

서울고등법원 2017. 12. 15. 선고 2017노  
2009,2017전노98(병합) 판결 강간치상,강간,모욕,건  
조물침입,재물손괴,사기,부착명령

서울고등법원  
제 8 형사부  
판결

사건	2017노2009 강간치상, 강간, 모욕, 건조물침입, 재물손괴, 사기 2017전노98(병합) 부착명령
피고인겸피부착명령 A 청구자	
항소인	쌍방
검사	고려진(기소), 최상훈(공판)
변호인	법무법인 B 담당변호사 C
원심판결	수원지방법원 성남지원 2017. 6. 29. 선고 2016고합276, 2016고합310(병합), 2016전고43(병합) 판결
판결선고	2017. 12. 15.

주 문

원심판결의 피고사건 중 유죄부분을 파기한다.  
피고인을 징역 8월에 처한다.  
다만 이 판결 확정일부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.  
원심판결의 피고사건 중 무죄부분 및 부착명령청구사건 부분에 대한 검사의 항소를 모두 기각한다.

이 유

## 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 겸 피부착명명청구자(이하 '피고인'이라 한다)

원심이 선고한 형(징역 8월 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인(무죄부분: 강간치상, 강간, 사기)

피고인이 피해자의 반항을 억압하여 강간하고, 그 과정에서 상해를 입게 하였으며, 피해자를 기망하여 돈을 편취하였다는 피해자의 진술에 신빙성이 있음에도 강간치상 및 강간, 사기 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 판단

가. 피고사건 부분

1) 검사의 사실오인 주장에 관한 판단

가) 강간치상, 강간 부분

원심은, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 검사가 제출한 증거만으로는 강간치상 및 강간 공소사실을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하여 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다. 기록상 인정되는 원심 설시의 사정들에다가, 원심이 3회에 걸쳐 법정에서 피해자를 증인으로 신문하면서 피해자의 모습과 태도를 직접 관찰하고, 그 증언의 내용 등을 종합하여 피해자의 진술에 신빙성이 없다고 판단한 것에 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 보이지 않는다는 것을 더해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 없다. 따라서 검사의 위 주장은 이유 없다.

나) 사기 부분

(1) 새터민 사업 관련 사기

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 '피고인이 새터민 사업을 할 계획이 없었고, 피해자로부터 돈을 빌리더라도 이를 갚을 의사와 능력이 없었음에도, 피해자를 기망하여 피해자로부터 2015. 12. 28.경부터 2016. 5. 11.경까지 합계 24,050,000원을 교부받아 편취하였다'는 내용의 이 부분 공소사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원심이 이와 같은 취지에서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 것은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 없다.

피고인과 피해자는 2015. 3.경 알게 되어 2015. 11.경부터 가깝게 지내기 시작하였고, 2016. 2.경부터 동거를 하게 되었다. 피고인이 새터민 사업 투자금 명목으로 피해자로부터 편취하였다는 금원은 2015. 12. 28. 93만 원을 시작으로 피고인과 피해자가 동거를 하던 기간인 2016. 5. 11.까지 적게는 70만 원에서 많게는 750만 원까지 8회에 걸쳐 합계 2,405만 원이다. 피해자는 피고인의 누나 명의로 되어 있는 상가 건물과 아파트를 매도하여 변제하겠다는 말을 듣고 이와 같이 피해자에게 돈을 지급하였다.

피해자는 원심 법정에서 '피고인이 새터민 사업을 하는데 경비도 필요하고 강남에서 활동을 하려면 큰 차가 있어야 된다고 하여 처음에는 차 때문에 돈을 대출해 주기 시작하였다'는 취지로 진술하였다(공판기록 제 323~324쪽). 피고인은 피해자로부터 새터민 사업의 경비 명목으로 돈을 받기도 하고, 차량 구입비 명목

으로 6,000여만원을 받아 피해자 명의로 9,000여만원 상당의 아우디 승용차를 구입하였다(위 아우디 승용차는 이후 피해자가 6,250만 원에 매도하였다).

피해자는 피고인과 동거하면서 피고인에게 공진단 구입 비용을 송금해 주기도 하였고(피고인이 2016. 2. 16.부터 2016. 3. 8.까지 M병원에서 구입한 공진단 등 비용은 합계 3,092,790원이다), 피고인이 피해자에게 돈을 보내주기도 하였으며(2016. 2. 24.부터 2016. 3. 10.까지 합계 16,003,720원이다), 피고인이 생활비를 지출하기도 하였다.

새터민 사업을 추진하였던 N은 '피고인이 새터민 사업에 참가하여 사업계획서 컨설팅비 및 활동경비(교통, 식대) 등을 지출하였다.'는 취지의 확인서를 제출하였다. 피고인이 피해자에게 다소 과장한 것이 있다고는 보이지만, 새터민 사업을 하려고 하였다는 것이 거짓으로 보이지 않는다.

피고인은 당시 자신의 명의로 재산을 보유하고 있지는 않았지만, 피해자에게 피고인의 누나 Y가 분양받은 상가 건물(서울 서초구 W 7호, 감정가 485,000,000원), 피고인의 누나 AA의 아파트[대구 북구 AB아파트 104동 1201호]를 매도하여 피해자에 대한 채무를 변제한다고 하였고, 실제로 위 상가 건물을 매도하려고 하였으나 매도가 되지 않았으며, 현재 피고인이 위 아파트에 거주하고 있다. 피해자도 위 상가 건물과 아파트가 피고인의 누나들 명의로 되어 있는 것을 알고 있었다.

이와 같이 피고인과 피해자는 동거를 하면서 공진단 구입비용이나 생활비 등 서로 돈을 주고받기도 하였고, 피해자가 피고인에게 승용차 구입비용 명목으로 돈을 주기도 하였다. 피해자가 피고인에게 보내 준 돈이 모두 새터민 사업에 투자한 것이라고 보기 어렵다. 나아가 피고인이 새터민 사업에 피해자로부터 받은 돈을 전혀 사용하지 않았거나, 그 계획이 없었다고 단정할 수 없다. 또한 피고인은 피해자로부터 돈을 받으면서도 자신은 돈이 없다고 피해자에게 말을 하였고(공판기록 제324쪽), 피고인의 누나들 명의로 되어 있는 위 상가 건물과 아파트를 매도하여 변제한다고 하였는바, 피고인이 변제 능력에 관하여 피해자를 기망한 것이라고 단정할 수도 없다.

## (2) 룸살롱 사업 관련 사기

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 '피고인이 룸살롱에 투자할 계획이 없었고, 피해자로부터 돈을 빌리더라도 이를 갚을 의사와 능력이 없었음에도, 피해자를 기망하여 피해자로부터 2016. 2. 23.경 1억 원을 교부받아 편취하였다'는 취지의 이 부분 공소 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원심이 이와 같은 취지에서 이 부분 공소 사실에 대하여 무죄를 선고한 것은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 없다. 피고인은 피해자에게 2,000만 원을 선이자로 지급하고 1억 원의 사채를 빌려 룸살롱에 투자하겠다고 말하였다. 피해자가 피고인에게 선이자를 2,000만 원이나 지급하면서 투자하지는 말라고 하자, 피고인은 피해자에게 돈을 알아봐달라고 부탁하였고, 피해자는 피고인의 누나들 명의로 되어 있는 위 상가 건물과 아파트를 매도하여 변제하겠다고 말을 듣고 피해자의 언니로부터 1억 원을 빌려 피고인에게 지급하였다.

대구에서 유흥주점을 운영하는 '2016. 2. 초경 피고인이 1억 원을 투자하는 조건으로 동업을 하자는 이야기가 있었다가, 개인적인 사정으로 동업을 하지 말자고 하였다'는 취지의 확인서를 제출하였다. 피고인이 다소 과장한 것이 있다고는 보이지만, 룸살롱 사업을 하려고 하였다는 것이 거짓으로 보이지 않는다.

앞서 본 바와 같이 피고인은 피해자에게 피고인의 누나 Y가 분양받은 상가 건물, 피고인의 누나 AA의 아파트를 매도하여 피해자에 대한 채무를 변제하겠다고 하였고, 실제로 위 상가 건물을 매도하려고 하였으나 매도가 되지 않았으며, 현재 피고인이 위 아파트에 거주하고 있다. 피해자도 위 상가 건물과 아파트가 피고인

의 누나들 명의로 되어 있는 것을 알고 있었다.

이와 같이 피고인이 룸살롱 사업에 관한 계획이 전혀 없었다고 단정할 수 없다. 또한 피고인은 피해자로부터 돈을 받으면서도 자신은 돈이 없다고 피해자에게 말을 하였고, 피고인의 누나들 명의로 되어 있는 위 상가 건물과 아파트를 매도하여 변제한다고 하였는바, 피고인이 변제 능력에 관하여 피해자를 기망한 것이라고 단정할 수도 없다.

## 2) 직권판단

검사는 당시에 이르러 이 사건 공소사실 중 기존 '재물손괴'의 공소사실을 아래 '다시 쓰는 판결 이유'의 '범죄사실 제3항' 기재와 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판 대상이 변경되었다. 이와 같이 심판대상이 변경된 부분과 나머지 유죄로 인정된 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 원심판결의 피고사건 중 유죄부분은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

## 나. 부작명령청구사건 부분

검사가 피고사건에 대하여 항소를 제기한 이상 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제8항에 의하여 부작명령청구사건에 대하여도 항소를 제기한 것으로 의제되나, 앞서 본 바와 같이 피고인에 대한 강간치상 및 강간의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결은 정당하므로, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제4항 제2호에 따라 이 사건 부작명령청구를 기각한 원심의 판단 역시 정당하다.

## 3. 결 론

원심판결의 피고사건 중 유죄부분에는 위와 같은 직권파기 사유가 있으므로, 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 위 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

원심판결의 피고사건 중 무죄부분 및 부작명령청구사건 부분에 대한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 의하여 이를 모두 기각한다.

## [다시 쓰는 판결 이유]

### 범죄사실

#### 1. 모욕

피고인은 2016. 4. 19. 17:32경 광주시 남한산성면에 있는 남한산성 야외공용주차장에서, 피해자 D가 E과 바람을 피고 있다고 의심하여 E 등 다수의 사람들이 지켜보고 있는 가운데 피해자에게, "이 년은 개같은 년이고, 내가 보기에 몸 팔아서 돈 버는 년이 야"라고 큰소리로 욕설하여 공연히 피해자를 모욕하였다.

#### 2. 건조물침입

피고인은 2016. 7. 19. 23:39경 성남시 분당구 F에 있는, G백화점 5층에서 폐점시간 임에도 불구하고 피해자 H이 운영하는 'I' 매장에 들어가 피해자의 건조물에 침입하였다.

#### 3. 재물손괴

피고인은 제2항 기재 일시, 장소에서 피해자 H 소유의 5점의 남성용 신발, 의류 등에 부착된 시가 불상의 가격표 5개를 임의로 떼어내어 본래의 사용목적에 이용할 수 없는 상태로 만드는 방법으로 효용을 해함으로써 피해자의 재물을 손괴하였다.

## 증거의 요지

위 범죄사실에 대한 증거의 요지는 '피고인의 당심 법정진술'을 추가하는 외에는 원심판결의 해당란 기재와 같으므로, 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 법령의 적용

### 1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

형법 제311조(모욕의 점), 형법 제319조 제1항(건조물침입의 점), 형법 제366조(재물손괴의 점), 각 징역형 선택

### 1. 경합범가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조

### 1. 집행유예

형법 제62조 제1항(아래 양형의 이유 중 유리한 정상 참작)

### 양형의 이유

피고인은 동거하던 피해자 D에게 다수의 사람들이 보는 가운데 '몸 팔아서 돈 버는 년이야'라고 욕설을 하는 등 위 피해자에게 심한 모욕감을 안겨주었고, 이로 인하여 위 피해자는 상당한 정신적 충격을 받은 것으로 보인다. 나아가 종전에도 건조물침입죄로 처벌받은 전력이 있음에도 다시 건조물침입죄를 저질렀고, 타인의 재물을 손괴하기도 하였다. 피고인은 실형, 집행유예, 벌금 등으로 수회 처벌받은 전력이 있음에도 반성하지 아니하고 다시 이 사건 각 범행을 저질렀다.

한편 피고인이 이 사건 각 범행을 모두 인정하고 반성하고 있다. 건조물침입죄 및 재물손괴죄의 피해자가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있다. 피고인이 편집조현병 등 정신질환을 앓고 있다.

위와 같은 모든 사정에 이 사건 범행의 동기와 경위, 수단과 방법, 범행 전후의 정황, 기타 이 사건 변론에 나타난 피고인의 연령, 성행, 경력, 환경 등 여러 가지 사정들을 종합하여 주문과 같이 형을 정한다.

## 판사 강승준(재판장) 최한순 전휴재