

현행 소년 보호처분의 문제점*

김 해 정

영남대학교 법과대학 교수

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 소년보호주의의 이념
- III. 개정 소년법상 보호처분의 문제
- IV. 개정 '보호소년' 등의 처우에 관한 법률¹⁾상 퇴원 및 입시퇴원의 문제
- V. 맺음말

I. 들어가는 말

최근 청소년 인구가 감소함에 따라 소년사건의 수가 감소하고 있음에도 불구하고 소년법의 재범률은 높은 수준을 유지하고 있을 뿐만 아니라 소년범죄가 흉포화 되고 있어 처벌 위주에서 교화·선도 중심으로 소년사법체계를 개선하겠다는 목적¹⁾에서 지난 2007년 11월 22일 제안된 개정 소년법이 2007년 12월 7일 국회에서 통과되어 2008년 6월 22일부터 시행되고 있다.

이번 소년법 개정에서는 그동안 논란이 되어 왔던 소년법 적용연령 및 처벌·우범소년의 연령인하, 선도조건부 기소유예제도에 대한 명문화 뿐만 아니라 소년보호사건에 대한 국선변호인제도의 도입, 처분결정 전 조사제도의 도입, 보호처분의 다양화 등 제2의 제정이라고 할 수 있을 정도로 많은 새로운 내용을

* 심사위원 : 이정원, 양종모, 한인달

투고일자 : 2008. 7. 23, 심사일자 : 2008. 8. 29, 게재확정일자 : 2008. 9. 3.

1) 의안번호 제177924호 소년법 일부개정법률안(대안) 제안이유 참조.

담고 있다.

그러나 이러한 내용은 논의 초기부터 첨예한 의견대립이 있었던 것만큼 개정 소년법이 시행된 이후에도 검사의 선의권이 강화된 반면 소년법원의 기능은 더욱 위축되었고, 이제 초등학교 3·4학년 정도의 어린이도 잘못하면 소년원에서 쇼크구금을 당할 수 있게 되었으며, 19세 소년의 경우에도 소년법의 보호를 받지 못하게 되었다는²⁾ 등의 내용을 바탕으로 보호주의의 퇴보와 엄벌주의 강화라고 볼 수 있는 근거가 산재하고 있다는 비판이 제기되고 있다.³⁾

이러한 개정 소년법의 내용 중에서도 특히 보호처분과 관련하여 보면, 보호처분의 내용을 다양화하고 내실화하여 처벌위주에서 교화와 선도 중심으로 소년 사법체계를 개선하겠다는 의도에서 종래의 7종류에서 10종류로 처분내용을 확대하고 있으나, 과연 그러한 변화가 제안이유에서 언급한 목적과 취지를 제대로 살리는 방향으로 개정된 것인가에 대하여는 여전이 의문이 제기되고 있다.

또한 이러한 변화는 비단 보호처분에만 그치는 것이 아니라 그 처우와 관련하여 우선 구 소년원법이 '보호소년 등의 처우에 관한 법률'로 개칭되면서 「소년법」의 개정 추진과 연계하여⁴⁾ 개정되었다고 하는데, 그 개정내용 중 9호 및 10호 보호처분과 관련된 (조기)퇴원 및 임시퇴원의 규정이 과연 소년법의 개정과 연계된 관점에서의 목적과 취지를 고려하여 개정된 것인가에 대하여도 역시 의문이 제기된다.

이에 본 글에서는 소년형사사법제도가 취하고 있는 보호주의 이념 하에서 소년법에 대한 보호처분과 그와 관련된 (조기)퇴원 및 임시퇴원과 관련하여 현행법이 가지고 있는 문제점에 대하여 간략하게 살펴보고자 한다.

2) 그러나 소년법 적용연령과 관련하여서는 민법상 미성년자연령 및 청소년보호를 위한 다양한 특별법에서의 보호연령이 동일하지 않다보니, 그로 인하여 법률의 착오가 발생할 여지도 있고(김혜정, “청소년보호연령과 관련된 (법률)착오의 문제점”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004, 352면 이하 참조), 무엇보다도 법률적용의 일관성을 유지할 필요가 있다는 점에서 이미 오래전부터 청소년보호연령의 통일에 대한 필요성이 제기되어 온 것의 일환으로 민법상 미성년자 연령을 19세 미만으로 하는 개정안이 나왔던 것이고(의안정보시스템 2004년 10월 21일 제안된 의안번호 제170611호 제안이유서 참조), 같은 맥락에서 소년법도 19세로 개정된 것이라는 점에서 의미가 있다고 생각된다.

3) 최중식, “제6차 소년법개정의 문제점 고찰”, 형사정책 제20권 제1호, 2008, 352면 이하 참조.

4) 의안번호 제177681호 소년원법 일부개정법률안 제안이유 참조.

II. 소년보호주의의 이념

소년범죄자를 성인범죄자와 분리하여 소년범에 대한 형벌의 종류나 범위 및 그 정도를 완화하는 방식으로 다르게 취급하는 관행은 소년사법체도가 형성되기 이전부터 역사의 발전단계에서 나타난 것이라고 본다. 서구에서 역사적으로 소년범죄자를 성인범죄자에 비해 관대하게 취급한 것은 중세 교회의 영향에서 비롯된다고 할 수 있다. 즉 교회는 인간이 만7세가 되기 전에는 이성의 능력이 갖추어지지 않았다고 보아서 7세 이하의 소년에 대해서는 형사책임을 인정하지 않았으며, 14세까지도 특별취급을 하였다고 한다.⁵⁾

그러다가 이러한 관행이 19세기 말 영국과 미국에서 전개된 소년사법운동을 통해서 소위 국친사상(*parens patriae*)을 바탕으로 소년에 대하여 형벌과는 그 내용이 다른 독특한 제재수단과 일반형사절차와는 다른 별도의 처리절차를 마련하기 시작하였다.⁶⁾

일반적으로 (청)소년은 합리적인 사고와 판단에 기초한 의사결정을 할 수 있을 정도로 성숙되고 완성되지 않았으며, 환경과 주위의 자극에 쉽게 반응하고 감수성이 예민한 존재로 인식되고 있다. 따라서 이들은 쉽게 범죄에 빠질 가능성도 높지만, 반면에 이러한 소년범죄자들은 개선의 가능성도 그만큼 크다고 할 수 있기 때문에 소년범에 대해 형벌을 과하는 것은 적절하지 않으며 오히려 치료하고 보호해 주어야 한다고 보고 있다.⁷⁾

결국 국친사상과 소년의 미성숙성에 대한 인식 등을 바탕으로 소년범(비행소년을 포함하여)을 처벌의 대상이 아닌 보호의 대상으로 이해하고 교육적·인도적·복지적 관점에서 형벌보다는 교육을 통한 사회복귀를 지향해야한다는 소년보호주의의 이념이 도출된 것이라고 할 수 있다. 이러한 소년보호주의가 법과 제도로 구체화된 것이 19세기 초 소년법의 제정과 소년법원의 설립이라고 할 수 있을 것이다.⁸⁾

5) 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 제10판, 2008, 499면 참조.

6) 김지선, 소년보호처분유형의 결정요인에 관한 연구, 한국형사정책연구원 보고서, 2000, 61면; 한인달, “한국의 개정 소년법의 주요내용과 동향”, 소년범죄와 소년사법(한국비교형사법학회 2008년 하계국제학술회의 자료집), 2008. 8. 19, 57면 참조.

7) 이윤희, 소년보호처분의 효과분석, 한국형사정책연구원 보고서, 1990, 22면 참조.

8) 김지선, 앞의 보고서, 62면 참조.

우리나라에서도 1958년 소년법을 제정한 이후로 소년원법, 아동복지법, 청소년보호법, 청소년의 성보호에 관한 법률 등 소년보호에 관한 여러 가지 규정들을 두고 있다. 특히 소년법은 제1조에 “반사회성(反社會性)이 있는 소년의 환경조정과 품행 교정(矯正)을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 한다”고 규정하여, 소년에 대해 교육과 원호를 통한 개선을 도모한다는 것과 형사처분을 함에 있어서도 성인과 다른 특별한 절차와 처분을 함으로써 소년을 보호한다는 소년법에 대한 보호주의의 이념을 나타내고 있다. 특히 소년법은 소년 비행의 내용을 반사회성에서 찾고 이를 제거하기 위한 원인을 사회적 요인인 환경과 개인적 요인인 성행에 둬으로써 사회적·개인적 원인을 모두 인정하고 있다.

이러한 소년보호주의 이념과 관련하여 가장 핵심적인 것은 형사처분과는 그 내용과 절차를 달리하는 보호처분제도라고 할 수 있을 것이다. 즉 보호처분절차는 형사법원과 대비되는 소년부, 즉 가정법원의 소년부 단독판사에 의하거나 가정법원이 없는 곳에서는 지방법원의 소년부 단독판사에 의하여 진행된다(소년법 제3조). 이러한 보호처분은 비단 소년범죄자뿐만 아니라 형벌 법령에 저촉되는 행위를 한 10세 이상 14세 미만의 촉범소년 및 집단적으로 몰려다니며 주위 사람들에게 불안감을 조성하는 성벽(性癖)이 있거나, 정당한 이유 없이 가출하거나, 술을 마시고 소란을 피우거나 유해환경에 접하는 성벽이 있고 그 성격이나 환경에 비추어 앞으로 형벌 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 10세 이상의 우범소년을 대상으로 하고 있다. 이러한 대상자들에 의해 발생한 사건을 조사·심리한 소년부판사는 심리 결과 보호처분이 필요한 것으로 인정되면 소년법 제32조 제1항에 따른 보호처분결정을 내려야 한다.

무엇보다도 보호처분제도가 보호주의라는 소년법의 이념에 충실하게 운용되기 위해서는 비행사실의 인정과정뿐만 아니라 그에 앞서 소년보호의 필요성, 즉 요보호성의 판단과정에 중점을 두어, 소년의 요보호성의 양상과 정도에 맞추어, 결국 보호를 필요로 했던 문제점을 해소하기 위하여 유효하고 적절한 보호수단을 강구하는 것이라고 할 수 있다.

그렇다면 이러한 소년보호처분제도가 지향하는 이념이 지금까지 제도 안에 올바르게 구현되어 왔는가? 이에 대해 소년에 대한 복지와 보호라는 소년보호처

분제도가 지향하는 이념보다는 형사정책적인 측면이 강조되고 있는 것은 아닌가에 대하여 의문이 제기되고 있다.⁹⁾ 뿐만 아니라 지난 개정 소년법의 제안이 유서에 “처벌 위주에서 교화와 선도 중심으로”라는 표현은 “이제까지 소년법을 처벌 위주로 운용하여 왔다는 점을 스스로 인정한 것”이라는 평가¹⁰⁾도 내려지고 있다.

이에 이러한 문제를 개선하겠다는 목적을 가지고 이번 개정이 이루어졌음에도 여전히 다양한 문제점을 가지고 있다고 본다. 물론 현실적으로 소년보호처분 제도를 운용하는 데에 있어서 소년보호라는 보호처분제도의 교정주의적·복지적 성격과 아울러 사회질서를 유지해야 한다는 형사정책적·사법적 기능을 적절하게 조화시키는 문제도 또 하나의 과제로 남는다고 할 수 있으나, 소년보호주의라는 관점에서 특히 현행 소년법상의 보호처분과 그와 연계된 퇴원의 판단과 관련하여 몇가지 문제점을 지적하지 않을 수 없다.

III. 개정 소년법상 보호처분의 문제

1. 보호처분의 유형 및 기간

개정소년법은 보호처분 종류의 다양화를 통해 보호소년의 개선·보호·교화라는 소년법이념을 실현하고자 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같이, 구 소년법에서 7종류의 보호처분을, 이번 개정을 통해 10종류의 보호처분으로 확대하였다. 즉 구 소년법상의 보호처분을 그대로 유지하면서, 과거 부가처분으로만 부과하던 수강명령과 사회봉사명령을 독립된 보호처분으로 도입하고, 1개월 이내의 소년원 송치라는 소위 충격(혹은 쇼크)구금을 새롭게 도입하여 10종류의 보호처분으로 구성하고 있는 것이다.

9) 이에 대하여 제기되는 비판과 관련하여서는 이윤호, 앞의 보고서 25면 이하 참조.

10) 최종식, 앞의 논문, 354면.

<표 1> 신·구 보호처분의 비교

구 소년법 제32조 제1항	개정 소년법 제32조 제1항
1. 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호를 위탁하는 것	1. 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁
	2. 수강명령 <신설>
	3. 사회봉사명령 <신설>
2. 보호관찰관의 단기보호관찰을 받게 하는 것	4. 보호관찰관의 단기(短期) 보호관찰
3. 보호관찰관의 보호관찰을 받게 하는 것	5. 보호관찰관의 장기(長期) 보호관찰
4. 아동복지법상의 아동복지시설 기타 소년보호시설에 감호를 위탁하는 것	6. 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁
5. 병원, 요양소에 위탁하는 것	7. 병원, 요양소 또는 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」에 따른 소년의료보호시설에 위탁
	8. 1개월 이내의 소년원 송치 <신설>
6. 단기로 소년원에 송치하는 것	9. 단기 소년원 송치
7. 소년원에 송치하는 것	10. 장기 소년원 송치

그와 함께 구 소년법에서는 제32조 제2항에서 제1호와 제2호 처분의 병과 또는 제1호와 제3호 처분의 병과만을 규정하고 있던 것에서, 개정 소년법에서는 제32조 제2항에 “1. 제1항제1호·제2호·제3호·제4호 처분, 2. 제1항제1호·제2호·제3호·제5호 처분, 3. 제1항제4호·제6호 처분, 4. 제1항제5호·제6호 처분, 5. 제1항제5호·제8호 처분” 등은 병합처분이 가능하여 보호처분의 유형은

더욱 다양해졌다고 할 수 있다.

그런가 하면, 보호처분의 기간과 관련하여 개정 소년법은 단기보호관찰기간을 과거 6개월이었던 것에서 1년으로 변경하였고(제33조 제2항), 장기로 소년원에 송치되는 기간과 관련하여 구 소년법에서는 특별한 규정을 두고 있지 않던 것을 현행법에서는 2년을 초과하지 못하도록 규정하였고(제33조 제6항), 또 구 소년법에서는 수강명령과 사회봉사명령이 단기 보호관찰에 부가될 경우에는 50시간을 초과할 수 없고, 장기 보호관찰에 부가될 경우에는 200시간을 초과할 수 없던 것에서, 개정 소년법은 수강과 사회봉사를 구별하여 수강명령은 100시간, 사회봉사명령은 200시간을 초과할 수 없도록 규정하고 있다(제33조 제4항).

이와 함께 사회봉사명령은 14세 이상의 소년에게만 할 수 있으며(제32조 제3항), 수강명령이나 장기 소년원송치처분은 12세 이상의 소년에게만 할 수 있도록 하고 있다(제32조 제4항).

2. 검토

문제는 이처럼 보호처분의 내용을 다양화하는 것만으로 보호소년의 개선·보호·교화의 목적을 달성할 수 있을 것인가는 여전이 의문으로 남는다. 먼저 보호관찰의 준수사항으로서가 아닌 독립처분으로 규정된 수강명령 내지 사회봉사명령이 마치 새롭게 보호처분 유형을 다양화해주고 있는 모습을 보여주지만, 실질적으로 사회봉사명령이나 수강명령을 집행하는 과정에 보호관찰관의 도움 없이 어느 정도 실효성 있게 그 목적이 달성될 수 있을 것인지 의문이다.

물론 수강명령과 사회봉사명령이 이번 개정 소년법을 통해 독립적으로 부과되는 것이 가능하게 된 것이 형법 제62조의2에서 보호관찰과 무관하게 사회봉사 및 수강명령을 부과할 수 있도록 하고 있는 것과 통일성을 가진다는 점에서는 의미가 있어 보인다. 그러나 그 집행에 있어서 보호관찰관의 지도·감독이 필요하다고 한다면, 보호관찰을 부과하지 않으면서 수강 내지 사회봉사만을 독립적으로 명령하는 것이 실효성의 측면에서 어떤 의미를 갖는 것인지 의문이 남는다.¹¹⁾

11) 필자는 수강명령이나 사회봉사명령은 보호관찰의 준수사항으로 보는 것이 보다 더 적절하다고 보는 입장(진수명/김혜정, 각국의 보호관찰 대상자 준수사항에 관한 연구, 한국형사정책연구원(법무부 용역과제), 2001, 161면 이하 참조)에서 오히려 형법 제62조의2에서 독립부과하고 있는 규정도 개정될 필요가 있다고 생각한다.

더욱이 제32조 제2항 1호 내지 2호에 의하면 제1호·제2호·제3호·제4호 처분이 병과되거나, 제1호·제2호·제3호·제5호 처분이 병과 되도록 하여, 실무에서는 오히려 제32조 제1항 3호 내지 4호에 입각하여 독립적으로 부과하기 보다는 동조 제2항 1호 내지 2호에 입각하여 단기 보호관찰 내지 장기보호관찰에 병과 될 가능성이 높다고 보이며, 이는 결국 외형상의 다양화는 달성했을지 몰라도, 실질적인 의미에서의 다양화를 발견하기는 어려운 면이 있다.

물론 대상소년의 입장에서는 일정 기간 사회봉사나 수강프로그램에 참여하면 보호처분이 종료되므로 유리한 제재일 수도 있다. 그런 점에서 본다면, 나름대로 의미가 있다는 주장이 제기될 수도 있다. 그러나 실질적으로 사회봉사나 수강의 참여여부를 감독하기 위해서는 일정 부분 보호관찰이 개입되지 않을 수 없고 그런 점에서, 제32조 제2항 병과규정을 두고 있는 것이 아닌가 생각해본다. 따라서 합리적인 관점에서 재검토가 필요한 것이 아닌가 생각해본다.

그렇다면, 실질적으로 새롭게 도입된 보호처분 유형은 1개월 이내의 소년원 송치, 즉 충격(혹은 쇼크)구금이라고 할 것이다. 그렇다면, 이러한 1개월 이내의 소년원 송치를 통해 대상 소년에 대하여 어떤 개선·보호·교화의 효과를 달성할 수 있을 것인가?

사실 이러한 충격(혹은 쇼크)구금은 미국에서 종래 일반적인 보호관찰만으로 재범예방이라는 실효성이 크지 않다는 점에서 그 문제점을 해결하기 위한 다양한 보호관찰 기법의 하나로 등장한 것으로 짧은 구금을 통해 구금의 고통을 맞보게 하여 보다 성실하게 보호관찰을 받도록 하여 재범을 예방하겠다는 의도를 담고 있다고 할 수 있다.¹²⁾

그런 관점에서 본다면, 오히려 이 경우에도 제8호 처분이 단독으로 부과되기 보다는 이 역시 장기 보호관찰과 함께 병과 될 가능성이 높아 보인다. 이는 결국 보호처분의 다양화·내실화 보다는 오히려 엄벌화 쪽으로 소년에 대한 제재가 무거워진 것이 아니냐는 비판으로부터 자유롭기가 쉽지 않다.¹³⁾

특히 이러한 보호처분의 변화는 그 대상연령의 인하로 인하여 더 많은 비판이 제기될 수 있을 것인데, 구 소년법과는 달리 개정 소년법은 촉법소년 및 우범소년의 연령을 12세에서 10세로 인하하고 있다. 즉 10세와 11세의 소년은 사

12) Champion, Probation, Parole, and Community Corrections, 2002, p.185.

13) 심재무, “한국 소년보호제도의 문제점과 그 개선방안”, 소년범죄와 소년사범(한국비교형사법학회 2008년 하계국제학술회의 자료집), 2008. 8. 20, 289면 이하 참조.

회봉사명령과 수강명령 및 2년 이하의 장기 소년원 송치처분의 대상에서는 제외되지만, 그 밖의 보호처분, 즉 1개월 이내의 소년원 송치, 6월 이하의 단기 소년원 송치 및 최장 3년 이하의 보호관찰(1회 연장 포함)처분의 대상자가 될 수 있고, 특히 보호관찰을 부과 받는 경우에 신설된 제32조의2(보호관찰처분에 따른 부가처분 등) 제2항에 의하여 1년 이내의 범위 안에서 야간외출제한명령을 준수사항으로 부과 받을 수도 있다. 이는 보호처분의 내실화 내지 다양화를 기하기보다는 사회방위를 지나치게 강조한 것이 아니냐는 비판을 피할 수 없을 것으로 본다.

특히 법무부는 1개월 이내의 단기 소년원송치는 처음부터 촉법소년에 대한 대책으로서 신설한다고 하고 있어 아무리 소년법이 비행소년의 건전한 육성을 기하기 위한 법률이라고 하여도 이는 지나친 처분이라고 아니 할 수 없고, 이러한 단기 구금이 장기의 보호관찰과 병과 되도록 하고 있는 점에 대하여도 그 실질적인 효과와 관련하여 합리적이고 설득력 있는 논거가 제시되기 보다는 “1개월 이내 소년원송치처분과 보호관찰이 병합될 수 있도록 하여 보호처분의 실효성 강화”라고만 하고 있는 것에 대한 비판이 제기되고 있다.¹⁴⁾

따라서 외형상 보호처분의 다양화보다는 실질적인 관점에서 어떻게 집행되는 것이 바람직 할 것인가에 대한 고민과 함께 그 대상범위를 적절하게 제한하여 소년보호주의 이념에 부합하도록 정비될 필요가 있다고 본다.

IV. 개정 ‘보호소년 등의 처우에 관한 법률’상 퇴원 및 임시퇴원의 문제

1. 퇴원과 임시퇴원의 요건

이번 소년법의 개정과 함께 종래 소년원법이 ‘보호소년 등의 처우에 관한 법률(이하에서 보호소년처우법이라 한다)’로 명칭이 바뀌면서 그 내용도 일부 개정되었다. 그 중에 소년법의 처우와 관련하여 개정된 중요한 내용의 하나가 (조기)퇴원 및 임시퇴원의 문제라고 할 수 있다.

14) 최종식, 앞의 논문, 362면 이하 참조.

우선 임시퇴원(종래 가퇴원)과 관련하여서는 구 소년원법(제44조)과 개정된 보호소년처우법(제44조) 모두에서 보호관찰심사위원회의 권한으로 규정하고 있다는 점에서 원칙적인 변화가 없지만, (조기)퇴원과 관련하여서는 아래의 <표 2>에서 보는 바와 같이, 구 소년법 제43조 제2항에 “소년원장은 보호소년에 대하여 교정의 목적을 달하였다고 인정할 때에는 법무부장관의 허가를 받아 이를 퇴원시킨다”고 하여 그 결정을 법무부장관의 권한으로 하고 있던 것에서 개정된 보호소년처우법 제43조 제3항에서는 보호관찰심사위원회가 (조기)퇴원여부를 결정하도록 하고 있다.¹⁵⁾

특히 (조기)퇴원여부의 결정과 관련하여 구 소년원법시행규칙에서는 제75조 제1항 및 제2항에 그 기준을 규정하고 동조 제3항에 보호소년의 재비행 위험성여부의 판정기준은 법무부장관이 따로 정하는 것으로 하고 있었으나, 개정된 시행규칙에는 아래의 <표 2>에서 보는 바와 같이, 기준에 대한 규정을 별도로 두지 않고, 개정시행규칙 제75조 제3항에 보호관찰심사위원회로의 심사신청에 관한 사항은 법무부장관이 따로 정한다고 하여, 결국 보호소년처우지침¹⁶⁾이라는 내부지침에 그 기준을 두고 있다.¹⁷⁾ 즉 보호소년처우지침 제21조에 임시퇴원(과거 가퇴원)과 (조기)퇴원에 대한 일반적인 기준과 함께 단서 조항에 (조기)퇴원을 위한 별도의 4가지 기준을 추가하면서, 임시퇴원의 경우에는 일반기준만 충족하면 보호관찰심사위원회에 심사요청이 가능하지만, (조기)퇴원을 위해서는 일반기준뿐만 아니라 별도의 4가지 요건이 모두 충족되어야 심사요청이 가능한 것으로 하여 과거에 비해 그 요건이 상당히 강화되어 있는 모습을 발견할 수 있다.

15) 소년원에서의 퇴원과 관련하여 ① 소년원 수용연령이 초과한 경우(보호소년처우법 제43조 제1항), ② 소년원 수용 상한기간의 도달에 의한 즉시퇴원(동조 제2항), ③ 교정성적이 양호하여 일정한 요건을 충족하는 경우로 아무런 조건 없이 퇴원시키는 조기퇴원(동조 제3항 및 동법률 시행규칙 제75조) 그리고 ④ 교정성적이 양호하지만 일정한 요건을 충족하지 못하여 보호관찰 부과하면서 조기 퇴원시키는 임시퇴원(시행규칙 제75조)으로 나뉘어 있다.

16) 보호소년처우지침 제21조에 퇴원·임시퇴원 신청기준이라는 표제 하에 일반기준과 특히 (조기)퇴원을 위한 4가지의 구체적인 기준을 두고 있으나, 동지침은 내부문건인 관계로 본 논문에서 언급할 수 없음을 유감스럽게 생각하는 바이다.

17) 구 소년원법시행규칙에서는 그 기준을 명시적으로 규정하고 있던 것에서, 개정과 함께 그 기준을 내부지침으로 변경한 것은 이해하기 어려운 면이 있다. 내부지침은 외부에서 접근하기 쉽지 않다는 점에서 종전과 같이 시행규칙에 그 기준을 명시하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

<표 2> 퇴원 및 임시(가)퇴원의 관련 규정¹⁸⁾

	개정 전	개정 이후
보호 소년 등의 처우 에 관한 법률 (구 소년 법)	제43조 (퇴원) ②소년원장은 보호소년에 대하여 교정의 목적을 달하였다고 인정할 때에는 <u>법무부장관의 허가를 받아 이를 퇴원</u> 시킨다 제44조 (가퇴원) 소년원장은 교정성적이 양호한 자 중 보호관찰의 필요성이 있다고 인정되는 보호소년에 대하여는 보호관찰등에관한법률 제22조제1항의 규정에 따라 <u>보호관찰심사위원회에 가퇴원을 신청</u> 하여야 한다.	제43조(퇴원) ③소년원장은 교정성적이 양호하여 교정의 목적을 이루었다고 인정되는 보호소년에 대하여는 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 <u>보호관찰심사위원회에 퇴원을 신청</u> 하여야 한다. 제44조(임시퇴원) 소년원장은 교정성적이 양호한 자 중 보호관찰의 필요성이 있다고 인정되는 보호소년에 대하여는 「보호관찰 등에 관한 법률」 제22조제1항에 따라 보호관찰심사위원회에 <u>임시퇴원을 신청</u> 하여야 한다.
보호 소년 등의 처우 에 관한 법률 시행 규칙 (구 소년 법 시행 규칙)	제75조 (<u>퇴원허가·가퇴원심사 신청기준</u>) ①소년원장은 법 제43조제2항의 규정에 의하여 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 보호소년에 대하여 <u>법무부장관에게 퇴원허가신청</u> 을 할 수 있다. 1. 교정성적이 “수”에 해당되고 제15조의 규정에 의한 재처우심사결과 교정의 목적을 달성하였다고 인정되는 보호소년 2. 법 제48조의 규정에 의하여 재수용되어 일반과정에 분류된 자로서 매월 마지막 날을 기준으로 이전 수용일수를 합산한 기간이 24월을 초과하는 보호소년 3. 단기과정에 분류된 자로서 매월 마지막 날을 기준으로 한 수용일수가 5월을 초과하는 보호소년	제75조(<u>퇴원·임시퇴원 심사의 신청</u>) ①소년원장이 법 제43조의 제3항 및 제44조에 따라 관할 보호관찰심사위원회에 보호소년의 출원심사를 신청하는 경우에는 처우심사를 거쳐 <u>퇴원, 임시퇴원 여부를 구분하여 신청</u> 하여야 한다.

18) 조문에서 강조한 것은 필자의 개인적인 견해에 의한 것임을 밝힌다.

	개정 전	개정 이후
보호 소년 등의 처우 에 관한 법률 시행 규칙 (구 소년 법 시행 규칙)	<p>②소년원장은 법 제44조의 규정에 의하여 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 보호소년에 대하여 <u>보호관찰심사위원회에 가퇴원심사 신청</u>을 할 수 있다.</p> <p>1. 교정성적이 “수”에 해당되고 환경의 조정 등을 위하여 보호관찰의 필요성이 있다고 인정되는 보호소년</p> <p>2. 교정성적이 “우”에 해당하는 보호소년</p> <p>3. 교정성적이 “우”미만에 해당되거나 상급학교 진학이나 취업 또는 창업보육원 입원을 위하여 필요하다고 판단되는 보호소년</p>	<p>②제1항에 따른 보호소년의 출원에 관한 처우심사를 할 때에는 보호소년의 생활태도, 교정성적, 사회적응 정도 및 보호자의 보호력 등을 종합적으로 고려하여야 한다.</p> <p>③그 밖에 보호소년의 출원에 관한 처우심사 및 보호관찰심사위원회로의 심사 신청에 관한 사항은 법무부장관이 따로 정한다</p>

2. 검토

문제는 예컨대 단기 소년원송치의 경우에 (조기)퇴원 심사대상자가 되기 위해서는 앞에서 언급한 바와 같이, 보호소년처우지침 제21조에 있는 일반적인 요건과 함께 부가적으로 4가지 요건을 모두 충족해야 하는데, 이러한 요건을 모두 충족하기가 쉽지 않다는 것이다. 따라서 관련 규정들이 개정된 이후로는 전국 보호관찰심사위원회에 조기퇴원 심사대상자가 없는 것으로 알려지고 있다.¹⁹⁾

물론 조기퇴원의 경우, 양호한 대상자에게 은전의 관점에서 주어지는 것이고, 이를 통해 보다 건전한 생활을 유도한다는 점에서 그 대상자를 잘 선별하는 것이 필요하다는 점에서 그 요건이 임시퇴원의 경우보다는 엄격하게 요구될 수는 있을 것으로 본다. 그러나 결국 보호소년처우법은 소년사법제도의 집행과 관련된 법률로 개정 소년법이 취하고 있는 “처벌 위주에서 교화와 선도 중심으로”라는 목표와 무관하다고 할 수 없고, 소년법에 대한 보호주의의 관점에서 보더라도 그 요건을 지나치게 강화하여 그 제도를 유명무실하게 만드는 것이 전체적인 소년형사사법정책에 바람직한 방향인 것인지는 다시 한번 생각해 볼 일이다.

19) 대구보호관찰심사위원회 자료 참조.

이는 (조기)퇴원과 임시퇴원은 보호관찰 부과여부와 관련하여서도 아래에서 살펴보는 바와 같이, 큰 차이를 보이고 있기 때문에 더욱 그러하다.

3. 임시퇴원과 보호관찰의 문제

소년법이 소년교도소에서 가석방 되는 경우에는 보호관찰법 제30조 제3호 및 소년법 제65조 및 제66조에 의하여 장기형의 범위 내에서 잔여기간 동안 보호관찰을 받도록 되어 있는 것과는 달리, 소년원에서 임시퇴원되는 경우에는 보호관찰법 제30조 제4호에 의하여 6월 이상 2년 이하의 범위 내에서 보호관찰심사위원회가 결정한 기간만큼 보호관찰을 받도록 하고 있다. 이 경우, 예컨대 제9호 처분(단기 소년원 송치)을 받은 소년이 만기 퇴원을 1개월 앞두고 임시퇴원을 허가 받는 경우에도 최소 6개월 이상의 보호관찰을 받아야 한다는 것이다. 즉 임시퇴원과 함께 잔여기간의 약 6배가 되는 기간 동안 보호관찰을 받게 될 수도 있다는 것이다.

그렇다면, 여기에서 임시퇴원의 본래 목적이 무엇인지 의문이 생기지 아니할 수 없다. 임시퇴원은 보호소년처우법시행규칙에도 나와 있는 바와 같이, “교정 성적이 양호하여 교정의 목적을 이루었다고 인정되는 보호소년에 대하여” 원활한 재사회화를 위하여 은전의 관점에서 부과되는 것이라고 할 수 있다. 그런데 그러한 임시퇴원과 함께 6개월의 보호관찰을 받아야 하는 것이 대상자의 관점에서 실질적인 은전이 되는 것인지는 의문이다. 설사, 소년원이라는 시설내에 구금되어 있는 것보다는 6개월의 보호관찰을 받더라도 임시퇴원되어 사회내에서 생활하는 것이 더 낫다고 평가될 여지가 있다고 하더라도, 이 경우에 비례성의 원칙에 반하는 것은 아닌지 의문이다.

또한 이러한 의문은 결국 보호관찰의 법적 성격이 무엇인가 하는 의문으로 이어지게 된다. 물론 보호관찰의 법적 성격과 관련하여 보안처분의 일종이라는 견해, 자유형집행의 변형이라는 견해, 제3의 독립제재라는 견해²⁰⁾ 등으로 입장이 통일되어 있는 것은 아니지만, 우리의 보호관찰이 미국의 Probation과 Parol을 바탕으로 하는 제도라는 관점에서 본다면, 임시퇴원에 대한 6월 이상의 보호관찰 부과는 비례성의 원칙에 반하는 것으로 재검토가 필요할 것으로 본다.²¹⁾

20) 박상기/손동권/이순래, 앞의 책, 357면 이하 참조.

21) 보호관찰의 법적 성격을 제3의 독립제재로 보는 필자의 입장(관련된 내용으로 “법적 성

V. 맺음말

이상에서 살펴본 바와 같이, 제2의 제정이라고 할 수 있는 이번 소년법 개정은 그 시행 이후에도 다양한 문제제기로부터 자유롭지 못한 점은 아쉬움으로 남는다. 특히 이번 소년법 개정이 짧지 않았던 준비에도 불구하고 실질적으로 검토되는 과정에서는 정부안을 포함한 5건의 소년법 일부개정법률안을 일괄 심사하여 법안심사제1소위원회가 제안한 대안을 위원회대안으로 하여 처리하는 과정에서 충분한 시간을 갖고 문제점에 대한 의견수렴이 부족했던 부분 또한 아쉬움으로 남는다.²²⁾

그 과정에서 특히 보호처분과 관련하여 소년사법제도의 중심인 보호주의이념이 어느 정도 유지되었는지, 처벌위주에서 교화·선도 중심으로라고 이야기하면서 오히려 더 엄벌주의로 향한 것은 아닌지 생각해볼 필요가 있다. 이제 막 시행된 개정법률의 또 다른 개정을 언급하는 것이 성급한 면도 없지 않으나, 향후 보호처분의 집행과 관련하여 나타나는 문제점을 반영하여 보다 바람직하고 합리적인 방향으로의 개선을 충분한 시간을 가지고 검토할 필요가 있지 않나 생각해 본다.

주제어 : 소년법, 소년보호주의, 보호처분, 보호관찰, (조기)퇴원, 임시퇴원

질의 재고찰을 통한 보호관찰의 형사정책적 지위정립", 형사정책 제13권 제2호, 2001, 111면 이하 참조)에서 본다면, 적어도 단기 소년원 송치에 대하여 임시퇴원을 시키면서 6월의 보호관찰을 부과하는 것은 상당히 부적절한 것이라고 평가한다.

22) 그와 관련하여 구체적인 내용은 최종식, 앞의 논문, 352면 이하 참조.

참 고 문 헌

- 김지선, 소년보호처분유형의 결정요인에 관한 연구, 한국형사정책연구원 보고서, 2000.
- 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 제10판, 2008.
- 심재무, “한국 소년보호제도의 문제점과 그 개선방안”, 소년범죄와 소년사법 (한국비교형사법학회 2008년 하계국제학술회의 자료집), 2008. 8. 19.
- 이윤희, 소년보호처분의 효과분석, 한국형사정책연구원 보고서, 1990.
- 진수명/김혜정, 각국의 보호관찰 대상자 준수사항에 관한 연구, 한국형사정책연구원(법무부 용역과제), 2001.
- 최종식, “제6차 소년법개정의 문제점 고찰”, 형사정책 제20권 제1호, 2008.
- 한인달, “한국의 개정 소년법의 주요내용과 동향”, 소년범죄와 소년사법(한국 비교형사법학회 2008년 하계국제학술회의 자료집), 2008. 8. 19.
- Champion, D. J., Probation, Parole, and Community Corrections, Fourth Edition, 2002.

[Zusammenfassung]

Probleme der gegenwärtigen Schutzmaßnahmen im Jugendgesetz

Kim. Hye-Jeong

Professor, Yeungnam Universität

Die Jugendkriminalität darf nicht zur Lebenszäsur werden, sondern muß als ein Übergangsstadium von Menschen behandelt werden. Damit basiert das Jugendgesetz auf der Resozialisierung und Besserung der jungen Straftäter. Auf dieser Richtung wurden das Jugendgesetz und Jugendbehandlungsgesetz im Desember 2007 weit reformiert. Die Schutzmaßnahmen sind ein wichtiges Problem von diesen Reformsachen.

Die jungen Straftäter werden nach dem Jugendgesetz Schutzmaßnahmen verurteilt, wenn von ihnen eine Möglichkeit zur Verbesserung, Erziehung und resozialisierung erwartet werden kann. Aber es gibt immer noch Probleme in der reformierten Schutzmaßnahmen. Besonders bei der vorläufige Aussetzung liegt ein Problem der Verhältnismäßigkeit.

Schlüsselwörter : Jugendrecht, Bewährungshilfe, vorläufige Aussetzung, Schutzmaßnahmen