

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정안 (일명 ‘도가니법’)에 대한 소고(小考)

정재준*

차 례

- I. 서론
- II. 성폭력범죄의 실태와 법적 대응
 - 1. 장애인/아동 성폭력범죄의 실태
 - 2. 장애인/아동 성폭력범죄의 법적 대응 현황
- III. 일명 ‘도가니법’에 대한 고찰
 - 1. 강간과 강제추행죄의 구성요건
 - 2. 비친고죄 규정
 - 3. 공소시효 배제
- IV. 결어

* 미국 컬럼비아 대학교 로스쿨 연구원 (법학박사)

접수일자 : 2012. 4. 30 / 심사일자 : 2012. 6. 18 / 게재확정일자 : 2012. 6. 22

I. 서론

대한민국은 2009년 6월 소설 [도가니] 출간(저자 공지영)에 이어 2011년 9월 개봉된 영화 ‘도가니’에서의 충격적 성폭력범죄,¹⁾ 그리고 이와 결부되어 드러난 사법기관의 부정부패에 대한 개탄으로 도가니 신드롬이라는 패닉상태에 젖어 있었다. 당초 최영희 민주당 의원이 2010년 10월 발의한 ‘항거불능’ 표현을 삭제하는 등의 내용을 담은 성폭력 특례법 개정안은 1년여 째 국회 법제사법위원회에 상정조차 되지 못했다. 당시 이러한 도가니(방지)법에 대하여 사회복지법인을 운영하는 개신교계를 중심으로 거센 반발이 있었다. 특히 ‘전국 사회복지법인 대표자 비상대책위원회’가 결성돼 집회까지 열며 개정안 철회를 요구하였다. 그러나 소설과 영화로 증폭된 도가니 신드롬이 본격적으로 전국을 강타하자 국회는 ‘도가니방지특위’를 구성하여 「성폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하, 성폭력 특별법)」 개정안(일명 ‘도가니법’²⁾)을 2011년 10월 29일 통과시켰다. 그 주요 내용은 기존 특례법 제6조의 ‘항거불능’ 조문 삭제와 장애인 성폭력 유사 성교행위 인정, 장애인 및 만 13세 미만 아동에 대해서는 공소시효 배제, 위계위력에 의한 성폭력 처벌 강화 및 시설 내 성폭력 처벌 강화 등을

1) ‘성폭력’ 개념에 대해서는 다양한 견해가 있으나, 성적인(sexual) 폭력, 즉 성을 매개로 이루어지는 무형, 유형의 강제력의 행사로 보고(김태명, “성폭력범죄의 실태와 대책에 대한 비판적 고찰,” 한국형사정책연구원, 형사정책연구 2011년 제87호, 9쪽 참조), ‘성폭력범죄’란 법적으로는 성적 자기 결정권을 침해하는 행위 중 형벌을 부과할 만한 행위(2010, 범죄백서, 법무연수원, 481쪽 참조)로 정의할 수 있다 그러나 성폭력범죄의 정의와 관련하여 성폭력범죄에 대한 가장 일반적인 인식은 ‘강간’행위가 이루어졌는지, 즉 폭행·협박에 의하여 ‘여성의 성기 내에 남성의 성기 삽입’이 이루어졌는지에만 초점을 두는 경향이 있고, 그 이외의 다른 행태들은 그보다 경한 범죄 정도로 취급되고 있었다고 할 수 있다. 하지만 피해자의 입장에서 보자면 성폭력이란 성기내의 삽입행위는 없었다 할지라도 피해자에게 수치심과 모멸감을 주는 성적인 폭력행동 모두가 심대한 해악이 된다. 이근우, 「아동성폭력 가해자 재범방지 교육프로그램 개발 및 치료감호 실질화 방안」, 법무부, 2010년 1월, 13쪽 참조.

2) 이 영화의 감독은 ‘도가니’란 뜻이 ‘광란의 도가니, 분노의 도가니, 슬픔의 도가니 할 때의 그것’이라 하였다. 공지영 작가가 소설 제목으로 ‘도가니’를 선택한 이유는 무진의 자애학원이라는 곳이 우리가 상상조차 할 수 없는 엄청난 일이 너무나 태연하게 벌어지는 ‘광란의 도가니’라는 뜻으로 지은 것 같다.”라는 의견을 나타냈다. 이에 이러한 ‘도가니’를 방지하고자 정치권에서 소위 ‘도가니방지법(줄여서 도가니법)’이란 이름으로 「성폭력범죄의처벌등에관한특례법」 개정안을 통과시켰다.

골자로 하며, 이는 결국 장애인 대상 성폭력범죄에 대한 가중처벌을 목적으로 하고 있다. 이 도가니법에서의 ‘항거불능’ 조문(제6조 제1항) 삭제는 강간죄의 범죄 성립을 좀 더 폭넓게 인정하자는 입법자의 취지일 것이다. 그러나 강간죄의 구성요건인 폭행·협박의 정도에 관한 현재의 통설과 판례가 ‘상대방의 반항을 불가능(항거불능)하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도’라는 최협의설이 작동하는 현실에서 이를 입증하기란 여전히 어렵다는 것이다. 결국 동법 제6조 1항의 장애인에 대한 강간죄 입증의 어려움은 동법 제6조 5항에서 신설된 위계 또는 위력에 의한 간음죄로 귀속될 확률이 높기 때문에 이를 법리적으로 재검토해야 한다.

원래 형사 특별법은 일반법인 형법에 우선하지만, 특별법의 예외법·임시법적인 특징 때문에 일반법의 원칙법·영구법적인 특징을 대신할 수는 없다. 그러나 도가니법의 근간이 되었던 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」이 1994년 제정되어 18여년 기간 동안 성폭력범죄에 우선적으로 적용되고 있는 바람직하지 못한 현상이 지속되고 있다.³⁾ 특히 형법에서의 강간죄, 강제추행죄, 준강간죄, 준강제추행죄 등의 성폭력범죄는 친고죄 조항인데 성폭력 특별법에서는 이를 점차 비친고죄로 변경하고 있다. 따라서 성폭력 특별법의 비친고죄 규정에 대하여도 이론적인 재정비가 필요한 것이다.

또한 「형사소송법」(제249조)에서 일괄적으로 규정하고 있는 공소시효 제도에 관한 것도 관련 성폭력범죄 특별법들에서는 이를 배제하는 방향으로 개정되고 있다. 공소시효의 본질이 무엇이며 공소시효 배제 사유에 대한 지금까지의 논의를 검토하여 공소시효 배제가 어떤 영향을 미칠지에 대한 논의도 필요하다. 이러한 성폭력 특별법의 개정을 통한 가중처벌의 입법적 대안들이 속속 출현하고 있지만 처벌의 실효성 부족⁴⁾이라는 비판과 함께 성폭력범죄, 아동 대상 성폭력범죄, 장애인 대상 성폭력범죄 등의 성범죄는 오히려 증가하는 추세이다. 이에 도가니법의 배경이 된 성

3) 오영근, “성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 - 형사특별법 정비방안(6),” 한국형사정책연구원, 2008년 12월, 9쪽 참고.

4) 「성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률(일명, ‘화학적 거세법’)」은 2010년 7월 제정된 후 한 해 약 500명 대상(2008년 기준; 법무부도 한해에 최소 100명)에게 시행될 것이라고 추산하고 2011년 7월부터 시행되었으나 그 동안 실적이 없다가 2012년 5월이 되어서야 첫 대상자를 찾을 수 있었다.

폭력범죄의 추세를 분석한 뒤 도가니법의 특징과 기존 「형법」, 「형사소송법」에서의 관련 이론을 중심으로 구체적인 논의를 전개하여 향후 성폭력 특별법의 신중한 입법과 올바른 대책을 제시하고자 한다.

II. 성폭력범죄의 실태와 법적 대응

1. 장애인/아동 성폭력범죄의 실태

성폭력범죄는 「형법」상 강간과 추행의 죄(강간, 준강간, 강제추행, 준강제추행, 강간등상해, 강간등치상, 강간등살인, 강간등치사, 미성년자간음, 업무상위력에의한간음, 미성년자의제강간, 미성년자의제강제추행), 「형법」상 강도강간, 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반」, 「성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반」, 「아동·청소년의성보호에관한법률위반」의 강간 등, 「특정범죄가중처벌등에관한법률위반」의 특수강간에 해당하는 범죄이다. 이 중에서 도가니법과 관련이 깊은 장애인/아동 대상 성폭력범죄의 현황을 살펴보면 그 추세를 가늠해 볼 수 있다.

[도표 1] 장애인 대상 성폭력범죄 접수 처리 현황(2001-2010년)⁵⁾

[단위: 명]

연도	구분	접수	처리			
			계	기소	불기소	기타
2001		137	135	88	24	23
2002		129	133	84	25	24
2003		168	167	109	34	24
2004		169	172	87	66	19
2005		207	202	77	92	33
2006		179	171	71	80	20
2007		206	217	67	95	55
2008		246	237	104	104	29
2009		239	234	93	117	24
2010(1-10월)		266	205	87	83	35

* 출처: 대검찰청 형사2과

5) 2010, 범죄백서, 법무연수원, 487쪽 도표 인용.

2010년 10월까지의 사건발생인 266건은 2001년 137건에 비하여 무려 94% 증가였는데 12월까지라고 가정해 보면 거의 두 배 이상 증가하고 있다는 것을 알 수 있다. 장애인 대상 성폭력범죄의 기소율도 전체 성폭력범죄 기소 비율에 비해 상대적으로 높는데 특이한 점은 ‘혐의없음’ 처분 비율이 높다는 점이다.⁶⁾ 이는 가장 중요한 증거인 피해자가 장애인이다 보니 피해자 조사를 통한 범죄사실 입증의 어려움이 반영된 결과로 보인다.⁷⁾ 이는 후술하는 장애인 대상 성폭력범죄의 구성요건과도 밀접한 관련이 있다.

[도표 2] 13세 미만 아동 성폭력범죄의 발생 추세(2001-2010년)⁸⁾

범죄유형 연도	아동 성폭력범죄		
	발생건수	전체인구 10만명당 발생건수	아동인구 10만명당 발생건수
2001	503	1.1	5.8
2002	595	1.25	7.0
2003	645	1.4	7.7
2004	670	1.4	8.2
2005	785	1.6	10.0
2006	961	2.0	12.6
2007	1,081	2.2	14.7
2008	1,194	2.5	16.9
2009	990	2.9	14.2
2010	1,175	2.3	17.4

13세 미만 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄 역시 빠른 속도로 증가하고 있다.⁹⁾ 2001년 아동인구 10만명당 발생건수에 비하여 2010년에는 3배

6) ‘혐의없음’ 비율은 전체 사건 중 2001년 11.9%, 2002년 11.3%, 2003년 13.8%, 2004년 32%, 2005년 35.6%, 2006년 39.2%, 2007년 34.6%, 2008년 34.2%, 2009년 40.2%, 2010년(10월까지) 34.1%로 확인된다. 이는 증거 자료 수집의 어려움과 함께 전체 접수 사건이 적으므로 ‘혐의없음’ 처분의 비율이 상대적으로 높아진 것도 원인으로 보인다.

7) 2010, 범죄백서, 법무연수원, 487쪽 참조.

8) 아동은 13세 미만을 말한다(대검찰청 [범죄분석] 기준). 범죄통계는 대검찰청, [범죄분석] 자료, 인구통계는 통계청(www.kostat.go.kr) 자료에 의한다. 성폭력범죄(강간, 강제추행 등): 「형법」, 「성폭력특별법」, 「청소년성보호에관한법률」 포함한다.

9) 2010년 한 해 동안 평균적으로 아동 성폭력범죄가 하루에 3.2건이 발생하였다. 대검찰

증가하였다. 성폭력범죄는 암수범죄(暗數犯罪)¹⁰⁾로 대표되기 때문에 신고율이 불과 한자리 수에 불과하다는 것을 고려하면 그 심각성을 알 수 있다.¹¹⁾ 게다가 2010년도 성폭력범죄자의 전과를 보면, 초범이 38.4%(4,993명)이고 재범이 61.6%(8,018명)으로 나타났다. 성폭력범죄의 경우 여전히 재범자들에 의하여 저질러지고 있는 것이다.¹²⁾

2. 장애인/아동 성폭력범죄의 법적 대응 현황

성폭력범죄가 지속적으로 증가하고 있고, 아동 혹은 장애인에 대한 충격적인 성폭력범죄가 잇달아 발생하자, 이에 대한 언론의 집중 조명이 있었고 처벌 강화로의 여론 등이 결국 여러 성범죄 관련 법률의 제정 혹은 개정을 초래하였다. 2010년 10월 개정·시행된 「형법」에서는 성폭력범죄 사범에 대하여 유기징역 상한을 확대하였다. 2010년 4월 제정된 「성폭력범죄의처벌등에관한특례법」에서는 성폭력 사범에 대한 공소시효의 정지 내지 연장에 대한 규정과 2011년 4월 개정·시행된 동법의 개정으로 성폭력법의 얼굴, 신상정보 공개에 관한 규정, 2011년 11월 다시 일부 개정된 동법(일명 도가니법)에서는 비친고죄화, 공소시효 폐지, 처벌의 강화 등을 내용으로 하고 있다. 2011년 12월 개정된 「아동청소년의성보호에관한법률」에서는 재범의 위험성 있는 자에 대한 검사의 필요적 보호관찰 청구, 법원은 금고형 이상 선고시 2년 이상 5년 이하의 범위 내에서 필요적 선고 등을 규정하고 있다.¹³⁾

청 [범죄분석], 105쪽 참조.

- 10) 암수범죄는 해당 범죄가 실제로 발생하였으나 수사기관에 인지되지 않거나 수사기관에 인지되어도 용의자 신원 미파악 등 해결되지 않아 공식적 범죄통계에 집계되지 않은 범죄이다. 주로 성범죄와 같이 피해자가 수사기관에 신고하기를 주저하거나 마약범죄와 같이 범죄자가 피해자이면서 가해자이기도 한 범죄에 많다.
- 11) 여성가족부의 조사결과에 따르면 추정 성폭력 피해건수는 공식적인 발생건수의 약 60배에 달하고 인구 10만명당 피해건수도 약 88배에 달한다고 한다. 여성가족부, 2010년 성폭력 실태조사, 2010년 145쪽 참조.
- 12) 이 재범자 중 동종 전과자는 60.8%이고 이종 전과자는 39.2%이다. 동종 전과자의 경우에는 1년 이내에 재범하는 경우가 31.9%에 달한다. 아동 성폭력범죄자의 통계도 이와 비슷한데, 2010년의 경우 초범이 40.8%(309명)이고 재범이 59.2%(449명)이다. 동종 전과자의 경우에는 1년 이내에 재범하는 경우가 31.5%였다. 대검찰청 [범죄분석], 60쪽과 108쪽 참조.

특히, ‘성폭력 특별법’의 주요 제정·개정 내용을 살펴보면 다음과 같다. ‘성폭력 특별법’은 1994년 1월 15일 제정된 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률(이하, 구성폭법)」을 모태로 하였다. 「구성폭법」이 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례와 성폭력범죄의 피해자 보호 등에 관한 사항을 함께 규정하고 있다는 점 때문에 각 사항에 대한 효율적 대처에 한계가 있다는 이유로, 성폭력범죄의 처벌에 관한 사항을 분리하여 2010년 4월 15일 제정(법률 제10258)되었다.¹⁴⁾ 「구성폭법」과 비교하면, ‘성폭력 특별법’에서는 13세 미만자 대상 성범죄자에 대하여 강간의 경우 종전 7년 이상 유기징역에서 10년 이상 유기징역으로, 폭행·협박으로 인한 유사 강간의 경우 종전 5년 이상 유기징역에서 7년 이상 유기징역으로 법정형을 상향하였다(제7조). 그리고 음주 또는 약물로 인한 성폭력범죄에 대하여 형법상 심신 미약 및 농아자 감경 규정을 배제할 수 있는 특례를 규정하였다(제19조). 또한 공소시효 기산에 관한 특례를 규정하여 미성년자에 대한 성폭력범죄 공소시효는 피해자가 성년에 달한 날부터 진행하고, 디엔에이(DNA) 증거 등 과학적인 증거가 있을 경우 공소시효가 10년 연장된다(제20조). 그밖에 친족 관계에 있는 자의 성폭력범죄의 친족 범위를 종전 2촌 이내에서 4촌 이내 인척으로 확대하고(제5조 제4항), 수사 과정에서 피해자가 13세 미만이거나 정신 장애가 있는 경우 전문가의 의견 조회를 의무화하였으며(제28조 제4항), 19세 이상의 피해자에 대한 성폭력범죄자의 신상 정보 등록 및 등록 정보 공개 관련 조항을 규정하고 있다.¹⁵⁾

2011년 11월 ‘성폭력 특별법’을 일부 개정한 소위 ‘도가니법’의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같은 다섯 가지로 요약할 수 있다. 가. 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자 및 사람에 대한 범죄를 유형화하고 처

13) 이 외에도 2007년 4월 제정된 「특정범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률」을 2010년 7월 개정하여 전자발찌 부착기간의 상향 조정과 형기종료 후 피부착자에 대한 의무적 보호관찰 실시, 성폭력범죄 출소자 등에 대한 전자장치 부착 소급 적용 등의 내용을 담고 있다. 2011년 7월 제정된 「성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률」에 의하여 성폭력범죄자에 대한 화학적 거세를 할 수 있는 근거까지 마련되었다.

14) 이주원, 「특별형법」, 홍문사, 2011년, 309쪽 참조.

15) 동법 제32조 내지 제42조, 2011년 4월 16일부터 시행.

벌을 강화함(제6조), 나. 13세 미만의 여자에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람에 대해 무기징역에 처할 수 있게 함(제7조 제1항), 다. 장애인의 보호, 교육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 장애인에 대하여 성폭력범죄를 범한 경우 형을 가중함(제10조 제3항), 라. 13세 미만의 여자 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 강간 또는 준강간의 죄를 범한 경우에 공소시효를 배제함(제20조 제3항 신설) 마. 위계위력에 의한 장애인 성폭력범죄의 비친고죄 전환(제6조 제5항과 제6항) 등이다.

Ⅲ. 일명 ‘도가니법’에 대한 고찰

1. 강간과 강제추행죄의 구성요건

(1) 강간죄와 강제추행죄의 행위 유형으로서 폭행과 협박

우리 형법(제297조)은 강간죄에 대하여 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”라고 규정하고 있으며 강제추행죄(제298조)에 대하여는 “폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 추행한 자는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 명시하고 있다. 여기에서 공통적인 구성요건으로서 ‘폭행·협박’을 행위 유형으로 하고 있다. 폭행이란 사람에게 대하여 유형력을 행사하는 것이고, 협박이란 상대방에게 해악을 통고하는 것이다. 이로써 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 ‘현저히 곤란하게 할 정도’의 것을 의미(최협의설)한다고 보는 것이 현재의 통설¹⁶⁾과 판례의 태도이다.¹⁷⁾ 강제추행죄에서 요구되는 폭행·협박의 정도에 관해서는 강간죄의 그것과 동일한 정도로서 사람의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도임을 요한다는 견해가 다수설이다.¹⁸⁾

16) 김일수·서보학, 「형법각론」(제7판), 박영사, 2009년, 161쪽; 이재상, 「형법각론」(제7판), 박영사, 2010년, 162-163쪽; 오영근, 「형법각론」(제2판), 박영사, 2010년, 172쪽; 정영일, 「형법각론」(제3판), 박영사, 2011년, 145쪽 이하.

17) 대법원 2010. 11. 11, 2010도9633 판결.

폭행·협박의 정도가 약할수록 ‘구성요건을 충족하느냐’는 판단의 어려움은 물론, 외형적으로는 승낙한 것 같은 상황이 있었다고 유추되어 결국 구성요건을 조각할 수 있게 된다. 이러한 ‘폭행·협박의 정도’에 관하여는 일반적으로 최광의설, 광의설, 협의설, 최협의설의 네 가지 견해가 대립되고 있다.

이와 관련하여 우리 판례는 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시의 상황 등 제반 사정을 종합하여 판단한다는 입장이다.¹⁹⁾ 특히 구조를 요청하지 않은 점,²⁰⁾ 피해자의 거부 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함이었다는 점²¹⁾ 등을 피해자의 진의에 의한 승낙으로 판단하는 경향이 강하여 현재의 통설의 입장과 유사하다. 또한 강간죄에 있어서 폭행·협박이 반드시 사람의 신체에 대한 것일 필요는 없고 ‘사람’에 대한 것이면 족하지만, 피해자는 반드시 가해자를 상대로 반항행위를 할 것을 전제로 하고 있다는 점에서 최협의의 폭행·협박이라고 한다.

(2) 도가니법의 ‘장애인에 대한 강간·강제추행죄’ 규정

이번 도가니법은 장애인에 대한 성폭력을 근절하고 장애인을 특별히 보호하겠다는 취지에서 제6조의 장애인에 대한 강간, 강제추행죄 등의 내용을 세분화하였다. 성폭력 특별법의 ‘항거불능인 상태’ 규정을 삭제하고 도가니법 제6조 제1항에서 장애인 대상 강간죄에 대하여 형벌을 상향조정하여 처벌하려 하였고 그 외에는 도가니법 제6조 제5항에서 처벌하려

18) 그러나 강제추행죄의 법정형이 강간죄의 그것보다 현저히 낮다는 점, 강제추행죄에서는 그 범죄의 구조적 성격상 폭행행위 자체가 곧 추행행위가 되는 경우도 있을 수 있다는 점 등을 감안할 때 강제추행죄의 폭행·협박은 강간죄의 그것과는 달리 상대방의 반항을 곤란하게 하는 정도 내지 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사로 족하다고 보는 것이 타당하다고 하면서 강제추행죄에 있어서는 폭행·협박에 관한 최협의설 관점을 취하는 것은 옳지 않다고 한다. 변종필, “강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점,” 비교형사법학회, 제8권 제2회, 2006년, 155쪽 참조.

19) 대법원 1998. 11. 8, 88도1628; 1992. 4. 14, 92도259 판결.

20) 대법원 1990. 9. 28, 선고 90도1562 판결.

21) 대법원 1990. 12. 11, 선고 90도2224 판결.

고 하였다. 또한 제6조 제5항에서는 ‘5년 이상의 유기징역’을 규정함으로써 형법 제302조(미성년자등에 대한 간음) “미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 ‘5년 이하의 징역’에 처한다.”의 규정에도 불구하고 처벌의 강화를 규정하였다.

도가니법 2011.11.17 법률 제11088호	성폭력 특별법 2010.4.15 법률 제10258호
<p>제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등) ① 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 「형법」 제297조(강간)의 죄를 범한 사람은 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>② 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다. 1. 구강·항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣는 행위 2. 성기·항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부나 도구를 넣는 행위</p> <p>③ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제298조(강제추행)의 죄를 범한 사람은 3년 이상의 유기징역 또는 2천만원 이상 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>④ 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람에 대하여 「형법」 제299조(준강간, 준강제추행)의 죄를 범한 사람은 제1항부터 제3항까지의 예에 따라 처벌한다.</p> <p>⑤ 위계(僞計) 또는 위력(威力)으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자를 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>⑥ 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 추행한 사람은 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p>	<p>제6조(장애인에 대한 간음 등) 신체적인 또는 정신적인 장애로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행을 한 사람은 「형법」 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에서 정한 형(刑)으로 처벌한다.</p>

이번 개정안은 결국 가해자 처벌 강화가 핵심이며, 기존의 장애인 피해자가 피해를 입증해야 하는 문제는 여전히 남아있을 뿐 아니라 오히려 더 구체적으로 이를 입증해야 하는 측면이 있다. 형법에서 폭행·협박 최

협의설 완화라는 근본적인 변화 없이 이와 같이 장애인 성폭력범죄에 대한 처벌 강화만을 대안으로 도가니법 제6조 제1항을 적용하겠다는 것은 상기와 같은 한계가 있는 것이다.

2. 비친고죄 규정

(1) 국가소추주의 예외로서 친고죄의 개념

국가소추주의(Offizialprinzip)란 국가의 소추권 행사가 사인(私人)의 의사에 좌우되어서는 안 되기 때문에 피해자의 범인 처벌에 대한 희망 여부와 관계없이 소추권을 행사할 수 있다는 원칙이다.²²⁾ 그런데 이러한 국가소추주의에 대한 두 가지 예외가 바로 친고죄²³⁾와 반의사불벌죄²⁴⁾이다. 친고죄를 유지하는 의의로서 우리 판례²⁵⁾와 통설의 입장은 다음과 같이 2분설로 설명한다.²⁶⁾ 하나는 ‘피해자의 명예보호’ 입장에 대한 고려이다. 즉, 범죄를 소추해서 그 사실을 일반에게 알리는 것이 도리어 피해자에게 불이익을 줄 우려가 있다. 이때에는 피해자가 범외자에 대한 처벌희망의 의사표시를 해야 비로소 소추하여 처벌할 수 있게 하자는 것이다. 다른 하나는 ‘피해법익의 경미함’에 대한 고려이다. 비교적 경미하고 주로 피

22) “국가소추주의란 단순히 공소제기의 권한을 국가기관이 독점한다는 의미에 그치지 않고, 널리 형사절차의 개시와 진행이 국가의 형사소추기관의 지배 아래 있다는 의미를 가진다.” 신양균, 『형사소송법』, 화산미디어, 2009년, 100-101쪽.

23) 친고죄란 공소제기를 위해서는 피해자나 기타 고소권자의 고소가 있을 것을 요하는 범죄를 말한다.

24) 반의사불벌죄란 피해자 등이 범인의 처벌을 희망하지 않는다는 의사 표시를 한 경우에는 처벌할 수 없는 범죄를 말하며 명예훼손죄, 폭행죄, 협박죄 등이 이에 해당된다.

25) 대법원 1994.4.26. 93도1689 판결.

26) 독일은 3분설을 취하지만, 그 내용에 있어서는 큰 차이가 없으며, 다만 친고죄에 해당하는 구체적인 범죄들을 비교할 때 독일의 경우 우리에게 비해서 상대적으로 친고죄의 적용범위가 넓게 인정된다고 한다. 박달현, “친고죄와 고소불가분의 원칙”, 형사법연구 제12호, 1999년 12월, 385쪽 참조. 일본 형법이 규정한 친고죄로는 ① 피해법익이 작고 피해자의 의사에 반하여서까지 처벌할 필요가 없는 경우로서 과실상해죄(§ 209), 기물손괴죄(§ 251, § 255), ② 범인과 피해자 사이에 일정한 관계가 있는 경우(§ 244 II, § 251, § 255) 그리고 ③ 피해자의 이익과 명예를 보호하는 경우로서 강간죄(§ 177, § 180), 명예훼손죄 (§ 230, § 232), 비밀누설죄(§ 134, § 135)가 있다. 미즈이 마코토/ 신동운 역. 입문 일본형사소송법, 2003년 23쪽 참조.

해자 개인의 법익을 침해하는 범죄에 관하여 구태여 피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 처벌할 필요가 없으므로 이 같은 경우에는 피해자로부터 아무런 말이 없으면 소추하지 아니하고 피해자가 처벌을 희망했을 경우에 한하여 논하겠다고 하는 것이다.²⁷⁾ 친고죄는 형사절차에 피해자 혹은 사인을 참가시킴으로써 검찰의 기소독점에 대한 법적 통제를 가져올 수 있으며, 형사소추기관에 대한 국민들의 지지도 이끌어 낼 수 있다는 점에서 그 중요성을 획득할 수 있다. 이러한 친고죄를 포함한 고소 제도는 절대적 권리로서 설명되는 것이 아니라 시대상황에 따라서 그 제도가 생성·변화되었다.²⁸⁾

(2) 성폭력범죄의 본질과 친고죄

「형법」상 강제추행죄(제298조), 강간죄(제297조), 준강간죄와 준강제추행죄(제299조)등의 보호법익은 ‘피해자의 성적 자기결정권’이다. 이들 죄들은 친고죄(제306조)인데 6개월 이내에 고소가 없는 경우에는 처벌되지 않고, 게다가 성폭력범죄자가 직계존속인 경우에는 고소조차 할 수 없었다.²⁹⁾ 이들 죄를 친고죄로 둔 이유는 피해 사실이 공개되는 때에는 피해자의 명예가 손상되어 오히려 피해자에게 불이익을 초래할 우려가 있기 때문이다.³⁰⁾ 그러나 특별형법³¹⁾인 ‘성폭력 특별법’의 제1조에서는 “성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 성폭력범죄 피해자의 생명과 신체의 안전을 보장하고 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정하면서 “제10조 제1항(업무상 위력 등에

27) 이 외에 가족관계의 정의 등을 고려하는 것도 친고죄를 인정하자는 논거 중 하나가 되겠다.

28) 김병일, 앞의 논문, 20쪽 참조.

29) 김태명, 앞의 논문, 6쪽 참조.

30) “미성년자 의제강간죄와 강제추행죄는 ‘13세 미만인 자의 방해없는 성적 발전’을 보호법익으로 하지만, 형법상 강간죄(제297조)와 강제추행죄(298조)의 예에 의하여 친고죄이다. 다만 본죄를 범하여 피해자에게 상해를 입힌 때에는 제301조에 의하여 처벌하여야 하므로 고소가 없어도 논할 수 있게 된다.” 이재상, 앞의 책, 173쪽.

31) “성폭력 특별법은 형사특별법이므로 일반법인 형법에 우선하여 적용되지만, 특별법으로서의 한계를 지니고 있다. 일반법과 특별법의 구별 중 일반법이란 원칙법·영구법을, 특별법은 예외법·임시법이라는 의미를 가지고 있다.” 오영근, 앞의 논문, 9쪽.

의한 추행), 제11조(공중 밀집 장소에서의 추행) 및 제12조(통신매체를 이용한 음란행위)의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있다(제15조 고소).³²⁾ 즉, 동법의 일부 상기 규정을 제외하고는 아무런 규정이 없다. 따라서 동법에서 규정한 특수강도강간 등(제3조), 특수강간 등(제4조), 친족관계에 의한 강간 등(제5조), 장애인에 대한 간음 등(제6조), 13세 미만의 미성년자에 대한 강간·강제추행 등(제7조), 강간 등 상해·치상(제8조), 강간등 살인·치사(제9조) 등은 비친고죄로 해석하여야 한다.³³⁾ 이는 다음과 같은 세 가지 이유를 제시할 수 있다³⁴⁾. 첫째, 성폭력특별법은 성폭력범죄 중 위와 같이 비교적 가벼운 3개의 죄에 대하여만 특히 친고죄로 규정하고 있다. 둘째, 형사소송법상 일반적인 고소의 원칙과 달리, 성폭력범죄에 대해서는 직계존속도 고소할 수 있음(성폭법 제17조)은 물론, 그 고소기간도 범인을 알게 된 날부터 1년으로 연장되어 있다(성폭법 제18조). 셋째, 형사소송법상 일반적인 공소시효의 원칙과 달리, 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행하고(성폭법 제20조 제2항), 본죄를 포함한 일부 성폭력범죄에 대해서는 디엔에이(DNA) 증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다(성폭법 제20조 제2항). 이러한 점을 감안할 때, 성폭력범죄가 개인적·사회적으로 매우 심각한 범죄행위임에도 불구하고, 피해자가 수치심 혹은 보복 등을 두려워한 나머지 고소권을 제대로 행사하지 못하는 불합리를 구제하기 위하여 비친고죄로 규정한 조치는 정당하다고 볼 수 있다. 판례의 입장도 이와 동일한 취지의 판결을 하고 있다.³⁵⁾

32) 그러나 상기 죄목은 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 「아동·청소년의성보호에관한법률」제16조 (피해자의 의사).

33) 상기 각 죄목은 형법상 친고죄로 규정되어 있으나 2010년 4월 15일 개정된 「아동·청소년의성보호에관한법률」제16조(피해자의 의사) 규정에 의하여 동법 제7조와 「형법」 제297조부터 제300조까지, 제302조, 제303조 및 제305조는 비친고죄가 되어 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다.

34) 이주원, 앞의 책, 314쪽 참조.

35) 특수강도강간 등(제3조)의 비친고죄 인정 - 헌법재판소 2006. 12. 28, 2005헌바85 판결.; 특수강간 등(제4조), 친족관계에 의한 강간 등(제5조), 장애인에 대한 간음 등(제6조), 13세 미만의 미성년자에 대한 강간·강제추행 등(제7조), 강간 등 상해·치상(제8

(3) 도가니법의 비친고죄화 전환

이번 도가니법의 내용 중 가장 의미있는 것은 ‘위계 또는 위력’에 의한 성폭력범죄를 ‘친고죄가 아닌 범죄’로 개정한 점이다. 개정 전 장애인에 대해 위계 또는 위력을 사용한 성폭력범죄의 경우, 「형법」 제302조의 미성년자 혹은 심신미약자 간음죄를 적용하였고 이는 친고죄이어서 피해자의 고소가 없거나 고소가 취하되면 가해자를 처벌할 수 없었다. 그러나 도가니법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등)에 제5항³⁶⁾과 제6항³⁷⁾이 새로 추가되어 비친고죄로 전환됨으로써 위계 또는 위력을 이용한 장애인 성폭력범죄를 처벌하기 위해서 피해자의 고소를 요구하지 않게 되었다. 장애인에 대한 성폭력범죄에서 사용되는 ‘강제력’은 장애인이 아닌 성폭력범죄 성립시 요구되는 ‘강제력’과는 차이가 있다. 즉, 장애인에 대한 성폭력범죄에서는 실질적으로 폭행이나 협박이 아예 없는 경우 혹은 폭행·협박보다 강도가 낮은 위력인 경우가 많아서, 심신미약자를 위계 또는 위력으로 성폭력을 행한 경우 처벌하는 형법 제302조가 종종 적용되어 왔다. 그럼에도 불구하고 이 범죄는 친고죄였기 때문에 피해자가 고소를 취하하거나 1년의 고소기간이 지나서 고소한 경우처럼 고소가 적법요건을 갖추지 못한 때에는 가해자를 제대로 처벌하지 못하는 한계가 있었다. 또한 일반적으로 친고죄의 경우 피해자가 고소를 취하하면 가해자는 ‘공소기각판결³⁸⁾’을 받아 어떠한 처벌도 받지 않기 때문에 가해자는 피해자에

조), 강간등 살인·치사(제9조) 등에 대하여 판례는 “구 성폭법 제15조는 ‘제11조, 제13조 및 제14조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.’라고 규정하고 친고죄에 관한 규정을 두고 있으므로, 그 외에는 비친고죄로 해석할 수 있다.” 대법원 2001. 6. 15. 2001도1017.

36) 동법 제6조 제5항 위계(僞計) 또는 위력(威力)으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자를 간음한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.

37) 동법 제6조 제6항 위계 또는 위력으로써 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 사람을 추행한 사람은 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

38) “피고사건에 대하여 관할권 이외의 형식적 소송조건이 결여된 경우에는 절차상의 하자를 이유로 사건의 실체에 대한 심리없이 소송을 종결시키는 형식재판을 하게 되는데, 이를 공소기각의 재판이라고 한다. 공소기각의 재판은 그 형식에 따라 ‘판결’과 ‘결정’의 두 가지 형태로 내려진다. 절차상의 하자가 중대하고 명백하여 변론 없이도 소송조건을 존부를 판단할 수 있는 경우에는 결정의 형식을 취하고, 그렇지 않

게 계속하여 합의와 고소 취하를 종용하게 되고 피해자는 그로 인한 부담 내지 제2차적 피해에 노출되어 있었다. 도가니법의 이러한 비친고죄 적용 확대는 성폭력범죄자에 대한 처벌의 공백을 어느 정도 줄여줄 수 있을 것이라 보인다.

그러나 친고죄인 「형법」 제302조의 미성년자 혹은 심신미약자 간음죄와 비친고죄인 도가니법 제6조(장애인에 대한 강간·강제추행 등)와의 구별이 문제가 된다. 심신미약자의 개념³⁹⁾과 신체적 혹은 정신적 장애인에 대한 개념의 중복 가능성이 있음에도 불구하고 한 쪽은 친고죄를 다른 한 쪽은 비친고죄를 규정하고 있음은 우리 법제의 모순이다. 더구나 도가니법이 나오기 전까지 장애인에 대한 강간·강제추행죄는 형법상 규정이 적용된 친고죄였다. 친고죄에 대한 규정의 통일을 추구하든가 아니면 형법상 제302조의 구성요건에 대한 규정을 변경하는 것이 필요하다.

3. 공소시효 배제

(1) 공소시효의 개념과 본질

공소시효란 범죄행위가 종료된 후에 공소제기 없이 일정 기간이 경과하면 공소권(소추권)을 소멸시켜 형사소추를 하지 않는 제도를 말한다.⁴⁰⁾ 공소시효가 경과되면 국가의 소추권 내지 재판권이 소멸되므로 면소판결(형사소송법 제326조 3호)을 한다. 공소시효는 실체와 절차의 두 가지 측면에서 그 필요성을 발견할 수 있다. 첫째, 실체적 측면에서 일정한 기간이 경과한 후에는 범죄의 사회적 영향력 약화, 시간 경과에 따른 가벌성 감소, 예방효과의 약화에 의해 처벌을 제한할 필요가 있을 뿐만 아니라, 범인의 법적·사회적 안정 도모와 국가의 범죄방지에 따른 책임을 분산시킬 필요도 있다. 둘째, 절차적 측면에서 일정한 기간이 경과하면 증거가

은 때에는 판결의 형식을 취하게 된다.” 신양균, 앞의 책, 924쪽.

39) 심신미약의 법적 개념에 대하여 우리 형법 제10조 제1항과 제2항에 의해서 “심신장애(心神障礙)로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 자”로 설명되며 자세한 것은 정재준의 논문(“심신상실 판단 기준의 명확화를 위한 시도,” 비교형사법연구 제13권 제2호(2011년 12월) 463쪽 이하 참조.

40) 신양균, 위의 책, 336쪽 참조.

희미해져 형벌권의 적정한 행사가 어렵고 공정한 재판을 실현하기도 어려우므로 소추를 제한할 필요가 있다.⁴¹⁾ 즉, 공소시효를 두는 이유는 일정한 기간의 경과 후에 범죄에 대한 사회적 감정의 변화, 피해의 치유, 범인의 장기간의 도피생활로 인한 고통 및 개선의 추측 등과 함께 범죄 목격자의 사망·소재불명, 범행 장소의 변경 등의 사유들을 종합적으로 고려한 제도라고 할 수 있다.⁴²⁾ 헌법재판소는 소추하지 못한 이유를 국가의 태만으로 돌리고 이를 범인에게 책임 전가하는 것은 부당하다고 지적하고 있다.⁴³⁾

공소시효의 본질에 대한 세 가지 학설(실체법설, 소송법설, 병합설)이 있으며⁴⁴⁾ 어떤 학설을 취하느냐에 따라 소급효금지의 원칙의 적용여부, 공소시효 정지사유의 유추적용 허용 여부, 사실상의 시효정지사유 인정여부, 공소시효 완성의 효력여부 등에 관하여 서로 다른 결론을 도출한다.

실체법설에 따르면, 공소시효는 실체법상의 형벌권을 소멸시키는 제도로 본다. 즉, 시간의 경과에 따라 사회의 응보감정이나 범인의 악성이 소멸되므로 가벌성도 소멸된다고 보는 견해이다. 이렇게 공소시효가 완성되면 가벌성이 소멸되므로 무죄판결을 선고해야 하고 공소시효의 효력범위도 실체법상 죄수를 기준으로 정하게 된다. 또한 실체형법이 개정된 경우와 마찬가지로 소급효금지의 원칙이 적용된다고 한다.⁴⁵⁾ 이는 독일 제국

41) 위의 책, 337쪽 참조.

42) 이은모, 앞의 책, 381쪽 참조.

43) 헌법재판소 1995.1.20, 94헌마2406 결정.

44) 공소시효의 본질은 독일에서 시작되었다. 독일은 우리나라와는 달리 공소시효 규정을 형법에서 규정하고 있고, 세계 제2차 대전 후 나치전범의 처벌문제에서 공소시효기간을 연장하는 법률개정이 소급효를 가질 수 있는가 하는 점과 관련하여 논의되었던 문제이다. 독일연방헌법재판소는 1952년 이전에는 실체법설을 취하다가 이후 소송법설을 채택하고 있다. 따라서 독일에서는 공소시효기간의 소급 연장에 대하여 독일기본법 제103조 제2항이 적용되지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 박상식, “성폭력범죄의 공소시효 연장·배제에 대한 고찰,” 법학연구, 제18권 제1호, 2010년 4월, 268쪽 참조.

45) 그러나 일본의 경우에는 실체법설에 따르더라도 무죄판결이 아닌 형식판결을 내려야 한다는 견해가 유력하다. 즉 공소시효가 완성되면 아직 확정되지 않은 형벌권이 소멸하므로, 이 점이 소송법에 반영되어 실체재판을 저지하는 소송법적 효과가 생기게 되고 결국 공소시효의 완성은 소극적인 실체적 소송조건이 된다고 한다. 신양균, 앞의 책, 337~338쪽 참조.

법원이 초기에 취한 입장이었다.

소송법설에 따르면, 공소시효를 소송법적으로 공소권의 소멸사유로 보게 된다. 즉 시간의 경과로 증거가 사라지는 등 공정한 재판을 실현하기 어렵게 되는 소송장애에 대하여 소송법적인 효과를 주었다는 견해이다.⁴⁶⁾ 현재 독일의 다수설과 판례의 입장으로서, 공소시효가 완성되면 소송장애가 존재하므로 면소판결을 해야 하고, 공소시효의 효력범위도 소송법상 일죄의 개념을 기준으로 정하게 한다.⁴⁷⁾ 또한 소급효금지가 소송법에는 인정되지 않으므로 공소시효의 연장은 소급효를 가진다고 한다.

병합설에 따르면, 공소시효는 실체법적 성격과 소송법적 성격이 함께 병합되어 있다고 이해한다. 즉 시간의 경과에 따라 범행 자체의 가벌성이 감소함과 동시에 증거도 멸실되어 형벌필요성과 소추권이 모두 소멸된다는 점을 고려하여 이에 상응하는 소송법적 효과를 부여한 것이라고 한다.⁴⁸⁾ 현재 독일의 유력한 견해로서, 공소시효는 실체형성과 관련된 소송장애로서 그 완성은 면소판결의 대상이 되며, 공소시효의 효력범위는 실체법상 죄수를 기준으로 정하게 된다.⁴⁹⁾ 소급효에 대하여도 실체법적 성격과 소송법적 성격이 함께 결합되어 있으므로 공소시효를 불이익하게 변경하는 법률의 효력에 대하여도 절충적인 입장을 취하고 있다.⁵⁰⁾

헌법재판소는 1993년 “공소시효제도의 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 실체법적 성격을 갖고 있는 것”이라고 하여 실체법설을 취하였으나⁵¹⁾ 1996년 소위 「5·18민주화운동등에관한특별법」 제2조의 위헌제청

46) 이재상, 「신형사소송법」(제2판), 박영사, 2011년, 391쪽; 정웅석·백승민, 「형사소송법」(전정 제3판), 대명출판사, 2009년, 672쪽 참조.

47) 신양균, 앞의 책, 338쪽 참조.

48) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 「신형사소송법」, 홍문사, 2001년, 238쪽; 손동권, 「형사소송법」, 세창출판사, 2010년, 403쪽; 이은모, 382쪽 이하.

49) 신양균, 앞의 책, 338쪽 참조.

50) 즉, 공소시효는 실체법적 성격도 가지고 있으므로 공소시효를 연장하는 법률을 새로 만들어 이를 이미 공소시효가 완성된 범죄에 소급적용하는 것은 소급효금지의 원칙에 반하는 것으로 보게 된다. 그러나 한편 공소시효는 소송조건의 하나이므로 공소시효를 연장하는 법률개정이 공소시효 완성 전에 이루어졌다면 이 경우에는 실체형벌법의 개정과는 달리 소급효를 인정하게 된다. 신동운, 앞의 책 412쪽; 신양균, 앞의 책, 339쪽.

51) 헌법재판소 1993. 9. 27, 92헌마284 결정.

사건에서는 “공소시효에 관한 규정은 소추가능성에 관련된 것으로서 행위의 가벌성에는 영향을 미치지 않으므로 공소시효의 기간을 사후에 연장해서 과거에 저질러진 범죄에 적용하는 법률이라도 형벌불소급의 원칙에 위배되지 않는다.”라고 하여 사실상의 소송법설을 택함으로써 일관된 모습을 보여주지 못하고 있다.

(2) 공소시효 배제의 법적 고찰

우리 형사소송법 제249조는 공소시효의 법정형을 일률적으로 정하고 있다.⁵²⁾ 즉, 형이 확정된 사건에 대해서는 최저 1년부터 최고 25년까지 공소시효가 적용되며, 판결의 확정 없이 공소가 제기된 범죄는 공소를 제기한 때로부터 25년까지 공소시효가 적용된다. 13세 미만의 여자를 간음하는 행위를 처벌하는 미성년자의제강간죄의 법정형은 3년 이상의 유기징역이다(형법 제305조, 제297조). 따라서 이 범죄의 공소시효는 10년이다(형사소송법 제249조제1항 제3호).⁵³⁾ 그러나 우리나라는 그동안 공소시효의 배제를 특별법을 통하여 해결하였다. 대표적인 법률이 1995년 제정된 「5·18민주화운동등에관한특별법」이다.⁵⁴⁾ 동법은 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된다고 하면서 헌정질서 파괴 범죄의 공소시효 등에 관한 특별법에서는 공소시효를 배제하고 있다.⁵⁵⁾ 2006년 이종걸 의원은 헌정질서파괴범죄 등에 대하여 공소시효의 적용을 배제하고, 미성년자에 대한 범죄행위는 그 범죄의 피해자인 미성년자가 성년에 이를 때까지 공소시효를 정지하는 형사소송법 개정안을 발의하였다. 2009년에도 신낙균 의원은 미성년자를 대상으로 하는 성폭력 범죄에 대하여는 공소시효를 적용하지 않는 내용의 형법 개정안과 성폭

52) 사형에 해당하는 범죄에는 25년, 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 범죄에는 15년, 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 10년, 장기 10년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 7년으로 규정하고 있다.

53) 다만, 이는 2007년 12월 21일 개정된 것으로 2007년 12월 20일 이전에 범한 죄의 공소시효는 7년이었다.

54) 동법은 1996년 법원이 위헌법률심판을 제청하였으나 합헌결정을 받았다. 헌법재판소 1996. 2. 16. 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13(병합) 결정.

55) 박상식, 앞의 논문, 16쪽 참조.

력특별법 개정안을 발의하였다. 이러한 공소시효의 배제 사유에 대한 논의는 최근 성폭력범죄에 관한 특별법에도 반영되었다. 즉, 성폭력 특별법은 제20조에 따라 피해자인 미성년자가 성년에 달하는 날까지 공소시효가 정지되고, 디엔에이(DNA) 등 과학적 증거가 있는 경우 공소시효가 10년 연장된다.⁵⁶⁾ 또한 각 부칙에 따라 위 법률 시행 전에 행하여진 성폭력 범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여도 공소시효에 관한 특례가 적용된다. 특히 개정된 성폭법인 도가니법에서는 13세 미만 아동에 대한 강간죄, 준강간죄, 준강제추행죄 등에 대한 공소시효 적용을 배제하였다. 피해자의 고소능력 결여⁵⁷⁾와 성폭력범죄의 특수성으로 인한 피해자를 보호·고려하여 공소시효 배제를 규정한 것으로 보인다.

도가니법 2011.11.17 법률 제11088호	성폭력 특별법 2010.4.15 법률 제10258호
<p>제20조(공소시효 기산에 관한 특례) ① 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 「형사소송법」 제252조제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.</p> <p>② 제2조제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.</p> <p>③ <u>13세 미만의 여자 및 신체적인 또는 정신적인 장애가 있는 여자에 대하여 「형법」 제297조(강간) 또는 제299조(준강간, 준강제추행)(준강간에 한정한다)의 죄를 범한 경우에는 제1항과 제2항에도 불구하고 「형사소송법」 제249조부터 제253조까지 및 「군사법원법」 제291조부터 제295조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.</u></p>	<p>제20조(공소시효 기산에 관한 특례) ① 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 「형사소송법」 제252조제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.</p> <p>② 제2조제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.</p>

56) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조의 3에도 동일한 규정이 있다.

57) 고소능력에 대해 입법화되어 있지 않으므로 일률적으로 말할 수 없으나 판례는 대개 13세 이상 되어야 고소능력이 있다고 보고 있다(대법원 1987. 9. 22. 87도1707 판결).

헌법재판소는 “공소시효에 관한 규정은 입법자가 우리의 역사와 문화, 형사사법 체계와의 관계, 범죄의 실태, 국민의 가치관 내지 법 감정, 특히 사회와 국민의 법적 안정성과 범인에 대한 처벌의 필요성 등 제반 사정을 고려하여 구체적으로 결정하여야 할 입법정책에 관한 사항으로서 입법형성의 자유에 속하는 것⁵⁸⁾”으로 보았다. 그러나 사법적 정의의 실현을 위한 공소시효의 연장 혹은 배제는 입법형성의 자유에 속하는 영역으로 입법자의 재량이라고 할 수 있으나, 국민의 법적 안정성과 헌법상 평등의 측면도 존중되어야 하는 입법적 고려가 요구되는 상황이라 할 수 있다. 즉, 도가니 신드롬과 같은 일시적인 사회 분위기에 따른 입법으로 공소시효 폐지 대상을 선정하는 것은 일반적인 법적 안정성을 해치므로 다음과 같은 세 가지 구체적 선정 기준이 필요하다. ① 명확성(다른 범죄와의 구별이 명확할 것) ② 차별성(대상범죄가 그 구성요건 자체로 다른 범죄와 본질적으로 다른 정도의 불법을 내재하고 있을 것) ③ 이익형량⁵⁹⁾(다른 범죄와 달리 피고인의 시효이익을 침해해 공소시효 적용을 배제함으로써 얻는 이익이 압도적으로 클 것) 등 이다.⁶⁰⁾ 성폭력범죄의 피해자(특히, 아동이나 장애인)에 대한 공소시효를 성인도달 혹은 공소시효 폐지의 방향으로 개정하고 있음은 국민 정서에 부합하고 잠재적인 성범죄자들에 대하여 일반 예방의 효과가 있다고 판단된다. 독일 형법의 미성년자 성범죄에 대해서 공소시효를 정지하는 제78조의b 규정이라든가 미국의 뉴욕, 플로리다, 미시간, 루이지애나 등 23개 이상의 주(州)가 성폭력범죄에 대하여 공소시효를 배제하고 있음은 우리의 입법 정책에 본보기가 될 것으로 생각한다.

58) 헌법재판소 1995. 7. 2, 선고 95헌마9 결정.

59) 특히 성폭력범죄에 대한 공소시효의 특례는 현재 살인죄의 경우 25년의 공소시효를 두고 있는 점을 고려하여 범죄의 경중에 따른 공소시효의 차등을 비례적으로 규정하여야 한다.

60) 이상우, “중범죄 공소시효 연장 및 배제의 법적 쟁점과 과제,” 국회입법조사처, 2011년 12월, 세미나 자료집 참조.

IV. 결 어

단순한 형사제재의 추가⁶¹⁾는 아동 혹은 장애인 성폭력범죄 감소에 근본적인 대안이 될 수 없다. 형기를 아무리 높여도 그것이 종신형이 아닌 이상, 성폭력범죄자는 언젠가 사회로 복귀하여 우리와 함께 살아가야 하기 때문에 입법적 측면에서의 처벌강화만이 능사가 아닐 것이다. 성폭력범죄자에 대하여 치료와 재활을 위한 다양한 프로그램 등 사회적 측면에서의 대비가 함께 필요한 것은 이 때문이다. 신상정보공개제도는 있으나 접근하기 어렵고, 전자발찌를 차고도 얼마든지 성폭력이 발생하고 있으며, 또한 이것은 사건화 된 이후에 취해질 수 있는 조치이다. 그러므로 실효성 있는 성폭력예방 대책이 마련되어야 한다. 특히 상습 아동·장애인 성폭력 성범죄자는 전문화된 치료의 대상으로 분리하여 적극 관리하고 모든 성범죄자는 아동 청소년의 생활권에 들어오지 못하도록 특별 관리를 하며 성범죄자의 재범방지 교육을 확대하는 등 재사회화 제도들이 강화되어야 한다. 정부가 실효성이 불투명한 처벌 및 감시강화 위주의 정책을 펴고 있는 사이 성폭력 피해자의 보호 등은 상대적으로 소홀히 취급되고 있는 것이다.⁶²⁾ 따라서 이러한 문제점의 근원적 해결은 성폭력 범죄자 개인에 대한 증오에서만 해법을 찾을 것이 아니라 가해자와 피해자 그리고 일반 사회인을 결합한 시각에서 총체적으로 고민하여 국가 정책적·사회적·교육적 측면에서 그 해법을 모색하여야 할 것이다.

도가니법과 같은 최근의 성폭력범죄에 대한 입법정책은 형사 특별법을 통한 구성요건의 신설과 확대가 처벌강화에 귀결되는 특징을 가지고 있

61) 물론 아동성폭력범죄자의 양형기준을 상향 조정하는 것이 필요하다. 그러나 무한정 늘리는 것은 한계가 있다. 양형기준에 따르면 13세 미만의 아동강간 상해에 대한 형은 원칙적으로 6-9년의 징역형이며 가중사유가 있을 경우 7-11년의 징역형을 선고하도록 규정되어 있다. 그러나 조두순 사건과 같은 소아기호증 성폭력사범에게는 나영이가 평생 후유 장애를 입는 경우를 고려하여 양형기준을 상향 조정하여야 한다. 소아기호증 성폭력사범에 대한 보안처분은 또한 「치료감호법」제16조(치료감호의 내용)를 통해 소아성기호증 등 특정 성폭력범죄자의 치료를 가능하게 하고, 그 상한기간을 15년으로 설정하는 등 아동성폭력범죄자 수용치료의 근거를 마련하였다(2008.6.13 개정, 2008.12.14 시행).

62) 김태명, 앞의 논문, 39쪽 참조.

다. 이 결과 비친고죄화, 공소시효의 배제, 장기간의 징역형이나 치료감호 등의 입법을 통한 범죄통제 정책은 성폭력범죄의 문제 해결을 편향된 시각으로만 보게 하는 여지가 있다. 성폭력범죄에 관한 원칙법이자 일반법인 형법의 법원리에 배치되면서까지 즉응하는 특별법의 신설과 규정변경 등으로 법만능주의 모습을 보여주고 있다. 심지어 이러한 성폭력범죄 특별법들은 장기간의 적용으로 성범죄에 관한 「형법」의 기능을 형해화하고 있다. 따라서 향후 성폭력 특별법의 신중한 입법이 요구되며 성폭력범죄에 관한 특별법들과 함께 형법, 형사소송법의 관련조항 재정비가 요구되는 시점에 와 있다고 판단된다. 특히 본문에서 지적한 강간과 강제추행죄의 구성요건의 명확화, 형법상 친고죄와 도가니법의 비친고죄에 대한 중복가능성 배제를 위한 입법, 공소시효 배제에 대한 모순 시정은 시급한 과제라고 생각된다.

참 고 문 헌

1. 한글 문헌:

〈단행본〉

- 김성돈, 「형법총론」(제2판), SKKUP, 2009.
김일수·서보학, 「형법총론」(제11판), 박영사, 2008.
_____, 「형법각론」(제7판), 박영사, 2009.
박상기, 「형법각론」(제8판), 박영사, 2011.
배종대, 「형법총론」(제7판), 홍문사, 2004.
배종대·이상돈·정승환·이주원, 「신형사소송법」, 홍문사, 2011.
손동권, 「형사소송법」, 세창출판사, 2010.
신동운, 「형법총론」(제6판), 법문사, 2011.
신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2009.
이은모, 「형사소송법」(제2판), 박영사, 2011.
이재상, 「형법각론」(제7판), 박영사, 2010.
_____, 「신형사소송법」(제2판), 박영사, 2011.
이주원, 「특별형법」, 홍문사, 2011.
오영근, 「형법총론」(제2판), 박영사, 2010.
_____, 「형법각론」(제2판), 박영사, 2010.
정성근·박광민, 「형법총론」(제5판), 삼영사, 2011.
정영일, 「형법각론」(제3판), 박영사, 2011.
정웅석·백승민, 「형사소송법」(전정 제3판), 대명출판사, 2009.
조국, 「형사법의 성편향」, 박영사, 2003.
하태훈, 「형법사례연습」, 박영사, 2004.

2. 한글 문헌:

〈연구논문 및 자료〉

- 강은영·김한균·이원상, “국내외 아동성폭력범죄 특성분석 및 피해자아동 보호체계 연구,” 한국형사정책연구원, 여성가족부 연구용역 보고서, 2010. 7.

- 국회입법조사처 세미나 자료집, “중범죄 공소시효 연장 및 배제의 법적 쟁점과 과제,” 2011. 12., 참조.
- 김혜정, “성폭력사범의 재범방지를 위한 형사법적 개선방안,” 영남법학(제12권 제1호), 2006. 6.
- 김희균, “상습적 아동 성폭력범에 대한 화학적 거세 도입 가능성에 대한 연구,” 한국형사법학회, 형사법연구 제21권 제4호 통권 제41호 (2009. 겨울).
- 김태명, “성폭력범죄의 실태와 대책에 대한 비판적 고찰,” 한국형사정책연구원, 형사정책연구 2011년 제87호(가을호).
- 박달현, “친고죄와 고소불가분의 원칙”, 형사법연구 제12호, 1999. 12.
- 박미숙·김은경·김성돈, “성폭력범죄 구성요건정비를 위한 입법정책연구,” 2010. 12.
- 박상식, “성폭력범죄의 공소시효 연장·배제에 대한 고찰,” 법학연구, 제18권 제1호, 2010. 4.
- 박종선, “강간죄의 적정한 사실인정 정립에 관한 연구,” 법학논총 제26집 제3호, 2009.
- 2001-2010년 범죄분석, 대검찰청.
- 2001-2010년 범죄백서, 법무연수원.
- 2010년 성폭력 실태조사, 여성가족부, 2010.
- 법무부, “성폭력범죄예방 보안처분제도 소개,” 일본 정신의료법연구회 방문 강의자료, 2011. 10.
- 변종필, “강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점,” 비교형사법학회, 제8권 제2회, 2006.
- 손동권, “친고죄의 일부기소” 형사판례연구, 제12호, 2004.
- 아동성폭력전담센터, “2010년도 서울해바라기아동센터 사업보고서,” 2011. 4.
- 이근우, “아동성폭력 가해자 재범방지 교육프로그램 개발 및 치료감호실 질화 방안,” 법무부 연구용역 보고서, 2010. 1.
- 이동명·박현정, “상습적 성범죄자처우에 관한 고찰,” 한국법학회, 법학연구 제42집, 2011. 5.
- 오영근, “성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률 - 형사특별법 정비

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정안(일명 ‘도가니법’)에 대한 소고(小考)

방안(6),” 한국형사정책연구원, 2008. 12.

윤승은, “강간죄의 구성요건으로서의 폭행 협박의 정도,” 제167회 형사판례연구회(2006. 2. 11.) 발표자료.

윤지영, “공소시효 기간의 개정방향,” 형사법학회 2011년 동계학술회의, 2011. 12.

장석현, “아동대상 성폭력범죄의 형사사법적 대응방안,” 한국경찰학회보, 제11권 2호(통권 20호), 2009. 5.

정재준, “심신상실 판단 기준의 명확화를 위한 시도,” 한국비교형사법학회, 비교형사법연구 제13권 제2호, 2011. 12.

한국여성정책연구원, “아동성폭력 재범방지 및 아동보호 대책,” - 2008년 법무부 연구용역 보고서-, 2008. 12.

한남현, “성(폭력)범죄의 실태와 대책 :형법상 성범죄 규정과 특별법상의 성범죄 규정의 해석에 관하여,” 교정복지연구 제14호, 한국교정복지학회.

한인섭, “형법상 폭행개념에 대한 이론(異論),” 형사법연구, 제10호, 1998.

허경미, “성도착사범 처벌의 한계에 관한 연구,” 한국공안행정학회보, 제42호, 2011. 3쪽.

홍성곤·곽승현·구교철, “성도착증(Paraphilia) 환자의 정신생물학적 원인 분석, 치료 및 관리방안 연구,” 국립법무병원, 임상연구논문집, 2010년, 265-296쪽.

2. 외국 문헌

Kristen Zgoba, Philip Witt, Melissa Dalessandro, Bonita Veysey, “Megan’s Law: Assessing the Practical and Monetary Efficacy,” December 2008, pp. 1-46.

Marie Gottschalk, "Dismantling the Carceral State; The Future of Penal Policy Reform," 94 Tex. L. Rev. 1693 (June 2006).

Walter J. Dickey, Peggy A. McGarry, "The Search for Justice and Community Engagement: Community Justice and Community Prosecution," 42 Idaho L. Rev. 313 (2006).

3. 관련 판례

헌법재판소 2006. 12. 28, 2005헌바85 결정.

헌법재판소 1998. 6. 10, 98헌마150 결정.

헌법재판소 1996. 2. 16, 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13(병합) 결정.

헌법재판소 1995. 7. 2, 95헌마9 결정.

헌법재판소 1995. 1. 20, 94헌마2406 결정.

헌법재판소 1993. 9. 27, 92헌마284 결정.

대법원 2010. 11. 11, 2010도9633 판결.

대법원 2001. 6. 15, 2001도1017 판결.

대법원 2001. 2. 23, 2000도5395 판결.

대법원 1999. 4. 9, 99도519 판결.

대법원 1998. 11. 8, 88도1628 판결.

대법원 1992. 4. 14, 92도259 판결.

대법원 1990. 12. 11, 선고 90도2224 판결.

대법원 1990. 9. 28, 선고 90도1562 판결.

대법원 1987. 9. 22, 87도1707 판결.

<국문초록>

2007년 12월 정성현 사건(혜진, 예술 양 살해사건), 2008년 12월 조두순 사건(나영이 사건), 2010년 2월 김길태 사건 등 아동을 대상으로 한 성폭력범죄가 끊이지 않고 있으며, 2000년대부터 광주 인화학교에서 오랜 기간 동안 장애 아동에 대한 성폭행이 상습적으로 이루어졌다는 사실은 각종 성폭력범죄에 대한 특별법을 제·개정하는 여론의 촉매가 되었다. 1994년 제정되었던 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」이 폐지되고 「성폭력범죄의처벌등에관한특례법」과 「성폭력방지및피해자보호등에관한법률」 제정되었으며, 2007년 4월 제정된 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」, 2009년 6월 전부 개정된 「아동·청소년의성보호에관한법률」, 2011년 7월부터 시행된 「성폭력범죄자의성충동약물치료에관한법률(일명, ‘화학적 거세법)」 등이 그것이다. 이제 성폭력범죄에 대하여는 「형법」이 아니라 성폭력에 대한 특별법이 대부분 적용되는 상황에 이르렀다. 그럼에도 불구하고 성폭력범죄, 아동 성폭력범죄, 장애인 대상 성폭력범죄 등의 성범죄는 오히려 증가하는 추세이며(II-1), 이러한 성폭력 특별법의 개정을 통한 가중처벌의 입법적 대안들은 여전히 지속되고 있다(II-2). 그러나 성폭력범죄자에 대한 가중처벌을 위한 급박한 입법들은 인권침해, 이중처벌, 처벌의 실효성 부족이라는 비판을 동시에 받고 있다. 최근에 개정된 「성폭력범죄의처벌등에관한특례법」(일명 ‘도가니법’)도 이러한 여론에서 자유롭지 못하다. 성폭력 특별법의 대표격인 이 도가니법의 가장 큰 논란인 강간죄의 구성요건 조항, 비친고죄화, 공소시효 배제 등을 근본적인 법원칙과 비교 검토(III-1, 2, 3)하면서 바람직한 형사법의 방향을 모색하고자 하는데 이 논문의 제언(IV)을 담았다.

주제어 : 성폭력범죄, 강간죄, 항거불능, 공소시효, 친고죄

A Study on the Amendment of the Special Exemption Law about Sexual Violence Crimes

Chung, Jae-Joon *

We could know that sexual violence against children has been continuing from seeing Jeongseonghyeon case (hyejin and yeseul`s murder case) on December in 2007, Jodusun case (Na Young`s incident) on December in 2008 and Gimgiltae case on February in 2010. The fact that sexual violence had come to happen against disabled children since 2000 acted as the catalyst for establishing and revising special law about sexual violence crime. Law about punishment of sexual violence crime and protection of victims enacted in 1994 abolished. Special exemption law concerning the punishment of sexual violence crime and law about sexual violence prevention and victim protection enacted. Law about the use of electronic ankle bracelet for surveillance of certain offenders established on April in 2007. Law concerning sexual prevention of children and adolescent all revised on June in 2009. Drug treatment law for sex drive of sex offenders also known as chemical castration has enforced since July, 2011. Nonetheless, sexual crime, sexual crime against children and disabled person has been increasing(II-1). Therefore, legislation alternatives through revision of sexual violence special law have appeared(II-2). However, urgent legislation for additional punishment about sexual offenders is criticized for human rights abuse, double penalties, lack of effectiveness. Recently revised special law about punishment of sexual crime a.k.a Dogani law is still criticized from public opinion. I compared and weighed (III-1,2,3) fundamental principles of law from requisite clauses of rape which is the most controversy in the special law of sexual violence as known as Dogani Law, Non-offense subject to compliant and statute of limitation exclusion. I would submit a proposal(IV) to find the right direction of criminal law.

Key Words : Sexual violence crime, Rape, Impossibility of resistance, Statute of Limitation, Offense subject to complaint

* Research Scholar at Columbia University School of Law