

단지 그대가 여자라는 이유만으로

□ 죄형법정주의

I. 의의

죄형법정주의는 어떤 행위가 범죄에 해당하는지 그리고 그 범죄에 대하여 어떤 종류와 범위의 형벌을 과할 것인가가 성문의 법률에 규정되어 있어야 한다는 원칙을 말한다. ‘법률이 없으면 형벌이 없다.’ 또는 ‘법률이 없으면 범죄가 없다.’라는 격언이 죄형법정주의를 뜻하는 표현이다.

죄형법정주의는 헌법상의 법치국가의 원리에서 파생되는 원칙으로 형법상 가장 중요한 원칙으로, 그 내용이 헌법 제12조와 제13조와 형법 제1조에 명문으로 규정되어 있다. 헌법 제12조 제1항은 ‘누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.’라고 규정하고 있으며, 동법 제13조 제1항에서는 ‘모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.’라고 규정하고 있다. 그리고 형법 제1조 제1항은 ‘범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.’라고 규정하고 있다.

II. 파생원칙

1. 성문법률주의

범죄와 형벌은 성문의 법률에 의하여 규정되어야 한다는 원칙이다. 성문법률주의는 관습형법금지의 원칙을 그 내용으로 하므로 “관습형법금지의 원칙”이라고도 불린다. 관습법은 사회생활의 관습적 규율이 법으로서 효력을 가지는 것이다. 이러한 관습법을 형법에 적용하면 개인은 존재가 불분명한 법으로 처벌되는 결과가 발생하므로, 범죄와 형벌의 관계를 미리 법률로써 정하여야 한다는 죄형법정주의의 근본 취지에 위배되기 때문에 금지된다.

2. 소급효금지의 원칙

범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다는 것이다. 따라서 행위 당시의 법률에 의하여 처벌되지 않는 행위는 사후에 이를 처벌하는 규정을 신설하더라도 이를 시행 이전의 행위에 소급적용하여 처벌하지 못한다. 다만 소급효금지의 원칙은 국민의 기본권 보장을 위한 것이므로 당사자에게 유리한 소급적용은 인정되는데 범죄 후에 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 않거나 형량이 구법보다 가벼운 경우에는 신법에 의한다

목차

- 죄형법정주의
- 범죄의 성립요건
- 강간죄와 강제추행죄
- 정당방위와 과잉방위
- 성범죄자의 신상정보 공개·고지제도

더 알아보기

□ 민사소송과 형사소송의 관계

민사 관계는 기본적으로 개인과 개인의 사적인 관계이다. 따라서 민사분쟁의 해결 절차는 누군가로부터 부당하게 손해를 입은 사람이 법원에 민사 소송을 제기하면 법원이 그의 정신적·금전적 손해에 대하여 배상 등을 명하는 형태로 진행된다.

반면에, 형사 관계는 범죄를 저지른 개인과 형벌권을 지니고 있는 국가 사이의 관계이다. 그러므로 검사가 국가 기관을 대표하여 범죄 혐의자를 대상으로 형사 소송을 제기하면, 법원은 그에게 잘못이 있는지, 만약 잘못이 있다면 형벌을 부과할 것인지, 형벌을 부과한다면 어떤 형태의 형벌을 얼마나 부과할 것인지를 결정하는 형태로 진행된다.

다시 말해, 민사 소송과 형사 소송은 별개의 문제를 다루는 서로 독립적인 절차이다.

NOTE

(형법 제1조 제2항).

NOTE

3. 명확성의 원칙

구성요건과 형사제재의 내용을 법문에 명확하게 규정해야 한다는 원칙을 말한다. 이 원칙은 형벌법규의 내용을 명확히 규정함으로써 법관이 자의적으로 법률을 남용하는 것을 방지하고 국민들로 하여금 무엇이 금지된 행위고 그 행위에 대하여는 어떠한 형벌이 과하여지는가를 사전에 예측가능하도록 하기 위한 것이다.

4. 유추적용금지의 원칙

형벌법규의 해석은 법률규정에 따라 엄격하게 하여야 하며 비슷한 사항에 이를 유추하여 적용해서는 안 된다는 것이다. 예를 들어 형법에서는 “사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 주거침입죄를 규정하고 있는데, 이때 창밖에서 창문 속을 들여다보는 행위를 주거침입행위로 해석하는 것은 유추해석이므로 금지된다.

5. 적정성의 원칙

형벌법규의 실질적 내용이 정당하고 합리성이 있어야 한다는 원칙을 말한다. 이에 따라 형법은 평화로운 공동체질서를 유지하기 위하여 필요한 경우에 최후의 수단으로 형벌을 부과하여야 한다는 필요성과 보충성의 원칙을 충족하는 정당한 내용으로 규정되어야 할 것이다.

□ 범죄의 성립요건

I. 범죄의 의의

범죄란, 구성요건에 해당하고 위법하며 책임 있는 행위라고 정의할 수 있으며, 범죄의 성립요소는 구성요건해당성, 위법성, 책임성이다.

II. 범죄의 성립요소

1. 구성요건해당성

구성요건해당성이란, 형법상 처벌의 대상이 되는 행위의 유형을 말한다. 예컨대 살인죄의 구성요건은 “사람을 살해하는 것”(형법 제250조 제1항)이고, 절도죄의 구성요건은 “타인의 재물을 절취하는 것”(형법 제327조)이다. 행위가 이러한 구성요건에 해당하는 것을 구성요건해당성이라 한다. 행위가 구성요건에 해당해야 형법상 의미가 있다.

2. 위법성

위법성이란, 특정한 구성요건해당적 행위가 형법상의 의미에서 실질적으로 위법한지 여부를 심사하는 단계를 말한다.

위법성 심사단계에서는 구성요건해당적 행위가 예외적으로 위법성조각사유를 통해서 위법성이 조각되는지(그 행위가 정당화될 수 있는지) 여부를 판단한다. 당해 행위가 구성요건에 해당한다고 하더라도 위법성조각사유가 있으면 범죄성립이 부정된다. 예를 들어 전쟁 중에 군인이 적군을 살해하였다 하더라도 위법성이 조각(형법 제20조 정당행위)되기 때문에 살인죄가 성립하지 않게 된다.

구성요건해당적 행위가 위법성조각사유에 해당하지 않으면 위법한 것으로 확정되고, 우리 형법상 위법성조각사유로는 ① 정당행위, ② 정당방위, ③ 긴급피난, ④ 자구행위, ⑤ 피해자의 승낙 등이 있다.

3. 책임성

어떠한 행위가 구성요건에 해당하고 위법하다고 판단되면, 그 행위를 한 자가 그에 대한 책임을 질 수 있는가를 심사하는 단계를 책임성 심사단계라 한다. 책임성 심사단계에서는 구성요건에 해당하고 위법한 행위가 행위자에게 형법적으로 비난받을 수 있는지 여부를 심사하게 된다. 행위자와 관련하여 그 행위를 비난할 수 없거나 비난의 정도가 약한 경우에는 책임성이 배제되거나(책임배제사유) 감경된다(책임조각사유).

책임배제사유란, 입법자가 일정한 기준에 따라 행위자의 행위를 책임비난의 대상에서 완전히 제외하거나 부분적으로만 책임비난을 인정한 경우이다. 예컨대 ① 형사미성년자, ② 심신상실자, ③ 농아자, ④ 정당한 이유 있는 금지착오 등이 있다.

책임조각사유란, 책임비난이 가능하지만 비정상적인 행위상황으로 말미암아 책임비난이 감소되는 경우로서, 그 정도가 형벌을 요구하지 않는 정도로 감소된 경우에는 처벌하지 않고(형면제), 형벌을 요하기는 하지만 완전한 형벌을 부과하는 것이 아니라 형을 감경하는 경우(형감경)로 나눌 수 있다. ① 과잉방위, ② 과잉피난, ③ 과잉자구행위, ④ 강요된 행위 등이 이에 해당한다.

□ 강간죄와 강제추행죄 등

I. 강간죄

1. 의의

강간죄는 폭행 또는 협박으로 사람을 강간함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 강간죄의 보호법익은 “사람의 성적자기결정의 자유”이다.

2. 주체 및 객체

(1) 강간죄의 주체는 남녀를 불문한다. 예를 들어 여자가 폭행을 하고 남자가 강간을 한 경우에 남녀 모두 강간죄의 책임을 진다.

(2) 강간죄의 객체는 종래 ‘부녀’로 한정되었으나, 개정을 통해 ‘사람’으로 확대되었다.

▷ 대법원 판례(강간죄의 객체를 부녀에 한정하는 것은 남녀의 생리적, 육체적 차이에 의하여 강간이 남성에 의하여 감행되는 것이 보통인 실정에 비추어 불합리한 특권을 부녀에게 부여한 것이라고 할 수 없으므로 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다)의 입장에 대해 논란이 많았으나 객체가 ‘사람’으로 개정되면서 해결되었다.

▷ 사람인 이상 기혼, 미혼, 성년, 미성년을 불문한다. 따라서 13세 미만의 사람도 본죄의 객체가 될 수 있다.

▷ 음행의 상습이 있거나 매춘부이거나 행위자와 성관계를 맺고 있던 자임을 불문하고 모두 본죄의 객체가 될 수 있다.

▷ 성전환수술을 받은 사람이 강간죄의 객체가 될 수 있는가, 동성애자 사이에 강간이 성립하는가 등의 문제 역시 ‘사람’으로의 개정을 통해 해결되었다.

▷ 법률상의 처에 대하여 강간죄가 성립할 수 있는가의 문제에 대해 부부관계의 특수성을 고려할 때 처는 본죄의 객체가 될 수 없다는 것이 종래의 다수설과 판례의 입장이었으나, 하급심에서 부부강간죄를 인정하는 판결이 심심치 않게 나오다가 대법원에서 정상적인 부부 사이에서 강간죄를 인정하는 판결(대판(전) 2013.5.16. 2012도14788, 2012전도252)이 나오면서 견해가 바뀌었다.

3. 행위

(1) 폭행 또는 협박

▷ 폭행이란, 사람에 대한 유형력의 행사이고, 협박은 상대방에게 해악을 고지하는 것이다. 폭행은 사람에게 직접 가해져야 하지만 협박은 제3자를 대상으로 하여도 무방하다.

▷ 폭행·협박의 정도는 상대방의 반항을 완전히 불가능하게 하는 경우뿐만 아니라 반항을 현저하게 곤란하게 하는 것도 포함된다.

(2) 강간

▷ 강간이란, 상대방의 반항불능 또는 현저한 반항곤란을 이용하여 성교행위를 하는 것을 말한다. 성교행위란, 남녀 성기 간의 삽입행위를 말한다.

▷ 본죄는 사람을 강간하기 위하여 폭행·협박을 개시한 때 실행의 착수가 있게 되며, 남자성기와 여자성기가 삽입하는 순간에 기수가 되며, 성기의 완전한 삽입이나 사정 또는 성욕의 만족이 필요한 것은 아니다.

- ▷ 일단 강간의 실행에 착수한 후 행위자의 성기가 피해자의 성기에 삽입되지 않은 경우에 억지로 성교를 시도한 나머지 피해자에게 상해의 결과가 발생하였다면 강간치상죄가 성립한다.
- ▷ 강간의 수단인 폭행·협박은 강간죄가 성립하면 폭행죄나 협박죄가 성립하지 않는다(불가벌적 수반행위로서의 흡수관계).
- ▷ 이 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄였으나 개정으로 삭제되었다. 강제추행, 준강간, 미성년자 등 간음, 업무상 위력 등에 의한 간음, 미성년자의제간음 등도 일괄적으로 비친고죄로 바뀌었다.
- ▷ 강간죄는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

4. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법

(1) 특수강도강간 등

- ▷ 주거침입, 야간주거침입절도, 특수절도 또는 그 미수범이 강간, 유사강간, 강제추행 및 준강간, 준강제추행을 하면 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
- ▷ 특수강도 또는 미수범이 강간, 유사강간, 강제추행 및 준강간, 준강제추행을 하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

(2) 특수강간죄

- ▷ 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 강간죄를 범한 경우 무기 또는 5년 이상의 징역으로 처벌한다.

II. 강제추행죄

1. 의의

강제추행죄는 폭행·협박으로 사람을 추행함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 보호법익은 ‘사람의 성적자기결정권’이다.

2. 주체 및 객체

강제추행죄의 주체 및 객체는 ‘사람’이다.

3. 행위

(1) 추행이란, 상대방의 성적 자유를 침해하는 음란한 행위로서 성적 수치심·혐오감정을 불러일으키는 일체의 행위를 말한다.

(2) 추행은 건전한 상식이 있는 일반인의 성적 수치심·혐오감정을 느끼게 하는 일체의 행위를 의미한다고 본다. 예를 들어 상대방의 옷을 벗기거나 성기, 가슴 등을 만지는 행위가 전형적으로 여기에 해당한다.

Ⅲ. 기타의 범죄

1. 유사강간죄

(1) 유사강간죄는 폭행·협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기 제외)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기 제외)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 함으로써 성립하는 범죄이다.

(2) 새롭게 신설된 범죄유형이다. 기존에는 장애인, 아동과 청소년을 대상으로 하는 유사강간죄는 처벌되었지만, 비장애 성인의 경우 강제추행죄로 처벌할 수밖에 없었는데 개정을 통하여 유사강간죄가 신설되어 강간죄의 한 유형으로 포섭되었다.

2. 준강간죄, 준강제추행죄

(1) 준강간죄 내지 준강제추행죄는 사람의 심신상실 또는 항거불능상태를 이용하여 간음·추행한 경우에 성립하는 범죄이다.

(2) 심신상실이란, 생물학적으로 사물변별능력, 의사결정능력이 없는 자뿐만 아니라 일시적으로 깊은 의식장애에 빠진 사람(예를 들어 수면, 탈진, 무의식 등)도 포함된다.

(3) 항거불능이란, 심신상실 이외의 사유로 심리적·육체적으로 반항할 수 없는 경우를 말한다. 예를 들어 의사가 치료를 가장하여 범행하거나, 포박상태인 자를 간음·추행하는 경우를 말한다.

(4) 이 경우 강간죄나 강제추행죄의 예에 의하여 처벌한다.

3. 미성년자의제강간·강제추행죄

(1) 이 죄는 13세 미만의 사람을 간음하거나(미성년자의제강간죄), 추행함으로써(미성년자의제강제추행죄) 성립하는 범죄이다.

(2) 13세 미만인 자는 간음·추행에 대한 동의능력이 없는 것으로 간주하여 그들의 동의 여부와 관계없이 처벌한다는 취지이다.

(3) 이 죄는 상대방이 13세 미만이라는 사실을 알고 간음하거나, 추행하면 성립한다.

(4) 13세 미만의 자에 대하여 폭행·협박하여, 간음하면 강간죄가 성립하고 추행을 하면 강제추행죄가 성립한다.

4. 강간상해죄, 강간치상죄

(1) 강간죄, 강제추행죄, 준강간죄, 미성년자강간죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 상해에 이르게 함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

(2) 판례에 의하면 처녀막파열, 보행불능, 수면장애, 식욕감퇴 등의 기능장애, 강간으로 인해 10일간의 가료를 요하는 히스테리증상이 야기된 경우, 0.1cm 정도의 회음부찰과상, 전치 1주일 정도의 좌둔부찰과상, 음부가 찢어져 피가 나고 1주일 동안 통증을 느낀 경우, 음순좌우양측에 담적색 피하일혈반, 얼굴 가격으로 코피가 나고 콧등이 부어오른 경우 등에 본 죄의 성립을 인정하였다.

(3) 판례는 성교 도중 흥분하여 입으로 어깨를 빨아 반상출혈상을 입힌 경우, 강간하려다 미수에 그치고 그 과정에서 손바닥에 2cm정도 긁힌 상처를 입힌 경우, 3일 정도의 가료를 요하는 외음부출혈과 양 상박부 근육통이 있는 경우 등에는 본 죄의 성립을 부정하였다.

5. 강간살인죄, 강간치사죄

(1) 강간죄, 강제추행죄, 준강간죄, 미성년자의제강간죄를 범한 자가 사람을 살해하거나 사망에 이르게 함으로써 성립하는 범죄를 말한다. 강간살인죄는 사형 또는 무기징역을, 강간치사죄는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

(2) 사망의 결과는 강간행위로 인한 것이어야 한다. 따라서 피해자가 폭행·협박을 피하려다가 사망한 경우에는 강간치사죄가 성립할 수 있으나, 강간으로 인한 수치심으로 피해자가 자살하거나 강간으로 인한 임신으로 분만 도중 사망한 경우에는 본 죄가 성립하지 않는다.

□ 정당방위와 과잉방위

I. 정당방위

1. 의의

'자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유가 있는 행위'를 정당방위라고 한다. 정당방위는 긴급피난, 자구행위와 함께 형법이 규정하고 있는 위법성조각사유의 하나이다(형법 제21

조). 정당방위는 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위이므로 '불법 대법의 관계' 또는 '부정 대 정의 관계'이며, '법은 불법에 양보할 필요 없다'는 명제가 기본사상을 이루고 있다고 할 수 있다.

2. 성립요건

(1) 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해가 있어야 한다.

- ▷ 침해란, 법익에 대한 공격을 뜻하며, 반드시 인간의 행위로서 행해질 것을 요한다.
- ▷ 침해는 현재에 있어야 한다. 현재의 침해란, 법익에 대한 침해가 현시(現時)에 행해지고 있거나 곧 행해지려고 하는 급박한 상태이거나 아직 계속 중인 경우를 말한다.
- ▷ 싸움의 경우 원칙적으로 정당방위가 성립하지 아니한다.
- ▷ 법익이란, 법률상 보호되는 모든 이익을 의미한다.

(2) 방위행위가 존재하여야 한다.

- ▷ 방위행위란, 위법한 침해를 배제하기 위한 행위를 말한다.
- ▷ 방위행위에는 방위의 의사가 있어야 한다. 싸움의 경우 방위의사가 없다는 이유로 정당방위의 성립을 부정한다(대법원의 입장).

(3) 상당한 이유가 있어야 한다.

- ▷ 상당성의 판단원리로는 보충성의 원칙, 상대적 최소방위의 원칙, 이익균형의 원칙이 고려된다.

3. 효과

구성요건에 해당하지만 위법성이 조각되어 불법이 배제되므로 가벌성 심사의 대상에서 제외된다.

II. 과잉방위

방위행위가 그 정도를 초과한 때, 즉 상당성의 정도를 넘은 경우를 말한다. 과잉방위는 상당성이 없는 경우이므로 원칙적으로 위법하다. 다만 형법 제21조 제2항에서는 초과방위행위에 대하여 고려할 만한 일반적 정황이 있는 때에는 법원은 그 형을 임의적으로 감경, 면제할 수 있다(임의적 감면사유). 다만 21조 제3항에서는 야간 기타 불안스러운 상황에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인해 정도를 초과한 방위행위를 벌하지 않도록 하고 있다(필요적 면제사유).

더 알아보기

□ 성범죄자 취업제한 제도

「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」은 성폭력범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위하여 성폭력범죄자에 대하여 아동·청소년이 주로 생활하고 활동하는 유치원, 초·중·고등학교, 아동보육시설 등에 형의 집행을 종료하거나 집행이 유예·면제된 날부터 10년간 취업할 수 없도록 하고 있다.

□ 성충동 약물치료제도

성충동 약물치료란, 비정상적인 성적 충동이나 욕구를 억제하기 위한 조치로서 성도착증환자에게 약물투여와 함께 심리치료 등의 방법으로 도착적인 성기능을 일정기간 동안 약화 또는 정상화시키는 치료를 말한다. 우리나라는 2010년 7월에 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」이 제정되어 2011년 7월부터 시행되고 있다.

NOTE

□ 성범죄자의 신상정보 공개·고지제도

I. 성범죄자의 신상정보 공개

성범죄자의 신상정보 공개는 성폭력범죄의 재범률이 높고 국민에게 끼치는 피해가 다른 범죄보다 중하기 때문에 지역주민들에게 성폭력 범죄자에 대한 신상정보를 적극적으로 제공함으로써 국민의 안전과 성범죄 예방을 도모하기 위한 제도를 말한다. 아동·청소년(19세 미만)을 대상으로 한 성범죄자는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 따라, 성인을 대상으로 한 성범죄자는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 따라 정보통신망(성범죄자 알림e - www.sexoffender.go.kr)에 신상정보가 공개된다.

II. 성범죄자의 신상정보 고지

성범죄자의 신상정보 고지는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 따라 여성가족부장관이 집행하는데, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 따른 고지정보를 관할구역에 거주하는 아동·청소년의 친권자 또는 법정대리인이 있는 가구, 「영유아보육법」에 따른 어린이집의 원장 및 「유아교육법」에 따른 유치원의 장과 「초·중등교육법」 제2조에 따른 학교의 장, 읍·면사무소와 동 주민자치센터의 장, 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」 제2조의2에 따른 학교교과교습학원의 장과 「아동복지법」 제52조 제1항 제8호에 따른 지역아동센터 및 「청소년활동 진흥법」 제10조 제1호에 따른 청소년수련시설의 장에게 우편으로 송부하고, 읍·면 사무소 또는 동(경계를 같이하는 읍·면 또는 동을 포함한다) 주민자치센터 게시판에 30일간 게시하는 방법으로 고지명령을 집행한다.

■ 성폭력 피해를 입었을 때

성폭력 피해를 입었다면 경찰청(☎112), 검찰청(☎지역번호 + 1301), 여성긴급전화(☎지역번호 + 1366), 학교·여성폭력피해자 등 긴급지원센터(☎117)로 신고하여야 한다.

- ▷ 성폭력 피해 관련 기관에 신고한다.
- ▷ 씻거나 옷을 갈아입지 말고 병원이나 경찰서로 간다.
- ▷ 성폭력이 발생한 자리는 그대로를 보존한다.
- ▷ 성폭력 피해 당시 입었던 옷이나 다른 증거물은 모아 습기가 차지 않도록 코팅되지 않은 종이봉투에 보관한다.
- ▷ 몸에 멍이나 상처가 있을 경우 사진을 찍어 놓는다.
- ▷ 주위 사람이나 지인에게 도움을 요청한다.