

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2021도9043 준강간미수  
피 고 인 피고인  
상 고 인 검사  
변 호 인 법무법인 정법 담당변호사 정이훈 외 6인  
원 심 판 결 광주고등법원 2021. 6. 23. 선고 (제주)2020노114 판결  
판 결 선 고 2024. 4. 12.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 광주고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

피고인은 2019. 9. 14. 04:00경부터 05:00경 사이에 제주도 ○○○동에 있는 공영주차장에 주차되어 있던 피해자(여, 22세) 소유의 승용차 안 조수석에 앉아있던 중, 운전석에 앉은 피해자가 술에 취하여 잠이 들어 항거불능 상태에 이르자 피해자의 이름을

서너 번 불러 피해자가 잠이 든 사실을 확인한 후 손으로 피해자의 상의 위로 가슴을 만지고 피해자의 입술에 입을 맞추고 피해자의 바지 단추를 풀고 손을 집어넣어 피해자의 음부를 만지다가, 운전석 의자를 뒤로 젖힌 후 피해자를 양손으로 들어 올려 뒷좌석으로 옮기고 피고인도 차에서 내려 뒷좌석에 다시 탑승한 후 피해자의 바지와 속옷을 모두 벗기고 손으로 피해자의 성기를 만지다가 손가락을 피해자의 음부에 집어넣고, 차에서 재차 내려 편의점에서 콘돔을 구입하여 온 후 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입하여 간음하려 하였으나, 피고인의 움직임과 동영상 촬영음을 듣고 정신을 차린 피해자가 거부하며 항의하는 바람에 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그쳤다.

## 2. 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

가. 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능 상태에 있는 것으로 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 준강간의 실행에 착수하였던 사실은 인정된다. 그러나 당시 피해자가 항거불능 상태에 있었다는 점이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다. 이 사건 공소사실과 같이 준강간죄의 장애미수가 성립한다고 볼 수 없다.

나. 피고인의 행위를 준강간죄의 불능미수로 의율할 수는 있다고 보인다. 그러나 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있으므로 공소장변경 없이 직권으로 피고인이 준강간죄의 불능미수 범행을 한 것으로 인정할 수는 없다.

## 3. 대법원의 판단

가. 준강간죄 불능미수의 성립 여부

## 1) 관련 법리

피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 준강간의 실행에 착수하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였다고 볼 수 있다. 이때 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 준강간죄의 불능미수가 성립한다(대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결 참조).

## 2) 판단

원심판결 이유에 따르면, 피고인은 당시 피해자가 잠이 들어 심신상실 또는 항거불능 상태에 있는 것으로 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 준강간의 실행에 착수하였는데, 피해자가 실제로 항거불능 상태에 있지는 않았다는 것이다.

또한 원심은 피고인이 당시 인식한 사정 즉, 피해자가 당시 상당히 취한 상태에서 '차에 가서 잠을 자야겠다.'고 말하면서 승용차에 탑승하였고, 피고인이 피해자와 함께 승용차에 탑승한 후 몇 차례 피해자의 이름을 부르고 피해자의 벌린 입 사이로 손가락을 넣어보았을 때 피해자가 별다른 반응을 보이지 않았던 점 등을 근거로 피고인의 준강간 고의를 인정하였다. 피고인이 당시 인식한 위와 같은 사정을 기초로 일반인의 객관적 관점에서 판단하면 준강간의 결과 발생 위험성이 있었다고 평가된다.

결국 피고인은 준강간의 고의로 실행에 착수하였는데 피해자가 실제 항거불능 상태에 있지는 않아 구성요건적 결과 발생은 처음부터 불가능하였고, 다만 그러한 결과 발생의 위험성은 있었다고 인정된다. 피고인의 이러한 행위는 준강간죄의 불능미수에 해

당한다고 볼 수 있다.

#### 나. 직권심판의무

##### 1) 관련 법리

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는, 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고(대법원 1999. 11. 9. 선고 99도3674 판결 등 참조), 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가깝지 아니하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다(대법원 2006. 4. 13. 선고 2005도9268 판결, 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도9041 판결 등 참조).

##### 2) 판단

가) 이 사건 공소사실과 준강간죄 불능미수의 범죄사실은 기본적 사실관계가 동일하다.

범행일시, 장소는 물론, 피고인이 당시 피해자가 항거불능 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 피해자의 바지와 속옷을 벗기고 손으로 피해자의 성기를 만지다가 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입하려 하였다는 기본적 사실에 차이가 없다.

나) 공소장변경 없이 직권으로 준강간죄 불능미수의 범죄사실을 인정하더라도 피고

인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있다고 볼 수 없다.

준강간죄의 불능미수는 피고인이 준강간의 고의로 실행에 착수하였다는 점, 피해자가 당시 실제 항거불능 상태에 있지 않았다는 점, 준강간의 결과 발생 위험성이 있었다는 점이 인정되면 성립하는 범죄이다.

피고인은 이 사건 공판 과정에서 '준강간의 고의가 없었고, 피해자가 항거불능 상태에 있지도 않았다.'는 취지로 다투었고, 이에 따라 피고인이 준강간의 고의로 실행에 착수하였는지 여부, 피해자가 당시 실제 항거불능 상태에 있었는지 여부에 관해서 충분한 심리가 이루어졌다. 또한 준강간의 결과 발생 위험성은 피고인이 당시 인식한 사정을 기초로 일반인의 객관적 관점에서 판단되어야 하는데, 피고인에게 준강간의 고의가 있었는지 여부에 관한 심리 과정에서 피고인이 당시 인식한 피해자의 상태와 관련된 사정에 관해서 충분한 공방이 이루어졌다. 결국 이 사건 공판 과정에서 준강간죄의 불능미수 성립 여부와 관련된 심리 및 공방이 이미 충실히 이루어졌다고 평가할 수 있다.

나아가 검사는 제1심판결에 대하여 항소하면서 위 대법원 2018도16002 전원합의체 판결 법리에 따라 준강간죄 불능미수의 성립이 인정되어야 함에도 제1심이 무죄로 판단한 것은 잘못이라는 취지의 항소이유서를 제출한 바 있고, 피고인의 변호인도 이에 대하여 피고인에게 준강간의 고의가 없었으므로 준강간죄 불능미수가 성립하지 않는다는 취지의 '검사의 항소이유에 대한 답변서'를 제출하였다. 이와 같이 검사와 피고인 사이에서 피고인의 행위가 준강간죄의 불능미수로서 유죄로 인정될 수 있는지에 관한 언급 및 공방이 있었다는 점에서도 직권으로 준강간죄의 불능미수 범죄사실을 인정하는 것이 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래한다고 보기 어렵다.

다) 이와 같은 상황에서 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반한다.

준강간죄의 불능미수는 중대한 범죄이다. 준강간죄의 법정형은 징역 3년 이상의 유기징역이고, 준강간죄의 불능미수범에 대하여는 그 형을 임의적으로 감경 또는 면제할 수 있을 뿐이다.

준강간죄의 불능미수 범행과 이 사건 공소사실인 준강간죄의 장애미수 범행 사이에 범죄의 중대성, 죄질, 처벌가치 등 측면에서 별다른 차이가 있다고 보기도 어렵다. 두 범행 모두 피해자의 항거불능 상태를 이용하여 간음하겠다는 의사로 저질러지는 것이고, 구성요건적 결과가 발생하지 않았다는 점에서도 차이가 없다. 구성요건적 결과가 발생하지 않은 원인이 실행의 착수 이전부터 존재하였는지, 실행의 착수 이후 발생하였는지에 관하여만 차이가 있을 뿐인데, 이는 피고인이 행위 당시 인식하지 못한 우연한 사정으로, 본질적 차이에 해당한다고 보기 어렵다. 그럼에도 원심의 결론대로라면 준강간의 고의로 실행에 착수하여 결과 발생의 위험성이 있는 범행을 저지른 피고인에 대하여 단지 실행의 착수 당시 피해자가 항거불능 상태에 있었다는 점이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되지 않았다는 이유만으로 아무런 처벌을 할 수 없게 되고, 원심판결이 그대로 확정되면 기판력이 발생하여 준강간죄의 불능미수로 다시 기소할 수도 없다.

라) 따라서 원심으로서는 준강간의 불능미수 범죄사실을 직권으로 인정하였어야 한다. 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유만으로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 이러한 원심의 판단에는 공소장변경 없이 심판할 수 있

는 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            오석준 \_\_\_\_\_

주    심            대법관            노정희 \_\_\_\_\_

                          대법관            이흥구 \_\_\_\_\_

                          대법관            엄상필 \_\_\_\_\_