

불능미수(형법 제27조)의 “위험성”에 대한 재검토: 행동법경제학적 관점을 포함하여*

한 상 훈**

국 | 문 | 요 | 약

형법 제27조가 규정하고 있는 불능미수 또는 불능범에 대하여 혼란과 논란이 아직도 상당하다. 제27조가 외국의 유사한 입법례가 없는 우리나라의 독특한 규정이기 때문에 그 의미 및 해석론, 판례 등에 논란의 여지가 많기 때문이며, 또 미수범의 처벌근거라고 하는 보다 근본적인 문제도 관련되어 있다고 본다.

제27조의 문언 자체가 모호한 점이 있다는 점도 무시할 수 없고, 대법원 판례가 사용하는 “불능범”, “위험성”, “결과발생의 가능성”이 무엇을 의미하는지도 논란의 여지가 있다. 본고에서는 불능미수의 “위험성”이 독자적인 의미를 가지며, 그 내용은 잠재적 위험설의 관점에서 판단해야 한다는 점을 논증하였다.

또한 최근 부상하는 행동법경제학의 관점에서 불능미수의 처벌이나 위험성판단이 갖는 의미를 간략히 살펴보았다. 행동경제학은 인간이성의 절대적 합리성에 의문을 제기하고, 진화론적 관점에서 인간의 감정, 직관, 양심을 새롭게 평가하는 학문이다. 이제 21세기를 규정하는 슬로건은 아마도 “나는 진화한다. 고로 존재한다”(Evolvo, ergo sum)일 것이다. 본고는 새로운 인간상에 기초한 신형법이론을 향한 시론적 시도의 하나라고 볼 수 있다.

- ❖ 주제어 : 불능미수, 잠재적 위험설, 추상적 위험, 결과발생, 행동법경제학, 편향, 편견

* 이 연구는 한국연구재단의 지원(KRF2009-361-A00027)에 의해 이루어졌음.

** 법학박사, 연세대학교 법학전문대학원 부교수

I. 문제의 소재

형법 제27조는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”고 규정하고 있는바,¹⁾ 제27조가 규정하고 있는 불능미수 또는 불능범에 대하여 혼란과 논란이 아직도 상당하다. 불능미수는 실무상 크게 활용되지 않는 조문이다. 그럼에도 이토록 많은 관심과 주목을 받는 이유는 아마도 제27조가 외국의 유사한 입법례가 없는 우리나라의 독특한 규정이기 때문에 그 의미 및 해석론, 판례 등에 논란의 여지가 많기 때문이며, 또 미수범의 처벌근거라고 하는 보다 근본적인 문제도 관련되어 있다고 본다.

제27조의 문언 자체가 모호한 점이 있다는 점도 무시할 수 없다. 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 경우가 도대체 무엇을 의미하는지 논란이 된다. 동조의 문언 자체가 모순이므로 위험성을 삭제해야 한다는 의견도 존재하는 것은 이러한 문언의 모호성에 어느 정도는 기인한다고 본다.

하지만 문제를 더욱 어렵게 만드는 것은 판례의 태도이기도 하다. 불능미수에 관한 제27조의 적용에 있어서 대법원 판례는 여러 가지 용어와 기준의 오해를 야기하고 있다. 학설의 논란을 판례가 증폭시키고 있는 측면도 부인할 수 없는 사실이로 보인다. 대법원 판례가 사용하는 불능범, 불능미수, 위험성과 같은 용어사용이나 표현, 결론 등에서 볼 때, 논란의 여지가 많이 있다. 이러한 상황에서 본고는 불능미수의 “위험성”의 해석론에 대한 다기한 학설과 판례를 분석하고, 불능미수의 해석론에 대한 나름의 대안을 제시해 보려고 한다.

2011년 법무부는 형법개정안을 국회에 제출하였다.²⁾ 국회의 임기만으로 폐기되었지만, 현재에도 법무부 형법개정위원회가 가동중이라고 하니 형법개정논의는 계

1) 이하 범명이 생략된 조문은 형법을 말한다.

2) 형법일부개정법률안, 2011. 3. 25. 제안, 의안번호 1811304. 제안이유: 1953년 제정된 이래 개정거의 없었던 총칙 부분을 그 동안 축적된 판례, 발전된 형법이론 등을 반영하여 개정함으로써 사회변화에 따른 국민의 법의식과 현행법 간의 괴리를 해소하고 국민의 인권을 충실히 보장하며 인류공통의 보호법익을 침해하는 국제적인 범죄에 효율적으로 대처할 수 있도록 하는 한편, 판결 선고 전 구금일수의 통산방법, 혼인빙자 등에 의한 간음죄 등 헌법재판소에서 위헌결정을 한 조문을 정비하려는 것임.

속 현재형이라고 보아야 한다. 그런데, 법무부의 형법개정안에도 제27조 불능미수의 개정안은 포함되어 있지 않다. 따라서 현재의 해석론이 적정한지, 새로운 입법이 필요한 것은 아닌지 계속 검토가 필요하다.³⁾

논의의 출발은 판례의 용어사용에서 시작한다. 판례가 사용하는 “불능범”과 “위험성”, “결과발생의 가능성”이 무엇을 의미하는지 정리해본다. 이어서 불능미수의 “위험성”이 독자적인 의미를 가지는지, 타당한 해석론은 무엇인지 정리하고자 한다.

마지막으로 최근 부상하는 행동법경제학의 관점에서 불능미수의 처벌이나 위험성판단이 갖는 의미를 간략히 살펴본다. 행동경제학은 인간이성의 절대적 합리성에 의문을 제기하고, 진화론적 관점에서 인간의 감정, 직관, 양심을 새롭게 평가하는 학문이다. 17세기에 르네 데카르트는 “나는 생각한다. 고로 존재한다”(Cogito, ergo sum)라면서 근대이성주의의 개막을 선언하였다. 이제 21세기는 바야흐로 진화의 시대라고 할 수 있다. 이 시대를 규정하는 슬로건은 아마도 “나는 진화한다. 고로 존재한다”(Evolvo, ergo sum)일 것이다.⁴⁾ 본고는 새로운 인간상에 기초한 신형법이론을 향한 시론적 시도의 하나라고 볼 수 있다.

II. 불능미수에 대한 판례의 분석과 비판

1. “불능범”이라는 용어의 다의성

대법원 판례가 사용하는 “불능범”(不能犯)이라는 용어의 의미가 불분명하고 다의적이어서 논란의 여지가 있음은 이전에도 지적되었다. 불능범은 두 가지의 의미를 갖고 있다. ‘공의의 불능범’은 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능한 경우를 말하고, ‘협의의 불능범’은 결과발생이 불가능하고 위험성도 없어서 처

3) 이에 관하여는 정영일, 현행 미수범규정체계에 관한 입법론적 검토, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007 참조.

4) 라틴어 *evolvo*에서 *ē*는 밖으로(out of)의 의미이고, *volvō*는 구르다(roll)를 뜻한다. 따라서 진화(evolution)란 원래 굴러서 나오는 것, 펼쳐지는 것을 의미한다. <http://en.wiktionary.org/wiki/evolvo> 참조.

벌되지 않는 경우를 뜻한다.⁵⁾ 그러므로 광의의 불능범에는 결과의 발생은 불가능하지만 위험성이 있어서 처벌되는 불능미수와 위험성도 없어서 처벌되지 않는 협의의 불능범이 포함된다. 불능범이라는 용어 자체는 결과의 발생이 불가능한 경우를 의미하므로 광의의 불능범으로 사용될 수 있다. 하지만, 불능범을 서로 다른 의미로 사용할 경우, 어떠한 의미로 사용하는지 명확히 해야 할 것이다. 그렇지 않으면 오해가 발생한다. 특히 학계의 일반적 용어법은 “불능미수”와 “불능범”을 구별하여, “불능범”을 위험성이 없어서 처벌되지 않는 불능범으로 사용하는 경우가 많으므로 더욱 그런 문제가 발생한다. 그런데 대법원판례는 동일하게 “불능범”이라는 표현을 사용하면서, 어떤 경우에는 결과의 발생이 불가능하며 또한 위험성도 없어 처벌되지 않는 “협의의 불능범”을 의미할 때도 있고, 다른 경우에는 단지 결과의 발생이 불가능한 “광의의 불능범”을 의미하기도 한다.

예를 들어 다음을 살펴본다. <소송비용편취 사건>⁶⁾에서 ‘불능범’은 위험성이 없어서 처벌되지 않는 협의의 불능범을 의미하고 있다. 이에 반하여, <초우뿌리 사건>⁷⁾에서 대법원은 “불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생 또는 법익침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 경우를 말하는 것이다.”라고 하여 위험성의 유무는 묻지 않고 결과발생이 불가능한 ‘광의의 불능범’을 지칭하고 있다.⁸⁾

대법원 판례가 명확한 구별 없이 단지 맥락에 따라 ‘광의의 불능범’과 ‘협의의 불능범’을 그냥 ‘불능범’이라는 하나의 용어로 사용하는 것은 사실상 서로 다른 용어를 혼동, 혼용하고 있어서, 일반국민은 물론이고 일부 형법학자의 오해까지도 야기한다는 비판을 면하기 어렵다. 결론적으로, ‘광의의 불능범’은 실행에 착수하였으나 결과발생이 불가능한 경우를 총칭하고, 불능미수(범)은 “위험성”은 있는 경우이고

5) 신동운, 형법총론, 523면; 정영일, 불능미수의 불법구조, 한국 형사법학의 이론과 실천: 정암 정성진 박사 고회기념논문집, 2010, 211면; 한상훈, 형법 제27조(불능범)에서 “결과발생의 불가능”과 “위험성” 표시의 구별기준, 형사법연구, 제20권 제3호, 101면 참조.

6) 대법원 2005.12.8. 2005도8105 판결.

7) 대법원 2007.7.26. 2007도3687 판결.

8) 이 판례에서 사용한 ‘불능범’을 불가벌인 협의의 불능범으로 이해하는 견해도 있으나(박동률, 판례를 통해 본 불능미수: 결과발생의 불가능을 중심으로, 202면), 결과발생이 가능한 장애미수에 대응하는 개념으로써, 결과발생이 불가능한 경우의 불능범이라는 용어를 사용한 것으로 보아 ‘광의의 불능범’이라고 해야 한다. 대법원 1966.4.21. 66도152 전원합의체판결도 같은 문제를 갖는다.

불가벌인 협의의 불능범은 “위험성”조차 없는 경우를 말한다.⁹⁾ 이를 표로 정리하면 아래의 <표 1>과 같다.

<표 1> 불능미수와 불능범의 용어 정리

	종 류	요 건	효 과
광의의 불능범	불능미수(범)	“위험성” 있음	임의적 감면
	(협의의) 불능범	“위험성” 없음	불 벌

2. 판례에 사용된 “위험성”이라는 용어의 다의성

대법원 판례는 또한 제27조의 “위험성”이라는 용어도 중의적으로 사용하는 경향이 있다. 예를 들어, <브레이크호스절단 사건>¹⁰⁾을 살펴보자. 이 판결의 판결요지는 다음과 같다. “피고인이 원심 상피고인에게 피해자를 살해하라고 하면서 준 원비-디 병에 성인 남자를 죽게 하기에 족한 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 잡아 당김과 동시에 인도에 부딪치게 함으로써 겨우 위기를 모면하였다면 피고인의 위 행위는 어느 것이나 사망의 결과발생에 대한 위험성을 배제할 수 없다 할 것이므로 각 살인미수죄를 구성한다.”

이 판결의 마지막 줄인 “사망의 결과발생의 위험성”에서 “위험성”이라는 용어가 사용되었다. 일부 학설은 이 판결이 불능미수를 인정한 사례로 설명하고 있다.¹¹⁾ 판례가 사용한 “결과발생의 위험성”을 “위험성”표지와 동일한 용어이며 기준으로 본 것이다. 그러나 본 판결에서 사용된 사망의 결과발생에 대한 ‘위험성’을 배제할 수

9) 신동운, 형법총론, 523면; 정영일, 불능미수의 불법구조, 211면 참조.

10) 대법원 1990.7.24. 90도1149 판결.

11) 문채규, 형법 제27조(불능범)의 “위험성” 표지, 40면 각주 31; 백원기, 불능미수와 위험성, 127면; 도중진, 불능미수와 위험성, 지송 이재상교수 화갑기념논문집, 1권, 585면 각주 2; 김호기, 살인죄에 있어서 불능미수와 장애미수의 구별, 573면 이하 참조.

없다는 표현은 단지 결과발생이 가능하다는 의미, 즉 결과발생의 ‘현실적 위험성’이 있다는 의미이다.¹²⁾

이에 반하여, <소송비용편취 사건>¹³⁾에서 대법원은 “불능범의 판단 기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다”고 판시하였다. 이 판결이 말하는 “위험성 판단”에서 “위험성”은 제27조가 규정하는 불능미수범의 특유한 성립요건인 “위험성”, 즉 ‘특유의 위험성’을 의미한다고 볼 것이다. 따라서, 판례에는 같은 “위험성”이라는 용어가 ‘일반적 가능성’을 의미하기도 하고, 제27조의 ‘특유한 위험성’을 의미하기도 하기 때문에 혼동의 소지가 있다. 제27조의 불능미수와 관련된 사안에서는 “위험성”이 특별한 의미를 갖는 용어이므로 혼동을 줄이기 위한 노력이 필요하다고 본다.¹⁴⁾

제27조의 요건인 “결과발생의 불가능과”와 “위험성”표지에 대한 판례의 해석론에 대한 검토는 후술한다.

III. “위험성”에 대한 학설의 내용과 검토

제27조가 명확하게 규정하고 있고 이전에도 살펴 보았듯이, 불능미수의 해석론에 있어서는 결과발생의 ‘일반적 가능성’ 또는 ‘일반적 위험성’과 제27조의 ‘특유한 위험성’을 구별해야 한다는 것이다.¹⁵⁾ 지금부터 검토하는 것은 제27조 불능미수에

12) 같은 취지의 정확한 지적으로는 김용욱, 기능미수와 불능미수의 구분, 형사판례의 연구: 지송 이재 상교수 화갑기념논문집, 1권, 576면 이하; 박동률, 판례를 통해 본 불능미수: 결과발생의 불가능을 중심으로, 204면 이하 참조.

13) 대법원 2005.12.8. 2005도8105 판결

14) 단순히 결과발생의 “가능성”이라고 하면 범죄의 불법적, 부정적 결과의 발생가능성이 경시되는 인상을 받는다. 이에 반하여 “위험성”이라고 할 때 결과에 대한 부정적 평가가 분명하게 나타나므로 일반적 가능성과 범죄의 가능성을 대비시키기 위하여 일반적 가능성으로서의 “위험성”이라는 표현을 사용하는 것 자체를 비판할 수는 없지만, 오해는 피해야 한다. 최근 판례는 “결과발생의 가능성”이라고 명시하여 혼란의 여지가 없다.

15) 상세히는 한상훈, 형법 제27조(불능범)에서 “결과발생의 불가능”과 “위험성” 표지의 구별기준, 형사법연구, 제20권 제3호 참조.

“특유한 위험성”에 대한 의미와 판단기준이다.

1. 객관설

객관설(객관적 위험설, 순객관설, 절대적·상대적 불능설)은 위험성의 유무를 순전히 객관적 입장에서 실행의 수단 또는 대상이 어떤 경우에도 결과를 발생시킬 수 없는 경우인 절대적 불능과, 실행의 수단 또는 대상이 결과를 발생시킬 수는 있으나 특수사정으로 결과를 발생시킬 수 없는 경우인 상대적 불능으로 구분하여, 제27조의 “위험성”은 상대적 불능을 의미한다고 본다. 따라서 절대적 불능의 경우에는 불벌인 불능범이고, 상대적 불능의 경우에는 “위험성”이 있어서 불능미수범으로 처벌된다고 하는 견해이다.¹⁶⁾

2. 구체적 위험설(신객관설)

구체적 위험설(신객관설)은 행위 당시에 행위자가 인식한 주관적 사정과 일반이 인식할 수 있었던 객관적 사정을 기초로(판단자료) 통찰력있는 사람의 판단인 일반 경험법칙에 비추어(판단주제 및 판단척도) 결과발생의 가능성이 있다고 판단되면 “위험성”이 있고, 불능미수범으로 처벌한다는 견해이다.¹⁷⁾ 객관설과 달리 행위당시 행위자가 특별히 인식한 사정도 판단대상에 포함시키므로 신객관설이라고 한다.¹⁸⁾ 이에 대하여 행위자가 인식할 수 있었던 사정만을 판단자료로 삼아야 한다는 견해도 주장된다.¹⁹⁾

16) 현재 우리나라에 이 견해를 주장하는 학자는 없는 것으로 보인다.

17) 김종원, 불능미수, 형사법강좌 II, 1984, 628면; 김일수/서보학, 형법총론, 532면; 박상기, 형법총론, 387면; 배종대, 형법총론, 528면; 안동준, 형법총론, 204면; 이제상, 형법총론, 406면; 이정원, 형법총론, 308면; 백원기, 불능미수와 위험성, 형사관례연구, 5권, 1997, 125면; 성시탁, 불능미수, 김종원교수회갑기념논문집, 1991, 401면; 이용식, 부작위범의 불능미수: 미수범의 객관적 구성요건 정립을 위한 생각의 작은 단초, 서울대 법학, 47권 4호, 2006, 263면; 정용석/백승민, 형법강의, 432면. 신동운, 형법총론, 527면이 제시하는 “강화된 구체적 위험설”은 구체적 위험설의 일종으로 보이지만, 그 내용은 오히려 추상적 위험설이므로 추상적 위험설로 분류한다.

18) 정영석, 형법총론, 222면 참조.

19) 오영근, 형법총론, §31/22.

위험성은 판단자가 실행행위시로 돌아가 일반인이 인식할 수 있거나 행위자가 특히 인식한 사정을 고려하여야 하고(사전고려; *Berücksichtigung ex ante*) 그 이후에 비로소 밝혀진 사정을 고려해서는 안된다. 이를 사후적 예후(*nachtragliche Prognose*)라고 한다.²⁰⁾

3. 주관설

주관설(순주관설)은 행위자의 반사회적 범죄의사가 외부로 확실하게 표현된 이상 결과발생이 객관적으로 불가능하더라도 위험성은 인정되며 따라서 불능미수로 보는 견해이다. 즉 이 견해는 행위자의 주관적 표상을 기준으로 한다는 점에서 위험성이 없는 미신범을 제외하고는 협의의 불능범의 개념을 부정한다.²¹⁾

주관설은 위험성의 판단자료를 행위자의 인식에서 찾는다라는 점은 후술하는 추상적 위험설과 동일하나, 위험성의 판단기준이 일반인이 아니라 행위자의 주관적 관점이라는 점에서 구별된다.²²⁾

4. 인상설

인상설은 행위자의 법적대적 의사가 일반인에게 법질서를 침해하는 인상을 심어 줄 수 있는 경우에는 제27조의 “위험성”이 있다고 판단되어 (불능)미수범이 성립된다고 하는 견해이다.²³⁾ 이 견해는 미수범의 처벌근거를 범죄적 의사라고 하는 주관주의 범죄론에서 출발한다는 점에서 위의 주관설과 동일하지만, 그 범죄의사가 법질서의 효력에 대한 일반인의 신뢰를 깨뜨리고 법적 안정성과 평온을 침해할 수 있다는 인상을 줄 정도에 이를 때에만 “위험성”이 인정되고 불능미수가 성립된다고

20) 유기천, 형법학(총론강의), 268면; 이경렬, 미수범에 있어서 위험개념에 관한 연구, 성균관대 박사논문, 97면 참조.

21) 독일형법 제23조 제3항의 태도이며, 독일 판례의 입장이다. RGSt 1, 452; RGSt 8, 201; RGSt 17, 158; RGSt 34, 218; BGHSt 11, 324; BGHSt 15, 210 참조. 정영석, 형법총론, 223면; 이경렬, 앞의 논문, 93면 참조.

22) 정영석, 형법총론, 224면 참조.

23) 김일수, 한국형법 II, 190면; 손해목, 형법총론, 914면.

하여 주관설을 객관적 관점에서 제한한다.

5. 추상적 위험설

추상적 위험설(주관적 객관설)은 행위자가 인식한 사실을 기초로 하여 공격된 법익에 대한 추상적 위험 즉 법질서에 대한 위험이 있었는가를 일반인의 입장에서 판단하려 한다.²⁴⁾ 행위 당시에 행위자가 인식한 사정을 판단의 기초로(판단자료) 일반인의 일반경험법칙의 관점에서(판단 주체 및 판단척도) 추상적으로 결과발생의 가능성이 있다고 하면 “위험성”이 존재한다는 견해이다.²⁵⁾ 즉 행위 당시에 행위자가 인식한 대로의 사실이 존재하였다라면 그 행위가 결과를 발생시켰을 것인가 하는 판단에 기초하기 때문에 주관적 위험설이라고도 하지만, 판단의 주체는 일반인이다.²⁶⁾

행위의 위험성이란 개개의 실행행위에서 구체적인 위험의 발생, 즉 법익침해의 가능성을 뜻하지만 이러한 위험개념은 코올리와 바헨펠트에 의하여 법익의 위험 대신에 법질서에 대한 위험(Gefahr für die Rechtsordnung)으로 변경되어 법질서에 대한 위험설이라고도 한다.²⁷⁾ 형감경의 불능미수의 위험성은 신객관설에, 형면제 불능미수의 위험성은 추상적 위험설에 따라야 한다는 견해도 있다.²⁸⁾

판단의 시점은 구체적 위험설과 같이, 행위 당시, 즉 사전적 관점이다.²⁹⁾ 다만, 구체적 위험설은 행위 당시에 일반인이 인식할 수 있는 사정까지도 판단자료에 포함시킴에 반하여, 추상적 위험설은 행위자가 인식한 사실만을 판단자료로 삼는다는 점에서 구별된다.³⁰⁾

24) 유기천, 형법학(총론강의), 269면 참조.

25) 성낙현, 형법총론, 526면; 신동운, 형법총론, 527; 임웅, 형법총론, 375면; 정성근/박광민, 형법총론, 416면; 정영석, 형법총론, 224면; 진계호, 형법총론, 525면; 김성천 외, 형법총론, 361면; 김성돈, 형법총론, 422면. 신동운, 형법총론, 527면은 “강화된 구체적 위험설”을 주장하지만, 그 내용은 행위자의 범행결의를 대상으로 과학적 일반인의 기준으로 위험성을 판단한다고 하므로, 본질적으로 추상적 위험설과 같다고 할 수 있다.

26) 유기천, 형법학(총론강의), 269면 참조.

27) 이경렬, 앞의 논문, 95면 참조.

28) 손동권/김재윤, 형법총론, 472면.

29) 이승준, 형법 제27조(불능범) 논의의 재검토, 형사정책연구, 제18권 제4호, 2007, 48면 이하 참조.

6. 위험성표지가 비독자적 의미라는 견해

최근에는 제27조에 규정된 “위험성”표지가 불능미수의 특유한 성립요건이라기 보다는 미수범성립의 일반요건인 위험성이라는 견해³¹⁾가 있다. 이 견해는 독일이나 일본의 형법에는 우리형법과 달리 “위험성”을 불능미수의 표지가 아니라 미수범 일반의 처벌근거로 논의하며, 어떠한 미수범의 형태든 모두 “위험성”을 갖고, 불능미수범의 판단에서만 “위험성” 표지가 독자적 의미를 가지는 것은 아니라고 한다. 제 27조의 “위험성”은 불능미수에 특유한 요건이 아니라 단지 모든 미수범은 위험성이 있어야 처벌한다는 점을 강조한 것에 불과하다고 한다. 이러한 견해에 의하면, 제27조에서 “위험성”은 불필요하고, 삭제해도 무방한 요건이 되며, “위험성”에 대한 논거나 논의는 맥락이 다른 외국의 학설을 무비판적으로 번역·소개하고 있다고 일갈한다.

7. 비교법적 검토

1871년의 독일제국형법에는 불능미수에 관한 규정이 없었다. 중간의 여러 초안에는 불능미수에 대하여 임의적 감경 또는 면제하는 안(1913년 초안, 1927년 초안), 현저한 무지로 결과가 발생하지 않으면 불벌하는 안(1922년 라드부르흐초안, 1925년 초안) 등이 있었으나, 결국 1975년에 개정된 현행독일형법 제23조는 불능미수를 별도로 규정하지 않고 미수범의 일반규정에 포함시키면서 현저한 무지인 경우에 감면할 수 있는 규정을 두었다.³²⁾

일본의 경우 1907년에 개정된 현행 일본형법 제43조에는 불능미수의 규정이 없다. 1927년 일본형법 예비초안 제23조는 자연법칙에 대한 현저한 무지로 인하여 결

30) 이경렬, 앞의 논문, 103면 참조.

31) 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 비교형사법연구, 1권, 1999, 72면; 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 형사법연구 13, 2000, 117면; 홍영기, 불능미수의 가능성 표지 - 장애미수와 불능미수의 구별 요건, 형사법연구, 제20권 제1호, 2008.3, 57면. 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 형사정책연구, 2007년 겨울호, 22면도 같은 입장으로 보인다.

32) 독일과 일본의 개정초안의 내용은 신동운, 불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위, 법학, 41권 4호, 서울대학교, 2001, 43면 이하 참조.

과가 발생하지 않은 경우 불벌하는 규정을 두었다. 이는 1922년 라드부르흐 초안과 같다. 1931년 일본형법가안총칙 제22조는 현저한 무지에 대신하여 위험성을 삽입하여, 결과의 발생이 불가능한 경우 그 행위가 위험한 것이 아닌 때에는 벌하지 않는 입장을 취하였다. 1974년의 일본형법초안 제25조는 “행위가 그 성질상 결과를 발생시키는 것이 도대체 불능한 것인 때에는 미수범으로서는 이를 벌하지 아니한다.”고 하여, 불능미수는 처벌하지 않는 입장이었다.

일본형법가안 제22조에서 “위험성이 없으면 처벌하지 않는다”라고 규정하고 있으므로, 이때의 “위험성”은 결과발생의 불가능과 연결되는 보완적 개념으로, 위험성이 없으면 처벌하지 않는다는 소극적 표지이다. 또한 일본형법가안은 위험성이 있는 불능미수의 경우에는 통상의 미수범과 같이 임의적 감경이 될 뿐이다(일본개정형법가안 제21조).³³⁾

이에 반하여, 우리형법 제27조는 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있을 때에는 처벌한다고 하여, 결과의 발생이 불가능하더라도 “위험성”은 있을 수 있음을 전제하고 있다. 이러한 의미에서 “위험성”표지는 “결과발생의 불가능”과는 대립되는 개념이고 처벌을 근거지우는 적극적 표지이다. 나아가, 위험성이 있어서 처벌되는 불능미수라고 하더라도 형의 감경이나 면제가 가능하도록 규정하여 면제의 가능성을 명시적으로 규정하였다.

형법제정당시인 1950년을 즈음하여 독일의 법률안은 임의적 감면이었고, 일본의 형법가안은 위험성이 없으면 벌하지 않는 입장이었다. 우리형법은 아마도 이러한 규정을 참고하여, 위험성이 있으면 불능미수로 별하되, 임의적 감면을 규정한 것이 아닌가 생각된다.

하지만, 독일과 일본에서는 그러한 법률안이 채택되지 않았다. 독일에서는 보다 주관적 관점에서 불능미수도 원칙적 처벌의 입장을 취하였고, 일본은 불능미수의 규정이 신설되지 않았다. 따라서 우리형법의 해석에서는 독일이나 일본의 현행형법을 참고하기가 곤란한 것이다.³⁴⁾

더구나 제27조는 결과발생이 불가능하지만 “위험성”이 있는 경우를 불능미수로

33) 신동운, 불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위, 52면 참조.

34) 하태훈, 불능미수, 형사법연구, 4호, 77면 이하; 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 91면 이하 참조.

규정하고 있으므로, 결과발생의 불가능과 “위험성”이라고 하는 일견 상호 모순되는 듯한 요건의 조화로운 해석론을 고민하게 만든다. 이에 대하여 여러 견해가 있고, 전술한 바와 같이 “위험성”은 불필요한 용어라는 지적도 있지만, 우리형법을 조화롭게 해석하는 것이 가능하다고 본다. 즉, 제27조가 규정하는 ‘결과발생의 가능성’은 구성요건적 결과 발생의 ‘현실적 가능성’이고, “위험성”은 결과발생의 ‘잠재적 가능성’으로 구별하는 견해가 타당하다.³⁵⁾ 즉, 결과발생이 불가능한 광의의 불능범을 다시 둘로 나누어서, 제27조의 ‘특유의 위험성’이 인정되면 불능미수로 처벌되고 ‘특유의 위험성’도 없으면 불가벌이 되는 것이다.³⁶⁾ 제27조가 규정하는 ‘특유의 위험성’은 결과발생의 ‘잠재적 위험성’이므로 이를 간단하게 ‘잠재적 위험성’이라고 명할 수 있다.³⁷⁾

8. 개별 학설에 대한 검토(사건)

구객관설은 제27조에 ‘특유한 위험성’을 객관적 입장에서 실행의 수단 또는 대상이 어떤 경우에도 결과를 발생시킬 수 있는지에 따라 판단한다. 하지만, 이러한 입장은 독일이나 일본에서 미수범일반의 처벌근거에 관한 학설로는 가능하지만, 우리 형법 제27조의 해석론으로는 적절하지 않다. 왜냐하면 제27조는 조문 자체에서 결과발생이 불가능함을 전제하고 있기 때문에 절대적 불능의 경우만이 불능미수의 범위에 해당되고 이를 다시 상대적 불능과 구별하는 것 자체가 무의미하기 때문이다. 즉, 구객관설은 현실적 위험성과 미수범의 처벌근거에 대한 학설이지 불능미수범에 특유한 “위험성”에 대한 학설이라고 할 수 없다.³⁸⁾

35) 박상기, 형법총론, 387면; 이승준, 형법 제27조(불능범) 논의의 재검토, 43면 이하; 한상훈, 앞의 논문, 86면 이하; 한정환, 형법 제27조의 취지·요건·적용기준, 형사법연구, 제19권 제3호, 558면 이하 참조.

36) 같은 취지로는 정영일, 불능미수의 불범구조, 2010, 225면; 홍영기, 불능미수의 가능성 표시 - 장애미수와 불능미수의 구별 요건, 58면; 이승준, 형법 제27조(불능범) 논의의 재검토, 형사정책연구, 제18권 제4호, 2007, 40면 이하 참조.

37) 잠재적 위험성은 기본적으로 추상적 위험성과 유사하지만 후술하는 바와 같은 차이점이 있다.

38) 같은 비판으로는 천진호, 불능미수의 위험성 판단: 해석상의 오류를 중심으로, 88면 이하(미수범의 처벌근거와 관련하여 독일 해석학에서 대립되고 있는 학설을 국내 문헌들은 불능미수범을 다른 형태의 미수범과 구별하는 핵심적 표시가 무엇인지에 대한 검토도 없이 일본 학설까지 덧붙여

구체적 위험설도 결과발생의 일반적 위험성과 불능미수 특유의 위험성을 혼동할 여지를 갖고 있다는 점에서 문제가 있다. 일반인이 알 수 있었던 사정을 포함시키게 되면, 결국은 결과발생의 객관적 위험성의 판단으로 전환되어, 미수범 일반의 위험성에 대한 문제로 귀착되어 버린다. 즉, 결과발생의 불가능성 문제와 “위험성”표지가 동일시되어 버리는 문제가 있다.³⁹⁾ 구체적 위험설도 결과발생의 일반적 위험성의 판단에 관한 학설로서 독일이나 일본의 경우에는 적합할 수 있고, 입법론으로는 경청할 수 있겠지만, 제27조의 “위험성”에 대한 해석론으로는 적절하다고 보기 어렵다.⁴⁰⁾

이와 반대로, 주관설은 행위자의 반사회적 범죄의사가 외부로 확실하게 표현된 이상 결과발생이 객관적으로 불가능하더라도 제27조 특유의 위험성은 인정된다고 볼 수 있기 때문에, 우리형법의 해석론으로 검토해볼 수 있다. 하지만, 단순히 법적 대적 의사가 표출되었다고 불능미수로 처벌하는 것은 법적대적인 의사 내지 심정이라는 불법 없는 책임만을 근거로 처벌하는 것으로서 국가형벌권의 과도한 확장이라는 비판이 가능하다.⁴¹⁾ 또한 미신범을 불능미수에서 제외하는 이유도 설득력이 떨어진다.⁴²⁾

인상설은 주관설의 과도한 형벌권 확장을 법질서교란에 대한 인상이라는 일응 객관적 기준으로 제한한다는 점에서 진일보한 학설로 평가할 수 있다. 하지만, 법질서교란의 인상이라는 기준이 일관되고 명확한 기준을 제시할 수 있는지 의문이다. 제27조의 특유한 위험성은 처벌되는 불능미수범과 처벌되지 않는 협의의 불능범을 구별하는 중요한 표지이므로 예측가능성이 확보되어야 함에도 불구하고, 법질서교란의 인상이라는 기준으로는 일관된 기준을 제시하지 못한다는 비판이 가능하다.⁴³⁾

추상적 위험설은 행위자가 인식한 사실을 기초로 하여 공격받은 법익에 대한 추상적 위험성 즉 법질서에 대한 위험이 있었는가를 일반인의 입장에서 판단하려고

“위험성” 표지에 관한 학설로 무비판적으로 번역·소개하고 있다는 지적)

39) 임웅, 불능미수에 있어서 ‘착오로 인한 결과발생의 불가능’과 ‘위험성’에 관한 연구, 170면 참조.

40) 유기천, 형법학(총론강의), 275면 참조.

41) 오영근, 형법총론, §31/16; 손동권/김재윤, 형법총론, 471면 참조.

42) 정영석, 형법총론, 224면; 이형국, 형법총론, 259면; 김종원, 앞의 논문, 628면; 정성근/박광민, 형법총론, 417면; 손동권/김재윤, 형법총론, 471면 참조.

43) 임웅, 불능미수에 있어서 ‘착오로 인한 결과발생의 불가능’과 ‘위험성’에 관한 연구, 173면.

한다. ‘위험성’판단에서 행위자가 인식한 사정만을 판단의 자료로 삼기 때문에 결과 발생의 일반적 가능성과 혼동될 여지도 없다. 이런 점에서 제27조의 특유한 위험성에 대한 해석론으로 가장 유력한 입장이다. 하지만, 추상적 위험설은 법질서에 대한 추상적 위험성을 판단기준으로 삼는다는 점에 문제가 있다. 불능미수는 추상적 위험범과 구별된다. 불능미수는 미수범의 일종으로서 특정한 법익에 대한 위험성에 기초하여 처벌하는 것이지 법질서에 대한 추상적 위험성 때문에 처벌하는 것이 아니다. 추상적 위험범과 비교하여 불능미수의 형량이 무거운 것은 바로 이처럼 특정한 법익에 대한 위험은 추상적 위험성보다 더 구체적이고 명확하여 비난가능성이 더 크기 때문이라고 할 것이다. 예를 들어, 음주운전으로 인한 교통사고로 사망하는 사람의 숫자가 살인의 불능미수 발생수보다 더 많을 것이고 그 사회적 비용도 크에도 불구하고⁴⁴⁾ 음주운전보다 살인의 불능미수를 더 중하게 보는 것은⁴⁵⁾ 그 결과 때문이 아니라 행위자의 특정하고도 의도적인 행위불법 때문이라고 본다. 당해법익에 대한 결과불법으로서의 잠재적 위험성도 긍정되지만, 특정한 법익을 향한 구체적 범행결의인 행위불법이 더 중하게 평가되는 것이다. 이런 점에서 추상적 위험설보다는 잠재적 위험설이 제27조의 “위험성”에 대한 해석론으로 적절하다고 생각한다.

마지막으로 제27조에 규정된 “위험성”표지가 불능미수의 특유한 성립요건이라기 보다는 미수범성립의 일반요건인 위험성이며, 장애미수와 불능미수의 위험성은 질적인 차이가 아니라 단지 정도의 차이라는 주장⁴⁶⁾에 대하여는, 불능미수의 “위험성”은 장애미수의 처벌근거인 결과발생의 ‘현실적 위험성’이 아니라 불능미수에 특유한 결과발생의 ‘잠재적 위험성’이므로 질적으로 구별될 수 있고, 독자적 의미도 긍정된다고 답할 수 있다.

44) 음주운전으로 인한 교통사고 사망자는 한해 700명을 넘고, 부상자도 4만명이 넘는다. 경향신문, 음주운전 단속 강화에도 ‘사고’는 한 해 3만건 달해, 2013. 2. 19. 참조. 살인의 불능미수가 문제되는 건수가 잘 드러나지는 않지만, 그 보다는 훨씬 적을 것이다.

45) 도로교통법 제148조의2 제2항 제1호에 의하면, 혈중알콜농도가 0.2퍼센트로 만취상태의 사람이 음주운전을 하면 1년 이상 3년 이하의 징역이나 500만원 이상 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 혈중알콜농도가 0.1퍼센트 이상 0.2퍼센트 미만인 사람은 6개월 이상 1년 이하의 징역이나 300만원 이상 500만원 이하의 벌금이다(제2호). 이에 비하여, 살인의 불능미수는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역을 감경 또는 면제할 수 있다(형법 제250조, 제27조 참조).

46) 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 85면 이하.

대법원 판례도 “위험성”표지의 판단과 관련하여 추상적 위험설 또는 잠재적 위험설의 입장이라고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 결론적으로 잠재적 위험설의 관점에서 장애미수, 불능미수, 협의의 불능범을 정리하면 다음의 <표 2>와 같다.⁴⁸⁾

<표 2> 장애미수, 불능미수, 불능범의 구별

구 분		결과발생의 가능성 = 현실적 위험성	“위험성” = 잠재적 위험성	효 과
장애미수		(+)	(+)	임의적 감경
광의의 불능범	(가별적) 불능미수	(-)	(+)	임의적 감면
	(협의의) 불능범	(-)	(-)	불 벌

9. 미수범의 조문체계와 불능미수의 지위

형법 제27조는 미수범 중에서 결과발생이 불가능한 불능미수범을 규정한 것이다. 따라서 일반적인 미수범과 마찬가지로의 요건이 부과된다. 즉, 미수범을 처벌하는 규정이 있고, 구성요건적 결과실현에 대한 범행결의를 갖고 최소한 실행의 착수에 이르러야 비로소 미수범, 그리고 불능미수가 검토될 수 있다. 판례도 실행의 착수에 이르지 못했다고 보는 이상, 소위 불능미수도 성립할 수 없다고 한다.⁴⁹⁾ 이렇게 볼 때, 제25조는 일반적 미수범의 성립요건을 규정한 동시에 장애미수의 처벌을 정한 조항이라고 하지 않을 수 없다.⁵⁰⁾ 그러므로 장애미수, 불능미수, 중지미수의 상호관계는 다음과 같이 이해해야 할 것이다.

먼저 미수범처벌규정이 있는지, 그리고 제25조의 주관적 성립요건으로서 ‘범행결의’와 객관적 성립요건으로 ‘실행의 착수’가 있는지 검토한다. 이러한 요건이 긍정되지만, 구성요건적 결과발생이 불가능하다는 주장과 다툼이 있으면, 이러한 결과발

47) 오영근, 형법총론, §31/19; 임웅, 불능미수에 있어서 ‘착오로 인한 결과발생의 불가능’과 ‘위험성’에 관한 연구, 형사법연구, 22권 4호, 2010, 172면 참조.

48) 이 도표는 필자가 2011. 12. 20. 서울서부지역 법학실무회에서 발표한 바가 있다.

49) 대법원 1999.11.26. 99도2461 판결.

50) 정영일, 불능미수의 불법구조, 213면 참조.

생의 가능성여부에 대해 판단을 해야 한다.⁵¹⁾ 결과발생의 가능성이 있으면 가능미수로서 장애미수가 된다. 반면, 범행의 수단 또는 대상의 착오로 결과발생이 불가능하다고 판명되면 다음으로 제27조의 ‘잠재적 위험성’을 심사하여 ‘위험성’이 인정되면, 불능미수로서 제27조에 의하여 처벌된다. 잠재적 위험성조차 없으면 협의의 불능범으로서 불벌이다.

그러므로, 제27조의 “위험성”은 결과발생의 잠재적 위험성으로서 미수범처벌의 최소 처벌근거라고 말할 수 있다.⁵²⁾ 따라서, 불능미수에 특유한 “위험성”은 잠재적 위험성을 의미하므로, 장애미수의 처벌근거로서의 ‘현실적 위험성’, 즉 결과발생의 현실적 가능성과 구별된다. 바로 이 점에 우리형법 제27조의 “위험성”표지가 갖는 독자적 의미가 있다. 하지만 동시에, 장애미수의 현실적 위험성과 불능미수의 잠재적 위험성은 모두 결과불법, 행위불법에 관한 불법요소라는 공통점을 간과해서는 안된다.⁵³⁾

한편, 제27조의 ‘위험성’, 즉 결과발생의 잠재적 위험성이 부정되어 협의의 불능범으로 불벌이면, 예비죄도 성립하지 않으므로, 실행의 착수가 인정되지만 예비죄로도 처벌되지 않는 논리모순이 발생한다는 비판이 있다.⁵⁴⁾ 하지만, 예비죄의 위험성과 처벌근거는 별도로 불능미수 이전에 심사하여야 하며, 불능범이라고 하여 소급하여 예비죄가 불벌이 되는 것은 아니라고 본다. 결과발생의 잠재적 위험성이 없다면 예비행위도 불벌로 취급하는 것이 타당하지 않을까 생각된다.⁵⁵⁾

51) 대법원 1984.2.14. 83도2967: 피고인이 피해자를 독살하려 하였으나 동인이 포함으로써 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.

52) 이용식, 부작위범의 불능미수: 미수범의 객관적 구성요건 정립을 위한 생각의 작은 단초, 248면 이하 참조.

53) 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 88면은 불능미수가 착오에 대한 회피가능성 또는 정당한 이유의 문제이므로 책임영역에서 다루어져야 한다고 하나, 이는 불능미수의 잠재적 위험성이 결과불법, 행위불법적 성질을 가짐을 오해한 것이다. 적절한 비판으로는 이용식, 앞의 논문, 249면 참조.

54) 이용식, 앞의 논문, 247면.

55) 예를 들어, 밀가루에 독약성질이 있다고 오신하고 살인의 의사로 밀가루를 사온 경우, 행위자가 인식한 바를 객관적, 과학적 일반인의 기준으로 평가하는 잠재적 위험성의 원칙이 적용되어 불벌인 것이다(불능예비라고 할 수 있다). 일응 실행의 착수 이전이라면 불능예비의 문제로 심사하고, 실행

제27조의 불능미수가 인정된다고 하여도 중지미수(제26조)가 성립할 수 있으므로, 자의적으로 범행을 중지한 상황이나 주장이 있으면 이어서 중지미수의 성립 여부를 검토해야 한다.⁵⁶⁾ 불능미수는 행위불법, 결과불법의 감경, 형면제의 사유이고, 중지미수는 불법감소, 책임감소, 정책적 필요 등의 사유가 결합된 것이므로 범죄체계론상으로는 불능미수를 먼저 심사하고, 이어서 중지미수를 검토하는 것이 적절하다.

10. 입법론의 검토

2011년 3월 25일 국회에 제출한 정부의 형법개정법률안은 “제28조(불능미수) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 경우에는 처벌한다. 이 경우 형을 감경하거나 면제할 수 있다.”고 하여 내용은 동일하고 표제만 “불능범”에서 “불능미수”로 바꾸고 있다. 이 개정법률안에서도 불능미수에 대한 규정이 동일하다는 것은 결과발생의 불가능과 위험성에 대한 근본적 비판은 타당하지 않다는 방증(傍證)이라고 본다. 현실적 위험성이 있으면 장애미수로 처벌하고 현실적 위험성이 없다면 잠재적 위험성이 있는 때에 한하여 불능미수로 처벌하는 현행법의 태도가 중용의 입장으로 타당하다고 생각한다.

그런데 표제의 변경과 관련하여 보자면, 형법 제27조의 표제가 “미수범”이므로 불필요한 중복으로 보아 단순히 ‘중지범’, ‘불능범’이라고 간이하게 규정한 것으로 생각된다.⁵⁷⁾ 이렇게 본다면, 제27조의 표제를 굳이 “불능미수”로 개정할 필요는 없지만, 중복이 있더라도 오해를 해소하기 위하여 개정하는 것도 반대하지는 않는다. 다만, 형법개정안에서 제27조 중지미수, 제28조 불능미수로 되어 있는바, 그 순서를 바꾸는 것이 체계론상 타당해 보인다.

의 착수가 있으면 불능미수의 문제로 심사하면 되므로, 체계론상 논리적 모순은 아니라고 본다. 실행의 착수가 있지만 잠재적 위험성이 없어서 불법인 경우, 모충적으로 예비죄의 성립을 검토할 수 있으나, 이는 기수, 미수, 예비의 모충관계(법조경합)로 인한 것이므로 문제될 것이 없다. 예비죄의 처벌근거에 관련된 논의는 본고의 연구범위를 벗어난다.

56) 불능미수의 경우에도 중지미수가 성립할 수 있다는 입장이 통설이다.

57) 같은 취지로는 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 72면 참조.

IV. “위험성” 판단의 기준과 적용

1. 횡단적, 객관적 판단방법

제27조의 ‘특유의 위험성’은 ‘결과발생의 잠재적 위험성’으로 해석해야 함은 전술하였다. 그렇다면 이러한 ‘잠재적 위험성’은 구체적으로 어떠한 기준에 의하여 어떠한 방법으로 판단해야 하는가?

잠재적 위험성이라는 것은 당해 사건의 구체적 법익에 대하여 현실적 위협은 되지 못하지만 행위자의 주관적 범행계획을 고려할 때 구성요건실현의 가능성이 있는 상태라고 할 것이다. 그렇다면, 자연스럽게 행위자의 주관적 인식, 표상, 계획을 일반인의 객관적 관점에서 보아 법익침해의 결과를 가져올 가능성이 있는지 규명하여야 한다. 이때 실행행위 이후에 사후적으로 발생한 사건의 경과는 무시하여야 한다. 교과서적인 예지만, 백색분말을 독약으로 알고 A에게 먹였지만 사실은 설탕이어서 A가 사망하지 않은 경우, 객관적으로는 사망의 가능성이 전혀 없지만 행위자의 주관을 기초로 평가하면 타인에게 독약을 먹이는 것이고 이는 사망의 결과를 야기할 가능성이 있기 때문에 A의 생명에 대한 잠재적 위험성이 인정되어 불능미수가 성립한다.

이러한 위험성의 해석방법은 종래의 추상적 위험설과 기본적으로 유사하지만, 차이점도 있다. 추상적 위험설은 행위자가 “인식한 대로 사정이 있다면 결과가 발생할 것인가”라는 판단방법을 사용하지만, 잠재적 위험설은 행위자의 주관적 인식을 객관적 일반인이 평가할 때 결과발생의 가능성을 인정할 수 있는가를 기준으로 한다. 추상적 위험설이 말하는 바, “인식한 대로 사정”이라는 기준이 때로는 모호하기 때문에 잠재적 위험설에서는 이를 수용하지 않는다. 예를 들어, 설탕에 독약성분이 들어있다고 오인하고 설탕으로 사람을 죽이려고 먹인 전형적인 혐의의 불능범 사례에서, ‘설탕에 독약성분이 있다고 믿는 대로 사정이 존재한다면 살인의 결과가 발생한다고 결론낼 수도 있고, 그렇게 되면 행위자의 범죄적 의사사를 중시하는 주관설과의 차이가 없어지고, 미신범도 모두 처벌할 수도 있어 문제가 있다. 행위자의 비과학적, 주관적 믿음이나 기대는 객관적, 과학적 일반인의 관점에서 배제하여

야 한다.

또한 추상적 위험설에 대한 주된 비판은 행위자가 경솔하게 믿은 것에 기초하여 처벌하는 것은 과도하지 않은가 하는 점이다.⁵⁸⁾ 잠재적 위험설은 행위자가 인식한 사정을 대상으로 일반인의 객관적 관점에서 결과발생의 가능성이 있는지 판단하기 때문에, 행위자가 경솔하게 믿었는지 계획적으로 의도한 것인지를 모두 고려하여 결과발생의 위험성을 판단하게 되므로, 추상적 위험설에 대한 비판이 잠재적 위험설에 적용되지는 않는다.

그러므로 “행위자가 인식한 대로의 사정”이라고 하는 추상적 위험설에 대신하여, ‘행위자의 주관적 인식을 객관적, 과학적 일반인이 평가하여 결과발생의 가능성이 있는지’를 판단기준으로 하는 잠재적 위험설이 타당하다고 하지 않을 수 없다. 대법원도 <히로뽕제조실패 사건>⁵⁹⁾에서 “위험성”을 판단하면서, 이러한 잠재적 위험설의 결론과 동일한 방법을 취한 바가 있다.

이때 “위험성”의 판단시점과 방법은 실행행위의 횡단적, 객관적 분석(cross-sectional objective analysis)에 의하여야 한다. 횡단적 분석(cross-sectional analysis)이란, 특정한 시점을 기준으로 그 시점에서 조사대상(주로 사회)을 절단하여, 그 절단면(切斷面)에서 볼 수 있는 여러 요소를 규명하는 연구방법으로 정의할 수 있다.⁶⁰⁾ 불능미수에서는 실행행위의 시점을 기준으로 행위 당시에 행위자의 인식을 기초로 하여 객관적으로 보아 결과발생의 가능성이 있는지 검토해야 한다. 객관적이라고 하는 것은 행위자가 실제 인식(오인)하였던 사정을 행위자 자신의 지식과 무관하게 일반적 경험칙에 따라 객관적으로 분석해야 한다는 것이다. 예를 들어, 행위자가 사망한 지 얼마 지나지 않은 사체를 산 사람이라고 착오하여 살인의 고의

58) 이형국, 형법총론, 259면; 손동권/김재윤, 형법총론, 471면; 이승준, 앞의 논문, 50면 참조.

59) 대법원 1978.03.28. 77도4049 판결: “피고인의 행위의 위험성을 판단하려면 피고인이 행위 당시에 인식한 사정 즉 에페트린에 빙초산을 혼합하여 80-90도의 가열하는 그 사정을 놓고 이것이 객관적으로 제약방법을 아는 일반인(과학적 일반인)의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따졌어야 할 것이어서 이 점 심리절차 없이 다시 말해서 어째서 위험성이 있다고 하는지 그 이유를 밝히지 않아 위험성이 있다고 판단한 조치에는 이유불비의 위법 아니면 불능범 내지는 위험성의 범리를 오해한 잘못이 있다.”; 대법원 2005.12.8. 2005도8105 판결(소송비용 편취사건)도 같은 취지이다.

60) 두산백과사전 참조.

로 충격을 가하였다고 한다면, 먼저 행위자가 충격을 가하는 그 시점을 기준으로 사건을 횡단(cross-section)하여 그 시점에서 행위자가 사체를 생존한 사람으로 생각하고 있었는지 조사해야 한다.

그러므로, 이러한 논의를 요약하면, 형법 제27조가 규정하고 있는 “위험성”이란, 실행행위의 시점에서 행위자가 인식하고 있는 사정이나 대상을 기초로 하여 그러한 인식을 평가할 때 법익침해의 잠재적 가능성이 있는 경우를 말한다고 보아야 한다. 즉 횡단적 분석의 대상은 행위시의 사정으로 국한된다는 점을 분명하다. 하지만, 횡단적 분석의 판단기준도 행위시로 국한되어야 하는지는 논란이 있을 수 있다.

불능미수의 다른 요건인 “결과발생의 불가능”은 법익침해의 객관적 가능성이므로, 판단할 때에는 행위 이후에 발견된 일반적 지식이나 과학법칙, 경험법칙을 감안해야 한다. 즉, 일반적 과학법칙이나 경험법칙은 재판시를 기준으로 해야 한다. 예를 들어, 행위자가 X라는 약물을 사용하여 살인하려고 했는데, 행위 당시에는 사망을 야기할 가능성이 전혀 없는 약물이라고 보았으나, 이후 새로운 연구에 의하여 사망에 이르게 할 가능성이 있다고 과학지식이 변경되었을 때, 재판시를 기준으로 사망의 가능성을 인정해야 한다.

그렇다면, “위험성”판단에서도 행위 이후에 새로이 변화된 과학지식을 고려해야 할 것인가 문제된다. “결과발생의 불가능”과 “위험성”은 판단방법이나 기준의 차이라기보다는 판단자료의 차이라고 할 것이므로, 일반적 과학지식도 재판시를 기준으로 판단하는 것이 적절하다고 생각한다.

이렇게 볼 때 본고에서 말하는 결과발생의 잠재적 가능성, 즉 잠재적 위험성은 단지 행위반가치, 행위불법은 아니라는 것이다. 불능미수의 잠재적 위험성은 범행결의에서 표출되는 결과발생의 위험성으로서 범행결의를 고려한 결과반가치적 요소라고 할 것이다. 불능미수가 추상적 위험범과 구별되는 것은 불능미수는 구체적, 개별적 법익에 대한 공격이라는 점이다. 행위자의 고의적 행위를 통하여 외부로 표출된 구체적, 개별적 법익에 대한 잠재적 침해가능성이 바로 불능미수의 결과반가치, 결과불법이다. 이 점에서 불능미수에서도 잠재적 위험성으로의 결과불법과 범행결의인 행위불법이 모두 인정된다.⁶¹⁾

61) 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 형사판례연구, 8권, 51면 이하도 불능미수의 처벌근거

구체적 위험설에서 사용하는 사후적 예후(nachtragliche Prognose)라는 방법론도 본고가 주장하는 횡단적 분석과 거의 같은 의미라고 생각된다. 하지만, 사후적 예후라고 하면, 행위 이후에 발생한 사실도 전부 고려하는 사후적(ex post) 평가와 혼동되기 쉽다. 불능미수의 “위험성”판단에서는 일반적 과학법칙은 재판시를 기준으로 하지만, 실행행위 이후에 발생한 개별적 사정은 고려해서는 안된다.⁶²⁾ 이런 의미에서 ‘위험성’판단은 사전적(ex ante) 평가이지만, 실행행위시 행위자의 의사, 인식을 정지시켜 놓고서 객관적으로 분석한다는 의미를 명확하게 하기 위하여 사후적 예측보다는 횡단적 분석방법이 더 명확한 용어라고 본다.

2. “결과발생의 불가능”과의 구별

불능미수의 “위험성”을 잠재적 위험성으로 보고, 그 판단의 자료와 기준에 대하여 전술하였다. 이러한 잠재적 위험성은 불능미수의 다른 요건인 “결과발생의 가능성”, 즉 현실적 위험성과는 어떻게 구별되는지 문제된다. 불능미수는 ‘현실적 위험성’이 없어도 ‘잠재적 위험성’이 있는 경우이므로 양자는 구별될 수 있고, 또 구별되어야 한다. 그렇다면, 구체적으로는 어떻게 구별할 것인가?⁶³⁾

구성요건적 결과발생의 현실적 위험성은 행위 당시의 모든 사정을 객관적, 과학적으로 고려하여 결과발생의 가능성이 있는지 판단한다.⁶⁴⁾ 이 점에서, 행위자가 인식한 사정만을 대상으로 하는 ‘위험성’판단과는 명백히 구별된다. 결과발생과 관련되는 일반적 과학법칙, 경험법칙은 행위 이후에 발견되거나 변경된 것도 포괄하여 판단의 기준으로 하지만, 구체적, 개별적 사정은 행위 당시의 존재하던 사정만을 조사하는 횡단적 조사방법을 취한다.⁶⁵⁾

로서 결과불법이 요구된다고 보면서, 형법은 주관주의와 객관주의의 절충적 태도라고 한다.

62) 이승준, 앞의 논문, 40면 이하 참조.

63) 이재상, 형법총론, 399면은 현실적 위험성과 잠재적 위험성의 구별기준이 모호하다고 비판한다. 하지만, 후술하는 바와 같이 명확하다고 할 것이다.

64) 이정원, 불능범의 새로운 이해, 형사정책연구, 2002년 겨울호, 233면; 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 572면 이하는 결과발생의 가능성을 사후적 관점에서 판단하게 되면 결과의 발생 또는 불발생이라는 양자의 구별만이 있고, 결과발생의 가능성은 논할 여지가 없기 때문에 실행의 착수 이후에 전개된 인과연쇄는 고려하면 안된다고 적절히 지적한다.

결과발생의 현실적 위험성이 없는 경우란 범죄행위의 수단이나 대상이 갖고 있는 객관적 성질상 결과발생 또는 법익침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 때를 말한다.⁶⁶⁾ 따라서 ‘초우뿌리’나 ‘부자’를 조금씩 몰래 먹게 하여 살해하려고 한 사례에서, 초우뿌리나 부자가 만성관절염 등에 효능이 있으나 유독성 물질을 함유하고 있어 과거 사약으로 사용된 약초로서 그 독성을 낮추지 않고 다른 약제를 혼합하지 않은 채 달인 물을 복용하면 용량 및 체질에 따라 다르나 부작용으로 사망의 결과가 발생할 가능성을 배제할 수 없으므로, 현실적 위험성이 있어서 장애미수가 된다.⁶⁷⁾

<브레이크호스절단 사건>⁶⁸⁾에서 판례의 결론과 같이, 피해자를 살해하기 위하여 성인 남자를 죽게 하기에 죽한 농약이 든 원바디를 주거나, 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 아니한 경우에는 사망의 현실적 위험성을 인정할 수 있다.

위의 두 판결 모두에서 판례도 같은 취지로 현실적 위험성을 인정하여 살인의 장애미수를 인정한 것이다. 제27조의 결과발생의 가능성을 현실적 위험성으로, ‘위험성’을 잠재적 위험성으로 이해하게 되면, 서로 모순되는 것처럼 보이는 판례를 일관되게 이해할 수 있다. 다만, 판례가 사용하는 용어가 혼란을 야기하여 문제임은 전술하였다.

3. 총체적 객체개념과 “위험성”판단

현실적 위험성과 잠재적 위험성의 의미를 구별하였으므로, 보다 구체적인 사례에 적용해 본다. 제27조는 결과발생의 불가능이 대상이나 수단의 착오에 기인할 것을

65) 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 573면은 구성요건실현의 가능성은 사후적인 재판관의 관점에서 밝혀 낸 실행의 착수 당시의 모든 객관적 정황 속에 행위자의 실행행위를 놓고 여기에 모든 사실적·법률적 경험지식을 적용하여 행위자의 실행행위로부터 그가 의도했던 대로 구성요건이 실현될 가능성이 있는지 여부를 판단해야 한다고 하는바, 같은 취지이다.

66) 대법원 2007.7.26. 2007도3687 판결 참조.

67) 대법원 2007.7.26. 2007도3687 판결<초우뿌리 사건>에서도 살인미수를 긍정하였다.

68) 대법원 1990.7.24. 90도1149 판결.

요구한다. 즉, 대상이나 수단에 대한 무지나 오인으로 인하여 그 속성을 잘못 인식하고 범죄로 나아간 경우를 말한다. 먼저 대상의 착오에 의한 결과발생의 불능을 살펴본다. 이 부분은 몇 가지 사례에서 논란의 소지가 있다.

먼저, 소매치기가 피해자의 빈 주머니에 손을 넣어 금품을 절취하려 한 경우⁶⁹⁾ 장애미수인지 불능미수인지 문제된다.⁷⁰⁾ 장애미수라는 견해⁷¹⁾와 불능미수라는 견해가 대립한다.

생각건대, 이러한 착오의 해결을 위하여는 '총체적 객체(대상)개념'이 유용하다. '총체적 객체(대상)개념'이란 범행의 대상이 된 객체를 범의주체와의 관계에서 보호법익의 의의, 범의담지자의 동일성, 외적 분리가능성 등을 고려하여 총체적으로 하나의 단일한 대상으로 볼 수 있고, 행위자가 그 대상의 한 부분에 대하여만 고의를 갖고 있다고 하여도 전체 대상에 대한 고의로 보아야 한다는 것이다. 예를 들면, 우완투수의 오른쪽 어깨를 상해하기 위하여 야구방망이로 내리쳤는데, 방망이가 빗나가서 왼쪽 어깨뼈를 부러뜨렸다고 하자. 즉, 오른쪽 어깨를 공격하려는 고의로 왼쪽 어깨를 부러뜨렸다고 하면, 이는 분명 착오의 사례라고 할 수 있다. 하지만, 한 사람의 신체는 총체적으로 단일한 객체로 평가할 수 있고, 그 구성부분 내의 착오는 형법적으로 의미가 없다고 할 것이다. 전술한 사안에서 오른쪽 어깨를 공격하려고 하였으나 왼쪽 어깨에 상해를 가하였다고 하여도 동일한 사람의 신체에 상해의 결과가 발생하였으므로 행위자의 착오는 형법적으로 의미 없는 비본질적 착오로서 상해의 고의기수범이 성립된다.⁷²⁾

이러한 '총체적 대상개념'은 불능미수의 사례에도 적용될 수 있다. 소매치기가 손을 넣었던 오른쪽 바지주머니가 아니라 왼쪽 바지주머니에는 현금이 존재하였으므로 범행의 대상인 피해자의 재물과 점유를 총체적으로 평가하면 주머니에 손을 넣

69) 대법원 1986.11.25. 86도2090,86감도231 판결<빈 주머니 사건>은 절도라는 결과 발생의 위험성을 충분히 내포하고 있으므로 이는 절도미수가 인정된다고 판시하였다.

70) 정영일, 불능미수의 불법구조, 한국 형사법학의 이론과 실천 : 정암 정성진박사 고회기념논문집, 2010, 218면 참조.

71) 유기천, 형법학(총론강의), 272면 이하; 천진호, 불능미수범의 '결과발생 불가능'과 관련한 해석상의 문제점, 106면.

72) 자세히는 한상훈, 구성요건적 고의의 구체성과 법정적 부합설의 '고의 전용'이론 비판, 법조, 2007년 1월호 참조.

는 실행행위시에 절도의 결과발생이 가능하였고 왼쪽 주머니나 오른쪽 주머니나 하는 것은 우연적 사정일 뿐이었다. 만약 소매치기범이 다른 쪽 주머니에 우연히 손을 넣었다면 절도의 결과가 발생할 수 있었고, 실행행위의 시점에서 그러한 가능성은 충분히 존재하였다. 그러므로 이러한 경우는 절도의 현실적 위험성이 존재하므로, 불능미수가 아니라 장애미수를 인정하는 것이 타당하다. 이와 달리, 만약 소매치기가 버스에서 한 승객에 접근하여 오른쪽 바지주머니에 손을 넣었지만, 그 승객은 원래 무일푼이었다고 한다면, 어떤 주머니에 손을 넣었다고 하여도 절도의 결과가 발생할 가능성은 객관적으로 없었다. 그러므로 이 경우에는 총체적 대상개념에서 보아도 절도의 결과발생이 불가능하여 현실적 위험성이 없어 장애미수는 성립하지 않으나, 행위자의 주관적 인식은 피해자가 소지한 금전을 절취하기 위한 의사로 절도를 개시한 것이므로 잠재적 위험성은 인정되어 불능미수가 성립할 수 있다. 따라서 <빈 주머니 사건>과 같은 사례에서는 피해자에게 다른 주머니에는 금전이 존재했는지 하는 점을 심리하여 장애미수인지 불능미수인지 판단하여야 할 것이다.⁷³⁾

또한, 살해하기 위해 총을 발사하였으나 방탄조끼를 입고 있어 실패한 사례가 살인죄의 불능미수인가 아니면 장애미수인가 문제된다. 방탄조끼를 입고 있다고 하여도 사망의 결과발생의 불가능한 것은 아니다. 발포된 총알이 머리카락 부위를 관통하면 사망의 가능성은 충분히 있는 것이다. 따라서 이 사례는 결과발생이 불가능하지 않으므로 현실적 위험성을 긍정하여 장애미수로 보는 것이 적절하다.⁷⁴⁾

이처럼 결과발생의 가능성, 현실적 위험성을 판단함에 있어서 대상의 착오와 관련하여 총체적 객체개념이라고 하는 평가적 관점을 포함하여 일정 정도 규범적 판단은 불가피하다. 즉 결과발생의 가능성/불가능성은 규범적 개념이라고 본다.⁷⁵⁾

73) 앞의 대법원 1986.11.25. 86도2090,86감도231 판결<빈 주머니 사건>은 비록 피해자 한재덕의 잠바 왼쪽주머니에는 금품이 들어있지 않았었다 하더라도 피고인의 판시 소위는 절도라는 결과발생의 위험성을 충분히 내포하고 있으므로 이를 절도미수로 본 원심조치는 정당하다고 보았다. 하지만, 피해자가 다른 주머니에 금전을 소지하고 있었는지 더 심리해보아야 한다. 이는 소량의 독약을 사용한 경우, 치사량에 해당하여 결과를 발생할 수 있는지 심리하여야 한다는 것과 같은 이치이다.

74) 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 573면; 천진호, 불능미수범의 '결과발생 불가능'과 관련한 해석상의 문제점, 106면 참조.

75) 같은 취지로는 이정원, 불능범의 새로운 이해, 234면 이하; 이승준, 불능미수에 관한 연구, 연세대 박사학위논문, 2004, 87면 이하; 천진호, 앞의 논문, 111면; 홍영기, 불능미수의 가능성 표시 - 장애미수와 불능미수의 구별 요건, 67면 이하 참조.

4. 총체적 수단개념과 “위험성”판단

전술한 총체적 대상개념과 그에 대한 착오의 문제는 수단에 대한 착오에도 적용될 수 있다. 예를 들어, 칼의 칼날부분으로 상해를 가하려고 하였으나 착오로 손잡이 부분으로 사람을 가격하여 상해를 가한 경우, 원래 의도했던 칼날부분으로 상해를 가하지 않았다고 하여 칼이 아니라 나무를 사용했을 뿐이라는 주장이 인용될 수는 없다. 왜냐하면 칼의 칼날과 나무손잡이는 하나의 동일한 수단 중 일부에 불과하여 그에 대한 착오는 비본질적인 불일치로서 형법적으로 의미가 없기 때문이다. 즉, 행위자는 ‘칼’을 사용하여 상해를 가했다는 점에 이론이 없을 것이다. 이에 반하여, 행위자가 칼을 들려고 했는데 엉겁결에 그 옆에 있던 신문지말이를 집어 들고 신체를 찌르려고 하였다고 한다면, 이 경우에는 수단의 착오라고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 행위자가 의도했던 칼과 실제 사용한 신문지말이는 서로 구별되는 별개의 수단이므로 이때에는 본질적인 불일치가 인정될 수 있고, 수단의 착오로 결과의 발생이 불가능한 경우라고 할 것이다.

장전되지 않은 권총을 사용한 경우를 보자. 이 경우도 총체적 수단개념을 적용하여 문제를 해결할 수 있다. 권총에 총알이 전혀 장전되어 있지 않았으나 장전되어 있다고 착오하였다면, 이때에는 권총이라는 수단 자체에 대한 본질적 착오라고 할 것이다. 수단의 착오로 결과발생이 불가능한 경우이다. 그러나, 권총에 단 한 발이 장전되어 있었는데, 총알의 장전위치를 착오하여 발사하지 못하였다면 이는 엄밀한 의미에서 장전되지 않은 총이라고 보기 어렵고, 총의 작동방법의 착오이므로 수단의 착오라고 보기 어려울 것이다. 범행의 수단 자체가 결과발생을 야기할 수 없는 경우가 아니고, 수단 자체는 충분히 결과를 야기할 수 있으나 단지 행위자가 조작미숙인 경우에는 결과의 발생이 언제든지 가능하기 때문에 광의의 불능범에 해당한다기보다는 장애미수로 보아야 할 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 항정신성의약품인 메스암페타민 속칭 “히로뽕” 제조를 위해 그 원료인 염산에 페트린 및 수종의 약품을 교반하여 “히로뽕” 제조를 시도하였으나 그 약품배합미숙으로 그 완제품을 제조하지 못한 사례에서 대법원이 이 경우에는 행위의 성질상 결과발생의 위험성이 있다고 보아 이를 습관성의약품제조미

수범을 인정하였다.⁷⁶⁾ 준비한 약품들로 보아 결과발생의 가능성, 즉 현실적 위험성이 인정되는 경우로써, 적절한 판결이라고 본다. 행위자가 구입하여 준비한 재료가 히로뵙을 제조하기에 충분한 것이라면 배합이나 제조기술상의 미숙함은 범행 수단 자체의 착오라고는 할 수 없고, 제조방법이나 약품배합이 일부 미숙하다고 하여도 횡단적, 객관적 관점에서 결과의 발생이 불가능하지는 않기 때문이다.

5. 인과관계에 대한 착오와 “위험성” 판단

범행의 수단이나 대상이 그 자체로는 범행결과를 야기할 수 있지만, 수단과 대상의 관련성을 고려할 때 적합성이 문제되어 결과발생이 불가능한지 검토해보아야 하는 경우가 있다. 이러한 경우 결과발생의 불가능을 인정할 수 있는지 살펴보고자 한다.

한 판례사안에서, 피고인은 살인의 의사로 우물과 펌프에 농약(스미치온)을 혼입하였는데, 이 농약을 혼입한 물에서 악취가 나서 보통의 경우 마시기가 어렵고 또 혼입한 농약의 분량으로 보아 사람을 치사에 이르게 할 정도가 아닌 경우, 살인의 장애미수가 되는지, 아니면 불능미수가 되는지 문제된다. 이에 대하여 대법원은 위 농약의 혼입으로 살인의 결과가 발생할 위험성이 절대로 없다고 단정할 수는 없다고 하여 살인의 장애미수를 인정하였다.⁷⁷⁾

이 판례는 결과발생의 가능성을 긍정하여 장애미수로 본 것이다. 행위자가 살인의 의사로 치사량에 미달하는 농약을 물에 혼입하여 피해자를 살해하려고 할 때, 그 실행의 착수시점에서 사건을 횡단적, 객관적으로 분석하면, 농약이 혼입된 물에 냄새가 난다고 하여도 피해자가 이를 모르고 마실 가능성을 완전히 배제할 수 없다. 피해자가 너무나 목이 말라서 미처 냄새를 신경쓰지 못할 수도 있고, 감기나 축농증으로 냄새를 맡기 어려운 상황일 수도 있다. 또한 농약이 치사량에는 미달한다고 하여도 피해자의 건강상태나 체질, 나이, 몸무게 등에 따라서는 사망의 결과를 예상할 수도 있다. 그러므로 결과발생의 가능성은 인정되어 장애미수가 된다고 본다. 판

76) 대법원 1985.3.26. 85도206 판결.

77) 대법원 1973.4.30. 73도354판결.

례의 결론은 적절하다.

사람을 살해하기 위하여 독약을 사용했다면 사망의 발생가능성, 즉 현실적 위험성은 대부분 인정할 수 있을 것이다. 독약이라는 것은 성질에 따라 극소량으로도 치사의 결과를 가져올 수 있으므로 단순히 사용량이 조금 적다는 이유만으로 결과 발생의 현실적 위험성을 성급히 부정할 수는 없기 때문이다.

다른 예로, 부동산전문가에게 분양사기를 시도한 사람이 있다고 하자. 통상적으로 부동산전문가는 부동산, 분양 등의 전문가로서 충분한 지식과 경험이 있어서 분양사기의 피해자가 되지는 않을 것이다. 그러나 행위자가 사용하고 있는 자료의 정밀성이나 설명의 타당성 등을 감안하여 부동산전문가라고 하여도 기망당하지 않을 것이라고 확신할 수 없다. 기망의 가능성이 있다면 사기의 결과발생은 가능하다고 보아야 하며, 불능미수가 아니라 장애미수에 해당한다.

이에 반하여 기망을 통한 결과발생의 가능성이 전혀 없는 경우로는 소송사기의 한 유형을 생각해볼 수 있다. 전술한 <소송비용편취 사건>이 그러한 예이다. 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다 고 하더라도 이는 객관적으로 소송비용의 청구방법에 관한 법률적 지식을 가진 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 없어 현실적 위험성이 인정되지 않는다.⁷⁸⁾ 왜냐하면 민사소송법상 소송비용의 청구는 소송비용액 확정절차에 의하도록 규정하고 있으므로(민사소송법 제104조 이하), 위 절차에 의하지 아니하고 손해배상금 청구의 소 등으로 소송비용의 지급을 구하는 것은 소의 이익이 없는 부적법한 소로서 허용될 수 없고, 승소의 가능성은 전무하기 때문이다. 따라서 결과발생이 불가능하여 장애미수는 성립되지 않고 불능미수의 가능성만이 남아있는 것이다. 판례는 이 경우 “위험성”표지도 부정하여 불벌로 판단하였다. 절차법에 대한 인식문제이고 법관의 재판, 판결을 요구하는 소송사기의 특성상 법률문제에 관하여 법관이 판단을 그르칠 가능성은 없다는 자신감의 표현으로 이해된다.

하지만, 이미 사망한 사람을 생존중이라고 오인하여 피고로서 소송사기를 시도한 사건은 경우가 다르다. 이때에는 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 그 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지

78) 대법원 2005.12.8. 2005도8105 판결.

아니하고, 따라서 사기죄의 기수범을 구성할 수 없음은 당연하다.⁷⁹⁾ 하지만, 그러한 결과발생의 가능성이 있는지, 또는 더 나아가 가능성은 없어도 피고인인 행위자의 행위당시 인식에 기초하여 법익침해의 잠재적 위험성은 있는지 검토하여야 한다. 통상적인 경우라면 그러한 잠재적 위험성은 인정되고 따라서 불능미수가 성립한다고 보아야 한다.⁸⁰⁾

또다른 사례를 본다. 행위자가 지독히 시력이 나쁘거나 또는 백치여서 누가 봐도 마네킹으로 식별되는 물체를 사람으로 착각하여 사살을 시도하거나, 사거리 50m인 권총을 쏘 10000m상공을 나는 비행기를 격추하려는 행위 등에 대해서는 위협이 될 수 없어 위험성이 부정되어야 한다는 견해도 있다.⁸¹⁾ 그러나, 아무리 시력이 나쁜 사람이라고 하여도 사람을 살해한다는 인식이 있었다면, 당해 사건에서는 우연적으로 마네킹을 공격하여 현실적 위험성이 없지만, 다른 경우에는 언제든지 실제 사람을 살해할 가능성, 위험성이 있으므로 잠재적 위험성은 부정될 수 없어서 불능미수로 처벌해야 할 것이다.

사거리 50m인 권총으로 비행기를 격추하려는 시도역시 행위자의 인식을 기초하여 보면 거리에 대한 명확한 판단 없이 총으로 비행기를 격추한다고 의도하였으므로 다른 사정에서는 가까운 거리에 있는 대상도 공격할 여지가 크다. 그러므로 근거

79) 대법원 1997. 7. 8. 97도632 판결; 대법원 2002. 1. 11. 2000도1881 판결 참조. 이 판결에 대한 상세한 사실관계와 평석은 천진호, 死者를 상대로 한 소송사기의 형사책임, 저스티스, 통권 제67호, 2002, 203면 이하; 오영근, 불능미수에서 결과발생가능성과 위험성- 사망자상대의 소송사기를 중심으로 -, 한국형법학의 새로운 지평 : 심온 김일수교수화갑기념논문집, 2006, 184면 이하 참조. 다만, 오영근 교수는 사자를 상대로 한 소송사기에서도 재산상 손해의 발생이 가능하여 장애미수가 된다고 한다.

80) 판례는 사기죄의 성립만을 부정하였고, 불능미수를 명시적으로 부정하지는 않았으므로 판례가 사기의 불능미수도 부정하는지는 아직 불분명하다. 하지만, 인정하는 것이 타당하다. 김일수, 소송사기의 불능과 불능미수, 법률신문 판례평석, 1997.12.15, 14면, 15면; 신동운, "불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위", 서울대학교 법학 제41권 4호, 2001, 40면, 41면; 천진호, 사자를 상대로 한 소송사기의 형사책임, 저스티스, 통권 제67호, 2002, 203면 이하도 같은 취지이다. 다만, 천진호 교수는 상대방을 생존자로 오인하고 기망행위로 소송을 제기하였으나 소 제기시 사망한 자인 경우에는 사기죄의 불능미수가 성립하지만, 소제기시에 사망한 자인 줄 알았으나 사망한 자에게도 판결 효력이 미친다고 생각하고 소송을 제기한 경우 및 사망한 자인 줄 알고 사망한 자에게는 판결의 효력이 미치지 아니한다는 것도 알면서 사망한 자를 상대로 소송을 제기한 경우는 불능범으로 불벌이라고 한다.

81) 한정환, 앞의 논문, 563면.

리의 대상에는 권총을 사용할 수 없다고 믿고 있는 예외적인 경우가 아니라면, 이처럼 거리에 무관심한 총기사용자의 인식에서 법익침해의 잠재적 위험성을 찾을 수 있기 때문에 불능미수가 성립된다고 생각한다.

6. 주체의 착오와 “위험성”

형법 제27조에는 실행의 수단 또는 대상의 착오만이 규정되어 있으므로, 신분범에서 행위주체에 대하여 착오하여 결과가 발생할 수 없는 경우에 불능미수가 되는지, 아니면 불처벌인 불능범 또는 환각범이 되는지 논란이 있다.⁸²⁾ 이 연장선상에서 존속 아닌 자를 존속이라고 오인하여 살해한 경우, 존속살해죄의 주체인 비속이 아님에도 불구하고 주체라고 오인하였으므로 주체의 착오로 불가벌인 불능범으로 볼 수 있는지 문제된다. 이러한 경우 주체의 착오에 해당한다고 보아 불능범이 될 수 있다는 견해도 있다.⁸³⁾

그러나, 존속범죄와 같이 주체와 대상의 친족관계가 문제되는 경우, 착오의 핵심은 범죄의 ‘대상’에 있다고 본다. 범행의 대상이 존속이냐 아니냐 하는 것이 범행의 중심적 요소이고, 행위주체의 측면은 범죄대상에 대한 종속변수로서 부차적으로 의미를 가질 뿐이다. 그러므로 존속범죄에서 대상인 존속과 주체인 비속에 대한 착오가 경합될 때에는 중심적 착오인 ‘대상의 착오’로 보아 제27조가 적용되어 불능미수가 성립한다고 보는 것이 타당하다.⁸⁴⁾ 즉, 형법 제27조 불능미수의 성립범위와 관련한 주체의 착오에 있어서, 범행의 대상과 주체가 상호관련성을 가지는 ‘상대적 신분’의 경우는 대상의 착오에 부수하여 주체에 대한 착오가 수반되었다고 하여도 이

82) 진정신분범의 주체에 대한 착오는 불벌이라는 입장은 권오걸, 형법총론, 459면; 김성돈, 형법총론, 417면; 김성천 외, 형법총론, 357면; 김일수/서보학, 형법총론, 528면; 김종원, 앞의 논문, 629면; 안동준, 형법총론, 201면; 오영근, 형법총론, §31/11; 이재상, 형법총론, 401면; 임웅, 형법총론, 369면; 정성근/박광민, 형법총론, 411면 참조. 불능미수로 처벌할 수 있다는 견해로는 박상기, 형법총론, 384면; 이정원, 형법총론, 287면 참조.

83) 김일수/서보학, 형법총론, 528면; 김성룡, 착오론에서의 해석론의 착오- 존속살해죄의 불능미수와 보통살인죄의 기수의 상상적 경합, 비교형사법연구, 4권 2호, 2002, 155면 이하.

84) 존속살해죄와 보통살인죄의 착오문제를 가중적 사실의 착오로 언급하는 경우 학설은 대체로 존속살해의 불능미수를 긍정하고 있으므로, 암묵적으로 이를 전제하고 있다고도 할 수 있으나, 이론적으로는 명확히 하는 것이 바람직하다.

는 주된 대상의 착오로 보아 불능미수가 성립된다고 해석하는 것이 옳다.⁸⁵⁾

V. 행동법경제학적 관점과 불능미수의 성립요건 판단

최근 부상하고 있는 행동경제학 또는 행동법경제학(behavioral law and economics)의 관점에서,⁸⁶⁾ 불능미수의 결과발생의 불가능과 “위험성” 판단에서 문제될 수 있는 몇 가지 쟁점을 살펴보고자 한다.

행동경제학은 합리적 선택이론과 신고전주의 경제학에 대응하여 나타난 것이다. 신고전주의 경제학(neoclassical economics)에 근거를 둔 합리적 선택이론은 인간이 자기이익의 극대화, 부의 극대화 또는 주관적 기대 효용(expected utility)의 극대화를 추구한다는 사실에 기초하고 있다.⁸⁷⁾ 하지만, 행동경제학(behavioral economics)은 인간이 항상 합리적으로 행동하지 않는다고 본다. 오히려 인간은 제한적 합리성(bounded rationality), 제한적 의지력(bounded willpower), 제한적 이기심(bounded self-interest)을 갖고 있으며, 이러한 비이성적 행동은 체계적이고 예측가능하다는 점을 많은 실험을 통하여 입증하였다.⁸⁸⁾ 전통적인 법경제학이 합리적 인간가설에 입각하여 있다면, 행동법경제학은 제한된 합리성에 기초하여 새로이 법과 경제의 관계를 규명하려는 학문이다.⁸⁹⁾ 본고는 이러한 행동과학의 성과를 인정하면서 이러한 새로운 인간상을 형법, 나아가 불능미수의 해석과 판단에 있어서 어떻게 적용할

85) 한상훈, 상상적 경합의 명시기능과 이중평가금지의 상충여부, 비교형사법연구, 9권 1호, 2007. 7. 97면 이하; Roxin, Strafrecht, AT, Band 2, §29 Rn. 353 참조.

86) 행동경제학의 대표적 저서로는 다니엘 카네만, 이진원옮김, 생각에 관한 생각, 2012가 있고, 행동경제학에 관하여는 이준구, 행태경제학의 등장과 경제학의 미래, 경제논집, 48권 1호, 2008; 행동법경제학에 관한 논문으로는 조성혜, 합리적 선택이론과 행동법경제학, 법철학연구, 제10권 1호, 2007, 195면 이하; 고학수, 범죄 및 형사정책에 대한 행태법경제학적 접근, 저스티스, 통권116호, 2010.4, 265면 이하 참조.

87) 조성혜, 앞의 논문, 197면.

88) Christine Jolls/Cass R. Sunstein/Richard Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, Stanford Law Review 50(1998), 1471-1550; Korobkin, Russel B./Thomas S. Ulen, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 88(2000), 1051-1144; 조성혜, 앞의 논문, 199면 참조.

89) 조성혜, 앞의 논문; 고학수, 앞의 논문 참조.

수 있는지 시론적으로 살펴보고자 한다.

형벌규범은 재판규범인 동시에 행위규범이다. 따라서 불능미수범의 영역에서도 형벌규범은 사회구성원에 대하여 어느 행위를 하면 괜찮고 어떤 행위를 하면 처벌될 수 있는지 행동의 지침을 제공할 수 있어야 한다.⁹⁰⁾ 이러한 형법의 행위규범으로서의 성격은 형법의 일반예방적 기능, 심리적 강제설과 관련하여 특히 중요할 수 있다. 그리고 그 결과는 특히 주관적 구성요건이다. 추상적 위험설 또는 잠재적 위험설의 관점에서 볼 때, 제27조의 “위험성”판단은 행위자의 주관적 인식에 대한 객관적 판단이다. 행위자가 과연 법익을 침해할 가능성이 있는 행동을 어떠한 인식하에서 하였는지가 고려된다.

이렇게 “위험성”에 대하여 판단할 때, 사실판단자(fact-finder)인 법관과 배심원은 행동경제학의 여러 이론을 고려할 필요가 있다. 먼저 논의할 수 있는 것은 낙관성편견이다. 낙관성 편견(optimism bias, overoptimism)은 사람들이 의사결정을 할 때에 자신의 행동의 결과가 긍정적인 것과 부정적인 것이 있을 때에 실제 결과발생의 가능성보다 낙관적으로 과대평가하는 경향을 말한다.⁹¹⁾ 이러한 행동경제학의 연구성과를 불능미수의 “위험성”판단에 적용해보자면, 행위자가 어떤 범죄를 계획하고 실행할 때에 일반적, 객관적으로 생각하는 실제의 범행성공의 가능성보다 더 낙관적으로, 즉 범죄가 성립할 가능성이 더 높다고 믿는 편향, 경향이 존재한다는 것이다. 경우에 따라서는 판단자가 객관적으로 볼 때에는 불가능해 보이지만, 행위 당시의 행위자에게는 범행이 가능하다고 오신할 수 있는 것이다. 그렇다면 행위자가 범행당시에 인식한 가능성과 재판시에 판단자가 인정한 가능성이 서로 다를 수 있다는 결론이 나온다. 이때 어느 쪽의 가능성을 판단의 기준으로 삼아야 할 것인가.

형법을 평가규범으로 보면 재판시의 객관적 가능성을 중시할 것이고, 행위규범이라고 하면 행위시의 주관적 가능성을 기준으로 삼아야 하지 않을까 생각된다. 그런데 형법은 재판규범인 동시에 행위규범이므로 양자간에 상충의 문제가 발생할 여지가 있다. 생각건대, 행위자가 인식한 주관적 가능성을 판단자가 완벽하게 규명할 수는 없다는 점을 고려한다면, 원칙적으로 객관적 가능성에서 출발하되 주관적 가능

90) 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 82면 참조.

91) 조성혜, 앞의 논문, 202면.

성을 고려하는 방식으로 해결되어야 하지 않을까 판단된다.

가용성 휴리스틱(availability heuristic)이란 개인이 판단이나 의사결정을 함에 있어서 객관적인 자료보다는 자신이 자주 접하는 부분적인 정보에 의존하여 결정한다는 것이다.⁹²⁾ 이러한 경향성에 근거하여 불능미수의 “위험성” 문제를 고찰하면, 행위자가 범행의 가능성에 대하여 일반적, 객관적으로 알려진 사실보다는 행위자가 주위에서 들었거나 경험한 사실에 의존하여 법익침해의 결과발생 가능성을 판단할 것이라는 점을 도출해낼 수 있다. 그렇다면, 이역시 전술한 낙관성 편향과 유사한 문제가 발생한다. 재판사의 객관적 사실에 근거하여 판단할 것인가, 아니면 행위자가 행위당시에 갖고 있던 부정확한 정보에 기초하여 결과발생의 가능성을 결정할 것인가 하는 점이다. 전술한 바와 같이, 횡단적 분석방법은 행위 이후에 새로이 발견하였거나 발견된 새로운 과학지식을 고려하는 것을 배제하지 않는다. 하지만, 지금의 문제는 새로운 과학지식과 행위자의 주관적 정보 중에서 어떤 것을 우선시할 것인가 하는 문제이다. 이 문제에 대하여도 형법의 재판규범성과 행위규범성을 모두 고려하여 볼 때, 재판사의 지식에서 출발하되 행위규범성을 감안하여 행위당시에 행위자가 갖고 있던 정보나 지식에 근거하여 결과발생의 가능성을 결정하지 않을 수 없다고 본다.

낙관성 편향과 유사한 것으로 자기보존 편향(self-serving bias)이 있다. 자기보존 편향이란, 사람들이 정보를 수집하고 평가할 때에 자기이익을 보존하거나 자신에게 유리한 방향으로 해석하는 것을 말한다.⁹³⁾ 확인 편견 또는 확증 편향(confirmation bias)도 유사한 의미로서, 자신이 이미 결정한 사안에 대하여는 불리한 증거나 정보는 외면하고 자신의 결정을 확증해주는 정보만을 수용하는 편향을 말한다.⁹⁴⁾ 쉽게 말하자면, 자신이 믿고 싶은 것만 본다는 것이다. 따라서 일단 어떤 범죄를 행하기로 결정하였다면 그에 반대되는 또는 불리한 정보나 지식은 경시하고 자신에게 유리한 정보만 수용하여 행동할 것이라는 추측이 가능하다. 이는 다시 결과발생의 위험성 판단에 영향을 미치지 않을 수 없다. 행위자가 주관적으로 과신하거나 경솔하

92) 고훈수, 앞의 논문, 279면 참조.

93) 조성혜, 앞의 논문, 203면 참조.

94) 고훈수, 앞의 논문, 296면 참조.

게 믿어버린 결과발생의 가능성을 기준으로 하면 불능미수의 성립범위가 과도하게 확장되는 문제점이 발생할 수 있다. 극단적으로는 미신범도 처벌해야 한다는 결론에 도달할 수 있다. 반대로 재판시의 객관적이고 냉정한 결론에만 의지하면 행위규범으로서의 형법의 기능이 약화될 우려가 있다. 따라서, 객관적 가능성을 원칙으로 하되 행위자의 주관적 관점을 감안하는 방향으로 “위험성” 판단이 이루어지는 것이 바람직하다고 생각한다.

마지막으로 사후판단 편견이 있다. 사후판단 편견(hindsight bias)이란 사람들이 어떤 사건의 발생가능성과 관련하여 사후적으로 그 사건이 발생한 사실을 알고 난 후에는 그러한 사건의 발생가능성을 실제보다 더 높게 예측하는 편견을 말한다. 예를 들어 실험대상자들의 한 그룹에게는 어떤 사실에 대한 결과를 알려주고, 다른 그룹에게는 알려주지 않고 사건의 발생가능성을 예측하라고 했을 때, 전자의 경우 결과를 맞힐 확률이 후자보다 높게 나타난다는 것이다.⁹⁵⁾ 불능미수의 경우에는 대부분 결과가 발생하지 않았기 때문에 사후판단편견은 오히려 역으로 작용할 수 있다. 즉, 사후적 판단자인 법관이나 배심원의 관점에서는 결과발생의 가능성을 실제보다 낮게 볼 편향이 존재할 수 있다. 그러므로 결과발생의 가능성 또는 불가능과 관련하여 이러한 사후판단편향에 주의할 필요가 있다.

VI. 결론에 대신하여

형법 제27조의 불능미수의 성립요건과 관련하여 여러 가지 쟁점을 검토해보았다. 실행의 수단 또는 대상의 착오와 관련하여, 총체적 대상개념, 총체적 수단개념은 종래 논란이 되었던 사례들에 대한 판단기준이 될 수 있기를 기대한다. 또한 “결과발생의 불가능”은 장애미수와 불능미수를 구별하는 기준임에 주목하여야 한다. 결과발생의 불가능을 순수 자연과학적, 사실적 개념으로 이해하기도 하지만, 여러 요소들을 통제된 실험실에서 반복적 실험의 결과로 얻을 수 있는 자연과학적 확률과 달리 불능미수에서 결과발생의 가능성은 총체적 대상개념을 포함한 규범적 요소가 포

95) 조성혜, 앞의 논문, 207면 이하 참조.

함되는 규범적 평가라는 본질을 벗어나기는 어려울 것이다. 더구나 과거에 발생한 역사적 사건을 대상으로 한 결과발생의 가능성판단은 일반인의 생활경험과 경험칙에 입각한 규범적 영역에 맡겨질 수밖에 없을 것이다.

본고는 불능미수에 특유한 “위험성”은 잠재적 위험설의 관점에서 파악해야 한다고 본다. 이에 의하면, “위험성”은 결과발생의 가능성으로서 행위당시에 행위자가 인식, 의도한 사정을 기초로 일반인의 관점에서 판단해야 한다는 것이다. 이때 종래의 사후적 예후라는 방법론은 사후적 판단과 혼동되는 문제가 있으므로, 횡단적, 객관적 판단방법에 의하여 판단대상, 판단기준 등을 명확히 하여야 한다.

나아가 본고는 최근 주목받고 있는 행동법경제학, 진화심리학의 이론을 불능미수의 해석과 “위험성”의 판단기준에 시론적으로 일부 적용해보았다. 행위 당시 행위자의 행동을 정확히 이해하기 위하여는 인간은 합리적, 이성적 존재가 아니라 비이성적 판단도 한다는 행동경제학의 몇 가지 결론이 유용하기 때문이다. 특히 낙관성 편향, 가용성 편향, 확증 편향, 사후판단 편향 등이 문제될 것이다. 21세기는 통섭, 융합, 학제간연구가 각광을 받고 있는 시기이며, 진정한 진리는 학문분과별로 분리되어 있지 않아서 종합적 관점에서만 얻을 수 있는지도 모른다. 물론 아직은 행동경제학이나 행동과학도 완성된 이론은 아니며 발전중이고, 이를 형사법의 해석론에 적용하려는 시도도 초기임에 틀림없다. 하지만, 형법이나 법학 이외의 학문분야에서 발전한 새로운 지식을 적극 수용할 때, 인간행동과 인간상에 대한 보다 정확한 인식에 이르고, 관련학문과 형법학도 공진화(co-evolution)할 수 있을 것이다. 진화론적 관점에서 인간이성의 장점과 약점, 편향과 비합리성을 통찰하여, 사회와 학문의 재구성이 필요한 시대이다. 본고의 시론적 융합시도가 향후 형법학계의 발전에 조금이라도 기여하기를 바라는 마음이다.

참고문헌

- 권오걸, 형법총론, 형설출판사, 2005
- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교출판부, 2008
- 김성친/김형준 외, 형법총론, 5판, 소진, 2012
- 김일수, 한국형법 Ⅱ, 1997
- 김일수/서보학, 형법총론, 11판, 2006
- 박상기, 형법총론, 9판, 박영사, 2012
- 배종대, 형법총론, 9판, 홍문사, 2008
- 법무부, 형법개정안 제안이유서, 2011
- 손동권/김재윤, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011
- 손해목, 형법총론, 1996
- 신동운, 형법총론, 6판, 법문사, 2011
- 안동준, 형법총론, 1998
- 성낙현, 형법총론, 2판, 동방문화사, 2011
- 오영근, 형법총론, 2판(보정판), 박영사, 2012
- 유기천, 형법학(총론강의), 개정판, 1980
- 이재상, 형법총론, 7판, 박영사, 2011
- 이정원, 형법총론, 3판, 2004
- 이형국, 형법총론, 3판, 법문사, 2003
- 임 응, 형법총론, 개정판보정, 법문사, 2005
- 정성근/박광민, 형법총론, 5판, 삼영사, 2011
- 정영석, 형법총론, 법문사, 1980
- 정영일, 형법총론, 개정판, 2007
- 정웅석/백승민, 형법강의, 전정1판, 2008
- 카네만, 이진원 옮김, 생각에 관한 생각, 김영사, 2012 (Kahneman, Daniel, Thinking, Fast and Slow, 2011)
- 하태훈, 사례중심 형법총론, 전정판, 2002

- 고학수, 범죄 및 형사정책에 대한 행태법경제학적 접근, 저스티스, 통권116호, 2010. 4.
- 김성룡, 착오론에서의 해석론의 착오- 존속살해죄의 불능미수와 보통살인죄의 기수의 상상적 경합, 비교형사법연구, 4권 2호, 2002
- 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 형사판례의 연구: 지송 이재상교수 화갑기념논문집. 1권, 2004
- 김일수, 소송사기의 불능과 불능미수, 법률신문 판례평석, 1997.12.15
- 김종원, 불능미수, 형사법강좌 II, 1984
- 김종원, 불능미수에 관한 연구, 대한민국 학술원 논문집, 제36집, 1997
- 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 비교형사법연구, 제9권 제1호, 2007.
- 도중진, 불능미수와 위험성, 지송 이재상 교수화갑기념논문집, 1권, 2004
- 문채규, 형법 제27조(불능범)의 위험성 표지, 비교형사법연구, 제8권 제2호, 2006.12
- 박동률, 판례를 통해 본 불능미수: 결과발생의 불가능을 중심으로, 법학논고 27집, 경북대출판부, 2007.12
- 백원기, 불능미수와 위험성, 형사판례연구, 5권, 1997
- 성시탁, 불능미수, 김종원교수화갑기념논문집, 1991
- 신동운, 불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위, 서울대 법학, 41권 4호 (117호), 2001.
- 오영근, 불능미수에서 결과발생가능성과 위험성- 사망자상대의 소송사기를 중심으로 -, 한국형법학의 새로운 지평 : 심온 김일수교수화갑기념논문집, 2006
- 이경렬, 미수범에 있어서 위험개념에 관한 연구, 성균관대 박사논문, 1994
- 이승준, 불능미수에 관한 연구, 연세대 박사학위논문, 2004
- 이승준, 형법 제27조(불능범) 논의의 재검토, 형사정책연구, 제18권 제4호, 2007
- 이용식, 부작위범의 불능미수: 미수범의 객관적 구성요건 정립을 위한 생각의 작은 단초, 서울대 법학, 47권 4호, 2006
- 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 형사정책연구, 2007년 겨울호
- 이정원, 불능범의 새로운 이해, 형사정책연구, 2002년 겨울호.

- 임 옹, 불능미수에 있어서 '착오로 인한 결과발생의 불가능'과 '위험성'에 관한 연구, 형사법연구, 22권 4호, 2010
- 정영일, 불능미수의 불법구조, 한국 형사법학의 이론과 실천 : 정암 정성진박사 고회기념논문집, 2010
- 정영일, 현행 미수범규정체계에 관한 입법론적 검토, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007
- 조성혜, 합리적 선택이론과 행동법경제학, 법철학연구, 제10권 1호, 2007.
- 천진호, 불능미수범의 '결과발생 불가능'과 관련한 해석상의 문제점, 동아법학 42호, 2008
- 천진호, 불능미수범의 위험성 판단 -해석상의 오류를 중심으로, 비교형사법연구, 1권 1호, 1999
- 천진호, 사자를 상대로 한 소송사기의 형사책임, 저스티스, 통권 제67호, 2002.
- 한상훈, 구성요건적 고의의 구체성과 법정적 부합설의 '고의 전용'이론 비판, 법조, 2007년 1월호
- 한상훈, 상상적 경합의 명시기능과 이중평가금지의 상충여부, 비교형사법연구, 9권 1호, 2007.
- 한상훈, 형법 제27조(불능범)에서 "결과발생의 불가능"과 "위험성" 표시의 구별기준, 형사법연구, 제20권 제3호, 2008
- 한정환, 형법 제27조의 취지·요건·적용기준, 형사법연구, 제19권 제3호, 2007
- 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 형사판례연구, 8권, 2000.
- 홍영기, 불능미수의 가능성 표시 - 장애미수와 불능미수의 구별 요건, 형사법연구, 제20권 제1호, 2008. 3.
- Jolls, Christine/Cass R. Sunstein/Richard Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, Standford Law Review 50(1998), 1471-1550.
- Korobkin, Russel B./Thomas S. Ulen, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 88(2000), 1051-1144.

Posner, Richard A., Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law,
Stanford Law Review 50(1998), 1551-1575(1551).

Roxin, Claus, Strafrecht, AT, Band 2, 2003

Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I. Allgemeiner Teil, 3.
Aufl., 1989

A Reconsideration of the “Dangerousness” in Impossible
Attempt of Korean Criminal Code §27 :
Including a Perspective of Behavioral Law and Economics

Prof. Dr. HAN, Sang Hoon*

Article 27(Impossible Attempt) of Korean Criminal Code provides, Even though the occurrence of a crime is impossible because of the means adopted for the commission of the crime or because of mistake of objects, the punishment shall be imposed if there has been a dangerousness, but the punishment may be mitigated or remitted. In this provision some criticize that the requirements of the article is in itself somewhat contradictory in that there still can be dangerousness while the occurrence of a crime is impossible. This provision has been controversial in interpreting the two requirement in question.

This paper suggests that the “dangerousness” means potential dangerousness of the completion of a crime, while the impossibility of a crime is an actual dangerousness. This characteristic of the impossible attempt distinguishes from the possible attempt, which is thought to be able to complete a crime at the time of attempt. This interpretation of the article of the paper is in harmony with the current court decisions, which make use of the criteria whether the normal person would find the occurrence of a crime is possible from the perpetrator’s knowledge at the time of attempt. We can call this a “theory of potential dangerousness.”

In the second part, the paper explains the main findings of the recent behavioral law and economics theory, trying to apply these in deciding the potential

* Yonsei University Law School

dangerousness and actual possibility of a crime. These include hindsight bias, self-preserving bias, optimism bias, and availability heuristic. These standpoints could give useful insight in the interpretation and application of the impossible attempt of Art. 27 of the Korean Criminal Code.

The 21st century is an era of “Evolvo, ergo sum.” in contrast to “Cogito, ergo sum.” by Rene Descartes in 17th century. The author wishes to contribute to the development of interdisciplinary research in criminal theories and other related fields.

- ❖ Key words : impossible attempt, Korean Criminal Code, potential dangerousness, abstract danger, occurrence of a crime, behavioral law and economics, bias, heuristic.