

대법원 2021. 1. 21. 선고 전원합의제 판결 요지

형 사

2018도5475 특수상해미수 등 (나) 상고기각

[임의적 감경 사건]

◇임의적 감경에 관한 현재 실무 및 대법원 판례의 유지 여부(적극)◇

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 범문상 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.

☞ 피고인이 위험한 물건으로 피해자를 상해하려다 미수에 그쳤다는 공소사실에 대하여 제1심은 특수상해미수죄를 인정하여 형법 제25조 제2항, 제55조 제1항 제3호에 따라 감경한 뒤 경합범가중을 거쳐 처단형을 정하였고, 원심은 이러한 제1심을 그대로 유지하였음. 피고인이 상고하였으나, 대법원은 위와 같은 원심의 판단에 잘못이 없다고 보아 상고

를 기각함

☞ 이러한 다수의견에 대하여, 임의적 감경의 처단형은 형을 감경한 범위와 감경하지 않은 범위를 모두 합한 범위로 봄이 타당하고, 이는 결국 법정형의 하한만 2분의 1로 감경한 것으로 '당연확정' 된다는 대법관 이기택의 별개의견과 별개의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견이 있음