

## 마약류관리에관한법률위반(향정)·공용물건손상·재물손괴·폭력행위등

### 처벌에관한법률위반(우범자)·상해·공무집행방해

[대법원 2018. 6. 19. 2018도5191]



#### 【판시사항】

- [1] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에서 말하는 '이 법에 규정된 범죄'가 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률에 규정된 범죄'만을 의미하는지 여부(적극)
- [2] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조에서 말하는 위험한 물건의 '휴대'의 의미 / 정당한 이유 없이 같은 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흥기를 휴대하고 있었다는 행위 자체로서 같은 법 위반(우범자)죄의 구성요건을 충족하는지 여부(적극) 및 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 소지하고 있다는 사실만으로 같은 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 것으로 추정되는지 여부(소극) / 피고인이 같은 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하였다는 점에 대한 증명책임의 소재(=검사)

#### 【참조조문】

- [1] 헌법 제12조 제1항, 형법 제1조 제1항, 제260조 제1항, 제283조 제1항, 제366조, 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 (2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항(현행 삭제), 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 (2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항(현행 삭제), 제2항, 제3항, 제3조 제1항(현행 삭제), 제3항(현행 삭제), 제4항, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조
- [2] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제7조, 형사소송법 제308조

#### 【참조판례】

- [1]
- [2] 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결(공2017하, 2047), 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도20980 판결 / [1] 대법원 2018. 1. 24. 선고 2017도15914 판결(공2018상, 543), 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌바154, 398, 2015헌가3, 9, 14, 18, 20, 21, 25 전원재판부 결정(헌공228, 1415)

#### 【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 방선영

【원심판결】 창원지법 2018. 3. 28. 선고 2017노1723, 2354 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 창원지방법원 합의부에 환송한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 심신미약 주장에 대하여

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인이 심신미약의 상태에서 이 사건 각 범행에 이르렀다고 보이지 않는다면 심신미약의 주장을 배척한 것은 정당하다.

거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 심신미약 판단에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2. 이 사건 공소사실 중 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반(우범자)의 점에 대하여

가. 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다.

그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도7725 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등 참조).

나. 종래에 헌법재판소는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」의 일부 가중처벌 규정에 대하여 형법과 같은 기본법과 동일한 구성요건을 규정하면서도 법정형만 상향한 것은 형벌체계의 정당성과 균형을 잃어 헌법의 기본원리에 위배되고 평등의 원칙에 위반된다는 이유로 위헌결정을 내렸고, 2015. 9. 24.에도 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법상 폭행죄, 협박죄, 재물손괴죄를 범한 사람을 가중처벌하는 구 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 중 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴 등)의 죄를 범한 자”에 관한 부분과 구 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정된 것) 제3조 제1항 중 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴 등)의 죄를 범한 자”에 관한 부분에 대해서도 같은 이유로 위헌이라고 결정하였다(헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌바154 등 전원재판부 결정).

이러한 헌법재판소의 위헌결정 취지에 따라 위헌결정 대상조항 및 이와 유사한 가중처벌 규정을 둔 조항을 정비하기 위하여 2016. 1. 6. 법률 제13718호로 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(이하 ‘폭력행위처벌법’이라고 한다)이 일부 개정되어 같은 날 시행되었는데, 그 주요내용은 상습폭행 등 상습폭력범죄에 대한 가중처벌 규정인 구 폭력행위처벌법 제2조 제1항과, 흉기휴대폭행 등 특수폭력범죄에 대한 가중처벌 규정인 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항 및 제3항을 각 삭제하고, 이러한 삭제에 따라 공동폭력범죄의 가중처벌 규정과 누범 가중처벌 규정인 구 폭력행위처벌법 제2조 제2항, 제3항 및 제3조 제4항을 정비하는 것이었고, 이로써 기존의 집단 또는 상습 및 특수폭력범죄 등은 기본법인 형법의 각 해당 조항으로만 처벌될 뿐 더 이상 폭력행위처벌법에 따라 처벌할 수 없게 되었다.

그리고 폭력행위처벌법 제7조는 “정당한 이유 없이 이 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하거나 제공 또는 알선한 사람은 3년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

”라고 규정하고 있는데, 위 조항은 집단 또는 상습 및 특수폭력범죄 등을 저지를 우려가 있는 사람을 처벌함으로써 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 규정으로 법률 제정 시부터 현재까지 실질적인 내용의 변경 없이 그대로 유지

되어 왔고, 이러한 폭력행위처벌법 위반(우범자)죄는 대상범죄인 '이 법에 규정된 범죄'의 예비죄로서의 성격을 지니고 있다.

다.

이러한 형벌규정 해석에 관한 일반적인 법리와 폭력행위처벌법의 개정경위와 내용, 폭력행위처벌법 제7조의 입법 취지와 문언의 체계, 폭력행위처벌법 위반(우범자)죄의 성격과 성립요건 등을 종합하여 보면, 폭력행위처벌법 제7조에서 말하는 '이 법에 규정된 범죄'라고 함은 '폭력행위처벌법에 규정된 범죄'만을 의미한다고 해석함이 타당하다.

라. 한편 폭력행위처벌법 제7조에서 말하는 위험한 물건의 '휴대'라 함은 범죄현장에서 사용할 의도 아래 위험한 물건을 몸 또는 몸 가까이 소지하는 것을 말하고, 정당한 이유 없이 폭력행위처벌법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흥기를 휴대하고 있었다면 다른 구체적인 범죄행위가 없다고 하더라도 그 휴대행위 자체에 의하여 폭력행위처벌법 위반(우범자)죄의 구성요건을 충족하는 것이지만, 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 소지하고 있다는 사실만으로 폭력행위처벌법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 것으로 추정된다고 볼 수는 없다.

그리고 형사재판에서 공소가 제기된 범죄의 구성요건을 이루는 사실에 대한 증명책임은 검사에게 있다.

따라서 피고인이 폭력행위처벌법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하였다는 점은 검사가 증명하여야 한다(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7687 판결 참조).

마. 이 사건 공소사실 중 폭력행위처벌법 위반(우범자)의 점(아래에서는 '이 부분 공소사실'이라고 한다)의 요지는, 피고인이 2017. 2. 14. 14:10경 정당한 이유 없이 폭력행위 등 범죄에 공용될 우려가 있는 흥기인 식칼 1자루(칼날 길이 20cm)를 휴대하였다는 것이다.

바. 그런데 기록에 의하면, 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

- (1) 검사는 이 부분 공소사실이 폭력행위처벌법 제7조에 해당한다는 이유로 기소하였으나, 이 부분 공소사실에는 '폭력행위 등 범죄에 공용될 우려가 있다'라고만 기재되어 있을 뿐 피고인이 폭력행위처벌법 중 어떠한 범죄에 사용할 의도로 식칼을 휴대하였는지에 관하여는 아무런 기재가 없다.
- (2) 피고인이 이 부분 공소사실 기재 일시, 장소에서 식칼을 소지한 경위에 관한 수사기관에서의 진술은 세부적인 사항에서 다소 차이가 있으나, 대체로 피고인이 자신의 집에 있던 식칼을 가지고 나오다가 집 앞 복도에 버렸다는 취지일 뿐이고, 구체적으로 폭력행위처벌법 중 어떠한 범죄에 사용할 의도로 식칼을 소지하였는지에 관해서는 별다른 진술을 하지 않았다.
- (3) 설령 피고인이 이 부분 공소사실 기재 일자에 자신의 폭행을 피해 집을 나간 자신의 처를 찾으려고 장모의 집을 찾아갔다가 그곳에서 출입문을 부수는 등의 재물손괴행위를 한 후 자신의 집으로 돌아와 집에 있던 식칼을 들고 집 밖으로 나가다가 복도에 식칼을 버리게 되었다거나, 피고인이 그 전날 밤에 필로폰을 투약하여 정서적으로 불안한 상태에 있었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 당시 피고인에게 형법 등의 다른 범죄가 아니라 폭력행위처벌법에 규정된 범죄를 실제로 범할 의도가 있었다고 단정할 수도 없다.
- (4) 나아가 기록에 의하면, 피고인이 이 사건 이전에 형법상 범죄인 상해죄나 공무집행방해죄로 두 차례 징역형에 대한 집행유예의 판결을 선고받거나, 같은 죄로 두 차례 벌금형을 받은 적이 있을 뿐, 현행 폭력행위처벌법이 규정하고 있는 범죄를 저질러 처벌받은 전력은 없다.

사. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 정당한 이유 없이 폭력행위처벌법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 위험한 물건을 휴대하였음이 합리적 의심 없이 증명되었다고

볼 수 없다.

설령 피고인이 형법 등의 다른 범죄에 사용할 의도로 식칼을 소지하였더라도 이러한 범죄는 2016. 1. 6. 법률개정에 따라 더 이상 폭력행위처벌법 제7조에서 말하는 '이 법에 규정된 범죄'가 될 수 없으므로 피고인을 폭력행위처벌법 위반(우범자)죄로 처벌할 수는 없다.

아. 그런데도 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

이러한 원심의 판단에는 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 폭력행위처벌법 제7조의 해석 및 폭력행위처벌법 위반(우범자)죄의 구성요건에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 이 부분 공소사실에 관한 부분은 파기되어야 하는데, 원심은 이 부분 공소사실인 폭력행위처벌법 위반(우범자) 부분과 피고인에 대한 나머지 유죄 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

### 4. 결론

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

대법관 박정화(재판장) 박상옥 이기택(주심)