

에관한법률위반(상습폭행)

[대법원 2007. 8. 23. 2007도4913]



【판시사항】

- [1] 상습범과 누범의 관계 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항의 누범에 대하여 같은 조 제3항의 상습범과 같은 법정형을 정한 것이 평등원칙에 반하여 위헌인지 여부(소극)
- [2] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항의 누범에 대하여 다시 형법 제35조의 누범가중 규정을 적용하는 것이 이중처벌로서 행복추구권 등을 침해하여 위헌인지 여부(소극)
- [3] 피고인의 항소로 항소심법원이 제1심판결을 파기자판하는 경우 항소심판결 선고 전의 미결구금일수의 본형 산입 여부를 판결에 명시해야 하는지 여부(소극)

【판결요지】

- [1] 상습범과 누범은 서로 다른 개념으로서 누범에 해당한다고 하여 반드시 상습범이 되는 것이 아니며, 반대로 상습범에 해당한다고 하여 반드시 누범이 되는 것도 아니다. 또한, 행위자책임에 형벌가중의 본질이 있는 상습범과 행위책임에 형벌가중의 본질이 있는 누범을 단지 평면적으로 비교하여 그 경중을 가릴 수는 없고, 사안에 따라서는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항에 정한 누범의 책임이 상습범의 경우보다 오히려 더 무거운 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 이상과 같은 점을 고려하면, 같은 법 제3조 제4항의 누범에 대하여 같은 법 제3조 제3항의 상습범과 동일한 법정형을 정하였다고 하여 이를 두고 평등원칙에 반하는 위헌적인 규정이라고 할 수는 없다.
- [2] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항에 해당하여 처벌하는 경우에도 형법 제35조의 누범가중 규정의 적용은 면할 수 없으므로, 형법 제35조를 적용한다고 하더라도 그것이 동일한 행위에 대한 이중처벌로서 헌법상의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.
- [3] 피고인이 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때에는 형사소송법 제482조 제1항 제2호에 따라 상소제기 후의 미결구금일수 전부가 본형에 산입되는 것이므로, 항소심이 직권으로 제1심판결을 파기하고 자판한 경우에 피고인에 대한 제1심판결 선고 이후 항소심판결 선고 전의 미결구금일수 전부가 법정통산되는 것이어서, 항소심법원이 판결 주문에 항소심의 미결구금일수를 본형에 산입한다는 표시를 하지 아니한 것은 당연하다.

【참조조문】

- [1] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제3항, 제4항, 헌법 제11조
- [2] 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항, 형법 제35조, 헌법 제10조
- [3] 형사소송법 제482조 제1항 제2호

【참조판례】

[1] 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌바68 전원재판부 결정(헌공74, 947) /

[3] 대법원 1988. 5. 24. 선고 87도2696 판결(공1988, 1008), 대법원 1991. 7. 26. 선고 91도1196 판결(공1991, 2281), 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도3460 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 임종길

【원심판결】 부산고법 2007. 5. 30. 선고 2007노153 판결

【주문】

】

상고를 기각한다. 상고 후의 구금일수 중 75일을 본형에 산입한다.

【이유】

】피고인과 국선변호인의 상고이유를 함께 판단한다.

1. 원심판결의 이유 및 기록에 의하면, 원심은 제1심이 판시 제1항의 범죄사실에 관하여 보강증거 없이 피고인의 자백만으로 유죄를 인정한 잘못이 있음을 발견하고, 원심에서 증인 공소외인을 추가 신문하여 위 증인의 증언을 보강증거로 하여 판시 제1항의 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

위와 같은 원심의 조치는 정당하고, 거기에 주장과 같은 이유모순의 위법이 없다.

2. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(이하 '폭처법'이라고 한다) 제3조 제3항은 "상습적으로 제3조 제1항의 죄를 범한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

"라고 하면서 그 제3호에 " 제2조 제1항 제3호에 열거된 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역"이라고 규정하여 폭처법 제3조 제1항의 죄의 상습범에 관하여 규정하고 있다.

한편, 폭처법 제3조 제4항은 폭처법 위반 범죄로 인하여 2회 이상의 징역형을 받은 자가 그 집행을 종료하거나 면제를 받는 후 3년 이내에 다시 제3조 제1항의 범죄를 범하여 누범으로 처벌되는 경우에는 제3조 제3항의 법정형과 동일하게 처벌하도록 규정하고 있다.

상습범과 누범은 서로 다른 개념으로서 누범에 해당된다고 하여 반드시 상습범이 되는 것이 아니며, 반대로 상습범에 해당된다고 하여 반드시 누범이 성립되는 것도 아니다.

또한, 행위자책임에 형벌가중의 본질이 있는 상습범과 행위책임에 형벌가중의 본질이 있는 누범을 단지 평면적으로 비교하여 그 경중을 가릴 수는 없고, 사안에 따라서는 폭처법 제3조 제4항에 정한 누범의 책임이 상습범의 경우보다 오히려 더 무거운 경우도 얼마든지 있을 수 있다고 할 것이다 (헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌바68 전원재판부 결정 참조).

이상과 같은 점들을 고려하면, 폭처법 제3조 제4항의 누범에 대하여 폭처법 제3조 제3항의 상습범과 동일한 법정형을 정하였다고 하여 이를 두고 평등원칙에 반하는 위헌적인 규정이라고 할 수는 없다.

또한, 폭처법 제3조 제4항에 해당하여 처벌하는 경우에도 형법 제35조의 누범가중 규정의 적용은 면할 수 없다고 할 것이므로, 원심이 형법 제35조를 적용한 것은 정당하고, 그것이 동일한 행위에 대한 이중처벌로서 헌법상의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.

3. 원심판결이 채용한 증거들을 기록에 의하여 살펴보면, 피고인이 위험한 물건을 휴대하여 판시 제2항의 범행을 하였다고 하여 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 주장과 같은 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.

4. 피고인이 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때에는 형사소송법 제482조 제1항 제2호에 따라 상소제기 후의 미결구금일수 전부가 본형에 산입되는 것이므로, 원심이 직권으로 제1심판결을 파기하고 재판한 이 사건에서 피고인에 대한 제1심판결 선고 이후 항소심판결 선고 전의 미결구금일수는 전부가 법정통산되는 것이어서, 원심이 판결 주문에 원심의 미결구금일수를 본형에 산입한다는 표시를 하지 아니한 것은 당연하다 (대법원 1999. 9. 21. 선고 99도3460 판결 등 참조). 따라서 원심판결에 미결구금일수의 산입에 관한 잘못이 있다는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

5. 그러므로 상고를 기각하고, 상고 후의 구금일수 중 75일을 본형에 산입하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김영란(재판장) 김황식 이홍훈(주심) 안대희