

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(장애인에대한준강간등)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(장애인준강간등)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(장애인위계등간음)·성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(장애인위계등추행)·성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등)·부착명령



[광주고등법원 2015. 1. 7. (제주)2014노99,(제주)2014전노19(병합)]

【전문】

【피고인 겸 피부착명령청구자】

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 정선희, 박상범(기소), 박철완(공판)

【변 호 인】 변호사 황성현(국선)

【원심판결】 제주지방법원 2014. 8. 28. 선고 2013고합171, 2014고합26(병합), 2013전고33(병합), 2014전고3(병합) 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 18년에 처한다.

피고인에 대한 정보를 10년간 공개하고, 고지한다.

피부착명령청구자에 대하여 10년간 위치추적 전자장치의 부착을 명한다.

피부착명령청구자에 대하여 별지 기재 준수사항을 부과한다.

이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등)의 점은 면소.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 원심 판시 범죄사실 제1항, 제2항 기재와 같이 피해자 고○○, 임○○을 간음한 사실이 없고, 원심 판시 범죄사실 제3항 내지 제5항 기재와 같은 행위를 한 사실은 있으나 피해자 고△△, 전○○의 합의 아래 그와 같은 행위를 하였다(전○○에 대하여는 정신적 장애인의 항거불능상태를 이용하지 아니하였다는 취지로 보인다).

그리고 피해자 고△△은 지적장애인이자 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인이 이를 인식하고 그녀에게 위력을 행사하여 간음 또는 추행한 것이 아니다(피고인은 항소이유로서 피해자 고△△에게 정신적 장애가 있음을 알지 못하였다고 명시적으로 주장하지는 아니하였으나, 원심부터 당심에 이르기까지 공판기일에서 줄곧 피해자 고△△이 지적장애인임을 인식하지 못하였다고 진술하고 있으므로 항소이유의 주장에 이에 관한 사항도 포함되어 있다고 본다).

나) 이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분은 공소시효기간인 7년을 이미 경과하여 공소시효가 완성되었는데 신체적 또는 정신적 장애가 있는 여자에 대한 성범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제3항은 형벌불소급의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙에 따라 이 사건에 적용되지 않음에도 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(징역 18년 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해(공소시효에 관한 법리오해는 별도의 항목으로 살펴본다)

### 1) 피해자 고○○, 임○○에 대한 간음행위 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자들의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1은 2013. 7.경 아파트 주민으로부터 '피고인이 성폭력범죄를 저지르고 다니는데 너는 청년회장이라면서 뭐하고 있느냐? 무슨 조치를 취하여야 하는 것이 아니냐?'라는 취지의 말을 듣고 아내를 통하여 피해자 고△△, 임○○이 피고인으로부터 성폭행을 당하였으며, 그로 인하여 피해자 고△△이 자살을 시도하고 우울증 치료를 받고 있다는 말을 전해 들었다.

이에 공소외 1은 이 사건 아파트 16동장 공소외 2와 함께 피고인이 지적장애인들을 대상으로 성폭력범죄를 저질렀다는 취지로 경찰에 신고하였다.

그 직후 공소외 1 등은 피해자 고○○, 임○○, 고△△과 함께 2013. 7. 26. 제주여성·학교폭력피해자 원스톱지원센터(이하 '원스톱지원센터'라고 한다)에 방문하여 피해사실을 신고하고 위 피해자들이 그 무렵 피해내용을 진술하였다.

나) 피해자 고○○, 임○○의 지능지수는 각각 63, 64이고, 사회지수는 그보다 낮은 44와 42에 머물고 있으며 사회 연령은 7.08세 및 7.6세에 불과하여 반복적인 연습을 통하여 습득할 수 있는 정도의 일상생활만 영위할 수 있다.

일반적으로 지적장애인은 자신의 의사를 표현하는 능력이 부족하여 성폭력범죄의 피해를 당하더라도 피해사실이 드러나는 데 시간이 걸리며 피해자 자신이 성폭력 피해사실을 스스로 인식하는 것보다 주변 사람들에 의하여 밝혀지는 경우가 많다.

이 사건의 경우도 피해자 고○○은 지적장애 3급, 피해자 임○○은 지적장애 1급에 해당하는 정신적 장애인들로서 위와 같은 지적장애인의 특성이 반영되어 성폭력범죄 발생 후 신고 시점까지 상당한 시간이 경과한 것으로 이해할 수 있다.

다) 위 피해자들에 대한 최초의 진술녹취는 2013. 8. 1. 이루어졌는데, 당시의 진술녹취록의 각 기재에 따르면, 피해자 고○○, 임○○은 피고인으로부터 피해를 당하였다는 취지로 진술하고 있으나, 그 내용이 산만하고 피해사실을 구체적으로 묘사하지는 못하고 있다.

다만, 피해자들은 피해사실의 핵심에 해당하는 피고인의 간음행위가 있었음을 일관되게 말이나 행동으로 표현하고 있고, 피해사실과 관련한 특징들(피고인이 범행 당시 했던 말, 피해장소의 냄새, 방 안의 구조 등)을 단편적이거나 진술하고 있다.

피해자들의 경찰 진술내용에 대한 의견을 제시한 아동·장애인 성폭력 사건 전문가 김○○도 피해자들에 대한 진술 녹화 당시 보호자나 조사자의 암시적이거나 직접적인 질문이 포함되어 있지 않아 그 진술이 외부의 영향으로 인하여 왜곡되었다고 보기 어렵다는 의견을 제시하였던 점을 보태어 보면, 피해자들이 진술하는 피해사실을 믿을 수 없다고 말할 수는 없다.

라) 경찰은 위 피해자들 및 참고인들의 진술을 토대로 2013. 8. 22. 피고인에 대한 제2회 피의자신문을 실시하고 그 조사결과에 따른 위 피해자들에 대한 범행일시를 구체적으로 특정한 다음 2013. 8. 24. 위 피해자들을 상대로 구체적인 범행일시에 관한 진술녹화를 다시 실시하였다.

제1차 진술녹화와는 달리 제2차 진술녹화에서 조사자는 위 피해자들을 상대로 피해사실에 관하여 직접적으로 질문하였으나, 제1차 진술녹화에서 위 피해자들의 진술의 신빙성이 있다고 보는 이상 제2차 진술녹화에서 조사자의 질문 방식 때문에 제2차 진술녹화에서의 위 피해자들의 진술의 신빙성이 무너진다고 보기는 어렵다.

마) 위 피해자들은 이 사건이 불거진 뒤 대인기피증 등 정서적 불안감을 나타내고 있어 어떠한 커다란 정신적 충격을 받을 만한 사건이 있었음을 추단할 수 있다.

바) 피고인은 2013. 2.경 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1이 관리하던 체력단련장을 피고인이 맡게 되면서 다툼이 생겼고, 양심을 품은 공소외 1이 장애인들과 결탁하여 마치 피고인이 장애인을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 것으로 꾸몄다고 주장한다.

공소외 1이 앞에서 본 바와 같은 경위로 피고인의 성폭력범죄를 경찰에 신고한 것은 인정되지만, 피고인 주장과 같은 고발 동기나 허위로 고발하였다는 근거를 기록상 찾아볼 수 없다.

## 2) 피고인이 피해자 고△△에게 정신적인 장애가 있었음을 알고 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 알고 있으면서 위 피해자를 위력으로써 간음하고 추행하였음이 인정되므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 이 사건 아파트는 다수의 장애인들이 거주하는 임대주택법령 소정의 영구임대주택이라는 사실이 제주시에 널리 알려져 있다.

나) 피해자 고△△은 평소 행동이 유치하고 어눌하여 그녀와 이야기를 해보면 장애인이라는 사실을 쉽게 알 수 있다.

이 사건 발생 직후 원스톱지원센터에서 피해자 고△△을 상대로 실시한 심리평가 결과 지능지수 61의 지적장애 3급 수준으로서 성행위의 의미는 알고 있지만 누구와 어떠한 맥락에서 성관계를 가져야 한다는 판단능력은 없는 것으로 평가되었다.

피해자 고△△의 어머니인 임○○을 포함한 가족들도 모두 지적장애인 또는 언어 장애인으로 등록되어 있어 주민들 사이에 피해자 고△△도 지적장애인이라고 알려져 있었지만 실제로는 장애등급을 받지는 아니하였다.

그 이유는 피해자 고△△의 가족은 모두 장애인으로서 위 피해자가 가족의 보호자 역할을 하고 있는데 자신마저 장애인으로 등록되면 가족 모두가 뿔뿔이 흩어져 장애인복지시설에 입소하여야 하기 때문에 주변에서 그 등록을 권하지 않았기 때문이다.

다) 피고인은 1997. 3.부터 이 사건 아파트에 거주하면서 반장, 통장 및 청년회장 등을 거쳐 임차인 대표까지 역임한데다 피해자 고△△과 이웃으로서 잘 알고 지냈다.

피고인도 검찰 조사 당시 피해자 고△△의 딸을 제외한 피해자 고△△의 모든 가족이 정신적 장애를 가지고 있다는 것을 알고 있었다고 진술하여 피해자 고△△에게도 정신적 장애가 존재할 가능성이 크다는 점을 인식하고 있었다고 보인다.

### 3) 피해자 고△△에 대한 위력의 행사 유무

가) 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항 기재 일시, 장소에서 피해자 고△△에게 "빌린 200만 원을 한꺼번에 갚든지, 애인이 되어 천천히 갚든지 선택해라."라고 말하였다는 점에 관한 증거는 증거능력이 없는 피고인에 대한 경찰 제2회 피의자신문조서, 위 피해자에 대한 각 경찰 진술조서를 제외하고는 고△△의 진술녹화 속기록과 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서의 각 기재가 있을 뿐이다.

이들 증거만으로는 피해자는 피고인에게 싫다는 의사표시를 하였고 이에 피고인은 가만히 있으라고 말한 사실이 인정될 뿐이다(제주지방법원 2013고합171호 증거기록 581쪽). 그런데 피고인이 위와 같이 말하고 간음행위에 수반하여 옷을 강제로 벗기는 것 이외의 별다른 유형력을 행사하지 않았더라도 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위력을 행사하여 피해자 고△△을 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 월 수입은 약 100만 원에 머물고 있고 신용불량 상태임에도 피고인은 2011년경부터 피해자 고△△에게 여러 차례에 걸쳐 합계 수 백 만 원의 돈을 대여하였다.

피고인은 이를 빌미로 성관계를 요구하려고 했던 것으로 보이고, 실제로 피고인이 변제를 독촉하자 이를 건디지 못한 피해자 고△△은 2012. 6.경 자살을 시도하였다.

다) 피해자 고△△은 1982. 10. 12.생으로 이 사건 당시 30세 남짓의 여자인데 비해, 피고인은 1960. 5. 3.생의 남자로서 피해자는 피고인에게 배우자와 자식들이 있다는 것을 알고 있었다.

이처럼 피해자가 22살이나 차이가 나고 유부남인 피고인의 요구에 순순히 응하여 성관계를 가진다는 것은 경험칙상 납득되지 아니한다.

라) 피고인은 2012. 7.경 공소외 3에게 피해자 고△△과 잠자리를 가지고 싶다는 취지로 도움을 요청하였고 원심 판시 제3항 기재 범행 당일 공소외 3는 피해자 고△△을 만나 "몸 아껴서 뭐 할거냐, 몸 한 번 주고 돈을 빌려 쓰면 될 것이다.

"라고 말하여 피해자 고△△에게 심리적 압박을 가하였다.

이처럼 피해자 고△△은 차용금으로 심리적으로 위축되어 있는 상황에서 같은 날 피고인 및 공소외 3와 식사를 하다가 공소외 3가 자리를 피하자 피고인에 이끌려 부근의 모텔에 들어갔는데, 피해자는 공소외 3 및 피고인과 함께 식사할 때만 하여도 피고인과 단둘이 남게 되어 모텔까지 갈 것을 예상하지 못하였던 것으로 보인다.

마) 피고인이 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 '하지 말라'고 하면서 명시적인 거부 의사를 밝혔음에도, '가만히 있으라'고 말하면서 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자를 간음하였다.

이처럼 피해자는 지적장애 3급에 준하는 정신적 장애를 가지고 있었고, 힘이나 연령 등에서 피고인과 현저한 차이가 나며, 차용금 문제로 심리적으로 위축되어 있었으므로, 피고인과 단둘이 모텔 방에 있게 된 피해자로서는 피고인에게 압도당하여 정상적인 반항을 하기 어려웠으리라고 보인다.

바) 피해자 고△△은 피고인으로부터 성폭력범죄를 당하자 지인들에게 피해사실을 조금씩 이야기하기 시작하여 그 소문이 퍼져 나갔고, 2012. 9. 26.경 다시 자살을 시도하였다.

#### 4) 피해자 전○○의 정신적 장애로 인한 항거불능 상태를 이용하였는지 여부

비록 피해자 전○○이 이 사건 범행 이후 간음의 경위에 관하여 상세히 진술하는 등 어느 정도의 지적 능력을 가진 것으로 보인다 하더라도, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피해자는 그 사회적 지능 내지 성숙도가 상당한 정도로 지체되어 대인관계 내지 의사소통에 중대한 어려움을 겪어 왔으며 이 사건 범행 당시에도 이러한 정신적 장애로 인하여 피고인의 성적 요구에 대한 거부의 의사를 분명하게 표시하지 못하거나 피고인의 손을 뿌리치는 것 이상의 적극적인 저항행위를 할 수 없었음을 인정할 수 있다.

따라서 피고인이 피해자의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피해자 전○○은 1981. 10. 29.생의 여자로서 지능지수가 51이고 사회지수는 이보다 낮은 31에 머물고 있으며 사회연령은 10.1세에 불과하여(세부 영역별 사회연령은 이동능력이 11세, 작업능력이 8세, 의사소통능력이 9세에 해당함) 단순한 놀이와 간단한 집안일 정도만 수행 가능하고 가까운 이웃 동네 정도를 혼자서 다닐 수 있는 지적장애 3급의 사람인데, 2005년 및 2006년 무렵에도 비슷한 수준의 정신적 장애를 가졌던 것으로 평가된다.

피해자는 피고인과 자신이 나이 차이가 많이 나고 피고인에게 배우자 및 자식들이 있다는 사실을 알고 있었으며, 평소 조금만 큰소리를 들어도 겁을 먹는다.

나) 피고인은 피해자에게 공부를 가르쳐 준다는 등의 명목 등으로 피해자의 신뢰를 쌓고 수시로 불러내 만남을 유지하다가 2006. 12. 피해자를 인적이 드문 과수원으로 데려가자마자 강제로 바닥에 눕혀 간음행위를 시작하였고, 원하지 않는다는 표시로 피고인의 손을 뿌리치는 피해자의 손을 잡고 피해자의 옷을 벗긴 뒤 간음하였다.

다) 피해자는 경찰에서 '피고인이 피해자가 장애인이라는 사실을 알고 한 번 이용해 보자. 노예로 삼아보자고 생각한 것 같다.

피고인이 성추행하려고 다른 길로 데려가서 옷을 벗으라고 하였고 옷을 벗지 않으면 때렸다.

그냥 하지 말라고 해도 계속 벗기니까 어쩔 수 없이 그냥 당하여 임신이 되었다.

'는 취지로 진술하였다.

나. 공소시효 만료

#### 1) 공소사실의 요지

피고인은 2006. 5. 일자불상 저녁 무렵 피해자를 이 사건 아파트 부근 과수원으로 데리고 간 후 갑자기 피해자를 바닥에 눕힌 다음 피해자의 옷을 모두 벗기고 그 과정에서 옷을 벗지 않으려는 피해자의 뺨을 손으로 때리는 등으로 피해자에게 겁을 주고 계속하여 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 피해자를 간음하였다.

#### 2) 원심의 판단

가) 위 범행의 공소시효 만료일

위 범행의 공소시효는 그 실행행위 종료일인 2006. 5. 일자불상경부터 7년이다(형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호).

나) 관련 법률의 개정 내용

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제20조 제3항은 "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.

"고 규정(이하 '이 사건 공소시효 배제규정'이라고 한다)하면서도 그 부칙에 위 법 시행 전에 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용한다는 취지의 경과규정은 두고 있지 아니하다.

그런데 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되어 같은 날 시행된 것)은 제20조(공소시효 기산에 관한 특례) 제1항에서 "미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.

"고, 제2항에서 "제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.

"는 취지로 공소시효 연장규정을 둠과 아울러 같은 법 부칙(2010. 4. 15.) 제3조에서 '이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.

'는 경과규정을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제7조의3도 위와 같은 취지의 공소시효 연장규정을 두고 있고, 같은 법 부칙 제6조도 같은 취지의 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있다}.

그 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행된 것) 제21조는 공소시효 적용배제규정의 대상범죄를 확대하면서 같은 법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 소급적용에 관한 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라고 한다)을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정된 것) 제20조도 같은 취지로 공소시효 배제규정을 두면서 같은 법 부칙 제3조에서 동일

취지의 경과규정을 두고 있다}.

다) 경과규정이 없는 경우의 해석

이 부분 공소사실에 따른 범행의 공소시효 만료일인 2013. 5. 31. 이전에 이 사건 공소시효 배제규정이 시행되었는데, 다른 공소시효 연장규정과는 달리 명시적인 경과규정이 없다.

그러나 ① 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 공소시효 배제규정 등 부진정 소급효는 일정한 요건 아래 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고, ② 이 사건 공소시효 배제규정을 제외하고는 그 전후에 이루어진 법률 개정은 그 제·개정 추이, 내용 및 입법취지가 같거나 유사하면서 공소시효 배제·연장규정에 관하여 모두 동일하게 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있으며, ③ 13세 미만 또는 장애인 여성 등 특정한 성폭력범죄에서 공소시효가 완성되지 아니한 상태인 경우 진행 중인 공소시효를 배제 또는 연장하는 부진정 소급효에 관한 규정은, 공소시효 제도에 근거한 범죄자 개인의 신뢰보다 취약여성들에 대한 성폭력범죄의 처벌 필요성 등 공익적 특수성에 비추어 정당화되고, 이 사건 범행에 대하여도 달리 볼 합리적인 근거를 찾아볼 수 없고, ④ 앞서 본 관련 법령에서 공소시효 배제규정의 대상인 기본범죄, 즉 강간죄, 준강간죄를 포함하여 이에서 더 확대하면서도 부진정소급효를 인정하는 경과규정을 두고 있는데, 그럼에도 기본범죄에 관한 이 사건 경과규정에 부진정 소급효를 인정하지 않는다면 그 대상범죄인 기본범죄의 공소시효 배제 적용 범위는 이 사건 공소시효 배제규정 시행일인 2011. 11. 17. 이후부터 저질러진 범행에만 한정되어 그 이전의 이 사건 경과규정의 적용범위가 사문화되는데, 이는 속칭 '도가니법'으로 불리는 이 사건 공소시효 배제규정의 입법경위, 당시 입법에 관한 사회적 합의·파장 등에 반하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정에서도 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 부진정 소급효는 인정된다(위와 같은 부진정 소급효에 관한 경과규정은 입법상 단순 착오·누락이라고 봄이 상당하다).

따라서 이 사건 범행은 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

### 3) 이 법원의 판단

원심 법원의 판단 중 위 ①과 ③은 요약하자면, 공소시효가 완성되지 아니한 경우에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 아니하므로 이 사건 공소시효 배제규정의 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논증이다.

공소시효가 완성되지 아니한 경우 진행 중인 공소시효를 배제·연장하는 법률은 이른바 부진정 소급효를 가지는데 이와 같은 부진정 소급입법은 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

그런데 이 사건은 형벌불소급의 원칙의 적용 여부가 문제된다기보다는, 부진정 소급 적용이 가능하다는 것을 전제로 하여 더 나아가 이 사건 공소시효 배제규정에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지 여부가 문제되는 경우라고 할 수 있다.

결국 원심 판결 이유 중 위 ①과 ③에 관한 사항은 이 사건 범죄행위의 공소시효가 완성되지 않았다는 점을 뒷받침하는 핵심적인 논증이라고 하기 어렵다.

왜냐하면, 위와 같은 논증은 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효를 배제하는 등의 규정이 있는 경우에 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논리일 뿐, 시적 적용범위에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이 사건 공소시효 배제규정 그 자체만으로 소급적용을 인정할 수 있다는 점에 관한 법리라고 보기는 어렵기 때문이다.

따라서 원심 판결 이유 중 ②와 ④에 관한 사항, 즉 이 사건 공소시효 배제규정은 있으나 그 경과규정이 없는 경우에도 입법취지와 내용, 관련 법률의 제·개정 추이에 비추어 법 시행 이전에 저질러진 범행 중 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용할 수 있다는 논증을 인정할 수 있는지 여부에 따라 판결의 결론이 달라진다고 할 수 있다.

원심이 들고 있는 위 ②, ④의 이유는 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 부존재하는 경우 여러 가지 근거를 들어 마치 존재하는 것처럼 해석할 수 있다는 것인데, 이는 결국 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 있는 것으로 유추해석할 수 있다는 것이다.

그러나 이 법원은 이 점에 관한 원심 판결의 이유를 그대로 수긍할 수 없는데, 그렇게 보는 이유는 항목을 바꾸어 보기로 한다.

#### 4) 피고인에게 불리한 유추해석의 가능 여부

가) '무엇이 법인가를 선언하는 것'은 법원에 주어진 중요한 책무 중 하나이다.

법원이 법을 올바르게 선언하기 위해서는 법원은 올바른 법을 발견하여야 한다.

따라서 법원이 법을 해석, 적용함에 있어서 '법의 발견'이라는 법원에 주어진 책무를 다하지 않는 것을 경계하여야 한다.

법원이 법을 발견하려는 직무를 저버린 채 법이 흠결되었다고 가볍게 생각하는 것은 정의로운 법의 선언을 포기하는 것이다.

이는 심각한 부정의이다.

원심은 이를 전제로 위와 같은 유추해석을 전개한 것으로서 위와 같은 법원의 책무에 비추어 이해하지 못할 것은 아니다.

다만, 형사법은 예외이어야 한다.

국가가 형벌권을 행사하는 경우 가능하면 형식적인 법의 적용이 요구된다.

불명확한 법조항에 빚대어 형벌을 부과할 수 있게 하는 것은 국가권력의 남용 가능성을 조장할 우려가 있기 때문이다.

이 또한 매우 심각한 부정의이다.

개별 사안에서 형사처벌의 필요성이 크다고 하더라도 그러하다.

그 때문에 국가권력의 남용 가능성의 길을 열어준다면 그로 인한 일반적인 피해를 감당할 수 없다.

새로 명확한 법률을 제정하여 규율할 일이다.

원심은 입법취지와 이 사건 경과규정이 사문화될 수 있다는 점 등을 들어 유추해석이 정당하다고 설시하고 있으나, 입법자의 의사나 체계적인 법해석의 요구가 헌법상 원리, 즉 이 사건에서는 헌법상 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 헌법적 가치들과 충돌하는 경우 헌법적 원리나 가치를 우위에 두고 해석하여야 할 것이다.

나) 이와 같은 헌법상 원리에 입각하여 형법도 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고(제1조 제1항), 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있다(제1조 제2항).



공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 그 기간을 연장하는 규정을 두는 것이 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고 공소시효는 절차법적 제도로써 실체법에서 정해진 형벌권의 존부를 결정하는 것은 아니지만, 피고인의 입장에서는 공소시효에 따라 형벌의 유무가 달라지는 결과를 가져오고 공소시효가 배제·연장됨에 따라 실질적인 불이익을 입는 점과 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형사법의 엄격해석의 원칙을 고려하면, 형법 제1조를 유추적용하여 개정 전후를 비교하여 피고인에게 유리한 공소시효기간에 따라야 한다고 보는 것이 옳다(이와 같이 보는 것이 형사법 학자들의 다수설로 보인다).

이와 같은 입장에 따라 대상자에게 실질적으로 불리하게 부수처분 규정이 개정되면서 경과규정을 두지 않은 경우에도 행위시법의 입장을 취하는 것이 타당하다고 보는 학설이 있다(부처명령청구 요건 및 부처기간 하한 가중 요건을 완화, 확대하면서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부처기간 하한을 2배 가중하도록 한 규정에 대하여 명확한 경과규정을 두지 아니한 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 대한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도6181, 2013전도122(병합) 판결 참조).

#### 5) 공소시효 배제규정의 경과규정이 없는 경우의 해석

가) 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관한 형사절차법상 원칙

##### (1) 입법정책의 문제

앞서 본 바와 같이 피고인에게 불리한 형사법규의 유추해석이 금지될 뿐만 아니라 절차법적으로도 이 사건 경과규정의 소급적용은 인정될 수 없다.

형사법에 있어서 신법 시행을 기점으로 그 전후에 계속되는 법적 상태(예컨대 공소시효의 진행 등)가 있는 경우 경과규정이 없을 때 그 법적 상태에 관하여 신법을 적용하는 것이 원칙인가, 구법을 적용하는 것이 원칙인가?

전자가 원칙이라면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이나 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 공소시효 배제·연장규정을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 둔 경우 그 경과규정은 단순한 주의적 규정에 불과하고, 후자가 원칙이라면 그 경과규정은 신·구법 중 어느 법을 적용할지를 규율하는 핵심적인 규정에 해당하게 된다.

그런데 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관해서는 세계적으로 보편타당한 공통되는 법의 일반원칙이 존재하는 것은 아니고, 각국의 현실 및 사정에 따라 그 적용범위를 달리 규율하는 입법정책의 문제라고 볼 수 있다(입법례에 관한 상세는 아래 나)항 참조).

그렇다면 우리나라의 형사절차법상 공소시효 배제규정의 시적 적용범위의 원칙은 무엇인가? 이에 관해서는 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 규정과 특별법의 규정들을 살펴봄으로써 파악할 수 있다.

##### (2) 형사소송법의 규정

중전의 공소시효 기간을 연장(공소시효 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년을 각각 25년, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년으로 연장)한다는 취지의 형사소송법이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 같은 날부터 시행되었는데, 위 법률 부칙 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 중전의 규정을 적용한다.'고 규정하였다.

① 위와 같은 공소시효의 연장은 형사소송법이 제정된 이후 처음으로 이루어진 것으로서 공소시효에 관하여 위 법률이 시행되기 이전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다는, 불소급에 관한 경과규정도 처음으로 규정되었던 점, ② 형사소송법상 공소시효 연장규정과 그 경과규정은, 형사소송법의 공소시효의 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 공소시효 배제·연장규정과 경과규정을 신설하기 전에 도입된 점, ③ 따라서 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 공소시효 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 형사절차법의 특별법으로서 특별법에 공소시효 배제·연장규정에 관한 경과규정이 없는 경우 일반법에 규정된 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 적용되어야 한다는 점, ④ 형사소송법의 위 부칙 규정에 비추어 보면 공소시효가 연장되는 것처럼 공소시효에 관한 규정이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 이를 소급적용하지 아니한다는 원칙을 천명한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 공소시효 배제규정의 신설 당시에는 그 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니하였다가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 비로소 이 사건 경과규정을 둔 것은, 입법자가 형사소송법에 규정된 공소시효의 시적 적용 범위에 관한 원칙을 의식하고 그 예외를 규정하기 위한 것으로 해석하는 것이 형사소송법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 사이의 체계에 부합하는 점, ⑤ 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되어, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조의3 제3항도 이 사건 공소시효 배제규정과 같은 취지로 규정하면서도 그 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하다가 위 전부 개정된 법률에서 비로소 그 소급적용에 관한 경과규정을 두었는데, 이 사건 공소시효 배제규정은 2011. 11. 17. 신설되었고 위 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 공소시효 배제규정은 2012. 2. 1. 신설되어 각기 개정 시점을 달리하면서도 동일하게 그 경과규정을 두지 아니한 것을 단순히 입법자의 착오나 과실로 치부하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정은 형사소송법의 원칙에 따라 이 부분 범죄행위에 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

(3) 그 밖의 특별법에서의 공소시효 연장규정에 관한 경과규정

조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 제22조가 법인의 대표자 등이 위 법 소정의 범칙행위를 한 경우의 공소시효를 5년으로 규정하면서, 위 범칙행위가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의 적용을 받는 경우에 그 법인에 대한 공소시효를 10년으로 연장하는 취지로 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2010. 1. 1.) 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄의 공소시효에 관하여는 제22조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

'고 규정한다(조세범 처벌법은 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정되면서 제17조를 전문개정하여 공소시효를 연장하였는데, 그 부칙 제2조에도 그 시행 전에 진행이 개시된 공소시효기간에 관하여는 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다고 규정하였다).

한편 공직선거법은 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되어 제268조 제3항을 신설하면서 공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 공소시효는 같은 조 제1항, 제2항에서 정해진 6개월이 아니라 해당 선거일 후 10년을 경과함으로써 완성한다고 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2014. 2. 13.) 제11조는 그 시행 전의 행위에 대한 공소시효의 적용은 종전의 규정에 따르도록 규정한다(공직선거법은 위 개정 이전에도 제268조 소정의 공소시효를 연장하는 취지로 개정되었는데 그 때에도 부칙에서 종전의 규정에 따르도록 규정하였다).

이와 같은 관련 법률의 규정을 종합하면, 공소시효 기간을 연장하는 취지로 개정된 개별 법률들은, 성폭력범죄를 제외하고는 모두 신법 시행 이전에 범한 죄의 공소시효는 종전의 규정에 따르도록 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

이는 공소시효가 피고인에게 실질적으로 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용한다는 원칙에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 이와 같은 흐름과는 반대로 피고인에게 불리하게 신설·개정된 공소시효 배제·연장 규정이 그 시행 이전에 저질러진 성폭력범죄에 대해서도 적용하기 위해서는 이에 관한 명시적인 경과규정이 필요하다는 점을 시사하는 것이다.

따라서 이 사건 공소시효 배제규정에 대한 경과규정이 존재하지 아니할 때에는 위와 같은 원칙을 좇아 피고인에게 불리하지 아니한 종전의 규정을 따르는 것이 옳다는 것을 미루어 파악할 수 있다.

#### 나) 입법례

##### (1) 프랑스

프랑스에서 중죄에 관한 공소시효는 10년인데, 미성년자에 대한 강간살인, 성범죄 등 중죄에 대해서는 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효가 중단된다는 규정이 '미성년자의 비행 예방 및 아동보호에 관한 법률'(1989. 7. 10. 법률 제89-487호: LOI n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et la protection de l'enfance) 제16조로 신설되었고 이후 공소시효기간도 20년으로 연장되었으나, 이와 같은 공소시효 연장에 관한 경과규정은 없었다.

다만, 프랑스 형법 제112-2조 제4항은 공소시효가 완성되지 아니한 경우에 한하여 공소시효에 관한 신법 규정은 신법 시행 이전에 발생한 범죄에 대하여도 적용한다고 규정하고 있어, 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 없어도 신법 규정을 적용하는 원칙적인 규정을 두고 있다.

##### (2) 일본

일본은 형사소송시행법 제6조에 따라 공소시효기간은 구법을 따르도록 입법적으로 해결하였다.

즉, 개정 형사소송법(이하 '신법'이라 한다)을 시행할 때까지 공소가 제기되지 아니한 사건에 관하여는 신법을 적용하되, 신법이 시행되기 전에 개정 전 형사소송법(이하 '구법'이라 한다) 및 응급조치법에 의하여 생긴 효력을 막지 아니한다(일본 형사소송시행법 제3조)고 규정하는 한편, 제4조의 사건에 관하여 신법이 시행되기 전부터 진행을 시작한 법정기간 및 소송행위를 해야 하는 사람의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 소재지의 거리에 따른 법정기간에 부가하여야 하는 기간에 관하여는, 신법이 시행된 후에도 구법 및 응급조치법에 따른다(같은 법 제6조)고 규정하고 있다.

#### 6) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2010. 4. 15., 법률 제10258호) 제5조 제10항에 따라 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 제명 변경되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조, 형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 그 공소시효가 7년인데, 이에 대한 공소는 그 범죄행위가 종료한 2006. 5.부터 7년이 경과한 이후인 2014. 2. 12. 제기되었음이 기록상 명백하므로 이에 관하여 이미 공소시효가 완성되었다(이 사건 공소사실 중 2006. 12. 범행은 이 사건 경과규정이 시행된 2013. 6. 19. 당시 공소시효가 완성되지 아니하여 위 경과규정이 그대로 적용된다).

### 3. 결 론

따라서 원심판결 중 피고인의 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분 등에 대한 항소는 이유 있다.

그런데 피고인에 대한 공소사실 중 위 부분과 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범이므로 1개의 형을 선고하여야 하는 관계인 이상 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기하여야 한다.

그리고 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

그렇다면, 피고인의 피고사건에 대한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다) 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 겸 피부작명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 원심 판시 범죄사실 제1항, 제2항 기재와 같이 피해자 고○○, 임○○을 간음한 사실이 없고, 원심 판시 범죄사실 제3항 내지 제5항 기재와 같은 행위를 한 사실은 있으나 피해자 고△△, 전○○의 합의 아래 그와 같은 행위를 하였다(전○○에 대하여는 정신적 장애인의 항거불능상태를 이용하지 아니하였다는 취지로 보인다).

그리고 피해자 고△△은 지적장애인이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인이 이를 인식하고 그녀에게 위력을 행사하여 간음 또는 추행한 것이 아니다(피고인은 항소이유로서 피해자 고△△에게 정신적 장애가 있음을 알지 못하였다고 명시적으로 주장하지는 아니하였으나, 원심부터 당심에 이르기까지 공판기일에서 줄곧 피해자 고△△이 지적장애인임을 인식하지 못하였다고 진술하고 있으므로 항소이유의 주장에 이에 관한 사항도 포함되어 있다고 본다).

나) 이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분은 공소시효기간인 7년을 이미 경과하여 공소시효가 완성되었는데 신체적 또는 정신적 장애가 있는 여자에 대한 성범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제3항은 형벌불소급의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙에 따라 이 사건에 적용되지 않음에도 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

###### 2) 양형부당

원심의 선고형(징역 18년 등)은 너무 무거워서 부당하다.

###### 나. 검사

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

### 2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해(공소시효에 관한 법리오해는 별도의 항목으로 살펴본다)

1) 피해자 고○○, 임○○에 대한 간음행위 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자들의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1은 2013. 7.경 아파트 주민으로부터 '피고인이 성폭력범죄를 저지르고 다니는데 너는 청년회장이라면서 뭐하고 있느냐? 무슨 조치를 취하여야 하는 것이 아니냐?'라는 취지의 말을 듣고 아내를 통하여 피해자 고△△, 임○○이 피고인으로부터 성폭행을 당하였으며, 그로 인하여 피해자 고△△이 자살을 시도하고 우울증 치료를 받고 있다는 말을 전해 들었다.

이에 공소외 1은 이 사건 아파트 16통장 공소외 2와 함께 피고인이 지적장애인들을 대상으로 성폭력범죄를 저질렀다는 취지로 경찰에 신고하였다.

그 직후 공소외 1 등은 피해자 고○○, 임○○, 고△△과 함께 2013. 7. 26. 제주여성·학교폭력피해자 원스톱지원센터(이하 '원스톱지원센터'라고 한다)에 방문하여 피해사실을 신고하고 위 피해자들이 그 무렵 피해내용을 진술하였다.

나) 피해자 고○○, 임○○의 지능지수는 각각 63, 64이고, 사회지수는 그보다 낮은 44와 42에 머물고 있으며 사회 연령은 7.08세 및 7.6세에 불과하여 반복적인 연습을 통하여 습득할 수 있는 정도의 일상생활만 영위할 수 있다.

일반적으로 지적장애인은 자신의 의사를 표현하는 능력이 부족하여 성폭력범죄의 피해를 당하더라도 피해사실이 드러나는 데 시간이 걸리며 피해자 자신이 성폭력 피해사실을 스스로 인식하는 것보다 주변 사람들에 의하여 밝혀지는 경우가 많다.

이 사건의 경우도 피해자 고○○은 지적장애 3급, 피해자 임○○은 지적장애 1급에 해당하는 정신적 장애인으로서 위와 같은 지적장애인의 특성이 반영되어 성폭력범죄 발생 후 신고 시점까지 상당한 시간이 경과한 것으로 이해할 수 있다.

다) 위 피해자들에 대한 최초의 진술녹취는 2013. 8. 1. 이루어졌는데, 당시의 진술녹취록의 각 기재에 따르면, 피해자 고○○, 임○○은 피고인으로부터 피해를 당하였다는 취지로 진술하고 있으나, 그 내용이 산만하고 피해사실을 구체적으로 묘사하지는 못하고 있다.

다만, 피해자들은 피해사실의 핵심에 해당하는 피고인의 간음행위가 있었음을 일관되게 말이나 행동으로 표현하고 있고, 피해사실과 관련한 특징들(피고인이 범행 당시 했던 말, 피해장소의 냄새, 방 안의 구조 등)을 단편적이거나 진술하고 있다.

피해자들의 경찰 진술내용에 대한 의견을 제시한 아동·장애인 성폭력 사건 전문가 김○○도 피해자들에 대한 진술 녹화 당시 보호자나 조사자의 암시적이거나 직접적인 질문이 포함되어 있지 않아 그 진술이 외부의 영향으로 인하여 왜곡되었다고 보기 어렵다는 의견을 제시하였던 점을 보태어 보면, 피해자들이 진술하는 피해사실을 믿을 수 없다고 말할 수는 없다.

라) 경찰은 위 피해자들 및 참고인들의 진술을 토대로 2013. 8. 22. 피고인에 대한 제2회 피의자신문을 실시하고 그 조사결과에 따른 위 피해자들에 대한 범행일시를 구체적으로 특정한 다음 2013. 8. 24. 위 피해자들을 상대로 구체적인 범행일시에 관한 진술녹화를 다시 실시하였다.

제1차 진술녹화와는 달리 제2차 진술녹화에서 조사자는 위 피해자들을 상대로 피해사실에 관하여 직접적으로 질문하였으나, 제1차 진술녹화에서 위 피해자들의 진술의 신빙성이 있다고 보는 이상 제2차 진술녹화에서 조사자의 질문 방식 때문에 제2차 진술녹화에서의 위 피해자들의 진술의 신빙성이 무너진다고 보기는 어렵다.

마) 위 피해자들은 이 사건이 불거진 뒤 대인기피증 등 정서적 불안감을 나타내고 있어 어떠한 커다란 정신적 충격을 받을 만한 사건이 있었음을 추단할 수 있다.

바) 피고인은 2013. 2.경 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1이 관리하던 체력단련장을 피고인이 맡게 되면서 다툼이 생겼고, 양심을 품은 공소외 1이 장애인들과 결탁하여 마치 피고인이 장애인을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 것으로 꾸몄다고 주장한다.

공소외 1이 앞에서 본 바와 같은 경위로 피고인의 성폭력범죄를 경찰에 신고한 것은 인정되지만, 피고인 주장과 같은 고발 동기나 허위로 고발하였다는 근거를 기록상 찾아볼 수 없다.

2) 피고인이 피해자 고△△에게 정신적인 장애가 있었음을 알고 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 알고 있으면서 위 피해자를 위력으로써 간음하고 추행하였음이 인정되므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 이 사건 아파트는 다수의 장애인들이 거주하는 임대주택법령 소정의 영구임대주택이라는 사실이 제주시에 널리 알려져 있다.

나) 피해자 고△△은 평소 행동이 유치하고 어눌하여 그녀와 이야기를 해보면 장애인이라는 사실을 쉽게 알 수 있다.

이 사건 발생 직후 원스톱지원센터에서 피해자 고△△을 상대로 실시한 심리평가 결과 지능지수 61의 지적장애 3급 수준으로서 성행위의 의미는 알고 있지만 누구와 어떠한 맥락에서 성관계를 가져야 한다는 판단능력은 없는 것으로 평가되었다.

피해자 고△△의 어머니인 임○○을 포함한 가족들도 모두 지적장애인 또는 언어 장애인으로 등록되어 있어 주민들 사이에 피해자 고△△도 지적장애인이라고 알려져 있었지만 실제로는 장애등급을 받지는 아니하였다.

그 이유는 피해자 고△△의 가족은 모두 장애인으로서 위 피해자가 가족의 보호자 역할을 하고 있는데 자신마저 장애인으로 등록되면 가족 모두가 뿔뿔이 흩어져 장애인복지시설에 입소하여야 하기 때문에 주변에서 그 등록을 권하지 않았기 때문이다.

다) 피고인은 1997. 3.부터 이 사건 아파트에 거주하면서 반장, 통장 및 청년회장 등을 거쳐 임차인 대표까지 역임한데다 피해자 고△△과 이웃으로서 잘 알고 지냈다.

피고인도 검찰 조사 당시 피해자 고△△의 딸을 제외한 피해자 고△△의 모든 가족이 정신적 장애를 가지고 있다는 것을 알고 있었다고 진술하여 피해자 고△△에게도 정신적 장애가 존재할 가능성이 크다는 점을 인식하고 있었다고 보인다.

3) 피해자 고△△에 대한 위력의 행사 유무

가) 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항 기재 일시, 장소에서 피해자 고△△에게 "빌린 200만 원을 한꺼번에 갚든지, 애인이 되어 천천히 갚든지 선택해라."라고 말하였다는 점에 관한 증거는 증거능력이 없는 피고인에 대한 경찰 제2회 피의자신문조서, 위 피해자에 대한 각 경찰 진술조서를 제외하고는 고△△의 진술녹화 속기록과 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서의 각 기재가 있을 뿐이다.

이들 증거만으로는 피해자는 피고인에게 싫다는 의사표시를 하였고 이에 피고인은 가만히 있으라고 말한 사실이 인정될 뿐이다(제주지방법원 2013고합171호 증거기록 581쪽). 그런데 피고인이 위와 같이 말하고 간음행위에 수반하여 옷을 강제로 벗기는 것 이외의 별다른 유형력을 행사하지 않았더라도 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위력을 행사하여 피해자 고△△을 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 월 수입은 약 100만 원에 머물고 있고 신용불량 상태임에도 피고인은 2011년경부터 피해자 고△△에게 여러 차례에 걸쳐 합계 수 백 만 원의 돈을 대여하였다.

피고인은 이를 빌미로 성관계를 요구하려고 했던 것으로 보이고, 실제로 피고인이 변제를 독촉하자 이를 건디지 못한 피해자 고△△은 2012. 6.경 자살을 시도하였다.

다) 피해자 고△△은 1982. 10. 12.생으로 이 사건 당시 30세 남짓의 여자인데 비해, 피고인은 1960. 5. 3.생의 남자로서 피해자는 피고인에게 배우자와 자식들이 있다는 것을 알고 있었다.

이처럼 피해자가 22살이나 차이가 나고 유부남인 피고인의 요구에 순순히 응하여 성관계를 가진다는 것은 경험칙상 납득되지 아니한다.

라) 피고인은 2012. 7.경 공소외 3에게 피해자 고△△과 잠자리를 가지고 싶다는 취지로 도움을 요청하였고 원심 판시 제3항 기재 범행 당일 공소외 3는 피해자 고△△을 만나 "몸 아껴서 뭐 할거냐, 몸 한 번 주고 돈을 빌려 쓰면 될 것이다.

"라고 말하여 피해자 고△△에게 심리적 압박을 가하였다.

이처럼 피해자 고△△은 차용금으로 심리적으로 위축되어 있는 상황에서 같은 날 피고인 및 공소외 3와 식사를 하다가 공소외 3가 자리를 피하자 피고인에 이끌려 부근의 모텔에 들어갔는데, 피해자는 공소외 3 및 피고인과 함께 식사할 때만 하여도 피고인과 단둘이 남게 되어 모텔까지 갈 것을 예상하지 못하였던 것으로 보인다.

마) 피고인이 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 '하지 말라'고 하면서 명시적인 거부 의사를 밝혔음에도, '가만히 있으라'고 말하면서 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자를 간음하였다.

이처럼 피해자는 지적장애 3급에 준하는 정신적 장애를 가지고 있었고, 힘이나 연령 등에서 피고인과 현저한 차이가 나며, 차용금 문제로 심리적으로 위축되어 있었으므로, 피고인과 단둘이 모텔 방에 있게 된 피해자로서는 피고인에게 압도당하여 정상적인 반항을 하기 어려웠으리라고 보인다.

바) 피해자 고△△은 피고인으로부터 성폭력범죄를 당하자 지인들에게 피해사실을 조금씩 이야기하기 시작하여 그 소문이 퍼져 나갔고, 2012. 9. 26.경 다시 자살을 시도하였다.

4) 피해자 전○○의 정신적 장애로 인한 항거불능 상태를 이용하였는지 여부

비록 피해자 전○○이 이 사건 범행 이후 간음의 경위에 관하여 상세히 진술하는 등 어느 정도의 지적 능력을 가진 것으로 보인다 하더라도, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피해자는 그 사회적 지능 내지 성숙도가 상당한 정도로 지체되어 대인관계 내지 의사소통에 중대한 어려움을 겪어 왔으며 이 사건 범행 당시에도 이러한 정신적 장애로 인하여 피고인의 성적 요구에 대한 거부의 의사를 분명하게 표시하지 못하거나 피고인의 손을 뿌리치는 것 이상의 적극적인 저항행위를 할 수 없었음을 인정할 수 있다.

따라서 피고인이 피해자의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피해자 전○○은 1981. 10. 29.생의 여자로서 지능지수가 51이고 사회지수는 이보다 낮은 31에 머물고 있으며 사회연령은 10.1세에 불과하여(세부 영역별 사회연령은 이동능력이 11세, 작업능력이 8세, 의사소통능력이 9세에 해당함) 단순한 놀이와 간단한 집안일 정도만 수행 가능하고 가까운 이웃 동네 정도를 혼자서 다닐 수 있는 지적장애 3급의 사람인데, 2005년 및 2006년 무렵에도 비슷한 수준의 정신적 장애를 가졌던 것으로 평가된다.

피해자는 피고인과 자신이 나이 차이가 많이 나고 피고인에게 배우자 및 자식들이 있다는 사실을 알고 있었으며, 평소 조금만 큰소리를 들어도 겁을 먹는다.

나) 피고인은 피해자에게 공부를 가르쳐 준다는 등의 명목 등으로 피해자의 신뢰를 쌓고 수시로 불러내 만남을 유지하다가 2006. 12. 피해자를 인적이 드문 과수원으로 데려가자마자 강제로 바닥에 눕혀 간음행위를 시작하였고, 원하지 않는다는 표시로 피고인의 손을 뿌리치는 피해자의 손을 잡고 피해자의 옷을 벗긴 뒤 간음하였다.

다) 피해자는 경찰에서 '피고인이 피해자가 장애인이라는 사실을 알고 한 번 이용해 보자. 노예로 삼아보자고 생각한 것 같다.

피고인이 성추행하려고 다른 길로 데려가서 옷을 벗으라고 하였고 옷을 벗지 않으면 때렸다.

그냥 하지 말라고 해도 계속 벗기니까 어쩔 수 없이 그냥 당하여 임신이 되었다.

'는 취지로 진술하였다.

나. 공소시효 만료

1) 공소사실의 요지

피고인은 2006. 5. 일자불상 저녁 무렵 피해자를 이 사건 아파트 부근 과수원으로 데리고 간 후 갑자기 피해자를 바닥에 눕힌 다음 피해자의 옷을 모두 벗기고 그 과정에서 옷을 벗지 않으려는 피해자의 뺨을 손으로 때리는 등으로 피해자에게 겁을 주고 계속하여 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 피해자를 간음하였다.

2) 원심의 판단

가) 위 범행의 공소시효 만료일



위 범행의 공소시효는 그 실행행위 종료일인 2006. 5. 일자불상경부터 7년이다(형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호).

#### 나) 관련 법률의 개정 내용

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제20조 제3항은 "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.

"고 규정(이하 '이 사건 공소시효 배제규정'이라고 한다)하면서도 그 부칙에 위 법 시행 전에 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용한다는 취지의 경과규정은 두고 있지 아니하다.

그런데 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되어 같은 날 시행된 것)은 제20조(공소시효 기산에 관한 특례) 제1항에서 "미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.

"고, 제2항에서 "제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.

"는 취지로 공소시효 연장규정을 둠과 아울러 같은 법 부칙(2010. 4. 15.) 제3조에서 '이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.

'는 경과규정을 두고 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제7조의3도 위와 같은 취지의 공소시효 연장규정을 두고 있고, 같은 법 부칙 제6조도 같은 취지의 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있다).

그 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행된 것) 제21조는 공소시효 적용배제규정의 대상범죄를 확대하면서 같은 법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 소급적용에 관한 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라고 한다)을 두고 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정된 것) 제20조도 같은 취지로 공소시효 배제규정을 두면서 같은 법 부칙 제3조에서 동일 취지의 경과규정을 두고 있다).

#### 다) 경과규정이 없는 경우의 해석

이 부분 공소사실에 따른 범행의 공소시효 만료일인 2013. 5. 31. 이전에 이 사건 공소시효 배제규정이 시행되었는데, 다른 공소시효 연장규정과 달리 명시적인 경과규정이 없다.

그러나 ① 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 공소시효 배제규정 등 부진정 소급효는 일정한 요건 아래 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고, ② 이 사건 공소시효 배제규정을 제외하고는 그 전후에 이루어진 법률 개정은 그 제 개정 추이, 내용 및 입법취지가 같거나 유사하면서 공소시효 배제·연장규정에 관하여 모두 동일하게 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있으며, ③ 13세 미만 또는 장애인 여성 등 특정한 성폭력범죄에서 공소시효가 완성되지 아니한 상태인 경우 진행 중인 공소시효를 배제 또는 연장하는 부진정 소급효에 관한 규정은, 공소시효 제도에 근거한 범죄자 개인의 신뢰보다 취약여성들에 대한 성폭력범죄의 처벌 필요성 등 공익적 특수성에 비추어 정당화되고, 이 사건 범행에 대하여도 달리 볼 합리적인 근거를 찾아볼 수 없고, ④ 앞서 본 관련 법령에서 공소시효 배제규정의 대상인 기본범죄, 즉 강간죄, 준강간죄를 포함하여 이에서 더 확대하면서도 부진정소급효를 인정하는 경과규정을 두

고 있는데, 그럼에도 기본범죄에 관한 이 사건 경과규정에 부진정 소급효를 인정하지 않는다면 그 대상범죄인 기본 범죄의 공소시효 배제 적용 범위는 이 사건 공소시효 배제규정 시행일인 2011. 11. 17. 이후부터 저질러진 범행에만 한정되어 그 이전의 이 사건 경과규정의 적용범위가 사문화되는데, 이는 속칭 '도가니법'으로 불리는 이 사건 공소시효 배제규정의 입법경위, 당시 입법에 관한 사회적 합의·파장 등에 반하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정에서도 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 부진정 소급효는 인정된다(위와 같은 부진정 소급효에 관한 경과규정은 입법상 단순 착오·누락이라고 봄이 상당하다).

따라서 이 사건 범행은 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

### 3) 이 법원의 판단

원심 법원의 판단 중 위 ①과 ③은 요약하자면, 공소시효가 완성되지 아니한 경우에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 아니하므로 이 사건 공소시효 배제규정의 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논증이다.

공소시효가 완성되지 아니한 경우 진행 중인 공소시효를 배제·연장하는 법률은 이른바 부진정 소급효를 가지는데 이와 같은 부진정 소급입법은 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

그런데 이 사건은 형벌불소급의 원칙의 적용 여부가 문제된다기보다는, 부진정 소급 적용이 가능하다는 것을 전제로 하여 더 나아가 이 사건 공소시효 배제규정에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지 여부가 문제되는 경우라고 할 수 있다.

결국 원심 판결 이유 중 위 ①과 ③에 관한 사항은 이 사건 범죄행위의 공소시효가 완성되지 않았다는 점을 뒷받침하는 핵심적인 논증이라고 하기 어렵다.

왜냐하면, 위와 같은 논증은 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효를 배제하는 등의 규정이 있는 경우에 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논리일 뿐, 시적 적용범위에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이 사건 공소시효 배제규정 그 자체만으로 소급적용을 인정할 수 있다는 점에 관한 법리라고 보기는 어렵기 때문이다.

따라서 원심 판결 이유 중 ②와 ④에 관한 사항, 즉 이 사건 공소시효 배제규정은 있으나 그 경과규정이 없는 경우에도 입법취지와 내용, 관련 법률의 제·개정 추이에 비추어 법 시행 이전에 저질러진 범행 중 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용할 수 있다는 논증을 인정할 수 있는지 여부에 따라 판결의 결론이 달라진다고 할 수 있다.

원심이 들고 있는 위 ②, ④의 이유는 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 부존재하는 경우 여러 가지 근거를 들어 마치 존재하는 것처럼 해석할 수 있다는 것인데, 이는 결국 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 있는 것으로 유추해석할 수 있다는 것이다.

그러나 이 법원은 이 점에 관한 원심 판결의 이유를 그대로 수긍할 수 없는데, 그렇게 보는 이유는 항목을 바꾸어 보기로 한다.

### 4) 피고인에게 불리한 유추해석의 가능 여부

가) '무엇이 법인가를 선언하는 것'은 법원에 주어진 중요한 책무 중 하나이다.

법원이 법을 올바르게 선언하기 위해서는 법원은 올바른 법을 발견하여야 한다.

따라서 법원이 법을 해석, 적용함에 있어서 '법의 발견'이라는 법원에 주어진 책무를 다하지 않는 것을 경계하여야 한다.

법원이 법을 발견하려는 직무를 저버린 채 법이 흠결되었다고 가볍게 생각하는 것은 정의로운 법의 선언을 포기하는 것이다.

이는 심각한 부정의이다.

원심은 이를 전제로 위와 같은 유추해석을 전개한 것으로서 위와 같은 법원의 책무에 비추어 이해하지 못할 것은 아니다.

다만, 형사법은 예외이어야 한다.

국가가 형벌권을 행사하는 경우 가능하면 형식적인 법의 적용이 요구된다.

불명확한 법조항에 빚대어 형벌을 부과할 수 있게 하는 것은 국가권력의 남용 가능성을 조장할 우려가 있기 때문이다.

이 또한 매우 심각한 부정의이다.

개별 사안에서 형사처벌의 필요성이 크다고 하더라도 그러하다.

그 때문에 국가권력의 남용 가능성의 길을 열어준다면 그로 인한 일반적인 피해를 감당할 수 없다.

새로 명확한 법률을 제정하여 규율할 일이다.

원심은 입법취지와 이 사건 경과규정이 사문화될 수 있다는 점 등을 들어 유추해석이 정당하다고 실시하고 있으나, 입법자의 의사나 체계적인 법해석의 요구가 헌법상 원리, 즉 이 사건에서는 헌법상 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 헌법적 가치들과 충돌하는 경우 헌법적 원리나 가치를 우위에 두고 해석하여야 할 것이다.

나) 이와 같은 헌법상 원리에 입각하여 형법도 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고(제1조 제1항), 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있다(제1조 제2항).

공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 그 기간을 연장하는 규정을 두는 것이 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고 공소시효는 절차법적 제도로써 실체법에서 정해진 형벌권의 존부를 결정하는 것은 아니지만, 피고인의 입장에서는 공소시효에 따라 형벌의 유무가 달라지는 결과를 가져오고 공소시효가 배제·연장됨에 따라 실질적인 불이익을 입는 점과 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형사법의 엄격해석의 원칙을 고려하면, 형법 제1조를 유추적용하여 개정 전후를 비교하여 피고인에게 유리한 공소시효기간에 따라야 한다고 보는 것이 옳다(이와 같이 보는 것이 형사법 학자들의 다수설로 보인다).

이와 같은 입장에 따라 대상자에게 실질적으로 불리하게 부수처분 규정이 개정되면서 경과규정을 두지 않은 경우에도 행위시법의 입장을 취하는 것이 타당하다고 보는 학설이 있다(부처명령청구 요건 및 부처기간 하한 가중 요건을 완화, 확대하면서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부처기간 하한을 2배 가중하도록 한 규정에 대하여 명확한 경과규정을 두지 아니한 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 대한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도6181, 2013전도122(병합) 판결 참조).

## 5) 공소시효 배제규정의 경과규정이 없는 경우의 해석

### 가) 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관한 형사절차법상 원칙

#### (1) 입법정책의 문제

앞서 본 바와 같이 피고인에게 불리한 형사법규의 유추해석이 금지될 뿐만 아니라 절차법적으로도 이 사건 경과규정의 소급적용은 인정될 수 없다.

형사법에 있어서 신법 시행을 기점으로 그 전후에 계속되는 법적 상태(예컨대 공소시효의 진행 등)가 있는 경우 경과규정이 없을 때 그 법적 상태에 관하여 신법을 적용하는 것이 원칙인가, 구법을 적용하는 것이 원칙인가?

전자가 원칙이라면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이나 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 공소시효 배제·연장규정을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 둔 경우 그 경과규정은 단순한 주의적 규정에 불과하고, 후자가 원칙이라면 그 경과규정은 신·구법 중 어느 법을 적용할지를 규율하는 핵심적인 규정에 해당하게 된다.

그런데 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관해서는 세계적으로 보편타당한 공통되는 법의 일반원칙이 존재하는 것은 아니고, 각국의 현실 및 사정에 따라 그 적용범위를 달리 규율하는 입법정책의 문제라고 볼 수 있다{입법례에 관한 상세는 아래 나)항 참조}.

그렇다면 우리나라의 형사절차법상 공소시효 배제규정의 시적 적용범위의 원칙은 무엇인가? 이에 관해서는 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 규정과 특별법의 규정들을 살펴봄으로써 파악할 수 있다.

#### (2) 형사소송법의 규정

종전의 공소시효 기간을 연장(공소시효 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년을 각각 25년, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년으로 연장)한다는 취지의 형사소송법이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 같은 날부터 시행되었는데, 위 법률 부칙 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.'

'고 규정하였다.

- ① 위와 같은 공소시효의 연장은 형사소송법이 제정된 이후 처음으로 이루어진 것으로서 공소시효에 관하여 위 법률이 시행되기 이전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다는, 불소급에 관한 경과규정도 처음으로 규정되었던 점, ② 형사소송법상 공소시효 연장규정과 그 경과규정은, 형사소송법의 공소시효의 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 공소시효 배제·연장규정과 경과규정을 신설하기 전에 도입된 점, ③ 따라서 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 공소시효 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 형사절차법의 특별법으로서 특별법에 공소시효 배제·연장규정에 관한 경과규정이 없는 경우 일반법에 규정된 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 적용되어야 한다는 점, ④ 형사소송법의 위 부칙 규정에 비추어 보면 공소시효가 연장되는 것처럼 공소시효에 관한 규정이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 이를 소급적용하지 아니한다는 원칙을 천명한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 공소시효 배제규정의 신설 당시에는 그 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니하였다가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 비로소 이 사건 경과규정을 둔 것은, 입법자가 형사소송법에 규정된 공소시효의 시적 적용 범위에 관한 원칙을 의식하고 그 예외를 규정하기 위한 것으로 해석하는 것이 형사소송법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 사이의 체계에

부합하는 점, ⑤ 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되어, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조의3 제3항도 이 사건 공소시효 배제규정과 같은 취지로 규정하면서도 그 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하다가 위 전부 개정된 법률에서 비로소 그 소급적용에 관한 경과규정을 두었는데, 이 사건 공소시효 배제규정은 2011. 11. 17. 신설되었고 위 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 공소시효 배제규정은 2012. 2. 1. 신설되어 각기 개정 시점을 달리하면서도 동일하게 그 경과규정을 두지 아니한 것을 단순히 입법자의 착오나 과실로 치부하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정은 형사소송법의 원칙에 따라 이 부분 범죄행위에 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

(3) 그 밖의 특별법에서의 공소시효 연장규정에 관한 경과규정

조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 제22조가 법인의 대표자 등이 위 법 소정의 범칙행위를 한 경우의 공소시효를 5년으로 규정하면서, 위 범칙행위가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의 적용을 받는 경우에 그 법인에 대한 공소시효를 10년으로 연장하는 취지로 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2010. 1. 1.) 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄의 공소시효에 관하여는 제22조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

'고 규정한다(조세범 처벌법은 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정되면서 제17조를 전문개정하여 공소시효를 연장하였는데, 그 부칙 제2조에도 그 시행 전에 진행이 개시된 공소시효기간에 관하여는 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다고 규정하였다).

한편 공직선거법은 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되어 제268조 제3항을 신설하면서 공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 공소시효는 같은 조 제1항, 제2항에서 정해진 6개월이 아니라 해당 선거일 후 10년을 경과함으로써 완성한다고 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2014. 2. 13.) 제11조는 그 시행 전의 행위에 대한 공소시효의 적용은 종전의 규정에 따르도록 규정한다(공직선거법은 위 개정 이전에도 제268조 소정의 공소시효를 연장하는 취지로 개정되었는데 그 때에도 부칙에서 종전의 규정에 따르도록 규정하였다).

이와 같은 관련 법률의 규정을 종합하면, 공소시효 기간을 연장하는 취지로 개정된 개별 법률들은, 성폭력범죄를 제외하고는 모두 신법 시행 이전에 범한 죄의 공소시효는 종전의 규정에 따르도록 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

이는 공소시효가 피고인에게 실질적으로 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용한다는 원칙에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 이와 같은 흐름과는 반대로 피고인에게 불리하게 신설·개정된 공소시효 배제·연장 규정이 그 시행 이전에 저질러진 성폭력범죄에 대해서도 적용하기 위해서는 이에 관한 명시적인 경과규정이 필요하다는 점을 시사하는 것이다.

따라서 이 사건 공소시효 배제규정에 대한 경과규정이 존재하지 아니할 때에는 위와 같은 원칙을 좇아 피고인에게 불리하지 아니한 종전의 규정을 따르는 것이 옳다는 것을 미루어 파악할 수 있다.

나) 입법례

(1) 프랑스

프랑스에서 중죄에 관한 공소시효는 10년인데, 미성년자에 대한 강간살인, 성범죄 등 중죄에 대해서는 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효가 중단된다는 규정이 '미성년자의 비행 예방 및 아동보호에 관한 법률'(1989. 7. 10. 법률 제89-487호: LOI n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative la prvention des mauvais traitements l'gard des mineurs et la

protection de l'enfance) 제16조로 신설되었고 이후 공소시효기간도 20년으로 연장되었으나, 이와 같은 공소시효 연장에 관한 경과규정은 없었다.

다만, 프랑스 형법 제112-2조 제4항은 공소시효가 완성되지 아니한 경우에 한하여 공소시효에 관한 신법 규정은 신법 시행 이전에 발생한 범죄에 대하여도 적용한다고 규정하고 있어, 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 없어도 신법 규정을 적용하는 원칙적인 규정을 두고 있다.

## (2) 일본

일본은 형사소송시행법 제6조에 따라 공소시효기간은 구법을 따르도록 입법적으로 해결하였다.

즉, 개정 형사소송법(이하 '신법'이라 한다)을 시행할 때까지 공소가 제기되지 아니한 사건에 관하여는 신법을 적용하되, 신법이 시행되기 전에 개정 전 형사소송법(이하 '구법'이라 한다) 및 응급조치법에 의하여 생긴 효력을 막지 아니한다(일본 형사소송시행법 제3조)고 규정하는 한편, 제4조의 사건에 관하여 신법이 시행되기 전부터 진행을 시작한 법정기간 및 소송행위를 해야 하는 사람의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 소재지의 거리에 따른 법정기간에 부가하여야 하는 기간에 관하여는, 신법이 시행된 후에도 구법 및 응급조치법에 따른다(같은 법 제6조)고 규정하고 있다

## 6) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2010. 4. 15., 법률 제10258호) 제5조 제10항에 따라 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 제명 변경되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조, 형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 그 공소시효가 7년인데, 이에 대한 공소는 그 범죄행위가 종료한 2006. 5.부터 7년이 경과한 이후인 2014. 2. 12. 제기되었음이 기록상 명백하므로 이에 관하여 이미 공소시효가 완성되었다(이 사건 공소사실 중 2006. 12. 범행은 이 사건 경과규정이 시행된 2013. 6. 19. 당시 공소시효가 완성되지 아니하여 위 경과규정이 그대로 적용된다).

## 3. 결 론

따라서 원심판결 중 피고인의 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분 등에 대한 항소는 이유 있다.

그런데 피고인에 대한 공소사실 중 위 부분과 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범이므로 1개의 형을 선고하여야 하는 관계인 이상 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기하여야 한다.

그리고 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부차명령청구사건 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

그렇다면, 피고인의 피고사건에 대한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다) 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 원심 판시 범죄사실 제1항, 제2항 기재와 같이 피해자 고○○, 임○○을 간음한 사실이 없고, 원심 판시 범죄사실 제3항 내지 제5항 기재와 같은 행위를 한 사실은 있으나 피해자 고△△, 전○○의 합의 아래 그와 같은 행위를 하였다(전○○에 대하여는 정신적 장애인의 항거불능상태를 이용하지 아니하였다는 취지로 보인다).

그리고 피해자 고△△은 지적장애인이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인이 이를 인식하고 그녀에게 위력을 행사하여 간음 또는 추행한 것이 아니다(피고인은 항소이유로서 피해자 고△△에게 정신적 장애가 있음을 알지 못하였다고 명시적으로 주장하지는 아니하였으나, 원심부터 당심에 이르기까지 공판기일에서 줄곧 피해자 고△△이 지적장애인임을 인식하지 못하였다고 진술하고 있으므로 항소이유의 주장에 이에 관한 사항도 포함되어 있다고 본다).

나) 이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분은 공소시효기간인 7년을 이미 경과하여 공소시효가 완성되었는데 신체적 또는 정신적 장애가 있는 여자에 대한 성범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제3항은 형벌불소급의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙에 따라 이 사건에 적용되지 않음에도 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 선고형(징역 18년 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해(공소시효에 관한 법리오해는 별도의 항목으로 살펴본다)

1) 피해자 고○○, 임○○에 대한 간음행위 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자들의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1은 2013. 7.경 아파트 주민으로부터 '피고인이 성폭력범죄를 저지르고 다니는데 너는 청년회장이라면서 뭐하고 있느냐? 무슨 조치를 취하여야 하는 것이 아니냐?'라는 취지의 말을 듣고 아내를 통하여 피해자 고△△, 임○○이 피고인으로부터 성폭행을 당하였으며, 그로 인하여 피해자 고△△이 자살을 시도하고 우울증 치료를 받고 있다는 말을 전해 들었다.

이에 공소외 1은 이 사건 아파트 16통장 공소외 2와 함께 피고인이 지적장애인들을 대상으로 성폭력범죄를 저질렀다는 취지로 경찰에 신고하였다.

그 직후 공소외 1 등은 피해자 고○○, 임○○, 고△△과 함께 2013. 7. 26. 제주여성·학교폭력피해자 원스톱지원센터(이하 '원스톱지원센터'라고 한다)에 방문하여 피해사실을 신고하고 위 피해자들이 그 무렵 피해내용을 진술하였다.

나) 피해자 고○○, 임○○의 지능지수는 각각 63, 64이고, 사회지수는 그보다 낮은 44와 42에 머물고 있으며 사회 연령은 7.08세 및 7.6세에 불과하여 반복적인 연습을 통하여 습득할 수 있는 정도의 일상생활만 영위할 수 있다.

일반적으로 지적장애인은 자신의 의사를 표현하는 능력이 부족하여 성폭력범죄의 피해를 당하더라도 피해사실이 드러나는 데 시간이 걸리며 피해자 자신이 성폭력 피해사실을 스스로 인식하는 것보다 주변 사람들에 의하여 밝혀지는 경우가 많다.

이 사건의 경우도 피해자 고○○은 지적장애 3급, 피해자 임○○은 지적장애 1급에 해당하는 정신적 장애인들로서 위와 같은 지적장애인의 특성이 반영되어 성폭력범죄 발생 후 신고 시점까지 상당한 시간이 경과한 것으로 이해할 수 있다.

다) 위 피해자들에 대한 최초의 진술녹취는 2013. 8. 1. 이루어졌는데, 당시의 진술녹취록의 각 기재에 따르면, 피해자 고○○, 임○○은 피고인으로부터 피해를 당하였다는 취지로 진술하고 있으나, 그 내용이 산만하고 피해사실을 구체적으로 묘사하지는 못하고 있다.

다만, 피해자들은 피해사실의 핵심에 해당하는 피고인의 간음행위가 있었음을 일관되게 말이나 행동으로 표현하고 있고, 피해사실과 관련한 특징들(피고인이 범행 당시 했던 말, 피해장소의 냄새, 방 안의 구조 등)을 단편적이거나 진술하고 있다.

피해자들의 경찰 진술내용에 대한 의견을 제시한 아동·장애인 성폭력 사건 전문가 김○○도 피해자들에 대한 진술 녹화 당시 보호자나 조사자의 암시적이거나 직접적인 질문이 포함되어 있지 않아 그 진술이 외부의 영향으로 인하여 왜곡되었다고 보기 어렵다는 의견을 제시하였던 점을 보태어 보면, 피해자들이 진술하는 피해사실을 믿을 수 없다고 말할 수는 없다.

라) 경찰은 위 피해자들 및 참고인들의 진술을 토대로 2013. 8. 22. 피고인에 대한 제2회 피의자신문을 실시하고 그 조사결과에 따른 위 피해자들에 대한 범행일시를 구체적으로 특정한 다음 2013. 8. 24. 위 피해자들을 상대로 구체적인 범행일시에 관한 진술녹화를 다시 실시하였다.

제1차 진술녹화와는 달리 제2차 진술녹화에서 조사자는 위 피해자들을 상대로 피해사실에 관하여 직접적으로 질문하였으나, 제1차 진술녹화에서 위 피해자들의 진술의 신빙성이 있다고 보는 이상 제2차 진술녹화에서 조사자의 질문 방식 때문에 제2차 진술녹화에서의 위 피해자들의 진술의 신빙성이 무너진다고 보기는 어렵다.

마) 위 피해자들은 이 사건이 불거진 뒤 대인기피증 등 정서적 불안감을 나타내고 있어 어떠한 커다란 정신적 충격을 받을 만한 사건이 있었음을 추단할 수 있다.

바) 피고인은 2013. 2.경 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1이 관리하던 체력단련장을 피고인이 맡게 되면서 다툼이 생겼고, 양심을 품은 공소외 1이 장애인들과 결탁하여 마치 피고인이 장애인을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 것으로 꾸몄다고 주장한다.

공소외 1이 앞에서 본 바와 같은 경위로 피고인의 성폭력범죄를 경찰에 신고한 것은 인정되지만, 피고인 주장과 같은 고발 동기나 허위로 고발하였다는 근거를 기록상 찾아볼 수 없다.



2) 피고인이 피해자 고△△에게 정신적인 장애가 있었음을 알고 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 알고 있으면서 위 피해자를 위력으로써 간음하고 추행하였음이 인정되므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 이 사건 아파트는 다수의 장애인들이 거주하는 임대주택법령 소정의 영구임대주택이라는 사실이 제주시에 널리 알려져 있다.

나) 피해자 고△△은 평소 행동이 유치하고 어눌하여 그녀와 이야기를 해보면 장애인이라는 사실을 쉽게 알 수 있다.

이 사건 발생 직후 원스톱지원센터에서 피해자 고△△을 상대로 실시한 심리평가 결과 지능지수 61의 지적장애 3급 수준으로서 성행위의 의미는 알고 있지만 누구와 어떠한 맥락에서 성관계를 가져야 한다는 판단능력은 없는 것으로 평가되었다.

피해자 고△△의 어머니인 임○○을 포함한 가족들도 모두 지적장애인 또는 언어 장애인으로 등록되어 있어 주민들 사이에 피해자 고△△도 지적장애인이라고 알려져 있었지만 실제로는 장애등급을 받지는 아니하였다.

그 이유는 피해자 고△△의 가족은 모두 장애인으로서 위 피해자가 가족의 보호자 역할을 하고 있는데 자신마저 장애인으로 등록되면 가족 모두가 뿔뿔이 흩어져 장애인복지시설에 입소하여야 하기 때문에 주변에서 그 등록을 권하지 않았기 때문이다.

다) 피고인은 1997. 3.부터 이 사건 아파트에 거주하면서 반장, 통장 및 청년회장 등을 거쳐 임차인 대표까지 역임한데다 피해자 고△△과 이웃으로서 잘 알고 지냈다.

피고인도 검찰 조사 당시 피해자 고△△의 딸을 제외한 피해자 고△△의 모든 가족이 정신적 장애를 가지고 있다는 것을 알고 있었다고 진술하여 피해자 고△△에게도 정신적 장애가 존재할 가능성이 크다는 점을 인식하고 있었다고 보인다.

3) 피해자 고△△에 대한 위력의 행사 유무

가) 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항 기재 일시, 장소에서 피해자 고△△에게 "빌린 200만 원을 한꺼번에 갚든지, 애인이 되어 천천히 갚든지 선택해라."라고 말하였다는 점에 관한 증거는 증거능력이 없는 피고인에 대한 경찰 제2회 피의자신문조서, 위 피해자에 대한 각 경찰 진술조서를 제외하고는 고△△의 진술녹화 속기록과 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서의 각 기재가 있을 뿐이다.

이들 증거만으로는 피해자는 피고인에게 싫다는 의사표시를 하였고 이에 피고인은 가만히 있으라고 말한 사실이 인정될 뿐이다(제주지방법원 2013고합171호 증거기록 581쪽). 그런데 피고인이 위와 같이 말하고 간음행위에 수반하여 옷을 강제로 벗기는 것 이외의 별다른 유형력을 행사하지 않았더라도 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위력을 행사하여 피해자 고△△을 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 월 수입은 약 100만 원에 머물고 있고 신용불량 상태임에도 피고인은 2011년경부터 피해자 고△△에게 여러 차례에 걸쳐 합계 수 백 만 원의 돈을 대여하였다.

피고인은 이를 빌미로 성관계를 요구하려고 했던 것으로 보이고, 실제로 피고인이 변제를 독촉하자 이를 견디지 못한 피해자 고△△은 2012. 6.경 자살을 시도하였다.

다) 피해자 고△△은 1982. 10. 12.생으로 이 사건 당시 30세 남짓의 여자인데 비해, 피고인은 1960. 5. 3.생의 남자로서 피해자는 피고인에게 배우자와 자식들이 있다는 것을 알고 있었다.

이처럼 피해자가 22살이나 차이가 나고 유부남인 피고인의 요구에 순순히 응하여 성관계를 가진다는 것은 경험칙상 납득되지 아니한다.

라) 피고인은 2012. 7.경 공소외 3에게 피해자 고△△과 잠자리를 가지고 싶다는 취지로 도움을 요청하였고 원심 판시 제3항 기재 범행 당일 공소외 3는 피해자 고△△을 만나 "몸 아껴서 뭐 할거냐, 몸 한 번 주고 돈을 빌려 쓰면 될 것이다.

"라고 말하여 피해자 고△△에게 심리적 압박을 가하였다.

이처럼 피해자 고△△은 차용금으로 심리적으로 위축되어 있는 상황에서 같은 날 피고인 및 공소외 3와 식사를 하다가 공소외 3가 자리를 피하자 피고인에 이끌려 부근의 모텔에 들어갔는데, 피해자는 공소외 3 및 피고인과 함께 식사할 때만 하여도 피고인과 단둘이 남게 되어 모텔까지 갈 것을 예상하지 못하였던 것으로 보인다.

마) 피고인이 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 '하지 말라'고 하면서 명시적인 거부 의사를 밝혔음에도, '가만히 있으라'고 말하면서 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자를 간음하였다.

이처럼 피해자는 지적장애 3급에 준하는 정신적 장애를 가지고 있었고, 힘이나 연령 등에서 피고인과 현저한 차이가 나며, 차용금 문제로 심리적으로 위축되어 있었으므로, 피고인과 단둘이 모텔 방에 있게 된 피해자로서는 피고인에게 압도당하여 정상적인 반항을 하기 어려웠으리라고 보인다.

바) 피해자 고△△은 피고인으로부터 성폭력범죄를 당하자 지인들에게 피해사실을 조금씩 이야기하기 시작하여 그 소문이 퍼져 나갔고, 2012. 9. 26.경 다시 자살을 시도하였다.

#### 4) 피해자 전○○의 정신적 장애로 인한 항거불능 상태를 이용하였는지 여부

비록 피해자 전○○이 이 사건 범행 이후 간음의 경위에 관하여 상세히 진술하는 등 어느 정도의 지적 능력을 가진 것으로 보인다 하더라도, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피해자는 그 사회적 지능 내지 성숙도가 상당한 정도로 지체되어 대인관계 내지 의사소통에 중대한 어려움을 겪어 왔으며 이 사건 범행 당시에도 이러한 정신적 장애로 인하여 피고인의 성적 요구에 대한 거부의 의사를 분명하게 표시하지 못하거나 피고인의 손을 뿌리치는 것 이상의 적극적인 저항행위를 할 수 없었음을 인정할 수 있다.

따라서 피고인이 피해자의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피해자 전○○은 1981. 10. 29.생의 여자로서 지능지수가 51이고 사회지수는 이보다 낮은 31에 머물고 있으며 사회 연령은 10.1세에 불과하여(세부 영역별 사회연령은 이동능력이 11세, 작업능력이 8세, 의사소통능력이 9세에 해당 함) 단순한 놀이와 간단한 집안일 정도만 수행 가능하고 가까운 이웃 동네 정도를 혼자서 다닐 수 있는 지적장애 3급의 사람인데, 2005년 및 2006년 무렵에도 비슷한 수준의 정신적 장애를 가졌던 것으로 평가된다.

피해자는 피고인과 자신이 나이 차이가 많이 나고 피고인에게 배우자 및 자식들이 있다는 사실을 알고 있었으며, 평소 조금만 큰소리를 들어도 겁을 먹는다.

나) 피고인은 피해자에게 공부를 가르쳐 준다는 등의 명목 등으로 피해자의 신뢰를 쌓고 수시로 불러내 만남을 유지하다가 2006. 12. 피해자를 인적이 드문 과수원으로 데려가자마자 강제로 바닥에 눕혀 간음행위를 시작하였고, 원하지 않는다는 표시로 피고인의 손을 뿌리치는 피해자의 손을 잡고 피해자의 옷을 벗긴 뒤 간음하였다.

다) 피해자는 경찰에서 '피고인이 피해자가 장애인이라는 사실을 알고 한 번 이용해 보자. 노예로 삼아보자고 생각한 것 같다.

피고인이 성추행하려고 다른 길로 데려가서 옷을 벗으라고 하였고 옷을 벗지 않으면 때렸다.

그냥 하지 말라고 해도 계속 벗기니까 어쩔 수 없이 그냥 당하여 임신이 되었다.

'는 취지로 진술하였다.

나. 공소시효 만료

#### 1) 공소사실의 요지

피고인은 2006. 5. 일자불상 저녁 무렵 피해자를 이 사건 아파트 부근 과수원으로 데리고 간 후 갑자기 피해자를 바닥에 눕힌 다음 피해자의 옷을 모두 벗기고 그 과정에서 옷을 벗지 않으려는 피해자의 뺨을 손으로 때리는 등으로 피해자에게 겁을 주고 계속하여 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 피해자를 간음하였다.

#### 2) 원심의 판단

가) 위 범행의 공소시효 만료일

위 범행의 공소시효는 그 실행행위 종료일인 2006. 5. 일자불상경부터 7년이다(형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호).

나) 관련 법률의 개정 내용

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제20조 제3항은 "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.

"고 규정(이하 '이 사건 공소시효 배제규정'이라고 한다)하면서도 그 부칙에 위 법 시행 전에 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용한다는 취지의 경과규정은 두고 있지 아니하다.

그런데 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되어 같은 날 시행된 것)은 제20조(공소시효 기산에 관한 특례) 제1항에서 "미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.

"고, 제2항에서 "제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.

"는 취지로 공소시효 연장규정을 둠과 아울러 같은 법 부칙(2010. 4. 15.) 제3조에서 '이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.

'는 경과규정을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제7조의3도 위와 같은 취지의 공소시효 연장규정을 두고 있고, 같은 법 부칙 제6조도 같은 취지의 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있다}.

그 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행된 것) 제21조는 공소시효 적용배제규정의 대상범죄를 확대하면서 같은 법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 소급적용에 관한 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라고 한다)을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정된 것) 제20조도 같은 취지로 공소시효 배제규정을 두면서 같은 법 부칙 제3조에서 동일 취지의 경과규정을 두고 있다}.

#### 다) 경과규정이 없는 경우의 해석

이 부분 공소사실에 따른 범행의 공소시효 만료일인 2013. 5. 31. 이전에 이 사건 공소시효 배제규정이 시행되었는데, 다른 공소시효 연장규정과 달리 명시적인 경과규정이 없다.

그러나 ① 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 공소시효 배제규정 등 부진정 소급효는 일정한 요건 아래 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고, ② 이 사건 공소시효 배제규정을 제외하고는 그 전후에 이루어진 법률 개정은 그 제 개정 추이, 내용 및 입법취지가 같거나 유사하면서 공소시효 배제·연장규정에 관하여 모두 동일하게 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있으며, ③ 13세 미만 또는 장애인 여성 등 특정한 성폭력범죄에서 공소시효가 완성되지 아니한 상태인 경우 진행 중인 공소시효를 배제 또는 연장하는 부진정 소급효에 관한 규정은, 공소시효 제도에 근거한 범죄자 개인의 신뢰보다 취약여성들에 대한 성폭력범죄의 처벌 필요성 등 공익적 특수성에 비추어 정당화되고, 이 사건 범행에 대하여도 달리 볼 합리적인 근거를 찾아볼 수 없고, ④ 앞서 본 관련 법령에서 공소시효 배제규정의 대상인 기본범죄, 즉 강간죄, 준강간죄를 포함하여 이에서 더 확대하면서도 부진정소급효를 인정하는 경과규정을 두고 있는데, 그럼에도 기본범죄에 관한 이 사건 경과규정에 부진정 소급효를 인정하지 않는다면 그 대상범죄인 기본범죄의 공소시효 배제 적용 범위는 이 사건 공소시효 배제규정 시행일인 2011. 11. 17. 이후부터 저질러진 범행에만 한정되어 그 이전의 이 사건 경과규정의 적용범위가 사문화되는데, 이는 속칭 '도가니법'으로 불리는 이 사건 공소시효 배제규정의 입법경위, 당시 입법에 관한 사회적 합의·파장 등에 반하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정에서도 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 부진정 소급효는 인정된다(위와 같은 부진정 소급효에 관한 경과규정은 입법상 단순 착오·누락이라고 봄이 상당하다).

따라서 이 사건 범행은 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

### 3) 이 법원의 판단

원심 법원의 판단 중 위 ①과 ③은 요약하자면, 공소시효가 완성되지 아니한 경우에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 아니하므로 이 사건 공소시효 배제규정의 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논증이다.

공소시효가 완성되지 아니한 경우 진행 중인 공소시효를 배제·연장하는 법률은 이른바 부진정 소급효를 가지는데 이와 같은 부진정 소급입법은 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

그런데 이 사건은 형벌불소급의 원칙의 적용 여부가 문제된다기보다는, 부진정 소급 적용이 가능하다는 것을 전제로 하여 더 나아가 이 사건 공소시효 배제규정에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지 여부가 문제되는 경우라고 할 수 있다.

결국 원심 판결 이유 중 위 ①과 ③에 관한 사항은 이 사건 범죄행위의 공소시효가 완성되지 않았다는 점을 뒷받침하는 핵심적인 논증이라고 하기 어렵다.

왜냐하면, 위와 같은 논증은 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효를 배제하는 등의 규정이 있는 경우에 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논리일 뿐, 시적 적용범위에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이 사건 공소시효 배제규정 그 자체만으로 소급적용을 인정할 수 있다는 점에 관한 법리라고 보기는 어렵기 때문이다.

따라서 원심 판결 이유 중 ②와 ④에 관한 사항, 즉 이 사건 공소시효 배제규정은 있으나 그 경과규정이 없는 경우에도 입법취지와 내용, 관련 법률의 제·개정 추이에 비추어 법 시행 이전에 저질러진 범행 중 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용할 수 있다는 논증을 인정할 수 있는지 여부에 따라 판결의 결론이 달라진다고 할 수 있다.

원심이 들고 있는 위 ②, ④의 이유는 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 부존재하는 경우 여러 가지 근거를 들어 마치 존재하는 것처럼 해석할 수 있다는 것인데, 이는 결국 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 있는 것으로 유추해석할 수 있다는 것이다.

그러나 이 법원은 이 점에 관한 원심 판결의 이유를 그대로 수긍할 수 없는데, 그렇게 보는 이유는 항목을 바꾸어 보기로 한다.

#### 4) 피고인에게 불리한 유추해석의 가능 여부

가) '무엇이 법인가를 선언하는 것'은 법원에 주어진 중요한 책무 중 하나이다.

법원이 법을 올바르게 선언하기 위해서는 법원은 올바른 법을 발견하여야 한다.

따라서 법원이 법을 해석, 적용함에 있어서 '법의 발견'이라는 법원에 주어진 책무를 다하지 않는 것을 경계하여야 한다.

법원이 법을 발견하려는 직무를 저버린 채 법이 흠결되었다고 가볍게 생각하는 것은 정의로운 법의 선언을 포기하는 것이다.

이는 심각한 부정의이다.

원심은 이를 전제로 위와 같은 유추해석을 전개한 것으로서 위와 같은 법원의 책무에 비추어 이해하지 못할 것은 아니다.

다만, 형사법은 예외이어야 한다.

국가가 형벌권을 행사하는 경우 가능하면 형식적인 법의 적용이 요구된다.

불명확한 법조항에 빚대어 형벌을 부과할 수 있게 하는 것은 국가권력의 남용 가능성을 조장할 우려가 있기 때문이다.

이 또한 매우 심각한 부정의이다.

개별 사안에서 형사처벌의 필요성이 크다고 하더라도 그러하다.

그 때문에 국가권력의 남용 가능성의 길을 열어준다면 그로 인한 일반적인 폐해를 감당할 수 없다.

새로 명확한 법률을 제정하여 규율할 일이다.

원심은 입법취지와 이 사건 경과규정이 사문화될 수 있다는 점 등을 들어 유추해석이 정당하다고 실시하고 있으나, 입법자의 의사나 체계적인 법해석의 요구가 헌법상 원리, 즉 이 사건에서는 헌법상 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 헌법적 가치들과 충돌하는 경우 헌법적 원리나 가치를 우위에 두고 해석하여야 할 것이다.

나) 이와 같은 헌법상 원리에 입각하여 형법도 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고(제1조 제1항), 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있다(제1조 제2항).

공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 그 기간을 연장하는 규정을 두는 것이 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고 공소시효는 절차법적 제도로써 실체법에서 정해진 형벌권의 존부를 결정하는 것은 아니지만, 피고인의 입장에서는 공소시효에 따라 형벌의 유무가 달라지는 결과를 가져오고 공소시효가 배제·연장됨에 따라 실질적인 불이익을 입는 점과 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형사법의 엄격해석의 원칙을 고려하면, 형법 제1조를 유추적용하여 개정 전후를 비교하여 피고인에게 유리한 공소시효기간에 따라야 한다고 보는 것이 옳다(이와 같이 보는 것이 형사법 학자들의 다수설로 보인다).

이와 같은 입장에 따라 대상자에게 실질적으로 불리하게 부수처분 규정이 개정되면서 경과규정을 두지 않은 경우에도 행위시법의 입장을 취하는 것이 타당하다고 보는 학설이 있다(부칙명령청구 요건 및 부칙기간 하한 가중 요건을 완화, 확대하면서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부칙기간 하한을 2배 가중하도록 한 규정에 대하여 명확한 경과규정을 두지 아니한 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 대한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도6181, 2013전도122(병합) 판결 참조).

#### 5) 공소시효 배제규정의 경과규정이 없는 경우의 해석

가) 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관한 형사절차법상 원칙

(1) 입법정책의 문제

앞서 본 바와 같이 피고인에게 불리한 형사법규의 유추해석이 금지될 뿐만 아니라 절차법적으로도 이 사건 경과규정의 소급적용은 인정될 수 없다.

형사법에 있어서 신법 시행을 기점으로 그 전후에 계속되는 법적 상태(예컨대 공소시효의 진행 등)가 있는 경우 경과규정이 없을 때 그 법적 상태에 관하여 신법을 적용하는 것이 원칙인가, 구법을 적용하는 것이 원칙인가?

전자가 원칙이라면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이나 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 공소시효 배제·연장규정을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 둔 경우 그 경과규정은 단순한 주의적 규정에 불과하고, 후자가 원칙이라면 그 경과규정은 신·구법 중 어느 법을 적용할지를 규율하는 핵심적인 규정에 해당하게 된다.

그런데 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관해서는 세계적으로 보편타당한 공통되는 법의 일반원칙이 존재하는 것은 아니고, 각국의 현실 및 사정에 따라 그 적용범위를 달리 규율하는 입법정책의 문제라고 볼 수 있다{입법례에 관한 상세는 아래 나)항 참조}.

그렇다면 우리나라의 형사절차법상 공소시효 배제규정의 시적 적용범위의 원칙은 무엇인가? 이에 관해서는 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 규정과 특별법의 규정들을 살펴봄으로써 파악할 수 있다.

## (2) 형사소송법의 규정

중전의 공소시효 기간을 연장(공소시효 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년을 각각 25년, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년으로 연장)한다는 취지의 형사소송법이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 같은 날부터 시행되었는데, 위 법률 부칙 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 중전의 규정을 적용한다.'고 규정하였다.

① 위와 같은 공소시효의 연장은 형사소송법이 제정된 이후 처음으로 이루어진 것으로서 공소시효에 관하여 위 법률이 시행되기 이전에 범한 죄에 대하여는 중전의 규정을 적용한다는, 불소급에 관한 경과규정도 처음으로 규정되었던 점, ② 형사소송법상 공소시효 연장규정과 그 경과규정은, 형사소송법의 공소시효의 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 공소시효 배제·연장규정과 경과규정을 신설하기 전에 도입된 점, ③ 따라서 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 공소시효 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 형사절차법의 특별법으로서 특별법에 공소시효 배제·연장규정에 관한 경과규정이 없는 경우 일반법에 규정된 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 적용되어야 한다는 점, ④ 형사소송법의 위 부칙 규정에 비추어 보면 공소시효가 연장되는 것처럼 공소시효에 관한 규정이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 이를 소급적용하지 아니한다는 원칙을 천명한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 공소시효 배제규정의 신설 당시에는 그 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니하였다가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 비로소 이 사건 경과규정을 둔 것은, 입법자가 형사소송법에 규정된 공소시효의 시적 적용 범위에 관한 원칙을 의식하고 그 예외를 규정하기 위한 것으로 해석하는 것이 형사소송법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 사이의 체계에 부합하는 점, ⑤ 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되어, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조의3 제3항도 이 사건 공소시효 배제규정과 같은 취지로 규정하면서도 그 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하다가 위 전부 개정된 법률에서 비로소 그 소급적용에 관한 경과규정을 두었는데, 이 사건 공소시효 배제규정은 2011. 11. 17. 신설되었고 위 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 공소시효 배제규정은 2012. 2. 1. 신설되어 각기 개정 시점을 달리하면서도 동일하게 그 경과규정을 두지 아니한 것을 단순히 입법자의 착오나 과실로 치부하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정은 형사소송법의 원칙에 따라 이 부분 범죄행위에 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

## (3) 그 밖의 특별법에서의 공소시효 연장규정에 관한 경과규정

조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 제22조가 법인의 대표자 등이 위 법 소정의 범칙행위를 한 경우의 공소시효를 5년으로 규정하면서, 위 범칙행위가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의 적용을 받는 경우에 그 법인에 대한 공소시효를 10년으로 연장하는 취지로 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2010. 1. 1.) 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄의 공소시효에 관하여는 제22조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

'고 규정한다(조세범 처벌법은 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정되면서 제17조를 전문개정하여 공소시효를 연장하였는데, 그 부칙 제2조에도 그 시행 전에 진행이 개시된 공소시효기간에 관하여는 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다고 규정하였다).

한편 공직선거법은 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되어 제268조 제3항을 신설하면서 공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 공소시효는 같은 조 제1항, 제2항에서 정해진 6개월이 아니라 해당 선거일 후 10년을 경과함으로써 완성한다고 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2014. 2. 13.) 제11조는 그 시행 전의 행위에 대한 공소시효의 적용은 종전의 규정에 따르도록 규정한다(공직선거법은 위 개정 이전에도 제268조 소정의 공소시효를 연장하는 취지로 개정되었는데 그 때에도 부칙에서 종전의 규정에 따르도록 규정하였다).

이와 같은 관련 법률의 규정을 종합하면, 공소시효 기간을 연장하는 취지로 개정된 개별 법률들은, 성폭력범죄를 제외하고는 모두 신법 시행 이전에 범한 죄의 공소시효는 종전의 규정에 따르도록 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

이는 공소시효가 피고인에게 실질적으로 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용한다는 원칙에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 이와 같은 흐름과는 반대로 피고인에게 불리하게 신설·개정된 공소시효 배제·연장 규정이 그 시행 이전에 저질러진 성폭력범죄에 대해서도 적용하기 위해서는 이에 관한 명시적인 경과규정이 필요하다는 점을 시사하는 것이다.

따라서 이 사건 공소시효 배제규정에 대한 경과규정이 존재하지 아니할 때에는 위와 같은 원칙을 좇아 피고인에게 불리하지 아니한 종전의 규정을 따르는 것이 옳다는 것을 미루어 파악할 수 있다.

#### 나) 입법례

##### (1) 프랑스

프랑스에서 중죄에 관한 공소시효는 10년인데, 미성년자에 대한 강간살인, 성범죄 등 중죄에 대해서는 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효가 중단된다는 규정이 '미성년자의 비행 예방 및 아동보호에 관한 법률'(1989. 7. 10. 법률 제89-487호: LOI n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative la prévention des mauvais traitements l'égard des mineurs et la protection de l'enfance) 제16조로 신설되었고 이후 공소시효기간도 20년으로 연장되었으나, 이와 같은 공소시효 연장에 관한 경과규정은 없었다.

다만, 프랑스 형법 제112-2조 제4항은 공소시효가 완성되지 아니한 경우에 한하여 공소시효에 관한 신법 규정은 신법 시행 이전에 발생한 범죄에 대하여도 적용한다고 규정하고 있어, 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 없어도 신법 규정을 적용하는 원칙적인 규정을 두고 있다.

##### (2) 일본

일본은 형사소송시행법 제6조에 따라 공소시효기간은 구법을 따르도록 입법적으로 해결하였다.

즉, 개정 형사소송법(이하 '신법'이라 한다)을 시행할 때까지 공소가 제기되지 아니한 사건에 관하여는 신법을 적용하되, 신법이 시행되기 전에 개정 전 형사소송법(이하 '구법'이라 한다) 및 응급조치법에 의하여 생긴 효력을 막지 아니한다(일본 형사소송시행법 제3조)고 규정하는 한편, 제4조의 사건에 관하여 신법이 시행되기 전부터 진행을 시작한 법



정기간 및 소송행위를 해야 하는 사람의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 소재지의 거리에 따른 법정기간에 부가하여야 하는 기간에 관하여는, 신법이 시행된 후에도 구법 및 응급조치법에 따른다(같은 법 제6조)고 규정하고 있다

## 6) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2010. 4. 15., 법률 제10258호) 제5조 제10항에 따라 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 제명 변경되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조, 형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 그 공소시효가 7년인데, 이에 대한 공소는 그 범죄행위가 종료한 2006. 5.부터 7년이 경과한 이후인 2014. 2. 12. 제기되었음이 기록상 명백하므로 이에 관하여 이미 공소시효가 완성되었다(이 사건 공소사실 중 2006. 12. 범행은 이 사건 경과규정이 시행된 2013. 6. 19. 당시 공소시효가 완성되지 아니하여 위 경과규정이 그대로 적용된다).

## 3. 결 론

따라서 원심판결 중 피고인의 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분 등에 대한 항소는 이유 있다.

그런데 피고인에 대한 공소사실 중 위 부분과 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범이므로 1개의 형을 선고하여야 하는 관계인 이상 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기하여야 한다.

그리고 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

그렇다면, 피고인의 피고사건에 대한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다) 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

#### 가. 피고인

#### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 겸 피부작명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 원심 판시 범죄사실 제1항, 제2항 기재와 같이 피해자 고○○, 임○○을 간음한 사실이 없고, 원심 판시 범죄사실 제3항 내지 제5항 기재와 같은 행위를 한 사실은 있으나 피해자 고△△, 전○○의 합의 아래 그와 같은 행위를 하였다(전○○에 대하여는 정신적 장애인의 항거불능상태를 이용하지 아니하였다는 취지로 보인다).

그리고 피해자 고△△은 지적장애인이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인이 이를 인식하고 그녀에게 위력을 행사하여 간음 또는 추행한 것이 아니다(피고인은 항소이유로서 피해자 고△△에게 정신적 장애가 있음을 알지 못하였다고 명시적으로 주장하지는 아니하였으나, 원심부터 당심에 이르기까지 공판기일에서 줄곧 피해자 고△△이 지적장애인임을 인식하지 못하였다고 진술하고 있으므로 항소이유의 주장에 이에 관한 사항도 포함되어 있다고 본다).

나) 이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분은 공소시효기간인 7년을 이미 경과하여 공소시효가 완성되었는데 신체적 또는 정신적 장애가 있는 여자에 대한 성범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제3항은 형벌불소급의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙에 따라 이 사건에 적용되지 않음에도 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(징역 18년 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해(공소시효에 관한 법리오해는 별도의 항목으로 살펴본다)

### 1) 피해자 고○○, 임○○에 대한 간음행위 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자들의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1은 2013. 7.경 아파트 주민으로부터 '피고인이 성폭력범죄를 저지르고 다니는데 너는 청년회장이라면서 뭐하고 있느냐? 무슨 조치를 취하여야 하는 것이 아니냐?'라는 취지의 말을 듣고 아내를 통하여 피해자 고△△, 임○○이 피고인으로부터 성폭행을 당하였으며, 그로 인하여 피해자 고△△이 자살을 시도하고 우울증 치료를 받고 있다는 말을 전해 들었다.

이에 공소외 1은 이 사건 아파트 16통장 공소외 2와 함께 피고인이 지적장애인들을 대상으로 성폭력범죄를 저질렀다는 취지로 경찰에 신고하였다.

그 직후 공소외 1 등은 피해자 고○○, 임○○, 고△△과 함께 2013. 7. 26. 제주여성·학교폭력피해자 원스톱지원센터(이하 '원스톱지원센터'라고 한다)에 방문하여 피해사실을 신고하고 위 피해자들이 그 무렵 피해내용을 진술하였다.

나) 피해자 고○○, 임○○의 지능지수는 각각 63, 64이고, 사회지수는 그보다 낮은 44와 42에 머물고 있으며 사회 연령은 7.08세 및 7.6세에 불과하여 반복적인 연습을 통하여 습득할 수 있는 정도의 일상생활만 영위할 수 있다.

일반적으로 지적장애인은 자신의 의사를 표현하는 능력이 부족하여 성폭력범죄의 피해를 당하더라도 피해사실이 드러나는 데 시간이 걸리며 피해자 자신이 성폭력 피해사실을 스스로 인식하는 것보다 주변 사람들에 의하여 밝혀지는 경우가 많다.

이 사건의 경우도 피해자 고○○은 지적장애 3급, 피해자 임○○은 지적장애 1급에 해당하는 정신적 장애인들로서 위와 같은 지적장애인의 특성이 반영되어 성폭력범죄 발생 후 신고 시점까지 상당한 시간이 경과한 것으로 이해할 수 있다.

다) 위 피해자들에 대한 최초의 진술녹취는 2013. 8. 1. 이루어졌는데, 당시의 진술녹취록의 각 기재에 따르면, 피해자 고○○, 임○○은 피고인으로부터 피해를 당하였다는 취지로 진술하고 있으나, 그 내용이 산만하고 피해사실을 구체적으로 묘사하지는 못하고 있다.

다만, 피해자들은 피해사실의 핵심에 해당하는 피고인의 간음행위가 있었음을 일관되게 말이나 행동으로 표현하고 있고, 피해사실과 관련한 특징들(피고인이 범행 당시 했던 말, 피해장소의 냄새, 방 안의 구조 등)을 단편적이거나 진술하고 있다.

피해자들의 경찰 진술내용에 대한 의견을 제시한 아동·장애인 성폭력 사건 전문가 김○○도 피해자들에 대한 진술 녹화 당시 보호자나 조사자의 암시적이거나 직접적인 질문이 포함되어 있지 않아 그 진술이 외부의 영향으로 인하여 왜곡되었다고 보기 어렵다는 의견을 제시하였던 점을 보태어 보면, 피해자들이 진술하는 피해사실을 믿을 수 없다고 말할 수는 없다.

라) 경찰은 위 피해자들 및 참고인들의 진술을 토대로 2013. 8. 22. 피고인에 대한 제2회 피의자신문을 실시하고 그 조사결과에 따른 위 피해자들에 대한 범행일시를 구체적으로 특정한 다음 2013. 8. 24. 위 피해자들을 상대로 구체적인 범행일시에 관한 진술녹화를 다시 실시하였다.

제1차 진술녹화와는 달리 제2차 진술녹화에서 조사자는 위 피해자들을 상대로 피해사실에 관하여 직접적으로 질문하였으나, 제1차 진술녹화에서 위 피해자들의 진술의 신빙성이 있다고 보는 이상 제2차 진술녹화에서 조사자의 질문 방식 때문에 제2차 진술녹화에서의 위 피해자들의 진술의 신빙성이 무너진다고 보기는 어렵다.

마) 위 피해자들은 이 사건이 불거진 뒤 대인기피증 등 정서적 불안감을 나타내고 있어 어떠한 커다란 정신적 충격을 받을 만한 사건이 있었음을 추단할 수 있다.

바) 피고인은 2013. 2.경 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1이 관리하던 체력단련장을 피고인이 맡게 되면서 다툼이 생겼고, 양심을 품은 공소외 1이 장애인들과 결탁하여 마치 피고인이 장애인을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 것으로 꾸몄다고 주장한다.

공소외 1이 앞에서 본 바와 같은 경위로 피고인의 성폭력범죄를 경찰에 신고한 것은 인정되지만, 피고인 주장과 같은 고발 동기나 허위로 고발하였다는 근거를 기록상 찾아볼 수 없다.

## 2) 피고인이 피해자 고△△에게 정신적인 장애가 있었음을 알고 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 알고 있으면서 위 피해자를 위력으로써 간음하고 추행하였음이 인정되므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 이 사건 아파트는 다수의 장애인들이 거주하는 임대주택법령 소정의 영구임대주택이라는 사실이 제주시에 널리 알려져 있다.

나) 피해자 고△△은 평소 행동이 유치하고 어눌하여 그녀와 이야기를 해보면 장애인이라는 사실을 쉽게 알 수 있다.

이 사건 발생 직후 원스톱지원센터에서 피해자 고△△을 상대로 실시한 심리평가 결과 지능지수 61의 지적장애 3급 수준으로서 성행위의 의미는 알고 있지만 누구와 어떠한 맥락에서 성관계를 가져야 한다는 판단능력은 없는 것으로 평가되었다.

피해자 고△△의 어머니인 임○○을 포함한 가족들도 모두 지적장애인 또는 언어 장애인으로 등록되어 있어 주민들 사이에 피해자 고△△도 지적장애인이라고 알려져 있었지만 실제로는 장애등급을 받지는 아니하였다.

그 이유는 피해자 고△△의 가족은 모두 장애인으로서 위 피해자가 가족의 보호자 역할을 하고 있는데 자신마저 장애인으로 등록되면 가족 모두가 뿔뿔이 흩어져 장애인복지시설에 입소하여야 하기 때문에 주변에서 그 등록을 권하지 않았기 때문이다.

다) 피고인은 1997. 3.부터 이 사건 아파트에 거주하면서 반장, 통장 및 청년회장 등을 거쳐 임차인 대표까지 역임한데다 피해자 고△△과 이웃으로서 잘 알고 지냈다.

피고인도 검찰 조사 당시 피해자 고△△의 딸을 제외한 피해자 고△△의 모든 가족이 정신적 장애를 가지고 있다는 것을 알고 있었다고 진술하여 피해자 고△△에게도 정신적 장애가 존재할 가능성이 크다는 점을 인식하고 있었다고 보인다.

### 3) 피해자 고△△에 대한 위력의 행사 유무

가) 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항 기재 일시, 장소에서 피해자 고△△에게 "빌린 200만 원을 한꺼번에 갚든지, 애인이 되어 천천히 갚든지 선택해라."라고 말하였다는 점에 관한 증거는 증거능력이 없는 피고인에 대한 경찰 제2회 피의자신문조서, 위 피해자에 대한 각 경찰 진술조서를 제외하고는 고△△의 진술녹화 속기록과 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서의 각 기재가 있을 뿐이다.

이들 증거만으로는 피해자는 피고인에게 싫다는 의사표시를 하였고 이에 피고인은 가만히 있으라고 말한 사실이 인정될 뿐이다(제주지방법원 2013고합171호 증거기록 581쪽). 그런데 피고인이 위와 같이 말하고 간음행위에 수반하여 옷을 강제로 벗기는 것 이외의 별다른 유형력을 행사하지 않았더라도 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위력을 행사하여 피해자 고△△을 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 월 수입은 약 100만 원에 머물고 있고 신용불량 상태임에도 피고인은 2011년경부터 피해자 고△△에게 여러 차례에 걸쳐 합계 수 백 만 원의 돈을 대여하였다.

피고인은 이를 빌미로 성관계를 요구하려고 했던 것으로 보이고, 실제로 피고인이 변제를 독촉하자 이를 건디지 못한 피해자 고△△은 2012. 6.경 자살을 시도하였다.

다) 피해자 고△△은 1982. 10. 12.생으로 이 사건 당시 30세 남짓의 여자인데 비해, 피고인은 1960. 5. 3.생의 남자로서 피해자는 피고인에게 배우자와 자식들이 있다는 것을 알고 있었다.

이처럼 피해자가 22살이나 차이가 나고 유부남인 피고인의 요구에 순순히 응하여 성관계를 가진다는 것은 경험칙상 납득되지 아니한다.

라) 피고인은 2012. 7.경 공소외 3에게 피해자 고△△과 잠자리를 가지고 싶다는 취지로 도움을 요청하였고 원심 판시 제3항 기재 범행 당일 공소외 3는 피해자 고△△을 만나 "몸 아껴서 뭐 할거냐, 몸 한 번 주고 돈을 빌려 쓰면 될 것이다.

"라고 말하여 피해자 고△△에게 심리적 압박을 가하였다.

이처럼 피해자 고△△은 차용금으로 심리적으로 위축되어 있는 상황에서 같은 날 피고인 및 공소외 3와 식사를 하다가 공소외 3가 자리를 피하자 피고인에 이끌려 부근의 모텔에 들어갔는데, 피해자는 공소외 3 및 피고인과 함께 식사할 때만 하여도 피고인과 단둘이 남게 되어 모텔까지 갈 것을 예상하지 못하였던 것으로 보인다.

마) 피고인이 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 '하지 말라'고 하면서 명시적인 거부 의사를 밝혔음에도, '가만히 있으라'고 말하면서 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자를 간음하였다.

이처럼 피해자는 지적장애 3급에 준하는 정신적 장애를 가지고 있었고, 힘이나 연령 등에서 피고인과 현저한 차이가 나며, 차용금 문제로 심리적으로 위축되어 있었으므로, 피고인과 단둘이 모텔 방에 있게 된 피해자로서는 피고인에게 압도당하여 정상적인 반항을 하기 어려웠으리라고 보인다.

바) 피해자 고△△은 피고인으로부터 성폭력범죄를 당하자 지인들에게 피해사실을 조금씩 이야기하기 시작하여 그 소문이 퍼져 나갔고, 2012. 9. 26.경 다시 자살을 시도하였다.

#### 4) 피해자 전○○의 정신적 장애로 인한 항거불능 상태를 이용하였는지 여부

비록 피해자 전○○이 이 사건 범행 이후 간음의 경위에 관하여 상세히 진술하는 등 어느 정도의 지적 능력을 가진 것으로 보인다 하더라도, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피해자는 그 사회적 지능 내지 성숙도가 상당한 정도로 지체되어 대인관계 내지 의사소통에 중대한 어려움을 겪어 왔으며 이 사건 범행 당시에도 이러한 정신적 장애로 인하여 피고인의 성적 요구에 대한 거부의 의사를 분명하게 표시하지 못하거나 피고인의 손을 뿌리치는 것 이상의 적극적인 저항행위를 할 수 없었음을 인정할 수 있다.

따라서 피고인이 피해자의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피해자 전○○은 1981. 10. 29.생의 여자로서 지능지수가 51이고 사회지수는 이보다 낮은 31에 머물고 있으며 사회연령은 10.1세에 불과하여(세부 영역별 사회연령은 이동능력이 11세, 작업능력이 8세, 의사소통능력이 9세에 해당함) 단순한 놀이와 간단한 집안일 정도만 수행 가능하고 가까운 이웃 동네 정도를 혼자서 다닐 수 있는 지적장애 3급의 사람인데, 2005년 및 2006년 무렵에도 비슷한 수준의 정신적 장애를 가졌던 것으로 평가된다.

피해자는 피고인과 자신이 나이 차이가 많이 나고 피고인에게 배우자 및 자식들이 있다는 사실을 알고 있었으며, 평소 조금만 큰소리를 들어도 겁을 먹는다.

나) 피고인은 피해자에게 공부를 가르쳐 준다는 등의 명목 등으로 피해자의 신뢰를 쌓고 수시로 불러내 만남을 유지하다가 2006. 12. 피해자를 인적이 드문 과수원으로 데려가자마자 강제로 바닥에 눕혀 간음행위를 시작하였고, 원하지 않는다는 표시로 피고인의 손을 뿌리치는 피해자의 손을 잡고 피해자의 옷을 벗긴 뒤 간음하였다.

다) 피해자는 경찰에서 '피고인이 피해자가 장애인이라는 사실을 알고 한 번 이용해 보자. 노예로 삼아보자고 생각한 것 같다.

피고인이 성추행하려고 다른 길로 데려가서 옷을 벗으라고 하였고 옷을 벗지 않으면 때렸다.

그냥 하지 말라고 해도 계속 벗기니까 어쩔 수 없이 그냥 당하여 임신이 되었다.

'는 취지로 진술하였다.

나. 공소시효 만료

#### 1) 공소사실의 요지

피고인은 2006. 5. 일자불상 저녁 무렵 피해자를 이 사건 아파트 부근 과수원으로 데리고 간 후 갑자기 피해자를 바닥에 눕힌 다음 피해자의 옷을 모두 벗기고 그 과정에서 옷을 벗지 않으려는 피해자의 뺨을 손으로 때리는 등으로 피해자에게 겁을 주고 계속하여 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 피해자를 간음하였다.

#### 2) 원심의 판단

가) 위 범행의 공소시효 만료일

위 범행의 공소시효는 그 실행행위 종료일인 2006. 5. 일자불상경부터 7년이다(형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호).

나) 관련 법률의 개정 내용

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제20조 제3항은 "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.

"고 규정(이하 '이 사건 공소시효 배제규정'이라고 한다)하면서도 그 부칙에 위 법 시행 전에 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용한다는 취지의 경과규정은 두고 있지 아니하다.

그런데 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되어 같은 날 시행된 것)은 제20조(공소시효 기산에 관한 특례) 제1항에서 "미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.

"고, 제2항에서 "제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.

"는 취지로 공소시효 연장규정을 둠과 아울러 같은 법 부칙(2010. 4. 15.) 제3조에서 '이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.

'는 경과규정을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제7조의3도 위와 같은 취지의 공소시효 연장규정을 두고 있고, 같은 법 부칙 제6조도 같은 취지의 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있다}.

그 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행된 것) 제21조는 공소시효 적용배제규정의 대상범죄를 확대하면서 같은 법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 소급적용에 관한 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라고 한다)을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정된 것) 제20조도 같은 취지로 공소시효 배제규정을 두면서 같은 법 부칙 제3조에서 동일

취지의 경과규정을 두고 있다}.

다) 경과규정이 없는 경우의 해석

이 부분 공소사실에 따른 범행의 공소시효 만료일인 2013. 5. 31. 이전에 이 사건 공소시효 배제규정이 시행되었는데, 다른 공소시효 연장규정과는 달리 명시적인 경과규정이 없다.

그러나 ① 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 공소시효 배제규정 등 부진정 소급효는 일정한 요건 아래 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고, ② 이 사건 공소시효 배제규정을 제외하고는 그 전후에 이루어진 법률 개정은 그 제·개정 추이, 내용 및 입법취지가 같거나 유사하면서 공소시효 배제·연장규정에 관하여 모두 동일하게 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있으며, ③ 13세 미만 또는 장애인 여성 등 특정한 성폭력범죄에서 공소시효가 완성되지 아니한 상태인 경우 진행 중인 공소시효를 배제 또는 연장하는 부진정 소급효에 관한 규정은, 공소시효 제도에 근거한 범죄자 개인의 신뢰보다 취약여성들에 대한 성폭력범죄의 처벌 필요성 등 공익적 특수성에 비추어 정당화되고, 이 사건 범행에 대하여도 달리 볼 합리적인 근거를 찾아볼 수 없고, ④ 앞서 본 관련 법령에서 공소시효 배제규정의 대상인 기본범죄, 즉 강간죄, 준강간죄를 포함하여 이에서 더 확대하면서도 부진정소급효를 인정하는 경과규정을 두고 있는데, 그럼에도 기본범죄에 관한 이 사건 경과규정에 부진정 소급효를 인정하지 않는다면 그 대상범죄인 기본범죄의 공소시효 배제 적용 범위는 이 사건 공소시효 배제규정 시행일인 2011. 11. 17. 이후부터 저질러진 범행에만 한정되어 그 이전의 이 사건 경과규정의 적용범위가 사문화되는데, 이는 속칭 '도가니법'으로 불리는 이 사건 공소시효 배제규정의 입법경위, 당시 입법에 관한 사회적 합의·파장 등에 반하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정에서도 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 부진정 소급효는 인정된다(위와 같은 부진정 소급효에 관한 경과규정은 입법상 단순 착오·누락이라고 봄이 상당하다).

따라서 이 사건 범행은 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

### 3) 이 법원의 판단

원심 법원의 판단 중 위 ①과 ③은 요약하자면, 공소시효가 완성되지 아니한 경우에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 아니하므로 이 사건 공소시효 배제규정의 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논증이다.

공소시효가 완성되지 아니한 경우 진행 중인 공소시효를 배제·연장하는 법률은 이른바 부진정 소급효를 가지는데 이와 같은 부진정 소급입법은 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

그런데 이 사건은 형벌불소급의 원칙의 적용 여부가 문제된다기보다는, 부진정 소급 적용이 가능하다는 것을 전제로 하여 더 나아가 이 사건 공소시효 배제규정에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지 여부가 문제되는 경우라고 할 수 있다.

결국 원심 판결 이유 중 위 ①과 ③에 관한 사항은 이 사건 범죄행위의 공소시효가 완성되지 않았다는 점을 뒷받침하는 핵심적인 논증이라고 하기 어렵다.

왜냐하면, 위와 같은 논증은 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효를 배제하는 등의 규정이 있는 경우에 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논리일 뿐, 시적 적용범위에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이 사건 공소시효 배제규정 그 자체만으로 소급적용을 인정할 수 있다는 점에 관한 법리라고 보기는 어렵기 때문이다.

따라서 원심 판결 이유 중 ②와 ④에 관한 사항, 즉 이 사건 공소시효 배제규정은 있으나 그 경과규정이 없는 경우에도 입법취지와 내용, 관련 법률의 제·개정 추이에 비추어 법 시행 이전에 저질러진 범행 중 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용할 수 있다는 논증을 인정할 수 있는지 여부에 따라 판결의 결론이 달라진다고 할 수 있다.

원심이 들고 있는 위 ②, ④의 이유는 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 부존재하는 경우 여러 가지 근거를 들어 마치 존재하는 것처럼 해석할 수 있다는 것인데, 이는 결국 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 있는 것으로 유추해석할 수 있다는 것이다.

그러나 이 법원은 이 점에 관한 원심 판결의 이유를 그대로 수긍할 수 없는데, 그렇게 보는 이유는 항목을 바꾸어 보기로 한다.

#### 4) 피고인에게 불리한 유추해석의 가능 여부

가) '무엇이 법인가를 선언하는 것'은 법원에 주어진 중요한 책무 중 하나이다.

법원이 법을 올바르게 선언하기 위해서는 법원은 올바른 법을 발견하여야 한다.

따라서 법원이 법을 해석, 적용함에 있어서 '법의 발견'이라는 법원에 주어진 책무를 다하지 않는 것을 경계하여야 한다.

법원이 법을 발견하려는 직무를 저버린 채 법이 흠결되었다고 가볍게 생각하는 것은 정의로운 법의 선언을 포기하는 것이다.

이는 심각한 부정의이다.

원심은 이를 전제로 위와 같은 유추해석을 전개한 것으로서 위와 같은 법원의 책무에 비추어 이해하지 못할 것은 아니다.

다만, 형사법은 예외이어야 한다.

국가가 형벌권을 행사하는 경우 가능하면 형식적인 법의 적용이 요구된다.

불명확한 법조항에 빚대어 형벌을 부과할 수 있게 하는 것은 국가권력의 남용 가능성을 조장할 우려가 있기 때문이다.

이 또한 매우 심각한 부정의이다.

개별 사안에서 형사처벌의 필요성이 크다고 하더라도 그러하다.

그 때문에 국가권력의 남용 가능성의 길을 열어준다면 그로 인한 일반적인 피해를 감당할 수 없다.

새로 명확한 법률을 제정하여 규율할 일이다.

원심은 입법취지와 이 사건 경과규정이 사문화될 수 있다는 점 등을 들어 유추해석이 정당하다고 설시하고 있으나, 입법자의 의사나 체계적인 법해석의 요구가 헌법상 원리, 즉 이 사건에서는 헌법상 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 헌법적 가치들과 충돌하는 경우 헌법적 원리나 가치를 우위에 두고 해석하여야 할 것이다.

나) 이와 같은 헌법상 원리에 입각하여 형법도 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고(제1조 제1항), 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있다(제1조 제2항).



공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 그 기간을 연장하는 규정을 두는 것이 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고 공소시효는 절차법적 제도로써 실체법에서 정해진 형벌권의 존부를 결정하는 것은 아니지만, 피고인의 입장에서는 공소시효에 따라 형벌의 유무가 달라지는 결과를 가져오고 공소시효가 배제·연장됨에 따라 실질적인 불이익을 입는 점과 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형사법의 엄격해석의 원칙을 고려하면, 형법 제1조를 유추적용하여 개정 전후를 비교하여 피고인에게 유리한 공소시효기간에 따라야 한다고 보는 것이 옳다(이와 같이 보는 것이 형사법 학자들의 다수설로 보인다).

이와 같은 입장에 따라 대상자에게 실질적으로 불리하게 부수처분 규정이 개정되면서 경과규정을 두지 않은 경우에도 행위시법의 입장을 취하는 것이 타당하다고 보는 학설이 있다(부처명령청구 요건 및 부착기간 하한 가중 요건을 완화, 확대하면서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부착기간 하한을 2배 가중하도록 한 규정에 대하여 명확한 경과규정을 두지 아니한 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 대한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도6181, 2013전도122(병합) 판결 참조).

#### 5) 공소시효 배제규정의 경과규정이 없는 경우의 해석

가) 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관한 형사절차법상 원칙

##### (1) 입법정책의 문제

앞서 본 바와 같이 피고인에게 불리한 형사법규의 유추해석이 금지될 뿐만 아니라 절차법적으로도 이 사건 경과규정의 소급적용은 인정될 수 없다.

형사법에 있어서 신법 시행을 기점으로 그 전후에 계속되는 법적 상태(예컨대 공소시효의 진행 등)가 있는 경우 경과규정이 없을 때 그 법적 상태에 관하여 신법을 적용하는 것이 원칙인가, 구법을 적용하는 것이 원칙인가?

전자가 원칙이라면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이나 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 공소시효 배제·연장규정을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 둔 경우 그 경과규정은 단순한 주의적 규정에 불과하고, 후자가 원칙이라면 그 경과규정은 신·구법 중 어느 법을 적용할지를 규율하는 핵심적인 규정에 해당하게 된다.

그런데 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관해서는 세계적으로 보편타당한 공통되는 법의 일반원칙이 존재하는 것은 아니고, 각국의 현실 및 사정에 따라 그 적용범위를 달리 규율하는 입법정책의 문제라고 볼 수 있다(입법례에 관한 상세는 아래 나)항 참조).

그렇다면 우리나라의 형사절차법상 공소시효 배제규정의 시적 적용범위의 원칙은 무엇인가? 이에 관해서는 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 규정과 특별법의 규정들을 살펴봄으로써 파악할 수 있다.

##### (2) 형사소송법의 규정

중전의 공소시효 기간을 연장(공소시효 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년을 각각 25년, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년으로 연장)한다는 취지의 형사소송법이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 같은 날부터 시행되었는데, 위 법률 부칙 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 중전의 규정을 적용한다.'고 규정하였다.

① 위와 같은 공소시효의 연장은 형사소송법이 제정된 이후 처음으로 이루어진 것으로서 공소시효에 관하여 위 법률이 시행되기 이전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다는, 불소급에 관한 경과규정도 처음으로 규정되었던 점, ② 형사소송법상 공소시효 연장규정과 그 경과규정은, 형사소송법의 공소시효의 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 공소시효 배제·연장규정과 경과규정을 신설하기 전에 도입된 점, ③ 따라서 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 공소시효 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 형사절차법의 특별법으로서 특별법에 공소시효 배제·연장규정에 관한 경과규정이 없는 경우 일반법에 규정된 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 적용되어야 한다는 점, ④ 형사소송법의 위 부칙 규정에 비추어 보면 공소시효가 연장되는 것처럼 공소시효에 관한 규정이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 이를 소급적용하지 아니한다는 원칙을 천명한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 공소시효 배제규정의 신설 당시에는 그 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니하였다가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 비로소 이 사건 경과규정을 둔 것은, 입법자가 형사소송법에 규정된 공소시효의 시적 적용 범위에 관한 원칙을 의식하고 그 예외를 규정하기 위한 것으로 해석하는 것이 형사소송법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 사이의 체계에 부합하는 점, ⑤ 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되어, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조의3 제3항도 이 사건 공소시효 배제규정과 같은 취지로 규정하면서도 그 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하다가 위 전부 개정된 법률에서 비로소 그 소급적용에 관한 경과규정을 두었는데, 이 사건 공소시효 배제규정은 2011. 11. 17. 신설되었고 위 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 공소시효 배제규정은 2012. 2. 1. 신설되어 각기 개정 시점을 달리하면서도 동일하게 그 경과규정을 두지 아니한 것을 단순히 입법자의 착오나 과실로 치부하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정은 형사소송법의 원칙에 따라 이 부분 범죄행위에 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

(3) 그 밖의 특별법에서의 공소시효 연장규정에 관한 경과규정

조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 제22조가 법인의 대표자 등이 위 법 소정의 범칙행위를 한 경우의 공소시효를 5년으로 규정하면서, 위 범칙행위가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의 적용을 받는 경우에 그 법인에 대한 공소시효를 10년으로 연장하는 취지로 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2010. 1. 1.) 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄의 공소시효에 관하여는 제22조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

'고 규정한다(조세범 처벌법은 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정되면서 제17조를 전문개정하여 공소시효를 연장하였는데, 그 부칙 제2조에도 그 시행 전에 진행이 개시된 공소시효기간에 관하여는 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다고 규정하였다).

한편 공직선거법은 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되어 제268조 제3항을 신설하면서 공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 공소시효는 같은 조 제1항, 제2항에서 정해진 6개월이 아니라 해당 선거일 후 10년을 경과함으로써 완성한다고 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2014. 2. 13.) 제11조는 그 시행 전의 행위에 대한 공소시효의 적용은 종전의 규정에 따르도록 규정한다(공직선거법은 위 개정 이전에도 제268조 소정의 공소시효를 연장하는 취지로 개정되었는데 그 때에도 부칙에서 종전의 규정에 따르도록 규정하였다).

이와 같은 관련 법률의 규정을 종합하면, 공소시효 기간을 연장하는 취지로 개정된 개별 법률들은, 성폭력범죄를 제외하고는 모두 신법 시행 이전에 범한 죄의 공소시효는 종전의 규정에 따르도록 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

이는 공소시효가 피고인에게 실질적으로 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용한다는 원칙에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 이와 같은 흐름과는 반대로 피고인에게 불리하게 신설·개정된 공소시효 배제·연장 규정이 그 시행 이전에 저질러진 성폭력범죄에 대해서도 적용하기 위해서는 이에 관한 명시적인 경과규정이 필요하다는 점을 시사하는 것이다.

따라서 이 사건 공소시효 배제규정에 대한 경과규정이 존재하지 아니할 때에는 위와 같은 원칙을 좇아 피고인에게 불리하지 아니한 종전의 규정을 따르는 것이 옳다는 것을 미루어 파악할 수 있다.

#### 나) 입법례

##### (1) 프랑스

프랑스에서 중죄에 관한 공소시효는 10년인데, 미성년자에 대한 강간살인, 성범죄 등 중죄에 대해서는 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효가 중단된다는 규정이 '미성년자의 비행 예방 및 아동보호에 관한 법률'(1989. 7. 10. 법률 제89-487호: LOI n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et la protection de l'enfance) 제16조로 신설되었고 이후 공소시효기간도 20년으로 연장되었으나, 이와 같은 공소시효 연장에 관한 경과규정은 없었다.

다만, 프랑스 형법 제112-2조 제4항은 공소시효가 완성되지 아니한 경우에 한하여 공소시효에 관한 신법 규정은 신법 시행 이전에 발생한 범죄에 대하여도 적용한다고 규정하고 있어, 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 없어도 신법 규정을 적용하는 원칙적인 규정을 두고 있다.

##### (2) 일본

일본은 형사소송시행법 제6조에 따라 공소시효기간은 구법을 따르도록 입법적으로 해결하였다.

즉, 개정 형사소송법(이하 '신법'이라 한다)을 시행할 때까지 공소가 제기되지 아니한 사건에 관하여는 신법을 적용하되, 신법이 시행되기 전에 개정 전 형사소송법(이하 '구법'이라 한다) 및 응급조치법에 의하여 생긴 효력을 막지 아니한다(일본 형사소송시행법 제3조)고 규정하는 한편, 제4조의 사건에 관하여 신법이 시행되기 전부터 진행을 시작한 법정기간 및 소송행위를 해야 하는 사람의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 소재지의 거리에 따른 법정기간에 부가하여야 하는 기간에 관하여는, 신법이 시행된 후에도 구법 및 응급조치법에 따른다(같은 법 제6조)고 규정하고 있다.

#### 6) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2010. 4. 15., 법률 제10258호) 제5조 제10항에 따라 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 제명 변경되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조, 형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 그 공소시효가 7년인데, 이에 대한 공소는 그 범죄행위가 종료한 2006. 5.부터 7년이 경과한 이후인 2014. 2. 12. 제기되었음이 기록상 명백하므로 이에 관하여 이미 공소시효가 완성되었다(이 사건 공소사실 중 2006. 12. 범행은 이 사건 경과규정이 시행된 2013. 6. 19. 당시 공소시효가 완성되지 아니하여 위 경과규정이 그대로 적용된다).

### 3. 결 론

따라서 원심판결 중 피고인의 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분 등에 대한 항소는 이유 있다.

그런데 피고인에 대한 공소사실 중 위 부분과 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범이므로 1개의 형을 선고하여야 하는 관계인 이상 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기하여야 한다.

그리고 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

그렇다면, 피고인의 피고사건에 대한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다) 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 겸 피부작명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 원심 판시 범죄사실 제1항, 제2항 기재와 같이 피해자 고○○, 임○○을 간음한 사실이 없고, 원심 판시 범죄사실 제3항 내지 제5항 기재와 같은 행위를 한 사실은 있으나 피해자 고△△, 전○○의 합의 아래 그와 같은 행위를 하였다(전○○에 대하여는 정신적 장애인의 항거불능상태를 이용하지 아니하였다는 취지로 보인다).

그리고 피해자 고△△은 지적장애인이자 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인이 이를 인식하고 그녀에게 위력을 행사하여 간음 또는 추행한 것이 아니다(피고인은 항소이유로서 피해자 고△△에게 정신적 장애가 있음을 알지 못하였다고 명시적으로 주장하지는 아니하였으나, 원심부터 당심에 이르기까지 공판기일에서 줄곧 피해자 고△△이 지적장애인임을 인식하지 못하였다고 진술하고 있으므로 항소이유의 주장에 이에 관한 사항도 포함되어 있다고 본다).

나) 이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분은 공소시효기간인 7년을 이미 경과하여 공소시효가 완성되었는데 신체적 또는 정신적 장애가 있는 여자에 대한 성범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제3항은 형벌불소급의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙에 따라 이 사건에 적용되지 않음에도 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

###### 2) 양형부당

원심의 선고형(징역 18년 등)은 너무 무거워서 부당하다.

###### 나. 검사

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

##### 2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해(공소시효에 관한 법리오해는 별도의 항목으로 살펴본다)

1) 피해자 고○○, 임○○에 대한 간음행위 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자들의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1은 2013. 7.경 아파트 주민으로부터 '피고인이 성폭력범죄를 저지르고 다니는데 너는 청년회장이라면서 뭐하고 있느냐? 무슨 조치를 취하여야 하는 것이 아니냐?'라는 취지의 말을 듣고 아내를 통하여 피해자 고△△, 임○○이 피고인으로부터 성폭행을 당하였으며, 그로 인하여 피해자 고△△이 자살을 시도하고 우울증 치료를 받고 있다는 말을 전해 들었다.

이에 공소외 1은 이 사건 아파트 16통장 공소외 2와 함께 피고인이 지적장애인들을 대상으로 성폭력범죄를 저질렀다는 취지로 경찰에 신고하였다.

그 직후 공소외 1 등은 피해자 고○○, 임○○, 고△△과 함께 2013. 7. 26. 제주여성·학교폭력피해자 원스톱지원센터(이하 '원스톱지원센터'라고 한다)에 방문하여 피해사실을 신고하고 위 피해자들이 그 무렵 피해내용을 진술하였다.

나) 피해자 고○○, 임○○의 지능지수는 각각 63, 64이고, 사회지수는 그보다 낮은 44와 42에 머물고 있으며 사회 연령은 7.08세 및 7.6세에 불과하여 반복적인 연습을 통하여 습득할 수 있는 정도의 일상생활만 영위할 수 있다.

일반적으로 지적장애인은 자신의 의사를 표현하는 능력이 부족하여 성폭력범죄의 피해를 당하더라도 피해사실이 드러나는 데 시간이 걸리며 피해자 자신이 성폭력 피해사실을 스스로 인식하는 것보다 주변 사람들에 의하여 밝혀지는 경우가 많다.

이 사건의 경우도 피해자 고○○은 지적장애 3급, 피해자 임○○은 지적장애 1급에 해당하는 정신적 장애인으로서 위와 같은 지적장애인의 특성이 반영되어 성폭력범죄 발생 후 신고 시점까지 상당한 시간이 경과한 것으로 이해할 수 있다.

다) 위 피해자들에 대한 최초의 진술녹취는 2013. 8. 1. 이루어졌는데, 당시의 진술녹취록의 각 기재에 따르면, 피해자 고○○, 임○○은 피고인으로부터 피해를 당하였다는 취지로 진술하고 있으나, 그 내용이 산만하고 피해사실을 구체적으로 묘사하지는 못하고 있다.

다만, 피해자들은 피해사실의 핵심에 해당하는 피고인의 간음행위가 있었음을 일관되게 말이나 행동으로 표현하고 있고, 피해사실과 관련한 특징들(피고인이 범행 당시 했던 말, 피해장소의 냄새, 방 안의 구조 등)을 단편적이거나 진술하고 있다.

피해자들의 경찰 진술내용에 대한 의견을 제시한 아동·장애인 성폭력 사건 전문가 김○○도 피해자들에 대한 진술 녹화 당시 보호자나 조사자의 암시적이거나 직접적인 질문이 포함되어 있지 않아 그 진술이 외부의 영향으로 인하여 왜곡되었다고 보기 어렵다는 의견을 제시하였던 점을 보태어 보면, 피해자들이 진술하는 피해사실을 믿을 수 없다고 말할 수는 없다.

라) 경찰은 위 피해자들 및 참고인들의 진술을 토대로 2013. 8. 22. 피고인에 대한 제2회 피의자신문을 실시하고 그 조사결과에 따른 위 피해자들에 대한 범행일시를 구체적으로 특정한 다음 2013. 8. 24. 위 피해자들을 상대로 구체적인 범행일시에 관한 진술녹화를 다시 실시하였다.

제1차 진술녹화와는 달리 제2차 진술녹화에서 조사자는 위 피해자들을 상대로 피해사실에 관하여 직접적으로 질문하였으나, 제1차 진술녹화에서 위 피해자들의 진술의 신빙성이 있다고 보는 이상 제2차 진술녹화에서 조사자의 질문 방식 때문에 제2차 진술녹화에서의 위 피해자들의 진술의 신빙성이 무너진다고 보기는 어렵다.

마) 위 피해자들은 이 사건이 불거진 뒤 대인기피증 등 정서적 불안감을 나타내고 있어 어떠한 커다란 정신적 충격을 받을 만한 사건이 있었음을 추단할 수 있다.

바) 피고인은 2013. 2.경 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1이 관리하던 체력단련장을 피고인이 맡게 되면서 다툼이 생겼고, 양심을 품은 공소외 1이 장애인들과 결탁하여 마치 피고인이 장애인을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 것으로 꾸몄다고 주장한다.

공소외 1이 앞에서 본 바와 같은 경위로 피고인의 성폭력범죄를 경찰에 신고한 것은 인정되지만, 피고인 주장과 같은 고발 동기나 허위로 고발하였다는 근거를 기록상 찾아볼 수 없다.

2) 피고인이 피해자 고△△에게 정신적인 장애가 있었음을 알고 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 알고 있으면서 위 피해자를 위력으로써 간음하고 추행하였음이 인정되므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 이 사건 아파트는 다수의 장애인들이 거주하는 임대주택법령 소정의 영구임대주택이라는 사실이 제주시에 널리 알려져 있다.

나) 피해자 고△△은 평소 행동이 유치하고 어눌하여 그녀와 이야기를 해보면 장애인이라는 사실을 쉽게 알 수 있다.

이 사건 발생 직후 원스톱지원센터에서 피해자 고△△을 상대로 실시한 심리평가 결과 지능지수 61의 지적장애 3급 수준으로서 성행위의 의미는 알고 있지만 누구와 어떠한 맥락에서 성관계를 가져야 한다는 판단능력은 없는 것으로 평가되었다.

피해자 고△△의 어머니인 임○○을 포함한 가족들도 모두 지적장애인 또는 언어 장애인으로 등록되어 있어 주민들 사이에 피해자 고△△도 지적장애인이라고 알려져 있었지만 실제로는 장애등급을 받지 아니하였다.

그 이유는 피해자 고△△의 가족은 모두 장애인으로서 위 피해자가 가족의 보호자 역할을 하고 있는데 자신마저 장애인으로 등록되면 가족 모두가 뿔뿔이 흩어져 장애인복지시설에 입소하여야 하기 때문에 주변에서 그 등록을 권하지 않았기 때문이다.

다) 피고인은 1997. 3.부터 이 사건 아파트에 거주하면서 반장, 통장 및 청년회장 등을 거쳐 임차인 대표까지 역임한데다 피해자 고△△과 이웃으로서 잘 알고 지냈다.

피고인도 검찰 조사 당시 피해자 고△△의 딸을 제외한 피해자 고△△의 모든 가족이 정신적 장애를 가지고 있다는 것을 알고 있었다고 진술하여 피해자 고△△에게도 정신적 장애가 존재할 가능성이 크다는 점을 인식하고 있었다고 보인다.

3) 피해자 고△△에 대한 위력의 행사 유무

가) 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항 기재 일시, 장소에서 피해자 고△△에게 "빌린 200만 원을 한꺼번에 갚든지, 애인이 되어 천천히 갚든지 선택해라."라고 말하였다는 점에 관한 증거는 증거능력이 없는 피고인에 대한 경찰 제2회 피의자신문조서, 위 피해자에 대한 각 경찰 진술조서를 제외하고는 고△△의 진술녹화 속기록과 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서의 각 기재가 있을 뿐이다.

이들 증거만으로는 피해자는 피고인에게 싫다는 의사표시를 하였고 이에 피고인은 가만히 있으라고 말한 사실이 인정될 뿐이다(제주지방법원 2013고합171호 증거기록 581쪽). 그런데 피고인이 위와 같이 말하고 간음행위에 수반하여 옷을 강제로 벗기는 것 이외의 별다른 유형력을 행사하지 않았더라도 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위력을 행사하여 피해자 고△△을 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 월 수입은 약 100만 원에 머물고 있고 신용불량 상태임에도 피고인은 2011년경부터 피해자 고△△에게 여러 차례에 걸쳐 합계 수 백 만 원의 돈을 대여하였다.

피고인은 이를 빌미로 성관계를 요구하려고 했던 것으로 보이고, 실제로 피고인이 변제를 독촉하자 이를 건디지 못한 피해자 고△△은 2012. 6.경 자살을 시도하였다.

다) 피해자 고△△은 1982. 10. 12.생으로 이 사건 당시 30세 남짓의 여자인데 비해, 피고인은 1960. 5. 3.생의 남자로서 피해자는 피고인에게 배우자와 자식들이 있다는 것을 알고 있었다.

이처럼 피해자가 22살이나 차이가 나고 유부남인 피고인의 요구에 순순히 응하여 성관계를 가진다는 것은 경험칙상 납득되지 아니한다.

라) 피고인은 2012. 7.경 공소외 3에게 피해자 고△△과 잠자리를 가지고 싶다는 취지로 도움을 요청하였고 원심 판시 제3항 기재 범행 당일 공소외 3는 피해자 고△△을 만나 "몸 아껴서 뭐 할거냐, 몸 한 번 주고 돈을 빌려 쓰면 될 것이다.

"라고 말하여 피해자 고△△에게 심리적 압박을 가하였다.

이처럼 피해자 고△△은 차용금으로 심리적으로 위축되어 있는 상황에서 같은 날 피고인 및 공소외 3와 식사를 하다가 공소외 3가 자리를 피하자 피고인에 이끌려 부근의 모텔에 들어갔는데, 피해자는 공소외 3 및 피고인과 함께 식사할 때만 하여도 피고인과 단둘이 남게 되어 모텔까지 갈 것을 예상하지 못하였던 것으로 보인다.

마) 피고인이 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 '하지 말라'고 하면서 명시적인 거부 의사를 밝혔음에도, '가만히 있으라'고 말하면서 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자를 간음하였다.

이처럼 피해자는 지적장애 3급에 준하는 정신적 장애를 가지고 있었고, 힘이나 연령 등에서 피고인과 현저한 차이가 나며, 차용금 문제로 심리적으로 위축되어 있었으므로, 피고인과 단둘이 모텔 방에 있게 된 피해자로서는 피고인에게 압도당하여 정상적인 반항을 하기 어려웠으리라고 보인다.

바) 피해자 고△△은 피고인으로부터 성폭력범죄를 당하자 지인들에게 피해사실을 조금씩 이야기하기 시작하여 그 소문이 퍼져 나갔고, 2012. 9. 26.경 다시 자살을 시도하였다.

4) 피해자 전○○의 정신적 장애로 인한 항거불능 상태를 이용하였는지 여부

비록 피해자 전○○이 이 사건 범행 이후 간음의 경위에 관하여 상세히 진술하는 등 어느 정도의 지적 능력을 가진 것으로 보인다 하더라도, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피해자는 그 사회적 지능 내지 성숙도가 상당한 정도로 지체되어 대인관계 내지 의사소통에 중대한 어려움을 겪어 왔으며 이 사건 범행 당시에도 이러한 정신적 장애로 인하여 피고인의 성적 요구에 대한 거부의 의사를 분명하게 표시하지 못하거나 피고인의 손을 뿌리치는 것 이상의 적극적인 저항행위를 할 수 없었음을 인정할 수 있다.

따라서 피고인이 피해자의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피해자 전○○은 1981. 10. 29.생의 여자로서 지능지수가 51이고 사회지수는 이보다 낮은 31에 머물고 있으며 사회연령은 10.1세에 불과하여(세부 영역별 사회연령은 이동능력이 11세, 작업능력이 8세, 의사소통능력이 9세에 해당함) 단순한 놀이와 간단한 집안일 정도만 수행 가능하고 가까운 이웃 동네 정도를 혼자서 다닐 수 있는 지적장애 3급의 사람인데, 2005년 및 2006년 무렵에도 비슷한 수준의 정신적 장애를 가졌던 것으로 평가된다.

피해자는 피고인과 자신이 나이 차이가 많이 나고 피고인에게 배우자 및 자식들이 있다는 사실을 알고 있었으며, 평소 조금만 큰소리를 들어도 겁을 먹는다.

나) 피고인은 피해자에게 공부를 가르쳐 준다는 등의 명목 등으로 피해자의 신뢰를 쌓고 수시로 불러내 만남을 유지하다가 2006. 12. 피해자를 인적이 드문 과수원으로 데려가자마자 강제로 바닥에 눕혀 간음행위를 시작하였고, 원하지 않는다는 표시로 피고인의 손을 뿌리치는 피해자의 손을 잡고 피해자의 옷을 벗긴 뒤 간음하였다.

다) 피해자는 경찰에서 '피고인이 피해자가 장애인이라는 사실을 알고 한 번 이용해 보자. 노예로 삼아보자고 생각한 것 같다.

피고인이 성추행하려고 다른 길로 데려가서 옷을 벗으라고 하였고 옷을 벗지 않으면 때렸다.

그냥 하지 말라고 해도 계속 벗기니까 어쩔 수 없이 그냥 당하여 임신이 되었다.

'는 취지로 진술하였다.

나. 공소시효 만료

1) 공소사실의 요지

피고인은 2006. 5. 일자불상 저녁 무렵 피해자를 이 사건 아파트 부근 과수원으로 데리고 간 후 갑자기 피해자를 바닥에 눕힌 다음 피해자의 옷을 모두 벗기고 그 과정에서 옷을 벗지 않으려는 피해자의 뺨을 손으로 때리는 등으로 피해자에게 겁을 주고 계속하여 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 피해자를 간음하였다.

2) 원심의 판단

가) 위 범행의 공소시효 만료일



위 범행의 공소시효는 그 실행행위 종료일인 2006. 5. 일자불상경부터 7년이다(형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호).

#### 나) 관련 법률의 개정 내용

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제20조 제3항은 "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.

"고 규정(이하 '이 사건 공소시효 배제규정'이라고 한다)하면서도 그 부칙에 위 법 시행 전에 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용한다는 취지의 경과규정은 두고 있지 아니하다.

그런데 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되어 같은 날 시행된 것)은 제20조(공소시효 기산에 관한 특례) 제1항에서 "미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.

"고, 제2항에서 "제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.

"는 취지로 공소시효 연장규정을 둠과 아울러 같은 법 부칙(2010. 4. 15.) 제3조에서 '이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.

'는 경과규정을 두고 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제7조의3도 위와 같은 취지의 공소시효 연장규정을 두고 있고, 같은 법 부칙 제6조도 같은 취지의 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있다).

그 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행된 것) 제21조는 공소시효 적용배제규정의 대상범죄를 확대하면서 같은 법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 소급적용에 관한 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라고 한다)을 두고 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정된 것) 제20조도 같은 취지로 공소시효 배제규정을 두면서 같은 법 부칙 제3조에서 동일 취지의 경과규정을 두고 있다).

#### 다) 경과규정이 없는 경우의 해석

이 부분 공소사실에 따른 범행의 공소시효 만료일인 2013. 5. 31. 이전에 이 사건 공소시효 배제규정이 시행되었는데, 다른 공소시효 연장규정과 달리 명시적인 경과규정이 없다.

그러나 ① 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 공소시효 배제규정 등 부진정 소급효는 일정한 요건 아래 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고, ② 이 사건 공소시효 배제규정을 제외하고는 그 전후에 이루어진 법률 개정은 그 제 개정 추이, 내용 및 입법취지가 같거나 유사하면서 공소시효 배제·연장규정에 관하여 모두 동일하게 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있으며, ③ 13세 미만 또는 장애인 여성 등 특정한 성폭력범죄에서 공소시효가 완성되지 아니한 상태인 경우 진행 중인 공소시효를 배제 또는 연장하는 부진정 소급효에 관한 규정은, 공소시효 제도에 근거한 범죄자 개인의 신뢰보다 취약여성들에 대한 성폭력범죄의 처벌 필요성 등 공익적 특수성에 비추어 정당화되고, 이 사건 범행에 대하여도 달리 볼 합리적인 근거를 찾아볼 수 없고, ④ 앞서 본 관련 법령에서 공소시효 배제규정의 대상인 기본범죄, 즉 강간죄, 준강간죄를 포함하여 이에서 더 확대하면서도 부진정소급효를 인정하는 경과규정을 두

고 있는데, 그럼에도 기본범죄에 관한 이 사건 경과규정에 부진정 소급효를 인정하지 않는다면 그 대상범죄인 기본 범죄의 공소시효 배제 적용 범위는 이 사건 공소시효 배제규정 시행일인 2011. 11. 17. 이후부터 저질러진 범행에만 한정되어 그 이전의 이 사건 경과규정의 적용범위가 사문화되는데, 이는 속칭 '도가니법'으로 불리는 이 사건 공소시효 배제규정의 입법경위, 당시 입법에 관한 사회적 합의·파장 등에 반하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정에서도 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 부진정 소급효는 인정된다(위와 같은 부진정 소급효에 관한 경과규정은 입법상 단순 착오·누락이라고 봄이 상당하다).

따라서 이 사건 범행은 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

### 3) 이 법원의 판단

원심 법원의 판단 중 위 ①과 ③은 요약하자면, 공소시효가 완성되지 아니한 경우에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 아니하므로 이 사건 공소시효 배제규정의 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논증이다.

공소시효가 완성되지 아니한 경우 진행 중인 공소시효를 배제·연장하는 법률은 이른바 부진정 소급효를 가지는데 이와 같은 부진정 소급입법은 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

그런데 이 사건은 형벌불소급의 원칙의 적용 여부가 문제된다기보다는, 부진정 소급 적용이 가능하다는 것을 전제로 하여 더 나아가 이 사건 공소시효 배제규정에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지 여부가 문제되는 경우라고 할 수 있다.

결국 원심 판결 이유 중 위 ①과 ③에 관한 사항은 이 사건 범죄행위의 공소시효가 완성되지 않았다는 점을 뒷받침하는 핵심적인 논증이라고 하기 어렵다.

왜냐하면, 위와 같은 논증은 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효를 배제하는 등의 규정이 있는 경우에 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논리일 뿐, 시적 적용범위에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이 사건 공소시효 배제규정 그 자체만으로 소급적용을 인정할 수 있다는 점에 관한 법리라고 보기는 어렵기 때문이다.

따라서 원심 판결 이유 중 ②와 ④에 관한 사항, 즉 이 사건 공소시효 배제규정은 있으나 그 경과규정이 없는 경우에도 입법취지와 내용, 관련 법률의 제·개정 추이에 비추어 법 시행 이전에 저질러진 범행 중 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용할 수 있다는 논증을 인정할 수 있는지 여부에 따라 판결의 결론이 달라진다고 할 수 있다.

원심이 들고 있는 위 ②, ④의 이유는 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 부존재하는 경우 여러 가지 근거를 들어 마치 존재하는 것처럼 해석할 수 있다는 것인데, 이는 결국 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 있는 것으로 유추해석할 수 있다는 것이다.

그러나 이 법원은 이 점에 관한 원심 판결의 이유를 그대로 수긍할 수 없는데, 그렇게 보는 이유는 항목을 바꾸어 보기로 한다.

### 4) 피고인에게 불리한 유추해석의 가능 여부

가) '무엇이 법인가를 선언하는 것'은 법원에 주어진 중요한 책무 중 하나이다.

법원이 법을 올바르게 선언하기 위해서는 법원은 올바른 법을 발견하여야 한다.

따라서 법원이 법을 해석, 적용함에 있어서 '법의 발견'이라는 법원에 주어진 책무를 다하지 않는 것을 경계하여야 한다.

법원이 법을 발견하려는 직무를 저버린 채 법이 흠결되었다고 가볍게 생각하는 것은 정의로운 법의 선언을 포기하는 것이다.

이는 심각한 부정의이다.

원심은 이를 전제로 위와 같은 유추해석을 전개한 것으로서 위와 같은 법원의 책무에 비추어 이해하지 못할 것은 아니다.

다만, 형사법은 예외이어야 한다.

국가가 형벌권을 행사하는 경우 가능하면 형식적인 법의 적용이 요구된다.

불명확한 법조항에 빚대어 형벌을 부과할 수 있게 하는 것은 국가권력의 남용 가능성을 조장할 우려가 있기 때문이다.

이 또한 매우 심각한 부정의이다.

개별 사안에서 형사처벌의 필요성이 크다고 하더라도 그러하다.

그 때문에 국가권력의 남용 가능성의 길을 열어준다면 그로 인한 일반적인 피해를 감당할 수 없다.

새로 명확한 법률을 제정하여 규율할 일이다.

원심은 입법취지와 이 사건 경과규정이 사문화될 수 있다는 점 등을 들어 유추해석이 정당하다고 실시하고 있으나, 입법자의 의사나 체계적인 법해석의 요구가 헌법상 원리, 즉 이 사건에서는 헌법상 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 헌법적 가치들과 충돌하는 경우 헌법적 원리나 가치를 우위에 두고 해석하여야 할 것이다.

나) 이와 같은 헌법상 원리에 입각하여 형법도 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고(제1조 제1항), 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있다(제1조 제2항).

공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 그 기간을 연장하는 규정을 두는 것이 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고 공소시효는 절차법적 제도로써 실체법에서 정해진 형벌권의 존부를 결정하는 것은 아니지만, 피고인의 입장에서는 공소시효에 따라 형벌의 유무가 달라지는 결과를 가져오고 공소시효가 배제·연장됨에 따라 실질적인 불이익을 입는 점과 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형사법의 엄격해석의 원칙을 고려하면, 형법 제1조를 유추적용하여 개정 전후를 비교하여 피고인에게 유리한 공소시효기간에 따라야 한다고 보는 것이 옳다(이와 같이 보는 것이 형사법 학자들의 다수설로 보인다).

이와 같은 입장에 따라 대상자에게 실질적으로 불리하게 부수처분 규정이 개정되면서 경과규정을 두지 않은 경우에도 행위시법의 입장을 취하는 것이 타당하다고 보는 학설이 있다(부처명령청구 요건 및 부처기간 하한 가중 요건을 완화, 확대하면서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부처기간 하한을 2배 가중하도록 한 규정에 대하여 명확한 경과규정을 두지 아니한 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 대한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도6181, 2013전도122(병합) 판결 참조).

## 5) 공소시효 배제규정의 경과규정이 없는 경우의 해석

### 가) 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관한 형사절차법상 원칙

#### (1) 입법정책의 문제

앞서 본 바와 같이 피고인에게 불리한 형사법규의 유추해석이 금지될 뿐만 아니라 절차법적으로도 이 사건 경과규정의 소급적용은 인정될 수 없다.

형사법에 있어서 신법 시행을 기점으로 그 전후에 계속되는 법적 상태(예컨대 공소시효의 진행 등)가 있는 경우 경과규정이 없을 때 그 법적 상태에 관하여 신법을 적용하는 것이 원칙인가, 구법을 적용하는 것이 원칙인가?

전자가 원칙이라면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이나 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 공소시효 배제·연장규정을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 둔 경우 그 경과규정은 단순한 주의적 규정에 불과하고, 후자가 원칙이라면 그 경과규정은 신·구법 중 어느 법을 적용할지를 규율하는 핵심적인 규정에 해당하게 된다.

그런데 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관해서는 세계적으로 보편타당한 공통되는 법의 일반원칙이 존재하는 것은 아니고, 각국의 현실 및 사정에 따라 그 적용범위를 달리 규율하는 입법정책의 문제라고 볼 수 있다{입법례에 관한 상세는 아래 나)항 참조}.

그렇다면 우리나라의 형사절차법상 공소시효 배제규정의 시적 적용범위의 원칙은 무엇인가? 이에 관해서는 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 규정과 특별법의 규정들을 살펴봄으로써 파악할 수 있다.

#### (2) 형사소송법의 규정

종전의 공소시효 기간을 연장(공소시효 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년을 각각 25년, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년으로 연장)한다는 취지의 형사소송법이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 같은 날부터 시행되었는데, 위 법률 부칙 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.'

'고 규정하였다.

- ① 위와 같은 공소시효의 연장은 형사소송법이 제정된 이후 처음으로 이루어진 것으로서 공소시효에 관하여 위 법률이 시행되기 이전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다는, 불소급에 관한 경과규정도 처음으로 규정되었던 점, ② 형사소송법상 공소시효 연장규정과 그 경과규정은, 형사소송법의 공소시효의 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 공소시효 배제·연장규정과 경과규정을 신설하기 전에 도입된 점, ③ 따라서 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 공소시효 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 형사절차법의 특별법으로서 특별법에 공소시효 배제·연장규정에 관한 경과규정이 없는 경우 일반법에 규정된 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 적용되어야 한다는 점, ④ 형사소송법의 위 부칙 규정에 비추어 보면 공소시효가 연장되는 것처럼 공소시효에 관한 규정이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 이를 소급적용하지 아니한다는 원칙을 천명한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 공소시효 배제규정의 신설 당시에는 그 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니하였다가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 비로소 이 사건 경과규정을 둔 것은, 입법자가 형사소송법에 규정된 공소시효의 시적 적용 범위에 관한 원칙을 의식하고 그 예외를 규정하기 위한 것으로 해석하는 것이 형사소송법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 사이의 체계에

부합하는 점, ⑤ 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되어, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조의3 제3항도 이 사건 공소시효 배제규정과 같은 취지로 규정하면서도 그 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하다가 위 전부 개정된 법률에서 비로소 그 소급적용에 관한 경과규정을 두었는데, 이 사건 공소시효 배제규정은 2011. 11. 17. 신설되었고 위 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 공소시효 배제규정은 2012. 2. 1. 신설되어 각기 개정 시점을 달리하면서도 동일하게 그 경과규정을 두지 아니한 것을 단순히 입법자의 착오나 과실로 치부하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정은 형사소송법의 원칙에 따라 이 부분 범죄행위에 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

(3) 그 밖의 특별법에서의 공소시효 연장규정에 관한 경과규정

조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 제22조가 법인의 대표자 등이 위 법 소정의 범칙행위를 한 경우의 공소시효를 5년으로 규정하면서, 위 범칙행위가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의 적용을 받는 경우에 그 법인에 대한 공소시효를 10년으로 연장하는 취지로 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2010. 1. 1.) 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄의 공소시효에 관하여는 제22조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

'고 규정한다(조세범 처벌법은 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정되면서 제17조를 전문개정하여 공소시효를 연장하였는데, 그 부칙 제2조에도 그 시행 전에 진행이 개시된 공소시효기간에 관하여는 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다고 규정하였다).

한편 공직선거법은 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되어 제268조 제3항을 신설하면서 공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 공소시효는 같은 조 제1항, 제2항에서 정해진 6개월이 아니라 해당 선거일 후 10년을 경과함으로써 완성한다고 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2014. 2. 13.) 제11조는 그 시행 전의 행위에 대한 공소시효의 적용은 종전의 규정에 따르도록 규정한다(공직선거법은 위 개정 이전에도 제268조 소정의 공소시효를 연장하는 취지로 개정되었는데 그 때에도 부칙에서 종전의 규정에 따르도록 규정하였다).

이와 같은 관련 법률의 규정을 종합하면, 공소시효 기간을 연장하는 취지로 개정된 개별 법률들은, 성폭력범죄를 제외하고는 모두 신법 시행 이전에 범한 죄의 공소시효는 종전의 규정에 따르도록 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

이는 공소시효가 피고인에게 실질적으로 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용한다는 원칙에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 이와 같은 흐름과는 반대로 피고인에게 불리하게 신설·개정된 공소시효 배제·연장 규정이 그 시행 이전에 저질러진 성폭력범죄에 대해서도 적용하기 위해서는 이에 관한 명시적인 경과규정이 필요하다는 점을 시사하는 것이다.

따라서 이 사건 공소시효 배제규정에 대한 경과규정이 존재하지 아니할 때에는 위와 같은 원칙을 좇아 피고인에게 불리하지 아니한 종전의 규정을 따르는 것이 옳다는 것을 미루어 파악할 수 있다.

나) 입법례

(1) 프랑스

프랑스에서 중죄에 관한 공소시효는 10년인데, 미성년자에 대한 강간살인, 성범죄 등 중죄에 대해서는 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효가 중단된다는 규정이 '미성년자의 비행 예방 및 아동보호에 관한 법률'(1989. 7. 10. 법률 제89-487호: LOI n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative la prvention des mauvais traitements l'gard des mineurs et la

protection de l'enfance) 제16조로 신설되었고 이후 공소시효기간도 20년으로 연장되었으나, 이와 같은 공소시효 연장에 관한 경과규정은 없었다.

다만, 프랑스 형법 제112-2조 제4항은 공소시효가 완성되지 아니한 경우에 한하여 공소시효에 관한 신법 규정은 신법 시행 이전에 발생한 범죄에 대하여도 적용한다고 규정하고 있어, 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 없어도 신법 규정을 적용하는 원칙적인 규정을 두고 있다.

## (2) 일본

일본은 형사소송시행법 제6조에 따라 공소시효기간은 구법을 따르도록 입법적으로 해결하였다.

즉, 개정 형사소송법(이하 '신법'이라 한다)을 시행할 때까지 공소가 제기되지 아니한 사건에 관하여는 신법을 적용하되, 신법이 시행되기 전에 개정 전 형사소송법(이하 '구법'이라 한다) 및 응급조치법에 의하여 생긴 효력을 막지 아니한다(일본 형사소송시행법 제3조)고 규정하는 한편, 제4조의 사건에 관하여 신법이 시행되기 전부터 진행을 시작한 법정기간 및 소송행위를 해야 하는 사람의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 소재지의 거리에 따른 법정기간에 부가하여야 하는 기간에 관하여는, 신법이 시행된 후에도 구법 및 응급조치법에 따른다(같은 법 제6조)고 규정하고 있다

## 6) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2010. 4. 15., 법률 제10258호) 제5조 제10항에 따라 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 제명 변경되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조, 형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 그 공소시효가 7년인데, 이에 대한 공소는 그 범죄행위가 종료한 2006. 5.부터 7년이 경과한 이후인 2014. 2. 12. 제기되었음이 기록상 명백하므로 이에 관하여 이미 공소시효가 완성되었다(이 사건 공소사실 중 2006. 12. 범행은 이 사건 경과규정이 시행된 2013. 6. 19. 당시 공소시효가 완성되지 아니하여 위 경과규정이 그대로 적용된다).

## 3. 결 론

따라서 원심판결 중 피고인의 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분 등에 대한 항소는 이유 있다.

그런데 피고인에 대한 공소사실 중 위 부분과 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범이므로 1개의 형을 선고하여야 하는 관계인 이상 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기하여야 한다.

그리고 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부차명령청구사건 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

그렇다면, 피고인의 피고사건에 대한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다) 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 원심 판시 범죄사실 제1항, 제2항 기재와 같이 피해자 고○○, 임○○을 간음한 사실이 없고, 원심 판시 범죄사실 제3항 내지 제5항 기재와 같은 행위를 한 사실은 있으나 피해자 고△△, 전○○의 합의 아래 그와 같은 행위를 하였다(전○○에 대하여는 정신적 장애인의 항거불능상태를 이용하지 아니하였다는 취지로 보인다).

그리고 피해자 고△△은 지적장애인이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인이 이를 인식하고 그녀에게 위력을 행사하여 간음 또는 추행한 것이 아니다(피고인은 항소이유로서 피해자 고△△에게 정신적 장애가 있음을 알지 못하였다고 명시적으로 주장하지는 아니하였으나, 원심부터 당심에 이르기까지 공판기일에서 줄곧 피해자 고△△이 지적장애인임을 인식하지 못하였다고 진술하고 있으므로 항소이유의 주장에 이에 관한 사항도 포함되어 있다고 본다).

나) 이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분은 공소시효기간인 7년을 이미 경과하여 공소시효가 완성되었는데 신체적 또는 정신적 장애가 있는 여자에 대한 성범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제3항은 형벌불소급의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙에 따라 이 사건에 적용되지 않음에도 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 선고형(징역 18년 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해(공소시효에 관한 법리오해는 별도의 항목으로 살펴본다)

1) 피해자 고○○, 임○○에 대한 간음행위 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자들의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1은 2013. 7.경 아파트 주민으로부터 '피고인이 성폭력범죄를 저지르고 다니는데 너는 청년회장이라면서 뭐하고 있느냐? 무슨 조치를 취하여야 하는 것이 아니냐?'라는 취지의 말을 듣고 아내를 통하여 피해자 고△△, 임○○이 피고인으로부터 성폭행을 당하였으며, 그로 인하여 피해자 고△△이 자살을 시도하고 우울증 치료를 받고 있다는 말을 전해 들었다.

이에 공소외 1은 이 사건 아파트 16통장 공소외 2와 함께 피고인이 지적장애인들을 대상으로 성폭력범죄를 저질렀다는 취지로 경찰에 신고하였다.

그 직후 공소외 1 등은 피해자 고○○, 임○○, 고△△과 함께 2013. 7. 26. 제주여성·학교폭력피해자 원스톱지원센터(이하 '원스톱지원센터'라고 한다)에 방문하여 피해사실을 신고하고 위 피해자들이 그 무렵 피해내용을 진술하였다.

나) 피해자 고○○, 임○○의 지능지수는 각각 63, 64이고, 사회지수는 그보다 낮은 44와 42에 머물고 있으며 사회 연령은 7.08세 및 7.6세에 불과하여 반복적인 연습을 통하여 습득할 수 있는 정도의 일상생활만 영위할 수 있다.

일반적으로 지적장애인은 자신의 의사를 표현하는 능력이 부족하여 성폭력범죄의 피해를 당하더라도 피해사실이 드러나는 데 시간이 걸리며 피해자 자신이 성폭력 피해사실을 스스로 인식하는 것보다 주변 사람들에 의하여 밝혀지는 경우가 많다.

이 사건의 경우도 피해자 고○○은 지적장애 3급, 피해자 임○○은 지적장애 1급에 해당하는 정신적 장애인들로서 위와 같은 지적장애인의 특성이 반영되어 성폭력범죄 발생 후 신고 시점까지 상당한 시간이 경과한 것으로 이해할 수 있다.

다) 위 피해자들에 대한 최초의 진술녹취는 2013. 8. 1. 이루어졌는데, 당시의 진술녹취록의 각 기재에 따르면, 피해자 고○○, 임○○은 피고인으로부터 피해를 당하였다는 취지로 진술하고 있으나, 그 내용이 산만하고 피해사실을 구체적으로 묘사하지는 못하고 있다.

다만, 피해자들은 피해사실의 핵심에 해당하는 피고인의 간음행위가 있었음을 일관되게 말이나 행동으로 표현하고 있고, 피해사실과 관련한 특징들(피고인이 범행 당시 했던 말, 피해장소의 냄새, 방 안의 구조 등)을 단편적이거나 진술하고 있다.

피해자들의 경찰 진술내용에 대한 의견을 제시한 아동·장애인 성폭력 사건 전문가 김○○도 피해자들에 대한 진술 녹화 당시 보호자나 조사자의 암시적이거나 직접적인 질문이 포함되어 있지 않아 그 진술이 외부의 영향으로 인하여 왜곡되었다고 보기 어렵다는 의견을 제시하였던 점을 보태어 보면, 피해자들이 진술하는 피해사실을 믿을 수 없다고 말할 수는 없다.

라) 경찰은 위 피해자들 및 참고인들의 진술을 토대로 2013. 8. 22. 피고인에 대한 제2회 피의자신문을 실시하고 그 조사결과에 따른 위 피해자들에 대한 범행일시를 구체적으로 특정한 다음 2013. 8. 24. 위 피해자들을 상대로 구체적인 범행일시에 관한 진술녹화를 다시 실시하였다.

제1차 진술녹화와는 달리 제2차 진술녹화에서 조사자는 위 피해자들을 상대로 피해사실에 관하여 직접적으로 질문하였으나, 제1차 진술녹화에서 위 피해자들의 진술의 신빙성이 있다고 보는 이상 제2차 진술녹화에서 조사자의 질문 방식 때문에 제2차 진술녹화에서의 위 피해자들의 진술의 신빙성이 무너진다고 보기는 어렵다.

마) 위 피해자들은 이 사건이 불거진 뒤 대인기피증 등 정서적 불안감을 나타내고 있어 어떠한 커다란 정신적 충격을 받을 만한 사건이 있었음을 추단할 수 있다.

바) 피고인은 2013. 2.경 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1이 관리하던 체력단련장을 피고인이 맡게 되면서 다툼이 생겼고, 양심을 품은 공소외 1이 장애인들과 결탁하여 마치 피고인이 장애인을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 것으로 꾸몄다고 주장한다.

공소외 1이 앞에서 본 바와 같은 경위로 피고인의 성폭력범죄를 경찰에 신고한 것은 인정되지만, 피고인 주장과 같은 고발 동기나 허위로 고발하였다는 근거를 기록상 찾아볼 수 없다.



2) 피고인이 피해자 고△△에게 정신적인 장애가 있었음을 알고 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 알고 있으면서 위 피해자를 위력으로써 간음하고 추행하였음이 인정되므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 이 사건 아파트는 다수의 장애인들이 거주하는 임대주택법령 소정의 영구임대주택이라는 사실이 제주시에 널리 알려져 있다.

나) 피해자 고△△은 평소 행동이 유치하고 어눌하여 그녀와 이야기를 해보면 장애인이라는 사실을 쉽게 알 수 있다.

이 사건 발생 직후 원스톱지원센터에서 피해자 고△△을 상대로 실시한 심리평가 결과 지능지수 61의 지적장애 3급 수준으로서 성행위의 의미는 알고 있지만 누구와 어떠한 맥락에서 성관계를 가져야 한다는 판단능력은 없는 것으로 평가되었다.

피해자 고△△의 어머니인 임○○을 포함한 가족들도 모두 지적장애인 또는 언어 장애인으로 등록되어 있어 주민들 사이에 피해자 고△△도 지적장애인이라고 알려져 있었지만 실제로는 장애등급을 받지는 아니하였다.

그 이유는 피해자 고△△의 가족은 모두 장애인으로서 위 피해자가 가족의 보호자 역할을 하고 있는데 자신마저 장애인으로 등록되면 가족 모두가 뿔뿔이 흩어져 장애인복지시설에 입소하여야 하기 때문에 주변에서 그 등록을 권하지 않았기 때문이다.

다) 피고인은 1997. 3.부터 이 사건 아파트에 거주하면서 반장, 통장 및 청년회장 등을 거쳐 임차인 대표까지 역임한데다 피해자 고△△과 이웃으로서 잘 알고 지냈다.

피고인도 검찰 조사 당시 피해자 고△△의 딸을 제외한 피해자 고△△의 모든 가족이 정신적 장애를 가지고 있다는 것을 알고 있었다고 진술하여 피해자 고△△에게도 정신적 장애가 존재할 가능성이 크다는 점을 인식하고 있었다고 보인다.

3) 피해자 고△△에 대한 위력의 행사 유무

가) 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항 기재 일시, 장소에서 피해자 고△△에게 "빌린 200만 원을 한꺼번에 갚든지, 애인이 되어 천천히 갚든지 선택해라."라고 말하였다는 점에 관한 증거는 증거능력이 없는 피고인에 대한 경찰 제2회 피의자신문조서, 위 피해자에 대한 각 경찰 진술조서를 제외하고는 고△△의 진술녹화 속기록과 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서의 각 기재가 있을 뿐이다.

이들 증거만으로는 피해자는 피고인에게 싫다는 의사표시를 하였고 이에 피고인은 가만히 있으라고 말한 사실이 인정될 뿐이다(제주지방법원 2013고합171호 증거기록 581쪽). 그런데 피고인이 위와 같이 말하고 간음행위에 수반하여 옷을 강제로 벗기는 것 이외의 별다른 유형력을 행사하지 않았더라도 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위력을 행사하여 피해자 고△△을 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 월 수입은 약 100만 원에 머물고 있고 신용불량 상태임에도 피고인은 2011년경부터 피해자 고△△에게 여러 차례에 걸쳐 합계 수 백 만 원의 돈을 대여하였다.

피고인은 이를 빌미로 성관계를 요구하려고 했던 것으로 보이고, 실제로 피고인이 변제를 독촉하자 이를 견디지 못한 피해자 고△△은 2012. 6.경 자살을 시도하였다.

다) 피해자 고△△은 1982. 10. 12.생으로 이 사건 당시 30세 남짓의 여자인데 비해, 피고인은 1960. 5. 3.생의 남자로서 피해자는 피고인에게 배우자와 자식들이 있다는 것을 알고 있었다.

이처럼 피해자가 22살이나 차이가 나고 유부남인 피고인의 요구에 순순히 응하여 성관계를 가진다는 것은 경험칙상 납득되지 아니한다.

라) 피고인은 2012. 7.경 공소외 3에게 피해자 고△△과 잠자리를 가지고 싶다는 취지로 도움을 요청하였고 원심 판시 제3항 기재 범행 당일 공소외 3는 피해자 고△△을 만나 "몸 아껴서 뭐 할거냐, 몸 한 번 주고 돈을 빌려 쓰면 될 것이다.

"라고 말하여 피해자 고△△에게 심리적 압박을 가하였다.

이처럼 피해자 고△△은 차용금으로 심리적으로 위축되어 있는 상황에서 같은 날 피고인 및 공소외 3와 식사를 하다가 공소외 3가 자리를 피하자 피고인에 이끌려 부근의 모텔에 들어갔는데, 피해자는 공소외 3 및 피고인과 함께 식사할 때만 하여도 피고인과 단둘이 남게 되어 모텔까지 갈 것을 예상하지 못하였던 것으로 보인다.

마) 피고인이 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 '하지 말라'고 하면서 명시적인 거부 의사를 밝혔음에도, '가만히 있으라'고 말하면서 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자를 간음하였다.

이처럼 피해자는 지적장애 3급에 준하는 정신적 장애를 가지고 있었고, 힘이나 연령 등에서 피고인과 현저한 차이가 나며, 차용금 문제로 심리적으로 위축되어 있었으므로, 피고인과 단둘이 모텔 방에 있게 된 피해자로서는 피고인에게 압도당하여 정상적인 반항을 하기 어려웠으리라고 보인다.

바) 피해자 고△△은 피고인으로부터 성폭력범죄를 당하자 지인들에게 피해사실을 조금씩 이야기하기 시작하여 그 소문이 퍼져 나갔고, 2012. 9. 26.경 다시 자살을 시도하였다.

#### 4) 피해자 전○○의 정신적 장애로 인한 항거불능 상태를 이용하였는지 여부

비록 피해자 전○○이 이 사건 범행 이후 간음의 경위에 관하여 상세히 진술하는 등 어느 정도의 지적 능력을 가진 것으로 보인다 하더라도, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피해자는 그 사회적 지능 내지 성숙도가 상당한 정도로 지체되어 대인관계 내지 의사소통에 중대한 어려움을 겪어 왔으며 이 사건 범행 당시에도 이러한 정신적 장애로 인하여 피고인의 성적 요구에 대한 거부의 의사를 분명하게 표시하지 못하거나 피고인의 손을 뿌리치는 것 이상의 적극적인 저항행위를 할 수 없었음을 인정할 수 있다.

따라서 피고인이 피해자의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피해자 전○○은 1981. 10. 29.생의 여자로서 지능지수가 51이고 사회지수는 이보다 낮은 31에 머물고 있으며 사회 연령은 10.1세에 불과하여(세부 영역별 사회연령은 이동능력이 11세, 작업능력이 8세, 의사소통능력이 9세에 해당 함) 단순한 놀이와 간단한 집안일 정도만 수행 가능하고 가까운 이웃 동네 정도를 혼자서 다닐 수 있는 지적장애 3급의 사람인데, 2005년 및 2006년 무렵에도 비슷한 수준의 정신적 장애를 가졌던 것으로 평가된다.

피해자는 피고인과 자신이 나이 차이가 많이 나고 피고인에게 배우자 및 자식들이 있다는 사실을 알고 있었으며, 평소 조금만 큰소리를 들어도 겁을 먹는다.

나) 피고인은 피해자에게 공부를 가르쳐 준다는 등의 명목 등으로 피해자의 신뢰를 쌓고 수시로 불러내 만남을 유지하다가 2006. 12. 피해자를 인적이 드문 과수원으로 데려가자마자 강제로 바닥에 눕혀 간음행위를 시작하였고, 원하지 않는다는 표시로 피고인의 손을 뿌리치는 피해자의 손을 잡고 피해자의 옷을 벗긴 뒤 간음하였다.

다) 피해자는 경찰에서 '피고인이 피해자가 장애인이라는 사실을 알고 한 번 이용해 보자. 노예로 삼아보자고 생각한 것 같다.

피고인이 성추행하려고 다른 길로 데려가서 옷을 벗으라고 하였고 옷을 벗지 않으면 때렸다.

그냥 하지 말라고 해도 계속 벗기니까 어쩔 수 없이 그냥 당하여 임신이 되었다.

'는 취지로 진술하였다.

나. 공소시효 만료

#### 1) 공소사실의 요지

피고인은 2006. 5. 일자불상 저녁 무렵 피해자를 이 사건 아파트 부근 과수원으로 데리고 간 후 갑자기 피해자를 바닥에 눕힌 다음 피해자의 옷을 모두 벗기고 그 과정에서 옷을 벗지 않으려는 피해자의 뺨을 손으로 때리는 등으로 피해자에게 겁을 주고 계속하여 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 피해자를 간음하였다.

#### 2) 원심의 판단

가) 위 범행의 공소시효 만료일

위 범행의 공소시효는 그 실행행위 종료일인 2006. 5. 일자불상경부터 7년이다(형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호).

나) 관련 법률의 개정 내용

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제20조 제3항은 "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.

"고 규정(이하 '이 사건 공소시효 배제규정'이라고 한다)하면서도 그 부칙에 위 법 시행 전에 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용한다는 취지의 경과규정은 두고 있지 아니하다.

그런데 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되어 같은 날 시행된 것)은 제20조(공소시효 기산에 관한 특례) 제1항에서 "미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.

"고, 제2항에서 "제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.

"는 취지로 공소시효 연장규정을 둠과 아울러 같은 법 부칙(2010. 4. 15.) 제3조에서 '이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.

'는 경과규정을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제7조의3도 위와 같은 취지의 공소시효 연장규정을 두고 있고, 같은 법 부칙 제6조도 같은 취지의 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있다}.

그 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행된 것) 제21조는 공소시효 적용배제규정의 대상범죄를 확대하면서 같은 법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 소급적용에 관한 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라고 한다)을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정된 것) 제20조도 같은 취지로 공소시효 배제규정을 두면서 같은 법 부칙 제3조에서 동일 취지의 경과규정을 두고 있다}.

#### 다) 경과규정이 없는 경우의 해석

이 부분 공소사실에 따른 범행의 공소시효 만료일인 2013. 5. 31. 이전에 이 사건 공소시효 배제규정이 시행되었는데, 다른 공소시효 연장규정과 달리 명시적인 경과규정이 없다.

그러나 ① 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 공소시효 배제규정 등 부진정 소급효는 일정한 요건 아래 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고, ② 이 사건 공소시효 배제규정을 제외하고는 그 전후에 이루어진 법률 개정은 그 제 개정 추이, 내용 및 입법취지가 같거나 유사하면서 공소시효 배제·연장규정에 관하여 모두 동일하게 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있으며, ③ 13세 미만 또는 장애인 여성 등 특정한 성폭력범죄에서 공소시효가 완성되지 아니한 상태인 경우 진행 중인 공소시효를 배제 또는 연장하는 부진정 소급효에 관한 규정은, 공소시효 제도에 근거한 범죄자 개인의 신뢰보다 취약여성들에 대한 성폭력범죄의 처벌 필요성 등 공익적 특수성에 비추어 정당화되고, 이 사건 범행에 대하여도 달리 볼 합리적인 근거를 찾아볼 수 없고, ④ 앞서 본 관련 법령에서 공소시효 배제규정의 대상인 기본범죄, 즉 강간죄, 준강간죄를 포함하여 이에서 더 확대하면서도 부진정소급효를 인정하는 경과규정을 두고 있는데, 그럼에도 기본범죄에 관한 이 사건 경과규정에 부진정 소급효를 인정하지 않는다면 그 대상범죄인 기본범죄의 공소시효 배제 적용 범위는 이 사건 공소시효 배제규정 시행일인 2011. 11. 17. 이후부터 저질러진 범행에만 한정되어 그 이전의 이 사건 경과규정의 적용범위가 사문화되는데, 이는 속칭 '도가니법'으로 불리는 이 사건 공소시효 배제규정의 입법경위, 당시 입법에 관한 사회적 합의·파장 등에 반하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정에서도 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 부진정 소급효는 인정된다(위와 같은 부진정 소급효에 관한 경과규정은 입법상 단순 착오·누락이라고 봄이 상당하다).

따라서 이 사건 범행은 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

### 3) 이 법원의 판단

원심 법원의 판단 중 위 ①과 ③은 요약하자면, 공소시효가 완성되지 아니한 경우에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 아니하므로 이 사건 공소시효 배제규정의 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논증이다.

공소시효가 완성되지 아니한 경우 진행 중인 공소시효를 배제·연장하는 법률은 이른바 부진정 소급효를 가지는데 이와 같은 부진정 소급입법은 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

그런데 이 사건은 형벌불소급의 원칙의 적용 여부가 문제된다기보다는, 부진정 소급 적용이 가능하다는 것을 전제로 하여 더 나아가 이 사건 공소시효 배제규정에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지 여부가 문제되는 경우라고 할 수 있다.

결국 원심 판결 이유 중 위 ①과 ③에 관한 사항은 이 사건 범죄행위의 공소시효가 완성되지 않았다는 점을 뒷받침하는 핵심적인 논증이라고 하기 어렵다.

왜냐하면, 위와 같은 논증은 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효를 배제하는 등의 규정이 있는 경우에 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논리일 뿐, 시적 적용범위에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이 사건 공소시효 배제규정 그 자체만으로 소급적용을 인정할 수 있다는 점에 관한 법리라고 보기는 어렵기 때문이다.

따라서 원심 판결 이유 중 ②와 ④에 관한 사항, 즉 이 사건 공소시효 배제규정은 있으나 그 경과규정이 없는 경우에도 입법취지와 내용, 관련 법률의 제·개정 추이에 비추어 법 시행 이전에 저질러진 범행 중 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용할 수 있다는 논증을 인정할 수 있는지 여부에 따라 판결의 결론이 달라진다고 할 수 있다.

원심이 들고 있는 위 ②, ④의 이유는 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 부존재하는 경우 여러 가지 근거를 들어 마치 존재하는 것처럼 해석할 수 있다는 것인데, 이는 결국 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 있는 것으로 유추해석할 수 있다는 것이다.

그러나 이 법원은 이 점에 관한 원심 판결의 이유를 그대로 수긍할 수 없는데, 그렇게 보는 이유는 항목을 바꾸어 보기로 한다.

#### 4) 피고인에게 불리한 유추해석의 가능 여부

가) '무엇이 법인가를 선언하는 것'은 법원에 주어진 중요한 책무 중 하나이다.

법원이 법을 올바르게 선언하기 위해서는 법원은 올바른 법을 발견하여야 한다.

따라서 법원이 법을 해석, 적용함에 있어서 '법의 발견'이라는 법원에 주어진 책무를 다하지 않는 것을 경계하여야 한다.

법원이 법을 발견하려는 직무를 저버린 채 법이 흠결되었다고 가볍게 생각하는 것은 정의로운 법의 선언을 포기하는 것이다.

이는 심각한 부정의이다.

원심은 이를 전제로 위와 같은 유추해석을 전개한 것으로서 위와 같은 법원의 책무에 비추어 이해하지 못할 것은 아니다.

다만, 형사법은 예외이어야 한다.

국가가 형벌권을 행사하는 경우 가능하면 형식적인 법의 적용이 요구된다.

불명확한 법조항에 빗대어 형벌을 부과할 수 있게 하는 것은 국가권력의 남용 가능성을 조장할 우려가 있기 때문이다.

이 또한 매우 심각한 부정의이다.

개별 사안에서 형사처벌의 필요성이 크다고 하더라도 그러하다.

그 때문에 국가권력의 남용 가능성의 길을 열어준다면 그로 인한 일반적인 폐해를 감당할 수 없다.

새로 명확한 법률을 제정하여 규율할 일이다.

원심은 입법취지와 이 사건 경과규정이 사문화될 수 있다는 점 등을 들어 유추해석이 정당하다고 실시하고 있으나, 입법자의 의사나 체계적인 법해석의 요구가 헌법상 원리, 즉 이 사건에서는 헌법상 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 헌법적 가치들과 충돌하는 경우 헌법적 원리나 가치를 우위에 두고 해석하여야 할 것이다.

나) 이와 같은 헌법상 원리에 입각하여 형법도 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고(제1조 제1항), 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있다(제1조 제2항).

공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 그 기간을 연장하는 규정을 두는 것이 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고 공소시효는 절차법적 제도로써 실체법에서 정해진 형벌권의 존부를 결정하는 것은 아니지만, 피고인의 입장에서는 공소시효에 따라 형벌의 유무가 달라지는 결과를 가져오고 공소시효가 배제·연장됨에 따라 실질적인 불이익을 입는 점과 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형사법의 엄격해석의 원칙을 고려하면, 형법 제1조를 유추적용하여 개정 전후를 비교하여 피고인에게 유리한 공소시효기간에 따라야 한다고 보는 것이 옳다(이와 같이 보는 것이 형사법 학자들의 다수설로 보인다).

이와 같은 입장에 따라 대상자에게 실질적으로 불리하게 부수처분 규정이 개정되면서 경과규정을 두지 않은 경우에도 행위시법의 입장을 취하는 것이 타당하다고 보는 학설이 있다(부착명령청구 요건 및 부착기간 하한 가중 요건을 완화, 확대하면서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부착기간 하한을 2배 가중하도록 한 규정에 대하여 명확한 경과규정을 두지 아니한 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 대한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도6181, 2013전도122(병합) 판결 참조).

#### 5) 공소시효 배제규정의 경과규정이 없는 경우의 해석

가) 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관한 형사절차법상 원칙

(1) 입법정책의 문제

앞서 본 바와 같이 피고인에게 불리한 형사법규의 유추해석이 금지될 뿐만 아니라 절차법적으로도 이 사건 경과규정의 소급적용은 인정될 수 없다.

형사법에 있어서 신법 시행을 기점으로 그 전후에 계속되는 법적 상태(예컨대 공소시효의 진행 등)가 있는 경우 경과규정이 없을 때 그 법적 상태에 관하여 신법을 적용하는 것이 원칙인가, 구법을 적용하는 것이 원칙인가?

전자가 원칙이라면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이나 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 공소시효 배제·연장규정을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 둔 경우 그 경과규정은 단순한 주의적 규정에 불과하고, 후자가 원칙이라면 그 경과규정은 신·구법 중 어느 법을 적용할지를 규율하는 핵심적인 규정에 해당하게 된다.

그런데 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관해서는 세계적으로 보편타당한 공통되는 법의 일반원칙이 존재하는 것은 아니고, 각국의 현실 및 사정에 따라 그 적용범위를 달리 규율하는 입법정책의 문제라고 볼 수 있다{입법례에 관한 상세는 아래 나)항 참조}.

그렇다면 우리나라의 형사절차법상 공소시효 배제규정의 시적 적용범위의 원칙은 무엇인가? 이에 관해서는 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 규정과 특별법의 규정들을 살펴봄으로써 파악할 수 있다.

## (2) 형사소송법의 규정

중전의 공소시효 기간을 연장(공소시효 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년을 각각 25년, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년으로 연장)한다는 취지의 형사소송법이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 같은 날부터 시행되었는데, 위 법률 부칙 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 중전의 규정을 적용한다.'고 규정하였다.

① 위와 같은 공소시효의 연장은 형사소송법이 제정된 이후 처음으로 이루어진 것으로서 공소시효에 관하여 위 법률이 시행되기 이전에 범한 죄에 대하여는 중전의 규정을 적용한다는, 불소급에 관한 경과규정도 처음으로 규정되었던 점, ② 형사소송법상 공소시효 연장규정과 그 경과규정은, 형사소송법의 공소시효의 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 공소시효 배제·연장규정과 경과규정을 신설하기 전에 도입된 점, ③ 따라서 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 공소시효 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 형사절차법의 특별법으로서 특별법에 공소시효 배제·연장규정에 관한 경과규정이 없는 경우 일반법에 규정된 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 적용되어야 한다는 점, ④ 형사소송법의 위 부칙 규정에 비추어 보면 공소시효가 연장되는 것처럼 공소시효에 관한 규정이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 이를 소급적용하지 아니한다는 원칙을 천명한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 공소시효 배제규정의 신설 당시에는 그 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니하였다가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 비로소 이 사건 경과규정을 둔 것은, 입법자가 형사소송법에 규정된 공소시효의 시적 적용 범위에 관한 원칙을 의식하고 그 예외를 규정하기 위한 것으로 해석하는 것이 형사소송법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 사이의 체계에 부합하는 점, ⑤ 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되어, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조의3 제3항도 이 사건 공소시효 배제규정과 같은 취지로 규정하면서도 그 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하다가 위 전부 개정된 법률에서 비로소 그 소급적용에 관한 경과규정을 두었는데, 이 사건 공소시효 배제규정은 2011. 11. 17. 신설되었고 위 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 공소시효 배제규정은 2012. 2. 1. 신설되어 각기 개정 시점을 달리하면서도 동일하게 그 경과규정을 두지 아니한 것을 단순히 입법자의 착오나 과실로 치부하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정은 형사소송법의 원칙에 따라 이 부분 범죄행위에 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

## (3) 그 밖의 특별법에서의 공소시효 연장규정에 관한 경과규정

조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 제22조가 법인의 대표자 등이 위 법 소정의 범칙행위를 한 경우의 공소시효를 5년으로 규정하면서, 위 범칙행위가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의 적용을 받는 경우에 그 법인에 대한 공소시효를 10년으로 연장하는 취지로 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2010. 1. 1.) 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄의 공소시효에 관하여는 제22조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

'고 규정한다(조세범 처벌법은 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정되면서 제17조를 전문개정하여 공소시효를 연장하였는데, 그 부칙 제2조에도 그 시행 전에 진행이 개시된 공소시효기간에 관하여는 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다고 규정하였다).

한편 공직선거법은 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되어 제268조 제3항을 신설하면서 공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 공소시효는 같은 조 제1항, 제2항에서 정해진 6개월이 아니라 해당 선거일 후 10년을 경과함으로써 완성한다고 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2014. 2. 13.) 제11조는 그 시행 전의 행위에 대한 공소시효의 적용은 종전의 규정에 따르도록 규정한다(공직선거법은 위 개정 이전에도 제268조 소정의 공소시효를 연장하는 취지로 개정되었는데 그 때에도 부칙에서 종전의 규정에 따르도록 규정하였다).

이와 같은 관련 법률의 규정을 종합하면, 공소시효 기간을 연장하는 취지로 개정된 개별 법률들은, 성폭력범죄를 제외하고는 모두 신법 시행 이전에 범한 죄의 공소시효는 종전의 규정에 따르도록 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

이는 공소시효가 피고인에게 실질적으로 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용한다는 원칙에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 이와 같은 흐름과는 반대로 피고인에게 불리하게 신설·개정된 공소시효 배제·연장 규정이 그 시행 이전에 저질러진 성폭력범죄에 대해서도 적용하기 위해서는 이에 관한 명시적인 경과규정이 필요하다는 점을 시사하는 것이다.

따라서 이 사건 공소시효 배제규정에 대한 경과규정이 존재하지 아니할 때에는 위와 같은 원칙을 좇아 피고인에게 불리하지 아니한 종전의 규정을 따르는 것이 옳다는 것을 미루어 파악할 수 있다.

#### 나) 입법례

##### (1) 프랑스

프랑스에서 중죄에 관한 공소시효는 10년인데, 미성년자에 대한 강간살인, 성범죄 등 중죄에 대해서는 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효가 중단된다는 규정이 '미성년자의 비행 예방 및 아동보호에 관한 법률'(1989. 7. 10. 법률 제89-487호: LOI n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative la prévention des mauvais traitements l'égard des mineurs et la protection de l'enfance) 제16조로 신설되었고 이후 공소시효기간도 20년으로 연장되었으나, 이와 같은 공소시효 연장에 관한 경과규정은 없었다.

다만, 프랑스 형법 제112-2조 제4항은 공소시효가 완성되지 아니한 경우에 한하여 공소시효에 관한 신법 규정은 신법 시행 이전에 발생한 범죄에 대하여도 적용한다고 규정하고 있어, 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 없어도 신법 규정을 적용하는 원칙적인 규정을 두고 있다.

##### (2) 일본

일본은 형사소송시행법 제6조에 따라 공소시효기간은 구법을 따르도록 입법적으로 해결하였다.

즉, 개정 형사소송법(이하 '신법'이라 한다)을 시행할 때까지 공소가 제기되지 아니한 사건에 관하여는 신법을 적용하되, 신법이 시행되기 전에 개정 전 형사소송법(이하 '구법'이라 한다) 및 응급조치법에 의하여 생긴 효력을 막지 아니한다(일본 형사소송시행법 제3조)고 규정하는 한편, 제4조의 사건에 관하여 신법이 시행되기 전부터 진행을 시작한 법



정기간 및 소송행위를 해야 하는 사람의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 소재지의 거리에 따른 법정기간에 부가 하여야 하는 기간에 관하여는, 신법이 시행된 후에도 구법 및 응급조치법에 따른다(같은 법 제6조)고 규정하고 있다

#### 6) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2010. 4. 15., 법률 제10258호) 제5조 제10항에 따라 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 제명 변경되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조, 형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 그 공소시효가 7년인데, 이에 대한 공소는 그 범죄행위가 종료한 2006. 5.부터 7년이 경과한 이후인 2014. 2. 12. 제기되었음이 기록상 명백하므로 이에 관하여 이미 공소시효가 완성되었다(이 사건 공소사실 중 2006. 12. 범행은 이 사건 경과규정이 시행된 2013. 6. 19. 당시 공소시효가 완성되지 아니하여 위 경과규정이 그대로 적용된다).

#### 3. 결 론

따라서 원심판결 중 피고인의 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분 등에 대한 항소는 이유 있다.

그런데 피고인에 대한 공소사실 중 위 부분과 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범이므로 1개의 형을 선고하여야 하는 관계인 이상 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기하여야 한다.

그리고 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

그렇다면, 피고인의 피고사건에 대한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다) 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

##### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 겸 피부작명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 원심 판시 범죄사실 제1항, 제2항 기재와 같이 피해자 고○○, 임○○을 간음한 사실이 없고, 원심 판시 범죄사실 제3항 내지 제5항 기재와 같은 행위를 한 사실은 있으나 피해자 고△△, 전○○의 합의 아래 그와 같은 행위를 하였다(전○○에 대하여는 정신적 장애인의 항거불능상태를 이용하지 아니하였다는 취지로 보인다).

그리고 피해자 고△△은 지적장애인이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인이 이를 인식하고 그녀에게 위력을 행사하여 간음 또는 추행한 것이 아니다(피고인은 항소이유로서 피해자 고△△에게 정신적 장애가 있음을 알지 못하였다고 명시적으로 주장하지는 아니하였으나, 원심부터 당심에 이르기까지 공판기일에서 줄곧 피해자 고△△이 지적장애인임을 인식하지 못하였다고 진술하고 있으므로 항소이유의 주장에 이에 관한 사항도 포함되어 있다고 본다).

나) 이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분은 공소시효기간인 7년을 이미 경과하여 공소시효가 완성되었는데 신체적 또는 정신적 장애가 있는 여자에 대한 성범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제3항은 형벌불소급의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙에 따라 이 사건에 적용되지 않음에도 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

## 2) 양형부당

원심의 선고형(징역 18년 등)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해(공소시효에 관한 법리오해는 별도의 항목으로 살펴본다)

### 1) 피해자 고○○, 임○○에 대한 간음행위 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자들의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1은 2013. 7.경 아파트 주민으로부터 '피고인이 성폭력범죄를 저지르고 다니는데 너는 청년회장이라면서 뭐하고 있느냐? 무슨 조치를 취하여야 하는 것이 아니냐?'라는 취지의 말을 듣고 아내를 통하여 피해자 고△△, 임○○이 피고인으로부터 성폭행을 당하였으며, 그로 인하여 피해자 고△△이 자살을 시도하고 우울증 치료를 받고 있다는 말을 전해 들었다.

이에 공소외 1은 이 사건 아파트 16통장 공소외 2와 함께 피고인이 지적장애인들을 대상으로 성폭력범죄를 저질렀다는 취지로 경찰에 신고하였다.

그 직후 공소외 1 등은 피해자 고○○, 임○○, 고△△과 함께 2013. 7. 26. 제주여성·학교폭력피해자 원스톱지원센터(이하 '원스톱지원센터'라고 한다)에 방문하여 피해사실을 신고하고 위 피해자들이 그 무렵 피해내용을 진술하였다.

나) 피해자 고○○, 임○○의 지능지수는 각각 63, 64이고, 사회지수는 그보다 낮은 44와 42에 머물고 있으며 사회 연령은 7.08세 및 7.6세에 불과하여 반복적인 연습을 통하여 습득할 수 있는 정도의 일상생활만 영위할 수 있다.

일반적으로 지적장애인은 자신의 의사를 표현하는 능력이 부족하여 성폭력범죄의 피해를 당하더라도 피해사실이 드러나는 데 시간이 걸리며 피해자 자신이 성폭력 피해사실을 스스로 인식하는 것보다 주변 사람들에 의하여 밝혀지는 경우가 많다.

이 사건의 경우도 피해자 고○○은 지적장애 3급, 피해자 임○○은 지적장애 1급에 해당하는 정신적 장애인들로서 위와 같은 지적장애인의 특성이 반영되어 성폭력범죄 발생 후 신고 시점까지 상당한 시간이 경과한 것으로 이해할 수 있다.

다) 위 피해자들에 대한 최초의 진술녹취는 2013. 8. 1. 이루어졌는데, 당시의 진술녹취록의 각 기재에 따르면, 피해자 고○○, 임○○은 피고인으로부터 피해를 당하였다는 취지로 진술하고 있으나, 그 내용이 산만하고 피해사실을 구체적으로 묘사하지는 못하고 있다.

다만, 피해자들은 피해사실의 핵심에 해당하는 피고인의 간음행위가 있었음을 일관되게 말이나 행동으로 표현하고 있고, 피해사실과 관련한 특징들(피고인이 범행 당시 했던 말, 피해장소의 냄새, 방 안의 구조 등)을 단편적이거나 진술하고 있다.

피해자들의 경찰 진술내용에 대한 의견을 제시한 아동·장애인 성폭력 사건 전문가 김○○도 피해자들에 대한 진술 녹화 당시 보호자나 조사자의 암시적이거나 직접적인 질문이 포함되어 있지 않아 그 진술이 외부의 영향으로 인하여 왜곡되었다고 보기 어렵다는 의견을 제시하였던 점을 보태어 보면, 피해자들이 진술하는 피해사실을 믿을 수 없다고 말할 수는 없다.

라) 경찰은 위 피해자들 및 참고인들의 진술을 토대로 2013. 8. 22. 피고인에 대한 제2회 피의자신문을 실시하고 그 조사결과에 따른 위 피해자들에 대한 범행일시를 구체적으로 특정한 다음 2013. 8. 24. 위 피해자들을 상대로 구체적인 범행일시에 관한 진술녹화를 다시 실시하였다.

제1차 진술녹화와는 달리 제2차 진술녹화에서 조사자는 위 피해자들을 상대로 피해사실에 관하여 직접적으로 질문하였으나, 제1차 진술녹화에서 위 피해자들의 진술의 신빙성이 있다고 보는 이상 제2차 진술녹화에서 조사자의 질문 방식 때문에 제2차 진술녹화에서의 위 피해자들의 진술의 신빙성이 무너진다고 보기는 어렵다.

마) 위 피해자들은 이 사건이 불거진 뒤 대인기피증 등 정서적 불안감을 나타내고 있어 어떠한 커다란 정신적 충격을 받을 만한 사건이 있었음을 추단할 수 있다.

바) 피고인은 2013. 2.경 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1이 관리하던 체력단련장을 피고인이 맡게 되면서 다툼이 생겼고, 양심을 품은 공소외 1이 장애인들과 결탁하여 마치 피고인이 장애인을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 것으로 꾸몄다고 주장한다.

공소외 1이 앞에서 본 바와 같은 경위로 피고인의 성폭력범죄를 경찰에 신고한 것은 인정되지만, 피고인 주장과 같은 고발 동기나 허위로 고발하였다는 근거를 기록상 찾아볼 수 없다.

## 2) 피고인이 피해자 고△△에게 정신적인 장애가 있었음을 알고 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 알고 있으면서 위 피해자를 위력으로써 간음하고 추행하였음이 인정되므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 이 사건 아파트는 다수의 장애인들이 거주하는 임대주택법령 소정의 영구임대주택이라는 사실이 제주시에 널리 알려져 있다.

나) 피해자 고△△은 평소 행동이 유치하고 어눌하여 그녀와 이야기를 해보면 장애인이라는 사실을 쉽게 알 수 있다.

이 사건 발생 직후 원스톱지원센터에서 피해자 고△△을 상대로 실시한 심리평가 결과 지능지수 61의 지적장애 3급 수준으로서 성행위의 의미는 알고 있지만 누구와 어떠한 맥락에서 성관계를 가져야 한다는 판단능력은 없는 것으로 평가되었다.

피해자 고△△의 어머니인 임○○을 포함한 가족들도 모두 지적장애인 또는 언어 장애인으로 등록되어 있어 주민들 사이에 피해자 고△△도 지적장애인이라고 알려져 있었지만 실제로는 장애등급을 받지는 아니하였다.

그 이유는 피해자 고△△의 가족은 모두 장애인으로서 위 피해자가 가족의 보호자 역할을 하고 있는데 자신마저 장애인으로 등록되면 가족 모두가 뿔뿔이 흩어져 장애인복지시설에 입소하여야 하기 때문에 주변에서 그 등록을 권하지 않았기 때문이다.

다) 피고인은 1997. 3.부터 이 사건 아파트에 거주하면서 반장, 통장 및 청년회장 등을 거쳐 임차인 대표까지 역임한데다 피해자 고△△과 이웃으로서 잘 알고 지냈다.

피고인도 검찰 조사 당시 피해자 고△△의 딸을 제외한 피해자 고△△의 모든 가족이 정신적 장애를 가지고 있다는 것을 알고 있었다고 진술하여 피해자 고△△에게도 정신적 장애가 존재할 가능성이 크다는 점을 인식하고 있었다고 보인다.

### 3) 피해자 고△△에 대한 위력의 행사 유무

가) 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항 기재 일시, 장소에서 피해자 고△△에게 "빌린 200만 원을 한꺼번에 갚든지, 애인이 되어 천천히 갚든지 선택해라."라고 말하였다는 점에 관한 증거는 증거능력이 없는 피고인에 대한 경찰 제2회 피의자신문조서, 위 피해자에 대한 각 경찰 진술조서를 제외하고는 고△△의 진술녹화 속기록과 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서의 각 기재가 있을 뿐이다.

이들 증거만으로는 피해자는 피고인에게 싫다는 의사표시를 하였고 이에 피고인은 가만히 있으라고 말한 사실이 인정될 뿐이다(제주지방법원 2013고합171호 증거기록 581쪽). 그런데 피고인이 위와 같이 말하고 간음행위에 수반하여 옷을 강제로 벗기는 것 이외의 별다른 유형력을 행사하지 않았더라도 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위력을 행사하여 피해자 고△△을 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 월 수입은 약 100만 원에 머물고 있고 신용불량 상태임에도 피고인은 2011년경부터 피해자 고△△에게 여러 차례에 걸쳐 합계 수 백 만 원의 돈을 대여하였다.

피고인은 이를 빌미로 성관계를 요구하려고 했던 것으로 보이고, 실제로 피고인이 변제를 독촉하자 이를 건디지 못한 피해자 고△△은 2012. 6.경 자살을 시도하였다.

다) 피해자 고△△은 1982. 10. 12.생으로 이 사건 당시 30세 남짓의 여자인데 비해, 피고인은 1960. 5. 3.생의 남자로서 피해자는 피고인에게 배우자와 자식들이 있다는 것을 알고 있었다.

이처럼 피해자가 22살이나 차이가 나고 유부남인 피고인의 요구에 순순히 응하여 성관계를 가진다는 것은 경험칙상 납득되지 아니한다.

라) 피고인은 2012. 7.경 공소외 3에게 피해자 고△△과 잠자리를 가지고 싶다는 취지로 도움을 요청하였고 원심 판시 제3항 기재 범행 당일 공소외 3는 피해자 고△△을 만나 "몸 아껴서 뭐 할거냐, 몸 한 번 주고 돈을 빌려 쓰면 될 것이다.

"라고 말하여 피해자 고△△에게 심리적 압박을 가하였다.

이처럼 피해자 고△△은 차용금으로 심리적으로 위축되어 있는 상황에서 같은 날 피고인 및 공소외 3와 식사를 하다가 공소외 3가 자리를 피하자 피고인에 이끌려 부근의 모텔에 들어갔는데, 피해자는 공소외 3 및 피고인과 함께 식사할 때만 하여도 피고인과 단둘이 남게 되어 모텔까지 갈 것을 예상하지 못하였던 것으로 보인다.

마) 피고인이 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 '하지 말라'고 하면서 명시적인 거부 의사를 밝혔음에도, '가만히 있으라'고 말하면서 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자를 간음하였다.

이처럼 피해자는 지적장애 3급에 준하는 정신적 장애를 가지고 있었고, 힘이나 연령 등에서 피고인과 현저한 차이가 나며, 차용금 문제로 심리적으로 위축되어 있었으므로, 피고인과 단둘이 모텔 방에 있게 된 피해자로서는 피고인에게 압도당하여 정상적인 반항을 하기 어려웠으리라고 보인다.

바) 피해자 고△△은 피고인으로부터 성폭력범죄를 당하자 지인들에게 피해사실을 조금씩 이야기하기 시작하여 그 소문이 퍼져 나갔고, 2012. 9. 26.경 다시 자살을 시도하였다.

#### 4) 피해자 전○○의 정신적 장애로 인한 항거불능 상태를 이용하였는지 여부

비록 피해자 전○○이 이 사건 범행 이후 간음의 경위에 관하여 상세히 진술하는 등 어느 정도의 지적 능력을 가진 것으로 보인다 하더라도, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피해자는 그 사회적 지능 내지 성숙도가 상당한 정도로 지체되어 대인관계 내지 의사소통에 중대한 어려움을 겪어 왔으며 이 사건 범행 당시에도 이러한 정신적 장애로 인하여 피고인의 성적 요구에 대한 거부의 의사를 분명하게 표시하지 못하거나 피고인의 손을 뿌리치는 것 이상의 적극적인 저항행위를 할 수 없었음을 인정할 수 있다.

따라서 피고인이 피해자의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피해자 전○○은 1981. 10. 29.생의 여자로서 지능지수가 51이고 사회지수는 이보다 낮은 31에 머물고 있으며 사회연령은 10.1세에 불과하여(세부 영역별 사회연령은 이동능력이 11세, 작업능력이 8세, 의사소통능력이 9세에 해당함) 단순한 놀이와 간단한 집안일 정도만 수행 가능하고 가까운 이웃 동네 정도를 혼자서 다닐 수 있는 지적장애 3급의 사람인데, 2005년 및 2006년 무렵에도 비슷한 수준의 정신적 장애를 가졌던 것으로 평가된다.

피해자는 피고인과 자신이 나이 차이가 많이 나고 피고인에게 배우자 및 자식들이 있다는 사실을 알고 있었으며, 평소 조금만 큰소리를 들어도 겁을 먹는다.

나) 피고인은 피해자에게 공부를 가르쳐 준다는 등의 명목 등으로 피해자의 신뢰를 쌓고 수시로 불러내 만남을 유지하다가 2006. 12. 피해자를 인적이 드문 과수원으로 데려가자마자 강제로 바닥에 눕혀 간음행위를 시작하였고, 원하지 않는다는 표시로 피고인의 손을 뿌리치는 피해자의 손을 잡고 피해자의 옷을 벗긴 뒤 간음하였다.

다) 피해자는 경찰에서 '피고인이 피해자가 장애인이라는 사실을 알고 한 번 이용해 보자. 노예로 삼아보자고 생각한 것 같다.

피고인이 성추행하려고 다른 길로 데려가서 옷을 벗으라고 하였고 옷을 벗지 않으면 때렸다.

그냥 하지 말라고 해도 계속 벗기니까 어쩔 수 없이 그냥 당하여 임신이 되었다.

'는 취지로 진술하였다.

나. 공소시효 만료

#### 1) 공소사실의 요지

피고인은 2006. 5. 일자불상 저녁 무렵 피해자를 이 사건 아파트 부근 과수원으로 데리고 간 후 갑자기 피해자를 바닥에 눕힌 다음 피해자의 옷을 모두 벗기고 그 과정에서 옷을 벗지 않으려는 피해자의 뺨을 손으로 때리는 등으로 피해자에게 겁을 주고 계속하여 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 피해자를 간음하였다.

#### 2) 원심의 판단

가) 위 범행의 공소시효 만료일

위 범행의 공소시효는 그 실행행위 종료일인 2006. 5. 일자불상경부터 7년이다(형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호).

나) 관련 법률의 개정 내용

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제20조 제3항은 "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.

"고 규정(이하 '이 사건 공소시효 배제규정'이라고 한다)하면서도 그 부칙에 위 법 시행 전에 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용한다는 취지의 경과규정은 두고 있지 아니하다.

그런데 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되어 같은 날 시행된 것)은 제20조(공소시효 기산에 관한 특례) 제1항에서 "미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.

"고, 제2항에서 "제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.

'는 취지로 공소시효 연장규정을 둠과 아울러 같은 법 부칙(2010. 4. 15.) 제3조에서 '이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.

'는 경과규정을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제7조의3도 위와 같은 취지의 공소시효 연장규정을 두고 있고, 같은 법 부칙 제6조도 같은 취지의 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있다}.

그 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행된 것) 제21조는 공소시효 적용배제규정의 대상범죄를 확대하면서 같은 법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 소급적용에 관한 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라고 한다)을 두고 있다{아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정된 것) 제20조도 같은 취지로 공소시효 배제규정을 두면서 같은 법 부칙 제3조에서 동일

취지의 경과규정을 두고 있다}.

다) 경과규정이 없는 경우의 해석

이 부분 공소사실에 따른 범행의 공소시효 만료일인 2013. 5. 31. 이전에 이 사건 공소시효 배제규정이 시행되었는데, 다른 공소시효 연장규정과는 달리 명시적인 경과규정이 없다.

그러나 ① 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 공소시효 배제규정 등 부진정 소급효는 일정한 요건 아래 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고, ② 이 사건 공소시효 배제규정을 제외하고는 그 전후에 이루어진 법률 개정은 그 제·개정 추이, 내용 및 입법취지가 같거나 유사하면서 공소시효 배제·연장규정에 관하여 모두 동일하게 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있으며, ③ 13세 미만 또는 장애인 여성 등 특정한 성폭력범죄에서 공소시효가 완성되지 아니한 상태인 경우 진행 중인 공소시효를 배제 또는 연장하는 부진정 소급효에 관한 규정은, 공소시효 제도에 근거한 범죄자 개인의 신뢰보다 취약여성들에 대한 성폭력범죄의 처벌 필요성 등 공익적 특수성에 비추어 정당화되고, 이 사건 범행에 대하여도 달리 볼 합리적인 근거를 찾아볼 수 없고, ④ 앞서 본 관련 법령에서 공소시효 배제규정의 대상인 기본범죄, 즉 강간죄, 준강간죄를 포함하여 이에서 더 확대하면서도 부진정소급효를 인정하는 경과규정을 두고 있는데, 그럼에도 기본범죄에 관한 이 사건 경과규정에 부진정 소급효를 인정하지 않는다면 그 대상범죄인 기본범죄의 공소시효 배제 적용 범위는 이 사건 공소시효 배제규정 시행일인 2011. 11. 17. 이후부터 저질러진 범행에만 한정되어 그 이전의 이 사건 경과규정의 적용범위가 사문화되는데, 이는 속칭 '도가니법'으로 불리는 이 사건 공소시효 배제규정의 입법경위, 당시 입법에 관한 사회적 합의·파장 등에 반하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정에서도 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 부진정 소급효는 인정된다(위와 같은 부진정 소급효에 관한 경과규정은 입법상 단순 착오·누락이라고 봄이 상당하다).

따라서 이 사건 범행은 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

### 3) 이 법원의 판단

원심 법원의 판단 중 위 ①과 ③은 요약하자면, 공소시효가 완성되지 아니한 경우에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 아니하므로 이 사건 공소시효 배제규정의 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논증이다.

공소시효가 완성되지 아니한 경우 진행 중인 공소시효를 배제·연장하는 법률은 이른바 부진정 소급효를 가지는데 이와 같은 부진정 소급입법은 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

그런데 이 사건은 형벌불소급의 원칙의 적용 여부가 문제된다기보다는, 부진정 소급 적용이 가능하다는 것을 전제로 하여 더 나아가 이 사건 공소시효 배제규정에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지의 여부가 문제되는 경우라고 할 수 있다.

결국 원심 판결 이유 중 위 ①과 ③에 관한 사항은 이 사건 범죄행위의 공소시효가 완성되지 않았다는 점을 뒷받침하는 핵심적인 논증이라고 하기 어렵다.

왜냐하면, 위와 같은 논증은 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효를 배제하는 등의 규정이 있는 경우에 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논리일 뿐, 시적 적용범위에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이 사건 공소시효 배제규정 그 자체만으로 소급적용을 인정할 수 있다는 점에 관한 법리라고 보기는 어렵기 때문이다.

따라서 원심 판결 이유 중 ②와 ④에 관한 사항, 즉 이 사건 공소시효 배제규정은 있으나 그 경과규정이 없는 경우에도 입법취지와 내용, 관련 법률의 제·개정 추이에 비추어 법 시행 이전에 저질러진 범행 중 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용할 수 있다는 논증을 인정할 수 있는지 여부에 따라 판결의 결론이 달라진다고 할 수 있다.

원심이 들고 있는 위 ②, ④의 이유는 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 부존재하는 경우 여러 가지 근거를 들어 마치 존재하는 것처럼 해석할 수 있다는 것인데, 이는 결국 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 있는 것으로 유추해석할 수 있다는 것이다.

그러나 이 법원은 이 점에 관한 원심 판결의 이유를 그대로 수긍할 수 없는데, 그렇게 보는 이유는 항목을 바꾸어 보기로 한다.

#### 4) 피고인에게 불리한 유추해석의 가능 여부

가) '무엇이 법인가를 선언하는 것'은 법원에 주어진 중요한 책무 중 하나이다.

법원이 법을 올바르게 선언하기 위해서는 법원은 올바른 법을 발견하여야 한다.

따라서 법원이 법을 해석, 적용함에 있어서 '법의 발견'이라는 법원에 주어진 책무를 다하지 않는 것을 경계하여야 한다.

법원이 법을 발견하려는 직무를 저버린 채 법이 흠결되었다고 가볍게 생각하는 것은 정의로운 법의 선언을 포기하는 것이다.

이는 심각한 부정의이다.

원심은 이를 전제로 위와 같은 유추해석을 전개한 것으로서 위와 같은 법원의 책무에 비추어 이해하지 못할 것은 아니다.

다만, 형사법은 예외이어야 한다.

국가가 형벌권을 행사하는 경우 가능하면 형식적인 법의 적용이 요구된다.

불명확한 법조항에 빚대어 형벌을 부과할 수 있게 하는 것은 국가권력의 남용 가능성을 조장할 우려가 있기 때문이다.

이 또한 매우 심각한 부정의이다.

개별 사안에서 형사처벌의 필요성이 크다고 하더라도 그러하다.

그 때문에 국가권력의 남용 가능성의 길을 열어준다면 그로 인한 일반적인 피해를 감당할 수 없다.

새로 명확한 법률을 제정하여 규율할 일이다.

원심은 입법취지와 이 사건 경과규정이 사문화될 수 있다는 점 등을 들어 유추해석이 정당하다고 설시하고 있으나, 입법자의 의사나 체계적인 법해석의 요구가 헌법상 원리, 즉 이 사건에서는 헌법상 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 헌법적 가치들과 충돌하는 경우 헌법적 원리나 가치를 우위에 두고 해석하여야 할 것이다.

나) 이와 같은 헌법상 원리에 입각하여 형법도 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고(제1조 제1항), 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있다(제1조 제2항).



공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 그 기간을 연장하는 규정을 두는 것이 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고 공소시효는 절차법적 제도로써 실체법에서 정해진 형벌권의 존부를 결정하는 것은 아니지만, 피고인의 입장에서는 공소시효에 따라 형벌의 유무가 달라지는 결과를 가져오고 공소시효가 배제·연장됨에 따라 실질적인 불이익을 입는 점과 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형사법의 엄격해석의 원칙을 고려하면, 형법 제1조를 유추적용하여 개정 전후를 비교하여 피고인에게 유리한 공소시효기간에 따라야 한다고 보는 것이 옳다(이와 같이 보는 것이 형사법 학자들의 다수설로 보인다).

이와 같은 입장에 따라 대상자에게 실질적으로 불리하게 부수처분 규정이 개정되면서 경과규정을 두지 않은 경우에도 행위시법의 입장을 취하는 것이 타당하다고 보는 학설이 있다(부처명령청구 요건 및 부처기간 하한 가중 요건을 완화, 확대하면서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부처기간 하한을 2배 가중하도록 한 규정에 대하여 명확한 경과규정을 두지 아니한 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 대한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도6181, 2013전도122(병합) 판결 참조).

#### 5) 공소시효 배제규정의 경과규정이 없는 경우의 해석

가) 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관한 형사절차법상 원칙

##### (1) 입법정책의 문제

앞서 본 바와 같이 피고인에게 불리한 형사법규의 유추해석이 금지될 뿐만 아니라 절차법적으로도 이 사건 경과규정의 소급적용은 인정될 수 없다.

형사법에 있어서 신법 시행을 기점으로 그 전후에 계속되는 법적 상태(예컨대 공소시효의 진행 등)가 있는 경우 경과규정이 없을 때 그 법적 상태에 관하여 신법을 적용하는 것이 원칙인가, 구법을 적용하는 것이 원칙인가?

전자가 원칙이라면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이나 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 공소시효 배제·연장규정을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 둔 경우 그 경과규정은 단순한 주의적 규정에 불과하고, 후자가 원칙이라면 그 경과규정은 신·구법 중 어느 법을 적용할지를 규율하는 핵심적인 규정에 해당하게 된다.

그런데 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관해서는 세계적으로 보편타당한 공통되는 법의 일반원칙이 존재하는 것은 아니고, 각국의 현실 및 사정에 따라 그 적용범위를 달리 규율하는 입법정책의 문제라고 볼 수 있다(입법례에 관한 상세는 아래 나)항 참조).

그렇다면 우리나라의 형사절차법상 공소시효 배제규정의 시적 적용범위의 원칙은 무엇인가? 이에 관해서는 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 규정과 특별법의 규정들을 살펴봄으로써 파악할 수 있다.

##### (2) 형사소송법의 규정

중전의 공소시효 기간을 연장(공소시효 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년을 각각 25년, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년으로 연장)한다는 취지의 형사소송법이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 같은 날부터 시행되었는데, 위 법률 부칙 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 중전의 규정을 적용한다.'고 규정하였다.

① 위와 같은 공소시효의 연장은 형사소송법이 제정된 이후 처음으로 이루어진 것으로서 공소시효에 관하여 위 법률이 시행되기 이전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다는, 불소급에 관한 경과규정도 처음으로 규정되었던 점, ② 형사소송법상 공소시효 연장규정과 그 경과규정은, 형사소송법의 공소시효의 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 공소시효 배제·연장규정과 경과규정을 신설하기 전에 도입된 점, ③ 따라서 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 공소시효 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 형사절차법의 특별법으로서 특별법에 공소시효 배제·연장규정에 관한 경과규정이 없는 경우 일반법에 규정된 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 적용되어야 한다는 점, ④ 형사소송법의 위 부칙 규정에 비추어 보면 공소시효가 연장되는 것처럼 공소시효에 관한 규정이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 이를 소급적용하지 아니한다는 원칙을 천명한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 공소시효 배제규정의 신설 당시에는 그 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니하였다가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 비로소 이 사건 경과규정을 둔 것은, 입법자가 형사소송법에 규정된 공소시효의 시적 적용 범위에 관한 원칙을 의식하고 그 예외를 규정하기 위한 것으로 해석하는 것이 형사소송법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 사이의 체계에 부합하는 점, ⑤ 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되어, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조의3 제3항도 이 사건 공소시효 배제규정과 같은 취지로 규정하면서도 그 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하다가 위 전부 개정된 법률에서 비로소 그 소급적용에 관한 경과규정을 두었는데, 이 사건 공소시효 배제규정은 2011. 11. 17. 신설되었고 위 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 공소시효 배제규정은 2012. 2. 1. 신설되어 각기 개정 시점을 달리하면서도 동일하게 그 경과규정을 두지 아니한 것을 단순히 입법자의 착오나 과실로 치부하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정은 형사소송법의 원칙에 따라 이 부분 범죄행위에 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

(3) 그 밖의 특별법에서의 공소시효 연장규정에 관한 경과규정

조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 제22조가 법인의 대표자 등이 위 법 소정의 범칙행위를 한 경우의 공소시효를 5년으로 규정하면서, 위 범칙행위가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의 적용을 받는 경우에 그 법인에 대한 공소시효를 10년으로 연장하는 취지로 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2010. 1. 1.) 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄의 공소시효에 관하여는 제22조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

'고 규정한다(조세범 처벌법은 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정되면서 제17조를 전문개정하여 공소시효를 연장하였는데, 그 부칙 제2조에도 그 시행 전에 진행이 개시된 공소시효기간에 관하여는 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다고 규정하였다).

한편 공직선거법은 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되어 제268조 제3항을 신설하면서 공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 공소시효는 같은 조 제1항, 제2항에서 정해진 6개월이 아니라 해당 선거일 후 10년을 경과함으로써 완성한다고 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2014. 2. 13.) 제11조는 그 시행 전의 행위에 대한 공소시효의 적용은 종전의 규정에 따르도록 규정한다(공직선거법은 위 개정 이전에도 제268조 소정의 공소시효를 연장하는 취지로 개정되었는데 그 때에도 부칙에서 종전의 규정에 따르도록 규정하였다).

이와 같은 관련 법률의 규정을 종합하면, 공소시효 기간을 연장하는 취지로 개정된 개별 법률들은, 성폭력범죄를 제외하고는 모두 신법 시행 이전에 범한 죄의 공소시효는 종전의 규정에 따르도록 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

이는 공소시효가 피고인에게 실질적으로 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용한다는 원칙에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 이와 같은 흐름과는 반대로 피고인에게 불리하게 신설·개정된 공소시효 배제·연장 규정이 그 시행 이전에 저질러진 성폭력범죄에 대해서도 적용하기 위해서는 이에 관한 명시적인 경과규정이 필요하다는 점을 시사하는 것이다.

따라서 이 사건 공소시효 배제규정에 대한 경과규정이 존재하지 아니할 때에는 위와 같은 원칙을 좇아 피고인에게 불리하지 아니한 종전의 규정을 따르는 것이 옳다는 것을 미루어 파악할 수 있다.

#### 나) 입법례

##### (1) 프랑스

프랑스에서 중죄에 관한 공소시효는 10년인데, 미성년자에 대한 강간살인, 성범죄 등 중죄에 대해서는 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효가 중단된다는 규정이 '미성년자의 비행 예방 및 아동보호에 관한 법률'(1989. 7. 10. 법률 제89-487호: LOI n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et la protection de l'enfance) 제16조로 신설되었고 이후 공소시효기간도 20년으로 연장되었으나, 이와 같은 공소시효 연장에 관한 경과규정은 없었다.

다만, 프랑스 형법 제112-2조 제4항은 공소시효가 완성되지 아니한 경우에 한하여 공소시효에 관한 신법 규정은 신법 시행 이전에 발생한 범죄에 대하여도 적용한다고 규정하고 있어, 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 없어도 신법 규정을 적용하는 원칙적인 규정을 두고 있다.

##### (2) 일본

일본은 형사소송시행법 제6조에 따라 공소시효기간은 구법을 따르도록 입법적으로 해결하였다.

즉, 개정 형사소송법(이하 '신법'이라 한다)을 시행할 때까지 공소가 제기되지 아니한 사건에 관하여는 신법을 적용하되, 신법이 시행되기 전에 개정 전 형사소송법(이하 '구법'이라 한다) 및 응급조치법에 의하여 생긴 효력을 막지 아니한다(일본 형사소송시행법 제3조)고 규정하는 한편, 제4조의 사건에 관하여 신법이 시행되기 전부터 진행을 시작한 법정기간 및 소송행위를 해야 하는 사람의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 소재지의 거리에 따른 법정기간에 부가하여야 하는 기간에 관하여는, 신법이 시행된 후에도 구법 및 응급조치법에 따른다(같은 법 제6조)고 규정하고 있다.

#### 6) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2010. 4. 15., 법률 제10258호) 제5조 제10항에 따라 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 제명 변경되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조, 형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 그 공소시효가 7년인데, 이에 대한 공소는 그 범죄행위가 종료한 2006. 5.부터 7년이 경과한 이후인 2014. 2. 12. 제기되었음이 기록상 명백하므로 이에 관하여 이미 공소시효가 완성되었다(이 사건 공소사실 중 2006. 12. 범행은 이 사건 경과규정이 시행된 2013. 6. 19. 당시 공소시효가 완성되지 아니하여 위 경과규정이 그대로 적용된다).

### 3. 결 론

따라서 원심판결 중 피고인의 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분 등에 대한 항소는 이유 있다.

그런데 피고인에 대한 공소사실 중 위 부분과 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범이므로 1개의 형을 선고하여야 하는 관계인 이상 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기하여야 한다.

그리고 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

그렇다면, 피고인의 피고사건에 대한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다) 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### 1) 사실오인 또는 법리오해

가) 피고인 겸 피부작명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 원심 판시 범죄사실 제1항, 제2항 기재와 같이 피해자 고○○, 임○○을 간음한 사실이 없고, 원심 판시 범죄사실 제3항 내지 제5항 기재와 같은 행위를 한 사실은 있으나 피해자 고△△, 전○○의 합의 아래 그와 같은 행위를 하였다(전○○에 대하여는 정신적 장애인의 항거불능상태를 이용하지 아니하였다는 취지로 보인다).

그리고 피해자 고△△은 지적장애인이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인이 이를 인식하고 그녀에게 위력을 행사하여 간음 또는 추행한 것이 아니다(피고인은 항소이유로서 피해자 고△△에게 정신적 장애가 있음을 알지 못하였다고 명시적으로 주장하지는 아니하였으나, 원심부터 당심에 이르기까지 공판기일에서 줄곧 피해자 고△△이 지적장애인임을 인식하지 못하였다고 진술하고 있으므로 항소이유의 주장에 이에 관한 사항도 포함되어 있다고 본다).

나) 이 사건 공소사실 중 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분은 공소시효기간인 7년을 이미 경과하여 공소시효가 완성되었는데 신체적 또는 정신적 장애가 있는 여자에 대한 성범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정한 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제 11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제20조 제3항은 형벌불소급의 원칙 및 유추해석 금지의 원칙에 따라 이 사건에 적용되지 않음에도 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

###### 2) 양형부당

원심의 선고형(징역 18년 등)은 너무 무거워서 부당하다.

###### 나. 검사

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

### 2. 판 단

가. 사실오인 또는 법리오해(공소시효에 관한 법리오해는 별도의 항목으로 살펴본다)

1) 피해자 고○○, 임○○에 대한 간음행위 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자들의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1은 2013. 7.경 아파트 주민으로부터 '피고인이 성폭력범죄를 저지르고 다니는데 너는 청년회장이라면서 뭐하고 있느냐? 무슨 조치를 취하여야 하는 것이 아니냐?'라는 취지의 말을 듣고 아내를 통하여 피해자 고△△, 임○○이 피고인으로부터 성폭행을 당하였으며, 그로 인하여 피해자 고△△이 자살을 시도하고 우울증 치료를 받고 있다는 말을 전해 들었다.

이에 공소외 1은 이 사건 아파트 16통장 공소외 2와 함께 피고인이 지적장애인들을 대상으로 성폭력범죄를 저질렀다는 취지로 경찰에 신고하였다.

그 직후 공소외 1 등은 피해자 고○○, 임○○, 고△△과 함께 2013. 7. 26. 제주여성·학교폭력피해자 원스톱지원센터(이하 '원스톱지원센터'라고 한다)에 방문하여 피해사실을 신고하고 위 피해자들이 그 무렵 피해내용을 진술하였다.

나) 피해자 고○○, 임○○의 지능지수는 각각 63, 64이고, 사회지수는 그보다 낮은 44와 42에 머물고 있으며 사회 연령은 7.08세 및 7.6세에 불과하여 반복적인 연습을 통하여 습득할 수 있는 정도의 일상생활만 영위할 수 있다.

일반적으로 지적장애인은 자신의 의사를 표현하는 능력이 부족하여 성폭력범죄의 피해를 당하더라도 피해사실이 드러나는 데 시간이 걸리며 피해자 자신이 성폭력 피해사실을 스스로 인식하는 것보다 주변 사람들에 의하여 밝혀지는 경우가 많다.

이 사건의 경우도 피해자 고○○은 지적장애 3급, 피해자 임○○은 지적장애 1급에 해당하는 정신적 장애인으로서 위와 같은 지적장애인의 특성이 반영되어 성폭력범죄 발생 후 신고 시점까지 상당한 시간이 경과한 것으로 이해할 수 있다.

다) 위 피해자들에 대한 최초의 진술녹취는 2013. 8. 1. 이루어졌는데, 당시의 진술녹취록의 각 기재에 따르면, 피해자 고○○, 임○○은 피고인으로부터 피해를 당하였다는 취지로 진술하고 있으나, 그 내용이 산만하고 피해사실을 구체적으로 묘사하지는 못하고 있다.

다만, 피해자들은 피해사실의 핵심에 해당하는 피고인의 간음행위가 있었음을 일관되게 말이나 행동으로 표현하고 있고, 피해사실과 관련한 특징들(피고인이 범행 당시 했던 말, 피해장소의 냄새, 방 안의 구조 등)을 단편적이거나 진술하고 있다.

피해자들의 경찰 진술내용에 대한 의견을 제시한 아동·장애인 성폭력 사건 전문가 김○○도 피해자들에 대한 진술 녹화 당시 보호자나 조사자의 암시적이거나 직접적인 질문이 포함되어 있지 않아 그 진술이 외부의 영향으로 인하여 왜곡되었다고 보기 어렵다는 의견을 제시하였던 점을 보태어 보면, 피해자들이 진술하는 피해사실을 믿을 수 없다고 말할 수는 없다.

라) 경찰은 위 피해자들 및 참고인들의 진술을 토대로 2013. 8. 22. 피고인에 대한 제2회 피의자신문을 실시하고 그 조사결과에 따른 위 피해자들에 대한 범행일시를 구체적으로 특정한 다음 2013. 8. 24. 위 피해자들을 상대로 구체적인 범행일시에 관한 진술녹화를 다시 실시하였다.

제1차 진술녹화와는 달리 제2차 진술녹화에서 조사자는 위 피해자들을 상대로 피해사실에 관하여 직접적으로 질문하였으나, 제1차 진술녹화에서 위 피해자들의 진술의 신빙성이 있다고 보는 이상 제2차 진술녹화에서 조사자의 질문 방식 때문에 제2차 진술녹화에서의 위 피해자들의 진술의 신빙성이 무너진다고 보기는 어렵다.

마) 위 피해자들은 이 사건이 불거진 뒤 대인기피증 등 정서적 불안감을 나타내고 있어 어떠한 커다란 정신적 충격을 받을 만한 사건이 있었음을 추단할 수 있다.

바) 피고인은 2013. 2.경 이 사건 아파트의 청년회장 공소외 1이 관리하던 체력단련장을 피고인이 맡게 되면서 다툼이 생겼고, 양심을 품은 공소외 1이 장애인들과 결탁하여 마치 피고인이 장애인을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 것으로 꾸몄다고 주장한다.

공소외 1이 앞에서 본 바와 같은 경위로 피고인의 성폭력범죄를 경찰에 신고한 것은 인정되지만, 피고인 주장과 같은 고발 동기나 허위로 고발하였다는 근거를 기록상 찾아볼 수 없다.

## 2) 피고인이 피해자 고△△에게 정신적인 장애가 있었음을 알고 있었는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위 피해자에게 정신적인 장애가 있음을 알고 있으면서 위 피해자를 위력으로써 간음하고 추행하였음이 인정되므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 이 사건 아파트는 다수의 장애인들이 거주하는 임대주택법령 소정의 영구임대주택이라는 사실이 제주시에 널리 알려져 있다.

나) 피해자 고△△은 평소 행동이 유치하고 어눌하여 그녀와 이야기를 해보면 장애인이라는 사실을 쉽게 알 수 있다.

이 사건 발생 직후 원스톱지원센터에서 피해자 고△△을 상대로 실시한 심리평가 결과 지능지수 61의 지적장애 3급 수준으로서 성행위의 의미는 알고 있지만 누구와 어떠한 맥락에서 성관계를 가져야 한다는 판단능력은 없는 것으로 평가되었다.

피해자 고△△의 어머니인 임○○을 포함한 가족들도 모두 지적장애인 또는 언어 장애인으로 등록되어 있어 주민들 사이에 피해자 고△△도 지적장애인이라고 알려져 있었지만 실제로는 장애등급을 받지는 아니하였다.

그 이유는 피해자 고△△의 가족은 모두 장애인으로서 위 피해자가 가족의 보호자 역할을 하고 있는데 자신마저 장애인으로 등록되면 가족 모두가 뿔뿔이 흩어져 장애인복지시설에 입소하여야 하기 때문에 주변에서 그 등록을 권하지 않았기 때문이다.

다) 피고인은 1997. 3.부터 이 사건 아파트에 거주하면서 반장, 통장 및 청년회장 등을 거쳐 임차인 대표까지 역임한데다 피해자 고△△과 이웃으로서 잘 알고 지냈다.

피고인도 검찰 조사 당시 피해자 고△△의 딸을 제외한 피해자 고△△의 모든 가족이 정신적 장애를 가지고 있다는 것을 알고 있었다고 진술하여 피해자 고△△에게도 정신적 장애가 존재할 가능성이 크다는 점을 인식하고 있었다고 보인다.

3) 피해자 고△△에 대한 위력의 행사 유무

가) 피고인이 원심 판시 범죄사실 제3항 기재 일시, 장소에서 피해자 고△△에게 "빌린 200만 원을 한꺼번에 갚든지, 애인이 되어 천천히 갚든지 선택해라."라고 말하였다는 점에 관한 증거는 증거능력이 없는 피고인에 대한 경찰 제2회 피의자신문조서, 위 피해자에 대한 각 경찰 진술조서를 제외하고는 고△△의 진술녹화 속기록과 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서의 각 기재가 있을 뿐이다.

이들 증거만으로는 피해자는 피고인에게 싫다는 의사표시를 하였고 이에 피고인은 가만히 있으라고 말한 사실이 인정될 뿐이다(제주지방법원 2013고합171호 증거기록 581쪽). 그런데 피고인이 위와 같이 말하고 간음행위에 수반하여 옷을 강제로 벗기는 것 이외의 별다른 유형력을 행사하지 않았더라도 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 알 수 있는 아래와 같은 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피고인이 위력을 행사하여 피해자 고△△을 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 월 수입은 약 100만 원에 머물고 있고 신용불량 상태임에도 피고인은 2011년경부터 피해자 고△△에게 여러 차례에 걸쳐 합계 수 백 만 원의 돈을 대여하였다.

피고인은 이를 빌미로 성관계를 요구하려고 했던 것으로 보이고, 실제로 피고인이 변제를 독촉하자 이를 건디지 못한 피해자 고△△은 2012. 6.경 자살을 시도하였다.

다) 피해자 고△△은 1982. 10. 12.생으로 이 사건 당시 30세 남짓의 여자인데 비해, 피고인은 1960. 5. 3.생의 남자로서 피해자는 피고인에게 배우자와 자식들이 있다는 것을 알고 있었다.

이처럼 피해자가 22살이나 차이가 나고 유부남인 피고인의 요구에 순순히 응하여 성관계를 가진다는 것은 경험칙상 납득되지 아니한다.

라) 피고인은 2012. 7.경 공소외 3에게 피해자 고△△과 잠자리를 가지고 싶다는 취지로 도움을 요청하였고 원심 판시 제3항 기재 범행 당일 공소외 3는 피해자 고△△을 만나 "몸 아껴서 뭐 할거냐, 몸 한 번 주고 돈을 빌려 쓰면 될 것이다.

"라고 말하여 피해자 고△△에게 심리적 압박을 가하였다.

이처럼 피해자 고△△은 차용금으로 심리적으로 위축되어 있는 상황에서 같은 날 피고인 및 공소외 3와 식사를 하다가 공소외 3가 자리를 피하자 피고인에 이끌려 부근의 모텔에 들어갔는데, 피해자는 공소외 3 및 피고인과 함께 식사할 때만 하여도 피고인과 단둘이 남게 되어 모텔까지 갈 것을 예상하지 못하였던 것으로 보인다.

마) 피고인이 피해자의 옷을 벗기려고 하자 피해자가 '하지 말라'고 하면서 명시적인 거부 의사를 밝혔음에도, '가만히 있으라'고 말하면서 피해자의 바지와 팬티를 벗기고 피해자를 간음하였다.

이처럼 피해자는 지적장애 3급에 준하는 정신적 장애를 가지고 있었고, 힘이나 연령 등에서 피고인과 현저한 차이가 나며, 차용금 문제로 심리적으로 위축되어 있었으므로, 피고인과 단둘이 모텔 방에 있게 된 피해자로서는 피고인에게 압도당하여 정상적인 반항을 하기 어려웠으리라고 보인다.

바) 피해자 고△△은 피고인으로부터 성폭력범죄를 당하자 지인들에게 피해사실을 조금씩 이야기하기 시작하여 그 소문이 퍼져 나갔고, 2012. 9. 26.경 다시 자살을 시도하였다.

4) 피해자 전○○의 정신적 장애로 인한 항거불능 상태를 이용하였는지 여부

비록 피해자 전○○이 이 사건 범행 이후 간음의 경위에 관하여 상세히 진술하는 등 어느 정도의 지적 능력을 가진 것으로 보인다 하더라도, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 사실과 그로부터 추단되는 사정들에 비추어 보면, 피해자는 그 사회적 지능 내지 성숙도가 상당한 정도로 지체되어 대인관계 내지 의사소통에 중대한 어려움을 겪어 왔으며 이 사건 범행 당시에도 이러한 정신적 장애로 인하여 피고인의 성적 요구에 대한 거부의 의사를 분명하게 표시하지 못하거나 피고인의 손을 뿌리치는 것 이상의 적극적인 저항행위를 할 수 없었음을 인정할 수 있다.

따라서 피고인이 피해자의 정신적 장애로 인한 항거불능인 상태를 이용하여 간음하였음을 인정할 수 있으므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피해자 전○○은 1981. 10. 29.생의 여자로서 지능지수가 51이고 사회지수는 이보다 낮은 31에 머물고 있으며 사회연령은 10.1세에 불과하여(세부 영역별 사회연령은 이동능력이 11세, 작업능력이 8세, 의사소통능력이 9세에 해당함) 단순한 놀이와 간단한 집안일 정도만 수행 가능하고 가까운 이웃 동네 정도를 혼자서 다닐 수 있는 지적장애 3급의 사람인데, 2005년 및 2006년 무렵에도 비슷한 수준의 정신적 장애를 가졌던 것으로 평가된다.

피해자는 피고인과 자신이 나이 차이가 많이 나고 피고인에게 배우자 및 자식들이 있다는 사실을 알고 있었으며, 평소 조금만 큰소리를 들어도 겁을 먹는다.

나) 피고인은 피해자에게 공부를 가르쳐 준다는 등의 명목 등으로 피해자의 신뢰를 쌓고 수시로 불러내 만남을 유지하다가 2006. 12. 피해자를 인적이 드문 과수원으로 데려가자마자 강제로 바닥에 눕혀 간음행위를 시작하였고, 원하지 않는다는 표시로 피고인의 손을 뿌리치는 피해자의 손을 잡고 피해자의 옷을 벗긴 뒤 간음하였다.

다) 피해자는 경찰에서 '피고인이 피해자가 장애인이라는 사실을 알고 한 번 이용해 보자. 노예로 삼아보자고 생각한 것 같다.

피고인이 성추행하려고 다른 길로 데려가서 옷을 벗으라고 하였고 옷을 벗지 않으면 때렸다.

그냥 하지 말라고 해도 계속 벗기니까 어쩔 수 없이 그냥 당하여 임신이 되었다.

'는 취지로 진술하였다.

나. 공소시효 만료

1) 공소사실의 요지

피고인은 2006. 5. 일자불상 저녁 무렵 피해자를 이 사건 아파트 부근 과수원으로 데리고 간 후 갑자기 피해자를 바닥에 눕힌 다음 피해자의 옷을 모두 벗기고 그 과정에서 옷을 벗지 않으려는 피해자의 뺨을 손으로 때리는 등으로 피해자에게 겁을 주고 계속하여 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 피해자를 간음하였다.

2) 원심의 판단

가) 위 범행의 공소시효 만료일



위 범행의 공소시효는 그 실행행위 종료일인 2006. 5. 일자불상경부터 7년이다(형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호).

#### 나) 관련 법률의 개정 내용

구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2011. 11. 17. 법률 제11088호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제20조 제3항은 "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.

"고 규정(이하 '이 사건 공소시효 배제규정'이라고 한다)하면서도 그 부칙에 위 법 시행 전에 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용한다는 취지의 경과규정은 두고 있지 아니하다.

그런데 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정되어 같은 날 시행된 것)은 제20조(공소시효 기산에 관한 특례) 제1항에서 "미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 형사소송법 제252조 제1항에도 불구하고 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행한다.

"고, 제2항에서 "제2조 제3호 및 제4호의 죄와 제3조부터 제9조까지의 죄는 디엔에이(DNA)증거 등 그 죄를 증명할 수 있는 과학적인 증거가 있는 때에는 공소시효가 10년 연장된다.

"는 취지로 공소시효 연장규정을 둠과 아울러 같은 법 부칙(2010. 4. 15.) 제3조에서 '이 법 시행 전 행하여진 성폭력범죄로 아직 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 제20조를 적용한다.

'는 경과규정을 두고 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2010. 4. 15. 법률 제10260호로 개정되어 같은 날 시행된 것) 제7조의3도 위와 같은 취지의 공소시효 연장규정을 두고 있고, 같은 법 부칙 제6조도 같은 취지의 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있다).

그 후 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행된 것) 제21조는 공소시효 적용배제규정의 대상범죄를 확대하면서 같은 법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 소급적용에 관한 경과규정(이하 '이 사건 경과규정'이라고 한다)을 두고 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정된 것) 제20조도 같은 취지로 공소시효 배제규정을 두면서 같은 법 부칙 제3조에서 동일 취지의 경과규정을 두고 있다).

#### 다) 경과규정이 없는 경우의 해석

이 부분 공소사실에 따른 범행의 공소시효 만료일인 2013. 5. 31. 이전에 이 사건 공소시효 배제규정이 시행되었는데, 다른 공소시효 연장규정과 달리 명시적인 경과규정이 없다.

그러나 ① 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 공소시효 배제규정 등 부진정 소급효는 일정한 요건 아래 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고, ② 이 사건 공소시효 배제규정을 제외하고는 그 전후에 이루어진 법률 개정은 그 제 개정 추이, 내용 및 입법취지가 같거나 유사하면서 공소시효 배제·연장규정에 관하여 모두 동일하게 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있으며, ③ 13세 미만 또는 장애인 여성 등 특정한 성폭력범죄에서 공소시효가 완성되지 아니한 상태인 경우 진행 중인 공소시효를 배제 또는 연장하는 부진정 소급효에 관한 규정은, 공소시효 제도에 근거한 범죄자 개인의 신뢰보다 취약여성들에 대한 성폭력범죄의 처벌 필요성 등 공익적 특수성에 비추어 정당화되고, 이 사건 범행에 대하여도 달리 볼 합리적인 근거를 찾아볼 수 없고, ④ 앞서 본 관련 법령에서 공소시효 배제규정의 대상인 기본범죄, 즉 강간죄, 준강간죄를 포함하여 이에서 더 확대하면서도 부진정소급효를 인정하는 경과규정을 두

고 있는데, 그럼에도 기본범죄에 관한 이 사건 경과규정에 부진정 소급효를 인정하지 않는다면 그 대상범죄인 기본 범죄의 공소시효 배제 적용 범위는 이 사건 공소시효 배제규정 시행일인 2011. 11. 17. 이후부터 저질러진 범행에만 한정되어 그 이전의 이 사건 경과규정의 적용범위가 사문화되는데, 이는 속칭 '도가니법'으로 불리는 이 사건 공소시효 배제규정의 입법경위, 당시 입법에 관한 사회적 합의·파장 등에 반하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정에서도 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서의 부진정 소급효는 인정된다(위와 같은 부진정 소급효에 관한 경과규정은 입법상 단순 착오·누락이라고 봄이 상당하다).

따라서 이 사건 범행은 공소시효가 완성되었다고 볼 수 없다.

### 3) 이 법원의 판단

원심 법원의 판단 중 위 ①과 ③은 요약하자면, 공소시효가 완성되지 아니한 경우에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 아니하므로 이 사건 공소시효 배제규정의 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논증이다.

공소시효가 완성되지 아니한 경우 진행 중인 공소시효를 배제·연장하는 법률은 이른바 부진정 소급효를 가지는데 이와 같은 부진정 소급입법은 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 아니라는 것이 일반적으로 인정되고 있다.

그런데 이 사건은 형벌불소급의 원칙의 적용 여부가 문제된다기보다는, 부진정 소급 적용이 가능하다는 것을 전제로 하여 더 나아가 이 사건 공소시효 배제규정에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지 여부가 문제되는 경우라고 할 수 있다.

결국 원심 판결 이유 중 위 ①과 ③에 관한 사항은 이 사건 범죄행위의 공소시효가 완성되지 않았다는 점을 뒷받침하는 핵심적인 논증이라고 하기 어렵다.

왜냐하면, 위와 같은 논증은 공소시효가 완성되지 아니한 상태에서 공소시효를 배제하는 등의 규정이 있는 경우에 소급적용이 가능하다는 점에 관한 논리일 뿐, 시적 적용범위에 관한 명시적인 경과규정이 없는 경우에도 이 사건 공소시효 배제규정 그 자체만으로 소급적용을 인정할 수 있다는 점에 관한 법리라고 보기는 어렵기 때문이다.

따라서 원심 판결 이유 중 ②와 ④에 관한 사항, 즉 이 사건 공소시효 배제규정은 있으나 그 경과규정이 없는 경우에도 입법취지와 내용, 관련 법률의 제·개정 추이에 비추어 법 시행 이전에 저질러진 범행 중 공소시효가 완성되지 아니한 것에 대하여도 적용할 수 있다는 논증을 인정할 수 있는지 여부에 따라 판결의 결론이 달라진다고 할 수 있다.

원심이 들고 있는 위 ②, ④의 이유는 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 부존재하는 경우 여러 가지 근거를 들어 마치 존재하는 것처럼 해석할 수 있다는 것인데, 이는 결국 이 사건 공소시효 배제규정의 경과규정이 있는 것으로 유추해석할 수 있다는 것이다.

그러나 이 법원은 이 점에 관한 원심 판결의 이유를 그대로 수긍할 수 없는데, 그렇게 보는 이유는 항목을 바꾸어 보기로 한다.

### 4) 피고인에게 불리한 유추해석의 가능 여부

가) '무엇이 법인가를 선언하는 것'은 법원에 주어진 중요한 책무 중 하나이다.

법원이 법을 올바르게 선언하기 위해서는 법원은 올바른 법을 발견하여야 한다.

따라서 법원이 법을 해석, 적용함에 있어서 '법의 발견'이라는 법원에 주어진 책무를 다하지 않는 것을 경계하여야 한다.

법원이 법을 발견하려는 직무를 저버린 채 법이 흠결되었다고 가볍게 생각하는 것은 정의로운 법의 선언을 포기하는 것이다.

이는 심각한 부정의이다.

원심은 이를 전제로 위와 같은 유추해석을 전개한 것으로서 위와 같은 법원의 책무에 비추어 이해하지 못할 것은 아니다.

다만, 형사법은 예외이어야 한다.

국가가 형벌권을 행사하는 경우 가능하면 형식적인 법의 적용이 요구된다.

불명확한 법조항에 빚대어 형벌을 부과할 수 있게 하는 것은 국가권력의 남용 가능성을 조장할 우려가 있기 때문이다.

이 또한 매우 심각한 부정의이다.

개별 사안에서 형사처벌의 필요성이 크다고 하더라도 그러하다.

그 때문에 국가권력의 남용 가능성의 길을 열어준다면 그로 인한 일반적인 피해를 감당할 수 없다.

새로 명확한 법률을 제정하여 규율할 일이다.

원심은 입법취지와 이 사건 경과규정이 사문화될 수 있다는 점 등을 들어 유추해석이 정당하다고 실시하고 있으나, 입법자의 의사나 체계적인 법해석의 요구가 헌법상 원리, 즉 이 사건에서는 헌법상 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 헌법적 가치들과 충돌하는 경우 헌법적 원리나 가치를 우위에 두고 해석하여야 할 것이다.

나) 이와 같은 헌법상 원리에 입각하여 형법도 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고(제1조 제1항), 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있다(제1조 제2항).

공소시효가 완성되지 아니한 범죄에 대하여 공소시효를 배제하거나 그 기간을 연장하는 규정을 두는 것이 형벌불소급의 원칙에 반하지 아니하고 공소시효는 절차법적 제도로써 실체법에서 정해진 형벌권의 존부를 결정하는 것은 아니지만, 피고인의 입장에서는 공소시효에 따라 형벌의 유무가 달라지는 결과를 가져오고 공소시효가 배제·연장됨에 따라 실질적인 불이익을 입는 점과 헌법상 죄형법정주의의 파생원칙인 형사법의 엄격해석의 원칙을 고려하면, 형법 제1조를 유추적용하여 개정 전후를 비교하여 피고인에게 유리한 공소시효기간에 따라야 한다고 보는 것이 옳다(이와 같이 보는 것이 형사법 학자들의 다수설로 보인다).

이와 같은 입장에 따라 대상자에게 실질적으로 불리하게 부수처분 규정이 개정되면서 경과규정을 두지 않은 경우에도 행위시법의 입장을 취하는 것이 타당하다고 보는 학설이 있다(부처명령청구 요건 및 부처기간 하한 가중 요건을 완화, 확대하면서 19세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우 부처기간 하한을 2배 가중하도록 한 규정에 대하여 명확한 경과규정을 두지 아니한 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 대한 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도6181, 2013전도122(병합) 판결 참조).

## 5) 공소시효 배제규정의 경과규정이 없는 경우의 해석

### 가) 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관한 형사절차법상 원칙

#### (1) 입법정책의 문제

앞서 본 바와 같이 피고인에게 불리한 형사법규의 유추해석이 금지될 뿐만 아니라 절차법적으로도 이 사건 경과규정의 소급적용은 인정될 수 없다.

형사법에 있어서 신법 시행을 기점으로 그 전후에 계속되는 법적 상태(예컨대 공소시효의 진행 등)가 있는 경우 경과규정이 없을 때 그 법적 상태에 관하여 신법을 적용하는 것이 원칙인가, 구법을 적용하는 것이 원칙인가?

전자가 원칙이라면 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이나 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 공소시효 배제·연장규정을 신설하면서 신법을 적용하도록 하는 경과규정을 둔 경우 그 경과규정은 단순한 주의적 규정에 불과하고, 후자가 원칙이라면 그 경과규정은 신·구법 중 어느 법을 적용할지를 규율하는 핵심적인 규정에 해당하게 된다.

그런데 공소시효 배제규정의 시적 적용범위에 관해서는 세계적으로 보편타당한 공통되는 법의 일반원칙이 존재하는 것은 아니고, 각국의 현실 및 사정에 따라 그 적용범위를 달리 규율하는 입법정책의 문제라고 볼 수 있다{입법례에 관한 상세는 아래 나)항 참조}.

그렇다면 우리나라의 형사절차법상 공소시효 배제규정의 시적 적용범위의 원칙은 무엇인가? 이에 관해서는 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 규정과 특별법의 규정들을 살펴봄으로써 파악할 수 있다.

#### (2) 형사소송법의 규정

종전의 공소시효 기간을 연장(공소시효 15년, 10년, 7년, 5년, 3년, 2년을 각각 25년, 15년, 10년, 7년, 5년, 3년으로 연장)한다는 취지의 형사소송법이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 같은 날부터 시행되었는데, 위 법률 부칙 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다.'

'고 규정하였다.

- ① 위와 같은 공소시효의 연장은 형사소송법이 제정된 이후 처음으로 이루어진 것으로서 공소시효에 관하여 위 법률이 시행되기 이전에 범한 죄에 대하여는 종전의 규정을 적용한다는, 불소급에 관한 경과규정도 처음으로 규정되었던 점, ② 형사소송법상 공소시효 연장규정과 그 경과규정은, 형사소송법의 공소시효의 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 공소시효 배제·연장규정과 경과규정을 신설하기 전에 도입된 점, ③ 따라서 형사절차법의 일반법인 형사소송법의 공소시효 특례를 규정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 형사절차법의 특별법으로서 특별법에 공소시효 배제·연장규정에 관한 경과규정이 없는 경우 일반법에 규정된 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 적용되어야 한다는 점, ④ 형사소송법의 위 부칙 규정에 비추어 보면 공소시효가 연장되는 것처럼 공소시효에 관한 규정이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우에는 이를 소급적용하지 아니한다는 원칙을 천명한 것으로 볼 수 있는데, 이 사건 공소시효 배제규정의 신설 당시에는 그 소급적용에 관한 경과규정을 두고 있지 아니하였다가 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2012. 12. 18.) 제3조에서 비로소 이 사건 경과규정을 둔 것은, 입법자가 형사소송법에 규정된 공소시효의 시적 적용 범위에 관한 원칙을 의식하고 그 예외를 규정하기 위한 것으로 해석하는 것이 형사소송법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 사이의 체계에

부합하는 점, ⑤ 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 2. 1. 법률 제11287호로 개정되어, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조의3 제3항도 이 사건 공소시효 배제규정과 같은 취지로 규정하면서도 그 소급적용에 관한 경과규정을 두지 아니하다가 위 전부 개정된 법률에서 비로소 그 소급적용에 관한 경과규정을 두었는데, 이 사건 공소시효 배제규정은 2011. 11. 17. 신설되었고 위 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정된 공소시효 배제규정은 2012. 2. 1. 신설되어 각기 개정 시점을 달리하면서도 동일하게 그 경과규정을 두지 아니한 것을 단순히 입법자의 착오나 과실로 치부하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공소시효 배제규정은 형사소송법의 원칙에 따라 이 부분 범죄행위에 그 적용이 없다고 보는 것이 옳다.

(3) 그 밖의 특별법에서의 공소시효 연장규정에 관한 경과규정

조세범 처벌법이 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되면서 제22조가 법인의 대표자 등이 위 법 소정의 범칙행위를 한 경우의 공소시효를 5년으로 규정하면서, 위 범칙행위가 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조의 적용을 받는 경우에 그 법인에 대한 공소시효를 10년으로 연장하는 취지로 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2010. 1. 1.) 제3조는 '이 법 시행 전에 범한 죄의 공소시효에 관하여는 제22조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

'고 규정한다(조세범 처벌법은 1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정되면서 제17조를 전문개정하여 공소시효를 연장하였는데, 그 부칙 제2조에도 그 시행 전에 진행이 개시된 공소시효기간에 관하여는 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다고 규정하였다).

한편 공직선거법은 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되어 제268조 제3항을 신설하면서 공무원이 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 범한 공직선거법위반죄의 공소시효는 같은 조 제1항, 제2항에서 정해진 6개월이 아니라 해당 선거일 후 10년을 경과함으로써 완성한다고 규정하고 있다.

그리고 위 법 부칙(2014. 2. 13.) 제11조는 그 시행 전의 행위에 대한 공소시효의 적용은 종전의 규정에 따르도록 규정한다(공직선거법은 위 개정 이전에도 제268조 소정의 공소시효를 연장하는 취지로 개정되었는데 그 때에도 부칙에서 종전의 규정에 따르도록 규정하였다).

이와 같은 관련 법률의 규정을 종합하면, 공소시효 기간을 연장하는 취지로 개정된 개별 법률들은, 성폭력범죄를 제외하고는 모두 신법 시행 이전에 범한 죄의 공소시효는 종전의 규정에 따르도록 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

이는 공소시효가 피고인에게 실질적으로 불리하게 변경되는 경우에는 피고인에게 유리한 종전 규정을 적용한다는 원칙에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 이와 같은 흐름과는 반대로 피고인에게 불리하게 신설·개정된 공소시효 배제·연장 규정이 그 시행 이전에 저질러진 성폭력범죄에 대해서도 적용하기 위해서는 이에 관한 명시적인 경과규정이 필요하다는 점을 시사하는 것이다.

따라서 이 사건 공소시효 배제규정에 대한 경과규정이 존재하지 아니할 때에는 위와 같은 원칙을 좇아 피고인에게 불리하지 아니한 종전의 규정을 따르는 것이 옳다는 것을 미루어 파악할 수 있다.

나) 입법례

(1) 프랑스

프랑스에서 중죄에 관한 공소시효는 10년인데, 미성년자에 대한 강간살인, 성범죄 등 중죄에 대해서는 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효가 중단된다는 규정이 '미성년자의 비행 예방 및 아동보호에 관한 법률'(1989. 7. 10. 법률 제89-487호: LOI n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative la prvention des mauvais traitements l'gard des mineurs et la

protection de l'enfance) 제16조로 신설되었고 이후 공소시효기간도 20년으로 연장되었으나, 이와 같은 공소시효 연장에 관한 경과규정은 없었다.

다만, 프랑스 형법 제112-2조 제4항은 공소시효가 완성되지 아니한 경우에 한하여 공소시효에 관한 신법 규정은 신법 시행 이전에 발생한 범죄에 대하여도 적용한다고 규정하고 있어, 공소시효 연장규정에 관한 경과규정이 없어도 신법 규정을 적용하는 원칙적인 규정을 두고 있다.

## (2) 일본

일본은 형사소송시행법 제6조에 따라 공소시효기간은 구법을 따르도록 입법적으로 해결하였다.

즉, 개정 형사소송법(이하 '신법'이라 한다)을 시행할 때까지 공소가 제기되지 아니한 사건에 관하여는 신법을 적용하되, 신법이 시행되기 전에 개정 전 형사소송법(이하 '구법'이라 한다) 및 응급조치법에 의하여 생긴 효력을 막지 아니한다(일본 형사소송시행법 제3조)고 규정하는 한편, 제4조의 사건에 관하여 신법이 시행되기 전부터 진행을 시작한 법정기간 및 소송행위를 해야 하는 사람의 주거 또는 사무소의 소재지와 법원 소재지의 거리에 따른 법정기간에 부가하여야 하는 기간에 관하여는, 신법이 시행된 후에도 구법 및 응급조치법에 따른다(같은 법 제6조)고 규정하고 있다

## 6) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙(2010. 4. 15., 법률 제10258호) 제5조 제10항에 따라 성폭력범죄의 피해자보호 등에 관한 법률로 제명 변경되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제297조, 형사소송법 부칙(2007. 12. 21.) 제3조, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 그 공소시효가 7년인데, 이에 대한 공소는 그 범죄행위가 종료한 2006. 5.부터 7년이 경과한 이후인 2014. 2. 12. 제기되었음이 기록상 명백하므로 이에 관하여 이미 공소시효가 완성되었다(이 사건 공소사실 중 2006. 12. 범행은 이 사건 경과규정이 시행된 2013. 6. 19. 당시 공소시효가 완성되지 아니하여 위 경과규정이 그대로 적용된다).

## 3. 결 론

따라서 원심판결 중 피고인의 2006. 5. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(장애인에대한준강간등) 부분 등에 대한 항소는 이유 있다.

그런데 피고인에 대한 공소사실 중 위 부분과 나머지 범죄는 형법 제37조 전단의 경합범이므로 1개의 형을 선고하여야 하는 관계인 이상 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기하여야 한다.

그리고 원심판결 중 피고사건에 관한 부분을 파기하는 경우 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부차명령청구사건 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

그렇다면, 피고인의 피고사건에 대한 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 '전자장치부착법'이라고 한다) 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.