

대 법 원

판 결

사 건 2023도10405 가. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(강간등치상)
나. 마약류관리에관한법률위반(향정)

피 고 인 **피고인 1 외 1인**

상 고 인 피고인들

변 호 인 법무법인 비츠로(**피고인 1**을 위하여)
담당변호사 정현우
변호사 김현미(**피고인 2**를 위한 국선)

원 심 판 결 서울고등법원 2023. 7. 11. 선고 2023노249 판결

판 결 선 고 2025. 3. 20.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. **피고인 1**의 상고이유에 관하여

가. 사건의 개요 및 쟁점

피고인들은 2020. 3. 28. 피해자 등과 술을 마시던 중 동석한 **공소외인**이 먼저 귀가하자 피해자를 강간하기로 공모하고, 합동하여 인근 편의점에서 구입한 숙취해소 음료

에 미리 소지하고 있던 향정신성의약품인 졸피뎀 불상량을 넣은 다음 피해자에게 이를 마시게 한 뒤 항거불능의 상태가 된 피해자를 강간하려 하였으나, 피해자의 남편과 **공소외인**이 피해자에게 계속하여 휴대전화로 통화를 시도하고, **공소외인**이 **피고인 2**에게 계속하여 휴대전화로 피해자의 상태를 확인하는 바람에 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그치고, 피해자로 하여금 졸피뎀으로 인하여 일시적인 수면 또는 의식불명의 상태에 이르게 하는 등의 상해를 입게 하였다는 사실로 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제8조 제1항, 구 성폭력처벌법(2020. 3. 24. 법률 제 17086호로 개정되기 전의 것) 제15조, 제4조 제1항, 형법 제297조에 정한 특수강간치상죄(이하 '특수강간치상죄'라 한다) 등으로 기소되었다.

원심은 성폭력처벌법 제15조에서 정한 같은 법 제8조 제1항에 대한 미수범 처벌규정은 제8조 제1항에서 특수강간치상죄와 함께 규정된 특수강간상해죄가 미수에 그친 경우에 적용될 뿐 특수강간치상죄에는 적용되지 아니한다는 이유로, 성폭력처벌법 제 15조에 따른 미수범으로 처벌되어야 한다는 **피고인 1**의 주장을 배척하였다.

피고인 1의 상고이유는 특수강간치상죄에서 기본 범죄인 특수강간이 미수에 그친 경우에는 미수범 규정이 적용되어야 한다는 것으로, 결국 이 부분 쟁점은 결과적 가중범인 특수강간치상죄의 미수범을 인정할지 여부이다. 특수강간치상죄의 미수범이 인정된다면 형법 제25조 제2항에 따라 형을 감경할 수 있다.

나. 특수강간치상죄의 미수범 인정 여부

대법원은 2008. 4. 24. 선고한 2007도10058 판결에서 성폭력처벌법이 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.

1) 미수범은 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 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 범행주체

로 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.

2) 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 결과가 생겼다면 기본 범죄에 내재된 위험이 현실화되었다는 점에서 이를 결과적 가중범의 기수범으로 처벌하는 것이 책임원칙에 부합하는 당연한 결론이다.

3) 특수강간치상죄가 처음 도입된 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」은 흉포화·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.

4) 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.

5) 결과적 가중범의 기본 범죄가 미수에 그쳤으나 형이 무거워지는 요인이 되는 결

과가 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.

6) 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.

다. 원심판단의 당부

원심은 판시와 같은 이유로 이 부분 공소사실을 성폭력처벌법 제8조 제1항에 정한 특수강간치상죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 결과적 가중범의 미수범에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 피고인 2의 상고이유에 관하여

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 법령의 적용, 불이익변경금지 원칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

원심의 양형판단에 평등의 원칙을 위반한 위법이 있다는 취지의 주장은 결국 양형부당 주장에 해당한다. 그런데 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용된다. **피고인 2**에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무거워 부당하다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

3. 결론

상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 서경환, 대법관 권영준의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

4. 대법관 서경환, 대법관 권영준의 반대의견

가. 반대의견의 요지

구 성폭력처벌법(2020. 3. 24. 법률 제17086호로 개정되기 전의 것) 제15조(이하 '이 사건 미수 규정'이라 한다)는 성폭력처벌법 제8조(이하 성폭력처벌법 조문 인용 시 법명은 생략한다)를 그 적용 대상에 포함하고 있으므로, 제8조 제1항의 특수강간치상죄(이하 '이 사건 범죄'라 한다)의 미수는 성립할 수 있다. 이와 달리 이 사건 범죄의 미수를 부정한 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007도10058 판결, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013도7138 판결 등은 변경되어야 한다.

나. 이 사건 미수 규정의 올바른 해석

1) 형사법 규정 해석 원칙에 따른 검토

형사법 규정은 문언에 따라 엄격하게 해석·적용해야 하고, 목적론적 해석도 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 된다(대법원 2022. 12. 22. 선고 2020도16420 전원합의체 판결 참조). 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는

것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 않는다(대법원 2023. 1. 12. 선고 2019도16782 판결 참조). 피고인에게 유리한 규정의 축소해석은 신중하게 이루어져야 한다(위 2020도16420 전원합의체 판결 취지 참조). 이상의 해석 원칙은 '의심스러우면 피고인의 이익으로'라는 형사법의 대원칙이 해석의 국면에 반영된 결과이다. 한편 법률 조항의 전부 또는 일부를 무의미하게 만드는 해석은 피해야 하고(대법원 2017. 4. 20. 선고 2011두21447 전원합의체 판결, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015다256794 판결 취지 각 참조), 이는 형사법 규정 해석에서도 마찬가지다(대법원 2018. 6. 15. 선고 2013도5539 판결 취지 참조).

이 사건 미수 규정은 그 규정에 열거된 범죄의 미수 성립과 처벌에 관한 조항이다. 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있으므로(형법 제25조 제2항), 이는 미수 감경에 관한 조항이기도 하다. 이 사건 미수 규정의 대상 범죄는 '제3조부터 제9조 및 제14조'의 죄로 열거되어 있다. 열거된 미수 대상 범죄에는 제8조 제1항에 규정된 이 사건 범죄가 포함되어 있다. 결과적 가중범인 이 사건 범죄의 미수는 특수강간이 미수에 그쳤으나 상해의 결과가 발생한 경우에만 상정할 수 있다. 상해의 결과가 발생하지 않는 경우에는 결과적 가중범 자체가 성립하지 않아 결과적 가중범인 이 사건 범죄의 미수를 상정할 수 없기 때문이다. 따라서 이 사건 범죄에 이 사건 미수 규정이 적용된다는 것은 특수강간이 미수에 그친 경우 이 사건 범죄가 미수범으로 처벌되고 미수 감경의 대상도 될 수 있음을 의미한다.

이 사건 미수 규정의 문언에 따르면 이 사건 범죄는 그 적용 대상임이 명백하고, 달리 이를 배제할 어떠한 문언상 근거도 찾을 수 없다. 이러한 문언에도 불구하고 이 사건 범죄를 적용 대상에서 배제하는 것은 피고인에게 유리한 규정의 축소해석이므로 신

중하게 이루어져야 한다. 나중에 살펴보듯이 이러한 축소해석을 정당화할 논거도 충분하지 않다. 이렇게 축소해석하면 이 사건 미수 규정은 제8조에 규정된 이 사건 범죄에 관한 한 무의미하거나 무용한 조항이 되는 문제도 있다. 이러한 사정들을 고려할 때, 이 사건 미수 규정이 이 사건 범죄에 적용된다고 보는 것이 형사법 규정의 일반적 해석 원칙에 부합한다.

2) 책임주의에 따른 검토

이 사건 미수 규정이 이 사건 범죄에 적용된다고 보는 것은 책임주의에도 부합한다. 책임주의는 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례해야 한다는 형사책임의 기본 원칙으로서(대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결 참조), 헌법상 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출된다(헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가14 결정 등 참조). 결과를 이유로 중하게 처벌하는 결과적 가중범은 자칫 전근대적인 결과 책임주의로 흐를 위험이 있으므로 그 처벌은 책임주의와 조화를 이루어야 한다. 결과적 가중범에 관한 형법 제15조 제2항에서 행위와 결과 사이의 인과관계 외에 결과 발생에 대한 예견 가능성까지 요구하는 것도 이러한 이유 때문이다. 결과적 가중범 미수 인정도 마찬가지로 이해할 수 있다. 책임주의는 범죄의 불법성과 형벌 사이의 균형과 비례를 요구한다. 그런데 결과적 가중범의 기본 범죄가 미수에 그친 경우와 기수에 이른 경우의 불법은 같지 않다. 따라서 입법자는 '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게'의 정신에 따른 평등원칙이나 범죄와 형벌 사이의 균형이 유지되어야 한다는 비례원칙을 토대로, 기본 범죄가 미수에 그친 경우를 결과적 가중범 미수로 취급함으로써 그 불법의 차이를 반영하는 선택을 할 수 있다.

이러한 선택을 통해 형사재판에서 책임주의에 상응하는 적절하고 균형 있는 양형을

도모할 수 있다. 이 사건 범죄의 법정형은 무기 또는 10년 이상의 징역으로, 성폭력 범죄의 무게를 고려하여 높게 설정되어 있다. 하지만 이 사건 범죄의 구체적 불법 정도는 개별 사안에 따라 다를 수 있다. 이 사건 범죄의 구성요건표지인 '합동'의 불법성, '위험한 물건'의 위험성이나 '상해'의 정도는 각각 다양한 스펙트럼에 걸쳐 있기 때문이다. 여기에다가 범행 동기나 방식, 가담 정도, 미수에 그친 경위, 피해자의 의사, 피해 회복 등 다른 양형인자까지 고려하면 미수 감경이 적절한 사안도 얼마든지 있을 수 있다. 이 사건 미수 규정은 이러한 사안의 가능성도 고려하여 책임주의의 관점에서 미수 감경의 여지를 열어 놓은 조항으로 볼 수 있다.

그렇게 본다고 성폭력 범죄 처벌이 지나치게 느슨해지거나 다른 범죄와의 관계에서 처벌의 불균형이 발생하는 것이 아니다. 미수 감경은 원칙적으로 임의적 감경이므로(형법 제25조 제2항), 중형이 요구되는 사안에서는 법원이 미수 감경을 하지 않으면 충분하다. 다수의견은 이 사건 범죄의 미수 감경이 허용되면 미수 감경이 허용되지 않는 형법상 강간치상죄와 처벌의 불균형이 발생한다고 하나, 이 사건 범죄는 형법상 강간치상죄보다 법정형이 높으므로 법원이 미수 감경을 하지 않기로 선택하면 다수의견이 지적하는 처벌의 불균형은 발생하지 않는다. 오히려 이 사건 범죄의 미수 감경을 허용하지 않으면 특수강간상해죄(제8조 제1항)나 특수강간살인죄(제9조 제1항)와 같이 성폭력처벌법에서 미수 감경이 인정되는 다른 중한 범죄들과의 불균형이 발생할 수도 있다. 요컨대 법원은 개별 사안에 따라 미수 감경 여부를 선택함으로써 책임주의에 따른 적절한 양형을 할 가능성이 열려 있다. 그런데도 법원이 굳이 이 규정을 무리하게 축소해석하여 그 가능성을 스스로 봉쇄할 이유가 없다.

한편 중지미수는 형의 필요적 감면사유이므로(형법 제26조), 중지미수가 인정되는 범

위에서는 처벌이 완화된다고 볼 수 있다. 그런데 중지미수의 인정은 범행의 자의적 중지를 유도하여 피해자를 보호하는 기능이 있으므로 형사정책적으로 유익하다. 다수의견은 중지미수를 이유로 형의 면제를 선택하는 경우 형법상 강간치상죄와의 처벌 불균형이 발생할 수 있다고 하나, 그러한 불균형이 우려되는 사안에서는 형의 면제가 아닌 형의 감경을 선택하면 충분하다. 중지미수를 이유로 형을 감경해야 하더라도 해당 사안의 불법 정도가 중하다면 무기징역형을 선택하여 미수 감경을 하는 방법 등으로 불법에 상응하는 강력한 처벌을 할 길이 여전히 열려 있다. 그러므로 중지미수를 인정하더라도 성폭력 범죄의 과소처벌로 이어지거나 형법상 강간치상죄 등 다른 범죄와의 처벌 불균형이 발생한다고 할 수 없다.

또한 다수의견은 반대의견의 논리를 관철시킬 경우 고의범과 고의범의 결합 형태(이하 '고의 결합범'이라 한다)인 특수강간상해죄에서 특수강간뿐만 아니라 상해도 미수에 그친 사안에서 이 사건 미수 규정을 이중으로 적용하여야 하는 문제가 있다고 주장한다. 그러나 반대의견은 이 사건 미수 규정에 따르면 결과적 가중범 미수 상황인 특수강간미수치상의 경우 미수로 처벌된다는 입장을 취할 뿐이고, 고의 결합범과 관련하여 이 사건 미수 규정이 이중으로 적용된다는 입장을 취하는 것이 아니다. 다수의견이 상정한 위 사안은 특수강간상해미수 사안 유형의 하나로서 이 사건 미수 규정에 따라 한 차례 미수 감경을 할 수 있을 뿐이다. 특수강간과 상해가 모두 미수에 그쳤다는 사정은 형법 제51조 제3호의 양형조건, 즉 범행의 수단과 결과와 관련하여 형을 정함에 있어 참작할 사항이지, 미수범 감경 규정을 이중으로 적용할 문제는 아니다(형법 제53조의 정상참작 감경에 관한 대법원 1964. 4. 7. 선고 63도410 판결 참조).

3) 입법 경위에 따른 검토

입법 경위를 살펴보아도 이 사건 미수 규정이 이 사건 범죄에 적용된다고 보는 것이 더 자연스럽다. 이 사건 미수 규정의 모태는 1994. 1. 5. 법률 제4702호로 제정된 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제12조이다. 위 법률은 3개의 의원입법 발의안에 대한 심의 과정에서 제안된 법제사법위원회 대안에 기초하여 제정되었다. 당초 3개 발의안에는 결과적 가중범 미수 문제에 관한 인식과 규율이 담겨 있었다. 강선영·주양자 의원 외 20인이 공동 발의한 법률안은 미수에 관한 제21조에서 "제19조, 제20조의 죄 중 사람을 사상에 이르게 한 죄"를 적용 대상에서 제외함으로써 결과적 가중범 미수를 명시적으로 배제하였다. 박상천 의원 외 95인이 공동 발의한 법률안과 변정일 의원 외 29인이 공동 발의한 법률안은 결과적 가중범 조항들을 미수 규정 뒤에 배치하는 한편, 결과적 가중범을 미수 규정의 대상 범죄로 열거하지 않음으로써 결과적 가중범 미수를 명시적으로 배제하였다. 법제사법위원회가 이러한 발의안들을 토대로 대안을 만드는 과정에서 결과적 가중범 미수 문제를 간과하였을 가능성은 낮다.

그런데 법제사법위원회는 위 발의안들과 달리 결과적 가중범을 미수 규정의 적용 대상에 포함시키는 내용과 형식으로 대안을 만들었고, 그 대안이 곧바로 위 법률로 이어졌다. 입법자료에 그 경위가 나타나 있지는 않으나 위 위원회가 굳이 이러한 변경을 통하여 규정의 체계와 문언상 결과적 가중범의 미수가 가능하도록 바꾸어 놓은 것은 의도된 입법적 선택으로 보는 쪽이 자연스럽고, 이를 쉽사리 입법 오류라고 치부해서는 안 된다. 다수의견은 위 발의안들에 주목하여 마치 결과적 가중범 미수를 부정하는 것이 입법자의 의도에 부합하는 것처럼 주장하나, 입법자의 의도는 최초의 발의안이 아니라 최종적으로 입법된 법률, 특히 그 법률에 표현된 문언을 출발점으로 삼아 파악해야 한다.

이러한 입법적 선택은 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」이 1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정될 때도 유지되었다. 이 개정은 법문상 이 사건 범죄의 기본 범죄에 특수강간 미수가 포함되지 않으므로 특수강간이 미수에 그친 경우에는 이 사건 범죄로 처벌할 수 없다는 대법원 1995. 4. 7. 선고 95도94 판결을 계기로 이루어졌다. 이 사건 범죄에 관한 개정 요지는 특수강간이 미수에 그친 경우에도 이 사건 범죄로 처벌할 수 있다는 것이었다. 그러나 이는 처벌 공백이 발생한 특수강간미수치상 사안을 처벌 대상으로 추가한 개정일 뿐이었는데, 위 개정으로 말미암아 이러한 사안을 이 사건 범죄 기수와 미수 중 무엇으로 처벌할 것인가의 새로운 문제가 발생하였다. 만약 이 경우에도 특수강간미수치상 범죄를 이 사건 범죄 기수와 동일하게 처벌하고자 하였다면 입법자는 위 개정의 기회에 이 사건 범죄를 이 사건 미수 규정의 적용 대상에서 제외하는 개정을 함께 함으로써 혼란을 방지할 수 있었다. 결과적 가중범을 미수 대상에서 제외하는 다른 입법례들에 비추어(예컨대 형법 제174조, 제294조 등), 그러한 개정이 어렵거나 부자연스러운 일도 아니었다. 그런데도 입법자는 그렇게 하지 않고 이 사건 미수 규정을 그대로 두었다. 입법자가 결과적 가중범 미수에 관한 당초의 선택을 유지하였다고 이해할 수 있는 부분이다. 이와 같은 미수 규정은 2010. 4. 15. 법률 제10258호로 성폭력처벌법이 제정된 이후에도 동일한 조문 형식과 내용으로 계속되어 현재 이 사건 미수 규정으로 존속하고 있다.

4) 결과적 가중범 미수의 개념적, 입법적 가능성에 관한 검토

결과적 가중범은 과실에 의한 중한 결과 발생을 핵심으로 하는 범죄 형태이므로 그 미수 여부는 결과 발생 여부를 기준으로 판단해야 하는데, 과실범의 미수는 상정할 수 없으므로 결과적 가중범 미수는 개념적으로 상정할 수 없다는 입장이 있을 수 있다.

이러한 입장에 따르면 결과적 가중범인 이 사건 범죄의 미수는 애당초 상정할 수 없으므로 이 사건 미수 규정은 그 속성상 제8조 제1항의 특수강간상해죄에만 적용될 수 있을 뿐이라는 결론에 이르게 된다. 이 사건 미수 규정은 고의 결합범과 결과적 가중범을 하나의 조문에서 규정하고 있는 입법형식에서 전자에만 적용될 의도로 마련되었다는 취지의 다수의견 역시 이러한 입장을 전제하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이러한 입장과 달리 결과적 가중범 미수는 개념적으로 충분히 상정할 수 있다.

미수범은 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 않은 때 성립한다(형법 제25조 제1항). 이 사건 범죄의 행위에 해당하는 특수강간행위에 착수하였으나 이를 종료하지 못하였다면 '범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못한 때'에 해당한다고 볼 여지가 있다. 또한 이 사건 범죄에 관하여 기본 범죄에 의한 법익침해와 가중 결과에 의한 법익침해의 결과가 각각 발생할 수 있고, 그중 기본 범죄에 의한 법익침해, 즉 특수강간의 결과가 발생하지 않았다면 '결과가 발생하지 않은 때'에 해당한다고 볼 여지도 있다. 법정형을 보더라도 특수강간(무기 또는 7년 이상의 징역)의 결과가 과실치상(500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료)의 결과보다 일반적으로 더 무거우므로, 전자의 불발생은 이 사건 범죄의 미수 인정을 정당화할 사유로 충분하다. 참고로 독일의 주류적 견해는 기본 범죄가 미수에 그쳤지만 결과가 발생한 경우에 결과적 가중범 미수를 인정하는 입장을 취하고 있고, 독일 판례(BGHSt 42, 158)도 결과적 가중범의 중지미수를 인정한 바 있다. 결과적 가중범 미수는 개념적으로 불가능하다는 입장은 하나의 이론적 주장일 뿐 절대적으로 고수되어야 하는 법 명제가 아님을 보여주는 장면이다.

또한 이러한 이론적 논쟁을 떠나 결과적 가중범 미수 여부는 얼마든지 입법으로 정

할 수 있는 사항이다. 입법자는 결과적 가중범 미수 인정 여부에 관하여 개별 법률과 범죄에 따라 각각 다른 선택을 하여 왔다. 가령 형법의 경우 인질치상죄와 인질치사죄(형법 제324조의3, 제324조의4), 강도치상죄와 강도치사죄(형법 제337조, 제338조)는 미수 규정(형법 제324조의5, 제342조)의 적용 대상에 포함시키는가 하면, 강간치상죄와 강간치사죄(형법 제301조, 제301조의2)는 미수 규정(형법 제300조)의 적용 대상에서 제외하고 있다. 이는 결과적 가중범의 미수가 가능하다는 전제를 부정하지 않고서는 설명하기 어려운 입법 형태이다. 이처럼 결과적 가중범 미수 인정 여부는 입법으로 개별적으로 정할 수 있는 사항이므로 이를 특정한 이론적인 틀에 기초하여 획일적으로 판단할 것이 아니라, 개별 법률과 범죄에 관한 각 규정의 차이점을 고려하여 개별적으로 판단해야 한다. 이 사건 미수 규정은 개별 법률에서 결과적 가중범 미수를 인정한 개별 규정으로 볼 수 있다.

5) 제8조와의 관계에 기초한 검토

다수의견은 이 사건 범죄에 관한 제8조의 주체에 이미 미수범이 포함되어 있고 그 미수행위로 인하여 결과가 발생하였다면 제8조의 구성요건이 모두 충족된 것이므로 이 사건 범죄의 미수는 문제될 여지가 없다고 한다. 그러나 이러한 입장은 기본 범죄 적격의 문제와 결과적 가중범 미수의 문제, 또는 결과적 가중범 처벌 여부의 문제와 결과적 가중범 미수 감경의 문제를 구별하지 못한 데에서 비롯된 것이다. 앞서 살펴보았듯이 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」이 1997. 8. 22. 법률 제5343호로 개정되면서 특수강간치상죄(위 법률 제9조 제1항)의 주체에 특수강간(위 법률 제6조)의 미수범도 포함되었다. 이로써 특수강간 미수도 기본 범죄의 적격을 갖추게 되었으며, 이는 성폭력처벌법에서도 그대로 유지되고 있다. 그러나 기본 범죄와 결과적

가중범은 별도의 범죄이므로, 기본 범죄에 미수가 포함되는가의 문제와는 별도로 그 기본 범죄를 구성 요소로 하는 결과적 가중범을 기수와 미수 중 무엇으로 처벌할 것인가의 문제를 살펴보아야 한다. 이 문제는 입법으로 정할 수 있는 사항이기도 하다.

그런데 성폭력처벌법은 이 사건 미수 규정을 두면서 그 적용 대상에 이 사건 범죄를 포함시킴으로써 이 문제를 규율하고 있다. 즉 기본 범죄가 미수인 경우에도 결과적 가중범을 언제나 기수로 처벌하기로 정한 것이 아니라, 기본 범죄가 미수인 경우 결과적 가중범의 성립 및 처벌 가능성을 인정하되(제8조), 그와 같이 성립한 결과적 가중범은 기수가 아닌 미수로 처벌함으로써 미수 감경을 가능하게 한 것이다(이 사건 미수 규정). 이처럼 제8조와 이 사건 미수 규정은 각각 독자적 의미를 가지므로 제8조에서 기본 범죄에 미수범을 포함시켰다고 하여 이 사건 미수 규정이 이 사건 범죄에 적용되지 않는 것이 아니다. 이와 달리 위 조항들의 해석상 기본 범죄가 미수라도 결과적 가중범은 언제나 기수일 수밖에 없다는 입장은 이러한 두 조항의 독자적 의미를 간과한 것이다.

또한 대법원은 이미 구 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(2016. 1. 6. 법률 제 13717호로 개정되기 전의 것) 제5조의4 제1항의 상습절도죄와 관련하여 반대의견과 같은 입장을 견지한 바 있다. 대법원은 1986. 3. 11. 선고 85도2831 판결에서 위 조항이 절도 등의 미수죄를 범하는 것 자체를 별도의 범죄구성요건으로 규정하고 있다고 하더라도 형법총칙 규정의 적용을 배제하는 명문 규정이 없는 한 위 죄에 대하여 중지 미수 규정의 적용이 제한된다고 볼 수 없다는 취지로 판시하였다. 이는 미수범을 범행 주체로 포함하고 있는 가중 구성요건의 해석에 있어 명시적 근거 없이 미수범 규정 적용을 배제해서는 안 된다는 것으로, 다수의견의 결론이 이러한 선례의 태도와 조화된

다고 볼 수 있는지 의문이다.

6) 형사법의 기본 이념에 기초한 검토

'의심스러우면 피고인의 이익으로'는 우리 형사법의 기본 이념이다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023도13081 판결 참조). 이러한 이념은 주로 형사절차법 또는 형사증거법의 영역에서 헌법 제27조 제4항의 무죄추정 원칙과 결부되어 논의되어 왔지만, 형사법 해석의 국면에도 적용될 수 있다. 로마법에는 '의심스러우면 언제나 가장 자비로운 해석이 선호되어야 한다(Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt)'는 법언이 있다. 영미법에는 법 규정이 불분명한 경우에는 피고인에게 유리하게 해석되어야 한다는 이른바 자비의 규칙(rule of lenity)이 있다. 우리나라가 2002. 11. 13. 가입한 다자조약인 「국제형사재판소에 관한 로마규정」 제22조 제2항도 "범죄의 정의가 분명하지 않은 경우, 정의는 수사·기소 또는 유죄판결을 받는 자에게 유리하게 해석되어야 한다."라고 규정하여 같은 원칙을 선언하고 있다. 그와 같은 취지에서 우리나라에서도 '의심스러우면 피고인의 이익으로'의 이념은 죄형법정주의에 기초한 엄격해석 원칙이나 피고인에게 불리한 유추 또는 확장해석 금지 원칙 등에 반영되어 왔다.

반대의견의 입장에 따르면, 이 사건 미수 규정의 문언은 명백하여 이와 다르게 해석할 여지가 없다. 또한 이러한 문언에도 불구하고 굳이 피고인에게 불리한 방향으로 해석해야 할 충분한 이유도 없다. 그러나 설령 이 사건 미수 규정의 문언이 불분명하다고 가정하더라도 이러한 불분명성이 피고인에게 불리한 방향으로 쉽사리 작용해서는 안 된다. 다수의견과 반대의견이 모두 나름대로 합리적 이유를 가지고 있어 병존할 수 있다면, 반대의견이 '의심스러우면 피고인에게 유리하게'의 기본 이념에 충실한 방향의 해석이다. 이러한 해석의 방향성은 피고인이 비난받아 마땅한 범죄를 저질렀다는 이유

로 쉽사리 흔들려서는 안 된다. 그러한 경우에도 법과 원칙에 충실하게 해석하는 것이 법원의 본령이기 때문이다.

다. 결론

피고인들이 결과적 가중범인 이 부분 공소사실의 기본 범죄인 특수강간의 실행에 착수하였으나 기수에 이르지 못한 채 과실로 상해의 결과만 발생시켰음은 이 부분 공소사실 기재에 의하여 명백하다. 또한 이 사건 미수 규정은 이 사건 범죄에 관한 제8조를 적용 대상에 포함시키고 있다. 그렇다면 피고인들의 행위는 이 사건 범죄의 기수범이 아닌 미수범으로 처벌되어야 한다. 그런데도 원심은 피고인들이 이 사건 범죄의 기수에 이르렀다고 판단하여 이에 관한 **피고인 1**의 주장을 배척하였다. 이러한 판단에는 결과적 가중범의 미수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 부분을 지적하는 **피고인 1**의 상고이유는 정당하다. 따라서 원심판결의 **피고인 1**에 대한 유죄 부분 중 성폭력처벌법상 특수강간치상 부분은 파기되어야 한다. 이 파기 이유는 상고이유로 주장하지 않은 **피고인 2**의 같은 죄 유죄 부분에도 공통되므로 형사소송법 제392조에 따라 **피고인 2**에 대한 원심판결도 함께 파기되어야 한다. 그리고 위 각 파기 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고된 부분도 함께 파기되어야 한다. 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

재판장

대법원장

조희대

대법관 노태악 _____

대법관 이흥구 _____

대법관 오경미 _____

대법관 오석준 _____

대법관 서경환 _____

주 심 대법관 권영준 _____

대법관 엄상필 _____

대법관 신숙희 _____

대법관 노경필 _____

대법관 박영재 _____

대법관 이숙연 _____