

[특 집]

## 미수범 분야 개정방향\*

김재봉\*\* · 류진철\*\*\* · 이천현\*\*\*\*

### I. 서 설

현행 형법 총칙상 미수범 관련 규정(제25조~제29조)은 1953년 형법제정 이후 개정됨이 없이 현재에 이르고 있다. 1985년부터 시작된 법무부의 형사법 개정논의에서 부분적으로 논의된 적이 있지만, 1992년의 법무부 형법개정법률안에서는 일부 자구를 수정하는 데 그쳤고, 그 수정내용 조차도 실제로 법제화되지 못했다.

사실 미수범 관련 규정에 대하여는, 특히 중지미수와 불능미수를 중심으로 해석론적인 관점에서는 상당한 논의가 전개되어 왔지만 입법론적인 관점에서는 다른 영역에 비해 상대적으로 논의가 많지 않았다. 그나마 중지미수와 불능미수는 다소 관심의 대상이 되었으나 장애미수를 포함하는 미수범 일반에 대하여는 거의 논의가 이루어지지 않는 않았다.

그렇지만 현행 형법총칙상의 미수범 규정에 대하여 그 입법론적 쟁점, 입법연혁과 지금까지의 개정논의, 외국의 관련 입법례를 검토하여 개별적 쟁점에 대한 대안을 제시하였다.

\* 이 글은 2008년 한국형사법학회 형법개정특별위원회에서 논의된 내용을 기초로 한국형사법학회 2008년 동계학술대회(2008.12.20., 건국대학교)에서 발표된 원고를 수정·정리한 것임.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

\*\*\* 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

\*\*\*\* 한국형사정책연구원 연구위원(연구실장), 법학박사.

## II. 표 제

### 1. “제2절 미수범”의 표제

현행 형법은 제1편(총칙) 제1장(죄) 제2절의 표제를 ‘미수범’으로 하고 있다. 그러나 여기(제2절)에는 미수범 뿐만 아니라 예비·음모도 포함되어 있기 때문에 적절한 표현은 아니라고 할 수 있다. 따라서 이를 ‘범죄의 실현단계’로 변경할 것을 제안하는 견해가 있다.<sup>1)</sup> 그러나 범죄의 실현단계라는 용어는 미수와 예비·음모를 넘어서 기수와 종료까지 포괄하는 의미이기 때문에 그 개념이 너무 넓다.

따라서 보다 적절하게 제2절의 표제를 ‘미수범, 예비·음모’로 변경하였다.<sup>2)</sup>

현행 형법	형법개정특별위원회 시안(2008)
제2절 미수범	제2절 미수범, 예비·음모

이에 대해 미수‘범’으로 하면서 예비와 음모는 ‘범’을 붙이지 않는 것은 문제가 있다는 일부 지적이 있었다.

### 2. 제26조 및 제27조의 표제

‘미수’와 ‘(미수)범’의 표지 구별문제는 특히 - 형법 제27조의 표제 “불능범”이라는 표현과 관련되어 - ‘불능범’과 ‘불능미수’라는 명칭의 타당성이나 그 의미를 둘러싸고 현재 논의가 매우 활발하게 전개되고 있다.

1992년의 형법개정법률안은 제26조(중지범)와 제27조(중지미수)의 표제어를 각각 ‘중지미수’와 ‘불능미수’로 변경하였다. 중지범을 중지미수로 바꾼 것은 중지미수도 미수범의 일종으로 처벌받는 범죄라는 점을 명확히 하기 위함이었다. 그리고 불능범을 불능미수로 바꾼 것은 당시 다수설이 - 불능범은 사실상 결과발생이 불가능할 뿐만 아니라 위험성이 없기 때

1) 한국형사정책연구원, 범죄론분야의 쟁점과 개정방안, 2007, 544쪽.

2) 중국형법 참조.

문에 벌할 수 없는 행위이고 불능미수는 결과발생은 사실상 불가능하지만 위험성이 있기 때문에 미수범으로 처벌되는 경우라고 하여 - 형법 제27조의 표제는 '불능범'으로 되어 있지만 규정내용은 위험성이 있어서 처벌되는 경우인 즉 불능미수를 규정하고 있는 것으로 파악하고 있었다는 점을 반영한 것이었다.<sup>3)</sup>

그러나 '미수'는 기수와 대립되는 어떤 범형상을 지칭하고 '미수범'이란 미수의 요건을 모두 갖추고 나아가서 각 본조에 처벌규정을 따로 두고 있는 경우를 지칭하는 용어로서 서로 구분되어야 한다.<sup>4)</sup> 즉 예를 들어 불능미수는 결과발생의 불가능성을 본질적 요건으로 하는 미수의 유형일 뿐 가벌성까지 포함하는 미수범의 형태라고 하는 것은 적절치 못하며, '불능미수'는 위험성이 인정되는 때에 한하여 미수범의 일종인 불능(미수)범으로 처벌된다고 할 것이다.<sup>5)</sup>

따라서 미수범의 일종으로 처벌받는 범죄라는 점을 명확히 하기 위한 기준으로 제26조의 표제인 '중지범'을 '중지미수'로, 제27조의 표제인 '불능범'을 '불능미수'로 고치는 것은 타당하지 않기 때문에 - '제2절 미수범'과 제25조 및 제29조의 '미수범'의 표현을 그대로 유지하면서 - 현행 표제인 제26조와 제27조의 각각 '중지범'과 '불능범'의 개념도 그대로 유지하기로 한다.

### Ⅲ. 미수범 일반규정과 조문체계

현행 형법	형법개정특별위원회 시안(2008)
제25조 (미수범) ① 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다. ② 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.	제24조 (미수범) ① 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다. ② 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.
제26조 (중지범) (생 략)	제25조 (중지범) (생 략)
제27조 (불능범) (생 략)	제26조 (불능범) (생 략)
제28조 (예비·음모) (생 략)	제27조 (미수범의 처벌) 미수범을 처벌할 죄는 각 해당 조에 정한다.
제29조 (미수범의 처벌) 미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다.	제28조 (예비·음모) (생 략)

3) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 41쪽.

4) 또한 미수와 미수범의 구별에 대하여는 김성돈, 형법총론, 2006, 462쪽 참조.

5) 1991년 형사법학회 개정시안은 제26조와 제27조의 표제를 각각 '중지미수범'과 '불능미수범'으로 하였다. 이는 제목(제2절 미수범)과 맞추기 위함이었다.

미수범 일반규정(제25조, 제29조)에 대한 입법론적 쟁점은 - 상술한 - 표제문제를 제외하면, ① 실행의 착수를 보다 명확히 규정할 것인가 하는 문제, ② 미수범 처벌 여부·방식의 문제, ③ 미수범 처벌정도의 문제, ④ 조문의 배열순서 문제, ⑤ 제29조의 표현문제 등이 있다.

## 1. 입법연혁과 지금까지의 개정 논의

1949년 형법정부초안 제25조 제1항은 “범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료치 못하였거나 결과가 발생하지 않았을 때에는 미수범으로 처벌한다”, 그리고 동조 제2항은 “미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다”라고 규정하고 있었고, 제29조는 “미수범을 벌한 죄는 각 본조에 정한다”라고 규정하고 있었다. 그리고 1952년 법제사법위원회수정안에서도 맞춤법만을 변경하였을 뿐 내용의 변화는 없었다. 즉 제25조 중 ‘종료치’를 ‘종료하지’로, ‘않았’을 ‘아니하였’으로 바꾸었을 뿐이다. 이후 본회의 심의과정에서도 별다른 논의 없이 1953년 본회의를 통과하여 제정형법에 규정되었고, 이후 개정됨이 없이 현재에 이르고 있다.

종래 미수범에 대한 입법론적 논의에 있어서 중지미수와 불능미수에 비해 장애미수를 포함하는 미수범 일반에 대하여는 상대적으로 논의가 많이 이루어지지 않는 점이었다. 1992년 법무부 형법개정법률안에서는 형법 제25조와 제29조에 관하여 내용의 변경은 없이 단지 조문의 배열 순서와 문구만을 변경하였다. 즉 미수에 관한 규정인 제29조를 음모·예비에 관한 규정인 제28조와 배열순서를 바꾸면서 그 이유로 미수범의 성립은 예비·음모 이후의 단계이므로 예비·음모 조항보다 앞에 위치시키는 것이 타당하다는 점을 제시하고 있다. 그리고 제29조의 경우 ‘각 본조’라는 표현을 ‘각 해당 조’라고 바꾸면서 그 이유로 각 본조라고 표현한 것이 어떤 조항을 의미하는지 애매하기 때문이라는 점을 들고 있다.<sup>6)</sup> 한편, 2007년 형사정책연구원 형법총칙연구팀은 실행의 착수가 갖는 중대한 의미를 감안할 때 실행의 착수에 대한 정의규정을 둘 필요가 있으며 주관적 객관설을 따르는 독일형법을 참고로 하여 ‘고의로 직접 범죄실현을 위한 행위를 개시한 자는 미수범으로 처벌한다’로 규정할 것을 제안하였다. 독일형법에서는 ‘구성요건 실현행위’라고 규정되어 있으나 우리 형법에서는 ‘구성요건’개념을 실정법상 규정하고 있지 않기 때문에 ‘범죄실현’이라는 용어를 쓰는 것이 타당하다는 것이다.<sup>7)</sup>

6) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 42쪽.

7) 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 545쪽.

## 2. 외국의 입법례

현행 독일형법은 미수범에 대한 개념정의를 하고 있고(제24조), 미수범의 처벌 여부 및 방식(가벌성)에 있어서 중죄와 경죄를 구별하여 중죄의 미수는 항상 처벌하고 경죄의 미수는 법률이 명시적으로 규정한 경우에 한하여 처벌하도록 규정하고 있으며(제25조 제1항), 처벌 정도는 임의적 감경을 인정하고 있다(제25조 제2항). 스위스 형법은 실행착수와 행위의 미종료 또는 결과의 불발생을 요건으로 하며,<sup>8)</sup> 중죄와 경죄의 미수는 항상 처벌되고, 위경죄는 각칙의 개별규정이 있는 경우에 한하여 처벌된다(제105조 제2항). 중죄와 경죄의 미수는 임의적 감경을 하도록 하고 있다. 오스트리아의 경우 미수의 개념에 대하여 실질적 객관설의 입장에 따른 입법을 하고 있다(제15조 제2항). 그리고 독일이나 스위스와 달리 모든 고의범의 미수를 처벌하고 있고 그 처벌의 정도도 기수범과 동일하다(제15조 제1항).<sup>9)</sup> 프랑스는 미수의 개념요소로 실행착수와 실행중지, 결과불발생을 규정하고 있다. 미수의 처벌 여부와 정도는 중죄, 경죄 및 위경죄를 구분하여 규정하고 있다. 중죄의 미수는 항상 기수와 동일하게 처벌하고, 경죄의 미수는 법률에 규정이 있는 경우에 한하여 기수와 동일하게 처벌하며, 위경죄의 미수는 처벌하지 않는다.<sup>10)</sup> 일본에서는 미수범의 개념요건으로 실행의 착수와 범죄의 미완성을 제시하고, 미수범의 처벌정도는 임의적 감경으로 하며(제43조), 미수범의 처벌방식(가벌성)은 각 본조에서 정하는 것으로 하고 있다(제44조).

## 3. 개별적 쟁점에 대한 검토

### 가. 실행의 착수를 보다 명확히 규정할 것인가 하는 문제

미수범이 인정되기 위하여 주관적으로는 고의가 필요하고, 객관적으로는 실행의 착수와 범죄의 미완성이라는 요건이 필요한데, 이 중에서 실행의 착수가 가장 큰 논란의 대상이다. 실행의 착수는 예비와 미수를 구별하는 중요한 기능을 갖지만 그 의미가 명확하지 않기 때문이다. 이에 법률에 의하여 보다 명확한 기준을

8) 2002년 개정전 스위스형법에서는 미종료미수와 종료미수를 각각 제21조와 제22조에서 규정하고 있었으나 2002년 개정법에서는 양자를 통합하여 제22조에서 규정하고 있다(Stratenwerth, Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2007, Art. 22, Rn. 2).

9) Kienafel, Strafrecht, 2007, Z21 Rn. 11-13.

10) 백원기, 미수론연구, 1995, 86-87쪽.

제시할 필요성이 있다는 관점에서, 독일의 예를 따라 주관적 객관설의 입장에서 입법화를 주장하는 견해가 있다.<sup>11)</sup> 그 논거를 자세하게 제시하고 있지는 않으나 실행의 착수가 중요한 기능을 수행한다는 점, 현재 학설은 일반적으로 주관적 객관설로 입장이 정리되고 있다는 점 등을 들 수 있을 것 같다.

그러나 주관적 객관설의 구체적 내용에 대하여 학설이 대립하고 있고, 판례도 이를 따르고 있지는 않다.<sup>12)</sup> 입법례를 보아도 스위스, 영국, 일본, 중국 등에서 실행의 착수 이상의 자세한 표현을 쓰고 있지 않다. 또한 이를 입법화하지 않은 현재에 있어서도 실무상 부당한 사례가 발견되지는 않고 있다. 따라서 입법화 문제는 좀 더 시간을 두고 검토하기로 한다.

#### 나. 미수범 처벌 여부·방식(가벌성)의 문제

미수범 처벌의 여부 및 방식에 대하여는 다양한 입법례가 존재한다. ① 모든 범죄의 미수범을 처벌하는 방식,<sup>13)</sup> ② 일률적 기준에 의하여 비교적 중한 범죄에 한하여 미수범을 처벌하는 방식,<sup>14)</sup> ③ 각칙에서 개별적 구성요건마다 처벌 여부를 규정하는 방식이 있다.<sup>15)</sup> 일본과 우리나라가 마지막 제3유형에 속한다.

여기서 중죄와 경죄의 구별 등을 통하여 미수범 처벌 여부를 유형적으로 결정하는 방식을 채택할 것인지를 검토가 이루어졌다. 중죄, 경죄 또는 위경죄의 구별을 하게 될 경우 미수범의 처벌 여부를 일률적으로 결정할 수 있어 경제적이고 처벌 여부를 쉽게 알 수 있으며 소송법적

11) 정영일, “현행 미수범규정체계에 관한 입법론적 검토”, 형사법연구, 제19권 제3호(2007), 545쪽; 하태훈, “미수범체계의 재정립”, 형사법연구, 제22호 특집호(2004), 239쪽.

12) 판례는 대체로 실질적 객관설을 따르고 있다(철도죄에서 밀접행위 기준 등: 대법원 1992. 9. 8. 선고 92도1650 판결 등). 그러나 간접죄의 경우 주관설을 따르고(대법원 1984. 9. 11. 선고 84도1381 판결), 방화죄의 경우 형식적 객관설을 따르는 것(대법원 1960. 7. 22. 선고 67도925 판결)도 있다.

13) 여기에는 다시 ① 중죄와 경죄를 구분하면서 양자 모두의 미수범을 처벌하는 유형(오스트리아형법 제15조, 뉴욕주형법 제110.000조), ② 중죄, 경죄 및 위경죄로 구분하면서 모두의 미수범을 처벌하는 유형(1965년 체코슬로바키아형법 제8조), ③ 범죄유형의 구분없이 모든 범죄의 미수범을 처벌하는 유형[중국형법, 광무9년(1905년) 형법대전 제86조] 등이 있다.

14) 여기에는 ① 일정한 법정형 이상 범죄의 미수범을 처벌하는 유형(덴마크형법 제21조 제3항: 구류 이상 미수범 처벌)과 ② 범죄의 유형을 구분하면서 각 유형별로 처벌여부와 방식을 정하는 유형이 있다. 후자(②)에는 다시 ① 중죄와 경죄를 구분하면서 전자의 미수범은 항상 처벌하고 후자는 개별적으로 처벌하는 유형(독일형법), ② 중죄, 경죄, 위경죄를 구분하면서 중죄와 경죄의 미수범은 항상 처벌하고 위경죄의 미수범은 처벌하지 않는 유형(스위스형법), ③ 중죄, 경죄, 위경죄를 구분하면서 각각 취급을 달리하는 유형(프랑스형법) 등이 있다.

15) 野村念, 未遂犯の研究, 1984, 89쪽 이하.

으로 경미범죄를 일률적으로 간이신속하게 처리할 수 있는 등의 장점이 있기 때문이다.<sup>16)</sup> 그러나 현행 형법상 법정형이 정비되어 있지 않기 때문에 이를 당장 도입하기에는 적당하지 않고,<sup>17)</sup> 더 나아가 미수범의 처벌 여부는 법정형뿐만 아니라 범죄의 성질 등도 고려하여야 하기 때문에 이처럼 법정형을 통하여 일률적으로 미수범의 처벌 여부를 구별하는 방식이 타당하지 않다. 이에 현행 방식을 그대로 따르기로 한다.

#### 다. 미수범의 처벌 정도

미수범의 처벌 정도에 대하여 필요적 감경을 입법한 예도 있으나(명치형법) 오늘날에는 대체로 총칙에서 임의적 감경을 인정하고 있다. 이러한 방식에 대하여 법관에게 지나치게 큰 양형상의 재량을 부여하고 있기 때문에 각칙의 미수범처벌규정에 개별적으로 법정형을 규정하는 것이 타당하다는 견해가 있다.<sup>18)</sup> 이에 의한다면 법관의 자의성이 줄어들고 예측가능성을 높일 수 있는 장점이 있을 것이다.

그러나 이러한 방식은 각국의 입법례를 보아도 특이한 것이 되고, 기술적으로 법정형을 세분화하는 데 어려움이 예상되며, 개별적 법정형을 정하는 경우에도 현행 감경의 한계인 2분의 1선에서 정해질 것이기 때문에 큰 차이가 없을 것으로 보인다. 이에 현행 규정을 그대로 유지하기로 한다.

#### 라. 조문의 배열순서 문제

현행형법은 미수범의 처벌정도(입의감경)에 관한 규정(제25조 제2항)을 처벌여부(가벌성)에 관한 규정(제29조)보다 앞에서 규정하고 있다. 또한 미수범 처벌여부(가벌성)에 관한 규정(제29조)을 예비·음모규정(제28조) 보다 뒤에 배치하고 있다.

그러나 미수범 처벌여부가 결정된 이후에 처벌의 정도를 검토하는 것이 논리적이라고 할 수 있다. 일본형법처럼 미수범 개념과 처벌정도가 한 문장으로 묶여 있는 경우 처벌정도 규정이 앞에 나올 수밖에 없지만 우리 형법은 양자를 분리하여 규정하고 있다. 그렇다면 미수범개념, 처벌 여부, 처벌 정도의 순서로 배치하는 것이 보다 타당한 것으로 보인다. 또한 미수범의 처벌 여부에 관한 규정을 예비·음모규정보다 뒤에 두는 것은 적절하지 않다.

16) 이수권, “미국의 중죄·경죄 구별제도 및 그 도입가능성에 대한 연구”, 형사법의 신동향, 제5호(2006/12), 78쪽 이하 참조.

17) 하태훈, 앞의 논문, 248쪽.

18) 정영일, 앞의 논문, 537쪽.

이에 제29조를 현행 제25조 제2항으로 옮겨 배치하여 이러한 문제들을 해결하고자 하는 방안도 제시되었다.<sup>19)</sup> 그러나 이 경우 제25조를 미수범 일반규정이 아니라 장애미수에 관한 규정이라고 파악하는 견해로부터 미수범의 처벌 여부(가별성) 규정이 중지미수나 불능미수에는 적용될 수 없다는 반론이 있을 수 있기 때문에, 최소한으로 미수범 처벌여부(제29조)는 예비·음모(제28조) 보다 앞에 두기로 하였다.

한편 범죄의 실현단계에 따르면 예비·음모 규정을 미수규정보다 앞에 두는 방안을 생각해 볼 수 있다.<sup>20)</sup> 그러나 미완성범죄 중에서 예비·음모보다는 미수가 보다 중요하다는 점에서 미수규정을 예비·음모규정보다 앞에 두는 것은 무방하다고 할 것이다.

#### 마. 제29조의 표현

제29조의 경우 '각 본조'라는 표현은 '각 해당 조'로 바꾸기로 한다. 각 본조라고 표현한 것이 어떤 조항을 의미하는지 애매하기 때문이다.<sup>21)</sup>

## VI. 중지범

현행 형법	형법개정특별위원회 시안(2008)
제26조(중지범) 범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.	현행과 동일

중지범 규정(제26조)에 대한 입법론적 쟁점은 - 상술한 - 표제문제를 제외하면, ① 자의성의 판단기준 마련 문제, ② 실행미수와 착수미수의 차별적 취급의 문제, ③ 준중지범의 규정신설의 문제, ④ 예비의 중지에 대한 규정의 신설문제, ⑤ 공

19) <일부 의견>

제25조 (미수범) ① 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다.  
 ② 미수범을 처벌할 죄는 각 해당 조에서 정한다.  
 ③ 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.  
 제29조 (미수범의 처벌) (삭 제)

20) 중국형법 참조.

21) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 42쪽 참조.

범의 중지미수 규정 신설문제 등이 있다.

## 1. 입법연혁과 지금까지의 개정 논의

중지미수에 관한 현행 형법 제26조의 입법적 모델은 입법에 참고한 각국의 규정과 유사하면서도 동일하지는 않다. 가장 유사한 법규정으로는 1929년 중화민국 형법 제27조를 들 수 있다.<sup>22)</sup>

1980년대 후반부터 활동을 개시한 형사법개정특별심의위원회에서 준중지범 규정신설과 예비의 중지에 관한 신설이 논의되었다. 그러나 준중지범의 신설과 관련하여 “불능미수나 장애미수가 된 경우에 자의에 의한 진지한 방지의 노력을 한 때에는 중지미수에 준한다”는 규정을 두는 안과 현행대로 두자는 안을 표결에 붙여 4:7:1(기권)으로 현행대로 두기로 하였다.<sup>23)</sup> 불능미수의 경우 중지미수를 인정하자는 주장에 대해 다수는 제27조의 적용으로도 감면은 비록 임의적이지만 가능하다는 논리를 일관하여, 현행 규정을 그대로 두어도 문제를 해결할 수 있다고 주장하였다. 예비의 중지에 관해서 중지미수의 규정을 준용할 것인가 또는 준용하는 경우에 어떻게 할 것인가에 관하여 학설대립이 있지만 이것을 학설과 판례에 일임하는 것이 좋겠다는 의견이 제시되었다. 신설 여부를 표결에 붙여 9:2로 신설하지 않기로 하였다. 결국 1992년 법무부 형법개정법률안은 현행 형법 제26조와 같은 취지로, 중지미수도 미수범의 일종임을 명확히 하기 위해 표제를 ‘중지미수’로 고치고 현행형법의 ‘범인이’와 ‘그 행위로 인하여’이란 표현은 불필요하다고 보아 삭제했으나 의미상 변동은 없었다.

한편 하태훈 교수, 정영일 교수, 형사정책연구원 형법총칙연구팀 등은 자의성의 개념규정, 착수미수와 실행미수의 중지미수의 차별화, 준중지범 규정 신설, 공범의 중지미수 규정 신설 등에 긍정적인 입장을 제시하고 있다.<sup>24)</sup>

## 2. 외국의 입법례

22) 최준혁, 중지미수에 관한 연구 -단독범의 중지미수를 중심으로-, 서울대학교 박사학위논문, 2006, 26쪽. 중화민국형법(1929) 제27조(중지범)는 “이미 범죄행위를 실행에 착수하였으나 자의로 중지하거나 그 결과의 발생을 방지한 경우에는 그 형을 감경 또는 면제한다”고 규정하고 있었다.

23) 형사법개정특별심의위원회, 형법개정요강소위원회 제14차 소위원회 회의록, 1986, 190쪽.

24) 하태훈, 앞의 논문, 238쪽 이하; 정영일, 앞의 논문, 545쪽 이하; 한국형사정책연구원, 앞의 논문, 544쪽 이하 등.

독일형법은 중지미수에 관하여 제24조 제1항 전문은 단독범의 중지미수를, 제24조 제1항 후문은 중지자의 관여 없이도 범죄가 완성되지 아니하는 경우의 중지자의 중지의 문제를 규정하고 있다. 그리고 제24조 제2항은 공범의 경우에 발생하는 중지의 문제를 규정하고 있다. 중지자의 자의적 중지에 대하여는 “미수범으로 별하지 아니한다.”라고 규정하여 중지미수를 형벌면제사유로 취급하고 있다. 이 점은 중지자의 자의적 중지를 미수범의 성립요건을 조각하는 사유로 취급하여 범죄로서의 성립을 아예 부정하고 있는 프랑스형법과 차이를 보인다고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 일본형법 제43조는 “범죄의 실행에 착수하고 이를 완수하지 못한 자는 그 형을 감경할 수 있다. 단 자기의 의사에 의하여 이를 정지한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.”고 규정하여, 중지미수를 장애미수의 예외로 취급하고 있다. 오스트리아형법 제16조는 중지미수에 관한 규정으로서 독일형법 제24조와 유사하게 구성되어 있다. 다만 공범의 중지미수는 규정하고 있지 않다. 스위스신형법(2008)은 - 더 이상 착수미수의 중지와 실행미수의 중지를 구별하지 않고<sup>26)</sup> - 독일형법의 중지미수와 거의 유사한 법조문으로 규정되어 있다.

### 3. 개별적 쟁점에 대한 검토

#### 가. 자의성의 판단기준 마련 문제

자의성의 판단 기준 관하여서는 객관설, 주관설, 절충설 등의 학설이 대립되고 있다. 이에 이러한 ‘자의성’ 유무에 관한 판단이 갖는 중요성에 비추어 이 개념의 의미에 관한 최소한의 한계적 정의규정을 둘 필요가 있다는 견해가 주장되고 있다.<sup>27)</sup>

자의성의 판단기준에 대한 문제는 입법론적 시급성이 그리 크지 않은 문제라고 할 수 있고 논란의 여지가 많은 만큼 학설과 판례의 해석에 일임하는 것으로 한다.

#### 나. 실행미수와 착수미수의 차별적 취급의 문제

실행미수와 착수미수의 구분은 중지미수에서 성립요건을 논하는 데 중요한 기준이 되므로 학설에서도 일반적으로 구별하여 다루고 있고, 어떤 기준에 따라 착수미

25) 백원기, 앞의 책, 153쪽.

26) 최준혁, 앞의 논문, 20쪽.

27) 정영일, 앞의 논문, 538-539쪽; 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 520쪽.

수와 실행미수를 구별해야 하는가에 대해서는 다양한 견해가 대립되고 있다.<sup>28)</sup>

한편 실행행위를 다한 경우와 다하지 않은 경우가 불법에 있어서 차이가 있을 수 있다는 전제에서, 착수미수가 실행미수보다 더 특별하게 취급받아야 한다는 견해가 있다. 즉 실행행위를 다하여 결과발생을 저지해야 하는 실행미수의 경우에는 이미 법익침해의 위험성이 상당한 정도에 이른 경우이고 착수미수의 경우에는 중지미수가 소극적인 부작위로도 족할 정도로 법익침해의 위험성이 낮기 때문이라고 한다. 이에 구 스위스형법에서처럼 착수미수의 중지미수와 실행미수의 중지미수를 구별하는 입법론을 제안한다.<sup>29)</sup>

착수미수와 실행미수의 개념구별이 용이하지 않고, 양자를 구별하여 규정하게 되면 실행미수의 경우에 그 혜택을 축소하는 방향의 논의로 전개될 가능성이 크며, 실행미수와 착수미수의 불법의 차이가 형감면의 혜택을 달리 할 정도로 중대한가도 의문이 있기 때문에 그 입법에는 신중을 기할 필요가 있어 현행대로 유지하기로 한다.

#### 다. 준중지범의 규정 신설 문제

결과발생이 불가능하였음에도 행위자가 착오로 인해 결과발생의 방지를 위해 진지한 노력을 한 경우에 중지미수가 인정될 수 있는지가 논란이 있다. 즉 불능미수에 있어서 중지미수가 다시 인정될 수 있는지가 문제되고 있다(준중지미수의 문제).<sup>30)</sup> 결과발생이 불가능한 경우에는 불능미수가 성립할 뿐이라고 보는 견해<sup>31)</sup>와 중지미수를 인정하는 견해가 대립한다.<sup>32)</sup> 독일형법에서는 이에 관한 명문규정을 두어, 범죄가 중지자의 관여 없이도 기수에 이를 수 없는 경우 그 중지자가 범죄의 완성을 방지하기 위하여 자의로 진지하게 노력한 때에는 벌하지 않고 있다(제24조 제1항 후문 참조). 그러나 우리 형법은 제26조에서 행위자의 방치행위와 결과의 불발생 간에 인과관계가 인정될 것을 요구하고 있기 때문에 이 인과관계가 존재하지 않는 경우에 과연 중지미수의 규정이 적용될 수 있는지가 문제되는 것이다.

우리 형법상 불능미수는 형의 임의적 감면사유이지만 중지미수는 형의 필요적 감면사유인 만큼 중지미수가 불능미수보다 형에 있어서 더 가볍게 규정되어 있다고 할 수 있다. 그러므로 결과발생이 불가능하더라도 행위자가 그 정을 모르고

28) 정현미, “착수미수와 실행미수의 구별”, 형사판례연구[14], 2006, 10쪽.

29) 하태훈, 앞의 논문, 239쪽; 정영일, 앞의 논문, 539쪽.

30) 결과발생이 불가능한 사례뿐만 아니라 결과가 발생하였으나 결과의 객관적 귀속(또는 상당인과관계)이 부정되어 미수로 처벌되는 경우에도 동일한 문제의식이 적용될 수 있다.

31) 유기천, 형법학[총론강의], 1980, 264쪽 등.

32) 천진호, “미수범 이론의 발전과 전망”, 형사법연구 제18호(2002 겨울), 131쪽 등 다수 견해.

결과발생의 방지를 위해 진지한 노력을 한 경우에는 형의 균형을 기하기 위하여 중지미수의 규정을 유추적용하여 형을 필요적으로 감면하여야 한다고 봄이 타당하다는 견해가 통설이다.<sup>33)</sup> 그리고 이에 대하여는, 이러한 해석은 제26조의 문언의 가능한 의미를 벗어나는 것으로 볼 여지가 있기 때문에,<sup>34)</sup> 불법의 객관적 측면은 결과불발생으로 결한 상태이고 이미 존재했던 불법의 주관적 측면은 자의적이고 진지한 노력으로 상쇄되었기 때문에 중지미수와 동일함으로 이 문제에 관한 명문의 규정을 마련하는 것이 입법론상 바람직하다는 입법적 제안이 있다.<sup>35)</sup>

이에 소위 '준중지범'의 문제를 입법적으로 해결하고자 - 형법 제27조(불능범) 규정에 제2항을 추가하여 - 결과발생이 불가능하더라도 범죄자가 결과발생을 방지하기 위하여 진지한 노력을 다한 경우에는 통상의 중지미수와 동일하게 필요적 형감면의 혜택을 부여하도록 하였다.

현행 형법	형법개정특별위원회 시안(2008)
제27조 (불능범) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.	제26조 (불능범) ① 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다. ② 전항에도 불구하고 범인이 결과의 발생을 방지하기 위하여 진지하게 노력한 때에는 형을 감경 또는 면제한다.

라. 예비의 중지에 대한 규정의 신설문제

예비행위를 완성하고 실행에 착수한 후에 범행을 중지한 경우에는 형을 감면하고, 실행의 착수 이전에 중지한 때에는 예비죄로 처벌받는다라는 것은 형벌의 균형을 잃게 되는 불합리한 문제가 있다.

예비의 중지 문제는 현행 형법상 중지미수가 '실행의 착수'를 요건으로 한다는 점에서 중지미수 규정의 직접 적용은 불가능하고 결국 중지미수 규정의 준용 여부 및 준용방법의 문제로 논의되고 있다. 준용방법을 둘러싸고 견해의 대립이 있기는 하지만, 준용긍정설이 통설의 지

33) 이재상, 형법총론(제5판), 2005, 382쪽; 임웅, 형법총론, 2005, 363쪽; 오영근, 형법총론, 2005, 513쪽; 배종대, 형법총론, 2005, 533쪽; 김일수/서보학, 형법총론, 2004, 544쪽; 정성근/박광민, 형법총론, 2007, 399쪽 등.

34) 하태훈, 앞의 논문, 243쪽.

35) 정영일, 앞의 논문, 546쪽; 한국형사정책연구원, 앞의 보고서, 523쪽.

위를 차지하고 있다. 반면에 예비의 중지에 중지미수의 준용을 부정하는 견해는 소수설이며 판례는 부정설을 따르고 있다.<sup>36)</sup> 그런데 해석론과는 별개로, 부정설이 입법론상 예비의 중지에 관한 규정을 신설하여 형감면의 혜택을 부여하는 방안에 대하여 반대하는 것으로 보이지는 않는다. 부정설의 주된 논거는 중지미수가 실행의 착수를 요건으로 하기 때문에 그 문언의 한계상 실행의 착수 이전의 예비·음모 단계에서는 중지미수를 적용할 여지가 없다는 것이기 때문이다. 다시 말하면, 긍정설과 부정설 모두 행위자가 실행의 착수 이후이건 이전 단계이건 간에 범행의 지속을 중지하고 결과발생을 방지한 경우에 형감면의 혜택을 부여하는 것이 중지미수 규정의 본래의 취지에 부합한다는 점에는 동의하고 있다고 볼 수 있다.

이에 형법 제28조(음모, 예비) 규정에 “범죄의 예비 또는 음모한 자가 자의로 실행의 착수를 포기한 때에는 형을 감경 또는 면제한다”는 규정을 부가하기로 한다.<sup>37)</sup> 이 경우 형의 임의적 감면을 주장하는 견해도 있었다.

현행 형법	형법개정특별위원회 시안(2008)
제28조 (음모, 예비) 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.	제28조 (예비, 음모) ①범죄를 예비 또는 음모하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다. ②범죄를 예비 또는 음모한 자가 자의로 실행의 착수를 포기한 때에는 형을 감경 또는 면제한다.

#### 마. 공범의 중지미수 규정 신설문제

공범의 중지미수는 단독범의 중지미수와는 다른 고유한 특성을 가진다고 보아야 하고, 다수인이 관여된 공범참여 상태에서 중지의 가능·곤란성과 필요성에 비추어 형사정책적인 관점에서 공범의 중지미수에 대해 형의 혜택을 준다는 명문 조항 신설의 필요성에 대해서 논의되고 있다.

공범의 경우에 실행의 착수 이전에 이탈한 경우나 실행의 착수 이후에 자의로 결과를 방지한 경우는 일반적인 중지미수로 인정하는데 문제가 없다. 공범이 범죄의 결과 방지를 위해서 진지하게 노력하였지만 결과가 발생한 경우에, 그 공범자에게 중지미수를 인정할 것인지 여부에 대한 문제는 중지미수의 본질에 관한 관점에 따라 달라질 수 있는 문제이다. 따라서 이를 입법하지 않고 학설·판례의 해석에 맡기기로 한다.

36) 대법원 1991. 6. 25. 선고 91도436 판결.

37) 박강우, “형법각칙상 예비·음모죄의 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호(2004), 228쪽 등 참조 바람.

이에 대해 입법에 의하여 공범의 중지미수 요건을 보다 분명히 할 필요가 있다는 견해도 있었다(수인이 공범 관계에 있는 때에는 자의로 범죄의 실행을 저지하거나 결과의 발생을 방지한 자는 형을 감경 또는 면제한다).

4. 추가의견: ‘자의적 중지’를 형감면제도로 재정립(이호중 교수)

현행 형법	사안
제26조(중지범) 범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.	제○○조(범행의 자의적 중지) ① 범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다. ② 범인이 결과의 발생을 방지하기 위하여 진지하게 노력한 때에는 다른 이유로 결과가 발생하지 않은 경우에도 형을 감경하거나 면제한다. ③ 범죄의 예비 또는 음모를 한 자가 자의로 실행의 착수를 포기하거나 공범 관계에 있는 자의 실행의 착수를 저지한 때에도 형을 감경 또는 면제한다. ④ 범인이 결과의 발생을 방지하기 위하여 진지하게 노력하였음에도 불구하고 결과가 발생한 경우에는 그 정황에 따라 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

가. ‘미수의 특별규정’이 아닌 ‘자의적 중지’에 대한 형법정책적 형감면제도로 재정립

예비의 중지 문제, 소위 ‘준중지범’의 문제, 공범의 중지미수의 문제 등 세가지의 입법론적 쟁점을 검토함에 있어 제26조 중지미수 규정의 근본적인 취지를 다시금 상기해 보는 것은 매우 중요하다. 이 세가지 쟁점에서 현재의 통설은 모두 제26조 규정의 문언을 다소간 벗어나는 해석론을 전개하고 있다. 여기에 공통적으로 작용하는 논거는 행위자가 자의로 범죄실행 및 결과발생을 방지하기 위한 노력을 한 경우에 그 노력(행위)은 자신이 창출한 불법을 스스로 상쇄하려는 행위로서 예방론의 관점에서 일정 정도 형감면의 혜택을 부여할 가치가 있다는 규범적 평가이다. 중지미수 규정에 대한 이러한 이해가 해석론의 밑바탕에 깔려 있기에 통설은 제26조의 협소한 요건에도 불구하고 중지미수의 적용범위를 확대하려는 해석론적 시도를 정당화할 수 있는 것이다. 이를 입법론의 각도에서 보면, 근본적으로 중지미수 규정을 미수범의 일종으로 협소하게 취급하는 것이 과연 타당한 정책인가에 대하여 의문을 제기할 수 있다. 오히려 중지미수의 근본적인 취지와 정책적 이념을 형사입법에 충실하게 반영하기

위해서는 '미수의 일종'라는 규정들을 과감하게 벗어버릴 필요가 있다고 생각한다. 이러한 문제의식에 기초하여, 범죄 실행의 모든 단계에서 이루어진 '자의적 중지'에 대하여 예방의 관점을 고려하여 형감면의 혜택을 부여하는 방향으로 중지미수 규정을 재정립하는 방안을 제안하게 되었다.

이처럼 미수론의 틀에서 벗어나, 행위자의 '자의적 중지'에 초점을 맞추어 형감면의 혜택을 부여하는 입법방안은 기본적으로 양형규정으로서의 성격이 강조될 수밖에 없고, 그 성격은 자수감면제도와 유사하다고 말할 수 있다. 따라서 '자의적 중지' 규정은 형법 "제3장 형 제2절 형의 양정 제51조(양형의 조건)" 바로 뒷조문으로 배치하는 것이 타당할 것이다.

#### 나. '자의적 중지' 규정의 조문화 방안

먼저 조문의 표제를 '자의적 중지'로 하였다. 이는 미수의 단계 뿐만 아니라, 예비단계와 더 나아가서는 기수단계에서도 폭넓게 행위자의 자의적 중지를 고려하여 형감면의 혜택을 부여하기 위함이다.

구체적인 조문 내용을 간략히 보면 다음과 같다.

① 제1항은 중지미수의 현행 규정을 그대로 존치하는 것으로 하면서, 제2문으로 공범관계에서 '자의적 중지'의 적용요건을 명시하는 것으로 하였다. '자의적 중지'에 대한 형감면정책은 미수단계에서 그 적용의 상징적 의미가 가장 두드러진다는 점, 그리고 미수단계에서 현실적으로 자의적 중지가 가장 많이 문제된다는 점을 고려하여 제1항은 미수단계에서의 자의적 중지를 규정한 것이다.

② 제2항은 소위 '준중지범'의 문제를 입법적으로 해결하고자 한 조항이다. 결과발생이 불가능한 경우뿐만 아니라 결과의 객관적 귀속이 부정되는 경우에도 범죄자가 결과발생을 방지하기 위하여 진지한 노력을 다한 경우에는 통상의 중지미수와 동일하게 필요적 형감면의 혜택을 부여하도록 하였다.

③ 제3항에는 예비단계에서의 자의적 중지를 규정하였다.

④ 제4항은 범죄가 기수에 이른 경우에도 행위자의 결과발생 방지노력을 고려하여 형을 임의적으로 감면할 수 있도록 한 규정이다. 현행 형법에서 이 문제는 특별한 쟁점이 되지 않았다. 제26조는 미수의 단계에서 적용되는 것이기 때문에 범죄가 기수에 이른 경우에는 적용의 여지가 없음은 분명하다. 현행 형법상 기수가 된 범죄에서 행위자가 결과

발생을 방지하기 위하여 노력하였다는 점은 양형상 참작사유로 고려될 수 있을 뿐이다. 하지만, 범죄실현의 모든 단계에서 ‘자의적 중지’에 초점을 맞추어 형감면의 혜택을 부여하는 것이 예방적 관점에서 정당화될 수 있다면, 범죄가 기수에 이른 경우에도 행위자의 결과발생 방지노력에 대하여 일정한 혜택을 부여할 필요가 있다. 다만, 범죄가 이미 기수에 이른 경우에 대하여 미수에 그친 사례와 동일하게 필요적 형감면의 혜택을 부여하는 것은 형평성의 문제가 있으므로 ‘임의적 형감면’으로 규정하였다. 이 규정에 대해서는 명문규정 없이 양형상의 참작사유로 고려하는 정도가 적절하다는 의견도 충분히 설득력이 있을 것이기 때문에 좀 더 많은 논의가 필요할 것으로 보인다.

## V. 불능범

현행 형법	형법개정특별위원회 시안(2008)
제27조 (불능범) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.	제27조 (불능범) ① 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다. ② 전항에도 불구하고 범인이 결과의 발생을 방지하기 위하여 진지하게 노력한 때에는 형을 감경 또는 면제한다.

불능범(제27조)에 대한 입법론적 쟁점은 - 상술한 - <제27조의 표제문제>와 <준중지범의 규정 신설 문제>를 제외하면, ① 주체의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 경우 미수가 성립할 수 있는지 문제, ② 제27조 본문에 규정되어 있는 ‘위험성’이 불필요한 요소로서 삭제되어야 하는지 문제, ③ 제27조 단서의 규정방식이 타당한 것인지 문제 등이다.

### 1. 입법연혁과 지금까지의 개정 논의

1951년 정부초안은 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다”고 규정하고 있었지만, 1952년 국회

법사위는 이를 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다”로 수정하여 불능미수의 가벌성의 요건으로 ‘위험성’을 추가하였다. 이는 위험성의 요건을 명시한 1931년 일본의 개정형법가안의 영향을 받은 것으로 보인다.<sup>38)</sup>

그 동안 형법 제27조에 대한 개정 작업은 1992년에 있었다. 즉 1992년의 형법개정법률안이 제27조의 표제어를 ‘불능범’에서 ‘불능미수’로 변경하였다.<sup>39)</sup>

## 2. 외국의 입법례

일본 현행 형법상에는 불능범에 대한 규정은 없다. 미수범에 관한 규정은 중지미수범에 대한 규정(제43조 본문)과 중지미수(제43조 단서)에 관한 규정만이 있을 뿐이다. 다만 - 우리 형법에 영향을 준 것으로 여겨지고 있는 - 1931년 개정형법가안은 불능범에 관하여 규정한 바 있다. 독일 현행 형법은 “자신의 의사에 의하여 구성요건의 실현을 위한 행위를 직접 개시한 자는 해당 범죄행위의 미수범으로 처벌한다”(제22조) 라고 하여 미수의 개념 규정을 두면서, “범죄행위의 객체나 수단의 성질상 미수가 기수에 이를 수 없음을 행위자가 현저한 무지로 인하여 오인한 때에는 법원은 형을 면제하거나 재량에 따라 감경할 수 있다”(제23조 제3항)라는 불능미수에 관한 규정을 두고 있다. 프랑스에는 미수와 관련하여 일반규정인 제121-5조 1개 조문만 존재한다. 불능범에 관한 규정은 없다. 스위스(2008)는 독일 형법 제25조 제3항과 동일한 내용으로 불능미수에 관한 규정을 두고 있다. 다만 처벌하지 않는다는 점에서 차이가 있다. 오스트리아의 경우는 행위의 완성이 불가능한 경우(불능범)에는 처벌하지 않는다고 규정하고 있다. 다른 입법례와 비교해 볼 때 특징적인 것은 ‘주체의 착오’에 의해 결과발생이 불가능한 경우도 처벌하지 않는 것으로 명문으로 규정하고 있다는 점이다.

## 3. 개별적 쟁점에 대한 검토

38) 신동운 “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, 서울대 법학, 제41권 제4호(2001), 48쪽; 김태명, “형법 제27조(불능범)의 위험성 요건의 독자성과 구체적 의미”, 형사법연구, 제26호(2006/12), 225쪽; 한상훈, “불능미수에서 결과발생의 불가능과 위험성의 구별기준”, 한국형사판례연구회(제193회) 발표문(2008/4), 5쪽.

39) 상술한 내용 참조.

### 가. 주체의 착오의 불능미수의 성립 규정 신설 여부

형법 제27조는 결과발생에 이르지 못하는 원인과 관련하여 “실행의 수단 또는 대상의 착오” 두 가지 착오를 규정하고 있다. 이에 주체의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 경우 미수가 성립할 수 있는지 논란이 있다.

해석상 독일에서는 주체는 구성요건요소로서 객체와 수단과 같은 가치를 가진다는 이유로 주체의 착오도 불능미수범(제23조 제3항)이 성립한다는 것이 다수설과 판례의 태도이다.<sup>40)</sup> 우리나라의 주체의 착오에 불능미수를 적용하자는 견해는 이러한 독일형법의 해석에서 비롯된 것으로 보인다.<sup>41)</sup>

독일형법에 의하면 미수범은 결과발생이 가능하든 불가능하든 처벌되며, 그 효과는 임의적 감경이다(독일형법 제23조 제1항 및 제2항). 그런데 실행의 수단 또는 대상의 착오에 대한 현저한 무지로 인하여 결과발생이 불가능한 경우(불능미수)인 때에 대해서는 형을 감경할 수 있을 뿐만 아니라 면제할 수 있도록 규정하고 있다(독일형법 제23조 제3항). 따라서 독일형법에서 불능미수규정(독일형법 제23조 제3항)은 형벌강화기능을 하는 것이 아니라 형벌완화기능을 하는 것으로서 피고인에게 유리한 규정이다. 그러나 우리 형법 제27조는 결과발생이 불가능한 경우에는 처벌하지 않는 것이 원칙이지만 예외적으로 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하고 위험성이 있는 때에는 처벌한다는 규정이다. 즉 제27조는 원칙적으로 처벌되지 않을 행위를 예외적으로 처벌하는 형벌강화기능을 하는 규정이므로 이 규정은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 따라서 주체의 착오를 제27조의 적용대상으로 포함시키는 것은 신중을 기할 필요가 있다.<sup>42)</sup> 이에 주체의 착오를 형법 제27조에 열거하여 규정하지 않기로 한다.

### 나. ‘위험성’의 표지의 개정

형법 제27조의 해석과 관련하여 종래에 - 결과발생의 불가능과 위험성의 구별과 관련하여 - ‘위험성’의 개념 또는 내용이 무엇인지에 대한 매우 다양한 견해들이 제시되어 왔다. 제27조의 ‘위험성’의 개념에 대한 형법적 의미에 대한 주장들

40) 정성근/박광민, 형법총론, 2007, 407쪽; 이재상, 형법총론, 2006, 393쪽 참조. 또한 독일의 기타 논의에 대해 상세히는 하태훈, “불능주체의 가벌성”, 김중원교수화갑기념논문집, 1991, 439쪽 이하 참조.

41) 오영근, 형법총론, 527쪽 참조.

42) 오영근, 형법총론, 528쪽.

은 입법사적, 비교법적 관점에서 각각 다른 주장들이 이루어지고 있다.<sup>43)</sup>

그런데 최근에는 형법 제27조의 '위험성'의 표지에 대한 독자적 의의와 기능을 부정하는 견해도 등장하고 있다. 즉 이 견해는 '위험' 내지 '위험성'이라는 표지는 불능미수범의 독자적인 표지가 아니라, 미수범 일반에 요구되는 가벌성을 근거지우는 표지 즉 미수범의 처벌근거라고 한다.<sup>44)</sup> 따라서 이에 따르면 범죄개념의 내재적 속성으로서의 '위험' 내지 '위험성'의 개념이 무엇이나는 입법정책과 관련하여 불법론에서 다루어져야 할 논의의 대상이며, 위험의 구체적인 내용은 개개 범죄유형 및 특정 구성요건의 해석과 관련하여 논해져야 한다고 한다. 따라서 형법 제27조를 "실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다"로 규정하더라도 불능미수범의 해석에 있어서 아무런 차이를 가져오지 않는다고 한다.<sup>45)</sup>

위험성표지는 불능미수의 가벌성을 제한하는 적극적 기능을 갖는다는 점에서 그 독자적 표지를 부정하기는 어렵기 때문에 위험성 개념을 그대로 유지하기로 한다.

#### 다. 제27조 단서의 규정방식의 개정

일반적으로 법조문은 법률요건을 규정한 부분과 법률효과를 규정한 부분으로 구성된다. 그런데 형법 제27조 본문은 결과발생의 불가능성과 위험성이라는 법률요건과 '처벌된다'라는 법적효과를 규정하고 있지만, 형법 제27조 단서는 "단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다"라고 하여 법적효과만을 규정하고 있다. 이 점에서 제27조는 매우 이례적인 법규정 방식이라 할 수 있다.<sup>46)</sup>

이에 제27조를 "실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능 하더라도 위험성이 있는 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다"라고 개정하자는 제안이 있었다.

그러나 현행 규정방식에 따른 법규 이해에 아무런 문제가 없고, 위와 같이 개정하는 경우 오히려 문맥의 이해에 혼란을 초래할 수 있다는 점에서 현행대로 유지하기로 한다.

43) 천진호, "불능미수범의 위험성 판단 -해석상의 오류를 중심으로", 비교형사법연구, 제1권 제1호 (1999), 19쪽; 한상훈, 위의 글, 6-7쪽 등.

44) 천진호, "미수범 이론의 발전과 전망", 형사법연구, 제18호(2002·겨울), 150쪽; 상세히는 천진호, 위의 글(1999), 69쪽 이하 참조.

45) 천진호, 위의 글(2002), 151쪽, 유사한 내용으로는 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 1989, 554쪽.

46) 신동운, 형법총론, 2001, 486쪽.

## VI. 예비·음모

현행 형법	형법개정특별위원회 시안(2008)
제28조 (음모, 예비) <u>범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.</u>	제28조 (예비, 음모) <u>범죄를 예비 또는 음모하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 벌한다.</u> ② <u>범죄의 예비 또는 음모한 자가 자의로 실행의 착수를 포기한 때에는 형을 감경 또는 면제한다.</u>

예비·음모규정(제28조)에 대한 입법론적 쟁점은 - 상술한 - 예비의 중지 문제를 제외하면, ① 총칙상 규정을 둘 것인지 여부, ② 총칙에서 예비·음모의 요건을 보다 구체적으로 규정할 것인지 여부, ③ 총칙에서 예비·음모의 처벌에 관한 규정을 둘 것인지 여부, ④ 예비와 음모를 구별하고 양자 모두를 규정할 것인지 여부, ⑤ 예비와 음모의 규정순서를 바꿀 것인지 여부, ⑥ 소극적 또는 적극적 표현방식을 취할 것인지 여부 등이 있다.

### 1. 입법연혁과 지금까지의 개정 논의

1949년 형법정부초안 제28조는 “범죄의 음모 또는 예비행위가 행위의 착수에 이르지 않는 때에는 법의 특별한 규정이 없는 한 벌하지 않는다”고 규정하였고, 이 정부초안은 국회 법사위 수정안에서 약간의 맞춤법을 변경하게 된다. 즉 ‘않는’을 ‘아니한’으로 하고 ‘법의’를 ‘법에’로 바꾸었다. 이후 본회의 심의과정에서 별다른 논의 없이 1953년 본회의를 통과하여 제정형법에 규정되었고, 이후 개정됨이 없이 현재에 이르고 있다.

1992년 법무부 형법개정법률안은 예비·음모에 관한 규정을 제29조에 위치시키면서 예비와 음모의 순서도 바꾸어 놓았다. 즉 ‘범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는’을 위와 같이 ‘범죄를 예비 또는 음모하고 실행에 착수하지 아니한 때에는’으로 표현을 변경하였다. 자구를 변경한 이유에 대하여는 표현을 쉽게 하고 각칙에서 예비·음모의 순으로 규정하고 있는 것을 고려한 때문이라고 한다(조문순서를 바꾼 이유는 앞에서 미수범규정을 검토하면서 살펴보았

다).<sup>47)</sup> 한편, 1991년 형사법학회 개정시안은 법무부 형법개정법률안과 마찬가지로 조문순서를 제29조로 배치시키고, 예비와 음모의 순서를 바꾸어 놓고 있다. 다만 예비·음모를 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다고 하여 가벌성을 적극적 형식으로 규정하고 있는 것이 다르다.

## 2. 외국의 입법례

독일형법에서는 예비에 대하여만 처벌규정을 두고 있다. 음모를 독자적으로 처벌하는 규정은 없고 이론상 예비의 일종으로 파악하고 있다. 예비에 대한 총칙상 일반규정은 없고 각칙에서 개별적으로 처벌규정을 두고 있다.<sup>48)</sup> 스위스형법도 각칙에서 개별적으로 예비행위에 대한 처벌규정을 두고 있다.<sup>49)</sup> 그리고 오스트리아 형법은 각칙에서 개별적으로 예비행위를 처벌하고 음모는 예비의 일종으로 규정하고 있다.<sup>50)</sup> 프랑스 구형법에서는 각칙에서 일정한 범죄의 음모와 예비를 처벌하는 규정이 있었다. 그러나 1994년 신형법에서는 음모와 예비가 결합된 행위를 각칙에서 개별적으로 처벌하고 있다. 음모 자체만으로는 처벌되지 않고 객관적인 행위에 의하여 구체화된 경우에 한하여 처벌되는데, 이에 해당하는 범죄는 헌정 파괴모의실행죄(제412-2조) 하나뿐이다.<sup>51)</sup> 미국과 영국은 예비에 대하여는 독자적으로 처벌하지 않고, 음모(conspiracy)에 대하여 처벌하는 입장을 취하고 있다. 일본형법은 총칙에 예비나 음모에 관한 규정을 두지 않고 각칙에서 개별적으로 규정하고 있다.<sup>52)</sup> 중국형법은 총칙에 예비에 관한 규정을 두고 있다. 예비의 처벌

47) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 41-42쪽.

48) 각칙에서 예비를 처벌하는 범죄로 침략전쟁(제80조), 내란죄(제83조), 태업목적의 첩보활동(제87조 1항), 화폐 및 유가증권의 위조(제149조), 정치적 약취유인(제234조a), 공정증서위조(제275조), 폭발물·방사선범죄(제310조) 등이다.

49) 예컨대 원자력, 방사성물질, 방사능에 의한 생명·신체, 재산에 대한 위험발생을 위한 예비(제226조 제1항), 고살, 모살, 중상해, 강도, 자유의 박탈과 납치, 인질, 방화, 집단살인의 예비(제260조 제1항), 국외 약취·유인 예비(제271조) 등이다.

50) 예컨대 형법 제244조는 '내란죄 예비'라는 표제하에 제1항에서 타인과 내란죄의 공동실행을 약속한 자는 1년 이상 10 이하의 자유형에 처하도록 하여 내란죄의 음모에 대한 처벌규정을 두고 있다. 제2항에서는 다른 방법으로 내란죄를 예비하고 이를 통하여 내란죄 실행의 위험을 초래하거나 또는 현저하게 증대시킨자 또는 국외세력과 협력하여 내란을 예비한 자도 마찬가지로 처벌하도록 하고 있다.

51) 백원기, 앞의 책, 294-300쪽.

52) 내란죄, 외환유치죄, 간첩죄, 일반이적죄, 사전죄(私戰罪), 현주건조문방화죄, 통화위조죄, 살인죄, 강도죄 등에 있어서 예비 또는 음모를 처벌하고 있다.

여부 및 정도를 총칙에서 규정하여, 이를 각칙에서 개별적으로 규정하는 다른 입법례와는 달리 특이한 입법방식을 취하고 있다.<sup>53)</sup>

### 3. 개별적 쟁점에 대한 검토

#### 가. 총칙에 규정을 둘 것인지 여부

예비 또는 음모에 관한 규정을 총칙에 두는 것은 입법례상 드문 경우이다. 우리나라와 중국 정도만이 이러한 입장을 취하고 있다. 그러나 예비죄의 법적 성격을 기본 범죄의 수정형식 내지 발현형태로 이해할 경우 미수범처럼 총칙에 일반적 규정을 두는 것이 이론적으로 무리한 것이 되지는 않을 뿐만 아니라 총칙의 일반규정을 통하여 각칙의 예비·음모죄를 공통적으로 규제할 수 있다는 점에서 바람직하다.

#### 나. 총칙에서 예비·음모의 요건을 보다 구체적으로 규정할 것인지 여부

예비에 해당하는 행위는 무정형·무한정이기 때문에 단순히 어느 범죄의 예비를 처벌한다고 규정되어 있는 경우 처벌범위가 지나치게 확대될 우려가 있다. 이를 방지하기 위하여 예비행위의 요건·태양을 보다 구체적으로 규정하는 것이 바람직하다.

이에 - 각칙에서 각 예비행위의 수단, 객체, 행위유형 등을 보다 상세하게 규정하는 것이 필요하다는 견해<sup>54)</sup>와 함께 - 총칙에서도 예비의 요건으로서 위험성 등 객관적 요건을 도입하여 그 성립범위를 제한할 필요가 있다는 견해가 있다.<sup>55)</sup> 음모의 경우에도 형벌권의 지나친 개입을 방지하기 위하여 이러한 요건이 필요하다고 한다.<sup>56)</sup> 이러한 입장에서는 ‘단 법률에 예비·음모를 처벌하는 규정이 있는 경우에도 그 위험성이 경미한 경우에는 예외로 한다’라는 규정을 둘 것을 제안한다.<sup>57)</sup>

53) 모든 범죄의 예비를 원칙적으로 처벌하면서, 처벌의 정도는 미수범과 마찬가지로 임의적으로 관대한 처벌, 감경 또는 면제를 할 수 있도록 하고 있다. 음모에 대하여는 총칙에서 규정하지 않고 각칙에서 개별적인 규정을 두고 있다. 예컨대 범인은닉죄의 사전모의를 공동범죄로 하고 있다(제310조).

54) 독일형법 참조.

55) 최상욱, “예비죄에 관한 각국의 입법례”, 연세법학연구, 제6집 제2권(1999), 224쪽.

56) 판례도 음모가 처벌되기 위하여 실질적 위험성을 요구하고 있다. ‘형법상 음모죄가 성립하는 경우의 음모란 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의를 말하는 것으로, 범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 단순히 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고, 그 합의에 실질적인 위험성이 인정될 때에 비로소 음모죄가 성립한다(대판 1999. 11. 12. 99도3801)’.  
57) 박강우, 앞의 논문, 227쪽.

그러나 '위험성' 판단이라는 새로운 문제를 야기할 수 있기 때문에 이러한 입법론에는 신중을 기하기로 하여 좀 더 연구가 필요한 부분으로 남긴다.

다. 총칙에서 예비·음모의 처벌에 관한 규정을 둘 것인지 여부

중국형법은 총칙에서 예비의 처벌 정도를 일률적으로 규정하고 있다. 그러나 예비·음모의 처벌규정이 그렇게 많은 것이 아니고 각 죄마다 특성이 있기 때문에 이러한 방식은 바람직하지 않고 각칙에서 처벌 여부와 정도를 규정하는 것이 타당하다.

다만, 각칙에서 규정하는 경우에도 개별범죄의 특성에 따라 자세하게 규정하는 것이 필요할 것이다.<sup>58)59)</sup>

라. 예비와 음모를 구별하고 양자 모두를 규정할 것인지 여부

각국의 입법례에서 보았듯이 예비만을 처벌하는 경우, 음모만을 처벌하는 경우, 양자 모두 처벌하는 경우가 있다.

예비와 음모가 개념적으로 구별되고<sup>60)</sup> 독자적 특성이 있기 때문에 양자 모두를 규정하기로 한다.

마. 예비와 음모의 규정순서를 바꿀 것인지 여부

현행 총칙(제28조)에는 음모·예비로 규정되어 있으나 각칙에는 예비·음모로 되어 있고, 예비가 보다 문제가 많이 된다는 점에서 예비를 음모보다 앞에 두기로 한다.

**바. 소극적 또는 적극적 표현방식을 취할 것인지 여부**

현행형법과 1992년 법무부 개정안에서는 “…… 실행의 착수에 이르지 아니한

58) 독일형법 참조.

59) 현행 형법은 각칙에 예비·음모의 처벌규정을 두면서 개별범죄의 정도와 특징을 고려하지 않고 각장의 말미에서 일괄적으로 간략한 규정을 두고 있다. 이에 따라 강도에 관한 죄의 예비·음모를 일괄적으로 7년 이하로 규정하고(법 343조) 살인에 관한 죄의 예비·음모는 일괄적으로 10년 이하로 규정하여(제255조), 강도살인 예비(7년 이하) 살인예비(10년 이하) 보다 경하게 처벌되는 등의 문제가 발생한다. 이러한 문제점을 해결하고 개별범죄에 상응하는 처벌을 위하여 각칙에 세부적인 규정을 두는 것이 타당하다.

60) ① 음모는 예비에 선행하는 범죄발전의 일단계라는 견해(판례), ② 음모는 예비의 일종이라는 견해, ③ 예비는 범죄실현을 위한 물적 준비행위이고 음모는 심리적 준비행위라는 견해 등이 있으나, 음모는 심리적 준비행위이고 예비는 그 이외의 인적, 물적 형태의 외부적 준비행위로서 시간적 전후관계가 없다고 보는 것이 타당하다(다수설).

때에는 (실행에 착수하지 아니한 때에는) 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다”라고 하여 소극적 표현방식을 사용하고 있다. 반면 1991년 형사법학회 개정시안에서는 ‘법률에 특별한 규정이 있을 때에 한하여 처벌한다’ 적극적 표현방식을 취하고 있다. 그 근거로 예비·음모와 마찬가지로 예외적으로 처벌되는 과실범의 경우에도 적극적 표현방식을 쓰고 있는 점을 제시한다.

예비·음모와 마찬가지로 예외적으로 처벌되는 미수범(제29조)이나 과실범(제14조)의 경우 현행형법상 적극적 표현방식을 사용하고 있고, 또한 소극적 처벌방식은 일본식 표현이라는 점을 고려할 때 적극적 표현방식으로 수정하기로 한다.

주제어: 미수범, 중지미수, 불능미수, 예비·음모, Attempted Crime, Voluntarily Cased Crime, Impossible Crime, Conspiracy and Preparation

\* 논문접수: 2009. 2. 28. \* 심사개시: 2009. 3. 2. \* 게재확정: 2009. 3. 6.

〈첨부 1〉 현행 각국 입법례(미수범 분야)

국가	조문내용
스위스	<p>제22조 (미수, 미수의 가벌성) ① 행위자가 중죄 또는 경죄의 실행에 착수한 후에 가벌적인 행위를 종료하지 못하였거나 또는 범죄의 완성으로 인한 결과가 발생하지 아니하거나 또는 그 결과가 발생할 수 없는 때에는 법원은 형을 감경할 수 있다.</p> <p>② 행위자가 중대한 무지로 인하여 실행의 대상 또는 수단의 종류상 범죄의 완성에 이르지 못한다는 사실을 오인한 때에는 벌하지 아니한다.</p>
	<p>제23조 (중지미수와 능동적 후회) ① 행위자가 자발적으로 가벌적인 행위를 그 종료로 이르게 하지 아니하거나 범죄가 완성되는 것을 방지하는데 기여한 자에 대하여 법원은 형을 감면할 수 있다.</p> <p>② 수인의 정범 또는 공범이 행위에 가담한 경우에 자발적으로 범죄의 완성을 방지하는데 기여한 자에 대하여 법원은 형을 감면할 수 있다.</p> <p>③ 법원은, 비록 다른 이유로 인하여 범죄가 완성하지 못하였다고 하더라도, 정범 또는 공범의 실행의 중지가 범죄의 완성을 방지하였을 것이라고 인정되는 때에는 형을 감면할 수 있다.</p> <p>④ 수인의 정범 또는 공범 중 1인이 자발적으로 그리고 진심으로 범죄의 완성을 방지하려고 노력한 경우, 범죄가 그 자의 행위의 기여와는 무관하게 범해진 때에는, 법원은 그 자의 형을 감면할 수 있다.</p>
일본	<p>제8장 미수죄</p>
	<p>제43조 (미수 감면) 범죄의 실행에 착수하여 이를 완수하지 못한 자는 그 형을 감경할 수 있다. 다만, 자기의 의사에 의해 범죄를 중지한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.</p> <p>제44조 (미수죄) 미수를 벌하는 경우는 각 본조에 정한다.</p>
독일	<p>제2절 미수</p>
	<p>제22조 (개념정의) 자신의 의사에 의하여 직접 구성요건이 실현되는 행위를 개시한 자는 미수범이다.</p> <p>제23조 (미수의 가벌성) ① 중죄의 미수범은 항상 처벌하고, 경죄의 미수범은 법률이 명시적으로 규정하고 있는 경우에 한하여 처벌한다.</p> <p>② 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다(제49조 제1항).</p> <p>③ 행위자가 현저한 무지로 인하여 범죄실행의 대상이나 수단의 성격상 미수가 기수에 이를 수 없음을 인식하지 못한 때에는 법원은 형을 면제하거나 작량하여 감경할 수 있다(제49조 제2항).</p>
	<p>제24조 (중지미수) ① 자의로 범죄의 실행행위를 포기하거나 또는 범죄의 완성을 방지한</p>

	<p>자는 미수범으로 처벌하지 아니한다. 범죄가 중지자의 관여없이도 기수에 이를 수 없는 경우 그 중지자가 범죄의 완성을 방지하기 위하여 자의로 진지하게 노력한 때에는 처벌하지 아니한다.</p> <p>② 수인이 범죄에 참가한 경우 자의로 범죄의 완성을 방지한 자는 미수범으로 처벌하지 아니한다. 다만, 범죄가 중지자의 관여없이도 기수에 이를 수 없거나 중지자의 선행된 행위 분담과 독립하여 실행된 경우 범죄의 완성을 방지하기 위하여 자의로 진지하게 노력한 때에는 처벌하지 아니한다.</p> <p>...</p> <p>제30조 (공범의 미수) ① 타인으로 하여금 중죄의 실행 또는 중죄의 교사를 결의하도록 시도한 자는 중죄의 미수에 관한 규정에 의하여 처벌한다. 다만, 제49조 제1항에 의하여 그 형을 감경한다. 제23조 제3항은 이를 준용한다.</p> <p>② 중죄의 실행 또는 중죄의 교사의 의사표시를 한 자, 타인의 이와 같은 제의를 수락한 자 또는 타인과 이를 약속한 자도 제1항과 같다.</p> <p>제31조 (공범의 중지미수) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 제30조에 의하여 처벌하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 타인으로 하여금 중죄를 결의하도록 하려는 시도를 자의로 포기하고 타인이 범죄를 실행할 현존하는 위험을 방지한 자</li> <li>2. 중죄를 범할 의사표시를 한 후 자의로 그 계획을 포기한 자</li> <li>3. 중죄를 범할 것을 약속하거나 타인의 중죄 범행에 대한 제의를 수락한 후 자의로 그 범죄의 발생을 방지한 자</li> </ol> <p>② 범죄가 중지자의 관여없이도 실행될 수 없거나 중지자의 선행 행위와 독립하여 실행된 경우 범죄의 방지를 위하여 자의로 진지하게 노력한 때에는 이를 처벌하지 아니한다.</p>
<p>중 구</p>	<p>제2절 범죄의 예비, 미수와 중지</p> <p>제22조 (예비) ① 범죄를 위하여 도구를 준비하고, 조건을 만드는 것을 범죄의 예비라 한다.</p> <p>② 예비범에 대하여는 기수범과 비교하여 정상을 가볍게 여기거나, 처벌을 감경하거나 또는 처벌을 면제할 수 있다.</p> <p>제23조 (미수) ① 이미 범죄의 실행에 착수하였으나 범인의 의사 이외의 원인에 의하여 이를 달성하지 못한 것을 범죄미수라 한다.</p> <p>② 미수범에 대하여는 기수범과 비교하여 정상을 가볍게 여겨 처벌을 감경하거나 면제할 수 있다.</p> <p>제24조 (중지) ① 범죄의 과정 중에 스스로 범죄를 포기하거나, 스스로 범죄결과의 발생을 효과적으로 방지한 것을 범죄중지라 한다.</p> <p>② 중지범에 대하여는, 피해가 없는 경우에는 처벌을 면제하여야 하고, 피해가 야기된 경우에는 처벌을 감경하여야 한다.</p>
<p>프 랑 스</p>	<p>제121-5조 (미수) 실행에 착수하였으나 행위자의 의사와 관계없이 의도된 행위가 중단되거나 그 결과가 발생하지 아니한 경우에는 미수를 구성한다.</p>

오 스 트 리 아	<p>제15조 (미수의 가벌성) ① 고의행위에 대한 법정형은 기수범뿐만 아니라 미수범 그리고 미수범에 관여한 자에 대하여도 적용된다.</p> <p>② 행위자가 범행을 실현하려는 결심 또는 타인으로 하여금 범행실현을 하도록 결의시키려는(제12조) 결심을 범행실현 직전의 행위를 통하여 표출하는 순간 그 행위는 미수가 된다.</p> <p>③ 미수와 그에 대한 관여는 법률이 행위자에 대하여 요구하는 개인적 신분 또는 관계의 흠결이나 행위 또는 행위가 행하여진 대상의 성질에 의하여 행위의 완성이 어떠한 상황에서도 불가능할 때에는 불가벌이다.</p>
-----------------------	--

<Abstract>

## The Revision Direction of the Provision related to Attempted Crime

Kim, Jae-Bong\*  
Ryu, Chen-Chel\*\*  
Lee, Cheon-Hyun\*\*\*

The provisions related to attempted crime(article 25 ~ article 29) of criminal law in force have never been amended since the enactment of criminal law. It has been partially discussed when Ministry of Justice(MOJ) considered the amendment of criminal laws and regulations since 1985. However, it was about minor part of the attempted crime and the provisions which were expected to be revised were not legislated.

Regarding the provisions of attempted crime, the Voluntarily Cased Crime and Impossible Crime were considerably discussed in the aspect of commentary, but little discussed in the aspect of legislation. Also, general discussions about the overall part of attempted crime have not been done enough.

This study reviewed legislative issues, legislative history, the amendatory issues, and the legislative system in other countries of attempted crime, and presented proposals for improvement.

---

\* Professor, Hanyang Law School, Ph.D. in Law

\*\* Professor, Chonnam Law School, Dr. iur.

\*\*\*\* Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D. in Law