

〈특 집〉 형법전 시행 반세기 회고

미수범 이론의 발전과 전망

천진호**

차 례

- | | |
|-----------------------------|------------------------------|
| I. 서론 | IV. 불능미수범의 위험성표지에 대한 해석상의 오류 |
| II. 형법상 미수범의 체계 | V. 결론 |
| III. 중지미수범에 대한 형의 감면근거와 자의성 | |
-

I. 서론

1953년 형법제정 이후 미수범이론도 일반적인 형법해석학과 마찬가지로 초기에는 입법의 모델이 된 일본 형법해석학을 일부 차용하다가 1970년 이후에는 독일형법이론을 부가함으로써 실행의 착수시기, 중지미수범의 자의성, 착수미수와 실행미수의 구별, 불능미수범의 위험성판단에 대한 해석에 있어 서로 다양한 견해의 대립을 펼치고 있다. 그러나 중지미수범의 규정형식은 일본 형법(제43조 단서)과 동일하게 규정하고 있으나 독일 형법(제24조 제1항)과는 다르게 규정하고 있으며, 불능미수범 또한 일본 형법에는 그 규정이 없고 독일 형법(제23조 제3항)도 다르게 규정하고 있다는 점에서 이와 관련한 일본이나 독일 형법해석을 우리 형법해석으로 가져오는데 있어서는 이론적 검토가 선행되어야 한다.¹⁾ 그럼에도 불구하고 아무런 비판적 여과 없이 일본이나 독일 형법상

* 이 논문은 2002년도 한국형사법학회 하계학술회의(2002. 7. 6)에서 발표한 것임

** 경북대학교 법과대학 법학부 부교수, 법학박사

1) 이러한 관점에서 독일에 있어서의 불능미수론, 일본에 있어서의 불능미수론을 비교검토하

의 미수범이론이 그대로 우리 형법해석으로 들어온다면 우리 형법해석의 왜곡을 초래할 뿐 아니라, 우리 규정형식에 합치되는 독자적인 해석론의 전개를 더디게 할 수 있다는 우려도 부정할 수 없을 것이다.

본 논문은 이러한 시각에서 형법제정 이후 지난 50년 동안 미수범이론의 몇 가지 쟁점들에 대하여 그 동안 논의가 어떻게 전개되어 왔고, 현재 논의의 초점은 무엇인지를 정리해 봄으로써 새로운 논의의 가능성을 조심스럽게 제시해 보고자 하는데 연구의 목적을 두고 있다.

먼저 행위미종료 또는 결과불발생을 요건을 구비한 미수가 형법상 어느 미수범의 형태에 해당하는가에 대한 논리판단과 더불어 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능함에도 행위자가 자의로 실행행위를 중단하거나 결과발생의 방지를 위하여 진지하게 노력한 경우에 이를 중지미수범으로 볼 것인지 아니면 불능미수범으로 볼 것인지에 대한 논의와 관련하여 형법상의 미수범의 체계를 살펴보고(Ⅱ), 일본 형법해석과 독일 형법해석이 혼재된 상태에서 견해의 대립을 가져오고 있는 중지미수범의 본질적 표지인 자의성과 형의 필요적 감면근거에 관한 논의상황을 살펴보고 이에 대하여 검토해 보고자 한다(Ⅲ), 그리고 불능미수범의 핵심적 표지로 논의되어 는 위험성표지에 대한 그 동안의 논의상황을 살펴보고 이에 대해서도 검토해 보기로 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 형법상 미수범의 체계

형법 제25조 제1항은 '범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다'라고 하여 미수범에 관한 일반적인 규정을 두고 있으며, 이에 대한 법률효과로서 제2항에 미수범의 처벌을 임의적 감경으로 규정하고 있다. 즉 미수범이 성립되기 위해서는 범죄 실행의 착수와 실행에 착수한 행위의 미종료²⁾ 또는 현실적인 결과불발생을 그

면서 "독일의 불능미수론은 우리의 불능미수론에 적극적으로 도움은 되지 않고 오히려 혼란을 야기할 우려조차 있고, 일본의 불능범론은 우리의 불능미수론의 '위험성'의 해석론에 참고는 되었으나 '결과발생가능성'의 해석론에는 직접적으로 도움이 되지 않는다"는 입장에서 우리 형법에 있어서의 불능미수론을 독자적인 이론체계로 구성한 논문으로 김종원, "불능미수에 관한 연구", 대한민국학술원논문집 인문·사회과학편 제36집, 1997, 25면 이하.

2) '행위를 종료하지 못하였거나'는 범행단계로서 기수 이후 시점인 종료를 인정하는 것과 같은 표현이므로 '행위를 마치지 못하였거나'로 하는 것이 타당하다는 견해로, 박상기, 형법

요건으로 하고 있다. 따라서 어떤 형태의 미수범이건 미수범의 성립 여부에 대한 판단³⁾의 첫 번째 단계인 구성요건해당성 판단에 있어서는 주관적 불법구성요건표지로서 고의가 존재해야 하며, 객관적 불법구성요건표지로서 고의에 기한 실행착수 및 결과불발생이라는 표지가 존재해야 한다.

형법이론과 판례는 제25조의 미수범 형태를 장애미수 또는 장애미수범이라는 용어로 사용하고 있는데, 제25조의 미수범을 장애미수범이라고 하면 중지미수범이 아닌 미수범 형태를 통칭하는 개념이 되어 불능미수범이 장애미수범의 한 형태로 포섭됨으로써 불능미수범의 독자성이 결여된다는 점에서 제25조는 미수범의 일반적인 형태를 규정하고 있는 단순미수범이다.⁴⁾ 또한 제25조의 포제가 제26조의 중지범이나 제27조의 불능범과는 달리 장애범으로 표현하고 있지 않을 뿐만 아니라, 형식적인 포제가 아니라 조문의 실질적인 내용으로부터 규범성이 나온다 하더라도 제25조의 법적 성격에서 장애미수범이라는 규범성이 도출되지는 않는다.

미수범의 체계와 관련된 논의는⁵⁾ 불능미수범을 제25조의 장애미수범의 일종으로 보아 미수범의 체계를 중지미수범과 (광의의) 장애미수범으로 나누는 견해와,⁶⁾ 불능미수범의 독자성을 인정하여 장애미수범, 중지미수범, 불능미수범으로 나누는 견해⁷⁾로 대별할 수 있다. 이러한 견해의 대립은 행위미종료 도

개정법률안(1992년) 및 제안이유서에 대한 비판과 대안-1992년 한국형사법학회 춘계학술회의 심의자료.

- 3) 논리적으로 보면 미수범의 성립 여부를 논하기 전에 제29조가 '미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다'라고 규정하고 있으므로 미수행위를 처벌하는 규정이 있느냐를 먼저 검토해야 할 것이다. 즉 미수범처벌 규정이 없다면 아예 그 성립 여부를 논할 필요가 없다는 것이 죄형법정주의의 요청이다. 그러나 예를 들어 고의에 의한 기수범이나 과실범을 해석학적으로 논할 때 그 처벌규정이 있다는 것을 전제로 한다는 점에서 미수범의 성립 여부와 가벌성에 대한 판단도 그 처벌규정이 있음을 전제로 하고 있다.
- 4) 앞서 언급한 바와 같이 제25조는 미수범에 관한 일반적인 규정으로, 제25조의 법적 성격에서 보더라도 장애미수범을 규정한 것은 아니다. 다만 미수범의 여러 형태 중 제26조의 중지미수범과 제27조의 불능미수범을 제외한 나머지 미수범에 적용된다는 점에서 일반적으로 장애미수범이라는 용어를 사용하고 있고 있으나 본 논문에서는 단순미수범으로 사용한다.
- 5) 형법 제정 당시 신설한 제27조의 규정이 미수범의 체계에 미치는 영향에 관한 형법시행 초기 학자들의 논술을 상세하게 소개한 문헌으로는 김종원, "형법 제27조와 미수범", 법정(63.11), 27면 내지 29면 참조.
- 6) 이재상, 형법총론, 제4판, 박영사, 1999, 346면. 제27조는 제25조의 장애미수의 일종으로서 제25조는 장애미수의 일반적인 경우이고 제27조는 실행의 수단 또는 대상의 흠결에 의하여 자의에 의하지 아니하고 범죄를 완성하지 못한 흠결미수라는 견해[박정근, "형법 제27조의 범죄정형과 미수범의 신체계", 법정(1968. 5), 38면]도 여기에 해당한다고 볼 수 있다.
- 7) 김종원, "불능미수", 형사법강좌Ⅱ(한국형사법학회편,1984), 630면; 이형국, 형법총론, 개정판, 법문사, 1999, 296면; 김일수, 한국형법Ⅱ, 개정판, 박영사, 1997, 178면; 배종대, 형

는 결과불발생을 요건을 구비한 미수가 형법상 어느 미수범의 형태에 해당하는가에 대한 논리판단과 더불어 불능미수범의 독자적인 법적 성격을 인정하느냐에 귀착되는 것으로, 불능미수범의 핵심적 표지가 “위험성”이라는 표지가 아니라는 논증을 위해서도 검토해 볼 필요가 있다.

형법은 제25조 제1항이 규정하고 있는 일반적인 미수범의 형태 중에서도 미수범의 객관적 불법구성요건표지인 결과불발생의 원인이 어디에 있느냐에 따라 특수한 미수범의 형태로 제26조에 중지미수범과 제27조에 불능미수범을 규정해 두고 있다. 즉 제25조는 문언상으로 보면 모든 형태의 미수범에 공통되는 요건을 규정하고 있기 때문에 중지미수범과 불능미수범 모두에 관련되는 포괄적인 규정이라고 볼 수 있다. 그러나 제26조가 중지미수범을, 제27조가 불능미수범을 각각 규정하고 있기 때문에 이들을 제외하면 제25조 제1항의 미수범에는 구성요건적 결과의 발생은 가능했지만 비자의적인 장애 때문에 미수로 된 경우만이 남게 된다.⁸⁾

이와 같이 제26조는 미수범의 일반적인 구성요건표지 이외에 “자의성”이라는 표지를 추가하고 있는 미수범으로, 이에 대한 법적 효과로서 “자의성”에 기한 행위미종료 또는 결과불발생을 고려하여 미수범의 처벌에 있어 가장 경한 필연적 감면으로 하고 있다. 또한 제27조는 제26조의 중지미수범에 해당하지 아니하는 미수범의 형태 중 실행의 수단 또는 대상을 범인이 착오함으로써 결과의 발생이 불가능하여 결과가 발생하지 아니한 미수범 형태를 불능미수범으로 규정하면서, 이에 대한 법적 효과로서 “위험성”이 아니라 “착오로 인한 결과발생의 불가능성”을 고려하여 미수범의 처벌에 있어 중지미수범보다는 중하면서 일반적 단순미수범보다는 경한 임의적 감면으로 하고 있다.

따라서 제25조 내지 제27조는 미수범에 공통되는 객관적 불법구성요건표지인 행위미종료 또는 결과불발생을 요건으로 하는 단순미수범을 기본적 구성요건으로 하면서 행위미종료 또는 결과불발생의 원인표지에 따라 특별구성요건으로 중지미수범, 불능미수범이라는 독자적인 미수범형태를 규정하고 있다. 그

법총론, 제6판, 홍문사, 2001, 424면 ; 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 839면 ; 진계호, 신고형법총론, 제5판, 대왕사, 1996, 518면 ; 안동준, 형법총론, 학원사, 1998, 177면 내지 178면 ; 신동운, 형법총론, 법문사, 2001, 453면, 454면 ; 이정원, 형법총론, 재판, 법지사, 2001, 273면 ; 손동권, 형법총칙론, 율곡출판사, 2001, 342면 ; 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002, 512면, 534면 ; 정진연, “불능미수에 있어서 위험성”, 현대형사법론(박양빈교수학갑기념논문집, 법문사, 1996), 576면.

8) 이형국, 앞의 책, 281면 내지 282면 ; 진계호, 앞의 책, 487면 ; 신양근, “불능미수의 법적 성격”, 김중원교수학갑기념논문집(법문사, 1991), 405면.

러므로 미수범의 형태를 중지미수범과 광의의 장애미수범의 형태로 구분하면서 다시 후자를 협의의 장애미수범과 불능미수범으로 나누는 견해는 각각 그 법적 성격에서 독자성을 가지고 따라서 본질적 내용이 다르기 때문에 유개념인 포괄의 대상이 될 수 없는 장애미수범과 불능미수범을 (광의의) 장애미수범으로 포괄하고 있다는 점에서 잘못된 체계구성이라고 여겨진다.

위와 같은 논리구성에서 본다면 실행에 착수하였으나 결과가 발생하지 아니한 사태가 미수범의 여러 형태 중 어디에 해당하느냐에 대한 법적 판단의 단계는 먼저 중지미수범의 성립요건에 해당하느냐를 판단하고, 다음으로 불능미수범의 성립요건에 해당하느냐를 판단한 다음 어디에도 해당하지 않는 경우에는 제25조 제1항의 단순미수범으로 판단하는 것이 타당하다.⁹⁾ 따라서 예컨대 행위자가 실행의 수단 또는 대상을 착오하여 결과의 발생이 불가능한 사태에 있어서도 중지미수범의 요건을 구비하였다면 중지미수범에 해당한다 할 것이다.

9) 판례는 “살해의 방법으로 쥐약을 약주에 혼입하여 음복하게 한 경우에는 비록 그 결과에 있어서 음복자가 동 약을 연하(嚥下)후 즉시 구토배출함으로써 사(死)에 이르지 아니하였 다 하더라도 사(死)에 대한 위험성이 있다고 인정되므로 위 사실을 살인죄의 불능미수범으로 인정한 것은 정당하다”(대법원1954. 12. 21. 선고 4287형상190 판결 카드4627)라고 판시하였는데, 약주에 혼입된 쥐약의 종류나 그 양에 따라 수단의 성질상 현실적으로 결과발생이 불가능했느냐를 먼저 판단한 다음 불능미수범인지 장애미수범인지를 판단해야 한다. 이와 유사한 사안에서 대법원은 “피고인이 피해자를 독살하려 하였으나 등인이 토함으로써 그 목적을 이루지 못한 경우에는 피고인이 사용한 독의 양이 치사량 미달이어서 결과 발생이 불가능한 경우도 있을 것이고, 한편 형법은 장애미수와 불능미수를 구별하여 처벌하고 있으므로 원심으로서는 이 사건 독약의 치사량을 좀더 심리하여 피고인의 소위가 위 미수 중 어느 경우에 해당하는지 가렸어야 할 것이다”(1984. 2. 14. 선고 83도2967 판결 법원공보1984. 543)라고 판시하여 이를 적절히 지적하고 있다(이 사건 원심이 피고인이 남편을 살해할 것을 결의하고 배추국 그릇에 농약인 중자소독약 유제 3호 8밀리리터 가량을 탄 다음 남편에게 이를 먹게 하여 등인을 살해하고자 하였으나 이를 먹던 위 피해자가 국물을 토함으로써 그 목적을 이루지 못하고 미수에 그친 사실을 인정하고 피고인에 대하여 형법 제254조, 제250조 제1항, 제25조, 제55조 등을 적용하여 처단하였다). 그러나 대법원은 “피고인이 원심 상피고인에게 피해자를 살해하라고 하면서 준 원비—디 병에 성인 남자를 죽게 하기에 죽한 용량의 농약이 들어 있었고, 또 피고인이 피해자 소유 승용차의 브레이크호스를 잘라 브레이크액을 유출시켜 주된 제동기능을 완전히 상실시킴으로써 그 때문에 피해자가 그 자동차를 몰고 가다가 반대차선의 자동차와의 충돌을 피하기 위하여 브레이크 페달을 밟았으나 전혀 제동이 되지 아니하여 사이드브레이크를 잡아당김과 동시에 인도에 부딪치게 함으로써 겨우 위기를 모면하였다면 피고인의 위 행위는 어느 것이나 사망의 결과발생에 대한 위험성을 배제할 수 없다 할 것이므로 각 살인미수를 구성한다”(1990. 7. 24. 선고 90도1149 판결 법원공보1990. 1832)라고 판시하여 객관설의 입장에서 이를 살인죄의 불능미수범으로 판단하였는 바, 이 사안은 불능미수가 아니라 장애미수로 판단해야 한다[이를 적절히 지적한 것으로 백원기, “불능미수와 위험성—차브레이크액 유출 살인미수사건”, 형사판례연구(5)(형사판례연구회편, 1997), 127면 이하].

Ⅲ. 중지미수범에 대한 형의 감면근거와 자의성

중지미수범은 단순미수범의 객관적 구성요건표지인 행위의 미종료 또는 결과불발생이 실행행위에 착수한 자의 자의에 의한 것이라는 점에서 단순미수범의 또 다른 특수한 형태인 불능미수범과 구별되는 바, 중지미수범의 핵심적 표지는 “자의성”이다.

중지미수범의 본질적 표지로서 자의성과 필요적 감면을 규정하고 있는 제26조의 입법형식은 구형법 제43조의 ‘범죄의 실행에 착수하고 이를 완수하지 못한 자는 그 형을 감경할 수 있다. 단 자기의 의사에 의하여 이를 중지한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다’라는 규정과, 1940년 일본 개정형법가안 제23조의 ‘자기의 의사에 의하여 범죄의 실행을 중지하거나 결과의 발생을 방지한 자는 그 형을 감경 또는 면제한다’라는 규정을 입법모델로 하였을 것으로 짐작된다.¹⁰⁾

중지미수범에 대한 형의 감면근거와 자의성의 해석과 관련한 그 동안의 논의들은 비록 일부분이라 하더라도 제26조의 입법모델이면서 규정내용이 동일한 일본 형법상의 논의들을 가져온 것으로, 1980년 이후에는 형벌목적설·책임이행설·규범설 등 독일 형법상의 논의들이 여기에 첨가되면서 다양한 견해들이 대립하여 왔다. 그러나 최근에는 중지미수범의 자의성에 대한 해석과 관련된 실제사례들이 축적되면서 자의성에 대한 추상적인 해석을 우리 대법원판례와 독일 연방법원판례 및 강학상의 사례들에 적용하여 이론적 타당성을 검증함으로써 구체적인 법판단의 기준을 제시하고자 하는 입장에서 문제되는 사례들을 유형화하는 작업과 더불어¹¹⁾ 법해석방법론의 입장에서 자의성에 대한 새로운 해석이 시도되고 있는 바,¹²⁾ 외국 형법이론의 모사에서 탈피하여 독자적인 해석의 영역을 모색하고 있다는 점에서 주목할 만 것으로 보인다.

아래에서는 중지미수범의 형의 감면근거와 자의성에 대하여 그 동안 논의되어 온 내용들을 간략하게 정리하면서 형의 필요적 감면을 결정지우는 자의성

10) 1972년 일본 개정형법초안(부회현안)과 1974년의 개정형법초안(법제심의회총회결정) 제24조 제1항도 ‘자기의 의사에 의하여, 범죄의 실행을 중지하거나 결과의 발생을 방지하기 위하여 이것을 마치지 아니한(遂げなかつた) 자는 그 형을 감경하거나 면제한다’라고 규정하였다.

11) 하태훈, “중지미수의 성립요건”, 형사판례연구(7)(형사판례연구회편, 1999), 75면 내지 79면.

12) 이상돈, “중지미수에서 자의성 개념의 기호론적 재구성”, 저스티스 제33권제1호(한국법학원, 2000), 120면 내지 130면.

에 대한 논의의 폭을 넓혀보고자 한다.

1. 중지미수범에 대한 형의 감면근거

(1) 그 동안의 논의상황

형을 임의적으로 감경하는 단순미수범에서 나아가 중지미수범의 형을 필요적으로 감경 또는 면제하는 근거가 어디에 있는가에 관한 그 동안의 논의와 관련하여 먼저 “이 논쟁은 법률이 규정한 중지범의 해석·적용과 직접 관련되는 것이 아니며 중지미수를 필요적으로 감면처벌하게 된 입법동기를 묻고 있을 뿐이다”라고 하여 논의의 의미를 축소하는 견해가¹³⁾ 있다. 그러나 중지미수범의 형을 왜 반드시 감경 또는 면제해야 하느냐에 대한 논의에 따라 독일 형법처럼 별하지 아니하는 것으로 하거나 필요적 면제로 규정하는 것이 타당하다는 입법방향의 제시만이 아니라, 형을 감면하는 이유가 자의성에 있기 때문에 자의성에 대한 해석이 감면근거와 논리적으로 부합해야 한다는 점에서 형의 감면근거에 대한 논의는 자의성에 대한 해석과도 관련을 가지고 있으며,¹⁴⁾ 따라서 논의의 실익이 있다 할 것이다.

그리고 “중지미수의 체계적 위치를 어디에 설정할 것인가의 문제는 중지미수의 형의 감면근거가 아니기 때문에 형의 감면근거와 체계적 위치가 논리필연적 연결관계를 갖는 것이 아니며 따라서 중지미수의 형의 감면근거와 중지미수의 범죄체계론적 위치는 서로 다른 문제로 양자를 구분하는 것이 타당하다”는 견해도¹⁵⁾ 있다. 독일 형법과 같이 중지미수범에 대하여 별하지 아니하는 것으로 규정하는 입법형식에서는 중지미수범의 범죄체계론적 논의가 예를 들어 법률설, 형벌목적설, 책임이행설과 같이 구체적 내용에 따라서는 불처벌의 근거와 논리적 연관성을 가질 수도 있으나,¹⁶⁾ 필요적 감면으로 규정하고 있는 우리 형법 규정으로는 형의 감면근거와 중지미수범의 범죄체계론적 논의가 논리필연적 연결관계를 가진다고 볼 수는 없다. 따라서 양자의 논의를 구분해야 한다는 견

13) 배종대, 앞의 책, 439면.

14) 같은 취지로 오영근, 앞의 책 558면.

15) 박상기, 형법총론, 제5판, 박영사, 2002, 346면, 348면. 이와 같이 박상기 교수는 중지미수의 형의 감면근거에 대한 학설로 형사정책설(황금교설), 보상설(은사설), 형벌목적설, 책임이행설, 법률설, 복합설(복합적 결합설)을 설명하고, 중지미수의 체계적 지위와 관련해서는 위법성감소·소멸설, 책임감소·소멸설, 인적처벌조각사유설, 양형규정설을 설명하고 있다.

16) Vgl. A.Schrönke/H.Schröder/A.Eser, StGB, 26.Aufl., München:C.H.Beck, 2001, §24 Rn.2ff.

해는 우리 규정형식과는 다른 독일 형법해석을 모사하고 있는 논의상황에 대한 적절한 지적이라고 할 수 있다. 그러나 필요적 면제의 근거는 불법소멸이나 책임소멸이 아니기 때문에 중지미수범의 범죄체계론적 논의와 논리적 연관성이 없다 하더라도 필요적 감경의 근거는 논의의 내용에 따라 논리적 연관성을 가질 수 있기 때문에 전면적으로 이를 부정하여 양자를 구분할 필요는 없으며, 형의 감면근거에 대한 논의들 가운데 중지미수범의 범죄체계론적 지위와 관련된 논의와 연관성이 없는 논의들을 구별하여 이해하면 된다고 본다.

중지미수범에 대한 필요적 감면의 이론적 근거에 대하여 약간의 차이점은 있으나 대부분의 학자들은 형사정책설(황금다리이론), 보상설(은사설), 법률설, 책임이행설, 형벌목적설, 종합설 등으로 나누어 설명하면서 그 논거에 대하여 검토하고 있다.

범죄체계론적 논의와의 연관성이라는 관점에서 형의 감면근거에 대한 견해들을 나누어보면 형법이론적으로는 중지미수범의 형을 필요적 감면으로까지 할 수 없다는 점에서 범죄체계론적 논의와는 무관한 오직 정책적 이유에서 형이 감면되는 것으로 보는 정책설과, 정책적 근거가 아닌 형법이론적 근거에서 형이 감면된다고 보는 법률설 및 양자를 결합하여 설명하는 결합설(종합설, 복합설)이라는 견해대립으로 나눌 수 있다.¹⁷⁾

먼저 정책설은 다시 형사정책설과 보상설(또는 은사설)로¹⁸⁾ 나눌 수 있는 바, 전자는 중지미수범에게 형의 감경 또는 면제를 약속하는 것은 실행중인 범행을 중단하거나 실행행위가 끝난 범행의 결과발생을 방지하게끔 하는 동기부여를 하는 데에 있다고 보는 견해로, 행위자에게 희망을 준다는 의미에서 '황금의 다리이론'이라고도 한다.¹⁹⁾ 후자는 행위자가 범행을 중지하거나 결과발생을 방지하여 불법의 영역에서 합법의 영역으로 돌아옴으로써 일반인으로 하여금 자신이 저지른 법질서침해에 대한 부정적 인식을 회복시킨 공적을 인정하여

17) 같은 입장으로 오영근, 앞의 책, 554면 내지 559면. 백형구 변호사는 중지미수의 경우에 형을 면제하거나 형을 필요적으로 감경하는 이유는 자의에 의한 범행중지가 다른 정상(예컨대 피해보상, 자수·자복·자백)에 비해서 우월한 정상이기 때문이라고 해석해야 한다는 점에서 우월적 정상설이라는 독자적인 해석론을 제창하고 있다[백형구, "미수범의 신체제", 저스투스 제32권제2호(한국법학원, 1999), 75면].

18) 오영근 교수는 자신이 초래한 행위 및 결과에 대한 원상회복의무를 지는 행위자가 원상회복의무를 이행하였기 때문에 형벌을 감면한다는 책임이행설도 보상설과 같은 입장으로 분류하고 있다(오영근, 앞의 책, 555면, 556면).

19) 형사정책설을 지지하는 입장으로 신동운, 앞의 책, 460면 ; 안동준, 앞의 책, 189면 ; 이정원, 앞의 책, 284면.

실행의 착수 이후 발생시킨 법익침해나 위험에 대한 형벌을 감면한다는 견해로, 행위자의 자의에 의한 범행중단에 대한 보상(대가)으로써 혹은 은사로써 형을 감면한다고 한다.²⁰⁾

정책설과는 달리 형법이론적 근거에서 형의 감면의 근거를 제시하고자 하는 법률설 가운데도 그 구체적인 근거를 어디에서 구하느냐에 따라 행위의 주관적 불법구성요건요소인 고의에 상응하는 행위자의 중지 의사가 행위의 불법을 감소 내지 소멸시켜 형을 감경 또는 면제한다고 보는 불법감소·소멸설, 실행중지 또는 결과발생의 방지행위에 나타난 행위자의 규범합치적 인격태도로 인하여 행위자에 대한 비난가능성이 감소 내지 소멸된다고 보는 책임감소·소멸설, 일반예방이나 특별예방이라는 형벌목적의 관점에서 볼 때 중지미수의 형벌이 감면된다고 이해하는 형벌목적설²¹⁾ 등이 대립되고 있다.²²⁾

정책설과 법률설을 결합하여 중지미수에 대한 형의 감경은 법률설에 의하여 설명하고 형의 면제에 대해서는 정책설로 설명하는 결합설은 다시 불법감소설과 형사정책설을 결합하는 견해, 책임감소설과 형사정책설을 결합하여 설명하는 견해,²³⁾ 불법감소설과 책임감소설 및 형사정책설을 결합하여 설명하는 견해,²⁴⁾ 형벌목적론적 책임감소설,²⁵⁾ 보상설과 형벌목적설을 결합하는 견해,²⁶⁾ 형사정책적 책임감소·소멸설²⁷⁾ 등으로 매우 다양하게 주장되고 있다.

20) 보상설(은사설을) 지지하는 입장으로 이형국, 앞의 책, 286면, 287면 ; 이재상, 앞의 책, 362면 ; 손해목, 앞의 책, 871면 ; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지사, 2001, 396면.

21) 김성천/김형준, 앞의 책, 431면 ; 손동권, 앞의 책, 356면 ; 류인모, “중지미수의 법적 성격”, 김중원교수화갑기념논문집(법문사, 1991), 369면. 형벌목적설은 형법이론적 근거에서 설명한다는 점에서 법률설이라고 할 수 있으나, 소극적 일반예방이나 특별예방이라는 형벌목적의 관점에서 설명하는 한에서는 중지미수범의 범죄체제론적 논의와는 무관하다. 그러나 형벌목적설을 적극적 일반예방이라는 관점에서 접근한다면 형벌목적설도 중지미수범의 범죄체제론적 논의와 논리적 연관성을 가지게 된다.

22) 행위자가 자의적인 책무이행을 통하여 범죄가 기수에 이르는 것을 방지하는 데에서 형벌 감면의 근거가 있다고 보는 책임이행설(Schulderfüllungstheorie)은 중지미수범을 벌하지 아니하는 것으로 규정하고 있는 독일 형법해석상 예방적 책임론의 관점에서 불처벌의 근거를 설명하는 견해로, 법률설의 하나로 볼 수 있으나 우리 나라에서는 이를 지지하는 학자가 없다.

23) 황산덕, 형법총론, 제7정판, 방문사, 1984, 232면 ; 진재호, 앞의 책, 504면 ; 임웅, 앞의 책, 318면.

24) 오영근, 앞의 책, 558면, 559면.

25) 김일수, 앞의 책, 198면.

26) 박상기, 앞의 책, 347면.

27) 손해목, 앞의 책, 870면.

(2) 논의상황에 대한 검토

중지미수범에 대한 형의 감면근거에 대한 논의는 일본과 독일 형법해석학에서 논의된 내용들을 혼재한 것으로 독자적인 우리 형법해석으로 보기 어려울 뿐 아니라, 반드시 독자적인 해석을 요하는 것도 아니다. 그러나 입법의 문제가 아닌 주어진 법규정에 대한 해석의 영역에서는 규정내용을 달리하는 외국의 해석이 참고는 될 수 있으나 우리 형법해석에 그대로 가져와서는 안 될 것이다. 따라서 중지미수범에 대한 형의 감면근거에 대한 논의도 중지미수범에 대한 법적 효과를 별하지 아니하는 것으로 규정하고 있는 독일 형법해석학의 논의를 그대로 차용할 수는 없다.²⁸⁾

예를 들어 '별하지 아니한다'라고 하여 무죄로 규정하고 있는 독일 형법해석으로는 불법소멸이나 책임소멸이라는 해석이 가능할 수 있으며, 책임을 예방이라는 형법목적적 관점에서 규정지우고자 하는 적극적 일반예방이론에서 본다면 책임이행설이라는 견해도 타당성을 가질 수 있을 것이다. 그러나 우리 형법은 중지미수범에 대하여 형의 감경 또는 면제로 규정하고 있기 때문에 어떠한 경우에도 실행에 착수한 행위의 불법이나 책임이 소멸될 수는 없다는 점에서 불법소멸설이나 책임소멸설 또는 책임이행설은 우리 형법의 해석이 될 수 없다고 보여진다.

또한 형법해석은 범죄체계론적 해석에 충실한 논리성을 가져야된다는 점에서 중지미수범에 대한 형의 감면근거도 먼저 불법이론과 책임이론의 관점에서 논의한 후, 도저히 범죄체계론으로는 설명할 수 없는 부분에 대해서는 형사정책적 목적을 고려하거나 입법적 대안을 제시할 수 밖에 없다고 본다. 따라서 형의 감면근거를 단지 형사정책적인 고려에서 일률적으로 파악하는 형사정책설이나 보상설은 해석의 영역을 벗어난 견해로 받아들이기 어렵다.

그리고 행위의 불법은 개별적인 행위자에 대한 고려가 아닌 구체적인 행위 상황을 고려하는 평가단계로 단순미수범의 불법의 양과 질이 기수범과 비교하여 다르기 때문에 기수범에 비하여 임의적 감경으로 규정하고 있는 바, 중지미수범에 대한 형은 기수범에 대한 비교가 아니라 미수범임에도 불구하고 단순미수범의 임의적 감경에서 나아가 왜 필요적 감면으로까지 배려하는가라는 단순미수범과의 비교관점에서 보아야 한다. 즉 실행행위에 착수함으로써 단순미

28) 이 점에 대하여 정확하게 지적하고 있는 논문으로 김종원, "중지미수", 고시연구(1996.5), 64면 주 1).

수범으로 이미 확정된 행위의 불법의 양과 질이 사후적인 자의성이라는 주관적 요건에 의해 감소 또는 소멸될 수 없을 뿐 아니라, 비록 공범관계에 있더라도 실행행위에 착수한 후 자의로 중지한 자만의 형을 감면한다는 점에서 불법감소설이나 불법소멸설은 이론적 타당성이 없다.

따라서 중지미수범에 대하여 형을 감경 또는 면제해야 하는 것으로 규정하고 있는 형법해석상으로는 형의 감경에 대해서는 책임감소설의 입장에서, 형의 면제에 대해서는 형사정책설이나 보상설의 입장에서 그 근거를 구하는 견해²⁹⁾가 타당하다고 본다. 다만 규범적 책임개념의 관점에서 중지미수범은 결과발생의 방지행위에 나타난 행위자의 규범합치적 인격태도로 인하여 행위자에 대한 비난가능성이 감소된다고 보는 책임감소설은 불법과 책임의 합치(Kongruenz)라는 책임원칙에 충실하지 못하다.

따라서 단순미수범에 대한 임의적 감경에서 나아가 중지미수범의 형을 필요적 감경으로까지 완화하는 근거는 범죄체계론과 관련하여 적극적 일반예방의 고려에 의하여 책임으로 제한된 하한인 임의적 감경을 필요적 감경으로 완화한 것으로 해석해야 할 것이다(예방적 고려에 의한 책임감소설). 이와는 달리 중지미수범에 대한 형의 필요적 면제는 범죄체계론으로는 도저히 설명할 수 없는, 오직 양형에서의 배려라는 형사정책적 관점으로 밖에는 설명할 수 없다고 본다.

2. 중지미수범의 핵심적 표지로서의 자의성에 대한 판단

(1) 그 동안의 논의상황

중지미수범의 핵심적 표지인 자의성을 개념규정과 더불어 그 판단기준을 어디에 둘 것인가와 관련해서도 다양한 견해들이 제시되고 있는 바, 자의성의 개념에 대해서는 문리적 의미대로 ‘스스로 결정한다’는 뜻으로 해석하는 견해,³⁰⁾ ‘행위자에게 자주적인 동기설정이 인정되는 것’으로 해석하는 견해,³¹⁾ ‘임의에 의한 결의’로 해석하는 견해³²⁾ 등이 있다.

자의성에 대한 판단기준에 대해서는 대부분의 학자들이 주관설, 객관설, 프랑크(Frank)공식, 절충설, 규범설로 나누어 설명하면서 그 논거에 대하여 검토

29) 성시탁, “중지범—특히 그 법적 성격을 중심으로”, 고시계 제217호(1975.3), 110면 ; 김종원, “중지미수”, 69면.

30) 이정원, 앞의 책, 286면.

31) 신동운, 앞의 책, 466면.

32) 정성근/박광민, 앞의 책, 397면.

하고 있다.

먼저 주관설에 대해서는 그 설명하는 내용이 약간 다른 바, 일부 학자들은 범행의 중지를 초래하게 한 동기가 심리적인 강제에 의해서인가(장애미수), 아니면 행위자가 범행의 계속 수행 여부를 자유롭게 선택할 수 있었는가(중지미수)를 기준으로 자의성을 판단하는 견해로 설명하는가 하면, 후회 또는 연민 등과 같은 윤리적 동기에 의하여 중지한 경우에는 중지미수이고, 다른 동기에 의한 경우에는 모두 장애미수로 보는 학설을 주관설이라고³³⁾ 설명하기도 한다. 주관설에 대해서는 자의성과 윤리성을 혼동하고 있고, 윤리적 동기에서 중지한 경우에만 중지미수를 인정하기 때문에 예컨대 실행에 착수한 자가 꿈자리가 사나운 것을 상기하고는 그만 둔 경우라든가 실행행위 도중에 돌아가신 선친의 모습이 떠올라 그만 둔 경우도 범죄의사의 포기 또는 후회의사 없이 중지한 것이므로 장애미수가 되어 중지미수를 인정하는 범위가 지나치게 좁게 된다는 것이 공통된 비판이다.

객관설은 외부적 사정에 의한 중지의 경우에는 자의성이 없지만 그 외에는 모두 자의성이 있다고 보는, 즉 범행의 중지원인이 내부적 원인(동기)에 기인한 것인가 아니면 외부적 사정(외부적 장애)으로 인한 것인가에 따라 전자의 경우에는 중지미수이나 후자의 경우에는 장애미수라고 보는 견해로, 이에 의하면 범행의 편의성, 성공가능성, 처벌에 대한 두려움, 단순한 공포심 등을 고려하여 중지한 경우에도 자의성이 인정된다고 본다. 객관설에 대한 공통된 비판은 인간의사의 발동은 어떠한 외부적 사정에 의하여 유발되는 것이 대부분이기 때문에 외부적 사정과 내부적 동기를 구별하는 것이 쉽지 않을 뿐 아니라, 내부적 동기를 해석함에 있어서 행위자의 심리상태에 의존해야 하기 때문에 예컨대 경찰이 실제 오지 않았음에도 불구하고 온다고 착각하여 실행행위를 중지한 경우에도 중지미수의 자의성을 인정함으로써 중지미수가 지나치게 확대될 위험이 있다는 것이다.³⁴⁾

프랑크공식은 행위자가 결과를 발생시킬 수 있지만 이를 원하지 않아서 범행을 중단하였을 때에는 자의성이 인정되나 반대로 결과발생을 원하지만 이를 달성할 수 없을 때에는 자의성이 부인된다는 견해로, 이에 의하면 재물이 너무 적어 절취를 중단한 경우에도 중지미수를 인정한다고 한다. 프랑크공식에 대

33) 이재상, 앞의 책, 363면 : 배중대, 앞의 책, 451면 : 정성근/박광민, 앞의 책, 397면, 398면 : 하태훈, 앞의 논문, 69면.

34) 하태훈, 위의 논문, 68면.

해서는 자의성과 행위실행의 가능성을 혼동하고 있으며, 어쩔 수 없이 포기할 수 밖에 없어서 중지한 경우도 자의성을 인정하는 불합리한 점이 있을 뿐 아니라,³⁵⁾ 보상적 가치를 전혀 인정할 수 없는 자율적 포기에도 중지범을 인정해야 하고, 자의성 여부를 계속적인 범행수행의 가능성 유무에 따라 구별하고 있으나 자의성의 문제는 범행수행의 가능성이 있음을 전제로 해서만이 문제된다는 점에서 타당하지 않다는 비판이 있다.

주관설과 객관설을 혼합했다는 의미에서의 절충설은³⁶⁾ 범행 당시의 객관적 사정과 행위자의 내부적 원인을 종합하여 일반사회통념상 범죄실행에 특별히 장애가 될만한 사유가 없음에도 불구하고 자기 의사에 의하여 스스로 중지한 경우가 중지미수이고 그렇지 않은 경우가 장애미수라고 한다.³⁷⁾ 즉 상황이 불리하게 변경되지 않은 상태에서 행위자의 자율적인 동기에 의한 중지라는 의사결정의 자주적인 동기를 기준으로 자의성을 판단하는 입장이다. 절충설에 대해서는 행위자의 범행중단결정을 심리적 측면에서만 평가하기 때문에, 즉 자의적인 중지였는가는 오로지 행위자가 자유로운 심리상태에서 스스로 내린 결정이었는가에 따라 좌우되므로 그 결과 중지범의 형을 필요적으로 감면하도록 한 범인에 대한 보상적 취지와 배치되는 경우에도 자의성을 인정하게 된다는 비판이 있다.³⁸⁾

규범설은³⁹⁾ 행위자의 자율적 동기 여부에 따라 자의성을 판단함으로써 야기

35) 하태훈, 위의 논문, 69면.

36) 이형국, 앞의 책, 289면 ; 이재상, 앞의 책, 364면 ; 진계호, 앞의 책, 337면 ; 배종대, 앞의 책, 440면 ; 이정원, 앞의 책, 286면 ; 신동운, 앞의 책, 466면, 467면 ; 손동권, 앞의 책, 358면. 판례는 절충설을 취하는 것으로 명시하고 있지만 실제로는 주관설에 가까운 절충설을 취하고 있다고 하면서(오영근, 앞의 책, 562면, 563면), 절충설을 객관설에 가까운 쪽으로 적용하여 자의성의 개념을 좀 더 넓게 인정하는 것이 바람직한 태도라고 보는 견해로 오영근, 앞의 책, 564면, 565면.

37) 판례도 외부적 사정과 내부적 동기를 구별하는 기준으로써 사회통념을 들면서 “범죄실행 행위의 중지가 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정 때문이라면 자의에 의한 중지미수라고 볼 수 없다”라고 판시하고 있는 바(대법원 1985. 11. 22. 선고 85도2002 판결 ; 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결 ; 1993. 10. 12. 선고 90도1851 판결 ; 1997. 6. 13. 선고 97도957 판결), 이는 단순미수범의 특별구성요건인 중지미수범의 자의성을 적극적으로 개념지우지 아니하고 소극적으로 소거하는 방법을 취하고 있을 뿐 아니라 미수범의 체계에서 볼 때 자의성에 대한 해석이라고 보기는 어렵다.

38) 박상기, 앞의 책, 350면.

39) 김일수, 앞의 책, 202면 ; 박상기, 앞의 책, 351면 ; 손해목, 앞의 책, 878면 ; 안동준, 앞의 책, 191면 ; 정성근/박광민, 앞의 책, 400면. 정성근/박광민 교수는 동기설을 설명하면서 자율적 동기에 의하여 중지한 때에는 자의가 있는 중지범이고, 타율적 동기에서 범행을 계속하지 못하고 중지한 때에는 자의가 없는 장애미수가 된다고 하는 견해로, 범인이 범행을

되는 문제점을 제거하기 위하여 범행을 중지하게 된 행위자의 심리적 측면을 형벌목적의 관점에서 규범적으로 평가함으로써 자의성을 판단하고자 하는 견해로, 형법해석학에 형사정책적 관점을 접목하고자 하는 규범설에 의하면 비이성적 중지, 합법성으로의 회귀 등이라고 평가할 수 있을 때에는 자의성이 인정되지만, 기타의 경우에는 자의성이 인정되지 않는다고 한다.⁴⁰⁾ 규범설에 대해서는 자의성이 규범적 개념이라고 하는 것은 너무나 당연한 것이어서 동의 반복에 지나지 않고 자의성의 개념을 지나치게 좁게 파악할 뿐 아니라,⁴¹⁾ 결국 범행중지의 동기에 어느 정도 윤리적 동기를 요구하는 것이 되므로 주관설의 단점을 가지게 된다는 비판이 있다.⁴²⁾

(2) 논의상황에 대한 검토

먼저 논의내용과는 무관하다 하더라도 학설의 명칭과 관련하여 객관설, 절충설이라고 표현하는 것은 잘못된 것으로 본다. 왜냐하면 외부적 사정이 아닌 행위자의 내부적 동기를 자의성으로 보는 객관설이나 행위자의 자율적 동기 여부에 따라 자의성을 판단하는 절충설도 내부적 동기 또는 자율적 동기라는 행위자의 심리적 상태를 자의성의 판단기준으로 하고 있다는 점에서 넓은 의미에서는 주관설(심리설)이다. 아마 외부적 장애(물리적 장애) 이외의 사정에 의하여 범행을 완성하지 못한 경우에 자의에 있다는 의미에서 외부적 장애 여부를 판단기준으로 하기 때문에 객관설이라고 하지 않았나 싶다. 나아가 절충설은 주관설과 객관설을 결합했다고 해서 절충설이라고 하는 것 같은데, 주관설의 판단기준인 윤리적 동기와 객관설의 판단기준인 내부적 동기를 절충한다고 해서 행위자의 자율적 동기 또는 타율적 동기라는 절충설의 판단기준이 되는 것은 아니라는 점에서 도대체 무엇과 무엇을 절충했다는 것인지 이해가 어렵다.⁴³⁾

국내 문헌을 보더라도 자의성판단과 관련하여 초기의 문헌들은 객관설, 주

중지하게 된 내심의 태도를 평가하여 자의를 판단한다는 의미에서 규범설이라고도 한다.

40) 규범설과 관련된 독일에서의 논의를 비교적 상세하게 다룬 것으로 하태훈, 앞의 논문, 70면 내지 73면. 특히 규범설의 입장에서 구체적 사례들을 검증하고 있는 것으로 박상기, 앞의 책, 351면, 352면.

41) 오영근, 앞의 책, 561면.

42) 이정원, 앞의 책, 286면.

43) 현재 자의성 판단기준에 관한 학설을 심리적 관점과 규범적 관점으로 크게 나누고, 심리적 관점을 다시 객관설, 주관설, 프랑크공식, 절충설로 나누어 설명하는 입장으로 하태훈, 앞의 논문, 68면 내지 73면 ; 김용욱, "미수형태와 중지범", 형사법연구 제11호(한국형사법학회편, 1999), 95면 내지 98면)

관설, 절충설, 프랑크공식을 제1설 내지 제4설로 하여 설명하고 있다.⁴⁴⁾ 또한 규범설과 같이 우리 형법해석학이 모사하고 있는 독일 형법해석에서도 행위자의 심리를 중심으로 자의성을 판단할 것인지 순수한 규범적인 가치판단의 문제로 볼 것인지와 관련하여 심리적 이론(Psychologische Lehre)과 규범적이론(Normative Lehre) 및 양자를 절충하는 견해로 나누어 설명하고 있을 뿐이다.⁴⁵⁾ 따라서 자의성의 판단기준에 대한 학설도 이를 심리적 관점과 규범적 관점 및 절충적 입장으로 나누고, 심리적 관점은 그 판단기준인 구체적인 심리상태의 내용에 따라 윤리적 동기를 기준으로 하는 견해, 내부적 동기를 기준으로 하는 견해, 자율적인 동기를 기준으로 하는 견해로 나누는 것이 타당하다고 본다.

중지미수범의 본질적 표지로 제26조가 규정하고 있는 “자의로”는 “자유로운 의사로”가 아니라, 반대개념인 외부적 요인에 의해서가 아닌 “자율적인 의사로”로 해석해야 한다. 왜냐하면 중지자의 심리적 관점에서 본다면 윤리적 동기나 외부적 장애 또는 타율적인 동기에 의하건 이러한 것들이 행위의 중지의사형성에 영향을 주었지만 종국적으로는 행위자가 자유로운 의사결정의 상태에서 행위상황을 고려하여 판단하고 결정한 것이지 강제된 의사결정은 아니기 때문이다. 일상 언어적인 사용에 있어서도 “자의반 타의반”이라고 할 때 비록 자신의 자유의사로 판단하고 결정했지만, 자신의 자율적인 의사결정에 따른 진정한 의사내용은 아니라는 점을 나타내는 의미로 이해되고 있다.

자의성에 대한 학설과 관련하여 적극적 일반예방이라는 형벌목적적 관점을 고려하는 규범설은 중지미수범을 벌하지 아니하는 독일 형법해석상으로도나 필요적 감경에서는 이론적 타당성을 가진다고 하더라도 형의 면제사유로까지 규정하고 있는 우리 형법해석상으로는 받아들이기 어려운 견해다. 또한 인간의 의사는 외부적인 사정변경과 절연하여 결정되는 것이 아니라 외부적인 사정에 영향을 받으면서 의사내용을 변경하고 결정하기 때문에 범행을 중지하고자 하는 의사를 결정함에 있어서도 외부적 장애사유와는 무관한 행위자의 윤리적 동기나 내부적 동기만이 유일하고 결정적인 계기일 필요는 없다.

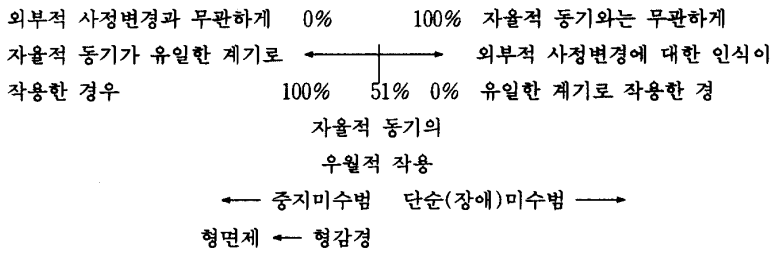
나아가 실행행위에 착수한 행위자가 범행의사를 변경하는 계기는 실행행위

44) 이건호, 형법강의(총론), 일조각, 1956, 194면 ; 백남억, 형법총론, 제3전정판, 법문사, 1962, 251면, 252면 ; 유기천, 형법학총론, 개정 제27판, 일조각, 1991, 260면. 현재는 이형국 교수가 유일하게 학설을 이와 같이 표현하는 방법을 사용하고 있다(이형국, 앞의 책, 287면 내지 289면).

45) Vgl. A.Schrönke/H.Schröder/A.Eser, a.a.O., §24 Rn.42ff.

착수 전에 범죄완성을 위하여 계획하고 예상했던 진행과정과는 다른 외부적 사정의 변화일 수도 있고, 외부적 사정의 변경 없이 범죄를 완성하고자 했던 행위자의 심리상태에 변화를 가져올 수도 있다. 즉 외부적 사정의 변화라고 인식(Kenntnis)한 상태에서 범행의사를 변경하고자 하는 의식(Bewußtsein)을 가질 수도 있고, 실행에 착수한 후 며칠 전 설교한 목사님의 얼굴이 떠오르는 경우와 같이 외부적 사정에 대한 인식이 없는 상태에서도 의식의 변화로 범행의사를 변경하는 방향으로 결단을 내릴 수도 있다.⁴⁶⁾ 따라서 중지미수범에 대한 형의 필요적 감경의 근거가 적극적 일반예방을 고려한다는 점에서 볼 때 범행의 중지가 외부적 사정변경에 영향을 받았건 아니건 행위자 자신의 독자적 판단에 기초한, 즉 자율적 동기에 기한 우월적 의사결정(Wille)이라고 판단되면 자의성은 인정된다 할 것이다.

다만 형을 감경 또는 면제한다는 점에서 외부적 사정에 영향을 받았지만 그럼에도 불구하고 자율적인 동기가 중지의사를 결정함에 있어서 우월적으로 작용하고 있는가, 아니면 결정적인 계기로 작용하고 있는가, 유일한 계기로 작용하고 있는가라는 자율적 동기가 작동한 폭에 따라 감경 또는 면제 여부를 판단하면 될 것이다. 이를 도식적으로 표현하면 다음과 같다.



그리고 외부적 사정변화와 관련한 자의성의 판단에 있어서 중요한 것은 행위자의 자율적 동기에 기한 우월적인 의사결정의 계기가 외부적 사정변화에 대한 인식에 기초한 의식의 변화라는 점에서 외부적 사정변화가 존재하느냐라는 객관적인 행위상황이 아니라, 외부적 사정변화의 존재 여부와는 관계없이 행위

46) 인식은 사유내용과 사유대상 사이의 관계이며, 인식을 바탕으로 하여 인간의 사유작용이 가해질 때 나타나는 심리현상이 의식이다. 즉 인식을 바탕으로 의식이 형성되며, 인식은 의식을 전제로 한다.

자가 외부적 사정변화로 인식했느냐 라는 주관적인 심리상태, 즉 행위자가 인식한 사실이 판단의 기준이 되어야 한다.⁴⁷⁾ 따라서 경찰이 실제로 오지 않았음에도 불구하고 온다고 착각하여 발각의 두려움 때문에 실행행위를 중지한 경우에는 중지의사결정과정에서 행위자가 인식한 외부사정이 결정적으로 지배하고 있기 때문에 자의성이 인정되지 않는다. 또한 예컨대 살해의 고의로 권총을 발사했는데 빗나갔고 방아쇠를 당겼으나 총알이 없어 더 이상 범행계획을 실현할 수 없어서 범행을 포기하였다면 행위자는 구체적인 범행계획을 실현시킬 수 없었기 때문에 자의성을 판단할 필요 없이 중지미수범의 규정이 적용될 여지가 없는 이른바 실패된 미수에 해당하지만,⁴⁸⁾ 살해의 고의로 권총을 발사했는데 빗나갔고 총알이 더 이상 없음에도 불구하고 그러한 사정을 모르고 더 이상 방아쇠를 당기지 아니한 경우에는 중지미수범의 적용을 검토해야 한다.

(3) 자의성에 대한 판단척도의 유형화

자의성에 대한 판단기준을 행위자의 자율적 동기에 의한 우월적인 의사결정으로 보더라도 여전히 추상적인 해석의 범주에 그칠 뿐이다. 따라서 자의성에 대한 판단과 관련하여 논의될 수 있는 사례들을 유형화하고 그 이론적 타당성을 검증하는 것은 법판단에 대한 구체적인 기준을 제시한다는 점에서 대단히 의미있는 작업이라고 생각한다. 아래에서는 하태훈 교수가 제시하고 있는 구체적인 사례유형에 따라⁴⁹⁾ 자의성에 대한 판단척도를 검토해 보기로 한다.

가. 예를 들어 후회, 연민의 정이나 불쌍한 생각 등과 같은 동정, 공포, 양심의 가책,⁵⁰⁾ 수치심, 용기상실, 운이 나쁘다고 생각하고 그만 두거나 꿈자리가 사납다고 생각하여 그만 둔 경우 등과 같이 실행착수 후 외부적 사정변경이 없음에도 불구하고 범행중단의 계기로 행위자의 자율적 동기가 유일하게 작용한 경우에는 자의성이 인정된다.

나. 범행의 발각이나 처벌의 두려움으로 그만 둔 경우에는 행위자의 구체적인 인식내용에 따라 자율적 동기에 의한 우월적 의사결정이었는가를 판단하여 자의성 여부를 인정해야 한다. 따라서 발각이나 처벌에 대한 막연한 두려움으로 그만 둔 경우에는 (1)의 사례와 같이 범행중단의 계기로 행위자의 자율적

47) 같은 취지로 하태훈, 앞의 논문, 76면.

48) 하태훈, 위의 논문, 68면.

49) 하태훈, 위의 논문, 75면 내지 79면.

50) 자신의 범행전력등을 생각하여 가책을 느낀 나머지 스스로 결의를 바꾼 경우에 중지미수범을 인정할 판례로 대법원 1986. 3. 11. 선고 85도2831 판결(법원공보1986. 661).

동기가 유일하게 작용한 경우에 해당하여 자의성이 인정되지만, 객관적인 행위상황과의 일치 여부와는 관계없이 피해자가 아는 사람이라고 인식했거나 경찰이 주위에 있다고 인식한 경우에는 이러한 인식에 기한 의사내용의 변화가 의사결정을 우월적으로 지배하는 한 자의성은 부정된다 할 것이다. 예를 들어 범행당일 미리 제보를 받은 세관직원들이 범행장소 주변에 잠복근무를 하고 있어 그들이 왔다갔다하는 것을 본 피고인이 범행의 발각을 두려워한 나머지 자신이 분담하기로 한 실행행위를 하지 못한 경우,⁵¹⁾ 기밀탐지 임무를 부여받고 대한민국에 입국 기밀을 탐지 수집중 경찰관이 피고인의 행적을 탐문하고 갔다는 말을 전해 듣고 지령사항 수행을 보류하고 있던 중 체포된 경우⁵²⁾ 또는 강도가 강간하려고 하였으나 피해자의 어린 딸이 잠에서 깨어 우는 바람에 그만두었거나, 피해자가 임신중인 데다 시장에 간 남편이 곧 돌아온다고 하여 그만둔 경우가⁵³⁾ 이에 해당하는 사례들이다.

다. 강간피해자가 다음에 만나 친해지면 응해주겠다는 피해자의 간곡한 부탁에 의하여 그만두거나,⁵⁴⁾ 강간의 위협에 처해있는 피해자가 행위를 중지하면 재물을 교부하겠다고 하여 재물을 교부받고 그만 둔 경우와 같이 피해자의 설득으로 범행을 중단한 경우에 판례와 일부견해는⁵⁵⁾ 자의성을 인정하고 있다. 그러나 이 경우도 단순한 피해자의 설득으로 인한 막연한 기대감에서 그만둔 경우와 일시와 장소, 금품의 종류와 액수 등을 정하는 경우처럼 구체적인 범행기회에 대한 기대로 그만 둔 경우를 구별하여, 전자의 경우에는 자율적 동기에 기한 우월적 의사결정에 의하여 자의성이 인정된다 하더라도 후자의 경우에는 자의성을 인정하기 어렵다 할 것이다.

라. 방화 후 불길치 치솟는 것을 보고 겁이 나서 불을 끈 경우나⁵⁶⁾ 살해의 의사로 피해자를 칼로 수회 찔렀으나 많은 피가 흘러나오는 것을 보고 겁을 먹고 그만 둔 경우와⁵⁷⁾ 같이 실행에 착수한 행위의 진행과정이나 일부 실현된 결과가 예상치 못한 외부적 사정변경으로 이에 대한 쇼크나 두려움이 유발하여 중지한 경우에 그러한 쇼크나 두려움이 극심한 정신적인 압박으로 작용했

51) 대법원 1986. 1. 21. 선고 85도2339 판결(법원공보1986. 404).

52) 대법원 1984. 9. 11. 선고 84도1381 판결(법원공보1984. 1675).

53) 대법원 1993. 4. 13. 선고 93도347 판결(법원공보1993. 1431).

54) 대법원 1993. 10. 12. 선고 93도1851 판결(법원공보1993. 129).

55) 하태훈, 앞의 논문, 77면.

56) 대법원 1997. 6. 13. 선고 97도957 판결(판례공보1997. 2113).

57) 대법원 1999. 4. 13. 선고 99도640 판결(판례공보1999. 967).

다면 자의성은 부정되지만, 쇼크나 두려움 때문에 더 이상의 행위를 하지 않은 경우에는 자의성을 인정해야 한다는 견해도 있다.⁵⁸⁾ 그러나 이 경우도 행위자가 실행에 착수하기 전에 예상치 못한 결과실현과정이나 실현된 일부결과가 우월적 의사결정으로 작용했는지, 그럼에도 불구하고 자율적 동기에 의한 우월적 의사결정인지에 따라 자의성 여부를 판단해야 할 것이다. 따라서 예상치 못한 외부적 사정변화로 피해자에 대한 불쌍한 생각이 중지의 계기가 되었거나 두려움의 유발이 단순한 공포심인 경우와, 범행의 흔적이 지나치게 크게 나타남으로 해서 발각의 두려움 때문인 경우 등과 같이 중단하게 된 계기를 구체적으로 구별하여 판단하는 것이 타당하다.

마. 예컨대 부녀가 생리 중이어서 성교에 부적합하다고 판단한 경우, 피해자가 수술한 지 얼마되지 않아 배가 아프다면서 애원하여 그만 둔 경우,⁵⁹⁾ 간음하기 전에 사정한 경우, 절도하려 했으나 재물의 가치가 적어서 그만 둔 경우, 피해자의 저항이나 제3자가 출현한 경우, 도주로의 차단이나 변경 등으로 인해 행위자가 애당초 계획한 것보다 많은 범죄수행의 부담을 져야 하는 경우 또는 특정한 범행대상을 발견하지 못하여 그만 둔 경우 등과 같이 본질적인 사태의 변화 내지 상황이 불리해진 경우에는 일반적으로 외부적 사정변화에 대한 인식에 기한 의식의 변화가 의사결정에 우월적으로 작용했다는 점에서 자의성이 부정된다 할 것이다.

IV. 불능미수범의 위험성표지에 대한 해석상의 오류

실행에 착수한 행위의 미수가 형법 제25조의 미수범으로 처벌되는 것은 비록 현실적인 범익침해 또는 위태화라는 결과발생은 없었지만 결과발생의 가능성(Tauglichkeit)은 있다고 인정되기 때문이다. 그렇다면 실행착수시에 현실적인

58) 하태훈, 앞의 논문, 78면. 따라서 하태훈 교수는 대법원 1997. 6. 13. 선고 97도957 판결이 자의성을 부정한 방화 후 불길이 치솟는 것을 보고 겁이 나서 불을 끈 경우는 자의성을 인정해야 한다고 한다(하태훈, 앞의 논문, 64면). 이와는 달리 자의성을 엄격하게 해석하는 판례의 태도를 지지하는 견해(신양균, “판례에 나타난 중지미수”, 고시연구(1998. 5), 68면, 69면)도 있다.

59) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결(법원공보1992, 2696). 박상기교수는 자의성을 부정하는 이 판결에 대해 범인은 강요된 장애사유 때문이 아니라 피해자의 애원을 듣고 스스로의 판단에 따라 범행중지를 결정하였으므로 절충설에 의한 경우 자의성이 인정되기 때문에 재판설에 입각한 것으로 보고 있다(박상기, 앞의 책, 350면).

결과발생이 불가능한 미수를 어떻게 취급해야 할 것인가, 즉 미수범의 처벌근거와 관련하여 입법정책적으로⁶⁰⁾ 불능미수를 가벌성의 대상인 불능미수범으로 할 것인가와 가벌성의 대상으로 한다면 그 가벌성의 정도를 어떻게 규정할 것인가가 문제되며, 해석학적으로는 가벌성의 대상인 불능미수범의 성립요건에 대한 논의가 문제된다.

불능미수를 가벌성의 대상으로 할 것인가에 대한 입법정책적 결단으로 제27조는 불능범이라는 표제하에 그 본문에서 '실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다'고 표현하여 조문형식상으로는 "위험성"의 표지를 가진 가벌적인 불능미수범의 형태를 규정하고 있다. 이 제27조의 해석과 관련된 문헌들은 예외 없이 불가벌적 불능범 내지 불능미수와 가벌적 불능범 내지 불능미수를 구별하는 표지가 제27조에서 규정하고 있는 "위험성"이라는 표지라고 하면서, (가벌적) 불능미수범을 근거지우는 핵심적 표지로서의 "위험성"의 판단근거 내지 판단기준에 대한 학설을 —아마 형법이론학에서 "위험성" 판단에 관한 논쟁만큼 학설이 대립되고 있는 영역도 드물다고 느낄 만큼— 실로 다양하게 제시하고 있다. 나아가 학설 대립의 유용성을 보여주기 위하여 예를 들어 설탕으로도 사람을 살해할 수 있다고 생각하고 타인에게 설탕을 투여한 경우 등과 같이 강화상의 온갖 사례들을 들면서 학설의 논리적 타당성을 검증하고 있다.⁶¹⁾

다수견해는 "위험성" 표지를 불능미수범과 다른 미수범의 형태를 구별하는 의미있는 표지, 즉 미수범의 일반에 요구되는 처벌근거가 아니라 불능미수범의 가벌성에 관한 특유한 표지로 해석하고 있다.⁶²⁾ 따라서 불능미수범을 근거

60) 어떠한 범죄형태에 대하여 미수범 처벌규정을 둘 것인가도 미수범의 처벌근거와 관련되지만 해석학의 문제가 아니라 입법정책적 문제다. 예를 들어 형법은 법정형이 2년이하의 징역이나 금고 또는 500만원이하의 벌금에 해당하는 제230조 공문서등의 부정행사죄의 미수범은 제235조에 의하여 처벌하면서, 법정형이 1년이상 10년하의 징역인 제167조 일반물건에의 방화에 대해서는 미수범 처벌규정을 두고 있지 않다.

61) 강화상의 예로 들고 있는 사람을 살해할 의사로 주술을 행하거나 설탕으로도 사람을 살해할 수 있다고 생각하고 살인의 의사로 설탕을 투여하는 행위, 물총으로도 비행기를 추락시킬 수 있다고 생각하고 물총을 쏘는 행위 등은 위험성 표지가 없기 때문에 가벌성의 대상에서 제외되는 것이 아니라 그 사태진행에 대한 객관적인 지배가능성이 아예 없는 행위로 사회적 의미에 따른 형법상의 행위 개념에서 아예 제외되거나, 심신상실로 정신감정을 받아야 할 것이다. 마찬가지로 불가벌적 불능미수 또는 가벌적 불능미수범의 형태로 들고 있는 대부분의 예들은 "위험성"이라는 표지가 아니라 불능미수범의 구성요건해당성 판단에서 배제 또는 확정될 수 있는 사례들이다.

62) 황산덕, 앞의 책, 241면; 정영석, 형법총론, 제5전정판, 법문사, 1983, 233면; 이형국, 앞의

지우는 표지인 “위험성”의 개념 내지 내용이 무엇이나와 관련하여, 형법적 평가상의 구성요건실현가능성으로 보는 견해,⁶³⁾ 구성요건을 실현할 가능성으로 보는 견해,⁶⁴⁾ 범죄의 구성요건을 충족할 가능성으로 보는 견해,⁶⁵⁾ 결과발생의 가능성으로 지향되어 있는 행위의 위험성,⁶⁶⁾ 결과발생의 잠재적 가능성으로 보는 견해,⁶⁷⁾ 법익침해의 위험성,⁶⁸⁾ 결과발생의 사실상의 위험이 아니라 행위의사속에 정향된 법익침해에의 위험과 관련하여 내려지는 형법적 가치평가로서의 위험성이며 그 실질은 일반에게 법질서의 효력에 대한 신뢰와 법적 안정감을 동요시키는 법적대적 의지의 실행이라고 보는 견해,⁶⁹⁾ 일반예방상 일반인에게 위험을 느끼게 하는 것으로 충분하다는 견해,⁷⁰⁾ 비록 구체적인 행위상황에서는 직접 일반의 법적 안정감을 교란시키지는 않았을지라도 행위자가 장래 비슷한 갈등상황에서 동일한 행위를 저지를 수 있을 것이란 예상 때문에 일반의 안정감이 교란된다는 점을 의미하기 때문에 불능미수의 위험성은 행위의 구체적인 위험성이 아니라 구체적인 법익에 대한 잠재적인 위험성 내지 행위자의 법적대성을 반증시켜 주는 행위자의 위험성을 의미한다는 견해⁷¹⁾ 등 다양한 견해들이 제시되고 있다.

나아가 미수범 일반이론에서는 미수범의 처벌근거에 대한 학설을 객관설, 주관설, 절충설로 대별하여 설명하면서, 다시 위험성 유무를 판단하는 기준과 자료에 대해서는 객관설(객관적 위험설),⁷²⁾ 사실적 불능과 법률적 불능설, 구

책, 296면 ; 이재상, 앞의 책, 266면 ; 진계호, 앞의 책, 515면, 521면 ; 배종대, 앞의 책, 457면, 458면 ; 박상기, 앞의 책, 366면 ; 안동준, 앞의 책, 201면 ; 이정원, 앞의 책, 305면 ; 정진연, 앞의 논문, 580면 ; 손동권, “불능(미수)범에 관한 연구”, 법치국가와 형법(세창출판사, 1998), 255면.

- 63) 김중원, “불능미수”, 625면 ; “형법 제27조와 미수범”, 27면 ; 정진연, 앞의 논문, 580면.
- 64) 정영석, 앞의 책, 233면 ; 이재상, 앞의 책, 377면 ; 진계호, 앞의 책, 521면 ; 손해록, 앞의 책, 916면 ; 정성근/박광민, 앞의 책, 411면. 대법원 1978. 3. 28. 선고 77도4049 판결(법원공보 1978, 10761) ; 1984. 2. 28. 83도3331(법원공보1984, 658).
- 65) 유기천, 앞의 책, 266면.
- 66) 심재우, “불능미수범”, 고시연구(1982. 10), 19면.
- 67) 박상기, 앞의 책, 368면.
- 68) 하일태, “불능미수범에 있어서 위험성의 의미”, 형사법연구 제13호(한국형사법학회편, 2000), 118면.
- 69) 이형국, 앞의 책, 302면.
- 70) 김종수, “형법 제27조(불능범)을 논함”, 법정(1965. 8), 50면.
- 71) 김일수, 앞의 책, 188면 내지 189면.
- 72) 대부분의 대법원판례는 “불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생 또는 법익침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 경우를 말하는 것”이라고 하여 객관설의 입장을 취하고 있다(대법원 1973. 4. 30. 선고 73도354 판결 형판집108-265 ; 1984. 2. 28. 선고 83도3331 판결 법원공

체적 위험설(신객관설),⁷³⁾ 추상적 위험설(법질서에 대한 위험설)⁷⁴⁾ 내지 주관적 위험설,⁷⁵⁾ 행위자의 위험설,⁷⁶⁾ 주관설,⁷⁷⁾ 사회적 위험설, 인상설,⁷⁸⁾ 수정된 구체적 위험설(정형설),⁷⁹⁾ 사실의 흠결설 등 형법해석학에 있어 학설 대립의 장을 극명하게 보여주고 있다.⁸⁰⁾

이와 같이 “위험성”이라는 표지가 과연 불능미수범의 가벌성을 근거지우는 핵심적 표지 또는 다른 미수범의 형태와 구별지우는 독자적 기능성을 가진 표지인가?

제27조는 범죄의 실행에 착수하였으나 그 실행의 수단 또는 대상의 착오로

보1984. 658 ; 1985. 3. 26. 선고 85도206 판결 법원공보1985. 664 ; 1998. 10. 23. 선고 98도 2313 판결 ; 2001. 4. 10. 선고 2001도766 판결).

- 73) 김종원, “불능미수”, 628면 ; 이재상, 앞의 책, 385면 ; 박상기, 앞의 책, 368면 ; 배종대, 앞의 책, 460면 ; 안동준, 앞의 책, 204면 ; 이정원, 앞의 책, 291면 ; 신동운, 앞의 책, 484면 ; 성시탁, “불능미수”, 김종원교수화갑기념논문집(법문사,1991), 401면 ; 백원기, 앞의 논문, 125면 ; 이용식, “불능미수와 위험성”, 고시계(1999. 6), 114면. 손동권 교수는 형감경만 되는 불능미수에서의 ‘위험성’은 구체적 위험설(신객관설)에 의하여 결정하고, 형면제가 가능한 불능미수에서의 ‘위험성’은 추상적 위험설에 의하여 결정하여야 한다고 한다(손동권, 앞의 책, 379면 ; 앞의 논문, 270면 내지 271면).
- 74) 정영석, 앞의 책, 240면 ; 진계호, 앞의 책, 525면 ; 김성천/김형준, 앞의 책, 465면. 대법원 1978. 3. 28. 선고 77도4049 판결(법원공보1978. 10761). 다만 신동운 교수는 동 판결을 구체적 위험설에 입각한 것으로 보고 있다(신동운, 앞의 책, 484면).
- 75) 정성근/박광민, 앞의 책, 415면.
- 76) 황산덕, 앞의 책, 240면.
- 77) 독일 판례의 입장으로 RGSt 1, 452 ; RGSt 8, 201 ; RGSt 17, 158 ; RGSt 34, 218 ; BGHSt 11, 324 ; BGHSt 15, 210.
- 78) 이형국, 앞의 책, 302면 ; 김일수, 앞의 책, 190면 ; 손해목, 앞의 책, 914면.
- 79) 일본의 平野瀧一, 大沼邦弘, 板倉宏 등의 교수가 주장한 견해로 그 내용에 대해서는 정진연, 앞의 논문, 589면 내지 590면 참조. 국내 학자로는 정진연, 앞의 논문, 590면, 602면.
- 80) 독일의 경우 미수범의 처벌근거와 관련하여 객관설과 주관설을 결합하는 또 다른 견해로, 슈미트호이저와 알바르트에 의하여 주장된 이원적 미수론은 미수범을 의도미수(Zielversuch)와 위험미수(Gefährdungsversuch)로 나누면서, 전자는 구성요건적 불법상태를 야기하겠다는 목적 즉 의도반가치(Zielunwert)에 의하여 성립되는데 반하여 후자는 사후적으로 확인된 위험성 즉 위험반가치(Gefährdungsunwert)에 의하여 성립된다고 한다 [E.Schmidhäuser, Strafrecht AT ; Studienbuch, 2.Aufl., Tübingen:J.C.B.Mohr, 1984, S. 338ff. ; H.Alwart, Strafwürdiges Versuchen-Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts(Strafrechtliche Abhandlung Bd.44), Berlin: Duncker & Humblot, 1982, S.122ff.]. 야콥스가 주장하는 규범침해의 명백한 야기(생성)(Expressiv-Werden eines Normbruchs)(G.Jakobs, Strafrecht AT ; Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.Aufl., Berlin:Walter de Gruyter, 1993, 25.Absch. Rn.21) 개념 등이 있다. 불능미수범에 있어 위험성 판단에 관한 학설을 가장 상세하게 소개하고 있는 문헌으로 이경렬, 미수범에 있어서의 위험개념에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 1994, 88면 내지 104면.

인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 “위험성”이 있는 때에는 처벌한다고 규정하고 있다. 따라서 불능미수범의 해석에 있어 판단의 핵심은 결과발생이 불가능하게 된 행위자의 실행의 수단 또는 대상의 “착오”이며, “착오”에 대한 판단에 따라 불능미수범은 그 형이 감경 또는 면제까지 될 수 있다. 불능미수범에 있어 직접 가벌성의 기준이 되는 것은 가설적 위험성이 아니라 결과발생이 현실적으로 불가능한 사태에 이른 원인이 행위자가 범죄가 행해지는 대상 또는 범죄를 행하는 수단을 결과실현가능한 것으로 착오했다는 데 있다.

형법이 규율하고 있는 모든 범죄유형은 그것이 형법상의 행위로 인한 현실적인 법익침해나 위태화라는 결과발생 또는 법익침해나 위태화의 실현가능성이라는 “위험”을 내포하고 있다.⁸¹⁾ 따라서 어떠한 미수범의 형태든 모두 “위험성”을 가진 것이며, 불능미수범의 판단에서만 “위험성” 표시가 독자적 의미를 가지는 것은 아니다.⁸²⁾ 다만 침해범이나 위험범이나에 따라 “위험”의 구체적 내용이 다를 수 있으며, 고의기수범이나 미수범이나 예비죄나 과실범이나, 장애미수범이나 중지미수범이나 불능미수범이나에 따라 “위험성”의 정도(양과 질)에서 차이가 있을 뿐이며, 결국 이러한 차이는 법률효과인 양형에서의 차등으로 나타나고 있는 것이다.

만일 특정한 범죄의 성격상 그 기수범이나 미수범이나 예비범의 위험성이 그 양과 질에 있어 전혀 차이가 없거나, 특별한 형사정책적 고려가 이를 요구

81) 형법상의 위험 개념에 대한 독일 학자들의 견해와 위험개념의 구조와 분석에 대해서는 이경렬, 위의 학위논문, 10면 내지 74면 ; 박강우, 추상적 위험범에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1997, 18면 내지 22면, 103면 내지 111면 참조.

82) 황산덕 교수도 “예를 들어 갑이 울을 살해하기 위하여 발포하였으나 총알이 빗나가서 살인의 장애미수범이 되는 것은 비록 결과발생은 없었다 하더라도 행위자가 인식하고 의욕한 대로 사태가 진행되었다면 사망이라는 결과가 발생할 위험성이 있었기 때문에 장애미수범으로 처벌되는 것이다. 비록 제25조의 규정에는 “위험성”이라는 표현이 들어있지 않으나 결과발생의 가능성, 즉 “위험성”이 있기 때문에 미수범으로라도 처벌하도록 한 것은 당연한 이치가 아닐 수 없다”라는 논거에서 제27조의 “위험성”을 불능미수범을 근거지우는 독자적 표시로 보지 않는다(황산덕/심현섭, 형법개정의 문제점, 방문사, 1986, 53면 내지 54면). 김일수 교수도 “위험성이 불능미수를 포함한 미수범 일반의 가벌성에 관한 근거를 제시하는 표시”라고 한다(김일수, 앞의 책, 187면). 정진연 교수도 “불능미수는 결과발생이 가능한 미수, 즉 가능미수에 대응하는 개념이다. 가능미수도 위험성이 있는 점에서는 불능미수와 같지만, 결과발생이 가능하였음에도 우연한 사정으로 인하여 현실적으로 결과가 발생하지 아니한 점에서 불능미수와 구별된다”고 하여 불가벌적 불능범과를 구별하는 표시는 되더라도 불능미수범을 근거지우는 독자적인 표시는 아니라고 한다(정진연, 앞의 논문, 575면). “위험성”은 불능미수범의 불법구성요건표지 중 독자적인 규범적 구성요건표지가 아니라 불능미수범의 가벌성을 근거지우는 결과발생의 불가능성을 제외한 나머지 조건들을 통칭하고 있는 포괄적 표시로 보는 견해로, H.Alwart, a.a.O., S.161f.

한다면 기수범·미수범·예비범을 동일한 법정형으로 규율하는 입법결단을 내리는 것이다.⁸³⁾

따라서 “위험성”의 본질에 관한 논의는 해석학의 영역이 아니라 입법정책적·헌법적 차원에서 다루어지는 문제이다. 불능미수범·장애미수범의 “위험성” 개념은 동일하다 하더라도 위험성의 정도, 즉 그 양과 질은 결과반가치⁸⁴⁾와 행위반가치⁸⁵⁾의 측면에서 다르다는 형법이론학⁸⁶⁾과 형사정책적 고려에 근거한 입법적 결단이 불능미수범에 대해서는 임의적 감면으로, 장애미수범에 대해서는 임의적 감정으로 나타나고 있는 것이다.⁸⁷⁾ 따라서 불법론의 관점과 형사정책적 고려에서 각 미수범 형태의 위험성의 정도가 달리 평가된다면 그 법률효과를 달리 규정함으로써 이를 입법적으로 해결하거나 헌법재판을 통하여 해결해야 한다.

결론적으로 “위험” 내지 “위험성”이라는 표지는 불능미수범의 독자적인 표지가 아니라, 미수범 일반에 요구되는 가벌성을 근거지우는 표지, 즉 미수범의 처벌근거이다.⁸⁸⁾ 범죄개념의 내재적 속성으로서의 “위험” 내지 “위험성”의 개

83) 예를 들어 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4는 상습강·절도등의 미수죄를 기수범과 동일하게 처벌하고 있으며, 관세법 제182조 제2항(동 조항의 위헌 여부에 대해서는 헌법재판소 1996. 11. 28 선고 96헌가13 결정 헌법재판소판례집 제8권제2집, 507)도 관세포탈죄 등의 예비범과 미수범을 기수범에 준하여 처벌하도록 규정하고 있다.

84) 알바르트는 미수범에 있어 법익위태화로 인한 결과반가치를 위험반가치(Gefährdungswert)라고 한다(H.Alwart, a.a.O., S.172).

85) 불능미수범의 행위반가치에 대해서는 하태훈, “불능미수”, 형사법연구 제4호(한국형사법학회, 1991), 81면 이하.

86) 이용식 교수는 불능미수에서의 처벌근거로서의 위험성은 행위 자체가 갖고 있는 법익침해의 추상적 일반적인 위험성이며(행위의 요소), 장애미수범의 경우 결과발생의 위험은 당해 보호법익에 대한 개별적 구체적 현실적인 위험으로 법익침해와 함께 그 위험으로서 결과반가치를 기초지우는 것이라고 한다. 나아가 이 교수는 장애미수범의 위험을 구체적 위험이라고 할 경우 구체적 위험범에서의 위험과의 관계가 문제되는 바, 미수범에서의 위험을 광의의 결과, 즉 법익침해의 위험이라고 볼 때에는 구체적 위험범에서의 위험과 그것이 미수에 그친 경우의 위험은 구체적 위험의 정도의 차이로 이해할 수 있다고 한다(이용식, 앞의 논문, 114면 내지 115면). 안원하 교수는 추상적 위험과 불능미수는 법익의 위태화가 사실상 불가능함에도 불구하고 처벌된다는 유사성 때문에 불능미수범론에서의 위험개념과 추상적 위험범론에서의 위험개념은 본질적으로 같은 의미를 가지는 것이라고 한다[안원하, “추상적 위험범과 불능범”, 법학연구 제36권 제1호(부산대학교 법학연구소, 1995), 195면 내지 197면, 209면].

87) 같은 취지로 김일수, 앞의 책, 175면.

88) 이에 대한 비판적 견해로 신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, 서울대학교 법학 제41권 제4호(2001), 71면 이하 ; 신동운, 앞의 책, 484면 ; 배종대, 앞의 책, 457면, 458면. 이러한 비판적 견해의 논거에 대한 타당성 검토에 대해서는 천진호, “불능미수범의

념이 무엇이나냐는 입법정책과 관련하여 불법론에서 다루어져야 할 논의의 대상이며,⁸⁹⁾ “위험”의 구체적 내용은 개개 범죄유형 및 특정 구성요건의 해석과 관련하여 논해져야 할 것이다. 따라서 제27조를 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다’로 규정하더라도 불능미수범의 해석에 있어서 아무런 차이를 가져오지는 않는다.⁹⁰⁾

불능미수범의 해석에 있어 문헌들이 소개하고 있는 “위험성”의 판단기준에 대한 학설은 불능미수범의 위험성표지와 관련된 학설이 아니라 미수범의 처벌근거와 관련하여 미수범을 근거지우는 “위험성”의 내용에 대하여 독일해석학이 제시하고 있는 학설들이다. 즉 미수범의 처벌근거와 관련하여 국내 문헌들은 불능미수범을 다른 형태의 미수범과 구별하는 핵심적 표지가 무엇인지에 대한

위험성 표지에 대한 해석의 오류”, 고시제(2001. 9), 65면 내지 72면 참조.

89) 특히 미수범의 불법과 위험성에 대해서는 이경렬, 앞의 학위논문, 135면 내지 169면 참조.

90) 이형국 교수도 “위험성은 정도의 차이는 있겠지만 불능미수범의 어느 경우에 있어서도 존재한다. 다만 상대적 의미에서 그러한 위험성이 크거나 작다는 비교는 가능할 것이다. 그러므로 우리 형법 제27조가 비록 법문상 「위험성이 있는 때에는 처벌한다」라고 규정하여 마치 위험성이 없는 경우도 있지만 위험성이 있는 경우만을 골라서 처벌한다고 하는 것처럼 보이나 불능미수의 본질을 고려해 볼 때 위험성이 없는 경우란 있을 수 없고 그러한 실례를 찾아볼 수도 없다. 그러므로 「위험성이 있는 때에는」이라는 법문상의 표현은 사실상 아무런 의미를 갖지 못하며 입법론상 재검토를 요한다. 이러한 관점에서 위험성판단의 기준에 관한 제학설은 이미 독일에서 형법사의 한 페이지를 수식하는데 지나지 않듯이 우리 형법 제27조의 해석에도 거의 도움을 주지 아니한다. 단지 위험성의 정도를 판단하는 데는 약간의 의미를 가질 수 있을 것이다”라고 한다(이형국, 형법총론연구Ⅱ, 중판, 법문사, 1990, 554면). 그 논거는 다르지만 같은 견해로 박상기 교수는 1992년 형법개정법률안 제27조에 대한 검토의견으로 “개정안의 내용은 현행법과 제목만 다를 뿐 내용은 동일하다. 그리고 이는 “가벌적”인 불능미수를 처벌하려는 취지라고 이해하는 것이 일반적이다. 그러나 법문의 표현은 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여” —즉 객관적 조건으로 인하여— 결과발생이 (절대적으로) 불가능한 경우라도 “위험성”이 있는 때에는 처벌한다고 규정하여 미신적 또는 주술적 방법에 의한 비현실적인 범행착수행위(소위 미신범, “불가벌적” 불능범)까지 포함되지 않는다고 주장하기에는 정확한 표현이 아니다. 나아가서는 그렇기 때문에 과연 “위험성”이 무엇을 의미하는가에 관하여 학설이 대립하고 있음은 주시하는 바와 같다. 그렇기 때문에 결과발생의 불가능성이 실행의 수단 또는 대상에 대한 행위자의 —미신적이 아니라— 부정확한 인식에서 비롯되는 경우라는 표현이 들어가는 것이 정확하다고 본다. 그렇다면 위험성판단기준도 현실적 결과발생을 전제로 하는 구체적 위험성이라고 볼 수 있다. 또한 두 개의 문장을 하나로 통합한다”고 하면서 그 대체안으로 「제27조 (불능미수) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여(혹은 “오신하여”, “잘못 생각 하여”) 결과가 발생하지 않을 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다」를 제시하고 있다 [박상기, 형법개정법률안(1992년) 및 제안이유서에 대한 비판과 대안-1992년 한국형사법학회 춘계학술회의 심의자료].

검토도 없이 독일 해석학에서 대립되고 있는 학설들을⁹¹⁾ 일본 학설까지 덧붙여, “위험성”표지에 관한 학설로 무비판적으로 번역·소개하고 있는 것이다.

이와 같이 대부분의 국내 문헌들은 (불능)미수범을 왜 처벌하느냐와 관련한 “(장애·중지·불능)미수범의 처벌근거”에 관한 학설을 소개하면서, 불가법적인 불능범과는 달리 가법적인 불능미수범을 처벌하는 근거는 바로 위험성에 있으므로 위험성 판단은 불능미수범 부분에서 가장 핵심적인 사항이라고 설명하면서 “불능미수범의 처벌근거인 위험성의 판단기준”에 관한 학설을 마치 미수범의 처벌근거와는 다른 내용인 양 전혀 별개의 독자적인 영역으로 다루고 있다. 특히 양 학설 중 “인상설”이라는 견해를 보면 극명하게 드러난다.⁹²⁾

개념논리학상 A(단순미수범)와 B(불능미수범)를 처벌하는 근거가 X(예를 들어 인상설)라고 하면서 이 X가 A에 대한 처벌과는 달리 B에 대한 처벌을 근거지우는 독자적 의미를 가진 핵심적 표지라고 하는 것은 타당한 설명이 아니다. 그렇다면 불능미수범만의 처벌을 근거지우는 위험성이라는 표지가 다른 미수범의 처벌근거와 달리 어떤 독자적인 기능과 역할을 하는지가 구체적으로 제시되어야 한다.

91) Vgl. T.Vogler, LK, 10.Aufl., Berlin:Walter de Gruyter, 1985, Vor §22 Rn.36ff. ; H.-J.Rudolphi, SK, 6.Aufl., Neuwied:Luchterhand, 1993, Vor §22 Rn.11ff. ; H.-H.Jeschek/T.Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 5.Aufl., Berlin:Duncker & Humblot, 1996, S.512ff. ; G.Jakobs, a.a.O., 25.Abschn. Rn.13ff. 현재 독일에서의 학설 대립의 핵심은 불능범(abergläubischer Versuch)이 애당초 형법 제23조 제3항의 적용범위에서 배제되는 유형이라는 다수견해와, “형을 면제한다”라는 법효과만을 적용해야 한다는 소수견해다(René Bloy, “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs”, in: ZStW 113(2001), S.108 u. Fn. 118, 119). 이에 대한 최근까지 독일에서의 논의에 대한 정리로, René Bloy, a.a.O., S.76ff.

92) 몇 가지 문헌적인 예를 보면(⇔ 앞의 면수는 미수범의 처벌근거에 관한, ⇔ 뒤의 면수는 위험성 판단기준에 관한 학설을 소개하는 것이다), 이재상, 앞의 책, 343면 내지 345면[객관설, 주관설, 절충설(인상설)]⇔383면 내지 387면[구객관설(법률적 불능 및 상대적 불능설), 법률적 불능 및 사실적 불능설, 구체적 위험설(신객관설), 추상적 위험설(주관적 객관설·주관적 위험설), 주관설, 인상설] ; 김일수, 앞의 책, 156면 내지 160면[객관설, 주관설, 절충설(객관적 계획설, 범인설, 인상설)]⇔189면 내지 191면[위험성의 내용에 대해서는 주관설, 객관설, 절충설(인상설)로 설명하고, 판단기준과 자료를 어디에 둘 것인가에 대해서는 구객관설, 신객관설(구체적 위험설), 추상적 위험설(법질서에 대한 위험설), 인상설(행위자의 위험설)로 설명] ; 배종대, 앞의 책, 422면, 423면[객관설, 주관설, 절충설(인상설)]⇔458면, 459면[객관설(구객관설, 신객관설 내지 구체적 위험설), 주관설, 절충설(추상적 위험설 내지 법질서위태설, 인상설)] ; 박상기, 앞의 책, 335면, 336면(주관설, 객관설, 인상설, 이원설)⇔366면, 367면[구객관설, 사실적 불능 및 법률적 불능설, 신객관설(구체적 위험설), 주관적 객관설(추상적 위험설), 주관설, 인상설] 등.

그러나 불능미수범도 미수범의 한 형태라는 점에서 불능미수범이던 중지미수범이던 미수범은 위험성이 있기 때문에 처벌하는 범죄형태이므로, 따라서 “미수범의 처벌근거인 위험성을 판단하는 기준(근거)이 무엇이나”에 대한 학설로서 행위자의 주관적인 범죄의사에 중점을 두는 주관설, 객관적으로 표출된 행위에 두는 객관설, 양자를 종합하여 고려하는 절충설 내지 이원설이다.⁹³⁾ 이외에 위험성판단의 학설로 소개하는 “구”객관설, “신”객관설, “주관적” 객관설 등은 용어 그대로 객관설의 범주 중에서도 그 위험성 판단을 “언제, 누가 인식한 사정을 기초로 판단하느냐” 라는 판단주체와 판단대상에 관한 것이다.

V. 결 론

형법전 시행 반세기동안 미수범론 분야에서 논의되어 온 쟁점들을 정리·검토해 볼 때 미수범체계는 미수범에 공통되는 객관적 불법구성요건표지인 행위미종료 또는 결과불발생을 요건으로 하는 단순미수범을 기본적 구성요건으로 하면서 행위미종료 또는 결과불발생의 원인표지에 따라 특별구성요건으로 중지미수범, 불능미수범이라는 독자적인 미수범형태를 규정하고 있는 것으로 이해하는 것이 타당하다.

그리고 일본 형법해석과 독일 형법해석이 혼재된 상태에서 견해의 대립을 가져오고 있는 중지미수범에 대한 형의 필요적 감면, 즉 단순미수범에 대한 임의적 감경에서 나아가 중지미수범의 형을 필요적 감경으로까지 완화하는 근거는 범죄체계론과 관련하여 적극적 일반예방의 고려에 의하여 책임으로 제한된 하한인 임의적 감경을 필요적 감경으로 완화한 것으로 해석해야 할 것이며(예방적 고려에 의한 책임감소설), 중지미수범에 대한 형의 필요적 면제는 범죄체계론으로는 도저히 설명할 수 없는 오직 양형에서의 배려라는 형사정책적 관점

93) 미수범의 처벌근거에 관한 학설과 위험성의 판단기준에 관한 학설을 별개의 것으로 소개하고 있는 박상기 교수도 “먼저 가법적인 불능미수의 전제조건으로서 「위험성」을 어떠한 기준에 의하여 판단할 것인가 하는 문제는 곧 (불능)미수의 처벌근거가 무엇인가 하는 문제와 직결됨을 알아야 한다”라고 설명하고 있다(박상기, 앞의 책, 368면). 이형국 교수도 미수범의 처벌근거에 대한 학설을 검토하면서 “불능미수의 가법성(위험성)에 관한 설명으로는 인상설이 타당하다”고 하면서(이형국, 형법총론, 272면), 불능미수범의 위험성 판단 근거에 대한 학설 검토에서도 “불능미수범의 위험성의 본질 내지 가법성의 근거를 설명해주는 전례로서는 인상설이 적절하다고 판단된다”라고 하고 있다(이형국, 위의 책, 302면).

으로 설명할 수 밖에는 없다고 본다.

이와 같이 중지미수범에 대한 형의 필요적 감경의 근거가 적극적 일반예방을 고려한다는 점에서 볼 때 범행의 중지가 외부적 사정변경에 영향을 받았건 아니건 행위자 자신의 독자적 판단에 기초한, 즉 자율적 동기에 기한 우월적 의사결정(Wille)이라고 판단되면 자의성은 인정된다고 할 것이다. 다만 형을 감경 또는 면제한다는 점에서 외부적 사정에 영향을 받았지만 그럼에도 불구하고 자율적인 동기가 중지의사를 결정함에 있어서 우월적으로 작용하고 있는가, 아니면 결정적인 계기로 작용하고 있는가, 유일한 계기로 작용하고 있는가라는 자율적 동기가 작동한 폭에 따라 감경 또는 면제 여부를 판단하면 될 것이다.

다음으로 불능미수범의 해석에 있어 판단의 핵심은 모든 미수범에 대한 처벌근거로서의 위험성이 아니라 결과발생이 불가능하게 된 행위자의 실행의 수단 또는 대상의 “착오”이며, “착오”에 대한 판단에 따라 불능미수범은 그 형이 감경 또는 면제까지 될 수 있다. 왜냐하면 불능미수범에 있어 직접 가벌성의 기준이 되는 것은 가설적 위험성이 아니라 결과발생이 현실적으로 불가능한 상태에 이른 원인이 행위자가 범죄가 행해지는 대상 또는 범죄를 행하는 수단을 결과실현가능한 것으로 착오했다는 데 있기 때문이다. 일본과 독일 형법해석이 뒤엉켜서 형법에 있어 가장 복잡한 견해의 대립이 나타나고 있는 불능미수범에 있어 위험성에 대한 판단에 대한 학설들은 미수범의 처벌근거에 관한 독일 형법해석상의 학설로, 불능미수범에 대한 규정형식이 다른 독일 형법이론을 우리 형법해석으로 가져오기 위해서는 이론적 검토가 선행되어야 할 것이다.

* 주제어 : 미수범, 중지미수범, 불능미수범, 자의성, 위험성

Zusammenfassung

Ein Rückblick auf die vergangene
Jahrhunderthälfte
nach dem Inkrafttreten des koreanischen
Strafgesetzes
– Über die Versuchslehre –

Chun, Jin-Ho

Es geht in dieser Untersuchung darum, wie die Versuchslehre nach dem Inkrafttreten des koreanischen Strafgesetzes entwickelt wurde, was die heutigen Diskussionsthemen in diesem Bereich sind und ob eine neue wissenschaftliche Diskussion überhaupt möglich ist.

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist festzuhalten, dass der Rücktritt auch dann angenommen werden soll, wenn der Täter freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert, obwohl der Versuch schon nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte. Denn man soll den fehlgeschlagenen Versuch im gültigen Strafgesetz als Grundform des Versuchs annehmen.

Im Bezug auf den Grundgedanken, auf dem die Regelung des § 26 (kor)StGB —obligatorische Strafmilderung oder Absehen von Straffe— beruht, werden die Auffassungen vertreten: die sog. Schuld-milderungstheorie im Hinblick auf die Prävention und die sog. kriminalpolitische Theorie im Hinblick auf die Strafzumessung.

Wenn die Gewährung von Strafmilderung oder Straffreiheit für den Rücktritt nach dem Grundgedanken des § 25 auf die kriminalpolitische Erwägung beruht, kann der Rücktritt auch dann angenommen werden, wenn er der eigenen autonomen Entscheidung des Täters entspringt, unabhängig davon, ob der Versuch untauglich oder fehlgeschlagen ist.

Im Ergebnis soll die Entscheidung für den untauglichen Versuch nicht von der Gefährlichkeit als Strafgrund des Versuchs, sondern von dem Irrtum des Gegenstandes oder Mittels als Grund der Erfolglosigkeit abhängig sein. Die heftige Diskussion um den Massstab für die Gefährlichkeit im untauglichen Versuch stammt aus der unkritischen Aufnahme der Lehre im Rahmen des Strafgrundes des Versuchs in Deutschland.