구의 모임」 및 화훼생산업자와 연계한 「플라워 오피레이션」 등을 실시하고 있으며, 실내 그룹워크로는 오픈 스타일·클로즈 스타일의 보호자 모임, 다수 공범 소년의 그룹워크, 실내 강습형으로는 「피해를 생각하는 모임」(초청 강연)과 「재비행을 생각하는 교실」이 운영되고 있다.<sup>437)</sup>

나아가 보호적 조치의 실증연구를 위한 움직임도 나타나고 있다. 특히 임상심리학을 활용한 인지치료, 분노 평가(anger assessment)를 활용한 보호적 조치, 보호자를 포함한 워크 시트 및 회고 시트(retrospective sheet)를 활용한 프로그램 등도 운영되고 있다.<sup>438)</sup> 또한 심리학적 척도를 활용하여 분노형 비행에 대응하는 방안 등도 논의되고 있다.<sup>439)</sup>

### 제3절 | 시사점

살펴본 바와 같이 소년사건에 있어 일본에서 활용되고 있는 재판 전 감독 내지 개입수단으로는 관호조치, 시험관찰, 보호적 조치가 있다.

이중 관호조치는 우리의 임시조치에 해당하는 것으로 요보호성을 해소하려는 최우 그 자체라고 하기보다는 적절한 자질감별과 신명확보의 수단으로 활용되고 있음을

435) 鶴岡健一 외, “被害に関する調査と保護的措置”, 調研紀要70号, 2000, 1면 이하.

436) 加藤仁 외, “被害者の視点を取り入れた交通事件調査, 家裁調査官研究紀要7号, 2008, 122면 이하; 下坂節男 외, “『被害を考える教室』の実践と留意点”, 調研紀要76号, 2003, 44면 이하.

437) 星野雅紀·山田稔, “千葉家庭裁判所における保護的措置”, ケース研究297号, 2008, 3면 이하.

438) 森田容子 외, “粗暴少年に対する保護的措置”, 家裁調査官研究紀要7号, 2008, 40면 이하.

439) 一谷忠男 외, “心理学的尺度を用いた新たな保護的措置の研究”, 家裁調査官研究紀要7号, 2008, 107면 이하.

확인할 수 있었다. 다만, 실제의 운용 자체는 별론으로 하더라도 제도 설계 자체만을 놓고 보면, 조사관에 의한 재택관호도 가능하므로 처우의 하나로 활용될 여지는 있으며, 수사단계에서도 비록 구속을 대신하는 기능에 한정되기는 하나 관호조치에의 문호를 개방하고 있다. 논의의 궤가 조금 다르기는 하지만, 우리 소년법상 구속영장의 제한 및 분리수용의 원칙(제55조)을 실질적으로 구현한다는 측면에서는 일본과 같이 수사단계에서의 구속을 대신하는 임시조치(임시위탁)를 구상하는 것이 소년의 정서보호 및 인권보장의 측면에서 바람직할 것으로 보인다.

시험관찰은 심판개시 결정 후의 중간처분으로서 소년에 대하여 신속한 개입이 가능하다는 장점과 탄력적 운영을 통하여 종국결정의 신중을 기할 수 있다는 의의를 가진다. 다만, 시험관찰의 내용 중 일부는 우리 소년법의 1호 처분과 유사하고, 일본 소년법과 달리 우리 소년법은 보호처분의 변경을 인정하고 있다는 점에서 시험관찰제도의 도입의 실효성에 대해서는 보다 심도 깊은 논의가 필요할 것으로 보인다. 물론 보호처분에 앞서 신속한 제도 운영이 담보된다면, 종국결정까지 기다리지 않고 소년에게 개입할 수 있다는 점에서 시험관찰이 제 기능을 발휘할 수는 있을 것이다. 또한 시험관찰이 효과적으로 운영되기 위해서는 조사관의 전문 역량이 필수적으로 요구된다. 일본의 제도는 전건송치주의를 원칙으로 하고, 조사관 제도의 활발한 운영을 통하여 가정재판소의 전문성이 담보되고 있는 가운데 운영되고 있다는 점을 감안할 때, 만약 입법을 통해 시험관찰제도를 도입한다면 그 전제로서 요보호성 판단에 관한 전반적인 검토도 함께 진행되어야 할 것이다.

마지막으로 보호적 조치는 법적 근거의 불명확성에도 불구하고, 일본에서 폭넓게 활용되고 있는 것으로 보인다. 이 점은 청소년참여법정 등 우리의 법원 단계에서 시도되고 있는 여러 제도와 유사한 성격을 가지고 있다. 다만, 일본의 보호적 조치는 특히 재범위험성이나 요보호성의 정도가 심각한 소년에 대한 개입수단이라기보다는 상대적으로 보호처분의 필요성이 높지 않은 소년을 대상으로 활용되고 있는 듯하다. 전건송치주의를 채용하고 있지 않은 우리의 제도(검사선의주의) 하에서 이러한 사안은 경찰단계에서의 선도심사위원회를 통한 훈방, 검찰단계에서의 기소유예 또는 조건부 기소유예의 대상이 될 가능성이 높을 것이다. 그럼에도 불구하고, 일본에서 시행되고 있는 피해자의 관점을 고려하거나 심리학을 활용한 개입조치들은 요보호성 감쇄와

함께 시민들로부터의 신뢰받을 수 있는 소년사법제도를 구현한다는 측면에서 충분히 참고할 가치가 있어 보인다. 또한 입법론적으로는 일본의 보호적 조치와 같이 단순한 임의적 조치로 설계할 것인지, 자유 제한적 처분을 포함한 새로운 제도의 틀 내에서 운영하여 그 실효성을 담보하도록 할 것인지에 대해서도 고민해야 할 것이다.

# 재판 전 감독제도의 확대방안

김지선·박경규



## 제7장

# 재판 전 감독제도의 확대방안

### 제1절 | 발의된 법률안 검토

#### 1. 발의된 『소년법 일부개정법률안』의 배경 및 내용

##### 가. 재판 전 임시조치 확대의 배경 및 과정

2020년 4월 27일 ‘법무·검찰 개혁위원회’는 『소년범죄 처리절차 개선 및 소년피해자 지원 강화』 권고’라는 제17차 권고안을 발표하였다.<sup>440)</sup> 권고안은 ① 소년법에 대한 감독 공백을 최소화하고, 소년범죄에 효과적으로 대응하는데 필요한 제도와 ② 소년 피해자의 실질적 회복을 지원하는데 필요한 제도의 도입을 권고한다는 기본방침 하에 다음과 같이 권고하였다.

“1) 소년범죄 처리 절차 개선방안: ① 현행 「소년법」 제18조의 임시조치에 피해자 접근금지 및 보호관찰을 신설하고, 이러한 임시조치를 수사단계에서도 적용할 수 있도록 하고, ② 성폭력사건 등 재범위험성이 높은 강력 소년사건에 대해서는 ‘검사결정 전 조사’를 의무적으로 하도록 「소년법」을 개정할 것; 2) 소년피해자의 피해영향 조사를 위한 근거 마련: ① 소년피해자의 피해영향 진술이 검찰 조사단계에서부터 실질적으로 보장되도록 「소년법」을 개정할 것, ② 19세 미만인 소년피해자가 범죄로 인한 신체적, 정신적 피해로 인해 건전한 성장이 현저히 저해된다고 판단될 때에는 「범죄피해자 보호법」 제3조의 중상해에 해당하지 않더라도 이를 구조, 지원하기 위한 특례규

440) 제17차 권고안은 <https://www.gov.kr/portal/ntnadmNews/2150003>에서 다운로드 가능(2020. 6.30. 최종검색).

정을 신설할 것; 3) 소년범죄 총괄 조직 신설 및 전담검사 육성 권고: ① 소년가해자 및 소년피해자를 위한 정책을 총괄하기 위한 기구로 법무부 산하에 소년사법국을 신설할 것(단기간 내 신설이 어려울 경우 법무부 내 소년정책관을 신설할 것), 소년범죄 전담검사에 대한 인사상 특칙을 마련하여 필수 전담기간을 2년으로 하고, 전문성 증진을 위한 교육을 연 24시간 이상 의무화할 것”<sup>441)</sup>

권고안은 “1) 소년범죄 처리절차 개선방안”의 권고배경을 다음과 같이 제시하였다.

**가. 인천 여중생 집단강간사건 및 국민청원**

- 2019. 12. 발생한 인천 여중생 집단강간 사건과 관련하여 피해자의 모가 가해 남학생의 엄벌을 촉구하는 국민청원을 등록하며 사건이 알려지게 됨
- 해당 범죄소년이 최초 범죄일(2019. 10. 2. 특수폭행 등)부터 법원 소년부의 보호관찰 결정일(2020. 3. 26.)까지 약 6개월간 특수강간 등 강력범죄를 저지른 것으로 수사기간 동안 관리 감독이 이루어지지 않은 공백 상태가 노출됨
- 경찰은 사건 조사 후 귀가조치, 검찰은 기소유예처분으로 귀가조치하고 다른 조치 없었으며, 피해 소녀의 회복을 위한 지원(구조활동) 없었음
- ※ 해당 소년이 소년분류심사원에 위탁된 조치는 수사기관(경찰, 검찰)에 의한 것이 아니라 학교장의 통고 조치에 의한 것이었음

**나. 현행법상 소년범죄 처리절차 및 문제점**

- 소년사건 처리 장기화 및 감독 공백 기간 중 범죄 반복
  - 소년사건은 일반적으로 경찰 입건 이후 검찰단계를 거쳐 형사법원예의 공소제기 또는 법원 소년부 송치 절차를 거치게 되고, 법원 소년부 송치 이후에 소년분류심사원 위탁, 보호관찰 등 관리감독이 이루어지게 됨. 통상적으로 경찰 입건 이후 집행단계까지 평균 6~7개월의 기간이 소요되며, 이 기간 동안에 재범사건 다수 발생함
- 수사단계에서의 감독 공백(선도조건부 기소유예보다 강력한 조치 필요)
  - 현행 「소년법」에서는 검사가 피의자에 대하여 범죄예방위원회에 의한 선도조건부 기소유예제도를 할 수 있도록 규정하고 있으나 이 경우 소년과 보호자 등의 동의를 받아야 하고, 시행되더라도 보호관찰관이 아니라 범죄예방위원회라는 자원봉사자의 감독을 조건으로 기소유예할 경우 엄정한 집행을 기대하기 곤란함
  - 자원봉사자에 의한 기소유예를 할 경우 외출제한 등 강력한 지도활동이 불가능하고, 범죄소년이 폭력서클에 가입되어 있는 경우, 피해소년에게 반복적으로 범죄를 저지를 가능성이 있는 등 보복범죄에 매우 취약하였음
- 재범예방 및 피해자 보호를 위한 임시조치 신설 필요
  - 현행 「소년법」에 의하면 소년이 구속되지 않는 이상 경찰 단계 또는 검찰 단계에서 해당 소년을 소년분류심사원에 위탁하는 등의 임시조치를 취할 수 없어 사실상 관리 감독의 공백상태가 발

441) 권고안은 이러한 내용을 권고하면서 말미에 ‘소년법 개정안’과 ‘범죄피해자 보호법 개정안’도 제시하였다.

생하나 검사에 의한 소년 형법범죄자 구속률은 지속적으로 감소 중임

- 따라서 소년에 대한 구속에 의한 폐해를 최소화하면서 소년의 경각심을 일깨우고 재범을 예방할 수 있는 방안 마련 필요
- 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에서는 피해자의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 피해자에 대한 접근금지, 국가경찰관서 유치장 유치와 같은 실효적 임시조치(긴급 임시조치 포함) 제도가 마련되어 있음

※ 미국의 New York주, 텍사스 주 등의 경우 범죄소년 전부에 대하여 임시조치 필요 여부를 즉시 결정하고 있으며, 임시조치의 종류로는 소년분류심사원 위탁 또는 재판 전 보호관찰제도(Pretial Supervision)를 활용하고 있음.

법무·검찰개혁위원회 권고안에서 언급되고 있는 ‘인천 여중생 특수강간 사건’은 2020년 3월 29일 특수강간 사건 피해자의 모가 청와대 국민청원 게시판에 『“오늘 너 킬(KILL)한다”라며 술을 먹이고 제 딸을 합동 강간한 미성년자들을 고발합니다.』라는 국민청원을 등록하면서 널리 알려지게 되었다.<sup>442)</sup> 이 사건은 2019년 12월 23일 새벽 1시경 당시 중학교 2학년(15살)이었던 A군과 B군이 후배를 협박해서 같은 중학교 여중생인 피해자(14살)를 불러내 강요로 피해자에게 술을 마셔 취하게 한 후, 아파트 28층 계단으로 끌고 가 피해자를 윤간하였다는 혐의를 받고 있는 사건이다.<sup>443)</sup> 이 사건에서는 경찰이 신고를 받은 후 3개월이 지난 뒤에서야 피해자 신변보호 조치를 취하였고, 그 기간에 가해자는 피해자 및 피해자의 가족에게 2차피해를 가함으로써 수사 및 피해자 신변보호조치와 관련하여 경찰의 대응이 미흡하였다는 논란이 있었다.<sup>444)</sup>

한편, 가해자 중 A는 이 사건(특수강간범행)을 범하기 전인 2019년 10월 2일 ~ 5일에 B와 함께 또래 학생들에게 특수폭행 등의 범죄를 범하였는데, 이 ‘특수폭행 등’의 사건(이하 ‘①번 사건’이라 함)은 2019년 10월 25일에 경찰에 입건된 후 2019년 11월 20일에 검찰에 송치되었고, 2019년 12월 26일에 법원 소년부에 송치되었다고 한다. 소년부 송치 후에는 소년분류심사원 위탁(2020. 2. 19.) 후에 2020년 3월 18일에 보호처분결정이 내려졌다. A는 보호처분결정의 원인인 ①번 사건을 범한 시점(2019.

442) 청원내용 및 청원답변에 대해서는 <https://www1.president.go.kr/petitions/587352> 참조 (2020.6.1. 최종검색).

443) 이 사건의 혐의사실에 대해서는 <https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=200281> 참조(2020.6.30. 최종검색).

444) 이에 대한 뉴스보도로는 <https://www.youtube.com/watch?v=mukOTrffZNs> 참조(2020.6.30. 최종검색); 또한 피해자 모의 청원내용에 대한 청원답변 참조 <https://www1.president.go.kr/petitions/587352>, 2020.6.1. 최종검색.

10.2.~5.)부터 보호처분결정이 내려진 시점(2020.3.18.) 사이에 특수강간 범행 외에도 다른 범죄도 범하였다고 한다.<sup>445)</sup> ①번 사건부터 ①번 사건으로 인한 보호처분결정이 내려지기까지 A가 범한 범죄(또는 피의범죄)의 사실관계와 사건 처리상태를 정리하면 다음과 같다(사건 처리상태는 2020.4.6. 기준임).<sup>446)</sup>

구분	사건 주요내용
<b>①번 사건</b> 폭력행위등(공동폭행), 특수폭행, 공갈	○ 공범 B와 함께 피해자 V1이 험담을 하고 다니는 것에 불만을 품고, 2019. 10. 2. 18:00경 피해자를 불러내 인천 ××구 △△△상가 4층 옥상으로 데려가 주먹으로 뺨과 옆구리, 명치를 때리고 오른발로 허벅지를 차는 등 폭행함 ○ 피해자 V2 및 V3에게 싸움을 시키고, 싸움에서 진 V2에게 자신과 싸워야 한다며 주먹과 발로 몸통을 20-30차례 폭행 ○ 2019. 10. 5. 22:30경 인천 ××구 ▲▲▲아파트 단지 내에서 피해자 V2에게 겁을 주어 피해자가 입고 있던 시가 50,000원 상당의 후드티를 받음 <사건처리 경과> @사건발생일 (10. 2.~5.) → ㉞경찰입건일 (10. 25.) → ㉟검찰송치일 (11. 20)→ ㉠법원사건 접수 (12. 26.) → ㉡1회 심리기일, 분류심사원 입원 (2. 19.) → ㉢법원 결정 (3. 18.)
<b>②번 사건</b> 폭력행위등(공동폭행)	○ 2019. 12. 16. 20:00경 공범 B와 함께 피해자 V4가 휴대폰을 빌려주지 않았다는 이유로 주먹과 발로 피해자의 얼굴, 복부, 팔을 수회 때리고, 얼굴에 담배꽂이를 던지고 침을 뱉는 등의 폭력을 행사함 ※ 검찰 송치상태
<b>③번 사건</b> 특수강간	○ 2019. 12. 23. 새벽시간에 공범 B와 함께 피해자 V4를 불러내 함께 술을 마신 후 술에 취한 피해자를 폭행하고 집단 성폭행함 ※ 경찰 수사 진행 중임
<b>④번 사건</b> 공문서부정행사	○ 2020. 1. 중순 22:00경 식당에서 종업원의 신분증 제시 요구를 받자, 평소 소지하고 있던 타인의 신분증을 제시함 ※ 경찰 수사 진행 중임

나. 백혜련 의원안의 주요 내용

법무·검찰개혁위원회 제17차 권고안에 기초하여 2020년 7월 8일에 발의된 『소년법 일부개정법률안(백혜련의원 대표발의)』<sup>447)</sup> 권고안의 내용 중 1)-①의 방안(현행 「소년법」 제18조의 임시조치에 피해자 접근금지, 보호관찰 등을 신설하고, 제18조의 임

445) 법무부 범죄예방정책국 제공 자료.

446) 법무부 범죄예방정책국 제공 자료.

447) 의안번호 2101664, 소년법 일부개정법률안(백혜련의원 대표발의).

시조치를 수사단계에서도 적용할 수 있도록 하는 것을 구체화하여 제안하고 있다.<sup>448)</sup> 백혜련 의원안에서 제안되고 있는 임시조치제도를 정리하면 다음과 같다.

### 1) 보호사건 재판단계에서 인정되는 임시조치 확대(제18조의 개정)

먼저, 재판단계에서 인정되는 임시조치의 목적·유형을 다음과 같이 확대하고 있다: 보호사건의 조사·심리를 위해 필요한 경우뿐만 아니라 “재범방지 또는 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우”에도 재판단계에서의 임시조치가 인정될 수 있도록 한다. 현행 제18조제1항에서 인정되고 있는 심판대상 소년을 보호자나 소년을 보호할 수 있는 적당한 자 또는 시설에 위탁하는 조치(제1호), 병원이나 그 밖의 요양소에 위탁하는 조치(제2호), 소년분류심사원에 위탁하는 조치(제3호) 외에도 피해자의 주거, 학교 등에서 100미터 이내의 접근 금지(제4호), 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용하여 피해자에게 접근하는 것을 금지(제5호), 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 보호관찰(제6호), 야간 등 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 시간대의 외출 제한(제7호), 소년의 상담·선도·교화와 관련된 단체나 시설에서의 상담·교육(제8호)을 임시조치의 방법으로 추가한다.

다음으로, 재판단계 임시조치의 병합 및 기간과 관련하여, 개정안 제18조 제2항에 의하면 제1항 제1호 내지 제8호의 각 조치는 병합할 수 있고, 외출제한조치(제7호)는 보호관찰(제6호)과 필요적으로 병합된다. 그리고 추가된 임시조치(제4호 내지 제8호)의 기간은 각각 원칙적으로 6개월이지만, 1차에 한하여 6개월의 범위에서 연장할 수 있으므로 최대 1년까지 가능하다(안 제18조제6항). 다만 상담·교육(제8호)조치는 40시간을 초과하지 못한다(안 제18조제7항).

임시조치의 집행기관과 관련하여서는, 현행 제18조제5항은 보호자·시설 위탁(제1호), 병원 및 요양소 위탁(제2호) 그리고 소년분류심사원 위탁(제3호)의 결정을 하였을 때에는 “소년부 법원서기관·법원사무관·법원주사·법원주사보, 소년분류심사원 소속 공무원, 교도소 또는 구치소 소속 공무원, 보호관찰관 또는 사법경찰관에게 그 결정을 집행하게 할 수 있다”고 규정하고 있는데, 안 제18조제9항은 “소년부 판사는 제1항

448) 위 일부개정법률안과 비슷한 내용의 『소년법 일부개정법률안(김삼화의원 대표발의)』이 제20대 국회에서도 발의되었으나(의안번호 2009812, 발의연월일: 2017.9.29), 동 일부개정법률안은 제20대 국회 임기만료로 폐기되었다.

제1호부터 제5호까지의 결정을 하였을 때에는 소년부 법원서기관·법원사무관·법원주사·법원주사보, 소년분류심사원 소속 공무원, 교도소 또는 구치소 소속 공무원, 제1항 제6호 및 제7호는 보호관찰관에게, 제8호는 소년원 또는 소년분류심사원 소속 공무원, 그 밖에 위탁받을 기관 소속의 직원에게 그 결정을 집행하게 할 수 있다”고 하고 있다. 즉, ① 보호자·시설 위탁(제1호), 병원·요양소 위탁(제2호), 소년분류심사원 위탁(제3호), 접근금지명령(제4호 및 제5호)의 경우 “소년부 법원서기관·법원사무관·법원주사·법원주사보, 소년분류심사원 소속 공무원, 교도소 또는 구치소 소속 공무원”을 집행기관으로, ② 보호관찰법에 따른 보호관찰(제6호) 및 외출제한(7호) 조치의 경우 “보호관찰관”을 집행기관으로 그리고 ③ 상담·교육(제8호)의 경우 “소년원 또는 소년분류심사원 소속 공무원, 그 밖에 위탁받을 기관 소속의 직원”을 집행기관으로 규정하고 있다.

## 2) 개정안 제18조상의 임시조치가 수사단계에서도 가능하도록 보호사건 통칙 부분의 관련 규정을 제·개정(제3조 개정 및 제4조의2 신설)

「소년법」 제2장(보호사건) 제1절(통칙)에 위치하고 있는 현행 제3조에 제4항(“소년 임시조치는 가정법원소년부 또는 지방법원소년부에 속하며, 소년부가 설치되지 아니한 지역에서는 해당 지역의 지방법원(지원을 포함한다. 이하 “소년부등”이라 한다)으로 한다”)과 제5항(“소년 임시조치의 결정은 소년부 등의 단독판사가 한다”)을 신설하여, “소년부등”을 수사단계 임시조치의 관할법원으로 하고 있다. 개정안 제4조의2 제1항에 의하면 검사는 죄를 범한 소년(범죄소년)이 범죄를 다시 범할 우려가 있다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 사법경찰관의 신청에 따라 소년부등에 제18조제1항 각 호의 임시조치를 청구할 수 있다. 즉, 수사단계 임시조치의 청구권자는 검사이고, 개정안 제18조 제1항 각 호상의 재판단계 임시조치는 모두 수사단계에서도 가능하다.

개정안 제4조의2 제2항은 일정 임시조치 위반 시 소년분류심사원 위탁이 가능하도록 하고 있다. 범죄소년이 수사단계에서 부과된 제18조제1호(보호자등·시설 위탁), 제18조 제2호(병원·요양소 위탁), 제18조 제4호 내지 제8호(접근금지, 보호관찰, 외출제한, 상담·교육)의 임시조치를 위반한 경우 검사는 직권으로 또는 보호관찰관, 사법경찰관 등 위탁받은 자나 집행 기관의 장의 신청에 의하여 소년부등에 제18조 제1항

제3호(소년분류심사원 위탁)의 임시조치를 청구할 수 있다.

피해자 또는 그 법정대리인은 검사 또는 사법경찰관에게 제4조의2 제1항 및 제2항에 따른 임시조치의 청구 또는 그 신청을 요청하거나 이에 관하여 의견을 진술할 수 있다(안 제4조의2 제3항). 피해자 또는 그 법정대리인으로부터 임시조치 신청 요청을 받은 사법경찰관이 제4조의2 제1항 및 제2항에 따른 임시조치를 신청하지 아니하는 경우에는 검사에게 그 사유를 보고하여야 한다(안 제4조의2 제4항).

개정안 제18조제12항에 의하면 검사가 사건을 소년부에 송치하는 때에는 이미 행하여진 수사단계에서의 임시조치는 효력을 잃지 않는다. 다만, 검사가 사건을 기소, 불기소 또는 기소유에 처분을 하거나 소년부 판사가 불처분 결정 또는 보호처분의 결정을 확정할 때에는 그 효력을 잃는다.

## 2. 개정법률안 검토

개정안은 현재의 재판단계 임시조치에 그 청구사유로 “재범방지 또는 피해자보호”를 추가하고, 임시조치의 유형에서도 접근금지, 외출제한 등의 새로운 유형을 추가하고, 그러한 재판단계에서의 임시조치가 수사단계에서도 부과될 수 있도록 하고 있다. 이러한 ‘확대된 임시조치제도’는 재판단계에서의 임시조치와 수사단계에서의 임시조치를 포괄하기에 임시조치의 법적 성격, 구속제도와 관계, 소년범죄사건의 이원적 관할 구조 등 소년사법제도의 근본적인 사항에 관한 여러 쟁점들과도 관련된다. 뿐만 아니라 제안된 조문 개정안은 조금 산만한 형태로 구성되어 있다. 따라서 세부사항별로 먼저 검토하고 난 뒤, 근본적 문제와 관련된 사항도 함께 종합적으로 검토하는 것이 적절해 보인다.

### 가. 개정법률안의 항목별(조문별) 검토

#### 1) 수사단계에서의 임시조치 청구권자

개정안 제4조의2 제1항 내지 제3항에 의하면 수사단계에서의 임시조치를 법원에 청구할 권한은 검사만 가지고, 사법경찰관은 검사에게 임시조치를 청구해 줄 것을 신청할 수 있다. 이는 현재 일반 형사사건에서의 영장제도를 따른 것이다. 2020년

2월 4일에 일부개정된 형사소송법<sup>449)</sup> 제195조 및 제245조의5에 의하면 경찰은 수사 결과 범죄혐의가 인정되는 경우가 아닌 한, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하되 사건을 검찰에 송치하지 않고 독자적으로 종결할 수 있다. 이와 같이 동 개정형사소송법은 범죄혐의가 인정되지 않는 경우에 한해 경찰에 독자적인 수사종결권을 부여하고 있는데, 영장 관련 규정은 아직 개정되지 않았다.

검·경 수사권 조정 논란에서 주요한 한 테마는 경찰에 독자적인 영장청구권을 인정할 수 있는가의 문제인데, 이것은 아직 형사소송법 차원에서도 해결(개정)되지 않은 사항이다.<sup>450)</sup> 「소년법」 제4조 제2항에 기해 촉법소년 및 우범소년의 경우 경찰서장이 사건을 직접 관할 소년부에 송치할 수 있다. 성인범의 경우 「즉결심판에 관한 절차법」 제3조에 기해 즉결심판절차가 적용되는 사건에서는<sup>451)</sup> 경찰서장이 직접 관할법원에 즉결심판을 청구할 수 있다. 많은 나라에서 경미한 범죄의 경우 사건처리권한(사건을 종결할 권한 및 재판에 회부할 권한)을 경찰에 부여하고 있다는 점을 고려하면,<sup>452)</sup> 우리나라에서도 즉결심판절차가 적용될 수 있는 범죄행위를 14세 이상 소년이 행한 경우 (경찰훈방으로 종결될 사건이 아니라면) 경찰이 사건을 직접 소년부에 송치할 수 있도록 할 필요가 있어 보이고, 따라서 그러한 사건의 경우 경찰이 직접 소년부에 임시조치를 청구할 수 있다고 할 필요성이 있어 보인다. 그러나 현행 「소년법」은 촉법소년과 우범소년에 한해 경찰이 소년부에 직접 송치할 수 있다고 하고 있고, (경찰청)범죄수사규칙 제214조도 촉법소년 및 우범소년인 경우에 한해 경찰서장이 직접 관할 소년부에 사건을 송치할 수 있도록 하고, 범죄소년 사건에서는 수사를 종결하였을 때에 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하도록 하고 있다.

449) 2020년 2월 4일에 개정된 형사소송법(법률 제16924호) 부칙 제1조에 의하면 개정 형사소송법은 “공포 후 6개월이 경과한 날부터 1년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점”부터 시행한다고 하고 있다. 2020년 8월 7일에 입법예고되었던 「형사소송법·검찰청법 일부개정법률의 시행일에 관한 규정 제정안」에 의해 개정 형사소송법은 2021년 1월 1일부로 시행되었다.

450) 이에 관한 많은 문헌의 소개는 생략한다. 개정법률안상의 확대된 임시조치와 관련하여서는 임시조치 청구권자에 관한 문제보다 아래에서 서술할 다른 문제들이 더 중요하게 다루어져야 하기 때문이다.

451) “20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 수 있는 사건”이 즉결심판의 대상이다.

452) 독일의 경우 범죄사건에서 재판에 회부할 권한을 검사가 독점하고 있지만(소년범죄사건의 경우에도 검사만이 사건을 소년법원에 회부할 권한을 가짐), 독일은 우리나라의 경범죄에 해당하는 많은 위법행위들을 이른바 ‘질서위반행위(Ordnungswidrigkeit)’로 하여 경찰에 사건처리 권한을 부여하고 있다는 점을 유의하여야 한다.

그리고 “20만원이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 수 있는 사건”에 해당하는지 여부는 선고형을 기준으로 판단하기에 즉결심판절차가 적용될 수 있는 사건의 범위는 명확하지 않다. 이러한 상황이기에 즉결심판절차가 적용될 수 있는 범죄소년 사건인 경우 경찰이 직접 사건을 소년부에 송치할 수 있는가의 문제 그리고 그러한 사건에서 수사단계에서의 임시조치를 경찰이 직접 소년부에 청구할 수 있는가의 문제는 경찰에 독자적인 영장청구권을 인정할 수 있는가라는 문제와 비슷한 맥락에서 논의될 여지가 있다.

일반 형사사건에서도 검·경 수사권 조정과 관련하여 영장청구권자의 문제가 논의되면서 어떠한 명확한 기준이나 통설적인 해결책이 도출되지 못하고 있는 상황인데, 「소년법」에서 먼저 경찰에 독자적인 임시조치 청구권을 인정하기는 어렵다.<sup>453)</sup> 보호처분이 형사처벌이 아니라고 하여 문제상황이 달라지지는 않는다. 따라서 임시조치 청구권자를 현행법상의 범죄사건에서의 영장제도에 따라 규율하고 있는 개정법률안의 태도는 적절하다.

## 2) 수사단계에서의 임시조치의 관할법원

개정법률안 제3조 제4항에 의하면 수사단계에서의 임시조치를 관할하는 법원은 가정법원소년부, 지방법원소년부 또는 소년부가 설치되지 아니한 지역에서는 해당 지역의 지방법원(지원을 포함)이고(개정법률안은 이러한 관할법원을 “소년부등”으로 약칭하고 있음), 소년부등의 단독판사가 임시조치를 인정할지에 대해 결정한다. 동 규정은 소년부를 수사단계 임시조치의 원칙적인 관할법원으로 하면서, 소년부가 설치되지 않은 지역의 경우 예외적으로 지방법원을 관할법원으로 인정하고 있다.<sup>454)</sup> 아마

453) 「소년법」은 형사소송법과의 관계에서 특별법 관계에 있기에 일반 형사사건에서 아직 명확한 기준 또는 통설적 입장이 도출되지 않은 사항일지라도 소년사건에 한해서는 명확한 기준이나 통설적 입장이 도출되어 있다면 「소년법」에서 먼저 그러한 기준/입장을 반영하는 법개정을 할 수 있다. 그러나 경찰에 독자적인 임시조치 청구권을 인정할 수 있는가의 문제는 그러한 사항이라고 보기 어렵다.

454) 소년범죄사건에 대한 재판관할권을 사건의 경중에 따라 소년부(소년보호사건)와 일반 형사법원(소년형사사건)으로 이원화하고 있는 우리 소년사법제도의 기본구조를 따라 수사단계에서의 임시조치 관할권도 이원화하여 사건의 경중에 따라 이원화하는 방식을 취하고자 하였다면, 제3조 제4항에서 임시조치의 관할권을 소년부가 설치되어 있는 지역인지에 상관없이 보호사건으로 다를 사안인지, 아니면 형사사건으로 다를 사안인지에 따라 각각 소년부와 지방법원을 관할법원으로 규정했을 것이다.

도 이는 일부 지역의 경우 소년부가 설치되어 있지 않은 현실에서 수사단계에서의 임시조치를 인정하면 소년부의 업무부담이 더욱 가중될 수 있다는 것을 고려하여 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘가정폭력처벌법’)제10조제1항<sup>455)</sup> 그리고 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘아동학대처벌법’) 제18조제1항을<sup>456)</sup> 모범으로 한 것으로 생각된다. 그러나 이러한 관할권 설정은 우리 소년법이 취하는 소년부/형사법원 이원적 관할 구조, 수사단계 임시조치(특히, 소년분류심사원 위탁 및 시설위탁 조치)의 법적 성격, 수사단계 임시조치의 도입 목적을 어떻게 바라보아야 할 것인가라는 문제점을 던진다.

먼저, 법무·검찰개혁위원회 권고안과 개정안을 함께 고찰할 때, 개정안의 취지가 수사단계에 있는 모든 범죄소년사건에서(즉, 보호사건으로 다루어질 사안뿐만 아니라, 형사사건으로 다루어질 사안도 포함하여) 수사단계에서의 임시조치를 인정하고자 하는 것인지, 아니면 보호사건으로 다루어질 수 있는 사안에 한해 수사단계에서의 임시조치를 인정한다는 것인지 명확하지 않다. 법무·검찰개혁위원회 권고안은 수사단계에서 구속되지 않는 범죄소년에 대한 임시조치의 필요성을 강조하면서<sup>457)</sup> 「소년법」 제3장(형사사건)에 제49조의4를 신설하여 수사단계에서의 임시조치를 규정하는 것을 제안하였다.<sup>458)</sup> 그런데 개정안은 제2장(보호사건)에 제4조의2를 신설하여 수사단계에서의 임시조치를 인정하고 있기에 개정안만을 기준으로 하면 보호사건으로 다루어질 범죄소년 사건에 한해 수사단계에서의 임시조치를 인정하려는 것이 개정안의 취지라고 볼 여지가 있다. 그러나 개정안은 현행 「소년법」에 경찰·검찰의 소년사건 수사에 관한 독립된 장이 없기에 제2장(보호사건)에 수사단계 임시조치에 관한 규정을 위치시키고 있을 뿐이고,<sup>459)</sup> 법무·검찰개혁위원회 권고안을 함께 고려하면 개정안은 보호사

455) 제10조(관할) ① 가정보호사건의 관할은 가정폭력행위자의 행위지, 거주지 또는 현재지를 관할하는 가정법원으로 한다. 다만, 가정법원이 설치되지 아니한 지역에서는 해당 지역의 지방법원(지원을 포함한다. 이하 같다)으로 한다.

456) 제18조(관할) ① 아동보호사건의 관할은 아동학대행위자의 행위지, 거주지 또는 현재지를 관할하는 가정법원으로 한다. 다만, 가정법원이 설치되지 아니한 지역에서는 해당 지역의 지방법원(지원을 포함한다. 이하 같다)으로 한다.

457) “... 소년이 구속되지 않는 이상 경찰 단계 또는 검찰 단계에서 해당 소년을 소년분류심사원에 위탁하는 등의 임시조치를 취할 수 없어 ...”(법무부 보도자료, 『소년범죄 처리절차 개선 및 소년피해자 지원 강화』 권고, 2020.4.27., 7면).

458) 법무부 보도자료, 『소년범죄 처리절차 개선 및 소년피해자 지원 강화』 권고, 2020.4.27., 14면 참조(수사단계 임시조치의 관할법원도 “법원”이라고만 하였음).

459) 임시조치 규정의 위치 및 「소년법」 편장체계의 문제에 대해서는 이후 상술한다.

건으로 다루어질 사안인지, 아니면 형사사건으로 다루어질 사안인지를 불문하고 수사 단계에서 임시조치를 인정하려는 목적 하에 입안된 것으로 보인다.<sup>460)</sup> 이렇게 이해하는 경우 개정안이 “소년부등”을 수사단계 임시조치의 관할법원으로 하고 있는 것은 먼저, ‘현재 형태의 이원적 관할구조’와 관련하여 아래와 같은 문제가 발생한다.

제3장 내지 제6장의 비교법적 고찰을 통해 알 수 있는 것은 외국은 아주 중한 범죄행위인 경우에 한해서만 형사법원에 소년사건의 관할권을 인정하고, 그 외 대부분의 소년사건에 대해서는 소년법원에 관할권을 인정하면서 소년법원이 보호처분뿐만 아니라 형사처벌도 할 수 있도록 하거나(영국, 미국의 일부 주,<sup>461)</sup> 독일의 경우) 보호처분만 할 수 있도록 하는(일본의 경우) 형태의 이원적 관할구조를 취하고 있다. 그러나 우리는 대부분의 범죄를 대상으로 보호처분이 선고되어야 하는지, 아니면 금고 이상의 형벌이 부과되어야 하는지에 따라 소년부 그리고 형사법원으로 관할권을 나누는 형태의 2원적 관할구조를 취하고 있다. 우리의 ‘현재 형태의 이원적 관할구조’ 하에서 검사는 수사단계에서 형사사건으로 다루어질 사안이고, 구속이 필요하다고 생각하는 경우 형사법원에 구속을 청구한다. 그런데 개정안에 의하면 형사사건으로 다루어질 사안일지라도 구속 이외의 수사단계에서의 임시조치는 “소년부등”에 청구해야 한다. 앞의 비교법적 고찰을 통해, 외국의 경우 소년보호시설 위탁 등 소년에 대한 임시조치를 구속을 대체하거나 구속을 자제하는 수단으로 이용하고 있음을 알 수 있고, 우리도 수사단계에서 인정되는 임시조치를 소년에 대한 구속을 대체 또는 자제하는 수단으로 구상할 수 있다. 수사단계에서 인정되는 임시조치가 소년에 대한 구속을 대체/자제하는 수단으로 도입되는 경우 구속이 청구되는 사안에서 임시조치로 구속이 대체/자제될 수 있는지 여부는 구속여부를 판단하는 법원에서 하는 것이 타당하다. 그런데 개정안에 의하면 수사단계에서의 임시조치는 “소년부등”에 청구해야 한다. 즉, 개정안에 의하면 수사단계에서 구속이 청구될 수 있는 사안에서 형사법원은 구속여부만 판단하고, 임시조치(소년보호시설 위탁 또는 소년분류심사원 위탁) 인정

460) 법무·검찰개혁위원회 권고안은 구속되지 않는 소년에 대한 감독수단의 필요성을 강조하고 있는데, 형사사건에서도 소년이 모두 구속되는 것은 아니라는 점, 그리고 수사단계에서는 사건이 형사사건으로 다루어질 사안인지, 아니면 보호사건으로 다루어질 사안인지가 결정되지 않은 상태라는 점에서 그러하다.

461) 미국 여러 주의 소년법 형사이송제도에 대해서는 정숙희, “소년형사범의 처분기준의 객관화와 재량통제방안”, 저스티스 통권 제167호, 2018, 183면 이하.

여부는 “소년부등”이 판단해야 한다. 개정안에 따라 수사단계에서도 소년분류심사원 위탁, 소년보호시설 위탁 등의 임시조치가 가능해지면, 구속, 소년분류심사원위탁, 소년보호시설 위탁 등은 모두 수사단계에서 인정되는 임시조치라는 성격을 가짐에도 불구하고, 청구되는 임시조치의 유형이 구속인지, 아니면 소년분류심사원 위탁 또는 소년보호시설위탁 등의 임시조치인지에 따라 판단권한이 형사법원과 “소년부 등”으로 이원화된다. 이것은 개정안에 따라 새로이 도입되는 수사단계에서의 임시조치(소년보호시설위탁, 소년분류심사원 위탁 등)가 구속을 대체/자제하는 수단으로 활용될 가능성은 제도화하지 않은 채, 구속되지 않는 소년에 대한 임시조치의 가능성만 제도화하는 것이고 할 수 있고, ‘외국의 이원적 관할구조와 다른 우리나라의 이원적 관할구조’가 가지는 문제점을 더욱 심화시키는 결과를 초래할 수 있다. ‘현재 형태의 이원적 관할구조’를 바꾸지 않은 채 수사단계에서 소년보호시설위탁, 소년분류심사원 위탁 등과 같은 임시조치를 인정하면서 “소년부등”에 수사단계 임시조치 관할권을 인정하고자 한다면 그러한 임시조치로는 구속의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한해 구속이 허용된다는 것을 명시할 필요가 있어 보인다.<sup>462)</sup> 즉, ‘현재 형태의 이원적 관할구조’ 하에서는 구속 이외의 수사단계에서의 임시조치에 대한 결정권을 원칙적으로 소년부에 부여하되, 구속이 청구되는 사건의 경우 형사법원이 구속요건 충족여부를 심사하면서 구속 이외의 임시조치 가능성에 대해서도 판단할 수 있다고 보는 것이 적절하다. 이렇게 이해하는 것이 현행 「소년법」 및 형사소송법 규정에 합치한다고 할 수 있다.<sup>463)</sup>

다음으로, 위와 같이 현재의 이원적 관할 구조 하에서 수사단계 임시조치의 관할권을 원칙적으로 소년부에 부여하는 것이 타당하다고 하더라도 개정법률안은 다음과 같은 문제점을 가진다. 가정폭력처벌법 및 아동학대처벌법과 달리 「소년법」은 소년보호사건을 소년부의 전속적 관할로 하고 있는데, 수사단계에서의 임시조치라고 하여 예외적으로 지방법원에 관할권을 인정하는 것이 적절한지 의문이다. 법무·검찰개혁위

462) 이것은 “소년에 대한 구속영장은 부득이한 경우가 아니면 발부하지 못한다”고 하고 있을 뿐, 소년에 대한 구속이 인정되기 위한 요건을 상세히 규정하지 않고 있는 현행 「소년법」 제55조를 보다 명확히 하는 방안이라고 할 수 있다.

463) 「소년법」 제48조에 의해 소년형사사건의 경우 「소년법」에 특별한 규정이 없으면 일반 형사사건에 적용되는 규정이 준용된다. 형사소송법 제214조의2에 의하면 성인범의 경우 수사단계 구속에서 ‘보증금납입조건부 석방’이 인정된다. 성인범의 경우 피의자보석이 가능한 사유는 「소년법」 제55조에 기해 소년범의 경우 구속의 인정여부 문제로 다루어져야 할 것이다.

원회의 권고안에 따르면 검사의 결정전조사를 강화하고, 소년사건 전담검사제를 강화하는 등 소년사건 처리의 전문성을 높일 것이 요구되고, 이는 재판단계에서도 마찬가지라고 할 수 있다. 따라서 소년부가 설치되어 있지 않은 지역이라고 하여 소년사건에 대한 전문성을 인정하기 어려운 지방법원에 수사단계 임시조치의 관할권을 인정하는 것이 타당한지 의문이다. 보호사건으로 다루어질 사안인 경우에 소년부가 설치되어 있지 않은 지역일지라도 수사단계에서의 임시조치에 대한 관할권도 소년부에 부여한다면 소년부가 조기에 사건에 개입하게 함으로써 오히려 해당사건이 보다 신속히 처리될 가능성이 높아질 수도 있다.<sup>464)</sup> 이는 보호사건만을 기준으로 판단한 것이고, 수사단계에서의 임시조치는 보호사건에서만 인정되는 것이 아니기에 수사단계에서의 임시조치 제도를 도입하면서 관할권을 소년부에 부여하면 소년부의 부담이 증가할 수밖에 없다. 그러나 이는 ‘현재 형태의 2원적 관할구조’로 인한 것이고, 소년전문법원을 신설하여 현재의 소년부 수에 비해 소년전문법원을 늘리는 것이 이 문제에 대한 근본적인 해결책이라고 할 수 있다.<sup>465)</sup> 현재 소년부의 수가 적다고 하여 지방법원에 수사단계 임시조치 관할권을 인정하는 것은 ‘전문성 강화’라는 요구와 합치한다고 보기 어렵다.

### 3) 임시조치의 유형

#### 가) 재판단계(보호사건)

현행 제18조 제1항은 보호사건 재판단계에서 인정되는 임시조치로, ‘보호자나 소년을 보호할 수 있는 적당한 자 또는 시설에 위탁하는 조치(제1호), 병원이나 그 밖의 요양소에 위탁하는 조치(제2호), 소년분류심사원에 위탁하는 조치(제3호)’를 인정하고 있는데, 개정안은 제18조 제1항을 개정하여 이러한 조치 외에도 ‘피해자의 주거, 학교

464) 보호·교육주의의 관점에서 직권주의 절차구조를 취하고 있는 소년보호사건 절차에서는 제척·기피제도가 인정되지 않고 있다(법원행정처, 법원실무제요 - 소년, 2014, 26면).

465) 소년사건의 관할 통합 및 소년전문법원의 구체적 도입방안에 대해서는 문선주·김윤정·서용성(2019), 소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구, 147면 이하 참조. 소년부의 증대 또는 소년(전문)법원의 신설 필요성에 대해서는 김성은, “소년전문법원의 설립과 운영방안”, 법학논총 제41권 제1호, 2017, 443면 이하; 원혜옥, “한국소년법의 역사적 발전과정 및 현행법의 문제점과 개선방안”, 강원법학 제29권, 2009, 197면; 윤웅장, “소년 임시조치 도입 「소년법」 개정법률안 검토”, 한국형사정책연구원(편), 『소년법에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』 워크숍 자료집, 2020. 9-10면 참조.

등에서 100미터 이내의 접근 금지(제4호), 전기통신을 이용하여 피해자에게 접근하는 것을 금지(제5호), 보호관찰(제6호), 야간 등 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 시간대의 외출 제한(제7호), 소년의 상담·선도·교화와 관련된 단체나 시설에서의 상담·교육(제8호) 조치를 보호사건 재판단계에서의 임시조치로 인정하고 있다. 개정안 제18조 제2항은 “제1항 각 호의 조치 상호 간에는 병합할 수 있다. 다만, 제1항 제7호를 조치하는 경우에는 제6호의 조치를 병합하여야 한다.”고 하여 제1항의 각 조치를 병합하는데 아무런 제한을 두지 않고 있다.<sup>466)</sup> 개정안 제18조 제2항에 의하면 제1항의 각 임시조치는 그 성질상 서로 병합될 수 없는 조치가 아닌 한, 제한 없이 서로 병합될 수 있다.

현행 「소년법」 제32조 제2항은<sup>467)</sup> 제32조 제1항의 보호처분이 상호 병합되어 인정될 수 있는 중국처분으로서의 보호처분의 유형을 나열하고 있다.<sup>468)</sup> 그리고 제32조의 2는 특정 보호처분에 부가될 수 있는 처분의 유형도 명시적으로 나열하고 있다.

현행 「소년법」이 제32조 제1항의 각 보호처분이 병합될 수 있는 유형을 명시적으로 나열하고 있음에도 불구하고, 개정안 제18조 제2항이 제1항의 임시조치가 상호 병합될 수 있는 유형을 명시적으로 나열하지 않고 있는 것은 개정안은 현재 중국처분의 유형으로 인정되고 있는 대부분의 보호처분(병합된 형태 포함)이 재판단계에서의 임시조치로 인정될 수 있다는 입장을 알 수 있다. 이는 다르게 표현하면, 중국처분으로 인정되고 있는 거의 모든 보호처분을 보호사건 재판개시 단계에서부터 인정될 수 있도록 하겠다는 것이다. 보호처분을 재판단계로 앞당겨 시행될 수 있도록 하고, 보다 더 다양한 임시조치가 재판단계에서 인정될 수 있도록 할 필요가 있다고 하더라도, 아직 재판을 통해 범죄행위를 행하였다는 것이 확정되지 않은 자에게 모든 형태의

466) 개정법률안 제18조제2항 단서(“다만, 제1항제7호를 조치하는 경우에는 제6호의 조치를 병합하여야 한다.”)는 외출제한과 보호관찰을 필요적으로 병합하도록 하는 조항일 뿐, 제1항 각호의 조치가 상호 병합될 수 있는 가능성을 제한하지는 않는다.

467) 제32조(보호처분의 결정) ② 다음 각 호 안의 처분 상호 간에는 그 전부 또는 일부를 병합할 수 있다.

1. 제1항제1호·제2호·제3호·제4호 처분
2. 제1항제1호·제2호·제3호·제5호 처분
3. 제1항제4호·제6호 처분
4. 제1항제5호·제6호 처분
5. 제1항제5호·제8호 처분

468) 이에 따라 인정되고 있는 보호처분의 유형에 대해서는 법원행정처, 2019 「사법연감」, 1062-1063면 참조.

보호처분이 재판단계에서 임시조치로 인정될 수 있도록 하는 것은 재판단계에서의 임시조치가 과도한 통제의 수단으로 악용될 여지를 주고 있다. 특히 「보호관찰 등에 관한 법률」상의 보호관찰에 의해 부과될 수 있는 특별준수사항은 제18조 제1항에서 나열하고 있는 조치를 넘어설 수 있다는 점에서 더욱 그러하다.<sup>469)</sup>

#### 나) 수사단계

개정법률안 제4조의2 제1항은 “검사는 … 제18조 제1항 각 호의 임시조치를 청구할 수 있다”고 하고, 제18조제1항의 각 호의 조치가 서로 병합될 수 있다는 규정을 두지는 않고 있다. 그러나 제18조 제1항의 각 호의 조치가 서로 병합될 수 있다는 명시적인 규정이 없을 뿐, “각 호의 임시조치”를 부과할 수 있기에 사실상 병합가능성이 인정되고 있다. 아직 수사단계에 불과하다는 점에서 수사단계의 경우 병합될 수 없는 경우를 명확히 할 필요가 있다.

#### 다) 임시조치로서 “보호관찰”의 적절성

개정안은 「보호관찰 등에 관한 법률」상의 보호관찰을 재판단계 및 수사단계에서의 임시조치로 인정하고 있다. ‘보호관찰법상의 보호관찰’이란 재판 또는 검찰의 처분(보호관찰부 기소유예의 경우)을 통해 범죄행위를 하였다는 것이 확정된 사람에게 부과되는 지도·감독조치이다.<sup>470)</sup> 개정안 제18조 그리고 제4조의2에 의해 인정되고 있는 임시조치는 아직 범죄행위를 행하였다는 것이 검찰의 처분 또는 재판을 통해 확정되지 않은 자에게 부과되는 조치이다. 그러한 자에게 임시조치로서 원호적 성격의 지도·감독을 행하는 것이 가능하다고 하더라도 ‘보호관찰’이라고 칭하는 것은 부적절하다. 적절한 명칭을 고안하는 것이 어렵다면, 굳이 명사형 용어를 마련하고자 할 필요 없이 ‘준수사항 부과를 통한 지도·감독’조치라고 칭하는 것도 한 방안이 될 수 있다.

469) 「보호관찰 등에 관한 법률 시행령」 제19조 제8호에 의하면 “8. 그 밖에 보호관찰 대상자의 생활상태, 심신의 상태, 범죄 또는 비행의 동기, 거주지의 환경 등으로 보아 보호관찰 대상자가 준수할 수 있고 자유를 부당하게 제한하지 아니하는 범위에서 개선·자립에 도움이 된다고 인정되는 구체적인 사항”을 특별준수사항으로 부과할 수 있다.

470) 보호관찰등에 관한 법률 제3조 참조.

#### 4) 임시조치의 청구사유(청구목적)

##### 가) 청구사유의 상이함

개정안은 제18조에서 재판단계에서의 임시조치의 경우 “원활한 조사·심리, 재범방지 또는 피해자보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우”라고 하여 재판단계 임시조치의 목적 및 청구사유로 재범방지와 피해자보호를 추가하고 있다. 그리고 제4조의2 제1항을 통해 재판단계에서 인정되는 모든 임시조치를 수사단계에서 인정하면서도 수사단계 임시조치의 청구사유로는 “범죄를 다시 범할 우려”만을 들고 있다. 개정안 제4조의2 제1항에서 임시조치의 청구사유로 “범죄를 다시 범할 우려”만 언급되고 있는 것은 개정안 준비과정에서의 실수인 것으로 보인다.<sup>471)</sup>

##### 나) “재범방지 또는 피해자보호”를 위한 임시조치의 가능성과 범위

개정안은 “재범방지 또는 피해자보호”를 임시조치의 청구사유(목적)로 추가하고 있다. 현행법상 인정되는 재판단계에서의 임시조치는 “원활한 조사·심리”를 위한 신병확보가 주목적이다. 소년분류심사원 위탁도 주목적은 신병확보를 통한 소년의 성행, 환경 등을 조사하는 것이다. 소년분류심사원 위탁에 의해 시설 내에 구금됨으로써 그 기간 동안 소년의 재범이 방지되고, 피해자보호가 이루어지는 것은 분류심사원위탁의 부수적 효과인 것이지, 현행법이 그러한 효과를 분류심사원위탁의 목적으로 설정하고 있는 것은 아니다. 그러나 개정안은 ① 원활한 조사·심리, ② 재범방지 또는 ③ 피해자보호 3자를 병렬적으로 언급함으로써 3가지 사유를 독자적인 임시조치의 청구사유로 인정하고 있다. 3가지 사유를 각자 독립적인 임시조치의 청구사유로 인정하는 것은 임시조치의 인정범위를 넓히는 것이고, 각 청구사유별로 임시조치가 인정될 수 있는 요건·범위가 법률에서 구체적이면서도 명확히 규정되지 않으면 임시조치가 악용될 수 있다. 예컨대 재범방지를 위한 임시조치의 경우 어떠한 사안에서, 어떠한 유형의 재범방지 임시조치가 인정될 수 있는지가 법률에서 구체화되어 있지 않으면, 피해자보호의 필요성이 인정된다고 하여 피해자보호의 필요성을 강조하면서 사안에서 인정될 수 없는 중한 형태의(예컨대 분류심사원 위탁) 재범방지를 위한 임시조치가

471) 법무·검찰개혁위원회 권고에서 제시된 개정안에서는 수사단계 임시조치에서도 “피해자보호”를 청구사유로 인정하고 있었다(법무부 보도자료, 『소년범죄 처리절차 개선 및 소년피해자 지원 강화』 권고, 2020.4.27., 15면 참조).

부과될 수 있는 것이다.<sup>472)</sup>

## 5) 임시조치의 인정요건 및 범위

### 가) 임시조치의 기간

현행 「소년법」 제18조 제3항에 의하면 보호자, 소년을 보호할 수 있는 적당한 자 또는 시설에 위탁하는 조치는 1개월을 초과하지 못하지만, 특별히 계속 조치할 필요가 있을 때에는 1회에 한하여 연장할 수 있다. 개정안 제18조 제5항에 의하면 재판단계에서 새로이 추가된 임시조치(100미터 이내 접근금지, 전기통신 이용 접근금지, 보호관찰 및 외출제한 조치)의 기간은 원칙적으로 6개월을 초과하지 못하지만, 1회에 한하여 6개월의 범위에서 연장할 수 있기에 최대 1년까지 가능하다.<sup>473)</sup> 중국처분으로서의 보호처분의 한 형태인 단기 보호관찰의 기간은 1년 미만이고, 장기 보호관찰은 원칙적으로 2년을 초과할 수 없지만 1차에 한해 1년의 범위에서 연장할 수 있다. 그리고 단기 보호관찰과 장기 보호관찰의 경우 1년을 한도로 외출제한명령을 부가할 수 있다(제32조의2 제2항 참조). 접근금지, 준수사항 부과(개정법률안은 ‘보호관찰’이라고 하고 있음) 그리고 외출제한 조치는 최대 1년을 한도로 하는데, 이러한 조치는 모두 수사단계에서부터 부과될 수 있다. 개정안 제18조 제12항은 “검사가 사건을 소년부에 송치하는 때에는 이미 행하여진 임시조치는 효력을 잃지 아니한다”고 하여 수사단계에서부터 그러한 임시조치가 부과된 경우에도 최대 1년을 한도로 하도록 하고 있다. 접근금지, 준수사항 부과 그리고 외출제한 조치는 중국 보호처분으로서의 보호관찰처분이 내려지는 경우에 준수사항의 형태로 피보호대상자에게 모두 부과될 수 있는 조치이다. 중국보호처분으로서의 단기 보호관찰의 상한은 1년인데, 임시조치로서의 접근금지, 준수사항 부과(보호관찰) 그리고 외출제한 조치의 상한 또한 1년이다. 현재 보호처분이 내려지기까지 평균 6-7개월이 걸리기에<sup>474)</sup> 개정안은 대부분의 보호사건

472) 이와 유사한 취지로 지적하고 있는 김혁, “재판 전 감독 및 피해자보호제도에 관한 입법안 등에 관한 일고찰”, 한국형사정책연구원(편), 『소년법에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』 워크샵 자료집, 2020, 24-27면.

473) 개정법률안에 의하면 상담·교육 임시조치는 40시간을 초과하지 못하는데, 보호처분의 한 유형인 수강명령(제32조제1항제2호 처분)은 100시간 미만으로 가능하고, 단기/장기 보호관찰 보호처분(제32조제1항제4호 및 제5호 처분)에 부가될 수 있는 상담·교육명령은 3개월 이내를 한도로 한다.

474) 본 보고서 제2장, 제1절, 2 참조.

에서 수사개시부터 보호처분이 내려지기 전까지 계속 단기 보호관찰과 같은 통제를 (범죄)소년에게 할 수 있도록 하고 있는 것이다. 이는 어떠한 사건에 그러한 임시조치가 인정될 수 있는가를 판단하는데 중요한 시사점을 준다. 접근금지, 준수사항 부과 그리고 외출제한 조치는 최소한 단기 보호관찰과 동등한 효과를 가진다는 점에서 재범방지를 위해 그러한 임시조치가 부과되는 경우라면 중국처분으로서 단기 보호관찰처분이 내려질 수 있을 정도 이상의 중한 사안인 경우에 한해 그러한 임시조치가 허용될 수 있다고 보아야 할 것이다.

그리고 재범방지 목적으로 부과되는 임시조치는 보호처분을 중국처분 이전 단계로 앞당기는 것이므로 부과된 임시조치의 기간은 추후 재판을 통해 내려지는 보호처분 기간에 산입되어야 한다. 그렇지 않으면, 재범방지를 위해 인정되는 임시조치는 아직 범죄행위를 하였다가 것이 확정되지 않은 소년에게 보호라는 명목으로 성인범에 비해 과도하게 자유를 제한하는 조치가 될 뿐이다. 2018년에 총 24,494명이 보호처분을 받았는데, 그 중 단기 보호관찰이 부과된 경우는 총 5,738명으로 23.4%이다.<sup>475)</sup> 만약, 재범방지 목적으로 부과된 접근금지, 준수사항 부과(‘보호관찰’) 그리고 외출제한이라는 임시조치가 중국처분으로서 내려지는 보호관찰처분 기간에 산입되지 않는다면, 단기 보호관찰처분이 내려지는 약 1/4 정도의 사건에서 소년들이 보호사건이 진행되고 있다는 이유만으로 “보호”라는 명목아래 기본권을 침해당하게 된다.

한편, 현행 「소년법」 제18조 제3항에 의하면 시설위탁의 최대상한은 6개월이고, 소년분류심사원 위탁의 최대상한은 2개월인데, 개정안 제4조의2 제1항에 의해 그러한 임시조치도 수사단계에서부터 부과될 수 있다. 개정안 제18조 제12항에 의하면 수사단계에서 부과된 시설위탁 또는 소년분류심사원 임시조치는 소년부 송치가 이루어지더라도 효력을 잃지 않는다. 이와 관련하여서는 다음과 같은 문제가 발생한다. 첫째, 시설위탁의 경우 최대 6개월로 제한하는 것이 적절한가이다. 고아 등과 같이 경우에 따라서는 중국처분이 내려질 때까지 소년을 시설 위탁해야 할 필요가 있는 사안도 있기 때문이다. 둘째는, 개정안에 의하면 소년분류심사원 위탁의 경우 소년이 성인범에 비해 부당하게 불리하게 취급되는 결과가 초래된다. 성인범의 경우 수사단

475) 4호처분: 279명. 1,2,4호 병합처분: 3,022명. 1,3,4호 병합처분: 958명. 1,4호 병합처분: 1,447명. 4,6호 병합처분: 32명. 법원행정처, 2019 「사법연감」, 1062-1063면 참조.

계에서 최대 구속기간은 1개월이다. 개정안에 의하면 수사단계에서부터 2개월을 상한으로 하여 소년분류심사원 위탁이 가능하게 되는데, 소년분류심사원 위탁이 사실상 구속과 같은 기능을 한다는 점을<sup>476)</sup> 고려하면, 이것은 수사단계에서 성인범에 비해 소년에게 장기간의 구금을 인정하게 되는 결과를 초래한다. 따라서 수사단계에서도 소년분류심사원위탁을 임시조치로 인정하고자 한다면 1개월을 한도로 한다는 것을 명시해야 할 것이다. 셋째로, 수사단계에서 소년분류심사원 위탁 임시조치가 취해진 경우, 재판단계에서는 소년분류심사원위탁 임시조치가 새로이 내려질 수 없는가라는 문제가 발생한다. 현행법에 의하면 재판단계에서만 2개월을 상한으로 하는 분류심사원위탁이 가능한데, 분류심사원위탁 조치를 수사단계에서부터 가능하도록 하는 경우 전체 2개월을 한도로 할 수도 있지만, 수사단계에서는 1개월을 한도로 하고, 재판단계에서는 2개월을 한도로 분류심사원위탁 조치를 할 수 있도록 하는 방안도 생각할 수 있다. 넷째, 수사단계에서의 분류심사원 위탁조치의 기한이 1개월로 한정되지 않고, 수사단계에서의 분류심사원 위탁조치의 인정요건이 구체적으로 규정되지 않으면, 수사단계에서의 분류심사원 위탁조치는 엄격한 요건이 요구되는 구속을 수사단계에서 회피하기 위한 수단으로 이용될 수 있다.<sup>477)</sup>

#### 나) 임시조치별 인정 요건 및 범위

개정법률안의 가장 큰 문제점은 조사·심리 외에 “재범방지 또는 피해자보호”를 임시조치의 청구사유(목적)로 추가하고, 임시조치의 유형도 추가하였으며, 이러한 임시조치가 모두 수사단계에서부터 가능하도록 하면서도 법규정상으로는 모든 범죄에서 이러한 임시조치가 가능하도록 하고 있다는 점이다. 즉, 임시조치의 성격(목적)에 따라, 절차단계에 따라 그리고 개별 임시조치 유형에 따라 임시조치가 인정될 수 있는 요건과 범위를 상세히 정하지 않고 있다는 점이다.

먼저, 접근금지와 같은 피해자보호를 위한 임시조치의 경우, 접근금지를 할 필요성이 있는 사안이라면 범죄혐의의 정도와 상관없이 수사단계에서부터 인정될 수 있다고

476) 김지선(2003), 소년미결구금에 관한 연구, 72면 이하; 최병각, “소년법상 임시조치의 법적 성격”, 한국형사정책연구원(편), 『소년범에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』 워크샵 자료집, 2020, 15면; 김혁(2020), “재판 전 감독 및 피해자보호제도에 관한 입법안 등에 관한 일고찰”, 24면.

477) 이러한 악용 가능성을 지적하고 있는 김혁, 위의 글, 26-27면.

볼 수 있을 것이다. 학교폭력, 성폭력범죄를 포함한 폭력범죄가 문제되는 경우 그리고 스토킹 행위와 같은 범죄행위가 문제되는 경우에 접근금지의 필요성이 인정되고, 법규정에서 그러한 범죄를 명시적인 예로 언급할 필요가 있다.

다음으로, 재범방지를 위한 임시조치의 경우, 임시조치는 아직 수사단계 그리고 재판단계에 있는 소년에게 인정되는 것 즉, 아직 범죄행위를 하였다는 것이 확정되지 않은 소년에게 부과되는 것이므로 이를 반영하여 그러한 임시조치가 인정되기 위한 요건과 범위를 정하여야 한다. 범죄를 범하였다는 개인성이 인정될 것은 재범방지를 위한 임시조치가 인정되기 위한 공통적인 요건이라고 보아야 한다. 따라서 수사단계의 경우 재범방지를 위한 임시조치는 최소화되어야 하고, 수사단계에서는 소년이 범죄를 범하였다는 것이 객관적인 증거에 의해 명백한 경우가 아닌 한, 일반적으로 수사 중반 이후에서나 가능한 것으로 보아야 한다.

그리고 재범방지를 위한 임시조치가 인정될 수 있는 요건은 임시조치 유형, 사건에서 문제되는 범죄의 유형·경중, 해당 소년 관련 특성을 함께 검토할 필요가 있다. 소년분류심사원 위탁 조치는 사실상 구속에 대응하는 수단으로 기능하므로 소년원송 처치분이 내려질 수 있는 경우에 한해 가능하다고 하는 것이 적절하다. 이는 현재 분류심사원 위탁조치와 관련하여 과밀수용이 문제되고 있는 점에서도 그러하다. 그리고 재범방지를 위한 준수사항 부과(‘보호관찰’), 외출제한 조치는 1년을 상한으로 하므로 수사단계에서는 장기 보호관찰 이상의 처분이 내려질 수 있는 사안, 재판단계에서의 임시조치의 경우 단기 보호관찰 이상의 처분이 내려질 수 있는 사안인 경우에 가능하다고 하는 것이 적절하다.

한편, 피해자보호를 위한 임시조치와 달리 재범방지를 위한 임시조치는 재산범죄뿐만 아니라 피해자 없는 범죄에서도 인정될 수 있다. 그러나 재범방지를 위한 임시조치는 해당 사건의 피해자에 대한 재범을 방지하기 위한 조치가 아니라,<sup>478)</sup> 일반적인 재범의 위험성을 (즉, 아직 특정되지 않은 피해자에 대한 범행의 위험성을) 기초로 판단되는 것이므로 혐의소년 관련 특성이 중요하게 고려되어야 한다. 해당 소년에게 기존 범죄전력이 있는지,<sup>479)</sup> 범죄의 습성이 있는지, 범죄전력이 있는 친구들과의 교우관계 등은

478) 해당 사건의 피해자에 대한 재범을 방지하기 위한 임시조치는 피해자보호를 위한 임시조치로 이해되어야 한다.

479) 해당 소년에게 기존 범죄전력이 있는지를 판단함에 있어서는 수사경력자료, 전과기록 등 수사

재범방지를 위한 임시조치가 인정될 수 있는 해당 소년관련 특성에 해당한다.

#### 다) 임시조치의 집행기관

현행 「소년법」 제18조 제5항은 사법경찰관리도 재판단계 임시조치의 집행기관으로 인정하고 있다. 그런데 개정법률안 제18조 제9항은 재판단계 임시조치의 집행기관을 임시조치 유형별로 구분하면서 사법경찰관리를 제외하고 있다.<sup>480)</sup> 사법경찰관리를 재판단계 임시조치의 집행기관에서 제외해야 할 특별한 이유가 없으므로 사법경찰관리를 재판단계 임시조치의 집행기관으로 추가하는 것이 적절하다. 한편 수사단계의 경우 임시조치 집행기관에 관한 명문 규정이 없는데, 제18조 제5항이 준용된다고 하던지, 명시적 규정을 두어야 할 것이다.

#### 6) 임시조치의 취소·변경 및 임시조치 불이행의 효과

개정법률안 제18조 제10항은 재판단계 임시조치의 경우 “소년부등 판사는 직권 또는 위탁받은 자나 임시조치를 집행하는 기관의 장의 신청에 따라 결정으로써 해당 임시조치를 취소하거나 그 종류를 변경할 수 있다.”고 하고 있다.<sup>481)</sup> 그리고 제4조의2 제2항에 의하면 수사단계 임시조치의 경우, 범죄소년이 분류심사위원탁 이외의 임시조치를 위반하여 범죄가 재발될 우려가 있다고 인정되는 경우 검사는 직권으로 또는 보호관찰관, 사법경찰관 등 위탁받은 자나 집행 기관의 장의 신청에 의하여 소년부등에 제18조 제1항 제3호의 임시조치를 청구할 수 있다.

임시조치의 취소·변경은 한편으로는 상황의 변화에 능동적으로 대응하기 위해서 필요하고, 다른 한편으로는 임시조치 불이행 소년에 대해 단계적으로 임시조치의 강도를 높임으로써 임시조치의 이행을 강제하는 수단으로 이용될 수도 있다. 그러나 후자와 관련하여서는 임시조치가 통제망을 확대하는 수단으로 악용되지 않도록 유의할 필요가 있다. 외국의 경우 준수사항 부과, 시설위탁 등이 조건부과를 통한 피의자/

기관이 관리하는 기록에만 의존할 것이 아니라, 충실한 결정전조사를 통해 수사기관에 입건되지 않은 사건에 대한 정보도 최대한 입수할 수 있도록 노력해야 한다.

480) 수사단계 임시조치의 경우 개정법률안 제4조의2 제2항이 사법경찰관리를 임시조치의 집행기관으로 인정하고 있다.

481) 이 규정은 재판단계에서의 임시조치에 관한 규정인데, 임시조치 관할법원을 “소년부등”이라고 하고 있는 것은 실수인 것으로 보인다.

피고인 보석제도의 일환으로 소년에 대한 구속/구금을 대체하는 수단으로 이용되고 있다. 개정법률안은 임시조치별로 인정 요건에 대해 구체적으로 규정하지 않고 있기에 제안조문에 의하면 원활한 조사·심리의 필요성, 재범위험성 또는 피해자보호의 필요성이 인정되기만 하면 모든 범죄에서 임시조치가 이루어질 수 있다. 즉, 이러한 청구사유 중 어느 하나만 인정되면 단기 보호관찰처분에 준하는 통제가 소년에게로 행해질 수 있다. 그리고 제4조의2 제2항에 의하면 그러한 임시조치에 위반하기만 하면 중대한 또는 현저한 위반인지, 아닌지를 따지지도 않고 수사단계에서부터 분류심사원 위탁이 가능하다. 단기 보호관찰처분이 내려질 수도 없는 경미한 사안에서 수사단계에서부터 '준수사항 부과를 통한 지도·감독조치(‘보호관찰’)'라는 임시조치가 부과되고, 그러한 임시조치를 위반하였고 재범위험성이 인정된다고 하여(현저한 위반이 아닌 경우에도) 분류심사원위탁으로 변경된다면 이는 임시조치가 모든 범죄를 대상으로 하여 통제망을 확대하는 수단으로 악용될 수 있다. 즉, 수사단계에서 구속과 같은 효과를 가질 수 있는 분류심사원 위탁 임시조치를 손쉽게 인정하는 방안으로 임시조치 변경제도가 이용될 수 있다. 이러한 부작용을 방지하기 위해서는 앞에서 살펴본 바와 같이 임시조치 의 유형별 요건을 구체적으로 법률에서 규정해야 하고, 소년분류심사원 위탁 임시조치가 가능한 사안인 경우일지라도 가능한 '준수사항 부과를 통한 지도·감독조치' 또는 개방형 민간 소년보호시설 위탁조치를 먼저 부과하고, 준수사항 위반 시에 분류심사원 위탁 임시조치로 변경하는 방식으로 임시조치 제도를 구상해야 할 것이다.

#### 7) 임시조치 관련 피해자의 의견진술권

제4조의2 제3항은 “제4조의2 제1항 및 제2항의 경우 피해자 또는 그 법정대리인은 검사 또는 사법경찰관에게 제1항 및 제2항에 따른 임시조치의 청구 또는 그 신청을 요청하거나 이에 관하여 의견을 진술할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 수사단계에서 임시조치의 신청/청구 또는 분류심사원 위탁으로의 변경 신청/청구와 관련하여 사법경찰관 또는 검사에게 피해자의 의견을 의무적으로 청취하도록 하고 있는 것이 아니고, 피해자 또는 법정대리인이 원하는 경우 그들에게 의견을 진술할 기회를 보장하고 있는 것이다. 즉, 이 규정에 기해 사법경찰관 및 검사가 피해자의 의견에

기속되는 것은 아니므로 이러한 정도의 진술기회 보장은 적절하다. 그러나 동 규정에 의하면 모든 임시조치 유형과 관련하여 피해자 또는 그 법정대리인은 임시조치의 신청 또는 변경을 요청할 수 있고, 개정안 제4조의2 제4항에 의하면 사법경찰관이 피해자 또는 그 법정대리인의 그러한 요청에 응하지 않는 경우 검사에게 그 사유를 보고해야 한다. 개정안이 피해자측에 임시조치의 신청·변경에 대해 요청할 수 있도록 한 것은 접근금지조치와 같은 피해자보호를 위한 임시조치를 염두에 둔 것이라고 할 수 있다. 피해자보호의 성격을 가지지 않고, 오로지 재범방지를 위한 임시조치가 부과될 수 있는 사안에서도 (예컨대 피해자보호를 위한 임시조치가 인정되기 어려운 절도사건등 재산범죄의 경우) 피해자측에 임시조치의 신청 및 변경에 대해 요청할 수 있도록 하는 것은 과도한 피해자보호라고 할 수 있다. 임시조치 신청 또는 임시조치의 변경에 대해 요청할 수 있도록 하는 것은 피해자보호 성격을 가지는 임시조치로 한정할 필요가 있다.

#### 8) 불복수단

개정법률안은 임시조치 청구사유 및 임시조치 유형을 추가하고, 임시조치를 수사단계로 확대하면서도 소년의 불복수단에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 현재의 임시조치는 재판단계에서만 인정되고, 분류심사원위탁이 사실상 보호사건에서의 구속과 같은 기능을 할지라도, 현재의 분류심사원 위탁은 ‘조사·심리를 위해 필요한 경우’에만 인정된다. 개정법률안은 “재범방지”를 임시조치의 목적으로 추가하고 있는데, ‘재범방지’를 다르게 표현하면 ‘교화를 통한 범죄예방’이라고 할 수 있다.<sup>482)</sup> 범죄행위를 하였다는 것이 아직 확정되지 않은 자에게 ‘교화를 통한 범죄예방’조치로서의 임시조치를 인정하면서 아무런 불복수단을 규정하지 않고 있는 것이 적절한지 의문이다.<sup>483)</sup> 이에 대해서는 아래의 종합적 검토 부분에서 좀 더 자세히 살펴본다.

482) 같은 취지 최병각(2020), “소년법상 임시조치의 법적 성격”, 14면 및 21면.

483) 현재의 재판단계 임시조치에서 불복수단을 인정하지 않고 있는 것을 비판하고 있는 최정규 외 6인(2018), 아동·청소년 인권보장을 위한 소년사법제도 개선 연구, 314-315면.

## 나. 종합적 검토

### 1) 임시조치의 성격 및 임시조치에 요구되는 요건

개정법률안은 '수사개시 이후 중국 보호처분 전'까지의 기간에 소년이 '재범을 하는 것을 방지'하기 위한 임시조치를 인정하고 있다. 그리고 임시조치의 유형도 추가하고, 수사단계로 임시조치를 확대함으로써 사실상으로는 중국 보호처분을 수사단계로 앞당기고 있다. 보호처분은 형사처벌은 아닐지라도 범죄행위를 하였다는 것이 확정된 소년에게 부과되는 자유제한 또는 자유박탈적 처분이다.<sup>484)</sup> 그리고 "재범방지"를 위해 수사단계에서부터 부과될 수 있는 개정법률안상의 임시조치는 자유제한적 또는 자유박탈적 처분을 아직 범죄행위를 행했다는 것이 확정되지 않은 자에게 부과하는 것이다. 임시조치는 형벌이 아니라 원호적 성격이 강조되는 조치이고, '범죄예방의 실효성'제고를 위해 수사단계로까지 임시조치를 앞당길 수 있다고 하더라도 '교화'를 표방하는 자유 제한적/박탈적 처분을 아직 범죄행위를 행했다는 것이 확정되지 않은 자에게 부과하기 위해서는 처분의 유형에 따라 엄격한 요건을 설정해야 한다. 그리고 그러한 요건에 합치하지 않는 임시조치가 부과되는 경우 소년이 불복할 수 있도록 불복수단을 마련해야 한다.<sup>485)</sup> 또한 부과된 임시조치의 기간은 재판을 통한 보호처분에 산입되어야 하고, 만약 범죄혐의 없음을 이유로 심판불개시 또는 불처분 결정이 내려지는 경우에는 부과된 임시조치에 대한 보상이 이루어져야 한다. 이러한 요건들이 충족되지 않은 '확대된 임시조치'를 인정하는 것은 오히려 성인범에 비해 소년을 "보호"라는 명목으로 불리하게 처우하는 것이다.

484) 이를 강조하고 있는 임상규, "소년범죄의 합리적 처리방안", 형사법연구 제17호, 2002, 239-238면; 강지명, "소년법상 보호처분의 체계적 정비방안 - 회복적 공동체 사법에 의한 연령별 보호처분 마련을 중심으로", 공공사회연구 제7권 특별호, 2017, 97면; 홍관표, 소년사법제도 개선을 위한 관련 법령 검토, 저스티스 통권 제161호, 2017, 236면; 최병각(2020), "소년법상 임시조치의 법적 성격", 14면 및 21면; 반면에 순수한 복지적·교육적 성격의 처분이라고 보는 한영선, "한국의 소년법 처리실태와 개선방안: 보호처분을 중심으로", 한국청소년학회 학술대회, 2018, 238면.

485) 성인범에게 인정되는 수사단계에서의 임시조치라고 할 수 있는 구속의 경우 구속적부심사청구제도 등의 불복수단이 마련되어 있다. 소년범에게 자유제한적·자유박탈적 임시조치를 부과하면서 불복수단을 인정하지 않는 것은 성인에 비해 소년을 부당하게 불리하게 취급하는 것이다. 독일의 경우 임시조치 및 임시조치의 변경에 대해서는 항고를 제기할 수 있다.

## 2) 조기개입과 보호 vs 통제망의 확대(net widening)?

개정법률안상의 확대된 임시조치는 앞에서 살펴본 바와 같이 임시조치가 인정될 수 있는 요건 등을 구체화하지 않은 채 제안된 조문상으로는 모든 범죄에서 임시조치가 가능하도록 하고 있다. 이는 조기개입 및 보호의 필요성만 강조한 채, 통제망의 확대라는 부작용을 가져올 수 있는 임시조치를 제도화하는 것이다. 개정법률안의 이러한 문제점은 다음과 같은 점들에 의해서도 확인된다.

첫째, 법무·검찰개혁위원회 권고안은 임시조치의 확대와 함께 검사결정전 조사의 강화, 소년전담검사제도 확립 등과 같은 다른 조치도 함께 권고하였지만, 개정법률안은 임시조치 확대를 위한 법개정만을 제안하고 있다. 검사결정전 조사의 강화, 전담검사제 확립 등의 조치는 소년의 성행, 환경 등에 대한 충실한 조사가 수사단계에서부터 이루어질 수 있도록 한다. 이러한 조치가 함께 취해지지 않고, 모든 범죄에서 수사단계에서부터 임시조치가 가능하도록 하는 것은 통제망의 확대라는 부작용을 방지하기 어렵다.<sup>486)</sup>

둘째, 개정법률안은 제안이유에서 보호처분이 내려지기까지 약 6개월의 기간이 걸리는데, 이 모든 기간 동안 관리·감독의 공백이 있는 것처럼 서술하고 있는데, 현재에도 재판단계에서는 수사명령제도를 이용한 여러 유형의 처분전조사제도가 활발히 활용되고 있다.<sup>487)</sup> 재판단계에서의 조사·심리를 위한 임시조치의 경우 현재 시행되고 있는 여러 처분전조사제도 유형을 법률에서 명시적으로 규정하고, 그러한 처분전조사제도가 활성화되도록 할 필요가 있다. 이는 판결 전 조사가 충실히 이루어지도록 하면서 재판단계에서의 다이버전(예컨대 심리불개시결정)이 보다 활성화되도록 하는 것이다.

셋째, 개정법률안에 의하면 분류심사원위탁이 현재보다 더욱 많이 이루어질 수 있는데, 현재 분류심사원위탁이 가지는 문제점에 대한 개선책 없이 개정법률안과 같이 분류심사원 위탁이 현재보다 많이 이루어질 수 있도록 한다면 재범방지라는 개정법률안의 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다. 현재 분류심사원은 1곳만 존재하고, 과밀수용의 문제점을 가지고 있다.<sup>488)</sup> 뿐만 아니라 소년보호시설위탁 임시조치가 법

486) 수사단계 임시조치는 검사결정전 조사 의무화와 함께 도입되어야 한다고 하는 이유진, “검사결정전 조사제도와 검사임시조치청구제도의 관계”, 한국형사정책연구원(편), 『소년법에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』 워크샵 자료집, 2020, 31-32면.

487) 이에 대해서는 본 보고서 제2장, 제2절, 2. 나 참조.

으로 규정되어 있으나 적절한 소년보호시설이 없어 재비행위험성이 낮지만 부모의 보호력이 없거나 돌아갈 집이 없는 촉법소년 등이 분류심사원 위탁조치를 받고 있다.<sup>489)</sup> 이러한 문제들에 대한 개선책 없이 분류심사원위탁 임시조치를 확대한다면 위탁조치 대상자만 늘어나게 함으로써 재판 전 단계에서의 재범방지라는 임시조치의 목적에 역행하는 결과를 초래할 수 있다.

넷째, 관련 기관의 상호협력 강화, 정보공유 강화 없이 개정법률안에서와 같이 임시조치를 확대하는 것은 통제망의 확대라는 부작용을 초래할 개연성이 높다. 개정법률안의 발의 배경이 된 인천 여중생 특수강간 사건에서도 최초 입건 범죄는 상습적으로 행해지는 경우가 많은 이른바 ‘학교폭력’ 사안이었지만, ③번 특수강간 사건 그리고 이전의 2건 폭력사건 모두 학교 외에서 발생하였다. 그리고 이 사안의 경우 ①번 사건의 사실관계만 보아도 A는 ①번 사건 이전부터 또래들에게 폭력행위를 행하였고 불 여지가 충분하다. 이 사안에서 ①번 사건을 입건한 경찰 그리고 사건을 송치받은 검찰이 얼마나 결정전조사를 충실히 하였는지 의문이다. 만약 ①번 사건과 관련하여 검사결정전 조사가 충실히 행해지고, 접근금지조치, 외출제한과 같은 적절한 임시조치가 취해질 수 있었다면 A가 ③번 특수강간을 범할 가능성은 줄어들었다고 할 수 있다. 이처럼 검사결정전 조사의 확대·강화가 함께 이루어질 때 수사단계로 임시조치를 확대하는 것이 단순히 통제망을 확대하는 것이 아니라 사안에 맞는 적절한 임시조치가 취해지도록 하는 방안이다. 검사결정전 조사가 충실히, 제대로 이루어지기 위해서는 충분한 인력이 있어야 하고, 관련 기관의 정보공유도 제대로 이루어져야 한다.<sup>490)</sup> 영국의 YOT, 독일의 소년사법원호제도 및 사건별 대응회의와 같이 우리나라도 경찰, 보호관찰소, 소년 담당 복지행정기관, 민간 소년원호시설 종사자, 법원의 조사관 등으로 구성되는 사건별 대응팀을 구성하도록 하여 상호협력을 통해 검사결정전 조사

488) 이에 대해서는 본 보고서 제2장, 제2절, 2. 가 참조.

489) 이에 대해서는 본 보고서 제2장, 제2절, 2. 가 참조.

490) 관계기간 관 정보공유의 부족 문제점을 지적하고 있는 이승현·권해수(2018), 소년범 조건부기 소유예제도의 내실화방안 연구, 53면 이하; 이승현·박성훈, 소년강력범죄에 대한 외국의 대응 동향 및 정책 시사점 연구, 한국형사정책연구원, 2017, 32-34면; 정수경, “소년사법제도 개선 방안”, 대한변호사협회(편), 『소년사법제도 개선방안 입법포럼』 자료집, 2019, 28면; 검사결정전 조사를 받은 소년이 수사단계에서의 임시조치로 소년분류심사원위탁 처분을 받은 경우 소년분류심사원에서 이중으로 조사가 이루어지지 않도록 보호관찰소에 의한 검사결정전 조사 결과가 소년분류심사원에 공유되는 시스템을 마련할 필요가 있다고 하는 이유진(2020), “검사결정전 조사제도와 검사임시조치청구제도의 관계”, 31면.

가 충실히 이루어지고, 이러한 조사결과가 재판단계에서 보완되도록 하는 것이 적절한 임시조치가 이루어지는 동시에 사건의 신속한 처리도 이루어지도록 하는 방법으로 보인다.<sup>491)</sup> 다섯째, 수사단계에서의 임시조치와 수사단계에서의 다이버전제도(경찰 훈방 및 검사에 의한 기소유예 제도)는 구분되어야 한다. 법무·검찰개혁위원회는 “선도조건부 기소유예보다 강력한 조치 필요”를 임시조치 확대의 한 이유로 제시하고 있는데, 선도조건부 기소유예는 범죄행위를 하였다는 것이 확정된 소년이고 기소하지 않아도 될 정도의 경미한 사안인 경우를 대상으로 한다. 현행 선도조건부 기소유예에서 감독제도가 충분하지 않다면 기소유예를 할 사안(범죄행위를 행하였다는 것이 확정된 경미한 사안)을 대상으로 감독을 강화하는 방안을 취해야 하는 것이지, 선도조건부 기소유예에서 감독방안이 충분하지 않다는 것을 이유로 사안의 경중, 범죄의 유형, 임시조치의 유형·성격을 구분하지 않고 모든 범죄를 대상으로 수사단계에서의 임시조치가 가능하도록 하는 조항을 도입할 수는 없다.

임시조치를 확대할 필요성은 인정되지만, 과연 개정법률안이 위와 같은 여러 사항들을 함께 고려하면서 숙고 끝에 입안된 것이라고 할 수 있는지 의문이다.

### 3) 피해자보호를 위한 조치와 「소년법」의 조화 여부

개정법률안은 보호사건 재판단계에서의 임시조치에 피해자보호를 위한 접근금지조치를 추가하고, 재판단계에서 인정되는 모든 임시조치가 수사단계에서도 인정될 수 있도록 함으로서 피해자에게로의 접근금지 조치가 수사단계에서도 인정될 수 있도록 하고 있다. 피해자보호를 위한 접근금지 조치가 필요한 사안이라면 접근금지조치는 수사단계에서부터 인정되어야 한다는 것에는 큰 이문이 없을 것이다. 문제는 「소년법」은 제1조(목적)에서 “반사회성이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것”을 「소년법」의 목적으로 규정하고 있는데, 피해자보호를 위한 접근금지조치를 「소년법」에서 규정하는 것이 「소년법」의 목적과 조화될 수 있는가이다.

이와 관련하여 「소년법」은 범죄행위를 행한 범죄소년 및 촉법소년 그리고 우범소년

491) 소년사법 관련 기관의 상호 연계·협력 강화의 필요성에 대해서는 최정원·강경균·강소영·김혁·이미영, 소년법의 재범 실태 및 방지대책 연구, 한국청소년정책연구원, 2018, 347면 이하 참조.

의 건전한 성장을 위한 법률이지, 소년범죄 피해자를 보호하기 위한 법률은 아니므로 소년범죄 피해자를 보호하기 위한 접근금지조치는 범죄피해자보호법 또는 개별범죄 관련 특별법(예컨대, 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 등)에서 규율하는 것이 적절하다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 소년범죄의 특성·동향을 고려할 때 소년범죄의 피해자인 소년의 보호를 위한 접근금지 조치의 필요성은 높는데 반해 현행법상 소년 범죄로 인한 소년피해자의 보호를 위한 접근금지조치에 대한 규율은 불충분하다는 점을 고려할 필요가 있다.

법무연수원 발간 범죄백서에 의하면 2018년 전체 소년범<sup>492)</sup> 인원은 66,142명인데,<sup>493)</sup> 2018년에 경찰이 학교폭력으로 검거하여 조치한 사건은 13,367건이다.<sup>494)</sup> 한편 2018년 전체 소년범 중 형법범은 54,205명인데, 강력범죄(흉악)<sup>495)</sup> 비율이 6.5%, 강력범죄(폭력)<sup>496)</sup> 비율이 36.4%였으며, 양자를 합치면 42.9%이다.<sup>497)</sup> 소년 형법범죄 중 강력범죄가 차지하는 비율은 2009년 ~ 2018년 사이에 34.7% ~ 42.9%대를 유지하고 있다. 통계자료에서 '강력범죄'란 개념은 범죄 자체가 중한 경우를 의미하고, 구체적인 사안의 경중을 표현하는 것은 아니기에 강력범죄가 차지하는 비율의 증감을 가지고, 소년범죄가 흉포화 경향을 나타내고 있는지는 정확히 알 수 없다. 그러나 소년 형법범죄에서 강력범죄가 차지하는 비율이 1/3을 넘고 있고, 학교폭력이 전체 소년범의 1/5에 달한다.<sup>498)</sup> 폭력범죄는 전형적인 대인범죄이기에 소년의 폭력범죄는 대부분 소년에게로 범해진다고 보는 것이 합리적이다.<sup>499)</sup> 나아가 학교폭력의 문제를 통해서 잘 알 수 있듯이, 소년 폭력범죄의 상당수는 교우관계 등 지인관계에서 발생하

492) 우범자를 제외하고, 범죄행위를 저지른 범죄소년과 촉법소년을 의미한다.

493) 법무연수원, 2019 범죄백서, 534면 참조.

494) 경찰청, 2018 경찰통계연보, 86면.

495) '강력범죄(흉악)'은 살인, 강도, 방화 그리고 성폭력을 의미한다.

496) '강력범죄(폭력)'은 상해, 폭행, 공갈, 폭처범위반(손괴등) 그리고 기타를 의미한다.

497) 법무연수원, 2019 범죄백서, 538면 참조.

498) 이는 경찰에 입건된 학교폭력만을 기준으로 한 것이다.

499) 현재 경찰, 검찰 및 법원은 소년범죄 중 소년에게로 범해진 범죄가 어느 정도인지에 대한 통계를 따로이 산출하지 않고 있기에 소년범죄로 인한 소년피해자의 수와 비율을 정확히 알 수는 없다. 한편, 소년범죄 중 가장 많은 비율을 차지하는 것은 재산범죄인데, 소년의 재산범죄도 상당수는 소년을 대상으로 이루어진다고 추측할 수 있다.

곤 한다. 이러한 소년 폭력범죄의 특성을 고려하면 소년의 폭력범죄로 인한 소년 피해자를 보호하기 위한 접근금지조치의 필요성은 매우 높다. 그러나 현행법에서 소년의 폭력범죄로 인한 소년 피해자를 보호하기 위한 접근금지조치를 일반적으로 규율하고 있는 법률은 없다.

현행법상 피해자보호를 위한 접근금지조치를 명시적으로 규정하고 있는 법률은 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」과 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」인데, 이 두 법률은 가정폭력범죄 그리고 아동학대범죄에만 적용된다. 소년의 폭력범죄에 대해 가장 일반적으로 규율하고 있는 법률은 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」이고, 동 법률 제16조(피해학생의 보호)는 제6항을 통해 “그밖에 피해학생의 보호를 위하여 필요한 조치”를 인정하고 있지만, 동 법률은 소년이 소년에게로 범한 폭력범죄 전반을 대상으로 하지 않고, “학교 내외에서” 이루어진 학교폭력만을 대상으로 한다. 뿐만 아니라 동 법률은 “학교 내외에서의” 학교폭력, 따돌림 등에 대한 학교 및 교육부의 대응책을 규율하고 있지, 수사기관의 수사활동과 관련된 임시조치에 대해 규율하지 않는다.

위와 같이 현행법상의 특정 범죄 관련 일부 특별법은 한정된 적용범위, 상이한 입법목적으로 인해 그러한 법률에서 인정되고 있는 접근금지조치 규정이 소년폭력범죄의 피해자인 소년 전반에 적용될 수 없다는 한계점을 가진다. 그렇기에 그러한 법률에 소년폭력범죄의 피해자가 소년인 경우를 위한 접근금지조치 규정을 신설하는 것도 적절하지 않다.<sup>500)</sup> 소년범죄 피해자인 소년을 보호하기 위한 접근금지조치를 인정하는 가장 이상적인 방안은 형사소송법 또는 「범죄피해자 보호법」에 접근금지조치를 인정해야 할 범죄사안을 일반적인 차원에서 정하여(예컨대 ‘생명·신체와 관련된 범죄, 스토킹 범죄 등 범죄혐의자가 피해자에게로 접근하는 경우 피해자에게 위해가 될 수 있는 경우’와 같이 일반적으로 규정하여) 범죄피해자보호를 주목적으로 하는 접근금지조치 규정을 신설하는 것이라고 할 수 있다. 이 방안은 범죄피해자 일반에 적용될 수 있는 접근금지조치 규정을 명문화할 수 있다는 장점을 가진다. 그러나 이것 또한 쉽게 달성 될 수 있는 방안으로 보이지는 않기에 「소년법」에서 목적 규정에

500) 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」이 수사기관의 수사활동까지 포함하여 학교폭력 대응책을 규율하는 법률이라면 동 법률에 소년폭력범죄 피해자인 소년을 위한 접근금지조치에 대해 규율할 수도 있지만, 현재의 학교폭력예방법은 그러한 법률이 아니다.

‘소년범죄의 피해자인 소년의 건전한 성장’을 추가하고 접근금지조치를 임시조치의 하나로 인정하는 것은 차선책으로 가능하다고 할 수 있다.

#### 4) 규정의 위치·체계의 문제점

개정법률안은 수사단계에서의 임시조치 판단에 대한 규정을 재판단계에서의 임시조치에 관한 조문인 제18조의 제3항에 위치시키고 있다. 그러나 이것은 다음에 비하면 사소한 문제이다. 개정법률안은 수사단계의 임시조치에 관한 규정인 제4조의2를 제2장(보호사건) 제1절(통칙)에 위치시키고 있다. 수사단계에서는 사건이 보호사건인지, 아니면 형사사건인지에 대해 아직 정해지지 않은 상황이다. 그럼에도 불구하고 개정법률안은 수사단계의 임시조치에 관한 규정을 보호사건 통칙 부분에 위치시키고 있다. 이는 우리 「소년법」에 소년범죄의 수사에 관한 규정들을 모아 놓은 독립된 장이 없기에 그러한 것이다.

보호처분의 성격을 어떻게 이해하든 보호처분도 (우범소년을 제외하면) 범죄행위를 한 자에게 부과되는 제재적 성격의 처분이기에 「소년법」은 형사소송법의 특별법이라고 할 수 있다. 그리고 재판단계에서는 보호사건과 형사사건으로 이분될지라도 소년범죄 수사절차는 양 재판절차에 앞서는 공통적인 절차단계이다. 따라서 소년범죄 수사절차를 독립된 장으로 편제하여 소년범죄 수사에 관한 규정들을 그 장에 위치시키는 것이 소년사건의 절차 흐름에 부합하고, 관련 규정의 체계정합성도 높인다. 현행 「소년법」에서 제2장(보호사건)과 제3장(형사사건)에 흩어져 있는 경찰 및 검찰 단계에서의 소년사건 처리에 관한 규정들을 예컨대 “경찰 및 검찰의 소년사건 조사” 또는 “경찰 및 검찰의 소년사건 처리”라는<sup>501)</sup> 제목 하에 새로이 제2장으로 편제하는 것은 그리 어려운 작업이 아니다.

한편, 현행 「소년법」은 제48조를 통해 「소년법」에 특별한 규정이 없는 경우 형사사건의 경우에만 형사소송법 규정들이 준용되도록 하고 있고, 보호사건의 경우 그러한 규정을 두지 않고 있다.<sup>502)</sup> 반면에 가정폭력처벌법 제18조의2는 가정보호사건의 경우

501) 범죄소년사건뿐만 아니라 촉범소년사건과 우범소년 사건을 포함하여 규율하기 위해서는 “수사”라는 용어를 사용하기 보다는 중립적이라고 할 수 있는 “조사”라는 용어를 사용하되, 아니면 “소년사건의 처리”라고 하는 것이 적절하다.

502) 이러한 일반적 준용규정이 없기에 소년보호사건의 경우 심판절차 및 피해자와 관련하여 발생하는 불합리점에 대해서는 홍관표, “소년사법제도 개선을 위한 관련 법령 검토”, 저스티스 통

에도 “가정보호사건의 성질에 위배되지 아니하는 범위에서 「형사소송법」을 준용한다”고 하고 있다. 즉, 보호사건에서 부과되는 보호처분이 형사처벌은 아닐지라도 범죄행위로 인한 제재적 처분이기 때문에 성질상 보호사건에 준용될 수 있는 형사소송법 규정은 보호사건에 준용되도록 한 것이다.

현재 형태의 2원적 관할구조를 유지하면서 수사단계로 임시조치를 확대하는 법개정을 하고자 한다면 적어도, 경찰·검찰 단계에서의 소년사건 처리에 관한 독립된 장을 새로이 편제하고, 현행 「소년법」 제2장 및 제3장에 흩어져 있는 경찰·검찰 단계에서의 소년사건 처리에 관한 규정들을 제2장으로 모으면서 그곳에 수사단계에서의 임시조치에 관한 규정을 위치시키는 것이 타당하다. 그리고 제1장에서는 형사사건뿐만 아니라 보호사건에도 소년보호사건의 성질에 위배되지 아니하는 범위에서 「형사소송법」을 준용한다는 규정을 신설하는 것이 적절하다. 이러한 작업과 함께 요건을 구체화하여 수사단계로 임시조치를 확대할 때, ‘현재의 2원적 관할구조 형태’에서 발생하는 문제점을 심화시키지 않으면서 남용도 방지될 수 있는 형태의 수사단계에서의 임시조치가 입법화된다고 할 수 있다. 그리고 이것은 현재의 「소년법」을 보다 더 체계화하는 것이기도 하다.

## 제2절 | 재판 전 감독제도의 확대방안

앞서 제2장에서 우리나라의 소년사건 처리절차와 현행 재판 전 개입제도의 현황과 문제점을 검토하면서 재판 전 감독제도가 확대될 필요성이 있다는 점을 확인하였다. 아래에서는 이러한 필요성에 따라 재판 전 감독제도를 확대하는 구체적인 방안에 대해 논의하고자 한다. 아래에서 재판 전 감독제도는 임시조치에 한정해서 논의한다. 재판 전 감독제도란 소년법 검거 이후 종국처분 이전까지 소년의 재범방지와 조사심리를 위한 신병확보목적으로 소년에 대한 보호·감독을 제공하는 제도를 의미한다. 현재 우리나라에서 이와 같은 기능을 하는 제도로는 수사단계에서의 경찰의 선도조건

권 제161호, 2017, 236면 이하 참조.

부 훈방, 검사의 조건부 기소유예, 소년부 송치 이후 종국처분 전 법원의 임시조치와 처분 전 조사제도 등이 있다. 이 중 경찰의 선도조건부 훈방, 검사의 조건부 기소유예, 법원의 처분 전 조사제도는 궁극적으로는 소년의 재범방지를 위한 것이고, 종국처분 전에 조기에 개입한다는 의미에서 재판 전 감독제도에 포함되지만, 임시조치와는 달리 입건, 기소, 심리개시 여부의 결정과 연계되어 있어 공식적 절차 중단을 통한 사법적 낙인의 최소화라는 다이버전의 성격을 갖고 있으므로 이하에서는 이를 제외하고 임시조치에 한정하여 논의하기로 한다. 한편, 재판 전 감독제도의 확대란 현재 소년부 송치된 사건에 대해서만 가능한 임시조치를 수사단계에서도 가능하도록 확대하고, 임시조치의 유형을 다양화하는 것을 의미한다.

## 1. 임시조치 확대를 위한 기본원칙

본 연구에서는 임시조치와 관련하여 다음과 같은 몇 가지 기본원칙에 근거하여 구체적인 확대방안을 논의하고자 한다.

첫째, 임시조치는 수사 개시 이후 종국처분 전까지 인정되는 조치로서, 아직 범죄행위를 행했다는 것이 확정되지 않은 소년에게 자유 박탈적 또는 자유 제한적 조치를 부과하는 것이기 때문에 법률에 규정된 엄격한 요건에 의해서, 제한된 대상에게 최소한으로 활용되어야 한다.

둘째, 임시조치 청구의 필요성을 객관적으로 평가할 수 있도록 청구 전에 표준화된 방법에 따른 조사가 이루어져야 한다. 이 조사의 결과에는 개별 소년에 대한 임시조치 부과 필요성 여부뿐 아니라, 임시조치가 필요하다면 구체적으로 어떠한 유형의 임시조치가 소년에게 가장 적절한가를 보여주는 정보도 포함되어 있어야 한다. 이후 개별 소년의 임시조치에 관한 소년판사의 결정은 이러한 조사결과에 근거해 이루어져야 한다.

셋째, 임시조치 중 시설수용은 시설수용 이외의 임시조치가 적합하지 않거나 활용할 수 없을 때만 제한적으로 활용해야 한다는 보충성의 원칙과 시설수용 이외의 임시조치에 대해서는 최소 규제적 대안이 사용되어야 한다는 원칙이 관철될 수 있도록 법적으로 규정되어 있는 임시조치는 그 집행을 위한 충분한 물적·인적 자원이 확보되

어 있어야 한다.

넷째, 임시조치 청구를 위한 조사, 청구, 집행으로 인해 소년사건 처리절차가 지연되지 않도록 세심한 주의를 기울여야 한다.

다섯째, 임시조치 집행의 질을 담보하고, 집행과정에서 소년의 행동 변화에 따른 보호·감독 수준의 변화 필요성 등을 검토하기 위해서 임시조치의 집행은 지정된 임시조치 감독관에 의해서 엄격하게 감독 되어야 한다. 그리고 임시조치 감독관의 감독결과는 임시조치의 취소, 변경 결정에 반영될 수 있어야 한다.

여섯째, 임시조치 다양화와 수사단계로의 확대가 소년에 대한 형사사법 통제망 확대를 초래하는 것을 막기 위해, 소년의 단순한 준수사항 위반 행동이 곧 바로 미결구금시설 유치로 연결되지 않도록 해야 한다. 소년의 임시조치 준수사항 위반에 대해 점진적·단계적으로 대응할수록 있도록 관련 규정을 명확히 하고, 시설구금은 최후대안으로 활용해야 한다.

일곱째, 소년사법 실무자가 임시조치의 목적과 특성, 임시조치 유형별 적절한 대상 집단과 감독수준, 각 임시조치를 집행할 수 있는 지역사회 내 자원 등에 대한 이해가 있어야 제대로 된 임시조치의 신청, 청구, 결정이 가능하므로 소년사법 각 단계에 종사하는 실무자들의 전문성이 제고되어야 한다. 그리고 각 임시조치의 결과와 성과는 소년사법 실무자 간 공유되어 이후의 임시조치 집행과정에서 활용되어야 한다.

## 2. 임시조치 확대방안

### 가. 임시조치 목적에 ‘재범방지’ 추가

현행 「소년법」 제18조에서는 임시조치의 목적을 ‘사건을 조사 또는 심리하는데 필요’로 명시하고 있다. 이러한 규정에 따르면, 임시조치의 주된 목적은 원활한 조사 또는 심리를 위한 신병확보인 것으로 이해할 수 있다. 이에 대해 법무검찰개혁위원회에서는 2020년 4월 수사단계에서 소년에 대한 감독 공백으로 인해 재범사건이 다수 발생하고, 피해자가 보복범죄로부터 취약하므로 ‘재범방지’와 ‘피해자 보호’ 목적의 임시조치를 신설할 것을 권고하였다.

원활한 조사 또는 심리를 위한 신병확보가 임시조치의 주목적이지만, 신병확보의

필요성은 재범위험에 의해서 평가될 가능성이 크고, 시설수용과 같은 강도 높은 보호·감독은 재범방지 효과가 있으므로 임시조치 목적에 ‘재범방지’를 추가하는 데에는 큰 이론이 없을 것이다. 그리고 미국이나 독일에서는 이미 재판 전 소년에게 부과하는 감독에 신병확보뿐만 아니라 재범방지의 목적을 명시하고 있다.

그러나 임시조치의 목적을 ‘피해자 보호’ 까지 확대하는 것은 신중한 검토가 필요하다. 2005년 「범죄피해자보호법」 제정 이후 범죄피해자가 피해 이후 다시 평온한 삶으로 돌아갈 수 있도록 다양한 보호·지원제도를 마련해왔고, 더 나아가 최근에는 형사사법 절차에서 피해자 권리를 신장하기 위한 노력이 진행되고 있다. 이에 비해 소년이가해자인 사건에서는 ‘소년의 보호’라는 이유로 상대적으로 피해자 보호·지원과 권리보장에 소홀하였던 점이 많았던 것도 사실이다. 따라서 이제부터라도 소년사건에서 소년의 보호와 피해자의 권리 보장의 균형점을 찾기 위한 제도적 노력을 하여야 할 것이다.

이를 위해서는 “균형적 회복적 사법(Balanced Restorative Justice)”의 관점에서 1) 피해자에 대한 소년의 책임(accountability), 2) 소년의 능력발전(competency development), 3) 지역사회의 안전(community safety)이라는 3가지 목표를 균형 있게 실현하는 것<sup>503)</sup>을 「소년법」의 목적과 이념으로 설정하고, 「소년법」 전반에 피해자의 보호·지원과 권리보장을 위한 규정들이 반영될 필요가 있다.

「소년법」의 목적과 이념은 그대로 둔 채 단지 임시조치의 목적에 ‘피해자 보호’를 추가하고, 피해자에 대한 접근금지를 새로운 임시조치 유형으로 추가하며, 수사기관에 임시조치의 신청·청구를 요청하고, 이에 대한 의견을 진술할 수 있도록 하는 규정을 신설하는 것은 현행 「소년법」 체계에 맞지 않는다고 생각한다. 따라서 본 보고서에서는 개정법률안과 달리 ‘재범방지’만 임시조치의 목적으로 추가하는 안을 제안하고자 한다.

#### 나. 임시조치 유형 다양화

앞서 외국의 재판 전 감독제도에서 살펴본 바와 같이, 미국은 소년 미결구금센터(우

503) 서거석·강경래, “일본의 소년법에 대한 회복적 사법에 관한 고찰”, 소년보호연구 제29권 제2호, 2016, 5면.

리나라의 소년분류심사원에 해당함)에 대한 대안으로 다양한 유형의 재판 전 감독 프로그램을 활용하고 있고, 재판 전 감독제도의 기본적 모델 프로그램은 1) 재택 혹은 지역사회 감독, 2) 일일 혹은 오후보고센터, 3) 개방형 거주시설 수용, 4) 양육가정 위탁으로 구성되어 있다. 이 중 재택 혹은 지역사회 감독은 일정 장소에 대한 방문 금지, 일정 사람(피해자나 비행친구 등)과의 접촉 금지, 일정 시간대의 외출 금지(야간 외출 제한), 합의한 장소에서의 거주 등과 같은 준수사항들을 부과하고, 이에 대해 보호관찰관과의 전화연락 및 대면접촉이나 전자장치를 통해 감독한다.

영국은 경찰의 보석조건부 석방, 기소 후 법원 단계에서 보석조건부 석방과 개입형 사회내 석방(community remand with intervention), 지방정부시설 수용 등이 활용되고 있고, 독일은 수사와 법원 단계에서 특정 활동과 장소 등을 제한하는 '임시훈육명령'과 개방형 거주 시설인 소년원호시설에의 '임시수용명령'이 활용되고 있다. 국가별로 재판 전 감독제도를 일컫는 명칭이 다르고, 감독자가 경찰, YOT, 소년원호기관으로 달라질 뿐 부과되는 조치들은 미국의 모델 프로그램과 거의 유사하다고 할 수 있다.

우리나라의 현행 「소년법」 제18조에 의한 임시조치는 1호에서 3호까지 크게 세 가지 유형으로 구분되어 있고, 실질적으로는 '보호자 위탁', '소년을 보호할 수 있는 적당한 자에게 위탁', '소년보호시설 위탁', '병원이나 그 밖의 요양소 위탁', '소년분류심사원 위탁'과 같이 5가지 유형으로 구분되어 있다. 규정상으로는 우리나라도 미국의 기본 모델 프로그램에 해당하는 대부분의 임시조치 유형들이 제도화되어 있다고 할 수 있다. 우리나라의 '보호자 위탁'은 미국의 재택감독, '소년을 보호할 수 있는 적당한 자에게 위탁'은 대리가정(foster home) 위탁과 유사하고, '소년보호시설 위탁'과 '병원 및 요양소 위탁'은 개방형 기숙제 시설수용과 유사하다. 그러나 앞서 제2장에서 살펴본 바와 같이 현재 법으로 규정된 임시조치 중 실질적으로 보호·감독 수단으로 의미가 있고, 활발히 활용되고 있는 것은 소년분류심사원 위탁뿐이다.

본 연구에서는 임시조치의 다양화 방안을 모색하기 위해서 먼저 현재 법으로 규정되어 있지만 활용되지 않는 임시조치의 활성화를 위해 추가되어야 할 임시조치 유형과 새롭게 도입될 필요성은 있으나 현재 제도화되지 않은 임시조치 유형으로 구분해 검토하고자 한다.

먼저 현행 「소년법」 제18조 제1항 1호의 ‘보호자 위탁’은 가장 덜 규제적인 임시조치의 방법으로 소년이 돌아갈 가정이 있고, 부모가 보호할 능력이 어느 정도 있는 소년을 대상으로 앞으로 더 활성화될 필요가 있다. 다만 현행 「소년법」에서 ‘보호자 위탁’은 보호자에게 소년의 감호에 관한 필요 사항을 지시할 수 있을 뿐(「소년법」 제18조 4항) 이를 실질적으로 감독할 공식적인 감독자를 지정할 수 없어, 그냥 집으로 돌려보내는 것과 거의 차이가 없다. 이러한 이유로 ‘보호자 위탁’은 통계상 임시조치 중 거의 과반수를 차지하지만, 실효성이 거의 없는 것으로 평가되고 있다.

미국, 영국, 독일에서도 준수사항을 잘 지키겠다는 소년의 서약 혹은 부모의 준수사항 이행계획에 대한 계약의 형태로 재택감독이 실시되기도 하지만, 보다 체계적이고 강화된 보호·감독의 필요성이 있을 때에는 재택감독에 여러 가지 준수사항을 부과한 후 보호관찰관 등의 담당자를 지정하여, 이들이 전화나 대면접촉의 방식으로 소년의 준수사항 이행 여부를 관리·감독하도록 하는 것이 일반적 형태이고, 필요한 경우 여기에 전자감독을 추가하기도 한다.

우리나라도 현행 「소년법」 제18조 제1항 제1호의 ‘보호자 위탁’과 ‘소년을 보호할 수 있는 적당한 자에게 위탁’의 실효성을 확보하기 위해서 위와 같은 재택감독 혹은 지역사회 감독 결정이 내려진 소년에게 소년의 상황과 특성에 맞는 준수사항을 부과하고, 이를 소년사법기관에서 감독할 필요가 있다. 이러한 필요에 따라 본 연구에서는 임시조치에 “보호관찰관에 의한 감독” 혹은 “준수사항에 대한 보호관찰관의 감독”을 신설할 것을 제안한다. 백혜련의원 개정안에서도 “「보호관찰 등에 관한 법률」상의 보호관찰”이라는 임시조치 유형을 신설하는 것이 포함되어 있으나, 앞서 제1절에서 지적한 바와 같이 「보호관찰 등에 관한 법률」상의 ‘보호관찰’이란 재판 또는 검찰의 처분을 통해 범죄행위를 하였다는 것이 확정된 사람에게 부과하는 지도·감독 조치이므로 명칭이 적절하지 않아 수정한 것이다.

개정법률안과 같이 “「보호관찰 등에 관한 법률」상의 보호관찰”로 규정하는 경우 임시조치로서 보호관찰 대상자에 대해 준수사항(특별준수사항포함) 부과와 추가·변경·삭제, 지도·감독 방법, 분류 처우, 원호, 응급구호, 준수사항 위반에 대한 경고, 구인, 긴급구인, 유치 등을 따로 규정하지 않아도 되는 편의성이 있다. 그러나 위와 같은 이유로 이러한 용어를 사용하는 것은 적절하지 않으므로 임시조치의 명칭은

“준수사항에 대한 보호관찰관의 감독”으로 하고, 구체적인 집행방법은 「보호관찰 등에 관한 법률」 제5장 보호관찰을 준용하도록 하면 될 것이다.

한편, 제2장에서 제6장까지 외국의 유사제도에서 살펴본 바와 같이, 야간시간에 외출을 제한하는 것은 소년에 대한 재판 전 감독 프로그램에서 공통으로 부과되는 준수사항 유형이다. 비행소년의 행동적 특성에 비추어 볼 때 야간시간 외출 제한을 준수사항으로 부과할 필요성은 매우 높다고 할 수 있다. 문제는 개정법률안과 같이 이를 별도의 임시조치 유형으로 신설할 것인가이다.

새롭게 추가되는 “준수사항에 대한 보호관찰관의 감독”이 보호관찰 등에 관한 법률 제5장 보호관찰을 준용하기 때문에, 외출제한명령(야간 등 재범의 기회나 충동을 줄일 수 있는 특정 시간대의 외출제한)<sup>504)</sup>은 법원이 판결로서 선고할 수 있는 특별준수사항에 포함되어 있다. 따라서 굳이 여러 가지의 특별준수사항 중 ‘외출제한명령’만 별도로 새로운 임시조치 유형으로 규정할 필요는 없다고 생각한다.

현재 「소년법」 제18조 제1항의 규정에 따라 임시조치의 하나로 ‘소년을 보호할 수 있는 적당한 시설에 위탁’하는 것이 가능하다. ‘소년을 보호할 수 있는 적당한 시설’이란 「소년법」 제32조 제1항의 6호인 아동복지법에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설을 의미할 것이다. 현재 재판 전에 우범소년이나 촉범소년이 부모의 보호력이 약하거나 부모가 없거나 돌아갈 가정이 없는 등과 같은 ‘긴급한 보호’의 필요성에 의해서 소년분류심사원에 위탁되고 있는 현실을 고려해보면, 이에 대한 대안으로 개방형 시설이면서 기숙이 가능한 ‘소년보호시설 위탁’이 활성화될 필요가 있다. 여기서 ‘소년보호시설’은 반드시 민간이 운영하는 시설일 필요는 없다. 민간시설 위탁이나 정부의 직접운영 방식 모두 나름의 장단점이 있는 것으로 알려져 있다.<sup>505)</sup>

504) 「보호관찰 등에 관한 법률」 제5장 제32조(보호관찰 대상자의 준수사항) 제2항은 보호관찰 대상자가 지켜야하는 일반 준수사항 이외에 법원의 판결에 의해서 부과할 수 있는 특별준수사항을 다음과 같이 열거하고 있다. 1. 야간 등 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 시간대의 외출 제한, 2. 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 지역·장소의 출입 금지, 3. 피해자 등 재범의 대상이 될 우려가 있는 특정인에 대한 접근 금지, 4. 범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것, 5. 일정한 주거가 없는 자에 대한 거주장소 제한, 6. 사행행위에 빠지지 아니할 것, 7. 일정량 이상의 음주를 하지 말 것, 8. 마약 등 중독성 있는 물질을 사용하지 아니할 것, 9. 「마약류관리에 관한 법률」상의 마약류 투약, 흡연, 섭취 여부에 관한 검사에 따를 것, 10. 그 밖에 보호관찰 대상자의 재범 방지를 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령으로 정하는 사항

505) DeMuro(2003), Consider The Alternatives, p 36.

현재 비행소년을 위탁할만한 민간시설의 활용이 여의치 않으므로 민간시설에 위탁하는 방식과 더불어 영국이나 미국처럼 정부에서 비행소년을 위한 소규모의 개방적 기숙제 시설을 직접 운영하는 방식도 함께 활용해야 할 것이다.

위에서는 현재 「소년법」에 규정된 임시조치를 활성화하기 위해 신설될 필요가 있는 임시조치나 활성화 방안을 살펴보았다. 아래에서는 독립적으로 신설될 필요가 있는 임시조치 유형에 대해 살펴보기로 한다.

도입을 고려해 볼 만한 임시조치 유형은 미국의 일일보고센터(day reporting center)나 오후보고센터(evening reporting center) 출석 명령이다. 비행소년은 범행 당시 이미 학교에 다니지 않거나 범행 발생 후 소년사법 절차를 거치면서 이런저런 이유로 학업을 중단하거나 포기하는 경우가 많다. 이처럼 학교에 다니지 않는 비행소년의 경우에 재택감독에 준수사항을 부과하면서 한 달에 1~2번 정도의 보호관찰관과 대면접촉을 하는 방식의 감독은 실효성이 없을 수 있다.

미국에서는 학교에 다니지 않아 일정한 시간 계획에 따라 활동하지 않으므로 더욱 더 집중적 감독이 필요한 소년에 대해서는 비거주시설인 보고센터에 출석을 명하는 임시조치를 부과한다. 이 중 일일보고센터는 소년을 일정한 시간에 출석하게 한 후 감독자가 6~12시간 정도 감독하면서 일련의 교육 프로그램과 여가활동 등을 제공하는 지역사회 내 시설이다. 운영시간대를 비행소년이 친구들과 어울려 집단행동을 하기 쉬운 방과 후로 변경하여 감독자가 소년의 학교출석 여부를 확인하고, 센터에 출석한 소년의 학교숙제 등 학업활동 등을 지원하며, 밤에 비행소년을 집까지 데려다주는 역할을 담당하는 오후보고센터 출석 명령도 있다. 우리나라에서 이와 같은 미국의 제도를 벤치마킹하여 각 기초자치단체마다 설치되어 있는 ‘유스 센터’(Youth Center)나 ‘학교 밖 청소년지원센터’ 그리고 법무부 소속 시설인 ‘청소년비행예방센터’를 일일 보고센터나 오후보고센터로 지정하여 위탁 운영하는 방안을 고려해볼 수 있다.

둘째, 심리 상담 및 치료 명령을 도입할 필요가 있다. 최근 몇 년 동안 비행 청소년 중 심리나 정신건강의 문제를 가진 청소년이 증가하면서 이에 대한 적절한 개입이 중요한 과제로 떠오르고 있다. 의료소년원 건립과 소년법원에서 처분 전 조사제도의 하나로 심리상담명령을 도입하여 실시하고 있는 것은 이러한 필요성을 반영한 것이라고 할 수 있다. 재판 전 임시조치의 기본목적이 재판계류 중인 소년의 신병확보와

재범방지에 있지만, 이러한 심리적 혹은 정신과적 문제를 가진 소년의 경우에는 일상적인 지도와 감독의 방법을 통해 이러한 목적을 달성하기 어렵다.

이러한 필요를 고려하여 영국에서는 집중 감독·감시 조건부 보석 조치에 심리치료 명령과 정신치료명령이 포함되어 있다. 또한, 일본에서도 ‘보호적 조치’로 임상심리학을 이용한 인지 치료, 분노조절 등의 프로그램을 시행하고 있다. 우리나라에서도 임시조치로 소년에게 심리상담명령 혹은 정신과치료명령을 부과하여 일정 기간 심리상담가나 정신과 의사에게 치료를 받도록 하는 제도를 도입할 필요가 있다.

앞서 밝힌 바와 같이 본 보고서에서는 소년사건에서 피해자 보호의 필요성에 대해서 인정하지만, 「소년법」 이념과 목적에 맞지 않고 피해자 접근금지라는 임시조치 유형의 신설만으로는 피해자 보호에 한계가 있다는 판단 하에 ‘피해자 보호’를 임시조치의 목적으로 추가하지 않았다. 그리고 이에 따라 피해자 보호와 관련된 새로운 임시조치 유형의 도입도 고려하지 않았다.

그러나 피해자 접근금지를 새로운 임시조치 유형으로 추가하지 않더라도 “준수사항 부과를 통한 보호관찰관에 의한 감독”을 새로운 임시조치 유형으로 추가하는 것으로 피해자 보호를 위한 조치가 가능하다. “준수사항에 대한 보호관찰관의 감독”을 임시조치 유형으로 신설하고, 이의 집행은 “보호관찰법 등에 관한 법률” 제5장을 준용할 경우 제32조(보호관찰 대상자의 준수사항) 제2항(특별준수사항)에 ‘피해자 등 재범의 대상이 될 우려가 있는 특정인에 대한 접근금지’(3호), ‘범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것’(4호) 등과 같은 피해자보호 조치가 포함되어 있기 때문이다. 필요하다면 소년부 판사가 소년에 대한 임시조치를 결정할 때, “준수사항에 대한 보호관찰관의 감독”의 임시조치를 명령하면서 특별준수사항으로 이와 같은 피해자 보호조치를 부과하면 될 것이다.

## 다. 수사단계에서 임시조치 청구

### 1) 수사단계에서 임시조치 도입 필요성

현재 수사단계에서 공소 제기나 소년부로 송치할 가능성이 있는 범죄소년에 대해 감독할 방법은 ‘구속’이 유일하다. 그러나 구속은 공소 제기의 가능성이 있는 소년을

대상으로 하는 것이 통상적이어서 소년부 송치를 염두에 두고 있는 소년에 대한 재판 전 개입조치가 될 수 없다. 또한, 공소를 제기한 소년 형사피의자에 대한 구속률은 성인 형사피의자에 대한 구속률보다 더 높아 가능한 한 구속을 피하면서도 소년에 대해 체계적인 보호·감독을 제공할 수 있는 대안적 수단이 필요한 상황이다.

따라서 수사단계에서도 임시조치를 도입하되, 임시조치는 구속만큼은 아니어도 자유박탈 및 제한의 성격이 있으므로 수사기관이 임시조치가 필요하다고 판단되면, 소년부에 청구하고 소년부 판사의 결정으로 임시조치를 활용할 수 있도록 해야 한다.

## 2) 수사단계에서 임시조치 청구

검경수사권 조정에 대한 논의가 활발하게 전개되었으나 아직 경찰에 독자적 영장청구권을 인정할 것인가에 대해서는 명확하게 결론이 나지 않은 상태이다. 따라서 개정 법률안과 같이 수사단계에서 임시조치를 법원에 청구할 권한은 검사에게만 부여하고, 사법경찰관은 검사에게 임시조치를 청구해 줄 것을 신청할 수 있도록 하는 것이 적정하다고 판단된다.

## 3) 수사단계에서 임시조치의 관할

수사단계에 있는 소년사건은 검사의 처분 결정전이어서 관할이 결정되지 않은 상태이다. 따라서 수사단계에서 청구하는 임시조치의 관할을 어디로 할 것인가가 문제가 된다. 소년사건 처리절차와 관할의 이원화 구조에 따라 임시조치의 관할도 이원화하는 방식을 고려해 볼 수 있지만, 형사처분으로 다루어질 것으로 예상하는 사건에 대해서도 소년사건 처리의 전문성을 제고할 수 있다는 측면에서 소년부에 관할권을 부여하는 것이 더 적정하다고 생각된다.

이때 소년부가 설치되지 않은 지역의 경우가 다시 문제가 될 수 있다. 소년부가 설치되지 않은 지역의 수사기관에서는 소년사건에 있어 전문성이라는 똑같은 논리에 의해서 그 수사기관을 관할하는 소년부에 청구하는 것이 적정하다고 생각한다. 또한, 이렇게 함으로써 소년부가 조기에 사건에 개입함으로써 해당 사건이 더 신속히 처리될 가능성이 커질 수도 있다.

#### 4) 수사단계에서 가능한 임시조치 유형

수사단계에서 임시조치 청구와 관련해서 마지막으로 고려해야 할 점은 소년부에 송치된 소년에 적용되는 모든 임시조치를 수사단계에서도 허용할 것인가의 문제이다. 가장 논쟁적인 임시조치 유형은 ‘소년분류심사원 위탁’이다. 소년분류심사원 위탁을 수사단계에서도 허용하게 되면, 수사기관은 신병확보가 필요한 소년 형사피의자에 대해 ‘구속’과 ‘소년분류심사원 위탁’이라는 2가지 활용 가능한 대안을 갖게 된다. 그런데 ‘구속’은 신청요건이 까다롭고 기간이 1개월 이내로 한정되어 있으나, 반면에 ‘소년분류심사원 위탁’은 상대적으로 요건이 까다롭지 않고, 연장하면 최대 2개월로 기간이 더 길다. 이러한 상황에서 소년분류심사원 위탁은 수사기관에서 범죄소년을 간편하게, 더 오랜 기간 구속하기 위한 수단으로 악용될 위험성이 크다. 더욱이 수사단계에서 구속 종료 후에 소년분류심사원 위탁 청구가 가능하고, 그 반대의 상황도 가능하므로 미결구금이 장기화되는 문제도 있다.

이러한 문제해결을 위해 수사단계에서 소년분류심사원 위탁을 허용하지 않아야 할 것이다. 한편, 좀 더 발전적으로 제도 변화를 구상해볼 수 있다. 일본 소년범처럼 수사단계에서 소년분류심사원 위탁을 소년 형사피의자에 대한 ‘구속’을 대신하는 조치로 성격을 규정하고 그 기간을 1개월로 단축하는 것이다. 현재 구속된 소년 형사피의자를 위한 별도의 미결구금시설이 없고, 성인구치소에서 분개된 장소에서 미결구금이 이루어지기는 하지만 소년을 위한 어떠한 교육적 조치도 취해지지 않는다는 문제점을 고려해보면, 후자의 방안을 적극적으로 고려해볼 필요가 있다.

#### 라. 임시조치 대상 소년의 세분화

소년부 송치사건에 대해서만 임시조치가 허용되는 현재의 법률에서 임시조치의 대상은 우범소년, 촉범소년, 범죄소년을 모두 포함하고 있다. 현행 「소년법」에서 임시조치 대상에 우범소년과 촉범소년을 포함하는 것에 대해 비판적인 견해가 많았다. 이는 현행 임시조치 중 실질적으로 활용되고 있는 조치는 자유박탈 조치인 소년분류심사원 위탁이 유일하였기 때문이라고 판단된다. 그러나 기존에 사문화되었던 임시조치가 활용될 수 있는 여건을 조성하고, 새로운 임시조치 유형을 추가하여 임시조치가

다양화되었을 때도 여전히 우범소년과 촉법소년을 임시조치 대상에서 제외할 필요가 있는지는 재고해보아야 한다.

먼저 임시조치는 범죄행위를 할 우려가 있는 소년에 대해 사전에 개입해 신병을 확보하고, 재범방지를 한다는 목적을 가지므로 범죄행위의 우려가 있는 소년, 즉 우범소년을 임시조치의 대상에 포함하는 것은 적절하지 않다고 판단된다. 그러나 촉법소년의 경우에는 연령이 10~14세로 어릴 뿐 범죄소년과 다른 차이는 없으므로 자유박탈 조치에 해당하는 소년분류심사원 위탁을 제외하고 다른 임시조치를 활용하지 못할 이유가 없다고 생각한다.

한편, 개정법률안에서는 수사단계에서 임시조치 대상을 범죄소년으로 한정하고 있다. 이는 경찰이 범죄소년에 대해서는 전건 검찰로 송치해야 하지만, 촉법소년과 우범소년에 대해서는 검찰을 거치지 않고 바로 소년부에 송치해야 하는 현행 소년사건 처리절차를 고려한 것으로 생각한다. 검사가 관할이 아닌 촉법소년과 우범소년에 대해 임시조치 청구를 하지 못하도록 한 것은 당연하다.

그러나 경찰은 촉법소년과 우범소년에 대해 수사를 진행할 수 있고, 이 과정에서 임시조치의 필요성이 있는데도 불구하고 임시조치의 대상이 되지 못하도록 한 것은 일견 부당해 보인다. 그렇지만 좀 더 깊숙이 생각해 보면, 이 또한 현행 소년사건 처리절차와 검·경간 수사권 조정 현실 때문에 불가피한 것이다. 경찰은 임시조치를 직접 청구할 수 없으므로 검사에게 촉법소년과 우범소년에 대한 임시조치 신청을 해야 한다. 이 상황에서 촉법소년과 우범소년에 대한 관할권이 없는 검사가 경찰의 임시조치 신청을 받아들이기는 어려울 것이다. 따라서 현행 소년사건 처리절차와 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권 아래에서는 불가피하게 수사단계에서 임시조치의 대상 소년은 범죄소년에 한정할 수밖에 없다.

결론적으로 임시조치의 대상은 수사단계에서는 범죄소년에 한정하고, 소년부 송치 이후 재판 전까지의 단계에서는 촉법소년과 범죄소년으로 하되, 제18조 제1항의 3호인 소년분류심사원 위탁에 대해서는 14세 이상의 범죄소년에만 적용될 수 있도록 세분화 할 필요가 있다.

#### 마. 임시조치 기간의 적정화

임시조치 기간을 어떻게 설정하는 것이 적정한가는 쉽지 않은 문제이다. 개정법률안은 신설된 임시조치에 대해 상담·교육을 40시간으로 정한 것을 제외하면 6개월의 기간을 정하고, 1회 연장하여 최장 12개월이 가능하도록 하고 있다. 이는 임시조치 기간을 결정할 때 소년을 검거한 이후 재판 이전까지 평균 6개월 이상이 시간이 소요된다는 점을 고려하였기 때문인 것으로 보인다.

그러나 임시조치 기간을 실제 소년사건 처리 기간을 고려하여 결정하는 것은 적절하지 않다고 생각한다. 구속과 소년분류심사원 위탁은 실제 소요되는 소년사건 처리 기간과 관계없이 최장 1개월과 2개월로 결정되어 있으며, 이에 따라 소년이 구속되거나 소년분류심사원에 위탁된 경우 처리절차를 이러한 기한에 맞추기 위해 노력한다. 장기화하는 소년사건처리기간과 관계없이 구속과 소년분류심사원 위탁의 경우 기간을 짧게 정해놓은 것은 이것이 자유 박탈적 성격을 갖고 있기 때문일 것이다. 그렇다면 다른 임시조치도 정도의 차이가 있기는 하지만, 자유 제한적 성격을 갖고 있으므로 그 기간 결정에 있어 소년사건 처리 기간을 고려하는 것은 적당하지 않다고 할 수 있다. 구속이나 소년분류심사원 위탁과 마찬가지로 다른 재판 전 감독제도도 가능한 짧은 기간에 종료될 수 있도록 해야 하며, 다른 한편으로는 소년사건처리절차에서 불필요한 처리 지연이 일어나지 않도록 절차를 합리화하는 노력이 병행되어야 할 것이다.

임시조치의 적정기간은 종국처분 기간을 고려해 정할 필요가 있다. 임시조치는 범죄혐의가 확정되지 않은 소년에 대해 이루어지는 것이므로 처분이 결정된 이후의 종국처분이나 범죄혐의가 있으나 기소를 유예하는 조건부 기소유예처분보다 그 기간을 더욱 엄격하게 통제할 필요가 있다. 종국처분인 보호처분의 사회내 처분 중 기간이 가장 짧은 경우는 6개월이고, 한 번의 연장이 허용되어 12개월까지 가능하다. 한편, 보호관찰소 선도위탁 조건부 기소유예는 1급이 6개월로 가장 짧다.

이와 더불어 다양해진 임시조치에 대해 여러 가지 유형을 중복해서 부과한 때도 상정해 보아야 할 필요가 있다. 만약 A 소년에 대해 소년보호시설 위탁과 개정법률안의 보호관찰 등에 관한 법률의 보호관찰관의 임시조치, 그리고 외출제한명령이 중복으로 부과되면, 소년은 3개월, 최장 6개월의 소년보호시설 위탁 후 다시 6개월, 최장

12개월의 보호관찰을 받아야 하고, 보호관찰기간 중 외출제한명령의 대상이 될 것이다. 이는 '보호' 혹은 '지도 감독'이라는 이름 아래 범죄혐의가 확정되지 않은 소년을 과도하게 통제하는 것이다.

기존의 보호자 위탁, 소년보호시설 위탁 등과 같이 임시조치 기간을 3월 이내로 하고, 1회에 한하여 연장할 수 있도록 하는 것이 적절하다고 판단된다.

#### 바. 통제망 확대를 피하기 위한 제도적 장치 마련

소년사건처리의 장기화와 그 기간 중 재범사건의 증가로 소년의 검거 이후 재판 전까지 소년에 대해 보호·감독하기 위해 임시조치를 수사단계까지 확대해야 할 필요성은 인정된다. 그러나 소년에 대한 조기개입과 보호·감독의 필요라는 목적을 강조하다 보면, 임시조치는 소년에 대한 사법기관의 통제망을 확대(net widening effect)하는 부정적 결과를 낳을 위험이 매우 크다.

따라서 임시조치의 확대적용과 더불어 소년에 대한 사법기관의 통제망 확대를 경계하기 위한 제도적 장치가 함께 마련될 필요가 있다. 본 연구에서는 이러한 제도적 장치로 1) 임시조치의 인정요건 및 범위의 명문화, 2) 임시조치 청구 및 결정 전 조사의 의무화, 3) 임시조치 불이행에 대한 단계적 대응, 4) 임시조치에 대한 적법절차 보장 등을 고려해보고자 한다.

##### 1) 임시조치 인정요건 및 범위 명문화

임시조치는 수사 개시 이후 종국처분 전까지 인정되는 조치로서 아직 범죄행위를 행했다는 것이 확정되지 않은 소년에게 자유 박탈적 또는 자유 제한적 보호·감독을 부과하는 것이기 때문에 그 요건과 범위를 법률에 명확하게 규정해야 할 필요가 있다.

현행 임시조치 중 자유 박탈적 성격을 갖는 소년분류심사원 위탁의 요건과 범위를 법률에 명시적으로 규정할 필요성에 관해서는 여러 선행연구에서 지속해서 제기되어 왔었다.<sup>506)</sup> 본 연구에서 도입을 제안한 새로운 임시조치가 시설수용이 아닌 지역사회

506) 이승현·박성훈(2015), 소년분류심사원의 역할강화방안, 139-142면; 정숙희(2016), “적법절차의 측면에서 본 소년법상 임시위탁의 문제점과 개선방안”, 152-155면; 이정주(2018), “소년법 제18조 임시조치의 개선방안”, 187-189면 참조.

내에서 소년에 대한 보호·감독방식이기는 하지만, 이것도 소년에게 장소, 시간, 활동, 교제 등의 자유를 제한하는 조치로 구성되어 있으므로 위탁의 요건과 범위를 명시적으로 규정해야 할 필요성은 여전히 존재한다고 할 수 있다. 또한, 소년부 송치 이후 단계에만 활용될 수 있었던 임시조치를 수사단계로 확대함에 따라 그 요건과 범위를 명확히 규정할 필요성은 더욱더 커졌다고 할 수 있다.

모든 임시조치에 대해 공통으로 고려해볼 수 있는 요건은 ① 범죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 개연성이 있을 것, ② 공소 제기나 심리개시의 개연성이 있을 것, ③ 조사나 심리에 참여하지 않을 위험이 있거나 중국처분이 내려지기 전에 재범의 위험이 있다는 명백하고 설득력 있는 증거가 있을 것 등이라고 할 수 있다.

한편, 임시조치 유형 중 소년분류심사원 위탁은 자유 박탈적인 조치로서 가장 규제적인 조치이므로 미국과 독일처럼 자유 박탈적 임시조치는 다른 보다 덜 규제적 조치를 활용할 수 없을 때 최소한으로 사용해야만 한다는 보충성의 원칙을 명문화할 필요가 있다. 그리고 '수용하여<sup>507)</sup> 분류심사를 해야 할 필요성이 있을 것'을 소년분류심사원 위탁기준에 추가할 필요가 있다. 또한, 우범소년, 촉법소년, 긴급보호의 필요가 있는 소년(자살위험, 보호자의 학대, 보호자 없음 등)<sup>508)</sup>과 같이 특정 유형의 소년을 소년분류심사원 위탁 대상에서 원천적으로 배제하는 규정을 만들어 그 요건을 명확히 할 필요가 있다.

이처럼 소년분류심사원 위탁기준을 명확히 규정하는 것은 이 기준에 포함되지 않는지만, 신병확보의 필요성이 있거나 재범위험성이 있는 소년에 대해서 덜 자유 제한적인 지역사회 기반 임시조치를 활용하도록 하는 이점이 있다.

## 2) 임시조치 청구 및 결정 전 조사 의무화

임시조치 요건을 명확히 법으로 규정하는 것은 임시조치가 소년에 대한 조기개입과 보호·감독이라는 이유로 남용되는 것을 막는 중요한 작업이지만, 이것만으로는 충분

507) 분류심사의 필요성만으로 소년분류심사원에 위탁할 필요가 없다. 수용되지 않고 실시되는 분류심사를 하는 방식도 많이 활용되고 있기때문에 소년분류심사원 위탁은 수용의 필요성과 분류심사의 필요성이 동시에 있는 경우에 한정해서 사용해야 할 것이다.

508) 긴급보호의 필요가 있는 소년의 경우에는 현행 「소년법」에서 소년분류심사 위탁의 실무적 요건으로 활용되었으나 본 보고서에서 고려하는 대리가정위탁, 기타 소년보호시설, 심리상담 및 치료프로그램 참여 명령 등과 같은 다양한 지역사회내 보호·감독 조치가 임시조치로 활용될 수 있다면, 자유박탈적 조치인 소년분류심사원의 위탁할 필요가 없다고 생각된다.

하지 않다. 미국에서 소년 미결구금개혁을 성공적으로 완수한 지역에서는 재판 전 감독제도 중 시설구금은 다른 대안적 조치가 없었을 때 제한적으로만 사용한다는 보충성 원칙과 시설구금의 요건을 명확히 하는 법률 개정과 더불어 개별 소년에 대한 보호·감독의 필요 여부와 그 수준을 객관적으로 평가하기 위한 표준화된 위험평가도구를 모든 소년사건에 활용하고 있다.<sup>509)</sup> 재판 전 감독과 관련된 위험평가도구는 보통 현재 혐의의 심각성, 추가 범죄여부, 현재의 법적 신분(보호관찰 중, 다른 계류 중인 사건과의 연루 여부 등), 이전의 영장 발부 경력, 범죄경력, 학교출석, 법원 명령을 감독할만한 책임 있는 성인의 존재 여부, 첫 비행 연령, 가출경력 등과 같은 감경과 가중요인 등으로 구성되어 있다. 영국에서도 YOT가 AssetPlus라는 재범위험성 평가도구를 활용하여 소년에게 필요한 감독 프로그램에 대한 제안이 포함된 양형보고서를 법원에 제출한다. 현재 우리나라에서는 검사의 결정전 조사(「소년법」 제49조의3)와 법원의 소년조사관에 의한 조사명령(「소년법」 제11조) 및 보호관찰관에 의한 결정전 조사(「보호관찰 등에 관한 법률」 제19조의2)<sup>510)</sup>에 관한 규정이 있다. 그러나 검사와 소년법원의 조사에 관한 규정이 모두 임의규정으로 되어 있어 실제로는 조사제도가 잘 활용되고 있지 않다.

검사의 결정전 조사에 관한 「소년법」 제49조의3의 제1항에 조사가 필요한 결정에 임시조치를 추가하고, 모든 소년사건에 대해 검사의 결정전 조사를 의무화할 필요가 있다. 또한, 임시조치가 수사단계로 확대되면서 경찰이 임시조치를 청구할 수 있게 되었으므로 임시조치 청구 필요성을 검토하기 위해 경찰이 검사에게 해당 소년의 결정전 조사를 청구할 수 있도록 해야 할 것이다.<sup>511)</sup> 이와 더불어 수사단계에서 소년

509) 앞서 제3장에서 살펴본 바와 같이 일부 주에서는 재판 전 감독 결정시 위험평가도구의 활용을 의무화하고 있다.

510) 제19조의2(결정 전 조사) ① 법원은 「소년법」 제12조에 따라 소년 보호사건에 대한 조사 또는 심리를 위하여 필요하다고 인정하면 그 법원의 소재지 또는 소년의 주거지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 소년의 품행, 경력, 가정상황, 그 밖의 환경 등 필요한 사항에 관한 조사를 의뢰할 수 있다. ② 제1항의 의뢰를 받은 보호관찰소의 장은 지체 없이 조사하여 서면으로 법원에 통보하여야 하며, 조사를 위하여 필요한 경우에는 소년 또는 관계인을 소환하여 심문하거나 소속 보호관찰관으로 하여금 필요한 사항을 조사하게 할 수 있다.

511) 경찰에서는 소년사건에 있어 적절한 처우를 위해서 심리학 전공과 일정한 자격요건을 갖춘 전문가들을 활용하는 ‘전문가 참여제’를 실시하고 있다. 그러나 전문가가 참여해 소년법에 대한 전문적인 조사와 진단을 하는 경우는 전체 소년사건의 16%에 불과하다. 그리고 전문가참여제도는 대부분 경찰에서 실시하는 조건부 훈방을 결정하는 선도심사위원회에 객관적인 자료를 제공하기 위한 목적으로 활용된다(윤상연, 2019:2). 따라서 대부분의 소년사건에 대해서

의 임시조치 결정에 활용될 객관성을 담보할 수 있는 표준화된 위험평가도구의 개발이 필요하다.

### 3) 임시조치 불이행에 대한 단계적·점진적 조치

이전에는 임시조치 중 실질적으로 소년분류심사원 위탁만 활용되었기 때문에 임시조치에 대한 불이행이 크게 문제가 되지 않았다. 그러나 새롭게 고려되는 임시조치 유형인 준수사항 부과를 통한 보호관찰관의 감독, 이에 대해 특별준수사항으로 부가 가능한 외출제한명령, 그리고 심리상담이나 정신과치료 명령은 소년이 사회 내에서 일상생활을 하면서 준수하여야 하는 것이기 때문에 불이행의 가능성이 더 높고, 따라서 이에 대해 어떻게 대응할 것인가에 대한 대비가 필요하다.

궁극적으로 임시조치는 조사 및 심리를 위해 소년의 신병을 확보하고, 재범을 방지하기 위한 것이지 처벌이나 제재에 그 목적이 있는 것이 아니므로 부과된 준수사항에 대한 단순한 불이행이 미결구금 시설 유치를 결과하지 않도록 유의할 필요가 있다. 독일에서는 재판계류 중인 소년에게 다양한 준수사항을 부과하는 ‘임시훈육명령’의 불이행에 대한 조치로 불복종구금을 원천적으로 금지하고 있다. 임시조치의 성격에 비추어 볼 때 매우 이상적인 대응방식이기는 하지만, 원천적으로 불복종구금을 금지하는 것은 임시조치 이행을 확보하기 어렵게 한다는 점도 고려할 필요가 있다. 미국처럼 준수사항 불이행에 대해 먼저 하나의 임시조치 안에서 보호·감독의 정도를 강화하거나 보호·감독의 수준이 더 높은 다른 유형의 임시조치로 변경함으로써 될 수 있는 대로 준수사항 불이행이 불복종구금을 야기하지 않도록 하는 단계적·점진적 대응이 더 적절한 대안으로 판단된다. 따라서 백혜련 의원 법률안 제4조의2 제2항과 같이 소년이 임시조치를 위반한 경우 임시조치에 대한 위반행위의 경중 혹은 빈도에 대한 고려 없이 검사가 소년분류심사원 위탁을 청구할 수 있도록 하는 방식은 지양해야 할 것이다.

한편, 임시조치의 취소·변경과 관련된 조항도 살펴볼 필요가 있다. 임시조치의 취소·변경은 소년의 상황 변화에 유연하게 대응하며, 임시조치 불이행 소년에 대해 단계적으로 임시조치의 강도를 높임으로써 그 이행을 강제하는 수단으로 활용될 수 있다.

---

는 경찰이 소년환경을 평가하고 있다.

그러나 현행 「소년법」 제18조 제6항에서는 언제든지 결정으로써 취소하거나 변경할 수 있다고 규정하고 있어 결정의 취소나 변경의 근거를 고려해야 하는 부분에 대해서는 빠져있다. 이에 대해 백혜련 의원 개정안(제18조 10항)에서는 위탁받은 자나 임시 조치를 집행하는 기관의 장의 신청에 따라 결정으로써 해당 임시조치를 취소하거나 종류를 변경할 수 있도록 하고 있다. 그러나 임시조치의 집행자나 집행기관에 취소·변경에 관한 신청 권한을 부여할 경우, 집행자나 집행기관이 위탁받은 소년을 압박하는 수단으로 악용할 수 있다. 현재 6호처분의 경우 시설장들이 위탁 소년들을 강제하기 위한 수단으로 처분변경에 대한 신청권 특히, 소년원 처분으로의 변경 신청권을 악용하고 있다는 점은 공공연히 알려진 사실이므로 이러한 예를 참작해야 할 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위해서 임시조치 집행을 감독하는 담당자를 별도로 지정한 후 이 집행감독 담당자가 집행과정을 감독하면서 얻게 된 정보 등을 활용하여 검사나 소년부 판사에게 임시조치의 취소 혹은 변경에 대해 신청할 수 있도록 하는 방식을 검토할 필요가 있다.

#### 4) 임시조치에서 적법절차 보장

본 연구에서 제안한 임시조치 유형에는 기존의 소년분류심사원 위탁이나 개방적 기숙제 시설 위탁과 같은 자유를 박탈하는 조치와 장소, 시간, 만남(교제), 활동, 일정 시간 상담, 치료에의 참여 등과 같은 자유를 제한하는 조치가 추가되어 있다. 특히, 야간 외출제한명령은 매일 8시간 정도의 장시간에 걸친 자유 제한과 야간시간에 무작위적인 음성 확인 등과 같은 비인권적인 감독방식 때문에 현재에도 논란이 되는 감독 방식이다. 또한, 모든 임시조치 간 병합의 가능성도 열려 있어 자유 제한의 조치가 이중삼중으로 가증될 가능성도 크다.

따라서 소년과 그 보호자에게 당연한 권리로서 임시조치의 결정과 변경 결정에 대한 불복수단을 허용하고, 이를 명문화할 필요가 있다. 일본은 우리나라의 소년분류심사원 위탁에 해당하는 관호조치에 대해 불복수단을 허용하고 있다는 점을 참고할 필요가 있다. 또한, 미국의 Maine주에서는 임시조치 준수사항 위반으로 다른 유형의 임시조치로 변경되거나 추가적인 요건이 부과되는 경우 이에 불복해서 심리를 요구하는 권리를 보장해주고 있다.

또한, 소년분류심사원 위탁과 같이 자유 박탈적 성격을 갖는 임시조치의 경우 부과된 이후 만약 ‘범죄혐의 없음’을 이유로 심리 불개시 또는 불처분 결정이 내려진 때에는 부과된 임시조치에 대한 보상이 이루어져야 한다. 일본은 소년감별소 수용조치에 대해, 독일은 소년원호시설 수용 명령에 대해, 소년이 조치를 이행한 후 종국처분에서 무죄가 밝혀지면 형사보상이 인정된다는 점을 참고할 필요가 있다.

마지막으로 심리결과 임시조치와 동일한 유형의 보호처분을 받게 된 경우 그 이전의 임시조치에서의 기간을 보호처분 기간에 산입할 필요가 있다. 독일은 임시수용명령에 따라 소년원호시설에 수용된 경우 그 기간은 추후 선고되는 소년자유형이나 소년구금에 산입된다. 그리고 영국에서는 재판계류 중인 소년을 감독하기 위한 한 방법으로 종국처분의 하나인 사회복귀명령을 재판 전에 앞당겨 선고하고, 재판 전 기간에 사회복귀명령이 집행된 기간은 이후의 종국처분인 사회복귀명령 기간에 산입된다. 또한, 영국에서는 최근 중대범죄로 기소되거나 구금 및 훈련 명령 선고가 내려질 가능성이 있는 12세 이상의 소년에 대해 전자장치를 통한 외출제한 조치가 많이 활용되는데, 최근 재판에서 전자장치를 통한 9시간 이상의 외출제한 감독이 이루어졌을 때 최종 선고 시 이를 보호처분 기간에 산입하여야 한다고 결정하였다는 점도 참고할 만하다.



## 1. 국내

- 강경래, “소년법상의 비행소년에 대한 임시조치: 한국·미국·일본의 관호제도의 비교검토를 중심으로”, *소년보호연구* 제28호, 2015.
- 강지명, “소년법상 보호처분의 체계적 정비방안 - 회복적 공동체 사법에 의한 연령별 보호처분 마련을 중심으로”, *공공사회연구* 제7권 특별호, 2017.
- 김성은, “소년전문법원의 설립과 운영방안”, *법학논총* 제41권 제1호, 2017.
- 김지선, *소년미결구금제도에 관한 연구*, 형사정책연구원 연구총서, 2003.
- 김지선·박혜석·송현중, *청소년 참여법정의 성과분석 및 개선방안에 관한 연구*, 형사정책연구원 연구총서, 2014.
- 김혁, “경찰의 경미범죄 처리실무에서의 법적 논쟁에 관한 고찰 - 경미범죄심사위원회와 선도심사위원회를 통한 사건처리를 중심으로”, *경찰법연구* 제1권 제1호, 2016.
- \_\_\_\_\_, “재판 전 감독 및 피해자보호제도에 관한 입법안 등에 관한 일고찰”, *한국형사정책연구원(편), 『소년법에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』* 워크샵자료집, 2020.
- \_\_\_\_\_, “회복적 사법의 이념 구현을 위한 경찰의 경미소년사건처리”, *경찰학연구* 제11권 제1호, 2011.
- \_\_\_\_\_, “소년법상 보호처분의 변경과 이중처벌금지-대법원 2019. 5. 10. 2018도3768 판결을 중심으로-”, *비교형사법연구* 제22권 제1호, 2020.
- 문선주·김윤정·서용성, *소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구*, 사법정책연구원 연구총서, 2019.
- 박봉진, “소년법에 대한 경찰단계 다이버전 효율화방안”, *법학연구* 제54권, 2014.
- 박영규, “선도조건부 기소유예의 개선방안”, *소년보호연구* 제25호, 2014.
- 박재윤, *독일소년사법상 소년사법보호제도*, 한국형사정책연구원, 1995.
- 박진애, “독일의 청소년사법제도 관련 입법례 I - 「청소년법원법」상 제재의 체계와

- 기본원칙”, 입법현안 법률정보 제69호, 2017.
- 법무부, 영국의 소년보호제도, 2011.
- 법원행정처, 가사·소년보호재판 후견적·복지적 제도 운영 매뉴얼(I), 2014.
- \_\_\_\_\_, 외국의 소년사법제도 : 미국, 소년재판연구회, 2009,
- 사법연수원, 2014년도 법관연수 소년보호재판실무, 사법연수원 내부자료, 2014.
- 사법정책실, 소년보호재판개선연구반 결과 보고(최종), 법원행정처 내부자료, 2009.
- 서거석·강경래, “일본의 소년범에 대한 회복적 사법에 관한 고찰”, 소년보호연구 제29권 제2호, 2016.
- 서울가정법원, 서울가정법원 50년史, 2013.
- 송현종·노혜련, “가정법원 소년 조사관의 업무와 역할에 관한 연구”, 소년보호연구 제20호, 2012.
- 신동주, “소년법상 화해권고제도의 개선방안 연구”, 법조 제68권 제5호, 2019.
- 신한미, “소년보호재판의 새로운 시도: 청소년참여법정과 화해권고제도의 현황과 과제”, 아세아여성법학 제14권, 2011.
- 안문희, 가정법원 조사관 제도 개선 방안에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서, 2018.
- 오영근, “개정 소년법의 과제와 전망”, 한국형사정책연구원(편), 『2008년 한국형사정책연구원 춘계 형사정책연구 세미나』 자료집, 2008.
- 원혜옥, “한국소년법의 역사적 발전과정 및 현행법의 문제점과 개선방안”, 강원법학 제29권, 2009.
- 원혜옥, “소년법 다이어전의 실태와 개선방안”, 보호 통권 제17호, 2005.
- 윤상연, 소년환경조사서(재비행위험성평가) 개선방안 연구, 치안정책연구소 연구보고서. 2019.
- 윤용장, “소년 임시조치 도입 「소년법」 개정법률안 검토”, 한국형사정책연구원(편), 『소년범에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』 워크숍 자료집, 2020.
- \_\_\_\_\_, “소년사법절차에서의 신속성의 문제와 개선방안”, 보호관찰 제17권 제2호, 2017.
- 이승주, “현행 구속사유 해석을 둘러싼 혼란과 개선방안”, 저스티스 통권 167호, 2018.
- 이승현·권해수, 소년범 조건부기소유예제도의 내실화방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2018.
- 이승현·박성훈, 소년분류심사원의 역할강화방안, 한국형사정책연구원 연구총서, 2015.

- 이유진, “검사결정전 조사제도와 검사임시조치청구제도의 관계”, 한국형사정책연구원(편), 『소년범에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』 워크숍 자료집, 2020.
- 이정주, “소년법 제18조 임시조치의 개선방안: 미국의 소년미결구금개혁 및 대안 프로그램 검토를 중심으로”, 소년보호연구 제31권 제4호, 2018.
- 이춘화, “한국의 소년분류심사제도에 관한 연구: 분류심사기준을 중심으로”, 소년보호연구 제13호, 2009.
- 임상규, “소년범죄의 합리적 처리방안”, 형사법연구 제17호, 2002.
- 장민영, “우리 소년분류심사원 감호제도의 문제점 및 개선방안: 국제법상 아동의 자유 박탈에 관한 기본 원칙들을 중심으로”, 홍익법학 제15권 제1호, 2014.
- 정수경, “소년사법제도 개선방안”, 대한변호사협회(편), 『소년사법제도 개선방안 입법 포럼』 자료집, 2019.
- 정숙희, “소년형사범의 처분기준의 객관화와 재량통제방안”, 저스티스 통권 제167호, 2018.
- 정숙희, “적법절차의 측면에서 본 소년법상 임시위탁의 문제점과 개선방안: 일본의 임시위탁제도와 비교법적 검토를 중심으로”, 법학논고 제54집, 2016.
- 조성용, “위장된 구속”, 법조 통권 제638호, 2009.
- 최병각, “소년법상 임시조치의 법적 성격”, 한국형사정책연구원(편), 『소년범에 대한 재판 전 감독제도 법률안에 대한 검토』 워크숍 자료집, 2020.
- 최영승, “소년범의 기소유예에 관한 고찰: 재범방지를 위한 처분관련 몇몇 유의미한 논의들”, 소년보호연구 제30권 제3호, 2017.
- 최정규 외 6인, 아동·청소년 인권보장을 위한 소년사법제도 개선 연구, 국가인권위원회 연구보고서, 2018.
- 카와이데 토시히로(황순평·김혁 역), 소년법, 박영사, 2016.
- 한숙희, “촉법소년 연령인하에 따른 가정법원의 역할과 과제”, 한국형사정책연구원(편), 『2008년 한국형사정책연구원 춘계 형사정책연구세미나』 자료집, 2008.
- 한영선, “한국의 소년법 처리실태와 개선방안: 보호처분을 중심으로”, 한국청소년학회 학술대회, 2018.
- 황순평·김혁, “소년의 구속을 필요로 하는 ‘부득이한 경우’: 일본의 논의를 참고하여”, 경찰학연구 제15권 제4호, 2015.

## 2. 영미

- Annie E. Casey Foundation, Insight From the Annual Results Reports, 2017.
- Austin, J., Dedel, K., & Weitzer, R. J., Alternatives to the secure detention and confinement of juvenile offenders. Washington, DC: US Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2005.
- Brown, S. A., Trends in juvenile justice state legislation 2011-2015. National Conference of State Legislatures, 2015.
- Coalition for Juvenile Justice, & United States of America, Unlocking the Future: Detention Reform in the Juvenile Justice System, 2004.
- DeMuro, Paul, Consider The Alternatives planning and implementing detention alternatives, A Project of The Annie E. Casey Foundation, <http://www.aecf.org/initiatives/jdai>, 2003.
- Department of Education, 「Local Authority Use of Secure Placements」, 2016.
- HM Prison and Probation Service, 「Placing young people in custody: guide for youth justice practitioners」, 2014.
- Holman, B., & Ziedenberg, J., The dangers of detention. Washington, DC: Justice Policy Institute, 4, 2006.
- Home Office, 「Inter-departmental Circular on Establishing Youth Offending Teams」, 1998.
- How to use community interventions: Section 6 case management guidance” (<https://www.gov.uk/government/publications/how-to-use-community-interventions/how-to-use-community-interventions-section-6-case-management-guidance> 2020. 10. 2. 최종방문)
- Judicial College, 「Youth Court Bench Book」, 2017.
- Justices' Clerks' Society, 「Youth Court Jurisdiction in the Modern Approach」, 2015.
- Local Government Association, 「Youth Justice Resource Pack」, 2018
- Marsh, James R., Reducing Unnecessary Detention: A Goal or Result of Pretrial

- Services?, 「Federal Probation」, Vol. 65, No. 3, 2001.
- Mendel, R. A, Juvenile detention alternatives initiative progress report 2014, Annie E. Casey Foundation, 2014.
- Ministry of Justice, “Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012: The New Youth Remand Framework and Amendments to Adult Remand Provisions”, Circular No. 2012/06.
- Ministry of Justice, 「Modern Youth Offending Partnerships guidance」, 2013.
- Ministry of Justice, 「Modern Youth Offending Partnerships: Guidance on effective youth offending team governance in England」, 2016.
- Ministry of Justice, 「Standards for children in youth justice system」, 2019.
- Ministry of Justice, 「Youth Cautions - Guidance for Police and Youth Offending Teams」, 2013.
- Ministry of Justice, 「Youth Justice Interventions - findings from the Juvenile Cohort Study(JCS)」, 2013.
- Ministry of Justice, 「Youth Out-of-Court Disposals: Guide for Police and Youth Offending Services」, 2013.
- Ministry of Justice, Legal Aid, 「Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012: The New Youth Remand Framework and Amendments to Adult Remand Provisions」, Circular No. 2012.
- Natalie Picken etc., Process Evaluation of AssetPlus, Rand Europe, 2019.
- Orlando, Frank, Controlling The Front Gates effective admissions policies and practices, A Project of The Annie E. Casey Foundation, <http://www.aecf.org/initiatives/jdai>, 2003.
- Roush, D. W., Brazeal, M., & Church II, W. T, Juvenile detention, 「Juvenile justice sourcebook」, 193-214, 2014.
- Roush, David W., Desktop Guide to Good Juvenile Detention Practice, Michigan State University, 1996.
- Sentencing Council, Sentencing Children and Young People, 「Overarching Principles and offence specific guidelines for sexual offences and robbery」, 2017.

- Sentencing Guidelines Council, 「Overarching Principles – Sentencing Youths」, 2009.
- Steinhart, D., Juvenile detention risk assessment: A practice guide to juvenile detention reform, Annie E. Casey Foundation, 2006.
- Sue Adamson, 「Youth Crime – A Case Study of Intensive Supervision in a Neighbourhood Context」, Research Report 42, Sheffield Hallam University, 2004
- Teigan, A. S., Legislative Reforms in Juvenile Detention and the Justice System, In National Conference of State Legislatures, 2015.
- The Crown Prosecution Sevice, 「Youth Offenders」(<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/youth-offenders> , 2020. 10.2. 최종방문)
- Tom Ellis ets., Public protection in youth justice? The intensive supervision and surveillance Programme from the inside, 「International of Police Science & Management」, Vol. 11 No.4, 2009.
- Youth Justice Board, “AssetPlus:assessment and planning in the youth justice system”(https://www.gov.uk/government/publications/assetplus-assessment-and-planning-in-the-youth-justice-system/assetplus-assessment-and-planning-in-the-youth-justice-system, 2020, 10. 2. 최종방문)
- Youth Justice Board, 「AssetPlus Rationale」, 2014.
- Youth Justice Board, 「Case Management Guidance – Bail and Remand Management」, 2010.
- Youth Justice Board, 「Case Management Guidance – Bail and Remand」, 2010.

### 3. 독일

- Diemer, Herbert/Schatz, Holger/Sonnen, Bernd-Rüdeger, Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen, 6. Aufl., C.F.Müller, 2011.
- Die Senatorin für Soziales, Kinder, Jugend und Frauen Bremen, Jugendliche im Strafverfahren, Rahmenkonzeption 2014, Mai 2014.
- Eisenberg, Ulrich/Kölbl, Ralf(Bearbeiter), Jugendgerichtsgesetz, 21. Aufl.,

- C.H.Beck, 2020.
- Gertler, Nils/Kunkel, Volker/Putzke, Holm(Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar JGG, 17. Edition. Stand: 01.05.2020, C.H.Beck, 2020.
- Graf, Jürgen-Peter, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 36. Edition. Stand: 01.01.2020, C.H.Beck, 2020.
- Hannich, Rolf, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8, Aufl., C.H.Beck, 2019.
- Heinz, Wolfgang, Sekundäranalyse empirischer Untersuchungen zu jugendkriminalrechtlichen Maßnahmen, deren wendungspraxis, Ausgestaltung und Erfolg, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, August 2019.
- Meier, Bernd-Dieter/Rössner, Dierter/Trüg, Gerson/Wulf, Rüdiger, Nomoskommentar. Jugendgerichtsgesetz, 1. Aufl., 2011.
- Knauer, Christoph(Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/2, 1. Aufl. C.H.Beck, 2018.
- Kowalzyck, Markus, Untersuchungshaft, Untersuchungshaftvermeidung und geschlossene Unterbringung bei Jugendlichen und Heranwachsenden in Mecklenburg-Vorpommern, Forum Verlag Godesberg, 2008.

#### 4. 일본

- 加藤仁 외, “被害者の視点を取り入れた交通事件調査, 家裁調査官研究紀要7号, 2008.
- 加藤学, “保護的措置の意義と限界”, 守屋克彦·齐藤豊治, コンメンタール少年法, 現代人文社, 2012.
- 家庭局長通達, 補導委託の運営について, 家庭裁判月報49卷8号, 1997.
- 家庭局長通達, 不開始, 不処分事件の取扱について, 家庭裁判月報11卷12号, 1959.
- 甲斐行夫 외, 少年法等の一部を改正する法律及び少年審判規則等の一部を改正する規則の解説, 法曹会, 2002.
- 廣瀬健二, 裁判例コンメンタール 少年法, 立花書房, 2011.
- 団藤重光·森田宗一, 新版少年法(第二版), 有斐閣, 1984.

- 大森政輔, “少年の権利保障強化のための手続改善について”, 家庭裁判月報29巻9号, 1977.
- 柳瀬隆次, 少年保護事件における不開始・不処分決定に対する研究, 司法研究報告書8輯11号, 法曹会, 1960.
- 柳沢恒夫, “東京家庭裁判所における保護的措置の新しい試み”, 犯罪と非行115号, 1998.
- 武内謙治, 少年法講義, 日本評論社, 2015.
- 法曹会編集部, “ほうそう講座 少年法(6)”, 法曹749号, 2013.
- 服部朗, “保護的措置の現状と課題”, 少年法における司法福祉の展開, 成文堂, 2006.
- 寺島洋平 외, 家庭裁判所調査官による試験観察の運用について, 家庭裁判所調査官実務研究 報告書4, 1993.
- 杉山英巳, “少年審判における保護的措置について”, ケース研究221号, 1989.
- 森田容子 외, “粗暴少年に対する保護的措置”, 家裁調査官研究紀要7号, 2008.
- 相澤重明, “家庭裁判所調査官と少年保護”, ジュリスト1087号, 1996.
- 星野雅紀・山田稔, “千葉家庭裁判所における保護的措置”, ケース研究297号, 2008.
- 安藤成行 외, “家裁調査官の行う保護的措置の実証的研究”, 家裁調査官研究紀要2号.
- 一谷忠男 외, “心理学的尺度を用いた新たな保護的措置の研究”, 家裁調査官研究紀要7号, 2008.
- 裁判所職員総合研究所監修, 少年法実務講義案(再訂補訂版), 司法協会, 2012.
- 猪瀬楨一郎, 少年法のあらたな展開, 有斐閣, 2001.
- 田宮裕・廣瀬健二, 注釈少年法(第4版), 有斐閣, 2017.
- 川添幸雄, “保護的措置について”, 調研紀要32号, 1977.
- 最高裁判所事務総局家庭局, “家庭裁判所事件の概況(2・完)一少年事件一”, 法曹時報72巻1号, 2020.
- 最高裁判所事務総局家庭局, “法制審議会少年法部会関係資料(67)”, 家庭裁判月報29巻5号, 1977.
- 平場安治, 少年法(新版), 有斐閣, 1987.
- 下坂節男 외, “『被害を考える教室』の実践と留意点”, 調研紀要76号, 2003.
- 鶴岡健一 외, “被害に関する調査と保護的措置”, 調研紀要70号, 2000.
- 丸山雅夫, “少年保護事件における保護的措置”, 南山法学42巻3・4号, 2019.
- 丸山雅夫, 少年法講義(第3版), 成文堂, 2016.

## **A Study On the Introduction of Pretrial Supervision Program for Juvenile Delinquent.**

Kim, Ji-sun·Park Kyoung-Kyu·Kim Hyuk·Lee You-Kyoung

In the fourth quarter of 2019, a boy who received probation was found to take an average of 179 days or about 6 months from arrest to disposition in the juvenile court. In particular, it took an average of 109 days to receive a disposition after being sent to the juvenile court, and it was found that it took the longest time among the total case processing procedures. Prolonging the duration of case processing can lead to various problems. First, it is difficult to secure recruits of delinquent boys at trial. Second, as the gap between crime and punishment increases, it is difficult for punishment to elicit reflection and improvement on the delinquent boy's misconduct. Third, while waiting for the trial, there are cases of school interruption due to psychological anxiety or fear of disposition, and there is a concern that school interruption may intensify the boy's misconduct propensity. Among the boys who received probation, 20.9% of the boys re-offended during the incident processing period, and the recidivism rate of high-risk probation boys was much higher at 46%.

These data, on the one hand, suggest that efforts should be made to eliminate unnecessary delays in the juvenile case handling process (especially, unnecessary delays in disposition decisions after being sent to juvenile court). On the other hand, it implies that it is necessary to prepare a pre-trial supervision program to supervise and custody delinquent boys during the period from the investigation

stage to the pre-decision stage in order to prevent recidivism of delinquent boys waiting for trial.

The purpose of this study is to present basic principles to be considered in operating a pre-trial supervisory system for delinquent boys, and to present specific plans for the operation of the system.

In order to achieve the above research objectives, three research topics were dealt with. First, using empirical data, this study analyzed the time taken to deal with delinquent boy cases, re-offenses of delinquent boys during the case processing period, and the current status and problems of pre-trial intervention programs being implemented at each stage of the juvenile justice system. Second, this study comparatively reviewed legislation and operational status related to the pre-trial supervisory system in the US, UK, Germany and Japan. Finally, this study presented the basic principles and specific operational plans to be considered when operating the pre-trial supervisory system by synthesizing the first and second research topics.

The detailed operation plan of the pre-trial supervisory system is as follows.

#### Diversification and activation of temporary measures

In order to secure the effectiveness of Article 18 (1) 1 ('consignment of a guardian' and 'consignment to a suitable person who can protect a boy'), the juvenile court judges should be added compliance requirements with the needs of juvenile supervision and custody, and juvenile justice agencies should supervise whether delinquent juveniles violate these requirements. In other words, it is necessary to establish "supervision by probation officer" or "supervision by probation officer over compliance matters" as a type of temporary measure. It is considered more appropriate to include "restriction of going out" and "prohibition of access to victims" as a compliance requirement to be observed rather than introducing separate temporary measures.

In order to revitalize the juveniles Act Article 18 (1) "consignment to suitable

facilities that can protect boys," it is necessary to consider directly operating a small, open boarding system for delinquent boys by the government, such as the UK or the US.

For delinquent boys who do not attend school, the effectiveness of recidivism prevention is low simply by adding a condition of in-person contact with a probation officer once or twice a month for home detention, so the day reporting center or evening reporting center operated in the United States needs to be introduced as a new interim measure. It is also necessary to consider a plan to designate 'Youth Center', 'Out-of-School Youth Support Center', and 'Youth Delinquency Prevention Center' as a day reporting center or an evening reporting center.

As delinquent boys with psychological or mental health problems have increased in recent years, it is necessary to introduce psychological counseling orders and mental health treatment orders as one of the temporary measures for boys with these characteristics.

#### Use of temporary measures in the investigation stage

Currently, the only way to supervise a criminal boy who is likely to file a prosecution or be sent to a juvenile protection case at the stage of the investigation is 'detention', but the detention usually targets criminal boys who are likely to file a prosecution. Therefore, detention is not a pre-trial intervention measure applicable to criminal boys who are likely to be sent to juvenile protection cases. Although there is no need for detention at the stage of investigation, interim measures should be made available to boys who need supervision or custody to prevent recidivism or protect victims while pending trial.

The jurisdiction of juvenile crimes in the investigation stage is not clear. This is because it is before the prosecutor decides whether to prosecute to the criminal court or send it to the juvenile protection case. However, in terms of enhancing

the expertise in handling juvenile cases, it is more appropriate to give juvenile courts jurisdiction over the decision of interim measures for juveniles to be prosecuted by the criminal courts. Based on the same logic, even in areas where juvenile courts are not established, it is considered more appropriate to give juvenile courts jurisdiction over the decision of interim measures.

If consignment of juvenile classification review center is allowed in the investigation stage, the investigative agency will have two available alternatives for juvenile criminal suspects who need to secure recruits: 'detention' and 'consignment for juvenile classification review center.' In this case, there is a risk that the investigative agency will abuse the consignment of the juvenile classification review center as a means to more easily detain criminal boys for a longer period of time. Therefore, consignment of juvenile classification review center should be excluded from the types of temporary measures that can be used in the investigation stage.

#### Restrictions on boys subject to temporary measures

Intrium measures in the investigation stage should be limited to juvenile offender. And, the targets of interim measures from the sending as a juvenile protection case to the pre-trial stage are juvenile who committed crimes under the age of 14 and juvenile offender over the age of 14. Lastly, in the case of consignment of juvenile classification examiners, only juvenile offender who are 14 years of age or older should be eligible.

## 소년법 일부개정법률안(백혜련의원 대표발의) 신구조문대비표

현 행	개 정 안
제3조(관할 및 직능) ① ~ ③ (생 략)	제3조(관할 및 직능) ① ~ ③ (현행과 같음)
<신 설>	④ 소년 임시조치는 가정법원소년부 또는 지방 법원소년부에 속하며, 소년부가 설치되지 아니 한 지역에서는 해당 지역의 지방법원(지원을 포 함한다. 이하 “소년부등”이라 한다)으로 한다.
<신 설>	⑤ 소년 임시조치의 결정은 소년부 등의 단독판 사가 한다.
제18조(임시조치) ① 소년부 판사는 사건을 조사 또는 심리하는 데에 필요하다고 인정하면 소년 의 감호에 관하여 결정으로써 다음 각 호의 어 느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다. 1. ~ 3. (생 략)	제4조의2(검사의 임시조치 청구 등) ① 검사는 제4 조제1항제1호에 해당하는 소년이 범죄를 다시 범할 우려가 있다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 사법경찰관의 신청에 따라 소년부등에 제 18조제1항 각 호의 임시조치를 청구할 수 있다. ② 검사는 제1항의 청구에 의하여 결정된 제18 조제1항제1호 및 제2호, 제4호부터 제8호까지 의 임시조치를 위반하여 범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 보호 관찰관, 사법경찰관 등 위탁받은 자나 집행 기 관의 장의 신청에 의하여 소년부등에 제18조제 1항제3호의 임시조치를 청구할 수 있다. ③ 제1항 및 제2항의 경우 피해자 또는 그 법정 대리인은 검사 또는 사법경찰관에게 제1항 및 제2항에 따른 임시조치의 청구 또는 그 신청을 요청하거나 이에 관하여 의견을 진술할 수 있다. ④ 제3항에 따른 요청을 받은 사법경찰관은 제 1항 및 제2항에 따른 임시조치를 신청하지 아니 하는 경우에는 검사에게 그 사유를 보고하여야 한다. 제18조(임시조치) ① 소년부등-----사건의 원활한---심리, 재범방지 또는 피해자 보호를 위하여-----인정하는 경우에는 결정으로 소년에게-----. 1. ~ 3. (현행과 같음)

현행	개정안
<신설>	4. 피해자의 주거, 학교 등에서 100미터 이내의 접근 금지
<신설>	5. 피해자에 대한 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지
<신설>	6. 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 보호관찰
<신설>	7. 야간 등 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 시간대의 외출 제한
<신설>	8. 소년의 상담·선도·교화와 관련된 단체나 시설에서의 상담·교육
<p>② 동행된 소년 또는 제52조제1항에 따라 인도된 소년에 대하여는 도착한 때로부터 24시간 이내에 제1항의 조치를 하여야 한다.</p> <p>③ 제1항제1호 및 제2호의 위탁기간은 3개월을, 제1항제3호의 위탁기간은 1개월을 초과하지 못한다. 다만, 특별히 계속 조치할 필요가 있을 때에는 한 번에 한하여 결정으로써 연장할 수 있다.</p> <p>④ 제1항제1호 및 제2호의 조치를 할 때에는 보호자 또는 위탁받은 자에게 소년의 감호에 관한 필요 사항을 지시할 수 있다.</p> <p>⑤ 소년부 판사는 제1항의 결정을 하였을 때에는 소년부 법원서기관·법원사무관·법원주사·법원주사보, 소년분류심사원 소속 공무원, 교도소 또는 구치소 소속 공무원, 보호관찰관 또는 사법경찰관에게 그 결정을 집행하게 할 수 있다. &lt;단서 신설&gt;</p> <p>⑥ 제1항의 조치는 언제든지 결정으로써 취소하거나 변경할 수 있다.</p>	<p>② 제1항 각 호의 조치 상호 간에는 병합할 수 있다. 다만, 제1항제7호를 조치하는 경우에는 제6호의 조치를 병합하여야 한다.</p> <p>③ 제4조의2제1항----제2항에 따른 검사의 임시조치 청구를 받은 소년부등 판사는 신속히 임시조치 여부를 결정하여야 한다. &lt;단서 삭제&gt;</p> <p>④ 동행된 소년-----제52조제1항에 따라 인도된 소년에 대하여는 도착한 때로부터 24시간 이내에 제1항의 조치를 하여야 한다.</p> <p>⑤ 제1항제1호 및 제2호의 위탁기간은 3개월을, 제1항제3호의 위탁기간은 1개월을 초과하지 못한다. 다만, 특별히 계속 조치할 필요가 있을 때에는 결정으로써 한 차례만 연장할 수 있다.</p> <p>⑥ 제1항제4호부터 제8호까지의 임시조치기간은 6개월을 초과하지 못한다. 다만, 특별히 계속 조치할 필요가 있을 때에는 결정으로써 6개월의 범위에서 한 차례만 그 기간을 연장할 수 있다.</p> <p>⑦ 제1항제8호의 상담·교육은 40시간을 초과하지 못한다.</p> <p>⑧ 제1항제1호 및 제2호의 조치를 할 때에는 보호자 또는 위탁받은 자에게 소년의 감호에 관한 필요 사항을 지시할 수 있다.</p> <p>⑨ 소년부 판사는 제1항제1호부터 제5호까지의 결정을 하였을 때에는 소년부 법원서기관·법원사무관·법원주사·법원주사보, 소년분류심사원 소속 공무원, 교도소 또는 구치소 소속 공무원, 제1항제6호 및 제7호는 보호관찰관에게, 제8호는 소년원 또는 소년분류심사원 소속 공</p>
<신설>	
<신설>	
<신설>	

현 행	개 정 안
〈신 설〉	<p>무원, 그 밖에 위탁받을 기관 소속의 직원에게 <u>그 결정을 집행하게 할 수 있다.</u></p> <p>⑩ 소년부등 판사는 직권 또는 위탁받은 자나 임시조치를 집행하는 기관의 장의 신청에 따라 <u>결정으로써 해당 임시조치를 취소하거나 그 종류를 변경할 수 있다.</u></p>
〈신 설〉	<p>⑪ 제18조제1항의 임시조치는 결정을 한 때부터 <u>진행한다.</u></p>
〈신 설〉	<p>⑫ 검사가 사건을 소년부에 송치하는 때에는 이미 <u>행하여진 임시조치는 효력을 잃지 아니한다. 다만, 검사가 사건을 기소, 불기소 또는 기소유예 처분을 하거나 소년부 판사가 불처분 결정 또는 보호처분의 결정을 확정할 때에는 그 효력을 잃는다.</u></p>



연구총서 20-AB-03

## 소년에 대한 재판 전 감독 도입에 관한 연구

발행 | 2020년 9월

발행처 | 한국형사정책연구원

발행인 | 한인섭

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | [www.kic.re.kr](http://www.kic.re.kr)

정가 | 10,000원

인쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482

I S B N | 979-11-89908-71-3 93330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.