

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간·미성년
자의제강간·간음유인(일부인정된죄명:간음유인미수)·성폭력범죄의
처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)·부착명령

[서울고등법원 2019. 9. 27. 2019노320, 2019전노22(병합)]



【전문】

【피고인 겸 피부착명령청구자】 피고인 겸 피부착명령청구자

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 정재훈(기소), 전영준(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 금성 외 1인

【원심판결】 인천지방법원 부천지원 2019. 1. 11. 선고 2018고합143, 2018전고11(병합) 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 7년에 처한다.

피고인에 대한 정보를 10년간 공개 및 고지한다[다만 공개·고지하는 성범죄의 요지는 판시 미성년자의제강간죄, 각 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)죄, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄에 한한다].

피고인에게 아동·청소년 관련기관 등 및 장애인복지시설에 각 5년간 취업제한을 명한다.

피부착명령청구자에게 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명하고, 별지와 같은 준수사항을 부과한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 ‘피고인’이라 한다.

)

1) 피고사건 부분

가) 법리오해

(1) 위법수집증거 배제 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2, 4항)

수사기관이 피고인 소유의 휴대전화를 긴급압수한 뒤 발부받은 압수·수색영장(이하 ‘이 사건 압수·수색영장’이라 한다)은, 피해자 공소외 1에 대한 범행의 증거를 수집하기 위한 범위 내에서만 유효하다.

따라서 위 휴대전화에 대한 디지털증거분석에 따라 취득한 자료들 중 피해자 공소외 2, 공소외 3(가명), 공소외 4와 관련된 자료들(이하 ‘이 사건 추가 자료들’이라 한다)은 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 수집된 것으로서 위법수집증거에 해당하고, 이 사건 추가 자료들을 기초로 획득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술도 위법수집증거에 기초한 2차 증거로서 모두 증거능력이 없다.

그런데도 원심은 이 사건 추가 자료들 및 위 2차 증거들의 증거능력을 모두 인정하여 이를 이 부분 각 공소사실에 관한 유죄의 증거로 사용하였으므로, 원심판결에는 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 실행 미착수 주장[원심 판시 범죄사실 제2. 가. 2)항 및 제3. 가항]

피고인이 이 부분 각 공소사실과 같이 문자메시지를 보내 위 피해자들을 그들의 집 밖으로 불러낸 후 패스트푸드 점이나 버스정류장으로 데려간 것만으로는 간음유인의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

그런데도 이 부분 각 공소사실을 간음유인미수죄로 인정한 원심판결에는 간음유인죄에서의 실행의 착수시기에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 사실오인[피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점(원심 판시 범죄사실 제2. 나항)]

피고인이 피해자 공소외 3에 대하여 성관계를 시도한 사실은 인정하나, 이에 대한 피해자 공소외 3의 동의가 있었던 것이고, 피고인은 그에게 폭행이나 협박을 행사한 사실이 없으며, 또한 피고인은 그의 팬티 바깥에서 그의 음부 부위에 피고인의 성기를 가져다 대었을 뿐이고, 피해자 공소외 3으로부터 첫 성경험이라는 말을 듣고 나서는 성관계 시도를 멈추었으며 더 이상의 행위로 나아가지 않았다.

그런데도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인의 잘못이 있다.

다) 양형 부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 10년)은 너무 무거워서 부당하다.

라) 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당

피고인의 신상정보를 공개·고지하거나 취업을 제한하여서는 안 되는 특별한 사정이 있는데도 원심이 10년간 신상정보의 공개·고지와 5년간 아동·청소년 관련기관 등에 대한 취업제한을 명한 것은 부당하고, 신상정보 등록기간을 단축하지 않은 것도 부당하다.

2) 부작명령청구사건 부분

원심이 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부작을 명한 것은 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해

(피고사건의 이유무죄 부분)

피고인은 간음할 목적으로 피해자 공소외 3, 공소외 1에게 호감을 표시하면서 위 피해자들을 집밖으로 불러낸 다음, 피해자 공소외 3을 패스트푸드점으로, 피해자 공소외 1을 버스정류장으로 데리고 갔다.

이처럼 피고인은 위 피해자들을 보호감독자로부터 이탈시켰고 결국 피고인이 의도한 장소로 위 피해자들을 이동하게 하였으므로 이로써 간음유인죄는 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 이를 각 간음유인미수죄로만 인정하고, 각 간음유인 기수의 공소사실에 대해서는 판결이유에서 각 무죄로 판단하고 말았으니, 원심판결에는 법리오해의 잘못이 있다.

2) 양형 부당

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

피고인과 검사의 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

가. 피고사건 부분

2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되기 전의 장애인복지법 제59조의3 제1항은 아동·청소년 대상 성범죄 또는 성인 대상 성범죄(이하 모두 가리켜 '성범죄'라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 예외 없이 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 규정하면서 그 운영, 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없는 기간(이하 '취업제한기간'이라 한다)을 획일적으로 10년으로 규정하였다.

그런데 2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정된 장애인복지법은, 법원으로 하여금 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 10년을 초과하지 않는 기간을 취업제한기간으로 정하여 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 '취업제한명령'이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하도록 하고, 다만 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우나 그 밖에 취업을 제한해서는 안 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 않을 수 있도록 하였다(제59조의3 제1항, 제2항). 위 개정조항은 2019. 6. 12.부터 시행되었는데, 장애인복지법 부칙(2018. 12. 11. 법률 제15904호) 제2조는 "제59조의3의 개정규정은 이 법 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다.

"라고 규정하여 위 시행일 이전에 범해진 성범죄도 취업제한명령의 대상이 되도록 하였다.

원심판결 선고 후 위와 같이 개정된 장애인복지법이 시행됨으로 인하여, 이 법원은 성범죄가 포함된 피고사건에 대하여 형을 선고하면서, 개정된 장애인복지법 제59조의3 제1항에 따라 취업제한기간을 정하여 취업제한명령을 동시에 선고할지 여부를 심리하여 심판할 필요가 생겼다.

취업제한명령에 대한 판결 부분은 성범죄 사건의 유죄판결과 동시에 선고하는 부수처분으로서 피고인에 대하여 장애인복지법에 따른 취업제한명령을 새로 부과하기 위해서는 원심판결의 나머지 피고사건 부분에 위법이 없더라도 피고사건 전부를 파기할 수밖에 없으므로 원심판결 중 피고사건 부분은 전부가 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 부작명령청구사건 부분

특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제5항에 의하면, 부작명령청구사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하는 경우에는 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분도 함께 파기하여야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도453, 2011전도12 판결 등 참조).

다.

소결

원심판결은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기 사유가 있어도, 피고인의 법리오해, 사실오인, 부작명령 부당 주장과 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래 제3항에서 이를 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 법리오해 주장 중 위법수집증거 배제 주장에 대하여

1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은 피고인에 대한 수사가 착수된 경위, 피고인의 휴대전화가 압수되고 그에 대하여 이 사건 압수·수색 영장이 발부된 경위와 그 영장의 내용 등에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에 대한 간음유인, 간음유인미수, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)의 각 범행(이하 '이 사건 각 추가 범행'이라 한다)은, 이 사건 압수·수색영장에 명시적으로 기재된 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 간음유인죄 및 위 영장의 혐의사실에 포함된 것으로 볼 수 있는 피해자 공소외 1에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)죄와 그 죄명, 적용 법령, 범행 동기와 경위, 범행 수법과 도구가 모두 동일하고, 범행 대상이 미성년자들이라는 점에서 유사하여, 동종·유사 범행에 해당하는 점, ② 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 위 각 죄를 증명하기 위해서는 피고인에게 주관적으로 '간음할 목적(형법 제288조 제1항)' 또는 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조)'이 있었음을 증명할 필요가 있는데, 이 사건 추가 자료들은 이를 증명하기 위한 중요한 간접증거 내지 정황증거에 해당하기 때문에, 이 사건 각 추가 범행은 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실과 구체적이고 개별적 연관관계가 있는 점 등의 이유를 들어, 수사기관이 이 사건 압수·수색영장에 기하여 이 사건 추가 자료들을 압수한 것은 적법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 이 사건 추가 자료들이 적법하게 압수된 이상 이를 압수의 전제가 된 범죄뿐 아니라 다른 범죄에 대한 증거로도 특별한 제한 없이 사용할 수 있기 때문에, 이를 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실이나 이 사건 각 추가 범행 외에도 피해자 공소외 2에 대한 미성년자의제강간죄와 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 증거로도 적법하게 사용할 수 있다고 보았다.

그 결과 원심은 이 사건 추가 자료들과 이에 기초하여 취득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술은 위법수집증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

2) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 피고인과 검사의 각 법리오해 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피해자 공소외 3에 대한 간음유인

피고인은 2018. 4. 6.경부터 2018. 4. 14.경 사이에 불상지에서, 피해자에게 "오빠랑 한번만 성관계해요, 빨리 성관계 연습 끝내구 남편이랑 마니 놀아요, 이번에 제대루 하구 그 뒤론 하지마요, 여보가 먼저 성관계 하자구 할때까지 기다릴게요"라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자와 재차 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 4. 14. 10:30경 ○○시에 있는 피해자의 주거지 근처 놀이터로 피해자를 불러낸 후 근

쳐 패스트푸드점으로 데리고 들어갔다.

이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

나) 피해자 공소외 1에 대한 간음유인

피고인은 2018. 5. 6.경 불상지에서, 모바일 게임 내 채팅으로 알게 된 피해자 공소외 1(여, 10세)에게 접근하여 카카오톡 메신저로 피해자에게 "오빠가 공소외 1 만나서 밥한번 사줄게요, 오빠랑 만나서 노는거 어때요?, 공소외 1 빨리 만나보고 싶네요, 마니 좋아해서 그러는 거 알죠?"라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자에게 접근하여 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 5. 7. 10:47경 부천시 (주소 생략), '양푼김치찌개' 앞 노상으로 피해자를 불러낸 후 숙박업소 등으로 이동하기 위해 인근 버스정류장까지 데리고 갔다. 이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

2) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 증거들에 의하여 피고인이 위 각 공소사실 기재와 같은 문자메시지를 보냄으로써 미성년자인 위 피해자들에게 주거지 밖에서 만나자고 유혹한 사실을 인정한 다음, 피고인이 기존의 생활관계 및 보호관계로부터 이탈시킬 의도로 위와 같이 위 피해자들을 유혹한 이상 간음유인죄의 실행의 착수가 있다고 판단하였다.

그러나 원심은 아래 ① ~ ⑤의 사정들을 근거로, 피고인이 위 피해자들을 피고인의 물리적·실력적인 지배하에 두었다고 인정되지는 않는다고 보아 위 피해자들에 대한 간음유인이 기수에 이르지 않는다고 판단하였다.

① 피고인은 당초부터 위 피해자들을 간음하려는 목적으로 위 피해자들을 만나면 숙박업소로 데리고 갈 생각이었으나, 아래 ②, ③과 같이 실제로 위 피해자들을 숙박업소로 데리고 가지는 못했다.

② 피고인은 2018. 4. 14. 피해자 공소외 3을 위 피해자의 주거지 근처에 있는 놀이터에서 만났다.

그런데 피해자 공소외 3이 위 놀이터에서 피고인의 입맞춤을 거부하고, 비가 와서 집에 가야 한다고 말하자, 피고인은 피해자 공소외 3을 위 놀이터 인근의 패스트푸드점에 데리고 가서 햄버거를 사준 다음 그대로 그의 주거지까지 데려다 주었다.

③ 피고인은 2018. 5. 7. 피해자 공소외 1와 함께 부천시 (주소 생략) 인근 버스정류장에서 버스를 기다리던 중 인근 주민이 피해자 공소외 1에게 피고인과의 관계를 물어보자 그 자리를 떠났다.

그 후 피고인은 다시 피해자 공소외 1에게 연락을 취했으나 그가 피고인과 만나지 않겠다고 하여 그대로 귀가하였다.

④ 피고인과 위 피해자들이 위 패스트푸드점 또는 버스정류장까지 이동하는 과정에서 피고인이 위 피해자들에게 폭력을 행사하거나 위협을 가한 정황은 확인되지 않고, 위 피해자들이 자발적으로 피고인과 함께 이동한 것으로 보인다.

⑤ 피고인이 위 피해자들과 함께 있었던 장소인 위 패스트푸드점과 버스정류장은 다수의 사람들이 자유롭게 드나들거나 사용하는 곳이었다.

피고인이 위 각 장소에서 강제로 위 피해자들의 언행이나 장소이동을 제한하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다.

3) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 위 피해자들에 대한 각 간음유인이 그 실행의 착수는 있었지만 기수에는 이르지 않았다고 보아 피해자들에 대한 각 간음유인미수죄만이 성립한다고 판단한 것은 옳고, 거기에 피고인이나 검사가 지적하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

이 부분 피고인 및 검사의 주장은 모두 이유 없다.

다.

피고인의 사실오인 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 3. 31. 13:30경에서 같은 날 18:00경 사이 △△역 근처에 있는 상호불상의 숙박업소에서, 피해자 공소외 3(가명, 여, 10세, 이하 위 다항에서는 '피해자'라고만 한다)에게 키스를 하고 그곳 침대 위에 피해자를 눕힌 뒤 피해자와 성관계를 가지고자 하였으나 피해자가 이를 피하며 거부하자 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여 1회 간음하였다.

이로써 피고인은 13세 미만 미성년자인 피해자를 강간하였다.

2) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 그 판시와 같은 이유로 신빙할 수 있다고 판단한 다음, 피해자 진술과 문자메시지 내용 등에 의하면 피고인이 2018. 3. 31.경 피해자를 침대에 눕히고 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗긴 다음 손으로 피해자의 어깨를 잡아 누르는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압하고 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 간음한 사실 및 피해자는 범행 과정에서 피고인에게 싫다고 거부의 의사를 표시하면서 발버둥을 치거나 피고인을 밀치는 등 저항을 하였으나 피고인이 힘으로 피해자의 저항을 제압한 사실이 인정된다고 판단하였다.

나아가 원심은 ① 피고인은 키 180cm 이상의 건장한 체격인 성인 남성인 반면, 피해자는 만 10세에 불과한 작은 체격의 아동으로서 그 체격과 힘의 차이가 컸기 때문에 피해자로서는 물리적으로 피고인의 행동을 저지할 수 없었던 점, ② 당시 피해자는 자신의 주거지로부터 상당히 떨어진 숙박업소의 객실 안에서 피고인과 단 둘이 있었고, 피고인의 강제력에 대항할 수단도 없었으므로, 심리적으로 상당히 위축된 상태였을 것으로 보이는 점, ③ 피해자는 성적 지식이 부족한 상태였음에도 이 사건으로 상당한 정신적 충격을 받아 그 후 다시 성관계를 요구하는 피고인을 피하려고 상당히 노력했던 점, ④ 그 밖에 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 발생 당시 피고인의 행동이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도, 이 사건 발생 전·후 피해자의 심리상태 등에 비추어 보면, 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 강제로 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 어깨를 잡는 등의 행위를 한 것은 강간죄의 구성요건인 폭행에 해당한다고 판단하였고, 그 결과 피고인이 13세 미만의 피해자를 강간하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3) 이 법원의 판단

가) 피고인이 폭행·협박을 행사했는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 이 부분 공소사실 중 피고인이 자신의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다는 사실을 제외한 나머지 부분, 즉 '피해자가 성관계를 피하며 거부하자 피고인이 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 한 사실'을 충분히 인정할 수 있다.

나아가 원심이 적절하게 실시한 위 2)항의 ① ~ ④의 사정들을 더하여 보면, 피고인이 한 행동은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행에 해당하므로, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 없다.

- (1) 피해자는 2018. 6. 14. 및 2018. 6. 26. 두 차례 해바라기센터에서 진술하였는데(이 중 2018. 6. 14.에 이루어진 조사를 '1차 조사'라 하고, 2018. 6. 26.에 이루어진 조사를 '2차 조사'라 한다), 다음에서 보듯이 피해자는 2차 조사에서 피고인이 피해자의 저항을 억압하고 강제로 성관계를 시도한 사실에 관하여 상세하게 진술하였고, 진술을 회피하는 모습을 보였던 1차 조사에서도 피고인이 한 성적 행동이 피해자의 의사에 반한 것이었고 피고인이 그 과정에서 어느 정도의 유형력을 행사했다는 취지로 진술하였다.

피해자의 진술 태도, 진술 내용과 그 구체성 정도, 1차 조사와 2차 조사에서 진술이 변화된 경위와 그 원인 등을 종합해 보면, 위와 같은 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단된다.

- ① 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 호텔 방 안에 들어가서 성관계를 하자고 해서 싫다고 가려고 했는데 잡혀 버렸다. 피고인이 저를 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저에게 막 밀어 넣었다

그래서 그때 엄청 충격적이었다.

제가 싫다고 바둥바둥 거렸더니, 피고인이 안 아프다고, 도망가지 말라고 하여서 무서웠다.

피고인이 제가 못나오도록 팔과 발을 꼭 잡았다.

그래서 그냥 포기했다.

누워 있을 때 제가 피고인을 계속 밀치고 발로 찼지만, 피고인이 저의 다리와 팔을 잡았다.

'라며 피고인이 한 행동에 대하여 상세하게 진술하였다.

- ② 피해자는 1차 조사에서는 피해 사실을 적극적으로 진술하지 않고 경찰관의 질문에 대하여 마지못해 조금씩 대답하였는데, 그 과정에서도 피해자는 당시 피고인이 자신의 몸을 만지고 입술에 뽀뽀한 사실을 말하였고, '제가 방 밖으로 나갈 생각을 했는데 피고인이 나가지 못하게 벽처럼 막았다.

','바지를 벗기려고 했는데 싫었다.

발버둥을 쳐도 피고인이 저보다는 셀 것이니 저는 포기했다.

저 그때 진짜 충격이었고 그때부터 진짜로 피했다.

'라면서, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사한 사실을 언급하였다.

경찰의 의뢰에 따라 1차 조사 및 2차 조사에서의 피해자 진술의 신빙성을 분석한 진술분석전문가 공소외 5는 피해자의 1차 조사 진술에 관하여 경찰에 제출한 전문가의견서에서 '피해자가 조사 내내 진술에 대한 거부감을 가지고 있었다.

피해자는 기억나는 사실 중에서 진술하기 곤란한 사실에 대해서는 답변을 회피하고 답변하고 싶은 사실에 대해서만 선택적으로 진술하고 있다.

따라서 향후 피해자가 어느 정도 안정감을 되찾았을 때 피해자에 대한 추후 조사가 반드시 필요하다고 보인다.

'라는 의견을 밝혔고, 당심 법정에 증인으로 출석하여 '아동의 경우에 자신이 의도하지 않게 자신이 했던 사실이 밝혀졌을 때, 거기에 대해서 자신의 책임, 자책, 죄책감 때문에 그 사실을 숨기려는 심리 상태가 작용하기도 한다.

이 사건에서 피해자가 자발적으로 발고한 것이 아니라 다른 사건으로 인해서 발고가 되어 경찰 조사가 들어갔기 때문에 피해자 입장에서는 굉장히 당황했을 것이라고 생각하고, 그래서 피해자가 이 상황을 어떻게 해석해야 될지 몰라서 1차 조사 때는 진술을 회피하거나 축소해서 진술하려는 경향이 있었다고 본다.

하지만 피해자가 전체적인 사건 조사과정을 이해하게 되고 심리가 안정된 상태에서 조사를 받았을 때(2차 조사를 말한 다)는 오히려 심리적인 압박 없이 자연스럽게 진술했다고 생각한다.

, '피해자가 피하려고 했었고, 그런 피해자를 가해자가 잡고 움직이지 못하게 했다는 내용이 있어서 1차 조사 때에도 어느 정도 위력 행사는 있었다고 저는 생각을 했다.

'라고 증언하였다.

이러한 피해자의 심리 상태 변화 과정을 고려할 때, 1차 조사에서 피해자가 피해 사실에 대하여 적극적으로 진술하지 않았다는 점이 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 탄핵하는 사정이 된다고 보이지는 않고, 오히려 피해자가 1차 조사에서도 피고인이 유형력을 행사해 피해자의 의사에 반한 성적 행동들을 하였다는 취지로 진술하였다는 점은 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 보강하는 정황이 된다고 보아야 한다.

(2) 피고인은 범행 이후 피해자에게 2018. 3. 31.경 "여보... 담번에 남편이랑 할 때 시러요 안 그럴거죠? ㅏㅏ"라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 12.경 "도망 안가면 빨리 끝나요. 그 때 도망가구 그러니 한 시간 걸린 거지..ㅏㅏ 안 도망가면 진짜 빨리 끝나요. 원래 10분 안에 끝나는 건데 도망가니 한 시간 걸린 거지ㅏㅏ"라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 14.경 "저번처럼 또 살려달라고 안 그럴거죠?? 도망은 안 갈 거죠??"라는 내용의 문자메시지를 보냈다.

이러한 문자메시지의 내용은, 앞서 본 피해자의 진술에 부합하고, '피해자의 동의를 얻어 성관계를 시도하였다'거나 '제가 3분만 성관계하자고 제안했더니 피해자가 알아서 3분 알람을 맞추었다'는 피고인의 주장과는 어긋나는 객관적인 정황이다.

(3) 피해자는 사건 직후 어머니 공소외 6에게 피고인과 주고받은 문자메시지 내용을 들킨 다음에도 피고인에게 2018. 4. 6. 15:07경 "오빠?"라는 내용의 문자메시지를 먼저 보냈고, 같은 날 15:18경에는 "몰래 만날 수 있어요.", "괜찮아요. 들키면 혼나죠 모.", 2018. 4. 14.에는 "성관계 14분안되요?"라는 내용의 문자메시지를 보낸 사실이 있기는 하다.

그러나 피고인과 피해자가 이 사건 발생 이후 주고받은 문자메시지 내용 전체를 살펴보면, 피해자는 대부분의 경우, 피고인이 보낸 문자메시지에 답장을 하지 않거나, '네', '아니요' 등의 소극적인 대답만을 하였고, 특히 피고인이 지속적으로 만남을 요구하거나 성관계를 제안하였음에도 이를 거부하는 태도를 보였다.

따라서 피해자가 피고인에게 앞서 본 바와 같은 내용의 문자메시지를 보낸 사정만으로는 피해자가 사건 당일 피고인의 성관계 시도에 동의하지 않았다는 사실이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

(4) 피고인 측과 피해자의 어머니 공소외 6이 형사합의를 하는 과정에서 '피고인이 "성관계를 해 볼래"라고 해서 내가 3분간만 하자고 했다.

피고인과 저는 팬티를 입고 있었는데 팬티 위로 피고인 것이 닿아서 기분이 이상하고 안 좋았는데 아프지 않았다.

피고인이 처음이냐고 물어서 처음이라고 말했더니 피고인이 바로 일어나 옷을 입었다.

1차 조사 때 사실대로 말했고, 2차 조사에서는 너무 부끄럽고 빨리 집에 가고 싶어서 인터넷으로 본 게 생각나서 그렇게 말했다.

‘라는 내용의 피해자 본인의 자필 진술서(이하 ‘이 사건 자필 진술서’라 한다)가 작성되었다.

공소외 6은 당시 법정에서 증인으로 출석하여 그 작성 과정에 관하여 ‘피해자가 저에게 왜 이 사건 자필 진술서에 사실과 다르게 적냐면서 따졌다.

“이 진술서에는 그냥 놀러가기만 하고 바지만 벗겼다고 나와 있는데 (실제 피고인은) 자신의 몸에 올라탄 다음 했다”라고 피해자가 말했다.

“했다”라는 것은 벗기고 만졌다는 것이 아니라 거기에 놓였다는 것이다.

‘라는 취지로 진술하였다.

만일 피고인이 피해자의 동의하에 위와 같은 행동을 한 것이었다면 피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 위와 같이 반발하였을 것으로 보이지 않는다.

한편 공소외 6은 피해자가 1차 조사와 2차 조사에서 다르게 진술한 것과 관련하여 ‘두 번째 조사 받을 때 사실대로 진술했다고 피해자가 말했다.

‘라고 증언하였는데, 이는 피해자의 2차 조사 진술의 신빙성을 뒷받침하는 증거가 된다.

나) 강간행위가 기수에 이르렀는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자의 진술을 비롯한 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입함으로써 강간의 기수에 이르렀다는 점이 합리적인 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄로 판단하여야 하나, 원심은 이를 유죄로 인정하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(1) 피해자가 1차 조사에서 진술한 내용에는 피고인이 피해자의 음부에 성기를 삽입하였다는 내용이 없다.

즉 피해자는, “피고인이 사건 당일 어떤 행동을 했어?”라는 경찰관의 질문에 “변태”라고 대답하였고, 이에 경찰관이 “어떤 게 변태였어?”라고 묻자 ‘피고인이 몸을 만지려고 했다.

’는 취지로 답변하였다.

경찰관이 ‘몸을 만진 것 이외에 다른 이상한 행동은 없었는지’를 수차례 되물어도 ‘없었다’, ‘모르겠다’, ‘기억이 안 난다’ 등으로만 대답하였다.

피해자는 또한 ‘제가 피고인에게 기분 나쁘다고, 몸 만지지 말라고 했더니 피고인이 아무 말도 하지 않고 거기에서 나와서 함께 집에 갔다.

’라거나 ‘피고인이 바지를 벗긴 것은 생각이 나지만, 바지 벗기고 나서는 피고인이 어떤 행동을 했는지 기억이 나지 않는다.

’라거나 ‘피고인이 바지를 벗겼을 때 진짜 충격이었다.

그때부터는 진짜로 피했다.

’라고만 진술하였을 뿐, 성기 삽입이 있었다는 취지의 진술을 하지 않았다.

(2) 피해자는 2차 조사에서 ‘피고인이 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저한테 막 밀어 넣었다.

‘저의 중요한 부분에 피고인의 중요한 부분이 들어왔다.

중요한 부분은 오줌 나오는 곳이다.

‘(피고인의 성기가 들어올 때) 아팠다.

‘라는 취지로 진술하기는 하였다.

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피해자의 위 진술들만으로는 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부 부위에 닿게 한 것을 넘어서서, 이를 삽입하였다고까지 인정하기는 어려워 보인다.

① 피해자는 사건 발생 당시 만 10세에 불과한 아동으로서 어휘력 및 표현방법이 미숙할 수밖에 없다.

그런데 1, 2차 조사에서의 피해자의 진술 내용과 진술 태도, 그 조사과정에서 드러나는 피해자의 언어적 이해력과 세부적인 표현력 등을 고려해 보면, 피해자가 사용한 ‘밀어 넣었다’ 내지 ‘들어왔다’ 등의 표현이 단순하게 피고인이 피해자의 음부에 자신의 성기를 가져다 대면서 성관계를 시도한 행위만을 의미하는 것인지, 아니면 더 나아가 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입한 행위까지도 포함하는 것인지 불분명하다.

② 진술분석전문가 공소외 5가 피해자의 2차 조사 진술 내용의 신빙성을 분석하여 경찰에 제출한 전문가의견서의 ‘종합의견’란에는 ‘가해자와 함께 호텔에 갔고 그곳에서 가해자가 피해자에게 성기 삽입을 시도하였다고 하는 피해자의 진술은 신빙성이 있다.

‘고 기재되어 있는데, 원심은 이와 관련하여 ‘위 기재는 단순히 피해자의 진술을 요약하면서 “성기 삽입 시도”라고 표현한 것에 불과하고 성기 삽입 사실에 관한 피해자의 진술의 신빙성을 배척하는 취지가 아니다.

‘라고 판단하였다.

그러나 공소외 5는 당심 법정에 증인으로 출석하여 ‘피고인의 성기가 삽입되었는지 여부에 관한 피해자의 진술은 정확하지 않아서 그 진술의 신빙성을 판단할 수 없었다.

하지만 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 성기에 접촉하려고 했다는 사실에 대해서는 피해자가 구체적으로 진술하고 있었다.

제가 알 수 없는 부분에 대해서는 말하기가 어려웠으므로 삽입 시도가 있었다는 정도로만 분석하였다.

‘(피고인의 성기가 피해자의 성기에 들어올 때) 어떤 느낌, 아프지 않았어?’라는 질문이 있는데, 이는 피해자의 지적 능력상 유도하거나 암시적인 질문이 될 수 있기 때문에 바람직하지 않다.

저는 이 질문과 답변(이에 대하여 피해자는 “아팠어요.”라고 답변하였다)에 대해서 문제가 있다고 판단했다.

‘고 증언하여, 삽입이 이루어졌다는 점에 부합하는 피해자 진술의 신빙성을 인정할 수 없었음을 분명히 밝혔다.

피해자의 위 ‘아팠어요.’라는 답변과 관련하여, 피해자는 당초 위와 같이 진술하기에 앞서 ‘이상한 느낌이 들었다.

‘라고만 진술하였을 뿐이고, 이에 경찰관이 ‘아프지는 않았어?’라고 묻자 비로소 아팠다고 대답한 것이어서, 공소외 5의 위와 같은 분석은 타당하다고 판단된다.

(3) 전남아동보호전문기관 직원 공소외 7이 2018. 6. 20.경 피해자에 대한 현장조사를 마친 이후 작성한 사례개요서에는 ‘피해자가 뿌리치고 발버둥 치면 더 아팠기 때문에 어쩔 수 없이 성기를 넣는 성관계를 했다고 함.’이라고 기재되어 있고, 피해자의 어머니 공소외 6은 앞서 본 바와 같이 당심에서 ‘피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 저에게 당시 피고인이 피해자의 몸에 올라탄 후 넣었다고 말해 주었다’라는 취지로 진술한 사실이 있기는 하다.

그러나 이는 모두 공소외 7과 공소외 6이 피해자로부터 전해 들었다는 내용이고, 어린 나이로서 어휘력과 표현력이 미숙한 피해자가 위와 같은 '넣었다'라고 표현한 것이 피고인의 성기가 피해자의 음부에 삽입되었음을 의미하는 것이라고 단정할 수 없다.

(4) 의사 공소외 8이 2018. 6. 28.경 작성한 피해자에 대한 진단서에는 '외음부 시진상 처녀막 수상이 관찰된다.

'라고 기재되어 있고, 피고인 및 피해자의 진술에 의하면 피해자는 이 사건이 있기 전까지 성경험이 없었던 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 진단서는 이 사건 발생 후 약 세 달 후에 작성된 것일 뿐만 아니라, 위 진단서에는 상처의 구체적인 위치, 형상, 정도 등에 관한 아무런 기재가 없어, 위 상처가 강제적인 성기 삽입에 의한 것이라고 볼 만한 근거로는 부족하다.

오히려 피해자는 1차 조사에서 '당시 아팠는지는 잘 기억나지 않는다.

', 2차 조사에서 '피 나지 않았다.

;', '오줌 싸을 때 아팠는지는 잘 모르겠다.

'는 취지로 진술하였는바, 피고인의 성기 삽입으로 인하여 피해자의 처녀막에 위와 같은 상처가 난 것이라고 단정할 수 없다.

다) 축소사실의 인정

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 것보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실에 관하여 판단할 수 있다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009도9122 판결 등 참조). 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하지는 못하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄가 기수에 이르렀다고 볼 수는 없지만, 앞서 본 바와 같이 피고인이 성관계를 하기 위해 피해자에게 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 가함으로써 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 실행을 착수하였다고 인정되고, 이 사건의 심리 경과에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실을 그 미수죄로 공소사실을 변경하여 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지는 않으므로, 공소장변경 절차 없이 직권으로 위 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실을 인정하기로 한다.

그런데 위와 같이 직권으로 인정하는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실과 나머지 원심 판시 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분은 그 전부가 그대로 유지될 수 없게 되었다.

라. 피고인의 부착명령 부당 주장에 대하여

원심은 ① 피고인은 만 12세인 피해자 공소외 2와 만 10세인 피해자 공소외 3 등 13세 미만 미성년자들에게 반복적으로 성폭력범행을 저지른 점, ② 피고인은 2017년 12월경부터 2018년 5월경까지 자신의 성적 욕망을 충족시키기 위하여 모바일 게임을 하면서 알게 된 피해자들에게 성적 수치심을 일으키는 내용의 문자메시지를 반복적으로 보냈던 점, ③ 인근 주민이 우연히 피고인과 피해자 공소외 1가 버스정류장에 함께 있는 모습을 보고 의심스러워서 경찰에 신고하지 않았더라면, 피고인은 불특정 다수의 미성년자를 대상으로 한 성폭력범죄를 계속 저질렀을 가능성이

매우 크다고 보이는 점, ④ 어린 나이의 피해자들이 무방비하게 피고인과 문자메시지를 주고받는 과정에서 피해자들의 주소 등 개인정보가 피고인에게 노출되었고, 그로 인하여 일부 피해자들 및 피해자들의 가족들이 추가 피해를 우려하면서 피고인의 접근금지 등의 조치를 원하고 있는 점, ⑤ 피고인에 대한 '한국 성범죄자 위험성 평가척도'(KSORAS) 평가 결과 총점 13점으로 성범죄 재범위험성이 '높음' 수준에 해당하고, '정신병질자 선별도구'(PCL-R) 평가 결과 총점 11점으로 정신병질적 성격 특성에 의한 재범위험성은 '중간' 수준에 해당하는 점 등의 논거를 들어, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 판단하고, 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 논거들은 모두 타당하고, 비록 피고인이 이 사건 이전에는 형사처벌을 받은 전력이 없다는 점과 피해자 공소외 3에 대하여 원심과 달리 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 미수죄를 인정하는 점을 감안하더라도, 피고인이 저지른 성폭력범죄 및 성범죄의 횟수, 범행기간 및 수법, 피해자 수와 피해자들 외에 피고인이 범행 대상으로 물색하였던 아동 또는 미성년자의 수 등을 원심의 위 논거들과 함께 고려해 보면, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 인정한 원심의 판단은 옳고, 거기에 부처명령 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. 그리고 원심이 정한 부처기간(20년)은 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부처 등에 관한 법률 제9조 제1항(단서 포함) 제1호에서 규정한 부처기간의 하한이므로 위 부처기간이 길어 부당하다고 볼 수도 없다.

결국 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결에는 피고사건 부분 및 부처명령청구사건 부분 모두 앞에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점에 관한 피고인의 사실오인 주장은 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형 부당 주장, 피고인의 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당 주장에 관한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 위치추적 전자장치 부처 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인 겸 피부처명령청구자(이하 '피고인'이라 한다.

)

1) 피고사건 부분

가) 법리오해

(1) 위법수집증거 배제 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2, 4항)

수사기관이 피고인 소유의 휴대전화를 긴급압수한 뒤 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 압수·수색영장'이라 한다)은, 피해자 공소외 1에 대한 범행의 증거를 수집하기 위한 범위 내에서만 유효하다.

따라서 위 휴대전화에 대한 디지털증거분석에 따라 취득한 자료들 중 피해자 공소외 2, 공소외 3(가명), 공소외 4와 관련된 자료들(이하 '이 사건 추가 자료들'이라 한다)은 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 수집된 것으로서 위법

수집증거에 해당하고, 이 사건 추가 자료들을 기초로 획득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술도 위법수집증거에 기초한 2차 증거로서 모두 증거능력이 없다.

그런데도 원심은 이 사건 추가 자료들 및 위 2차 증거들의 증거능력을 모두 인정하여 이를 이 부분 각 공소사실에 관한 유죄의 증거로 사용하였으므로, 원심판결에는 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 실행 미착수 주장[원심 판시 범죄사실 제2. 가. 2)항 및 제3. 가항]

피고인이 이 부분 각 공소사실과 같이 문자메시지를 보내 위 피해자들을 그들의 집 밖으로 불러낸 후 패스트푸드점이나 버스정류장으로 데려간 것만으로는 간음유인의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

그런데도 이 부분 각 공소사실을 간음유인미수죄로 인정한 원심판결에는 간음유인죄에서의 실행의 착수시기에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 사실오인[피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점(원심 판시 범죄사실 제2. 나항)]

피고인이 피해자 공소외 3에 대하여 성관계를 시도한 사실은 인정하나, 이에 대한 피해자 공소외 3의 동의가 있었던 것이고, 피고인은 그에게 폭행이나 협박을 행사한 사실이 없으며, 또한 피고인은 그의 팬티 바깥에서 그의 음부 부위에 피고인의 성기를 가져다 대었을 뿐이고, 피해자 공소외 3으로부터 첫 성경험이라는 말을 듣고 나서는 성관계 시도를 멈추었으며 더 이상의 행위로 나아가지 않았다.

그런데도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인의 잘못이 있다.

다) 양형 부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 10년)은 너무 무거워서 부당하다.

라) 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당

피고인의 신상정보를 공개·고지하거나 취업을 제한하여서는 안 되는 특별한 사정이 있는데도 원심이 10년간 신상정보의 공개·고지와 5년간 아동·청소년 관련기관 등에 대한 취업제한을 명한 것은 부당하고, 신상정보 등록기간을 단축하지 않은 것도 부당하다.

2) 부작명령청구사건 부분

원심이 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명한 것은 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해

(피고사건의 이유무죄 부분)

피고인은 간음할 목적으로 피해자 공소외 3, 공소외 1에게 호감을 표시하면서 위 피해자들을 집밖으로 불러낸 다음, 피해자 공소외 3을 패스트푸드점으로, 피해자 공소외 1을 버스정류장으로 데리고 갔다.

이처럼 피고인은 위 피해자들을 보호감독자로부터 이탈시켰고 결국 피고인이 의도한 장소로 위 피해자들을 이동하게 하였으므로 이로써 간음유인죄는 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 이를 각 간음유인미수죄로만 인정하고, 각 간음유인 기수의 공소사실에 대해서는 판결이유에서 각 무죄로 판단하고 말았으니, 원심판결에는 법리오해의 잘못이 있다.

2) 양형 부당

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

피고인과 검사의 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

가. 피고사건 부분

2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되기 전의 장애인복지법 제59조의3 제1항은 아동·청소년 대상 성범죄 또는 성인 대상 성범죄(이하 모두 가리켜 '성범죄'라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 예외 없이 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 규정하면서 그 운영, 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없는 기간(이하 '취업제한기간'이라 한다)을 획일적으로 10년으로 규정하였다.

그런데 2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정된 장애인복지법은, 법원으로 하여금 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 10년을 초과하지 않는 기간을 취업제한기간으로 정하여 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 '취업제한명령'이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하도록 하고, 다만 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우나 그 밖에 취업을 제한해서는 안 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 않을 수 있도록 하였다(제59조의3 제1항, 제2항). 위 개정조항은 2019. 6. 12.부터 시행되었는데, 장애인복지법 부칙(2018. 12. 11. 법률 제15904호) 제2조는 "제59조의3의 개정규정은 이 법 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다.

"라고 규정하여 위 시행일 이전에 범해진 성범죄도 취업제한명령의 대상이 되도록 하였다.

원심판결 선고 후 위와 같이 개정된 장애인복지법이 시행됨으로 인하여, 이 법원은 성범죄가 포함된 피고사건에 대하여 형을 선고하면서, 개정된 장애인복지법 제59조의3 제1항에 따라 취업제한기간을 정하여 취업제한명령을 동시에 선고할지 여부를 심리하여 심판할 필요가 생겼다.

취업제한명령에 대한 판결 부분은 성범죄 사건의 유죄판결과 동시에 선고하는 부수처분으로서 피고인에 대하여 장애인복지법에 따른 취업제한명령을 새로 부과하기 위해서는 원심판결의 나머지 피고사건 부분에 위법이 없더라도 피고사건 전부를 파기할 수밖에 없으므로 원심판결 중 피고사건 부분은 전부가 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 부작명령청구사건 부분

특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제5항에 의하면, 부작명령청구사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하는 경우에는 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분도 함께 파기하여야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도453, 2011전도12 판결 등 참조).

다.

소결

원심판결은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기 사유가 있어도, 피고인의 법리오해, 사실오인, 부작명령 부당 주장과 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래 제3항에서 이를 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 법리오해 주장 중 위법수집증거 배제 주장에 대하여

1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은 피고인에 대한 수사가 착수된 경위, 피고인의 휴대전화가 압수되고 그에 대하여 이 사건 압수·수색 영장이 발부된 경위와 그 영장의 내용 등에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에 대한 간음유인, 간음유인미수, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)의 각 범행(이하 '이 사건 각 추가 범행'이라 한다)은, 이 사건 압수·수색영장에 명시적으로 기재된 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 간음유인죄 및 위 영장의 혐의사실에 포함된 것으로 볼 수 있는 피해자 공소외 1에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)죄와 그 죄명, 적용 법령, 범행 동기와 경위, 범행 수법과 도구가 모두 동일하고, 범행 대상이 미성년자들이라는 점에서 유사하여, 동종·유사 범행에 해당하는 점, ② 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 위 각 죄를 증명하기 위해서는 피고인에게 주관적으로 '간음할 목적(형법 제288조 제1항)' 또는 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조)'이 있었음을 증명할 필요가 있는데, 이 사건 추가 자료들은 이를 증명하기 위한 중요한 간접증거 내지 정황 증거에 해당하기 때문에, 이 사건 각 추가 범행은 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실과 구체적이고 개별적 연관관계가 있는 점 등의 이유를 들어, 수사기관이 이 사건 압수·수색영장에 기하여 이 사건 추가 자료들을 압수한 것은 적법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 이 사건 추가 자료들이 적법하게 압수된 이상 이를 압수의 전제가 된 범죄뿐 아니라 다른 범죄에 대한 증거로도 특별한 제한 없이 사용할 수 있기 때문에, 이를 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실이나 이 사건 각 추가 범행 외에도 피해자 공소외 2에 대한 미성년자의제강간죄와 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 증거로도 적법하게 사용할 수 있다고 보았다.

그 결과 원심은 이 사건 추가 자료들과 이에 기초하여 취득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술은 위법수집증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

2) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 피고인과 검사의 각 법리오해 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피해자 공소외 3에 대한 간음유인

피고인은 2018. 4. 6.경부터 2018. 4. 14.경 사이에 불상지에서, 피해자에게 "오빠랑 한번만 성관계해요, 빨리 성관계 연습 끝내구 남편이랑 마니 놀아요, 이번에 제대루 하구 그 뒤론 하지마요, 여보가 먼저 성관계 하자구 할때까지 기다릴게요"라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자와 재차 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 4. 14. 10:30경 ○○시에 있는 피해자의 주거지 근처 놀이터로 피해자를 불러낸 후 근처 패스트푸드점으로 데리고 들어갔다.

이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

나) 피해자 공소외 1에 대한 간음유인

피고인은 2018. 5. 6.경 불상지에서, 모바일 게임 내 채팅으로 알게 된 피해자 공소외 1(여, 10세)에게 접근하여 카카오톡 메신저로 피해자에게 "오빠가 공소외 1 만나서 밥한번 사줄게요, 오빠랑 만나서 노는거 어때요?, 공소외 1 빨리 만나보고 싶네요, 마니 좋아해서 그러는 거 알죠?"라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자에게 접근하여 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 5. 7. 10:47경 부천시 (주소 생략), '양푼김치찌개' 앞 노상으로 피해자를 불러낸 후 숙박업소 등으로 이동하기 위해 인근 버스정류장까지 데리고 갔다. 이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

2) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 증거들에 의하여 피고인이 위 각 공소사실 기재와 같은 문자메시지를 보냄으로써 미성년자인 위 피해자들에게 주거지 밖에서 만나자고 유혹한 사실을 인정한 다음, 피고인이 기존의 생활관계 및 보호관계로부터 이탈시킬 의도로 위와 같이 위 피해자들을 유혹한 이상 간음유인죄의 실행의 착수가 있다고 판단하였다.

그러나 원심은 아래 ① ~ ⑤의 사정들을 근거로, 피고인이 위 피해자들을 피고인의 물리적·실력적인 지배하에 두었다고 인정되지는 않는다고 보아 위 피해자들에 대한 간음유인이 기수에 이르지 않는다고 판단하였다.

① 피고인은 당초부터 위 피해자들을 간음하려는 목적으로 위 피해자들을 만나면 숙박업소로 데리고 갈 생각이었으나, 아래 ②, ③과 같이 실제로 위 피해자들을 숙박업소로 데리고 가지는 못했다.

② 피고인은 2018. 4. 14. 피해자 공소외 3을 위 피해자의 주거지 근처에 있는 놀이터에서 만났다.

그런데 피해자 공소외 3이 위 놀이터에서 피고인의 입맞춤을 거부하고, 비가 와서 집에 가야 한다고 말하자, 피고인은 피해자 공소외 3을 위 놀이터 인근의 패스트푸드점에 데리고 가서 햄버거를 사준 다음 그대로 그의 주거지까지 데려다 주었다.

③ 피고인은 2018. 5. 7. 피해자 공소외 1와 함께 부천시 (주소 생략) 인근 버스정류장에서 버스를 기다리던 중 인근 주민이 피해자 공소외 1에게 피고인과의 관계를 물어보자 그 자리를 떠났다.

그 후 피고인은 다시 피해자 공소외 1에게 연락을 취했으나 그가 피고인과 만나지 않겠다고 하여 그대로 귀가하였다.

④ 피고인과 위 피해자들이 위 패스트푸드점 또는 버스정류장까지 이동하는 과정에서 피고인이 위 피해자들에게 폭력을 행사하거나 위협을 가한 정황은 확인되지 않고, 위 피해자들이 자발적으로 피고인과 함께 이동한 것으로 보인다.

⑤ 피고인이 위 피해자들과 함께 있었던 장소인 위 패스트푸드점과 버스정류장은 다수의 사람들이 자유롭게 드나들거나 사용하는 곳이었다.

피고인이 위 각 장소에서 강제로 위 피해자들의 언행이나 장소이동을 제한하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다.

3) 이 법원의 판단

원심 및 상심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 위 피해자들에 대한 각 간음유인이 그 실행의 착수는 있었지만 기수에는 이르지 않았다고 보아 피해자들에 대한 각 간음유인미수죄만이 성립한다고 판단한 것은 옳고, 거기에 피고인이나 검사가 지적하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

이 부분 피고인 및 검사의 주장은 모두 이유 없다.

다.

피고인의 사실오인 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 3. 31. 13:30경에서 같은 날 18:00경 사이 △△역 근처에 있는 상호불상의 숙박업소에서, 피해자 공소외 3(가명, 여, 10세, 이하 위 다항에서는 '피해자'라고만 한다)에게 키스를 하고 그곳 침대 위에 피해자를 눕힌 뒤 피해자와 성관계를 가지고자 하였으나 피해자가 이를 피하며 거부하자 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여 1회 간음하였다.

이로써 피고인은 13세 미만 미성년자인 피해자를 강간하였다.

2) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 그 판시와 같은 이유로 신빙할 수 있다고 판단한 다음, 피해자 진술과 문자메시지 내용 등에 의하면 피고인이 2018. 3. 31.경 피해자를 침대에 눕히고 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗긴 다음 손으로 피해자의 어깨를 잡아 누르는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압하고 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 간음한 사실 및 피해자는 범행 과정에서 피고인에게 싫다고 거부의 의사를 표시하면서 발버둥을 치거나 피고인을 밀치는 등 저항을 하였으나 피고인이 힘으로 피해자의 저항을 제압한 사실이 인정된다고 판단하였다.

나아가 원심은 ① 피고인은 키 180cm 이상의 건장한 체격인 성인 남성인 반면, 피해자는 만 10세에 불과한 작은 체격의 아동으로서 그 체격과 힘의 차이가 컸기 때문에 피해자로서는 물리적으로 피고인의 행동을 저지할 수 없었던 점, ② 당시 피해자는 자신의 주거지로부터 상당히 떨어진 숙박업소의 객실 안에서 피고인과 단 둘이 있었고, 피고인의 강제력에 대항할 수단도 없었으므로, 심리적으로 상당히 위축된 상태였을 것으로 보이는 점, ③ 피해자는 성적 지식이 부족한 상태였음에도 이 사건으로 상당한 정신적 충격을 받아 그 후 다시 성관계를 요구하는 피고인을 피하려고 상당히 노력했던 점, ④ 그 밖에 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 발생 당시 피고인의 행동이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도, 이 사건 발생 전·후 피해자의 심리상태 등에 비추어 보면, 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 강제로 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 어깨를 잡는 등의 행위를 한 것은 강간죄의 구성요건인 폭행에 해당한다고 판단하였고, 그 결과 피고인이 13세 미만의 피해자를 강간하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3) 이 법원의 판단

가) 피고인이 폭행·협박을 행사했는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 이 부분 공소 사실 중 피고인이 자신의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다는 사실을 제외한 나머지 부분, 즉 '피해자가 성관계를 피하며 거부하자 피고인이 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 한 사실'을 충분히 인정할 수 있다.

나아가 원심이 적절하게 설시한 위 2)항의 ① ~ ④의 사정들을 더하여 보면, 피고인이 한 행동은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행에 해당하므로, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 없다.

- (1) 피해자는 2018. 6. 14. 및 2018. 6. 26. 두 차례 해바라기센터에서 진술하였는데(이 중 2018. 6. 14.에 이루어진 조사를 '1차 조사'라 하고, 2018. 6. 26.에 이루어진 조사를 '2차 조사'라 한다), 다음에서 보듯이 피해자는 2차 조사에서 피고인이 피해자의 저항을 억압하고 강제로 성관계를 시도한 사실에 관하여 상세하게 진술하였고, 진술을 회피하는 모습을 보였던 1차 조사에서도 피고인이 한 성적 행동이 피해자의 의사에 반한 것이었고 피고인이 그 과정에서 어느 정도의 유형력을 행사했다는 취지로 진술하였다.

피해자의 진술 태도, 진술 내용과 그 구체성 정도, 1차 조사와 2차 조사에서 진술이 변화된 경위와 그 원인 등을 종합해 보면, 위와 같은 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단된다.

- ① 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 호텔 방 안에 들어가서 성관계를 하자고 해서 싫다고 가려고 했는데 잡혀 버렸다. 피고인이 저를 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저에게 막 밀어 넣었다. 그래서 그때 엄청 충격적이었다. 제가 싫다고 바둥바둥 거렸더니, 피고인이 안 아프다고, 도망가지 말라고 하여서 무서웠다. 피고인이 제가 못나오도록 팔과 발을 꼭 잡았다. 그래서 그냥 포기했다. 누워 있을 때 제가 피고인을 계속 밀치고 발로 찼지만, 피고인이 저의 다리와 팔을 잡았다. '라며 피고인이 한 행동에 대하여 상세하게 진술하였다.

- ② 피해자는 1차 조사에서는 피해 사실을 적극적으로 진술하지 않고 경찰관의 질문에 대하여 마지못해 조금씩 대답하였는데, 그 과정에서도 피해자는 당시 피고인이 자신의 몸을 만지고 입술에 뽀뽀한 사실을 말하였고, '제가 방 밖으로 나갈 생각을 했는데 피고인이 나가지 못하게 벽처럼 막았다. '바지를 벗기려고 했는데 싫었다. 발버둥을 쳐도 피고인이 저보다는 셀 것이니 저는 포기했다. 저 그때 진짜 충격이었고 그때부터 진짜로 피했다. '라면서, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사한 사실을 언급하였다.

경찰의 의뢰에 따라 1차 조사 및 2차 조사에서의 피해자 진술의 신빙성을 분석한 진술분석전문가 공소외 5는 피해자의 1차 조사 진술에 관하여 경찰에 제출한 전문가의견서에서 '피해자가 조사 내내 진술에 대한 거부감을 가지고 있었다.

피해자는 기억나는 사실 중에서 진술하기 곤란한 사실에 대해서는 답변을 회피하고 답변하고 싶은 사실에 대해서만 선택적으로 진술하고 있다.

따라서 향후 피해자가 어느 정도 안정감을 되찾았을 때 피해자에 대한 추후 조사가 반드시 필요하다고 보인다.

‘라는 의견을 밝혔고, 당시 법정에 증인으로 출석하여 ‘아동의 경우에 자신이 의도하지 않게 자신이 했던 사실이 밝혀졌을 때, 거기에 대해서 자신의 책임, 자책, 죄책감 때문에 그 사실을 숨기려는 심리 상태가 작용하기도 한다.

이 사건에서 피해자가 자발적으로 밝힌 것이 아니라 다른 사건으로 인해서 밝고가 되어 경찰 조사가 들어갔기 때문에 피해자 입장에서는 굉장히 당황했을 것이라고 생각하고, 그래서 피해자가 이 상황을 어떻게 해석해야 될지 몰라서 1차 조사 때는 진술을 회피하거나 축소해서 진술하려는 경향이 있었다고 본다.

하지만 피해자가 전체적인 사건 조사과정을 이해하게 되고 심리가 안정된 상태에서 조사를 받았을 때(2차 조사를 말한다)는 오히려 심리적인 압박 없이 자연스럽게 진술했다고 생각한다.

‘, ‘피해자가 피하려고 했었고, 그런 피해자를 가해자가 잡고 움직이지 못하게 했다는 내용이 있어서 1차 조사 때에도 어느 정도 위력 행사는 있었다고 저는 생각을 했다.

‘라고 증언하였다.

이러한 피해자의 심리 상태 변화 과정을 고려할 때, 1차 조사에서 피해자가 피해 사실에 대하여 적극적으로 진술하지 않았다는 점이 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 탄핵하는 사정이 된다고 보이지는 않고, 오히려 피해자가 1차 조사에서도 피고인이 유형력을 행사해 피해자의 의사에 반한 성적 행동들을 하였다는 취지로 진술하였다는 점은 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 보강하는 정황이 된다고 보아야 한다.

(2) 피고인은 범행 이후 피해자에게 2018. 3. 31.경 “여보... 담변에 남편이랑 할 때 시러요 안 그럴거죠? ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 12.경 “도망 안가면 빨리 끝나요. 그 때 도망가구 그러니 한 시간 걸린 거지..ㅏㅏ 안 도망가면 진짜 빨리 끝나요. 원래 10분 안에 끝나는 건데 도망가니 한 시간 걸린 거지ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 14.경 “저번처럼 또 살려달라고 안 그럴거죠?? 도망은 안 갈 거죠??”라는 내용의 문자메시지를 보냈다.

이러한 문자메시지의 내용은, 앞서 본 피해자의 진술에 부합하고, ‘피해자의 동의를 얻어 성관계를 시도하였다’거나 ‘제가 3분만 성관계하자고 제안했더니 피해자가 알아서 3분 알람을 맞추었다’는 피고인의 주장과는 어긋나는 객관적인 정황이다.

(3) 피해자는 사건 직후 어머니 공소외 6에게 피고인과 주고받은 문자메시지 내용을 들킨 다음에도 피고인에게 2018. 4. 6. 15:07경 “오빠?”라는 내용의 문자메시지를 먼저 보냈고, 같은 날 15:18경에는 “몰래 만날 수 있어요.”, “괜찮아요. 들키면 혼나죠 모.”, 2018. 4. 14.에는 “성관계 14분안되요?”라는 내용의 문자메시지를 보낸 사실이 있기는 하다.

그러나 피고인과 피해자가 이 사건 발생 이후 주고받은 문자메시지 내용 전체를 살펴보면, 피해자는 대부분의 경우, 피고인이 보낸 문자메시지에 답장을 하지 않거나, ‘네’, ‘아니요’ 등의 소극적인 대답만을 하였고, 특히 피고인이 지속적으로 만남을 요구하거나 성관계를 제안하였음에도 이를 거부하는 태도를 보였다.

따라서 피해자가 피고인에게 앞서 본 바와 같은 내용의 문자메시지를 보낸 사정만으로는 피해자가 사건 당일 피고인의 성관계 시도에 동의하지 않았다는 사실이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

(4) 피고인 측과 피해자의 어머니 공소외 6이 형사합의를 하는 과정에서 ‘피고인이 “성관계를 해 볼래”라고 해서 내가 3분간만 하자고 했다.

피고인과 저는 팬티를 입고 있었는데 팬티 위로 피고인 것이 닿아서 기분이 이상하고 안 좋았는데 아프지 않았다.

피고인이 처음이냐고 물어서 처음이라고 말했더니 피고인이 바로 일어나 옷을 입었다.

1차 조사 때 사실대로 말했고, 2차 조사에서는 너무 부끄럽고 빨리 집에 가고 싶어서 인터넷으로 본 게 생각나서 그렇게 말했다.

‘라는 내용의 피해자 본인의 자필 진술서(이하 ‘이 사건 자필 진술서’라 한다)가 작성되었다.

공소외 6은 당심 법정에 증인으로 출석하여 그 작성 과정에 관하여 ‘피해자가 저에게 왜 이 사건 자필 진술서에 사실과 다르게 적냐면서 따졌다.

“이 진술서에는 그냥 놀러가기만 하고 바지만 벗겼다고 나와 있는데 (실제 피고인은) 자신의 몸에 올라탄 다음 했다”라고 피해자가 말했다.

“했다”라는 것은 벗기고 만졌다는 것이 아니라 거기에 놓였다는 것이다.

‘라는 취지로 진술하였다.

만일 피고인이 피해자의 동의하에 위와 같은 행동을 한 것이었다면 피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 위와 같이 반발하였을 것으로 보이지 않는다.

한편 공소외 6은 피해자가 1차 조사와 2차 조사에서 다르게 진술한 것과 관련하여 ‘두 번째 조사 받을 때 사실대로 진술했다고 피해자가 말했다.

‘라고 증언하였는데, 이는 피해자의 2차 조사 진술의 신빙성을 뒷받침하는 증거가 된다.

나) 강간행위가 기수에 이르렀는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자의 진술을 비롯한 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입함으로써 강간의 기수에 이르렀다는 점이 합리적인 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄로 판단하여야 하나, 원심은 이를 유죄로 인정하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(1) 피해자가 1차 조사에서 진술한 내용에는 피고인이 피해자의 음부에 성기를 삽입하였다는 내용이 없다.

즉 피해자는, “피고인이 사건 당일 어떤 행동을 했어?”라는 경찰관의 질문에 “변태”라고 대답하였고, 이에 경찰관이 “어떤 게 변태였어?”라고 묻자 ‘피고인이 몸을 만지려고 했다.

’는 취지로 답변하였다.

경찰관이 ‘몸을 만진 것 이외에 다른 이상한 행동은 없었는지’를 수차례 되물어도 ‘없었다’, ‘모르겠다’, ‘기억이 안 난다’ 등으로만 대답하였다.

피해자는 또한 ‘제가 피고인에게 기분 나쁘다고, 몸 만지지 말라고 했더니 피고인이 아무 말도 하지 않고 거기에서 나와서 함께 집에 갔다.

’라거나 ‘피고인이 바지를 벗긴 것은 생각이 나지만, 바지 벗기고 나서는 피고인이 어떤 행동을 했는지 기억이 나지 않는다.

’라거나 ‘피고인이 바지를 벗겼을 때 진짜 충격이었다.

그때부터는 진짜로 피했다.

‘라고만 진술하였을 뿐, 성기 삽입이 있었다는 취지의 진술을 하지 않았다.

(2) 피해자는 2차 조사에서 ‘피고인이 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저한테 막 밀어 넣었다.

‘저의 중요한 부분에 피고인의 중요한 부분이 들어왔다.

중요한 부분은 오줌 나오는 곳이다.

‘(피고인의 성기가 들어올 때) 아팠다.

‘라는 취지로 진술하기는 하였다.

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피해자의 위 진술들만으로는 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부 부위에 닿게 한 것을 넘어서서, 이를 삽입하였다고까지 인정하기는 어려워 보인다.

① 피해자는 사건 발생 당시 만 10세에 불과한 아동으로서 어휘력 및 표현방법이 미숙할 수밖에 없다.

그런데 1, 2차 조사에서의 피해자의 진술 내용과 진술 태도, 그 조사과정에서 드러나는 피해자의 언어적 이해력과 세부적인 표현력 등을 고려해 보면, 피해자가 사용한 ‘밀어 넣었다’ 내지 ‘들어왔다’ 등의 표현이 단순하게 피고인이 피해자의 음부에 자신의 성기를 가져다 대면서 성관계를 시도한 행위만을 의미하는 것인지, 아니면 더 나아가 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입한 행위까지도 포함하는 것인지 불분명하다.

② 진술분석전문가 공소외 5가 피해자의 2차 조사 진술 내용의 신빙성을 분석하여 경찰에 제출한 전문가의견서의 ‘종합의견’란에는 ‘가해자와 함께 호텔에 갔고 그곳에서 가해자가 피해자에게 성기 삽입을 시도하였다고 하는 피해자의 진술은 신빙성이 있다.

‘고 기재되어 있는데, 원심은 이와 관련하여 ‘위 기재는 단순히 피해자의 진술을 요약하면서 “성기 삽입 시도”라고 표현한 것에 불과하고 성기 삽입 사실에 관한 피해자의 진술의 신빙성을 배척하는 취지가 아니다.

‘라고 판단하였다.

그러나 공소외 5는 당시 법정에서 증인으로 출석하여 ‘피고인의 성기가 삽입되었는지 여부에 관한 피해자의 진술은 정확하지 않아서 그 진술의 신빙성을 판단할 수 없었다.

하지만 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 성기에 접촉하려고 했다는 사실에 대해서는 피해자가 구체적으로 진술하고 있었다.

제가 알 수 없는 부분에 대해서는 말하기가 어려웠으므로 삽입 시도가 있었다는 정도로만 분석하였다.

‘“(피고인의 성기가 피해자의 성기에 들어올 때) 어떤 느낌, 아프지 않았어?”라는 질문이 있는데, 이는 피해자의 지적 능력상 유도하거나 암시적인 질문이 될 수 있기 때문에 바람직하지 않다.

저는 이 질문과 답변(이에 대하여 피해자는 “아팠어요.”라고 답변하였다)에 대해서 문제가 있다고 판단했다.

‘고 증언하여, 삽입이 이루어졌다는 점에 부합하는 피해자 진술의 신빙성을 인정할 수 없었음을 분명히 밝혔다.

피해자의 위 ‘아팠어요.’라는 답변과 관련하여, 피해자는 당초 위와 같이 진술하기에 앞서 ‘이상한 느낌이 들었다.

‘라고만 진술하였을 뿐이고, 이에 경찰관이 ‘아프지는 않았어?’라고 묻자 비로소 아팠다고 대답한 것이어서, 공소외 5의 위와 같은 분석은 타당하다고 판단된다.

(3) 전남아동보호전문기관 직원 공소외 7이 2018. 6. 20.경 피해자에 대한 현장조사를 마친 이후 작성한 사례개요서에는 '피해자가 뿌리치고 발버둥 치면 더 아팠기 때문에 어쩔 수 없이 성기를 넣는 성관계를 했다고 함.'이라고 기재되어 있고, 피해자의 어머니 공소외 6은 앞서 본 바와 같이 당심에서 '피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 저에게 당시 피고인이 피해자의 몸에 올라탄 후 넣었다고 말해 주었다'라는 취지로 진술한 사실이 있기는 하다.

그러나 이는 모두 공소외 7과 공소외 6이 피해자로부터 전해 들었다는 내용이고, 어린 나이로서 어휘력과 표현력이 미숙한 피해자가 위와 같은 '넣었다'라고 표현한 것이 피고인의 성기가 피해자의 음부에 삽입되었음을 의미하는 것이라고 단정할 수 없다.

(4) 의사 공소외 8이 2018. 6. 28.경 작성한 피해자에 대한 진단서에는 '외음부 시진상 처녀막 수상이 관찰된다.

'라고 기재되어 있고, 피고인 및 피해자의 진술에 의하면 피해자는 이 사건이 있기 전까지 성경험이 없었던 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 진단서는 이 사건 발생 후 약 세 달 후에 작성된 것일 뿐만 아니라, 위 진단서에는 상처의 구체적인 위치, 형상, 정도 등에 관한 아무런 기재가 없어, 위 상처가 강제적인 성기 삽입에 의한 것이라고 볼 만한 근거로는 부족하다.

오히려 피해자는 1차 조사에서 '당시 아팠는지는 잘 기억나지 않는다.

', 2차 조사에서 '피 나지 않았다.

;', '오줌 똥을 때 아팠는지는 잘 모르겠다.

'는 취지로 진술하였는바, 피고인의 성기 삽입으로 인하여 피해자의 처녀막에 위와 같은 상처가 난 것이라고 단정할 수 없다.

다) 축소사실의 인정

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 것보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실에 관하여 판단할 수 있다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009도9122 판결 등 참조). 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하지는 못하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄가 기수에 이르렀다고 볼 수는 없지만, 앞서 본 바와 같이 피고인이 성관계를 하기 위해 피해자에게 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 가함으로써 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 실행을 착수하였다고 인정되고, 이 사건의 심리 경과에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실을 그 미수죄로 공소사실을 변경하여 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지는 않으므로, 공소장변경 절차 없이 직권으로 위 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실을 인정하기로 한다.

그런데 위와 같이 직권으로 인정하는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실과 나머지 원심 판시 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분은 그 전부가 그대로 유지될 수 없게 되었다.

라. 피고인의 부착명령 부당 주장에 대하여

원심은 ① 피고인은 만 12세인 피해자 공소외 2와 만 10세인 피해자 공소외 3 등 13세 미만 미성년자들에게 반복적으로 성폭력범행을 저지른 점, ② 피고인은 2017년 12월경부터 2018년 5월경까지 자신의 성적 욕망을 충족시키기 위하여 모바일 게임을 하면서 알게 된 피해자들에게 성적 수치심을 일으키는 내용의 문자메시지를 반복적으로 보냈던 점, ③ 인근 주민이 우연히 피고인과 피해자 공소외 1가 버스정류장에 함께 있는 모습을 보고 의심스러워서 경찰에 신고하지 않았더라면, 피고인은 불특정 다수의 미성년자를 대상으로 한 성폭력범죄를 계속 저질렀을 가능성이 매우 크다고 보이는 점, ④ 어린 나이의 피해자들이 무방비하게 피고인과 문자메시지를 주고받는 과정에서 피해자들의 주소 등 개인정보가 피고인에게 노출되었고, 그로 인하여 일부 피해자들 및 피해자들의 가족들이 추가 피해를 우려하면서 피고인의 접근금지 등의 조치를 원하고 있는 점, ⑤ 피고인에 대한 '한국 성범죄자 위험성 평가척도'(KSORAS) 평가 결과 총점 13점으로 성범죄 재범위험성이 '높음' 수준에 해당하고, '정신병질자 선별도구'(PCL-R) 평가 결과 총점 11점으로 정신병질적 성격 특성에 의한 재범위험성은 '중간' 수준에 해당하는 점 등의 논거를 들어, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 판단하고, 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 논거들은 모두 타당하고, 비록 피고인이 이 사건 이전에는 형사처벌을 받은 전력이 없다는 점과 피해자 공소외 3에 대하여 원심과 달리 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 미수죄를 인정하는 점을 감안하더라도, 피고인이 저지른 성폭력범죄 및 성범죄의 횟수, 범행기간 및 수법, 피해자 수와 피해자들 외에 피고인이 범행 대상으로 물색하였던 아동 또는 미성년자의 수 등을 원심의 위 논거들과 함께 고려해 보면, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 인정한 원심의 판단은 옳고, 거기에 부착명령 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. 그리고 원심이 정한 부착기간(20년)은 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항(단서 포함) 제1호에서 규정한 부착기간의 하한이므로 위 부착기간이 길어 부당하다고 볼 수도 없다.

결국 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결에는 피고사건 부분 및 부착명령청구사건 부분 모두 앞에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점에 관한 피고인의 사실오인 주장은 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형 부당 주장, 피고인의 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당 주장에 관한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라 한다.

)

1) 피고사건 부분

가) 법리오해

(1) 위법수집증거 배제 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2, 4항)

수사기관이 피고인 소유의 휴대전화를 긴급압수한 뒤 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 압수·수색영장'이라 한다)은, 피해자 공소외 1에 대한 범행의 증거를 수집하기 위한 범위 내에서만 유효하다.

따라서 위 휴대전화에 대한 디지털증거분석에 따라 취득한 자료들 중 피해자 공소외 2, 공소외 3(가명), 공소외 4와 관련된 자료들(이하 '이 사건 추가 자료들'이라 한다)은 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 수집된 것으로서 위법수집증거에 해당하고, 이 사건 추가 자료들을 기초로 획득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술도 위법수집증거에 기초한 2차 증거로서 모두 증거능력이 없다.

그런데도 원심은 이 사건 추가 자료들 및 위 2차 증거들의 증거능력을 모두 인정하여 이를 이 부분 각 공소사실에 관한 유죄의 증거로 사용하였으므로, 원심판결에는 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 실행 미착수 주장[원심 판시 범죄사실 제2. 가. 2)항 및 제3. 가항]

피고인이 이 부분 각 공소사실과 같이 문자메시지를 보내 위 피해자들을 그들의 집 밖으로 불러낸 후 패스트푸드 점이나 버스정류장으로 데려간 것만으로는 간음유인의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

그런데도 이 부분 각 공소사실을 간음유인미수죄로 인정한 원심판결에는 간음유인죄에서의 실행의 착수시기에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 사실오인[피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점(원심 판시 범죄사실 제2. 나항)]

피고인이 피해자 공소외 3에 대하여 성관계를 시도한 사실은 인정하나, 이에 대한 피해자 공소외 3의 동의가 있었던 것이고, 피고인은 그에게 폭행이나 협박을 행사한 사실이 없으며, 또한 피고인은 그의 팬티 바깥에서 그의 음부 부위에 피고인의 성기를 가져다 대었을 뿐이고, 피해자 공소외 3으로부터 첫 성경험이라는 말을 듣고 나서는 성관계 시도를 멈추었으며 더 이상의 행위로 나아가지 않았다.

그런데도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인의 잘못이 있다.

다) 양형 부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 10년)은 너무 무거워서 부당하다.

라) 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당

피고인의 신상정보를 공개·고지하거나 취업을 제한하여서는 안 되는 특별한 사정이 있는데도 원심이 10년간 신상정보의 공개·고지와 5년간 아동·청소년 관련기관 등에 대한 취업제한을 명한 것은 부당하고, 신상정보 등록기간을 단축하지 않은 것도 부당하다.

2) 부착명령청구사건 부분

원심이 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명한 것은 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해

(피고사건의 이유무죄 부분)

피고인은 간음할 목적으로 피해자 공소외 3, 공소외 1에게 호감을 표시하면서 위 피해자들을 집밖으로 불러낸 다음, 피해자 공소외 3을 패스트푸드점으로, 피해자 공소외 1을 버스정류장으로 데리고 갔다.

이처럼 피고인은 위 피해자들을 보호감독자로부터 이탈시켰고 결국 피고인이 의도한 장소로 위 피해자들을 이동하게 하였으므로 이로써 간음유인죄는 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 이를 각 간음유인미수죄로만 인정하고, 각 간음유인 기수의 공소사실에 대해서는 판결이유에서 각 무죄로 판단하고 말았으니, 원심판결에는 법리오해의 잘못이 있다.

2) 양형 부당

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

피고인과 검사의 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

가. 피고사건 부분

2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되기 전의 장애인복지법 제59조의3 제1항은 아동·청소년 대상 성범죄 또는 성인 대상 성범죄(이하 모두 가리켜 '성범죄'라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 예외 없이 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 규정하면서 그 운영, 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없는 기간(이하 '취업제한기간'이라 한다)을 확실히 10년으로 규정하였다.

그런데 2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정된 장애인복지법은, 법원으로 하여금 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 10년을 초과하지 않는 기간을 취업제한기간으로 정하여 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 '취업제한명령'이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하도록 하고, 다만 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우나 그 밖에 취업을 제한해서는 안 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 않을 수 있도록 하였다(제59조의3 제1항, 제2항). 위 개정조항은 2019. 6. 12.부터 시행되었는데, 장애인복지법 부칙(2018. 12. 11. 법률 제15904호) 제2조는 "제59조의3의 개정규정은 이 법 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다.

"라고 규정하여 위 시행일 이전에 범해진 성범죄도 취업제한명령의 대상이 되도록 하였다.

원심판결 선고 후 위와 같이 개정된 장애인복지법이 시행됨으로 인하여, 이 법원은 성범죄가 포함된 피고사건에 대하여 형을 선고하면서, 개정된 장애인복지법 제59조의3 제1항에 따라 취업제한기간을 정하여 취업제한명령을 동시에 선고할지 여부를 심리하여 심판할 필요가 생겼다.

취업제한명령에 대한 판결 부분은 성범죄 사건의 유죄판결과 동시에 선고하는 부수처분으로서 피고인에 대하여 장애인복지법에 따른 취업제한명령을 새로 부과하기 위해서는 원심판결의 나머지 피고사건 부분에 위법이 없더라도 피고사건 전부를 파기할 수밖에 없으므로 원심판결 중 피고사건 부분은 전부가 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 부작명령청구사건 부분

특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제5항에 의하면, 부작명령청구사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하는 경우에는 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분도 함께 파기하여야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도 453, 2011전도12 판결 등 참조).

다.

소결

원심판결은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기 사유가 있어도, 피고인의 법리오해, 사실오인, 부작명령 부당 주장과 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래 제3항에서 이를 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 법리오해 주장 중 위법수집증거 배제 주장에 대하여

1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은 피고인에 대한 수사가 착수된 경위, 피고인의 휴대전화가 압수되고 그에 대하여 이 사건 압수·수색 영장이 발부된 경위와 그 영장의 내용 등에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에 대한 간음유인, 간음유인미수, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)의 각 범행(이하 '이 사건 각 추가 범행'이라 한다)은, 이 사건 압수·수색영장에 명시적으로 기재된 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 간음유인죄 및 위 영장의 혐의사실에 포함된 것으로 볼 수 있는 피해자 공소외 1에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)죄와 그 죄명, 적용 법령, 범행 동기와 경위, 범행 수법과 도구가 모두 동일하고, 범행 대상이 미성년자들이라는 점에서 유사하여, 동종·유사 범행에 해당하는 점, ② 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 위 각 죄를 증명하기 위해서는 피고인에게 주관적으로 '간음할 목적(형법 제288조 제1항)' 또는 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조)'이 있었음을 증명할 필요가 있는데, 이 사건 추가 자료들은 이를 증명하기 위한 중요한 간접증거 내지 정황 증거에 해당하기 때문에, 이 사건 각 추가 범행은 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실과 구체적이고 개별적 연관관계가 있는 점 등의 이유를 들어, 수사기관이 이 사건 압수·수색영장에 기하여 이 사건 추가 자료들을 압수한 것은 적법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 이 사건 추가 자료들이 적법하게 압수된 이상 이를 압수의 전제가 된 범죄뿐 아니라 다른 범죄에 대한 증거로도 특별한 제한 없이 사용할 수 있기 때문에, 이를 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실이나 이 사건 각 추가 범행 외에도 피해자 공소외 2에 대한 미성년자의제강간죄와 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 증거로도 적법하게 사용할 수 있다고 보았다.

그 결과 원심은 이 사건 추가 자료들과 이에 기초하여 취득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술은 위법수집증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

2) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 피고인과 검사의 각 법리오해 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피해자 공소외 3에 대한 간음유인

피고인은 2018. 4. 6.경부터 2018. 4. 14.경 사이에 불상지에서, 피해자에게 “오빠랑 한번만 성관계해요, 빨리 성관계 연습 끝내구 남편이랑 마니 놀아요, 이번에 제대루 하구 그 뒤론 하지마요, 여보가 먼저 성관계 하자구 할때까지 기다릴게요”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자와 재차 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 4. 14. 10:30경 ○○시에 있는 피해자의 주거지 근처 놀이터로 피해자를 불러낸 후 근처 패스트푸드점으로 데리고 들어갔다.

이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

나) 피해자 공소외 1에 대한 간음유인

피고인은 2018. 5. 6.경 불상지에서, 모바일 게임 내 채팅으로 알게 된 피해자 공소외 1(여, 10세)에게 접근하여 카카오톡 메신저로 피해자에게 “오빠가 공소외 1 만나서 밥한번 사줄게요, 오빠랑 만나서 노는거 어때요?, 공소외 1 빨리 만나보고 싶네요, 마니 좋아해서 그러는 거 알죠?”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자에게 접근하여 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 5. 7. 10:47경 부천시 (주소 생략), ‘양푼김치찌개’ 앞 노상으로 피해자를 불러낸 후 숙박업소 등으로 이동하기 위해 인근 버스정류장까지 데리고 갔다. 이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

2) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 증거들에 의하여 피고인이 위 각 공소사실 기재와 같은 문자메시지를 보냄으로써 미성년자인 위 피해자들에게 주거지 밖에서 만나자고 유혹한 사실을 인정한 다음, 피고인이 기존의 생활관계 및 보호관계로부터 이탈시킬 의도로 위와 같이 위 피해자들을 유혹한 이상 간음유인죄의 실행의 착수가 있다고 판단하였다.

그러나 원심은 아래 ① ~ ⑤의 사정들을 근거로, 피고인이 위 피해자들을 피고인의 물리적·실력적인 지배하에 두었다고 인정되지는 않는다고 보아 위 피해자들에 대한 간음유인이 기수에 이르지 않는다고 판단하였다.

① 피고인은 당초부터 위 피해자들을 간음하려는 목적으로 위 피해자들을 만나면 숙박업소로 데리고 갈 생각이었으나, 아래 ②, ③과 같이 실제로 위 피해자들을 숙박업소로 데리고 가지는 못했다.

② 피고인은 2018. 4. 14. 피해자 공소외 3을 위 피해자의 주거지 근처에 있는 놀이터에서 만났다.

그런데 피해자 공소외 3이 위 놀이터에서 피고인의 입맞춤을 거부하고, 비가 와서 집에 가야 한다고 말하자, 피고인은 피해자 공소외 3을 위 놀이터 인근의 패스트푸드점에 데리고 가서 햄버거를 사준 다음 그대로 그의 주거지까지 데려다 주었다.

③ 피고인은 2018. 5. 7. 피해자 공소외 1와 함께 부천시 (주소 생략) 인근 버스정류장에서 버스를 기다리던 중 인근 주민이 피해자 공소외 1에게 피고인과의 관계를 물어보자 그 자리를 떠났다.

그 후 피고인은 다시 피해자 공소외 1에게 연락을 취했으나 그가 피고인과 만나지 않겠다고 하여 그대로 귀가하였다.

④ 피고인과 위 피해자들이 위 패스트푸드점 또는 버스정류장까지 이동하는 과정에서 피고인이 위 피해자들에게 폭력을 행사하거나 위협을 가한 정황은 확인되지 않고, 위 피해자들이 자발적으로 피고인과 함께 이동한 것으로 보인다.

⑤ 피고인이 위 피해자들과 함께 있었던 장소인 위 패스트푸드점과 버스정류장은 다수의 사람들이 자유롭게 드나들거나 사용하는 곳이었다.

피고인이 위 각 장소에서 강제로 위 피해자들의 언행이나 장소이동을 제한하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다.

3) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 위 피해자들에 대한 각 간음유인이 그 실행의 착수는 있었지만 기수에는 이르지 않았다고 보아 피해자들에 대한 각 간음유인미수죄만이 성립한다고 판단한 것은 옳고, 거기에 피고인이나 검사가 지적하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

이 부분 피고인 및 검사의 주장은 모두 이유 없다.

다.

피고인의 사실오인 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 3. 31. 13:30경에서 같은 날 18:00경 사이 △△역 근처에 있는 상호불상의 숙박업소에서, 피해자 공소외 3(가명, 여, 10세, 이하 위 다항에서는 '피해자'라고만 한다)에게 키스를 하고 그곳 침대 위에 피해자를 눕힌 뒤 피해자와 성관계를 가지고자 하였으나 피해자가 이를 피하며 거부하자 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여 1회 간음하였다.

이로써 피고인은 13세 미만 미성년자인 피해자를 강간하였다.

2) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 그 판시와 같은 이유로 신빙할 수 있다고 판단한 다음, 피해자 진술과 문자메시지 내용 등에 의하면 피고인이 2018. 3. 31.경 피해자를 침대에 눕히고 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗긴 다음 손으로 피해자의 어깨를 잡아 누르는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압하고 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 간음한 사실 및 피해자는 범행 과정에서 피고인에게 싫다고 거부의 의사를 표시하면서 발버둥을 치거나 피고인을 밀치는 등 저항을 하였으나 피고인이 힘으로 피해자의 저항을 제압한 사실이 인정된다고 판단하였다.

나아가 원심은 ① 피고인은 키 180cm 이상의 건장한 체격인 성인 남성인 반면, 피해자는 만 10세에 불과한 작은 체격의 아동으로서 그 체격과 힘의 차이가 컸기 때문에 피해자로서는 물리적으로 피고인의 행동을 저지할 수 없었던 점, ② 당시 피해자는 자신의 주거지로부터 상당히 떨어진 숙박업소의 객실 안에서 피고인과 단 둘이 있었고, 피고인의 강제력에 대항할 수단도 없었으므로, 심리적으로 상당히 위축된 상태였을 것으로 보이는 점, ③ 피해자는 성적 지식이 부족한 상태였음에도 이 사건으로 상당한 정신적 충격을 받아 그 후 다시 성관계를 요구하는 피고인을 피하려고 상당히 노력했던 점, ④ 그 밖에 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 발생 당시 피고인의 행동이 피해자에게 미칠 수 있

는 심리적 압박의 내용과 정도, 이 사건 발생 전·후 피해자의 심리상태 등에 비추어 보면, 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 강제로 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 어깨를 잡는 등의 행위를 한 것은 강간죄의 구성요건인 폭행에 해당한다고 판단하였고, 그 결과 피고인이 13세 미만의 피해자를 강간하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3) 이 법원의 판단

가) 피고인이 폭행·협박을 행사했는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 이 부분 공소사실 중 피고인이 자신의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다는 사실을 제외한 나머지 부분, 즉 '피해자가 성관계를 피하며 거부하자 피고인이 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 한 사실'을 충분히 인정할 수 있다.

나아가 원심이 적절하게 설시한 위 2)항의 ① ~ ④의 사정들을 더하여 보면, 피고인이 한 행동은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행에 해당하므로, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(1) 피해자는 2018. 6. 14. 및 2018. 6. 26. 두 차례 해바라기센터에서 진술하였는데(이 중 2018. 6. 14.에 이루어진 조사를 '1차 조사'라 하고, 2018. 6. 26.에 이루어진 조사를 '2차 조사'라 한다), 다음에서 보듯이 피해자는 2차 조사에서 피고인이 피해자의 저항을 억압하고 강제로 성관계를 시도한 사실에 관하여 상세하게 진술하였고, 진술을 회피하는 모습을 보였던 1차 조사에서도 피고인이 한 성적 행동이 피해자의 의사에 반한 것이었고 피고인이 그 과정에서 어느 정도의 유형력을 행사했다는 취지로 진술하였다.

피해자의 진술 태도, 진술 내용과 그 구체성 정도, 1차 조사와 2차 조사에서 진술이 변화된 경위와 그 원인 등을 종합해 보면, 위와 같은 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단된다.

① 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 호텔 방 안에 들어가서 성관계를 하자고 해서 싫다고 가려고 했는데 잡혀 버렸다. 피고인이 저를 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저에게 막 밀어 넣었다.'
'그래서 그때 엄청 충격적이었다.
제가 싫다고 바둥바둥 거렸더니, 피고인이 안 아프다고, 도망가지 말라고 하여서 무서웠다.
피고인이 제가 못나오도록 팔과 발을 꼭 잡았다.
그래서 그냥 포기했다.
누워 있을 때 제가 피고인을 계속 밀치고 발로 찼지만, 피고인이 저의 다리와 팔을 잡았다.
'라며 피고인이 한 행동에 대하여 상세하게 진술하였다.

② 피해자는 1차 조사에서는 피해 사실을 적극적으로 진술하지 않고 경찰관의 질문에 대하여 마지못해 조금씩 대답하였는데, 그 과정에서도 피해자는 당시 피고인이 자신의 몸을 만지고 입술에 뽀뽀한 사실을 말하였고, '제가 방 밖으로 나갈 생각을 했는데 피고인이 나가지 못하게 벽처럼 막았다.'
'바지를 벗기려고 했는데 싫었다.'

발버둥을 쳐도 피고인이 저보다는 셀 것이니 저는 포기했다.

저 그때 진짜 충격이었고 그때부터 진짜로 피했다.

‘라면서, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사한 사실을 언급하였다.

경찰의 의뢰에 따라 1차 조사 및 2차 조사에서의 피해자 진술의 신빙성을 분석한 진술분석전문가 공소외 5는 피해자의 1차 조사 진술에 관하여 경찰에 제출한 전문가의견서에서 ‘피해자가 조사 내내 진술에 대한 거부감을 가지고 있었다.

피해자는 기억나는 사실 중에서 진술하기 곤란한 사실에 대해서는 답변을 회피하고 답변하고 싶은 사실에 대해서만 선택적으로 진술하고 있다.

따라서 향후 피해자가 어느 정도 안정감을 되찾았을 때 피해자에 대한 추후 조사가 반드시 필요하다고 보인다.

‘라는 의견을 밝혔고, 당시 법정에서 증인으로 출석하여 ‘아동의 경우에 자신이 의도하지 않게 자신이 했던 사실이 밝혀졌을 때, 거기에 대해서 자신의 책임, 자책, 죄책감 때문에 그 사실을 숨기려는 심리 상태가 작용하기도 한다.

이 사건에서 피해자가 자발적으로 밝힌 것이 아니라 다른 사건으로 인해서 밝고 되어 경찰 조사가 들어갔기 때문에 피해자 입장에서는 굉장히 당황했을 것이라고 생각하고, 그래서 피해자가 이 상황을 어떻게 해석해야 될지 몰라서 1차 조사 때는 진술을 회피하거나 축소해서 진술하려는 경향이 있었다고 본다.

하지만 피해자가 전체적인 사건 조사과정을 이해하게 되고 심리가 안정된 상태에서 조사를 받았을 때(2차 조사를 말한다)는 오히려 심리적인 압박 없이 자연스럽게 진술했다고 생각한다.

‘, ‘피해자가 피하려고 했었고, 그런 피해자를 가해자가 잡고 움직이지 못하게 했다는 내용이 있어서 1차 조사 때에도 어느 정도 위력 행사는 있었다고 저는 생각을 했다.

‘라고 증언하였다.

이러한 피해자의 심리 상태 변화 과정을 고려할 때, 1차 조사에서 피해자가 피해 사실에 대하여 적극적으로 진술하지 않았다는 점이 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 탄핵하는 사정이 된다고 보이지는 않고, 오히려 피해자가 1차 조사에서도 피고인이 유형력을 행사해 피해자의 의사에 반한 성적 행동들을 하였다는 취지로 진술하였다는 점은 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 보강하는 정황이 된다고 보아야 한다.

(2) 피고인은 범행 이후 피해자에게 2018. 3. 31.경 “여보... 담번에 남편이랑 할 때 시러요 안 그럴거죠? ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 12.경 “도망 안가면 빨리 끝나요. 그 때 도망가구 그러니 한 시간 걸린 거지..ㅏㅏ 안 도망가면 진짜 빨리 끝나요. 원래 10분 안에 끝나는 건데 도망가니 한 시간 걸린 거지ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 14.경 “저번처럼 또 살려달라고 안 그럴거죠?? 도망은 안 갈 거죠??”라는 내용의 문자메시지를 보냈다.

이러한 문자메시지의 내용은, 앞서 본 피해자의 진술에 부합하고, ‘피해자의 동의를 얻어 성관계를 시도하였다’거나 ‘제가 3분만 성관계하자고 제안했더니 피해자가 알아서 3분 알람을 맞추었다’는 피고인의 주장과는 어긋나는 객관적인 정황이다.

(3) 피해자는 사건 직후 어머니 공소외 6에게 피고인과 주고받은 문자메시지 내용을 들킨 다음에도 피고인에게 2018. 4. 6. 15:07경 “오빠?”라는 내용의 문자메시지를 먼저 보냈고, 같은 날 15:18경에는 “몰래 만날 수 있어요.”, “괜찮아요. 들키면 혼나죠 모.”, 2018. 4. 14.에는 “성관계 14분안되요?”라는 내용의 문자메시지를 보낸 사실이 있기는 하다.

그러나 피고인과 피해자가 이 사건 발생 이후 주고받은 문자메시지 내용 전체를 살펴보면, 피해자는 대부분의 경우, 피고인이 보낸 문자메시지에 답장을 하지 않거나, ‘네’, ‘아니요’ 등의 소극적인 대답만을 하였고, 특히 피고인이 지

속적으로 만남을 요구하거나 성관계를 제안하였음에도 이를 거부하는 태도를 보였다.

따라서 피해자가 피고인에게 앞서 본 바와 같은 내용의 문자메시지를 보낸 사정만으로는 피해자가 사건 당일 피고인의 성관계 시도에 동의하지 않았다는 사실이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

- (4) 피고인 측과 피해자의 어머니 공소외 6이 형사합의를 하는 과정에서 '피고인이 "성관계를 해 볼래"라고 해서 내가 3분간만 하자고 했다.

피고인과 저는 팬티를 입고 있었는데 팬티 위로 피고인 것이 닿아서 기분이 이상하고 안 좋았는데 아프지 않았다.

피고인이 처음이냐고 물어서 처음이라고 말했더니 피고인이 바로 일어나 옷을 입었다.

1차 조사 때 사실대로 말했고, 2차 조사에서는 너무 부끄럽고 빨리 집에 가고 싶어서 인터넷으로 본 게 생각나서 그렇게 말했다.

'라는 내용의 피해자 본인의 자필 진술서(이하 '이 사건 자필 진술서'라 한다)가 작성되었다.

공소외 6은 당심 법정에 증인으로 출석하여 그 작성 과정에 관하여 '피해자가 저에게 왜 이 사건 자필 진술서에 사실과 다르게 적냐면서 따졌다.

"이 진술서에는 그냥 놀러가기만 하고 바지만 벗겼다고 나와 있는데 (실제 피고인은) 자신의 몸에 올라탄 다음 했다"라고 피해자가 말했다.

"했다"라는 것은 벗기고 만졌다는 것이 아니라 거기에 넣었다는 것이다.

'라는 취지로 진술하였다.

만일 피고인이 피해자의 동의하에 위와 같은 행동을 한 것이었다면 피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 위와 같이 반발하였을 것으로 보이지 않는다.

한편 공소외 6은 피해자가 1차 조사와 2차 조사에서 다르게 진술한 것과 관련하여 '두 번째 조사 받을 때 사실대로 진술했다고 피해자가 말했다.

'라고 증언하였는데, 이는 피해자의 2차 조사 진술의 신빙성을 뒷받침하는 증거가 된다.

나) 강간행위가 기수에 이르렀는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자의 진술을 비롯한 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입함으로써 강간의 기수에 이르렀다는 점이 합리적인 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄로 판단하여야 하나, 원심은 이를 유죄로 인정하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- (1) 피해자가 1차 조사에서 진술한 내용에는 피고인이 피해자의 음부에 성기를 삽입하였다는 내용이 없다.

즉 피해자는, "피고인이 사건 당일 어떤 행동을 했어?"라는 경찰관의 질문에 "변태"라고 대답하였고, 이에 경찰관이 "어떤 게 변태였어?"라고 묻자 '피고인이 몸을 만지려고 했다.

'는 취지로 답변하였다.

경찰관이 '몸을 만진 것 이외에 다른 이상한 행동은 없었는지'를 수차례 되물어도 '없었다', '모르겠다', '기억이 안 난다' 등으로만 대답하였다.

피해자는 또한 '제가 피고인에게 기분 나쁘다고, 몸 만지지 말라고 했더니 피고인이 아무 말도 하지 않고 거기에서 나와서 함께 집에 갔다.

'라거나 '피고인이 바지를 벗긴 것은 생각이 나지만, 바지 벗기고 나서는 피고인이 어떤 행동을 했는지 기억이 나지 않는다.

'라거나 '피고인이 바지를 벗겼을 때 진짜 충격이었다.

그때부터는 진짜로 피했다.

'라고만 진술하였을 뿐, 성기 삽입이 있었다는 취지의 진술을 하지 않았다.

(2) 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저한테 막 밀어 넣었다.

','저의 중요한 부분에 피고인의 중요한 부분이 들어왔다.

중요한 부분은 오줌 나오는 곳이다.

','(피고인의 성기가 들어올 때) 아팠다.

'라는 취지로 진술하기는 하였다.

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피해자의 위 진술들만으로는 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부 부위에 닿게 한 것을 넘어서서, 이를 삽입하였다고까지 인정하기는 어려워 보인다.

① 피해자는 사건 발생 당시 만 10세에 불과한 아동으로서 어휘력 및 표현방법이 미숙할 수밖에 없다.

그런데 1, 2차 조사에서의 피해자의 진술 내용과 진술 태도, 그 조사과정에서 드러나는 피해자의 언어적 이해력과 세부적인 표현력 등을 고려해 보면, 피해자가 사용한 '밀어 넣었다' 내지 '들어왔다' 등의 표현이 단순하게 피고인이 피해자의 음부에 자신의 성기를 가져다 대면서 성관계를 시도한 행위만을 의미하는 것인지, 아니면 더 나아가 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입한 행위까지도 포함하는 것인지 불분명하다.

② 진술분석전문가 공소외 5가 피해자의 2차 조사 진술 내용의 신빙성을 분석하여 경찰에 제출한 전문가의견서의 '종합의견'란에는 '가해자와 함께 호텔에 갔고 그곳에서 가해자가 피해자에게 성기 삽입을 시도하였다고 하는 피해자의 진술은 신빙성이 있다.

'고 기재되어 있는데, 원심은 이와 관련하여 '위 기재는 단순히 피해자의 진술을 요약하면서 "성기 삽입 시도"라고 표현한 것에 불과하고 성기 삽입 사실에 관한 피해자의 진술의 신빙성을 배척하는 취지가 아니다.

'라고 판단하였다.

그러나 공소외 5는 당심 법정에 증인으로 출석하여 '피고인의 성기가 삽입되었는지 여부에 관한 피해자의 진술은 정확하지 않아서 그 진술의 신빙성을 판단할 수 없었다.

하지만 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 성기에 접촉하려고 했다는 사실에 대해서는 피해자가 구체적으로 진술하고 있었다.

제가 알 수 없는 부분에 대해서는 말하기가 어려웠으므로 삽입 시도가 있었다는 정도로만 분석하였다.

','(피고인의 성기가 피해자의 성기에 들어올 때) 어떤 느낌, 아프지 않았어?"라는 질문이 있는데, 이는 피해자의 지적 능력상 유도하거나 암시적인 질문이 될 수 있기 때문에 바람직하지 않다.

저는 이 질문과 답변(이에 대하여 피해자는 "아팠어요."라고 답변하였다)에 대해서 문제가 있다고 판단했다.

'고 증언하여, 삽입이 이루어졌다는 점에 부합하는 피해자 진술의 신빙성을 인정할 수 없었음을 분명히 밝혔다.

피해자의 위 '아팠어요.'라는 답변과 관련하여, 피해자는 당초 위와 같이 진술하기에 앞서 '이상한 느낌이 들었다.

'라고만 진술하였을 뿐이고, 이에 경찰관이 '아프지는 않았어?'라고 묻자 비로소 아팠다고 대답한 것이어서, 공소외 5의 위와 같은 분석은 타당하다고 판단된다.

- (3) 전남아동보호전문기관 직원 공소외 7이 2018. 6. 20.경 피해자에 대한 현장조사를 마친 이후 작성한 사례개요서에는 '피해자가 뿌리치고 발버둥 치면 더 아팠기 때문에 어쩔 수 없이 성기를 넣는 성관계를 했다고 함.'이라고 기재되어 있고, 피해자의 어머니 공소외 6은 앞서 본 바와 같이 당심에서 '피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 저에게 당시 피고인이 피해자의 몸에 올라탄 후 넣었다고 말해 주었다'라는 취지로 진술한 사실이 있기는 하다.

그러나 이는 모두 공소외 7과 공소외 6이 피해자로부터 전해 들었다는 내용이고, 어린 나이로서 어휘력과 표현력이 미숙한 피해자가 위와 같은 '넣었다'라고 표현한 것이 피고인의 성기가 피해자의 음부에 삽입되었음을 의미하는 것이라고 단정할 수 없다.

- (4) 의사 공소외 8이 2018. 6. 28.경 작성한 피해자에 대한 진단서에는 '외음부 시진상 처녀막 수상이 관찰된다.

'라고 기재되어 있고, 피고인 및 피해자의 진술에 의하면 피해자는 이 사건이 있기 전까지 성경험이 없었던 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 진단서는 이 사건 발생 후 약 세 달 후에 작성된 것일 뿐만 아니라, 위 진단서에는 상처의 구체적인 위치, 형상, 정도 등에 관한 아무런 기재가 없어, 위 상처가 강제적인 성기 삽입에 의한 것이라고 볼 만한 근거로는 부족하다.

오히려 피해자는 1차 조사에서 '당시 아팠는지는 잘 기억나지 않는다.

', 2차 조사에서 '피 나지 않았다.

', '오줌 샀을 때 아팠는지는 잘 모르겠다.

'는 취지로 진술하였는바, 피고인의 성기 삽입으로 인하여 피해자의 처녀막에 위와 같은 상처가 난 것이라고 단정할 수 없다.

다) 축소사실의 인정

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 것보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실에 관하여 판단할 수 있다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009도9122 판결 등 참조). 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하지는 못하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄가 기수에 이르렀다고 볼 수는 없지만, 앞서 본 바와 같이 피고인이 성관계를 하기 위해 피해자에게 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 가함으로써 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 실행을 착수하였다고 인정되고, 이 사건의 심리 경과에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실을 그 미수죄로 공소사실을 변경하여 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지는 않으므로, 공소장변경 절차 없이 직권으로 위 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실을 인정하기로 한다.

그런데 위와 같이 직권으로 인정하는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실과 나머지 원심 판시 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분은 그 전부가 그대로 유지될 수 없게 되었다.

라. 피고인의 부착명령 부당 주장에 대하여

원심은 ① 피고인은 만 12세인 피해자 공소외 2와 만 10세인 피해자 공소외 3 등 13세 미만 미성년자들에게 반복적으로 성폭력범행을 저지른 점, ② 피고인은 2017년 12월경부터 2018년 5월경까지 자신의 성적 욕망을 충족시키기 위하여 모바일 게임을 하면서 알게 된 피해자들에게 성적 수치심을 일으키는 내용의 문자메시지를 반복적으로 보냈던 점, ③ 인근 주민이 우연히 피고인과 피해자 공소외 1가 버스정류장에 함께 있는 모습을 보고 의심스러워서 경찰에 신고하지 않았더라면, 피고인은 불특정 다수의 미성년자를 대상으로 한 성폭력범죄를 계속 저질렀을 가능성이 매우 크다고 보이는 점, ④ 어린 나이의 피해자들이 무방비하게 피고인과 문자메시지를 주고받는 과정에서 피해자들의 주소 등 개인정보가 피고인에게 노출되었고, 그로 인하여 일부 피해자들 및 피해자들의 가족들이 추가 피해를 우려하면서 피고인의 접근금지 등의 조치를 원하고 있는 점, ⑤ 피고인에 대한 '한국 성범죄자 위험성 평가척도'(KSORAS) 평가 결과 총점 13점으로 성범죄 재범위험성이 '높음' 수준에 해당하고, '정신병질자 선별도구'(PCL-R) 평가 결과 총점 11점으로 정신병질적 성격 특성에 의한 재범위험성은 '중간' 수준에 해당하는 점 등의 논거를 들어, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 판단하고, 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 논거들은 모두 타당하고, 비록 피고인이 이 사건 이전에는 형사처벌을 받은 전력이 없다는 점과 피해자 공소외 3에 대하여 원심과 달리 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 미수죄를 인정하는 점을 감안하더라도, 피고인이 저지른 성폭력범죄 및 성범죄의 횟수, 범행기간 및 수법, 피해자 수와 피해자들 외에 피고인이 범행 대상으로 물색하였던 아동 또는 미성년자의 수 등을 원심의 위 논거들과 함께 고려해 보면, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 인정한 원심의 판단은 옳고, 거기에 부착명령 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그리고 원심이 정한 부착기간(20년)은 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항(단서 포함) 제1호에서 규정한 부착기간의 하한이므로 위 부착기간이 길어 부당하다고 볼 수도 없다.

결국 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결에는 피고사건 부분 및 부착명령청구사건 부분 모두 앞에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점에 관한 피고인의 사실오인 주장은 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형 부당 주장, 피고인의 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당 주장에 관한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라 한다.

)

1) 피고사건 부분

가) 법리오해

(1) 위법수집증거 배제 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2, 4항)

수사기관이 피고인 소유의 휴대전화를 긴급압수한 뒤 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 압수·수색영장'이라 한다)은, 피해자 공소외 1에 대한 범행의 증거를 수집하기 위한 범위 내에서만 유효하다.

따라서 위 휴대전화에 대한 디지털증거분석에 따라 취득한 자료들 중 피해자 공소외 2, 공소외 3(가명), 공소외 4와 관련된 자료들(이하 '이 사건 추가 자료들'이라 한다)은 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 수집된 것으로서 위법수집증거에 해당하고, 이 사건 추가 자료들을 기초로 획득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술도 위법수집증거에 기초한 2차 증거로서 모두 증거능력이 없다.

그런데도 원심은 이 사건 추가 자료들 및 위 2차 증거들의 증거능력을 모두 인정하여 이를 이 부분 각 공소사실에 관한 유죄의 증거로 사용하였으므로, 원심판결에는 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 실행 미착수 주장[원심 판시 범죄사실 제2. 가. 2)항 및 제3. 가항]

피고인이 이 부분 각 공소사실과 같이 문자메시지를 보내 위 피해자들을 그들의 집 밖으로 불러낸 후 패스트푸드 점이나 버스정류장으로 데려간 것만으로는 간음유인의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

그런데도 이 부분 각 공소사실을 간음유인미수죄로 인정한 원심판결에는 간음유인죄에서의 실행의 착수시기에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 사실오인[피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점(원심 판시 범죄사실 제2. 나항)]

피고인이 피해자 공소외 3에 대하여 성관계를 시도한 사실은 인정하나, 이에 대한 피해자 공소외 3의 동의가 있었던 것이고, 피고인은 그에게 폭행이나 협박을 행사한 사실이 없으며, 또한 피고인은 그의 팬티 바깥에서 그의 음부 부위에 피고인의 성기를 가져다 대었을 뿐이고, 피해자 공소외 3으로부터 첫 성경험이라는 말을 듣고 나서는 성관계 시도를 멈추었으며 더 이상의 행위로 나아가지 않았다.

그런데도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인의 잘못이 있다.

다) 양형 부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 10년)은 너무 무거워서 부당하다.

라) 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당

피고인의 신상정보를 공개·고지하거나 취업을 제한하여서는 안 되는 특별한 사정이 있는데도 원심이 10년간 신상정보의 공개·고지와 5년간 아동·청소년 관련기관 등에 대한 취업제한을 명한 것은 부당하고, 신상정보 등록기간을 단축

하지 않은 것도 부당하다.

2) 부착명령청구사건 부분

원심이 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명한 것은 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해

(피고사건의 이유무죄 부분)

피고인은 간음할 목적으로 피해자 공소외 3, 공소외 1에게 호감을 표시하면서 위 피해자들을 집밖으로 불러낸 다음, 피해자 공소외 3을 패스트푸드점으로, 피해자 공소외 1을 버스정류장으로 데리고 갔다.

이처럼 피고인은 위 피해자들을 보호감독자로부터 이탈시켰고 결국 피고인이 의도한 장소로 위 피해자들을 이동하게 하였으므로 이로써 간음유인죄는 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 이를 각 간음유인미수죄로만 인정하고, 각 간음유인 기수의 공소사실에 대해서는 판결이유에서 각 무죄로 판단하고 말았으니, 원심판결에는 법리오해의 잘못이 있다.

2) 양형 부당

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

피고인과 검사의 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

가. 피고사건 부분

2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되기 전의 장애인복지법 제59조의3 제1항은 아동·청소년 대상 성범죄 또는 성인 대상 성범죄(이하 모두 가리켜 '성범죄'라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 예외 없이 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 규정하면서 그 운영, 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없는 기간(이하 '취업제한기간'이라 한다)을 획일적으로 10년으로 규정하였다.

그런데 2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정된 장애인복지법은, 법원으로 하여금 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 10년을 초과하지 않는 기간을 취업제한기간으로 정하여 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 '취업제한명령'이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하도록 하고, 다만 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우나 그 밖에 취업을 제한해서는 안 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 않을 수 있도록 하였다(제59조의3 제1항, 제2항). 위 개정조항은 2019. 6. 12.부터 시행되었는데, 장애인복지법 부칙(2018. 12. 11. 법률 제15904호) 제2조는 "제59조의3의 개정규정은 이 법 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다.

"라고 규정하여 위 시행일 이전에 범해진 성범죄도 취업제한명령의 대상이 되도록 하였다.

원심판결 선고 후 위와 같이 개정된 장애인복지법이 시행됨으로 인하여, 이 법원은 성범죄가 포함된 피고사건에 대하여 형을 선고하면서, 개정된 장애인복지법 제59조의3 제1항에 따라 취업제한기간을 정하여 취업제한명령을 동시에 선고할지 여부를 심리하여 심판할 필요가 생겼다.

취업제한명령에 대한 판결 부분은 성범죄 사건의 유죄판결과 동시에 선고하는 부수처분으로서 피고인에 대하여 장애인복지법에 따른 취업제한명령을 새로 부과하기 위해서는 원심판결의 나머지 피고사건 부분에 위법이 없더라도 피고사건 전부를 파기할 수밖에 없으므로 원심판결 중 피고사건 부분은 전부가 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 부작명령청구사건 부분

특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제5항에 의하면, 부작명령청구사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하는 경우에는 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분도 함께 파기하여야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도 453, 2011전도12 판결 등 참조).

다.

소결

원심판결은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기 사유가 있어도, 피고인의 법리오해, 사실오인, 부작명령 부당 주장과 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래 제3항에서 이를 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 법리오해 주장 중 위법수집증거 배제 주장에 대하여

1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은 피고인에 대한 수사가 착수된 경위, 피고인의 휴대전화가 압수되고 그에 대하여 이 사건 압수·수색 영장이 발부된 경위와 그 영장의 내용 등에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에 대한 간음유인, 간음유인미수, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)의 각 범행(이하 '이 사건 각 추가 범행'이라 한다)은, 이 사건 압수·수색영장에 명시적으로 기재된 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 간음유인죄 및 위 영장의 혐의사실에 포함된 것으로 볼 수 있는 피해자 공소외 1에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)죄와 그 죄명, 적용 법령, 범행 동기와 경위, 범행 수법과 도구가 모두 동일하고, 범행 대상이 미성년자들이라는 점에서 유사하여, 동종·유사 범행에 해당하는 점, ② 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 위 각 죄를 증명하기 위해서는 피고인에게 주관적으로 '간음할 목적(형법 제288조 제1항)' 또는 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조)'이 있었음을 증명할 필요가 있는데, 이 사건 추가 자료들은 이를 증명하기 위한 중요한 간접증거 내지 정황 증거에 해당하기 때문에, 이 사건 각 추가 범행은 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실과 구체적이고 개별적 연관관계가 있는 점 등의 이유를 들어, 수사기관이 이 사건 압수·수색영장에 기하여 이 사건 추가 자료들을 압수한 것은 적법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 이 사건 추가 자료들이 적법하게 압수된 이상 이를 압수의 전제가 된 범죄뿐 아니라 다른 범죄에 대한 증거로도 특별한 제한 없이 사용할 수 있기 때문에, 이를 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실이나 이 사건 각 추가 범행 외에도 피해자 공소외 2에 대한 미성년자의제강간죄와 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 증거로도 적법하게 사용할 수 있다고 보았다.

그 결과 원심은 이 사건 추가 자료들과 이에 기초하여 취득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술은 위법수집증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

2) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 피고인과 검사의 각 법리오해 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피해자 공소외 3에 대한 간음유인

피고인은 2018. 4. 6.경부터 2018. 4. 14.경 사이에 불상지에서, 피해자에게 “오빠랑 한번만 성관계해요, 빨리 성관계 연습 끝내구 남편이랑 마니 놀아요, 이번에 제대루 하구 그 뒤론 하지마요, 여보가 먼저 성관계 하자구 할때까지 기다릴게요”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자와 재차 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 4. 14. 10:30경 ○○시에 있는 피해자의 주거지 근처 놀이터로 피해자를 불러낸 후 근처 패스트푸드점으로 데리고 들어갔다.

이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

나) 피해자 공소외 1에 대한 간음유인

피고인은 2018. 5. 6.경 불상지에서, 모바일 게임 내 채팅으로 알게 된 피해자 공소외 1(여, 10세)에게 접근하여 카카오톡 메신저로 피해자에게 “오빠가 공소외 1 만나서 밥한번 사줄게요, 오빠랑 만나서 노는거 어때요?, 공소외 1 빨리 만나보고 싶네요, 마니 좋아해서 그러는 거 알죠?”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자에게 접근하여 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 5. 7. 10:47경 부천시 (주소 생략), ‘양푼김치찌개’ 앞 노상으로 피해자를 불러낸 후 숙박업소 등으로 이동하기 위해 인근 버스정류장까지 데리고 갔다. 이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

2) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 증거들에 의하여 피고인이 위 각 공소사실 기재와 같은 문자메시지를 보냄으로써 미성년자인 위 피해자들에게 주거지 밖에서 만나자고 유혹한 사실을 인정한 다음, 피고인이 기존의 생활관계 및 보호관계로부터 이탈시킬 의도로 위와 같이 위 피해자들을 유혹한 이상 간음유인죄의 실행의 착수가 있다고 판단하였다.

그러나 원심은 아래 ① ~ ⑤의 사정들을 근거로, 피고인이 위 피해자들을 피고인의 물리적·실력적인 지배하에 두었다고 인정되지는 않는다고 보아 위 피해자들에 대한 간음유인이 기수에 이르지 않는다고 판단하였다.

① 피고인은 당초부터 위 피해자들을 간음하려는 목적으로 위 피해자들을 만나면 숙박업소로 데리고 갈 생각이었으나, 아래 ②, ③과 같이 실제로 위 피해자들을 숙박업소로 데리고 가지는 못했다.

② 피고인은 2018. 4. 14. 피해자 공소외 3을 위 피해자의 주거지 근처에 있는 놀이터에서 만났다.

그런데 피해자 공소외 3이 위 놀이터에서 피고인의 입맞춤을 거부하고, 비가 와서 집에 가야 한다고 말하자, 피고인은 피해자 공소외 3을 위 놀이터 인근의 패스트푸드점에 데리고 가서 햄버거를 사준 다음 그대로 그의 주거지까지 데려다 주었다.

③ 피고인은 2018. 5. 7. 피해자 공소외 1와 함께 부천시 (주소 생략) 인근 버스정류장에서 버스를 기다리던 중 인근 주민이 피해자 공소외 1에게 피고인과의 관계를 물어보자 그 자리를 떠났다.

그 후 피고인은 다시 피해자 공소외 1에게 연락을 취했으나 그가 피고인과 만나지 않겠다고 하여 그대로 귀가하였다.

④ 피고인과 위 피해자들이 위 패스트푸드점 또는 버스정류장까지 이동하는 과정에서 피고인이 위 피해자들에게 폭력을 행사하거나 위협을 가한 정황은 확인되지 않고, 위 피해자들이 자발적으로 피고인과 함께 이동한 것으로 보인다.

⑤ 피고인이 위 피해자들과 함께 있었던 장소인 위 패스트푸드점과 버스정류장은 다수의 사람들이 자유롭게 드나들거나 사용하는 곳이었다.

피고인이 위 각 장소에서 강제로 위 피해자들의 언행이나 장소이동을 제한하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다.

3) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 위 피해자들에 대한 각 간음유인이 그 실행의 착수는 있었지만 기수에는 이르지 않았다고 보아 피해자들에 대한 각 간음유인미수죄만이 성립한다고 판단한 것은 옳고, 거기에 피고인이나 검사가 지적하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

이 부분 피고인 및 검사의 주장은 모두 이유 없다.

다.

피고인의 사실오인 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 3. 31. 13:30경에서 같은 날 18:00경 사이 △△역 근처에 있는 상호불상의 숙박업소에서, 피해자 공소외 3(가명, 여, 10세, 이하 위 다항에서는 '피해자'라고만 한다)에게 키스를 하고 그곳 침대 위에 피해자를 눕힌 뒤 피해자와 성관계를 가지고자 하였으나 피해자가 이를 피하며 거부하자 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여 1회 간음하였다.

이로써 피고인은 13세 미만 미성년자인 피해자를 강간하였다.

2) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 그 판시와 같은 이유로 신빙할 수 있다고 판단한 다음, 피해자 진술과 문자메시지 내용 등에 의하면 피고인이 2018. 3. 31.경 피해자를 침대에 눕히고 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗긴 다음 손으로 피해자의 어깨를 잡아 누르는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압하고 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 간음한 사실 및 피해자는 범행 과정에서 피고인에게 싫다고 거부의 의사를 표시하면서 발버둥을 치거나 피고인을 밀치는 등 저항을 하였으나 피고인이 힘으로 피해자의 저항을 제압한 사실이 인정된다고 판단하였다.

나아가 원심은 ① 피고인은 키 180cm 이상의 건장한 체격인 성인 남성인 반면, 피해자는 만 10세에 불과한 작은 체격의 아동으로서 그 체격과 힘의 차이가 컸기 때문에 피해자로서는 물리적으로 피고인의 행동을 저지할 수 없었던 점, ② 당시 피해자는 자신의 주거지로부터 상당히 떨어진 숙박업소의 객실 안에서 피고인과 단 둘이 있었고, 피고인의 강제력에 대항할 수단도 없었으므로, 심리적으로 상당히 위축된 상태였을 것으로 보이는 점, ③ 피해자는 성적 지식이

부족한 상태였음에도 이 사건으로 상당한 정신적 충격을 받아 그 후 다시 성관계를 요구하는 피고인을 피하려고 상당히 노력했던 점, ④ 그 밖에 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 발생 당시 피고인의 행동이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도, 이 사건 발생 전·후 피해자의 심리상태 등에 비추어 보면, 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 강제로 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 어깨를 잡는 등의 행위를 한 것은 강간죄의 구성요건인 폭행에 해당한다고 판단하였고, 그 결과 피고인이 13세 미만의 피해자를 강간하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3) 이 법원의 판단

가) 피고인이 폭행·협박을 행사했는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 이 부분 공소사실 중 피고인이 자신의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다는 사실을 제외한 나머지 부분, 즉 '피해자가 성관계를 피하며 거부하자 피고인이 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 한 사실'을 충분히 인정할 수 있다.

나아가 원심이 적절하게 설시한 위 2)항의 ① ~ ④의 사정들을 더하여 보면, 피고인이 한 행동은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행에 해당하므로, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 없다.

- (1) 피해자는 2018. 6. 14. 및 2018. 6. 26. 두 차례 해바라기센터에서 진술하였는데(이 중 2018. 6. 14.에 이루어진 조사를 '1차 조사'라 하고, 2018. 6. 26.에 이루어진 조사를 '2차 조사'라 한다), 다음에서 보듯이 피해자는 2차 조사에서 피고인이 피해자의 저항을 억압하고 강제로 성관계를 시도한 사실에 관하여 상세하게 진술하였고, 진술을 회피하는 모습을 보였던 1차 조사에서도 피고인이 한 성적 행동이 피해자의 의사에 반한 것이었고 피고인이 그 과정에서 어느 정도의 유형력을 행사했다는 취지로 진술하였다.

피해자의 진술 태도, 진술 내용과 그 구체성 정도, 1차 조사와 2차 조사에서 진술이 변화된 경위와 그 원인 등을 종합해 보면, 위와 같은 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단된다.

- ① 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 호텔 방 안에 들어가서 성관계를 하자고 해서 싫다고 가려고 했는데 잡혀 버렸다. 피고인이 저를 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저에게 막 밀어 넣었다' .
그래서 그때 엄청 충격적이었다.
제가 싫다고 바둥바둥 거렸더니, 피고인이 안 아프다고, 도망가지 말라고 하여서 무서웠다.
피고인이 제가 못나오도록 팔과 발을 꼭 잡았다.
그래서 그냥 포기했다.
누워 있을 때 제가 피고인을 계속 밀치고 발로 찼지만, 피고인이 저의 다리와 팔을 잡았다.
'라며 피고인이 한 행동에 대하여 상세하게 진술하였다.

- ② 피해자는 1차 조사에서는 피해 사실을 적극적으로 진술하지 않고 경찰관의 질문에 대하여 마지못해 조금씩 대답하였는데, 그 과정에서도 피해자는 당시 피고인이 자신의 몸을 만지고 입술에 뽀뽀한 사실을 말하였고, '제가 방 밖으로 나갈 생각을 했는데 피고인이 나가지 못하게 벽처럼 막았다.'

‘바지를 벗기려고 했는데 싫었다.

발버둥을 쳐도 피고인이 저보다는 셀 것이니 저는 포기했다.

저 그때 진짜 충격이었고 그때부터 진짜로 피했다.

‘라면서, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사한 사실을 언급하였다.

경찰의 의뢰에 따라 1차 조사 및 2차 조사에서의 피해자 진술의 신빙성을 분석한 진술분석전문가 공소외 5는 피해자의 1차 조사 진술에 관하여 경찰에 제출한 전문가의견서에서 ‘피해자가 조사 내내 진술에 대한 거부감을 가지고 있었다.

피해자는 기억나는 사실 중에서 진술하기 곤란한 사실에 대해서는 답변을 회피하고 답변하고 싶은 사실에 대해서만 선택적으로 진술하고 있다.

따라서 향후 피해자가 어느 정도 안정감을 되찾았을 때 피해자에 대한 추후 조사가 반드시 필요하다고 보인다.

‘라는 의견을 밝혔고, 당시 법정에서 증인으로 출석하여 ‘아동의 경우에 자신이 의도하지 않게 자신이 했던 사실이 밝혀졌을 때, 거기에 대해서 자신의 책임, 자책, 죄책감 때문에 그 사실을 숨기려는 심리 상태가 작용하기도 한다.

이 사건에서 피해자가 자발적으로 밝힌 것이 아니라 다른 사건으로 인해서 밝고 되어 경찰 조사가 들어갔기 때문에 피해자 입장에서는 굉장히 당황했을 것이라고 생각하고, 그래서 피해자가 이 상황을 어떻게 해석해야 될지 몰라서 1차 조사 때는 진술을 회피하거나 축소해서 진술하려는 경향이 있었다고 본다.

하지만 피해자가 전체적인 사건 조사과정을 이해하게 되고 심리가 안정된 상태에서 조사를 받았을 때(2차 조사를 말한다)는 오히려 심리적인 압박 없이 자연스럽게 진술했다고 생각한다.

‘, ‘피해자가 피하려고 했었고, 그런 피해자를 가해자가 잡고 움직이지 못하게 했다는 내용이 있어서 1차 조사 때에도 어느 정도 위력 행사는 있었다고 저는 생각을 했다.

‘라고 증언하였다.

이러한 피해자의 심리 상태 변화 과정을 고려할 때, 1차 조사에서 피해자가 피해 사실에 대하여 적극적으로 진술하지 않았다는 점이 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 탄핵하는 사정이 된다고 보이지는 않고, 오히려 피해자가 1차 조사에서도 피고인이 유형력을 행사해 피해자의 의사에 반한 성적 행동들을 하였다는 취지로 진술하였다는 점은 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 보강하는 정황이 된다고 보아야 한다.

(2) 피고인은 범행 이후 피해자에게 2018. 3. 31.경 “여보... 담변에 남편이랑 할 때 시러요 안 그럴거죠? ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 12.경 “도망 안가면 빨리 끝나요. 그 때 도망가구 그러니 한 시간 걸린 거지..ㅏㅏ 안 도망가면 진짜 빨리 끝나요. 원래 10분 안에 끝나는 건데 도망가니 한 시간 걸린 거지ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 14.경 “저번처럼 또 살려달라고 안 그럴거죠?? 도망은 안 갈 거죠??”라는 내용의 문자메시지를 보냈다.

이러한 문자메시지의 내용은, 앞서 본 피해자의 진술에 부합하고, ‘피해자의 동의를 얻어 성관계를 시도하였다’거나 ‘제가 3분만 성관계하자고 제안했더니 피해자가 알아서 3분 알람을 맞추었다’는 피고인의 주장과는 어긋나는 객관적인 정황이다.

(3) 피해자는 사건 직후 어머니 공소외 6에게 피고인과 주고받은 문자메시지 내용을 들킨 다음에도 피고인에게 2018. 4. 6. 15:07경 “오빠?”라는 내용의 문자메시지를 먼저 보냈고, 같은 날 15:18경에는 “몰래 만날 수 있어요.”, “괜찮아요. 들키면 혼나죠 모.”, 2018. 4. 14.에는 “성관계 14분안되요?”라는 내용의 문자메시지를 보낸 사실이 있기는 하다.

그러나 피고인과 피해자가 이 사건 발생 이후 주고받은 문자메시지 내용 전체를 살펴보면, 피해자는 대부분의 경우, 피고인이 보낸 문자메시지에 답장을 하지 않거나, '네', '아니요' 등의 소극적인 대답만을 하였고, 특히 피고인이 지속적으로 만남을 요구하거나 성관계를 제안하였음에도 이를 거부하는 태도를 보였다.

따라서 피해자가 피고인에게 앞서 본 바와 같은 내용의 문자메시지를 보낸 사정만으로는 피해자가 사건 당일 피고인의 성관계 시도에 동의하지 않았다는 사실이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

- (4) 피고인 측과 피해자의 어머니 공소외 6이 형사합의를 하는 과정에서 '피고인이 "성관계를 해 볼래"라고 해서 내가 3분간만 하자고 했다.

피고인과 저는 팬티를 입고 있었는데 팬티 위로 피고인 것이 닿아서 기분이 이상하고 안 좋았는데 아프지 않았다.

피고인이 처음이냐고 물어서 처음이라고 말했더니 피고인이 바로 일어나 옷을 입었다.

1차 조사 때 사실대로 말했고, 2차 조사에서는 너무 부끄럽고 빨리 집에 가고 싶어서 인터넷으로 본 게 생각나서 그렇게 말했다.

'라는 내용의 피해자 본인의 자필 진술서(이하 '이 사건 자필 진술서'라 한다)가 작성되었다.

공소외 6은 당시 법정에서 증인으로 출석하여 그 작성 과정에 관하여 '피해자가 저에게 왜 이 사건 자필 진술서에 사실과 다르게 적냐면서 따졌다.

"이 진술서에는 그냥 놀러가기만 하고 바지만 벗겼다고 나와 있는데 (실제 피고인은) 자신의 몸에 올라탄 다음 했다"라고 피해자가 말했다.

"했다"라는 것은 벗기고 만졌다는 것이 아니라 거기에 넣었다는 것이다.

'라는 취지로 진술하였다.

만일 피고인이 피해자의 동의하에 위와 같은 행동을 한 것이었다면 피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 위와 같이 반발하였을 것으로 보이지 않는다.

한편 공소외 6은 피해자가 1차 조사와 2차 조사에서 다르게 진술한 것과 관련하여 '두 번째 조사 받을 때 사실대로 진술했다고 피해자가 말했다.

'라고 증언하였는데, 이는 피해자의 2차 조사 진술의 신빙성을 뒷받침하는 증거가 된다.

나) 강간행위가 기수에 이르렀는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자의 진술을 비롯한 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입함으로써 강간의 기수에 이르렀다는 점이 합리적인 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄로 판단하여야 하나, 원심은 이를 유죄로 인정하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- (1) 피해자가 1차 조사에서 진술한 내용에는 피고인이 피해자의 음부에 성기를 삽입하였다는 내용이 없다.

즉 피해자는, "피고인이 사건 당일 어떤 행동을 했어?"라는 경찰관의 질문에 "변태"라고 대답하였고, 이에 경찰관이 "어떤 게 변태였어?"라고 묻자 '피고인이 몸을 만지려고 했다.

‘는 취지로 답변하였다.

경찰관이 ‘몸을 만진 것 이외에 다른 이상한 행동은 없었는지’를 수차례 되물어도 ‘없었다’, ‘모르겠다’, ‘기억이 안 난다’ 등으로만 대답하였다.

피해자는 또한 ‘제가 피고인에게 기분 나쁘다고, 몸 만지지 말라고 했더니 피고인이 아무 말도 하지 않고 거기에서 나와서 함께 집에 갔다.

‘라거나 ‘피고인이 바지를 벗긴 것은 생각이 나지만, 바지 벗기고 나서는 피고인이 어떤 행동을 했는지 기억이 나지 않는다.

‘라거나 ‘피고인이 바지를 벗겼을 때 진짜 충격이었다.

그때부터는 진짜로 피했다.

‘라고만 진술하였을 뿐, 성기 삽입이 있었다는 취지의 진술을 하지 않았다.

- (2) 피해자는 2차 조사에서 ‘피고인이 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저한테 막 밀어 넣었다.

’, ‘저의 중요한 부분에 피고인의 중요한 부분이 들어왔다.

중요한 부분은 오줌 나오는 곳이다.

’, ‘(피고인의 성기가 들어올 때) 아팠다.

‘라는 취지로 진술하기는 하였다.

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피해자의 위 진술들만으로는 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부 부위에 닿게 한 것을 넘어서서, 이를 삽입하였다고까지 인정하기는 어려워 보인다.

- ① 피해자는 사건 발생 당시 만 10세에 불과한 아동으로서 어휘력 및 표현방법이 미숙할 수밖에 없다.

그런데 1, 2차 조사에서의 피해자의 진술 내용과 진술 태도, 그 조사과정에서 드러나는 피해자의 언어적 이해력과 세부적인 표현력 등을 고려해 보면, 피해자가 사용한 ‘밀어 넣었다’ 내지 ‘들어왔다’ 등의 표현이 단순히 피고인이 피해자의 음부에 자신의 성기를 가져다 대면서 성관계를 시도한 행위만을 의미하는 것인지, 아니면 더 나아가 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입한 행위까지도 포함하는 것인지 불분명하다.

- ② 진술분석전문가 공소외 5가 피해자의 2차 조사 진술 내용의 신빙성을 분석하여 경찰에 제출한 전문가의견서의 ‘종합의견’란에는 ‘가해자와 함께 호텔에 갔고 그곳에서 가해자가 피해자에게 성기 삽입을 시도하였다고 하는 피해자의 진술은 신빙성이 있다.

‘고 기재되어 있는데, 원심은 이와 관련하여 ‘위 기재는 단순히 피해자의 진술을 요약하면서 “성기 삽입 시도”라고 표현한 것에 불과하고 성기 삽입 사실에 관한 피해자의 진술의 신빙성을 배척하는 취지가 아니다.

‘라고 판단하였다.

그러나 공소외 5는 당심 법정에 증인으로 출석하여 ‘피고인의 성기가 삽입되었는지 여부에 관한 피해자의 진술은 정확하지가 않아서 그 진술의 신빙성을 판단할 수 없었다.

하지만 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 성기에 접촉하려고 했다는 사실에 대해서는 피해자가 구체적으로 진술하고 있었다.

제가 알 수 없는 부분에 대해서는 말하기가 어려웠으므로 삽입 시도가 있었다는 정도로만 분석하였다.

‘, ’’(피고인의 성기가 피해자의 성기에 들어올 때) 어떤 느낌, 아프지 않았어?’라는 질문이 있는데, 이는 피해자의 지적 능력상 유도하거나 암시적인 질문이 될 수 있기 때문에 바람직하지 않다.

저는 이 질문과 답변(이에 대하여 피해자는 “아팠어요.”라고 답변하였다)에 대해서 문제가 있다고 판단했다.

‘고 증언하여, 삽입이 이루어졌다는 점에 부합하는 피해자 진술의 신빙성을 인정할 수 없었음을 분명히 밝혔다.

피해자의 위 ‘아팠어요.’라는 답변과 관련하여, 피해자는 당초 위와 같이 진술하기에 앞서 ‘이상한 느낌이 들었다.

’라고만 진술하였을 뿐이고, 이에 경찰관이 ‘아프지는 않았어?’라고 묻자 비로소 아팠다고 대답한 것이어서, 공소외 5의 위와 같은 분석은 타당하다고 판단된다.

- (3) 전남아동보호전문기관 직원 공소외 7이 2018. 6. 20.경 피해자에 대한 현장조사를 마친 이후 작성한 사례개요서에는 ‘피해자가 뿌리치고 발버둥 치면 더 아팠기 때문에 어쩔 수 없이 성기를 넣는 성관계를 했다고 함.’이라고 기재되어 있고, 피해자의 어머니 공소외 6은 앞서 본 바와 같이 당심에서 ‘피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 저에게 당시 피고인이 피해자의 몸에 올라탄 후 넣었다고 말해 주었다’라는 취지로 진술한 사실이 있기는 하다.

그러나 이는 모두 공소외 7과 공소외 6이 피해자로부터 전해 들었다는 내용이고, 어린 나이로서 어휘력과 표현력이 미숙한 피해자가 위와 같은 ‘넣었다’라고 표현한 것이 피고인의 성기가 피해자의 음부에 삽입되었음을 의미하는 것이라고 단정할 수 없다.

- (4) 의사 공소외 8이 2018. 6. 28.경 작성한 피해자에 대한 진단서에는 ‘외음부 시진상 처녀막 수상이 관찰된다.

’라고 기재되어 있고, 피고인 및 피해자의 진술에 의하면 피해자는 이 사건이 있기 전까지 성경험이 없었던 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 진단서는 이 사건 발생 후 약 세 달 후에 작성된 것일 뿐만 아니라, 위 진단서에는 상처의 구체적인 위치, 형상, 정도 등에 관한 아무런 기재가 없어, 위 상처가 강제적인 성기 삽입에 의한 것이라고 볼 만한 근거로는 부족하다.

오히려 피해자는 1차 조사에서 ‘당시 아팠는지는 잘 기억나지 않는다.

’, 2차 조사에서 ‘피 나지 않았다.

’, ‘오줌 샀을 때 아팠는지는 잘 모르겠다.

’는 취지로 진술하였는바, 피고인의 성기 삽입으로 인하여 피해자의 처녀막에 위와 같은 상처가 난 것이라고 단정할 수 없다.

다) 축소사실의 인정

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 것보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실에 관하여 판단할 수 있다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009도9122 판결 등 참조). 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하지는 못하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄가 기수에 이르렀다고 볼 수는 없지만, 앞서 본 바와 같이 피고인이 성관계를 하기 위해 피해자에게 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 가함으로써 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 실행을 착수하였다고 인정되고, 이 사

건의 심리 경과에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실을 그 미수죄로 공소사실을 변경하여 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지는 않으므로, 공소장변경 절차 없이 직권으로 위 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실을 인정하기로 한다.

그런데 위와 같이 직권으로 인정하는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실과 나머지 원심 판시 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분은 그 전부가 그대로 유지될 수 없게 되었다.

라. 피고인의 부착명령 부당 주장에 대하여

원심은 ① 피고인은 만 12세인 피해자 공소외 2와 만 10세인 피해자 공소외 3 등 13세 미만 미성년자들에게 반복적으로 성폭력범행을 저지른 점, ② 피고인은 2017년 12월경부터 2018년 5월경까지 자신의 성적 욕망을 충족시키기 위하여 모바일 게임을 하면서 알게 된 피해자들에게 성적 수치심을 일으키는 내용의 문자메시지를 반복적으로 보냈던 점, ③ 인근 주민이 우연히 피고인과 피해자 공소외 1가 버스정류장에 함께 있는 모습을 보고 의심스러워서 경찰에 신고하지 않았더라면, 피고인은 불특정 다수의 미성년자를 대상으로 한 성폭력범죄를 계속 저질렀을 가능성이 매우 크다고 보이는 점, ④ 어린 나이의 피해자들이 무방비하게 피고인과 문자메시지를 주고받는 과정에서 피해자들의 주소 등 개인정보가 피고인에게 노출되었고, 그로 인하여 일부 피해자들 및 피해자들의 가족들이 추가 피해를 우려하면서 피고인의 접근금지 등의 조치를 원하고 있는 점, ⑤ 피고인에 대한 '한국 성범죄자 위험성 평가척도'(KSORAS) 평가 결과 총점 13점으로 성범죄 재범위험성이 '높음' 수준에 해당하고, '정신병질자 선별도구'(PCL-R) 평가 결과 총점 11점으로 정신병질적 성격 특성에 의한 재범위험성은 '중간' 수준에 해당하는 점 등의 논거를 들어, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 판단하고, 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 논거들은 모두 타당하고, 비록 피고인이 이 사건 이전에는 형사처벌을 받은 전력이 없다는 점과 피해자 공소외 3에 대하여 원심과 달리 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 미수죄를 인정하는 점을 감안하더라도, 피고인이 저지른 성폭력범죄 및 성범죄의 횟수, 범행기간 및 수법, 피해자 수와 피해자들 외에 피고인이 범행 대상으로 물색하였던 아동 또는 미성년자의 수 등을 원심의 위 논거들과 함께 고려해 보면, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 인정한 원심의 판단은 옳고, 거기에 부착명령 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그리고 원심이 정한 부착기간(20년)은 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항(단서 포함) 제1호에서 규정한 부착기간의 하한이므로 위 부착기간이 길어 부당하다고 볼 수도 없다.

결국 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결에는 피고사건 부분 및 부착명령청구사건 부분 모두 앞에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점에 관한 피고인의 사실오인 주장은 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형 부당 주장, 피고인의 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당 주장에 관한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라 한다.

)

1) 피고사건 부분

가) 법리오해

(1) 위법수집증거 배제 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2, 4항)

수사기관이 피고인 소유의 휴대전화를 긴급압수한 뒤 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 압수·수색영장'이라 한다)은, 피해자 공소외 1에 대한 범행의 증거를 수집하기 위한 범위 내에서만 유효하다.

따라서 위 휴대전화에 대한 디지털증거분석에 따라 취득한 자료들 중 피해자 공소외 2, 공소외 3(가명), 공소외 4와 관련된 자료들(이하 '이 사건 추가 자료들'이라 한다)은 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 수집된 것으로서 위법수집증거에 해당하고, 이 사건 추가 자료들을 기초로 획득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술도 위법수집증거에 기초한 2차 증거로서 모두 증거능력이 없다.

그런데도 원심은 이 사건 추가 자료들 및 위 2차 증거들의 증거능력을 모두 인정하여 이를 이 부분 각 공소사실에 관한 유죄의 증거로 사용하였으므로, 원심판결에는 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 실행 미착수 주장[원심 판시 범죄사실 제2. 가. 2)항 및 제3. 가항]

피고인이 이 부분 각 공소사실과 같이 문자메시지를 보내 위 피해자들을 그들의 집 밖으로 불러낸 후 패스트푸드 점이나 버스정류장으로 데려간 것만으로는 간음유인의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

그런데도 이 부분 각 공소사실을 간음유인미수죄로 인정한 원심판결에는 간음유인죄에서의 실행의 착수시기에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 사실오인[피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점(원심 판시 범죄사실 제2. 나항)]

피고인이 피해자 공소외 3에 대하여 성관계를 시도한 사실은 인정하나, 이에 대한 피해자 공소외 3의 동의가 있었던 것이고, 피고인은 그에게 폭행이나 협박을 행사한 사실이 없으며, 또한 피고인은 그의 팬티 바깥에서 그의 음부 부위에 피고인의 성기를 가져다 대었을 뿐이고, 피해자 공소외 3으로부터 첫 성경험이라는 말을 듣고 나서는 성관계 시도를 멈추었으며 더 이상의 행위로 나아가지 않았다.

그런데도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인의 잘못이 있다.

다) 양형 부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 10년)은 너무 무거워서 부당하다.

라) 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당

피고인의 신상정보를 공개·고지하거나 취업을 제한하여서는 안 되는 특별한 사정이 있는데도 원심이 10년간 신상정보의 공개·고지와 5년간 아동·청소년 관련기관 등에 대한 취업제한을 명한 것은 부당하고, 신상정보 등록기간을 단축하지 않은 것도 부당하다.

2) 부작명령청구사건 부분

원심이 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부작을 명한 것은 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해

(피고사건의 이유무죄 부분)

피고인은 간음할 목적으로 피해자 공소외 3, 공소외 1에게 호감을 표시하면서 위 피해자들을 집밖으로 불러낸 다음, 피해자 공소외 3을 패스트푸드점으로, 피해자 공소외 1을 버스정류장으로 데리고 갔다.

이처럼 피고인은 위 피해자들을 보호감독자로부터 이탈시켰고 결국 피고인이 의도한 장소로 위 피해자들을 이동하게 하였으므로 이로써 간음유인죄는 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 이를 각 간음유인미수죄로만 인정하고, 각 간음유인 기수의 공소사실에 대해서는 판결이유에서 각 무죄로 판단하고 말았으니, 원심판결에는 법리오해의 잘못이 있다.

2) 양형 부당

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

피고인과 검사의 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

가. 피고사건 부분

2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되기 전의 장애인복지법 제59조의3 제1항은 아동·청소년 대상 성범죄 또는 성인 대상 성범죄(이하 모두 가리켜 '성범죄'라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 예외 없이 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 규정하면서 그 운영, 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없는 기간(이하 '취업제한기간'이라 한다)을 획일적으로 10년으로 규정하였다.

그런데 2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정된 장애인복지법은, 법원으로 하여금 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 10년을 초과하지 않는 기간을 취업제한기간으로 정하여 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 '취업제한명령'이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하도록 하고, 다만 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우나 그 밖에 취업을 제한해서는 안 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 않을 수 있도록 하였다(제59조의3 제1항, 제2항). 위 개정조항은 2019. 6. 12.부터 시행되었는데, 장애인복지법 부칙(2018. 12. 11. 법률 제15904호) 제2조는 "제59조의3의 개정규정은 이 법 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다."라고 규정하여 위 시행일 이전에 범해진 성범죄도 취업제한명령의 대상이 되도록 하였다.

원심판결 선고 후 위와 같이 개정된 장애인복지법이 시행됨으로 인하여, 이 법원은 성범죄가 포함된 피고사건에 대하여 형을 선고하면서, 개정된 장애인복지법 제59조의3 제1항에 따라 취업제한기간을 정하여 취업제한명령을 동시에 선고할지 여부를 심리하여 심판할 필요가 생겼다.

취업제한명령에 대한 판결 부분은 성범죄 사건의 유죄판결과 동시에 선고하는 부수처분으로서 피고인에 대하여 장애인복지법에 따른 취업제한명령을 새로 부과하기 위해서는 원심판결의 나머지 피고사건 부분에 위법이 없더라도 피고사건 전부를 파기할 수밖에 없으므로 원심판결 중 피고사건 부분은 전부가 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 부작명령청구사건 부분

특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제5항에 의하면, 부작명령청구사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하는 경우에는 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부작명령청구사건 부분도 함께 파기하여야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도453, 2011전도12 판결 등 참조).

다.

소결

원심판결은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기 사유가 있어도, 피고인의 법리오해, 사실오인, 부작명령 부당 주장과 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래 제3항에서 이를 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 법리오해 주장 중 위법수집증거 배제 주장에 대하여

1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은 피고인에 대한 수사가 착수된 경위, 피고인의 휴대전화가 압수되고 그에 대하여 이 사건 압수·수색영장이 발부된 경위와 그 영장의 내용 등에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에 대한 간음유인, 간음유인미수, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)의 각 범행(이하 '이 사건 각 추가 범행'이라 한다)은, 이 사건 압수·수색영장에 명시적으로 기재된 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 간음유인죄 및 위 영장의 혐의사실에 포함된 것으로 볼 수 있는 피해자 공소외 1에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)죄와 그 죄명, 적용 법령, 범행 동기와 경위, 범행 수법과 도구가 모두 동일하고, 범행 대상이 미성년자들이라는 점에서 유사하여, 동종·유사 범행에 해당하는 점, ② 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 위 각 죄를 증명하기 위해서는 피고인에게 주관적으로 '간음할 목적(형법 제288조 제1항)' 또는 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조)'이 있었음을 증명할 필요가 있는데, 이 사건 추가 자료들은 이를 증명하기 위한 중요한 간접증거 내지 정황 증거에 해당하기 때문에, 이 사건 각 추가 범행은 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실과 구체적이고 개별적 연관관계가 있는 점 등의 이유를 들어, 수사기관이 이 사건 압수·수색영장에 기하여 이 사건 추가 자료들을 압수한 것은 적법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 이 사건 추가 자료들이 적법하게 압수된 이상 이를 압수의 전제가 된 범죄뿐 아니라 다른 범죄에 대한 증거로도 특별한 제한 없이 사용할 수 있기 때문에, 이를 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실이나 이 사건 각 추가 범

행 외에도 피해자 공소외 2에 대한 미성년자의제강간죄와 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 증거로도 적법하게 사용할 수 있다고 보았다.

그 결과 원심은 이 사건 추가 자료들과 이에 기초하여 취득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술은 위법수집증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

2) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 피고인과 검사의 각 법리오해 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피해자 공소외 3에 대한 간음유인

피고인은 2018. 4. 6.경부터 2018. 4. 14.경 사이에 불상지에서, 피해자에게 “오빠랑 한번만 성관계해요, 빨리 성관계 연습 끝내구 남편이랑 마니 놀아요, 이번에 제대루 하구 그 뒤론 하지마요, 여보가 먼저 성관계 하자구 할때까지 기다릴게요”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자와 재차 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 4. 14. 10:30경 ○○시에 있는 피해자의 주거지 근처 놀이터로 피해자를 불러낸 후 근처 패스트푸드점으로 데리고 들어갔다.

이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

나) 피해자 공소외 1에 대한 간음유인

피고인은 2018. 5. 6.경 불상지에서, 모바일 게임 내 채팅으로 알게 된 피해자 공소외 1(여, 10세)에게 접근하여 카카오톡 메신저로 피해자에게 “오빠가 공소외 1 만나서 밥한번 사줄게요, 오빠랑 만나서 노는거 어때요?, 공소외 1 빨리 만나보고 싶네요, 마니 좋아해서 그러는 거 알죠?”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자에게 접근하여 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 5. 7. 10:47경 부천시 (주소 생략), ‘양푼김치찌개’ 앞 노상으로 피해자를 불러낸 후 숙박업소 등으로 이동하기 위해 인근 버스정류장까지 데리고 갔다. 이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

2) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 증거들에 의하여 피고인이 위 각 공소사실 기재와 같은 문자메시지를 보냄으로써 미성년자인 위 피해자들에게 주거지 밖에서 만나자고 유혹한 사실을 인정한 다음, 피고인이 기존의 생활관계 및 보호관계로부터 이탈시킬 의도로 위와 같이 위 피해자들을 유혹한 이상 간음유인죄의 실행의 착수가 있다고 판단하였다.

그러나 원심은 아래 ① ~ ⑤의 사정들을 근거로, 피고인이 위 피해자들을 피고인의 물리적·실력적인 지배하에 두었다고 인정되지는 않는다고 보아 위 피해자들에 대한 간음유인이 기수에 이르지 않는다고 판단하였다.

① 피고인은 당초부터 위 피해자들을 간음하려는 목적으로 위 피해자들을 만나면 숙박업소로 데리고 갈 생각이었으나, 아래 ②, ③과 같이 실제로 위 피해자들을 숙박업소로 데리고 가지는 못했다.

② 피고인은 2018. 4. 14. 피해자 공소외 3을 위 피해자의 주거지 근처에 있는 놀이터에서 만났다.

그런데 피해자 공소외 3이 위 놀이터에서 피고인의 입맞춤을 거부하고, 비가 와서 집에 가야 한다고 말하자, 피고인은 피해자 공소외 3을 위 놀이터 인근의 패스트푸드점에 데리고 가서 햄버거를 사준 다음 그대로 그의 주거지까지 데려다 주었다.

③ 피고인은 2018. 5. 7. 피해자 공소외 1와 함께 부천시 (주소 생략) 인근 버스정류장에서 버스를 기다리던 중 인근 주민이 피해자 공소외 1에게 피고인과의 관계를 물어보자 그 자리를 떠났다.

그 후 피고인은 다시 피해자 공소외 1에게 연락을 취했으나 그가 피고인과 만나지 않겠다고 하여 그대로 귀가하였다.

④ 피고인과 위 피해자들이 위 패스트푸드점 또는 버스정류장까지 이동하는 과정에서 피고인이 위 피해자들에게 폭력을 행사하거나 위협을 가한 정황은 확인되지 않고, 위 피해자들이 자발적으로 피고인과 함께 이동한 것으로 보인다.

⑤ 피고인이 위 피해자들과 함께 있었던 장소인 위 패스트푸드점과 버스정류장은 다수의 사람들이 자유롭게 드나들거나 사용하는 곳이었다.

피고인이 위 각 장소에서 강제로 위 피해자들의 언행이나 장소이동을 제한하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다.

3) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 위 피해자들에 대한 각 간음유인이 그 실행의 착수는 있었지만 기수에는 이르지 않았다고 보아 피해자들에 대한 각 간음유인미수죄만이 성립한다고 판단한 것은 옳고, 거기에 피고인이나 검사가 지적하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

이 부분 피고인 및 검사의 주장은 모두 이유 없다.

다.

피고인의 사실오인 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 3. 31. 13:30경에서 같은 날 18:00경 사이 △△역 근처에 있는 상호불상의 숙박업소에서, 피해자 공소외 3(가명, 여, 10세, 이하 위 다항에서는 '피해자'라고만 한다)에게 키스를 하고 그곳 침대 위에 피해자를 눕힌 뒤 피해자와 성관계를 가지고자 하였으나 피해자가 이를 피하며 거부하자 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여 1회 간음하였다.

이로써 피고인은 13세 미만 미성년자인 피해자를 강간하였다.

2) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 그 판시와 같은 이유로 신빙할 수 있다고 판단한 다음, 피해자 진술과 문자메시지 내용 등에 의하면 피고인이 2018. 3. 31.경 피해자를 침대에 눕히고 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗긴 다음 손으로 피해자의 어깨를 잡아 누르는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압하고 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 간음한 사실 및 피해자는 범행 과정에서 피고인에게 싫다고 거부의 의사를 표시하면서 발버둥을 치거나 피고인을 밀치는 등 저항을 하였으나 피고인이 힘으로 피해자의 저항을 제압한 사실이 인정된다고 판단하였다.

나아가 원심은 ① 피고인은 키 180cm 이상의 건장한 체격인 성인 남성인 반면, 피해자는 만 10세에 불과한 작은 체격의 아동으로서 그 체격과 힘의 차이가 컸기 때문에 피해자로서는 물리적으로 피고인의 행동을 저지할 수 없었던 점, ② 당시 피해자는 자신의 주거지로부터 상당히 떨어진 숙박업소의 객실 안에서 피고인과 단 둘이 있었고, 피고인의 강제력에 대항할 수단도 없었으므로, 심리적으로 상당히 위축된 상태였을 것으로 보이는 점, ③ 피해자는 성적 지식이 부족한 상태였음에도 이 사건으로 상당한 정신적 충격을 받아 그 후 다시 성관계를 요구하는 피고인을 피하려고 상당히 노력했던 점, ④ 그 밖에 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 발생 당시 피고인의 행동이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도, 이 사건 발생 전·후 피해자의 심리상태 등에 비추어 보면, 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 강제로 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 어깨를 잡는 등의 행위를 한 것은 강간죄의 구성요건인 폭행에 해당한다고 판단하였고, 그 결과 피고인이 13세 미만의 피해자를 강간하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3) 이 법원의 판단

가) 피고인이 폭행·협박을 행사했는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 이 부분 공소사실 중 피고인이 자신의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다는 사실을 제외한 나머지 부분, 즉 '피해자가 성관계를 피하며 거부하자 피고인이 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 한 사실'을 충분히 인정할 수 있다.

나아가 원심이 적절하게 실시한 위 2)항의 ① ~ ④의 사정들을 더하여 보면, 피고인이 한 행동은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행에 해당하므로, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(1) 피해자는 2018. 6. 14. 및 2018. 6. 26. 두 차례 해바라기센터에서 진술하였는데(이 중 2018. 6. 14.에 이루어진 조사를 '1차 조사'라 하고, 2018. 6. 26.에 이루어진 조사를 '2차 조사'라 한다), 다음에서 보듯이 피해자는 2차 조사에서 피고인이 피해자의 저항을 억압하고 강제로 성관계를 시도한 사실에 관하여 상세하게 진술하였고, 진술을 회피하는 모습을 보였던 1차 조사에서도 피고인이 한 성적 행동이 피해자의 의사에 반한 것이었고 피고인이 그 과정에서 어느 정도의 유형력을 행사했다는 취지로 진술하였다.

피해자의 진술 태도, 진술 내용과 그 구체성 정도, 1차 조사와 2차 조사에서 진술이 변화된 경위와 그 원인 등을 종합해 보면, 위와 같은 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단된다.

① 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 호텔 방 안에 들어가서 성관계를 하자고 해서 싫다고 가려고 했는데 잡혀 버렸다. 피고인이 저를 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저에게 막 밀어 넣었다

그래서 그때 엄청 충격적이었다.

제가 싫다고 바둥바둥 거렸더니, 피고인이 안 아프다고, 도망가지 말라고 하여서 무서웠다.

피고인이 제가 못나오도록 팔과 발을 꼭 잡았다.

그래서 그냥 포기했다.

누워 있을 때 제가 피고인을 계속 밀치고 발로 찼지만, 피고인이 저의 다리와 팔을 잡았다.

‘라며 피고인이 한 행동에 대하여 상세하게 진술하였다.

- ② 피해자는 1차 조사에서는 피해 사실을 적극적으로 진술하지 않고 경찰관의 질문에 대하여 마지못해 조금씩 대답하였는데, 그 과정에서도 피해자는 당시 피고인이 자신의 몸을 만지고 입술에 뽀뽀한 사실을 말하였고, ‘제가 방 밖으로 나갈 생각을 했는데 피고인이 나가지 못하게 벽처럼 막았다.

’, ‘바지를 벗기려고 했는데 싫었다.

발버둥을 쳐도 피고인이 저보다는 셀 것이니 저는 포기했다.

저 그때 진짜 충격이었고 그때부터 진짜로 피했다.

‘라면서, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사한 사실을 언급하였다.

경찰의 의뢰에 따라 1차 조사 및 2차 조사에서의 피해자 진술의 신빙성을 분석한 진술분석전문가 공소외 5는 피해자의 1차 조사 진술에 관하여 경찰에 제출한 전문가의견서에서 ‘피해자가 조사 내내 진술에 대한 거부감을 가지고 있었다.

피해자는 기억나는 사실 중에서 진술하기 곤란한 사실에 대해서는 답변을 회피하고 답변하고 싶은 사실에 대해서만 선택적으로 진술하고 있다.

따라서 향후 피해자가 어느 정도 안정감을 되찾았을 때 피해자에 대한 추후 조사가 반드시 필요하다고 보인다.

‘라는 의견을 밝혔고, 당시 법정에서 증인으로 출석하여 ‘아동의 경우에 자신이 의도하지 않게 자신이 했던 사실이 밝혀졌을 때, 거기에 대해서 자신의 책임, 자책, 죄책감 때문에 그 사실을 숨기려는 심리 상태가 작용하기도 한다.

이 사건에서 피해자가 자발적으로 발고한 것이 아니라 다른 사건으로 인해서 발고가 되어 경찰 조사가 들어갔기 때문에 피해자 입장에서는 굉장히 당황했을 것이라고 생각하고, 그래서 피해자가 이 상황을 어떻게 해석해야 될지 몰라서 1차 조사 때는 진술을 회피하거나 축소해서 진술하려는 경향이 있었다고 본다.

하지만 피해자가 전체적인 사건 조사과정을 이해하게 되고 심리가 안정된 상태에서 조사를 받았을 때(2차 조사를 말한다)는 오히려 심리적인 압박 없이 자연스럽게 진술했다고 생각한다.

’, ‘피해자가 피하려고 했었고, 그런 피해자를 가해자가 잡고 움직이지 못하게 했다는 내용이 있어서 1차 조사 때에도 어느 정도 위력 행사는 있었다고 저는 생각을 했다.

‘라고 증언하였다.

이러한 피해자의 심리 상태 변화 과정을 고려할 때, 1차 조사에서 피해자가 피해 사실에 대하여 적극적으로 진술하지 않았다는 점이 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 탄핵하는 사정이 된다고 보이지는 않고, 오히려 피해자가 1차 조사에서도 피고인이 유형력을 행사해 피해자의 의사에 반한 성적 행동들을 하였다는 취지로 진술하였다는 점은 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 보강하는 정황이 된다고 보아야 한다.

- (2) 피고인은 범행 이후 피해자에게 2018. 3. 31.경 “여보... 담번에 남편이랑 할 때 시러요 안 그럴거죠? ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 12.경 “도망 안가면 빨리 끝나요. 그 때 도망가구 그러니 한 시간 걸린 거지..ㅏㅏ 안 도망가면 진짜 빨리 끝나요. 원래 10분 안에 끝나는 건데 도망가니 한 시간 걸린 거지ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 14.경 “저번처럼 또 살려달라고 안 그럴거죠?? 도망은 안 갈 거죠??”라는 내용의 문자메시지를 보냈다.

이러한 문자메시지의 내용은, 앞서 본 피해자의 진술에 부합하고, ‘피해자의 동의를 얻어 성관계를 시도하였다’거나 ‘제가 3분만 성관계하자고 제안했더니 피해자가 알아서 3분 알람을 맞추었다’는 피고인의 주장과는 어긋나는 객관적

인 정황이다.

- (3) 피해자는 사건 직후 어머니 공소외 6에게 피고인과 주고받은 문자메시지 내용을 들킨 다음에도 피고인에게 2018. 4. 6. 15:07경 "오빠?"라는 내용의 문자메시지를 먼저 보냈고, 같은 날 15:18경에는 "몰래 만날 수 있어요.", "괜찮아요. 들키면 혼나죠 모.", 2018. 4. 14.에는 "성관계 14분안되요?"라는 내용의 문자메시지를 보낸 사실이 있기는 하다.

그러나 피고인과 피해자가 이 사건 발생 이후 주고받은 문자메시지 내용 전체를 살펴보면, 피해자는 대부분의 경우, 피고인이 보낸 문자메시지에 답장을 하지 않거나, '네', '아니요' 등의 소극적인 대답만을 하였고, 특히 피고인이 지속적으로 만남을 요구하거나 성관계를 제안하였음에도 이를 거부하는 태도를 보였다.

따라서 피해자가 피고인에게 앞서 본 바와 같은 내용의 문자메시지를 보낸 사정만으로는 피해자가 사건 당일 피고인의 성관계 시도에 동의하지 않았다는 사실이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

- (4) 피고인 측과 피해자의 어머니 공소외 6이 형사합의를 하는 과정에서 '피고인이 "성관계를 해 볼래"라고 해서 내가 3분간만 하자고 했다.

피고인과 저는 팬티를 입고 있었는데 팬티 위로 피고인 것이 닿아서 기분이 이상하고 안 좋았는데 아프지 않았다.

피고인이 처음이냐고 물어서 처음이라고 말했더니 피고인이 바로 일어나 옷을 입었다.

1차 조사 때 사실대로 말했고, 2차 조사에서는 너무 부끄럽고 빨리 집에 가고 싶어서 인터넷으로 본 게 생각나서 그렇게 말했다.

'라는 내용의 피해자 본인의 자필 진술서(이하 '이 사건 자필 진술서'라 한다)가 작성되었다.

공소외 6은 당심 법정에 증인으로 출석하여 그 작성 과정에 관하여 '피해자가 저에게 왜 이 사건 자필 진술서에 사실과 다르게 적냐면서 따졌다.

"이 진술서에는 그냥 놀러가기만 하고 바지만 벗겼다고 나와 있는데 (실제 피고인은) 자신의 몸에 올라탄 다음 했다"라고 피해자가 말했다.

"했다"라는 것은 벗기고 만졌다는 것이 아니라 거기에 놓였다는 것이다.

'라는 취지로 진술하였다.

만일 피고인이 피해자의 동의하에 위와 같은 행동을 한 것이었다면 피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 위와 같이 반발하였을 것으로 보이지 않는다.

한편 공소외 6은 피해자가 1차 조사와 2차 조사에서 다르게 진술한 것과 관련하여 '두 번째 조사 받을 때 사실대로 진술했다고 피해자가 말했다.

'라고 증언하였는데, 이는 피해자의 2차 조사 진술의 신빙성을 뒷받침하는 증거가 된다.

나) 강간행위가 기수에 이르렀는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자의 진술을 비롯한 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입함으로써 강간의 기수에 이르렀다는 점이 합리적인 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄로 판단하여야 하나, 원심은 이를 유죄로 인정하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- (1) 피해자가 1차 조사에서 진술한 내용에는 피고인이 피해자의 음부에 성기를 삽입하였다는 내용이 없다.

즉 피해자는, "피고인이 사건 당일 어떤 행동을 했어?"라는 경찰관의 질문에 "변태"라고 대답하였고, 이에 경찰관이 "어떤 게 변태였어?"라고 묻자 '피고인이 몸을 만지려고 했다.

'는 취지로 답변하였다.

경찰관이 '몸을 만진 것 이외에 다른 이상한 행동은 없었는지'를 수차례 되물어도 '없었다', '모르겠다', '기억이 안 난다' 등으로만 대답하였다.

피해자는 또한 '제가 피고인에게 기분 나쁘다고, 몸 만지지 말라고 했더니 피고인이 아무 말도 하지 않고 거기에서 나와서 함께 집에 갔다.

'라거나 '피고인이 바지를 벗긴 것은 생각이 나지만, 바지 벗기고 나서는 피고인이 어떤 행동을 했는지 기억이 나지 않는다.

'라거나 '피고인이 바지를 벗겼을 때 진짜 충격이었다.

그때부터는 진짜로 피했다.

'라고만 진술하였을 뿐, 성기 삽입이 있었다는 취지의 진술을 하지 않았다.

- (2) 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저한테 막 밀어 넣었다.

;', '저의 중요한 부분에 피고인의 중요한 부분이 들어왔다.

중요한 부분은 오줌 나오는 곳이다.

;', '(피고인의 성기가 들어올 때) 아팠다.

'라는 취지로 진술하기는 하였다.

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피해자의 위 진술들만으로는 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부 부위에 닿게 한 것을 넘어서서, 이를 삽입하였다고까지 인정하기는 어려워 보인다.

- ① 피해자는 사건 발생 당시 만 10세에 불과한 아동으로서 어휘력 및 표현방법이 미숙할 수밖에 없다.

그런데 1, 2차 조사에서의 피해자의 진술 내용과 진술 태도, 그 조사과정에서 드러나는 피해자의 언어적 이해력과 세부적인 표현력 등을 고려해 보면, 피해자가 사용한 '밀어 넣었다' 내지 '들어왔다' 등의 표현이 단순하게 피고인이 피해자의 음부에 자신의 성기를 가져다 대면서 성관계를 시도한 행위만을 의미하는 것인지, 아니면 더 나아가 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입한 행위까지도 포함하는 것인지 불분명하다.

- ② 진술분석전문가 공소외 5가 피해자의 2차 조사 진술 내용의 신빙성을 분석하여 경찰에 제출한 전문가의견서의 '종합의견'란에는 '가해자와 함께 호텔에 갔고 그곳에서 가해자가 피해자에게 성기 삽입을 시도하였다고 하는 피해자의 진술은 신빙성이 있다.

'고 기재되어 있는데, 원심은 이와 관련하여 '위 기재는 단순히 피해자의 진술을 요약하면서 "성기 삽입 시도"라고 표현한 것에 불과하고 성기 삽입 사실에 관한 피해자의 진술의 신빙성을 배척하는 취지가 아니다.

'라고 판단하였다.

그러나 공소외 5는 당심 법정에 증인으로 출석하여 '피고인의 성기가 삽입되었는지 여부에 관한 피해자의 진술은 정확하지가 않아서 그 진술의 신빙성을 판단할 수 없었다.

하지만 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 성기에 접촉하려고 했다는 사실에 대해서는 피해자가 구체적으로 진술하고 있었다.

제가 알 수 없는 부분에 대해서는 말하기가 어려웠으므로 삽입 시도가 있었다는 정도로만 분석하였다.

‘, ’“(피고인의 성기가 피해자의 성기에 들어올 때) 어떤 느낌, 아프지 않았어?”라는 질문이 있는데, 이는 피해자의 지적 능력상 유도하거나 암시적인 질문이 될 수 있기 때문에 바람직하지 않다.

저는 이 질문과 답변(이에 대하여 피해자는 “아팠어요.”라고 답변하였다)에 대해서 문제가 있다고 판단했다.

‘고 증언하여, 삽입이 이루어졌다는 점에 부합하는 피해자 진술의 신빙성을 인정할 수 없었음을 분명히 밝혔다.

피해자의 위 ‘아팠어요.’라는 답변과 관련하여, 피해자는 당초 위와 같이 진술하기에 앞서 ‘이상한 느낌이 들었다.

’라고만 진술하였을 뿐이고, 이에 경찰관이 ‘아프지는 않았어?’라고 묻자 비로소 아팠다고 대답한 것이어서, 공소외 5의 위와 같은 분석은 타당하다고 판단된다.

- (3) 전남아동보호전문기관 직원 공소외 7이 2018. 6. 20.경 피해자에 대한 현장조사를 마친 이후 작성한 사례개요서에는 ‘피해자가 뿌리치고 발버둥 치면 더 아팠기 때문에 어쩔 수 없이 성기를 넣는 성관계를 했다고 함.’이라고 기재되어 있고, 피해자의 어머니 공소외 6은 앞서 본 바와 같이 당심에서 ‘피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 저에게 당시 피고인이 피해자의 몸에 올라탄 후 넣었다고 말해 주었다’라는 취지로 진술한 사실이 있기는 하다.

그러나 이는 모두 공소외 7과 공소외 6이 피해자로부터 전해 들었다는 내용이고, 어린 나이로서 어휘력과 표현력이 미숙한 피해자가 위와 같은 ‘넣었다’라고 표현한 것이 피고인의 성기가 피해자의 음부에 삽입되었음을 의미하는 것이라고 단정할 수 없다.

- (4) 의사 공소외 8이 2018. 6. 28.경 작성한 피해자에 대한 진단서에는 ‘외음부 시진상 처녀막 수상이 관찰된다.

’라고 기재되어 있고, 피고인 및 피해자의 진술에 의하면 피해자는 이 사건이 있기 전까지 성경험이 없었던 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 진단서는 이 사건 발생 후 약 세 달 후에 작성된 것일 뿐만 아니라, 위 진단서에는 상처의 구체적인 위치, 형상, 정도 등에 관한 아무런 기재가 없어, 위 상처가 강제적인 성기 삽입에 의한 것이라고 볼 만한 근거로는 부족하다.

오히려 피해자는 1차 조사에서 ‘당시 아팠는지는 잘 기억나지 않는다.

’, 2차 조사에서 ‘피 나지 않았다.

’, ‘오줌 똥을 때 아팠는지는 잘 모르겠다.

’는 취지로 진술하였는바, 피고인의 성기 삽입으로 인하여 피해자의 처녀막에 위와 같은 상처가 난 것이라고 단정할 수 없다.

다) 축소사실의 인정

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 것보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실에 관하여 판단할 수 있다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009도9122 판결 등 참조). 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하지는 못하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄가 기수에 이르렀다고 볼 수는 없지만, 앞서 본

바와 같이 피고인이 성관계를 하기 위해 피해자에게 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 가함으로써 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 실행을 착수하였다고 인정되고, 이 사건의 심리 경과에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실을 그 미수죄로 공소사실을 변경하여 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지는 않으므로, 공소장변경 절차 없이 직권으로 위 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실을 인정하기로 한다.

그런데 위와 같이 직권으로 인정하는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실과 나머지 원심 판시 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분은 그 전부가 그대로 유지될 수 없게 되었다.

라. 피고인의 부착명령 부담 주장에 대하여

원심은 ① 피고인은 만 12세인 피해자 공소외 2와 만 10세인 피해자 공소외 3 등 13세 미만 미성년자들에게 반복적으로 성폭력범행을 저지른 점, ② 피고인은 2017년 12월경부터 2018년 5월경까지 자신의 성적 욕망을 충족시키기 위하여 모바일 게임을 하면서 알게 된 피해자들에게 성적 수치심을 일으키는 내용의 문자메시지를 반복적으로 보냈던 점, ③ 인근 주민이 우연히 피고인과 피해자 공소외 1가 버스정류장에 함께 있는 모습을 보고 의심스러워서 경찰에 신고하지 않았더라면, 피고인은 불특정 다수의 미성년자를 대상으로 한 성폭력범죄를 계속 저질렀을 가능성이 매우 크다고 보이는 점, ④ 어린 나이의 피해자들이 무방비하게 피고인과 문자메시지를 주고받는 과정에서 피해자들의 주소 등 개인정보가 피고인에게 노출되었고, 그로 인하여 일부 피해자들 및 피해자들의 가족들이 추가 피해를 우려하면서 피고인의 접근금지 등의 조치를 원하고 있는 점, ⑤ 피고인에 대한 '한국 성범죄자 위험성 평가척도'(KSORAS) 평가 결과 총점 13점으로 성범죄 재범위험성이 '높음' 수준에 해당하고, '정신병질자 선별도구'(PCL-R) 평가 결과 총점 11점으로 정신병질적 성격 특성에 의한 재범위험성은 '중간' 수준에 해당하는 점 등의 논거를 들어, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 판단하고, 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 논거들은 모두 타당하고, 비록 피고인이 이 사건 이전에는 형사처벌을 받은 전력이 없다는 점과 피해자 공소외 3에 대하여 원심과 달리 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 미수죄를 인정하는 점을 감안하더라도, 피고인이 저지른 성폭력범죄 및 성범죄의 횟수, 범행기간 및 수법, 피해자 수와 피해자들 외에 피고인이 범행 대상으로 물색하였던 아동 또는 미성년자의 수 등을 원심의 위 논거들과 함께 고려해 보면, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 인정한 원심의 판단은 옳고, 거기에 부착명령 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그리고 원심이 정한 부착기간(20년)은 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항(단서 포함) 제1호에서 규정한 부착기간의 하한이므로 위 부착기간이 길어 부당하다고 볼 수도 없다.

결국 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결에는 피고사건 부분 및 부착명령청구사건 부분 모두 앞에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점에 관한 피고인의 사실오인 주장은 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형 부담 주장, 피고인의 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부담 주장에 관한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한

보호관찰 및 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라 한다.
)

1) 피고사건 부분

가) 법리오해

(1) 위법수집증거 배제 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2, 4항)

수사기관이 피고인 소유의 휴대전화를 긴급압수한 뒤 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 압수·수색영장'이라 한다)
)은, 피해자 공소외 1에 대한 범행의 증거를 수집하기 위한 범위 내에서만 유효하다.

따라서 위 휴대전화에 대한 디지털증거분석에 따라 취득한 자료들 중 피해자 공소외 2, 공소외 3(가명), 공소외 4와 관련
된 자료들(이하 '이 사건 추가 자료들'이라 한다)은 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 수집된 것으로서 위법
수집증거에 해당하고, 이 사건 추가 자료들을 기초로 획득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술
도 위법수집증거에 기초한 2차 증거로서 모두 증거능력이 없다.

그런데도 원심은 이 사건 추가 자료들 및 위 2차 증거들의 증거능력을 모두 인정하여 이를 이 부분 각 공소사실에 관한
유죄의 증거로 사용하였으므로, 원심판결에는 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 실행 미착수 주장[원심 판시 범죄사실 제2. 가. 2)항
및 제3. 가항]

피고인이 이 부분 각 공소사실과 같이 문자메시지를 보내 위 피해자들을 그들의 집 밖으로 불러낸 후 패스트푸드
점이나 버스정류장으로 데려간 것만으로는 간음유인의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

그런데도 이 부분 각 공소사실을 간음유인미수죄로 인정한 원심판결에는 간음유인죄에서의 실행의 착수시기에 관
한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 사실오인[피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점(원심 판시 범
죄사실 제2. 나항)]

피고인이 피해자 공소외 3에 대하여 성관계를 시도한 사실은 인정하나, 이에 대한 피해자 공소외 3의 동의가 있었던 것
이고, 피고인은 그에게 폭행이나 협박을 행사한 사실이 없으며, 또한 피고인은 그의 팬티 바깥에서 그의 음부 부위
에 피고인의 성기를 가져다 대었을 뿐이고, 피해자 공소외 3으로부터 첫 성경험이라는 말을 듣고 나서는 성관계 시
도를 멈추었으며 더 이상의 행위로 나아가지 않았다.

그런데도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인의 잘못이 있다.

다) 양형 부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 10년)은 너무 무거워서 부당하다.

라) 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당

피고인의 신상정보를 공개·고지하거나 취업을 제한하여서는 안 되는 특별한 사정이 있는데도 원심이 10년간 신상정보의 공개·고지와 5년간 아동·청소년 관련기관 등에 대한 취업제한을 명한 것은 부당하고, 신상정보 등록기간을 단축하지 않은 것도 부당하다.

2) 부착명령청구사건 부분

원심이 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명한 것은 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해

(피고사건의 이유무죄 부분)

피고인은 간음할 목적으로 피해자 공소외 3, 공소외 1에게 호감을 표시하면서 위 피해자들을 집밖으로 불러낸 다음, 피해자 공소외 3을 패스트푸드점으로, 피해자 공소외 1을 버스정류장으로 데리고 갔다.

이처럼 피고인은 위 피해자들을 보호감독자로부터 이탈시켰고 결국 피고인이 의도한 장소로 위 피해자들을 이동하게 하였으므로 이로써 간음유인죄는 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 이를 각 간음유인미수죄로만 인정하고, 각 간음유인 기수의 공소사실에 대해서는 판결이유에서 각 무죄로 판단하고 말았으니, 원심판결에는 법리오해의 잘못이 있다.

2) 양형 부당

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

피고인과 검사의 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

가. 피고사건 부분

2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되기 전의 장애인복지법 제59조의3 제1항은 아동·청소년 대상 성범죄 또는 성인 대상 성범죄(이하 모두 가리켜 '성범죄'라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 예외 없이 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 규정하면서 그 운영, 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없는 기간(이하 '취업제한기간'이라 한다)을 획일적으로 10년으로 규정하였다.

그런데 2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정된 장애인복지법은, 법원으로 하여금 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 10년을 초과하지 않는 기간을 취업제한기간으로 정하여 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 '취업제한명령'이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하도록 하고, 다만 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우나 그 밖에 취업을 제한해서는 안 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 않을 수 있도록 하였다(제59조의3 제1항, 제2항). 위 개정조항은 2019. 6. 12.부터 시행되었는데, 장애인복지법 부칙(2018. 12. 11. 법률 제15904호) 제2조는 "제59조의3의 개정규정은 이 법 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다."

“라고 규정하여 위 시행일 이전에 범해진 성범죄도 취업제한명령의 대상이 되도록 하였다.

원심판결 선고 후 위와 같이 개정된 장애인복지법이 시행됨으로 인하여, 이 법원은 성범죄가 포함된 피고사건에 대하여 형을 선고하면서, 개정된 장애인복지법 제59조의3 제1항에 따라 취업제한기간을 정하여 취업제한명령을 동시에 선고할지 여부를 심리하여 심판할 필요가 생겼다.

취업제한명령에 대한 판결 부분은 성범죄 사건의 유죄판결과 동시에 선고하는 부수처분으로서 피고인에 대하여 장애인복지법에 따른 취업제한명령을 새로 부과하기 위해서는 원심판결의 나머지 피고사건 부분에 위법이 없더라도 피고사건 전부를 파기할 수밖에 없으므로 원심판결 중 피고사건 부분은 전부가 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 부처명령청구사건 부분

특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제5항에 의하면, 부처명령청구사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하는 경우에는 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부처명령청구사건 부분도 함께 파기하여야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도 453, 2011전도12 판결 등 참조).

다.

소결

원심판결은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기 사유가 있어도, 피고인의 법리오해, 사실오인, 부처명령 부당 주장과 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래 제3항에서 이를 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 법리오해 주장 중 위법수집증거 배제 주장에 대하여

1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은 피고인에 대한 수사가 착수된 경위, 피고인의 휴대전화가 압수되고 그에 대하여 이 사건 압수·수색 영장이 발부된 경위와 그 영장의 내용 등에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에 대한 간음유인, 간음유인미수, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)의 각 범행(이하 ‘이 사건 각 추가 범행’이라 한다)은, 이 사건 압수·수색영장에 명시적으로 기재된 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 간음유인죄 및 위 영장의 혐의사실에 포함된 것으로 볼 수 있는 피해자 공소외 1에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)죄와 그 죄명, 적용 법령, 범행 동기와 경위, 범행 수법과 도구가 모두 동일하고, 범행 대상이 미성년자들이라는 점에서 유사하여, 동종·유사 범행에 해당하는 점, ② 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 위 각 죄를 증명하기 위해서는 피고인에게 주관적으로 ‘간음할 목적(형법 제288조 제1항)’ 또는 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조)’이 있었음을 증명할 필요가 있는데, 이 사건 추가 자료들은 이를 증명하기 위한 중요한 간접증거 내지 정황 증거에 해당하기 때문에, 이 사건 각 추가 범행은 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실과 구체적이고 개별적 연관관계가 있는 점 등의 이유를 들어, 수사기관이 이 사건 압수·수색영장에 기하여 이 사건 추가 자료들을 압수한 것은 적법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 이 사건 추가 자료들이 적법하게 압수된 이상 이를 압수의 전제가 된 범죄뿐 아니라 다른 범죄에 대한 증거로도 특별한 제한 없이 사용할 수 있기 때문에, 이를 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실이나 이 사건 각 추가 범행 외에도 피해자 공소외 2에 대한 미성년자의제강간죄와 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 증거로도 적법하게 사용할 수 있다고 보았다.

그 결과 원심은 이 사건 추가 자료들과 이에 기초하여 취득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술은 위법수집증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

2) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 피고인과 검사의 각 법리오해 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피해자 공소외 3에 대한 간음유인

피고인은 2018. 4. 6.경부터 2018. 4. 14.경 사이에 불상지에서, 피해자에게 “오빠랑 한번만 성관계해요, 빨리 성관계 연습 끝내구 남편이랑 마니 놀아요, 이번에 제대로 하구 그 뒤론 하지마요, 여보가 먼저 성관계 하자구 할때까지 기다릴게요”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자와 재차 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 4. 14. 10:30경 ○○시에 있는 피해자의 주거지 근처 놀이터로 피해자를 불러낸 후 근처 패스트푸드점으로 데리고 들어갔다.

이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

나) 피해자 공소외 1에 대한 간음유인

피고인은 2018. 5. 6.경 불상지에서, 모바일 게임 내 채팅으로 알게 된 피해자 공소외 1(여, 10세)에게 접근하여 카카오톡 메신저로 피해자에게 “오빠가 공소외 1 만나서 밥한번 사줄게요, 오빠랑 만나서 노는거 어때요?, 공소외 1 빨리 만나보고 싶네요, 마니 좋아해서 그러는 거 알죠?”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자에게 접근하여 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 5. 7. 10:47경 부천시 (주소 생략), ‘양푼김치찌개’ 앞 노상으로 피해자를 불러낸 후 숙박업소 등으로 이동하기 위해 인근 버스정류장까지 데리고 갔다. 이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

2) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 증거들에 의하여 피고인이 위 각 공소사실 기재와 같은 문자메시지를 보냄으로써 미성년자인 위 피해자들에게 주거지 밖에서 만나자고 유혹한 사실을 인정한 다음, 피고인이 기존의 생활관계 및 보호관계로부터 이탈시킬 의도로 위와 같이 위 피해자들을 유혹한 이상 간음유인죄의 실행의 착수가 있다고 판단하였다.

그러나 원심은 아래 ① ~ ⑤의 사정들을 근거로, 피고인이 위 피해자들을 피고인의 물리적·실력적인 지배하에 두었다고 인정되지는 않는다고 보아 위 피해자들에 대한 간음유인이 기수에 이르지 않는다고 판단하였다.

① 피고인은 당초부터 위 피해자들을 간음하려는 목적으로 위 피해자들을 만나면 숙박업소로 데리고 갈 생각이었으나, 아래 ②, ③과 같이 실제로 위 피해자들을 숙박업소로 데리고 가지는 못했다.

② 피고인은 2018. 4. 14. 피해자 공소외 3을 위 피해자의 주거지 근처에 있는 놀이터에서 만났다.

그런데 피해자 공소외 3이 위 놀이터에서 피고인의 입맞춤을 거부하고, 비가 와서 집에 가야 한다고 말하자, 피고인은 피해자 공소외 3을 위 놀이터 인근의 패스트푸드점에 데리고 가서 햄버거를 사준 다음 그대로 그의 주거지까지 데려다 주었다.

③ 피고인은 2018. 5. 7. 피해자 공소외 1와 함께 부천시 (주소 생략) 인근 버스정류장에서 버스를 기다리던 중 인근 주민이 피해자 공소외 1에게 피고인과의 관계를 물어보자 그 자리를 떠났다.

그 후 피고인은 다시 피해자 공소외 1에게 연락을 취했으나 그가 피고인과 만나지 않겠다고 하여 그대로 귀가하였다.

④ 피고인과 위 피해자들이 위 패스트푸드점 또는 버스정류장까지 이동하는 과정에서 피고인이 위 피해자들에게 폭력을 행사하거나 위협을 가한 정황은 확인되지 않고, 위 피해자들이 자발적으로 피고인과 함께 이동한 것으로 보인다.

⑤ 피고인이 위 피해자들과 함께 있었던 장소인 위 패스트푸드점과 버스정류장은 다수의 사람들이 자유롭게 드나들거나 사용하는 곳이었다.

피고인이 위 각 장소에서 강제로 위 피해자들의 언행이나 장소이동을 제한하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다.

3) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 위 피해자들에 대한 각 간음유인이 그 실행의 착수는 있었지만 기수에는 이르지 않았다고 보아 피해자들에 대한 각 간음유인미수죄만이 성립한다고 판단한 것은 옳고, 거기에 피고인이나 검사가 지적하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

이 부분 피고인 및 검사의 주장은 모두 이유 없다.

다.

피고인의 사실오인 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 3. 31. 13:30경에서 같은 날 18:00경 사이 △△역 근처에 있는 상호불상의 숙박업소에서, 피해자 공소외 3(가명, 여, 10세, 이하 위 다항에서는 '피해자'라고만 한다)에게 키스를 하고 그곳 침대 위에 피해자를 눕힌 뒤 피해자와 성관계를 가지고자 하였으나 피해자가 이를 피하며 거부하자 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여 1회 간음하였다.

이로써 피고인은 13세 미만 미성년자인 피해자를 강간하였다.

2) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 그 판시와 같은 이유로 신빙할 수 있다고 판단한 다음, 피해자 진술과 문자메시지 내용 등에 의하면 피고인이 2018. 3. 31.경 피해자를 침대에 눕히고 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗긴 다음 손으로 피해자의 어깨를 잡아 누르는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압하고 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 간음한 사실 및 피해자는 범행 과정에서 피고인에게 싫다고 거부의 의사를 표시하면서 발버둥을 치거나 피고인을 밀치는 등 저항을 하였으나 피고인이 힘으로 피해자의 저항을 제압한 사실이 인정된다고 판단하였다.

나아가 원심은 ① 피고인은 키 180cm 이상의 건장한 체격인 성인 남성인 반면, 피해자는 만 10세에 불과한 작은 체격의 아동으로서 그 체격과 힘의 차이가 컸기 때문에 피해자로서는 물리적으로 피고인의 행동을 저지할 수 없었던 점, ② 당시 피해자는 자신의 주거지로부터 상당히 떨어진 숙박업소의 객실 안에서 피고인과 단 둘이 있었고, 피고인의 강제력에 대항할 수단도 없었으므로, 심리적으로 상당히 위축된 상태였을 것으로 보이는 점, ③ 피해자는 성적 지식이 부족한 상태였음에도 이 사건으로 상당한 정신적 충격을 받아 그 후 다시 성관계를 요구하는 피고인을 피하려고 상당히 노력했던 점, ④ 그 밖에 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 발생 당시 피고인의 행동이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도, 이 사건 발생 전·후 피해자의 심리상태 등에 비추어 보면, 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 강제로 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 어깨를 잡는 등의 행위를 한 것은 강간죄의 구성요건인 폭행에 해당한다고 판단하였고, 그 결과 피고인이 13세 미만의 피해자를 강간하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3) 이 법원의 판단

가) 피고인이 폭행·협박을 행사했는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 이 부분 공소사실 중 피고인이 자신의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다는 사실을 제외한 나머지 부분, 즉 '피해자가 성관계를 피하며 거부하자 피고인이 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 한 사실'을 충분히 인정할 수 있다.

나아가 원심이 적절하게 실시한 위 2)항의 ① ~ ④의 사정들을 더하여 보면, 피고인이 한 행동은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행에 해당하므로, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(1) 피해자는 2018. 6. 14. 및 2018. 6. 26. 두 차례 해바라기센터에서 진술하였는데(이 중 2018. 6. 14.에 이루어진 조사를 '1차 조사'라 하고, 2018. 6. 26.에 이루어진 조사를 '2차 조사'라 한다), 다음에서 보듯이 피해자는 2차 조사에서 피고인이 피해자의 저항을 억압하고 강제로 성관계를 시도한 사실에 관하여 상세하게 진술하였고, 진술을 회피하는 모습을 보였던 1차 조사에서도 피고인이 한 성적 행동이 피해자의 의사에 반한 것이었고 피고인이 그 과정에서 어느 정도의 유형력을 행사했다는 취지로 진술하였다.

피해자의 진술 태도, 진술 내용과 그 구체성 정도, 1차 조사와 2차 조사에서 진술이 변화된 경위와 그 원인 등을 종합해 보면, 위와 같은 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단된다.

① 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 호텔 방 안에 들어가서 성관계를 하자고 해서 싫다고 가려고 했는데 잡혀 버렸다. 피고인이 저를 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저에게 막 밀어 넣었다

그래서 그때 엄청 충격적이었다.

제가 싫다고 바둥바둥 거렸더니, 피고인이 안 아프다고, 도망가지 말라고 하여서 무서웠다.

피고인이 제가 못나오도록 팔과 발을 꼭 잡았다.

그래서 그냥 포기했다.

누워 있을 때 제가 피고인을 계속 밀치고 발로 찼지만, 피고인이 저의 다리와 팔을 잡았다.

‘라며 피고인이 한 행동에 대하여 상세하게 진술하였다.

- ② 피해자는 1차 조사에서는 피해 사실을 적극적으로 진술하지 않고 경찰관의 질문에 대하여 마지못해 조금씩 대답하였는데, 그 과정에서도 피해자는 당시 피고인이 자신의 몸을 만지고 입술에 뽀뽀한 사실을 말하였고, ‘제가 방 밖으로 나갈 생각을 했는데 피고인이 나가지 못하게 벽처럼 막았다.

’, ‘바지를 벗기려고 했는데 싫었다.

발버둥을 쳐도 피고인이 저보다는 셀 것이니 저는 포기했다.

저 그때 진짜 충격이었고 그때부터 진짜로 피했다.

‘라면서, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사한 사실을 언급하였다.

경찰의 의뢰에 따라 1차 조사 및 2차 조사에서의 피해자 진술의 신빙성을 분석한 진술분석전문가 공소외 5는 피해자의 1차 조사 진술에 관하여 경찰에 제출한 전문가의견서에서 ‘피해자가 조사 내내 진술에 대한 거부감을 가지고 있었다.

피해자는 기억나는 사실 중에서 진술하기 곤란한 사실에 대해서는 답변을 회피하고 답변하고 싶은 사실에 대해서만 선택적으로 진술하고 있다.

따라서 향후 피해자가 어느 정도 안정감을 되찾았을 때 피해자에 대한 추후 조사가 반드시 필요하다고 보인다.

‘라는 의견을 밝혔고, 당시 법정에서 증인으로 출석하여 ‘아동의 경우에 자신이 의도하지 않게 자신이 했던 사실이 밝혀졌을 때, 거기에 대해서 자신의 책임, 자책, 죄책감 때문에 그 사실을 숨기려는 심리 상태가 작용하기도 한다.

이 사건에서 피해자가 자발적으로 발고한 것이 아니라 다른 사건으로 인해서 발고가 되어 경찰 조사가 들어갔기 때문에 피해자 입장에서는 굉장히 당황했을 것이라고 생각하고, 그래서 피해자가 이 상황을 어떻게 해석해야 될지 몰라서 1차 조사 때는 진술을 회피하거나 축소해서 진술하려는 경향이 있었다고 본다.

하지만 피해자가 전체적인 사건 조사과정을 이해하게 되고 심리가 안정된 상태에서 조사를 받았을 때(2차 조사를 말한다)는 오히려 심리적인 압박 없이 자연스럽게 진술했다고 생각한다.

’, ‘피해자가 피하려고 했었고, 그런 피해자를 가해자가 잡고 움직이지 못하게 했다는 내용이 있어서 1차 조사 때에도 어느 정도 위력 행사는 있었다고 저는 생각을 했다.

‘라고 증언하였다.

이러한 피해자의 심리 상태 변화 과정을 고려할 때, 1차 조사에서 피해자가 피해 사실에 대하여 적극적으로 진술하지 않았다는 점이 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 탄핵하는 사정이 된다고 보이지는 않고, 오히려 피해자가 1차 조사에서도 피고인이 유형력을 행사해 피해자의 의사에 반한 성적 행동들을 하였다는 취지로 진술하였다는 점은 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 보강하는 정황이 된다고 보아야 한다.

- (2) 피고인은 범행 이후 피해자에게 2018. 3. 31.경 “여보... 담번에 남편이랑 할 때 시러요 안 그럴거죠? ㅈㅈ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 12.경 “도망 안가면 빨리 끝나요. 그 때 도망가구 그러니 한 시간 걸린 거지..ㅈㅈ 안 도망가면 진짜 빨리 끝나요. 원래 10분 안에 끝나는 건데 도망가니 한 시간 걸린 거지ㅈㅈ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 14.경 “저번처럼 또 살려달라고 안 그럴거죠?? 도망은 안 갈 거죠??”라는 내용의 문자메시지를 보냈다.

이러한 문자메시지의 내용은, 앞서 본 피해자의 진술에 부합하고, ‘피해자의 동의를 얻어 성관계를 시도하였다’거나 ‘제가 3분만 성관계하자고 제안했더니 피해자가 알아서 3분 알람을 맞추었다’는 피고인의 주장과는 어긋나는 객관적

인 정황이다.

- (3) 피해자는 사건 직후 어머니 공소외 6에게 피고인과 주고받은 문자메시지 내용을 들킨 다음에도 피고인에게 2018. 4. 6. 15:07경 "오빠?"라는 내용의 문자메시지를 먼저 보냈고, 같은 날 15:18경에는 "몰래 만날 수 있어요.", "괜찮아요. 들키면 혼나죠 모.", 2018. 4. 14.에는 "성관계 14분안되요?"라는 내용의 문자메시지를 보낸 사실이 있기는 하다.

그러나 피고인과 피해자가 이 사건 발생 이후 주고받은 문자메시지 내용 전체를 살펴보면, 피해자는 대부분의 경우 , 피고인이 보낸 문자메시지에 답장을 하지 않거나, '네', '아니요' 등의 소극적인 대답만을 하였고, 특히 피고인이 지속적으로 만남을 요구하거나 성관계를 제안하였음에도 이를 거부하는 태도를 보였다.

따라서 피해자가 피고인에게 앞서 본 바와 같은 내용의 문자메시지를 보낸 사정만으로는 피해자가 사건 당일 피고인의 성관계 시도에 동의하지 않았다는 사실이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

- (4) 피고인 측과 피해자의 어머니 공소외 6이 형사합의를 하는 과정에서 '피고인이 "성관계를 해 볼래"라고 해서 내가 3분간만 하자고 했다.

피고인과 저는 팬티를 입고 있었는데 팬티 위로 피고인 것이 닿아서 기분이 이상하고 안 좋았는데 아프지 않았다.

피고인이 처음이냐고 물어서 처음이라고 말했더니 피고인이 바로 일어나 옷을 입었다.

1차 조사 때 사실대로 말했고, 2차 조사에서는 너무 부끄럽고 빨리 집에 가고 싶어서 인터넷으로 본 게 생각나서 그렇게 말했다.

'라는 내용의 피해자 본인의 자필 진술서(이하 '이 사건 자필 진술서'라 한다)가 작성되었다.

공소외 6은 당심 법정에 증인으로 출석하여 그 작성 과정에 관하여 '피해자가 저에게 왜 이 사건 자필 진술서에 사실과 다르게 적냐면서 따졌다.

"이 진술서에는 그냥 놀러가기만 하고 바지만 벗겼다고 나와 있는데 (실제 피고인은) 자신의 몸에 올라탄 다음 했다"라고 피해자가 말했다.

"했다"라는 것은 벗기고 만졌다는 것이 아니라 거기에 놓였다는 것이다.

'라는 취지로 진술하였다.

만일 피고인이 피해자의 동의하에 위와 같은 행동을 한 것이었다면 피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 위와 같이 반발하였을 것으로 보이지 않는다.

한편 공소외 6은 피해자가 1차 조사와 2차 조사에서 다르게 진술한 것과 관련하여 '두 번째 조사 받을 때 사실대로 진술했다고 피해자가 말했다.

'라고 증언하였는데, 이는 피해자의 2차 조사 진술의 신빙성을 뒷받침하는 증거가 된다.

나) 강간행위가 기수에 이르렀는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자의 진술을 비롯한 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입함으로써 강간의 기수에 이르렀다는 점이 합리적인 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄로 판단하여야 하나, 원심은 이를 유죄로 인정하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- (1) 피해자가 1차 조사에서 진술한 내용에는 피고인이 피해자의 음부에 성기를 삽입하였다는 내용이 없다.

즉 피해자는, "피고인이 사건 당일 어떤 행동을 했어?"라는 경찰관의 질문에 "변태"라고 대답하였고, 이에 경찰관이 "어떤 게 변태였어?"라고 묻자 '피고인이 몸을 만지려고 했다.

'는 취지로 답변하였다.

경찰관이 '몸을 만진 것 이외에 다른 이상한 행동은 없었는지'를 수차례 되물어도 '없었다', '모르겠다', '기억이 안 난다' 등으로만 대답하였다.

피해자는 또한 '제가 피고인에게 기분 나쁘다고, 몸 만지지 말라고 했더니 피고인이 아무 말도 하지 않고 거기에서 나와서 함께 집에 갔다.

'라거나 '피고인이 바지를 벗긴 것은 생각이 나지만, 바지 벗기고 나서는 피고인이 어떤 행동을 했는지 기억이 나지 않는다.

'라거나 '피고인이 바지를 벗겼을 때 진짜 충격이었다.

그때부터는 진짜로 피했다.

'라고만 진술하였을 뿐, 성기 삽입이 있었다는 취지의 진술을 하지 않았다.

- (2) 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저한테 막 밀어 넣었다.

;', '저의 중요한 부분에 피고인의 중요한 부분이 들어왔다.

중요한 부분은 오줌 나오는 곳이다.

;', '(피고인의 성기가 들어올 때) 아팠다.

'라는 취지로 진술하기는 하였다.

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피해자의 위 진술들만으로는 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부 부위에 닿게 한 것을 넘어서서, 이를 삽입하였다고까지 인정하기는 어려워 보인다.

- ① 피해자는 사건 발생 당시 만 10세에 불과한 아동으로서 어휘력 및 표현방법이 미숙할 수밖에 없다.

그런데 1, 2차 조사에서의 피해자의 진술 내용과 진술 태도, 그 조사과정에서 드러나는 피해자의 언어적 이해력과 세부적인 표현력 등을 고려해 보면, 피해자가 사용한 '밀어 넣었다' 내지 '들어왔다' 등의 표현이 단순하게 피고인이 피해자의 음부에 자신의 성기를 가져다 대면서 성관계를 시도한 행위만을 의미하는 것인지, 아니면 더 나아가 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입한 행위까지도 포함하는 것인지 불분명하다.

- ② 진술분석전문가 공소외 5가 피해자의 2차 조사 진술 내용의 신빙성을 분석하여 경찰에 제출한 전문가의견서의 '종합의견'란에는 '가해자와 함께 호텔에 갔고 그곳에서 가해자가 피해자에게 성기 삽입을 시도하였다고 하는 피해자의 진술은 신빙성이 있다.

'고 기재되어 있는데, 원심은 이와 관련하여 '위 기재는 단순히 피해자의 진술을 요약하면서 "성기 삽입 시도"라고 표현한 것에 불과하고 성기 삽입 사실에 관한 피해자의 진술의 신빙성을 배척하는 취지가 아니다.

'라고 판단하였다.

그러나 공소외 5는 당심 법정에 증인으로 출석하여 '피고인의 성기가 삽입되었는지 여부에 관한 피해자의 진술은 정확하지가 않아서 그 진술의 신빙성을 판단할 수 없었다.

하지만 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 성기에 접촉하려고 했다는 사실에 대해서는 피해자가 구체적으로 진술하고 있었다.

제가 알 수 없는 부분에 대해서는 말하기가 어려웠으므로 삽입 시도가 있었다는 정도로만 분석하였다.

‘, ’“(피고인의 성기가 피해자의 성기에 들어올 때) 어떤 느낌, 아프지 않았어?”라는 질문이 있는데, 이는 피해자의 지적 능력상 유도하거나 암시적인 질문이 될 수 있기 때문에 바람직하지 않다.

저는 이 질문과 답변(이에 대하여 피해자는 “아팠어요.”라고 답변하였다)에 대해서 문제가 있다고 판단했다.

‘고 증언하여, 삽입이 이루어졌다는 점에 부합하는 피해자 진술의 신빙성을 인정할 수 없었음을 분명히 밝혔다.

피해자의 위 ‘아팠어요.’라는 답변과 관련하여, 피해자는 당초 위와 같이 진술하기에 앞서 ‘이상한 느낌이 들었다.

’라고만 진술하였을 뿐이고, 이에 경찰관이 ‘아프지는 않았어?’라고 묻자 비로소 아팠다고 대답한 것이어서, 공소외 5의 위와 같은 분석은 타당하다고 판단된다.

- (3) 전남아동보호전문기관 직원 공소외 7이 2018. 6. 20.경 피해자에 대한 현장조사를 마친 이후 작성한 사례개요서에는 ‘피해자가 뿌리치고 발버둥 치면 더 아팠기 때문에 어쩔 수 없이 성기를 넣는 성관계를 했다고 함.’이라고 기재되어 있고, 피해자의 어머니 공소외 6은 앞서 본 바와 같이 당심에서 ‘피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 저에게 당시 피고인이 피해자의 몸에 올라탄 후 넣었다고 말해 주었다’라는 취지로 진술한 사실이 있기는 하다.

그러나 이는 모두 공소외 7과 공소외 6이 피해자로부터 전해 들었다는 내용이고, 어린 나이로서 어휘력과 표현력이 미숙한 피해자가 위와 같은 ‘넣었다’라고 표현한 것이 피고인의 성기가 피해자의 음부에 삽입되었음을 의미하는 것이라고 단정할 수 없다.

- (4) 의사 공소외 8이 2018. 6. 28.경 작성한 피해자에 대한 진단서에는 ‘외음부 시진상 처녀막 수상이 관찰된다.

’라고 기재되어 있고, 피고인 및 피해자의 진술에 의하면 피해자는 이 사건이 있기 전까지 성경험이 없었던 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 진단서는 이 사건 발생 후 약 세 달 후에 작성된 것일 뿐만 아니라, 위 진단서에는 상처의 구체적인 위치, 형상, 정도 등에 관한 아무런 기재가 없어, 위 상처가 강제적인 성기 삽입에 의한 것이라고 볼 만한 근거로는 부족하다.

오히려 피해자는 1차 조사에서 ‘당시 아팠는지는 잘 기억나지 않는다.

’, 2차 조사에서 ‘피 나지 않았다.

’, ‘오줌 똥을 때 아팠는지는 잘 모르겠다.

’는 취지로 진술하였는바, 피고인의 성기 삽입으로 인하여 피해자의 처녀막에 위와 같은 상처가 난 것이라고 단정할 수 없다.

다) 축소사실의 인정

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 것보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실에 관하여 판단할 수 있다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009도9122 판결 등 참조). 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하지는 못하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄가 기수에 이르렀다고 볼 수는 없지만, 앞서 본

바와 같이 피고인이 성관계를 하기 위해 피해자에게 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 가함으로써 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 실행을 착수하였다고 인정되고, 이 사건의 심리 경과에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실을 그 미수죄로 공소사실을 변경하여 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지는 않으므로, 공소장변경 절차 없이 직권으로 위 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실을 인정하기로 한다.

그런데 위와 같이 직권으로 인정하는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실과 나머지 원심 판시 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분은 그 전부가 그대로 유지될 수 없게 되었다.

라. 피고인의 부착명령 부담 주장에 대하여

원심은 ① 피고인은 만 12세인 피해자 공소외 2와 만 10세인 피해자 공소외 3 등 13세 미만 미성년자들에게 반복적으로 성폭력범행을 저지른 점, ② 피고인은 2017년 12월경부터 2018년 5월경까지 자신의 성적 욕망을 충족시키기 위하여 모바일 게임을 하면서 알게 된 피해자들에게 성적 수치심을 일으키는 내용의 문자메시지를 반복적으로 보냈던 점, ③ 인근 주민이 우연히 피고인과 피해자 공소외 1가 버스정류장에 함께 있는 모습을 보고 의심스러워서 경찰에 신고하지 않았더라면, 피고인은 불특정 다수의 미성년자를 대상으로 한 성폭력범죄를 계속 저질렀을 가능성이 매우 크다고 보이는 점, ④ 어린 나이의 피해자들이 무방비하게 피고인과 문자메시지를 주고받는 과정에서 피해자들의 주소 등 개인정보가 피고인에게 노출되었고, 그로 인하여 일부 피해자들 및 피해자들의 가족들이 추가 피해를 우려하면서 피고인의 접근금지 등의 조치를 원하고 있는 점, ⑤ 피고인에 대한 '한국 성범죄자 위험성 평가척도'(KSORAS) 평가 결과 총점 13점으로 성범죄 재범위험성이 '높음' 수준에 해당하고, '정신병질자 선별도구'(PCL-R) 평가 결과 총점 11점으로 정신병질적 성격 특성에 의한 재범위험성은 '중간' 수준에 해당하는 점 등의 논거를 들어, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 판단하고, 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 논거들은 모두 타당하고, 비록 피고인이 이 사건 이전에는 형사처벌을 받은 전력이 없다는 점과 피해자 공소외 3에 대하여 원심과 달리 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 미수죄를 인정하는 점을 감안하더라도, 피고인이 저지른 성폭력범죄 및 성범죄의 횟수, 범행기간 및 수법, 피해자 수와 피해자들 외에 피고인이 범행 대상으로 물색하였던 아동 또는 미성년자의 수 등을 원심의 위 논거들과 함께 고려해 보면, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 인정한 원심의 판단은 옳고, 거기에 부착명령 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그리고 원심이 정한 부착기간(20년)은 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항(단서 포함) 제1호에서 규정한 부착기간의 하한이므로 위 부착기간이 길어 부당하다고 볼 수도 없다.

결국 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결에는 피고사건 부분 및 부착명령청구사건 부분 모두 앞에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점에 관한 피고인의 사실오인 주장은 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형 부담 주장, 피고인의 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부담 주장에 관한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한

보호관찰 및 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라 한다.
)

1) 피고사건 부분

가) 법리오해

(1) 위법수집증거 배제 주장(원심 판시 범죄사실 제1, 2, 4항)

수사기관이 피고인 소유의 휴대전화를 긴급압수한 뒤 발부받은 압수·수색영장(이하 '이 사건 압수·수색영장'이라 한다)
)은, 피해자 공소외 1에 대한 범행의 증거를 수집하기 위한 범위 내에서만 유효하다.

따라서 위 휴대전화에 대한 디지털증거분석에 따라 취득한 자료들 중 피해자 공소외 2, 공소외 3(가명), 공소외 4와 관
련된 자료들(이하 '이 사건 추가 자료들'이라 한다)은 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 수집된 것으로서 위법
수집증거에 해당하고, 이 사건 추가 자료들을 기초로 획득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술
도 위법수집증거에 기초한 2차 증거로서 모두 증거능력이 없다.

그런데도 원심은 이 사건 추가 자료들 및 위 2차 증거들의 증거능력을 모두 인정하여 이를 이 부분 각 공소사실에 관한
유죄의 증거로 사용하였으므로, 원심판결에는 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 실행 미착수 주장[원심 판시 범죄사실 제2. 가. 2)항
및 제3. 가항]

피고인이 이 부분 각 공소사실과 같이 문자메시지를 보내 위 피해자들을 그들의 집 밖으로 불러낸 후 패스트푸드
점이나 버스정류장으로 데려간 것만으로는 간음유인의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다.

그런데도 이 부분 각 공소사실을 간음유인미수죄로 인정한 원심판결에는 간음유인죄에서의 실행의 착수시기에 관
한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 사실오인[피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점(원심 판시 범
죄사실 제2. 나항)]

피고인이 피해자 공소외 3에 대하여 성관계를 시도한 사실은 인정하나, 이에 대한 피해자 공소외 3의 동의가 있었던 것
이고, 피고인은 그에게 폭행이나 협박을 행사한 사실이 없으며, 또한 피고인은 그의 팬티 바깥에서 그의 음부 부위
에 피고인의 성기를 가져다 대었을 뿐이고, 피해자 공소외 3으로부터 첫 성경험이라는 말을 듣고 나서는 성관계 시
도를 멈추었으며 더 이상의 행위로 나아가지 않았다.

그런데도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인의 잘못이 있다.

다) 양형 부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 10년)은 너무 무거워서 부당하다.

라) 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부당

피고인의 신상정보를 공개·고지하거나 취업을 제한하여서는 안 되는 특별한 사정이 있는데도 원심이 10년간 신상정보의 공개·고지와 5년간 아동·청소년 관련기관 등에 대한 취업제한을 명한 것은 부당하고, 신상정보 등록기간을 단축하지 않은 것도 부당하다.

2) 부착명령청구사건 부분

원심이 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명한 것은 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해

(피고사건의 이유무죄 부분)

피고인은 간음할 목적으로 피해자 공소외 3, 공소외 1에게 호감을 표시하면서 위 피해자들을 집밖으로 불러낸 다음, 피해자 공소외 3을 패스트푸드점으로, 피해자 공소외 1을 버스정류장으로 데리고 갔다.

이처럼 피고인은 위 피해자들을 보호감독자로부터 이탈시켰고 결국 피고인이 의도한 장소로 위 피해자들을 이동하게 하였으므로 이로써 간음유인죄는 기수에 이르렀다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 이를 각 간음유인미수죄로만 인정하고, 각 간음유인 기수의 공소사실에 대해서는 판결이유에서 각 무죄로 판단하고 말았으니, 원심판결에는 법리오해의 잘못이 있다.

2) 양형 부당

원심의 선고형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권 판단

피고인과 검사의 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

가. 피고사건 부분

2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되기 전의 장애인복지법 제59조의3 제1항은 아동·청소년 대상 성범죄 또는 성인 대상 성범죄(이하 모두 가리켜 '성범죄'라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 예외 없이 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 규정하면서 그 운영, 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없는 기간(이하 '취업제한기간'이라 한다)을 획일적으로 10년으로 규정하였다.

그런데 2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정된 장애인복지법은, 법원으로 하여금 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고하는 경우에는 판결로 10년을 초과하지 않는 기간을 취업제한기간으로 정하여 장애인복지시설을 운영하거나 장애인복지시설에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없도록 하는 명령(이하 '취업제한명령'이라 한다)을 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하도록 하고, 다만 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우나 그 밖에 취업을 제한해서는 안 되는 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 취업제한명령을 선고하지 않을 수 있도록 하였다(제59조의3 제1항, 제2항). 위 개정조항은 2019. 6. 12.부터 시행되었는데, 장애인복지법 부칙(2018. 12. 11. 법률 제15904호) 제2조는 "제59조의3의 개정규정은 이 법 시행 전에 성범죄를 범하고 확정판결을 받지 아니한 사람에 대해서도 적용한다."

“라고 규정하여 위 시행일 이전에 범해진 성범죄도 취업제한명령의 대상이 되도록 하였다.

원심판결 선고 후 위와 같이 개정된 장애인복지법이 시행됨으로 인하여, 이 법원은 성범죄가 포함된 피고사건에 대하여 형을 선고하면서, 개정된 장애인복지법 제59조의3 제1항에 따라 취업제한기간을 정하여 취업제한명령을 동시에 선고할지 여부를 심리하여 심판할 필요가 생겼다.

취업제한명령에 대한 판결 부분은 성범죄 사건의 유죄판결과 동시에 선고하는 부수처분으로서 피고인에 대하여 장애인복지법에 따른 취업제한명령을 새로 부과하기 위해서는 원심판결의 나머지 피고사건 부분에 위법이 없더라도 피고사건 전부를 파기할 수밖에 없으므로 원심판결 중 피고사건 부분은 전부가 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 부처명령청구사건 부분

특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제5항에 의하면, 부처명령청구사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하는 경우에는 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 부처명령청구사건 부분도 함께 파기하여야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도 453, 2011전도12 판결 등 참조).

다.

소결

원심판결은 그 전부가 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기 사유가 있어도, 피고인의 법리오해, 사실오인, 부처명령 부당 주장과 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래 제3항에서 이를 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인의 법리오해 주장 중 위법수집증거 배제 주장에 대하여

1) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은 피고인에 대한 수사가 착수된 경위, 피고인의 휴대전화가 압수되고 그에 대하여 이 사건 압수·수색영장이 발부된 경위와 그 영장의 내용 등에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4에 대한 간음유인, 간음유인미수, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)의 각 범행(이하 ‘이 사건 각 추가 범행’이라 한다)은, 이 사건 압수·수색영장에 명시적으로 기재된 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 간음유인죄 및 위 영장의 혐의사실에 포함된 것으로 볼 수 있는 피해자 공소외 1에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)죄와 그 죄명, 적용 법령, 범행 동기와 경위, 범행 수법과 도구가 모두 동일하고, 범행 대상이 미성년자들이라는 점에서 유사하여, 동종·유사 범행에 해당하는 점, ② 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실인 피해자 공소외 1에 대한 위 각 죄를 증명하기 위해서는 피고인에게 주관적으로 ‘간음할 목적(형법 제288조 제1항)’ 또는 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조)’이 있었음을 증명할 필요가 있는데, 이 사건 추가 자료들은 이를 증명하기 위한 중요한 간접증거 내지 정황증거에 해당하기 때문에, 이 사건 각 추가 범행은 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실과 구체적이고 개별적 연관관계가 있는 점 등의 이유를 들어, 수사기관이 이 사건 압수·수색영장에 기하여 이 사건 추가 자료들을 압수한 것은 적법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 이 사건 추가 자료들이 적법하게 압수된 이상 이를 압수의 전제가 된 범죄뿐 아니라 다른 범죄에 대한 증거로도 특별한 제한 없이 사용할 수 있기 때문에, 이를 이 사건 압수·수색영장의 혐의사실이나 이 사건 각 추가 범행 외에도 피해자 공소외 2에 대한 미성년자의제강간죄와 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 증거로도 적법하게 사용할 수 있다고 보았다.

그 결과 원심은 이 사건 추가 자료들과 이에 기초하여 취득한 피고인 및 피해자 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4의 진술은 위법수집증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

2) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 피해자 공소외 3, 공소외 1에 대한 각 간음유인미수의 점에 관한 피고인과 검사의 각 법리오해 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피해자 공소외 3에 대한 간음유인

피고인은 2018. 4. 6.경부터 2018. 4. 14.경 사이에 불상지에서, 피해자에게 “오빠랑 한번만 성관계해요, 빨리 성관계 연습 끝내구 남편이랑 마니 놀아요, 이번에 제대로 하구 그 뒤론 하지마요, 여보가 먼저 성관계 하자구 할때까지 기다릴게요”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자와 재차 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 4. 14. 10:30경 ○○시에 있는 피해자의 주거지 근처 놀이터로 피해자를 불러낸 후 근처 패스트푸드점으로 데리고 들어갔다.

이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

나) 피해자 공소외 1에 대한 간음유인

피고인은 2018. 5. 6.경 불상지에서, 모바일 게임 내 채팅으로 알게 된 피해자 공소외 1(여, 10세)에게 접근하여 카카오톡 메신저로 피해자에게 “오빠가 공소외 1 만나서 밥한번 사줄게요, 오빠랑 만나서 노는거 어때요?, 공소외 1 빨리 만나보고 싶네요, 마니 좋아해서 그러는 거 알죠?”라는 등의 문자를 보내 피해자로 하여금 피고인에게 친밀한 감정을 가지도록 한 후 피해자에게 접근하여 성관계를 가지기로 마음을 먹고, 2018. 5. 7. 10:47경 부천시 (주소 생략), ‘양푼김치찌개’ 앞 노상으로 피해자를 불러낸 후 숙박업소 등으로 이동하기 위해 인근 버스정류장까지 데리고 갔다. 이로써 피고인은 간음 목적으로 피해자를 유인하였다.

2) 원심의 판단

원심은, 그 판시의 증거들에 의하여 피고인이 위 각 공소사실 기재와 같은 문자메시지를 보냄으로써 미성년자인 위 피해자들에게 주거지 밖에서 만나자고 유혹한 사실을 인정한 다음, 피고인이 기존의 생활관계 및 보호관계로부터 이탈시킬 의도로 위와 같이 위 피해자들을 유혹한 이상 간음유인죄의 실행의 착수가 있다고 판단하였다.

그러나 원심은 아래 ① ~ ⑤의 사정들을 근거로, 피고인이 위 피해자들을 피고인의 물리적·실력적인 지배하에 두었다고 인정되지는 않는다고 보아 위 피해자들에 대한 간음유인이 기수에 이르지 않는다고 판단하였다.

① 피고인은 당초부터 위 피해자들을 간음하려는 목적으로 위 피해자들을 만나면 숙박업소로 데리고 갈 생각이었으나, 아래 ②, ③과 같이 실제로 위 피해자들을 숙박업소로 데리고 가지는 못했다.

② 피고인은 2018. 4. 14. 피해자 공소외 3을 위 피해자의 주거지 근처에 있는 놀이터에서 만났다.

그런데 피해자 공소외 3이 위 놀이터에서 피고인의 입맞춤을 거부하고, 비가 와서 집에 가야 한다고 말하자, 피고인은 피해자 공소외 3을 위 놀이터 인근의 패스트푸드점에 데리고 가서 햄버거를 사준 다음 그대로 그의 주거지까지 데려다 주었다.

③ 피고인은 2018. 5. 7. 피해자 공소외 1와 함께 부천시 (주소 생략) 인근 버스정류장에서 버스를 기다리던 중 인근 주민이 피해자 공소외 1에게 피고인과의 관계를 물어보자 그 자리를 떠났다.

그 후 피고인은 다시 피해자 공소외 1에게 연락을 취했으나 그가 피고인과 만나지 않겠다고 하여 그대로 귀가하였다.

④ 피고인과 위 피해자들이 위 패스트푸드점 또는 버스정류장까지 이동하는 과정에서 피고인이 위 피해자들에게 폭력을 행사하거나 위협을 가한 정황은 확인되지 않고, 위 피해자들이 자발적으로 피고인과 함께 이동한 것으로 보인다.

⑤ 피고인이 위 피해자들과 함께 있었던 장소인 위 패스트푸드점과 버스정류장은 다수의 사람들이 자유롭게 드나들거나 사용하는 곳이었다.

피고인이 위 각 장소에서 강제로 위 피해자들의 언행이나 장소이동을 제한하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는다.

3) 이 법원의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 원심 판시 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 위 피해자들에 대한 각 간음유인이 그 실행의 착수는 있었지만 기수에는 이르지 않았다고 보아 피해자들에 대한 각 간음유인미수죄만이 성립한다고 판단한 것은 옳고, 거기에 피고인이나 검사가 지적하는 바와 같은 법리오해의 잘못이 없다.

이 부분 피고인 및 검사의 주장은 모두 이유 없다.

다.

피고인의 사실오인 주장에 대하여

1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 3. 31. 13:30경에서 같은 날 18:00경 사이 △△역 근처에 있는 상호불상의 숙박업소에서, 피해자 공소외 3(가명, 여, 10세, 이하 위 다항에서는 '피해자'라고만 한다)에게 키스를 하고 그곳 침대 위에 피해자를 눕힌 뒤 피해자와 성관계를 가지고자 하였으나 피해자가 이를 피하며 거부하자 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하여 1회 간음하였다.

이로써 피고인은 13세 미만 미성년자인 피해자를 강간하였다.

2) 원심의 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 이 부분 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 그 판시와 같은 이유로 신빙할 수 있다고 판단한 다음, 피해자 진술과 문자메시지 내용 등에 의하면 피고인이 2018. 3. 31.경 피해자를 침대에 눕히고 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗긴 다음 손으로 피해자의 어깨를 잡아 누르는 등의 방법으로 피해자의 반항을 억압하고 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입함으로써 간음한 사실 및 피해자는 범행 과정에서 피고인에게 싫다고 거부의 의사를 표시하면서 발버둥을 치거나 피고인을 밀치는 등 저항을 하였으나 피고인이 힘으로 피해자의 저항을 제압한 사실이 인정된다고 판단하였다.

나아가 원심은 ① 피고인은 키 180cm 이상의 건장한 체격인 성인 남성인 반면, 피해자는 만 10세에 불과한 작은 체격의 아동으로서 그 체격과 힘의 차이가 컸기 때문에 피해자로서는 물리적으로 피고인의 행동을 저지할 수 없었던 점, ② 당시 피해자는 자신의 주거지로부터 상당히 떨어진 숙박업소의 객실 안에서 피고인과 단 둘이 있었고, 피고인의 강제력에 대항할 수단도 없었으므로, 심리적으로 상당히 위축된 상태였을 것으로 보이는 점, ③ 피해자는 성적 지식이 부족한 상태였음에도 이 사건으로 상당한 정신적 충격을 받아 그 후 다시 성관계를 요구하는 피고인을 피하려고 상당히 노력했던 점, ④ 그 밖에 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 발생 당시 피고인의 행동이 피해자에게 미칠 수 있는 심리적 압박의 내용과 정도, 이 사건 발생 전·후 피해자의 심리상태 등에 비추어 보면, 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 강제로 피해자의 옷을 벗기고 피해자의 어깨를 잡는 등의 행위를 한 것은 강간죄의 구성요건인 폭행에 해당한다고 판단하였고, 그 결과 피고인이 13세 미만의 피해자를 강간하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3) 이 법원의 판단

가) 피고인이 폭행·협박을 행사했는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 이 부분 공소사실 중 피고인이 자신의 성기를 피해자의 음부에 삽입하였다는 사실을 제외한 나머지 부분, 즉 '피해자가 성관계를 피하며 거부하자 피고인이 피해자의 바지와 팬티를 강제로 벗기고, 이에 저항하는 피해자의 어깨를 잡아 피해자의 반항을 억압한 후 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하려고 한 사실'을 충분히 인정할 수 있다.

나아가 원심이 적절하게 실시한 위 2)항의 ① ~ ④의 사정들을 더하여 보면, 피고인이 한 행동은 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행에 해당하므로, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 없다.

(1) 피해자는 2018. 6. 14. 및 2018. 6. 26. 두 차례 해바라기센터에서 진술하였는데(이 중 2018. 6. 14.에 이루어진 조사를 '1차 조사'라 하고, 2018. 6. 26.에 이루어진 조사를 '2차 조사'라 한다), 다음에서 보듯이 피해자는 2차 조사에서 피고인이 피해자의 저항을 억압하고 강제로 성관계를 시도한 사실에 관하여 상세하게 진술하였고, 진술을 회피하는 모습을 보였던 1차 조사에서도 피고인이 한 성적 행동이 피해자의 의사에 반한 것이었고 피고인이 그 과정에서 어느 정도의 유형력을 행사했다는 취지로 진술하였다.

피해자의 진술 태도, 진술 내용과 그 구체성 정도, 1차 조사와 2차 조사에서 진술이 변화된 경위와 그 원인 등을 종합해 보면, 위와 같은 피해자의 진술은 신빙성이 있다고 판단된다.

① 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 호텔 방 안에 들어가서 성관계를 하자고 해서 싫다고 가려고 했는데 잡혀 버렸다. 피고인이 저를 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저에게 막 밀어 넣었다

그래서 그때 엄청 충격적이었다.

제가 싫다고 바둥바둥 거렸더니, 피고인이 안 아프다고, 도망가지 말라고 하여서 무서웠다.

피고인이 제가 못나오도록 팔과 발을 꼭 잡았다.

그래서 그냥 포기했다.

누워 있을 때 제가 피고인을 계속 밀치고 발로 찼지만, 피고인이 저의 다리와 팔을 잡았다.

‘라며 피고인이 한 행동에 대하여 상세하게 진술하였다.

- ② 피해자는 1차 조사에서는 피해 사실을 적극적으로 진술하지 않고 경찰관의 질문에 대하여 마지못해 조금씩 대답하였는데, 그 과정에서도 피해자는 당시 피고인이 자신의 몸을 만지고 입술에 뽀뽀한 사실을 말하였고, ‘제가 방 밖으로 나갈 생각을 했는데 피고인이 나가지 못하게 벽처럼 막았다.

’, ‘바지를 벗기려고 했는데 싫었다.

발버둥을 쳐도 피고인이 저보다는 셀 것이니 저는 포기했다.

저 그때 진짜 충격이었고 그때부터 진짜로 피했다.

‘라면서, 피고인이 피해자의 의사에 반하여 유형력을 행사한 사실을 언급하였다.

경찰의 의뢰에 따라 1차 조사 및 2차 조사에서의 피해자 진술의 신빙성을 분석한 진술분석전문가 공소외 5는 피해자의 1차 조사 진술에 관하여 경찰에 제출한 전문가의견서에서 ‘피해자가 조사 내내 진술에 대한 거부감을 가지고 있었다.

피해자는 기억나는 사실 중에서 진술하기 곤란한 사실에 대해서는 답변을 회피하고 답변하고 싶은 사실에 대해서만 선택적으로 진술하고 있다.

따라서 향후 피해자가 어느 정도 안정감을 되찾았을 때 피해자에 대한 추후 조사가 반드시 필요하다고 보인다.

‘라는 의견을 밝혔고, 당시 법정에서 증인으로 출석하여 ‘아동의 경우에 자신이 의도하지 않게 자신이 했던 사실이 밝혀졌을 때, 거기에 대해서 자신의 책임, 자책, 죄책감 때문에 그 사실을 숨기려는 심리 상태가 작용하기도 한다.

이 사건에서 피해자가 자발적으로 발고한 것이 아니라 다른 사건으로 인해서 발고가 되어 경찰 조사가 들어갔기 때문에 피해자 입장에서는 굉장히 당황했을 것이라고 생각하고, 그래서 피해자가 이 상황을 어떻게 해석해야 될지 몰라서 1차 조사 때는 진술을 회피하거나 축소해서 진술하려는 경향이 있었다고 본다.

하지만 피해자가 전체적인 사건 조사과정을 이해하게 되고 심리가 안정된 상태에서 조사를 받았을 때(2차 조사를 말한다)는 오히려 심리적인 압박 없이 자연스럽게 진술했다고 생각한다.

’, ‘피해자가 피하려고 했었고, 그런 피해자를 가해자가 잡고 움직이지 못하게 했다는 내용이 있어서 1차 조사 때에도 어느 정도 위력 행사는 있었다고 저는 생각을 했다.

‘라고 증언하였다.

이러한 피해자의 심리 상태 변화 과정을 고려할 때, 1차 조사에서 피해자가 피해 사실에 대하여 적극적으로 진술하지 않았다는 점이 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 탄핵하는 사정이 된다고 보이지는 않고, 오히려 피해자가 1차 조사에서도 피고인이 유형력을 행사해 피해자의 의사에 반한 성적 행동들을 하였다는 취지로 진술하였다는 점은 2차 조사에서 한 진술의 신빙성을 보강하는 정황이 된다고 보아야 한다.

- (2) 피고인은 범행 이후 피해자에게 2018. 3. 31.경 “여보... 담번에 남편이랑 할 때 시러요 안 그럴거죠? ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 12.경 “도망 안가면 빨리 끝나요. 그 때 도망가구 그러니 한 시간 걸린 거지..ㅏㅏ 안 도망가면 진짜 빨리 끝나요. 원래 10분 안에 끝나는 건데 도망가니 한 시간 걸린 거지ㅏㅏ”라는 내용의 문자메시지를, 2018. 4. 14.경 “저번처럼 또 살려달라고 안 그럴거죠?? 도망은 안 갈 거죠??”라는 내용의 문자메시지를 보냈다.

이러한 문자메시지의 내용은, 앞서 본 피해자의 진술에 부합하고, ‘피해자의 동의를 얻어 성관계를 시도하였다’거나 ‘제가 3분만 성관계하자고 제안했더니 피해자가 알아서 3분 알람을 맞추었다’는 피고인의 주장과는 어긋나는 객관적

인 정황이다.

- (3) 피해자는 사건 직후 어머니 공소외 6에게 피고인과 주고받은 문자메시지 내용을 들킨 다음에도 피고인에게 2018. 4. 6. 15:07경 "오빠?"라는 내용의 문자메시지를 먼저 보냈고, 같은 날 15:18경에는 "몰래 만날 수 있어요.", "괜찮아요. 들키면 혼나죠 모.", 2018. 4. 14.에는 "성관계 14분안되요?"라는 내용의 문자메시지를 보낸 사실이 있기는 하다.

그러나 피고인과 피해자가 이 사건 발생 이후 주고받은 문자메시지 내용 전체를 살펴보면, 피해자는 대부분의 경우, 피고인이 보낸 문자메시지에 답장을 하지 않거나, '네', '아니요' 등의 소극적인 대답만을 하였고, 특히 피고인이 지속적으로 만남을 요구하거나 성관계를 제안하였음에도 이를 거부하는 태도를 보였다.

따라서 피해자가 피고인에게 앞서 본 바와 같은 내용의 문자메시지를 보낸 사정만으로는 피해자가 사건 당일 피고인의 성관계 시도에 동의하지 않았다는 사실이 탄핵된다고 보기는 어렵다.

- (4) 피고인 측과 피해자의 어머니 공소외 6이 형사합의를 하는 과정에서 '피고인이 "성관계를 해 볼래"라고 해서 내가 3분간만 하자고 했다.

피고인과 저는 팬티를 입고 있었는데 팬티 위로 피고인 것이 닿아서 기분이 이상하고 안 좋았는데 아프지 않았다.

피고인이 처음이냐고 물어서 처음이라고 말했더니 피고인이 바로 일어나 옷을 입었다.

1차 조사 때 사실대로 말했고, 2차 조사에서는 너무 부끄럽고 빨리 집에 가고 싶어서 인터넷으로 본 게 생각나서 그렇게 말했다.

'라는 내용의 피해자 본인의 자필 진술서(이하 '이 사건 자필 진술서'라 한다)가 작성되었다.

공소외 6은 당심 법정에 증인으로 출석하여 그 작성 과정에 관하여 '피해자가 저에게 왜 이 사건 자필 진술서에 사실과 다르게 적냐면서 따졌다.

"이 진술서에는 그냥 놀러가기만 하고 바지만 벗겼다고 나와 있는데 (실제 피고인은) 자신의 몸에 올라탄 다음 했다"라고 피해자가 말했다.

"했다"라는 것은 벗기고 만졌다는 것이 아니라 거기에 넣었다는 것이다.

'라는 취지로 진술하였다.

만일 피고인이 피해자의 동의하에 위와 같은 행동을 한 것이었다면 피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 위와 같이 반발하였을 것으로 보이지 않는다.

한편 공소외 6은 피해자가 1차 조사와 2차 조사에서 다르게 진술한 것과 관련하여 '두 번째 조사 받을 때 사실대로 진술했다고 피해자가 말했다.

'라고 증언하였는데, 이는 피해자의 2차 조사 진술의 신빙성을 뒷받침하는 증거가 된다.

나) 강간행위가 기수에 이르렀는지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자의 진술을 비롯한 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입함으로써 강간의 기수에 이르렀다는 점이 합리적인 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄로 판단하여야 하나, 원심은 이를 유죄로 인정하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

- (1) 피해자가 1차 조사에서 진술한 내용에는 피고인이 피해자의 음부에 성기를 삽입하였다는 내용이 없다.

즉 피해자는, "피고인이 사건 당일 어떤 행동을 했어?"라는 경찰관의 질문에 "변태"라고 대답하였고, 이에 경찰관이 "어떤 게 변태였어?"라고 묻자 '피고인이 몸을 만지려고 했다.

'는 취지로 답변하였다.

경찰관이 '몸을 만진 것 이외에 다른 이상한 행동은 없었는지'를 수차례 되물어도 '없었다', '모르겠다', '기억이 안 난다' 등으로만 대답하였다.

피해자는 또한 '제가 피고인에게 기분 나쁘다고, 몸 만지지 말라고 했더니 피고인이 아무 말도 하지 않고 거기에서 나와서 함께 집에 갔다.

'라거나 '피고인이 바지를 벗긴 것은 생각이 나지만, 바지 벗기고 나서는 피고인이 어떤 행동을 했는지 기억이 나지 않는다.

'라거나 '피고인이 바지를 벗겼을 때 진짜 충격이었다.

그때부터는 진짜로 피했다.

'라고만 진술하였을 뿐, 성기 삽입이 있었다는 취지의 진술을 하지 않았다.

- (2) 피해자는 2차 조사에서 '피고인이 침대에 눕히고 막 하려고 하고 바지랑 속옷이랑 다 벗기고 자기 중요한 곳을 저한테 막 밀어 넣었다.

;', '저의 중요한 부분에 피고인의 중요한 부분이 들어왔다.

중요한 부분은 오줌 나오는 곳이다.

;', '(피고인의 성기가 들어올 때) 아팠다.

'라는 취지로 진술하기는 하였다.

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피해자의 위 진술들만으로는 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부 부위에 닿게 한 것을 넘어서서, 이를 삽입하였다고까지 인정하기는 어려워 보인다.

- ① 피해자는 사건 발생 당시 만 10세에 불과한 아동으로서 어휘력 및 표현방법이 미숙할 수밖에 없다.

그런데 1, 2차 조사에서의 피해자의 진술 내용과 진술 태도, 그 조사과정에서 드러나는 피해자의 언어적 이해력과 세부적인 표현력 등을 고려해 보면, 피해자가 사용한 '밀어 넣었다' 내지 '들어왔다' 등의 표현이 단순하게 피고인이 피해자의 음부에 자신의 성기를 가져다 대면서 성관계를 시도한 행위만을 의미하는 것인지, 아니면 더 나아가 피해자의 음부에 피고인의 성기를 삽입한 행위까지도 포함하는 것인지 불분명하다.

- ② 진술분석전문가 공소외 5가 피해자의 2차 조사 진술 내용의 신빙성을 분석하여 경찰에 제출한 전문가의견서의 '종합의견'란에는 '가해자와 함께 호텔에 갔고 그곳에서 가해자가 피해자에게 성기 삽입을 시도하였다고 하는 피해자의 진술은 신빙성이 있다.

'고 기재되어 있는데, 원심은 이와 관련하여 '위 기재는 단순히 피해자의 진술을 요약하면서 "성기 삽입 시도"라고 표현한 것에 불과하고 성기 삽입 사실에 관한 피해자의 진술의 신빙성을 배척하는 취지가 아니다.

'라고 판단하였다.

그러나 공소외 5는 당심 법정에 증인으로 출석하여 '피고인의 성기가 삽입되었는지 여부에 관한 피해자의 진술은 정확하지가 않아서 그 진술의 신빙성을 판단할 수 없었다.

하지만 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 성기에 접촉하려고 했다는 사실에 대해서는 피해자가 구체적으로 진술하고 있었다.

제가 알 수 없는 부분에 대해서는 말하기가 어려웠으므로 삽입 시도가 있었다는 정도로만 분석하였다.

‘, ’“(피고인의 성기가 피해자의 성기에 들어올 때) 어떤 느낌, 아프지 않았어?”라는 질문이 있는데, 이는 피해자의 지적 능력상 유도하거나 암시적인 질문이 될 수 있기 때문에 바람직하지 않다.

저는 이 질문과 답변(이에 대하여 피해자는 “아팠어요.”라고 답변하였다)에 대해서 문제가 있다고 판단했다.

‘고 증언하여, 삽입이 이루어졌다는 점에 부합하는 피해자 진술의 신빙성을 인정할 수 없었음을 분명히 밝혔다.

피해자의 위 ‘아팠어요.’라는 답변과 관련하여, 피해자는 당초 위와 같이 진술하기에 앞서 ‘이상한 느낌이 들었다.

’라고만 진술하였을 뿐이고, 이에 경찰관이 ‘아프지는 않았어?’라고 묻자 비로소 아팠다고 대답한 것이어서, 공소외 5의 위와 같은 분석은 타당하다고 판단된다.

- (3) 전남아동보호전문기관 직원 공소외 7이 2018. 6. 20.경 피해자에 대한 현장조사를 마친 이후 작성한 사례개요서에는 ‘피해자가 뿌리치고 발버둥 치면 더 아팠기 때문에 어쩔 수 없이 성기를 넣는 성관계를 했다고 함.’이라고 기재되어 있고, 피해자의 어머니 공소외 6은 앞서 본 바와 같이 당심에서 ‘피해자가 이 사건 자필 진술서를 작성하며 저에게 당시 피고인이 피해자의 몸에 올라탄 후 넣었다고 말해 주었다’라는 취지로 진술한 사실이 있기는 하다.

그러나 이는 모두 공소외 7과 공소외 6이 피해자로부터 전해 들었다는 내용이고, 어린 나이로서 어휘력과 표현력이 미숙한 피해자가 위와 같은 ‘넣었다’라고 표현한 것이 피고인의 성기가 피해자의 음부에 삽입되었음을 의미하는 것이라고 단정할 수 없다.

- (4) 의사 공소외 8이 2018. 6. 28.경 작성한 피해자에 대한 진단서에는 ‘외음부 시진상 처녀막 수상이 관찰된다.

’라고 기재되어 있고, 피고인 및 피해자의 진술에 의하면 피해자는 이 사건이 있기 전까지 성경험이 없었던 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 진단서는 이 사건 발생 후 약 세 달 후에 작성된 것일 뿐만 아니라, 위 진단서에는 상처의 구체적인 위치, 형상, 정도 등에 관한 아무런 기재가 없어, 위 상처가 강제적인 성기 삽입에 의한 것이라고 볼 만한 근거로는 부족하다.

오히려 피해자는 1차 조사에서 ‘당시 아팠는지는 잘 기억나지 않는다.

’, 2차 조사에서 ‘피 나지 않았다.

’, ‘오줌 똥을 때 아팠는지는 잘 모르겠다.

’는 취지로 진술하였는바, 피고인의 성기 삽입으로 인하여 피해자의 처녀막에 위와 같은 상처가 난 것이라고 단정할 수 없다.

다) 축소사실의 인정

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 것보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실에 관하여 판단할 수 있다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009도9122 판결 등 참조). 피고인이 피고인의 성기를 피해자의 음부에 삽입하지는 못하여 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄가 기수에 이르렀다고 볼 수는 없지만, 앞서 본

바와 같이 피고인이 성관계를 하기 위해 피해자에게 항거를 불능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 가함으로써 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)죄의 실행을 착수하였다고 인정되고, 이 사건의 심리 경과에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실을 그 미수죄로 공소사실을 변경하여 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하지는 않으므로, 공소장변경 절차 없이 직권으로 위 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실을 인정하기로 한다.

그런데 위와 같이 직권으로 인정하는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간) 미수의 범죄사실과 나머지 원심 판시 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 피고사건 부분은 그 전부가 그대로 유지될 수 없게 되었다.

라. 피고인의 부착명령 부담 주장에 대하여

원심은 ① 피고인은 만 12세인 피해자 공소외 2와 만 10세인 피해자 공소외 3 등 13세 미만 미성년자들에게 반복적으로 성폭력범행을 저지른 점, ② 피고인은 2017년 12월경부터 2018년 5월경까지 자신의 성적 욕망을 충족시키기 위하여 모바일 게임을 하면서 알게 된 피해자들에게 성적 수치심을 일으키는 내용의 문자메시지를 반복적으로 보냈던 점, ③ 인근 주민이 우연히 피고인과 피해자 공소외 1가 버스정류장에 함께 있는 모습을 보고 의심스러워서 경찰에 신고하지 않았더라면, 피고인은 불특정 다수의 미성년자를 대상으로 한 성폭력범죄를 계속 저질렀을 가능성이 매우 크다고 보이는 점, ④ 어린 나이의 피해자들이 무방비하게 피고인과 문자메시지를 주고받는 과정에서 피해자들의 주소 등 개인정보가 피고인에게 노출되었고, 그로 인하여 일부 피해자들 및 피해자들의 가족들이 추가 피해를 우려하면서 피고인의 접근금지 등의 조치를 원하고 있는 점, ⑤ 피고인에 대한 '한국 성범죄자 위험성 평가척도'(KSORAS) 평가 결과 총점 13점으로 성범죄 재범위험성이 '높음' 수준에 해당하고, '정신병질자 선별도구'(PCL-R) 평가 결과 총점 11점으로 정신병질적 성격 특성에 의한 재범위험성은 '중간' 수준에 해당하는 점 등의 논거를 들어, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 판단하고, 피고인에 대하여 20년간 위치추적 전자장치의 부착을 명하였다.

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 관련 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 논거들은 모두 타당하고, 비록 피고인이 이 사건 이전에는 형사처벌을 받은 전력이 없다는 점과 피해자 공소외 3에 대하여 원심과 달리 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 미수죄를 인정하는 점을 감안하더라도, 피고인이 저지른 성폭력범죄 및 성범죄의 횟수, 범행기간 및 수법, 피해자 수와 피해자들 외에 피고인이 범행 대상으로 물색하였던 아동 또는 미성년자의 수 등을 원심의 위 논거들과 함께 고려해 보면, 피고인에게 성폭력범죄의 습벽 및 재범의 위험성이 있다고 인정한 원심의 판단은 옳고, 거기에 부착명령 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그리고 원심이 정한 부착기간(20년)은 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제9조 제1항(단서 포함) 제1호에서 규정한 부착기간의 하한이므로 위 부착기간이 길어 부당하다고 볼 수도 없다.

결국 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

4. 결론

원심판결에는 피고사건 부분 및 부착명령청구사건 부분 모두 앞에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 3에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만미성년자강간)의 점에 관한 피고인의 사실오인 주장은 일부 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형 부담 주장, 피고인의 공개·고지명령, 취업제한명령, 신상정보 등록기간 부담 주장에 관한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항, 특정 범죄자에 대한

보호관찰 및 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제35조에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.