

성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(강간등치상)·부착명령

[서울고등법원 2010. 12. 1. (춘천)2010노87,(춘천)2010전노9(병합)]



【전문】

【피고인 겸 피부착명령청구자】

【항 소 인】 피고인 겸 피부착명령청구자

【검 사】 손태근

【변 호 인】 변호사 최승걸(국선)

【원심판결】 춘천지방법원 속초지원 2010. 7. 2. 선고 2010고합11, 2010전고2(병합) 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 9년에 처한다.

피고인에 대한 공개정보를 5년간 정보통신망을 이용하여 공개한다.

피부착명령청구자에게 6년간 위치추적 전자장치의 부착을 명한다.

【이유】

】1. 피고사건

가. 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 2010. 4. 7. 피해자를 1회 강간하였을 뿐 그 이외에 공소사실과 같이 2010. 2. 17.부터 2010. 4. 9.까지 30회에 걸쳐 피해자를 강간한 사실이 없는데도, 원심은 사실을 오인하여 이를 유죄로 인정하였다.

(2) 양형부당

원심의 선고형은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 판단

(1) 사실오인 주장에 대하여

(가) 공소사실에 부합하는 증거(피해자 진술)의 내용

이 사건 공소사실 전부에 부합하는 직접증거로는 피해자 공소외 1에 대한 각 경찰진술조서가 있는바, 피해자는 경찰조사에서, ① 피고인의 최초범행인 2010. 2. 17. 범행에 대하여는 "2월 말일 밤 11시에 집에서 아빠가 나의 바지와 팬티를 벗긴 후 아빠의 성기를 내 성기에 삽입한 후 바로 화장실로 가셨고, 그로 인해 내 성기가 간지럽고 어떨때는 뭔가 이물질이 들어오는 것처럼 찢어지는 것 같은 느낌이 들었다.

그 다음날 아빠가 전화해서 비밀로 하라고 하고, 머리자르러 갔을 때는 차안에서 나에게 재밌냐고 그랬다.

머리 자른 날이 실제로는 2월 17일이라는 사실은 그 후에 엄마로부터 들어서 알았다"는 취지로 진술하고, ② 마지막 범행인 2010. 4. 9. 범행에 대하여는 "밤 10시 쯤 엄마가 자고 있을 때 등이 가려워서 아빠한테 긁어달라고 했는데 갑자기 아빠가 성기를 내 성기에 삽입하였다.

내가 이불을 잡고 아파하면서 몸이 흔들리는 걸 동생인 공소외 2가 보고 엄마를 깨워서 엄마가 알게 되었다"는 취지로 진술하고, ③ 그 외의 범행에 대하여 "2월말부터 4월말까지 아빠가 거의 매일 성기를 내 성기에 삽입하였다.

그 횟수는 수십번 정도이다", "내가 3월 12일부터 17일까지 생리를 하였는데 그 기간 동안에는 아빠가 성기 삽입을 안 했고, 그 직후 아빠가 장염에 걸려서 약 2주간 아팠을 때도 성기 삽입을 안했다"는 취지로 진술하고, ④ 구체적으로 "3월달에 엄마와 공소외 2가 비디오방에 씨디 빌리러 갔을 때 나도 따라가고 싶었으나 엄마가 집에 있으라 해서 너무나 무서웠다.

그 날도 아빠가 옷을 벗기고 성기를 내 성기에 삽입하였다", "3월 셋째주인가 넷째주인가 밤 10시쯤 숙제마치고 아빠 다리를 주물러드렸는데 아빠가 불을 끄라고 한 후 성기를 내 성기에 삽입했다가 빠기를 반복하여 너무 아팠다", "그 외에 엄마가 주방에 있는 탁자 위에서 공부하실 때 아빠가 막 일어나서 내 배 위에 올라가서 성기를 내 성기에 삽입한 후 막 흔들었다"는 취지로 진술하였다.

(나) 피해자 진술의 신빙성에 관한 판단

① 피해자는 1998. 1. 17.생 여자 아동으로서 이 사건 범행 당시 초등학교 6학년에 재학 중이었으므로 자신이 과거에 겪은 일을 가감하거나 왜곡함이 없이 독립하여 진술할 수 있을 정도로 사물을 변별할 능력을 갖추고 있다고 보이는 점, ② 2009. 4. 9. 피고인의 범행을 목격한 피해자의 동생 공소외 2가 피해자의 어머니인 공소외 3에게 알려 경찰에 신고함으로써 2009. 4. 11. 경찰조사가 이루어졌으므로, 이 사건 각 범행시점과 피해자가 최초로 피해 진술을 한 시점이 비교적 근접하고 있어 피해자의 기억이 변형된 상태에서 진술이 이루어졌을 가능성이 희박한 점, ③ 사건 발생 후 피해자의 진술이 이루어지기까지의 과정에서 최초로 피해자의 피해사실을 청취한 보호자 등이나 수사관들이 사실이 아닌 정보를 주거나 반복적인 신문 등을 통하여 특정한 답변을 유도하는 등으로 아동의 기억에 변형을 가져올 여지가 있었다고 볼 아무런 정황이나 자료를 찾아보기 어렵고, 오히려 아동행동진술 분석가 양계령은 피해자의 경찰 진술내용에 대하여, 피해자가 경험한 사건에 대해 믿을 수 있는 진술을 하였고 진술에 있어서 외부의 영향을 적게 받아 암시에 대한 영향도 낮은 것으로 평가되었으므로, 전반적인 진술의 왜곡 가능성이 매우 낮고 진술의 신빙성은 높다고 분석한 점, ④ 피해자는 2009. 4. 11. 병원에서 진료를 받은 결과, 질 입구의 처녀막 조직이 조금 밖에 남아 있지 않았고, 정황상 오랜 기간 동안 삽입 성교 있었음을 배제할 수 없다는 진단을 받은 점, ⑤ 공소외 2도 "2009. 4. 9. 밤 11시경에 피해자가 이불을 꼭잡고 아프다고 인상을 쓰고 있었고 피고인이 그 뒤에 붙어서 이불을 덮고 있는 것을 목격하여 엄마 옆구리를 쳐서 엄마를 깨웠고, 엄마가 피해자의 팬티가 벗겨져 있는 것을 발견하였다", "2월달에도 피고인이 피해자의 브래지어를 위로 올리고 피해자의 가슴을 만지고 엉덩이를 만지는 것을 보았다"는 취지로 진술하고, 공소외 3도 "2009. 4. 9. 공소외 2가 저를 깨워서 일어났는데 피해자가 공공 앓고 있는 것 같은 느낌이 들어 피해자를 보니 바지가 벗겨져 있었다"고 진술하여 피해자의 일부 범행에 대한 진술에 부합하는 점, ⑥ 피고인은 수사과정에서는 범행을 부인하였으나 원심 법정 제1회 공판기일에서 이 사건 각 범행을 모두 인정한 점 등을 종합하여 보면, 피해자의 진술에 신빙성이 매우 높다고 판단되므로(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 참조), 피고인이 이 사건 각 범행을 저질렀다고 넉넉히 인정된다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 양형부당 주장에 대하여

이 사건 각 범행은 피고인이 자신의 성적 욕구를 만족시키기 위하여 12세에 불과한 초등학생이자 친딸인 피해자를 그녀가 잠을 자고 있는 항거불능 상태를 이용하여 수습차레에 걸쳐 지속적으로 간음하여 상해를 입게 하였을 뿐만 아니라, 심지어 피고인의 작은 딸이 지켜보는 상황에서 피해자를 강간하기까지 한 사안으로서 그 죄질 및 범정이 매우 불량한 점, 피해자는 이 사건 범행으로 인하여 평생 동안 치유하기 어려운 깊은 정신적 상처를 안고 살아갈 수밖에 없는 점, 그럼에도 피고인은 피해자로부터 용서를 받지 못하고 오히려 피해자 및 피고인의 아내가 피고인에 대하여 강력한 처벌을 탄원하고 있는 점 등을 고려해 보면, 피고인을 장기간 사회로부터 격리시키는 엄중한 처벌이 불가피하다.

그러나, 피고인은 종전에는 도로교통법위반으로 1회 벌금형을 선고받은 전력 이외에는 별다른 전과가 없는 점, 이 사건 각 범행 이전에는 음식점에서 일하면서 가족들을 부양해 왔던 점, 피고인이 이 사건 범행을 반성하는 것으로 보이는 점, 그밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 수단, 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 모든 양형조건과 대법원 양형위원회에서 정한 양형기준의 권고형량 범위를 종합적으로 고려하면, 원심이 선고한 형은 지나치게 무거워서 부당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들여기로 한다.

(3) 공개명령에 관한 직권 판단

원심은, 피고인이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 본문에서 규정한 신상정보 공개대상자에 해당하기는 하나, 피고인과 피해자의 신분관계에 비추어 피고인의 신상정보 공개로 인하여 피해자의 정상적인 생활에 악영향을 미칠 가능성이 있어 같은 법조 단서의 “신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우”에 해당한다는 이유로 공개명령을 하지 않았다.

그러나 ① 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제19조 제3항은 “누구든지 피해아동·청소년의 주소·성명·연령·학교 또는 직업·용모 등 그 아동·청소년을 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 정보통신망 등을 통하여 공개하여서는 아니된다”고 규정하고 있고 그에 따라 여성가족부장관이 공개명령을 집행함에 있어서는 판결문의 범죄사실 중 피해자를 특정할 수 있는 부분(피해자가 피고인의 친딸이라는 사실 등)은 제외하는 방법으로 성범죄의 요지를 작성하여 공개하고 있으므로, 피해자가 피고인의 친딸이라는 이유만으로 본건을 다른 성폭력범죄사건과 달리 볼 이유는 없는 점, ② 피고인에 대한 신상정보가 공개됨으로써 피고인 뿐만 아니라 그 가족들의 명예 등 인격권, 사생활의 비밀의 자유라는 기본권을 제한하게 되는 것은 사실이나, 신상정보 공개는 현존하는 아동·청소년 성범죄의 위험으로부터 사회를 지키고 일반인들이 아동·청소년 성범죄의 충동으로부터 자신을 제어하기 위한 공익적 목적에 의하여 도입된 것이고, 그 기본권 제한의 방법도 이미 공개된 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부를 공개하는 것이며, 스스로 중범죄를 범하여 형벌을 받기에 이른 피고인에게는 위 기본권의 보장 정도에 있어 일반인들과는 차이를 둘 수 밖에 없어 그들의 인격권 및 사생활의 비밀의 자유도 본질적인 부분이 아닌 한 넓게 제한될 여지가 있다는 면에서 보면 공익 목적을 위하여 신상정보 공개라는 방법으로 피고인 또는 그 가족의 기본권을 제한하는 것이 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수는 없는 점(헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14

결정 참조), ③ 12세의 여자 아동을 30여회에 걸쳐 지속적으로 강간하여 상해까지 입힌 이 사건 범행의 내용 및 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행 후의 정황 등에 비추어 보면 피고인에게 재범의 위험성이 인정되는 점 등의 사정을 종합해 보면, 이 사건이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 단서의 "신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우"에 해당한다고는 볼 수 없으므로, 같은 항 본문에 따라 공개명령을 선고하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 공개명령을 선고하지 않았는바, 원심판결 중 이 부분에는 법령의 적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(피고인만이 항소한 이 사건의 당심에서 공개명령을 추가한다고 하더라도, 주형을 포함하여 제1심의 선고형과 당심의 선고형을 전체적·실질적으로 고찰하여 보면 당심의 선고형이 피고인에게 불이익한 변경에 해당한다고 볼 수는 없다).

2. 부작명령사건

피고인이 피고사건에 관하여 항소를 제기한 이상, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제8항에 의하여 부작명령사건에 관하여도 항소를 제기한 것으로 의제되나, 피고인의 항소장이나 항소이유서에 이에 대한 불복이유의 기재는 없다.

직권으로 살피건대, 원심은 이 사건 부작명령 원인사실에 대하여 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항, 제2조 제2호 가목을 적용하여 피고인에 대하여 5년 동안 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

그러나 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 의하면 13세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우로서 법정형 중 징역형의 하한이 3년 이상의 유기징역인 이 사건에 있어서는 위치추적 전자장치 부착기간이 6년 이상 20년 이하가 되어야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인에 대하여 위치추적 전자장치 부착기간을 5년으로 정하고 말았으니, 원심판결 중 부작명령사건 부분에는 법령의 적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(피고인만이 부작명령사건에 관하여 항소한 것으로 간주되는 이 사건의 당심에서 위치추적 전자장치 부착기간을 확대한다고 하더라도, 제1심에서 피고사건과 부작명령사건이 이미 병합되어 하나의 판결로 선고되었으므로 병합심판된 제1심의 선고형 전체와 당심의 선고형 전체를 비교하여 피고인에 대한 불이익변경 여부를 판단해야 할 것인바(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도 6784 판결의 취지 참조), 피고사건의 주형을 포함하여 제1심의 선고형 전부와 당심의 선고형 전부를 전체적·실질적으로 고찰하여 보면 당심의 선고형이 피고인에게 불이익한 변경에 해당한다고 볼 수는 없다).

3. 결론

원심판결 중 피고사건 부분에 대한 피고인의 항소는 정당한 이유가 있고, 원심판결 중 피고사건 및 부작명령사건 부분에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 피고사건

가. 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 2010. 4. 7. 피해자를 1회 강간하였을 뿐 그 이외에 공소사실과 같이 2010. 2. 17.부터 2010. 4. 9.까지 30회에 걸쳐 피해자를 강간한 사실이 없는데도, 원심은 사실을 오인하여 이를 유죄로 인정하였다.

(2) 양형부당

원심의 선고형은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 판단

(1) 사실오인 주장에 대하여

(가) 공소사실에 부합하는 증거(피해자 진술)의 내용

이 사건 공소사실 전부에 부합하는 직접증거로는 피해자 공소외 1에 대한 각 경찰진술조서가 있는바, 피해자는 경찰조사에서, ① 피고인의 최초범행인 2010. 2. 17. 범행에 대하여는 "2월 말일 밤 11시에 집에서 아빠가 나의 바지와 팬티를 벗긴 후 아빠의 성기를 내 성기에 삽입한 후 바로 화장실로 가셨고, 그로 인해 내 성기가 간지럽고 어떨때는 뭔가 이물질이 들어오는 것처럼 찢어지는 것 같은 느낌이 들었다.

그 다음날 아빠가 전화해서 비밀로 하라고 하고, 머리자르러 갔을 때는 차안에서 나에게 재밌냐고 그랬다.

머리 자른 날이 실제로는 2월 17일이라는 사실은 그 후에 엄마로부터 들어서 알았다"는 취지로 진술하고, ② 마지막 범행인 2010. 4. 9. 범행에 대하여는 "밤 10시 쯤 엄마가 자고 있을 때 등이 가려워서 아빠한테 긁어달라고 했는데 갑자기 아빠가 성기를 내 성기에 삽입하였다.

내가 이불을 잡고 아파하면서 몸이 흔들리는 걸 동생인 공소외 2가 보고 엄마를 깨워서 엄마가 알게 되었다"는 취지로 진술하고, ③ 그 외의 범행에 대하여 "2월말부터 4월말까지 아빠가 거의 매일 성기를 내 성기에 삽입하였다.

그 횟수는 수십번 정도이다", "내가 3월 12일부터 17일까지 생리를 하였는데 그 기간 동안에는 아빠가 성기 삽입을 안했고, 그 직후 아빠가 장염에 걸려서 약 2주간 아팠을 때도 성기 삽입을 안했다"는 취지로 진술하고, ④ 구체적으로 "3월달에 엄마와 공소외 2가 비디오방에 씨디 빌리러 갔을 때 나도 따라가고 싶었으나 엄마가 집에 있으라 해서 너무나 무서웠다.

그 날도 아빠가 옷을 벗기고 성기를 내 성기에 삽입하였다", "3월 셋째주인가 넷째주인가 밤 10시쯤 숙제마치고 아빠 다리를 주물러드렸는데 아빠가 불을 끄라고 한 후 성기를 내 성기에 삽입했다가 빠기를 반복하여 너무 아팠다", "그 외에 엄마가 주방에 있는 탁자 위에서 공부하실 때 아빠가 막 일어나서 내 배 위에 올라가서 성기를 내 성기에 삽입한 후 막 흔들었다"는 취지로 진술하였다.

(나) 피해자 진술의 신빙성에 관한 판단

① 피해자는 1998. 1. 17.생 여자 아동으로서 이 사건 범행 당시 초등학교 6학년에 재학 중이었으므로 자신이 과거에 겪은 일을 가감하거나 왜곡함이 없이 독립하여 진술할 수 있을 정도로 사물을 변별할 능력을 갖추고 있다고 보이는 점, ② 2009. 4. 9. 피고인의 범행을 목격한 피해자의 동생 공소외 2가 피해자의 어머니인 공소외 3에게 알려 경찰에 신고함으로써 2009. 4. 11. 경찰조사가 이루어졌으므로, 이 사건 각 범행시점과 피해자가 최초로 피해 진술을 한 시점이 비교적 근접하고 있어 피해자의 기억이 변형된 상태에서 진술이 이루어졌을 가능성이 희박한 점, ③ 사건 발생 후 피해자의 진술이 이루어지기까지의 과정에서 최초로 피해자의 피해사실을 청취한 보호자 등이나 수사관들이 사실이 아닌 정보를 주거나 반복적인 신문 등을 통하여 특정한 답변을 유도하는 등으로 아동의 기억에 변형을 가져올 여지가 있었다고 볼 아무런 정황이나 자료를 찾아보기 어렵고, 오히려 아동행동진술 분석가 양계령은 피해자의 경찰 진술내용에 대하여, 피해자가 경험한 사건에 대해 믿을 수 있는 진술을 하였고 진술에 있어서 외부의 영향을 적게 받아 암시에 대한 영향도 낮은 것으로 평가되었으므로, 전반적인 진술의 왜곡 가능성이 매우 낮고 진술의 신빙성은 높다고 분석한 점, ④ 피해자는 2009. 4. 11. 병원에서 진료를 받은 결과, 질 입구의 처녀막 조직이 조금 밖에 남아 있지 않았고, 정황상 오랜 기간 동안 삽입 성교 있었음을 배제할 수 없다는 진단을 받은 점, ⑤ 공소외 2도 "2009. 4. 9. 밤 11시경에 피해자가 이불을 꼭잡고 아프다고 인상을 쓰고 있었고 피고인이 그 뒤에 붙어서 이불을 덮고 있는 것을 목격하여 엄마 옆구리를 쳐서 엄마를 깨웠고, 엄마가 피해자의 팬티가 벗겨져 있는 것을 발견하였다", "2월달에도 피고인이 피해자의 브래지어를 위로 올리고 피해자의 가슴을 만지고 엉덩이를 만지는 것을 보았다"는 취지로 진술하고, 공소외 3도 "2009. 4. 9. 공소외 2가 저를 깨워서 일어났는데 피해자가 공공 앓고 있는 것 같은 느낌이 들어 피해자를 보니 바지가 벗겨져 있었다"고 진술하여 피해자의 일부 범행에 대한 진술에 부합하는 점, ⑥ 피고인은 수사과정에서는 범행을 부인하였으나 원심 법정 제1회 공판기일에서 이 사건 각 범행을 모두 인정한 점 등을 종합하여 보면, 피해자의 진술에 신빙성이 매우 높다고 판단되므로(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 참조), 피고인이 이 사건 각 범행을 저질렀다고 넉넉히 인정된다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 양형부당 주장에 대하여

이 사건 각 범행은 피고인이 자신의 성적 욕구를 만족시키기 위하여 12세에 불과한 초등학생이자 친딸인 피해자를 그녀가 잠을 자고 있는 항거불능 상태를 이용하여 수습차레에 걸쳐 지속적으로 간음하여 상해를 입게 하였을 뿐만 아니라, 심지어 피고인의 작은 딸이 지켜보는 상황에서 피해자를 강간하기까지 한 사안으로서 그 죄질 및 범정이 매우 불량한 점, 피해자는 이 사건 범행으로 인하여 평생 동안 치유하기 어려운 깊은 정신적 상처를 안고 살아갈 수밖에 없는 점, 그럼에도 피고인은 피해자로부터 용서를 받지 못하고 오히려 피해자 및 피고인의 아내가 피고인에 대하여 강력한 처벌을 탄원하고 있는 점 등을 고려해 보면, 피고인을 장기간 사회로부터 격리시키는 엄중한 처벌이 불가피하다.

그러나, 피고인은 종전에는 도로교통법위반으로 1회 벌금형을 선고받은 전력 이외에는 별다른 전과가 없는 점, 이 사건 각 범행 이전에는 음식점에서 일하면서 가족들을 부양해 왔던 점, 피고인이 이 사건 범행을 반성하는 것으로 보이는 점, 그밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 수단, 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 모든 양형조건과 대법원 양형위원회에서 정한 양형기준의 권고형량 범위를 종합적으로 고려하면, 원심이 선고한 형은 지나

치게 무거워서 부당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들이지기로 한다.

(3) 공개명령에 관한 직권 판단

원심은, 피고인이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 본문에서 규정한 신상정보 공개대상자에 해당하기는 하나, 피고인과 피해자의 신분관계에 비추어 피고인의 신상정보 공개로 인하여 피해자의 정상적인 생활에 악영향을 미칠 가능성이 있어 같은 법조 단서의 “신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우”에 해당한다는 이유로 공개명령을 하지 않았다.

그러나 ① 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제19조 제3항은 “누구든지 피해아동·청소년의 주소·성명·연령·학교 또는 직업·용모 등 그 아동·청소년을 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 정보통신망 등을 통하여 공개하여서는 아니된다”고 규정하고 있고 그에 따라 여성가족부장관이 공개명령을 집행함에 있어서는 판결문의 범죄사실 중 피해자를 특정할 수 있는 부분(피해자가 피고인의 친딸이라는 사실 등)은 제외하는 방법으로 성범죄의 요지를 작성하여 공개하고 있으므로, 피해자가 피고인의 친딸이라는 이유만으로 본건을 다른 성폭력범죄사건과 달리 볼 이유는 없는 점, ② 피고인에 대한 신상정보가 공개됨으로써 피고인 뿐만 아니라 그 가족들의 명예 등 인격권, 사생활의 비밀의 자유라는 기본권을 제한하게 되는 것은 사실이나, 신상정보 공개는 현존하는 아동·청소년 성범죄의 위험으로부터 사회를 지키고 일반인들이 아동·청소년 성범죄의 충동으로부터 자신을 제어하기 위한 공익적 목적에 의하여 도입된 것이고, 그 기본권 제한의 방법도 이미 공개된 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부를 공개하는 것이며, 스스로 중범죄를 범하여 형벌을 받기에 이른 피고인에게는 위 기본권의 보장 정도에 있어 일반인들과는 차이를 둘 수 밖에 없어 그들의 인격권 및 사생활의 비밀의 자유도 본질적인 부분이 아닌 한 넓게 제한될 여지가 있다는 면에서 보면 공익 목적을 위하여 신상정보 공개라는 방법으로 피고인 또는 그 가족의 기본권을 제한하는 것이 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수는 없는 점(헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정 참조), ③ 12세의 여자 아동을 30여회에 걸쳐 지속적으로 강간하여 상해까지 입힌 이 사건 범행의 내용 및 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행 후의 정황 등에 비추어 보면 피고인에게 재범의 위험성이 인정되는 점 등의 사정을 종합해 보면, 이 사건이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 단서의 “신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우”에 해당한다고는 볼 수 없으므로, 같은 항 본문에 따라 공개명령을 선고하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 공개명령을 선고하지 않았는바, 원심판결 중 이 부분에는 법령의 적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(피고인만이 항소한 이 사건의 당심에서 공개명령을 추가한다고 하더라도, 주형을 포함하여 제1심의 선고형과 당심의 선고형을 전체적·실질적으로 고찰하여 보면 당심의 선고형이 피고인에게 불이익한 변경에 해당한다고 볼 수는 없다).

2. 부칙명령사건

피고인이 피고사건에 관하여 항소를 제기한 이상, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제8항에 의하여 부칙명령사건에 관하여도 항소를 제기한 것으로 의제되나, 피고인의 항소장이나 항소이유서에 이

에 대한 불복이유의 기재는 없다.

직권으로 살피건대, 원심은 이 사건 부작명령 원인사실에 대하여 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항, 제2조 제2호 가목을 적용하여 피고인에 대하여 5년 동안 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

그러나 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 의하면 13세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우로서 법정형 중 징역형의 하한이 3년 이상의 유기징역인 이 사건에 있어서는 위치추적 전자장치 부착기간이 6년 이상 20년 이하가 되어야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인에 대하여 위치추적 전자장치 부착기간을 5년으로 정하고 말았으니, 원심판결 중 부작명령사건 부분에는 법령의 적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(피고인만이 부작명령사건에 관하여 항소한 것으로 간주되는 이 사건의 당심에서 위치추적 전자장치 부착기간을 확대한다고 하더라도, 제1심에서 피고 사건과 부작명령사건이 이미 병합되어 하나의 판결로 선고되었으므로 병합심판된 제1심의 선고형 전체와 당심의 선고형 전체를 비교하여 피고인에 대한 불이익변경 여부를 판단해야 할 것인바(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도 6784 판결의 취지 참조), 피고사건의 주형을 포함하여 제1심의 선고형 전부와 당심의 선고형 전부를 전체적·실질적으로 고찰하여 보면 당심의 선고형이 피고인에게 불이익한 변경에 해당한다고 볼 수는 없다).

3. 결론

원심판결 중 피고사건 부분에 대한 피고인의 항소는 정당한 이유가 있고, 원심판결 중 피고사건 및 부작명령사건 부분에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 피고사건

가. 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인 겸 피부작명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 2010. 4. 7. 피해자를 1회 강간하였을 뿐 그 이외에 공소사실과 같이 2010. 2. 17.부터 2010. 4. 9.까지 30회에 걸쳐 피해자를 강간한 사실이 없는데도, 원심은 사실을 오인하여 이를 유죄로 인정하였다.

(2) 양형부당

원심의 선고형은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 판단

(1) 사실오인 주장에 대하여

(가) 공소사실에 부합하는 증거(피해자 진술)의 내용

이 사건 공소사실 전부에 부합하는 직접증거로는 피해자 공소외 1에 대한 각 경찰진술조서가 있는바, 피해자는 경찰 조사에서, ① 피고인의 최초범행인 2010. 2. 17. 범행에 대하여는 "2월 말일 밤 11시에 집에서 아빠가 나의 바지와 팬티를 벗긴 후 아빠의 성기를 내 성기에 삽입한 후 바로 화장실로 가셨고, 그로 인해 내 성기가 간지럽고 어떨때는 뭔가 이물질이 들어오는 것처럼 찢어지는 것 같은 느낌이 들었다.

그 다음날 아빠가 전화해서 비밀로 하라고 하고, 머리자르러 갔을 때는 차안에서 나에게 재밌냐고 그랬다.

머리 자른 날이 실제로는 2월 17일이라는 사실은 그 후에 엄마로부터 들어서 알았다"는 취지로 진술하고, ② 마지막 범행인 2010. 4. 9. 범행에 대하여는 "밤 10시 쯤 엄마가 자고 있을 때 등이 가려워서 아빠한테 긁어달라고 했는데 갑자기 아빠가 성기를 내 성기에 삽입하였다.

내가 이불을 잡고 아파하면서 몸이 흔들리는 걸 동생인 공소외 2가 보고 엄마를 깨워서 엄마가 알게 되었다"는 취지로 진술하고, ③ 그 외의 범행에 대하여 "2월말부터 4월말까지 아빠가 거의 매일 성기를 내 성기에 삽입하였다.

그 횟수는 수십번 정도이다", "내가 3월 12일부터 17일까지 생리를 하였는데 그 기간 동안에는 아빠가 성기 삽입을 안했고, 그 직후 아빠가 장염에 걸려서 약 2주간 아팠을 때도 성기 삽입을 안했다"는 취지로 진술하고, ④ 구체적으로 "3월달에 엄마와 공소외 2가 비디오방에 씨디 빌리러 갔을 때 나도 따라가고 싶었으나 엄마가 집에 있으라 해서 너무나 무서웠다.

그 날도 아빠가 옷을 벗기고 성기를 내 성기에 삽입하였다", "3월 셋째주인가 넷째주인가 밤 10시쯤 숙제마치고 아빠 다리를 주물러드렸는데 아빠가 불을 끄라고 한 후 성기를 내 성기에 삽입했다가 빠기를 반복하여 너무 아팠다", "그 외에 엄마가 주방에 있는 탁자 위에서 공부하실 때 아빠가 막 일어나서 내 배 위에 올라가서 성기를 내 성기에 삽입한 후 막 흔들었다"는 취지로 진술하였다.

(나) 피해자 진술의 신빙성에 관한 판단

- ① 피해자는 1998. 1. 17.생 여자 아동으로서 이 사건 범행 당시 초등학교 6학년에 재학 중이었으므로 자신이 과거에 겪은 일을 가감하거나 왜곡함이 없이 독립하여 진술할 수 있을 정도로 사물을 변별할 능력을 갖추고 있다고 보이는 점, ② 2009. 4. 9. 피고인의 범행을 목격한 피해자의 동생 공소외 2가 피해자의 어머니인 공소외 3에게 알려 경찰에 신고함으로써 2009. 4. 11. 경찰조사가 이루어졌으므로, 이 사건 각 범행시점과 피해자가 최초로 피해 진술을 한 시점이 비교적 근접하고 있어 피해자의 기억이 변형된 상태에서 진술이 이루어졌을 가능성이 희박한 점, ③ 사건 발생 후 피해자의 진술이 이루어지기까지의 과정에서 최초로 피해자의 피해사실을 청취한 보호자 등이나 수사관들이 사실이 아닌 정보를 주거나 반복적인 신문 등을 통하여 특정한 답변을 유도하는 등으로 아동의 기억에 변형을 가져올 여지가 있었다고 볼 아무런 정황이나 자료를 찾아보기 어렵고, 오히려 아동행동진술 분석가 양계령은 피해자의 경찰 진술내용에 대하여, 피해자가 경험한 사건에 대해 믿을 수 있는 진술을 하였고 진술에 있어서 외부의 영향을 적게 받아 암시에 대한 영향도 낮은 것으로 평가되었으므로, 전반적인 진술의 왜곡 가능성이 매우 낮고 진술의 신빙성은 높다고 분석한 점, ④ 피해자는 2009. 4. 11. 병원에서 진료를 받은 결과, 질 입구의 처녀막 조직이 조금 밖에 남아 있지 않았고, 정황상 오랜 기간 동안 삽입 성교 있었음을 배제할 수 없다는 진단을 받은 점, ⑤ 공소외 2도 "2009. 4. 9. 밤 11시경에 피해자가 이불을 꼭잡고 아프다고 인상을 쓰고 있었고 피고인이 그 뒤에 붙어서 이불을 덮고 있는 것을 목격하여 엄마 옆구리를 쳐서 엄마를 깨웠고, 엄마가 피해자의 팬티가 벗겨져 있는 것을 발견하였다",

"2월달에도 피고인이 피해자의 브래지어를 위로 올리고 피해자의 가슴을 만지고 엉덩이를 만지는 것을 보았다"는 취지로 진술하고, 공소외 3도 "2009. 4. 9. 공소외 2가 저를 깨워서 일어났는데 피해자가 공공 앓고 있는 것 같은 느낌이 들어 피해자를 보니 바지가 벗겨져 있었다"고 진술하여 피해자의 일부 범행에 대한 진술에 부합하는 점, ⑥ 피고인은 수사과정에서는 범행을 부인하였으나 원심 법정 제1회 공판기일에서 이 사건 각 범행을 모두 인정한 점 등을 종합하여 보면, 피해자의 진술에 신빙성이 매우 높다고 판단되므로(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 참조), 피고인이 이 사건 각 범행을 저질렀다고 넉넉히 인정된다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 양형부당 주장에 대하여

이 사건 각 범행은 피고인이 자신의 성적 욕구를 만족시키기 위하여 12세에 불과한 초등학교생이자 친딸인 피해자를 그 녀가 잠을 자고 있는 항거불능 상태를 이용하여 수신회차에 걸쳐 지속적으로 간음하여 상해를 입게 하였을 뿐만 아니라, 심지어 피고인의 작은 딸이 지켜보는 상황에서 피해자를 강간하기까지 한 사안으로서 그 죄질 및 범정이 매우 불량한 점, 피해자는 이 사건 범행으로 인하여 평생 동안 치유하기 어려운 깊은 정신적 상처를 안고 살아갈 수밖에 없는 점, 그럼에도 피고인은 피해자로부터 용서를 받지 못하고 오히려 피해자 및 피고인의 아내가 피고인에 대하여 강력한 처벌을 탄원하고 있는 점 등을 고려해 보면, 피고인을 장기간 사회로부터 격리시키는 엄중한 처벌이 불가피 하다.

그러나, 피고인은 종전에는 도로교통법위반으로 1회 벌금형을 선고받은 전력 이외에는 별다른 전과가 없는 점, 이 사건 각 범행 이전에는 음식점에서 일하면서 가족들을 부양해 왔던 점, 피고인이 이 사건 범행을 반성하는 것으로 보이는 점, 그밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 수단, 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 모든 양 형조건과 대법원 양형위원회에서 정한 양형기준의 권고형량 범위를 종합적으로 고려하면, 원심이 선고한 형은 지나 치게 무거워서 부당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들이지기로 한다.

(3) 공개명령에 관한 직권 판단

원심은, 피고인이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 본문에서 규정한 신상정보 공개대상자에 해당하기 는 하나, 피고인과 피해자의 신분관계에 비추어 피고인의 신상정보 공개로 인하여 피해자의 정상적인 생활에 악영 향을 미칠 가능성이 있어 같은 법조 단서의 "신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경 우"에 해당한다는 이유로 공개명령을 하지 않았다.

그러나 ① 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제19조 제3항은 "누구든지 피해아동·청소년의 주소·성명·연령·학교 또는 직업·용모 등 그 아동·청소년을 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 정보통신망 등을 통하여 공개하여 서는 아니된다"고 규정하고 있고 그에 따라 여성가족부장관이 공개명령을 집행함에 있어서는 판결문의 범죄사실 중 피해자를 특정할 수 있는 부분(피해자가 피고인의 친딸이라는 사실 등)은 제외하는 방법으로 성범죄의 요지를 작성하여 공개하고 있으므로, 피해자가 피고인의 친딸이라는 이유만으로 본건을 다른 성폭력범죄사건과 달리 볼 이

유는 없는 점, ② 피고인에 대한 신상정보가 공개됨으로써 피고인 뿐만 아니라 그 가족들의 명예 등 인격권, 사생활의 비밀의 자유라는 기본권을 제한하게 되는 것은 사실이나, 신상정보 공개는 현존하는 아동·청소년 성범죄의 위험으로부터 사회를 지키고 일반인들이 아동·청소년 성범죄의 충동으로부터 자신을 제어하기 위한 공익적 목적에 의하여 도입된 것이고, 그 기본권 제한의 방법도 이미 공개된 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부를 공개하는 것이며, 스스로 중범죄를 범하여 형벌을 받기에 이른 피고인에게는 위 기본권의 보장 정도에 있어 일반인들과는 차이를 둘 수 밖에 없어 그들의 인격권 및 사생활의 비밀의 자유도 본질적인 부분이 아닌 한 넓게 제한될 여지가 있다는 면에서 보면 공익 목적을 위하여 신상정보 공개라는 방법으로 피고인 또는 그 가족의 기본권을 제한하는 것이 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수는 없는 점(헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정 참조), ③ 12세의 여자 아동을 30여회에 걸쳐 지속적으로 강간하여 상해까지 입힌 이 사건 범행의 내용 및 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행 후의 정황 등에 비추어 보면 피고인에게 재범의 위험성이 인정되는 점 등의 사정을 종합해 보면, 이 사건이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 단서의 "신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우"에 해당한다고는 볼 수 없으므로, 같은 항 본문에 따라 공개명령을 선고하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 공개명령을 선고하지 않았는바, 원심판결 중 이 부분에는 법령의 적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(피고인만이 항소한 이 사건의 당심에서 공개명령을 추가한다고 하더라도, 주형을 포함하여 제1심의 선고형과 당심의 선고형을 전체적·실질적으로 고찰하여 보면 당심의 선고형이 피고인에게 불이익한 변경에 해당한다고 볼 수는 없다).

2. 부작명령사건

피고인이 피고사건에 관하여 항소를 제기한 이상, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제8항에 의하여 부작명령사건에 관하여도 항소를 제기한 것으로 의제되나, 피고인의 항소장이나 항소이유서에 이에 대한 불복이유의 기재는 없다.

직권으로 살피건대, 원심은 이 사건 부작명령 원인사실에 대하여 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항, 제2조 제2호 가목을 적용하여 피고인에 대하여 5년 동안 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

그러나 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 의하면 13세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우로서 법정형 중 징역형의 하한이 3년 이상의 유기징역인 이 사건에 있어서는 위치추적 전자장치 부착기간이 6년 이상 20년 이하가 되어야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인에 대하여 위치추적 전자장치 부착기간을 5년으로 정하고 말았으니, 원심판결 중 부작명령사건 부분에는 법령의 적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(피고인만이 부작명령사건에 관하여 항소한 것으로 간주되는 이 사건의 당심에서 위치추적 전자장치 부착기간을 확대한다고 하더라도, 제1심에서 피고사건과 부작명령사건이 이미 병합되어 하나의 판결로 선고되었으므로 병합심판된 제1심의 선고형 전체와 당심의

선고형 전체를 비교하여 피고인에 대한 불이익변경 여부를 판단해야 할 것인바(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도 6784 판결의 취지 참조), 피고사건의 주형을 포함하여 제1심의 선고형 전부와 당심의 선고형 전부를 전체적·실질적으로 고찰하여 보면 당심의 선고형이 피고인에게 불이익한 변경에 해당한다고 볼 수는 없다}.

3. 결론

원심판결 중 피고사건 부분에 대한 피고인의 항소는 정당한 이유가 있고, 원심판결 중 피고사건 및 부작명령사건 부분에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 피고사건

가. 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인 겸 피부작명령청구자(이하 '피고인'이라고 한다)는 2010. 4. 7. 피해자를 1회 강간하였을 뿐 그 이외에 공소사실과 같이 2010. 2. 17.부터 2010. 4. 9.까지 30회에 걸쳐 피해자를 강간한 사실이 없는데도, 원심은 사실을 오인하여 이를 유죄로 인정하였다.

(2) 양형부당

원심의 선고형은 지나치게 무거워서 부당하다.

나. 판단

(1) 사실오인 주장에 대하여

(가) 공소사실에 부합하는 증거(피해자 진술)의 내용

이 사건 공소사실 전부에 부합하는 직접증거로는 피해자 공소외 1에 대한 각 경찰진술조서가 있는바, 피해자는 경찰조사에서, ① 피고인의 최초범행인 2010. 2. 17. 범행에 대하여는 "2월 말일 밤 11시에 집에서 아빠가 나의 바지와 팬티를 벗긴 후 아빠의 성기를 내 성기에 삽입한 후 바로 화장실로 가셨고, 그로 인해 내 성기가 간지럽고 어떨때는 뭔가 이물질이 들어오는 것처럼 찢어지는 것 같은 느낌이 들었다.

그 다음날 아빠가 전화해서 비밀로 하라고 하고, 머리자르러 갔을 때는 차안에서 나에게 재밌냐고 그랬다.

머리 자른 날이 실제로는 2월 17일이라는 사실은 그 후에 엄마로부터 들어서 알았다"는 취지로 진술하고, ② 마지막 범행인 2010. 4. 9. 범행에 대하여는 "밤 10시 쯤 엄마가 자고 있을 때 등이 가려워서 아빠한테 긁어달라고 했는데 갑자기 아빠가 성기를 내 성기에 삽입하였다.

내가 이불을 잡고 아파하면서 몸이 흔들리는 걸 동생인 공소외 2가 보고 엄마를 깨워서 엄마가 알게 되었다"는 취지로 진술하고, ③ 그 외의 범행에 대하여 "2월말부터 4월말까지 아빠가 거의 매일 성기를 내 성기에 삽입하였다.

그 횟수는 수십 번 정도이다", "내가 3월 12일부터 17일까지 생리를 하였는데 그 기간 동안에는 아빠가 성기 삽입을 안했고, 그 직후 아빠가 장염에 걸려서 약 2주간 아팠을 때도 성기 삽입을 안했다"는 취지로 진술하고, ④ 구체적으로 "3월달에 엄마와 공소외 2가 비디오방에 씨디 빌리러 갔을 때 나도 따라가고 싶었으나 엄마가 집에 있으라 해서 너무나 무서웠다.

그 날도 아빠가 옷을 벗기고 성기를 내 성기에 삽입하였다", "3월 셋째주인가 넷째주인가 밤 10시쯤 숙제마치고 아빠 다리를 주물러드렸는데 아빠가 불을 끄라고 한 후 성기를 내 성기에 삽입했다가 빠기를 반복하여 너무 아팠다", "그 외에 엄마가 주방에 있는 탁자 위에서 공부하실 때 아빠가 막 일어나서 내 배 위에 올라가서 성기를 내 성기에 삽입한 후 막 흔들었다"는 취지로 진술하였다.

(나) 피해자 진술의 신빙성에 관한 판단

① 피해자는 1998. 1. 17.생 여자 아동으로서 이 사건 범행 당시 초등학교 6학년에 재학 중이었으므로 자신이 과거에 겪은 일을 가감하거나 왜곡함이 없이 독립하여 진술할 수 있을 정도로 사물을 변별할 능력을 갖추고 있다고 보이는 점, ② 2009. 4. 9. 피고인의 범행을 목격한 피해자의 동생 공소외 2가 피해자의 어머니인 공소외 3에게 알려 경찰에 신고함으로써 2009. 4. 11. 경찰조사가 이루어졌으므로, 이 사건 각 범행시점과 피해자가 최초로 피해 진술을 한 시점이 비교적 근접하고 있어 피해자의 기억이 변형된 상태에서 진술이 이루어졌을 가능성이 희박한 점, ③ 사건 발생 후 피해자의 진술이 이루어지기까지의 과정에서 최초로 피해자의 피해사실을 청취한 보호자 등이나 수사관들이 사실이 아닌 정보를 주거나 반복적인 신문 등을 통하여 특정한 답변을 유도하는 등으로 아동의 기억에 변형을 가져올 여지가 있었다고 볼 아무런 정황이나 자료를 찾아보기 어렵고, 오히려 아동행동진술 분석가 양계령은 피해자의 경찰 진술내용에 대하여, 피해자가 경험한 사건에 대해 믿을 수 있는 진술을 하였고 진술에 있어서 외부의 영향을 적게 받아 암시에 대한 영향도 낮은 것으로 평가되었으므로, 전반적인 진술의 왜곡 가능성이 매우 낮고 진술의 신빙성은 높다고 분석한 점, ④ 피해자는 2009. 4. 11. 병원에서 진료를 받은 결과, 질 입구의 처녀막 조직이 조금 밖에 남아 있지 않았고, 정황상 오랜 기간 동안 삽입 성교 있었음을 배제할 수 없다는 진단을 받은 점, ⑤ 공소외 2도 "2009. 4. 9. 밤 11시경에 피해자가 이불을 꼭잡고 아프다고 인상을 쓰고 있었고 피고인이 그 뒤에 붙어서 이불을 덮고 있는 것을 목격하여 엄마 옆구리를 쳐서 엄마를 깨웠고, 엄마가 피해자의 팬티가 벗겨져 있는 것을 발견하였다", "2월달에도 피고인이 피해자의 브래지어를 위로 올리고 피해자의 가슴을 만지고 엉덩이를 만지는 것을 보았다"는 취지로 진술하고, 공소외 3도 "2009. 4. 9. 공소외 2가 저를 깨워서 일어났는데 피해자가 공공 앓고 있는 것 같은 느낌이 들어 피해자를 보니 바지가 벗겨져 있었다"고 진술하여 피해자의 일부 범행에 대한 진술에 부합하는 점, ⑥ 피고인은 수사과정에서는 범행을 부인하였으나 원심 법정 제1회 공판기일에서 이 사건 각 범행을 모두 인정한 점 등을 종합하여 보면, 피해자의 진술에 신빙성이 매우 높다고 판단되므로(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도2520 판결 참조), 피고인이 이 사건 각 범행을 저질렀다고 넉넉히 인정된다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 양형부당 주장에 대하여

이 사건 각 범행은 피고인이 자신의 성적 욕구를 만족시키기 위하여 12세에 불과한 초등학생이자 친딸인 피해자를 그녀가 잠을 자고 있는 항거불능 상태를 이용하여 수습차레에 걸쳐 지속적으로 간음하여 상해를 입게 하였을 뿐만 아니라, 심지어 피고인의 작은 딸이 지켜보는 상황에서 피해자를 강간하기까지 한 사안으로서 그 죄질 및 범정이 매우 불량한 점, 피해자는 이 사건 범행으로 인하여 평생 동안 치유하기 어려운 깊은 정신적 상처를 안고 살아갈 수밖에 없는 점, 그럼에도 피고인은 피해자로부터 용서를 받지 못하고 오히려 피해자 및 피고인의 아내가 피고인에 대하여 강력한 처벌을 탄원하고 있는 점 등을 고려해 보면, 피고인을 장기간 사회로부터 격리시키는 엄중한 처벌이 불가피

하다.

그러나, 피고인은 종전에는 도로교통법위반으로 1회 벌금형을 선고받은 전력 이외에는 별다른 전과가 없는 점, 이 사건 각 범행 이전에는 음식점에서 일하면서 가족들을 부양해 왔던 점, 피고인이 이 사건 범행을 반성하는 것으로 보이는 점, 그밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 수단, 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 모든 양형조건과 대법원 양형위원회에서 정한 양형기준의 권고형량 범위를 종합적으로 고려하면, 원심이 선고한 형은 지나치게 무거워서 부당하다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들여기로 한다.

(3) 공개명령에 관한 직권 판단

원심은, 피고인이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 본문에서 규정한 신상정보 공개대상자에 해당하기는 하나, 피고인과 피해자의 신분관계에 비추어 피고인의 신상정보 공개로 인하여 피해자의 정상적인 생활에 악영향을 미칠 가능성이 있어 같은 법조 단서의 “신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우”에 해당한다는 이유로 공개명령을 하지 않았다.

그러나 ① 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제19조 제3항은 “누구든지 피해아동·청소년의 주소·성명·연령·학교 또는 직업·용모 등 그 아동·청소년을 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 정보통신망 등을 통하여 공개하여서는 아니된다”고 규정하고 있고 그에 따라 여성가족부장관이 공개명령을 집행함에 있어서는 판결문의 범죄사실 중 피해자를 특정할 수 있는 부분(피해자가 피고인의 친딸이라는 사실 등)은 제외하는 방법으로 성범죄의 요지를 작성하여 공개하고 있으므로, 피해자가 피고인의 친딸이라는 이유만으로 본건을 다른 성폭력범죄사건과 달리 볼 이유는 없는 점, ② 피고인에 대한 신상정보가 공개됨으로써 피고인 뿐만 아니라 그 가족들의 명예 등 인격권, 사생활의 비밀의 자유라는 기본권을 제한하게 되는 것은 사실이나, 신상정보 공개는 현존하는 아동·청소년 성범죄의 위험으로부터 사회를 지키고 일반인들이 아동·청소년 성범죄의 충동으로부터 자신을 제어하기 위한 공익적 목적에 의하여 도입된 것이고, 그 기본권 제한의 방법도 이미 공개된 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부를 공개하는 것이며, 스스로 중범죄를 범하여 형벌을 받기에 이른 피고인에게는 위 기본권의 보장 정도에 있어 일반인들과는 차이를 둘 수 밖에 없어 그들의 인격권 및 사생활의 비밀의 자유도 본질적인 부분이 아닌 한 넓게 제한될 여지가 있다는 면에서 보면 공익 목적을 위하여 신상정보 공개라는 방법으로 피고인 또는 그 가족의 기본권을 제한하는 것이 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수는 없는 점(헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2002헌가14 결정 참조), ③ 12세의 여자 아동을 30여회에 걸쳐 지속적으로 강간하여 상해까지 입힌 이 사건 범행의 내용 및 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행 후의 정황 등에 비추어 보면 피고인에게 재범의 위험성이 인정되는 점 등의 사정을 종합해 보면, 이 사건이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제38조 제1항 단서의 “신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우”에 해당한다고는 볼 수 없으므로, 같은 항 본문에 따라 공개명령을 선고하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 공개명령을 선고하지 않았는바, 원심판결 중 이 부분에는 법령의 적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(피고인만이 항소한 이 사건의 당심에서 공개명령을 추가한다고 하더라도, 주형을 포함하여 제1심의 선고형과 당심의 선고형을 전체적·실질적으로 고찰하여 보면 당심의 선고형이 피고인에게 불이익한 변경에 해당한다고 볼 수는 없다).

2. 부착명령사건

피고인이 피고사건에 관하여 항소를 제기한 이상, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제8항에 의하여 부착명령사건에 관하여도 항소를 제기한 것으로 의제되나, 피고인의 항소장이나 항소이유서에 이에 대한 불복이유의 기재는 없다.

직권으로 살피건대, 원심은 이 사건 부착명령 원인사실에 대하여 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항, 제2조 제2호 가목을 적용하여 피고인에 대하여 5년 동안 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

그러나 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항 단서에 의하면 13세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우로서 법정형 중 징역형의 하한이 3년 이상의 유기징역인 이 사건에 있어서는 위치추적 전자장치 부착기간이 6년 이상 20년 이하가 되어야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인에 대하여 위치추적 전자장치 부착기간을 5년으로 정하고 말았으니, 원심판결 중 부착명령사건 부분에는 법령의 적용을 잘못하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다(피고인만이 부착명령사건에 관하여 항소한 것으로 간주되는 이 사건의 당심에서 위치추적 전자장치 부착기간을 확대한다고 하더라도, 제1심에서 피고사건과 부착명령사건이 이미 병합되어 하나의 판결로 선고되었으므로 병합심판된 제1심의 선고형 전체와 당심의 선고형 전체를 비교하여 피고인에 대한 불이익변경 여부를 판단해야 할 것인바(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도 6784 판결의 취지 참조), 피고사건의 주형을 포함하여 제1심의 선고형 전부와 당심의 선고형 전부를 전체적·실질적으로 고찰하여 보면 당심의 선고형이 피고인에게 불이익한 변경에 해당한다고 볼 수는 없다).

3. 결론

원심판결 중 피고사건 부분에 대한 피고인의 항소는 정당한 이유가 있고, 원심판결 중 피고사건 및 부착명령사건 부분에는 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.