

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2023도6355 가. 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동폭행)  
나. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반  
(명예훼손)  
다. 공갈미수

피 고 인 피고인 1 외 2인

상 고 인 피고인들

변 호 인 변호사 김권규(피고인 1을 위한 국선)  
법무법인 수현(피고인 2를 위하여)  
담당변호사 김은 외 2인  
변호사 고창후(피고인 3을 위하여)

원 심 판 결 제주지방법원 2023. 4. 27. 선고 2022노1073 판결

판 결 선 고 2023. 8. 31.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 제주지방법원에 환송한다.

## 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 변호인 의견서 등 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(이하 '폭력행위처벌법'이라고 한다) 제2조 제2항 제1호의 '2명 이상이 공동하여 폭행의 죄를 범한 때'라고 함은 그 수인 사이에 공범관계가 존재하고, 수인이 동일 장소에서 동일 기회에 상호 다른 자의 범행을 인식하고 이를 이용하여 폭행의 범행을 한 경우임을 요한다(대법원 1986. 6. 10. 선고 85도119 판결 등 참조). 따라서 폭행 실행범과의 공모사실이 인정되더라도 그와 공동하여 범행에 가담하였거나 범행장소에 있었다고 인정되지 아니하는 경우에는 공동하여 죄를 범한 때에 해당하지 않고(대법원 1990. 10. 30. 선고 90도2022 판결 등 참조), 여러 사람이 공동하여 범행을 공모하였다면 그중 2인 이상이 범행장소에서 실제 범죄의 실행에 이르렀어야 나머지 공모자에게도 공모공동정범이 성립할 수 있을 뿐이다(대법원 1994. 4. 12. 선고 94도128 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴본다. 원심은 적법하게 채택한 증거들에 의하여, 이 사건 범행 전날 피고인 3은 '싸워서라도 돈을 받아내라', 피고인 2는 '무조건 고개를 낮추고 싸워', '영상으로 찍을 거니까 너가 이겨야 돼'라는 등의 말을 피고인 1에게 하였고, 범행 당일 피고인들 모두 피해자와의 싸움 현장에 나가 피고인 1이 직접 피해자를 폭행하자, 피고인 2는 그 모습을 휴대전화기로 촬영하고, 피고인 3은 이를 옆에서 지켜보았다는 제1심 인정사실을 인용하면서, 피고인들이 폭력행위처벌법 제2조 제2항 제1호에 따라 공동하여 피해자를 폭행한 것이라고 판단하였다.

그러나 원심이 인정한 사실관계에 의하더라도, 피고인들 상호 간에 공동으로 피해

자를 폭행하자는 공동가공의 의사로 공범관계의 성립에 이르렀다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고인 3, 피고인 2는 이 사건 현장에서 피고인 1의 폭행을 인식하고 이를 이용하여 피해자의 신체에 대한 유형력을 행사하는 폭행의 실행행위에 가담한 것이 아니라 단지 피고인 1이 피해자를 폭행하는 모습을 지켜보거나 이를 동영상으로 촬영하였다는 것에 불과하다. 따라서 피고인 1의 단독범행에 의한 폭행과 피고인 3, 피고인 2의 폭행 교사 또는 방조로 인한 죄책 유무는 별론으로 하고, 피고인들에게 2명 이상이 공동하여 피해자를 폭행한 경우 성립하는 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄의 죄책을 물을 수는 없다.

그럼에도 원심이 피고인들에 대하여 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄가 성립한다고 판단한 것에는 위 법이 정하는 '공동하여'의 의미에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 이 부분 피고인들의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 피고인들에 대한 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분은 파기되어야 하는데, 피고인들에 대한 나머지 유죄 부분이 위 파기 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

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

재판장      대법관      이흥구 \_\_\_\_\_

주 심      대법관      안철상      \_\_\_\_\_

                  대법관      노정희      \_\_\_\_\_

                  대법관      오석준      \_\_\_\_\_