

## 강간·특수상해·상해·특수협박·협박·폭행

[대전고등법원 2018. 5. 4. 2017노477]



### 【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 피고인 및 검사

【검 사】 김우중(기소), 강여찬(공판)

【변 호 인】 법무법인 예평 담당변호사 이학왕

【원심판결】 대전지방법원 논산지원 2017. 11. 15. 선고 2017고합34 판결

### 【주문】

】

원심판결 중 유죄부분과 각 협박의 점에 관한 무죄부분을 파기한다.

피고인을 징역 2년에 처한다.

원심판결 중 강간의 점에 관한 검사의 항소를 기각한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 사실오인

원심판결 중, ① 상해죄 및 특수협박죄에 관하여는 피고인이 피해자 공소외 3의 뺨 등을 몇 차례 때리고 커피를 끼얹은 것은 사실이나, 도자기 화분을 들고 피해자 공소외 3의 머리를 향해 찍으려고 하며 위협한 사실이 없고, ② 특수상해죄에 관하여는 피고인이 라이터를 켜서 피해자 공소외 3의 얼굴을 지지려 한 사실이 없고, 담배를 피해자 공소외 3 옆에 있던 재떨이에 던진 것뿐이며, ③ 폭행죄에 관하여는 피해자 공소외 1이 남편의 사생아에 관한 얘기를 듣고 매우 혼란스러워하고 있어 정신을 차리라는 뜻으로 불을 토했던 것에 불과할 뿐, 폭행의 고의로 피해자를 때린 것이 아니다.

그럼에도 원심은 위 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는바, 이는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

(2) 양형부당

원심판결의 양형(징역 1년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인 및 법리오해

원심은 이 사건 공소사실 중 ① 각 협박의 점에 관하여는 피해자 공소외 4의 진술에 아무런 모순이 없음에도 단지 공소사실에 특정된 범행일시와 피해자 공소외 4의 일부 진술이 맞지 않는다는 이유로 공소사실이 증명되지 않았다고 무죄를 선고하였고, ② 강간의 점에 관하여는 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인이 피해자 공소외 1을 강간하였음을 인정할 수 있음에도, 피고인의 변명만 받아들여 공소사실이 증명되지 않았다고 무죄를 선고하

였는바, 이는 모두 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

(2) 양형부당

원심판결의 양형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 원심판결에서 무죄를 선고한, 2017. 4. 10.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 10. 13:00~14:00경'에서 '2017. 4. 10. 전후 수일사이 13:00~14:00경'으로, 2017. 4. 15.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 15. 14:00경'에서 '2017. 4. 15. 전후 수일사이 14:00경'으로 각 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 사실오인 주장과 원심판결 중 강간의 점에 관한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 당심의 판단대상이 되므로, 아래에서는 이에 대하여 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 상해죄 및 특수협박죄, 특수상해죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 3은 수사기관에서부터 원심법정에 이르기까지 원심 판시 상해 및 특수협박죄와 특수상해죄의 각 범죄사실에 대하여 직접 경험하지 않았으면 진술하기 어려울 정도로 매우 구체적으로 일관되게 진술하고 있는 점, ② 커피숍 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에서 확인할 수 있는 피고인과 피해자 공소외 3의 행동과 피해부위 사진의 영상, 상해진단서(공소외 3)의 기재에 의하여 확인할 수 있는 피해자 공소외 3의 상해 부위 및 정도 등 객관적인 증거도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ③ 피고인이 경찰에서 진술할 때 인정한 피해자 공소외 3에 대한 구타 정도도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ④ 피고인은 나아가 경찰 조사 과정에서 담배꽂이가 피해자 공소외 3의 다리에 떨어진 것을 보고 움직이지 말라고 말했던 것을 인정한 바 있고, 검찰 조사 과정에서는 피해자를 향해 담뱃불을 던지고 손, 발과 손가방으로 피해자를 폭행한 사실을 인정하기도 한 점 등을 종합하면, 피고인이 피해자 공소외 3에게 상해를 가하면서 위험한 물건인 화분으로 협박하고, 나아가 위험한 물건인 담배를 이용하여 상해를 가하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 각 범죄를 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 폭행죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 1은 경찰 조사 단계에서부터 원심 법정에 이르기까지, 피고인이 피해자 공소외 1의 남편인 공소외 2가 베트남으로 출국한 사실을 알고 평소 개인적인 교류가 없던 피해자 공소외 1에게 전화를 걸어 만나자고 하여 만나게 되었는데, 그 자리에서 피고인이 자신을 좋아한 적 없느냐고 물어, 부정적으로 대답하자, 공소외 2에게 숨겨놓은 아들이 있다고 말하고, 스피커폰으로 여러 사람과 통화하면서 공소외 2를 해치기 위해 준비하고 있다거나 경찰관과의 친분을 강조하고 자신의 위세를 과시하는 내용의 대화를 했으며, 그러던 중 피해자 공소외 1의 뺨을 1회 때리고, 머리를 3~4회 때렸다고 진술하였는바, 폭행죄의 범죄사실에 관한 피해자 공소외 1의 위와 같은 진술은 직접 경험하지 않았으면 하기 어려울 정도로 구체적인 것이고, 일관성도 있어 신뢰할 만한 점(피해자 공소외 1은 폭행의 정도에 대하여 다소 과장된 듯한 진술을 하고 있는 것으로 보인다).

그러나 아래에서 살피는 이 사건 강간의 점에 대한 판단과는 달리, 그러한 과장이 이 사건 폭행의 점에 관한 공소사실에 부합하는 피해자 공소외 1의 진술 부분의 신빙성을 해치는 정도로는 보이지 않는다), ② 피고인도 2017. 4. 10. 밤에 친구인 공소외 2가 베트남으로 출국해 부재중인 틈을 타 그의 처인 피해자 공소외 1에게 접근해 남편에게 숨겨둔 사생아가 있다고 말하고, 그 과정에서 뺨을 때린 사실, 경찰관 등 여러 지인과 스피커폰으로 통화하며 '지금 낫을 들고 있는데, 내 앞에 있는 사람이 말을 듣지 않고 있다.

어떻게 해야 하나.'는 등 험한 말을 한 사실을 대체로 인정하고 있는 점, ③ 피고인의 진술에 의하더라도 피고인이 피해자 공소외 1을 위와 같이 만나 폭행하기 전까지는 부부동반이 아닌 개인적인 만남을 가지거나 따로 연락하며 지내는 등 임의로 뺨 부분을 만지거나 때릴 수 있을 정도의 관계는 아니었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 원심판결 범죄사실 제4항 기재와 같이 피해자 공소외 1을 폭행하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 폭행죄를 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

다.

강간의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단(검사)

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도767 판결 등 참조).

그리고 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

피고인이 공소외 1과 성관계를 한 것은 사실이나, 동의에 의한 것이라며 공소사실을 부인하는 이 사건 강간의 점에 관하여, 공소사실에 직접 부합하는 증거는 증인 공소외 1의 원심법정 진술, 공소외 1에 대한 검찰, 경찰 각 진술조서의 진술기재뿐이다.

그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 위 각 증거만으로는 이 사건 강간의 점에 관한 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실하다고 확신을 가지기에 부족하고, 그 외 나머지 증거만으로 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날로부터 5일 전인 2017. 4. 10. 피고인으로부터 위협을 당하다가 폭행까지 당한 사실은 앞서 폭행죄에 대한 판단에서 살핀 바와 같다.

그리고 공소외 1은 피고인이 위와 같이 폭행한 이후에도 '너는 내가 언제든지 사람을 붙여서 위치를 알 수 있으니까 내가 모르는 곳에 가면 미리미리 이야기를 해라.', '나를 불안하게 하면 내가 어떻게 변할지 모른다.

;', '지금 □□에는 내 편밖에 없다.

니가 내 말을 듣지 않으면 공소외 2는 어떻게 될지 모른다.

그런데 니가 내 말 잘 들으면 공소외 2를 잘해줄 거야.', '공소외 1의 딸, 공소외 2의 딸과 잘 지내고 싶으면 알아서 잘해라.'라고 말하며 계속하여 협박하였다고 구체적으로 주장하고 있다.

그러나 ㉠ 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날 이후인 2017. 4. 16.까지 이루어진 공소외 1과 피고인의 문자메시지 내역은 삭제되어 그 내용을 확인할 수 없다.

- ㉡ 그리고 공소외 1은 피고인으로부터 폭행당한 다음 날 피고인과 함께 식사하기도 하고, 그 무렵부터 강간당했다고 주장하는 날 사이에 네 번 정도 더 피고인을 만나면서 공소외 1의 친정어머니에 관한 애기와 딸이 예술고등학교를 가고 싶어한다는 애기, 딸이 예전에 담임선생님에게 제일 미워하는 사람이 공소외 2라는 말을 했다는 애기 등 공소외 1의 일상에 관한 얘기를 한 바 있다.

- ㉢ 공소외 1은 피고인으로부터 강간당했다고 주장하는 2017. 4. 14. 저녁경 피고인이 함께 모텔에 가자고 하여 처음에는 거부하였으나, 피고인이 맥주만 마시고 나오자고 하여, 맥주를 사서 피고인의 차를 타고 함께 무인으로 운영되는 모텔로 갔는데, 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하면, 피고인의 차가 모텔에 주차되고, 피고인과 공소외 1이 함께 나와 모텔로 들어가는 과정에서 공소외 1이 겁을 먹었다는 등의 사정은 보이지 않는다.

- ㉣ 오히려 공소외 1은 위와 같이 모텔로 가기 직전에 공소외 2에게 '줄려서 비행기 탈 때까지 못 기다릴 것 같다.

비행기에서 내리면 전화하라. 먼저 잘 테니 조심히 오라.'는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 공소외 2에게 피고인의 위와 같은 협박 내용을 알린 바도 없다.

위와 같은 공소외 1이 피고인으로부터 폭행당한 후의 사정을 고려할 때, 공소외 1의 위 각 진술 또는 진술기재처럼 피고인이 계속하여 공소외 1을 협박하였고, 이로 인하여 공소외 1이 피고인과 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지에 대하여 의문이 든다.

- ② 공소외 1은 모텔 안에서 피고인으로부터 강간당한 경위에 관하여 '피고인에게 생리 중이라고 말하였음에도 피고인이 아랑곳하지 않고 왼쪽 뺨과 머리 부위를 폭행한 후 옷소매를 잡고 침대로 끌고 가 등을 밀어 강제로 눕히고 왼손으로 채골 부분을 누르며 다른 손으로 바지와 속옷을 벗긴 후 강간하였다.

‘고 진술하였다.

그런데 피고인이 2회 경찰조사 과정에서 성관계 사실을 인정하면서, 공소외 1과 서로 애무하던 중 공소외 1이 ‘템포(생리대의 일종인 탐폰을 말한다) 빼고 올게.’라고 말하며 티팬티만 입은 채 화장실에 갔다 왔고, 이후 동의하에 성관계 했다는 취지로 진술하자, 사건을 송치받은 검사는 공소외 1을 상대로 위와 같은 진술을 하였는지를 물었다.

이에 공소외 1은 당시 생리 기간 막바지로 생리혈의 양이 많지 않아 티팬티에 팬티라이너형 생리대를 붙여 착용하고 있었는데, 피고인이 강제로 벗겨 강간한 것이고, 강간 후 화장실에서 샤워하고 나와 속옷을 입는데, 피고인이 ‘생리 중이라면서 속옷의 모양이 왜 그러냐?’고 물어 ‘이런 종류의 속옷은 여성이 생리 중 운동할 때 템포를 끼우고 입는 속옷이다.

’라고 설명하였다고 진술하였다.

한편 공소외 1은 피고인으로부터 강간당한 후 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 함께 담배를 피우며 공소외 2 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나왔다고도 진술하였다.

예전에는 공소외 1과 긴밀한 관계도 아니었던 피고인이 당시 공소외 1이 착용하지도 않은 ‘템포’라는 생리대의 상호를 듣게 된 경위와 피고인과의 성관계 후 정황에 관한 공소외 1의 위와 같은 진술이 사실이라 하더라도, 이는 공소외 1이 피고인으로부터의 폭행·협박으로 외포된 상태에서 강간을 당하였다는 공소외 1의 진술 또는 진술기재보다는, 성관계를 갖기 위하여 공소외 1을 협박한 사실이 없고, 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합하는 측면이 있다.

그리고 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하더라도, 공소외 1과 피고인이 모텔에서 나와 차를 타고 돌아갈 때, 공소외 1이 강간을 당했거나 외포된 상태에 있다는 사정이 확인되지 않는다.

위와 같은 사정을 고려할 때, 공소외 1의 피해 진술이 구체적이고 일관된 측면이 있다 하더라도, 실제로 피고인이 공소외 1을 폭행·협박하였고, 이로 인하여 공소외 1의 항거가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다.

③ 공소외 1은 공소외 2가 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에는 피고인으로부터 강간 피해를 당한 사실을 말하지 않았고, 공소외 2가 광주에 있는 장례식장에 갔다가 피고인을 만나 다른 일로 다투고 난 이후인 2017. 4. 15. 저녁경에서야 말하였다고 진술하고 있다.

그런데 공소외 2는 피고인과 어렸을 때부터 친구였고, 조직폭력단체 내에서의 위상도 비슷하거나, 피고인이 종전에 공소외 2에게 무릎을 꿇고 사죄한 적도 있는 것으로 보이는 등 오히려 공소외 2가 더 높은 위상을 가지고 있어, 배우자인 공소외 1이 피고인으로부터의 피해 사실을 얘기할 경우 피고인에게 어떠한 조치를 가할 수 있었을 것으로 보이는 상황에서, 피고인이 공소외 1뿐만 아니라 공소외 2에게도 어떠한 위해를 가할 것 같은 협박을 하였고, 나아가 공소외 1을 강간하기까지 하였다는 피해 사실을 즉시 얘기하지 않았던 것은, 공소외 1이 피고인의 계속된 협박 등으로 강간을 당할 수밖에 없을 정도로 외포된 상태였다는 진술에 부합된다고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 강간의 점에 관하여 범죄의 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고한 원심판결은 수긍할 만하고, 이에 반하는 검사의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분에는 위에서 살핀 바와 같은 직권파기사유가 있는바, 위와 같이 변경된 공소사실 부분과 원심판결 중 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없어 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결 중 유죄 부분과 각 협박의 점에 관한 무죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 강간의 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### (1) 사실오인

원심판결 중, ① 상해죄 및 특수협박죄에 관하여는 피고인이 피해자 공소외 3의 뺨 등을 몇 차례 때리고 커피를 끼얹은 것은 사실이나, 도자기 화분을 들고 피해자 공소외 3의 머리를 향해 찍으려고 하며 위협한 사실이 없고, ② 특수상해죄에 관하여는 피고인이 라이터를 켜서 피해자 공소외 3의 얼굴을 지지려 한 사실이 없고, 담배를 피해자 공소외 3 옆에 있던 재떨이에 던진 것뿐이며, ③ 폭행죄에 관하여는 피해자 공소외 1이 남편의 사생아에 관한 얘기를 듣고 매우 혼란스러워하고 있어 정신을 차리라는 뜻으로 볼을 툭 친 것에 불과할 뿐, 폭행의 고의로 피해자를 때린 것이 아니다.

그럼에도 원심은 위 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는바, 이는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

###### (2) 양형부당

원심판결의 양형(징역 1년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

###### 나. 검사

###### (1) 사실오인 및 법리오해

원심은 이 사건 공소사실 중 ① 각 협박의 점에 관하여는 피해자 공소외 4의 진술에 아무런 모순이 없음에도 단지 공소사실에 특정된 범행일시와 피해자 공소외 4의 일부 진술이 맞지 않는다는 이유로 공소사실이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하였고, ② 강간의 점에 관하여는 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인이 피해자 공소외 1을 강간하였음을 인정할 수 있음에도, 피고인의 변명만 받아들여 공소사실이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하

였는바, 이는 모두 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

(2) 양형부당

원심판결의 양형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당시에 이르러 이 사건 공소사실 중 원심판결에서 무죄를 선고한, 2017. 4. 10.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 10. 13:00~14:00경'에서 '2017. 4. 10. 전후 수일사이 13:00~14:00경'으로, 2017. 4. 15.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 15. 14:00경'에서 '2017. 4. 15. 전후 수일사이 14:00경'으로 각 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 사실오인 주장과 원심판결 중 강간의 점에 관한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 당심의 판단대상이 되므로, 아래에서는 이에 대하여 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 상해죄 및 특수협박죄, 특수상해죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 3은 수사기관에서부터 원심법정에 이르기까지 원심 판시 상해 및 특수협박죄와 특수상해죄의 각 범죄사실에 대하여 직접 경험하지 않았으면 진술하기 어려울 정도로 매우 구체적으로 일관되게 진술하고 있는 점, ② 커피숍 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에서 확인할 수 있는 피고인과 피해자 공소외 3의 행동과 피해부위 사진의 영상, 상해진단서(공소외 3)의 기재에 의하여 확인할 수 있는 피해자 공소외 3의 상해 부위 및 정도 등 객관적인 증거도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ③ 피고인이 경찰에서 진술할 때 인정한 피해자 공소외 3에 대한 구타 정도도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ④ 피고인은 나아가 경찰 조사 과정에서 담배꽂이가 피해자 공소외 3의 다리에 떨어진 것을 보고 움직이지 말라고 말했던 것을 인정한 바 있고, 검찰 조사 과정에서는 피해자를 향해 담뱃불을 던지고 손, 발과 손가방으로 피해자를 폭행한 사실을 인정하기도 한 점 등을 종합하면, 피고인이 피해자 공소외 3에게 상해를 가하면서 위험한 물건인 화분으로 협박하고, 나아가 위험한 물건인 담배를 이용하여 상해를 가하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 각 범죄를 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 폭행죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 1은 경찰 조사 단계에서부터 원심 법정에 이르기까지, 피고인이 피해자 공소외 1의 남편인 공소외 2가 베트남으로 출국한 사실을 알고 평소 개인적인 교류가 없던 피해자 공소외 1에게 전화를 걸어 만나자고 하여 만나게 되었는데, 그 자리에서 피고인이 자신을 좋아한 적 없느냐고 물어, 부정적으로 대답하자, 공소외 2에게 숨겨놓은 아들이 있다고 말하고, 스피커폰으로 여러 사람과 통화하면서 공소외 2를 해치기 위해 준비하고 있다거나 경찰관과의 친분을 강조하고 자신의 위세를 과시하는 내용의 대화를 했으며, 그러던 중 피해자 공소외 1의 뺨을 1회 때리고, 머리를 3~4회 때렸다고 진술하였는바, 폭행죄의 범죄사실에 관한 피해자 공소외 1의 위와 같은 진술은 직접 경험하지 않았으면 하기 어려울 정도로 구체적인 것이고, 일관성도 있어 신뢰할 만한 점(피해자 공소외 1은 폭행의 정도에 대하여 다소 과장된 듯한 진술을 하고 있는 것으로 보인다).

그러나 아래에서 살피는 이 사건 강간의 점에 대한 판단과는 달리, 그러한 과장이 이 사건 폭행의 점에 관한 공소사실에 부합하는 피해자 공소외 1의 진술 부분의 신빙성을 해치는 정도로는 보이지 않는다), ② 피고인도 2017. 4. 10. 밤에 친구인 공소외 2가 베트남으로 출국해 부재중인 틈을 타 그의 처인 피해자 공소외 1에게 접근해 남편에게 숨겨둔 사생아가 있다고 말하고, 그 과정에서 뺨을 때린 사실, 경찰관 등 여러 지인과 스피커폰으로 통화하며 '지금 낫을 들고 있는데, 내 앞에 있는 사람이 말을 듣지 않고 있다.

어떻게 해야 하나.'는 등 험한 말을 한 사실을 대체로 인정하고 있는 점, ③ 피고인의 진술에 의하더라도 피고인이 피해자 공소외 1을 위와 같이 만나 폭행하기 전까지는 부부동반이 아닌 개인적인 만남을 가지거나 따로 연락하며 지내는 등 임의로 뺨 부분을 만지거나 때릴 수 있을 정도의 관계는 아니었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 원심판결 범죄사실 제4항 기재와 같이 피해자 공소외 1을 폭행하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 폭행죄를 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

다.

강간의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단(검사)

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도767 판결 등 참조).

그리고 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

피고인이 공소외 1과 성관계를 한 것은 사실이나, 동의에 의한 것이라며 공소사실을 부인하는 이 사건 강간의 점에 관하여, 공소사실에 직접 부합하는 증거는 증인 공소외 1의 원심법정 진술, 공소외 1에 대한 검찰, 경찰 각 진술조서의 진술기재뿐이다.



그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 위 각 증거만으로는 이 사건 강간의 점에 관한 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실하다고 확신을 가지기에 부족하고, 그 외 나머지 증거만으로 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날로부터 5일 전인 2017. 4. 10. 피고인으로부터 위협을 당하다가 폭행까지 당한 사실은 앞서 폭행죄에 대한 판단에서 살핀 바와 같다.

그리고 공소외 1은 피고인이 위와 같이 폭행한 이후에도 '너는 내가 언제든지 사람을 붙여서 위치를 알 수 있으니까 내가 모르는 곳에 가면 미리미리 이야기를 해라.', '나를 불안하게 하면 내가 어떻게 변할지 모른다.

;', '지금 □□에는 내 편밖에 없다.

니가 내 말을 듣지 않으면 공소외 2는 어떻게 될지 모른다.

그런데 니가 내 말 잘 들으면 공소외 2를 잘해줄 거야.', '공소외 1의 딸, 공소외 2의 딸과 잘 지내고 싶으면 알아서 잘해라.'라고 말하며 계속하여 협박하였다고 구체적으로 주장하고 있다.

그러나 ㉠ 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날 이후인 2017. 4. 16.까지 이루어진 공소외 1과 피고인의 문자메시지 내역은 삭제되어 그 내용을 확인할 수 없다.

- ㉡ 그리고 공소외 1은 피고인으로부터 폭행당한 다음 날 피고인과 함께 식사하기도 하고, 그 무렵부터 강간당했다고 주장하는 날 사이에 네 번 정도 더 피고인을 만나면서 공소외 1의 친정어머니에 관한 애기와 딸이 예술고등학교를 가고 싶어한다는 애기, 딸이 예전에 담임선생님에게 제일 미워하는 사람이 공소외 2라는 말을 했다는 애기 등 공소외 1의 일상에 관한 얘기를 한 바 있다.

- ㉢ 공소외 1은 피고인으로부터 강간당했다고 주장하는 2017. 4. 14. 저녁경 피고인이 함께 모텔에 가자고 하여 처음에는 거부하였으나, 피고인이 맥주만 마시고 나오자고 하여, 맥주를 사서 피고인의 차를 타고 함께 무인으로 운영되는 모텔로 갔는데, 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하면, 피고인의 차가 모텔에 주차되고, 피고인과 공소외 1이 함께 나와 모텔로 들어가는 과정에서 공소외 1이 겁을 먹었다는 등의 사정은 보이지 않는다.

- ㉣ 오히려 공소외 1은 위와 같이 모텔로 가기 직전에 공소외 2에게 '줄려서 비행기 탈 때까지 못 기다릴 것 같다.

비행기에서 내리면 전화하라. 먼저 잘 테니 조심히 오라.'는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 공소외 2에게 피고인의 위와 같은 협박 내용을 알린 바도 없다.

위와 같은 공소외 1이 피고인으로부터 폭행당한 후의 사정을 고려할 때, 공소외 1의 위 각 진술 또는 진술기재처럼 피고인이 계속하여 공소외 1을 협박하였고, 이로 인하여 공소외 1이 피고인과 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지에 대하여 의문이 든다.

- ② 공소외 1은 모텔 안에서 피고인으로부터 강간당한 경위에 관하여 '피고인에게 생리 중이라고 말하였음에도 피고인이 아랑곳하지 않고 왼쪽 뺨과 머리 부위를 폭행한 후 옷소매를 잡고 침대로 끌고 가 등을 밀어 강제로 눕히고 왼손으로 채골 부분을 누르며 다른 손으로 바지와 속옷을 벗긴 후 강간하였다.

‘고 진술하였다.

그런데 피고인이 2회 경찰조사 과정에서 성관계 사실을 인정하면서, 공소외 1과 서로 애무하던 중 공소외 1이 ‘템포(생리대의 일종인 탐폰을 말한다) 빼고 올게.’라고 말하며 티팬티만 입은 채 화장실에 갔다 왔고, 이후 동의하에 성관계 했다는 취지로 진술하자, 사건을 송치받은 검사는 공소외 1을 상대로 위와 같은 진술을 하였는지를 물었다.

이에 공소외 1은 당시 생리 기간 막바지로 생리혈의 양이 많지 않아 티팬티에 팬티라이너형 생리대를 붙여 착용하고 있었는데, 피고인이 강제로 벗겨 강간한 것이고, 강간 후 화장실에서 샤워하고 나와 속옷을 입는데, 피고인이 ‘생리 중이라면서 속옷의 모양이 왜 그러냐?’고 물어 ‘이런 종류의 속옷은 여성이 생리 중 운동할 때 템포를 끼우고 입는 속옷이다.

’라고 설명하였다고 진술하였다.

한편 공소외 1은 피고인으로부터 강간당한 후 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 함께 담배를 피우며 공소외 2 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나왔다고도 진술하였다.

예전에는 공소외 1과 긴밀한 관계도 아니었던 피고인이 당시 공소외 1이 착용하지도 않은 ‘템포’라는 생리대의 상호를 듣게 된 경위와 피고인과의 성관계 후 정황에 관한 공소외 1의 위와 같은 진술이 사실이라 하더라도, 이는 공소외 1이 피고인으로부터의 폭행·협박으로 외포된 상태에서 강간을 당하였다는 공소외 1의 진술 또는 진술기재보다는, 성관계를 갖기 위하여 공소외 1을 협박한 사실이 없고, 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합하는 측면이 있다.

그리고 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하더라도, 공소외 1과 피고인이 모텔에서 나와 차를 타고 돌아갈 때, 공소외 1이 강간을 당했거나 외포된 상태에 있다는 사정이 확인되지 않는다.

위와 같은 사정을 고려할 때, 공소외 1의 피해 진술이 구체적이고 일관된 측면이 있다 하더라도, 실제로 피고인이 공소외 1을 폭행·협박하였고, 이로 인하여 공소외 1의 항거가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다.

③ 공소외 1은 공소외 2가 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에는 피고인으로부터 강간 피해를 당한 사실을 말하지 않았고, 공소외 2가 광주에 있는 장례식장에 갔다가 피고인을 만나 다른 일로 다투고 난 이후인 2017. 4. 15. 저녁경에서야 말하였다고 진술하고 있다.

그런데 공소외 2는 피고인과 어렸을 때부터 친구였고, 조직폭력단체 내에서의 위상도 비슷하거나, 피고인이 종전에 공소외 2에게 무릎을 꿇고 사죄한 적도 있는 것으로 보이는 등 오히려 공소외 2가 더 높은 위상을 가지고 있어, 배우자인 공소외 1이 피고인으로부터의 피해 사실을 얘기할 경우 피고인에게 어떠한 조치를 가할 수 있었을 것으로 보이는 상황에서, 피고인이 공소외 1뿐만 아니라 공소외 2에게도 어떠한 위해를 가할 것 같은 협박을 하였고, 나아가 공소외 1을 강간하기까지 하였다는 피해 사실을 즉시 얘기하지 않았던 것은, 공소외 1이 피고인의 계속된 협박 등으로 강간을 당할 수밖에 없을 정도로 외포된 상태였다는 진술에 부합된다고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 강간의 점에 관하여 범죄의 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고한 원심판결은 수긍할 만하고, 이에 반하는 검사의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분에는 위에서 살핀 바와 같은 직권파기사유가 있는바, 위와 같이 변경된 공소사실 부분과 원심판결 중 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없어 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결 중 유죄 부분과 각 협박의 점에 관한 무죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 강간의 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### (1) 사실오인

원심판결 중, ① 상해죄 및 특수협박죄에 관하여는 피고인이 피해자 공소외 3의 뺨 등을 몇 차례 때리고 커피를 끼얹은 것은 사실이나, 도자기 화분을 들고 피해자 공소외 3의 머리를 향해 찍으려고 하며 위협한 사실이 없고, ② 특수상해죄에 관하여는 피고인이 라이터를 켜서 피해자 공소외 3의 얼굴을 지지려 한 사실이 없고, 담배를 피해자 공소외 3 옆에 있던 재떨이에 던진 것뿐이며, ③ 폭행죄에 관하여는 피해자 공소외 1이 남편의 사생아에 관한 얘기를 듣고 매우 혼란스러워하고 있어 정신을 차리라는 뜻으로 볼을 툭 친 것에 불과할 뿐, 폭행의 고의로 피해자를 때린 것이 아니다.

그럼에도 원심은 위 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는바, 이는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

###### (2) 양형부당

원심판결의 양형(징역 1년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

###### 나. 검사

###### (1) 사실오인 및 법리오해

원심은 이 사건 공소사실 중 ① 각 협박의 점에 관하여는 피해자 공소외 4의 진술에 아무런 모순이 없음에도 단지 공소사실에 특정된 범행일시와 피해자 공소외 4의 일부 진술이 맞지 않는다는 이유로 공소사실이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하였고, ② 강간의 점에 관하여는 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인이 피해자 공소외 1을 강간하였음을 인정할 수 있음에도, 피고인의 변명만 받아들여 공소사실이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하

였는바, 이는 모두 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

(2) 양형부당

원심판결의 양형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 원심판결에서 무죄를 선고한, 2017. 4. 10.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 10. 13:00~14:00경'에서 '2017. 4. 10. 전후 수일사이 13:00~14:00경'으로, 2017. 4. 15.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 15. 14:00경'에서 '2017. 4. 15. 전후 수일사이 14:00경'으로 각 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 사실오인 주장과 원심판결 중 강간의 점에 관한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 당심의 판단대상이 되므로, 아래에서는 이에 대하여 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 상해죄 및 특수협박죄, 특수상해죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 3은 수사기관에서부터 원심법정에 이르기까지 원심 판시 상해 및 특수협박죄와 특수상해죄의 각 범죄사실에 대하여 직접 경험하지 않았으면 진술하기 어려울 정도로 매우 구체적으로 일관되게 진술하고 있는 점, ② 커피숍 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에서 확인할 수 있는 피고인과 피해자 공소외 3의 행동과 피해부위 사진의 영상, 상해진단서(공소외 3)의 기재에 의하여 확인할 수 있는 피해자 공소외 3의 상해 부위 및 정도 등 객관적인 증거도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ③ 피고인이 경찰에서 진술할 때 인정한 피해자 공소외 3에 대한 구타 정도도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ④ 피고인은 나아가 경찰 조사 과정에서 담배꽂이가 피해자 공소외 3의 다리에 떨어진 것을 보고 움직이지 말라고 말했던 것을 인정한 바 있고, 검찰 조사 과정에서는 피해자를 향해 담뱃불을 던지고 손, 발과 손가방으로 피해자를 폭행한 사실을 인정하기도 한 점 등을 종합하면, 피고인이 피해자 공소외 3에게 상해를 가하면서 위험한 물건인 화분으로 협박하고, 나아가 위험한 물건인 담배를 이용하여 상해를 가하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 각 범죄를 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 폭행죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 1은 경찰 조사 단계에서부터 원심 법정에 이르기까지, 피고인이 피해자 공소외 1의 남편인 공소외 2가 베트남으로 출국한 사실을 알고 평소 개인적인 교류가 없던 피해자 공소외 1에게 전화를 걸어 만나자고 하여 만나게 되었는데, 그 자리에서 피고인이 자신을 좋아한 적 없느냐고 물어, 부정적으로 대답하자, 공소외 2에게 숨겨놓은 아들이 있다고 말하고, 스피커폰으로 여러 사람과 통화하면서 공소외 2를 해치기 위해 준비하고 있다거나 경찰관과의 친분을 강조하고 자신의 위세를 과시하는 내용의 대화를 했으며, 그러던 중 피해자 공소외 1의 뺨을 1회 때리고, 머리를 3~4회 때렸다고 진술하였는바, 폭행죄의 범죄사실에 관한 피해자 공소외 1의 위와 같은 진술은 직접 경험하지 않았으면 하기 어려울 정도로 구체적인 것이고, 일관성도 있어 신뢰할 만한 점(피해자 공소외 1은 폭행의 정도에 대하여 다소 과장된 듯한 진술을 하고 있는 것으로 보인다).

그러나 아래에서 살피는 이 사건 강간의 점에 대한 판단과는 달리, 그러한 과장이 이 사건 폭행의 점에 관한 공소사실에 부합하는 피해자 공소외 1의 진술 부분의 신빙성을 해치는 정도로는 보이지 않는다), ② 피고인도 2017. 4. 10. 밤에 친구인 공소외 2가 베트남으로 출국해 부재중인 틈을 타 그의 처인 피해자 공소외 1에게 접근해 남편에게 숨겨둔 사생아가 있다고 말하고, 그 과정에서 뺨을 때린 사실, 경찰관 등 여러 지인과 스피커폰으로 통화하며 '지금 낫을 들고 있는데, 내 앞에 있는 사람이 말을 듣지 않고 있다.

어떻게 해야 하나.'는 등 험한 말을 한 사실을 대체로 인정하고 있는 점, ③ 피고인의 진술에 의하더라도 피고인이 피해자 공소외 1을 위와 같이 만나 폭행하기 전까지는 부부동반이 아닌 개인적인 만남을 가지거나 따로 연락하며 지내는 등 임의로 뺨 부분을 만지거나 때릴 수 있을 정도의 관계는 아니었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 원심판결 범죄사실 제4항 기재와 같이 피해자 공소외 1을 폭행하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 폭행죄를 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

다.

강간의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단(검사)

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도767 판결 등 참조).

그리고 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

피고인이 공소외 1과 성관계를 한 것은 사실이나, 동의에 의한 것이라며 공소사실을 부인하는 이 사건 강간의 점에 관하여, 공소사실에 직접 부합하는 증거는 증인 공소외 1의 원심법정 진술, 공소외 1에 대한 검찰, 경찰 각 진술조서의 진술기재뿐이다.

그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 위 각 증거만으로는 이 사건 강간의 점에 관한 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실하다고 확신을 가지기에 부족하고, 그 외 나머지 증거만으로 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날로부터 5일 전인 2017. 4. 10. 피고인으로부터 위협을 당하다가 폭행까지 당한 사실은 앞서 폭행죄에 대한 판단에서 살핀 바와 같다.

그리고 공소외 1은 피고인이 위와 같이 폭행한 이후에도 '너는 내가 언제든지 사람을 붙여서 위치를 알 수 있으니까 내가 모르는 곳에 가면 미리미리 이야기를 해라.', '나를 불안하게 하면 내가 어떻게 변할지 모른다.

;', '지금 □□에는 내 편밖에 없다.

니가 내 말을 듣지 않으면 공소외 2는 어떻게 될지 모른다.

그런데 니가 내 말 잘 들으면 공소외 2를 잘해줄 거야.', '공소외 1의 딸, 공소외 2의 딸과 잘 지내고 싶으면 알아서 잘해라.'라고 말하며 계속하여 협박하였다고 구체적으로 주장하고 있다.

그러나 ㉠ 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날 이후인 2017. 4. 16.까지 이루어진 공소외 1과 피고인의 문자메시지 내역은 삭제되어 그 내용을 확인할 수 없다.

- ㉡ 그리고 공소외 1은 피고인으로부터 폭행당한 다음 날 피고인과 함께 식사하기도 하고, 그 무렵부터 강간당했다고 주장하는 날 사이에 네 번 정도 더 피고인을 만나면서 공소외 1의 친정어머니에 관한 애기와 딸이 예술고등학교를 가고 싶어한다는 애기, 딸이 예전에 담임선생님에게 제일 미워하는 사람이 공소외 2라는 말을 했다는 애기 등 공소외 1의 일상에 관한 얘기를 한 바 있다.

- ㉢ 공소외 1은 피고인으로부터 강간당했다고 주장하는 2017. 4. 14. 저녁경 피고인이 함께 모텔에 가자고 하여 처음에는 거부하였으나, 피고인이 맥주만 마시고 나오자고 하여, 맥주를 사서 피고인의 차를 타고 함께 무인으로 운영되는 모텔로 갔는데, 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하면, 피고인의 차가 모텔에 주차되고, 피고인과 공소외 1이 함께 나와 모텔로 들어가는 과정에서 공소외 1이 겁을 먹었다는 등의 사정은 보이지 않는다.

- ㉣ 오히려 공소외 1은 위와 같이 모텔로 가기 직전에 공소외 2에게 '줄려서 비행기 탈 때까지 못 기다릴 것 같다.

비행기에서 내리면 전화하라. 먼저 잘 테니 조심히 오라.'는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 공소외 2에게 피고인의 위와 같은 협박 내용을 알린 바도 없다.

위와 같은 공소외 1이 피고인으로부터 폭행당한 후의 사정을 고려할 때, 공소외 1의 위 각 진술 또는 진술기재처럼 피고인이 계속하여 공소외 1을 협박하였고, 이로 인하여 공소외 1이 피고인과 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지에 대하여 의문이 든다.

- ② 공소외 1은 모텔 안에서 피고인으로부터 강간당한 경위에 관하여 '피고인에게 생리 중이라고 말하였음에도 피고인이 아랑곳하지 않고 왼쪽 뺨과 머리 부위를 폭행한 후 옷소매를 잡고 침대로 끌고 가 등을 밀어 강제로 눕히고 왼손으로 채골 부분을 누르며 다른 손으로 바지와 속옷을 벗긴 후 강간하였다.

‘고 진술하였다.

그런데 피고인이 2회 경찰조사 과정에서 성관계 사실을 인정하면서, 공소외 1과 서로 애무하던 중 공소외 1이 ‘템포(생리대의 일종인 탐폰을 말한다) 빼고 올게.’라고 말하며 티팬티만 입은 채 화장실에 갔다 왔고, 이후 동의하에 성관계 했다는 취지로 진술하자, 사건을 송치받은 검사는 공소외 1을 상대로 위와 같은 진술을 하였는지를 물었다.

이에 공소외 1은 당시 생리 기간 막바지로 생리혈의 양이 많지 않아 티팬티에 팬티라이너형 생리대를 붙여 착용하고 있었는데, 피고인이 강제로 벗겨 강간한 것이고, 강간 후 화장실에서 샤워하고 나와 속옷을 입는데, 피고인이 ‘생리 중이라면서 속옷의 모양이 왜 그러냐?’고 물어 ‘이런 종류의 속옷은 여성이 생리 중 운동할 때 템포를 끼우고 입는 속옷이다.

’라고 설명하였다고 진술하였다.

한편 공소외 1은 피고인으로부터 강간당한 후 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 함께 담배를 피우며 공소외 2 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나왔다고도 진술하였다.

예전에는 공소외 1과 긴밀한 관계도 아니었던 피고인이 당시 공소외 1이 착용하지도 않은 ‘템포’라는 생리대의 상호를 듣게 된 경위와 피고인과의 성관계 후 정황에 관한 공소외 1의 위와 같은 진술이 사실이라 하더라도, 이는 공소외 1이 피고인으로부터의 폭행·협박으로 외포된 상태에서 강간을 당하였다는 공소외 1의 진술 또는 진술기재보다는, 성관계를 갖기 위하여 공소외 1을 협박한 사실이 없고, 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합하는 측면이 있다.

그리고 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하더라도, 공소외 1과 피고인이 모텔에서 나와 차를 타고 돌아갈 때, 공소외 1이 강간을 당했거나 외포된 상태에 있다는 사정이 확인되지 않는다.

위와 같은 사정을 고려할 때, 공소외 1의 피해 진술이 구체적이고 일관된 측면이 있다 하더라도, 실제로 피고인이 공소외 1을 폭행·협박하였고, 이로 인하여 공소외 1의 항거가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다.

③ 공소외 1은 공소외 2가 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에는 피고인으로부터 강간 피해를 당한 사실을 말하지 않았고, 공소외 2가 광주에 있는 장례식장에 갔다가 피고인을 만나 다른 일로 다투고 난 이후인 2017. 4. 15. 저녁경에서야 말하였다고 진술하고 있다.

그런데 공소외 2는 피고인과 어렸을 때부터 친구였고, 조직폭력단체 내에서의 위상도 비슷하거나, 피고인이 종전에 공소외 2에게 무릎을 꿇고 사죄한 적도 있는 것으로 보이는 등 오히려 공소외 2가 더 높은 위상을 가지고 있어, 배우자인 공소외 1이 피고인으로부터의 피해 사실을 얘기할 경우 피고인에게 어떠한 조치를 가할 수 있었을 것으로 보이는 상황에서, 피고인이 공소외 1뿐만 아니라 공소외 2에게도 어떠한 위해를 가할 것 같은 협박을 하였고, 나아가 공소외 1을 강간하기까지 하였다는 피해 사실을 즉시 얘기하지 않았던 것은, 공소외 1이 피고인의 계속된 협박 등으로 강간을 당할 수밖에 없을 정도로 외포된 상태였다는 진술에 부합된다고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 강간의 점에 관하여 범죄의 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고한 원심판결은 수긍할 만하고, 이에 반하는 검사의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분에는 위에서 살핀 바와 같은 직권파기사유가 있는바, 위와 같이 변경된 공소사실 부분과 원심판결 중 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없어 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결 중 유죄 부분과 각 협박의 점에 관한 무죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 강간의 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### (1) 사실오인

원심판결 중, ① 상해죄 및 특수협박죄에 관하여는 피고인이 피해자 공소외 3의 뺨 등을 몇 차례 때리고 커피를 끼얹은 것은 사실이나, 도자기 화분을 들고 피해자 공소외 3의 머리를 향해 찍으려고 하며 위협한 사실이 없고, ② 특수상해죄에 관하여는 피고인이 라이터를 켜서 피해자 공소외 3의 얼굴을 지지려 한 사실이 없고, 담배를 피해자 공소외 3 옆에 있던 재떨이에 던진 것뿐이며, ③ 폭행죄에 관하여는 피해자 공소외 1이 남편의 사생아에 관한 얘기를 듣고 매우 혼란스러워하고 있어 정신을 차리라는 뜻으로 볼을 툭 친 것에 불과할 뿐, 폭행의 고의로 피해자를 때린 것이 아니다.

그럼에도 원심은 위 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는바, 이는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

###### (2) 양형부당

원심판결의 양형(징역 1년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

###### 나. 검사

###### (1) 사실오인 및 법리오해

원심은 이 사건 공소사실 중 ① 각 협박의 점에 관하여는 피해자 공소외 4의 진술에 아무런 모순이 없음에도 단지 공소사실에 특정된 범행일시와 피해자 공소외 4의 일부 진술이 맞지 않는다는 이유로 공소사실이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하였고, ② 강간의 점에 관하여는 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인이 피해자 공소외 1을 강간하였음을 인정할 수 있음에도, 피고인의 변명만 받아들여 공소사실이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하



였는바, 이는 모두 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

(2) 양형부당

원심판결의 양형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 원심판결에서 무죄를 선고한, 2017. 4. 10.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 10. 13:00~14:00경'에서 '2017. 4. 10. 전후 수일사이 13:00~14:00경'으로, 2017. 4. 15.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 15. 14:00경'에서 '2017. 4. 15. 전후 수일사이 14:00경'으로 각 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 사실오인 주장과 원심판결 중 강간의 점에 관한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 당심의 판단대상이 되므로, 아래에서는 이에 대하여 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 상해죄 및 특수협박죄, 특수상해죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 3은 수사기관에서부터 원심법정에 이르기까지 원심 판시 상해 및 특수협박죄와 특수상해죄의 각 범죄사실에 대하여 직접 경험하지 않았으면 진술하기 어려울 정도로 매우 구체적으로 일관되게 진술하고 있는 점, ② 커피숍 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에서 확인할 수 있는 피고인과 피해자 공소외 3의 행동과 피해부위 사진의 영상, 상해진단서(공소외 3)의 기재에 의하여 확인할 수 있는 피해자 공소외 3의 상해 부위 및 정도 등 객관적인 증거도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ③ 피고인이 경찰에서 진술할 때 인정한 피해자 공소외 3에 대한 구타 정도도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ④ 피고인은 나아가 경찰 조사 과정에서 담배꽂이가 피해자 공소외 3의 다리에 떨어진 것을 보고 움직이지 말라고 말했던 것을 인정한 바 있고, 검찰 조사 과정에서는 피해자를 향해 담뱃불을 던지고 손, 발과 손가방으로 피해자를 폭행한 사실을 인정하기도 한 점 등을 종합하면, 피고인이 피해자 공소외 3에게 상해를 가하면서 위험한 물건인 화분으로 협박하고, 나아가 위험한 물건인 담배를 이용하여 상해를 가하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 각 범죄를 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 폭행죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 1은 경찰 조사 단계에서부터 원심 법정에 이르기까지, 피고인이 피해자 공소외 1의 남편인 공소외 2가 베트남으로 출국한 사실을 알고 평소 개인적인 교류가 없던 피해자 공소외 1에게 전화를 걸어 만나자고 하여 만나게 되었는데, 그 자리에서 피고인이 자신을 좋아한 적 없느냐고 물어, 부정적으로 대답하자, 공소외 2에게 숨겨놓은 아들이 있다고 말하고, 스피커폰으로 여러 사람과 통화하면서 공소외 2를 해치기 위해 준비하고 있다거나 경찰관과의 친분을 강조하고 자신의 위세를 과시하는 내용의 대화를 했으며, 그러던 중 피해자 공소외 1의 뺨을 1회 때리고, 머리를 3~4회 때렸다고 진술하였는바, 폭행죄의 범죄사실에 관한 피해자 공소외 1의 위와 같은 진술은 직접 경험하지 않았으면 하기 어려울 정도로 구체적인 것이고, 일관성도 있어 신뢰할 만한 점(피해자 공소외 1은 폭행의 정도에 대하여 다소 과장된 듯한 진술을 하고 있는 것으로 보인다).

그러나 아래에서 살피는 이 사건 강간의 점에 대한 판단과는 달리, 그러한 과장이 이 사건 폭행의 점에 관한 공소사실에 부합하는 피해자 공소외 1의 진술 부분의 신빙성을 해치는 정도로는 보이지 않는다), ② 피고인도 2017. 4. 10. 밤에 친구인 공소외 2가 베트남으로 출국해 부재중인 틈을 타 그의 처인 피해자 공소외 1에게 접근해 남편에게 숨겨둔 사생아가 있다고 말하고, 그 과정에서 뺨을 때린 사실, 경찰관 등 여러 지인과 스피커폰으로 통화하며 '지금 낫을 들고 있는데, 내 앞에 있는 사람이 말을 듣지 않고 있다.

어떻게 해야 하나.'는 등 험한 말을 한 사실을 대체로 인정하고 있는 점, ③ 피고인의 진술에 의하더라도 피고인이 피해자 공소외 1을 위와 같이 만나 폭행하기 전까지는 부부동반이 아닌 개인적인 만남을 가지거나 따로 연락하며 지내는 등 임의로 뺨 부분을 만지거나 때릴 수 있을 정도의 관계는 아니었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 원심판결 범죄사실 제4항 기재와 같이 피해자 공소외 1을 폭행하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 폭행죄를 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

다.

강간의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단(검사)

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도767 판결 등 참조).

그리고 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

피고인이 공소외 1과 성관계를 한 것은 사실이나, 동의에 의한 것이라며 공소사실을 부인하는 이 사건 강간의 점에 관하여, 공소사실에 직접 부합하는 증거는 증인 공소외 1의 원심법정 진술, 공소외 1에 대한 검찰, 경찰 각 진술조서의 진술기재뿐이다.

그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 위 각 증거만으로는 이 사건 강간의 점에 관한 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실하다고 확신을 가지기에 부족하고, 그 외 나머지 증거만으로 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날로부터 5일 전인 2017. 4. 10. 피고인으로부터 위협을 당하다가 폭행까지 당한 사실은 앞서 폭행죄에 대한 판단에서 살핀 바와 같다.

그리고 공소외 1은 피고인이 위와 같이 폭행한 이후에도 '너는 내가 언제든지 사람을 붙여서 위치를 알 수 있으니까 내가 모르는 곳에 가면 미리미리 이야기를 해라.', '나를 불안하게 하면 내가 어떻게 변할지 모른다.

;', '지금 □□에는 내 편밖에 없다.

니가 내 말을 듣지 않으면 공소외 2는 어떻게 될지 모른다.

그런데 니가 내 말 잘 들으면 공소외 2를 잘해줄 거야.', '공소외 1의 딸, 공소외 2의 딸과 잘 지내고 싶으면 알아서 잘해라.'라고 말하며 계속하여 협박하였다고 구체적으로 주장하고 있다.

그러나 ㉠ 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날 이후인 2017. 4. 16.까지 이루어진 공소외 1과 피고인의 문자메시지 내역은 삭제되어 그 내용을 확인할 수 없다.

- ㉡ 그리고 공소외 1은 피고인으로부터 폭행당한 다음 날 피고인과 함께 식사하기도 하고, 그 무렵부터 강간당했다고 주장하는 날 사이에 네 번 정도 더 피고인을 만나면서 공소외 1의 친정어머니에 관한 애기와 딸이 예술고등학교를 가고 싶어한다는 애기, 딸이 예전에 담임선생님에게 제일 미워하는 사람이 공소외 2라는 말을 했다는 애기 등 공소외 1의 일상에 관한 얘기를 한 바 있다.

- ㉢ 공소외 1은 피고인으로부터 강간당했다고 주장하는 2017. 4. 14. 저녁경 피고인이 함께 모텔에 가자고 하여 처음에는 거부하였으나, 피고인이 맥주만 마시고 나오자고 하여, 맥주를 사서 피고인의 차를 타고 함께 무인으로 운영되는 모텔로 갔는데, 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하면, 피고인의 차가 모텔에 주차되고, 피고인과 공소외 1이 함께 나와 모텔로 들어가는 과정에서 공소외 1이 겁을 먹었다는 등의 사정은 보이지 않는다.

- ㉣ 오히려 공소외 1은 위와 같이 모텔로 가기 직전에 공소외 2에게 '줄려서 비행기 탈 때까지 못 기다릴 것 같다.

비행기에서 내리면 전화하라. 먼저 잘 테니 조심히 오라.'는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 공소외 2에게 피고인의 위와 같은 협박 내용을 알린 바도 없다.

위와 같은 공소외 1이 피고인으로부터 폭행당한 후의 사정을 고려할 때, 공소외 1의 위 각 진술 또는 진술기재처럼 피고인이 계속하여 공소외 1을 협박하였고, 이로 인하여 공소외 1이 피고인과 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지에 대하여 의문이 든다.

- ② 공소외 1은 모텔 안에서 피고인으로부터 강간당한 경위에 관하여 '피고인에게 생리 중이라고 말하였음에도 피고인이 아랑곳하지 않고 왼쪽 뺨과 머리 부위를 폭행한 후 옷소매를 잡고 침대로 끌고 가 등을 밀어 강제로 눕히고 왼손으로 채골 부분을 누르며 다른 손으로 바지와 속옷을 벗긴 후 강간하였다.

‘고 진술하였다.

그런데 피고인이 2회 경찰조사 과정에서 성관계 사실을 인정하면서, 공소외 1과 서로 애무하던 중 공소외 1이 ‘템포(생리대의 일종인 탐폰을 말한다) 빼고 올게.’라고 말하며 티팬티만 입은 채 화장실에 갔다 왔고, 이후 동의하에 성관계 했다는 취지로 진술하자, 사건을 송치받은 검사는 공소외 1을 상대로 위와 같은 진술을 하였는지를 물었다.

이에 공소외 1은 당시 생리 기간 막바지로 생리혈의 양이 많지 않아 티팬티에 팬티라이너형 생리대를 붙여 착용하고 있었는데, 피고인이 강제로 벗겨 강간한 것이고, 강간 후 화장실에서 샤워하고 나와 속옷을 입는데, 피고인이 ‘생리 중이라면서 속옷의 모양이 왜 그러냐?’고 물어 ‘이런 종류의 속옷은 여성이 생리 중 운동할 때 템포를 끼우고 입는 속옷이다.

’라고 설명하였다고 진술하였다.

한편 공소외 1은 피고인으로부터 강간당한 후 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 함께 담배를 피우며 공소외 2 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나왔다고도 진술하였다.

예전에는 공소외 1과 긴밀한 관계도 아니었던 피고인이 당시 공소외 1이 착용하지도 않은 ‘템포’라는 생리대의 상호를 듣게 된 경위와 피고인과의 성관계 후 정황에 관한 공소외 1의 위와 같은 진술이 사실이라 하더라도, 이는 공소외 1이 피고인으로부터의 폭행·협박으로 외포된 상태에서 강간을 당하였다는 공소외 1의 진술 또는 진술기재보다는, 성관계를 갖기 위하여 공소외 1을 협박한 사실이 없고, 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합하는 측면이 있다.

그리고 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하더라도, 공소외 1과 피고인이 모텔에서 나와 차를 타고 돌아갈 때, 공소외 1이 강간을 당했거나 외포된 상태에 있다는 사정이 확인되지 않는다.

위와 같은 사정을 고려할 때, 공소외 1의 피해 진술이 구체적이고 일관된 측면이 있다 하더라도, 실제로 피고인이 공소외 1을 폭행·협박하였고, 이로 인하여 공소외 1의 항거가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다.

③ 공소외 1은 공소외 2가 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에는 피고인으로부터 강간 피해를 당한 사실을 말하지 않았고, 공소외 2가 광주에 있는 장례식장에 갔다가 피고인을 만나 다른 일로 다투고 난 이후인 2017. 4. 15. 저녁경에서야 말하였다고 진술하고 있다.

그런데 공소외 2는 피고인과 어렸을 때부터 친구였고, 조직폭력단체 내에서의 위상도 비슷하거나, 피고인이 종전에 공소외 2에게 무릎을 꿇고 사죄한 적도 있는 것으로 보이는 등 오히려 공소외 2가 더 높은 위상을 가지고 있어, 배우자인 공소외 1이 피고인으로부터의 피해 사실을 얘기할 경우 피고인에게 어떠한 조치를 가할 수 있었을 것으로 보이는 상황에서, 피고인이 공소외 1뿐만 아니라 공소외 2에게도 어떠한 위해를 가할 것 같은 협박을 하였고, 나아가 공소외 1을 강간하기까지 하였다는 피해 사실을 즉시 얘기하지 않았던 것은, 공소외 1이 피고인의 계속된 협박 등으로 강간을 당할 수밖에 없을 정도로 외포된 상태였다는 진술에 부합된다고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 강간의 점에 관하여 범죄의 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고한 원심판결은 수긍할 만하고, 이에 반하는 검사의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분에는 위에서 살핀 바와 같은 직권파기사유가 있는바, 위와 같이 변경된 공소사실 부분과 원심판결 중 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없어 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결 중 유죄 부분과 각 협박의 점에 관한 무죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 강간의 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### (1) 사실오인

원심판결 중, ① 상해죄 및 특수협박죄에 관하여는 피고인이 피해자 공소외 3의 뺨 등을 몇 차례 때리고 커피를 끼얹은 것은 사실이나, 도자기 화분을 들고 피해자 공소외 3의 머리를 향해 찍으려고 하며 위협한 사실이 없고, ② 특수상해죄에 관하여는 피고인이 라이터를 켜서 피해자 공소외 3의 얼굴을 지지려 한 사실이 없고, 담배를 피해자 공소외 3 옆에 있던 재떨이에 던진 것뿐이며, ③ 폭행죄에 관하여는 피해자 공소외 1이 남편의 사생아에 관한 얘기를 듣고 매우 혼란스러워하고 있어 정신을 차리라는 뜻으로 볼을 툭 친 것에 불과할 뿐, 폭행의 고의로 피해자를 때린 것이 아니다.

그럼에도 원심은 위 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는바, 이는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

###### (2) 양형부당

원심판결의 양형(징역 1년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

###### 나. 검사

###### (1) 사실오인 및 법리오해

원심은 이 사건 공소사실 중 ① 각 협박의 점에 관하여는 피해자 공소외 4의 진술에 아무런 모순이 없음에도 단지 공소사실에 특정된 범행일시와 피해자 공소외 4의 일부 진술이 맞지 않는다는 이유로 공소사실이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하였고, ② 강간의 점에 관하여는 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인이 피해자 공소외 1을 강간하였음을 인정할 수 있음에도, 피고인의 변명만 받아들여 공소사실이 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하

였는바, 이는 모두 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

(2) 양형부당

원심판결의 양형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 원심판결에서 무죄를 선고한, 2017. 4. 10.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 10. 13:00~14:00경'에서 '2017. 4. 10. 전후 수일사이 13:00~14:00경'으로, 2017. 4. 15.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 15. 14:00경'에서 '2017. 4. 15. 전후 수일사이 14:00경'으로 각 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 사실오인 주장과 원심판결 중 강간의 점에 관한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 당심의 판단대상이 되므로, 아래에서는 이에 대하여 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 상해죄 및 특수협박죄, 특수상해죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 3은 수사기관에서부터 원심법정에 이르기까지 원심 판시 상해 및 특수협박죄와 특수상해죄의 각 범죄사실에 대하여 직접 경험하지 않았으면 진술하기 어려울 정도로 매우 구체적으로 일관되게 진술하고 있는 점, ② 커피숍 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에서 확인할 수 있는 피고인과 피해자 공소외 3의 행동과 피해부위 사진의 영상, 상해진단서(공소외 3)의 기재에 의하여 확인할 수 있는 피해자 공소외 3의 상해 부위 및 정도 등 객관적인 증거도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ③ 피고인이 경찰에서 진술할 때 인정한 피해자 공소외 3에 대한 구타 정도도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ④ 피고인은 나아가 경찰 조사 과정에서 담배꽂이가 피해자 공소외 3의 다리에 떨어진 것을 보고 움직이지 말라고 말했던 것을 인정한 바 있고, 검찰 조사 과정에서는 피해자를 향해 담뱃불을 던지고 손, 발과 손가방으로 피해자를 폭행한 사실을 인정하기도 한 점 등을 종합하면, 피고인이 피해자 공소외 3에게 상해를 가하면서 위험한 물건인 화분으로 협박하고, 나아가 위험한 물건인 담배를 이용하여 상해를 가하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 각 범죄를 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 폭행죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 1은 경찰 조사 단계에서부터 원심 법정에 이르기까지, 피고인이 피해자 공소외 1의 남편인 공소외 2가 베트남으로 출국한 사실을 알고 평소 개인적인 교류가 없던 피해자 공소외 1에게 전화를 걸어 만나자고 하여 만나게 되었는데, 그 자리에서 피고인이 자신을 좋아한 적 없느냐고 물어, 부정적으로 대답하자, 공소외 2에게 숨겨놓은 아들이 있다고 말하고, 스피커폰으로 여러 사람과 통화하면서 공소외 2를 해치기 위해 준비하고 있다거나 경찰관과의 친분을 강조하고 자신의 위세를 과시하는 내용의 대화를 했으며, 그러던 중 피해자 공소외 1의 뺨을 1회 때리고, 머리를 3~4회 때렸다고 진술하였는바, 폭행죄의 범죄사실에 관한 피해자 공소외 1의 위와 같은 진술은 직접 경험하지 않았으면 하기 어려울 정도로 구체적인 것이고, 일관성도 있어 신뢰할 만한 점(피해자 공소외 1은 폭행의 정도에 대하여 다소 과장된 듯한 진술을 하고 있는 것으로 보인다).

그러나 아래에서 살피는 이 사건 강간의 점에 대한 판단과는 달리, 그러한 과장이 이 사건 폭행의 점에 관한 공소사실에 부합하는 피해자 공소외 1의 진술 부분의 신빙성을 해치는 정도로는 보이지 않는다), ② 피고인도 2017. 4. 10. 밤에 친구인 공소외 2가 베트남으로 출국해 부재중인 틈을 타 그의 처인 피해자 공소외 1에게 접근해 남편에게 숨겨둔 사생아가 있다고 말하고, 그 과정에서 뺨을 때린 사실, 경찰관 등 여러 지인과 스피커폰으로 통화하며 '지금 낫을 들고 있는데, 내 앞에 있는 사람이 말을 듣지 않고 있다.

어떻게 해야 하나.'는 등 험한 말을 한 사실을 대체로 인정하고 있는 점, ③ 피고인의 진술에 의하더라도 피고인이 피해자 공소외 1을 위와 같이 만나 폭행하기 전까지는 부부동반이 아닌 개인적인 만남을 가지거나 따로 연락하며 지내는 등 임의로 뺨 부분을 만지거나 때릴 수 있을 정도의 관계는 아니었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 원심판결 범죄사실 제4항 기재와 같이 피해자 공소외 1을 폭행하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 폭행죄를 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

다.

강간의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단(검사)

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도767 판결 등 참조).

그리고 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

피고인이 공소외 1과 성관계를 한 것은 사실이나, 동의에 의한 것이라며 공소사실을 부인하는 이 사건 강간의 점에 관하여, 공소사실에 직접 부합하는 증거는 증인 공소외 1의 원심법정 진술, 공소외 1에 대한 검찰, 경찰 각 진술조서의 진술기재뿐이다.

그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 위 각 증거만으로는 이 사건 강간의 점에 관한 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실하다고 확신을 가지기에 부족하고, 그 외 나머지 증거만으로 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날로부터 5일 전인 2017. 4. 10. 피고인으로부터 위협을 당하다가 폭행까지 당한 사실은 앞서 폭행죄에 대한 판단에서 살핀 바와 같다.

그리고 공소외 1은 피고인이 위와 같이 폭행한 이후에도 '너는 내가 언제든지 사람을 붙여서 위치를 알 수 있으니까 내가 모르는 곳에 가면 미리미리 이야기를 해라.', '나를 불안하게 하면 내가 어떻게 변할지 모른다.

;', '지금 □□에는 내 편밖에 없다.

니가 내 말을 듣지 않으면 공소외 2는 어떻게 될지 모른다.

그런데 니가 내 말 잘 들으면 공소외 2를 잘해줄 거야.', '공소외 1의 딸, 공소외 2의 딸과 잘 지내고 싶으면 알아서 잘해라.'라고 말하며 계속하여 협박하였다고 구체적으로 주장하고 있다.

그러나 ㉠ 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날 이후인 2017. 4. 16.까지 이루어진 공소외 1과 피고인의 문자메시지 내역은 삭제되어 그 내용을 확인할 수 없다.

- ㉡ 그리고 공소외 1은 피고인으로부터 폭행당한 다음 날 피고인과 함께 식사하기도 하고, 그 무렵부터 강간당했다고 주장하는 날 사이에 네 번 정도 더 피고인을 만나면서 공소외 1의 친정어머니에 관한 애기와 딸이 예술고등학교를 가고 싶어한다는 애기, 딸이 예전에 담임선생님에게 제일 미워하는 사람이 공소외 2라는 말을 했다는 애기 등 공소외 1의 일상에 관한 얘기를 한 바 있다.

- ㉢ 공소외 1은 피고인으로부터 강간당했다고 주장하는 2017. 4. 14. 저녁경 피고인이 함께 모텔에 가자고 하여 처음에는 거부하였으나, 피고인이 맥주만 마시고 나오자고 하여, 맥주를 사서 피고인의 차를 타고 함께 무인으로 운영되는 모텔로 갔는데, 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하면, 피고인의 차가 모텔에 주차되고, 피고인과 공소외 1이 함께 나와 모텔로 들어가는 과정에서 공소외 1이 겁을 먹었다는 등의 사정은 보이지 않는다.

- ㉣ 오히려 공소외 1은 위와 같이 모텔로 가기 직전에 공소외 2에게 '줄려서 비행기 탈 때까지 못 기다릴 것 같다.

비행기에서 내리면 전화하라. 먼저 잘 테니 조심히 오라.'는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 공소외 2에게 피고인의 위와 같은 협박 내용을 알린 바도 없다.

위와 같은 공소외 1이 피고인으로부터 폭행당한 후의 사정을 고려할 때, 공소외 1의 위 각 진술 또는 진술기재처럼 피고인이 계속하여 공소외 1을 협박하였고, 이로 인하여 공소외 1이 피고인과 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지에 대하여 의문이 든다.

- ② 공소외 1은 모텔 안에서 피고인으로부터 강간당한 경위에 관하여 '피고인에게 생리 중이라고 말하였음에도 피고인이 아랑곳하지 않고 왼쪽 뺨과 머리 부위를 폭행한 후 옷소매를 잡고 침대로 끌고 가 등을 밀어 강제로 눕히고 왼손으로 채골 부분을 누르며 다른 손으로 바지와 속옷을 벗긴 후 강간하였다.



‘고 진술하였다.

그런데 피고인이 2회 경찰조사 과정에서 성관계 사실을 인정하면서, 공소외 1과 서로 애무하던 중 공소외 1이 ‘템포(생리대의 일종인 탐폰을 말한다) 빼고 올게.’라고 말하며 티팬티만 입은 채 화장실에 갔다 왔고, 이후 동의하에 성관계 했다는 취지로 진술하자, 사건을 송치받은 검사는 공소외 1을 상대로 위와 같은 진술을 하였는지를 물었다.

이에 공소외 1은 당시 생리 기간 막바지로 생리혈의 양이 많지 않아 티팬티에 팬티라이너형 생리대를 붙여 착용하고 있었는데, 피고인이 강제로 벗겨 강간한 것이고, 강간 후 화장실에서 샤워하고 나와 속옷을 입는데, 피고인이 ‘생리 중이라면서 속옷의 모양이 왜 그러냐?’고 물어 ‘이런 종류의 속옷은 여성이 생리 중 운동할 때 템포를 끼우고 입는 속옷이다.

’라고 설명하였다고 진술하였다.

한편 공소외 1은 피고인으로부터 강간당한 후 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 함께 담배를 피우며 공소외 2 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나왔다고도 진술하였다.

예전에는 공소외 1과 긴밀한 관계도 아니었던 피고인이 당시 공소외 1이 착용하지도 않은 ‘템포’라는 생리대의 상호를 듣게 된 경위와 피고인과의 성관계 후 정황에 관한 공소외 1의 위와 같은 진술이 사실이라 하더라도, 이는 공소외 1이 피고인으로부터의 폭행·협박으로 외포된 상태에서 강간을 당하였다는 공소외 1의 진술 또는 진술기재보다는, 성관계를 갖기 위하여 공소외 1을 협박한 사실이 없고, 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합하는 측면이 있다.

그리고 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하더라도, 공소외 1과 피고인이 모텔에서 나와 차를 타고 돌아갈 때, 공소외 1이 강간을 당했거나 외포된 상태에 있다는 사정이 확인되지 않는다.

위와 같은 사정을 고려할 때, 공소외 1의 피해 진술이 구체적이고 일관된 측면이 있다 하더라도, 실제로 피고인이 공소외 1을 폭행·협박하였고, 이로 인하여 공소외 1의 항거가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다.

③ 공소외 1은 공소외 2가 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에는 피고인으로부터 강간 피해를 당한 사실을 말하지 않았고, 공소외 2가 광주에 있는 장례식장에 갔다가 피고인을 만나 다른 일로 다투고 난 이후인 2017. 4. 15. 저녁경에서야 말하였다고 진술하고 있다.

그런데 공소외 2는 피고인과 어렸을 때부터 친구였고, 조직폭력단체 내에서의 위상도 비슷하거나, 피고인이 종전에 공소외 2에게 무릎을 꿇고 사죄한 적도 있는 것으로 보이는 등 오히려 공소외 2가 더 높은 위상을 가지고 있어, 배우자인 공소외 1이 피고인으로부터의 피해 사실을 얘기할 경우 피고인에게 어떠한 조치를 가할 수 있었을 것으로 보이는 상황에서, 피고인이 공소외 1뿐만 아니라 공소외 2에게도 어떠한 위해를 가할 것 같은 협박을 하였고, 나아가 공소외 1을 강간하기까지 하였다는 피해 사실을 즉시 얘기하지 않았던 것은, 공소외 1이 피고인의 계속된 협박 등으로 강간을 당할 수밖에 없을 정도로 외포된 상태였다는 진술에 부합된다고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 강간의 점에 관하여 범죄의 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고한 원심판결은 수긍할 만하고, 이에 반하는 검사의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분에는 위에서 살핀 바와 같은 직권파기사유가 있는바, 위와 같이 변경된 공소사실 부분과 원심판결 중 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없어 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결 중 유죄 부분과 각 협박의 점에 관한 무죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 강간의 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### (1) 사실오인

원심판결 중, ① 상해죄 및 특수협박죄에 관하여는 피고인이 피해자 공소외 3의 뺨 등을 몇 차례 때리고 커피를 끼얹은 것은 사실이나, 도자기 화분을 들고 피해자 공소외 3의 머리를 향해 찍으려고 하며 위협한 사실이 없고, ② 특수상해죄에 관하여는 피고인이 라이터를 켜서 피해자 공소외 3의 얼굴을 지지려 한 사실이 없고, 담배를 피해자 공소외 3 옆에 있던 재떨이에 던진 것뿐이며, ③ 폭행죄에 관하여는 피해자 공소외 1이 남편의 사생아에 관한 얘기를 듣고 매우 혼란스러워하고 있어 정신을 차리라는 뜻으로 볼을 툭 친 것에 불과할 뿐, 폭행의 고의로 피해자를 때린 것이 아니다.

그럼에도 원심은 위 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는바, 이는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

###### (2) 양형부당

원심판결의 양형(징역 1년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

###### 나. 검사

###### (1) 사실오인 및 법리오해

원심은 이 사건 공소사실 중 ① 각 협박의 점에 관하여는 피해자 공소외 4의 진술에 아무런 모순이 없음에도 단지 공소사실에 특정된 범행일시와 피해자 공소외 4의 일부 진술이 맞지 않는다는 이유로 공소사실이 증명되지 않았다고 무죄를 선고하였고, ② 강간의 점에 관하여는 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인이 피해자 공소외 1을 강간하였음을 인정할 수 있음에도, 피고인의 변명만 받아들여 공소사실이 증명되지 않았다고 무죄를 선고하

였는바, 이는 모두 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

(2) 양형부당

원심판결의 양형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 원심판결에서 무죄를 선고한, 2017. 4. 10.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 10. 13:00~14:00경'에서 '2017. 4. 10. 전후 수일사이 13:00~14:00경'으로, 2017. 4. 15.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 15. 14:00경'에서 '2017. 4. 15. 전후 수일사이 14:00경'으로 각 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 사실오인 주장과 원심판결 중 강간의 점에 관한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 당심의 판단대상이 되므로, 아래에서는 이에 대하여 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 상해죄 및 특수협박죄, 특수상해죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 3은 수사기관에서부터 원심법정에 이르기까지 원심 판시 상해 및 특수협박죄와 특수상해죄의 각 범죄사실에 대하여 직접 경험하지 않았으면 진술하기 어려울 정도로 매우 구체적으로 일관되게 진술하고 있는 점, ② 커피숍 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에서 확인할 수 있는 피고인과 피해자 공소외 3의 행동과 피해부위 사진의 영상, 상해진단서(공소외 3)의 기재에 의하여 확인할 수 있는 피해자 공소외 3의 상해 부위 및 정도 등 객관적인 증거도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ③ 피고인이 경찰에서 진술할 때 인정한 피해자 공소외 3에 대한 구타 정도도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ④ 피고인은 나아가 경찰 조사 과정에서 담배꽂이가 피해자 공소외 3의 다리에 떨어진 것을 보고 움직이지 말라고 말했던 것을 인정한 바 있고, 검찰 조사 과정에서는 피해자를 향해 담뱃불을 던지고 손, 발과 손가방으로 피해자를 폭행한 사실을 인정하기도 한 점 등을 종합하면, 피고인이 피해자 공소외 3에게 상해를 가하면서 위험한 물건인 화분으로 협박하고, 나아가 위험한 물건인 담배를 이용하여 상해를 가하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 각 범죄를 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 폭행죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 1은 경찰 조사 단계에서부터 원심 법정에 이르기까지, 피고인이 피해자 공소외 1의 남편인 공소외 2가 베트남으로 출국한 사실을 알고 평소 개인적인 교류가 없던 피해자 공소외 1에게 전화를 걸어 만나자고 하여 만나게 되었는데, 그 자리에서 피고인이 자신을 좋아한 적 없느냐고 물어, 부정적으로 대답하자, 공소외 2에게 숨겨놓은 아들이 있다고 말하고, 스피커폰으로 여러 사람과 통화하면서 공소외 2를 해치기 위해 준비하고 있다거나 경찰관과의 친분을 강조하고 자신의 위세를 과시하는 내용의 대화를 했으며, 그러던 중 피해자 공소외 1의 뺨을 1회 때리고, 머리를 3~4회 때렸다고 진술하였는바, 폭행죄의 범죄사실에 관한 피해자 공소외 1의 위와 같은 진술은 직접 경험하지 않았으면 하기 어려울 정도로 구체적인 것이고, 일관성도 있어 신뢰할 만한 점(피해자 공소외 1은 폭행의 정도에 대하여 다소 과장된 듯한 진술을 하고 있는 것으로 보인다).

그러나 아래에서 살피는 이 사건 강간의 점에 대한 판단과는 달리, 그러한 과장이 이 사건 폭행의 점에 관한 공소사실에 부합하는 피해자 공소외 1의 진술 부분의 신빙성을 해치는 정도로는 보이지 않는다), ② 피고인도 2017. 4. 10. 밤에 친구인 공소외 2가 베트남으로 출국해 부재중인 틈을 타 그의 처인 피해자 공소외 1에게 접근해 남편에게 숨겨둔 사생아가 있다고 말하고, 그 과정에서 뺨을 때린 사실, 경찰관 등 여러 지인과 스피커폰으로 통화하며 '지금 낫을 들고 있는데, 내 앞에 있는 사람이 말을 듣지 않고 있다.

어떻게 해야 하나.'는 등 험한 말을 한 사실을 대체로 인정하고 있는 점, ③ 피고인의 진술에 의하더라도 피고인이 피해자 공소외 1을 위와 같이 만나 폭행하기 전까지는 부부동반이 아닌 개인적인 만남을 가지거나 따로 연락하며 지내는 등 임의로 뺨 부분을 만지거나 때릴 수 있을 정도의 관계는 아니었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 원심판결 범죄사실 제4항 기재와 같이 피해자 공소외 1을 폭행하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 폭행죄를 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

다.

강간의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단(검사)

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도767 판결 등 참조).

그리고 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

피고인이 공소외 1과 성관계를 한 것은 사실이나, 동의에 의한 것이라며 공소사실을 부인하는 이 사건 강간의 점에 관하여, 공소사실에 직접 부합하는 증거는 증인 공소외 1의 원심법정 진술, 공소외 1에 대한 검찰, 경찰 각 진술조서의 진술기재뿐이다.

그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 위 각 증거만으로는 이 사건 강간의 점에 관한 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실하다고 확신을 가지기에 부족하고, 그 외 나머지 증거만으로 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날로부터 5일 전인 2017. 4. 10. 피고인으로부터 위협을 당하다가 폭행까지 당한 사실은 앞서 폭행죄에 대한 판단에서 살핀 바와 같다.

그리고 공소외 1은 피고인이 위와 같이 폭행한 이후에도 '너는 내가 언제든지 사람을 붙여서 위치를 알 수 있으니까 내가 모르는 곳에 가면 미리미리 이야기를 해라.', '나를 불안하게 하면 내가 어떻게 변할지 모른다.

;', '지금 □□에는 내 편밖에 없다.

니가 내 말을 듣지 않으면 공소외 2는 어떻게 될지 모른다.

그런데 니가 내 말 잘 들으면 공소외 2를 잘해줄 거야.', '공소외 1의 딸, 공소외 2의 딸과 잘 지내고 싶으면 알아서 잘해라.'라고 말하며 계속하여 협박하였다고 구체적으로 주장하고 있다.

그러나 ㉠ 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날 이후인 2017. 4. 16.까지 이루어진 공소외 1과 피고인의 문자메시지 내역은 삭제되어 그 내용을 확인할 수 없다.

- ㉡ 그리고 공소외 1은 피고인으로부터 폭행당한 다음 날 피고인과 함께 식사하기도 하고, 그 무렵부터 강간당했다고 주장하는 날 사이에 네 번 정도 더 피고인을 만나면서 공소외 1의 친정어머니에 관한 애기와 딸이 예술고등학교를 가고 싶어한다는 애기, 딸이 예전에 담임선생님에게 제일 미워하는 사람이 공소외 2라는 말을 했다는 애기 등 공소외 1의 일상에 관한 얘기를 한 바 있다.

- ㉢ 공소외 1은 피고인으로부터 강간당했다고 주장하는 2017. 4. 14. 저녁경 피고인이 함께 모텔에 가자고 하여 처음에는 거부하였으나, 피고인이 맥주만 마시고 나오자고 하여, 맥주를 사서 피고인의 차를 타고 함께 무인으로 운영되는 모텔로 갔는데, 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하면, 피고인의 차가 모텔에 주차되고, 피고인과 공소외 1이 함께 나와 모텔로 들어가는 과정에서 공소외 1이 겁을 먹었다는 등의 사정은 보이지 않는다.

- ㉣ 오히려 공소외 1은 위와 같이 모텔로 가기 직전에 공소외 2에게 '줄려서 비행기 탈 때까지 못 기다릴 것 같다.

비행기에서 내리면 전화하라. 먼저 잘 테니 조심히 오라.'는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 공소외 2에게 피고인의 위와 같은 협박 내용을 알린 바도 없다.

위와 같은 공소외 1이 피고인으로부터 폭행당한 후의 사정을 고려할 때, 공소외 1의 위 각 진술 또는 진술기재처럼 피고인이 계속하여 공소외 1을 협박하였고, 이로 인하여 공소외 1이 피고인과 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지에 대하여 의문이 든다.

- ② 공소외 1은 모텔 안에서 피고인으로부터 강간당한 경위에 관하여 '피고인에게 생리 중이라고 말하였음에도 피고인이 아랑곳하지 않고 왼쪽 뺨과 머리 부위를 폭행한 후 옷소매를 잡고 침대로 끌고 가 등을 밀어 강제로 눕히고 왼손으로 채골 부분을 누르며 다른 손으로 바지와 속옷을 벗긴 후 강간하였다.

‘고 진술하였다.

그런데 피고인이 2회 경찰조사 과정에서 성관계 사실을 인정하면서, 공소외 1과 서로 애무하던 중 공소외 1이 ‘템포(생리대의 일종인 탐폰을 말한다) 빼고 올게.’라고 말하며 티팬티만 입은 채 화장실에 갔다 왔고, 이후 동의하에 성관계 했다는 취지로 진술하자, 사건을 송치받은 검사는 공소외 1을 상대로 위와 같은 진술을 하였는지를 물었다.

이에 공소외 1은 당시 생리 기간 막바지로 생리혈의 양이 많지 않아 티팬티에 팬티라이너형 생리대를 붙여 착용하고 있었는데, 피고인이 강제로 벗겨 강간한 것이고, 강간 후 화장실에서 샤워하고 나와 속옷을 입는데, 피고인이 ‘생리 중이라면서 속옷의 모양이 왜 그러냐?’고 물어 ‘이런 종류의 속옷은 여성이 생리 중 운동할 때 템포를 끼우고 입는 속옷이다.

’라고 설명하였다고 진술하였다.

한편 공소외 1은 피고인으로부터 강간당한 후 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 함께 담배를 피우며 공소외 2 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나왔다고도 진술하였다.

예전에는 공소외 1과 긴밀한 관계도 아니었던 피고인이 당시 공소외 1이 착용하지도 않은 ‘템포’라는 생리대의 상호를 듣게 된 경위와 피고인과의 성관계 후 정황에 관한 공소외 1의 위와 같은 진술이 사실이라 하더라도, 이는 공소외 1이 피고인으로부터의 폭행·협박으로 외포된 상태에서 강간을 당하였다는 공소외 1의 진술 또는 진술기재보다는, 성관계를 갖기 위하여 공소외 1을 협박한 사실이 없고, 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합하는 측면이 있다.

그리고 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하더라도, 공소외 1과 피고인이 모텔에서 나와 차를 타고 돌아갈 때, 공소외 1이 강간을 당했거나 외포된 상태에 있다는 사정이 확인되지 않는다.

위와 같은 사정을 고려할 때, 공소외 1의 피해 진술이 구체적이고 일관된 측면이 있다 하더라도, 실제로 피고인이 공소외 1을 폭행·협박하였고, 이로 인하여 공소외 1의 항거가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다.

③ 공소외 1은 공소외 2가 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에는 피고인으로부터 강간 피해를 당한 사실을 말하지 않았고, 공소외 2가 광주에 있는 장례식장에 갔다가 피고인을 만나 다른 일로 다투고 난 이후인 2017. 4. 15. 저녁경에서야 말하였다고 진술하고 있다.

그런데 공소외 2는 피고인과 어렸을 때부터 친구였고, 조직폭력단체 내에서의 위상도 비슷하거나, 피고인이 종전에 공소외 2에게 무릎을 꿇고 사죄한 적도 있는 것으로 보이는 등 오히려 공소외 2가 더 높은 위상을 가지고 있어, 배우자인 공소외 1이 피고인으로부터의 피해 사실을 얘기할 경우 피고인에게 어떠한 조치를 가할 수 있었을 것으로 보이는 상황에서, 피고인이 공소외 1뿐만 아니라 공소외 2에게도 어떠한 위해를 가할 것 같은 협박을 하였고, 나아가 공소외 1을 강간하기까지 하였다는 피해 사실을 즉시 얘기하지 않았던 것은, 공소외 1이 피고인의 계속된 협박 등으로 강간을 당할 수밖에 없을 정도로 외포된 상태였다는 진술에 부합된다고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 강간의 점에 관하여 범죄의 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고한 원심판결은 수긍할 만하고, 이에 반하는 검사의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분에는 위에서 살핀 바와 같은 직권파기사유가 있는바, 위와 같이 변경된 공소사실 부분과 원심판결 중 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없어 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결 중 유죄 부분과 각 협박의 점에 관한 무죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 강간의 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유의 요지

###### 가. 피고인

###### (1) 사실오인

원심판결 중, ① 상해죄 및 특수협박죄에 관하여는 피고인이 피해자 공소외 3의 뺨 등을 몇 차례 때리고 커피를 끼얹은 것은 사실이나, 도자기 화분을 들고 피해자 공소외 3의 머리를 향해 찍으려고 하며 위협한 사실이 없고, ② 특수상해죄에 관하여는 피고인이 라이터를 켜서 피해자 공소외 3의 얼굴을 지지려 한 사실이 없고, 담배를 피해자 공소외 3 옆에 있던 재떨이에 던진 것뿐이며, ③ 폭행죄에 관하여는 피해자 공소외 1이 남편의 사생아에 관한 얘기를 듣고 매우 혼란스러워하고 있어 정신을 차리라는 뜻으로 볼을 툭 친 것에 불과할 뿐, 폭행의 고의로 피해자를 때린 것이 아니다.

그럼에도 원심은 위 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하였는바, 이는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

###### (2) 양형부당

원심판결의 양형(징역 1년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

###### 나. 검사

###### (1) 사실오인 및 법리오해

원심은 이 사건 공소사실 중 ① 각 협박의 점에 관하여는 피해자 공소외 4의 진술에 아무런 모순이 없음에도 단지 공소사실에 특정된 범행일시와 피해자 공소외 4의 일부 진술이 맞지 않는다는 이유로 공소사실이 증명되지 않았다고 무죄를 선고하였고, ② 강간의 점에 관하여는 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인이 피해자 공소외 1을 강간하였음을 인정할 수 있음에도, 피고인의 변명만 받아들여 공소사실이 증명되지 않았다고 무죄를 선고하

였는바, 이는 모두 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 것이다.

(2) 양형부당

원심판결의 양형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에 이르러 이 사건 공소사실 중 원심판결에서 무죄를 선고한, 2017. 4. 10.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 10. 13:00~14:00경'에서 '2017. 4. 10. 전후 수일사이 13:00~14:00경'으로, 2017. 4. 15.자 협박의 점에 관한 범행일시를 '2017. 4. 15. 14:00경'에서 '2017. 4. 15. 전후 수일사이 14:00경'으로 각 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다만 위와 같은 직권파기사유가 있음에도 피고인의 사실오인 주장과 원심판결 중 강간의 점에 관한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 당심의 판단대상이 되므로, 아래에서는 이에 대하여 판단한다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 상해죄 및 특수협박죄, 특수상해죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 3은 수사기관에서부터 원심법정에 이르기까지 원심 판시 상해 및 특수협박죄와 특수상해죄의 각 범죄사실에 대하여 직접 경험하지 않았으면 진술하기 어려울 정도로 매우 구체적으로 일관되게 진술하고 있는 점, ② 커피숍 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에서 확인할 수 있는 피고인과 피해자 공소외 3의 행동과 피해부위 사진의 영상, 상해진단서(공소외 3)의 기재에 의하여 확인할 수 있는 피해자 공소외 3의 상해 부위 및 정도 등 객관적인 증거도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ③ 피고인이 경찰에서 진술할 때 인정한 피해자 공소외 3에 대한 구타 정도도 피해자 공소외 3의 위 진술에 부합하는 점, ④ 피고인은 나아가 경찰 조사 과정에서 담배꽂이가 피해자 공소외 3의 다리에 떨어진 것을 보고 움직이지 말라고 말했던 것을 인정한 바 있고, 검찰 조사 과정에서는 피해자를 향해 담뱃불을 던지고 손, 발과 손가방으로 피해자를 폭행한 사실을 인정하기도 한 점 등을 종합하면, 피고인이 피해자 공소외 3에게 상해를 가하면서 위험한 물건인 화분으로 협박하고, 나아가 위험한 물건인 담배를 이용하여 상해를 가하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 각 범죄를 모두 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

나. 폭행죄에 관한 사실오인 주장에 대한 판단(피고인)

형법 제260조에 규정된 폭행죄는 사람의 신체에 대한 유형력의 행사를 가리키며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결 등 참조).



원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피해자 공소외 1은 경찰 조사 단계에서부터 원심 법정에 이르기까지, 피고인이 피해자 공소외 1의 남편인 공소외 2가 베트남으로 출국한 사실을 알고 평소 개인적인 교류가 없던 피해자 공소외 1에게 전화를 걸어 만나자고 하여 만나게 되었는데, 그 자리에서 피고인이 자신을 좋아한 적 없느냐고 물어, 부정적으로 대답하자, 공소외 2에게 숨겨놓은 아들이 있다고 말하고, 스피커폰으로 여러 사람과 통화하면서 공소외 2를 해치기 위해 준비하고 있다거나 경찰관과의 친분을 강조하고 자신의 위세를 과시하는 내용의 대화를 했으며, 그러던 중 피해자 공소외 1의 뺨을 1회 때리고, 머리를 3~4회 때렸다고 진술하였는바, 폭행죄의 범죄사실에 관한 피해자 공소외 1의 위와 같은 진술은 직접 경험하지 않았으면 하기 어려울 정도로 구체적인 것이고, 일관성도 있어 신뢰할 만한 점(피해자 공소외 1은 폭행의 정도에 대하여 다소 과장된 듯한 진술을 하고 있는 것으로 보인다).

그러나 아래에서 살피는 이 사건 강간의 점에 대한 판단과는 달리, 그러한 과장이 이 사건 폭행의 점에 관한 공소사실에 부합하는 피해자 공소외 1의 진술 부분의 신빙성을 해치는 정도로는 보이지 않는다), ② 피고인도 2017. 4. 10. 밤에 친구인 공소외 2가 베트남으로 출국해 부재중인 틈을 타 그의 처인 피해자 공소외 1에게 접근해 남편에게 숨겨둔 사생아가 있다고 말하고, 그 과정에서 뺨을 때린 사실, 경찰관 등 여러 지인과 스피커폰으로 통화하며 '지금 낫을 들고 있는데, 내 앞에 있는 사람이 말을 듣지 않고 있다.

어떻게 해야 하나.'는 등 험한 말을 한 사실을 대체로 인정하고 있는 점, ③ 피고인의 진술에 의하더라도 피고인이 피해자 공소외 1을 위와 같이 만나 폭행하기 전까지는 부부동반이 아닌 개인적인 만남을 가지거나 따로 연락하며 지내는 등 임의로 뺨 부분을 만지거나 때릴 수 있을 정도의 관계는 아니었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인이 원심판결 범죄사실 제4항 기재와 같이 피해자 공소외 1을 폭행하였음을 인정할 수 있다.

따라서 원심이 위 폭행죄를 유죄로 인정한 것은 정당하고, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

다.

강간의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단(검사)

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄로 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도767 판결 등 참조).

그리고 강간죄가 성립하려면 가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2611 판결 등 참조).

피고인이 공소외 1과 성관계를 한 것은 사실이나, 동의에 의한 것이라며 공소사실을 부인하는 이 사건 강간의 점에 관하여, 공소사실에 직접 부합하는 증거는 증인 공소외 1의 원심법정 진술, 공소외 1에 대한 검찰, 경찰 각 진술조서의 진술기재뿐이다.

그런데 원심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정을 종합하면, 위 각 증거만으로는 이 사건 강간의 점에 관한 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실하다고 확신을 가지기에 부족하고, 그 외 나머지 증거만으로 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날로부터 5일 전인 2017. 4. 10. 피고인으로부터 위협을 당하다가 폭행까지 당한 사실은 앞서 폭행죄에 대한 판단에서 살핀 바와 같다.

그리고 공소외 1은 피고인이 위와 같이 폭행한 이후에도 '너는 내가 언제든지 사람을 붙여서 위치를 알 수 있으니까 내가 모르는 곳에 가면 미리미리 이야기를 해라.', '나를 불안하게 하면 내가 어떻게 변할지 모른다.

;', '지금 □□에는 내 편밖에 없다.

니가 내 말을 듣지 않으면 공소외 2는 어떻게 될지 모른다.

그런데 니가 내 말 잘 들으면 공소외 2를 잘해줄 거야.', '공소외 1의 딸, 공소외 2의 딸과 잘 지내고 싶으면 알아서 잘해라.'라고 말하며 계속하여 협박하였다고 구체적으로 주장하고 있다.

그러나 ㉠ 공소외 1이 피고인으로부터 강간당하였다고 주장하는 날 이후인 2017. 4. 16.까지 이루어진 공소외 1과 피고인의 문자메시지 내역은 삭제되어 그 내용을 확인할 수 없다.

- ㉡ 그리고 공소외 1은 피고인으로부터 폭행당한 다음 날 피고인과 함께 식사하기도 하고, 그 무렵부터 강간당했다고 주장하는 날 사이에 네 번 정도 더 피고인을 만나면서 공소외 1의 친정어머니에 관한 애기와 딸이 예술고등학교를 가고 싶어한다는 애기, 딸이 예전에 담임선생님에게 제일 미워하는 사람이 공소외 2라는 말을 했다는 애기 등 공소외 1의 일상에 관한 얘기를 한 바 있다.

- ㉢ 공소외 1은 피고인으로부터 강간당했다고 주장하는 2017. 4. 14. 저녁경 피고인이 함께 모텔에 가자고 하여 처음에는 거부하였으나, 피고인이 맥주만 마시고 나오자고 하여, 맥주를 사서 피고인의 차를 타고 함께 무인으로 운영되는 모텔로 갔는데, 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하면, 피고인의 차가 모텔에 주차되고, 피고인과 공소외 1이 함께 나와 모텔로 들어가는 과정에서 공소외 1이 겁을 먹었다는 등의 사정은 보이지 않는다.

- ㉣ 오히려 공소외 1은 위와 같이 모텔로 가기 직전에 공소외 2에게 '줄려서 비행기 탈 때까지 못 기다릴 것 같다.

비행기에서 내리면 전화하라. 먼저 잘 테니 조심히 오라.'는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐, 수사기관이나 공소외 2에게 피고인의 위와 같은 협박 내용을 알린 바도 없다.

위와 같은 공소외 1이 피고인으로부터 폭행당한 후의 사정을 고려할 때, 공소외 1의 위 각 진술 또는 진술기재처럼 피고인이 계속하여 공소외 1을 협박하였고, 이로 인하여 공소외 1이 피고인과 모텔로 들어갈 때까지 외포된 상태에 있었는지에 대하여 의문이 든다.

- ② 공소외 1은 모텔 안에서 피고인으로부터 강간당한 경위에 관하여 '피고인에게 생리 중이라고 말하였음에도 피고인이 아랑곳하지 않고 왼쪽 뺨과 머리 부위를 폭행한 후 옷소매를 잡고 침대로 끌고 가 등을 밀어 강제로 눕히고 왼손으로 채골 부분을 누르며 다른 손으로 바지와 속옷을 벗긴 후 강간하였다.

‘고 진술하였다.

그런데 피고인이 2회 경찰조사 과정에서 성관계 사실을 인정하면서, 공소외 1과 서로 애무하던 중 공소외 1이 ‘템포(생리대의 일종인 탐폰을 말한다) 빼고 올게.’라고 말하며 티팬티만 입은 채 화장실에 갔다 왔고, 이후 동의하에 성관계 했다는 취지로 진술하자, 사건을 송치받은 검사는 공소외 1을 상대로 위와 같은 진술을 하였는지를 물었다.

이에 공소외 1은 당시 생리 기간 막바지로 생리혈의 양이 많지 않아 티팬티에 팬티라이너형 생리대를 붙여 착용하고 있었는데, 피고인이 강제로 벗겨 강간한 것이고, 강간 후 화장실에서 샤워하고 나와 속옷을 입는데, 피고인이 ‘생리 중이라면서 속옷의 모양이 왜 그러냐?’고 물어 ‘이런 종류의 속옷은 여성이 생리 중 운동할 때 템포를 끼우고 입는 속옷이다.

’라고 설명하였다고 진술하였다.

한편 공소외 1은 피고인으로부터 강간당한 후 화장실에서 샤워하고 나와 피고인과 함께 담배를 피우며 공소외 2 등 가정 관련 대화를 10여 분 하다가 모텔에서 나왔다고도 진술하였다.

예전에는 공소외 1과 긴밀한 관계도 아니었던 피고인이 당시 공소외 1이 착용하지도 않은 ‘템포’라는 생리대의 상호를 듣게 된 경위와 피고인과의 성관계 후 정황에 관한 공소외 1의 위와 같은 진술이 사실이라 하더라도, 이는 공소외 1이 피고인으로부터의 폭행·협박으로 외포된 상태에서 강간을 당하였다는 공소외 1의 진술 또는 진술기재보다는, 성관계를 갖기 위하여 공소외 1을 협박한 사실이 없고, 자유로운 의사에 따라 성관계를 한 것이라는 피고인의 주장에 더 부합하는 측면이 있다.

그리고 무인텔 및 CCTV자료 사진, CCTV자료 CD의 각 영상에 의하더라도, 공소외 1과 피고인이 모텔에서 나와 차를 타고 돌아갈 때, 공소외 1이 강간을 당했거나 외포된 상태에 있다는 사정이 확인되지 않는다.

위와 같은 사정을 고려할 때, 공소외 1의 피해 진술이 구체적이고 일관된 측면이 있다 하더라도, 실제로 피고인이 공소외 1을 폭행·협박하였고, 이로 인하여 공소외 1의 항거가 불가능하게 되거나 현저히 곤란하게 되어 간음에 이른 것인지 의문이 든다.

③ 공소외 1은 공소외 2가 베트남에서 귀국하여 바로 집에 들렀을 당시에는 피고인으로부터 강간 피해를 당한 사실을 말하지 않았고, 공소외 2가 광주에 있는 장례식장에 갔다가 피고인을 만나 다른 일로 다투고 난 이후인 2017. 4. 15. 저녁경에서야 말하였다고 진술하고 있다.

그런데 공소외 2는 피고인과 어렸을 때부터 친구였고, 조직폭력단체 내에서의 위상도 비슷하거나, 피고인이 종전에 공소외 2에게 무릎을 꿇고 사죄한 적도 있는 것으로 보이는 등 오히려 공소외 2가 더 높은 위상을 가지고 있어, 배우자인 공소외 1이 피고인으로부터의 피해 사실을 얘기할 경우 피고인에게 어떠한 조치를 가할 수 있었을 것으로 보이는 상황에서, 피고인이 공소외 1뿐만 아니라 공소외 2에게도 어떠한 위해를 가할 것 같은 협박을 하였고, 나아가 공소외 1을 강간하기까지 하였다는 피해 사실을 즉시 얘기하지 않았던 것은, 공소외 1이 피고인의 계속된 협박 등으로 강간을 당할 수밖에 없을 정도로 외포된 상태였다는 진술에 부합된다고 보기도 어렵다.

따라서 이 사건 강간의 점에 관하여 범죄의 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고한 원심판결은 수긍할 만하고, 이에 반하는 검사의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원심판결 중 각 협박의 점에 관한 무죄부분에는 위에서 살핀 바와 같은 직권파기사유가 있는바, 위와 같이 변경된 공소사실 부분과 원심판결 중 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없어 파기되어야 한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 원심판결 중 유죄 부분과 각 협박의 점에 관한 무죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 강간의 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 한다.