

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2019도10678 가. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등  
이용촬영)  
나. 협박  
다. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체  
이용음란)  
라. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 박주희(국선)

원 심 판 결 인천지방법원 2019. 7. 5. 선고 2019노197 판결

판 결 선 고 2019. 12. 13.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 인천지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 형법 제283조 제3항은 '제283조 제1항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.'고 정하고, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 한다) 제74조 제2항은 '제74조 제1항 제3호의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.'고 정하고 있다. 즉 협박죄와 정보통신망법 제74조 제1항 제3호에서 정한 제44조의7 제1항 제3호를 위반한 죄는 모두 반의사불벌죄에 해당한다.

반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회 또는 처벌을 희망하지 않는 의사표시는 제1심 판결 선고 전까지 할 수 있다(형사소송법 제232조 제1항, 제3항). 처벌 불원의 의사표시의 부존재는 소극적 소송조건으로서 직권조사사항에 해당하므로 당사자가 항소이유로 주장하지 않았더라도 원심은 이를 직권으로 조사·판단하여야 한다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000도3172 판결, 대법원 2002. 3. 15. 선고 2002도158 판결 등 참조).

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제27조는 성폭력범죄 피해자에 대한 변호사 선임의 특례를 정하고 있다. 성폭력범죄의 피해자는 형사절차상 법률적 조력을 받기 위해 스스로 변호사를 선임할 수 있고(제1항), 검사는 피해자에게 변호사가 없는 경우 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있으며(제6항), 피해자의 변호사는 형사절차에서 피해자등의 대리가 허용될 수 있는 모든 소송행위에 대한 포괄적인 대리권을 가진다(제5항). 따라서 피해자의 변호사는 피해자를 대리하여 피고인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하거나 처벌을 희망하지 않는 의사표시를 할 수 있다.

2. 기록에 따르면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 검사는 2018. 11. 1. 성폭력처벌법 제27조 제6항에 따라 변호사 공소외인을 피해자의 국선변호사로 선정하였다. 피해자의 국선변호사는 제1심 판결 선고 전인 2019. 1. 8. 법원에 '피해자는 피고인과 합의하였으므로 이 사건 고소를 취소하고, 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시한다'고 기재한 '고소취소 및 처벌불원서'를 제출하였다.

나. 제1심은 이 사건 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 피고인에게 징역 10개월, 집행유예 2년 등을 선고하였고 이에 대하여 검사만 양형부당을 이유로 항소하였다. 원심은 2018. 12. 11. 법률 제15904호로 개정되어 2019. 6. 12. 시행된 장애인복지법(이하 '개정법'이라 한다) 부칙 제2조에 따라 이 사건에 개정법 제59조의3을 적용하여 부수처분인 취업제한명령에 관하여 심리·판단해야 한다는 이유로, 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 제1심 판결을 직권으로 파기한 후 이 사건 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 피고인에게 징역 6개월 등을 선고하였다.

3. 이러한 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

피해자의 국선변호사가 제1심 판결 선고 전에 제출한 '고소취소 및 처벌불원서'에 피해자가 처벌을 희망하지 않는다는 내용이 기재되어 있으므로, 원심은 피해자의 처벌희망 의사표시가 적법하게 철회되었는지를 직권으로 조사하여 반의사불벌죄의 소극적 소송조건을 명확히 심리·판단할 필요가 있다.

그런데도 원심은 이에 대하여 심리·판단하지 않은 채 이 사건 공소사실 전부를 유죄로 판단하였다. 원심판결에는 반의사불벌죄에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 원심판결 중 협박과 정보통신망법 위반 부분을 파기하여야 하는데, 원심은 이 부분과 나머지 유죄 부분이 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결을 전부 파기하여야 한다.

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

재판장          대법관          이동원 \_\_\_\_\_

                  대법관          조희대 \_\_\_\_\_

주    심          대법관          김재형 \_\_\_\_\_

                  대법관          민유숙 \_\_\_\_\_