

## 폭력행위등처벌에관한법률위반(흥기등협박)·상해·폭행·간통

[대법원 2008. 12. 11. 2008도3656]



### 【판시사항】

- [1] 간통죄를 처벌하지 않는 국가의 국적을 가진 외국인이 국내에서 벌어진 배우자의 간통행위에 대하여 고소권을 가지는지 여부(적극)
- [2] 상해의 공소사실에 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기 등 협박) 등의 공소사실을 추가하여 공소장변경신청을 한 사안에서, 기본적인 사실관계가 동일하지 않으므로 공소사실의 동일성을 인정할 수 없다고 한 사례

### 【판결요지】

- [1] 형법 제2조는 형법의 적용범위에 관하여 속지주의 원칙을 채택하고 있는바, 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통한 이상, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌하지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인이라 하더라도 간통행위자의 간통죄 성립에는 아무런 영향이 없고, 그 외국인 배우자는 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 있다.
- [2] 상해의 공소사실에 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기 등 협박) 등의 공소사실을 추가하여 공소장변경신청을 한 사안에서, 범행 장소와 피해자가 동일하고 시간적으로 밀접되어 있으나 수단·방법 등 범죄사실의 내용이나 행위태양이 다를 뿐만 아니라 죄질에도 현저한 차이가 있어 기본적인 사실관계가 동일하지 않으므로 공소사실의 동일성을 인정할 수 없다고 한 사례.

### 【참조조문】

- [1] 형법 제2조, 제241조, 형사소송법 제229조
- [2] 형사소송법 제298조 제1항, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제1항 제3호, 제3조 제1항, 형법 제257조 제1항

### 【전문】

#### 【피 고 인】

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 법무법인 한중 담당변호사 권원용

【원심판결】 서울북부지법 2008. 4. 15. 선고 2007노403 판결

#### 【주문】

】

원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울북부지방법원 합의부에 환송한다. 검사의 상고를 기각한다

#### 【이유】

】 1. 검사의 상고에 대하여

원심은 이 사건 공소사실 중 2004. 2. 25.자 폭행의 점, 2004. 3. 22. 및 2004. 9. 29.자 각 상해의 점에 부합하는 듯한 피해자의 각 진술과 상해진단서의 기재는 그 판시와 같은 사정에 비추어 믿기 어렵거나 그 인정 증거로는 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 각 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 피고인에게 무죄를 선고하였는바, 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 피고인의 상고에 대하여

가. 채증법칙 위배 주장에 대하여

원심판결의 채택 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 피고인이 2004. 2. 18. 피해자를 벽에 밀어 폭행을 가하고, 2006. 3. 7. 피해자를 밀어 넘어뜨려 약 4주간의 치료를 요하는 상해를 가하였다고 인정한 조치는 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 간통에 관한 법리오해 주장에 대하여

형법 제2조는 "본법은 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다.

"고 규정하여 형법의 적용범위에 관하여 속지주의 원칙을 채택하고 있는바, 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통한 이상, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌하지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인이라 하더라도 피고인의 간통죄 성립에는 아무런 영향이 없고, 그 외국인 배우자는 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 있다고 할 것이므로, 이 점에 관한 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

한편, 혼인 당사자가 더 이상 혼인관계를 지속할 의사가 없고 이혼의사의 합치가 있는 경우에는 비록 법률적으로 혼인 관계가 존속한다고 하더라도, 간통에 대한 사전 동의인 중용에 해당하는 의사표시가 그 합의 속에 포함되어 있는 것으로 보아야 할 것이나, 그러한 합의가 없는 경우에는 비록 잠정적·임시적·조건적으로 이혼의사가 쌍방으로부터 표출되어 있다고 하더라도 간통 중용의 경우에 해당하지 않는다고 할 것이다( 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도868 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여, 피고인이 2005. 7. 14. 피해자를 상대로 서울가정법원에 이혼청구의 소를 제기하였고, 이에 피해자가 2005. 9. 30. 피고인을 상대로 같은 법원에 이혼 및 재산분할청구의 반소를 제기한 사실, 피해자가 2006. 2. 21. 서울가정법원에서 위 사건과 관련하여 조사를 명받은 가사조사관에게 이혼할 의사가 있다는 취지의 진술을 한 사실, 피고인은 2004. 9. 28.경 집을 나가 2005. 10. 25.경 집에 들어왔으나, 이후에도 각방을 쓰고 있을 뿐만 아니라, 부부관계를 가진 일도 전혀 없는 사실이 인정되나, 다른 한편 피해자는 피고인이 제기한 이혼소송의 소장을 송달받았으나 피고인과 이혼하고 싶은 생각이 없어 피해자의 동생을 통하여 음식 장사라도 하면서 피고인을 기다리겠다면서 피고인을 설득하였는데 피고인이 응하지 아니하였고, 이에 피해자의 동생은 피고인의 뜻이 확고하다면 이혼을 하더라도 살 집이라도 마련해 달라고 부탁하였으나, 피고인이 이마저 거절하면서 재산을 처분하겠다고 하여, 재산에 대한 처분금지가처분 등을 하기 위하여 부득이하게 이혼 및 재산분할을 구하는 반소를 하였고, 이후에도 피고인에게 다시 살 것을 종용하기도 한 사실을 인정한 다음, 앞서 본 사정만으로 피해자가 피고인이 다른 여성과 정교관계를 갖더라도 이를 묵인하겠다는 진실한 의사를 갖고 있었고 이를 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현하였다고 보기는 어렵다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳은

것으로 수궁이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 간통죄에 있어서 중용에 관한 법리오해의 위법 등이 있다고 할 수 없다.

### 3. 공소장변경의 한계에 관하여 직권으로 본다.

공소장의 변경은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 허용되고, 공소사실의 동일성이 인정되지 아니한 범죄 사실을 공소사실로 추가하는 취지의 공소장변경신청이 있는 경우에는 법원은 그 변경신청을 기각하여야 하는바(형사소송법 제298조 제1항), 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이나, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결, 대법원 1999. 5. 14. 선고 98도1438 판결 등 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 검사는 당초 2004. 3. 22.자 상해의 점에 관하여 "피고인이 2004. 3. 22. 22:00경 포천시 일동면 (이하 생략)에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다가 발로 피해자의 배와 가슴 부위를 수회 차 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 흉부좌상을 가하였다.

"는 범죄사실로 공소를 제기하였다가, 2008. 1. 16. 원심법원에 이 부분 공소사실을 "피고인이 2004. 3. 22. 22:00경 포천시 일동면 (이하 생략)에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다가 발로 피해자의 배와 가슴 부위를 수회 차 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 흉부좌상을 가하고, 계속하여 부엌 뒤에 있는 창고에서 위험한 물건인 전지가위를 가지고 와 거실바닥에 쓰러져 있는 피해자에게 들이대며 '너 오늘 죽여 버리겠다'고 말하여 피해자를 협박하였다.

"는 것으로 범죄사실을 추가하고, 죄명 및 적용법조에 "폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기 등 협박)" 및 "폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 형법 제283조 제1항"을 각 추가하는 내용의 이 사건 공소장변경신청을 하였고, 이에 원심법원은 2008. 4. 8. 제4회 공판기일에서 이 사건 공소장변경을 허가한 다음, 2004. 3. 22.자 상해의 점에 대하여는 무죄를, 추가된 흥기휴대협박의 점에 대하여는 유죄를 선고하였음을 알 수 있다.

그런데 피고인에 대하여 공소가 제기된 당초의 범죄사실과 검사가 공소장변경신청을 하여 추가한 범죄사실은 범행 장소와 피해자가 동일하고 시간적으로 밀접되어 있기는 하나, 그 수단·방법 등 범죄사실의 내용이나 행위태양이 다를 뿐만 아니라 죄질에도 현저한 차이가 있어 그 기본적인 사실관계가 동일하다고 할 수 없다.

그렇다면 원심이 이 사건 공소장변경신청을 허가한 다음 변경된 범죄사실에 대하여 심판한 것은 위법하다고 할 것이므로, 원심으로서 이 사건 공소장변경신청에 대하여 기각결정을 하거나 허가결정을 취소하고 피고인에 대하여 원래 공소가 제기된 당초의 범죄사실을 대상으로 심리하여 판결을 하였어야 함에도, 당초의 범죄사실과 동일성이 인정되지 않는 추가된 범죄사실에 대하여 심리하여 유죄를 선고하였으니, 원심판결에는 공소사실의 동일성 내지 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

### 4. 파기의 범위

따라서 원심판결의 유죄 부분 중 흥기휴대협박으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기 등 협박)죄 부분은 파기되어야 할 것이고, 나머지 유죄 부분에 대한 피고인의 상고는 이유 없으나, 원심은 위 공소사실과 피고인의 상고이유가 배척된 나머지 각 유죄 부분에 대한 공소사실 각 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 보아 피고인

에게 1개의 형을 선고하였으므로, 피고인에 대한 원심판결 중 유죄 부분은 모두 파기될 수밖에 없다.

## 5. 결 론

그러므로 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 검사의 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 전수안(재판장) 고현철(주심) 김지형 차한성