

**상습폭행·협박·폭력행위등처벌에관한법률위반(상습폭행)·폭력행위등  
처벌에관한법률위반(상습폭행)(인정된죄명:상습폭행·존속폭행)**  
[대전지방법원 2017. 6. 28. 2016노3120, 2017노1341(병합)]



**【전문】**

**【피 고 인】**

**【항 소 인】** 쌍방

**【검 사】** 김재남, 이재표(기소), 윤효정(공판)

**【변 호 인】** 변호사 최락구(국선)

**【원심판결】** 1. 대전지방법원 2016. 10. 19. 선고 2016고단2147 판결 / 2. 대전지방법원 2017. 4. 25. 선고 2016고단4633 판결

**【주문】**

**】**

제1 원심판결 중 유죄부분 및 제2 원심판결을 모두 파기한다.

피고인을 징역 10월에 처한다.

제2 원심판결 중 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 공소를 기각한다.

**【이유】**

**】1. 항소심의 심판범위**

제1 원심은 그 공소사실 중 협박의 점에 대하여는 공소기각 판결을, 나머지 공소사실에 대하여는 유죄 판결을 선고하였는데, 검사와 피고인은 위 유죄 부분에 대하여만 양형부당을 이유로 항소하였다.

따라서 제1 원심판결 중 검사 및 피고인이 항소하지 아니한 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되었으므로 이 법원의 심판범위에서 제외되고, 제1 원심판결 중 유죄 부분만이 이 법원의 심판범위에 속한다.

**2. 항소이유의 요지**

**가. 검사**

1) 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 형법 제264조에서 말하는 '상습'은 그 조항에 열거된 개별 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽을 의미하고 위와 같은 습벽을 가진 자가 위 조항에서 열거한 수종의 죄를 범한 경우 법정형이 가장 중한 상습폭력범죄의 포괄일죄가 성립한다고 봄이 상당하다는 법리에 비추어, 피고인에게는 상습존속폭행죄의 일죄가 성립함에도 상습폭행죄와 존속폭행죄의 경합범을 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

나) 설령 원심의 판단과 같이 경합범 관계로 인정한다고 하더라도, 피해자 공소외 2의 진술에 의하면 피고인이 수회에 걸쳐 피해자 공소외 2를 폭행해 왔던 사실을 인정할 수 있어 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 인정되어야 하므로, 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 유죄부분에 대한 법리오해(제2 원심)

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

### 3) 양형부당

원심의 각 형(제1 원심: 징역 4월, 제2 원심: 징역 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

#### 나. 피고인

##### 1) 유죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 공소사실에 부합하는 피해자들의 수사기관에서의 진술은 원심 법정에서의 진술과 모순되므로 그 진술의 신빙성이 인정되지 않는다.

그럼에도 피해자들의 수사기관에서의 진술을 그대로 믿어 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

나) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

### 2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

### 3. 직권판단

항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에 대해 항소하였는데, 이 법원은 위 항소사건들을 모두 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 각 원심의 피고인에 대한 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하므로 형법 제38조 제1항에 따라 경합범 가중을 한 형기 범위 내에서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판 대상이 되므로 이에 관하여 살펴본다.

### 4. 항소이유에 대한 판단(제2 원심)

#### 가. 무죄 부분에 대하여

##### 1) 피고인에게 상습존속폭행죄의 포괄일죄가 성립한다는 검사의 법리오해 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '2. 피해자 공소외 1에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "형법 제264조에 의하면 단순폭행, 존속폭행, 특수폭행 등의 죄를 상습으로 범할 경우, 위 각 죄에 정한 형의 1/2를 가중하여 처벌하게 되므로, 상습존속폭행죄는 상습폭행의 습벽을 가진 자가 자신의 직계존속을 단순히 폭행하였을 때에 즉시 성립하는 것이 아니고, 피고인의 연령·성격·직업·환경·전과사실, 범행의 동기·수단·방법 및 장소, 전에 범한 범죄와의 시간적 간격, 그 범행의 내용과 유사성 등 여러 사정을 종합하여(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판

결 등 참조) 피해자와의 신분관계를 구성요건으로 하는 '존속폭행의 습벽'이 있음이 인정되어야 성립한다고 봄이 타당하다.

다시 말해 단순폭행의 상습성과 존속폭행의 상습성은 별도로 판단되어야 하므로, 상습존속폭행죄와 상습폭행죄는 포괄일죄가 아닌 별개의 범죄이고, 이 부분 공소사실로 돌이켜 살펴보면, 피해자 공소외 1이 피고인의 직계존속이 아닌 이상 상습단순폭행죄가 인정될 뿐 신분관계를 필요로 하는 상습존속폭행죄는 성립할 수 없다.

"고 판단하였다.

살피건대, 검사의 이 부분 항소이유는 피해자 공소외 1에 대한 폭행 행위와 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행 행위는 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것이므로 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행죄의 상습성을 따로 인정할 자료 없이도 상습폭행죄의 전과사실 등에 의하여 존속폭행죄의 상습성을 인정하고 위 상습폭행과 존속폭행 행위를 상습존속폭행 범행의 포괄일죄로 볼 수 있다는 취지로 보인다(구 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항에 대한 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도653 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3657 판결 등 참조). 그러나 원심이 실시한 바와 같이 형법 제264조의 규정형식과 신분관계를 구성요건으로 하는 존속폭행죄의 특수성 등을 고려해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 법리오해의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 성립한다는 검사의 사실오인 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '1. 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "피고인에게 다수의 폭력 전과가 있는 것은 사실이나, 직계존속인 피해자 공소외 2에 대한 폭력 범죄전력이 전혀 없고 직계존속에 대한 폭력은 이 사건 범행이 처음인 점에 비추어 볼 때, 판시 증거들만으로 곧바로 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 단정할 수 없다.

"고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피해자 공소외 2가 원심 법정에서 "피고인이 이전에도 술을 마시면 때리고 욕을 한 적이 있다.

"라고 진술하기도 한 점(공판기록 제53쪽, 다만, 위 진술이 계속해서 반복되고 있다), ② 피고인이 이 사건 범행 이전에 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행 혐의로 수사를 받다가 증거불충분으로 불기소처분을 받기도 한 점(2016고단 4633호 수사기록 제137~139쪽)은 인정된다.

그러나 원심이 실시한 바와 같이 피고인이 직계존속인 위 피해자 공소외 2에 대한 폭력범죄로 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 인정하기에 부족하다.

따라서 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 유죄 부분에 대하여

1) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인의 사실오인 주장에 관하여

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자들은 증인으로 출석하여 2016. 12. 8.자 폭행사실에 관하여 잘 기억이 나지 않는다거나 상대 피해자들에 대한 폭행 장면을 목격하지 못하였다는 취지로 진술하여 수사기관에서의 진술을 번복하였으나, 피해자들의 수사기관에서의 진술이 범행을 당한 직후에 이루어진 것으로서 구체적이고 일관된 것이었음에 반해 피고인과 피해자들이 부양자와 피부양자 관계 내지 직계혈족 관계에 있다는 특수성에 비추어 볼 때 법정에서 번복된 위 진술은 선뜻 믿기 어렵고, 이 사건 범행 당시 피고인은 만취하였던 것으로 보이므로 폭행사실을 부인하는 피고인의 주장 역시 그대로 믿기 어렵다는 이유로, 피고인의 주장을 배척하고 이 부분 각 범죄사실이 충분히 인정된다고 판단하였다.

위와 같은 원심의 판단을 기록과 면밀히 대조하여 살펴보면 원심판결은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 거기에 피고인이 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인과 검사의 법리오해 주장에 관하여

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점은 형법 제260조 제2항에 해당하는 죄로서 같은 조 제3항에 의하여 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 공소외 2가 이 사건 공소가 제기된 후 원심판결 선고 전인 2017. 1. 11.경 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 내용의 합의서를 작성하여 원심 법원에 제출하였고, 위 피해자 공소외 2가 원심 법정에 증인으로 출석하여 동일한 취지로 진술한 바 있으므로(공판기록 제28, 57쪽), 원심은 이 사건 범죄사실 중 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하였어야 함에도 이를 유죄로 인정한 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인과 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

## 5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있을 뿐만 아니라 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 항소도 일부 이유 있으므로 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 【1. 항소심의 심판범위

제1 원심은 그 공소사실 중 협박의 점에 대하여는 공소기각 판결을, 나머지 공소사실에 대하여는 유죄 판결을 선고하였는데, 검사와 피고인은 위 유죄 부분에 대하여만 양형부당을 이유로 항소하였다.

따라서 제1 원심판결 중 검사 및 피고인이 항소하지 아니한 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되었으므로 이 법원의 심판범위에서 제외되고, 제1 원심판결 중 유죄 부분만이 이 법원의 심판범위에 속한다.

## 2. 항소이유의 요지

### 가. 검사

#### 1) 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 형법 제264조에서 말하는 '상습'은 그 조항에 열거된 개별 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽을 의미하고 위와 같은 습벽을 가진 자가 위 조항에서 열거한 수종의 죄를 범한 경우 법정형이 가장 중한 상습폭력범죄의 포괄일죄가 성립한다고 봄이 상당하다는 법리에 비추어, 피고인에게는 상습존속폭행죄의 일죄가 성립함에도 상습폭행죄와 존속폭행죄의 경합범을 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

나) 설령 원심의 판단과 같이 경합범 관계로 인정한다고 하더라도, 피해자 공소외 2의 진술에 의하면 피고인이 수회에 걸쳐 피해자 공소외 2를 폭행해 왔던 사실을 인정할 수 있어 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 인정되어야 하므로, 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

#### 2) 유죄부분에 대한 법리오해(제2 원심)

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

#### 3) 양형부당

원심의 각 형(제1 원심: 징역 4월, 제2 원심: 징역 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

### 나. 피고인

#### 1) 유죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 공소사실에 부합하는 피해자들의 수사기관에서의 진술은 원심 법정에서의 진술과 모순되므로 그 진술의 신빙성이 인정되지 않는다.

그럼에도 피해자들의 수사기관에서의 진술을 그대로 믿어 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

나) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

#### 2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 3. 직권판단

항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에 대해 항소하였는데, 이 법원은 위 항소사건들을 모두 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 각 원심의 피고인에 대한 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하므로 형법 제38조 제1항에 따라 경합범 가중을 한 형기 범위 내에서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판 대상이 되므로 이에 관하여 살펴본다.

#### 4. 항소이유에 대한 판단(제2 원심)

##### 가. 무죄 부분에 대하여

##### 1) 피고인에게 상습존속폭행죄의 포괄일죄가 성립한다는 검사의 법리오해 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '2. 피해자 공소외 1에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "형법 제264조에 의하면 단순폭행, 존속폭행, 특수폭행 등의 죄를 상습으로 범할 경우, 위 각 죄에 정한 형의 1/2을 가중하여 처벌하게 되므로, 상습존속폭행죄는 상습폭행의 습벽을 가진 자가 자신의 직계존속을 단순히 폭행하였을 때에 즉시 성립하는 것이 아니고, 피고인의 연령·성격·직업·환경·전과사실, 범행의 동기·수단·방법 및 장소, 전에 범한 범죄와의 시간적 간격, 그 범행의 내용과 유사성 등 여러 사정을 종합하여(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판결 등 참조) 피해자와의 신분관계를 구성요건으로 하는 '존속폭행의 습벽'이 있음이 인정되어야 성립한다고 봄이 타당하다.

다시 말해 단순폭행의 상습성과 존속폭행의 상습성은 별도로 판단되어야 하므로, 상습존속폭행죄와 상습폭행죄는 포괄일죄가 아닌 별개의 범죄이고, 이 부분 공소사실로 돌이켜 살펴보면, 피해자 공소외 1이 피고인의 직계존속이 아닌 이상 상습단순폭행죄가 인정될 뿐 신분관계를 필요로 하는 상습존속폭행죄는 성립할 수 없다.

"고 판단하였다.

살피건대, 검사의 이 부분 항소이유는 피해자 공소외 1에 대한 폭행 행위와 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행 행위는 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것이므로 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행죄의 상습성을 따로 인정할 자료 없이도 상습폭행죄의 전과사실 등에 의하여 존속폭행죄의 상습성을 인정하고 위 상습폭행과 존속폭행 행위를 상습존속폭행 범행의 포괄일죄로 볼 수 있다는 취지로 보인다(구 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항에 대한 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도653 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3657 판결 등 참조). 그러나 원심이 실시한 바와 같이 형법 제264조의 규정형식과 신분관계를 구성요건으로 하는 존속폭행죄의 특수성 등을 고려해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 법리오해의 잘못이 있다고 보이지는 않는다. 따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

##### 2) 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 성립한다는 검사의 사실오인 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '1. 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "피고인에게 다수의 폭력 전과가 있는 것은 사실이나, 직계존속인 피해자 공소외 2에 대한 폭력 범죄전력이 전혀 없고 직계존속에 대한 폭력은 이 사건 범행이 처음인 점에 비추어 볼 때, 판시 증거들만으로 곧바로 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 단정할 수 없다.

"고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피해자 공소외 2가 원심 법정에서 "피고인이 이전에도 술을 마시면 때리고 욕을 한 적이 있다.

"라고 진술하기도 한 점(공판기록 제53쪽, 다만, 위 진술이 계속해서 반복되고 있다), ② 피고인이 이 사건 범행 이전에 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행 혐의로 수사를 받다가 증거불충분으로 불기소처분을 받기도 한 점(2016고단 4633호 수사기록 제137~139쪽)은 인정된다.

그러나 원심이 실시한 바와 같이 피고인이 직계존속인 위 피해자 공소외 2에 대한 폭력범죄로 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 인정하기에 부족하다. 따라서 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 유죄 부분에 대하여

1) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인의 사실오인 주장에 관하여

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자들은 증인으로 출석하여 2016. 12. 8.자 폭행사실에 관하여 잘 기억이 나지 않는다거나 상대 피해자들에 대한 폭행 장면을 목격하지 못하였다는 취지로 진술하여 수사기관에서의 진술을 반복하였으나, 피해자들의 수사기관에서의 진술이 범행을 당한 직후에 이루어진 것으로서 구체적이고 일관된 것이었음에 반해 피고인과 피해자들이 부양자와 피부양자 관계 내지 직계혈족 관계에 있다는 특수성에 비추어 볼 때 법정에서 반복된 위 진술은 선뜻 믿기 어렵고, 이 사건 범행 당시 피고인은 만취하였던 것으로 보이므로 폭행사실을 부인하는 피고인의 주장 역시 그대로 믿기 어렵다는 이유로, 피고인의 주장을 배척하고 이 부분 각 범죄사실이 충분히 인정된다고 판단하였다.

위와 같은 원심의 판단을 기록과 면밀히 대조하여 살펴보면 원심판결은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 거기에 피고인이 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인과 검사의 법리오해 주장에 관하여

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점은 형법 제260조 제2항에 해당하는 죄로서 같은 조 제3항에 의하여 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 공소외 2가 이 사건 공소가 제기된 후 원심판결 선고 전인 2017. 1. 11.경 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 내용의 합의서를 작성하여 원심 법원에 제출하였고, 위 피해

자 공소외 2가 원심 법정에 증인으로 출석하여 동일한 취지로 진술한 바 있으므로(공판기록 제28, 57쪽), 원심은 이 사건 범죄사실 중 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하였어야 함에도 이를 유죄로 인정한 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인과 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

## 5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있을 뿐만 아니라 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 항소도 일부 이유 있으므로 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소심의 심판범위

제1 원심은 그 공소사실 중 협박의 점에 대하여는 공소기각 판결을, 나머지 공소사실에 대하여는 유죄 판결을 선고하였는데, 검사와 피고인은 위 유죄 부분에 대하여만 양형부당을 이유로 항소하였다.

따라서 제1 원심판결 중 검사 및 피고인이 항소하지 아니한 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되었으므로 이 법원의 심판범위에서 제외되고, 제1 원심판결 중 유죄 부분만이 이 법원의 심판범위에 속한다.

## 2. 항소이유의 요지

### 가. 검사

#### 1) 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 형법 제264조에서 말하는 '상습'은 그 조항에 열거된 개별 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽을 의미하고 위와 같은 습벽을 가진 자가 위 조항에서 열거한 수종의 죄를 범한 경우 법정형이 가장 중한 상습폭력범죄의 포괄일죄가 성립한다고 봄이 상당하다는 법리에 비추어, 피고인에게는 상습존속폭행죄의 일죄가 성립함에도 상습폭행죄와 존속폭행죄의 경합범을 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

나) 설령 원심의 판단과 같이 경합범 관계로 인정한다고 하더라도, 피해자 공소외 2의 진술에 의하면 피고인이 수회에 걸쳐 피해자 공소외 2를 폭행해 왔던 사실을 인정할 수 있어 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 인정되어야 하므로, 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

#### 2) 유죄부분에 대한 법리오해(제2 원심)

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

#### 3) 양형부당

원심의 각 형(제1 원심: 징역 4월, 제2 원심: 징역 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

### 나. 피고인

#### 1) 유죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)



가) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 공소사실에 부합하는 피해자들의 수사기관에서의 진술은 원심 법정에서의 진술과 모순되므로 그 진술의 신빙성이 인정되지 않는다.

그럼에도 피해자들의 수사기관에서의 진술을 그대로 믿어 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

나) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

## 2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 3. 직권판단

항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에 대해 항소하였는데, 이 법원은 위 항소사건들을 모두 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 각 원심의 피고인에 대한 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하므로 형법 제38조 제1항에 따라 경합범 가중을 한 형기 범위 내에서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판 대상이 되므로 이에 관하여 살펴본다.

## 4. 항소이유에 대한 판단(제2 원심)

### 가. 무죄 부분에 대하여

#### 1) 피고인에게 상습존속폭행죄의 포괄일죄가 성립한다는 검사의 법리오해 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '2. 피해자 공소외 1에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "형법 제264조에 의하면 단순폭행, 존속폭행, 특수폭행 등의 죄를 상습으로 범할 경우, 위 각 죄에 정한 형의 1/2을 가중하여 처벌하게 되므로, 상습존속폭행죄는 상습폭행의 습벽을 가진 자가 자신의 직계존속을 단순히 폭행하였을 때에 즉시 성립하는 것이 아니고, 피고인의 연령·성격·직업·환경·전과사실, 범행의 동기·수단·방법 및 장소, 전에 범한 범죄와의 시간적 간격, 그 범행의 내용과 유사성 등 여러 사정을 종합하여(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판결 등 참조) 피해자와의 신분관계를 구성요건으로 하는 '존속폭행의 습벽'이 있음이 인정되어야 성립한다고 봄이 타당하다.

다시 말해 단순폭행의 상습성과 존속폭행의 상습성은 별도로 판단되어야 하므로, 상습존속폭행죄와 상습폭행죄는 포괄일죄가 아닌 별개의 범죄이고, 이 부분 공소사실로 돌이켜 살펴보면, 피해자 공소외 1이 피고인의 직계존속이 아닌 이상 상습단순폭행죄가 인정될 뿐 신분관계를 필요로 하는 상습존속폭행죄는 성립할 수 없다.

"고 판단하였다.

살피건대, 검사의 이 부분 항소이유는 피해자 공소외 1에 대한 폭행 행위와 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행 행위는 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것이므로 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행죄의 상습성을 따로 인정할 자료 없이도 상습폭행죄의 전과사실 등에 의하여 존속폭행죄의 상습성을 인정하고 위 상습폭행과 존속폭행 행위를 상습존속폭행 범행의 포괄일죄로 볼 수 있다는 취지로 보인다(구 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항에 대한 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도653 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3657 판결 등 참조). 그러나 원심이 실시한 바와 같이 형법 제264조의 규정형식과 신분관계를 구성요건으로 하는 존속폭행죄의 특수성 등을 고려해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 법리오해의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 성립한다는 검사의 사실오인 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '1. 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "피고인에게 다수의 폭력 전과가 있는 것은 사실이나, 직계존속인 피해자 공소외 2에 대한 폭력 범죄전력이 전혀 없고 직계존속에 대한 폭력은 이 사건 범행이 처음인 점에 비추어 볼 때, 판시 증거들만으로 곧바로 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 단정할 수 없다."

"고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피해자 공소외 2가 원심 법정에서 "피고인이 이전에도 술을 마시면 때리고 욕을 한 적이 있다.

"라고 진술하기도 한 점(공판기록 제53쪽, 다만, 위 진술이 계속해서 반복되고 있다), ② 피고인이 이 사건 범행 이전에 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행 혐의로 수사를 받다가 증거불충분으로 불기소처분을 받기도 한 점(2016고단 4633호 수사기록 제137~139쪽)은 인정된다.

그러나 원심이 실시한 바와 같이 피고인이 직계존속인 위 피해자 공소외 2에 대한 폭력범죄로 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 인정하기에 부족하다.

따라서 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 유죄 부분에 대하여

1) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인의 사실오인 주장에 관하여

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자들은 증인으로 출석하여 2016. 12. 8.자 폭행사실에 관하여 잘 기억이 나지 않는다거나 상대 피해자들에 대한 폭행 장면을 목격하지 못하였다는 취지로 진술하여 수사기관에서의 진술을 반복하였으나, 피해자들의 수사기관에서의 진술이 범행을 당한 직후에 이루어진 것으로서 구체적이고 일관된 것이었음에 반해 피고인과 피해자들이 부양자와 피부양자 관계 내지 직계혈족 관계에

있다는 특수성에 비추어 볼 때 법정에서 반복된 위 진술은 선뜻 믿기 어렵고, 이 사건 범행 당시 피고인은 만취하였던 것으로 보이므로 폭행사실을 부인하는 피고인의 주장 역시 그대로 믿기 어렵다는 이유로, 피고인의 주장을 배척하고 이 부분 각 범죄사실이 충분히 인정된다고 판단하였다.

위와 같은 원심의 판단을 기록과 면밀히 대조하여 살펴보면 원심판결은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 거기에 피고인이 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 2) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인과 검사의 법리오해 주장에 관하여

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점은 형법 제260조 제2항에 해당하는 죄로서 같은 조 제3항에 의하여 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 공소외 2가 이 사건 공소가 제기된 후 원심판결 선고 전인 2017. 1. 11.경 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 내용의 합의서를 작성하여 원심 법원에 제출하였고, 위 피해자 공소외 2가 원심 법정에서 증인으로 출석하여 동일한 취지로 진술한 바 있으므로(공판기록 제28, 57쪽), 원심은 이 사건 범죄사실 중 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하였어야 함에도 이를 유죄로 인정한 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인과 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

## 5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있을 뿐만 아니라 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 항소도 일부 이유 있으므로 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소심의 심판범위

제1 원심은 그 공소사실 중 협박의 점에 대하여는 공소기각 판결을, 나머지 공소사실에 대하여는 유죄 판결을 선고하였는데, 검사와 피고인은 위 유죄 부분에 대하여만 양형부당을 이유로 항소하였다.

따라서 제1 원심판결 중 검사 및 피고인이 항소하지 아니한 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되었으므로 이 법원의 심판범위에서 제외되고, 제1 원심판결 중 유죄 부분만이 이 법원의 심판범위에 속한다.

### 2. 항소이유의 요지

#### 가. 검사

#### 1) 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 형법 제264조에서 말하는 '상습'은 그 조항에 열거된 개별 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽을 의미하고 위와 같은 습벽을 가진 자가 위 조항에서 열거한 수종의 죄를 범한 경우 법정형이 가장 중한 상습폭력범죄의 포괄일죄가 성립한다고 봄이 상당하다는 법리에 비추어, 피고인에게는 상습존속폭행죄의 일죄가 성립함에도 상습폭행죄와 존속폭행죄의 경합범을 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

나) 설령 원심의 판단과 같이 경합범 관계로 인정한다고 하더라도, 피해자 공소외 2의 진술에 의하면 피고인이 수회에 걸쳐 피해자 공소외 2를 폭행해 왔던 사실을 인정할 수 있어 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 인정되어야 하므로, 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

## 2) 유죄부분에 대한 법리오해(제2 원심)

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

## 3) 양형부당

원심의 각 형(제1 원심: 징역 4월, 제2 원심: 징역 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

나. 피고인

### 1) 유죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 공소사실에 부합하는 피해자들의 수사기관에서의 진술은 원심 법정에서의 진술과 모순되므로 그 진술의 신빙성이 인정되지 않는다.

그럼에도 피해자들의 수사기관에서의 진술을 그대로 믿어 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

나) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

## 2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 3. 직권판단

항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에 대해 항소하였는데, 이 법원은 위 항소사건들을 모두 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 각 원심의 피고인에 대한 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하므로 형법 제38조 제1항에 따라 경합범 가중을 한 형기 범위 내에서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판 대상이 되므로 이에 관하여 살펴본다.

### 4. 항소이유에 대한 판단(제2 원심)

가. 무죄 부분에 대하여

1) 피고인에게 상습존속폭행죄의 포괄일죄가 성립한다는 검사의 법리오해 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '2. 피해자 공소외 1에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "형법 제264조에 의하면 단순폭행, 존속폭행, 특수폭행 등의 죄를 상습으로 범할 경우, 위 각 죄에 정한 형의 1/2을 가중하여 처벌하게 되므로, 상습존속폭행죄는 상습폭행의 습벽을 가진 자가 자신의 직계존속을 단순히 폭행하였을 때에 즉시 성립하는 것이 아니고, 피고인의 연령·성격·직업·환경·전과사실, 범행의 동기·수단·방법 및 장소, 전에 범한 범죄와의 시간적 간격, 그 범행의 내용과 유사성 등 여러 사정을 종합하여(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판결 등 참조) 피해자와의 신분관계를 구성요건으로 하는 '존속폭행의 습벽'이 있음이 인정되어야 성립한다고 봄이 타당하다.

다시 말해 단순폭행의 상습성과 존속폭행의 상습성은 별도로 판단되어야 하므로, 상습존속폭행죄와 상습폭행죄는 포괄일죄가 아닌 별개의 범죄이고, 이 부분 공소사실로 돌이켜 살펴보면, 피해자 공소외 1이 피고인의 직계존속이 아닌 이상 상습단순폭행죄가 인정될 뿐 신분관계를 필요로 하는 상습존속폭행죄는 성립할 수 없다.

"고 판단하였다.

살피건대, 검사의 이 부분 항소이유는 피해자 공소외 1에 대한 폭행 행위와 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행 행위는 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것이므로 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행죄의 상습성을 따로 인정할 자료 없이도 상습폭행죄의 전과사실 등에 의하여 존속폭행죄의 상습성을 인정하고 위 상습폭행과 존속폭행 행위를 상습존속폭행 범행의 포괄일죄로 볼 수 있다는 취지로 보인다(구 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항에 대한 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도653 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3657 판결 등 참조). 그러나 원심이 설시한 바와 같이 형법 제264조의 규정형식과 신분관계를 구성요건으로 하는 존속폭행죄의 특수성 등을 고려해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 법리오해의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 성립한다는 검사의 사실오인 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '1. 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "피고인에게 다수의 폭력 전과가 있는 것은 사실이나, 직계존속인 피해자 공소외 2에 대한 폭력 범죄전력이 전혀 없고 직계존속에 대한 폭력은 이 사건 범행이 처음인 점에 비추어 볼 때, 판시 증거들만으로 곧바로 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 단정할 수 없다.

"고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피해자 공소외 2가 원심 법정에서 "피고인이 이전에도 술을 마시면 때리고 욕을 한 적이 있다.

"라고 진술하기도 한 점(공판기록 제53쪽, 다만, 위 진술이 계속해서 반복되고 있다), ② 피고인이 이 사건 범행 이전에 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행 혐의로 수사를 받다가 증거불충분으로 불기소처분을 받기도 한 점(2016고단 4633호 수사기록 제137~139쪽)은 인정된다.

그러나 원심이 실시한 바와 같이 피고인이 직계존속인 위 피해자 공소외 2에 대한 폭력범죄로 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 인정하기에 부족하다. 따라서 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 나. 유죄 부분에 대하여

- 1) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인의 사실오인 주장에 관하여

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자들은 증인으로 출석하여 2016. 12. 8.자 폭행사실에 관하여 잘 기억이 나지 않는다거나 상대 피해자들에 대한 폭행 장면을 목격하지 못하였다는 취지로 진술하여 수사기관에서의 진술을 번복하였으나, 피해자들의 수사기관에서의 진술이 범행을 당한 직후에 이루어진 것으로서 구체적이고 일관된 것이었음에 반해 피고인과 피해자들이 부양자와 피부양자 관계 내지 직계혈족 관계에 있다는 특수성에 비추어 볼 때 법정에서 번복된 위 진술은 선뜻 믿기 어렵고, 이 사건 범행 당시 피고인은 만취하였던 것으로 보이므로 폭행사실을 부인하는 피고인의 주장 역시 그대로 믿기 어렵다는 이유로, 피고인의 주장을 배척하고 이 부분 각 범죄사실이 충분히 인정된다고 판단하였다.

위와 같은 원심의 판단을 기록과 면밀히 대조하여 살펴보면 원심판결은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 거기에 피고인이 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- 2) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인과 검사의 법리오해 주장에 관하여

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점은 형법 제260조 제2항에 해당하는 죄로서 같은 조 제3항에 의하여 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 공소외 2가 이 사건 공소가 제기된 후 원심판결 선고 전인 2017. 1. 11.경 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 내용의 합의서를 작성하여 원심 법원에 제출하였고, 위 피해자 공소외 2가 원심 법정에 증인으로 출석하여 동일한 취지로 진술한 바 있으므로(공판기록 제28, 57쪽), 원심은 이 사건 범죄사실 중 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하였어야 함에도 이를 유죄로 인정한 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인과 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

#### 5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있을 뿐만 아니라 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 항소도 일부 이유 있으므로 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소

송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소심의 심판범위

제1 원심은 그 공소사실 중 협박의 점에 대하여는 공소기각 판결을, 나머지 공소사실에 대하여는 유죄 판결을 선고하였는데, 검사와 피고인은 위 유죄 부분에 대하여만 양형부당을 이유로 항소하였다.

따라서 제1 원심판결 중 검사 및 피고인이 항소하지 아니한 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되었으므로 이 법원의 심판범위에서 제외되고, 제1 원심판결 중 유죄 부분만이 이 법원의 심판범위에 속한다.

2. 항소이유의 요지

가. 검사

1) 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 형법 제264조에서 말하는 '상습'은 그 조항에 열거된 개별 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽을 의미하고 위와 같은 습벽을 가진 자가 위 조항에서 열거한 수종의 죄를 범한 경우 법정형이 가장 중한 상습폭력범죄의 포괄일죄가 성립한다고 봄이 상당하다는 법리에 비추어, 피고인에게는 상습존속폭행죄의 일죄가 성립함에도 상습폭행죄와 존속폭행죄의 경합범을 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

나) 설령 원심의 판단과 같이 경합범 관계로 인정한다고 하더라도, 피해자 공소외 2의 진술에 의하면 피고인이 수회에 걸쳐 피해자 공소외 2를 폭행해 왔던 사실을 인정할 수 있어 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 인정되어야 하므로, 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

2) 유죄부분에 대한 법리오해(제2 원심)

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

3) 양형부당

원심의 각 형(제1 원심: 징역 4월, 제2 원심: 징역 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

나. 피고인

1) 유죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 공소사실에 부합하는 피해자들의 수사기관에서의 진술은 원심 법정에서의 진술과 모순되므로 그 진술의 신빙성이 인정되지 않는다.

그럼에도 피해자들의 수사기관에서의 진술을 그대로 믿어 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

나) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

## 2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 3. 직권판단

항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에 대해 항소하였는데, 이 법원은 위 항소사건들을 모두 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 각 원심의 피고인에 대한 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하므로 형법 제38조 제1항에 따라 경합범 가중을 한 형기 범위 내에서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판 대상이 되므로 이에 관하여 살펴본다.

## 4. 항소이유에 대한 판단(제2 원심)

### 가. 무죄 부분에 대하여

#### 1) 피고인에게 상습존속폭행죄의 포괄일죄가 성립한다는 검사의 법리오해 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '2. 피해자 공소외 1에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "형법 제264조에 의하면 단순폭행, 존속폭행, 특수폭행 등의 죄를 상습으로 범할 경우, 위 각 죄에 정한 형의 1/2을 가중하여 처벌하게 되므로, 상습존속폭행죄는 상습폭행의 습벽을 가진 자가 자신의 직계존속을 단순히 폭행하였을 때에 즉시 성립하는 것이 아니고, 피고인의 연령·성격·직업·환경·전과사실, 범행의 동기·수단·방법 및 장소, 전에 범한 범죄와의 시간적 간격, 그 범행의 내용과 유사성 등 여러 사정을 종합하여(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판결 등 참조) 피해자와의 신분관계를 구성요건으로 하는 '존속폭행의 습벽'이 있음이 인정되어야 성립한다고 봄이 타당하다.

다시 말해 단순폭행의 상습성과 존속폭행의 상습성은 별도로 판단되어야 하므로, 상습존속폭행죄와 상습폭행죄는 포괄일죄가 아닌 별개의 범죄이고, 이 부분 공소사실로 돌이켜 살펴보면, 피해자 공소외 1이 피고인의 직계존속이 아닌 이상 상습단순폭행죄가 인정될 뿐 신분관계를 필요로 하는 상습존속폭행죄는 성립할 수 없다.

"고 판단하였다.

살피건대, 검사의 이 부분 항소이유는 피해자 공소외 1에 대한 폭행 행위와 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행 행위는 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것이므로 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행죄의 상습성을 따로 인정할 자료 없이도 상습폭행죄의 전과사실 등에 의하여 존속폭행죄의 상습성을 인정하고 위 상습폭행과 존속폭행 행위를 상습존속폭행 범행의 포괄일죄로 볼 수 있다는 취지로 보인다(구 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항에 대한 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도653 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3657 판결 등 참조). 그러나 원심이 실시한 바와 같이 형법 제264조의 규정형식과 신분관계를 구성요건으로 하는 존속폭행죄의 특수성 등을 고려해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 법리오해의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.



2) 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 성립한다는 검사의 사실오인 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '1. 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "피고인에게 다수의 폭력 전과가 있는 것은 사실이나, 직계존속인 피해자 공소외 2에 대한 폭력 범죄전력이 전혀 없고 직계존속에 대한 폭력은 이 사건 범행이 처음인 점에 비추어 볼 때, 판시 증거들만으로 곧바로 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 단정할 수 없다.

"고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피해자 공소외 2가 원심 법정에서 "피고인이 이전에도 술을 마시면 때리고 욕을 한 적이 있다.

"라고 진술하기도 한 점(공판기록 제53쪽, 다만, 위 진술이 계속해서 반복되고 있다), ② 피고인이 이 사건 범행 이전에 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행 혐의로 수사를 받다가 증거불충분으로 불기소처분을 받기도 한 점(2016고단 4633호 수사기록 제137~139쪽)은 인정된다.

그러나 원심이 실시한 바와 같이 피고인이 직계존속인 위 피해자 공소외 2에 대한 폭력범죄로 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 인정하기에 부족하다. 따라서 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 유죄 부분에 대하여

1) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인의 사실오인 주장에 관하여

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자들은 증인으로 출석하여 2016. 12. 8.자 폭행사실에 관하여 잘 기억이 나지 않는다거나 상대 피해자들에 대한 폭행 장면을 목격하지 못하였다는 취지로 진술하여 수사기관에서의 진술을 반복하였으나, 피해자들의 수사기관에서의 진술이 범행을 당한 직후에 이루어진 것으로서 구체적이고 일관된 것이었음에 반해 피고인과 피해자들이 부양자와 피부양자 관계 내지 직계혈족 관계에 있다는 특수성에 비추어 볼 때 법정에서 반복된 위 진술은 선뜻 믿기 어렵고, 이 사건 범행 당시 피고인은 만취하였던 것으로 보이므로 폭행사실을 부인하는 피고인의 주장 역시 그대로 믿기 어렵다는 이유로, 피고인의 주장을 배척하고 이 부분 각 범죄사실이 충분히 인정된다고 판단하였다.

위와 같은 원심의 판단을 기록과 면밀히 대조하여 살펴보면 원심판결은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 거기에 피고인이 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인과 검사의 법리오해 주장에 관하여

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점은 형법 제260조 제2항에 해당하는 죄로서 같은 조 제3항에 의하여 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 공소외 2가 이 사건 공소가 제기된 후 원심판결 선고 전인 2017. 1. 11.경 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 내용의 합의서를 작성하여 원심 법원에 제출하였고, 위 피해자 공소외 2가 원심 법정에 증인으로 출석하여 동일한 취지로 진술한 바 있으므로(공판기록 제28, 57쪽), 원심은 이 사건 범죄사실 중 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하였어야 함에도 이를 유죄로 인정한 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인과 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

## 5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있을 뿐만 아니라 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 항소도 일부 이유 있으므로 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소심의 심판범위

제1 원심은 그 공소사실 중 협박의 점에 대하여는 공소기각 판결을, 나머지 공소사실에 대하여는 유죄 판결을 선고하였는데, 검사와 피고인은 위 유죄 부분에 대하여만 양형부당을 이유로 항소하였다.

따라서 제1 원심판결 중 검사 및 피고인이 항소하지 아니한 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되었으므로 이 법원의 심판범위에서 제외되고, 제1 원심판결 중 유죄 부분만이 이 법원의 심판범위에 속한다.

#### 2. 항소이유의 요지

##### 가. 검사

##### 1) 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 형법 제264조에서 말하는 '상습'은 그 조항에 열거된 개별 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽을 의미하고 위와 같은 습벽을 가진 자가 위 조항에서 열거한 수종의 죄를 범한 경우 법정형이 가장 중한 상습폭력범죄의 포괄일죄가 성립한다고 봄이 상당하다는 법리에 비추어, 피고인에게는 상습존속폭행죄의 일죄가 성립함에도 상습폭행죄와 존속폭행죄의 경합범을 인정한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

나) 설령 원심의 판단과 같이 경합범 관계로 인정한다고 하더라도, 피해자 공소외 2의 진술에 의하면 피고인이 수회에 걸쳐 피해자 공소외 2를 폭행해 왔던 사실을 인정할 수 있어 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 인정되어야 하므로, 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

##### 2) 유죄부분에 대한 법리오해(제2 원심)

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

### 3) 양형부당

원심의 각 형(제1 원심: 징역 4월, 제2 원심: 징역 6월)은 너무 가벼워서 부당하다.

#### 나. 피고인

##### 1) 유죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해(제2 원심)

가) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 공소사실에 부합하는 피해자들의 수사기관에서의 진술은 원심 법정에서의 진술과 모순되므로 그 진술의 신빙성이 인정되지 않는다.

그럼에도 피해자들의 수사기관에서의 진술을 그대로 믿어 이 부분 공소사실에 대하여 피고인을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 사실오인의 위법이 있다.

나) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여, 피해자 공소외 2가 피고인에 대한 처벌불원의 의사를 표시하였으므로, 위 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하지 아니한 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있다.

### 2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

### 3. 직권판단

항소이유에 관한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 피고인은 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에 대해 항소하였는데, 이 법원은 위 항소사건들을 모두 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 각 원심의 피고인에 대한 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하므로 형법 제38조 제1항에 따라 경합범 가중을 한 형기 범위 내에서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만, 위와 같은 직권파기사유에도 불구하고 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판 대상이 되므로 이에 관하여 살펴본다.

### 4. 항소이유에 대한 판단(제2 원심)

#### 가. 무죄 부분에 대하여

##### 1) 피고인에게 상습존속폭행죄의 포괄일죄가 성립한다는 검사의 법리오해 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '2. 피해자 공소외 1에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "형법 제264조에 의하면 단순폭행, 존속폭행, 특수폭행 등의 죄를 상습으로 범할 경우, 위 각 죄에 정한 형의 1/2를 가중하여 처벌하게 되므로, 상습존속폭행죄는 상습폭행의 습벽을 가진 자가 자신의 직계존속을 단순히 폭행하였을 때에 즉시 성립하는 것이 아니고, 피고인의 연령·성격·직업·환경·전과사실, 범행의 동기·수단·방법 및 장소, 전에 범한 범죄와의 시간적 간격, 그 범행의 내용과 유사성 등 여러 사정을 종합하여(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판

결 등 참조) 피해자와의 신분관계를 구성요건으로 하는 '존속폭행의 습벽'이 있음이 인정되어야 성립한다고 봄이 타당하다.

다시 말해 단순폭행의 상습성과 존속폭행의 상습성은 별도로 판단되어야 하므로, 상습존속폭행죄와 상습폭행죄는 포괄일죄가 아닌 별개의 범죄이고, 이 부분 공소사실로 돌이켜 살펴보면, 피해자 공소외 1이 피고인의 직계존속이 아닌 이상 상습단순폭행죄가 인정될 뿐 신분관계를 필요로 하는 상습존속폭행죄는 성립할 수 없다.

"고 판단하였다.

살피건대, 검사의 이 부분 항소이유는 피해자 공소외 1에 대한 폭행 행위와 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행 행위는 동일한 폭력습벽의 발현에 의한 것이므로 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행죄의 상습성을 따로 인정할 자료 없이도 상습폭행죄의 전과사실 등에 의하여 존속폭행죄의 상습성을 인정하고 위 상습폭행과 존속폭행 행위를 상습존속폭행 범행의 포괄일죄로 볼 수 있다는 취지로 보인다(구 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제1항에 대한 대법원 1990. 4. 24. 선고 90도653 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3657 판결 등 참조). 그러나 원심이 실시한 바와 같이 형법 제264조의 규정형식과 신분관계를 구성요건으로 하는 존속폭행죄의 특수성 등을 고려해 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 법리오해의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

2) 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행죄가 성립한다는 검사의 사실오인 주장에 관하여

원심은 이와 관련하여 원심판결의 '무죄부분'에서 '1. 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행의 점'이라는 제목으로, "피고인에게 다수의 폭력 전과가 있는 것은 사실이나, 직계존속인 피해자 공소외 2에 대한 폭력 범죄전력이 전혀 없고 직계존속에 대한 폭력은 이 사건 범행이 처음인 점에 비추어 볼 때, 판시 증거들만으로 곧바로 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 단정할 수 없다.

"고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ① 피해자 공소외 2가 원심 법정에서 "피고인이 이전에도 술을 마시면 때리고 욕을 한 적이 있다.

"라고 진술하기도 한 점(공판기록 제53쪽, 다만, 위 진술이 계속해서 반복되고 있다), ② 피고인이 이 사건 범행 이전에 피해자 공소외 2에 대한 상습존속폭행 혐의로 수사를 받다가 증거불충분으로 불기소처분을 받기도 한 점(2016고단 4633호 수사기록 제137~139쪽)은 인정된다.

그러나 원심이 실시한 바와 같이 피고인이 직계존속인 위 피해자 공소외 2에 대한 폭력범죄로 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 피고인에게 존속폭행의 습벽이 있다고 인정하기에 부족하다.

따라서 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사가 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 유죄 부분에 대하여

- 1) 피해자 공소외 1에 대한 2016. 12. 8.자 상습폭행의 점과 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인의 사실오인 주장에 관하여

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 주장을 하였다.

이에 대하여 원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자들은 증인으로 출석하여 2016. 12. 8.자 폭행사실에 관하여 잘 기억이 나지 않는다거나 상대 피해자들에 대한 폭행 장면을 목격하지 못하였다는 취지로 진술하여 수사기관에서의 진술을 번복하였으나, 피해자들의 수사기관에서의 진술이 범행을 당한 직후에 이루어진 것으로서 구체적이고 일관된 것이었음에 반해 피고인과 피해자들이 부양자와 피부양자 관계 내지 직계혈족 관계에 있다는 특수성에 비추어 볼 때 법정에서 번복된 위 진술은 선뜻 믿기 어렵고, 이 사건 범행 당시 피고인은 만취하였던 것으로 보이므로 폭행사실을 부인하는 피고인의 주장 역시 그대로 믿기 어렵다는 이유로, 피고인의 주장을 배척하고 이 부분 각 범죄사실이 충분히 인정된다고 판단하였다.

위와 같은 원심의 판단을 기록과 면밀히 대조하여 살펴보면 원심판결은 정당한 것으로 수긍할 수 있으므로, 거기에 피고인이 지적하는 사실오인의 잘못이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- 2) 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대한 피고인과 검사의 법리오해 주장에 관하여

피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점은 형법 제260조 제2항에 해당하는 죄로서 같은 조 제3항에 의하여 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피해자 공소외 2가 이 사건 공소가 제기된 후 원심판결 선고 전인 2017. 1. 11.경 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 내용의 합의서를 작성하여 원심 법원에 제출하였고, 위 피해자 공소외 2가 원심 법정에 증인으로 출석하여 동일한 취지로 진술한 바 있으므로(공판기록 제28, 57쪽), 원심은 이 사건 범죄사실 중 피해자 공소외 2에 대한 존속폭행의 점에 대하여 공소기각의 판결을 선고하였어야 함에도 이를 유죄로 인정한 법리오해의 위법이 있다.

따라서 피고인과 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

## 5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 중 유죄부분과 제2 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있을 뿐만 아니라 제2 원심판결에 대한 피고인과 검사의 항소도 일부 이유 있으므로 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.