

폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)·폭력행위등
한법률위반(집단·흥기등폭행)(인정된죄명:특수폭행)·폭력행위등
처벌에관한법률위반(집단·흥기등재물손괴등)(인정된죄명:특수손괴
)·사기·재물손괴·폭행



[대법원 2016. 3. 24. 2016도1131]

【판시사항】

- [1] 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 한 개의 형을 선고한 불가분의 확정판결 중 일부 범죄사실에 대하여만 재심사유가 있는 경우, 재심법원의 심리 범위 및 방법
- [2] 형법 제257조 제1항의 가중적 구성요건을 규정하고 있던 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항을 삭제하는 대신에 같은 구성요건을 형법 제258조의2 제1항에 신설하면서 법정형을 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항보다 낮게 규정한 것이 종전의 형벌규정이 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치로서 형법 제1조 제2항의 '범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때'에 해당하는지 여부(적극)
- [3] 제1심에서 징역형의 집행유예를 선고한 데 대하여 제2심이 징역형의 형기를 단축하여 실형을 선고하는 것이 불이익변경금지원칙에 위배되는지 여부(적극) / 재심대상사건에서 징역형의 집행유예를 선고하였음에도 재심사건에서 원판결보다 주형을 경하게 하고 집행유예를 없앤 경우, 불이익변경금지원칙에 위배되는지 여부(적극)

【참조조문】

- [1] 형법 제1조 제2항, 제37조, 제51조, 형사소송법 제420조, 제435조 제1항, 제438조
- [2] 형법 제1조 제2항, 제257조 제1항, 제2항, 제258조의2 제1항, 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제3호(현행 삭제), 제3조 제1항(현행 삭제)
- [3] 형사소송법 제368조, 제439조

【참조판례】

- [1] 대법원 1996. 6. 14. 선고 96도477 판결(공1996하, 2282), 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001도1239 판결(공2001하, 1898) /
- [2] 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도17907 판결(공2016상, 399) /
- [3] 대법원 1986. 3. 25.자 86모2 결정(공1986, 796)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 류호석

【원심판결】 의정부지법 2015. 12. 29. 선고 2015재노36 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 의정부지방법원 합의부에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

1. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 개정에 따른 직권판단

가. 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 한 개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그중 일부의 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정된 경우에는 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결에 대한 것이어서 그 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 할 수밖에 없지만, 비상구제수단인 재심제도의 본질상 재심 사유가 없는 범죄사실에 대하여는 재심개시결정의 효력이 그 부분을 형식적으로 심판의 대상에 포함시키는 데 그치므로 재심법원은 그 부분에 대하여는 이를 다시 심리하여 유죄인정을 파기할 수 없고 다만 그 부분에 관하여 새로이 양형을 하여야 하므로 양형을 위하여 필요한 범위에 한하여만 심리를 할 수 있을 뿐이라고 할 것이다.

그리고 그 부분 범죄사실에 관한 법령이 재심대상판결 후 개정·폐지된 경우에는 그 범죄사실에 관하여도 재심판결 당시의 법률을 적용하여야 하고 양형조건에 관하여도 재심대상판결 후 재심판결 시까지의 새로운 정상도 참작하여야 하며, 재심사유 있는 사실에 관하여 심리 결과 만일 다시 유죄로 인정되는 경우에는 재심사유 없는 범죄사실과 경합범으로 처리하여 한 개의 형을 선고하여야 한다(대법원 1996. 6. 14. 선고 96도477 판결 등 참조).

또한 형벌법령 제정의 이유가 된 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 보던 행위에 대하여 그 평가가 달라져 이를 범죄로 인정하고 처벌한 그 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에는 형법 제1조 제2항에 따라 신법을 적용하여야 한다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도12930 판결, 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도4862, 2013전도101 판결 등 참조).

나. (1) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 공소사실 중 피고인이 2013. 7. 8. 01:00경 위험한 물건인 맥주병으로 피해자 공소외인에게 상해를 가한 행위에 대하여 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 폭력행위처벌법'이라고 한다) 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호, 형법 제257조 제1항을 적용하여 유죄로 판단하였다.

(2) 구 폭력행위처벌법은 제3조 제1항에서 "단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항 각 호에 규정된 죄를 범한 사람 또는 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 사람은 제2조 제1항 각 호의 예에 따라 처벌한다.

"라고 규정하고, 제2조 제1항에서 "상습적으로 다음 각 호의 죄를 범한 사람은 다음의 구분에 따라 처벌한다.

"라고 규정하면서 그 제3호에서 형법 제257조 제1항(상해), 형법 제257조 제2항(존속상해)에 대하여 3년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하였다.

그런데 2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정·시행된 폭력행위 등 처벌에 관한 법률에는 제3조 제1항이 삭제되고, 같은 날 법률 제13719호로 개정·시행된 형법에는 제258조의2(특수상해)가 신설되어 그 제1항에서 "단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제257조 제1항 또는 제2항의 죄를 범한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에

처한다.

"라고 규정하였다.

이와 같이 형법 제257조 제1항의 가중적 구성요건을 규정하고 있던 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항을 삭제하는 대신에 위와 같은 구성요건을 형법 제258조의2 제1항에 신설하면서 그 법정형을 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항보다 낮게 규정한 것은, 위 가중적 구성요건의 표지가 가지는 일반적인 위험성을 고려하더라도 개별 범죄의 범행경위, 구체적인 행위태양과 법익침해의 정도 등이 매우 다양함에도 불구하고 일률적으로 3년 이상의 유기징역으로 가중 처벌하도록 한 종전의 형벌규정이 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이므로, 이는 형법 제1조 제2항의 '범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때'에 해당한다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도17907 판결 등 참조).

다.

따라서 이 사건 공소사실 중 피고인이 위험한 물건인 맥주병을 휴대하여 피해자에게 상해를 가한 행위에 대하여는 재심대상판결 후 개정된 법률을 반영하여 재심판결 당시의 법률을 적용하여야 하므로, 형법 제1조 제2항에 따라 행위 시법인 구 폭력행위처벌법의 규정에 의해 가중 처벌할 수 없고 신법인 형법 제258조의2 제1항으로 처벌할 수 있을 뿐이어서 구 폭력행위처벌법의 규정을 적용한 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

2. 불이익변경금지원칙의 위반 여부에 관한 직권판단

가. 제1심에서 징역형의 집행유예를 선고한 데 대하여 제2심이 그 징역형의 형기를 단축하여 실형을 선고하는 것도 불이익변경금지원칙에 위배된다(대법원 1986. 3. 25.자 86모2 결정 등 참조). 마찬가지로 재심대상사건에서 징역형의 집행유예를 선고하였음에도 재심사건에서 원판결보다 주형을 경하게 하고, 집행유예를 없앤 경우는 형사소송법 제439조에 의한 불이익변경금지원칙에 위배된다.

나. 원심판결 이유에 의하면 원심은, ① 피고인이 이 사건 각 범죄사실로 재심대상판결에서 징역 1년 6월, 집행유예 3년의 선처를 받은 이후 한 달도 지나지 않아 상해죄 등을 저질러 징역 2년의 실형을 선고받아 위 집행유예가 실효될 것이 예정되어 있었던 점, ② 그런데 이 사건 일부 범죄사실의 근거규정에 대한 헌법재판소 위헌결정으로 인하여 재심대상판결 전부에 대하여 재심개시의 결정이 이루어진 점, ③ 위 재심대상판결의 징역 1년 6월의 형은 이 사건 각 범죄사실 중 재심청구의 대상이 아닌 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)죄에 대한 처단형의 최하한인 점, ④ 결국 피고인은 이 사건 일부 범죄사실의 근거규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정으로 인한 재심개시 결정이 없었다면, 위헌결정과 관련 없는 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)죄에 대한 처단형의 최하한인 징역 1년 6월의 형을 복역할 것이 예정되어 있었던 점 등의 사정을 들어, 징역 1년의 형은 피고인에게 실질적으로 불이익하다고 할 수 없다는 이유로 피고인에게 징역 1년의 실형을 선고하였다.

다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 피고인이 재심대상판결 후 다른 사건으로 징역형의 실형을 선고받아 그 판결이 확정되어 집행유예가 실효될 처지에 놓이게 되었다는 사정만으로 재심사건에서 징역형의 집행유예를 선고한 원판결보다 주형이 경한 징역형의 실형을 선고하는 것은 실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 경우에 해당하므로 허용되지 않는다.

3. 결론

그러므로 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장) 박병대 박보영(주심) 김신