

불능미수 개념에 관한 소고*

-실행의 수단 또는 대상의 착오를 중심으로-

김 준 혁

한국국제대학교 전임강사

< 목 차 >

- I. 서 론
- II. 불능미수와 구별해야 할 개념
- III. 실행의 수단 또는 대상의 착오
- IV. 수단 및 대상의 착오에 대한 새로운 접근
- V. 결 론

I. 서 론

불능미수에 관한 형법 제27조의 규정은 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다”고 규정한다. 이 규정에 의해, 미수개념설정을 위한 구성요건요소로서의 범죄의 미완성은 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오로 인한 결과발생의 불가능’이 원인이 되어야 한다. 즉 불능미수의 핵심적인 요건이라 할 수 있는 결과발생불가능성은 ‘수단의 착오 또는 대상의 착오’가 그 원인이 되어야 한다는 것이다.

형법 제27조의 해석에 대한 기존의 학설들을 살펴보면 주로 위험성의 논의에 만 치중해온 것이 사실이다. 즉 실행의 수단이나 대상의 착오에 대해서는 거의 논의가 진행되지 않거나 그 의의를 소개하는 데에 그치고, 수단 및 대상의 착오

* 심사위원 : 이정원, 성낙현, 김혜정

투고일자 : 2010. 8. 13 심사일자 : 2010. 8. 23 게재확정일자 : 2010. 9. 13

는 결과발생불가능성에 종속하거나 결과발생불가능과 동일한 의미를 지니는 것으로 다루어져 왔다.¹⁾

그러나 '실행의 수단이나 대상의 착오'라는 명문의 법문언이 엄연히 존재하고 이러한 착오가 결과발생불가능성의 원인이 되어야 한다는 면에서는 좀더 심도 있는 검토가 필요하다.

한편 통설은 불가벌적 불능범과 가벌적인 불능미수의 개념을 구별하면서, 형법적으로 의미를 가질 수 없는 터무니없는 행위들을 예시하며 불능범의 의의를 서술하고 있다. 예컨대 '설탕으로 사람을 살해하려는 행위', '비행중인 항공기에 새총을 쏘아 격추시키려는 행위', '밀가루로 낙태를 시도하는 행위' 등은 위험성이 없으므로 불가벌적 불능범이라고 설명하고 있다. 그러나 이러한 행위들은 현실적으로 발생할 가능성이 현저히 낮을 뿐만 아니라 그러한 행위자가 실제로 나타난다고 하더라도 그 행위들은 형법적으로 무의미하다고 평가될 수밖에 없는 행위들이다. 그럼에도 불구하고 이러한 사례들에 대해 과연 '불가벌적 불능범'이라는 명칭을 부여해서 형법적 논의를 제공하는 것이 타당한 것인지 매우 의문스럽다. 생각건대 앞의 사례에 관한 논의들은 실제 발생하는 불능미수 사례의 문제해결에 아무런 도움을 주지 못하는 공허한 이론적 논의에 불과하다.

이처럼 불필요한 논의들은 불능미수의 개념 정립을 명확히 함으로써 극복될 수 있는 문제라고 판단된다. 본 연구에서는 '위험성'에 중점을 두고 있는 기존의 불능미수의 논의에서 벗어나, 불능미수와 구별되어야 하는 개념들을 살핍으로써 불능미수의 개념을 명확히 하는 한편 형법 제27조 법문상의 '실행의 수단 또는 대상의 착오'라는 것이 불능미수 구조상에서 어떤 시사점을 가지는가를 검토하려 한다.²⁾

II. 불능미수와 구별해야 할 개념

1. 구성요건 흠결이론

- 1) 예컨대 김성돈, 형법총론, 415면; 박상기, 형법총론, 360면; 배종대, 형법총론, 522-523면; 이재상, 형법총론, 397-399면; 임웅, 형법총론, 367면; 정성근/박광민, 형법총론, 408면등.
- 2) 결과발생불가능성에 대한 논의는 이전의 줄고에서 다룬바 있으므로 본 연구의 범위에서는 제외하기로 한다.

이 이론은 구성요건의 객관적 요소 중에서 결과가 흠결되면 미수가 되지만, 그 이외의 요소인 행위의 주체, 객체, 수단, 상황이 흠결되면 이미 개념적으로 미수가 배제되어 불가벌이라는 견해를 말한다. 즉 결과를 제외한 나머지 객관적 구성요건요소들은 구성요건이 전제로 하고 있는 행위상황을 이루고 있기 때문에 당해 요소들의 기여는 행위자가 이를 존재하는 것으로 오신하여 행위하더라도, 즉 구성요건의 주관적 요소가 갖추어지더라도 행위자는 전혀 구성요건적 실행의 착수를 할 수 없으며, 이는 구성요건이 흠결된 것이므로 당연히 불가벌이 된다는 것이다. 이에 반해 구성요건적 '결과'는 행위상황요소가 아니며, 행위자가 미수로 처벌되기 위해서는 미수범의 본질이 되는 구성요건적 행동의 마지막 부분인 결과의 흠결이 있으면 미수로 처벌될 수 있다는 것이다. 따라서 행위자가 이러한 흠결을 착오하여 행동한 경우에 단순한 구성요건의 흠결은 불가벌이 되며, 결과의 흠결은 처벌되는 불능미수가 된다는 것이다.³⁾

과거 독일에서 절대적 불능과 상대적 불능의 자리에 구성요건의 흠결을 불가벌성의 척도로 내세우면서 Dohna, Frank, Liszt, Sauer 등에 의해 주장된 이론으로, 예컨대 재물손괴의 고의로 돌을 던졌으나 맞지 않은 경우는 미수에 해당하지만, 돌아 맞아 손괴된 재물이 자기소유인 경우는 구성요건흠결이 되며, 재물 절취의 고의로 빈 호주머니에 손을 넣었을 때는 미수가 되지만, 절취한 재물이 자기소유였을 경우는 구성요건흠결이 된다고 한다.⁴⁾ 또한 공무원 아닌 자가 공무원으로 오신하고 행하는 진정공무원범죄(구성요건적 주체에 대한 흠결), 자기의 물건을 타인의 것으로 잘못 알고 절취한 경우(구성요건적 객체에 대한 흠결), 사기죄가 문제되는 곳에서 기망행위가 있다고 볼 수 없는 경우(구성요건적 행위수단에 대한 흠결) 등에 있어서는 미수가 부정된다고 한다.⁵⁾

여기서 구성요건적 결과의 흠결이 있어야 미수로 처벌가능하다는 것은 결국 미수성립을 구성요건요소의 인과관계의 흠결에 국한시키고 그 밖의 주체·객체·수단 또는 행위상황이 흠결된 때는 불가벌이 된다는 것을 의미한다. 즉 구성요건흠결이론을 불능미수에 대입한다면 결과가 발생하지 않은 원인을 규범적으로 세분한 이론으로 볼 여지도 있다.⁶⁾ 그러나, 우리 형법은 구성요건의 객관적

3) 이정원, 형법총론, 329면.

4) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, §40 IV Rn. 129.

5) 이형국, 형법총론연구II, 550면.

6) 박상기, 형법총론, 359면.

요소 중 착오로 인해 행위의 '수단' 또는 '객체'가 흠결된 경우에는 불가벌이 아니라, "위험성이 있는 한" 불능미수로 처벌하고 있으므로, 구성요건의 흠결이론이 적용될 여지가 없다.⁷⁾

다만, 후술하는 '주체의 착오', 즉 행위의 '주체'가 흠결된 경우에 구성요건해당성을 부정하여 불가벌로 처리함으로써 구성요건의 흠결이론과 동일한 결론에 도달하는 것이 타당한가, 아니면 제27조를 준용하여 불능미수의 이론을 원용하는 것이 타당한가 하는 문제가 있을 뿐이다.

2. 환각범

위법하지 않은 행위를 행위자가 위법한 것으로 오인한 경우로써, 행위자는 자신의 행위를 처벌하는 금지규범이 존재하는 것으로 인식하고 행위에 나아갔으나 그러한 금지규범이 존재하지 않는 경우를 환각범이라고 한다. 구체적으로 행위자가 형법상 위법하지 않은 자기의 행위에 대해 '사실적인 측면'은 정확하게 파악하고 있으면서, 단지 자기의 행위가 금지규범위반이라고 착오하는 경우, 즉 '반전된 금지착오'를 말한다.

환각범의 경우는 이를 처벌하는 형벌규정이 처음부터 존재하지 않기 때문에 범죄가 성립하지 않는다. 반면 불능미수는 각칙상에 이를 처벌하는 구성요건은 존재하지만, 범죄를 기수로 이끌고 갈 수 있는 행위상황이 결여되어 있다는 것을 행위자가 착오로 모르고 있는 경우이다. 즉 불능미수는 규범적 측면이 아니라 '사실적인 측면'의 착오를 말한다. 다만 '사실의 착오'는 존재하는 구성요건요소를 착오로 인식하지 못한 경우인데 반해, 불능미수는 존재하지 않는 구성요건요소를 존재하는 것으로 착오를 일으킨 경우라는 점에서 '반전된 사실의 착오'라고 부른다.⁸⁾

양자의 차이점을 살펴보면, 환각범은 결과발생이 불가능한 점은 불능미수와

7) 권오걸, 형법총론, 472면; 김일수/서보학, 형법총론, 525면; 박상기, 형법총론, 359면; 배종대, 형법총론, 522면; 이재상, 형법총론, 396면; 이정원, 형법총론, 330면; 진계호/이존걸, 형법총론, 521면.

8) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, S. 533; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, §22 Rn. 12; Rudolphi/Horn/Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, §22 Rn. 30; Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, §22 Rn. 68.

같지만 처벌하는 구성요건이 없다는 점에서 불능미수와 구별된다. 또한 불능미수는 존재하는 구성요건상의 범죄행위를 하려고 하는 것이므로 적어도 외형상 실행의 착수는 있어야 한다는 점에서 존재하지 않는 구성요건상의 범죄행위를 하려고 함으로써 실질상은 물론 외형상의 실행의 착수도 인정할 수 없는 환각범과 구별된다.⁹⁾ 결국 양자는 그 행위의 성질상 모두 결과의 발생이 불가능한 것이지만 불능미수는 그 행위에 대한 구성요건이 존재하기 때문에 처벌되는 불능미수범이 될 수 있지만, 환각범은 애당초 형법에 그러한 구성요건이 존재하지 않는 경우이므로 처벌되지 않는다.¹⁰⁾

이러한 환각범은 몇가지로 유형화할 수 있다.¹¹⁾

먼저 금지규범이 존재하지 않는데 행위자는 존재한 것으로 오신한 경우로 전형적인 반전된 금지착오의 경우가 있다. 예컨대 동성애나 근친상간이 처벌되는 범죄인 줄 알고 이를 행한 경우가 이에 해당한다. 다음으로 위법성이 조각되는 행위를 위법성이 조각되지 않는다고 생각하면서 행하는 소위 반전된 허용규범의 착오가 있다. 예컨대 의사가 의학적 견지에서 행한 낙태행위가 가벌적이라고 생각한 경우와 정당방위는 물건에 대해서만 허용된다고 생각하면서 행하는 공격자의 신체에 대한 정당한 반격행위가 이에 해당한다. 또한 반전된 포섭의 착오로서 행위정황과 금지규범의 존재는 바로 인식했으나 금지규범의 적용범위를 자기에 불리한 방향으로 확장해서 오인한 경우가 있다. 예컨대 부진정부작위범에서 자신이 작위의무자인 것으로 잘못 안 경우와 아내에 대해서도 강간죄가 성립한다고 생각하고 행한 폭행·협박에 의한 성관계한 경우를 들 수 있다. 마지막으로 행위자가 인적 처벌조각사유를 몰라서 자신의 행위를 가벌적인 것으로 오인한 경우로 반전된 순수한 가벌성의 착오이다. 예컨대 친족상도례가 적용되는 것을 몰랐던 경우이다.

불능미수와 환각범의 차이에 대해서는 ‘반전된 사실의 착오’와 ‘반전된 법률의 착오’라는 상반된 표현으로 명확히 구획되는 것처럼 보인다. 그러나 금지규범의 존재에 대한 착오의 경우에 있어서는 불능미수와 환각범의 한계가 뚜렷하지만 예컨대 재물의 타인성과 같은 ‘규범적 구성요건요소에 대한 착오’에 있어서는

9) 오영근, 형법총론, 525면.

10) 손동권, 형법총론, 432면.

11) Jescheck/Weigend, AT, S. 533; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 622; 이정원, 형법총론, 328-329면; 정성근/박광민, 형법총론, 406면.

그것이 불능미수 즉 반전된 사실의 착오인지, 아니면 환각범 즉 반전된 포섭의 착오인지 구별하기 어려울 때가 있다. 예컨대 ①물건의 소유자가 법적판단의 착오로 자기 물건을 타인에게 속한다고 생각한 경우나 ②피고인이 진실을 말하지 않으면 위증죄가 된다고 생각하고 허위로 진술한 경우, 그리고 ③구성요건에 해당하지 않는 행위를 한 자를 숨겨주면서 범인은닉죄라고 믿거나 탈세에 해당하지 않는데도 탈세라고 생각한 경우들이 그러하다. 이런 경우에는 그 착오가 사태(Sachverhalt)에 관계되면 불능미수로, 규범영역(Normbereich)에 관계되면 환각범으로 보아야 할 것이다.¹²⁾ 왜냐하면 불능미수가 환각범과 구별되는 것은 행위자의 착오가 형법의 적용영역(Reichweite des Strafrechts)에 관계된 것이 아니라 행위정황인 사태(Sachverhalt)에 관계되어 있다는 점에서 반전된 금지착오(umgekehrter Verbotsirrtum)인 환각범(Wahndelikt)과는 구별되기 때문이다.¹³⁾ 따라서 ①의 경우는 불능미수에 해당하며 ②는 환각범, ③은 구체적 사실 관계에 관한 착오이므로 불능미수에 해당한다고 보는 것이 타당하다.¹⁴⁾

3. 미신범

미신범은 비과학적인 미신을 믿고 마력 또는 초자연력에 의존하여 범죄를 실현하려는 행위를 말한다. 예컨대 갑이 기도를 통해서 사람을 죽일 수 있다고 생각하고 을을 죽이기 위해 100일 기도를 하였더니 우연히 을이 사망한 경우를 들 수 있다.

독일은 미신범을 비현실적 미수(irrealer Versuch)로 파악하여 처벌되는 미수 영역에서 제외시키고 있다.¹⁵⁾ 주관설을 기초로 규정된 독일 형법 규정을 논리 일관한다면 미신범은 일단 범죄가 성립하게 된다. 그러나 이러한 결론은 가혹하므로 독일 학계에서는 초자연적인 힘을 이용하려는 의도로 범행에 나아가는 경우는 처음부터 구성요건적 고의를 부인함으로써 미신범의 불처벌이라는 결론을 도출하고 있는 것이다.¹⁶⁾ 따라서 미신범은 가별적인 불능미수와 구별되며 애초

12) Jescheck/Weigend, AT, S. 534; Wessels/Beulke, AT, Rn. 622; 이재상, 형법총론, 406면; 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 556면.

13) 천진호, 불능미수의 위험성 판단, 69면.

14) 박상기, 형법총론, 359면.

15) Jescheck/Weigend, AT, S. 533; Maurach/Gössel/Zipf, AT, S. 33; Rudolphi/Horn/Samson, SK, §22 Rn. 35; RGSt 33, 321.

에 불가벌적인 것으로 보게 된다.

우리나라의 논의를 살펴보면 먼저 통설이 말하는 불가벌적인 불능범과 같은 구조로 파악하는 견해가 있다.¹⁷⁾ 즉 미신범은 결과발생이 불가능한 점은 불능미수와 같으나 형법적 의미가 없는 행위로서 범죄실현가능성이 없기 때문에 구성요건적 고의와 실행착수를 인정할 수 없어 불가벌적 불능범에 해당된다고 하거나,¹⁸⁾ 실행의 수단이 비과학적인 방법인 때에는 불능범의 일종인 미신범이 된다고 표현한다.¹⁹⁾ 결론적으로 위험성을 인정할 수 없으므로 불가벌적인 불능범이 된다는 것이다. 이 견해는 나아가 미신범의 행위를 불능미수의 규율대상에서 배제하기 위한 논거를 행위자의 주관적인 관념이 자연과학적으로 확인된 자연법칙과 서로 상응하는지의 비교로부터 이끌어내는 것²⁰⁾은 적절하지 않다고 하면서, 이것은 위험성의 해석을 통해서 해결되어야 하는 문제라고 하고 있다.²¹⁾

한편 미신범은 미수영역 밖에 존재하는 것으로 전혀 미수가 아니며 행위자가 현실성의 한계를 벗어나서 금지된 결과를 희망했을 뿐인 경우에는 이미 그 고의가 결여되는 것으로 평가된다는 견해가 있다.²²⁾ 마지막으로 미신범은 구성요건적 행위자재가 결여된 것으로 보는 견해가 있다.²³⁾

생각건대 미신범은 미수영역 밖에 있는 것으로서 전혀 미수가 아니다.²⁴⁾ 미신범은 행위자가 현실성의 한계를 벗어나서 비현실적 수단이나 영향력을 금지

16) 신동운, 형법총론, 522면.

17) 김성천/김형준, 형법총론, 514면; 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 81면; 배종대, 형법총론, 521면; 신동운, 형법총론, 522면; 신양균, 불능미수의 법적 성격, 432면; 오영근, 형법총론, 525면; 진계호/이존걸, 형법총론, 519면.

18) 배종대, 형법총론, 521면.

19) 오영근, 형법총론, 525면.

20) 즉 위험성이 없으므로 불가벌적 불능범이 아니라 구성요건적 고의가 부정되거나 구성요건적 행위정형이 결여되어 있으므로 형법적 검토대상에서 제외하려는 시도를 일컫는다.

21) 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능성, 위험성, 81면.

22) 박상기, 형법총론, 359면; 손동권, 형법총론, 441면; 이정원, 형법총론, 334면; 이형국, 형법총론, 262면; 정성근/박광민, 형법총론, 406-407면

23) 백원기, 미수론연구, 263면.

24) 동일 이형국, 형법총론, 262면; 정성근/박광민, 형법총론, 406-407면도 미신범은 애당초 미수의 영역 밖에 있다는 점을 지적한다. 즉 미신범은 인과관계와 실행의 정형성을 인정할 수 없고, 행위자가 단순히 그 결과를 희망하는 정도이면 고의도 없다고 해야 하므로 행위반가치조차 인정될 수 없다고 한다.

된 행위의 현실에 사용하려는 경우이며, 이처럼 행위자가 그 결과를 오직 희망했을 뿐인 경우에는 이미 그 구성요건적 고의가 결여되는 것으로 평가되어야 한다. 또한 구성요건적 행위정형을 갖추지 못했기 때문에 형법적 검토대상에서 제외되어야 한다고 볼 수도 있다. 실행의 착수가 요구하는 위험성이 전혀 없으므로 불가벌적이라고 보는 것도 설득력을 가질 수 있다. 어떤 견해에 의하더라도 미신범은 불능미수의 영역으로 포섭될 수 없는 것이다. 다만 통설이 미신범에 대해 불가벌적 불능범이라는 명칭을 부여하는 데는 찬성할 수 없다. 불능범은 불능미수와 동일한 의미를 가지는 가벌적인 미수범이라고 용어정의하는 것이 타당하다. 설사 통설처럼 불가벌적 불능범이라는 개념을 인정한다고 하더라도 형법적으로 무의미한 행위인 미신범에 ‘불가벌적 불능범’이라는 명칭을 부여하여 위험성이 없으므로 불가벌이라는 표현을 사용할 필요는 없다고 생각된다.

요컨대 미신범은 결과발생여부를 불문하고, 구성요건적 고의도 인정할 수 없고, 구성요건적 행위정형도 인정할 수 없으며, 형벌규정이 요구하는 최소한의 위험성조차도 갖추지 못했기 때문에 형법적으로 무의미한 행위라고 할 것이다.²⁵⁾

III. 실행의 수단 또는 대상의 착오

1. 수단의 착오와 방법의 착오

수단의 착오란 행위자가 주관적으로는 결과발생이 가능하다고 믿고 선택한 수단이 객관적으로는 결과를 발생시킬 수 없는 경우, 즉 수단의 불가능성(Untauglichkeit des Mittels)을 일컫는다.²⁶⁾ 즉 결과를 발생시킬 수 없는 수단을 결과를 발생시킬 수 있는 수단으로 착오한 경우를 말한다.

형법 문헌들은 소화제를 독약으로 잘못 알고 이를 사용하여 살인하려 한 경우, 치사량미달의 독약으로 살해하려는 경우, 두통약으로 낙태시키려는 경우, 쥐

25) 미신범과 환각범의 차이는 미신범에서는 행위자가 의도하는 결과를 초래하는 행위를 벌하는 범죄구성요건이 존재하는 데에 비해 환각범에서는 행위가 의도하는 결과를 초래하는 행위를 처벌하는 범죄구성요건이 존재하지 않는다는 점이다. 오영근, 형법총론, 526면 참조.

26) 오영근, 형법총론, 525면; 진계호/이준걸, 형법총론, 521면.

약(쿠마테트라릴)에 살인력이 있다고 오인하고 쥐약으로 독살을 시도하는 경우, 공포탄이 장전되어 있는 총으로 살인을 시도한 경우, 간장을 먹이면 낙태시킬 수 있다고 착오한 경우와 소화제로 낙태하려 한 경우 등이 이에 해당한다고 한다.

실행수단의 착오로 인해 결과의 발생이 불가능하게 되는 경우에는 행위자가 선택한 수단이 해당분야의 지식을 고려할 때 결과를 발생시킬 능력이 없는 데에도 있다고 착오하는 경우와, 행위자가 생각한 수단이 결과를 발생시킬 능력은 있었지만 행위시의 부주의로 실제로는 그 수단이 존재하지 않는 데도 존재하는 것으로 착오한 경우로 분류할 수 있다. 전자의 경우를 ‘자연과학적 착오’, 후자의 경우를 ‘존재론적 착오’라고 부를 수 있다.²⁷⁾ 예컨대 앞의 예에서 쿠마테트라릴에 살인력이 있다고 오인한 경우는 자연과학적 착오에 해당될 수 있으며, 비소를 먹여 죽인다는 것이 행위자의 경솔로 잘못하여 소화제를 먹인 경우²⁸⁾는 존재론적 착오로 볼 수 있다. 형법 제27조는 양자를 엄별하지는 않으므로 자연과학적 착오뿐만 아니라 존재론적 착오도 제27조의 착오에 해당될 여지가 있다.²⁹⁾

한편 불능미수에 있어 수단의 착오는 구성요건적 착오에 있어 방법(타격)의 착오와 구별하여야 한다.³⁰⁾ 전자는 ‘동일한’ 객체를 향한 수단의 착오인데, 후자는 착오로 인한 결과발생의 불일치가 ‘서로 다른’ 객체에 걸쳐 있고, 전자는 불가능한 수단을 행위자가 가능한 것으로 오신했다는 의미에서 ‘적극적’ 착오인데, 후자는 가능한 방법이었으나 행위자가 예견한 대로 결과가 발생하지 않았다는 의미에서 ‘소극적’ 착오이다. 그래서 불능미수를 반전된 구성요건적 착오라고 말할 수 있다.³¹⁾ 즉 수단의 착오는 불가능한 수단 그 자체에 착오가 있는 것이므로 가능한 수단을 사용하였으나 행위자의 예상과 다르게 결과가 발생하는 방법의 착오와 구별되어야 한다는 것이다.³²⁾

27) 성시탁, 불능미수, 393면은 수단의 착오를 수단의 효과에 관한 착오, 수단의 작용에 관한 착오, 수단인 물건이 바뀐 경우로 나누고 있는데, 굳이 이렇게 세분화할 필요성은 없다고 판단된다. 자연과학적 착오와 존재론적 착오로 분류하면 충분할 것이다.

28) 임광주, 형법 제27조의 위협성, 132면.

29) 이에 관한 자세한 내용은 ‘IV-2. 자연과학적 착오만이 형법 제27조의 착오인가의 여부’에서 검토한다.

30) 배종대, 형법총론, 523면; 이형국, 형법총론연구II, 545면; 임웅, 형법총론, 368면.

31) 임웅, 형법총론, 368면.

예컨대 권총을 발사하였으나 빈 권총이었거나, 불량탄환이었기 때문에 발사되지 못한 경우는 수단의 착오가 되며, 권총이 정상적으로 발사는 되었으나 애초에 목표했던 갑에게 명중하지 않고 을에게 명중한 경우는 방법의 착오가 되는 것이다.

2. 대상의 착오와 객체의 착오

대상의 착오란 행위자가 주관적으로 행위의 객체라고 인식하였던 대상이 객관적으로는 그 범죄의 객체로 될 수 없는 것, 즉 대상의 불가능성(Untauglichkeit des Objekts)을 말한다.³³⁾ 즉 그 대상에 대해서는 결과발생이 불가능함에도 불구하고 결과발생이 가능한 것으로 오인한 경우이다.

형법 문헌들은 빈호주머니에 현금이 들어 있는 줄 알고 소매치기한 경우, 시체를 살아있는 사람으로 오인하고 총을 발사한 경우, 임신하지 않은 여자를 임신부로 오인하고 낙태약을 먹인 경우, 자기의 재물을 타인의 재물로 착오하고 절취행위를 한 경우 등을 대상의 착오사례로 예거하고 있다.

이러한 대상의 착오는 사실상의 사유 이외에 법률상의 사유로도 발생할 수 있다.³⁴⁾ 예컨대 사체에 대한 살인미수는 전자에 속하고, 자기의 물건을 타인의 재물로 잘못 알고 절취한 경우, 소유자의 승낙이 있었다는 사실을 모르고 그 재물을 손괴한 경우 등은 후자에 속한다.³⁵⁾

결국 대상의 착오로 결과의 발생이 불가능 하게 되는 경우는, 행위자가 생각한 대상이 행위자가 의도한 기수범 구성요건에 규정된 행위객체가 아닌 데도 행위객체인 것으로 착오하는 경우이다.³⁶⁾

한편 대상의 착오도 구성요건적 착오에 있어서의 객체의 착오와 구별하여야 한다. 전자는 객체의 불가능성(Untauglichkeit)인데 후자는 객체의 '성질'에 관한 착오이고, 전자는 불능의 객체를 행위자가 가능한 것으로 오신했다는 의미에

32) 정성근/박광민, 형법총론, 408면.

33) 진계호/이존걸, 형법총론, 522면.

34) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, S. 428; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S.172; 이재상, 형법총론, 399면; 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 546면; 임웅, 형법총론, 368면; 정성근/박광민, 형법총론, 409면; 진계호/이존걸, 형법총론, 522면.

35) 배종대, 형법총론, 523면; 이형국, 형법총론, 256면; 진계호/이존걸, 형법총론, 522면.

36) 임광주, 형법 제27조의 위험성, 132면.

서 ‘적극적’ 착오인데 후자는 행위자가 인식한 성질의 객체에서 결과가 발생하지 않았다는 의미에서 ‘소극적’ 착오이다.³⁷⁾

예컨대 잠자는 사람인 줄 알고 총을 쏘았으나 이미 죽은 사람이었을 경우가 대상의 착오이며, 잠들어 있는 자가 갑인 줄 알고 총을 쏘았으나 을이었던 경우는 객체의 착오에 해당한다.

물론 추상적 사실의 착오 중 객체의 착오의 경우에는 양자가 겹쳐지는 부분이 있다. 예컨대 멀리서 어렵듯이 보이는 물체가 사람인 줄 알고 살인의 고의로 총을 쏘았으나 그것이 마네킹이었던 경우가 그것이다. 이러한 사례는 행위자의 의도한 측면, 즉 현장에 존재하지 않았던 사람을 기준으로 본다면 불능한 결과를 의도하였으므로 대상의 착오가 되지만, 발생한 결과의 측면을 관찰한다면 객체의 착오에 해당하게 된다. 이 경우 결과가 발생한 행위객체에 대해서는 진정한 의미의 구성요건적 착오가 되어 고의는 배제되고 과실만이 문제된다. 인식한 행위객체에 대해서는 결과발생불가능성이 인정된다면 불능미수가 고려된다. 사례의 경우는 과실손괴와 살인죄의 불능미수간의 상상적 경합이 될 것이나, 과실손괴의 처벌규정이 없으므로 살인죄의 불능미수로 처리될 것이다.³⁸⁾

3. 주체의 착오에 관한 논의

1) 주체의 착오의 개념과 형법 제27조의 적용여부에 대한 견해의 대립

형법 제27조의 ‘실행의 수단이나 대상의 착오’라는 법문과 무관하게 주체의 착오로 결과발생이 불가능한 경우도 불능미수의 영역에 포섭될 것인지 여부에 관해서 학계의 논의가 활발하다.

주체의 착오란 신분없는 행위자가 신분이 있는 것으로 오인하고 진정신분범을 기도한 경우로 주체의 불가능성(Untauglichkeit des Subjects)이라고도 한다. 예컨대 자신의 공무원임용이 무효임을 알지 못하고 공무원범죄를 저지른 행위, 작위의무 없는 사람이 작위의무가 있다고 생각하면서 부작위를 한 경우, 즉 행위주체가 자신이 결과를 발생시킬 수 없는 신분임에도 결과를 발생시킬 수 있

37) 임용, 형법총론, 368면; 이형국, 형법총론, 546면.

38) 구체적인 사례는 다르지만 동일한 취지의 설명으로는 김일수, 미수의 불법귀속에 관한 연구, 19면.

는 신분인 것으로 오인한 경우를 말한다.³⁹⁾

제27조는 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 경우라고 규정하고 있다. 이에 관해 '주체'의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 경우에도 제27조를 적용할 것인가에 대해 학설의 대립이 있다.

먼저, 제27조의 적용을 긍정하는 견해가 있다.

이 견해에 따르면 제27조의 조문에 '주체의 착오'가 열거되지 않았다고 해서 반드시 제27조의 적용이 배제되는 것은 아니라고 한다.⁴⁰⁾ 예컨대 의사직전의 이웃집 소년을 자신의 7세 아들이라고 착각했지만 아들을 익사시키려고 부작위한 사람이 제27조의 적용대상에서 제외된다면 처벌이 불가능하게 되므로 불합리하다고 한다.⁴¹⁾ 주체의 착오에 대해 불능미수를 긍정하는 견해는 독일의 다수설의 입장이기도 하다.⁴²⁾

이설은 진정신분범에서의 신분은 신분자만이 규범의 수명자라는 의미에서 불법의 요소이며 이러한 불법의 요소가 없는데도 있다고 오인하는 행위는 대부분 환각범에 불과하지만, 신분의 전제가 된 사실을 오인한 경우는 이와 다르다고 한다. 예컨대 공무원임용이 취소된 것을 모르고 뇌물을 수수한 경우는 반전된 포섭의 착오인 환각범이 아니라, 반전된 사실의 착오인 불능미수가 되므로 제27조를 적용할 수 있다고 한다. 즉 죄가 되지 않는 것을 죄가 된다고 착각한 환각범이 아니라, 죄가 되는 상태를 알고 죄가 되는 범죄를 저질렀으나 외계의 변화가 범죄의 완성을 불가능하게 한 불능미수라는 것이다.⁴³⁾ 이러한 의미에서 제27조의 '실행의 수단 또는 대상의 착오'는 단지 예시규정이라고 해석해야 할 것이며, 제27조의 핵심은 결과불발생의 원인이 아니라 행위의 위험성의 유무이기 때문에, 주체의 착오도 불능미수의 성립을 인정해야하며 이것이 미수범 처벌 근거에 관한 인상설의 입장파도 일치된다고 주장한다.⁴⁴⁾

39) 오영근, 형법총론, 527면.

40) 박상기, 형법총론, 361-362면; 이정원, 형법총론, 338-339면; 이형국, 불능미수, 85면; 한정환, 형법 제27조의 취지·요건·적용기준, 553면.

41) 한정환, 형법 제27조의 취지·요건·적용기준, 553면.

42) Bruns, Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes Zur Problematik des "Umkehrprinzips" in der Irrtumslehre, S. 161; Jescheck/Weigend, AT, S. 536; Lackner/Kühl, StGB, §22 Rn. 13; Maurach/Gössel/Zipf, AT, S. 35; Rudolphi/Horn/Samson, SK, § 22 Rn. 26; Schönke/Schröder/Eser, SK, § 22 Rn. 76; Wessels/Beulke, AT, Rn. 619.

43) 이정원, 형법총론, 338면

다음으로 제27조의 적용을 부정하는 견해가 있다.

이 견해는 형법 제27조의 '수단 및 대상의 착오'를 제한적 열거규정으로 보고, 주체의 착오는 제27조가 적용되지 않으므로 불가벌이라고 한다. 이를 설명하는 방법은 견해가 나뉘지만, 일반적으로 진정신분범에서의 불법은 일정한 신분에 따른 특수한 법적 의무의 침해에 본질이 있으므로 그러한 신분을 결한 경우에는 미수범으로서의 행위반가치조차 부정된다고 한다. 따라서 주체의 착오에 제27조를 준용하는 것은 행위자에게 불리한 방향으로 유추하는 것이므로 죄형법정주의에 어긋난다고 본다.⁴⁵⁾

이러한 전제에서 일설은 주체의 착오에 관하여는 구성요건흠결이론이 적용될 수 있다고 한다.⁴⁶⁾ 즉 실행의 수단 또는 대상외의 구성요건요소에 관한 착오는 불가벌이라고 보는 것이 타당하다는 것이다.

또다른 일설은 주체의 착오는 환각범으로 보아 불가벌로 처리하자고 주장한다.⁴⁷⁾ 즉 착오자는 형법규정상의 구성적 신분을 가지고 있지 않으므로 자신에게 적용되지도 않을 형법규정이 자신에게 적용된다고 생각한 것이므로, 형법상의 범죄구성요건이 아닌 '상상의 구성요건'을 스스로 적용하고 있는 환각범의 경우와 동일한 구조라고 한다.⁴⁸⁾

한편 제27조의 적용을 부정하는 입장에 서면서도, 주체의 착오는 논의의 실익이 없다는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 이에 따르면 주체의 착오로 인한 결과발생의 불가능은 위험성이 없기 때문에 논쟁의 실익이 없다고 한다. 즉 독일 형법은 결과발생이 불가능한 경우에도 미수로 처벌하기 때문에 주체착오에 관해 가벌성을 인정하는 불능미수긍정설과 부정설의 대립은 중요한 의미가 있지만 우리나라는

44) 박상기, 형법총론, 361-362면.

45) 권오걸, 형법총론, 475면; 김성돈, 형법총론, 417면; 김성천/김형준, 형법총론, 519-520면; 신동운, 형법총론, 508면; 오영근, 형법총론, 528면; 이재상, 형법총론, 400면; 임웅, 형법총론, 369면; 정성근/박광민, 형법총론, 409-410면; 정영일, 형법총론, 328면; 하태훈, 불능미수, 79면; 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 121면.

46) 이재상, 형법총론, 400면; 정영일, 형법총론, 328면.

47) 권오걸, 형법총론, 475면; 김성돈, 형법총론, 417면; 김성천/김형준, 형법총론, 519-520면; 신동운, 형법총론, 508면; 오영근, 형법총론, 528면; 이재상, 형법총론, 400면; 임웅, 형법총론, 369면; 정성근/박광민, 형법총론, 409-410면.

48) 김성돈, 형법총론, 416면.

49) 배중대, 형법총론, 524면.

위험성이 있는 불능미수만이 처벌대상에 속하기 때문에 주체착오 가운데 위험성이 있는 경우가 확인되지 않는 한 이 논의는 무의미하다는 것이다. 이에 따라 주체착오 가운데 위험성이 있는 상황이 확인되지 않을 뿐만 아니라 이에 대한 판례도 찾을 수 없고 그리고 대부분의 주체착오는 위험성이 없을 것이기 때문에 불능미수긍정설과 부정설의 실제 결론은 같다고 한다. 특히 우리 법문화에서 이런 문제가 법정으로 비화할 수 있는 가능성은 처음부터 배제되어 있다고 한다.

마지막으로 이분설을 취하는 견해가 있다.

행위자가 구성적 신분을 가진 자가 아닌데도 불구하고 '법에 대한 잘못된 해석', 즉 규범적 구성요건해석을 잘못 포섭하여 자신이 그러한 지위를 가지고 있다고 생각한 경우는 법에 대한 반전된 착오를 일으킨 경우이므로 환각범으로 처리해야 한다고 하며, 주체의 착오가 대상의 흠결 또는 대상의 불능에 기인한 경우, 즉 신분범의 주체를 근거지우는 상황에 대한 착오가 있는 경우는 반전된 구성요건착오에 해당하므로 불능미수범으로 처벌할 수 있다고 한다.⁵⁰⁾ 그러나 이 경우 불법의 실질이 아주 가볍고 형벌부과의 예방적 필요성도 거의 없어서 형이 면제되는 불능미수가 될 것이라고 하면서, 우리나라에서 주체착오의 문제를 논의할 실익은 사실상 적다고 주장한다.⁵¹⁾

2) 독일의 입장

주체는 구성요건요소로서 객체와 수단과 같은 가치를 가진다는 이유로 주체의 착오도 불능미수범이 성립한다는 것이 독일의 다수설⁵²⁾과 판례⁵³⁾의 태도이다.

즉 독일의 다수설과 판례는 주체의 불가능성을 객체의 불가능성과 같이 취급

50) 김일수/서보학, 형법총론, 527-528면; 손동권, 형법총론, 435면.

51) 손동권, 형법총론, 435면.

52) Bruns, Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes Zur Problematik des "Umkehrprinzips" in der Irrtumslehre, S. 161; Jescheck/Weigend, AT, S. 536; Lackner/Kühl, StGB, §22 Rn. 13; Maurach/Gössel/Zipf, AT, S. 35; Rudolphi/Horn/Samson, SK, § 22 Rn. 26; Schönke/Schröder/Eser, SK, § 22 Rn. 76; Wessels/Beulke, AT, Rn. 619.

53) RGSt 60, 262; BGHSt 2, 114.

하여 주체의 불가능성으로 인한 불능미수를 긍정한다. 그 근거로서는 행위자의 착오적 표상을 통하여 대치되는 구성요건표지들 사이에는 그것이 주체에 관한 것이든 객체에 관한 것이든 그 비중에 차이가 있을 수 없고, 불능적 행위자도 그의 표상에 따르면 구성요건을 직접적으로 실현한다는 점이 지적되고 있다.

이에 대해 독일의 소수설⁵⁴⁾인 부정설은 주체의 불가능성의 경우에 행위자의 착오가 그 행위자에게 특별의무를 부담하게 할 수는 없으므로 신분이 있는 것으로 오인한 행위자는 당해 신분법 규정의 수명자가 될 수 없고 단지 환각범이 될 뿐이라고 주장한다.

3) 비판적 검토

주체의 착오에 제27조의 적용을 긍정하는 견해에 의하더라도 진정신분범에서의 신분은 신분자만이 규범의 수명자라는 의미에서 불법의 요소이며, 이러한 불법의 요소가 없는데도 있다고 오인하는 행위는 대부분 환각범에 불과하게 된다. 예컨대 환경미화원이 공무원이라 생각하고 돈을 받은 경우 또는 군대에서 영양사로 고용된 민간인이 군인의 신분이라 생각하고 직무를 이탈한 경우 등은 적용 긍정설의 입장에서든 환각범으로 본다.⁵⁵⁾ 또한 이분설이 말하는 대상의 흠결 또는 대상의 불능에 기인한 주체의 착오는 형법 제27조의 '대상의 착오'에 해당할 것이므로 주체의 착오가 개입될 여지가 없이 형법 제27조의 '대상의 착오'로 해결된다. 즉 앞의 예처럼 의사직전에 있는 이웃집소년을 자신의 7세 아들이라고 오인하고 살인의 고의로 그대로 방치하여 사망하게 한 경우는 실제로 피해자와 행위자 사이에는 보증인적 지위를 근거지우는 사실관계가 없으므로 피해자는 행위자의 범행대상이 될 수 없다. 따라서 이러한 경우 행위자가 일으킨 착오는 '대상의 착오'이지, 보증인적 지위에 관한 주체의 착오로 분류할 필요는 없는 것이다.⁵⁶⁾

문제는 신분의 전제가 된 사실을 오인한 경우이다. 이 경우 신분이 없는 자의 행위는 행위반가치가 부정된다고 보는 견해도 있다.⁵⁷⁾ 또한 주관설을 따르는

54) Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 527; Welzel, AT, S. 195.

55) 이정원, 형법총론, 338면.

56) 김성돈, 형법총론, 417면; 하태훈, 불능주체의 가벌성, 439면은 행위자와 행위객체 사이의 상호신분적 관련성을 요구하는 경우에는 주체의 불능은 동시에 객체의 불능에 반영되므로 '대상의 착오'로 해결이 가능하다고 본다.

독일 형법에서 불능미수규정은 형벌축소기능을 담당하는 것으로서 피고인에게 유리한 규정이기 때문에 주체의 착오에 대해서도 불능미수를 인정하자는 주장이 설득력이 있지만, 객관설을 기본입장으로 하는 우리 형법의 입장에서는 원칙적으로 처벌되지 않을 행위를 제27조에 의해서 예외적으로 처벌하는 형벌강화작용을 하는 것인데 이에 더하여 주체의 착오까지 가벌성을 확장하는 것은 옳지 않다는 주장도 있다.⁵⁸⁾ 그러나 형법 제27조는 주관설의 입장에서 비록 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있으면 처벌하겠다는 적극적인 규정형식을 취하고 있다.⁵⁹⁾

그리고 신분의 착오와 관련해서도 모든 구성요건요소들은 동등한 비중을 지니며, 구성요건요소를 행위자의 착오의 대상이 되는 구성요건요소와 그렇지 않은 요소로 구별할 이유가 없다. 따라서 신분의 전제가 된 사실을 오인한 경우는 신분이 해소된 우연한 사정에 의해서 가벌성이 좌우되는 것은 옳지 않으므로 제27조 규정이 적용되는 것이 마땅하다. 이렇게 보는 것이 미수범처벌근거상의 인상설과도 일치하는 해석이 된다.

IV. 수단 및 대상의 착오에 대한 새로운 접근

수단의 착오와 대상의 착오에 관해 본 연구가 주목하는 점은 이러한 착오가 불능미수를 다른 미수형태와 구별짓는 특별한 기능을 가지는가의 문제와 자연과학적 착오⁶⁰⁾가 아닌 존재론적 착오, 즉 행위자가 행위당시의 상황을 인식함에 있어서 충분한 주의를 하지 아니하여 자연법칙이 적용되기 위한 상황적 요건 중의 일부를 올바르게 인식하지 못한 경우에도 제27조 규정이 적용될 수 있는 가라는 점이다.

1. 수단 및 대상의 착오가 불능미수를 특징짓는가의 여부

57) 정성근/박광민, 형법총론, 409면.

58) 오영근, 형법총론, 528면.

59) 이형국, 형법총론연구II, 540면; 진계호/이준걸, 형법총론, 518면.

60) 행위자가 행위상황은 올바르게 인식하였으나 자신이 의도하는 사건진행과정이 자연법칙적으로 보아 불가능함을 알지 못했던 경우이며 무지로 표현하는 것이 더 정확한 표현이다.

1) '수단 및 대상의 착오'와 '결과발생불가능성'

불능미수가 성립하려면 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하여야 한다. 이러한 범문언에 기초해서 수단이나 대상의 착오는 결과발생의 원인으로 작용해야하고, 불능미수의 성립요건이 된다는 것은 분명하다. 여기서 수단·대상의 착오에 중점이 있는지 결과발생가능성에 중점이 있는지를 판단해보는 것은 불능미수의 가장 핵심적인 요소가 무엇인지, 즉 불능미수를 장애미수와 구별해주는 특징적인 요소가 무엇인지를 규명하는 데에 있어 이론적 유용성을 가진다고 판단된다.

귀납적 검증을 위해서, 먼저 수단의 착오사례를 살펴보자.

아스피린으로 상해가 가능하다고 믿고 복용시킨 경우는 가별적 미수개념이 성립되지 않아 무죄(통설에 의하면 불가별적 불능범)가 되지만, 독약을 음식물에 투입한다는 것이 착각으로 인해 옆에 놓여 있던 설탕을 투입한 경우나, 착탄 거리를 약간 벗어난 곳에서 발사하여 살해를 시도한 경우 등은 통설에 의하면 불능미수가 된다.⁶¹⁾

그러나 치사량 미달의 독약으로 살인을 시도한 행위는 불능미수라고 주장하는 견해⁶²⁾도 있지만, 장애미수라는 대법원 판결⁶³⁾이 있다. 이 사안은 분명히 실행의 수단을 잘못 사용하여 결과가 발생하지 않은 경우이다.

또한 지근거리에 있는 사람을 향하여 권총을 쏘았지만 불량탄환이었기 때문에 발사가 되지 않은 경우에는 분명히 실행의 수단에 착오가 있어서 결과가 발생하지 않은 행위이지만 장애미수로 보아야 한다. 왜냐하면 탄환불발이라는 실행의 착수 이후의 인과과정은 배제하고, 실행의 착수 당시의 실행행위를 놓고 판단한다면 그러한 행위로부터 행위자가 의도했던 대로 피해자의 사망결과가 야기될 가능성은 충분히 인정되기 때문이다.⁶⁴⁾

사람에게 권총을 발사했지만 그 사람이 방탄조끼를 입고 있었기 때문에 목숨을 건진 경우도 장애미수라고 해야 한다. 왜냐하면 실행의 착수 당시의 실행행위를 놓고 판단한다면 탄환이 방탄효과가 미치지 않는 신체부위에 명중하여 피

61) 김일수/서보학, 형법총론, 533면.

62) 도중진, 불능미수와 위험성-차브레이크액유출 살인미수사건, 587면.

63) 대법원 1984.2.28, 83도3331 참조.

64) 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 572-573면.

해자의 사망결과가 야기될 가능성을 완전히 배제할 수 없기 때문이다.⁶⁵⁾

이러한 결론은 수단의 착오가 있더라도 곧바로 불능미수의 영역으로 포섭되는 것이 아니라 장애미수의 영역에 남는 경우가 많다는 것을 말해준다. 결국 실행수단의 착오로 결과가 발생하지 않았더라도 그 실행행위가 원천적으로 결과 발생을 가능케 할 수 있었는지 궁극적으로는 결과발생불가능성여부가 검토되어야 한다.

대상의 착오의 경우도 마찬가지이다. 임신하지 않은 여자를 임신한 것으로 오인하고 낙태약을 먹인 경우⁶⁶⁾는 낙태죄의 미수범 처벌규정이 없어 현실성이 없다. 현금이 들어있는 줄 알고 빈호주머니를 소매치기하려고 시도한 경우는 실현이 불가능한 미수가 아니라 '실패한 미수'로 제25조의 장애미수가 적용되어야 한다. 호주머니에 돈이 들어 있을 것이라는 대상에 관한 착오지만 장애미수가 되는 것이다. 결국 실행의 수단 또는 대상의 착오를 통해 장애미수와 구별되는 불능미수의 특징을 규정할 수는 없다.

2) 불능미수 논의에서 제외되어야 할 수단 및 대상의 착오

한편 문헌상에 나타나는 수단의 착오의 예를 살펴보면 설탕으로 사람을 살해하려는 행위, 소화제나 밀가루로 낙태를 시도한 행위, 5천미터 상공의 비행기를 공포탄으로 격추시키려는 행위등이 적시된다. 설탕으로 사람을 살해하려는 행위⁶⁷⁾에 대해 살펴보면, 설탕을 수단으로 살인이 가능하다고 생각하거나 시도하는 사람은 거의 없고, 설사 그런 시도가 있다고 해도 그런 행위를 처벌해야 한다고 생각하는 사람 역시 없다. 실제 이런 일이 있다고 가정해도 수사와 재판으로 이어질지 의문이 제기된다. 결국 설탕에 살인력이 있다고 오인하거나 밀가루로 낙태시킬 수 있다고 오인하는 경우 등 현저한 무지에 의한 자연과학적 착오의 경우는 비현실적 수단에 의한 범행시도로서 구성요건적 고의가 부정되는 사안이므로 미수개념의 일반적인 요건도 구비하지 못하는 행위이다.

이러한 예들은 미신범을 포함하여 예컨대 번개가 자주 떨어지는 곳으로 피해자를 불러내어 번개에 의하여 피해자를 살해하려는 경우와 같은 '인과사건의 인

65) 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 573면.

66) 김일수/서보학, 형법총론, 533면; 임웅, 형법총론, 368면.

67) 이재상, 형법총론, 399면.

간에 의한 지배불가능성'에 의하여 객관적 귀속이 부정되는 결과를 야기하려는 행위는 처음부터 구성요건적 고의가 부정되는 경우이므로 불능미수 논의에서 제외되어야 한다. 결과범에 대한 구성요건적 고의는 인과관계와 객관적 귀속이 인정되는 결과를 발생시키려는 의도를 가진 경우에만 인정될 수 있기 때문이다.⁶⁸⁾

물론 일부견해에 의하면 불능미수가 된다는 주장도 있다. “5천미터 상공에 있는 비행기를 권총으로 쏘아 추락시키려고 했던 경우는 불능미수이다. 5천미터 상공의 비행기가 권총탄환에 의하여 추락할 가능성은 완전히 배제할 수 있기 때문이다.”⁶⁹⁾라는 견해가 있다. 그러나 이러한 분석은 극히 잘못된 것이다. 전자의 경우는 앞서 밝힌대로 구성요건적 고의가 부정되는 사안으로써 무죄에 해당한다고 보는 것이 옳고, 설사 고의가 인정된다고 하더라도 미수개념이 요구하는 위험성을 갖추지 못했기 때문에 가벌적 미수개념 설정단계에서 무죄인 행위로 제거된다고 보는 것이 타당하다.

대상의 착오의 경우에도 마찬가지로 사례들이 나타난다. 자기재물에 대한 절도시도⁷⁰⁾에서 자기 재물을 절도하려는 행위는 범죄라기보다 바보로 취급될 행위일 뿐이다. 자기외투와 비슷한 모습인 남의 외투를 절도하려고 가져갔지만 실체는 자기 외투였을 경우만 제27조 대상의 착오에 해당한다. 사체에 대한 살인 시도 역시 시체를 사체인 줄 알고도 재차 죽이려고 한 사람은 제27조의 범죄자 아닌 바보일 뿐이고, 이미 죽었지만 살아있다고 착각하여 살해를 시도했다고 해야 제27조의 대상이 된다.⁷¹⁾ 이와 같이 문헌에 실행수단의 착오에 해당한다고 거론된 예들의 대부분이 부적절 또는 불명확하다.

생각건대 자연과학에 대한 중대한 무지에 의한 비현실적인 범행의 시도의 경우도 불능미수의 논의에서 제외되어야 한다. 즉 사회일반인의 관점에서 누구나 알고 있는 자연법칙을 행위자만 몰랐기 때문에 이를 가능하다고 판단한 행위자의 범행시도는 비현실적이며, 따라서 이 경우도 구성요건적 고의가 부정된다고 보아야 한다.⁷²⁾

68) 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 7면/15-16면.

69) 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 574면.

70) 김일수/서보학, 형법총론, 533면; 이재상, 형법총론, 399면.

71) 한정환, 형법 제27조의 취지·요건·적용기준, 555-556면.

72) 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 8면.

3) 소결

결국 형법 제27조의 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’라는 요건은 독일형법상의 ‘현저한 무지’ 정도로 구체화되어 있지 못하며, 장애미수의 경우에도 행위당시에는 범죄미완성의 원인을 알지 못하는 경우가 대부분일 것이므로 행위자의 착오는 불능미수와 장애미수를 구별하는 특별한 기준이 될 수 없다. 예를 들어 소매치기를 당시에 주머니가 비었다는 것을 알지 못한 것은 현저한 무지에 속할 수 없기 때문에 독일형법에 따르면 장애미수가 된다. 그러나 제27조 문언상의 착오는 주머니가 비었다는 점을 알지 못했다는 것만으로 착오요건이 충족될 여지가 있으므로 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’가 될 수 있다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 이러한 요건만으로는 불능미수인지 여부를 판단할 수 없었다. 결국 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’는 ‘결과가 발생할 줄 알았는데 그렇지 않았다’는 정도의 의미밖에 지니지 못한다.⁷³⁾ 요컨대, 결과발생불가능성만이 불능미수와 장애미수를 구별해주는 독자적 특징으로 남는다.

2. 자연과학적 착오만이 형법 제27조의 착오인가의 여부

1) 자연과학적 착오와 존재론적 착오

제27조는 ‘착오’가 결과발생불가능의 원인이 되어야 함을 규정하고 있다. 이러한 착오에 관해서 학설은 결과발생불가능에 대한 행위자의 착오가 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’로 한정되는지, 아니면 ‘주체의 착오’도 포함하는지에 관한 논의로 집중되어 있다.

그러나 주체의 착오의 포섭여부도 중요하지만, 제27조가 규정하는 착오가 사실의 착오 내지 존재론적 착오를 포섭할 수 있는지의 문제가 불능미수의 적용 범위를 구획하는데 더욱 유의미하다는 점을 학설이 간과하고 있는 듯하다.

독일 형법 제23조 제3항은 불능미수를 규정하면서 ‘현저한 무지(aus grobem Unverstand)’를 그 요건으로 하고 있다. 이를 쉽게 설명하면 너무 어리석고 무지해서 범죄기수가 가능한 것으로 오인한 경우를 불능미수로 처벌하겠다는 의미이다. 이에 따르면 범죄의 기수가 불가능한 경우라도 너무 어리석어서 발생한

73) 홍영기, 불능미수의 가능성 표지-장애미수와 불능미수의 구별요건, 60면.

착오가 아니면 모두 장애미수영역으로 포섭되게 된다. 즉 독일에서는 자연과학적 착오만이 불능미수에 포섭될 수 있고, 존재론적 착오는 이에 해당되지 않는다.⁷⁴⁾

독일과는 달리 우리 형법 제27조에서는 ‘현저한 무지’처럼 구체화된 요건을 찾아볼 수 없다. 그러므로 우리 형법 제27조에 의할 때, 애초에 결과발생이 불가능한 경우를 착오로 가능하다고 생각한 경우라면, 너무 어리석어서 발생한 착오이든, 어리석음과는 관계없이 행위당시의 실수로 착각한 것인지는 중요한 문제가 아니다. 즉 행위자가 너무 덤벙대서 실수로 착각한 경우라도 불능미수로 포섭가능한 것이다.⁷⁵⁾

우리 형법상의 불능미수를 독일 형법 제23조 제3항의 경우와 유사하게 보아서, 불능미수는 행위자의 인식수준이 일반인에 비해 낮은 경우에만 문제되는 것이라고 보는 관점도 있으나,⁷⁶⁾ 독일 형법과 우리 형법의 범규정이 서로 다르다는 점을 고려한다면 이것은 적절한 해석이 아니다.⁷⁷⁾ 우리 형법의 불능미수에 자연과학적 착오만이 포함된다고 보는 시각에 의하면 불능미수의 실체를 거의 부정하게 될 것이다. 왜냐하면 자연과학적 착오는 거의 모두가 비현실적인 범행의 시도로서 해당 범죄의 구성요건적 고의가 부정되는 경우이기 때문이다.⁷⁸⁾

2) 현저한 무지(aus grobem Unverstand)의 유용성여부

결국 독일형법의 불능미수 규정은 현저한 무지에 의한 ‘자연법칙적 착오’에만 적용되고 행위당시의 실수로 인한 사실의 착오 내지 존재론적 착오에는 적용되지 않지만,⁷⁹⁾ 우리 형법 제27조의 규정은 행위자가 부주의로 인하여 수단이나 대상을 올바르게 인식하지 못한 경우와 자연법칙을 제대로 알지 못하고 있었던 경우는 물론, 여타의 상황의 경우에도 결과발생의 가능성을 착오했다면 적용될 여지가 있는 것이다.⁸⁰⁾ 예컨대 일반인이라면 쉽게 죽은 사람이라는 것을 알 수

74) Roxin, AT, Band II, §29 Rn. 365.

75) 同旨 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 80면; 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 17면.

76) 임웅, 형법총론, 372면.

77) 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 80면.

78) 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 17면.

79) Roxin, AT, Band II, §29 Rn. 365.

있었는데, 분별력 있는 정상인인 행위자가 순간의 실수로 살아있는 사람이라고 오인하고 살해행위로 나아간 때에는 독일형법에 의하면 장애미수가 성립하지만, 우리형법에 의하면 불능미수가 성립할 수 있다.

여기서 과연 독일형법이 구체화하고 있는 현저한 무지라는 불능미수의 요건이 과연 유용한 도구인지에 대한 의구심을 가지게 된다. 즉 독일형법이 불능미수의 요건으로 요구하고 있는 현저한 무지라는 것은, 정상인의 지적 수준보다 현저히 떨어지는 지적수준이나 인지도를 가진 자를 상정하는 개념으로, 예컨대 밀가루로 낙태를 할 수 있다고 생각하거나 공기총으로 1000m 상공의 비행기를 격추시킬 수 있다고 생각하는 자등을 들 수 있다. 그러나 이러한 사례들은 앞서 밝힌 대로 구성요건적 고의를 인정할 수 없거나 실행의 착수의 위험성을 인정할 수 없어서 미수개념설정단계에서 탈락하는 행위들이다. 그렇다면 과연 어떤 경우에 불능미수로 처벌할 수 있다는 것인지, 현저한 무지라는 요건이 과연 불능미수라는 개념을 선별해 낼 수 있는 도구인지가 의심스럽다. 이러한 측면에서 독일 형법상의 불능미수규정은 불필요하거나 무의미한 규정이라는 견해가 설득력을 가진다.⁸¹⁾

요컨대 우리 형법상의 불능미수에서 실행의 수단이나 대상의 착오로 인한 결과발생의 불가능성에 대한 행위자의 착오에는 자연과학적 착오뿐만 아니라 사실의 착오 내지 존재론적 착오도 포함해야 한다. 이에 따라 불능미수는 행위자의 사실의 착오 또는 자연과학의 착오에 의하여 결과발생이 불가능한 행위를 가능하다고 오인한 경우이며, 결과발생불가능성의 의미와 판단기준에 따라서 불능미수로 포섭되거나 장애미수로 편입되게 된다.

80) 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 81면.

81) 하태훈 교수는 “독일형법 제23조 3항에 해당되는 사례는 실제로는 아주 드물게 발생할 것이기 때문에 그 적용범위가 매우 한정되어 있다. 이러한 실무적 중요성의 관점에서 보면 입법자는 이론적 체계적 완성을 위해서 실용성이라는 측면을 도외시한 것이라는 비판이 가능하다. 규범의 목적이 법익의 보호에 있다는 점과 금지규범과 요구규범의 내용을 고려한다면 제23조 3항에 규정된 명백히 위험하지 않은 행위의 불법성을 인정하고 이에 형법적인 제재의 필요성이 존재한다고 보는 것은 지극히 의문이다. 따라서 형법 제23조 3항의 신설규정은 문제의 해결책을 제시한 것이 아니라 오히려 문제를 야기하고 내포한 불필요한 규정으로 여겨진다”고 하여 이러한 점을 정확히 지적하고 있다. 하태훈, 불능미수, 68면.

V. 결 론

앞서 살핀 바와 같이, 불능미수의 명확한 개념정립이 이루어진다면 불능미수와 구별해야할 개념으로 논의되고 있는 구성요건 흠결이론, 환각범, 미신범은 이론적으로 또한 실질적으로 불능미수와는 완전히 별개의 개념으로 파악할 수 있다.

불능미수는 ‘실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능할 것’을 특유한 요건으로 한다. 이러한 착오에는 자연과학적 착오뿐만 아니라 존재론적 착오도 포함되나, ‘실행의 수단 또는 대상의 착오’라는 요건은 독일형법상의 ‘현저한 무지’ 정도로 구체화되어 있지 못하며, 장애미수의 경우에도 행위당시에는 범죄미완성의 요인을 알지 못하는 경우가 대부분일 것이므로 행위자의 착오는 불능미수와 장애미수를 구별하는, 즉 불능미수가 장애미수와 다르다는 것을 징표하는 특별한 기준이 될 수 없다. 결국 불능미수를 특징짓는 결정적인 요소는 결과발생불가능성이 된다.

주제어 : 불능미수, 수단의 착오, 대상의 착오, 결과발생불가능성

참 고 문 헌

- 권오걸, 형법총론, 제2판, 형설출판사, 2007.
- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2008.
- 김성천/김형준, 형법총론, 제3판, 동현출판사, 2005.
- 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론, 제11판, 2006.
- 박상기, 형법총론, 제7판, 박영사, 2007.
- 배종대, 형법총론, 제9개정판, 홍문사, 2008.
- 백원기, 미수론연구, 삼지원, 1995.
- 손동권, 형법총론, 제2개정판, 율곡출판사, 2006.
- 신동운, 형법총론, 제3판, 법문사, 2008.
- 안동준, 형법총론, 학현사, 1998.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 보정판, 2005.
- 이재상, 형법총론, 제6판, 박영사, 2008.
- 이정원, 형법총론, (인터넷)공개 제1판, 2008.
- 이형국, 형법총론, 제4판, 법문사, 2007.
- 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 법문사, 1990.
- 임 응, 형법총론, 개정판 보정, 법문사, 2006.
- 정성근/박광민, 형법총론, 제4판, 삼지원, 2008.
- 정영일, 형법총론, 개정판, 박영사, 2007.
- 진계호/이존걸, 형법총론, 제8판, 대왕사, 2007.
- 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 형사판례의 연구 I - 이재상교수 화갑기념 논문집, 박영사, 2003.
- 김일수, 미수범의 불법귀속에 관한 연구 - 특히 불능미수를 중심으로, 고려법학 제40호, 고려대학교, 2003.
- 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 도중진, 불능미수와 위험성 - 차브레이크엑유출 살인미수사건, 형사판례의 연구 I - 이재상교수 화갑기념논문집, 박영사, 2003.
- 성시탁, 不能未遂, 김종원교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1991.
- 신양균, 불능미수의 법적 성격, 김종원교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1991.

- 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.12.
- 임광주, 형법 제27조의 위험성, 형사법연구 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007.6.
- 천진호, 불능미수범의 위험성 판단 - 해석상의 오류를 중심으로, 비교형사법연구 제1권 제1호, 한국비교형사법학회, 1999.
- 하태훈, 불능미수, 형사법연구 제4호, 한국형사법학회, 1991.12.
- 한정환, 형법 제27조의 취지·요건·적용기준, 형사법연구 제19권 제3호(하), 한국형사법학회, 2007.
- 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 형사법연구 제13호, 2000.
- Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977.
- Bruns, Hans. J., Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes Zur Problematik des "Umkehrprinzips" in der Irrtumslehre, GA, 1979.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, 4.Aful., Berlin : Duncker & Humblot, 1988.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Berlin : Duncker & Humblot, 1996.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, München : C.H.Beck, 1999.
- Maurach, Reinhart/Gössel, Karl/Zipf, Heinz, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 6. Aufl., Heidelberg : Müller Juristischer Verl., 1987.
- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München : C.H.Beck, 2003.
- Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Berlin :Luchterhand, 1995.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., München : C.H.Beck, 2001.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 33. Aufl., Heidelberg : C. F. Muller, 2003.
- Wessels, Johannes, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 27. Aufl., Heidelberg : C.F. Müller, 1997.

[Abstract]

A Study on the Concept of the Impossible Attempt

– focus on the error of the means or the object –

Kim, Joon-Hyuk

full-time instructor, International University

The prevalent parties regard the dangerousness as the core point in the analysis of the article 27. But the dangerousness is not the own factor of the article 27. This dangerousness is required in all of the attempted crimes, so the dangerousness on article 27 is not an unique factor in the impossible attempt. The impossible attempt requires 'the impossibility of the consequence-birth from the error of the means or the object in the execution'. The error of the means or the object in the execution includes 'ontological error' as well as 'the error of the physical science'. But the condition of 'the error of the means or the object in the execution' is not as concrete as 'the noticeable ignorance' in the German Penal Code. In the greater parts of the cases of the obstacle attempt, we can't realize the cause of the incompleteness of the crime on the spot, so the actor's error can't be the special standard which distinguishes the impossible attempt from the obstacle attempt.

Finally, the key component of the impossible attempt is the impossibility of the consequence-birth.

The impossibility of the consequence-birth on article 27 requires the legal standard, not the real standard. In this view, the impossibility of the consequence-birth means that the dangerousness of the consequence-birth doesn't exist, so we can utilize the theories of the section in the dangerousness on article 27.

Key words : impossible attempt, the error of the means, the error of the object, impossibility of the consequence—birth