

형법 제27조(불능범) 논의의 재검토

이 승 준*

국문요약

불능미수에 대하여 매우 다기한 학설의 대립이 있어왔다. 그러나 형법 제27조는 그 표제와는 달리 독자성을 인정하고 조문의 실질적 내용을 토대로 불능미수에 대한 규정으로 판단하는 것이 타당하다. 우리 형법이 불능미수에 대하여 형의 임의적 감면까지 인정하고 있음을 고려할 때 불능미수는 불능범과 장애미수의 중간영역에서 제한적으로 해석되어야 한다.

불능미수의 요건 판단에서 결과발생의 불가능과 위험성은 有機的으로 連結되어 있으며, 위험성의 독자성도 결과발생의 불가능 판단과 연계되어 있다. ‘위험성’은 다른 미수범의 위험과 동일한 의의를 지니며, 위험성의 정도와 질에 있어 차이가 난다. 결과발생의 불가능을 규범적으로 판단하더라도 불능범과의 구별을 위해서 위험성의 판단이 필요하며, 판단의 기초사정, 판단의 주체, 판단기준 측면에서 판단컨대, 具體的 危險說이 타당하다.

이제는 불능미수가 과거의 강학적인 사례를 벗어나, 현실적으로도 문제될 수 있다. 지금까지 法院은 불능미수의 판단에 있어 논리적인 판단과정을 거치지 않고 결과발생의 불가능과 위험성을 혼동하였으며, 판단 시점 및 기준도 명확하지 않았으나, 앞으로는 피고인의 고의 분석을 심도 있게 연구하여 불능미수의 이론적 체계 정립에 노력을 다하여야 할 것이며, 보다 정밀한 판단척도의 개발에 나서야 할 것이다.

* 연세대학교 법학연구소 전문연구원, 법학박사

I. 문제의 제기

형법은 제27조에서 불능미수에 관하여 규정하고 있는데, 우리 학계에서 이 분야만큼 학설 대립이 多岐한 부분이 없다고 해도 과언이 아닐 정도로 많은 논의가 진행되어 왔다. 이것은 형법이 제27조의 ‘不能犯’이라는 표제와는 달리 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다”고 규정하고 있기 때문이다. 여기서 ‘불능범’이라는 표제 때문에 동 조항이 불가벌적인 불능범을 규정한 것인지, 아니면 위험성이 인정되어 처벌되는 불능미수에 관한 것인지에 대해 견해가 대립되어 왔다. 이러한 논의에 앞서 불능미수와 불능범을 구별할 실익이 있는지, 실익이 있다면 그 미수범상의 지위는 어떻게 구성할 것인지 여부 등이 논의되었으며, 성립요건에 있어서도 많은 견해 대립이 있어 왔다.

최근에는 불능미수의 ‘위험성’이 독자적인 성립요건이 아니며, 불필요하다는 견해까지 주장되어 불능미수의 결론 도출마저 달라지고 있다. 이러한 학설상의 대립에도 불구하고 실무에서의 적용은 드문데, 이는 법리 구성의 난점으로 인한 검찰 및 법원의 소극적 태도에 기인한 바가 크다고 하겠다. 그러나 최근 들어 살인죄와 같은 전통적인 사례를 벗어나 강간죄 및 소송사기죄와 같은 경우에서도 불능미수로 법리를 구성할 수 있는 가능성들이 나타남에 따라 그 요건에 대한 새로운 논의의 필요성이 대두되었다. 이하에서는 불능미수에 관한 기존 논의, 즉 불능미수의 성립요건, 특히 結果發生의 不可能 판단의 성격 및 판단시기 등을 고찰하며, 危險性 요건의 독자적 표지성과 그 판단기준에 관한 기존의 見解들을 검증하고 새로운 해석론을 모색하고자 한다.

II. 불능미수의 의의

불능미수의 개념에 대해서 다양한 주장들이 제기되어 왔다. 이것은 광복이후에도 그대로 받아들여진 일본의 불능범 논의와, 독일형법의

*Untauglicher Versuch*에 대한 번역상의 문제가 혼재되면서 발생한 것으로 볼 수 있다. 獨逸 刑法理論의 경우 불능미수에 해당하는 *Untauglicher Versuch*라는 용어는 있어도 불능범이라는 용어는 없다.¹⁾ 그러나 판례와 학설은 불능미수에 대하여 그 가능성을 인정하여 왔으며, 오늘날은 명문으로 그 가능성을 인정하고 있다.²⁾ 日本 刑法學界에서는 불능미수와 불능범이라는 용어가 구별되지 않고 있다. 이것은 독일의 *Untauglicher Versuch*를 양자 모두로 번역하고 있기 때문이다. 그러나 특이한 점은 독일과는 달리 일본의 경우 학설, 판례, 형법초안 모두 불능범을 불가벌적인 행위로 보고 있다는 점이며, 오늘날은 위험성을 기준으로 불가벌적인 불능범과 가벌적인 미수범으로 구분하는 것이 일반적이다. 우리나라의 경우 일본 형법이 의용되던 시기에는 일본처럼 불능미수와 불능범을 같은 개념으로 보고 불가벌적인 것으로 이해하고 있었다.³⁾ 그러나 형법이 제27조에 ‘불능범’을 규정하면서 양자가 동일한 개념인지, 불가벌적인 행위인지에 대한 논의가 시작되었다. 이후 김종원 교수⁴⁾가 위험성이 있어 미수범이지만 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 미수라는 뜻으로 불능미수라고 명명한 이후, 1980년대 이후부터 그 개념이 일반화되기에 이르렀다고 볼 수 있다.

우리 학계의 경우 불능미수의 개념에 관한 견해로 불능범과 동일하다는 견해가 있다.⁵⁾ 이 견해는 법률의 표제가 ‘불능범’으로 되어있는 이상 위험성 있는 불능미수와 같은 뜻으로 이해하는 것이 옳다고 한다. 반면 불능미수는 결과발생의 불가능성을 본질적 요건으로 하는 미수의 유형일 뿐, 가벌성까지 포함하는 미수범의 형태라고 하는 것은 적절치 못하며 ‘불능미수’는 위험성이 인정되는 때에 한하여 미수범의 일종인 불능(미수)범으로 처벌된다는 견해도 주장되고 있다.⁶⁾ 과거에는 불능범과 구별하여 흠결미

1) 김일수, “불능미수를 논함(II)”, 『고시계』 제30권 제6호, 1985.6, 144면; 김종원, “불능미수에 관한 연구”, 『대한민국 학술원 논문집』 제36집, 1997, 26면 각주4).

2) Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, C.H.Beck., 2003, Rn. 346; Wessels/Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 33. Aufl., C.F.Müller, 2003, Rn. 620.

3) 성시탁, “不能未遂”, 『김종원교수 화갑기념논문집』, 법문사, 1991, 377면.

4) 김종원, “刑法 第27條와 未遂犯”, 『法政』 1963.11月號, 법정사, 1963.11.

5) 배종대, 『형법총론(제8판)』, 홍문사, 2006, 543면.

6) 김태명, “형법 제27조(불능범)의 위험성 요건의 독자성과 구체적 의미”, 『형사법연구』 제26호, 2006.12, 229면.

수,⁷⁾ 특별한 미수⁸⁾ 등과 같은 독자적인 개념을 사용한 견해도 주장되었다.

생각건대 故意처럼 법률의 표제와 법률의 내용 및 해석학적 실질이 불가분적으로 연관되는 것은 아니다. 불능미수는 미수범의 일종으로서 구성요건이 실현될 가능성이 없지만 위험성 때문에 처벌되는 되는 반면, 불능범은 강학상의 용어로⁹⁾ 행위 자체의 성질상 또는 행위 객체의 성질상 결과발생이 불가능하며 위험성이 없는 행위로 범죄가 되지 않는 행위를 말한다. 여기서 불능범이라는 용어는 이론상의 개념에 불과할 뿐만 아니라 언어적 유희라고 볼 수밖에 없다는 주장¹⁰⁾은 형법에서 ‘미신범’이나 ‘환각범’의 용어가 사용되고 있는 현실을 지나치게 경시한 것으로 보인다. 불능미수는 가능미수(Tauglicher Versuch)에 대비되는 개념으로서 결과의 발생이 불가능한 미수(Untauglicher Versuch)를 의미하며, 불능범은 결과발생의 가능성이 없으면서 위험성조차 없어 범죄가 되지 않는 것으로 형법적 고려의 대상으로서 크게 문제되지 않는 개념이므로 양자는 구별되어야 한다.

우리의 불능미수 논의는 독일, 일본과는 상황과 전제가 다르다. 불능범이라는 용어가 불능미수와 같은 의미로 사용되어 오기는 했지만, 가별적인 미수로 사용한 적은 우리 형법학에서도 없었다.¹¹⁾ 여기서 우리는 가별적인 불능미수와 강학상의 불능범을 구별해야 한다.¹²⁾ 불능범을 모두 미수범으로 처벌하는 독일 형법하에서는 불능범과 불능미수를 동의어라고 볼 여지도 있지만, 우리 형법의 해석하에서는 양자를 구별하는 것이 바람직하다.¹³⁾ 그렇다면 표제어 ‘不能犯’은 현재의 不能未遂와 동일한 의미로 파악할 수 있다. 불능미수의 용어에 대한 견해 대립은 형법 제정 당시 형법학계의 다수의 견해가 불능범과 불능미수를 동의어로 파악하였기 때문에 생긴 혼란으로 현재의 불능미수의 개념이 새롭게 정립되면서 나타나게 된 불일치현상이라고 하겠다.¹⁴⁾ 이제는 표제어에 집착한 학설 대립을 지

7) 박정근, “흡결미수, 「고시계」제14권 제1호, 고시계사, 1969.1, 22면.

8) 정영석, 「형법총론」, 법문사, 1983, 240면.

9) 진계호, 「형법총론(제7판)」, 대왕사, 2003, 468면.

10) 천진호, “불능미수의 위험성 판단- 해석상의 오류를 중심으로-”, 「비교형사법연구」제1권 제1호, 1999, 73면.

11) 성시탁, 앞의 논문, 391면.

12) 엄상섭 의원이 초기에 작성하였던 1948년 형법요강에는 불능범 조문을 불처벌의 기조로 하고 있었다(엄상섭, “형법요강해설(1)”, 「法政」1948 제9호, 법정사, 1948.9, 18-9면).

13) 이재상, 「형법총론(제5판)」, 박영사, 2006, 389면.

양하고, 형법 개정시에 표제어를 불능미수로 변경하는 것이 필요하다.¹⁵⁾ 臺灣刑法은 결과발생이 불가능하며 위험성조차 ‘없는’ 불능범에 관하여 명시적인 규정을 두고 있다.¹⁶⁾

III. 불능미수 성립요건의 재검토

1. 결과 발생의 불가능

가. 의 의

형법 제27조는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 ‘결과발생이 불가능’할 것을 요건으로 하고 있다. 결과발생의 불가능은 불능미수의 본질적 표지이며, 가능미수와 구별되는 기준이 되나, 그 판단에 견해가 대립되어 왔다. 일반적으로는 ‘범죄 기수의 불가능’이라고 해석되고 있다. 그러나 과거의 학설로는 결과발생이 불가능하다는 의미를 다르게 해석하는 견해가 주장되었는데, 결과발생의 불가능이란 결과발생의 絕對的 不可能을 의미한다는 견해¹⁷⁾와 ‘위험성이 적다’라는 의미로 이해하는 견해가 있었다.

오늘날의 多數說적 견해는 결과발생의 불가능이란 ‘사실상 결과 발생이 불가능하다(기수에 이를 수 없다)’는 의미로 해석하고 있다.¹⁸⁾ 즉 결과발생이 불가능하다는 것은 事實的·自然科學的 法則에 의해 판단하여야

14) 이러한 점은 당시 소수견해에서 불능미수를 준불능범으로 칭한 데에서도 드러난다 (류병진, 앞의 책, 160면).

15) 1992년과 1996년의 형법개정법률안은 제27조의 표제어를 불능미수로 변경하였으며, 그 이유에 대하여 형법개정법률안제안이유서는 “... 이는 본조가 ‘위험성’이 있는 때에 대해서 규정하므로 불능범이 아니라 미수범이기 때문이다”라고 기술하고 있다(형법개정법률안제안이유서-형사법개정자료(XIV), 법무부, 1992.10, 41면).

16) 臺灣刑法 第26條 참조.

17) 류병진, 「韓國刑法(總論)」, 고시학회, 1955, 163면.

18) 김종원, 주 1)의 논문, 35면; 백원기, 「未遂論研究」, 삼지원, 1995, 202면; 백형구, “不能未遂犯 - 몇 가지 試論”, 「월간고시」 제15권 제3호, 법지사, 1988.3, 110면; 성시탁, 앞의 논문, 333면; 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2005, 526면; 이재상, 앞의 책, 391면; 정성근/박광민, 「형법총론(제3판)」, 삼지원, 2007, 404면.

하며, 규범적 판단인 위험성 판단과 구별된다고 한다.¹⁹⁾ 이 견해에 따르면 행위자의 행위가 사실상 기수에 이를 수 없지만, 규범적으로 판단하여 위험성이 인정되면 불능미수가 성립하게 된다. 한편 大法院은 결과발생의 불가능을 ‘결과 발생에 대한 위험성’이라고 하여 결과발생의 불가능과 위험성을 분리하지 않고, 위험성이 있으면 결과발생이 가능하다는 식의 모호한 입장을 취하고 있다.²⁰⁾ 생각건대 범죄행위의 결과발생이 가능하다는 것은 構成要件的 結果의 發生을 의미한다고 해석할 수 있다. 불능미수의 결과발생의 불가능도 구성요건적 결과의 발생이 불가능한 것을 의미하는 것이다. 불능미수라고 하여 다른 미수범과 ‘결과 발생’의 의미를 달리 이해할 필요는 없다.

지금까지 우리 학계는 不能未遂와 可能未遂의 區別基準에 대해서는 주목하지 않았다.²¹⁾ 이것은 독일 형법학의 영향으로 보인다. 독일의 경우 불능미수도 원칙적으로 미수범으로 동일하게 처벌하며, 다만 현저한 무지(정상적인 사고를 하는 사람이라면 누구도 그렇게 여기지 않을 것인데 오로지 그 행위자만이 특별한 어리석음 때문에 구성요건실현이 가능하다고 잘못 생각하게 된 때)²²⁾로 인하여 기수에 이를 수 없음을 알지 못한 경우에 임의적 감면을 규정하고 있다. 이러한 독일 형법상의 불능미수체계는 현저한 무지로 인한 불능미수의 경우를 제외하고는 가능미수와 불능미수를 구별할 필요성이 특별히 제기되지 않으나, 형법 제27조의 경우는 양자의 區別 必要性이 단순한 양형의 차이라는 점에서 뿐만 아니라 상이한 미수의 형태로서 원칙적 처벌이나 예외적 처벌이냐의 점에 존재한다. 獨逸 刑法에서는 불능미수와 장애미수의 구별이 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의 판단에 따라²³⁾ 구체적으로 위협하지 않은 범행의 착

19) 오영근, 앞의 책, 526면; 이재상, “不能未遂에 관한 몇 가지 問題點”, 『月刊考試』 제16권 제7호, 법지사, 1989.7, 6면.

20) 대판 1990.7.24, 90도1149.

21) 장애미수와 불능미수의 구별기준에 대해서 비교적 상세히 다룬 문헌으로는 김용욱, “가능미수와 불능미수의 구분”, 『刑事判例의 研究 I : 이재상교수 화갑기념논문집』, 박영사, 2003; 이정원, “불능범의 새로운 이해”, 『형사정책연구』 제13권 제4호, 2002.

22) Maurach/Gössel/Zipf, *Lehrbuch, Allgemeiner Teil Band 2*, 6. Aufl., Müller Juristischer Verl., 1987 § 40 IV Rn. 191; Rudolphi/Horn/Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., Luchterhand, 1995 § 23 Rn. 7.

23) Rudolphi, SK, § 23 Rn. 7; Tröndle/Fischer, *StGB*, 51. Aufl., C.H.Beck, 2003, §23 Rn. 7; Kühl,

수라면 범죄기수의 완전한 불가능은 인정되며, 범죄기수의 불가능을 가능하다고 인식한 행위자의 개인적 사정(현저한 무지)에 따라 장애미수와 불능미수가 구별된다. 반면 刑法하에서는 불능미수로 포섭되기 위해서 결과발생의 불가능요건에서 가능미수와 구분이 선행되어야 한다. 또한 형법은 장애미수와 불능미수의 구별에서 ‘범죄기수의 완전한 불가능’이 아니라 ‘결과발생의 불가능’만을 요구하고 있다. 여기서 형법의 해석에서는 장애미수와 불능미수의 구별은 필수적이면서, 양자의 구분은 必然的·常時的으로 해결되어야 할 문제가 된다. 미수범의 법적 판단시 먼저 결과발생의 불가능 여부를 기준으로 가능미수와 불능미수를 구분하고, 그 다음 단계에서 자의성을 기준으로 장애미수와 중지미수를 판단하여야 한다. 결과발생이 가능하나 자의에 의해 중지되지 않은 경우는 가능미수로서 장애미수가 되며, 결과발생이 불가능한 경우에는 다시 자의적인 중지가 없었다면 불능미수로 종결이 되지만, 행위자의 자의적인 중지가 있었던 경우에는 불능미수의 중지미수로서 중지미수가 되는 것이다. 重要的 점은 지금까지 기존의 논의들은 결과 발생의 불가능은 도외시한 채 위험성 판단에만 치중하였으나, 이 두 가지 개념을 제대로 파악하기 위해서는 불능미수만의 독특한 實行的 着手개념에서부터 시작하여 미수의 성립단계를 고려하여 결과발생의 불가능과 연계하여 위험성을 판단하여야 한다는 것이다.

나. 결과 발생의 불가능 판단의 기준

1) 事實的 判斷인지 規範的 判斷인지의 여부

불능미수의 본질적 표지인 결과 발생의 불가능은, 판단기준에 따라 불능미수의 성립여부 및 범위를 결정하게 된다. 즉 자연과학적 판단인가, 규범적 판단인가에 따라 결론이 달라지는 것이다. 결과 발생의 불가능에 대해 먼저 事實적으로 判斷하는 見解가 있다. 이 견해는 통설적 견해로 결과발생의 불가능 여부는 自然科學的·事實的 法則에 의하여 판단하여야 한다고 주장한다.²⁴⁾ 따라서 규범적·평가적 개념인 위험성과 구별된다고

Stratrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Franz Vahlen, 2002, §15 Rn. 92

24) 김성돈, 「형법총론」, 현암사, 2006, 475면; 김성천/김형준, 「형법총론」, 동현출판사, 1998,

한다.²⁵⁾ 危險性이란 결과발생의 객관적 가능성을 의미하며, 그것은 규범적·평가적으로 판단해야 할 상황을 의미하나, 사실상 결과발생의 불가능은 과학법칙에 따른 물리적 판단이 객관적으로 이루어진다는 것이다.²⁶⁾ 이 견해에 따르면 실행행위시에 존재하는 사정인 이상 사실상 존재하는 해명가능한 모든 요소들이 고려되어야 하며, 그러한 요소들을 행위자나 그의 입장에 있는 제3자가 인식할 수 있었는가의 여부는 문제되지 않는다.²⁷⁾ 예컨대 권총에 장전된 탄알이 불량하여 불발에 그친 경우나 치사량 미달의 농약을 우물물에 혼입한 경우, 방탄조끼를 입은 사람에게 총을 쏘는 경우, 소매치기가 승객의 빈 호주머니에 손을 넣는 경우²⁸⁾ 등이 결과발생이 불가능한 경우라고 한다.²⁹⁾

이와 달리 결과 발생의 불가능 판단은 規範的 判斷이라는 견해가 있다.³⁰⁾ 사실적·자연과학적 법칙에 의하여 범죄 기수의 불가능을 객관적·사후적으로 판단하게 되면 불능범의 범위가 너무 넓어지기 때문에 장애미수와 불능범의 구별이 불가능해 진다는 것이다. 또한 실질적·사실적으로 범죄기수가 불가능한 경우에도 장애미수의 성립을 인정해야 할 경우를 배제할 수 없는 경우가 생긴다고 한다. 예컨대 빈 금고를 여는 행위처럼 실패한 장애미수의 경우에도 실질적·사실적으로 범죄기수는 불가능한 경우

458면; 김종원, 주 1)의 논문, 35면; 도중진, “불능미수와 위험성 - 차브레이크액유출 살인미수사건-”, 『刑事判例의 研究 I : 이재상교수 화갑기념논문집』, 박영사, 2003, 585면; 백원기, 앞의 책, 202면; 백형구, 앞의 논문, 110면; 성시탁, 앞의 논문, 393면; 오영근, 앞의 책, 526면; 이재상, 앞의 책, 392면; 정성근/박광민, 앞의 책, 404면.

25) 김종원, 주 1)의 논문, 35면; 오영근, 앞의 책, 526면; 이재상, 앞의 책, 380면. 오영근 교수는 “불능미수에서 결과발생가능성과 위험성 - 사망자상대의 소송사기를 중심으로-”, 『韓國刑法學의 새로운 地平 : 心溫 金日秀教授華甲紀念論文集』, 박영사, 2006, 191면 이하에서 일반인의 상식적 판단과 전문가의 판단이 모순될 때는 전문가의 과학적 판단이 우선되며, 사망자상대의 소송사기의 경우 결과발생이 가능한 경우라고 판단하고 있다.

26) 사후적 판단에 의한다는 견해로는 성시탁, 앞의 논문, 393면; 신동운, 『형법총론(제2판)』, 법문사, 2006, 509면; 이재상, 주 19)의 논문, 76면; 오영근, 앞의 책, 526면 등. 반면 사전 판단이라는 견해는 김일수, “불능미수론”, 35면; 신양균, “不能未遂의 法的 性格”, 『김종원교수 화갑기념논문집』, 법문사, 1991, 419면; 정성근/박광민, 앞의 책, 409면 등

27) 신양균, 앞의 논문, 420면.

28) 백형구, 앞의 논문, 110면; 심재우, “不能未遂犯”, 『고시연구』제9권 제10호, 고시계사, 1982.10, 15면.

29) 신양균, 앞의 논문, 420면; 이재상, 앞의 책, 385면.

30) 이정원, 앞의 논문, 75면.

에 해당된다는 것이다. 그러나 형법은 독일 형법 제23조의 ‘重大한 無知 (grobem Unverstand)’처럼 규범적 기준을 정하고 있지 않으므로 불능미수와 장애미수를 구별하기 위해서는 범죄 기수의 불가능을 규범적으로 이해하는 것이 유일한 방법이며, 구체적으로는 ‘범죄기수의 불가능이 그 자체로 순수한 불가능으로 판단될 수 있는지’ 또는 ‘불가능의 원인이 일정한 장애에 의한 것인지’를 구별하는 방법이라고 한다.³¹⁾ 이러한 관점에서 불능범에서의 범죄 기수의 불가능은 개념적으로 불가능한 경우(아무런 장애 없이 원천적으로 불가능한 경우)로 이해하는 것이 가능하다고 한다.³²⁾

大法院은 결과 발생의 불가능을 규범적으로 판단한 경우도 있으나, 어떠한 입장을 취하는지 명확하지 않으며 사안에 따라 판단을 달리 한다고 볼 수 있다.³³⁾

생각건대 結果發生의 不可能을 사실적으로 판단하면, 결과가 발생하지 않지만 하면 결과발생이 불가능하다는 도식적인 결론이 될 수 있다. 형법상의 일부 개념, 예컨대 인과관계의 인정은 사실적인 판단에 근거한다. 그러나 이러한 개념을 포함한 형법상의 대부분의 문제가 규범적 판단에 의한 보충이 이뤄져야 하는 점을 부인할 수 없다. 구체적인 범죄에서 형법 이론 및 형사정책적으로 합리적인 결론을 도출하기 위해서는 사실적 판단에 부가하여 규범적·평가적인 판단이 이루어질 필요가 있다. 결과발생의 불가능을 사실상의 결과발생의 불가능으로 이해하면 불능미수의 범위가 너무 확대되기 때문에 ‘가능미수로서의 장애미수’와 ‘불능미수’의 구별이 불가능해 질 우려가 있으며, 실패한 미수처럼 사실적으로 범죄기수가 불가능한 경우에도 장애미수의 성립을 인정해야 할 경우³⁴⁾를 배제할 수 없

31) 이정원, 앞의 논문, 76면.

32) 이정원, 「형법총론(제3판)」, 법지사, 2004, 304면. 이 견해에 의하면 사체에 대한 살인 행위, 상상임신의 부녀가 낙태하는 행위, 장전되지 아니한 총으로 저격하는 행위 등은 범죄기수가 불가능한 경우이다.

33) 대판 1984.2.28, 83도3331 판결에서 대법원은 ‘치사량’은 일반적·추상적인 것이어서 치사량에 약간 미달하더라도 사망의 결과발생이 가능하다고 판시하여, 규범적 판단을 한 것으로 볼 수 있으나 이후 판결에서는 이러한 입장이 지지되지 않고 있다.

34) Wessels는 이를 실패한 미수(fehlgeschlagenen Versuch)라고 한다. 범죄를 실행하기 위해 범한 행위자의 여러 행위가 목적을 이루지 못하였고, 행위자에게 주어진 수단으로는 구성요건적 결과를 전혀 더 이상 야기시킬 수 없거나, 시간상으로 상당한 중단없이 결과를 야기할 수 없는 것을 행위자가 안 경우라고 한다. 또한 범죄의 완성이 객

는 경우가 생긴다.³⁵⁾ 뿐만 아니라 규범적 판단이 요구되는 형법상의 개념이 개입되는 경우, 예컨대 성전환한 남성에 대한 강간³⁶⁾과 같이 사실적 판단만으로는 구성요건의 취지와 목적을 살릴 수 없는 경우가 있다.³⁷⁾ 이러한 盲點들을 합리적으로 해결하기 위해서는 결과발생의 불가능을 규범적으로 판단하여야 한다.

여기서 규범적인 판단의 의미는 사실적·자연과학적 판단에 배치되는 개념이 아니다. ‘規範的 判斷’이란 사실적 판단만으로 바람직하게 해결될 수 없는 상황에 대하여, 행위자의 행위계획, 범행정황, 구성요건, 보호법익의 특성 등을 종합적으로 고려하여 사실적 판단에 수정을 가하여 판단하는 것을 뜻한다. 여기서 규범적인 판단의 具體的인 基準은 ‘범죄를 저지른 행위자의 행위가 통찰력 있는 일반인(편견 없는 법관)의 입장에서 판단하여, 행위자의 착오 있는 인식이 아닌 偶然한 事情으로 구성요건적 결과발생이 불가능한가’이다.³⁸⁾ 사실적·자연과학적으로 범죄 행위의 결과발생이

관적으로는 가능하지만 행위자가 범죄완성에 필요한 수단을 몰랐거나, 범행수단의 사용에 익숙하지 못해 그 수단을 이용할 수 없었던 경우이다. 예컨대 절도의 목적으로 부순 금고가 텅 빈 경우, 범행장소에 설치한 폭발물의 점화장치가 꺼지는 바람에 폭발하지 못한 경우 등이 실패한 미수에 해당된다(Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 27. Aufl., C.F.Müller, 1997, Rn. 628). 우리나라에서는 범행의 계속적 수행이 ‘무의미하거나’, ‘불가능’한 경우로서 중지미수 성립이 원칙적으로 불가능한 미수로, ‘뜻대로 안된 또는 헛수고한 미수’(김일수/서보학, 앞의 책, 536면)라고 하거나, 좌절미수(김성돈, 앞의 책, 499면 이하)라고 한다.

- 35) 다음과 같은 사례이다. 종업원이 절취를 목적으로 주인집에 침입하였으나, 금고가 2개인 관계로 돈이 들어 있을 것 같은 하나의 금고를 선택하여 손괴하였는데, 그 금고에는 돈이 없고 옆 금고에 그날 아침 돈이 옮겨져 있었던 경우이다. 이 사례를 불능미수로 해결하는 것은 절도죄 구성요건의 취지에 비추어 타당하지 않다.
- 36) 대판 1996.6.11, 96도791. 결과발생의 불가능을 사실적으로 판단할 경우 불능미수로 논리구성을 하는 것이 타당하며, 이 점에서 대법원의 판단은 적절한 논리전개과정을 거쳤다고 보기 어렵다.
- 37) 사자인 사실을 알고 사자를 상대로 한 소송사기 사안으로 대판 2002.1.11, 2000도1881 판결 참조.
- 38) 이정원, 앞의 논문, 76면에서는 “범죄기수의 불가능이 그 자체로 순수한 불가능으로 판단될 수 있는지” 또는 “불가능의 원인이 일정한 장애에 의한 것인지”를 기준으로 제시하면서 범죄기수의 불가능을 개념적으로 불가능한 경우로 이해하고 있다. 그러나 ‘그 자체로 순수히 불가능’하여 개념적으로 불가능하다는 것이 절대적 불능과 어떠한 차이점이 있는지 의문이며, 불가능의 원인이 일정한 장애에 의한 것인지를 판단하는 것은 질문에 대해 해답을 제시하지 않고 장애에 의한 경우가 아니면 불능미수가 된다고 하는 점에서 적절하지 않다고 하겠다.

불가능하지만 통찰력 있는 일반인이 판단하기에 결과의 발생이 행위자의 인식이 아닌 우연한 사정에 의해 일어나지 않은 것으로 인정될 때에는 결과 발생의 불가능성을 評價的으로 否定해야 하는 것이다. 예컨대 방탄조끼를 입은 경찰을 향해 가슴 부위에 권총을 발사하여 사망의 결과발생이 불가능했던 경우, 통찰력 있는 일반인이 판단하기에 경찰의 사망이 원래 불가능한 것은 아니다. 다만 행위자가 목표 대상으로 삼았던 경찰이 행위자의 실행행위 시점에서 방탄조끼를 입고 있었다는 偶然한 事情에 의해 결과가 발생하지 않은 경우이다. 이때에는 결과발생의 불가능이 통찰력 있는 일반인이 판단할 수 있는 결과, 즉 가슴 부위에 대한 권총의 발사는 타인의 사망이라는 결과발생이 가능하다는 평가로 전환되어야 하는 것이다. 이러한 評價的 轉換이 이루어져야 하는 사례는 주로 生命과 所有權을 보호법익으로 하는 구성요건이 된다. 예컨대 생명을 보호법익으로 하는 살인죄의 경우 구체적인 범죄상황에서 행위객체가 된 사람의 생명보다는 그러한 상황에 놓여진 일반의 생명을 보호법익으로 보아야 하기 때문이며, 재물에 관한 절도죄도 마찬가지이다. 피해자가 착용하고 있는 옷의 어느 쪽에 돈이 있느냐가 중요한 것이 아니라, 그러한 상황에 놓여진 일반의 재물에 대한 소유권의 침해가 문제되기 때문이다. 결과발생의 불가능을 사실적·자연과학적으로 판단하면 기준이 명확할 수 있지만, 사실적 판단만으로 불합리한 결론이 도출될 경우 保護法益의 特性을 고려하여 규범적·평가적 판단을 내려야 한다.

규범적 판단 기준에 따르는 實益은 현재 대다수의 문헌 및 判例가 결과발생이 불가능하여 불능미수로 보는 사례들, 예컨대 권총에 장전된 탄알이 불량하여 불발에 그친 경우나 소매치기가 빈 호주머니에 손을 넣는 경우, 死者임을 모르고 소를 제기하였으나 사자임이 밝혀진 소송사기의 경우³⁹⁾ 등을 가능미수로서 장애미수에 포섭시킬 수 있다는 점이다. 장애미수와 불능미수는 먼저 결과발생 가능성에 따라 가능미수와 불능미수로 구분되고 이후 가능미수의 중지미수와 불능미수의 중지미수로 구분하게

39) 대판 1997.7.8, 97도632. 피고인이 소송사기의 고의를 가지고 소송의 상대방이 생존한 것으로 오신하고 실행에 착수하였으나, 제소의 상대방이 이미 사망한 경우로 상대방의 사망이라는 우연한 사정에 의해 토지의 편취라는 결과가 발생하지 않은 것에 불과하므로 결과발생의 불가능을 규범적으로 판단할 경우 결과 발생이 가능한 경우이다.

되는데, 결과발생의 가능성을 규범적으로 판단하면, 위험성 단계에서 배제될 수 없는 사례들을 일차적으로 결과 발생의 불가능단계에서 峻別하여 불능미수의 무분별한 적용범위의 확대를 막을 수 있는 것이다. 우리 형법이 불능미수에 대하여 임의적이기는 하나 형의 면제까지 규정하고 있음을 볼 때 불능미수는 불능범과 장애미수의 중간영역에서 제한적으로 해석되어야 한다.

2) 事前判斷인지 事後判斷인지 여부

가능미수의 경우에도 미수범이므로 결과가 발생하지 않았다는 점에서 사후적으로 본다면 불능미수와 마찬가지로 결과발생이 불가능했던 경우라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 그러나 실행의 착수 시점에서 사전적으로 판단한다면 당연히 결과발생이 가능한 경우이다. 여기서 결과발생의 불가능의 判斷時期에 관하여 미수범의 성립시기인 실행의 착수시를 기준으로 판단해야 한다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 반면 결과발생의 불가능 여부에 관한 판단은 사후판단이라는 견해도 주장되고 있다.⁴²⁾ 여기서 ‘사후’가 어떠한 의미를 지니는지 명확하지 않다. 그러나 여기서 이 ‘사후’가 완전한 사후적 관점, 즉 객관적 사후판단을 의미하는 것이라면 타당하지 않다.⁴³⁾ 가능미수나 불능미수 모두 미수범의 일종이므로 개념적으로 구성요건적 결과의 불발생을 요건으로 한다. 그런데 사후적으로 판단한다면 가능미수나 불능미수 모두 결과발생이 불가능했던 경우라고 볼 수 있으므로, 가능미수와 불능미수를 구별하기 위해서는 실행의 착수시를 기준으로 해야 하는 것이다. 결과발생의 불가능에 대한 판단을 실행의 착수시를 기준으로 할 경우에도 세부적으로는 미묘한 견해 차이가 있다. 즉 客觀的 事前(*ex ante*)判斷이라는 점에서는

40) 신양균, 앞의 논문, 418면.

41) 김일수, “불능미수론”, 35면; 신양균, 앞의 논문, 419면; 안성화, “불능미수에 관한 연구”, 경희대 대학원 법학박사학위논문, 75면; 정성근/박광민, 앞의 책, 405면.

42) 김성돈, 앞의 책, 475면; 성시탁, 앞의 논문, 393면; 신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, 『法學』 제41권 4호, 서울대, 2001, 72면(신동운교수는 결과불범의 영역에서 실행행위가 행해진 이후의 시점에서 발견되는 여러 사항들도 함께 고려하여 이루어지는 객관적·사후적 판단의 소산이 결과발생의 불가능이며, 행위불범의 영역에서 논해지는 위험성은 행위시점을 기준으로 삼아 장래적 판단에 의하여 그 유무를 결정한다고 한다).

43) 유사한 취지로 김용욱, 앞의 논문, 573면.

공통적이거나, 실행행위시에 존재하는 사정인 이상 사실상 존재하는 해명가능한 모든 요소들이 고려되어야 하며 행위자나 그의 입장에 서있는 제3자가 인식할 수 있었는가의 여부는 문제되지 않는다는 견해⁴⁴⁾와, 결과발생의 불가능은 일반인을 기준으로 한 행위시의 사실판단이라는 점에서 과학적 전문가의 사후판단에 의해 결과발생이 불가능한 때에도 장애미수가 될 수 있다는 견해,⁴⁵⁾ 사후적인 재판관의 관점에서 밝혀 낸 실행 착수 당시의 모든 객관적 정황 속에 행위자의 실행행위를 놓고 여기에 모든 사실적·법률적 경험지식을 적용하여 행위자의 실행행위로부터 그가 의도했던 대로 의 구성요건이 실현될 가능성이 있는지 여부를 판단해야 한다는 견해⁴⁶⁾로 나누어진다. 위 견해들은 결과발생이 불가능하다는 범위에 차이가 있다.

생각건대 결과발생의 불가능을 사후적으로 판단하는 견해는 결과발생의 가능성을 모든 경우에 부정하게 될 위험성이 있다. 즉 사후적이라는 개념이 완전한 사후적 관점으로서 객관적 사후판단을 의미한다면 모든 미수는 불능미수가 될 수 있다. 실행의 착수이후에 밝혀지는 모든 인과적 진행을 고려하게 되면 행위자의 실행행위로부터는 그가 의도했던 구성요건의 실현이 불가능하도록 예정되어 있었기 때문이다.⁴⁷⁾ 따라서 결과발생의 불가능에 대한 판단은 행위자의 實行의 着手時를 기준으로 한 事前判斷이 되어야 한다. 장애미수와 불능미수의 합리적인 구별을 위해서는 사후적으로 볼 것이 아니라, 행위자의 행위 당시에 결과발생의 가능성을 판단하여야 한다. 행위불법의 영역과 달리 결과불법의 영역에서 논해지는 결과발생의 불가능성은 객관적·사후적 판단에 의하여 그 유무가 결정된다고 하나,⁴⁸⁾ 이는 ‘결과발생의 위험성’이라는 미수범의 결과불법 판단과 조화를 이루기 어렵다. 이처럼 결과발생의 가능성 여부를 판단할 경우 그 주체는 洞察力 있는 一般人 또는 偏見없는 法官이 되어야 한다. 결과발생의 불가능은 규범적으로 판단하는 것이 타당하므로 통찰력 있는 일반인(편견 없는

44) 신양균, 앞의 논문, 420면.

45) 안성화, 앞의 논문, 75면.

46) 김용욱, 앞의 논문, 573면. 여기서 ‘사후적’이란 사후적인 재판관의 관점에서 밝혀 낸 실행의 착수 당시의 모든 객관적 정황을 고려해야 한다는 의미이지, 실행의 착수 이후에 전개된 인과연쇄까지 고려해야 한다는 의미는 아니라고 한다.

47) 김용욱, 앞의 논문, 573면.

48) 신동운, 앞의 논문, 72면; 김성돈, 앞의 책, 479면

법관)의 입장에서 사전적으로 판단하여 결과발생이 불가능하여야 한다.

2. 위험성

가. 위험성의 의미

형법 제27조는 결과발생이 불가능하더라도 ‘위험성’이 있는 때에는 미수범으로 처벌된다고 규정하고 있다. 여기서 ‘위험성’ 표지가 불능미수를 구분짓는 독자적인 표지인가의 여부를 판단하기 위해서는 먼저 그 개념정의가 이뤄져야 한다. 우리 학계에서는 ‘위험성(Gefährlichkeit)’의 개념에 대해서 매우 다양한 견해들이 제시되고 있으며, 평가상 구성요건의 실현의 가능성으로 보는 것이 일반적이다.⁴⁹⁾ 구체적으로 살펴보면, 구성요건 실현의 위험성으로 보는 견해,⁵⁰⁾ 평가상 기수의 가능성으로서 결과발생 가능성(결과범) 또는 법익침해의 가능성(침해범)이라는 견해,⁵¹⁾ 결과발생의 가능성으로 지향되어 있는 행위의 위험성이라는 견해,⁵²⁾ 결과발생의 잠재적 가능성으로 보는 견해,⁵³⁾ 법익침해의 가능성으로 보는 견해,⁵⁴⁾ 법적대적인 행위자의 의사실행이 법적 평온을 교란함으로써 법질서에 대한 일반인의 신뢰를 저해시키는 범동요적 인상이라는 견해,⁵⁵⁾ 행위의사 속에 내포된 법익침해에의 위험과 관련하여 내려지는 형법적 가치평가로서의 위험성이며 그 실질은 일반에게 법질서의 효력에 대한 신뢰와 법적 안정감을 동요시키는 법적대적 의지의 실행으로, 위험성은 불능미수의 가벌성과 동일한 의미라는 견해,⁵⁶⁾ 미수범의 처벌근거에 관한 학설에 따라 결정

49) 김봉태, “불능범에 있어서의 위험성의 개념”, 『법학연구』 제24권 제1호, 부산대, 1981.12, 77면이하; 김종원, 주 1)의 논문, 36면(김종원 교수는 형법적 평가상의 결과발생의 가능성이라고 보아도 상관 없다고 한다); 정진연, “不能未遂에 있어서의 危險性”, 『現代刑事法論 : 박양빈교수 화갑기념논문집』, 법문사, 1996, 580면; 정영석, 앞의 책, 233면.

50) 김태명, 주 2)의 논문, 238면; 김성돈, 앞의 책, 485면.

51) 임 응, 『형법총론(개정판 보정)』, 법문사, 2005, 369면은 침해범의 경우 법익침해의 가능성으로 파악하고 있다.

52) 심재우, 앞의 논문, 19면.

53) 박상기, 『형법총론(제6판)』, 박영사, 2004, 370면.

54) 신동운, 앞의 책, 481면 허일태, “불능미수에 있어서 위험성의 의미”, 『형사법연구』 제13권, 2000, 117면은 ‘법익침해의 위험성’이라는 표현을 사용하고 있다.

55) 김일수/서보화, 『형법총론(제11판)』, 박영사, 2006, 528면.

하여야 한다는 견해,⁵⁷⁾ 형감경만 되는 불능미수의 위험성은 구체적 위험설에 의하여 결정하고, 형면제가 가능한 불능미수의 위험성은 추상적 위험설 또는 인상설에 의하여 결정하여야 한다는 견해,⁵⁸⁾ 사실적 의미에서의 위험성이 아니라 규범적 의미의 위험성으로서 일반인들이 느끼는 객관적 위험성이라는 견해⁵⁹⁾ 등이 있다. 반면 이러한 견해와 달리 형법 제27조의 ‘위험성’은 독자적인 표지가 아니며 ‘위험성’이라는 문구를 삭제하여도 아무런 문제가 되지 않는다는 견해도 있다.⁶⁰⁾

大法院은 위험성의 개념을 밝히지 않고, ‘결과가 발생할 위험성’으로 이해하고 있다.⁶¹⁾

생각건대 결과발생이 가능하다는 것은 기수의 가능, 즉 구성요건적 결과의 발생을 의미한다. 그런데 결과발생이 불가능하다면 애초부터 구성요건 실현의 위험성도 없는 것이 논리적이다. 여기서 애초부터 결과발생이 불가능한 불능미수는 개념적으로 보호법익의 객체에 대한 현실적인 위험성은 존재할 수 없는 것이다. 이러한 모순 때문에 위험성은 ‘구성요건적 결과의 발생’에 대한 현실적인 위험성이 아니며, ‘法益侵害의 潛在的 危險’이라고 할 수 있다.⁶²⁾ 당해 보호법익의 침해에 대한 일반적·현실적 위험이 인정되면 그것은 가능미수에 해당된다. 형법상 금지되는 행위의 결과 반가치는 법익의 침해와 법익침해의 위험으로 파악할 수 있다. 이 중 미수범의 결과반가치는 법익침해의 위험이다. 여기서 결과발생이 가능한 可能未遂의 경우는 법익침해의 現實的·顯在的 위험성이 인정된다. 결과발생이 불가능한 不能未遂의 경우도 結果反價値는 법익침해의 위험이다. 다만 그 程度와 質에 있어 가능미수와 차이가 있을 뿐이다. 불능미수는 구

56) 이형국, 「형법총론(제3판)」, 법문사, 2005, 260면.

57) 성시탁, 앞의 논문, 396면.

58) 손동권, “不能(未遂)犯에 관한 研究”, 「一鑑法學」 제2권, 건국대, 1997, 225면.

59) 오영근, 앞의 책, 587면 내지 594면은 ‘위험성’은 일반적으로 법익침해의 위험성을 의미하는데 불능미수에서는 결과가 발생될 수 없으므로 법익침해의 위험성은 존재하지 않기 때문이라고 한다.

60) 천진호, 앞의 논문, 85면.

61) 대판 1973.4.30, 73도354

62) 이정원, 앞의 논문,, 85면; 허일태, 앞의 논문, 115면 이하에서는 법익침해의 가능성 내지 위험성이라는 표현을 사용하고 있다. 백원기, 앞의 책, 212-213면은 위험성을 ‘결과발생의 가능성을 착오에 의하여 신뢰한 행위자의 범죄실행의사에 기초하여 개시된 실행행위의 위험성’으로 정의하면서 법익침해의 잠재적 위험성이라고 한다.

성요건적 결과발생이 불가능한 실행의 수단 또는 대상으로 인하여 범의침해의 위험이 잠재적으로 나타나는 것이다. 불능미수는 假說的 判斷, 즉 행위자의 실행행위 당시의 수단 또는 대상의 부적합성이 부정된다면, 범의침해의 위험이 顯在化될 수 있는 것이다.⁶³⁾

나. 위험성의 독자적 표지성

불능미수를 논하고 있는 거의 대부분의 문헌은 ‘위험성’이 불능미수의 독자적 표지라는 전제에서 판단기준에 대한 학설들을 전개시키고 있다. 이러한 必要說은 결과발생의 불가능은 사실적 판단이며, 위험성은 규범적 판단에 의하여야 한다는 입장을 취하고 있다.⁶⁴⁾ 반면 위험성 표지가 필수적인 요소가 아니라 不要說은 형법이 규율하고 있는 모든 범죄유형은 형법상의 행위로 인한 현실적인 범의침해나 위태화라는 결과발생 또는 범의침해나 위태화의 실현가능성이라는 ‘위험’을 내포하고 있으며, 범죄는 범죄개념의 본질적인 표지로서 ‘위험성’을 가지고 있으므로 제27조의 ‘위험성’은 불능미수의 독자적 표지가 아니라고 한다. 불요설도 다시 제27조에서 ‘위험성’이 삭제되어도 문제가 될 것이 없다는 견해⁶⁵⁾와 위험성 표지는 양형판단에 있어서 법관이 임의적 감면과 감경을 판단함에 있어 그 척도가 될 수 있다는 견해⁶⁶⁾ 행위자의 행위가 침해대상에 대한 사실상의 위험성을 가지느냐의 여부가 불능미수의 조건이 아니라는 견해⁶⁷⁾ 등이다.

‘위험성’이 불능미수의 독자적인 표지인가는 다음과 같은 事例에서 학설에 따라 결론이 달라진다. 평상시 염력에 관심이 많았던 15세의 여중생

63) 이러한 맥락에서 ‘잠재적’이라는 표현은 ‘가설적(*contra-faktisch*)’이라는 의미로 이해할 수 있다.

64) 김성돈, 앞의 책, 479면; 김종원, 주 1)의 논문, 35면; 도중진, 앞의 논문, 585면; 백원기, 앞의 책, 202면; 백형구, 앞의 논문, 110면; 성시탁, 앞의 논문, 393면; 오영근, 앞의 책, 526면; 이재상, 앞의 책, 392면.

65) 이형국, 「형법총론연구Ⅱ」, 법문사, 1984, 554면; 천진호, 앞의 논문, 87면.

66) 이정원, 앞의 논문, 71면; 이와는 달리 배종대, 앞의 책, 545면은 “실행수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하면 ‘자의적으로’ 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 해석하기 보다는, 그런 경우에도 위험성이 확인되지 않으면 처벌할 수 없다는 적극적인 가벌조건으로 해석하는 것이 법치국가적으로 진일보한 내용이 된다”고 하여 假說的 危險性으로서 가벌성을 제한하는 요소로 파악하고 있다.

67) 허일태, 앞의 논문, 115면.

甲은 텔레비전에 나온 念力 소유자의 행동을 보고, 자신의 마음을 고백하였다가 거절당한 남학생에게 상해를 가하여 복수하겠다는 생각으로 매일 염력을 연습하기 시작했다. 한달 정도 시간이 지나자 염력을 시험하기 위하여 자신의 친구에게 동의를 얻고 염력을 사용하기 위한 동작을 취하였다. 이 사례에서 독자성을 인정하는 견해는 수단의 착오로 인하여 결과발생이 불가능한 경우로 위험성판단을 하게 되는데, 위의 행위자에게는 어떠한 견해에 의하더라도 위험성을 인정하기 어려워, 결국 불가별적인 불능범이 되는 것이다. 반면 독자성을 부정하는 견해는 행위자의 착오가 인정되고 이로 인하여 상해라는 결과발생이 불가능하다고 판단되면 위험성 판단 없이 가별적인 불능미수가 된다는 결론이 된다.⁶⁸⁾

생각건대 불능미수에서 위험성이 본질적인 표지인가는 結果發生의 不可能 판단과 連繫되어야 한다. 결과발생의 불가능을 事實적으로 판단하면 위험성은 규범적 평가요소로서 불능미수의 특징을 위해서 나름의 의미를 지니게 되고 본질적인 요소로 기능할 수도 있다. 그러나 결과발생의 불가능을 사실적으로 판단할 경우에는 失敗한 未遂(挫折未遂)의 경우처럼 장애미수의 성립을 인정하는 것이 타당한 경우와, 규범적 요소의 판단을 요하는 경우를 논리적으로 해결할 수 없다. 따라서 결과발생의 불가능은 규범적으로 판단하는 것이 타당하며, 이 경우 ‘위험성’은 불능미수의 특징을 위해서 본질적인 요소로서 기능하지 않는다. 불능미수도 다른 미수범처럼 법익침해의 위험이 인정되지만 그 정도와 질에 있어 潛在的인 法益侵害의 危險이며, 처벌되는 불능미수와 처벌되지 않는 불능범과의 구별을 위해 補充적으로 규정된 것으로 이해할 수 있다. 여기서 위험성에 관한 학설은 범죄자의 행위를 ‘미수범’으로 처벌하기 위하여 ‘어느 정도의 위험성’이 인정되느냐를 판단하는 데에 더 의미가 있다고 하겠다.⁶⁹⁾ 위의 사례의 경우 처벌되는 미수로서의 위험성을 인정할 수 없으며, 불가별적인 불능범이 된다.

또한 구성요건적 행위에 대한 실행의 착수가 있게 되면 행위자의 행위로 인한 一般的·現實的 危險性은 항상 존재하게 된다. 불능미수도 실행에

68) 물론 견해에 따라서(예컨대 천진호, 앞의 논문, 65면 이하) 형법상 행위로서의 정형성이 인정되지 않거나 미수의 가별성의 근거에 미치지 못하여 불가별이 된다고 볼 수 있을 것이다.

69) 실행의 착수이후에 문제되는 불능범은 학설에 따라 구체적 위험-범동요적 인상-추상적 위험이 인정되는지에 따라 처벌되는 불능미수에서 탈락되게 된다.

착수하였다면 위험성은 이미 보유하고 있는 것이다.⁷⁰⁾ 여기서 불능미수의 위험성을 ‘구성요건실현의 위험성’으로 파악하면서, 실행의 착수와 불능미수의 위험성 판단을 공통된 기준으로 삼아 직접적·구체적 위험을 요하는 不要說들이 위험범과 거동범의 경우 논리적 결합이 있다고 주장하는 견해가 있다.⁷¹⁾ 그런데 실행의 착수 요건은 법문에는 규정되어 있지 않지만 미수범의 일종이라는 불능미수의 특성을 감안할 때 논리적으로 필요한 구성요건요소이다. 불능미수도 미수범의 일종이므로 가능미수의 성립과 마찬가지로 실행의 착수가 있어야 한다.⁷²⁾ 불능미수도 일반적인 미수의 형태의 하나에 속하므로, 결과발생의 가능성 유무에 따라서 실행의 착수 판단이 달라지는 것은 아니며, 범행계획을 판단의 기초사정으로 통찰력 있는 일반인이 구성요건적 행위의 착수여부를 판단하여야 한다. 다만 애초부터 결과발생이 불가능한 불능미수의 경우에는 ‘행위자의 행위로 인해 결과발생이 가능하였더라면’이라는 假定的인 判斷에 의해 實行의 着手 與否를 判斷하여야 한다. 가능미수와는 달리 불능미수의 경우는 구성요건적 행위 내지 구성요건실현을 위한 직접적 행위를 상정할 수 없기 때문이다. 여기서 실행의 착수를 통해 구성요건 실현의 구체적 위험을 인정하는 주장의 모순이 발견된다. 실행의 착수를 이와 같이 이해하면서, 형법 제27조의 위험성을 법익침해의 잠재적 위험으로 해석한다면, 불능미수의 단순한 위험이 구체적 위험범에 준하는 구성요건 실현의 직접적 위험으로 발전된 경우에 한해 불능(미수)범으로 처벌된다는 비판⁷³⁾은 적절하다고 보기 어렵다.

불능미수의 위험성을 결과발생의 불가능과 연계하여 판단하는 本稿의 관점에서 ‘위험성 판단’은 必要하다. 처벌되지 않는 불능범과의 구별을 위해서, 과연 어느 정도 위험하여야 미수범으로서 처벌되는지 판단하기 위해서 ‘위험성’의 독자성과는 별개로 위험성 판단이 이루어져야 한다. 이렇게 하는 것이 원래 불능미수 위험성에 관한 학설이 독일에서 불능미수 처

70) 실행의 착수 여부를 가정적으로 판단하는 불능미수는 가능미수의 실행 착수에서 인정되는 현실적·현재적 위험이 아니라 법익침해의 잠재적 위험이 인정된다. 여기서 불능범은 실행의 착수이후에 이러한 잠재적인 법익침해의 위험이 구체적으로 인정되지 않는 경우이므로, 가능미수의 실행의 착수로부터 인정되는 위험을 불능미수와 불능범의 구별 척도로서 사용할 수는 없다.

71) 김태명, 주 2)의 논문, 244-246면.

72) 정영일, 「형법총론」, 박영사, 2005, 279면. 반면 백원기, 앞의 책, 202면.

73) 김태명, 주 2)의 논문, 246면.

별근거에 관해 주장되었던 학설들의 제 위치를 바로잡는 논의의 방법이다.

다. 위험성의 판단기준

1) 견해의 대립

기존의 문헌들은 객관설, 주관설을 비롯한 학설들, 즉 (불능)미수범의 처벌근거를 위험성의 판단기준이라고 소개하고 있다. 그 이유는 위험성의 개념정의만으로 구체적인 상황에서 위험성이 있는지 여부를 판단하기가 용이하지 않기 때문으로 생각된다.⁷⁴⁾ 이에 대해 위의 학설들은 위험성의 판단기준이 아니라 미수범의 처벌근거에 관한 학설이며 이를 다시 위험성의 판단기준으로 소개하는 것은 타당하지 않다는 反論이 주장되고 있다.⁷⁵⁾ 최근의 위험성 판단문제는 단순히 주관주의와 객관주의의 대립이 아니라 위법성론으로 확대된 양상을 보이고 있다.

위험성의 해석과 관련하여 먼저 위험성의 판단기준으로 舊客觀說이 있다. 이 견해는 불능을 절대적 불능과 상대적 불능으로 구분하여, 後者の 경우만 미수범으로 처벌한다는 입장이다. 여기서 絕對的 不能이란 결과의 발생이 개념적으로 불가능한 경우이며, 相對的 不能이란 구체적인 특수한 경우에만 불가능한 경우를 말한다고 한다.⁷⁶⁾ 이 학설은 객관적 위험성의 존재여부에 관한 판단에 있어서 행위자의 주관적인 의사나 인식한 사정을 고려하지 않고 결과발생의 가능성을 사후에(*ex post*) 법관의 입장에서 추상적으로 파악하고자 한다. 위험성의 판단의 시기는 事後判斷의 방법을 사용하여 행위 후에 판명된 사정에 대해서도 행위 시에 존재한 사정과 함께 위험판단의 기초가 된다. 객관설은 절대적 불능과 상대적 불능의 구분이 모호하며, 사후판단에 의해서 모든 객관적 사정을 기초로 해서 과학적 법칙에 의한 위험판단을 할 경우 미수범은 있을 수 없고, 기수의 결과가 발생하지 않은 이상 모두 불능범이 될 우려가 있다.⁷⁷⁾ 과거 우리의 판례⁷⁸⁾와 일본의 판례⁷⁹⁾는 이러한 객관설을 따른 것도 발견된다.

74) 같은 취지로 성시탁, 앞의 논문, 96면.

75) 천진호, 앞의 논문, 88면; 백원기, 앞의 책, 255면.

76) 이재상, 앞의 책, 394면.

77) 정진연, 앞의 논문, 583면.

다음으로 행위자의 범행에 의하여 범죄실행의사가 명확하게 표명되면 결과의 발생이 불가능하더라도 불능미수의 성립을 인정하는 主觀說이 있다.⁸⁰⁾ 이 견해는 불능미수의 가벌성을 항상 인정하여 미신범을 제외하고는,⁸¹⁾ 결과적으로 처벌되지 않는 불능범을 인정하지 않게 된다. 이 견해는 행위당시에 행위자가 인식한 사실을 일반인의 입장에서 판단하지 않고 행위자의 입장에서만 판단한다는 점에서 주관적 위험설(추상적 위험설)과 구별된다. 獨逸의 判例는 19세기 말부터 주관설의 입장에서 판결을 내리고 있다.⁸²⁾ 주관설은 미신범과 불능미수를 구별할 수 있는 타당한 이론적 근거가 명확하지 않으며, 행위자의 의사 외에 있는 객관적 요소를 전혀 고려하지 않는다는 비판을 받고 있다.⁸³⁾

法律的 不能 및 事實的 不能說은 절대적 불능·상대적 불능설의 단점을 보완하기 위하여 프랑스 형법학계에서 나온 견해로 *Garraud*와 *Roux*가 주장하였다. 이 견해가 주장되자 상당한 지지를 얻어 50년 이상 불능미수의 해결기준으로 인정되어 왔으며, 판례에도 상당한 영향을 미쳤다. 이후 영국과 미국에까지 영향을 주었다. 이 학설에서 주장하고 있는 法律的 不能(*impossibilité de droit*)이란 범죄의 성립요소 중 법률적 요소가 결여된 경우로, 시체에 대한 살해행위와 같은 경우이다. 반면에 事實的 不能(*impossibilité de fait*)이란 범죄의 성립요소가 결여된 경우를 제외하고 범죄의 결과발생이 불가능한 경우로서 그 원인이 우연한 사실 또는 일시적 상황에 의한 것을 뜻한다. 그러나 이 견해에 대해서도 구객관설에 대한 비판과 구성요건의 흠결이론에 대한 비판이 그대로 적용된다.

具體的 危險說은 행위당시에 행위자가 인식했던 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 통찰력 있는 일반인의 입장에서 사후에 위험성의 유무를 판단하는 입장이다.⁸⁴⁾ 주관적 요소와 객관적 요소를 모

78) 대판 1973.4.30, 73도354

79) 日大判 昭和 15.10.16, 刑集 19, 698.

80) *Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, 1969, 192면*; 이영란, 「형법학강의:총론」, 숙명여대 출판국, 2002, 410면.

81) *Jescheck/Weigend, AT, 533면*.

82) *BGHSt, 11. 324; RG. 17, 158*

83) *Schönke/Schröder/Eser, StGB, § 22 Rn. 65*.

84) 김상호, 형법총론, 동남기획, 2005, 279면; 김종원, 주 1)의 논문, 38면; 배중대, 앞의 책, 471면; 박상기, 앞의 책, 370면; 백원기, 앞의 책, 221면; 오영근, 앞의 책, 534면; 이재상,

두 고려하지만 객관적 요소를 기본으로 하고 주관적 요소를 가미하여 위험성을 판단하여,⁸⁵⁾ 新客觀說이라고도 한다. 여기서의 사후적 예측(nachträgliche Prognose)이란 평가되어야 할 범행이 이미 과거에 존재하고 있으므로 판단시점에서 보면 事後的이라는 의미이고, 법관이 범행시점으로 돌아가 판단해야 한다는 점에서 豫測이라는 의미라고 한다. 유의할 것은 이러한 사후적 예측으로 위험성을 판단하는 구체적 위험설의 위험성 판단은 事前判斷이라는 것이다.⁸⁶⁾ 判斷의 基準은 통찰력 있는 인간이 행위 후에 결과발생의 개연성이 있다고 인정할 때에는 구체적 위험성이 있다고 본다.⁸⁷⁾ 이 견해는 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식한 사정이 다를 때에는 문제를 해결할 수 없다는 비판에 대하여 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 삼아야 하며, 행위자가 특히 알고 있었던 사정을 고려해야 한다는 修正的 主張을 펼친다.⁸⁸⁾ 구체적 위험설이 지니고 있는 문제점은 위험성의 판단시기를 사전판단이라고 하는 데에 있다. 이러한 맹점을 인식하여 최근에는 수정된 구체적 위험설이 주장되고 있다.⁸⁹⁾

다음으로 抽象的 危險說이 있다. 이 견해는 행위자가 행위시에 인식한 실현계획을 위험성 判斷의 基礎로 하여 일반인의 일반경험법칙에 비추어 그러한 계획이 현실적으로 결과발생에 대한 위험성이 인정되면 가벌적인 불능미수로 보는 입장이다.⁹⁰⁾ 주관적 위험설이라고도 한다.⁹¹⁾ 이 견해는

앞의 책, 396면; 이정원, 앞의 책, 291면 등.

85) 오영근, 앞의 책, 531면.

86) 추상적 위험설에서의 위험판단도 사전판단이라는 점에서는 구체적 위험설과 동일하다.

87) 이재상, 앞의 책 396면.

88) 김종원, 주 1)의 논문, 38면; 이재상, 앞의 책, 385면.

89) 수정된 구체적 위험설의 자세한 내용은 정진연, 앞의 논문, 589-90면 참조. 이 견해들은 부분적으로 사후판단을 받아들임으로서 사전판단에 의한 결론을 수정하거나(平野龍一, 刑法判例百選 1-總論, 有斐閣, 1978, 145面), 사전판단에 의하면서도 행위자의 주관을 배제해서 행위 및 그 외부적인 사정에 의하여 행위의 위험성을 판단하거나(板倉 宏, 刑法總論, 勁草書房, 1994, 154面), 불능범은 구성요건해당성의 문제이고, 어떠한 행위가 구성요건적 정형성을 구비한 실행행위라고 볼 수 있는가라는 입장(定型說)에서 과학적 견지와 사회통념의 양면에서 결과발생의 위험의 유무가 판단되어야 한다고 보는 견해 등이다(정진연, 앞의 논문, 590면)

90) 권오걸, 형법총론, 형설출판사, 2005, 464면; 김성돈, 앞의 책, 485면; 김성천/김형준, 앞의 책, 465면; 임 응, 앞의 책, 375면; 진계호, 앞의 책, 476면; 정성근/박광민, 앞의 책, 411면; 정영일, 앞의 책, 283면. 한편 손동권, 「형법총론(제2전정판)」, 율곡출판사, 2005, 439면. 한편 추상적 위험설의 일종으로 法秩序 危險說이 소개되기도 하는데, 이에 대해서는 정성

行爲者가 行爲時에 인식했던 主觀的 事情을 위험성 판단의 기초로 하여 일반인의 입장에서 판단하여 결과 발생의 위험성이 인정된다면, 행위자가 실현 불가능한 수단을 사용하거나 다소 우연적인 사정이 개입된 경우에도 추상적으로 법질서에 대한 위험성이 인정된다고 한다.⁹²⁾ 여기서 구체적 위험설보다 처벌범위가 넓어지게 된다. 추상적 위험설은 착오에 기한 행위자의 행위가 “통찰력있는 일반인이 인식한 대로라면 위험하지 않지만, 행위자가 인식한 대로면 위험하다”는 의미로 危險性을 해석하면 불능미수 요건의 모순 문제를 해결할 수 있는 장점이 있다고 한다. 여기서 ‘일반인’이 어떠한 일반인을 의미하는가에 관하여 통상의 일반인이라기보다는 科學的 一般人이라고 보는 견해⁹³⁾가 대체적이다. 그런데 과학적 일반인이라고 파악하는 것은 위험성 판단의 주체에 있어서 객관적인 면도 받아들여 추상적 위험설의 난점을 극복하려는 것으로 보인다.⁹⁴⁾ 추상적 위험설은 행위자가 경솔하게 잘못 안 경우에도 그 사실만을 기초로 하여 위험성을 판단해야 하는 것은 부당하며, 불가벌적인 불능범과의 구별을 어렵게 만든다는 비판을 받고 있다.⁹⁵⁾

大法院의 판례 중에 추상적 위험설을 따른 것으로 보이는 판결도 있는데,⁹⁶⁾ 대법원은 위험성을 명확히 정의하지 않고 ‘결과가 발생할 위험성’으로 이해하여 결과발생의 불가능성 판단과 혼동하거나,⁹⁷⁾ 이에 대한 판단 없이 곧바로 위험성을 인정하는 오류를 범하고 있다.⁹⁸⁾

印象說은 독일의 다수설적 견해⁹⁹⁾로 행위자의 법적대적 의사의 실행이

근/박광민, 앞의 책, 414면 이하 참조

91) 임 응, 앞의 책, 375면; 정성근/박광민, 앞의 책, 414면. 반면 주관적 위험설과 달리 추상적 위험설은 구성요건의 흠결을 미수범·불능범과 차원을 달리하는 별개의 범죄불성립의 경우라고 하는 점에서 차이가 난다는 견해로는 정진연, 앞의 논문, 580면이 있다. 이러한 입장에서는 주관적 위험설을 행위자의 위험설이라고도 칭한다(김종원, 주 1)의 논문, 37면).

92) 정진연, 앞의 논문, 580면.

93) 임 응, 앞의 책, 374면; 진계호, 앞의 책, 476면.

94) 정진연, 앞의 논문, 594면.

95) 김종원, 주 1)의 논문, 38면; 박상기, 앞의 책, 369면.

96) 대판 1978.3.28, 77도4049 등이나, 반드시 추상적 위험설을 취하고 있다고 볼 수는 없으며, 구체적 위험설을 취한 것으로 해석할 여지도 있다.

97) 대판 1990.7.24, 90도1149

98) 대판 1985.3.26, 85도206. 이 판결은 명확한 기준에 따라 판단하지 않고 일견(*prima facie*) 위험성을 인정하였다.

법질서의 효력에 대한 사회의 신뢰를 동요시키고 법적 평온을 교란시키는 印象을 줄 때 위험성이 인정된다는 견해이다.¹⁰⁰⁾ 이 견해에 의하면 주관주의적 입장에서 규정된 독일 형법하에서는 불능미수의 처벌근거인 범죄의사가 사회심리적 효과로서 一般에 대한 行爲의 印象, 즉 ‘전체로서의 법질서의 침해’에 의해 보충될 필요가 있다고 한다. 인상설에 의하면 결과발생이 본래 불가능하지만 행위자의 법적대적 의사(Auflehnungswille)가 실행의 착수를 통하여 표출되었으며, 그의 행위가 법익침해의 위험성이 있어 법질서에 대한 일반인의 신뢰와 법적 안정성을 침해하였기 때문에 불능미수가 처벌되게 된다. 인상설은 행위자가 인식한 구성요건적 사실과 법익평온상태의 교란을 위험성 判斷의 基礎로 삼으며, 장애미수는 법익객체에 대한 구체적인 위험성을 의미하는 데 반해, 불능미수는 일반적인 위험성을 의미한다고 본다.¹⁰¹⁾ 인상설에 의하면 구체적 위험설보다는 불능미수의 성립범위가 넓어지지만 잠재적이거나 구체적인 법익에 대한 관련성을 가지고 통찰력있는 평균인의 입장을 판단기준으로 삼기 때문에 추상적 위험설보다는 불능미수의 성립범위가 좁아지게 된다.¹⁰²⁾ 이 견해는 ‘범죄적 인상’이 명확하지 않다는 비판을 받고 있다.¹⁰³⁾

2) 검토

현재 학설들은 크게 구체적 위험설과 추상적 위험설, 인상설로 대별할

99) Roxin, AT II, §29. Rn. 49; Rudolphi, SK, §22 Rn. 26; Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 26.Aufl., C.H.Beck, 2001, §22. Rn. 22; Wessels/Beulke, AT, Rn. 594; Kühl, AT, §15 Rn. 86.

100) 김일수, 『韓國刑法II(개정판)』, 박영사, 1997, 190면; 이형국, 주 56)의 책, 260면; 이명복, “不能未遂犯의 研究”, 『司法行政』, 한국사법행정학회, 1991.3, 41-42면, 허일태, 앞의 논문, 119면.

101) 박상기, 앞의 책, 370면.

102) 김일수, 주 99)의 책, 190면.

103) 이에 대해 김일수 교수는 “미수의 불법귀속에 관한 연구-특히 불능미수를 중심으로”, 『고려법학』, 2003, 17면에서 ‘법익평온상태의 교란’의 개념을 설명하면서 자신의 견해가 인상설의 결론과 다름을 밝히고 있다. 즉 인상설은 법질서의 평온을 위한 일반인의 신뢰에 초점을 맞추기 때문에 일정한 범죄와 관련된 미수의 불법이 아니라 법질서 전체에 관련된 불법을 문제삼음으로써 죄형법정원칙을 잠탈하고 처벌범위를 확장시킬 수 있는 위장된 주관주의미수론이라는 비판을 받을 수 있음을 인정하고 있다.

수 있다. 그런데 각각의 견해들은 사실적·자연과학적인 판단에 의하는 결과발생의 불가능 여부 판단에서 발생하는 맹점을 해결하기 위하여 自說을 修正하는 傾向을 보이고 있다. 여기서 제27조 위험성에 관한 학설들은 수정된 의미의 견해들이며, 서로 접근해가는 경향을 보인다고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 점에서 위험성에 관한 각 학설의 차이는 크게 나지 않으며, 위험성 판단의 기초와 위험성 판단의 기준을 함께 고려한다면 학설의 차이는 더 줄어들게 된다.¹⁰⁵⁾

미수범의 처벌근거로 법적대적 인상을 들고 있는 印象說은 객관적 요소와 주관적 요소를 고려한 점에서는 타당하며, 독일에서는 주관주의 형법의 난점을 해결해주고 있음을 부정할 수 없다. 그러나 인상설은 구체적 사안에서 위험성의 정도를 ‘판단’할 수 있는 척도를 제공하지는 못한다.¹⁰⁶⁾ 위험성 판단의 기준이 매우 유동적이어서 판단의 틀을 제공할 뿐이다. 인상설은 위험성의 판단방법 내지 법적 평화교란의 확정방법을 해결해 주지 못하며, 위험성을 판단하는 구체적 방법을 제시해 주지 못하는 것이다.¹⁰⁷⁾ ‘印象’이라는 다분히 주관적인 요소를 판단기준으로 삼고 있다. 이러한 맥락에서 일본에서는 인상설이 실제 적용에 있어서는 구체적 위험설과 차이가 없다고 보기도 한다.¹⁰⁸⁾ 그리고 법익평온상태의 교란이라는 제3의 결과반가치를 주장하는 견해는 과연 법익침해의 위협과 구별하여 法益平穩狀態의 攪亂이라는 독자적인 개념을 인정할 필요가 있는지 의문이다. 한편 抽象的危險說은 불능미수의 경우 항상 문제되는 것은 경솔하게 착오를 일으킨 행

104) 判例가 들고 있는 ‘科學的 一般人’이라는 기준을 구체적 위험설을 주장하는 측에서 뿐만 아니라, 추상적 위험설을 주장하는 측에서도 유용한 판단의 척도로 삼고 있는 점이 이를 뒷받침해 준다.

105) 이용식, “불능미수와 위험성”, 『고시계』 제44권 제6호, 고시계사, 1999.6. 114면은 실제로는 그 차이가 거의 없다고 한다.

106) 실제로 인상설에 따르면 위험성이 없는 불능범은 존재하지 않는다는 견해도 있다(이형국, 『형법총론연구Ⅱ』, 554면). 이 견해에 따르면 주관설과의 차이를 발견하기 어렵다.

107) 임 응, 앞의 책, 376면. Stratenwerth는 인상설이 미수범의 처벌근거에 대한 독일의 전통적 논의를 표현한 것에 불과하며, 특정한 해석학적 구상이 아니라 미수범의 처벌도 일반적인 형사정책적 고려에 따라야 함을 표현한 것이라고 주장하였다(Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Verlag STÄMPFLI & CIE AG, 1982, 279면).

108) 福田 平, 『刑法總論』, 有斐閣, 1996, 37면. 각주 6).

위자인데 이러한 경솔한 행위자의 인식 사실만을 기초로 하여 위험성을 판단하는 것은 타당하지 않으며, 불능미수와 불가별적인 불능범과의 구별을 모호하게 한다는 문제점이 있다.¹⁰⁹⁾ 또한 추상적 위험설은 결론에 있어 주관적 미수론과 본질적인 차이가 없게 된다. 추상적 위험설은 불능객체에 대한 미수의 경우에는 행위객체의 존재여부 또는 존재론적 사실에 관한 착오가 문제이기 때문에 경험칙에 관한 착오로 판단할 수 없는 문제점이 있어 불능미수의 모든 사례를 합리적으로 해결할 수 없다.¹¹⁰⁾

또한 위험성의 개념을 토대로 살펴본다면, 불능미수의 위험성은 評價上 法益侵害의 潛在的 危險性이며, 이러한 개념 정의를 고려하면 추상적 위험설이나 인상설은 적절한 논리적 판단과정을 거치는 것으로는 보이지 않는다. 즉 결과발생이 불가능한 모든 경우에 행위자의 인식을 판단의 기초로 하는 추상적 위험설이나 인상설은 ‘一般人’ 또는 ‘일반에 대한 법동요적 인상’이라는 여과장치를 통하여 위험성을 부정할 수도 있다. 그러나 이는 판단의 주체 측면에서 여과되는 것이며, 판단의 기초 사정으로 경솔한 행위자의 인식만을 고려하였다는 문제점은 여전히 남게 된다.¹¹¹⁾ 형법상의 불법 판단은 주관과 객관의 통합체인 행위의 의미를 고려하여 위험성을 판단하여야 하며 주관적·객관적 사정이 모두 고려되어야 하는데, 행위자의 인식만을 기초로 하는 것은 주관쪽으로 편향된 것이다. 따라서 불능미수가 불가별적인 불능범과 구별되며, 미수범으로서 처벌되어야 한다는 점을 유기적으로 설명하기 위해서는 ‘행위시의 상황에서는 범의침해의 현실적 위험성이 없었다고 하더라도, 행위수단이나 대상의 착오가 없는 상황이었다면 결과발생이 가능하였으리라는 조건’에서 처벌되는 미수범의 위험성을 인정하는 것이 타당하며, 이점에서 具體的 危險說이 적절하다고 하겠다. 또한 구체적 위험설이 추상적 위험설에 비하여 위험성 판단의 요건을 강화하는 견해라고 볼 수 있으므로 위험성 판단기준인 일반적 경험법칙이란 科學的 一般人的 經驗法則으로 봄이 타당하다.¹¹²⁾ 과

109) 유사한 취지로는 박상기, 앞의 책, 369면.

110) 하태훈, “불능미수”, 「형사법연구」 제4호, 1991, 78면.

111) 한편 이정원, 앞의 논문, 86면은 추상적 위험설이나 인상설은 거의 위험성을 부정할 수 없다고 비판한다.

112) 신동운, 앞의 책, 514면. 과학적 일반인은 상식에 충실한 통찰력 있는 일반인보다 높은 단계의 개념이라고 한다. 배종대, 앞의 책, 546면; 이재상, 앞의 책, 384면은 통찰력

학적 일반인이란 추상적 위험설에서 말하는 사회의 평균적 일반인보다 관련분야의 전문지식을 이미 갖추고 있는 사람을 뜻한다. 구체적 위험설에 대하여는 행위자가 인식한 사실과 일반인이 인식 내지 인식할 수 있었던 사정이 다른 경우 누구의 인식사실을 기초로 하여야 하는지가 불명하다는 비판이 있다. 이에 대해 구체적 위험설은 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하되 행위자가 특별히 인식한 사정을 고려해야 한다는 수정론을 펼치나, 여기에도 판단의 기초사정은 행위자 아니면 일반인의 양자택일의 문제라는 전제에서 행위자의 특별한 인식을 기초로 하게 되면 주관적 위험설과 같아지고 일반인의 인식을 기초로 한다면 객관설과 비슷하게 된다는 재비판이 가해진다.¹¹³⁾ 이러한 비판은 항상 행위자의 인식수준이 일반인의 인식수준보다 떨어지는 경우만이 문제된다는 전제에서 있다. 그러나 판단의 기초사정에 있어 일반인의 인식을 토대로 하되 행위자가 특히 인식하고 있는 사실을 고려한다는 것은 일반인이 인식하지 못했으나 행위자가 특별히 알고 있는 사정이 있는 일부의 경우에 행위자의 특별한 인식을 기초로 한다는 의미이다.¹¹⁴⁾ 또한 일부의 경우 결론이 주관설과 유사하게 된다고 하여 판단의 주체, 판단의 기초사정이 다른 구체적 위험설이 주관설과 같아진다고는 일반화할 수는 없다.

IV. 결 론

형법 제27조는 ‘불능범’이라는 표제와는 달리 그 독자성을 인정하고 조문의 실질적 내용을 토대로 불능미수에 대한 규정으로 판단하는 것이 타당하다. 지금까지 學說과 判例는 결과발생의 불가능에 대한 판단을 소홀히 하여 왔으나, 미수론의 체계에 비추어 판단컨대 불능미수와 장애미수는 결과 발생의 불가능 판단 단계에서 구별하여야 하며, 이를 위해서는 규범적

있는 인간으로만 표현하고 있다. 신양균, 앞의 논문, 424면은 통찰력있는 인간을 편견 없는 법관을 의미한다고 보고 있다.

113) 임 용, 앞의 책, 372면.

114) 즉 일반인의 입장에서 판단하였을 때 수단의 착오와 객체의 착오가 복합되어 있는 상태에서 그 일부 사정에만 행위자의 인식이 우월한 경우 행위자가 특별히 인식하고 있는 상황이 판단의 기초사정이 된다.

인 판단을 하여야 한다. 그리고 그 기준은 실행의 착수시점에서 ‘범죄를 저지른 행위자의 행위가 통찰력있는 일반인(편견 없는 법관)의 입장에서 판단하여, 행위자의 착오 있는 인식이 아닌 偶然한 事情으로 구성요건적 결과발생이 불가능한가’가 될 수 있을 것이다. 이러한 기준에 따르면 현재 대다수의 문헌이 결과발생이 불가능하여 불능미수로 보는 사례들이 가능미수의 사례로 장애미수에 포섭될 것이다. 우리 형법이 불능미수에 대하여 임의적이기는 하나 형의 감면까지 인정하고 있음을 고려할 때 불능미수는 불능범과 장애미수의 중간영역에서 제한적으로 해석되어야 한다.

불능미수의 판단에서 結果 發生의 不可能과 危險性은 有機的으로 連結되어 작동하며, 위험성의 독자성도 결과발생의 불가능 판단과 연계되어 있다. ‘위험성’은 행위 객체에 대한 法益侵害의 潛在的 危險性으로 해석하여야 하며, 이러한 개념정의와 결과발생의 불가능에 대한 규범적 판단을 연결시키면, 위험성은 불능미수의 독자적인 요소로 기능하지 않는다. 불능미수의 위험성은 어느 정도 위험하여야 가벌적 미수가 되는지를 결정하며, 이렇게 볼 때 불가벌적 불능범과 구별이 가능해진다. 결과발생의 불가능을 규범적으로 판단하더라도 불능범과의 구별을 위해서 위험성의 판단이 필요하며, 판단의 기초사정, 판단의 주체, 판단기준 측면에서 판단컨대, 具體的 危險說이 타당하다.

지금까지 法院은 불능미수 판단시 논리적인 판단과정을 거치지 않고 결과발생의 불가능과 위험성을 혼동하였으며, 판단 시점 및 기준도 명확하지 않았다. 그러나 앞으로는 피고인의 고의 분석을 심도 있게 연구하여 불능미수의 이론적 체계 정립에 노력을 다하여야 할 것이다. 이제는 학계뿐만 아니라 법원도 불능미수가 강학적인 사례를 벗어나, 현실적으로 문제될 수 있음을 인식하고 정밀한 척도의 개발을 위해 제27조를 새롭게 해석할 필요가 있다.

참고문헌

- 권오길, 형법총론, 형설출판사, 2005
 김상호, 형법총론, 동남기획, 2005

- 김일수/서보학, 「형법총론(제11판)」, 박영사, 2006
- 김성천/김형준, 「형법총론」, 동현출판사, 1998
- 박상기, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2004
- 배중대, 「형법총론(제8판)」, 홍문사, 2006
- 백원기, 「미수론연구」, 삼지원, 1995
- 손동권, 「형법총론(제2전정판)」, 율곡출판사, 2005
- 신동운, 「형법총론(제2판)」, 법문사, 2006
- 오영근, 「형법총론(제2판)」, 대명출판사, 2002
- 이재상, 「형법총론(제5판)」, 박영사, 2006
- 이정원, 「형법총론(제3판)」, 법지사, 2004
- 이형국, 「형법총론(제3판)」, 법문사, 2005
- _____, 「형법총론연구Ⅱ」, 법문사, 1984
- 임 용, 「형법총론(개정판)」, 법문사, 2005
- 정성근/박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2007
- 정영일, 「형법총론」, 박영사, 2005
- 진계호, 「형법총론(제7판)」, 대왕사, 2003
- 김봉태, “불능범에 있어서의 위험성의 개념”, 「법학연구」제24권 제1호, 부산대, 1981.12
- 김용욱, “가능미수와 불능미수의 구분”, 「刑事判例의 研究 I : 이재상교수 화갑 기념논문집」, 박영사, 2003
- 김일수, “不能未遂를 論함”, 「고시계」 제30권 제5·6호, 고시계사, 1985.5·6
- _____, “미수범의 불법귀속에 관한 연구- 특히 불능미수를 중심으로”, 「고려법학」, 고려대, 2003
- 김종원, “不能未遂에 관한 研究”, 「대한민국학술원 논문집(인문·사회과학편)」제36집, 1997.1
- 김태명, “형법상 위험개념과 형법해석”, 「成均館法學」제14권 제1호, 성균관대, 2002
- _____, “형법 제27조(불능범)의 위험성 요건의 독자성과 구체적 의미”, 「형사법연구」 제26호, 2006.12
- 도중진, “불능미수와 위험성-차브레이크액유출 살인미수사건-”, 「刑事判例의 研究 I: 이재상 교수 화갑기념논문집」, 박영사, 2003

- 박정근, “欠缺未遂”, 『고시계』, 제14권 제1호, 고시계사, 1969.1
- 백원기, “불능미수와 위험성-차브레이크액 유출 살인미수사건-”, 『형사판례연구』(5), 박영사, 1997
- 백형구, “不能未遂犯 - 몇 가지 試論-”, 『월간고시』제15권 제3호, 법지사, 1988.3
- 손동권, “不能(未遂)犯에 관한 研究”, 『一鑑法學』 제2권, 건국대, 1997
- 성시탁, “不能未遂”, 『김종원교수 화갑기념논문집』, 법문사, 1991
- 신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, 『法學』제41권 4호, 서울대, 2001
- 신양균, “不能未遂의 法的 性格”, 『김종원교수 화갑기념논문집』, 법문사, 1991
- 심재우, “不能未遂犯”, 『고시연구』제9권 제10호, 고시연구사, 1982.10
- 안성화, “불능미수에 관한 연구”, 경희대 대학원 법학박사학위논문, 1989
- 이경렬, “미수범에 있어서 위험개념에 관한 연구”, 성균관대 대학원 법학박사학위논문, 1994
- 이용식, “不能未遂와 危險性”, 『고시계』 제44권 제6호, 고시계사, 1999.6
- 이재상, “不能未遂에 관한 몇 가지 問題點”, 『月刊考試』제16권 제7호, 법지사, 1989.7
- 이정원, “불능범의 새로운 이해”, 『형사정책연구』제13권 제4호, 2002
- 이형국, “不能未遂(上·下)”, 『고시연구』 제10권 제7·8호, 고시연구사, 1983.7·8
- 정진연, “不能未遂에 있어서의 危險性”, 『現代刑事法論 : 박양빈교수 화갑기념논문집』, 법문사, 1996
- 천진호, “불능미수범의 위험성 판단 -해석상의 오류를 중심으로-”, 『비교형사법연구』 제1권 제1호, 1999
- 하태훈, “不能未遂”, 『형사법연구』제4호, 1991
- 허일태, “불능미수범에 있어서 위험성의 의미”, 『형사법연구』제13권, 2000
- Herzberg, Rolf D., “Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs”, GA , 2001
- Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.Aufl., Franz Vahlen, 2002

- Maurach, Reinhart/Gössel, Karl/Zipf, Heinz, *Lehrbuch, Allgemeiner Teil Band 2*, 6. Aufl., Müller Juristischer Verl., 1987
- Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, C.H.Beck., 2003
- Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., Luchterhand, 1995
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.Aufl., München : C.H.Beck, 2001
- Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Verlag STÄMPFLI & CIE AG, 1982
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Aufl., C.H.Beck, 2003
- Wessels, Johannes, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 27. Aufl., C.F. Müller, 1997
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 33. Aufl., C. F.Müller, 2003
- 板倉 宏, 刑法總論, 勁草書房, 1994
- 福田 平, 刑法總論, 有斐閣, 1996
- 前田雅英, 刑法總論講義, 東京大學出版會, 2006

Neuabschätzung des untauglicher Versuch Einwandes

Lee Seung Jun

(Researcher, Yonsei Law Institute)

Trotz dem §27 in koreanischen StGB sollte man beide Begriffe unterscheiden und nach dem Inhalt des Paragraph, anders als die Überschrift, als eine Regel für den untauglichen Versuch ansehen. In vielen Fällen, in denen es sowieso keine Resultate geben konnte, beurteilt man sie nach naturwissenschaftlichen und realistischen Methoden, wobei man irrational auf den Entschluss kommen könnte, ein Vorfall des fehlgeschlagener Versuchs wäre. Deshalb muss man die nicht vorgefallenen Resultate nach Regeln beurteilen und die Grundmaßstäbe werden so gefaßt, so dass die Tat des Täters etwas anderes, abgesehen von dem Irrtum des Täters, zufällig das Geschehen des erwarteten Resultats verhindert in der allgemeinen Person des Einblickes. Bei dem Verfahren des unmöglichen Geschehens des erwarteten Ergebnisses hängen das unmögliche Geschehen und die Gefährlichkeit davon organisch zusammen. Wenn man nun die Definition der Gefährlichkeit und das normative Denken des unmöglichen Geschehens des Resultats verbindet, sehen wir, dass die allgemeine Meinung, dass die Gefährlichkeit als Objekt von normativen Beurteilungen, nicht als ein einziger Faktor für die Eigenschaften des untauglichen Versuchs funktioniert. Dann bedeutet das, dass die Gefährlichkeit, genauso wie bei dem Untauglichen Delikten, bei dem untauglichen Versuch, nur als minimale Bedingung für den Grund der Bestrafung gilt. Der Unterschied hängt nur von dem Maß und der Qualität der Gefährlichkeit ab. Auch wenn man normativ über das unmögliche Geschehen urteilt, braucht man die Hilfe der Gefährlichkeit um den unbestraften Untauglichen Delikten zu unterscheiden. Dafür,

denke ich, dass die konkrete Gefährlichkeitstheorie, basiert auf Erkenntnissen der Täter und der Allgemeinen, geeignet ist.

Das Gericht muss fortan mehr tiefere Analysen machen und mehr über die Absichten der Angeklagten forschen und sich auch auf die systematische Verfassung der untauglichen Versuchs Theorie konzentrieren.

주제어 : 불능미수, 결과발생의 불가능, 범의침해의 잠재적 위험,
구체적 위험설

Keywords : *untauglichen Versuch, unmöglichen Resultat, normativen
Beurteilungen, die potentielle Gefährlichkeit der
Verletzung des Rechtgutes, konkrete Gefährlichkeitstheorie*