형사정책연구 Korean Criminological Review
제27권 제3호(통권 제107호, 2016 · 가을)

소년의 책임능력과 형사책임
: 책임능력의 평가문제를 중심으로*

김 성 은**

국 | 문 | 요 | 약

형법 제9조 및 그 해석론에 따르면 14세 미만인 자는 책임능력이 부정되어 형사책임을 지지 않고, 14세 이상인 자는 책임능력자로 인정되어 형사책임을 진다. 형사성년 또는 형사미성년의 문제는 일반적으로 책임능력의 문제로 이해되고 있지만, 현행 법제에 따르면 행위자가 '실제로 책임능력을 지니는지'에 대해서는 개별적으로 평가하지 않고, 오로지 14세라는 연령을 기준으로 획일적으로 책임능력 유무가 결정된다. 이에 따르면 현행법상 아직 소년에 해당하는 14세 이상 19세 미만인 행위자도 성인과 동일하게 형사책임을 진다. 이들이 정신적으로 미성숙한 상태에 있고, 책임능력이 있는지 의심스러운 경우에도 사정은 다르지 않다. 그런데 사실적 측면에서 보면, 소년들은 아직 지적으로나 도덕적으로 성장과정에 있으므로 일반 성인과 동일한 정도로 정신적, 도덕적으로 성숙하고 책임능력을 갖추었다고 보기 어렵다. 이러한 점을 고려할 때 소년에 대하여 책임능력에 대한 별도의 심사 없이 일반 성인과 동일하게 형사책임을 인정하거나 책임능력 유무가 의심스러운 경우에도 형사책임을 인정하는 것은 형법의 책임원칙 측면에서도, 소년법의 보호주의 이념의 관점에서도 그 타당성에 의문이 제기된다. 이에 소년의 형사책임 영역에서 새로운 방향설정이 필요하다. 장기적으로는 법적 근거를 마련하여 소년의 책임능력 유무를 개별적으로 심사하고 이를 기초로 형사책임 여부를 결정하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 우선 현행 법제 하에서는 최소한 소년의 책임능력이 의심되는 경우에는 심사를 통해 책임능력이 확실한 사례에서만 형사책임을 인정하고, 책임능력이 없거나 약하거나 분명하지 않은 그 밖의 사례는 보호사건으로 처리하여 형벌 대신 보호처분을 부과하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 그리고 실무상 책임능력 평가의 어려움을 극복하기 위해 구체적인 기준을 마련하고, 사례를 유형화하는 방안 등도 고려할 수 있을 것이다.

❖ 주제어 : 소년의 형사책임, 형사미성년제도, 상대적 형사성년제도, 책임능력

---

* 2012년도 강원대학교 학술연구조성비로 연구하였음(관리번호-120121118).
** 강원대학교 법학전문대학원 부교수

Ⅰ. 서론: 문제제기

형법 제9조는 14세 미만인 자를 형사미성년자로 정하고 있다. 14세 미만인 자는 책임능력이 부정되어 일체의 형사책임을 지지 않고, 14세 이상인 자는 형사성년자로서 책임능력이 인정되어 형사책임을 진다. 형사성년 또는 형사미성년의 문제는 일반적으로 책임능력의 문제로 이해되고 있다.[1] 그런데 현행 법제에 따르면 형사미성년이나 형사성년에 해당하는 행위자가 '실제로 책임능력을 지니는지'에 대해서는 개별적으로 평가하지 않는다. 14세라는 연령을 기준으로 일률적으로 책임능력 유무가 결정된다. 이러한 기준에 의하면 현행법상 아직 소년에 해당하는 14세 이상 19세 미만인 행위자는[2] 더 이상 형사미성년자가 아니므로 (형법 제10조의 심신장애 등이 문제되지 않는 한) 성인과 동일하게 형사책임을 진다. 이들이 정신적으로 성숙한 상태에 있는지, 책임능력을 지니는지 의심스러운 경우에도 사정은 다르지 않다.

소년의 발달과 소년기의 특성이라는 사실적 측면에서 보면, 이 시기의 소년들은 아직 지적으로나 도덕적으로 성장과정에 있다고 한다. 그리고 소년의 성장속도나 발달상태는 개인마다 차이가 있는 것으로 알려져 있다.[3] 따라서 형사성년에 해당하는 모든 소년이 일반 성인과 동일한 정도로 정신적, 도덕적으로 성숙한 상태에 있다고 보기 어렵고, 같은 연령의 소년들이라도 이들의 성숙도는 서로 차이가 있을 수 있다.

우리 소년법은 이러한 소년기의 특성을 고려하여 19세 미만인 자를 소년으로 분류하여 성인과 구별하고, 보호주의 이념 하에서 개별적으로 처우하는 소년사법제도를 정착시켰다.[4] 소년법이 소년보호사건의 심리방식과 처분을 성인사건과 달리 규정하고, 소년형사사건에서 실체법 및 절차법상 특례를 인정하는 것도 같은 취지에

---

1) 이재상, 형법총론, 303면; 배종대, 형법총론, 418면; 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론, 263면; 임웅, 형법총론, 301면; 김성돈, 형법총론, 359면.

2) 소년법 제2조, 제4조.

3) Fischer, Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, S. 69 f.; Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, S. 54.

4) 소년법 제1조는 "이 법은 반사회성이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 한다."고 함으로써 소년보호의 이념을 명문화하고 있다.

서 비롯된 것으로 해석할 수 있다.[5)]

이와 같이 현행법상 형사미성년의 문제가 책임능력의 문제와 관련이 있고, 또한 소년은 보호주의 이념 하에서 성인과 달리 처우되고 있다는 점을 고려한다면, 소년의 책임능력을 별도의 평가 없이 일반 성인과 동일하게 인정하거나 소년이 정신적, 도덕적으로 미성숙하여 책임능력이 의심스러운 경우에도 형사책임을 인정하는 것이 과연 타당한가 하는 의문이 제기될 수 있다. 우리와 달리 다른 국가에서는 소년을 제한적 또는 상대적 형사성년자로 분류하고, 개별사안에서 책임능력을 적극적으로 평가한 후 이를 기초로 형사책임 여부를 결정하는 사례도 적지 않다.[6)]

오랫동안 우리 학계나 실무에서는 소년의 형사책임 문제에 관하여 거의 논의가 이루어지지 않았다.[7)] 최근에 이르러 형사미성년의 연령기준을 하향 조정하는 문제가 논의되기 시작하면서 소년의 형사책임 문제에 관심이 집중되고 있기는 하다.[8)] 그런데 이러한 논의의 배경에는 소년범죄와 관련된 형사정책적 관점이 전면에 자리잡고 있고, 소년의 책임능력 및 그 평가문제는 아직 직접적으로 다루어지지 않고 있다.

이 글에서는 소년의 형사책임 문제를 책임능력의 평가라는 측면에서 살펴보고자 한다. 먼저 소년의 책임능력 및 평가와 관련된 현행 법제와 그 해석론을 검토하면서

---

5) 소년형사사건 특칙의 구체적 내용에 대해서는 소년법 제3장 참조.

6) 상대적 형사성년제도를 채택하고, 소년에게 형사책임을 인정하는 데 있어 연령 외에 추가적인 요건들을 요구하는 대표적인 유럽 국가들은 독일, 오스트리아, 이탈리아, 체코 등이다. 유럽평의회는 '형사책임은 엄격한 연령기준 대신 개인의 성장발달과 결합되어야 한다.'는 입장을 취하고 있고, 유럽에서는 유럽평의회의 이러한 입장을 고려하여 상대적 형사성년제도로 발전하는 경향이 나타나고 있다고 한다. 이에 대해서는 Ostendorf, Stand der Forschung zu § 3 JGG, S. 129. 유럽 각국의 절대적, 상대적 형사미성년제도에 대해 자세한 것은 Gensing, Jugendgerichtsbarkeit und Jugendstrafverfahren im Europäischen Vergleich, S. 91 f. 참조.

7) 그동안 이러한 거의 논의가 없었던 것은 형법 제9조에 14세라는 연령기준이 제시된 것 외에는 소년의 형사책임에 관한 다른 법적 근거가 없으며, 그 때문에 해석론 등이 전개될 여지가 없었기 때문일 것이다. 그리고 이러한 현행법의 태도를 정책적 판단에 속하는 것으로 보고, 입법적 정책결정을 그대로 수용한 측면도 있다.

8) 형법 일부개정 법률안(의안번호 제1813846호; 의안번호 제1903008); 이덕인, 형사책임연령 하향에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제23권 제1호, 5면 이하; 이혜미, 형사미성년자 연령 하향조정의 논의와 쟁점, 이슈와 논점, 제372호; 박찬걸, 형법상 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계, 소년보호연구 제22호, 191면 이하; 박영규, 소년의 형사연령에 관한 고찰, 소년보호연구 제29권 제2호, 97면 이하.

문제점을 진단한다(Ⅱ). 이어서 소년의 책임능력 평가에 대한 법제를 갖추고 적용하는 외국의 사례를 독일을 중심으로 살펴보면서 시사점을 도출하고자 한다(Ⅲ). 마지막으로 이러한 진단과 검토를 토대로 소년의 형사책임 영역에서 새로운 방향설정의 필요성과 구체적인 실행가능성을 모색하면서(Ⅳ) 결론을 맺는다(Ⅴ).

Ⅱ. 현행법상 소년의 형사책임 구조

1. 소년과 책임능력

형법은 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 않는다고 함으로써 형사미성년자에 대해 규정하고 있다(제9조). 형사미성년자는 정신적, 도덕적으로 아직 성숙하지 못하다는 전제 하에 책임무능력자로 분류되어[9] 원칙적으로 일체의 형사책임을 부담하지 않는다. 형사성년 또는 형사미성년의 문제는 일반적으로 책임능력의 문제로 이해되고 있다.[10] 책임능력의 개념과 본질에 대한 이해는 어떤 책임론을 취하는지에 따라 달리 나타나지만, 대법원과 다수의 학자들은 도덕적 책임론의 입장에서 책임능력을 주로 행위자가 법규범의 금지와 명령을 분별하여 규범에 따라 행동할 수 있는 능력으로 이해하고 있다.[11] 이러한 책임능력은 법과 불법을 분별·통찰할 수 있는 지적 능력과 그 분별한 바에 따라 의사를 결정하고 행동을 제어할 수 있는 의지적 능력으로 구성된다고 한다.[12]

그러나 법률은 책임능력의 의미나 요건에 관해서는 적극적으로 규정하고 있지 않고, 책임무능력의 요건만 소극적으로 규정하고 있다. 형법 제10조 제1항에서 '심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 않는다.'고 규정한 것을 두고 책임능력에 대한 일반적 개념이 소극적으로

9) 배종대, 형법총론, 418면; 헌재 2003.9.25, 2002헌마533.

10) 위의 각주 1) 참조.

11) 대법원 1968.4.30, 68도400; 이재상, 형법총론, 301면; 배종대, 형법총론, 417면; 임웅, 형법총론, 298면; 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론, 263면.

12) 임웅, 형법총론, 299면.

제시된 것으로 해석하기도 한다.[13] 대법원에 의하면 '사물을 변별할 능력'이란 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 정할 수 있는 능력을 의미하고, '의사를 결정할 능력'이란 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력을 의미한다.[14]

형법 제9조의 규정과 책임능력에 대한 대법원 및 학자들의 해석을 종합하면, 현행 소년법상 소년에 해당하는 10세 이상 19세 미만인 행위자의 형사책임 구조는 다음과 같이 정리할 수 있다.

〈소년의 형사책임〉

연령		책임능력	형사성년성	형법	소년법
소년	10세 이상 14세 미만	책임무능력자	절대적 형사미성년	불가벌	보호처분(촉법소년)
	14세 이상 19세 미만	책임능력자	절대적 형사성년	처벌	보호처분(범죄소년)
성인	19세 이상	책임능력자	절대적 형사성년	처벌	해당 없음

즉, 14세 미만의 소년은 형사미성년자로서 미성숙으로 인해 책임능력이 부정되어 원칙적으로 일체의 형사책임이 면제되고, 14세 이상 19세 미만의 소년은 형사성년자로서 책임능력이 인정되어 일반 성인과 동일하게 형사책임을 진다. 다만, 소년법상 14세 미만의 소년은 촉법소년으로서, 그리고 14세 이상의 소년은 범죄소년으로서 각각 보호처분의 대상이 될 수 있다.[15]

2. 책임능력의 평가문제

소년의 형사책임 문제는 일반적으로 책임능력의 문제로 이해되고 있지만, 책임능력의 전제가 되는 정신적 성숙도에 대한 판단이나 사물변별능력 및 의사결정능력에 대한 평가는 행해지지 않는다. 법관은 오로지 행위자의 연령이 14세 미만인지 여부만 확인한다. 그 이유는 무엇보다도 현행법에 연령 외에 다른 법적 근거가 제시되어 있지 않다는 데 있다. 따라서 현행법에 따르면 오로지 연령을 기준으로 절대적 책임

13) 渡邊一弘, 少年の刑事責任, 236頁.
14) 대법원 2015.3.20, 2014도17346; 대법원 1990.8.14, 90도1328.
15) 소년법 제4조 제1호.

무능력 또는 절대적 책임능력을 추정한다. 이것이 의미하는 것은 14세 이상인 소년은 정신적 미성숙으로 인해 책임능력이 결여되어 있다는 의심이 들어도 (제10조에 따른 심신장애에 해당하지 않는 한) 형법적 책임을 지게 된다는 것이다.

그렇다면 형법이 연령을 기준으로 일률적으로 소년의 책임능력 유무를 결정하는 이유는 무엇인가? 이것은 한편으로는 인간 발달과정의 일반성을, 다른 한편으로는 평가의 실제적 어려움을 고려한 결과로 볼 수 있다. 우선 발달측면에서 보면 인간은 누구나 유아기, 아동기, 청소년기를 거쳐 성인이 되고, 이러한 발달과정은 시간의 진행에 따라 누구나 겪는다는 점, 그리고 이 과정은 단계적으로 진행되므로 일정한 연령에 도달하면 (정신장애 등 특별한 경우를 제외하고는) 거의 예외 없이 성숙상태에 이른다는 점을 고려할 때 굳이 연령 이외의 다른 요건들을 통해 책임능력을 개별적으로 판단할 필요가 없다는 것이다. 또한 '실제적인 측면'에서도 소년의 정신적 성숙도나 사물변별능력 및 의사결정능력을 개별적으로 평가하는 것은 매우 어렵기 때문에 연령을 기준으로 일률적으로 형사책임 여부를 결정하는 것이 개별적 조사의 어려움과 번거로움을 피하는 합리적인 방법이라고 한다.[16)]

소년의 책임능력 평가 문제와 현행 입법의 타당성 문제는 형사미성년과 형사성년인 소년을 구분하여 논의할 필요가 있다고 본다. 우선 형사미성년자에 대해서는 형사책임을 배제하는 것이므로 책임능력을 평가하지 않더라도 행위자에게 불리하지 않다는 점과 형사미성년제도의 도입취지가 책임능력 문제뿐만 아니라 아동복지적 측면 및 형사정책적 요청 때문이기도 하다는 점을 고려하면, 평가문제를 별도로 논의할 필요성은 없다고 본다. 즉, 절대적 형사미성년제도는 정신적 미성숙이라는 어린 소년의 특성을 고려하여 책임능력을 부정하는 것이지만,[17)] 이들의 감수성, 상처받기 쉬운 특성, 높은 개선가능성 등에 대한 아동복지적 측면의 보호적, 교육적 배려와 특별예방효과를 추구하는 형사정책적 요청도 함께 고려하여 형벌을 배제하는 것이기 때문이다.[18)] 그에 반해 형사성년인 소년에 대해서는 별도의 평가 없이 연령

16) 헌재 2003.9.25, 2002헌마533("일정한 정신적 성숙의 정도와 사물의 변별능력이나 행동통제능력의 존부·정도를 각 개인마다 판단·추정하는 것은 곤란하고 부적절하므로 일정한 연령을 기준으로 하여 일률적으로 형사책임연령을 정한 것은 합리적인 방법으로 보인다.").

17) 배종대, 형법총론, 418면; 주호노, 소년의 형사책임에 관한 연구, 법조 제59권 제12호, 61면.

18) 소년에게 어느 정도 책임을 인정하는 경우에도 어린 소년들의 감수성 내지 상처받기 쉬운 특성에

만으로 형사책임을 인정함으로써 결국 행위자에게 불리한 결과를 가져오는 것이므로 사실적인 측면에서도 규범적인 측면에서도 평가문제를 논의할 필요성이 크다고 생각한다. 이 점은 외국의 관련 법제를 먼저 검토한 후 자세히 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 소년의 형사책임과 책임능력의 평가: 독일의 경우

우리나라와 달리 외국 법제에서는 소년을 상대적 또는 제한적 형사성년(relative oder beschränkte Strafmündigkeit)으로 분류하고, 소년에 대해서 형사책임을 인정하기 위해 연령 외에도 추가적인 요건들을 개별적으로 심사할 것을 요청하는 경우가 적지 않다.[19] 아래에서는 이와 관련된 외국 법제의 특징을 독일을 중심으로 살펴보고,[20] 그 문제점과 한계도 함께 생각해보고자 한다.

1. 소년의 형사책임 규정과 요건

가. 형법 제19조와 소년법원법 제3조 제1문

독일 현행법상 소년의 형사책임과 관련이 있는 규정은 형법 제19조와 소년법원법 제3조이다. 독일 형법 제19조는 "행위 시 14세가 되지 아니한 자는 책임능력이 없다."고 규정하고,[21] 소년법원법 제3조 제1문은 "소년은 행위 시 그 행위의 불법을

비추어 이들의 범죄에 대해 형벌로 대응하는 것은 아동복지적 측면에서 부적절하다고 한다. 또한 형사정책적 측면에서는 어린 소년들의 경우 아직 반사회성이 고정되어 있지 않고 개선가능성이 크므로 형벌에 의한 교정보다는 적절한 교육적, 보호적 조치가 특별예방에 효과적이라고 한다. 헌재 2003.9.25, 2002헌마533; 渡邊一弘, 少年の刑事責任, 230頁; 박찬걸, 형법상 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계, 소년보호연구 제22호, 195면.

19) 위의 각주 7) 참조.

20) 독일은 우리나라와 같은 대륙법 체계의 국가로서 상대적 형사성년제도의 법제화의 역사가 깊고, 소년의 책임능력 문제에 대한 이론적, 경험적 논의도 수십 년 전부터 최근에 이르기까지 활발하게 진행되고 있는 국가이다. 따라서 독일의 법제에 대한 검토를 통해 여러 시사점을 얻을 수 있을 것으로 본다.

21) § 19 (Schuldunfähigkeit des Kindes) Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist. 우리 형법 제9조는 형사미성년자라는 표제어 아래 '14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 않는다.'고 규정하고 있는데 반해, 독일 형법 제19조는 아동의 책임무능력이라는

통찰하고, 이러한 통찰에 따라 행동할 만큼 도덕적, 정신적으로 충분히 성숙한 경우에 형법적으로 책임이 있다."고 규정하고 있다.[22)]

우선 독일 형법과 소년법원법의 규정에 근거해서 소년의 형사책임의 단계와 요건을 개관해보면 다음과 같다.

〈소년의 형사책임: 독일〉

연령	분류	형사성년의 종류	적용법률
14세 미만	아동	절대적 형사미성년	형법
14세 이상 18세 미만	소년	제한적 형사성년	소년법원법
18세 이상 22세 미만	청년	청년으로서 형사성년	형법

표에서 보는 바와 같이 14세 미만의 행위자는 형사미성년자로서 형법상 '아동(Kind)'으로 분류되고,[23)] 책임능력이 부정되어 형사책임을 지지 않는다. 이들은 절대적 형사미성년자로서 일체의 형사책임을 지지 않는다. 14세 이상 18세 미만의 행위자는 '소년(Jugendlicher)'으로 분류되는데, 이들은 아동과 같은 책임무능력자도 성인과 같은 책임능력자도 아니다. 이들 소년은 제한적 책임능력(bedingte Schuldfähigkeit)을 가진 상대적 형사성년(relative Strafmündigkeit)으로 분류된다.[24)] 법원은 소년법원법 제3조에 의거해서 각 개별사례에서 소년의 책임능력 유무를 심사하고, 이를 토대로 비로소 형사책임 여부를 결정한다.[25)]

표제어 아래 '행위 시 아직 14세 되지 아니한 자는 책임능력이 없다.'고 규정함으로써 형사미성년자 규정이 책임능력의 문제라는 점을 명시적으로 표현하고 있다.

22) § 3 (Verantwortlichkeit) Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

23) 우리나라와 독일은 소년에 대한 연령기준을 달리 정하고 있다. 독일에서는 형사미성년자에 해당하는 14세 미만인 자는 아동으로 분류되고(형법 제19조), 소년은 14세 이상 18세 미만의 연령에 해당하는 자이다(소년법원법 제1조 제2항). 우리 소년법에 따르면 소년은 19세 미만의 자이고(소년법 제2조), 반사회적 행위를 한 10세 이상 19세 미만의 소년은 소년법의 적용을 받는다(소년법 제4조). 따라서 형사미성년자에 해당하는 10세 이상 14세 미만인 자도 소년으로 분류된다.

24) Laubenthal/Baier, Jugendstrafrecht, S. 29; Heitlinger, Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, S. 80; Albrecht, JGG, § 11; Ostendorf, JGG, § 3 Rn. 1; Dallinger/Lackner, JGG, § 3 Rn. 1.

25) 다만, 형사책임이 인정된 소년에 대한 법률효과는 우리나라와 독일의 법제의 차이로 서로 다르게 나타난다. 우리나라의 경우 형사성년인 소년은 책임능력자로 간주되어 원칙적으로 형법의 적용을

나. 소년의 형사책임 요건

독일 소년법원법 제3조에 따르면 소년의 형사책임의 첫 번째 요건은 도덕적, 정신적 성숙성이고, 두 번째 요건은 불법통찰능력과 행위조정능력이다. 그 내용을 좀 더 자세히 살펴본다.

1) 도덕적, 정신적 성숙

소년법원법 제3조가 의미하는 정신적 성숙이란 인지적 요소로서 소년의 지적 능력과 관련된다.[26] 소년이 법과 불법을 이성적으로 구분하고, 규범들의 관계와 내용을 파악할 수 있으면 정신적으로 성숙한 것이라고 한다.[27] 그런데 소년에게 형사책임을 인정하기 위해서는 어떤 특정행위의 금지 여부를 지적으로 인식하는 것만으로 충분하지 않고 도덕적 성숙이 필요하다. 소년이 법과 불법을 구분하고, 이를 자신의 행위에 대해서도 적용할 수 있을 정도로 윤리적 문제에 대한 기본적인 이해를 갖추고 있으면, 도덕적으로 성숙한 것이라고 한다.

그런데 소년에게서 지적, 정신적 성숙이 확인된다고 하여 곧바로 도덕적으로도 성숙하다는 결론에 이르러서는 안 된다. 소년의 정신적 발달과 도덕적 발달은 항상 나란히 진행되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 도덕적 성숙을 확정하기 위해서는 지적 성숙과 더불어 예컨대 자율성이나 책임감 있는 관계형성 등과 같은 별도의 추가적인 징후들을 확인하는 것이 필요하다고 한다.[28]

받는 반면, 독일의 경우에는 형사성년인 소년에게 소년형법인 소년법원법이 우선적으로 적용된다. 소년을 분류하여 소년보호사건과 소년형사사건으로 이원적으로 처리하는 우리나라와는 달리 독일에서는 소년에 대한 절차는 소년형사사건으로 일원화되어 있다. 형사미성년자인 경우 전혀 형사책임을 지지 않으므로 형법뿐만 아니라 소년법원법도 적용되지 않고, 형사성년인 소년의 경우 형법이 아닌 소년법원법이 우선적으로 적용되어 소년의 책임능력에 대한 개별적인 평가가 이루어진다.

26) Heitlinger, Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, S. 116.

27) Ostendorf, JGG, § 3 Rn. 6; DSS-Diemer, JGG, § 3 Rn. 12; Renzikowski, NJW 1990, S. 2910. 이에 대한 평가는 단순히 학교성적이나 IQ 테스트 등에 제한되지 않고 일반적인 문제해결능력이나 개별적인 인지적 결함 등도 함께 고려하는 것이 중요하다고 한다.

28) Ostendorf, JGG, § 3 Rn. 6; Heim, StV 1988, S. 321 f.; Heitlinger, Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, S. 117. 도덕적 성숙의 개념을 설명하기 위해 피아제와 콜버그가 사용하는 도덕성 발달모델 개념을 법적 영역으로 끌어들이는 연구도 찾아볼 수 있다. 우리나라에서 최근 이러한 시도로는 이정주, 형사책임 연령 인하 논의에 관한 형사정책적 검토 -도덕성발달이론을 중심으로-,

2) 불법통찰능력과 행위조정능력

소년법원법 제3조에 따르면 소년의 도덕적, 정신적 성숙도는 불법통찰능력 및 행위조정능력과 관련해서 판단해야 한다.[29] 불법통찰능력이란 특정 행위가 법질서에 반하고, 그 때문에 사회적으로 용인될 수 없고 법적으로 금지되어 있다는 것을 인식할 수 있는 지적 능력을 의미한다.[30] 따라서 소년은 자신의 행위의 불법특성을 분명하게 이해할 수 있는 능력이 있어야 한다. 어떤 행위를 단순히 비윤리적, 비도덕적인 것으로 평가하는 것으로는 충분하지 않고, 법적으로 금지된다는 것을 인식하여야 한다.[31] 이때 소년은 법과 불법을 일반적으로 구분하는 것이 아니라 자신이 행한 구체적인 행위를 법질서가 허용하지 않는다는 것을 이해하는 것이 필요하다.[32] 그러나 소년은 자신이 위반하는 법규범의 구체적인 내용까지 상세하게 알 필요는 없고, 자신의 행위가 일반적 구속력을 가진 법질서에 반한다는 것을 알고 있는 정도로 충분하다고 한다.[33]

또한 소년은 자신의 불법통찰에 상응하게 행동하는 능력, 즉 규범에 적합하게 행동하는 능력도 지녀야 하는데, 이를 행위조정능력이라고 한다. 올바른 것을 인식하는 것과 올바른 것을 행하는 것은 서로 다른 문제이다. 특히 소년의 경우에는 올바른 통찰과 평가에도 불구하고 자신의 모든 충동을 억제할 수 있는 것은 아니다. 소년의 범죄는 종종 감정적 즉흥성에서 비롯되거나 범행충동이 이성적 인식에 비해 우세하고 충분히 조정되지 못하는 경우에도 발생한다.[34] 따라서 행위조정능력은 소년이 불법인식능력을 지니고 있다는 것으로부터 추론해서는 안 되고, 별도로 심사하고 근거를 제시해야 하는 독자적인 요건이라고 한다.[35]

소년보호연구 제21호, 141면 이하.

29) Heitlinger, Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, S. 117.

30) Dallinger/Lackner, JGG, § 3 Rn. 4.

31) BGHSt 10, 35(41); Eisenberg, JGG, § 3 Rn. 16; Fischer, Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, S. 66.

32) Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, S. 52.

33) Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, S. 45; Ostendorf, JGG, § 3 Rn. 7; Eisenberg, JGG, § 3 Rn. 15.

34) Ostendorf, JGG, § 3 Rn. 10; Brunner, JGG, § 3 Rn. 4.

35) Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, § 5, Rn. 11.

2. 소년의 책임능력의 평가

가. 책임능력의 적극적 확정

위에서 살펴본 바와 같이 독일 소년법원법 제3조가 소년의 형사책임의 요건을 명시적으로 규정하고 있는 한, 소년의 책임능력은 개별사례에서 적극적으로 확정되어야 하는 것으로 해석되고 있다.[36] 일반 성인의 경우 책임능력이 있다는 전제에서 출발하고 (심신장애 등에 대한) 구체적인 의심의 징후가 있는 예외적인 경우에만 책임능력을 심사하는 것과는 달리, 소년의 경우에는 개별사례에서 항상 적극적으로 심사하여 책임능력의 유무를 확인해야 한다는 것이다.[37]

그리고 소년의 책임능력을 인정하려면 단지 '소년에게 책임능력의 징후가 있다' 거나 혹은 '책임능력이 결여되어 있다는 근거가 명백하지 않다'는 식으로 설명해서는 안 되고,[38] 또한 특정 연령의 평균성숙도 등을 토대로 추상적으로 소년의 책임능력을 확정하거나 일반적으로 확정해서도 안 된다.[39] 소년의 책임능력은 오히려 그가 위반한 구체적인 행위와 관련해서 개별적으로 심사하고,[40] 행위 당시 책임능력이 있었음을 추론할 수 있는 구체적인 근거를 명확하게 제시해야 한다.[41]

나. 의심스러운 경우 피고인에게 유리하게

구체적인 개별심사를 실시하였으나 소년에게 책임능력이 존재하는지 여부가 여

36) RGSt. 58, 128; OLG Hamm, ZJJ 1005, 448; Dallinger/Lackner, JGG, § 3 Rn. 23; Ostendorf, JGG, § 3 Rn. 7; Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, S. 63; Brunner, JGG, § 3 Rn. 4.

37) P.-A. Albrecht, Jugendstrafrecht, S. 96; Laubenthal/Baier, Jugendstrafrecht, S. 29; Heitlinger, Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, S. 80, 113; Fischer, Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, 84; Eisenberg, JGG, § 3 Rn. 4.

38) Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, § 5, Rn. 9.

39) Heitlinger, Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, S. 117.

40) Fischer, Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, S. 88; Heitlinger, Die Altersgrenze der Strafmündigkeit, S. 117.

41) Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, § 5, Rn. 9. 소년의 책임능력은 범행 시를 기준으로 판단하므로 수개의 경합범이 문제되는 경우에는 행위별로 책임능력을 판단해야 한다. 그 결과 일부 범죄에 대해서만 소년에게 책임능력을 인정하고, 다른 범죄에 대해서는 책임능력을 부정하는 경우도 발생할 것이다. 이에 대해서는 Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, § 5, Rn. 12.

전히 불확실한 경우가 있을 수 있다. 이때는 '의심스러운 경우 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)'라는 원칙에 따라 소년에게 책임능력이 결여된 것으로 보고, 형사책임을 부정하고 형사제재를 부과해서도 안 된다고 한다.[42)]

다른 한편, 소년에게 책임능력이 결여되어 있다는 점은 확실하지만 그것이 미성숙으로 인한 것인지, 성숙과정과는 별개로 정신병리학적 장애로부터 기인하는 것인지 분명하게 해명될 수 없는 경우도 가정해볼 수 있다. 물론 그 원인이 정신장애에 있다면 독일 형법 제20조의 정신장애로 인한 책임무능력 규정을 적용할 수 있다.[43)] 그러나 그것이 무엇에 기인하는 것인지 분명하게 해명될 수 없는 경우에는 역시 '의심스러운 경우 피고인의 이익으로'라는 원칙에 따라 단지 소년법원법 제3조만 적용해야 한다는 것이 일반적인 견해이다. 소년법원법에 따른 법률효과가 형법 제20조의 경우보다 소년범죄자에게 더 적은 부담을 주기 때문이라고 한다.[44)]

3. 책임능력 평가의 실제적 문제

가. 소년법원법 제3조의 적용문제

소년법원법 제3조의 적용문제를 두고 오랫동안 비판이 제기되고 있다. 비판의 내용은 이 규정이 소년의 형사책임을 인정하기 위한 요건을 명시적으로 제시하므로 실무에서는 소년의 책임능력을 개별적으로 자세하게 심사하고 확정해야 하지만, 실제로는 실무에서 이 규정을 중요하게 생각하지 않는다는 것이다.[45)] 소년에 대한 전면적인 심사를 하기 보다는 형식적으로 성숙도를 심사하여 형사책임을 인정하는 경

---

42) BGH ZJJ 2005, 205; Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, § 5, Rn. 13; Eisenberg, JGG, § 3, Rn. 4; Dallinger/Lackner, JGG, § 3 Rn. 23; Ostendorf, JZ 1986, S. 668.

43) § 20 (Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen) Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

44) Eisenberg, JGG, § 3, Rn. 40; Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, § 5, Rn. 18; Fischer, Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, S. 87.

45) BT-Drucks. 16/13142, S. 13; Albrecht, Jugendstrafrecht, § 11 Ⅲ 1; Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, S. 51; Ostendorf, JGG, § 3. Rn. 4.

우가 대부분이다.[46] 성숙성이 결여되었다는 이유로 절차가 중지되거나 무죄가 선고된 사례도 극히 미미하고, 근거를 제시하는 수준도 극히 낮은 것으로 평가되고 있다. 단순히 상투적인 해명에 그치거나 법률문구를 반복하여 나열할 뿐이고, 통찰능력과 조정능력에 대해 설명하는 경우는 더욱 드물다.[47]

이와 같이 실무에서 소년법원법 제3조가 중시되지 않는 상황과 관련하여 학자들은 그 이유를 다음과 같이 진단하고 있다. 즉, 정신적, 도덕적 성숙이라는 법개념의 불명확성과 구체적인 해석기준의 결여,[48] (발달심리학이나 정신의학 등) 법 외적 영역에 대한 의존과 한계, 소송경제적 고려 등이 문제되고 있다.[49] 이러한 요소들이 결국 법적용의 어려움으로 귀결되어 소년법원법 제3조의 실용성 문제가 발생하는 것으로 보고 있다.

나. 소년법원법 제3조의 폐지?

법적용 실무의 문제와 관련하여 일부에서는 소년법원법 제3조를 폐지하거나 예외규정으로 재구성하는 것도 고려하고 있지만,[50] 대부분의 학자들은 소년의 형사책임의 전제조건으로서 책임능력을 적극적으로 확정해야 한다는 요청은 포기할 수 없는 것으로 생각한다. 그 이유는 무엇보다도 형법의 부분영역으로서 소년법원법은 헌법적 지위를 갖는 책임원칙 하에 놓여 있다고 보기 때문이다.[51] 책임원칙에 충실하기 위해서는 소년기의 특성을 행위자의 특수한 행위조건으로서 고려해야 하는 것이 마땅하고, 형법 제20조의 정신장애에 대한 심사만으로는 충분하지 않다고 한다.

---

46) Ostendorf, Jugendstrafrecht, S. 78; Keller/Kuhn/Lempp, MschrKrim 1975, S. 153 ff.; Schulz, Die Höchststrafe im Jugendstrafrecht, MSchrKrim 2001, S. 310 ff.

47) Keller/Kuhn/Lempp, MschrKrim 1975, S. 160; Momberg, Der Einfluß der Jugendgerichtshilfe auf die Entscheidung des Jugendrichters, MschrKrim 1982, S. 73; Lemm, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit jugendlicher Rechtsverbrecher, S. 46.

48) Ostendorf, Jugendstrafrecht, S. 78; Eisenberg, JGG, § 3. Rn. 9; Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung, S. 341; Karle, Entwicklungspsychologische Aspekte bei der Begutachtung von jugendlichen und Heranwachsenden, S. 281.

49) Ostendorf, Jugendstrafrecht, S. 78.

50) Brunner, JGG, § 3. Rn. 2; Bohnert, Strafmündigkeit und Normkenntnis, NStZ 1988, S. 249.

51) BVerfGE 20, 323(331); BVerfGE 25, 258(269).

나아가 소년법원법 제3조의 법적 요청 자체는 실행 불가능한 것이 아니므로, 실무상 문제는 법규정 자체의 폐지를 통해서가 아니라 실용성을 확보할 수 있는 구체적인 법적용 기준과 제도를 모색함으로써 해결해나가야 할 과제로 보고 있다.[52)]

Ⅳ. 소년의 형사책임: 책임주의와 소년보호주의의 조화

지금까지 소년의 형사책임과 관련된 우리나라와 독일의 법제를 특히 책임능력 평가 문제를 중심으로 살펴보았다. 이러한 고찰을 토대로 1) 우리 법제에서도 소년의 형사책임과 관련하여 책임능력의 평가가 필요한가, 2) 만약 필요하다면 현행 법제 하에서 어떠한 방식으로 이를 실행할 수 있을까 하는 문제에 대해 생각해보고자 한다.

1. 소년의 책임능력 평가의 필요성 문제

가. 소년의 발달과정과 소년기의 특징

형사책임의 대상은 법질서의 행위요청에 대하여 위법한 행위를 한 행위자의 잘못된 태도이다. 행위규범에 지향하는 능력은 타고나는 것이 아니라 삶의 과정을 통해서 습득해 나간다. 현행법은 14세 미만의 형사미성년자는 이러한 능력을 아직 충분히 발달시키지 못했지만, 형사성년자는 누구나 이러한 능력을 갖추고 있다고 가정한다.

그렇다면 소년연령에 해당하는 행위자들도 형사성년인 경우에는 누구나 사회화 과정이 종료된 일반 성인과 동일하게 사물변별능력 및 의사결정능력을 가지고 규범에 적합하게 행동할 수 있는 것일까? 소년발달의 일반성을 강조하는 사람은 아마도 이 물음에 긍정적으로 대답할 것이다. 이 입장에서는 인간의 발달과 성숙과정은 시간의 흐름에 따라 점진적으로 진행되므로 소년의 경우에도 일정한 연령에 도달하면 (정신장애 등과 같은) 특별한 경우를 제외하고는 거의 누구나 책임능력을 갖추게 된다고 가정하기 때문이다. 따라서 연령만으로도 책임능력의 일반적인 척도가 될 수 있다고 볼 것이다.

52) Ostendorf, Jugendstrafrecht, S. 81.

그러나 소년의 인지발달 및 도덕성발달을 연구하는 학자들은 소년발달의 개별성과 소년기의 특수성을 강조하며, 사회화과정이 아직 종료되지 않은 성장기의 소년들은 특정 연령 이상이라도 동일한 발달단계에 있는 것으로 볼 수 없다고 주장한다. 이들에 따르면 소년들은 연령이 증가하면서 도덕적, 정신적으로 성숙해가는 것이 사실이지만, 그 발달속도와 성숙과정은 소년 개인마다 차이가 있고 소년에 따라서는 좀 더 빠르게 또는 좀 더 느리게 발달이 진행되기도 한다.[53] 뿐만 아니라 소년의 발달과정은 전체적으로 보면 전진하더라도 실제로는 전진과 후퇴, 지연을 반복하면서 진행된다.[54] 신체적 발육과 정신적 성숙이 반드시 비례하는 것으로 보기도 어려우며, 정신적 성숙과 도덕적 성숙이 항상 일치하는 것도 아니다. 또한 생물학적으로도, 발달심리학적으로도, 그리고 사회적 측면에서도 소년기의 전형적인 현상인 사춘기에는 불법통찰이 가능한 경우라도 구체적 사례에서 행위조정능력은 결여될 수 있다. 소년들이 행위규범을 형성하는 과정도 타고난 개인적 성향뿐만 아니라 사회적 환경이나 교육에 의해 강하게 영향을 받으며 매우 상이하게 진행될 수 있다.[55] 이와 같이 성인에 이르러가는 이른바 과도기 연령에서 소년들의 도덕적, 정신적 성숙도를 연령별로 범주화하기 어렵다면,[56] 형사성년이라고 하여 모든 소년들이 성인과 같은 정도의 책임능력을 가진다고 보기 어렵고, 개인에 따라 편차가 있을 수밖에 없다. 사실적 측면에서 나타나는 이러한 소년발달 및 소년기의 특성은 규범적으로도 고려할 필요가 있다고 본다.

나. 책임원칙의 관점에서

소년은 성인과 마찬가지로 그들이 누구인가가 아니라 그들이 무엇을 했는가에 따라 처벌을 받는다. 소년에 대한 형벌도 그의 위법한 행동에 대해 비난이 가해질 수

53) Fischer, Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, S. 69 f.; Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, S. 54.

54) Lempp, DVJJ 1997, S. 373; Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, S. 48.

55) Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, S. 54; Böhm, Jugendstrafrecht, S. 29.

56) Fischer, Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, S. 70 f.

있는 한 정당화될 수 있다. 그러므로 소년에 대해서도 타당한 원칙은 형벌은 책임을 전제한다는 것이다. 형법 제9조의 형사미성년자 규정도 직접적으로 명문화하고 있지는 않지만 형사책임의 기준이 책임능력에 있다는 것을 내용으로 하고,[57] 따라서 책임원칙을 입법화한 것으로 해석된다.[58]

책임능력이 소년의 형사책임의 기초를 이룬다면, 정신적 미성숙이나 성숙지연으로 인해 아직 책임능력을 갖추지 못한 것으로 의심되는 소년에게 형사성년이라는 이유만으로 곧바로 형사책임을 인정하는 것이 과연 책임원칙에 부합하는가?[59] 물론 형법 제10조에 따라 형사성년에 해당하는 소년도 심신장애로 인해 책임무능력 및 제한적 책임능력이 인정되면 형사책임이 감면될 여지는 남아 있다. 그러나 심신장애의 문제는 예외적인 경우로서 소년에게만 해당되는 전형적인 현상이 아니므로 소년기의 일반적인 특징인 발달의 개별성이나 특수성에 따른 책임능력의 문제와는 구분되어야 할 것으로 본다. 또한 심신장애로 인해 책임능력이 의심되는 경우에는 법관의 심사를 통해 책임능력의 유무를 개별적으로 판단하면서, 소년의 정신적 미성숙으로 인해 책임능력이 의심되는 경우에는 별도의 평가 없이 완전한 형사책임을 인정하는 것은 책임원칙에 부합한다고 보기 어렵다.[60]

다. 소년보호주의의 관점에서

소년법은 소년보호를 이념으로 하는 형사특별법으로서[61] '소년의 건전한 육성'을 목적으로 한다.[62] 소년보호이념은 소년이 아직 성장과정에 있는 미성숙한 존재

57) 독일 형법 제19조는 "행위 시 아직 14세 되지 아니한 자는 책임능력이 없다."고 명시적으로 규정하고 있다.

58) 주호노, 소년의 형사책임에 관한 연구, 법조 제59권 제12호, 61면.

59) 물론 이러한 물음이 소년에 대해서만 타당한가 하는 의문도 있을 것이다. 그러나 앞서 설명한 바와 같이 일반 성인의 경우는 소년과 비교하여 대부분 성숙과정이 거의 종료된 것으로 볼 수 있어 아직 정신적, 도덕적으로 성장과정에 있는 소년의 경우와 같이 책임능력의 문제가 발생할 가능성은 훨씬 드물 것이다.

60) 독일 소년법원법 제3조에서 소년의 책임능력을 개별적으로 평가하도록 하는 것도 책임능력이 인정되지 않는 소년에게 형벌을 부과하는 것은 책임원칙에 반한다는 고려에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.

61) 교육적, 보호적 관점이 광범위하게 결합되어 있음에도 불구하고 소년법은 '형(사)법'으로 분류된다.

62) 소년법 제1조.

이자 고도의 개선가능성을 지닌 존재라는 전제에서 출발하여,[63] 교육적, 인도적, 복지적 견지에서 형벌보다는 교육과 보호를 통해 사회복귀를 추구하는 이념으로 이해되고 있다.[64] 이러한 소년보호의 이념은 우리 소년법과 소년사건절차 전반에 반영되어 있다. 소년법은 형법상으로는 형사성년에 해당하는 14세 이상의 소년(이른바 범죄소년)도 소년으로 분류하여 그 적용대상으로 하고 있다.[65] 특히 소년법이 14세 이상의 소년도 보호사건의 심리 및 처분의 대상으로 하고 있는 점이나[66] 소년형사사건에 관해서 수사와 심판, 과형 및 집행상의 다양한 특별규정을 두고 있는 점도[67] 이념적으로는 소년법상의 보호주의와 관련이 있는 것으로 볼 수 있다.

이러한 점에 비추어보면 소년법은 형사성년인 소년도 아직 성인과는 구분되는 미성숙한 존재로 인식하고, 보호주의 이념에 따라 성인과 달리 취급하고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 책임능력 문제와 관련해서도 이러한 관점에서 소년의 특성을 고려할 필요가 있다고 볼 수 있고, 따라서 소년의 경우에는 책임능력을 개별적으로 심사하여 이를 기초로 형사책임을 인정하는 것이 소년법의 이념에도 부합할 것으로 본다.

2. 소년과 책임능력 평가의 실행 문제

소년의 형사책임과 관련해서 책임능력 평가의 필요성을 소년기의 특성이라는 사실적 측면과 형법상 책임원칙 및 소년법상 보호주의이념이라는 규범적 측면에서 살펴보았다. 이러한 검토를 통해 소년의 책임능력을 평가하는 것이 필요하다는 결론에 도달하였는데, 이제 이것을 구체적으로 어떻게 실행할 수 있는가 하는 문제가 남는다.

---

63) 일반적으로 소년은 심신이 미성숙하고, 영향을 잘 받는 특성을 지니지만, 변화가능성이 크므로 형사처분보다는 교육 등을 통한 개선을 추구하는 것이 바람직하다고 본다. 법무연수원, 소년범 처리절차 개선방안-소년법 개정에 관한 의견을 중심으로-, 107면.

64) 법무부, 소년보호와 인권, 87면; 한국소년법학회(편), 소년법, 37면; 법무연수원, 소년범 처리절차 개선방안, 107면.

65) 소년법 제2조, 제4조 제1항.

66) 소년법 제4조 제1항 제1호, 제49조.

67) 소년법 제3장 제49조 이하. 이에 대한 보기로는 특히 사형 및 무기형의 완화(제59조), 부정기형의 범위 감경(제60조 제2항), 구속영장의 제한(제55조 제1항), 환형처분의 금지(제62조), 소년조사제도(제49조의2, 제56조) 등의 다양한 규정이 있다.

가. 소년의 책임능력 평가의 허용

앞에서 살펴보았듯이 우리 현행법은 형법 제9조에 연령을 기준으로 처벌 여부를 결정하고 있을 뿐, 소년의 형사책임이나 책임능력 평가와 관련된 다른 어떤 요건도 제시하지 않는다. 따라서 가장 먼저 필요한 것은 소년의 책임능력 평가에 관한 법적 근거와 기준을 입법화하는 것이다. 이것은 소년을 적용대상으로 하는 소년법에 규정하는 것이 가장 적절할 것으로 생각한다. 그러나 이러한 입법화를 위해서는 좀 더 심층적인 논의를 통해 폭넓은 공감대가 형성되고, 이를 토대로 구체적인 방향성과 합리적인 기준을 찾아나가는 것이 바람직하다. 따라서 현재로서는 좀 더 시간을 두고 논의를 진행시켜 나가야 할 것이다.

그렇다면 입법화에 앞서 현행법제 하에서 소년의 책임능력 평가를 가능하게 할 방법을 해석론을 통해 찾아볼 수는 없을까? 형법 제9조와 제10조는 모두 책임능력과 관련된 규정이다. 제9조는 정신적 미성숙으로 인해 사물변별능력과 의사결정능력이 결여된 경우를, 그리고 제10조 제1항은 심신장애로 인해 이러한 능력이 결여된 경우를 규율하고 있는 것으로 해석되고 있다. 이렇게 보면 형법 제9조와 제10조는 해석론상 서로 구조적 유사성을 인정할 수 있을 것이다. 따라서 제10조에서 심신장애로 인한 사물변별능력과 의사결정능력의 결여를 심사하듯이 제9조와 관련해서도 소년의 미성숙으로 인한 이러한 능력의 결여를 심사하는 것도 생각해볼 수 있다.

다만, 명시적 규정이 없는 상태에서 (독일 소년법원법 제3조와 같이) 모든 사례에서 소년의 책임능력을 적극적으로 평가하도록 요구할 수는 없다. 따라서 현행 형법의 소극적 규정방식을 고려하여 예외적으로 형사성년인 소년의 정신적 성숙과 책임능력에 의심이 있는 경우에는 심사를 거쳐 형사책임을 배제하는 방식이 적절할 것으로 본다. 이로 인해 형사성년인 소년범죄자가 사법적 처분에서 완전히 배제될 것을 염려할 필요는 없을 것이다. 책임능력의 결여로 인해 형법적으로는 책임이 면제되는 소년이라도 소년법상의 보호처분을 받을 가능성은 여전히 남아 있기 때문이다.[68] 책임능력의 평가를 통해 책임능력이 인정되는 경우에는 형벌로, 책임능력이

68) 소년법 제49조 참조. 물론 보호처분의 경우에도 책임능력이 필요하다는 견해와 필요하지 않다는 견해가 대립하고 있기는 하다. 이에 대해 자세한 것은 한국소년법학회(편), 소년법, 282면 이하; 주호노, 소년의 형사책임, 법조 제59권 제12호, 64면 이하 참조.

결여되었거나 의심스러운 경우에는 형벌 대신 소년부로 송치하여 적절한 보호처분을 부과하는 것이 소년에게 더 적합한 해결이 될 수도 있을 것이다.

나. 책임능력 평가의 실제적 문제

책임능력에 대한 개별적 심사를 허용하는 경우에도 정작 실무에서 법적 요청이 제대로 실행되지 못하고 적용문제가 발생할 수 있다. 앞에서 살펴본 독일의 경우에는 실무에서 소년의 성숙도 진단문제, 법 외적 영역에 대한 의존성, 소송경제적 고려에 따른 문제 등이 주로 언급되고 있는데,[69] 우리의 경우도 어느 정도 이와 유사할 것으로 가정할 수 있다.

우선 소년의 성숙도와 관련해서는 '소년이 행위 시에 정신적, 도덕적으로 성숙한 상태였는가?' 하는 것이 문제된다.[70] 성숙이라는 개념 자체는 다소 일반적이고 추상적이므로 실제 적용과정에서 어려움이 예상될 수도 있다. 그런데 여기서는 '소년이 정신적, 도덕적으로 성숙한가?'라는 일반적 성숙도가 아니라 행위 시의 사물변별 및 의사결정 능력과 관련된 성숙도를 평가하는 문제라는 점에 주목할 필요가 있다. 다시 말해 법관은 소년의 '구체적인 범행'과 관련하여, 그리고 '그 행위의 불법을 통찰하고, 그 통찰에 따라 행위를 조정하는 능력'과 관련하여 그의 성숙성 여부를 평가하는 것이다. 이와 같이 평가의 관련점이 제시되어 있다는 점에서 목표는 좀 더 구체적이다.

법관이 소년의 성숙성에 대해 스스로 판단하기 어려운 경우에는 정신의학이나 심리학 등의 영역에서 제시되는 소년발달에 관한 연구들을 방향설정 및 문제해결을 위한 수단으로 활용할 수 있을 것이다. 소년에 대한 조사와 심리에 여러 학문분과의 전문가들을 참여시킬 수도 있다. 특히 소년법 영역에서는 법적 판단을 위해 법 외적 영역에 의존하는 것이 낯선 일은 아니다.[71] 여러 영역의 전문가들은 경험적 연구결

69) Ostendorf, Jugendstrafrecht, S. 78.

70) 이러한 표현은 형법 제9조의 해석을 제10조와 비교하여 '소극적 방식으로' 구성한 것이다. 독일의 경우는 우리 형법 제9조와 비교 가능한 형법 제19조의 책임무능력 규정 외에 소년법원법에 명시적인 관련규정이 존재하는데, 이 규정은 '적극적 방식으로' 구성되어 있다. 따라서 우리 소년법에 소년의 형사책임과 관련된 규정을 입법화하는 경우에는 이 점을 고려할 필요가 있다.

71) 소년법 제9조(조사방침), 제12조(전문가의 진단).

과를 통해 더 합리적인 법적 판단을 할 수 있는 토대를 제공할 수 있다. 또한 우리 소년법은 소년사법절차 전반에 걸쳐 다양한 소년조사제도를 마련하여 소년의 인격과 환경에 대한 상세한 조사가 가능하도록 하고 있으므로,[72] 필요한 범위 내에서 이러한 조사제도를 활용하는 것도 많은 도움이 될 것으로 본다.

다른 한편, 소년에 대한 책임능력 평가가 구체적 범행과 관련하여 실행된다는 점을 고려하면, 실무에서 소년의 책임능력이 문제될 수 있는 특정 범죄유형이나 사례그룹들을 분류하고, 이 경우에 좀 더 주의 깊게 심사하도록 하는 방안도 도움이 될 수 있다.[73] 사실 소년들이 자주 위반하는 형법규범들은 대부분 그 법익이 소년들에게 비교적 친숙하고 내용도 단순한 편이므로 어린 소년이라도 행위의 불법을 통찰하는 것이 어렵지 않다. 예를 들면 재산이라는 법익은 소년발달의 초기단계에 이미 가치의식 속에 자리 잡기 때문에[74] 어린 소년들도 절도행위의 불법은 쉽게 인식할 수 있다. 그에 반해 소년들에게 다소 낯선 사회적 법익이나 일반적, 추상적 법익이 문제되는 경우에는 행위의 불법을 통찰하는 것이 절도만큼 쉽지는 않을 것이다. 또한 피해자가 존재하지 않거나 피해자와의 직접적인 관계가 없는 경우, 또는 피해여부가 분명하지 않은 경우에도 행위의 불법을 인식하는 것이 어려울 수 있는데, 소년들은 인간 대 인간의 직접적인 관계를 통해서 법질서를 경험하는 경우가 많기 때문이다.[75] 행위자 측면에서는 연령이 어릴수록, 예컨대 형사미성년 연령과 가까운 14세의 소년이 곧 성인이 될 18세 소년에 비해 불법을 통찰하는 능력이 더 약할 것이다. 다문화 가정의 소년들이나 결손가정 또는 보육시설의 소년들은 문화갈등을 경험하거나 사회화가 용이하지 않은 성장환경으로 인해 가치를 내면화하는 과정이 순조롭지 못한 경우가 있으므로 불법을 인식하지 못할 가능성도 좀 더 높을 것이다.[76]

---

72) 예컨대 검사의 결정전 조사(제49조의2), 소년법원의 조사(제11조), 형사법원의 조사(제56조) 등. 이에 대해 자세한 것은 홍영오/황태정, 소년조사제도의 개선방안에 대한 연구, 형사정책연구원, 2011.

73) 독일에서는 실무경험의 축적을 통한 이러한 분류와 유형화가 법적용에 도움이 될 수 있는 것으로 평가하고 있다.

74) Wegener, Einführung in die forensische Psychologie, S. 161.

75) Ostendorf, JGG, § 3 Rn. 9.

76) Eisenberg, JGG, § 3 Rn. 29; Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, S. 61.

소년의 범행방식과 관련해서는 작위범보다는 부작위범, 정범보다는 공범으로 범죄에 관여하는 경우에[77] 불법을 충분히 인식하지 못할 가능성이 더 높다고 한다.[78] 소년이 불법을 인식한 경우라도 견딜 수 없는 정신적 압박이나 충동에 지배되는 경우 자신의 행위를 조정하는 능력이 결여되기도 한다. 예를 들면 개인으로서는 저항하기 어려운 범죄조직의 집단역학적 영향으로 저지른 범죄나[79] 또는 사춘기의 성충동으로 인한 범죄 등이[80] 이에 해당한다고 한다. 이와 같이 실무에서 소년의 책임능력이 문제될 수 있는 범죄유형이나 사례그룹을 분류하고 유형화한다면 법적용에 도움이 될 수 있을 것이다.

마지막으로, 소년의 책임능력 유무를 모든 개별 사례에서 적극적으로 심사하도록 입법화하게 되면 소송경제의 측면에서 문제가 발생할지도 모른다. 절차의 지연이나 비용문제가 발생할 것이고, 소년에게 과도한 부담을 가져올 수도 있다. 따라서 '비례성의 관점에서' 가능하면 중한 범죄를 대상으로 심사를 실행하는 것도 고려해볼 수 있다.

Ⅴ. 결론

소년들의 범죄는 그들의 미성숙과 밀접한 관련이 있다는 사실이 일반적으로 인정되고 있다.[81] 소년은 정신적, 도덕적 미성숙으로 인해 불법을 인식하지 못하거나 행위를 통제할 능력이 결여되어 범죄를 저지르기 쉽다는 것이다. 이러한 소년에 대해서 비난을 가할 수 없다면 형법적으로 책임도 물을 수 없다. 최근 소년범죄 문제가

77) 공범의 경우에는 정범에게 책임을 전가하면서 자신의 행위는 단순가담으로 여기는 경향이 있기 때문이라고 한다.

78) Peters, Handbuch der Psychologie, Bd. 11, S. 267.

79) Lempp, Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie, S. 207.

80) 연구에 따르면 소년의 성범죄는 사춘기가 진행되면서 갓 깨어난 성충동으로 인해 제어능력이 제대로 작동하지 않은 결과인 경우도 있다. Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systematik, S. 54; Eisenberg, JGG, § 3 Rn. 25; Lempp, Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie, S. 209.

81) 원혜욱, 소년형벌제도의 문제점과 개선방안, 201면.

사회적 이슈로 등장하면서 형사책임의 대상범위를 조정하는 문제가 자주 논의되고 있다. 사회가 변화함에 따라 소년의 신체적, 정신적 성장속도가 빨라지고, 저연령 소년들의 범죄도 증가하므로 이에 대한 법적, 정책적 대응이 필요하다는 이유에서다. 이러한 논의는 주로 형사책임의 연령기준을 현행 14세보다 하향 조정하는 문제에 초점이 맞춰져 있다.

물론 형사책임의 대상범위를 합리적으로 설정하는 것은 중요한 문제이다. 그러나 문제의 핵심은 단순히 형사책임 연령을 몇 세로 정할 것인가가 아니라 소년의 책임능력을 확고하게 형사책임의 기준으로 삼는 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 소년은 특정 연령에 도달한 경우에도 개인의 발달특성이나 환경의 차이에 따라 정신적, 도덕적 또는 사회적으로 아직 미성숙하거나 성장과정에 있는 경우가 많다. 이것은 단순히 일부 소년들의 개인적 문제가 아니라 소년발달의 일반적 특성이다. 따라서 이러한 특성은 규범적으로도 고려되어야 할 것이다. 우리 현행법이 특정 연령 미만의 소년을 책임무능력자로 규정하고 형사책임을 면제하는 것도, 형사성년인 소년 또한 보호대상으로 삼는 것도 같은 맥락이다. 소년의 책임능력을 실질적으로 심사하고 그의 책임에 상응하는 적절한 처분을 내리는 것은 형벌의 정당성과 효율성을 보장할 뿐만 아니라, 소년을 건전하게 성장시켜 사회의 일원으로 복귀시키고자 하는 소년보호의 이념에도 부합할 것이다. 단순히 형사책임 연령을 조정함으로써 소년의 형사책임을 확대·강화하고, 더 어린 소년들에게 형벌을 부과하려는 시도는 형법적으로도 형사정책적으로도 올바른 접근이 아니다. 형벌은 소년에 대해서도 최후수단으로 남아 있어야 한다.

참고문헌

김성돈, 형법총론, 제3판, 성균관대학교 출판부 2014.
김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론, 제12판, 박영사 2014.
배종대, 형법총론, 제12판, 홍문사, 2016.
법무부, 소년보호와 인권, 2009.
이재상, 형법총론, 제8판, 박영사 2015.
임 웅, 형법총론, 제8판, 법문사 2016.
한국소년법학회, 소년법, 세창출판사, 2006.
홍영오/황태정, 소년조사제도의 개선방안에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 2011.

박찬걸, 형법상 형사미성년자 연령 설정과 소년법상 소년보호처분제도와의 관계, 소년보호연구 제22호, 한국소년정책학회, 2013.6, 191-222.
원혜욱, 소년형벌제도의 문제점과 개선방안, 2006년 동계국제학술대회 자료집, 201-216.
이덕인, 형사책임연령 하향에 대한 비판적 고찰 – 형사미성년과 촉법소년을 중심으로, 형사정책연구 제23권 제1호, 한국형사정책연구원 2012, 5-40.
이정주, 형사책임 연령 인하 논의에 관한 형사정책적 검토 – 도덕성발달이론을 중심으로, 소년보호연구 제21호, 한국소년정책학회, 2013.2, 141-167.
이혜미, 형사미성년자 연령 하향조정의 논의와 쟁점, 국회입법조사처, 이슈와 논점 제372호, 2012.
주호노, 소년의 형사책임에 관한 연구 – 형사책임능력을 중심으로, 법조 제59권 제12호(통권 651호), 법조협회, 2010, 41-76.

Albrecht, P.-A., Jugendstrafrecht, 3. Aufl., München 2000.
Bohnert, J., Strafmündigkeit und Normerkenntnis, NStZ 1988, S. 249 ff.
Eisenberg, U., Jugendgerichtsgesetz, 13. Aufl., München 2009.
Fischer, A., Strafmündigkeit und Strafwürdigkeit im Jugendstrafrecht, Uni.

Freiburg, Diss., Frankfurt am Mein 2000.

Gensing, A., Jugendgerichtsbarkeit und Jugendstrafverfahren im Europäischen Vergleich, Uni. Greifswald, Diss., Mönchengladbach 2014.

Heitlinger, C., Die Altersgrenze der Strafmündigkeit: Eine Untersuchung entwicklungspsychologischer und kriminalpolitischer Aspekte unter Berücksichtigung der neueren Rechtsentwicklung in Europa, Uni. Heidelberg, Diss., Hamburg 2004.

Lemm, C., Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit jugendlicher Rechtsverbrecher, Münster 2000.

Meier, B.-D.(u.a.), Jugendstrafrecht, 3. Aufl., München 2013.

Momberg, R., Der Einfluß der Jugendgerichtshilfe auf die Entscheidung des Jugendrichters, MSchrKrim 1982, S. 65 ff.

Ostendorf, H., Jugendgerichtsgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2009.

Ostendorf, H., Jugendstrafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2009.

Ostendorf, H., Stand der Forschung zu § 3 JGG. Anhang des Zwischenberichtes an die Deutsche Forschungsgemeinschaft für das Projekt Verantwortlichkeit jugendlicher Straftäter nach § 3 JGG. Eine interdisziplinäre Analyse der Beurteilungs- prozesse aus der Sicht von Rechtswissenschaft und Psychologie, 2010.

Rupp-Diakojanni, Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugend-strafrechtlichen Systematik. Ein Vergleich zwischen dem deutschen und griechschen Jugendstrafrecht, Pfaffenweiler 1990.

Schaffstein/Beulke Jugendstrafrecht, 14. Aufl., Stuttgart 2002.

Schulz, H., Die Höchststrafe im Jugendstrafrecht (10 Jahre) – eine Urteilsanalyse : zugleich ein Beitrag zur kriminalpolitischen Forderung nach Anhebung der Höchststrafe im Jugendstrafrecht, MSchrKrim 84(2001), S. 310 ff.

Wegener, H., Einführung in die forensische Psychologie, Darmstadt 1981.

渡邊一弘, 少年の刑事責任 - 年齢と刑事責任能力の視点, 專修大學出版局, 2007.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Jugendlichen*

Kim Seong-Eun**

Strafe setzt Schuld voraus. Nach dem geltenden Strafgesetz sind Jugendliche unter 14 Jahren schuldunfähig und daher strafrechtlich nicht veranwortlich. Das Gesetz unterstellt bei ihnen, dass sie aufgrund der geistigen oder sittlichen Unreife noch nicht imstande sind, sich normgemäß zu verhalten. Dagegen sind Jugendliche ab 14 Jahren strafrechtlich verantwortlich, weil das Gesetz von ihrer Schuldfähigkeit ausgeht wie bei Erwachsenen. Aber in Wirklichkeit sind auch Jugendliche über 14 Jahre nach ihrer geistigen und sittlichen Entwicklung oft geistig oder sittlich nicht reif genug, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Sofern aber die Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und Anknüpfungspunkt für den Schuldvorwurf ein bestimmter Fortschrittsgrad in der geistigen und sittlichen Entwicklung der Jugendlichen ist, soll ein Jugendlicher de lege ferenda strafrechtlich nur dann verantwortlich sein, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Es muss also daher im Einzelfall positiv festgestellt werden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen überhaupt vorliegen.

❖ Keyword: Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Jugendlichen, Strafmündigkeit, Schuldfähigkeit, relative oder bedingte Strafmündigkeit

투고일 : 8월 31일 / 심사일 : 9월 9일 / 게재확정일 : 9월 9일

* This study was supported by 2012 Research Grant from Kangwon National University(No. 120121118).

** Associate Professor, Kangwon National University