

폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동)·폭력행위등처벌에
관한법률위반(집단·흥기등상해)·폭력행위등처벌에관한법률위반(집
단·흥기등폭행)·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동공갈)·폭력행
위등처벌에관한법률위반(공동상해)·공갈·상해·폭력행위등처벌에관
한법률위반(공동협박)



[대법원 2009. 6. 11. 2009도1274]

【판시사항】

- [1] 기존의 범죄단체를 이용하여 새로운 범죄단체를 구성하는 경우
- [2] 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조에 정한 단체 등의 구성죄에서 공소장에 기재된 범죄의 일시가 아닌 어느 일시를 범죄단체를 구성한 일시로 인정하여 유죄로 처벌할 수 있는지 여부(소극)

【참조조문】

- [1] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항
- [2] 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되기 전의 것) 제4조

【참조판례】

- [1] 대법원 2004. 1. 16. 선고 2003도5882 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2004도805 판결 /
- [2] 대법원 1993. 6. 8. 선고 93도999 판결(공1993하, 2061), 대법원 2000. 12. 27. 선고 2000도4370 판결, 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도3857 판결(공2005하, 1655)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】

【변 호 인】 변호사 박정현외 1인

【원심판결】 서울고법 2009. 1. 21. 선고 2008노2987 판결

【주문】

】

각 상고를 모두 기각한다. 피고인 1에 대하여는 상고 이후의 구금일수 중 130일을 본형에 산입하고, 피고인 4에 대하여는 상고 이후의 구금일수 중 제1심 판시 2008고합134호, 2008고합171호 죄에 대한 본형 형기에서 법정통산되는 제1심판결 선고 이후 항소제기 전까지 구금일수, 원심판결에 의하여 위 죄에 대한 본형에 산입되는 구금일수, 법정통산되는 원심판결 선고 이후 상고제기 전까지 구금일수를 뺀 나머지 일수를 위 죄에 대한 본형에 산입한다.

【이유】

】 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 이후에 제출된 피고인 1의 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 2, 5, 6에 대한 공소사실 중 각 범죄단체인 ○○식구파 구성으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점 및 피고인 5에 대한 공소사실 중 2007. 1. 일자불상경 범죄단체인 ○○식구파의 구성원으로 활동함으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 대하여

범죄단체의 구성이란 단체를 새로이 조직, 창설하는 것을 의미하므로, 기존의 범죄단체를 이용하여 새로운 범죄단체를 구성하는 경우는 기존의 범죄단체가 이미 해체 내지 와해된 상태에 있어 그 조직을 재건하는 경우, 기존의 범죄단체에서 분리되어 나와 별도의 범죄단체를 구성하는 경우, 현재 활동중인 범죄단체가 다른 범죄단체를 흡수하거나 그와 통합하는 경우 등으로, 그 조직이 완전히 변경됨으로써 기존의 범죄단체와 동일성이 없는 별개의 단체로 인정될 수 있을 정도에 이른 경우를 말한다(대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도102 판결, 2004. 4. 23. 선고 2004도805 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 관련자들의 각 진술을 비롯하여 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉, ① 공소외 1, 2 등과 ○○식구파에 가입한 사실을 인정하는 직원들의 진술에 의하더라도 ○○식구파의 직원은 20여 명에 불과하고, 결성된 지 하루 내지 3일 만에 전체 조직원의 절반에 가까운 8~9명이 탈퇴하였고, 결성된 지 2~3개월 지난 2007년 1~2월경에는 대부분의 조직원이 탈퇴하였다는 것이어서 견고한 결속력과 조직력을 근간으로 하는 일반적인 범죄단체와는 거리가 있는 점, ② 조직원의 수가 그리 많지 않음에도 모든 조직원이 참석하여 결성식이나 가입식을 개최한 적이 없음은 물론 그 중 상당수는 두목이라는 피고인 2를 본 적도 없는 것으로 보이는 점, ③ 조직의 행동강령이나 행동수칙을 정한 것도 없을 뿐만 아니라 조직원 각자의 역할분담이나 연락체계 등을 정한 흔적도 없고, 조직원들이 합숙생활을 한 사실도 없는 점, ④ 범죄단체의 유지 및 활동에 필수적이라고 할 수 있는 자금을 마련하기 위하여 이권에 개입하려고 하였다거나 달리 자금 마련 방안을 강구하였다고 볼 아무런 자료가 없는 점, ⑤ 피고인 2 등 두목이나 부두목 등이 조직원들의 충성심을 유도하기 위하여 하부 조직원들에게 자금이나 일자리를 지원한다거나 조직의 위세를 과시하는 등의 조직적인 범죄행위를 저지른 것도 없는 점, ⑥ 조직원들이 개최하였다는 단합대회라는 것도 두목인 피고인 2가 없는 상태에서 일부 조직원들이 모여 식사나 축구경기를 하였다는 것에 불과한 점, ⑦ ○○식구파의 조직원들 대부분이 신□□시장파를 탈퇴한 사람들임에도 신□□시장파에서 별다른 보복조치를 취한 것이 없고, 또 ○○식구파를 탈퇴한 조직원 대부분에 대해서 ○○식구파에서 보복조치를 취한 것이 없는 점, ⑧ 피고인 2는 2003. 12. 29. 수원지방법검찰청 성남지청에서 '○○식구파'라는 범죄단체의 두목으로서 '○○파'의 두목인 김영균 등과 함께 '신○○파'라는 범죄단체를 조직하였다는 피의사실에 대하여 불기소처분을 받기도 하는 등 '○○식구파'라는 명칭은 경찰에서 이미 오래전부터 피고인 2를 중심으로 한 일단의 무리를 지칭하기 위하여 임의로 사용하던 것으로 보이는 점 등의 여러 사정을 종합적으로 살펴보면, 피고인 2 등이 '○○식구파'라는 조직을 실제로 결성하였는지 의심스러울 뿐만 아니라, 설령 피고인 2 등이 ○○식구파라는 조직을 결성한 것이 사실이라고 하더라도 이는 위 법조 소정의 폭력범죄단체에 이르지 못한 패거리나 모임에 불과할 뿐 계속적인 통솔체계를 갖춘 조직적인 결합체라고 보기는 어렵다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살

해보면 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위반, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 소정의 범죄단체에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 피고인 2에 대한 공소사실 중 2006. 11.경 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기 등 폭행)의 점에 대하여 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 검사가 제출한 증거가 원심 인정의 사정에 비추어 신빙성이 없어 범죄사실의 증거가 없음을 이유로, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

다.

피고인 3에 대한 공소사실 중 2002. 2. 일자불상경 범죄단체 가입으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 대하여

구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되기 전의 것) 제4조 소정의 단체 등의 구성되는 같은 법에 규정된 범죄를 목적으로 한 단체 또는 집단을 구성함으로써 즉시 성립·완성되는 즉시범이므로 범죄성립과 동시에 공소시효가 진행되고, 한편 범죄단체를 구성한 일시는 범죄사실을 특정하는 중요한 요건일 뿐만 아니라 범죄에 대한 공소시효가 완성되었는지 여부를 결정짓는 요소이므로, 피고인이 범죄단체의 구성원으로 활동한 사실이 인정된다 하더라도 공소장에 기재된 일시에 범죄단체를 구성한 사실이 인정되지 않는 한 공소장에 기재된 범죄의 일시가 아닌 어느 일시를 피고인이 범죄단체를 구성한 일시로 인정하여 유죄로 처벌하는 것은 허용될 수 없다 (대법원 1993. 6. 8. 선고 93도999 판결, 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도3857 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 내세운 증거에 의하여 피고인 3이 1997. 7.경 ○○파에 가입하였던 사실을 인정한 후, ○○파와 □□시장파가 통합되어 신□□시장파가 결성되었다고 볼 객관적인 증거가 없고, 설령 ○○파와 □□시장파가 통합되어 신□□시장파가 되었다고 하더라도 그것이 종전의 범죄단체와 별개의 새로운 범죄단체로 되었다고 볼 아무런 증거가 없으므로, 피고인 3이 2002. 2. 28. 출소 후 종전에 하던 조직생활을 계속한 것을 가리켜 새로 범죄단체에 가입한 것이라고 볼 수 없어 범죄사실의 증거가 없음을 이유로, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위반, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 소정의 범죄단체에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

라. 피고인 3에 대한 공소사실 중 2007. 5. 25.자 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동), 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기 등 상해)의 점에 대하여

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 검사가 제출한 증거가 원심 인정의 사정에 비추어 증거능력이 없어 범죄사실의 증거가 없음을 이유로, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

2. 피고인 1 및 국선변호인의 상고이유에 대하여

가. 피고인 1에 대한 공소사실 중 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 관한 채증법칙을 위반한 사실오인 주장에 대하여

피고인이 제1심판결에 대하여 양형부당과 함께 다른 항소이유를 내세워 항소하였다고 하더라도 그 후 원심판결 선고 전에 양형부당 이외의 항소이유를 철회한 경우에는 원심판결에 대하여 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다는 것을 상고이유로 삼을 수 없고(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도3244 판결 참조), 피고인이 양형부당만을 이유로 항소를 하였고 이에 대하여 항소심이 제1심판결을 직권으로 파기한 후 제1심과 같은 형을 선고한 사건에서 피고인은 항소심판결에 대한 법리오해나 사실오인의 점을 상고이유로 삼을 수 없다(대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결 참조).

피고인 1은 제1심판결에 대하여 항소하면서 그 항소이유로 양형부당과 함께 사실오인 등을 주장하였다가 2009. 1. 7. 원심 제2회 공판기일에서 양형부당 이외의 항소이유를 모두 철회하였는데, 이에 대하여 원심이 제1심판결을 직권으로 파기한 후 제1심과 같은 형을 선고한 이 사건에서 피고인 1은 원심판결에 대하여 법리오해나 사실오인의 점을 상고이유로 삼을 수 없다.

나. 양형부당 주장에 대하여

형사소송법 제383조 제4호의 규정에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인 1에게 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에 있어서는 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

3. 피고인 4 및 국선변호인의 상고이유에 대하여

피고인 4에게 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에 있어서는 형이 너무 무거워 부당하다는 주장은 형사소송법 제383조 제4호의 규정에 비추어 적법한 상고이유가 될 수 없고, 피고인 4가 종전에 다른 피고사건으로 선고받은 형의 집행유예기간을 경과할 때까지 이 사건 판결을 연기하여 달라는 주장도 적법한 상고이유가 될 수 없다.

4. 결론

그러므로 각 상고를 모두 기각하고, 피고인 1, 4에 대하여 각 상고 이후의 구금일수 중 일부를 본형에 산입하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장) 김영란(주심) 이흥훈 차한성