

# 대 법 원

## 제 2 부

## 판 결

사 건 2026도1865 무고

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 법무법인 청린

담당변호사 이수완

원 심 판 결 서울중앙지방법원 2026. 1. 21. 선고 2024노4037 판결

판 결 선 고 2026. 10. 8.

## 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원에 환송한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 뒤에 제출된 서면의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

### 1. 이 사건 공소사실의 요지

피고인은 2020년 9월경 데이팅 앱을 통해 공소외인과 서로 알게 되어, 2021년 1월

경부터 2021년 3월 말경까지 교제한 사이이다.

피고인은 2021년 12월경 공소외인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로, 공소외인이 ① 2021. 2. 20. 새벽 무렵 서울 강남구 ○○동 소재 클럽 '(명칭 1 생략)'에서 알 수 없는 물체를 피고인이 마시는 술에 탄 뒤 건네주어, 그 술을 마신 피고인이 항거불능 상태에 이르자 피고인을 강간하고(이하 '2021. 2. 20. 자 고소사실'이라 한다), ② 2021. 3. 6. 새벽 무렵 같은 장소에서 같은 방법으로 피고인을 강간하고(이하 '2021. 3. 6. 자 고소사실'이라 한다), ③ 2021. 3. 20. 새벽 무렵 서울 용산구 △△동 소재 '(명칭 2 생략)' 바에서 같은 방법으로 피고인을 강간하였으며(이하 '2021. 3. 20. 자 고소사실'이라 하고, 2021. 2. 20. 자 및 2021. 3. 6. 자 고소사실과 통틀어 '강간 고소사실'이라 한다), ④ 2021년경 휴대전화 카메라로 피고인의 얼굴, 가슴, 성기 등을 촬영한 사진 및 동영상을 피고인의 의사에 반하여 공소외인의 지인에게 불상의 방법으로 전송하여 반포하였다(이하 '영상 반포 고소사실'이라 한다)는 내용의 고소장을 작성하여 경찰서에 제출하였다. 그러나 공소외인은 피고인에게 약물을 탄 술을 건네주어 강간하거나 피고인의 신체를 촬영한 사진 또는 영상을 지인에게 반포한 사실이 없었다. 이로써 피고인은 공소외인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 공무소에 대하여 허위의 사실을 신고하여 공소외인을 무고하였다(이하 공소사실 중 '강간 고소사실'에 관한 부분을 '강간 관련 무고 공소사실', '영상 반포 고소사실'에 관한 부분을 '영상 반포 관련 무고 공소사실'이라 한다).

## 2. 제1심 및 원심의 판단

### 가. 제1심의 판단

제1심은 ① 영상 반포 관련 무고 공소사실에 대하여는, 피고인이 객관적인 증거나

확인된 사실 없이 막연한 추측으로 영상 반포 고소사실이 기재된 고소장을 작성·제출하여 무고의 범의가 인정된다는 이유로 유죄로 판단하고, ② 강간 관련 무고 공소사실에 대하여는, 검사가 제출한 증거들만으로는 강간 고소사실이 허위라는 점이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 ① 영상 반포 관련 무고 공소사실에 대하여는, 객관적인 진실에 반하는 허위의 사실에 해당하고 피고인은 위 고소사실이 진실하다는 확신 없이 막연한 짐작 내지 추측만으로 공소외인을 고소한 것이어서 무고의 범의가 인정된다는 이유로 제1심의 이 부분 유죄 판단을 그대로 유지하는 한편, ② 강간 관련 무고 공소사실에 대하여는, 아래와 같은 이유로 제1심판결을 파기하고 유죄로 판단하였다.

1) 피고인은 2020년 9월경 데이팅 앱을 통하여 공소외인을 알게 되었고, 2021년 1월 경부터 2021년 3월 말경까지 공소외인과 교제하며 약 69 내지 80회의 성관계를 가졌다. 피고인은 2021년 12월경 강간 고소사실과 같은 내용의 고소장을 제출하였으나 모두 불송치 결정되었다.

2) 2021. 2. 20. 자 고소사실에 관하여, 피고인은 수사기관에서 '클럽 (명칭 1 생략) 에서 술을 마신 뒤 전혀 기억이 없고 정신을 차려 보니 공소외인이 자신을 강간하고 있었다'는 취지로 진술하였다. 그런데 피고인은 2021. 2. 21. 공소외인에게 '우리 잠자고 일어나는 스케줄 완전 꼬여 있네, 관클 2일 동안 달리느라'라는 카카오톡 메시지를 보냈을 뿐 강간에 대한 어떠한 항의도 하지 않았고, 2021. 2. 26. 친분이 있는 변호사와 카카오톡으로 공소외인과의 관계에 대한 대화를 나누면서도 강간에 대한 언급을 하

지 않았다. 또한 피고인은 공소외인을 고소한 사건으로 2021. 12. 22. 경찰서에 출석하여 비록 정확한 시간대와 방문한 관전클럽의 상호를 혼동하기는 하였으나 그 당시 상황을 상당히 구체적이고 상세히 진술하였는바, 피고인이 술이나 약물에 취하여 정신을 잃었다고 보이지 않는다. 오히려 피고인은 2021. 2. 20. 새벽과 2021. 2. 21. 새벽에 피고인의 집에서 공소외인과 여러 차례 성관계를 가졌고, 2021. 2. 21. 저녁에는 피고인의 지인들 및 공소외인과 식사를 하였으며, 2021. 2. 22.부터 2021. 2. 24.까지 공소외인과 함께 제주도로 여행을 가는 등 평범한 연인관계를 유지하였다.

3) 2021. 3. 6. 자 고소사실에 관하여, 피고인은 수사기관에서 위 2)항과 같은 취지로 진술하였다. 그런데 피고인은 그다음 날인 2021. 3. 7. 피고인의 집에서 공소외인과 세 차례 성관계를 하였고, 2021. 3. 13. 및 2021. 3. 18.에는 자신의 지인들에게 공소외인을 소개하였으며, 2021. 3. 18.에는 공소외인에게 공소외인과의 성관계 당시 피고인이 느꼈던 감정에 관한 카카오톡 메시지를 보내기도 하는 등 공소외인과의 연인관계를 강화하려고 하였을 뿐 강간에 대한 어떠한 혐의나 언급도 하지 않았다. 또한 피고인은 공소외인을 고소한 사건으로 2021. 12. 22. 경찰서에 출석하여 그 당시 상황을 상당히 구체적이고 상세히 대답하여 술이나 약물에 취하여 정신을 잃었던 것으로 보이지 않는다.

4) 2021. 3. 20. 자 고소사실에 관하여, 피고인은 수사기관에서 '(명칭 2 생략) 바에서 술을 마신 뒤 기억을 잃었고, 정신을 차려보니 공소외인이 자신을 강간하면서 옆에 누워있던 여자의 성기를 손으로 만지고 있었다'는 취지로 진술하였다. 그러나 피고인은 당일 공소외인과 함께 귀가하였고, 같은 날 오전 무렵에는 자신의 집에서 공소외인과 두 차례 성관계를 가지기도 하였다. 또한 피고인은 2021. 3. 21. 공소외인에게 2021. 3.

20. 자 고소사실 당시 공소외인이 피고인과 성관계를 하면서 다른 여성의 음부 등 신체를 만진 일에 대하여 강한 분노를 표현하는 카카오톡 메시지를 보내면서도 약물 등을 사용하여 자신을 강간하였음을 언급하거나 이에 대해 전혀 항의하지 않았다. 이러한 피고인의 태도와 메시지 내용 등에 비추어 보면, 2021. 3. 20. 자 성관계는 피고인과 공소외인의 합의하에 이루어진 것이고, 피고인은 그날의 사정을 모두 기억하고 있었다고 봄이 자연스러워 피고인이 항거불능 상태에서 공소외인에게 강간을 당한 것으로 보기는 어렵다.

5) 피고인은 위 각 고소사실과 관련하여 모두 '평소 술을 마셔도 기억을 잘 잃지 않는데 공소외인이 알 수 없는 성분을 술에 넣어 정신을 잃게 한 것 같다'는 취지로 주장하였으나, 국립과학수사연구원 감정 결과 피고인의 모발에서는 피고인이 복용 중인 졸피뎀 외에 다른 약물 성분이 검출되지 않았다. 더구나 당시 피고인과 공소외인은 이미 여러 차례 성관계를 가진 가까운 연인 사이였는데, 그러한 관계에서 공소외인이 굳이 약물을 이용해 피고인을 간음하였다는 주장도 쉽게 납득할 수 없다.

6) 피고인은 2021. 3. 28.경 공소외인과 이별하였고, 2021. 5. 7.경 혼자 공소외인의 집을 방문하였다가 공소외인이 아이가 있는 이혼남이라는 사실을 알게 되었다. 피고인은 이러한 사실을 알기 전까지는 공소외인에게 '나이, 직장 등을 속이며 피고인을 가지고 놀았다'는 취지의 메시지만을 보냈으나, 그 이후부터 '피고인이 관전클럽에서 정신을 잃었다', '피고인이 관전클럽에서 공소외인에게 당하였다'는 등 강간 고소사실과 관련된 항의를 하기 시작하였다. 이와 같은 경위에 비추어 보면, 피고인은 강간 고소사실이 허위사실임을 인지하면서도 공소외인에 대한 배신감과 분노 등으로 사후적으로 허위의 피해사실을 가공하여 공소외인을 고소한 것으로 보인다.

7) 한편 공소외인은 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 2021. 2. 20.과 2021. 3. 6.에는 피고인과 성관계를 한 사실이 없고, 2021. 3. 20.에는 피고인과 합의하에 성관계를 한 것이라는 취지로 각 일자별 성관계 여부를 명확히 구분하여 진술하였다. 이러한 공소외인의 진술은 경험칙에 비추어 비합리적이라거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 피고인과 공소외인 간 통화녹음 및 카카오톡 대화내용 등과도 대체로 부합하므로 신빙성이 인정된다.

### 3. 대법원의 판단

#### 가. 영상 반포 관련 무고 공소사실에 관하여

##### 1) 관련 법리

무고죄의 고의는 반드시 확정적 고의일 필요가 없고 미필적 고의로도 충분하므로, 신고자가 허위라고 확신한 사실을 신고한 경우뿐만 아니라 진실하다는 확신 없는 사실을 신고하는 경우에도 그 고의를 인정할 수 있다. 또한 신고자가 알고 있는 객관적인 사실관계에 의하더라도 신고사실이 허위라거나 또는 허위일 가능성이 있다는 인식을 하지 못하였다면 무고의 고의를 부정할 수 있으나, 이는 알고 있는 객관적 사실관계에 의하여 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 그 인식을 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우까지 포함하는 것은 아니다(대법원 2000. 7. 4. 선고 2000도1908, 2000감도62 판결, 대법원 2022. 6. 30. 선고 2022도3413 판결 등 참조).

##### 2) 구체적 판단

가) 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하면, 공소외인의 휴대전화에 대한 수사기관의 디지털 포렌식 결과 공소외인이 피고인의 신체 사진 또는 동영상을 제3자

에게 반포한 내역이 확인되지 아니한 사실, 피고인이 영상 반포 고소사실과 관련하여 수사기관에서 '공소외인이 피고인의 신체를 촬영한 영상을 반포하였다는 것을 피고인 으로서는 알 수 없지만 공소외인의 평소 취향 등에 비추어 그러한 영상을 다른 사람에게 보내주었을 것 같다', '공소외인이 영상을 반포하였는지에 관하여 지금은 추측밖에 없지만 반포하였을 것이라고 확실하게 생각한다'는 취지로 진술한 사실을 알 수 있다.

나) 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 공소외인이 피고인의 신체가 촬영된 영상을 다른 사람에게 반포하였음을 뒷받침할 만한 객관적인 근거가 없을 뿐만 아니라, 피고인은 공소외인이 피고인의 신체가 촬영된 영상을 제3자에게 반포하였는지 여부에 관한 객관적인 또는 구체적인 근거 없이 막연히 피고인이 보아 온 공소외인의 행실에 비추어 공소외인이 피고인의 신체가 촬영된 영상을 다른 사람에게 반포하였을 것으로 추측된다는 이유만으로 공소외인을 영상 반포 고소사실로 고소하였다고 평가할 수 있다.

다) 따라서 영상 반포 고소사실이 객관적인 진실에 반하는 허위사실에 해당하고 이 부분에 대한 피고인의 무고죄의 고의가 인정된다고 본 원심의 판단을 수긍할 수 있고, 이 부분 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

나. 강간 관련 무고 공소사실에 관하여

강간 관련 무고 공소사실에 관한 원심의 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

#### 1) 관련 법리

가) 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분이나 징계처분을 받게 할 목적으로 신고한 사실이 객관적인 진실에 반하는 허위사실인 경우에 성립하는 범죄이므로, 신고한 사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라는 요건은 적극적 증거가 있어야 하고 신고사실

의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명만으로 곧 그 신고사실이 객관적 진실에 반하는 허위의 사실이라 단정하여 무고죄의 성립을 인정할 수는 없다(대법원 1984. 1. 24. 선고 83도1401 판결 등 참조). 신고내용 중 일부 객관적 진실에 반하는 내용이 포함되어 있다고 하더라도 그것이 범죄의 성부에 영향을 미치는 중요한 부분이 아니고 단지 신고사실의 정황을 과장하는 데 불과하다면 무고죄는 성립하지 않는다(대법원 1996. 5. 31. 선고 96도771 판결, 대법원 2024. 5. 30. 선고 2021도2656 판결 등 참조).

나) 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없으므로, 개별적·구체적인 사건에서 피해자임을 주장하는 사람이 처하였던 특별한 사정을 충분히 고려하지 아니한 채 진정한 피해자라면 마땅히 이렇게 하였을 것이라는 기준을 내세워 성폭행 등의 피해를 입었다는 점 및 신고에 이르게 된 경위 등에 관한 변소를 쉽게 배척하여서는 아니 된다(대법원 2024. 5. 30. 선고 2021도2656 판결 등 참조). 또한 성폭행 등의 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌다고 하여, 그 자체를 무고를 하였다는 적극적인 근거로 삼아 신고내용을 허위라고 단정하여서는 아니 된다(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결 등 참조).

다) 현행 법제도하에서 강간죄는 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 경우에 성립하므로 성적 자기결정권 침해 여부와 형사상 범죄 성립 여부가 항상 일치하는 것은 아니다. 따라서 피해자가 원하지 않는 성관계를 가져 성적 자기결정권이 침해되었음에도 상대방의 행위가 강간죄 등 형사상 범죄를 구성하지는 않는 경우가 있을 수 있다. 한편 성적 자기결정권이 침해된 사안에서 형사상 범죄에 해당하는지 여부의 법적 구별이 항상 명확한 것이 아니다. 따라서 피해자가 자신이 원하지 않는 성관계로 인하여 성적

자기결정권이 침해되었다는 점에 착안하여 강간으로 신고하였는데 그 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌더라도 이를 쉽사리 무고로 단정하여서는 아니 되고, 피해자와 가해자의 관계, 피해자가 신고에 이르게 된 경위, 신고사실 중 증명되지 않은 부분이 피해자의 성적 자기결정권 침해 여부 판단에 영향을 미치는 정도 등을 종합적으로 고려하여 무고죄의 성립 여부를 신중하게 판단하여야 한다.

## 2) 구체적 판단

가) 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

(1) 피고인은 1983. 5. 2.생 여성이고 공소외인은 1975. 8. 17.생 남성이다. 피고인은 2020년 9월경 데이팅 앱을 통해 공소외인을 처음 알게 되었고, 2021년 1월경부터 2021년 3월 말경까지 공소외인과 교제하며 여러 차례 성관계를 가졌다.

공소외인은 피고인과 교제하던 당시 피고인에게 자신을 1978년생이라고 소개하였으나 사실은 1975년생이었다. 공소외인은 2005. 6. 8. 혼인하여 자녀 두 명을 두었고 2017. 9. 13. 이혼한 사실이 있으나 교제 당시 피고인에게 이를 알리지 않았다.

(2) 이른바 '관전클럽'은 운영자의 확인을 거친 사람들만 입장 가능한 일종의 비밀 술집으로 술을 마시면서 마음에 맞는 사람들끼리 공개적으로 간음행위를 하거나 타인들의 간음행위를 지켜볼 수 있는 곳이고, 강간 고소사실에 기재된 클럽과 바는 모두 관전클럽이다. 피고인과 공소외인이 교제 중이던 2021. 2. 10.경부터 2021. 2. 18.경까지 두 사람 사이의 카카오톡 대화내용 중에는 공소외인이 피고인에게 관전클럽에 함께 방문할 것을 지속적으로 요구하는 내용, 피고인이 관전클럽 방문을 거부하거나 다소 미온적인 반응을 보이면서 '갈 수는 있는데 그곳에서 성관계를 하자 할까봐 가는 것이 꺼려진다'거나 '대화 내용이 온통 자고 싶다거나 관전클럽 이야기가 거의 다이다'는 취

지로 대답한 내용 등이 포함되어 있다.

(3) 피고인은 2021. 3. 20. 공소외인과 관전클럽에 다녀온 직후 '공소외인이 관전클럽에서 피고인을 간음하면서도 한편으로 피고인 옆에 다른 여성을 눕혀놓고 그 여성의 음부 등 신체를 만진 일'에 대하여 카카오톡 메신저로 강하게 항의하면서 '누가 날 자꾸 만져서 이상해서 천장 거울로 계속 보고 있었다', '조롱당한 기분이었다', '전에도 다른 여자를 만지는 것이 싫다고 했는데 왜 다른 여자를 만졌느냐', '어떻게 나와 성관계를 하면서 다른 여자를 나란히 눕혀놓고 그 여자 얼굴을 보면서 간음행위를 하고 그 여자의 신체를 만질 수 있는지 충격이 가시지 않는다'는 등 공소외인이 한 행동과 그로 인하여 처하게 된 피고인의 상황에 대한 심한 절망, 거부감, 충격 등을 드러내는 내용의 카카오톡 메시지를 전송하였고, 이에 대하여 공소외인은 사죄를 하며 다시는 관전클럽에 가지 않겠다는 취지로 답변하였다.

(4) 공소외인은 2021. 3. 27.경 피고인에게 이별 통보를 한 후 그 무렵 사우디아라비아로 출국하여 그곳에서 근무하며 상당 기간 머물렀다.

(5) 피고인은 2021. 5. 4. 공소외인에게 피고인을 가지고 놀았다고 항의하며 "관전클럽에서도 너희끼리 짜고 나 속이고 나 원숭이 만들었잖아.", "거기 관전클럽 끌려가서 당한 수치심에도 죽고 싶고.", "너 나 속이고 관전클럽 끌고 갔잖아.", "하루하루 지나면 나아질 줄 알았어. 근데 분노가 치밀어 올라서 미치겠어. 내가 너 때문에 관전클럽도 다 끌려가보고.", "며칠 전 약속이 네가 나 끌고 갔던 하필 관전클럽 앞이라 숨이 막히더라."라는 카카오톡 메시지를 보냈고, 이에 대하여 공소외인은 거듭하여 사과하는 카카오톡 메시지를 보냈다.

피고인은 2021. 5. 5. 공소외인에게 관전클럽에서 그곳 손님들과 공소외인이 대마를

흡연하였다고 의심하는 내용의 카카오톡 메시지를 보냈고, 이에 대하여 공소외인은 말도 안 되는 소리라며 극구 부인하였다. 그러나 피고인은 공소외인이 관전클럽 종업원으로부터 받아 흡연하다가 피고인에게 권하였으나 피고인이 거절하였던 것이 대마 아니었느냐는 취지로 공소외인을 계속 추궁하였다.

(6) 피고인은 2021. 5. 7. 정신건강의학과에서 진료를 받으며 '요즘 남자친구와 관련하여 충격적인 사건들이 있었다', '숨이 안 쉬어지고 잠이 안 오고 악몽을 꾸는 증상이 있다', '결혼이 미뤄질 예정이라 계획들에 다 차질이 생겼다'는 취지로 진술하였다.

피고인은 진료 후 공소외인의 집에 혼자 찾아갔다가 가사도우미로부터 '공소외인이 그곳에서 배우자, 아이들과 함께 살고 있다'는 취지의 말을 들었다.

피고인은 계속하여 정신건강의학과에서 진료를 받았고 2021. 5. 11.에는 위의 일을 언급하며 잠을 자지 못하고 무기력한 증상을 호소하였으며, 2021. 5. 18.에는 자살하고 싶다는 생각이 지속적으로 들고 그 무렵 예정된 수술 과정에서 마취에서 안 깨어나고 싶다고 진술하였다.

(7) 피고인은 2021. 5. 26. 공소외인과 있었던 일에 대하여 변호사와 상담을 하며 관전클럽에서 술을 몇 잔 마시고 이야기를 한 것까지는 기억이 나는데 정신이 들어보니 빨간 커튼이 쳐져 있는 방에서 공소외인과 성관계를 하고 있었다고 하였고, 이에 대하여 변호사는 관전클럽에서 술을 마시고 정신을 잃은 상황에서 성관계를 가진 것이 맞다면 강간으로 범죄라고 답변하였다. 이어서 변호사는 피고인에게 술에 정신을 잃은 적이 있는지 물었는데, 피고인이 그런 적이 없다고 답변하자, 변호사는 피고인이 마신 술에 약을 탄 것으로 의심하며 사건 다음 날 바로 병원에 가서 혈액 검사를 하였어야 했고 연인 사이라고 하여도 약이나 술을 먹어서 하는 성관계는 강간 범죄이므로 고소

가 가능하다는 취지로 설명하였다.

피고인은 2021. 5. 31. 공소외인에게 "너 진짜 나한테 무슨 짓을 하고 사우디로 도망간 거니.", "진짜 나한테 너 무슨 짓을 하고 왔는지 너희끼리 짜고 나한테 무슨 짓을 한 건지 이제라도 솔직히 밝힐래?", "너 진짜 관전클럽에서 나한테 무슨 짓을 하고 간 거니."라는 카카오톡 메시지를 보냈고, 공소외인은 부인하는 취지의 답변을 하였으며, 피고인은 다시 "난 이미 관클에서 너한테 당했을 때부터 죽고 싶었고"라는 카카오톡 메시지를 보냈다.

피고인은 정신건강의학과에서 진료를 받으며 2021. 6. 18. '죽고 싶은 마음이 조금 나아졌으나 관전클럽에 끌려가서 당했던 생각이 트라우마처럼 남아있다', 2021. 7. 16. '이전 기억과 관련된 장소를 지날 때 힘들다'는 취지로 진술하였다.

(8) 피고인은 2021. 12. 28. 공소외인을 상대로 위자료 3,000만 100원의 지급을 구하는 소를 제기하였는데(서울중앙지방법원 2021가단5356452) 그 청구원인의 요지는 '혼인 경력 및 자녀가 있는 공소외인이 이를 숨기고 피고인과 혼인할 것처럼 피고인을 착오에 빠뜨려 피고인과 교제하면서 성행위를 지속함으로써 피고인의 성적 자기결정권을 침해하였다'는 것이다. 위 법원은 2023. 5. 17. 피고인의 청구를 일부 받아들여 '공소외인은 피고인에게 300만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라'는 판결을 선고하였고, 위 판결은 2023. 6. 2. 그대로 확정되었다.

(9) 피고인은 위와 같이 상담을 하였던 변호사를 고소대리인으로 선임하여 위자료 청구의 소 제기 무렵인 2021. 12. 3. 경찰서에 공소외인에 대한 고소장을 제출하였다. 위 고소장에는 공소외인이 강간 고소사실과 같이 피고인에 대하여 주위적으로 강간, 예비적으로 준강간의 범행을 저지르고, 영상 반포 고소사실과 같이 2021년경 피고인의

얼굴, 가슴, 성기 등을 촬영한 사진 및 동영상을 피고인의 의사에 반하여 공소외인의 지인에게 전송함으로써 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영·반포등)의 범행을 저질렀다는 취지가 기재되어 있었다. 피고인은 고소장에서 '수사시 요망사항'으로 공소외인이 피고인에게 약물 등을 사용한 것으로 보인다는 이유를 들어 피고인의 모발이나 음모 등에 대한 감정을 요청하였다.

(10) 위 고소에 따라 국립과학수사연구원은 2022년 1월경 피고인의 모발에 대한 마약성분 검출 감정을 실시하였으나 강간 고소사실을 뒷받침할 만한 마약성분이 검출되지 않았다. 경찰은 2022. 6. 29. 피고인의 위 고소에 대하여 '혐의없음'을 이유로 불송치 결정을 하였고, 이에 대한 피고인의 이의신청에 따라 보완수사를 한 후 2023. 2. 9. '혐의없음(증거불충분)'을 이유로 다시 불송치 결정을 하였다(이하 통틀어 '이 사건 불송치 결정'이라 한다).

공소외인은 2022년 7월경 경찰서에 피고인의 위와 같은 고소가 무고에 해당한다는 취지의 고소장을 제출하였다.

나) 위와 같은 사실관계와 기록에 의하여 알 수 있는 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 강간 고소사실이 객관적 진실에 반하는 허위사실이라는 점에 관한 적극적인 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다.

(1) 강간 고소사실 등에 대하여 이 사건 불송치 결정이 있었으나 이는 강간 고소사실의 진실성을 인정할 수 없다는 소극적 증명의 근거에 해당할 뿐이고, 그 자체를 무고에 대한 적극적인 근거로 삼아 강간 고소사실이 허위라고 단정하거나 강간 고소사실에 대하여 객관적 진실에 반하는 허위사실이라는 적극적 증명까지 이루어졌다고 평가할 수는 없다.

(2) 원심은 강간 고소사실이 허위사실이라는 판단의 근거로 피고인이 공소외인에게 강간 고소사실에 관하여 언급하거나 항의하지 않은 사정, 피고인이 강간 고소사실 기재 일시 이후에도 공소외인과의 연인관계를 강화하려고 하는 내용의 메시지를 전송하거나 공소외인과 여행을 가는 등 평범한 연인관계를 유지한 사정 등을 들었으나, 원심이 든 사정만으로 강간 고소사실이 허위라고 단정할 수는 없다.

(가) 피고인은 수사기관에서, 강간 고소사실을 이유로 공소외인을 추궁하지 않은 이유에 관하여, 2021. 2. 20. 자 고소사실의 경우 '확실치 않아 내색하지 않고 대화를 하였고 당시 공소외인과 결혼까지 생각하였던 사이여서 별다른 얘기를 하지 않았다'는 취지로 진술하였고, 2021. 3. 6. 자 고소사실의 경우 '공소외인과 직접 만나서 관전클럽에서 있었던 일들에 대해서 다뤘지만 공소외인이 다시는 관전클럽에 가지 않겠다고 하기에 그 말을 믿고 카카오톡 메신저로는 언급하지 않은 것이다'는 취지로 진술하였다.

(나) 앞서 본 것과 같은 피고인의 공소외인에 대한 위자료 청구 소의 내용, 피고인이 2021. 3. 20. 공소외인과 함께 관전클럽을 다녀왔다가 다툼 후 2021. 3. 21. 공소외인에게 '피고인과 공소외인이 각자 모아놓은 돈을 합쳐서 아파트를 사고 함께 잘 살아갈 수 있을 것으로 기대하는 등 미래를 그렸다'는 카카오톡 메시지를 전송하고 이에 대하여 공소외인이 피고인에게 '내가 많이 부족해서 미안하다'는 메시지를 전송한 사실 등에 비추어 보면, 피고인은 강간 고소사실에도 불구하고 공소외인과 혼인하기를 희망하였던 것으로 보인다.

(다) 반면 공소외인은 피고인과 교제하면서 자신의 나이, 혼인 경력, 자녀의 존재 등 주요한 신상정보를 허위로 소개하였고, 피고인에게 지속적으로 관전클럽에 함께 방문할 것을 요구하였으며, 피고인은 공소외인과의 주된 대화내용이 성관계 또는 관전클럽

방문과 관련된 내용이라는 점에 대한 불만을 표시하면서도 공소외인의 요구에 응하여 관전클럽에 함께 방문하였다.

(라) 위와 같은 사정과 성폭력 범죄는 가해자와 피해자의 사적이고 내밀한 영역에서 이루어져 당사자들 외에는 그 내막을 정확히 알 수 없는 경우가 많고, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다는 점 등을 종합하면, 공소외인과 혼인하기를 희망하였기 때문에 교제하던 당시에는 강간 고소사실에 관하여 공소외인에게 특별히 항의하지 않았다는 피고인의 변소를 수긍할 수 있고, 강간 고소사실과 같은 일이 있는 뒤에도 공소외인과 연인관계를 강화하려고 하거나 평범한 연인관계를 유지하려고 하였던 피고인의 대응이 강간 고소사실과 양립 불가능한 것이라고 볼 수 없다.

(3) 피고인은 강간 고소사실에 대하여 확신을 가지고 있었던 것으로 보이는 등 피고인이 무고의 고의로 허위의 강간 고소사실을 가공하여 공소외인을 고소한 것으로 보기도 어렵다.

(가) 피고인은 마지막 강간 고소사실인 2021. 3. 20. 자 고소사실 후 공소외인에게 공소외인이 관전클럽에서 다른 사람들과 짜고 피고인에게 성적 침해 행위를 하였다는 취지로 강하게 항의하였고, 정신건강의학과 진료 과정에서도 이로 인한 괴로움을 토로하였다.

(나) 피고인은 강간 고소사실 등으로 변호사와 상담을 하며 술을 마시고 정신을 잃은 적이 없음에도 관전클럽에서 술을 많이 마시지 않았는데 정신을 잃은 경험에 대하여 알렸고, 이에 대하여 변호사로부터 연인 사이라고 하여도 약이나 술을 먹여서 하는 성관계는 강간과 같은 범죄 행위에 해당하므로 고소가 가능하다는 답변을 받고 위 변

호사를 고소대리인으로 선임하여 공소외인을 강간 고소사실 등으로 고소하였다.

피고인은 관전클럽에서 정신을 잃은 경험에 대하여 상당한 의구심을 가지고 공소외인을 상대로 피고인에게 마약류나 약물을 사용하였는지 여부에 관하여 수차례 강하게 추궁하였다.

(다) 비록 고소 후 이루어진 피고인의 모발에 대한 감정 결과 강간 고소사실에 부합하는 약물이 검출되지는 않았으나, 피고인은 고소장을 제출하면서 수사기관에 공소외인이 피고인에게 약물 등을 사용한 것으로 보인다는 이유를 들어 피고인의 모발이나 음모 등에 대한 감정을 먼저 요청하기도 하였다.

(라) 공소외인이 피고인에게 지속적으로 관전클럽 방문을 요구하였고, 공소외인이 관전클럽에서의 성관계를 원하는 것에 대하여 피고인이 염려하였던 사정에 비추어, 공소외인이 피고인과 교제하면서 여러 차례 성관계를 가졌다고 하여 관전클럽에서 약물 등을 이용하여 피고인을 간음할 필요가 전혀 없었다고 단정할 수도 없다. 피고인은 공소외인을 고소하기 약 6개월 전인 2021. 6. 18. 정신건강의학과 진료를 받으면서 '관전클럽에 끌려가서 당하였다'는 취지로 진술한 사실이 있다. 따라서 피고인의 모발에서 마약성분이 검출되지 않았거나 강간 고소사실 당시 공소외인이 이미 피고인과 여러 차례 성관계를 가졌다는 사정들만으로 강간 고소사실과 같은 피해를 입었다는 피고인 진술의 신빙성을 쉽게 배척할 수는 없다.

(4) 관전클럽에서 피고인과 공소외인 사이에 이루어진 성관계는 피고인의 성적 자기결정권을 침해하여 이루어진 것으로 볼 여지가 있다.

(가) 피고인은 2021. 3. 20. 공소외인과 관전클럽에 다녀온 직후 '공소외인이 관전클럽에서 피고인을 간음하면서도 한편으로 피고인 옆에 다른 여성을 눕혀놓고 그 여성의

음부 등 신체를 만진 일'에 대하여 카카오톡 메신저로 강하게 항의하면서 공소외인이 한 행동과 그로 인하여 처하게 된 피고인의 상황에 대한 심한 절망, 거부감, 충격 등을 드러내는 내용의 카카오톡 메시지를 전송하였고, 공소외인은 피고인에게 사과하면서 앞으로는 관전클럽에 가지 않겠다는 취지의 메시지를 전송하였다.

피고인이 2021. 3. 20. 자 고소사실 당시 공소외인의 행위를 처음부터 명확하게 인지하고 공소외인과 합의하에 위와 같은 성행위를 하였다기보다는, 어느 순간 공소외인이 피고인의 의사에 반하여 제3자가 결부된 위와 같은 성행위를 하는 사실을 인식하고 그 자리를 벗어나 공소외인에게 강하게 항의한 것으로 보인다.

(나) 비록 2021. 3. 20. 자 고소사실 전까지는 피고인이 공소외인에게 관전클럽에 가는 것이나 관전클럽에서 성행위를 하는 것에 대하여 크게 항의한 적이 없으나, 앞서 보았듯이 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없고, 공소외인과 혼인하기를 희망하였기 때문에 교제하던 당시에는 강간 고소사실에 관하여 공소외인에게 특별히 항의하지 않았다는 피고인의 변소를 수긍할 수 있으므로, 피해자의 항의가 없었다는 사정만으로 2021. 3. 20. 관전클럽에서 이루어진 성행위만 피고인의 성적 자기결정권을 침해하였고 그 전에 관전클럽에서 이루어진 성행위는 피고인의 성적 자기결정권을 침해하지 않았다고 단정할 수 없다.

(다) 피고인은 관전클럽에 간 것이나 그곳에서 있었던 일에 대하여 공소외인이나 정신건강의학과 의사에게 '관전클럽에 끌려갔다'거나 '관전클럽에서 당했다'라고 지속적으로 표현하였고, 강간 고소사실로 인한 극심한 정신적 스트레스를 호소하였다. 또한 피고인은 실제로 공소외인을 고소하면서 성적 자기결정권이 침해되었다는 주장을 하였으

며, 공소외인을 상대로 위자료 청구의 소를 제기하면서도 같은 주장을 하였다.

(라) 공소외인이 알 수 없는 물체를 피고인이 마시는 술에 타는 방법으로 피고인을 항거불능 상태에 빠트렸다는 사실이 증명되지 않아 관전클럽에서 이루어진 성행위가 형법상 강간죄를 구성하지 않는다고 하더라도, 위와 같은 소극적 증명이 피고인의 성적 자기결정권 침해 여부 판단에 영향을 미친다고 볼 수 없다. 앞서 본 사정들을 고려하면, 공소외인이 위와 같은 방법으로 피고인을 항거불능 상태에 빠트리지 않았다고 하더라도 관전클럽에서 이루어진 성행위가 피고인의 성적 자기결정권을 침해하여 이루어졌다고 볼 여지가 있다.

다) 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유를 들어 강간 관련 무고 공소사실을 유죄로 판단하였다. 원심의 판단에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 무고죄에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

#### 4. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 강간 관련 무고 공소사실 부분은 파기되어야 한다. 그런데 위 파기 부분은 원심이 유죄로 인정한 나머지 부분과 일죄의 관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

#### 5. 결론

원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      박영재      \_\_\_\_\_

                 대법관      오경미      \_\_\_\_\_

주    심      대법관      권영준      \_\_\_\_\_