

**폭력행위등처벌에관한법률위반(야간집단·흥기등상해){인정된죄명:폭
력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)}·공무집행방해]**

[대법원 2007. 7. 27. 2007도768]



【판시사항】

- [1] 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 경과하지 않은 경우가 구 형법 제62조 제1항 단서에서 정한 집행유예 결정사유에 해당하는지 여부(원칙적 적극)
- [2] 구 형법 제62조 제1항 단서에 정한 집행유예 결정사유의 해석 범위
- [3] 현행 형법 제62조의 해석상 집행유예기간 중에 범한 죄에 대하여 공소가 제기된 후 그 재판 도중에 집행유예기간이 경과한 경우, 다시 집행유예를 선고할 수 있는지 여부(적극)
- [4] 구 형법 시행 중 범한 범죄에 대하여 형을 선고함에 있어, 범죄 당시 집행유예기간 중이었고 그 유예기간 경과 전에 집행유예 취소결정이 확정되었다면 구 형법 제62조에 의하든 현행 형법 제62조에 의하든 모두 집행유예 결정사유에 해당하므로, 종전 규정이 피고인에게 더 유리하다고 할 수 없다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 구 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제62조 제1항 단서에서 규정한 '금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자'라는 의미는 실형선고를 받고 집행종료나 집행면제 후 5년을 경과하지 않은 경우만을 가리키는 것이 아니라, 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 경과하지 않은 경우도 특별한 사정(형법 제37조의 경합범관계에 있는 수죄가 전후로 기소되어 각각 별개의 절차에서 재판을 받게 된 결과 어느 하나의 사건에서 먼저 집행유예가 선고되어 그 형이 확정된 경우로서 같은 절차에서 동시에 재판을 받았더라면 한꺼번에 집행유예의 선고를 받았으리라고 여겨지는 특수한 경우에 한함)이 없는 한 여기에 포함된다.
- [2] 구 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제62조 제1항 단서 규정의 문언과 취지 및 위 법리 등에 비추어 보면, 피고인에 대하여 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 형법 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 집행유예를 선고할 수 있으나, 원칙적으로 금고 이상의 형의 선고를 받은 전력이 있는 경우에는 집행유예를 선고할 수 없는 것으로 하되, 다만 금고 이상의 형의 선고를 받은 전력이 있더라도, 그 전력이 형의 집행유예를 선고받은 것으로서 그 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간을 이미 경과하였거나, 그 전력이 실형을 선고받은 것으로서 그 형의 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년이 경과한 경우에는 다시 집행유예를 선고할 수 있는 것으로 해석함이 상당하다.
- [3] 집행유예기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에, 집행유예의 결정사유를 정하는 현행 형법 제62조 제1항 단서 소정의 요건에 해당하는 경우란, 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 그 선고 시점에 미쳐 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아 있는 경우로 국한되고, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않으므로, 집행유예기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다.

[4] 구 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 시행중 범한 범죄에 대하여 형을 선고함에 있어, 범죄 당시 집행유예기간 중이었고 그 유예기간 경과 전에 집행유예 취소결정이 확정되었다면 구 형법 제62조의 규정에 의하든 현행 형법 제62조에 의하든 모두 집행유예의 결정사유에 해당하므로, 종전 규정이 피고인에게 더 유리하다고 할 수 없다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 형법 제37조, 구 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제62조 제1항
- [2] 형법 제51조, 구 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제62조 제1항
- [3] 형법 제62조 제1항, 제65조
- [4] 형법 제62조 제1항, 제64조 제2항, 부칙(2005. 7. 29.) 제2항, 구 형법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제62조 제1항

【참조판례】

- [1] 대법원 1989. 9. 12. 선고 87도2365 전원합의체 판결(공1989, 1422), 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도5891 판결(공2002상, 831) /
- [3] 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도6196 판결(공2007상, 461)

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 이성섭외 2인

【원심판결】 수원지법 2007. 1. 4. 선고 2006노2536 판결

【주문】

】

상고를 기각한다.

【이유】

】피고인의 변호인 및 국선변호인의 각 상고이유에 대하여 함께 판단한다.

1. 현행 형법(2005. 7. 29. 법률 제7623호로 개정된 것. 이하 같다) 부칙 제2항에서는 “이 법은 이 법 시행 전에 행하여진 죄에 대하여도 적용한다.

다만, 종전의 규정을 적용하는 것이 행위자에게 유리한 경우에는 그러하지 아니하다.

”고 규정하고 있고, 피고인의 이 사건 각 범죄행위는 2004. 8. 26. 및 같은 해 11. 16.에 행하여진 것인바, 만일 이 사건 각 범죄행위 당시 적용되던 형법(2004. 1. 20. 법률 제7077호로 개정된 것. 이하 ‘종전 형법’이라고 한다)의 규정과 현행 형법의 규정 중 어느 규정을 적용하는지에 따라 피고인에게 집행유예의 결정사유가 존재하는지 여부가 달라진다면 이를 살펴본다 피고인에게 유리한 규정을 적용하여야 할 것이다.

2. 가. 기록에 의하면, 피고인은 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(야간·공동폭행)죄로 2003. 9. 24. 징역 1년 6월에 집행유예 3년의 판결을 선고받아 같은 해 10. 2. 위 판결이 확정된 전력이 있는 자로서, 그 집행유예기간 중인 2004. 8. 26. 및 같은 해 11. 16.에 이 사건 각 범죄를 저지른 것이고, 위 집행유예기간이 경과하기 전이자 이 사건 제1심판결 선고 전인 2006. 4. 18. 보호관찰준수사항 위반 등의 이유로 위 집행유예의 취소결정이 확정된 상태임을 알 수 있다.

나. 종전 형법의 규정을 적용할 경우

종전 형법 제62조 제1항 단서에서 규정한 "금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자"라는 의미는 실형선고를 받고 집행종료나 집행면제 후 5년을 경과하지 않은 경우만을 가리키는 것이 아니라 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 경과하지 않은 경우도 특별한 사정(형법 제37조의 경합범관계에 있는 수죄가 전후로 기소되어 각각 별개의 절차에서 재판을 받게 된 결과 어느 하나의 사건에서 먼저 집행유예가 선고되어 그 형이 확정된 경우로서 같은 절차에서 동시에 재판을 받았더라면 한꺼번에 집행유예의 선고를 받았으리라고 여겨지는 특수한 경우에 한함)이 없는 한 여기에 포함된다 (대법원 1989. 9. 12. 선고 87도2365 전원합의체 판결, 2002. 2. 22. 선고 2001도5891 판결 등 참조).

종전 형법 제62조 제1항 단서 규정의 문언과 취지 및 위 법리 등에 비추어 보면, 피고인에 대하여 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 형법 제51조의 사함을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 집행유예를 선고할 수 있으나, 원칙적으로 금고 이상의 형의 선고를 받은 전력이 있는 경우에는 집행유예를 선고할 수 없는 것으로 하되, 다만 금고 이상의 형의 선고를 받은 전력이 있더라도, 그 전력이 형의 집행유예를 선고받은 것으로서 그 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간을 이미 경과하였거나, 그 전력이 실형을 선고받은 것으로서 그 형의 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년이 경과한 경우에는 다시 집행유예를 선고할 수 있는 것으로 해석함이 상당하다.

</u>

위와 같은 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건의 경우 위와 같이 집행유예기간 중에 범한 피고인의 이 사건 범죄에 대하여 형을 선고함에 있어, 피고인은 그 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간을 이미 경과한 경우 또는 그 집행유예가 취소되어 그 형의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과한 경우 중 어디에도 해당하지 아니하므로, 이는 종전 형법 제62조 제1항 단서 소정의 집행유예의 결격사유에 해당된다고 할 것이어서 종전 형법의 규정상 피고인에 대하여 형의 집행유예를 선고할 수 없다.

이와 달리, 종전 형법 제62조 제1항 단서 소정의 집행유예 결격사유는 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 형의 '집행을 종료한 자 또는 집행이 면제된 자'에 대하여만 적용될 뿐 그 형의 '집행중에 있는 자'에 대하여는 적용되지 않는다는 독단적인 견해를 전제로 하여, 피고인은 현재 형의 집행중에 있으므로 종전 형법 제62조 제1항 단서 소정의 결격사유에 해당되지 않는다는 취지의 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

다.

현행 형법의 규정을 적용할 경우

집행유예기간 중에 범한 죄에 대하여 형을 선고할 때에, 집행유예의 결정사유를 정하는 현행 형법 제62조 제1항 단서 소정의 요건에 해당하는 경우란, 이미 집행유예가 실효 또는 취소된 경우와 그 선고 시점에 미쳐 유예기간이 경과하지 아니하여 형 선고의 효력이 실효되지 아니한 채로 남아 있는 경우로 국한되고, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 위 단서 소정의 요건에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 집행유예기간 중에 범한 범죄라고 할지라도 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간이 경과한 경우에는 이에 대해 다시 집행유예의 선고가 가능하다 (대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도6196 판결 등 참조).

위와 같은 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건의 경우 위와 같이 집행유예기간 중에 범한 피고인의 이 사건 범죄에 대하여 형을 선고함에 있어, 피고인은 그 집행유예기간이 경과하기 전에 보호관찰준수사항 위반 등의 이유로 이미 위 집행유예의 취소결정이 확정된 상태이므로, 이는 현행 형법 제62조 제1항 단서 소정의 집행유예의 결정사유에 해당된다고 할 것이어서 현행 형법의 규정상 피고인에 대하여 형의 집행유예를 선고할 수 없다.

이와 달리, 피고인에 대한 위 징역형의 집행유예 판결은 그 집행유예의 취소결정이 확정된 때에 비로소 확정된다는 독단적인 견해를 전제로 하여, 피고인은 현행 형법 제62조 제1항 단서 소정의 '금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 후' 이 사건 범죄를 저지른 경우에 해당되지 않는다는 취지의 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

라. 결국, 종전 형법의 규정을 적용하든 현행 형법의 규정을 적용하든 어느 경우나 마찬가지로 이 사건 각 범죄행위에 관하여 피고인에 대하여 집행유예를 선고할 수는 없다고 할 것이고, 같은 취지에서 피고인에 대하여 징역 1년에 집행유예 2년을 선고한 제1심판결을 파기하고 피고인에 대하여 징역 10월의 실형을 선고한 원심의 조치는 정당하여 수긍할 수 있고, 거기에 피고인의 변호인들의 주장과 같은 집행유예의 결정사유에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

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

대법관 김능환(재판장) 박시환 박일환(주심)