

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2025도15970 가. 사기  
나. 도로교통법위반(음주운전)  
다. 도로교통법위반(무면허운전)

피 고 인 피고인

상 고 인 검사 및 피고인

변 호 인 법무법인 아이에이  
담당변호사 홍정익

원 심 판 결 서울중앙지방법원 2025. 9. 11. 선고 2025노672 판결

판 결 선 고 2026. 1. 29.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원에 환송한다.

이 유

1. 검사의 상고이유에 대하여

가. 대상 공소사실의 요지

피고인은 2014. 6. 17. 서울동부지방법원에서 사기죄 등으로 징역 1년을 선고받고 2015. 6. 30. 그 형의 집행을 종료하였다.

1) 2020고단4306 사건

피고인은 2017. 11. 23.경 용인시 기흥구 (이하 생략)(이하 '이 사건 아파트'라 한다)에 관심을 갖고 분양을 받기 위해 지인의 소개를 받아 찾아온 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 마치 피고인 측에서 이 사건 아파트를 공매로 취득하여 1개월 이내에 피해자들 앞으로 해당 세대의 소유권을 이전해 줄 것처럼 피해자들을 속여 분양권 매매계약을 체결한 다음, 이에 속은 피해자 공소외 1로부터 즉석에서 자금 집행 수탁자인 법무사 공소외 3을 통해 자기앞수표 2억 5,000만 원을 교부받고, 피해자 공소외 2로부터 같은 날 피고인이 지정한 법무법인 ○○ 명의의 은행계좌로 2억 원을, 딸 공소외 4 명의 은행계좌로 5,000만 원을 송금받아 이를 편취하였다.

2) 2022고단3805 사건

피고인은 2017. 11.경 피해자 공소외 5로부터 돈을 받더라도 △△타워 건물 및 토지를 매입할 수 있도록 해주거나 매입에 필요한 자금을 대출해 줄 의사나 능력이 없었음에도 "내가 금융권에 인맥이 많다. 당신들이 매입하려는 경기도 남양주 □□동에 있는 △△타워 건물 및 토지를 LH공사로부터 매입할 수 있도록 해주고, 매입에 필요한 자금 대출을 알선해 주겠다. 대출을 알선하기 위해선 계약금과 경비가 필요하다."라고 말하며 피해자를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 대출계약금 명목으로 2017. 11. 8.경 3,000만 원, 2017. 12. 8.경 2,000만 원을 피고인의 딸 공소외 4 명의의 ◇◇은행 계좌로, 2017. 12. 15.경 대출계약 이행보증금 명목으로 4,000만 원을 공소외 3 명의의 ☆☆계좌로 송금받아 편취하였다.

#### 나. 원심의 판단

원심은 피고인이 징역 1년의 형을 선고받고 그 형의 집행을 종료한 날부터 5년이 경과할 때까지 자격정지 이상의 형을 받은 전력이 없었던 이상 「형의 실효 등에 관한 법률」 제7조 제1항 제2호에 의하여 그 형이 실효되었고, 이와 같이 형이 실효된 전과를 근거로 형법 제35조의 누범가중을 할 수 없다는 이유로 대상 공소사실 기재 각 사기죄에 대하여 누범가중을 하지 않았다.

#### 다. 대법원의 판단

1) 「형의 실효 등에 관한 법률」(이하 '형실효법'이라 한다) 제7조 제1항은 "수형인이 자격정지 이상의 형을 받지 아니하고 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 다음 각 호의 구분에 따른 기간이 경과한 때에 그 형은 실효된다."라고 정하고, 같은 항 제2호에서 "3년 이하의 징역·금고형: 5년"으로 정하고 있다. 위 규정에 따라 형이 실효된 경우에는 그저 형의 선고에 따른 법적 효과가 장래에 향하여 소멸된다는 것일 뿐, 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체의 모든 효과까지 소멸한다는 것은 아니다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4869 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012도10269 판결 등 참조).

한편, 형법 제35조 제1, 2항의 누범조항은 금고 이상의 형을 선고받아 그 집행이 종료되거나 면제된 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 지은 경우를 누범으로 규정하고, 그 죄에 대하여 정한 형의 장기의 2배까지 가중하도록 하고 있다. 누범을 가중처벌하는 것은 범죄인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 경고기능을 무시하고 후범의 실현을 통하여 범죄추진력이 보다 강화되어 행위책임이 가중되기 때문이고, 나아가 재범예방이라는 형사정책적 목적을 달성하기 위한 것이다(헌법재판소 2019. 2. 28. 선고

2018헌바8 결정 등 참조). 이와 같이 형의 집행 종료나 면제 이후 일정기간이 지나기 전에 죄를 범한 경우 가중처벌이 필요하다는 입법적 결단에 따라 누범 규정을 두고 있는 이상, 시간의 경과에 따라 누범기간 적용의 기준이 되는 형이 실효되었다는 이유로 누범에 해당되지 않는다고 보기는 어렵다. 따라서 일단 금고 이상의 형을 선고받아 그 집행이 종료되거나 면제된 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 이상, 그 후 그 형이 형의 실효에 관한 기준 등을 정함으로써 전과자의 정상적인 사회복귀를 보장함을 목적으로 하는 형실효법 제7조에 따라 실효되었다 하더라도 이는 형법 제35조 제1항에서 정한 누범사유에는 여전히 해당한다고 보아야 한다.

2) 이와 달리 원심은 대상 공소사실 기재 각 사기 부분에 대하여 유죄로 인정하면서 그 판시와 같은 이유로 형법 제35조의 누범가중을 하지 않았다. 따라서 원심판결에는 형법 제35조의 적용범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 피고인의 양형부당을 제외한 나머지 상고이유에 대하여

원심은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 사기죄의 성립, 불이익변경금지원칙 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 3. 파기의 범위

위에서 본 이유로 원심판결 중 대상 공소사실 부분은 파기되어야 한다. 그런데 원심은 이 부분 공소사실과 나머지 공소사실이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 보아 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

#### 4. 결론

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

재판장	대법관	마용주	_____
	대법관	노태악	_____
주 심	대법관	서경환	_____
	대법관	신숙희	_____