

## 소년의 형사책임능력과 치료적 처우 방안에 관한 고찰\*

김 연 지\*\*

### 목 차

- I. 들어가며
- II. 소년의 형사책임능력
- III. 소년범죄자에 대한 치료적 처우방안
- IV. 결어

### I. 들어가며

세간을 떠들썩하게 하는 소년범죄가 최근 잇달아 발생함으로써 소년범죄자와 그들에 대한 처벌의 문제가 온 국민의 관심을 받고 있다. 특히 2017년에 발생한 일명 ‘인천 초등학교 살인사건1)’과 ‘부산 여중생 폭행사건2)’은 소년에 의한 범죄의 심각성이 부각되는 대표적인 사례로써 소년범죄자 및 그들의 형사책임능력에 관하여 재고할 필요성을 보여준다.

우리 형법 제9조에서는 ‘14세가 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한

\* 이 논문은 저자의 박사학위논문 중 일부를 발췌 및 요약한 것으로써 2018년 4월 14일에 개최된 한국형사법학회와 한국비교형사법학회의 춘계공동학술대회(신진학자발표회)에서 발표된 원고를 수정 및 보완한 것 입니다.

\*\* 한국외국어대학교 시간강사, 법학박사

- 1) 2017년 3월 29일에 고등학교를 자퇴한 17세의 한 여성이 놀이터에서 놀고 있던 8세의 초등학생에게 접근하여 휴대전화를 빌려주겠다고 하며 인천광역시 연수구 동춘동 소재 자신의 집으로 유인하여 살해한 후 사체를 훼손한 뒤 아파트 옥상에 유기한 사건이다. 1심에서 주범인 A(17세)에게는 소년법과 특정강력범죄처벌특례법이 적용되어 징역 20년을, 공범인 B(18세)에게는 무기징역을 각각 선고했으나, 항소심에서 B에 대하여 공동정범으로 볼 수 없다며 1심의 무기징역을 깨고 징역 13년을 선고하였다. 현재는 대법원에 상고된 상태이다.
- 2) 2017년 9월 1일 부산 사상구의 한 공장 인근 골목에서 피해여중생(14세)을 공사 자재와 의자, 유리병 등으로 집단 폭행한 혐의 등으로 기소된 A(15세), B(15세), C(14세)에 대하여 소년보호 재판에서 이들에게 제10호 보호처분 즉, 소년원 송치 처분 결정을 하였다.

다'고 규정하고 있어 14세 미만자에 대하여는 일률적으로 형사책임능력을 부정하고 있지만, 이와 별도로 소년법에서는 소년의 연령을 10세 이상 19세 미만인 자로 분류하여 성인과 구별하고 있다. 현행법상 형사미성년자의 문제가 책임능력과 관련되어 있고, 또한 소년은 보호주의의 이념 하에 성인과 달리 처우되고 있다는 점을 고려해 볼 때, 소년이 정신적·도덕적으로 미성숙하여 책임능력이 의심스러운 경우에도 나이에 따라 일률적으로 형사책임능력을 인정하는 것이 과연 타당한가 하는 의문이 든다. 형사미성년자에 대해 문제의식을 느낀 정부에서 형사미성년자의 연령을 낮추는 방안을 추진하고 있으나,<sup>3)</sup> 사실 문제의 본질은 형사책임연령에 있는 것이 아니라 소년의 형사책임능력에 있다고 보아야 할 것이다.

우선 소년의 형사책임능력을 논의하기 위해서는 전제적 고찰로써 형사책임의 본질에 관한 논의가 필요하다. 형사책임론에 있어서 그 본질적 요소인 '책임비난'과 '예방목적'과의 관계 설정을 통하여 형사미성년제도도 소년법을 이해할 수 있기 때문이다. 현행 형법상의 책임주의와 소년법상의 보호주의가 교차하는 영역에서 소년의 형사책임능력에 관한 기준 설정 및 소년에 대한 형사책임능력의 평가는 소년을 성인과 비교하여 왜 이렇게 특별하게 취급하고 있는지에 관한 해답이 될 것이다. 따라서 본고에서는 책임의 본질에 관한 논의를 토대로 소년의 형사책임능력에 관하여 형법상의 책임주의와 소년법상의 보호주의와의 관계 설정을 중심으로 논의하고자 한다. 또한 소년범죄자에 대한 처벌 및 구체적인 처우 방안에 있어서 치료적 사법을 도입함으로써 소년범죄에 있어서 대안을 제시하고자 한다.

## II. 소년의 형사책임능력

### 1. 형사책임의 본질

형사책임은 인간에 대한 탐구와 자유의사의 존부에 관한 논의에서부터 시

3) 2017년 12월 22일 정부는 사회관계장관회의에서 '학교 안팎 청소년폭력 예방 대책'을 발표했는데, 이번 대책에 따르면 형사미성년자 연령을 만 14세에서 13세 미만으로 하향하는 내용의 소년법 개정을 추진하기로 했다. <http://sisatime.tistory.com/entry/형사미성년자-연령-14세-미만-13세-미만-개정-추진> (2017.12.26.일자 뉴스)

작하여 현재는 형사책임의 기초를 고의나 과실과 같은 심리적 요소가 아닌 비난가능성에 초점을 둔 규범적 측면에서 파악하고 있다.<sup>4)</sup> 그러나 1970년대 이후 독일의 범죄론에서의 책임론과 형사정책에서의 형벌목적론의 관계를 둘러싼 논의의 영향을 받아 ‘책임과 예방’이라는 논의의 형태로 규범적 책임론이 재검토된 결과, 실질적 책임론이 전개되었다.<sup>5)</sup> 하지만 실질적 책임론에 관해서는 ‘책임비난’과 ‘예방목적’과의 관계에 관한 이해를 기초로 이 견해를 취하고 있는 논자들 사이에서도 견해의 차이를 보이고 있고, 이러한 책임과 예방을 둘러싼 논의는 책임의 본질을 둘러싼 논쟁의 상대화라고 하는 사태를 가져오게 되었다. 책임주의와 예방목적의 관계에 대해서는 형법의 기능, 더 나아가 법의 목적으로 소급하여 생각해 볼 필요가 있다. 형법의 기능으로는 합목적성에 기초를 두는 보호적 기능과 법적 안정성 내지 정의의 이념의 요청인 보장적 기능을 도출할 수 있고, 보호기능과 보장기능 간의 역제와 균형이 상호작용함으로써 사회통제기능으로의 역할을 수행한다. 책임주의는 개인의 자유보장에 초점을 둔 반면, 예방목적은 타인 내지는 사회의 법익보호에 중점을 두고 있다. 양자는 반비례 관계에 있으므로 마치 대립하는 개념처럼 보이기도 하나, 현재에는 형사책임능력을 평가함에 있어서 책임의 단계에서 예방적 관점으로부터의 정책적 및 공리적인 고려가 어느 정도 유입되는 것을 피할 수 없게 되었다. 따라서 형사책임의 본질을 논함에 있어서 사회내에서 책임비난을 가하는 현실적 이유 내지는 목적의 충족여부가 책임비난의 기준이 되어야 한다는 점에서 예방 목적을 책임의 본질의 한 부분으로 받아드려야 하고,<sup>6)</sup> 특히 형법의 임무 내지 형벌의 정당성의 관점에서 실질적 책임론<sup>7)</sup>에 대한 이해가 중요하다. 실질적 책임론은 예방목적과 책임(비난가능성)과의 관계를 둘러싸고 ‘예방’이라는 형사정책적 목적을 책임의 단계에서 어느 정도까지 취급할 것인가에 관하여 세 가지 사고방식이 존재한다.

첫째로 책임과 예방을 별개의 개념으로 구성한다고 하더라도 책임은 있으나 예방의 필요성이 없는 행위를 처벌할 필요성을 「가별적 책임」이라고 하여 이것에 개별적 타행위가능성을 전제로 하는 규범적 책임을 예방의 견지

4) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 제9판, 박영사, 2017, 307면; 박상기, 형법총론, 제9판, 박영사, 2012, 237면.

5) 渡邊一弘, 少年の刑事責任, 専修大學出版局, 2006, 24頁以下.

6) 김성돈, 형법총론, 제5판, 성균관대학교 출판부, 2017, 357면.

7) 책임의 개념에 예방 목적을 포함하여 해석하는 견해로 ‘예방적 책임론’이라고 명칭하기도 하나, ‘예방적 책임론’은 이하에서 논의되는 Jakobs의 견해로 한정하므로 본고에서는 예방 목적을 포함하여 책임 개념을 재구성하는 논의에 대하여 ‘실질적 책임론’이라 명칭한다.

에서 한정하는 기능을 갖는다.<sup>8)</sup> 가별적 책임도 범죄성립 요건의 하나로써 규범적 책임과 같이 과거의 행위에 대한 비난가능성을 그 본질로 하지만, 단지 그 정도가 형벌이라는 수단으로 비난할 만한 것이 아닌 경우라는 취지로 이해하여야 한다.<sup>9)</sup>

이에 대하여 책임요소로서 일반적 타행위가능성이라는 의미에서의 비난의 개념을 남겨두고 이것을 예방목적으로 보충하는 형태로 예방목적은 책임비난의 일부로서 구성하는 입장이 있으며, Roxin이 그 대표적 학자이다.<sup>10)</sup> Roxin은 범죄성립요건의 하나로써 「담책성」(Verantwortlichkeit)을 들고 있고, 이것은 행위자의 책임과 처벌에 따르는 ‘예방상의 필요성’에 의거하여 책임의 한계 내에서 부과되어야 하는 것으로 본다.<sup>11)</sup>

마지막으로 책임의 개념 그 자체는 유지하면서도 책임에서 비난가능성이라는 요소를 완전히 배제하고 그것을 예방목적에 대신하여 책임론을 구축하고자 하는 입장이 있는데, Jakobs가 그 대표적인 학자이다.<sup>12)</sup> 이 견해에 따르면 책임이라는 것은 일반예방의 단순한 파생물에 불과한 것으로써<sup>13)</sup> 책임의 근거는 법에 충실한 일반인들에게 규범질서의 구속성을 확증해 주기 위하여 규범 위반자에게 일정한 양의 형벌을 부과할 필요가 있다는 데 있고, 형벌의 목적은 국민에 대하여 ‘법 충실의 훈련’을 행함과 동시에 국민에게 규범을 승인하게 하는 적극적 일반예방에 있다고 해석한다.<sup>14)</sup> 이 견해는 이미 규범적 책임론의 범주를 넘어선 것으로 예방목적이 곧 책임이자 형벌을 근거지우는 것이라고 주장한다.

이상에서 살펴본 세 가지의 견해에 따라 다소 차이는 있긴 하지만, 책임의 요소에서 ‘예방’이라는 형사정책적 목적이 개입될 수밖에 없다는 점은 공통적이다. 물론, 이러한 과정 가운데 예방 목적을 이유로 국가의 형벌권이 자의적으로 행사되어서는 안 되므로 법적 안정성을 침해하지 않는 범위 내에서 예방목적이 책임의 개념에 포섭되어야 할 것이다. 예방을 책임에 갈음하고자 하는 정책목적 우위의 사고방식은 국가에 대한 절대적 기대와 신뢰를 전제

8) 宮本英侑, 刑法大綱, 弘文堂, 1935, 41頁以下; 佐伯千仞, 刑法總論(4訂版), 有斐閣, 1981, 232頁.

9) 이훈동, “형법에 있어서 책임과 예방”, 인문사회과학연구 제11집, 세명대학교 인문사회과학연구소, 2003, 97-98면.

10) Roxin, Strafrecht, AT I, 3. Aufl, 1997, §19, Rn. 27ff.

11) ibid.

12) Jakobs, Schuld und Prävention, Recht u. Staat, 1976, S. 24ff.

13) Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl, 1991, S. 480ff.

14) Jakobs, Schuld und Prävention, S. 8ff/31ff.

로 형사정책이 책임원리를 대체하는 위험한 발상일 수 있고, 형법이 궁극적으로 갖는 임무인 법익보호라는 측면을 경시하고 있다고 할 수 있다.<sup>15)</sup> 따라서 예방의 필요성이라는 관점은 형사책임의 고유한 기준이 아니라 책임의 요소로써 책임의 한계 내에서 이루어질 때 그 의미가 있을 것이다. 결국, 책임의 요소로써 예방 목적을 포함하는 실질적 책임론에 따르면 형벌에 의해 예방효과를 기대할 수 없는 자에게 형벌을 부과하여 비난하는 것이 허용되지 않으며, 형벌 이외의 제재를 적용하는 것으로 보다 유효한 특별예방효과를 기대할 수 있는 자에게는 형벌이외의 제재(현 소년법에 따른 보호처분)를 부과하는 것이 타당할 것이다. 다만, 이 경우에도 형사책임능력이 있다는 것을 전제로 하는 것이므로 이에 알맞은 책임평가가 전제되어야 할 것이다.

## 2. 형사미성년제도에서의 형사책임능력

형사미성년제도는 형사책임연령을 기준으로 형벌로 책임을 물을 수 있는 형사성년의 시기와 형벌에 의한 책임비난이 타당하지 않은 형사미성년의 한계를 규정한 것이다. 또한 형사미성년자에 대한 처우방법으로 거론되는 비형벌적 처우의 존재에 관해서도 성인에 대한 형벌의 대체수단이 아니라 독립적인 것으로 이해함으로써 형사책임연령의 기준을 비형사사법적 처우의 허용한계로 의도한 것이다. 이러한 관점에서 형사미성년자에게 일반 성인과 동일한 기준으로 책임비난을 가하는 것은 타당하지 않다.

우리 형법상 책임능력 규정과 관련하여 심신장애인의 경우 사물변별능력이나 의사결정능력을 책임능력의 전제가 되는 정신적 성숙도를 판단하는 요소로 보고 있지만,<sup>16)</sup> 형사미성년자의 책임능력을 판단함에 있어서는 연령 외에는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 오로지 생물학적으로 형사미성년자는 정신적, 도덕적으로 아직 성숙하지 못하다는 전제하에 책임무능력자로 분류되어 원칙적으로 일체의 형사책임을 부담하지 않는다고 규정하고 있을 뿐이다. 형사책임연령 설정에 관해서는 일반적으로 정책적 판단에 의한 것으로 설명하고 있지만, 사실 우리나라와 같이 연령에 따라 일률적으로 책임능력을 판단하고 있는 법제 하에서는 연령 설정에 관한 충분한 논의가 있어야 하고 그 근거 또한 타당해야 할 것이다.

15) 이훈동, 앞의논문, 101-103면참조.

16) 형법 제10조.

그렇다면 형법에서의 형사미성년제도의 존재구조에 관하여 형사책임능력의 관점에서 그 정당화의 근거를 확인하여야 할 필요가 있다. 이러한 의미에서 소년법에 있어서 촉법소년의 처우에 관한 논의가 중요한 의미를 가지게 될 것이다. 촉법소년은 10세 이상 14세 미만의 소년으로서 형벌 법령에 저촉되는 행위를 한 자를 말한다.<sup>17)</sup> 이들에 대해서는 형사책임능력이 없기 때문에 형사처분을 부과할 수는 없지만, ‘요보호성’과 ‘비행사실’을 심판의 대상으로 고려하여 보호처분을 부과할 수 있다. 여기서 ‘요보호성’의 구체적 의미에 관하여는 범죄의 위험성(반복비행가능성)과 교정가능성(건전육성가능성), 그리고 보호상당성을 들어 설명한다.<sup>18)</sup> 따라서 촉법소년에게 부과하는 보호처분의 근거로 ‘그가 어떤 행위를 하였는가’ 보다는 ‘그가 어떠한 성행을 지닌 사람인가’하는 인적요소에 초점을 두고 판단하는 것이다. 즉, 소년이라는 특수성 및 교정가능성이라는 정책적 판단이 형사미성년제도를 인정하는 그 근거가 된다. 그러므로 형사미성년자(구체적으로 촉법소년)에 대하여는 정신적인 미발달이라는 생물학적 요소와 소년의 특성을 고려하여 형벌을 회피하여야 한다는 아동복지적인 사상 및 형사정책적인 특별예방적 고려에 의하여 형사책임이 조각되지만, 소년법에 근거하여 보호처분을 부과할 수는 있다.

### 3. 책임주의와 보호주의와의 관계

현행 형법에 따르면 14세 이상인 자에게는 일률적으로 형사성년으로 취급되어 형벌부과의 가능성이 상정되어있다. 우리나라가 상대적 형사성년제도<sup>19)</sup>를 채택하고 있지 않기 때문에 14세 이상의 범죄소년의 유책성을 평가함에 있어서 실제적인 정신상의 발달정도를 평가하지 않는다. 그러나 형사미성년자에 관하여 정신상의 미발달에 기초한 생물학적 요소로 책임무능력을 도출하고 있는 이상, 14세 이상인 자에 관해서도 그 책임능력요소를 전혀 문제

17) 소년법 제4조 제1항 제2호.

18) 주호노, “소년의 형사책임에 관한 연구 : 형사책임능력을 중심으로”, 법조 제59권 제12호, 2010, 67-68면.

19) 상대적 형사성년제도를 채택하고, 소년에게 형사책임을 인정하는데 있어 연령 외에 추가적인 요건들을 요구하는 대표적인 국가들은 독일, 오스트리아, 이탈리아, 체코 등이다. 유럽평의회는 ‘형사책임은 엄격한 연령기준 대신 개인의 성장발달과 결합되어야 한다’는 입장을 취하고 있고, 유럽에서는 이러한 유럽평의회를 입장을 고려하여 상대적 형사성년제도로 발전하는 경향이 나타나고 있다. 김성은, “소년의 책임능력과 형사책임 : 책임능력의 평가문제를 중심으로”, 형사정책연구 제27권 제3호, 2016, 29면 각주6) 참고.

삼지 않고 형벌적응성을 긍정한다는 것은 책임주의의 관점에서 볼 때 의문의 여지가 있다. 설령 정신적으로 미성숙하다고 의심됨에도 연령적으로 형사성년이기 때문에 그러한 자를 법률에 따라 일률적으로 처벌한다고 할 경우, 이를 통해 특별예방효과뿐만 아니라 일반예방효과도 충분히 기대할 수는 없을 것이다. 따라서 형법상의 책임주의는 소년법상의 보호주의와의 관계에 있어서 조화를 이루어야 하며, 특히 범죄소년의 형사책임능력을 평가함에 있어서 적용되어야 할 것이다.

한편, 소년법에 따르면 19세 미만의 범죄소년에 대하여 보호사건 또는 형사사건의 처분선택이 가능하도록 하고 있으며,<sup>20)</sup> 형사처분을 할 경우에도 절차법적인 특례뿐만 아니라 소년에 대한 형의 감경 등 실체법적인 특례를 인정하고 있다.<sup>21)</sup> 즉, 14세 이상 19세 미만의 범죄소년은 형법상 형사책임능력이 인정됨에도 불구하고 소년법에 의해 특별한 처우를 받는 특별평가층인 것이다. 여기서 문제가 되는 것은 소년법의 적용을 받는 19세 미만의 연령층, 특히 범죄소년에 관한 형사실체법상의 신분평가인 것이다.

현행 소년법에서는 보호주의를 기본이념으로 하여 제1조에서 소년에 대하여 보호처분이나 교육적인 특별조치를 강구하는 것을 목적으로 하고 있다. 이러한 보호주의는 소년심판에서의 처분선택을 판단함에 있어서 「보호처분 우선주의」라고 하는 형태로 실현된다. 따라서 범죄소년 역시 형사미성년제도의 근거와 마찬가지로 정신상의 발달이라고 하는 자질에 대한 조사와 더불어 소년의 요보호성에 관한 조사가 행해져야 한다. 요보호성은 앞서 설명하였듯이 국가에 의한 강제적인 보호의 전제로써 ‘범죄적 위험성’, ‘교정가능성’, ‘보호상당성’이라는 세가지 요소로 구성되고, 이러한 요보호성의 판단은 보호처분에 의한 보호의 적성판단이라고 해석된다.<sup>22)</sup> 보호처분은 형벌을 갈음하는 특별예방 목적을 지닌 처분인 것이고,<sup>23)</sup> 요보호성이 보호처분에 의한 교정에 관한 적성으로써 고려되는 것이라면, 그것은 광의의 형벌적응성 판단으로서의 의미도 지니게 되는 것이다. 이러한 의미에서 범죄소년에 관해서도 정신상의 발달 정도에 관한 고려는 형벌적응성의 평가를 기초 짓는 요소로써 기능할 수 있다.<sup>24)</sup> 현행 소년법에서는 범죄소년에 대하여 형사처분을 할 필

20) 소년법 제4조, 제7조, 제48조, 제49조, 제50조.

21) 자세한 내용은 김연지, 소년의 형사책임능력과 치료사법에 관한 연구, 한국외국어대학교 박사학위논문, 2018, 48면이하.

22) 田宮裕·廣瀬健二, 注釋少年法(改訂版), 有斐閣, 2001, 39頁.

23) 岩井宜子, 刑事政策(第3版), 尙學社, 2005, 321頁.

요가 인정되면 검찰청으로의 송치도 가능하므로 정신상의 발달이라고 하는 책임능력요소에 관해서도 형벌의 적용을 절대적으로 회피하고 있는 것은 아니다. 그러므로 범죄소년에게 형벌부과가능성이 남아 있는 이상 범죄소년의 형벌적응성을 판단함에 있어 책임주의의 실질적인 보장이라는 관점에서도 정신적인 능력평가를 하지 않을 수 없다.

결국, 범죄소년에게 형사책임능력이 있음에도 소년법상의 보호처분이 행해지는 것은 범행의 정도, 교육의 가능성, 보호의 상당성을 고려하여 볼 때, 형벌적응성에 있어서 교육적인 보호처분이 형사적 제재보다 효과적일 것이라는 판단 하에 다시 한번 기회를 주는 것에 불과하다. 만약, 범죄소년의 범행이 중대하여 불법의 정도가 크고 형벌적응성에 있어서도 성인범죄자와 이들을 다르게 취급하여야 할 이유가 없다면, 책임주의의 원칙에 따라 형벌을 부과하는 것이 당연하다. 이처럼 우리 법제상 범죄소년에 관하여는 1차적으로 검사의 처분선택에 따라 소년보호사건 또는 소년형사사건으로 이원화된 구조를 취하고 있는 이상 범죄소년의 책임능력에 관한 평가가 선행되어야 하며, 이는 선택적인 것이 아니라 필수적인 것이다.

형사미성년제도를 기초 짓는 책임무능력 평가가 주로 소년에 대한 보호처분 제도의 유효성을 근거로 구성되어 있다는 점을 고려해 볼 때, 범죄소년에게 처분선택을 함에 있어서 요보호성의 판단이 보호처분에 의한 보호에의 적성이라고 하는 의미에서의 보호처분상당성으로 평가된다. 또한 형사처분상당성에 관해서도 보호처분우선주의라는 정책목표가 영향을 미친다는 전제 하에서 소년에 대한 정신적인 능력평가를 직접적인 심판대상으로 설정할 필요는 없고, 요보호성의 평가요소의 하나로써 이해하는 것이 타당할 것이다. 중요한 것은 범죄소년의 실질적인 책임능력 평가의 문제에 관하여 소년심판에서의 적절한 운용이 이루어져야 한다는 것이다. 이는 곧 소년에 대한 형벌 회피로 기능하는 보호주의라는 정책목적이 결코 형사법의 대원칙인 책임주의에 우선하여 적용될 수는 없으며, 책임을 전제로 보호주의라는 정책목적이 고려될 수 있을 뿐이다.

그러므로 책임주의의 원칙과 보호주의라는 정책목적의 조화로운 관계 속에서 범죄소년에 대한 형사책임능력의 실질적인 평가가 이루어지기 위해서는 정신적 능력 평가의 기준과 같은 법적 기준이 필요하다. 이는 현행법제 하에서 14세 이상의 자에게는 원칙적으로 형사책임능력을 인정하되, 예외적

24) 渡邊一弘, 앞의 책, 245면.

으로 형사성년인 범죄소년의 정신적 성숙과 책임능력에 의심이 있는 경우에는 별도의 심사를 거쳐 형사책임능력을 배제하거나<sup>25)</sup> 처벌 이외의 시스템으로 교화하도록 명문의 규정을 두는 것으로 해결 가능하다. 소년에 대한 형사책임능력의 평가를 통해 책임능력이 인정되는 경우에는 책임주의의 원칙에 따라 형벌로, 책임능력이 결여되거나 의심스러운 경우에는 보호주의의 원칙에 따라 형벌 대신 소년법상의 보호처분을 부과하는 것이 형사미성년제도의 취지에 부합할 뿐만 아니라 소년을 특별하게 평가하는 실체법상의 지위에 알맞은 것이라고 생각한다.

### III. 소년범죄자에 대한 치료적 처우방안

앞서 살펴본 바와 같이 소년은 아주 어리지도 않고 완전히 성숙하지도 않은 중간 단계에 위치한 특수한 자로 간주하여 법률로써 보호하고 있듯이 소년이 저지른 범죄에 대해서는 예외적으로 책임이 감소 또는 회피되는 경우가 있다. 이러한 소년에 대한 형사정책적 고려는 소년범죄에 대해서는 소년 개인의 책임뿐만 아니라 가정, 사회, 국가가 나서 이를 책임지고 재범을 방지해야 할 의무가 있다는 것을 보여준다. 특히 소년의 시기는 정신적으로나 인격적으로 아직 성숙한 단계에 이르지 못한 불완전한 상태에 있기 때문에 올바르게 형성되지 못한 인격이나 정신을 바로잡아 주어야 할 필요가 있고, 성인에 비하여 교정 교육의 효과도 클 것으로 기대하기 때문이다. 이러한 관점에서 국친사상(Paternalism)을 기본 이념으로 하여 소년에 대해 후견적 지위의 입장을 취하던 법적 제도로부터 한 걸음 더 나아가 사법운용의 주체에 치료 전문가를 개입시키고 처벌만으로 해결될 수 없는 소질(素質)의 결함을 인정하는 ‘사법을 통한 치료’가 소년사법제도에 도입되어야 한다.<sup>26)</sup> 소년범죄 중에는 근본적인 문제를 방치하여 재범의 위험성에 노출되어 있는 경우가 많기 때문에 이들을 처벌하기 이전에 이러한 근본적 원인을 치료하는 것이

25) 김성은, 앞의 논문, 44면.

26) 치료사법은 대표적으로 약물중독자와 정신이상자를 대상으로 하는 형사사법으로써 논의되었는데, 최근 가정폭력범죄에 대해 가정폭력법원의 도입을 주장하며 치료적 사법의 접근을 하는 논의가 있다. 이에 관하여는 성경숙, “가정폭력범죄에 대한 치료적 사법의 접근 -가정폭력법원의 도입을 중심으로-”, 형사법연구 제29권 제3호, 2017, 327면이하.

소년범죄자가 성인범죄자로 이어지는 것을 차단하는 방법이 될 수 있다.<sup>27)</sup>

소년의 시기에 범죄를 저지르는 행위는 넓은 의미에서의 질병<sup>28)</sup>으로 간주할 수 있다. 2016년 경찰범죄통계 자료에 의하면 소년범죄자 중 50.4%가 생활수준으로는 하류층에 속하고, 상류층에 해당하는 소년범죄자는 0.8%에 불과하다. 또한 가정 형태별로도 부모가 없거나 친부모가 아닌 가정에 있는 소년범죄자가 전체의 68.1%를 차지하고 있다. 이처럼 소년의 시기에 범죄를 저지르는 행위까지 나아가는 대다수의 소년범죄자들은 가정이나 학교에서의 환경이 이들에게 안 좋은 영향을 미쳤고, 이를 계기로 마음의 질병 혹은 정신적인 질병을 가지게 된 것으로 볼 수 있다.

결국, 소년 개인에게 범죄 전체에 대한 책임을 묻기에 앞서 이들의 부모, 사회, 국가에서도 이러한 행위를 하도록 한 소년범죄자들을 계도할 책임이 있는 것이다. 아울러 범죄소년에게 형사책임능력을 인정함에 있어서 이에 알맞은 책임능력 평가가 전제되어야 한다는 관점에서라도 이들의 질병에 대한 치료의 필요여부에 관한 판단이 함께 이루어져야 한다. 그러므로 이하에서는 소년범죄에 있어서의 치료적 사법의 도입 가능성에 관하여, 구체적으로는 소년범죄자에게 치료적 사법을 어떻게 적용할 것인가에 관하여 논의하도록 한다.

## 1. 치료적 사법의 도입 가능성

### (1) 치료적 사법의 개념

치료적 사법(Therapeutic Jurisprudence)은 치료주체로서의 법의 역할에 관한 연구로,<sup>29)</sup> 재범의 예방과 사회방위라는 목적을 달성하고자 형사사법의 기능으로 범죄자의 정신의학적 혹은 심리학적 이상증상에 대한 치료를 제안하는 법이념 및 그에 따른 형사사법체도를 의미한다.<sup>30)</sup> 초기의 치료적 사법은 정신보건의 분야에서 심리학, 정신의학, 행동과학, 그리고 범죄학과 같은 사회과학의 연구와 접목하여 ‘치료자’로서의 법을 모색하였으나, 현재는 치료

27) 한국형사정책연구원의 연구로는 소년범죄자가 성인범죄자로 이어지는 전이율이 67%에 이르고 하였다. <http://www.nocutnews.co.kr/news/1108308> (2013.10.4.일자 노컷뉴스)

28) 좁은 의미에서 질병(disease)은 세균에 의한 감염, 신체기능의 이상을 의미하지만, 넓은 의미에서의 질병(illness)은 상태가 좋지 않음 혹은 정신적 치료가 필요한 상태를 의미한다.

29) 성경숙, “치료적 사법의 개념과 그 적용가능성”, 형사정책연구 제23권 제4호, 2012, 36면.

30) 이용식, “성폭력범죄자에 대한 치료처우의 개선을 위한 법제도적 고찰”, 교정연구 제66호, 2015, 12면.

적 사법의 이념이 다양한 분야에서 구체적인 대상을 위한 특화된 처우방법론으로 그 영역이 확대되어 적용되고 있다.<sup>31)</sup>

한편, 기존의 형사사법이 범죄자의 범죄행위의 해악성, 그에 대한 법적 책임에 근거하여 이에 상응한 응보 및 사회방위를 주된 목적으로 하고 있는데 반하여, 치료적 사법은 범죄자의 범죄성 치료를 형사사법의 목적으로 부가하고, 경우에 따라서는 응보를 위한 해악과 격리보다는 치료가 궁극적 목적달성에 더 유리하고 의미 있다는 점을 강조한다.<sup>32)</sup> 따라서 형사책임능력이 없어 범죄행위를 하더라도 처벌하지 못하는 형사미성년자와 현재의 형사사법시스템에서 책임능력이 인정되어도 사회방위를 위하여 처벌 이외의 조치를 취할 수밖에 없는 자들에 대하여 치료적 사법이 이들에게 필요한 조치를 취할 수 있는 방법론적 근거를 제공할 수 있을 것이다.

치료적 사법은 범죄자를 단순히 처벌함에 그쳤던 전통적 사법에서 나아가 적극적으로 이들을 치료하고 재범을 방지한다는 점에서 사법의 개입적 성격이 강하게 나타난다.<sup>33)</sup> 즉, 사법기관이 대상자의 후견자적 입장에서 치료가 필요한 범죄자에게 치료적 행위를 함으로써 형사사법의 역할 및 그 범위가 넓어지고 그 정도도 강화된다는 것이다. 물론, 국가와 사회의 지나친 개입으로 인해 범치국가적 이념이나 적법절차원칙이 훼손되고 인권침해에 이를 여지가 있다는 경계의 우려도 있을 수 있으나, 전문영역에 있어서는 전문가의 협조에 따라 치료적 개입의 성공적일 수도 있다.<sup>34)</sup> 따라서 치료적 사법에서는 범규범의 기준보다는 치료의 기술이 집행 매뉴얼의 근간을 이루게 되므로 형사사법의 실제 운용에 있어서도 치료 전문가로서의 역할이 강조된다.<sup>35)</sup>

## (2) 치료적 사법의 적용가능성

치료적 사법은 종래 전통적인 형사사법절차에서 범죄를 사회규범에 대한 이탈로만 보고 이에 대해 범죄의 예방이나 재제에 중점을 두던 시각에서 벗어나 범죄를 하나의 질병으로 보고 그 근본적인 원인을 치료하는 것을 사법기능의 중점으로 두고 있다.<sup>36)</sup> 이에 따라 법원은 지역사회와 협력하여 범죄

31) David B. Wexler & Bruce J. Winick, Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts, Carolina Academic Press, 2003, p.7~9

32) 이용식, 앞의 논문, 13면.

33) 김혜정, “치료사법의 관점에서 도입된 치료명령제도에 대한 검토”, 홍익법학 제18권 제2호, 2017, 290면.

34) 한영수, “범죄인에 대한 치료적 개입의 법적 현황”, 보호관찰 제11권 제1호, 2011, 48-49면.

35) 이승호, “형사사법의 담론과 법원운용의 시스템”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009, 808면.

의 근본적 원인에 대한 치료과정에 적극적으로 개입함으로써 범죄에 대해 보다 효과적으로 사법적 통제를 하는 역할을 한다.

대표적인 사례로 미국은 1997년 플로리다 주의 브로워드 카운티(Broward County)에 정신건강법원(Mental Health Court)을 최초로 설립하였고, 이 후 미국 전역에 걸쳐 치료법원을 설립하게 되었다.<sup>37)</sup> 이러한 정신건강법원은 법관의 감독 하에 법원직원과 정신건강 전문가가 공동으로 치료를 계획 및 설계하고, 지역사회 봉사자들을 통하여 치료를 집행한다.<sup>38)</sup> 특히, 미국은 2001년 캘리포니아 산타클라라에 ‘소년을 위한 맞춤형 치료를 위한 법원(Court for the Individualized Treatment of Adolescent)’을 설립함으로써 치료가 필요한 소년에 대하여 특별하게 처우하고 있다. 또한 미국에서는 1980년대 후반 ‘마약과의 전쟁’을 선포하고, 마약범죄에 대한 대응방법으로 대상자들을 치료하기 위하여 약물치료법원(Drug Treatment Court)을 설립하였다. 여기서의 치료방법으로는 상담, 교육 및 기타 가족에게 제공되는 서비스, 치료 및 구조, 약물사용과 문제해결을 위한 개입, 가족역량강화 등 약물치료 프로그램을 통해 다각적 측면에서 개입하고 있다.<sup>39)</sup>

한편, 일본은 2017년 국가적 차원에서 범죄자들의 재범을 줄이기 위해 형벌보다는 지원을 통한 대처를 연구하는 ‘치료적 사법 연구 센터’를 설립하였다.<sup>40)</sup> 일본의 치료적 사법을 위한 노력은 2006년부터 법무성 및 각계 전문가가 범죄자들의 재범을 방지하기 위한 처우 프로그램의 개발과 프로그램의 실시를 위해 법제도를 정비하여 2007년부터 맞춤형 처우프로그램을 시행한 것으로 시작된다. 그리하여 2014년 일본의 소년법이 대폭 개정되었고, 의료소년원을 소년원 송치 처분의 하나로 재규정하였다. 의료소년원에서는 심신에 장애가 있는 12세 이상 26세 미만의 자를 대상으로 재원자의 심신의 발달정도를 고려하여 생활 규율을 익히고, 근면정신을 함양하는 등 정상적인 경험을 체득하도록 하여 사회부적응의 원인을 제거함과 동시에 각 소년의 장점을 조성하여 심신 모두 건전한 소년의 육성에 기하도록 교육하고 있다.<sup>41)</sup> 특히, 의료소년원에서는 개개인에 따라 각각 다른 처우방법으로 ‘치료

36) 성경숙, 앞의 논문, 54면.

37) <http://csgjusticecenter.org/mental-health-court-project/>

38) 박은영, “치료명령제도의 효율적인 집행방안”, 보호관찰 제16권 제1호, 2016, 19면.

39) 김혜정, “치료명령제도의 도입에 따른 법적 개선방안”, 형사정책 제28권 제2호, 2016, 117면.

40) [http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=japan\\_korean&logNo=221041670529](http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=japan_korean&logNo=221041670529)

41) 강경래, “일본 의료소년원의 현황과 처우프로그램에 관한 고찰”, 범죄예방 정책연구 통권 27호,

적 교육'을 실시하고, 재원자의 퇴원 이후의 생활까지 지원함으로써 사회에 올바르게 적응할 수 있도록 돕고 있다는 점에서 치료적 사법의 이념을 바람직하게 실현하고 있다고 평가된다.

전술한 바와 같이 미국과 일본에서의 치료적 사법 이념의 구현은 현재 우리 형사사법 내에서도 형벌보다는 치료가 필요한 피고인이 적지 않다는 점에서 치료적 사법의 활용 및 도입 가능성을 시사한다. 피고인이 범죄를 행하게 된 원인을 제거하고 치료함으로써 재범방지와 재사회화를 촉진하게 될 것이라는 점에서 우리 형사재판에서도 치료사법을 구현할 수 있는 한국식 문제해결법원(Problem-Solving Courts)의 도입가능성이 주장된다.<sup>42)</sup> 문제해결법원은 치료적 사법의 이념을 실현하기 위해서 문제해결 지향적이고, 결정에 이르는 과정에서 판사 혼자만이 아닌 조직적인 접근 방법을 중시하며, 외부기관과의 유기적 연계를 통해 사회서비스를 법원에 집중하는 것이다. 이를 통해 피고인에 대한 치료과정을 사법적으로 통제하고, 판사와 피고인 간에 직접적인 상호작용을 중시하여 판사가 법원 내외에서 적극적이고 주도적인 역할을 하는 것이다.<sup>43)</sup> 이러한 치료적 사법 이념이 구현된 문제해결법원은 특히 소년심판에 있어서 더욱 큰 의미가 있을 것으로 생각한다. 소년의 경우 성인에 비하여 교육에 대한 습득력이 빠르고, 치료가능성이 높아 재범방지에 효과적이며 소년의 책임능력평가에도 부합한 이념이 될 것이기 때문이다. 이하에서는 구체적으로 소년범죄자에게 있어서 치료적 사법을 어떻게 구현될 것인지에 관하여 논의하도록 한다.

## 2. 구체적 방안

### (1) 소년에 대한 책임능력 평가와 예방적 측면의 개입 강화

앞서 살펴본 바와 같이 우리 형법은 생물학적 방법으로 14세를 기준으로 하여 일률적으로 형사성년과 형사미성년을 구분하고 있는 반면, 소년법에서는 19세 미만의 자를 소년으로 하여 특별하게 처우하고 있다. 즉, 14세 이상 19세 미만의 소년은 형사책임능력이 인정됨에도 불구하고 경우에 따라서는 형사처벌을 받지 않고 보호처분에 그치기도 한다. 만약 소년이 심신장애로

2015, 147면.

42) 이승호, “문제해결법원의 도입에 관한 검토”, 형사정책 제18권 제1호, 2006, 239면.

43) 성경숙, 앞의 논문, 43면.

인해 책임능력이 의심되는 경우 형법 제10조가 적용되는 것은 별론으로 하고, 소년에 대하여 특별하게 취급하는 법률을 두면서도 이들에 대한 형사책임능력을 개별적으로 심사하거나 검토하지 않는다는 것은 소년을 특별하게 배려하는 취지에 부합하지 않다. 한 예로 독일은 형법 제19조에서 “행위 시 14세가 되지 아니한 자는 책임능력이 없다”고 규정하면서,<sup>44)</sup> 소년법원법 제3조 제1문에서 “소년은 행위 시 그 행위의 불법을 통찰하고, 이러한 통찰에 따라 행동할 만큼 도덕적, 정신적으로 충분히 성숙한 경우에 형법적으로 책임이 있다”고 규정하고 있다.<sup>45)</sup> 따라서 독일 법원은 각 개별사례에서 소년의 책임능력 유무를 심사하고, 이를 토대로 형사책임여부를 결정한다.<sup>46)</sup> 성인의 경우 책임능력이 있다는 전제하에 구체적인 의심이 드는 예외적인 경우에만 책임능력을 심사하지만, 소년의 경우에는 개별사례에서 항상 적극적으로 심사하여 책임능력의 유무를 확인한다는 것이다. 물론 실무상 소년에 대한 도덕적·정신적 성숙성을 판단하기가 쉽지 않다는 문제가 발생할 여지는 있기는 하나, 적어도 소년기의 특성을 행위자의 특수한 행위조건으로 고려한다는 점에서 책임원칙이 충실히 지켜질 수 있다고 평가할 수 있다. 이처럼 우리나라에서도 소년법에서 소년의 책임능력에 관한 판단방법 내지는 평가에 관한 규정을 구체적으로 입법화함으로써 소년의 책임원칙에 대한 충실한 판단이 이루어져야 할 것이다. 치료적 사법의 방안으로써 소년에 대한 책임능력의 평가가 이루어진다는 것은 책임능력을 평가하는 과정에서 치료사법의 구체적 적용대상을 선별할 수 있다는 의미가 된다. 경우에 따라서는 치료가 필요하지 않은 소년범죄자도 있을 수 있기 때문이다.

한편, 국가인권위원회의 조사결과에 따르면 소년의 시기에 우울증에 의한 반항, 자학적 행동, 정신적 학습장애, 따돌림 피해에 대하여 공격적 행동을 가진 보호소년이 증가하고 있다고 한다.<sup>47)</sup> 어린아이에서 어른이 되어가는 과도기의 시기의 소년들은 흔히 사춘기를 경험하며 부모는 물론 사회에 대한 반항심을 가지고 때로는 호기심에 범죄행위로 나아가기도 한다. 한 순간의

44) StGB §19 (Schuldunfähigkeit des Kindes) Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist. 독일 형법 제19조는 아동의 책임무능력이라는 표제어 아래 형사미성년자 규정이 책임능력의 문제라는 점을 명시적으로 표현하고 있다.

45) JGG §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.

46) 김성은, 앞의 논문, 제34면.

47) 김경화, “소년범죄자의 교정치우”, 교정복지연구 제40호, 2016, 37면.

잘못된 행위로 다른 누군가는 엄청난 피해를 입을 수 있고, 아울러 소년 개인에게 있어서도 평생 지우지 못할 그 상처를 가지고 평생 살아야만 한다면 성인이 되어서도 사회 내에서 적응하여 살기가 쉽지는 않을 것이다. 그러므로 이 시기에 직면하는 개인적 문제를 범죄행위로 실현하기 이전에 예방적 프로그램 즉, 보호가 필요한 소년에게 도덕적 및 정신적 문제를 치료할 수 있는 기회를 주는 것이 필요하다. 현재 우리나라 법무부에서 운영하고 있는 청소년비행예방센터<sup>48)</sup>에서는 부적응학생, 초기단계의 비행청소년을 대상으로 위기청소년들의 비행원인을 진단하고 있으며, 인성 및 체험교육 등 다양한 프로그램을 실시함으로써 청소년의 비행예방 업무를 수행하고 있다. 그러나 청소년비행예방센터는 학교, 검찰, 법원이 의뢰하거나 소년부 판사가 의뢰하는 경우에만 소년에 대한 조사 및 교육이 이루어지고 있으므로,<sup>49)</sup> 이보다 앞서 예방적 차원에서의 비행예방 조기 교육을 활성화하는 것이 필요하다.

## (2) 소년전문법원의 설립

우리나라의 소년사법체계는 이원적 구조로 범죄소년에 대하여 1차적으로 검사의 판단으로 보호사건 혹은 형사사건으로 될 수 있다. 소년보호사건은 가정법원 소년부 또는 지방법원 소년부에서 심리하고,<sup>50)</sup> 소년형사사건은 일반 형사사건의 예에 따라 형사법원에서 심리하는 것이 원칙이다.<sup>51)</sup> 이와 같이 소년사건의 관할이 이원화되어 있고, 보호사건과 형사사건이 각각 소년법과 형사소송법의 규정에 따라 서로 다른 절차와 방식으로 처리되고 있다는 점에서 소년범죄자에 대한 재판의 전문성이 부족하다고 생각한다. 그동안 이원적 구조로 인한 문제를 둘러싸고 지속적으로 비판이 제기되어 왔고, 더욱이 범죄소년을 보호사건으로 처리할지 형사사건으로 처리할지 여부에 관하여 일차적으로 검사가 결정하지만 법원에 의해 사후적 통제가 이루어진다는 점에서 소년사건의 절차적 지연 및 중복이 문제점으로 지적되었다.<sup>52)</sup> 그러므

48) 청소년비행예방센터에서는 다기관 협력체계를 구축하고 지역사회 자원을 최대한 활용함으로써 청소년비행예방에 국가와 지역사회가 참여할 수 있도록 하는 한편, 사용자들의 심리적 부담을 경감시켜주기 위해 '청소년꿈키움센터'라는 복수명칭을 사용하고 있으며, 폭력, 절도, 성비행, 도로교통안전, 약물오남용 등 비행유형별 치료프로그램을 독자적으로 개발하여 운영하고 있다. 법무연수원, 범죄백서, 2015, 617면.

49) [http://www.cppb.go.kr/HP/TSPB13/tspb13\\_03/sub\\_03\\_03.jsp](http://www.cppb.go.kr/HP/TSPB13/tspb13_03/sub_03_03.jsp)

50) 소년법 제3조 제2항

51) 소년법 제48조

로 소년범죄자에 대한 치료적 사법의 적절한 운용을 위하여 소년사건의 관할을 일원화하고 전담법원을 설치하는 것이 필요하다. 소년에 대한 사법적 처분은 소년의 인격과 환경, 범죄의 원인 등을 과학적으로 규명하고 이를 기초로 결정되어야 하기 때문에 소년법원의 전문성을 강화하기 위해서는 먼저 법관의 전문성이 요구된다.<sup>53)</sup> 이와 관련하여 독일은 소년법원 관사의 일정한 자격을 법률에서 명시적으로 요구하고 있고,<sup>54)</sup> 독일 외에도 프랑스와 미국 등의 국가들은 일반법원과 다른 소년법원은 물론 소년전담판사를 별도로 두고 있다. 우리나라도 전문성을 갖춘 법관으로 하여금 소년사건을 처리하게 하는 전담법관제도를 시행하고, 소년사건을 전담하는 법원을 설치한다면 소년보호의 이념 및 책임원칙에 부합한 소년사법체계를 정착시킬 것이다. 아울러 소년전문법원이 설치되면 현행 검사선의주의는 법원선의주의로 전환될 수 있고, 소년사건에 대한 관할이 소년법원으로 일원화된다면 선의권에 대한 논의는 큰 의미가 없다고 볼 것이다.<sup>55)</sup> 따라서 검사는 소년에 대한 사건을 일단 소년법원에 송치하고(경찰단계에서의 훈방조치나 검사의 조건부유예를 제외), 소년전문법원에서 전담법관으로 하여금 소년에 대한 심리 및 책임능력 평가 후에 소년사건을 보호사건이나 형사사건으로 심판할지 여부를 결정하는 것이 더 합리적일 것이다.

여기서 소년전문법원이 이른바 문제해결법원으로서 기능하기 위해서는 소년심판에 관한 전(全)과정 뿐만 아니라 재판절차 이후의 교육과정 및 사회복지에 이르기까지의 과정에 관여하여야 한다는 것이다. 이 점에서 소년전문법원으로서의 역할이 일반 법원과 다르며, 이는 지역사회 내의 기관과 유기적 협력을 통해 가능해질 것이다. 현재 소년보호처분을 받는 범죄소년에게 대안가정으로 제시되는 사법형 그룹홈(청소년 회복센터)<sup>56)</sup>은 돌볼 가족이 없는 비행소년을 소규모로 보호하는 시설이다. 이와 같이 소년전문법원은 소

52) 김성은, “소년전문법원의 설립과 운영방안”, 법학논총 제41권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2017, 443~455면 참조.

53) [http://www.wikitree.co.kr/main/news\\_view.php?id=330794](http://www.wikitree.co.kr/main/news_view.php?id=330794) ‘호통판사’로 유명한 천종호 부장판사가 보직이동으로 8년간 임해온 소년보호재판을 더 이상 맡을 수 없게 되었다는 소식을 계기로 ‘소년전문법원’의 필요성 및 ‘전담법관’의 필요성을 주장하는 목소리가 곳곳에서 나오고 있다.(2018.3.4.자 기사)

54) 독일 소년법원법 제36조, 제37조 참조.

55) 김성은, 앞의논문, 458면.

56) 2010년 경남 창원에서 처음 생겨나 2018년 5월 30일 현재 전국에 17곳이 운영 중이다. 이 곳은 대부분 종교단체 등 민간이 운영하는 시설로 국가로부터 교육비(보호소년 1명당 매월 40만원)를 지원받는다.

년이라는 특수성을 고려하여 심판 이후의 지속적인 돌봄 서비스 등을 통하여 재범의 위험성을 차단하여야 하고, 이들에게 올바른 가치관 정립 및 인격 형성 등 소년범죄자들이 사회 내에 적응할 수 있도록 돕는 역할을 하여야 할 것이다.

(3) 치료나 치유 목적 강화를 위한 의료소년원 설치

현행 소년법 제32조 제1항 제7호는 보호처분의 하나로서 ‘병원, 요양소 또는 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」에 따라 소년의료보호시설에 위탁’을 규정하고 있다. 이는 2007년 개정 소년법에서 보호소년에 대하여 치료와 교육을 동시에 할 수 있도록 소년의료보호시설을 새롭게 추가한 것이다. 특히 과거와 달리 핵가족화로 인한 가족기능의 왜곡과 저하 및 성적위주의 교육 등으로 인한 교육의 비인간화 등 현대사회의 특징으로 청소년 시기에 우울증, 품행장애 등의 정신병을 겪는 소년들이 증가하게 되었고, 이러한 소년들이 범죄를 저지를 경우 이들에 대해서는 재활교육 및 의료시설이 필요하다는 점에서 7호 처분이 매우 중요한 의미를 가지게 되었다.<sup>57)</sup> 그러나 실제로 7호 처분이 집행되는 대전의료소년원(대산학교)과 수탁병원은 열악한 의료환경을 가지고 있고, 예산상의 이유 등으로 처음 소년의료보호시설을 설립한 의도와는 다르게 그 역할을 감당하고 있지 못하다는 점에서 무용지물이 되어가고 있다는 우려를 표하지 않을 수 없다.

앞서 살펴보았듯이 미국은 소년을 대상으로 하는 약물치료병원(DTC)과 정신건강법원(JMHC)을 운영하고 있고, 일본은 4개의 소년원 중 하나를 의료소년원으로 두고 심신에 현저한 장애가 있는 소년들에 대해 전문적 의료 처우와 함께 특별교정교육을 실시하고 있다. 또한 독일은 형법상 치료처우와 함께 소년법원이 부과하는 교육처분의 일종으로 치료교육적 처치(Heilerzieherische Behandlung)와 중독치료(Entziehungskur)를<sup>58)</sup> 다양한 기관과 제도가 광범위하게 연계된 사회 네트워크 내에서 이루어지도록 하고 있다.<sup>59)</sup>

다른 나라의 소년의료보호시설과 비교해 볼 때 우리나라의 의료소년원은

57) 천정환, “소년의료보호시설(소년법 제7호처분)제도에 대한 독창적 개선방안”, 교정복지연구 제 40호, 2016, 132면.

58) 독일 소년법원법 제10조 제2항

59) 정희철, “소년의료보호시설의 운영 선진화를 위한 개선방안”, 보호관찰 제15권 제2호, 2015, 134면.

오직 한 곳(대전 의료소년원)뿐이고, 전문 인력의 부족은 물론, 이곳에서 이루어지는 교육이 다른 소년원과의 별다른 차이 없이 운영되고 있다는 점에서 소년에 대한 치료적 처우를 전문적으로 담당하는 기관으로 재설립 되어야만 한다. 더구나 소년의 시기에 범죄를 저지르는 것은 올바르게 형성되지 못한 인격 내지는 정신적 문제로 인하여 넓은 의미에서의 치료가 필요한 질병이라고 간주할 수 있으므로, 소년범죄자들을 위한 의료소년원은 치료적 사법의 대표적 공간이 될 수 있을 것이다. 치유나 치료 목적의 의료소년원은 문제해결법원과 협력하여 소년의 재판과정 중 혹은 판결 이후에도 법관의 지속적인 관찰이 이루어져야 한다. 또한 의료소년원 내에서의 개인별 처우와 치료프로그램은 내적치유에서부터 기본적인 생활습관 및 개개 소년범죄자의 범죄 원인을 치료하는 것으로써 이들을 사회로 복귀시키기까지의 역할을 감당하여야 한다. 이는 결코 독자적으로 이루어질 수 없는 것이므로 소년사건을 담당하는 재판부는 물론 의료소년원에서 종사하는 인력 및 지역사회와의 연계를 통해 비록 오랜 시간이 걸린다고 하더라도 한 소년범죄자가 제대로 치료를 받아 사회의 구성원으로서의 올바른 역할을 감당하도록 모두가 함께 도와야 할 것이다.

결국, 소년의료보호시설의 필요성을 인식하고, 그 시설을 확충하기 위해서는 국민들의 관심이 필요하다. 소년범죄의 문제가 사회적으로 이슈가 되고, 그 심각성에 관한 논의가 시급한 이때에 소년법을 폐지하거나 소년범죄자들에게 대하여 더욱 강력하게 처벌하자는 단편적인 생각에서 벗어나 장기적으로 그리고 보다 효과적으로 과연 어떻게 하면 소년범죄를 줄이고 예방할 수 있을지에 관한 대책 마련이 시급할 것이다.

#### IV. 결어

소년의 사전적 의미는 ‘아주 어리지도 않고 완전히 성숙하지도 않은 사내아이’, ‘어린 나이의 소년과 소녀’를 일컫는 말로써 아직 성인에 이르지 않은 아이라는 것이다. 이처럼 소년에 대해서는 특수한 단계에 위치한 특별한 자로 간주하여 법률로 보호하고 있고, 형사정책적 배려가 책임의 단계에서 반영되어 경우에 따라 형사책임능력이 있음에도 처벌하지 않고 보호처분에 그치기도 한다. 최근 뉴스를 통해 보도된 소년에 의한 범죄는 과연 소년으로서

이러한 범죄를 저지를 수 있을까 하는 의문을 품을 수 있을 정도로 흉악하고 끔찍한 사건들이어서 일부 국민들은 소년에 대해 특별하게 취급하는 이법에 대해 일반 국민의 법감정에 반한다고 주장하고 있으며, 과연 소년에 대한 보호가 타당한가 하는 의문을 제기하기도 한다. 일부 소년들이 저지른 흉악한 범죄의 결과만을 놓고 보면 당장에 소년법을 개정하거나 폐지하고 엄벌화 하는 것이 타당할 것으로 보이지만, 소년범죄자 각 개인이 처한 환경, 그들이 범행에 이르게 된 동기, 가정이나 사회 및 국가의 책임 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 단지 소년법의 폐지만으로 소년범죄에 대한 본질적 문제를 해결할 수는 없다.

이러한 시점에서 소년의 형사책임능력에 관한 연구 및 치료적 처우의 도입방안에 관한 논의는 매우 의미가 있다고 생각한다. 형법상 책임원칙은 위법한 행위를 한 행위자 개인에 대한 제재를 의미하지만, 책임론에 관한 연구는 인간 존재의 궁극적 해명에도까지 소급한다. 또한 책임주의의 원칙상 행위자 개개인에 따라 서로 다른 결과를 초래할 수 있다는 점에서 책임론에 관한 연구는 범죄의 성립여부를 좌우하는 중요한 분야인 것이다. 특히, 본고에서 논의의 대상으로 삼은 소년은 그의 형사상 책임능력에 관하여 연령 외에는 이를 판단할 어떤 기준 내지는 가이드라인이 없기 때문에 범죄성립여부를 좌우할 수 있는 책임요소에 대한 평가가 적절하게 이루어질 수 없다. 물론, 소년이라는 특수한 신분을 인정하여 14세 이상 19세 미만의 자들에 대하여는 형사책임능력이 있음에도 불구하고 성인과 다른 처벌 내지는 보호처분을 받도록 하고 있지만, 이는 소년법상의 보호주의라는 정책목적의 반영된 결과라고 할 수 있다. 그러므로 소년의 형사책임능력을 평가함에 있어서 보호주의라는 정책적 고려가 책임의 평가요소로써 작용하여야 함은 물론, 책임의 본질에 있어서도 비난가능성과 함께 예방이나 처우의 관점에서의 정책적 고려가 실질적으로 포함되어야 할 것이다. 이 경우 형벌로 인한 예방효과를 기대할 수 없는 자에게는 형벌로 책임을 비난하는 것이 적당하지 않기 때문에, 형벌 이외의 처우시스템 특히 의료나 복지기관에 의한 조치로 예방효과를 기대할 수 있는 자에게는 형벌 이외의 제재로써 처분을 집행하는 시설과 처우프로그램을 달리 적용하여야 한다.

소년의 시기에 범죄를 저지르는 것은 올바르게 형성되지 못한 인격과 정신적 미성숙으로 인한 것으로 넓은 의미에서의 질병으로 간주할 수 있고, 이러한 질병은 치료를 통해 회복되어야 한다. 이를 위하여 소년사법체계 내에

치료적 사법을 도입하여야 하고, 구체적으로는 소년전문법원과 의료소년원을 통해 법원이 주체적으로 나서 치료가 필요한 소년에게 치료프로그램을 제공하고 치료여부를 감독 및 그 성과를 양형에 반영하도록 하는 것이 소년범죄를 예방하고 재범을 막는 길이 될 것이라고 생각한다. 누구나 한 번씩 겪는 그 시기를 지나 성인이 되어가듯, 소년은 우리 사회의 미래의 주인공이며, 희망이다. 그러므로 소년범죄자에 대한 책임은 소년 개개인의 책임을 넘어 사회와 국가가 앞장서서 부담하여야 할 책무인 것이다.

주제어 : 소년, 범죄소년, 형사책임능력, 책임주의, 보호주의, 치료적 사법,  
소년전문법원, 의료소년원

Keyword : juvenile, juvenile offender, criminal responsibility, principle of  
liability, protectionism, therapeutic justice, juvenile courts,  
medical care facilities

투고일 : 2018. 7. 5. / 심사일: 2018. 7. 22. / 게재확정일: 2018. 7. 29.

[참고문헌]

- 강경래, “일본 의료소년원의 현황과 치우프로그램에 관한 고찰”, 범죄예방정책연구 통권27호, 법무부, 2015.
- 김경화, “소년범죄자의 교정처우”, 교정복지연구 제40호, 한국교정복지학회, 2016.
- 김성돈, 형법총론, 제5판, 성균관대학교출판부, 2017.
- 김성은, “소년의 책임능력과 형사책임 : 책임능력의 평가문제를 중심으로”, 형사정책연구 제27권 제3호, 한국형사정책연구원, 2016.
- \_\_\_\_\_, “소년전문법원의 설립과 운영방안”, 법학논총 제41권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2017.
- 김연지, “소년의 형사책임능력과 치료사법에 관한 연구”, 한국의국어대학교 박사학위논문, 2018.
- 김혜정, “치료명령제도의 도입에 따른 법적 개선방안”, 형사정책 제28권 제2호, 한국형사정책학회, 2016.
- \_\_\_\_\_, “치료사법의 관점에서 도입된 치료명령제도에 대한 검토”, 홍익법학 제18권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2017.
- 박상기, 형법총론, 제9판, 박영사, 2012.
- 박은영, “치료명령제도의 효율적인 집행방안”, 보호관찰 제16권 제1호, 한국보호관찰학회, 2016.
- 법무연수원, 범죄백서, 2015.
- 성경숙, “가정폭력범죄에 대한 치료적 사법의 접근 - 가정폭력법원의 도입을 중심으로-”, 형사법연구 제29권 제3호, 한국형사법학회, 2017.
- \_\_\_\_\_, “치료적 사법의 개념과 그 적용가능성”, 형사정책연구 제23권 제4호, 한국형사정책연구원, 2012.
- 이승호, “우리나라 형사사법 모델의 전개와 전망 - 다양한 형사사법 모델의 통합적 운용을 제안하며-”, 형사법연구 제29권 제3호, 한국형사법학회, 2017.
- \_\_\_\_\_, “형사사법의 담론과 법원운용의 시스템”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.
- \_\_\_\_\_, “문제해결법원의 도입에 관한 검토”, 형사정책 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006.
- 이용식, “성폭력범죄자에 대한 치료처우의 개선을 위한 법제도적 고찰”, 교정연구

- 제66호, 한국교정학회, 2015.
- 이재상 · 장영민 · 강동범, 형법총론, 제9판, 박영사, 2017.
- 이훈동, “형법에 있어서 책임과 예방”, 인문사회과학연구 제11집, 세명대학교 인문사회과학연구소, 2003.
- 정희철, “소년의료보호시설의 운영 선진화를 위한 개선방안”, 보호관찰 제15권 제2호, 한국보호관찰학회, 2015.
- 주호노, “소년의 형사책임에 관한 연구 : 형사책임능력을 중심으로”, 법조 제59권 제12호, 2010.
- 천정환, “소년의료보호시설(소년법 제7호처분)제도에 대한 독창적 개선방안”, 교정복지연구 제40호, 한국교정복지학회, 2016.
- 한영수, “범죄인에 대한 치료적 개입의 법적 현황”, 보호관찰 제11권 제1호, 보호관찰학회, 2011.

- 岩井宜子, 刑事政策 (第3版), 尙學社, 2005.
- 佐伯千仞, 刑法總論 (4訂版), 有斐閣, 1981.
- 田宮裕 · 廣瀬健二, 注釋少年法 (改訂版), 有斐閣, 2001.
- 宮本英侑, 刑法大綱, 弘文堂, 1935.
- 渡邊一弘, 少年の刑事責任, 專修大學出版局, 2006.

- Jakobs, Günther, Schuld und Prävention, in: Recht und Staat, 1976.
- Jakobs, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, München, 1991.
- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München, 1997.
- Wexler, David B. & Bruce J. Winick, Judginig in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts, Carolina Academic Press, 2003.

[국문초록]

우리 형법은 제9조에서 14세를 기준으로 형사책임능력을 설정하고 있는 반면, 소년법은 10세 이상 19세 미만의 소년에 대한 처우를 규정하고 있다. 필자는 소년법과 형법과의 관계 설정을 바탕으로 소년에 대한 형사책임능력을 논하고자, 먼저 형사책임능력의 본질이 무엇인지에 관하여 검토한다. 아울러 책임의 단계에서 예방적 목적의 형사정책을 고려할 경우, 소년에 대한 특별한 취급이 어떤 이유에서 타당한지, 그리고 소년범죄자가 성인범죄자와 비교하여 범죄의 예방적 측면에서 그 효과가 큰 이유가 무엇인지에 관하여 논의를 하고자 한다.

한편, 소년범죄를 예방하고 줄이기 위한 대안으로 범죄의 결과보다는 원인에 중점을 두어 범죄자가 범죄에 이르게 된 원인을 해결해보자는 취지에서 치료적 사법을 제시하고자 한다. 이는 전통적 방식의 법원 및 사법체계에 대한 패러다임의 전환을 요구하는 것이며, 소년전문법원과 같은 전문화된 독립법원의 설립 등 한국식 문제해결법원의 필요성을 주장하는 바이다. 이러한 치료적 사법이 특히 소년범죄자에게 중요한 이유는 아직 성인에 이르지 않은 미성숙한 이들이 어떠한 형태로든지 범죄를 저지르는 행위를 하는 것은 넓은 의미에서의 질병으로 간주하여 이 시기에 반드시 치료되어야 할 문제로 보는데 그 핵심이 있다. 소년범죄의 문제는 개인의 문제뿐만 아니라 가정, 사회, 국가의 문제가 되기 때문에 스스로 해결하지 못하는 이러한 문제를 국가가 적극적으로 나서서 해결하도록 돕는 것이다. 소년의 시기에 이루어지는 치료는 분명 성인에 비하여 그 효과가 크고, 우리 법제상 소년을 특별하게 보호하고자 하는 기본 이념에도 부합한 것으로써 소년범죄자에게 치료적 사법을 도입하는 것이 현재의 소년범죄의 문제를 해결하는 방법 중 하나가 될 것이라고 생각한다.

[Abstract]

## A Study on Criminal Responsibility of the Juvenile and Therapeutic Justice

Kim, Yeon-Ji\*

In the current Criminal Code, Article 9 stipulates that those who are under 14 years of age are not capable of being uniformly accountable. On the other hand, The Juvenile Act stipulates treatment for teens aged 10 to 19 years. Based on the relationship between Juvenile Act and Criminal Code, I first examine what the nature of criminal responsibility is. In addition, when considering the criminal policy for preventive purposes at the stage of responsibility, I give the reason why the special handling of the juvenile is valid and the reasons why the juvenile offender is more effective in preventing crime compared to an adult criminal.

Therefore, as an alternative to prevent and reduce juvenile delinquency, it emphasizes the cause rather than the result of the crime, and suggests a therapeutic justice system to avoid the cause of crime. It requires a paradigm shift in the traditional way of courts and judicial systems. I suggest that it is necessary to introduce a Korean-style problem-solving court, which aims to make courts a central center for solving various social problems by cooperating with various professional organizations in order to achieve common goals such as the establishment of a specialized independent court, such as a juvenile court. These therapeutic justices are particularly important for juvenile offenders because offenders that are immature, who have not yet reached adult status and commit crimes in any form, are a problem that must be treated as a disease, especially when the treatment of juveniles is more effective than that of adults. Considering that juvenile crime is a problem - not only for individuals, but also for families, society, and the state, it is necessary for the state to actively resolve it. In conclusion, I

---

\* Part-time teacher in Hankuk University of Foreign Studies, Ph. D. in Law.

think that the introduction of therapeutic justice as one of the policies to prevent crime and recidivism, especially for juvenile offenders, is one of the ways to solve the problem of juvenile delinquency.

