

대법원 2025. 3. 20. 선고 전원합의제 판결 요지

형 사

2023도10405 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(강간등치상)등 (마) 상고기각
[성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(강간등치상)죄의 미수범 인정 여부가 문제된 사건]

◇「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제8조 제1항에 규정된 특수강간치상죄에 대하여 특수강간의 죄를 범한 경우뿐만 아니라 특수강간의 실행에 착수하였으나 미수에 그친 경우라 하더라도 이로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄가 성립하는지 여부(적극)◇

대법원은 2008. 4. 24. 선고한 2007도10058 판결에서 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다)이 제정되기 이전 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제9조에 규정된 특수강간치상죄에 대하여 특수강간이 미수에 그쳤다고 하더라도 그로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄가 성립한다고 판시하였고, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013도7138 판결에서 현행 성폭력처벌법과 조문 형식 및 내용이 동일한 구 성폭력처벌법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되기 전의 것)의 특수강간치상죄에 대하여도 같은 태도를 취하였다.

이러한 판례의 법리(이하 ‘현재 법리’라 한다)에 따르면, 성폭력처벌법 제4조 제1항에서 정한 특수강간의 죄를 범한 경우뿐만 아니라 특수강간의 실행에 착수하였으나 미수에 그친 경우라고 하더라도, 이로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄가 성립한다. 후자의 경우 특수강간치상죄의 기수범이 성립할 뿐, 성폭력처벌법 제15조가 다시 적용되어 특수강간치상죄의 미수범이 성립하는 것은 아니다. 성폭력처벌법 제15조에서 정한 제8조 제1항에 대한 미수범 처벌규정은 제8조 제1항에 특수강간치상죄와 함께 규정된 특수강간상해죄의 미수범, 즉 특수강간의 죄를 범하거나 미수에 그친 사람이 상해의 고의를 가지고 피해자에게 상해를 가하려다가 미수에 그친 경우에 적용될 뿐, 제8조 제1항에서 정한 특수강간치상죄에는 적용된다고 볼 수 없기 때문이다.

특수강간치상죄의 미수범 성립을 부정하는 현재 법리는 타당하므로 유지되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 미수범은 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아

니한 경우를 이른다(형법 제25조 제1항). 범죄의 객관적 구성요건요소 중 일부를 충족하지 못하였다면 기수범으로는 처벌할 수 없으나, 각칙의 해당 죄에서 미수범 처벌규정을 둔 경우 미수범으로 처벌할 수 있다(형법 제29조).

특수강간치상죄를 정한 성폭력처벌법 제8조 제1항은 특수강간죄의 기수범(성폭력처벌법 제4조 제1항)뿐만 아니라 미수범(성폭력처벌법 제15조, 제4조 제1항)도 범행주체로 포함하고 있다. 특수강간미수죄를 범한 사람은 성폭력처벌법 제8조 제1항에서 정한 특수강간치상죄의 구성요건 중 범행주체에 관한 요건을 충족하였으므로, 특수강간의 실행행위가 완료되지 않았더라도 그로 인해 피해자가 상해를 입었다면 특수강간치상죄의 객관적 구성요건요소를 모두 충족하고, 별도로 미수범(성폭력처벌법 제15조, 제8조 제1항) 성립 여부는 문제될 여지가 없다.

나. 형법과 형사 특별법에 규정되어 있는 결과적 가중범 중 특수강간치상죄와 같이 별도의 미수범 처벌규정을 두고 있는 것은 ‘형이 무거워지는 요인이 되는 결과가 과실로 생긴 결과적 가중범’과 ‘고의로 그 결과를 일으킨 결합범’을 하나의 조문에서 규정하고 있는 입법형식에서만 찾아볼 수 있다. 이는 입법자가 결과적 가중범에는 성질상 미수범 규정이 적용될 수 없다는 전제에서 간결하고 효율적으로 조문을 구성한 결과로 볼 수 있을 뿐, 결과적 가중범의 미수범을 인정하기 위한 입법형식이라고 할 수 없다. 따라서 이러한 규정을 들어 결과적 가중범의 미수범을 인정하고 형을 감경할 수 있다고 보는 것은 입법자의 실질적 의사에 반하게 된다.

결과적 가중범은 기본 범죄에 내재된 전형적 위험성이 발현되었다는 점에서 가중처벌의 근거를 찾을 수 있다. 기본 범죄의 실행에 착수한 사람이 실행행위를 완료하지 않았더라도, 이로 인하여 형이 무거워지는 요인이 되는 결과를 발생시켰다면 기본 범죄에 내재된 위험이 현실화되었다는 점에서 이를 결과적 가중범의 기수범으로 처벌하는 것이 책임 원칙에 부합하는 당연한 결론이다.

다. 특수강간치상죄가 처음 도입된 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」은 공포화·집단화·지능화·저연령화되는 성폭력범죄에 대처하기 위하여 성폭력범죄에 대한 처벌규정을 신설 또는 강화하는 데에 그 제정 목적이 있었다. 위 법률 제정 과정에서 국회에 제출된 3건의 의원 입법안들은 다소 차이가 있기는 하였으나 공통적으로 특수강간치상죄에 대한 미수범 적용을 배제하고 있었다. 이러한 점에 비추어 보면, 입법자는 형법상 강간치상죄와 마찬가지로 특수강간이 기수에 이르렀는지 여부와 관계없이 특수강간의 실행행위로 인하여 피해자에게 상해를 입힌 경우에는 모두 특수강간치상죄의 기수범으로 처벌하고자 하였다고 보는 것이 합리적이다.

라. 결과적 가중범의 미수범을 개념상 인정하면서도, 결과적 가중범에 대한 별도의 미수범 처벌규정이 있는 경우에는 그에 따라 미수범으로 처벌하고, 미수범 처벌규정이 없는 경우에는 기본 범죄의 기수 여부와 관계없이 형이 무거워지는 요인이 되는 결과가 생긴 이상 결과적 가중범의 기수범이 성립한다고 보게 되면 처벌의 불균형이 발생할 수 있다. 형법 제301조의 강간치상죄는 법정형이 무기 또는 5년 이상의 징역으로 정해져 있고, 형법상 강간치상죄의 가중적 구성요건이라 할 수 있는 특수강간치상죄는 법정형이 무기 또는 10년 이상의 징역으로 규정되어 있다. 특수강간이 미수에 그쳤으나 피해자가 이로 인하여 상해를 입게 된 경우 특수강간치상죄의 미수범 개념을 인정하여 형법 제25조 제2항 또는 제26조에 따른 법률상 감경 또는 감면을 하게 된다면, 별도의 미수범 처벌규정을 두고 있지 않은 형법상 강간치상죄의 처단형과 그 하한이 동일해지며, 상한은 오히려 더 낮아져 처단형의 역전 현상이 발생할 뿐 아니라, 중지범에 대하여는 형의 면제를 선택할 수도 있어 처벌의 불균형을 초래할 수 있다. 피고인에게 유리하다는 사정을 들어 이러한 처벌의 불균형을 야기하는 것은 오히려 형사사법의 정의에 반하는 해석이다. 굳이 결과적 가중범의 미수범을 인정하는 것이 필요하다면 입법의 형식을 통하는 것이 정도이다.

마. 결과적 가중범의 기본 범죄가 미수에 그쳤으나 형이 무거워지는 요인이 되는 결과가 생긴 경우 이를 결과적 가중범의 미수범으로 인정하면, 결과적 가중범을 규정하고 있는 각칙의 해당 죄에서 미수범을 처벌하는 별도의 규정을 두고 있지 않은 이상, 형법 제29조에 따라 이를 결과적 가중범의 미수범으로 처벌할 수 없고, 기본 범죄의 미수범과 그 결과에 대한 과실범이 각각 성립한다고 보는 것이 논리적이다. 그러나 입법자가 이러한 상황을 의도하고 형법과 형사 특별법의 결과적 가중범 중 일부에 국한하여 미수범 처벌규정을 두었다고 볼 수는 없다.

바. 특수강간이 기수에 이른 경우와 미수에 그친 경우 사이의 행위불법에 차이가 있다는 이유로 결과적 가중범인 특수강간치상죄에 대하여 미수범 규정을 적용하여야 한다는 논리를 그대로 관철한다면, 성폭력처벌법 제15조의 미수범 규정이 적용되는 특수강간상해죄에서 특수강간의 미수에 그친 사람이 피해자에게 상해를 가하려다가 미수에 그친 경우에는, 결과불법 뿐만 아니라 행위불법에도 차이가 있어 미수범 규정을 이중으로 적용하여야 한다는 기이한 결론에 이를 수 있다.

☞ 피고인들은 합동하여 향정신성의약품인 졸피뎀 불상량을 넣은 숙취해소 음료를 피해자에게 마시게 한 뒤 항거불능 상태가 된 피해자를 강간하려 하였으나 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그치고 피해자로 하여금 졸피뎀으로 인하여 일시적인 수면 또는 의식불명 상태에 이르게 하는 등의 상해를 입게 하였다는 사실로 성폭력처벌법 제8조 제1항, 구 성폭력

처벌법(2020. 3. 24. 법률 제17086호로 개정되기 전의 것) 제15조, 제4조 제1항, 형법 제297조에 정한 특수강간치상죄 등으로 기소됨

☞ 원심은, 특수강간이 미수에 그쳤으므로 성폭력처벌법 제15조에 따른 특수강간치상죄의 미수범으로 처벌하여야 한다는 피고인 1.의 주장을 배척하고, 이 부분 공소사실을 특수강간치상죄로 판단하였음

☞ 대법원은 위와 같은 이유로 특수강간치상죄의 미수범 성립을 부정하는 현재 법리를 그대로 유지하면서, 피고인들이 특수강간의 실행에 착수하였으나 미수에 그친 경우라고 하더라도 이로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄가 성립한다고 보아 같은 취지의 원심을 수긍하였음

☞ 이러한 다수의견에 대하여 대법관 서경환, 대법관 권영준의 반대의견이 있음

☞ 반대의견의 요지는 다음과 같음

- 성폭력처벌법 제15조 미수범 처벌규정의 문언에 따르면 제8조 제1항에 규정된 특수강간치상죄는 그 적용 대상임이 분명하고, 달리 이를 배제할 근거를 찾을 수 없음. 성폭력처벌법 제15조 미수범 처벌규정이 특수강간치상죄에 적용된다고 보는 것이 형사법 규정의 해석 원칙과 ‘의심스러우면 피고인에게 유리하게’라는 형사법의 기본 이념에 충실한 해석임

- 성폭력처벌법 제15조가 특수강간치상죄에 적용된다고 보는 것은 책임주의에도 부합함. 특수강간이 미수에 그친 경우와 기수에 이른 경우의 불법은 같지 않으므로, 입법자는 기본 범죄가 미수에 그친 경우를 결과적 가중범 미수로 취급함으로써 그 불법의 차이를 반영하는 선택을 할 수 있고, 이를 통해 형사재판에서 책임주의에 상응하는 적절하고 균형 있는 양형을 도모할 수 있음. 또한 미수 감경은 원칙적으로 임의적 감경이므로, 중형이 요구되는 사안에서 법원이 미수 감경을 하지 않기로 선택하면 다른 범죄와의 관계에서 처벌의 불균형이 발생하지도 않음

- 최종적으로 입법된 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」에는 당초 의원 입법안들과 달리 특수강간치상죄가 미수 규정 적용 대상에 포함되었고, 성폭력처벌법이 제정된 이후 현재까지도 동일한 조문 형식과 내용으로 유지되고 있는 것은 단순한 입법의 오류가 아니라 입법자의 의도된 선택이라고 봄이 자연스러움

- 기본 범죄에 미수가 포함되는가의 적격 문제와 그 기본 범죄를 구성요소로 하는 결과적 가중범을 기수와 미수 중 무엇으로 처벌할 것인가의 문제는 구별됨. 성폭력처벌법 제8조와 제15조는 각각 독자적 의미를 가지는바, 성폭력처벌법 제8조는 기본 범죄가 미수인 경우 결과적 가중범의 성립 및 처벌 가능성을 인정하되, 제15조는 그와 같이 성립한 결과적 가중범을 기수가 아닌 미수로 처벌함으로써 미수 감경을 가능하게 하였다고 해석함이 타당함