

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2018도19037 군인등강간치상
피 고 인 피고인
상 고 인 군검사
변 호 인 법무법인 지금 외 1인
원 심 판 결 고등군사법원 2018. 11. 8. 선고 2018노177 판결
판 결 선 고 2022. 3. 31.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 고등군사법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지 및 원심의 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지는 다음과 같다. 해군 ○○○○사령부 소속 △△△의 함장으로 근무하던 피고인은 2010. 12. 초순경 위 △△△의 사격통제관으로 근무하던 부하 장교인 피해자(여)를 (주소 생략)에 있는 자신의 관사로 불렀다. 피고인은 피해자가

침실 내 침대에 걸터앉자 양손으로 피해자의 팔 윗부분을 강하게 잡고 체중을 실어 피해자를 침대에 눕혀 반항을 억압한 후 강제로 입을 맞추고 가슴을 만진 다음 피해자를 1회 간음하여 강간하고, 치료 일수를 알 수 없는 외상 후 스트레스 장애 등의 상해를 입게 하였다.

나. 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.

1) 이 사건 공소사실에 부합하는 피해자의 진술은 이 사건 범행으로부터 약 7년이 지난 후의 기억에 의존한 것인데, 그 진술 내용에 모순이 되는 부분, 객관적인 정황에 부합하지 않는 부분이 있어 피해자의 기억 자체를 신뢰하기 어렵다. 그 반면 피해자의 진술과 상반되는 피고인의 주장은 객관적인 정황에 비추어 사실일 가능성이 높아 보여 쉽게 배척할 수 없다. 따라서 피해자의 진술은 의도적으로 행해진 허위의 진술은 아니라고 하더라도 그대로 믿기 어렵다.

2) 설령 피해자 진술의 신빙성이 인정된다고 하더라도, 그 진술만으로는 피고인이 폭행·협박이라는 수단을 써서 피해자를 강간하였다는 공소사실이 증명되었다고 볼 수 없다. 왜냐하면 피해자의 진술에 따르면 피해자의 팔 윗부분을 붙잡은 피고인의 행위는 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행에 해당한다고 할 수 없고, 피고인이 피해자의 반항을 제압하려는 의사나 인식에 따라 위와 같은 행위를 하였다고 보기도 어렵기 때문이다.

2. 대법원의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 받아들이기 어렵다.

가. 관련 법리

증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와 경험의 법칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다(대법원 1994. 9. 13. 선고 94도1335 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결 등 참조). 피해자 등의 진술은 그 진술 내용의 주요한 부분이 일관되며, 경험의 법칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 아니 된다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결 참조).

강간죄에서 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험의 법칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 참조).

강간죄가 성립하기 위한 가해자의 폭행·협박이 있었는지 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하고, 사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수

있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 설불리 단정하여서는 아니 된다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 등 참조).

나. 피해자 진술의 신빙성에 관하여

1) 공소사실의 핵심 경위에 관한 피해자 진술의 요지는 다음과 같다.

피해자는 사건 당일 티 타임(tea time)을 갖자는 피고인의 연락을 받고 피고인의 관사로 갔다. 피고인은 피해자에게 맥주를 권하였고, 두 사람은 술을 마시며 얘기를 나누었다. 침실 안 편한 곳에 가서 있으라는 피고인의 말에 피해자는 침실 안으로 들어가 침대에 걸터앉았는데, 피고인이 방 안으로 들어와 피해자의 어깨에 가까운 팔 부위를 누르면서 강제로 키스를 시도하였고, 피해자는 얼굴을 돌리며 피하려고 하였으나 키스를 당하게 되었다. 그 후 피해자는 수치스러움에 죽고 싶다는 생각이 들었고 체념한 상태가 되었다. 피고인은 피해자의 하의만 벗긴 채로 간음행위를 하였다. 피해자는 어느 순간부터 울기 시작하였고, 얼마 후 이를 알아챈 피고인이 '미안하다'고 말하면서 간음행위를 중단하였다.

2) 위 진술 내용과 기록을 통해 알 수 있는 다음과 같은 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피해자 진술의 신빙성이 인정된다고 봄이 타당하다.

가) 이 사건 범행 경위에 관한 피해자 진술은 그 진술 내용의 주요한 부분, 즉 '피고인이 술을 마시던 중 양손으로 어깨에 가까운 팔 부위를 누르면서 몸 위로 올라와 강제로 키스하고 옷을 벗긴 후 간음하였다'는 부분은 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되고, 경험의 법칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분

이 없다.

나) 피고인도 사건 당일 '침대 위에서' 피해자에게 키스하고 피해자의 가슴을 만진 사실에 대해서는 인정하고 있다. 따라서 피해자가 수사 초기 범행 장소에 관하여 '침대 위'라고 지목하지 못한 채 '소파 같은 곳에 기대어 있었다'는 등으로 다소 불명확하게 진술하였다고 하더라도, 이를 피해자 진술의 신빙성을 배척하는 사정으로 삼을 수 없다.

다) 피해자 진술은 사건 관련자들의 다음과 같은 구체적인 진술을 통해 그 진실성이 뒷받침되고 있다.

① 사건 당시 △△△의 포술장으로 근무하던 공소외 1은 2017. 7. 20. 수사기관에서 '사건 발생일 무렵 피해자에게서 피고인으로부터 성폭행을 당하였다는 얘기를 들었다. 당시 피해자는, 피고인이 관사로 불러 침대방이 있으니 거기서 누워 쉬라고 하였고, 그 방으로 들어와 성폭행하였다고 말하였다고 진술하였다.

② 사건 발생 후 피해자의 지휘관으로 근무한 적이 있는 공소외 2는 2017. 8. 22. 수사기관에서 피해자로부터 '피고인이 술을 마시다가 피해자를 덮쳤고, 한참 있다가 내려오면서 미안하다고 했으며, 피해자는 나무토막처럼 있었다'는 내용의 메일을 받은 적이 있다고 진술하였다.

③ 피해자와 같은 대학 출신의 후배 장교인 공소외 3은 2017. 10. 23. 수사기관에서 피해자로부터 '성폭행으로 인한 임신 사실을 보고받은 지휘관이 그걸 약점 삼아 또 건드렸다'는 취지의 말을 들었다고 진술하였다.

라) 원심은, 군 숙소 침실에 구비된 침대의 일반적인 위치, 피고인 제출의 사진 등을 기초로 '침대 헤드(head)가 방문 쪽 벽에 놓여 있었고, 왼쪽 다리를 내리고 오른쪽 다

리를 침대 위에 올려놓은 상황에서 피고인의 유형력 행사가 있었다'는 피해자의 진술이 객관적인 정황에 부합하지 않는다고 보았다. 그러나 사건 당시 침대의 위치가 군속소 침실에 구비된 침대의 일반적인 위치나 피고인이 제출한 사진상의 위치와 같았다고 볼 근거가 없을 뿐만 아니라, 실제 침대 및 피해자 다리의 위치가 피해자의 진술과 달랐다고 하더라도, 피고인이 침대 위에서 피해자에게 키스 등의 행위를 한 사실이 피고인의 진술을 통해서도 확인되는 이 사건에서, 피해자가 세세한 경위 사실에 관하여 일부 부정확한 진술을 하였다고 하여 피해자 진술 전체의 신빙성을 부정할 수 없다.

마) 또한 원심은, 피해자가 '침대에 누워있는 상태에서 이 사건 범행이 중단될 때까지 피고인이 자신의 몸 위로 무릎을 꿇은 채로 올라와 있었고, 양팔을 누르고 있었다'고 진술하였음을 전제로 위 피해자의 진술이 객관적으로 가능한 사실을 설명하는 것으로 보이지 않는다고 하였다. 그러나 피해자는 피고인이 처음 키스를 시도하면서 자신의 어깨에 가까운 팔 부위를 강하게 눌렀다고 진술하였을 뿐 범행 내내 누른 상태를 유지하였다는 취지로 진술한 바 없다.

바) 피해자의 진술과 상반된 피고인의 변소 요지는 다음과 같다.

피고인은 사건 당일 피해자에게서 '자살하겠다', '모텔이나 찜질방에서 자겠다'는 연락을 받고 피해자에게 자신의 관사에 와서 자도 좋다고 말하였다. 피고인은 관사로 찾아온 피해자와 거실에서 대화를 나누었고, 피해자에게 시간이 늦었으니 그만 침실로 들어가서 자라고 하였다. 그러자 피해자는 피고인에게 '함장님 심장 두근대는 소리가 저한테까지 들리는데 잠을 제대로 잘 수 있을지 모르겠습니다', '함장님 저를 사랑하지 않으십니까'라는 등의 말을 하였고, 피고인은 '나도 포술장(공소외 1을 말한다) 꼴이 날 수 있다'고 말하며 피해자를 침실로 들여보냈다. 피고인은 피해자의 훌쩍거리는 소리에

침실로 들어갔고, 피해자가 '함장님 침대에 누우셔도 됩니다'라고 말하여 피해자의 옆에 누웠다. 피고인이 잠시 후 일어나려 하였으나 피해자가 또다시 '저를 사랑하지 않으십니까'라고 말하여 피고인은 피해자와 자연스럽게 키스하게 되었고 피해자의 가슴도 만졌다. 그 무렵 피해자가 몸을 움찔 빼면서 '함장님 저를 사랑하십니까'라고 다시 물었고, 피고인은 실수했다고 생각하고 '미안하다'고 말한 뒤 방을 나왔다. 그 후 피해자는 침대에서 잠이 든 후 다음 날 아침에 돌아갔다.

피고인의 변소내용은 피해자의 요구나 용인 아래 자연스럽게 신체접촉 행위를 하였다는 취지이다. 그러나 당시 피해자가 공소외 1과 원치 않는 성관계로 임신하여 임신중절수술을 받은 지 얼마 되지 않은 상태였고, 이를 알고 있던 피고인에게 상담 차 연락하였던 점, 피해자는 동성을 좋아하는 성향이 있었고 피고인은 피해자의 지휘관으로서 피해자보다 20살가량이 많은 남성인 점 등을 고려하면, 피고인의 변소내용은 경험칙상 쉽게 받아들이기 어렵다. 아울러 피고인의 주장에 따르면, 피해자는 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 자신을 사랑하지 않느냐는 말을 하였다는 것이고 그 과정에서 자연스럽게 신체적인 접촉이 있었다는 것인데, 피고인은 당초 피해자의 위와 같은 말에 대해 거부의 의사를 표시하였다고 하면서도 피해자를 자신의 침실에 들여보냈다는 점이나, 피해자가 있는 침실에 들어가 피해자의 같은 취지의 말을 듣고 키스와 가슴 애무 등의 행위를 하게 되었다가 다시 피해자로부터 같은 얘기를 듣고는 실수하였다고 생각하여 키스와 애무 행위를 중단하였다는 점에서 피고인의 위 경위 사실에 관한 주장은 앞뒤 맥락이 모순되고 경험의 법칙상 쉽게 받아들이기 어렵다. 결국 피고인의 사건 경과에 대한 변소내용은 일반의 통념에 비추어 자연스럽지 않을 뿐만 아니라 경험의 법칙에 비추어 합리성이 없다. 이러한 사정은 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하는 하나

의 간접사실이 될 수 있다.

사) 피해자는 자살시도를 위한 군무이탈 사건으로 수사를 받은 후 자살시도의 이유를 묻는 수사관에게 이 사건에 관해 털어놓았고, 당시까지도 이 사건에 관하여 정식 수사가 이루어지는 것을 원하지 않았으나 수사기관의 끈질긴 설득으로 피고인을 고소하기에 이르렀다. 이러한 고소 경위 등에 비추어 보면, 피해자에게 허위 사실로 피고인을 무고할 동기나 이유가 있었다고 보이지 않는다.

3) 그런데도 원심은 판시와 같은 이유만으로 공소사실의 핵심 경위에 관한 피해자 진술의 신빙성을 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 군검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

다. 군인등강간치상죄의 폭행 및 피고인의 고의에 관하여

1) 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의해 알 수 있는 다음과 같은 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 군인등강간죄가 성립하기 위한 피고인의 폭행이 있었고, 그에 관한 피고인의 고의도 인정된다고 봄이 타당하다.

가) 피고인은 침대에 앉아 있던 피해자에게 다가가 갑작스럽게 그의 어깨에 가까운 팔 부위를 눌러 피해자를 눕힌 다음 피해자의 몸 위로 올라가 얼굴을 돌리며 거부 의사를 분명하게 표시한 피해자에게 강제로 키스하였다. 위와 같은 피고인의 행위가 상당히 기습적으로 이루어진 점, 당시 피해자는 군 생활을 시작한 지 얼마 되지 않은 초급장교로서 평소 지휘관인 피고인의 지시에 절대복종할 수밖에 없는 지위에 있었던 점 등을 고려하면, 피고인의 위와 같은 행위는 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 하는 유형력 행사로 평가할 수 있다.

나) 더욱이 피해자는 당시 공소외 1과의 원치 않는 성관계로 임신하고 임신중절수술 까지 받은 일들로 인하여 정신적·육체적으로 무력한 상태였다. 피해자는 그러한 상태에서 평소 신뢰하던 지휘관인 피고인으로부터 위와 같은 일을 당하게 되자 정신적으로 크나큰 충격을 받게 되었고, 그로 인해 눈물을 흘리는 것 외에는 어떠한 저항도 하지 못하였던 것으로 보인다.

다) 피고인은 피해자의 성적 지향이나 피해자가 겪은 위와 같은 일들에 대해 잘 알고 있으면서도 자신의 행위로 무력해진 피해자의 상태에 편승하여 피해자의 옷을 벗기고 간음행위에 나아간 것으로 보인다. 따라서 피고인의 간음행위 역시 피고인의 위 가) 항에서 본 유형력 행사로 인한 것이었다고 평가할 수 있다.

2) 그런데도 원심은 판시와 같은 이유만으로 폭행·협박을 수단으로 한 강간 사실과 그에 관한 피고인의 고의가 인정되지 않는다고 보아 강간으로 인한 상해 결과의 발생 여부에 관해 나아가 심리·판단하지 않은 채 이 사건 공소사실을 무죄로 판단하였다. 원심판결에는 군인등강간치상죄의 폭행, 고의 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 군검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노태약 _____

주 심 대법관 박정화 _____

 대법관 김선수 _____

 대법관 오경미 _____