

대법원 2018도16002 준강간 사건 보도자료

대법원 공보관실(02-3480-1451)

대법원(재판장 대법원장 김명수, 주심 대법관 김선수)은 2019. 3. 28. 피고인에 대한 준강간죄의 불능미수 성립 여부가 문제된 사안에서, 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄의 구성요건적 결과의 발생이 불가능하여 범죄가 기수에 이르지 못하였고, 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 위험성이 있었으므로 **준강간죄의 불능미수가 성립한다고** 보아, 피고인의 상고를 기각하여 유죄를 인정한 **원심판결을 확정**하였음(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결).

이러한 다수의견에 대해서 3명(대법관 권순일, 대법관 안철상, 대법관 김상환)의 반대의견이 있음.

1. 사안의 개요

가. 쟁점 공소사실의 요지

- 피고인은 2017. 4. 17. 22:30경 자신의 집에서 피고인의 처, 피해자와 함께 술을 마시다가 다음날 01:00경 피고인의 처가 먼저 잠이 들고 02:00경 피해자도 안방으로 들어가자 피해자를 따라 들어갔음.
- 피고인은 피해자가 실제로는 반항이 불가능할 정도로 술에 취하지 아니하여 항거불능의 상태에 있는 피해자를 강간할 수 없음에도 불구하고, 피해

자가 술에 만취하여 항거불능의 상태에 있다고 오인하여 누워 있는 피해자를 위와 같은 방법으로 1회 간음하였음. 이로써 피고인은 피해자의 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 강간하려 하다가 미수에 그쳤음.

나. 소송의 경과

- 제1심은 최초 피고인에 대하여 공소 제기된 강간의 공소사실을 주위적으로 유지하면서 준강간의 공소사실을 예비적으로 추가하는 군검사의 공소장변경을 허가한 후 강간 부분을 이유에서 무죄로 판단하고, 준강간 부분을 유죄로 인정하여 징역 3년을 선고하였음. 이에 대하여 피고인만 항소하였음.
- 원심은 준강간의 공소사실을 주위적으로 유지하면서 준강간미수의 공소사실을 예비적으로 추가하는 군검사의 공소장변경을 허가한 후 제1심에서 유죄가 인정된 준강간 부분을 이유에서 무죄로 판단하고, 준강간의 불능미수를 유죄로 인정하여 징역 2년, 5년간 아동·청소년 관련기관 취업제한 명령을 선고하였음.
- 피고인만 유죄 부분에 대하여 상고하였음. 피고인은 상고이유로, 준강간의 고의가 없었고 피해자가 실제로 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않아 성적 자기결정권의 침해가 없는 성관계를 하였으므로 준강간의 결과 발생 가능성이나 법익침해의 위험성이 없어 준강간죄의 불능미수가 성립하지 않는다고 주장함.

2. 대법원의 판단

가. 사건의 쟁점

(1) 준강간의 고의 여부

- 준강간의 고의는 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다는 것과 그러한 상태를 이용하여 간음한다는 구성요건적 결과발생의 가능성을 인식하고 그러한 위험을 용인하는 내심의 의사를 말함.

- 피고인이 범죄구성요건의 주관적 요소인 고의를 부인하는 경우, 그 범의 자체를 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 범의와 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없음.
- 이 부분 상고이유 주장은 원심의 사실인정을 다투는 취지로서 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거선택과 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과함. 원심판결의 이유를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보더라도, 피고인에게 준강간죄의 고의를 인정한 원심의 판단은 정당함.

(2) 준강간죄의 불능미수 성립 여부

- 이 사건은 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자를 간음하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에 준강간죄의 불능미수가 성립하는지가 핵심적인 쟁점임.

나. 형법의 규정

- 제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다.
- 제300조(미수범) 제297조, 제297조의2, 제298조 및 제299조의 미수범은 처벌한다.
- 제27조(불능범) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능 하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

다. 다수의견(10명) : 피고인이 준강간의 실행에 착수하였으나 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하여 범죄가 기수에 이르지 못하였고, 그 행위의 위험성도 인정할 수 있으므로 준강간죄의 불능미수가 성립함 ⇒ 상고기각

- 형법 제27조에서 규정하고 있는 불능미수는 행위자에게 범의의사가 있고 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있지만 실행의 수단이나 대상의 착오로 처음부터 구성요건이 충족될 가능성이 없는 경우임. 다만 결과적으로 구성요건의 충족은 불가능하지만, 그 행위의 위험성이 있으면 불능미수로 처벌하는 것임.
- 불능미수는 처음부터 기수가 될 가능성이 객관적으로 배제되므로 범죄의 실행에 착수할 당시 실행행위를 놓고 판단하였을 때 행위자가 의도한 범죄의 기수가 성립할 가능성이 있는 장애미수 또는 중지미수와 구별됨.
- 형법 제27조에서 정한 '실행의 수단 또는 대상의 착오'는 행위자가 시도한 행위방법 또는 행위객체로는 결과의 발생이 처음부터 불가능하다는 것을 의미하고, '결과 발생의 불가능'은 실행의 수단 또는 대상의 원시적 불가능성으로 인하여 범죄가 기수에 이를 수 없는 것을 의미함.
- 불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 '위험성'은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 함(대법원 1978. 3. 28. 선고 77도4049 판결, 대법원 2005. 12. 8. 선고 2005도8105 판결 등 참조).
- 형법 제299조에서 정한 준강간죄는 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적 자기결정권을 보호법익으로 함. 준강간죄에서 행위의 대상은 '심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 사람'이고, 구성요건에 해당하는 행위는 '심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음'하는 것임.
- 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사를 가지고 간음하였으나, 실행의 착수 당시부터 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았다면, 실행의 수단 또는 대상의 착오로 처음부터 준강간죄의 기수에 이를 가능성이 처음부터 없는 경우로서 준강간죄의 미수범이 성립함. 이 경우 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 불능미수가 성립함.

라. 반대의견(3명) : 형법 제27조에서 규정한 '결과의 발생이 불가능'한 경우에 해당하지 않고, 미수범의 영역에서 논의할 문제도 아님. 준강간죄의 구성요건요소에 해당하는 특별한 행위양태에 대한 증거가 충분한지에 관한 구성요건해당성 또는 구성요건의 충족의 문제로 보아야 함 ⇒ 파기환송 의견

- 형법 제27조에서 말하는 '결과의 발생이 불가능'한 경우란 범죄행위의 성질상 결과 발생 또는 법익침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 경우를 말하는 것으로서, 사실관계의 확정 단계에서 밝혀지는 '결과불발생'과는 엄격히 구별되는 개념임.
- 준강간죄는 구성요건결과의 발생을 요건으로 하는 결과범이자 보호법익의 현실적 침해를 요하는 침해범이므로, 구성요건결과가 발생하였는지 여부는 간음이 이루어졌는지, 즉 그 보호법익인 개인의 성적 자기결정권이 침해되었는지 여부를 기준으로 판단하여야 함. 준강간죄의 구성요건결과인 간음으로 인하여 피해자의 성적 자기결정권이 침해되었다는 점에 대해서 의문이 없으므로, 형법 제27조에서 말하는 '결과 발생이 불가능'한 경우에 해당하지 않고 미수범의 영역에서 논의할 문제도 아님.
- 다수의견은 어떠한 점에서 피고인에게 실행의 수단의 착오가 있었는지 설명하지 않고 있음. 준강간죄의 행위의 객체는 '사람'이므로, 이 사건에서 피고인에게 대상의 착오는 물론 구성요건적 착오인 객체의 착오조차 존재한다고 볼 수도 없음. 준강간죄의 행위 객체를 '심신상실 또는 항거불능의 상태에 있는 사람'이라고 해석하는 다수의견은 형벌조항의 문언의 범위를 벗어난 것임.
- 이 사건은 군검사가 적용을 구하는 준강간죄의 구성요건요소에 해당하는 특별한 행위양태에 대한 증거가 충분한지 여부가 문제되는 사안임. 다수의견은 구성요건해당성의 문제와 형법 제27조의 '결과의 발생이 불가능'한 경우를 혼동하고 있으며, 다수의견의 해석론은 죄형법정주의를 전면적으로 형해화하는 결과를 초래하는 것이어서 받아들일 수 없음.

3. 판결의 의의

- ▣ 대법원은 준유사강간죄의 불능미수가 성립할 여지가 있다는 기존 판례(대법원 2015. 8. 13. 선고 2015도7343 판결)의 연장선상에서 준강간죄의 불능미수 성립을 인정하고, 형법 제27조와 관련하여 그간 명확하지 않았던 '결과 발생의 불가능', '위험성'에 관한 의미와 판단 기준을 제시하였음.