

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2023도12852 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(강도), 특
정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도), 특수
주거침입, 공문서부정행사
2023전도144(병합) 부작명령

피고인 겸 피부작명령청구자

피고인 겸 피부작명령청구자

상 고 인 피고인 겸 피부작명령청구자

변 호 인 변호사 황경남 (국선)

원 심 판 결 부산고등법원 2023. 9. 6. 선고 (창원)2023노146, (창원)2023전노
18(병합) 판결

판 결 선 고 2023. 12. 21.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 '특정범죄가중법'이라 한다) 제5조의4 제5항은 '형법 제329조부터 제331조까지, 제333조부터 제336조까지 및 제340조·제362조의 죄 또는 그 미수죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람이 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.' 라고 규정하면서 제2호에서 '형법 제333조부터 제336조까지의 죄 및 제340조제1항의 죄(미수범을 포함한다)를 범한 경우'에 가중처벌한다고 정하고 있다. 이러한 특정범죄가중법 제5조의4 제5항의 규정 취지는 같은 항 각 호에서 정한 죄 가운데 동일한 호에서 정한 죄를 3회 이상 반복 범행하고, 다시 그 반복 범행한 죄와 동일한 호에서 정한 죄를 범하여 누범에 해당하는 경우에는 동일한 호에서 정한 법정형으로 처벌한다는 뜻으로 보아야 한다. 그러므로 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호 중 '이들 죄를 범하여 누범으로 처벌하는 경우' 부분에서 '이들 죄'라 함은, 앞의 범행과 동일한 범죄일 필요는 없으나, 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 각 호에 열거된 모든 죄가 아니라 앞의 범죄와 동종의 범죄, 즉 형법 제333조 내지 제336조의 죄 및 제340조 제1항의 죄 또는 그 미수죄를 의미한다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2019도18891 판결 등 참조).

2. 원심은, 피고인 겸 피부착명령청구자(이하 '피고인'이라 한다)가 1983. 8. 20. 강도상해죄로 징역 2년에 집행유예 3년, 1993. 7. 30. 절도죄 등으로 징역 10월에 집행유예 2년, 1999. 10. 20. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)죄 등으로 징역 1년 6월, 2002. 8. 13. 같은 죄 등으로 징역 1년 및 징역 4월, 2004. 2. 6. 같은 죄 등으로 징역 1년 6월, 2010. 2. 2. 같은 죄 등으로 징역 1년 6월, 2011. 10. 27. 같은 죄 등으로 징역 3년을 각 선고받고, 2015. 12. 8. 강도치상죄 등으로 징역 7년을 선고받아 2022. 8.

8. 그 형의 집행은 종료한 자로서 다시 2022. 10. 31. 준특수강도미수죄를 범한 사실을 인정하고, 피고인에 대하여 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호를 적용한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

3. 그러나 기록에 의하면, 피고인이 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호에 규정된 죄로 징역형을 선고받은 전력으로는 2015. 12. 8. 강도치상죄와 준강도죄 등으로 징역형을 선고받은 것이 유일하다. 판시 범죄전력 중 절도죄는 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호에 규정된 죄가 아님이 명백하고, 강도상해죄나 강도치상죄도 비록 형법 제333조 등의 강도를 주체로 하는 죄이기는 하나 형법 제337조에 별도로 규정되어 있으므로 위 제2호에 열거된 형법 제333조 내지 제336조의 죄 및 제340조 제1항의 죄 또는 그 미수죄에 포함되지 않음이 명백하다. 따라서 피고인은 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호에 규정된 죄로 세 번 이상 징역형을 받은 사람에 해당하지 않는다.

4. 또한 집행유예의 효과에 관한 형법 제65조에서 '형의 선고가 효력을 잃는다'는 의미는 형의 실효 등에 관한 법률에 의한 형의 실효와 같이 형의 선고에 의한 법적 효과가 장애에 향하여 소멸한다는 취지이므로 위 규정에 따라 형의 선고가 효력을 잃는 경우 그 전과 자체를 특정범죄가중법 제5조의4 제5항에서 정한 '징역형을 받은 경우'로 볼 수 없는데(대법원 2014. 9. 4. 선고 2014도7088 판결 등 참조), 판시 범죄전력란에 기재된 전과 중 1983. 8. 20. 강도상해죄 전과는 기록상 그 집행유예가 실효 또는 취소되지 않고 유예기간이 경과하였다고 보이므로 그러한 점에서도 특정범죄가중법 제5조의4 제5항을 적용할 수 없다.

5. 그럼에도 원심은 피고인에게 특정범죄가중법 제5조의4 제5항 제2호를 적용하여 처단한 제1심판결을 그대로 유지하였는바, 원심의 판단에는 특정범죄가중법 제5조의4

