

성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)

[서울고등법원 2023. 9. 7. 2022노1982]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 2인

【항 소 인】 검사

【검 사】 이은우(기소), 신교임(공판)

【변 호 인】 법무법인 위 외 2인

【원심판결】 서울남부지방법원 2022. 7. 8. 선고 2021고합504 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인들을 각 징역 2년 6개월에 처한다.

피고인들에게 각 40시간의 성폭력 치료프로그램 이수를 명한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

망 공소외 1이 작성한 이 사건 유서는 작성 경위, 피고인들과의 관계, 구체적인 기재 내용, 피해자의 산부인과 진료기록과 피해자 어머니의 가계부 기재 내용 및 피해자 등의 진술에 부합하는 점 등에 비추어 특별히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것으로서 형사소송법 제314조에 따라 증거능력이 인정되고, 그 신빙성도 인정된다.

그럼에도 이 사건 유서의 증거능력 및 신빙성이 없다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지

피고인 1은 2015. 9. 8. 서울남부지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치사상)죄 등으로 징역 8개월 집행유예 2년을 선고받고 2015. 9. 16. 그 판결이 확정되었다.

피고인들과 망 공소외 1(2021. 3. 31. 사망)은 2006년경 ○○중학교 3학년에 재학하였던 학생들로 서로 친구사이이고, 피해자 공소외 2(여, 당시 14세)는 당시 같은 학교 2학년에 재학하였던 학생으로 피고인 2와 교제하다 헤어진 사이였다.

피고인들과 공소외 1은 2006. 11. 19. 저녁경 서울 양천구 ○○동○○○○○ 부근에서 술을 마시던 중 피해자가 여전히 피고인 2를 좋아한다는 사실을 알고 피해자를 불러내 술을 마시게 한 후 그녀가 술에 취하면 피고인 2로 하여금 피해자와 성관계를 가지게 하기로 계획하였다.

이에 따라 피고인들과 공소외 1은 위 ○○○○○ 부근 놀이터로 피해자를 불러내 미리 준비한 소주를 주며 "소주 한 병을 한 번에 마시면 피고인 2를 사귀게 해 주겠다"고 말하여 피해자로 하여금 이를 마시게 하고, 그래도 피해자가 취한 모습을 보이지 않자 피고인들과 공소외 1은 다시 피해자에게 소주 한 병을 주며 위와 같이 말하여 결국 이를 모

두 마신 피해자가 정신을 잃고 쓰러지자 피고인들과 공소외 1은 순번을 정하여 한 사람씩 술에 만취한 피해자를 간음하기로 공모하였다.

이후 피고인들과 공소외 1은 같은 날 심야경부터 다음 날 새벽 4시경 사이 술에 만취하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 ○○○○○ 인근 초등학교에 있는 벤치로 옮겨 옷을 벗긴 후, 피고인 3은 피해자에게 유사성행위를 하고, 계속하여 공소외 1, 피고인 1, 피고인 2가 순차적으로 피해자를 간음하였다.

이로써 피고인들은 공소외 1과 합동하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은, 망 공소외 1(이하 '망인'이라 한다)이 2021. 3. 31. 자살하면서 작성한 이 사건 공소사실 기재 범행이 기재된 자필 유서(증거순번 26, 이하 '이 사건 유서'라고 한다)는 전문증거로서, 형사소송법 제314조 단서에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 아래 사정들에 비추어 이 사건 유서에 나타난 망인의 진술은 그 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 증거가 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르렀다고 볼 수 없으므로 이 사건 유서는 증거능력이 없고, 설령 그 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 그 신빙성이 인정되지 않는다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 이 사건 유서의 증거능력 인정 여부

가) 이 사건 유서 작성 당시 망인의 심리상태

① 망인은 세무사 시험을 2년간 준비하였다가 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인 아버지의 진술에 의하면, 망인은 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으며 괴로워했고, 그 때부터 약 20kg 가량 체중이 증가한 점, ② 망인은 2017. 10. 25.경부터 2021. 3. 20.경까지 정신건강의학과에서 55회에 걸쳐 경도우울에피소드로 진료를 받은 점, ③ 망인의 친구 공소외 3은 '망인이 사망 당시 세무사 시험에 아깝게 떨어져 많이 힘들어했고, 당시 2년간 사귀 여자친구와 헤어진 지 한두 달 정도 되었으며, 우울증 관련 약을 시험준비를 하면서부터 먹었으나 약을 먹으면서부터 살이 많이 찘다고 끊었다가 다시 먹었는지 여부를 잘 모르겠다', '망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때의 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'는 취지로 진술한 점, ④ 망인은 2021. 3. 1.경부터 꾸준히 인터넷에서 자살과 관련된 검색어를 검색하였는바, 상당기간 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 추정할 수 있다.

우울장애의 심각도가 높아지면 망상 혹은 환각이 발생할 수 있는 것으로 알려져 있는바, 이와 같은 심리상태에서 망인이 작성한 이 사건 유서는 허위 개입의 여지가 거의 없을 만큼 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 인정된다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 공소사실과 관련된 진술내용에 관한 여러 사정들

다음과 같은 사실 또는 사정들을 고려하면, 이 사건 유서는 그 내용에 있어서도 반대신문을 통하지 않더라도 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 수 있다고 보기 어렵다.

(1) 피해자가 이 사건 현장에 가게 된 경위

이 사건 유서에 의하면, 피해자가 술자리에 참석하게 된 경위가 '피해자를 부르면 성관계를 갖게 해주겠다는 피고인 3의 제안에 따라 피고인 2가 피해자를 술자리로 불렀다'는 것이므로, 이는 망인 및 피고인들의 특수강간 범행의 계

획 또는 사전모의로 평가할 만한 내용이다.

따라서 이 사건 유서의 내용 중 피해자가 술자리에 참석한 경위에 관한 진술은 범행의 계기 내지 동기에 해당되는 것으로 이 사건에서 상당히 중요한 의미를 가지는 내용이다.

그런데, 피해자는 이 사건 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였는바, 이는 이 사건 유서의 내용과 배치된다.

공소외 4는 '이 사건 당시 술자리에 간 사실이 있는데, 망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 동석한다는 사실을 알고 피해자에게 같이 가자고 제안하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

위 공소외 4의 진술 역시 이 사건 유서의 내용과 배치되고 오히려 피해자의 진술과 일치한다.

위와 같은 피해자 및 공소외 4의 진술에 비추어볼 때, 이 사건 유서 중 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관한 부분은 사실에 부합한다고 보기 어렵다.

(2) 망인 및 피고인들과 성관계가 있었는지 여부

이 사건 유서의 내용 중 핵심적인 것은 피고인 3이 피해자를 상대로 유사성행위를 하고 망인, 피고인 1, 피고인 2 순으로 성관계를 하였다는 부분이다.

이와 관련하여 피해자는 수사기관에서 '이 사건 다음 날 속옷에 피가 묻어 있었고, 그 전까지 성경험이 없었는데, 다리를 벌리면 아팠고 아래가 뻥 뚫린 느낌이 들었기 때문에 성폭행을 당하였을지 모른다는 생각이 들었다'는 취지로 진술하였다.

만약 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면 피해자의 신체에 피해 흔적이 남아있었어야 자연스럽다.

그런데 피해자가 이 사건 다음날 산부인과 진료를 받았지만, 피해자를 진료한 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 냉검사(질내에 면봉을 삽입하여 질내 분비물을 채취한 다음 질염의 유무를 확인하는 검사)를 시행한 후 피해자의 어머니에게 확실치 않지만 걱정이 되면 사후피임약을 처방해 주겠다고 말하면서 피해자에게 사후피임약을 처방해 주었을 뿐, 법령상 의무에 따라 수사기관에 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 피해자의 처녀막 파열 상태나 회음부의 물리적 자극 등을 발견하지 못했던 것으로 보인다.

한편, 위와 같은 피해자의 진술은 추측성 진술에 불과하므로 피해자의 진술만으로 피해자가 성폭행을 당하였다고 단정하기도 어렵다.

그러므로 이 사건 유서의 내용 중 피고인 3의 유사성행위 및 망인, 피고인 1, 피고인 2 순의 성관계 부분 역시 반대신문 등을 거치지 아니한 채 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

(3) 그밖에 사정들

① 이 사건은 약 15년 전에 발생하였던 일이다.

사람의 기억에는 한계가 있을 수밖에 없고, 특히 중학생에 불과하던 망인이나 피고인들이 이 사건 당시 술을 마신 상태라면 그 기억이 특히나 온전하지 못하였을 것이라고 충분히 짐작할 수 있고, 망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건의 세부적이고 구체적인 내용에 대해서 명확히 기억하지 못하고 있다.

그러나 망인은 유서를 통해 당시 세부 내용까지 단정적으로 분명하게 표현하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 이례적이다.

② 검사가 특정한 일자 2006. 11. 19.인데, 위 일자의 기상기록에 따르면 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 이와 같이 기온이 낮은 날 학교 벤치에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 피해자의 신체에 이상 징후가 충분히 발생할 수도 있는 상황이었으나 그러한 정황도 발견되지 않았다.

③ 망인은 자살하기 전 네이버 사이트에서 공소시효, 성폭력처벌법, 특수강간자수, 중학생성범죄공소시효, 중학생 특수강간공소시효, 집단성폭행 공소시효 등 이 사건과 관련이 있는 키워드로 검색한 사실이 있었던 것으로 보인다. 그런데, 망인은 절도후강간, 특수절도후강간, 강도강간죄자수, 특수강도강간집행유예 등 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드로 검색한 사실 또한 있었던 것으로 보이는바, 검사의 주장과 같이 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고 그 관련 내용을 검색해 보았다고 단정하기도 어렵다.

④ 망인이 자살 전 가족이나 친구 등에게 이 사건에 관하여 언급하였다고 볼 만한 정황은 전혀 발견할 수 없다.

만일 망인이 자살에 이르게 될 정도로 이 사건과 관련된 죄책감을 가지고 있었으면서도 이 사건 발생 후 약 15년 동안 한 번도 피고인들에게 이 사건을 언급하거나 피해자에게 사죄의 마음을 표시하지 않았다는 것도 다소 이해하기 어렵다.

특히, 망인의 친구 공소외 3은 망인이 사망 무렵 학교 폭력을 언급하면서 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을 까라는 말을 몇 번 하였다고 진술하였는바, 망인이 이 사건 공소사실 기재 범행을 저질렀고 이에 대하여 크나큰 죄책감을 가지고 있었음에도 공소외 3에게 자신의 학교 폭력 사실을 고백할 때 이 사건에 대하여 전혀 언급하지 않았다는 것은 납득하기 어렵다.

2) 이 사건 유서의 신빙성에 대한 판단

설령, 이 사건 유서의 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 공소사실에 부합하는 유일한 증거인 이 사건 유서는 앞서 본 바와 같이 핵심적인 내용이 피해자와 공소외 4의 진술, 그밖에 객관적인 정황과 배치되는 점, 피해자의 진술에 의하더라도 이 사건 당시 성폭력을 당하였는지 여부가 명확하지 않다는 것이고, 이 사건 직후 이루어진 산부인과 진료과정에서 성폭력의 흔적이 발견되지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 유서는 이를 그대로 믿기 어려우므로 이 사건 유서의 기재만으로 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이 법원의 판단

1) 관련 법리

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위해서는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

여기서 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원

2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011도17620 판결 등 참조).

2) 이 사건 유서의 증거능력 판단

가) 망인이 사망한 후 소지품으로 망인의 자필로 작성된 유서 2개가 발견되었는데, 그 중 하나는 가족들을 위해 남긴 유서이고 또 다른 유서가 이 사건 유서(증거순번 26)이다.

그 구체적인 내용은 다음과 같다.

정확한 시점은 기억이 나질 않지만 2006년 제가 중학교 3학년 겨울방학 전 일어난 일인 것 같습니다.

○○○○○ 근처에서 피고인 3, 피고인 2, 그리고 피고인 1이랑 4명에서 놀고 있었는데 피고인 2를 좋아하던 1살 어린 공소외 2주1)라는 여자애와 피고인 2가 문자를 서로 주고받고 있었는데 갑자기 피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다.

여자애가 온 후에 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷하라고 말했고 그 여자애가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 그리고 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 그 여자애는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었습니다.

피고인 3이 저와 피고인 1에게 너희도 해보라고 하고 싶으면 콘돔을 구해오라고 해서 구한 후 정확히 어디 학교인지는 기억이 나질 않지만 그 학교로 빨리 오라고 해서 갔는데 이미 그 여자애의 옷은 다 벗겨져 있었고 그 여자애가 땅바닥에 누워있어서 벤치로 옮겨달라고 해서 4명에서 들고 벤치로 옮겼습니다.

피고인 3은 그 여자애에게 유사성행위를 하고 있었습니다.

그리고 피고인 2, 피고인 1, 그리고 저에게도 해보라고 해서 저, 피고인 1 그리고 피고인 2 순으로 성관계를 했습니다. 피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였고, 피고인 2는 관계를 하는 도중에 그 여자애가 소변을 보아 모든 게 중단되었습니다.

피고인 3은 바로 자신이 아는 형을 불러서 오토바이를 타고 왔는데 빨리 옷을 입혀서 집으로 보내라고 하고 둘이 오토바이를 타고 사라졌고 피고인 2가 그 여자애를 집에 데려다주고 다음 날에 그 여자애가 팔에 기브스를 한 채로 등교하고 그날 무슨 일이 있었는지 기억하지 못하고 모든 게 다 끝났습니다.

이제 와서 이렇게 글로 남기는 이유는 도대체 그날 왜 그런 잘못된 선택을 했는지 이해를 할 수도 없고 제 자신이 용서되지도 않기 때문입니다.

너무나 죄송합니다.

이 사건이 꼭 해결되기를.... 공소시효도 남았고...

나) 이 사건 유서는 망인이 작성한 자필 서류로서 전문증거인바, 피고인들이 이를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않았으므로 원칙적으로는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기일 또는 공판기일에서 그 작성자인 망인의 진술에 의하여 진정 성립이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

그러나 작성자인 망인이 2021. 3. 31. 사망하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하므로, 예외적으로 형사소송법 제314조에 따라 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 경우에 증거능력이 인정된다.

다) 원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 유서는 그 내용이나 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적

이고 외부적인 정황이 있다는 점이 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 유서는 형사소송법 제314조 단서에 규정된 '그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음'이 증명된 경우로서 증거능력이 인정되는바, 이 법원은 이 사건 유서를 증거로 채택한다.

(1) 이 사건 유서의 작성 경위

망인은 2021. 3. 31. 18:30경 자신의 집 방문에 설치한 턱걸이 봉에 끈을 이용해 목을 매는 방법으로 자살하였는데, 망인은 자필로 가족들을 위해 남긴 유서와 별도로 이 사건 유서를 작성하였다.

이 사건 유서는 망인이 자살을 결심하고서 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 이 사건 유서에 기재된 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로 보인다.

이 사건 유서의 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황은 찾을 수 없다.

(2) 망인의 학력 등과 이 사건 유서 작성 무렵 망인의 상태

① 망인은 국내에서 중학교를 졸업한 후 캐나다로 유학을 가 그곳에서 고등학교를 졸업하였고, 귀국 후 영어특기생으로 △△대학교□□과에 진학하였는데, 사망 당시에는 대학교 4학년 휴학 중이었다.

망인은 육군에서 병사로 군 복무를 마쳤다.

망인은 미혼으로 가족으로는 부모와 동생이 있었고, 사망 무렵 주거지에서 부모와 함께 거주하고 있었다.

이와 같이 망인의 학력 등이나 가정환경에서 특이한 사정은 찾아보기 어렵다.

② 망인은 2년간 세무사 시험을 준비하였으나 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인의 아버지는 '망인이 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으면서 괴로워했고, 그 때부터 체중이 약 20kg 가량 증가해 100kg 가까이 될 정도였다'고 진술하였다.

한편 망인의 친구 공소외 3은 '망인과는 사망하기 전날 밤까지 함께 술을 마셨고 주말에 같이 가평으로 여행을 가기로 약속까지 했었다.

망인이 세무사 시험에 떨어져 많이 힘들어했고, 망인이 2년간 사귀 여자친구와 1~2달 전 헤어졌는데 그 이후에도 서로 연락을 주고받을 정도로 사이가 나쁘지 않았다.

망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때 전학 오기 전에 있었던 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인은 사망할 무렵 세무사시험 불합격 등의 문제로 상당히 힘들어하면서도, 다른 한편으로 사망 전날 친구와 만나 술을 마시고 주말에 여행을 가기로 하는 등의 일상적인 모습을 보이기도 하였다.

③ 망인은 2017. 10. 25.부터 2021. 3. 20.까지 총 55회에 걸쳐 ◇◇의원을 방문해 '경도우울에피소드'를 주상병으로 진료를 받았다.

또한 망인은 2021. 3. 1.경부터 네이버 사이트에서 "살고싶지 않을 때", "우울증", "자살장례식", "목매사", "연예인자살", "자살", "번개탄", "새벽에자살", "목매사통증", "넥타이목매" 등 자살과 관련된 검색어로 검색을 하였다.

위와 같이 망인은 장기간 우울증 치료를 받아 왔고, 자살할 당시 공들여 준비한 세무사 시험에 낙방한 상태였으며, 자살하기 약 한 달여 전부터는 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 등 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 보이기는 한다.

그러나 한편, 망인을 진료해 온 위 ◇◇의원은 당심에서의 사실조회에서, 망인의 증상에 관하여 '망인이 우울, 불안 증상을 호소하였고, 환청, 망상 등의 정신병적 증상은 호소하지 않았으며, 현실 검증력은 유지되는 상태였다.

약물은 항우울제와 간헐적인 항불안제를 사용하였다'고 회신하였다.

또한 당심 전문심리위원 공소외 6(정신건강의학과 전문의)은 망인의 상태에 대하여 '반복적으로 경도 우울에피소드 상병으로 진료하였다는 것은 경도의 상태가 지속되었을 가능성이 오히려 높지, 정신병적 증상이 있는 상태를 상정하기 어렵다'는 의견을 제시하였고, 망인이 네이버 엑스퍼트에 질문한 내역(아래에서 살펴본다)들을 포함한 관련 자료를 토대로 '이 사건 유서의 내용들에서 사고의 장애나 환각 상태였다고 볼만한 근거는 크게 확인되지 않고, 망상으로 인하여 이 사건 유서를 작성하였다고 볼만한 정신병리적 상태는 확인되지 않는다', '망상이나 환각, 항우울제 복용의 부작용이라고 판단할만한 근거는 확인되지 않는다'는 의견을 제시하였다.

망인의 아버지 또한 수사기관에서 '망인의 생전 건강상태는 양호하였고 자살을 시도하거나 암시하는 듯한 언행은 전혀 없었다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인이 불안정한 심리상태에서 이 사건 유서를 작성하였다고 하더라도 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 정황을 찾기 어렵다.

(3) 허위 내용으로 피고인들을 무고할 동기의 부재

망인이 피고인들에 대한 악감정을 가지고 있었다거나 음해하려고 하였다는 정황은 찾을 수 없다.

오히려 검찰조사에서, 피고인 1, 피고인 2는 '망인이 자신들에게 원한을 품을 만한 일이라든지, 자신들이 망인에게 섭섭한 행동을 한 일이 없었다'는 취지로 진술하였고, 피고인 3도 '망인을 괴롭히거나 금품을 뺏거나 사이가 안 좋았던 이유가 없었다'고 진술하였다.

특히 피고인 2는 망인이 캐나다에서 귀국한 후에도 망인과 꾸준히 교류하였고 망인의 장례식 기간 내내 장례식장을 지키면서 그곳에서 잠을 자기도 하였는바, 망인과 친분이 두터웠던 것으로 보인다.

이 사건 유서로 인해 피고인들에 대한 수사절차가 진행되더라도 망인에게 어떠한 이익이 있다고 볼 만한 정황도 찾을 수 없고, 달리 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수 없다.

(4) 이 사건 유서의 내용 자체의 신빙성

① 이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들, 망인과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들, 망인이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용(정확한 범행시점, 범행 장소인 학교의 명칭)에 대해서는 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 내용 자체에서 모순되거나 비합리적인 부분은 찾을 수 없다.

② 이 사건 유서는 망인이 피고인들과 함께 술에 만취한 피해자를 강간하였다는 것으로서 중대한 범행을 고백하는 내용이다.

이는 피고인들에게만 일방적으로 불리한 것이 아니라 망인에게도 불리한 내용을 담고 있는바, 이는 이 사건 유서 내용의 진정성을 뒷받침하는 사정이다.

③ 피해자는 수사기관에서 '망인, 피고인 1은 중학교 당시 개인적으로 알고 지내는 사이가 아니었다.

얼굴을 보면 기억날 수도 있을 것 같은데 지금은 전혀 기억이 나지 않는다'는 취지로 진술하였는바, 학년이 다른 피해자와 망인이 그 당시는 물론, 이후에도 별다른 친분이나 교류가 없었던 것으로 보인다.

그런데 이 사건 유서에는 피해자의 이름이 정확하게 특정되어 있다.

망인이 피고인 2의 중학생 시절 여자친구에 불과한 피해자의 이름을 사건 발생일로부터 15년이 지난 시점까지 정확하게 기억하여 피해자가 관련된 허위 사실을 망상으로 꾸며냈다고 보기는 어렵고, 오히려 망인이 이 사건 범행에 대한 자책이나 후회 등으로 피해자의 이름을 오랜 기간 기억하고 있었다고 봄이 자연스럽다[피고인 2는 수사기관에서 "망인이 작년(2020년) 9월에서 10월경 사이에 저에게 뜬금없이 전화해서 '너 공소외 2(피해자)라고 기억하냐'라고 물었다.

그래서 '그럼 기억하지, 여자친구였잖아'라고 했고, 다시 망인이 '다른 건 기억이 안 나냐'라는 정도로 물었다"는 취지로 진술하였는바, 망인은 피고인 2와의 대화에서도 피해자의 이름을 기억하고서 먼저 언급하였다].

(5) 이 사건 유서의 내용에 부합하는 구체적이고 외부적인 정황

이 사건은 망인이 남긴 이 사건 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었고, 피해자는 이 사건 유서의 내용을 알지 못한 채 수사기관에서 진술한 것으로 보인다.

그런데 아래에서 보는 바와 같이 피해자가 한 진술을 포함한 당시 상황은 이 사건 유서의 내용과 상당 부분 부합한다.

① 피해자가 망인 및 피고인들과의 음주 후 만취한 사실, 그 직후 피해자의 신체 상태와 산부인과 진료 등

이 사건 유서에는 '정확한 시점은 기억나지 않으나 2006년 겨울방학 전 망인과 피고인들, 피해자가 함께 술을 마신 후 학교 벤치에서 망인과 피고인들이 만취한 피해자를 순차로 강간 등을 하였다'고 기재되어 있다.

망인이 그 시기를 '2006년 겨울방학 전'이라고 특정한 것으로 보아 망인은 그 시점을 2006년 늦가을 내지 초겨울로 기억한 것으로 보인다.

그런데 피고인들의 수사기관 진술, 피해자의 수사기관 진술, 피해자 어머니 공소외 7의 경찰 진술과 위 공소외 7이 작성한 가계부 사진에 의하면, 피해자는 실제 2006. 11. 19. 망인, 피고인들과 함께 술을 마신 후 몸을 가누지 못할 정도로 만취하여 귀가한 사실이 인정된다.

피해자는 수사기관에서 당시 자신의 상태에 대하여 '귀가 당시 신고 있던 스타킹이 찢어져 있었고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 많이 묻어있어 깜짝 놀랐다.

만약 생리 중이었다면 제가 속옷에 묻어있는 피를 보고 그렇게까지 놀라지 않았을 것이다.

당시 사타구니 부분이 계속 아파 걷는 것이 불편했고, 다리를 벌리면 아팠다.

밑에 성기 부분이 뭔가 뺨 뚫린 느낌이 들었다.

살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었다.

이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다'고 진술하였다.

피해자는 2006. 11. 20. 공소외 5 산부인과의를 방문해 냉검사를 한 결과 질염이 확인되어 항생제 등을 처방받은 한편, 임신을 걱정하여 사후피임약을 처방받기도 하였다.

한편, 피고인 2는 수사기관에서 '망인이 유학을 간다고 하여 만나러 나갔다가 망인, 피고인 3, 피고인 1과 술을 마셨고, 누군가 피해자를 부르자고 하여 피해자를 불러 피해자도 같이 술을 마셨다.

그 날 외에 피해자와 같이 술을 마신 적은 없다'고 진술하였다.

이와 같이 이 사건 유서의 내용은 당시 있었던 술자리 및 피해자의 신체 상태와 부합하고, 중학교 2학년의 어린 나이였던 피해자가 산부인과를 방문해 진료를 받고 사후피임약까지 처방받은 것으로 보아 피해자와 그 어머니 또한 당시 성관계가 있었을 가능성을 걱정했던 것으로 보인다.

② 피해자가 술을 마시게 된 동기와 마신 술의 종류, 술을 마신 방법

이 사건 유서에는 "술자리에 온 피해자에게 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷 하라고 말했고 피해자가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 피해자는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었다"는 취지로 기재되어 있다.

피해자는 수사기관에서 "소주병을 나발로 원샷 하면 피고인 2를 불러주겠다 이런 느낌으로 말을 해서 술을 마셨던 것 같다", "소주 한병을 원샷 했던 것 까지는 기억난다"고 진술하였다.

피해자가 술을 마시게 된 동기가 피고인 2와 깊이 관련되어 있는 점, 피해자가 마신 술이 소주이고, 소주 한병을 단번에 마셨다는 점에서 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과 부합한다.

특히 이 사건 유서와 피해자의 진술에는 '소주 한 병을 원샷했다'는 부분이 공통적으로 있는바, 위와 같은 음주 방식은 매우 이례적임에도 이 사건 유서와 피해자의 진술이 정확히 일치하고 있다.

피고인 2의 변호인은 '당시 피고인 2와 피해자가 이미 사귀는 사이였으므로 이 사건 유서 중 위 내용은 사실과 맞지 않다'고 주장하나, 피해자는 수사기관에서 '피고인 2와 2006. 1.경 한 달 사귀고 헤어졌는데, 제가 계속 피고인 2를 혼자 좋아하고 있었다'고 진술하였는바, 이에 비추어 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

③ 당시 상황을 주도한 사람, 술을 마신 장소 등 기타의 사정

㉠ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 '피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 제안하여 피해자를 술자리에 부르게 되었고, 피고인 3이 '망인과 피고인 1에게 성관계를 하고 싶으면 콘돔을 구해 오라'고 해서 이를 구한 후 교명이 기억나지 않는 학교로 갔더니 이미 피해자의 옷이 다 벗겨져 있었다"는 취지로 기재되어 있다.

한편, 피해자는 수사기관에서 "피고인 3이 그때 당시에 그 남자 무리에서 제일 썸 느낌이였다.

리더 느낌이였다", "저랑 피고인 3이랑 놀이터에서 그네를 탔던 것 같다.

그때는 이미 제가 엄청 취했던 후인 것 같다.

놀이터 같은 곳에서 그네를 탔는데 그때는 피고인 3이랑 저만 있었다"고 진술하였다.

당시의 상황을 피고인 3이 주도하였던 점, 범행이 일어난 장소, 망인과 피고인 1이 도중에 잠시 자리를 비웠던 점 등에 있어서 이 사건 유서의 내용과 피해자의 진술은 부합한다.

피고인 1도 수사기관에서 '당시 망인과 편의점에 술을 사러 갔던 것은 기억난다'고 진술하였는바, 이는 망인과 피고인 1이 중간에 잠시 자리를 비웠다는 이 사건 유서의 내용과 모순되지 않는다.

㉠ 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자를 집에 데려다주고, 다음날에 피해자가 팔에 기브스를 한 채로 등교하였다'고 기재되어 있다.

그런데 피고인 2는 수사기관에서 "피해자를 집 문 앞까지 데려다 주었다", "피해자가 술 마시고 귀가한 다음날 학교에 온 것으로 알고 있는데, 손에 깁스를 하고 있었던 것까지 기억을 한다.

손가락 인대가 늘어났다고 했던 것을 기억한다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 위 내용은 피고인 2의 진술에 부합한다.

한편, 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 팔에 깁스를 한 사실이 있는지에 관한 질문을 받고서 "수사관님한테 들으니깐 깁스를 했었나 싶기도 한데, 확실한 건 석고까지 해서 깁스를 한 건 아니었고 목에다 두르고 팔만 고정시키는 거를 했을 거 같기는 한데, 정확하게는 기억이 안 난다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과도 모순되지 않는다.

④ 망인의 인터넷 검색어 및 유료 법률상담 내역

망인은 자살하기 한 달 여 전인 2021. 2. 21.부터 2021. 3. 26.까지 인터넷 네이버 사이트에서 '공소시효', '민법상성년공소시효', '공소시효소급적용', '청소년특수강간자수', '성폭력처벌법', '중학생성범죄공소시효', '중학생특수강간공소시효', '특수강간집행유예', '과거집단성폭행공소시효' 등 이 사건과 밀접히 관련된 키워드로 검색을 하였다.

또한 망인은 2021. 1. 11.부터 같은 해 3. 1.까지 네이버 익스퍼트의 유료 법률상담을 통해 '민법상 성년 나이 개정 후 공소시효의 기산점', '미성년자일 때 공소시효가 중단된 경우 성년인 경우 언제부터 공소시효가 다시 진행되는지', '민법상 성년 나이 개정 전후의 아동·청소년성보호법이나 성폭력범죄의처벌법의 공소시효 기산일'에 관하여 수회에 걸쳐 상담한 사실이 인정된다.

위와 같은 검색어나 법률상담 내역들은 이 사건 유서에 기재된 범행 내용과 밀접하게 관련되어 있고 망인이 이 사건 유서의 말미에 '공소시효도 남았고...'라고 기재한 것은 위와 같은 검색과 법률상담을 토대로 한 것으로 보인다.

위와 같이 망인이 관련 내용을 검색하고 유료로 법률상담을 받은 것은 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고서 한 행동으로 봄이 타당하고, 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드가 일부 포함된 것만으로 달리 보기는 어렵다.

(6) 기타 사정들에 대한 검토

① 피해자의 술자리 동석 경위

피해자는 수사기관에서 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술 마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 공소외 4와 함께 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였고, 공소외 4는 수사기관 및 원심 법정에서 '망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 있다는 이야기를 듣고 피

해자에게 같이 가자고 연락하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

그런데 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자와 문자를 주고받고 있었는데, 피고인 3이 피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 피해자를 불렀다'는 취지로 기재되어 있다. 그렇다면 피고인들의 주장과 같이 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관하여 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 진술이 다소 엇갈리기는 것처럼 보이는 한다.

그러나, ㉠ 위 부분은 이 사건 유서에 기재된 범행의 주요 부분이 아닐뿐더러, 이 사건은 발생일로부터 15년이 지나 수사가 개시되었으므로 시간의 경과에 따라 관련 당사자들의 기억이 희미해지거나 부정확해질 수 있는 점, ㉡ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다"라고만 기재되어 있을 뿐, 누가, 어떤 방식으로 피해자를 불렀는지에 대한 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않아 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 위 진술이 양립 불가능하다고 볼 수 없는 점, ㉢ 당시 공소외 4는 술자리에서 함께 술을 마시던 중 혼자서 먼저 귀가하였는바, 그 이후에 이 사건 유서에 기재된 범행이 발생한 것이라면 망인이 이 사건 유서에 굳이 공소외 4에 관한 사실까지 기재할 필요를 느끼지 못했을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 보면, 피해자가 술자리로 오게 된 경위에 관한 위와 같은 사정만으로 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수 없다.

㉡ 산부인과 진료와 피해자의 신체에 남은 성폭행 피해 흔적 관련

피고인들의 변호인은 "만일 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면, 피해자의 신체에 피해의 흔적이 남아있었어야 자연스러운데, 당시 피해자를 진료했던 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 질염의 유무를 확인하는 냉검사를 시행한 후, 피해자의 어머니에게 불안하면 혹시 모르니 사후피임약을 처방해 주겠다'고 말했을 뿐 수사기관에 피해자의 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 흔적을 찾지 못하였으므로 실제 피해자와 사이에 성관계가 있었는지도 의심이 된다"는 취지로 주장한다.

비록 당시 위 산부인과에서 성폭행과 관련된 검사를 진행하거나 당시 산부인과 의사가 경찰에 신고하는 등의 조치를 취하지는 않았으나, ㉠ 당심 전문심리위원 공소외 8(산부인과 전문의)은 '성경험이 없는 14세 피해자에게 준유사강간, 준강간을 당한 경우 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극을 확인할 수 없는 경우도 있다', '산부인과 검사를 통해 성폭행 또는 성행위 여부를 판단하기는 어렵고, 대부분은 환자의 호소를 통해 이를 판단할 수 있다'는 의견을 밝힌 점, ㉡ 피해자는 술에 만취하여 당시의 상황을 기억하지 못하였는바, 성폭행 사실 여부를 확신하지 못한 피해자나 그 어머니는 산부인과 방문 당시 이에 대하여 적극적으로 호소하지 못하였고, 이에 위 산부인과에서도 사후피임약 처방 외에 추가적인 검사나 조치를 취하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 오히려 앞서 본 바와 같이 피해자는 "하의 속옷에 피가 묻어있어 깜짝 놀랐고, 사타구니 부분이 아팠으며, 성기 부분이 뻥 뚫린 느낌이 들었다"고 진술하였는바, 이는 성관계가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정인 점, ㉣ 당시 중학교 2학년이었던 피해자의 어린 나이를 고려하였을 때 평일에 등교하지 않고 산부인과를 방문하여 사후피임약을 처방받았다는 사실은 통상적이지 않은 사정인 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수는 없다.

- ③ 피고인 1, 피고인 3의 변호인은 '이 사건 유서에 기재된 범행이 일어난 2006. 11. 19. 서울의 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 추운 밤 야외에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 저체온증 등으로 피해자의 신체에 이상 징후가 발생할 수도 있는데 그러한 정황이 발견되지 않았다'는 사정을 들어 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성을 다룬다.

그러나 ㉠ 이 사건 유서의 내용만으로 당시 피해자가 전라 상태였는지 여부가 반드시 명확하다고 보기는 어려운 점, ㉡ 성행위 도중에는 피고인들, 망인과 피해자의 신체가 밀접하게 접촉되어 피해자의 체온이 어느 정도 유지될 수 있었을 것으로도 보이는 점, ㉢ 이 사건 유서에 기재된 것처럼 피해자가 옷을 벗은 상태에서 소변을 보았다면, 이를 닦은 후 다시 옷을 입힐 경우 몸이 젖어있는 시간은 그리 길지 않았을 것인 점, ㉣ 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 전반적인 몸 상태에 대해 '온몸이 다 아팠던 것 같다.

지금 표현으로 하면 삭신이 쏘는 느낌이라고 표현할 수 있는데, 그 다음날 학교를 못 갔던 것 같다'는 취지로 진술하기도 하였는바, 피해자의 신체 전반에 이상 징후가 없었다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척하기도 어렵다.

- ④ 피고인 2의 변호인은 이 사건 유서의 내용 중 '피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였다'는 부분에 관하여, 당시의 휴대전화에 탑재된 카메라의 성능에 비추어 어두운 야외에서 동영상 촬영이 불가능하였을 것임을 지적한다.

그러나 위 변호인이 제출한 자료(2022. 6. 30.자 변론요지서 첨부 참고자료)에 의하더라도 그 무렵 출시되던 휴대전화도 디지털 카메라, 동영상 재생기능 등을 갖추고 있었던 것으로 보이는바, 변호인이 주장하는 위 사정은 이 사건 유서의 특신상태에 아무런 영향을 미치지 못한다.

⑤ 원심은, '망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건 당시 모여서 술을 마신 사실 정도만 어렵듯이 기억하고 있을 뿐 모두 술자리가 만들어지게 된 경위 및 장소, 술자리의 참석자, 술자리가 종료된 이후의 사정 등 이 사건에 대한 세부적이고 구체적인 내용에 대해서는 명확히 기억하지 못하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 세부적이고 구체적인 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 대단히 이례적이다'라고 보았다.

그러나 피해자의 경우 정신을 잃을 정도로 술에 만취하였으므로 당시 상황을 기억하지 못하는 것이 자연스럽고, 피고인들의 경우 자신들의 범행을 숨기기 위하여 당시의 상황에 대하여 '기억나지 않는다'고 진술할 가능성을 배제할 수 없는바(피고인들은 대체로 '이 사건 당일 피해자를 간음한 사실이 있는지가 기억나지 않는다'는 취지로 진술하면서 이 사건 공소사실을 부인하고 있다), 이를 고려하면 '망인만이 이 사건 당시의 상황을 생생하게 기억하고 있음'을 전제로 한 위 판단은 받아들일 수 없다.

3) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)의 성립에 관하여

원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공소사실에 부합하는 이 사건 유서의 내용 및 이를 뒷받침하는 피해자의 진술은 신빙성이 인정되고, 이 사건 공소사실은 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 봄이 타당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 유서의 증거능력 및 증명력이 없다고 판단하고서 공소사실의 증명이 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 채증법칙 위반으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

(1) 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성

앞서 본 바와 같이 이 사건 유서는 망인이 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 범행을 저지른 공범들에 대한 수사와 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로서, 그 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황을 찾을 수 없고, 망인이 이 사건 유서의 작성 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기도 어렵다.

또한 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수도 없다.

이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단되게 된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용에 대해서도 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 기재 내용은 신빙성이 인정되고, 앞서 본 바와 같은 피해자의 술자리 동석 경위에 관한 공소외 4, 피해자의 진술 내용이나, 이 사건 다음날 피해자가 산부인과 진료를 받으면서 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극이 확인되지 않았던 것으로 보이는 사정 등만으로는 달리 볼 수 없다.

(2) 이 사건 유서 내용을 뒷받침하는 피해자 진술의 신빙성

피해자는 수사기관에서 "피고인 3 등과의 2006. 11.경 술자리에서 정신을 잃을 정도로 만취하였고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 묻어있어 놀랐으며, 당시 사타구니 부분이 아파서 걷는 것이 불편했고, 성기 부분이 뺑 뚫린 느낌이 들었는데 살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었고, 이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다"는 취지로 일관되고 구체적으로 진술하였다.

이 사건은 망인이 남긴 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었던 점, 피해자는 15년이 넘는 기간 동안 이 사건에 대해 고소 등을 하지 않고 지내왔던 점, 그 밖에 피해자와 피고인들의 관계 등을 감안하면, 피해자가 피고인들에게 불리한 내용으로 허위 진술을 한다고 보기 어렵고, 달리 피해자가 허위 진술을 할 동기나 이유를 찾을 수 없으며, 피해자가 착오에 빠져 사실과 다른 진술을 한다고 볼 정황도 찾기 어렵다.

또한 피해자의 진술은 당시 산부인과 진료 내역과도 부합한다.

이와 같은 정황에다가 앞서 본 피해자의 진술을 통해 알 수 있는 피해자의 신체 상태 등은 이 사건 당시 피해자에 대한 성행위가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정이다.

(3) 시간적, 장소적 협동관계의 성립

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제6조 제3항, 제1항의 '2인 이상이 합동하여 형법 제299조(준강간)의 죄를 범한 경우'에 해당하려면, 피고인들이 공모하여 실행행위를 분담하였음이 인정되어야 하는데, 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하고 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하고, 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다면 실행행위를 분담한 것으로 인정된다(대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결 등 참조).

이 사건 유서의 내용에 의하면, 피고인 3은 피해자를 부를 당시 피고인 2에게 '피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 하였는바, 피해자를 상대로 한 성행위를 염두에 둔 것으로 보이고 나머지 피고인들과 망인도 이러한 사정을 알았을 것

인 점, 피고인 3은 피해자에게 피고인 2와의 교제를 내걸면서 피해자가 급히 소주를 마시도록 하여 피해자를 만취하게끔 한 사실, 피고인 3의 제안에 따라 피고인 1과 망인이 콘돔을 구한 후 피해자가 있던 장소로 간 사실, 피고인 3이 만취하여 정신을 잃은 피해자에게 유사성행위를 하였고, 그 직후에 망인, 피고인 1, 피고인 2가 순서대로 피해자를 간음한 사실, 비록 피고인 3이 간음행위 자체는 하지 않았더라도 위와 같이 이 사건 범행에 있어 주도적인 역할을 하고 가장 먼저 피해자를 상대로 유사성행위를 함으로써 나머지 피고인들과 망인이 피해자에 대한 간음행위에 나아가게끔 한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인들과 망인이 준강간 범행에 대한 공동가공의 의사에 따라 시간적·장소적으로 협동하여 술에 만취한 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다고 할 수 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다 음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

망 공소외 1이 작성한 이 사건 유서는 작성 경위, 피고인들과의 관계, 구체적인 기재 내용, 피해자의 산부인과 진료기록 과 피해자 어머니의 가계부 기재 내용 및 피해자 등의 진술에 부합하는 점 등에 비추어 특별히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것으로서 형사소송법 제314조에 따라 증거능력이 인정되고, 그 신빙성도 인정된다.

그럼에도 이 사건 유서의 증거능력 및 신빙성이 없다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지

피고인 1은 2015. 9. 8. 서울남부지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치사상)죄 등으로 징역 8개 월 집행유예 2년을 선고받고 2015. 9. 16. 그 판결이 확정되었다.

피고인들과 망 공소외 1(2021. 3. 31. 사망)은 2006년경 ○○중학교 3학년에 재학하였던 학생들로 서로 친구사이이고, 피해자 공소외 2(여, 당시 14세)는 당시 같은 학교 2학년에 재학하였던 학생으로 피고인 2와 교제하다 헤어진 사이 였다.

피고인들과 공소외 1은 2006. 11. 19. 저녁경 서울 양천구 ○○동○○○○○ 부근에서 술을 마시던 중 피해자가 여전히 피고인 2를 좋아한다는 사실을 알고 피해자를 불러내 술을 마시게 한 후 그녀가 술에 취하면 피고인 2로 하여금 피 해자와 성관계를 가지게 하기로 계획하였다.

이에 따라 피고인들과 공소외 1은 위 ○○○○○ 부근 놀이터로 피해자를 불러내 미리 준비한 소주를 주며 "소주 한 병 을 한 번에 마시면 피고인 2를 사귀게 해 주겠다"고 말하여 피해자로 하여금 이를 마시게 하고, 그래도 피해자가 취 한 모습을 보이지 않자 피고인들과 공소외 1은 다시 피해자에게 소주 한 병을 주며 위와 같이 말하여 결국 이를 모 두 마신 피해자가 정신을 잃고 쓰러지자 피고인들과 공소외 1은 순번을 정하여 한 사람씩 술에 만취한 피해자를 간 음하기로 공모하였다.

이후 피고인들과 공소외 1은 같은 날 심야경부터 다음 날 새벽 4시경 사이 술에 만취하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 ○○○○○ 인근 초등학교에 있는 벤치로 옮겨 옷을 벗긴 후, 피고인 3은 피해자에게 유사성행위를 하고, 계속하여 공소외 1, 피고인 1, 피고인 2가 순차적으로 피해자를 간음하였다.

이로써 피고인들은 공소외 1과 합동하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은, 망 공소외 1(이하 '망인'이라 한다)이 2021. 3. 31. 자살하면서 작성한 이 사건 공소사실 기재 범행이 기재된 자필 유서(증거순번 26, 이하 '이 사건 유서'라고 한다)는 전문증거로서, 형사소송법 제314조 단서에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 아래 사정들에 비추어 이 사건 유서에 나타난 망인의 진술은 그 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 증거가 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르렀다고 볼 수 없으므로 이 사건 유서는 증거능력이 없고, 설령 그 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 그 신빙성이 인정되지 않는다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 이 사건 유서의 증거능력 인정 여부

가) 이 사건 유서 작성 당시 망인의 심리상태

① 망인은 세무사 시험을 2년간 준비하였다가 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인 아버지의 진술에 의하면, 망인은 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으며 괴로워했고, 그 때부터 약 20kg 가량 체중이 증가한 점, ② 망인은 2017. 10. 25.경부터 2021. 3. 20.경까지 정신건강의학과에서 55회에 걸쳐 경도우울에피소드로 진료를 받은 점, ③ 망인의 친구 공소외 3은 '망인이 사망 당시 세무사 시험에 아깝게 떨어져 많이 힘들어했고, 당시 2년간 사귀 여자친구와 헤어진 지 한두 달 정도 되었으며, 우울증 관련 약을 시험준비를 하면서부터 먹었으나 약을 먹으면서부터 살이 많이 찐다고 고했었다가 다시 먹었는지 여부를 잘 모르겠다', '망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때의 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'는 취지로 진술한 점, ④ 망인은 2021. 3. 1.경부터 꾸준히 인터넷에서 자살과 관련된 검색어를 검색하였는바, 상당기간 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 추정할 수 있다.

우울장애의 심각도가 높아지면 망상 혹은 환각이 발생할 수 있는 것으로 알려져 있는바, 이와 같은 심리상태에서 망인이 작성한 이 사건 유서는 허위 개입의 여지가 없을 만큼 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 인정된다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 공소사실과 관련된 진술내용에 관한 여러 사정들

다음과 같은 사실 또는 사정들을 고려하면, 이 사건 유서는 그 내용에 있어서도 반대신문을 통하지 않더라도 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 수 있다고 보기 어렵다.

(1) 피해자가 이 사건 현장에 가게 된 경위

이 사건 유서에 의하면, 피해자가 술자리에 참석하게 된 경위가 '피해자를 부르면 성관계를 갖게 해주겠다는 피고인 3의 제안에 따라 피고인 2가 피해자를 술자리로 불렀다'는 것이므로, 이는 망인 및 피고인들의 특수강간 범행의 계획 또는 사전모의로 평가할 만한 내용이다.

따라서 이 사건 유서의 내용 중 피해자가 술자리에 참석한 경위에 관한 진술은 범행의 계기 내지 동기에 해당되는 것으로 이 사건에서 상당히 중요한 의미를 가지는 내용이다.

그런데, 피해자는 이 사건 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였는바, 이는 이 사건 유서의 내용과 배치된다.

공소외 4는 '이 사건 당시 술자리에 간 사실이 있는데, 망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 동석한다는 사실을 알고 피해자에게 같이 가자고 제안하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

위 공소외 4의 진술 역시 이 사건 유서의 내용과 배치되고 오히려 피해자의 진술과 일치한다.

위와 같은 피해자 및 공소외 4의 진술에 비추어볼 때, 이 사건 유서 중 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관한 부분은 사실에 부합한다고 보기 어렵다.

(2) 망인 및 피고인들과 성관계가 있었는지 여부

이 사건 유서의 내용 중 핵심적인 것은 피고인 3이 피해자를 상대로 유사성행위를 하고 망인, 피고인 1, 피고인 2 순으로 성관계를 하였다는 부분이다.

이와 관련하여 피해자는 수사기관에서 '이 사건 다음 날 속옷에 피가 묻어 있었고, 그 전까지 성경험이 없었는데, 다리를 벌리면 아팠고 아래가 뻥 뚫린 느낌이 들었기 때문에 성폭행을 당하였을지 모른다는 생각이 들었다'는 취지로 진술하였다.

만약 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면 피해자의 신체에 피해 흔적이 남아있었어야 자연스럽다.

그런데 피해자가 이 사건 다음날 산부인과 진료를 받았지만, 피해자를 진료한 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 냉검사(질내에 면봉을 삽입하여 질내 분비물을 채취한 다음 질염의 유무를 확인하는 검사)를 시행한 후 피해자의 어머니에게 확실치 않지만 걱정이 되면 사후피임약을 처방해 주겠다고 말하면서 피해자에게 사후피임약을 처방해 주었을 뿐, 법령상 의무에 따라 수사기관에 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 피해자의 처녀막 파열 상태나 회음부의 물리적 자극 등을 발견하지 못했던 것으로 보인다.

한편, 위와 같은 피해자의 진술은 추측성 진술에 불과하므로 피해자의 진술만으로 피해자가 성폭행을 당하였다고 단정하기도 어렵다.

그러므로 이 사건 유서의 내용 중 피고인 3의 유사성행위 및 망인, 피고인 1, 피고인 2 순의 성관계 부분 역시 반대신문 등을 거치지 아니한 채 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

(3) 그밖에 사정들

① 이 사건은 약 15년 전에 발생하였던 일이다.

사람의 기억에는 한계가 있을 수밖에 없고, 특히 중학생에 불과하던 망인이나 피고인들이 이 사건 당시 술을 마신 상태라면 그 기억이 특히나 온전하지 못하였을 것이라고 충분히 짐작할 수 있고, 망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건의 세부적이고 구체적인 내용에 대해서 명확히 기억하지 못하고 있다.

그러나 망인은 유서를 통해 당시 세부 내용까지 단정적으로 분명하게 표현하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 이례적이다.

② 검사가 특정한 일자는 2006. 11. 19.인데, 위 일자의 기상기록에 따르면 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 이와 같이 기온이 낮은 날 학교 벤치에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 피해자의 신체에 이상 징후가 충분히 발생할 수도 있는 상황이었으나 그러한 정황도 발견되지 않았다.

③ 망인은 자살하기 전 네이버 사이트에서 공소시효, 성폭력처벌법, 특수강간자수, 중학생성범죄공소시효, 중학생 특수강간공소시효, 집단성폭행 공소시효 등 이 사건과 관련이 있는 키워드로 검색한 사실이 있었던 것으로 보인다. 그런데, 망인은 절도후강간, 특수절도후강간, 강도강간죄자수, 특수강도강간집행유예 등 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드로 검색한 사실 또한 있었던 것으로 보이는바, 검사의 주장과 같이 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고 그 관련 내용을 검색해 보았다고 단정하기도 어렵다.

④ 망인이 자살 전 가족이나 친구 등에게 이 사건에 관하여 언급하였다고 볼 만한 정황은 전혀 발견할 수 없다.

만일 망인이 자살에 이르게 될 정도로 이 사건과 관련된 죄책감을 가지고 있었으면서도 이 사건 발생 후 약 15년 동안 한 번도 피고인들에게 이 사건을 언급하거나 피해자에게 사죄의 마음을 표시하지 않았다는 것도 다소 이해하기 어렵다.

특히, 망인의 친구 공소외 3은 망인이 사망 무렵 학교 폭력을 언급하면서 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을 까라는 말을 몇 번 하였다고 진술하였는바, 망인이 이 사건 공소사실 기재 범행을 저질렀고 이에 대하여 크나큰 죄책감을 가지고 있었음에도 공소외 3에게 자신의 학교 폭력 사실을 고백할 때 이 사건에 대하여 전혀 언급하지 않았다는 것은 납득하기 어렵다.

2) 이 사건 유서의 신빙성에 대한 판단

설령, 이 사건 유서의 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 공소사실에 부합하는 유일한 증거인 이 사건 유서는 앞서 본 바와 같이 핵심적인 내용이 피해자와 공소외 4의 진술, 그밖에 객관적인 정황과 배치되는 점, 피해자의 진술에 의하더라도 이 사건 당시 성폭력을 당하였는지 여부가 명확하지 않다는 것이고, 이 사건 직후 이루어진 산부인과 진료과정에서 성폭력의 흔적이 발견되지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 유서는 이를 그대로 믿기 어려우므로 이 사건 유서의 기재만으로 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이 법원의 판단

1) 관련 법리

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위해서는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

여기서 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011도17620 판결 등 참조).

2) 이 사건 유서의 증거능력 판단

가) 망인이 사망한 후 소지품으로 망인의 자필로 작성된 유서 2개가 발견되었는데, 그 중 하나는 가족들을 위해 남긴 유서이고 또 다른 유서가 이 사건 유서(증거순번 26)이다.

그 구체적인 내용은 다음과 같다.

정확한 시점은 기억이 나질 않지만 2006년 제가 중학교 3학년 겨울방학 전 일어난 일인 것 같습니다.

○○○○○ 근처에서 피고인 3, 피고인 2, 그리고 피고인 1이랑 4명이서 놀고 있었는데 피고인 2를 좋아하던 1살 어린 공소외 2주1)라는 여자애와 피고인 2가 문자를 서로 주고받고 있었는데 갑자기 피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다.

여자애가 온 후에 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷하라고 말했고 그 여자애가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 그리고 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 그 여자애는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었습니다.

피고인 3이 저와 피고인 1에게 너희도 해보라고 하고 싶으면 콘돔을 구해오라고 해서 구한 후 정확히 어디 학교인지는 기억이 나질 않지만 그 학교로 빨리 오라고 해서 갔는데 이미 그 여자애의 옷은 다 벗겨져 있었고 그 여자애가 땅바닥에 누워있어서 벤치로 옮겨달라고 해서 4명이서 들고 벤치로 옮겼습니다.

피고인 3은 그 여자애에게 유사성행위를 하고 있었습니다.

그리고 피고인 2, 피고인 1, 그리고 저에게도 해보라고 해서 저, 피고인 1 그리고 피고인 2 순으로 성관계를 했습니다.

피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였고, 피고인 2는 관계를 하는 도중에 그 여자애가 소변을 보아 모든 게 중단되었습니다.

피고인 3은 바로 자신이 아는 형을 불러서 오토바이를 타고 왔는데 빨리 옷을 입혀서 집으로 보내라고 하고 둘이 오토바이를 타고 사라졌고 피고인 2가 그 여자애를 집에 데려다주고 다음 날에 그 여자애가 팔에 기브스를 한 채로 등교하고 그날 무슨 일이 있었는지 기억하지 못하고 모든 게 다 끝났습니다.

이제 와서 이렇게 글로 남기는 이유는 도대체 그날 왜 그런 잘못된 선택을 했는지 이해를 할 수도 없고 제 자신이 용서되지도 않기 때문입니다.

너무나 죄송합니다.

이 사건이 꼭 해결되기를.... 공소시효도 남았고...

나) 이 사건 유서는 망인이 작성한 자필 서류로서 전문증거인바, 피고인들이 이를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않았으므로 원칙적으로는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기일 또는 공판기일에서 그 작성자인 망인의 진술에 의하여 진정 성립이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

그러나 작성자인 망인이 2021. 3. 31. 사망하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하므로, 예외적으로 형사소송법 제314조에 따라 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 경우에 증거능력이 인정된다.

다) 원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 유서는 그 내용이나 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점이 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 유서는 형사소송법 제314조 단서에 규정된 '그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음'이 증명된 경우로서 증거능력이 인정되는바, 이 법원은 이 사건 유서를 증거로 채택한다.

(1) 이 사건 유서의 작성 경위

망인은 2021. 3. 31. 18:30경 자신의 집 방문에 설치한 턱걸이 봉에 끈을 이용해 목을 매는 방법으로 자살하였는데, 망인은 자필로 가족들을 위해 남긴 유서와 별도로 이 사건 유서를 작성하였다.

이 사건 유서는 망인이 자살을 결심하고서 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 이 사건 유서에 기재된 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로 보인다.

이 사건 유서의 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황은 찾을 수 없다.

(2) 망인의 학력 등과 이 사건 유서 작성 무렵 망인의 상태

① 망인은 국내에서 중학교를 졸업한 후 캐나다로 유학을 가 그곳에서 고등학교를 졸업하였고, 귀국 후 영어특기생으로 △△대학교□□과에 진학하였는데, 사망 당시에는 대학교 4학년 휴학 중이었다.

망인은 육군에서 병사로 군 복무를 마쳤다.

망인은 미혼으로 가족으로는 부모와 동생이 있었고, 사망 무렵 주거지에서 부모와 함께 거주하고 있었다.

이와 같이 망인의 학력 등이나 가정환경에서 특이한 사정은 찾아보기 어렵다.

② 망인은 2년간 세무사 시험을 준비하였으나 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인의 아버지는 '망인이 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으면서 괴로워했고, 그 때부터 체중이 약 20kg 가량 증가해 100kg 가까이 될 정도였다'고 진술하였다.

한편 망인의 친구 공소외 3은 '망인과는 사망하기 전날 밤까지 함께 술을 마셨고 주말에 같이 가평으로 여행을 가기로 약속까지 했었다.

망인이 세무사 시험에 떨어져 많이 힘들어했고, 망인이 2년간 사귀 여자친구와 1~2달 전 헤어졌는데 그 이후에도 서로 연락을 주고받을 정도로 사이가 나쁘지 않았다.

망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때 전학 오기 전에 있었던 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인은 사망할 무렵 세무사시험 불합격 등의 문제로 상당히 힘들어하면서도, 다른 한편으로 사망 전날 친구와 만나 술을 마시고 주말에 여행을 가기로 하는 등의 일상적인 모습을 보이기도 하였다.

③ 망인은 2017. 10. 25.부터 2021. 3. 20.까지 총 55회에 걸쳐 ◇◇의원을 방문해 '경도우울에피소드'를 주상병으로 진료를 받았다.

또한 망인은 2021. 3. 1.경부터 네이버 사이트에서 "살고싶지 않을 때", "우울증", "자살장례식", "목매사", "연예인자살", "자살", "번개탄", "새벽에자살", "목매사통증", "넥타이목매" 등 자살과 관련된 검색어로 검색을 하였다.

위와 같이 망인은 장기간 우울증 치료를 받아 왔고, 자살할 당시 공들여 준비한 세무사 시험에 낙방한 상태였으며, 자살하기 약 한 달여 전부터는 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 등 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 보이기는 한다.

그러나 한편, 망인을 진료해 온 위 ◇◇의원은 당심에서의 사실조회에서, 망인의 증상에 관하여 '망인이 우울, 불안 증상을 호소하였고, 환청, 망상 등의 정신병적 증상은 호소하지 않았으며, 현실 검증력은 유지되는 상태였다.

약물은 항우울제와 간헐적인 항불안제를 사용하였다'고 회신하였다.

또한 당심 전문심리위원 공소외 6(정신건강의학과 전문의)은 망인의 상태에 대하여 '반복적으로 경도 우울에피소드 상병으로 진료하였다는 것은 경도의 상태가 지속되었을 가능성이 오히려 높지, 정신병적 증상이 있는 상태를 상정하기 어렵다'는 의견을 제시하였고, 망인이 네이버 엑스퍼트에 질문한 내역(아래에서 살펴본다)들을 포함한 관련 자료를 토대로 '이 사건 유서의 내용들에서 사고의 장애나 환각 상태였다고 볼만한 근거는 크게 확인되지 않고, 망상으로 인하여 이 사건 유서를 작성하였다고 볼만한 정신병리적 상태는 확인되지 않는다', '망상이나 환각, 항우울제 복용의 부작용이라고 판단할만한 근거는 확인되지 않는다'는 의견을 제시하였다.

망인의 아버지 또한 수사기관에서 '망인의 생전 건강상태는 양호하였고 자살을 시도하거나 암시하는 듯한 언행은 전혀 없었다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인이 불안정한 심리상태에서 이 사건 유서를 작성하였다고 하더라도 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 정황을 찾기 어렵다.

(3) 허위 내용으로 피고인들을 무고할 동기의 부재

망인이 피고인들에 대한 악감정을 가지고 있었다거나 음해하려고 하였다는 정황은 찾을 수 없다.

오히려 검찰조사에서, 피고인 1, 피고인 2는 '망인이 자신들에게 원한을 품을 만한 일이라든지, 자신들이 망인에게 섭섭한 행동을 한 일이 없었다'는 취지로 진술하였고, 피고인 3도 '망인을 괴롭히거나 금품을 뺏거나 사이가 안 좋았던 이유가 없었다'고 진술하였다.

특히 피고인 2는 망인이 캐나다에서 귀국한 후에도 망인과 꾸준히 교류하였고 망인의 장례식 기간 내내 장례식장을 지키면서 그곳에서 잠을 자기도 하였는바, 망인과 친분이 두터웠던 것으로 보인다.

이 사건 유서로 인해 피고인들에 대한 수사절차가 진행되더라도 망인에게 어떠한 이익이 있다고 볼 만한 정황도 찾을 수 없고, 달리 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수 없다.

(4) 이 사건 유서의 내용 자체의 신빙성

① 이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들, 망인과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들, 망인이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용(정확한 범행시점, 범행 장소인 학교의 명칭)에 대해서는 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 내용 자체에서 모순되거나 비합리적인 부분은 찾을 수 없다.

② 이 사건 유서는 망인이 피고인들과 함께 술에 만취한 피해자를 강간하였다는 것으로서 중대한 범행을 고백하는 내용이다.

이는 피고인들에게만 일방적으로 불리한 것이 아니라 망인에게도 불리한 내용을 담고 있는바, 이는 이 사건 유서 내용의 진정성을 뒷받침하는 사정이다.

③ 피해자는 수사기관에서 '망인, 피고인 1은 중학교 당시 개인적으로 알고 지내는 사이가 아니었다.

얼굴을 보면 기억날 수도 있을 것 같은데 지금은 전혀 기억이 나지 않는다'는 취지로 진술하였는바, 학년이 다른 피해자와 망인이 그 당시는 물론, 이후에도 별다른 친분이나 교류가 없었던 것으로 보인다.

그런데 이 사건 유서에는 피해자의 이름이 정확하게 특정되어 있다.

망인이 피고인 2의 중학생 시절 여자친구에 불과한 피해자의 이름을 사건 발생일로부터 15년이 지난 시점까지 정확하게 기억하여 피해자가 관련된 허위 사실을 망상으로 꾸며냈다고 보기는 어렵고, 오히려 망인이 이 사건 범행에 대한 자책이나 후회 등으로 피해자의 이름을 오랜 기간 기억하고 있었다고 봄이 자연스럽다[피고인 2는 수사기관에서 "망인이 작년(2020년) 9월에서 10월경 사이에 저에게 뜬금없이 전화해서 '너 공소외 2(피해자)라고 기억하냐'라고 물었다.

그래서 '그럼 기억하지, 여자친구였잖아'라고 했고, 다시 망인이 '다른 건 기억이 안 나냐'라는 정도로 물었다"는 취지로 진술하였는바, 망인은 피고인 2와의 대화에서도 피해자의 이름을 기억하고서 먼저 언급하였다].

(5) 이 사건 유서의 내용에 부합하는 구체적이고 외부적인 정황

이 사건은 망인이 남긴 이 사건 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었고, 피해자는 이 사건 유서의 내용을 알지 못한 채 수사기관에서 진술한 것으로 보인다.

그런데 아래에서 보는 바와 같이 피해자가 한 진술을 포함한 당시 상황은 이 사건 유서의 내용과 상당 부분 부합한다.

① 피해자가 망인 및 피고인들과의 음주 후 만취한 사실, 그 직후 피해자의 신체 상태와 산부인과 진료 등

이 사건 유서에는 '정확한 시점은 기억나지 않으나 2006년 겨울방학 전 망인과 피고인들, 피해자가 함께 술을 마신 후 학교 벤치에서 망인과 피고인들이 만취한 피해자를 순차로 강간 등을 하였다'고 기재되어 있다.

망인이 그 시기를 '2006년 겨울방학 전'이라고 특정한 것으로 보아 망인은 그 시점을 2006년 늦가을 내지 초겨울로 기억한 것으로 보인다.

그런데 피고인들의 수사기관 진술, 피해자의 수사기관 진술, 피해자 어머니 공소외 7의 경찰 진술과 위 공소외 7이 작성한 가계부 사진에 의하면, 피해자는 실제 2006. 11. 19. 망인, 피고인들과 함께 술을 마신 후 몸을 가누지 못할 정도로 만취하여 귀가한 사실이 인정된다.

피해자는 수사기관에서 당시 자신의 상태에 대하여 '귀가 당시 신고 있던 스타킹이 찢어져 있었고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 많이 묻어있어 깜짝 놀랐다.

만약 생리 중이었다면 제가 속옷에 묻어있는 피를 보고 그렇게까지 놀라지 않았을 것이다.

당시 사타구니 부분이 계속 아파 걷는 것이 불편했고, 다리를 벌리면 아팠다.

밑에 성기 부분이 뭔가 뺨 뚫린 느낌이 들었다.

살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었다.

이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다'고 진술하였다.

피해자는 2006. 11. 20. 공소외 5 산부인과의를 방문해 냉검사를 한 결과 질염이 확인되어 항생제 등을 처방받은 한편, 임신을 걱정하여 사후피임약을 처방받기도 하였다.

한편, 피고인 2는 수사기관에서 '망인이 유학을 간다고 하여 만나러 나갔다가 망인, 피고인 3, 피고인 1과 술을 마셨고, 누군가 피해자를 부르자고 하여 피해자를 불러 피해자도 같이 술을 마셨다.

그 날 외에 피해자와 같이 술을 마신 적은 없다'고 진술하였다.

이와 같이 이 사건 유서의 내용은 당시 있었던 술자리 및 피해자의 신체 상태와 부합하고, 중학교 2학년의 어린 나이였던 피해자가 산부인과를 방문해 진료를 받고 사후피임약까지 처방받은 것으로 보아 피해자와 그 어머니 또한 당시 성관계가 있었을 가능성을 걱정했던 것으로 보인다.

② 피해자가 술을 마시게 된 동기와 마신 술의 종류, 술을 마신 방법

이 사건 유서에는 "술자리에 온 피해자에게 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷 하라고 말했고 피해자가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 피해자는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었다"는 취지로 기재되어 있다.

피해자는 수사기관에서 "소주병을 나발로 원샷 하면 피고인 2를 불러주겠다 이런 느낌으로 말을 해서 술을 마셨던 것 같다", "소주 한병을 원샷 했던 것 까지는 기억난다"고 진술하였다.

피해자가 술을 마시게 된 동기가 피고인 2와 깊이 관련되어 있는 점, 피해자가 마신 술이 소주이고, 소주 한병을 단번에 마셨다는 점에서 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과 부합한다.

특히 이 사건 유서와 피해자의 진술에는 '소주 한 병을 원샷했다'는 부분이 공통적으로 있는바, 위와 같은 음주 방식은 매우 이례적임에도 이 사건 유서와 피해자의 진술이 정확히 일치하고 있다.

피고인 2의 변호인은 '당시 피고인 2와 피해자가 이미 사귀는 사이였으므로 이 사건 유서 중 위 내용은 사실과 맞지 않다'고 주장하나, 피해자는 수사기관에서 '피고인 2와 2006. 1.경 한 달 사귀고 헤어졌는데, 제가 계속 피고인 2를 혼자 좋아하고 있었다'고 진술하였는바, 이에 비추어 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

③ 당시 상황을 주도한 사람, 술을 마신 장소 등 기타의 사정

㉠ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 '피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 제안하여 피해자를 술자리에 부르게 되었고, 피고인 3이 '망인과 피고인 1에게 성관계를 하고 싶으면 콘돔을 구해 오라'고 해서 이를 구한 후 교명이 기억나지 않는 학교로 갔더니 이미 피해자의 옷이 다 벗겨져 있었다"는 취지로 기재되어 있다.

한편, 피해자는 수사기관에서 "피고인 3이 그때 당시에 그 남자 무리에서 제일 썸 느낌이었다.

리더 느낌이었다", "저랑 피고인 3이랑 놀이터에서 그네를 탔던 것 같다.

그때는 이미 제가 엄청 취했던 후인 것 같다.

놀이터 같은 곳에서 그네를 탔는데 그때는 피고인 3이랑 저만 있었다"고 진술하였다.

당시의 상황을 피고인 3이 주도하였던 점, 범행이 일어난 장소, 망인과 피고인 1이 도중에 잠시 자리를 비웠던 점 등에 있어서 이 사건 유서의 내용과 피해자의 진술은 부합한다.

피고인 1도 수사기관에서 '당시 망인과 편의점에 술을 사러 갔던 것은 기억난다'고 진술하였는바, 이는 망인과 피고인 1이 중간에 잠시 자리를 비웠다는 이 사건 유서의 내용과 모순되지 않는다.

㉔ 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자를 집에 데려다주고, 다음날에 피해자가 팔에 기브스를 한 채로 등교하였다'고 기재되어 있다.

그런데 피고인 2는 수사기관에서 "피해자를 집 문 앞까지 데려다 주었다", "피해자가 술 마시고 귀가한 다음날 학교에 온 것으로 알고 있는데, 손에 깁스를 하고 있었던 것까지 기억을 한다.

손가락 인대가 늘어났다고 했던 것을 기억한다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 위 내용은 피고인 2의 진술에 부합한다.

한편, 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 팔에 깁스를 한 사실이 있는지에 관한 질문을 받고서 "수사관님한테 들으니까 깁스를 했었나 싶기도 한데, 확실한 건 석고까지 해서 깁스를 한 건 아니었고 목에다 두르고 팔만 고정시키는 거를 했을 거 같기는 한데, 정확하게는 기억이 안 난다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과도 모순되지 않는다.

④ 망인의 인터넷 검색어 및 유료 법률상담 내역

망인은 자살하기 한 달 여 전인 2021. 2. 21.부터 2021. 3. 26.까지 인터넷 네이버 사이트에서 '공소시효', '민법상성년공소시효', '공소시효소급적용', '청소년특수강간자수', '성폭력처벌법', '중학생성범죄공소시효', '중학생특수강간공소시효', '특수강간집행유예', '과거집단성폭행공소시효' 등 이 사건과 밀접히 관련된 키워드로 검색을 하였다.

또한 망인은 2021. 1. 11.부터 같은 해 3. 1.까지 네이버 엑스퍼트의 유료 법률상담을 통해 '민법상 성년 나이 개정 후 공소시효의 기산점', '미성년자일 때 공소시효가 중단된 경우 성년인 경우 언제부터 공소시효가 다시 진행되는지', '민법상 성년 나이 개정 전후의 아동·청소년성보호법이나 성폭력범죄의처벌법의 공소시효 기산일'에 관하여 수회에 걸쳐 상담한 사실이 인정된다.

위와 같은 검색어나 법률상담 내역들은 이 사건 유서에 기재된 범행 내용과 밀접하게 관련되어 있고 망인이 이 사건 유서의 말미에 '공소시효도 남았고...'라고 기재한 것은 위와 같은 검색과 법률상담을 토대로 한 것으로 보인다.

위와 같이 망인이 관련 내용을 검색하고 유료로 법률상담을 받은 것은 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고서 한 행동으로 봄이 타당하고, 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드가 일부 포함된 것만으로 달리 보기는 어렵다.

(6) 기타 사정들에 대한 검토

① 피해자의 술자리 동석 경위

피해자는 수사기관에서 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술 마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 공소외 4와 함께 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였고, 공소외 4는 수사기관 및 원심 법정에서 '망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 있다는 이야기를 듣고 피해자에게 같이 가자고 연락하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

그런데 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자와 문자를 주고받고 있었는데, 피고인 3이 피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 피해자를 불렀다'는 취지로 기재되어 있다. 그렇다면 피고인들의 주장과 같이 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관하여 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 진술이 다소 엇갈리기는 것처럼 보이는 한다.

그러나, ㉠ 위 부분은 이 사건 유서에 기재된 범행의 주요 부분이 아닐뿐더러, 이 사건은 발생일로부터 15년이 지나 수사가 개시되었으므로 시간의 경과에 따라 관련 당사자들의 기억이 희미해지거나 부정확해질 수 있는 점, ㉡ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다"라고만 기재되어 있을 뿐, 누가, 어떤 방식으로 피해자를 불렀는지에 대한 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않아 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 위 진술이 양립 불가능하다고 볼 수 없는 점, ㉢ 당시 공소외 4는 술자리에서 함께 술을 마시던 중 혼자서 먼저 귀가하였는바, 그 이후에 이 사건 유서에 기재된 범행이 발생한 것이라면 망인이 이 사건 유서에 굳이 공소외 4에 관한 사실까지 기재할 필요를 느끼지 못했을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 보면, 피해자가 술자리로 오게 된 경위에 관한 위와 같은 사정만으로 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수 없다.

㉡ 산부인과 진료와 피해자의 신체에 남은 성폭행 피해 흔적 관련

피고인들의 변호인은 "만일 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면, 피해자의 신체에 피해의 흔적이 남아있었어야 자연스러운데, 당시 피해자를 진료했던 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 질염의 유무를 확인하는 냉검사를 시행한 후, 피해자의 어머니에게 불안하면 혹시 모르니 사후피임약을 처방해 주겠다'고 말했을 뿐 수사기관에 피해자의 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 흔적을 찾지 못하였으므로 실제 피해자와 사이에 성관계가 있었는지도 의심이 된다"는 취지로 주장한다.

비록 당시 위 산부인과에서 성폭행과 관련된 검사를 진행하거나 당시 산부인과 의사가 경찰에 신고하는 등의 조치를 취하지는 않았으나, ㉠ 당심 전문심리위원 공소외 8(산부인과 전문의)은 '성경험이 없는 14세 피해자에게 준유사강간, 준강간을 당한 경우 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극을 확인할 수 없는 경우도 있다', '산부인과 검사를 통해 성폭행 또는 성행위 여부를 판단하기는 어렵고, 대부분은 환자의 호소를 통해 이를 판단할 수 있다'는 의견을 밝힌 점, ㉡ 피해자는 술에 만취하여 당시의 상황을 기억하지 못하였는바, 성폭행 사실 여부를 확신하지 못한 피해자나 그 어머니는 산부인과 방문 당시 이에 대하여 적극적으로 호소하지 못하였고, 이에 위 산부인과에서도 사후피임약 처방 외에 추가적인 검사나 조치를 취하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 오히려 앞서 본 바와 같이 피해자는 "하의 속옷에 피가 묻어있어 깜짝 놀랐고, 사타구니 부분이 아팠으며, 성기 부분이 뻥 뚫린 느낌이 들었다"고 진술하였는바, 이는 성관계가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정인 점, ㉣ 당시 중학교 2학년이었던 피해자의 어린 나이를 고려하였을 때 평일에 등교하지 않고 산부인과를 방문하여 사후피임약을 처방받았다는 사실은 통상적이지 않은 사정인 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수는 없다.

- ③ 피고인 1, 피고인 3의 변호인은 '이 사건 유서에 기재된 범행이 일어난 2006. 11. 19. 서울의 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 추운 밤 야외에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 저체온증 등으로 피해자의 신체에 이상 징후가 발생할 수도 있는데 그러한 정황이 발견되지 않았다'는 사정을 들어 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성을 다룬다.

그러나 ㉠ 이 사건 유서의 내용만으로 당시 피해자가 전라 상태였는지 여부가 반드시 명확하다고 보기는 어려운 점, ㉡ 성행위 도중에는 피고인들, 망인과 피해자의 신체가 밀접하게 접촉되어 피해자의 체온이 어느 정도 유지될 수 있었을 것으로도 보이는 점, ㉢ 이 사건 유서에 기재된 것처럼 피해자가 옷을 벗은 상태에서 소변을 보았다면, 이를 닦은 후 다시 옷을 입힐 경우 몸이 젖어있는 시간은 그리 길지 않았을 것인 점, ㉣ 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 전반적인 몸 상태에 대해 '온몸이 다 아팠던 것 같다.

지금 표현으로 하면 삭신이 쏘는 느낌이라고 표현할 수 있는데, 그 다음날 학교를 못 갔던 것 같다'는 취지로 진술하기도 하였는바, 피해자의 신체 전반에 이상 징후가 없었다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척하기도 어렵다.

- ④ 피고인 2의 변호인은 이 사건 유서의 내용 중 '피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였다'는 부분에 관하여, 당시의 휴대전화에 탑재된 카메라의 성능에 비추어 어두운 야외에서 동영상 촬영이 불가능하였을 것임을 지적한다.

그러나 위 변호인이 제출한 자료(2022. 6. 30.자 변론요지서 첨부 참고자료)에 의하더라도 그 무렵 출시되던 휴대전화도 디지털 카메라, 동영상 재생기능 등을 갖추고 있었던 것으로 보이는바, 변호인이 주장하는 위 사정은 이 사건 유서의 특신상태에 아무런 영향을 미치지 못한다.

⑤ 원심은, '망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건 당시 모여서 술을 마신 사실 정도만 어렵듯이 기억하고 있을 뿐 모두 술자리가 만들어지게 된 경위 및 장소, 술자리의 참석자, 술자리가 종료된 이후의 사정 등 이 사건에 대한 세부적이고 구체적인 내용에 대해서는 명확히 기억하지 못하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 세부적이고 구체적인 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 대단히 이례적이다'라고 보았다.

그러나 피해자의 경우 정신을 잃을 정도로 술에 만취하였으므로 당시 상황을 기억하지 못하는 것이 자연스럽고, 피고인들의 경우 자신들의 범행을 숨기기 위하여 당시의 상황에 대하여 '기억나지 않는다'고 진술할 가능성을 배제할 수 없는바(피고인들은 대체로 '이 사건 당일 피해자를 간음한 사실이 있는지가 기억나지 않는다'는 취지로 진술하면서 이 사건 공소사실을 부인하고 있다), 이를 고려하면 '망인만이 이 사건 당시의 상황을 생생하게 기억하고 있음'을 전제로 한 위 판단은 받아들일 수 없다.

3) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)의 성립에 관하여

원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공소사실에 부합하는 이 사건 유서의 내용 및 이를 뒷받침하는 피해자의 진술은 신빙성이 인정되고, 이 사건 공소사실은 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 봄이 타당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 유서의 증거능력 및 증명력이 없다고 판단하고서 공소사실의 증명이 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 채증법칙 위반으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

(1) 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성

앞서 본 바와 같이 이 사건 유서는 망인이 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로서, 그 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황을 찾을 수 없고, 망인이 이 사건 유서의 작성 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기도 어렵다.

또한 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수도 없다.

이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단되게 된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용에 대해서도 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 기재 내용은 신빙성이 인정되고, 앞서 본 바와 같은 피해자의 술자리 동석 경위에 관한 공소외 4, 피해자의 진술 내용이나, 이 사건 다음날 피해자가 산부인과 진료를 받으면서 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극이 확인되지 않았던 것으로 보이는 사정 등만으로는 달리 볼 수 없다.

(2) 이 사건 유서 내용을 뒷받침하는 피해자 진술의 신빙성

피해자는 수사기관에서 "피고인 3 등과의 2006. 11.경 술자리에서 정신을 잃을 정도로 만취하였고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 묻어있어 놀랐으며, 당시 사타구니 부분이 아파서 걷는 것이 불편했고, 성기 부분이 뺨 뚫린 느낌이 들었는데 살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었고, 이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다"는 취지로 일관되고 구체적으로 진술하였다.

이 사건은 망인이 남긴 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었던 점, 피해자는 15년이 넘는 기간 동안 이 사건에 대해 고소 등을 하지 않고 지내왔던 점, 그 밖에 피해자와 피고인들의 관계 등을 감안하면, 피해자가 피고인들에게 불리한 내용으로 허위 진술을 한다고 보기 어렵고, 달리 피해자가 허위 진술을 할 동기나 이유를 찾을 수 없으며, 피해자가 착오에 빠져 사실과 다른 진술을 한다고 볼 정황도 찾기 어렵다.

또한 피해자의 진술은 당시 산부인과 진료 내역과도 부합한다.

이와 같은 정황에다가 앞서 본 피해자의 진술을 통해 알 수 있는 피해자의 신체 상태 등은 이 사건 당시 피해자에 대한 성행위가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정이다.

(3) 시간적, 장소적 협동관계의 성립

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제6조 제3항, 제1항의 '2인 이상이 합동하여 형법 제299조(준강간)의 죄를 범한 경우'에 해당하려면, 피고인들이 공모하여 실행행위를 분담하였음이 인정되어야 하는데, 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하고 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하고, 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다면 실행행위를 분담한 것으로 인정된다(대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결 등 참조).

이 사건 유서의 내용에 의하면, 피고인 3은 피해자를 부를 당시 피고인 2에게 '피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 하였는바, 피해자를 상대로 한 성행위를 염두에 둔 것으로 보이고 나머지 피고인들과 망인도 이러한 사정을 알았을 것

인 점, 피고인 3은 피해자에게 피고인 2와의 교제를 내걸면서 피해자가 급히 소주를 마시도록 하여 피해자를 만취하게끔 한 사실, 피고인 3의 제안에 따라 피고인 1과 망인이 콘돔을 구한 후 피해자가 있던 장소로 간 사실, 피고인 3이 만취하여 정신을 잃은 피해자에게 유사성행위를 하였고, 그 직후에 망인, 피고인 1, 피고인 2가 순서대로 피해자를 간음한 사실, 비록 피고인 3이 간음행위 자체는 하지 않았더라도 위와 같이 이 사건 범행에 있어 주도적인 역할을 하고 가장 먼저 피해자를 상대로 유사성행위를 함으로써 나머지 피고인들과 망인이 피해자에 대한 간음행위에 나아가게끔 한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인들과 망인이 준강간 범행에 대한 공동가공의 의사에 따라 시간적·장소적으로 협동하여 술에 만취한 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다고 할 수 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다 음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

망 공소외 1이 작성한 이 사건 유서는 작성 경위, 피고인들과의 관계, 구체적인 기재 내용, 피해자의 산부인과 진료기록 과 피해자 어머니의 가계부 기재 내용 및 피해자 등의 진술에 부합하는 점 등에 비추어 특별히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것으로서 형사소송법 제314조에 따라 증거능력이 인정되고, 그 신빙성도 인정된다.

그럼에도 이 사건 유서의 증거능력 및 신빙성이 없다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지

피고인 1은 2015. 9. 8. 서울남부지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치사상)죄 등으로 징역 8개 월 집행유예 2년을 선고받고 2015. 9. 16. 그 판결이 확정되었다.

피고인들과 망 공소외 1(2021. 3. 31. 사망)은 2006년경 ○○중학교 3학년에 재학하였던 학생들로 서로 친구사이이고, 피해자 공소외 2(여, 당시 14세)는 당시 같은 학교 2학년에 재학하였던 학생으로 피고인 2와 교제하다 헤어진 사이 였다.

피고인들과 공소외 1은 2006. 11. 19. 저녁경 서울 양천구 ○○동○○○○○ 부근에서 술을 마시던 중 피해자가 여전히 피고인 2를 좋아한다는 사실을 알고 피해자를 불러내 술을 마시게 한 후 그녀가 술에 취하면 피고인 2로 하여금 피 해자와 성관계를 가지게 하기로 계획하였다.

이에 따라 피고인들과 공소외 1은 위 ○○○○○ 부근 놀이터로 피해자를 불러내 미리 준비한 소주를 주며 "소주 한 병 을 한 번에 마시면 피고인 2를 사귀게 해 주겠다"고 말하여 피해자로 하여금 이를 마시게 하고, 그래도 피해자가 취 한 모습을 보이지 않자 피고인들과 공소외 1은 다시 피해자에게 소주 한 병을 주며 위와 같이 말하여 결국 이를 모 두 마신 피해자가 정신을 잃고 쓰러지자 피고인들과 공소외 1은 순번을 정하여 한 사람씩 술에 만취한 피해자를 간 음하기로 공모하였다.

이후 피고인들과 공소외 1은 같은 날 심야경부터 다음 날 새벽 4시경 사이 술에 만취하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 ○○○○○ 인근 초등학교에 있는 벤치로 옮겨 옷을 벗긴 후, 피고인 3은 피해자에게 유사성행위를 하고, 계속하여 공소외 1, 피고인 1, 피고인 2가 순차적으로 피해자를 간음하였다.

이로써 피고인들은 공소외 1과 합동하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은, 망 공소외 1(이하 '망인'이라 한다)이 2021. 3. 31. 자살하면서 작성한 이 사건 공소사실 기재 범행이 기재된 자필 유서(증거순번 26, 이하 '이 사건 유서'라고 한다)는 전문증거로서, 형사소송법 제314조 단서에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 아래 사정들에 비추어 이 사건 유서에 나타난 망인의 진술은 그 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 증거가 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르렀다고 볼 수 없으므로 이 사건 유서는 증거능력이 없고, 설령 그 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 그 신빙성이 인정되지 않는다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 이 사건 유서의 증거능력 인정 여부

가) 이 사건 유서 작성 당시 망인의 심리상태

① 망인은 세무사 시험을 2년간 준비하였다가 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인 아버지의 진술에 의하면, 망인은 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으며 괴로워했고, 그 때부터 약 20kg 가량 체중이 증가한 점, ② 망인은 2017. 10. 25.경부터 2021. 3. 20.경까지 정신건강의학과에서 55회에 걸쳐 경도우울에피소드로 진료를 받은 점, ③ 망인의 친구 공소외 3은 '망인이 사망 당시 세무사 시험에 아깝게 떨어져 많이 힘들어했고, 당시 2년간 사귀 여자친구와 헤어진 지 한두 달 정도 되었으며, 우울증 관련 약을 시험준비를 하면서부터 먹었으나 약을 먹으면서부터 살이 많이 찼다고 고했었다가 다시 먹었는지 여부를 잘 모르겠다', '망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때의 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'는 취지로 진술한 점, ④ 망인은 2021. 3. 1.경부터 꾸준히 인터넷에서 자살과 관련된 검색어를 검색하였는바, 상당기간 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 추정할 수 있다.

우울장애의 심각도가 높아지면 망상 혹은 환각이 발생할 수 있는 것으로 알려져 있는바, 이와 같은 심리상태에서 망인이 작성한 이 사건 유서는 허위 개입의 여지가 없을 만큼 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 인정된다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 공소사실과 관련된 진술내용에 관한 여러 사정들

다음과 같은 사실 또는 사정들을 고려하면, 이 사건 유서는 그 내용에 있어서도 반대신문을 통하지 않더라도 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 수 있다고 보기 어렵다.

(1) 피해자가 이 사건 현장에 가게 된 경위

이 사건 유서에 의하면, 피해자가 술자리에 참석하게 된 경위가 '피해자를 부르면 성관계를 갖게 해주겠다는 피고인 3의 제안에 따라 피고인 2가 피해자를 술자리로 불렀다'는 것이므로, 이는 망인 및 피고인들의 특수강간 범행의 계획 또는 사전모의로 평가할 만한 내용이다.

따라서 이 사건 유서의 내용 중 피해자가 술자리에 참석한 경위에 관한 진술은 범행의 계기 내지 동기에 해당되는 것으로 이 사건에서 상당히 중요한 의미를 가지는 내용이다.

그런데, 피해자는 이 사건 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였는바, 이는 이 사건 유서의 내용과 배치된다.

공소외 4는 '이 사건 당시 술자리에 간 사실이 있는데, 망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 동석한다는 사실을 알고 피해자에게 같이 가자고 제안하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

위 공소외 4의 진술 역시 이 사건 유서의 내용과 배치되고 오히려 피해자의 진술과 일치한다.

위와 같은 피해자 및 공소외 4의 진술에 비추어볼 때, 이 사건 유서 중 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관한 부분은 사실에 부합한다고 보기 어렵다.

(2) 망인 및 피고인들과 성관계가 있었는지 여부

이 사건 유서의 내용 중 핵심적인 것은 피고인 3이 피해자를 상대로 유사성행위를 하고 망인, 피고인 1, 피고인 2 순으로 성관계를 하였다는 부분이다.

이와 관련하여 피해자는 수사기관에서 '이 사건 다음 날 속옷에 피가 묻어 있었고, 그 전까지 성경험이 없었는데, 다리를 벌리면 아팠고 아래가 뻥 뚫린 느낌이 들었기 때문에 성폭행을 당하였을지 모른다는 생각이 들었다'는 취지로 진술하였다.

만약 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면 피해자의 신체에 피해 흔적이 남아있었어야 자연스럽다.

그런데 피해자가 이 사건 다음날 산부인과 진료를 받았지만, 피해자를 진료한 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 냉검사(질내에 면봉을 삽입하여 질내 분비물을 채취한 다음 질염의 유무를 확인하는 검사)를 시행한 후 피해자의 어머니에게 확실치 않지만 걱정이 되면 사후피임약을 처방해 주겠다고 말하면서 피해자에게 사후피임약을 처방해 주었을 뿐, 법령상 의무에 따라 수사기관에 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 피해자의 처녀막 파열 상태나 회음부의 물리적 자극 등을 발견하지 못했던 것으로 보인다.

한편, 위와 같은 피해자의 진술은 추측성 진술에 불과하므로 피해자의 진술만으로 피해자가 성폭행을 당하였다고 단정하기도 어렵다.

그러므로 이 사건 유서의 내용 중 피고인 3의 유사성행위 및 망인, 피고인 1, 피고인 2 순의 성관계 부분 역시 반대신문 등을 거치지 아니한 채 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

(3) 그밖에 사정들

① 이 사건은 약 15년 전에 발생하였던 일이다.

사람의 기억에는 한계가 있을 수밖에 없고, 특히 중학생에 불과하던 망인이나 피고인들이 이 사건 당시 술을 마신 상태라면 그 기억이 특히나 온전하지 못하였을 것이라고 충분히 짐작할 수 있고, 망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건의 세부적이고 구체적인 내용에 대해서 명확히 기억하지 못하고 있다.

그러나 망인은 유서를 통해 당시 세부 내용까지 단정적으로 분명하게 표현하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 이례적이다.

② 검사가 특정한 일자는 2006. 11. 19.인데, 위 일자의 기상기록에 따르면 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 이와 같이 기온이 낮은 날 학교 벤치에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 피해자의 신체에 이상 징후가 충분히 발생할 수도 있는 상황이었으나 그러한 정황도 발견되지 않았다.

③ 망인은 자살하기 전 네이버 사이트에서 공소시효, 성폭력처벌법, 특수강간자수, 중학생성범죄공소시효, 중학생 특수강간공소시효, 집단성폭행 공소시효 등 이 사건과 관련이 있는 키워드로 검색한 사실이 있었던 것으로 보인다. 그런데, 망인은 절도후강간, 특수절도후강간, 강도강간죄자수, 특수강도강간집행유예 등 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드로 검색한 사실 또한 있었던 것으로 보이는바, 검사의 주장과 같이 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고 그 관련 내용을 검색해 보았다고 단정하기도 어렵다.

④ 망인이 자살 전 가족이나 친구 등에게 이 사건에 관하여 언급하였다고 볼 만한 정황은 전혀 발견할 수 없다.

만일 망인이 자살에 이르게 될 정도로 이 사건과 관련된 죄책감을 가지고 있었으면서도 이 사건 발생 후 약 15년 동안 한 번도 피고인들에게 이 사건을 언급하거나 피해자에게 사죄의 마음을 표시하지 않았다는 것도 다소 이해하기 어렵다.

특히, 망인의 친구 공소외 3은 망인이 사망 무렵 학교 폭력을 언급하면서 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을 까라는 말을 몇 번 하였다고 진술하였는바, 망인이 이 사건 공소사실 기재 범행을 저질렀고 이에 대하여 크나큰 죄책감을 가지고 있었음에도 공소외 3에게 자신의 학교 폭력 사실을 고백할 때 이 사건에 대하여 전혀 언급하지 않았다는 것은 납득하기 어렵다.

2) 이 사건 유서의 신빙성에 대한 판단

설령, 이 사건 유서의 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 공소사실에 부합하는 유일한 증거인 이 사건 유서는 앞서 본 바와 같이 핵심적인 내용이 피해자와 공소외 4의 진술, 그밖에 객관적인 정황과 배치되는 점, 피해자의 진술에 의하더라도 이 사건 당시 성폭력을 당하였는지 여부가 명확하지 않다는 것이고, 이 사건 직후 이루어진 산부인과 진료과정에서 성폭력의 흔적이 발견되지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 유서는 이를 그대로 믿기 어려우므로 이 사건 유서의 기재만으로 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이 법원의 판단

1) 관련 법리

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위해서는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것 이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

여기서 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011도17620 판결 등 참조).

2) 이 사건 유서의 증거능력 판단

가) 망인이 사망한 후 소지품으로 망인의 자필로 작성된 유서 2개가 발견되었는데, 그 중 하나는 가족들을 위해 남긴 유서이고 또 다른 유서가 이 사건 유서(증거순번 26)이다.

그 구체적인 내용은 다음과 같다.

정확한 시점은 기억이 나질 않지만 2006년 제가 중학교 3학년 겨울방학 전 일어난 일인 것 같습니다.

○○○○○ 근처에서 피고인 3, 피고인 2, 그리고 피고인 1이랑 4명이서 놀고 있었는데 피고인 2를 좋아하던 1살 어린 공소외 2주1)라는 여자애와 피고인 2가 문자를 서로 주고받고 있었는데 갑자기 피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다.

여자애가 온 후에 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷하라고 말했고 그 여자애가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 그리고 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 그 여자애는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었습니다.

피고인 3이 저와 피고인 1에게 너희도 해보라고 하고 싶으면 콘돔을 구해오라고 해서 구한 후 정확히 어디 학교인지는 기억이 나질 않지만 그 학교로 빨리 오라고 해서 갔는데 이미 그 여자애의 옷은 다 벗겨져 있었고 그 여자애가 땅바닥에 누워있어서 벤치로 옮겨달라고 해서 4명이서 들고 벤치로 옮겼습니다.

피고인 3은 그 여자애에게 유사성행위를 하고 있었습니다.

그리고 피고인 2, 피고인 1, 그리고 저에게도 해보라고 해서 저, 피고인 1 그리고 피고인 2 순으로 성관계를 했습니다.

피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였고, 피고인 2는 관계를 하는 도중에 그 여자애가 소변을 보아 모든 게 중단되었습니다.

피고인 3은 바로 자신이 아는 형을 불러서 오토바이를 타고 왔는데 빨리 옷을 입혀서 집으로 보내라고 하고 둘이 오토바이를 타고 사라졌고 피고인 2가 그 여자애를 집에 데려다주고 다음 날에 그 여자애가 팔에 기브스를 한 채로 등교하고 그날 무슨 일이 있었는지 기억하지 못하고 모든 게 다 끝났습니다.

이제 와서 이렇게 글로 남기는 이유는 도대체 그날 왜 그런 잘못된 선택을 했는지 이해를 할 수도 없고 제 자신이 용서되지도 않기 때문입니다.

너무나 죄송합니다.

이 사건이 꼭 해결되기를.... 공소시효도 남았고...

나) 이 사건 유서는 망인이 작성한 자필 서류로서 전문증거인바, 피고인들이 이를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않았으므로 원칙적으로는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기일 또는 공판기일에서 그 작성자인 망인의 진술에 의하여 진정 성립이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

그러나 작성자인 망인이 2021. 3. 31. 사망하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하므로, 예외적으로 형사소송법 제314조에 따라 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 경우에 증거능력이 인정된다.

다) 원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 유서는 그 내용이나 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점이 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 유서는 형사소송법 제314조 단서에 규정된 '그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음'이 증명된 경우로서 증거능력이 인정되는바, 이 법원은 이 사건 유서를 증거로 채택한다.

(1) 이 사건 유서의 작성 경위

망인은 2021. 3. 31. 18:30경 자신의 집 방문에 설치한 턱걸이 봉에 끈을 이용해 목을 매는 방법으로 자살하였는데, 망인은 자필로 가족들을 위해 남긴 유서와 별도로 이 사건 유서를 작성하였다.

이 사건 유서는 망인이 자살을 결심하고서 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 이 사건 유서에 기재된 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로 보인다.

이 사건 유서의 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황은 찾을 수 없다.

(2) 망인의 학력 등과 이 사건 유서 작성 무렵 망인의 상태

① 망인은 국내에서 중학교를 졸업한 후 캐나다로 유학을 가 그곳에서 고등학교를 졸업하였고, 귀국 후 영어특기생으로 △△대학교□□과에 진학하였는데, 사망 당시에는 대학교 4학년 휴학 중이었다.

망인은 육군에서 병사로 군 복무를 마쳤다.

망인은 미혼으로 가족으로는 부모와 동생이 있었고, 사망 무렵 주거지에서 부모와 함께 거주하고 있었다.

이와 같이 망인의 학력 등이나 가정환경에서 특이한 사정은 찾아보기 어렵다.

② 망인은 2년간 세무사 시험을 준비하였으나 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인의 아버지는 '망인이 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으면서 괴로워했고, 그 때부터 체중이 약 20kg 가량 증가해 100kg 가까이 될 정도였다'고 진술하였다.

한편 망인의 친구 공소외 3은 '망인과는 사망하기 전날 밤까지 함께 술을 마셨고 주말에 같이 가평으로 여행을 가기로 약속까지 했었다.

망인이 세무사 시험에 떨어져 많이 힘들어했고, 망인이 2년간 사귀 여자친구와 1~2달 전 헤어졌는데 그 이후에도 서로 연락을 주고받을 정도로 사이가 나쁘지 않았다.

망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때 전학 오기 전에 있었던 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인은 사망할 무렵 세무사시험 불합격 등의 문제로 상당히 힘들어하면서도, 다른 한편으로 사망 전날 친구와 만나 술을 마시고 주말에 여행을 가기로 하는 등의 일상적인 모습을 보이기도 하였다.

③ 망인은 2017. 10. 25.부터 2021. 3. 20.까지 총 55회에 걸쳐 ◇◇의원을 방문해 '경도우울에피소드'를 주상병으로 진료를 받았다.

또한 망인은 2021. 3. 1.경부터 네이버 사이트에서 "살고싶지 않을 때", "우울증", "자살장례식", "목매사", "연예인자살", "자살", "번개탄", "새벽에자살", "목매사통증", "넥타이목매" 등 자살과 관련된 검색어로 검색을 하였다.

위와 같이 망인은 장기간 우울증 치료를 받아 왔고, 자살할 당시 공들여 준비한 세무사 시험에 낙방한 상태였으며, 자살하기 약 한 달여 전부터는 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 등 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 보이기는 한다.

그러나 한편, 망인을 진료해 온 위 ◇◇의원은 당심에서의 사실조회에서, 망인의 증상에 관하여 '망인이 우울, 불안 증상을 호소하였고, 환청, 망상 등의 정신병적 증상은 호소하지 않았으며, 현실 검증력은 유지되는 상태였다.

약물은 항우울제와 간헐적인 항불안제를 사용하였다'고 회신하였다.

또한 당심 전문심리위원 공소외 6(정신건강의학과 전문의)은 망인의 상태에 대하여 '반복적으로 경도 우울에피소드 상병으로 진료하였다는 것은 경도의 상태가 지속되었을 가능성이 오히려 높지, 정신병적 증상이 있는 상태를 상정하기 어렵다'는 의견을 제시하였고, 망인이 네이버 엑스퍼트에 질문한 내역(아래에서 살펴본다)들을 포함한 관련 자료를 토대로 '이 사건 유서의 내용들에서 사고의 장애나 환각 상태였다고 볼만한 근거는 크게 확인되지 않고, 망상으로 인하여 이 사건 유서를 작성하였다고 볼만한 정신병리적 상태는 확인되지 않는다', '망상이나 환각, 항우울제 복용의 부작용이라고 판단할만한 근거는 확인되지 않는다'는 의견을 제시하였다.

망인의 아버지 또한 수사기관에서 '망인의 생전 건강상태는 양호하였고 자살을 시도하거나 암시하는 듯한 언행은 전혀 없었다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인이 불안정한 심리상태에서 이 사건 유서를 작성하였다고 하더라도 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 정황을 찾기 어렵다.

(3) 허위 내용으로 피고인들을 무고할 동기의 부재

망인이 피고인들에 대한 악감정을 가지고 있었다거나 음해하려고 하였다는 정황은 찾을 수 없다.

오히려 검찰조사에서, 피고인 1, 피고인 2는 '망인이 자신들에게 원한을 품을 만한 일이라든지, 자신들이 망인에게 섭섭한 행동을 한 일이 없었다'는 취지로 진술하였고, 피고인 3도 '망인을 괴롭히거나 금품을 뺏거나 사이가 안 좋았던 이유가 없었다'고 진술하였다.

특히 피고인 2는 망인이 캐나다에서 귀국한 후에도 망인과 꾸준히 교류하였고 망인의 장례식 기간 내내 장례식장을 지키면서 그곳에서 잠을 자기도 하였는바, 망인과 친분이 두터웠던 것으로 보인다.

이 사건 유서로 인해 피고인들에 대한 수사절차가 진행되더라도 망인에게 어떠한 이익이 있다고 볼 만한 정황도 찾을 수 없고, 달리 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수 없다.

(4) 이 사건 유서의 내용 자체의 신빙성

① 이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들, 망인과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들, 망인이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용(정확한 범행시점, 범행 장소인 학교의 명칭)에 대해서는 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 내용 자체에서 모순되거나 비합리적인 부분은 찾을 수 없다.

② 이 사건 유서는 망인이 피고인들과 함께 술에 만취한 피해자를 강간하였다는 것으로서 중대한 범행을 고백하는 내용이다.

이는 피고인들에게만 일방적으로 불리한 것이 아니라 망인에게도 불리한 내용을 담고 있는바, 이는 이 사건 유서 내용의 진정성을 뒷받침하는 사정이다.

③ 피해자는 수사기관에서 '망인, 피고인 1은 중학교 당시 개인적으로 알고 지내는 사이가 아니었다.

얼굴을 보면 기억날 수도 있을 것 같은데 지금은 전혀 기억이 나지 않는다'는 취지로 진술하였는바, 학년이 다른 피해자와 망인이 그 당시는 물론, 이후에도 별다른 친분이나 교류가 없었던 것으로 보인다.

그런데 이 사건 유서에는 피해자의 이름이 정확하게 특정되어 있다.

망인이 피고인 2의 중학생 시절 여자친구에 불과한 피해자의 이름을 사건 발생일로부터 15년이 지난 시점까지 정확하게 기억하여 피해자가 관련된 허위 사실을 망상으로 꾸며냈다고 보기는 어렵고, 오히려 망인이 이 사건 범행에 대한 자책이나 후회 등으로 피해자의 이름을 오랜 기간 기억하고 있었다고 봄이 자연스럽다[피고인 2는 수사기관에서 "망인이 작년(2020년) 9월에서 10월경 사이에 저에게 뜬금없이 전화해서 '너 공소외 2(피해자)라고 기억하냐'라고 물었다.

그래서 '그럼 기억하지, 여자친구였잖아'라고 했고, 다시 망인이 '다른 건 기억이 안 나냐'라는 정도로 물었다"는 취지로 진술하였는바, 망인은 피고인 2와의 대화에서도 피해자의 이름을 기억하고서 먼저 언급하였다].

(5) 이 사건 유서의 내용에 부합하는 구체적이고 외부적인 정황

이 사건은 망인이 남긴 이 사건 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었고, 피해자는 이 사건 유서의 내용을 알지 못한 채 수사기관에서 진술한 것으로 보인다.

그런데 아래에서 보는 바와 같이 피해자가 한 진술을 포함한 당시 상황은 이 사건 유서의 내용과 상당 부분 부합한다.

① 피해자가 망인 및 피고인들과의 음주 후 만취한 사실, 그 직후 피해자의 신체 상태와 산부인과 진료 등

이 사건 유서에는 '정확한 시점은 기억나지 않으나 2006년 겨울방학 전 망인과 피고인들, 피해자가 함께 술을 마신 후 학교 벤치에서 망인과 피고인들이 만취한 피해자를 순차로 강간 등을 하였다'고 기재되어 있다.

망인이 그 시기를 '2006년 겨울방학 전'이라고 특정한 것으로 보아 망인은 그 시점을 2006년 늦가을 내지 초겨울로 기억한 것으로 보인다.

그런데 피고인들의 수사기관 진술, 피해자의 수사기관 진술, 피해자 어머니 공소외 7의 경찰 진술과 위 공소외 7이 작성한 가계부 사진에 의하면, 피해자는 실제 2006. 11. 19. 망인, 피고인들과 함께 술을 마신 후 몸을 가누지 못할 정도로 만취하여 귀가한 사실이 인정된다.

피해자는 수사기관에서 당시 자신의 상태에 대하여 '귀가 당시 신고 있던 스타킹이 찢어져 있었고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 많이 묻어있어 깜짝 놀랐다.

만약 생리 중이었다면 제가 속옷에 묻어있는 피를 보고 그렇게까지 놀라지 않았을 것이다.

당시 사타구니 부분이 계속 아파 걷는 것이 불편했고, 다리를 벌리면 아팠다.

밑에 성기 부분이 뭔가 뺑 뚫린 느낌이 들었다.

살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었다.

이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다'고 진술하였다.

피해자는 2006. 11. 20. 공소외 5 산부인과의를 방문해 냉검사를 한 결과 질염이 확인되어 항생제 등을 처방받은 한편, 임신을 걱정하여 사후피임약을 처방받기도 하였다.

한편, 피고인 2는 수사기관에서 '망인이 유학을 간다고 하여 만나러 나갔다가 망인, 피고인 3, 피고인 1과 술을 마셨고, 누군가 피해자를 부르자고 하여 피해자를 불러 피해자도 같이 술을 마셨다.

그 날 외에 피해자와 같이 술을 마신 적은 없다'고 진술하였다.

이와 같이 이 사건 유서의 내용은 당시 있었던 술자리 및 피해자의 신체 상태와 부합하고, 중학교 2학년의 어린 나이였던 피해자가 산부인과를 방문해 진료를 받고 사후피임약까지 처방받은 것으로 보아 피해자와 그 어머니 또한 당시 성관계가 있었을 가능성을 걱정했던 것으로 보인다.

② 피해자가 술을 마시게 된 동기와 마신 술의 종류, 술을 마신 방법

이 사건 유서에는 "술자리에 온 피해자에게 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷 하라고 말했고 피해자가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 피해자는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었다"는 취지로 기재되어 있다.

피해자는 수사기관에서 "소주병을 나발로 원샷 하면 피고인 2를 불러주겠다 이런 느낌으로 말을 해서 술을 마셨던 것 같다", "소주 한병을 원샷 했던 것 까지는 기억난다"고 진술하였다.

피해자가 술을 마시게 된 동기가 피고인 2와 깊이 관련되어 있는 점, 피해자가 마신 술이 소주이고, 소주 한병을 단번에 마셨다는 점에서 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과 부합한다.

특히 이 사건 유서와 피해자의 진술에는 '소주 한 병을 원샷했다'는 부분이 공통적으로 있는바, 위와 같은 음주 방식은 매우 이례적임에도 이 사건 유서와 피해자의 진술이 정확히 일치하고 있다.

피고인 2의 변호인은 '당시 피고인 2와 피해자가 이미 사귀는 사이였으므로 이 사건 유서 중 위 내용은 사실과 맞지 않다'고 주장하나, 피해자는 수사기관에서 '피고인 2와 2006. 1.경 한 달 사귀고 헤어졌는데, 제가 계속 피고인 2를 혼자 좋아하고 있었다'고 진술하였는바, 이에 비추어 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

③ 당시 상황을 주도한 사람, 술을 마신 장소 등 기타의 사정

㉠ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 '피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 제안하여 피해자를 술자리에 부르게 되었고, 피고인 3이 '망인과 피고인 1에게 성관계를 하고 싶으면 콘돔을 구해 오라'고 해서 이를 구한 후 교명이 기억나지 않는 학교로 갔더니 이미 피해자의 옷이 다 벗겨져 있었다"는 취지로 기재되어 있다.

한편, 피해자는 수사기관에서 "피고인 3이 그때 당시에 그 남자 무리에서 제일 썸 느낌이었다.

리더 느낌이었다", "저랑 피고인 3이랑 놀이터에서 그네를 탔던 것 같다.

그때는 이미 제가 엄청 취했던 후인 것 같다.

놀이터 같은 곳에서 그네를 탔는데 그때는 피고인 3이랑 저만 있었다"고 진술하였다.

당시의 상황을 피고인 3이 주도하였던 점, 범행이 일어난 장소, 망인과 피고인 1이 도중에 잠시 자리를 비웠던 점 등에 있어서 이 사건 유서의 내용과 피해자의 진술은 부합한다.

피고인 1도 수사기관에서 '당시 망인과 편의점에 술을 사러 갔던 것은 기억난다'고 진술하였는바, 이는 망인과 피고인 1이 중간에 잠시 자리를 비웠다는 이 사건 유서의 내용과 모순되지 않는다.

㉔ 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자를 집에 데려다주고, 다음날에 피해자가 팔에 기브스를 한 채로 등교하였다'고 기재되어 있다.

그런데 피고인 2는 수사기관에서 "피해자를 집 문 앞까지 데려다 주었다", "피해자가 술 마시고 귀가한 다음날 학교에 온 것으로 알고 있는데, 손에 깁스를 하고 있었던 것까지 기억을 한다.

손가락 인대가 늘어났다고 했던 것을 기억한다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 위 내용은 피고인 2의 진술에 부합한다.

한편, 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 팔에 깁스를 한 사실이 있는지에 관한 질문을 받고서 "수사관님한테 들으니까 깁스를 했었나 싶기도 한데, 확실한 건 석고까지 해서 깁스를 한 건 아니었고 목에다 두르고 팔만 고정시키는 거를 했을 거 같기는 한데, 정확하게는 기억이 안 난다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과도 모순되지 않는다.

④ 망인의 인터넷 검색어 및 유료 법률상담 내역

망인은 자살하기 한 달 여 전인 2021. 2. 21.부터 2021. 3. 26.까지 인터넷 네이버 사이트에서 '공소시효', '민법상성년공소시효', '공소시효소급적용', '청소년특수강간자수', '성폭력처벌법', '중학생성범죄공소시효', '중학생특수강간공소시효', '특수강간집행유예', '과거집단성폭행공소시효' 등 이 사건과 밀접히 관련된 키워드로 검색을 하였다.

또한 망인은 2021. 1. 11.부터 같은 해 3. 1.까지 네이버 엑스퍼트의 유료 법률상담을 통해 '민법상 성년 나이 개정 후 공소시효의 기산점', '미성년자일 때 공소시효가 중단된 경우 성년인 경우 언제부터 공소시효가 다시 진행되는지', '민법상 성년 나이 개정 전후의 아동·청소년성보호법이나 성폭력범죄의처벌법의 공소시효 기산일'에 관하여 수회에 걸쳐 상담한 사실이 인정된다.

위와 같은 검색어나 법률상담 내역들은 이 사건 유서에 기재된 범행 내용과 밀접하게 관련되어 있고 망인이 이 사건 유서의 말미에 '공소시효도 남았고...'라고 기재한 것은 위와 같은 검색과 법률상담을 토대로 한 것으로 보인다.

위와 같이 망인이 관련 내용을 검색하고 유료로 법률상담을 받은 것은 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고서 한 행동으로 봄이 타당하고, 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드가 일부 포함된 것만으로 달리 보기는 어렵다.

(6) 기타 사정들에 대한 검토

① 피해자의 술자리 동석 경위

피해자는 수사기관에서 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술 마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 공소외 4와 함께 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였고, 공소외 4는 수사기관 및 원심 법정에서 '망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 있다는 이야기를 듣고 피해자에게 같이 가자고 연락하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

그런데 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자와 문자를 주고받고 있었는데, 피고인 3이 피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 피해자를 불렀다'는 취지로 기재되어 있다. 그렇다면 피고인들의 주장과 같이 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관하여 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 진술이 다소 엇갈리기는 것처럼 보이는 한다.

그러나, ㉠ 위 부분은 이 사건 유서에 기재된 범행의 주요 부분이 아닐뿐더러, 이 사건은 발생일로부터 15년이 지나 수사가 개시되었으므로 시간의 경과에 따라 관련 당사자들의 기억이 희미해지거나 부정확해질 수 있는 점, ㉡ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다"라고만 기재되어 있을 뿐, 누가, 어떤 방식으로 피해자를 불렀는지에 대한 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않아 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 위 진술이 양립 불가능하다고 볼 수 없는 점, ㉢ 당시 공소외 4는 술자리에서 함께 술을 마시던 중 혼자서 먼저 귀가하였는바, 그 이후에 이 사건 유서에 기재된 범행이 발생한 것이라면 망인이 이 사건 유서에 굳이 공소외 4에 관한 사실까지 기재할 필요를 느끼지 못했을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 보면, 피해자가 술자리로 오게 된 경위에 관한 위와 같은 사정만으로 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수 없다.

㉡ 산부인과 진료와 피해자의 신체에 남은 성폭행 피해 흔적 관련

피고인들의 변호인은 "만일 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면, 피해자의 신체에 피해의 흔적이 남아있었어야 자연스러운데, 당시 피해자를 진료했던 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 질염의 유무를 확인하는 냉검사를 시행한 후, 피해자의 어머니에게 불안하면 혹시 모르니 사후피임약을 처방해 주겠다'고 말했을 뿐 수사기관에 피해자의 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 흔적을 찾지 못하였으므로 실제 피해자와 사이에 성관계가 있었는지도 의심이 된다"는 취지로 주장한다.

비록 당시 위 산부인과에서 성폭행과 관련된 검사를 진행하거나 당시 산부인과 의사가 경찰에 신고하는 등의 조치를 취하지는 않았으나, ㉠ 당심 전문심리위원 공소외 8(산부인과 전문의)은 '성경험이 없는 14세 피해자에게 준유사강간, 준강간을 당한 경우 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극을 확인할 수 없는 경우도 있다', '산부인과 검사를 통해 성폭행 또는 성행위 여부를 판단하기는 어렵고, 대부분은 환자의 호소를 통해 이를 판단할 수 있다'는 의견을 밝힌 점, ㉡ 피해자는 술에 만취하여 당시의 상황을 기억하지 못하였는바, 성폭행 사실 여부를 확신하지 못한 피해자나 그 어머니는 산부인과 방문 당시 이에 대하여 적극적으로 호소하지 못하였고, 이에 위 산부인과에서도 사후피임약 처방 외에 추가적인 검사나 조치를 취하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 오히려 앞서 본 바와 같이 피해자는 "하의 속옷에 피가 묻어있어 깜짝 놀랐고, 사타구니 부분이 아팠으며, 성기 부분이 뻥 뚫린 느낌이 들었다"고 진술하였는바, 이는 성관계가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정인 점, ㉣ 당시 중학교 2학년이었던 피해자의 어린 나이를 고려하였을 때 평일에 등교하지 않고 산부인과를 방문하여 사후피임약을 처방받았다는 사실은 통상적이지 않은 사정인 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수는 없다.

- ③ 피고인 1, 피고인 3의 변호인은 '이 사건 유서에 기재된 범행이 일어난 2006. 11. 19. 서울의 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 추운 밤 야외에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 저체온증 등으로 피해자의 신체에 이상 징후가 발생할 수도 있는데 그러한 정황이 발견되지 않았다'는 사정을 들어 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성을 다룬다.

그러나 ㉠ 이 사건 유서의 내용만으로 당시 피해자가 전라 상태였는지 여부가 반드시 명확하다고 보기는 어려운 점, ㉡ 성행위 도중에는 피고인들, 망인과 피해자의 신체가 밀접하게 접촉되어 피해자의 체온이 어느 정도 유지될 수 있었을 것으로도 보이는 점, ㉢ 이 사건 유서에 기재된 것처럼 피해자가 옷을 벗은 상태에서 소변을 보았다면, 이를 닦은 후 다시 옷을 입힐 경우 몸이 젖어있는 시간은 그리 길지 않았을 것인 점, ㉣ 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 전반적인 몸 상태에 대해 '온몸이 다 아팠던 것 같다.

지금 표현으로 하면 삭신이 쏘는 느낌이라고 표현할 수 있는데, 그 다음날 학교를 못 갔던 것 같다'는 취지로 진술하기도 하였는바, 피해자의 신체 전반에 이상 징후가 없었다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척하기도 어렵다.

- ④ 피고인 2의 변호인은 이 사건 유서의 내용 중 '피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였다'는 부분에 관하여, 당시의 휴대전화에 탑재된 카메라의 성능에 비추어 어두운 야외에서 동영상 촬영이 불가능하였을 것임을 지적한다.

그러나 위 변호인이 제출한 자료(2022. 6. 30.자 변론요지서 첨부 참고자료)에 의하더라도 그 무렵 출시되던 휴대전화도 디지털 카메라, 동영상 재생기능 등을 갖추고 있었던 것으로 보이는바, 변호인이 주장하는 위 사정은 이 사건 유서의 특신상태에 아무런 영향을 미치지 못한다.

⑤ 원심은, '망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건 당시 모여서 술을 마신 사실 정도만 어렵듯이 기억하고 있을 뿐 모두 술자리가 만들어지게 된 경위 및 장소, 술자리의 참석자, 술자리가 종료된 이후의 사정 등 이 사건에 대한 세부적이고 구체적인 내용에 대해서는 명확히 기억하지 못하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 세부적이고 구체적인 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 대단히 이례적이다'라고 보았다.

그러나 피해자의 경우 정신을 잃을 정도로 술에 만취하였으므로 당시 상황을 기억하지 못하는 것이 자연스럽고, 피고인들의 경우 자신들의 범행을 숨기기 위하여 당시의 상황에 대하여 '기억나지 않는다'고 진술할 가능성을 배제할 수 없는바(피고인들은 대체로 '이 사건 당일 피해자를 간음한 사실이 있는지가 기억나지 않는다'는 취지로 진술하면서 이 사건 공소사실을 부인하고 있다), 이를 고려하면 '망인만이 이 사건 당시의 상황을 생생하게 기억하고 있음'을 전제로 한 위 판단은 받아들일 수 없다.

3) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)의 성립에 관하여

원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공소사실에 부합하는 이 사건 유서의 내용 및 이를 뒷받침하는 피해자의 진술은 신빙성이 인정되고, 이 사건 공소사실은 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 봄이 타당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 유서의 증거능력 및 증명력이 없다고 판단하고서 공소사실의 증명이 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 채증법칙 위반으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

(1) 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성

앞서 본 바와 같이 이 사건 유서는 망인이 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로서, 그 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황을 찾을 수 없고, 망인이 이 사건 유서의 작성 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기도 어렵다.

또한 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수도 없다.

이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단되게 된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용에 대해서도 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 기재 내용은 신빙성이 인정되고, 앞서 본 바와 같은 피해자의 술자리 동석 경위에 관한 공소외 4, 피해자의 진술 내용이나, 이 사건 다음날 피해자가 산부인과 진료를 받으면서 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극이 확인되지 않았던 것으로 보이는 사정 등만으로는 달리 볼 수 없다.

(2) 이 사건 유서 내용을 뒷받침하는 피해자 진술의 신빙성

피해자는 수사기관에서 "피고인 3 등과의 2006. 11.경 술자리에서 정신을 잃을 정도로 만취하였고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 묻어있어 놀랐으며, 당시 사타구니 부분이 아파서 걷는 것이 불편했고, 성기 부분이 뺑 뚫린 느낌이 들었는데 살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었고, 이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다"는 취지로 일관되고 구체적으로 진술하였다.

이 사건은 망인이 남긴 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었던 점, 피해자는 15년이 넘는 기간 동안 이 사건에 대해 고소 등을 하지 않고 지내왔던 점, 그 밖에 피해자와 피고인들의 관계 등을 감안하면, 피해자가 피고인들에게 불리한 내용으로 허위 진술을 한다고 보기 어렵고, 달리 피해자가 허위 진술을 할 동기나 이유를 찾을 수 없으며, 피해자가 착오에 빠져 사실과 다른 진술을 한다고 볼 정황도 찾기 어렵다.

또한 피해자의 진술은 당시 산부인과 진료 내역과도 부합한다.

이와 같은 정황에다가 앞서 본 피해자의 진술을 통해 알 수 있는 피해자의 신체 상태 등은 이 사건 당시 피해자에 대한 성행위가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정이다.

(3) 시간적, 장소적 협동관계의 성립

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제6조 제3항, 제1항의 '2인 이상이 합동하여 형법 제299조(준강간)의 죄를 범한 경우'에 해당하려면, 피고인들이 공모하여 실행행위를 분담하였음이 인정되어야 하는데, 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하고 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하고, 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다면 실행행위를 분담한 것으로 인정된다(대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결 등 참조).

이 사건 유서의 내용에 의하면, 피고인 3은 피해자를 부를 당시 피고인 2에게 '피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 하였는바, 피해자를 상대로 한 성행위를 염두에 둔 것으로 보이고 나머지 피고인들과 망인도 이러한 사정을 알았을 것

인 점, 피고인 3은 피해자에게 피고인 2와의 교제를 내걸면서 피해자가 급히 소주를 마시도록 하여 피해자를 만취하게끔 한 사실, 피고인 3의 제안에 따라 피고인 1과 망인이 콘돔을 구한 후 피해자가 있던 장소로 간 사실, 피고인 3이 만취하여 정신을 잃은 피해자에게 유사성행위를 하였고, 그 직후에 망인, 피고인 1, 피고인 2가 순서대로 피해자를 간음한 사실, 비록 피고인 3이 간음행위 자체는 하지 않았더라도 위와 같이 이 사건 범행에 있어 주도적인 역할을 하고 가장 먼저 피해자를 상대로 유사성행위를 함으로써 나머지 피고인들과 망인이 피해자에 대한 간음행위에 나아가게끔 한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인들과 망인이 준강간 범행에 대한 공동가공의 의사에 따라 시간적·장소적으로 협동하여 술에 만취한 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다고 할 수 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다 음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

망 공소외 1이 작성한 이 사건 유서는 작성 경위, 피고인들과의 관계, 구체적인 기재 내용, 피해자의 산부인과 진료기록 과 피해자 어머니의 가계부 기재 내용 및 피해자 등의 진술에 부합하는 점 등에 비추어 특별히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것으로서 형사소송법 제314조에 따라 증거능력이 인정되고, 그 신빙성도 인정된다.

그럼에도 이 사건 유서의 증거능력 및 신빙성이 없다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지

피고인 1은 2015. 9. 8. 서울남부지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치사상)죄 등으로 징역 8개 월 집행유예 2년을 선고받고 2015. 9. 16. 그 판결이 확정되었다.

피고인들과 망 공소외 1(2021. 3. 31. 사망)은 2006년경 ○○중학교 3학년에 재학하였던 학생들로 서로 친구사이이고, 피해자 공소외 2(여, 당시 14세)는 당시 같은 학교 2학년에 재학하였던 학생으로 피고인 2와 교제하다 헤어진 사이 였다.

피고인들과 공소외 1은 2006. 11. 19. 저녁경 서울 양천구 ○○동○○○○○ 부근에서 술을 마시던 중 피해자가 여전히 피고인 2를 좋아한다는 사실을 알고 피해자를 불러내 술을 마시게 한 후 그녀가 술에 취하면 피고인 2로 하여금 피 해자와 성관계를 가지게 하기로 계획하였다.

이에 따라 피고인들과 공소외 1은 위 ○○○○○ 부근 놀이터로 피해자를 불러내 미리 준비한 소주를 주며 "소주 한 병 을 한 번에 마시면 피고인 2를 사귀게 해 주겠다"고 말하여 피해자로 하여금 이를 마시게 하고, 그래도 피해자가 취 한 모습을 보이지 않자 피고인들과 공소외 1은 다시 피해자에게 소주 한 병을 주며 위와 같이 말하여 결국 이를 모 두 마신 피해자가 정신을 잃고 쓰러지자 피고인들과 공소외 1은 순번을 정하여 한 사람씩 술에 만취한 피해자를 간 음하기로 공모하였다.

이후 피고인들과 공소외 1은 같은 날 심야경부터 다음 날 새벽 4시경 사이 술에 만취하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 ○○○○○ 인근 초등학교에 있는 벤치로 옮겨 옷을 벗긴 후, 피고인 3은 피해자에게 유사성행위를 하고, 계속하여 공소외 1, 피고인 1, 피고인 2가 순차적으로 피해자를 간음하였다.

이로써 피고인들은 공소외 1과 합동하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은, 망 공소외 1(이하 '망인'이라 한다)이 2021. 3. 31. 자살하면서 작성한 이 사건 공소사실 기재 범행이 기재된 자필 유서(증거순번 26, 이하 '이 사건 유서'라고 한다)는 전문증거로서, 형사소송법 제314조 단서에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 아래 사정들에 비추어 이 사건 유서에 나타난 망인의 진술은 그 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 증거가 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르렀다고 볼 수 없으므로 이 사건 유서는 증거능력이 없고, 설령 그 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 그 신빙성이 인정되지 않는다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 이 사건 유서의 증거능력 인정 여부

가) 이 사건 유서 작성 당시 망인의 심리상태

① 망인은 세무사 시험을 2년간 준비하였다가 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인 아버지의 진술에 의하면, 망인은 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으며 괴로워했고, 그 때부터 약 20kg 가량 체중이 증가한 점, ② 망인은 2017. 10. 25.경부터 2021. 3. 20.경까지 정신건강의학과에서 55회에 걸쳐 경도우울에피소드로 진료를 받은 점, ③ 망인의 친구 공소외 3은 '망인이 사망 당시 세무사 시험에 아깝게 떨어져 많이 힘들어했고, 당시 2년간 사귀 여자친구와 헤어진 지 한두 달 정도 되었으며, 우울증 관련 약을 시험준비를 하면서부터 먹었으나 약을 먹으면서부터 살이 많이 찐다고 고했었다가 다시 먹었는지 여부를 잘 모르겠다', '망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때의 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'는 취지로 진술한 점, ④ 망인은 2021. 3. 1.경부터 꾸준히 인터넷에서 자살과 관련된 검색어를 검색하였는바, 상당기간 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 추정할 수 있다.

우울장애의 심각도가 높아지면 망상 혹은 환각이 발생할 수 있는 것으로 알려져 있는바, 이와 같은 심리상태에서 망인이 작성한 이 사건 유서는 허위 개입의 여지가 없을 만큼 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 인정된다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 공소사실과 관련된 진술내용에 관한 여러 사정들

다음과 같은 사실 또는 사정들을 고려하면, 이 사건 유서는 그 내용에 있어서도 반대신문을 통하지 않더라도 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 수 있다고 보기 어렵다.

(1) 피해자가 이 사건 현장에 가게 된 경위

이 사건 유서에 의하면, 피해자가 술자리에 참석하게 된 경위가 '피해자를 부르면 성관계를 갖게 해주겠다는 피고인 3의 제안에 따라 피고인 2가 피해자를 술자리로 불렀다'는 것이므로, 이는 망인 및 피고인들의 특수강간 범행의 계획 또는 사전모의로 평가할 만한 내용이다.

따라서 이 사건 유서의 내용 중 피해자가 술자리에 참석한 경위에 관한 진술은 범행의 계기 내지 동기에 해당되는 것으로 이 사건에서 상당히 중요한 의미를 가지는 내용이다.

그런데, 피해자는 이 사건 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였는바, 이는 이 사건 유서의 내용과 배치된다.

공소외 4는 '이 사건 당시 술자리에 간 사실이 있는데, 망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 동석한다는 사실을 알고 피해자에게 같이 가자고 제안하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

위 공소외 4의 진술 역시 이 사건 유서의 내용과 배치되고 오히려 피해자의 진술과 일치한다.

위와 같은 피해자 및 공소외 4의 진술에 비추어볼 때, 이 사건 유서 중 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관한 부분은 사실에 부합한다고 보기 어렵다.

(2) 망인 및 피고인들과 성관계가 있었는지 여부

이 사건 유서의 내용 중 핵심적인 것은 피고인 3이 피해자를 상대로 유사성행위를 하고 망인, 피고인 1, 피고인 2 순으로 성관계를 하였다는 부분이다.

이와 관련하여 피해자는 수사기관에서 '이 사건 다음 날 속옷에 피가 묻어 있었고, 그 전까지 성경험이 없었는데, 다리를 벌리면 아팠고 아래가 뻥 뚫린 느낌이 들었기 때문에 성폭행을 당하였을지 모른다는 생각이 들었다'는 취지로 진술하였다.

만약 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면 피해자의 신체에 피해 흔적이 남아있었어야 자연스럽다.

그런데 피해자가 이 사건 다음날 산부인과 진료를 받았지만, 피해자를 진료한 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 냉검사(질내에 면봉을 삽입하여 질내 분비물을 채취한 다음 질염의 유무를 확인하는 검사)를 시행한 후 피해자의 어머니에게 확실치 않지만 걱정이 되면 사후피임약을 처방해 주겠다고 말하면서 피해자에게 사후피임약을 처방해 주었을 뿐, 법령상 의무에 따라 수사기관에 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 피해자의 처녀막 파열 상태나 회음부의 물리적 자극 등을 발견하지 못했던 것으로 보인다.

한편, 위와 같은 피해자의 진술은 추측성 진술에 불과하므로 피해자의 진술만으로 피해자가 성폭행을 당하였다고 단정하기도 어렵다.

그러므로 이 사건 유서의 내용 중 피고인 3의 유사성행위 및 망인, 피고인 1, 피고인 2 순의 성관계 부분 역시 반대신문 등을 거치지 아니한 채 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

(3) 그밖에 사정들

① 이 사건은 약 15년 전에 발생하였던 일이다.

사람의 기억에는 한계가 있을 수밖에 없고, 특히 중학생에 불과하던 망인이나 피고인들이 이 사건 당시 술을 마신 상태라면 그 기억이 특히나 온전하지 못하였을 것이라고 충분히 짐작할 수 있고, 망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건의 세부적이고 구체적인 내용에 대해서 명확히 기억하지 못하고 있다.

그러나 망인은 유서를 통해 당시 세부 내용까지 단정적으로 분명하게 표현하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 이례적이다.

② 검사가 특정한 일자는 2006. 11. 19.인데, 위 일자의 기상기록에 따르면 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 이와 같이 기온이 낮은 날 학교 벤치에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 피해자의 신체에 이상 징후가 충분히 발생할 수도 있는 상황이었으나 그러한 정황도 발견되지 않았다.

③ 망인은 자살하기 전 네이버 사이트에서 공소시효, 성폭력처벌법, 특수강간자수, 중학생성범죄공소시효, 중학생 특수강간공소시효, 집단성폭행 공소시효 등 이 사건과 관련이 있는 키워드로 검색한 사실이 있었던 것으로 보인다. 그런데, 망인은 절도후강간, 특수절도후강간, 강도강간죄자수, 특수강도강간집행유예 등 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드로 검색한 사실 또한 있었던 것으로 보이는바, 검사의 주장과 같이 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고 그 관련 내용을 검색해 보았다고 단정하기도 어렵다.

④ 망인이 자살 전 가족이나 친구 등에게 이 사건에 관하여 언급하였다고 볼 만한 정황은 전혀 발견할 수 없다.

만일 망인이 자살에 이르게 될 정도로 이 사건과 관련된 죄책감을 가지고 있었으면서도 이 사건 발생 후 약 15년 동안 한 번도 피고인들에게 이 사건을 언급하거나 피해자에게 사죄의 마음을 표시하지 않았다는 것도 다소 이해하기 어렵다.

특히, 망인의 친구 공소외 3은 망인이 사망 무렵 학교 폭력을 언급하면서 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을 까라는 말을 몇 번 하였다고 진술하였는바, 망인이 이 사건 공소사실 기재 범행을 저질렀고 이에 대하여 크나큰 죄책감을 가지고 있었음에도 공소외 3에게 자신의 학교 폭력 사실을 고백할 때 이 사건에 대하여 전혀 언급하지 않았다는 것은 납득하기 어렵다.

2) 이 사건 유서의 신빙성에 대한 판단

설령, 이 사건 유서의 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 공소사실에 부합하는 유일한 증거인 이 사건 유서는 앞서 본 바와 같이 핵심적인 내용이 피해자와 공소외 4의 진술, 그밖에 객관적인 정황과 배치되는 점, 피해자의 진술에 의하더라도 이 사건 당시 성폭력을 당하였는지 여부가 명확하지 않다는 것이고, 이 사건 직후 이루어진 산부인과 진료과정에서 성폭력의 흔적이 발견되지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 유서는 이를 그대로 믿기 어려우므로 이 사건 유서의 기재만으로 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이 법원의 판단

1) 관련 법리

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위해서는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것 이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

여기서 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011도17620 판결 등 참조).

2) 이 사건 유서의 증거능력 판단

가) 망인이 사망한 후 소지품으로 망인의 자필로 작성된 유서 2개가 발견되었는데, 그 중 하나는 가족들을 위해 남긴 유서이고 또 다른 유서가 이 사건 유서(증거순번 26)이다.

그 구체적인 내용은 다음과 같다.

정확한 시점은 기억이 나질 않지만 2006년 제가 중학교 3학년 겨울방학 전 일어난 일인 것 같습니다.

○○○○○ 근처에서 피고인 3, 피고인 2, 그리고 피고인 1이랑 4명이서 놀고 있었는데 피고인 2를 좋아하던 1살 어린 공소외 2주1)라는 여자애와 피고인 2가 문자를 서로 주고받고 있었는데 갑자기 피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다.

여자애가 온 후에 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷하라고 말했고 그 여자애가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 그리고 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 그 여자애는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었습니다.

피고인 3이 저와 피고인 1에게 너희도 해보라고 하고 싶으면 콘돔을 구해오라고 해서 구한 후 정확히 어디 학교인지는 기억이 나질 않지만 그 학교로 빨리 오라고 해서 갔는데 이미 그 여자애의 옷은 다 벗겨져 있었고 그 여자애가 땅바닥에 누워있어서 벤치로 옮겨달라고 해서 4명이서 들고 벤치로 옮겼습니다.

피고인 3은 그 여자애에게 유사성행위를 하고 있었습니다.

그리고 피고인 2, 피고인 1, 그리고 저에게도 해보라고 해서 저, 피고인 1 그리고 피고인 2 순으로 성관계를 했습니다.

피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였고, 피고인 2는 관계를 하는 도중에 그 여자애가 소변을 보아 모든 게 중단되었습니다.

피고인 3은 바로 자신이 아는 형을 불러서 오토바이를 타고 왔는데 빨리 옷을 입혀서 집으로 보내라고 하고 둘이 오토바이를 타고 사라졌고 피고인 2가 그 여자애를 집에 데려다주고 다음 날에 그 여자애가 팔에 기브스를 한 채로 등교하고 그날 무슨 일이 있었는지 기억하지 못하고 모든 게 다 끝났습니다.

이제 와서 이렇게 글로 남기는 이유는 도대체 그날 왜 그런 잘못된 선택을 했는지 이해를 할 수도 없고 제 자신이 용서되지도 않기 때문입니다.

너무나 죄송합니다.

이 사건이 꼭 해결되기를.... 공소시효도 남았고...

나) 이 사건 유서는 망인이 작성한 자필 서류로서 전문증거인바, 피고인들이 이를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않았으므로 원칙적으로는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기일 또는 공판기일에서 그 작성자인 망인의 진술에 의하여 진정 성립이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

그러나 작성자인 망인이 2021. 3. 31. 사망하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하므로, 예외적으로 형사소송법 제314조에 따라 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 경우에 증거능력이 인정된다.

다) 원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 유서는 그 내용이나 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점이 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 유서는 형사소송법 제314조 단서에 규정된 '그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음'이 증명된 경우로서 증거능력이 인정되는바, 이 법원은 이 사건 유서를 증거로 채택한다.

(1) 이 사건 유서의 작성 경위

망인은 2021. 3. 31. 18:30경 자신의 집 방문에 설치한 턱걸이 봉에 끈을 이용해 목을 매는 방법으로 자살하였는데, 망인은 자필로 가족들을 위해 남긴 유서와 별도로 이 사건 유서를 작성하였다.

이 사건 유서는 망인이 자살을 결심하고서 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 이 사건 유서에 기재된 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로 보인다.

이 사건 유서의 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황은 찾을 수 없다.

(2) 망인의 학력 등과 이 사건 유서 작성 무렵 망인의 상태

① 망인은 국내에서 중학교를 졸업한 후 캐나다로 유학을 가 그곳에서 고등학교를 졸업하였고, 귀국 후 영어특기생으로 △△대학교□□과에 진학하였는데, 사망 당시에는 대학교 4학년 휴학 중이었다.

망인은 육군에서 병사로 군 복무를 마쳤다.

망인은 미혼으로 가족으로는 부모와 동생이 있었고, 사망 무렵 주거지에서 부모와 함께 거주하고 있었다.

이와 같이 망인의 학력 등이나 가정환경에서 특이한 사정은 찾아보기 어렵다.

② 망인은 2년간 세무사 시험을 준비하였으나 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인의 아버지는 '망인이 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으면서 괴로워했고, 그 때부터 체중이 약 20kg 가량 증가해 100kg 가까이 될 정도였다'고 진술하였다.

한편 망인의 친구 공소외 3은 '망인과는 사망하기 전날 밤까지 함께 술을 마셨고 주말에 같이 가평으로 여행을 가기로 약속까지 했었다.

망인이 세무사 시험에 떨어져 많이 힘들어했고, 망인이 2년간 사귀 여자친구와 1~2달 전 헤어졌는데 그 이후에도 서로 연락을 주고받을 정도로 사이가 나쁘지 않았다.

망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때 전학 오기 전에 있었던 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인은 사망할 무렵 세무사시험 불합격 등의 문제로 상당히 힘들어하면서도, 다른 한편으로 사망 전날 친구와 만나 술을 마시고 주말에 여행을 가기로 하는 등의 일상적인 모습을 보이기도 하였다.

③ 망인은 2017. 10. 25.부터 2021. 3. 20.까지 총 55회에 걸쳐 ◇◇의원을 방문해 '경도우울에피소드'를 주상병으로 진료를 받았다.

또한 망인은 2021. 3. 1.경부터 네이버 사이트에서 "살고싶지 않을 때", "우울증", "자살장례식", "목매사", "연예인자살", "자살", "번개탄", "새벽에자살", "목매사통증", "넥타이목매" 등 자살과 관련된 검색어로 검색을 하였다.

위와 같이 망인은 장기간 우울증 치료를 받아 왔고, 자살할 당시 공들여 준비한 세무사 시험에 낙방한 상태였으며, 자살하기 약 한 달여 전부터는 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 등 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 보이기는 한다.

그러나 한편, 망인을 진료해 온 위 ◇◇의원은 당심에서의 사실조회에서, 망인의 증상에 관하여 '망인이 우울, 불안 증상을 호소하였고, 환청, 망상 등의 정신병적 증상은 호소하지 않았으며, 현실 검증력은 유지되는 상태였다.

약물은 항우울제와 간헐적인 항불안제를 사용하였다'고 회신하였다.

또한 당심 전문심리위원 공소외 6(정신건강의학과 전문의)은 망인의 상태에 대하여 '반복적으로 경도 우울에피소드 상병으로 진료하였다는 것은 경도의 상태가 지속되었을 가능성이 오히려 높지, 정신병적 증상이 있는 상태를 상정하기 어렵다'는 의견을 제시하였고, 망인이 네이버 엑스퍼트에 질문한 내역(아래에서 살펴본다)들을 포함한 관련 자료를 토대로 '이 사건 유서의 내용들에서 사고의 장애나 환각 상태였다고 볼만한 근거는 크게 확인되지 않고, 망상으로 인하여 이 사건 유서를 작성하였다고 볼만한 정신병리적 상태는 확인되지 않는다', '망상이나 환각, 항우울제 복용의 부작용이라고 판단할만한 근거는 확인되지 않는다'는 의견을 제시하였다.

망인의 아버지 또한 수사기관에서 '망인의 생전 건강상태는 양호하였고 자살을 시도하거나 암시하는 듯한 언행은 전혀 없었다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인이 불안정한 심리상태에서 이 사건 유서를 작성하였다고 하더라도 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 정황을 찾기 어렵다.

(3) 허위 내용으로 피고인들을 무고할 동기의 부재

망인이 피고인들에 대한 악감정을 가지고 있었다거나 음해하려고 하였다는 정황은 찾을 수 없다.

오히려 검찰조사에서, 피고인 1, 피고인 2는 '망인이 자신들에게 원한을 품을 만한 일이라든지, 자신들이 망인에게 섭섭한 행동을 한 일이 없었다'는 취지로 진술하였고, 피고인 3도 '망인을 괴롭히거나 금품을 뺏거나 사이가 안 좋았던 이유가 없었다'고 진술하였다.

특히 피고인 2는 망인이 캐나다에서 귀국한 후에도 망인과 꾸준히 교류하였고 망인의 장례식 기간 내내 장례식장을 지키면서 그곳에서 잠을 자기도 하였는바, 망인과 친분이 두터웠던 것으로 보인다.

이 사건 유서로 인해 피고인들에 대한 수사절차가 진행되더라도 망인에게 어떠한 이익이 있다고 볼 만한 정황도 찾을 수 없고, 달리 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수 없다.

(4) 이 사건 유서의 내용 자체의 신빙성

① 이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들, 망인과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들, 망인이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용(정확한 범행시점, 범행 장소인 학교의 명칭)에 대해서는 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 내용 자체에서 모순되거나 비합리적인 부분은 찾을 수 없다.

② 이 사건 유서는 망인이 피고인들과 함께 술에 만취한 피해자를 강간하였다는 것으로서 중대한 범행을 고백하는 내용이다.

이는 피고인들에게만 일방적으로 불리한 것이 아니라 망인에게도 불리한 내용을 담고 있는바, 이는 이 사건 유서 내용의 진정성을 뒷받침하는 사정이다.

③ 피해자는 수사기관에서 '망인, 피고인 1은 중학교 당시 개인적으로 알고 지내는 사이가 아니었다.

얼굴을 보면 기억날 수도 있을 것 같은데 지금은 전혀 기억이 나지 않는다'는 취지로 진술하였는바, 학년이 다른 피해자와 망인이 그 당시는 물론, 이후에도 별다른 친분이나 교류가 없었던 것으로 보인다.

그런데 이 사건 유서에는 피해자의 이름이 정확하게 특정되어 있다.

망인이 피고인 2의 중학생 시절 여자친구에 불과한 피해자의 이름을 사건 발생일로부터 15년이 지난 시점까지 정확하게 기억하여 피해자가 관련된 허위 사실을 망상으로 꾸며냈다고 보기는 어렵고, 오히려 망인이 이 사건 범행에 대한 자책이나 후회 등으로 피해자의 이름을 오랜 기간 기억하고 있었다고 봄이 자연스럽다[피고인 2는 수사기관에서 "망인이 작년(2020년) 9월에서 10월경 사이에 저에게 뜬금없이 전화해서 '너 공소외 2(피해자)라고 기억하냐'라고 물었다.

그래서 '그럼 기억하지, 여자친구였잖아'라고 했고, 다시 망인이 '다른 건 기억이 안 나냐'라는 정도로 물었다"는 취지로 진술하였는바, 망인은 피고인 2와의 대화에서도 피해자의 이름을 기억하고서 먼저 언급하였다].

(5) 이 사건 유서의 내용에 부합하는 구체적이고 외부적인 정황

이 사건은 망인이 남긴 이 사건 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었고, 피해자는 이 사건 유서의 내용을 알지 못한 채 수사기관에서 진술한 것으로 보인다.

그런데 아래에서 보는 바와 같이 피해자가 한 진술을 포함한 당시 상황은 이 사건 유서의 내용과 상당 부분 부합한다.

① 피해자가 망인 및 피고인들과의 음주 후 만취한 사실, 그 직후 피해자의 신체 상태와 산부인과 진료 등

이 사건 유서에는 '정확한 시점은 기억나지 않으나 2006년 겨울방학 전 망인과 피고인들, 피해자가 함께 술을 마신 후 학교 벤치에서 망인과 피고인들이 만취한 피해자를 순차로 강간 등을 하였다'고 기재되어 있다.

망인이 그 시기를 '2006년 겨울방학 전'이라고 특정한 것으로 보아 망인은 그 시점을 2006년 늦가을 내지 초겨울로 기억한 것으로 보인다.

그런데 피고인들의 수사기관 진술, 피해자의 수사기관 진술, 피해자 어머니 공소외 7의 경찰 진술과 위 공소외 7이 작성한 가계부 사진에 의하면, 피해자는 실제 2006. 11. 19. 망인, 피고인들과 함께 술을 마신 후 몸을 가누지 못할 정도로 만취하여 귀가한 사실이 인정된다.

피해자는 수사기관에서 당시 자신의 상태에 대하여 '귀가 당시 신고 있던 스타킹이 찢어져 있었고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 많이 묻어있어 깜짝 놀랐다.

만약 생리 중이었다면 제가 속옷에 묻어있는 피를 보고 그렇게까지 놀라지 않았을 것이다.

당시 사타구니 부분이 계속 아파 걷는 것이 불편했고, 다리를 벌리면 아팠다.

밑에 성기 부분이 뭔가 뺑 뚫린 느낌이 들었다.

살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었다.

이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다'고 진술하였다.

피해자는 2006. 11. 20. 공소외 5 산부인과의를 방문해 냉검사를 한 결과 질염이 확인되어 항생제 등을 처방받은 한편, 임신을 걱정하여 사후피임약을 처방받기도 하였다.

한편, 피고인 2는 수사기관에서 '망인이 유학을 간다고 하여 만나러 나갔다가 망인, 피고인 3, 피고인 1과 술을 마셨고, 누군가 피해자를 부르자고 하여 피해자를 불러 피해자도 같이 술을 마셨다.

그 날 외에 피해자와 같이 술을 마신 적은 없다'고 진술하였다.

이와 같이 이 사건 유서의 내용은 당시 있었던 술자리 및 피해자의 신체 상태와 부합하고, 중학교 2학년의 어린 나이였던 피해자가 산부인과를 방문해 진료를 받고 사후피임약까지 처방받은 것으로 보아 피해자와 그 어머니 또한 당시 성관계가 있었을 가능성을 걱정했던 것으로 보인다.

② 피해자가 술을 마시게 된 동기와 마신 술의 종류, 술을 마신 방법

이 사건 유서에는 "술자리에 온 피해자에게 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷 하라고 말했고 피해자가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 피해자는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었다"는 취지로 기재되어 있다.

피해자는 수사기관에서 "소주병을 나발로 원샷 하면 피고인 2를 불러주겠다 이런 느낌으로 말을 해서 술을 마셨던 것 같다", "소주 한병을 원샷 했던 것 까지는 기억난다"고 진술하였다.

피해자가 술을 마시게 된 동기가 피고인 2와 깊이 관련되어 있는 점, 피해자가 마신 술이 소주이고, 소주 한병을 단번에 마셨다는 점에서 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과 부합한다.

특히 이 사건 유서와 피해자의 진술에는 '소주 한 병을 원샷했다'는 부분이 공통적으로 있는바, 위와 같은 음주 방식은 매우 이례적임에도 이 사건 유서와 피해자의 진술이 정확히 일치하고 있다.

피고인 2의 변호인은 '당시 피고인 2와 피해자가 이미 사귀는 사이였으므로 이 사건 유서 중 위 내용은 사실과 맞지 않다'고 주장하나, 피해자는 수사기관에서 '피고인 2와 2006. 1.경 한 달 사귀고 헤어졌는데, 제가 계속 피고인 2를 혼자 좋아하고 있었다'고 진술하였는바, 이에 비추어 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

③ 당시 상황을 주도한 사람, 술을 마신 장소 등 기타의 사정

㉠ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 '피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 제안하여 피해자를 술자리에 부르게 되었고, 피고인 3이 '망인과 피고인 1에게 성관계를 하고 싶으면 콘돔을 구해 오라'고 해서 이를 구한 후 교명이 기억나지 않는 학교로 갔더니 이미 피해자의 옷이 다 벗겨져 있었다"는 취지로 기재되어 있다.

한편, 피해자는 수사기관에서 "피고인 3이 그때 당시에 그 남자 무리에서 제일 썸 느낌이었다.

리더 느낌이었다", "저랑 피고인 3이랑 놀이터에서 그네를 탔던 것 같다.

그때는 이미 제가 엄청 취했던 후인 것 같다.

놀이터 같은 곳에서 그네를 탔는데 그때는 피고인 3이랑 저만 있었다"고 진술하였다.

당시의 상황을 피고인 3이 주도하였던 점, 범행이 일어난 장소, 망인과 피고인 1이 도중에 잠시 자리를 비웠던 점 등에 있어서 이 사건 유서의 내용과 피해자의 진술은 부합한다.

피고인 1도 수사기관에서 '당시 망인과 편의점에 술을 사러 갔던 것은 기억난다'고 진술하였는바, 이는 망인과 피고인 1이 중간에 잠시 자리를 비웠다는 이 사건 유서의 내용과 모순되지 않는다.

㉔ 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자를 집에 데려다주고, 다음날에 피해자가 팔에 기브스를 한 채로 등교하였다'고 기재되어 있다.

그런데 피고인 2는 수사기관에서 "피해자를 집 문 앞까지 데려다 주었다", "피해자가 술 마시고 귀가한 다음날 학교에 온 것으로 알고 있는데, 손에 깁스를 하고 있었던 것까지 기억을 한다.

손가락 인대가 늘어났다고 했던 것을 기억한다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 위 내용은 피고인 2의 진술에 부합한다.

한편, 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 팔에 깁스를 한 사실이 있는지에 관한 질문을 받고서 "수사관님한테 들으니까 깁스를 했었나 싶기도 한데, 확실한 건 석고까지 해서 깁스를 한 건 아니었고 목에다 두르고 팔만 고정시키는 거를 했을 거 같기는 한데, 정확하게는 기억이 안 난다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과도 모순되지 않는다.

④ 망인의 인터넷 검색어 및 유료 법률상담 내역

망인은 자살하기 한 달 여 전인 2021. 2. 21.부터 2021. 3. 26.까지 인터넷 네이버 사이트에서 '공소시효', '민법상성년공소시효', '공소시효소급적용', '청소년특수강간자수', '성폭력처벌법', '중학생성범죄공소시효', '중학생특수강간공소시효', '특수강간집행유예', '과거집단성폭행공소시효' 등 이 사건과 밀접히 관련된 키워드로 검색을 하였다.

또한 망인은 2021. 1. 11.부터 같은 해 3. 1.까지 네이버 엑스퍼트의 유료 법률상담을 통해 '민법상 성년 나이 개정 후 공소시효의 기산점', '미성년자일 때 공소시효가 중단된 경우 성년인 경우 언제부터 공소시효가 다시 진행되는지', '민법상 성년 나이 개정 전후의 아동·청소년성보호법이나 성폭력범죄의처벌법의 공소시효 기산일'에 관하여 수회에 걸쳐 상담한 사실이 인정된다.

위와 같은 검색어나 법률상담 내역들은 이 사건 유서에 기재된 범행 내용과 밀접하게 관련되어 있고 망인이 이 사건 유서의 말미에 '공소시효도 남았고...'라고 기재한 것은 위와 같은 검색과 법률상담을 토대로 한 것으로 보인다.

위와 같이 망인이 관련 내용을 검색하고 유료로 법률상담을 받은 것은 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고서 한 행동으로 봄이 타당하고, 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드가 일부 포함된 것만으로 달리 보기는 어렵다.

(6) 기타 사정들에 대한 검토

① 피해자의 술자리 동석 경위

피해자는 수사기관에서 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술 마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 공소외 4와 함께 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였고, 공소외 4는 수사기관 및 원심 법정에서 '망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 있다는 이야기를 듣고 피해자에게 같이 가자고 연락하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

그런데 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자와 문자를 주고받고 있었는데, 피고인 3이 피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 피해자를 불렀다'는 취지로 기재되어 있다. 그렇다면 피고인들의 주장과 같이 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관하여 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 진술이 다소 엇갈리기는 것처럼 보이는 한다.

그러나, ㉠ 위 부분은 이 사건 유서에 기재된 범행의 주요 부분이 아닐뿐더러, 이 사건은 발생일로부터 15년이 지나 수사가 개시되었으므로 시간의 경과에 따라 관련 당사자들의 기억이 희미해지거나 부정확해질 수 있는 점, ㉡ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다"라고만 기재되어 있을 뿐, 누가, 어떤 방식으로 피해자를 불렀는지에 대한 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않아 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 위 진술이 양립 불가능하다고 볼 수 없는 점, ㉢ 당시 공소외 4는 술자리에서 함께 술을 마시던 중 혼자서 먼저 귀가하였는바, 그 이후에 이 사건 유서에 기재된 범행이 발생한 것이라면 망인이 이 사건 유서에 굳이 공소외 4에 관한 사실까지 기재할 필요를 느끼지 못했을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 보면, 피해자가 술자리로 오게 된 경위에 관한 위와 같은 사정만으로 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수 없다.

㉡ 산부인과 진료와 피해자의 신체에 남은 성폭행 피해 흔적 관련

피고인들의 변호인은 "만일 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면, 피해자의 신체에 피해의 흔적이 남아있었어야 자연스러운데, 당시 피해자를 진료했던 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 질염의 유무를 확인하는 냉검사를 시행한 후, 피해자의 어머니에게 불안하면 혹시 모르니 사후피임약을 처방해 주겠다'고 말했을 뿐 수사기관에 피해자의 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 흔적을 찾지 못하였으므로 실제 피해자와 사이에 성관계가 있었는지도 의심이 된다"는 취지로 주장한다.

비록 당시 위 산부인과에서 성폭행과 관련된 검사를 진행하거나 당시 산부인과 의사가 경찰에 신고하는 등의 조치를 취하지는 않았으나, ㉠ 당심 전문심리위원 공소외 8(산부인과 전문의)은 '성경험이 없는 14세 피해자에게 준유사강간, 준강간을 당한 경우 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극을 확인할 수 없는 경우도 있다', '산부인과 검사를 통해 성폭행 또는 성행위 여부를 판단하기는 어렵고, 대부분은 환자의 호소를 통해 이를 판단할 수 있다'는 의견을 밝힌 점, ㉡ 피해자는 술에 만취하여 당시의 상황을 기억하지 못하였는바, 성폭행 사실 여부를 확신하지 못한 피해자나 그 어머니는 산부인과 방문 당시 이에 대하여 적극적으로 호소하지 못하였고, 이에 위 산부인과에서도 사후피임약 처방 외에 추가적인 검사나 조치를 취하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 오히려 앞서 본 바와 같이 피해자는 "하의 속옷에 피가 묻어있어 깜짝 놀랐고, 사타구니 부분이 아팠으며, 성기 부분이 뻥 뚫린 느낌이 들었다"고 진술하였는바, 이는 성관계가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정인 점, ㉣ 당시 중학교 2학년이었던 피해자의 어린 나이를 고려하였을 때 평일에 등교하지 않고 산부인과를 방문하여 사후피임약을 처방받았다는 사실은 통상적이지 않은 사정인 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수는 없다.

- ③ 피고인 1, 피고인 3의 변호인은 '이 사건 유서에 기재된 범행이 일어난 2006. 11. 19. 서울의 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 추운 밤 야외에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 저체온증 등으로 피해자의 신체에 이상 징후가 발생할 수도 있는데 그러한 정황이 발견되지 않았다'는 사정을 들어 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성을 다룬다.

그러나 ㉠ 이 사건 유서의 내용만으로 당시 피해자가 전라 상태였는지 여부가 반드시 명확하다고 보기는 어려운 점, ㉡ 성행위 도중에는 피고인들, 망인과 피해자의 신체가 밀접하게 접촉되어 피해자의 체온이 어느 정도 유지될 수 있었을 것으로도 보이는 점, ㉢ 이 사건 유서에 기재된 것처럼 피해자가 옷을 벗은 상태에서 소변을 보았다면, 이를 닦은 후 다시 옷을 입힐 경우 몸이 젖어있는 시간은 그리 길지 않았을 것인 점, ㉣ 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 전반적인 몸 상태에 대해 '온몸이 다 아팠던 것 같다.

지금 표현으로 하면 삭신이 쏘는 느낌이라고 표현할 수 있는데, 그 다음날 학교를 못 갔던 것 같다'는 취지로 진술하기도 하였는바, 피해자의 신체 전반에 이상 징후가 없었다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척하기도 어렵다.

- ④ 피고인 2의 변호인은 이 사건 유서의 내용 중 '피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였다'는 부분에 관하여, 당시의 휴대전화에 탑재된 카메라의 성능에 비추어 어두운 야외에서 동영상 촬영이 불가능하였을 것임을 지적한다.

그러나 위 변호인이 제출한 자료(2022. 6. 30.자 변론요지서 첨부 참고자료)에 의하더라도 그 무렵 출시되던 휴대전화도 디지털 카메라, 동영상 재생기능 등을 갖추고 있었던 것으로 보이는바, 변호인이 주장하는 위 사정은 이 사건 유서의 특신상태에 아무런 영향을 미치지 못한다.

⑤ 원심은, '망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건 당시 모여서 술을 마신 사실 정도만 어렵듯이 기억하고 있을 뿐 모두 술자리가 만들어지게 된 경위 및 장소, 술자리의 참석자, 술자리가 종료된 이후의 사정 등 이 사건에 대한 세부적이고 구체적인 내용에 대해서는 명확히 기억하지 못하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 세부적이고 구체적인 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 대단히 이례적이다'라고 보았다.

그러나 피해자의 경우 정신을 잃을 정도로 술에 만취하였으므로 당시 상황을 기억하지 못하는 것이 자연스럽고, 피고인들의 경우 자신들의 범행을 숨기기 위하여 당시의 상황에 대하여 '기억나지 않는다'고 진술할 가능성을 배제할 수 없는바(피고인들은 대체로 '이 사건 당일 피해자를 간음한 사실이 있는지가 기억나지 않는다'는 취지로 진술하면서 이 사건 공소사실을 부인하고 있다), 이를 고려하면 '망인만이 이 사건 당시의 상황을 생생하게 기억하고 있음'을 전제로 한 위 판단은 받아들일 수 없다.

3) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)의 성립에 관하여

원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공소사실에 부합하는 이 사건 유서의 내용 및 이를 뒷받침하는 피해자의 진술은 신빙성이 인정되고, 이 사건 공소사실은 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 봄이 타당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 유서의 증거능력 및 증명력이 없다고 판단하고서 공소사실의 증명이 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 채증법칙 위반으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

(1) 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성

앞서 본 바와 같이 이 사건 유서는 망인이 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로서, 그 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황을 찾을 수 없고, 망인이 이 사건 유서의 작성 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기도 어렵다.

또한 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수도 없다.

이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단되게 된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용에 대해서도 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 기재 내용은 신빙성이 인정되고, 앞서 본 바와 같은 피해자의 술자리 동석 경위에 관한 공소외 4, 피해자의 진술 내용이나, 이 사건 다음날 피해자가 산부인과 진료를 받으면서 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극이 확인되지 않았던 것으로 보이는 사정 등만으로는 달리 볼 수 없다.

(2) 이 사건 유서 내용을 뒷받침하는 피해자 진술의 신빙성

피해자는 수사기관에서 "피고인 3 등과의 2006. 11.경 술자리에서 정신을 잃을 정도로 만취하였고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 묻어있어 놀랐으며, 당시 사타구니 부분이 아파서 걷는 것이 불편했고, 성기 부분이 뺨 뚫린 느낌이 들었는데 살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었고, 이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다"는 취지로 일관되고 구체적으로 진술하였다.

이 사건은 망인이 남긴 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었던 점, 피해자는 15년이 넘는 기간 동안 이 사건에 대해 고소 등을 하지 않고 지내왔던 점, 그 밖에 피해자와 피고인들의 관계 등을 감안하면, 피해자가 피고인들에게 불리한 내용으로 허위 진술을 한다고 보기 어렵고, 달리 피해자가 허위 진술을 할 동기나 이유를 찾을 수 없으며, 피해자가 착오에 빠져 사실과 다른 진술을 한다고 볼 정황도 찾기 어렵다.

또한 피해자의 진술은 당시 산부인과 진료 내역과도 부합한다.

이와 같은 정황에다가 앞서 본 피해자의 진술을 통해 알 수 있는 피해자의 신체 상태 등은 이 사건 당시 피해자에 대한 성행위가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정이다.

(3) 시간적, 장소적 협동관계의 성립

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제6조 제3항, 제1항의 '2인 이상이 합동하여 형법 제299조(준강간)의 죄를 범한 경우'에 해당하려면, 피고인들이 공모하여 실행행위를 분담하였음이 인정되어야 하는데, 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하고 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하고, 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다면 실행행위를 분담한 것으로 인정된다(대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결 등 참조).

이 사건 유서의 내용에 의하면, 피고인 3은 피해자를 부를 당시 피고인 2에게 '피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 하였는바, 피해자를 상대로 한 성행위를 염두에 둔 것으로 보이고 나머지 피고인들과 망인도 이러한 사정을 알았을 것

인 점, 피고인 3은 피해자에게 피고인 2와의 교제를 내걸면서 피해자가 급히 소주를 마시도록 하여 피해자를 만취하게끔 한 사실, 피고인 3의 제안에 따라 피고인 1과 망인이 콘돔을 구한 후 피해자가 있던 장소로 간 사실, 피고인 3이 만취하여 정신을 잃은 피해자에게 유사성행위를 하였고, 그 직후에 망인, 피고인 1, 피고인 2가 순서대로 피해자를 간음한 사실, 비록 피고인 3이 간음행위 자체는 하지 않았더라도 위와 같이 이 사건 범행에 있어 주도적인 역할을 하고 가장 먼저 피해자를 상대로 유사성행위를 함으로써 나머지 피고인들과 망인이 피해자에 대한 간음행위에 나아가게끔 한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인들과 망인이 준강간 범행에 대한 공동가공의 의사에 따라 시간적·장소적으로 협동하여 술에 만취한 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다고 할 수 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다 음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

망 공소외 1이 작성한 이 사건 유서는 작성 경위, 피고인들과의 관계, 구체적인 기재 내용, 피해자의 산부인과 진료기록 과 피해자 어머니의 가계부 기재 내용 및 피해자 등의 진술에 부합하는 점 등에 비추어 특별히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것으로서 형사소송법 제314조에 따라 증거능력이 인정되고, 그 신빙성도 인정된다.

그럼에도 이 사건 유서의 증거능력 및 신빙성이 없다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지

피고인 1은 2015. 9. 8. 서울남부지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치사상)죄 등으로 징역 8개 월 집행유예 2년을 선고받고 2015. 9. 16. 그 판결이 확정되었다.

피고인들과 망 공소외 1(2021. 3. 31. 사망)은 2006년경 ○○중학교 3학년에 재학하였던 학생들로 서로 친구사이이고, 피해자 공소외 2(여, 당시 14세)는 당시 같은 학교 2학년에 재학하였던 학생으로 피고인 2와 교제하다 헤어진 사이 였다.

피고인들과 공소외 1은 2006. 11. 19. 저녁경 서울 양천구 ○○동○○○○○ 부근에서 술을 마시던 중 피해자가 여전히 피고인 2를 좋아한다는 사실을 알고 피해자를 불러내 술을 마시게 한 후 그녀가 술에 취하면 피고인 2로 하여금 피 해자와 성관계를 가지게 하기로 계획하였다.

이에 따라 피고인들과 공소외 1은 위 ○○○○○ 부근 놀이터로 피해자를 불러내 미리 준비한 소주를 주며 "소주 한 병 을 한 번에 마시면 피고인 2를 사귀게 해 주겠다"고 말하여 피해자로 하여금 이를 마시게 하고, 그래도 피해자가 취 한 모습을 보이지 않자 피고인들과 공소외 1은 다시 피해자에게 소주 한 병을 주며 위와 같이 말하여 결국 이를 모 두 마신 피해자가 정신을 잃고 쓰러지자 피고인들과 공소외 1은 순번을 정하여 한 사람씩 술에 만취한 피해자를 간 음하기로 공모하였다.

이후 피고인들과 공소외 1은 같은 날 심야경부터 다음 날 새벽 4시경 사이 술에 만취하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 ○○○○○ 인근 초등학교에 있는 벤치로 옮겨 옷을 벗긴 후, 피고인 3은 피해자에게 유사성행위를 하고, 계속하여 공소외 1, 피고인 1, 피고인 2가 순차적으로 피해자를 간음하였다.

이로써 피고인들은 공소외 1과 합동하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은, 망 공소외 1(이하 '망인'이라 한다)이 2021. 3. 31. 자살하면서 작성한 이 사건 공소사실 기재 범행이 기재된 자필 유서(증거순번 26, 이하 '이 사건 유서'라고 한다)는 전문증거로서, 형사소송법 제314조 단서에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 아래 사정들에 비추어 이 사건 유서에 나타난 망인의 진술은 그 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 증거가 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르렀다고 볼 수 없으므로 이 사건 유서는 증거능력이 없고, 설령 그 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 그 신빙성이 인정되지 않는다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 이 사건 유서의 증거능력 인정 여부

가) 이 사건 유서 작성 당시 망인의 심리상태

① 망인은 세무사 시험을 2년간 준비하였다가 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인 아버지의 진술에 의하면, 망인은 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으며 괴로워했고, 그 때부터 약 20kg 가량 체중이 증가한 점, ② 망인은 2017. 10. 25.경부터 2021. 3. 20.경까지 정신건강의학과에서 55회에 걸쳐 경도우울에피소드로 진료를 받은 점, ③ 망인의 친구 공소외 3은 '망인이 사망 당시 세무사 시험에 아깝게 떨어져 많이 힘들어했고, 당시 2년간 사귀 여자친구와 헤어진 지 한두 달 정도 되었으며, 우울증 관련 약을 시험준비를 하면서부터 먹었으나 약을 먹으면서부터 살이 많이 찼다고 고했었다가 다시 먹었는지 여부를 잘 모르겠다', '망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때의 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'는 취지로 진술한 점, ④ 망인은 2021. 3. 1.경부터 꾸준히 인터넷에서 자살과 관련된 검색어를 검색하였는바, 상당기간 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 추정할 수 있다.

우울장애의 심각도가 높아지면 망상 혹은 환각이 발생할 수 있는 것으로 알려져 있는바, 이와 같은 심리상태에서 망인이 작성한 이 사건 유서는 허위 개입의 여지가 거의 없을 만큼 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 인정된다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 공소사실과 관련된 진술내용에 관한 여러 사정들

다음과 같은 사실 또는 사정들을 고려하면, 이 사건 유서는 그 내용에 있어서도 반대신문을 통하지 않더라도 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 수 있다고 보기 어렵다.

(1) 피해자가 이 사건 현장에 가게 된 경위

이 사건 유서에 의하면, 피해자가 술자리에 참석하게 된 경위가 '피해자를 부르면 성관계를 갖게 해주겠다는 피고인 3의 제안에 따라 피고인 2가 피해자를 술자리로 불렀다'는 것이므로, 이는 망인 및 피고인들의 특수강간 범행의 계획 또는 사전모의로 평가할 만한 내용이다.

따라서 이 사건 유서의 내용 중 피해자가 술자리에 참석한 경위에 관한 진술은 범행의 계기 내지 동기에 해당되는 것으로 이 사건에서 상당히 중요한 의미를 가지는 내용이다.

그런데, 피해자는 이 사건 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였는바, 이는 이 사건 유서의 내용과 배치된다.

공소외 4는 '이 사건 당시 술자리에 간 사실이 있는데, 망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 동석한다는 사실을 알고 피해자에게 같이 가자고 제안하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

위 공소외 4의 진술 역시 이 사건 유서의 내용과 배치되고 오히려 피해자의 진술과 일치한다.

위와 같은 피해자 및 공소외 4의 진술에 비추어볼 때, 이 사건 유서 중 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관한 부분은 사실에 부합한다고 보기 어렵다.

(2) 망인 및 피고인들과 성관계가 있었는지 여부

이 사건 유서의 내용 중 핵심적인 것은 피고인 3이 피해자를 상대로 유사성행위를 하고 망인, 피고인 1, 피고인 2 순으로 성관계를 하였다는 부분이다.

이와 관련하여 피해자는 수사기관에서 '이 사건 다음 날 속옷에 피가 묻어 있었고, 그 전까지 성경험이 없었는데, 다리를 벌리면 아팠고 아래가 뻥 뚫린 느낌이 들었기 때문에 성폭행을 당하였을지 모른다는 생각이 들었다'는 취지로 진술하였다.

만약 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면 피해자의 신체에 피해 흔적이 남아있었어야 자연스럽다.

그런데 피해자가 이 사건 다음날 산부인과 진료를 받았지만, 피해자를 진료한 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 냉검사(질내에 면봉을 삽입하여 질내 분비물을 채취한 다음 질염의 유무를 확인하는 검사)를 시행한 후 피해자의 어머니에게 확실치 않지만 걱정이 되면 사후피임약을 처방해 주겠다고 말하면서 피해자에게 사후피임약을 처방해 주었을 뿐, 법령상 의무에 따라 수사기관에 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 피해자의 처녀막 파열 상태나 회음부의 물리적 자극 등을 발견하지 못했던 것으로 보인다.

한편, 위와 같은 피해자의 진술은 추측성 진술에 불과하므로 피해자의 진술만으로 피해자가 성폭행을 당하였다고 단정하기도 어렵다.

그러므로 이 사건 유서의 내용 중 피고인 3의 유사성행위 및 망인, 피고인 1, 피고인 2 순의 성관계 부분 역시 반대신문 등을 거치지 아니한 채 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

(3) 그밖에 사정들

① 이 사건은 약 15년 전에 발생하였던 일이다.

사람의 기억에는 한계가 있을 수밖에 없고, 특히 중학생에 불과하던 망인이나 피고인들이 이 사건 당시 술을 마신 상태라면 그 기억이 특히나 온전하지 못하였을 것이라고 충분히 짐작할 수 있고, 망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건의 세부적이고 구체적인 내용에 대해서 명확히 기억하지 못하고 있다.

그러나 망인은 유서를 통해 당시 세부 내용까지 단정적으로 분명하게 표현하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 이례적이다.

② 검사가 특정한 일자는 2006. 11. 19.인데, 위 일자의 기상기록에 따르면 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 이와 같이 기온이 낮은 날 학교 벤치에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 피해자의 신체에 이상 징후가 충분히 발생할 수도 있는 상황이었으나 그러한 정황도 발견되지 않았다.

③ 망인은 자살하기 전 네이버 사이트에서 공소시효, 성폭력처벌법, 특수강간자수, 중학생성범죄공소시효, 중학생 특수강간공소시효, 집단성폭행 공소시효 등 이 사건과 관련이 있는 키워드로 검색한 사실이 있었던 것으로 보인다. 그런데, 망인은 절도후강간, 특수절도후강간, 강도강간죄자수, 특수강도강간집행유예 등 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드로 검색한 사실 또한 있었던 것으로 보이는바, 검사의 주장과 같이 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고 그 관련 내용을 검색해 보았다고 단정하기도 어렵다.

④ 망인이 자살 전 가족이나 친구 등에게 이 사건에 관하여 언급하였다고 볼 만한 정황은 전혀 발견할 수 없다.

만일 망인이 자살에 이르게 될 정도로 이 사건과 관련된 죄책감을 가지고 있었으면서도 이 사건 발생 후 약 15년 동안 한 번도 피고인들에게 이 사건을 언급하거나 피해자에게 사죄의 마음을 표시하지 않았다는 것도 다소 이해하기 어렵다.

특히, 망인의 친구 공소외 3은 망인이 사망 무렵 학교 폭력을 언급하면서 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을 까라는 말을 몇 번 하였다고 진술하였는바, 망인이 이 사건 공소사실 기재 범행을 저질렀고 이에 대하여 크나큰 죄책감을 가지고 있었음에도 공소외 3에게 자신의 학교 폭력 사실을 고백할 때 이 사건에 대하여 전혀 언급하지 않았다는 것은 납득하기 어렵다.

2) 이 사건 유서의 신빙성에 대한 판단

설령, 이 사건 유서의 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 공소사실에 부합하는 유일한 증거인 이 사건 유서는 앞서 본 바와 같이 핵심적인 내용이 피해자와 공소외 4의 진술, 그밖에 객관적인 정황과 배치되는 점, 피해자의 진술에 의하더라도 이 사건 당시 성폭력을 당하였는지 여부가 명확하지 않다는 것이고, 이 사건 직후 이루어진 산부인과 진료과정에서 성폭력의 흔적이 발견되지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 유서는 이를 그대로 믿기 어려우므로 이 사건 유서의 기재만으로 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이 법원의 판단

1) 관련 법리

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위해서는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것 이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

여기서 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011도17620 판결 등 참조).

2) 이 사건 유서의 증거능력 판단

가) 망인이 사망한 후 소지품으로 망인의 자필로 작성된 유서 2개가 발견되었는데, 그 중 하나는 가족들을 위해 남긴 유서이고 또 다른 유서가 이 사건 유서(증거순번 26)이다.

그 구체적인 내용은 다음과 같다.

정확한 시점은 기억이 나질 않지만 2006년 제가 중학교 3학년 겨울방학 전 일어난 일인 것 같습니다.

○○○○○ 근처에서 피고인 3, 피고인 2, 그리고 피고인 1이랑 4명이서 놀고 있었는데 피고인 2를 좋아하던 1살 어린 공소외 2주1)라는 여자애와 피고인 2가 문자를 서로 주고받고 있었는데 갑자기 피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다.

여자애가 온 후에 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷하라고 말했고 그 여자애가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 그리고 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 그 여자애는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었습니다.

피고인 3이 저와 피고인 1에게 너희도 해보라고 하고 싶으면 콘돔을 구해오라고 해서 구한 후 정확히 어디 학교인지는 기억이 나질 않지만 그 학교로 빨리 오라고 해서 갔는데 이미 그 여자애의 옷은 다 벗겨져 있었고 그 여자애가 땅바닥에 누워있어서 벤치로 옮겨달라고 해서 4명이서 들고 벤치로 옮겼습니다.

피고인 3은 그 여자애에게 유사성행위를 하고 있었습니다.

그리고 피고인 2, 피고인 1, 그리고 저에게도 해보라고 해서 저, 피고인 1 그리고 피고인 2 순으로 성관계를 했습니다.

피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였고, 피고인 2는 관계를 하는 도중에 그 여자애가 소변을 보아 모든 게 중단되었습니다.

피고인 3은 바로 자신이 아는 형을 불러서 오토바이를 타고 왔는데 빨리 옷을 입혀서 집으로 보내라고 하고 둘이 오토바이를 타고 사라졌고 피고인 2가 그 여자애를 집에 데려다주고 다음 날에 그 여자애가 팔에 기브스를 한 채로 등교하고 그날 무슨 일이 있었는지 기억하지 못하고 모든 게 다 끝났습니다.

이제 와서 이렇게 글로 남기는 이유는 도대체 그날 왜 그런 잘못된 선택을 했는지 이해를 할 수도 없고 제 자신이 용서되지도 않기 때문입니다.

너무나 죄송합니다.

이 사건이 꼭 해결되기를.... 공소시효도 남았고...

나) 이 사건 유서는 망인이 작성한 자필 서류로서 전문증거인바, 피고인들이 이를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않았으므로 원칙적으로는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기일 또는 공판기일에서 그 작성자인 망인의 진술에 의하여 진정 성립이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

그러나 작성자인 망인이 2021. 3. 31. 사망하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하므로, 예외적으로 형사소송법 제314조에 따라 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 경우에 증거능력이 인정된다.

다) 원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 유서는 그 내용이나 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점이 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 유서는 형사소송법 제314조 단서에 규정된 '그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음'이 증명된 경우로서 증거능력이 인정되는바, 이 법원은 이 사건 유서를 증거로 채택한다.

(1) 이 사건 유서의 작성 경위

망인은 2021. 3. 31. 18:30경 자신의 집 방문에 설치한 턱걸이 봉에 끈을 이용해 목을 매는 방법으로 자살하였는데, 망인은 자필로 가족들을 위해 남긴 유서와 별도로 이 사건 유서를 작성하였다.

이 사건 유서는 망인이 자살을 결심하고서 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 이 사건 유서에 기재된 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로 보인다.

이 사건 유서의 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황은 찾을 수 없다.

(2) 망인의 학력 등과 이 사건 유서 작성 무렵 망인의 상태

① 망인은 국내에서 중학교를 졸업한 후 캐나다로 유학을 가 그곳에서 고등학교를 졸업하였고, 귀국 후 영어특기생으로 △△대학교□□과에 진학하였는데, 사망 당시에는 대학교 4학년 휴학 중이었다.

망인은 육군에서 병사로 군 복무를 마쳤다.

망인은 미혼으로 가족으로는 부모와 동생이 있었고, 사망 무렵 주거지에서 부모와 함께 거주하고 있었다.

이와 같이 망인의 학력 등이나 가정환경에서 특이한 사정은 찾아보기 어렵다.

② 망인은 2년간 세무사 시험을 준비하였으나 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인의 아버지는 '망인이 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으면서 괴로워했고, 그 때부터 체중이 약 20kg 가량 증가해 100kg 가까이 될 정도였다'고 진술하였다.

한편 망인의 친구 공소외 3은 '망인과는 사망하기 전날 밤까지 함께 술을 마셨고 주말에 같이 가평으로 여행을 가기로 약속까지 했었다.

망인이 세무사 시험에 떨어져 많이 힘들어했고, 망인이 2년간 사귀 여자친구와 1~2달 전 헤어졌는데 그 이후에도 서로 연락을 주고받을 정도로 사이가 나쁘지 않았다.

망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때 전학 오기 전에 있었던 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인은 사망할 무렵 세무사시험 불합격 등의 문제로 상당히 힘들어하면서도, 다른 한편으로 사망 전날 친구와 만나 술을 마시고 주말에 여행을 가기로 하는 등의 일상적인 모습을 보이기도 하였다.

③ 망인은 2017. 10. 25.부터 2021. 3. 20.까지 총 55회에 걸쳐 ◇◇의원을 방문해 '경도우울에피소드'를 주상병으로 진료를 받았다.

또한 망인은 2021. 3. 1.경부터 네이버 사이트에서 "살고싶지 않을 때", "우울증", "자살장례식", "목맴사", "연예인자살", "자살", "번개탄", "새벽에자살", "목맴사통증", "넥타이목매" 등 자살과 관련된 검색어로 검색을 하였다.

위와 같이 망인은 장기간 우울증 치료를 받아 왔고, 자살할 당시 공들여 준비한 세무사 시험에 낙방한 상태였으며, 자살하기 약 한 달여 전부터는 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 등 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 보이기는 한다.

그러나 한편, 망인을 진료해 온 위 ◇◇의원은 당심에서의 사실조회에서, 망인의 증상에 관하여 '망인이 우울, 불안 증상을 호소하였고, 환청, 망상 등의 정신병적 증상은 호소하지 않았으며, 현실 검증력은 유지되는 상태였다.

약물은 항우울제와 간헐적인 항불안제를 사용하였다'고 회신하였다.

또한 당심 전문심리위원 공소외 6(정신건강의학과 전문의)은 망인의 상태에 대하여 '반복적으로 경도 우울에피소드 상병으로 진료하였다는 것은 경도의 상태가 지속되었을 가능성이 오히려 높지, 정신병적 증상이 있는 상태를 상정하기 어렵다'는 의견을 제시하였고, 망인이 네이버 엑스퍼트에 질문한 내역(아래에서 살펴본다)들을 포함한 관련 자료를 토대로 '이 사건 유서의 내용들에서 사고의 장애나 환각 상태였다고 볼만한 근거는 크게 확인되지 않고, 망상으로 인하여 이 사건 유서를 작성하였다고 볼만한 정신병리적 상태는 확인되지 않는다', '망상이나 환각, 항우울제 복용의 부작용이라고 판단할만한 근거는 확인되지 않는다'는 의견을 제시하였다.

망인의 아버지 또한 수사기관에서 '망인의 생전 건강상태는 양호하였고 자살을 시도하거나 암시하는 듯한 언행은 전혀 없었다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인이 불안정한 심리상태에서 이 사건 유서를 작성하였다고 하더라도 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 정황을 찾기 어렵다.

(3) 허위 내용으로 피고인들을 무고할 동기의 부재

망인이 피고인들에 대한 악감정을 가지고 있었다거나 음해하려고 하였다는 정황은 찾을 수 없다.

오히려 검찰조사에서, 피고인 1, 피고인 2는 '망인이 자신들에게 원한을 품을 만한 일이라든지, 자신들이 망인에게 섭섭한 행동을 한 일이 없었다'는 취지로 진술하였고, 피고인 3도 '망인을 괴롭히거나 금품을 뺏거나 사이가 안 좋았던 이유가 없었다'고 진술하였다.

특히 피고인 2는 망인이 캐나다에서 귀국한 후에도 망인과 꾸준히 교류하였고 망인의 장례식 기간 내내 장례식장을 지키면서 그곳에서 잠을 자기도 하였는바, 망인과 친분이 두터웠던 것으로 보인다.

이 사건 유서로 인해 피고인들에 대한 수사절차가 진행되더라도 망인에게 어떠한 이익이 있다고 볼 만한 정황도 찾을 수 없고, 달리 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수 없다.

(4) 이 사건 유서의 내용 자체의 신빙성

① 이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들, 망인과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들, 망인이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용(정확한 범행시점, 범행 장소인 학교의 명칭)에 대해서는 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 내용 자체에서 모순되거나 비합리적인 부분은 찾을 수 없다.

② 이 사건 유서는 망인이 피고인들과 함께 술에 만취한 피해자를 강간하였다는 것으로서 중대한 범행을 고백하는 내용이다.

이는 피고인들에게만 일방적으로 불리한 것이 아니라 망인에게도 불리한 내용을 담고 있는바, 이는 이 사건 유서 내용의 진정성을 뒷받침하는 사정이다.

③ 피해자는 수사기관에서 '망인, 피고인 1은 중학교 당시 개인적으로 알고 지내는 사이가 아니었다.

얼굴을 보면 기억날 수도 있을 것 같은데 지금은 전혀 기억이 나지 않는다'는 취지로 진술하였는바, 학년이 다른 피해자와 망인이 그 당시는 물론, 이후에도 별다른 친분이나 교류가 없었던 것으로 보인다.

그런데 이 사건 유서에는 피해자의 이름이 정확하게 특정되어 있다.

망인이 피고인 2의 중학생 시절 여자친구에 불과한 피해자의 이름을 사건 발생일로부터 15년이 지난 시점까지 정확하게 기억하여 피해자가 관련된 허위 사실을 망상으로 꾸며냈다고 보기는 어렵고, 오히려 망인이 이 사건 범행에 대한 자책이나 후회 등으로 피해자의 이름을 오랜 기간 기억하고 있었다고 봄이 자연스럽다[피고인 2는 수사기관에서 "망인이 작년(2020년) 9월에서 10월경 사이에 저에게 뜬금없이 전화해서 '너 공소외 2(피해자)라고 기억하냐'라고 물었다.

그래서 '그럼 기억하지, 여자친구였잖아'라고 했고, 다시 망인이 '다른 건 기억이 안 나냐'라는 정도로 물었다"는 취지로 진술하였는바, 망인은 피고인 2와의 대화에서도 피해자의 이름을 기억하고서 먼저 언급하였다].

(5) 이 사건 유서의 내용에 부합하는 구체적이고 외부적인 정황

이 사건은 망인이 남긴 이 사건 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었고, 피해자는 이 사건 유서의 내용을 알지 못한 채 수사기관에서 진술한 것으로 보인다.

그런데 아래에서 보는 바와 같이 피해자가 한 진술을 포함한 당시 상황은 이 사건 유서의 내용과 상당 부분 부합한다.

① 피해자가 망인 및 피고인들과의 음주 후 만취한 사실, 그 직후 피해자의 신체 상태와 산부인과 진료 등

이 사건 유서에는 '정확한 시점은 기억나지 않으나 2006년 겨울방학 전 망인과 피고인들, 피해자가 함께 술을 마신 후 학교 벤치에서 망인과 피고인들이 만취한 피해자를 순차로 강간 등을 하였다'고 기재되어 있다.

망인이 그 시기를 '2006년 겨울방학 전'이라고 특정한 것으로 보아 망인은 그 시점을 2006년 늦가을 내지 초겨울로 기억한 것으로 보인다.

그런데 피고인들의 수사기관 진술, 피해자의 수사기관 진술, 피해자 어머니 공소외 7의 경찰 진술과 위 공소외 7이 작성한 가계부 사진에 의하면, 피해자는 실제 2006. 11. 19. 망인, 피고인들과 함께 술을 마신 후 몸을 가누지 못할 정도로 만취하여 귀가한 사실이 인정된다.

피해자는 수사기관에서 당시 자신의 상태에 대하여 '귀가 당시 신고 있던 스타킹이 찢어져 있었고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 많이 묻어있어 깜짝 놀랐다.

만약 생리 중이었다면 제가 속옷에 묻어있는 피를 보고 그렇게까지 놀라지 않았을 것이다.

당시 사타구니 부분이 계속 아파 걷는 것이 불편했고, 다리를 벌리면 아팠다.

밑에 성기 부분이 뭔가 뺑 뚫린 느낌이 들었다.

살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었다.

이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다'고 진술하였다.

피해자는 2006. 11. 20. 공소외 5 산부인과의를 방문해 냉검사를 한 결과 질염이 확인되어 항생제 등을 처방받은 한편, 임신을 걱정하여 사후피임약을 처방받기도 하였다.

한편, 피고인 2는 수사기관에서 '망인이 유학을 간다고 하여 만나러 나갔다가 망인, 피고인 3, 피고인 1과 술을 마셨고, 누군가 피해자를 부르자고 하여 피해자를 불러 피해자도 같이 술을 마셨다.

그 날 외에 피해자와 같이 술을 마신 적은 없다'고 진술하였다.

이와 같이 이 사건 유서의 내용은 당시 있었던 술자리 및 피해자의 신체 상태와 부합하고, 중학교 2학년의 어린 나이였던 피해자가 산부인과를 방문해 진료를 받고 사후피임약까지 처방받은 것으로 보아 피해자와 그 어머니 또한 당시 성관계가 있었을 가능성을 걱정했던 것으로 보인다.

② 피해자가 술을 마시게 된 동기와 마신 술의 종류, 술을 마신 방법

이 사건 유서에는 "술자리에 온 피해자에게 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷 하라고 말했고 피해자가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 피해자는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었다"는 취지로 기재되어 있다.

피해자는 수사기관에서 "소주병을 나발로 원샷 하면 피고인 2를 불러주겠다 이런 느낌으로 말을 해서 술을 마셨던 것 같다", "소주 한병을 원샷 했던 것 까지는 기억난다"고 진술하였다.

피해자가 술을 마시게 된 동기가 피고인 2와 깊이 관련되어 있는 점, 피해자가 마신 술이 소주이고, 소주 한병을 단번에 마셨다는 점에서 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과 부합한다.

특히 이 사건 유서와 피해자의 진술에는 '소주 한 병을 원샷했다'는 부분이 공통적으로 있는바, 위와 같은 음주 방식은 매우 이례적임에도 이 사건 유서와 피해자의 진술이 정확히 일치하고 있다.

피고인 2의 변호인은 '당시 피고인 2와 피해자가 이미 사귀는 사이였으므로 이 사건 유서 중 위 내용은 사실과 맞지 않다'고 주장하나, 피해자는 수사기관에서 '피고인 2와 2006. 1.경 한 달 사귀고 헤어졌는데, 제가 계속 피고인 2를 혼자 좋아하고 있었다'고 진술하였는바, 이에 비추어 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

③ 당시 상황을 주도한 사람, 술을 마신 장소 등 기타의 사정

㉠ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 '피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 제안하여 피해자를 술자리에 부르게 되었고, 피고인 3이 '망인과 피고인 1에게 성관계를 하고 싶으면 콘돔을 구해 오라'고 해서 이를 구한 후 교명이 기억나지 않는 학교로 갔더니 이미 피해자의 옷이 다 벗겨져 있었다"는 취지로 기재되어 있다.

한편, 피해자는 수사기관에서 "피고인 3이 그때 당시에 그 남자 무리에서 제일 썸 느낌이었다.

리더 느낌이었다", "저랑 피고인 3이랑 놀이터에서 그네를 탔던 것 같다.

그때는 이미 제가 엄청 취했던 후인 것 같다.

놀이터 같은 곳에서 그네를 탔는데 그때는 피고인 3이랑 저만 있었다"고 진술하였다.

당시의 상황을 피고인 3이 주도하였던 점, 범행이 일어난 장소, 망인과 피고인 1이 도중에 잠시 자리를 비웠던 점 등에 있어서 이 사건 유서의 내용과 피해자의 진술은 부합한다.

피고인 1도 수사기관에서 '당시 망인과 편의점에 술을 사러 갔던 것은 기억난다'고 진술하였는바, 이는 망인과 피고인 1이 중간에 잠시 자리를 비웠다는 이 사건 유서의 내용과 모순되지 않는다.

㉔ 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자를 집에 데려다주고, 다음날에 피해자가 팔에 기브스를 한 채로 등교하였다'고 기재되어 있다.

그런데 피고인 2는 수사기관에서 "피해자를 집 문 앞까지 데려다 주었다", "피해자가 술 마시고 귀가한 다음날 학교에 온 것으로 알고 있는데, 손에 깁스를 하고 있었던 것까지 기억을 한다.

손가락 인대가 늘어났다고 했던 것을 기억한다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 위 내용은 피고인 2의 진술에 부합한다.

한편, 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 팔에 깁스를 한 사실이 있는지에 관한 질문을 받고서 "수사관님한테 들으니까 깁스를 했었나 싶기도 한데, 확실한 건 석고까지 해서 깁스를 한 건 아니었고 목에다 두르고 팔만 고정시키는 거를 했을 거 같기는 한데, 정확하게는 기억이 안 난다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과도 모순되지 않는다.

④ 망인의 인터넷 검색어 및 유료 법률상담 내역

망인은 자살하기 한 달 여 전인 2021. 2. 21.부터 2021. 3. 26.까지 인터넷 네이버 사이트에서 '공소시효', '민법상성년공소시효', '공소시효소급적용', '청소년특수강간자수', '성폭력처벌법', '중학생성범죄공소시효', '중학생특수강간공소시효', '특수강간집행유예', '과거집단성폭행공소시효' 등 이 사건과 밀접히 관련된 키워드로 검색을 하였다.

또한 망인은 2021. 1. 11.부터 같은 해 3. 1.까지 네이버 엑스퍼트의 유료 법률상담을 통해 '민법상 성년 나이 개정 후 공소시효의 기산점', '미성년자일 때 공소시효가 중단된 경우 성년인 경우 언제부터 공소시효가 다시 진행되는지', '민법상 성년 나이 개정 전후의 아동·청소년성보호법이나 성폭력범죄의처벌법의 공소시효 기산일'에 관하여 수회에 걸쳐 상담한 사실이 인정된다.

위와 같은 검색어나 법률상담 내역들은 이 사건 유서에 기재된 범행 내용과 밀접하게 관련되어 있고 망인이 이 사건 유서의 말미에 '공소시효도 남았고...'라고 기재한 것은 위와 같은 검색과 법률상담을 토대로 한 것으로 보인다.

위와 같이 망인이 관련 내용을 검색하고 유료로 법률상담을 받은 것은 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고서 한 행동으로 봄이 타당하고, 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드가 일부 포함된 것만으로 달리 보기는 어렵다.

(6) 기타 사정들에 대한 검토

① 피해자의 술자리 동석 경위

피해자는 수사기관에서 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술 마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 공소외 4와 함께 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였고, 공소외 4는 수사기관 및 원심 법정에서 '망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 있다는 이야기를 듣고 피해자에게 같이 가자고 연락하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

그런데 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자와 문자를 주고받고 있었는데, 피고인 3이 피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 피해자를 불렀다'는 취지로 기재되어 있다. 그렇다면 피고인들의 주장과 같이 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관하여 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 진술이 다소 엇갈리기는 것처럼 보이는 한다.

그러나, ㉠ 위 부분은 이 사건 유서에 기재된 범행의 주요 부분이 아닐뿐더러, 이 사건은 발생일로부터 15년이 지나 수사가 개시되었으므로 시간의 경과에 따라 관련 당사자들의 기억이 희미해지거나 부정확해질 수 있는 점, ㉡ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다"라고만 기재되어 있을 뿐, 누가, 어떤 방식으로 피해자를 불렀는지에 대한 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않아 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 위 진술이 양립 불가능하다고 볼 수 없는 점, ㉢ 당시 공소외 4는 술자리에서 함께 술을 마시던 중 혼자서 먼저 귀가하였는바, 그 이후에 이 사건 유서에 기재된 범행이 발생한 것이라면 망인이 이 사건 유서에 굳이 공소외 4에 관한 사실까지 기재할 필요를 느끼지 못했을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 보면, 피해자가 술자리로 오게 된 경위에 관한 위와 같은 사정만으로 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수 없다.

㉡ 산부인과 진료와 피해자의 신체에 남은 성폭행 피해 흔적 관련

피고인들의 변호인은 "만일 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면, 피해자의 신체에 피해의 흔적이 남아있었어야 자연스러운데, 당시 피해자를 진료했던 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 질염의 유무를 확인하는 냉검사를 시행한 후, 피해자의 어머니에게 불안하면 혹시 모르니 사후피임약을 처방해 주겠다'고 말했을 뿐 수사기관에 피해자의 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 흔적을 찾지 못하였으므로 실제 피해자와 사이에 성관계가 있었는지도 의심이 된다"는 취지로 주장한다.

비록 당시 위 산부인과에서 성폭행과 관련된 검사를 진행하거나 당시 산부인과 의사가 경찰에 신고하는 등의 조치를 취하지는 않았으나, ㉠ 당심 전문심리위원 공소외 8(산부인과 전문의)은 '성경험이 없는 14세 피해자에게 준유사강간, 준강간을 당한 경우 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극을 확인할 수 없는 경우도 있다', '산부인과 검사를 통해 성폭행 또는 성행위 여부를 판단하기는 어렵고, 대부분은 환자의 호소를 통해 이를 판단할 수 있다'는 의견을 밝힌 점, ㉡ 피해자는 술에 만취하여 당시의 상황을 기억하지 못하였는바, 성폭행 사실 여부를 확신하지 못한 피해자나 그 어머니는 산부인과 방문 당시 이에 대하여 적극적으로 호소하지 못하였고, 이에 위 산부인과에서도 사후피임약 처방 외에 추가적인 검사나 조치를 취하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 오히려 앞서 본 바와 같이 피해자는 "하의 속옷에 피가 묻어있어 깜짝 놀랐고, 사타구니 부분이 아팠으며, 성기 부분이 뻥 뚫린 느낌이 들었다"고 진술하였는바, 이는 성관계가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정인 점, ㉣ 당시 중학교 2학년이었던 피해자의 어린 나이를 고려하였을 때 평일에 등교하지 않고 산부인과를 방문하여 사후피임약을 처방받았다는 사실은 통상적이지 않은 사정인 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수는 없다.

- ③ 피고인 1, 피고인 3의 변호인은 '이 사건 유서에 기재된 범행이 일어난 2006. 11. 19. 서울의 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 추운 밤 야외에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 저체온증 등으로 피해자의 신체에 이상 징후가 발생할 수도 있는데 그러한 정황이 발견되지 않았다'는 사정을 들어 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성을 다룬다.

그러나 ㉠ 이 사건 유서의 내용만으로 당시 피해자가 전라 상태였는지 여부가 반드시 명확하다고 보기는 어려운 점, ㉡ 성행위 도중에는 피고인들, 망인과 피해자의 신체가 밀접하게 접촉되어 피해자의 체온이 어느 정도 유지될 수 있었을 것으로도 보이는 점, ㉢ 이 사건 유서에 기재된 것처럼 피해자가 옷을 벗은 상태에서 소변을 보았다면, 이를 닦은 후 다시 옷을 입힐 경우 몸이 젖어있는 시간은 그리 길지 않았을 것인 점, ㉣ 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 전반적인 몸 상태에 대해 '온몸이 다 아팠던 것 같다.

지금 표현으로 하면 삭신이 쏘는 느낌이라고 표현할 수 있는데, 그 다음날 학교를 못 갔던 것 같다'는 취지로 진술하기도 하였는바, 피해자의 신체 전반에 이상 징후가 없었다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척하기도 어렵다.

- ④ 피고인 2의 변호인은 이 사건 유서의 내용 중 '피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였다'는 부분에 관하여, 당시의 휴대전화에 탑재된 카메라의 성능에 비추어 어두운 야외에서 동영상 촬영이 불가능하였을 것임을 지적한다.

그러나 위 변호인이 제출한 자료(2022. 6. 30.자 변론요지서 첨부 참고자료)에 의하더라도 그 무렵 출시되던 휴대전화도 디지털 카메라, 동영상 재생기능 등을 갖추고 있었던 것으로 보이는바, 변호인이 주장하는 위 사정은 이 사건 유서의 특신상태에 아무런 영향을 미치지 못한다.

⑤ 원심은, '망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건 당시 모여서 술을 마신 사실 정도만 어렵듯이 기억하고 있을 뿐 모두 술자리가 만들어지게 된 경위 및 장소, 술자리의 참석자, 술자리가 종료된 이후의 사정 등 이 사건에 대한 세부적이고 구체적인 내용에 대해서는 명확히 기억하지 못하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 세부적이고 구체적인 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 대단히 이례적이다'라고 보았다.

그러나 피해자의 경우 정신을 잃을 정도로 술에 만취하였으므로 당시 상황을 기억하지 못하는 것이 자연스럽고, 피고인들의 경우 자신들의 범행을 숨기기 위하여 당시의 상황에 대하여 '기억나지 않는다'고 진술할 가능성을 배제할 수 없는바(피고인들은 대체로 '이 사건 당일 피해자를 간음한 사실이 있는지가 기억나지 않는다'는 취지로 진술하면서 이 사건 공소사실을 부인하고 있다), 이를 고려하면 '망인만이 이 사건 당시의 상황을 생생하게 기억하고 있음'을 전제로 한 위 판단은 받아들일 수 없다.

3) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)의 성립에 관하여

원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공소사실에 부합하는 이 사건 유서의 내용 및 이를 뒷받침하는 피해자의 진술은 신빙성이 인정되고, 이 사건 공소사실은 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 봄이 타당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 유서의 증거능력 및 증명력이 없다고 판단하고서 공소사실의 증명이 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 채증법칙 위반으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

(1) 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성

앞서 본 바와 같이 이 사건 유서는 망인이 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로서, 그 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황을 찾을 수 없고, 망인이 이 사건 유서의 작성 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기도 어렵다.

또한 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수도 없다.

이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단되게 된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용에 대해서도 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 기재 내용은 신빙성이 인정되고, 앞서 본 바와 같은 피해자의 술자리 동석 경위에 관한 공소외 4, 피해자의 진술 내용이나, 이 사건 다음날 피해자가 산부인과 진료를 받으면서 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극이 확인되지 않았던 것으로 보이는 사정 등만으로는 달리 볼 수 없다.

(2) 이 사건 유서 내용을 뒷받침하는 피해자 진술의 신빙성

피해자는 수사기관에서 "피고인 3 등과의 2006. 11.경 술자리에서 정신을 잃을 정도로 만취하였고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 묻어있어 놀랐으며, 당시 사타구니 부분이 아파서 걷는 것이 불편했고, 성기 부분이 뺑 뚫린 느낌이 들었는데 살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었고, 이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다"는 취지로 일관되고 구체적으로 진술하였다.

이 사건은 망인이 남긴 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었던 점, 피해자는 15년이 넘는 기간 동안 이 사건에 대해 고소 등을 하지 않고 지내왔던 점, 그 밖에 피해자와 피고인들의 관계 등을 감안하면, 피해자가 피고인들에게 불리한 내용으로 허위 진술을 한다고 보기 어렵고, 달리 피해자가 허위 진술을 할 동기나 이유를 찾을 수 없으며, 피해자가 착오에 빠져 사실과 다른 진술을 한다고 볼 정황도 찾기 어렵다.

또한 피해자의 진술은 당시 산부인과 진료 내역과도 부합한다.

이와 같은 정황에다가 앞서 본 피해자의 진술을 통해 알 수 있는 피해자의 신체 상태 등은 이 사건 당시 피해자에 대한 성행위가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정이다.

(3) 시간적, 장소적 협동관계의 성립

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제6조 제3항, 제1항의 '2인 이상이 합동하여 형법 제299조(준강간)의 죄를 범한 경우'에 해당하려면, 피고인들이 공모하여 실행행위를 분담하였음이 인정되어야 하는데, 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하고 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하고, 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다면 실행행위를 분담한 것으로 인정된다(대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결 등 참조).

이 사건 유서의 내용에 의하면, 피고인 3은 피해자를 부를 당시 피고인 2에게 '피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 하였는바, 피해자를 상대로 한 성행위를 염두에 둔 것으로 보이고 나머지 피고인들과 망인도 이러한 사정을 알았을 것

인 점, 피고인 3은 피해자에게 피고인 2와의 교제를 내걸면서 피해자가 급히 소주를 마시도록 하여 피해자를 만취하게끔 한 사실, 피고인 3의 제안에 따라 피고인 1과 망인이 콘돔을 구한 후 피해자가 있던 장소로 간 사실, 피고인 3이 만취하여 정신을 잃은 피해자에게 유사성행위를 하였고, 그 직후에 망인, 피고인 1, 피고인 2가 순서대로 피해자를 간음한 사실, 비록 피고인 3이 간음행위 자체는 하지 않았더라도 위와 같이 이 사건 범행에 있어 주도적인 역할을 하고 가장 먼저 피해자를 상대로 유사성행위를 함으로써 나머지 피고인들과 망인이 피해자에 대한 간음행위에 나아가게끔 한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인들과 망인이 준강간 범행에 대한 공동가공의 의사에 따라 시간적·장소적으로 협동하여 술에 만취한 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다고 할 수 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다 음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

망 공소외 1이 작성한 이 사건 유서는 작성 경위, 피고인들과의 관계, 구체적인 기재 내용, 피해자의 산부인과 진료기록 과 피해자 어머니의 가계부 기재 내용 및 피해자 등의 진술에 부합하는 점 등에 비추어 특별히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것으로서 형사소송법 제314조에 따라 증거능력이 인정되고, 그 신빙성도 인정된다.

그럼에도 이 사건 유서의 증거능력 및 신빙성이 없다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지

피고인 1은 2015. 9. 8. 서울남부지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치사상)죄 등으로 징역 8개 월 집행유예 2년을 선고받고 2015. 9. 16. 그 판결이 확정되었다.

피고인들과 망 공소외 1(2021. 3. 31. 사망)은 2006년경 ○○중학교 3학년에 재학하였던 학생들로 서로 친구사이이고, 피해자 공소외 2(여, 당시 14세)는 당시 같은 학교 2학년에 재학하였던 학생으로 피고인 2와 교제하다 헤어진 사이 였다.

피고인들과 공소외 1은 2006. 11. 19. 저녁경 서울 양천구 ○○동○○○○○ 부근에서 술을 마시던 중 피해자가 여전히 피고인 2를 좋아한다는 사실을 알고 피해자를 불러내 술을 마시게 한 후 그녀가 술에 취하면 피고인 2로 하여금 피 해자와 성관계를 가지게 하기로 계획하였다.

이에 따라 피고인들과 공소외 1은 위 ○○○○○ 부근 놀이터로 피해자를 불러내 미리 준비한 소주를 주며 "소주 한 병 을 한 번에 마시면 피고인 2를 사귀게 해 주겠다"고 말하여 피해자로 하여금 이를 마시게 하고, 그래도 피해자가 취 한 모습을 보이지 않자 피고인들과 공소외 1은 다시 피해자에게 소주 한 병을 주며 위와 같이 말하여 결국 이를 모 두 마신 피해자가 정신을 잃고 쓰러지자 피고인들과 공소외 1은 순번을 정하여 한 사람씩 술에 만취한 피해자를 간 음하기로 공모하였다.

이후 피고인들과 공소외 1은 같은 날 심야경부터 다음 날 새벽 4시경 사이 술에 만취하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 ○○○○○ 인근 초등학교에 있는 벤치로 옮겨 옷을 벗긴 후, 피고인 3은 피해자에게 유사성행위를 하고, 계속하여 공소외 1, 피고인 1, 피고인 2가 순차적으로 피해자를 간음하였다.

이로써 피고인들은 공소외 1과 합동하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은, 망 공소외 1(이하 '망인'이라 한다)이 2021. 3. 31. 자살하면서 작성한 이 사건 공소사실 기재 범행이 기재된 자필 유서(증거순번 26, 이하 '이 사건 유서'라고 한다)는 전문증거로서, 형사소송법 제314조 단서에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 아래 사정들에 비추어 이 사건 유서에 나타난 망인의 진술은 그 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 증거가 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르렀다고 볼 수 없으므로 이 사건 유서는 증거능력이 없고, 설령 그 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 그 신빙성이 인정되지 않는다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 이 사건 유서의 증거능력 인정 여부

가) 이 사건 유서 작성 당시 망인의 심리상태

① 망인은 세무사 시험을 2년간 준비하였다가 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인 아버지의 진술에 의하면, 망인은 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으며 괴로워했고, 그 때부터 약 20kg 가량 체중이 증가한 점, ② 망인은 2017. 10. 25.경부터 2021. 3. 20.경까지 정신건강의학과에서 55회에 걸쳐 경도우울에피소드로 진료를 받은 점, ③ 망인의 친구 공소외 3은 '망인이 사망 당시 세무사 시험에 아깝게 떨어져 많이 힘들어했고, 당시 2년간 사귀 여자친구와 헤어진 지 한두 달 정도 되었으며, 우울증 관련 약을 시험준비를 하면서부터 먹었으나 약을 먹으면서부터 살이 많이 찐다고 고했었다가 다시 먹었는지 여부를 잘 모르겠다', '망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때의 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'는 취지로 진술한 점, ④ 망인은 2021. 3. 1.경부터 꾸준히 인터넷에서 자살과 관련된 검색어를 검색하였는바, 상당기간 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 추정할 수 있다.

우울장애의 심각도가 높아지면 망상 혹은 환각이 발생할 수 있는 것으로 알려져 있는바, 이와 같은 심리상태에서 망인이 작성한 이 사건 유서는 허위 개입의 여지가 없을 만큼 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 인정된다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 공소사실과 관련된 진술내용에 관한 여러 사정들

다음과 같은 사실 또는 사정들을 고려하면, 이 사건 유서는 그 내용에 있어서도 반대신문을 통하지 않더라도 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 수 있다고 보기 어렵다.

(1) 피해자가 이 사건 현장에 가게 된 경위

이 사건 유서에 의하면, 피해자가 술자리에 참석하게 된 경위가 '피해자를 부르면 성관계를 갖게 해주겠다는 피고인 3의 제안에 따라 피고인 2가 피해자를 술자리로 불렀다'는 것이므로, 이는 망인 및 피고인들의 특수강간 범행의 계획 또는 사전모의로 평가할 만한 내용이다.

따라서 이 사건 유서의 내용 중 피해자가 술자리에 참석한 경위에 관한 진술은 범행의 계기 내지 동기에 해당되는 것으로 이 사건에서 상당히 중요한 의미를 가지는 내용이다.

그런데, 피해자는 이 사건 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였는바, 이는 이 사건 유서의 내용과 배치된다.

공소외 4는 '이 사건 당시 술자리에 간 사실이 있는데, 망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 동석한다는 사실을 알고 피해자에게 같이 가자고 제안하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

위 공소외 4의 진술 역시 이 사건 유서의 내용과 배치되고 오히려 피해자의 진술과 일치한다.

위와 같은 피해자 및 공소외 4의 진술에 비추어볼 때, 이 사건 유서 중 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관한 부분은 사실에 부합한다고 보기 어렵다.

(2) 망인 및 피고인들과 성관계가 있었는지 여부

이 사건 유서의 내용 중 핵심적인 것은 피고인 3이 피해자를 상대로 유사성행위를 하고 망인, 피고인 1, 피고인 2 순으로 성관계를 하였다는 부분이다.

이와 관련하여 피해자는 수사기관에서 '이 사건 다음 날 속옷에 피가 묻어 있었고, 그 전까지 성경험이 없었는데, 다리를 벌리면 아팠고 아래가 뺨 뚫린 느낌이 들었기 때문에 성폭행을 당하였을지 모른다는 생각이 들었다'는 취지로 진술하였다.

만약 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면 피해자의 신체에 피해 흔적이 남아있었어야 자연스럽다.

그런데 피해자가 이 사건 다음날 산부인과 진료를 받았지만, 피해자를 진료한 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 냉검사(질내에 면봉을 삽입하여 질내 분비물을 채취한 다음 질염의 유무를 확인하는 검사)를 시행한 후 피해자의 어머니에게 확실치 않지만 걱정이 되면 사후피임약을 처방해 주겠다고 말하면서 피해자에게 사후피임약을 처방해 주었을 뿐, 법령상 의무에 따라 수사기관에 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 피해자의 처녀막 파열 상태나 회음부의 물리적 자극 등을 발견하지 못했던 것으로 보인다.

한편, 위와 같은 피해자의 진술은 추측성 진술에 불과하므로 피해자의 진술만으로 피해자가 성폭행을 당하였다고 단정하기도 어렵다.

그러므로 이 사건 유서의 내용 중 피고인 3의 유사성행위 및 망인, 피고인 1, 피고인 2 순의 성관계 부분 역시 반대신문 등을 거치지 아니한 채 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

(3) 그밖에 사정들

① 이 사건은 약 15년 전에 발생하였던 일이다.

사람의 기억에는 한계가 있을 수밖에 없고, 특히 중학생에 불과하던 망인이나 피고인들이 이 사건 당시 술을 마신 상태라면 그 기억이 특히나 온전하지 못하였을 것이라고 충분히 짐작할 수 있고, 망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건의 세부적이고 구체적인 내용에 대해서 명확히 기억하지 못하고 있다.

그러나 망인은 유서를 통해 당시 세부 내용까지 단정적으로 분명하게 표현하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 이례적이다.

② 검사가 특정한 일자는 2006. 11. 19.인데, 위 일자의 기상기록에 따르면 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 이와 같이 기온이 낮은 날 학교 벤치에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 피해자의 신체에 이상 징후가 충분히 발생할 수도 있는 상황이었으나 그러한 정황도 발견되지 않았다.

③ 망인은 자살하기 전 네이버 사이트에서 공소시효, 성폭력처벌법, 특수강간자수, 중학생성범죄공소시효, 중학생 특수강간공소시효, 집단성폭행 공소시효 등 이 사건과 관련이 있는 키워드로 검색한 사실이 있었던 것으로 보인다. 그런데, 망인은 절도후강간, 특수절도후강간, 강도강간죄자수, 특수강도강간집행유예 등 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드로 검색한 사실 또한 있었던 것으로 보이는바, 검사의 주장과 같이 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고 그 관련 내용을 검색해 보았다고 단정하기도 어렵다.

④ 망인이 자살 전 가족이나 친구 등에게 이 사건에 관하여 언급하였다고 볼 만한 정황은 전혀 발견할 수 없다.

만일 망인이 자살에 이르게 될 정도로 이 사건과 관련된 죄책감을 가지고 있었으면서도 이 사건 발생 후 약 15년 동안 한 번도 피고인들에게 이 사건을 언급하거나 피해자에게 사죄의 마음을 표시하지 않았다는 것도 다소 이해하기 어렵다.

특히, 망인의 친구 공소외 3은 망인이 사망 무렵 학교 폭력을 언급하면서 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을 까라는 말을 몇 번 하였다고 진술하였는바, 망인이 이 사건 공소사실 기재 범행을 저질렀고 이에 대하여 크나큰 죄책감을 가지고 있었음에도 공소외 3에게 자신의 학교 폭력 사실을 고백할 때 이 사건에 대하여 전혀 언급하지 않았다는 것은 납득하기 어렵다.

2) 이 사건 유서의 신빙성에 대한 판단

설령, 이 사건 유서의 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 공소사실에 부합하는 유일한 증거인 이 사건 유서는 앞서 본 바와 같이 핵심적인 내용이 피해자와 공소외 4의 진술, 그밖에 객관적인 정황과 배치되는 점, 피해자의 진술에 의하더라도 이 사건 당시 성폭력을 당하였는지 여부가 명확하지 않다는 것이고, 이 사건 직후 이루어진 산부인과 진료과정에서 성폭력의 흔적이 발견되지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 유서는 이를 그대로 믿기 어려우므로 이 사건 유서의 기재만으로 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이 법원의 판단

1) 관련 법리

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위해서는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것 이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

여기서 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011도17620 판결 등 참조).

2) 이 사건 유서의 증거능력 판단

가) 망인이 사망한 후 소지품으로 망인의 자필로 작성된 유서 2개가 발견되었는데, 그 중 하나는 가족들을 위해 남긴 유서이고 또 다른 유서가 이 사건 유서(증거순번 26)이다.

그 구체적인 내용은 다음과 같다.

정확한 시점은 기억이 나질 않지만 2006년 제가 중학교 3학년 겨울방학 전 일어난 일인 것 같습니다.

○○○○○ 근처에서 피고인 3, 피고인 2, 그리고 피고인 1이랑 4명이서 놀고 있었는데 피고인 2를 좋아하던 1살 어린 공소외 2주1)라는 여자애와 피고인 2가 문자를 서로 주고받고 있었는데 갑자기 피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다.

여자애가 온 후에 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷하라고 말했고 그 여자애가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 그리고 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 그 여자애는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었습니다.

피고인 3이 저와 피고인 1에게 너희도 해보라고 하고 싶으면 콘돔을 구해오라고 해서 구한 후 정확히 어디 학교인지는 기억이 나질 않지만 그 학교로 빨리 오라고 해서 갔는데 이미 그 여자애의 옷은 다 벗겨져 있었고 그 여자애가 땅바닥에 누워있어서 벤치로 옮겨달라고 해서 4명이서 들고 벤치로 옮겼습니다.

피고인 3은 그 여자애에게 유사성행위를 하고 있었습니다.

그리고 피고인 2, 피고인 1, 그리고 저에게도 해보라고 해서 저, 피고인 1 그리고 피고인 2 순으로 성관계를 했습니다.

피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였고, 피고인 2는 관계를 하는 도중에 그 여자애가 소변을 보아 모든 게 중단되었습니다.

피고인 3은 바로 자신이 아는 형을 불러서 오토바이를 타고 왔는데 빨리 옷을 입혀서 집으로 보내라고 하고 둘이 오토바이를 타고 사라졌고 피고인 2가 그 여자애를 집에 데려다주고 다음 날에 그 여자애가 팔에 기브스를 한 채로 등교하고 그날 무슨 일이 있었는지 기억하지 못하고 모든 게 다 끝났습니다.

이제 와서 이렇게 글로 남기는 이유는 도대체 그날 왜 그런 잘못된 선택을 했는지 이해를 할 수도 없고 제 자신이 용서되지도 않기 때문입니다.

너무나 죄송합니다.

이 사건이 꼭 해결되기를.... 공소시효도 남았고...

나) 이 사건 유서는 망인이 작성한 자필 서류로서 전문증거인바, 피고인들이 이를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않았으므로 원칙적으로는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기일 또는 공판기일에서 그 작성자인 망인의 진술에 의하여 진정 성립이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

그러나 작성자인 망인이 2021. 3. 31. 사망하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하므로, 예외적으로 형사소송법 제314조에 따라 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 경우에 증거능력이 인정된다.

다) 원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 유서는 그 내용이나 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점이 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 유서는 형사소송법 제314조 단서에 규정된 '그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음'이 증명된 경우로서 증거능력이 인정되는바, 이 법원은 이 사건 유서를 증거로 채택한다.

(1) 이 사건 유서의 작성 경위

망인은 2021. 3. 31. 18:30경 자신의 집 방문에 설치한 턱걸이 봉에 끈을 이용해 목을 매는 방법으로 자살하였는데, 망인은 자필로 가족들을 위해 남긴 유서와 별도로 이 사건 유서를 작성하였다.

이 사건 유서는 망인이 자살을 결심하고서 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 이 사건 유서에 기재된 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로 보인다.

이 사건 유서의 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황은 찾을 수 없다.

(2) 망인의 학력 등과 이 사건 유서 작성 무렵 망인의 상태

① 망인은 국내에서 중학교를 졸업한 후 캐나다로 유학을 가 그곳에서 고등학교를 졸업하였고, 귀국 후 영어특기생으로 △△대학교□□과에 진학하였는데, 사망 당시에는 대학교 4학년 휴학 중이었다.

망인은 육군에서 병사로 군 복무를 마쳤다.

망인은 미혼으로 가족으로는 부모와 동생이 있었고, 사망 무렵 주거지에서 부모와 함께 거주하고 있었다.

이와 같이 망인의 학력 등이나 가정환경에서 특이한 사정은 찾아보기 어렵다.

② 망인은 2년간 세무사 시험을 준비하였으나 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인의 아버지는 '망인이 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으면서 괴로워했고, 그 때부터 체중이 약 20kg 가량 증가해 100kg 가까이 될 정도였다'고 진술하였다.

한편 망인의 친구 공소외 3은 '망인과는 사망하기 전날 밤까지 함께 술을 마셨고 주말에 같이 가평으로 여행을 가기로 약속까지 했었다.

망인이 세무사 시험에 떨어져 많이 힘들어했고, 망인이 2년간 사귀 여자친구와 1~2달 전 헤어졌는데 그 이후에도 서로 연락을 주고받을 정도로 사이가 나쁘지 않았다.

망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때 전학 오기 전에 있었던 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인은 사망할 무렵 세무사시험 불합격 등의 문제로 상당히 힘들어하면서도, 다른 한편으로 사망 전날 친구와 만나 술을 마시고 주말에 여행을 가기로 하는 등의 일상적인 모습을 보이기도 하였다.

③ 망인은 2017. 10. 25.부터 2021. 3. 20.까지 총 55회에 걸쳐 ◇◇의원을 방문해 '경도우울에피소드'를 주상병으로 진료를 받았다.

또한 망인은 2021. 3. 1.경부터 네이버 사이트에서 "살고싶지 않을 때", "우울증", "자살장례식", "목맴사", "연예인자살", "자살", "번개탄", "새벽에자살", "목맴사통증", "넥타이목매" 등 자살과 관련된 검색어로 검색을 하였다.

위와 같이 망인은 장기간 우울증 치료를 받아 왔고, 자살할 당시 공들여 준비한 세무사 시험에 낙방한 상태였으며, 자살하기 약 한 달여 전부터는 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 등 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 보이기는 한다.

그러나 한편, 망인을 진료해 온 위 ◇◇의원은 당심에서의 사실조회에서, 망인의 증상에 관하여 '망인이 우울, 불안 증상을 호소하였고, 환청, 망상 등의 정신병적 증상은 호소하지 않았으며, 현실 검증력은 유지되는 상태였다.

약물은 항우울제와 간헐적인 항불안제를 사용하였다'고 회신하였다.

또한 당심 전문심리위원 공소외 6(정신건강의학과 전문의)은 망인의 상태에 대하여 '반복적으로 경도 우울에피소드 상병으로 진료하였다는 것은 경도의 상태가 지속되었을 가능성이 오히려 높지, 정신병적 증상이 있는 상태를 상정하기 어렵다'는 의견을 제시하였고, 망인이 네이버 엑스퍼트에 질문한 내역(아래에서 살펴본다)들을 포함한 관련 자료를 토대로 '이 사건 유서의 내용들에서 사고의 장애나 환각 상태였다고 볼만한 근거는 크게 확인되지 않고, 망상으로 인하여 이 사건 유서를 작성하였다고 볼만한 정신병리적 상태는 확인되지 않는다', '망상이나 환각, 항우울제 복용의 부작용이라고 판단할만한 근거는 확인되지 않는다'는 의견을 제시하였다.

망인의 아버지 또한 수사기관에서 '망인의 생전 건강상태는 양호하였고 자살을 시도하거나 암시하는 듯한 언행은 전혀 없었다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인이 불안정한 심리상태에서 이 사건 유서를 작성하였다고 하더라도 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 정황을 찾기 어렵다.

(3) 허위 내용으로 피고인들을 무고할 동기의 부재

망인이 피고인들에 대한 악감정을 가지고 있었다거나 음해하려고 하였다는 정황은 찾을 수 없다.

오히려 검찰조사에서, 피고인 1, 피고인 2는 '망인이 자신들에게 원한을 품을 만한 일이라든지, 자신들이 망인에게 섭섭한 행동을 한 일이 없었다'는 취지로 진술하였고, 피고인 3도 '망인을 괴롭히거나 금품을 뺏거나 사이가 안 좋았던 이유가 없었다'고 진술하였다.

특히 피고인 2는 망인이 캐나다에서 귀국한 후에도 망인과 꾸준히 교류하였고 망인의 장례식 기간 내내 장례식장을 지키면서 그곳에서 잠을 자기도 하였는바, 망인과 친분이 두터웠던 것으로 보인다.

이 사건 유서로 인해 피고인들에 대한 수사절차가 진행되더라도 망인에게 어떠한 이익이 있다고 볼 만한 정황도 찾을 수 없고, 달리 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수 없다.

(4) 이 사건 유서의 내용 자체의 신빙성

① 이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들, 망인과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들, 망인이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용(정확한 범행시점, 범행 장소인 학교의 명칭)에 대해서는 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 내용 자체에서 모순되거나 비합리적인 부분은 찾을 수 없다.

② 이 사건 유서는 망인이 피고인들과 함께 술에 만취한 피해자를 강간하였다는 것으로서 중대한 범행을 고백하는 내용이다.

이는 피고인들에게만 일방적으로 불리한 것이 아니라 망인에게도 불리한 내용을 담고 있는바, 이는 이 사건 유서 내용의 진정성을 뒷받침하는 사정이다.

③ 피해자는 수사기관에서 '망인, 피고인 1은 중학교 당시 개인적으로 알고 지내는 사이가 아니었다.

얼굴을 보면 기억날 수도 있을 것 같은데 지금은 전혀 기억이 나지 않는다'는 취지로 진술하였는바, 학년이 다른 피해자와 망인이 그 당시는 물론, 이후에도 별다른 친분이나 교류가 없었던 것으로 보인다.

그런데 이 사건 유서에는 피해자의 이름이 정확하게 특정되어 있다.

망인이 피고인 2의 중학생 시절 여자친구에 불과한 피해자의 이름을 사건 발생일로부터 15년이 지난 시점까지 정확하게 기억하여 피해자가 관련된 허위 사실을 망상으로 꾸며냈다고 보기는 어렵고, 오히려 망인이 이 사건 범행에 대한 자책이나 후회 등으로 피해자의 이름을 오랜 기간 기억하고 있었다고 봄이 자연스럽다[피고인 2는 수사기관에서 "망인이 작년(2020년) 9월에서 10월경 사이에 저에게 뜬금없이 전화해서 '너 공소외 2(피해자)라고 기억하냐'라고 물었다.

그래서 '그럼 기억하지, 여자친구였잖아'라고 했고, 다시 망인이 '다른 건 기억이 안 나냐'라는 정도로 물었다"는 취지로 진술하였는바, 망인은 피고인 2와의 대화에서도 피해자의 이름을 기억하고서 먼저 언급하였다].

(5) 이 사건 유서의 내용에 부합하는 구체적이고 외부적인 정황

이 사건은 망인이 남긴 이 사건 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었고, 피해자는 이 사건 유서의 내용을 알지 못한 채 수사기관에서 진술한 것으로 보인다.

그런데 아래에서 보는 바와 같이 피해자가 한 진술을 포함한 당시 상황은 이 사건 유서의 내용과 상당 부분 부합한다.

① 피해자가 망인 및 피고인들과의 음주 후 만취한 사실, 그 직후 피해자의 신체 상태와 산부인과 진료 등

이 사건 유서에는 '정확한 시점은 기억나지 않으나 2006년 겨울방학 전 망인과 피고인들, 피해자가 함께 술을 마신 후 학교 벤치에서 망인과 피고인들이 만취한 피해자를 순차로 강간 등을 하였다'고 기재되어 있다.

망인이 그 시기를 '2006년 겨울방학 전'이라고 특정한 것으로 보아 망인은 그 시점을 2006년 늦가을 내지 초겨울로 기억한 것으로 보인다.

그런데 피고인들의 수사기관 진술, 피해자의 수사기관 진술, 피해자 어머니 공소외 7의 경찰 진술과 위 공소외 7이 작성한 가계부 사진에 의하면, 피해자는 실제 2006. 11. 19. 망인, 피고인들과 함께 술을 마신 후 몸을 가누지 못할 정도로 만취하여 귀가한 사실이 인정된다.

피해자는 수사기관에서 당시 자신의 상태에 대하여 '귀가 당시 신고 있던 스타킹이 찢어져 있었고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 많이 묻어있어 깜짝 놀랐다.

만약 생리 중이었다면 제가 속옷에 묻어있는 피를 보고 그렇게까지 놀라지 않았을 것이다.

당시 사타구니 부분이 계속 아파 걷는 것이 불편했고, 다리를 벌리면 아팠다.

밑에 성기 부분이 뭔가 뺑 뚫린 느낌이 들었다.

살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었다.

이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다'고 진술하였다.

피해자는 2006. 11. 20. 공소외 5 산부인과의를 방문해 냉검사를 한 결과 질염이 확인되어 항생제 등을 처방받은 한편, 임신을 걱정하여 사후피임약을 처방받기도 하였다.

한편, 피고인 2는 수사기관에서 '망인이 유학을 간다고 하여 만나러 나갔다가 망인, 피고인 3, 피고인 1과 술을 마셨고, 누군가 피해자를 부르자고 하여 피해자를 불러 피해자도 같이 술을 마셨다.

그 날 외에 피해자와 같이 술을 마신 적은 없다'고 진술하였다.

이와 같이 이 사건 유서의 내용은 당시 있었던 술자리 및 피해자의 신체 상태와 부합하고, 중학교 2학년의 어린 나이였던 피해자가 산부인과를 방문해 진료를 받고 사후피임약까지 처방받은 것으로 보아 피해자와 그 어머니 또한 당시 성관계가 있었을 가능성을 걱정했던 것으로 보인다.

② 피해자가 술을 마시게 된 동기와 마신 술의 종류, 술을 마신 방법

이 사건 유서에는 "술자리에 온 피해자에게 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷 하라고 말했고 피해자가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 피해자는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었다"는 취지로 기재되어 있다.

피해자는 수사기관에서 "소주병을 나발로 원샷 하면 피고인 2를 불러주겠다 이런 느낌으로 말을 해서 술을 마셨던 것 같다", "소주 한병을 원샷 했던 것 까지는 기억난다"고 진술하였다.

피해자가 술을 마시게 된 동기가 피고인 2와 깊이 관련되어 있는 점, 피해자가 마신 술이 소주이고, 소주 한병을 단번에 마셨다는 점에서 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과 부합한다.

특히 이 사건 유서와 피해자의 진술에는 '소주 한 병을 원샷했다'는 부분이 공통적으로 있는바, 위와 같은 음주 방식은 매우 이례적임에도 이 사건 유서와 피해자의 진술이 정확히 일치하고 있다.

피고인 2의 변호인은 '당시 피고인 2와 피해자가 이미 사귀는 사이였으므로 이 사건 유서 중 위 내용은 사실과 맞지 않다'고 주장하나, 피해자는 수사기관에서 '피고인 2와 2006. 1.경 한 달 사귀고 헤어졌는데, 제가 계속 피고인 2를 혼자 좋아하고 있었다'고 진술하였는바, 이에 비추어 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

③ 당시 상황을 주도한 사람, 술을 마신 장소 등 기타의 사정

㉠ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 '피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 제안하여 피해자를 술자리에 부르게 되었고, 피고인 3이 '망인과 피고인 1에게 성관계를 하고 싶으면 콘돔을 구해 오라'고 해서 이를 구한 후 교명이 기억나지 않는 학교로 갔더니 이미 피해자의 옷이 다 벗겨져 있었다"는 취지로 기재되어 있다.

한편, 피해자는 수사기관에서 "피고인 3이 그때 당시에 그 남자 무리에서 제일 썸 느낌이었다.

리더 느낌이었다", "저랑 피고인 3이랑 놀이터에서 그네를 탔던 것 같다.

그때는 이미 제가 엄청 취했던 후인 것 같다.

놀이터 같은 곳에서 그네를 탔는데 그때는 피고인 3이랑 저만 있었다"고 진술하였다.

당시의 상황을 피고인 3이 주도하였던 점, 범행이 일어난 장소, 망인과 피고인 1이 도중에 잠시 자리를 비웠던 점 등에 있어서 이 사건 유서의 내용과 피해자의 진술은 부합한다.

피고인 1도 수사기관에서 '당시 망인과 편의점에 술을 사러 갔던 것은 기억난다'고 진술하였는바, 이는 망인과 피고인 1이 중간에 잠시 자리를 비웠다는 이 사건 유서의 내용과 모순되지 않는다.

㉠ 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자를 집에 데려다주고, 다음날에 피해자가 팔에 기브스를 한 채로 등교하였다'고 기재되어 있다.

그런데 피고인 2는 수사기관에서 "피해자를 집 문 앞까지 데려다 주었다", "피해자가 술 마시고 귀가한 다음날 학교에 온 것으로 알고 있는데, 손에 깁스를 하고 있었던 것까지 기억을 한다.

손가락 인대가 늘어났다고 했던 것을 기억한다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 위 내용은 피고인 2의 진술에 부합한다.

한편, 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 팔에 깁스를 한 사실이 있는지에 관한 질문을 받고서 "수사관님한테 들으니까 깁스를 했었나 싶기도 한데, 확실한 건 석고까지 해서 깁스를 한 건 아니었고 목에다 두르고 팔만 고정시키는 거를 했을 거 같기는 한데, 정확하게는 기억이 안 난다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과도 모순되지 않는다.

④ 망인의 인터넷 검색어 및 유료 법률상담 내역

망인은 자살하기 한 달 여 전인 2021. 2. 21.부터 2021. 3. 26.까지 인터넷 네이버 사이트에서 '공소시효', '민법상성년공소시효', '공소시효소급적용', '청소년특수강간자수', '성폭력처벌법', '중학생성범죄공소시효', '중학생특수강간공소시효', '특수강간집행유예', '과거집단성폭행공소시효' 등 이 사건과 밀접히 관련된 키워드로 검색을 하였다.

또한 망인은 2021. 1. 11.부터 같은 해 3. 1.까지 네이버 엑스퍼트의 유료 법률상담을 통해 '민법상 성년 나이 개정 후 공소시효의 기산점', '미성년자일 때 공소시효가 중단된 경우 성년인 경우 언제부터 공소시효가 다시 진행되는지', '민법상 성년 나이 개정 전후의 아동·청소년성보호법이나 성폭력범죄의처벌법의 공소시효 기산일'에 관하여 수회에 걸쳐 상담한 사실이 인정된다.

위와 같은 검색어나 법률상담 내역들은 이 사건 유서에 기재된 범행 내용과 밀접하게 관련되어 있고 망인이 이 사건 유서의 말미에 '공소시효도 남았고...'라고 기재한 것은 위와 같은 검색과 법률상담을 토대로 한 것으로 보인다.

위와 같이 망인이 관련 내용을 검색하고 유료로 법률상담을 받은 것은 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고서 한 행동으로 봄이 타당하고, 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드가 일부 포함된 것만으로 달리 보기는 어렵다.

(6) 기타 사정들에 대한 검토

① 피해자의 술자리 동석 경위

피해자는 수사기관에서 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술 마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 공소외 4와 함께 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였고, 공소외 4는 수사기관 및 원심 법정에서 '망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 있다는 이야기를 듣고 피해자에게 같이 가자고 연락하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

그런데 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자와 문자를 주고받고 있었는데, 피고인 3이 피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 피해자를 불렀다'는 취지로 기재되어 있다. 그렇다면 피고인들의 주장과 같이 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관하여 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 진술이 다소 엇갈리기는 것처럼 보이는 한다.

그러나, ㉠ 위 부분은 이 사건 유서에 기재된 범행의 주요 부분이 아닐뿐더러, 이 사건은 발생일로부터 15년이 지나 수사가 개시되었으므로 시간의 경과에 따라 관련 당사자들의 기억이 희미해지거나 부정확해질 수 있는 점, ㉡ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다"라고만 기재되어 있을 뿐, 누가, 어떤 방식으로 피해자를 불렀는지에 대한 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않아 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 위 진술이 양립 불가능하다고 볼 수 없는 점, ㉢ 당시 공소외 4는 술자리에서 함께 술을 마시던 중 혼자서 먼저 귀가하였는바, 그 이후에 이 사건 유서에 기재된 범행이 발생한 것이라면 망인이 이 사건 유서에 굳이 공소외 4에 관한 사실까지 기재할 필요를 느끼지 못했을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 보면, 피해자가 술자리로 오게 된 경위에 관한 위와 같은 사정만으로 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수 없다.

㉡ 산부인과 진료와 피해자의 신체에 남은 성폭행 피해 흔적 관련

피고인들의 변호인은 "만일 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면, 피해자의 신체에 피해의 흔적이 남아있었어야 자연스러운데, 당시 피해자를 진료했던 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 질염의 유무를 확인하는 냉검사를 시행한 후, 피해자의 어머니에게 불안하면 혹시 모르니 사후피임약을 처방해 주겠다'고 말했을 뿐 수사기관에 피해자의 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 흔적을 찾지 못하였으므로 실제 피해자와 사이에 성관계가 있었는지도 의심이 된다"는 취지로 주장한다.

비록 당시 위 산부인과에서 성폭행과 관련된 검사를 진행하거나 당시 산부인과 의사가 경찰에 신고하는 등의 조치를 취하지는 않았으나, ㉠ 당심 전문심리위원 공소외 8(산부인과 전문의)은 '성경험이 없는 14세 피해자에게 준유사강간, 준강간을 당한 경우 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극을 확인할 수 없는 경우도 있다', '산부인과 검사를 통해 성폭행 또는 성행위 여부를 판단하기는 어렵고, 대부분은 환자의 호소를 통해 이를 판단할 수 있다'는 의견을 밝힌 점, ㉡ 피해자는 술에 만취하여 당시의 상황을 기억하지 못하였는바, 성폭행 사실 여부를 확신하지 못한 피해자나 그 어머니는 산부인과 방문 당시 이에 대하여 적극적으로 호소하지 못하였고, 이에 위 산부인과에서도 사후피임약 처방 외에 추가적인 검사나 조치를 취하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 오히려 앞서 본 바와 같이 피해자는 "하의 속옷에 피가 묻어있어 깜짝 놀랐고, 사타구니 부분이 아팠으며, 성기 부분이 뻥 뚫린 느낌이 들었다"고 진술하였는바, 이는 성관계가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정인 점, ㉣ 당시 중학교 2학년이었던 피해자의 어린 나이를 고려하였을 때 평일에 등교하지 않고 산부인과를 방문하여 사후피임약을 처방받았다는 사실은 통상적이지 않은 사정인 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수는 없다.

- ③ 피고인 1, 피고인 3의 변호인은 '이 사건 유서에 기재된 범행이 일어난 2006. 11. 19. 서울의 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 추운 밤 야외에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 저체온증 등으로 피해자의 신체에 이상 징후가 발생할 수도 있는데 그러한 정황이 발견되지 않았다'는 사정을 들어 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성을 다룬다.

그러나 ㉠ 이 사건 유서의 내용만으로 당시 피해자가 전라 상태였는지 여부가 반드시 명확하다고 보기는 어려운 점, ㉡ 성행위 도중에는 피고인들, 망인과 피해자의 신체가 밀접하게 접촉되어 피해자의 체온이 어느 정도 유지될 수 있었을 것으로도 보이는 점, ㉢ 이 사건 유서에 기재된 것처럼 피해자가 옷을 벗은 상태에서 소변을 보았다면, 이를 닦은 후 다시 옷을 입힐 경우 몸이 젖어있는 시간은 그리 길지 않았을 것인 점, ㉣ 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 전반적인 몸 상태에 대해 '온몸이 다 아팠던 것 같다.

지금 표현으로 하면 삭신이 쏘는 느낌이라고 표현할 수 있는데, 그 다음날 학교를 못 갔던 것 같다'는 취지로 진술하기도 하였는바, 피해자의 신체 전반에 이상 징후가 없었다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척하기도 어렵다.

- ④ 피고인 2의 변호인은 이 사건 유서의 내용 중 '피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였다'는 부분에 관하여, 당시의 휴대전화에 탑재된 카메라의 성능에 비추어 어두운 야외에서 동영상 촬영이 불가능하였을 것임을 지적한다.

그러나 위 변호인이 제출한 자료(2022. 6. 30.자 변론요지서 첨부 참고자료)에 의하더라도 그 무렵 출시되던 휴대전화도 디지털 카메라, 동영상 재생기능 등을 갖추고 있었던 것으로 보이는바, 변호인이 주장하는 위 사정은 이 사건 유서의 특신상태에 아무런 영향을 미치지 못한다.

⑤ 원심은, '망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건 당시 모여서 술을 마신 사실 정도만 어렵듯이 기억하고 있을 뿐 모두 술자리가 만들어지게 된 경위 및 장소, 술자리의 참석자, 술자리가 종료된 이후의 사정 등 이 사건에 대한 세부적이고 구체적인 내용에 대해서는 명확히 기억하지 못하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 세부적이고 구체적인 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 대단히 이례적이다'라고 보았다.

그러나 피해자의 경우 정신을 잃을 정도로 술에 만취하였으므로 당시 상황을 기억하지 못하는 것이 자연스럽고, 피고인들의 경우 자신들의 범행을 숨기기 위하여 당시의 상황에 대하여 '기억나지 않는다'고 진술할 가능성을 배제할 수 없는바(피고인들은 대체로 '이 사건 당일 피해자를 간음한 사실이 있는지가 기억나지 않는다'는 취지로 진술하면서 이 사건 공소사실을 부인하고 있다), 이를 고려하면 '망인만이 이 사건 당시의 상황을 생생하게 기억하고 있음'을 전제로 한 위 판단은 받아들일 수 없다.

3) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)의 성립에 관하여

원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공소사실에 부합하는 이 사건 유서의 내용 및 이를 뒷받침하는 피해자의 진술은 신빙성이 인정되고, 이 사건 공소사실은 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 봄이 타당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 유서의 증거능력 및 증명력이 없다고 판단하고서 공소사실의 증명이 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 채증법칙 위반으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

(1) 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성

앞서 본 바와 같이 이 사건 유서는 망인이 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로서, 그 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황을 찾을 수 없고, 망인이 이 사건 유서의 작성 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기도 어렵다.

또한 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수도 없다.

이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단되게 된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용에 대해서도 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 기재 내용은 신빙성이 인정되고, 앞서 본 바와 같은 피해자의 술자리 동석 경위에 관한 공소외 4, 피해자의 진술 내용이나, 이 사건 다음날 피해자가 산부인과 진료를 받으면서 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극이 확인되지 않았던 것으로 보이는 사정 등만으로는 달리 볼 수 없다.

(2) 이 사건 유서 내용을 뒷받침하는 피해자 진술의 신빙성

피해자는 수사기관에서 "피고인 3 등과의 2006. 11.경 술자리에서 정신을 잃을 정도로 만취하였고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 묻어있어 놀랐으며, 당시 사타구니 부분이 아파서 걷는 것이 불편했고, 성기 부분이 뺨 뚫린 느낌이 들었는데 살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었고, 이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다"는 취지로 일관되고 구체적으로 진술하였다.

이 사건은 망인이 남긴 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었던 점, 피해자는 15년이 넘는 기간 동안 이 사건에 대해 고소 등을 하지 않고 지내왔던 점, 그 밖에 피해자와 피고인들의 관계 등을 감안하면, 피해자가 피고인들에게 불리한 내용으로 허위 진술을 한다고 보기 어렵고, 달리 피해자가 허위 진술을 할 동기나 이유를 찾을 수 없으며, 피해자가 착오에 빠져 사실과 다른 진술을 한다고 볼 정황도 찾기 어렵다.

또한 피해자의 진술은 당시 산부인과 진료 내역과도 부합한다.

이와 같은 정황에다가 앞서 본 피해자의 진술을 통해 알 수 있는 피해자의 신체 상태 등은 이 사건 당시 피해자에 대한 성행위가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정이다.

(3) 시간적, 장소적 협동관계의 성립

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제6조 제3항, 제1항의 '2인 이상이 합동하여 형법 제299조(준강간)의 죄를 범한 경우'에 해당하려면, 피고인들이 공모하여 실행행위를 분담하였음이 인정되어야 하는데, 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하고 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하고, 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다면 실행행위를 분담한 것으로 인정된다(대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결 등 참조).

이 사건 유서의 내용에 의하면, 피고인 3은 피해자를 부를 당시 피고인 2에게 '피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 하였는바, 피해자를 상대로 한 성행위를 염두에 둔 것으로 보이고 나머지 피고인들과 망인도 이러한 사정을 알았을 것

인 점, 피고인 3은 피해자에게 피고인 2와의 교제를 내걸면서 피해자가 급히 소주를 마시도록 하여 피해자를 만취하게끔 한 사실, 피고인 3의 제안에 따라 피고인 1과 망인이 콘돔을 구한 후 피해자가 있던 장소로 간 사실, 피고인 3이 만취하여 정신을 잃은 피해자에게 유사성행위를 하였고, 그 직후에 망인, 피고인 1, 피고인 2가 순서대로 피해자를 간음한 사실, 비록 피고인 3이 간음행위 자체는 하지 않았더라도 위와 같이 이 사건 범행에 있어 주도적인 역할을 하고 가장 먼저 피해자를 상대로 유사성행위를 함으로써 나머지 피고인들과 망인이 피해자에 대한 간음행위에 나아가게끔 한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인들과 망인이 준강간 범행에 대한 공동가공의 의사에 따라 시간적·장소적으로 협동하여 술에 만취한 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다고 할 수 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다 음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 및 법리오해)

망 공소외 1이 작성한 이 사건 유서는 작성 경위, 피고인들과의 관계, 구체적인 기재 내용, 피해자의 산부인과 진료기록 과 피해자 어머니의 가계부 기재 내용 및 피해자 등의 진술에 부합하는 점 등에 비추어 특별히 신빙할 수 있는 상태 하에서 작성된 것으로서 형사소송법 제314조에 따라 증거능력이 인정되고, 그 신빙성도 인정된다.

그럼에도 이 사건 유서의 증거능력 및 신빙성이 없다는 이유로 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지

피고인 1은 2015. 9. 8. 서울남부지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치사상)죄 등으로 징역 8개 월 집행유예 2년을 선고받고 2015. 9. 16. 그 판결이 확정되었다.

피고인들과 망 공소외 1(2021. 3. 31. 사망)은 2006년경 ○○중학교 3학년에 재학하였던 학생들로 서로 친구사이이고, 피해자 공소외 2(여, 당시 14세)는 당시 같은 학교 2학년에 재학하였던 학생으로 피고인 2와 교제하다 헤어진 사이 였다.

피고인들과 공소외 1은 2006. 11. 19. 저녁경 서울 양천구 ○○동○○○○○ 부근에서 술을 마시던 중 피해자가 여전히 피고인 2를 좋아한다는 사실을 알고 피해자를 불러내 술을 마시게 한 후 그녀가 술에 취하면 피고인 2로 하여금 피 해자와 성관계를 가지게 하기로 계획하였다.

이에 따라 피고인들과 공소외 1은 위 ○○○○○ 부근 놀이터로 피해자를 불러내 미리 준비한 소주를 주며 "소주 한 병 을 한 번에 마시면 피고인 2를 사귀게 해 주겠다"고 말하여 피해자로 하여금 이를 마시게 하고, 그래도 피해자가 취 한 모습을 보이지 않자 피고인들과 공소외 1은 다시 피해자에게 소주 한 병을 주며 위와 같이 말하여 결국 이를 모 두 마신 피해자가 정신을 잃고 쓰러지자 피고인들과 공소외 1은 순번을 정하여 한 사람씩 술에 만취한 피해자를 간 음하기로 공모하였다.

이후 피고인들과 공소외 1은 같은 날 심야경부터 다음 날 새벽 4시경 사이 술에 만취하여 항거불능 상태에 있는 피해자를 ○○○○○ 인근 초등학교에 있는 벤치로 옮겨 옷을 벗긴 후, 피고인 3은 피해자에게 유사성행위를 하고, 계속하여 공소외 1, 피고인 1, 피고인 2가 순차적으로 피해자를 간음하였다.

이로써 피고인들은 공소외 1과 합동하여 피해자의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은, 망 공소외 1(이하 '망인'이라 한다)이 2021. 3. 31. 자살하면서 작성한 이 사건 공소사실 기재 범행이 기재된 자필 유서(증거순번 26, 이하 '이 사건 유서'라고 한다)는 전문증거로서, 형사소송법 제314조 단서에 따라 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 아래 사정들에 비추어 이 사건 유서에 나타난 망인의 진술은 그 내용에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 증거가 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르렀다고 볼 수 없으므로 이 사건 유서는 증거능력이 없고, 설령 그 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 그 신빙성이 인정되지 않는다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 이 사건 유서의 증거능력 인정 여부

가) 이 사건 유서 작성 당시 망인의 심리상태

① 망인은 세무사 시험을 2년간 준비하였다가 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인 아버지의 진술에 의하면, 망인은 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으며 괴로워했고, 그 때부터 약 20kg 가량 체중이 증가한 점, ② 망인은 2017. 10. 25.경부터 2021. 3. 20.경까지 정신건강의학과에서 55회에 걸쳐 경도우울에피소드로 진료를 받은 점, ③ 망인의 친구 공소외 3은 '망인이 사망 당시 세무사 시험에 아깝게 떨어져 많이 힘들어했고, 당시 2년간 사귀 여자친구와 헤어진 지 한두 달 정도 되었으며, 우울증 관련 약을 시험준비를 하면서부터 먹었으나 약을 먹으면서부터 살이 많이 찐다고 고했었다가 다시 먹었는지 여부를 잘 모르겠다', '망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때의 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'는 취지로 진술한 점, ④ 망인은 2021. 3. 1.경부터 꾸준히 인터넷에서 자살과 관련된 검색어를 검색하였는바, 상당기간 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 추정할 수 있다.

우울장애의 심각도가 높아지면 망상 혹은 환각이 발생할 수 있는 것으로 알려져 있는바, 이와 같은 심리상태에서 망인이 작성한 이 사건 유서는 허위 개입의 여지가 없을 만큼 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 인정된다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 공소사실과 관련된 진술내용에 관한 여러 사정들

다음과 같은 사실 또는 사정들을 고려하면, 이 사건 유서는 그 내용에 있어서도 반대신문을 통하지 않더라도 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 수 있다고 보기 어렵다.

(1) 피해자가 이 사건 현장에 가게 된 경위

이 사건 유서에 의하면, 피해자가 술자리에 참석하게 된 경위가 '피해자를 부르면 성관계를 갖게 해주겠다는 피고인 3의 제안에 따라 피고인 2가 피해자를 술자리로 불렀다'는 것이므로, 이는 망인 및 피고인들의 특수강간 범행의 계획 또는 사전모의로 평가할 만한 내용이다.

따라서 이 사건 유서의 내용 중 피해자가 술자리에 참석한 경위에 관한 진술은 범행의 계기 내지 동기에 해당되는 것으로 이 사건에서 상당히 중요한 의미를 가지는 내용이다.

그런데, 피해자는 이 사건 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였는바, 이는 이 사건 유서의 내용과 배치된다.

공소외 4는 '이 사건 당시 술자리에 간 사실이 있는데, 망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 동석한다는 사실을 알고 피해자에게 같이 가자고 제안하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

위 공소외 4의 진술 역시 이 사건 유서의 내용과 배치되고 오히려 피해자의 진술과 일치한다.

위와 같은 피해자 및 공소외 4의 진술에 비추어볼 때, 이 사건 유서 중 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관한 부분은 사실에 부합한다고 보기 어렵다.

(2) 망인 및 피고인들과 성관계가 있었는지 여부

이 사건 유서의 내용 중 핵심적인 것은 피고인 3이 피해자를 상대로 유사성행위를 하고 망인, 피고인 1, 피고인 2 순으로 성관계를 하였다는 부분이다.

이와 관련하여 피해자는 수사기관에서 '이 사건 다음 날 속옷에 피가 묻어 있었고, 그 전까지 성경험이 없었는데, 다리를 벌리면 아팠고 아래가 뻥 뚫린 느낌이 들었기 때문에 성폭행을 당하였을지 모른다는 생각이 들었다'는 취지로 진술하였다.

만약 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면 피해자의 신체에 피해 흔적이 남아있었어야 자연스럽다.

그런데 피해자가 이 사건 다음날 산부인과 진료를 받았지만, 피해자를 진료한 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 냉검사(질내에 면봉을 삽입하여 질내 분비물을 채취한 다음 질염의 유무를 확인하는 검사)를 시행한 후 피해자의 어머니에게 확실치 않지만 걱정이 되면 사후피임약을 처방해 주겠다고 말하면서 피해자에게 사후피임약을 처방해 주었을 뿐, 법령상 의무에 따라 수사기관에 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 피해자의 처녀막 파열 상태나 회음부의 물리적 자극 등을 발견하지 못했던 것으로 보인다.

한편, 위와 같은 피해자의 진술은 추측성 진술에 불과하므로 피해자의 진술만으로 피해자가 성폭행을 당하였다고 단정하기도 어렵다.

그러므로 이 사건 유서의 내용 중 피고인 3의 유사성행위 및 망인, 피고인 1, 피고인 2 순의 성관계 부분 역시 반대신문 등을 거치지 아니한 채 이를 그대로 받아들이기 어렵다.

(3) 그밖에 사정들

① 이 사건은 약 15년 전에 발생하였던 일이다.

사람의 기억에는 한계가 있을 수밖에 없고, 특히 중학생에 불과하던 망인이나 피고인들이 이 사건 당시 술을 마신 상태라면 그 기억이 특히나 온전하지 못하였을 것이라고 충분히 짐작할 수 있고, 망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건의 세부적이고 구체적인 내용에 대해서 명확히 기억하지 못하고 있다.

그러나 망인은 유서를 통해 당시 세부 내용까지 단정적으로 분명하게 표현하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 이례적이다.

② 검사가 특정한 일자는 2006. 11. 19.인데, 위 일자의 기상기록에 따르면 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 이와 같이 기온이 낮은 날 학교 벤치에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 피해자의 신체에 이상 징후가 충분히 발생할 수도 있는 상황이었으나 그러한 정황도 발견되지 않았다.

③ 망인은 자살하기 전 네이버 사이트에서 공소시효, 성폭력처벌법, 특수강간자수, 중학생성범죄공소시효, 중학생 특수강간공소시효, 집단성폭행 공소시효 등 이 사건과 관련이 있는 키워드로 검색한 사실이 있었던 것으로 보인다. 그런데, 망인은 절도후강간, 특수절도후강간, 강도강간죄자수, 특수강도강간집행유예 등 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드로 검색한 사실 또한 있었던 것으로 보이는바, 검사의 주장과 같이 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고 그 관련 내용을 검색해 보았다고 단정하기도 어렵다.

④ 망인이 자살 전 가족이나 친구 등에게 이 사건에 관하여 언급하였다고 볼 만한 정황은 전혀 발견할 수 없다.

만일 망인이 자살에 이르게 될 정도로 이 사건과 관련된 죄책감을 가지고 있었으면서도 이 사건 발생 후 약 15년 동안 한 번도 피고인들에게 이 사건을 언급하거나 피해자에게 사죄의 마음을 표시하지 않았다는 것도 다소 이해하기 어렵다.

특히, 망인의 친구 공소외 3은 망인이 사망 무렵 학교 폭력을 언급하면서 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을 까라는 말을 몇 번 하였다고 진술하였는바, 망인이 이 사건 공소사실 기재 범행을 저질렀고 이에 대하여 크나큰 죄책감을 가지고 있었음에도 공소외 3에게 자신의 학교 폭력 사실을 고백할 때 이 사건에 대하여 전혀 언급하지 않았다는 것은 납득하기 어렵다.

2) 이 사건 유서의 신빙성에 대한 판단

설령, 이 사건 유서의 증거능력을 인정할 수 있다고 하더라도 이 사건 공소사실에 부합하는 유일한 증거인 이 사건 유서는 앞서 본 바와 같이 핵심적인 내용이 피해자와 공소외 4의 진술, 그밖에 객관적인 정황과 배치되는 점, 피해자의 진술에 의하더라도 이 사건 당시 성폭력을 당하였는지 여부가 명확하지 않다는 것이고, 이 사건 직후 이루어진 산부인과 진료과정에서 성폭력의 흔적이 발견되지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 유서는 이를 그대로 믿기 어려우므로 이 사건 유서의 기재만으로 이 사건 공소사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

이 법원의 판단

1) 관련 법리

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위해서는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것 이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

여기서 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때'란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011도17620 판결 등 참조).

2) 이 사건 유서의 증거능력 판단

가) 망인이 사망한 후 소지품으로 망인의 자필로 작성된 유서 2개가 발견되었는데, 그 중 하나는 가족들을 위해 남긴 유서이고 또 다른 유서가 이 사건 유서(증거순번 26)이다.

그 구체적인 내용은 다음과 같다.

정확한 시점은 기억이 나질 않지만 2006년 제가 중학교 3학년 겨울방학 전 일어난 일인 것 같습니다.

○○○○○ 근처에서 피고인 3, 피고인 2, 그리고 피고인 1이랑 4명이서 놀고 있었는데 피고인 2를 좋아하던 1살 어린 공소외 2주1)라는 여자애와 피고인 2가 문자를 서로 주고받고 있었는데 갑자기 피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다.

여자애가 온 후에 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷하라고 말했고 그 여자애가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 그리고 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 그 여자애는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었습니다.

피고인 3이 저와 피고인 1에게 너희도 해보라고 하고 싶으면 콘돔을 구해오라고 해서 구한 후 정확히 어디 학교인지는 기억이 나질 않지만 그 학교로 빨리 오라고 해서 갔는데 이미 그 여자애의 옷은 다 벗겨져 있었고 그 여자애가 땅바닥에 누워있어서 벤치로 옮겨달라고 해서 4명이서 들고 벤치로 옮겼습니다.

피고인 3은 그 여자애에게 유사성행위를 하고 있었습니다.

그리고 피고인 2, 피고인 1, 그리고 저에게도 해보라고 해서 저, 피고인 1 그리고 피고인 2 순으로 성관계를 했습니다.

피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였고, 피고인 2는 관계를 하는 도중에 그 여자애가 소변을 보아 모든 게 중단되었습니다.

피고인 3은 바로 자신이 아는 형을 불러서 오토바이를 타고 왔는데 빨리 옷을 입혀서 집으로 보내라고 하고 둘이 오토바이를 타고 사라졌고 피고인 2가 그 여자애를 집에 데려다주고 다음 날에 그 여자애가 팔에 기브스를 한 채로 등교하고 그날 무슨 일이 있었는지 기억하지 못하고 모든 게 다 끝났습니다.

이제 와서 이렇게 글로 남기는 이유는 도대체 그날 왜 그런 잘못된 선택을 했는지 이해를 할 수도 없고 제 자신이 용서되지도 않기 때문입니다.

너무나 죄송합니다.

이 사건이 꼭 해결되기를.... 공소시효도 남았고...

나) 이 사건 유서는 망인이 작성한 자필 서류로서 전문증거인바, 피고인들이 이를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않았으므로 원칙적으로는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비기일 또는 공판기일에서 그 작성자인 망인의 진술에 의하여 진정 성립이 증명되어야 증거능력이 인정된다.

그러나 작성자인 망인이 2021. 3. 31. 사망하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하므로, 예외적으로 형사소송법 제314조에 따라 그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 경우에 증거능력이 인정된다.

다) 원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 유서는 그 내용이나 작성에 허위가 개입할 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점이 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도로 증명되었다고 봄이 타당하다.

따라서 이 사건 유서는 형사소송법 제314조 단서에 규정된 '그 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음'이 증명된 경우로서 증거능력이 인정되는바, 이 법원은 이 사건 유서를 증거로 채택한다.

(1) 이 사건 유서의 작성 경위

망인은 2021. 3. 31. 18:30경 자신의 집 방문에 설치한 턱걸이 봉에 끈을 이용해 목을 매는 방법으로 자살하였는데, 망인은 자필로 가족들을 위해 남긴 유서와 별도로 이 사건 유서를 작성하였다.

이 사건 유서는 망인이 자살을 결심하고서 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 이 사건 유서에 기재된 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로 보인다.

이 사건 유서의 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황은 찾을 수 없다.

(2) 망인의 학력 등과 이 사건 유서 작성 무렵 망인의 상태

① 망인은 국내에서 중학교를 졸업한 후 캐나다로 유학을 가 그곳에서 고등학교를 졸업하였고, 귀국 후 영어특기생으로 △△대학교□□과에 진학하였는데, 사망 당시에는 대학교 4학년 휴학 중이었다.

망인은 육군에서 병사로 군 복무를 마쳤다.

망인은 미혼으로 가족으로는 부모와 동생이 있었고, 사망 무렵 주거지에서 부모와 함께 거주하고 있었다.

이와 같이 망인의 학력 등이나 가정환경에서 특이한 사정은 찾아보기 어렵다.

② 망인은 2년간 세무사 시험을 준비하였으나 2021. 3. 3. 불합격하였는데, 망인의 아버지는 '망인이 2020. 12.경부터 바깥에 나가지 않으면서 괴로워했고, 그 때부터 체중이 약 20kg 가량 증가해 100kg 가까이 될 정도였다'고 진술하였다.

한편 망인의 친구 공소외 3은 '망인과는 사망하기 전날 밤까지 함께 술을 마셨고 주말에 같이 가평으로 여행을 가기로 약속까지 했었다.

망인이 세무사 시험에 떨어져 많이 힘들어했고, 망인이 2년간 사귀 여자친구와 1~2달 전 헤어졌는데 그 이후에도 서로 연락을 주고받을 정도로 사이가 나쁘지 않았다.

망인이 사망 무렵 과거에 집착하는 듯한 말을 많이 하였는데, 중학교 2학년 때 전학 오기 전에 있었던 학교 폭력 등으로 세무사시험에 합격하더라도 문제가 되지 않을까라는 말을 몇 번 하였다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인은 사망할 무렵 세무사시험 불합격 등의 문제로 상당히 힘들어하면서도, 다른 한편으로 사망 전날 친구와 만나 술을 마시고 주말에 여행을 가기로 하는 등의 일상적인 모습을 보이기도 하였다.

③ 망인은 2017. 10. 25.부터 2021. 3. 20.까지 총 55회에 걸쳐 ◇◇의원을 방문해 '경도우울에피소드'를 주상병으로 진료를 받았다.

또한 망인은 2021. 3. 1.경부터 네이버 사이트에서 "살고싶지 않을 때", "우울증", "자살장례식", "목맴사", "연예인자살", "자살", "번개탄", "새벽에자살", "목맴사통증", "넥타이목매" 등 자살과 관련된 검색어로 검색을 하였다.

위와 같이 망인은 장기간 우울증 치료를 받아 왔고, 자살할 당시 공들여 준비한 세무사 시험에 낙방한 상태였으며, 자살하기 약 한 달여 전부터는 자살을 염두에 두고 지내왔던 것으로 보이는 등 망인이 이 사건 유서를 작성하고 자살할 당시 상당히 불안정한 심리상태였다고 보이기는 한다.

그러나 한편, 망인을 진료해 온 위 ◇◇의원은 당심에서의 사실조회에서, 망인의 증상에 관하여 '망인이 우울, 불안 증상을 호소하였고, 환청, 망상 등의 정신병적 증상은 호소하지 않았으며, 현실 검증력은 유지되는 상태였다.

약물은 항우울제와 간헐적인 항불안제를 사용하였다'고 회신하였다.

또한 당심 전문심리위원 공소외 6(정신건강의학과 전문의)은 망인의 상태에 대하여 '반복적으로 경도 우울에피소드 상병으로 진료하였다는 것은 경도의 상태가 지속되었을 가능성이 오히려 높지, 정신병적 증상이 있는 상태를 상정하기 어렵다'는 의견을 제시하였고, 망인이 네이버 엑스퍼트에 질문한 내역(아래에서 살펴본다)들을 포함한 관련 자료를 토대로 '이 사건 유서의 내용들에서 사고의 장애나 환각 상태였다고 볼만한 근거는 크게 확인되지 않고, 망상으로 인하여 이 사건 유서를 작성하였다고 볼만한 정신병리적 상태는 확인되지 않는다', '망상이나 환각, 항우울제 복용의 부작용이라고 판단할만한 근거는 확인되지 않는다'는 의견을 제시하였다.

망인의 아버지 또한 수사기관에서 '망인의 생전 건강상태는 양호하였고 자살을 시도하거나 암시하는 듯한 언행은 전혀 없었다'고 진술하였다.

이에 비추어 망인이 불안정한 심리상태에서 이 사건 유서를 작성하였다고 하더라도 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기는 어렵고, 달리 그러한 정황을 찾기 어렵다.

(3) 허위 내용으로 피고인들을 무고할 동기의 부재

망인이 피고인들에 대한 악감정을 가지고 있었다거나 음해하려고 하였다는 정황은 찾을 수 없다.

오히려 검찰조사에서, 피고인 1, 피고인 2는 '망인이 자신들에게 원한을 품을 만한 일이라든지, 자신들이 망인에게 섭섭한 행동을 한 일이 없었다'는 취지로 진술하였고, 피고인 3도 '망인을 괴롭히거나 금품을 뺏거나 사이가 안 좋았던 이유가 없었다'고 진술하였다.

특히 피고인 2는 망인이 캐나다에서 귀국한 후에도 망인과 꾸준히 교류하였고 망인의 장례식 기간 내내 장례식장을 지키면서 그곳에서 잠을 자기도 하였는바, 망인과 친분이 두터웠던 것으로 보인다.

이 사건 유서로 인해 피고인들에 대한 수사절차가 진행되더라도 망인에게 어떠한 이익이 있다고 볼 만한 정황도 찾을 수 없고, 달리 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수 없다.

(4) 이 사건 유서의 내용 자체의 신빙성

① 이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들, 망인과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들, 망인이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용(정확한 범행시점, 범행 장소인 학교의 명칭)에 대해서는 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 내용 자체에서 모순되거나 비합리적인 부분은 찾을 수 없다.

② 이 사건 유서는 망인이 피고인들과 함께 술에 만취한 피해자를 강간하였다는 것으로서 중대한 범행을 고백하는 내용이다.

이는 피고인들에게만 일방적으로 불리한 것이 아니라 망인에게도 불리한 내용을 담고 있는바, 이는 이 사건 유서 내용의 진정성을 뒷받침하는 사정이다.

③ 피해자는 수사기관에서 '망인, 피고인 1은 중학교 당시 개인적으로 알고 지내는 사이가 아니었다.

얼굴을 보면 기억날 수도 있을 것 같은데 지금은 전혀 기억이 나지 않는다'는 취지로 진술하였는바, 학년이 다른 피해자와 망인이 그 당시는 물론, 이후에도 별다른 친분이나 교류가 없었던 것으로 보인다.

그런데 이 사건 유서에는 피해자의 이름이 정확하게 특정되어 있다.

망인이 피고인 2의 중학생 시절 여자친구에 불과한 피해자의 이름을 사건 발생일로부터 15년이 지난 시점까지 정확하게 기억하여 피해자가 관련된 허위 사실을 망상으로 꾸며냈다고 보기는 어렵고, 오히려 망인이 이 사건 범행에 대한 자책이나 후회 등으로 피해자의 이름을 오랜 기간 기억하고 있었다고 봄이 자연스럽다[피고인 2는 수사기관에서 "망인이 작년(2020년) 9월에서 10월경 사이에 저에게 뜬금없이 전화해서 '너 공소외 2(피해자)라고 기억하냐'라고 물었다.

그래서 '그럼 기억하지, 여자친구였잖아'라고 했고, 다시 망인이 '다른 건 기억이 안 나냐'라는 정도로 물었다"는 취지로 진술하였는바, 망인은 피고인 2와의 대화에서도 피해자의 이름을 기억하고서 먼저 언급하였다].

(5) 이 사건 유서의 내용에 부합하는 구체적이고 외부적인 정황

이 사건은 망인이 남긴 이 사건 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었고, 피해자는 이 사건 유서의 내용을 알지 못한 채 수사기관에서 진술한 것으로 보인다.

그런데 아래에서 보는 바와 같이 피해자가 한 진술을 포함한 당시 상황은 이 사건 유서의 내용과 상당 부분 부합한다.

① 피해자가 망인 및 피고인들과의 음주 후 만취한 사실, 그 직후 피해자의 신체 상태와 산부인과 진료 등

이 사건 유서에는 '정확한 시점은 기억나지 않으나 2006년 겨울방학 전 망인과 피고인들, 피해자가 함께 술을 마신 후 학교 벤치에서 망인과 피고인들이 만취한 피해자를 순차로 강간 등을 하였다'고 기재되어 있다.

망인이 그 시기를 '2006년 겨울방학 전'이라고 특정한 것으로 보아 망인은 그 시점을 2006년 늦가을 내지 초겨울로 기억한 것으로 보인다.

그런데 피고인들의 수사기관 진술, 피해자의 수사기관 진술, 피해자 어머니 공소외 7의 경찰 진술과 위 공소외 7이 작성한 가계부 사진에 의하면, 피해자는 실제 2006. 11. 19. 망인, 피고인들과 함께 술을 마신 후 몸을 가누지 못할 정도로 만취하여 귀가한 사실이 인정된다.

피해자는 수사기관에서 당시 자신의 상태에 대하여 '귀가 당시 신고 있던 스타킹이 찢어져 있었고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 많이 묻어있어 깜짝 놀랐다.

만약 생리 중이었다면 제가 속옷에 묻어있는 피를 보고 그렇게까지 놀라지 않았을 것이다.

당시 사타구니 부분이 계속 아파 걷는 것이 불편했고, 다리를 벌리면 아팠다.

밑에 성기 부분이 뭔가 뺑 뚫린 느낌이 들었다.

살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었다.

이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다'고 진술하였다.

피해자는 2006. 11. 20. 공소외 5 산부인과의를 방문해 냉검사를 한 결과 질염이 확인되어 항생제 등을 처방받은 한편, 임신을 걱정하여 사후피임약을 처방받기도 하였다.

한편, 피고인 2는 수사기관에서 '망인이 유학을 간다고 하여 만나러 나갔다가 망인, 피고인 3, 피고인 1과 술을 마셨고, 누군가 피해자를 부르자고 하여 피해자를 불러 피해자도 같이 술을 마셨다.

그 날 외에 피해자와 같이 술을 마신 적은 없다'고 진술하였다.

이와 같이 이 사건 유서의 내용은 당시 있었던 술자리 및 피해자의 신체 상태와 부합하고, 중학교 2학년의 어린 나이였던 피해자가 산부인과를 방문해 진료를 받고 사후피임약까지 처방받은 것으로 보아 피해자와 그 어머니 또한 당시 성관계가 있었을 가능성을 걱정했던 것으로 보인다.

② 피해자가 술을 마시게 된 동기와 마신 술의 종류, 술을 마신 방법

이 사건 유서에는 "술자리에 온 피해자에게 피고인 2와 사귀게 해줄 테니 소주 1병을 원샷 하라고 말했고 피해자가 혼자 소주 1병을 다 마셨고, 소주 1병을 더 가지고 오더니 이것까지 마셔야 피고인 2와 사귄 수 있다고 하니 피해자는 나머지 1병까지 다 마셨고 결국 인사불성이 되었다"는 취지로 기재되어 있다.

피해자는 수사기관에서 "소주병을 나발로 원샷 하면 피고인 2를 불러주겠다 이런 느낌으로 말을 해서 술을 마셨던 것 같다", "소주 한병을 원샷 했던 것 까지는 기억난다"고 진술하였다.

피해자가 술을 마시게 된 동기가 피고인 2와 깊이 관련되어 있는 점, 피해자가 마신 술이 소주이고, 소주 한병을 단번에 마셨다는 점에서 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과 부합한다.

특히 이 사건 유서와 피해자의 진술에는 '소주 한 병을 원샷했다'는 부분이 공통적으로 있는바, 위와 같은 음주 방식은 매우 이례적임에도 이 사건 유서와 피해자의 진술이 정확히 일치하고 있다.

피고인 2의 변호인은 '당시 피고인 2와 피해자가 이미 사귀는 사이였으므로 이 사건 유서 중 위 내용은 사실과 맞지 않다'고 주장하나, 피해자는 수사기관에서 '피고인 2와 2006. 1.경 한 달 사귀고 헤어졌는데, 제가 계속 피고인 2를 혼자 좋아하고 있었다'고 진술하였는바, 이에 비추어 변호인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

③ 당시 상황을 주도한 사람, 술을 마신 장소 등 기타의 사정

㉠ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 '피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 제안하여 피해자를 술자리에 부르게 되었고, 피고인 3이 '망인과 피고인 1에게 성관계를 하고 싶으면 콘돔을 구해 오라'고 해서 이를 구한 후 교명이 기억나지 않는 학교로 갔더니 이미 피해자의 옷이 다 벗겨져 있었다"는 취지로 기재되어 있다.

한편, 피해자는 수사기관에서 "피고인 3이 그때 당시에 그 남자 무리에서 제일 썸 느낌이었다.

리더 느낌이었다", "저랑 피고인 3이랑 놀이터에서 그네를 탔던 것 같다.

그때는 이미 제가 엄청 취했던 후인 것 같다.

놀이터 같은 곳에서 그네를 탔는데 그때는 피고인 3이랑 저만 있었다"고 진술하였다.

당시의 상황을 피고인 3이 주도하였던 점, 범행이 일어난 장소, 망인과 피고인 1이 도중에 잠시 자리를 비웠던 점 등에 있어서 이 사건 유서의 내용과 피해자의 진술은 부합한다.

피고인 1도 수사기관에서 '당시 망인과 편의점에 술을 사러 갔던 것은 기억난다'고 진술하였는바, 이는 망인과 피고인 1이 중간에 잠시 자리를 비웠다는 이 사건 유서의 내용과 모순되지 않는다.

㉔ 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자를 집에 데려다주고, 다음날에 피해자가 팔에 기브스를 한 채로 등교하였다'고 기재되어 있다.

그런데 피고인 2는 수사기관에서 "피해자를 집 문 앞까지 데려다 주었다", "피해자가 술 마시고 귀가한 다음날 학교에 온 것으로 알고 있는데, 손에 깁스를 하고 있었던 것까지 기억을 한다.

손가락 인대가 늘어났다고 했던 것을 기억한다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 위 내용은 피고인 2의 진술에 부합한다.

한편, 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 팔에 깁스를 한 사실이 있는지에 관한 질문을 받고서 "수사관님한테 들으니까 깁스를 했었나 싶기도 한데, 확실한 건 석고까지 해서 깁스를 한 건 아니었고 목에다 두르고 팔만 고정시키는 거를 했을 거 같기는 한데, 정확하게는 기억이 안 난다"고 진술하였는바, 이 사건 유서의 내용은 피해자의 진술과도 모순되지 않는다.

④ 망인의 인터넷 검색어 및 유료 법률상담 내역

망인은 자살하기 한 달 여 전인 2021. 2. 21.부터 2021. 3. 26.까지 인터넷 네이버 사이트에서 '공소시효', '민법상성년공소시효', '공소시효소급적용', '청소년특수강간자수', '성폭력처벌법', '중학생성범죄공소시효', '중학생특수강간공소시효', '특수강간집행유예', '과거집단성폭행공소시효' 등 이 사건과 밀접히 관련된 키워드로 검색을 하였다.

또한 망인은 2021. 1. 11.부터 같은 해 3. 1.까지 네이버 엑스퍼트의 유료 법률상담을 통해 '민법상 성년 나이 개정 후 공소시효의 기산점', '미성년자일 때 공소시효가 중단된 경우 성년인 경우 언제부터 공소시효가 다시 진행되는지', '민법상 성년 나이 개정 전후의 아동·청소년성보호법이나 성폭력범죄의처벌법의 공소시효 기산일'에 관하여 수회에 걸쳐 상담한 사실이 인정된다.

위와 같은 검색어나 법률상담 내역들은 이 사건 유서에 기재된 범행 내용과 밀접하게 관련되어 있고 망인이 이 사건 유서의 말미에 '공소시효도 남았고...'라고 기재한 것은 위와 같은 검색과 법률상담을 토대로 한 것으로 보인다.

위와 같이 망인이 관련 내용을 검색하고 유료로 법률상담을 받은 것은 망인이 이 사건 공소사실과 같은 범행을 실제로 저질렀기 때문에 자신이 저지른 이 사건을 염두에 두고서 한 행동으로 봄이 타당하고, 이 사건 유서의 내용과 관련이 없는 키워드가 일부 포함된 것만으로 달리 보기는 어렵다.

(6) 기타 사정들에 대한 검토

① 피해자의 술자리 동석 경위

피해자는 수사기관에서 당시 술자리에 가게 된 경위에 대하여 '오빠들이랑 술 마시고 놀자는 친구 공소외 4의 제안에 따라 공소외 4와 함께 술자리에 가게 되었다'는 취지로 진술하였고, 공소외 4는 수사기관 및 원심 법정에서 '망인이 메신저로 술을 먹자고 하였고, 혼자 가기 무서워하던 중 피해자의 남자친구인 피고인 2가 있다는 이야기를 듣고 피해자에게 같이 가자고 연락하여 피해자가 술자리에 동석하게 되었다'는 취지로 진술하였다.

그런데 이 사건 유서에는 '피고인 2가 피해자와 문자를 주고받고 있었는데, 피고인 3이 피고인 2에게 피해자와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 피해자를 불렀다'는 취지로 기재되어 있다. 그렇다면 피고인들의 주장과 같이 피해자가 술자리에 동석하게 된 경위에 관하여 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 진술이 다소 엇갈리기는 것처럼 보이는 한다.

그러나, ㉠ 위 부분은 이 사건 유서에 기재된 범행의 주요 부분이 아닐뿐더러, 이 사건은 발생일로부터 15년이 지나 수사가 개시되었으므로 시간의 경과에 따라 관련 당사자들의 기억이 희미해지거나 부정확해질 수 있는 점, ㉡ 이 사건 유서에는 "피고인 3이 피고인 2에게 이 여자애와 잠자리를 갖게 해주겠다고 ○○○○○ 쪽으로 부르라고 해서 이 여자애를 불렀습니다"라고만 기재되어 있을 뿐, 누가, 어떤 방식으로 피해자를 불렀는지에 대한 내용은 구체적으로 기재되어 있지 않아 이 사건 유서의 내용과 피해자, 공소외 4의 위 진술이 양립 불가능하다고 볼 수 없는 점, ㉢ 당시 공소외 4는 술자리에서 함께 술을 마시던 중 혼자서 먼저 귀가하였는바, 그 이후에 이 사건 유서에 기재된 범행이 발생한 것이라면 망인이 이 사건 유서에 굳이 공소외 4에 관한 사실까지 기재할 필요를 느끼지 못했을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 보면, 피해자가 술자리로 오게 된 경위에 관한 위와 같은 사정만으로 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수 없다.

㉡ 산부인과 진료와 피해자의 신체에 남은 성폭행 피해 흔적 관련

피고인들의 변호인은 "만일 성경험이 없고 중학교 2학년에 불과했던 피해자가 피고인들 및 망인으로부터 순차로 성폭행을 당했다면, 피해자의 신체에 피해의 흔적이 남아있었어야 자연스러운데, 당시 피해자를 진료했던 산부인과 의사 공소외 5는 피해자에 대하여 질염의 유무를 확인하는 냉검사를 시행한 후, 피해자의 어머니에게 불안하면 혹시 모르니 사후피임약을 처방해 주겠다'고 말했을 뿐 수사기관에 피해자의 성범죄 피해사실을 신고하지는 않았는바, 성폭행을 의심할 수 있는 흔적을 찾지 못하였으므로 실제 피해자와 사이에 성관계가 있었는지도 의심이 된다"는 취지로 주장한다.

비록 당시 위 산부인과에서 성폭행과 관련된 검사를 진행하거나 당시 산부인과 의사가 경찰에 신고하는 등의 조치를 취하지는 않았으나, ㉠ 당심 전문심리위원 공소외 8(산부인과 전문의)은 '성경험이 없는 14세 피해자에게 준유사강간, 준강간을 당한 경우 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극을 확인할 수 없는 경우도 있다', '산부인과 검사를 통해 성폭행 또는 성행위 여부를 판단하기는 어렵고, 대부분은 환자의 호소를 통해 이를 판단할 수 있다'는 의견을 밝힌 점, ㉡ 피해자는 술에 만취하여 당시의 상황을 기억하지 못하였는바, 성폭행 사실 여부를 확신하지 못한 피해자나 그 어머니는 산부인과 방문 당시 이에 대하여 적극적으로 호소하지 못하였고, 이에 위 산부인과에서도 사후피임약 처방 외에 추가적인 검사나 조치를 취하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 오히려 앞서 본 바와 같이 피해자는 "하의 속옷에 피가 묻어있어 깜짝 놀랐고, 사타구니 부분이 아팠으며, 성기 부분이 뺨 뚫린 느낌이 들었다"고 진술하였는바, 이는 성관계가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정인 점, ㉣ 당시 중학교 2학년이었던 피해자의 어린 나이를 고려하였을 때 평일에 등교하지 않고 산부인과를 방문하여 사후피임약을 처방받았다는 사실은 통상적이지 않은 사정인 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척할 수는 없다.

③ 피고인 1, 피고인 3의 변호인은 '이 사건 유서에 기재된 범행이 일어난 2006. 11. 19. 서울의 최저기온이 3.5℃에 불과하였는바, 추운 밤 야외에서 피해자의 옷을 모두 벗기고 망인 및 피고인들이 피해자를 순차로 강간하였고 피해자가 소변까지 보아 피해자의 몸이 젖었다면, 저체온증 등으로 피해자의 신체에 이상 징후가 발생할 수도 있는데 그러한 정황이 발견되지 않았다'는 사정을 들어 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성을 다룬다.

그러나 ㉠ 이 사건 유서의 내용만으로 당시 피해자가 전라 상태였는지 여부가 반드시 명확하다고 보기는 어려운 점, ㉡ 성행위 도중에는 피고인들, 망인과 피해자의 신체가 밀접하게 접촉되어 피해자의 체온이 어느 정도 유지될 수 있었을 것으로도 보이는 점, ㉢ 이 사건 유서에 기재된 것처럼 피해자가 옷을 벗은 상태에서 소변을 보았다면, 이를 닦은 후 다시 옷을 입힐 경우 몸이 젖어있는 시간은 그리 길지 않았을 것인 점, ㉣ 피해자는 수사기관에서 이 사건 다음날 전반적인 몸 상태에 대해 '온몸이 다 아팠던 것 같다.

지금 표현으로 하면 삭신이 쏘는 느낌이라고 표현할 수 있는데, 그 다음날 학교를 못 갔던 것 같다'는 취지로 진술하기도 하였는바, 피해자의 신체 전반에 이상 징후가 없었다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 변호인이 지적하는 위와 같은 사정을 들어 이 사건 유서의 특신상태를 배척하기도 어렵다.

④ 피고인 2의 변호인은 이 사건 유서의 내용 중 '피고인 1은 그 과정을 동영상 촬영하였다'는 부분에 관하여, 당시의 휴대전화에 탑재된 카메라의 성능에 비추어 어두운 야외에서 동영상 촬영이 불가능하였을 것임을 지적한다.

그러나 위 변호인이 제출한 자료(2022. 6. 30.자 변론요지서 첨부 참고자료)에 의하더라도 그 무렵 출시되던 휴대전화도 디지털 카메라, 동영상 재생기능 등을 갖추고 있었던 것으로 보이는바, 변호인이 주장하는 위 사정은 이 사건 유서의 특신상태에 아무런 영향을 미치지 못한다.

⑤ 원심은, '망인을 제외한 이 사건 관련자들은 이 사건 당시 모여서 술을 마신 사실 정도만 어렵פות이 기억하고 있을 뿐 모두 술자리가 만들어지게 된 경위 및 장소, 술자리의 참석자, 술자리가 종료된 이후의 사정 등 이 사건에 대한 세부적이고 구체적인 내용에 대해서는 명확히 기억하지 못하고 있는바, 이 사건과 관련된 사람들 중 망인만이 이 사건 당시의 세부적이고 구체적인 내용을 생생하게 기억하고 있다는 것은 대단히 이례적이다'라고 보았다.

그러나 피해자의 경우 정신을 잃을 정도로 술에 만취하였으므로 당시 상황을 기억하지 못하는 것이 자연스럽고, 피고인들의 경우 자신들의 범행을 숨기기 위하여 당시의 상황에 대하여 '기억나지 않는다'고 진술할 가능성을 배제할 수 없는바(피고인들은 대체로 '이 사건 당일 피해자를 간음한 사실이 있는지가 기억나지 않는다'는 취지로 진술하면서 이 사건 공소사실을 부인하고 있다), 이를 고려하면 '망인만이 이 사건 당시의 상황을 생생하게 기억하고 있음'을 전제로 한 위 판단은 받아들일 수 없다.

3) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수준강간)의 성립에 관하여

원심과 이 법원이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 공소사실에 부합하는 이 사건 유서의 내용 및 이를 뒷받침하는 피해자의 진술은 신빙성이 인정되고, 이 사건 공소사실은 합리적 의심의 여지없이 증명되었다고 봄이 타당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 유서의 증거능력 및 증명력이 없다고 판단하고서 공소사실의 증명이 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 채증법칙 위반으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

(1) 이 사건 유서에 기재된 내용의 신빙성

앞서 본 바와 같이 이 사건 유서는 망인이 죽음을 앞둔 시점에 과거의 잘못을 참회하고 자신과 함께 범행을 저지른 공범들에 대한 수사과 처벌을 촉구하기 위해 작성한 것으로서, 그 작성 과정에 제3자의 강요나 회유 등이 개입되었다고 볼 정황을 찾을 수 없고, 망인이 이 사건 유서의 작성 당시 망상이나 환각 상태 등에 빠져 있었다고 보기도 어렵다.

또한 망인이 허위 내용으로 이 사건 유서를 작성함으로써 피고인들을 무고할 만한 동기나 이유를 찾을 수도 없다.

이 사건 유서에는 피해자의 성명과 나이, 피고인들과 피해자가 만나게 된 경위, 피해자가 술을 마시게 된 동기와 술을 마시고 취하기까지 과정, 피고인들이 성관계를 한 순서, 성관계가 중단되게 된 경위 등이 상당히 구체적으로 기재되어 있는 한편, 자신이 기억하지 못하는 내용에 대해서도 '기억이 나지 않는다'고 표현하고 있다.

이 사건 유서의 기재 내용은 신빙성이 인정되고, 앞서 본 바와 같은 피해자의 술자리 동석 경위에 관한 공소외 4, 피해자의 진술 내용이나, 이 사건 다음날 피해자가 산부인과 진료를 받으면서 육안으로 처녀막 파열 또는 회음부의 물리적 자극이 확인되지 않았던 것으로 보이는 사정 등만으로는 달리 볼 수 없다.

(2) 이 사건 유서 내용을 뒷받침하는 피해자 진술의 신빙성

피해자는 수사기관에서 "피고인 3 등과의 2006. 11.경 술자리에서 정신을 잃을 정도로 만취하였고, 귀가 후 하의 속옷에 피가 묻어있어 놀랐으며, 당시 사타구니 부분이 아파서 걷는 것이 불편했고, 성기 부분이 뺑 뚫린 느낌이 들었는데 살면서 그런 느낌을 받았던 적은 없었고, 이상한 느낌이 들어 그 다음날 어머니에게 산부인과를 가자고 했다"는 취지로 일관되고 구체적으로 진술하였다.

이 사건은 망인이 남긴 유서가 발견됨으로써 수사가 개시되었던 점, 피해자는 15년이 넘는 기간 동안 이 사건에 대해 고소 등을 하지 않고 지내왔던 점, 그 밖에 피해자와 피고인들의 관계 등을 감안하면, 피해자가 피고인들에게 불리한 내용으로 허위 진술을 한다고 보기 어렵고, 달리 피해자가 허위 진술을 할 동기나 이유를 찾을 수 없으며, 피해자가 착오에 빠져 사실과 다른 진술을 한다고 볼 정황도 찾기 어렵다.

또한 피해자의 진술은 당시 산부인과 진료 내역과도 부합한다.

이와 같은 정황에다가 앞서 본 피해자의 진술을 통해 알 수 있는 피해자의 신체 상태 등은 이 사건 당시 피해자에 대한 성행위가 있었음을 추단케 하는 유력한 사정이다.

(3) 시간적, 장소적 협동관계의 성립

구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제6조 제3항, 제1항의 '2인 이상이 합동하여 형법 제299조(준강간)의 죄를 범한 경우'에 해당하려면, 피고인들이 공모하여 실행행위를 분담하였음이 인정되어야 하는데, 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하고 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하고, 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다면 실행행위를 분담한 것으로 인정된다(대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결 등 참조).

이 사건 유서의 내용에 의하면, 피고인 3은 피해자를 부를 당시 피고인 2에게 '피해자와 잠자리를 갖게 해 주겠다'고 하였는바, 피해자를 상대로 한 성행위를 염두에 둔 것으로 보이고 나머지 피고인들과 망인도 이러한 사정을 알았을 것

인 점, 피고인 3은 피해자에게 피고인 2와의 교제를 내걸면서 피해자가 급히 소주를 마시도록 하여 피해자를 만취하게끔 한 사실, 피고인 3의 제안에 따라 피고인 1과 망인이 콘돔을 구한 후 피해자가 있던 장소로 간 사실, 피고인 3이 만취하여 정신을 잃은 피해자에게 유사성행위를 하였고, 그 직후에 망인, 피고인 1, 피고인 2가 순서대로 피해자를 간음한 사실, 비록 피고인 3이 간음행위 자체는 하지 않았더라도 위와 같이 이 사건 범행에 있어 주도적인 역할을 하고 가장 먼저 피해자를 상대로 유사성행위를 함으로써 나머지 피고인들과 망인이 피해자에 대한 간음행위에 나아가게끔 한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 피고인들과 망인이 준강간 범행에 대한 공동가공의 의사에 따라 시간적·장소적으로 협동하여 술에 만취한 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 피해자를 간음하였다고 할 수 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.