

少年犯 搜查의 問題點 및 改善方案

金 洞 淸
(警察大學, 警察學科長)

目 次	次
第1章 序 論	IV. 強·濫搜查의 不調和
第2章 犯罪搜查의 原則	V. 少年犯搜查의 非專門性
I. 少年犯搜查의 指導理念(保護主義)	第5章 改善方案
II. 搜查의 基本原則	I. 警察의 選別搜查權
第3章 少年犯搜查機關의 役割	II. 少年犯搜查의 專門性 提高
I. 警 察	III. 調查環境의 整備
II. 檢 察	IV. 犯罪少年의 拘束制限
第4章 少年犯搜查의 問題點	V. 少年犯搜查 專擔機構의 新設
I. 搜查指揮의 二元性	第6章 結 論
II. 全件送致主義	參考文獻
III. 未決拘禁者의 處遇	Abstract

第1章 序 論

靑少年期를 “暴風과 緊張(Storm and Stress)의 時期로 表現한 G.Stanley Hall 과 같은 傳統的인 學者들에 따르면 靑少年期는 그 自體가 內包하고 있는 問題 즉 自體의 急速하고 顯著한 變化, 그리고 이에 따르는 感情的이고 不安定하며, 豫測 할 수 없는 어떤 暴風的인 性質 때문에 問題의 時期로 看做되었다.¹⁾

1) Elizabeth B.Hurllok, Adolescent Development (Tokoy :McGraw-Hill Kogakusa, Ltd., 1973), p.3.

그러나 Hall 以後 나타난 靑少年에 關한 關心이 靑少年에 關한 많은 科學的인 研究를 隨伴함으로써 이러한 傳統的인 見解를 修正하게 되었다. 즉 靑少年期는 人間의 成長에 있어서 自我發達을 위해 定해진 必須的인 變化期間이라고 Sorenson은 記述하였으며²⁾ Josselyn은 正常的인 靑少年은 不可避하게 混亂을 겪게 되지만 心理學的으로는 전혀 病든 사람이 아니라고 記述함으로써³⁾ 混亂 그 자체를 正常的인 것으로 看做하였다.⁴⁾

그러나 靑少年期는 友情과 愛情의 問題, 戀愛와 結婚의 問題, 自我와 個性 確立의 問題, 將來의 職業의 問題, 餘暇와 娛樂의 問題 等 靑少年 스스로 많은 問題點을 가지고 있는 바⁵⁾ 이러한 問題들은 身體的, 精神的, 經濟的인 方面에서의 成熟이 同時에 이루어져 解決될 수 있으나, 이 세 方面의 成熟時期가 並行하는 것은 아니다.⁶⁾ 대개의 경우 身體的成熟이 먼저 이루어 지고 다음이 精神的, 그리고 經濟的인 成熟이 제일 늦게 이루어 진다. 이러한 不均衡은 靑少年에게 緊張과 焦燥와 切迫感을 자아내게 하여 靑少年 特有的인 反抗, 攻擊的態度, 非行의 要因이 되고 있다.⁷⁾

특히 우리社會가 안고 있는 新舊價値觀의 葛藤과 混亂의 增加, 利己主義의 蔓延, 家事의 自動化와 主婦의 社會參與機會의 擴大에 따른 家庭機能의 喪失과 核家族의 增大, 注入式教育의 一般化에 따른 全人教育의 後退와 敎服自律化와 頭髮自律로 인한 學生監督과 善導機能의 弱化, 都市化의 急進展에 따른 都市機能의 未定着과 區域間的 隔差의 深化, 貧富隔差의 擴大와 相對的인 貧困感의 強化 등은 靑少年 問題를 惡化시키고 있다.

이러한 一連의 狀況에서 靑少年들의 犯罪와 非行이 既存價値에 危脅이 될 만큼 量的으로 增加하고 質的으로 惡化될 때 그것은 하나의 社會問題가 된다고 하지

2) Ibid., p.2.

3) Ibid., p.4.

4) Ibid., p.398.

5) 池楊振, “非行靑少年 行動修正 模型開發”, 中大論文集, 第25輯(1981), p.293.

6) 上揭書, p.402.

7) 黃明淑, “韓國靑少年이 直面하고 있는 問題의 分析”, 漢大論文集 第8輯(1974), p.402.

않을 수 없다.⁸⁾ 그런데 最近의 靑少年의 犯罪와 非行이 바로 社會問題와 同視될 程度로 社會一般에서는 매우 深刻하게 認識되고 있는것 같다.⁹⁾ 이러한 憂慮를 拂拭시키고 靑少年을 健全育成시키기 爲한 勞力이 學界와 實務家들에 依하여 靑少年 犯罪問題를 解決하기 爲한 諸 方案이 講究되고 있는 바, 우리는 人爲的으로 制度化시킨 刑事處罰過程中 搜查節次를 銳利하게 分析, 檢討하여 그 矛盾點과 不合理點을 是正하므로서 적어도 이로인한 過誤와 誤診으로 빚어지는 所謂 第2次 犯罪이라고 하는 部類의 犯罪率을 効果적으로 低下시킬 수 있다는 一面도 결코 看過할 수 없을 것이다. 따라서 本稿에서는 搜查에 關한 一般原理와 搜查機關의 少年犯罪 處理의 實態를 概觀한 다음 現行 犯罪搜查의 問題點을 分析, 檢討하고 여기에 對한 犯罪搜查上 改善해야 할 點을 提示한다.

第 2 章 犯罪搜查의 原則

搜查란 刑事事件에 關하여 公訴를 提起하고 이를 維持하기 위한 準備로서 犯人을 發見, 保全하고 證據를 蒐集, 保全하는 搜查機關의 活動을 意味하는 바,¹⁰⁾ 搜查機關은 搜查의 適正性 合理性을 確保하기 爲하여 搜查一般에 共通된 基本原則에 依하여 制約을 받으며, 이 原則은 少年犯搜查의 경우에는 다시 少年保護主義에 依하여 指導받아야한다고 생각한다.

I. 少年犯搜查의 指導理念(保護主義)

원래 「少年保護主義」는 1899年 美國 일리노이州 시카고市에서 그곳의 法曹人, 社會事業家등이 合力하여 「扶助를 要하는 放置된 또는 非行있는 少年 및 非行少年의 處置와 統制에 關한 法律, (An Act to Regulate the Treatment and Control of Dependent, Neglected and Delinquent Children, Law of Illinois)

8) 梁瑋, “韓國社會에서의 靑少年問題”, 法務部, 靑少年問題研究 第1輯, (1983), p.200.

9) 上揭書, p.198.

10) 金炳梓, “靑少年 非行과 處罰”, 法務部, 靑少年犯罪研究 第1輯(1983), p.220.

11) 우리나라와 日本의 通說(白亨球, 現代 搜查法の 基本構造, 서울:育法社, 1985), p.54.

않을 수 없다.⁸⁾ 그런데 最近의 靑少年의 犯罪와 非行이 바로 社會問題와 同視될 程度로 社會一般에서는 매우 深刻하게 認識되고 있는것 같다.⁹⁾ 이러한 憂慮를 拂拭시키고 靑少年을 健全育成시키기 爲한 勞力이 學界와 實務家들에 依하여 靑少年 犯罪問題를 解決하기 爲한 諸 方案이 講究되고 있는 바, 우리는 人爲的으로 制度化시킨 刑事處罰過程中 搜查節次를 銳利하게 分析, 檢討하여 그 矛盾點과 不合理點을 是正하므로서 적어도 이로운 過誤와 誤診으로 빚어지는 所謂 第2次 犯罪이라고 하는 部類의 犯罪率을 效果적으로 低下시킬 수 있다는 一面도 결코 着過할 수 없을 것이다. 따라서 本稿에서는 搜查에 關한 一般原理와 搜查機關의 少年犯罪 處理의 實態를 概觀한 다음 現行 犯罪搜查의 問題點을 分析, 檢討하고 여기에 對한 犯罪搜查上 改善해야 할 點을 提示한다.

第 2 章 犯罪搜查의 原則

搜查란 刑事事件에 關하여 公訴를 提起하고 이를 維持하기 위한 準備로서 犯人을 發見, 保全하고 證據를 蒐集, 保全하는 搜查機關의 活動을 意味하는 바,¹⁰⁾ 搜查機關은 搜查의 適正性 合理性을 確保하기 爲하여 搜查一般에 共通된 基本原則에 依하여 制約을 받으며, 이 原則은 少年犯搜查의 경우에는 다시 少年保護主義에 依하여 指導받아야한다고 생각한다.

I. 少年犯搜查의 指導理念(保護主義)

원래 「少年保護主義」는 1899年 美國 일리노이州 시카고市에서 그곳의 法曹人, 社會事業家등이 合力하여 「扶助를 要하는 放置된 또는 非行있는 少年 및 非行少年의 處置와 統制에 關한 法律, (An Act to Regulate the Treatment and Control of Dependent, Neglected and Delinquent Children, Law of Illinois)

8) 梁瑋, “韓國社會에서의 靑少年問題”, 法務部, 靑少年問題研究 第1輯, (1983), p.200.

9) 上揭書, p.198.

10) 金炳梓, “靑少年 非行과 處罰”, 法務部, 靑少年犯罪研究 第1輯(1983), p.220.

11) 우리나라와 日本의 通說(白亨球, 現代 搜查法の 基本構造, 서울:育法社, 1985), p.54.

을 採擇하고, 이에 依하여 同年 7月 1日 同州의 衡平法院(Chancery or equity Court) 內에 少年事件을 專擔하는 部署(少年部)를 特殊히 設置하면서¹²⁾ 同裁判所의 基本理念으로 採用한데서 비롯된 것으로서, 우리나라 少年法은 第1條에서 同法의 目的이 少年의 健全한 育成을 期함에 있다고 規定함으로서 「非行少年에 대한 保護主義」를 基調로 하고 있음을 밝히고 있다.

이러한 少年保護의 精神은 少年犯罪나 少年非行을 處理하고 있는 關係機關에서 充分히 구현되어야 하는 바, 特히 警察과 檢察이 犯罪少年을 搜查하는 過程에서 그 搜查理念을 받아들이고 이 理念이 具體적으로 實現될 때 搜查의 本來目的의 達成以外에 少年의 再社會化에 窮極적으로 寄與하게 될 것이다.

II. 搜查의 基本原則

1. 任意搜查의 原則

搜查機關은 搜查의 目的을 達成하기 爲하여 필요한 모든 搜查活動을 할 수 있지만, 刑事訴訟法은 任意搜查를 原則으로 하고 強制搜查는 法律의 規定이 있을 경우에 限하여 認定하고 있다.¹³⁾

이 原則은 刑法에 있어서의 罪刑法定主義에 相當한 搜查法의 基本原則으로서 搜查의 民主化를 지향하는 人權保障의 見地에서 마련된 것이다.¹⁴⁾

그러나 任意搜查의 原則은 任意自由搜查의 原則을 의미하는 것이 아니다. 搜查節次의 密行性·職權의 性格으로 인해서 任意搜查과정에서 人權侵害의 行爲가 恣行될 素地가 있으므로 任意搜查에 관해서도 일정한 法的規制를 加할 必要가 있다.¹⁵⁾ 特히 青少年犯의 搜查의 경우에는 더욱 切實히 要請된다.

2. 搜查比例의 原則

원래 比例性의 原則은 法治國家의 憲法의 基本原理로서 넓은 意味에서는 必要性, 適正性, 目的과 手段의 相當性을 包含하는 概念이나,¹⁶⁾ 搜查에 있어서 比例의 原

12) Martin H. Neumyer, *Juvenile Delinquency in Modern Society* (New York: D. Van Nostrand Company, Inc., 1949), p.248.

13) 刑事訴訟法 第199條 第1項.

14) 白亨球, 前揭書, p.94.

15) 上揭書, p.91.

16) 金日秀, “少年犯 人身拘束에 관한 問題點 및 改善方案”, 法務部, 青少年犯罪研究 第3輯(1985), p.128.

則은 搜查의 結果에 의한 利益과 搜查로 인한 法益侵害가 不當하게 均衡을 잃어서는 안된다는 것을 意味한다.¹⁷⁾

이 原則은 強制搜查 뿐만 아니라 任意搜查의 경우에도 要求되는 原則인 바, 少年犯의 搜查에 있어서는 한層더 要請된다. 왜냐하면 少年은 意思를 決定하거나 事物을 辨別할 能力이 成人보다 微弱할 뿐 아니라 自己防禦能力이 弱하기 때문이다. 또한 少年事件의 強制搜查의 경우에는 少年에게 주는 충격이 強하여 그 均衡維持가 곤란하므로 搜查比例의 原則은 嚴格히 適用되어야 한다.

3. 非公開搜查의 原則

이 原則은 搜查過程을 公開함으로써 惹起될 수 있는 犯人의 逃走 또는 證據湮滅을 防止하고, 被疑者, 被害者, 參考人 기타 關係人의 名譽·秘密등 人權을 保護하기 위하여 마련된 것으로서, 搜查密行의 原則이라고도 한다.¹⁸⁾

그러나 이 原則은 被疑者의 人權保障 내지 適正節次의 見地에서 例外를 인정하는 것이 바람직하다는 見解도¹⁹⁾ 있는 바, 慎重한 再考의 必要가 있다고 생각된다. 美國에서는 被疑者訊問時에 辯護人의 參與權이 認定되고 있으며 被疑者의 辯護人依賴權이 搜查機關에 의하여 侵害된 경우 被疑者의 自白에 대하여 證據의 許容性を 否定하고 있는바 靑少年犯罪 搜查時 辯護人의 參與는 例外的으로 인정될 것이 斐望된다.

4. 自己負罪禁止의 原則

刑事訴訟法 第200條 第2項은 檢事 또는 司法警察官이 陳述을 들을 때에는 미리 被疑者에게 陳述을 拒否할 수 있음을 알려야 한다고 規定하고 있는 바, 이는 默秘權의 告知에 관한 것으로서 憲法 第10條 第2項이 宣言한 默秘權 내지 自己負罪強要禁止의 原則을 全體적으로 表現한 規定의 하나이다. 다만 여기서의 陳述拒否權은 그 訊問事項의 性格에 의하여 制限받지 않는 점에서 自己負罪의 危險이 있는 경우에만 認定되는 憲法 第10條 第2項이나 刑事訴訟法 第148條의 默秘權보다 그 範圍가 넓다.²⁰⁾ 勿論 이때 被疑者는 自己에게 不利한 陳述 뿐만 아니라 有

17) 白亨球, 前揭書, p.91.

18) 刑事訴訟法 第198條〔注意事項〕는 이 原則을 宣言한 規定이라고 생각된다. 그리고 刑法上 被疑事實公表罪(第126條)는 이 原則을 守護하기 위한 규정이다.

19) 白亨球, 前揭書, pp.92-93 參照.

20) 申鉉柱, 刑事訴訟法(서울:博英社, 1980), p.82.

利한 陳述도 拒否할 수 있다. 特히 少年犯搜查時는 陳述強要禁止의 原則이 具體的으로 實現될 수 있도록 補完規定의 制定이 要望된다.

5. 令狀主義의 原則

搜查進行에 있어서 物理力의 行使나 心理的壓力을 利用하는 強制的인 搜查處分은 必要하고 不得已한 것이지만, 他面 이러한 處分이 內包하는 人權侵害의 性格은 國家權力으로부터의 個人의 權利와 尊嚴性의 保障을 基本으로 하는 法治主義의 秩序下에서는 重大한 關心事가 아닐 수 없다.²¹⁾

그리하여 우리憲法은 原則的事前令狀主義와 例外的事後令狀主義를 規定하고 있으며²²⁾ 刑事訴訟法은 이를 具體化시키고 있다.²³⁾ 그러나 刑事訴訟法의 令狀主義 適用을 憲法이 例示한 경우에만 制限하므로써 盜聽·秘密追跡·僞裝搜查등 重要한 문제등이 放置되고 있음은 人權擁護의 見地, 搜查機能合理化의 見地에 있어서 看過될 수 없는 것이라고 생각된다.²⁴⁾

第3章 少年犯 搜查機關의 役割

搜查機關은 搜查의 目的을 達하기 爲하여 犯罪嫌疑者를 訊問하고 逮捕하며 犯罪事實을 具證하기 爲하여 現場檢證·證據의 蒐集·保全·被害者와 目擊者를 調査한다.²⁵⁾ 이러한 搜查機關의 活動은 靑少年犯罪에도 그대로 適用되고 있다. 그러나 警察이나 檢察은 靑少年의 特性을 考慮하여 少年保護次元에서 여러 가지 規定을 두고 있다. 여기서는 少年犯²⁶⁾搜查의 主機關인 警察과 檢察의 活動에 關해서 記述

21) 上揭書, p.86.

22) 憲法 第10條 第3項.

23) 刑事訴訟法 第201條 第1項, 同法 第206條, 同法 第212條, 同法 第215條.

24) 申柱鉉, 前揭書, pp.86-87.

25) Thomas F.Adams, Law Inforcement (Englewood Cliffs, New Jersey : Prentice-Hall Inc., 1981), p.161, V.A.Leonard and Harry W.More, Police Organization and Management (臺北 : 中央圖書出版社, 1971), pp.273-274.

26) 少年犯이란 少年의 犯罪行爲를 成年의 犯罪行爲와 分離 取扱하기 爲하여 設定된 概念이다(鄭泰均, 少年犯 再犯 防止에 關한 研究, (서울 : 法曹文化社, 1981), p.13.)

利한 陳述도 拒否할 수 있다. 特히 少年犯搜查時는 陳述強要禁止의 原則이 具體的으로 實現될 수 있도록 補完規定의 制定이 要望된다.

5. 令狀主義의 原則

搜查進行에 있어서 物理力의 行使나 心理的壓力을 利用하는 強制的인 搜查處分은 必要하고 不得已한 것이지만, 他面 이러한 處分이 內包하는 人權侵害의 性格은 國家權力으로부터의 個人의 權利와 尊嚴性의 保障을 基本으로 하는 法治主義의 秩序下에서는 重大한 關心事가 아닐 수 없다.²¹⁾

그리하여 우리憲法은 原則的事前令狀主義와 例外的事後令狀主義를 規定하고 있으며²²⁾ 刑事訴訟法은 이를 具體化시키고 있다.²³⁾ 그러나 刑事訴訟法의 令狀主義 適用을 憲法이 例示한 경우에만 制限하므로써 盜聽·秘密追跡·僞裝搜查등 重要한 문제등이 放置되고 있음은 人權擁護의 見地, 搜查機能合理化의 見地에 있어서 看過될 수 없는 것이라고 생각된다.²⁴⁾

第3章 少年犯 搜查機關의 役割

搜查機關은 搜查의 目的을 達하기 爲하여 犯罪嫌疑者를 訊問하고 逮捕하며 犯罪事實을 具證하기 爲하여 現場檢證·證據의 蒐集·保全·被害者와 目擊者를 調査한다.²⁵⁾ 이러한 搜查機關의 活動은 靑少年犯罪에도 그대로 適用되고 있다. 그러나 警察이나 檢察은 靑少年의 特性을 考慮하여 少年保護次元에서 여러 가지 規定을 두고 있다. 여기서는 少年犯²⁶⁾搜查의 主機關인 警察과 檢察의 活動에 關해서 記述

21) 上揭書, p.86.

22) 憲法 第10條 第3項.

23) 刑事訴訟法 第201條 第1項, 同法 第206條, 同法 第212條, 同法 第215條.

24) 申柱鉉, 前揭書, pp.86-87.

25) Thomas F.Adams, Law Inforcement (Englewood Cliffs, New Jersey : Prentice-Hall Inc., 1981), p.161, V.A.Leonard and Harry W.More, Police Organization and Management (臺北:中央圖書出版社, 1971), pp.273-274.

26) 少年犯이란 少年의 犯罪行爲를 成年의 犯罪行爲와 分離 取扱하기 爲하여 設定된 概念이다(鄭泰均, 少年犯 再犯 防止에 關한 研究, (서울:法曹文化社, 1981), p.13.)

한다.

1. 警 察

警察은 “犯罪의 豫防·鎮壓 및 搜查·警備·要人警護 및 對間諜作戰遂行, 治安情報의 蒐集·作成 및 配布, 交通의 團束과 危害의 防止, 其他 公共安靈과 秩序維持”²⁷⁾ 以外에 各 單行 警察法規에서 非權力的 事實作用 및 準法律行爲의 作用과 一般行政機關의 權限에 屬하는 行政作用中 많은 業務를 警察의 任務로 하여 遂行하고 있으며 이러한 任務를 圓滑히 遂行하기 爲하여 啓蒙指導·奉仕·命令·強制를 主要手段으로 하고 있다.²⁸⁾

특히 少年保護事件에 대해서는 内部的으로 少年警察과 搜查警察이 取扱을 달리 하고 있으므로 이에 關해서 考察해 본다.

1. 少年警察

少年警察은 靑少年을 科學的으로 輔導하고 有害環境을 淨化하여 非行을 防止하고 非行少年을 合理的으로 處理함으로써 靑少年을 健全하게 指導育成하기 爲하여 制定된 「少年警察 職務要綱」²⁹⁾에 따라 少年業務를 處理하고 있다. 이에 依據하여 少年警察은 少年들이 健全하게 成長할 수 있도록 不良한 社會環境을 調整規制하며 反社會性인 少年에 대해서는 適時에 輔導하여 少年의 非行을 未然에 防止하고, 非行少年이라고 認定되는 刑罰法令에 抵觸하는 行爲를 한 12歲以上 14歲未滿의 少年(觸法少年) 또 性格環境등에 비추어 將來 刑罰法에 抵觸될 우려가 있는 12歲以上 20歲未滿의 少年(虞犯少年)에 대해서는 非行의 內容, 少年의 年令, 少年 非行의 動機 및 原因, 再非行의 危險性을 고려하여 送致要件이 充足되면 管轄 家庭法院 少年部 또는 地方法院 少年部に 送致한다.

2. 搜查警察

搜查警察은 成人犯罪는 勿論 犯罪少年도 專擔處理하고 있는 바, 少年의 特性을

27) 警察官 職務執行法 第2條.

28) 拙稿, “法院, 檢察, 警察 相互間의 協力”, 法務部, 少年犯罪 研究, 第2輯(1984), p.62.

29) 1966年 10月2日 內務部 例規 第66號.

고려하여 「司法警察官執務規則」³⁰⁾ 第9節과 「犯罪搜查規程」³¹⁾ 第10章은 少年事件의 搜查에 關한 特則을 規定하고 있다. 이에 依據하여 搜查警察은 少年事件을 搜查함에 있어서 保護處分 또는 刑事處分에 대한 特別審理資料를 提供할 것을 念頭에 두어 犯罪의 原因 및 動機와 그 少年의 性格, 行狀, 經歷, 敎育程度, 家庭狀況 交友關係, 其他 環境등을 세밀히 調查한 「環境調查書」와 「少年 身元調查表」(少年 카드)를 作成하여 檢察에 送付하고 있으며, 또 拘束을 可能한 避하고 부득이 拘束, 逮捕, 同行하는 경우에도 慎重을 期하고 있다.

搜查結果 少年이 12歲以上 14歲 未滿으로 刑罰法令에 抵觸되는 行爲를 한 것이 判明되었을 때 또는 12歲以上 20歲 未滿者로서 그의 性格 또는 環境에 비추어 장애 刑罰法令에 抵觸되는 行爲를 할 우려가 있다고 判斷되면 少年警察에 引繼하고, 犯罪少年만 檢察에 送致하고 있다.

지금까지의 考察은 一般警察機關에서 非行少年(juvenile delinquency)를 處理하는 경우를 內容으로 하고 있으나, 이것은 特別司法警察의 경우에도 마찬가지로 適用될 수 있으리라고 사료된다.

II. 檢 察

檢察權은 具體的으로 個個 檢事に 依하여 行使된다. 檢事는 다른 法令에 依하여 그 權限에 屬하는 事項以外에 刑事에 關한 公益의 代表者로서 첫째, 犯罪搜查·公訴提起와 그 維持에 必要한 事項, 둘째, 犯罪搜查에 關한 司法警察官吏의 指揮監督, 셋째, 法院에 대한 法令의 正當한 適用의 請求, 넷째, 裁判執行의 指揮·監督 다섯째, 國家를 相對者 또는 參考人으로 하는 訴訟과 行政訴訟의 遂行 및 指導·監督등 行한다.³²⁾

특히 檢事는 少年에 대한 被疑事件을 警察로 부터 送致받은 경우(檢事先議主義)

30) ○ 1975年 10月28日 法務部令 第196號

○ 改正 1980年 1月21日 法務部令 第215號.

○ 改正(最新) 1983年 4月14日 法務部令 第256號.

31) ○ 1976年 12月27日 內務部訓令 第490號.

○ 改正 1980年 2月22日 內務部訓令 第604號

○ 改正(最近) 1983年 5月13日 內務部訓令 第751號.

32) 檢察廳法 第5條.

와 自體的으로 認知한 刑事事件을 搜查한 結果 罰金以下에 해당하는 犯罪이거나 保護處分에 해당하는 事由가 있다고 인정할 때에는 事件을 管轄少年部에 送致한다.³³⁾ 따라서 檢事は 少年保護의 中心의 位置에서 起되는 것이다.

最近 檢察은 少年法の 理念을 實現하기 위하여 刑事訴訟法 第 247 條 第 1 項 에 根據를 둔 起訴猶豫制度(起訴便宜主義)에 保護觀察制度를 加味한 소위 「善導條件附起訴猶豫制度」³⁴⁾ 를 광범위하게 活用하고 있다.

第 4 章 少年犯搜查의 問題點

Ⅰ. 搜查指揮의 二元性

現行 刑事法體制下에서는 犯罪搜查의 指揮權이 法務部所屬의 檢察廳 檢事에게 歸屬되어 있고, 犯罪搜查의 第 1 線을 거의 專擔하고 있는 內務部 所屬 治安本部 傘下 各級 警察官은 檢事の 指揮·監督下에서만 搜查活動을 하도록 되어있는 바,³⁵⁾ 이러한 搜查指揮體制는 첫째, 行政組織의 原則에 어긋날 뿐 아니라 警察의 士氣를 低下시키고 둘째, 警察의 搜查의 獨自性喪失로 因한 責任感을 期待하는 것이 어렵고 셋째, 搜查의 機動性과 迅速性을 阻害하는 일이 생기게 하는 原因이 되고 있다. 더욱이 重要強力事件이 發生하여 搜查가 未盡한 경우 國民의 輿論은 警察에 集中되므로서 實際 搜查指揮의 張本人인 檢察은 輿論에서 除外되고 있는 實情인 바, 이것은 權限과 責任의 均衡에도 反한 것이라고 아니할 수 없다.³⁶⁾

이러한 搜查體制의 矛盾과 不合理點은 少年事件處理에서도 그대로 나타나게 되므로서 少年犯罪를 適期에 迅速히 搜查하여 要保護性 與否를 決定해야할 警察로서는 節次의 二重性으로 事件處理를 지연케 되므로서 少年의 自我概念에 損傷을

33) 少年法 第 45 條 第 1 項.

34) 이 制度는 鄭泰均 大法院 判事가 1978 年 光州地方檢察廳 檢事長 在職時 創案한 것으로, 1978 年 4 月 1 日부터 同廳 管內에서 實施하던 것을, 1981 年 1 月 20 日 法務部 訓令 第 88 號로서 「少年善導 條件附 保護觀察指針」을 制定하여 全國에 擴大 實施하고 있다.

35) 刑事訴訟法 第 195 ~ 197 條, 檢察廳法 第 5, 35, 36 條 參照.

36) 朴丁燮, 警察搜查의 先進化를 爲한 搜查權 獨立에 關한 研究, 延世大學校 行政大學院 碩士學位論文(1984), p.116.

와 自體的으로 認知한 刑事事件을 搜查한 結果 罰金以下에 해당하는 犯罪이거나 保護處分에 해당하는 事由가 있다고 인정할 때에는 事件을 管轄少年部에 送致한다.³³⁾ 따라서 檢事는 少年保護의 中心의位置에서게되는 것이다.

最近 檢察은 少年法の 理念을 實現하기 위하여 刑事訴訟法 第 247 條 第 1 項 에 根據를 둔 起訴猶豫制度(起訴便宜主義)에 保護觀察制度를 加味한 소위 「善導條件附起訴猶豫制度」³⁴⁾ 를 광범위하게 活用하고 있다.

第 4 章 少年犯搜查의 問題點

Ⅰ. 搜查指揮의 二元性

現行 刑事法體制下에서는 犯罪搜查의 指揮權이 法務部所屬의 檢察廳 檢事에게 歸屬되어 있고, 犯罪搜查의 第 1 線을 거의 專擔하고 있는 內務部 所屬 治安本部 傘下 各級 警察官은 檢事の 指揮·監督下에서만 搜查活動을 하도록 되어있는 바,³⁵⁾ 이러한 搜查指揮體制는 첫째, 行政組織의 原則에 어긋날 뿐 아니라 警察의 士氣를 低下시키고 둘째, 警察의 搜查의 獨自性喪失로 인한 責任感을 期待하는 것이 어렵고 셋째, 搜查의 機動性과 迅速性을 阻害하는 일이 생기게 하는 原因이 되고 있다. 더욱이 重要強力事件이 發生하여 搜查가 未盡한 경우 國民의 輿論은 警察에 集中되므로서 實際 搜查指揮의 張本人인 檢察은 輿論에서 除外되고 있는 實情인 바, 이것은 權限과 責任의 均衡에도 反한 것이라고 아니할 수 없다.³⁶⁾

이러한 搜查體制의 矛盾과 不合理點은 少年事件處理에서도 그대로 나타나게 되므로서 少年犯罪를 適期에 迅速히 搜查하여 要保護性 與否를 決定해야할 警察로서는 節次의 二重性으로 事件處理를 지연케 되므로서 少年의 自我概念에 損傷을

33) 少年法 第 45 條 第 1 項.

34) 이 制度는 鄭泰均 大法院 判事가 1978 年 光州地方檢察廳 檢事長 在職時 創案한 것으로, 1978 年 4 月 1 日부터 同廳 管內에서 實施하던 것을, 1981 年 1 月 20 日 法務部 訓令 第 88 號로서 「少年善導 條件附 保護觀察指針」을 制定하여 全國에 擴大 實施하고 있다.

35) 刑事訴訟法 第 195 ~ 197 條, 檢察廳法 第 5, 35, 36 條 參照.

36) 朴丁燮, 警察搜查의 先進化를 爲한 搜查權 獨立에 關한 研究, 延世大學校 行政大學院 碩士學位論文(1984), p.116.

끼치는 결과를 가져오게 하고있다.

II. 全件送致主義

非行少年을 發見한 警察은 犯罪少年에 대해서는 搜查終結權이 없기 때문에 刑事事件으로 取級하여 이를 모두 管轄 地方檢察廳 檢事長 또는 支廳長에게 送致하여야 하고,³⁷⁾ 觸法少年·虞犯少年에 대해서는 직접 管轄 家庭法院 少年部 또는 地方法院 少年部に 送致해야 한다.³⁸⁾ 따라서 警察은 少年事件의 處理에 있어서 一切 裁量權이 賦與되 있지않다. 이에 대하여 鄭泰均 大法院 利事は “警察은 社會秩序의 維持에 치중한 나머지 客觀的·外面的 行爲나 結果의 大小를 기초로 하기 때문에 要保護性的 判斷을 할 수 없다”는 것을 그 理由로 지적하면서 “그러나 警察段階에서 審理開始 또는 不處分相當으로 判斷된 少年들이 少年部に 있어서도 審理不開始 또는 不處分으로 決定된 比率이 매우 크다는 것을 생각한다면 要保護性 認定의 必要만으로 全件送致主義를 擇하여야 할 論據는 稀薄하다 아니할 수 없다”고 主張하고 있다. 이것은 觸法少年이나 虞犯少年에 關한 全件送致主義를 두고 한 主張이라고 생각되지만 犯罪少年의 경우도 마찬가지라고 생각한다. 즉 1983年度 少年保護事件現況³⁹⁾을 보면 檢事送致人員은 10,825名(少年部接受件 20,113名の 53.8%), 法官送致人員은 6,683名(少年部接受件의 33.2%), 警察送致人員은 2,602名(少年部接受件의 13.0%)인 바, 少年法院의 保護處分內容을 보면 少年法院委託이 2,367名(少年部處分 20,057名の 11.8%)에 不過하고 其他는 保護者 등 處分(이 가운데 保護者 또는 適當한 자의 委託이 16,538名으로 8.24%)으로 나타나있다. 이처럼 大多數 犯罪少年이 家庭으로 復歸하고 있음을 알 수 있다. 그런데 犯罪少年은 警察, 檢察, 法官 그리고 少年法院의 審理와 鑑別所에의 收容과 診斷등의 刑事 司法節次의 過程을 밟는 동안, 社會的地位와 自己自身에 대한 自我概念에 重大한 變化가 일어나게 되고 이러한 變化는 2次犯罪의 原因이 되고 있을 뿐 아니라⁴⁰⁾ 만일 拘禁狀態에서 이러한 過程을 받게 된다면 施設文化에 惡

37) 刑事訴訟法 第 195 ~ 197 條, 司法警察官吏 執務規則 第 54 條.

38) 少年法 第 4 條 第 2 項.

39) 法院 行政處, 司法年鑑(1984), pp.386 ~ 387.

40) Howerd Becker 는 “處罰이 犯罪의 原因”이라는 말로 表現하고 있다. Outsider : Studies in the Sociology of Deviance (New York : The Free Press, 1963), p.9.

感染되어 社會適應을 곤란케 하여 社會復歸에 問題를 야기할 可能性이 높아진다.

이러한 刑事節次가 犯法者에 대한 應報的措置의 一環으로 받아들여지는 傳統的 犯罪觀에서 基因된 것이 아니고, 혹은 少年犯罪의 慎重處理라는 見地에서 이루어진 것이 아니라면 現行 少年犯搜查는 理念과 節次에 問題가 있다고 생각된다.

Ⅲ. 未決拘禁者의 處遇

未決拘禁者란 犯罪의 嫌疑者에 대해서 當局의 搜查나 裁判의 終了時까지 證據湮滅의 防止와 逃走防止를 위해서 拘禁된 사람으로서, 無罪推定⁴¹⁾과 刑事裁判에서 當事者로서 法的地位⁴²⁾가 保障되 있다. 따라서 未決拘禁者의 自由制限은 最小限으로 되어야 하고 餘他 一般社會人과 別差異없는 自由와 權利가 保障되어야 한다. 그러나 現實制度和 法運營은 위 目的과는 相當한 거리가 있다고 한다.⁴³⁾ 이에 在所者들의 處遇問題에 關해서 在京 辯護士會에서 그 實態를 調査한 結果⁴⁴⁾를 分析, 檢討한 論旨를 要約하면 다음과 같다.⁴⁵⁾

첫째, 收容房室의 問題인바, 3.3 평 정도의 房室에서 12名내지 17名이 收容되는 경우가 많으며, 난방시설이 未備되 있고 便器의 房內設置가 지적되었다.

둘째, 獨居收容과 混居收容의 問題인 바, 混居收容이 大部分이고, 獨居收容은 例外的으로 되어있는것 같다고 한다.

셋째, 衣類, 食糧, 寢具 및 其他 必須品 給與에 關한 問題인 바, 改善해야할 점이 많다고 지적하고 있다.

네째, 沐浴과 構內運動問題인 바, 沐浴의 경우는 沐浴하는 물의 量이나 時間이 不足하고, 構內運動時間은 1日 5分내지 10分程度에 不過하여 運動不足으로 나타났다.

다섯째, 醫療문제인 바, 人的·物的施設의 充分함을 期待하기란 現實 與件上 어

41) 世界人權宣言 第11條 第1項, 憲法 第26條 第4項, 刑事訴訟法 第275條의 2.

42) 刑事訴訟法 第15, 18, 184, 294, 296, 300, 305, 338, 424, 163, 161의 2, 30, 90條. 그리고 公平한 法院의 裁判을 받을 權利, 迅速한 裁判을 받을 權利, 公開裁判을 받을 權利 등(姜求真, 刑事訴訟法(서울:學研社, 1982), p.126.)

43) 李敦熙, “未決拘禁者의 地位와 그 處遇”, 서울 第一辯護士會, 「辯護士」(1979), p.142.

44) 서울 第一辯護士會 人權委員會 提供: 「在所者 處遇改善에 關한 建議」(1979).

45) 大韓辯護士協會, 1978.12月號.

李敦熙, 前揭論文, pp.141-159.

럽다고 한다.

여섯째, 接見·交通問題인 바, 辯護人 以外者와의 接見은 大略 3分 내지 5分 程度로 實施하고 있어서 被拘禁者가 時間이 너무 짧은데 대해 不滿을 表示하고 있으며, 通信方法이나 매스·미디어 利用制限等 改善해야 할 點을 지적하고 있다.

이와같은 在所者들의 處遇에서 나타나고 있는 問題點들은 施設收容의 모든 경우에 亦도 再考의 여지가 있다고 생각된다. 特히 少年은 他人指向性이 높고 感情이 鋭敏하므로 上記 指摘되고 있는 問題들이 少年犯收容施設內에서 存在한다면 그 深刻性이 훨씬 높을 것이다.

IV. 強·溫搜查의 不調和

搜查機關은 犯人을 發見하기 爲하여 所在搜查, 探聞搜查, 緣故鑑搜查, 地理鑑搜查, 手法搜查, 아리바이搜查, 尾行·隱身·把守, 搜索等 活動을 하고, 被疑者를 保全하기 爲하여 被疑者를 拘束(通常拘束, 緊急拘束, 現行犯逮捕)하고, 證據를 蒐集·保全하기 爲하여 被疑者訊問, 參考人調查, 鑑定, 押收, 檢證等 多様な 搜查活動을 展開하고 있다.⁴⁶⁾ 그렇지만 搜查機關이 아무리 熱心히 搜查를 한다고 할지라도 그 方法이 拙劣한 경우에는 表面上 所任을 다한 것 같이 보일런지 모르지만 이는 熟練된 調査機能工으로서의 業務를 遂行하고 있음에 不過한 것이다. 搜查機關은 모름지기 實體의 眞實의 發見에 總力을 傾向해야 할 것이지만 그 目的達成에 必要하다고 해서 手段方法을 不問할 수 없는 것이며 窮極的으로는 犯罪의 豫防을 考慮해야 한다.⁴⁷⁾ 그러기 爲해서는 嚴重搜查와 寬容搜查가 兼全되어야 한다. 即 搜查過程을 通하여 法の 峻嚴함을 일깨워주는 一方, 過誤를 認識시키므로써 再社會化의 길이 열려있음을 보여주어야 할 것이다.

그럼에도 不拘하고 現實的으로 그러한 強·溫搜查가 充分히 이루어지지 않는 것 같다.

46) 白亨球, 前掲論文, pp.61~62.

林天植, 尹長鎬, 搜查實務論(서울:新亞文化社, 1979), pp.40-238 參照.

47) 金亮均, “少年善導保護制度의 背景”, 法務部, 青少年犯罪研究 第1輯(1983), p.247.

V. 少年犯搜查의 非專門性

搜查는 技術이지 科學이 아니다⁴⁸⁾ 라고 하지만 少年犯을 搜查하는 경우에는 說得力을 喪失하게 된다고 생각한다.

少年은 成人과 달라 언제나 不安定·不安感속에 살게되고, 주위의 환경에 敏感하며, 쉽게 激情·反抗하고 自拋自棄式의 行動을 더 잘하고, 慾求不滿과 葛藤意識을 多方面으로 느끼게 되고 一切의 權威와 強制規律에 抵抗하는 心理가 強하게 作用하는 未完成의 人格者일 뿐만 아니라⁴⁹⁾ 特히 搜查가 着手되면 少年非行은 社會의 逸脫行爲로 처음 評價되어 烙印을 받게되고, 뒤이어 性格의 歪曲을 가져와 第2次的 逸脫로 나오게되나, 逸脫者 스스로가 自己에게 주어진 逸脫者라는 烙印을 順順히 認定하고 스스로 再適應하려고 努力하면 逸脫化過程은 停止될 수 있다고 한다.⁵⁰⁾

따라서 搜查官은, 少年의 特性을 理解하고 少年의 再社會化를 促進시키는 役割을 圓滑히 遂行하기 爲하여는 少年搜查의 專門化가 이루어져야 할 것이다. 卽 心理學, 教育學, 犯罪學, 生理學等 少年關係學에 대한 研究와 併行하여 그 活用이 期待됨에도 不拘하고 現實은 그것과 相當히 멀리 떨어져 있는 것 같다.⁵¹⁾

第5章 改善方案

搜查에 있어서 人權保障 및 司法的抑制의 擴大는 刑事訴訟 發展의 歸結이며 現代搜查法의 理念이다. 따라서 犯罪事實을 明白히 하고 그를 뒷바침하는 證據가 充分하여 犯罪者의 處罰을 要求하는 段階에 到達하려면, 人權保障의 範圍內에서 이

48) Charles E. O'Hara, Fundamentals of Criminal Investigation (Springfield, Illinois : Charles C. Thomas·Publisher, 1956), p.5.

49) 慎鎮揆, 刑事政策(서울 : 法文社, 1982), p.191.

植松正, 犯罪心理學(東京 : 朝倉書店, 1955), pp.243-250.

50) 金亮均, 前揭論文, p.253.

Edwin M. Lemert, Social Psychology (New York : McGraw-Hill, 1951), p.73.

51) 金甫煥, “少年犯 人身拘束에 관한 問題點 및 改善方案”, 法務部, 青少年犯罪研究 第3輯(1985).

V. 少年犯搜查의 非專門性

搜查는 技術이지 科學이 아니다⁴⁸⁾ 라고 하지만 少年犯을 搜查하는 경우에는 說得力을 喪失하게 된다고 생각한다.

少年은 成人과 달라 언제나 不安定·不安感속에 살게되고, 주위의 환경에 敏感하며, 쉽게 激情·反抗하고 自拋自棄式의 行動을 더 잘하고, 慾求不滿과 葛藤意識을 多方面으로 느끼게 되고 一切의 權威와 強制規律에 抵抗하는 心理가 強하게 作用하는 未完成의 人格者일 뿐만 아니라⁴⁹⁾ 特히 搜查가 着手되면 少年非行은 社會의 逸脫行爲로 처음 評價되어 烙印을 받게되고, 뒤이어 性格의 歪曲을 가져와 第2次的 逸脫로 나오게되나, 逸脫者 스스로가 自己에게 주어진 逸脫者라는 烙印을 順順히 認定하고 스스로 再適應하려고 努力하면 逸脫化過程은 停止될 수 있다고 한다.⁵⁰⁾

따라서 搜查官은, 少年의 特性을 理解하고 少年의 再社會化를 促進시키는 役割을 圓滑히 遂行하기 爲하여는 少年搜查의 專門化가 이루어져야 할 것이다. 卽 心理學, 教育學, 犯罪學, 生理學等 少年關係學에 대한 研究와 併行하여 그 活用이 期待됨에도 不拘하고 現實은 그것과 相當히 멀리 떨어져 있는 것 같다.⁵¹⁾

第5章 改善方案

搜查에 있어서 人權保障 및 司法的抑制의 擴大는 刑事訴訟 發展의 歸結이며 現代搜查法의 理念이다. 따라서 犯罪事實을 明白히 하고 그를 뒷바침하는 證據가 充分하여 犯罪者의 處罰을 要求하는 段階에 到達하려면, 人權保障의 範圍內에서 이

48) Charles E. O'Hara, Fundamentals of Criminal Investigation (Springfield, Illinois : Charles C. Thomas·Publisher, 1956), p.5.

49) 慎鎮揆, 刑事政策(서울 : 法文社, 1982), p.191.

植松正, 犯罪心理學(東京 : 朝倉書店, 1955), pp.243-250.

50) 金亮均, 前揭論文, p.253.

Edwin M. Lemert, Social Psychology (New York : McGraw-Hill, 1951), p.73.

51) 金甫煥, “少年犯 人身拘束에 관한 問題點 및 改善方案”, 法務部, 青少年犯罪研究 第3輯(1985).

를 實現시키기 위한 目的的活動으로 把握하여야 할 것이다. 이것은 憲法의 礎石을 이루는 人間의 尊嚴과 價値를 包含한 人權의 保障은 國家의 文明水準을 알려주는 試金石이며 또한 搜查는 單純히 犯罪者를 處罰하기 爲해 行하는 것이 아니기 때문이다.⁵²⁾

더우기 少年犯搜查는 少年保護主義의 具體的實現이라는 見地에서 理解되어야 하므로 人權保障 및 司法的抑制와 더불어 親權者로서의 少年保護精神이 尙상 고려되어야 한다.

少年法 第1條는 “反社會性있는 少年에 대하여 環境의 造成과 性行의 矯正에 關한 保護處分을 行하고 刑事處分에 關한 特別措置를 行함으로써 少年의 健全한 育成을 期함을 目的으로 한다”고 規定함으로 이러한 理念이 刑事司法機關의 少年非行과 少年犯 處遇過程에 反映할 것을 期待하고 있다.

本稿에서는 이와같은 思想을 前提로 하고 少年犯搜查上 改善方案을 提示한다.

I. 警察의 選別搜查權

現行 少年法에 대하여 金箕斗教授는 “制度一般에 關한 特色은 檢事先議主義制度를 採擇하였고, 少年의 福祉와 關係되는 成人에 대한 刑事事件을 그 管轄下에 두지 아니한 點등 部分的인 差異를 除外하고는 日本의 新少年法과 그 軌를 같이 하고 있다”고 설명하고 있지만, 現行 日本 少年法은 모든 少年事件을 警察이 少年法院(家庭法院)으로 送致하도록 하는 法院先議主義를 採擇한 結果 警察은 法院送致前에 裁量權을 行使할 수 있으나 우리의 少年法은 觸法少年이나 處犯少年에 關해서만 法院에 送致하고 犯罪少年은 檢察에 送致하도록 司法警察官吏執務規則에서 規定하고 있으므로, 日本의 少年法과는 큰 差異를 보이고 있다.

이러한 制度下에서는 少年犯 早速處理의 原則에도 反할 뿐만 아니라 警察에의 選別에 依한 社會轉換의 裁量權을 制限한 結果 少年犯罪를 保護者나 一般社會機構에 依賴하여 少年을 司法機關으로 부터 轉換시킬 수 있는 경우에도 檢察에 送致하므로써⁵³⁾ 少年保護의 實效를 減少시키고 있다.

따라서 이러한 少年法의 缺陷을 補完하기 爲하여 少年犯罪事實을 精査하여 事實

52) 李基鎬, 違法한 搜查의 抑制에 關한 研究, 東亞大學校 大學院, 博士學位論文(1985), p.127.

53) 金甫煥, 前揭論文, p.96.

이 輕微하고 檢察에 送致할 必要性이 없다고 判斷되는 경우에는 警察搜查段階에서 事件을 終結할 수 있도록 對策이 講究되어야 한다.⁵⁴⁾

日本에 있어서의 警察措置는 우리에게 示唆한 바가 크므로 이를 紹介하면 다음과 같다.⁵⁵⁾

첫째, 少年被疑者를 嚴重히 訓戒하여 將來를 警告한다.

둘째, 親權者, 雇傭主 其他 被疑者를 監督하는 地位에 있는 者 또는 이들에 代身할 者를 召喚하여 將來의 監督에 必要한 注意를 부여한 後 承諾書를 徵收한다.

셋째, 被疑者에 대하여 被害者에게 謝罪케 하고, 被害의 回復등 適當한 方法을 講究한다.

특히 1970年 6月 確定된 日本의 少年法改正要綱은 司法警察官에 의한 少年被疑事件의 不送置處分을 明示하고 있다.⁵⁶⁾

II. 少年犯搜查의 專門性 提高

搜查機關은 少年犯을 搜查할 경우 少年의 過渡期的 性格을 充分히 考慮하여야 하는 바, 그 留意點을 들면 다음과 같다.

첫째, 犯罪少年의 知能程度, 家庭등의 環境, 非行化의 程度등을 檢討하여 그의 心理를 把握하는 것이 先決되어야 한다. 즉 “사람을 알고 난 다음에 法을 說明한다”는 精神을 갖고 搜查에 臨한다.

둘째, 搜查官은 犯罪의 嫌疑를 받고 있는 少年을 처음부터 犯人으로 取扱하지 말고 親密한 氣分을 갖고 少年의 心理와 行爲를 理解하도록 努力하고 改善·更生의 難易와 그 方途에 대해서 慎重히 檢討하는 基本的態度를 가지고 있어야 한다.

셋째, 少年은 成人에 比하여 改善·更生의 可能性이 많고, 반면에 사소한 일에도 敏感한 反應을 보이며, 元來 權威와 權力에 대하여 反抗心이 強하고, 自閉的인 傾向을 가지고 있으므로, 少年事件의 處理에 있어서 專門家들의 協力を 集中

54) 日本 犯罪搜查規範 第 195 條 參照.

55) 日本 犯罪搜查規範 第 197 條.

56) 金鍾彬, “日本 少年法 改正要綱”, 法務部, 青少年犯罪 研究 第 3 輯(1985), pp.239~

260 參照.

시켜야 한다.

네째, 少年은 年令을 속이는 경우가 많으므로 身上調査를 正確히 實施하여야 하는 바, 學歷, 職業, 起訴猶豫等 有無에 留意하며, 疑心이 있는 경우 保護者, 近親者, 助産婦의 調査, 혹은 出産記錄, 日記등의 檢討를 通하여 正確한 年令을 確認해야 한다.

다섯째, 再犯少年인 경우에는 前번處分부터 今번處分에 이르기까지의 期間, 其間의 素行, 職業, 環境의 變化등을 明白히 밝혀주어야 한다.

여섯째, 少年院의 經歷이 있는 者는 少年院間의 移送의 有無, 그 理由등을 調査해야 한다.

일곱째, 少年의 居住關係의 把握을 爲하여 保護者와의 同居有無, 家出의 經歷과 그 原因등을 糾明한다.

여덟째, 犯罪의 動機, 原因등은 特히 慎重한 檢討를 하고, 犯行의 手段과 方法 犯行後의 狀況, 少年의 非行化의 進度, 矯正의 難易度를 判定한다.

아홉째, 犯罪事實의 調査時 先入觀과 偏見을 最大限 排除하고, 誘導訊問을 避하고, 虛爲의 自白을 看破하며, 成少年共犯事件인 경우에는 成人에게 그 責任을 轉嫁시키는지 與否를 調査한다.

위와같은 少年犯搜查能力은 少年에 關係된 專門知識의 習得에 의하여 涵養되므로 少年犯罪搜查要員의 專門化를 定着시키고 그 職業性이 強調되어야 한다.

그리고 搜查官은 犯罪事實의 實體的事實發見外에 犯罪少年의 再犯防止에도 努力하여야 한다. 搜查節次는 國親思想(parens patriae)을 具體적으로 實現시키는 過程으로 생각할 수 있으므로 少年에게 바람직한 價値觀을 심어주는 任務를 소홀히 해서는 안된다고 생각한다. 少年의 바람직한 價値觀을 들면 다음과 같다.

첫째, 人間을 尊重하는 態度

둘째, 事理에 밝고 公正心이 確固不動

셋째, 共同體意識과 協同精神

네째, 남의 恩惠를 感謝하며 賚을 줄 아는 道理

다섯째, 權利·義務에 앞선 博愛精神

여섯째, 進取的기상과 創意性

일곱째, 韓國文化에 대한 觀心과 理解

끝으로 搜查機關은 靑少年들에게 그들이 “하지 않으면 안될 것(mussenoder

sollen)과 “할 수 없는 것”(nicht können)에 대한 올바른 解答을 주고 干涉者가 아니라 相談者로서의 位置를 定立해야 할 것이다.⁵⁷⁾

Ⅲ. 調査環境의 整備

現行法에는 搜查書類 作成場所에 따라서 證據能力이 左右되는 規定은 없다. 檢事 및 司法警察官이 作成한 搜查書類에 關하여 規定한 刑事訴訟法 第313條의 趣旨도 作成場所와 證據能力과의 相關關係를 規定한 것이 아니라 다만 檢事 및 司法警察官이 作成한 搜查書類에 關하여 證據能力을 規定한 것에 不過하므로 搜查書類의 作成場所가 何處이든 그것으로 因하여 書類의 證據能力에 影響을 미치지 않는다. 그리고 搜查書類의 證明力도 그 記載內容이 適正眞實하여 法官의 心證形成에 이바지 하는 程度가 크느냐, 작으냐에 달려있는 것이므로 그 記載內容이 精密하고도 具體的이어서 누구나 보아도 肯定할 수 있는 것이라면 그 證據로서의 證明力은 強하다고 할 수 있다. 따라서 搜查書類場所는 原則的으로는 證明力에 影響을 미치지 않는다.⁵⁸⁾

그러나 搜查場所는 다음의 要件이 具備되어야 한다.

첫째, 率直한 陳述을 하기 쉬운 場所이어야 하는 바, 氣分的으로 부드러우며 雜音이 없고 靜肅한 場所, 外部의 소리가 들리지 않는 場所, 採色이나 照明이 잘 된 場所가 適切하다.

둘째, 任意性이 確保된 場所이어야 하는 바, 強壓搜查의 疑心을 받을 우려가 없는 場所, 警察棒·木棒·竹刀등 心理的으로 抑壓할만한 物品이 없는 場所등이 좋다.

셋째, 事故를 未然에 防止할 수 있는 場所이어야 하는 바, 추락事故의 危險이 없는 一層, 危險物등이 없는 場所가 適當하다.

이와같은 調査場所의 具備要件에 少年이 調査對象인 경우에는 라포르가 形成될 수 있는 場所가 選定되어야 할 뿐 아니라 勤務廳主義의 固定觀念을 脫皮하여 被調査者가 願하는 場所에서 調査할 수 있는 搜查姿勢가 必要할 것이다.

57) 文鍾洙, “青少年 犯罪의 實態 및 傾向”, 法務部 法務諮問委員會 論說集 第5輯 (1981. 7), p.58.

58) 姜瑞龍, 搜查實務(서울: 章旺社, 1962), pp.15~16.

Ⅳ. 犯罪少年의 拘束制限

一般的으로 被疑者拘束制度는 二重의 國家的 義務의 緊張속에 놓여있다고 한다. 即 一面, 効果있는 搜查를 통해 迅速·公正한 訴訟節次의 遂行을 擔保하고, 더 나아가 그 以後에 있을 수 있는 刑罰執行을 確保하려는 目的에의 奉仕義務와 他面한 市民으로서의 被疑者의 自由領域을 確保하려는 奉仕義務사이의 緊張속에 處해 있다. 여기서 特히 訴訟節次에서 被疑者가 被告人으로서 出席할 수 있도록 確保하는 일과 搜查機關의 정연한 事實調查를 擔保해 주는 公益的側面과 被疑者 個人의 自由와 人權利益의 確保 兩側面이 衝突하는 경우, 法治國家的 訴訟節次內에서는 後者에 重點을 둠으로써 嚴格한 拘束要件을 要求하며, 適法節次(due process of law)의 要請에 따라 法이 定하는 節次에 맞추어 實施되어야 할 뿐만 아니라, 拘束執行後에도 그 效力을 制限하는 등의 措置를 通해 個人의 自由領域의 確保에 萬全을 期하려고 한다.⁵⁹⁾

特히 少年犯罪의 경우에는 이러한 緊張이 緩和될 必要가 있다고 생각한다. 왜냐하면 少年이 犯罪嫌疑를 받아 逮捕·連行·調査·拘禁過程을 밟는 동안 非行者로서 烙印을 받으면 實除로 非行行爲를 強化해 주기 때문이다.⁶⁰⁾ 不得已 少年犯을 拘束할 必要性이 있을 때는 다음과 같은 事項이 考慮되어야 한다.⁶¹⁾

첫째, 餘罪의 重大性, 共犯搜查의 重要性 때문에 그의 搜查에 있어서 拘束이 必要한 경우

둘째, 少年을 相當期間 拘束하므로써 惡友와의 交際를 切斷시키고, 그의 環境을 改善·淨化시킬 必要가 있는 경우

셋째, 重罪(Schwer Kriminalität), 輕重罪(Mittel Schwer Kriminalität), 輕罪(Leicht Kriminalität)를 細分한 後 拘束의 必要性·相當性·補充性의 要件을 具備한 경우⁶²⁾

59) 金日秀, 前揭論文, pp.121~122.

60) Cloward Ohlin, Delinquency and Opportunity (Glenco : Free Press, 1960), pp. 124~130.

61) 少年法 第 49 條는 “少年에 대한 拘束令狀은 不得已한 경우가 아니면 發付하지 못한다”고 규정하고 있다.

62) 金日秀, 前揭論文, p.127.

비껴, 拘束時의 年令, 住居不定, 逃走우려, 共犯者의 多數, 事實의 複雜, 犯罪事實, 經歷, 性癖등에 비추어 拘束이 合當하다고 思料되는 경우

그러나 犯行後 相當期間이 經過한 경우에는 그들의 更生意慾을 鼓吹시키고, 現在의 就業狀態를 剝奪시키지 않도록 하는 趣旨에서 더욱 制限的으로 解釋해야한다고 생각한다.

V. 少年犯搜查 專擔機構의 新設

現在 警察署에는 少年專擔部署로서 少年係나 少年班이 있는데, 職員의 平均數가 3~5名에 不過하다(職制上 2~3名). 이러한 적은 人員으로 靑少年善導, 靑少年風紀醇化와 團束, 保護觀察, 觸犯少年과 虞犯少年에 대한 調査 및 非行豫測作成, 家庭法院少年部나 地方法院 少年部に 送致等 多樣한 任務를 遂行하고 있다.⁶³⁾

이러한 機構自體의 狹少는 自然히 少年犯處理의 專門化에 障礙要因이 될 수 밖에 없다. 따라서 少年係를 發展的으로 改編하여 少年非行이나 少年犯搜查만을 專擔하는 課로의 昇格이 이루어져야 할 것이다. 어차피 現代警察은 「專門化」가 必要한 時點에 와 있기 때문에 少年係의 擴大改編은 時期的으로도 이에 副應한 措施가 될 것이다.⁶⁴⁾

美國의 경우 大部分의 警察에서는 「少年課」가 「送察課」(第一 큰 部署임) 다음으로 큰 部署이다. 이는 非行少年問題가 抑制的인 側面에서는 勿論 將來 犯罪의 豫防의次元에서도 매우 重要하기 때문이다.⁶⁵⁾

이러한 擴大改編은 다음과 같은 優點을 內包하게 된다고 생각한다.

첫째, 少年非行이나 犯罪가 發生한 경우 少年의 保護者, 教師등 關係人의 協助 體制가 쉽게 이룩될 수 있다.

둘째, 少年問題를 集中管理 하므로서 前科少年犯의 保護觀察과 再犯抑制機能을 效果的으로 發揮할 수 있고, 少年犯罪搜查時에는 組織的·合同的搜查가 迅速히 이루어 질 수 있다.

셋째, 組織內·外의 關心을 提高시키고 循環補職에 따른 非專門性を 排除시키므

63) 金甫煥, 前掲論文, p.95.

64) 上掲書, p.96.

65) 上掲書, p.96.

로서 少年問題專門家の 確保가 容易해 진다.

네째, 機構의 擴大는 勤務空間이 確保되고 留置施設이나 調查場所가 擴張됨으로써 少年保護의 實効性이 增加될 것이다.

다섯째, 經驗의 蓄積은 少年非行의 防止와 少年犯搜查의 科學化에 奇與하게 된다.

第 6 章 結 論

지금까지 少年犯罪의 發生背景과 現況, 少年犯搜查의 理念과 原理, 犯罪搜查의 實態 그리고 少年犯搜查上 改善方案을 檢討해 보았다.

끝으로 筆者의 見解를 綜合整理해 본다.

첫째, 少年犯搜查는 實體的 眞實發見主義와 保護主義가 調和를 이루도록 해야한다.

둘째, 搜查機關은 刑事司法의 過程의 窓口的 役割을 擔當하는 者로서 靑少年의 言語를 잘 理解할 수 있으므로 少年이 罪를 犯한 根本原因을 糾明하여 少年處遇에 必要한 賢明한 資料를 提供해야 한다.

셋째, 少年犯罪의 搜查는 철저히 그리고 완벽해야 하며 신속히 行해져야 한다.

네째, 이러한 一連의 搜查活動으로 因하여 法の 執行이 弱화되거나 法の 輕視現象을 招來하는 일이 일어나지 않도록 해야한다.

다섯째, 少年犯搜查의 技術을 學問的으로 昇化시킬 수 있도록 不斷한 研究를 追求해야 한다.

로서 少年問題專門家の 確保가 容易해 진다.

네째, 機構의 擴大는 勤務空間이 確保되고 留置施設이나 調查場所가 擴張됨으로써 少年保護의 實効性이 增加될 것이다.

다섯째, 經驗의 蓄積은 少年非行의 防止와 少年犯搜查의 科學化에 奇與하게 된다.

第 6 章 結 論

지금까지 少年犯罪의 發生背景과 現況, 少年犯搜查의 理念과 原理, 犯罪搜查의 實態 그리고 少年犯搜查上 改善方案을 檢討해 보았다.

끝으로 筆者의 見解를 綜合整理해 본다.

첫째, 少年犯搜查는 實體的 眞實發見主義와 保護主義가 調和를 이루도록 해야한다.

둘째, 搜查機關은 刑事司法의 過程의 窓口的 役割을 擔當하는 者로서 靑少年의 言語를 잘 理解할 수 있으므로 少年이 罪를 犯한 根本原因을 糾明하여 少年處遇에 必要한 賢明한 資料를 提供해야 한다.

셋째, 少年犯罪의 搜查는 철저히 그리고 완벽해야 하며 신속히 行해져야 한다.

네째, 이러한 一連의 搜查活動으로 因하여 法の 執行이 弱화되거나 法の 輕視現象을 招來하는 일이 일어나지 않도록 해야한다.

다섯째, 少年犯搜查의 技術을 學問的으로 昇化시킬 수 있도록 不斷한 研究를 追求해야 한다.

A Study on Problems and Reform Methods of
Juvenile Crime Investigation

Kim Hyǒng Chǒng

Juvenile delinquency is an old problem, a problem that has been intensified and given new emphasis during recent years.

That juvenile delinquency has become a serious social problem is apparent to anyone who has made observation of crime trends.

Delinquency is not an isolated problem. The basic conditions of it are integral part of the fabric of modern society and involve the social changes.

It is closely related to the problems of personality maladjustment. By doing so, they doom themselves.

This contributes greatly to our increasing rate of juvenile crime.

So much publicity has been given to that. Prevention of the juvenile delinquent can best be achieved by the buildings of character, in home and in the school, and with the guidance and inspirations of religion.

If the preventive efforts fail, the investigator must

detect and investigate the juvenile offenders.

But there are many problems in investigation of the juvenile crime.

Methods of solving that problems are:

- (1) Discretionary power which determine whether to lecture and release the juvenile delinquent has committed misdemeanor.
- (2) All police departments should educate and train the officers to have been sufficiently investigated by professionalized personnel.
- (3) The room to be interrogated should be free from noise, interruptions and all annoying outside influences.
- (4) Investigator would have the same right to take juveniles into custody as they have with an arrested adult, but the investigator should be careful to arrest the juvenile delinquent.
- (5) All police departments should establish the Delinquency-Investigation Division.

參 考 文 獻

- 姜求真, 刑事訴訟法, 서울;學研社, 1982.
- 姜瑞龍, 搜查實務, 서울;章旺社, 1962.
- 金亮均, “少年 善導制度의 背景”, 法務部, 青少年犯罪研究 第1輯(1983).
- 金甫煥, “少年犯 人身拘束에 관한 問題點 및 改善方案”, 法務部, 青少年犯罪研究 第3輯(1985).
- 金日秀, “少年犯 人身拘束에 관한 問題點 및 改善方案”, 法務部, 青少年犯罪研究 第3輯(1985).
- 金鍾彬, “日本의 少年法 改正要綱”, 法務部, 青少年犯罪研究 第3輯(1985).
- 金潤清, “法院·檢察·警察 相互間 協力”, 法務部, 青少年犯罪研究 第2輯(1984).
- 文鍾洙, “青少年犯罪의 實態 및 傾向”, 法務部諮問委員會, 論說集 第5輯(1981. 7)
- 朴丁燮, 「警察搜查의 先進化를 爲한 搜查權 獨立에 關한 研究」, 延世大學校 行政大學院, 碩士學位論文(1984).
- 白亨球, 現代搜查法의 基本問題, 서울;育法社, 1985.
- 慎鍾揆, 刑事政策, 서울;法文社, 1982.
- 申鉉柱, 刑事訴訟法, 서울;博英社, 1980.
- 梁 瑋, “韓國社會에서의 青少年問題”, 法務部, 青少年犯罪研究, 第1輯(1983).
- 李基鎬, 「違法한 搜查의 抑制에 관한 研究」東亞大學校 大學院, 博士學位論文(1985).
- 李敦熙, “未決拘禁者의 地位와 處遇”, 서울 第一辯護士會, 「辯護士」(1979).
- 林天植, 尹長鎬, 搜查實務論, 서울;新亞文化社, 1979.
- 金炳梓, “青少年 非行과 處罰”, 法務部, 青少年犯罪研究 第1輯(1983).
- 鄭泰均, 少年犯再犯 防止에 關한 研究, 서울;法曹文化社, 1981.
- 第一辯護士會, 「在所者 處遇改善에 關한 建議」(1978).
- 他揚振, “非行青少年의 行動修正 模型開發”, 中大論文集, 第5輯(1981).
- 黃明淑, “韓國青少年이 直面하고 있는 問題의 分析”, 漢大論文集 第8輯(1974).
- 植松正, 犯罪心理學, 東京;朝倉書店, 1955.
- 法院行政處, 司法年鑑(1984).

- Adams, Thomas F., Law Enforcement, Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1981.
- Becker, Howerd, Outsider: Studies in the Sociology of Deviance, New York: The Free Press, 1963.
- Cloward & Ohlin, Delinquency and Opportunity Glenco: Free Press, 1960.
- Hurlock, Elizabeth B., Adolescent Development, Tokoy: McGraw-Hill Kosakusa, Ltd., 1973.
- Lemert, Edwin M., Social Psychology, New York: McGraw-Hill, 1951.
- Leonard, V. A. and More, Harry W., Police Organization and Management,
- Neumeyer, Martin H., Juvenile Delinquency in Modern Society, New York: D. Van Nostrand Company, Inc., 1949.
- O'Hara, Charles E., Fundamentals of Criminal Investigation, Springfield, Illinois: Charles C. Thomas. Publisher, 1956.