

폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동)·폭력행위등처벌에
관한법률위반(단체등의살인)[일부에대하여인정된죄명상해치사·폭력
행위등처벌에관한법률위반(단체등의집단·흥기등상해)]·살인미수·
폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의집단·흥기등상해)·폭력행위
등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)·폭력행위등처벌에관한법률
위반(공동폭행)·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동재물손괴등)·
폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등재물손괴등)·폭력행위등
처벌에관한법률위반(공동공갈)·재물손괴·폭행·폭력행위등처벌에관
한법률위반(공동상해)



[서울고법 2007. 12. 13. 2007노1826]

【판시사항】

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항에 규정된 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄의 죄수관계(=실체적 경합)

【판결요지】

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항에 범죄단체 가입행위와 범죄단체 활동행위가 함께 규정되어 있고 그 법정 형이 동일하다고 하더라도, 주관적 구성요건인 범의와 객관적 구성요건인 행위 내용에 있어서 명백히 구별되고, 범죄단체에 가입한 후 그 구성원으로 활동하는 것이 통상적이지만 범죄단체에 가입하고도 실제 활동에까지는 이르지 않은 경우도 전혀 없지 않은 만큼 범죄단체 활동행위를 범죄단체 가입행위의 필연적인 결과라고 볼 수도 없으며, 범죄단체 구성·가입 후 계속적으로 활동하는 경우를 별도로 처벌하려는 데 범죄단체 활동죄를 신설한 입법 취지가 있으므로, 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄는 포괄일죄의 관계가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 해석된다.

【참조조문】

형법 제37조, 제38조 제1항, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】

【검 사】 정택화

【변 호 인】 변호사 손윤하외 6인

【원심판결】 1. 수원지법 2007. 7. 27. 선고 2007고합105·158(병합)·159(병합)·178(병합) 판결 / 2. 수원지법 2007. 9. 3. 선고 2006고합647(분리), 2007고합15(병합) 판결 / 3. 수원지법 2007. 9. 21. 선고 2007고합309(분리) 판결 / 4. 수원지법 2007. 10. 12. 선고 2007고합309-2(분리) 판결 / 5. 수원지법 2007. 10. 15. 선고 2007고합296 판결 / 6. 수원지법 2007. 11. 9. 선고 2007고합420(분리) 판결

【주문】

】

원심 제1. 판결 중 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 15, 18에 대한 부분과 피고인 8, 9, 10, 11, 13, 14, 21에 대한 유죄 부분, 피고인 9에 대한 공소기각 부분, 원심 제2. 판결 중 피고인 3, 4, 5, 9, 21에 대한 부분, 원심 제3. 판결 중 피고인 14에 대한 부분, 원심 제4. 판결, 원심 제5. 판결 중 피고인 8에 대한 부분, 원심 제6. 판결을 각 파기한다.

피고인 1을 징역 13년에, 피고인 2를 징역 5년에, 피고인 3을 원심 제2. 판결의 판시 제3의 죄에 대하여 벌금 50만원에, 원심 제1. 판결의 판시 각 죄와 원심 제2. 판결의 판시 제8의 죄에 대하여 징역 9년에, 피고인 4를 원심 제2. 판결의 판시 각 죄에 대하여 징역 10월에, 원심 제1. 판결의 판시 각 죄에 대하여 징역 9년에, 피고인 5를 원심 제2. 판결의 판시 죄에 대하여 징역 10월에, 원심 제1. 판결의 판시 각 죄에 대하여 징역 6년에, 피고인 6을 징역 6년에, 피고인 7을 징역 8년에, 피고인 8을 징역 3년 6월에, 피고인 10, 11, 13, 14를 각 징역 2년 6월에, 피고인 15를 징역 5년에, 피고인 18을 징역 1년에, 피고인 21을 징역 3년에 각 처한다.

피고인 3이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인을 노역장에 유치한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 각 160일을 피고인 1, 13에 대한 위 각 형에, 각 159일을 피고인 6, 10에 대한 위 각 형에, 각 158일을 피고인 3에 대한 위 징역형과 피고인 4, 5에 대한 각 원심 제1. 판결의 판시 각 죄에 대한 위 각 형 및 피고인 7, 8에 대한 위 각 형에, 156일을 피고인 11에 대한 위 형에, 155일을 피고인 14에 대한 위 형에, 91일을 피고인 15에 대한 위 형에, 89일을 피고인 21에 대한 위 형에, 80일을 피고인 2에 대한 위 형에 각 산입한다.

다만, 이 판결확정일로부터 피고인 10, 14에 대하여는 각 4년 간, 피고인 18에 대하여는 2년 간 위 각 형의 집행을 유예한다.

원심 제1. 판결 중 피고인 9에 대한 유죄 부분과 공소기각 부분 및 원심 제2. 판결 중 피고인 9에 대한 부분을 수원지방법원 합의부에 환송한다.

검사의 피고인 12, 16, 17, 19, 20에 대한 항소를 각 기각한다.

【이유】

】 1. 심판의 범위

원심 제1. 판결은, " 피고인 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 21이 피고인 1 등과 공모하여 원심 제1. 판결의 범죄사실 제2항 기재와 같이 피해자인 공소외 1과 피고인 15의 온몸을 찢르고 때려, 남문파의 위력을 과시하거나 남문파의 존속·유지를 위하여 공소외 1로 하여금 그 시경 그곳에서 복부정맥파열로 인한 실혈로 사망하게 하여 살해하고, 피고인 15를 살해하려고 하였으나 약 8주간의 치료를 요하는 다발성 자상 등을 가하는데 그쳤다.

"는 취지의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)의 주위적 공소사실에 대하여, " 피고인 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 21이 사망의 결과에 대한 예견가능성을 넘어 그 사망의 결과가 발생할 위험을 용인하는 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어려우므로, 위 주위적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

"라고 하여 무죄라고 판단하면서, 예비적 공소사실인 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흉기 등 상해)죄를 유죄로 인정하여 주문에서 따로 무죄의 선고를 하지 아니하였다.

그런데 피고인 8, 9, 10, 11, 21만이 유죄 부분에 대하여 항소를 제기하였고, 위 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분은 검사가 항소를 제기하지 않았을 뿐만 아니라 이에 관하여 특별히 다투지도 아니하여 이미 당사자 간의 공격·방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서 제외되었고, 달리 직권으로 심리·판단할 사항도 보이지 아니한다.

그러므로 이 법원은 위 주위적 공소사실에 대한 무죄 취지의 부분에 관하여는 다시 심리·판단하지 아니하고, 나머지 부분에 대해서만 판단하기로 한다.

2. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인(피고인 1, 2, 7, 9, 11, 15, 21)

(가) 피고인 1, 2

피고인 1은 위급한 상황에 대비하기 위하여 칼을 소지하고 있었던 것인데, 일행인 피고인 2가 상대파 조직원으로부터 공격을 당하기에 이를 제압하기 위하여 칼로 피고인 15와 공소외 1의 하체 부분만을 집중적으로 찌르게 된 것이고, 피고인 1과 피고인 2는 원심 판시 범행 당시 피해자 피고인 15나 공소외 1을 살해할 의사가 없었다.

그런데도 원심은 피고인 1, 2가 피고인 3 등과 공모하여 피고인 1, 3 등이 살해의 고의로 칼로 피해자 피고인 15의 허벅지 등을 수차례 찌르고 피해자 공소외 1의 복부를 1회 찔러 피해자 공소외 1을 살해하고, 피해자 피고인 15를 살해하려 하였으나 미수에 그쳤다고 인정하여, 위 피고인들에 대한 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 살해의 고의에 관하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(나) 피고인 7

피고인 7은 다른 공범들과 피해자들을 폭행하기로 공모한 사실은 있으나, 일행인 피고인 1 등이 칼 등의 흉기를 사용하리라는 것은 전혀 예상하지 못하였고, 피고인 7이 역전파의 숙소에 들어갔을 때에는 이미 싸움이 종료된 후라 싸움에 가담하지도 않았으므로, 피고인 7은 원심 판시 범행 당시 피해자 피고인 15나 공소외 1을 살해할 의사가 없었다.

그런데도 원심은 피고인 7이 피고인 1 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 살해하고, 피해자 피고인 15를 살해하려 하였으나 미수에 그쳤다고 인정하여, 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 살해의 고의에 관하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(다) 피고인 9

피고인 9는 도청 후문으로 오라는 선배들의 지시를 받고 구체적인 사정을 모른 채 범행 현장 부근인 도청 후문 근처에서 기다리고 있었던 사실은 있지만, 다른 피고인들과 범행을 공모한 적도 없고, 범행에 가담한 사실도 없다.

그런데도 원심은 피고인 9가 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흥기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(라) 피고인 11

피고인 11은 범행이 종료된 후에 범행현장에 도착한 것이므로, 다른 피고인들과 범행을 공모한 적도 없고, 범행에 가담한 사실도 없다.

그런데도 원심은 피고인 11이 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흥기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(마) 피고인 15

① 피고인 15는 남문파 조직원들이 방문을 걸어차고 들어오기에 피고인 1과 피고인 2를 밀치고 밖으로 나가려다 남문파 조직원들이 휘두른 야구방망이에 머리를 맞고 허벅지 등을 칼에 찔린 사실이 있을 뿐이지, 칼을 들고 남문파 조직원을 선제공격한 사실이 없다.

그런데도 원심은 피고인 15가 피해자 피고인 2를 살해하려 하였으나 미수에 그치고, 피해자 피고인 1, 3에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 살인미수죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흥기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

② 피고인 15는 피해자인 피고인 8, 13, 14를 찾아 공소외 2, 공소외 3에게 데려간 사실은 있지만, 공소외 2, 공소외 3와 함께 위 피해자들을 때려 다치게 한 사실이 없다.

그런데도 원심은 피고인 15가 공소외 2, 공소외 3와 공모공동하여 위 피해자들에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동상해)죄로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(바) 피고인 21

피고인 21은 구체적인 사정을 모른 채 역전파의 숙소 대문 밖에서 대기하고 있었을 뿐이고 다른 피고인들과 범행을 공모한 적이 없고, 범행에 가담한 사실이 없으며, 피해자가 사망할 것을 예견할 수도 없었다.

그런데도 원심은 피고인 21이 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흉기 등 상해)죄로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 정당방위 또는 과잉방위(피고인 15)

피고인 15는 남문파 조직원들의 습격을 피하여 탈출하려다 남문파 조직원들로부터 야구방망이나 칼로 공격을 당하게 되자 생명의 위협을 느껴 자신을 방어하기 위하여 대항한 것이므로, 피고인 15의 이 사건 범행은 정당방위 또는 과잉방위에 해당함에도, 원심은 이를 간과한 위법이 있다.

(3) 심신장애(피고인 1, 4, 5)

피고인 1, 4, 5는 이 사건 범행 당시 평소 주량보다 많은 술을 마신 탓에 만취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 상태에서 이 사건 범행을 저지른 것임에도, 원심은 이를 고려하지 아니하였으니, 원심판결에는 이 점에 관하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(4) 양형부당(피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 21)

원심 제1. 판결이 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 21에게 선고한 각 형, 원심 제2. 판결이 피고인 3, 4, 5, 9, 21에게 선고한 각 형, 원심 제3. 판결이 피고인 14에게 선고한 형, 원심 제4. 판결이 피고인 13에게 선고한 형, 원심 제6. 판결이 피고인 15에게 선고한 형은 각 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 법리오해

범죄단체 구성 및 가입죄는 판례상 즉시범으로 의율되어 왔는데, 범죄단체 활동죄는 범죄단체의 구성 또는 가입 후에 비로소 성립하는 범죄이고, 가입행위와 활동행위 사이에는 사회에 대한 위험성의 측면에서 현저한 차이가 있을 뿐만 아니라, 사람에 따라서는 범죄단체에 가입하더라도 그 후 범죄단체의 구성원으로 활동하지 않는 경우도 있을 수 있어 범죄단체 활동행위가 범죄단체 구성·가입행위에 필연적으로 수반되는 불가분적 결과라고 평가할 수 없고, 범죄단체 활동행위를 범죄단체 구성·가입행위와 다른 별개의 행위로 규정하고 있는 법의 규정형식이나, 범죄단체 구성·가입 후 계속적으로 활동하는 경우를 처벌할 수 있도록 하기 위하여 범죄단체 활동죄를 신설한 입법 취지 등에 비추어 볼 때에도 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄는 실체적 경합범의 관계에 있다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다고 보아, 피고인 9에 대하여 이미 범죄단체인 남문파의 가입으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 관하여 공소가 제기가 된 후에, 다시 피고인 9에 대하여 기소된 원심판시 범죄사실 제2항 기재와 같은 내용의 남문파 구성원으로서의 활동으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 관한 공소는 이중기소에 해당한다고 하여 공소를 기각하였으니, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 양형부당

원심 제1. 판결이 피고인들에게 선고한 각 형, 원심 제5. 판결이 피고인 8에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

3. 판 단

가. 피고인들의 사실오인 주장에 대하여

(1) 피고인 1, 2, 7의 주장에 관한 판단

살인죄에 있어서 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 말미암아 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬 만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고, 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의로도 인정되는 것이다(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결 참조).

또, 어느 범죄에 2인 이상이 공동가공하는 경우, 공모는 법률상 어떠한 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 그 공모는 반드시 사전에 이루어진 것만을 필요로 하는 것이 아니고 범죄현장에서 암묵리에 의사가 상통하여 의사의 결합이 이루어지는 경우에도 성립하며, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사책임을 지는 것이다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결 등 참조).

그런데 위 피고인들의 당심법정에서의 각 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 위 피고인들은 피고인 3, 4, 5, 6, 7과 함께 상대편 역전파 조직원들에게 보복을 하기 위하여 각자 생선회칼과 야구방망이 등을 소지한 채 역전파 숙소가 있는 대문 안으로 들어간 후 피고인 1, 2, 3, 4, 7은 현관 안으로 들어가고, 피고인 5, 6은 현관 밖에서 대기하고 있었던 사실, 현관 안으로 들어간 위 피고인들이 역전파 조직원들을 찾기 위해 거실 및 방을 수색하였으나 잠겨져 있는 안방 문을 제외하고 역전파 조직원들을 찾지 못하였고, 이에 피고인 2가 안방 문을 열기 위하여 야구방망이로 안방 문을 내리치며 발로 걷어차자 피고인 15와 공소외 1이 문을 열고 나오면서 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등을 칼로 찌른 사실, 이에 거실 안에 있던 피고인 1, 3, 4, 7은 각자 가지고 있던 생선회칼과 야구방망이로 피고인 15, 공소외 1, 피고인 16, 17을 칼로 찌르고 야구방망이로 때린 사실, 현관 밖에서 대기하고 있던 피고인 5, 6은 숙소 안의 상황이 위와 같이 진행되자 피고인 5는 소지하고 있던 야구방망이를 들고 숙소 안으로 뛰어 들어가 피고인 16 등을 때렸고, 피고인 6 또한 소지하고 있던 야구방망이를 들고 숙소 안으로 들어가려 하였으나 현관 문턱에서 마침 도망쳐 나오는 피고인 17과 마주치게 되자 피고인 17을 발로 차고 쫓아가면서 야구방망이로 때린 사실, 위와 같은 공격으로 공소외 1은 가슴과 다리 등 4군데 이상을 칼에 찔려 복부정맥파열로 현장에서 사망하였고, 피고인 15는 가슴과 등, 허벅지 등 10군데 이상을 칼에 찔려 횡경막이 파열되고 신장이 손상되는 등 전치 8주의 중상을 입은 사실 등이 인정되는바, 이 사건과 같이 범죄조직 간 알력으로 인한 보복 폭행

에 있어서 칼과 야구방망이 등을 소지하고 상대 조직의 숙소를 급습하였다가 상대조직원들의 공격이나 상대조직원들이 쉽게 제압당하지 아니하여 상호 간에 칼 등을 사용하여 폭력을 행사할 경우 그 과정에서 사람이 죽을 수 있다는 것은 쉽게 예견할 수 있는 것이고, 이 사건에서 위 피고인들이 준비한 흉기의 종류와 공격의 방법, 공격이 이루어진 경위, 피해의 부위와 정도 등을 종합하여 보면, 피고인 1, 2, 7은 위와 같이 흉기를 소지하고 급습할 때부터 이미 자신들의 행위로 인하여 피해자들의 사망이라는 결과를 발생시킬 수 있다는 가능성을 인식하거나 예견하고 사망의 결과를 용인한 것으로 보이고, 또한 위 피고인들은 다른 공범들과 사이에 역전파 조직원에게 보복을 가하기 위하여 칼 등의 흉기를 소지하고 들어간 후 공소외 1, 피고인 15 등을 칼로 찌르고 야구방망이로 폭행하는 과정에서 암묵적으로 서로 의사가 상통하여 의사의 결합이 있었다고 보이므로, 설령 피고인 2, 7이 공소외 1, 피고인 15를 칼로 찌르거나 야구방망이로 때리는 행위에 직접 가담하지 않았다고 하더라도 위 살인 및 살인미수의 범행에 대하여 역시 공동정범으로서의 형사책임을 져야 한다.

따라서 위 피고인들의 사실오인 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 9, 11, 21의 주장에 관한 판단

결과적 가중범의 공동정범은 기본행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고, 행위자가 그 결과를 공동으로 할 의사가 있었다거나 그 결과를 의도할 필요는 없으며 그 결과의 발생을 예견할 수 있으면 족하다.

그런데 위 피고인들의 당심법정에서의 각 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 위 피고인들을 포함한 남문파 조직원 15명은 불특정 역전파 조직원들을 상해하기로 결의하고 생선회칼과 야구방망이 등의 흉기를 소지하고 역전파 숙소를 찾아간 사실, 위 피고인들은 이 사건 범행에 가담한 다른 조직원들과 역할을 분담하여 역전파 숙소의 대문 밖이나 차량 안에서 대기하고 있었던 사실을 각 인정할 수 있고, 범죄조직간 알력으로 인한 보복 폭행에 있어서 칼과 야구방망이 등을 소지하고 상대 조직의 숙소를 급습하였다가 상대조직원들이 쉽게 제압당하지 아니하여 상호간에 칼 등을 사용하여 폭력을 행사할 경우 사람이 죽을 수도 있다는 것은 쉽게 예견할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 피고인들은 적어도 상해를 공동으로 할 의사가 있었고 사망의 결과를 예상할 수 있었다고 판단된다.

따라서 위 피고인들의 사실오인 주장은 이유 없다.

(3) 피고인 15의 주장에 관한 판단

(가) 위 피고인의 당심법정에서의 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 피고인 1 등 남문파 조직원들이 역전파 숙소의 안방 문을 발로 걷어차자, 피고인 15가 안방 문을 열고 나가면서 칼로 피해자 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등 전신을 수차례 찔러 살해하려고 하였으나 약 8주간의 치료를 요하는 다발성 자상 등을 가한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 이와 같은 사정을 종합하여 보면, 원심 판시 범행 당시 피고인 15에게 적어도 자신의 행위로 말미암아 피해자 피고인 2가 죽을 수도 있다는 가능성 또는 위험에 대한 인식이나 예견 즉, 살인의 미필적 고의는 있었다고 인정된다.

또, 위 각 증거들에 의하면, 공소외 1, 피고인 16 등은 피고인 15와 함께 남문파 조직원들에게 대항하는 과정에서 공소외 1은 생선회칼을 마구 휘두르고, 피고인 16은 소주병을 던지는 등의 행위를 하여 피고인 1에게 치료기간 불상의 두부 좌상 등을, 피고인 3에게 치료기간 불상의 좌수 자상을 가한 사실을 인정할 수 있고, 피고인 15는 공소외

1, 피고인 16과 사이에 피고인 1, 3 등을 칼로 찌르고 병을 던지는 등의 방법으로 폭행하는 과정에서 암묵적으로 서로 의사가 상통하여 의사의 결합이 있었다고 보이므로, 피고인 15는 공소외 1, 피고인 16 등이 피고인 1, 3에게 가한 상해에 대하여도 책임이 있다.

(나) 또, 위 피고인의 당심법정에서의 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 피해자인 피고인 8, 13, 14가 '역전파'를 탈퇴하여 경쟁 폭력조직인 '남문파'에 가입하자, 위 피고인은 공소외 2, 공소외 3 등과 이를 응징하기로 공모한 후, 위 피고인 등은 2007. 2. 15. 01:00경 수원시 팔달구 인계동에 있는 유흥가에서 피해자들을 찾아, 같은 날 02:20경 같은 구 매산로에 있는 (상호 생략)나이트클럽 주차장으로 피해자들을 데리고 온 다음, 공소외 3는 피해자들에게 "니네들 이제 남문파 조직원이나"라고 말하며 주먹과 발로 피해자들의 온몸을 때리고 걷어차고, 공소외 2 및 위 피고인은 그 옆에서 피해자들이 도망을 가지 못하도록 지키고 서 있고, 계속하여 공소외 2, 공소외 3는 다시 그 옆에 있는 (상호 생략)나이트클럽 화장실로 자리를 옮겨 주먹과 발로 피해자들의 온몸을 때리고 걷어찬 다음, 다시 수원시 권선구 서둔동 야산으로 피해자들을 데리고 가, 공소외 2는 위험한 물건인 목검으로, 공소외 3는 위험한 물건인 야구방망이로 각자 피해자들의 온몸을 때려 피해자들에게 각 치료기간 불상의 전신타박상 등을 가한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(다) 따라서 피고인 15의 사실오인 주장도 이유 없다.

나. 피고인 15의 정당방위 또는 과잉방위 주장에 대하여

정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 하고, 정당방위의 성립요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함되나, 그 방어행위는 자기 또는 타인의 법익침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 할 것인데(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도5154 판결 등 참조), 앞서 인정한 사실과 기록에 나타난 바에 의하면, 피고인 15 등은 공소외 4로부터 남문파 조직원들의 습격사실을 들었거나 또는 피고인 17이 남문파 조직원들이 오는 것을 목격하는 등으로 인하여 남문파 조직원들의 습격사실을 알았을 때 바로 도피하거나 수사기관에 신고하는 등의 적절한 조치를 취할 수 있었던 것으로 보이고, 적어도 역전파 숙소의 현관 문 밖에서 남문파 조직원이 피고인 15의 이름을 불렀을 때에라도 문을 닫은 상태에서 대화를 하는 등으로 사건이 커지는 것을 막을 수 있었을 것임에도 아무런 대답도 없이 안방 문 안에서 칼 등을 들고 대기하고 있다가, 피고인 1 등 남문파 조직원들이 역전파 숙소의 안방 문을 발로 걷어차자, 피고인 15는 방을 열고 나가자마자 다짜고짜 먼저 칼로 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등 전신을 수차례 찌르고, 공소외 1은 그곳에 있는 남문파 조직원들을 향해 위 생선회칼을 마구 휘두르고, 피고인 16은 소주병을 던지는 등의 행위를 한 점, 그 밖에 이 사건에서 피해자들이 피고인 15에게 한 가해의 수단 및 정도, 그에 비교되는 위 피고인의 행위의 수단, 방법과 행위의 결과에 비추어 볼 때, 비록 수적으로 우세한 남문파 조직원들이 위 피고인 등이 있는 숙소로 기습을 해온 것이라고 하더라도, 위 피고인의 행위는 피해자들의 위 피고인에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하거나 그러한 침해를 예방하기 위한 행위로 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

또한, 이 사건에서의 위 피고인의 행위는 방위행위가 그 정도를 초과한 때에 해당하거나 정도를 초과한 방어행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에 해당한다고 볼 수도 없다. 그러므로 피고인 15의 정당방위 또는 과잉방위 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1, 4, 5의 심신장애 주장에 대하여

원심이 적법하게 조사·채택한 증거들을 종합하여 보면, 위 피고인들이 이 사건 범행 당시 술을 마신 사실은 인정되나, 이 사건 범행의 경위와 과정, 수단과 방법, 범행을 전후한 위 피고인들의 행동 등에 비추어 볼 때, 위 피고인들이 술에 취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 상태는 아니었다고 인정되므로, 위 피고인들의 심신장애 주장은 이유 없다.

라. 검사의 법리오해 주장에 대하여

피고인 9에 대한 공소사실 중 범죄단체 활동의 점의 요지는, "피고인은 남문파가 폭력행위등 처벌에 관한 법률에 규정된 여러 범죄를 목적으로 구성된 단체임을 알면서도 원심 제1. 판결의 범죄사실 제2항 기재와 같이 범죄단체인 남문파 조직원으로 활동하였다"라고 함에 있다.

원심은, 이 부분 공소사실에 대하여, " 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항의 개정 경위와 위 조항의 규정 형식, 특히 범죄단체 또는 집단(이하 '범죄단체 등'이라 한다)의 구성원으로서의 활동은 범죄단체 등에 가입하는 것을 전제로 한 것으로서 범죄단체 등의 가입이 없는 범죄단체 등 구성원으로서의 활동은 예상하기 어려운 점, 범죄단체 등의 구성원으로서의 활동의 불법성은 범죄단체 등에 가입한 경우의 불법성을 포함하고 있는 것으로 보이는 점, 위 조항이 수괴, 간부, 기타 구성원 등 범죄단체 등 내에서의 직위에 따라 법정형을 달리 규정하고 있을 뿐 가입의 죄와 활동의 죄에 대하여 따로 법정형을 두고 있지 아니한 점, 이와 유사한 규정형식을 취하고 있던 구 국가보안법의 경우 반국가단체에 가입하고 그 후 지도적 임무에 종사한 경우에 있어서 이를 포괄하여 일죄로 처단하였던 점(대법원 1961. 10. 5. 선고 4294형상356 판결, 대법원 1980. 12. 23. 선고 80도2570 판결 등 참조) 등에 비추어 보면, 범죄단체 등에 가입하여 그 구성원으로 활동하는 행위는 포괄하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항의 일죄가 성립하고 활동 당시의 범죄단체 등 내에서의 직위에 따라 처벌된다고 봄이 상당하다.

그런데 피고인 9에 대하여 2006. 12. 28. 범죄단체인 남문파 가입으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반(단체 등의 구성·활동)죄로 공소가 제기되어 수원지방법원 2006고합647호로 재판이 계속 중인 사실은 이 법원에 현저하므로, 남문파 구성원으로서의 활동을 공소사실로 하여 2007. 3. 16.에 제기된 이 부분 공소는 이중기소에 해당한다"라고 하면서 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제327조 제3호에 의하여 공소를 기각한다고 판결하였다.

무릇 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 또는 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하지만, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법 및 장소가 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도3172 판결 등 참조).

그런데 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항에서 범죄단체 가입행위와 범죄단체 활동행위가 같은 조항에 함께 규정되어 있고, 그 법정형이 동일하다고 하더라도, 주관적 구성요건인 범의와 객관적 구성요건인 행위 내용에 있어서 명백히 구별되고, 범죄단체에 가입하는 경우에는 그 이후 그 범죄단체의 구성원으로 활동하는 것이 통상적이기는 하나 범죄단체에 가입하고도 실제 활동에까지는 이르지 않은 경우도 전혀 없지 않은 만큼 범죄단체 활동행위를 범죄단체 가입행위의 필연적인 결과라고 볼 수도 없으며, 범죄단체 구성·가입 후 계속적으로 활동하는 경우를 별도로 처벌할 수 있도록 하기 위하여 범죄단체 활동죄를 신설한 입법 취지 등에 비추어 볼 때에 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄는 포괄일죄의 관계가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보아야 한다.

한편, 원심은 반국가단체에 가입하고 그 후 지도적 임무에 종사한 경우에 있어서 이를 포괄하여 일죄로 처단하여야 한다는 판례를 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다는 점에 대한 논거로 들고 있으나, 위 판례는 규정 형식과 입법 취지를 달리하는 범죄단체 구성·가입행위와 범죄단체 활동행위의 관계에 관하여 논함에 있어 인용될 것은 아니다.

그렇다면 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다고 보아 피고인 9에 대한 공소사실 중 범죄단체 활동의 점에 대하여 이중기소를 이유로 공소를 기각한 원심 제1. 판결은 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 한편 원심 제1. 판결 중 피고인 9에 대하여 유죄로 인정한 나머지 부분과 위 공소기각 부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 결국 원심 제1. 판결 중 피고인 9에 대한 유죄 부분과 공소기각 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

마. 피고인들 및 검사의 양형부당 주장에 대하여

(1) 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11의 양형부당 주장과 검사의 위 피고인들에 대한 양형부당 주장에 관한 판단
위 피고인들은 범죄단체인 남문파의 구성원으로 활동하면서 그 조직의 유지·확대를 위하여 상대편 역전파 조직을 공격하여 상대편 조직원 1명이 사망하고, 3명이 중상을 입게 한 범행을 저지른 것으로 그 범행의 수단과 방법에 비추어 죄질이 나쁘고, 결과도 매우 중하나, 피고인 15가 먼저 칼로 피고인 2를 찌르는 등 상대편 역전파 조직원들의 공격에 순간적으로 흥분한 나머지 이 사건 범행을 저지르게 되었고, 그 과정에서 피고인 1, 2도 상대편 조직원에게 공격당하여 특히 피고인 2는 큰 상해를 입은 점, 피해자 공소외 1을 포함하여 피해자 일부와 합의가 이루어진 점, 피고인 10은 소년이고, 초범이며, 범행 후 잘못을 깊이 뉘우치고 있으며, 나머지 위 피고인들도 아직 20대 초반으로 정신적으로 완전히 성숙한 상태에 이르렀다고 보기 어려우며, 잘못을 뉘우치고 있는 점, 피고인 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11은 수사기관에 자수한 점, 그 밖에 이 사건 범행의 동기와 경위, 피해자들과의 관계, 위 피고인들의 성행, 가족관계 등 이 사건에 나타난 형법 제51조의 양형조건을 종합하여 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다고 판단된다.

(2) 검사의 피고인 18에 대한 양형부당 주장에 관한 판단

피고인 18은 이미 여러 차례 폭력행위 등으로 처벌을 받은 전력이 있고, 이 사건 범행 당시 집행유예 기간 중에 있었음에도 다시 이 사건 범행을 저지른 점, 그 밖에 위 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경 등을 비롯하여 형법 제51조의 양형조건에 비추어 볼 때, 비록 위 피고인이 피해자들과 합의를 한 점을 참작하더라도, 원심이 위 피고인에게 선고

한 형은 너무 가벼워서 부당하다고 판단된다.

(3) 검사의 피고인 12, 16, 17, 19, 20에 대한 양형부당 주장에 관한 판단

피고인 12, 16, 20은 모두 전과가 없고, 피고인 19는 피해자들 모두와 합의한 점, 위 피고인들이 잘못을 반성하고 있는 점, 그 밖에 위 피고인들의 연령, 성행, 가족관계 등 이 사건에 나타난 형법 제51조의 양형조건을 종합하여 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형은 적정하고 너무 가벼워서 부당하다고 인정되지는 않는다.

바. 직권판단(피고인 3, 8, 9, 13, 14, 15, 21)

당심에서 피고인 3, 9, 21에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2121호 사건을, 피고인 8에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2455호 사건을, 피고인 13, 14에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2430호 사건을, 피고인 15에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2685 사건을 각 병합하였고, 위 각 사건의 각 범행들은 그 전부 또는 일부가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항의 예에 의하여 1개의 형으로 처벌하여야 하므로, 피고인 3, 8, 13, 14, 15, 21에 대한 원심판결들 및 피고인 9에 대한 제2. 원심판결은 이 점에서 모두 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

4. 결 론

그러므로 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11의 양형부당 주장과 검사의 피고인 9에 대한 법리오해 주장 및 피고인 18에 대한 양형부당 주장은 각 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 위 피고인들에 대한 해당 원심판결 부분을 각 파기하고, 피고인 3, 8, 9, 13, 14, 15, 21에 대하여는 직권 파기 사유(다만, 피고인 3, 9의 경우에는 일부 직권 파기 사유)가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 따라 위 피고인들에 대한 해당 원심판결 부분을 각 파기하되, 원심판결 중 피고인 9에 대한 공소기각 부분은 검사의 법리오해에 관한 항소이유를 받아들여 공소기각의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 파기하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제366조에 의하여 이 부분을 원심법원에 환송하여야 하나, 당심에서 파기된 나머지 원심판결 부분도 위와 같이 환송될 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어서 원심에서 하나의 형을 선고하여야 하므로 원심법원에 함께 환송하기로 하고, 파기되는 사건의 나머지 피고인들에 대하여는 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결하며, 검사의 피고인 12, 16, 17, 19, 20에 대한 항소는 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여(다만, 검사의 피고인 17에 대한 항소는 항소이유 없음이 명백한 때에 해당하므로, 형사소송법 제364조 제5항에 따라 항소장, 항소이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론없이 판결로써 항소를 기각한다.

), 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 심판의 범위

원심 제1. 판결은, " 피고인 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 21이 피고인 1 등과 공모하여 원심 제1. 판결의 범죄사실 제2항 기재와 같이 피해자인 공소외 1과 피고인 15의 온몸을 찌르고 때려, 남문파의 위력을 과시하거나 남문파의 존속·유지를 위하여 공소외 1로 하여금 그 시경 그곳에서 복부정맥파열로 인한 실혈로 사망하게 하여 살해하고, 피

고인 15를 살해하려고 하였으나 약 8주간의 치료를 요하는 다발성 자상 등을 가하는데 그쳤다.

"는 취지의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)의 주위적 공소사실에 대하여, " 피고인 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 21이 사망의 결과에 대한 예견가능성을 넘어 그 사망의 결과가 발생할 위험을 용인하는 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어려우므로, 위 주위적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

"라고 하여 무죄라고 판단하면서, 예비적 공소사실인 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흥기 등 상해)죄를 유죄로 인정하여 주문에서 따로 무죄의 선고를 하지 아니하였다.

그런데 피고인 8, 9, 10, 11, 21만이 유죄 부분에 대하여 항소를 제기하였고, 위 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분은 검사가 항소를 제기하지 않았을 뿐만 아니라 이에 관하여 특별히 다투지도 아니하여 이미 당사자 간의 공격·방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서 제외되었고, 달리 직권으로 심리·판단할 사항도 보이지 아니한다.

그러므로 이 법원은 위 주위적 공소사실에 대한 무죄 취지의 부분에 관하여는 다시 심리·판단하지 아니하고, 나머지 부분에 대해서만 판단하기로 한다.

2. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인(피고인 1, 2, 7, 9, 11, 15, 21)

(가) 피고인 1, 2

피고인 1은 위급한 상황에 대비하기 위하여 칼을 소지하고 있었던 것인데, 일행인 피고인 2가 상대파 조직원으로부터 공격을 당하기에 이를 제압하기 위하여 칼로 피고인 15와 공소외 1의 하체 부분만을 집중적으로 찌르게 된 것이고, 피고인 1과 피고인 2는 원심 판시 범행 당시 피해자 피고인 15나 공소외 1을 살해할 의사가 없었다.

그런데도 원심은 피고인 1, 2가 피고인 3 등과 공모하여 피고인 1, 3 등이 살해의 고의로 칼로 피해자 피고인 15의 허벅지 등을 수차례 찌르고 피해자 공소외 1의 복부를 1회 찔러 피해자 공소외 1을 살해하고, 피해자 피고인 15를 살해하려 하였으나 미수에 그쳤다고 인정하여, 위 피고인들에 대한 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 살해의 고의에 관하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(나) 피고인 7

피고인 7은 다른 공범들과 피해자들을 폭행하기로 공모한 사실은 있으나, 일행인 피고인 1 등이 칼 등의 흉기를 사용하리라는 것은 전혀 예상하지 못하였고, 피고인 7이 역전파의 숙소에 들어갔을 때에는 이미 싸움이 종료된 후라 싸움에 가담하지도 않았으므로, 피고인 7은 원심 판시 범행 당시 피해자 피고인 15나 공소외 1을 살해할 의사가 없었다.

그런데도 원심은 피고인 7이 피고인 1 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 살해하고, 피해자 피고인 15를 살해하려 하였으나 미수에 그쳤다고 인정하여, 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)죄 등으

로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 살해의 고의에 관하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(다) 피고인 9

피고인 9는 도청 후문으로 오라는 선배들의 지시를 받고 구체적인 사정을 모른 채 범행 현장 부근인 도청 후문 근처에서 기다리고 있었던 사실은 있지만, 다른 피고인들과 범행을 공모한 적도 없고, 범행에 가담한 사실도 없다.

그런데도 원심은 피고인 9가 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흥기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(라) 피고인 11

피고인 11은 범행이 종료된 후에 범행현장에 도착한 것이므로, 다른 피고인들과 범행을 공모한 적도 없고, 범행에 가담한 사실도 없다.

그런데도 원심은 피고인 11이 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흥기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(마) 피고인 15

① 피고인 15는 남문파 조직원들이 방문을 걸어차고 들어오기에 피고인 1과 피고인 2를 밀치고 밖으로 나가려다 남문파 조직원들이 휘두른 야구방망이에 머리를 맞고 허벅지 등을 칼에 찔린 사실이 있을 뿐이지, 칼을 들고 남문파 조직원을 선제공격한 사실이 없다.

그런데도 원심은 피고인 15가 피해자 피고인 2를 살해하려 하였으나 미수에 그치고, 피해자 피고인 1, 3에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 살인미수죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흥기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

② 피고인 15는 피해자인 피고인 8, 13, 14를 찾아 공소외 2, 공소외 3에게 데려간 사실은 있지만, 공소외 2, 공소외 3와 함께 위 피해자들을 때려 다치게 한 사실이 없다.

그런데도 원심은 피고인 15가 공소외 2, 공소외 3와 공모공동하여 위 피해자들에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동상해)죄로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(바) 피고인 21

피고인 21은 구체적인 사정을 모른 채 역전파의 숙소 대문 밖에서 대기하고 있었을 뿐이고 다른 피고인들과 범행을 공모한 적이 없고, 범행에 가담한 사실이 없으며, 피해자가 사망할 것을 예견할 수도 없었다.

그런데도 원심은 피고인 21이 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흉기 등 상해)죄로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 정당방위 또는 과잉방위(피고인 15)

피고인 15는 남문파 조직원들의 습격을 피하여 탈출하려다 남문파 조직원들로부터 야구방망이나 칼로 공격을 당하게 되자 생명의 위협을 느껴 자신을 방어하기 위하여 대항한 것이므로, 피고인 15의 이 사건 범행은 정당방위 또는 과잉방위에 해당함에도, 원심은 이를 간과한 위법이 있다.

(3) 심신장애(피고인 1, 4, 5)

피고인 1, 4, 5는 이 사건 범행 당시 평소 주량보다 많은 술을 마신 탓에 만취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 상태에서 이 사건 범행을 저지른 것임에도, 원심은 이를 고려하지 아니하였으니, 원심판결에는 이 점에 관하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(4) 양형부당(피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 21)

원심 제1. 판결이 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 21에게 선고한 각 형, 원심 제2. 판결이 피고인 3, 4, 5, 9, 21에게 선고한 각 형, 원심 제3. 판결이 피고인 14에게 선고한 형, 원심 제4. 판결이 피고인 13에게 선고한 형, 원심 제6. 판결이 피고인 15에게 선고한 형은 각 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 법리오해

범죄단체 구성 및 가입죄는 판례상 즉시범으로 의율되어 왔는데, 범죄단체 활동죄는 범죄단체의 구성 또는 가입 후에 비로소 성립하는 범죄이고, 가입행위와 활동행위 사이에는 사회에 대한 위험성의 측면에서 현저한 차이가 있을 뿐만 아니라, 사람에 따라서는 범죄단체에 가입하더라도 그 후 범죄단체의 구성원으로 활동하지 않는 경우도 있을 수 있어 범죄단체 활동행위가 범죄단체 구성·가입행위에 필연적으로 수반되는 불가분적 결과라고 평가할 수 없고, 범죄단체 활동행위를 범죄단체 구성·가입행위와 다른 별개의 행위로 규정하고 있는 법의 규정형식이나, 범죄단체 구성·가입 후 계속적으로 활동하는 경우를 처벌할 수 있도록 하기 위하여 범죄단체 활동죄를 신설한 입법 취지 등에 비추어 볼 때에도 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄는 실체적 경합범의 관계에 있다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다고 보아, 피고인 9에 대하여 이미 범죄단체인 남문파의 가입으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 관하여 공소가 제기가 된 후에, 다시 피고인 9에 대하여 기소된 원심판시 범죄사실 제2항 기재와 같은 내용의 남문파 구성원으로서의 활동으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 관한 공소는 이중기소에 해당한다고 하여 공소를 기각하였으니, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 양형부당

원심 제1. 판결이 피고인들에게 선고한 각 형, 원심 제5. 판결이 피고인 8에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

3. 판 단

가. 피고인들의 사실오인 주장에 대하여

(1) 피고인 1, 2, 7의 주장에 관한 판단

살인죄에 있어서 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 말미암아 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬 만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고, 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의로도 인정되는 것이다(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결 참조).

또, 어느 범죄에 2인 이상이 공동가공하는 경우, 공모는 법률상 어떠한 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 그 공모는 반드시 사전에 이루어진 것만을 필요로 하는 것이 아니고 범죄현장에서 암묵리에 의사가 상통하여 의사의 결합이 이루어지는 경우에도 성립하며, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사책임을 지는 것이다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결 등 참조).

그런데 위 피고인들의 당심법정에서의 각 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 위 피고인들은 피고인 3, 4, 5, 6, 7과 함께 상대편 역전파 조직원들에게 보복을 하기 위하여 각자 생선회칼과 야구방망이 등을 소지한 채 역전파 숙소가 있는 대문 안으로 들어간 후 피고인 1, 2, 3, 4, 7은 현관 안으로 들어가고, 피고인 5, 6은 현관 밖에서 대기하고 있었던 사실, 현관 안으로 들어간 위 피고인들이 역전파 조직원들을 찾기 위해 거실 및 방을 수색하였으나 잠겨져 있는 안방 문을 제외하고 역전파 조직원들을 찾지 못하였고, 이에 피고인 2가 안방 문을 열기 위하여 야구방망이로 안방 문을 내리치며 발로 걷어차자 피고인 15와 공소외 1이 문을 열고 나오면서 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등을 칼로 찌른 사실, 이에 거실 안에 있던 피고인 1, 3, 4, 7은 각자 가지고 있던 생선회칼과 야구방망이로 피고인 15, 공소외 1, 피고인 16, 17을 칼로 찌르고 야구방망이로 때린 사실, 현관 밖에서 대기하고 있던 피고인 5, 6은 숙소 안의 상황이 위와 같이 진행되자 피고인 5는 소지하고 있던 야구방망이를 들고 숙소 안으로 뛰어 들어가 피고인 16 등을 때렸고, 피고인 6 또한 소지하고 있던 야구방망이를 들고 숙소 안으로 들어가려 하였으나 현관 문턱에서 마침 도망쳐 나오는 피고인 17과 마주치게 되자 피고인 17을 발로 차고 쫓아가면서 야구방망이로 때린 사실, 위와 같은 공격으로 공소외 1은 가슴과 다리 등 4군데 이상을 칼에 찔려 복부정맥파열로 현장에서 사망하였고, 피고인 15는 가슴과 등, 허벅지 등 10군데 이상을 칼에 찔려 횡경막이 파열되고 신장이 손상되는 등 전치 8주의 중상을 입은 사실 등이 인정되는바, 이 사건과 같이 범죄조직 간 알력으로 인한 보복 폭행

에 있어서 칼과 야구방망이 등을 소지하고 상대 조직의 숙소를 급습하였다가 상대조직원들의 공격이나 상대조직원들이 쉽게 제압당하지 아니하여 상호 간에 칼 등을 사용하여 폭력을 행사할 경우 그 과정에서 사람이 죽을 수 있다는 것은 쉽게 예견할 수 있는 것이고, 이 사건에서 위 피고인들이 준비한 흉기의 종류와 공격의 방법, 공격이 이루어진 경위, 피해의 부위와 정도 등을 종합하여 보면, 피고인 1, 2, 7은 위와 같이 흉기를 소지하고 급습할 때부터 이미 자신들의 행위로 인하여 피해자들의 사망이라는 결과를 발생시킬 수 있다는 가능성을 인식하거나 예견하고 사망의 결과를 용인한 것으로 보이고, 또한 위 피고인들은 다른 공범들과 사이에 역전파 조직원에게 보복을 가하기 위하여 칼 등의 흉기를 소지하고 들어간 후 공소외 1, 피고인 15 등을 칼로 찌르고 야구방망이로 폭행하는 과정에서 암묵적으로 서로 의사가 상통하여 의사의 결합이 있었다고 보이므로, 설령 피고인 2, 7이 공소외 1, 피고인 15를 칼로 찌르거나 야구방망이로 때리는 행위에 직접 가담하지 않았다고 하더라도 위 살인 및 살인미수의 범행에 대하여 역시 공동정범으로서의 형사책임을 져야 한다.

따라서 위 피고인들의 사실오인 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 9, 11, 21의 주장에 관한 판단

결과적 가중범의 공동정범은 기본행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고, 행위자가 그 결과를 공동으로 할 의사가 있었다거나 그 결과를 의도할 필요는 없으며 그 결과의 발생을 예견할 수 있으면 족하다.

그런데 위 피고인들의 당심법정에서의 각 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 위 피고인들을 포함한 남문파 조직원 15명은 불특정 역전파 조직원들을 상해하기로 결의하고 생선회칼과 야구방망이 등의 흉기를 소지하고 역전파 숙소를 찾아간 사실, 위 피고인들은 이 사건 범행에 가담한 다른 조직원들과 역할을 분담하여 역전파 숙소의 대문 밖이나 차량 안에서 대기하고 있었던 사실을 각 인정할 수 있고, 범죄조직간 알력으로 인한 보복 폭행에 있어서 칼과 야구방망이 등을 소지하고 상대 조직의 숙소를 급습하였다가 상대조직원들이 쉽게 제압당하지 아니하여 상호간에 칼 등을 사용하여 폭력을 행사할 경우 사람이 죽을 수도 있다는 것은 쉽게 예견할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 피고인들은 적어도 상해를 공동으로 할 의사가 있었고 사망의 결과를 예상할 수 있었다고 판단된다.

따라서 위 피고인들의 사실오인 주장은 이유 없다.

(3) 피고인 15의 주장에 관한 판단

(가) 위 피고인의 당심법정에서의 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 피고인 1 등 남문파 조직원들이 역전파 숙소의 안방 문을 발로 걷어차자, 피고인 15가 안방 문을 열고 나가면서 칼로 피해자 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등 전신을 수차례 찔러 살해하려고 하였으나 약 8주간의 치료를 요하는 다발성 자상 등을 가한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 이와 같은 사정을 종합하여 보면, 원심 판시 범행 당시 피고인 15에게 적어도 자신의 행위로 말미암아 피해자 피고인 2가 죽을 수도 있다는 가능성 또는 위험에 대한 인식이나 예견 즉, 살인의 미필적 고의는 있었다고 인정된다.

또, 위 각 증거들에 의하면, 공소외 1, 피고인 16 등은 피고인 15와 함께 남문파 조직원들에게 대항하는 과정에서 공소외 1은 생선회칼을 마구 휘두르고, 피고인 16은 소주병을 던지는 등의 행위를 하여 피고인 1에게 치료기간 불상의 두부 좌상 등을, 피고인 3에게 치료기간 불상의 좌수 자상을 가한 사실을 인정할 수 있고, 피고인 15는 공소외

1, 피고인 16과 사이에 피고인 1, 3 등을 칼로 찌르고 병을 던지는 등의 방법으로 폭행하는 과정에서 암묵적으로 서로 의사가 상통하여 의사의 결합이 있었다고 보이므로, 피고인 15는 공소외 1, 피고인 16 등이 피고인 1, 3에게 가한 상해에 대하여도 책임이 있다.

(나) 또, 위 피고인의 당심법정에서의 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 피해자인 피고인 8, 13, 14가 '역전파'를 탈퇴하여 경쟁 폭력조직인 '남문파'에 가입하자, 위 피고인은 공소외 2, 공소외 3 등과 이를 응징하기로 공모한 후, 위 피고인 등은 2007. 2. 15. 01:00경 수원시 팔달구 인계동에 있는 유흥가에서 피해자들을 찾아, 같은 날 02:20경 같은 구 매산로에 있는 (상호 생략)나이트클럽 주차장으로 피해자들을 데리고 온 다음, 공소외 3는 피해자들에게 "니네들 이제 남문파 조직원이나"라고 말하며 주먹과 발로 피해자들의 온몸을 때리고 걷어차고, 공소외 2 및 위 피고인은 그 옆에서 피해자들이 도망을 가지 못하도록 지키고 서 있고, 계속하여 공소외 2, 공소외 3는 다시 그 옆에 있는 (상호 생략)나이트클럽 화장실로 자리를 옮겨 주먹과 발로 피해자들의 온몸을 때리고 걷어찬 다음, 다시 수원시 권선구 서둔동 야산으로 피해자들을 데리고 가, 공소외 2는 위험한 물건인 목검으로, 공소외 3는 위험한 물건인 야구방망이로 각자 피해자들의 온몸을 때려 피해자들에게 각 치료기간 불상의 전신타박상 등을 가한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(다) 따라서 피고인 15의 사실오인 주장도 이유 없다.

나. 피고인 15의 정당방위 또는 과잉방위 주장에 대하여

정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 하고, 정당방위의 성립요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함되나, 그 방어행위는 자기 또는 타인의 법익침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 할 것인데(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도5154 판결 등 참조), 앞서 인정한 사실과 기록에 나타난 바에 의하면, 피고인 15 등은 공소외 4로부터 남문파 조직원들의 습격사실을 들었거나 또는 피고인 17이 남문파 조직원들이 오는 것을 목격하는 등으로 인하여 남문파 조직원들의 습격사실을 알았을 때 바로 도피하거나 수사기관에 신고하는 등의 적절한 조치를 취할 수 있었던 것으로 보이고, 적어도 역전파 숙소의 현관 문 밖에서 남문파 조직원이 피고인 15의 이름을 불렀을 때에라도 문을 닫은 상태에서 대화를 하는 등으로 사건이 커지는 것을 막을 수 있었을 것임에도 아무런 대답도 없이 안방 문 안에서 칼 등을 들고 대기하고 있다가, 피고인 1 등 남문파 조직원들이 역전파 숙소의 안방 문을 발로 걷어차자, 피고인 15는 방을 열고 나가자마자 다짜고짜 먼저 칼로 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등 전신을 수차례 찌르고, 공소외 1은 그곳에 있는 남문파 조직원들을 향해 위 생선회칼을 마구 휘두르고, 피고인 16은 소주병을 던지는 등의 행위를 한 점, 그 밖에 이 사건에서 피해자들이 피고인 15에게 한 가해의 수단 및 정도, 그에 비교되는 위 피고인의 행위의 수단, 방법과 행위의 결과에 비추어 볼 때, 비록 수적으로 우세한 남문파 조직원들이 위 피고인 등이 있는 숙소로 기습을 해온 것이라고 하더라도, 위 피고인의 행위는 피해자들의 위 피고인에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하거나 그러한 침해를 예방하기 위한 행위로 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

또한, 이 사건에서의 위 피고인의 행위는 방위행위가 그 정도를 초과한 때에 해당하거나 정도를 초과한 방어행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에 해당한다고 볼 수도 없다. 그러므로 피고인 15의 정당방위 또는 과잉방위 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1, 4, 5의 심신장애 주장에 대하여

원심이 적법하게 조사·채택한 증거들을 종합하여 보면, 위 피고인들이 이 사건 범행 당시 술을 마신 사실은 인정되나, 이 사건 범행의 경위와 과정, 수단과 방법, 범행을 전후한 위 피고인들의 행동 등에 비추어 볼 때, 위 피고인들이 술에 취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 상태는 아니었다고 인정되므로, 위 피고인들의 심신장애 주장은 이유 없다.

라. 검사의 법리오해 주장에 대하여

피고인 9에 대한 공소사실 중 범죄단체 활동의 점의 요지는, "피고인은 남문파가 폭력행위등 처벌에 관한 법률에 규정된 여러 범죄를 목적으로 구성된 단체임을 알면서도 원심 제1. 판결의 범죄사실 제2항 기재와 같이 범죄단체인 남문파 조직원으로 활동하였다"라고 함에 있다.

원심은, 이 부분 공소사실에 대하여, " 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항의 개정 경위와 위 조항의 규정 형식, 특히 범죄단체 또는 집단(이하 '범죄단체 등'이라 한다)의 구성원으로서의 활동은 범죄단체 등에 가입하는 것을 전제로 한 것으로서 범죄단체 등의 가입이 없는 범죄단체 등 구성원으로서의 활동은 예상하기 어려운 점, 범죄단체 등의 구성원으로서의 활동의 불법성은 범죄단체 등에 가입한 경우의 불법성을 포함하고 있는 것으로 보이는 점, 위 조항이 수괴, 간부, 기타 구성원 등 범죄단체 등 내에서의 직위에 따라 법정형을 달리 규정하고 있을 뿐 가입의 죄와 활동의 죄에 대하여 따로 법정형을 두고 있지 아니한 점, 이와 유사한 규정형식을 취하고 있던 구 국가보안법의 경우 반국가단체에 가입하고 그 후 지도적 임무에 종사한 경우에 있어서 이를 포괄하여 일죄로 처단하였던 점(대법원 1961. 10. 5. 선고 4294형상356 판결, 대법원 1980. 12. 23. 선고 80도2570 판결 등 참조) 등에 비추어 보면, 범죄단체 등에 가입하여 그 구성원으로 활동하는 행위는 포괄하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항의 일죄가 성립하고 활동 당시의 범죄단체 등 내에서의 직위에 따라 처벌된다고 봄이 상당하다.

그런데 피고인 9에 대하여 2006. 12. 28. 범죄단체인 남문파 가입으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반(단체 등의 구성·활동)죄로 공소가 제기되어 수원지방법원 2006고합647호로 재판이 계속 중인 사실은 이 법원에 현저하므로, 남문파 구성원으로서의 활동을 공소사실로 하여 2007. 3. 16.에 제기된 이 부분 공소는 이중기소에 해당한다"라고 하면서 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제327조 제3호에 의하여 공소를 기각한다고 판결하였다.

무릇 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 또는 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하지만, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법 및 장소가 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도3172 판결 등 참조).

그런데 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항에서 범죄단체 가입행위와 범죄단체 활동행위가 같은 조항에 함께 규정되어 있고, 그 법정형이 동일하다고 하더라도, 주관적 구성요건인 범의와 객관적 구성요건인 행위 내용에 있어서 명백히 구별되고, 범죄단체에 가입하는 경우에는 그 이후 그 범죄단체의 구성원으로 활동하는 것이 통상적이기는 하나 범죄단체에 가입하고도 실제 활동에까지는 이르지 않은 경우도 전혀 없지 않은 만큼 범죄단체 활동행위를 범죄단체 가입행위의 필연적인 결과라고 볼 수도 없으며, 범죄단체 구성·가입 후 계속적으로 활동하는 경우를 별도로 처벌할 수 있도록 하기 위하여 범죄단체 활동죄를 신설한 입법 취지 등에 비추어 볼 때에 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄는 포괄일죄의 관계가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보아야 한다.

한편, 원심은 반국가단체에 가입하고 그 후 지도적 임무에 종사한 경우에 있어서 이를 포괄하여 일죄로 처단하여야 한다는 판례를 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다는 점에 대한 논거로 들고 있으나, 위 판례는 규정 형식과 입법 취지를 달리하는 범죄단체 구성·가입행위와 범죄단체 활동행위의 관계에 관하여 논함에 있어 인용될 것은 아니다.

그렇다면 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다고 보아 피고인 9에 대한 공소사실 중 범죄단체 활동의 점에 대하여 이중기소를 이유로 공소를 기각한 원심 제1. 판결은 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 한편 원심 제1. 판결 중 피고인 9에 대하여 유죄로 인정한 나머지 부분과 위 공소기각 부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 결국 원심 제1. 판결 중 피고인 9에 대한 유죄 부분과 공소기각 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

마. 피고인들 및 검사의 양형부당 주장에 대하여

(1) 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11의 양형부당 주장과 검사의 위 피고인들에 대한 양형부당 주장에 관한 판단
위 피고인들은 범죄단체인 남문파의 구성원으로 활동하면서 그 조직의 유지·확대를 위하여 상대편 역전파 조직을 공격하여 상대편 조직원 1명이 사망하고, 3명이 중상을 입게 한 범행을 저지른 것으로 그 범행의 수단과 방법에 비추어 죄질이 나쁘고, 결과도 매우 중하나, 피고인 15가 먼저 칼로 피고인 2를 찌르는 등 상대편 역전파 조직원들의 공격에 순간적으로 흥분한 나머지 이 사건 범행을 저지르게 되었고, 그 과정에서 피고인 1, 2도 상대편 조직원에게 공격당하여 특히 피고인 2는 큰 상해를 입은 점, 피해자 공소외 1을 포함하여 피해자 일부와 합의가 이루어진 점, 피고인 10은 소년이고, 초범이며, 범행 후 잘못을 깊이 뉘우치고 있으며, 나머지 위 피고인들도 아직 20대 초반으로 정신적으로 완전히 성숙한 상태에 이르렀다고 보기 어려우며, 잘못을 뉘우치고 있는 점, 피고인 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11은 수사기관에 자수한 점, 그 밖에 이 사건 범행의 동기와 경위, 피해자들과의 관계, 위 피고인들의 성행, 가족관계 등 이 사건에 나타난 형법 제51조의 양형조건을 종합하여 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다고 판단된다.

(2) 검사의 피고인 18에 대한 양형부당 주장에 관한 판단

피고인 18은 이미 여러 차례 폭력행위 등으로 처벌을 받은 전력이 있고, 이 사건 범행 당시 집행유예 기간 중에 있었음에도 다시 이 사건 범행을 저지른 점, 그 밖에 위 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경 등을 비롯하여 형법 제51조의 양형조건에 비추어 볼 때, 비록 위 피고인이 피해자들과 합의를 한 점을 참작하더라도, 원심이 위 피고인에게 선고

한 형은 너무 가벼워서 부당하다고 판단된다.

(3) 검사의 피고인 12, 16, 17, 19, 20에 대한 양형부당 주장에 관한 판단

피고인 12, 16, 20은 모두 전과가 없고, 피고인 19는 피해자들 모두와 합의한 점, 위 피고인들이 잘못을 반성하고 있는 점, 그 밖에 위 피고인들의 연령, 성행, 가족관계 등 이 사건에 나타난 형법 제51조의 양형조건을 종합하여 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형은 적정하고 너무 가벼워서 부당하다고 인정되지는 않는다.

바. 직권판단(피고인 3, 8, 9, 13, 14, 15, 21)

당심에서 피고인 3, 9, 21에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2121호 사건을, 피고인 8에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2455호 사건을, 피고인 13, 14에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2430호 사건을, 피고인 15에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2685 사건을 각 병합하였고, 위 각 사건의 각 범행들은 그 전부 또는 일부가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항의 예에 의하여 1개의 형으로 처벌하여야 하므로, 피고인 3, 8, 13, 14, 15, 21에 대한 원심판결들 및 피고인 9에 대한 제2. 원심판결은 이 점에서 모두 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

4. 결 론

그러므로 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11의 양형부당 주장과 검사의 피고인 9에 대한 법리오해 주장 및 피고인 18에 대한 양형부당 주장은 각 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 위 피고인들에 대한 해당 원심판결 부분을 각 파기하고, 피고인 3, 8, 9, 13, 14, 15, 21에 대하여는 직권 파기 사유(다만, 피고인 3, 9의 경우에는 일부 직권 파기 사유)가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 따라 위 피고인들에 대한 해당 원심판결 부분을 각 파기하되, 원심판결 중 피고인 9에 대한 공소기각 부분은 검사의 법리오해에 관한 항소이유를 받아들여 공소기각의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 파기하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제366조에 의하여 이 부분을 원심법원에 환송하여야 하나, 당심에서 파기된 나머지 원심판결 부분도 위와 같이 환송될 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어서 원심에서 하나의 형을 선고하여야 하므로 원심법원에 함께 환송하기로 하고, 파기되는 사건의 나머지 피고인들에 대하여는 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결하며, 검사의 피고인 12, 16, 17, 19, 20에 대한 항소는 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여(다만, 검사의 피고인 17에 대한 항소는 항소이유 없음이 명백한 때에 해당하므로, 형사소송법 제364조 제5항에 따라 항소장, 항소이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론없이 판결로써 항소를 기각한다.

), 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 심판의 범위

원심 제1. 판결은, " 피고인 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 21이 피고인 1 등과 공모하여 원심 제1. 판결의 범죄사실 제2항 기재와 같이 피해자인 공소외 1과 피고인 15의 온몸을 찌르고 때려, 남문파의 위력을 과시하거나 남문파의 존속·유지를 위하여 공소외 1로 하여금 그 시경 그곳에서 복부정맥파열로 인한 실혈로 사망하게 하여 살해하고, 피

고인 15를 살해하려고 하였으나 약 8주간의 치료를 요하는 다발성 자상 등을 가하는데 그쳤다.

"는 취지의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)의 주위적 공소사실에 대하여, " 피고인 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 21이 사망의 결과에 대한 예견가능성을 넘어 그 사망의 결과가 발생할 위험을 용인하는 미필적 고의가 있었다고 단정하기는 어려우므로, 위 주위적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

"라고 하여 무죄라고 판단하면서, 예비적 공소사실인 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흥기 등 상해)죄를 유죄로 인정하여 주문에서 따로 무죄의 선고를 하지 아니하였다.

그런데 피고인 8, 9, 10, 11, 21만이 유죄 부분에 대하여 항소를 제기하였고, 위 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분은 검사가 항소를 제기하지 않았을 뿐만 아니라 이에 관하여 특별히 다투지도 아니하여 이미 당사자 간의 공격·방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서 제외되었고, 달리 직권으로 심리·판단할 사항도 보이지 아니한다.

그러므로 이 법원은 위 주위적 공소사실에 대한 무죄 취지의 부분에 관하여는 다시 심리·판단하지 아니하고, 나머지 부분에 대해서만 판단하기로 한다.

2. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 사실오인(피고인 1, 2, 7, 9, 11, 15, 21)

(가) 피고인 1, 2

피고인 1은 위급한 상황에 대비하기 위하여 칼을 소지하고 있었던 것인데, 일행인 피고인 2가 상대파 조직원으로부터 공격을 당하기에 이를 제압하기 위하여 칼로 피고인 15와 공소외 1의 하체 부분만을 집중적으로 찌르게 된 것이고, 피고인 1과 피고인 2는 원심 판시 범행 당시 피해자 피고인 15나 공소외 1을 살해할 의사가 없었다.

그런데도 원심은 피고인 1, 2가 피고인 3 등과 공모하여 피고인 1, 3 등이 살해의 고의로 칼로 피해자 피고인 15의 허벅지 등을 수차례 찌르고 피해자 공소외 1의 복부를 1회 찔러 피해자 공소외 1을 살해하고, 피해자 피고인 15를 살해하려 하였으나 미수에 그쳤다고 인정하여, 위 피고인들에 대한 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 살해의 고의에 관하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(나) 피고인 7

피고인 7은 다른 공범들과 피해자들을 폭행하기로 공모한 사실은 있으나, 일행인 피고인 1 등이 칼 등의 흉기를 사용하리라는 것은 전혀 예상하지 못하였고, 피고인 7이 역전파의 숙소에 들어갔을 때에는 이미 싸움이 종료된 후라 싸움에 가담하지도 않았으므로, 피고인 7은 원심 판시 범행 당시 피해자 피고인 15나 공소외 1을 살해할 의사가 없었다.

그런데도 원심은 피고인 7이 피고인 1 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 살해하고, 피해자 피고인 15를 살해하려 하였으나 미수에 그쳤다고 인정하여, 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 살인)죄 등으

로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 살해의 고의에 관하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(다) 피고인 9

피고인 9는 도청 후문으로 오라는 선배들의 지시를 받고 구체적인 사정을 모른 채 범행 현장 부근인 도청 후문 근처에서 기다리고 있었던 사실은 있지만, 다른 피고인들과 범행을 공모한 적도 없고, 범행에 가담한 사실도 없다.

그런데도 원심은 피고인 9가 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흉기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(라) 피고인 11

피고인 11은 범행이 종료된 후에 범행현장에 도착한 것이므로, 다른 피고인들과 범행을 공모한 적도 없고, 범행에 가담한 사실도 없다.

그런데도 원심은 피고인 11이 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흉기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(마) 피고인 15

① 피고인 15는 남문파 조직원들이 방문을 걸어차고 들어오기에 피고인 1과 피고인 2를 밀치고 밖으로 나가려다 남문파 조직원들이 휘두른 야구방망이에 머리를 맞고 허벅지 등을 칼에 찔린 사실이 있을 뿐이지, 칼을 들고 남문파 조직원을 선제공격한 사실이 없다.

그런데도 원심은 피고인 15가 피해자 피고인 2를 살해하려 하였으나 미수에 그치고, 피해자 피고인 1, 3에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 살인미수죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흉기 등 상해)죄 등으로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

② 피고인 15는 피해자인 피고인 8, 13, 14를 찾아 공소외 2, 공소외 3에게 데려간 사실은 있지만, 공소외 2, 공소외 3와 함께 위 피해자들을 때려 다치게 한 사실이 없다.

그런데도 원심은 피고인 15가 공소외 2, 공소외 3와 공모공동하여 위 피해자들에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 범죄사실을 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동상해)죄로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(바) 피고인 21

피고인 21은 구체적인 사정을 모른 채 역전파의 숙소 대문 밖에서 대기하고 있었을 뿐이고 다른 피고인들과 범행을 공모한 적이 없고, 범행에 가담한 사실이 없으며, 피해자가 사망할 것을 예견할 수도 없었다.

그런데도 원심은 피고인 21이 피고인 8 등과 공모하여 피해자 공소외 1을 사망에 이르게 하고, 피해자 피고인 15, 16, 17에게 상해를 가하였다고 인정하여, 그 판시 각 범죄사실을 상해치사죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 집단·흉기 등 상해)죄로 의율·처단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 정당방위 또는 과잉방위(피고인 15)

피고인 15는 남문파 조직원들의 습격을 피하여 탈출하려다 남문파 조직원들로부터 야구방망이나 칼로 공격을 당하게 되자 생명의 위협을 느껴 자신을 방어하기 위하여 대항한 것이므로, 피고인 15의 이 사건 범행은 정당방위 또는 과잉방위에 해당함에도, 원심은 이를 간과한 위법이 있다.

(3) 심신장애(피고인 1, 4, 5)

피고인 1, 4, 5는 이 사건 범행 당시 평소 주량보다 많은 술을 마신 탓에 만취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 상태에서 이 사건 범행을 저지른 것임에도, 원심은 이를 고려하지 아니하였으니, 원심판결에는 이 점에 관하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(4) 양형부당(피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 21)

원심 제1. 판결이 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 21에게 선고한 각 형, 원심 제2. 판결이 피고인 3, 4, 5, 9, 21에게 선고한 각 형, 원심 제3. 판결이 피고인 14에게 선고한 형, 원심 제4. 판결이 피고인 13에게 선고한 형, 원심 제6. 판결이 피고인 15에게 선고한 형은 각 너무 무거워서 부당하다.

나. 검 사

(1) 법리오해

범죄단체 구성 및 가입죄는 판례상 즉시범으로 의율되어 왔는데, 범죄단체 활동죄는 범죄단체의 구성 또는 가입 후에 비로소 성립하는 범죄이고, 가입행위와 활동행위 사이에는 사회에 대한 위험성의 측면에서 현저한 차이가 있을 뿐만 아니라, 사람에 따라서는 범죄단체에 가입하더라도 그 후 범죄단체의 구성원으로 활동하지 않는 경우도 있을 수 있어 범죄단체 활동행위가 범죄단체 구성·가입행위에 필연적으로 수반되는 불가분적 결과라고 평가할 수 없고, 범죄단체 활동행위를 범죄단체 구성·가입행위와 다른 별개의 행위로 규정하고 있는 법의 규정형식이나, 범죄단체 구성·가입 후 계속적으로 활동하는 경우를 처벌할 수 있도록 하기 위하여 범죄단체 활동죄를 신설한 입법 취지 등에 비추어 볼 때에도 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄는 실체적 경합범의 관계에 있다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다고 보아, 피고인 9에 대하여 이미 범죄단체인 남문파의 가입으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 관하여 공소가 제기가 된 후에, 다시 피고인 9에 대하여 기소된 원심판시 범죄사실 제2항 기재와 같은 내용의 남문파 구성원으로서의 활동으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체 등의 구성·활동)의 점에 관한 공소는 이중기소에 해당한다고 하여 공소를 기각하였으니, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 양형부당

원심 제1. 판결이 피고인들에게 선고한 각 형, 원심 제5. 판결이 피고인 8에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

3. 판 단

가. 피고인들의 사실오인 주장에 대하여

(1) 피고인 1, 2, 7의 주장에 관한 판단

살인죄에 있어서 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 말미암아 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬 만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고, 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의로도 인정되는 것이다(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결 참조).

또, 어느 범죄에 2인 이상이 공동가공하는 경우, 공모는 법률상 어떠한 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 그 공모는 반드시 사전에 이루어진 것만을 필요로 하는 것이 아니고 범죄현장에서 암묵리에 의사가 상통하여 의사의 결합이 이루어지는 경우에도 성립하며, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사책임을 지는 것이다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결 등 참조).

그런데 위 피고인들의 당심법정에서의 각 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 위 피고인들은 피고인 3, 4, 5, 6, 7과 함께 상대편 역전파 조직원들에게 보복을 하기 위하여 각자 생선회칼과 야구방망이 등을 소지한 채 역전파 숙소가 있는 대문 안으로 들어간 후 피고인 1, 2, 3, 4, 7은 현관 안으로 들어가고, 피고인 5, 6은 현관 밖에서 대기하고 있었던 사실, 현관 안으로 들어간 위 피고인들이 역전파 조직원들을 찾기 위해 거실 및 방을 수색하였으나 잠겨져 있는 안방 문을 제외하고 역전파 조직원들을 찾지 못하였고, 이에 피고인 2가 안방 문을 열기 위하여 야구방망이로 안방 문을 내리치며 발로 걷어차자 피고인 15와 공소외 1이 문을 열고 나오면서 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등을 칼로 찌른 사실, 이에 거실 안에 있던 피고인 1, 3, 4, 7은 각자 가지고 있던 생선회칼과 야구방망이로 피고인 15, 공소외 1, 피고인 16, 17을 칼로 찌르고 야구방망이로 때린 사실, 현관 밖에서 대기하고 있던 피고인 5, 6은 숙소 안의 상황이 위와 같이 진행되자 피고인 5는 소지하고 있던 야구방망이를 들고 숙소 안으로 뛰어 들어가 피고인 16 등을 때렸고, 피고인 6 또한 소지하고 있던 야구방망이를 들고 숙소 안으로 들어가려 하였으나 현관 문턱에서 마침 도망쳐 나오는 피고인 17과 마주치게 되자 피고인 17을 발로 차고 쫓아가면서 야구방망이로 때린 사실, 위와 같은 공격으로 공소외 1은 가슴과 다리 등 4군데 이상을 칼에 찔려 복부정맥파열로 현장에서 사망하였고, 피고인 15는 가슴과 등, 허벅지 등 10군데 이상을 칼에 찔려 횡경막이 파열되고 신장이 손상되는 등 전치 8주의 중상을 입은 사실 등이 인정되는바, 이 사건과 같이 범죄조직 간 알력으로 인한 보복 폭행

에 있어서 칼과 야구방망이 등을 소지하고 상대 조직의 숙소를 급습하였다가 상대조직원들의 공격이나 상대조직원들이 쉽게 제압당하지 아니하여 상호 간에 칼 등을 사용하여 폭력을 행사할 경우 그 과정에서 사람이 죽을 수 있다는 것은 쉽게 예견할 수 있는 것이고, 이 사건에서 위 피고인들이 준비한 흉기의 종류와 공격의 방법, 공격이 이루어진 경위, 피해의 부위와 정도 등을 종합하여 보면, 피고인 1, 2, 7은 위와 같이 흉기를 소지하고 급습할 때부터 이미 자신들의 행위로 인하여 피해자들의 사망이라는 결과를 발생시킬 수 있다는 가능성을 인식하거나 예견하고 사망의 결과를 용인한 것으로 보이고, 또한 위 피고인들은 다른 공범들과 사이에 역전파 조직원에게 보복을 가하기 위하여 칼 등의 흉기를 소지하고 들어간 후 공소외 1, 피고인 15 등을 칼로 찌르고 야구방망이로 폭행하는 과정에서 암묵적으로 서로 의사가 상통하여 의사의 결합이 있었다고 보이므로, 설령 피고인 2, 7이 공소외 1, 피고인 15를 칼로 찌르거나 야구방망이로 때리는 행위에 직접 가담하지 않았다고 하더라도 위 살인 및 살인미수의 범행에 대하여 역시 공동정범으로서의 형사책임을 져야 한다.

따라서 위 피고인들의 사실오인 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 9, 11, 21의 주장에 관한 판단

결과적 가중범의 공동정범은 기본행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고, 행위자가 그 결과를 공동으로 할 의사가 있었다거나 그 결과를 의도할 필요는 없으며 그 결과의 발생을 예견할 수 있으면 족하다.

그런데 위 피고인들의 당심법정에서의 각 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 위 피고인들을 포함한 남문파 조직원 15명은 불특정 역전파 조직원들을 상해하기로 결의하고 생선회칼과 야구방망이 등의 흉기를 소지하고 역전파 숙소를 찾아간 사실, 위 피고인들은 이 사건 범행에 가담한 다른 조직원들과 역할을 분담하여 역전파 숙소의 대문 밖이나 차량 안에서 대기하고 있었던 사실을 각 인정할 수 있고, 범죄조직간 알력으로 인한 보복 폭행에 있어서 칼과 야구방망이 등을 소지하고 상대 조직의 숙소를 급습하였다가 상대조직원들이 쉽게 제압당하지 아니하여 상호간에 칼 등을 사용하여 폭력을 행사할 경우 사람이 죽을 수도 있다는 것은 쉽게 예견할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 위 피고인들은 적어도 상해를 공동으로 할 의사가 있었고 사망의 결과를 예상할 수 있었다고 판단된다.

따라서 위 피고인들의 사실오인 주장은 이유 없다.

(3) 피고인 15의 주장에 관한 판단

(가) 위 피고인의 당심법정에서의 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 피고인 1 등 남문파 조직원들이 역전파 숙소의 안방 문을 발로 걷어차자, 피고인 15가 안방 문을 열고 나가면서 칼로 피해자 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등 전신을 수차례 찔러 살해하려고 하였으나 약 8주간의 치료를 요하는 다발성 자상 등을 가한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 이와 같은 사정을 종합하여 보면, 원심 판시 범행 당시 피고인 15에게 적어도 자신의 행위로 말미암아 피해자 피고인 2가 죽을 수도 있다는 가능성 또는 위험에 대한 인식이나 예견 즉, 살인의 미필적 고의는 있었다고 인정된다.

또, 위 각 증거들에 의하면, 공소외 1, 피고인 16 등은 피고인 15와 함께 남문파 조직원들에게 대항하는 과정에서 공소외 1은 생선회칼을 마구 휘두르고, 피고인 16은 소주병을 던지는 등의 행위를 하여 피고인 1에게 치료기간 불상의 두부 좌상 등을, 피고인 3에게 치료기간 불상의 좌수 자상을 가한 사실을 인정할 수 있고, 피고인 15는 공소외

1, 피고인 16과 사이에 피고인 1, 3 등을 칼로 찌르고 병을 던지는 등의 방법으로 폭행하는 과정에서 암묵적으로 서로 의사가 상통하여 의사의 결합이 있었다고 보이므로, 피고인 15는 공소외 1, 피고인 16 등이 피고인 1, 3에게 가한 상해에 대하여도 책임이 있다.

(나) 또, 위 피고인의 당심법정에서의 일부 진술과 원심이 적법하게 조사·채택한 증거들에 의하면, 피해자인 피고인 8, 13, 14가 '역전파'를 탈퇴하여 경쟁 폭력조직인 '남문파'에 가입하자, 위 피고인은 공소외 2, 공소외 3 등과 이를 응징하기로 공모한 후, 위 피고인 등은 2007. 2. 15. 01:00경 수원시 팔달구 인계동에 있는 유흥가에서 피해자들을 찾아, 같은 날 02:20경 같은 구 매산로에 있는 (상호 생략)나이트클럽 주차장으로 피해자들을 데리고 온 다음, 공소외 3는 피해자들에게 "니네들 이제 남문파 조직원이나"라고 말하며 주먹과 발로 피해자들의 온몸을 때리고 걷어차고, 공소외 2 및 위 피고인은 그 옆에서 피해자들이 도망을 가지 못하도록 지키고 서 있고, 계속하여 공소외 2, 공소외 3는 다시 그 옆에 있는 (상호 생략)나이트클럽 화장실로 자리를 옮겨 주먹과 발로 피해자들의 온몸을 때리고 걷어찬 다음, 다시 수원시 권선구 서둔동 야산으로 피해자들을 데리고 가, 공소외 2는 위험한 물건인 목검으로, 공소외 3는 위험한 물건인 야구방망이로 각자 피해자들의 온몸을 때려 피해자들에게 각 치료기간 불상의 전신타박상 등을 가한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

(다) 따라서 피고인 15의 사실오인 주장도 이유 없다.

나. 피고인 15의 정당방위 또는 과잉방위 주장에 대하여

정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 하고, 정당방위의 성립요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 반격방어의 형태도 포함되나, 그 방어행위는 자기 또는 타인의 법익침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 할 것인데(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도5154 판결 등 참조), 앞서 인정한 사실과 기록에 나타난 바에 의하면, 피고인 15 등은 공소외 4로부터 남문파 조직원들의 습격사실을 들었거나 또는 피고인 17이 남문파 조직원들이 오는 것을 목격하는 등으로 인하여 남문파 조직원들의 습격사실을 알았을 때 바로 도피하거나 수사기관에 신고하는 등의 적절한 조치를 취할 수 있었던 것으로 보이고, 적어도 역전파 숙소의 현관 문 밖에서 남문파 조직원이 피고인 15의 이름을 불렀을 때에라도 문을 닫은 상태에서 대화를 하는 등으로 사건이 커지는 것을 막을 수 있었을 것임에도 아무런 대답도 없이 안방 문 안에서 칼 등을 들고 대기하고 있다가, 피고인 1 등 남문파 조직원들이 역전파 숙소의 안방 문을 발로 걷어차자, 피고인 15는 방을 열고 나가자마자 다짜고짜 먼저 칼로 피고인 2의 목, 옆구리, 등 부분 등 전신을 수차례 찌르고, 공소외 1은 그곳에 있는 남문파 조직원들을 향해 위 생선회칼을 마구 휘두르고, 피고인 16은 소주병을 던지는 등의 행위를 한 점, 그 밖에 이 사건에서 피해자들이 피고인 15에게 한 가해의 수단 및 정도, 그에 비교되는 위 피고인의 행위의 수단, 방법과 행위의 결과에 비추어 볼 때, 비록 수적으로 우세한 남문파 조직원들이 위 피고인 등이 있는 숙소로 기습을 해온 것이라고 하더라도, 위 피고인의 행위는 피해자들의 위 피고인에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하거나 그러한 침해를 예방하기 위한 행위로 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

또한, 이 사건에서의 위 피고인의 행위는 방위행위가 그 정도를 초과한 때에 해당하거나 정도를 초과한 방어행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에 해당한다고 볼 수도 없다. 그러므로 피고인 15의 정당방위 또는 과잉방위 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1, 4, 5의 심신장애 주장에 대하여

원심이 적법하게 조사·채택한 증거들을 종합하여 보면, 위 피고인들이 이 사건 범행 당시 술을 마신 사실은 인정되나, 이 사건 범행의 경위와 과정, 수단과 방법, 범행을 전후한 위 피고인들의 행동 등에 비추어 볼 때, 위 피고인들이 술에 취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 상태는 아니었다고 인정되므로, 위 피고인들의 심신장애 주장은 이유 없다.

라. 검사의 법리오해 주장에 대하여

피고인 9에 대한 공소사실 중 범죄단체 활동의 점의 요지는, "피고인은 남문파가 폭력행위등 처벌에 관한 법률에 규정된 여러 범죄를 목적으로 구성된 단체임을 알면서도 원심 제1. 판결의 범죄사실 제2항 기재와 같이 범죄단체인 남문파 조직원으로 활동하였다"라고 함에 있다.

원심은, 이 부분 공소사실에 대하여, " 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항의 개정 경위와 위 조항의 규정 형식, 특히 범죄단체 또는 집단(이하 '범죄단체 등'이라 한다)의 구성원으로서의 활동은 범죄단체 등에 가입하는 것을 전제로 한 것으로서 범죄단체 등의 가입이 없는 범죄단체 등 구성원으로서의 활동은 예상하기 어려운 점, 범죄단체 등의 구성원으로서의 활동의 불법성은 범죄단체 등에 가입한 경우의 불법성을 포함하고 있는 것으로 보이는 점, 위 조항이 수괴, 간부, 기타 구성원 등 범죄단체 등 내에서의 직위에 따라 법정형을 달리 규정하고 있을 뿐 가입의 죄와 활동의 죄에 대하여 따로 법정형을 두고 있지 아니한 점, 이와 유사한 규정형식을 취하고 있던 구 국가보안법의 경우 반국가단체에 가입하고 그 후 지도적 임무에 종사한 경우에 있어서 이를 포괄하여 일죄로 처단하였던 점(대법원 1961. 10. 5. 선고 4294형상356 판결, 대법원 1980. 12. 23. 선고 80도2570 판결 등 참조) 등에 비추어 보면, 범죄단체 등에 가입하여 그 구성원으로 활동하는 행위는 포괄하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항의 일죄가 성립하고 활동 당시의 범죄단체 등 내에서의 직위에 따라 처벌된다고 봄이 상당하다.

그런데 피고인 9에 대하여 2006. 12. 28. 범죄단체인 남문파 가입으로 인한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반(단체 등의 구성·활동)죄로 공소가 제기되어 수원지방법원 2006고합647호로 재판이 계속 중인 사실은 이 법원에 현저하므로, 남문파 구성원으로서의 활동을 공소사실로 하여 2007. 3. 16.에 제기된 이 부분 공소는 이중기소에 해당한다"라고 하면서 이 부분 공소사실에 대하여 형사소송법 제327조 제3호에 의하여 공소를 기각한다고 판결하였다.

무릇 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 또는 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 하지만, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법 및 장소가 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다고 보아야 한다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도3172 판결 등 참조).

그런데 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항에서 범죄단체 가입행위와 범죄단체 활동행위가 같은 조항에 함께 규정되어 있고, 그 법정형이 동일하다고 하더라도, 주관적 구성요건인 범의와 객관적 구성요건인 행위 내용에 있어서 명백히 구별되고, 범죄단체에 가입하는 경우에는 그 이후 그 범죄단체의 구성원으로 활동하는 것이 통상적이기는 하나 범죄단체에 가입하고도 실제 활동에까지는 이르지 않은 경우도 전혀 없지 않은 만큼 범죄단체 활동행위를 범죄단체 가입행위의 필연적인 결과라고 볼 수도 없으며, 범죄단체 구성·가입 후 계속적으로 활동하는 경우를 별도로 처벌할 수 있도록 하기 위하여 범죄단체 활동죄를 신설한 입법 취지 등에 비추어 볼 때에 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄는 포괄일죄의 관계가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보아야 한다.

한편, 원심은 반국가단체에 가입하고 그 후 지도적 임무에 종사한 경우에 있어서 이를 포괄하여 일죄로 처단하여야 한다는 판례를 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다는 점에 대한 논거로 들고 있으나, 위 판례는 규정 형식과 입법 취지를 달리하는 범죄단체 구성·가입행위와 범죄단체 활동행위의 관계에 관하여 논함에 있어 인용될 것은 아니다.

그렇다면 범죄단체 구성·가입죄와 범죄단체 활동죄가 포괄일죄의 관계에 있다고 보아 피고인 9에 대한 공소사실 중 범죄단체 활동의 점에 대하여 이중기소를 이유로 공소를 기각한 원심 제1. 판결은 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 한편 원심 제1. 판결 중 피고인 9에 대하여 유죄로 인정한 나머지 부분과 위 공소기각 부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어서 하나의 형을 선고하여야 하므로, 결국 원심 제1. 판결 중 피고인 9에 대한 유죄 부분과 공소기각 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

마. 피고인들 및 검사의 양형부당 주장에 대하여

(1) 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11의 양형부당 주장과 검사의 위 피고인들에 대한 양형부당 주장에 관한 판단
위 피고인들은 범죄단체인 남문파의 구성원으로 활동하면서 그 조직의 유지·확대를 위하여 상대편 역전파 조직을 공격하여 상대편 조직원 1명이 사망하고, 3명이 중상을 입게 한 범행을 저지른 것으로 그 범행의 수단과 방법에 비추어 죄질이 나쁘고, 결과도 매우 중하나, 피고인 15가 먼저 칼로 피고인 2를 찌르는 등 상대편 역전파 조직원들의 공격에 순간적으로 흥분한 나머지 이 사건 범행을 저지르게 되었고, 그 과정에서 피고인 1, 2도 상대편 조직원에게 공격당하여 특히 피고인 2는 큰 상해를 입은 점, 피해자 공소외 1을 포함하여 피해자 일부와 합의가 이루어진 점, 피고인 10은 소년이고, 초범이며, 범행 후 잘못을 깊이 뉘우치고 있으며, 나머지 위 피고인들도 아직 20대 초반으로 정신적으로 완전히 성숙한 상태에 이르렀다고 보기 어려우며, 잘못을 뉘우치고 있는 점, 피고인 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11은 수사기관에 자수한 점, 그 밖에 이 사건 범행의 동기와 경위, 피해자들과의 관계, 위 피고인들의 성행, 가족관계 등 이 사건에 나타난 형법 제51조의 양형조건을 종합하여 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다고 판단된다.

(2) 검사의 피고인 18에 대한 양형부당 주장에 관한 판단

피고인 18은 이미 여러 차례 폭력행위 등으로 처벌을 받은 전력이 있고, 이 사건 범행 당시 집행유예 기간 중에 있었음에도 다시 이 사건 범행을 저지른 점, 그 밖에 위 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경 등을 비롯하여 형법 제51조의 양형조건에 비추어 볼 때, 비록 위 피고인이 피해자들과 합의를 한 점을 참작하더라도, 원심이 위 피고인에게 선고

한 형은 너무 가벼워서 부당하다고 판단된다.

(3) 검사의 피고인 12, 16, 17, 19, 20에 대한 양형부당 주장에 관한 판단

피고인 12, 16, 20은 모두 전과가 없고, 피고인 19는 피해자들 모두와 합의한 점, 위 피고인들이 잘못을 반성하고 있는 점, 그 밖에 위 피고인들의 연령, 성행, 가족관계 등 이 사건에 나타난 형법 제51조의 양형조건을 종합하여 보면, 원심이 위 피고인들에게 선고한 형은 적정하고 너무 가벼워서 부당하다고 인정되지는 않는다.

바. 직권판단(피고인 3, 8, 9, 13, 14, 15, 21)

당심에서 피고인 3, 9, 21에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2121호 사건을, 피고인 8에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2455호 사건을, 피고인 13, 14에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2430호 사건을, 피고인 15에 대하여는 2007노1826호 사건과 2007노2685 사건을 각 병합하였고, 위 각 사건의 각 범행들은 그 전부 또는 일부가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항의 예에 의하여 1개의 형으로 처벌하여야 하므로, 피고인 3, 8, 13, 14, 15, 21에 대한 원심판결들 및 피고인 9에 대한 제2. 원심판결은 이 점에서 모두 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

4. 결 론

그러므로 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11의 양형부당 주장과 검사의 피고인 9에 대한 법리오해 주장 및 피고인 18에 대한 양형부당 주장은 각 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 위 피고인들에 대한 해당 원심판결 부분을 각 파기하고, 피고인 3, 8, 9, 13, 14, 15, 21에 대하여는 직권 파기 사유(다만, 피고인 3, 9의 경우에는 일부 직권 파기 사유)가 있으므로, 형사소송법 제364조 제2항에 따라 위 피고인들에 대한 해당 원심판결 부분을 각 파기하되, 원심판결 중 피고인 9에 대한 공소기각 부분은 검사의 법리오해에 관한 항소이유를 받아들여 공소기각의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 파기하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제366조에 의하여 이 부분을 원심법원에 환송하여야 하나, 당심에서 파기된 나머지 원심판결 부분도 위와 같이 환송될 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어서 원심에서 하나의 형을 선고하여야 하므로 원심법원에 함께 환송하기로 하고, 파기되는 사건의 나머지 피고인들에 대하여는 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결하며, 검사의 피고인 12, 16, 17, 19, 20에 대한 항소는 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여(다만, 검사의 피고인 17에 대한 항소는 항소이유 없음이 명백한 때에 해당하므로, 형사소송법 제364조 제5항에 따라 항소장, 항소이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론없이 판결로써 항소를 기각한다.

), 주문과 같이 판결한다.