

# 대법원 2017도14609

## 마약류관리에관한법률위반(향정) 사건 보도자료

대법원 공보관실(02-3480-1451)

대법원(재판장 대법원장 김명수, 주심 대법관 김재형)은 2019. 4. 18. 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 형을 감경할 때에도 법률상 감경에 관한 형법 제55조 제1항이 적용되어 유기징역을 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1 미만으로는 감경할 수 없다고 판단하여, 이와 다른 취지의 원심판결을 파기하는 전원합의체 판결을 선고하였음(대법원 2019. 4. 18. 선고 2017도14609 전원합의체 판결).

이러한 다수의견에 대해서 4인의 반대의견(대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 김선수의 반대의견1, 대법관 이기택의 반대의견2)이 있음.

### 1. 사안의 내용

- 피고인은 2015.경 33회에 걸쳐 향정신성의약품을 판매하였다는 범죄사실로 징역 4년을 선고받은 전과가 있었음
- 그런데 피고인에 대하여 '2015. 10. 초순 향정신성의약품을 1회 판매하고, 2015. 11. 8. 향정신성의약품을 1회 판매하려다 미수에 그쳤다.'는 이 사건 범죄로 공소가 제기되었음. 이 사건 범죄는 마약류 관리에 관한 법률 제58조 제1항 제3호와 같은 법률 제58조 제3항, 제1항 제3호가 각 적용되어 법정형이 무기 또는 5년 이상의 징역임
- 제1심은 이 사건 범죄가 이 사건 전과 범죄와 형법 제37조 후단 경합범('후단 경합범') 관계에 있다고 인정하여 형법 제39조 제1항에 따라 형법 제55조 제1항 제3호를 적용하여 법률상 감경을 한 다음 경합범 가중과 작

량감경 등을 적용하여 산출한 처단형의 범위(징역 1년 3개월부터 11년 3개월까지) 내에서 피고인에게 징역 1년 6개월을 선고하였음

■ 그런데 원심은 형법 제39조 제1항에 따라 후단 경합범에 관한 형을 감경함에 있어 감경 한도에 제한을 두어서는 아니 되므로 법률상의 감경에 관한 형법 제55조 제1항이 적용되지 않는다는 이유로 징역 6개월을 선고하였음

■ 검사는 이에 불복하여 상고를 제기함

## 2. 대법원의 판단

### 가. 사건의 쟁점

(1) 법정형의 하한이 설정된 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항 후문에 따라 형을 감경함에 있어 유기징역의 경우 형법 제55조 제1항 제3호를 적용하여 그 형기의 2분의 1 범위 내에서만 감경할 수 있다고 볼 것인지, 아니면 형법 제55조 제1항 제3호의 적용을 배제하여 그 형기의 2분의 1 미만으로도 감경할 수 있다고 볼 것인지 여부가 쟁점임

(2) 기존 대법원 판례에 따르면, 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 형을 감경할 때에도 법률상 감경에 관한 형법 제55조 제1항이 적용되어 유기징역을 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1 미만으로는 감경할 수 없음(대법원 2006. 12. 21. 선고 2006도6627 판결 등 참조) ⇒ 판례 변경이 필요한지 문제됨

### (3) 쟁점의 이해를 위한 배경 지식

a) 후단 경합범은 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 의미함

1) 형법은 수개의 죄를 범한 경우 처벌방법에 관하여 형법 제38조에서 정하고 있음 ⇒ 유기징역형이 법정형인 수개의 죄를 저지른 경우 원칙적으로 장기의 2분의 1까지 가중하되 장기를 합산한 형기를 초과할 수 없도록 규정함

- 2) 마약류 관리에 관한 법률 제58조 제1항 제3호의 범죄 또는 같은 법률 제58조 제3항, 제1항 제3호의 범죄 등을 수회 저지른 경우에도 함께 처벌받는 경우에는 원칙적으로는 가장 중한 죄의 장기의 2분의 1까지만 가중하도록 되어 있음 ⇒ 이를 형법 제37조 전단 경합범 또는 전단 경합범, 동시적 경합범이라 함, 동시에 처벌받는다는 의미임
  - 3) 그런데 같은 범행에 대하여 확정된 전과(이 사안의 경우 징역 4년)가 있는데 다시 마약류 관리에 관한 법률 제58조 제1항 제3호, 같은 법률 제58조 제3항, 제1항 제3호의 범죄를 저지른 경우에는 수개의 범죄를 어떻게 처벌해야 하는지 문제됨 ⇒ 이를 형법 제37조 후단 경합범 또는 후단 경합범, 사후적 경합범이라 함, 사후적으로 경합범이 문제되었다는 의미임
- b) 문제되는 이유는, 사후적 경합범이라는 이유만으로 동시적 경합범보다 피고인을 불리하게 처벌하는 것은 부당한데, 형법은 감경의 방법에 관하여 형법 제55조에서, 순서에 관하여 형법 제56조에서 엄격하게 정하고 있기 때문임
- 1) 위 방법과 순서에 따를 경우 감경은 형기의 2분의 1 범위 내에서만 하고, 법률상 감경을 거친 다음 작량감경을 하도록 규정하고 있음
  - 2) 이 경우 후단 경합범에도 법률상 감경에 관한 방법이 적용된다고 하면 후단 경합범 감경과 작량감경을 거치더라도 형의 하한은 1년 3개월이 됨(사후적 경합범으로 2분의 1 감경 ⇒ 2년 6개월, 다시 작량감경으로 2분의 1 감경 ⇒ 1년 3개월) ⇒ 피고인이 전과 범죄와 동시에 처벌받았다면 모두 합하여 형의 하한을 2년 6개월로 하여 한 번에 처벌받는데 이 사건과 같이 후단 경합범으로 처벌받는 경우에는 징역 4년으로 처벌받은 다음 다시 형의 하한이 1년 3개월로 되어 처벌받는 상황이 됨 ⇒ 원심이 형의 면제를 선택하면 징역 4년으로 처벌받게 되지만 형의 면제가 적당하지 않다고 생각하면 반드시 1년 3개월 이상으로 처벌받는 결과 합계 5년 3개월 이상으로 처벌받게 됨
  - 3) 이처럼 후단 경합범 감경에 형법 상 감경 방법 규정을 적용하면 동시에 처벌받는 경우와 다른 처벌을 받게 되는 결과가 되는데 이러한 결과가 부당하다는 것이 원심의 문제의식임 ⇒ 그에 따라 원심은 징역 6개월을 선택하여 결과적으로 4년 6개월로 처벌받도록 판결하였음

## 나. 형법 관련 규정

- 형법 제37조 후단은 “금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정전에 범한 죄를 경합범으로 한다.”라고 규정
- 형법 제39조 제1항은 “경합범중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고한다. 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 규정
- 형법 제55조 제1항 제3호는 “유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다.”라고 규정
- 형법 제56조는 형을 가중·감경할 사유가 경합된 경우 가중·감경의 순서를 ‘1. 각칙 본조에 의한 가중, 2. 제34조 제2항의 가중, 3. 누범가중, 4. 법률상감경, 5. 경합범가중, 6. 작량감경’ 순으로 하도록 규정

## 다. 다수의견(9명) : 후단 경합범에 대하여 형을 감경할 때에도 법률상 감경에 관한 형법 제55조 제1항이 적용되어 형기의 2분의 1 미만으로는 감경할 수 없음 → 파기환송

- (1) 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 없음 ⇒ 형법 제39조 제1항 후문에서 정한 감경도 당연히 법률상 감경에 해당함 ⇒ 따라서 후단 경합범 감경에 관하여도 형법 제55조 제1항 제3호가 적용됨
- a) 형법 제39조 제1항 후문의 “그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라는 규정 형식도 다른 법률상의 감경 사유들과 다르지 않음
- b) 감경의 폭이나 방식, 순서에 관해 달리 정하고 있지 않은 이상 후단 경합범에 대하여도 법률상 감경 방식에 관한 총칙규정인 형법 제55조, 제56조가

적용됨

- (2) 후단 경합범을 어떻게 처리하여야 하는지는 기본적으로 입법정책에 달려있음 ⇒ 형법 제39조 제1항은 법원으로 하여금 책임에 상응하는 합리적이고 적절한 선고형을 결정할 수 있도록 하는 유연한 입법 형식을 취한 것임. 법률 개정 과정에서 후단 경합범에 관하여 '형법 제55조 제1항의 감경 한도 이하로도 감경할 수 있다.'는 내용을 포함시켜 하한이 없는 감경을 가능하게 하려던 수정제안이 있었으나 최종적으로 채택되지 않았음 ⇒ 입법자도 후단 경합범 감경을 일반 법률상 감경의 하나로 본 것임
- (3) 후단 경합범에 관하여 양형재량에 비추어 형의 감경만으로는 형평에 맞는 결과를 이끌어 낼 수 없다고 보이는 경우에는 형을 면제하면 족함 ⇒ 처단형의 하한을 벗어난 형을 선고할 수 있다고 보아야 할 필요도 크지 않음
- (4) 후단 경합범에 대한 형의 감경에 있어 형기에 하한을 두는 것이 피고인에게 불이익할 수도 있음 ⇒ 형기에 하한을 두지 않은 경우에는 감경된 형을 선고해야 하지만 형기에 하한이 있다면 형의 면제를 선택할 수도 있기 때문

**라. 반대의견(4명) : 후단 경합범에 대하여 형법 제39조 제1항에 의하여 형을 감경할 때에는 형법 제55조 제1항이 적용되지 않으므로 형기의 2분의 1 미만으로도 감경할 수 있음 → 상고기각 의견**

**(1) 반대의견1 (대법관 김재형, 대법관 안철상, 대법관 김선수)**

- ▣ 형법 제39조가 전문에서 '동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고할 것'을 선언하고, 후문에서 "이 경우 형을 감경 또는 면제할 수 있다."라고 부가적으로 정하고 있음 ⇒ 이러한 독자적인 규정형식과 내용, 입법 취지를 고려하면 형법 제39조 제1항 후문은 형법 제55조 제1항의 적용을 받지 않는 별도의 형평수단인 감경으로 보아야 함
- ▣ 후단 경합범에 대하여 형법 제55조 제1항을 적용할 경우에 판결이 확정된 죄에 관한 처단형 하한과 후단 경합범에 따른 처단형 하한의 합계가 새로운 하한으로 되어 피고인에게 뜻하지 않는 불이익이 나타나고 피고인의

책임에 가장 합당한 형을 선고할 수 없게 되는 등 매우 불합리한 결과를 초래함 ⇒ 법관의 양형결정권을 침해하고 책임주의에 반하며 과잉금지 원칙에도 위배됨

- 후단 경합범의 처벌에 관한 입법에도 죄형 균형의 원칙과 책임주의 원칙에 따른 한계가 있다고 보아야 함. 다수의견처럼 후단 경합범을 해석하는 경우에는 위와 같은 형사법상의 원칙을 실현하기 위하여 새로운 입법을 해야 할 것임 ⇒ 문언의 가능한 의미를 벗어나지 않는 방법으로 위헌적 상황을 손쉽게 벗어날 수 있는 법해석 방법이 있는데도 굳이 어려운 길을 가야 할 이유가 없음

## (2) 반대의견2 (대법관 이기택)

- '감경'과 '면제'가 함께 규정된 경우에 '감경 또는 면제'는 분절적인 의미가 아니라 일체로서의 단일한 개념으로 이해되어야함 ⇒ 면제에 의하여 처단형의 하한은 '0'이 되고, 그 상한은 장기나 다액의 2분의 1로 되며, 달리 그 중간에 공백의 여지는 없음 ⇒ 후단 경합범에 관한 형의 하한을 확인하기 위하여 일반법인 형법 제55조 제1항에 문의할 필요가 없음
- 다수의견과 같이 '감경 또는 면제'를 분절적 의미로 이해하게 되면 '0'부터 형법 제55조 제1항에 따라 감경된 하한 사이에 처단형의 공백이 생기는 결과 책임에 적합한 형의 범위를 제대로 정할 수 없어 책임주의에 반함

## 3. 판결의 의의

- 대법원은 그 동안 하급심에서 논란이 되었던 법정형의 하한이 설정된 후단 경합범에 대하여 형기의 2분의 1 범위 내에서만 감경할 수 있다고 판단하여 논란에 종지부를 찍었음
- 후단 경합범의 경우 적절한 선고형을 정할 수 있도록 유연한 입법 형식을 취하고 있고, 형의 면제나 집행유예도 가능한 이상 책임주의에 반하거나 법관의 양형재량권을 침해한다고 볼 수 없다는 판단임