

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2021도4355 특수상해
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
변 호 인 변호사 이태원
원 심 판 결 부산지방법원 2021. 3. 25. 선고 2020노2029 판결
판 결 선 고 2025. 3. 27.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

피고인은 2019. 9. 4. 22:40경 부산 기장군에 있는 피고인의 주거지에서 술을 마시다
가 피해자 공소외인과 시비가 되어 그곳에 있던 위험한 물건인 전자충격기로 피해자의
목과 허리 부위에 충격을 가하고, 위험한 물건인 머그컵으로 피해자의 머리 부위를 내

리쳐 피해자의 정수리 부분이 약 2~3cm 찢어지는 치료일수 미상의 열상을 가하였다.

2. 원심의 판단

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

1) 피고인은 2014. 6. 12. 특수강도죄, 특수절도죄로 징역 2년 6개월(이하 '이 사건 징역형'이라고 한다)을 선고받았고[창원지방법원 통영지원 2014고합13, 15(병합)-1(분리)호 사건], 위 판결은 2014. 9. 25. 그대로 확정되었다.

2) 피고인은 2014. 4. 4. 폭행죄로 벌금 70만 원(이하 '이 사건 제1벌금형'이라고 한다)의 약식명령(부산지방법원 동부지원 2014고약941호)을, 2014. 4. 25. 도로교통법 위반(음주운전)죄로 벌금 200만 원(이하 '이 사건 제2벌금형'이라고 한다)의 약식명령(부산지방법원 동부지원 2014고약1091호)을 발령받았고, 2014. 11. 13. 각각 정식재판을 청구하였다가 그 직후 취하함으로써 위 약식명령이 확정되었다.

3) 검사는 피고인에 대하여 이 사건 징역형을 집행하던 중 형 집행의 순서를 변경하는 지휘를 하여(이하 '이 사건 변경지휘'라고 한다) 2015. 3. 21.부터 2015. 4. 29.까지 40일간 이 사건 제2벌금형 미납에 따른 노역장유치의 집행을 하였고, 2015. 4. 30.부터 2015. 5. 12.까지 13일간 이 사건 제1벌금형 미납에 따른 노역장유치의 집행을 하였다. 그 사이에 이 사건 징역형의 집행은 정지되었다.

4) 그 후 피고인에 대하여 2015. 5. 13.부터 이 사건 징역형의 잔여형 집행이 이루어졌고, 피고인은 그 형의 집행이 종료된 2016. 9. 16. 창원교도소에서 출소하였다.

나. 원심은 위와 같은 사실을 기초로, 이 사건 징역형의 집행에 따른 누범기간 및 집행유예 결격기간의 계산과 관련하여 다음과 같은 이유로 이 사건 변경지휘는 위법하고 이 사건 징역형의 집행은 '최초 종료예정일'인 2016. 7. 22.에 종료되었다고 보아, 피고

인에 대하여 누범가중을 하지 않고 징역형의 집행을 유예하는 판결을 선고하였다. 즉, 형사소송법 제462조 본문에 의하면 중한 형을 우선집행하는 것이 원칙이고 형의 집행 순서변경을 정하고 있는 형사소송법 제462조 단서의 취지는 가석방 요건의 조기성취에 있다고 보아야 하는 점, 형의 집행순서변경에 관하여 검사의 재량을 허용할 경우 자유형의 집행종료일이 부당하게 늦추어져 누범이나 집행유예 결격 판단에 관하여 피고인에게 불리할 수 있고 실제 구금일수가 증가하기도 하는 불이익이 있을 수 있는 점, 법무부령인 「자유형등에 관한 검찰집행사무규칙」 제39조 제1항은 자유형의 집행 중 벌금형에 관한 형의 시효가 완성될 것이 명백한 경우에만 예외적으로 자유형과 노역장유치 집행순서를 변경할 수 있다는 점을 명확히 하고 있는 점 등을 볼 때, 검사는 임의로 자유형의 집행을 정지한 채 노역장유치를 먼저 집행하도록 지휘할 수 없고, 설령 검사가 노역장유치를 먼저 집행하도록 지휘함으로써 실제 출소일이 노역장유치 집행기간만큼 늦춰졌더라도 해당 수형자의 누범기간 및 집행유예 결격기간은 실제 출소일이 아니라 이 사건 변경지휘가 없었을 경우의 이 사건 징역형 집행종료 예정일을 기준으로 기산하여야 한다는 것이다.

3. 대법원의 판단

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 이를 수긍하기 어렵다.

가. 형사소송법은 형 집행의 순서에 관하여 제462조 본문에서 '2이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 무거운 형을 먼저 집행한다.'라고 하여 중한 형 우선집행의 원칙을 선언하면서도 동시에 제462조 단서에서 '단, 검사는 소속 장관의 허가를 얻어 무거운 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다.'라고 정하여 형 집행을 지휘하는 주체인 검사가 일정한 절차에 따라 형 집행의 순서를 변경

할 수 있는 예외를 인정하고 있다. 형 집행사무의 적정한 운영을 위하여 검찰청법 제 11조에 따라 법무부령으로 사형과 자유형의 집행에 관한 사무의 방식과 절차를 정하고 있는 「자유형등에 관한 검찰집행사무규칙」은 제39조 제1항에서 '형의 집행순서변경에 의한 노역장유치의 집행지휘'라는 제목 아래 '자유형과 벌금형이 병과 선고되거나 자유형의 집행 중 다른 범죄로 벌금형이 선고된 수형자에 관하여 검사가 노역장유치의 집행을 지휘하는 때에는 소속 검찰청의 장의 허가를 받아 자유형의 집행을 정지하고, 먼저 노역장유치의 집행을 지휘하여야 한다. 다만, 자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때에는 그러하지 아니하다.'라고 하여 형 집행의 순서를 변경하여 자유형에 앞서 벌금형에 대한 노역장유치의 집행을 하기 위한 절차 등을 규정하고 있다.

형 집행의 시작과 종료는 형법 제35조 제1항, 제62조 제1항에서 정한 누범기간이나 집행유예 결격기간의 계산, 형법 제80조에 따른 형의 시효 중단 등과 직접 관련이 있고, 자유형과 벌금형이 병과되어 선고된 수형자 등의 경우 형법 제72조 제2항에 따라 벌금의 완납 여부가 징역형이나 금고형에 대한 가석방 요건의 충족 여부를 좌우하므로, 형 집행의 순서와 그 변경은 수형자의 이해관계에 중대한 영향을 미치게 된다. 따라서 형사소송법 제462조 단서에 따른 검사의 형 집행의 순서 변경은 수형자의 이익을 위하여 가석방 요건을 조기에 갖추어 주려는 목적이란지, 자유형의 시효가 장기인 경우 그보다 가벼운 형인 벌금형의 노역장유치를 먼저 집행함으로써 벌금형의 시효를 중단시키려는 목적 등 형 집행의 적정성을 확보하기 위하여 이루어질 수 있다. 다만, 형사소송법 제462조 단서가 검사의 자의적인 형의 집행순서변경이나 그로 인하여 수형자의 이익이 부당하게 침해되는 결과를 허용하는 취지는 아니므로, 검사는 형의 집행

순서변경 제도의 목적과 수형자의 기본권 보장의 이념을 염두에 두고 적정한 재량의 범위 내에서 형의 집행순서변경에 관한 권한을 행사하여야 한다. 「자유형등에 관한 검찰집행사무규칙」 제39조 제1항 단서에서 '자유형을 먼저 집행하여도 벌금형에 관한 형의 시효가 완성되지 아니할 것이 명백한 때'에는 자유형에 앞서 벌금형에 대한 노역장 유치의 집행을 하기 위한 형의 집행순서변경을 제한하고 있는 것도 그러한 취지이다.

나. 형의 집행순서변경에 관한 검사의 지휘가 재량을 일탈·남용한 것으로서 위법한 지 여부는 그 변경지휘가 있었을 당시를 기준으로 변경의 목적·동기·경위, 집행순서변경에 관한 수형자의 요청이나 동의가 있었는지 여부, 순서의 변경이 수형자에게 미칠 영향, 형의 시효진행 상황 등을 종합하여 판단하여야 한다. 이와 달리 형의 집행순서변경 후에 수형자가 새로운 범죄행위를 하였다는 등의 우연한 사정을 이유로 그러한 사정이 발생한 때를 기준으로 사후적인 관점에서 집행순서변경이 수형자에게 미친 영향의 유·불리를 평가하여 집행순서변경에 관한 지휘의 위법성을 판단할 수는 없다.

다. 위와 같은 법리를 기초로 이 사건에 관하여 보면, 이 사건 변경지휘는 형사소송법이 정한 바에 따라 검사의 적정한 재량의 범위 내에서 이루어진 것으로서 적법한 것으로 평가할 수 있는바, 원심 판시의 사정만을 이유로 이 사건 변경지휘나 그에 따라 이루어진 형의 집행순서변경이 위법하다고 단정하기 어렵다.

1) 기록에 의하면, 이 사건 변경지휘가 집행순서변경의 목적·동기·경위 측면에서 이 사건 각 벌금형의 시효 중단을 위한 것으로 보기 어렵기는 하지만, 이 사건 징역형의 집행완료를 의도적으로 지연시키거나 피고인에게 부당하게 불이익을 가할 의도로 이루어진 것이라는 등 그 위법을 인정할 만한 특별한 사정을 찾을 수 없고, 원심이 그러한 사정이 존재하는지 여부에 관하여 면밀히 심리한 바도 없다.

2) 이 사건 변경지휘로 이 사건 징역형의 형기인 2년 6개월 중 422일이 경과한 후 징역형의 집행이 정지되고 이 사건 각 벌금형의 집행이 먼저 완료되었다. 이로써 피고인은 벌금이 완납된 상태에서 징역형의 잔여형에 대하여 형법 제72조 제1항에서 요구하는 가석방의 요건 중 일부인 '징역형의 형기의 3분의 1 경과' 조건을 갖추게 되었는바, 이 사건 변경지휘가 반드시 피고인에게 불리한 처우라고 단정할 수 없다. 기록에 의하면, 이 사건 변경지휘는 검사의 직권에 의한 것이 아니라 피고인의 요청에 의한 것이었을 가능성을 배제할 수 없다.

3) 이 사건 변경지휘로 이 사건 각 벌금형에 관한 노역장유치가 먼저 집행됨에 따라 이 사건 징역형의 집행종료일이 늦추어지고 순서변경을 하지 않았을 때와 비교하여 징역형의 실제 구금일수가 수일의 범위에서 다소 달라질 가능성이 있기는 하다. 그러나 이는 역법체계에 따른 윤년의 도래, 연·월 단위로 형기를 계산하는 방식 등 제도가 예정한 범위 내의 결과로서 이 사건 변경지휘의 위법 여부의 판단과 관련이 있는 사정으로 보기 어렵다.

4) 피고인이 이 사건 공소사실 범죄행위로 누범으로 처벌되거나 집행유예 결격이라는 불이익을 입게 되는 것은 피고인이 이 사건 징역형의 집행 종료 후 일정 기간 내에 다시 새로운 범행에 나아갔기 때문이다. 사후적으로 평가할 때 이 사건 변경지휘의 결과 이 사건 징역형의 집행종료일이 늦추어짐으로써 새로운 범행이 누범에 해당하게 되었더라도, 이를 들어 검사가 이 사건 변경지휘 당시부터 피고인에게 의도적으로 또는 부당하게 불이익을 가하려고 하였기 때문이라고 평가할 수 없다.

라. 그렇다면 형법 제35조 제1항, 제62조 제1항의 적용 여부에 관한 판단에서 이 사건 징역형의 집행종료일은 집행순서변경에 따라 피고인이 실제로 교도소에서 출소한

2016. 9. 16.이라고 보아야 한다. 이와 달리 이 사건 징역형이 집행순서변경 전 종료에
정일인 2016. 7. 22.에 종료된 것으로 보아야 함을 전제로 이 사건 공소사실 범행이 누
범에 해당하지 않고 집행유예 결격이 아니라고 본 원심의 판단에는 형사소송법 제462
조에서 정한 형 집행의 순서 및 그 변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친
위법이 있다.

4. 결론

원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여,
관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 권영준 _____

주 심 대법관 오경미 _____

 대법관 박영재 _____