

폭력행위등처벌에관한법률위반(흥기등협박)·상해·폭행·간통

[서울북부지방법원 2008. 4. 15. 2007노403]



【전문】

【피 고 인】 윤성준

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 정성호

【변 호 인】 법무법인 한중 담당변호사 권원용

【원심판결】 서울북부지방법원 2007. 3. 27. 선고 2006고단2687 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다. 피고인을 징역 6월에 처한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 1일을 위 형에 산입한다.

다만, 이 판결확정일로부터 1년간 위 형의 집행을 유예한다.

이 사건 공소사실 중 2004. 2. 25.자 폭행, 2004. 3. 22. 및 2004. 9. 29.자 각 상해의 점은 각 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인의 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인은 피해자와 말다툼을 한 일은 있으나 피해자를 때리거나 다치게 한 일이 없음에도, 원심은 피고인에 대하여 상해 및 폭행죄를 인정하여 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

피해자가 피고인이 피해자에 대하여 이혼을 구하는 본소청구에 대하여 2005. 9. 30. 피고인에 대하여 이혼 및 재산분할을 구하는 반소를 제기하였고, 이 사건 간통이 저질러지기 전 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'고 말한바도 있으므로, 간통의 중용이 있었다 할 것임에도, 원심은 간통의 점에 대하여 공소를 기각하지 아니하고 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

범행 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추면, 원심의 형(징역 8월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유의 요지

범행 수법, 피해 정도 및 범행 후의 정상 등에 비추면, 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 판 단

가. 공소장변경에 의한 직권파기

위 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 공소장을 적법하게 변경하였으므로, 공소장 변경 전의 범죄사실과 적용법조를 기초로 한 원심판결은 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 직권파기사유가 있음에도, 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점은 여전히 당심의 판단대상이 되므로 이에 관하여 본다.

(1) 사실오인

가) 2004. 2. 18.자 폭행(원심 판시 제1의 가.)

폭행은 사람의 신체에 대한 불법한 유형력의 행사를 의미하는 것으로, 여기서 불법성의 유무는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자에게 주는 고통의 유무, 정도 등을 종합하여 판단하여야 하고, 반드시 손으로 때리거나 발로 차는 등의 행위일 것을 요하지는 아니한다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거를 종합하면, 피고인이 2004. 2. 18. 피고인의 휴대전화 문자메시지를 문제 삼으며 여자관계를 추궁하는 피해자를 피고인의 오피스텔에서 내쫓기 위하여 손으로 밀어내 벽에 부딪히게 한 사실을 인정할 수 있고(피고인도 피해자를 손으로 밀고 들어 안아 위 오피스텔 방밖으로 쫓아낸 사실은 인정하고 있다), 피고인이 신장 약 176cm, 체중 약 80kg이고, 피해자가 신장 약 150cm, 체중 약 42kg 상당인 점 등 제반사정에 비추면, 위와 같은 행위도 형법상 폭행에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

나) 2004. 2. 25. 폭행(원심 판시 제1의 나.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 2. 25. 19:00경 고양시 일산구 장항동에 있는 한강세이브빌 호수불상 방에서 피해자와 말다툼을 하다가 화가 나 주먹으로 피해자의 가슴을 수차례 때리고 바닥에 넘어뜨려 피해자에게 폭행을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 폭행죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날 말다툼을 한 일은 있으나 폭행을 한 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술이 있을 뿐이다.

그런데 피고인은 2004. 2. 25.은 오피스텔에서 이사하기 전날로서, 양주를 마시고 들어온 피해자와 밤새 말다툼을 한 뒤 다음 날 아침 이사를 마쳤을 뿐이고, 피해자를 폭행한 일은 없다고 하여, 그 진술의 내용이 구체적이고, 앞서 본 바와 같이 피해자에 대한 비교적 경미한 정도의 유형력의 행사도 인정한 피고인의 태도에 비추어 볼 때, 쉽사리 그 신빙성을 부정하기는 어렵다.

반면, 피해자는 여자관계를 물어보았다는 이유로 폭행을 당하고 쫓겨났다고 하였다가(고소장(수사기록 제304면)), 폭행한 후 피고인이 집을 나갔다고 하는 등(진술조서(수사기록 제320면)), 그 진술의 내용이 구체적이지 아니할 뿐만 아니라, 반드시 일관되어 있는 것도 아니다.

따라서 피해자의 각 진술만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하다.

그럼에도 원심은 위 2004. 2. 25.자 폭행을 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

다) 2004. 3. 22. 상해(원심 판시 제1의 다.)

)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 3. 22. 22:00경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 발로 피해자의 배와 가슴부위를 수회 차 피해자에게 약 2주의 치료를 요하는 흉부좌상을 가하였

다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여, 같은 날 피해자가 집을 나가려 하는 피고인을 뒤에서 잡아 당기면서 끌어안았고, 이에 피해자를 뿌리친 일은 있으나, 피해자를 때리거나 찬 일은 없다고 진술하고 있고, 공소 외 1도 수사기관 및 제1심 법정에서 같은 취지의 진술을 하고 있다.

반면, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술과 상해진단서가 있을 뿐인데, 이 법원의 강병원장에 대한 사실조회결과에 의하면 위 상해진단서는 오로지 피해자의 진술에 의존하여 작성된 것으로 당시 흉부좌상이 육안 또는 X-선 검사에 의하여 확인된 것은 아니라는 것이어서, 위 각 증거만으로 피고인이 피해자를 상해하였다고 인정하기에는 부족하다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 3. 22. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(라) 2004. 9. 29. 상해(원심 판시 제1의 라.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 9. 29. 10:30경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 피해자를 침대에 눕히고 손으로 피해자의 목을 졸라 피해자에게 치료기간 미상의 목 부위 찰과상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날은 캐나다 공인중개사 자격을 갱신하기 위하여 출국하기 전 날이었는데 피해자가 또 다시 여자 이야기를 꺼내어 화가 나 집을 나가 뒷동산으로 올라가버렸고, 피해자가 계속 쫓아와 말다툼을 한 일이 있을 뿐, 피해자의 목을 조른 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 진술내용 및 앞서 본 바와 같은 피고인의 태도 등에 비추어 볼 때 그 신빙성을 쉽사리 부정하기는 어렵다.

한편, 피해자가 찰과상을 입었다는 점에 부합하는 듯한 증거로는, 피고인이 피해자로부터 여자관계를 추궁 당하자 갑자기 “너 오늘 죽어봐”라며 피해자의 목을 졸랐고, 이로 인하여 피가 나고 목 오른쪽에 손톱 길이 정도의 상처가 생겼다는 취지의 피해자의 진술이 있을 뿐인데, 피고인과 피해자 사이의 관계 등 제반사정에 비추어 볼 때, 그것만으로 피고인이 피해자의 목을 졸라, 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래할 정도의 상처를 입혔다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 9. 29. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(마) 2006. 3. 7. 상해(원심 판시 제1의 마.)

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거에 의하면, 피고인이 사귀는 여자가 있는지 등을 따지는 피해자와 말다툼을 하다가 피해자의 얼굴에 물을 끼얹고 피고인을 잡으려는 피해자를 뿌리치고 밀어 넘어뜨렸고, 당시 피해자가 전치 약 4주의 좌측 제5족지 근위지골 골절 등의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있고(피고인이 피해자를 밀어 넘어뜨린 일, 그 무렵 피해자가 발가락을 크게 다친 것을 본 일은 피고인도 인정하는 바이다), 앞서 본 사정을 종합하면 피고인이 피해자와 다투는 과정에서 피해자의 발을 다치게 하였을 것임을 넉넉히 추지할 수 있다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 법리오해

간통의 종용은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이를 할 수 있고, 방식에 제한이 있는 것은 아니나, 당사자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 하고(대법원 1997. 11. 11. 선고 97도2245 판결), 선의의 상대방 보호 및 거래의 안전을 위하여 주로 재산법관계에 적용되는 표시주의가 여기에 적용될 수는 없다.

또한 피고인이 피해자를 상대로 이혼 등의 소를 제기하자 피해자가 같은 취지의 반소를 제기하면서 피고인의 이혼청구에 응할 수 없다고 다투던 중에 피고인이 간통을 범하였다면, 피해자는 피고인의 이혼요구를 조건 없이 응낙한 것이 아니라 혼인관계의 파탄의 책임이 피고인에게 있음이 인정됨을 조건으로 하여 이혼의 의사를 표명한 것으로 보아야 할 것이어서, 피해자와 피고인 사이에 서로 다른 이성과의 정교관계가 있어도 이를 묵인한다는 의사가 포함된 이혼의사의 합치가 있었다고 보기는 어렵다(대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도868 판결 참조).

이 사건에 돌이켜 보건대, 기록에 의하면, 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 사실은 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 마련해달라고 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 사실도 인정되므로, 앞서 본 사정만으로 피해자가 피고인이 다른 이성과 정교관계를 갖더라도 이를 묵인하겠다는 진실한 의사를 갖고 있었고 이를 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현하였다고 보기는 어렵다(한편, 피고인은, 피해자로부터 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'는 말을 들었다고 주장하나, 피고인의 진술만으로 이를 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 자료도 없다).

따라서, 피고인의 위 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 직권파기사유가 있고, 피고인의 항소도 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인의 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인은 피해자와 말다툼을 한 일은 있으나 피해자를 때리거나 다치게 한 일이 없음에도, 원심은 피고인에 대하여 상해 및 폭행죄를 인정하여 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

피해자가 피고인이 피해자에 대하여 이혼을 구하는 본소청구에 대하여 2005. 9. 30. 피고인에 대하여 이혼 및 재산분할을 구하는 반소를 제기하였고, 이 사건 간통이 저질러지기 전 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'고 말한바도 있으므로, 간통의 중용이 있었다 할 것임에도, 원심은 간통의 점에 대하여 공소를 기각하지 아니하고 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

범행 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추면, 원심의 형(징역 8월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유의 요지

범행 수법, 피해 정도 및 범행 후의 정상 등에 비추면, 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 판 단

가. 공소장변경에 의한 직권파기

위 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 공소장을 적법하게 변경하였으므로, 공소장 변경 전의 범죄사실과 적용법조를 기초로 한 원심판결은 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 직권파기사유가 있음에도, 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점은 여전히 당심의 판단대상이 되므로 이에 관하여 본다.

(1) 사실오인

(가) 2004. 2. 18.자 폭행(원심 판시 제1의 가.)

폭행은 사람의 신체에 대한 불법한 유형력의 행사를 의미하는 것으로, 여기서 불법성의 유무는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자에게 주는 고통의 유무, 정도 등을 종합하여 판단하여야 하고, 반드시 손으로 때리거나 발로 차는 등의 행위일 것을 요하지는 아니한다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거를 종합하면, 피고인이 2004. 2. 18. 피고인의 휴대전화 문자메시지를 문제 삼으며 여자관계를 추궁하는 피해자를 피고인의 오피스텔에서 내쫓기 위하여 손으로 밀어내 벽에 부딪히게 한 사실을 인정할 수 있고(피고인도 피해자를 손으로 밀고 들어 안아 위 오피스텔 밖으로 쫓아낸 사실은 인정하고 있다), 피고인이 신장 약 176cm, 체중 약 80kg이고, 피해자가 신장 약 150cm, 체중 약 42kg 상당인 점 등 제반사정에 비추면, 위와 같은 행위도 형법상 폭행에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(나) 2004. 2. 25. 폭행(원심 판시 제1의 나.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 2. 25. 19:00경 고양시 일산구 장항동에 있는 한강세이브빌 호수불상 방에서 피해자와 말다툼을 하다가 화가 나 주먹으로 피해자의 가슴을 수차례 때리고 바닥에 넘어뜨려 피해자에게 폭행을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 폭행죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날 말다툼을 한 일은 있으나 폭행을 한 일은 없으면서 범행을 부인하고 있고, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술이 있을 뿐이다.

그런데 피고인은 2004. 2. 25.은 오피스텔에서 이사하기 전날로서, 양주를 마시고 들어온 피해자와 밤새 말다툼을 한 뒤 다음 날 아침 이사를 마쳤을 뿐이고, 피해자를 폭행한 일은 없다고 하여, 그 진술의 내용이 구체적이고, 앞서 본 바와 같이 피해자에 대한 비교적 경미한 정도의 유형력의 행사도 인정한 피고인의 태도에 비추어 볼 때, 쉽사리 그 신빙성을 부정하기는 어렵다.

반면, 피해자는 여자관계를 물어보았다는 이유로 폭행을 당하고 쫓겨났다고 하였다가(고소장(수사기록 제304면)), 폭행한 후 피고인이 집을 나갔다고 하는 등(진술조서(수사기록 제320면)), 그 진술의 내용이 구체적이지 아니할 뿐만 아니라, 반드시 일관되어 있는 것도 아니다.

따라서 피해자의 각 진술만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하다.

그럼에도 원심은 위 2004. 2. 25.자 폭행을 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(다) 2004. 3. 22. 상해(원심 판시 제1의 다.

)

이 부분 공소사실의 요지는,「피고인이 2004. 3. 22. 22:00경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 발로 피해자의 배와 가슴부위를 수회 차 피해자에게 약 2주의 치료를 요하는 흉부좌상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여, 같은 날 피해자가 집을 나가려 하는 피고인을 뒤에서 잡아당기면서 끌어안았고, 이에 피해자를 뿌리친 일은 있으나, 피해자를 때리거나 찬 일은 없다고 진술하고 있고, 공소외 1도 수사기관 및 제1심 법정에서 같은 취지의 진술을 하고 있다.

반면, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술과 상해진단서가 있을 뿐인데, 이 법원의 강병원장에 대한 사실조회결과에 의하면 위 상해진단서는 오로지 피해자의 진술에 의존하여 작성된 것으로 당시 흉부좌상이 육안 또는 X-선 검사에 의하여 확인된 것은 아니라는 것이어서, 위 각 증거만으로 피고인이 피해자를 상해하였다고 인정하기에는 부족하다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 3. 22. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(라) 2004. 9. 29. 상해(원심 판시 제1의 라.)

이 부분 공소사실의 요지는,「피고인이 2004. 9. 29. 10:30경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 피해자를 침대에 눕히고 손으로 피해자의 목을 졸라 피해자에게 치료기간 미상의 목 부위 찰과상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날은 캐나다 공인중개사 자격을 갱신하기 위하여 출국하기 전 날이었는데 피해자가 또 다시 여자 이야기를 꺼내어 화가 나 집을 나가 뒷동산으로 올라가버렸고, 피해자가 계속 쫓아와 말다툼을 한 일이 있을 뿐, 피해자의 목을 조른 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 진술내용 및 앞서 본 바와 같은 피고인의 태도 등에 비추어 볼 때 그 신빙성을 쉽사리 부정하기는 어렵다.

한편, 피해자가 찰과상을 입었다는 점에 부합하는 듯한 증거로는, 피고인이 피해자로부터 여자관계를 추궁 당하자 갑자기 “너 오늘 죽어봐”라며 피해자의 목을 졸랐고, 이로 인하여 피가 나고 목 오른쪽에 손톱 길이 정도의 상처가

생겼다는 취지의 피해자의 진술이 있을 뿐인데, 피고인과 피해자 사이의 관계 등 제반사정에 비추어 볼 때, 그것만으로 피고인이 피해자의 목을 졸라, 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래할 정도의 상처를 입혔다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 9. 29. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(마) 2006. 3. 7. 상해(원심 판시 제1의 마.)

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거에 의하면, 피고인이 사귀는 여자가 있는지 등을 따지는 피해자와 말다툼을 하다가 피해자의 얼굴에 물을 끼얹고 피고인을 잡으려는 피해자를 뿌리치고 밀어 넘어뜨렸고, 당시 피해자가 전치 약 4주의 좌측 제5족지 근위지골 골절 등의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있고(피고인이 피해자를 밀어 넘어뜨린 일, 그 무렵 피해자가 발가락을 크게 다친 것을 본 일은 피고인도 인정하는 바이다), 앞서 본 사정을 종합하면 피고인이 피해자와 다투는 과정에서 피해자의 발을 다치게 하였을 것임을 넉넉히 추지할 수 있다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 법리오해

간통의 종용은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이를 할 수 있고, 방식에 제한이 있는 것은 아니나, 당사자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 하고(대법원 1997. 11. 11. 선고 97도2245 판결), 선의의 상대방 보호 및 거래의 안전을 위하여 주로 재산법관계에 적용되는 표시주의가 여기에 적용될 수는 없다.

또한 피고인이 피해자를 상대로 이혼 등의 소를 제기하자 피해자가 같은 취지의 반소를 제기하면서 피고인의 이혼청구에 응할 수 없다고 다투던 중에 피고인이 간통을 범하였다면, 피해자는 피고인의 이혼요구를 조건 없이 응낙한 것이 아니라 혼인관계의 파탄의 책임이 피고인에게 있음이 인정됨을 조건으로 하여 이혼의 의사를 표명한 것으로 보아야 할 것이어서, 피해자와 피고인 사이에 서로 다른 이성과의 정교관계가 있어도 이를 묵인한다는 의사가 포함된 이혼의사의 합치가 있었다고 보기는 어렵다(대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도868 판결 참조).

이 사건에 돌이켜 보건대, 기록에 의하면, 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 사실은 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 마련해달라고 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 사실도 인정되므로, 앞서 본 사정만으로 피해자가 피고인이 다른 이성과 정교관계를 갖더라도 이를 묵인하겠다는 진실한 의사를 갖고 있었고 이를 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현하였다고 보기는 어렵다(한편, 피고인은, 피해자로부터 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'는 말을 들었다고 주장하나, 피고인의 진술만으로 이를 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 자료도 없다).

따라서, 피고인의 위 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 직권파기사유가 있고, 피고인의 항소도 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인의 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인은 피해자와 말다툼을 한 일은 있으나 피해자를 때리거나 다치게 한 일이 없음에도, 원심은 피고인에 대하여 상해 및 폭행죄를 인정하여 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

피해자가 피고인이 피해자에 대하여 이혼을 구하는 본소청구에 대하여 2005. 9. 30. 피고인에 대하여 이혼 및 재산분할을 구하는 반소를 제기하였고, 이 사건 간통이 저질러지기 전 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'고 말한바도 있으므로, 간통의 중용이 있었다 할 것임에도, 원심은 간통의 점에 대하여 공소를 기각하지 아니하고 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

범행 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추면, 원심의 형(징역 8월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유의 요지

범행 수법, 피해 정도 및 범행 후의 정상 등에 비추면, 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 판 단

가. 공소장변경에 의한 직권파기

위 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 공소장을 적법하게 변경하였으므로, 공소장 변경 전의 범죄사실과 적용법조를 기초로 한 원심판결은 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 직권파기사유가 있음에도, 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점은 여전히 당심의 판단대상이 되므로 이에 관하여 본다.

(1) 사실오인

(가) 2004. 2. 18.자 폭행(원심 판시 제1의 가.)

폭행은 사람의 신체에 대한 불법한 유형력의 행사를 의미하는 것으로, 여기서 불법성의 유무는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자에게 주는 고통의 유무, 정도 등을 종합하여 판단하여야 하고, 반드시 손으로 때리거나 발로 차는 등의 행위일 것을 요하지는 아니한다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거를 종합하면, 피고인이 2004. 2. 18. 피고인의 휴대전화 문자메시지를 문제 삼으며 여자관계를 추궁하는 피해자를 피고인의 오피스텔에서 내쫓기 위하여 손으로 밀어내 벽에 부딪히게 한 사실을 인정할 수 있고(피고인도 피해자를 손으로 밀고 들어 안아 위 오피스텔 밖으로 쫓아낸 사실은 인정하고 있다), 피

고인이 신장 약 176cm, 체중 약 80kg이고, 피해자가 신장 약 150cm, 체중 약 42kg 상당인 점 등 제반사정에 비추면, 위와 같은 행위도 형법상 폭행에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(나) 2004. 2. 25. 폭행(원심 판시 제1의 나.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 2. 25. 19:00경 고양시 일산구 장항동에 있는 한강세이브빌 호수불상 방에서 피해자와 말다툼을 하다가 화가 나 주먹으로 피해자의 가슴을 수차례 때리고 바닥에 넘어뜨려 피해자에게 폭행을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 폭행죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날 말다툼을 한 일은 있으나 폭행을 한 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술이 있을 뿐이다.

그런데 피고인은 2004. 2. 25.은 오피스텔에서 이사하기 전날로서, 양주를 마시고 들어온 피해자와 밤새 말다툼을 한 뒤 다음 날 아침 이사를 마쳤을 뿐이고, 피해자를 폭행한 일은 없다고 하여, 그 진술의 내용이 구체적이고, 앞서 본 바와 같이 피해자에 대한 비교적 경미한 정도의 유형력의 행사도 인정한 피고인의 태도에 비추어 볼 때, 쉽사리 그 신빙성을 부정하기는 어렵다.

반면, 피해자는 여자관계를 물어보았다는 이유로 폭행을 당하고 쫓겨났다고 하였다가(고소장(수사기록 제304면)), 폭행한 후 피고인이 집을 나갔다고 하는 등(진술조서(수사기록 제320면)), 그 진술의 내용이 구체적이지 아니할 뿐만 아니라, 반드시 일관되어 있는 것도 아니다.

따라서 피해자의 각 진술만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하다.

그럼에도 원심은 위 2004. 2. 25.자 폭행을 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(다) 2004. 3. 22. 상해(원심 판시 제1의 다.)

)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 3. 22. 22:00경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 발로 피해자의 배와 가슴부위를 수회 차 피해자에게 약 2주의 치료를 요하는 흉부좌상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여, 같은 날 피해자가 집을 나가려 하는 피고인을 뒤에서 잡아당기면서 끌어안았고, 이에 피해자를 뿌리친 일은 있으나, 피해자를 때리거나 찬 일은 없다고 진술하고 있고, 공소외 1도 수사기관 및 제1심 법정에서 같은 취지의 진술을 하고 있다.

반면, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술과 상해진단서가 있을 뿐인데, 이 법원의 강병원장에 대한 사실조회결과에 의하면 위 상해진단서는 오로지 피해자의 진술에 의존하여 작성된 것으로 당시 흉부좌상이 육안 또는 X-선 검사에 의하여 확인된 것은 아니라는 것이어서, 위 각 증거만으로 피고인이 피해자를 상해하였다고 인정하기에는 부족하다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 3. 22. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(라) 2004. 9. 29. 상해(원심 판시 제1의 라.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 9. 29. 10:30경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 피해자를 침대에 눕히고 손으로 피해자의 목을 졸라 피해자에게 치료기간 미상의 목 부위 찰과상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날은 캐나다 공인중개사 자격을 갱신하기 위하여 출국하기 전 날이었는데 피해자가 또 다시 여자 이야기를 꺼내어 화가 나 집을 나가 뒷동산으로 올라가버렸고, 피해자가 계속 쫓아와 말다툼을 한 일이 있을 뿐, 피해자의 목을 조른 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 진술내용 및 앞서 본 바와 같은 피고인의 태도 등에 비추어 볼 때 그 신빙성을 쉽사리 부정하기는 어렵다.

한편, 피해자가 찰과상을 입었다는 점에 부합하는 듯한 증거로는, 피고인이 피해자로부터 여자관계를 추궁 당하자 갑자기 “너 오늘 죽어봐”라며 피해자의 목을 졸랐고, 이로 인하여 피가 나고 목 오른쪽에 손톱 길이 정도의 상처가 생겼다는 취지의 피해자의 진술이 있을 뿐인데, 피고인과 피해자 사이의 관계 등 제반사정에 비추어 볼 때, 그것만으로 피고인이 피해자의 목을 졸라, 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래할 정도의 상처를 입혔다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 9. 29. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(마) 2006. 3. 7. 상해(원심 판시 제1의 마.)

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거에 의하면, 피고인이 사귀는 여자가 있는지 등을 따지는 피해자와 말다툼을 하다가 피해자의 얼굴에 물을 끼얹고 피고인을 잡으려는 피해자를 뿌리치고 밀어 넘어뜨렸고, 당시 피해자가 전치 약 4주의 좌측 제5족지 근위지골 골절 등의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있고(피고인이 피해자를 밀어 넘어뜨린 일, 그 무렵 피해자가 발가락을 크게 다친 것을 본 일은 피고인도 인정하는 바이다), 앞서 본 사정을 종합하면 피고인이 피해자와 다투는 과정에서 피해자의 발을 다치게 하였을 것임을 넉넉히 추지할 수 있다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 법리오해

간통의 중용은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이를 할 수 있고, 방식에 제한이 있는 것은 아니나, 당사자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 하고(대법원 1997. 11. 11. 선고 97도2245 판결), 선의의 상대방 보호 및 거래의 안전을 위하여 주로 재산법관계에 적용되는 표시주의가 여기에 적용될 수는 없다.

또한 피고인이 피해자를 상대로 이혼 등의 소를 제기하자 피해자가 같은 취지의 반소를 제기하면서 피고인의 이혼청구에 응할 수 없다고 다투던 중에 피고인이 간통을 범하였다면, 피해자는 피고인의 이혼요구를 조건 없이 응낙한 것이 아니라 혼인관계의 파탄의 책임이 피고인에게 있음이 인정됨을 조건으로 하여 이혼의 의사를 표명한 것으로 보아야 할 것이어서, 피해자와 피고인 사이에 서로 다른 이성과의 정교관계가 있어도 이를 묵인한다는 의사가 포함된 이혼의사의 합치가 있었다고 보기는 어렵다(대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도868 판결 참조).

이 사건에 돌이켜 보건대, 기록에 의하면, 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 사실은 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 마련해달라고 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 사실도 인정되므로, 앞서 본 사정만으로 피해자가 피고인이 다른 여성과 정교관계를 갖더라도 이를 묵인하겠다는 진실한 의사를 갖고 있었고 이를 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현하였다고 보기는 어렵다(한편, 피고인은, 피해자로부터 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'는 말을 들었다고 주장하나, 피고인의 진술만으로 이를 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 자료도 없다).

따라서, 피고인의 위 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 직권파기사유가 있고, 피고인의 항소도 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인의 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인은 피해자와 말다툼을 한 일은 있으나 피해자를 때리거나 다치게 한 일이 없음에도, 원심은 피고인에 대하여 상해 및 폭행죄를 인정하여 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

피해자가 피고인이 피해자에 대하여 이혼을 구하는 본소청구에 대하여 2005. 9. 30. 피고인에 대하여 이혼 및 재산분할을 구하는 반소를 제기하였고, 이 사건 간통이 저질러지기 전 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'고 말한바도 있으므로, 간통의 종용이 있었다 할 것임에도, 원심은 간통의 점에 대하여 공소를 기각하지 아니하고 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

범행 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추면, 원심의 형(징역 8월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유의 요지

범행 수법, 피해 정도 및 범행 후의 정상 등에 비추면, 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 판 단

가. 공소장변경에 의한 직권파기

위 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 공소장을 적법하게 변경하였으므로, 공소장 변경 전의 범죄사실과 적용법조를 기초로 한 원심판결은 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 직권파기사유가 있음에도, 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점은 여전히 당심의 판단대상이 되므로 이에 관하여 본다.

(1) 사실오인

가) 2004. 2. 18.자 폭행(원심 판시 제1의 가.)

폭행은 사람의 신체에 대한 불법한 유형력의 행사를 의미하는 것으로, 여기서 불법성의 유무는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자에게 주는 고통의 유무, 정도 등을 종합하여 판단하여야 하고, 반드시 손으로 때리거나 발로 차는 등의 행위일 것을 요하지는 아니한다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거를 종합하면, 피고인이 2004. 2. 18. 피고인의 휴대전화 문자메시지를 문제 삼으며 여자관계를 추궁하는 피해자를 피고인의 오피스텔에서 내쫓기 위하여 손으로 밀어내 벽에 부딪히게 한 사실을 인정할 수 있고(피고인도 피해자를 손으로 밀고 들어 안아 위 오피스텔 방밖으로 쫓아낸 사실은 인정하고 있다), 피고인이 신장 약 176cm, 체중 약 80kg이고, 피해자가 신장 약 150cm, 체중 약 42kg 상당인 점 등 제반사정에 비추면, 위와 같은 행위도 형법상 폭행에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

나) 2004. 2. 25. 폭행(원심 판시 제1의 나.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 2. 25. 19:00경 고양시 일산구 장항동에 있는 한강세이브빌 호수불상 방에서 피해자와 말다툼을 하다가 화가 나 주먹으로 피해자의 가슴을 수차례 때리고 바닥에 넘어뜨려 피해자에게 폭행을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 폭행죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날 말다툼을 한 일은 있으나 폭행을 한 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술이 있을 뿐이다.

그런데 피고인은 2004. 2. 25. 오피스텔에서 이사하기 전날로서, 양주를 마시고 들어온 피해자와 밤새 말다툼을 한 뒤 다음 날 아침 이사를 마쳤을 뿐이고, 피해자를 폭행한 일은 없다고 하여, 그 진술의 내용이 구체적이고, 앞서 본 바와 같이 피해자에 대한 비교적 경미한 정도의 유형력의 행사도 인정한 피고인의 태도에 비추어 볼 때, 쉽사리 그 신빙성을 부정하기는 어렵다.

반면, 피해자는 여자관계를 물어보았다는 이유로 폭행을 당하고 쫓겨났다고 하였다가(고소장(수사기록 제304면)), 폭행한 후 피고인이 집을 나갔다고 하는 등(진술조서(수사기록 제320면)), 그 진술의 내용이 구체적이지 아니할 뿐만 아니라, 반드시 일관되어 있는 것도 아니다.

따라서 피해자의 각 진술만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하다.

그럼에도 원심은 위 2004. 2. 25.자 폭행을 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

다) 2004. 3. 22. 상해(원심 판시 제1의 다.)

)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 3. 22. 22:00경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 발로 피해자의 배와 가슴부위를 수회 차 피해자에게 약 2주의 치료를 요하는 흉부좌상을 가하였

다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여, 같은 날 피해자가 집을 나가려 하는 피고인을 뒤에서 잡아 당기면서 끌어안았고, 이에 피해자를 뿌리친 일은 있으나, 피해자를 때리거나 찬 일은 없다고 진술하고 있고, 공소와 1도 수사기관 및 제1심 법정에서 같은 취지의 진술을 하고 있다.

반면, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술과 상해진단서가 있을 뿐인데, 이 법원의 강병원장에 대한 사실조회결과에 의하면 위 상해진단서는 오로지 피해자의 진술에 의존하여 작성된 것으로 당시 흉부좌상이 육안 또는 X-선 검사에 의하여 확인된 것은 아니라는 것이어서, 위 각 증거만으로 피고인이 피해자를 상해하였다고 인정하기에는 부족하다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 3. 22. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(라) 2004. 9. 29. 상해(원심 판시 제1의 라.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 9. 29. 10:30경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 피해자를 침대에 눕히고 손으로 피해자의 목을 졸라 피해자에게 치료기간 미상의 목 부위 찰과상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날은 캐나다 공인중개사 자격을 갱신하기 위하여 출국하기 전 날이었는데 피해자가 또 다시 여자 이야기를 꺼내어 화가 나 집을 나가 뒷동산으로 올라가버렸고, 피해자가 계속 쫓아와 말다툼을 한 일이 있을 뿐, 피해자의 목을 조른 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 진술내용 및 앞서 본 바와 같은 피고인의 태도 등에 비추어 볼 때 그 신빙성을 쉽사리 부정하기는 어렵다.

한편, 피해자가 찰과상을 입었다는 점에 부합하는 듯한 증거로는, 피고인이 피해자로부터 여자관계를 추궁 당하자 갑자기 “너 오늘 죽어봐”라며 피해자의 목을 졸랐고, 이로 인하여 피가 나고 목 오른쪽에 손톱 길이 정도의 상처가 생겼다는 취지의 피해자의 진술이 있을 뿐인데, 피고인과 피해자 사이의 관계 등 제반사정에 비추어 볼 때, 그것만으로 피고인이 피해자의 목을 졸라, 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래할 정도의 상처를 입혔다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 9. 29. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(마) 2006. 3. 7. 상해(원심 판시 제1의 마.)

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거에 의하면, 피고인이 사귀는 여자가 있는지 등을 따지는 피해자와 말다툼을 하다가 피해자의 얼굴에 물을 끼얹고 피고인을 잡으려는 피해자를 뿌리치고 밀어 넘어뜨렸고, 당시 피해자가 전치 약 4주의 좌측 제5족지 근위지골 골절 등의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있고(피고인이 피해자를 밀어 넘어뜨린 일, 그 무렵 피해자가 발가락을 크게 다친 것을 본 일은 피고인도 인정하는 바이다), 앞서 본 사정을 종합하면 피고인이 피해자와 다투는 과정에서 피해자의 발을 다치게 하였을 것임을 넉넉히 추지할 수 있다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 법리오해

간통의 종용은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이를 할 수 있고, 방식에 제한이 있는 것은 아니나, 당사자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 하고(대법원 1997. 11. 11. 선고 97도2245 판결), 선의의 상대방 보호 및 거래의 안전을 위하여 주로 재산법관계에 적용되는 표시주의가 여기에 적용될 수는 없다.

또한 피고인이 피해자를 상대로 이혼 등의 소를 제기하자 피해자가 같은 취지의 반소를 제기하면서 피고인의 이혼청구에 응할 수 없다고 다투던 중에 피고인이 간통을 범하였다면, 피해자는 피고인의 이혼요구를 조건 없이 응낙한 것이 아니라 혼인관계의 파탄의 책임이 피고인에게 있음이 인정됨을 조건으로 하여 이혼의 의사를 표명한 것으로 보아야 할 것이어서, 피해자와 피고인 사이에 서로 다른 이성과의 정교관계가 있어도 이를 묵인한다는 의사가 포함된 이혼의사의 합치가 있었다고 보기는 어렵다(대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도868 판결 참조).

이 사건에 돌이켜 보건대, 기록에 의하면, 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 사실은 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 마련해달라고 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 사실도 인정되므로, 앞서 본 사정만으로 피해자가 피고인이 다른 이성과 정교관계를 갖더라도 이를 묵인하겠다는 진실한 의사를 갖고 있었고 이를 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현하였다고 보기는 어렵다(한편, 피고인은, 피해자로부터 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'는 말을 들었다고 주장하나, 피고인의 진술만으로 이를 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 자료도 없다).

따라서, 피고인의 위 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 직권파기사유가 있고, 피고인의 항소도 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인의 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인은 피해자와 말다툼을 한 일은 있으나 피해자를 때리거나 다치게 한 일이 없음에도, 원심은 피고인에 대하여 상해 및 폭행죄를 인정하여 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

피해자가 피고인이 피해자에 대하여 이혼을 구하는 본소청구에 대하여 2005. 9. 30. 피고인에 대하여 이혼 및 재산분할을 구하는 반소를 제기하였고, 이 사건 간통이 저질러지기 전 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'고 말한바도 있으므로, 간통의 중용이 있었다 할 것임에도, 원심은 간통의 점에 대하여 공소를 기각하지 아니하고 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

범행 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추면, 원심의 형(징역 8월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유의 요지

범행 수법, 피해 정도 및 범행 후의 정상 등에 비추면, 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 판 단

가. 공소장변경에 의한 직권파기

위 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 공소장을 적법하게 변경하였으므로, 공소장 변경 전의 범죄사실과 적용법조를 기초로 한 원심판결은 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 직권파기사유가 있음에도, 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점은 여전히 당심의 판단대상이 되므로 이에 관하여 본다.

(1) 사실오인

(가) 2004. 2. 18.자 폭행(원심 판시 제1의 가.)

폭행은 사람의 신체에 대한 불법한 유형력의 행사를 의미하는 것으로, 여기서 불법성의 유무는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자에게 주는 고통의 유무, 정도 등을 종합하여 판단하여야 하고, 반드시 손으로 때리거나 발로 차는 등의 행위일 것을 요하지는 아니한다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거를 종합하면, 피고인이 2004. 2. 18. 피고인의 휴대전화 문자메시지를 문제 삼으며 여자관계를 추궁하는 피해자를 피고인의 오피스텔에서 내쫓기 위하여 손으로 밀어내 벽에 부딪히게 한 사실을 인정할 수 있고(피고인도 피해자를 손으로 밀고 들어 안아 위 오피스텔 밖으로 쫓아낸 사실은 인정하고 있다), 피고인이 신장 약 176cm, 체중 약 80kg이고, 피해자가 신장 약 150cm, 체중 약 42kg 상당인 점 등 제반사정에 비추면, 위와 같은 행위도 형법상 폭행에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(나) 2004. 2. 25. 폭행(원심 판시 제1의 나.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 2. 25. 19:00경 고양시 일산구 장항동에 있는 한강세이브빌 호수불상 방에서 피해자와 말다툼을 하다가 화가 나 주먹으로 피해자의 가슴을 수차례 때리고 바닥에 넘어뜨려 피해자에게 폭행을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 폭행죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날 말다툼을 한 일은 있으나 폭행을 한 일은 없으면서 범행을 부인하고 있고, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술이 있을 뿐이다.

그런데 피고인은 2004. 2. 25.은 오피스텔에서 이사하기 전날로서, 양주를 마시고 들어온 피해자와 밤새 말다툼을 한 뒤 다음 날 아침 이사를 마쳤을 뿐이고, 피해자를 폭행한 일은 없다고 하여, 그 진술의 내용이 구체적이고, 앞서 본 바와 같이 피해자에 대한 비교적 경미한 정도의 유형력의 행사도 인정한 피고인의 태도에 비추어 볼 때, 쉽사리 그 신빙성을 부정하기는 어렵다.

반면, 피해자는 여자관계를 물어보았다는 이유로 폭행을 당하고 쫓겨났다고 하였다가(고소장(수사기록 제304면)), 폭행한 후 피고인이 집을 나갔다고 하는 등(진술조서(수사기록 제320면)), 그 진술의 내용이 구체적이지 아니할 뿐만 아니라, 반드시 일관되어 있는 것도 아니다.

따라서 피해자의 각 진술만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하다.

그럼에도 원심은 위 2004. 2. 25.자 폭행을 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(다) 2004. 3. 22. 상해(원심 판시 제1의 다.

)

이 부분 공소사실의 요지는,「피고인이 2004. 3. 22. 22:00경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 발로 피해자의 배와 가슴부위를 수회 차 피해자에게 약 2주의 치료를 요하는 흉부좌상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여, 같은 날 피해자가 집을 나가려 하는 피고인을 뒤에서 잡아당기면서 끌어안았고, 이에 피해자를 뿌리친 일은 있으나, 피해자를 때리거나 찬 일은 없다고 진술하고 있고, 공소외 1도 수사기관 및 제1심 법정에서 같은 취지의 진술을 하고 있다.

반면, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술과 상해진단서가 있을 뿐인데, 이 법원의 강병원장에 대한 사실조회결과에 의하면 위 상해진단서는 오로지 피해자의 진술에 의존하여 작성된 것으로 당시 흉부좌상이 육안 또는 X-선 검사에 의하여 확인된 것은 아니라는 것이어서, 위 각 증거만으로 피고인이 피해자를 상해하였다고 인정하기에는 부족하다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 3. 22. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(라) 2004. 9. 29. 상해(원심 판시 제1의 라.)

이 부분 공소사실의 요지는,「피고인이 2004. 9. 29. 10:30경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 피해자를 침대에 눕히고 손으로 피해자의 목을 졸라 피해자에게 치료기간 미상의 목 부위 찰과상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날은 캐나다 공인중개사 자격을 갱신하기 위하여 출국하기 전 날이었는데 피해자가 또 다시 여자 이야기를 꺼내어 화가 나 집을 나가 뒷동산으로 올라가버렸고, 피해자가 계속 쫓아와 말다툼을 한 일이 있을 뿐, 피해자의 목을 조른 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 진술내용 및 앞서 본 바와 같은 피고인의 태도 등에 비추어 볼 때 그 신빙성을 쉽사리 부정하기는 어렵다.

한편, 피해자가 찰과상을 입었다는 점에 부합하는 듯한 증거로는, 피고인이 피해자로부터 여자관계를 추궁 당하자 갑자기 “너 오늘 죽어봐”라며 피해자의 목을 졸랐고, 이로 인하여 피가 나고 목 오른쪽에 손톱 길이 정도의 상처가

생겼다는 취지의 피해자의 진술이 있을 뿐인데, 피고인과 피해자 사이의 관계 등 제반사정에 비추어 볼 때, 그것만으로 피고인이 피해자의 목을 졸라, 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래할 정도의 상처를 입혔다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 9. 29. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(마) 2006. 3. 7. 상해(원심 판시 제1의 마.)

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거에 의하면, 피고인이 사귀는 여자가 있는지 등을 따지는 피해자와 말다툼을 하다가 피해자의 얼굴에 물을 끼얹고 피고인을 잡으려는 피해자를 뿌리치고 밀어 넘어뜨렸고, 당시 피해자가 전치 약 4주의 좌측 제5족지 근위지골 골절 등의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있고(피고인이 피해자를 밀어 넘어뜨린 일, 그 무렵 피해자가 발가락을 크게 다친 것을 본 일은 피고인도 인정하는 바이다), 앞서 본 사정을 종합하면 피고인이 피해자와 다투는 과정에서 피해자의 발을 다치게 하였을 것임을 넉넉히 추지할 수 있다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 법리오해

간통의 종용은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이를 할 수 있고, 방식에 제한이 있는 것은 아니나, 당사자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 하고(대법원 1997. 11. 11. 선고 97도2245 판결), 선의의 상대방 보호 및 거래의 안전을 위하여 주로 재산법관계에 적용되는 표시주의가 여기에 적용될 수는 없다.

또한 피고인이 피해자를 상대로 이혼 등의 소를 제기하자 피해자가 같은 취지의 반소를 제기하면서 피고인의 이혼청구에 응할 수 없다고 다투던 중에 피고인이 간통을 범하였다면, 피해자는 피고인의 이혼요구를 조건 없이 응낙한 것이 아니라 혼인관계의 파탄의 책임이 피고인에게 있음이 인정됨을 조건으로 하여 이혼의 의사를 표명한 것으로 보아야 할 것이어서, 피해자와 피고인 사이에 서로 다른 이성과의 정교관계가 있어도 이를 묵인한다는 의사가 포함된 이혼의사의 합치가 있었다고 보기는 어렵다(대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도868 판결 참조).

이 사건에 돌이켜 보건대, 기록에 의하면, 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 사실은 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 마련해달라고 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 사실도 인정되므로, 앞서 본 사정만으로 피해자가 피고인이 다른 이성과 정교관계를 갖더라도 이를 묵인하겠다는 진실한 의사를 갖고 있었고 이를 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현하였다고 보기는 어렵다(한편, 피고인은, 피해자로부터 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'는 말을 들었다고 주장하나, 피고인의 진술만으로 이를 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 자료도 없다).

따라서, 피고인의 위 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 직권파기사유가 있고, 피고인의 항소도 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인의 항소이유의 요지

(1) 사실오인

피고인은 피해자와 말다툼을 한 일은 있으나 피해자를 때리거나 다치게 한 일이 없음에도, 원심은 피고인에 대하여 상해 및 폭행죄를 인정하여 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 법리오해

피해자가 피고인이 피해자에 대하여 이혼을 구하는 본소청구에 대하여 2005. 9. 30. 피고인에 대하여 이혼 및 재산분할을 구하는 반소를 제기하였고, 이 사건 간통이 저질러지기 전 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'고 말한바도 있으므로, 간통의 중용이 있었다 할 것임에도, 원심은 간통의 점에 대하여 공소를 기각하지 아니하고 유죄판결을 선고하였는바, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(3) 양형부당

범행 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추면, 원심의 형(징역 8월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유의 요지

범행 수법, 피해 정도 및 범행 후의 정상 등에 비추면, 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 판 단

가. 공소장변경에 의한 직권파기

위 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 공소장을 적법하게 변경하였으므로, 공소장 변경 전의 범죄사실과 적용법조를 기초로 한 원심판결은 더는 유지될 수 없게 되었다.

나. 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 직권파기사유가 있음에도, 항소이유 중 사실오인 및 법리오해의 점은 여전히 당심의 판단대상이 되므로 이에 관하여 본다.

(1) 사실오인

가) 2004. 2. 18.자 폭행(원심 판시 제1의 가.)

폭행은 사람의 신체에 대한 불법한 유형력의 행사를 의미하는 것으로, 여기서 불법성의 유무는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자에게 주는 고통의 유무, 정도 등을 종합하여 판단하여야 하고, 반드시 손으로 때리거나 발로 차는 등의 행위일 것을 요하지는 아니한다.

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거를 종합하면, 피고인이 2004. 2. 18. 피고인의 휴대전화 문자메시지를 문제 삼으며 여자관계를 추궁하는 피해자를 피고인의 오피스텔에서 내쫓기 위하여 손으로 밀어내 벽에 부딪히게 한 사실을 인정할 수 있고(피고인도 피해자를 손으로 밀고 들어 안아 위 오피스텔 밖으로 쫓아낸 사실은 인정하고 있다), 피

고인이 신장 약 176cm, 체중 약 80kg이고, 피해자가 신장 약 150cm, 체중 약 42kg 상당인 점 등 제반사정에 비추면, 위와 같은 행위도 형법상 폭행에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(나) 2004. 2. 25. 폭행(원심 판시 제1의 나.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 2. 25. 19:00경 고양시 일산구 장항동에 있는 한강세이브빌 호수불상 방에서 피해자와 말다툼을 하다가 화가 나 주먹으로 피해자의 가슴을 수차례 때리고 바닥에 넘어뜨려 피해자에게 폭행을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 폭행죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날 말다툼을 한 일은 있으나 폭행을 한 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술이 있을 뿐이다.

그런데 피고인은 2004. 2. 25.은 오피스텔에서 이사하기 전날로서, 양주를 마시고 들어온 피해자와 밤새 말다툼을 한 뒤 다음 날 아침 이사를 마쳤을 뿐이고, 피해자를 폭행한 일은 없다고 하여, 그 진술의 내용이 구체적이고, 앞서 본 바와 같이 피해자에 대한 비교적 경미한 정도의 유형력의 행사도 인정한 피고인의 태도에 비추어 볼 때, 쉽사리 그 신빙성을 부정하기는 어렵다.

반면, 피해자는 여자관계를 물어보았다는 이유로 폭행을 당하고 쫓겨났다고 하였다가(고소장(수사기록 제304면)), 폭행한 후 피고인이 집을 나갔다고 하는 등(진술조서(수사기록 제320면)), 그 진술의 내용이 구체적이지 아니할 뿐만 아니라, 반드시 일관되어 있는 것도 아니다.

따라서 피해자의 각 진술만으로는 위 공소사실을 인정하기에 부족하다.

그럼에도 원심은 위 2004. 2. 25.자 폭행을 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(다) 2004. 3. 22. 상해(원심 판시 제1의 다.)

)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 3. 22. 22:00경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 발로 피해자의 배와 가슴부위를 수회 차 피해자에게 약 2주의 치료를 요하는 흉부좌상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여, 같은 날 피해자가 집을 나가려 하는 피고인을 뒤에서 잡아당기면서 끌어안았고, 이에 피해자를 뿌리친 일은 있으나, 피해자를 때리거나 찬 일은 없다고 진술하고 있고, 공소외 1도 수사기관 및 제1심 법정에서 같은 취지의 진술을 하고 있다.

반면, 위 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 피해자의 각 진술과 상해진단서가 있을 뿐인데, 이 법원의 강병원장에 대한 사실조회결과에 의하면 위 상해진단서는 오로지 피해자의 진술에 의존하여 작성된 것으로 당시 흉부좌상이 육안 또는 X-선 검사에 의하여 확인된 것은 아니라는 것이어서, 위 각 증거만으로 피고인이 피해자를 상해하였다고 인정하기에는 부족하다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 3. 22. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(라) 2004. 9. 29. 상해(원심 판시 제1의 라.)

이 부분 공소사실의 요지는, 「피고인이 2004. 9. 29. 10:30경 포천시 일동면 가산리 337에 있는 피고인의 집에서 피해자와 말다툼을 하다 피해자를 침대에 눕히고 손으로 피해자의 목을 졸라 피해자에게 치료기간 미상의 목 부위 찰과상을 가하였다」는 것이고, 원심은 그 판시 증거에 의하여 위 공소사실에 대하여 상해죄를 인정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

피고인은 수사기관에서부터 이 법정에 이르기까지 일관하여 같은 날은 캐나다 공인중개사 자격을 갱신하기 위하여 출국하기 전 날이었는데 피해자가 또 다시 여자 이야기를 꺼내어 화가 나 집을 나가 뒷동산으로 올라가버렸고, 피해자가 계속 쫓아와 말다툼을 한 일이 있을 뿐, 피해자의 목을 조른 일은 없다면서 범행을 부인하고 있고, 진술내용 및 앞서 본 바와 같은 피고인의 태도 등에 비추어 볼 때 그 신빙성을 쉽사리 부정하기는 어렵다.

한편, 피해자가 찰과상을 입었다는 점에 부합하는 듯한 증거로는, 피고인이 피해자로부터 여자관계를 추궁 당하자 갑자기 “너 오늘 죽어봐”라며 피해자의 목을 졸랐고, 이로 인하여 피가 나고 목 오른쪽에 손톱 길이 정도의 상처가 생겼다는 취지의 피해자의 진술이 있을 뿐인데, 피고인과 피해자 사이의 관계 등 제반사정에 비추어 볼 때, 그것만으로 피고인이 피해자의 목을 졸라, 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래할 정도의 상처를 입혔다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 원심은 위 2004. 9. 29. 상해를 유죄로 인정하였으니, 피고인의 위 사실오인 주장은 이유 있다.

(마) 2006. 3. 7. 상해(원심 판시 제1의 마.)

원심에서 적법하게 채택·조사한 각 증거에 의하면, 피고인이 사귀는 여자가 있는지 등을 따지는 피해자와 말다툼을 하다가 피해자의 얼굴에 물을 끼얹고 피고인을 잡으려는 피해자를 뿌리치고 밀어 넘어뜨렸고, 당시 피해자가 전치 약 4주의 좌측 제5족지 근위지골 골절 등의 상해를 입은 사실을 인정할 수 있고(피고인이 피해자를 밀어 넘어뜨린 일, 그 무렵 피해자가 발가락을 크게 다친 것을 본 일은 피고인도 인정하는 바이다), 앞서 본 사정을 종합하면 피고인이 피해자와 다투는 과정에서 피해자의 발을 다치게 하였을 것임을 넉넉히 추지할 수 있다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 사실오인 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 법리오해

간통의 중용은 명시적으로는 물론 묵시적으로도 이를 할 수 있고, 방식에 제한이 있는 것은 아니나, 당사자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 하고(대법원 1997. 11. 11. 선고 97도2245 판결), 선의의 상대방 보호 및 거래의 안전을 위하여 주로 재산법관계에 적용되는 표시주의가 여기에 적용될 수는 없다.

또한 피고인이 피해자를 상대로 이혼 등의 소를 제기하자 피해자가 같은 취지의 반소를 제기하면서 피고인의 이혼청구에 응할 수 없다고 다투던 중에 피고인이 간통을 범하였다면, 피해자는 피고인의 이혼요구를 조건 없이 응낙한 것이 아니라 혼인관계의 파탄의 책임이 피고인에게 있음이 인정됨을 조건으로 하여 이혼의 의사를 표명한 것으로 보아야 할 것이어서, 피해자와 피고인 사이에 서로 다른 이성과의 정교관계가 있어도 이를 묵인한다는 의사가 포함된 이혼의사의 합치가 있었다고 보기는 어렵다(대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도868 판결 참조).

이 사건에 돌이켜 보건대, 기록에 의하면, 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 사실은 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 마련해달라고 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 사실도 인정되므로, 앞서 본 사정만으로 피해자가 피고인이 다른 여성과 정교관계를 갖더라도 이를 묵인하겠다는 진실한 의사를 갖고 있었고 이를 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현하였다고 보기는 어렵다(한편, 피고인은, 피해자로부터 '적어도 일동 집에는 여자를 데려오지 말라'는 말을 들었다고 주장하나, 피고인의 진술만으로 이를 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 자료도 없다).

따라서, 피고인의 위 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 결 론

그렇다면, 원심판결에는 직권파기사유가 있고, 피고인의 항소도 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.