

국친사상의 변화와 소년법 보호처분절차의 개선방향

제철웅**

목 차

- | | |
|------------------------|--------------------|
| I. 문제제기 | III. 민법의 국친사상의 변화와 |
| II. 서구에서의 국친사상의 변화와 소년 | 보호처분의 새로운 방향성 |
| 비행 또는 범죄에 대한 대응 | IV. 결 론 |

국문초록

홍악한 소년범죄에 관한 언론보도로 엄벌주의에 관한 여론이 높아지자 국회의원들은 형사미성년자 연령 및 소년법의 촉법소년 연령을 하향하는 입법안을 다수 국회에 제출하였다. 이를 근거로 법무부는 형사미성년자 및 촉법소년 연령을 하향하는 법률안을 제출하겠다고 발표하였다. 이 논문은 사회적 관심이 범죄소년의 처벌에만 집중되는 것은 장래의 범죄소년이 될 수도 있는 비행소년(우범소년 및 촉법소년)의 재활과 사회통합에 적절하지 않다는 문제의식 하에 소년법의 보호처분절차의 개선방향을 제시하고자 하였다. 그동안 다수의 학설과 실무가는 소년보호절차를 부모의 양육역량을 벗어난 비행소년(우범소년 및 촉법소년)에 대해 국가가 부모를 대신하여 현명한 부모로서의 양육적 역할을 수행하여야 한다는 관점에서 다루지는 않았다. 이는 영국, 독일 등 국가부모사상이 일찍 발전한 나라에서 비행소년 및 범죄소년에 대해서도 양육적 처분에 관심을 갖고 정책을 발전시켜 온 것과 차이가 있다. 이 논문은 우리 소년법의 보호처분절차가 영국이나 독일 등 선진국의 소년법원/청소년법원 관할사건이 아니라 가정법원 관할이라는 점에 주목해야 한다는 점을 지적하면서, 독일, 영국 등의 가정법원이 부모의 양육역량의 범위를 벗어난 비행소년에 대해 양육적 처분을 통해 부모의 양육을 보완하는 것과 유사하게 보호처분절차를 취급해야 한다고 주장한다. 이에 근거하여 이 논문은 보호처분이 부모의 양육의 역할을 지원하거나 대체하는 성격이어야 하며, 형벌적 성격을 없애야 한다고 주장한다. 그 점에서 보호처분에서 적지 않은 비중을 점하는 자유박탈조치는 비행에 연루된 아동에게 자해, 타해의 상당한 위험이 있고, 아동 또는 제3자를 보호하기 위해 자유박탈이나 제한이 필요하며, 그것이 아동의 최선의 이익에 부합할 때에만 소규모의 양육시설에, 그 위험이 지속되는 기간 동안으로 제한되어야 한다고 주장한다. 나아가 소년보호사건절차는 부모의 아동양육을 지원하거나 대체하는 기능을 해야 한다는 전제 하에 비공식적 보호처분절차가 도입되어야 하고, 보호처분의 내용도 개인맞춤형 양육적 조치가 될 수 있게 법관에게 더 폭넓은 재량적 처분이 허용되게 변경되어야 한다고 주장한다.

주제어

소년법, 보호처분, 국친사상, 소년보호사건, 소년범죄

* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2019S1A3A2099593).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수

I. 문제제기

1. 최근의 언론은 난폭한 청소년범죄,¹⁾ 낮은 연령의 청소년 비행을 연이어 보도하고 있다.²⁾ 이와 더불어 과거와 비교할 수 없을 정도로 빨리 신체적으로 성숙해진 청소년의 행동에 대한 기성세대의 반감도 증가하고, 언론에 보도되는 반인륜적, 반사회적인 성향의 청소년범죄에 대해 성인과 마찬가지로 처벌해야 한다는 여론도 높아지고 있다. 아동기 왕따 등 폭력행위로 피해를 입은 사람들이 SNS를 통해 가해자였던 현재의 유명인의 행동을 폭로하는 일³⁾이 빈번해지면서 청소년 비행과 범죄에 대한 사회적 우려와 엄격한 대응의 목소리가 한껏 고조되고 있다.

시민사회에서의 이런 여론에 대응하여 정치권에서는 한편에서는 형사미성년자 연령을 12세⁴⁾ 또는 13세⁵⁾로 낮추고, 촉법소년의 연령도 낮추는 것을 내용으로 한 입법안을 발의하였다.⁶⁾ 다른 한편 소년범죄 중 강력범의 경우 법관의 판단 없이 소년법의 보호처분의 대상에서 제외하자는 법률개정안,⁷⁾ 형사법원에서 재판받는 소년범죄 중 강력범의 형벌 완화규정을 개정해서 형벌을 강화하도록 하자는 내용의 법률개정안도 제안되었다.⁸⁾ 또한 수사절차에서도 구속영장발부를 하지 못하도록 한 현행 소년법 제55조 제1항을 삭제하자는 내용의 법률안을 제안하기도 하였다.⁹⁾

- 1) 2022년 6월 27일자 세계일보 기사(백준무 외 2인 작성)에 따르면 2021년 소년법에 따라 소년부에 송치된 촉법소년의 수가 1만명을 넘고, 2017년부터 2021년까지 살인, 강도, 강간,추행, 방화,절도 등 강력범죄로 소년부에 송치된 촉법소년은 3만 5390명에 달한다고 한다.
- 2) 2022년 7월 15일자 중앙일보 기사(홍지유 기자 작성)를 비롯하여 여러 언론에 보도된 초등학교 5학년생의 학교폭력을 계기로 비행학생들로 인해 고통받는 교사들의 고충이 주목받기도 하였다.
- 3) 2021년 CBS노컷 뉴스는 학교폭력가해자인 연예인 관련 기사를 5회에 걸쳐 보도한 바 있다.
- 4) 전용기 의원 대표발의 ‘형법 일부개정법률안(의안번호 7847)와 김용민 의원 대표발의 ‘형법일부개정법률안(의안번호 12623)은 형법 제9조의 형사미성년자 연령을 14세 미만에서 12세 미만으로 변경하자는 것이다.
- 5) 김병욱 의원 대표발의 ‘형법일부개정법률안(의안번호 10765)은 형법 제9조의 형사미성년자 연령을 14세 미만에서 13세 미만으로 변경하자는 것이다.
- 6) 전용기 의원 대표발의 ‘소년법 일부개정법률안(의안번호 7849)와 김용민 의원 대표발의 ‘소년법 일부개정법률안(의안번호 12644)은 소년법 제4조 제1항 제2호의 촉법소년 연령을 현행 10세이상 14세 미만을 ‘10세 이상 12세 미만’으로 변경하자는 것이고, 김병욱 의원 대표발의 ‘소년법일부개정법률안(의안번호 10766)은 동호의 촉법소년 연령을 10세이상 13세미만으로 변경하자는 것이다.
- 7) 김용민 의원 대표발의 법률안(위 주 6), 김병욱 의원 대표발의 법률안(위 주 6)은 제4조 제1항 제1호는 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제2조제1항의 특정강력범죄를 범한 소년은 보호처분 대상에서 제외하고 제한한다. 한편 나아가 양정숙 의원 대표발의 ‘소년법 일부개정법률안(의안번호 5511)은 제4조 제4항을 신설하여 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제2조의 죄, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조부터 제9조까지, 제15조(제3조부터 제9조까지의 미수범으로 한정한다) 및 제15조의2의 죄, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조, 제7조의2, 제8조, 제8조의2, 제9조부터 제16조까지의 죄는 소년법의 보호처분의 대상에서 처음부터 제외하자는 제안을 하고 있다.
- 8) 김용민 의원 대표발의 법률안(위 주 6)과 김병욱 대표발의 법률안(위 주 6)은 사형, 무기형을 15년 유기징역으로 완화하는 내용의 현행 소년법 제59조를 20년으로 상향하자고 제안한다. 또 가석방조건도 더 엄격하게 할 것을 제안한다(법률안 제65조). 한편 전용기 의원 대표발의 법률안(위 주 6)은 사형 및 무기형 완화규정을 아예 삭제하자고 제안하고 있다.

나아가 소년법의 적용대상을 현행 19세 미만자가 아니라 18세 미만자로 개정해서 성년에 이르지 않은 미성년자인 18세부터 형법을 적용하자고 제안하기도 하였다.

반면 아동인권단체나 아동복지단체의 활동가, 관련 전문가들은 형사미성년자 및 촉법소년 연령 하향을 비판하면서 처벌 중심의 대응을 비판하고 있다.¹⁰⁾ 흉포한 소년범죄가 있으면 처벌강화의 목소리가 높아지는 것은 자연스러운 반응이지만,¹¹⁾ 촉법소년 연령 하향으로 소년범죄가 줄어들 것임을 뒷받침할 과학적 증거가 없다는 주장이다. 그 근거의 하나로 아동인구의 현저한 감소 영향¹²⁾도 있겠지만, 미성년자 범죄건수는 지속적으로 감소되고 있다는 것을 들고 있다.

〈표 1〉 범죄 유형별 형사사건 처리현황(소년사범)

(단위: 명)

		2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
접수		119,122	100,891	90,082	90,802	87,403	84,116	75,366	75,184	72,613	54,146
처리	계	118,714	101,421	90,158	90,890	87,277	84,026	75,150	75,197	72,344	55,854
	구공판	5,315	5,197	4,284	4,437	4,010	3,531	3,944	4,255	4,949	3,692
	구약식	3,160	2,889	2,480	2,181	2,228	2,117	2,001	1,900	1,898	1,532
	불기소	64,053	50,089	44,254	45,679	40,963	39,550	32,801	31,575	27,200	15,413
	소년보호	37,193	29,937	25,191	24,999	25,159	24,935	23,478	24,393	25,869	20,998
	기타 ¹³⁾	8,993	13,309	13,949	13,594	14,917	13,893	12,926	13,074	12,428	14,219

출처:대검찰청 (검찰통계시스템)

2. 범죄 또는 비행 소년에 대한 대응으로 형법 제9조 및 소년법 제4조 제1항 제2호의 연령이 쟁점이 되는 것은 형법 제9조가 형사미성년자의 연령을 14세 미만으로 정하고 있으므로, 14세 미만 자의 범죄에 대해서는 검사가 일반 형사사건의 예에 따라 기소할 수 없고(소년법 제48조의

9) 정청래의원 대표발의 ‘소년법 일부개정법률안(의안번호 제9933) 참조.

10) 2022년 7월 27일 한국아동복지학회와 한국청소년복지학회는 “촉법소년문제, 연령기준 하향이 답인가?”라는 주제로 공동 토론회를 개최하여 연령기준 하향에 대해 반대 의견을 제시하였다.

11) 1993년 10살 소년 Thompson과 Veenables가 2살인 Bulger를 납치, 폭행, 살해한 사건의 발생 후 소년범죄에 대한 엄격한 대응의 목소리가 높아졌고, 이런 여론을 배경으로 영국은 1998년 범죄와 무질서법(the Crime and Disorder Act 1998)을 제정하여 관례에 의해 오랫동안 인정해 오던 ‘10세 이상 14세 미만 아동은 형사 책임능력이 없다는 항변(Doli Incapax)’을 폐지하였다. 이 법의 문제점을 비교법적인 관점에서 분석하는 것으로 Robert van Krieken, Doli Incapax and Its Vicissitudes: Childhood and Criminal Responsibility in England, Germany and Australia, SSRN electronic Journal (Jan. 2013) 참조.

12) 2022년 주민등록인구통계에 따르면 본문 <표 1>의 연도에 대비해 보면 아동인구는 2012년 9,691,879명에서 2021년 7,483,944명으로 감소하였다. https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=3053 참조.

13) 기타는 기소중지, 참고인중지, 가정보호사건송치, 타관이송, 성매매 보호사건송치 등을 의미한다.

반대해석), 소년법의 보호사건으로 처리할 수 밖에 없다는 문제와 관련이 있다. 형사미성년자의 연령을 낮추고, 강력범죄는 아예 보호사건 대상이 될 수 없도록 하면 보호처분의 대상에서 벗어나 일반 형사사건의 예에 따른 처리가 가능한 사건이 늘 수 있을 것이다. 현재 형사미성년자 및 촉법소년 연령 하향을 둘러싼 논의를 지지하는 측에서는 미성년 강력범죄에 대해 소년법의 보호처분이 아니라 엄격한 형사처벌이 필요하다고 주장하고, 반대하는 측에서는 소년법의 보호처분도 실질이 형사처벌과 다를 바 없는데 소년범죄에 대한 처벌만 더 강화될 것이라고 주장한다.¹⁴⁾ 이런 논의의 진행 중 최근 법무부는 형사미성년 연령을 13세로 인하하는 법률개정안을 발의하겠다고 발표하였고, 국가인권위원회는 이에 반대한다는 의견을 전달했다.¹⁵⁾

3. 이 연구는 형사미성년자 및 촉법소년 연령하한이라는 논쟁적인 쟁점을 다루는 것은 아니다. 이 연구는 우범소년과 촉법소년에 대한 보호처분절차가 이들의 비행 또는 범죄 재발을 막는 효과가 적고,¹⁶⁾ 이 절차가 문제행동을 보이는 아동·청소년을 자기책임 하에 자기결정을 하고 또 사회적 연대의식을 가진 성인으로 성장할 수 있게 하는 것¹⁷⁾에 초점을 맞추는 것은 아니라는 문제의식 하에 소년보호처분절차가 아동친화적, 인권친화적으로 되기 위해 어떤 개선이 필요한지를 다룬다. 자기책임 하에 자기결정을 하면서 사회적 연대의식을 가진 아동·청소년이 많으면 많을수록¹⁸⁾ 비행소년과 범죄소년은 아동·청소년이 속한 사회환경에서 더 두드러져 보일 것이고, 그런 환경 자체가 비행 및 범죄 억제적 효과가 있을 것이라고 가정하기 때문이다. 달리 말하면 아동·청소년 사회의 주된 흐름이 인권친화적으로 되면 될수록 범죄소년은 더 눈에 띄는 것이고, 이런 사회환경에서는 이들에 대한 엄벌도 더 효과가 있을 것이다.¹⁹⁾

소년법은 소년보호절차와 제3장의 형사사건절차로 구성되어 있는데, 이 논문은 그 중 보호처분을 내용으로 하는 소년보호사건절차는 소년형사사법절차적 성격보다는²⁰⁾ 민사법, 특히 가족질

14) 박선영, 촉법소년 문제, 연령기준 하향이 답인가? (주 10)에서 이런 관점에서 비판하고 있다.

15) 서울신문 2022.10.26.자 신문보도 참조. <https://m.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20221027012005>

16) 보호관찰통계에 따르면 보호관찰자의 재범율은 2012년 12.0%에서 2021년 12.0%이고 그 사이에는 소폭의 증감을 반복하였다. 보호관찰 대상 성인재범률이 4 내지 5%인 것과 비교하면 높은 편이다. https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1736 참조.

17) 자기책임 하에 자기결정을 하는 성인이 되도록 하는 것은 자유주의적 관념에 입각한 아동양육관일 수 있으나, 사회적 연대의식과 결부됨으로써 개인-시민사회-국가의 파트너십으로 구성된 새로운 사회적 돌봄 체계와 연결될 수 있다. 사회적 연대의식의 변천과정은 R. t. Meulen, *Solidarity and Justice in Health and Social Care*, pp. 3, Cambridge University Press(2017) 참조.

18) 아동양육 및 교육의 목표를 이렇게 설정하는 것으로 독일 사회법 제1조 참조. 사회적 양육이 특히 강조되는 현대사회에서 국가의 아동정책의 원칙이 이런 관점에 서야 한다는 것으로 제철웅/장영인, 보호대상아동의 사회적 양육 관련 법제도의 문제점과 개선방안, 가족법연구 제34권 1호(2020.3), 123면 이하 참조.

19) 이는 이른바 ‘시대정신(zeitgeist)’과 관련된 것이다. 영향력 있는 개인들과 사회제도의 상호관계가 동시대의 학문, 과학, 예술에 영향을 미칠 뿐 아니라 일반인의 의식에도 깊은 영향을 미친다는 것을 19세기말 20세기 초의 ‘무의식의 세계’에 대한 비엔나 사회구성원의 인식을 소재로 흥미롭게 서술하는 Eric R. Kandel, *The Age of Insight*, Random House(2012), chapter 1은 이런 인식을 뒷받침할 수 있다.

서상의 아동보호사건으로 접근하여야 한다고 본다. 소년형사사건과 달리 소년보호사건은 가정법원의 소년부와 가정법원이 설치되지 않은 지역의 지방법원 소년부의 관할²¹⁾인 것도 이를 뒷받침할 수 있다. 특히 보호처분은 형사미성년자인 10세 이상 14세 미만의 촉법소년과 우범소년²²⁾에 대해서도 적용되기 때문에 최소한 이들을 대상으로 한 소년보호사건은 형사사법절차가 되어서는 안 될 것이다. 달리 말하면, 가정법원을 이 사건의 관할로 정한 것을 가볍게 볼 것이 아니라는 것이다.²³⁾

이런 관점에서 보면, 보호처분은 부모의 양육 역량을 벗어나 있는 범죄소년, 형사미성년자인 촉법소년, 범죄 아닌 비행을 저지른 우범소년에 대해 재활적 프로그램을 제공해서 범죄와 비행 및 그 재발을 예방하고, 사회에 통합되어 성장하도록 하여 성인기로 전이할 수 있도록 하는 것에 목적을 둔 것으로 이해할 수 있고, 그 점에서 국가가 부모의 아동 양육기능의 일부를 대신 수행하는 것으로 이해할 수 있다. 즉 국가부모(the state parent 또는 *parens patriae*)의 관점 하에 소년보호사건의 절차나 보호처분의 내용이 과연 아동양육의 지원으로 구성되어 있는가, 특히 신체구급이나 자유박탈이 아동양육에 미치는 부정적 효과를 감안할 때 그것이 아동양육에 불가피한 측면 때문에 실시하려는 것인지 등을 검토할 필요가 있다.

이런 목적 하에 이 글에서는 먼저 국가부모사상(이하 국친사상이라 한다)²⁴⁾이 앞서 발전하였고 또 변화를 거친 영국, 독일에서의 소년 비행 또는 범죄에 대한 대응체계와 내용을 살펴보고(II), 우리의 소년보호사건 역시 접근방식은 다르지만 다수의 선진국과 마찬가지로 국친사상의 구현임을 규명할 것이다. 이를 근거로 변화된 시대환경에 따라 국친사상의 내용 역시 변화하여야 하며, 그에 따라 소년보호사건의 절차와 보호처분이 변화하여야 한다는 논거와 더불어 그 방향성을 제시하고(III), 이 글을 마무리짓는다.

20) 문선주/김윤정/서용성, 소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구, 사법정책연구원(2019), 147면 이하는 이런 관점에 입각하여 보호처분과 형사처벌을 통합하여 단일 법원에서 운영할 것을 제안하면서, 소년법이 형사처분과 형사재판절차의 특별조치를 정하는 것을 목적으로 한다는 법개정안을 제안하고 있다(단일 법원에서 운영할 필요성은 현소해, 국제적 기준에 비추어 본 우리나라의 소년사법 제도, 가족법연구 제30권 2호, 233면 이하도 동지). 소년법의 보호처분에 관한 연구도 형사법학자들이 주류이고, 민사법학자들의 연구는 아동권리협약의 관점에서 소년사법을 다루고 있는 위 현소해의 연구를 제외하고는 전무하다.

21) 소년부가 설치된 지방법원은 경기도의 의정부지방법원, 강원도의 춘천지방법원, 충청북도의 청주지방법원, 경상남도의 창원지방법원, 전라북도의 전주지방법원, 제주지방법원 등 6개이다. 나머지 지역은 7개의 가정법원이 관할하고 있다.

22) 소년법 제4조 제1항 제3호는 ‘그의 성격이나 환경에 비추어 앞으로 형벌 법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 10세 이상인 소년’을 우범소년으로 정의한다.

23) 보호처분이 형벌과 다를 바 없다면 특히 우범소년에 대한 소년법의 적용과 보호처분은 비판받게 될 것이다. 범죄자 아닌 미성년자를 처벌하기 때문이다. 이규민 의원 대표발의 ‘소년법 일부개정법률안(의안번호 7406)’은 이런 관점에서 소년법 제4조 제1항 제3호를 삭제할 것을 제안하고 있다.

24) 이 글에서의 국친사상(*parens patriae*)은 국가가 아동 또는 의사무능력 성인의 부모로서 이들을 돌볼 권한과 책임이 있다는 전제(이념) 하에 국가(법원 또는 지자체)가 부모 또는 가족의 권한인 후견인의 역할을 직접 수행(작동원리)하는 서구의 전통적 제도의 이론적 근거를 지칭하는 것이지만, 아동, 장애인, 취약성인의 보호를 위한 국가개입의 방식을 총칭하는 것으로 사용한다. 아래에서 설명하겠지만, 이런 국친사상은 현대사회에서 변화를 거치게 되면서 국가개입의 방식도 변화하였기 때문이다.

II. 서구에서의 국친사상의 변화와 소년 비행 또는 범죄에 대한 대응

1. 영국법

(1) 아동영역에서의 국친사상의 발전

영국의 국친사상은 국왕이 성인 정신이상자(lunatics) 또는 지적장애인(idiots) 중 재산이 있는 자의 후견인으로서 그의 재산을 관리하던 것에서 비롯되었다.²⁵⁾ 로마법에서 부(父)가 정신이상자의 후견인이 되었던 것²⁶⁾에 대응해서 국왕이 후견인이 된다는 의미에서 국친(parens patriae, state parent)이라고 한 것이다. 그 후 1959년 정신보건법(the Mental Health Act 1959)을 통해 국왕의 특권이 폐지되고 정신질환자의 재산관리는 보호법원(the Court of Protection)이 담당하고(동법 제100조 이하),²⁷⁾ 신상보호는 지방자치단체가 담당함(동법 제6조 이하)으로써 “국친”의 의미에 변화가 생겼다. 국친사상은 다시 20세기 후반 큰 변화를 겪게 되었다. 1985년 지속적 대리권법(the Enduring Power of Attorney Act 1985)이 제정됨으로써 국가의 역할은 재산관리의 영역에서는 의사결정능력 없는 성인의 자기결정권을 존중하고, 이를 지원하는 것으로 변화하였다. 그 후 2005년의 정신능력법이 제정됨으로써 국가의 역할은 신상 영역에서도 자기결정권을 존중하고 그 행사를 지원하며, 자기결정권을 행사할 수 없는 경우 비로소 최후의 수단으로 국가가 개입한다는 것으로 변화하였다.²⁸⁾ 국가가 의사능력 없는 성인의 후견인으로서 그의 재산과 신상보호를 담당하는 것은 오늘날 지방자치단체가 후견인(실제 업무는 담당공무원이 수행)으로 선임되는 것으로 이어지고 있다.²⁹⁾

반면 근대에 이르기까지 유럽에서 아동은 부모의 소유물로 인정되었기 때문에,³⁰⁾ 부모의 돌봄

25) 1324년 제정법인 The Statute De Praerogative Regis에 기록되어 있다. 이에 대해서는 제철웅, 영국법에서의 사무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년 정신능력법의 특징, 비교사법 제17권 4호(2010.12), 218면 이하 참조.

26) 데이튼 김벌리/제철웅 대표 번역, 세계의 후견제도, 6면 이하(Denzil Lush 집필부분) 참조.

27) 보호법원은 선례효력 있는 판결을 내릴 수 있는 법원인 상급법원(the Supreme Court) 판사를 법무대신(The Lord Chancellor)이 지정하여 관할권을 부여한 것을 말한다(동법 제100조). 보호법원 판사는 재산관리인(reciever)를 선임하여 그로 하여금 재산관리 사무를 처리하게 할 수 있다(동법 제105조). 이 제도는 1983년의 정신보건법에 이르기까지 지속되었다. 이에 대해서는 제철웅(주 25), 228면 참조. 2005년 정신능력법 관할법원인 보호법원(the Court of Protection)과 다르다. 이는 물리적, 조직적으로 독립된 법원이다. 이에 대해서는 Alex Ruck Keene et al, Court of Protection Handbook, pp. 83 참조.

28) 그 결과 오늘날 영국에서는 자신이 지정한 대리인에 의해 재산과 신상을 돌보게 하는 영속적 대리권(the Lasting Power of Attorney)이 압도적으로 이용되고 있고(약 530만명), 보호법원이 선임하는 법정대리인인 후견인(Deputy)은 약 57,000명이 활용하고 있다. Office of the Public Guardian, Office of the Public Guardian Annual report and accounts 2020/21, pp. 13.

29) 데이튼 김벌리/제철웅 대표 번역(위 주 26), 244면(Denzil Lush 집필부분)에 따르면 선임된 후견인(Deputy) 중 약 26%가 지방자치단체라고 한다.

하에 있는 아동의 보호를 위해 국가가 개입한다는 관념은 오랫동안 미발달하였다. 부모가 아동을 징계하더라도 이는 친권행사의 당연한 결과로 생각하였다. 그런데 아동을 확대하는 부모로부터 아동을 분리·보호할 수 있게 하고, 확대부모를 경고 또는 처벌할 수 있도록 한 1889년 아동학대방지 및 보호법(the Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act 1889)의 제정을 통해 비로소 아동을 대상으로 한 국친사상이 구체화되기 시작하였다. 1948년의 아동법(the Children Act 1948)은 국친사상을 아동보호의 근본이념으로 채택하여 국가가 아동양육을 포괄적으로 지원하고, 아동양육이 어려운 경우 국가가 부모로서 역할하도록 하였다.³¹⁾ 1973년 마리아 콜웰 사건 이후 지자체의 아동보호 권한을 확대시킨 1975년의 아동법을 계기로 국친사상은 더욱 확대되었다. 확대 실현된 국친사상은 1987년 클리블랜드 사건 이후 국가와 부모 간의 파트너십을 강조하는 것으로 변화되었다.³²⁾ 즉, 1989년의 아동법 제정을 통해 국가는 부모의 아동양육을 지원하고 뒷받침하여야 하고, 국가가 부모의 역할을 대신하는 것은 최후의 수단으로 삼도록 하였다. 아동대상 국친사상 역시 국가가 사적영역(아동의 경우 부모, 성인의 경우 본인의 자기결정)을 대체하는 것이 아니라, 사적 영역(아동의 경우 부모의 역할, 성인의 경우 자기결정)에서 문제를 해결할 수 있게 지원하고, 문제 발생을 예방하는 데 초점을 맞추는 것으로 전환하였다.

(2) 비행 및 범죄 소년에 대한 국친사상의 발전

그런데 비행아동 또는 범죄아동처럼 부모의 양육 역량의 범위를 벗어나 있는 아동에 대한 국가개입은 확대피해아동의 보호보다 늦게 발전하였다. 범죄아동에 대한 처벌에 성인범죄자와 달리 복지적 관점을 도입한 1908년의 아동법(the Children Act 1908)³³⁾에서 비로소 국친사상이 도입되었다. 16세 미만 범죄아동은 약식재판관할(summary jurisdiction)을 통해 판결 전까지 구금 대신 보석을 원칙으로 하고(동법 제94조), 석방되지 않은 범죄아동은 구금이 아니라 소년감호원(remand house)에서 보호하도록 하고(동법 제95조, 제97조),³⁴⁾ 재판절차에서도 범죄성인과 교류하지 못하게 하며(동법 제96조), 재판절차에 부모 참석을 허용하고(제98조), 아동에게 부과할 벌금

30) 친권의 근거를 부모의 소유물로서 아동을 보는 관점에 기반한 것도 있다는 논의의 소개는 Jonathan Herring, *Family Law*, 8th edition, pp. 440-443 참조. 독일에서는 로마법 계수 이전 중세시대에는 아동은 부(父)의 권위에 복속되는 자로서 부는 아동이 잘못된 경우 살인을 포함해서 징계할 권한이 인정되었다고 한다. Thomas Croft, *Criminal Responsibility of Children and Young Persons: a Comparison of English and German Law*, pp. 95 ff., Ashgate(2002) 참조.

31) 이에 관하여는 Stephen Cretney, *Law, Law Reform and the Family*, Oxford University Press, chapter 9 참조.

32) 이런 변화과정은 장영인, *학대피해아동 보호에서의 아동권리와 부모권리의 균형모색*, 아동과 권리 제17권 4호(2013), 557면 이하 참조.

33) 이 법은 아동피해학대에 대한 처벌과 아동범죄에 대한 처벌을 통합적으로 규율하는 법률이었다. 당시까지만 하더라도 ‘학대’에 대해 형사법적 접근을 우선시하면서 학대자로부터 아동을 분리하는 복지적 관점을 가미하였다. 이 법에 대해서는 장영인(위 주 32), 550면 이하 참조.

34) 소년감호원의 설립 허가, 감독, 허가철회에 관하여는 동법 제40조 이하에서 상세하게 규정하고 있다.

을 부모가 지급하도록 하며(동법 제99조), 벌금을 납부하지 않더라도 징역형을 선고하지 못하도록 하였고(제102조), 아동사형을 금지하였다(동법 제103조). 다만, 살인, 상해 등의 중죄를 저지른 아동으로 앞서 언급한 처벌로는 불충분하다고 판단하면 징역형을 선고할 수 있지만 그 기간은 감호(custody)기간으로 간주하도록 하였다(동법 제104조). 한편 동법 제107조에서는 법관이 형벌 대신 우리 법의 보호처분과 유사한 양육적 처분을 내릴 수 있게 하였다.³⁵⁾ 이상의 역할을 하는 약식재판 관할법원을 소년법원(a Juvenile Court)으로 명명하였다(동법 제111조).³⁶⁾

여기서 주목할 것은 1933년의 아동청소년법(the Children and Young Persons Act 1933)을 통해 첫째, 지방자치단체가 범죄소년의 보호에 관여하게 되었을 뿐 아니라,³⁷⁾ 둘째, 범죄 아닌 비행 있는 소년의 보호에도 지자체가 개입하게 되었다는 점이다.³⁸⁾ 비행소년 보호를 위한 지자체의 개입은 1978년 Warnock 보고서에 입각한 1981년의 교육법(the Education Act 1981)³⁹⁾을 통해 더욱 확대되었다. 즉 교육적 지원이 필요한 아동에 사회적, 정신적, 정서적 건강의 문제가 있는 아동(비행소년을 포함)이 포함되었고, 이들에게는 특별한 교육적 지원, 의료와 복지 지원이 제공되었다.⁴⁰⁾ 이런 발전은 그 후 더욱 진척되어 1989년 아동법에서는 비행 있는 소년에 대해 부모나

35) 공소기각, 부모가 아동양육책임을 다하겠다는 것을 인정하고 석방하는 것, 석방과 보호관찰관의 감독을 받도록 하는 것, 친척 기타 적절한 사람의 감호를 받도록 하는 것, 산업학교에 보내는 것, 교화소(reformatory school)에 보내는 것, 체벌을 받게 하는 것, 손해배상금을 지급하게 하는 것, 부모나 후견인으로 하여금 벌금을 납부하도록 하는 것, 부모나 후견인으로 하여금 아동의 향후 행동에 대해 담보를 제공하도록 하는 것, 감옥 대신 감호소에 구금하는 것 등이 그 예이다.

36) 소년법원은 1933년 아동청소년 제45조, 부칙 제2조에 따라 비법률법관(magistrates)으로 구성된 재판패널 중에서 지정하고 그 패널에 1 명의 법관이 참여할 수 있도록 하였다. 지금도 소년법원은 비법률법관인 magistrates로 구성되거나 1명의 법관으로 구성된다. 역사적으로 최초의 소년법원은 일리노이 주 Cook County의 소년법원(1인 판사로 구성)이었다. 그 후 미국 다른 주로 확산되기 시작하였다. 이에 대해서는 Sara Raymond, From Playpens to Prisons: What the Gang Violence and Juvenile Crime Prevention Act of 1998 Does to California's Juvenile Justice System and Reasons to Repeal It, Golden Gate University Law Review vol. 30, pp. 235 ff. 참조.

37) 아동이 소년법원에서 재판을 받게 될 경우 범죄소년의 거주지 지방자치단체에 그 사유와 심리일자 등을 통지하도록 함으로써 지방자치단체가 관여할 수 있도록 하였다(동법 제35조 제2항).

38) 1933년의 아동청소년법은 비행소년도 부모로부터 분리되어 지자체의 보호를 받을 수 있게 하였고, 범죄소년도 소년법원의 명령으로 지자체가 그 아동을 보호할 수 있게 되었다. 이는 1948년의 아동청소년법에도 이어졌다. 즉 비행소년을 친권자가 제대로 돌볼 수 없을 때 지방자치단체가 친권을 자신에게 속한 것으로 결의하여 아동을 직접 돌볼 수 있게 되었고, 소년법원의 보호명령으로 지자체가 아동을 돌보았다. 그러나 1963년의 아동청소년법은 부모의 양육능력 지원을 중시하는 조치가 처음으로 도입되었다.

39) 영국은 영유아기부터 성인기까지의 복지과 교육적 지원은 교육부 소관업무이고, 교육부산하 독립기구인 Ofsted가 교육 및 아동 돌봄 서비스품질을 조사하여 공개한다. Ofsted 거버넌스는 <https://www.gov.uk/government/publications/ofsted-corporate-governance-framework/ofsted-corporate-governance-framework> 참조.

40) 특별한 교육적 수요(Special Education Needs=SEN)가 있는 아동의 범위는 광범위한데 그 중 복합적 지원이 필요한 아동은 개인별 조사를 거쳐 그 아동에게 필요한 지원을 받을 청구권을 갖게 된다. 지방자치단체가 재원부족으로 그 아동에게 필요한 지원을 하지 못할 경우 손해배상을 해야 하고, SEN 수요가 있는 아동으로 개인별 지원 대상으로 선정되지 않은 아동은 이의를 제기할 수 있다. 이에 대해서는 Alan Hodkinson, Key Issues in Special Educational Needs, Disability & Inclusion, 3rd edition(2019), pp.4-19 참조. 2021년 말

아동이 자발적으로 특별한 교육적 지원에 응하지 않을 경우 지방자치단체의 신청으로 가정법원에 아동법 제16조의 지원명령(Family Assistance Order)을 신청할 수 있게 되었다. 부모의 거부가 최선의 이익에 부합하지 않아 아동에게 상당한 위해(significant harm)이 초래될 수 있다고 판단하면 지방자치단체가 아동을 지자체의 보호하게 두는 돌봄명령, 감독명령 등을 신청할 수도 있다. 그 일환으로 자유가 박탈되는 시설에 있게 하는 명령(secure accommodation order)을 내릴 수도 있다.⁴¹⁾

(3) 범죄소년에 대한 양육적 처분

앞서 언급한 비행소년에 대한 국가의 양육적 지원은 형사법원인 소년법원에서 재판 받는 범죄소년⁴²⁾에게도 동일하게 적용되고 있다. 이들 역시 지방자치단체의 복지, 교육, 의료적 지원과 밀접한 연계 하에 양육적 처분을 우선적으로 하는 정책으로 발전하였다. 즉, 국가와 부모의 파트너십을 제도화한 1989년의 아동법의 정책이 비행소년만이 아니라 범죄소년에도 일관성 있게 적용되고 있다.

그런데 잉글랜드에서는 소년범죄를 예방하는데 가장 큰 중점을 두고 있는데, 지자체, 학교, 경찰, 법원, 병원 등의 다부처적(multi-departmental) 협력체계를 통해 범죄소년이라 하더라도 경미한 경우 소년사법절차에 편입되지 않도록 하는 다양한 전환조치(diversion)를 마련하여, 범죄소년의 가정 및 사회 복귀를 촉진하고 있다. 지자체의 소년사법서비스가 매년 소년사법 계획을 수립하여 상호협력 하에 이런 목적을 달성할 수 있게 한다. 전환조치는 소년법원 이전단계인 경찰 차원에서부터 진행된다.⁴³⁾ 전환조치 프로그램으로 소년사법위원회, 보건부, 정신건강센터로 구성된 소년사법연계와 전환(Youth Justice Liaison and Diversion) 프로그램,⁴⁴⁾ 분류(Triage) 프로그램,⁴⁵⁾

기준으로 권리로서 교육, 복지, 의료 지원을 받는 아동은 355,566명이고, 영유아기부터 복지와 교육의 영역에서 특별한 지원(그러나 권리가 아닌)을 받는 아동은 1,129,843 명에 달한다. 이 통계는 <https://explore-education-statistics.service.gov.uk/find-statistics/special-educational-needs-in-england/2021-22> 참조.

41) Jonathan Herring(주 30), pp. 619-629 참조.

42) 1933년 아동청소년법 제50조는 종전의 7세 미만 아동을 8세 미만 아동으로 1년 상향하여 형사책임무능력자로 규정하였다. 1963년 아동청소년법 제16조, 형사사법법률(the Criminal Justice Act)은 이를 10세로 상향하였다. 이로써 잉글랜드 법에서는 10세 미만의 아동은 형사책임능력(criminal responsibility)이 없는 것으로 인정되었다. 그러나 판례법은 10세 이상 14세 미만 아동은 범의를 구성할 수 없다는 항변(doli incapax)를 허용하였기 때문에 기소를 하기 위해서는 범의가 있음을 입증하여야 하였다. 이 법리는 주 12에서 소개한 사건으로 1998년 범죄와 장애법(the Crime and Disorder Act 1998)에 의해 폐지되었다.

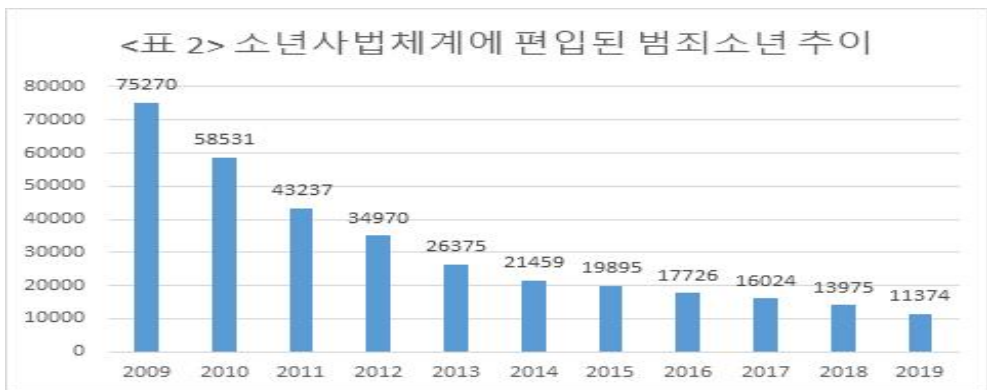
43) 이에 대해서는 Youth justice service governance and leadership. <https://www.gov.uk/government/publications/youth-justice-service-governance-and-leadership/youth-justice-service-governance-and-leadership#%E2%80%A6> 참조.

44) 범죄소년이 정신건강 또는 발달 문제가 있는 경우 개별지원을 통해 소년사법체계에 포함되지 않도록 하는 것이다.

45) 초범인 범죄소년이 경찰에 체포된 경우 경찰과 분류복지사(Triage worker)가 범죄의 정도, 개인의 성장배경과 지원의 필요성 등을 사정하여 전환조치를 받도록 하는 프로그램을 말한다. 전환조치를 받는 아동, 개별

소년회복조치(Youth Restorative Disposal),⁴⁶⁾ 경찰의 체포 없이 전환조치를 명하는 프로그램 등이 지방자치단체별로 다양하게 시행되고 있다. 이런 프로그램을 통해 소년범죄로 체포되거나 소년법원에서 재판을 받는 수는 2010년 약 230,000여건에서 2020년 57,000여건으로 현저하게 줄어들었다고 한다.⁴⁷⁾

아래 <표 2>에서 보듯이 소년법원에서 재판을 받는 숫자도 현저하게 줄어들었다. 소년법원에서 재판받는 범죄소년 중 대부분은 주의조치를 받고, 판결을 선고받는 비율은 2019년 46%에 이른다고 한다.



출처: Ministry of Justice and Youth Justice Board (2020). Youth Justice Statistics: 2018 to 2019.

2021년 3월말 현재 소년사법체계에 편입되는 아동의 현황은 아래 <그림 1>과 같다. 범죄소년 중 과반수 이상이 경찰 단계에서 전환조치로 소년사법체계에 편입하지 않게 된다. 이렇게 될 수 있는 것은 지자체의 아동복지부서, 학교, 의료기관과의 협력을 통해 SEN 지원을 받는 것에 부모가 협조하지 않을 경우 가정법원에서 보호명령을 받을 수 있기 때문이다. 범죄소년으로서 소년법원에서 재판받는 경우⁴⁸⁾에도 5% 정도가 구금선고를 받게 된다.⁴⁹⁾ 재물손괴죄, 절도, 폭행 등

화된 개입이 필요한 아동, 개선된 아동으로 구분해서 이들은 경찰단계에서 소년사법체계에 들어가지 않게 되고, 아무런 기록을 남기지 않는다.

46) 소년사법위원회, 법무부, 경찰 책임자, 아동, 학교, 가족부(Department of Children, Schools, and Families) 등으로 구성된 기관의 지원을 받는 프로그램으로 범죄소년에게 경고를 하는 것, 피해자에게 사죄편지를 쓰게 하는 것, 피해배상을 하도록 하는 것 등의 회복적 사법 프로그램이다.

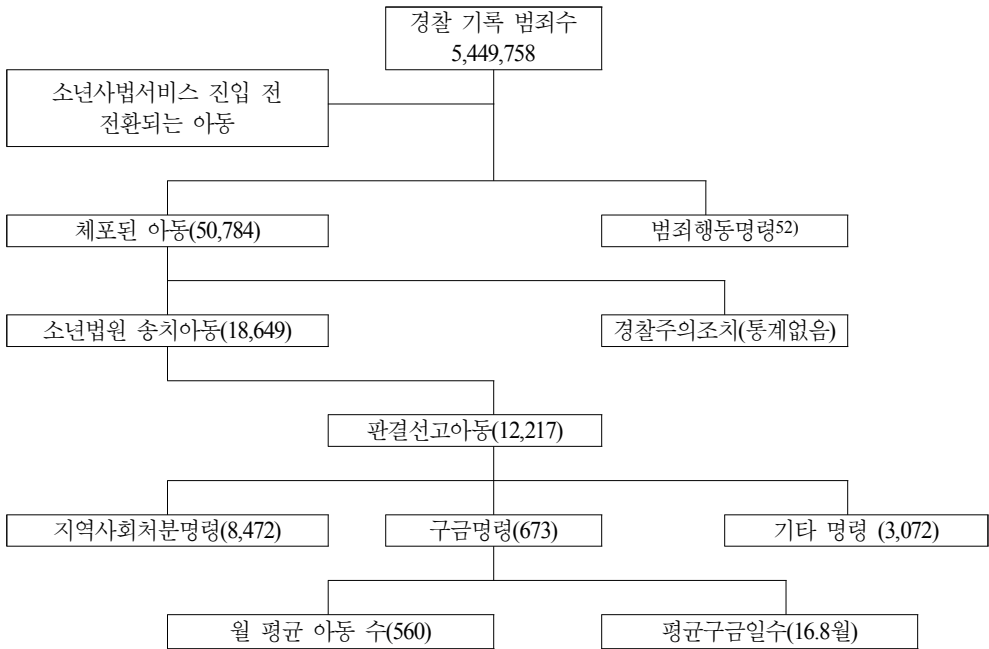
47) 이상은 Ministry of Justice and Youth Justice Board(2021), Youth Justice Statistics, pp.7 ff. 참조.

48) 법원재판에 회부된 아동(children on remand)의 82%는 보석허가를 받고, 11%는 아동법 제21조의 소년구금주거시설(Youth detention accommodation)에 있게 된다. Youth Justice Board/ Ministry of Justice, Youth Justice Statistics 2020/21 참조.

49) 후술할 우리나라 보호처분과 비교할 때 구금명령은 현저하게 낮은 비율이자 수치이다. 구금시설로는 소년법 시설, 폐쇄 훈련센터가 있는데, 75%가 폐쇄훈련센터에 구금된다고 한다. 구금명령 중 중범죄여서 Crown Court에서 재판받은 사건은 240건, 나머지는 경미한 사건으로 magistrate court 재판에서 내려졌다. Youth

경한 죄를 범한 경우 대부분 지역사회처분을 받는데, 무보수 사회봉사(community payback), 정신 건강 또는 행동 관련 치료 및 프로그램 참가 등이 그것이다. 기타 명령은 양육명령(parenting order)⁵⁰⁾, 회부명령(referral order)⁵¹⁾ 등이다. 아래는 소년사법체계에 편입되어 처분이 내려지는 과정을 그림으로 표시해 두었다.

〈그림 1〉 소년사법에 편입된 범죄소년의 처분흐름도



출처: Ministry of Justice and Youth Justice Board (2020). Youth Justice Statistics: 2020 to 2021.

소년의 범죄가 증대한 경우 형사법원(crown court)에서 재판받지만, 원칙적으로 3인의 소인법관 또는 1인의 직업법관으로 구성된 magistrate 법원이 소년법원으로 기능하기 때문에 전환조치가 우선되는 효과가 있다. 물론 형사법원의 판결절차도 소년법원과 동일한 원칙에 따라 진행되는 것을 원칙으로 한다.

Justice Board/Ministry of Justice, Youth Justice Statistics 2020/21 참조.

50) 부모나 후견인에게 교육수강, 상담 등을 통해 아동양육을 제대로 하도록 하는 처분을 의미한다. 이를 위반하면 벌금을 부과할 수 있다.

51) 지자체 아동복지부서 또는 학교와의 계약을 통해 아동이 준수하여야 할 사항을 정하고 그것을 준수하도록 감독할 수 있도록 하는 명령을 의미한다.

52) Criminal Behaviour Order로, 반사회적 성격이 강한 행동을 수회에 걸쳐 하는 자를 상대로 내리는 명령으로 동일하거나 유사한 행동을 하지 않도록 명하는 것이다.

2. 독일법

(1) 아동, 특히 비행아동에 대한 국친사상의 발전

1900년 시행된 독일 민법은 아동에 대한 친권을 부(父)에게 귀속시켰지만(동법 제1634조),⁵³⁾ 부의 친권행사에 국가가 관여하는 내용을 담고 있었다. 부의 재산관리권 행사에 후견법원(Vormundschaftsgericht)의 감독을 받도록 한 것,⁵⁴⁾ 부모가 아동을 징계할 권한을 갖지만 자유박탈적 징계는 후견법원의 허가를 받도록 한 것(동법 제1631조 제2항), 부모의 책임 있는 사유로 아동의 복리를 위태롭게 하거나 아동을 방임하는 경우 후견법원의 결정으로 아동을 분리하여 다른 곳에서 양육할 수 있도록 한 것(동법 제1666조) 등이 대표적인 예이다. 국가가 후견법원을 통해 아동보호 목적으로 직접 개입할 수 있게 한 것이다.

독일 민법의 국친사상은 바이마르 공화국 헌법과 청소년복지법에 의해 더욱 확대·발전했다.⁵⁵⁾ 1922년의 청소년복지법 제15조 이하에 따라 설립된 청소년관청이⁵⁶⁾ 민법에 아무 규정이 없음에도 불구하고, 혼외자에 대해서는 당연 후견인(Vormund)이 될 수 있게 하였고(동법 제35조), 모(母)의 신청에 의해 태아에 대해 보좌인(Pfleger)이 될 수 있도록 하였으며(제38조), 청소년관청 및 비영리법인도 후견법원에 신청하여 미성년자의 후견인이 될 수 있게 하였다(제41조). 나아가 부모의 돌봄에서 벗어나 장기간 위탁가정이나 시설에서 보호받는 아동은 모두 청소년관청의 감독을 받을 수 있도록 하였다(제19조 이하). 이렇게 함으로써 지자체가 직접 아동의 후견인으로서 부의 역할을 대신하도록 하였다. 독일 역시 국친사상이 후견법원과 지자체에 의해 구현될 수 있게 되었다.

1923년 제정된 청소년법원법(Jugendgerichtsgesetz)은 범죄소년에 대해서도 청소년복지법의 국친사상을 구현하고자 하였다.⁵⁷⁾ 이 법에서는 범죄소년에 대해 처벌 대신 양육적 처분(Erziehungsmassregel)을 할 수 있도록 하였고, 소년범죄에 대해서는 기소편의주의를 적용할 수 있

53) 친권행사에서의 양성불평등은 1957년의 양성평등을 위한 민법개정에서 친권(Elterliche Gewalt)은 부모 모두에게 속한 것으로 개정(동법 제1626조)됨으로써 비로소 시정되었다.

54) 부 또는 후견인의 미성년 자녀의 재산관리권한은 28개 조문(제1638조부터 제1665조까지)에서 상세히 규율하고 있는데, 부가 자의 금전을 관리할 때에는 예금을 할 것, 부가 자의 재산을 처분할 경우 후견인과 마찬가지로 후견법원의 허가를 얻을 것, 자에게 증여하거나 유증한 자가 부의 재산관리권을 배제한 경우 그 재산을 관리하지 못하고, 지정한 방법에 따라 관리하여야 하며, 그 이외에는 관리재산 목록을 작성하고, 그 정확성을 담보하여 후견법원에 신고하도록 하는 것 등이다.

55) 이를 아동복리의 관점에서 설명하는 것으로 Katharina Parr, Das Kindeswohl in 100 Jahre BGB, Würzburg Universität Dissertation(2005), S. 54 ff. 참조.

56) 오늘날의 청소년관청(Jugendamt)은 지방자치단체 소속 아동복지담당부서를 의미한다. 이에 대해서는 Johannes Münder/Thomas Trenczek, Kinder- und Jugendhilferecht, 8. Aufl., S. 290 ff. 참조.

57) 독일 소년사법의 발전은 변천되는 국친사상의 발현이라는 관점으로는 Frider Dünkel, Youth Justice in Germany, Oxford Handbooks Online(2017). pp. 3 ff. 참조.

게 하였으며, 형사미성년자의 연령을 12세미만에서 14세미만으로 상향하였다. 나찌시대의 국친사상은 그 이데올로기를 반영하여 왜곡되었지만,⁵⁸⁾ 2차세계대전 패전 후 1955년의 청소년법원법에서는 초기 법의 정신을 되살렸다. 동시에 18세부터 21세까지의 청년성인도 청소년법원의 관할에 포함시켰다.

한편 독일법에서도, 영국법과 유사하게, 비행소년에 대한 복지적 지원이 일찍부터 확대발전하였다. 1961년의 청소년복지법에 따라 아동양육에 어려움을 겪는 부모를 청소년관청이 지원하는 서비스를 제공하는 것, 부모의 통제를 벗어난 아동, 특히 소년법의 적용을 받거나 받을 위험이 높은 아동에 대해 청소년관청이 그 아동에 대해 지원자로서 서비스를 제공하는 것이 그것이다. 이를 통해 아동양육에 있어서 어려움을 겪는 부모를 위한 양육지원, 부모의 양육역량을 벗어나 있는 아동(범죄 아닌 비행 있는 아동)에 대한 직접 지원이 법률에 도입되어 지방자치단체의 복지서비스로 제공될 수 있었다.

그 후 아동양육에서 국가의 적극적 역할이 요구되자, “아동에 대한 사회적 양육”의 요청에 부응하기 위해 1990년 아동청소년지원법을 제정하였다. 이 법에서는 아동양육을 위해 부모와 국가가 파트너로서 협력관계에 있어야 한다는 관점을 전면적으로 수용하였다.⁵⁹⁾ 그리하여 아동양육에 어려움을 겪는 가족의 지원이나 부모의 통제에 벗어난 청소년에 대한 개별적 지원이 제도화되었다. 개별적 지원은 <표 3>과 같다.

<표 3> 아동청소년지원법의 개별적 지원

- 부모 또는 친권을 행사하는 자가 아동의 복리에 부합하는 양육을 제공하지 못하고, 아동의 발달을 위한 지원이 필요하고 또 적합한 경우 부모와 친권행사자는 아동청소년관청에 지원을 요청할 권리가 있음. 지원은 개별적인 양육 필요성에 맞추어져야 하고, 아동과 긴밀한 관계에 있는 주위 사람을 포함시켜야 함. 지원이 개별 사정에 맞추기 때문에 주간지원 및 부분적으로 가정의 24시간 보호를 포함(제27조).
- 개별 가정, 부모, 아동이 처한 양육상의 문제를 명확히 하고 해결하기 위한 양육 상담. 이혼, 사별 등에서의 아동양육 상담. 이 상담은 각종의 기관에서 제공하는데 부모는 이 기관에 와서 상담(제28조)
- 발달에 어려움을 겪는 아동 및 문제행동을 하는 아동청소년을 그룹으로 묶어 발달 및 행동문제를 극복할 수 있도록 지원. 이 과정은 그룹지도를 통해서도 할 수 있고, 일상적인 그룹활동을 통해서도 제공할 수 있음(제29조)
- 정신적, 정서적, 사회관계 맺기의 발달에 어려움을 겪는 아동청소년의 문제를 해결하기 위해 최대한 아동청소년이 처한 사회환경에서 아동청소년을 지원하기 위한 개별적 양육지원과 돌봄 제공. 이 지원은 개별지원자가 매주 일정 시간 동안 개별 아동을 만나 제공하는 지원. 1인당 10건에서 30건 정도를 제공함(제30조)

58) 나찌시절에는 교육적 조치를 ‘처벌을 통한 교육’으로 이해하면서, 형사미성년자 연령을 다시 12세 미만으로 낮추었다고 한다. Frider Dünkel(주 57), pp. 3 ff. 참조.

59) Münder/Meysen/Trenczek hrsg., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Einleitung Rn. 31 ff. 참조.

- 아동양육에서 겪는 일상생활상의 문제, 갈등해결, 위기상황 극복을 위해 개별 가정에 대해 집중 지원을 통한 사회교육적 가족지원. 개별지원가가 매주 일정 시간 가정을 방문하여 가족이 처한 환경에서 아동양육을 지원하는 형태(제31조)
- 아동양육에 어려움을 겪는 가정의 아동을 가정의 사정에 따라 부분적으로 그룹홈에서 생활하도록 하면서 가정에 대한 집중 상담, 지원을 제공함으로써 가정에서 아동양육이 가능할 수 있도록 하기 위한 것(제32조)
- 위탁가정을 통한 전일제 돌봄을 통한 아동양육의 지원. 특히 발달에 장애가 있는 아동청소년의 전일제 돌봄의 제공(제33조)
- 아동발달에 필요한 교육목적 또는 치료 목적으로 시설에서 아동을 보호함으로써, 아동청소년이 사회에 통합되고 또 자기 책임 하에 생활할 수 있도록 집중적인 사회교육적 지원을 제공(제34조)
- 청소년을 사회에 통합시키고 자기 책임을 지는 성인으로 성장할 수 있게 지원하기 위해 집중지원이 필요하다고 판단될 경우 개별 청소년의 사정에 따라 다양한 형식(주간 지원 또는 주거 제공을 포함한 지원)으로 개별 지원을 하는 것(제35조)
- 6개월 이상 지속될 개연성이 높은 정신적 문제(행동장애, 정신적 장애, 발달장애 등)로 그 연령대 아동에게 정형적인 삶에서 벗어날 우려가 있고, 그 때문에 공동체 삶에 참여하는 것이 어려워지거나 그럴 가능성이 있을 때, 외래방문 치료나 상담, 기관에서의 지원(부분 숙박제공 가능), 전문가정위탁, 시설보호 등을 통해 정신적으로 장애가 있는 아동의 사회통합을 지원(제35조의a)

개별적 지원은 국가의 재원에 따라 제공여부가 판단되는 재량적 급부가 아니라 부모의 공법상의 청구권으로 인정된다. 즉 청소년관청은 신청된 지원에 대해 요건이 충족되었다고 판단하면 지원할 법적인 의무를 부담하게 되었다 따라서 지원청구권자가 자신의 청구권이 만족을 얻기 못했다고 판단하면 복지행정소송을 제기할 수 있게 하였다.⁶⁰⁾ 개별적 지원은 아동의 행동문제 등으로 양육에 어려움을 겪는 부모가 이용할 수 있지만, 특히 비행소년에게 유의미한 지원은 제30조, 제31조, 제35조, 제35조의a 등이다. 제30조의 개별 아동지원(Erziehungsbeistand와 Betreuungshelfer)은 양육지원자(Erziehungsbeistand)가 초기에는 자원봉사자에 의해 수행되었으나 지금은 전문가가 그 업무를 수행하고 있다고 한다. 위 양 지원을 이용하는 아동은 2015년 초 27,076명에서 같은 해 연말에는 30,243명이 이용하고 있다고 한다.⁶¹⁾ 이 지원의 77%는 민간기관이 수행하고, 나머지는 청소년관청이 직접 수행한다. 2015년 기준 6세 미만 아동은 597명, 6세부터 12세 미만 아동은 3,753명, 12세부터 18세 미만까지는 16,526명이 이용하고, 성인 아동은 6,200명이 이용하고 있다고 한다. 평균 이용기간은 12개월이고, 60% 이상은 주당 5시간 정도를 이용한다고 한다. 개별 양육지원자가 하는 일은 아동이 주변 사회환경과의 관계에서 겪는 어려움을 지원하는 것인데, 부모-자녀 관계, 정체성 형성과 행동역량, 학교생활, 학업, 직장에서 겪는 어려움, 여타 사회관계(가령 친구)에서의 어려움, 기본생계에서의 지원 등이 그 업무라고 한다. 돌봄지원자(Betreuungshelfer)

60) Frankfurt Kommentar zum SGB VIII, § 27(Tammen/Trenczek) Rn. 13 ff. 참조.

61) Frankfurt Kommentar zum SGB VIII, § 30(Struck) 참조.

는 양육지원자와 마찬가지로 사회교육적 지원을 제공하는데, 사회관계에서 아동을 지원하는 것에 더 초점을 맞추고 있다고 한다. 이렇게 하여 2018년, 2019년 현재 개별적 지원을 받는 아동은 연간 60만명을 상회한다.

제31조의 지원은 아동양육에 어려움을 겪는 부모에 대해 개별 가족지원자가 가정을 방문하여 지원하는 것이다. 아동양육을 위한 사회교육적 지원이라고도 하는 이 지원을 이용하는 아동은 90년대 이래 꾸준히 증가하여 2015년 말에는 137,751명에 달한다고 한다.⁶²⁾ 제35조의 집중개별지원, 제35조의a의 사회통합지원(2013년 기준 65,145명)은 정신적 장애나 곤란이 있는 아동을 가정 외에서 보호하는 서비스로 제공된다.⁶³⁾

아동에 대한 지원이 필요함에도 불구하고 부모가 이를 이용하지 않거나 이용하지 않으려고 할 경우 이는 아동의 복리에 상당한 위해가 초래될 우려가 있는 상황이 될 수 있다. 이 때 청소년관청은 가정법원에 민법 제1666조에 따른 개입을 신청할 수 있다. 이 경우 가정법원은 앞서 언급한 아동청소년관청의 서비스(가족지원등), 의료지원 등의 공적 지원을 받도록 명령할 수 있다(동조 제2항).⁶⁴⁾ 청소년관청에서 제공하는 지원이 자유박탈적 시설 또는 자유박탈적 조치를 수반하여 비행소년을 돌보는 것일 때에는 가정법원의 승인을 받아야 한다. 승인의 요건은 그것이 자녀의 복리, 특히 자해, 타해의 현저한 위험을 피하기 위해 필요하고, 그 위험은 다른 방식 특히 공적 지원을 통해서 대처할 수 없을 때여야 한다. 시설 내에서 정기적 또는 상당한 시간 동안 자유박탈조치(신체억제, 약물복용)를 할 때에도 동일한 요건 하에 가능하고 또 가정법원의 승인을 받아야 한다(동법 제1631조의b).

(2) 범죄소년에 대한 국친사상과 양육적 처분

국가와 부모의 파트너십을 원칙으로 한 1990년 아동청소년지원법의 원칙은 1990년의 청소년법원법에도 동일하게 적용되어, 범죄소년에 대한 아동청소년지원법의 양육적 처분을 대폭 확대하였다.⁶⁵⁾ 그 후 시대변화에 상응한 수차례의 개정을 거쳐 오늘날의 청소년법원법이 그 모습을 갖추게 되었다.

범죄소년 또는 범죄청년에 대해 검사는 형사소송법 제153조의 요건이 있을 때 청소년법원의

62) Frankfurt Kommentar zum SGB VIII, § 31(Struck) 참조

63) 2015년에는 49,457명이 이 서비스를 받기 시작하였고, 그 해 연말 기준 81,310명이 양육시설 기타 주거형태에서 양육되고 있다고 한다. Frankfurt Kommentar zum SGB VIII, § 34 Rn. 4(Struck) 참조

64) 그 밖에도 아동학대부모에 대해 취학의무를 이행하도록 명령하는 것, 일시적 또는 일정기간 주거를 같이 하는 것을 금지하는 것, 아동과 접촉하는 것을 금지하는 것, 친권자의 의사표시를 대체하는 것, 친권을 일부 또는 전부 박탈하는 것 등을 명할 수 있다.

65) 1990년의 청소년법원법은 청소년법원의 판결은 최후의 수단으로 하고, 전환조치를 언제나 우선하도록 하였고, 판결에서도 교육적, 규율적 조치를 우선하도록 하고, 구금은 최후의 수단으로 삼도록 하였다. 영국법에서 원활하게 활용되는 경찰 단계에서의 우회조치 대신 법원에 의한 우회조치를 선택한 점이 독일법의 차이이다. 이는 나찌시절 경찰의 권한남용의 경험에 영향을 받은 것이라고 한다. Frider Dünkel(주 57), p. 6 ff. 참조

승인 없이 기소하지 않을 수 있다(동법 제45조 제1항). 이미 양육적 처분에 상응하는 조치가 실행되거나 시작되었고, 청소년법관의 개입이나 기소가 불필요하다고 판단되면 검사는 기소하지 않을 수 있다. 그 밖의 경우는 검사의 신청으로 소년법관이 양육적 처분 등의 결정을 내릴 수 있다. 법관의 개입 없는 전환조치가 법관에 의한 전환조치를 상회한다고 한다. 전환조치에는 양육적 처분의 부과 없이 내려지는 것도 있는데, 이는 초범으로 경미한 범죄자일 때 적용된다.⁶⁶⁾

그러나 청소년법원에 송치되는 경우에도 형벌 없는 전환조치가 가능하다. 이 때의 전환조치에는 양육적 처분, 규율처분(Zuchtmittel)이 있다. 전자는 지시와 아동청소년지원법의 양육지원을 이용하도록 하는 것이 있다. 지시는 거소지정에 따를 것, 가정 또는 다른 시설에 주거할 것, 학업 또는 직업훈련을 받을 것, 노무제공, 아동청소년지원법 제30조의 양육지원자의 지원과 감독을 따를 것, 사회훈련과정을 받을 것, 피해자와 화해하도록 노력할 것, 특정한 또는 특정 장소와의 접촉을 중지할 것, 교통교육을 받을 것 등이 포함된다(청소년법원법 제10조). 양육지원은 아동청소년지원법 제30조의 양육지원자제도 또는 동법 제34조의 양육시설을 이용하도록 하는 것이 포함된다(청소년법원법 제12조). 규율조치에는 범죄행위를 중단할 것을 경고하는 것(동법 제14조), 부담을 부과하는 것(동법 제15조),⁶⁷⁾ 청소년 구금(동법 제16조)⁶⁸⁾이 있다. 범죄의 중대성, 범죄소년 또는 범죄청년의 폭력성향 등을 고려할 때 양육적 조치나 규율조치로 충분하지 않을 때 최후의 수단으로 청소년형벌을 부과하는데, 최소형기는 6개월이고, 최대 5년을 넘을 수 없다. 다만, 범죄가 10년형 이상의 형벌에 처할 수 있는 경우에는 최대 청소년형기는 10년이다(동법 제18조). 청소년형벌을 부과하더라도 형의 선고 없이 보호관찰에 부칠 수 있고, 형의 집행을 유예하고 보호관찰에 부칠 수도 있다(동법 제5장).

이상의 처분을 하는 법원이 청소년법원인데 청소년법원은 1인의 청소년법관으로 구성된 청소년법원, 1인의 청소년법관과 2인의 소인법관(Jugendschöffen)으로 구성된 청소년소인법원(Jugendschöffengericht), 3인의 청소년법관으로 구성된 청소년위원회(Jugendkammer)가 있다. 소인법관은 해당 지방자치단체 청소년관청의 구성요소인 청소년지원위원회(Jugendhilfeausschuss)에서 남녀동수로 2배수로 추천받아 남녀동수로 구성한다. 동시에 청소년관청의 공무원이 소년법원 사건에서 청소년지원자로 참여하게 된다(청소년법원법 제38조). 청소년법원의 구성을 위와 같이 함으로써 지방자치단체에서 제공하는 아동청소년지원과 소년법원의 양육적 처분 및 규율처분이 긴밀하게 연계될 수 있도록 보장하는 것이다.

2020년 통계자료를 보면 기소전 전환조치를 받은 범죄소년 및 범죄청년을 제외하고, 청소년사

66) 이런 조치를 받은 초범자의 재범률은 매우 낮다고 한다. Frider Dünel(주 57), pp. 11 ff. 참조.

67) 부담에는 최선을 다해 피해를 배상할 것, 피해자에게 직접 사과할 것, 봉사활동을 할 것, 공익단체에 기부할 것 등이 있다. 노무제공이나 기부는 범죄소년 또는 범죄청년에게 기대할 수 없는 요구가 되지 않도록 해야 한다. 기부는 범죄행위로 얻은 수익을 기부하는 경우이다(청소년법원법 제15조).

68) 청소년구금은 휴일구금(wöchentliche Freizeitarrest), 주중 단기구금(Kurzarrest), 지속구금(Dauerarrest)가 있다. 주중 2일 단기구금은 1일 휴일구금과 같은 효과가 있고, 지속구금은 1주 단위로 하지만 4주를 초과할 수 없다.

법절차에 편입하여 처분을 받은 범죄소년 및 범죄청년은 모두 51,475명이라고 한다. 청소년법원에서 범죄소년 등에 내려진 판결을 보면, 규율조치를 받은 건수는 36,614명, 양육적 조치는 23,113명, 보호관찰을 받은 건수는 4,917명, 보호관찰 없이 청소년형벌을 받은 건수는 3,257명이다.⁶⁹⁾

3. 소결

비행소년 또는 범죄소년에 대한 영국법이나 독일법의 대응을 보면 다음과 같은 특징이 있다. 첫째, 부모의 돌봄 역량을 벗어난 아동이 있는 경우 국가가 법원 또는 지자체를 통해 아동돌봄에 개입하여, 지자체가 부모 대신 아동의 후견인으로서 아동을 돌볼 수 있도록 한다는 점에서 양국의 공통점이 있다. 두 나라 모두 형사미성년자가 범죄행위를 하거나 범죄 아닌 비행이 있는 소년의 경우 가정법원의 결정으로 양육적 조치를 취하고 있다. 그 조치에는 자유박탈적 조치가 수반될 수 있음은 말할 것도 없다. 둘째, 지자체가 후견인이 되어 아동을 돌보는 것을 우선하던 과거의 국친사상으로부터 부모의 돌봄 역량을 강화할 수 있게 지원하는 것으로 국가개입의 방향을 전환하였고, 국가가 아동의 후견인이 되는 것은 최후의 수단으로 삼고 있다는 점에서도 양국의 공통점이 있다. 셋째, 비행소년에 대해 양육적 지원을 우선하는 것을 범죄소년에게도 동일하게 적용한다는 점에서도 양국의 공통점이 있다. 양국의 소년법원/ 청소년법원은 모두 형사책임능력 있는 범죄소년/범죄청년(독일)의 범죄사건을 관할하는데, 형사법원의 일종인 소년법원/청소년법원의 판결에서도 형사처벌로서의 구금명령에 앞서 아동법(영국) 및 아동청소년지원법(및 독일 민법 제1666조)상의 양육적 지원을 받도록 처분한다. 이 점이 우리나라의 아동복지법 제15조의 보호조치와 무관하게 내려지는 소년법의 보호처분과 가장 큰 차이점이다. 이 점에서 볼 때 두 나라는 양육역량 없는 부모 또는 부모의 양육역량을 벗어난 범죄소년에 대해서도 국가가 부모로서의 역할을 수행하기 위해 형사사법절차로 소년사법절차를 마련한 것으로 이해할 수 있다. 나아가 소년법원 송치 전 단계에서 비공식적 전환조치를 취할 수 있도록 한다는 점도 특징적이다. 넷째, 양국의 중요한 차이라면, 독일은 아동복지의 관점에서 양육적 처분에 더 큰 비중을 두고 지방자치단체의 아동청소년지원법에 따른 지방자치단체의 복지지원과 밀접하게 연계하여 소년형사사법절차를 운영하지만, 영국은 아동복지담당부서와의 연계가 독일보다는 덜 긴밀하고, 그 점에서 범죄소년을 좀 더 엄격하게 처우한다는 점이다.⁷⁰⁾ 그럼에도 불구하고 소년범죄의 예방, 범죄소년의 재범방지를 위해 교육, 의료, 복지, 경찰, 검찰, 법원 등 다부처간의 협력체계가 작동하고 있다는 점에서는 공통점이 있다. 영국의 경우 법무부 산하에 소년사법위원회를 두고, 개별 지방자치단체별로 아동복지부서, 경찰, 학교, NHS가 참여하는 소년사법서비스를 통해 여러 부처의 통합적 작업이 가능하도록 한다. 독일의 경우에도 검찰과 청소년법원의 일반협의체 및 사례협의

69) Statista 2022, Deutschland; 2020; 14 bis 20 Jahre. 양육적 처분과 규율처분 및 보호관찰을 받은 아동이 양육 조치를 중복해서 받을 수 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

70) 독일과 영국의 범죄소년에 대한 문화적 차이를 언급하는 것으로 Robert van Krieken(주 11), pp. 18 ff. 참조.

체(청소년법원법 제37조의a), 청소년관청과 청소년법원의 긴밀한 협의체(Jugenderschöffengericht의 구성 및 청소년지원자의 절차참여권)를 통해 협력하고 있다는 것이다. 다섯째, 양국은 소년법원/청소년법원의 양육적 처분이 개인맞춤이 되기 위해 소년법관/청소년법관에 폭넓은 재량을 주어 처분할 수 있게 하는 것도 공통점이다. 특정 사람 또는 집단을 만나지 못하게 하거나 부모와 같이 교육 받게 하는 것, 귀가시간을 정하는 것 등은 개인맞춤형의 처분의 한 예이다.

III. 민법의 국친사상의 변화와 보호처분의 새로운 방향성

1. 민법과 소년법의 국친사상

(1) 가족주의의 지배와 서구적 국친사상의 미발달

1960년 시행된 우리나라 민법은 호주제라는 독특한 가족주의를 제도화하였다. 첫째, 호주만이 아니라 확대가족의 구성원도 가족 구성원의 신분관계에 영향을 미칠 수 있었다.⁷¹⁾ 혼인외의 자는 출생의 시점에서는 법적으로 친권자 없는 상태에 있고, 부모가 인지하거나 호주가 자기 가의 구성원으로 입적할 때 비로소 친권자가 있게 구성되어 있었다.⁷²⁾ 4촌 이내의 친족 또는 8촌 이내의 친족과 4촌 이내의 인적인 확대가족 구성원이 혼인, 입양 기타 친자관계에 개입할 수 있는 권한을 갖는 것도 마찬가지이다. 4촌 이내의 친족이 미성년후견 및 성년후견을 신청할 수 있는 것도 동일하다. 영국이나 독일은 가령 친족을 성년 후견 개시의 신청권자로 인정하지 않고 이를 지자체 복지 관련 부서의 업무 범위에 포함시키는 것과 비교하면 차이가 있다.⁷³⁾ 영국, 독일의

71) 여성운동의 관점에서 호주제 폐지의 여정을 서술한 것으로 소현숙, 1956년 가정법률상담소 설립과 호주제 폐지를 향한 긴가긴 여정, 역사비평 역사비평 113호(2015 겨울), 72면 이하 참조.

72) 1960년 시행된 민법에서는 혼외자의 부(父)가 그 아동을 인지하여 자기 가에 입적하거나, 부(父)의 호주가 입적하게 함으로써 가족구성원이라는 신분을 취득하였다. 생모가 출생과 더불어 친권자가 되도록 하는 독일(민법 제1626조의a 제3항)이나 영국(아동법 제2조 제2항)과 차이가 있다. 1977년 민법 개정 전까지는 동일 ‘호적’에 속하지 않은 생모는 아동의 친권자가 될 수 없다는 것이 대법원 판결이었으나(대법원 1968.9.24. 자선고 67스6 결정), 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다3271 전원합의체 판결은 위 민법 개정 이후에는 동일 호적에 속하지 않은 생모도 친권자가 될 수 있다고 판단하였다. 해석론으로 생모에게 친권을 인정하였지만, 혼외자의 경우 친권의 공백이 큰 것(독일 민법 제1791조의c처럼 지자체의 청소년관청(Jugendamt)이 당연 후견인이 되도록 하는 것과 유사한 규정이 없기 때문)은 호주제도의 전통에 연결되어 있다. 이 점은 다른 기회에 상론하기로 한다.

73) 가령 독일민법 제1774조는 미성년후견은 가정법원이 직권으로 개시하도록 하는데, 지자체의 청소년관청 등 공공기관의 통지 의무에 의해 작동될 수 있게 한다. MünchKomm/Spickhoff, § 1774 Rn. 5 참조. 성년후견 개시는 피후견인이 될 사람 또는 후견법원의 직권으로 개시된다(제1896조). MünchKomm/Schwab, BGB, § 1896 Rn. 131. 지방자치단체는 신청권은 없지만, 후견개시 절차에는 신청에 의해 의무적으로 참여해야 할 당사자이다(FamFG, 제7조, 제274조). 사건본인의 친족이라는 지위로 신청권이나 당연 참가자의 지위가 주

국가(지방자치단체)가 하는 역할을 확대가족이 담당하게 한 것이다. 둘째, 앞서 살펴본 영국과 독일에서는 적절한 사람을 선임하고, 그런 사람이 없을 때 지자체가 후견인이 되는데,⁷⁴⁾ 민법은 (확대)가족 구성원의 책임 하에 처리하도록 하였기 때문에 친권자가 없는 아동이나 의사능력이 결여된 성인에 대해 확대가족 중 최근친이 자동적으로 후견인이 되도록 하였다(1960년 시행 민법 제932조, 제933조 참조).

이런 배경 때문에 전통적으로 가족의 역할이었던 아동, 장애인, 고령자의 돌봄 문제와 관련하여 가족 내에 법적 분쟁이 있더라도 법원은 사적 분쟁해결자로 기능하는 것에 익숙했다. 확대가족을 포함한 가족중심의 아동, 장애인, 노인 돌봄을 민법에서 제도화하였기 때문에 법원 또는 지자체가 부모 또는 가족을 대신하여 후견인이 된다는 서구적 국친사상은 미발달하였다. 1998년 가정폭력범죄처벌법을 통해 비로소 가정문제에 국가가 개입하기 시작하였지만, 복지를 담당하는 정부부처와 지방자치단체가 여기에 직접 개입하지 않고, 민간비영리법인에 위탁한 아동보호전문기관이나 노인보호전문기관을 통해 개입하는 것도 이런 가족중심주의 법제도와 무관하지 않다. 고아에 대해서도 아동복지시설의 장의 신청으로 지방자치단체(이하 지자체)의 장이 그 시설의 장을 후견인으로 지정하는 것(보호시설에 있는 미성년자의 후견직무에 관한 법률 제3조)도 동일하다.

그러나 21세기 들어 후견신청권자에 지자체를 포함시키고(민법 제9조 이하), 성년후견제도가 용지원사업을 통해 국가의 재정지원사업으로서의 공공후견제도를 도입하고(발달장애인권리보장 및 지원에 관한 법률 제9조, 치매관리법 제12조의3), 아동학대조사를 지자체의 직접 책임으로 인정하고(아동복지법 제22조 이하), 지자체가 보호조치로 가정에서 분리된 아동의 면접교섭을 지원(아동복지법 제15조의5) 하도록 하는 등의 변화가 시작되었다. 비록 선진국에서와 같이 지자체가 당연히 친권자 없는 아동의 후견인이 된다는 관념은 아직 낯설지만, 아동만이 아니라 장애인, 취약성인의 보호를 위한 우리나라 고유의 국친사상, 즉 국가개입 방식이 발전해 가고 있다.

(2) 공익의 대표자로서의 검사의 민사법적 권한과 소년법에 구현된 국친사상

다른 한편 우리 법에 이미 자리잡고 있는 국친사상의 구현물도 있다. 친권상실등 아동보호와 관련된 영역, 금치산, 한정치산 선고 등 의사결정능력이 없거나 부족한 성인의 보호와 연계된 영역, 부채자 및 상속인부존재 등 사인의 재산이 방치되는 사안 등에 검사가 이들의 보호를 위해

어지지는 않는다. Dutta/Jacoby/schwab/Schneider, FamFG, § 274 Rn. 6 ff. 참조. 영국은 확대나 방임에 관한 아동보호사건은 지자체가 법원 명령을 신청하고, 보호명령(care order)이 내려지면 지자체가 당연히 친권을 보유하기 때문에 독일이나 우리와 비교하기 적절하지 않다. 성년후견 사건의 경우 영국 역시 친족이라고 해서 신청권이 있는 것이 아니고, 본인, 지속적 대리인, 후견인, 법원 결정문에 있는 사람(당연신청권자)을 제외하고는 법원의 허가를 얻어 신청할 수 있다. 지자체도 허가를 받아 신청할 수 있다. Alison Brammer, Social Work Law, p. 477 참조.

74) 독일은 최후의 후견인으로 지자체를 예정하고 있다(민법 제1900조). 영국의 예는 위 주 29 참조.

가정법원에 대한 신청권한을 갖는 제도가 그것이다. 이 규정은 모두 국가가 ‘검사’를 통하여 가족문제에 개입할 수 있는 통로로 기능한다.

소년법에서의 검사의 역할도 민법과 연계된 국권사상의 구현물이다. 소년법의 역사를 보면 부모의 통제를 벗어난 비행아동에 대해 국가가 부모 대신 아동양육의 일환으로 보호처분을 하는 것에 주된 목적이 있었다.⁷⁵⁾ 권위주의 시절의 보호처분이었기에 엄격한 징계가 중심이었을 것이다.⁷⁶⁾ 이런 역사적 발전과정을 되짚어 보면, 촉법소년 및 우범소년에 대한 보호처분은 소년형사사법절차라기 보다는,⁷⁷⁾ 오히려 부모의 양육역량의 범위를 벗어나 있는 아동에 대한 양육지원의 방식으로 볼 수 있을 것이다. 부모 대신 이들을 훈육 또는 징계하기 위해 검사가 공익의 대표자로서 양육적 조치를 취하도록 법원에 신청하는 것이 소년보호사건절차라고 볼 수 있다. 2021년 민법개정으로 폐지되기 이전의 민법 제915조의 부모의 징계권 행사와 매우 흡사한 것에서도 이를 짐작할 수 있다. 동조는 가사소송법 제2조 제1항 제2호 라류사건의 ‘[민법] 제915조 및 제945조(같은 법 제948조에 따라 위 각 조항이 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 감화(감화) 또는 교정기관에 위탁하는 것에 대한 허가’ 절차로 구체화되었는데, 이 규정과 소년법 제4조 제3항에 따라 부모가 소년부에 통고하여 보호처분으로 교정기관 위탁하는 것과 크게 다르지 않다는 것이다. 이렇게 본다면, 소년법의 검사의 송치와 보호처분의 집행은 검사가 ‘공익의 대표자’로서, 민사법적 권한, 즉 부모의 역할을 대신하여 행사하는 것으로 볼 수 있고, 이렇게 보는 것이 우리 법의 전체 체계에 더 잘 부합할 수 있다.⁷⁸⁾

요컨대 영국, 독일의 소년법원은 형사책임능력 있는 소년의 범죄를 관할하는 것인데 반해,⁷⁹⁾ 우리 법의 촉법소년은 형사미성년자이고, 우범소년은 범죄행위를 한 적이 없기 때문에 이들에

75) 일제강점기인 1923년 제정된 조선감화령은 비행소년에 대해 적용되는 법률이었고, 1942년 제정된 조선소년령은 범죄소년에 대한 별도의 형사절차법이었다. 1958년 제정된 소년법은 조선감화령과 조선소년령을 통합하여 단일 법률로써 소년의 비행과 범죄를 동시에 규율하는 것으로 발전하였다.

76) 1958년 제정된 소년법 제30조의 보호처분은 보호자 또는 적당한 자의 감호에 위탁하는 것(1호처분), 사원, 교회, 기타 소년보호단체의 감호에 위탁하는 것(2호처분), 병원 기타 요양소에 위탁하는 것(3호처분), 감화원에 송치하는 것(4호처분), 소년원에 송치하는 것(5호처분)으로 구성되었다. 현재의 소년법의 보호처분 역시 보호관찰을 제외하면 이 틀에서 벗어나지 않고 있다.

77) 형사미성년자인 촉법소년의 범죄는 ‘비행’으로 성격규정할 수 밖에 없고, 우범소년은 개념상 범죄 아닌 비행 있는 것이므로 두 부류는 형사처벌의 대상이 될 수 없기 때문이다.

78) 공익의 대표자로서의 검사역할에 대한 일반적 논의는 제철웅외, 공익의 대표자인 검사의 민사법상 역할수행 활성화 방안, 법무부 연구보고서(2015) 참조.

79) 이 글에서 다루지 않는 미국 캘리포니아의 소년법원(Juvenile Court)의 소년사법절차는 앞서 살펴본 영국이나 독일과 비교하면 약간의 차이가 있다. 캘리포니아주의 소년법원은 소년범죄 및 소년으로서의 신분위반행위(status offence)를 ‘비행’으로 보고 양육적 조치를 통해 회복하는 것에 초점을 맞춘다는 점에서 일종의 형사사법절차이다. 14세 이상의 소년범죄는 성년형사법원에서의 재판받을 수 있게 하지만, 소년법원 역시 12세 이상의 미성년자에 대해 관할권을 갖는다. 그러나 소년에 대한 형사사법절차의 일환으로 소년법원이 발전하였다는 점에서는 공통점이 있다. 캘리포니아 소년사법절차의 상세한 것은 Edward E. Peoples, *Juvenile Procedures in California*, 8th edition, pp. 76 참조.

대한 보호처분은 형사사법절차라기 보다는 양육적 처분이어야 한다는 것이다.

2. 변화한 시대환경과 소년법의 보호처분의 방향성

(1) 새롭게 변화하는 부모-자녀 관계

산업화 이후 사회적 실재로서의 대가족이 해체되고 1인 가구, 핵가족, 나아가 1인 가구, 노인 부부가족의 증가로 더 이상 법제도로서 확대가족은 존립할 수 없게 되었다. 2005년 법제도로서의 호주제도의 폐지는 변화된 사회환경을 뒤늦게 반영한 것에 불과하다. 2011년 민법개정을 통해 미성년후견과 성년후견의 개시로 가정법원이 후견인을 선임하도록 한 것, 2012년 민법개정을 통해 아동 입양을 가정법원의 허가를 받도록 한 것은 이런 사회변화를 수용하여 국가개입의 범위를 넓힌 것으로 평가할 수 있다. 발달장애인법(제9조)과 치매관리법(제12조의3)에서 공공후견제도를 도입한 것도 마찬가지이다. 2020년 개정된 아동복지법 제15조의5에서 지자체가 면접교섭을 지원하도록 한 것, 지자체가 아동학대조사를 담당하도록 한 것도 아동보호를 위한 국가개입의 폭을 넓힌 것으로 볼 것이다. 비록 앞서 본 영국이나 독일처럼 지자체가 보호대상아동의 후견인이 되는 형태는 아니지만, 이런 변화는 우리나라에서도 독특하게 자리 잡았던 국친사상이 확산되고 있는 것이라고 볼 수도 있을 것이다.

문제는 그것을 시대환경에 적합한 형태로 어떻게 발전시킬 것인가이다. 아동돌봄을 가족책임에서 사회적 양육으로 전환할 필요성과 아동보호를 위한 국가개입의 확대가 강조되는 것과 더불어 주목해야 할 부분은 “인권”, 특히 “자기결정권”의 존중, 그 구체화로서의 아동권리의 존중이다. 사회환경의 이런 변화는 더 이상 전통적인 권위, 엄벌 위주의 사회질서유지가 불가능해졌음을 보여주는 것이다. 사회 일각의 저항에도 불구하고 2021년 민법 제915조의 징계권이 폐지된 것은 거스를 수 없는, 변화된 사회환경의 방향성을 보여주는 것이다. 1980년대와 1990년대를 살았던 전통적인 부모가 했듯이, 체벌, 징계 등을 통해 아동을 양육하는 것은 급격히 변화된 사회환경에 더 이상 맞지 않다. 현명한 부모라면 그 어느 때보다 아동의 바램과 감정을 경청하고, 그들의 권리를 존중하는 방향으로 법정대리권을 행사하여야 할 것이다. 아동이 자기 또는 타인에 상당한 위해를 끼칠 현재 또는 임박한 위험이 없다면 아동의 자유를 제한하거나 박탈하지 않도록 해야 할 것이다. 아동의 바램과 감정을 최대한 존중하는 긍정적 양육을 실천하고, 가능한 한 최대한 아동의 자기결정권 행사를 지원할 때 비로소 아동은 자기책임 하에 사회적 연대의식을 가진 성인으로 성장할 수 있을 것이다.⁸⁰⁾

80) 현대사회에서 국가의 사회적 부모로서의 역할이 중요하다는 것과 사회적 부모는 현명한 부모로서의 역할을 수행해야 한다는 관점으로는 제철웅, 생물학적 부모, 법적 부모, 그리고 사회적 부모, 비교사법 제26권 2호 (2019.5), 14면 이하, 36면 이하; 제철웅/장영인(주 18), 123면 이하 참조.

(2) 소년법상의 보호처분의 문제점

소년법 제32조 제1항의 보호처분⁸¹⁾에는 두 가지의 모순적 성격이 있다. 첫째, 촉법소년 및 우범소년은 형사처벌의 대상이 될 수 없는데 이들에게 적용되는 보호처분은 비행에 대한 양육지원 으로서는 가혹하다. 특히 징계권이 삭제된 오늘날의 관점에서 보면 그러하다. 둘째, 그러나 권위 주의시절의 아동훈육을 염두에 두면 나름의 논리가 없다고 볼 수는 없을 것이다. 아동을 작은 성인으로 보고 엄격한 규율과 훈련을 통해 사회에 적응하도록 해야 한다는 낡은 전통문화의 관점에서 보면, 형사처벌의 대상이 되지 않는 촉법소년, 우범소년도 엄격한 징계를 통해 교육하는 것이 부모의 역할이고, 그것을 대신하는 것이 보호처분이라고 이해했을 수도 있을 것이다.⁸²⁾ 부모가 행실이 올바르지 못한 미성년자녀를 법원의 허가 하에 감금하여 교화할 수 있도록 한 2021년 개정 전 민법 제915조와 연계하여 보면, 제6호, 제8호 내지 제10호는 그것에 상응하는 것이고, 그 이외의 보호처분은 완화된 징계라고 이해했을 법하다.

그런데 변화된 시대상황에 적합한 부모상을 염두에 둔다면, 현재의 보호처분은 친권자인 부모의 양육역량의 범위를 벗어난 아동을 다시 가족과 사회에 재통합시키는 역할을 해야 할 국가가 ‘현명한 부모’로서 취할 조치와는 거리가 멀다. 2021년 간행된 사법연감을 보면, 2020년 접수된 38,590건의 소년보호사건 중 보호처분이 내려진 25,579건에서 자유가 제한되지 않는 1호처분, 2호처분, 3호처분은 병합된 사건까지 포함하면 8,606여건이고, 자유가 제한되는 4호처분과 5호처분은 병과된 사건을 포함하면 11,406건, 자유가 박탈되는 6호처분부터 10호처분은 병과된 사건까지 포함하면 4,387건에 해당된다.⁸³⁾ 범죄로 처벌받지 않는 촉법아동과 우범아동에 대해 자유제한

81) 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁(제1호), 수감명령 (제2호), • 사회봉사명령 (제3호), 보호관찰관의 단기(단기) 보호관찰 (제4호), 보호관찰관의 장기(장기) 보호관찰 (제5호) • 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁 (제6호), 병원, 요양소 또는 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」에 따른 의료재활소년원에 위탁 (제7호), 1개월 이내의 소년원 송치 (제8호), 단기 소년원 송치 (제9호), 장기 소년원 송치 (제10호) 등이 있다.

82) 징계권 폐지를 둘러싼 논란이 이를 잘 보여준다. 징계권 폐지의 의미 등에 대해서는 장영인 외, 친권자 징계권 규정 삭제에 따른 미성년자 보호·교양 권한 관련 입법 방안, 입법조사처 연구보고서(2021) 참조.

83) 여기서 말하는 자유박탈의 개념은 국제적으로 널리 인정되는 바와 같이 ‘본인의 유효한 동의 없이 일정한 장소에 감금(confinement)되어 그 장소를 자의에 의해 벗어날 수 없는 것’을 의미한다. 감금장소가 교도소이거나 구치소일 필요는 없다. 의사능력 없는 정신질환자를 영국 정신병원에서 강제입원 절차 없이 입원을 지속한 것이 불법 감금인지가 문제된 유럽인권재판소 판결인 HL v UK (App. No/4550899), (2004) ECHR 471에서 정의한 것과 동일하다. 이 기준 이후 영국은 자유박탈조치에 적법절차를 도입하였다. 이에 대해서는 Keene/Edwards/Eldergill/Mackintosh/Miles ed., Court of Protection Handbook, pp 524 ff. 참조. 독일 민법 제1631조의비에서도 범죄소년이 아닌 아동을 자유가 박탈되는 시설에 아동을 감금하여 치료나 교양을 할 필요가 있다고 판단될 때 가정법원의 판결로 이를 실행할 수 있다. 나아가 자유박탈은 우리 대법원 판결이 말하는 감금의 기준과 본질적으로 다르지 않다. 가령 대판 1997. 6. 13, 97도877 등 다수의 판결은 감금을 ‘사람으로 하여금 일정한 장소 밖으로 나가지 못하도록 하여 신체의 자유를 제한하는 행위를 가리키는 것이고, 그 방법은 반드시 물리적, 유형적 장애를 사용하는 경우뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하는 경우도 포함되는 것’이라고 한다. 소년원은 보호처분을 받은 소년이 그 장소를 임의로 벗어날 수 없기 때문에 자유

및 자유박탈조치가 훨씬 많은 것은 놀라운 일이다. 이 점이 범죄소년에 대한 구금명령이 소년법원 재판에 회부된 전체 건수의 5~6%에 불과한 영국과 비교할 때에도 현저히 높은 수치이다.

현명한 부모라면 자기 잘못에 대해 책임을 질 줄 아는 것을 가르치되, 자기 자신과 아동의 사회적 관계망 속에서 그 자녀에게 무엇이 결핍되어 있었는지를 세심하게 살펴 볼 것이다. 동시에 그 자녀를 사랑의 마음으로 더 자주 접촉하고 더 자주 대화하며, 더 많은 시간을 함께 보낼 것이다. 동시에 그 자녀가 사회적 관계망 속에서 자신을 표현하고 타인을 이해할 수 있는 역량을 키우고자 노력할 것이다. 그 자녀를 여러 명이 혼숙하는 좁은 공간에 방치하지 않을 것이고, 감금하지 않을 것이며, 보호소년등의 처우에 관한 법률에서 규정하듯이 수갑과 호승줄로 포박할 것을 위협하거나 추가징계를 하지 않을 것이며, 8인실, 10인실의 폐쇄된 시설 또는 정신병원에 버려두지 않을 것이다.⁸⁴⁾

(3) 소년법의 보호처분절차의 개선 방향성

앞서 논의한 것과 마찬가지로, 소년법 제3장은 범죄소년 처벌을 위한 형사소송법의 특별법이지만, 촉법소년 및 우범소년에 대한 보호처분절차는 형사사법절차와는 무관하다고 보는 것이 타당할 것이다. 14세 이상 범죄소년에 대해서도 소년보호사건의 보호처분을 결정하였다면 촉법소년 및 우범소년의 경우와 동일한 원칙을 적용해야 할 것이다. 보호처분은 법원의 권위를 빌린 양육적 지원으로서의 성격을 가져야 한다는 것이다. 즉 보호처분은 친권자인 부모의 양육역량의 범위를 벗어나 범죄 또는 비행에 연루된 소년을 다시 가족과 사회에 통합시키기 위해 그 소년에게 결핍된 것이 무엇인지를 세심히 조사하고 문제의 원인을 해소할 수 있는 방안과 연계되어야 한다. 촉법소년 및 우범소년에 대한 보호처분은 부모의 훈육기능을 국가가 대신하는 절차로 작동되어야 한다는 것이다. 보호처분절차가, 영국 및 독일의 소년법원/청소년법원이 아니라, 가정법원의 관할이라는 점을 가볍게 볼 것이 아니라는 것이다.⁸⁵⁾

이상의 관점을 취한다면, 다음과 같은 방향으로 보호처분절차가 개선되어야 할 것이다.

첫째, 소년법 내에 소년법원 송치 이후에도 ‘비공식적 절차’를 두어 소년의 문제행동(범죄 또는 비행 연루)을 치유하기 위한 조치가 결정될 수 있어야 할 것이다.⁸⁶⁾ 물론 소년법 제19조의

가 박탈되는 감금시설이라 할 수 있다.

84) 보호소년등의 처우에 관한 법률 시행령 제5조의2는 소년원 및 소년분류심사원 1인실은 4인 이하로 하도록 되어 있으나(단, 소년원 시설은 증원할 수 있다고 규정), 2019년 인권위 조사결과 11인까지 수용되는 곳도 있다는 지적도 있었다. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190731054400004> 참조. 정신병원 시설기준은 2021년 정부가 1실 10인에서 1실 6인으로 축소하겠다는 발표를 한 바 있다.

<https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=138276> 참조.

85) 소년법의 보호처분절차를 소년형사사법절차로 구성하면 아동 양육에 필요한 내용을 중심으로 보호처분을 구성하는 것은 쉽지 않다. 문선주/김윤정/서용성(주 20), 161면 이하는 형사처벌 또는 형사재판절차와 거의 유사한 개정안을 언급하는 것도 보호처분이 양육적 처분이어야 한다는 관점이 없기 때문일 것이다.

86) 형사법원의 성격이 있는 미국과 독일의 소년법원도 이런 절차를 두고 있다. 미국 캘리포니아 주는 소년법원

심리불개시결과와 보호자의 관리 및 교육지시, 제25조의3의 화해권고 등이 이와 유사하지만, 이는 비공식적 절차로 기능하기 어렵다. 가사소송법의 조정절차와 유사하게 가령 법관, 문제행동을 한 행위자, 관련 당사자(피해자, 부모, 가족 등) 간의 계약에 의해 일정기간 특정한 행위를 하거나 하지 않도록 합의함으로써 공식 재판절차에 편입되지 않도록 하는 것도 한 예가 될 수 있다. 그 합의서에 피해자에게 사과와 배상을 하고, 학교수업을 정상적으로 듣고, 일정 집단의 또래를 만나지 않고 청소년상담복지센터를 이용하도록 하는 내용을 포함시키는 것, 부모의 양육역량 지원을 위해 부모와 촉법소년 간의 공동활동을 하도록 하는 것 등을 포함시키는 절차가 소년법에 포함되어야 할 것이다.

둘째, 소년법의 재판절차에 따른 보호처분의 내용도 행동문제의 해결을 지향하는 내용으로 대폭적인 변화가 필요하다. 물론 소년법 제32조의2에 부가처분이 있지만, 그 보다 더 다양하게, 특히 개인맞춤형의 처분이 내려질 수 있도록 보장해야 할 것이다. 가령 가정내 보호를 받되 일정한 기간 감독을 받을 수 있도록 하는 것, 감독의 내용에는 위 첫째에서 말한 내용을 부가할 수 있도록 하는 것, 가정의 보호는 불가피한 경우에 한정하되, 전문가정위탁을 맡기도록 하고, 시설 보호는 행동문제가 정신적 스트레스나 정신건강 문제와 관련되어 있을 때에만 단기간 치료 프로그램 이용의 수단으로 정하는 것 등등을 개인맞춤형으로 탄력적으로 적용할 수 있게 보호처분의 내용을 재구성하는 것이 필요할 것이다. 또한 현재는 부가처분으로 할 수 있는 부모교육을 부모의 양육역량을 강화하는 조치로 강제할 수 있게 하는 것도 보호처분에 포함시켜야 할 것이다.⁸⁷⁾ 보호처분을 부모의 아동양육에 대한 개입이자 지원으로 성격규정할 수 있기 때문이다. 이를 위해서는 소년법 제32조와 같은 정형화된 내용의 보호처분이 아니라 개인 맞춤형의 탄력적인 처분을 내릴 수 있도록 법관에게 폭넓은 재량을 부여하는 규정으로 제32조가 대체되어야 할 것이다.

셋째, 범죄소년, 촉법소년 및 우범소년에 대한 보호조치 중 20% 가까운 비중을 점하는 자유박탈조치는 독일 민법 제1631조의d에서와 마찬가지로 언제나 자해, 타해의 상당한 위험이 있고, 자유박탈적 조치를 수반한 시설에 입소시키지 않으면 아동돌봄이 제대로 되지 않을 경우에만, 소규모 시설에서 단기간 허용하되, 정기적인 심사를 받을 수 있도록 해야 할 것이다. 지금처럼 6개월, 2년 한도의 소년원 감금은 지양되어야 할 것이다. 특히 소년원은 현행 제도 하에서도 촉법소년과 우범소년에게는 적용되어서 안 될 것이다.

에 이송된 범죄소년도 재판절차 개시 전 단계에서 보호관찰관이 비공식적 보호관찰처분을 내릴 수 있는데, 범죄소년의 개별적 특성에 맞는 내용의 조건을 부과한다. 재판절차에서도 마찬가지로 비공식 보호관찰 결정을 하고 재판을 연기할 수도 있다. 이에 대해서는 Edward E. Peoples(위 주 79), pp. 100, 115 이하 참조. 독일의 소년사법절차에서도 비공식적 보호처분을 활용하는데 이것이 효과적이라고 한다. Frieder Dünkel(주 57), pp. 13 참조.

87) 미국 캘리포니아 주의 경우 부모가 아동과 함께 하는 프로그램 참여를 보호관찰 처분의 조건으로 설정하기도 한다. Edward E. Peoples(위 주 79), pp. 133 ff. 참조. 미국 일반에 관한 설명은 John T. Whitehead, *Juvenile Justice: An Introduction*, 10th edition, pp. 292 ff. 참조. 영국도 소년사법절차에서 부모에게 양육에서 준수할 사항을 명령할 수 있다(Parenting Order). www.tameside.gov.uk/yot 참조.

넷째, 송치 이후 가정법원의 절차 내에 ‘비공식적 절차’를 두거나 법관에게 개인맞춤형의 보호처분을 내릴 수 있는 ‘재량’을 인정할 경우, 보호관찰소 이외에도 지자체의 다양한 기관과 가정법원이 협력하는 것을 제도화할 필요가 있다. 달리 말하면 법원, 법무부, 경찰, 지자체의 아동복지담당부서, 청소년복지담당부서와의 다부처간 협력체계가 소년법에 포함되어야 할 것이다.

IV. 결 론

자기책임과 사회적 연대의식을 가진 성인으로 한 아이를 성장시키기 위해서는 수 많은 사람의 협력이 필요하다. 현대를 살아가는 핵가족의 부모 대부분은 이런 역할을 할 수 없다. 부모의 아동양육 역량부족으로 말미암아 어떤 아이는 학대를 받는 아동이 되기도 하고, 어떤 아이는 비행소년이 되기도 한다.⁸⁸⁾ 절대적 보호가 필요한 아동기에 자녀가 피해자 또는 가해자가 되었다는 것은 우리 사회의 구성원들이 제 역할을 잘못 하고 있다는 것을 의미한다. 재활과 회복을 통해 이들이 가족과 사회로 재통합되어 자기책임과 사회적 연대의식을 가진 성인으로 성장하는 것은 쉬운 길이 아니다. 여기에 국가가 현명한 부모로서의 역할을 적절히 수행한다면 그 길이 앞당겨질 수 있을 것이다. 이를 위해 이들에게 한편에서는 반드시 지켜야 할 사회적 규율이 무엇 인지를 엄한 목소리로 가르치는 역할을 하는 검사와 법관, 그 아이를 지속적으로 접촉하면서 아이에게 부족한 부분을 채워주는 역할을 하는 보호관찰관, 의료진, 사회복지사, 아이가 배워 가야 할 학업과 기술을 가르치는 역할을 하는 교사와 사회복지사 등 다양한 사회적 자원이 효과적으로 연계되어야 한다. 국가와 사회가 협력하여 사회적 부모로서 촉법소년 또는 우범소년에게 이런 양육적 지원을 해야 한다. 이는 형사법원에서 처벌하는 대신 보호처분을 받는 범죄소년에게도 동일하게 적용해야 할 것이다.

소년법상의 보호처분을 ‘현명한 부모’로서의 국가가 취하는 양육조치 또는 양육지원으로 기능할 수 있게 하는 것이 공익의 대표자로서 검사의 민사법적 권한을 제대로 활용하는 것이자, 심각해지는 소년범죄 및 범죄연령이 낮아지는 사회적 문제를 해결할 수 있는 지름길일 것이다. 이것이 우리나라에 독특하게 자리잡은 국친사상, 이 논의의 맥락에서는 아동보호를 위한 국가개입의 방식을 변화하는 시대환경에 적합하게 발전시키는 길일 것이다. 소년법 개정 논의는 확대가족의 해체 속에 국가가 현명한 부모로서 실제 부모의 양육을 지원하고, 때에 따라서는 대신할 수 있는 성숙된 국친사상의 내용에 대한 고민 속에 도출되어야 할 것이다.

이 논문은 소년법상의 보호처분절차가 ‘자유를 제한하거나 박탈하는’ 조치가 높은 비중을 차지하는 주된 사회환경적 배경이 부모의 양육역량 강화를 국가가 지원해야 한다는 관점의 결여에

88) 촉법소년, 우범소년의 범죄 및 비행연루는 가족빈곤, 실업, 학대나 방임, 폭력과 왕따, 중독과 정신건강문제 등 양육과정의 부정적 영향이 누적된 결과물이기에 피해대아동이 범죄와 비행에 연루되는 일이 비일비재하게 발생한다는 것은 John Whitehead(위 주 87), pp. 75 참조.

있다고 보고, 현대적 국가부모의 사상을 근거로 소년법의 보호처분절차가 민사법적 절차의 성격이어야 할 근거와 이 절차의 개선방향을 제시하고자 하였다. 그 점에서 보호처분절차의 구체적 개선방안에 대해서는 논의하지 못하였다. 이 점은 추후의 연구를 통해 보완되어야 할 것이다.

- 투 고 일: 2022년 11월 02일
- 심 사 일: 2022년 11월 10일
- 게재확정일: 2022년 11월 29일

[참고문헌]

- 데이튼 김벌리/제철웅 대표 번역, 『세계의 후견제도』, 율곡출판사(2018)
- 문선주/김윤정/서용성, 『소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구』, 사법정책연구원(2019)
- 박선영, 촉법소년 문제, 『연령기준 하향이 답인가?』, 한국아동복지학회/한국청소년복지학회 공동토론회(2022.7.27.)
- 소현숙, 1956년 가정법률상담소 설립과 호주제 폐지를 향한 기나긴 여정, 『역사비평』 113호(2015 겨울)
- 장영인, 학대피해아동 보호에서의 아동권리와 부모권리의 균형모색, 『아동과 권리』 제17권 4호(2013)
- 장영인 외, 『친권자 징계권 규정 삭제에 따른 미성년자 보호·교양 권한 관련 입법 방안』, 입법조사처 연구보고서(2021)
- 제철웅, 영국법에서 의사무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년 정신능력법의 특징, 『비교사법』 제17권 4호(2010.12)
- 제철웅, 생물학적 부모, 법적 부모, 그리고 사회적 부모, 『비교사법』 제26권 2호(2019.5), 14면 이하, 36면 이하;
- 제철웅/강수진, 『공익의 대표자인 검사의 민사법상 역할수행 활성화 방안』, 법무부 연구보고서(2015)
- 제철웅/장영인, 보호대상아동의 사회적 양육 관련 법제도의 문제점과 개선방안, 『가족법연구』 제34권 1호(2020.3),
- 현소혜, 국제적 기준에 비추어 본 우리나라의 소년사법 제도, 『가족법연구』 제제30권 2호
- Brammer, Alison, *Social Work Law*, Pearson (2015)
- Cretney, Stephen, *Law, Law Reform and the Family*, Oxford University Press(1998)
- Croft, Thomas, *Criminal Responsibility of Children and Young Persons: a Comparison of English and German Law*, Ashgate(2002)
- Dünkel, Frider, *Youth Justice in Germany*, Oxford Handbooks Online(2017)
- Dutta/Jakoby/Schwab hrsg., *FamFG Kommentar*, 4. Aufl., Gieselking (2022)
- Münder/Meysen/Trenczek hrsg., *Frankfurt Kommentar zum SGB VIII*, Nomos(2019)
- Herring, Jonathan, *Family Law*, 8th edition, Pearson(2017)
- Hodkinson, Alan, *Key Issues in Special Educational Needs, Disability & Inclusion*, 3rd edition(2019)
- Keene, Alex Ruck et al, *Court of Protection Handbook*, LAG (2019)
- Kindel, Eric R., *The Age of Insight*, Random House(2012)
- Meulen, Ruud ter, *Solidarity and Justice in Health and Social Care*, Cambridge University Press(2017)
- Ministry of Justice and Youth Justice Board, *Youth Justice Statistics 2021*
- Münder, Johannes/Trenczek, Thomas, *Kinder- und Jugendhilferecht*, 8. Aufl., Nomos(2015).

Office of the Public Guardian, *Office of the Public Guardian Annual Report and Accounts 2020/21*

Parr, Katharina, *Das Kindeswohl in 100 Jahre BGB*, Würzburg Universität Dissertation(2005)

Peoples, Edward E., *Juvenile Procedures in California*, 8th edition, Meadow Crest Publishing(2019)

Raymond, Sara, From Playpens to Prisons: What the Gang Violence and Juvenile Crime Prevention Act of 1998 Does to California's Juvenile Justice System and Reasons to Repeal It, *Golden Gate University Law Review* vol. 30 (2000)

Schwab hrsg., *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl., C.H.Beck(2017)

van Krieken, Robert, Doli Incapax and Its Vicissitud: Childhood and Criminal Responsibility in England, Germany and Australia, *SSRN electronic Journal* (Jan. 2013)

Whitehead, John, *Juvenile Justice: An Introduction 10th edition*, Routedledge(2022)

[Abstract]

The Development of the State Parent (Parens Patriae) Idea and the Reform Direction of Protective Measures Procedure in the Juvenile Act in Accordance with the Development of the State Parent Idea

Je, Cheolung*

As news reports on cruel crimes committed by minors aroused public opinion of strict punishments, many members of the Korean Assembly have proposed reform bills of the Criminal Act and the Juvenile Act, which shall lower the minimum criminal responsibility age and upper age eligibility subject to the juvenile procedure (consequently the narrowing of minors subject to protective measures) respectively. Following such proposals, the Ministry of Justice recently announced their intention to submit a reform bill, whereby those above mentioned Acts would be revised to the effect that the criminal liability age shall be lowered and the This paper aims at analysing the legal nature, and proposing the reformation, of the protective measures of the juvenile procedure in the Juvenile Act, under the consciousness that the juvenile procedure for protective measures is inappropriate for dealing with juvenile crimes so that those measures have been insufficient for prevention against juvenile crimes and recidivism. Since lots of jurisprudence and practitioners have so far considered juvenile protection procedures of the Juvenile Act as a special criminal procedure for juveniles, it has been overlooked whether the contents of the protective measures of the Juvenile Act are appropriate for the State as a wise corporate parent to discharge its parental role. This paper interprets the protective measure procedure of the Juvenile Act as a care and educational measure in accordance with family law, contrary to the English and German juvenile court procedure, which are to be characterized as a criminal procedure. The protective measure procedure of the Juvenile Act should be regarded as the procedure which materialize the State parent idea codified in the Korean Civil Code. Considering such fact, this paper argues that the protective measures should be of the parents-supportive or parents-substituting nature in terms of caring their children who are beyond parents care capability, rather than of the criminal punishments. —Moreover this paper argues that

* Professor, Hanyang University

liberty deprivation measures, which account for non-negligible portion of actual protective measures, should not be taken unless juveniles subject to the protective procedure are exposed to significant risk to self harm and harm against others, but to the extent that liberty deprivation is necessary for the protection of the juveniles in the case and others and for the best interest of the juveniles in the case, and in the condition that the facilities should be small sized accommodations and the detention should last for the period of the said risk continuing. Furthermore, this paper argues that the Juvenile Act should be reformed to the effect that informal procedures should be introduced in the protective measure procedure, and that the authority to take many discretionary measures tailored to the individual care needs of the juveniles in the case meeting should be given to the Juvenile Court judges, because the protective measures are to support or substitute the parental care responsibilities.

|| Key Words ||

Juvenile Act, Protective Measures, the State Parent Idea, Parens Patriae, Juvenile Protective Measures Procedure, Juvenile Crime, Juvenile Delinquency