

불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성

이 정 원*

국문요약

형법 제27조는 불능범에 관하여 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다”고 규정하고 있다. 그러나 범죄실현의 불가능이란 다른 아닌 범죄실현의 위험성이 없음을 의미한다. 따라서 학설이 집중하고 있는 불능미수에서 위험성의 문제도 범죄실현의 불가능성을 먼저 규명한 이후에 논의가 진행되어야 한다.

불능미수는 범죄실현의 불가능을 행위자의 착오에 의하여 가능하다고 오인한 경우에 인정된다. 그러나 독일형법과 같이 ‘중대한 무지에 의한 착오’라는 요건에 의하여 불능미수를 행위자의 자연과학에 대한 착오의 경우로 한정하는 것은 불능미수의 실체를 거의 부정하는 결론이 될 뿐이다. 따라서 불능미수에서 행위자의 착오는 사실의 착오와 자연과학의 착오의 경우를 모두 포함해야 한다.

형법 제27조의 가별적인 불능미수는 우선 일반적인 미수범의 요건을 충족해야 한다. 여기서는 주관적 객관설의 기준에 의한 실행의 착수에 의하여 추상적 위험이 인정된다. 그러나 그러한 범행에 대한 실행의 착수는 범죄실현이 불가능해야 하며, 여기서는 구체적 위험설의 관점에서 범죄실현에 대한 구체적 위험이 없어야 한다. 즉 불능미수는 범죄실현에 대한 구체적 위험이 없는 경우라도 실행의 착수에 의하여 형의 임의적 감면의 대상이 되는 추상적 위험이 인정되기 때문에 가별적이다. 따라서 가별적 불능미수를 인정하기 위해서 더 이상 추가적인 위험성을 필요로 하지는 않는다. 이러한 관점에서 불가별인 불능범이라는 개념은 불필요하며, 불능범과 불능미수는 동의어로 이해하면 충분하다.

* 영남대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

형법 제27조는 불능범에 관하여 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌하며, 다만 형을 감경 또는 면제할 수 있다”고 규정하고 있다. 제27조의 불능범에 대해서는 그 용어사용에서부터 논란이 되고 있으며, 특히 ‘위험성’의 문제는 가벌적 불능미수와 불가벌인 불능범의 구별기준이 된다는 점에서 제27조에 관한 논의의 핵심을 이루고 있다. 그러나 제27조의 불능범에 관하여는 이러한 문제들보다도 장애미수와 불능미수의 구별에 관한 문제가 현실적으로 더 중요하다. 왜냐하면 위험성이 인정되는 가벌적인 불능미수라도 그 위험성이 양적으로 작을 경우에는 형의 면제가 가능하기 때문이다. 즉 위험성이 작은 가벌적인 불능미수가 형 면제의 대상이 될 수 있다면, 위험성이 없어 불가벌인 불능범과의 구별이 현실적으로 큰 의미를 가지지 않게 된다. 특히 위험성이 없는 불능범의 개념을 형법적으로 인정할 필요가 있는가에 대해서는 강력한 의문¹⁾도 제기되고 있다.

형법 제27조의 규정에 관한 해석에서는 장애미수와 불능미수의 구별에 관한 문제가 특히 현실적인 의미를 가진다는 관점에서 필자는 이전의 논문²⁾을 통하여 장애미수와 불능미수의 구별을 시도한 바 있다. 그러나 이전의 논문에서 제시했던 구별기준에서 치명적인 오류를 발견하게 되어 새롭게 논문을 작성하지 않을 수 없었다. 또한 이 연구에서는 불능범과 불능미수의 구별기준으로 핵심적인 논의의 대상이 되고 있는 위험성의 문제도 장애미수와 불능미수의 구별기준에 의하여 직접 영향을 받게 된다는 점을 발견하게 되었다. 이 논문에서는 이러한 새로운 발견을 토대로 형법의 불능미수에서 ‘범죄실현의 불가능’과 ‘위험성’에 관한 문제를 정립해 보고자 한다. 이러한 논의를 효과적으로 수행하기 위해서는 우선 범죄실현이 불가능한 경우라도 불능범·불능미수의 논의에서 제외될 경우를 제시함으로써 논의의 대상을 분명히 할 필요가 있다. 이와 더불어 독일형법의

1) 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 비교형사법연구 창간호, 1999.03, 73면; 허일태, 불능미수에 있어서 위험성의 의미, 형사법연구 제13호, 2000.06, 116면; 同趣旨, 오영근, 형법총론, 2002, 581면; 이형국, 형법총론, 2003, 253면.

2) 이정원, 불능범의 새로운 이해, 형사정책연구, 제13권 제4호, 2002.12, 72면 이하.

불능미수를 일별함으로써 비교법적 고찰을 위한 전제를 마련하고자 한다.

II. 불능미수의 효과적인 논의를 위한 전제

1. 범죄실현이 불가능하지만 불능범·불능미수의 논의에서 제외되어야 할 경우

불능미수는 결과발생이 불가능해야 하며, ‘결과발생의 불가능’은 장애미수와 불능미수를 구별하는 기준이 된다. 다만 불능미수는 결과범 뿐 아니라 형식범에서도 인정되어야 하기 때문에 제27조의 ‘결과발생의 불가능’은 ‘범죄기수의 불가능’ 내지 ‘범죄실현의 불가능’으로 해석되어야 한다.³⁾

그러나 범죄실현이 불가능하지만 불능범·불능미수의 논의에서 제외되어야 할 경우가 있다.⁴⁾ 불능범과 불능미수에 관한 논의는 해당 행위가 고의 등 미수범의 주관적 구성요건요소 및 실행의 착수라는 객관적 구성요건요소를 모두 구비한 경우에만 가능하다. 따라서 이러한 미수범의 일반적 요건을 구비하지 못한 경우는 불능범·불능미수의 논의에서 제외되어야 한다.

우선 미신범을 포함하여 ‘인과사건의 인간에 의한 지배불가능성’에 의하여 ‘객관적 귀속이 부정되는 결과를 야기하려는 행위’⁵⁾는 처음부터 구성요건적 고의가 부정되는 경우이므로 불능범·불능미수의 논의에서 제외된다.⁶⁾ 결과범에 대한 구성요건적 고의는 ‘인과관계와 객관적 귀속이 인정되는 결과를 발생시키려는 의도’를 가진 경우에만 인정될 수 있기 때문이다. 이 경우 “미신범은 비현실적인 수단이나 비현실적 영향력을 금지된

3) 同旨, 오영근, 형법총론, 526.

4) ‘반전된 사실의 착오’의 유형에 해당하지 아니하는 환각범의 경우가 당연히 여기서 제외된다.

5) 예컨대 번개가 자주 떨어지는 곳으로 피해자를 불러내어 번개에 의하여 피해자를 살해하려는 경우와 같은 자연력을 이용하는 행위, 또는 안전도가 낮은 비행기의 항공권을 제공함으로써 비행기추락으로 피해자를 살해하려는 행위 등: 이에 관하여는 이정원, 형법총론, 제3판, 2004, ‘제2편, 제2장, 제2절, 3-2-3. 인간의 행위에 의한 인과사건의 지배가능성’ 참조.

6) 同旨, 박상기, 형법총론, 제6판, 2004, 365면; 이형국, 형법총론, 261면; 정성근/박광민, 형법총론, 제3판, 2006, 403면.

행위의 수단으로 사용하는 경우이므로 형법상 행위로서의 정형성이 인정되지 않는다”는 견해⁷⁾에 의해서도 동일한 결론에 이를 수 있다. 그러나 비현실적인 수단이나 비현실적 영향력이라고 하여도 그것이 인간이 행할 수 있는 행위라는 점에서 형법상 행위가 아니라고 할 수는 없다.

또한 자연과학에 대한 중대한 무지에 의한 비현실적인 범행의 시도의 경우도 불능범·불능미수의 논의에서 제외되어야 한다. 즉 사회 일반인의 관점에서 누구나 알고 있는 자연법칙⁸⁾을 행위자만 몰랐기 때문에 이를 가능하다고 판단한 행위자의 범행시도는 비현실적이며, 따라서 이 경우도 미신범의 경우와 동일하게 해당 구성요건적 고의가 부정된다. 예컨대 설탕에 살인력이 있다고 오인한 행위자가 설탕으로 살인을 시도하는 경우, 공포탄이나 고무줄 새총으로 항공기를 떨어뜨릴 수 있다고 오인한 행위자가 5천미터 상공의 항공기를 향하여 공포탄이나 고무줄 새총을 쏘는 행위, 30미터 정도의 사격거리를 가진 공기총으로 500미터 전방의 사람을 살해하기 위하여 저격하는 행위 등이 그러하다. 일반적으로 이러한 경우들은 불능범 내지 불능미수의 사례로 제시되고 있으나, 구성요건적 고의를 인정할 수 없는 이러한 비현실적 범행시도는 불능범·불능미수의 논의에서 제외되어야 한다.

2. 독일형법 제23조 제3항의 불능미수

독일형법 제23조 제3항에 의하여 불능미수는 행위자가 범죄실현의 완전한 불가능성을 ‘중대한 무지(aus grobem Unverstand)’로 오인한 경우이다. 따라서 구체적으로 위험한 범행의 시도는 불능미수의 범주에서 제외된다. 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의 판단에 따라 범죄실현의 가능성이 인정된다면 “범죄의 실현이 전혀 불가능하다(überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte)”고 말할 수는 없기 때문에 이 경우는 당연히 장애미수가 된다.⁹⁾ 일단 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의

7) 김일수, 한국형법 II, 개정판, 1997, 174면; 천진호, 전제논문, 89면.

8) 자연법칙의 착오와 존재론적 착오에 관하여는 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 2007 비교형사법학회 춘계학술대회 발표문, 6면 이하 참조.

9) Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., 1996, § 50 I 5 b) aa); Rudolphi, SK

판단에 따라 그 행위가 구체적으로 위험하지 않은 범행의 시도라면 범죄기수의 완전한 불가능은 인정된다. 즉 행위자의 범행계획을 알고 있는 신중한 인간의 판단에 의하여 그 행위가 범죄기수에 이르지 않을 것이라고 진지하게 받아들일 수 있는 경우에 범죄기수의 완전한 불가능이 인정된다. 그 다음 이러한 범죄기수의 불가능을 가능하다고 인식한 행위자의 개인적 상황에 따라, 즉 ‘행위자의 중대한 무지’의 여부에 따라 불능미수와 장애미수가 구별된다. 이 때 행위자의 ‘중대한 무지’는 ‘정상적인 사람이라면 즉시 범죄실현의 불가능을 인식할 수 있는 것을 행위자의 특별한 어리석음으로 인하여 인식하지 못한 경우’에 인정된다.¹⁰⁾ 따라서 예컨대 살충제나 수면제로 사람을 살해하려 한 경우, 평균인의 경험지식에 따라 기본적으로 실행의 수단이 결과야기에 적합하고 행위자 역시 이를 알고 있었으나, 단지 그 수단의 실질적 특성(Beschaffenheit)이나 강도(Intensität)에 관하여 착오가 있다는 것만으로 중대한 무지에 의한 행위로 평가되지 않는다고 한다.¹¹⁾

이에 따라 독일 BGH¹²⁾는 ‘부인이 남편을 살해하기 위해서 남편의 간식용 빵에 Detmol이라는 살충제를 약 1초간 2번 뿌렸으며, 남편은 한 입을 먹다가 쓴 맛 때문에 빵을 버린 사건’에서 장애미수를 인정하였다. 500ml의 Detmol에는 Fenitrothion이라는 독성분이 0.17%인 0.85ml가 들어 있었으며, Fenitrothion은 70kg 체중의 사람이 40g 정도 먹어야 사망할 수 있는 독성분이다. 즉 빵에 뿌린 Fenitrothion의 양은 대략 치사량의 1/10만 정도이다. 이 사건에 대해서 BGH는 불능미수를 부정하고 장애미수를 인정하였다. 행위자는 살충제의 독이 사람을 살해할 수 있다는 근본적인 사실에 대한 착오는 없었으며, 오직 그 독물질의 특성이나 살상력의 정도에 관해서만 착오가 있었는데, 이러한 착오는 ‘중대한 무지’에 의한 것이 아니라는 것이다.

StGB, 6. Aufl., 1995, § 23 Rdnr. 7.

10) Vgl. Rudolphi, SK StGB, § 23 Rdnr. 7; Vogler, LK StGB, 10. Aufl., 1985, § 23 Rdnr. 35; Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, S. 531 f.; Stratenwerth, Lehrbuch AT, 3. Aufl., 1981, Rdnr. 695; BGE 70 IV, 50.

11) Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, § 15 Rdnr. 92 mwN.; Eser, S-S StGB, 26. Aufl., 2001, § 23 Rdnr. 17; Roxin, HRR AT, Fall 57, S. 81 f. 191; Radtke, JuS 1996, S. 878.

12) Vgl. BGHSt 41, 94 ff.

독일형법의 불능미수는 ‘범죄기수의 완전한 불가능’ 이외에 행위자의 ‘중대한 무지’라는 요건을 필요로 한다. 따라서 범죄기수가 불가능한 경우에도 이에 대한 오인이 행위자의 ‘중대한 무지’로 인한 경우가 아니라면 장애미수가 된다.¹³⁾ 여기서 행위자의 무지의 중대성은 순수한 사실판단이 아니라 규범적 평가를 필요로 한다. 따라서 독일형법에서의 불능미수와 장애미수의 구별은 순수한 사실판단의 문제가 아니라 규범적 가치판단의 문제가 된다.

III. 불능미수에서 범죄실현의 불가능

1. 형법 제27조의 불능미수에서 범죄실현의 불가능

불능미수에서 ‘범죄실현의 불가능’을 어떠한 기준으로 판단해야 하는지 문제된다. 일부의 견해¹⁴⁾는 자연과학적·사실적 법칙에 따른 판단을 주장한다. 여기서 상식적 판단과 전문가의 판단이 모순될 때에는 전문가의 판단이 우선해야 한다고 한다. 이러한 점에서 범죄실현 가능성 여부의 판단은 규범적 판단인 위험성 판단과는 구별된다고 한다. 또한 ‘범죄실현의 불가능’은 “법관의 객관적·사후적 판단에 의하여야 한다”는 견해¹⁵⁾가 있다. 이 경우 일단 실행행위가 있는 이후에 밝혀진 여러 가지 사정들을 모두 고려하여 객관적으로 “범죄실현이 애당초 불가능하였다”고 판단될 때 불능미수가 성립할 수 있다고 한다.

그러나 범죄실현의 불가능을 사후적 판단에 의할 경우 불능미수의 범위가 너무나 넓어지기 때문에¹⁶⁾ 장애미수와 불능미수의 구별이 불가능해

13) 따라서 형법의 불능미수는 독일형법의 불능미수 보다 그 범위가 넓다.

14) 권오걸, 형법총론, 2005, 457면; 김성돈, 형법총론, 2006, 475면; 김성천/김형준, 형법총론, 제3판, 2005, 517면; 오영근, 형법총론, 526면; 이재상, 형법총론, 제5판, 2003, 391면; 정성근/박광민, 형법총론, 404면; 도중진, 불능미수와 위험성, 형사판례의 연구 I, 이재상교수 화갑기념논문집, 2003.01, 588면.

15) 김성돈, 형법총론, 475면; 신동운, 형법총론, 제2판, 2006, 508면.

16) 同旨, 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 형사판례의 연구 I, 이재상교수 화갑기념논문집, 2003.01, 572면 이하. 김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 2006, 527면; 정성근/박광

진다.¹⁷⁾ 또한 실질적·사실적으로 범죄실현이 불가능한 경우에도 장애미수의 성립을 인정해야 할 경우를 배제할 수 없다. 예컨대 빈 금고를 여는 행위와 같이 실패한 장애미수의 경우에도 실질적·사실적으로 범죄실현은 불가능하기 때문이다. 따라서 범죄실현의 불가능을 실질적·사실적인 기준으로 판단해서는 불능미수와 장애미수를 구별할 수 없으며, 어떤 기준에 의한 어떠한 불가능 내지 어느 정도의 불가능이라는 평가적·규범적 기준을 필요로 한다. 이러한 점에서 자연과학적·사실적 법칙에 따라 범죄실현의 불가능을 판단함으로써 불능미수와 장애미수를 구별하려는 이론에는 찬성할 수 없다.

2. 범죄실현의 불가능성과 가능성의 구별

불능범·불능미수에 관하여 학계에서의 논의는 위험성 판단에 집중되어 있으며, 범죄실현의 불가능성과 가능성의 구별문제는 실제로 대부분 외면되었다.¹⁸⁾ 그러나 범죄실현의 불가능성과 가능성의 구별은 불능미수와 장애미수의 경계를 정하는 중요한 문제이다.

범죄실현의 불가능성과 가능성이란 달리 표현하면 범죄실현의 위험성 여부에 관한 문제이다. 즉 범죄실현의 위험성이 있으면 범죄실현의 가능성이 인정되며, 범죄실현의 위험성이 없으면 범죄실현이 불가능한 것이다. 따라서 위험성 여부에 의하여 불가벌인 불능범과 가벌적인 불능미수를 구별하는 학계의 입장에서도 불능범과 불능미수에서 공히 요구되는 범죄실현의 불가능성에 관한 문제, 즉 범죄실현의 가능성과의 구별에 관한 문제를 먼저 해결해야 할 것이다. 따라서 불가벌인 불능범과 가벌적인 불능미수의 구별기준인 위험성과는 다른 관점에서, 범죄실현의 위험성 여부가 먼저 논의되어야 한다.

형법은 불능미수를 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의

민, 형법총론, 404면 이하.

17) 불능미수는 이론적 논의에 비해 실질적인 적용범위는 아주 좁다고 한다. Vgl. Vogler, LK StGB, 10. Aufl., § 23 Rdnr. 29; Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, S. 331. 따라서 이러한 불능미수의 범위를 넓히는 관점은 그 자체로 부당하다.

18) 同旨, 김용옥, 전제논문, 569면.

발생이 불가능'하더라도 '위험성이 있는 때'에는 처벌하는 것으로 규정하고 있다. 이에 따라 상호 모순되는 '결과발생의 불가능'과 '위험성이 있는 때'를 구별하는 견해¹⁹⁾가 있다. 일설²⁰⁾은 '결과발생의 불가능'을 '사실상'의 결과발생 불가능성으로 해석하는 반면에, '위험성이 있는 때'를 '평가상'의 결과발생 가능성으로 해석한다. 이에 대해서는 “행위자의 인식과 일반인의 인식을 기초사정으로 고려하여 결과발생이 사실상 불가능하다는 판단이 내려졌는데, 여전히 동일한 양자의 인식을 기초사정으로 하여 이번에는 결과발생이 평가상 가능하다는 판단을 할 수 있다는 것은 관념이 조작하는 환영의 논리로서 법관의 자의적 논리에 빠질 수 있다”는 비판²¹⁾이 제기되고 있다. 이러한 비판은 충분히 가능하다. 더욱이 '사실상'의 결과발생 불가능성을 판단하기 위해서는 객관적·사후적 관찰을 토대로 해야 할 것인데, 객관적·사후적 판단은 불능미수의 범위를 확대시킴으로써 장애미수의 범위를 현저하게 위축시키므로 부당하다. 결국 이 견해는 '범죄실현의 불가능'을 객관적·사후적²²⁾ 관찰에 의하여 자연과학적·사실적 법칙에 따라 판단하는 다수설²³⁾의 입장과 동일한 이론에 불과하게 된다.

다른 일설²⁴⁾은 '결과발생의 불가능'과 '위험성이 있는 때'에 대해서 판단의 기초 내지 사정을 각각 달리해야 할 것을 주장한다. 즉 '결과발생의 불가능'은 “착오에 기한 행위자의 행위가 일반인이 인식한 대로라면 위험하지 않다”는 의미인 반면에, '위험성이 있는 때'는 “행위자가 인식한 대로라면 위험하다”라는 의미라는 것이다. 또한 이 견해²⁵⁾에서는 판단의 주체인 일반인을 '과학적 일반인'으로 상정하고 있다. 일단 이 견해가 '결과발생의 불가능'을 일반인의 인식을 토대로 판단하는 관점은 구체적 위험을 의미하는 것으로써 타당하다고 할 수 있다. 다만 이 견해는 구체적 위험을 판단함에

19) 同旨, 김종원, 불능미수, 형사법강좌 II, 1984, 625면; 임웅, 형법총론, 개정판 증보, 2006, 375면.

20) 김종원, 형사법강좌 II, 625면.

21) 임웅, 형법총론, 375면.

22) 김성돈, 형법총론, 475면; 신동운, 형법총론, 508면.

23) 권오걸, 형법총론, 457면; 김성돈, 형법총론, 475면; 김성천/김형준, 형법총론, 517면; 오영근, 형법총론, 526면; 이재상, 형법총론, 391면; 정성근/박광민, 형법총론, 404면; 도중진, 전계논문, 588면.

24) 임웅, 형법총론, 375면; 정성근/박광민, 형법총론, 410면.

25) 임웅, 형법총론, 376면.

있어서 사전적 판단을 하는 것인지 아니면 객관적·사후적 판단에 의존할 것인지 불분명하다. 또한 ‘위험성이 있는 때’에 관하여 추상적 위험설을 취하는 관점이 타당한지에 관하여 자세한 검토가 필요하다.

범죄실현에 대한 불가능성, 즉 범죄실현에 대한 위험성이 없는 행위가 불능범·불능미수와 관련된 논의의 대상이 되는 행위이다. 여기서 위험성을 판단해야 하는 대상은 구체적인 범죄실현이다. 따라서 구체적인 범죄실현에 대한 구체적인 위험이 없어야 범죄실현의 불가능성이 인정될 수 있다. 이와 같이 범죄실현에 대한 위험성은 구체적 위험설의 관점에서 이해되어야 한다. 구체적 위험설의 관점에서 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의 판단에 따라 그 행위가 구체적으로 위험하지 않은 범행의 시도라면 범죄실현의 위험성이 부정된다. 즉 행위자의 범행계획을 알고 있는 신중한 인간의 사전판단(ex ante Betrachtung)에 의하여 그 행위가 범죄기수에 이르지 않을 것이라고 진지하게 받아들일 수 있는 경우에 범죄실현의 위험성이 부정되고 범죄실현의 불가능성이 인정된다.

예컨대 행위자의 범행계획을 알고 있는 신중한 사람이 주어진 상황에서, 즉 사후에 밝혀진 사실을 염두에 두지 않고서, 즉시 사체라고 알 수 있는 객체를 행위자가 경솔하게 살아 있는 사람이라고 오인하여 저격하는 경우는 범죄실현의 불가능성이 인정된다. 또한 신중한 사람이 동일한 상황에서 즉시 설탕이라고 알 수 있는 물질을 행위자가 경솔하게 청산가리로 오인하여 독살을 시도하는 경우에도 동일하다.

이에 반하여 행위자의 범행계획을 알고 있는 신중한 사람도 침대에 누워있는 사람이 자연사한 상태라는 것을 즉시 알아 챌 수 없는 경우라면, 즉 신중한 사람도 침대에 누워있는 사람을 살아 있는 사람으로 오인할 수 있는 경우라면, 행위자가 그 사람을 살아 있는 사람으로 오인하고 살해행위를 시도한 경우에 범죄실현에 대한 구체적 위험을 인정해야 한다. 따라서 이 경우는 범죄실현의 불가능성이 부정되어 장애미수가 된다. 이는 금고를 열었으나 비어 있는 경우나 소매치기가 무일푼인 승객의 호주머니에 손을 찔러 넣은 경우에도 동일하다. 이러한 경우는 특히 실패한 미수인 장애미수에 해당한다.

이와 같이 ‘사체에 대하여 살인을 시도하는 행위’, ‘상상임신의 부녀에 대한 낙태시도 행위’, ‘장전되지 아니한 총으로 저격하는 행위’, ‘제3자가

이미 총탄을 제거한 총으로 피해자를 저격하는 행위’, ‘제조상의 결함으로 폭발이나 격발이 불가능한 폭탄이나 총에 의하여 살인을 시도하는 행위’ 등의 경우에 행위자의 범행계획을 알고 있는 신중한 사람의 사전관찰에 의하여 범죄실현이 가능하다고 판단할 경우라면 범죄실현의 구체적 위험성이 인정되어 장애미수가 된다. 이에 반하여 신중한 사람이 사전관찰에서 즉시 범죄실현이 불가능하다고 판단할 경우라면 범죄실현의 구체적 위험성이 부정되어 불능범 내지 불능미수가 된다. 이러한 점에서 범죄실현의 불가능성은 규범적 평가에 의한 판단을 필요로 한다.

구객관설에 의하면 범죄실현이 객관적·절대적으로 불가능한 경우는 불능범·불능미수가 된다. 그러나 구객관설에 의하면 일반인의 관점에서 충분한 범죄실현의 위험성이 인정되는 실패한 장애미수를 모두 불능미수로 판단함으로써 불능미수의 범위를 무한정 확대시킨다. 특히 사기미수에 관하여 “피해자를 속일 수 있었는가”라는 문제는 대부분 증명이 불가능한 경우이며, 그렇다면 in dubio pro reo의 원칙에 의하여 사기미수는 모두 불능미수가 된다는 부당한 결과를 초래한다.

주관설은 객관적으로 범죄실현이 불가능한 경우라도 행위자의 관점에서 가능하다고 판단한 경우이므로, 불능범·불능미수의 경우가 모두 장애미수로 되는 결과를 초래한다.

‘행위자가 인식한 사실을 기초로 일반인의 관점에서 범질서에 대한 위험성을 판단’하는 추상적 위험설이나 ‘법적대적 의사가 일반인에게 범질서를 침해하는 인상을 줄 경우에 위험성을 인정’하는 인상설은 범죄실현의 불가능성을 판단하는 유효한 기준이 될 수 없다. 추상적 위험설이나 인상설은 위험성의 판단대상을 ‘구체적인 범죄실현’이 아니라 ‘범질서’로 설정하고 있기 때문이다. 즉 범질서에 대한 위험성을 판단하는 기준인 추상적 위험설이나 인상설을 범죄실현의 위험성을 판단하는 기준으로 사용할 수는 없다.

따라서 범죄실현의 불가능성, 즉 범죄실현의 위험성 여부는 구체적 위험설에 따라 판단해야 한다.

3. 범죄실현의 불가능과 행위자의 착오

범죄실현의 불가능을 행위자가 이미 알고 있는 경우에는 범죄를 실현

할 의도가 없는 경우이므로 해당 범죄의 고의가 부정된다. 따라서 불능미수는 범죄실현의 불가능을 행위자가 착오로 가능하다고 오인한 경우로 국한된다. 불능미수에서 행위자의 착오와 관련하여 형법 제27조는 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’로 행위자가 이를 가능하다고 오인한 경우라고 규정하고 있다. 따라서 학설에서는 범죄실현의 불가능에 대한 행위자의 착오가 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’로 한정되는지, 아니면 ‘주체의 착오’도 포함하는지에 관한 논의로 집중되어 있다.²⁶⁾

형법과는 달리 독일형법 제23조 제3항은 불능미수에서 행위자의 착오와 관련하여 행위자의 ‘중대한 무지(aus grobem Unverstand)’로 이를 가능하다고 오인한 경우로 한정한다. 따라서 독일형법에서는 범죄실현이 불가능한 경우라도 행위자의 중대한 무지에 의한 착오가 아니라면 불능미수가 아니라 장애미수가 된다. 이에 반하여 형법에서는 범죄실현의 불가능을 행위자가 착오로 가능하다고 오인한 경우라면 그 착오가 행위자의 중대한 무지에 의한 것이든 또는 행위자의 무지와는 관계없는 착오이든 모두 불능미수가 될 수 있다.

이러한 형법과 독일형법의 차이는 특히 경솔한 행위자의 경우에 나타나게 된다. 즉 일반인이라면 범죄실현의 불가능을 금방 알 수 있는 상황을 경솔한 행위자가 착오로 이를 가능하다고 오인한 경우는 형법 제27조에 따라 불능미수의 성립이 가능하지만, 독일형법에 의하면 장애미수가 된다. 그러나 불능미수에서 행위자의 중대한 무지에 의한 착오를 요구하는 독일형법의 태도가 입법론적으로 타당한지에 관하여는 의문이 제기된다. 예컨대 일반인이라면 누구나 사체라는 사실을 금방 알 수 있는 객체를 경솔한 행위자가 살아 있는 사람이라 오인하여 저격하는 행위를 장애미수로 인정할 필요가 있는지에 관한 의문이다. 이러한 경우는 미수범에서 필요한 결과반가치(법질서에 대한 침해)의 양적인 측면에서 범죄실현이 가능한 장애미수보다 범죄실현이 불가능한 불능미수로 고찰되기 때문이다. 특히 독일형법 제23조 제3항에 의한 ‘행위자의 중대한 무지에 의한 착오’는 사실의 착오가 아니라 거의 모두 자연과학의 착오가 된다. 예컨대 설탕에 살인력이 있다고 오인하거나 밀가루로 낙태시킬 수 있다고 오인하

26) ‘주체의 착오’에 관한 문제는 본 논제와 논점을 같이 하지 아니하므로, 이 문제에 관한 논술은 생략한다.

는 경우가 그러하다. 그러나 이러한 중대한 무지에 의한 자연과학의 착오의 경우는 上記 ‘II, 1’에서 논술한 비현실적 수단에 의한 범행시도로서 고의가 부정되는 사안이므로 미수범의 일반적인 요건도 구비하지 못하는 행위이다. 즉 본 논문의 논술대상에서 제외되는 행위이다.

중대한 무지에 의한 착오, 즉 자연과학의 착오가 불능미수의 인정가능성과 관련하여 현실적으로 나타나는 사안은 치사량 미달의 독약으로 사람을 살해하려 하는 경우이다. 이 경우는 최소한 행위자의 고의가 부정되지는 않기 때문이다. 이와 관련하여 독일형법의 해석에서는 “평균인의 경험지식에 따라 기본적으로 실행의 수단이 결과야기에 적합하고 행위자 역시 이를 알고 있었으나, 단지 그 수단의 실질적 특성(Beschaffenheit)이나 강도(Intensität)에 관하여 착오가 있다는 것만으로 중대한 무지에 의한 행위로 평가되지 않는다”고 한다.²⁷⁾ 이러한 관점에서 BGH²⁸⁾는 ‘부인이 남편을 살해하기 위해서 남편의 간식용 빵에 살충제를 약 1초간 2번(치사량의 약 1/10만 정도에 해당) 뿌린 사건’에서 장애미수를 인정하였다. 행위자는 살충제의 독이 사람을 살해할 수 있다는 근본적인 사실에 대한 착오는 없었으며, 오직 그 독물질의 특성이나 살상력의 정도에 관해서만 착오가 있었는데, 이러한 착오는 ‘중대한 무지’에 의한 것이 아니라는 것이다. 그러나 이 경우 독일의 학설과 판례가 인정하는 ‘중대한 무지에 의한 착오’라는 기준은 합리적인 결론을 도출하지 못하고 있다. 사람을 살해할 수 있는 물질이라 할지라도 그 사용하는 양에 따라 약으로 뿐 아니라 독으로도 사용될 수 있기 때문이다. 따라서 독물질의 특성이나 살상력의 정도에 관한 ‘중대한 무지’도 당연히 ‘자연과학의 착오’로 평가될 수 있어야 할 것이다.

형법의 해석에서 치사량 미달의 독약으로 사람을 살해하려 하는 경우는 과학적 일반인의 관점에서 구체적 위험이 인정되는지 여부에 따라 장애미수와 불능미수가 구별될 수 있다. 즉 과학적 일반인의 관점에서 치사량에 해당하는 것으로 평가될 수 있는 경우는 비록 그 양으로는 사람을 살해하는 것이 불가능한 경우라도 장애미수를 인정해야 한다. 이에 반하여 과학적 일반인의 관점에서 치사량에 해당하지 아니하는 것으로 평가되

27) Vgl. Kühl, Strafrecht AT, § 15 Rdnr. 92 mwN.; Eser, S-S StGB, § 23 Rdnr. 17; Roxin, HRR AT, Fall 57, S. 81 f. 191; Radtke, JuS 1996, S. 878.

28) Vgl. BGHSt 41, 94 ff.

는 경우는 불능미수가 인정된다.

불능미수에서 범죄실현의 불가능성에 대한 행위자의 착오에는 사실의 착오 뿐 아니라 자연과학의 착오도 포함해야 한다. 독일형법 제23조 제3항과 같이 ‘중대한 무지에 의한 착오’라는 하여 사실의 착오를 제외하고 자연과학의 착오만을 불능미수의 요건으로 요구하는 것은 불능미수의 실체를 거의 부정하는 결과가 될 뿐이다. 즉 자연과학의 착오는 거의 모두가 비현실적인 범행의 시도로서 해당 범죄의 구성요건적 고의가 부정되는 경우이기 때문이다. 이에 따라 불능미수는 행위자의 사실의 착오 또는 자연과학의 착오에 의하여 범죄실현의 불가능을 가능하다고 오인한 경우이며, 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의 판단에 따라 그 행위가 구체적으로 위험하지 않은 범행의 시도인 경우에 인정된다. 물론 동일한 상황에서 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의 판단에 따라 그 행위가 구체적으로 위험한 범행의 시도인 경우에는 장애미수가 된다.

IV. 불능미수에서의 위험성

1. 불능미수에서 위험성 판단기준에 관한 학설

형법 제27조는 가별적인 불능미수의 성립을 위해서 명문으로 위험성을 요구하고 있다. 이에 따라 일반적인 학설의 입장에서는 불가별인 불능범과 가별적인 불능미수의 구별을 위하여 형법 제27조의 위험성 표지를 사용하고 있다.

가. 객관설

구객관설 내지 형식적 객관설은 범죄성립의 절대적 불능과 상대적 불능을 구별하여 위험성을 판단한다. 즉 범죄성립의 절대적 불능은 위험성이 없으며, 상대적 불능인 경우에만 위험성이 있다는 견해이다. 대법원은 ‘쿠마테트라릴이라는 쥐약은 살서제로서 사람을 살해할 수 없으므로, 쥐약으

로 사람을 살해하려 한 행위는 위험성이 없는 불능범에 불과하다²⁹⁾고 판시한 반면에, ‘행위자의 능력으로는 약품배합이 미숙하여 히로뽕의 완제품의 제조가 불가능한 경우는 절대적으로 불가능한 경우가 아니기 때문에 위험성이 있는 불능미수³⁰⁾라고 판단하고 있다. 이는 원칙적으로 절대적 또는 상대적 불가능에 의해서 위험성을 인정하는 형식적 객관설의 입장이다.³¹⁾ 이러한 형식적 객관설의 입장에 있는 대법원의 판례에서는 구체적인 사안에서 범죄실현이 절대적으로 불가능한 경우가 아니라면, 즉 범죄실현의 가능성을 배제할 수 없는 경우라면 위험성을 인정하고 있다.³²⁾ 그렇지 않으면 불능미수에서 위험성을 인정할 수 있는 경우가 거의 없게 될 것이기 때문이다. 그러나 이러한 태도는 형법에서의 대원칙인 in dubio pro reo의 원칙에 정면으로 배치된다. 형법적 판단에 있어서는 결과 불발생의 가능성을 배제할 수 없는 경우라면 오히려 위험성을 부정해야 하기 때문이다.

신객관설 내지 구체적 위험설은 위험성을 구체적 위험으로 보며, 구체적 위험을 일반 경험법칙의 객관적·사후적 예후에 의한 범죄발생의 개연성으로 이해하는 입장³³⁾과 객관적·사전적 판단에 의한 범죄발생의 개연성으로 이해하는 입장³⁴⁾으로 분리된다. 즉 행위자가 인식한 사실과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 행위자의 특별지식을 고려하여 통찰력 있는 일반인의 일반 경험법칙에 의한 판단에 의하여 범죄실현의 개연성을 인정할 수 있는 경우에 구체적 위험이 인정된다는 것이다. 그러나

29) 대전지방법원 제1형사부판결, 1996.4.26, 95고합428.

30) 대판, 1985.3.26, 85도206; 또한 대판, 1954.12.21, 4287형상190은 ‘취약이 취뿐만 아니라 사람도 살해할 효능이 있음은 실험상 인정되는 공지의 사실’이라고 하여 살인미수죄의 성립을 인정하였다.

31) 대판, 1954.1.30, 4286형상103: “권총의 탄자가 불량하여 불발된 경우라도 권총의 탄자에 총탄을 충전하여 발사하는 행위는 범죄실현의 위험을 내포하고 있다.”

32) 대판, 1984.2.28, 83도3331은 “농약의 치사추정량이 쥐에 대한 것을 인체에 대하여 추정하는 극히 일반적 추상적인 것이어서 마시는 사람의 연령, 체질, 영양 기타의 신체의 상황여하에 따라 상당한 차이가 있을 수 있는 것이라면 피고인이 요구르트 한 병마다 섞은 농약 1.6cc가 그 치사량에 약간 미달한다 하더라도 이를 마시는 경우 사망의 범죄실현 가능성을 배제할 수는 없다.”

33) 박상기, 형법총론, 368면; 배종대, 형법총론, 제8전정판, 2005, 548면; 안동준, 형법총론, 1998, 204면; 이재상, 형법총론, 396면; 동취지, 강화된 구체적 위험설을 주장하는 견해로는 신동운, 형법총론, 513면 이하; 형 감경의 불능미수에 대해서만 구체적 위험설을 인정하는 견해로는 손동권, 형법총론, 제2개정판, 2005, 439면.

34) 김일수/서보학, 형법총론, 532면; 오영근, 형법총론, 534면.

범죄발생의 개연성을 인정할 수 있다면 범죄실현의 불가능성이 부정되어야 하기 때문에 이 경우는 불능범이나 불능미수가 아닌 장애미수를 인정해야 할 것이다.

나. 주관설

주관설은 행위자의 범죄적 의사가 나타난 이상 범죄의 완성이 불가능하더라도 그것은 위험한 행위이며, 따라서 불능미수로 처벌해야 한다는 입장이다. 즉 미수범의 처벌근거는 범죄의사의 외부적 표현으로 완성된다는 견해이다. 주관설은 불능미수와 장애미수를 동일시하는 이론이며, 결국 불능미수를 부정하는 이론이라고 할 수 있다.

다. 절충설

다수설³⁵⁾에 의해서 지지되고 있는 추상적 위험설은 행위자가 인식한 사실을 기초로 일반인의 관점에서 범질서에 대한 위험성을 판단한다. 범질서에 대한 위험이 바로 추상적 위험이며, 이러한 추상적 위험을 주관적 객관설의 입장에서 판단하는 것이다.³⁶⁾ 추상적 위험설은 위험성 판단을 행위 당시를 기준으로 한다는 점에서 사후판단에 의존하는 구체적 위험설보다 우수하다고 한다.³⁷⁾ 이러한 추상적 위험설에 대해서는 행위자의 주관적 인식만을 기초로 위험성을 판단하기 때문에 부당하게 가벌성의 범위를 확대시킨다는 비판³⁸⁾이 제기된다.

35) 김성돈, 형법총론, 485면; 김성천/김형준, 형법총론, 523면 이하; 임웅, 형법총론, 374면 이하; 정성근/박광민, 형법총론, 411면; 정영일, 형법총론, 개정판, 2007, 333면; 진계호, 형법총론, 제7판, 2003, 476면; 형 면제의 불능미수에 대해서만 추상적 위험설을 인정하는 견해로는 손동권, 형법총론, 339면.

36) 대판, 1978.3.28, 77도4099은 “불능미수의 판단기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 범죄실현의 가능성이 있느냐를 따져야 하므로 히로뽕제조를 위하여 에페트린에 빙초산을 혼합한 행위가 불능미수가 아니라고 인정하려면 위와 같은 사정을 놓고 객관적으로 제약방법을 아는 과학적 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있어야 한다”고 하여 추상적 위험설을 취하고 있다.

37) 김성돈, 형법총론, 485면; 정성근/박광민, 형법총론, 410면; 정영일, 형법총론, 333면.

추상적 위험설과 유사한 관점에서 인상설³⁹⁾은 행위자의 법적대적 의사가 일반인에게 법질서를 침해하는 인상을 줄 경우에 위험성을 인정한다. 즉 법질서의 효력에 대한 범공동체의 신뢰를 동요시킴으로써 법적 평온을 교란하는 인상을 줄 경우에 위험성을 인정하는 입장이다. 인상설에 대해서는 그 기본적 관점의 타당성을 인정하면서도, 위험성의 판단방법 내지 법적 평온교란의 확정방법은 여전히 미해결인 채로 남겨두고 있다는 비판⁴⁰⁾이 제기되고 있다. 즉 인상설은 위험성을 설명하는 하나의 방법이지, 위험성을 판단하는 방법을 제시하는 입장은 아니라고 한다.

추상적 위험설과 인상설은 상호 독자성을 주장하고 있으나, 행위자의 인식 내지 의사를 기초로 법질서에 대한 위험성 내지 법질서를 침해하는 인상을 일반인의 관점에서 판단한다는 점에서 동일한 주관적 객관설의 관점이라고 보아야 한다. 그러나 주관적 객관설은 미수범의 처벌근거인 위험성을 판단하는 기준⁴¹⁾이며, 이러한 위험성은 주관적 객관설의 기준에 의한 실행의 착수를 통하여 인정된다. 그렇다면 불능미수의 경우에도 주관적 객관설의 기준에 따른 실행의 착수를 통하여 이미 ‘법익에 대한 위험’이라는 결과판가치가 인정되고 있는데, 동일한 기준으로 어떠한 위험성을 더 도출할 수 있는지 의문이 제기된다. 독일의 학설⁴²⁾에 의해서도 주관적 객관설은 일반 미수범의 위험성을 판단하는 기준이므로 장애미수 뿐 아니라 불능미수에서도 주관적 객관설이 위험성을 판단하는 기준이 된다.

38) 김일수/서보학, 형법총론, 532면; 박상기, 형법총론, 369면; 배종대, 형법총론, 548면; 오영근, 형법총론, 531면.

39) 권오걸, 형법총론, 463면; 김일수, 한국형법 II, 190면 이하; 손해목, 형법총론, 913면 이하; 이형국, 형법총론, 260면; 신양균, 불능미수의 법적 성격, 김종원교수 화갑기념논문집, 425면; 이명복, 불능미수범의 연구, 사법행정 1991.3, 41면 이하.

40) 김성돈, 형법총론, 483면; 김일수/서보학, 형법총론, 532면; 배종대, 형법총론, 548면; 오영근, 형법총론, 533면; 임웅, 형법총론, 376면; 하태훈, 불능미수, 형사법연구 제4호, 1991.12, 78면.

41) 권오걸, 형법총론, 430면; 김성돈, 형법총론, 471면; 김성천/김형준, 형법총론, 472면 이하; 김일수/서보학, 형법총론, 518면; 박상기, 형법총론, 345면; 손동권, 형법총론, 401면 이하; 손해목, 형법총론, 861면 이하; 신동운, 형법총론, 466면; 안동준, 형법총론, 181면 이하; 오영근, 형법총론, 477면; 이재상, 형법총론, 359면 이하; 이형국, 형법총론, 236면; 임웅, 형법총론, 335면; 정성근/박광민, 형법총론, 384면; 정영일, 형법총론, 307면; 진계호, 형법총론, 449면 이하.

42) Vgl. Eser, S-S StGB, Vorbem. § 22 Rdnr. 22 mwN.; Wessels/Beulke, AT, 30. Aufl., 2000, Rdnr. 594, 620; Kühl, AT, § 15 Rdnr. 90.

2. 불능미수와 위험성 표지

제27조에 따라 범죄의 기수가 불가능한 경우라도 위험성이 있는 경우는 불능미수로 처벌된다. 이 규정에 의하여 형법의 불능미수의 해석에서는 “위험성을 어떻게 파악해야 하는가”에 대해서 논의가 집중되고 있다.

그러나 “위험성이라는 표지가 불능미수범의 가벌성을 근거지우는 핵심적 표지이거나 또는 다른 미수범의 형태와 구별지우는 가능성을 가진 표지인가”라는 점에 대해서 강한 의문을 제기하는 견해⁴³⁾가 있다. 즉 제27조에 의하여 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’와 ‘범죄실현의 불가능’ 만으로 불능미수가 완전하게 특정될 수 있으므로, 위험성은 불능미수를 특징지우는 독자적인 표지가 아니라는 것이다.⁴⁴⁾ 또한 이렇게 특정된 불능미수는 당연히 위험성이 인정되며, 위험성이 전혀 인정되지 않는 경우는 형법에서 논의의 필요성조차 없다는 것이다.

불능범 내지 불능미수는 범죄실현이 불가능한 경우에만, 즉 구체적 위험설의 관점에서 구체적인 범죄실현에 대한 구체적 위험이 없는 경우에만 인정될 수 있다. 이에 반하여 구체적인 범죄실현에 대한 구체적 위험이 있는 경우는 장애미수에 해당한다. 장애미수의 경우는 주관적 객관설에 의한 실행의 착수에서 가벌적인 위험성이 인정된다. 즉 인상설에 의하면 ‘법적대적 의사가 일반인에게 법질서를 침해하는 인상을 줄 경우에 인정되는 위험성’ 또는 추상적 위험설에 의하면 ‘행위자가 인식한 사실을 기초로 일반인의 관점에서 법질서에 대한 위험성’이 인정된다.

제27조의 불능범 내지 불능미수의 경우는 구체적인 범죄실현에 대한 구체적 위험이 없는 경우이지만, 주관적 객관설에 의한 실행의 착수에서 가벌적인 위험성이 인정될 수 있는지 문제된다. 즉 범죄실현이 불가능하여 범죄실현에 대한 구체적 위험이 없는 경우라도, 그 실행의 착수에서 ‘추상적 위험설 내지 인상설의 관점의 법질서에 대한 위험성’이 인정되는 경우와 인정되지 않는 경우로 분리될 수 있다면 제27조의 위험성이라는 표지는 의미를 가지게 된다. 그러나 범죄실현에 대한 구체적 위험이 없는

43) 천진호, 전계논문, 73면; 허일태, 전계논문, 116면; 同趣旨, 오영근, 형법총론, 581면; 이형국, 형법총론, 253면.

44) 천진호, 전계논문, 85면 이하, 91면 이하; 허일태, 전계논문, 114면 이하.

경우라도, 그 실행의 착수에서 ‘추상적 위험설 내지 인상설의 관점의 범질서에 대한 위험성’은 형의 면제가 정당화될 정도로 약화되는 경우가 존재할 수 있지만, 그러한 위험성을 완전히 부정할 수 있는 경우는 상정될 수 없다. 그러한 위험성이 완전히 부정될 수 있는 경우는 단지 上記 ‘II, 1’에서 논의된 ‘범죄실현이 불가능하지만 불능범·불능미수의 논의에서 제외되어야 할 경우’에 해당할 뿐이다. 따라서 제27조의 위험성 표지는 불능미수를 특징지우는 독자적인 표지가 아니라는 견해⁴⁵⁾는 정당하며 타당하다. 이러한 관점에서 제27조의 불능범과 불능미수는 동의어로 이해된다.

V. 결 론

형법 제27조는 불능범에 관하여 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다”고 규정하고 있으며, 이에 따라 결과발생이 불가능한 경우에 위험성 여부에 의하여 가별적인 불능미수와 불가별인 불능범을 구별하는 것이 일반적인 학설의 입장이다. 따라서 불능미수에 관하여는 위험성을 판단하는 기준에 대해서만 학설의 논의가 집중되었으며, 그 결과 결과발생의 불가능, 즉 범죄실현의 불가능에 대한 논의는 소홀하였다. 그러나 범죄실현의 불가능이란 다른 아닌 범죄실현의 위험성이 없음을 의미한다. 따라서 학설이 집중하고 있는 불능미수에서 위험성의 문제도 범죄실현의 불가능성을 먼저 규명한 이후에 논의가 진행되어야 한다.

불능범·불능미수에 관한 논의의 대상은 먼저 미수범의 일반적인 요건을 구비한 행위이어야 한다. 따라서 미신범이나 자연과학에 대한 현저한 무지에 의한 비현실적인 범행시도, 예컨대 설탕에 살인력이 있다고 오인한 행위나 공기총으로 항공기를 저격하는 행위 등은 불능범·불능미수에 관한 논의의 대상에서 제외된다. 이러한 비현실적인 범행시도는 해당범죄의 구성요건적 고의가 부정되어 애당초 미수범의 일반적인 요건을 구비할

45) 천진호, 전제논문, 85면 이하, 91면 이하; 허일태, 전제논문, 114면 이하; 동취지, 이형국, 형법총론연구 II, 1990, 554면은 입법론적으로 제27조에서 위험성 표지를 삭제해야 한다고 한다.

수 없기 때문이다.

범죄실현의 불가능은 구체적 위험설의 관점에서 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의 판단에 따라 그 행위가 구체적으로 위험하지 않은 범행의 시도인 경우에 인정된다. 물론 동일한 상황에서 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의 판단에 따라 그 행위가 구체적으로 위험한 범행의 시도인 경우에는 장애미수가 된다.

불능미수는 범죄실현의 불가능을 행위자의 착오에 의하여 가능하다고 오인한 경우에 인정된다. 그러나 독일형법과 같이 ‘중대한 무지에 의한 착오’라는 요건에 의하여 불능미수를 행위자의 자연과학에 대한 착오의 경우로 한정하는 것은 불능미수의 실체를 거의 부정하는 결론이 될 뿐이라는 점을 발견할 수 있었다. 따라서 불능미수에서 행위자의 착오는 사실의 착오와 자연과학의 착오의 경우를 모두 포함해야 한다.

형법 제27조의 위험성에 관한 학설을 분석한 결과, 구체적 위험설은 가별적인 불능범과 불가별인 불능미수를 구별하는 기준으로 사용할 수 없다는 점이 밝혀졌다. 가별적인 불능범과 불가별인 불능미수를 구별하기 위해서는 우선 그 대상이 되는 행위가 범죄실현의 불가능성이 인정되어야 하는데, 범죄실현이 불가능한 행위, 즉 범죄실현에 대한 ‘구체적 위험이 없는 행위’에 대해서 ‘구체적 위험성’의 여부에 따라 불능범과 불능미수를 구별하는 것은 그 자체로 모순이기 때문이다.

추상적 위험설이나 인상설 역시 가별적인 불능범과 불가별인 불능미수를 구별하는 기준으로 사용할 수는 없었다. 주관적 객관설은 미수범의 처벌근거인 위험성을 판단하는 기준이며, 이러한 위험성은 주관적 객관설의 기준에 의한 실행의 착수를 통하여 인정된다. 따라서 불능미수의 경우에도 주관적 객관설의 기준에 따른 실행의 착수를 통하여 이미 ‘범의에 대한 위험’이라는 결과반가치가 인정되고 있다. 그렇다면 이와 동일한 기준으로 또 다른 위험성을 더 이상 도출할 수는 없게 된다.

형법 제27조의 가별적인 불능미수는 우선 일반적인 미수범의 요건을 충족해야 한다. 여기서는 주관적 객관설의 기준에 의한 실행의 착수에 의하여 추상적 위험이 인정된다. 그러나 그러한 범행에 대한 실행의 착수는 범죄실현이 불가능해야 하며, 여기서는 구체적 위험설의 관점에서 범죄실현에 대한 구체적 위험이 없어야 한다. 즉 불능미수는 범죄실현에 대한

구체적 위험이 없는 경우라도 실행의 착수에 의하여 형의 임의적 감면의 대상이 되는 추상적 위험이 인정되기 때문에 가벌적이다. 따라서 가벌적 불능미수를 인정하기 위해서 더 이상 추가적인 위험성을 필요로 하지는 않는다. 이러한 관점에서 불가벌인 불능범이라는 개념은 불필요하며, 불능범과 불능미수는 동의어로 이해하면 충분하다.

참고문헌

- 권오걸, 형법총론, 2005, 형설출판사
김성돈, 형법총론, 2006, 현암사
김성천/김형준, 형법총론, 제3판, 2005, 동현출판사
김일수, 한국형법 II, 개정판, 1997, 박영사
김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 2006, 박영사
박상기, 형법총론, 제6판, 2004, 박영사
배종대, 형법총론, 제8전정판, 2005, 홍문사
손동권, 형법총론, 제2개정판, 2005, 율곡출판사
신동운, 형법총론, 제2판, 2006, 법문사
안동준, 형법총론, 1998, 법문사
오영근, 형법총론, 2002, 박영사
이재상, 형법총론, 제5판, 2003, 박영사
이정원, 형법총론, 제3판, 2004, 법지사
이형국, 형법총론, 2003, 법문사
이형국, 형법총론연구 II, 1990, 법문사
임웅, 형법총론, 개정판 증보, 2006, 법문사
정성근/박광민, 형법총론, 제3판, 2006, 삼지원
정영일, 형법총론, 개정판, 2007, 박영사
진계호, 형법총론, 제7판, 2003, 대왕사
- 김용옥, 가능미수와 불능미수의 구분, 형사판례의 연구 I, 이재상교수 화
갑기념논문집, 2003.01

- 김종원, 불능미수, 형사법강좌 II, 1984
- 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 2007 비교형사법학회 춘계학술대회 발표문
- 도중진, 불능미수와 위험성, 형사판례의 연구 I, 이재상교수 화갑기념논문집, 2003.01
- 신양균, 불능미수의 법적 성격, 김종원교수 화갑기념논문집,
- 이명복, 불능미수범의 연구, 사법행정 1991.3,
- 이정원, 불능범의 새로운 이해, 형사정책연구, 제13권 제4호, 2002.12
- 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 비교형사법연구 창간호, 1999.03,
- 하태훈, 불능미수, 형사법연구 제4호, 1991.12
- 허일태, 불능미수에 있어서 위험성의 의미, 형사법연구 제13호, 2000.06
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Aufl., 2001
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996
- Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2005
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1985
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1993
- Otto Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004
- Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973
- Schönke/Schröder Kommentar, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2001
- Stratenwerth, Günter: Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 1981
- Systematische Kommentar, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1995
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 30. Aufl., 2000

26 형사정책연구 제18권 제4호(통권 제72호, 2007 · 겨울호)

Das neue Verständnis über im untauglichen Versuch

Lee, Jeong-Weon

(Prof. Dr. Jur. an der Universität Youngnam)

Die Strafe des untauglichen Versuchs wird nach dem § 27 StGB gemildert oder abgesehen, wenn er gefährlich ist. Danach unterscheidet die herrschende Lehre die Untauglichendelikt zwischen dem gefährlichen untauglichen Versuch und der ungefährlichen Untauglichenvornahme. Aber um die Gefährlichkeit im untauglichen Versuch zu diskutieren, sollte man zunächst darüber klarstellen, daß die Versuche überhaupt nicht zur Vollendung führen kann.

Eine Diskussion über das gefährliche untaugliche Versuch und die ungefährliche Untauglichenvornahme ist nur möglich, wenn eine Tat die allgemeinen Tatbestände des Versuches erfüllt. Danach die abergläubischen Versuche oder irreale Versuche, wie z. B. mit dem Beten oder dem Zucker ein Mensch töten will, sollten in dieser Diskussion ausgenommen werden, weil sie kein tatbestandlichen Vorsatz haben könnten.

Daß die Versuche überhaupt nicht zur Vollendung führen kann, muß man nach der Kriterium der konkreten Gefährlichkeitstheorie feststellen. Denn die Unmöglichkeit der Deliktvollendung bedeutet es, daß die Versuche konkret nicht gefährlich sind.

Die Unmöglichkeit der Deliktvollendung muß vom Irrtum des Handelnden beruhen. Aber das Irrtum braucht nicht unbedingt aus grobem Unverstand des Handelnden zu ergeben. Ein Irrtum aus grobem Unverstand bedeutet im fast allen Fällen ein Irrtum über die Naturwissenschaft. Aber über ein Irrtum über die Naturwissenschaft kann im fast allen Fällen kein tatbestandliche Vorsatz angenommen werden. Daher wird dieser Irrtum im fast allen Fällen keine

Gegestände unserer Diskussion. Im untauglichen Versuch sollte nicht nur das Irrtum über die Naturwissenschaft, sonder auch das Irrtum über die Tatsache enthalten.

Die konkret nicht gefährliche Versuche ist auch gefährlich im Sinne des subjektiv-objektiv gemischten Theorie. Diese Gefährlichkeit ist eine abstrakte Gefährlichkeit. Und diese abstrakte Gefährlichkeit kann durch das unmittelbares Ansetzen zur Deliktvollendung angenommen werden, auch wenn das Versuch überhaupt nicht zur Vollendung führen kann, daher konkret nicht gefährlich ist. Dann braucht nicht noch weitere Gefährlichkeit zur Annahme des untauglichen Versuches.

주제어 : 불능미수, 불능범, 범죄실현의 불가능, 위험성

Keywords : Untaugliches Versuch, Untaugliche Vornahme,
Unmöglichkeit der Deliktvollendung, Gefährlichkeit