

## 공갈·사기·도박·특수중감금·폭행

[대법원 2021. 10. 28. 2021도10010]



### 【판시사항】

반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회 또는 처벌을 희망하지 않는 의사표시를 할 수 있는 시기(=제1심 판결선고 전까지) / 피해자가 처벌을 희망하지 않는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 하였다고 인정하기 위한 요건 / 처벌을 희망하지 않는 의사표시의 부존재가 법원의 직권조사사항에 해당하는지 여부(적극)

### 【참조조문】

형사소송법 제232조 제1항, 제3항, 제364조 제2항

[2] 형법 제260조 제1항, 제3항, 형사소송법 제232조 제1항, 제3항, 제327조 제6호, 제364조 제2항

### 【참조판례】

대법원 2001. 4. 24. 선고 2000도3172 판결(공2001상, 1296), 대법원 2001. 6. 15. 선고 2001도1809 판결(공2001하, 1672), 대법원 2002. 3. 15. 선고 2002도158 판결(공2002상, 947), 대법원 2019. 12. 13. 선고 2019도10678 판결(공2020상, 297), 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019도14000 판결

### 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 피고인들

【변 호 인】 변호사 이지연

【배상신청인】 공소외 1

【원심판결】 춘천지법 강릉지원 2021. 7. 8. 선고 2020노386, 2021노41, 160 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 춘천지방법원 강릉지원에 환송한다. 피고인 1의 상고를 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1

형사소송법 제383조 제4호에 따르면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 이유로 상고할 수 있다.

따라서 피고인 1에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무거워 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 아니다.

## 2. 피고인 2

가. 피고인 2에 대한 공소사실 중 폭행 부분의 요지는 다음과 같다.

피고인 2는 2020. 2. 19. 00:00경 피고인의 아내가 운영하는 PC방에서 손님으로 온 피해자 공소외 2가 게임에서 돈을 잃고 추가 결제를 요청하면서 피고인의 아내와 장모에게 욕설을 한 것에 화가 나 손으로 피해자의 목살을 잡고 밖으로 끌고 나와 손으로 피해자의 가슴을 2회 밀쳐 폭행하였다.

나. 폭행죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다(형법 제260조 제3항). 반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회 또는 처벌을 희망하지 않는 의사표시는 제1심 판결선고 전까지 할 수 있다(형사소송법 제232조 제1항, 제3항). 피해자가 처벌을 희망하지 않는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 하였다고 인정하기 위해서는 피해자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 한다(대법원 2001. 6. 15. 선고 2001도1809 판결 등 참조). 처벌을 희망하지 않는 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 직권조사사항에 해당하므로 당사자가 항소이유로 주장하지 않았더라도 원심은 이를 직권으로 조사·판단해야 한다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000도3172 판결, 대법원 2002. 3. 15. 선고 2002도158 판결 참조).

다.

기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

(1) 피고인 2는 제1심 변론종결 후 판결선고 전인 2021. 1. 12. 제1심 법원에 '피해자는 피고인에 대한 처벌을 원치 않고 이 사건에 대하여 민형사상 일체 이의가 없다.

'는 내용과 함께 피해자가 자필로 주민등록번호, 주소, 연락처를 적고 피해자의 서명과 무인이 찍힌 피해자 명의의 '합의서'를 제출하였다.

(2) 제1심은 폭행 부분을 포함한 피고인 2에 대한 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 피고인에게 징역 1년 6개월을 선고하였고 이에 대하여 피고인 2와 검사 모두 양형부당을 이유로 항소하였다.

(3) 피고인 2의 국선번호인은 2021. 6. 30. 원심에 '피해자는 피고인과 원만하게 합의하였으므로 피고인에 대한 형사처벌을 원하지 않으며 향후 피고인에게 어떠한 민형사상의 책임을 묻지 않는다.

피고인이 제1심에서 이미 진심으로 본인의 잘못을 인정하고 용서를 빌어 피해자는 피고인의 사죄를 받아들여 용서의 마음으로 합의서를 작성해 주었다.

피고인의 빠른 석방을 진심으로 재판부에 호소한다.

'는 내용이 적힌 피해자 명의의 '합의서 및 처벌불원서'를 제출하였다.

위 '합의서 및 처벌불원서'에는 피해자의 인감증명서와 자동차운전면허증 사본이 첨부되었다.

라. 이러한 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

피고인 2가 제1심 판결선고 전에 제출한 '합의서'에 피해자가 처벌을 희망하지 않는다는 내용이 기재되어 있고, 원심에 제출한 '합의서 및 처벌불원서'에는 피해자가 제1심에서 피고인을 용서하고 합의서를 작성하여 주었다는 내용이 있으므로, 피해자가 제1심 판결선고 전에 처벌희망 의사표시를 철회하였다고 볼 여지가 있다.

따라서 원심은 제1심 판결선고 전에 피해자의 처벌희망 의사표시가 적법하게 철회되었는지를 직권으로 조사하여 반의사불벌죄의 소극적 소송조건을 명확히 심리·판단할 필요가 있었다.

그런데도 원심은 이에 대하여 심리하지 않은 채 위 공소사실을 유죄로 판단하였다.

원심판결에는 반의사불벌죄에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

마. 원심판결 중 피고인 2에 대한 폭행 부분을 파기해야 하는데, 원심은 이 부분과 나머지 유죄 부분이 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 전부 파기해야 한다.

### 3. 결론

피고인 2의 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고인 1의 상고는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 노정희(재판장) 김재형(주심) 안철상 이흥구