

폭력행위등처벌에관한법률위반(상습공갈)(인정된죄명:상습공갈)·주
민등록법위반·전자금융거래법위반·폭력행위등처벌에관한법률위반(집
단·흥기등상해)·폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등감금)
·폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)·폭력행위등처벌
에관한법률위반(공동폭행)·강요·점유이탈물횡령·위증교사·사기·
자동차관리법위반



[대법원 2015. 11. 12. 2015도12372]

【판시사항】

공소장에 기재된 적용법조에 오기·누락이 있거나 적용법조에 해당하는 구성요건이 충족되지 않을 경우, 법원이 공소장 변경의 절차를 거침이 없이 직권으로 공소장 기재와 다른 법조를 적용할 수 있는지 여부(한정 적극) / 공소장에 기재된 적용법조를 단순한 오기나 누락으로 볼 수 없고 구성요건이 충족되는 경우, 법원이 공소장 변경의 절차를 거치지 않고 임의적으로 다른 법조를 적용하여 처단할 수 있는지 여부(소극)

【판결요지】

공소장에는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 공소의 범위를 확정하는 데 보조기능을 하기 위하여 적용법조를 기재하여야 하는데(형사소송법 제254조 제3항), 적용법조의 기재에 오기·누락이 있거나 또는 적용법조에 해당하는 구성요건이 충족되지 않을 때에는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내로서 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한도에서 법원이 공소장 변경의 절차를 거침이 없이 직권으로 공소장 기재와 다른 법조를 적용할 수 있지만, 공소장에 기재된 적용법조를 단순한 오기나 누락으로 볼 수 없고 구성요건이 충족됨에도 법원이 공소장 변경의 절차를 거치지 아니하고 임의적으로 다른 법조를 적용하여 처단할 수는 없다.

【참조조문】

형사소송법 제254조 제3항, 제298조

【참조판례】

대법원 1996. 6. 28. 선고 96도1232 판결(공1996하, 2443), 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9743 판결(공2006상, 842)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 법무법인 하늘 담당변호사 이기웅

【원심판결】 부산지법 2015. 7. 16. 선고 2014노3398, 2015노121, 1144 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 부산지방법원 본원 합의부에 환송한다.

【이유】

】 1. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 원심은, 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 상습공갈의 점에 관하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(이하 '폭력행위 처벌법'이라 한다) 제2조 제1항 제3호, 형법 제350조(이하 위 두 조항을 통틀어 '이 사건 조항'이라 한다)를 위반한 것으로 기소되었으나, 이 사건 조항은 특별한 가중적 구성요건의 표지를 전혀 추가하지 않은 채 형법 제351조, 제350조의 상습공갈죄와 똑같은 구성요건을 규정하면서 그 법정형만 상향 조정함으로써 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃어 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐 아니라 법의 내용에 있어서도 평등원칙에 반하는 위헌성을 띤 처벌규정이 될 수 있고, 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소장 기재 적용법조에 구속받지 아니하고 직권으로 법률을 적용할 수 있다는 이유로, 상습공갈의 범죄사실에 대하여 공소장에 기재된 폭력행위처벌법위반(상습공갈)죄가 아닌 형법상 상습공갈죄를 적용하여 이를 유죄로 판단하였다.

나. 그러나 원심의 이러한 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

공소장에는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 공소의 범위를 확정하는 데 보조기능을 하기 위하여 적용법조를 기재하여야 하는데(형사소송법 제254조 제3항), 적용법조의 기재에 오기·누락이 있거나 또는 그 적용법조에 해당하는 구성요건이 충족되지 않을 때에는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한도에서 법원이 공소장 변경의 절차를 거침이 없이 직권으로 공소장 기재와 다른 법조를 적용할 수 있지만(대법원 1996. 6. 28. 선고 96도1232 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9743 판결 등 참조), 공소장에 기재된 적용법조를 단순한 오기나 누락으로 볼 수 없고 그 구성요건이 충족됨에도 불구하고 법원이 공소장 변경의 절차를 거치지 아니하고 임의적으로 다른 법조를 적용하여 처단할 수는 없다고 할 것이다.

원심이 들고 있는 대법원 1976. 11. 23. 선고 75도363 판결은 이 사건과는 사안을 달리하여 원용하기에 적절하지 아니하다.

나아가, 폭력행위처벌법 제2조 제1항에서 말하는 '상습'이란 같은 항 각 호에 열거된 각 범죄행위 상호 간의 상습성만을 의미하는 것이 아니라, 같은 항 각 호에 열거된 모든 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽을 의미하는 것이라고 해석하여야 하고(대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도3657 판결 등 참조), 반면에 형법 제351조, 제350조에서 규정하는 상습공갈죄에서의 '상습'이란 반복하여 공갈행위를 하는 습벽으로서 행위자의 속성을 말하므로(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5774 판결 등 참조), 이 사건 조항은 형법 제351조, 제350조의 상습공갈죄와는 서로 다른 구성요건을 가지는 것이어서, 똑같은 구성요건임에도 법정형만 상향 조정한 조항임을 전제로 헌법의 기본원리에 위배되고 평등원칙에 반하는 위헌성을 띤 처벌규정으로 볼 수 없다.

그렇다면 원심이 위 공소사실에 대하여 그 판시와 같은 이유로 공소장 변경의 절차를 거치지 아니하고 공소장에 기재된 폭력행위처벌법위반(상습공갈)죄가 아닌 형법상 상습공갈죄를 직권으로 적용한 조치에는 판단을 누락하거나 불고불리의 원칙을 위배하거나 위헌법률심판에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 직권 판단

원심은 피고인에 대한 이 사건 각 공소사실 중 위험한 물건 휴대 폭행의 점에 대하여 폭력행위처벌법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 형법 제260조 제1항을 적용하여 유죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그런데 헌법재판소는 원심판결이 선고된 후 원심이 적용한 폭력행위처벌법 제3조 제1항 중 '흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행)의 죄를 범한 자'에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 선고하였으므로(헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌바154 결정 등), 위 법률조항 부분은 헌법재판소법 제47조 제3항 본문에 따라 소급하여 그 효력을 상실하였다.

위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우에 당해 법조를 적용하여 기소한 피고 사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

3. 파기의 범위

원심판결 중 상습공갈의 점과 폭력행위처벌법 위반(집단·흉기등폭행)의 점에 관한 부분이 각 파기되어야 하는데, 위 각 부분과 피고인의 나머지 죄는 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 결국 원심판결 전부가 파기되어야 한다.

4. 결론

피고인의 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장) 고영한 김소영(주심) 이기택