

형사책임연령 하향에 대한 비판적 고찰 : 형사미성년과 촉법소년을 중심으로

이 덕 인*

국 | 문 | 요 | 약

소년에 의한 비행과 범죄의 증가현상을 저연령화라는 개념과 연결하여 주장하고자 하는 견해는 꾸준히 제기되어 왔다. 이에 더하여 폭력화, 심각화라는 특징들은 최근의 소년비행과 범죄를 규정하고 설명하는 일반화 개념으로 사용되고 있다. 그러나 연령과 소년비행 내지 소년범죄의 인과관계는 특정 사건에 대한 사회적 감정의 증폭이나 검증되지 아니한 가설에 의해 추정될 뿐 어떤 명확한 결론도 내려지지 아니한 상황이다. 이에 따라 본 논문에서는 우리 형법과 소년법 등 형사규범에서 형사책임연령을 규정하게 된 배경을 살펴보고, 구체적으로 연령 하향에 선행하여 검토가 요구되는 전제조건을 살펴보았다. 즉, 현행 형사책임연령제도에 대해 그 연혁과 제정 형법 등에 규정하게 된 이유와 실무상 판단기준 및 최근의 입법적 논의과정을 개관하고, 미성년 관련 규정의 정비와 현황에 대한 연구의 필요성을 제기하였으며, 국제사회의 국가별 형사책임 최소연령의 실태와 그 기준을 분석하였다. 더불어 촉법연령에 의해 저질러지는 범죄현상의 심각성에 대한 분석에 오류가 있다는 사실을 공식통계를 통해 확인하고 촉법소년을 향한 형사제재의 내실화에 관한 의문이 있고, 형사책임능력 요소에 대한 검증 가능성 역시 회의적이라는 결론에 도달하였다. 따라서 연령만을 낮추는 손쉬운 형사정책보다는 기존의 소년사법이 제시한 다양한 교육적 기능이 원활히 제 역할과 기능을 수행하고 있는지에 대한 반성적 성찰과 함께 실현 가능한 대안의 검토가 우선되어야 할 것으로 판단된다.

❖ 주제어 : 형사책임연령, 형사책임능력, 형사미성년자, 촉법소년, 저연령 소년범죄

* 부산과학기술대학교 경찰·경호계열 교수, 법학박사

I. 문제의 제기

어린 세대의 일탈행동은 인류의 진화와 함께 시대, 민족, 국가를 초월하여 언제 어디에서나 존재해 왔기 때문에 학교폭력을 비롯한 이들의 비행과 범죄 또한 어느 날에 와서 급증하게 되었다는 정보는 주관적이면서 제한적인 가설에 불과하다고 할 수 있다. 우리 사회에서도 소년에 의한 비행과 범죄현상이 사회적 논의의 쟁점으로 부각하게 된 것은 이미 오래 전부터의 일이었고, 그 때마다 되풀이하듯 심각성에 대한 경고와 단호한 대처를 요구하는 목소리는 사회적 여론으로 나타났다. 그러나 이와 같은 문제를 해결하기 위해 제시된 방안은 고작 특별단속을 통한 처벌의 예고와 그에 따른 검거가 전부였다고 판단된다. 최근에 와서도 지난 1995년, 대대적으로 경찰인력을 투입하여 벌였던 학교폭력 일제단속과 흡사한 학교폭력근절종합대책이 국무총리의 대국민담화 형식으로 발표된 바 있고, 이에 더하여 형법상 형사미성년과 소년법상의 촉법소년 등 형사제재가 가능한 연령규정을 낮추려는 움직임도 동시에 포착되고 있다.

그런데 이와 관련하여 형사제재의 한계연령을 낮추는 것은 결코 저연령층 소년범죄의 간단한 대증적 처방전이 되어서는 안 되며, 소년사법에 있어서 거론되는 다양한 문제들에 대해 의견의 수렴을 거쳐야 하고, 그에 따른 충분한 검토와 논의과정이 필요하다. 왜냐하면 이것은 단순히 소년범죄의 특정영역을 효과적으로 위하·제압하기 위한 실효성 여부뿐 아니라 형사책임주의의 목적과 소년보호의 과제가 교차하는 영역에 중대한 변경을 가져오기 때문이다. 따라서 이 논문에서는 이와 같은 논의에 보탬이 될 수 있도록 형사책임의 연령규정에 대한 사적 배경을 살펴보고, 연령 하향의 전제조건으로써 촉법소년에 의해 저질러지는 범죄현상과 그에 대한 법적 대응의 현실 등을 검토하여 연령 변경의 실익과 정당성을 논증해 보기로 한다.

II. 형사책임연령의 사적 배경에 대한 비교법적 검토

1. 로마법시대의 형사미성년에 대한 형사책임능력

가. 성숙도 판단의 기준

서구사회에서 연소자의 형사책임능력에 대한 규정은 기원전 450년 편찬된 고대 로마의 12표법(*lex duodecim tabularum*)에서 처음으로 발견된다. 원래 12표법상 해당규정은 형사처벌을 위한 것이 아니라 사법상의 행위능력을 제한하려는 취지에서 14세에 도달하지 아니한 자를 미성숙자(*impuberes*)로 보았는데,¹⁾ 이후 성숙도의 판단에는 남성은 ‘생식가능성’, 여성의 경우는 ‘결혼적합성’이라고 하는 신체적 조건이 고려되었다.²⁾ 후기 로마시대에 들어 미성숙자는 7세 이상 14세 미만 남성과 12세 미만 여성을 통칭하는 것이었다. 연령에 있어서 이와 같이 남녀별 차이를 둔 이 유는 생식능력에 대한 성차를 인정하였기 때문이다.³⁾

그런데 7세 이하 유아(*infantes*)는 변식능력(*capax consilii*)이나 의사능력을 포함한 하등의 이해력이 없는 것으로 취급되었다. 왜냐하면 이들 연령은 특히 일정수준의 어휘와 문법에 적합한 언어구사를 할 수 없는 ‘언어능력이 없는 자(*qui fari non potest*)’⁴⁾로 간주되어 형사책임이 부정되었기 때문이다.⁵⁾ 원래 유아기의 종료시점이 절대적인 것은 아니었으나,⁶⁾ 유스티니아누스 대제(*Justinianus I*)는 만 7세를 일

1) 12표법의 제5표(*Tabula V*)에 나타나는 관련 규정은 상속 및 재산권의 내용에 있어서 유언상속의 가능연령에 대해 오늘날 민법상 미성년자와 유사한 연령기준을 제시한 것이다. Alan Watson, *The Digest of Justinian Vol.3*, University of Pennsylvania Press, 2008, p.107.

2) 渡邊一弘, 少年の刑事責任: 年齢と刑事責任能力の視点から, 2006, 59頁.

3) 일반적으로 여성의 경우 만 12세 이상이면 회임이 가능하였기 때문에 성숙자로 보는 관행이 굳어졌다. 그러나 남성은 신체적인 생식능력 유무를 개별적으로 정해야 한다는 견해와 만 14세를 기준으로 해야 한다는 견해 및 만 14세에 달하고 사실상 생식능력을 가져야 한다는 절충적 견해가 각각 대립하였는데 이와 같은 다툼을 유스티니아누스는 일률적으로 14세 연령 도달 여부로 입법화하였다.

4) Henry John Roby, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, Cambridge University Press, 2011, p.87~88.

5) T. E. James, “The Age of Majority”, *The American Journal of Legal History*, Vol.4, No.1, Temple University, 1960, p.24.

6) Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Supplementbd. XIV, Aelius-Zone,

를적인 경계로 설정하였다.⁷⁾

나. 미성숙자에 대한 무죄추정과 반증

7세 이상 14세 미만 미성숙자의 처우에 있어서는 ‘유아기에 가까운 미성숙자(impuberes infantia proximi)’와 ‘성숙기에 가까운 미성숙자(impuberes pubertas proximi)’로 구분하여, 전자에게는 형사책임능력(doli capax)이 없다고 보아 국가형벌권은 개입하지 않았지만,⁸⁾ 생사여탈이 가능했던 가부장권(patria potestas)에 의해 처벌되는 사례는 있었다. 그러나 후자는 일단 형사책임이 인정되었는데,⁹⁾ 이와 같은 유죄추정은 범죄의 유형과 정도 등을 고려한 반증에 의하여 깨어질 수 있었다.

로마법에서는 연령별로 일률적인 법령 구분의 기준을 확정하고, 성숙도에 있어서 상한·하한에 따라 개별적인 법적 판단이 내려졌다는 사실을 보여준다.¹⁰⁾ 또한 오늘날 형사책임연령이 미성년자의 지적 발달을 중요시하는데 대해, 당시에는 신체적인 성숙도가 행위능력 제한연령대를 구별하는 우선적인 기준으로 작용하였다는 점도 확인할 수 있다.¹¹⁾ 이와 같은 단계별 연령 기준에 따라 형사책임능력을 판단하는 방식은 이후로 영미법계 국가의 형사책임연령에 내재하게 되었고, 대륙법계 국가들에 대해서도 일정한 영향을 주게 된다.

Stuttgart, 1974, S.571 참조.

7) Meier/Rössner/Schöch, *Jugendstrafrecht* 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2007, §2 Rn.4 참조.

8) 정진수 외, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 서비스 개선방안(II), *한국형사정책연구원*, 2004, 145면.

9) Christine F. Salazar·David E. Orton, *Brill's New Pauly: encyclopaedia of the ancient world. Antiquity*, Brill, 2006, p.472; Thomas Crofts·Wayne Thomas Crofts, *The Criminal Responsibility of Children and Young Persons: A Comparison of English and German Law*, Ashgate, 2002, p.270.

10) 渡邊一弘, 앞의 책, 64頁.

11) Thomas Crofts, 앞의 책, p.84.

2. 영미법계 국가의 형사미성년에 대한 형사책임능력

가. 영국

고대 영국에서는 남녀 구분 없이 7세 이상 10세 반(11세) 미만 자의 형사책임능력은 부정되었으나, 10세 반 혹은 11세를 넘어서면 '성숙연령에 가까운 연령(*Aetas pubrtatis prorima*)'으로 추정되었다. 그러나 이 연령층에 대한 형사책임능력 판정은 재판관의 재량에 맡겨져 있었을 뿐만 아니라 유죄가 선고되더라도 반드시 정구의 형벌(*poena ordinaria*)이 부과되는 것은 아니었으며, 재량에 의해(*ex arbitrio judicis*) 감형되기도 하였다.¹²⁾

그런데 13세기 무렵부터 형사책임연령의 기준이 7세로 굳어지게 되면서 형사책임무능력에 대한 추정연령도 그 상한과 하한을 7세 이상 14세 미만으로 조정하게 되었다. 이 연령대 소년의 무죄추정(*doli-incapax*)은 이후 영국을 비롯한 영연방 국가의 형사미성년 판단기준에 뿌리를 내리게 된다. 이렇듯 영국에 있어서 형사책임연령이 낮은 이유는 19세기 후반까지 어린이를 어른의 소유물 혹은 '축소된 성인(*miniature adult*)'으로 취급했던 당시의 사회적 인식과도 무관하지 않은 것 같다.¹³⁾ 즉, 5~6세 이하 어린이들은 부모의 소유물로서 다른 재화와 마찬가지로 재량에 의해 다루어졌으며, 5~6세를 지나면 노동의 책임을 비롯한 성인에게 부과된 대부분의 책임과 몇 가지 권리를 가지는 법적 인격으로 인식되었다.¹⁴⁾ 이에 따라 7세 이상이면 형사책임도 부담할 수 있는 것으로 추정하고, 그 상한범위를 14세까지로 설정하였던 것이다.

나. 미국

미국은 주에 따라 형사미성년의 연령을 달리 규정하거나 이러한 한계연령

12) Matthew Hale, *The history of the Pleas of the Crown*, 2 vols, 1736, Vol.1, p.17~20.

13) David F. Bjorklund·Carlos Hernandez Blasi, *Child & Adolescent Development: An Integrated Approach*, Cengage Learning, 2011, p.9

14) John T. Whitehead & Steven P. Lab, *Juvenile Justice: An Introduction, seventh ed.*, Anderson publishing, 2012, p.29~30.

(criminal capacity)이 존재하지 않는 경우도 있다. 예컨대 형사미성년과 관련하여 1840년, 영국 보통법(common law)을 채용한 텍사스주의 경우를 살펴보면 기본적으로 범죄자에 대한 취급에 있어서 성인과 어린이에 큰 차이를 두지 않았던 것으로 보인다. 당시 형사책임연령은 7세 이상으로 규정되었는데,¹⁵⁾ 구두를 절도한 10세 소년에 대해 사형판결이 내려진 기록으로 미루어 볼 때,¹⁶⁾ 대체로 어린이에 대해서도 엄격한 형벌이 적용되었던 것을 알 수 있다. 1856년에 이르러 텍사스주는 형사책임연령을 7세에서 9세로 높였다.¹⁷⁾ 그러나 일반적으로 보통법 아래 ‘악행’이 행해졌다는 것에 관하여 사실적 인식이 있다고 확정할 정도로 성숙하다는 명백한 증거가 없는 한 14세 이하 자의 범위반에 대해 형사책임을 물을 수 없었다.

이후 미국 대부분의 주에서는 7세 이하 자의 범법행위는 위법성 인정에 필요한 ‘범의[mens rea(guilty mind)]’¹⁸⁾ 형성이 불가능한 것으로 보아 형벌을 배제하였다. 현재에도 연방차원의 명문규정은 없으나, 하한연령을 두고 있는 주들은 7세 이상 14세 미만의 소년에 대해 반증추정(rebuttable presumption)에 따라 범의의도의 형성을 부정하지만,¹⁹⁾ 소추자가 특정 소년에 대한 범의의 형성을 입증할 경우 처벌할 수 있다.

15) 보통법상의 7세라는 연령은 ‘이성의 나이(age of reason)’를 의미하는 것으로 이를 형사책임기준의 최저한으로 설정한 것은 로마시민법의 영향이라고 할 수 있다. Thomas J. Gardner·Terry M. Anderson, *Criminal Law*, Cengage Learning, 2011, p.110.

16) Douglas A Hager, “Does The Texas Juvenile Waiver Statute Component With The Requirement Of Due Precess?”, *Texas Tech Law Review* Vol.126, 813, 1995, p.14.

17) Beth Wilbourn, “Waiver Of Juvenile Court Jurisdiction : National Trends and The Inadequacy Of The Texas Response”, *American Journal of Criminal Law*, Vol.23, 633, 1996, p.103

18) 이에 대해 자세한 것은 Paul Bergman·Sara Berman, *The Criminal Law Handbook: Know Your Rights, Survive the System*, Nolo, 2011, p.254; Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure*, Cengage Learning, 2011, p.55

19) Emily M. Douglas, *Mending broken families: social policies for divorced families : how effective are they?*, Rowman & Little field, 2006, pp.117 참조.

3. 대륙법계 국가의 형사미성년에 대한 형사책임능력

가. 독일

1) 연혁

독일에 있어서 소년에 대한 유책성 평가의 문제는 중세와 계몽기에 볼 수 있었던 ‘성인형벌의 감경단계’, 1871년 제국형법에 채용된 ‘변식능력을 중시하는 평가방법의 단계’를 거쳐 현재에는 ‘생물학적·심리학적 방법의 단계’라는 경과과정을 거쳐 왔다고 할 수 있는데, 이미 중세시대부터 소년관련 형법규정의 근거에는 유년자의 정신적 미성숙에 대한 이해가 존재하고 있었다.²⁰⁾ 1813년 바이에른형법(Bayerische StGB)은 8세 이하 어린이에 대해 모든 형벌을 면제한다고 규정하였으나(제120조), 1871년의 제국형법(RStGB)은 이를 12세로 상향하였다(제55조 제1항). 이와 같이 12세를 기준으로 하게 되었던 주된 이유는 12세 미만자에게는 행위의 가별성에 대한 이해와 인식에 요구되는 변식능력(선악변별능력)이 없다는 점에 기인한 것이다.²¹⁾ 그러나 형벌이 면제되더라도 일정한 개선 및 감독처분은 부과되었다.²²⁾

1920년대 초반부터 사회적으로 확대되었던 소년보호의 이념은 1923년, 제국형법상 소년범죄자에 대한 처벌규정(RStGB §.55~§57)을 분리하여 소년법원법(Jugendgerichtsgesetz für das Deutsche Reich: RJGG)을 제정하게 된다. 이 법에 따라 12~13세 어린이에 대한 형벌면제가 가능하게 되었는데, 이는 당시 의무교육을 종료하고 사회에 나가는 평균 연령인 14세를 책임능력 연령의 기준으로 상향한 것이다. 그런데 소년보호의 낙관론이 나치정권에 의해 퇴조하게 되자 소년법원법을 개정하여 형식적으로는 형사미성년 연령을 변경하지 않았으나, 그 기준을 상대화하게 되었다. 즉, ‘비행의 중대성’을 이유로 국민의 보호가 형법상의 처벌을 요구하는 경우에는 예외적으로 12세의 아동에게

20) 특히 중세독일의 1532년 카롤리나형법(Constitutio Criminalis Carolina: CCC) 제179조에도 이와 관련된 규정이 나타난다.

21) 이와 관련하여 오래 전부터 독일의 일반적인 취학연령은 만 6세이며 현재 의무교육기간은 9년이지만, 제국형법 제정당시에도 초등학교과정(4년)을 마친 후 11세를 기준으로 하우스프트슐레(Hauptschule), 레알슐레(Realschule) 또는 김나지움(Gymnasium) 진학을 구분하여 해당 어린이의 진로가 결정되는 점도 참작되었을 것이다.

22) 주호노, “소년의 형사책임에 관한 연구-형사책임능력을 중심으로.”, 『법조』 제651호, 2010, 53면.

도 답책성을 인정하도록 한 것이다(제3조 제2항 제2문).²³⁾ 제2차 세계대전 이후 개정된 소년법원법(JGG)은 형사책임능력의 연령대를 소년법원법 제정 당시의 수준으로 다시 복원시켰고,²⁴⁾ 이 연령은 현재까지 유지되고 있다.

2) 입법적 변천경과

바이마르시대인 1919년의 형법초안(Entwurf zum Strafgesetzbuch)은 형사미성년을 14세로 상향하였고(초안 제9조 제1항 제1호), 이를 통하여 해당 연령에 이르지 아니한 아동에 대한 형사상 귀책능력을 부정하고자 하였다(제129조).²⁵⁾ 그런데 이 형법초안은 1909년 예비초안의 영향을 받은 것이다. 제국형법 개정을 위한 최초의 초안으로 평가되는 이 예비초안에서 아동의 기준연령은 12세에서 14세로 상향 규정하면서(예비초안 제68조),²⁶⁾ 그 이유에 대하여 이 시기의 아동은 아직 도덕적·정신적으로 미숙하다는 점, 만 14세까지 대부분의 자는 학업생활을 종료하고, 성인(직업인)으로서의 생활에 들어간다는 점, 대부분의 국민이 형법상 유책성의 개시시점으로 아동기의 종료시점과 시민적 성숙의 제1단계의 기점을 일치시켜 생각한다는 점, 이 연령대 아동은 수형생활에 적합하지 아니하다는 점 등을 거론하고 있다.²⁷⁾ 이외에도 여러 차례 형법개정을 위한 준비 작업에서 형사미성년의 연령을 조정하려는 노력이 전개되었으나,²⁸⁾ 형법개정이 이루어지지 않아 형법상 미성년연령은 소년법상의 규정보다 뒤에 변경되었다.

23) Reichsjugendgerichtsgesetz(RGB1), 1943 I S.639; Joecks/Mietbach(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, 2005, §19 Rn.4.

24) Meier/Rössner/Schöch, 앞의 책, §2 Rn.13.

25) 渡邊一弘, 앞의 책, 120頁.

26) Jan Schady, Die Praxis des Jugendstrafrechts in der Weimarer Republik: Die Umsetzung des Jugendgerichtsgesetzes von 1923 im Spiegel der Statistiken und Akten, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen(NF) Band 42, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, S.23f

27) 즉, 독일에서 14세라고 하는 형사책임연령이 제안된 배경에는 정신적·도덕적인 발달 성숙의 개념에 의한 기초 마련과 당시 독일에 있어서 취학종료연령이나 직업인에 대한 사회적 평가 등이 복합적으로 내재되어 있었기 때문이다. 渡邊一弘, 앞의 책, 109頁, 132~133頁 각 참조.

28) 형사미성년자의 연령기준과 관련하여 1911년 대안(제15조)과 라이히 정부에 의한 1913년 위원회 초안(제25조)에서도 각각 행위당시 14세 미만자의 형사책임을 면제하도록 하고 있다. 이에 관하여 자세한 내용은 渡邊一弘, 앞의 책, 107~126頁 참조.

3) 형사미성년자의 답책성

현행 독일형법(StGB) 제19조가 14세 미만을 일률적으로 형사미성년자로 규정한 이유에 대해서는 이 연령에 이르지 아니한 자는 규범적으로 형벌에 친숙하지 않고, 또한 예방의 관점으로부터도 과형의 필요성이 없다고 하는 이유로부터 답책성이 조각된다고 하는 해석이 주목받는다.²⁹⁾ 이와 같은 답책성(Verantwortlichkeit)에 관하여 독일소년법원법 제3조는 “소년은 그 자가 행위당시 그 도덕적 및 정신적 발달에 의해 충분히 성숙한 경우에 있어서 행위불법을 인식하고, 한편, 그 인식에 따라 행위 하였다고 인정될 때는 답책성이 있다”고 규정하고 있다.³⁰⁾ 달리 표현하면 도덕적·정신적 발달, 즉 사회적 성숙도가 충분하지 않는 경우는 형법적 답책성이 없게 되는 것이고, 그것이 소년에 대한 특별한 답책조각사유가 된다는 것이다.³¹⁾ 독일에서는 일반적인 형사책임능력이 비난가능성을 중심으로 하는데 대해 영미법계에서는 이러한 소극적 인식가능성에 더하여 위법행위에 대한 적극적인 반응(Response)을 요구하는 점에서 차이가 있다.³²⁾ 따라서 독일의 경우는 이와 같은 난점을 해결하기 위해 소년의 형사책임능력에 관해서는 답책성 조각이라는 개념을 상정한 것이 아닌가라는 판단이 든다.

이와 함께 14세 미만의 어린이에게는 복지법이나 가족법은 적용되지만, 그것이 일종의 아동형법화(Kinderstrafrecht)되어서는 안 되고, 아울러 14세 이상을 소년으로 하고 있는 형사책임연령(소년법원법 제1조 제2항, 제3조)을 낮출 필요성 역시 발달심리학이나 범죄학상에도 존재하지 않는다는 견해가 있다.³³⁾

29) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, C. H. Beck, 2. Aufl., 1994, S.752.

30) 소년범죄의 책임판단에 있어서 답책성의 의의에 대해서는 塩盛俊明, “刑事責任能力と答責性概念-ドイツにおける刑法と少年刑法の交錯”, 『広島法学』 30卷1号, 2006, 168頁 이하 참조.

31) Hans Joachim Schneider, Kriminologie Jugsstrafrecht Strafvollzug, C. H. Beck, 1976, S.331.

32) 영미권에서 일반적으로 책임을 지칭하는 단어는 ‘Responsibility’이고, 독일어권에서는 ‘Verantwortung’이다. 양자의 개념은 책임이 의미하는 양면성을 포괄하는 것으로 과거와 현재, 그리고 미래를 구분하지 않고 사용되고 있다. 그런데 독일에서는 범죄에 대한 비난으로서의 책임을 일반적인 책임이라는 용어 대신 ‘Schuld’라는 단어로 설명하며, 이는 행위자 스스로 자기 행위의 규범위반을 인식하고 그에 따라 적법행위를 할 수 있는 가능성이 있었으나 불법행위를 한 데 대한 비난가능성으로 이해한다. 그러나 영미에서는 독일의 ‘Schuld’라는 단어에 대응하는 개념으로 ‘Guiltness’라는 단어가 있으나 이를 사용하기보다는 형사책임에 있어서도 동일하게 ‘Responsibility’를 사용한다.

나. 일본

1) 연혁

고대 율령국가시대로부터 근대에 이르기까지 일본은 형사미성년의 연령을 7세로 규정하였다.³⁴⁾ 그런데 최초의 근대형법인 1880년 일본 (구)형법(태정관포고 제36호) 제79조는 전통적으로 유지되어 왔던 형사미성년의 연령을 12세 미만으로 상향하게 된다.³⁵⁾ 그러나 (구)형법은 시행과 동시에 당시 일본의 국가실정에 부합하지 않는다는 비판 아래 개정이 준비되었고 이에 따라 제출된 1882년 사법성개정안에서는 (구)형법보다 2살을 하향하여 범행당시 10세 미만자의 죄를 논하지 않는다는 규정을 두었다. 아울러 1891년 제1회 제국의회에 제출된 형법개정안(제74조)과 최종적으로는 1895년 형법초안(刑法草案)에서도 10세 미만자의 행위를 범죄로 논하지 않도록 되어 있다(제53조).³⁶⁾

이후의 형법개정 논의에서 일정연령을 기준으로 형사미성년을 규정하려는 태도는 만 14세와 만 15세를 놓고 대립하였다. 당초 1899년 형법기초위원회의 초안은 15세로 기준으로 하는 규정을 두었으나(제53조),³⁷⁾ 1900년 제15회 제국의회에 일본정부가 제

33) Bernd-Rüdeger Sonnen, Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? In: DVJJ-Journal Juni 2002, S.116ff.

34) 물론 에도시대(江戸時代)의 형사미성년연령은 15세 이하로 되어 있었으나, 이는 전적으로 형벌이 면제되는 것이 아니라 사형만을 면제하는 연령이었다. 이와 관련하여 船山泰範, 刑法学講話(総論), 2010, 236頁 참조.

35) 그 배경에는 19세기 독일, 프랑스에서 주장되었던 형사책임의 분화에 의한 형벌의 개별화 사상이 신봉하였으며, 당시 형법제정에 관여했던 프랑스인 보아소나드(Gustave Emile Boissonade)의 특단의 배려가 있었다. 이와 함께 14세가 되면 곧바로 20세 이상의 성인과 같은 수준의 형사책임이 부과된다는 생각 역시 당시로서는 부자연스럽다는 점이 연령조정에 일조하였다.

36) 그런데 이와 같이 일본(구)형법과 현행형법 개정과정에서의 특징은 절대적 미성년과 상대적 미성년을 형법에 동시에 포섭하려고 했던 점에 있다. 그러나 연령에 대응하여 단계별로 책임능력을 규정하려는 입법화 시도가 결과적으로 성공하지는 못하였다.

37) 이러한 대폭적인 상향은 당시 법의학자이자 의대 교수였던 카타야마(片山国嘉)와 교정학자였던 위원 오가와(小河滋次郎)의 주장에 힘입은 바 크다. 즉, 카타야마는 15세가 되어야 변별에 따라 행동할 능력, 위법한 행위를 하지 않도록 자기를 통제할 수 있는 능력이 갖추어질 수 있다고 보았고, 오가와 역시 당시 범죄자의 증가 원인을 유년범죄자에 대해 무조건적으로 형벌을 남용한 결과라는 사실을 지적하였다. 이와 관련하여 内田文昭也(編), 刑法(明治 40年)(2): 日本立法資料全集 21卷, 1993, 430, 435頁 각 참조.

출한 법전조사회 제3부 작성 개정안에서는 14세를 기준으로 형사미성년을 규정하였고,³⁸⁾ 이 규정이 1908년부터 시행된 현행 일본형법에 그대로 수용된 것이다.

2) 형사책임능력과 촉법연령에 대한 학설의 동향

형법상 책임능력에 대해 일본의 통설은 사물의 시비·선악을 변별하고, 그에 따라 행동하는 능력으로 판단한다.³⁹⁾ 따라서 책임능력이 없는 자에게는 그 행위를 비난하지 못하고, 형벌을 과하는 의미 역시 없다는 것이다. 이에 따라 일본형법 제41조는 14세 미만의 자를 일률적으로 책임무능력자로 규정하고 있다. 왜냐하면 14세 미만의 자는 정신적 발육이 미약하여 시비변별능력이나 행동제어능력을 충분하게 구비하고 있다고 말할 수 없고,⁴⁰⁾ 이와 같은 연소자에 대해 형벌을 가하는 것은 정상적인 정신적 발육을 저해할 위험성이 크다는 사실이 고려되었기 때문이다.⁴¹⁾

그런데 14세 미만인 촉법소년(일본소년법 제3조 제1항 2호)에 대해 책임능력이 필요한 것인지를 두고 논란이 있다. 학설상 이 연령대의 소년에게도 일정한 책임능력을 인정해야 한다는 견해는 아래의 논거를 든다.⁴²⁾ 첫째로, 형사책임연령은 일종의 법의 의제라고 생각할 수 있다는 것이다.⁴³⁾ 즉, 14세라고 하는 연령은 구체적으로 행위의 시비를 변별하고, 그 변별에 따라 행동을 제어할 수 있는 능력이라고 하는 것만을 표준으로 할 경우에는 오히려 높은 기준이라는 것이다. 둘째로, 실제의 능력이 자기 행위의 시비를 변별할만한 것이 아닌 경우에는 그것은 인격 있는 사람의 의식행동으로 볼 수 없다는 것이다.⁴⁴⁾ 따라서 이러한 소년을 형벌 유사한 불이익

38) 田宮裕·廣瀬健二(編), 注釈少年法 改訂版, 2001, 14-15頁.

39) 大谷實, 新版 刑法講義總論, 2000, 340頁; 前田雅英, 刑法總論講義, 2006, 375頁.

40) 川端博, 刑法總論講義, 2006, 407頁.

41) 川崎一夫, 刑法總論, 2004, 219頁 이하 참조.

42) 촉법소년의 경우에도 형사책임연령 이외의 다른 요건이 필요하다는 주장으로는 内園盛久·今井俊介·西岡清一郎, “少年審判手続における非行事実認定に関する実務上の諸問題”, 『司法研究報告書』 37輯 1号, 1987, 주15) 16頁; 東海林保, “少年保護事件における責任能力をめぐる諸問題”, 『家庭裁判月報』 48卷 4号, 1996, 주10) 16頁 각 참조.

43) 동일한 견해로 船山泰範, “犯罪少年と責任要件: 少年法—その実務と裁判例の研究—”, 『判例タイムズ』 6号, 判例タイムズ社, 1979, 주50) 80頁; 佐伯仁志, “少年法の理念—保護処分と責任—”, 猪瀬慎一郎·森田明·佐伯仁志(編), 少年法のあらたな展開—理論·手続·処遇, 2001, 주36) 39-40頁 각 참조.

처분인 보호처분에 부치는 것은 타당하지 않다는 것이다. 그렇기 때문에 책임능력 필요설에서는 14세 미만 소년에 대해서도 ‘실질적인 책임능력’이 필요하다고 주장하며, 이것은 ‘행위의 책임을 변별할 만하는 능력’을 의미한다고 해석해야 한다는 것이다. 그런데 이와 같은 ‘실질적인 책임능력’의 정도는 형법학에서 의미하는 일반적인 책임능력보다 낮은 상태가 상정된다고 할 수 있다. 이에 대하여 책임능력불요설의 입장에서는 형사책임연령으로부터 당연하게 불요라고 해석되어야 한다는 점을 지적하고 있다. 그러나 촉법소년에 있어서 책임능력 이외의 다른 책임요소가 필요한 지에 대해서는 불요라고 판단하는 것이 타당하다고 한다.⁴⁵⁾

III. 형사책임연령 하향 검토의 전제조건

1. 우리나라 형사책임연령제도의 개관

가. 연혁

조선시대의 형사규범인 대명률(大明律)은 7세 이하에 대해 반역죄를 범한 경우를 제외하고는 형을 과하지 아니하였다.⁴⁶⁾ 한말에 이르러 근대적인 형법으로 평가되는 형법대전(1905)에는 형사미성년의 연령을 구체적으로 명시하고 있지 아니하나 “8세 이상 18세 미만자가 犯罪 時는 本律에 1等を 減 息이라”고 하는 규정(제 143조)을 둔 것으로 미루어 볼 때, 8세 미만을 형사미성년으로 간주하여 처벌하지 않으려 했던 것으로 판단된다.⁴⁷⁾ 이후 1912년부터 시행된 조선형사령(朝鮮刑事令)에 따라 일본형법이 한반도에서도 효력을 가지게 되면서 14세를 절대적인 기준으로 하는 형사미성년의 연령이 우리 사회에도 정착되었고, 대한민국 정부 수립으로 형법이 제정되어 현재에 이르기까지 형법상 형사미성년의 연령은 14세 미만으로

44) 東海林, 앞의 논문 주10) 18頁 참조.

45) 小西曉和, “非行少年と責任能力(2)”, 『早稲田法学』 85卷 4号, 2010, 16~17頁.

46) 조지만, 조선시대의 형사법-대명률과 국전-, 2007, 286면 주24) 참조.

47) ‘소학교령(1895)’에는 당시 서당의 취학연령을 8세 이상으로 하고 있었다.

규정되고 있다(형법 제9조). 그런데 형법제정 당시 형사미성년 규정에 대해서는 독 회과정에서 별다른 논의 없이 원안대로 가결되었다.⁴⁸⁾ 이 조문과 관련하여 구체적인 입법정보를 구할 수는 없으나, 다만 1951년의 형법 정부초안은 조선형사령에 의해 통용되었던 일본형법상의 형사미성년연령과 동일하게 14세로 규정하면서 조문의 규정형식과 내용은 당시 스위스형법의 체계와 유사한 형태를 취하였다.⁴⁹⁾

소년법상 촉법소년의 연령은 1963년 7월, 국가최고재건회의가 소년법을 일부개정하면서 소년법 제4조에 12세 이상 14세 미만이라고 처음으로 명시하게 된 것으로 구체적인 배경에 대해서는 제안이유 및 제안내용 등에 언급되어 있지 아니하다.

나. 14세 기준을 취한 제정형법상 이유

그런데 앞서도 살펴보았듯이 독일이 제국형법상 형사미성년의 연령을 14세로 상향 조정하게 된 것과 일본에서 소년법을 제정하는 과정에서 14세를 기준으로 하게 된 배경에는 각각 제1차 세계대전과 러일전쟁이라는 전시상황 혹은 종전 직후의 증가한 소년범죄가 직·간접적 요인이 되었다. 즉, 모든 소년범죄를 처벌할 수 없었던 현실적 사정이 형사미성년의 연령기준을 결과적으로 상향하는 일 원인이 되었을 것이다. 우리의 경우도 형법제정에 이르는 과정에는 한국전쟁이라는 불안정한 사회적 현실이 맞물려 있었다. 따라서 부모형제를 잃은 결손소년들의 범죄는 추계할 수 없을 만큼 많았던 점과 1948년 소년법안을 제안하고도 1950년 5월 30일 민기만으로 폐기되었던 점, 그리고 제정형법의 성격이 전반적으로 국가혼란기를 타개하기 위하여 도의적 책임론에 기초한 강한 윤리적 특성을 내포하고 있지만 소년범죄자를 포함한 형법상 형사미성년에 대해서는 책임비난의 전제조건을 도의적 책임론이 사회적 책임론에 자리를 양보할 타도 하나의 이유였을 것이라고 생각된다.⁵⁰⁾⁵¹⁾

48) 제16회 국회임시회의의 10차 회의 형법제정안에 대한 제2회 독회에서 언급된 내용에 대해 신동운(편), 형법 제·개정자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 140~141면 참조.

49) 한상훈, 명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2009, 56면.

50) 이와 관련하여 신동운·허일태(편), 효당엄상섭 형법논집, 2003, 136~138면 참조.

51) 여기에 부언하여 한 가지 의문이 제기된다. 그것은 형법 제9조와 형법 제305조의 관계를 비교해 볼 때, 형법제정과정에서 형사미성년의 연령은 14세로, 미성년자에 대한 간음·추행죄의 성관계동의연령을 13세 미만으로 각각 달리 규정해 둔 이유에 대한 것이다. 책임능력을 사물변별능력과 의사결정능력의 결합으로 이해할 때 성관계에 대한 동의 역시 그와 같은 행위에 대한 변별과 자기

다. 실무상 판단기준

우리 형법의 형사책임연령은 호적, 가족관계증명, 주민등록 등 서류상의 연령과 무관한 실제연령을 기준으로 한다. 왜냐하면 이들 서류의 기재사실은 진실에 부합하는 것을 추정할 따름이기 때문이다.⁵²⁾ 그러므로 형사미성년 여부는 생물학적 방법에 의해 확일적으로 결정되는데, 14세가 되지 아니한 자에 대하여는 개별적인 지적·도덕적 또는 성격적인 발육상태를 고려하지 않고 절대적 책임무능력자로 간주한다. 즉, 형사미성년은 사물을 변식하고 통제할 능력이 없거나 그 변별에 따라 행동할 능력이 없다는 것을 가정하고 있으며, 책임이 조각되므로 처벌하지 않는다. 따라서 책임능력을 전제로 한 형벌이나 책임능력을 전제로 하지 않는 보안처분도 가할 수 없으나 소년법에 의한 보호처분은 가능하다.

라. 형사책임연령 하향 조정을 위한 입법적 논의

소년범죄가 저연령화되고 있다는 주장은 이미 2007년 3월 발표된 법무부의 ‘촉법소년의 선도와 비행예방을 위한 종합대책’에서도 제기된 바 있었고, 이에 근거하여 소년법 개정이 추진되었다. 이 과정에서 법무부는 저연령 소년의 범죄가 증가하고 있으며, 살인, 강도 등 강력범죄가 심각하다는 점을 촉법연령 하향의 주요 근거로 제시하였다. 당시 연령 하향에 대한 찬성의견도 있었으나,⁵³⁾ 국가인권위원회의 반대의견⁵⁴⁾과 공청회 등에서 제기된 문제점에도 불구하고,⁵⁵⁾ 촉법연령은 기존의

결정에 따른 선택이라고 한다면 양자의 연령은 동일하게 규정하는 것이 타당한 일이다. 왜냐하면 일반적인 행위주체로서의 형사미성년과 형법 제305조와 같이 행위객체로서의 미성년자가 사물을 변별하고 의사를 결정하는 데 있어서 근본적인 차이를 보이는 것은 아니기 때문이다.

52) 대법원 1968. 4. 30. 선고 67다499판결 참조.

53) 원혜옥, “법무부 소년법개정안의 개요”, 소년법개정안 공청회 자료집, 법무부, 2007, 8~9면; 찬성의견은 초발비행의 시기가 빨라지면 비행이 상습화될 위험성이 크고, 12세 미만자에 대한 요보호성을 인정할 만한 소년의 증가 추세, 위법행위를 저지른 소년에 대해 비행의 조기발견과 조기처우가 중요하다는 점을 들고 있다. 임상규, “소년범죄의 합리적 처리방안”, 『형사법연구』 제17권, 2002, 237면 이하 참조.

54) 국가인권위원회 2007년 10월 18일자 보도자료 참조.

55) 박미숙, “법무부 소년법개정안 토론문”, 소년법개정안 공청회 자료집, 법무부, 2007, 65면; 최중식, “소년법개정논의에 관한 비판적 검토”, 소년법개정안 공청회 자료집, 법무부, 2007, 187면; 반대건해는 초발비행자에 대한 소년사법제도의 조기대응 기반이 미흡하고, 소년법상 보호처분의 확대는

12~14세에서 10~14세로 하한 연령이 2세 낮추어지는 입법으로 정비되었다. 그러나 개정 후 법원 소년부의 실무를 담당하는 법관의 입장에서도 현행 소년법은 촉법소년 등의 하한연령만을 낮추었을 뿐 이들에 대한 처우와 관련하여 추가적인 대책이 마련되지 않았음이 지적된 바 있다.⁵⁶⁾ 이와 같은 소년법 개정은 겉으로는 “처벌 위주에서 교화·선도 중심으로”를 내세우면서 실제로는 형벌권의 강화만을 도모한 것이라고 할 수 있다.⁵⁷⁾

아울러 2011년 11월 11일, 학교 성폭력 처벌의 실효성을 높이기 위해 형사미성년 연령을 12세로 낮추는 내용의 형법 개정안이 발의되어 있고,⁵⁸⁾ 이와 동시에 개정 후 불과 2년이 채 지나지 아니한 소년법상 촉법연령 또한 ‘만 10세 이상 12세 미만’으로 조정하도록 하는 개정안도 제안되어 있다.⁵⁹⁾

2. 미성년 관련 규정의 정비와 실태에 대한 연구 분석

아래의 [표1]이 보여주는 바와 같이 우리 규범체계에서 법적 보호의 대상이 되는 미성년에 대해 규정하고 있는 명칭은 실로 다양하다. 그런데 이들 용어는 연령구분에 있어서 일치하지 않는 경우가 많고, 동일한 연령대에 있어서도 달리 사용되기도 한다.

정당화되지 아니하며, 12세 미만 소년에 대한 낙인효과와 가중을 부정적 요인으로 꼽으면서 복지행정형 개입의 필요성을 제기하였다. 한숙희, “촉법소년 연령인하에 따른 가정법원의 역할과 과제”, 『형사정책연구』 제19권 제2호, 2009, 67면; 오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 『형사정책연구』 제19권 제2호, 2009, 20~21면 참조.

56) 한숙희, 앞의 논문, 67면.

57) 최병각, 아동권리협약과 소년사법, 국가인권위원회, 2007, 29면.

58) 형법 일부개정 법률안(의안번호 제181384호).

59) 소년법 일부개정 법률안(의안번호 제181384호).

[표1] 연령별 미성년자에 대한 명칭

연령	명칭	관련 법적 근거
6세 미만	영·유아	영·유아복지법 제2조 1호, 모자보건법 제2조 3호
7세 이상 12세 미만	초등학교 취학의무 연령	초중등교육법 제13조 제1호
10세 이상 14세 미만	촉법소년 연령	소년법 제4조 제1항 2호
	보호소년 연령	보호소년 등의 처우에 관한 법률 제8조
10세 이상 16세 미만	연소소년	보호소년 등의 처우에 관한 법률 제8조
13세 이상	성관계동의 연령	형법 제305조
14세 미만	형사미성년자	형법 제9조
	아동	정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제31조 제1항
15세	의무교육종료 연령	교육기본법 제3조 제1항
	입양승낙 연령	민법 제869조
	근로최저 연령 ⁶⁰⁾	근로기준법 제64조 제1항
16세 미만	아동(아동학사죄)	형법 제274조
	선서무능력자	형사소송법 제159조
16세 이상	원동기면허 가능 연령	도로교통법 제82조 1호
	보호소년 분리수용 연령	보호소년 등의 처우에 관한 법률 제8조
17세	유언 적령	민법 제1061조
	주민등록증 발급 연령	주민등록법 제24조 제1항
18세 미만	아동	아동복지법 제3조 1호, 장애아동복지지원법 제2조 1호, 한부모가족지원법 제4조 5호
	청소년	영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 제2조 18호 게임산업 진흥에 관한 법률 제2조 10호
	연소자	근로기준법 제69조
	사형·무기완화 연령	소년법 제59조
18세 이상	위해사업사용금지 연령	근로기준법 제65조 제1항
	부모동의 약혼 연령	민법 제801조
	혼인 적령	민법 제808조
	제1국민역 편입 연령	병역법 제8조
	환형처분가능 연령	소년법 제62조
일반운전면허취득 연령	도로교통법 제82조 1호	
19세 미만	아동·청소년	아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 1호
	청소년	청소년보호법 제2조 1호
	소년	소년법 제2조

60) 예외로 중학교에 재학 중인 경우에는 18세까지.

그런데 특히 형사미성년 내지 촉법소년과 관련하여 유의미한 것으로 소년법상의 청소년(Juvenile)이란 개념은 형법상 성인으로 취급될 나이에 아직 도달하지 아니한 젊은 사람을 의미하는데, 이는 법률상 형사책임능력과 결부되어 있는 미성년(Minor)과는 구분된다.

이외에도 영·유아, 연소자, 소아, 아동, 소년 등의 용어가 보호대상으로 지칭되고 있으나, 이는 관련 보호규정을 입법하는 과정에서 외국의 법규범이나 관련 자료를 우리나라 미성년에 대한 현실적 상황이나 실정 등을 충분히 고려하지 아니한 채 받아들인 결과라고 판단된다. 따라서 연령범위를 조정하는 문제에 선행하여 다양하게 사용되는 미성년연령의 개념을 구체적으로 정비하고 연령대를 명확하게 규정할 필요가 있다. 아울러 소년의 저연령기(pre-teen)와 중연령기(low-teen), 고연령기(high-teen)에 나타나는 심리적·신체적 특성 및 그에 따라 야기되는 비행행동과 범죄현상에는 명백한 차이가 있다. 특히 형사책임연령과 촉법연령의 조정에 있어서 주목해야 할 연령대는 이른바 소년전기(early adolescence)⁶¹⁾와 상당 부분에서 일치하고 있으므로, 이 시기 소년의 심리적·신체적 특성과 행동양식에 대한 각별한 주의와 연구 분석이 요구된다.

3. 국가별 형사책임 최소연령의 동향

가. 국제적 원칙

아동권리협약(UN Convention on the Rights of the Child: CRC) 제40조는 아동의 연령과 함께 사회복귀 및 사회에서 맡게 될 건설적 역할의 가치를 고려하는 등 아동에게 인간존엄성과 가치에 대한 의식을 높일 수 있는 방식으로 처우 받을 권리가 있음을 인정하고 있다. 이에 따라 아동인권위원회는 당사국에 대해 특별히 적용할 수 있는 법률과 절차, 기관 및 기구의 설립을 추진하도록 하고, 형법위반능력이

61) 이 시기는 사춘기 특유의 생물적 성숙과 성적 성숙(제2차 성특징)이 시작되어 그것이 완성되기까지의 시기를 말하는데, 소년의 경우 12세에서 14세 사이에 확실해지나 생식능력이 확립되는 것은 15세에서 16세경까지의 시기이고, 소녀는 11세부터 14세를 뜻하지만 초경 후 평균 2~4년의 시기까지를 의미한다.

없다고 추정되는 최저연령의 설정을 촉구하였다. 아울러 각 당사국에 대해 형사책임연령을 12세 이하로 낮추지 말고, 최저형사책임연령을 지나치게 낮게 정하지 아니하며, 기존의 낮은 형사책임연령은 국제적으로 용인될 수 있는 수준으로 상향할 것을 권고하기도 하였다.⁶²⁾

또한 소년사법운영에 관한 유엔최저기준규칙(United nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice: Beijing Rules) 제4조 역시 “소년의 형사책임연령이라고 하는 개념을 인정하고 있는 법제도에 있어서 그 개시연령은 정서적·정신적·지적 성숙에 관한 사실을 고려하여 너무 낮은 연령으로 정해져서는 안 된다”고 규정하고 있다.⁶³⁾

나. 국가별 형사책임 최저연령의 실태

세계 여러 나라들이 저마다 유지하고 있는 형사책임 최저연령(the Minimum Age of Criminal Responsibility)은 각국의 역사적·문화적 기반에 따라 달리 설정되어 있으며, 국가별로 최소연령의 하한규정이 없거나 확인할 수 없는 경우를 제외하고, 그 연령의 범주는 대체로 7세부터 18세까지 다양하게 분포되어 있다.⁶⁴⁾

62) CRC Committee, General Comment No.10 “Children's rights in juvenile justice”, CRC/C/GC/10 2007. 2. 9, para. 32 참조.

63) 베이징규칙 제4조의 Commentary에서는 형사책임에 관한 최소연령은 역사 및 문화에 따라 크게 다르다는 사실을 전제하고, 현대의 접근방식은 형사책임의 도덕적 및 심리적 구성요소에 따라 아동이 행동할 수 있는지를 고려하도록 하고 있다. 즉, 아동 개인의 변별력 및 이해력에 비추어 본질적으로 반사회적인 행동에 대해 아동의 책임을 물을 수 있는지가 고려되어야 한다는 것이다.

64) Feridun Yenisey, Age of Criminal Responsibility In Terms of Comparative Law and Alternative Sanctions for Children Under the Age of Criminal Responsibility, 2007, p.3

[표2] 국가별 형사책임연령의 하향⁶⁵⁾

연령	국가수(2004)	국가수(2010)	증감
7세	32	31	-1
8세	8	11	3
9세	3	5	-2
10세	14	16	-2
11세	1	2	-1
12세	16	20	-4
13세	16	17	-1
14세	27	33	6
15세	8	7	-1
16세	11	15	4
17세	0	1	1
18세	4	3	-1
정보를 얻을 수 없는 국가	3	3	-
확인할 수 없는 국가	9	14	5
하한연령의 규정이 없는 국가	6	11	5

아동인권위원회에 제출된 체결국 보고서를 기초로 2004년과 2010년, 형사책임연령을 정리한 자료에 따르면, 당시 보고서를 제출한 국가들이 규정한 형사책임연령 하한의 변화추세는 위의 [표2]와 같다. 2004년 첫 조사와 비교할 때, 2010년 조사결과에서는 12세 이하의 연령기준을 유지하던 국가가 소폭이지만 줄어든 반면, 14세 이상의 연령기준 역시 증가하고 있다. 이 자료를 통하여 전반적으로 형사책임연령 기준이 상향되고 있다고 예단할 수 없지만 아동인권위원회의 권고에 따르는 국가들

65) Angela Melchiorre, At what age?...are school-children employed, married and taken to court?, Second edition, Right to Education Project, 2004; 이 보고서는 United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice(the Beijing Rules), General Assembly resolution 40/33, annex, paragraph 4.1.에 따라 작성된 것이다.(http://www.right-to-education.org/content/age/age_new.pdf); 2010년 보고서에 나타난 결과로는 (<http://www.right-to-education.org/node/59>) 참조.

이 늘고 있는 것은 사실이다.

다. 국가별 형사책임 최저연령의 기준

구체적으로 형사책임 최저연령[표3]을 살펴보면, 특히 7세와 14세에 많은 국가들이 기준을 두고 있음을 확인할 수 있다. 이와 같이 대체로 7세와 14세를 기준으로 하는 국가들이 많은 이유는 각국의 의무교육과정 연령과 형사책임 최저연령이 거의 일치하고 있다는 점, 즉, 읽고 쓰기 중심의 교육과정이 시작되는 연령과 크게 관련되어 있기 때문이다.

형사책임연령의 파악방법은 국가에 따라 어느 정도 차이가 나고 형사미성년과 촉법연령이 구별되지 아니하는 경우도 있으나 크게 세 가지 범주로 구분된다. 첫째로, 범죄를 범하는 능력이 없다고 여겨지는 절대적 형사미성년, 둘째로, 자유가 주어지지 않은 하한연령, 셋째로, 반증할 수 있는 무형사책임연령(doli-incapax) 등 세 가지이다. 이러한 연령별 형사책임연령은 각국의 취업연령이나 결혼적령과도 관계가 있는 것 같다. 취업연령이나 결혼연령이 빠른 나라일수록 상대적으로 형사책임연령의 하한도 낮아지는 경향을 보인다.⁶⁶⁾ 고등교육기관인 대학진학률이 높은 나라나 핵가족에 의한 소자녀화 그리고 의무교육을 수료한 뒤에도 진학이나 취직을 하지 않으면서 직업훈련도 받지 않는 사람이 문제가 되는 선진국에서는 이와 반대의 현상이 일어나고 있다.

즉, 세계 여러 나라에서 소년의 연령을 설정하는 기준으로 보편적인 요소들은 부모가 돌보지 않더라도 자생할 수 있는 시기(대체로 7세), 초등학교 졸업연령(12~13세), 혼인적령기(남 14세, 여 12세), 중등교육의 종료시(대학입학시기(18세)) 등을 들 수 있으며, 여기에는 역사와 전통의 요소, 생물학적 요소, 생물학적·사회적 요소, 그리고 사회적 합의와 같은 요소가 크게 작용하고 있다.⁶⁷⁾

66) 山本聡, “少年への処罰と責任—トワイライトゾーンの行方—”, 齋藤靜敬先生古稀祝賀記念論文集刊行委員会(編), 『刑事法学の現代的展開—齋藤靜敬先生古稀祝賀記念』, 2005, 97~117頁.

67) 장영민, “소년법상의 제 연령 기준에 관한 고찰”, 『법학논집』 제9권 제2호, 2005, 97면.

[표3] 국가별 형사책임 최저연령 규정⁶⁸⁾

연령	국가별 형법규정
18세 미만 (5개국)	룩셈부르크, 벨기에, 베네수엘라, 우루과이, 기니.
16세 미만 (14개국)	타지키스탄형법 제23조 제1항, 아르메니아형법 제24조 제1항, 몽골형법 제21조 제1항, 포르투갈, 스페인, 쿠바, 볼리비아, 아르헨티나, 앙골라, 안도라, 기니비시우, 라이베리아, 시에라리온, 모잠비크, 중국(마카오).
15세 미만 (8개국)	핀란드형법 제4조 제1항, 스웨덴형법 제8조, 노르웨이형법 제46조, 아이슬란드형법 제14조, 라오스형법 제53조, 덴마크, 슬로바키아, 체코공화국.
14세 미만 (40개국)	한국형법 제9조, 독일형법 제19조, 오스트리아형법 제74조, 일본형법 제41조, 대만형법 제18조, 북한형법 제11조, 중국형법 제17조, 베트남형법 제68조, 이탈리아형법 제97조, 러시아연방형법 제20조 제1항, 우크라이나형법 제22조 제1항, 아제르바이잔형법 제20조 제1항, 카자흐스탄형법 제15조 제2항, 헝가리형법 제23조, 크로아티아형법 제10조, 코소보형법 제11조 제2항, 에스토니아형법 제33조, 마케도니아형법 제71조, 알바니아형법 제12조, 보스니아 헤르체코비나형법 제8조, 슬로베니아형법 제71조, 불가리아형법 제31조, 가이아나형법 제8조, 조지아형법 제33조, 아르메니아, 폴란드, 리히텐슈타인, 라트비아, 리투아니아, 루마니아, 세르비아, 벨라루스, 타지키스탄, 투르크메니스탄, 파나마, 몰도바, 칠레, 파라과이, 르완다, 리비아.
13세 미만 (18개국)	프랑스형법 제122-8조, 부룬디형법 제14조, 아이티형법 제50조, 우즈베키스탄형법 제17조, 에스토니아, 차드, 콩고, 중앙아프리카공화국, 코모로스, 알제리, 부르키나파소, 지부티, 말리, 가봉, 니제르, 마다가스카르, 도미니카공화국, 니카라과.
12세 미만 (17개국)	캐나다연방형법 제13조, 네덜란드형법 제77조a, 이스라엘형법 제34F조, 모로코형법 제138조, 영국(북아일랜드), 그리스, 자메이카, 도미니카, 브라질, 에콰도르, 과테말라, 페루, 엘살바도르, 온두라스, 산마리노, 조지아, 티모르, 탄자니아.
11세 미만 (2개국)	터키형법 제31조 제1항, 멕시코.
10세 미만 (18개국)	호주(Capital Territory주 형법 제25조, 퀸즈랜드주 형법 제29조 제1항), 뉴질랜드형법 제21조 제1항, 피지형법 제14조 제1항, 말레이시아형법 제82조, 수단형법 제49조(a), 키리바시형법 제14조 제1항, 부탄형법 제114조, 스위스소년형법 제1조, 중국[홍콩(소년범죄법 제3조)], 영국(웨일즈 포함), 카메룬, 코트디부아르, 사이프러스, 마셜군도, 팔라우, 가이아나, 네팔, 수리남, 바하마.
9세 미만 (6개국)	필리핀형법 제12조 제2항, 방글라데시형법 제82조, 에티오피아형법 제52조, 벨리즈, 오만, 몰타.
8세 미만 (10개국)	인도네시아형법 제5조, 스리랑카형법 제75조, 케냐형법 제14조 제1항, 잠비아형법 제14조 제1항, 보츠와나형법 제13조 제1항, 영국(스코틀랜드), 버뮤다, 케이

68) 조문이 확인된 국가는 (<http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/legis.php>)에서 국가별로 검색 후 분류 참조하였고, 국가명만 분류된 것은 (<http://www.right-to-education.org/node/279>)에서 참조.

	만군도, 솔로몬군도, 지브롤터, 서사모아.
7세 미만 (32개국)	태국형법 제73조, 인도형법 제82조, 미얀마형법 제82조, 싱가포르형법 제82조, 카타르형법 제20조, 예멘형법 제31조, 아프가니스탄형법 제70조, 파키스탄형법 제82조, 브루나이형법 제82조, 짐바브웨형법 제6조, 나이지리아형법 제30조, 몰디브형법 제6조, 남아프리카공화국, 가나, 트리니다드토바고, 나미비아, 수단, 우간다, 감비아, 요르단, 레바논, 이집트, 쿠웨이트, 사우디아라비아, 아랍에미리트, 시리아, 레소토, 바베이도스, 그레나다, 말라위, 모리타니, 파푸아뉴기니.
없음 (7개국)	코스타리카, 적도기니, 이란, 이라크, 모리셔스, 콩고, 베냉.

라. 검토

오늘날, 국제사회의 전반적인 기류는 형사미성년 등의 책임연령을 낮추는 경향보다는 이를 높이려는 추세이다. 우리나라보다 형사책임연령이 상대적으로 낮은 국가들의 경우에 이러한 변화는 뚜렷이 드러나고 있으며,⁶⁹⁾ 형사책임연령을 낮추려는 일부의 견해는 연령 하향조정이 마치 저연령 소년비행을 일거에 해결할 수 있는 비책이라도 되는 듯 판단하고 있으나,⁷⁰⁾ 이는 결코 올바르지 아니한 인식이다.

왜냐하면 저연령 소년들의 비행을 범죄로 간주하여 그에 준하는 처벌을 가하는 것은 국가가 이들을 곧바로 범죄예비군으로 편성하여 범죄자가 되는 컨베이어벨트 위에 올려놓는다는 의미 이외에 다른 어떤 형사정책적 고려도 없는 것이기 때문이다. 만일 형사미성년의 연령을 하향조정하고, 촉법연령 역시 낮추게 된다면 일시적으로는 통계상 저연령 소년비행이나 범죄가 통제되는 가시적인 성과가 나타날 수도 있을 것이다. 그러나 그 한계연령의 아래-12세 미만, 10세 이하-에서 나타나는 비행과 범죄현상이 사회적 논쟁을 야기할 수준에 처하게 되면 또 다시 한계연령을 더 낮추려는 움직임이 반복될 것이다. 아울러 국제규범에 어떤 위반이 있는 것은 아니지만 국제사회가 우리나라의 형사미성년연령과 촉법연령을 국제기준에 적합하도록 조정할 것과 우리의 소년사법이 징벌적 조치의 강화에 초점을 맞추고 있는 방식에

69) 예컨대 웨일즈를 포함한 영국에서 이와 관련된 주장으로는 Barnardo's, From playground to prison : the case for reviewing the age of criminal responsibility, 2010, p.5~6

70) 최근의 학교폭력대책방안에는 학교생활기록부에 학교폭력 관련 형사처벌을 받은 전과와 학교 징계 내역 등을 명시하도록 하는 방안도 포함되어 있는데, 만일 이것이 현실화된다면 결과적으로 가해학생은 향후에 고등학교, 대학교 등의 진학은 물론 취업 등에 제약을 받게 된다.

대해서도 재검토할 것을 권고하고 있다는 점에서도 연령 하향에 대한 문제는 결코 선불리 판단할 수 없는 일이다.⁷¹⁾

4. 촉법연령 범죄현상의 심각성에 대한 오류

가. 촉법연령층의 항상성(恒常性)

우리나라는 이미 1930년대부터 소년범죄자의 범행이 사회적 문제로 떠오르면서 소년법의 필요성이 대두되었고,⁷²⁾ 1935년 조선총독부 사회국 통계에 따르면 당시에도 형벌법령에 저촉될 염려가 있는 소년(촉법소년)이 6,100명에 달하였다.⁷³⁾ 그리고 1930년대 말에는 신문사설에서도 소년범죄의 심각성이 언급되고 있었다.⁷⁴⁾ 따라서 과거와 달리 소년들의 정신적·육체적 성장속도가 점점 빨라지고 있으며, 심각한 문제가 나타나는 저연령 소년범죄 현실에 대해 책임연령을 낮추어야 한다는 여론이 지배적이지만 촉법연령층의 소년이 오늘날에 와서 갑자기 증가한 것은 아니다.

더욱이 연소층 소년의 범죄현상을 설명하는 특징 가운데 공통점은 이들이 저지르는 범죄의 폭력화·저연령화·흉악화를 지적하면서,⁷⁵⁾ 변화하는 사회의 흐름에 맞추어 연령 하향이 필요하다는 점을 강조하고 있다.⁷⁶⁾ 그러나 이와 같은 인식의 근저에는 형사법을 지탱하는 책임주의를 흔들고 피아를 구분하려는 적대형법(Feindstrafrecht)의 그림자가 드리워지고 있고, 성인범죄자에 대한 강력한 처벌을 요청하는 단계를 넘어 그 시선을 미성숙한 비행소년에게로 돌리고자 한다는 생각을 불식하기 어렵게 한다.

71) 아동인권위원회는 2011년 9월 21일 열린 제1644차 및 제1645차 회의에서 우리 정부가 제출한 제3회, 제4회 통합정기보고서(3rd and 4th periodic reports: CRC/C/KOR/3-4)를 검토하여 2011년 10월 7일, 제1668차 회의(CRC/C/SR.1668 참조)에서 이와 같은 총괄소견을 채택하였다. CRC/C/KOR/CO/3-4 (2011. 10. 6.)

72) 동아일보 1933년 122면 기사.

73) 동아일보 1935년 11월 5일자 2면 기사.

74) 동아일보 1938년 5월 14일자 1면 기사.

75) 전영실 외, 한국의 범죄현상과 형사정책(2010), 한국형사정책연구원, 2010, 155면.

76) 헌법재판소 2003. 9. 25. 2002헌마533결정(전효숙 재판관의 반대이견); 김지선, “청소년범죄의 발생추세와 특성: 1966-2005”, 『형사정책』 제19권 제2호, 2007, 66-72면; 이혜미, “형사미성년자 연령 하향조정 논의와 쟁점”, 『이슈와 논점』 제372호, 국회입법조사처, 2012 참조.

나. 공식통계의 현황

먼저 경찰기관의 통계를 살펴보면 2007년 소년법 개정으로 소년법이 정의하는 ‘소년’의 연령은 기존 ‘12세 이상’에서 ‘10세 이상’으로 그 규제범위가 확대되면서 촉법소년이 일시적으로 증가하였으나 이후로는 크게 감소하고 있다. 즉, 2007년 14세 미만 소년범은 2,602명이었고, 2008년은 5,547명으로 전년대비 2배 이상 증가하였으나, 2009년에는 2,615명이 적발되어 2007년의 수준을 유지하였고, 2010년에는 621명 수준에 머물렀다.⁷⁷⁾

2009년을 기준으로 검찰이 파악하는 학생범죄자 가운데 범행당시 연령이 만 10세 이상 13세의 학생범죄를 보면 형법범의 빈도는 전체 학생범죄(78,875명)의 0.3%(203명)를 차지하고 있으며, 재산범죄(절도)와 폭력범죄(폭처법 위반)에서 다소 높은 빈도를 나타내고 있을 뿐 심각성의 징표가 되는 흉악범죄는 16명(0.6%)에 불과한 수준이었다. 아울러 2009년 특별법에 해당하는 학생범죄자 가운데 범행당시 연령이 13세 이하의 경우 역시 2.0%(977명)에 불과하다.⁷⁸⁾ 2010년에 있어서도 이 연령대 형법범은 전체 학생범죄자의 감소(70,394명)와 함께 0.2%(191명)를 유지하고, 흉악범죄의 경우는 11명(0.2%)이었으며, 특별법 역시 0.2%(69명)로 전년도에 비하여 감소한 추세를 보였다.⁷⁹⁾

법원의 보호사건 연령별 누년비교에서도 2007년 소년법 개정 이후 전체 보호소년의 수가 2007년 26,874명에서 2008년 30,222명으로 3,348명 늘어났다. 그런데 14세 미만자의 경우는 4,148명에서 4,486명으로 인원은 전년대비 333명 늘어났으나 전체 보호소년에서 차지하는 비중은 15.3%에서 14.8%로 소폭(0.5%) 감소하였다. 이후 2009년의 경우는 전체 보호소년 35,819명 가운데 14세 미만자는 5,299명(14.8%), 2010년의 경우는 전체 보호소년 32,416명 가운데 14세 미만자는 4,290명(13.3%)을 차지하여 역시 감소하는 추세이다.⁸⁰⁾⁸¹⁾

77) 2011년 경찰백서, 경찰청, 2011, 116-117면.

78) 2010년 범죄분석, 대검찰청, 2010, 592-595면.

79) 2011년 범죄분석, 대검찰청, 2011, 592-595면.

80) 2011년 사법연감, 법원행정처, 2011, 676면.

81) 사법연감상의 이 자료와 2009년~2010년 전국가정법원별 소년보호사건 가운데 촉법소년 처리건수를 비교해보면, 2009년 법원의 전체 촉법소년 처리건수는 11,928건인데 대해 5,299명의 촉법소년

다. 촉법소년에 대한 형사제재의 이지스화(Aegisization)

현행 소년법의 시행으로 소년사법 환경에는 큰 변화가 일어나 실질적으로 형벌규범을 위반한 초등학교 5학년(만 나이 10세 기준)부터 다양한 형사제재의 투입이 예고되어 있다. 아래의 [표4]에서 보여주는 바와 같이 출생일을 지난 초등학교 5학년생 이상이면 소년법 제32조의 2, 3, 10호 처분을 제외한 나머지 모든 형사제재의 대상이 될 수 있다. 특히 법무부의 예측과 같이 소년원에서 1개월 미만을 수용하는 8호 처분의 신설로 인하여 비록 초단기간이지만 조기에 저연령 소년들에 대한 낙인화가 우려되는 것이 사실이다.

[표4] 현행 소년법상 가능한 보호처분의 내용

구분	소년법 제32조상 보호처분의 내용	기간	연령
1호	보호자 이외 감호 위탁	6개월 (6개월 연장 가능)	10세 이상
2호	수감명령	100시간 이내	12세 이상
3호	사회봉사명령	200시간 이내	14세 이상
4호	보호관찰관에 의한 단기 보호관찰	1년	10세 이상
5호	보호관찰관에 의한 장기 보호관찰	2년 (1년 연장 가능)	10세 이상
6호	복지시설 또는 소년보호시설 감호 위탁	6개월 (6개월 연장 가능)	10세 이상
7호	소년의료보호시설에 위탁	6개월 (6개월 연장 가능)	10세 이상
8호	1개월 이내의 소년원 송치	1개월 이내	10세 이상
9호	단기 소년원 송치	6개월 이내	10세 이상
10호	장기 소년원 송치	2년 이내	12세 이상

또한 현실적으로 보호관찰기간 중 준수사항을 위반한 촉법소년들에 대해 소년부류심사원에 유치하는 인원의 수가 증가하고 있고, 법원 소년부 역시 보호처분 변경 신청자에 대한 인용인원을 늘여가고 있는 형편이다.⁸²⁾

이와 같은 사실은 아래 [표5]에서처럼 2009년에 비해 2010년 감소했던 소년에 대한 각종 보호처분이 2011년 늘어나고 있고, 특히 그 양상은 단일 보호처분에서 복수의 보호처분이 부과되는 유형으로 늘고 있는 사실을 통해서 저연령 소년에 대

이 관련 보호처분을 받았고(처리건수 대비 44.4%), 2010년의 경우는 11,625건에 대해 4,290명이 보호처분을 받았다는 사실을 확인할 수 있다(처리건수 대비 36.9%). 자세한 내용은 대법원 관련 통계(<http://www.scourt.go.kr/justicesta/JusticestaViewAction.work>)참조.

82) http://www.index.go.kr/egams/stts/jsp/potal/stts/PO_STTS_IdxMain.jsp?idx_cd=1738참조.

한 형사제재가 전방위로 소년비행과 소년범죄를 향해 가해지고 있음을 확인하게 된다. 그러나 그물망처럼 촘촘하게 보호처분을 부과하고는 있지만 정량적인 측면이 아니라 정성적 차원에서 이와 같은 보호처분이 과연 제 역할과 기능을 수행하고 있는지는 의문이라 아니할 수 없다.

[표5] 소년보호사건의 상세처분(2009-2010)⁸³⁾

구분	2009	2010	전년대비	2011	전년대비
1호	5,883	4,527	-1,356	4,021	-506
1, 2호	3,388	4,251	863	4,123	-128
1, 2, 3호	572	615	43	874	259
1, 2, 4호	4,891	4,473	-418	4,998	525
1, 2, 5호	1,186	1,309	123	1,393	84
1, 2, 3, 4호	1,905	1,777	-126	2,420	643
1, 2, 3, 5호	1,581	1,288	-293	1,990	702
1, 3호	1,148	1,399	251	1,629	230
1, 3, 4호	2,183	2,182	-1	2,418	236
1, 3, 5호	1,731	1,482	-249	1,352	-130
1, 4호	4,780	3,593	-1,187	3,689	96
1, 5호	1,256	880	-376	808	-72
2호	71	37	-34	18	-19
3호	268	116	-152	53	-63
4호	23	34	11	77	43
4, 6호	192	104	-88	146	42
5호	2	13	11	28	15
5, 6호	739	747	8	922	175
5, 8호	1,708	1,689	-19	1,915	226
6호	128	73	-55	9	-64
7호	100	81	-19	150	69
8호	22	11	-11	15	4
9호	919	861	-58	883	22
10호	992	806	-186	1,019	213
기타 병과처리	151	68	-83	122	54
합계	35,819	32,416	-3,403	35,072	2,656

83) <http://www.scourt.go.kr/justicesta/JusticestaViewAction.work>. 참조.

라. 성급한 일반화의 오류

이와 같은 공식적 통계를 통하여 저연령층 소년범죄의 현실은 이들에 대한 처벌을 주장하는 측에서 일반화시킨 저연령화·흉악화·심각화가 막연한 추정에 불과하고 지나치게 과장된 것이라는 사실을 보여준다. 즉, 촉법소년에 대한 범죄 심각성의 개념 짓기는 막연히 범죄에 대한 두려움과 추측에 따라 조장된 불확실성을 기반으로 귀납적 일반화에 도달한 ‘성급한 일반화(hasty generalization)의 오류’에 불과하다. 오히려 소년의 강력범죄 증가세는 완화되어 강력범죄율이 14세의 수준을 유지하거나 감소하는 형태를 보인다.⁸⁴⁾ 아울러 법원 및 형사사법기관이 각각 생산, 관리하고 있는 소년보호통계에 대해서도 일정한 의문이 제기된다. 이들 기관의 관련통계가 결과적으로 소년보호를 위한 사전예방과 사후관리를 위한 도구적 기능을 원활히 수행하려면 현재와 같은 단순 수치나열의 수준에 머물러서는 안 될 일이다.⁸⁵⁾ 또한 저연령층 소년범죄의 심각성이 연령 하향의 주요한 근거가 되려면 관련 통계에 대한 철저한 분석과정을 거쳐 그에 따른 문제점이 진단되어야 하는데, 2008년 소년법 개정 이후 이에 대한 적절한 시도가 이루어진 바도 없다.

저연령소년에 대한 형사정책적 개입을 통한 해결방안이 필요하다면 그것은 연령 하향이 우선순위가 되는 것은 아니다. 그 이전에 아동복지적 측면에서의 개입과 비행예방 및 방지정책이 어떻게 가동되고 있으며, 제대로 활용되었는지를 살펴야 하고, 이러한 정책이 무용하거나 비효율적이라는 판단이 사회적 합의에 따라 내려진 이후라야 할 것이다.⁸⁶⁾

5. 형사책임능력 요소에 대한 검증 가능성

특정한 연령을 형사미성년과 촉법연령의 기준으로 삼는 것은 각 국가의 형사정책 내지 입법정책이라는 사실은 앞에서 이미 살펴본 바 있다. 그러므로 국제규범과

84) 노성호, “청소년 비행의 추세분석과 전망”, 『형사정책연구』 제20권 제1호, 2009, 35면.

85) 이민식·황의갑, 소년보호통계의 효용성 제고를 위한 소년보호통계 개선방안 연구, 법무부, 2010, 54면 이하 참조

86) 전영실·기광도, 저연령 소년의 비행실태 및 대책, 형사정책연구원, 2009, 249면.

기준에 반하지 아니하는 범위 내에서 이를 조정하는 것은 개별 국가의 자유라고 할 수 있으므로 형사책임연령의 조정에 대해 반대할 이유는 없다고 생각된다. 그러나 연령기준의 조정 문제는 사회 내에서 저연령 소년에 의해 저질러진 특정 사건에 따른 감정적 증폭과 이를 토대로 검증되지 아니하는 흉악화·다양화·저연령화라는 개념 짓기에 근거한 것이 되어서는 안 된다. 왜냐하면 형사책임의 연령과 형벌은 아니더라도 소년의 일생에 영향을 미치는 법적 제재의 하한을 몇 살로 할 것인지 여부는 책임주의원칙과 소년에 대한 보호주의가 교차하는 영역의 문제이자 결과적으로 형벌의 대원칙을 수정하는 문제와도 연결되어 있기 때문이다. 그러므로 자로 줄을 굿듯 간단하게 그 기준을 상향하거나 하향할 수 없는 일이다.

더불어 연령기준 검토의 근본적인 요인 가운데 하나인 범죄에 대한 변식능력과 제어능력에 대한 검증이 오늘날의 과학수준으로 가능하게 되었는지 여부도 논의되어야 할 것이다. 단순히 저연령 소년의 범죄현상이 흉포화 내지 조폭화되어 간다는 가설은 사실이 아니라는 점에서 남아 있는 문제는 과거와 달리 현대 의과학을 비롯한 과학기술과 발달심리적·사회심리적·인지심리적 요소를 포함하는 인간문명의 수준이 인간의 책임능력에 대해 어느 시점을 기준으로 완성되는지를 분별할 수 있는 단계에 있는가를 고려해 보아야 한다. 다시 말해 뇌과학이나 인지과학적인 측면에서 형사책임연령의 한계점을 높여야 하는 명백한 이유가 객관적이면서도 과학적으로 규명 가능하다면 그 결과를 받아들일 수 있을 것이다. 더욱이 저연령 비행소년들은 자신의 행위가 비정상적이라는 사실은 인식하고 있지만 대다수의 경우 의도적이라기보다는 무의식적인 상태에서 범행을 저지르고 있고 죄가 된다는 사실도 범행 이후에 깨달게 된다는 점 역시 간과할 수 없는 부분이다. 따라서 아직까지 인간의 문명과 과학의 수준이 여전히 진실을 향해 가는 도상에 있을 뿐,⁸⁷⁾ 이러한 단계에 도달하였다고 감히 말할 수 있는 수준에 있지 아니하다면 연령만을 낮추는 손쉬운 선택은 지양하는 것이 바람직하다.

87) 김성돈, “뇌과학과 형사책임의 새로운 지평”, 『형사법연구』 제22권 제4호, 2010, 148면.

IV. 맺음말

형사책임을 면제하는 소년연령의 획정은 분명 입법자의 재량에 속한다. 그러나 저연령 소년의 육체적·정신적인 성숙도가 과거와 달리 높아졌다는 가설적 추정에서 근거하여 어떠한 과학적 검증도 거치지 아니한 채 연령 한계를 낮추려는 시도는 사물에 대한 변별과 그에 따른 행동통제 여부가 불분명한 자에 대해 사회적 비난의 멍에만을 무책임하게 지우는 가혹한 처사가 된다. 형사책임, 특히 소년에 대한 형사책임은 단순히 비난가능성만을 의미하는 것이 아니라 해당소년이 자신의 잘못된 행위에 대해 반성(reflection)하고 반응(response)하는 과정을 거쳐 건강한 시민으로 성장할 수 있도록 답책하는 계기가 되어야 한다. 그러나 오늘날 우리의 소년사법은 비난만 가하려 할 뿐 소년이 답책할 수 있는 여건과 기회를 실질적인 차원에서는 제공하지 않고 있다.

전술한 바와 같이 시대와 문화, 국가에 따라 형사책임연령의 기준은 달리 설정되어왔다. 그런데 우리 형법 제9조와 관련하여 큰 영향을 받았다고 할 수 있는 독일과 일본에 있어서는 형사미성년자의 연령조정과 관련하여 형법을 제정하거나 개정하는 과정에서 깊은 논의가 전개되었고, 그 과정에서 소년법의 제정과 소년범죄자의 처우에 대한 고려 역시 진지하게 진행되었다. 그러나 우리의 경우 이와 관련된 논의는 단절된 채 형법제정에서부터 이후의 수차례에 걸친 형법 개정과정에 이르기까지, 그리고 소년사법의 기준이 되는 소년법제의 제·개정에 있어서도 관련된 검토는 제외되거나 형식에만 그쳤을 뿐이다.

따라서 형사미성년과 촉법연령을 몇 살로 변경할 것인지의 문제는 그다지 큰 의미가 없어 보인다. 현 시점에서 사회적으로 이에 대한 검토가 소년사법에서 중요한 위치에 있고 쟁점으로 부각되고 있으나 이제는 그보다 더 근본적인 문제를 고민해볼 시기가 되었다고 판단된다. 그러므로 소년범죄의 저연령화 혹은 심각화라는 성급한 일반화에 따라 연령기준을 낮추는 문제가 저연령 소년범죄에 대처하는 가장 시급한 현안은 아닐 것이다. 촉법연령을 낮추기 위해 2007년 당시 소년법을 개정하면서 정부와 법무당국은 이에 수반하여 여러 가지 방안을 제시한 바 있다. 그렇다면 연령 하향의 문제에 앞서 소년법 개정 이후 조기대응을 위한 수사상 다이버전은

과연 제 기능을 다해 왔는지 여부와 보호처분 등 소년교정과 보호기관의 교육적 기능은 원활히 작동하고 있는지, 이외에도 소년비행을 예방하기 위한 사회 내의 모든 공조체계가 어떤 역할을 수행하고 있는지에 대해 반성적 성찰과 함께 이에 대한 실현 가능한 대안이 검토되어야 하고, 그 결과의 사회적 의미를 먼저 파악하는 절차가 소년사법에 있어서는 더욱 중요하고도 본질적인 과제가 되어야 할 것이다.

참고문헌

I. 국내문헌

2011년 경찰백서, 경찰청, 2011.

2010-11년 범죄분석, 대검찰청, 2010, 2011.

2011년 사법연감, 법원행정처, 2011.

김성돈, “뇌과학과 형사책임의 새로운 지평”, 『형사법연구』 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010.

김지선, “청소년범죄의 발생추세와 특성: 1966-2005”, 『형사정책』 제19권 제2호, 한국형사정책학회, 2007.

노성호, “청소년 비행의 추세분석과 전망”, 『형사정책연구』 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.

법무부, 소년법개정안 공청회 자료집, 법무부, 2007.

신동운(편), 형법 제·개정자료집, 한국형사정책연구원, 2009.

_____. 허일태(편), 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003.

오영근, “개정소년법의 과제와 전망”, 『형사정책연구』 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 2009.

이민식·황의갑, 소년보호통계의 효용성 제고를 위한 소년보호통계 개선방안 연구, 법무부, 2010.

이진국, “소년보호대상의 범위에 관한 형사정책적 검토”, 『형사정책연구』 제17권 제1호, 한국형사정책연구원, 2006.

이혜미, “형사미성년자 연령 하향조정의 논의와 쟁점”, 『이슈와 논점』 제372호, 국회입법조사처, 2012.

임상규, “소년범죄의 합리적 처리방안”, 『형사법연구』 제17권, 한국형사법학회, 2002.

장영민, “소년법상 제 연령 기준에 관한 일 고찰”, 『법학논집』 제9권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2005.

- 전영실 외, 한국의 범죄현상과 형사정책(2010), 한국형사정책연구원, 2010.
- _____·기광도, 저연령 소년의 비행실태 및 대책, 형사정책연구원, 2009.
- 정진수 외, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 서비스 개선방안(II), 한국형사정책연구원, 2004.
- 조지만, 조선시대의 형사법-대명률과 국전-, 경인문화사, 2007.
- 주호노, “소년의 형사책임에 관한 연구-형사책임능력을 중심으로-”, 『법조』 제651호, 법조협회, 2010.
- 최병각, 아동권리협약과 소년사법, 국가인권위원회, 2007.
- 한상훈, 명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2009.
- 한숙희, “촉법소년 연령인하에 따른 가정법원의 역할과 과제”, 『형사정책연구』 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 2009.

II. 외국문헌

1. 영미문헌

- Alan Watson, *The Digest of Justinian Vol. 3*, University of Pennsylvania Press, 2008.
- Angela Melchiorre, *At what age?...are school-children employed, married and taken to court?*, Second edition, Right to Education Project, 2004.
- Barnardo's, *From Playground to Prison: the case for reviewing the age of criminal responsibility*, 2010.
- Beth Wilbourn, “Waiver Of Juvenile Court Jurisdiction : National Trends and The Inadequacy Of The Texas Response”, *American Journal of Criminal Law*, Vol. 23, 633, 1996.
- Christine F. Salazar·David E. Orton, *Brill's New Pauly: encyclopaedia of the ancient world. Antiquity*, Brill, 2006.
- Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure*, Cengage Learning, 2011.
- David F. Bjorklund·Carlos Hernandez Blasi, *Child & Adolescent Development: An*

- Integrated Approach*, Cengage Learning, 2011.
- Douglas A Hager, “Does The Texas Juvenile Waiver Statute Component With The Requirement Of Due Precess?”, *Texas Tech Law Review* Vol.126, 813, 1995.
- Emily M. Douglas, *Mending broken families: social policies for divorced families: how effective are they?*, Rowman & Little field, 2006.
- Feridun Yenisey, *Age of Criminal Responsibility In Terms of Comparative Law and Alternative Sanctions for Children Under the Age of Criminal Responsibility*, 2007.
- Henry John Roby, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, Cambridge University Press, 2011.
- John T. Whitehead·Steven P. Lab, *Juvenile Justice: An Introduction, seventh ed.*, Cincinnati: Anderson publishing, 2012.
- Paul Bergman·Sara Berman, *The Criminal Law Handbook: Know Your Rights, Survive the System*, Nolo, 2011.
- T. E. James, “The Age of Majority”, *The American Journal of Legal History*, Vol.4, No.1, Temple University, 1960.
- Thomas Crofts·Wayne Thomas Crofts, *The Criminal Responsibility of Children and Young Persons: A Comparison of English and German Law*, Ashgate, 2002.
- Thomas J. Gardner·Terry M. Anderson, *Criminal Law*, Cengage Learning, 2011.

2. 일본문헌

- 猪瀬慎一郎·森田明·佐伯仁志(編), *少年法のあらたな展開—理論·手続·処遇*, 有斐閣, 2001.
- 前田雅英, *刑法総論講義*, 東京大学出版会, 2006.
- 川端博, *刑法総論講義*, 成文堂, 2006.
- 川崎一夫, *刑法総論*, 青林書院, 2004.

- 小西暁和, “非行少年と責任能力(2)”, 『早稲田法学』 85巻4号, 早稲田大学, 2010.
- 斎藤豊治, “ドイツ少年法制の展開に関する一考察”, 『法學論叢』 84巻4号, 京都大学法学会, 1969.
- 塩盛俊明, “刑事責任能力と答責性概念-ドイツにおける刑法と少年刑法の交錯”, 『広島法学』 30巻1号, 広島大学, 2006.
- 田宮裕・廣瀬健二(編), 注釈 少年法 改訂版, 有斐閣, 2001.
- 渡邊一弘, 少年の刑事責任: 年齢と刑事責任能力の視点から, 専修大学 出版局, 2006.
- 青木和男, 日本律令国家論攷, 岩波書店, 1992.
- 大谷實, 新版 刑法講義総論, 成文堂, 2000.
- 内田文昭也(編), 刑法(明治 40年) (2): 日本立法資料全集 21巻, 信山社, 1993.
- 山本聡, “少年への処罰と責任—トワイライトゾーンの行方—”, 斎藤静敬先生古稀祝賀記念論文集刊行委員会(編) 『刑事法学の現代的展開—斎藤静敬先生古稀祝賀記念』, 八千代出版, 2005.
- 船山泰範, 刑法学講話(総論), 成文堂, 2010.

A Critical Study on the Age of the Criminal Responsibility :

Focus on the Criminal Minors and Juveniles who are
against the criminal law

Lee, Deok-In*

This research aims to study the minimum age of the criminal responsibility. Juvenile delinquency and crime has been recently conducting by younger ages and its way of committing criminal has been wicked and cruel. Although the number of juvenile delinquency and crime has been less due to the population decrease of young people, the rate of the second conviction has increased. However, such generalizations would be wrong for lower the age of juvenile delinquency and crime. juvenile act amendment from in 2007 is amended for the juvenile justice system reform around the guide-leader, and diversification-strengthening of juvenile protection policy through increase-division of juvenile protection disposal.

Through the amendment of the penal code and the juvenile act, to lower the age of criminal responsibility is not important issue. Regarding those juvenile delinquency and crime problems, there are many critics in the society and become the social issues in terms of juvenile act, which would not solve the problems with the right way. We should not leave children on the conveyor belt to make criminals. Thus, it must be required to make the supplement on the structures and systems in juvenile act, and be designed the effective way of preventing the juvenile delinquency and crime.

* Prof., LL.D., School of Police Administration, Busan Institute of Science and Technology.

- ❖ Key words : the Minimum Age of Criminal Responsibility(MACR), Criminal Responsibility, Criminal Minors, Juveniles who are against the criminal law, Low-teen Crime.