

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2022도5388 폭력행위등처벌에관한법률위반(상습상해)  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인 및 검사  
변 호 인 변호사 신상용(국선)  
원 심 판 결 전주지방법원 2022. 4. 21. 선고 2021노1685 판결  
판 결 선 고 2022. 7. 28.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 관하여

가. 기록에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

1) 검사는, 피고인이 폭력 범죄로 2회 이상 징역형을 선고받고 누범기간 중에 다시 상해 범행을 저질렀음을 이유로 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(이하 '폭력행위

처벌법'이라 한다) 제2조 제3항 제3호, 제2항 제3호, 형법 제257조 제1항을 적용하여 기소하였고, 제1심은 위 공소사실을 유죄로 판단하면서 판결 이유의 '증거의 요지' 부분에 피고인의 상습성을 인정하는 근거를 기재하였다.

2) 원심은 검사가 피고인이 상습성의 발현으로 이 사건 범행을 저질렀다는 취지로 기소한 것이 아니고, 비록 상습성이 인정된다고 하더라도 공소장의 변경 없이 법원이 상습성을 인정하여 처벌할 수는 없다는 이유로 제1심판결을 파기하고, 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인에 대하여 징역 4년을 선고하였다.

나. 1) 불고불리 원칙상 법원은 검사가 공소제기한 사건에 한하여 심판하여야 하고, 검사의 공소제기가 없으면 법원이 심판할 수 없다(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001도 5304 판결 등 참조). 한편 법원은 '재판서에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때'에 한하여 재판서의 경정을 통하여 그 잘못을 바로잡을 수 있다(형사소송규칙 제25조 제1항).

2) 제1심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, ① 제1심판결의 '범죄사실' 부분에 상습성에 관한 기재가 전혀 없고, ② '법령의 적용' 중 '범죄사실에 대한 해당법조' 부분에 '폭력행위처벌법 제2조 제3항 제3호, 제2항 제3호, 형법 제257조 제1항'이라고 명확히 기재되어 있으며, ③ '양형의 이유' 중 '양형기준에 따른 권고형의 범위'의 '유형의 결정' 부분에 '폭력범죄 > 02. 특수상해·누범상해 > [제2유형] 특수중상해·누범상해'라고 기재되어 있다. 이에 따르면 제1심판결 이유의 '증거의 요지' 부분에 피고인의 상습성의 인정 근거가 기재되어 있는 것은 착오로 볼 여지가 있을 뿐, 제1심이 피고인을 상습범으로 처벌한 것이 아님이 명백하다.

3) 그런데도 원심은, 제1심이 공소장의 변경 없이 피고인이 상습으로 이 사건 범

행을 하였다고 인정함으로써 불고불리 원칙을 위배하였다고 보아 제1심판결을 파기하였다. 이러한 원심의 판단에는 불고불리 원칙, 판결 경정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

다. 1) 원심이 위와 같이 잘못 판단하였다고 하더라도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하면서 판결 이유에 실시한 법령의 적용이 제1심의 판결 이유에 실시된 법령의 적용과 동일하여 결과적으로 처단형의 범위에 차이가 없으므로 원심의 이러한 잘못은 결국 피고인에 대한 형을 징역 5년 6월에서 4년으로 감경한 조치, 즉 양형에만 영향을 미친 것으로 보아야 할 것이다.

2) 또한 원심은 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 제1심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 판결하였는데, 항소심이 제1심판결을 파기하고 재판한 때에는 항소이유의 당부에 관하여 따로 기재하지 않더라도 그에 대한 판단을 내린 것으로 보아야 하므로, 검사의 양형부당 항소이유에 대한 판단을 따로 실시하지 아니하였더라도 판단누락에 해당하지 않는다.

3) 결국 검사의 상고이유 주장은 원심의 양형을 다투는 취지로 보아야 하고, 이는 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 2. 피고인의 상고이유에 관하여

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 소송절차에 관한 법령을 위반한 잘못이 없다.

형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가

선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용된다. 피고인에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무거워 부당하다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	천대엽	_____
	대법관	조재연	_____
주 심	대법관	민유숙	_____
	대법관	이동원	_____