

## 不能未遂에 관한 小考

金 秀 吉\*

### 目 次

I. 問題의 提起	2. 結果發生 不可能의 原因
1. 序 說	III. 危險性
2. 刑法 第27條의 性格	1. 危險性의 意味
II. 結果發生의 不可能	2. 危險性의 判斷基準
1. 結果發生 不可能의 概念	IV. 結 論

### I. 問題의 提起

#### 1. 序 說

불능미수란 결과발생이 불가능하지만 위험성이 있기 때문에 미수범으로 처벌되는 경우를 말한다. 우리 형법 제27조는 불능범이란 표제아래 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 1953년 우리 신형법이 제정될 때 처음으로 성문화된 것이며<sup>1)</sup> 그 이전에는 불능범은 다만 학설 및 판례대상으로 인정되어 왔다.

불능범은 행위자에게 범죄의사가 있고 외관상 실행의 착수라고 볼 수 있는 행위가 있었지만 행위의 성질상 결과발생이 불가능하고 위험성도 없기 때문에 미수범으로 처벌할 수 없고 범죄도 성립하지 않는 경우를 말한다. 이에 대하여 불능미수는 결과발생

\* 법정대학 법학부 교수

1) 불능미수에 관한 각국의 입법례와 형법 제27조의 성립경위에 관한 자세한 내용은, 김종원, “불능미수에 관한 연구”, 「학술원논문집(인문·사회과학편)」, 제36집, 대한민국학술원, 1997, pp. 26-34 ; 신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, 「법학」, 제117호, 서울대학교 법학연구소, 2001, p. 29 이하 참조.

은 사실상 불가능하지만 위험성으로 인하여 미수범으로 처벌되는 경우를 말한다. 이와 같이 불능미수와 불능범은 사실상 결과발생이 불가능하다는 점에서는 동일하지만 위험성의 유무에 의하여 구별되는 개념이다. 따라서 위험성의 개념과 그 판단기준은 형법 제27조의 해석에 있어서 가장 핵심적인 문제가 되지 않을 수 없다.

이에 본고에서는 불능미수 전반에 관한 문제를 떠나 현재까지 주요쟁점으로 되고 있는 결과발생의 불가능과 위험성의 관계를 명백히 하고 이에 따라 위험성의 판단기준과 관련하여 논의되고 있는 여러 학설과 이론 등을 비교·검토하고자 한다.

## 2. 刑法 第27條의 性格

우리 형법 제27조의 성격에 관하여 미수범의 한 형태를 규정하고 있다는 점에는 의견이 일치하고 있지만 그 명칭과 관련하여 다양한 견해가 제시되고 있다.

### 1) 未遂犯·不能犯 區別說

형법 제27조는 위법성의 유무를 기준으로 하여 미수범과 불능범으로 구별하는 규정으로 보아야 한다는 견해이다.<sup>2)</sup> 이에 의하면 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 미수범이 되고 위험성까지 없는 때에는 불능범이 되어 불가벌이라고 한다.

그러나 제27조는 불능범이라는 표제하에 비록 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있으면 처벌하겠다는 적극적인 규정형식을 취하고 있으며 불능범을 처벌하지 않겠다는 소극적 형식의 규정은 아니다. 그러므로 이 규정을 불능범불벌의 소극적 의미로 이해하는 것은 타당하지 아니한다. 또한 이 견해는 위험성 유무 뿐만 아니라 행위의 성질상 결과의 발생이 가능하였는가에 따라 미수를 가능미수와 불능미수를 구별하고 있음을 도외시하고 있다는 비판이 가해지고 있다.<sup>3)</sup>

### 2) 獨立未遂犯說

형법 제27조는 형법 제25조와는 달리 별개의 미수형태를 규정하고 있다는 견해로 그

2) 남홍우, 「형법총론」, 박영사, 1980, p. 207 ; 박동희, 「형법학총론」, 법문사, 1977, p. 172 ; 정영식, 「형법총론」, 법문사, 1984, p. 233 ; 황산덕, 「형법총론」, 방문사, 1982, p. 236.

3) 이형국, 「형법총론」, 법문사, 1992, p. 295 ; 정성근, 「형법총론」, 법지사, 1998, p. 517 ; 진계호, 「형법총론」, 대왕사, 2000, p. 470.

설명방법에 따라 여러 입장이 있다.

### (1) 準不能犯說

불능범은 행위의 성질상 범죄실현의 가능성이 없으므로 형법상 범죄행위로 평가할 수 없는 것임에 대하여 미수범은 임의적 감경사유가 되는 가벌미수이므로 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있을 때에 형을 감경·면제하는 제27조는 불능범과 미수범의 중간에 위치한 별개의 개념인 준불능범이라는 견해이다.<sup>4)</sup>

그러나 이 견해는 우리 형법 미수범체계에 있어서 불가벌적 예비와 미수의 구별을 가능케하는 실행의 착수문제를 혼돈시켜 제27조가 불가벌적 예비의 영역을 침식한 것이 아닌가 하는 의문을 낳게 한다. 더불어 제27조의 위험성의 의미를 구별하기 어렵다는 난점에 빠지게 되고,<sup>5)</sup> 준불능범이라는 용어자체도 타당하지 못하다는 비판을 받지 않을 수가 없다.

### (2) 欠缺未遂犯說

형법 제27조는 제25조의 장애미수의 일종으로서 제25조는 장애미수의 일반적인 경우이고, 제27조는 실행의 수단·대상의 흠결에 의하여 자의에 의하지 아니하고 범죄를 완성하지 못한 흠결미수라는 견해이다. 즉 형법 제27조의 “실행의 수단 또는 대상의 착오”라는 것은 곧 “실행의 수단 또는 대상의 흠결”의 의미로 이해하고, 같은 장애미수이면서 제25조의 법정형과 제27조의 그것이 서로 다른 것은 전자가 “실행의 수단 또는 대상”이 존재하는 데도 불구하고 범죄의 실행에 착수하였다가 자의에 의하지 아니하고 이를 완성하지 못한 경우를 말하는데 대하여, 후자는 특별히 실행의 수단 또는 대상의 부존재, 즉 흠결로 인하여 실행에 착수한 범죄를 자의에 의하지 아니하고 완성하지 못한 경우라고 한다. 그러므로 양자가 구별되는 핵심점은 실행의 수단 또는 대상의 부존재, 즉 흠결이냐 존재냐 하는 점에 있고 따라서 제27조의 범죄정형은 흠결미수라고 한다.<sup>6)</sup>

그러나 제27조가 사실의 흠결(구성요건의 흠결)에서 말하는 수단·객체의 흠결만을 규정한 것이라면 흠결미수라는 표현도 상관 없지만 제27조가 구성요건요소가 아닌 수단·대상의 착오의 경우에도 적용되므로 흠결미수라는 표현은 적절하지 않다.<sup>7)</sup>

4) 유병진, 「한국형법총론」, 고시학회, 1957, pp. 162-163.

5) 김일수, “불능미수를 논함 II”, 「고시계」, 1985, 6, p. 145.

6) 박정근, “흠결미수”, 「고시계」, 1969, 1, p. 22.

7) 김일수, 전제논문, p. 145 ; 김종원, “불능미수”, 「고시계」, 1996.6, p. 91 ; 백형구, “불능미수 범”, 「월간고시」, 1988, 3, p. 108 ; 이형국, 전제서, p. 296 ; 진계호, 전제서, p. 470.

(3) 不能未遂犯說

형법 제27조는 장애미수나 중지미수와 구별되는 미수형태인 불능미수범을 규정한 것으로 보는 견해이다. 이에 의하면 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 불능미수이고, 결과발생이 불가능하고 위험성도 없는 때에는 불능범이 된다고 한다.<sup>8)</sup> 이 설은 불능범은 종래 미수범으로 처벌할 수 없고 따라서 범죄가 성립되지 않는 경우를 의미한다고 해석되었고, 형법이 위험성이 있는 때에만 처벌한다고 규정하고 있는 점에 비추어 형법의 해석에 있어서도 불능범과 불능미수는 구별되어야 한다는 것을 근거로 하고 있다.<sup>9)</sup>

결국 형법 제27조는 표제를 불능범이라고 붙이고 있으나 동조는 “수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있어서 원칙적으로 처벌하는 경우를 규정하고 있으므로 위험성이 없는 때인 불능범을 규정한 것이 아니고 미수의 한 형태를 규정한 것으로 보는 불능미수범설이 타당하다.<sup>10)</sup> 따라서 형법 제27조의 불능미수는 제25조의 장애미수와 제26조의 중지미수와 더불어 세가지 형태의 미수범 중 하나가 된다.

## II. 結果發生의 不可能

### 1. 結果發生 不可能의 概念

불능미수는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하지만 위험성이 있는 경우에 성립한다. 결과발생이 불가능한 점에서 결과발생이 가능한 장애미수와 구별된다. 결과발생이 불가능하다는 것은 범죄가 기수에 이를 수 없음을 의미한다. 장애미수는 행위의 성질상 결과발생이 가능하였음에도 우연한 사정으로 인하여 결과가 발생하지 아니한 경우인데 대하여 불능미수는 처음부터 실행행위의 수단 또는 대상의 착오로 결과발생이 불가능한 것을 말한다. 결과발생이 불가능했느냐의 여부는 자연과학적·사실적 법칙에 의해 결정해야 한다. 따라서 상식적 판단과 전문가의 판단이 모순될 때는 전문가의 판단을 우선해야 한다. 예컨대 일반인들은 사람이 쥐약을 먹으

8) 정성근, 전제서, p. 517 ; 진계호, 전제서, p. 471.

9) 이재상, “불능미수에 관한 몇가지 문제점”, 『월간고사』, 1989. 7. p. 71.

10) 김일수, 『한국형법Ⅱ(총론하)』, 박영사, 1992. p. 204 ; 김주덕, “불능미수”, 『사법행정』, 1991.7. p. 52 ; 박상기, 『형법총론』, 박영사, 1996. p. 368 ; 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2001. p. 378 ; 이형국, 전제서, p. 296 ; 임용, 『형법총론』, 법문사, 2002. p. 366 ; 진계호, 전제서, p. 471.

면 사망할 수 있다고 생각하지만 전문가의 의견에 의하면 쥐약을 먹여도 사람이 죽는 일이 없다고 한다면 사람을 살해하기 위해 쥐약을 먹인 사람에게는 장애미수가 아니라 불능미수가 된다.<sup>11)</sup> 이러한 의미에서 결과발생의 불가능은 사실적 자연과학적 개념이라는 점에서 규범적 평가적으로 문제되는 위험성의 개념과는 구별된다.<sup>12)</sup>

대법원 판례도 「피고인이 피해자를 살해하려고 하였으나 동인이 포함으로써 그 목적을 이루지 못한 경우에는 피고인이 사용한 독의 양이 치사량 미달이어서 결과발생이 불가능한 경우도 있을 것이고, 한편 형법은 장애미수와 불능미수를 구별하여 처벌하고 있으므로 원심으로서 이 사건 독약의 치사량을 좀더 심리하여 피고인의 소위가 위 미수 중 어느 경우에 해당하는지 가렸어야 할 것이다」라고 하여<sup>13)</sup> 결과발생의 가능성판단은 상식적 판단이 아니라 전문적 판단임을 암시하고 있다.<sup>14)</sup> 또한 동 판례는 장애미수와 불능미수를 명백히 구별하고 있을 뿐만 아니라 그 구별기준으로서 결과발생의 불가능을 들고 있다. 한편 사용한 독의 양이 치사량 미달이어서 결과발생이 불가능한 경우도 있을 수 있다고 하여 이 때는 형법 제27조의 결과발생의 불가능에 대한 판단으로 삼고 있다.<sup>15)</sup>

불능미수는 결과발생이 불가능함에도 불구하고 가능하다고 오인한 것이므로 일종의 착오에 해당한다. 이 경우의 착오는 행위자가 인식한 수단과 대상으로 애당초 구성요건적 결과발생이 불가능함에도 불구하고 가능하다고 오인한 것이므로 처음부터 행위자가 인식한 구성요건적 결과발생이 가능한 구성요건적 착오와는 구별된다. 따라서 불능미수는 발생할 수 없는 구성요건적 결과가 발생한다고 착오한 적극적 착오라 한다면, 구성요건적 착오는 발생할 수 있는 구성요건 결과를 인식하지 못한 소극적 착오라 할 수 있다. 이러한 의미에서 불능미수를 반전된 구성요건적 착오(Umgekehrter Tatbestandsirrtum)라 한다.<sup>16)</sup>

## 2. 結果發生 不可能의 原因

### 1) 手段의 錯誤

수단의 착오란 행위자가 시도한 행위수단이나 방법으로서의 구성요건적 결과발생이

11) 오영근, 「형법총론」, 대명출판사, 2002, p. 585.

12) 이재상, 전계서, p. 380.

13) 대판 1984. 2. 14. 83 도 2967.

14) 오영근, 전계서, p. 585.

15) 김시목, “형법 제 27조의 불능미수”, 「석사학위논문」, 서울대학교 대학원, 2002, pp. 26-27 참조.

16) 이재상, 전계서, p. 381 ; 정성근, 전계서, p. 523.

애당초 불가능한데도 당해 구성요건적 행위의 기수가능성을 상정한 경우를 말한다. 즉 착오로서 수단의 불가능성(Untauglichkeit des Mittels)을 인식하지 못한 경우이다. 설탕을 독약으로 잘못 알고 사람을 살해하려고 한 경우, 두통약으로 낙태시키려 하는 경우, 진실한 사실을 거짓으로 생각하면서 위증하려 한 경우, 처음부터 발사가 불가능한 불발탄으로 사람을 살해하려는 경우 등이 여기에 해당한다.<sup>17)</sup>

수단의 착오는 행위자가 실행의 수단 자체를 착오한 것이므로 행위자가 예상한 것과는 다른 객체에서 결과가 발생한 구성요건적 착오에 있어서 방법의 착오와 구별해야 한다. 전자는 “동일한” 객체를 향한 수단의 착오인데, 후자는 착오로 인한 결과발생의 불일치가 “서로 다른” 객체에 걸쳐 있고 또한 전자는 불가능한 수단을 행위자가 가능한 것으로 오인했다는 의미에서 적극적 착오인데, 후자는 가능한 방법이었으나 행위자가 예견한대로 결과가 발생하지 않았다는 의미에서 소극적 착오이다.<sup>18)</sup>

## 2) 對象의 錯誤

대상의 착오란 행위자가 인식한 객체에 대해서는 범죄의 결과가 발생할 수 없는 것임에도 불구하고 결과발생이 가능한 객체라고 오인한 경우를 말한다. 따라서 범죄의 결과발생이 불가능한 원인이 행위자가 착오에 의하여 의도한 범죄의 결과를 발생시킬 수 없는 대상을 선택한 데 있는 것이다. 이러한 의미에서 객체의 불가능성(Untauglichkeit des Objekts)을 말한다고 할 수 있다.<sup>19)</sup> 시체를 살아있는 사람으로 오인하고 총을 발사한 경우, 임신하지 아니한 부녀에 대한 낙태행위, 금품이 없는 타인의 호주머니를 털려고 한 경우<sup>20)</sup> 등이 여기에 해당한다.

대상의 착오는 행위자가 실행의 대상자체를 착오한 것이므로 구성요건적 착오에 있어서 범죄의 대상이 되는 객체의 동일성에 관한 착오를 의미하는 객체의 착오와는 다른 개념이다. 객체의 불가능성은 사실상 불가능한 경우이든 법률상 이유로 인한 것이든 묻지 아니한다. 시체에 대한 살인행위는 사실상 불가능한 경우이며, 피해자의 승낙에 의한 재물에 대한 절도는 법률상의 이유로 결과발생이 불가능한 경우이다.

위법성조각의 객관적 상황이 존재함에도 불구하고 행위자가 이를 인식하지 못하고 행한 행위에 대하여 불능미수를 인정할 것이냐에 대하여 견해가 대립되고 있다. 이는

17) 대판 1954. 1. 30. 4286 형상 103.

18) 임용, 전계서, p. 368.

19) 백원기, “불능미수와 위험성”, 「형사판례연구(5)」, 형사판례연구회, 박영사, 1997. p. 210.

20) 대판 1986. 11. 25. 86 도 2090, 86 갑도 231.

결국 법률적 근거에 의한 불능미수를 인정할 것인가의 문제이다. 이를 부정하는 견해는 주관적 정당화사유가 없음을 이유로 하고 있다. 즉 구성요건에 해당하는 결과가 발생하였음에도 불구하고 미수에 불과하다고 하는 것은 부당하고, 위법성조각사유는 모든 객관적 요건과 주관적 요건이 충족된 때에만 정당화되는 것이므로 객관적 정당화 상황이 존재한다고 하여 결과반가치를 부정할 수는 없다는 것이다.<sup>21)</sup> 그런데 주관적 정당화요소가 결여된 경우에도 “구성요건적” 결과가 실현된 것은 사실이지만 정당화사유의 존재로 말미암아 구성요건적 결과는 법질서에 의하여 부득이 용인되는 것이고, 따라서 불법내용으로서 결과반가치는 탈락하는 것으로 보아야 하므로<sup>22)</sup> 주관적 정당화요소를 결한 경우에는 불능미수의 규정을 유추적용함이 타당하다고 본다.<sup>23)</sup>

### 3) 主體의 錯誤

주체의 착오란 신분없는 자가 신분이 있는 것으로 오인하고 진정신분범을 범한 경우를 말한다. 예컨대 공무원의 임용이 무효인 것을 알지 못한 자가 수뢰죄 또는 공무원의 직무범죄를 범한 경우, 보증인지위에 있지 아니한 자가 부작위범을 범한 경우와 같이 범죄의 결과발생이 불가능한 원인이 행위자가 착오에 의하여 의도한 범죄의 주체가 될 수 없음에도 불구하고 스스로 될 수 있다고 믿고 행위한 경우가 이에 속한다. 이러한 의미에서 주체의 불가능성(Untauglichkeit des Subjekts)이라고 한다. 형법 제27조는 불능미수가 성립하기 위한 요건으로 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능한 경우라고 예시하고 있을 뿐 주체의 착오에 대해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 주체의 착오로 인하여 결과발생이 불가능한 경우에 불능미수가 성립할 수 있느냐 하는 문제가 생긴다.

독일의 다수설은 주체의 착오로 인하여 결과발생이 불가능한 때에도 불능미수의 성립을 인정한다.<sup>24)</sup> 이에 의하면 진정신분범에 있어서도 신분도 구성요건요소이며 구성요건요소 가운데 주체는 객체나 수단과 같은 가치를 가지는 것이므로 주체의 착오도 반

21) 이재상, 전게서, p. 214 ; Hermann Blei, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 126 ; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 84.

22) 임용, 전게서, p. 197.

23) 김일수, 전게서, p. 586 ; 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2002, p. 150 ; 백원기, 전계논문, p. 111 ; 안동준, 「형법총론」, 학현사, 1998, p. 104 ; 안성화, “불능미수에 관한 연구”, 「박사학위논문」, 경희대학교 대학원, 1989, p. 78 ; 이기호, “불능미수범의 성립요건”, 「사법행정」, 1991, 3, p. 28 ; 이형국, 전게서, p. 159 ; 정성근, 전게서, p. 525 ; 진계호, 전게서, p. 472.

24) Hans Heinch Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, S. 536 ; Johannes Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 1989, S. 187.

전된 구성요건착오로서 불능미수로 보아야 한다는 것이다. 다만 이때에도 행위자가 사실적·법적 사정을 잘못 인식하여 자기를 특별한 의무자로 착각한 이른바 반전된 구성요건의 착오일 때만 불능미수를 긍정할 뿐, 행위자가 사태는 정확히 인식하였으나 오직 잘못된 포섭으로 인하여 자기의 행위가 진정신분범의 구성요건을 충족시키는 줄로 착각한 이른바 반전된 금지착오인 때에는 환각범으로서 불능미수가 될 수 없다고 한다. 예컨대 환경미화원이 자기의 신분이 공무원에 해당하는 것으로 착각하여 뇌물을 수수하였거나, 군대에 고용된 민간인이 군인으로 오인하고 도망간 경우가 이에 해당한다.<sup>25)</sup>

형법의 해석에 있어서도 주체의 착오로 인하여 결과발생이 불가능한 경우에도 위험성이 있는 한 불능미수의 범죄를 유추하여 제27조의 준용을 긍정하는 견해도 있다.<sup>26)</sup> 이에 의하면 ① 주체는 객체 및 수단과 동일한 가치를 가지기 때문에 주체의 착오인 경우에도 불능미수를 인정해야 하고, ② 형법 제27조의 내용도 불능미수의 형태가 아니라 위험성 유무가 핵심이므로 주체의 착오에 있어서도 위험성이 있으면 불능미수를 긍정할 수 있다고 한다.<sup>27)</sup>

그러나 주체의 착오의 경우에는 불능미수가 성립할 수 없다고 보아야 한다.<sup>28)</sup> 그것은 ① 신분범에 있어서는 신분자만이 갖는 특수한 의무로부터 불법이 나오기 때문에 이러한 의무를 갖지 않는 비신분자의 행위는 미수범의 행위반가치를 결하였다고 해야 하고, ② 결과발생이 불가능한 경우에도 언제나 미수로 처벌하는 독일형법의 경우와는 달리 형법은 불능범을 처벌하지 않고 다만 실행의 수단 또는 대상의 착오로 결과발생

25) Johannes wessels, a. a. O., S. 187.

26) 박상기, 전게서, p. 385 : 이정원, 「형법총론」, 문영사, 1997, p. 287 : 이태연, 「형법정리(총론)」, 형설출판사, 1990, p. 282 : 이형국, “불능미수(하)”, 고시연구, 1983, 8, p. 86.

27) 박상기 교수는 형법 제27조를 예시규정으로 보아 긍정설에 서고 있는데, 박교수에 의하면 「제27조의 핵심은 결과불발생의 원인이 아니라 행위의 위험성 유무에 있다고 보아야 함으로 어떤 형태의 불법이든간에 위험성이 인정되면 이는 불능미수범으로 처벌하려는 입법취지」라고 설명한다. 박상기, 전게서, p. 385.

28) 김일수, 전게서, p. 213 : 김주덕, 전계논문, p. 55 : 백원기, 전계논문, p. 112 : 백형구, 전계논문, p. 111 : 김성천·김형준, 「형법총론」, 동현출판사, 1999, p. 460 : 손해목, 전게서, p. 905 : 안동준, 전게서, p. 201 : 안성화, 전계논문, p. 81 : 이명복, “불능미수범의 연구”, 사법행정, 1991, 3, p. 39 : 이재상, 전게서, p. 382 : 임웅, 전게서, p. 369 : 정성근, 전게서, p. 525 : 진계호, 전게서, p. 473 : 오영근 교수는 「주체의 착오를 제27조의 적용대상으로 포함시킬 수 없다고 전제로 하여, 주체의 착오인 경우 불능미수를 인정할 것인가는 제27조가 피고인에게 유리한 규정인지 아니면 불리한 규정인지에 달려있다고 하면서 제27조가 피고인에게 불리한 규정이라면 명문규정이상으로 적용범위를 확대하는 것은 그것이 아무리 타당한 결론을 이끌어낸다고 하더라도 허용되지 않는다. 제27조가 피고인에게 유리한 조문이라면 명문규정이상으로 적용범위를 확대해도 그 타당성 문제는 별론으로 하고 금지되는 해석은 아니다」라고 설명한다. 오영근, 전게서, pp. 586-587.

이 가능하나 위험성이 있을 때에만 불능미수로 벌하기 때문에 이를 주체의 착오에 까지 확대하는 것은 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없고<sup>29)</sup>. ③ 행위자의 착오적 표상만 가지고 행위자를 신분자처럼 취급하는 것은 결과적으로 정의에 어긋나며<sup>30)</sup>. ④ 형사정책적 고려에 비추어 주체의 착오를 처벌하는 것은 일반예방적으로나 특별예방적으로 불필요하기 때문이다<sup>31)</sup>. 따라서 주체의 착오가 있는 경우는 불능미수범이 될 수 없고, 환각범의 일종으로 구성요건해당성이 없다고 해야 한다.<sup>32)</sup>

### Ⅲ. 危險性

#### 1. 危險性的의 意味

형법 제27조는 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있을 때에는 처벌한다고 규정함으로써 불능미수와 불능범을 구별하는 기준으로서 위험성을 제시하고 있다. 즉 불능미수를 처벌하는 이유는 결과발생이 불가능하지만 위험성이 있기 때문이며 불능범을 처벌하지 않는 이유는 사실상 결과발생이 불가능할 뿐만 아니라 위험성도 없기 때문이다. 그런데 이 위험성의 의미와 내용이 무엇이나에 관련하여 ① 형법적 평가상의 구성요건의 실현가능성으로 보거나,<sup>33)</sup> ② 구성요건을 실현할 가능성,<sup>34)</sup> ③ 결과발생의 가능성으로 지향되어 있는 행위의 위험성,<sup>35)</sup> ④ 범죄의 구성요건을 충족할 가능성,<sup>36)</sup> ⑤ 일반인에게 법질서 효력에 대한 신뢰와 법적 안정감을 동요시키는 법적대적 의지의 실행,<sup>37)</sup> ⑥ 결과발생의 잠재적 가능성,<sup>38)</sup> ⑦ 행위의 구체적 위험성이 아닌 구체적 범

29) 이재상, 전게서, p. 382 ; 진계호, 전게서 p. 473.

30) 손해목, 전게서, p. 904.

31) 김일수, 전게서, p. 213.

32) 주체의 착오가 있는 경우에는 불능미수가 될 수 없다는 입장에서, 어느 학설에 의하건 주체의 착오로 인한 결과발생의 불능은 처벌되지 않을 것이기 때문에 논쟁의 실익이 없다는 견해도 있다. 배종대, 전게서, p. 456 ; 손동권, 「형법총칙」, 울곡출판사, 2001, p. 375.

33) 김종원, "불능미수", p. 82 ; 정진연, "불능미수에 있어서 위험성", 「현대형사법론」 박양빈 교수화갑기념논문집, 법문사, 1996, p. 580.

34) 백형구, 전계논문, p. 112 ; 손해목, 전게서, p. 916 ; 이명복, 전계논문, p. 40 ; 이재상, 전게서, p. 383 ; 정성근, 전게서, p. 525 ; 정영일, "불능미수", 「고시연구」, 1998. 5, p. 57 ; 진계호, 전게서, p. 473.

35) 심재우, "불능미수범", 「고시연구」, 1982. 10, p. 19.

36) 유기천, 「형법학총론」, 일조각, 1991, p. 226.

37) 이형국, 전게서, p. 302. 이형국 교수는 「위험은 결과발생의 사실상의 위험이 아니라 행위의

익에 대한 잠재적 위험성 내지 행위자의 법적대상을 반증시켜 주는 행위자의 위험성으로 보는 견해<sup>39)</sup> 등으로 설명되고 있다.

일반적으로 불능미수에 대해서 사후판단을 할 때에는 결과발생이 불가능한 경우이지만 행위자는 구성요건실현이 가능하다고 인식하고 행위를 한 것이므로 이를 판단대상으로 할 때는 구성요건 실현가능성이라는 위험성을 인정할 수 있다.<sup>40)</sup> 따라서 여기서의 위험성은 구성요건의 실현가능성을 의미하고 이는 잠재적 가능성으로도 충분하다고 하겠다. 이런 의미에서 장애미수가 구성요건실현의 현실적 가능성을 요구하는 것과는 다르다. 예컨대 치사량 미달의 독약을 복용케 하는 것은 잠재적 위험성이 있는 불능미수이며, 치사량의 독약을 복용케 하는 것은 현실적 위험성이 있는 경우(치사량의 독약을 음독케 하였으나 타인이 토하게 하여 생명을 구하는 경우)는 장애미수이다.<sup>41)</sup>

## 2. 危險性의 判斷基準

형법 제27조가 불능미수의 성립요건으로 위험성을 요구하고 있기 때문에 범죄의 결과발생이 불가능하더라도 위험성의 유무가 확정되어야 불능미수의 성립여부를 결정할 수 있는 것이다. 따라서 위험성을 어떤 기준에 의하여 판단할 것인가는 불능미수론에 있어서 핵심문제가 되지 않을 수 없다. 그러나 위험성의 유무에 대한 판단기준에 관하여는 여러 학설이 대립되고 있다.

### 1) 學說의 對立

#### (1) 舊客觀說

Feuerbach에 의하여 주장되어 Mittermaier, Abegg 및 Berner에 의하여 발전된<sup>42)</sup> 구

사속에 지향된 법익침해에의 위험과 관련하여 내려지는 형법적 가치평가로서의 위험성이며 그 실질은 일반인에게 법질서의 효력에 대한 신뢰와 법적 안정감을 동요시키는 법적대적 의지의 실행이다」라고 설명한다.

38) 박상기 전제서, p. 341.

39) 김일수, 전제서, p. 217. 김일수 교수는 「불능미수범에 있어서 “위험성”은 비록 구체적인 행위상황에서 직접 일반의 법적 안정감을 교란시키지는 않았을지라도 행위자가 장래 비슷한 갈등상황에서 동일한 행위를 저지를 수 있을 것이란 예상 때문에 일반의 안정감이 교란된다는 점을 의미한다. 따라서 불능미수의 위험성은 행위의 구체적인 위험성이 아니라 구체적인 법익에 대한 잠재적 위험성 내지 행위자의 법적대상을 반증시켜 주는 행위자의 위험성을 의미한다」고 설명한다.

40) 정성근, 전제서, p. 525.

41) 손해목, 전제서, p. 915.

객관설(Die ältere objektive Theorie)은 결과발생의 불가능성을 절대적 불능과 상대적 불능으로 구별하여, 절대적 불능은 벌할 수 없지만 상대적 불능은 미수범으로 처벌받아야 한다고 한다. 절대적 불능이란 결과발생이 개념적으로 불가능한 것으로서 불능범이 되고, 상대적 불능은 결과발생이 일반적으로 가능하지만 구체적인 경우에 특수한 사정으로 불가능한 것으로서 미수범이 된다고 한다. 절대적 불능의 예로는 시체를 살아 있는 사람으로 알고 살해하던가(객체의 절대적 불능) 독살의 의사로 설탕을 먹인 경우(수단의 절대적 불능)이고, 상대적 불능의 예로는 부재 중인 사람에 대하여 발포하거나(객체의 상대적 불능) 치사량 미달의 독약으로 살해를 기도한 경우이다(수단의 상대적 불능). 절대적 불능인지의 여부는 사후에 재판관의 입장에서 밝혀진 사정을 기초로 하여 결과발생이 없는 경우는 불능범으로 본다.<sup>43)</sup> 객관설은 객관적 위험성의 존재 여부에 관한 판단에 있어서 행위자의 주관적 의사나 인식한 사정을 고려하지 않고 결과발생의 가능성을 사후에 재판관의 입장에서 추상적으로 파악하고자 하는 점에서 그 특색이 있다.<sup>44)</sup>

대법원 판례도 「불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생의 위험이 절대로 불능할 경우를 말하는 것인 바 향정신성 의약품인 메스페타민 속칭 “히로뽕” 제조를 위해 그 원료인 염산에 페트린 및 수종의 약품을 교반하여 “히로뽕” 제조를 시도하였으나 그 약품 배합 미숙으로 그 완제품을 제조하지 못하였다면 위 소위는 그 성질상 결과발생의 위험성이 있다고 할 것이므로 이를 습관성의약품 제조미수범으로 처단한 것은 정당하다, 고 판시하여<sup>45)</sup> 절대적 불능과 상대적 불능을 구별하는 객관설을 따르고 있다.

그러나 객관설은 절대적 불능과 상대적 불능을 구별하는 명확한 기준이 없다는 데 문제가 있으며, 행위상황과 관점에 따라서 양자의 구별은 얼마든지 유동적일 수 있다는 비판을 받고 있다. 예컨대 설탕을 독약으로 오인하여 상대방에게 복용시켰을 경우

42) Vgl. Wezel, a.a.O., S. 192 : Reinhart Maurach / Karl Heinz Gössel / Hein Zipf, Strafrecht, AT, Bd. II, 7. Aufl., 1988, S. 30.

43) 손해목, 전계서, p. 908 : 이형국, 전계서, p. 299 : 진계호, 전계서, p. 474.

44) 백원기, 전계논문, p. 118.

45) 대판 1985. 3. 26. 85 도 206 : 대판 1973. 4. 30. 73 도 354 「우물 속에 혼합한 농약(스미치온)은 악취가 심하고 물에 타면 물의 빛이 혼탁하여 강제로 먹이지 않는 한 사람이 스스로 마실 수 없는 것이므로 결과발생의 여지가 없는 소위 불능범에 속한다 함에도 불구하고 이를 각 유죄로 인정한 위법이 있다는 상고이유에 대하여 살피건대, 피고인이 우물과 펌프에 혼입한 위 농약이 악취가 나서 보통의 경우 마시기가 어렵고 또 혼입한 농약의 분량으로 보아 사람을 치사에 이르게 할 정도는 아니라고 하더라도 위 농약의 혼입으로 살인의 결과가 발생할 위험성이 절대로 없다고 단정할 수 없는 바이므로 이 점에 대한 상고논지 역시 이유 없다.」

에 설탕을 독약으로 오인하지 않고 독약으로 복용시켰더라면 사람을 살해할 수도 있으므로 절대적 불능이 아니라 상대적 불능으로 될 수 있고, 치사량 미달의 독약을 복용시키거나 고장난 총으로 사람을 살해하고자 한 때에도 객관적으로 보면 상대적 불능이 아니고 절대적 불능에 속한다고 할 수 있기 때문이다. 또한 경우에 따라 객체의 불능인지 수단의 불능인지 구별도 애매하다는 것이다. 예컨대 사정거리 밖에 있는 사람을 그 안에 있다고 믿고 발사한 경우에 수단 또는 객체의 불능인지 명백하지 않다는 것이다.<sup>46)</sup> 현재 이 설에 따르는 학자는 없다.

### (2) 法律的 不能·事實的 不能說

이 학설은 프랑스학자들에 의하여 주장된 것으로서 결과발생의 불가능을 법률적 불능과 사실적 불능(impossibilité de droit et impossibilité de fait)으로 구별하여, 법률적 불능은 불능범이지만 사실적 불능은 미수가 된다고 한다. 예컨대 낙태죄에 있어서 임신한 부녀라는 것은 낙태죄의 법적 요건이므로 잉태하지 않은 부녀에 대한 낙태행위는 불능범이라고 한다.<sup>47)</sup> 이에 다시 ① 절대적 불능 및 상대적 불능과 동일한 것으로 이해하여 절대적 불능을 법률적 불능으로 연결 지우는 Roux의 견해와 ② 법률적 불능을 구성요건의 흠결과 같은 의미로 보고 사실적 불능은 단순한 사실상의 범죄요건이 결여된 경우로 보는 Garrud의 견해로 구분된다.<sup>48)</sup>

이 설에 대해서는 ①의 견해에는 구객관설에 대한 비판이 ②의 견해에는 구성요건의 흠결이론에 대한 비판이 그대로 적용하게 된다.

### (3) 具體的 危險說

구체적 위험설(Die Theorie der konkreten Gefährlichkeit)은 독일의 Liszt에 의하여 주장되어 Birkmeyer, Hippel 등에 의하여 전개된 이론으로서 신객관설(Die jüngere objektive Theorie)라고도 한다. 이 설은 행위 당시에 행위자가 인식하고 있었던 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 일반적 경험법칙에 비추어 사후적 예후판단으로 결과발생의 구체적 위험성이 있으며 불능미수이고, 결과발생의 구체적 위험성이 없으면 불능범이 된다는 견해이다.<sup>49)</sup>

46) 정성근, 전계서, p. 526.

47) 진계호, 전계서, p. 474.

48) 손동권, 전계서, pp. 376-377.

49) 김종원, "불능미수", p. 85 ; 김주덕, 전계논문, p. 59 ; 박상기, 전계서, p. 368 ; 배종대, 전계서, p. 460 ; 백원기, 전계논문, p. 125 ; 백형구, 전계논문, p. 116 ; 안동준, 전계서, p. 204

위험성 판단의 기초는 행위 당시에 행위자가 인식하고 있었던 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정에 두고, 위험성 판단의 주체는 일반인(통찰력이 있는 일반인 또는 편견 없는 재판관)에 두고 있다. 예컨대 행위자나 일반인이 실탄이 장탄되어 있는 것으로 알고 발사하였으나 실제로 총탄이 장탄되어 있지 않은 경우, 일반인이나 행위자나 모두 임신하였다고 생각하는 부인에 대한 낙태, 치사량 미달의 독약으로 살해하는 경우 등에는 구체적 위험성이 있으므로 불능미수가 된다. 이에 대하여 일반인은 착탄거리 밖에 있는 것으로 알고 있는데 행위자는 유효사거리 안에 있는 줄 알고 발포한 경우 또는 일반인은 시체임을 알고 있는데 행위자는 산 사람으로 알고 발포한 경우는 불능범이 된다고 한다. 이와 같이 구체적 위험설은 불능미수의 성립을 위하여 요구되는 위험성의 유무에 관한 판단에 있어서 행위 당시에 행위자가 실제로 인식한 사실뿐만 아니라 일반인이 인식할 수 있었던 사실을 기초로 하는 점에서 그 특징이 있는 것이다.<sup>50)</sup>

이 설에 대하여는 ① 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식한 사정이 일치하지 않는 경우에 어느 사정을 기초로 판단할 것인가가 명확하지 아니하고<sup>51)</sup>, ② 법익침해의 위험성이라는 객관적 사정에 치중하여 행위반가치를 전혀 고려하지 않는다<sup>52)</sup>는 비판이 제기되고 있다.

#### (4) 抽象的 危險說

추상적 위험설(Die Theorie der abstrakten Gefährlichkeit)은 행위시에 행위자가 인식했던 주관적 사정을 위험판단의 대상으로 하여 일반인의 입장에서 결과발생에 대한 위험성의 유무를 판단하는 견해이다. 즉 행위자가 행위 당시에 예상한 대로 사정이 그대로 존재하였으면 일반인의 판단에서 결과발생의 위험성이 있다고 인정될 때에 행위자가 실현 가능한 수단을 사용하거나 다소 우연적인 사정이 개입된 경우에도 추상적으로 결과발생의 위험성과 법질서에 대한 위험성이 인정되므로 가벌적 미수가 된다고 한다<sup>53)</sup>.

추상적 위험설은 법질서에 대한 위험설(Die Theorie der Gefahr für die Rechtsordnung)이라고 불리워지고 있으며<sup>54)</sup>, 또한 추상적 위험설과 주관적 위험설(Theorie der subjektiven

: 오영근, 전계서, p. 594 ; 이재상, 전계서, p. 394 ; 이정원, 전계서, p. 291.

50) 백원기, 전계논문, p. 120.

51) 손해목, 전계서, p. 910 ; 임웅, 전계서, p. 371 ; 정성근, 전계서, p. 526 ; 진계호, 전계서, p. 475. 진계호교수는 「일반인에게는 시체로 알려진 자에게 맹인이 산 사람으로 알고 살인 행위를 한 경우에 어느 사정을 기초로 할 것인가가 불분명하다」고 한다.

52) 김일수, 전계서, p. 218.

53) 정성근, 전계서, p. 527.

54) 황산덕, 전계서, p. 239.

Gefährlichkeit) 및 행위자 위험설(Die Tätertheorie)로 구별하여 주관적 위험설 또는 행위자 위험설을 지지하는 견해가 있다<sup>55)</sup>. 이 견해에 의하면 행위자가 행위에 인식한 실현계획을 위험판단의 기초로 하고 일반인의 일반경험법칙에 비추어 그러한 계획이 현실적으로 결과발생에 대한 위험성이 있다고 인정되면 가벌미수이고, 위험성이 없다고 인정되면 불능범이라고 한다. 그러나 주관적 위험설 또는 행위자 위험설은 그 내용에 있어 추상적 위험설과의 차이를 발견하기 어려우므로 추상적 위험설과 별개의 학설로 분류할 필요가 없다고 본다<sup>56)</sup>.

추상적 위험설은 위험성판단의 기초를 행위 당시에 행위자가 인식하고 있었던 사정에 두고, 위험성판단의 주체는 일반인에게 두고 있다. 예컨대 밀가루를 독약가루로 오인하고 먹인 경우나 치사량 미달의 독약을 먹인 경우에 행위자가 인식한 대로라면 일반인의 입장에서도 결과발생가능성이 있다고 판단되어 위험성을 인정하게 되어서 불능미수로 처벌될 수 있으나, 가스총으로도 사람을 살해할 수 있다고 믿고 발사한 경우라든지 매우 조잡한 마네킹을 사람으로 오인하고 총격을 가한 경우에는 행위자의 인식에 기초하더라도 일반인이 판단하기로는 도저히 결과발생가능성이 없다고 보아 위험성을 부정하게 되어 불능범으로 처벌된다<sup>57)</sup>.

이와 같이 추상적 위험설은 구체적 위험설과는 달리 위험성의 유무에 관한 판단에 있어서 행위 당시에 일반인이 인식할 수 있었던 사실을 배제한 행위자가 주관적으로 인식한 사실만을 고려하는 점에서 그 특색이 있다. 이 학설은 Wachenfeld에 의하여 주장되었으며<sup>58)</sup>, 우리나라에서도 지지되고 있다<sup>59)</sup>. 대법원 판례가 「피고인의 행위의 위험성을 판단하려면 피고인이 행위 당시에 인식한 사정, 즉 원심이 인정한 대로라면 에

55) 이기호, 전계논문, p. 32 ; 정성근, 전계서, p. 528 ; 황산덕, 전계서, p. 240.

56) 백형구, 전계논문, p. 115 ; 정성근교수는 「주관적 위험설은 실행의 착수에 관한 주관적 객관설에 상응하는 것으로 그 취지는 추상적 위험설과 같으나 위험판단을 일반경험법칙에 따라 하고, 사실의 흠결을 부인하여 가벌적 미수가 되는 경우도 있다는 점에 다르다」고 설명한다. 정성근, 전계서, p. 528.

57) 임웅, 전계서, p. 373.

58) 정진연, 전계논문, p. 590.

59) 김성천·김형준, 전계서, p. 465 ; 임웅, 전계서, p. 373 ; 정영일, 전계논문, p. 62 ; 진계호, 전계서, p. 476 ; 손동권교수는 우리 형법 제27조의 "위험성"을 다음과 같이 나누어 이해하여야 한다면서 「형감경만 되는 불능미수에서의 "위험성"은 구체적 위험설에 의하여 결정하고, 형면제가 가능한 불능미수에서의 "위험성"은 추상적 위험설에 의하여 결정하여야 한다. 결국, 형법 제27조의 "위험성"은 단일 개념이 아니고 법정형(기수형벌에서의 감경 또는 면제)에 상응하는 등급개념이다. 따라서 적어도 형감경과 형면제되는 불능미수의 하나에 포함될 수 있는 최소한의 위험성은 추상적 위험성이 된다」고 하면서 추상적 위험설의 입장에 서고 있다. 손동권, 전계서, p. 379.

페트린에 빙초산을 혼합하여 80도-90도의 가열하는 그 사정을 놓고 이것이 객관적으로 제약방법을 아는 일반인(과학적 일반인)의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다」고 판시한 것도<sup>60)</sup> 추상적 위험설의 취지에 가까운 것으로 판단된다.

추상적 위험설에 대하여는 행위자가 주관적으로 인식한 사정만을 판단의 대상으로 하기 때문에 행위자가 경솔하게 잘못 안 경우에도 그 사실만을 기초로 하여 위험성을 판단해야 한다는 것은 부당하다는 비판이 제기되고 있다<sup>61)</sup>. 그러나 이러한 비판에 대하여는 기초사정으로서의 행위자의 인식, 즉 고의는 행위자가 신중한 태도로 인식했느냐 또는 경솔하게 인식했느냐를 묻지 않는 것이므로 문제되지 않는다는 반론을 내세운다<sup>62)</sup>.

### (5) 主觀說

주관설(Die subjektive Theorie)은 행위자의 범죄실행의사가 실행의 개시에 의하여 명확하게 표명되면 결과발생이 객관적으로 불가능할지라도 불능미수의 성립을 인정하려는 견해이다.<sup>63)</sup> 순주관설이라고도 한다.<sup>64)</sup> 이 설은 주로 주관주의 범죄이론에서 주장되는 것으로 범의가 있고 실현하려는 행위가 있는 이상, 모두 가벌적인 미수범이 된다고 하므로 불능범의 개념을 부정하게 되지만, 미신범의 경우만은 구성요건적 행위가 없다가 고의가 없다는 이유로 미수범에서 제외한다.<sup>65)</sup>

결국 주관설은 행위 당시에 행위자가 인식한 사정만을 고려하여 행위자가 결과발생의 가능성을 신뢰하고 구성요건적 행위를 실현하면 위험성이 있다고 판단하기 때문에 위험성이 없는 불능미수의 개념을 인정할 여지가 없다. 따라서 살해의 의사로 전혀 생

60) 대판 1978. 3. 28. 77 도 4049 : 이 판례에 대하여는 추상적 위험설에 따르고 있는 것으로 보는 견해가 일반적이지만(손동권, 전게서, p. 378 : 안성화, 전계논문, p. 122 : 오영근, 전게서, p. 590 : 임용, 전게서, p.373 : 진계호, 전게서, p. 476). 신동운교수는 구체적 위험설의 취지에 가까운 것으로 보고 있다. 신교수에 위하면 「본 판례는 대법원이 형법 제27조의 운용에 있어서 구체적 위험설을 위험성의 판단기준으로 채택하였음을 밝혀준 예로서 중요한 의미를 가진다고 하여, 추상적 위험설에서 말하는 일반인은 사회의 평균적 일반인이며 본 판례에서 대법원이 강조하는 바와 같은 과학적 일반인은 아니다. 과학적 일반인은 평균적 일반인에 비하여 관련분야의 전문지식을 갖추고 있는 사람이다. 따라서 위험성 판단에는 행위자가 인식한 사실과 전문가가 보유하고 있는 지식이 모두 고려의 대상이 된다. 대법원이 “과학적 일반인”을 강조한 대목은 구체적 위험설을 의도한 것이다」라고 주장한다. 신동운, 「판례백선 형법총론(하)」, 경세원, 1995. pp. 38-39 참조.

61) 김일수, 전게서, p. 219 : 백원기, 전계논문, p. 121 : 백형구, 전계논문, p. 115 : 이재상, 전게서, p. 386 : 이형국, 전게서, p. 301.

62) 임용, 전게서, pp. 373-374.

63) Vgl. Hans Welzel, a. a. O., S. 192.

64) 김종원, “불능미수”, p. 84 : 손해목, 전게서, p. 911.

65) Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, a. a. O., S. 533.

명에 위해를 줄 수 없는 물질을 타인에게 교부한 행위도 주관설에 의하면 불능미수로 처벌될 수 있다. 주관설은 주관적 위험설과는 달리 행위 당시에 행위자가 인식한 사실을 일반인의 입장에서 판단하지 아니하고 행위자의 입장에서 판단하는 점이 그 특징인 것이다.<sup>66)</sup> 주관설은 실제상으로는 추상적 위험설과 유사한 결론을 가져온다는 견해도 있으나,<sup>67)</sup> 주관설은 원칙적으로 불능범을 부인한다는 점에서 추상적 위험설과 많은 차이가 있다.<sup>68)</sup> 주관설은 불가벌적 불능범을 인정하지 않는 독일에 적합한 이론으로 해석되고, 독일판례 역시 이에 따라 시체에 대한 살인행위,<sup>69)</sup> 낙태수단으로 두통약을 이용한 낙태행위,<sup>70)</sup> 임신하지 아니한 여자의 낙태행위,<sup>71)</sup> 등을 불능미수로 처벌하고 있다.

이 설에 대하여는 ① 미신범을 불능미수에서 구별하여야 할 이론적 근거와 한계를 명백히 할 수 없고,<sup>72)</sup> ② 미신범을 예외적으로 인정함으로써 학설의 일관성을 갖지 못하고 있으며,<sup>73)</sup> ③ 행위자의 범죄의사만으로 위험성을 판단하므로 위험성 판단의 객관성을 유지할 수 없을 뿐만 아니라 행위자의 개인적 사정이외의 요소를 전혀 고려하지 아니하므로 가벌적 미수의 범위가 지나치게 확대되며 결과불법을 전혀 고려하지 않는다는 결함이 있다.<sup>74)</sup>

#### (6) 印象說

인상설(Eindruckstheorie)은 행위자의 법적대적 의사의 실행이 법질서나 법적 평화에 대한 일반인의 신뢰를 침해하고 교란시키는 인상을 줄때에 위험성이 인정된다고 한다.<sup>75)</sup> 여기에서 말하는 인상은 법적대적 의사의 실행이라는 행위반가치가 “법익평온상태의 교란”이라는 제3의 결과반가치와 더불어 전체로서 실질적 불법을 형성할 때 야기되는 법적 평화의 파괴 즉 “범죄적 인상(Verbrecherischer Eindruck)”이라는 통합된 의미로 파악한다.<sup>76)</sup>

66) 백원기, 전계논문, pp. 118-119.

67) 이재상, 전계서, p. 386.

68) 오영근, 전계서, p. 589.

69) RG.1. 451.

70) RG.17. 158

71) RG.8. 198 : 47, 65.

72) 이재상, 전계서, p. 386 : 임웅, 전계서, p. 376 : 진계호, 전계서, p. 475.

73) 백원기, 전계논문, p. 119 : 이형국, 전계서, p. 302.

74) 오영근, 전계서, p. 589 : 정성근, p. 529 : 진계호, p. 475.

75) 김일수, 전계서, p. 216 : 이형국, 전계서, p. 302 : 손해목, 전계서, p. 911 : 이명복, 전계논문, p. 42.

76) 김일수, 전계서, p. 217.

결국 인상설에 의하면 위험성의 유무에 관한 판단은 구성요건의 실현을 직접 개시한 행위자의 위험성, 즉 행위자의 법적대적 의지의 실행을 통하여 법익평온상태의 교란의 유무를 그 내용으로 하는 것이다. 그 판단은 법익평온상태의 교란에 관하여 행위자가 실제로 인식한 사실을 기초로 하여 통제력 있는 평균인의 입장에서 행하여진다. 이 점에서 인상설은 행위 당시에 행위자가 주관적으로 인식한 사실을 대상으로 하여 일반인의 입장에서 위험성의 유무에 관하여 판단하는 추상적 위험설과 그 판단의 대상과 주체에 있어서 동일성을 보이고 있다고 생각한다. 그러나 인상설은 잠재적이거나 구체적인 법익에 대한 관련성을 갖고 있다는 점에서 추상적 위험설보다 불능미수의 성립 범위가 좁아질 수 밖에 없다.<sup>77)</sup>

Bar에 의하여 주장되었고 Mezger에 의하여 발전된 인상설<sup>78)</sup>은 범공동체에 대한 범동요적 인상을 미수범 처벌을 위한 기준으로 삼음으로써 법질서에 대한 신뢰를 강화할 수 있는 일반예방적·형사정책적 목적에 합치하는 견해라 할 수 있다. 또한 미수의 위험성을 파악함에 있어서 행위자의 법적대적 의사(범위반적 의사)라는 주관적 요소와 법질서의 효력과 법적 안정성에 대한 일반인의 신뢰를 동요케 하는 객관적 요소도 함께 고려하는 장점도 갖고 있다.<sup>79)</sup> 따라서 인상설은 주관설에 중점을 두면서 객관적인 측면을 형벌의 일반예방적 목적과 관련하여 법적 평온에 대한 범공동체의 신뢰(일반인의 법의식)를 동요시키는 침해적 인상 때문에 불능미수의 가벌성을 인정한다. 다만 침해적 인상의 정도에 따라 상대적으로 위험성이 감소될 수 있다는 가능성을 제시하여 주고 있다는 데에 그 특징이 있다.<sup>80)</sup>

이 설에 대하여는 ① 법질서에 대한 일반인의 신뢰를 침해하는 인상만으로 위험성을 결정한다는 것은 너무 막연하고 포괄적이며 불능미수의 성립범위를 지나치게 확대시킬 위험이 있고<sup>81)</sup> ② 인상설은 처벌근거 내지 위험성에 관한 설명은 될 수 있어도 위험성을 판단하는 방법은 될 수 없다<sup>82)</sup>는 비판이 가해지고 있다.<sup>83)</sup>

77) 백원기, 전계논문, p. 122.

78) 안성화, 전계논문, pp. 117-118.

79) 김일수, 전계서, pp. 216-217 : 손해목, 전계서, p. 912.

80) 김주덕, 전계논문, p. 58.

81) 배종대, 전계서, p. 460 : 이재상, 전계서, p. 387.

82) 임용, 전계서, p. 376.

83) 오영근 교수는 「인상설이 독일의 다수설이지만 우리 형법의 미수 및 불능미수규정과 전혀 다른 내용을 가진 독일 형법 제23조 3항의 해석으로서 우리 형법의 위험성 개념과는 전혀 관계없는 이론이라」고 한다.

## 2) 小結

위험성의 유무에 관한 판단기준으로 여러 학설 중에서, 객관설은 절대적 불능과 상대적 불능을 구별할 명백한 한계가 존재하지 않아 실제문제의 해결에 혼동을 주고 있으며, 실제로 행위후에 증명된 객관적 사정만을 중시하고 행위자의 주관적 의사와 인식한 사정을 고려하지 않고 사후에 재판관이라는 제3자의 입장에서 위험성의 존재여부를 판단함으로써 지나치게 객관적 측면만을 중시한다는 문제점을 지니고 있다. 또한 법률적 불능설과 사실적 불능설은 객관설에 대한 문제점이 그대로 적용된다고 하겠다.

추상적 위험설은 위험성의 유무에 관한 판단의 대상을 행위자가 주관적으로 인식한 사정에 제한한다는 점에서 주관설과 동일하지만 그 판단의 기준을 일반인의 입장에 두는 점에서 주관설과는 달리 객관성을 견지할 수 있다. 그러나 그 판단의 대상에서 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 배제하고 행위자가 인식한 사정만을 기초로 하여 위험성을 판단함으로써 객관성을 결여한다는 점은 여전히 비판의 대상이 될 수밖에 없다.<sup>84)</sup> 주관설은 이론적인 면에서 미신범을 불능미수에서 구별하여야 할 근거가 모호하고 미신범을 예외로 인정함으로써 학설의 일관성을 가지지 못하는 점에서 그리고 위험성의 판단에 있어서 행위자의 의사 외에 있는 외적·객관적 요소를 전혀 고려하지 않는데 근본적인 난점이 있다. 특히 우리 형법 제27조가 법문상 명시적으로 "위험성"이라는 객관적 요소를 요구하고 있는 것과는 상응하지 않기 때문에 타당하다고 볼 수 없다.<sup>85)</sup>

인상설은 미수범의 처벌근거를 주관적 측면과 객관적 측면을 함께 고려하고 있다는 점에서 타당하다고 할 수 있다. 그러나 법적 평온상태의 교란 또는 법동요에 대한 인상 정도에 따라 불능미수의 처벌근거로 삼는 것은 불능미수의 성립범위를 지나치게 확대할 우려가 있기 때문에 위험성의 판단기준을 제시하는 이론으로는 부적절하다고 본다.

이상의 여러 학설을 검토해 볼 때 위험성의 유무에 관한 판단은 구체적 위험설에 따르는 것이 타당하다고 본다.<sup>86)</sup> 그 이유는 구체적 위험설은 위험성을 행위 당시에 행위

84) 백원기, 전계논문, p. 121.

85) 백원기 교수도 「주관설은 행위자가 행위의 대상 또는 수단의 성질상 기수가 될 수 없음을 현저한 몰상식으로 인하여 오인한 경우에는 아무런 조건 없이 처벌하는 독일 형법 제23조 제3항의 규정을 해석하는 유력한 이론이 될 수 있을지라도 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 경우에만 처벌하는 우리 형법 제27조의 해석으로는 부적절하다고 생각한다」고 설명한다. 백원기, 전계논문, pp. 122-123.

86) 김종원, "불능미수", p. 85 ; 김주덕, 전계논문, p. 519 ; 박상기, 전계서, p. 368 ; 배종대, 전계서, p. 460 ; 백원기, 전계논문, p. 125 ; 안동준, 전계서, p. 204 ; 안성화, 전계논문, p. 134 ; 오영근, 전계서, p. 594 ; 이재상, 전계서, p. 385 ; 이정원, 전계서, p. 291. 최선호, "불능미수에 관한 소고", 「법학논고」 제15집, 청주대학교 법학회, 1983, p. 205.

자가 인식한 사실과 일반인이 인식할 수 있었던 사실을 동시에 고려하여 주관적 사정과 객관적 사정을 모두 고려하면서 판단하려는데 있기 때문이다. 이 설에 대하여도 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식한 사정이 일치하지 아니하는 경우에 어느 사정을 기초로 하여 판단할 것인가가 명확하지 않다는 비판이 가해지고 있지만, 이러한 경우에는 원칙적으로 일반인이 인식한 사정을 기초로 삼고 행위자가 주관적으로 알 수 있었던 사정을 고려하면 될 것이다. 이러한 의미에서 위험성의 판단은 일반적 경험법칙에 의해서 객관적인 제3자에 의한 일반화된 사후판단이며, 판단의 기준시기는 행위시의 사전판단이 된다고 하겠다. 즉 일반인의 객관적 판단에 의하여 규범적인 측면에서 결과발생의 가능성이 있다고 인정될 때에 위험성이 인정된다.<sup>87)</sup>

#### IV. 結 論

우리 형법 제27조는 불능범이라는 표제아래 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단 형을 감경 또는 면제할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정의 해석과 관련하여 제 27조의 성격과 결과발생의 불가능의 의미 및 불능미수와 불능범을 한계지우는 위험성의 판단기준에 대하여는 견해가 일치하지 않고 있다.

형법 제27조는 그 표제를 불능범이라고 표현하고 있지만 실제로는 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있으면 처벌한다고 하였으므로 결과발생이 불가능하고 위험성도 없어서 미수범으로도 처벌되지 않은 불능범과 구별되며, 또한 불능미수는 결과발생이 불가능하다는 점에서 장애미수와 구별되는 미수의 한 형태를 규정한 것으로 보아야 한다. 여기에서 결과발생이 불가능하다는 것은 범위가 기수에 이를 수 없음을 의미하는 것으로 결과발생이 불가능했느냐의 여부는 자연과학적·사실적 법칙에 의하여 결정해야 하며, 실행의 착수시점을 기준으로 판단해야 할 것이다. 그리고 결과발생의 불가능한 원인도 수단 또는 대상의 착오의 경우에 제한되며, 주체의 착오는 여기에 포함되지 않는다.

불능미수를 인정하기 위한 위험성의 유무에 대한 판단기준에 대하여는 여러 학설이 대립되고 있지만 최근의 논의의 초점은 구체적 위험설과 추상적 위험설 그리고 인상설의 대립으로 볼 수 있다. 그러나 지적인 바와같이 추상적 위험설은 행위자가 주관적

87) 이재상, 전제논문, pp. 79-80.

으로 인식한 사정만을 판단의 대상으로 삼고 있기 때문에 행위자가 잘못 인식한 사정이라 할 지라도 판단의 유일한 대상으로 인정하여 위험성의 유무를 판단할 수 밖에 없어 객관성을 결여한다는 문제점이 있다. 또한 범죄의사라는 주관적 위험을 기초로 하면서 법익평온상태의 교란을 한계로 미수범을 제한하려는 인상설은 현행 형법의 해석과 일치할 수 없다고 본다. 따라서 행위 당시에 행위자가 인식한 사실과 일반인이 인식할 수 있었던 사실을 동시에 고려하여 주관적 사정과 객관적 사정을 모두 참작하여 위험성의 유무에 관한 판단기준으로 삼는 구체적 위험설이 형법 제27조의 위험성을 판단하는 가장 적합한 이론이라고 본다.

이와 같이 불능미수는 제25조의 장애미수와 제26조의 중지미수와 더불어 3가지 형태의 미수범체계를 이루고 있고 그 취급도 달라한다고 보아야 하며 또한 불능미수에 있어서 가장 핵심과제라고 할 수 있는 위험성의 유무는 구체적 위험설에 따라 판단해야 할 것이다.