

강도치상(인정된죄명:절도·상해)·특수강도·도로교통법위반(무면허

운전)·사기·교통사고처리특례법위반

[대구고등법원 2007. 8. 23. 2007노193]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들

【검 사】 유종완

【변 호 인】 천마 법무법인 담당변호사 오경석외 1인

【원심판결】 대구지방법원 2007. 5. 2. 선고 2006고합880, 2007고합56(병합), 2007고합111(병합) 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인들을 각 징역 2년 6월에 처한다.

원심판결 선고전의 구금일수 152일을 피고인 1에 대한, 151일을 피고인 2에 대한 위 각 형에 산입한다.

다만, 피고인 2에 대하여는 4년간 위 형의 집행을 유예한다.

압수된 마스크 1개(압수목록 순번 9), 모자 1개(압수목록 순번 10)를 피고인 1로부터, 압수된 회칼 1개(압수목록 순번 11)를 피고인 2로부터 각 몰수한다.

압수된 체크무늬 손가방 1개(압수목록 순번 1), 한국은행 발행 1만 원권 50장(압수목록 순번 2), 한국은행 발행 1천 원권 6장(압수목록 순번 3), 신용카드 2장(압수목록 순번 4), 신세계 상품권 5만 원권 2장(압수목록 순번 5), 현금카드 2장(압수목록 순번 6), 일본은행 발행 1만 엔권 2장(압수목록 순번 7), 통장 3권(압수목록 순번 8)을 피해자 공소외 1에게 환부한다.

피고인 2에 대하여 2년간 보호관찰을 받을 것을 명한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

원심판시 2006. 12. 1.자 범행(강도치상죄 부분)과 관련하여, 당시 피고인이 피해자 공소외 1에게 직접 반항을 억압할 정도의 폭행, 협박을 가하였다고 보기 어려워 이른바 날치기로서 절도죄가 성립할 뿐이므로 위 범죄사실은 절도와 상해 내지 폭행치상죄의 경합범이 된다고 할 것이고, 또 피해자의 상해는 극히 경미하여 자연 치유될 정도이고 별다른 치료를 받지 않더라도 일상생활을 함에 있어 아무런 지장이 없는 상태였으므로 굳이 형법 제337조에서 규정한 상해라고 보기 어려우므로, 어느 모로 보나 강도치상죄를 유죄로 인정할 수는 없다고 할 것임에도 원심이 피고인에게 강도치상죄를 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등에 비추어 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

(가) 특수강도죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 11. 29.자 범행 당시 피고인이 편의점에 담배 사러 간 사이에 피고인이 모르는 상태에서 피고인 1에 의하여 강도범행이 이루어진 것이므로, 피고인에게는 피고인 1의 흥기휴대에 의한 특수강도죄에 대한 공모관계가 성립하지 않음에도 원심은 피고인에게 위와 같은 공모관계를 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 공모관계에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(나) 강도치상죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 12. 1.자 범행과 관련하여, 피고인은 피고인 1과 강도범행을 공모한 적이 없고, 또 피고인 1이 위 범행 당시 실제로 피해자 공소외 1에게 반항을 억압할 정도의 폭행이나 협박을 가한 사실이 없고 오직 피해자의 손가방을 낚아채었을 뿐이므로 이는 폭행을 수단으로 한 재물강취행위가 아니라 절취행위라고 보아야 하고, 피해자의 상처도 단순히 어깨와 무릎에 약간의 타박상을 입은 데 불과할 정도로 극히 경미하고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있어 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 상해에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인 1의 행위를 강도치상죄로 의율함은 부당하고, 가사 피고인 1의 행위가 강도행위에 해당한다고 하더라도, 피고인으로서 피고인 1이 날치기를 하려고 하는 것으로 생각하였을 뿐 강도행위에 나아가리라고는 예상하지 못하였으므로 피고인에게 강도치상의 죄책을 물을 수 없음에도 원심은 피고인에 대한 강도치상죄의 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인의 건강상태 등을 종합하면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 2의 특수강도죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2가 중국음식점 ' (명칭 생략)'에서 선불금으로 받은 100만 원을 갚지 못하고 있던 중 피고인 1이 이를 대신 갚는 조건으로 (명칭 생략)에 종업원으로 들어갔는데, 피고인 1이 돈을 갚지 못한 상태에서 일을 그만두게 되어 피고인들이 위 선불금을 급히 갚아야 하는 상황이었던 사실, ② 피고인들은 2006. 11. 27.경부터 철곡에 있는 여관에서 같이 지내면서 위 선불금을 갚기 위해 여성들로부터 돈을 빼앗아야겠다는 농담조로 범행을 하자는 말을 여러 번 하였고 그 과정에서 피고인 1이 돈을 빼앗으면 피고인 2는 승용차에 대기해 있다가 피고인 1을 태워서 달아나기로 하는 범행 방법을 진지하게 협의하였으며(공판기록

51), 피고인 1은 피고인 2에게 "다른 사람에게 칼이라도 들이대고 싶다"는 말을 하기도 한 사실, ③ 피고인들은 피고인 2가 후배 이성환 명의로 렌트한 승용차를 타고 돌아다녔으며, 2006. 11. 29. 이전에도 둘이서 차를 타고 범행 대상을 물색하다가 여의치 않아 위 여관으로 돌아간 적이 있었던 사실, ④ 2006. 11. 29.자 특수강도 범행에 사용된 회칼은 피고인 2가 구입하여 승용차 안에 보관하고 있던 것이고, 2006. 11. 28. 밤늦게 위 여관에 잠을 자기 위해 들어갈 때 피고인 1이 승용차 조수석 사물함 안에 있던 회칼을 꺼내 상의 안주머니에 넣어 두었던 사실, ⑤ 피고인 2는 피고인 1이 범행을 할 목적으로 위 회칼을 소지한 채 2006. 11. 29. 새벽녘에 대구 수성구 중동 소재 현대병원 부근으로 가자고 했을 때 별다른 의문 없이 피고인 1과 동행하여 범행 장소 부근으로 갔고, 피고인 1이 피해자 공소외 2로부터 돈을 강취하여 돌아와서 가자고 했을 때도 아무런 의문을 제기하지 않은 채 다시 위 여관으로 운전해 간 사실이 인정된다.

위 인정사실을 종합해 보면, 피고인 2는 피고인 1과 사이에 여성으로부터 금품을 날치기하거나 빼앗음으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취한다는 점에 대하여 적어도 묵시적인 공모관계가 성립한다고 할 것이고, 피고인 1은 그와 같은 공모에 기하여 여성의 금품을 강취하는 실행행위까지 나아갔으며, 이와 같이 피고인 2가 공모에 참여한 사실이 인정되는 이상, 직접 실행행위를 하지 않았거나 당초 범행 대상으로 지목하지 않은 여성에 대하여 범행이 이루어졌다고 하더라도, 피고인 1의 행위를 자기의 의사실현의 수단으로 하여 여성을 상대로 금품을 강취하였다는 점에서 피고인 2 스스로가 직접 실행행위를 분담한 경우와 형사책임의 성립에 차이를 둘 이유가 없으므로, 피고인 2에게 특수강도죄의 공동정범으로서의 책임이 있다고 할 것이어서 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 피고인들의 강도치상죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인들의 공모관계 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인들이 범행장소 인근의 현금인출기가 있는 곳에 도착하여 차량을 주차한 후 위 현금인출기에서 돈을 찾는 사람을 1시간 정도 지켜보다가 마침 피해자 공소외 1이 현금을 인출하여 가는 것을 발견하고 피고인 1이 피고인 2에게 돈이 든 피해자의 가방을 빼앗은 후 공중전화로 전화할 테니 자기가 있는 곳으로 오라고 말하면서 차에서 내린 후 피해자를 따라 간 점, ② 피고인 1이 피해자를 따라가는 동안 피고인 2는 차량을 운전하여 천천히 피고인 1을 따라간 점, ③ 피고인 1은 피해자의 가방을 날치기한 후 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔고, 피고인 2는 이러한 사실을 모른 채 인근에 차량을 주차해 두고 피고인 1로부터 전화가 오기를 기다렸으나 끝내 그로부터 전화연락이 오지 않는 것을 보고 그가 경찰에 붙잡힌 것으로 생각하고 인근의 지구대로 전화하여 피고인 1에 대하여 문의하는 바람에 위 범행에 관여한 사실이 드러나 검거되게 된 점 등에 비추어 보면, 피고인들은 현금인출기에서 돈을 찾아가는 여성 등 범행 대상으로 삼을 만한 여성이 나타나면 피고인 1은 그 여성을 쫓아가 날치기하여 돈을 빼앗고, 피고인 2는 차량에 대기하고 있다가 돈을 빼앗은 피고인 1로부터 전화연락을 받고 그가 있는 곳으로 차량을 운전해 가 그를 태워서 도주하기로 모의함으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취하기로 공모한 사실이 충분히 인정되므로, 공모관계의 성립을 다투는 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다(다만, 뒤에서 보는 바와 같이 피고인 1이 강도의 실행행위를 한 바 없이 날치기 방법에 의하여 절취행위를 하고 그 과정에서 피해자에게 상해를 가하는

데 그친 것으로 인정되므로, 피고인들에 대한 강도의 공모관계 인정은 무의미해졌고, 한편 날치기를 하는 과정에서 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 얼마든지 일어날 수 있으므로, 피고인 2에게 상해의 공모관계 성립은 충분히 인정된다고 할 것이다).

(2) 강도치상죄의 성립 여부

(가) 공소사실의 요지

피고인들은 대구 중구 남산동 소재 ' (명칭 생략)' 중국음식점에서 일을 하다가 그곳 주인에게 갚아야 할 선불금 100만 원을 갚지 못하게 되자 렌트한 (차량번호 생략)호 승용차를 함께 타고 돌아다니다가 범행대상 여자가 나타나면 피고인 1은 범행대상을 쫓아가 돈을 빼앗고, 피고인 2는 위 승용차에서 대기하다가 범행을 끝낸 피고인 1을 차에 태워 도주하기로 마음먹고, 공모하여, 2006. 12. 1. 11:00경 대구 수성구 황금1동 366 소재 대구은행 황금동지점 앞 노상에서 피고인 1은 근처 농협 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 위 은행으로 들어가려는 피해자 공소외 1(여, 55세)을 발견하고 접근하여 피해자가 왼팔에 걸치고 있던 손가방을 낚아채려고 하였으나 피해자가 손가방을 놓지 않자 이를 힘껏 잡아당겨 피해자를 바닥에 넘어뜨린 다음 피해자가 넘어진 상태에서 20m 정도 끌고 가 피해자의 반항을 억압한 후 피해자로부터 그 소유의 현금 506,000원, 신용카드 2장, 50,000원권 신세계상품권 2장, 현금카드 2장, 일본화폐 10,000엔권 2장, 예금통장 3개가 들어 있는 손가방 시가 60,000원 상당을 빼앗아 가 이를 강취하고, 이로 인하여 피해자로 하여금 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입게 하였다.

(나) 강도의 실행행위 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 공소사실과 관련하여 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인들이 위 공소사실 기재와 같은 방법으로 범행대상 여성으로부터 금품을 빼앗기로 한 후, 최근 입주가 시작되었고 단지수도 많아 부유한 사람들이 많을 것으로 생각한 대구 수성구 황금동 소재 롯데캐슬아파트 부근으로 차량을 운전해 가 운전석 창문으로 농협 현금인출기가 잘 보이도록 차량을 주차해 놓고 1시간 동안 그곳에서 돈을 인출하는 사람을 지켜보고 있던 중, 피해자 공소외 1이 위 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 나오는 것을 발견하고 피고인 1이 차에서 내려 피해자를 뒤따라갔다.

나) 피고인 1이 그곳에서 400m 가량 떨어진 대구은행 황금동지점 입구까지 5~6m 정도의 거리를 두고 피해자를 따라가다가 피해자가 상가건물안의 위 은행으로 들어가려고 하는 것을 보고 피해자의 뒤쪽 왼편으로 접근하여 피해자의 왼팔에 끼고 있던 손가방의 끈을 오른손으로 잡아당기자, 피해자는 가방을 놓지 않으려고 버티다가 몸이 돌러지면서 등을 바닥 쪽으로 하여 넘어졌는데, 그곳 바닥은 대리석으로 되어 있어 미끄러운 상태였다(증거기록 35, 공판기록 230~223, 당심증인 공소외 1의 증언).

다) 이어 피고인 1이 가방 끈을 잡고 계속하여 당기자, 피해자는 바닥에 넘어진 상태로 가방 끈을 놓지 않은 채 "내 가방, 사람 살려!"라고 소리치면서 약 5m 가량 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓쳤고(당심증인 공소외 1의 증언과 피고인 1의 검찰진술(증거기록 65, 66, 68)에 비추어 볼 때 피해자가 끌려간 거리가 공소사실과 같이 20m 정도 된다고 보기는 어렵다), 그 사이에 위 피고인은 피해자의 가방을 들고 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔다.

라) 피고인 1의 위와 같은 행위로 인하여 피해자의 가방이 약간 찢어졌으며(증거기록 11), 피해자는 바닥에 떨어져 끌려가는 과정에서 왼쪽 무릎이 조금 굽히고, 종전에 오십견으로 치료받고 있던 왼쪽 어깨부위에 견관절 염좌상을 입어 통증주사를 3회 가량 맞았다.

마) 위와 같이 피해자의 가방을 낚아채는 과정에서 피고인 1이 피해자를 밀거나 차는 등의 폭행을 하거나 위협한 바는 전혀 없었다.

2) 판단

가) 낚치기와 같이 강력적으로 재물을 절취하는 행위는 때로는 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 있고, 구체적인 상황에 따라서는 이를 강도로 인정하여야 할 때가 있다고 할 것이나, 그와 같은 결과가 피해자의 반항 억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 가해진 경우라면 이는 절도에 불과한 것으로 보아야 할 것이다(대법원 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2316 판결).

나) 이 사건에서 위와 같이 피고인 1이 피해자로부터 돈이 든 가방을 낚치기하기 위하여 피해자를 뒤따라가다가 가방을 낚아채어 잡아당기자 피해자가 미끄러운 대리석 바닥에 떨어져 5m 정도 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓치는 바람에 위 피고인이 피해자로부터 가방을 빼앗았고, 그 과정에서 피해자가 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입은 사실은 인정되나, 위 피고인의 이러한 행위가 피해자의 반항을 억압하여 가방을 강취한 것에 해당하는지에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면 위 피고인이 피해자로부터 가방을 탈취하는 과정에서 피해자에게 가해진 강제력은 피해자의 반항을 억압하기 위한 목적 또는 정도의 것이라고 보기 어렵고, 단지 피해자로부터 순간적이고 강력적인 방법으로 가방을 절취하는 낚치기 수법의 절도행위의 과정에서 우연히 가해진 것에 불과하며, 나아가 준강도로 인한 강도치상죄에 해당할 여지가 있는지에 관하여 보더라도, 준강도죄에 있어서의 "재물의 탈환을 항거할 목적"이라 함은 일단 절도가 재물을 자기의 배타적 지배하에 옮긴 뒤 탈취한 재물을 피해자측으로부터 탈환당하지 않기 위하여 대항하는 것을 말하는데, 위 강제력 행사 당시 위 피고인은 피해자로부터 가방에 대한 점유를 탈취하는 과정에 있었을 뿐 아직 가방을 자기의 배타적 지배하에 옮기지 못하였다고 할 것이므로, 위 피고인이 행사한 강제력을 피해자로부터의 재물의 탈환을 항거할 목적으로 한 폭행이나 협박으로 인정할 수도 없어, 위 피고인의 행위를 준강도로 인한 강도치상죄로 의율할 수도 없다.

따라서, 원심이 채용한 증거들만으로는 피고인들에 대한 강도치상의 점을 인정하기에 부족하다고 할 것인데도 원심이 그 판시 채용 증거들만으로 강도치상의 범죄사실을 유죄로 인정하고 말았으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 강도치상죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 주장은 이유 있다.

(다) 공소장변경 없이 인정되는 범죄사실

다만 위와 같이 피고인들에게 강도치상죄를 유죄로 인정할 수 없다고 하더라도, 피고인들이 낚치기를 하기로 공모한 다음 실제로 피고인 1이 절도행위에 나아갔고, 그 과정에서 피해자에게 상해를 가한 사실이 인정되고(당심증인 공소외 1의 증언과 의사 공소외 3 작성의 공소외 1에 대한 소견서의 기재에 의할 때, 피해자가 입은 좌측 견관절 염좌상이 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요 없이 자연적으로 치유될 수 있는 정도로서 '상해'에 해당하지 않는다

고 보기는 어렵다), 피고인들이 한 날치기행위의 수단과 방법, 그 과정에서 가해진 강제력의 정도와 피해자가 다친 부위 및 정도 등에 비추어 위 강도치상의 공소사실에는 절도와 상해의 사실이 포함되어 있을 뿐만 아니라 이를 인정하더라도 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 줄 염려가 없으므로, 이 법원은 공소장변경 없이 절도와 상해의 범죄사실을 인정하기로 한다.

3. 결론

따라서 원심판결 중 강도치상의 점에 대한 부분은 파기되어야 할 것인바, 원심판결은 이와 나머지 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고하였으므로, 피고인들의 나머지 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

원심판시 2006. 12. 1.자 범행(강도치상죄 부분)과 관련하여, 당시 피고인이 피해자 공소외 1에게 직접 반항을 억압할 정도의 폭행, 협박을 가하였다고 보기 어려워 이른바 날치기로서 절도죄가 성립할 뿐이므로 위 범죄사실은 절도와 상해 내지 폭행치상죄의 경합범이 된다고 할 것이고, 또 피해자의 상해는 극히 경미하여 자연 치유될 정도이고 별다른 치료를 받지 않더라도 일상생활을 함에 있어 아무런 지장이 없는 상태였으므로 굳이 형법 제337조에서 규정한 상해라고 보기 어려우므로, 어느 모로 보나 강도치상죄를 유죄로 인정할 수는 없다고 할 것임에도 원심이 피고인에게 강도치상죄를 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등에 비추어 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

(가) 특수강도죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 11. 29.자 범행 당시 피고인이 편의점에 담배 사러 간 사이에 피고인이 모르는 상태에서 피고인 1에 의하여 강도범행이 이루어진 것이므로, 피고인에게는 피고인 1의 흥기휴대에 의한 특수강도죄에 대한 공모관계가 성립하지 않음에도 원심은 피고인에게 위와 같은 공모관계를 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 공모관계에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(나) 강도치상죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 12. 1.자 범행과 관련하여, 피고인은 피고인 1과 강도범행을 공모한 적이 없고, 또 피고인 1이 위 범행 당시 실제로 피해자 공소외 1에게 반항을 억압할 정도의 폭행이나 협박을 가한 사실이 없고 오직 피해자의 손가방을 낚아채었을 뿐이므로 이는 폭행을 수단으로 한 재물강취행위가 아니라 절취행위라고 보아야 하고, 피해자의 상처도 단순히 어깨와 무릎에 약간의 타박상을 입은 데 불과할 정도로 극히 경미하고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있어 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 상해에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인 1의 행위를 강도치상죄로 의율함은 부당하고, 가사 피고인 1의 행위가 강도행위에 해당한다고 하더라도, 피고인으로서 피고인 1이 날치기를 하려고 하는 것으로 생각하였을 뿐 강도행위에 나아가리라고는 예상하지 못하였으므로 피고인에게 강도치상의 죄책을 물을 수 없음에도 원심은 피고인에 대한 강도치상죄의 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인의 건강상태 등을 종합하면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 2의 특수강도죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2가 중국음식점 ' (명칭 생략)'에서 선불금으로 받은 100만 원을 갚지 못하고 있던 중 피고인 1이 이를 대신 갚는 조건으로 (명칭 생략)에 종업원으로 들어갔는데, 피고인 1이 돈을 갚지 못한 상태에서 일을 그만두게 되어 피고인들이 위 선불금을 급히 갚아야 하는 상황이었던 사실, ② 피고인들은 2006. 11. 27.경부터 칠곡에 있는 여관에서 같이 지내면서 위 선불금을 갚기 위해 여성들로부터 돈을 빼앗아야겠다는 농담조로 범행을 하자는 말을 여러 번 하였고 그 과정에서 피고인 1이 돈을 빼앗으면 피고인 2는 승용차에 대기해 있다가 피고인 1을 태워서 달아나기로 하는 범행 방법을 진지하게 협의하였으며(공판기록 51), 피고인 1은 피고인 2에게 "다른 사람에게 칼이라도 들이대고 싶다"는 말을 하기도 한 사실, ③ 피고인들은 피고인 2가 후배 이성만 명의로 렌트한 승용차를 타고 돌아다녔으며, 2006. 11. 29. 이전에도 둘이서 차를 타고 범행 대상을 물색하다가 여의치 않아 위 여관으로 돌아간 적이 있었던 사실, ④ 2006. 11. 29.자 특수강도 범행에 사용된 회칼은 피고인 2가 구입하여 승용차 안에 보관하고 있던 것이고, 2006. 11. 28. 밤늦게 위 여관에 잠을 자기 위해 들어갈 때 피고인 1이 승용차 조수석 사물함 안에 있던 회칼을 꺼내 상의 안주머니에 넣어 두었던 사실, ⑤ 피고인 2는 피고인 1이 범행을 할 목적으로 위 회칼을 소지한 채 2006. 11. 29. 새벽녘에 대구 수성구 중동 소재 현대병원 부근으로 가자고 했을 때 별다른 의문 없이 피고인 1과 동행하여 범행 장소 부근으로 갔고, 피고인 1이 피해자 공소외 2로부터 돈을 강취하여 돌아와서 가자고 했을 때도 아무런 의문을 제기하지 않은 채 다시 위 여관으로 운전해 간 사실이 인정된다.

위 인정사실을 종합해 보면, 피고인 2는 피고인 1과 사이에 여성으로부터 금품을 날치기하거나 빼앗음으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취한다는 점에 대하여 적어도 묵시적인 공모관계가 성립한다고 할 것이고, 피고인 1은

그와 같은 공모에 기하여 여성의 금품을 강취하는 실행행위까지 나아갔으며, 이와 같이 피고인 2가 공모에 참여한 사실이 인정되는 이상, 직접 실행행위를 하지 않았거나 당초 범행 대상으로 지목하지 않은 여성에 대하여 범행이 이루어졌다고 하더라도, 피고인 1의 행위를 자기의 의사실현의 수단으로 하여 여성을 상대로 금품을 강취하였다는 점에서 피고인 2 스스로가 직접 실행행위를 분담한 경우와 형사책임의 성립에 차이를 둘 이유가 없으므로, 피고인 2에게 특수강도죄의 공동정범으로서의 책임이 있다고 할 것이어서 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 피고인들의 강도치상죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인들의 공모관계 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인들이 범행장소 인근의 현금인출기가 있는 곳에 도착하여 차량을 주차한 후 위 현금인출기에서 돈을 찾는 사람을 1시간 정도 지켜보다가 마침 피해자 공소외 1이 현금을 인출하여 가는 것을 발견하고 피고인 1이 피고인 2에게 돈이 든 피해자의 가방을 빼앗은 후 공중전화로 전화할 테니 자기가 있는 곳으로 오라고 말하면서 차에서 내린 후 피해자를 따라 간 점, ② 피고인 1이 피해자를 따라가는 동안 피고인 2는 차량을 운전하여 천천히 피고인 1을 따라간 점, ③ 피고인 1은 피해자의 가방을 날치기한 후 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔고, 피고인 2는 이러한 사실을 모른 채 인근에 차량을 주차해 두고 피고인 1로부터 전화가 오기를 기다렸으나 끝내 그로부터 전화연락이 오지 않는 것을 보고 그가 경찰에 붙잡힌 것으로 생각하고 인근의 지구대로 전화하여 피고인 1에 대하여 문의하는 바람에 위 범행에 관여한 사실이 드러나 검거되게 된 점 등에 비추어 보면, 피고인들은 현금인출기에서 돈을 찾아가는 여성 등 범행대상으로 삼을 만한 여성이 나타나면 피고인 1은 그 여성을 쫓아가 날치기하여 돈을 빼앗고, 피고인 2는 차량에 대기하고 있다가 돈을 빼앗은 피고인 1로부터 전화연락을 받고 그가 있는 곳으로 차량을 운전해 가 그를 태워서 도주하기로 모의함으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취하기로 공모한 사실이 충분히 인정되므로, 공모관계의 성립을 다투는 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다(다만, 뒤에서 보는 바와 같이 피고인 1이 강도의 실행행위를 한 바 없이 날치기 방법에 의하여 절취행위를 하고 그 과정에서 피해자에게 상해를 가하는데 그친 것으로 인정되므로, 피고인들에 대한 강도의 공모관계 인정은 무의미해졌고, 한편 날치기를 하는 과정에서 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 얼마든지 일어날 수 있으므로, 피고인 2에게 상해의 공모관계 성립은 충분히 인정된다고 할 것이다).

(2) 강도치상죄의 성립 여부

(가) 공소사실의 요지

피고인들은 대구 중구 남산동 소재 ' (명칭 생략) ' 중국음식점에서 일을 하다가 그곳 주인에게 갚아야 할 선불금 100만원을 갚지 못하게 되자 렌트한 (차량번호 생략)호 승용차를 함께 타고 돌아다니다가 범행대상 여자가 나타나면 피고인 1은 범행대상을 쫓아가 돈을 빼앗고, 피고인 2는 위 승용차에서 대기하다가 범행을 끝낸 피고인 1을 차에 태워 도주하기로 마음먹고, 공모하여, 2006. 12. 1. 11:00경 대구 수성구 황금1동 366 소재 대구은행 황금동지점 앞 노상에서 피고인 1은 근처 농협 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 위 은행으로 들어가려는 피해자 공소외 1(여, 55세)을 발견하고 접근하여 피해자가 왼팔에 걸치고 있던 손가방을 낚아채려고 하였으나 피해자가 손가방을 놓지 않자 이를 힘껏 잡아당겨 피해자를 바닥에 넘어뜨린 다음 피해자가 넘어진 상태에서 20m 정도 끌고 가 피해

자의 반항을 억압한 후 피해자로부터 그 소유의 현금 506,000원, 신용카드 2장, 50,000원권 신세계상품권 2장, 현금 카드 2장, 일본화폐 10,000엔권 2장, 예금통장 3개가 들어 있는 손가방 시가 60,000원 상당을 빼앗아 가 이를 강취하고, 이로 인하여 피해자로 하여금 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입게 하였다.

(나) 강도의 실행행위 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 공소사실과 관련하여 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인들이 위 공소사실 기재와 같은 방법으로 범행대상 여성으로부터 금품을 빼앗기로 한 후, 최근 입주가 시작되었고 단지수도 많아 부유한 사람들이 많을 것으로 생각한 대구 수성구 황금동 소재 롯데캐슬아파트 부근으로 차량을 운전해 가 운전석 창문으로 농협 현금인출기가 잘 보이도록 차량을 주차해 놓고 1시간 동안 그곳에서 돈을 인출하는 사람을 지켜보고 있던 중, 피해자 공소외 1이 위 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 나오는 것을 발견하고 피고인 1이 차에서 내려 피해자를 뒤따라갔다.

나) 피고인 1이 그곳에서 400m 가량 떨어진 대구은행 황금동지점 입구까지 5~6m 정도의 거리를 두고 피해자를 따라가다가 피해자가 상가건물안의 위 은행으로 들어가려고 하는 것을 보고 피해자의 뒤쪽 왼편으로 접근하여 피해자의 왼팔에 끼고 있던 손가방의 끈을 오른손으로 잡아당기자, 피해자는 가방을 놓지 않으려고 버티다가 몸이 돌러지면서 등을 바닥 쪽으로 하여 넘어졌는데, 그곳 바닥은 대리석으로 되어 있어 미끄러운 상태였다(증거기록 35, 공판기록 230~223, 당심증인 공소외 1의 증언).

다) 이어 피고인 1이 가방 끈을 잡고 계속하여 당기자, 피해자는 바닥에 넘어진 상태로 가방 끈을 놓지 않은 채 "내 가방, 사람 살려!"라고 소리치면서 약 5m 가량 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓쳤고(당심증인 공소외 1의 증언과 피고인 1의 검찰진술(증거기록 65, 66, 68)에 비추어 볼 때 피해자가 끌려간 거리가 공소사실과 같이 20m 정도 된다고 보기는 어렵다), 그 사이에 위 피고인은 피해자의 가방을 들고 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔다.

라) 피고인 1의 위와 같은 행위로 인하여 피해자의 가방이 약간 찢어졌으며(증거기록 11), 피해자는 바닥에 넘어져 끌려가는 과정에서 왼쪽 무릎이 조금 굽히고, 종전에 오십견으로 치료받고 있던 왼쪽 어깨부위에 견관절 염좌상을 입어 통증주사를 3회 가량 맞았다.

마) 위와 같이 피해자의 가방을 낚아채는 과정에서 피고인 1이 피해자를 밀거나 차는 등의 폭행을 하거나 위협한 바는 전혀 없었다.

2) 판단

가) 날치기와 같이 강력적으로 재물을 절취하는 행위는 때로는 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 있고, 구체적인 상황에 따라서는 이를 강도로 인정하여야 할 때가 있다고 할 것이나, 그와 같은 결과가 피해자의 반항 억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 가해진 경우라면 이는 절도에 불과한 것으로 보아야 할 것이다(대

법원 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2316 판결).

나) 이 사건에서 위와 같이 피고인 1이 피해자로부터 돈이 든 가방을 낚치기하기 위하여 피해자를 뒤따라가다가 가방을 낚아채어 잡아당기자 피해자가 미끄러운 대리석 바닥에 넘어져 5m 정도 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓치는 바람에 위 피고인이 피해자로부터 가방을 빼앗았고, 그 과정에서 피해자가 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입은 사실은 인정되나, 위 피고인의 이러한 행위가 피해자의 반항을 억압하여 가방을 강취한 것에 해당하는지에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면 위 피고인이 피해자로부터 가방을 탈취하는 과정에서 피해자에게 가해진 강제력은 피해자의 반항을 억압하기 위한 목적 또는 정도의 것이라고 보기 어렵고, 단지 피해자로부터 순간적이고 강력적인 방법으로 가방을 절취하는 낚치기 수법의 절도행위의 과정에서 우연히 가해진 것에 불과하며, 나아가 준강도로 인한 강도치상죄에 해당할 여지가 있는지에 관하여 보더라도, 준강도죄에 있어서의 "재물의 탈환을 항거할 목적"이라 함은 일단 절도가 재물을 자기의 배타적 지배하에 옮긴 뒤 탈취한 재물을 피해자측으로부터 탈환당하지 않기 위하여 대항하는 것을 말하는데, 위 강제력 행사 당시 위 피고인은 피해자로부터 가방에 대한 점유를 탈취하는 과정에 있었을 뿐 아직 가방을 자기의 배타적 지배하에 옮기지 못하였다고 할 것이므로, 위 피고인이 행사한 강제력을 피해자로부터의 재물의 탈환을 항거할 목적으로 한 폭행이나 협박으로 인정할 수도 없어, 위 피고인의 행위를 준강도로 인한 강도치상죄로 의율할 수도 없다.

따라서, 원심이 채용한 증거들만으로는 피고인들에 대한 강도치상의 점을 인정하기에 부족하다고 할 것인데도 원심이 그 판시 채용 증거들만으로 강도치상의 범죄사실을 유죄로 인정하고 말았으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 강도치상죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 주장은 이유 있다.

(다) 공소장변경 없이 인정되는 범죄사실

다만 위와 같이 피고인들에게 강도치상죄를 유죄로 인정할 수 없다고 하더라도, 피고인들이 낚치기를 하기로 공모한 다음 실제로 피고인 1이 절도행위에 나아갔고, 그 과정에서 피해자에게 상해를 가한 사실이 인정되고(당심증인 공소외 1의 증언과 의사 공소외 3 작성의 공소외 1에 대한 소견서의 기재에 의할 때, 피해자가 입은 좌측 견관절 염좌상이 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요 없이 자연적으로 치유될 수 있는 정도로서 '상해'에 해당하지 않는다고 보기는 어렵다), 피고인들이 한 낚치기행위의 수단과 방법, 그 과정에서 가해진 강제력의 정도와 피해자가 다친 부위 및 정도 등에 비추어 위 강도치상의 공소사실에는 절도와 상해의 사실이 포함되어 있을 뿐만 아니라 이를 인정하더라도 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 줄 염려가 없으므로, 이 법원은 공소장변경 없이 절도와 상해의 범죄사실을 인정하기로 한다.

3. 결론

따라서 원심판결 중 강도치상의 점에 대한 부분은 파기되어야 할 것인바, 원심판결은 이와 나머지 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고하였으므로, 피고인들의 나머지 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

원심판시 2006. 12. 1.자 범행(강도치상죄 부분)과 관련하여, 당시 피고인이 피해자 공소외 1에게 직접 반항을 억압할 정도의 폭행, 협박을 가하였다고 보기 어려워 이른바 날치기로서 절도죄가 성립할 뿐이므로 위 범죄사실은 절도와 상해 내지 폭행치상죄의 경합범이 된다고 할 것이고, 또 피해자의 상해는 극히 경미하여 자연 치유될 정도이고 별다른 치료를 받지 않더라도 일상생활을 함에 있어 아무런 지장이 없는 상태였으므로 굳이 형법 제337조에서 규정한 상해라고 보기 어려우므로, 어느 모로 보나 강도치상죄를 유죄로 인정할 수는 없다고 할 것임에도 원심이 피고인에게 강도치상죄를 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등에 비추어 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

(가) 특수강도죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 11. 29.자 범행 당시 피고인이 편의점에 담배 사러 간 사이에 피고인이 모르는 상태에서 피고인 1에 의하여 강도범행이 이루어진 것이므로, 피고인에게서는 피고인 1의 흥기휴대에 의한 특수강도죄에 대한 공모관계가 성립하지 않음에도 원심은 피고인에게 위와 같은 공모관계를 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 공모관계에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(나) 강도치상죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 12. 1.자 범행과 관련하여, 피고인은 피고인 1과 강도범행을 공모한 적이 없고, 또 피고인 1이 위 범행 당시 실제로 피해자 공소외 1에게 반항을 억압할 정도의 폭행이나 협박을 가한 사실이 없고 오직 피해자의 손가방을 낚아채었을 뿐이므로 이는 폭행을 수단으로 한 재물강취행위가 아니라 절취행위라고 보아야 하고, 피해자의 상처도 단순히 어깨와 무릎에 약간의 타박상을 입은 데 불과할 정도로 극히 경미하고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있어 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 상해에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인 1의 행위를 강도치상죄로 의율함은 부당하고, 가사 피고인 1의 행위가 강도행위에 해당한다고 하더라도, 피고인으로서 피고인 1이 날치기를 하려고 하는 것으로 생각하였을 뿐 강도행위에 나아가리라고는 예상하지 못하였으므로 피고인에게 강도치상의 죄책을 물을 수 없음에도 원심은 피고인에 대한 강도치상죄의 공모사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인의 건강상태 등을 종합하면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 2의 특수강도죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2가 중국음식점 ' (명칭 생략)'에서 선불금으로 받은 100만 원을 갚지 못하고 있던 중 피고인 1이 이를 대신 갚는 조건으로 (명칭 생략)에 종업원으로 들어갔는데, 피고인 1이 돈을 갚지 못한 상태에서 일을 그만두게 되어 피고인들이 위 선불금을 급히 갚아야 하는 상황이었던 사실, ② 피고인들은 2006. 11. 27.경부터 칠곡에 있는 여관에서 같이 지내면서 위 선불금을 갚기 위해 여성들로부터 돈을 빼앗아야겠다는 농담조로 범행을 하자는 말을 여러 번 하였고 그 과정에서 피고인 1이 돈을 빼앗으면 피고인 2는 승용차에 대기해 있다가 피고인 1을 태워서 달아나기로 하는 범행 방법을 진지하게 협의하였으며(공판기록 51), 피고인 1은 피고인 2에게 "다른 사람에게 칼이라도 들이대고 싶다"는 말을 하기도 한 사실, ③ 피고인들은 피고인 2가 후배 이성환 명의로 렌트한 승용차를 타고 돌아다녔으며, 2006. 11. 29. 이전에도 둘이서 차를 타고 범행 대상을 물색하다가 여의치 않아 위 여관으로 돌아간 적이 있었던 사실, ④ 2006. 11. 29.자 특수강도 범행에 사용된 회칼은 피고인 2가 구입하여 승용차 안에 보관하고 있던 것이고, 2006. 11. 28. 밤늦게 위 여관에 잠을 자기 위해 들어갈 때 피고인 1이 승용차 조수석 사물함 안에 있던 회칼을 꺼내 상의 안주머니에 넣어 두었던 사실, ⑤ 피고인 2는 피고인 1이 범행을 할 목적으로 위 회칼을 소지한 채 2006. 11. 29. 새벽녘에 대구 수성구 중동 소재 현대병원 부근으로 가자고 했을 때 별다른 의문 없이 피고인 1과 동행하여 범행 장소 부근으로 갔고, 피고인 1이 피해자 공소외 2로부터 돈을 강취하여 돌아와서 가자고 했을 때도 아무런 의문을 제기하지 않은 채 다시 위 여관으로 운전해 간 사실이 인정된다.

위 인정사실을 종합해 보면, 피고인 2는 피고인 1과 사이에 여성으로부터 금품을 날치기하거나 빼앗음으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취한다는 점에 대하여 적어도 묵시적인 공모관계가 성립한다고 할 것이고, 피고인 1은 그와 같은 공모에 기하여 여성의 금품을 강취하는 실행행위까지 나아갔으며, 이와 같이 피고인 2가 공모에 참여한 사실이 인정되는 이상, 직접 실행행위를 하지 않았거나 당초 범행 대상으로 지목하지 않은 여성에 대하여 범행이 이루어졌다고 하더라도, 피고인 1의 행위를 자기의 의사실현의 수단으로 하여 여성을 상대로 금품을 강취하였다는 점에서 피고인 2 스스로가 직접 실행행위를 분담한 경우와 형사책임의 성립에 차이를 둘 이유가 없으므로, 피고인 2에게 특수강도죄의 공동정범으로서의 책임이 있다고 할 것이어서 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 피고인들의 강도치상죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인들의 공모관계 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인들이 범행장소 인근의 현금인출기가 있는 곳에 도착하여 차량을 주차한 후 위 현금인출기에서 돈을 찾는 사람을 1시간 정도 지켜보다가 마

침 피해자 공소외 1이 현금을 인출하여 가는 것을 발견하고 피고인 1이 피고인 2에게 돈이 든 피해자의 가방을 빼앗은 후 공중전화로 전화할 테니 자기가 있는 곳으로 오라고 말하면서 차에서 내린 후 피해자를 따라 간 점, ② 피고인 1이 피해자를 따라가는 동안 피고인 2는 차량을 운전하여 천천히 피고인 1을 따라간 점, ③ 피고인 1은 피해자의 가방을 날치기한 후 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔고, 피고인 2는 이러한 사실을 모른 채 인근에 차량을 주차해 두고 피고인 1로부터 전화가 오기를 기다렸으나 끝내 그로부터 전화연락이 오지 않는 것을 보고 그가 경찰에 붙잡힌 것으로 생각하고 인근의 지구대로 전화하여 피고인 1에 대하여 문의하는 바람에 위 범행에 관여한 사실이 드러나 검거되게 된 점 등에 비추어 보면, 피고인들은 현금인출기에서 돈을 찾아가는 여성 등 범행대상으로 삼을 만한 여성이 나타나면 피고인 1은 그 여성을 쫓아가 날치기하여 돈을 빼앗고, 피고인 2는 차량에 대기하고 있다가 돈을 빼앗은 피고인 1로부터 전화연락을 받고 그가 있는 곳으로 차량을 운전해 가 그를 태워서 도주하기로 모의함으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취하기로 공모한 사실이 충분히 인정되므로, 공모관계의 성립을 다투는 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다(다만, 뒤에서 보는 바와 같이 피고인 1이 강도의 실행행위를 한 바 없이 날치기 방법에 의하여 절취행위를 하고 그 과정에서 피해자에게 상해를 가하는데 그친 것으로 인정되므로, 피고인들에 대한 강도의 공모관계 인정은 무의미해졌고, 한편 날치기를 하는 과정에서 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 얼마든지 일어날 수 있으므로, 피고인 2에게 상해의 공모관계 성립은 충분히 인정된다고 할 것이다).

(2) 강도치상죄의 성립 여부

(가) 공소사실의 요지

피고인들은 대구 중구 남산동 소재 ' (명칭 생략)' 중국음식점에서 일을 하다가 그곳 주인에게 값아야 할 선불금 100만원을 갚지 못하게 되자 렌트한 (차량번호 생략)호 승용차를 함께 타고 돌아다니다가 범행대상 여자가 나타나면 피고인 1은 범행대상을 쫓아가 돈을 빼앗고, 피고인 2는 위 승용차에서 대기하다가 범행을 끝낸 피고인 1을 차에 태워 도주하기로 마음먹고, 공모하여, 2006. 12. 1. 11:00경 대구 수성구 황금1동 366 소재 대구은행 황금동지점 앞 노상에서 피고인 1은 근처 농협 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 위 은행으로 들어가려는 피해자 공소외 1(여, 55세)을 발견하고 접근하여 피해자가 왼팔에 걸치고 있던 손가방을 낚아채려고 하였으나 피해자가 손가방을 놓지 않자 이를 힘껏 잡아당겨 피해자를 바닥에 넘어뜨린 다음 피해자가 넘어진 상태에서 20m 정도 끌고 가 피해자의 반항을 억압한 후 피해자로부터 그 소유의 현금 506,000원, 신용카드 2장, 50,000원권 신세계상품권 2장, 현금카드 2장, 일본화폐 10,000엔권 2장, 예금통장 3개가 들어 있는 손가방 시가 60,000원 상당을 빼앗아 가 이를 강취하고, 이로 인하여 피해자로 하여금 치료일수 불상의 좌측 건관절 염좌상을 입게 하였다.

(나) 강도의 실행행위 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 공소사실과 관련하여 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인들이 위 공소사실 기재와 같은 방법으로 범행대상 여성으로부터 금품을 빼앗기로 한 후, 최근 입주가 시작되었고 단지수도 많아 부유한 사람들이 많을 것으로 생각한 대구 수성구 황금동 소재 롯데캐슬아파트 부근으로 차량을 운전해 가 운전석 창문으로 농협 현금인출기가 잘 보이도록 차량을 주차해 놓고 1시간 동안 그곳에서 돈을 인출

하는 사람을 지켜보고 있던 중, 피해자 공소외 1이 위 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 나오는 것을 발견하고 피고인 1이 차에서 내려 피해자를 뒤따라갔다.

나) 피고인 1이 그곳에서 400m 가량 떨어진 대구은행 황금동지점 입구까지 5~6m 정도의 거리를 두고 피해자를 따라가다가 피해자가 상가건물안의 위 은행으로 들어가려고 하는 것을 보고 피해자의 뒤쪽 왼편으로 접근하여 피해자의 왼팔에 끼고 있던 손가방의 끈을 오른손으로 잡아당기자, 피해자는 가방을 놓지 않으려고 버티다가 몸이 돌러지면서 등을 바닥 쪽으로 하여 넘어졌는데, 그곳 바닥은 대리석으로 되어 있어 미끄러운 상태였다(증거기록 35, 공판기록 230~223, 당심증인 공소외 1의 증언).

다) 이어 피고인 1이 가방 끈을 잡고 계속하여 당기자, 피해자는 바닥에 넘어진 상태로 가방 끈을 놓지 않은 채 "내 가방, 사람 살려!"라고 소리치면서 약 5m 가량 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓쳤고(당심증인 공소외 1의 증언과 피고인 1의 검찰진술(증거기록 65, 66, 68)에 비추어 볼 때 피해자가 끌려간 거리가 공소사실과 같이 20m 정도 된다고 보기는 어렵다), 그 사이에 위 피고인은 피해자의 가방을 들고 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔다.

라) 피고인 1의 위와 같은 행위로 인하여 피해자의 가방이 약간 찢어졌으며(증거기록 11), 피해자는 바닥에 넘어져 끌려가는 과정에서 왼쪽 무릎이 조금 긁히고, 종전에 오십견으로 치료받고 있던 왼쪽 어깨부위에 견관절 염좌상을 입어 통증주사를 3회 가량 맞았다.

마) 위와 같이 피해자의 가방을 낚아채는 과정에서 피고인 1이 피해자를 밀거나 차는 등의 폭행을 하거나 위협한 바는 전혀 없었다.

2) 판단

가) 낚치기와 같이 강력적으로 재물을 절취하는 행위는 때로는 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 있고, 구체적인 상황에 따라서는 이를 강도로 인정하여야 할 때가 있다고 할 것이나, 그와 같은 결과가 피해자의 반항 억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 가해진 경우라면 이는 절도에 불과한 것으로 보아야 할 것이다(대법원 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2316 판결).

나) 이 사건에서 위와 같이 피고인 1이 피해자로부터 돈이 든 가방을 낚치기하기 위하여 피해자를 뒤따라가다가 가방을 낚아채어 잡아당기자 피해자가 미끄러운 대리석 바닥에 넘어져 5m 정도 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓치는 바람에 위 피고인이 피해자로부터 가방을 빼앗았고, 그 과정에서 피해자가 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입은 사실은 인정되나, 위 피고인의 이러한 행위가 피해자의 반항을 억압하여 가방을 강취한 것에 해당하지에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면 위 피고인이 피해자로부터 가방을 탈취하는 과정에서 피해자에게 가해진 강제력은 피해자의 반항을 억압하기 위한 목적 또는 정도의 것이라고 보기 어렵고, 단지 피해자로부터 순간적이고 강력한 방법으로 가방을 절취하는 낚치기 수법의 절도행위의 과정에서 우연히 가해진 것에 불과하며, 나아가 준강도로 인한 강도치상죄에 해당할 여지가 있는지에 관하여 보더라도, 준강도죄에 있어서의 "재물의 탈환을 항거할 목적"이라 함은 일단 절도가 재물을 자기의 배타적 지배하에 옮긴 뒤 탈취한 재물을 피해자측으로부터 탈환당하지 않기 위하여 대항하는 것을 말하는데, 위 강제력 행사 당시 위 피고인은 피해자로부터 가방에 대한 점유를 탈취하는 과정

에 있었을 뿐 아직 가방을 자기의 배타적 지배하에 옮기지 못하였다고 할 것이므로, 위 피고인이 행사한 강제력을 피해자로부터의 재물의 탈환을 항거할 목적으로 한 폭행이나 협박으로 인정할 수도 없어, 위 피고인의 행위를 준강도로 인한 강도치상죄로 의율할 수도 없다.

따라서, 원심이 채용한 증거들만으로는 피고인들에 대한 강도치상의 점을 인정하기에 부족하다고 할 것인데도 원심이 그 판시 채용 증거들만으로 강도치상의 범죄사실을 유죄로 인정하고 말았으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 강도치상죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 주장은 이유 있다.

(다) 공소장변경 없이 인정되는 범죄사실

다만 위와 같이 피고인들에게 강도치상죄를 유죄로 인정할 수 없다고 하더라도, 피고인들이 날치기를 하기로 공모한 다음 실제로 피고인 1이 절도행위에 나아갔고, 그 과정에서 피해자에게 상해를 가한 사실이 인정되고(당심증인 공소외 1의 증언과 의사 공소외 3 작성의 공소외 1에 대한 소견서의 기재에 의할 때, 피해자가 입은 좌측 견관절 염좌상이 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요 없이 자연적으로 치유될 수 있는 정도로서 '상해'에 해당하지 않는다고 보기는 어렵다), 피고인들이 한 날치기행위의 수단과 방법, 그 과정에서 가해진 강제력의 정도와 피해자가 다친 부위 및 정도 등에 비추어 위 강도치상의 공소사실에는 절도와 상해의 사실이 포함되어 있을 뿐만 아니라 이를 인정하더라도 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 줄 염려가 없으므로, 이 법원은 공소장변경 없이 절도와 상해의 범죄사실을 인정하기로 한다.

3. 결론

따라서 원심판결 중 강도치상의 점에 대한 부분은 파기되어야 할 것인바, 원심판결은 이와 나머지 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고하였으므로, 피고인들의 나머지 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

원심판시 2006. 12. 1.자 범행(강도치상죄 부분)과 관련하여, 당시 피고인이 피해자 공소외 1에게 직접 반항을 억압할 정도의 폭행, 협박을 가하였다고 보기 어려워 이른바 날치기로서 절도죄가 성립할 뿐이므로 위 범죄사실은 절도와 상해 내지 폭행치상죄의 경합범이 된다고 할 것이고, 또 피해자의 상해는 극히 경미하여 자연 치유될 정도이고 별다른 치료를 받지 않더라도 일상생활을 함에 있어 아무런 지장이 없는 상태였으므로 굳이 형법 제337조에서 규정한 상해라고 보기 어려우므로, 어느 모로 보나 강도치상죄를 유죄로 인정할 수는 없다고 할 것임에도 원심이 피고인에게 강도치상죄를 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등에 비추어 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

(가) 특수강도죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 11. 29.자 범행 당시 피고인이 편의점에 담배 사러 간 사이에 피고인이 모르는 상태에서 피고인 1에 의하여 강도범행이 이루어진 것이므로, 피고인에게는 피고인 1의 흥기휴대에 의한 특수강도죄에 대한 공모관계가 성립하지 않음에도 원심은 피고인에게 위와 같은 공모관계를 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 공모관계에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(나) 강도치상죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 12. 1.자 범행과 관련하여, 피고인은 피고인 1과 강도범행을 공모한 적이 없고, 또 피고인 1이 위 범행 당시 실제로 피해자 공소외 1에게 반항을 억압할 정도의 폭행이나 협박을 가한 사실이 없고 오직 피해자의 손가방을 낚아채었을 뿐이므로 이는 폭행을 수단으로 한 재물강취행위가 아니라 절취행위라고 보아야 하고, 피해자의 상처도 단순히 어깨와 무릎에 약간의 타박상을 입은 데 불과할 정도로 극히 경미하고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있어 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 상해에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인 1의 행위를 강도치상죄로 의율함은 부당하고, 가사 피고인 1의 행위가 강도행위에 해당한다고 하더라도, 피고인으로서 피고인 1이 날치기를 하려고 하는 것으로 생각하였을 뿐 강도행위에 나아가리라고는 예상하지 못하였으므로 피고인에게 강도치상의 죄책을 물을 수 없음에도 원심은 피고인에 대한 강도치상죄의 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인의 건강상태 등을 종합하면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 2의 특수강도죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2가 중국음식점 ' (명칭 생략)'에서 선불금으로 받은 100만 원을 갚지 못하고 있던 중 피고인 1이 이를 대신 갚는 조건으로 (명칭 생략)에 종업원으로 들어갔는데, 피고인 1이 돈을 갚지 못한 상태에서 일을 그만두게 되어 피고인들이 위 선불금을 급히 갚아야 하는 상황이었던 사실, ② 피고인들은 2006. 11. 27.경부터 철곡에 있는 여관에서 같이 지내면서 위 선불금을 갚기 위해 여성들로부터 돈을 빼앗아야겠다는 농담조로 범행을 하자는 말을 여러 번 하였고 그 과정에서 피고인 1이 돈을 빼앗으면 피고인 2는 승용차에 대기해 있다가 피고인 1을 태워서 달아나기로 하는 범행 방법을 진지하게 협의하였으며(공판기록

51), 피고인 1은 피고인 2에게 "다른 사람에게 칼이라도 들이대고 싶다"는 말을 하기도 한 사실, ③ 피고인들은 피고인 2가 후배 이성환 명의로 렌트한 승용차를 타고 돌아다녔으며, 2006. 11. 29. 이전에도 둘이서 차를 타고 범행 대상을 물색하다가 여의치 않아 위 여관으로 돌아간 적이 있었던 사실, ④ 2006. 11. 29.자 특수강도 범행에 사용된 회칼은 피고인 2가 구입하여 승용차 안에 보관하고 있던 것이고, 2006. 11. 28. 밤늦게 위 여관에 잠을 자기 위해 들어갈 때 피고인 1이 승용차 조수석 사물함 안에 있던 회칼을 꺼내 상의 안주머니에 넣어 두었던 사실, ⑤ 피고인 2는 피고인 1이 범행을 할 목적으로 위 회칼을 소지한 채 2006. 11. 29. 새벽녘에 대구 수성구 중동 소재 현대병원 부근으로 가차고 했을 때 별다른 의문 없이 피고인 1과 동행하여 범행 장소 부근으로 갔고, 피고인 1이 피해자 공소외 2로부터 돈을 강취하여 돌아와서 가차고 했을 때도 아무런 의문을 제기하지 않은 채 다시 위 여관으로 운전해 간 사실이 인정된다.

위 인정사실을 종합해 보면, 피고인 2는 피고인 1과 사이에 여성으로부터 금품을 날치기하거나 빼앗음으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취한다는 점에 대하여 적어도 묵시적인 공모관계가 성립한다고 할 것이고, 피고인 1은 그와 같은 공모에 기하여 여성의 금품을 강취하는 실행행위까지 나아갔으며, 이와 같이 피고인 2가 공모에 참여한 사실이 인정되는 이상, 직접 실행행위를 하지 않았거나 당초 범행 대상으로 지목하지 않은 여성에 대하여 범행이 이루어졌다고 하더라도, 피고인 1의 행위를 자기의 의사실현의 수단으로 하여 여성을 상대로 금품을 강취하였다는 점에서 피고인 2 스스로가 직접 실행행위를 분담한 경우와 형사책임의 성립에 차이를 둘 이유가 없으므로, 피고인 2에게 특수강도죄의 공동정범으로서의 책임이 있다고 할 것이어서 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 피고인들의 강도치상죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인들의 공모관계 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인들이 범행장소 인근의 현금인출기가 있는 곳에 도착하여 차량을 주차한 후 위 현금인출기에서 돈을 찾는 사람을 1시간 정도 지켜보다가 마침 피해자 공소외 1이 현금을 인출하여 가는 것을 발견하고 피고인 1이 피고인 2에게 돈이 든 피해자의 가방을 빼앗은 후 공중전화로 전화할 테니 자기가 있는 곳으로 오라고 말하면서 차에서 내린 후 피해자를 따라 간 점, ② 피고인 1이 피해자를 따라가는 동안 피고인 2는 차량을 운전하여 천천히 피고인 1을 따라간 점, ③ 피고인 1은 피해자의 가방을 날치기한 후 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔고, 피고인 2는 이러한 사실을 모른 채 인근에 차량을 주차해 두고 피고인 1로부터 전화가 오기를 기다렸으나 끝내 그로부터 전화연락이 오지 않는 것을 보고 그가 경찰에 붙잡힌 것으로 생각하고 인근의 지구대로 전화하여 피고인 1에 대하여 문의하는 바람에 위 범행에 관여한 사실이 드러나 검거되게 된 점 등에 비추어 보면, 피고인들은 현금인출기에서 돈을 찾아가는 여성 등 범행 대상으로 삼을 만한 여성이 나타나면 피고인 1은 그 여성을 쫓아가 날치기하여 돈을 빼앗고, 피고인 2는 차량에 대기하고 있다가 돈을 빼앗은 피고인 1로부터 전화연락을 받고 그가 있는 곳으로 차량을 운전해 가 그를 태워서 도주하기로 모의함으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취하기로 공모한 사실이 충분히 인정되므로, 공모관계의 성립을 다투는 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다(다만, 뒤에서 보는 바와 같이 피고인 1이 강도의 실행행위를 한 바 없이 날치기 방법에 의하여 절취행위를 하고 그 과정에서 피해자에게 상해를 가하는

데 그친 것으로 인정되므로, 피고인들에 대한 강도의 공모관계 인정은 무의미해졌고, 한편 날치기를 하는 과정에서 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 얼마든지 일어날 수 있으므로, 피고인 2에게 상해의 공모관계 성립은 충분히 인정된다고 할 것이다).

(2) 강도치상죄의 성립 여부

(가) 공소사실의 요지

피고인들은 대구 중구 남산동 소재 ' (명칭 생략)' 중국음식점에서 일을 하다가 그곳 주인에게 갚아야 할 선불금 100만 원을 갚지 못하게 되자 렌트한 (차량번호 생략)호 승용차를 함께 타고 돌아다니다가 범행대상 여자가 나타나면 피고인 1은 범행대상을 쫓아가 돈을 빼앗고, 피고인 2는 위 승용차에서 대기하다가 범행을 끝낸 피고인 1을 차에 태워 도주하기로 마음먹고, 공모하여, 2006. 12. 1. 11:00경 대구 수성구 황금1동 366 소재 대구은행 황금동지점 앞 노상에서 피고인 1은 근처 농협 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 위 은행으로 들어가려는 피해자 공소외 1(여, 55세)을 발견하고 접근하여 피해자가 왼팔에 걸치고 있던 손가방을 낚아채려고 하였으나 피해자가 손가방을 놓지 않자 이를 힘껏 잡아당겨 피해자를 바닥에 넘어뜨린 다음 피해자가 넘어진 상태에서 20m 정도 끌고 가 피해자의 반항을 억압한 후 피해자로부터 그 소유의 현금 506,000원, 신용카드 2장, 50,000원권 신세계상품권 2장, 현금카드 2장, 일본화폐 10,000엔권 2장, 예금통장 3개가 들어 있는 손가방 시가 60,000원 상당을 빼앗아 가 이를 강취하고, 이로 인하여 피해자로 하여금 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입게 하였다.

(나) 강도의 실행행위 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 공소사실과 관련하여 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인들이 위 공소사실 기재와 같은 방법으로 범행대상 여성으로부터 금품을 빼앗기로 한 후, 최근 입주가 시작되었고 단지수도 많아 부유한 사람들이 많을 것으로 생각한 대구 수성구 황금동 소재 롯데캐슬아파트 부근으로 차량을 운전해 가 운전석 창문으로 농협 현금인출기가 잘 보이도록 차량을 주차해 놓고 1시간 동안 그곳에서 돈을 인출하는 사람을 지켜보고 있던 중, 피해자 공소외 1이 위 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 나오는 것을 발견하고 피고인 1이 차에서 내려 피해자를 뒤따라갔다.

나) 피고인 1이 그곳에서 400m 가량 떨어진 대구은행 황금동지점 입구까지 5~6m 정도의 거리를 두고 피해자를 따라가다가 피해자가 상가건물안의 위 은행으로 들어가려고 하는 것을 보고 피해자의 뒤쪽 왼편으로 접근하여 피해자의 왼팔에 끼고 있던 손가방의 끈을 오른손으로 잡아당기자, 피해자는 가방을 놓지 않으려고 버티다가 몸이 돌러지면서 등을 바닥 쪽으로 하여 넘어졌는데, 그곳 바닥은 대리석으로 되어 있어 미끄러운 상태였다(증거기록 35, 공판기록 230~223, 당심증인 공소외 1의 증언).

다) 이어 피고인 1이 가방 끈을 잡고 계속하여 당기자, 피해자는 바닥에 넘어진 상태로 가방 끈을 놓지 않은 채 "내 가방, 사람 살려!"라고 소리치면서 약 5m 가량 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓쳤고(당심증인 공소외 1의 증언과 피고인 1의 검찰진술(증거기록 65, 66, 68)에 비추어 볼 때 피해자가 끌려간 거리가 공소사실과 같이 20m 정도 된다고 보기는 어렵다), 그 사이에 위 피고인은 피해자의 가방을 들고 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔다.

라) 피고인 1의 위와 같은 행위로 인하여 피해자의 가방이 약간 찢어졌으며(증거기록 11), 피해자는 바닥에 떨어져 끌려가는 과정에서 왼쪽 무릎이 조금 굽히고, 종전에 오십견으로 치료받고 있던 왼쪽 어깨부위에 견관절 염좌상을 입어 통증주사를 3회 가량 맞았다.

마) 위와 같이 피해자의 가방을 낚아채는 과정에서 피고인 1이 피해자를 밀거나 차는 등의 폭행을 하거나 위협한 바는 전혀 없었다.

2) 판단

가) 낚치기와 같이 강력적으로 재물을 절취하는 행위는 때로는 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 있고, 구체적인 상황에 따라서는 이를 강도로 인정하여야 할 때가 있다고 할 것이나, 그와 같은 결과가 피해자의 반항 억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 가해진 경우라면 이는 절도에 불과한 것으로 보아야 할 것이다(대법원 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2316 판결).

나) 이 사건에서 위와 같이 피고인 1이 피해자로부터 돈이 든 가방을 낚치기하기 위하여 피해자를 뒤따라가다가 가방을 낚아채어 잡아당기자 피해자가 미끄러운 대리석 바닥에 떨어져 5m 정도 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓치는 바람에 위 피고인이 피해자로부터 가방을 빼앗았고, 그 과정에서 피해자가 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입은 사실은 인정되나, 위 피고인의 이러한 행위가 피해자의 반항을 억압하여 가방을 강취한 것에 해당하는지에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면 위 피고인이 피해자로부터 가방을 탈취하는 과정에서 피해자에게 가해진 강제력은 피해자의 반항을 억압하기 위한 목적 또는 정도의 것이라고 보기 어렵고, 단지 피해자로부터 순간적이고 강력적인 방법으로 가방을 절취하는 낚치기 수법의 절도행위의 과정에서 우연히 가해진 것에 불과하며, 나아가 준강도로 인한 강도치상죄에 해당할 여지가 있는지에 관하여 보더라도, 준강도죄에 있어서의 “재물의 탈환을 항거할 목적”이라 함은 일단 절도가 재물을 자기의 배타적 지배하에 옮긴 뒤 탈취한 재물을 피해자측으로부터 탈환당하지 않기 위하여 대항하는 것을 말하는데, 위 강제력 행사 당시 위 피고인은 피해자로부터 가방에 대한 점유를 탈취하는 과정에 있었을 뿐 아직 가방을 자기의 배타적 지배하에 옮기지 못하였다고 할 것이므로, 위 피고인이 행사한 강제력을 피해자로부터의 재물의 탈환을 항거할 목적으로 한 폭행이나 협박으로 인정할 수도 없어, 위 피고인의 행위를 준강도로 인한 강도치상죄로 의율할 수도 없다.

따라서, 원심이 채용한 증거들만으로는 피고인들에 대한 강도치상의 점을 인정하기에 부족하다고 할 것인데도 원심이 그 판시 채용 증거들만으로 강도치상의 범죄사실을 유죄로 인정하고 말았으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 강도치상죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 주장은 이유 있다.

(다) 공소장변경 없이 인정되는 범죄사실

다만 위와 같이 피고인들에게 강도치상죄를 유죄로 인정할 수 없다고 하더라도, 피고인들이 낚치기를 하기로 공모한 다음 실제로 피고인 1이 절도행위에 나아갔고, 그 과정에서 피해자에게 상해를 가한 사실이 인정되고(당심증인 공소외 1의 증언과 의사 공소외 3 작성의 공소외 1에 대한 소견서의 기재에 의할 때, 피해자가 입은 좌측 견관절 염좌상이 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요 없이 자연적으로 치유될 수 있는 정도로서 ‘상해’에 해당하지 않는다

고 보기는 어렵다), 피고인들이 한 날치기행위의 수단과 방법, 그 과정에서 가해진 강제력의 정도와 피해자가 다친 부위 및 정도 등에 비추어 위 강도치상의 공소사실에는 절도와 상해의 사실이 포함되어 있을 뿐만 아니라 이를 인정하더라도 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 줄 염려가 없으므로, 이 법원은 공소장변경 없이 절도와 상해의 범죄사실을 인정하기로 한다.

3. 결론

따라서 원심판결 중 강도치상의 점에 대한 부분은 파기되어야 할 것인바, 원심판결은 이와 나머지 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고하였으므로, 피고인들의 나머지 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

원심판시 2006. 12. 1.자 범행(강도치상죄 부분)과 관련하여, 당시 피고인이 피해자 공소외 1에게 직접 반항을 억압할 정도의 폭행, 협박을 가하였다고 보기 어려워 이른바 날치기로서 절도죄가 성립할 뿐이므로 위 범죄사실은 절도와 상해 내지 폭행치상죄의 경합범이 된다고 할 것이고, 또 피해자의 상해는 극히 경미하여 자연 치유될 정도이고 별다른 치료를 받지 않더라도 일상생활을 함에 있어 아무런 지장이 없는 상태였으므로 굳이 형법 제337조에서 규정한 상해라고 보기 어려우므로, 어느 모로 보나 강도치상죄를 유죄로 인정할 수는 없다고 할 것임에도 원심이 피고인에게 강도치상죄를 유죄로 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점 등에 비추어 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 내지 법리오해의 점

(가) 특수강도죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 11. 29.자 범행 당시 피고인이 편의점에 담배 사러 간 사이에 피고인이 모르는 상태에서 피고인 1에 의하여 강도범행이 이루어진 것이므로, 피고인에게는 피고인 1의 흥기휴대에 의한 특수강도죄에 대한 공모관계가 성립하지 않음에도 원심은 피고인에게 위와 같은 공모관계를 인정하였으니 원심판결에는 사실오인 내지 공모관계에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(나) 강도치상죄 부분에 대하여

원심판시 2006. 12. 1.자 범행과 관련하여, 피고인은 피고인 1과 강도범행을 공모한 적이 없고, 또 피고인 1이 위 범행 당시 실제로 피해자 공소외 1에게 반항을 억압할 정도의 폭행이나 협박을 가한 사실이 없고 오직 피해자의 손가방을 낚아채었을 뿐이므로 이는 폭행을 수단으로 한 재물강취행위가 아니라 절취행위라고 보아야 하고, 피해자의 상처도 단순히 어깨와 무릎에 약간의 타박상을 입은 데 불과할 정도로 극히 경미하고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있어 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 상해에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인 1의 행위를 강도치상죄로 의율함은 부당하고, 가사 피고인 1의 행위가 강도행위에 해당한다고 하더라도, 피고인으로서 피고인 1이 날치기를 하려고 하는 것으로 생각하였을 뿐 강도행위에 나아가리라고는 예상하지 못하였으므로 피고인에게 강도치상의 죄책을 물을 수 없음에도 원심은 피고인에 대한 강도치상죄의 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 사실오인 내지 강도치상죄에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인이 피해자 공소외 2, 공소외 1과 합의한 점, 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인의 건강상태 등을 종합하면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 3년 6월의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인 2의 특수강도죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2가 중국음식점 ' (명칭 생략)'에서 선불금으로 받은 100만 원을 갚지 못하고 있던 중 피고인 1이 이를 대신 갚는 조건으로 (명칭 생략)에 종업원으로 들어갔는데, 피고인 1이 돈을 갚지 못한 상태에서 일을 그만두게 되어 피고인들이 위 선불금을 급히 갚아야 하는 상황이었던 사실, ② 피고인들은 2006. 11. 27.경부터 칠곡에 있는 여관에서 같이 지내면서 위 선불금을 갚기 위해 여성들로부터 돈을 빼앗아야겠다는 농담조로 범행을 하자는 말을 여러 번 하였고 그 과정에서 피고인 1이 돈을 빼앗으면 피고인 2는 승용차에 대기해 있다가 피고인 1을 태워서 달아나기로 하는 범행 방법을 진지하게 협의하였으며(공판기록 51), 피고인 1은 피고인 2에게 "다른 사람에게 칼이라도 들이대고 싶다"는 말을 하기도 한 사실, ③ 피고인들은 피고인 2가 후배 이성만 명의로 렌트한 승용차를 타고 돌아다녔으며, 2006. 11. 29. 이전에도 둘이서 차를 타고 범행 대상을 물색하다가 여의치 않아 위 여관으로 돌아간 적이 있었던 사실, ④ 2006. 11. 29.자 특수강도 범행에 사용된 회칼은 피고인 2가 구입하여 승용차 안에 보관하고 있던 것이고, 2006. 11. 28. 밤늦게 위 여관에 잠을 자기 위해 들어갈 때 피고인 1이 승용차 조수석 사물함 안에 있던 회칼을 꺼내 상의 안주머니에 넣어 두었던 사실, ⑤ 피고인 2는 피고인 1이 범행을 할 목적으로 위 회칼을 소지한 채 2006. 11. 29. 새벽녘에 대구 수성구 중동 소재 현대병원 부근으로 가자고 했을 때 별다른 의문 없이 피고인 1과 동행하여 범행 장소 부근으로 갔고, 피고인 1이 피해자 공소외 2로부터 돈을 강취하여 돌아와서 가자고 했을 때도 아무런 의문을 제기하지 않은 채 다시 위 여관으로 운전해 간 사실이 인정된다.

위 인정사실을 종합해 보면, 피고인 2는 피고인 1과 사이에 여성으로부터 금품을 날치기하거나 빼앗음으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취한다는 점에 대하여 적어도 묵시적인 공모관계가 성립한다고 할 것이고, 피고인 1은

그와 같은 공모에 기하여 여성의 금품을 강취하는 실행행위까지 나아갔으며, 이와 같이 피고인 2가 공모에 참여한 사실이 인정되는 이상, 직접 실행행위를 하지 않았거나 당초 범행 대상으로 지목하지 않은 여성에 대하여 범행이 이루어졌다고 하더라도, 피고인 1의 행위를 자기의 의사실현의 수단으로 하여 여성을 상대로 금품을 강취하였다는 점에서 피고인 2 스스로가 직접 실행행위를 분담한 경우와 형사책임의 성립에 차이를 둘 이유가 없으므로, 피고인 2에게 특수강도죄의 공동정범으로서의 책임이 있다고 할 것이어서 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

나. 피고인들의 강도치상죄 부분에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 피고인들의 공모관계 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인들이 범행장소 인근의 현금인출기가 있는 곳에 도착하여 차량을 주차한 후 위 현금인출기에서 돈을 찾는 사람을 1시간 정도 지켜보다가 마침 피해자 공소외 1이 현금을 인출하여 가는 것을 발견하고 피고인 1이 피고인 2에게 돈이 든 피해자의 가방을 빼앗은 후 공중전화로 전화할 테니 자기가 있는 곳으로 오라고 말하면서 차에서 내린 후 피해자를 따라 간 점, ② 피고인 1이 피해자를 따라가는 동안 피고인 2는 차량을 운전하여 천천히 피고인 1을 따라간 점, ③ 피고인 1은 피해자의 가방을 날치기한 후 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔고, 피고인 2는 이러한 사실을 모른 채 인근에 차량을 주차해 두고 피고인 1로부터 전화가 오기를 기다렸으나 끝내 그로부터 전화연락이 오지 않는 것을 보고 그가 경찰에 붙잡힌 것으로 생각하고 인근의 지구대로 전화하여 피고인 1에 대하여 문의하는 바람에 위 범행에 관여한 사실이 드러나 검거되게 된 점 등에 비추어 보면, 피고인들은 현금인출기에서 돈을 찾아가는 여성 등 범행대상으로 삼을 만한 여성이 나타나면 피고인 1은 그 여성을 쫓아가 날치기하여 돈을 빼앗고, 피고인 2는 차량에 대기하고 있다가 돈을 빼앗은 피고인 1로부터 전화연락을 받고 그가 있는 곳으로 차량을 운전해 가 그를 태워서 도주하기로 모의함으로써 재물을 강력적으로 절취하거나 강취하기로 공모한 사실이 충분히 인정되므로, 공모관계의 성립을 다투는 피고인 2의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다(다만, 뒤에서 보는 바와 같이 피고인 1이 강도의 실행행위를 한 바 없이 날치기 방법에 의하여 절취행위를 하고 그 과정에서 피해자에게 상해를 가하는데 그친 것으로 인정되므로, 피고인들에 대한 강도의 공모관계 인정은 무의미해졌고, 한편 날치기를 하는 과정에서 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 얼마든지 일어날 수 있으므로, 피고인 2에게 상해의 공모관계 성립은 충분히 인정된다고 할 것이다).

(2) 강도치상죄의 성립 여부

(가) 공소사실의 요지

피고인들은 대구 중구 남산동 소재 ' (명칭 생략)' 중국음식점에서 일을 하다가 그곳 주인에게 갚아야 할 선불금 100만원을 갚지 못하게 되자 렌트한 (차량번호 생략)호 승용차를 함께 타고 돌아다니다가 범행대상 여자가 나타나면 피고인 1은 범행대상을 쫓아가 돈을 빼앗고, 피고인 2는 위 승용차에서 대기하다가 범행을 끝낸 피고인 1을 차에 태워 도주하기로 마음먹고, 공모하여, 2006. 12. 1. 11:00경 대구 수성구 황금1동 366 소재 대구은행 황금동지점 앞 노상에서 피고인 1은 근처 농협 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 위 은행으로 들어가려는 피해자 공소외 1(여, 55세)을 발견하고 접근하여 피해자가 왼팔에 걸치고 있던 손가방을 낚아채려고 하였으나 피해자가 손가방을 놓지 않자 이를 힘껏 잡아당겨 피해자를 바닥에 넘어뜨린 다음 피해자가 넘어진 상태에서 20m 정도 끌고 가 피해

자의 반항을 억압한 후 피해자로부터 그 소유의 현금 506,000원, 신용카드 2장, 50,000원권 신세계상품권 2장, 현금 카드 2장, 일본화폐 10,000엔권 2장, 예금통장 3개가 들어 있는 손가방 시가 60,000원 상당을 빼앗아 가 이를 강취하고, 이로 인하여 피해자로 하여금 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입게 하였다.

(나) 강도의 실행행위 인정 여부에 관한 판단

1) 인정사실

원심과 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 공소사실과 관련하여 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인들이 위 공소사실 기재와 같은 방법으로 범행대상 여성으로부터 금품을 빼앗기로 한 후, 최근 입주가 시작되었고 단지수도 많아 부유한 사람들이 많을 것으로 생각한 대구 수성구 황금동 소재 롯데캐슬아파트 부근으로 차량을 운전해 가 운전석 창문으로 농협 현금인출기가 잘 보이도록 차량을 주차해 놓고 1시간 동안 그곳에서 돈을 인출하는 사람을 지켜보고 있던 중, 피해자 공소외 1이 위 현금인출기에서 돈을 인출하여 가방에 넣고 나오는 것을 발견하고 피고인 1이 차에서 내려 피해자를 뒤따라갔다.

나) 피고인 1이 그곳에서 400m 가량 떨어진 대구은행 황금동지점 입구까지 5~6m 정도의 거리를 두고 피해자를 따라가다가 피해자가 상가건물안의 위 은행으로 들어가려고 하는 것을 보고 피해자의 뒤쪽 왼편으로 접근하여 피해자의 왼팔에 끼고 있던 손가방의 끈을 오른손으로 잡아당기자, 피해자는 가방을 놓지 않으려고 버티다가 몸이 돌러지면서 등을 바닥 쪽으로 하여 넘어졌는데, 그곳 바닥은 대리석으로 되어 있어 미끄러운 상태였다(증거기록 35, 공판기록 230~223, 당심증인 공소외 1의 증언).

다) 이어 피고인 1이 가방 끈을 잡고 계속하여 당기자, 피해자는 바닥에 넘어진 상태로 가방 끈을 놓지 않은 채 "내 가방, 사람 살려!"라고 소리치면서 약 5m 가량 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓쳤고(당심증인 공소외 1의 증언과 피고인 1의 검찰진술(증거기록 65, 66, 68)에 비추어 볼 때 피해자가 끌려간 거리가 공소사실과 같이 20m 정도 된다고 보기는 어렵다), 그 사이에 위 피고인은 피해자의 가방을 들고 도망가다가 아파트경비업체 직원에게 붙잡혔다.

라) 피고인 1의 위와 같은 행위로 인하여 피해자의 가방이 약간 찢어졌으며(증거기록 11), 피해자는 바닥에 넘어져 끌려가는 과정에서 왼쪽 무릎이 조금 긁히고, 종전에 오십견으로 치료받고 있던 왼쪽 어깨부위에 견관절 염좌상을 입어 통증주사를 3회 가량 맞았다.

마) 위와 같이 피해자의 가방을 낚아채는 과정에서 피고인 1이 피해자를 밀거나 차는 등의 폭행을 하거나 위협한 바는 전혀 없었다.

2) 판단

가) 날치기와 같이 강력적으로 재물을 절취하는 행위는 때로는 피해자를 전도시키거나 부상케 하는 경우가 있고, 구체적인 상황에 따라서는 이를 강도로 인정하여야 할 때가 있다고 할 것이나, 그와 같은 결과가 피해자의 반항 억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 가해진 경우라면 이는 절도에 불과한 것으로 보아야 할 것이다(대

법원 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2316 판결).

나) 이 사건에서 위와 같이 피고인 1이 피해자로부터 돈이 든 가방을 날치기하기 위하여 피해자를 뒤따라가다가 가방을 낚아채어 잡아당기자 피해자가 미끄러운 대리석 바닥에 넘어져 5m 정도 끌려가다가 힘이 빠져 가방을 놓치는 바람에 위 피고인이 피해자로부터 가방을 빼앗았고, 그 과정에서 피해자가 치료일수 불상의 좌측 견관절 염좌상을 입은 사실은 인정되나, 위 피고인의 이러한 행위가 피해자의 반항을 억압하여 가방을 강취한 것에 해당하는지에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면 위 피고인이 피해자로부터 가방을 탈취하는 과정에서 피해자에게 가해진 강제력은 피해자의 반항을 억압하기 위한 목적 또는 정도의 것이라고 보기 어렵고, 단지 피해자로부터 순간적이고 강력적인 방법으로 가방을 절취하는 날치기 수법의 절도행위의 과정에서 우연히 가해진 것에 불과하며, 나아가 준강도로 인한 강도치상죄에 해당할 여지가 있는지에 관하여 보더라도, 준강도죄에 있어서의 "재물의 탈환을 항거할 목적"이라 함은 일단 절도가 재물을 자기의 배타적 지배하에 옮긴 뒤 탈취한 재물을 피해자측으로부터 탈환당하지 않기 위하여 대항하는 것을 말하는데, 위 강제력 행사 당시 위 피고인은 피해자로부터 가방에 대한 점유를 탈취하는 과정에 있었을 뿐 아직 가방을 자기의 배타적 지배하에 옮기지 못하였다고 할 것이므로, 위 피고인이 행사한 강제력을 피해자로부터의 재물의 탈환을 항거할 목적으로 한 폭행이나 협박으로 인정할 수도 없어, 위 피고인의 행위를 준강도로 인한 강도치상죄로 의율할 수도 없다.

따라서, 원심이 채용한 증거들만으로는 피고인들에 대한 강도치상의 점을 인정하기에 부족하다고 할 것인데도 원심이 그 판시 채용 증거들만으로 강도치상의 범죄사실을 유죄로 인정하고 말았으니 원심판결에는 사실을 오인하거나 강도치상죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이므로, 이 점을 지적하는 피고인들의 주장은 이유 있다.

(다) 공소장변경 없이 인정되는 범죄사실

다만 위와 같이 피고인들에게 강도치상죄를 유죄로 인정할 수 없다고 하더라도, 피고인들이 날치기를 하기로 공모한 다음 실제로 피고인 1이 절도행위에 나아갔고, 그 과정에서 피해자에게 상해를 가한 사실이 인정되고(당심증인 공소외 1의 증언과 의사 공소외 3 작성의 공소외 1에 대한 소견서의 기재에 의할 때, 피해자가 입은 좌측 견관절 염좌상이 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요 없이 자연적으로 치유될 수 있는 정도로서 '상해'에 해당하지 않는다고 보기는 어렵다), 피고인들이 한 날치기행위의 수단과 방법, 그 과정에서 가해진 강제력의 정도와 피해자가 다친 부위 및 정도 등에 비추어 위 강도치상의 공소사실에는 절도와 상해의 사실이 포함되어 있을 뿐만 아니라 이를 인정하더라도 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 줄 염려가 없으므로, 이 법원은 공소장변경 없이 절도와 상해의 범죄사실을 인정하기로 한다.

3. 결론

따라서 원심판결 중 강도치상의 점에 대한 부분은 파기되어야 할 것인바, 원심판결은 이와 나머지 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 하나의 형을 선고하였으므로, 피고인들의 나머지 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.