

## 형법 제27조가 규정하는 위험성의 의미와 독자성여부에 관한 연구\*

김 준 혁

한국국제대학교 교수

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 형법 제27조 '위험성'의 의미
- III. 형법 제27조 결과발생불가능성과 위험성의 관계
- IV. 형법 제27조 위험성의 독자성 여부에 관한 논의
- V. 결론

### I. 서론

형법 제27조의 해석에 있어서 가장 핵심적인 요소는 '위험성'의 개념정립이라고 보는 것이 형법학계의 일반적 시각이며, 불능미수에 관한 논의는 '위험성'에 관한 논의가 전부라고해도 과언이 아닐 정도로 위험성 영역에서 첨예한 학설대립의 양상을 보이고 있다.

이러한 학설대립의 전제에는 형법 제27조가 규정하는 위험성이 장애미수와 중지미수를 포함하는 미수범일반이 요구하는 미수범처벌근거로서의 위험성과는 다르다는 관념이 자리하고 있다. 만약 제27조가 명시적으로 규정하는 위험성이 미수범처벌근거로서의 위험성과 동일하다고 본다면 장애미수와 중지미수에서는

\* 심사위원 : 이정원, 김성룡, 김혜정

투고일자 : 2009. 1. 28, 심사일자 : 2009. 3. 15, 게재확정일자 : 2009. 3. 20.

거의 논의되지 않는 '위험성'이 특별히 불능미수영역에서 문제될 여지가 없기 때문이다.

그러나 최근 위험성이 불능미수를 징표하는 독자적 표지가 아니라는 유력한 견해들이 등장함에 따라 위험성에 관한 논의는 새로운 국면을 맞고 있다. 불능미수에 있어 위험성의 독자적 표지성을 부정하는 견해들은 제27조가 위험성이라는 용어를 명시적으로 사용하고 있다는 점에 집착하는 통설을 비판하면서, 제27조의 위험성이 미수범일반이 요구하는 위험성과 차이가 없다고 주장하거나, 형법규정자체가 내포하고 있는 위험성평가로 충분하므로 별도의 논의는 불필요하다는 주장을 펼치고 있다.<sup>1)</sup>

이러한 주장은 그 타당성여부와는 무관하게, 제27조 해석상 위험성만을 강조해왔던 학계의 동향에 신선한 충격을 던져주고 있다. 즉 이러한 주장을 통해 "미수범처벌근거상의 위험성 내지 실행의 착수에서 인정되는 위험성", "제27조 규정상의 결과발생의 가능성(즉 결과발생의 위험성)", "불능미수영역에서 학설들이 논하고 있는 제27조의 위험성"등이 동일한 평면상의 개념인가 아니면 그 실체와 영역을 달리하는 것인가에 대한 논의가 구체화되고 있는 것이다. 또 한편 위험성이 불능미수만의 독자적 표지가 아니라면 결국 불능미수를 특징지을 수 있는 요소는 '실행의 수단 또는 대상의 착오'와 '결과발생의 불가능'일 수밖에 없으므로 그동안 학계의 논의에서 소홀히 다루어져왔던 '착오'와 '결과발생가능성'의 구체적 의미에 관한 논의가 재점화될 수 있는 토대가 마련된 것이다.<sup>2)</sup>

본 논문은 형법 제27조의 위험성에 대한 기존의 학설과 새로운 견해를 정리할 필요성에서 출발하여, 먼저 형법 제27조의 위험성의 의미와 실체를 규명(Ⅱ)하고, 이러한 위험성에 대한 개념정의가 형법 제27조가 병렬적으로 규정하고 있는 결과발생불가능성과는 어떠한 관계에 있는지를 고찰(Ⅲ)한 다음, 치열한 견해대립이 펼쳐지고 있는 위험성의 독자성 여부에 관한 현재까지의 논의상황을 자세히 살펴보고 합리적 해석방안을 모색(Ⅳ)하기로 한다.

1) 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007, 22면; 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 법문사, 1990, 554면; 정성근·박광민, 형법총론, 제4판, 삼지원, 2008, 410면; 천진호, 불능미수범의 위험성 판단: 해석상의 오류를 중심으로, 비교형사법연구 제1권 제1호, 한국비교형사법학회, 1999, 83면; 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 형사법연구 제13호, 2000, 114면.

2) 본 논문에서는 논외로 할 문제이지만, '실행의 수단 또는 대상의 착오'는 불능미수를 다른 미수개념(특히 장애미수)과 구별지어주는 선별적 기능을 담당하지는 못한다.

## II. 형법 제27조 '위험성'의 의미

### 1. 형법 제27조 '위험성'에 관한 견해 개관

본조의 위험성의 의미를 두고 학설은 분류할 수 없을 만큼 다양한 주장들을 제기한다. 제27조의 위험성은 '평가상 기수의 가능성'이 있음을 의미하므로 기수는 결과범에서는 결과의 발생, 침해범에서는 법익의 침해가 있는 단계이므로 기수의 가능성이란 결과발생의 가능성<sup>3)</sup> 또는 법익침해가능성<sup>4)</sup>을 의미한다는 견해부터 시작해서, 형법적 평가상의 구성요건실현가능성이라는 견해<sup>5)</sup>, 구성요건의 현실적 침해위험성이라기 보다는 잠재적 위험성이라는 견해<sup>6)</sup>, 결과발생가능성으로 지향되어 있는 행위의 위험성이라는 견해<sup>7)</sup>, 구성요건을 실현할 가능성으로 보는 견해<sup>8)</sup>, 법익침해의 위험성이라는 견해<sup>9)</sup>등 열거할 수 없을 정도의 다양한 견해들이 있다. 판례는 현실적으로 결과발생을 초래할 객관적 위험성으로 보고 있다.<sup>10)</sup>

이러한 견해들의 대부분은 제27조가 모순된 개념으로 보이는 결과발생불가능성과 위험성을 병렬적으로 규정하고 있는 관계로, 결과발생이 불가능한데 어떻게 위험할 수 있겠느냐는 질문에 대한 해답을 찾아내기 위해서, 현실적인 결과발생불가능성과는 다른 각도에서 위험성을 규명하려는 노력의 산물로 보인다.<sup>11)</sup>

3) 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2008, 418면.

4) 임웅, 형법총론, 개정판보정, 법문사, 2006, 369면.

5) 김종원, 불능미수에 관한 연구, 대한민국학술원 논문집(인문·사회과학편) 제36집, 1997, 36면; 정진연, 불능미수에 있어서의 위험성, 박양빈교수화갑기념 현대형사법론, 법문사, 1996, 580면.

6) 박상기, 형법총론, 제7판, 박영사, 2007, 364면.

7) 심재우, 불능미수범, 고시연구 제9권 제10호, 고시연구사, 1982, 10, 19면.

8) 김봉태, 불능범에 있어서의 위험성의 개념, 법학연구 제24권 제1호, 부산대학교, 1981, 77면; 김대명, 형법 제27조(불능범)의 위험성 요건의 독자성과 구체적 의미, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006, 236면; 이재상, 형법총론, 제6판, 박영사, 2008, 401면 각주 1); 정성근·박광민, 형법총론, 410-411면.

9) 허일태, 불능미수에 있어서 위험성의 의미, 117면. 허일태교수는 종래 학설은 행위대상에 대한 구체적 침해위험성을 문제 삼았으나, 법익침해의 위험성을 의미한다고 보아야 한다고 한다.

10) 대법원 1954.1.30. 선고, 4286형상387 판결; 대법원 1973.4.30. 선고, 73도354 판결; 대법원 1978.3.28. 선고, 77도4049 판결; 대법원 1985.3.26. 선고, 85도206 판결.

이러한 입장들 가운데 주목할만한 몇가지 견해를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 구성요건 실현가능성이라는 견해는 불능미수의 위험성은 결과발생의 위험성 또는 법익침해의 위험성과 구별되는 구성요건실현의 위험성으로 보아야 한다고 주장한다.<sup>12)</sup> 이 견해에 따르면 미수 또는 불능미수는 결과범에서 뿐만 아니라 거동범에서도 있을 수 있기 때문에 불능미수의 위험성을 결과발생의 위험성으로 파악할 수 없고, 미수의 문제는 침해범뿐만 아니라 위험범에서도 발생할 수 있기 때문에 불능미수의 위험성을 법익침해의 위험성으로 이해해서도 곤란하다고 한다.

둘째, 법익침해의 위험성이라고 보는 견해이다.<sup>13)</sup> 이 견해에 따르면 처벌되는 예비·음모행위는 미수범이나 기수범처럼 구성요건요소에 대한 실행의 착수를 통해 인정되는 현실적 침해 내지 침해가능성 때문에 가벌성을 가진 것이 아니라, 보호하고자 하는 법익침해의 '가능성' 때문에 가벌성을 지닌다고 한다. 따라서 예비·음모를 비롯한 모든 가벌적 범죄는 행위자의 범죄의사실현(행위만가치)과 법익침해 내지 법익고란(결과만가치)을 불가피하게 내재하게 되어 언제나 법익침해의 위험성을 가지며, 더욱이 실행의 착수가 이미 시작된 미수범죄는 법익침해의 위험성이 더욱 현실적으로 나타난다는 것이다. 결국 이 견해가 말하는 법익침해의 가능성이란 첫 번째 견해가 말하는 침해범의 침해가 아니라 법익침해나 위태화에 대한 가능성 내지 위험성을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 그 본질에 있어서는 범질서에 대한 위협이라고 하는 견해와 차이가 없다고 판단된다.

11) 이러한 학제의 노력과는 달리 제27조가 규정하는 위험성은 불능미수의 독자적 표지가 아니며, 제27조에서 위험성이라는 문언을 삭제해도 제27조의 해석은 전혀 달라지지 않는다는 견해가 있다. 그 근거는 불능미수는 행위자가 실행수단 내지 대상을 착오함으로써 처음부터 결과발생이 불가능한 것을 전제로 한 개념이기 때문에 결과발생과 연결된 일정한 위험성을 불능미수의 실체로 파악하는 것은 앞뒤가 맞지 않고, 미수행위와 관련된 위험성은 불능미수에 국한되는 것은 아니고 장애미수, 중지미수를 포함한 모든 범죄행위의 공통된 속성에 속하며, 위험성이 있는 미수란 위험성이 없는 미수를 상정할 수 있어야 하는데, 그런 경우란 존재하지 않는다는 것을 근거로 한다. 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 22면; 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 554면; 정성근·박광민, 형법총론, 410면; 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 83면; 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 114면.

12) 김봉태, 불능범에 있어서의 위험성의 개념, 77면; 김태명, 형법 제27조(불능범)의 위험성요건의 독자성과 구체적 의미, 236면; 이재상, 형법총론, 401면; 정성근·박광민, 형법총론, 410-411면.

13) 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 115면.

셋째, 위험성은 결과발생의 사실상의 위험이 아니라 행위의사 속에 정향된 법익침해의 위험과 관련하여 내려지는 형법적 가치평가로서의 위험성이며 그 실질은 일반인에게 법질서의 효력에 대한 신뢰와 법적 안정감을 동요시키는 법적대적 의지의 실행이라고 보아야 한다는 견해이다.<sup>14)</sup> 이러한 의미의 위험성은 정도의 차이는 있겠지만 불능미수범의 어느 경우에 있어서도 존재하게 되며, 다만 상대적 의미에서 그러한 위험성이 크거나 작다는 비교는 가능하다고 본다.<sup>15)</sup>

넷째, 불능미수의 위험성은 비록 구체적인 행위상황에서는 직접 일반의 법적 안정감을 교란시키지는 않았을지라도 행위자가 장래 비슷한 갈등상황에서 동일한 행위를 저지를 수 있을 것이란 예상때문에 일반인의 법적 안정감이 교란된다는 점을 의미하기 때문에, 행위의 구체적인 위험성이 아니라 '구체적인 법익에 대한 잠재적인 위험성' 내지 행위자의 법적대성을 반증시켜 주는 '행위자의 위험성'을 말한다는 견해이다. 이에 따르면 제27조의 위험성은 '법적대적인 행위자의 의사실행이 법적 평온을 교란함으로써 법질서에 대한 일반인의 신뢰를 저해시키는 법동요적 인상'을 의미한다고 보게 된다.<sup>16)</sup> 이는 인상설에 의한 위험성을 의미한다고 판단된다.

다섯째, 불능미수에서는 결과발생의 가능성이 없기 때문에 결과발생의 위험성도 없다고 할 수 있으므로, 제27조의 위험성은 결과발생의 위험성이 아닌 다른 의미의 위험성으로서 행위자의 위험성이나 행위 당시 일반인들이 느끼는 위험성이라고 보는 견해이다.<sup>17)</sup>

## 2. 견해의 재분류 및 검토

위에서 열거된 견해들을 분석해보면 먼저 현실적인 결과발생의 위험성으로 보고 있는 것은 판례뿐이다. 판례를 제외한 학설들을 분류해보면 먼저 구성요건 실현에 관한 위험성, 다음으로 법질서에 대한 위험성 내지는 법익침해(법익위태화)의 위험성, 또한 인상설에 의한 법동요적 인상을 주는 위험, 마지막으로 일반

14) 이형국, 형법총론연구II, 554면.

15) 이러한 입장에서는 독일형법이 모든 미수행위의 가벌성을 예외없이 인정하면서, 범죄가 행하여진 객체 또는 수단의 성질상 미수가 기수로 될 수 없음을 현저한 무지로 오인한 경우에만 형의 임의적 감면사유로 하고 있는 것이 설득력을 지닌다.

16) 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 제11판, 2006, 528면.

17) 오영근, 형법총론, 보정판, 2005, 533면.

인이 객관적으로 느끼는 위험이다. 여기서 법질서에 대한 위험성이나 법익침해의 위험성은 추상적 위험설에 입각한 위험성 정의라고 보여지고, 범동요적 인상을 주는 위험이나 일반인이 느끼는 위험<sup>18)</sup>은 미수범처벌근거 중 인상설에 근거한 위험성 정의라고 판단된다. 추상적 위험설이나 인상설은 상호 독자성을 주장하고 있으나 양자는 모두 주관설을 바탕으로 절충한 견해로써 인상설은 미수범 처벌근거로 기능하고, 추상적 위험설은 인상설에 의해 처벌이 정당화된 미수의 가벌적 영역을 확정하는 기준으로 작용하는 것이라는 점에서 동일평면상의 견해로 보여진다.

따라서 판례를 제외한 나머지 견해들을 재분류해보면 '구성요건실현가능성이란 견해'와 '법질서에 대한 위험성이라는 견해'로 대별할 수 있다.

생각건대 제27조가 의미하는 위험성은 보호법익의 구체적인 객체에 대한 구성요건실현의 위험성을 의미하는 것은 아닐 것이다. 왜냐하면 범죄의 기수가 처음부터 불가능한 불능미수는 개념적으로 구체적인 객체에 대한 위험성은 존재할 수 없거나 가벌성이 탈락할 정도로 아주 경미할 것이기 때문이다.<sup>19)</sup> 따라서 제27조가 의미하는 위험성은 미수범 규정의 유효성에 대한 공격이라는 법질서에 대한 위험성을 의미한다고 보아야 한다.<sup>20)</sup> 즉 법질서에 대한 위험성으로서의 추상적 위험을 의미하는 것이다.

한편 형법 제27조에서 말하는 위험성은 미수범 처벌의 근거에 관한 입법자의 생각이 표현된 것이라고 할 수 있다. 즉 가벌적 미수개념설정을 위해서는 미수범처벌의 근거로서 미수범의 실질적 불법을 근거짓는 위험성이 확인되어야 한다고 요구하고 있는 것이다.<sup>21)</sup> 이렇게 본다면 위험성을 불능미수만의 독자적인 표지라고 말할 수는 없게 된다. 다만, 위험성이 첨예하게 문제될 수 있는, 즉 가벌적 위험성의 정도가 가장 약한 불능미수영역에 이를 명문화하고 있을 뿐인 것

18) 다만, 오영근교수는 '일반인이 느끼는 위험'을 일반인이 느끼는 '구체적 위험'으로 보아 구체적 위험설을 따른다. 오영근, 형법총론, 534면 참조.

19) 이정원, 형법총론, 제3판, 법지사, 2004, 314면.

20) Jakobs, Günter, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin : Walter de Gruyter, 1991, S. 712ff; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Berlin : Duncker & Humblot, 1996, S. 530f; Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., München : C.H.Beck, 2001, §22 Rn. 22.

21) 이용식, 부작위범의 불능미수: 미수범의 객관적 구성요건 정립을 위한 생각의 작은 단초, 법학 제47권 제4호, 서울대학교, 2006, 248-249면.



이다. 따라서 제27조의 위험성이란 미수범으로서 처벌하기 위하여 필요한 최소한(Minimum)의 위험성을 규정하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 즉 미수범 일반의 최하한의 위험성 내지 실행의 착수에서 인정되는 위험성을 제27조에서 비로소 명문화하고 있는 것이다.

요컨대 제27조가 “결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있으면 처벌한다”는 것은 ‘법질서에 대한 위험성’이 인정되면 가벌적으로 평가한다는 의미이다. 즉 불능미수의 행위반가치는 행위자의 법적대적 의사의 실행행위를 통해서 나타나고, 결과반가치는 실행행위를 본 일반인이 느끼는 법질서에 대한 위험성을 의미하는 것으로 추상적 위험설에 입각한 위험성 정도를 요구하는 것이다.

### 3. 소결

불능미수에 있어 위험성의 독자적 표지여부와는 무관하게, 제27조의 위험성은 가벌적인 미수범 전체를 망라해서 가장 약한 정도의 위험성, 즉 전체의 가벌적 미수형태 중 최하한의 위험성을 의미한다. 즉 불능미수의 위험성 표지를 가장 낮은 단계의 행위반가치·결과반가치의 표지로 삼고, 불능미수에 규정된 위험성의 본질에 가벌적 미수개념 전체의 처벌근거가 있는 것이다. 이러한 의미에서 위험성 개념은 불능미수의 독자적 성립요건이 아니라 미수범 일반의 최하한의 성립요건이라고 할 수 있다.<sup>22)</sup>

한편 규정형식상 미수범 전반을 포괄하는 규정이라 할 수 있는 제25조에서는 위험성 표지가 드러나지 않을 뿐만 아니라, 법정형을 고려할 때 가장 불법성이 낮은 단계의 미수는 불능미수가 아니라 중지미수이므로, 불능미수에만 규정되어 있는 이 위험성 표지를 모든 미수범의 가벌성조건으로 보는 것은 합리적이지 않다고 하는 견해가 있다.<sup>23)</sup> 이 견해에 따르면 제27조의 위험성은 문언대로 해석해서, 결과발생이 불가능한 경우에 한해서 처벌의 전제조건으로 기능한다고 주장한다. 그러나 제25조에 위험성이 명문으로 규정되어 있지 않다고 해서 제25조의 미수개념이 위험성을 요구하지 않는다고 보는 것은 넌센스다. 미수범처벌

22) 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 72면; 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 117면.

23) 홍영기, 불능미수의 가능성 표지: 장애미수와 불능미수의 구별 요건, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008, 61면.

근거에서 인상설에 의한 위험이 처벌근거가 된다는 점은 주지한 바와 같다. 또한 형법은 위험하지 않은 개념을 '처벌한다'라고 입법하지는 않는다. 제25조 규정은 가벌적인 미수개념의 구성요건을 정하고 있는 규정으로 보는 것이 타당하며, 형법상 처벌되는 미수는 당연히 실행의 착수에서 위험성이 요구된다.

또한 이 견해는 중지미수도 역시 미수개념설정이후에 검토되는 것이라는 점을 간과하고 있다. 즉 먼저 실행의 착수에서 위험성이 있는 행위로 인정된 후에 중지미수를 검토하게 되므로 중지미수도 당연히 위험성을 지니는 행위이다. 또한 중지미수는 결과발생이 가능한 경우를 예정한 규정이다. 물론 예외적으로 결과발생이 불가능한 경우라도 중지미수를 인정하는 경우가 있다. 그렇지만 중지미수는 본래 결과발생이 가능한 경우를 원칙으로 상정한 규정이기 때문에 결과발생이 불가능한 불능미수의 위험성보다는 본질적으로 상위에 있는 위험성 정도를 갖는다.

### III. 형법 제27조 결과발생불가능성과 위험성의 관계

#### 1. 견해의 개관

형법 제27조에 규정되어 있는 결과발생의 불가능은 '결과가 발생할 가능성이 없음'을 뜻하고, 이것을 다르게 표현하면 '결과가 발생할 위험성이 없음'을 의미한다.<sup>24)</sup>

그럼에도 불구하고 제27조가 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있으면 처벌한다고 규정한 것은 모순이라는 의구심을 갖게 하기에 충분하다. 학설은 이의 해결을 위한 다양한 주장을 펼치고 있다.

첫 번째 견해는 제27조의 결과발생가능성은 '기수행위의 현실적 위험성'이며, 위험성은 '기수행위가 가상으로 실현될 위험성'을 의미한다는 입장이다.<sup>25)</sup> 결과발생불가능은 현실적 가능성임에 반해 위험성은 구성요건실현의 '잠재적 위험성'이라고 하는 견해<sup>26)</sup>나 불능미수의 위험성은 행위결과로 지향된 현실적 위험

24) 임광주, 형법 제27조의 위험성, 형사법연구 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007, 131-132면.

25) 임광주, 형법 제27조의 위험성, 134면/136면.



성이 아니라 행위의 사회적 의미에 따른 '가설적 위험성'을 의미한다는 견해<sup>27)</sup>도 동일한 견지라고 이해된다.

두 번째 견해는 제27조의 '결과발생가능성'이라는 표지는 '결과의 위험성'을 말하고 '위험성'이라는 표지는 '행위의 위험성'을 의미한다는 견해이다.<sup>28)</sup> 이 견해는 Hirsch가 결과의 위험성과 행위의 위험성을 엄격히 구별하고 그 중요성을 강조한 이론<sup>29)</sup>에 기초한 주장으로 판단된다. 이 견해에 따르면 결과불법의 영역에서 논해지는 결과발생의 불가능성은 실행행위가 행해진 이후의 시점에서 발견되는 여러 사항들도 함께 고려하여 이루어지는 객관적·사후적 판단의 결과물이지만, 행위불법의 영역에서 논해지는 위험성은 행위시점을 기준으로 삼은 장래적 판단이라고 한다. 따라서 판단의 기준시점이 다르기 때문에 결과발생의 불가능성과 위험성 사이에 모순은 일어나지 않는다고 본다.<sup>30)</sup>

이는 결과발생불가능성에 관한 자연과학적·사실적 판단설의 입장에서는 어느 정도 타당성을 가질 수 있는 주장이지만, 결과발생의 불가능성은 규범적·사전적으로 판단되어야 하므로 이 견해는 본질적으로 설득력을 가지기 어렵다.

세 번째 견해는 '결과발생의 불가능'을 '사실상'의 결과발생 불가능성으로 해석하는 반면에, '위험성이 있는 때'를 '평가상'의 결과발생 가능성으로 해석한다.<sup>31)</sup> 이 견해에 대해서는 행위자의 인식과 일반인의 인식을 기초사정으로 하여, 결과발생이 사실상 불가능하다는 판단이 이미 내려졌는데, 여전히 동일한 양자의 인식을 기초사정으로 하여 이번에는 결과발생이 평가상 가능하다는 판단을 할 수 있다는 것은 관념이 조작하는 환영의 논리로서 법관의 자의에 빠질 수 있다는 비판이 있으며,<sup>32)</sup> 이러한 비판은 매우 타당한 것으로 판단된다.

네 번째 견해는 제27조의 결과발생가능성이 없다고 하면 결과발생의 위험성

26) 박상기, 형법총론, 364면; 한상훈, 형법 제27조(불능범)에서 “결과발생의 불가능”과 “위험성”표지의 구별기준, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008, 96-97면.

27) 배종대, 형법총론, 제9개정판, 홍문사, 2008, 526면.

28) 문채규, 형법 제27조(불능범)의 “위험성” 표지, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 37면.

29) Hirsch, Hans Joachim, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, Bernd Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Verlag de Gruyter, 2001, S. 717f.

30) 신동운, 형법총론, 제3판, 법문사, 2008, 512면.

31) 김종원, 불능미수에 관한 연구, 36면.

32) 임웅, 형법총론, 375면.

도 없으므로 제27조의 위험성은 행위자의 위험성이나 행위 당시 일반인들이 느끼는 위험으로써 구체적 위험이라고 한다.<sup>33)</sup> 이 견해는 인상설적 위험을 근거로 삼고, 그 판단기준을 구체적 위험설로 설정하고 있는 것으로 판단된다.

마지막으로 착오에 기한 행위자의 행위가 “통찰력 있는 일반인이 인식한 대로라면 위험하지 않지만, 행위자가 인식한 대로라면 위험하다”는 의미로 위험성 요건을 해석하는 견해이다.<sup>34)</sup> 즉 판단의 기초가 되는 인식사정이 달라짐에 따라 결과발생가능성에 대한 판단도 달라지게 되는 것으로 보아야 하므로, 결과발생 불가능성은 판단의 기초를 행위자의 인식과 일반인의 인식의 불일치에서 나오는 착오로 인한 행위로 삼지만, 위험성은 범익침해 가능성으로서 행위자의 인식만을 판단의 기초로 삼는다고 한다. 즉 이 견해는 결과발생불가능성은 ‘구체적 위험설’에 의해 판단하고 위험성은 ‘추상적 위험설’에 의해 판단하는 입장으로 보이며, 가장 설득력이 있는 입장으로 판단된다.

## 2. 비판적 검토

이처럼 제27조의 결과발생가능성과 위험성의 모순에 관해 각 학설들은 결과발생가능성과 위험성이 의미하는 바가 다르다는 주장을 통해 그 모순을 극복하기 위해 분주하다.

생각전대 이러한 논란들은 제27조가 결과발생불가능성과 위험성을 병렬적으로 규정함으로써 비롯된 불필요한 논의를 야기한다.<sup>35)</sup> 즉 실질적으로는 전자의 결과발생불가능성 내지 결과발생의 위험성은 범죄기수에 대한 구체적 위험을 의미하고, 후자의 위험성은 각각의 미수범 형태에 모두 요구되는 가별적 미수개념설정을 위한 법질서에 대한 추상적 위험으로서 상호 모순되는 개념이 아닌 것이다. 위험성이라는 본질적 의미가 다른 것이 아니고 위험성을 판단하는 대상 내지 판단실체가 다른 것이다. 전자의 결과발생의 위험성이라는 것은 개개의 구체

33) 오영근, 형법총론, 533면.

34) 임웅, 형법총론, 375면.

35) 허일태교수도 “이러한 현상은 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다는 형법규정 때문에 학자들은 위험성의 판단대상 내지 그 기준을 결과발생의 초래위험성 내지 구성요건실현의 위험성에서만 찾는데 심혈을 기울이고 있다. 결과발생이 불가능한 경우에는 범익침해의 위험성은 가능할 수 있지만, 구성요건적 결과발생의 위험성은 생각할 수 없다”고 하며 이러한 점을 잘 지적하고 있다. 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 114-115면 참조.

적 사안마다 '범죄기수 가능성'에 대한 구체적 위험을 따지는 것이지만, 후자의 위험성은 미수개념설정 내지 미수범처벌근거로서 작용하는 인상설에 추상적 위험설이라는 기준이 더해진 '가별적 미수영역구획'을 위한 위험성인 것이다.

요컨대 형법 제27조의 결과발생가능성은 장애미수와 불능미수를 구별하는 기준으로 구체적 위험설에 의해 판단되어야 하는 규범적 개념이고, 위험성은 결과발생가능성 판단 이전의 가별적 미수개념설정단계에서 추상적 위험설에 의해 판단되어야 하는 규범적 개념이다. 이러한 의미의 위험성은 불능미수의 가별성과 동일한 의미를 가지며, 미수범 전체의 최하한의 위험성 개념으로 작용한다.

## IV. 형법 제27조 위험성의 독자성 여부에 관한 논의

### 1. 위험성이 불능미수의 독자적 표지가 아니라는 견해

최근 유력하게 제기되고 있는 견해로 불능미수의 위험성은 불능미수를 특징짓는 독자적 요소가 아니라는 견해이다.<sup>36)</sup> 위험성이 불능미수만의 독자적 표지가 아니라는 입장도 그 근거에 따라 세부적으로는 차이를 보인다.

#### 1) 형법규정의 내재적 위험성으로 보는 견해와 비판

이 견해는 본래 형법규정이라는 것은 위험한 행위와 결과를 규율하는 것이라는 전제하에 형법규정이 위험하지 않은 행위와 결과를 범죄로 규정했을 리가 없고, 미수범을 포함한 형벌의 대상이 되는 범죄에는 규율자체가 내포하고 있는 위험성이 있기 때문에 불능미수의 위험성은 별도로 논증할 필요가 없다는 입장이다.<sup>37)</sup> 즉 위험성은 형법규정 전체가 요구하고 있는 요소이기 때문에, 위험성은 불능미수만의 독자적 요소가 아니고, 따라서 굳이 불능미수에서 따로 위험성을 규명할 필요가 없다는 것이다.

36) 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 22면; 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 554면; 정성근·박광민, 형법총론, 410면; 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 83면; 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 114면.

37) 천진호, 불능미수의 위험성판단, 85면.

그러나 불능미수의 위험성을 형법규율 내재적인 위험성이라고 본다고 하더라도, 각각의 형법규정이 요구하는 위험성의 정도는 다를 수 있다. 따라서 불능미수가 성립하기 위한 위험성은 어느 정도 필요한가에 대한 논의를 불필요하다고 볼 수는 없다. 물론 형법각칙의 제규정들도 명시적 용어는 사용하지 않지만, 이미 위험성을 내재하고 있다. 이러한 위험성은 구성요건에 따라 질적 차이가 있을 것이다. 구체적인 위험을 요하는 규정도 있을 것이고 추상적 위험을 요구하는 경우도 있을 것이다. 이러한 위험성 정도의 차이는 학설에 의한 문리적 '해석'과 목적론적 '해석'을 통해 규명된다. 학설이 해석론을 통해 각칙상의 제규정들이 어느 정도의 위험성을 예정하고 있는지, 어떠한 위험성을 요구하는지 밝힌다 하더라도, 대개의 경우 각각의 구성요건에 대해서 어느 정도의 위험성을 요구하는가는 심도있게 논증하지 않는다. 단지 "OO죄는 OO하기 때문에 구체적 위험범이다"라는 식의 단편적인 논의에 머물고 있는 것이 보통이다. 그렇게 하는 이유는 형법각칙상의 제규정의 위험성은 주체, 객체, 행위, 결과등의 개개의 구성요건의 해석을 통해 자연스럽게 규명되어질 수 있는 '위험성'이기 때문이다.

그렇지만 불능미수의 경우에는 상황이 다르다. 즉 불능미수에서 일컫는 위험성과 다른 범죄의 위험성 간에는 그 구체성에 차이가 있다는 점을 무시할 수 없다.<sup>38)</sup> '구체적 위험범'에 있어서 '구체적 위험'은 당해 범죄구성요건이 예정하는 보호법익에 대한 위험임에 대하여 불능미수의 '위험성'은 기수범의 구성요건을 실현하는 개연성을 의미하는 것으로 반드시 법익에 대한 직접적인 위험을 의미하지는 않기 때문이다.<sup>39)</sup>

또한 불능미수규정은 형법각칙 전체규정에 공통적으로 적용되는 총칙상의 규정이고, 미수영역 중에서도 가장 위험성의 정도가 약한 형태이다. 따라서 어느 정도로 위험해야 가벌적 미수영역으로 포섭이 가능한지를 규명하기 위한 위험성 논의는 필요하다. 즉 불능미수에 위험성 개념이 내재해 있기 때문에 위험성 검토가 필요없는 것이 아니라, 오히려 어느 정도로 위험해야 가벌적 영역으로 포섭되어 형법적 잣대로 규율할 것인지를 명백히 해 둘 필요가 있는 것이다.

38) 배종대, 형법총론, 525-526면도 "불능미수에서 말하는 위험성과 다른 범죄의 위험성은 그 구체성에서 차이가 있으며, 다른 범죄의 경우에는 위험성보다 훨씬 구체적인 가벌성 기준이 마련되어 있어서 위험성이 직접 가벌성의 기준이 되어야 할 필요가 없지만 불능미수의 경우에는 그렇지 않다는 점에서 다르다"라고 설명한다.

39) 도중진, 불능미수와 위험성: 차브레이크액유출 살인미수사건, 이제상교수 화갑기념 형사판례의 연구 1, 박영사, 2003, 591면.

따라서 위험성이 불능미수만의 독자적 표지가 아니라거나 제27조의 법문에서 위험성이라는 용어를 삭제해도 해석에는 별다른 차이가 없다는 입장에 서더라도, 불능미수의 위험성에 관한 현재 우리 학설의 논의를 무의미한 것으로 평가할 수는 없다. 다만, 전술한 바와 같이 이러한 가벌적 영역의 확정을 위한 위험성 논의는 미수개념설정단계에서 논의되어야 한다는 것이 본 논문의 입장이다. 따라서 이 견해에는 동의할 수 없다.

## 2) 행위의사 속에 정향된 법익침해의 위험성으로 보는 견해와 비판

이 견해는 제27조의 위험성은 결과발생의 사실상의 위험이 아니라 행위의사 속에 정향된 법익침해에의 위험과 관련하여 내려지는 형법적 가치평가로서의 위험성이며, 그 실질은 일반에게 법질서의 효력에 대한 신뢰와 법적 안정감을 동요시키는 법적대적 의지의 실행이라는 점을 전제로 한다.<sup>40)</sup> 이러한 전제를 바탕으로 우리 형법 제27조가 비록 법문상 위험성이 있는 때에는 처벌한다고 규정하여 마치 위험성이 없는 경우도 있지만 위험성이 있는 경우만을 골라서 처벌한다고 하는 것처럼 보이나 '불능미수의 본질'을 고려해볼 때 위험성이 없는 경우란 있을 수 없고 그러한 실례를 찾아볼 수도 없다고 한다. 그러므로 '위험성이 있는 때에는'이라는 법문상의 표현은 사실상 아무런 의미를 갖지 못하며 입법론적 재검토가 필요하다고 한다. 이러한 관점에서 종래의 제학설은 이미 독일에서 형법사의 한 페이지를 수식하는데 지나지 않듯이 우리 형법 제27조의 해석에도 거의 도움을 주지 아니하며, 다만, 위험성의 정도를 판단하는 데는 약간의 의미를 가질 수 있다고 주장한다.<sup>41)</sup> 이에 따르면, 형법 제27조에는 착오가 있더라도 위험성이 없는 불가벌적 불능미수사례는 규정하고 있지도 않고, 결국 동규정의 위험성개념은 무의미한 개념이 된다.

그러나, 이 견해는 위험성을 행위당시 행위자가 인식한 사정을 기초로 하여 일반인의 관점에서 판단하여 그 의미를 객관화한다면, 결과발생이 불가능한 경우에도 실행착수의 위험성을 인정할 수 없어서 무죄가 되는, 즉 미수개념으로 포섭되지 못하는 경우가 있다는 점을 고려한다면 타당성을 잃게 된다.<sup>42)</sup> 미수개

40) 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 554면.

41) 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 554-555면. 이형국교수는 환각범과 미신범은 처음부터 불능미수와 구별되는 것이기 때문에 불가벌인 것이지, 위험성이 없는 불능미수가 아니라고 한다.



념설정상 어느 정도 위험해야 가벌적인가를 검토하는 과정에서 불가별로 걸러지는 사례들 중, 결과발생이 불가능한 사례는 얼마든지 존재가능하다.

### 3) 미수범처벌근거 내지 실행의 착수의 위험성으로 보는 견해와 비판

이 견해는 형법 제27조의 위험성은 '결과가 실제로 발생하지 않았으나 구성요건실현의 위험성이 있기 때문에 미수범은 처벌되어야 한다'는 의미의, 미수범 일반의 처벌근거로 등장하는 위험성과 동일한 개념이라고 한다. 즉 이 견해에 따르면 형법 제27조의 위험성은 불능미수사례를 가벌적인 불능미수와 (통설상의) 불가벌적 불능범<sup>43)</sup>으로 나누는 기능을 가지는 것뿐만 아니라, 모든 미수범의 일반적 처벌근거에 불과하므로 미수범 일반을 가벌적으로 만드는 미수범 최하한의 처벌조건으로 기능하게 된다. 따라서 위험성이라는 것은 이미 미수범의 처벌근거에서 논의되었으므로, 형법 제27조에 따라 수단 또는 대상의 착오가 있고 결과발생이 불가능한 경우는 위험성 논증과는 상관없이 가벌적인 불능미수가 되고, 제27조의 '불능범'이라는 표제는 가벌적인 불능미수 내지는 불능범을 규정한 것으로써 정확한 표현을 사용하고 있다고 보게 된다.<sup>44)</sup>

결국 미수범 일반의 처벌근거로서의 위험성과 불능미수범의 위험성이 그 실체가 완전히 동일한 것<sup>45)</sup>이기 때문에 그것은 미수개념 설정상의 요건일 뿐이지 불능미수의 고유표지는 아니라는 것이다.

이 견해는 제25조 규정상의 미수개념설정에 있어서 요구되는 위험성(미수범 처벌근거에서 인정되는 위험성), 즉 인상설에 의한 위험성이 모든 미수개념에 공통되는 요건이므로 불능미수의 위험성이 불능미수만의 독자적 표지가 될 수 없다는 입장이다.

그러나 미수범 처벌근거에서 나타나는 인상설은 위험성 판단의 방법만 제시

42) 同旨 문채규, 형법 제27조(불능범)의 "위험성" 표지, 47면.

43) 본 논문의 입장에 따르면 형법상 의미없는 행위이거나 무죄인 행위를 말한다.

44) 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 22면; 허일태, 불능미수에 있어서 위험성의 의미, 116면.

45) 미수범 처벌근거 내지 실행의 착수의 위험성과 제27조의 위험성을 완전히 동일한 개념이라고 보는 입장으로는 문채규, 형법 제27조(불능범)의 "위험성" 표지, 47면; 이승준, 불능미수에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 2005, 103면; 이용식, 부작위범의 불능미수, 248면; 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 22면; 정성근·박광민, 형법총론, 410면; 허일태, 불능미수에 있어서 위험성의 의미, 116면.



할 뿐, 그 판단기준으로서의 역할은 할 수 없다.<sup>46)</sup> 즉 인상설은 “미수를 왜 처벌하는가”의 해답은 될 수 있지만, 가별적 미수로 평가되는 위험성의 정도, 즉 “어느 정도 위험해야 가별적인가”에 대한 기준은 제시하지 못한다.

구체적으로 살펴보면, 미수범처벌근거의 위험성과 제27조의 위험성이 동일하다고 보는 견해 중 위험성의 정도판단에 대해 인상설을 취하고 있는 견해는 “결과발생이 태생적으로 불가능한 불능미수범에 있어서 위험성의 단계는 결코 가장 높은 단계인 보호법익에 대한 침해단계일 수 없고, 법익위태화의 단계일 수도 없다. 미수범의 처벌근거인 인상설에 따르면 행위자의 법적대적 의사의 실행과 이를 본 일반인에게 법적 평화의 교란을 야기하는데서 찾으므로, 불능미수의 경우도 법익침해의 위험성이 법적 평화의 교란 정도에 이르면 족하다고 해야 할 것”<sup>47)</sup>이라고 설명하고 있다. 이 견해는 미수범 체계 전반의 논리적 일관성을 유지하고 있다는 점에서는 매우 타당한 견해로 평가할 수 있다. 그러나 구체적인 사례에서 인상설이 위험성 판단의 기준으로 작용하기 어렵다는 점에서 그 ‘한계’를 갖는다.

그러므로 미수범 체계 전반의 논리적 일관성을 유지하기 위해서는, 인상설의 정도와 유사하거나 동일한 관점의 판단기준이 필요하게 된다. 그것이 바로 추상적 위험설이다. 추상적 위험설은 인상설과 동일하게 주관설을 바탕으로 절충한 견해이다. 즉 행위자의 인식 내지 의사를 기초로 범죄설에 대한 위험성 내지 범죄설을 침해하는 인상을 일반인의 관점에서 판단한다는 점에서 동일선상에 있다고 할 수 있다. 따라서 추상적 위험설이 미수의 처벌근거로 작용하는 인상설적 관점에서 위험성의 정도판단에 대한 기준으로 가장 유효한 이론이 될 것이라고 판단된다.<sup>48)</sup>

한편 우리의 법제에서는 실행의 착수와 불능미수 처벌근거로서의 위험성을 분리시키는 것이 가능하다는 전제에서 양자는 다른 개념이라고 주장하는 견해가 있다. 이 견해는 구성요건은 물리적으로 시간의 진행 속에서 개개의 연속된 행위를 통하여 실현되는데, 실행의 착수를 연속된 행위 중에서 어떤 단계의 행

46) 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 532면; 배종대, 형법총론, 528면; 오영근, 형법총론, 533면; 이승준, 불능미수에 관한 연구, 100면; 이재상, 형법총론, 360면; 임웅, 형법총론, 376면; 정성근·박광민, 형법총론, 414면; 하태훈, 불능미수, 형사법연구 제4호, 한국형사법학회, 1991, 75면.

47) 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 119면.

48) 同旨 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 20면.

위가 있을 때 구성요건실현이 개시되었는가의 판단문제로 국한시킨다면, 실행착수의 위험성을 행위 그 자체의 속성으로서의 위험성과 단절시킬 수 있고, 따라서 실행착수의 위험성과 제27조의 위험성이 다르기 때문에 제27조의 위험성은 독자적 의미가 있다고 본다.<sup>49)</sup> 즉 실행의 착수는 시기에 대한 판단이고 제27조의 위험성은 행위 속성에 대한 위험성 판단으로 보는 것이다. 그러나 이러한 해석은 결과에 과정을 끼워 맞추는 매우 작위적인 해석이며, 실행의 착수시기는 주관적 객관설에 의해서 판단하지만, 그 위험성의 정도는 추상적 위험설에 의해 판단한다는 점을 고려한다면 옳은 주장이라고 보기 어렵다.

결국 미수범 처벌근거 내지 실행의 착수의 위험성과 제27조의 위험성은 완전히 동일한 의미를 가지는 것이며, 불능미수범도 미수범의 한 유형에 불과하므로 위험성은 불능미수에서 유의미성을 가지기 이전에, 이미 가별적 미수개념으로 정립되기 위한 제25조의 구성요건으로서의 의미를 가지게 된다. 따라서 위험성은 제25조의 미수개념 성립요건으로 검토되는 것으로 족하고, 불능미수의 성립과 관련하여서 별도로 검토될 대상은 아니라고 판단된다. 요컨대, 제27조의 위험성을 실행착수의 위험성으로 보는 견해가 불능미수에 대한 구조를 가장 정확히 설명하고 있는 견해라고 할 수 있다.

## 2. 위험성이 불능미수의 독자적 표지라는 견해

### 1) 견해의 개관

일반적인 견해는 '위험성'이 불능미수의 특유한 성립요건으로서 기능하는 것으로 보고 있다.<sup>50)</sup> 이 중 일부 견해는 위험성이 제27조에 명문으로 규정되어 있는데도 증명이 불필요한 표지로 취급하는 것은 형사소송법상의 엄격한 증명의

49) 문채규, 형법 제27조(불능범)의 "위험성" 표지, 52면.

50) 권오걸, 형법총론, 제2판, 형설출판사, 2007, 479-480면; 김성돈, 형법총론, 418-419면; 김성천·김형준, 형법총론, 제3판, 동현출판사, 2005, 520면; 김종원, 불능미수에 관한 연구, 35면; 도중진, 불능미수와 위험성, 585면; 배종대, 형법총론, 525-526면; 백원기, 미수론연구, 삼지원, 1995, 202면; 백형구, 불능미수범: 몇 가지 시론, 월간고시 제15권 제3호, 법지사, 1988, 3, 110면; 성시탁, 불능미수, 김종원교수 화갑기념논문집, 법문사, 1991, 393면; 신동운, 형법총론, 511-512면; 오영근, 형법총론, 533-534; 이재상, 형법총론, 401면; 한상훈, 형법 제27조(불능범)에서 "결과발생불가능"과 "위험성"표지의 구별기준, 84-85면.

법리 및 헌법상 무죄추정의 원칙에 반한다고 주장한다.<sup>51)</sup> 또한 일부 견해는 불능미수의 위험성과 미수범 일반의 처벌근거로서 등장하는 위험성이라는 개념을 본질적으로 다른 개념으로 본다. 이에 따르면 불능미수는 결과발생의 가능성 내지 위험성이 없어서 원칙적으로 미수범으로 처벌할 수 없으나 예외적으로 형법 제27조에서 말하는 '또다른 위험성' 있으면 다시 약화된 강도로 처벌할 수 있다고 한다. 이때의 '또다른 위험성'은 착오조차 없었으나 결과불발생으로 미수가 되는 일반미수범의 위험성과 근본적으로 다른 개념이라고 한다.<sup>52)</sup>

그러므로 불능미수의 위험성은 독자적인 의미를 가지는 표지가 되는 것이며, 애초에 결과발생이 불가능한 경우로서 가벌성이 매우 미약하므로, 적극적으로 그러한 위험성이 확인되지 않으면 행위자를 불가벌적으로 만드는 표지라고 한다. 따라서 제27조의 위험성의 독자성을 부정하는 주장은 불능미수의 위험성 표지를 무시함으로써 형법이 마련한 법치국가적 안전편의 하나를 무시하는 것이라고 한다.<sup>53)</sup>

## 2) 견해의 검토 및 비판

제27조 위험성의 독자성을 인정하는 견해의 저변에는 결과발생불가능성판단에 대한 자연과학적·사실적 기준설이 자리하고 있다. 결과발생불가능성을 사실적으로 판단하는 전제에서, 만약 위험성이 불능미수의 독자적 표지가 아니라는 입장을 받아들여지게 되면 제27조는 단지 사실적 판단을 위해 존재하는 규정으로 전락해버리기 때문에 더욱 위험성을 강조하는 것으로 보인다.<sup>54)</sup> 물론 결과발생불가능성에 대해서 사실적 기준설을 취하면서도 위험성이 불능미수의 독자적 표지가 아니라고 하는 견해도 있다.<sup>55)</sup>

이러한 일부의 입장을 제외하고는, 사실적 기준에 의해 결과발생불가능성을

51) 신동운, 불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위, 법학 제41권 제4호, 서울대학교, 2001, 72면.

52) 김태명, 형법 제27조(불능범)의 위험성 요건의 독자성과 구체적 의미, 246면.

53) 김성돈, 형법총론, 418-419면; 배종대, 형법총론, 525면.

54) 결과발생불가능성을 사실상의 불가능으로 이해한다면, 제27조의 위험성이라는 추가적인 표지는 불능미수의 특징을 위해서 특별한 의미를 가지게 되지만, 이를 규범적으로 이해한다면 위험성이라는 추가적인 표지 없이도 불능미수의 특징은 가능하다고 한다. 이정원, 불능범의 새로운 이해, 형사정책연구 제13권 제4호, 2002, 79면 참조.

55) 예컨대 정성근·박광민, 형법총론, 410면.

판단하는 대부분의 견해가 위험성은 불능미수의 독자적인 요소로 작용한다고 보고 있다. 특히 독자성인정설은 독자성부정설 중, 제27조의 위험성이 실행착수의 위험성과 동일하다는 견해에 대해 비판의 초점을 두고 있다.

즉 제27조의 위험성은 행위가 행하여졌음을 전제로 판단하는 반면 실행의 착수에서 인정되는 위험성은 언제 행위가 시작하는가에 대한 판단이고, 개념적으로 보아 실행의 착수에 대한 판단이 제27조의 위험성 판단에 선행하기 때문에 실행행위가 종료되지 아니하였다면 제27조의 위험성은 인정될 여지조차 없다고 한다. 따라서 제27조의 위험성을 모든 미수범에 공통된 표지라고 보게 된다면, 실행행위를 종료하지 아니한 경우에는 형법 제25조의 규정에도 불구하고 불가벌이라는 결론에 도달하게 될 것이라고 주장한다.<sup>56)</sup> 실행착수의 위험성과 제27조의 위험성이 완전히 다른 개념이라는 주장이다.

그러나 이러한 주장은 많은 오류를 안고 있다.

먼저 불능미수의 위험성이 실행행위 종료후의 판단으로 '위험한지 여부'를 따지는 것이 아니라 '행위시점에 행위자가 인식한 대로의 사정이 있었다면 위험한지 여부'를 판단한다는 점을 간과한 주장이다. 즉 위험성을 가진 실행행위가 '개시'되면 이미 일반인은 법질서 동요적 인상을 가지게 되는 것이며, 이는 미수범 처벌근거인 인상설이 잘 설명하고 있다. 실행착수의 위험성과 제27조의 위험성은 행위측면의 위험성에서 완전히 겹쳐지는 것이다.<sup>57)</sup> 이러한 견지에서 위험성 판단이 행위가 완전히 행하여지고 난 이후를 전제로 판단한다는 주장은 받아들일 수 없다.

실행착수의 위험성은 시기에 대한 판단만 존재한다는 주장에 대해서도, 시기에 대한 판단은 주관적 객관설에 의해 그 시기가 정해지지만, 그 정도의 판단에 있어서는 추상적 위험설에 의해서 논증된다는 점을 고려한다면 옳은 비판이 될 수 없다.

또한 이 견해는 '위험성'이라는 문언에만 집착하여, 불필요한 2중의 위험성을

56) 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007, 93면.

57) 결과발생불가능성에 있어 사실적 기준설을 따르고 있는 견해들도 결과발생불가능성과 위험성이 병렬적으로 규정되어 있는 모순을 피하기 위해서, 제27조의 위험성은 '행위의 위험성' 내지 '행위불법측면의 위험성'으로 이해하고 있다. 문채규, 형법 제27조(불능범)의 "위험성" 표지, 37면; 신동운 형법총론, 512면 참조. 또한 이러한 이해만이 사실적 기준설의 입장에서 결과발생불가능과 위험성의 모순을 해결할 수 있는 유일한 방법이기도 하다. 이에 관해서는 홍영기, 불능미수의 가능성 표지, 68-69면 참조.

요구하고 있다는 비판을 면할 수 없다. 실행의 착수는 인정되지만 위험성이 없는 행위가 과연 존재할 수 있는가? 또한 불능미수의 위험성은 실행착수 이후의 단계에서 검토된다는 이 견해의 주장을 전제로, 불능미수는 실행의 착수가 인정되지만 (통설상의) 불가벌적 불능범은 실행의 착수조차도 인정되지 않는다는 설명은 논리적으로 어떻게 정당화될 수 있는가? 즉 이 견해는 실행의 착수이후 단계에서 불능미수의 위험성을 판단하고 있는데, 이를 살펴보면 일단 실행의 착수가 인정되고, 제27조의 위험성은 그 이후에 판단되고 실행의 착수의 위험성과는 다르다는 설명을 한다. 그렇다면 실행착수의 위험성이 이미 인정된 행위가 (통설상의) 불가벌적 불능범이 될 수도 있다는 설명이 되므로 도저히 납득이 가지 않는다. 실행의 착수에서 인정된 '추상적 위험설 내지 인상설 관점의 법질서에 대한 위험성'은 형의 면제가 정당화될 정도로 위험성이 약화되는 경우가 존재할 수는 있지만, 그러한 위험성을 완전히 부정할 수 있는 경우는 상정될 수 없다. 그러한 위험성이 완전히 부정될 수 있는 경우는 단지 구성요건적 행위정형이 없거나 구성요건적 고의가 부정되어서 미수개념에서 제외해야 할 경우에 해당할 뿐이다.<sup>58)</sup>

이러한 지적들은 실행의 착수의 위험성이 제27조의 위험성과 완전히 동일한 개념이라는 점을 스스로 시인하지 않으면 극복될 수 없는 비판들이다. 결국 제27조 위험성을 실행착수의 위험성으로 파악하면 논리적으로 완결된 구조를 가지게 되는데, 이 견해는 불필요하고도 불합리한 2중의 위험성을 논증하고 있는 것으로 심히 부당하다.

### 3. 위험성이 형의 임의적 감경과 면제를 구별하는 기준이라는 견해

이 견해는 불능미수에서 형면제와 형감경의 문제를 법관의 자유로운 양형판단에 맡기는 것은 죄형법정주의 관점에서 의문이 제기되므로, 제27조의 위험성은 양형판단에 있어서 법관이 임의적 감경과 면제를 판단함에 있어서 그 척도로 기능할 수 있다는 입장이다.<sup>59)</sup>

그러나 형법 제27조는 위험성이 있는 경우에 한하여 불능미수의 가벌성을 인정하고, 처벌하는 경우에도 형을 감면할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 형법

58) 同旨 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 21-22면.

59) 배종대, 형법총론, 525면.



제27조의 반대해석상 위험성이 없는 경우에는 처음부터 범죄가 성립하지 않기 때문에 무죄판결을 해야 하므로, 유죄판결의 일종인 형면제판결을 해야 한다는 주장은 받아들이기 어렵다.<sup>60)</sup>

#### 4. 비판적 고찰

불능미수의 위험성이 독자적 표지라는 견해를 살펴보면 실행의 착수에서 인정되는 위험성과 제27조의 위험성이 서로 다르다는 것을 강변한다.

그러나 이러한 해석은 매우 부당하다. 즉 미수범처벌근거의 인상설적 관점에 서 논해지는 위험성은 미수범 전체를 대상으로 “미수를 왜 처벌하는가”의 문제를 규명하는 개념이다. 이러한 처벌근거의 문제에는 결과발생이 가능한 장애미수나 중지미수뿐만 아니라 불능미수도 포함된다는 것은 당연하다. 즉 모든 미수 형태는 실행의 착수에서 나타나는 위험성이 있으므로 처벌한다는 것이 미수처벌근거상의 결론이다. 미수처벌근거는 각각의 미수형태가 정도의 차이는 있겠지만 일단 그 미수행위가 왜 가벌적인가, 즉 불가벌성과 가벌성간의 경계를 구획하는 최하한의 위험성을 규명한 것이다. 이에 대한 통설인 인상설에 의해서 최하한의 가벌적 미수형태가 근거되고, 추상적 위험설에 의해서 위험성의 정도가 정해지는 것이다.

그런데 제27조 위험성의 독자성을 인정하여 미수처벌근거 내지 실행의 착수에서 도출되는 위험성과 제27조의 위험성이 전혀 별개의 개념이라고 보는 견해에 의하면 미수처벌근거에서 위험성이 인정되었음에도 불구하고 다시 불능미수 영역에서 별개의 위험성을 요구하는 것은 2중의 위험성을 요구하는 결론이 된다. 2중의 위험성을 요구하는 자체만으로도 매우 부당한 결론인데, 심지어 불능미수의 위험성 학설에 있어 구체적 위험설을 따르고 있는 입장에 의할 때는, 주관설에 가까운 인상설적 관점보다 더 나아간 구체적 위험을 요구하게 된다.

결국 이 견해는 법문언에만 집착하여 앞뒤가 맞지 않는 모순된 주장을 펼치고 있는 것이며, 형법적 판단에 대한 사고의 순서를 망각한 견해라고 판단된다.

이처럼 형법적 사고의 순서를 전혀 고려하지 않은 분석으로 인해서 미수범처벌근거 내지 실행의 착수의 위험이 인정되어 불능미수의 검토단계로 넘어온 사안에 대해서 위험성이 없으므로 무죄(통설입장에 의할 때는 불가벌적 불능범)로

60) 김태명, 형법 제27조(불능범)의 위험성 요건의 독자성과 구체적 의미, 246-247면.



판단하고, 다시 미수개념설정단계로 거슬러 올라가 외형적으로 실행의 착수가 있는 것처럼 보이거나 실질적으로는 실행의 착수가 없는 것이라는 궤변에 가까운 설명을 해야만 하는 것이다. 즉 이 견해는 미수개념설정의 사고단계를 도의시킨 입장으로서 심히 부당한 견해이다.

요컨대 제27조의 위험성은 실행착수의 위험성과 완전히 동일한 개념이다. 그러므로 제27조는 결과발생에 대한 구체적 위험이 없는 경우로서 동규정의 '위험성'은 주관적 객관설에 의한 실행의 착수시기에서 추상적 위험설이 요구하는 정도의 가벌적인 위험성이 인정되는지를 판단하는 문제이다. 따라서 제27조의 위험성 표시는 불능미수를 특징지우는 독자적인 표시가 아니라는 견해는 정당하며 타당하고, 불능미수영역으로 넘겨진 사안들은 모두 가벌적이라는 면에서 불능범과 불능미수는 동의어로 보는 것이 옳다.<sup>61)</sup>

## V. 결론

제27조가 규정하는 위험성의 독자성을 인정하는 통설은 위험성이 제27조에 명문으로 규정되어 있다는 점에 집착하여 딜레마에 빠진 것으로 보인다.

생각건대 위험성이라는 표시는 삭제하더라도 제27조의 해석에는 하등의 영향이 없다. 왜냐하면 이미 미수개념설정단계에서 추상적 위험설의 기준으로 가벌적 미수개념이 성립되었으므로 제27조 검토단계에서 논의되는 사례는, 적어도 추상적 위험성을 지니고 있는 사례들인 것이다. 따라서 제27조의 위험성은 불능미수의 특유한 요소로 작용할 수 없다. 다만 미수개념설정단계에서 미수범 처벌근거 내지 실행의 착수의 위험을 판단할 때 가벌적 미수는 어느 정도의 위험성이 인정되어야 하는가라는 문제에 대한 해답을 제시하는 기능을 하게 된다. 즉 가벌적 미수의 '위험성 정도'에 대한 해답인 것이다. 따라서 제27조의 위험성은 삭제되어도 무방하나, 입법자는 미수개념설정에서 필요로 하는 위험성의 개념을 명확히 하기 위해서 그 위험성의 정도가 가장 약한 불능미수영역에서 위험성이라는 문언을 삽입한 것으로 보는 것이 타당하다. 즉 제27조의 위험성은 확인적·주의적 문언으로 해석하는 것이 타당하다. 입법론으로는 위험성이라는 문언은

61) 同旨 이정원, 불능미수에서 범죄실행의 불가능과 위험성, 21-22면.

제25조의 미수개념의 구성요건요소이므로, 제25조에서 규정하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

또한 현재의 불능미수의 위험성에 관한 첨예한 학설대립은 실행의 착수에서 인정되는 위험성의 정도를 판단하는 영역에서 논의되어야 마땅하다. 즉 불능미수의 위험성은 모든 미수범에서 인정되는 개념이고, 이러한 위험성은 상대적 의미에서 정도와 질의 차이가 있을 뿐이며, 현재의 위험성에 관한 학설들은 가별적 미수를 불가별적 영역과 구별하기 위한, 즉 미수행위를 처벌하기 위하여서는 '어느 정도의 위험성이 인정되어야 하느냐'를 판단하는데 의미가 있다고 하겠다.

물론 불능미수가 최하한의 위험성을 가진다는 의미에서 불능미수영역에서 위험성을 논의하는 것이 타당하는 주장이 있을 수도 있다. 그러나 형법도그마틱의 정합성을 고려한다면 미수개념설정과정에서 위험성을 논증하는 것이 당연하고, 미수범의 판단단계를 설명하는 이론구성과도 궤를 같이 하는 것으로써 논리적이다. 결국 통설이 현재 집착하고 있는 불능미수의 위험성에 관한 학설들은 실행의 착수의 위험성의 정도를 판단하는 역할을 하고 있는 것이라고 평가할 수 있다.

실행의 착수에서 인정되는 위험성도 행위의 위험성 요소가 분명히 존재한다. 행위의 위험성은 결과로 진행되는 과정과의 불가분적 연관성에서 인정된다. 이러한 위험성이 인정된 후에야 비로소 과연 이러한 행위로 결과발생이 가능한 것인가를 따져볼 필요가 있는 것이지, 결론에 이르러서야 이것이 위험한가를 따지는 것은 본말이 전도된 분석이라고 할 것이다.

요컨대 제27조의 위험성은 실행착수의 위험성과 완전히 동일한 개념으로서 불능미수만의 독자적 표지가 아니므로 미수개념설정 과정에서 실행의 착수의 위험성 판단으로 충분하다.

주제어 : 불능미수, 위험성, 결과발생불가능성, 실행의 착수, 추상적 위험

## 참 고 문 헌

- 권오걸, 형법총론, 제2판, 형설출판사, 2007.
- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2008.
- 김성천·김형준, 형법총론, 제3판, 동헌출판사, 2005.
- 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 제11판, 2006.
- 박상기, 형법총론, 제7판, 박영사, 2007.
- 배종대, 형법총론, 제9개정판, 홍문사, 2008.
- 백원기, 미수론연구, 삼지원, 1995.
- 신동운, 형법총론, 제3판, 법문사, 2008.
- 오영근, 형법총론, 보정판, 박영사, 2005.
- 이재상, 형법총론, 제6판, 박영사, 2008.
- 이정원, 형법총론, (인터넷)공개 제1판, 2008.
- 이정원, 형법총론, 제3판, 법지사, 2004.
- 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 법문사, 1990.
- 임 우, 형법총론, 개정판 보정, 법문사, 2006.
- 정성근·박광민, 형법총론, 제4판, 삼지원, 2008.
- 김봉태, 불능범에 있어서의 위험성의 개념, 법학연구 제24권 제1호, 부산대학교, 1981.
- 김용욱, 가능미수와 불능미수의 구분, 형사판례의 연구 I: 이재상교수 화갑기념 논문집, 박영사, 2003.
- 김종원, 불능미수에 관한 연구, 대한민국학술원 논문집(인문·사회과학편) 제36집, 1997.1.
- 김태명, 형법 제27조(불능범)의 위험성 요건의 독자성과 구체적 의미, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006.12.
- 김태명, 형법상 위험개념과 형법해석, 성균관법학 제14권 제1호, 성균관대학교, 2002.
- 김호기, 불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.

- 도중진, 불능미수와 위험성: 차브레이크액유출 살인미수사건, 형사판례의 연구 I: 이재상교수 화갑기념논문집, 박영사, 2003.
- 문채규, 형법 제27조(불능범)의 “위험성” 표지, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 백형구, 불능미수범: 몇 가지 시론, 월간고시 제15권 제3호, 법지사, 1988.3.
- 성시탁, 불능미수, 김종원교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1991.
- 신동운, 불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위, 법학 제41권 제4호, 서울대학교, 2001.
- 신양균, 불능미수의 법적 성격, 김종원교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1991.
- 이승준, 불능미수에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 2005.
- 이용식, 부작위범의 불능미수: 미수범의 객관적 구성요건 정립을 위한 생각의 작은 단초, 법학 제47권 제4호, 서울대학교, 2006.12.
- 이정원, 불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.12.
- 이정원, 불능범의 새로운 이해, 형사정책연구 제13권 제4호, 2002.
- 임광주, 형법 제27조의 위험성, 형사법연구 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007.6.
- 정진연, 불능미수에 있어서의 위험성, 현대형사법론: 박양빈교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1996.
- 천진호, 불능미수범의 위험성 판단: 해석상의 오류를 중심으로, 비교형사법연구 제1권 제1호, 한국비교형사법학회, 1999.
- 하태훈, 불능미수, 형사법연구 제4호, 한국형사법학회, 1991.12.
- 한상훈, 형법 제27조(불능범)에서 “결과발생의 불가능”과 “위험성”표지의 구별 기준, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008.
- 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 형사법연구 제13호, 2000.
- 홍영기, 불능미수의 가능성 표지: 장애미수와 불능미수의 구별 요건, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.

Hirsch, Hans Joachim, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, Bernd Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70.

Geburtstag am 15. Mai 2001, Verlag de Gruyter, 2001.

Jakobs, Günter, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin : Walter de Gruyter, 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Berlin : Duncker & Humblot, 1996.

Kindhäuser, Urs Konrad, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2002.

Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, München : C.H.Beck, 2003.

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.

[Abstract]

## **A Study on the Sense and Originality of the Dangerousness of the Article 27 of the Korean Penal Code**

Kim, Joon-Hyuk

Professor, International University

Article 27 of the Korean Penal Code requests the dangerousness. The prevalent parties regard the dangerousness as the core point in the analysis of the article 27. But the dangerousness is not the article 27's own factor. The obstacle attempt and the voluntary-stop attempt also have the dangerousness. Therefore the dangerousness of the article 27 means the minimum dangerousness of punishable attempt.

To sum up, the impossible attempt on article 27 means 'an punishable impossible attempt' with dangerousness. The starts of executions of all punishable criminal acts including the punishment ground of an attempted crime are the expressions of hostile wills to the law, and so they contain dangerousness to disturb general person's truth within the force of the law. We can call it 'abstract dangerousness'.

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. And the dangerousness of the start of execution falls in with the dangerousness on article 27 perfectly.

Therefore, the judgement order of the futile attempt can be reformed as follows. First, the concept of a punishable attempt has to be preceded according to article 25 with the start of commission and the result non-occurrence. Second, the voluntary stop attempt and the impossible attempt must be investigated. If the attempt is not included in both attempt,



it is decided in the obstacle attempt finally.

Key Words : impossible attempt, dangerousness, impossibility of the consequence-birth, start of execution, abstract dangerousness.