



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2024-02-19

창 원 지 방 법 원

제 3 - 1 형 사 부

판 결

사 건	2022노2104 주거침입, 절도(변경된 죄명 절도미수)
피 고 인	A
항 소 인	쌍방
검 사	이희진(기소), 장예술(공판)
변 호 인	변호사 김현주(국선)
원 심 판 결	창원지방법원 마산지원 2022. 8. 11. 선고 2022고단246 판결
판 결 선 고	2023. 7. 13.

주 문

원심판결 중 무죄부분을 파기한다.

이 사건 공소사실 중 절도미수의 점은 무죄.

원심판결 중 유죄부분에 관한 피고인과 검사의 항소를 모두 기각한다.

이 유

1. 항소이유의 요지

가. 피고인(양형부당)¹⁾

1) 유죄부분에 대하여 피고인은 2022. 9. 14.자 항소이유서에서 사실오인 주장을 하였다가 이후 당심 제1



원심이 유죄부분에 관하여 선고한 형(벌금 200만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해(무죄부분)

원심은 이 사건 공소사실 중 절도의 점에 관하여 무죄를 선고하였다. 그러나 주간에 절도의 목적으로 타인의 주거에 침입한 경우 절도죄의 실행의 착수시기는 절취할 물건의 물색행위를 시작한 때라고 보아야 하고, 원심이 이 사건 공소사실 중 주거침입의 점에 관하여 직권으로 수정하여 인정한 범죄사실(피고인이 "폐지, 고물 등을 수거할 목적으로" 피해자의 주거에 침입하였다는 내용)과 피고인의 경찰 진술("솔직히 집이 깨끗해서 사람이 살 수도 있겠다"는 생각은 했는데 들어가니까 조용하길래 마당을 훑어보고 거기 있던 물건을 가지고 나온 겁니다.", "쓸 만한 물건이 있나 싶어서 들어왔습니다.", "1층만 훑어보고 물건만 들고 나왔습니다."라고 진술한 내용) 등을 종합하면, 피고인은 피해자의 주거에 침입한 후 절취할 재물을 탐색하는 등 물색행위를 시작하였음을 인정할 수 있다. 따라서 검사가 제출한 증거에 의하여 '절도미수죄'의 범죄사실을 충분히 인정할 수 있음에도, 무죄를 선고한 원심의 판단에는 사실오인 및 법리오해의 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심이 유죄부분에 관하여 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 원심판결 중 무죄부분에 관한 판단

가. 직권 판단(공소장변경)

원심판결 중 무죄부분에 관한 검사의 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 살펴본다.

회 공판기일(2023. 4. 4.)에서 그 사실오인 주장을 철회하였고, 피고인의 변호인은 2023. 4. 20.자 항소이유서에서 사실오인 내지 법리오해 주장을 하였다가 이후 당심 제3회 공판기일(2023. 6. 1.)에서 그 사실오인 내지 법리오해 주장을 철회하였다.



검사는 당심에 이르러 원심판결 중 무죄부분에 관하여 죄명을 '절도'에서 '절도미수'로 변경하고, 적용법조에 '형법 제342조'를 추가하고, 사실관계 중 공소사실 제2항을 아래 나.1)항 기재와 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였다.

이 법원은 이러한 공소장변경을 허가하여 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 무죄부분은 그대로 유지할 수 없다. 다만, 위와 같은 직권 파기사유에도 불구하고 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 변경된 공소사실과 관련된 범위 내에서 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 아래에서 이에 관하여 살펴본다.

나. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 이 사건 공소사실 중 절도미수의 점(당심에서 변경된 공소사실)의 요지

피고인은 2021. 9. 29. 14:40경 창원시 마산회원구 B에 있는 피해자 C의 주거지 창고 앞에 이르러 절취할 물건을 찾았으나 피해자 소유의 물건을 발견하지 못하여 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그쳤다.

2) 원심이 절도미수죄에 관하여 직권으로 판단하지 않은 잘못이 있는지 여부

법원이 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 이보다 가벼운 범죄사실을 공소장변경 없이 직권으로 인정할 수 있는 경우라고 하더라도, 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정할 수 있는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 경우가 아닌 한, 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 않았다고 하여 위법하다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234 판결 등 참조).

원심은 이 사건 공소사실 중 절도의 점2)에 관하여 검사가 제출한 증거만으로는 피



고인이 가지고 간 전자접촉기 마그네트 스위치가 피해자 또는 타인 소유의 재물이라는 점을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 위 공소사실 부분을 무죄로 판단하였다. 그런데 당초 공소가 제기된 절도의 공소사실과 대비하여 볼 때, 이 사건 절도미수의 공소사실의 사안이 중대하여 이를 처벌하지 않는다면 현저히 정의와 형평에 반하는 경우라고 볼 수 없으므로(피해자는 원심법정에서 피고인의 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시하였다), 원심이 공소장변경 없이 직권으로 절도미수죄에 관하여 판단하지 않았다고 하여 위법하다고 볼 수는 없다. 또한 아래에서 살펴보는 바와 같이 절도미수의 범죄사실에 관하여는 충분한 증거가 있다고 보기도 어려우므로, 원심의 판단에 검사의 항소이유 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 잘못이 없다.

3) 이 사건 공소사실 중 절도미수의 점에 관한 판단

피고인이 범죄구성요건의 주관적 요소인 고의를 부인하는 경우, 범의 자체를 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 범의와 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다. 이때 무엇이 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실에 해당하는지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력으로 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결 참조).

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단

2) 당심에서 '절도미수'의 점으로 공소장변경이 이루어졌음은 앞에서 설명하였다.



할 수밖에 없다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 아래의 여러 사정들에 비추어 보면, 비록 피고인이 피해자 C의 주거지 1층 마당에 허락 없이 들어가 침입하였지만, 검사가 제출한 증거들만으로는 당시 피고인에게 피해자가 버린 폐지나 고물을 수거하려는 의사를 넘어서 타인 소유의 물건을 절취할 의사가 있었다거나 그러한 목적으로 주거에 침입하여 물건을 물색하였다는 점에 관하여 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 충분한 증거가 있다고 보기 어렵다.

① 이 사건 피해자 C의 주거지(이하 '이 사건 주거지'라 한다)는 2층 주택으로, 2층에는 피해자 C과 그 어머니가 살고 있지만, 1층은 이 사건 이전 수개월 전부터 사람이 살지 않는 빈집이었다. 1층에는 깨진 창문도 있었고, 그 내부에는 아무런 가구나 집기도 없는 상태였다.

② 피고인은 경찰에서, 검사가 항소이유로 주장하는 내용을 진술하면서도, 물건을 훔치러 돌아다닌 것이 아니라 폐지나 고물을 주우러 돌아다닌 것이고, 피해자 C의 주거지에서는 빈집으로 보이는 1층만을 훑어보았다는 취지로 진술하였다.

③ 이 사건 주거지 2층에서 거주하는 피해자 C은 원심법정에서, 이 사건 당시 불량품인 전자접촉기 마그네틱 스위치를 버릴 의사로 종이박스에 넣어 1층 현관문 옆에 두었고, 그곳은 실외로서 버릴 물건을 나중에 한꺼번에 모아 버리기 위해 임시로 놓아두는 장소이며, 만일 쓸 물건이라면 비를 맞지 않는 곳에 놓아둔다는 취지로 진술하였다(원심증인 C의 증인신문 녹취요지서 8, 9면).

④ 이 사건 주거지의 1층과 위 종이박스가 있던 장소의 사진(공판기록 26~31면, 증거기록 11면) 등에 비추어 보면, 종이박스와 그 내용물은 외관상으로도 버려진 물건으



로 볼 여지가 많은데, 피고인은 위 종이박스를 그대로 가지고 나왔을 뿐이다.

⑤ 한편 이 사건 현장에서 피고인을 목격한 증인 D은 원심 법정에서 '피고인이 보일러실 문을 열고 거기 안에 있는 박스를 가져갔다'고 진술하였으나, 앞서 본 바와 같이 피해자 C은 이 사건 종이박스를 1층 현관문 옆에 두었다고 진술한 점, '112 신고사건 처리표'에는 피고인이 보일러실 앞에 있던 물건을 절취하였다는 내용이 기재되어 있을 뿐인 점(증거기록 제8면) 등에 비추어 보면, 증인 D의 위 진술은 그대로 믿기 어렵고, 달리 피고인이 타인의 소유로 볼 수 있는 물건을 가져가기 위해 물색하였다고 볼만한 뚜렷한 정황을 찾기는 어렵다.

3. 원심판결 중 유죄부분에 관한 판단(피고인 및 검사의 각 양형부당 주장에 관하여)

양형은 법정형을 기초로 하여 형법 제51조에서 정한 양형의 조건이 되는 사항을 두루 참작하여 합리적이고 적절한 범위 내에서 이루어지는 재량 판단으로서, 공판중심주의와 직접주의를 취하고 있는 우리 형사소송법에서는 양형판단에 관하여도 제1심의 고유한 영역이 존재한다. 아울러 항소심의 사후심적 성격 등에 비추어 보면, 제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 않는 경우에는 제1심의 양형판단을 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

원심은 「이 사건 범행의 형태 및 정도, 피고인의 형사처벌 전력, 피고인이 사실관계는 인정하고 있으며 반성하는 태도를 보이고 있는 점, 피해자가 처벌을 원하지 않고 있는 점, 피고인이 가지고 있는 장애로 인하여 안정적인 직업을 갖기 어려워 폐지수거 등으로 생계를 유지하던 중 범행에 이른 점」 등을 참작하여 피고인에 대한 형을 정하였다.



원심은 피고인과 검사가 항소이유로 주장하는 사정들을 포함한 여러 사정을 충분히 참작하여 그 형을 정한 것으로 보이고, 원심판결 선고 후 양형조건에 관하여 별다른 사정변경이 없다. 그밖에 피고인의 나이, 성행, 환경, 전과관계, 피해자에 대한 관계, 범행의 경위, 범행 후의 정황을 포함하여 이 사건 기록과 변론에 나타난 여러 양형조건을 다시 살펴보더라도, 원심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보이지는 않으므로, 원심이 선고한 형이 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다고 할 수 없다.

따라서 피고인과 검사의 각 양형부당 주장은 모두 받아들이지 않는다.

4. 결론

원심판결 중 무죄부분에는 위와 같은 직권 파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다. 원심판결 중 유죄부분에 관한 피고인과 검사의 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이 부분에 대한 피고인과 검사의 항소를 모두 기각한다.

【파기하는 부분에 대하여 다시 쓰는 판결 이유】

이 부분 공소사실의 요지는 2의 나.1)항 기재와 같고, 이는 2의 나.3)항 기재와 같은 이유로 범죄사실의 증거가 없는 경우에 해당하므로, 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항 단서에 따라 무죄부분 판결의 요지를 공시하지 않는다.

재판장 판사 신종환 _____



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2024-02-19

판사 이상훈 _____

판사 이유진 _____



대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2023도10233 절도(변경된 죄명 절도미수)
피 고 인 A
상 고 인 검사
원 심 판 결 창원지방법원 2023. 7. 13. 선고 2022노2104 판결
판 결 선 고 2023. 11. 9.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실(유죄부분 제외)에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 이를 무죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 절도미수죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2024-02-19

결한다.

재판장 대법관 노태악 _____

 대법관 김선수 _____

 대법관 오경미 _____

주 심 대법관 서경환 _____