

## 강간미수

[대법원 2018. 12. 13. 2018도13562]



### 【판시사항】

- [1] 불이익변경금지원칙을 적용할 때에는 주문을 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 전체적·실질적으로 고찰하여 판단하여야 하는지 여부(적극)
- [2] 2018. 1. 16. 법률 제15352호로 개정된 아동·청소년의 성보호에 관한 법률의 시행 전에 성범죄를 범한 피고인에 대하여, 제1심이 개정법 시행일 이전에 유죄를 인정하여 징역 1년과 성폭력 치료프로그램 이수명령(80시간)을 선고하였고, 이에 대하여 피고인만 사실오인과 양형부당을 이유로 항소하였는데, 개정법 시행일 이후에 판결을 선고한 원심이 개정법 부칙 제3조와 제56조 제1항에 따라 판결 선고와 동시에 취업제한명령을 선고하여야 한다는 이유로 제1심판결을 직권으로 파기하고 유죄를 인정하면서 제1심과 동일한 형과 함께 3년간의 취업제한명령을 선고한 사안에서, 불이익변경금지원칙에 반하지 않는다고 한 사례

### 【참조조문】

- [1] 형사소송법 제368조, 제399조
- [2] 형법 제297조, 제300조, 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2018. 1. 16. 법률 제15352호로 개정되기 전의 것) 제56조 제1항(현행 제56조 제1항, 제2항 참조), 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제56조 제1항, 제2항, 부칙(2018. 1. 16.) 제1조, 제3조, 제4조 제1항 제3호, 제5조, 형사소송법 제368조, 제399조

### 【참조판례】

- [1] 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도7198 판결(공2014상, 212)

### 【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 김성경

【원심판결】 광주고법 2018. 8. 9. 선고 2018노157 판결

【주문】

】

상고를 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 심리미진 등 주장에 대하여

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하고 판시 취업제한을 명한 것은 정당하고, 원심판결에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

## 2. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제56조 제1항에 관한 법리오해 주장에 대하여

가. (1) 구 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(2018. 1. 16. 법률 제15352호로 개정되기 전의 것) 제56조 제1항은 아동·청소년 대상 성범죄 또는 성인대상 성범죄(이하 '성범죄'라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예·면제된 날부터 10년 동안 아동·청소년 관련 기관 등을 운영하거나 아동·청소년 관련 기관 등에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없다고 규정하고 있었다(이하 '종전 규정'이라 한다).

(2) 성범죄 전력에 기초하여 어떠한 예외도 없이 일률적으로 10년의 취업제한을 부과한 종전 규정은 직업선택의 자유를 침해한다는 헌법재판소의 위헌결정(헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌마585, 786, 2013헌바394, 2015헌마199, 1034, 1107 전원재판부 결정, 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2015헌마98 전원재판부 결정, 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2013헌마436 전원재판부 결정, 헌법재판소 2016. 10. 27. 선고 2014헌마709 전원재판부 결정 등) 취지에 따라 2018. 1. 16. 법률 제15352호로 개정된 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '개정법'이라 한다) 제56조 제1항(이하 '개정규정'이라 한다)에 의하면, 법원은 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예·면제된 날부터 일정 기간(이하 '취업제한 기간'이라 한다) 동안 아동·청소년 관련 기관 등을 운영하거나 아동·청소년 관련 기관 등에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 '취업제한명령'이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다고 규정하면서, 다만 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우, 그 밖에 취업을 제한하여서는 아니 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 아니할 수 있는 예외를 인정하였다.

(3) 한편 개정법의 시행일과 적용 범위 등에 관하여 개정법 부칙은 다음과 같이 규정하고 있다.

개정법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다(제1조). 개정규정은 개정법 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다(제3조). 종전 규정에 따라 취업제한을 받는 사람의 취업제한 기간은 종전 규정에도 불구하고 확정된 주형의 범위에 따라 5년·3년·1년으로 구분하여 정한 기간[① 3년 초과 징역 또는 금고형이나 치료감호를 선고받아 그 형이 확정된 사람: 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예·면제된 날(이하 같다)부터 5년, ② 3년 이하 징역 또는 금고형이나 치료감호를 선고받아 그 형이 확정된 사람: 3년, ③ 벌금형을 선고받아 그 형이 확정된 사람: 1년]으로 하되, 종전 규정을 적용하는 것이 유리한 경우에는 종전의 규정에 따른다(제4조 제1항 제3호 각 목). 또한 헌법재판소의 위헌결정 후 개정법 시행일 전까지 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고받아 그 형이 확정된 사람에 대하여도 부칙 제4조 제1항 제3호 각 목의 구분에 따른 기간 동안 취업을 제한한다(제5조).

나. 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 이 사건 공소사실의 요지는 「피고인은 2017. 1. 27. 05:00경 피해자의 집에서 침대 한쪽에 웅크려 누워 텔레비전을 보던 피해자에게 다가가 피해자의 배를 만지며 키스를 한 후 피해자가 거부함에도 억지로 피해자의 위에 올라타 피해자의 바지와 팬티를 벗겼다.

피고인은 계속하여 피해자가 '하지 말라'는 취지로 거부함에도 피해자에게 "가만히 있어, 움직이지 마"라는 취지로 말하며 피해자의 손을 붙잡고 움직이지 못하게 하고 피고인의 손가락을 피해자의 음부에 넣고, 자신의 성기를 강제로 피해자의 음부에 삽입하려고 하였으나, 이에 겁을 먹은 피해자가 격렬히 저항하며 피고인의 몸을 밀쳐내는 바람에 삽입하지 못함으로써 피해자를 강간하려다가 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그쳤다」는 것이다.

(2) 제1심은 개정법 시행 전인 2018. 3. 30. 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하면서, 피고인에게 징역 1년과 함께 성폭력 치료프로그램 이수명령(80시간)을 선고하였다.

이에 대하여 피고인만 사실오인과 양형부당을 이유로 항소하였다.

(3) 개정법 시행 후인 2018. 8. 9. 판결을 선고한 원심은 개정법 부칙 제3조와 개정규정에 따라 피고인에 대하여는 판결 선고와 동시에 취업제한명령을 선고하여야 한다는 이유로 제1심판결을 직권으로 파기하고, 이 사건 공소사실이 유죄로 인정된다고 판단하면서, 피고인에게 제1심과 동일한 형(징역 1년, 80시간의 성폭력 치료프로그램 이수명령)과 함께 3년간의 취업제한명령을 선고하였다.

다.

불이익변경금지원칙의 적용에 있어서는 주문을 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 전체적·실질적으로 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도7198 판결 등 참조). 위 법리와 앞서 본 개정규정과 개정법 부칙 규정의 취지, 내용 등에 비추어 살펴보면, 피고인은 개정법 시행 전에 징역 1년을 선고한 제1심판결이 항소제기 없이 그대로 확정되었을 경우 개정법 부칙 제4조 또는 제5조의 특례 규정에 따라 아동·청소년 관련 기관 등에 3년간 취업이 제한되고, 이러한 특례 규정은 예외 없이 일률적으로 10년간 취업제한의 효력이 당연히 발생하는 종전 규정보다 피고인에게 유리하다.

따라서 피고인의 항소제기에 따라 개정법 시행일 이후에 판결을 선고한 원심이 개정법 시행 전에 성범죄를 범한 피고인에 대하여 개정법 부칙 제3조에 따라 개정규정을 적용하여 피고인에게 제1심과 동일한 형을 선고하면서 동시에 3년간의 취업제한명령을 선고하였다고 하여 제1심판결을 그대로 유지하는 것보다 피고인에게 특별히 신분상의 불이익이 없다.

원심판결에 불이익변경금지원칙과 형벌불소급의 원칙을 위반한 잘못이 있다는 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김재형(재판장) 조희대 민유숙 이동원(주심)