

폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동)·폭력행위등처벌에  
관한법률위반(집단·흥기등상해)·폭력행위등처벌에관한법률위반(집  
단·흥기등폭행)[피고인2에대하여인정된죄명:폭력행위등처벌에관한  
법률위반(공동폭행)]·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동폭행)·  
폭력행위등처벌에관한법률위반(공동협박)·폭력행위등처벌에관한법률  
위반(공동공갈)·업무방해·상해·사행행위등규제및처벌특례법위반방  
조·사행행위등규제및처벌특례법위반·횡령·게임산업진흥에관한법률위  
반·전자금융거래법위반·권리행사방해·폭행



[대법원 2015. 9. 10. 2015도7081]

【판시사항】

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항의 입법 취지 및 위 조항에서 말하는 '범죄단체 구성원으로서의 활동'의 의미 / 범죄단체를 구성하거나 이에 가입한 자가 더 나아가 구성원으로 활동하는 경우, '범죄단체의 구성이나 가입'과 '범죄단체 구성원으로서의 활동' 사이의 죄수관계(=포괄일죄)

【판결요지】

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항은 그 법에 규정된 범죄행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입하는 행위 또는 구성원으로 활동하는 행위를 처벌하도록 정하고 있는데, 이는 구체적인 범죄행위의 실행 여부를 불문하고 범죄행위에 대한 예비·음모의 성격이 있는 범죄단체의 생성 및 존속 자체를 막으려는 데 입법 취지가 있다. 또한 위 조항에서 말하는 범죄단체 구성원으로서의 활동이란 범죄단체의 내부 규율 및 통솔 체계에 따른 조직적·집단적 의사 결정에 기초하여 행하는 범죄단체의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위를 일컫는다. 그런데 범죄단체의 구성이나 가입은 범죄행위의 실행 여부와 관계없이 범죄단체 구성원으로서의 활동을 예정하는 것이고, 범죄단체 구성원으로서의 활동은 범죄단체의 구성이나 가입을 당연히 전제로 하는 것이므로, 양자는 모두 범죄단체의 생성 및 존속·유지를 도모하는, 범죄행위에 대한 일련의 예비·음모 과정에 해당한다는 점에서 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 피해법익도 다르지 않다. 따라서 범죄단체를 구성하거나 이에 가입한 자가 더 나아가 구성원으로 활동하는 경우, 이는 포괄일죄의 관계에 있다.

【참조조문】

형법 제37조, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제4조 제1항

【참조판례】

대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도2337 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결(공2009하, 1697), 대법원 2013. 10. 17. 선고 2013도6401 판결

**【전문】**

**【피 고 인】**

**【상 고 인】** 피고인들 및 검사(

**【변 호 인】** 변호사 오경훈

**【원심판결】** 서울고법 2015. 4. 24. 선고 2014노3497 판결

**【주문】**

】

원심판결 중 피고인 4, 피고인 5에 대한 부분과 피고인 8, 피고인 9에 대한 유죄 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 나머지 피고인들의 상고를 모두 기각한다.

**【이유】**

】 1. 피고인 8, 피고인 9를 제외한 나머지 피고인들의 상고이유에 관한 판단

가. 피고인 1, 피고인 10의 상고이유에 관하여

- 1) 관련 법리와 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인들에 대한 제1심판시 1의 제3항 범죄사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 다중 또는 단체의 위력에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.
- 2) 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인들에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

나. 피고인 2의 상고이유에 관하여

- 1) 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 제1심판시 1의 제4항 범죄사실을 유죄로 인정하고, 제1심판시 1의 제3항 범죄사실에 관한 피고인의 심신미약 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.
- 2) 피고인에게 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.
- 3) 피고인 제출의 상고이유서 중 '원심의 판단에는 헌법, 법률, 명령, 규칙을 위반하였거나, 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다'는 부분은 그와 같은 주장만 기재되어 있을 뿐 이에 관한 구체적인 사유를 기재하지 아니하였으므로 이 역시 적법한 상고이유라고 볼 수 없다.

다.

피고인 3의 상고이유에 관하여

- 1) 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한하여 원심판결에 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미쳤다거나 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 만한 현저한 사유가 있음을 이유로 상고할 수 있으므로, 피고인에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 원심판결의 법령위반

등 사유에 관한 구체적 주장 없이 원심의 사실인정만을 다투거나 형이 너무 무거워 부당하다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

- 2) 피고인 제출의 상고이유서 중 '원심의 판단에는 헌법, 법률, 명령, 규칙을 위반하였거나, 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다'는 부분은 그와 같은 주장만 기재되어 있을 뿐 이에 관한 구체적인 사유를 기재하지 아니하였으므로 이 역시 적법한 상고이유라고 볼 수 없다.

라. 피고인 4, 피고인 5의 상고이유에 관하여

원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같이 피고인 4에 대한 제1심판시 1의 제6항 범죄사실과 피고인 5에 대한 제1심판시 1의 제2항 범죄사실이 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 없다.

마. 피고인 6, 피고인 11의 상고이유에 관하여

피고인들에게 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

바. 피고인 7의 상고이유에 관하여

- 1) 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 제1심판시 1의 제5항 범죄사실이 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공동정범의 성립 및 고의 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.
- 2) 피고인에게 10년 미만의 징역형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

2. 피고인 9의 상고이유에 관한 판단

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면, ① 피고인이 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 전자금융거래법위반죄 등으로 징역 8월, 집행유예 3년의 형을 선고받고 그 판결이 2014. 5. 27. 확정된 사실, ② 위 확정판결의 범죄사실에는 "피고인이 2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고 앞에서 동네 후배인 이○○로부터 그 명의의 새마을금고 통장(계좌번호 생략)과 현금카드를 양수하였다.

"가 포함되어 있는 사실, ③ 이 사건 공소사실 중 원심판결 별지 범죄일람표 순번 제10 기재 부분은 "피고인과 성명불상자가 공동하여 통장을 만들어주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고에서 피해자 이○○로 하여금 자신들이 원하는 비밀번호를 설정하고 피해자 명의의 새마을금고 통장을 개설하게 하여 위 통장 및 접근매체를 갈취하였다.

"인 사실을 알 수 있다.

나. 원래 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 그 규범적 요소도 고려하여 판단하여야 할 것이지만(대법원 1998. 8. 21. 선고 98도749 판결 참조), 위 공소사실과 위 확정판결의 범죄사실은 그 범행일시, 장소, 상대방 및 범행대상인 접근매체가 동일하고, 피고인이 피해자에게 겁을 주어 접근매체를 갈취한 행위는 접근매체 양수를 위한 단일한 범의 아래 진행된 일련의 행위로서 위 양수의 원인이 되어서 위 양수행위와 불가분의 밀접한 관계에 있다고 할 것이므로, 위 공소사실과 위 확정판결의 범죄사실은 그 기본적 사실관계가 동일한 것이라고 하지 않을 수 없다.

그럼에도 원심은 이와 달리 위 공소사실이 위 확정판결의 범죄사실과 기본적 사실관계가 동일하지 않다고 판단한 나머지 피고인의 면소 주장을 배척하고 말았으니, 이러한 원심판단에는 공소사실의 동일성과 확정판결의 기판력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 검사의 상고이유에 관한 판단과 원심판결 중 피고인 5, 피고인 8에 대한 범죄단체 가입의 점과 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점에 관한 직권판단

가. '폭력행위 등 처벌에 관한 법률' 제4조 제1항은 그 법에 규정된 범죄행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입하는 행위 또는 구성원으로 활동하는 행위를 처벌하도록 정하고 있는데, 이는 구체적인 범죄행위의 실행 여부를 불문하고 그 범죄행위에 대한 예비·음모의 성격이 있는 범죄단체의 생성 및 존속 자체를 막으려는 데 입법 취지가 있다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도2337 판결 참조). 또한 위 조항에서 말하는 범죄단체 구성원으로서의 활동이란 범죄단체의 내부 규율 및 통솔 체계에 따른 조직적·집단적 의사 결정에 기초하여 행하는 범죄단체의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위를 일컫는다(대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결 등 참조).

그런데 범죄단체의 구성이나 가입은 범죄행위의 실행 여부와 관계없이 범죄단체 구성원으로서의 활동을 예정하는 것이고, 범죄단체 구성원으로서의 활동은 범죄단체의 구성이나 가입을 당연히 전제로 하는 것이므로, 양자는 모두 범죄단체의 생성 및 존속·유지를 도모하는, 범죄행위에 대한 일련의 예비·음모 과정에 해당한다는 점에서 그 범의의 단일성과 계속성을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 피해법익도 다르지 않다.

따라서 범죄단체를 구성하거나 이에 가입한 자가 더 나아가 구성원으로 활동하는 경우 이는 포괄일죄의 관계에 있다고 봄이 타당하다.

한편 포괄일죄의 공소시효는 최종의 범죄행위가 종료한 때로부터 진행하고(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결 참조), 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류인 죄의 확정판결 전후에 걸쳐 행하여진 때에는 그 죄는 두 죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종 범죄행위 시점에 완성되는 것이다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002도5341 판결 참조).

나. 먼저 검사의 상고이유에 관하여 살펴본다.

- 1) 제1심판결 이유에 의하면, 제1심은 피고인 4에 대하여 범죄단체 가입의 점과 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점이 경합범임을 전제로, 범죄단체 가입의 점은 그 판시 확정판결 전의, 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점은 확정판결 후의 범죄행위라는 이유로 각각 형을 따로 나누어 정하였음을 알 수 있으며, 원심은 이러한 제1심판결의 죄수관계를 그대로 유지한 채 2007. 1.경의 범죄단체 가입 행위가 종료한 때로부터 7년의 공소시효가 경과한 2014. 5. 14. 이 사건 공소가 제기되어 이미 공소시효가 완성되었음을 이유로 위 범죄단체 가입의 점에 관한 공소사실에 대하여 면소를 선고하였다.
- 2) 그러나 앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 피고인 4의 범죄단체 가입의 점에 대한 공소시효는 이와 포괄일죄의 관계에 있는 2013. 10. 1.자 범죄단체 구성원으로서의 활동의 범죄행위가 종료한 때로부터 진행하므로, 그 공소시효가 완성되기 전에 이 사건 공소가 제기되었음은 명백하다.

그럼에도 이와 달리 범죄단체 가입의 점에 대한 공소사실의 공소시효가 완성되었다고 판단한 원심판결에는 범죄단체 가입의 점과 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점 사이의 죄수에 관한 법리, 포괄일죄의 공소시효에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

다.

다음으로 원심판결 중 피고인 5, 피고인 8에 대한 범죄단체 가입의 점과 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점에 관하여 직권으로 살펴본다.

제1심판결 이유에 의하면, 제1심은 범죄단체 가입의 점과 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점이 경합범임을 전제로, 피고인 5, 피고인 8에 대하여 범죄단체 가입의 점은 그 판시 확정판결 전의, 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점은 확정판결 후의 범죄행위라는 이유로 각각 형을 따로 나누어 정하였음을 알 수 있으며, 원심은 이러한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 범죄단체 가입의 점과 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점은 포괄일죄의 관계에 있으므로, 원심으로서 이를 모두 확정판결 후의 범죄행위로 판단하여 하나의 형을 선고하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심이 범죄단체 가입의 점과 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점을 경합범으로 본 제1심판결을 그대로 유지한 것은 죄수에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

#### 4. 파기의 범위

가. 원심판결 중 피고인 9에 대한 2013. 5. 12.경 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈)의 점은 앞서 본 이유로 파기되어야 할 것인데, 원심은 위 부분과 나머지 유죄 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결 중 위 피고인에 대한 유죄 부분은 전부 파기되어야 한다.

나. 원심판결 중 피고인 4에 대한 범죄단체 가입은 앞서 본 이유로 파기되어야 하고, 이와 포괄일죄의 관계에 있는 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점이 모두 확정판결 후의 범죄행위로서 하나의 형이 선고되어야 할 것인데, 원심은 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점 부분이 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고한 제1심을 그대로 유지하였으므로, 결국 원심판결 중 위 피고인에 대한 부분은 전부 파기되어야 한다.

다.

원심판결 중 피고인 5, 피고인 8에 대한 각 범죄단체 가입의 점과 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점은 앞서 본 이유로 파기되어야 하는데, (1) 원심이 유지한 제1심판결은, ① 피고인 5의 범죄단체 가입의 점과 일부 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점 상호 간 및 나머지 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점 상호 간에 각 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 각각 하나의 형을 선고하고, ② 피고인 8의 범죄단체 가입의 점과 일부 유죄 부분 상호 간 및 범죄단체 구성원으로서의 활동의 점과 나머지 유죄 부분이 상호 간에 각 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 각각 하나의 형을 선고하였으므로, (2) 결국 원심판결 중 피고인 5에 대한 부분 전부와 피고인 8에 대한 유죄 부분 전부가 파기되어야 한다.

#### 5. 결론

그러므로 피고인 8의 상고이유와 피고인 4, 피고인 5, 피고인 9의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 4, 피고인 5에 대한 부분과 피고인 8, 피고인 9에 대한 유죄 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 나머지 피고인들의 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장) 민일영 박보영(주심) 김신