대 법 원

판 결

사 건	2018도5475 특수상해미수, 폭행
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
원 심 판 결	의정부지방법원 2018. 3. 27. 선고 2017노3162 판결
판 결 선 고	2021. 1. 21.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 피고인은 '2016. 12. 23.경 피해자 공소외 1을 폭행하고, 같은 날 위험한 물건인 식칼로 피해자 공소외 2의 가슴을 찔렀으나 피해자 공소외 2가 손으로 피고인의 손을 밀쳐 피해자 공소외 2의 옷만 찢어지게 하고 미수에 그쳤다'는 폭행 및 특수상해미수의 공소사실로 공소가 제기되었다.

제1심은 피고인에 대한 위 공소사실 중 폭행의 점에 대해서는 형법 제260조 제1항을 적용하여 유죄로 인정하면서 징역형을 선택하였고, 특수상해미수의 점에 대해서는

형법 제258조의2 제3항, 제1항, 제257조 제1항을 적용하여 유죄로 인정하였다. 제1심이 선택한 폭행죄의 법정형은 '2년 이하의 징역'이고, 특수상해미수죄의 법정형은 '1년 이상 10년 이하의 징역'이다. 이어 제1심은 특수상해미수죄에 대해 형법 제25조 제2항, 제55조 제1항 제3호에 따라 감경한 뒤(특수상해미수죄의 형기가 징역 6월 이상 5년 이하로 되었다), 형이 더 높은 특수상해미수죄에 정한 형에 경합범가중을 하되 특수상해미수죄의 장기의 2분의 1을 가중한 형기(7년6월)보다 특수상해미수죄와 폭행죄의 장기를 합산한 형기(7년)가 낮으므로 합산한 범위 내에서 처단형(징역 6월 이상 7년 이하)을 결정하였다. 그리고 처단형의 범위 내에서 피고인에게 징역 8월, 집행유예 2년을 선고하면서, 보호관찰 및 120시간의 사회봉사를 명하였다.

제1심판결에 대해 피고인이 양형부당을 이유로 항소하였다. 원심은 피고인의 항소를 기각하였다.

나. 형법 제25조 제2항은 '미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다'고 규정하고 있고, 위와 같이 형을 '감경할 수 있다'고 규정한 경우를 임의적 감경이라고 한다. 임의적 감경사유가 인정될 때 법률상 감경을 할 것인지에 대해 판례는 '임의적 감경사유에 대해 원심이 그에 따른 법률상 감경을 하지 않더라도 잘못이 아니다'라는 취지로 판시하여(대법원 1991. 6. 11. 선고 91도985 판결, 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도6120 판결, 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014도15131 판결 등 참조) 임의적 감경사유가 존재하더라도 감경을 할 것인지 여부는 법원의 재량이라는 입장이다. 그리고 유기징역형에 대한 감경을 결정하였다면 형법 제55조 제1항 제3호에 따라 형기의 상한과 하한을 모두 2분의 1로 감경하는 것이 현재 법원의 실무이다.

그런데 임의적 감경사유가 인정될 때 법원이 재량으로 감경 여부를 결정하는 것은

타당하지 않다는 문제제기가 있다. 아울러 임의적 감경을 하면서 법정형의 상한과 하한을 모두 2분의 1로 감경하는 방식도 타당하지 않다고 한다. 구체적으로 이 사건에서 원심이 유지한 제1심이 특수상해미수죄에 대하여 형법 제25조 제2항에 따라 미수감경을 하면서 법정형의 상한과 하한을 모두 2분의 1로 감경한 것은 잘못이라고 한다. 그러므로 이 사건의 쟁점은 임의적 감경에 대한 현재의 해석론이 타당한지 여부이다.

2. 임의적 감경의 의미

형의 양정은 법정형 확인, 처단형 확정, 선고형 결정 등 단계로 구분된다. 법관은 형의 양정을 할 때 법정형에서 형의 가중·감경 등을 거쳐 형성된 처단형의 범위 내에서만 양형의 조건을 참작하여 선고형을 결정해야 한다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도8376 판결 등 참조).

형법 제25조는 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌하고(제1항), 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다(제2항)고 규정하고 있다. 형법 제25조 제2항에 따른 형의 감경은 법률상 감경의 일종으로서 재판상 감경인 작량감경(형법 제53조)과 구별된다. 법률상 감경에 관하여 형법 제55조 제1항은 형벌의 종류에 따른 감경의 방법을 규정하고 있다. 법률상 감경사유가 무엇인지와 그 사유가 인정될 때 반드시 감경을 하여야 하는지는 형법과 특별법에 개별적이고 구체적으로 규정되어 있다. 이와 같은 감경 규정들은 법문상 형을 '감경한다'라거나 형을 '감경할 수 있다'라고 표현되어 있는데, '감경한다'라고 표현된 경우를 필요적 감경, '감경할 수 있다'라고 표현된 경우를 임의적 감경이라 한다. 형법 제25조 제2항에 따른 형의 감경은 임의적 감경에 해당한다.

필요적 감경의 경우에는 감경사유의 존재가 인정되면 반드시 형법 제55조 제1항에

따른 법률상 감경을 하여야 함에 반해, 임의적 감경의 경우에는 감경사유의 존재가 인정되더라도 법관이 형법 제55조 제1항에 따른 법률상 감경을 할 수도 있고 하지 않을 수도 있다. 나아가 임의적 감경사유의 존재가 인정되고 법관이 그에 따라 징역형에 대해 법률상 감경을 하는 이상 형법 제55조 제1항 제3호에 따라 상한과 하한을 모두 2분의 1로 감경한다. 이러한 현재 판례와 실무의 해석은 여전히 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가. 형법은 법률상 감경의 방법, 내용, 사유를 구체적으로 규정하고 있고 그 의미도 명확하다.

형법은 범죄의 구성요건에 해당하는 행위에 상응하는 법정형을 정하여 두고, 법정형에 대한 법률상 가중·감경 및 작량감경을 통해 최종적인 처단형을 정하도록 하고 있다. 즉 처단형은 오직 법률 규정에 근거한 법관의 법률적용에 따른 결과이다. 작량감경은 오로지 법관의 재량에 의해 형을 감경하는 것인 반면, 법률상 감경은 형법이 정한 감경사유가 인정되는 경우 형을 감경하는 것이고, 작량감경이든 법률상 감경이든 감경의 방법은 형종에 따라 형법 제55조에서 정한 바에 따라야 한다. 법률상 감경은 감경사유의 존재가 인정되면 반드시 감경하여야 하는 필요적 감경과 감경사유의 존재가 인정되더라도 감경할 수도 있고 하지 않을 수도 있는 임의적 감경으로 구별된다. 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 정한 경우에는 형의 감경과 형의 면제 중 어느 하나를 선택할 수도 있다.

구체적으로 형법이 정한 형의 필요적 감면사유는 중지미수(제26조), 예비·음모 단계에서의 자수에 관한 각칙 규정(제90조, 제101조, 제111조 제3항, 제120조, 제175조, 제213조), 위증·무고와 자백·자수(제153조, 제154조, 제157조), 장물범과 본범의 친족관계

(제365조 제2항)이다. 형의 필요적 감경사유는 농아자(제11조), 방조범(제32조 제2항)이다. 임의적 감면사유는 과잉방위(제21조 제2항), 과잉긴급피난(제22조 제3항), 과잉자구행위(제23조 제2항), 불능미수(제27조), 사후적 경합범(제39조 제1항), 자수·자복(제52조)이다. 임의적 감경사유는 심신장애(제10조 제2항), 장애미수(제25조 제2항), 범죄단체조직(제114조), 피약취자 석방(제324조의6)이다. 한편 대법원 2019. 4. 18. 선고 2017도14609 전원합의체 판결에서 형법 제37조 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 형을 감경할 때에도 법률상 감경에 대한 형법 제55조 제1항이 적용되어 유기징역을 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1 미만으로는 감경할 수 없음을 확인한 바 있다.

나. 죄형법정주의 원칙에 비추어 볼 때, 임의적 감경에 관한 현재 판례 및 실무의 해석은 법문에 충실하고 형법의 체계와 부합한다.

죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고, 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 아니한다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도17847 판결 등 참조). 법률을 해석할 때 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다. 죄형법정주의 원칙이 적용되는 형벌법규의 해석에서는 더욱 그러하다(대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결 참조).

형법은 필요적 감경의 경우에는 문언상 형을 '감경한다'라고 표현하고, 임의적 감경의 경우에는 작량감경과 마찬가지로 문언상 형을 '감경할 수 있다'라고 표현하고 있다. '할 수 있다'는 말은 어떠한 명제에 대한 가능성이나 일반적인 능력을 나타내는 말로서 '하지 않을 수도 있다'는 의미를 포함한다. '할 수 있다'는 문언의 의미에 비추어 보면 입법자는 임의적 감경의 경우 정황 등에 따라 형을 감경하거나 감경하지 않을 수 있도록 한 것이고 그 권한 내지 재량을 법관에게 부여한 것이다. 이러한 해석은 문언상 자연스러울 뿐만 아니라 일상의 언어 사용에 가까운 것으로 누구나 쉽게 이해할 수 있다. 법문과 입법자의 의사에 부합하는 이상, 죄형법정주의 원칙상 허용되지 않는 유추해석에 해당하지도 않는다.

한편 형법 제55조 제1항은 형벌의 종류에 따라 법률상 감경의 방법을 규정하고 있는데, 형법 제55조 제1항 제3호는 '유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다'고 규정하고 있다. 이와 같이 유기징역형을 감경할 경우에는 '단기'나 '장기'의 어느 하나만 2분의 1로 감경하는 것이 아니라 '형기' 즉 법정형의 장기와 단기를 모두 2분의 1로 감경함을 의미한다는 것은 법문상 명확하다. 처단형은 선고형의 최종적인 기준이 되므로 그 범위는 법률에 따라서 엄격하게 정하여야 하고, 별도의 명시적인 규정이 없는 이상 형법 제56조에서 열거하고 있는 가중·감경할 사유에 해당하지 않는 다른 성질의 감경사유를 인정할 수는 없다(대법원 2019. 4. 18. 선고 2017도14609 전원합의체 판결 참조). 따라서 유기징역형에 대한 법률상 감경을 하면서 형법 제55조 제1항 제3호에서 정한 것과 같이 장기와 단기를 모두 2분의 1로 감경하는 것이 아닌 장기 또는 단기 중 어느 하나만을 2분의 1로 감경하는 방식이나 2분의 1보다 넓은 범위의 감경을 하는 방식 등은 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

다. 형법은 임의적 감경과 필요적 감경을 구별하고 있고, 판례 및 실무는 양자의 구별을 명확히 한다.

앞서 본 법률상 감경사유는 구성요건해당성, 위법성, 책임 등 범죄의 성립요건과 관련이 있거나 불법의 정도나 보호법익의 침해 정도 등과 관련 있는 사유들이 대부분이다. 입법자는 범죄의 성립 및 처벌과 관련된 중요한 사항들을 법률상 감경의 요건으로 정한 뒤 해당 요건이 범죄의 성립 또는 처벌 범위의 결정에 일반적으로 미치는 영향이나 중요성을 종합적으로 고려하여 필요적 감경, 임의적 감경으로 구별하여 규정하였다.

위와 같이 필요적 감경사유와 임의적 감경사유가 구별되어 규정되어 있는 취지를 고려하면 그 법률효과도 명확히 구별되어야 한다. 예를 들어 범죄의 실행에 착수하였으나 외부적인 사정에 의해 범죄행위의 완성에 이르지 못한 장애미수는 임의적 감경으로, 범죄의 실행에 착수하였다가 범죄 완성 전에 자의로 행위를 중지하거나 결과 발생을 방지한 중지미수는 필요적 감경으로 구별하여 규정한 취지에 따라 그 법률효과는 분명히 구별되어야 한다. 불법의 실현을 위해 범행의 실행에 착수하여 법익침해의 위험을 발생하게 하였으나 범인 스스로 적법으로 회귀하기 위해 노력한 경우(중지미수)와 범인의 불법 실현을 위한 의사는 변함이 없는데 외부적인 요인으로 법익침해의 결과가 발생하지 않은 경우(장애미수)에 대한 법률적 평가는 큰 차이가 있을 수밖에 없다. 이 경우 현재 실무 및 판례에 따르면, 중지미수의 경우에는 법정형의 상한과 하한 모두를 2분의 1로 감경하는 반면, 장애미수의 경우에는 법익침해의 위험 발생 정도에 따라 법정형에 대한 감경을 하지 않거나 법정형의 상한과 하한 모두를 2분의 1로 감경할 수 있게 되고, 그 선택은 법관의 재량에 맡기게 된다. 그런데 이와 달리 법정형의 하한은 중지미수와 장애미수 모두 동일하게 2분의 1로 감경하고, 법정형의 상한은 중

지미수의 경우에만 2분의 1로 감경하고 장애미수의 경우에는 감경하지 않는다고 해석하면 중지미수와 장애미수에 관한 법률적 평가와 개별 사안에 따른 법관의 사안별 평가의 필요성을 고려하지 않고, 입법자가 필요적 감경과 임의적 감경으로 구별한 취지를 무색하게 한다.

라. 처단형의 하한을 낮출 필요가 없다면 굳이 임의적 감경을 할 필요가 없다는 현재 실무 관행을 잘못이라고 볼 수 없다.

형법은 형의 가중·감경할 사유가 경합된 때에 그 적용 순서에 관하여, 각칙 본조에 의한 가중, 제34조 제2항의 가중, 누범 가중, 법률상 감경, 경합범가중, 작량감경 순으로 규정하고 있고(제56조), 이러한 순서에 따른 형의 가중·감경 과정을 거쳐 처단형이 산출된다. 임의적 감경은 법률상 감경의 일종으로서 해당 감경사유의 존재가 인정되면 그에 따른 감경을 실시할 것인지 여부는 심신미약, 미수, 자수 등 해당 감경사유가 행위불법이나 결과불법의 측면에서 범행에서 차지하는 비중이나 범행에 미친 영향 등을 고려하여 독자적으로 결정함이 타당하다. 다만 해당 임의적 감경사유가 당해 범행의 행위불법이나 결과불법에서 차지하는 비중이나 범행에 미친 영향이 어느 정도인지를 판단하기 위해서는 다른 양형조건들에 대한 고려가 불가피할 것이다.

아울러 법관이 처단형을 결정하는 과정에서 피고인에 대한 양형조건들을 참작하여 최종 선고형을 머릿속에 그리면서 임의적 감경 여부를 결정하는 것이 법리적·논리적으로 잘못이라 할 수도 없다. 형의 양정 즉 양형은 법정형을 기초로 하여 형벌의 종류를 선택하고 이를 가중하거나 감경하여 처단형을 정한 다음 그 처단형의 범위에서 구체적인 선고형을 정하는 과정으로 이루어진다. 법률상 감경은 형법 제1편 제3장 제2절 '형의 양정' 부분에서 양형의 조건(제51조), 자수·자복(제52조), 작량감경(제53조), 선택형

과 작량감경(제54조), 가중감경의 순서(제56조) 등과 함께 제55조에 규정되어 있는데, 임의적 감경은 형의 양정을 위한 과정 중 법률상 감경에 해당한다. 형의 양정을 함에 있어 형의 선택, 작량감경 등과 같이 법관에게 재량이 주어진 사항의 판단을 위해서는 양형조건에 대한 고려를 하지 않을 수 없다. 법관이 양형조건에 대한 고려 없이 형종을 선택하거나 작량감경 여부를 결정하는 것은 상상하기 어렵다. 따라서 입법자가 법관에게 임의적 감경에 대한 재량 내지 권한을 부여한 이상 법관이 다른 양형조건에 대한 고려를 완전히 배제하고 오로지 임의적 감경사유만을 심리하여 감경 여부를 결정하기는 사실상 어렵다.

현재 실무상 임의적 감경사유가 있더라도 처단형의 하한을 낮추기 위한 경우가 아니면 굳이 임의적 감경을 하지 않는 방식이 통용되어 왔다. 그러나 이러한 실무 관행이 선고형을 먼저 결정한 뒤 임의적 감경 여부를 결정한다는 의미는 아니다. 앞서 본 바와 같이 입법자가 임의적 감경을 법관의 재량 내지 권한으로 부여한 이상 법관은 임의적 감경 여부를 결정하기 위해 불가피하게 임의적 감경사유 이외의 다른 양형조건들에 대한 고려를 하지 않을 수 없고 그 과정에서 어느 정도 선고형에 대한 윤곽을 머릿속에 그릴 수 있다. 따라서 현재 실무는 이러한 판단 과정 속에서 반드시 처단형의 하한을 낮출 필요가 있는 경우가 아니라면 굳이 임의적 감경을 할 실익이 없으므로 양형기준 상의 양형인자나 양형조건으로 고려하면 충분하다는 취지로 이해할 수 있다. 처단형의 하한을 낮출 필요가 없다면 굳이 임의적 감경을 할 필요가 없다는 현재 실무 관행이 위법하다고 볼 것은 아니다.

마. 유죄 인정 후 선고형을 결정하기까지 법관에게 많은 재량이 주어져 있고, 임의적 감경에 관한 법관의 재량은 그 중 하나로서 부당하다고 볼 수 없다.

형법은 1개의 죄에 여러 종류의 형벌로 처벌할 수 있도록 규정한 뒤 피고인에게 적용할 형벌의 종류를 법원이 결정하도록 하고 있다(제54조). 오로지 사형만을 규정한 여적죄(형법 제93조)를 제외한 대부분의 처벌규정은 형법 제41조 제1호 내지 제8호에서 규정한 형종(사형, 무기징역, 무기금고, 유기징역, 유기금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료) 중 2개 이상을 주형으로 규정하면서 해당 사안, 당해 피고인에게 가장 적합한 형종을 선택할 권한을 법관에게 부여하고 있다. 입법자는 개별 범죄의 처벌에 관하여 여러 형종과 넓은 범위의 형량을 규정한 뒤 법관으로 하여금 먼저 형종을 선택하고 처단형의 범위 내에서 구체적인 선고형을 결정하도록 하였다. 이는 개별 범죄에 있어 모든 양형조건을 고려한 적절한 선고형을 입법자가 미리 정할 수 없기에 형종의 선택부터 법관에게 상당한 재량을 부여한 것이다.

나아가 법관은 법률상 가중·감경이 모두 이루어진 처단형에 대해 범죄의 정상에 참작할 사유가 있는 때에 그 형을 감경할 수 있다(형법 제53조). 이는 재판상 감경, 작량감경 혹은 정상 참작 감경으로 불리는데, 법률상 감경을 다하고도 그 처단형보다 낮은 형을 선고하여야 할 때에 최후에 하는 감경으로서(대법원 1991. 6. 11. 선고 91도985 판결 등 참조), 법정형이나 법률상 가중·감경을 마친 처단형이 지나치게 가혹한 경우 이를 시정하기 위한 장치로 기능하고 있다.

최종적으로 법관은 처단형의 범위 내에서 모든 양형조건을 고려하고 양형위원회의 양형기준을 참고하여 선고형을 결정하게 된다.

이와 같이 범죄사실이 유죄로 인정된 이후 법관이 선고형을 결정하기 위해 수행하는 구체적인 양형의 과정을 보면 법관에게 많은 재량이 주어져 있음을 알 수 있다. 이는 형종의 선택에서 시작하여 선고형의 결정에 이르기까지 개별 사안마다 모든 양형조건

을 충분히 고려하여 객관적이고 합리적이며 구체적 타당성을 갖춘 양형을 위해 선택된 조치이다. 법관에게 주어진 이처럼 많은 재량들을 고려하면, 임의적 감경에 관해 감경 여부에 대한 결정 권한 내지 재량이 법관에게 있다고 해석하는 것을 부당하다고 할 수 없다. 이러한 법관의 재량에 대한 적절한 통제의 필요성이나 방법 등은 별개의 문제이다.

바. 임의적 감경에 따른 법률효과를 획일적으로 정할 필요가 없다.

임의적 감경사유의 존재가 인정되더라도 해당 사유에 따른 법률상 감경을 하는 것이 오히려 정의의 관념에 반하는 경우가 있다. 구성요건적 결과가 발생하지 않은 미수라 하더라도 기수와 거의 동일한 중한 결과가 발생한 경우(예를 들면, 살인죄에서 피해자가 사망에 이르지 않았으나 장기간 혼수상태에 빠지거나 식물인간이 된 경우)나 심신미약 상태에서 범행을 저질렀으나 심신미약에 따른 형의 감경을 하는 것이 부적절한 경우 등과 같이 임의적 감경사유는 인정되나 그에 따른 감경을 하지 않는 것이 타당하다고 인정되는 경우가 있다. 즉 형법이 '형을 감경할 수 있다'고 규정하고 있는 것은 임의적 감경사유가 인정되더라도 그에 따른 감경이 필요한 경우와 필요하지 않은 경우가 모두 있을 수 있으니 임의적 감경사유로 인한 행위불법이나 결과불법의 축소효과가 미미하거나 행위자의 책임의 경감 정도가 낮은 경우에는 감경하지 않은 무거운 처단형으로 처벌할 수 있도록 한 것이다. 그리고 그에 대한 판단 권한 내지 재량을 법관에게 부여한 것이다. 이러한 다양한 상황에 대한 고려를 하지 않은 채 일률적인 법률효과를 발생하도록 해석해야 할 필요성이 없다.

3. 이 사안의 해결

가. 원심은 그 판시와 같은 이유로 폭행죄와 특수상해미수죄를 모두 유죄로 인정하

고 특수상해미수죄에 대하여 형법 제25조 제2항에 따라 미수감경을 하면서 형법 제55조 제1항 제3호에 따라 그 형기의 상한과 하한 모두 2분의 1로 감경한 뒤 경합범가중을 거쳐 처단형을 결정한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 조치는 적법하다.

나. 한편 원심의 양형 판단에 피해자 공소외 1과의 합의가 반영되지 않은 위법이 있다는 취지의 주장은 결국 양형부당 주장에 해당한다. 그런데 형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용된다. 피고인에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형이 너무 무거워 부당하다거나 보호관찰과 사회봉사명령을 감면하여 달라는 취지의 주장은 모두 적법한 상고이유가 되지 못한다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 이기택의 별개의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 별개의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견이 있다.

5. 대법관 이기택의 별개의견은 다음과 같다.

가. 다음은 우리 형사재판의 모습이다.

⑴ 같은 죄를 범하고 형의 가중·감면 사유도 같은 피고인들에 대하여 서로 다른 처단형으로 처벌한다.

⑵ 유죄판결에서 먼저 주문에 해당하는 선고형을 정한 다음 선고형의 범위인 처단형을 정한다.

⑶ 어느 피고인의 동일한 범행에 대한 처단형을 3년부터 30년까지로 정해도 적법하

고 4.5월부터 3년9월까지로 정해도 적법하다.

⑷ 형이 다른 여러 죄 사이에 경합범가중을 하는 경우에 어느 죄에 정한 형에 가중을 할 것인지가 법관의 재량에 따라 달라진다.

⑸ 처단형의 하한으로 선고형이 정해진 경우에도 양형부당을 이유로 항소할 수 있다.

⑹ 양형부당의 항소이유를 받아들여 제1심보다 가벼운 형을 선고하기 위해서는 처단형을 정하기 위한 법령의 적용 부분을 수정하지 않으면 안 된다.

위 ⑴ 내지 ⑹과 같은 현재 형사재판의 모습은 형법 제53조의 작량감경을 적용하지 않았음에도 나타나는 것인바, 바람직하다 할 수 없는 정도에 그치는 것이 아니라 오히려 위법하다고 보아야 한다. 그럼에도 다수의견은 이러한 재판을 계속 하자는 것이고 별개의견은 이를 고쳐 바른 재판을 하자는 것이다. 이하 다수의견과 같은 임의적 감경에 대한 현재 실무에 따를 때 생기는 문제점들을 확인하고, 그에 대한 해결책을 제시한다.

나. 형법상 형의 감경사유로서 '형을 감경할 수 있다'라고 규정된 것을 실무상 임의적 감경이라고 한다. 법원의 현재 실무는 위 문언을 감경하거나 감경하지 않을 수 있는 권한 내지 재량을 법관에게 부여한 것으로 이해하고 있다. 이러한 권한 내지 재량으로 인해 임의적 감경의 경우 처단형은 두 가지 형태로 존재하게 된다. 형법 제258조의2 제3항, 제1항, 제257조 제1항의 특수상해미수죄(징역 1년 이상 10년 이하)를 예로 들면, 형법 제25조 제2항, 제55조 제1항 제3호에 따라 형을 감경할 경우 처단형은 '징역 6월 이상 5년 이하', 형을 감경하지 않을 경우 처단형은 '징역 1년 이상 10년 이하'의 두 가지 형태로 나타난다. 현재 실무는 법관이 임의적 감경을 할 것인지를 선택함으로써 위 두 가지 중 하나에 따라 처단형을 결정하고 그 처단형의 범위 내에서 선고형을 정하도

록 한다. 그 감경 여부가 법관의 재량이므로 사실상 양자의 범위를 합한 징역 6월 이상 10년 이하의 범위에서 양형을 한다고 할 수 있다.

이하 별개의견에서 주장하는 임의적 감경에 대한 올바른 이해에 따른 새로운 해석론(이하 '새로운 해석론'이라 한다)은 다음과 같다. 특수상해미수죄의 경우 형법 제25조 제2항에서 '형을 감경할 수 있다'고 한 것은 형법 제55조 제1항 제3호에 따라 감경을 한 '징역 6월 이상 5년 이하'의 범위와 감경을 하지 않은 '징역 1년 이상 10년 이하'의 범위 모두에 걸쳐 선고형을 정할 수 있다는 의미이고, 이는 결국 처단형이 두 영역을 합한 '징역 6월 이상 10년 이하'로 확정됨을 의미한다. 결과적으로 법정형에서 상한은 그대로 두고 하한만 2분의 1로 감경되는 것과 동일한 결론에 이르는데 이는 위 두 영역을 합한 결과이지 상한을 감경하지 아니한다는 의미는 아니다.

임의적 감경으로 인한 법률효과 발생의 측면에서 볼 때, 현재 실무는 두 가지 처단형 중 하나를 선택하는 것이므로 '택일재량'이라 할 수 있고, 새로운 해석론은 언제나 동일한 법률효과(처단형)가 발생하므로 '당연확정'이라 할 수 있다.

한편 2018. 12. 18. 법률 제15982호로 개정되기 전의 구 형법 제10조 제2항은 심신미약자에 대해 형을 필요적으로 감경하도록 규정하였으나, 위 법률 개정으로 심신미약자에 대한 형의 감경이 임의적인 것으로 변경되었다. 심신미약 주장 및 그에 대한 판단은 실무상 빈번하게 문제되는 쟁점인바, 위 형법 개정으로 인해 임의적 감경에 대한 해석론의 중요성이 증대되었다.

다. 임의적 감경에 관한 현재 실무는 필요적 감경사유가 있으면 항상 법률상 감경을 하지만 임의적 감경사유가 있는 경우에는 '처단형의 하한을 낮추기 위해 필요한 경우가 아니면 감경을 하지 않아도 되는 것'으로 이해하여 왔다. 특수상해미수죄를 예로 들

면, 앞서 본 바와 같이 법관의 미수감경 여부에 따라 '6월 이상 5년 이하의 징역', '1년 이상 10년 이하의 징역'과 같이 두 가지 형태의 처단형이 가능하다. 그런데 선고형이 처단형보다 낮아 '처단형의 하한을 낮추기 위해 필요한 경우'에만 감경하도록 하고 있으므로, 결국 법관으로 하여금 선고형을 먼저 결정한 뒤 그 선고형이 1년 미만이면 감경을 하고 그 선고형이 1년 이상이면 감경을 하지 않도록 하고 있다. 위의 예에서 보듯 처단형의 하한을 낮추기 위해 필요한 경우라 함은 선고형이 감경 이전의 처단형보다 낮은 경우를 의미하고 이는 감경 여부의 재량이 결국 양형적 고려임을 의미한다. 처단형의 확정 과정과 양형은 구별되는 것이 바람직하다. 이러한 현재 실무를 유지하고자 하는 다수의견에 따르면 다음과 같은 여러 문제점이 발생한다.

1) 현재 실무는 형사재판을 담당하는 법관의 실제 의사결정 과정을 그대로 반영하지 못하고 있다.

특수상해미수죄의 경우, 현재 실무에 의하면 미수감경 여부에 따라 징역 1년 이상 10년 이하인 처단형과 징역 6월 이상 5년 이하인 처단형의 두 가지가 가능하다. 현재 실무는 사실상 징역 6월 이상 10년 이하의 범위 내에서 선고형을 정한 다음 판결서에는 선고형이 위 두 가지 처단형 중 어디에 해당하는지에 따라 감경 여부를 기재하고 있다. 판결서의 기재에 의하면 임의적인 처단형 선택 및 선고형 결정의 두 단계로 구성된다. 그러나 이는 실제 형사재판을 담당하는 법관의 의사결정 과정뿐만 아니라 우리의 일상생활에서의 의사결정과도 많은 차이가 있다.

우리 일상에서 일어날 수 있는 사례를 예로 들면, 어떤 물품을 구입할 때 '30만 원 내지 70만 원'의 범위 또는 '50만 원 내지 100만 원'의 범위 중 하나를 선택한 다음 그 선택된 범위 내에서 구입하도록 되어 있다면, 합리적인 사람이라면 전체 범위인 '30만

원 내지 100만 원'의 범위 내에서 구입할 수 있다는 것과 같다고 생각할 것이다. 먼저 두 범위 중 하나를 결정한 뒤 그 범위에서 물품을 구입하겠다고 생각하지는 않을 것이다. 그럼에도 위 예에서 '30만 원 내지 70만 원'의 범위와 '50만 원 내지 100만 원'의 범위 중 '30만 원 내지 70만 원'의 범위를 선택한 후 그 범위 내인 60만 원짜리 물품을 구입하는 것이 현재 실무의 방식이고, 위 두 범위를 합산한 '30만 원 내지 100만 원'의 범위 내에서 바로 60만 원짜리 물품을 구입하는 것이 새로운 해석론의 방식이다. 실제 형사재판을 담당하는 법관도 실제로는 현재 실무와 같이 임의적 감경 여부에 관한 결정과 그에 따른 선고형 선택이라는 불필요한 2단계 구조의 사고를 하지 않고, 임의적 감경사유가 존재하는 사실을 감안하여 위 두 처단형의 영역을 합한 범위(특수상해미수죄의 경우 징역 6월 이상 10년 이하)에서 선고형을 결정한다. 이와 같이 현재 실무는 실제 법관의 의사결정 과정을 반영하지 못한 채 현실에 맞지 않는 불필요한 2단계 판단구조를 취하고 있다.

그러나 새로운 해석론은 법정형의 하한만을 2분의 1로 감경한 범위를 처단형으로 정함으로써 위 두 영역을 모두 합한 범위에서 바로 선고형을 정한다. 이는 실제 법관의 의사결정 과정과 일치한다.

2) 현재 실무는 재판의 판단구조에 반하는 것으로서 형법 제56조에 위반된다.

재판의 판단구조는 법관의 판단구조와 다름없다. 법관은 재판의 결론에 영향을 미칠 수 있는 당사자들의 주장과 사실을 법리적·논리적·체계적 판단순서에 따라 판단하여 결론을 도출한다. 즉 재판의 판단구조를 거치면 결론(주문)은 자동으로 도출된다. 여기서 결론에 영향을 미칠 수 있는 주장과 사실을 '법률요건'이라 하고, 그에 법을 적용한 결과를 '법률효과'라고 하며, 법리적·논리적·체계적 판단순서를 '판단구조'라고 할 수 있

다. 판단구조에 따라 법률요건에 상응하는 법률효과를 도출해 내는 과정이 재판인 것이다. 판단구조에서 정해진 법률요건의 판단순서를 변경하거나 수정하는 것은 허용될 수 없다. 민사사건에서 청구원인과 항변에 관한 판단을 마치고 나서 재항변에 관한 판단을 하게 되는데, 재항변에 관한 판단 여하에 따라 소급하여 청구원인이나 항변에 관한 판단을 수정할 수는 없다. 나아가 주문을 정한 뒤 다시 청구원인이나 항변에 대한 판단을 수정하는 것은 더더욱 허용될 수 없다.

형사재판에 있어서 법관은 증거조사 결과 범죄사실이 인정되면 법령의 적용 과정을 통해 처단형을 확정한 뒤 처단형의 범위 내에서 양형판단을 거쳐 선고형을 결정한다. 법령의 적용은 먼저 해당 범죄사실에 대해 적용될 법조항을 확정하고 그 법정형을 확인한 뒤 형법 제56조에 따라 '1.각칙 본조에 의한 가중 2.제34조 제2항의 가중 3.누범가중 4.법률상 감경 5.경합범가중 6.작량감경'의 순서로 가중·감경을 실시하여 처단형을 확정한다. 위와 같이 확정된 처단형의 범위 내에서 법관은 피고인에 대한 모든 양형조건을 고려하여 선고형을 결정한다. 이러한 과정은 형사재판의 최종 결론이라고 할 수 있는 선고형을 정하기 위한 판단구조이므로 이러한 과정을 지키지 않거나 역행하는 것은 허용될 수 없다. 그러나 앞서 본 바와 같이 현재 실무는 임의적 감경을 '선고형이 처단형보다 낮을 경우에' 한하여 실시하도록 하고 있는바, 이는 최종 선고형을 먼저 정한 뒤 임의적 감경에 관한 법률상 감경 여부를 결정 내지 수정하여 처단형을 선고형에 맞추는 것과 다름이 없다. 이러한 현재 실무에 따른 처단형과 선고형의 판단과정은 법률요건(미수 등 임의적 감경사유)을 적용한 일단의 법률효과(감경을 하지 않음)가 결론(선고형)에 부합하지 않는 경우 재량에 의해 그 법률효과를 달리 적용(감경을 함)할 수 있다는 것과 다름없는 것이어서 논리적으로 부당하고, 선고형을 먼저 결정한 뒤 법률

상 감경에 대한 판단을 하도록 하는 것은 형의 가중·감경의 순서를 규정한 형법 제56조를 위반한 것으로서 위법하다.

그러나 새로운 해석론에 따르면, 임의적 감경사유가 인정되면 언제나 동일하게 처단형이 변경되는 법률효과가 인정되므로 형사재판의 판단구조에 반하여 선고형에 따라 법률상 감경에 대한 판단을 결정하거나 수정하는 문제가 발생할 수 없다.

3) 현재 실무는 임의적 감경사유가 인정되는 경우 처단형이 불명확해진다는 점에서 죄형법정주의 원칙에 반한다.

헌법 제12조 제1항이 규정하고 있는 죄형법정주의 원칙은 범죄와 형벌을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하는 것을 그 핵심적 내용으로 하고, 나아가 형식적 의미의 법률로 규정하더라도 그 법률조항이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도3600 판결 참조). 죄형법정주의 원칙상 범죄뿐만 아니라 형벌도 법률로 명확하게 규정되어야 한다. 법관은 형벌규정이 정한 법정형에 법률이 정한 가중·감경을 거쳐 도출되는 처단형의 범위에서 선고형을 결정하게 되므로, 법정형에 관한 규정뿐만 아니라 처단형 도출에 관한 형의 가중·감경에 관한 사항도 법률로 명확하게 규정되어야 하고, 그에 대한 해석도 형벌의 예측가능성을 보장할 수 있도록 명확해야 한다.

그런데 형의 임의적 감경사유가 존재한다는 점이 재판을 통해 명확히 밝혀졌음에도 감경사유의 적용 여부가 오로지 법관의 재량에 따라 결정될 뿐이라면 이는 사실상 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙에 반하는 결과를 가져오게 된다. 법에 형의 감경사유로 규정되어 있고 감경사유가 인정됨에도 감경할지 말지를 법관의 재량(이른

바 'OX재량')으로 해석하고, 그와 같은 재량의 합리적 범위와 행사에 관한 아무런 기준을 제시하지 않는다면, 이는 사실상 피고인으로 하여금 자신의 행위에 대한 처단형의 범위를 알 수 없게 하고, 처단형의 확정에 법관의 자의가 개입할 여지를 열어주는 결과가 되어 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하게 된다. 특수상해미수죄의 예에서 피고인은 자신이 '1년 이상 10년 이하의 징역' 또는 '6월 이상 5년 이하의 징역' 중 어느 처단형으로 처벌받게 될지를 알지 못하는 불안정한 상황에 놓이게 된다. 나아가 심신미약 상태에서 형법 제342조, 제333조의 강도미수죄를 범한 후 자수한 경우(면제를 선택하는 경우는 논외로 한다. 이하 같다)를 상정해 보면, 강도죄의 법정형은 '징역 3년 이상 30년 이하'이고, 법관이 심신미약, 미수, 자수의 3가지 임의적 감경사유에 따른 법률상 감경을 몇 번 적용하느냐에 따라 서로 다른 4가지 형태의 처단형이 나타날 수 있다. 구체적으로 보면, 임의적 감경을 전혀 하지 않는 경우에는 처단형이 '징역 3년 이상 30년 이하'가 되는 반면, 위 3가지 임의적 감경을 모두 하는 경우에는 '징역 4.5월 이상 3년9월 이하'가 되는바, 오직 법관의 재량에 따른 처단형의 편차가 지나치게 크게 나타남을 알 수 있다.

한편, 특수상해미수죄의 예에서 미수감경을 하지 않으면 처단형의 범위가 '징역 1년 이상 10년 이하'인 반면, 미수감경을 하게 되면 처단형의 범위가 '징역 6월 이상 5년 이하'가 되어 '징역 6월에서 1년 사이'도 선고가 가능하게 된다. 처단형은 형의 가중·감경을 거친 결과 선고형을 정할 수 있는 최종적인 범위를 의미한다는 점을 고려할 때, 선고형의 최종적인 기준이 되는 처단형에는 위와 같이 선고가 가능한 영역인 '징역 6월 이상 1년 미만' 부분이 포함되도록 해석하여야 한다. 그럼에도 현재 실무에 의하면 위 예에서 오로지 법관의 재량에 따라 미수감경을 하지 않을 수 있고 그 경우 처단형

의 범위에서 '징역 6월 이상 1년 미만' 부분이 제외된다는 것인데, 이러한 임의적 감경에 관한 현재 실무는 처단형을 불명확하게 하는 해석으로서 죄형법정주의에 반하여 부당하다.

앞서 본 바와 같이 처단형의 결정은 법 적용의 문제인 반면, 작량감경을 거쳐 선고형을 결정하는 부분은 양형의 문제이다. 임의적 감경은 처단형의 결정에 영향을 미치는 법률상 감경의 하나로서 양형의 문제가 아니다. 그러나 현재 실무는 임의적 감경을 법 적용의 문제가 아닌 사실상 양형의 문제로 이해하는 잘못을 저지르고 있고, 그 결과가 앞서 본 것과 같은 죄형법정주의를 위반하는 모습으로 나타나고 있다.

그러나 새로운 해석론에 따르면, 임의적 감경사유에 따른 하나의 처단형이 명확하게 확정되므로 피고인에게 형벌에 대한 예측가능성을 보장하여 죄형법정주의에 부합하게 된다.

4) 현재 실무는 동일한 범행을 저지른 피고인들에 대해 법관의 재량에 의한 처단형의 차이가 발생하는바, 이는 합리적 이유 없는 차별에 해당할 수 있다.

같은 죄를 저질렀음에도 법관의 재량에 따라 처단형의 범위 자체가 달라지는 이와 같은 해석은 일반 국민의 입장에서 도저히 받아들이기 어려운 결과일 뿐만 아니라, 동일한 법률요건이 충족되었음에도 법관의 재량으로 다른 법률효과를 인정하는 것은 법의 일반원칙 내지 죄형법정주의에도 반하는 것이다. 예컨대 두 명의 피고인이 같은 날 같은 법정에서 특수상해미수죄로 유죄 판결을 선고받는 경우, 법관은 어느 피고인에 대해서는 '당신은 미수가 인정되므로 임의적 감경을 하여 처단형이 징역 6월에서 5년까지 사이이다'고 하고, 다른 피고인에 대해서는 '당신은 미수가 인정되나 임의적 감경을 하지 않아 처단형이 징역 1년에서 10년까지 사이이다'라고 하는 상황이 발생하는

것이다. 나아가 위 두 명의 피고인들 모두 심신미약 및 자수 사실이 인정되는 경우를 상정해 보면, 그 처단형의 격차는 '징역 1년에서 10년까지'와 '징역 1.5월에서 1년3월까지' 사이로 벌어질 수 있다. 동일한 죄명, 동일한 감경사유가 인정되는 피고인들 사이에 임의적 감경을 할 것인지에 대한 법관의 재량에 따라 위와 같은 처단형의 차이가 발생할 수 있다는 현재 실무는 죄형법정주의 원칙상 받아들일 수 없는 법 해석이다.

구체적인 양형조건에 따라 실제 선고형이 달라지는 것은 별론으로 하고, 특수상해미수라는 동일한 법률요건에 해당하는 피고인들에 대해 법률효과로서 처단형은 동일하게 적용되는 것이 타당하다. 위와 같이 현재 실무에 따라 동일한 법률요건을 갖춘 피고인들 사이에 법관의 재량에 따라 서로 다른 처단형이 적용될 가능성을 열어 두는 것은 합리적인 이유 없는 차별을 가능하게 하는 것과 다름이 없다는 점에서도 부당하다.

나아가 형법 제56조에 의하면 법률상 감경 이후에 경합범가중을 실시하도록 되어 있는데, 그 가중 대상 범죄가 죄질이나 범정이 아니라 형의 비교에 의하여 결정되는 경우에도 경합범가중의 대상이 되는 죄가 달라질 수 있다. 예를 들어 형법 제329조의 절도죄(6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금, 징역형 선택)와 형법 제352조, 제347조 제1항의 사기미수죄(10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금, 징역형 선택)를 저지른 경우를 상정해 보면, 현재 실무에서는 사기미수죄에 대해 미수감경을 하느냐에 따라 경합범가중을 하는 대상범죄가 절도죄가 될 수도 있고 사기미수죄가 될 수도 있다. 그러나 위와 같은 차이가 발생하는 근거에 대해 합리적인 설명이 불가능하다.

5) '할 수 있다'라는 문언을 근거로 법관에게 감경 여부를 결정할 수 있는 재량 내지 권한을 부여하는 의미로 해석할 수는 없다.

다수의견은 '할 수 있다'는 문언에 비추어 그 의미가 '하거나 하지 않을 수 있는 재량 내지 권한'이라고 해석하는 것이 타당하다고 주장한다. 그러나 '할 수 있다'라는 말은 문맥에 따라 추측, 능력, 가능성, 허가 등 다양한 의미를 나타내지만 그 기저에는 '잠재적 혹은 실제적 가능성'의 의미로 수렴한다. 그리고 '할 수 있다'의 목적어가 허가, 몰수 등과 같이 대상의 성격상 가부 중 하나를 선택하여야만 하는 경우와 달리, 임의적 감경의 경우에는 그 대상이 수치 범위이므로 그 적용의 결과는 변경된 수치 범위로 나타나는 것이 문언상으로도 타당하다. 따라서 다수의견과 같이 이를 법관의 재량 내지 권한을 의미하는 것으로 해석하는 것이 문언 해석상 타당하다고 볼 수 없다. 이는 가능성의 측면에서 해석함이 타당하고, 나아가 그러한 가능성을 모두 포괄하는 범위의 측면에서 해석함이 타당하다.

경합범가중에 관한 형법 제38조 제1항 제2호는 '각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다'고 규정하고 있는데, 위 단서의 '병과할 수 있다'는 '병과를 하거나 하지 않을 수 있다'는 의미가 아니라 '과료와 과료, 몰수와 몰수는 가중하는 것이 아니라 병과한다'는 의미로 해석하는 것이 통설과 실무이다. 법관에게 병과하지 아니할 재량이 있다는 견해는 찾을 수 없다. 또한 형법 제55조 제2항은 '법률상 감경할 사유가 수개 있는 때에는 거듭 감경할 수 있다'고 규정하고 있는데, 여기서 '할 수 있다'의 의미도 거듭 감경할 가능성을 열어 놓은 취지이지 법관이 재량으로 거듭 감경을 할 수도 있고 하지 않을 수도 있다는 의미로 해석되지는 않는다. 예컨대 농아자가 살인의 중지미수를 범한 경우, 농아자와 중지미수는

모두 필요적 감경사유이므로 위 각 사유로 인한 감경을 거듭 실시하는 것이 실무이고, 거듭 감경 여부를 법관의 재량으로 결정할 수 있다고 해석되지 않는다. 그리고 민법 제398조 제2항은 '손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다'고 규정하고 있으나, 대법원은 '손해배상예정액이 부당하게 과다함에도 법원이 손해배상예정액이 과다한지 여부에 대하여 제대로 심리하지 않은 채 위 손해배상예정액에 대하여 전혀 감액함이 없이 전액을 그대로 인정한 것은 잘못'이라는 취지로 판시한 바 있다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다19051 판결 참조).

위와 같이 법문상 '할 수 있다'는 문언이 사용되었다고 하여 언제나 법관에게 그에 대한 재량이나 권한이 부여되는 것이 아니다. 이러한 면에서 임의적 감경을 '할 수 있다'는 문언의 해석상 법관에게 감경을 하거나 하지 않을 수 있는 재량이 부여되었다고 보는 다수의견의 주장은 그 주요 근거를 상실하였다. 형법총칙 편에서 임의적 감경에 관한 조항들과 함께 나란히 규정된 이러한 조항들, 그리고 위와 같은 민법 조항의 '할 수 있다'라는 부분의 문언해석은 임의적 감경에 관한 현재 실무의 핵심적 논거가 타당하지 아니함을 잘 보여주고 있다.

6) 현재 실무는 임의적 감경을 법관의 재량이라고 하면서도, 그 재량이 적절히 행사되기 위한 재량통제에 관한 논의는 전혀 하지 않고 있다.

재량사항이라도 그것이 일탈·남용되는 경우에는 위법하다는 점에 대해 이론이 있을 수 없다. 행정처분이 행정청의 재량사항인 경우에는 재량을 적절히 통제하기 위한 논의가 활발하고 재량권의 합리적 범위와 기준을 정한 재량준칙이 제정되어 시행되고 있으며 재량권의 일탈·남용에 관해서 상당한 선례가 축적되어 있다. 양형재량에 대해서도 과거부터 적정한 재량의 행사를 위한 수많은 논의가 있었다. 더구나 양형위원회가 출

범하고 양형기준이 시행된 이후에는 양형기준의 설정과 그에 대한 수정을 통해 양형재량에 대한 심도 깊은 논의가 계속 이루어지고 있다.

그러나 법관의 임의적 감경에 대한 재량 내지 권한에 대해서는 아무런 논의가 없다. 임의적 감경을 하거나 하지 않음에 따라 처단형의 범위가 달라지는 이상, 이를 법관의 재량으로 본다면 형사절차에서 가장 중요한 의미를 갖는 재량 중 하나에 해당할 것이므로, 그 효과의 중대성에 비추어 그에 대한 합리적 행사와 통제에 관한 논의가 있어야 마땅하다. 형법 제254조, 제250조 제1항의 살인미수죄를 저지르고 자수한 경우를 예로 들면, 상해 발생 여부 또는 상해의 정도에 따라 미수감경을 하거나 하지 않아야 한다거나, 범인이 밝혀지고 구금영장이 발부되고서야 비로소 자수한 경우에는 자수감경을 할 필요가 없으나 범인이 밝혀지기 전에 자수한 경우는 자수감경을 해야 한다는 등 임의적 감경에 대한 재량의 적절한 통제를 위한 기준과 범위를 정하는 논의가 있어야 할 것이다. 그러나 임의적 감경에 대한 법관의 재량권 통제에 관한 아무런 논의가 없다. 형사재판의 결론에 이르는 중요한 과정인 처단형의 결정에 관해 법관에게 재량 내지 권한을 부여하고서도 그에 대하여 아무런 논의도 없는 점은 이해하기 어렵다.

법률상 감경의 일종인 임의적 감경은 경합범가중과 작량감경에 앞서 이루어져야 하므로 구체적인 양형과 연관 지어 법관의 재량으로 그 적용 여부를 결정할 사항이 아니다. 그럼에도 현재 실무가 법률상 감경사유인 임의적 감경에 따른 감경 여부를 법관의 재량에 맡기면서 그 재량에 대해 아무런 재량통제를 하지 않는 것은 잘못이다.

그러나 새로운 해석론에 따르면 임의적 감경사유가 인정되면 곧바로 그에 따른 법률효과가 자동적으로 결정되므로 임의적 감경에 대한 재량통제 논의는 불필요하다. 지금까지 임의적 감경의 재량통제에 관한 논의가 없었던 이유는 법관이 실제로는 임의적

감경을 한 범위와 하지 않은 범위를 모두 포함한 처단형, 즉 새로운 해석론과 같은 방식으로 판단하고 있어서 재량통제에 대한 논의가 당초 필요 없었기 때문이 아닐까 생각된다.

7) 현재 실무는 피고인의 주장에 대한 법원의 판단누락을 정당화하는 이론적 근거를 제공하고 있다.

대법원은 '형법 제52조의 규정에 의하면 자수는 형의 필요적 감경 또는 면제사유가 아님이 명백하므로, 자수사실에 관한 주장은 형의 양정에 영향을 미치는 사유에 지나지 아니하여 형사소송법 제323조가 정한 유죄판결에 명시할 이유에 해당한다고 할 수 없으므로, 원심이 피고인의 위와 같은 주장에 대하여 아무런 판단을 하지 않았다 하여 거기에 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다'고 판시한 바 있다(대법원 1987. 7. 7. 선고 87도945 판결, 대법원 1998. 4. 28. 선고 98도492 판결 등 참조). 즉 판례는 임의적 감경 여부가 오로지 법관의 재량에 맡겨져 있다고 해석한 나머지 임의적 감경사유에 관한 피고인의 주장에 대해 법원이 판단을 누락하더라도 위법이 아니라는 것이다. 사실상 임의적 감경사유에 대해서는 해당 사유가 존재하는지에 대해서도 심리할 필요조차 없다는 의미로 볼 수 있다.

이는 민법 제398조 제2항의 손해배상예정액에 대한 위 대법원 2007다19051 판결과도 대비된다. 법문은 양자 모두 '감액할 수 있다', '감경할 수 있다'라고 되어 있어 유사함에도, 손해배상예정액에 관하여는 감액하지 않은 것이 위법하다는 취지의 대법원 판결이 있는 반면 임의적 감경에 관하여는 감경 여부에 대해 법관의 재량이 있기 때문에 주장에 대한 판단을 하지 않아도 위법하지 않다는 대법원 판결이 있다. 유사한 문언에 대한 민사 사안에 관한 대법원 판단이 형사 사안에 관한 대법원의 판단보다 더 엄격하

다는 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

자수, 심신미약, 미수 등 대표적인 임의적 감경사유들은 처단형의 변경을 가져오는 요인들로서 선고형의 결정에도 큰 영향을 미치는 중요한 사유들이다. 법정에서 위 사유를 주장하는 피고인이나 변호인은 위 사유의 존부에 따라 최종 선고형의 결정에 상당한 영향을 미칠 것으로 생각하고 그 증명에 많은 노력을 기울이는 것이 실제 모습이다. 그러나 이러한 임의적 감경사유에 따른 감경 여부가 오로지 법관의 재량에 달려있다고 하여, 증명에 성공하더라도 그에 따른 법률효과가 발생하지 않을 수 있고 심지어 그에 대한 판단을 누락하거나 아무런 심리를 하지 않더라도 위법하지 않다는 것은 피고인과 변호인으로서 도저히 받아들이기 어려운 결론이다. 뿐만 아니라 피고인이 임의적 감경을 주장하였으나 제1심판결에 그에 관한 아무런 판단이 없는 경우, 피고인으로서는 주장한 임의적 감경사유가 인정되지 않은 것인지, 사유는 인정되나 양형적 고려에 의하여 감경되지 않은 것인지 알 수가 없고, 나아가 제2심에서 어떠한 소송상의 노력을 하여야 할지 알 수 없게 된다. 한편 제1심은 피고인의 주장을 받아들여 임의적 감경을 하였으나 제2심에서 아무런 설명 없이 임의적 감경을 하지 않은 판결을 선고하는 실무도 존재하고, 앞서 본 판례에 의하면 그러한 판결이 위법하지 않다는 것이다. 이와 같이 피고인과 변호인으로서 받아들이기 어려운 실무가 판례의 지지를 받아 이루어지고 있다. 이러한 모습의 현재 실무는 피고인의 방어권에 대한 중대한 장애에 해당한다고 하지 않을 수 없다.

이와 같은 잘못된 실무의 모습은 임의적 감경 여부가 법관의 재량사항이라는 인식에서 비롯된다. 그러나 새로운 해석론에 따르면 임의적 감경사유가 인정되면 법원은 법정형의 하한만을 2분의 1로 감경하는 판단을 하여야 하고, 이를 하지 않으면 위법하게

된다. 따라서 임의적 감경사유에 대한 주장은 당연히 형사소송법 제323조 제2항의 형의 가중·감면의 이유되는 사실의 진술에 해당하므로 유죄판결에 그에 대한 판단이 반드시 명시되어야 한다. 새로운 해석론을 통해 자연스럽게 바로잡을 수 있다.

상당수의 학자들은 임의적 감경에 관하여 현재 실무와 같이 법원의 재량이라고 하면서도 당사자의 주장을 신중히 고려하여 판결의 객관성을 담보한다는 취지에서 임의적 감경사유 주장에 대해서 형사소송법 제323조 제2항에 따라 유죄판결의 이유에서 판단을 명시하는 것이 타당하다고 보고 있다. 이러한 견해에 동조하는 실무가들도 적지 않다.

한편 아래에서 살펴보는 바와 같이 2018년 형법 개정으로 심신미약이 필요적 감경에서 임의적 감경으로 변경되었음에도 현재 대다수의 실무는 피고인의 심신미약 주장에 대하여 심신미약이 인정되지 않는 경우에도 그 판단을 명시하고 있는 것으로 보인다. 이러한 실무의 태도는 지극히 타당한 것일 뿐만 아니라 임의적 감경에 관한 현재 실무의 문제점을 잠재적으로 인식하고 있음을 드러내는 것이다.

8) 현재 실무에 의하면 임의적 감경을 하지 않은 처단형의 하한으로 선고된 판결에 대한 피고인의 항소와 관련하여 논리적으로 설명하기 어려운 문제가 발생한다.

특수상해미수죄에 있어서 피고인이 범행을 자백하며 미수감경을 한 처단형의 범위 내에서 법률상 최하한인 징역 6월을 선고해줄 것을 희망하였으나 제1심법원이 미수감경을 하지 않은 처단형인 '징역 1년 이상 10년 이하'의 범위에서 하한인 징역 1년을 선고한 경우를 예로 들어 본다. 이 경우 징역 6월의 선고를 바라는 피고인이 어떠한 사유를 들어 항소를 할 수 있을 것인지가 문제된다. 먼저 피고인이 미수감경을 하지 않은 점을 지적하며 법령위반을 항소이유로 주장할 수 있다는 견해가 있을 수 있으나,

앞서 본 바와 같이 판례는 임의적 감경 여부는 법관의 재량사항이어서 감경을 하지 않은 것을 위법하다고 할 수 없다는 입장이므로, 법령위반을 항소이유로 주장하더라도 받아들여지기 어렵다. 만일 이를 받아들인다면 임의적 감경에 관한 현재 실무를 부정하는 결과가 되기도 할 것이다. 다음 양형부당을 이유로 항소하면 되지 않느냐는 견해가 있을 수 있다. 그러나 제1심이 처단형의 범위 중 하한의 형을 선고함으로서 양형재량의 범위 내에서 피고인에게 가장 유리한 판결을 선고한 것이므로, 이러한 제1심판결에 대해 양형부당을 이유로 항소한다는 것은 논리적으로 타당하지 않다. 위 제1심판결에 대한 피고인 항소의 실질은 임의적 감경인 미수감경을 하지 않은 부분에 대한 불복일 것이다. 그러나 현재 실무가 임의적 감경을 재량통제가 결여된 법관의 재량으로 이해한 결과, 임의적 감경을 하지 않은 처단형의 하한을 선고한 판결에 대해 피고인의 불복의사를 실질적으로 표현할 수 있는 항소이유가 없다.

나아가 항소심의 재판에 있어서도 심각한 모순이 발생한다. 위 예에서 항소심법원이 징역 1년의 선고형이 과중하다고 판단하여 이를 파기하고 징역 6월을 선고한다고 가정하여 보자. 이 경우 항소심은 어떠한 사유로 제1심판결을 파기할 것인지가 문제된다. 임의적 감경 여부는 법관의 재량사항이라는 판례의 입장에 의하면 법령위반을 이유로 제1심판결을 파기할 수는 없고, 제1심판결의 선고형이 과중하다는 판단에 따라 파기하는 것인 이상 양형부당을 이유로 파기하는 것이 타당하다고 볼 수 있다. 이를 법리오해나 법령위반의 문제로 보는 것은 현재 실무의 잘못을 인정하는 것과 다름없기도 하다. 따라서 현재 실무는 위와 같은 경우 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하고 있는 것으로 보인다. 그러나 항소심은 미수감경을 하지 않은 처단형의 하한인 징역 1년을 선고한 제1심판결을 파기한 뒤 징역 6월을 선고하기 위해서는 새로 쓰는 항소심 판

결서에 제1심판결의 법령의 적용 부분을 수정하여 새롭게 미수감경을 할 수밖에 없다. 결국 제1심판결과 항소심판결의 법령의 적용에 차이가 발생하는데, 이는 파기사유가 양형부당이라는 점과 모순이 생긴다. 위와 같은 항소심법원의 판단은 사실상 제1심판결에 법령위반의 잘못이 있다고 보는 경우와 다르지 않다. 이러한 문제도 임의적 감경을 법관의 재량으로 잘못 이해한 결과이다.

실무상 흔히 접하는 '법률상 집행유예가 불가능하다'라는 말은 판결서의 처단형 범위에 근거한 표현인데, 임의적 감경에 관한 현재 실무를 전제로 하면 이 말도 매우 부정확한 것이 된다. 형법 제250조 제1항의 살인죄(사형, 무기징역, 5년 이상의 징역)를 저지르고 자수를 한 경우를 예로 들면, 현재 실무에 따르면 임의적 감경사유인 자수 사실이 인정되더라도 감경을 하지 않고 판결서에도 그에 대한 아무런 기재를 하지 않을 수 있다. 이러한 판결서에 따르면 처단형의 하한이 징역 5년이므로 집행유예가 불가능하게 된다. 그러나 사실은 자수에 따른 감경을 하여 처단형의 하한이 징역 2년6월이 되면 집행유예가 가능하다. 즉 법률상 집행유예가 불가능한 것은 아니라는 의미이다. 임의적 감경사유가 인정되더라도 감경을 하지 않는 경우에는 판결서에 그 판단을 기재하지 않는 현재 실무에서는 집행유예 등 양형부당 주장에 관하여 그것이 받아들여질지 여부는 별론으로 하고, 판결서만으로는 단순히 그러한 주장이 법률상 성립 가능한지조차 알기 어렵고 반드시 소송기록을 보아야만 알 수 있게 된다. 판결서에 기재된 처단형을 그대로 믿으면 안 된다는 것이 되는데, 이러한 모습이 과연 우리 재판실무의 인식과 같다고 할 수 있을지 의문이다.

그러나 새로운 해석론에 따르면 위와 같은 혼란이 발생할 여지가 없다. 임의적 감경사유가 인정되면 언제나 처단형이 변경되는 효과가 발생하므로, 이러한 조치를 하지

않았다면 법령위반이 되고, 그러한 조치를 취하였다면 양형부당이 문제될 뿐이다. 집행유예를 포함한 양형부당의 항소이유가 법률상 성립되는지는 판결서의 기재만으로 명확하게 알 수 있고, 그 주장이 받아들여질 것인지를 판단하는 단계에 이르러서야 소송기록을 볼 필요가 있게 된다.

9) 현재 실무에 의하면 처단형의 범위가 분절되어 처단형의 최상한과 최하한 사이에 선고형을 선택할 수 없는 공백이 발생하는 문제가 나타날 수 있다.

현행 형법에 의하면 유기징역형의 범위는 1개월 이상 30년 이하이고 가중 시 50년까지 선고할 수 있으나, 2010. 4. 15. 법률 제10259호로 개정되기 전의 구 형법(이하 '구 형법'이라 한다)에서는 징역형의 범위가 1개월 이상 15년 이하이고 가중 시 25년까지 선고할 수 있었다. 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되어 위 법률 제10259호로 개정되기 전의 구 형법 제338조의 강도치사죄의 법정형은 무기징역 또는 10년 이상의 유기징역인데 유기징역형을 선택한 경우를 예로 들면, 피고인의 자수가 인정될 경우 종래 실무에 따르면 임의적 감경 여부에 따라 처단형의 범위가 달라지는바, 자수 감경을 하지 않으면 '징역 10년 이상 15년 이하'가 되고, 자수 감경을 하면 '징역 5년 이상 7년6월 이하'가 된다. 결국 위 피고인에 대하여 자수 감경 여부에 따라 최소 징역 5년부터 최대 징역 15년까지 선고될 수 있는데, 문제는 '징역 7년6월 초과 10년 미만'의 영역은 선고할 수 없다는 점에 있다. 선고형을 결정함에 있어 징역 5년을 선고할 수도 있고 징역 15년을 선고할 수도 있는데 징역 8년, 징역 9년을 선고할 수 없다는 것은 도저히 납득하기 어렵다. 위 예에서 「특정강력범죄 처벌에 관한 특례법」(이하 '특정강력범죄법'이라 한다) 제3조에 따라 강도치사죄의 형의 장기와 단기의 2배까지 누범 가중되는 경우나 소년범 등 임의적 감경사유가 추가되거나 작량감경까지 하는 경우를 고

려하면 그만큼 처단형의 최소치와 최대치 사이에서 선택할 수 없는 공백은 더 커지게 된다. 이는 현행 형법의 경우에도 마찬가지이다. 현행 형법에서도 유기징역형의 하한이 15년을 초과하는 경우가 이에 해당한다. 특정강력범죄법 제3조에 따라 누범 가중되는 경우에는 법정형의 하한이 12년6월을 초과하는 범죄가 있으면 위와 동일한 문제가 발생한다. 바꾸어 생각해보면, 예를 들어 법정형이 '징역 1년 이상 5년 이하 또는 8년 이상 15년 이하'인 형벌 규정이 존재하는 것과 다름없다.

그러나 새로운 해석론은 임의적 감경의 경우 법정형의 하한만을 2분의 1로 감경한 범위를 처단형으로 하므로, 위와 같이 처단형의 범위가 분절되어 양형상 공백이 생기는 문제가 발생하지 않는다.

10) 현재 실무는 입법자가 단계적인 법률상 감경 제도를 마련한 취지를 무색하게 한다.

형법은 불법의 정도, 책임의 정도 등에 따른 형의 감경 제도를 마련하면서, 그 형사책임이 가벼운 순서에 따라 ⑴필요적 감경, ⑵임의적 감경, ⑶감경사유가 없는 경우로 구분하여 달리 취급하고 있다.

현재 실무는 임의적 감경에 관하여 법관의 재량으로 감경을 하여 필요적 감경과 똑같이 취급하거나, 감경을 하지 않아 감경사유가 없는 경우와 똑같이 취급하고 있다. 특수상해미수죄를 예로 들면, 그 처단형이 전자의 경우 징역 6월 이상 5년 이하가 되어 필요적 감경과 같게 되고, 후자의 경우 징역 1년 이상 10년 이하가 되어 아무런 감경사유가 없는 경우와 같게 된다. 이러한 해석은 형법상 감경 제도의 취지와 입법적 선택을 무색하게 하는 것이다. 법률상 세 가지로 나누어 규정한 것을 해석으로 두 가지로 만든 것이다. 다수의견은 필요적 감경과 임의적 감경은 명확하게 구별된다고 하면

서도 스스로 그 구별을 무너뜨리고 있다고 할 수 있다.

그러나 새로운 해석론에 따르면, 각각의 감경사유에 따라 처단형의 차이가 명확하게 드러난다. 즉 특수상해미수죄의 예에서 ⑴의 경우 징역 6월 이상 5년 이하, ⑵의 경우 징역 6월 이상 10년 이하, ⑶의 경우 징역 1년 이상 10년 이하가 된다.

11) 2018. 12. 18. 법률 제15982호로 개정되기 전의 구 형법 제10조 제2항은 '심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다'고 하여 심신미약을 필요적 감경사유로 규정하였다. 이에 피고인이 심신미약을 주장하면 그에 대한 판단을 판결서에 반드시 기재하였고, 심신미약이 인정되면 형법 제55조에 따른 법률상 감경을 하여야 했다. 그런데 위와 같이 개정된 현행 형법 제10조 제2항은 '심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다'고 하여 심신미약을 임의적 감경사유로 규정하게 되었다. 임의적 감경에 관한 현재 실무에 의하면 위 형법 개정으로 심신미약에 대한 실무의 모습에 큰 변화가 있어야 마땅하다. 즉 피고인이 심신미약을 주장하더라도 법원은 그에 대한 판단을 하지 않아도 되고 심신미약이 인정되더라도 선고형에 따라 처단형의 하한을 낮출 필요가 없는 경우에는 형의 감경을 하지 않도록 개정된 셈이다.

그러나 심신미약에 대한 현재의 실무는 필요적 감경사유이던 때와 크게 다르지 않게 운영되고 있는 것으로 보인다. 피고인의 심신미약 주장을 받아들이지 않더라도 그에 대한 판단을 판결서에 기재하고, 심신미약이 인정되면 처단형의 하한을 낮추기 위한 경우가 아님에도 법률상 감경을 하는 것이 대체적인 실무의 입장으로 보인다. 이러한 실무의 처리는 새로운 해석론과 상통하는 부분이다. 이러한 심신미약에 대한 실무의 모습은 임의적 감경에 대한 현재 실무가 법리적·논리적 근거에 의한 것이 아니라 잘못

된 관행을 그대로 답습한 결과임을 잘 보여주는 하나의 사례라고 할 것이다.

라. 임의적 감경은 다음과 같이 새롭게 해석되어야 한다.

1) 앞서 본 바와 같이 '할 수 있다'의 의미가 다의적으로 해석되는 이상, 이를 입법자의 의사에 최대한 부합되게 해석해야 한다. '할 수 있다'는 것은 감경을 '하는 경우의 범위'와 '하지 않는 경우의 범위' 모두에 걸쳐서 선고형을 정할 수 있다는 의미로 보아야 한다. 즉 감경을 하는 경우와 하지 않는 경우가 모두 가능하다는 점을 고려하여 두 경우의 범위를 합하여 처단형을 정하여야 한다. 그렇다면 감경을 하지 않은 범위의 상한과 감경을 한 범위의 하한 사이의 범위가 임의적 감경의 처단형 범위가 된다. 이를 간단히 법정형의 하한만 감경된다고 이해할 수도 있다. 특수상해미수죄를 예로 들어 설명하면, 미수감경으로 '형을 감경할 수 있다'는 것은 미수감경을 한 '징역 6월 이상 5년 이하'의 범위와 미수감경을 하지 않은 '징역 1년 이상 10년 이하'의 범위 모두에 걸쳐서 선고형을 정할 수 있다는 의미이고, 이는 처단형이 '징역 6월 이상 10년 이하'로 확정되는 것을 의미한다. 결국 법정형에서 상한인 10년은 그대로 두고 하한인 1년만 2분의 1로 감경된다고 할 수 있다.

새로운 해석론에 따른 임의적 감경 방식은 법관의 재량이 개입할 여지가 없이 감경한 구간과 감경하지 않은 구간을 합한 영역이 처단형 범위로 '당연확정' 되고, 그에 따라 처단형의 범위는 감경하지 않은 구간의 상한과 감경한 구간의 하한이라고 보는 것이다. 결과적으로는 법정형의 하한만 2분의 1로 감경하는 것과 동일한 결론에 이른다. 극히 예외적인 경우이기는 하지만 임의적 감경을 '택일재량'으로 보게 되면 앞서 본 바와 같이 처단형이 분절되어 공백이 발생하는 문제를 해결할 수 없다. 반면에 새로운 해석론은 결과적으로 법정형의 하한만 2분의 1로 감경하는 형식을 취하므로 그러한 문제가

발생할 여지가 없고, 보다 간명하고 명확하다.

한편, 임의적 감경에 관한 새로운 해석론에 의하면 법정형의 하한이 규정되어 있지 아니한 범죄의 경우 감경하더라도 처단형의 하한을 더 이상 낮출 수가 없어 처단형이 변경되지 않지만 판결서의 법령의 적용 부분에 선고형에 이르는 과정으로서 그 감경사유가 인정됨을 명시하여야 한다.

이상 편의상 유기징역형을 중심으로 논의하였으나, 이러한 논의는 벌금 등 다른 종류의 형에 관하여도 그대로 적용된다.

2) 심신미약, 미수, 자수 등 임의적 감경사유에 해당하는 법률요건이 충족되면 '형을 감경할 수 있다'는 문언의 해석에 따라 앞서 본 바와 같이 법정형의 하한만 2분의 1로 감경되는 법률효과가 발생된다. 임의적 감경사유의 존재 여부 즉 법률요건이 인정되면 그에 따라 위와 같은 법률효과가 당연히 발생하게 되므로, 감경 여부에 대해 법관의 재량이 개입될 여지가 없다. 따라서 임의적 감경사유에 해당하는 법률요건의 존재가 인정되면 언제나 그에 따른 법률효과가 발생하고, 그 법률효과는 처단형의 범위에 차이를 가져오는 것이므로, 임의적 감경사유가 인정되는 경우 법원은 법령의 적용에 항상 그에 관한 기재를 하여야 한다. 피고인이 임의적 감경사유에 관한 주장을 하지 않더라도 마찬가지이다. 나아가 임의적 감경사유는 언제나 처단형을 낮추는 효과를 가져오므로, 피고인이 임의적 감경사유를 주장하면 형사소송법 제323조 제2항에 따라 유죄판결에는 그에 대한 판단이 기재되어야 한다.

3) 위와 같이 임의적 감경을 새롭게 이해함에 따라 종래 필요적 감경, 임의적 감경으로 대비되어 오던 감경사유들을 새롭게 이해할 필요가 있다. 앞서 본 바와 같이 임의적 감경은 하한만 낮추는 효과가 있는 반면 필요적 감경은 상한과 하한 모두를 낮추

는 효과가 발생한다. 필요적 감경의 경우 해당 사유가 인정되면 법정형의 범위 중 하한보다 낮은 형을 선고할 수 있도록 함과 동시에 법정형의 상한도 2분의 1로 감경하여 그 이상을 선고하지 못하도록 하는 효과가 발생된다. 반면 임의적 감경의 경우에는 책임 경감의 정도가 필요적 감경사유의 경우보다 적다고 보아 법정형의 하한보다 낮은 형을 선고할 수는 있으나 원래 법정형이 정한 범위 내의 모든 형도 선고할 수 있다. 위와 같이 이해하게 되면 감경사유에 대한 요건을 충족하는 이상 그에 따른 법률효과가 당연히 발생한다는 점에서 종래 필요적 감경과 임의적 감경의 구분이 용어상 적절하지 않게 된다. 이에 종래 필요적 감경은 '상·하한 감경'으로, 임의적 감경은 '하한 감경'으로 구분하여 부르는 것이 타당해 보인다. 앞서 본 바와 같은 여러 문제점을 가진 현재 실무가 굳어지게 된 것은 '임의적' 감경이라는 잘못된 용어 사용도 하나의 원인(遠因)이 되었다고 본다.

4) 이상과 같이 임의적 감경에 대한 새로운 해석론의 내용을 살펴보았다. 그러나 알고 보면 새로운 해석론은 현재 실무와 별다른 차이가 없다. 사실 새로운 것도 아니다.

먼저, 처단형은 법관이 선고형을 선택할 수 있는 최종적인 범위를 의미한다는 측면에서 현재 실무나 새로운 해석론이나 차이가 없다. 현재 실무는 임의적 감경을 할 것인지를 결정할 수 있고 그에 따라 감경을 한 범위와 하지 않은 범위가 각각 처단형이 된다는 것인데, 법관은 감경을 한 범위와 하지 않은 범위에서 모두 선고형을 결정할 수 있으므로, 위 두 범위를 합한 것을 처단형으로 보는 새로운 해석론과 차이가 없다.

다음, 법률요건이 인정되면 그에 대한 법률효과가 도출되는 것이 원칙인데, 새로운 해석론은 임의적 감경에 대해 이러한 원칙적인 방식과 동일한 논리체계를 만들자는 것이다. 현재 실무는 다른 가중·감경사유에 따른 법률효과에 관하여는 '당연확정'으로 이

해하면서 임의적 감경에 있어서만 '택일재량'으로 이해하고 있는데, 새로운 해석론은 모든 가중·감경사유에 따른 법률효과에 관하여 '당연확정'으로 해석하는 것이다. 재판실무의 입장에서 전혀 새로울 것이 없다.

마. 1) 다수의견은 '처단형의 하한을 낮출 필요가 없다면 굳이 임의적 감경을 할 필요가 없다'고 하는 현재 실무가 선고형을 결정한 뒤에 임의적 감경 여부를 결정한다는 의미가 아니라면서 위와 같은 실무가 잘못이 아니라고 한다.

그러나 현재 실무에 따르면 처단형을 확정하기 전에 선고형을 결정할 수밖에 없다. '처단형의 하한을 낮출 필요가 없다면 굳이 임의적 감경을 할 필요가 없다'고 하는 실무는 오랜 기간 통용되어 왔을 뿐만 아니라 과거와 현재의 법원 연수자료 등에서 확인할 수 있는 것인바, 이러한 실무에 의하면 임의적 감경을 할 것인지 여부는 선고형에 비추어 처단형의 하한을 낮출 필요가 있는지 여부에 따라 결정되는 것이다. 그런데 처단형의 하한을 낮추어야 할 필요가 있는 경우란 선고형이 처단형보다 낮은 경우를 의미하므로 선고형을 결정하지 않고서는 처단형의 하한을 낮출 필요가 있는지를 알 수 없다. 결국 현재 실무에 따라 임의적 감경 여부를 결정하기 위해서는 처단형을 확정하기 전에 선고형을 결정할 수밖에 없다. 더구나 판례는 임의적 감경사유인 '자수' 사실의 주장이 양형사유에 지나지 않는다고 하여(위 대법원 98도492 판결 등 참조) 임의적 감경 여부를 선고형 결정 과정에서 판단하는 현재 실무를 뒷받침하고 있다. 나아가 양형위원회가 설정한 양형기준은 '법률상 임의적 감경사유인 양형인자가 존재하고 그것이 반영된 권고형량범위가 법정형보다 낮은 경우에는 법률상 감경사유 또는 작량감경사유 중 어느 한 가지로 고려하도록 권고'하고 있는바, 이는 권고형량범위에 맞추어 처단형을 조정하라는 것으로 사실상 현재 실무와 같은 방식이다. 따라서 현재 실무가 선

고형을 먼저 결정한 뒤 임의적 감경 여부를 결정하는 것이 아니라는 다수의견은 타당하지 않다.

한편 현재 실무에서 임의적 감경 재량에 관한 논의가 전혀 없다는 것은 앞서 본 바와 같이 실무를 담당하는 법관들이 실제로는 새로운 해석론과 같이 임의적 감경의 처단형의 범위를 감경을 한 범위와 하지 않은 범위를 합산한 영역에서 선고형을 결정하고 있음을 보여주는 것이다. 이와 같이 현재 실무가 잘못된 것임에도 그동안 별다른 문제의식 없이 유지될 수 있었던 것은 법관들이 실제 업무를 하면서 현재 실무에 따른 판단을 회피하고 새로운 해석론과 동일한 방식으로 판단을 함으로써 현재 실무를 그대로 따를 경우 나타날 수 있는 문제들을 피하고 있었기 때문이지, 현재 실무가 다수의견과 같이 선해 될 수 있기 때문이 아니다.

2) 다수의견은 유기징역형에 대한 법률상 감경을 하면서 형법 제55조 제1항 제3호에서 정한 것과 같이 장기와 단기를 모두 2분의 1로 감경하는 것이 아니라 장기 또는 단기 중 어느 하나만을 2분의 1로 감경하는 방식은 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다고 한다. 위와 같은 다수의견이 별개의견을 형법 제55조 제1항 제3호 중 상한에 관한 부분은 적용하지 않는다는 의미로 이해한 것이라면 오해임을 밝혀둔다.

앞서 상세히 설명한 바와 같이 별개의견은 임의적 감경의 경우 형법 제55조 제1항 제3호에 따라 법률상 감경을 하여 상한과 하한을 모두 2분의 1로 감경한 범위와 감경을 하지 않은 범위 모두에 걸쳐 선고형을 정할 수 있으므로, 이는 곧 처단형이 법정형의 상한은 그대로 두고 하한만 2분의 1로 감경되는 것과 동일한 결과로 나타난다는 것이다. 즉 형법 제55조 제1항 제3호에 따른 법률상 감경을 한 경우와 하지 않은 경우를 모두 합한 결과를 간략하게 표현한 것에 불과할 뿐, 형법 제55조 제1항 제3호와 달리

단기만을 2분의 1로 감경하는 법률상 감경을 인정한 것이 아니다.

3) 다수의견은 유죄 인정 후 선고형을 결정하기까지 형의 종류의 선택 등 법관에게 많은 재량이 주어져 있고, 임의적 감경에 관한 법관의 재량도 그 중의 하나일 뿐이라고 한다.

예를 들어 형법 제329조의 절도죄의 경우 징역형과 벌금형이 선택적으로 규정되어 있으므로 선고형을 정하기 위해서는 형의 종류의 선택이 불가피한바, 그 선택 이전의 단계에서는 언제나 동일한 처단형이 표시된다. 그러나 특수상해미수죄에 관한 현재 실무에서는 미수 감경을 하지 아니하는 경우에는 징역 6월 이상 1년 미만의 형은 처음부터 그 피고인에 대한 처단형에서 제외된다. 전자의 경우에는 모든 피고인에 대하여 동일한 처단형이 적용되지만 후자의 경우에는 피고인에 따라 처단형이 달리 적용된다. 이러한 점에서 형의 종류의 선택의 문제와 임의적 감경의 문제는 그 장면이 전혀 다른 것이다.

4) 현재 실무를 유지하면서 임의적 감경사유의 주장에 대하여 형사소송법 제323조 제2항의 '형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술'에 해당한다고 보아 그에 대한 판단을 명시하여야 한다는 견해가 있음은 앞서 다.7)항에서 본 바와 같다. 그러나 판례는 임의적 감경사유에 관한 피고인의 주장에 대해 법원이 판단을 누락하더라도 위법이 아니라는 입장을 고수하여 왔고, 임의적 감경에 관한 현재 실무는 피고인의 주장에 대한 법원의 판단누락을 정당화하는 이론적 근거를 제공하고 있다는 점도 앞서 다.7)항에서 본 바와 같다. 임의적 감경사유가 인정되더라도 처단형 변경이라는 법률효과의 발생이 불확실한 현재 실무를 고수하면서 임의적 감경사유 주장에 대한 판단을 반드시 명시하도록 하는 것은 논리적으로 쉽지 않아 보인다.

설령 임의적 감경에 관한 현재 실무를 유지하면서 임의적 감경사유의 주장에 대해서 판단을 명시하도록 바뀌더라도 여러 가지 어려움이 예상된다. 피고인 주장에 대한 심리 결과, 자수 등과 같은 임의적 감경사유가 인정되지 않는 경우에는 별 문제가 없을 것이다. 그러나 임의적 감경사유가 인정됨에도 법관이 감경하지 않겠다고 판단하는 경우가 문제이다. 특히 어느 피고인은 감경하고 어느 피고인은 감경하지 아니하는 이유를 구별하여 판시하기가 어려울 것이다. 그리고 처단형 확정 과정과 구체적인 선고형 결정을 위한 양형은 구별되어야 하므로 감경 여부에 대한 판단은 양형조건 이외의 사정을 들어 설시하는 것이 바람직한데, 이는 매우 어렵다. 결국 위와 같은 어려움을 회피하기 위해 임의적 감경사유가 인정되면 언제나 형법 제55조 제1항에 따라 감경을 하는 방향으로 실무가 운영될 것이고, 이는 임의적 감경과 필요적 감경의 구별을 완전히 무너뜨리게 되어 형법이 임의적 감경과 필요적 감경을 나누어 규정하고 있는 취지를 훼손할 것이다.

이러한 문제점은 앞서 다.11)항에서 언급한 심신미약 주장에 대한 최근의 실무례를 보면 확인할 수 있다. 심신미약이 필요적 감경에서 임의적 감경으로 바뀐 이후의 실무를 보다 구체적으로 살펴보면, 심신미약 사실이 인정되지 않는다는 이유로 피고인의 주장을 배척하는 경우와 심신미약이 인정되므로 심신미약 감경을 한 경우, 그리고 처단형의 하한을 낮추기 위한 경우가 아님에도 심신미약 감경을 하는 경우는 쉽게 찾을 수 있다. 그러나 심신미약이 인정되나 심신미약 감경을 하지 않으면서 그 이유를 판결서에 기재한 경우는 찾기 어렵다. 이러한 실무 운영은 심신미약 인정 여부에 따라 감경 여부가 결정되는 것과 다름이 없는바, 사실상 필요적 감경과 동일하게 된다. 이와 같이 현재 실무를 유지하면서 임의적 감경 주장에 대한 판단을 판결서에 기재하도록

하면 사실상 필요적 감경과 동일하게 운영되어 양자의 구별이 어렵게 될 가능성이 크다.

5) 재판과정에서 마주하는 법령해석의 문제는 대부분 법률요건에 관한 것인데, 이러한 사안에서는 어느 견해를 선택하는지에 따라 법률효과를 부여할 것인지가 달라진다. 다시 말하면 법률요건의 경계를 어떻게 획정할 것인지에 따라서 법률효과의 득실이 좌우된다. '얻는 것'과 '잃는 것'이 있다는 말이다.

그러나 크게 보면 이 판결에서 다루고 있는 임의적 감경에 관한 문제는 피고인에게 선고할 수 있는 형의 범위에 관하여는 사실상 생각을 같이 하면서 이를 판결서에 어떻게 표현하는 것이 법리적으로 논리적으로 더 나은 것인지에 관한 논의라고 해도 틀리지 않을 것이다. 형사판결서 작성에 관한 실무 개선에 관한 논의라고 함이 더 적절할지도 모른다. 새로운 해석론을 통하여 현재 실무의 많은 문제를 해결할 수 있고 또한 이로 인하여 새롭게 제기되는 법리상, 실무상의 문제는 찾기 어렵다. 잘못된 문언해석에 얽매여 선고형을 정하는 처단형의 범위조차 명확하게 전달하지 못하는 형사 판결서를 작성해야 하는 현재 실무를 고집하는 것이 무엇을 지키고자 하는 것인지 모르겠다. 다수의견이 정확히 무엇에 반대하는지, 무슨 이유로 반대하는지 알기 어렵다.

바. 위와 같이 임의적 감경에 대한 새로운 해석론을 토대로 모두에서 제기하였던 문제들을 살펴보면, 다음과 같이 모든 문제들이 자연스럽게 해결되는 것을 알 수 있다.

1) 새로운 해석론에 의하면 임의적 감경사유가 인정되는 모든 경우 법정형의 하한이 2분의 1로 감경되는 효과가 발생되므로, 같은 죄를 범하고 형의 가중·감면 사유가 같은 피고인들에 대해서는 언제나 동일한 처단형으로 처벌한다. 법률상 감경사유가 인정되면 그에 따른 법률효과는 언제나 동일하므로 처단형 역시 동일하게 결정된다.

2) 새로운 해석론에 의하면, 현재 실무와 같이 임의적 감경사유에 대해 법관의 재량에 따라 법률상 감경을 적용할지 여부가 결정되는 것이 아니라, 언제나 처단형이 변경되는 효과가 발생하므로, 현재 실무에서처럼 임의적 감경 여부를 처단형보다 선고형이 낮을 경우에만 하는 것으로 한정되지 아니하고 나아가 선고형을 정한 뒤 그 형이 처단형에 해당하지 않을 경우 거슬러 올라가서 법령의 적용에 임의적 감경을 추가하는 일도 발생할 여지가 없다.

3) 현재 실무에 의하면 임의적 감경사유가 수 개 있는 경우, 예를 들어 강도미수죄에 자수와 심신미약의 사유가 더해진 경우에 '징역 3년 이상 30년 이하', '징역 1년6월 이상 15년 이하', '징역 9월 이상 7년6월 이하', '징역 4.5월 이상 3년9월 이하'와 같이 여러 개의 처단형이 나타날 수 있으나, 새로운 해석론에 의하면 위와 같이 임의적 감경사유가 여러 개 있는 경우에는 하한만 거듭하여 2분의 1씩 감경하게 되므로 언제나 처단형은 '징역 4.5월 이상 30년 이하'가 된다.

4) 형법 제56조에 의하면 경합범가중 전에 법률상 감경을 먼저 실시하여야 한다. 그런데 현재 실무에 의하면 경합범 관계에 있는 여러 범죄 중 형법 제38조 제1항에 따라 가중의 대상이 되는 가장 중한 죄가 죄질이나 범정이 아니라 형의 비교에 의하여 결정되는 경우에도 가장 형이 중한 죄가 임의적 감경에 대한 법관의 재량에 따라 달라질 수 있으나, 새로운 해석론에 따르면 임의적 감경사유가 인정되면 언제나 법정형의 하한이 2분의 1로 감경되어 동일한 처단형이 나오므로, 이를 기준으로 언제나 경합범가중의 대상이 되는 가장 형이 중한 죄가 일관되게 결정된다.

5) 현재 실무에 따르면 처단형의 하한과 동일한 형이 선고되더라도 양형부당을 이유로 한 항소를 인정할 수밖에 없는 경우가 발생한다는 점은 앞서 본 바와 같다. 그러나

새로운 해석론에 따르면 임의적 감경사유가 존재하면 언제나 처단형은 법관이 구체적인 선고형을 정할 수 있는 최대한의 범위를 모두 포함하게 되고, 선고형은 그렇게 가능한 모든 영역으로 확장된 처단형의 범위 내에서 결정되므로, 처단형의 하한이 선고된 경우라면 피고인에게 최대한으로 유리한 형이 선고된 것일 수밖에 없다. 따라서 위와 같은 경우 양형부당을 이유로 한 항소가 받아들여 질 여지는 없고, 이러한 해석이 우리 형사소송의 구조에 부합함은 명백하다. '법률상 집행유예가 불가능하다'라는 말도 임의적 감경에 관한 현재 실무에서는 매우 부정확한 말이 될 수 있음은 앞서 본 바와 같다.

6) 현재 실무에 의하면 제1심에서 임의적 감경을 하지 않은 처단형 범위의 하한이 선고된 경우에는 항소심에서 제1심보다 낮은 형을 선고할 수 있고 그러기 위해서는 임의적 감경을 실시하여 처단형의 하한을 낮추기 위해 제1심판결의 법령의 적용 부분을 수정해야 한다. 그러나 새로운 해석론에서는 앞서 본 바와 같이 임의적 감경이 언제나 동일한 법률효과를 가져오므로 단순히 양형부당 항소이유를 받아들이면서 새로이 임의적 감경을 적용하기 위해 제1심판결의 법령의 적용 부분을 수정하는 상황은 발생하지 않는다.

사. 임의적 감경에 관한 새로운 해석론에 비추어 원심의 판단을 살펴본다.

제1심은 임의적 감경에 대한 현재 실무에 따라 특수상해미수죄에 대해 형법 제25조 제2항에 따라 임의적 감경인 미수감경을 하면서 형법 제55조 제1항 제3호에 따라 감경하였다. 그 결과 특수상해미수죄의 처단형이 징역 6월 이상 5년 이하로 되었고, 위 형기를 기준으로 경합범가중을 거쳐 처단형을 결정하였다.

그러나 임의적 감경에 대한 새로운 해석론에 따라 특수상해미수죄에 대한 미수감경

은 '형법 제25조 제2항, 제55조 제1항 제3호(하한만 감경)'를 적용하여 특수상해미수죄의 형기 중 하한만을 2분의 1로 감경한 형기(징역 6월 이상 10년 이하)를 기준으로 경합범가중을 하되 특수상해미수죄의 장기의 2분의 1을 가중한 형기(15년)보다 특수상해미수죄와 폭행죄의 장기를 합한 형기(12년)가 낮으므로 합산한 범위 내에서 처단형(징역 6월 이상 12년 이하)을 결정하고, 그 처단형의 범위 내에서 선고형을 정함이 마땅하다.

위와 같은 제1심의 잘못을 시정하지 않은 원심판결에는 임의적 감경에 관한 법리를 오해한 잘못이 있으나, 원심이 유지한 제1심이 선고의 기준으로 삼은 처단형이 새로운 해석론에 따른 처단형의 범위 내에 있을 뿐만 아니라 피고인에게 불리한 것도 아니므로 결과적으로 위와 같은 잘못이 판결에 영향을 미친 것으로는 보이지 않는다. 피고인의 상고이유 주장에 대한 판단은 다수의견과 같다.

이와 같이 원심판결을 파기할 사유가 없다는 결론에 관하여는 다수의견과 견해를 같이 하지만 그 이유가 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

6. 대법관 이기택의 별개의견에 대한 보충의견은 다음과 같다.

가. 이 사건의 쟁점은 형법 제25조 제2항에 따른 미수감경을 포함한 임의적 감경에 관한 현재 실무가 타당한지 여부이다. 현재 실무는 미수감경을 다른 임의적 감경과 동일하게 취급하고 있기 때문에, 별개의견에서는 미수감경과 다른 임의적 감경을 구별하지 아니한 채 임의적 감경 일반에 대한 새로운 해석론에 관하여 논의하였다. 그러나 아래에서 살펴보는 바와 같이 '형의 감경'과 관련하여 미수감경은 다른 임의적 감경과 일정한 차이가 있다. 즉 다른 임의적 감경은 별개의견에서 논한 바와 같이 형벌규정에서 정한 법정형을 전제로 그 '처단형의 범위'를 정함에 있어 '형의 감경' 규정이 갖는

의미에 관한 문제인 반면, 미수감경은 개별 형벌규정에서 정하지 않은 '미수범의 법정형'을 정함에 있어 '형의 감경' 규정이 갖는 의미에 관한 문제이다. 이하에서 미수범 처벌의 법적 구조에 관하여 살펴보기로 한다.

현재 실무 및 학계의 통설은 형법 제25조 제1항의 미수범(이하 '미수범'이라고만 한다)을 원칙적으로 기수범과 동일한 법정형으로 처벌하되 같은 조 제2항에 의하여 경우에 따라 형을 감경할 수 있는 임의적 감경사유에 불과한 것으로 해석하여 왔다. 그러나 현재 실무의 위와 같은 미수범에 대한 이해는 잘못된 것이다. 미수범은 기수범과는 구별되는 별개의 범죄로서 고유한 법정형을 가지고 있고 그 법정형은 기수범의 법정형에 하한만 2분의 1로 감경한 범위로 정해진다고 봄이 타당하다.

먼저 미수범으로 처벌할 대상은 형법 제29조의 '미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다'는 규정과 형법 각칙의 '전○조의 미수범은 처벌한다'는 규정에 의해 정해진다. 다음 미수범의 구성요건은 형법 제25조 제1항의 '범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다'는 규정과 형법 각칙의 기수범의 구성요건 규정이 결합하여 정해진다. 그리고 미수범의 법정형은 형법 제25조 제2항의 '미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다'는 규정과 감경의 의미에 관한 형법 제55조 제1항에다가 형법 각칙의 기수범의 법정형 규정이 결합하여 결정된다. 예를 들어, 형법 제254조, 제250조 제1항의 살인미수죄는 형법 제25조 제1항, 제2항과 결합되어 '사람을 살해하는 행위의 실행에 착수하여 결과가 발생하지 아니한 자는 사형, 무기 또는 2년6월 이상의 징역에 처한다'는 내용의 미수범 고유의 구성요건과 법정형이 결정되는 것이다.

위와 같이 미수범의 처벌에 관한 새로운 이해가 필요한 구체적인 이유는 다음과 같

다. 편의상 결과범을 중심으로 논의하기로 한다.

1) 형법 제25조 제1항은 '범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다'고 규정하고 있다. 미수범의 경우 형법 제25조 제1항만을 근거로 처벌할 수 없고, 기수범의 처벌규정만을 근거로 미수범으로 처벌할 수도 없다. 미수범의 구성요건은 기수범의 처벌규정과 형법 제25조 제1항이 결합되어야 완성되고, 미수범 처벌의 근거로서 정당성을 가지게 된다. 형법 제254조, 제250조 제1항의 살인미수죄를 예로 들면, 형법 제254조의 '전4조의 미수범은 처벌한다'는 규정은 살인미수죄를 처벌할 수 있는 근거가 되고, 형법 제250조 제1항의 '사람을 살해한 자…'라는 규정과 형법 제25조 제1항의 규정이 결합하여 '사람을 살해하는 행위의 실행에 착수하여 사망의 결과가 발생하지 아니한 때'라는 살인미수죄의 구성요건이 완성된다. 구성요건으로서의 미수의 개념은 형법 제25조 제1항에 의하여 비로소 명확하게 된다.

2) 구성요건과 같이 미수범의 법정형도 기수범의 처벌규정과 형법 제25조 제2항이 결합되어 정해지는 것으로 이해하여야 한다. 형법 제25조 제2항은 '미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다'고 규정하고 있는데, 임의적 감경에 대한 새로운 해석론에 따라 미수범의 법정형은 기수범의 법정형의 하한만 2분의 1로 감경한 범위로 정해진다.

현재 실무는 미수범의 처벌에 관한 형법 제25조 제2항을 임의적 감경 규정으로 이해하고 있다. 즉 미수범은 원칙적으로 기수범과 동일한 법정형으로 처벌하되 형법 제25조 제2항에 따라 형을 감경할 수도, 하지 않을 수도 있다고 해석하는 것이다. 그러나 미수범을 기수범과 동일한 법정형으로 처벌할 문언상의 근거가 없다. 그리고 기수범과 미수범 사이에 결과불법의 차이가 엄연히 존재함에도 그 법정형이 같다는 것은 형사법

의 법리에서 받아들이기 어려운 면이 있다. 더구나 미수범을 처벌하지 않는 범죄도 무수히 많은 점을 고려하면 미수범의 법정형을 원칙적으로 기수범과 동일하게 보는 것은 부당하다.

3) 입법자는 미수범에 대해 구성요건과 법정형을 간결하고 효율적으로 총칙에 규정하는 입법기술을 사용하였는데, 현재 실무는 이러한 입법기술상의 표현방식을 임의적 감경으로 오인하고 있다. 형법 제25조 제1항은 '범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다'고 규정하고, 형법 제25조 제2항은 '미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다'고 규정하며, 형법 제29조는 '미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다'고 규정하고, 형법 각칙에서 '전○조의 미수범은 처벌한다'는 형식으로 미수범 처벌 규정을 두고 있다. 위와 같은 규정형식은 입법자가 각각의 범죄마다 미수범의 구성요건 및 법정형을 개별적으로 규정하는 복잡한 형태 대신, 미수범 처벌에 관한 일반원칙을 총칙에 규정한 뒤 각칙에서 미수범으로 처벌할 범죄를 지정하기만 하면 해당 구성요건 및 법정형이 자동적으로 완성되는 입법기술을 사용한 것이다. 살인죄의 미수범에 대해 현행 형법 제254조에서 '전4조의 미수범은 처벌한다'고만 규정해도 미수범의 구성요건과 법정형이 자동적으로 완성되는데, 이러한 입법기술을 사용하지 않는다면 모든 미수범에 대해 개별 구성요건과 법정형을 별도로 규정하였어야 할 것이다.

즉 형법은 미수범의 구성요건과 법정형을 각 범죄마다 개별적으로 복잡하게 규정하는 대신, 총칙 제25조에 미수범에 공통된 구성요건(제1항)과 법정형(제2항) 규정을 둔 뒤 이를 개별 기수범 규정과 결합하여 미수범의 구성요건과 법정형이 도출되도록 한 것이다. 아울러 입법자는 위와 같은 규정형식을 통해 미수범의 법정형은 기수범보다

하한만 2분의 1로 감경한다는 뜻을 명시적으로 표시하였다고 봄이 타당하다. 개별적으로 미수범의 법정형을 규정하였다면 이러한 입법의도를 나타내기 매우 어려웠을 것이다. 따라서 미수범의 법정형은 원칙적으로 기수범과 동일하나 형법 제25조 제2항에 따라 임의적으로 감경할 수 있을 뿐이라고 보는 현재 실무는 타당하지 않다.

이러한 미수범에 대한 새로운 이해를 토대로 보면, 입법자는 미수범에 대하여, ㈀ 가벼운 범죄로서 미수범으로 처벌할 필요성이 없는 범죄는 미수범 처벌 규정을 두지 않고, ㈁ 구성요건적 결과가 발생하지 않더라도 실행의 착수로 인한 결과 발생의 위험성에 대해서 처벌의 필요성이 있는 경우에는 미수범 처벌 규정을 두어 형법 제25조 제2항에 따라 기수범의 법정형의 하한만 2분의 1로 감경한 법정형으로 처벌하며, ㈂ 미수범이지만 강력한 처벌이 요구되는 경우에는 뒤에서 볼 판례 사안에서와 같이 미수범의 법정형을 별도로 명시하여 형법 제25조 제2항의 적용을 배제하는 경우로 구분하고 있음을 알 수 있다.

4) 법정형이란 입법자가 각 구성요건의 전형적인 불법을 일반적으로 평가한 형의 범위로서 개개의 구성요건에 규정되어 있는 형벌을 말한다. 즉 구성요건을 충족하면 입법자가 정해놓은 처벌의 범위가 정해지는데, 그것이 법정형이다. 그렇다면 미수라고 하는 구성요건 요소로 인해 발생하는 형의 범위의 설정 내지 변경은 모두 법정형 결정의 요소로 봄이 타당하다. 이를 현재 실무와 같이 법정형 결정 이후의 형의 감경요소로 파악하는 것은 타당하지 않다. 더구나 범죄의 구성요건 표지가 된 사정은 형의 양정 과정에서 다시 고려되어서는 안 된다는 것이 이중평가금지의 원칙이다. 범죄의 실행에 착수하였으나 결과가 발생하지 아니하여 미수에 그쳤다는 사정은 미수범의 구성요건 표지이므로, 이를 법률상 감경사유로 이해하는 것은 이중평가에 해당할 수 있으므로

이러한 법해석은 불가피한 경우가 아니라면 피해야 한다.

5) 종래 대법원은 '「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 '특정범죄가중처벌법'이라 한다)에서 일정한 특정범죄의 미수범에 대해 기수범과 동일한 방식으로 법정형을 명시적으로 규정한 경우(제5조의4 제6항, 제11조 제1항 등)에는 형법 제25조 제2항에 의한 형의 미수감경이 허용되지 않는다'는 취지로 판시하여 왔다(대법원 1987. 9. 22. 선고 87도1635 판결, 대법원 2000. 11. 14. 선고 2000도3947 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도11620 판결 등 참조). 그런데 현재 실무에 의하면, 미수범과 기수범의 법정형은 기본적으로 동일하고 형법 제25조 제2항은 미수범에 대해 임의적 감경을 할 수 있다는 의미에 불과하다는 것이므로, 특별법에서 미수범을 기수범과 동일한 법정형으로 처벌함을 명시적으로 규정하더라도 이는 '기수범과 미수범의 법정형은 동일하다'는 원칙을 단순히 확인한 것에 불과하고, 이를 이유로 형법 총칙 규정인 미수에 대한 감경 규정을 배제한다는 해석은 그 근거를 찾기 어렵다. 따라서 현재 실무에 따르면 형법 제25조 제2항의 임의적 감경 규정은 위와 같은 특별법의 미수범 처벌 규정에도 그대로 적용되어야 마땅하다. 결국 위 대법원 판례의 태도와 현재 실무는 서로 모순되고, 조화롭게 해석하기 어렵다.

그러나 미수범의 법정형을 앞서 본 바와 같이 인식하는 새로운 이해에 따르면, 기수범의 법정형과 형법 제25조 제2항이 결합하여 미수범의 법정형이 결정되는데, 특별법에서 개별적으로 미수범의 법정형을 명시하였다면 더 이상 법정형 확정을 위한 법의 해석과정이 불필요하므로 법정형 확정의 역할을 하는 형법 제25조 제2항이 작용할 여지가 없는 것이다. 이와 같이 미수범에 관한 새로운 이해를 통하여 위 대법원 판례를 모순 없이 조화롭게 설명할 수 있다.

6) 요컨대, 형법 제25조 제1항은 미수범의 구성요건을, 제2항은 그 법정형을 규정한 것이다. 법률상 명문의 근거 없이 미수범의 법정형이 기수범과 같다고 하는 것은 죄형법정주의에 반하는 해석이다. 형법 제25조가 작동하기 이전에는 미수범의 구성요건도 법정형도 존재하지 않는다.

나. 관련문제로 사물관할에 관하여 한 가지 지적하고자 한다.

법원조직법 제32조 제1항 제3호에 따라 합의부 관할이 되는 '사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건'이라 함은 법정형으로 열거된 선택형 중 가장 낮은 것이 단기 1년 이상의 징역 또는 금고인 경우를 의미하고, 징역형이나 금고형보다 가벼운 벌금형 등이 선택형으로 규정된 경우에는 이에 해당하지 않는다고 해석함이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 법원조직법은 지방법원 및 그 지원의 심판권을 원칙적으로 단독판사가 행사하도록 하면서 예외적으로 제32조 제1항 각 호에서 정한 사건에 대해서는 합의부가 심판하도록 하고 있고, 법정형이 중한 사건은 그 처리에 있어서도 신중을 기하자는 의미에서 '사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건'(같은 항 제3호)을 합의부 관할로 정하였다. 현재 실무는 법정형에 단기 1년 이상의 징역이 규정되어 있다면 설령 벌금형이 선택형으로 규정되어 있더라도 합의부 관할이라는 입장이다. 이에 따르면 「부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법」(이하 '부동산소유권이전등기법'이라 한다) 제16조 제1항은 허위의 보증서를 작성하거나 허위의 방법으로 확인서를 발급받은 사람 등에 대해 '1년 이상 10년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 1억 원 이하의 벌금'에 처하도록 하고 있으므로, 부동산소유권이전등기법 제16조 제1항 위반죄는 합의부 관할에 해당한다. 형법 제115조의 소요죄도 법정형이 '1년 이상 10년 이하의

징역이나 금고 또는 1,500만 원 이하의 벌금'에 해당하므로, 합의부 관할이다.

2) 그러나 법원조직법 제32조 제1항 제3호에 따라 합의부 관할이 되는 '사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건'이라 함은 형의 종류의 선택 이전 단계라고 할 수 있는 법정형 자체만을 기준으로 판단하여야 한다. 위와 같은 현재 실무는 법정형에 벌금형이 있더라도 징역형을 선택하는 경우에는 1년 이상이 된다는 점에 중점을 둔 것 같으나, 사물관할은 법정형을 기준으로 판단하여야 한다. 벌금형은 '단기 1년 이상의 징역 또는 금고'보다 가벼우므로 위 요건에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 법정형 중 선택할 수 있는 최저형, 즉 법정형으로 열거된 선택형 중 가장 낮은 것이 1년 이상의 징역 또는 금고인 경우에 합의부 관할로 해석함이 타당하므로, 선택형으로 그보다 가벼운 벌금형이 규정되어 있는 경우에는 단독판사 관할로 봄이 타당하다. 앞서 본 부동산소유권이전등기법 제16조 제1항 위반죄나 소요죄의 경우에는 벌금형의 선택이 가능하므로 단독판사 관할로 봄이 타당하다.

3) 그리고 미수범에 대한 새로운 이해에 따르면, 미수범의 법정형은 기수범 법정형의 하한만 2분의 1로 감경한 것과 같고, 미수범의 관할은 미수범의 법정형을 기준으로 해야 한다. 형법 제143조, 제141조 제2항의 공용물파괴미수죄를 예로 들면, 공용물파괴죄의 법정형은 '1년 이상 10년 이하의 징역'이고 공용물파괴미수죄의 법정형은 '6월 이상 10년 이하의 징역'이므로, 공용물파괴죄는 합의부 관할인 반면 공용물파괴미수죄는 단독판사 관할로 봄이 타당하다.

이상과 같이 별개의견에 대한 보충의견을 밝히는 바이다.

재판장 대법원장 김명수 _____

대법관 박상옥 _____

주 심 대법관 이기택 _____

대법관 김재형 _____

대법관 박정화 _____

대법관 안철상 _____

대법관 민유숙 _____

대법관 김선수 _____

대법관 이동원 _____

대법관 노정희 _____

대법관 김상환 _____

대법관 노태악 _____

대법관 이흥구 _____