

형사책임연령과 소년법 개정 논의에 대한 비판적 고찰*

김 혁**

목 차

- I. 서론
- II. 소년관련 연령에 대한 의문과 연령 인하 요구
- III. 형사책임연령과 소년법의 기능
- IV. 소년관련 연령 논의에 대한 검토
- V. 결론

I. 서론

2017년 ‘인천 초등생 살인사건1)’과 ‘부산 여중생 집단 폭행사건2)’ 등을 계기로 촉발된 소년법 폐지 운동은, 급기야는 청와대 홈페이지 상의 청원으로 이어져 정부가 공식 답변을 내놓은 국민청원 1호가 되었다. 당초 청와대는

* 본고는 2018년 11월 23일 한양대학교에서 개최된 「2018년 한국소년정책학회 추계 한·일 학술대회」에서 필자가 발표한 「형사책임연령과 소년법 개정 논의에 관한 소고」를 수정, 보완한 것이다.

** 부경대학교 법학과 조교수, 법학박사

- 1) 김모양(당시 16세)은 2017. 3. 29. 12:49경 인천 연수구 소재 00공원 놀이터에서 초등학생 A양(8세)을 자신의 집으로 유인하여 목졸라 살해한 뒤, 시신을 훼손하여 손가락과 허벅지 살 등 시신의 일부를 인터넷 커뮤니티에서 알게 된 박모양(당시 18세)에게 전달하였다. 대법원은 2018. 9. 13. 살인 혐의 등으로 기소된 A양과 B양의 상고심에서 각각 징역 20년과 13년을 선고한 원심판결을 확정하였다(대법원 2018. 9. 13. 2018도7658, 2018전도54, 55, 2018보도6, 2018모2593).
- 2) 여중생 A(15세), B(15세), C(14세), D(13세) 등 4명은 2017. 9. 1. 20:30경 부산광역시 소재 00공장 앞 공터에서 피해자 E양(15세)이 별건의 폭행 피해를 경찰에 신고하였다는 것을 이유로 철골자재 등을 이용하여 얼굴, 머리 등 온몸을 폭행하는 등 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률상 보복상해, 특수상해 등의 혐의로 입건되었다. 본 사건에서 가해자 중 한명이 페이스북 메시지를 통하여 피해 사진 등을 선배에게 송부한 내용이 인터넷에 공개되면서 전 국민의 공분을 사게 되었다. A, B, C는 기소(A, B는 구속기소), D는 소년부에 송치되었고, 이후 형사재판에서 A, B, C 역시 소년부에 송치되어 이들에게 보호처분(A, B: 10호처분, C: 9호처분)이 내려졌다. 자세한 사항은 http://ilyo.co.kr/?ac=article_view&entry_id=268271#close_kova(2018년 10월 17일 검색).

공개 답변을 통해 엄벌화에 대한 경계, 보호처분의 활성화 등 소년법 폐지에 대하여 부정적인 견해를 표명하였으나,³⁾ 2017년 12월에 열린 사회관계장관 회의에서는 형사책임연령을 14세에서 13세로 낮추고 강력범죄를 저지른 소년에 대한 처벌을 강화하는 것을 내용으로 하는 대책(안)이 논의, 발표되었다.⁴⁾ 또한 청와대는 이어진 유사한 청원에 대하여 책임연령의 인하, 중대범죄 행위에 대한 책임 강화의 필요성을 언급하였을 뿐만 아니라,⁵⁾ 법무부도 2018년 12월 발표한 「소년비행예방 기본계획」에서 연령 인하의 방향을 제시하는 등 소년의 형사책임 및 책임연령 등에 대한 중대한 변혁을 예고하고 있다.⁶⁾

실제로 소년의 범죄 및 촉법행위에 대한 여론의 악화는 입법 움직임을 촉발시켰고, 그 결과 현재 수많은 관련 법률의 개정안이 국회에 발의되어 있다. 먼저, 2019년 1월 13일 현재 20대 국회에 발의되어 있는 소년법 개정안은 총 31개인데,⁷⁾ 그중 14개는 촉법소년 연령의 조정, 형벌 또는 보호처분의 강화, 구속 요건의 완화, 특정강력범죄의 보호사건 제외, 형의 완화 및 부정기형의 기간 상향, 가석방 허가 기간의 연장 등 연령 조정 또는 형사제재의 강화를 그 내용으로 하고 있다. 또한 형사책임연령 인하와 관련된 형법 개정안이 6개⁸⁾, 소년에 대한 처벌 강화를 담고 있는 「특정강력범죄의 처벌에 관

3) 청소년보호법(소년법의 오기) 폐지 청원(참여인원 296,330명, 2017. 9. 3. ~ 11. 2.)에 대하여 조국, 윤영찬, 김수현 수석이 대담 형식으로 답변하였다(<https://www1.president.go.kr/petitions/1785>, 2018년 10월 17일 검색).

4) 사회관계장관회의, “공감·배려형 민주시민 육성을 위한 학교 안팎 청소년 폭력 예방 대책(안)”, 2017. 12. 22.

5) 미성년자 성폭행범 처벌 강화를 요구하는 청원(참여인원 354,935명, 2018. 6. 24. ~ 7. 24.) 및 중고생 8명에 의한 관악산 집단폭행 사건을 계기로 제기된 소년법 폐지 또는 개정 청원(참여인원 208,202명, 2018. 7. 3. ~ 8. 2.)에 대하여 사회부총리인 김상곤 교육부장관이 답변하였다(<https://www1.president.go.kr/petitions/282903>; <https://www1.president.go.kr/petitions/294226>, 2018년 10월 17일 검색).

6) 법무부 보도자료, “2019~2023 제1차 소년비행예방 기본계획 수립 -청소년의 건강한 성장 지원을 위한 청사진 제시-”, 2018. 12. 19.

7) 원래 34개 법안이 발의되었으나, 법사위 심사 과정에서 2개 법안에 대해서는 법사위가 대안을 마련함으로써 폐기되었고, 대안이 본회의에서 가결되어 공포되었다(법률 제15757호, 2018. 9. 18. 일부개정). 한편 개정법은 소년법 제67조가 평등원칙에 위배된다는 헌법재판소의 헌법불합치결정(2017헌가7, 2018.1.25. 결정)의 취지를 반영한 것으로, 소년이었을 때 범한 죄에 의하여 형의 집행유예나 선고유예를 받은 경우에도 자격에 관한 법령을 적용할 때 형의 선고를 받지 아니한 것으로 보되, 형의 선고유예가 실효되거나 형의 집행유예가 실효·취소된 경우에는 그 때에 형을 선고받은 것으로 하는 것을 그 내용으로 하고 있다(제67조).

8) 다만, 표창원 의원 등이 발의한 개정안에는 형사책임연령은 그대로 두면서 살인, 강간죄에 대하여만 13세를 처벌할 수 있도록 하는 내용을 담고 있다(의안번호: 2018037).

한 특례법(이하, 특정강력범죄법)」 개정안이 9개 발의되어 있는 상태이다.

소년 범죄에 대한 여론의 추이와 입법 동향을 한마디로 요약하면, 형벌 가능 연령층의 확대 및 형사제재의 강화라고 할 수 있다. 이러한 움직임의 근저에는 현행 형사미성년자 제도 및 소년법 자체에 대한 의문, 구체적으로는 “소년법은 곧 범죄를 저지른 소년을 봐주는 법이다”라는 인식이 자리 잡고 있는 듯하다. 물론 형사미성년자 제도와 소년법은 단순히 소년을 봐주는 법률이 아님은 명확하고, 소년법에 대한 일반 시민들의 물이해가 소년법에 대한 불신으로 이어진 측면도 분명 존재한다.⁹⁾ 그러나 이러한 오해를 오로지 일반 시민들의 탓으로만 돌리는 것은 너무나 무책임한 태도이다. 소년법이 연령적으로 특별한 지위에 있는 자의 범익침해행위에 대한 개입과 통제를 규율하고 있음에도 불구하고,¹⁰⁾ 그동안 이들 연령층에 대한 형사책임능력, 나아가 형법과 소년법과의 관계를 정립하고, 관련 조문을 체계적으로 해석하려는 노력이 적극적으로 이루어지지 않았던 것 또한 사실이기 때문이다. 이러한 노력을 등한시한 채 그 개념이 명확하지 않은 소년보호이념만을 내세우며 소년법의 독자성 내지 특정 연령층에 대한 특별 취급의 당위성만을 강조해서는 오히려 소년법의 존립 기반 자체를 위태롭게 할 수 있다. 범죄나 촉법행위를 저지른 소년을 특별히 취급하는 이유를 체계적으로 규명하지 못한다면, 자극적인 보도와 분노에 편승한 극단적 주장이나 도전에 계속 휘둘릴 수밖에 없기 때문이다.

범죄 또는 형벌 법령에 저촉된 행위를 전제로 하는 강제적 개입을 상정한 이상, 특정 연령층이라 하더라도 결코 형사책임의 문제에서 자유로울 수 없다. 따라서 형사책임연령의 인하 등 최근 논의되고 있는 소년 관련 법률의 개정 문제 역시 마찬가지로 차원에서 검토할 필요가 있다. 이러한 전제하에 본고에서는 먼저, 형사책임연령을 포함한 소년관련 연령의 현황 및 최근 논의 상황을 살펴보고(Ⅱ), 형법 제9조의 취지 및 소년법의 검토를 통하여 소년법이 형법상의 절대적 책임연령기준을 보완하는 기능을 가짐을 논증하고자 한다(Ⅲ). 이를 바탕으로 형사책임연령의 인하, 소년법상 소년연령의 조정, 형벌의 인상 등 최근 논의되고 있는 쟁점들을 검토하면서 본고를 마무리하고자 한다(Ⅳ).

9) 1호 청원이 「소년법」이 아닌, 「청소년 보호법」의 폐지를 요구하였다는 데에서 알 수 있듯이, 소년법이 일반 시민들에게 있어 생소한 법률임은 분명하다.

10) 범익침해행위를 하지 않은 우범소년도 소년법의 대상이 되나, 우범소년은 본고의 논의 대상에서 제외하기로 한다.

II. 소년관련 연령에 대한 의문과 연령 인하 요구

1. 소년관련 연령의 현황

주지하다시피 형법은 제9조에서 “14세 되지 아니한 자의 행위를 벌하지 아니한다”고 규정하고 있을 뿐, 형사미성년자 외에 별도의 연령 기준을 따로 언급하고 있는 조문은 존재하지 않는다.¹¹⁾ 반면, 반사회성이 있는 소년에 대한 보호처분과 형사처분에 관한 특별조치를 규율하고 있는 소년법은 다양한 연령 기준을 별도로 설정하고 있다. 먼저, 소년법은 19세 미만자를 소년으로 정의하고(제2조), 이들이 형벌 법령에 위배되는 행위를 한 때에는 14세 이상인 자는 물론, 10세 이상인 형사미성년자에 대해서도 보호처분을 부과할 수 있도록 규정하고 있다(제4조 제1항). 다만, 보호처분 중 사회봉사명령은 14세 이상의 소년(제32조 제3항), 수강명령 및 장기소년원 송치는 12세 이상의 소년을 그 대상으로 한다(동조 제4항). 또한 형벌을 부과할 때에도 연령에 따른 특칙을 두어, 죄를 범할 당시 18세 미만인 소년에 대한 사형 및 무기형의 완화(제59조), 소년에 대한 부정기형과 형의 감경(제60조), 18세 미만자의 환형처분 금지(제62조), 소년에 대한 가석방의 특례(제65조, 제66조) 및 자격에 관한 법령의 적용(제67조) 등을 규정하고 있다.

소년 연령층을 별도로 규정하고 연령에 따라 상이한 처분 및 특칙을 마련하고 있는 소년법의 규율 내용은 언뜻 형법 제9조와 정합하지 않는 것처럼 보이기도 한다. 특히 형법 제9조를 14세 이상자의 형사책임능력을 성인의 그것과 동일하다고 선언하고 있는 의미로 해석한다면 소년연령에 대한 의문은 더욱 커질 수 있다. 동일한 책임능력이 인정되는 이상 국가의 형벌권 행사에 있어서도 차별 없는 취급을 받아야 할 지위 내지 당위성이 인정되기 때문이다. 이러한 형법과 소년법 간의 표면상의 부정합은 소년법의 정체성 및 존재의의 자체에 대한 의문을 촉발시켜, 소년에게 시혜를 베푸는 소년법의 폐지 내지 소년법에 대한 형벌을 강화하자는 담론으로 이어지기 쉽다. 또한 이러한 담론은 형법 제9조 자체에 대한 의문, 즉 형벌부과가 가능한 연령의 하한을 지나치게 높게 설정하고 있다는 주장과 맞물려 자연스럽게 형벌 부과 가능 연령층의 확대 논의를 이끌어 낸다. 즉 소년연령에 대한 의문에서 출발한

11) 다만, 형법 제51조 제1호는 범인의 연령이 양형의 참작사유임을 명확히 하고 있어, 14세 이상자의 행위를 모두 동일하게 평가하는 태도를 취하지는 않는다.

논의가 형사책임연령의 인하 논의를 이끌어내는 현상을 발생시키는 것이다.

2. 소년관련 연령 인하의 움직임

실제로 형사책임연령을 포함한 소년관련 연령에 관한 최근 논의를 살펴보면, 학계에서는 대체적으로 연령 인하에 반대하는 입장을 취하고 있는 반면,¹²⁾ 소년범죄에 대한 악화된 여론을 의식한 국회를 중심으로 연령 인하의 필요성을 주장하는 움직임이 적극적으로 일어나고 있다. 현재 국회에 제출된 연령 인하 관련 법률 개정안을 세분화 해보면, 소년의 상한연령을 낮추는 안¹³⁾, 형사미성년자 연령을 13세로 낮추면서 촉법소년의 상한연령을 하향 조정하는 안¹⁴⁾, 형사미성년자 연령을 12세로 낮추면서 촉법소년의 상한연령을 하향 조정하는 안¹⁵⁾, 일부 보호처분 가능 연령을 하향 조정하는 안¹⁶⁾, 특정 강력범죄를 저지른 소년에 대한 특별 조치를 폐지하거나¹⁷⁾ 16세 이상자의 소년법 적용을 배제하는 안¹⁸⁾ 등이 있다.

이들 형법, 소년법, 특정강력범죄법 개정안들은, 과거에 비해 저연령자의 정신적·신체적 성숙도가 높아져 성인과 실질적인 차이가 없다는 점, 형사미성년자의 범죄가 날로 흉포화되고 있어 사회적으로 형사미성년자 규정에 대한 재검토의 목소리가 높아지고 있다는 점, 형사정책적으로 어린 아이들은

12) 형사책임연령의 인하에 반대 입장을 취하는 최근 견해로는, 강경래, “미국소년사법의 새로운 전개”, 소년보호연구 제31권 제1호, 2018, 1-34면; 강지명, “형사미성년자에 대한 사법적 개입 체계 정비방안”, 소년보호연구 제31권 제3호, 2018, 41-78면; 김성돈·강지명, 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계, 국회입법조사처, 2012, 77면; 김혁, “소년법의 연령과 형사책임”, 형사정책 제28권 제3호, 2016, 64-65면; 박상식, “소년법의 연령하향과 처벌 강화에 관한 소고”, 법학연구 제25권 제4호, 2017, 99-126면; 박찬걸, “형법상 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계”, 소년보호연구 제22호, 2013, 215면; 이덕인, “형사책임연령 하향에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구 제23권 제1호, 2012, 5-40면; 장규원, “형사미성년자 연령 논의에 대한 고찰”, 소년보호연구 제31권 제3호, 2018, 397-399면; 정재준, “형사미성년자의 연령 인하 문제를 위한 제언, 형사법연구 제24권 제1호, 2012, 51-53면. 반면, 소년연령과 형사미성년자 연령을 낮추자는 주장으로는, 정신교·차시환, “소년의 형사책임연령에 대한 재검토”, 법학연구 제22권 제4호, 2014, 217면.

13) 하태경-2009133.

14) 박덕흠-2009314; 박덕흠-2009319; 강효상-2015327; 강효상-2015334; 김경진-2016772.

15) 장제원-2009164; 장제원-2009168; 김도읍-2009192; 김도읍-2009215; 이석현-2009212; 이석현-2009221.

16) 박범계-2010401.

17) 표창원-2008283; 김정우-2009183; 김정우-2009184.

18) 이석현-2009207.

교육적 조치에 의한 개선가능성이 있다는 것만으로 형사처벌을 일률적으로 배제하는 것은 형법이 추구하는 사회보호기능을 다한다고 볼 수 없다는 점, 중대범죄를 저지른 소년에 대해 나이가 어리다고 하여 범죄에 걸맞는 처벌이 부과되지 않고 있어 소년 범죄의 발생을 억제하기가 어렵다는 점, 소년범죄의 예방적 효과를 기하기 위하여 중·장기 소년원 송치 처분의 대상 연령을 인하하고 촉법소년의 위법성 인식 제고를 위해 수강명령의 대상 역시 하향 조정할 필요가 있다는 점, 가벌성이 큰 강력범죄에까지 형량 완화를 적용하는 것은 국민 일반의 법 감정과 배치된다는 점 등을 제안이유로 제시하고 있다.

이러한 법률 개정안들에 대하여 법무부는 국제기준, 초등학교 6학년 학생의 연령, 국민의 법 감정 등을 감안했을 때 형사미성년자를 13세 미만으로 인하하는 것이 합리적이며, 강력범죄를 저지른 소년에 대한 처벌을 강화하고 특정강력범죄를 저지른 소년에 대한 소년부 송치를 제한하는 것이 타당하다는 입장을 보이고 있다.¹⁹⁾ 다만, 소년법의 적용 연령을 인하하는 문제에 대해서는, 14세 이상자의 경우 현행법상으로도 형사처벌이 가능하고 18세 소년에게는 사형·무기형을 선고할 수도 있으므로 연령 인하의 실익이 높지 않을 뿐만 아니라, 권리·의무에 관련되는 다른 법률 체계와의 균형을 고려하여야 한다는 점에서 유보적인 입장을 취하고 있다.²⁰⁾ 또한 법원 측에서는, 관련 논의는 공직선거법 상 소년의 선거권, 민법 상 미성년자의 연령기준 등 전반적 법체계의 재정비를 전제로 논의할 사항으로서 국민의 법 감정, 청소년범죄율, 형사정책상의 요소 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정할 필요가 있다는 의견을 제시하고 있다.²¹⁾

이렇듯 소년연령에 관한 논의 안에는 형사책임연령의 인하를 포함한 소년범죄의 대응 체계에 관한 전반적인 사항들이 복잡 미묘하게 얽혀 있음을 알 수 있다. 특히 법률 개정안들이 제시하고 있는 논거들은, 행위와 책임의 균형, 일반 시민들의 법 감정을 반영한 형벌 부과 및 그를 통한 범죄 억제, 형법의 사회보호기능의 충실, 소년의 성숙도를 감안한 보호처분 또는 형벌의 부과 등으로써, 이는 근본적으로 형사책임 및 형사제재의 목적과 밀접하게 관련되어 있는 문제들이다. 소년관련 연령의 인하와 처벌 강화의 문제는 소

19) 사회관계장관회의, 학교 안팎 청소년 폭력 예방 대책(안), 2017.12.22

20) 손정숙, “소년 강력범죄 대응 관련 입법 개선 방향”, 소년사법제도의 발전방향: 소년 강력범죄 대응과 보호처분 개선방안을 중심으로, 2018. 9. 3.자 법무부 세미나 자료, 23-24면.

21) 박수철, 형법 일부개정법률안(장제원의원 대표발의, 제9164호) 검토보고, 법제사법위원회, 2018.

년법만의 독자적인 문제가 아니고, 따라서 이를 검토함에 있어서는 우선 형법과 소년법이 어떻게 연결되어 있는지를 체계적으로 규명함으로써 소년법의 존재 이유 및 기능을 명확히 하는 작업이 선행되어야 한다.

III. 형사책임연령과 소년법의 기능

1. 책임능력의 본질과 연령

(1) 책임능력의 본질

책임능력의 존재는 책임비난을 위한 전제조건이 되고,²²⁾ 일반적으로 책임능력은 행위의 시비·선악을 분별하고 이에 따라 의사를 결정할 수 있는 능력을 의미하는 것으로 이해되고 있다. 이 경우 책임능력은 형벌능력이 아닌 정상적인 의사결정능력을 전제로 하는 범죄능력을 의미하는 것으로 보는 것이 자연스러울 것이다.²³⁾ 그러나 비난의 핵심을 이루는 행위자의 타행위 가능성에 관한 판단 자체가 사회 평균인을 기준으로 이루어질 수밖에 없는 점을 고려하면,²⁴⁾ 규범적 책임론에 따르더라도 예방목적이 책임의 내용을 구성할 수밖에 없다.²⁵⁾ 형법상 비난이 형벌이라는 수단을 통하여 이루어지는 점을 생각할 때 형벌적응성을 완전히 무시하고 책임능력을 논하는 것은 의미가 없고, 또한 범죄능력이 형벌 부과에 정당화근거로 작용한다는 점에서 유책행위능력은 형벌능력보다 내적 관련성을 가진다.²⁶⁾ 그렇다면 책임능력 역시 행위에 대한 비난을 정당화하기 위한 전제조건으로서의 내용뿐 아니라, 예방을 염두에 둔 전망적인 성격도 동시에 가진다고 보아야 한다.

이 점은 책임능력을 규정하고 있는 형법 제9조와 제10조의 구조를 살펴볼 때 더욱 명확하게 드러난다. 주지하다시피 우리 형법은 일단 책임의 존재를 추정하고 특별한 경우에만 책임이 조각되는지 여부를 판단하도록 하는 구조를 취하고 있다. 만약 책임능력이 행위 당시의 사물변별능력 및 의사결정능

22) 헌법재판소 2003. 9. 25. 2002헌마553.

23) 박상기·전지연, 형법학(총론·각론 강의) 제4판, 집현재, 2018, 155면.

24) 배종대, 형법총론 제11판, 홍문사, 2013, 429-432면.

25) 堀内捷三, “責任の概念”, 西田典之·山口厚, 刑法の争点第3版, 有斐閣, 2000, 57면.

26) 山中敬一, 刑法總論Ⅱ, 成文堂, 1999, 561면.

력만을 의미하는 것이라면, 그러한 책임능력의 존재를 의심스럽게 하는 사유가 발생하는 즉시 행위 당시 행위자에게 적법행위를 기대할 수 있는 변별능력 또는 의사결정능력이 있었는지 여부를 판단하는 것이 자연스러울 것이다. 그런데 형법 제10조의 경우 심신장애라는 생물학적 요소가 존재하는 때에 비로소 사물변별능력 또는 의사결정능력의 존재라는 추정이 깨어지고 개별적인 검토를 통하여 그러한 사물변별능력 또는 의사결정능력의 존부 및 정도를 판단하도록 하고 있는 반면,²⁷⁾ 제9조의 경우 연령이라는 생물학적 요소의 존재만을 이유로 적법행위능력에 대한 별도의 검토 없이 곧바로 책임이 조각됨을 의제하고 있다. 게다가 이때에는 어떠한 반증도 허용되지 않는다. 비난가능성의 핵심요소라고 할 수 있는 행위 당시의 적법행위능력에 대한 구체적인 판단 없이 생물학적 요소의 존재만을 이유로 책임을 조각시킨다면, 비난가능성의 존재가 의심스러운 경우에조차 비난가능성에 대한 논증을 회피하는 꼴이 되어 결국 책임 개념을 형해화하는 결과를 초래할 수밖에 없게 된다. 이는 책임의 본질을 비난가능성으로 이해하는 전제 자체가 무너짐을 의미한다.

이렇듯 책임능력을 반드시 행위 당시만을 기준으로 비난가능성 여부를 판단하는 적법행위능력으로 파악하기에는 무리가 있다. 책임능력의 내용을 범죄능력뿐만 아니라 형사정책적 목적 내지 예방적 관점을 내포하고 있는 개념으로 파악할 때에야 비로소 제9조 및 제10조를 체계적으로 해석할 수 있게 된다.²⁸⁾ 즉 제9조의 의미를 유책행위능력이 없거나 연령적 특성으로 인하여 형벌이 형사정책적 목적에서 바람직하지 않은 사유를 규정하고 있는 것으로 파악하고, 제10조의 의미를 유책행위능력 자체에 의심이 있고 형벌적 응성의 측면에서 치료감호, 치료명령 등의 수단을 통한 개입의 필요성이 인정되는 사유를 규정하고 있는 것으로 이해한다면, 양 조문을 체계적으로 해석할 수 있게 된다.

(2) 형사책임연령의 설정과 형법 제9조의 취지

연소자는 일반적으로 성인에 비하여 자신이 저지른 행위의 의미를 제대로 이해하지 못하는 경우가 많아 그들의 법익침해행위를 성인의 행위와 동일하

27) 제10조에 관한 판례 및 통설에 대한 비판적 검토로는, 김혁, “정신장애 의심자의 책임능력 및 형사체제의 판단구조에 관한 소고”, 형사정책 제29권 제1호, 2017, 9-15면.

28) 다만, 책임능력에 관한 추정을 깨는 사유로 농아자를 규정하고 있는 것(형법 제11조)은 타당하지 않다고 생각한다.

게 평가하는 것은 타당하지 않을 뿐만 아니라, 성장발달과정에 있는 특성상 연소자에 대한 형벌은 오히려 의무교육 등 사회화의 기회를 박탈하여 예방적 효과를 기대할 수 없는 경우가 적지 않다. 따라서 범죄능력과 예방적 효과를 내포한 책임능력의 유무 및 정도를 판단할 때에는 연령이라고 하는 생물학적 요소가 중요한 고려사항이 된다. 이러한 취지에서 형법 제9조는 연령을 기준으로 14세 미만자를 형사미성년자로 규정하고 이들에 대해서는 형벌을 부과할 수 없도록 규정하고 있다.

형법 제9조가 연령 기준을 획일적으로 설정한 것은 명확성과 법적 안정성을 기하기 위함인데,²⁹⁾ 개별적인 특성을 고려함이 없이 일정 연령을 기준으로 책임능력의 유무를 정하게 되면 사안에 따라 구체적인 타당성을 결하는 결과를 초래할 수도 있다. 이 점에 대하여 헌법재판소는 “형사책임이 면제되는 소년의 연령을 몇 세로 할 것인가의 문제는 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량에 속하는 것인바, 형사미성년자의 연령을 너무 낮게 규정하거나 연령 한계를 없앤다면 책임의 개념은 무의미하게 되고, 14세 미만이라는 연령기준은 다른 국가들의 입법례에 비추어 보더라도 지나치게 높다고 할 수 없다”고 하여 형법 제9조의 연령기준이 피해자의 재판절차진술권이나 평등권을 침해한다고 볼 수 없다고 판시한바 있다.³⁰⁾ 하지만 연령기준을 몇 세로 할 것인지 그 자체가 입법정책의 문제인 이상 연령기준을 구체적으로 어떻게 설정할지의 문제는 여전히 논란의 불씨로 남아 있다.

특히 형법 제9조를 특정 연령에 도달한 자에 대하여 시비변별능력과 의사결정능력이 구비되었음을 선언하는 실질적인 형사책임연령에 관한 조문으로 해석한다면, 이러한 논란은 더욱 증폭될 수 있다. 실질적인 책임능력이 없는 형사미성년자에게 형벌을 부과할 수 없음은 물론이거니와 개선이나 교화를 목적으로 하는 일체의 형사제재 역시 무용할 것이기 때문이다. 결국 이러한 전제 하에서는 14세에 도달하지 않은 자들을 단순히 훈계방면하거나, 책임연령 자체를 하향 조정하여 이들에게 오로지 응보 또는 사회 격리만을 염두에 둔 형벌을 부과하는 방법밖에 없다. 실제로 현재 국회에 제출된 형법 개정안들은 후자의 관점에 무게를 두고 형법 제9조의 연령기준을 하향조정하여야 한다는 입장을 취하고 있는 듯 보인다.

29) 신동운, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 140면; 이덕인, “형사책임연령 하향에 대한 비판적 고찰: 형사미성년과 촉법소년을 중심으로”, 17면.

30) 헌법재판소 2003. 9. 25. 2002헌마533 결정.

그러나 형법 제9조는 형사책임연령을 적극적으로 규정하는 성격을 가지는 조문이 아니다. 사실 14세에 도달하지 않은 자라고 하더라도 실질적인 의미에서의 사물변별능력이나 의사결정능력을 갖추고 있는 경우가 많고, 아무리 성장발달과정에 있다고 하더라도 갑자기 없던 책임능력이 하루아침에 생긴다는 것은 상식적이지도 않다. 이렇듯 형법 제9조는 단지 형사정책적인 목적을 염두에 두고 일정 연령에 도달하지 않은 자의 책임능력이 없음을 의제함으로써 그들에게 형벌 부과가 불가능함을 소극적으로 규정하고 있을 뿐이다. 즉 형법 제9조는 14세 미만자의 실질적인 변별능력 또는 의사결정능력을 부정하거나, 14세 이상자에게 형사책임연령에 해당한다고 하여 완전한 책임능력을 갖춘 자의 지위를 부여하는 성격을 가지는 조문이 아니다. 그 결과 형사미성년자에게는 형벌의 부과만이 허용되지 않을 뿐이고, 개선 교화를 목적으로 하는 형사제재의 부과까지 금지되는 것은 아니다.³¹⁾

한편, 형법은 형사미성년자 외에는 별도의 연령 기준을 따로 설정하고 있지 않아서, 일단 14세 이상이라면 차별 없는 동등한 취급을 상정하고 있는 듯 보이기도 한다. 그렇다면 14세 이상인 자에 대해서는 형법 제10조의 사유가 존재하지 않는 한 적어도 연령을 이유로 형벌 이외의 형사제재를 따로 상정할 필요는 없을 것이다. 하지만 형법 제51조에서 양형의 조건으로 범인의 연령을 참작하도록 하고 있는 데에서도 알 수 있듯이, 형법은 14세 이상자를 항상 동일하게 취급하려는 태도를 취하지 않는다.³²⁾ 또한 형법 제10조를 통해서 확인할 수 있듯이 책임능력은 단순히 존부의 문제가 아니라 강약의 문제로도 이해될 수 있고, 그에 따른 형사책임의 정도도 달라질 수 있다.³³⁾ 즉 우리 형법은 행위자의 연령적 특성에 따라 형벌적응성의 정도가 달라질 수 있음을 염두에 두고, 양형의 문제로서 개별적인 책임능력의 정도에 관한 판단을 법원의 재량에 맡기고 있는 태도를 취하고 있다고 할 수 있다.³⁴⁾ 이때 형벌의 보충성이라는 관점에서 형벌 외에 별도의 효과적인 개입수단이 있다면, 14세 이상인 자들에 대해서도 형벌을 대신하는 형사제재가

31) 형법 제9조를 두고 14세 미만인 자에 대해서는 국가가 형법적 비난이나 처벌의 대상이 아니라 교육 내지 보호의 대상으로 하겠다는 형사정책적 고려가 반영된 것이라고 해석하는 견해도 마찬가지로 취지라고 할 수 있다(오영근, 형법총론 제4판, 박영사, 2018, 260면). 다만, 이때 교육 내지 보호는 형사제재의 틀 안에서 이루어지는 처우의 목적으로 이해하여야 할 것이지, 순수한 복지 내지 교육적 성격의 것으로 이해해서는 안 된다.

32) 물론 이때의 연령은 저연령자에 한정되는 것은 아니어서 고령자 역시 양형의 참작사유가 된다.

33) 최병각, “소년감경의 적용요건과 소송법적 효과”, 형사법연구 제12호, 1999, 473면.

34) 김혁, “소년법의 연령과 형사책임”, 57면.

긍정될 수 있음은 물론이다.

2. 절대적 형사책임연령의 보완과 소년법의 역할

(1) 소년법의 목적과 소년보호

법익침해행위를 저지르거나 그러한 우려가 있는 소년은 반사회성이 있는 자로서 소년법에 따른 보호의 대상이 된다. 이들에 대한 개입에 있어 형사제재를 상정하는 이상 소년법의 목적 내지 이념 역시 형사책임과의 관계에서 설명될 수 있어야 한다. 물론 형벌과 보호처분의 본질이 다름을 이유로 보호처분에 있어서는 비례의 원칙만이 문제될 뿐, 형사책임이나 책임능력의 문제는 별도로 등장하지 않는다고 할 수도 있을 것이다. 하지만 소년법은 형사책임연령층에 해당하는 자(14세 이상)에 대해서도 보호처분을 부과할 수 있도록 하고 있을 뿐만 아니라, 예방 목적 역시 책임의 내용을 구성한다고 보아야 하므로 형벌과 보호처분의 부과원리를 상호 무관한 것으로 취급할 수는 없다.

그런데 소년법은 「건전한 성장」이나 「보호」라는 용어를 사용하고 있어 형법과는 조화되지 않는 것처럼 보이기도 한다. 「건전한 성장」이나 「보호」라는 용어는 통상 복지 또는 교육 영역에서 등장하는 개념이기 때문이다. 이 점을 강조하면, 소년법 상의 소년보호는 형사책임과 무관한 것이 되고 만다. 실제로 소년보호사건에 있어 제1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 보호기간에 산입하지 아니하는 소년법(2007. 12. 21. 법률 제8722호로 개정된 것) 제33조(이하, 이 사건 법률조항)의 위헌확인을 구하는 헌법소원에서 헌법재판소는, “소년보호사건에서 소년은 피고인이 아닌 피보호자이며, 원 결정에 따라 소년원 송치처분을 집행하는 것은 비행을 저지른 소년에 대한 보호의 필요성이 시급하다고 판단하였기 때문에 즉시 보호를 하기 위한 것이지, 소년이 비행을 저질렀다는 전제하에 그에게 불이익을 주거나 처벌을 하기 위한 것이 아니”고, “이 사건 법률조항은 소년의 환경과 특성에 적합한 처분을 함으로써 소년의 건전한 육성을 도모하기 위한 것으로, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정”되며, 일반 형사사건에 비하여 소년을 차별 취급하더라도 이는 “반사회성 있는 소년을 교화하고 건전한 성장을 돕기 위한 것이어서 그 차별대우를 정당화하는 합리적 이유가 존재하므로” 등 조항이 무죄추정원칙에 위배되는 것은 아니고, 신체의 자유를 침해하거나 평등

권을 침해하는 것도 아니라고 판시하고 있다.³⁵⁾ 이러한 태도는 보호처분과 형벌의 차별성, 나아가서는 소년법과 형법 간의 목적상의 구별을 강조하는 입장이라고 할 수 있다.

그러나 동 결정에 대해서는, “소년보호는 …… 반사회성 있는 소년에 대한 강제조치를 수반하므로 사법적 기능도 아울러 갖고 있”고, “특히 소년원 수용처분의 경우 일정기간 시설에 감금하여 신체의 자유를 제한한다는 점에서 사실상 형사처벌과 같은 효과가 있”으며, “소년보호처분과 같은 보안처분의 일종인 치료감호에 있어서는 형 집행기간에 산입하는 규정이 있는 점과 비교하여 볼 때, 소년보호사건에서도 항고심 결정시 보호의 필요성과 정도에 따라 일부라도 산입할 수 있도록 하여야” 하므로 “유독 소년보호사건에서만 1심 결정에 의한 소년원 수용기간을 항고심 결정에 의한 소년원 수용기간에 전혀 산입할 여지가 없도록 하는 것은 청구인의 신체의 자유를 침해”할 뿐만 아니라, “차별취급에 합리적 이유를 찾아보기 어려워 청구인의 평등권을 침해한다”는 반대의견도 만만치 않았다.³⁶⁾ 실제로 반대의견이 지적한 문제인식에 기인하여 항고가 이유 있다고 인정되어 보호처분의 결정을 다시 하는 경우에는 원결정에 따른 보호처분의 집행 기간 전부를 항고에 따른 보호처분 집행 기간에 산입(8·9·10호 처분 상호 간에만 해당)하는 조문이 신설되었다(제45조 제3항, 법률 13524호, 2015. 12. 1.). 헌법재판소의 반대의견의 논거 외에도 소년법상 진술거부권의 규정(제10조), 국선보조인제도의 존재(제17조의2) 등은 바로 보호처분의 형사제재적 성격 내지 소년법의 형사법적 성격을 단편적으로 보여주는 예라고 할 수 있다. 소년법이 진정한 의미의 보호 내지 복지적 성격을 가지기 위해서는 소년에 대한 급부의 제공 등 실질적으로 이익을 수반하는 조치 내지 처분을 예정하고 있어야 할 것인데, 적어도 소년법에서는 그러한 내용을 찾아볼 수 없다. 이렇듯 복지적·교육적 의미의 소년 보호를 위해 소년의 실질적 자유를 제약, 박탈한다는 것은 위선에 지나지 않는다.

우리 소년법이 형사법과 보다 밀접한 관련성을 맺고 있다는 점은 일본 소년법과의 비교 검토를 통해서도 확연히 드러난다. 일본 소년법의 경우 우리 법과 달리 촉법사건에 대하여 원칙적으로 아동복지선의주의를 채택하고 있

35) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2014헌마768 결정.

36) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2014헌마768 (재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호의 반대의견).

고(소년법 제3조 제2항, 제6조의6, 아동복지법 제25조),³⁷⁾ 보호처분 외에도 가정재판소가 아동복지기관송치결정을 통하여 사건을 종결할 수 있도록 하는 등(소년법 제18조 제1항)³⁸⁾ 소년사법체계 내에서 아동복지법적 조치와 사법적 조치가 상호 중첩, 교차할 수 있는 완충영역을 별도로 마련하고 있다. 물론, 우리 소년법의 경우에도 보호처분 중 1호 처분³⁹⁾이나 6호 처분⁴⁰⁾에 있어서는 언뜻 형사제재적 성격이 상당부분 희석되어 있는 듯 보이기도 하고(소년법 제32조 제1항), 소년연령의 상한(19세 미만)은 형법상 성인에 대하여 형벌 대신 보호처분을 부과할 수 있도록 할 뿐만 아니라, 형벌의 범위 및 정도, 형의 집행 등에 있어서도 특별한 효과를 발생시키도록 한다는 점에서 자유제한의 정도를 한정하는 역할을 하는 것은 사실이다. 하지만 보호처분 역시 자유제한 또는 박탈을 내용으로 하는 형사제재임은 분명하고,⁴¹⁾ 당해 처분을 제대로 이행하지 아니할 경우 처분 변경을 통하여 시설 내 처우가 가능할 뿐만 아니라(제37조), 보호처분을 받은 사실은 향후 형사재판에서 상습성 인정의 자료가 될 수 있다는 점을 고려할 때⁴²⁾ 이들 처분을 도저히 복지적인 성격으로 파악할 수는 없다. 이러한 사실을 도외시한 채 소년법에 따른 개입을 소년에게 이익을 제공하기 위한 계기로 파악한다거나 복지적 입장에서 소년을 보호하기 위한 수단으로 이해하는 것은 문제의 본질을 호도하는 것에 지나지 않는다.

또한 형법에서 예정하고 있는 형벌과 소년법이 마련하고 있는 보호처분의 목적이 완전히 이질적인 것도 아니다. 전술한 바와 같이 책임은 단순히 과거 행위에 대한 비난으로서의 의미만을 가지는 개념이 아니며, 형벌 역시 법익

37) 다만, 고의의 범죄행위에 의하여 피해자를 사망시킨 죄, 사형 또는 무기 혹은 단기 2년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄와 관련된 형벌법령에 저촉되는 사건 등 중대사건으로 아동상담소장에게 송치된 사건의 경우 이를 가정재판소에 송치하여야 하므로(일본 소년법 제6조의7), 중대사건의 경우 아동복지기관선의 원칙에 대해서는 일부 수정이 이루어졌다.

38) 보호처분 중 하나(일본 소년법 제24조 제1항 제2호)로 아동자립지원시설 또는 아동양호시설에 송치하는 것도 가능하다. 제18조 제1항에 따른 조치와 보호처분으로서 아동복지시설에 송치하는 것 사이에는 처우상의 차이는 없으며(카와이테 토시히로/황순평·김혁 역, 소년법, 박영사, 2016, 248면), 아동자립지원시설에서의 처우는 개방처우가 기본이라는 점에서 우리의 6호 처분과는 구별된다.

39) 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁.

40) 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁.

41) 강지명, “형사미성년자에 대한 사법적 개입체계 정비방안”, 53면; 김성돈·강지명, 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계, 31면; 김혁, “소년법의 연령과 형사책임”, 51면.

42) 대법원 1990. 6. 26. 90도887; 대법원 1989. 12. 12. 89도2097 결정.

침해행위에 대한 반작용으로서의 의미를 넘어 예방이라는 목적을 염두에 둔 전망적인 성격을 내포하고 있기 때문이다. 소년법이 소년의 건전한 성장을 도모하는 것을 목적으로 함을 선언하면서, 형사처분에 관한 특별조치, 즉 형벌 역시 소년의 건전한 성장을 도모하기 위한 수단으로 제시하고 있다는 사실은, 양자의 관련성 내지 유사성을 소년법 스스로 시인하고 있음을 의미한다. 보호처분이 제유제한적 처분이라는 측면에서 형벌과 기능적 동일성을 가짐을 부정할 수 없는 이상,⁴³⁾ 형벌과 소년법의 목적이나 성격을 엄격히 구별 내지 분리하여 바라보는 것은 타당하지 않고, 오히려 양자의 통합적 원리를 체계적으로 구성하는 것이 국가의 지나친 간섭이나 개입으로부터 소년의 기본권을 보호하는 데에 도움이 된다.

결국 형사법의 원리나 형사제재의 틀을 벗어난 소년의 건전한 성장 내지 소년보호이념이란 애초에 공허한 수사(修辭)에 지나지 않는 개념이다. 소년법상 소년보호는 형사제재를 부과함에 있어서 소년의 형벌적응성 등 책임능력의 정도를 개별적으로 고려하여 처분선택에 있어서 보호처분을 우선적으로 고려하도록 한 정책적 이념이라고 할 수 있다. 따라서 소년법은 소년에게 자신이 저지른 잘못된 행위에 대하여 형사제재를 수단으로 반성과 반응을 요구함으로써 범죄를 저지르지 않는 정상적인 성인으로 성장하도록 하는 것을 목적으로 하고 있을 뿐, 적극적인 보호를 예정하고 있다거나 애초에 소년이 아무런 형사처벌을 받지 않도록 그를 보호하는 것을 내용으로 담고 있다고 볼 것은 아니다.⁴⁴⁾

(2) 소년연령을 통한 형사책임연령의 보완

소년법의 취지 내지 존재 이유는 소년의 형벌적응성을 개별적으로 고려하여 일반적으로 형벌보다는 보호처분을 우선 투입하고(소년법 제49조 제1항), 개입 과정에서 소년에게 답책하게 하는 계기를 마련하는 데에 있다.⁴⁵⁾ 특히 소년법은 연령 범위를 폭넓게 설정함으로써 예방의 관점에서 형벌 제9조의

43) 佐伯仁志, “少年法の理念—保護處分と責任—”, 猪瀬横一郎 외(편), 少年法のあらたな展開, 有斐閣, 2001, 41-43면.

44) 소년법은 예방의 측면에서 형사제재의 필요성이 없는 때에는 심리불개시, 불처분결정, 조건부 기소유예 등을 통하여 사건을 종결할 수 있도록 함으로써 필요한 경우에만 자유를 제한하여야 한다는 소극적 보호를 표방하고 있다. 형사제재의 자유제한적 성격을 고려할 때 형사제재의 최후수단성 및 비례성의 관점에서 소년법의 이러한 태도는 당연한 것이며, 이는 형사법 전체의 원리(보충성원칙)와도 조화된다.

45) 김혁, “소년법의 연령과 형사책임”, 54-55면.

확일적 연령기준을 보완하는 역할을 하고 있다.

먼저, 소년법은 형법상 형사미성년자 규정에도 불구하고, 소년연령의 하한(10세)을 별도로 설정하고 있다(제4조 제1항 제2호). 전술한 바와 같이 형법 제9조는 14세 미만자를 책임능력이 인정되지 않는 자로 의제하고 있을 뿐, 14세 미만자의 실질적인 조종능력 또는 통찰능력까지 부정하고 있는 것은 아니다. 소년법은 형법 제9조에 따른 확일적 연령기준의 문제를 해결하기 위하여 촉법소년 연령층을 추가로 설정하고, 저연령자가 실질적인 형사책임능력을 갖추었는지 여부를 개별적으로 판단하도록 하고 있다. 이때 촉법소년에 대해서도 범죄소년과 마찬가지로 보호처분을 부과할 수 있으므로, 소년법에 따른 소년연령의 하한은 형사책임연령을 사실상 재설정하는 기능을 가진다. 즉 소년연령의 하한은 범익침해행위자에 대한 형사제재의 범위를 확장하는 기능을 가지게 되고, 그러한 의미에서 소년법이 단순히 소년에 대한 시혜적 법률이 아님은 명확해진다.

또한 소년연령의 상한(19세 미만)은 14세를 기준으로 형사책임능력의 유무를 일차적으로 나눌 수밖에 없었던 형법 제9조의 기술적 문제를 보완하는 기능을 가진다. 소년법은 연령 규정을 통하여 14세 이상자라고 할지라도 이들이 성인과 완전히 동일한 정도의 책임능력을 갖춘 것이 아님을 보충적으로 설명하고 있는 것이다. 소년에 대해서는 확일적 형사책임연령 기준에 따른 흠결을 시정하기 위하여 시비·선악변별능력, 형벌적응성 등에 대한 개별적인 판단이 이루어지고, 그 과정에서 형벌과 보호처분 중 어느 것이 소년의 개선 갱생에 도움이 될지를 결정하게 되는데, 이는 사실상 요보호성 판단과도 일치한다.⁴⁶⁾

마지막으로 형벌을 선택할 때에도 죄를 범할 당시 18세 미만이었던 자의 사형 및 무기형을 완화하고(소년법 제59조), 소년에 대해서는 원칙적으로 부정기형을 선고하도록 하며(제60조 제1항), 형을 감경하는 등의 특례를 마련함으로써 탄력적인 운용이 가능하도록 하고 있다(동조 제2항). 형법 제9조의 취지와 소년의 불완전한 책임능력을 고려할 때 소년법 상의 이러한 특례 조치는 자연스러운 것이며, 소년에 대한 보호처분의 부과나 형벌 상 특례 조치의 존재 자체만을 두고 소년법이 형법의 태도와 모순된다거나 형사법의 원리와는 완전히 구별되는 별도의 원리에 따라 작동한다고 볼 것은 아니다.⁴⁷⁾

46) 渡邊一弘, “少年の刑事責任能力”, 刑法雜誌51卷2号, 2012, 217-218면.

47) 한편, 판례는 소년법 제60조 제2항은 소년의 건전한 육성을 기하려는 취지에서 규정된 것이지,

IV. 소년관련 연령 논의에 대한 검토

1. 검토의 기준

형사제재와 관련된 연령의 기준을 몇 세로 설정할 것인지는 형사제재의 가부 및 범위와 직결되는 정책적 판단의 문제이다. 만약 이에 대한 판단을 그르쳐 형법 본연의 목적이나 기능을 저해시키는 결과를 초래한다면, 해당 연령 기준은 그 정당성을 잃게 되고 연령 기준의 재설정 문제가 대두될 수밖에 없다. 따라서 형법 제9조의 형사미성년자는 물론 소년법에 따라 설정된 각종 연령 기준 역시 형법의 과제 해결에 도움이 될 수 있어야 한다. 소년법은 기본적으로 형사특별법적 성격을 가지고, 소년법의 목적 역시 형사법의 기본 원리 내에서 인정될 수 있는 개념이기 때문이다.

형법은 기본적으로 제재수단을 동원하여 법익을 보호하고 사회가 유지될 수 있도록 하는 사회보호적 기능을 담당하고 있고, 이를 위해서는 시민들로 하여금 법익의 가치를 이해하고 범죄억지의 의식을 형성할 수 있도록 규범을 안정화시키는 것이 중요하다. 또한 법익을 침해한 자에 대한 제재가 법익 침해자의 개선 및 교화에 도움이 될 때 그러한 형법의 법익보호 내지 사회보호적 기능이 궁극적으로 달성될 수 있다. 이때 예방목적이 아무리 중요하다고 하더라도 형벌의 과잉이나 무분별한 형사제재는 억제되어야 한다. 이러한 관점에서 형사미성년자 규정을 비롯한 소년관련 현행 연령의 기준이 저연령자의 법익침해행위를 방지하거나 이들을 교화시키는 데에 장애를 발생시키고 있는지, 또한 그것이 규범의 안정화에 악영향을 미치고 있는지, 그리고 그것이 적절한 형사제재를 저해하는지 여부를 기준으로 관련 문제를 검토하여야 한다. 만약 구체적 검토를 통하여 그러한 문제가 도출되지 않는다면, 현행 연령기준의 부당성 내지 연령 조정의 필요성을 주장하는 견해들은 그 설득력을 잃게 될 것이다.

2. 형사미성년자 연령 인하론에 대한 검토

형법 제9조, 소년법 제59조와 같이 형사책임의 문제로 파악하여야 하는 것은 아니라고 하고 있다(대법원 1997. 2. 14. 선고 96도1241 판결). 형사책임의 본질을 비난가능성으로만 파악한다면 관례의 결론이 타당할 것이나, 예방이라는 목적 역시 책임의 내용으로 파악하는 한, 소년법 제60조 제2항 역시 형사책임과 무관한 조항이라고 볼 수는 없다.

(1) 연소자의 성숙도와 형사미성년자 연령의 일치 여부

형사미성년자 연령 인하론의 논거로 거론되는 대표적인 명제 중 하나는 지금의 아이들이 과거에 비해 정신적, 신체적으로 성숙해 있다는 것이다. 기본적으로는 지적 요소와 의지적 요소로 구성된 책임능력의 내용을 고려할 때 신체적 성숙이 곧바로 연소자의 책임능력의 존재를 의제한다는 결론을 도출해내는 것은 아니다. 따라서 과거에 비해 지금의 아이들이 정신적으로 성숙했다고 볼 수 있을지 여부가 논의의 핵심이 된다. 특히 연령 인하론의 입장에서는 인터넷 등 정보통신기술의 발달로 연소자의 정보 또는 지식의 습득양이 비약적으로 증가하였음에도 불구하고, 과거와 같이 14세를 형사책임연령의 하한으로 설정하는 것은 시대착오적이라고 보고 있다. 이러한 연령 인하론은 정보 또는 지식의 양적 증가가 곧바로 정신적 성숙, 즉 책임능력의 향상으로 연결된다는 전제에서 주장되고 있다.

그러나 적어도 연령을 염두에 둔 정신적 성숙 여부의 판단 문제는 사회 상황을 고려하여 상대적으로 파악되어야 하는 문제이다. 형사미성년자에 관한 연령 설정은 정책적인 판단의 문제이기 때문이다. 연소자의 지식 획득의 양이 형사미성년자 연령을 최초로 설정한 당시에 비하여 증가한 것은 분명 사실이지만, 이 점은 성인의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 단순한 지식의 절대량의 증가가 책임연령을 인하하여야 한다는 당위론으로 귀결되는 것은 아니다. 연령 설정에 관한 정책 판단에 있어서는 당시 사회가 연소자에게 어느 정도의 역할을 요구하고 있으며, 그에 따라 어떠한 정도의 성숙도를 기대하는지를 우선적으로 고려할 필요가 있다. 형법 제정 당시의 연소자는 지금보다 현저히 어린 나이에 경제 활동을 시작하여 사회의 일원으로 일정한 역할을 담당하고 있었다. 우리 입법자는 그러한 사회 상황을 고려하여 14세를 형사미성년자의 하한으로 설정하였다고 볼 수 있다. 이러한 기준에서 볼 때, 현재의 12세 또는 13세의 자가 과거의 그들에 비하여 사회에서 기대하는 수준에 이를 만큼 정신적으로 성숙했다고 볼 근거는 전혀 없다. 오히려 형법 제정 당시에 비해 의무교육기간이 늘어나고 실질적인 사회활동에 대한 참여 시기가 늦어지고 있다는 사실은, 복잡 다변하는 현대 사회에 적응하기 위한 최소한의 준비기간, 즉 사회가 요구하는 정신적 성장 기간이 훨씬 길어졌음을 의미하고 있다. 또한 설사 연소자의 지적능력이 동시대를 기준으로 상대적으로 향상되었다고 보더라도 그것이 곧 의지적 능력의 향상으로 이어졌다고는 단언할 수 없다. 인간의 의지적 능력은 다양한 사회활동과 그 안에서의

인간관계를 통하여 길러질 수 있는데, 의무교육의 대상으로서 여러 사회활동에 제약이 있는 연소자들에게 과거 이상으로 의지적 능력의 성장을 기대하는 것은 현실적으로 불가능하기 때문이다. 이렇듯 지금의 연소자의 통찰능력 및 조종능력의 성숙도가 과거에 비하여 향상되었다는 명제는 타당하지 않다.

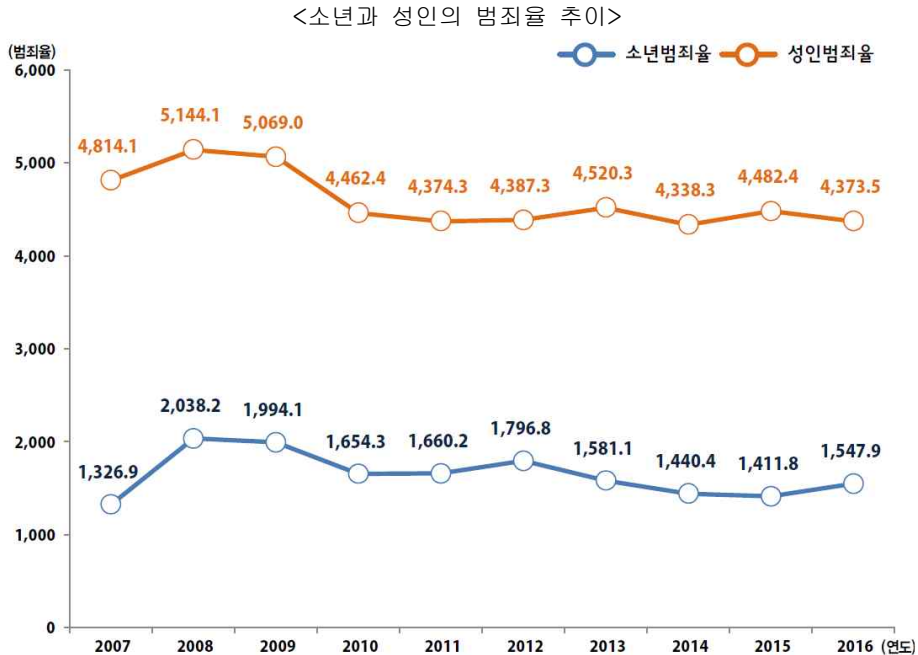
또한 전술한 바와 같이 형사책임능력의 내용을 행위당시의 사물변별능력 및 의사결정능력은 물론 형벌을 통한 예방의 효과성까지를 고려한 개념으로 파악할 경우, 과거에 비하여 상대적으로 연소자에 대한 형벌이 그들의 교화 및 사회복귀에 도움이 될 수 있어야만 형사책임연령 인하론의 정당성이 긍정될 수 있다. 연령 인하론이 형벌 중에서도 특히 자유형을 염두에 두고 있다는 점을 감안할 때, 연소자에 대한 형집행은 과거에 비하여 보다 더 큰 부작용을 초래할 수 있다. 연소자에게 자유형을 집행하게 되면 필연적으로 의무교육의 지장을 초래할 수밖에 없는데, 사회화를 위한 최소한의 교육의 기회조차 제대로 보장받지 못한 자에게 형벌을 통한 재사회화를 기대하는 것은 어불성설이기 때문이다. 그렇다면 자유형보다는 학교 형태로 운영되는 소년원에서의 처우가 특별예방의 관점에서 보다 타당할 것이다. 이와 같이 형벌적응성의 측면에서도 형사미성년자 연령의 하한을 인하하여야 할 필요성은 인정되지 않는다.

(2) 사회보호기능의 저하 여부

현행 연령 기준이 형벌의 사회보호기능을 저하시킨다는 주장이 타당하기 위해서는 형벌이라는 수단을 사용해야 할 만큼 연소자의 범익침해가 빈번하고 심각하다는 사실이 전제되어야 한다. 최근 출산율의 감소 경향을 감안할 때, 범죄소년 및 촉법소년의 인원 추이를 표면적으로 살펴보는 것보다는 동일 연령층 대비 범죄율⁴⁸⁾을 검토하는 것이 그들의 문제 상황을 파악하는 데 보다 정확한 잣대가 된다. 그러한 관점에서 아래 그래프를 살펴보면, 2008년 이후 소년범죄율⁴⁹⁾은 대체로 감소하고 있음을 확인할 수 있다. 같은 시기 성인범죄율과 비교해 보더라도 소년범죄율의 최근 추이는 상당히 안정적이다. 게다가 소년범죄율의 수치 자체가 성인범죄율에 비해 현격히 낮아 연소자에 의한 범익침해가 사회적으로 심각하다거나 과거에 비하여 악화되었다는 전제는 타당하지 않음을 확인할 수 있다.

48) 범죄율은 인구 10만 명당 범죄 발생건수를 의미한다.

49) 소년인구 10만 명당 범죄자(촉법소년+범죄소년)의 수를 의미한다.



출처 : 법무연수원, 2017 범죄백서, 581면.

한편, 위의 그래프에는 14세 이상 소년의 범죄도 포함되어 있기 때문에 형사미성년자의 촉법행위의 추이를 정확히 파악하는 데에는 한계가 따른다. 따라서 사회보호를 위하여 형사미성년자 연령을 조정해야 할 것인지에 대한 해답을 찾기 위해서는 14세 미만자의 촉법 행위의 현황을 별도로 검토할 필요가 있다. 14세 미만자는 형사미성년자여서 검찰을 거치지 않고 경찰에서 곧바로 법원 소년부로 송치되고(소년법 제4조 제2항), 실무상 촉법사건이 통고(제4조 제3항)를 통해 소년부에 접수되는 경우는 매우 드물기 때문에, 소년부 접수사건 중 경찰 송치사건의 추이에 관한 검토를 통해 연소자의 법익 침해 행위의 현황을 가늠할 수 있다. 물론 경찰 송치사건 중에는 우범사건도 포함되어 있지만, 연간 우범사건으로 송치되는 사건은 많지 않으므로,⁵⁰⁾ 경

50) 지난 10년간 우범사건으로 접수된 인원은 2008년 6명, 2009년 115명, 2010년 20명, 2011년 59명, 2012년 128명, 2013년 107명, 2014년 131명, 2015년 266명, 2016년 367명, 2017년 526명에 지나지 않는다. 게다가 이러한 우범사건의 상당수는 통고사건으로 추정된다. 실제로 같은 기간 통고인원은 2008년 20명, 2009년 14명, 2010년 34명, 2011년 58명, 2012년 168명, 2013년 188명, 2014년 195명, 2015년 309명, 2016년 359명, 2017년 353명으로 우범사건의 접수인원 추이와 비슷한 추이를 보이고 있다(법원행정처, 2018 사법연감, 710-713면).

찰 송치사건의 대부분은 14세 미만자의 촉법사건이라고 보아도 무방하다. 이러한 관점에서 경찰에서 범원 소년부로 송치된 인원의 추이를 살펴보면, 경찰 송치인원은 지난 10년간 대체로 감소해 왔음을 알 수 있다. 또한 소년부에 접수된 전체 인원 중 경찰 송치인원이 차지하는 비율은 해마다 큰 차이 없이 일정한 수준을 유지하고 있다. 따라서 14세 미만자의 범익침해행위가 과거에 비해 현격히 증가하였다는 주장은 사실이 아니다.

<소년보호사건 중 경찰 송치인원 추이>

연도 구분	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
전체	41,754	48,007	44,200	46,497	53,536	43,035	34,165	34,075	33,7338	34,110
경찰 송치 (%)	10,781 (25.8)	11,609 (24.2)	9,213 (20.8)	9,401 (20.2)	12,799 (23.9)	9,500 (22.1)	7,104 (20.8)	6,756 (19.8)	6,788 (20.1)	7,743 (22.7)

출처 : 법원행정처, 2018 사법연감, 710면.

사건 수가 감소하였다고 하더라도 사건의 질, 즉 중대한 범익을 침해한 행위까지 감소하였다고 단언하기는 어렵다. 연소자가 저지른 범익침해행위의 심각성을 가늠하기 위해서는 그들이 저지른 행위의 내용 역시 살펴보아야 한다. 이와 관련하여 아래 표를 살펴보면, 지난 10년간 소년 형법범죄 가운데 강력범죄(흉악 및 폭력)⁵¹⁾가 차지하는 비율은 비슷한 추이를 보이고 있음을 확인할 수 있다. 이렇듯 질적인 측면에서도 소년의 범익침해행위가 악화되었다거나 흉포화 되었다는 증거는 없다. 따라서 현행 형사책임연령이 지나치게 높아 형사미성년자가 이를 악용하는 사례가 빈발한다거나 그들의 흉악범죄로 인하여 사회의 안전이 위협받고 있다는 주장은 설득력이 없다.

51) 강력범죄는 형법범 중 살인, 강도, 강간, 방화, 폭행, 상해, 협박, 공갈, 약취·유인, 체포·감금과 「폭력 행위 등 처벌에 관한 법률」 위반을 지칭한다. 그중 강력범죄(흉악)는 살인, 강도, 성폭력, 방화를 말하며, 강력범죄(폭력)는 폭행, 상해, 협박, 공갈, 약취·유인, 체포·감금, 「폭력 행위 등 처벌에 관한 법률」 위반을 지칭한다.

<소년 형법범죄 범죄유형별 인원 및 구성비 현황>

연도 구분	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
형법 범죄계 (%)	56,802 (100)	75,433 (100)	87,787 (100)	78,056 (100)	78,456 (100)	86,440 (100)	73,075 (100)	63,145 (100)	56,962 (100)	61,162 (100)
강력범죄 (흉악)	1,967 (3.5)	3,316 (4.4)	3,847 (4.4)	3,665 (4.7)	4,049 (5.2)	3,609 (4.2)	3,489 (4.8)	3,158 (5.0)	2,713 (4.8)	3,343 (5.5)
강력범죄 (폭력)	21,675 (38.2)	31,878 (42.3)	32,423 (36.9)	27,264 (34.9)	28,193 (35.9)	32,267 (37.3)	21,843 (29.9)	19,352 (30.6)	17,473 (30.7)	19,476 (31.8)
재산범죄	31,708 (55.8)	37,540 (49.8)	48,249 (55.0)	43,599 (55.9)	42,851 (54.6)	46,044 (53.3)	43,707 (59.8)	36,271 (57.4)	32,068 (56.3)	33,088 (54.1)
기타	1,452 (2.6)	2,699 (3.6)	3,268 (3.7)	3,528 (4.5)	3,363 (4.3)	4,520 (5.2)	4,036 (5.5)	4,364 (6.9)	4,708 (8.3)	5,255 (8.6)

출처 : 법무연수원, 2017 범죄백서, 586면

한편, 14세 미만자의 범익침해행위가 일정 수준 발생하고 있는 것은 사실 이므로, 현행 형사미성년자 규정이 연소자에 대한 적절한 형사제재를 저해하고 있다고 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 소년법에 따라 14세 미만자에게도 보호처분이 가능하고 보호처분은 형사제재의 성격을 갖는다는 점에서 형법 제9조만을 기준으로 사회보호기능의 지장 여부를 판단할 것은 아니다. 특히 구금 처우인 소년원 송치 결정은 10세 이상이기만 하면 가능하므로⁵²⁾ 우리나라의 실질적인 형사책임연령을 10세로 볼 여지도 있다. 구금 처우의 가능 연령을 기준으로 보면, 우리나라의 연령 기준은 외국의 입법례에 비하여 오히려 낮은 편에 속한다.⁵³⁾ 그렇다면 일반예방의 측면에서도 형사미성년자의 촉법행위에 대한 경고 기능은 충분히 작동하고 있다고 볼 것이므로, 현행 형사미성년자 연령 기준이 형법의 사회보호기능에 지장을 초래하는 것은 아니다.

52) 다만, 10호 처분은 12세 이상의 소년에 대해서만 할 수 있다(소년법 제32조 제4항).

53) 김성돈·강지명, 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계, 71-77면. 우리와 같이 형사책임연령의 하한을 14세로 하고 있는 일본의 경우 소년원 송치가 가능한 연령의 하한은 대략 12세 이상이며, 14세 미만 소년의 시설내 처우는 아동복지시설에서 실시하되 예외적인 경우에 한하여 소년원 송치를 하도록 규정하고 있다(소년법 제24조 제1항). 이와 관련된 자세한 사항은, 久木元伸 외, 少年法等の一部を改正する法律及び少年審判規則等の一部を改正する規則の解説, 法曹會, 2011, 143면.

3. 소년법에 있어서의 연령 및 형벌의 조정

(1) 소년연령 상한의 인하

형사책임연령에 관한 논의와 함께 19세 미만으로 설정되어 있는 소년연령의 상한을 인하하자는 주장도 제기되고 있다.⁵⁴⁾ 소년연령 상한의 인하는 소년법의 적용 범위의 축소를 의미하고, 이는 곧 실질적으로 성인과 동일한 형벌 부과가 가능한 완전한 책임연령층을 정책적으로 확장시키는 결과를 가져오므로 책임능력과의 관계에서도 중요한 의미를 가진다. 구체적으로는 형벌 대신 보호처분이 가능한 연령을 몇 세까지로 할 것인지, 그리고 형벌에 있어서도 형의 감경 및 부정기형이 적용되는 연령층을 몇 세로 설정할 것인지와 직결되는 문제이다. 이때에는 연령에 따른 행위 당시의 사물변별능력 및 의사결정능력과 함께 특별예방의 관점(형벌적응성)이 고려되어야 한다.⁵⁵⁾

소년층의 설정은 그들의 책임능력이 완전하지 않음을 전제로 하는 것이므로, 그러한 연령층 자체를 설정함에 있어서는 우선 인간의 사물변별능력 및 의사결정능력이 언제까지 성장하는지에 관한 규명작업이 선행되어야 한다. 뇌과학 분야의 연구에 따르면 MRI 단층촬영 결과 인간의 행동 통제, 계획, 판단의 위험성 평가와 관련된 인지적 능력을 관장하는 전두엽은 22세까지 꾸준히 발달하는 것으로 밝혀진바 있다.⁵⁶⁾ 이는 곧 22세까지의 연령층의 경우 성인에 비하여 자신의 행동과 결과를 인식하고 판단하는 능력이 상대적으로 떨어진다는 것을 의미한다. 그렇다면 그들의 범죄에 대해서는 자연스럽게 행위에 대한 책임감경을 고려해야 할 당위성이 도출된다. 성인과 다른 특

54) 이러한 논의는 공직선거법 상 선거권 인정 연령을 인하하자는 논의와도 직·간접적으로 연결되는 측면이 있다. 하태경 의원이 대표 발의한 소년법 개정안(의안번호: 2009133)에는 소년 연령을 18세 미만으로 낮추는 것을 내용으로 하고 있으며, 또한 동시에 하태경 의원은 18세 이상자에게 선거권을 부여하는 것을 내용으로 하는 공직선거법 개정안(의안번호: 2012902)도 발의한 상태이다. 일본에서도 공직선거법 상 선거법의 연령 인하를 계기로 소년법의 연령 인하를 위한 움직임이 본격화되었다. 관련 논의는, 武内謙治, “少年法適用年齢の引下げ”, 法律時報 87卷1号, 2015, 1-3면; 後藤弘子, “成人年齢の引下げ”, 法學教室423号, 2015, 30-35면.

55) 판례는 일관되게 소년법 제60조의 연령을 재판시를 기준으로 판단하고 있으므로 특히 후자의 관점이 중요하지만, 제60조는 소년의 사물변별능력 및 의사결정능력과 전혀 무관한 조문이 아니다(김혁, “소년법의 연령과 형사책임”, 62-64면). 제60조 제1항에 관해서는, 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도539 판결; 대법원 1966. 3. 3. 선고 65도1229 전원합의체 판결. 제2항에 관해서는, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도2682 판결; 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2704 판결; 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도1241 판결; 대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2393 판결.

56) Kerstin Konrad. et. al., “Brain Development During Adolescence: Neuroscientific Insights Into This Developmental Period, Deutsches Ärzteblatt International, Vol.110. No.25, 2013, pp.425 - 431.

성을 가진 자에 대해서는 그에 맞는 개별 처우가 이루어져야 한다는 점에서 소년에 특화된 보호처분이 형벌에 비하여 그들의 교화에 도움이 될 것임은 분명하고, 형벌을 부과하더라도 부정기형을 통한 탄력적 운영이 요구된다. 따라서 형벌적응성의 측면을 고려할 때에도 현행 소년연령의 상한을 인하하는 것은 타당하지 않다. 오히려 19세 미만이라는 현행 소년 연령의 상한은 지나치게 낮다고 볼 수 있으며, 입법론으로는 연령 기준을 인상하거나, 독일과 같이 청년층을 별도로 설정하여 그들의 책임능력에 대해서는 개별적인 판단이 이루어질 수 있도록 할 필요가 있다.⁵⁷⁾

(2) 중대 범죄소년에 대한 형벌 강화

행위 당시 18세 미만인 소년에 대해서는 사형 및 무기형이 완화되는데(소년법 제59조, 특정강력범죄법 제4조 제1항), 중대범죄를 저지른 경우 사회보호를 위하여 형의 완화를 폐지하거나 완화된 형을 상향하자는 주장도 제기되고 있다.⁵⁸⁾ 소년법 제59조는 행위 당시 18세 미만이었던 소년의 사물변별능력과 의사결정능력을 성인의 그것과 동일하지 않다고 의제함으로써 형법 제9조의 절대적 책임연령 기준에 수정을 가하는 기능을 가지고 있을 뿐만 아니라,⁵⁹⁾ 가변성이 풍부한 소년의 특성을 반영하여 형벌을 완화할 필요성에 따라 도입된 제도이다.⁶⁰⁾ 따라서 중대 범죄를 저지른 소년에 대한 형벌의 정도를 결정할 때에는 소년의 책임능력의 정도를 염두에 두고 형법과의 균형점을 잃지 않은 가운데 적절한 형의 기준을 모색하여야 한다.

먼저, 특정강력범죄 등 중대범죄를 저지른 소년에 대하여 형의 완화를 배제하자는 주장은 소년에게 사형 및 무기형을 허용하자는 것인데, 이는 형사책임능력이 완전하지 않은 소년을 성인과 동일하게 취급하자는 것으로서 도

57) 독일의 경우 14세에서 17세 사이의 소년(Jugendlicher)과 18세에서 20세사이의 청년(Heranzwachsender)을 소년법원법의 대상으로 하고 있으며(소년법원법 제1조 제2항), 청년의 경우 성숙도를 개별적으로 고려하여 소년법원법을 적용할 것인지, 일반 형법을 적용할 것인지를 결정하도록 하고 있다(소년법원법 제105조 및 제106조).

58) 특정강력범죄를 저지른 16세 이상 소년에 대하여 소년법 적용을 배제하자는 특정강력범죄법 개정안(이석현-20090207) 및 특정강력범죄를 저지른 소년에 대한 형의 완화를 폐지하자는 개정안(표창원-2008283; 김정우-2009184)이 국회에 제출되어 있다. 완화된 형을 강화하자는 소년법 개정안(하태경-2009133; 김정우-2009183; 김도읍-2009192; 박덕흠-2009314; 강효상-2015327; 박맹우-2016764; 김정진-2016772)과 특정강력범죄법 개정안(전혜숙-2009191; 김도읍-2009210; 박덕흠-2009320; 박맹우-2016763; 김정진-2016771)도 국회에 제출되어 있다.

59) 김혁, “소년법의 연령과 형사책임”, 56면.

60) 법원행정처, 법원실무제요 소년(보급판), 2014, 369-370면; 田宮裕・廣瀬健二, 注釋少年法(第4版), 有斐閣, 2017, 493면.

저히 받아들이기 수 없다. 특히 18세 미만자에 대한 사형은 이를 금지하고 있는 「유엔 아동권리협약」 제37조 (a)에도 정면으로 위배될 뿐만 아니라, 무기형 역시 성장발달과정에 있는 소년의 연령적 특성을 감안할 때 성인에 대한 무기형에 비하여 잔혹한 형벌이 될 것은 명백하다. 미국의 경우에도 판례는 책임 감소 등을 이유로 18세 미만자에 대한 사형⁶¹⁾, 살인이외의 죄를 범한 16세 소년에 대한 종신형⁶²⁾, 살인죄를 저지른 소년을 포함한 모든 소년에 대한 종신형의 필요적 선고⁶³⁾에 대하여 수정헌법 제8조에 위배된다고 판시한 바 있다.⁶⁴⁾

한편, 완화되는 형의 상향에 대해서는 2010년 형법 개정으로 유기형의 상한이 15년(가중시 25년)에서 30년(가중시 50년)으로 인상되었다는 점을 감안할 때 어느 정도 타당한 측면이 있다고 생각한다. 유기형 상한의 변경은 행위에 상응한 형벌의 정도가 사회적 합의에 의하여 변경되었음을 의미하는 것인데, 이는 소년이라고 하여 본질적으로 다를 것이 없기 때문이다. 특히 성인과 소년이 공범인 경우 피고인이 소년이라는 이유로 형벌 부과에 있어 다른 공범과 지나치게 차가 벌어진다면 오히려 책임에 합당한 형을 과한다는 측면에서 문제가 발생할 수 있다. 따라서 과거 형법의 유기형을 기준으로 책정된 소년법 및 특정강력범죄법 상의 완화 기준 역시 상향 조정이 불가피하고, 마찬가지로 이유에서 부정기형의 형량 및 가석방 기준에 대해서도 재검토가 필요하다.⁶⁵⁾ 구체적인 상향 정도에 대해서는 입법적 판단이 필요하겠지만, 형법과의 관계를 감안할 때 소년법 제59조의 완화는 20년, 특정강력범죄법 제4조 제1항의 완화는 30년으로 하는 것이 적절할 것으로 생각된다. 또한 부정기형은 소년법 제60조 제1항의 경우 장기 15년, 단기 7년, 특정강력범죄법 제4조 제2항의 경우 장기 22년, 단기 10년으로 변경하고, 가석방의 기간 역시 형법과의 관계를 고려할 때 무기형의 경우 10년, 유기형의 경우 상향 조정한 형의 5분의 1로 조정하는 것이 타당하다(소년법 제65조).

61) *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

62) *Graham v. Florida*, 130 S.Ct. 2011(2010).

63) *Miller v. Alabama*, 132 S. Ct. 2455(2012).

64) 관련 내용은 J. Eric Smithburn, *Cases and Materials in Juvenile Law*(2nd ed.), LexisNexis, 2013, pp.431-474.

65) 일본의 경우 2004년 형법 개정으로 유기형의 상한이 15년(가중시 20년)에서 20년(가중시 30년)으로 인상된 것을 감안하여, 2014년 소년법 개정을 통해 유기형의 상한을 15년에서 20년으로, 부정기형의 장·단기를 각각 10년에서 15년, 5년에서 10년으로 변경하였다.

V. 결론

살펴본 바와 같이 소년법은 별도의 연령 설정을 통해 입법 기술상 일률적으로 규정할 수밖에 없었던 형법 제9조의 책임연령기준을 보완함으로써 법익침해행위를 한 저연령자의 국가 개입의 범위 및 정도를 제한하는 동시에 확장하는 기능을 하고 있다. 즉 소년법은 보호처분 또는 형벌을 수단으로 실질적 책임능력이 있는 소년에게 자신의 행위에 대하여 반성과 반응을 요구함으로써 그들로 하여금 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 하는 법률이지, 소년에게 은전을 베푸다거나 소년이 아무런 형사처벌을 받지 않도록 그들을 보호하는 것을 목적으로 하는 법률이 아니다. 따라서 형사미성년자 및 소년 연령의 조정, 소년범죄에 대한 형벌 강화 등의 문제는 형법과 소년법의 관계 및 기능을 염두에 두고 체계적으로 검토해야 할 문제라고 할 수 있다.

이러한 기준에서 살펴보면, 먼저 형사미성년자 연령을 하향 조정할 필요성은 인정되지 않는다. 과거에 비해 지금의 연소자가 사회에서 요구되는 정도의 통찰능력 또는 조종능력의 관점에서 상대적으로 뛰어나다거나 형벌적응성이 뛰어나다는 근거는 찾을 수 없기 때문이다. 또한 현재 그들의 법익침해행위가 양적·질적으로 심각하지도 않으며, 현행 연령 체계 하에서도 소년법에 따른 형사제재가 가능하므로 형사미성년자의 촉법행위에 대한 형법 및 소년법의 사회보호기능 역시 충분히 보장되고 있다.

다음으로 연령에 따른 사물변별능력 및 의사결정능력의 성장도를 고려할 때 현행법상 소년 연령의 상한은 지나치게 낮게 설정된 측면이 있으므로, 성인과 다른 특별취급이 필요한 연령층을 지금보다 확장할 필요가 있다. 또한 행위 당시 18세 미만인 소년에 대하여 사형·무기형을 금지하는 것 자체는 타당하지만, 형법상 유기형의 상한이 상향 조정된 점을 고려할 때 완화된 자유형의 기간 및 부정기형의 장·단기의 상한, 가석방의 기준에 대해서는 재검토가 필요할 것으로 생각된다.

주제어 : 형사책임, 형사책임연령, 형사미성년자, 소년법 개정, 촉법소년

Keyword : Criminal Responsibility, Criminal Responsibility Age, Criminal Minors, Revision of Juvenile Act, Juvenile Perpetrators Aged 10-13

투고일 : 2019. 3. 29. / 심사일: 2019. 4. 9. / 게재확정일: 2019. 4. 21.

[참고문헌]

- 강경래, “미국소년사법의 새로운 전개”, 소년보호연구 제31권 제1호, 2018.
- 강지명, “형사미성년자에 대한 사법적 개입체계 정비방안”, 소년보호연구 제31권 제3호, 2018.
- 김성돈·강지명, 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계, 국회입법조사처, 2012.
- 김 혁, “소년법의 연령과 형사책임”, 형사정책 제28권 제3호, 2016.
- 김 혁, “정신장애 의심자의 책임능력 및 형사제재의 판단구조에 관한 소고”, 형사정책 제29권 제1호, 2017.
- 박상기·전지연, 형법학(총론·각론 강의) 제4판, 집현재, 2018.
- 박상식, “소년법의 연령하향과 처벌강화에 관한 소고”, 법학연구 제25권 제4호, 2017.
- 박찬걸, “형법상 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계”, 소년보호연구 제22호, 2013.
- 배종대, 형법총론 제11판, 홍문사, 2013.
- 법무연수원, 2017 범죄백서, 2018.
- 법원행정처, 법원실무제요 소년(보급판), 2014.
- 법원행정처, 2018 사법연감, 2018.
- 손정숙, “소년 강력범죄 대응 관련 입법 개선 방향”, 소년사법제도의 발전방향: 소년 강력범죄 대응과 보호처분 개선방안을 중심으로, 2018. 9. 3.자 법무부 세미나 자료.
- 신동운, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009.
- 오영근, 형법총론 제4판, 박영사, 2018.
- 이덕인, “형사책임연령 하향에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구 제23권 제1호, 2012.
- 장규원, “형사미성년자 연령 논의에 대한 고찰”, 소년보호연구 제31권 제3호, 2018.
- 정신교·차시환, “소년의 형사책임연령에 대한 재검토”, 법학연구 제22권 제4호, 2014.
- 정재준, “형사미성년자의 연령 인하 문제를 위한 제언”, 형사법연구 제24권 제1호, 2012.
- 최병각, “소년감정의 적용요건과 소송법적 효과”, 형사법연구 제12호, 1999.

카와이데 토시히로/황순평·김혁 역, 소년법, 박영사, 2016.

久木元伸 외, 少年法等の一部を改正する法律及び少年審判規則等の一部を改正する規則の解説, 法曹會, 2011.

堀内捷三, “責任の概念”, 西田典之·山口厚, 刑法の争点第3版, 有斐閣, 2000.

渡邊一弘, “少年の刑事責任能力”, 刑法雑誌51卷2号, 2012.

武内謙治, “少年法適用年齢の引下げ”, 法律時報87卷1号, 2015.

山中敬一, 刑法總論Ⅱ, 成文堂, 1999.

田宮裕·廣瀬健二, 注釋少年法(第4版), 有斐閣, 2017.

佐伯仁志, “少年法の理念一保護處分と責任一”, 猪瀬槇一郎 외(편), 少年法のあらたな展開, 有斐閣, 2001.

後藤弘子, “成人年齢の引下げ”, 法學教室423号, 2015.

Kerstin Konrad. et. al., “Brain Development During Adolescence: Neuroscientific Insights Into This Developmental Period, Deutsches Ärzteblatt International, Vol.110. No.25, 2013.

J. Eric Smithburn, Cases and Materials in Juvenile Law(2nd ed.), LexisNexis, 2013.

박수철, 형법 일부개정법률안(장제원의원 대표발의, 제9164호) 검토보고, 법제사법위원회, 2018.

법무부 보도자료, “2019~2023 제1차 소년비행예방 기본계획 수립 -청소년의 건강한 성장 지원을 위한 청사진 제시-”, 2018. 12. 19.

사회관계장관회의, “공감·배려형 민주시민 육성을 위한 학교 안팎 청소년 폭력 예방 대책(안)”, 2017. 12. 22.

http://ilyo.co.kr/?ac=article_view&entry_id=268271#close_kova(2018년 10월 17일 검색).

<https://www1.president.go.kr/petitions/1785>(2018년 10월 17일 검색).

<https://www1.president.go.kr/petitions/282903>(2018년 10월 17일 검색).

<https://www1.president.go.kr/petitions/294226>(2018년 10월 17일 검색).

[국문초록]

최근 주목을 끌만한 소년사건이 연이어 발생하면서, 형법상 형사미성년자의 연령 설정 및 소년법에 대한 여론의 불신이 깊어지고 있다. 소년 범죄에 대한 여론의 추이와 입법 동향을 한마디로 요약하면, 형벌 가능 연령층의 확대 및 형사제재의 강화라고 할 수 있다. 소년법은 별도의 연령 설정을 통해 입법 기술상 일률적으로 규정할 수밖에 없었던 형법 제9조의 책임연령기준을 보완함으로써 법익침해행위를 한 저연령자의 국가 개입의 범위 및 정도를 제한하는 동시에 확장하는 기능을 하고 있다. 즉 소년법은 보호처분 또는 형벌을 수단으로 실질적 책임능력이 있는 소년에게 자신의 행위에 대하여 반성과 반응을 요구함으로써 그들로 하여금 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 하는 법률이지, 소년에게 은전을 베푸는거나 소년이 아무런 형사처벌을 받지 않도록 그들을 보호하는 것을 목적으로 하는 법률이 아니다. 따라서 형사미성년자 및 소년 연령의 조정, 소년범죄에 대한 형벌 강화 등의 문제는 형법과 소법의 관계 및 기능을 염두에 두고 체계적으로 검토해야 할 문제라고 할 수 있다.

이러한 기준에서 살펴보면, 먼저 형사미성년자 연령을 하향 조정할 필요성은 인정되지 않는다. 과거에 비해 지금의 연소자가 사회에서 요구되는 정도의 통찰능력 또는 조종능력의 관점에서 상대적으로 뛰어나다거나 형벌적응성이 뛰어나다는 근거는 찾을 수 없기 때문이다. 또한 현재 그들의 법익침해행위가 양적·질적으로 심각하지도 않으며, 현행 연령 체계 하에서도 소년법에 따른 형사제재가 가능하므로 형사미성년자의 촉법행위에 대한 형법 및 소년법의 사회보호기능 역시 충분히 보장되고 있다. 나아가 연령에 따른 사물변별능력 및 의사결정능력의 성장도를 고려할 때 현행법상 소년 연령의 상한은 지나치게 낮게 설정된 측면이 있으므로, 성인과 다른 특별취급이 필요한 연령층을 지금보다 확장할 필요가 있다. 또한 행위 당시 18세 미만인 소년에 대하여 사형·무기형을 금지하는 것 자체는 타당하지만, 형법상 유기형의 상한이 상향 조정된 점을 고려할 때 완화되는 자유형의 기간 및 부정기형의 장·단기의 상한, 가석방의 기준에 대해서는 재검토가 필요할 것으로 생각된다.

[Abstract]

A Critical Review on the Resetting of Criminal Responsibility Age
and Discussion on the Revision of the Juvenile Act

Kim, Hyeok*

As juvenile offences have attracted attention recently, there is a growing distrust of public opinion regarding the criminal responsibility age and Juvenile Act. The public opinion and legislative trends on juvenile offences can be summarized as expanding the age group for criminal punishment and strengthening criminal sanctions.

The Juvenile Act complements the criminal minors provision in Article 9 of the Criminal Code by setting the age concerning juveniles separately from the Criminal Code. This restricts the scope and extent of state's involvement in those aged minors, as well as extends it. In other words, the Juvenile Act is not a law aimed at protecting them from receiving any criminal sanctions, but a law aimed at demanding reflection and reaction to their action by means of protective disposition or punishment. Therefore, the revision of Juvenile Act, such as adjustment of juvenile age and strengthening punishment, should be systematically examined with the relationship with the Criminal Code in mind.

From this point of view, the need to downgrade the age of criminal minors is not recognized. This is because there is no reason to judge that their judgment ability is mature enough or that they have more appropriate characteristics for punishment than those of the past. Also, crimes committed by them are not serious in quantity and quality comparing to those of the past, and criminal sanctions are possible under the Juvenile Act even under the current age system. On the other hand, considering the fact that the revision of the Criminal Code raised the period of imprisonment, the provisions of the Juvenile Act also need to be revised accordingly.

* Professor, Pukyong National University