

〈논 문〉

부작위범의 중지미수

-착오로 인한 소위 착수중지의 실패로 결과가 발생한 경우를 중심으로-

李用植*

I. 들어가며

A. 문제의 제기

종래 부작위범의 미수라는 문제영역에 있어서는 진정부작위범에 미수라는 발현형태가 인정될 수 있는가, 그리고 부진정부작위범의 실행의 착수시기는 언제인가 하는 논점이 주로 다루어져 왔다. 그에 비해 중지미수에 관한 논의는 적었다. 논의되는 경우에도 대부분 부진정부작위범의 중지미수도 성립할 수 있다는 지적에 그치고, 여기에서 부작위범에 고유한 귀결이 인출되는 경우는 거의 없었다. 그런데 최근에 부작위범의 중지미수에 관하여 “실행미수의 경우에는 보증인이 결과발생의 위험을 떠안아야 하는 반면, 착수미수의 경우에는 보증인이 결과발생의 위험을 떠안을 필요가 없다”는 견해가 주장되었다.¹⁾ 즉 부진정부작위범에 있어서 착수중지의 경우에는 현실적으로 결과가 발생하더라도 중지미수가 인정된다는 것이다. 하지만 작위범의 경우에는 착수중지에서 결과가 발생하여 기수가 되면 중지미수가 성립되지 아니한다고 한다.²⁾ 더 나아가 부작위범의 경우뿐만 아니라 작위범의 경우에도 착수중지가 실패하여 결과가 발생하더라도 중지미수가 인정된다는 견해가 제시되었다.³⁾ 이 입장은 착수미수에 있어서는 일반적으로

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 法科大學 副教授.

- 1) 김성돈, **형법총론**, 2006, 624면; 김성돈, **사례연구 형법총론**, 제2판, 1998, 480면.
- 2) 김성돈, **형법총론**, 489면; 김성돈, **사례연구 형법총론**, 334면.
- 3) 김성룡, “착수미수의 실패한 중지범”, **형사법연구**, 제19호, 2003, 218면.

결과의 불발생이 중지미수의 요건이 아니라는 것이다.

중지가 실패하여 결과가 발생한 경우에는 — 작위범이든 부작위범이든 — 중지미수가 성립될 수 없다는 것이 지금까지의 일치된 견해였다. 그리고 이는 당연한 것으로 받아들여져 왔다. 그렇기 때문에 이러한 지배적 통설이 가지고 있는 근거와 의미내용은 오히려 드러나지 못하고 있었다. 이와 같은 상황에서 상기 견해는 착수미수의 영역에서 나름대로의 논거를 제시하여 보증인의 중지가 실패하여 결과가 발생한 경우 중지미수가 인정될 수 있음을 주장한 것이다. 그러므로 그 논거들을 비판적으로 검토하는 것은 이를 통해 지배적 통설의 근거가 명확히 드러나게 되는 계기가 된다는 점에서 의미가 있다고 생각된다. 그리하여 이러한 논의는 중지미수의 구조를 이해하는 데에 기여할 수 있을 것이다. 이하에서는 부진정 부작위범에서 착수미수와 실행미수를 구분하지 않는 견해와 구분하는 견해의 논거와 기준을 살펴보고 또한 구별공정설의 내부에서 다시 실패한 중지의 경우 착수미수와 실행미수에 따라 중지미수의 인정여부가 달라진다는 견해가 타당한가를 이론적으로 검토하여 보기로 한다.

그런데 중지미수의 체계적 지위 내지 법적 효과의 상이함에 따라 중지미수의 성립이나 논거에 차이를 가져오지 않는가 하는 의문이 있다. 그러므로 이러한 관점을 간단히 살펴본 후 부작위범의 중지미수에 대한 논의로 들어가기로 한다.

B. 중지미수의 체계적 지위 — 법적 효과와 중지범의 해석

우리나라의 다수설은 우리 형법 제26조 중지미수를 인적 처벌조각(소멸)·감경사유라고 보고 있다.⁴⁾ 중지는 미수범의 구성요건해당성, 위법성, 책임성을 전제로 해서 그 형벌만을 면제·감경한다는 것이다. 즉 우리 형법상 중지범에 대하여는 일단 범죄성립이 인정되고 다만 형면제의 유죄판결이 내려질 수 있을 것이다. 인적 처벌조각사유에 대하여는 형면제판결을 한다는 것이 우리나라의 압도적 다수설이다.⁵⁾ 독일형법 제24조에서는 중지미수범을 “미수로 처벌하지 아니한다

4) 오영근, **형법총론**, 보정판, 2005, 97면; 이영란, **한국형법학 총론강의**, 개정판, 2003, 82면(그런데 403면에서는 책임소멸·감소설을 취한다); 이재상, **형법총론**, 제5판(보정판), 2005, 70면; 손동권, **형법총론**, 제2개정판, 2005, 413면; 정성근/박광민, **형법총론**, 제3판, 2006, 70면; 이형국, **형법총론**, 제3판, 2003, 246면.

5) 권오걸, **형법총론**, 2005, 67면; 임웅, **형법총론**, 개정보정판, 2005, 71면; 손동권, **형법총론**, 72면; 정성근/박광민, **형법총론**, 71면; 배종대, **형법총론**, 제8전정판, 2005, 146면; 이정원, **형법총론**, 제2판, 2001, 70면; 이형국, **형법총론**, 218면; 김성천/김형준, **형**

(wegen Versuchs nicht bestraft)”고 규정하고 있는데, 독일의 통설과 판례는 이를 인적 처벌소멸사유라고 해석하고 있다.⁶⁾ 미수범의 구성요건해당성, 위법성, 책임성이 긍정되고 나서 그 다음 단계에서 중지문제가 검토되는 것이다. 이때 중지행위에 의해서 미수범은 처벌되지 않을 수 있다. 그리하여 우리나라에서는 이러한 독일형법상 중지미수의 법효과를 필요적 형면제라고 해석하는 것이 일반적이다.⁷⁾ 그러나 독일형법상 “미수로 처벌하지 아니한다”는 문언에서 중지미수의 법효과를 무죄라고 해석하는 입장도 주장되고 있다. 그리하여 독일 형법상 중지미수의 경우에는 범죄가 성립하지 아니한다는 것이다.⁸⁾ 이러한 점은 우리나라와 독일은 중지미수의 법적 효과가 유죄와 무죄로 서로 다르므로, 독일형법학에서 제시되는 중지미수의 논거들을 우리 형법의 해석을 위한 논증으로 사용할 수 없다는 의미로 연결되고 있다.

그러나 우리나라와 독일에서 중지미수의 법적 성질을 실체법적으로 모두 인적 처벌소멸사유로 본다면(양국의 다수설)는 점에서는 동일하다. 단지 그러한 인적 처벌소멸사유가 소송법적으로 어떠한 판결을 가져오는가와 관련해서만 차이가 있

법총론, 제3판, 2005, 452면.

- 6) 미수범의 소극적 구성요건요소라고 하는 견해(Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, S.72ff.; Scheurl, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, 1972, S.28), 미수범의 위법성이 조각된다는 견해(Bloy, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, S.177f.), 책임조각(소멸)사유 내지 면책사유(NK-Zaczyk, 2.Aufl., 2005, §24 Rn.5; Köhler, *AT*, 1997, S.463ff.; Streng, “Schuld ohne Freiheit?,” *ZStW* 101 (1989), 324; SK-Rudolphi, 7.Aufl., 2000, §24 Rn.6; Ulsenheimer, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, 1976, S.94ff.) 혹은 답책성조각사유(Roxin, *AT II*, 2003, §30 Rn.29; Haft, “Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat,” *JA* 1979, 312; Schäfer, *Die Privilegierung des freiwillig-positiven Verhalten des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat*, 1992, S.176; Heckler, *Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr*, 2002, S.126ff.; Bottke, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, 1979, S.603ff.)라고 보는 견해도 있다.
- 7) 오영근, **형법총론**, 499면; 김성룡, 전제논문, 202면 각주8. 그리고 손동권, “중지(미수) 범에 관한 연구”, **박양빈교수 화갑기념논문집**, 1996, 242면.
- 8) 신동운, **형법총론**, 2001, 457면 이하. 독일 학자 중에서 독일 형법 제24조 중지미수 규정이 단지 형벌효과 내지 양형에 관한 것이라고 보는 견해로는 MK-Herzberg, 2003, §24 Rn.7; Burkhardt, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, S.119f.; Munoz-Conde, “Der mißlungene Rücktritt,” *GA* 1973, 38.

다. 독일에서는 인적 처벌조각 내지 소멸사유가 있는 경우 — 실체법적인 가별성 요건의 결여를 근거로 — 9) 무죄판결을 한다.¹⁰⁾ 그러나 인적 처벌조각 내지 소멸 사유를 이유로 하는 이러한 무죄판결이 구성요건해당성이나 위법성 그리고 책임성이라는 범죄성립요건의 결여를 근거로 하는 일반적인 무죄판결과는 그 의미가 동일하다고 볼 수는 없다고 생각된다. 즉 중지미수의 경우 범죄의 성립을 전제로 하여 다만 실체법적으로 가별성의 요건이 결여되어 소송법적으로는 이를 무죄판결로 한다는 의미이다. 그러므로 우리나라에서는 중지미수의 경우 범죄가 성립하는 유죄이고, 독일에서는 범죄가 성립하지 않고 무죄라는 지적은 타당하지 아니하거나 오히려 소지가 너무 크다고 생각된다. 양국(다수설)에서 중지미수의 경우 구성요건에 해당하고 위법하며 책임이 인정되어 범죄가 성립된다는 점에서는 차이가 없다. 이러한 범죄성립을 전제로 단지 실체법상의 처벌조건이 결여되는 경우라는 점에서 중지미수의 실질은 양국이 동일하다. 다만 이 경우 소송법적인 효과가 무엇인지에 관해서 형식적으로는 상이한 점이 있다.

그런데 실체법이 규정하고 있는 가별성의 요건인 인적 처벌조각사유를 ‘범죄의 성립요건’으로 포섭시키는 입장에 선다면,¹¹⁾ 독일 형법상으로는 중지미수는 인적 처벌조각사유이므로 범죄가 불성립되어 무죄판결을 해야 한다고도 말할 수는 있을 것이다. 그러나 그와 같은 범죄불성립에서도 구성요건해당성·위법성·책임성이 결여되어 범죄가 성립되지 않는 경우와 구성요건해당성·위법성·책임성은 인정되나 처벌조건이 결여되어 범죄가 성립되지 않는 경우는 가치적으로 반드시 구별해서 설명되어야 한다고 생각된다. 그렇지 않으면 구성요건해당성, 위법성, 책임성이라는 전통적인 범죄성립요건의 형해화를 초래하게 된다.

위와 같은 입장은 객관적 처벌조각사유나 인적 처벌조각사유에 독립적인 범죄성립요건, 즉 범죄론 체계상의 하나의 평가단계로서 구성요건해당성·위법성·책임성에 이어지는 제4의 범죄성립요건으로서의 지위를 인정하려는 것이다.¹²⁾ 이와

9) Jescheck/Weigend, *AT*, 5.Aufl., 1996, §52 III 3, §53 I 3; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, 5.Aufl., 2004, §7 Rn.31.

10) *LK-Lilie/Albrecht*, 11.Aufl., 2002, §24 Rn.329; *S/S-Eser*, 26.Aufl., 2001, §24 Rn.107.

11) 신동운, **형법총론**, 432면 이하.

12) 독일에서는 대표적으로 Schmidhäuser, *AT-Lehrbuch*, 2.Aufl., 1975, S.482ff., 487ff.; Langer, *Das Sonderverbrechen*, 1972, S.275; Navarrete, “Die Strafbarkeit im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik,” *GS-Armin Kaufmann*, 1989, S.509ff.

달리 통설적인 견해는 범죄론 체계의 내부에 처벌조건을 고려하기 위하여 특별한 범죄성립요건을 설정하지 않는다. 즉 객관적 처벌조각사유나 인적 처벌조각사유는 가벌성의 요건임에 불구하고 범죄론의 내부에 체계적 지위를 인정하지 아니한다. 객관적 처벌조각사유나 인적 처벌조각사유를 범죄론의 내부에 도입하려는 견해의 의도는 형벌이라는 법적 효과의 관점, 즉 형벌관련성에서 범죄론을 실질화하려는 것이다. 종래에는 범죄의 개념으로 설명하거나 파악하기에 적합하지 않은 요소들을 그 존립의 근거를 정책에 구할 수밖에 없었고, 따라서 형법이론상의 위치를 가질 수 없고 범죄개념의 외부로 축출되었던 것이다. 그리하여 범죄의 성부와 무관하게 처벌만을 조건지우는 것으로 해석한다. 여기에서 객관적 처벌조건과 인적 처벌조각사유에 해당하는 사정은 고의의 인식대상에 포함되지 아니하게 된다. 즉 책임연관의 대상에서 제외한다. 범죄개념 내지 범죄성립요건의 내부에는 속하지 않으므로, 책임주의에 위배되는 것은 아니라고 하는 것이다. 그러나 객관적 처벌조건이나 인적 처벌조각사유에 해당하는 사정에 대하여 인식·예건이 필요하지 않다는 실질적 근거를 통설은 제시하지 못하고 있다. 그에 따라 책임주의가 침해되고 결과책임 내지 우연책임으로 이어지는 것은 아닌가 하는 의문이 있다.

이렇게 본다면 객관적 처벌조건이나 인적 처벌조각사유를 범죄성립요건으로 인정하는 것은 이들 경우에도 책임주의가 유지되어야 한다는 의미를 갖는다는 점에서 타당한 측면이 있다고 생각된다. 즉 그 해당사실의 인식 또는 예건을 요구함으로써 책임주의의 요청을 충족할 수 있게 된다. 그러나 위 견해는 객관적 처벌조건이나 인적 처벌조각사유를 범죄성립의 요건으로 설정하면서도 통설과 마찬가지로 고의·과실이 미칠 필요가 없는 요소라는 전제를 유지하여,¹³⁾ 책임연관을 결하는 범죄성립요건을 승인하는 것이 되고 책임주의의 예외를 인정하여 결국 책임주의에 반하는 결과가 되는 것이라고 보여진다. 실천적·해석론적 관점에서 본다면 객관적 처벌조건이나 인적 처벌조각사유를 범죄의 개념 내지 성립요건으로 설정하는 것은 그들 사정에 대하여 범죄개념 내지 범죄론 체계의 관점에서 해석론상의 지침을 부여하고, 범죄성립상 혹은 범죄인정상의 제 원리에 의한 규제를 미치게 한다는 의미를 갖는다고 할 수 있기 때문이다.

독일에서 인적 처벌조각사유에 해당하는 경우에 무죄판결을 하지만, 이 무죄판결은 — 구성요건해당성·위법성·책임성이 결여된 경우와는 달리 — 공소사실이

13) 신동운, **형법총론**, 435면.

에당초 형사절차에 의한 국가의 무가치판단의 대상에서 제외된다는 것을 보여주는 것이라고 생각된다. 이와 같이 형사절차에 의한 무가치판단의 대상에서 확정적으로 제외되는 행위를 ‘범죄’라고 보지 않겠다는 의미에서 이는 기능상으로는 형의 면제와 그다지 다르지 않다고 판단된다. 즉 형의 면제에 해당하는 경우인데 그것이 ‘죄가 되지 아니하는’ 것으로 관념되고 있다고 보여진다. 형벌이 과하여지는 행위가 범죄이므로, 형의 면제도 실질적으로는 범죄가 아니므로 처벌하지 아니한다는 의미로 해석될 수 있다고 생각된다. 이와 같이 볼 때 처벌의 효과로부터 중지미수의 요건이 도출되도록 하는 방법론이 당연한 것인가 하는 점에 대하여는 의문이 없지 아니하다. 그것은 체계적 지위의 문제에 관한 것이고 그 법제도의 내용적 문제는 아니라고 생각된다. 즉 체계적 지위에 따라 필연적으로 그것이 실질적 내용과 근거의 변경으로 연결되는 되는 것은 아니라고 생각된다는 것이다.¹⁴⁾ 처벌의 효과가 중지미수 요건들의 실질적 근거의 설명과 논증으로는 충분할 수 없기 때문이다. 물론 중지미수가 어떠한 법적 효과를 가지는가를 고려하지 않으면 안 된다. 이 점은 아무리 강조해도 지나치지 아니한다. 하지만 중지미수의 내용적 실체에 부합되는 논거의 모색과 구축이 더욱 시도되어야 하지 않는가 생각된다.

II. 부진정부작위범에서 착수미수와 실행미수의 구별여부

A. 구별을 부정하는 입장

1. 작위범에서의 구별기준 적용의 결과

부진정부작위범의 중지미수 문제에 있어서 중심이 되는 것은 작위범의 경우에 상응하여 부진정부작위범에서도 착수미수와 실행미수를 구분할 수 있는가 하는 점이다. 이러한 시간적인 미수단계 내지 미수형태의 구분이 단지 개념 내지 용어상의 문제에 불과하여 구별실익이 존재하지 않는다면 그 의미는 별로 없다고 할 것이다. 단순히 개념적인 문제를 넘어서 양자의 구분이 부작위범의 중지미수 성립요건에 영향을 미치게 된다고 할 경우에 비로소 형법이론적 의미를 갖게 될 것이다. 그런데 양자를 구분하는 견해에서도 부작위범의 중지미수와 관련하여 그

14) Heinrich, *AT I*, 2005, Rn.763f. 조금 다른 문제영역이지만 이와 같은 방향의 취지로 참고할 만한 지적은 김성돈, **형법총론**, 487면.

것이 도대체 어떠한 기능을 갖는가 하는 점에 관하여 그다지 분명하게 밝혀져 있지는 않다.¹⁵⁾

한편 작위범에 있어서는 착수미수와 실행미수의 구분이¹⁶⁾ 중지행위의 태양에 대하여 영향을 미치게 된다. 즉 착수미수의 단계에서는 실행에 착수한 행위를 중지하는 단순한 부작위로 족하고, 실행미수의 상황에서는 결과의 발생을 방지하는 적극적인 작위가 요구된다(형법 제26조). 즉 착수미수와 실행미수라는 미수단계의 구별이 부작위나 작위나 하는 중지행위의 요건을 결정하게 되는 것이다. 그런데 부작위로 실행의 착수에 나아간 부진정부작위범에서는 단지 적극적인 작위를 행함으로써만 중지미수의 혜택을 받을 수 있다는 점에 관하여는 별다른 논란이 되고 있지 아니하다. 부작위범의 중지미수는 착수미수이건 실행미수이건 적극적인 결과방지행위에 의하여만 가능한 것이다. 이는 부작위범이 요구되는 작위를 하지 않음으로써 성립된다는 부작위범의 성질로부터 설명될 수 있는 것이다.¹⁷⁾

2. 실행미수 단일설의 형법적 의미

이러한 점에서 부진정부작위범의 중지미수는 작위범에 있어서의 실행미수에

-
- 15) 대표적으로 김일수/서보학, **새로쓴 형법총론**, 제11판, 2006, 543면; 권오걸, **형법총론**, 416면.
- 16) 양자의 구별기준에 관하여는 객관설, 주관설, 절충설의 대립이 있으나 세부적인 논의는 본 논문의 주제와 아주 직접적인 관련은 없으므로 여기에서는 다루지 아니한다. 다만 객관설은 그 지지자가 보이지 아니하고 행위자의 범행계획과 행위당시의 객관적 사정을 종합하여 결정한다는 절충설에 대하여 언급한다면, 행위자의 인식과 객관적 상황이 서로 다를 때 이를 종합적으로 고려한다는 것이 어떻게 가능한지 의문이 있다. 특히 실행의 착수시기를 절충설에 따라 결정하면 실행행위의 종료시기도 동일하게 절충설에 따라 결정하는 것이 논리적이라는 논거에 대하여는 찬성하기 어렵다. 실행의 착수시기는 가법적인 미수인정의 기초를 결정하는 문제이고 실행의 착수가 인정되는 한도에서는 그 행위가 착수미수인지 실행미수인지는 문제되지 아니한다. 일단 미수가 인정된 후 문제되는 착수미수와 실행미수라는 미수형태의 구별은 단지 인적 처벌감면사유인 중지범의 영역에서만, 즉 중지범과 관련해서만 의미를 가지는 것이다. 실행의 착수시기와 중지범에서 논의되는 착수미수와 실행미수의 구별은 다른 논의차원에 속하는 문제이다(이 점을 명확히 지적하는 것으로는 Schliebitz, *Die Erfolgszurechnung beim misslungenen Rücktritt*, 2002, S.40f. 그리고 김용욱, “미수형태와 중지범”, **형사법연구**, 제11호, 1999, 90면 이하; 김용욱, **형법연습강의**, 1999, 342면). 이와 같이 착수미수와 실행미수의 구별이 중지범과 관련하여서만 의미를 갖는다는 점을 고려하면 중지행위시 행위자의 인식을 기준으로 하는 주관설이 타당하다고 생각된다.
- 17) Allfeld, “Der Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und dem Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927,” *FG-Frank*, Bd.2, 1930, S.82.

상응하고 따라서 부진정부작위범에서는 착수미수와 실행미수의 구별이 필요하지 않거나 타당하지 않다는 견해가 주장된다. 이는 우리나라의 소수설적 견해이며,¹⁸⁾ 독일에서도 소수설이다.¹⁹⁾ 작위범에는 두 가지 미수형태가 인정되지만, 부작위범의 경우에는 실행미수라는 단일한 하나의 미수단계만이 인정되고 따라서 부작위범의 중지미수에는 실행중지의 요건이 적용되게 된다. 그리하여 부작위범이 작위에 의하여 중지행위를 하였지만 실패하여 결과가 발생하면 — 작위범의 실행중지와 마찬가지로 — 중지미수가 인정되지 아니한다. 이와 같이 부진정부작위범의 미수에 관한 실행미수 단일설은 부작위범의 중지미수는 실행착수시부터 실행중지의 요건에 의하여 규율되어 보증인이 결과발생의 위험(실패하여 결과발생시 그 결과에 대한 책임)을 부담해야 한다는 형법적 의미를 가지고 있다.

B. 구별을 긍정하는 입장

1. 부진정부작위범에서 착수미수 긍정가능

부작위범의 미수는 이론적으로 단지 실행미수의 형태로만 존재하기 때문에 부진정부작위범의 중지미수는 실행중지의 요건에 의해 규율된다는 견해에 대립하여, 부작위범에서도 착수미수와 실행미수가 구별된다는 입장이 주장되고 있다. 우리나라의 다수설적 견해이며,²⁰⁾ 독일에서도 다수설이다. 이 견해의 출발점은

18) 신동운, **형법총론**, 502면; 박상기, **형법총론**, 제6판, 2004, 363면; 손동권, “부진정부작위범의 특수문제”, **차용석교수 화갑기념논문집**, 1994, 380면; 손동권, 전제논문, **박양빈교수 화갑기념논문집**, 259면.

19) Bochert/Hellmann, “Die Abgrenzung der Versuchsstadien des §24 I 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit,” *GA* 1982, 444f.; Brand/Fett, “Anmerkung zu BGH NStZ 1997, 585,” *NStZ* 1998, 508; Freund, *AT*, 1998, §8 Rn.67, §9 Rn.48; MK-Freund, §13 Rn.245; Freund, “Zum Rücktritt vom Versuch bei einem mehraktigen Unterlassungsdelik,” *NStZ* 2004, 326; Haft, *AT*, 9.Aufl., 2004, S.251; Herzberg, “Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelik,” *MDR* 1973, 93; Kindhäuser, *AT*, 2005, §36 Rn.45; Köhler, *AT*, S.482f.; Kudlich/Hannich, “Anmerkung zu BGH StV 1998, 369,” *StV* 1998, 370; Roxin, *AT II*, §29 Rn.269f.; SK-Rudolphi, vor §13 Rn.56; NK-Wohlers, §13 Rn.25; NK-Zaczyk, §24 Rn.47; Womelsdorf, *Zur Problematik des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelik*, Diss. Münster 1976, S.159ff. 그런데 부진정부작위범의 실행의 착수시기가 최후구조가능시점을 지남으로써 인정되는 것이므로 착수미수는 가능하지 않다는 입장으로는 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.Aufl., 1969, S.221; Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, S.210ff.

20) 김성돈, **형법총론**, 624면; 김일수/서보학, **형법총론**, 543면; 김일수, **한국형법 II**, 개정판, 1996, 511면; 배종대, **형법총론**, 760면; 이형국, **형법총론**, 351면; 정성근/박광민,

작위범에서의 착수미수와 실행미수의 구별기준을 부진정부작위범에 그대로 직접 원용할 수는 없다는 것이다. 행위자에게 주어진 상황이 다르기 때문이다. 물론 부진정부작위범의 중지미수에서 행위자는 오로지 작위를 행함으로써만 중지할 수 있는 상황에 있다. 그렇기는 하지만 이러한 부작위범의 경우에도 착수미수와 실행미수를 구별해야 한다는 것이다.²¹⁾

일반적으로 착수미수란 행위자의 관점에서²²⁾ 결과방지를 위해서는 법률이 원래 — 즉 실행의 착수시 — 행위자에게 요구하는 행위(작위범의 경우에는 실행으로 나아가는 행위를 하지 않을 단순한 부작위가 될 것이다)를 다시 행함으로써 족한 경우에 성립하는 것이다. 따라서 부진정부작위범에서는 원래, 즉 작위의무 발생시에 요구되는 행위를 함으로써 결과방지에 족한 경우에 착수미수가 성립된다. 이에 비해 실행미수란 행위자가 결과방지를 위해서는 원래 요구되는 행위 이상의 것을 행하는 것이 필요하다고 생각한 경우에 인정된다. 따라서 부작위범의 경우에는 원래 요구되는 작위를 행하는 것 이상을 수행해야 한다는 의미가 된다.²³⁾ 따라서 예컨대 모친이 유아에게 수유하지 않음으로써 아사시키려고 한 사례에서 원래의 수유를 다시 시작하면 결과발생을 방지할 수 있다고 생각한 경우에는 착수미수가 인정되고, 며칠 더 지나 아이의 건강이 매우 악화되어 생명을 구하기 위해서는 의사의 도움을 받아야 한다고 생각한 경우에는 실행미수가 된다.

2. 구별의 근거로서 제시되는 관점 — 상이한 결과발생 위험정도의 인식

그런데 이러한 구분의 근거가 되고 있는 것은 무엇인가? 부작위범에서 착수미수와 실행미수의 구별에는 행위자의 관점에서 각각 결과발생의 위험정도가 서로 다르다는 사고가 자리하고 있다.²⁴⁾ 상기사례에서 모친은 며칠 더 영양공급을 하

형법총론, 470면; 백원기, 미수론연구, 1995, 114면.

21) 독일에서는 Schröder, “Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch,” *JuS* 1962, 86.

22) 작위범에서는 착수미수와 실행미수의 구별기준에 대하여 객관설, 주관설, 절충설의 대립이 있으나, 부작위범의 경우에는 양자의 구별기준에 대하여 특별한 논의는 보이지 아니한다. 작위범의 구별기준이 부작위범에 그대로 타당하다는 취지로 보인다. 그러나 작위범의 경우에 절충설을 명확히 하면서도 부작위범에서는 명백히 주관설을 취하는 입장으로 보이는 것은 김일수, *한국형법 II*, 511면; 배종대, *형법총론*, 760면; 정성근/박광민, *형법총론*, 471면.

23) Lönnies, “Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt,” *NJW* 1962, 1951.

지 않아 의식적으로 유아의 생명에 대한 위험을 의사의 도움 없이는 구조할 수 없을 정도로 극히 증대시켰다. 만약 의사가 구조를 위해 필요한 모든 조치를 하였으나 사망의 결과가 발생했다면, 이 경우 보증인인 모친이 그 결과발생에 대한 책임을 부담하는 것이 상당하다고 보여진다. 그렇기 때문에 이는 실행미수라고 보게 된다는 것이다. 이와 같이 부작위범에서 착수미수와 실행미수의 구별은 결과발생의 위험이 미수를 근거지워 주는 상황, 즉 실행의 착수시에 비하여 본질적으로 증대되어 결과발생방지를 위하여는 원래 요구되는 작위보다 현저히 증대된 작위가 요구된다고 인식하였는가 하는 점을 기준으로 하고 있는 것이다. 그러므로 의사의 도움을 받아야 구조할 수 있다는 인식까지는 없이 아직 수유함으로써 결과발생을 방지할 수 있다고 생각한 경우에는 착수미수가 인정되며, 이 경우 만약 보증인이 현실적인 상황의 위험정도에 대하여 잘못 판단한 착오로 사망의 결과가 발생하였다면 그러한 결과에 대하여는 책임을 부담하지 않는다는 것이다.²⁵⁾ 그리하여 중지미수가 인정된다는 것이다. 그렇다면 부작위범에서 미수단계의 구분은 결과가 발생하는 경우에 그 결과에 대한 책임을 부담하는가 아니면 중지미수를 인정하는가에 대한 평가기준이 되고 있는 것이다. 그런데 이러한 구분에 따라 중지가 실패하여 결과가 발생한 경우에 중지미수의 인정여부가 달라지는 효과가 부여된다는 점에 대하여는 구별공정설 내부에서도 반대하는 입장이 많이 다시 견해가 나누어지고 있다.

3. 결과발생시 책임부담을 둘러싼 구별공정설 내부의 견해대립

(a) 중지미수 인정설 (기수부정설)

부작위범에서 양자를 구별하는 실익은 부작위범의 적극적 중지행위가 실패하여 결과를 방지하지 못했을 때 그 결과발생에 대하여 책임을 부담하는 것은 실행미수의 경우만이고, 부작위범의 착수미수의 경우에는 결과가 발생하였더라도 중지미수가 인정된다(과실이 인정되는 경우에는 그 결과에 대한 과실책임과의 상상적 경합)는 견해이다. 이 견해는 뒤집어 읽으면 중지가 실패하여 결과가 발생한 사례에서 부작위범의 경우에는 중지미수가 긍정될 수 있도록 하기 위하여 착수미수와 실행미수를 구별하고 있는 것이다. 즉 부진정부작위범에서 착수미수의 실패로 결과가 발생한 경우에, 실행미수 단일설과는 달리 부작위범의 경우에도

24) 김성돈, **형법총론**, 624면. 그리고 Kühl, *AT*, 5.Aufl., 2005, §18 Rn.153.

25) Lönnies, *NJW* 1962, 1952. 그리고 김성돈, **형법총론**, 624면.

실행미수와 구별되는 착수미수를 인정할 수 있으며, 이러한 부작위범의 착수중지에서는 결과불발생이 중지미수의 요건이 아니라는 것이다. 이 견해는 우리나라에서는 극소수설의 입장이며,²⁶⁾ 독일의 다수설이다.²⁷⁾ 상기사례에서 보증인이 원래 요구되는 작위, 즉 아이에게 수유를 하면 결과가 방지될 수 있다고 생각하여 행위하였으나 현실적으로는 의사의 도움을 받아야 구조될 수 있었던 경우라서 아이가 사망한 경우에, 이 견해에 따르면 중지미수가 인정된다. 그렇다면 결과가 발생한 경우이든 하지 않은 경우이든 중지가 인정되는 것으로 되어, 결국 기수범에서도 중지를 인정하는 결론에 이르게 된다는 비판이 있다.²⁸⁾ 이러한 비판은 구성요건차원의 결과귀속 검토에서 이미 기수가 인정되었음에도 불구하고 이를 다시 중지차원에서 배제하는 것은 인정할 수 없다는 의미이다.

(b) 중지미수 부정설

① 기수인정설

부작위범의 착수미수와 실행미수의 구분을 긍정하면서도 중지가 실패하여 결과가 발생했을 경우에는 착수미수의 경우에도 중지미수가 인정되지 않는다는 견해이다. 즉 부작위범의 중지미수에서 결과발생의 위험은 어느 경우이든 항상 보증인의 부담으로 돌아간다는 것이다. 따라서 보증인은 그 발생한 결과에 대하여는 기수책임 을 지게 된다. 우리나라의 다수설이며, 독일에서는 소수설이다.²⁹⁾ 이러한 기수책임 인정의 근거에 관하여 이 견해는 별다른 제시가 없다. 부작위범에서도 착수미수와 실행미수가 구분되지만, 중지미수는 결과발생이 방지된다는 점을 전제로 하고 있다는 점이 강조되고 있을 뿐이다. 이 때문에 결과발생의 방지가 중지의 전제가 된다면 착수미수와 실행미수의 구별은 의미가 없게 된다는 비판이 있다.³⁰⁾

26) 김성돈, **형법총론**, 624면; 김성룡, 전계논문, 218면(단 필요적 감경의 중지미수만을 인정한다).

27) 대표적으로 Lönnies, *NJW* 1962, 1951; Schröder, *JuS* 1962, 86; Jescheck/Weigend, *AT*, §60 II 2, 3; S/S-Eser, §24 Rn.27ff.; Lackner/Kühl, *StGB*, 25.Aufl., 2004, §24 Rn.22a; Kühl, *AT*, §18 Rn.153.

28) Küper, “Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts,” *ZStW* 112 (2000), 11f. 작위범에서 이러한 지적으로는 신동운, **형법총론**, 466면.

29) Heinrich, *AT I*, Rn.815; Otto, *AT*, 7.Aufl., 2004, §19 Rn.86; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, §14 Rn.6; Blei, *AT*, 18.Aufl., 1983, §86 III 3.

30) 김성룡, 전계논문, 214면 이하.

② 미수인정 · 중지부정설 (절충설)

독일에서 주장되고 있는 이 견해는 고의범의 기수불법의 구조에 기초하고 있다. 부진정부작위범의 경우 착수미수에서는 한편으로는 결과발생의 고의를 포기하였으므로 기수범의 행위불법보다 감경되어 있다는 것이다. 그러나 다른 한편 행위자에게 귀속가능한 결과가 발생하고 있으므로 중지미수보다는 결과불법이 증대되어 있다고 본다. 따라서 부진정부작위범의 중지가 실패하여 결과가 발생한 경우에는 기수범처럼 상당하지 않다고 한다. 그런데 행위자에게 객관적으로 귀속되는 법익침해의 결과가 발생하였으므로 중지행위는 결과방지에 상당하지 않은 것이었다. 그러므로 중지미수는 인정되지 않는다는 것이다.³¹⁾ 그리하여 중지가 배제되는 일반적인 (장애)미수로 평가한다.

4. 실행미수 단일설과 착수 · 실행미수 구별설의 비교

(a) 결과가 발생하지 않은 경우

부진정부작위범의 중지미수에서 결과가 발생하지 않은 경우에는 두 입장에 따라 결론이 달라지는 경우는 나타나지 아니한다.³²⁾ 상기사례에서 행위자가 원래 요구되는 작위, 즉 다시 수유를 하면 결과를 방지할 수 있었다고 생각하여 이를 행하여 아이의 생명을 구하였는데 현실적으로는 의사의 구조를 요청해야 하는 상황이었다. 단일설에 의하면 부작위범의 미수는 모두 실행미수로 평가되고 따라서 결과가 방지된 것이 행위자의 적극적이고 진지한 중지행위에 의한 것인가에 따라 중지여부가 판단된다. 그러므로 이 경우 중지미수가 인정될 것이다. 구별설에 의하더라도 이 경우는 착수중지로 평가되고, 결과를 방지하였으므로 중지미수가 인정될 것이다. 반대로 결과를 방지하려면 의사의 조치가 필요하다고 생각하였으나 단순한 수유하는 작위만을 행하였는데 결과가 발생하지 않은 경우에는, 어느 입장에 따르더라도 필요한 중지행위의 요건을 충족하지 못하여 중지미수가 인정되지 아니한다. 이와 같이 결과가 발생하지 아니한 경우에는 부진정부작위범에서 착수미수와 실행미수의 구별여부가 실제적인 차이를 가져오지는 아니한다.³³⁾

31) Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, 1981, S.95ff., 265ff.; Wolter, "Der Irrtum über den kausalverlauf als Problem objektiver Zurechnung," *ZStW* 89 (1977), 654, 695ff.

32) Vgl. Gropp, *AT*, 3.Aufl., 2005, §9 Rn.72.

33) Küper, *ZStW* 112 (2000), 22; Roxin, *AT II*, §29 Rn.270. 일반적으로 착수미수와 실행

다만 중지행위의 요건으로서 어떠한 태양의 작위가 필요한가에 관하여 일정한 기준제시 기능을 위하여 이러한 구별설을 사용할 수 있다고 생각된다. 즉 부작위범의 착수미수의 경우 어떠한 태양의 중지행위로 족한가를 조금 분명히 해 줄 수 있다는 것이다(다음 단계, 즉 실행미수에서는 이와는 현저히 다른 태양의 중지행위가 요구된다). 이러한 점에서 부작위범의 착수미수와 실행미수의 구분은 중지범의 요건으로서 과도한 중지행위를 요구하는 데 대하여 보호원리로서 기여할 수 있지는 않을까 생각된다.³⁴⁾

(b) 결과가 발생한 경우

상황판단의 착오로 착수미수의 중지가 실패하여 결과가 발생한 경우에는 미수단계의 구분이 형법적으로 중요한 의미를 가질 수 있다. 즉 구별설 중에는 착수 중지에서 결과발생시 그 결과에 대한 책임부담을 부정하여 중지미수를 인정하는 극소수설의 입장이 있기 때문이다.³⁵⁾ 그런데 이러한 경우 구별설 중에서 발생된 결과에 대하여 책임부담을 인정하는 다수설의 입장을 취하면 이는 실행미수 단일설과 동일한 내용을 가지게 된다. 따라서 단일설과 달리 부작위범에서 착수·실행미수 구별설이 진정한 의미를 가지려면 실패한 중지범의 경우에 중지미수를 인정하는 입장을 취해야 한다고 비판되는 것이다.³⁶⁾

5. 착수·실행미수 구별의 기준과 구조

(a) 부작위 착수미수의 적용범위

구별설은 기본적으로 부작위범에서 요구되는 작위를 하지 않음으로써 실행의 착수가 인정되어 미수처벌을 근거지웠던 원래의 그 의무합치적 작위를 행하면 아직 결과를 방지할 수 있어서, 사태를 실행착수시의 상태로 되돌릴 수 있는 미

미수의 중지가 그 처벌면에서 동일하기 때문에 구별실익이 없다는 지적으로는 백원기, 전게서, 170면.

34) Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, §14 Rn.6; Heinrich, *AT I*, Rn.815; Blei, *AT*, §86 III 3; Otto, *AT*, §19 Rn.72. 그리고 구별부정설을 취하는 입장에서도, 구별설에 대하여 이러한 정도의 실익은 인정할 수 있다는 지적으로는 Trüg, "Versuchsrücktritt vom unechten Unterlassungsdelikt," *JA* 2003, 838; Küper, *ZStW* 112 (2000), 22f.; NK-Wohlers, §13 Rn.25; NK-Zaczyk, §24 Rn.47. Vgl. auch Mayer, *Privilegierungswürdigkeit passiven Rücktrittsverhaltens bei modaler Tatfortsetzungsmöglichkeit*, 1986, S.185.

35) 김성돈, **형법총론**, 624면; 김성룡, 전계논문, 218면(단 필요적 감경의 중지미수만을 인정).

36) 김성룡, 상계논문, 216면.

수단계가 있다는 사고에 기초하고 있다. 이러한 상황에서 행위자가 요구되는 작위를 행하면 이는 작위범에 있어서 실행에 착수한 행위를 중지하는 착수미수의 상황과 규범적으로 동일하다는 것이다. 그리고 사태가 진전되어 원래 요구되었던 작위를 행하는 것만으로는 더 이상 결과방지에 충분하지 않아 실행착수시 요구되었던 작위 이상의 다른 조치가 요구되는 상황이 있다는 것이다. 물론 이와 같은 실행미수 상황은 이미 실행의 착수시부터 발생할 수도 있다. 갑자기 아이가 심한 병에 걸린 경우에 이를 그대로 방치한 모친은 결과방지를 위해서는 즉시 의사의 구조를 요청해야 한다. 이러한 사례에서 원래 요구되는 행위는 의사를 부르는 것이지만, 그렇다고 해서 이것이 — 구별설 중에서 착수중지 실패시 결과에 대한 책임을 부담하지 않는다는 극소수설의 입장에서도 — 착수미수의 상황이라는 것을 의미하지는 않는다(착수미수를 인정한다면 의사를 불렀지만 너무 늦어서 아이가 사망한 경우에 이러한 극소수설의 입장에서는 중지미수를 인정하게 될 것이다). 구별설은 부작용이 시간적으로 계속되어 결과방지를 위하여 여러 가지 서로 다른 태양의 작위들이 개입할 가능성이 존재하는 상황을 전제조건으로 하고 있는 것이다.³⁷⁾ 그런데 상기사례에서 모친은 처음부터 의사에게 구조를 요청하는 작위가 아닌 다른 조치는 요구되지 않는다. 이와 같이 원래 요구되는 작위가 다른 조치의 작위로 대체될 수 없는 상황은 착수미수가 아니라 실행미수이며, 다른 작위의 조치로 대체될 수 있는 경우에 착수미수라는 점이 구별설의 전제가 되고 있는 것이다.³⁸⁾

그러나 원래 요구되는 작위가 시간이 경과해도 외형상 변하지 않는 사례도 있다. 자동차사고로 피해자에게 심한 부상을 입힌 운전자는 우선 그가 가지고 있던 이동전화로 구조를 요청할 것이 요구된다. 그런데 그대로 가버린 운전자는 5km 더 운전한 후 비로소 이동전화로 구조요청을 하면 결과를 방지할 수 있다고 생각하여 전화를 하였으나 피해자는 사망하였다. 이러한 경우에 착수미수의 중지가 인정된다면, 구별설 중에서 결과발생시 결과에 대한 책임을 부담하지 않는다는 극소수설의 입장에서는 중지미수가 성립하게 될 것이다. 따라서 이러한 극소수설의 입장에서 부작용범의 중지에서 결과발생시 책임부담여부를 타당하게 해결하기 위한 착수미수와 실행미수의 구별을 그러한 외형적인 현상에 의하여 근거지우는 것이 이와 같은 사례에 비추어 볼 때 타당한지 의문이 없지 아니하다.³⁹⁾

37) LK-Lilie/Albrecht, §24 Rn.321.

38) Küper, ZStW 112 (2000), 25f.; Schliebitz, *Die Erfolgszurechnung*, S.165f.

(b) 결과발생 위험정도의 구조

이와 같이 구별설의 실질적인 기준이 되고 있는 관점은 실행착수시에 존재했던 결과발생위험이 본질적으로 변화하지 않은 한, 즉 증대되지 않고 동일하게 유지되는 경우에 부진정부작위범의 착수미수가 인정된다는 것이다. 그런데 이에 대하여는 결과발생의 위태화정도가 본질적으로 증대되었다는 것은 실제로는 결과방지를 위한 마지막 가능성에 이르렀을 때 인정되는 것 아닌가 하는 의문이 제기되고 있다.⁴⁰⁾ 예컨대 모친이 수유하지 않아 아이를 아사시키려고 한 사례에서 의사의 구조를 요청하는 것은 사망의 결과를 방지하기 위한 최후가능성이라고 해석된다는 것이다. 그렇다면 위태화의 정도가 극단적으로 되기 전까지는 모두 착수미수가 될 것이고, 착수미수에서 중지의 실패로 결과가 발생한 경우에 그 결과에 대하여 책임을 부담하지 않는다는 극소수설의 입장에 의하면 모두 중지미수의 성립을 긍정하게 되는데, 과연 이러한 결론이 타당한가 하는 비판이다. 그러나 구별설이 실제로는 실행중지를 최후구조가능시를 지났을 때 비로소 인정하고 그 이전까지는 모두 착수중지를 인정한다고 해석하여 비판하는 것은 지나친 것이 아닌가 생각된다.⁴¹⁾

III. 구별설의 형법적 의미와 내용

A. 조문상의 근거로서 형법 제26조의 규범적 성격

1. 결과의 귀속여부에 관하여 규정한 것인가?

구별설 중에서 극소수설은 중지가 실패하여 결과가 발생한 경우에 그 결과에 대하여 책임을 부담하지 않고 따라서 중지미수가 성립된다는 입장이다. 이러한 최근의 극소수설은 본래 이론사적으로 보면 작위범의 중지가 실패하여 결과가 발생한 경우의 해결책을 부작위범의 영역에 원용하려는 것이다.⁴²⁾ 형법 제26조는 “실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에

39) Küper, *ZStW* 112 (2000), 26f.

40) Küper, *ZStW* 112 (2000), 29f. 비슷한 취지로는 손동권, 전계논문, **박양빈교수 화갑기념논문집**, 259면.

41) Schliebitz, *Die Erfolgszurechnung*, S.150.

42) 김성룡, 전계논문, 200면 이하 참조. Vgl. Schröder, *JuS* 1962, 82; Lönnies, *NJW* 1962, 1951.

는” 중지미수가 성립하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 극소수설은 실행미수의 경우에는 결과를 방지해야 중지가 인정된다고 조문에 명시적으로 규정되어 있지만(후단), 착수미수의 경우에는 단지 실행에 착수한 행위를 중지하기만 하면(전단) 중지미수가 인정되고 결과를 방지할 것을 조문이 요구하지 않고 있다고 해석한다.⁴³⁾ 따라서 행위자가 자신이 그때까지 행한 행위의 효과를 잘못 판단하여 착오로 단지 부작위하는 것만으로 결과를 방지할 수 있다고 생각했는데 결과가 발생했다면, 이 경우에도 — 자의성이 인정됨을 전제로 — 중지미수가 성립된다는 것이다. 물론 실행미수의 경우에는 중지의 실패로 결과가 발생했다면 중지미수가 인정되지 아니한다.

이는 형법 제26조가 중지의 실패로 결과가 발생한 경우에 그 결과에 대하여 책임을 어떻게 부담시킬 것인가에 관하여 규정하고 있다고 해석하는 것이다. 그리하여 형법 제26조는 이를 미수단계에 따라 착수미수의 경우에는 행위자가 그 결과에 대하여 책임을 부담하지 아니하고, 실행미수의 경우에는 그러한 부담을 진다고 규정하여 양자를 서로 달리 취급하고 있다는 것이다. 이와 같이 극소수설은 형법 제26조의 규범적 성격과 기능을 실패의 위험 내지 결과발생위험의 분배에 관한 규정으로 파악한다.⁴⁴⁾ 결국 이러한 극소수설은 구성요건단계의 검토를 하지 아니하고 직접 중지규정을 적용하여 해결하려는 입장이라고 말할 수 있을 것이다.

2. 미수를 전제로 한 중지요건에 관한 규정

이러한 해석은 형법 제26조 자체가 작위범에 있어서 — 발생한 결과에 행위자에게 귀속되어 그에 대하여 기수책임을 지게 할 것인가 아니면 결과의 귀속을 부정하여 그 결과에 대하여는 책임을 부담하지 아니하고 단지 미수책임을 지는데 그치게 할 것인가 하는 — 결과의 귀속여부에 관한 규정이라고 이해하는 것이다.⁴⁵⁾ 즉 발생한 결과의 (객관적·주관적) 귀속여부는 형법 제26조에 의해 결정된다는 것이다. 형법 제26조가 작위범에 관하여 그 결과의 귀속여부에 대해 규정한 것이라고 이해하는 이러한 입장은⁴⁶⁾ 우리나라에서는 전혀 받아들여지고 있지

43) 김성룡, 상계논문, 218면.

44) 김성룡, 상계논문, 211면. 독일에서는 Bach, *Rücktritt und Erfolgseintritt*, 1977, S.11ff., 34ff.; S/S-Eser, §24 Rn.22f.; Schröder, *JuS* 1962, 82; Lönnies, *NJW* 1962, 1951.

45) Womelsdorf, *Zur Problematik des Versuchs*, S.166.

46) 추측컨대 이러한 극소수설적 이해의 배경으로는 실행미수의 경우에는 결과를 방지하

아니하다. 지배적 통설에 의하면 형법 제26조에 의한 중지미수는 — 착수미수이든 실행미수이든 — 범행이 (귀속가능한) 결과의 발생으로 기수가 되지 않는 때에만 검토되어지는 것이다. 우리 형법은 제26조 중지범에 관하여 이를 제2장 제2절에서 미수범이라는 節名下에 규정을 두어, 중지의 가능성을 오직 미수의 경우에만 인정되는 것으로 명시하고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 그리하여 기수가 된 경우에는 중지의 가능성은 배제되는 것이다.⁴⁷⁾ 결과의 발생으로 중지규정의 적용범위는 초월되어버린 것이다. 기수는 중지규정에 의하여 영향받지 아니한다. 즉 범죄가 기수가 되지 않고 미수단계에 머무르고 있어야 한다는 것이 형법 제26조 적용의 전제조건인 것이다.⁴⁸⁾ 이러한 의미에서 형법 제26조는 결과발생의 책임부담 여부에 관하여 규정하고 있는 귀속규정이 아니다. 그러므로 작위범의 경우에는 이러한 해석을 자명한 것으로 승인하면서도,⁴⁹⁾ 부작위 미수의 경우에는 결과의 귀속여부에 관하여 규정한 것으로 해석하는 것은⁵⁰⁾ 타당하지 아니하다(독일의 통설이 바로 이와 같이 이원적으로 해석하고 있음은 위에서 언급하였다).

형법 제26조는 단지 미수범을 전제로 작위범에 대한 중지행위의 태양에 관하여 규정하고 있다. 그것은 착수미수에서는 행위자가 실행에 착수한 행위를 자의로 더 이상 계속하지 아니하는 단순한 부작위이며, 실행미수에서는 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지하는 적극적 작위가 요구된다는 것이다. 이러한 적극적 중지행위는 부진정부작위범에 대하여도 요구되는 것이고, 이러한 점에서 부작위범의 중지미수는 작위범의 실행미수 규율을 따르는 것이다.⁵¹⁾

지 못하면 중지자는 그 결과에 대하여 책임을 져야 한다는 지적이 있었으므로, 이를 반대해석하여 착수미수의 경우에는 이와 달리 발생한 결과의 귀속이 부정되는 것으로 들릴 수도 있었던 것이 아닌가 생각해 볼 수 있다.

47) 참고로 독일에서는 Roxin, *AT II*, §30 Rn.113ff. Vgl. auch Jescheck/Weigend, *AT*, §51 III 3; Kühl, *AT*, §16 Rn.79ff.; Lackner/Kühl, *StGB*, §24 Rn.15; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, §14 Rn.6.; Arzt, "Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch," *GA* 1964, 6ff.; Kauß, "Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch," *JuS* 1981, 886.

48) 미수범이 중지미수 적용의 전제조건이 아니라, 기수범의 경우에도 중지미수가 적용되지만 그 적용범위는 기수범 속에 들어있는 미수(대는 소를 포함한다)까지이며 따라서 미수형벌이 감면되지만 기수처벌은 의연히 남는다고 표현하는 입장으로는 MK-Herzberg, §24 Rn.57; Herzberg, "Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr," *JZ* 1989, 114ff.; Schliebitz, *Die Erfolgszurechnung*, S.37.

49) 김성돈, **형법총론**, 489면.

50) 김성돈, **형법총론**, 624면.

51) 이 점을 명확히 하고 있는 것으로는 신동운, **형법총론**, 502면.

B. 결과의 객관적·주관적 귀속 — 구성요건해당성의 문제

이와 같이 형법 제26조는 고의기수범이 성립되지 않은 것을 전제로 하고 있다. 미수를 전제로 그에 관련된 법적 효과인 처벌(인적 처벌감면사유)에 관한 규정으로서의 형법 제26조가 이미 구성요건차원에서 발생한 결과가 행위자에게 객관적·주관적으로 귀속되는가 하는 문제를 다시 결정할 수는 없는 것이다. 먼저 구성요건에서 미수범의 성립이 인정되는 경우에, 그 미수범이 중지범의 혜택을 받을 수 있는 중지의 요건을 갖추었는가를 검토하게 되는 것이다. 나중에 중지행위가 있더라도 이미 확정된 불법과 책임이 소급적으로 감소·소멸된다는 것은 있을 수 없다.⁵²⁾ 기수범이나 미수범이냐는 이미 구성요건해당성의 심사를 통해서 확정된다. 행위자의 행위에 귀속가능한 결과야기가 인정된다면 기수범이 되기 때문에, 미수죄를 전제로 하는 중지미수는 애시당초 배제되어 문제되지 아니한다. 이렇게 본다면 형법 제26조에서 말하는 “실행에 착수한 행위를 중지한 때”란 ‘중지하여 기수가 방지된 때’라고 해석되는 것이다. 우리 입법자는 이러한 한도 내에서만 중지미수를 인정한다고 선언하고 있는 것이다.⁵³⁾ 결국 상기 극소수설은 미수와 중지를 하나의 단일한 행위로 다루는 것이며,⁵⁴⁾ 구성요건과 중지문제를 혼동하거나 혼합하는 것이 된다.⁵⁵⁾

IV. 결과의 주관적 귀속(주관적 구성요건해당성 문제)과 중지미수 — 작위범의 경우

A. 논의의 배경

지배적 통설과 같이 형법 제26조의 중지규정이 귀속에 관하여 규정한 것이 아니라고 보면, 이제 형법이론적으로 남은 방법은 — 작위범의 착수미수에서 귀속가능한 결과가 발생한 사례의 경우 — 그 고의기수범의 성립을 구성요건검토에서 어떻게든 부정하여 미수범을 성립시키고, 이러한 미수범을 전제로 형법 제26조의

52) 이를 강조하는 지적으로는 김용욱, 전제논문, 85면. 그리고 또한 Jescheck/Weigend, AT, §51 I 1; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 7. Aufl., 1989, §41 Rn.9; LK-Lilie/Albrecht, §24 Rn.6. 참조.

53) 김용욱, 전제서, 346면.

54) LK-Lilie/Albrecht, §24 Rn.6.

55) Schliebitz, Die Erfolgszurechnung, S.25f.

중지규정을 적용하는 길이다. 그리하여 이 방법은 ‘착수미수 단계’의 행위자에게는 고의기수범의 불법을 구성하는 ‘기수의 고의’가 결여되어 있다고 주장하게 된다.⁵⁶⁾ 그리고 이러한 해결책을 부작위범의 착수미수에도 마찬가지로 적용한다.⁵⁷⁾

B. ‘기수의 고의’와 ‘미수의 고의’ 일반론 — 작위범의 경우

1. 미수의 고의 개념

행위자가 결과를 발생시키기 위한 실행행위를 아직 다하지 못했다고 생각하는 착수미수 단계에서는 그 고의가 아직 완전하지 못하고 부분적이며 흠결이 남아 있다고 한다.⁵⁸⁾ 행위자는 구성요건적 결과가 독자적으로 발생할 수 있는 위험상황을 아직 야기하지 않았기 때문이다. 이러한 착수미수 단계의 고의는 기수 내지 구성요건실현을 위하여는 더 이상의 행위가 반드시 필요하다는 것이므로 일반적인 본래의 ‘기수고의’와는 다른 것이라는 의미이다.⁵⁹⁾ 이는 단지 실행의 착수에 만 충분한 것으로서, ‘착수고의’ 내지 ‘미수의 고의’라고 부를 수 있다. 이러한 미수의 고의가 유지되어 행위자가 이제 추가적인 행위 없이도 결과가 발생한다고 인식하여 실행행위를 종료함으로써 비로소 기수고의가 된다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

2. 형법적 기능

이러한 이론에 의하면 발생한 결과가 착수미수 단계에서 단지 착수고의 내지

56) 김성룡, 전계논문, 204면 이하, 그리고 208면.

57) 김성룡, 상계논문, 209면(“부작위범의 경우도 동일하다”) 이하.

58) Struensee, “Versuch und Vorsatz,” *GS-Armin Kaufmann*, S.529f., 538.

59) 김성룡, 전계논문, 204면 참조.

60) 김성룡, “결과의 조기발생사례의 실체법적 함의”, *형사법연구*, 제24호, 2005, 67면 이하. 독일에서는 예컨대 *LK-Schroeder*, §16 Rn.34; *Gropp*, *AT*, §9 Rn.66; *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988, S.602f.; *Wolter*, “Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld?,” *FS-Lefferenz*, 1983, S.557f.; *Eser/Burkhardt*, *Juristischer Studienkurs I*, 4.Aufl., 1992, Fall 8 Rn.6; *Murmann*, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, S.9ff.; *Struensee*, *GS-Armin Kaufmann*, S.527ff.

61) 기수고의와 다른 미수고의가 인정되는 것인가 하는 문제는 결국 고의란 무엇인가 하는 근본적 물음인데 이는 너무나 어려운 문제로서 필자의 능력을 벗어났다. 그러나 이 문제를 깊이있게 천착하는 연구로서 김성룡, 상계논문, 61면 이하 참고. 미수범의 고의는 기수범의 그것과 동일하다는 것이 통설이다. 미수의 개념은 필연적으로 기수의 개념과 관련되는 것이고, 미수도 단순한 위험의 창출만으로는 충분하지 않기 때문이다(*NK-Zaczyk*, §22 Rn.13).

미수고의로부터 초래된 경우에는, 객관적 귀속이 긍정되더라도 그 결과가 고의기수를 근거짓지는 못하다는 결론에 이르게 된다. 그러한 행위는 —그 자체로는 고의행위이지만 그리고 객관적으로 귀속가능한 결과를 야기한 행위이지만— 기수의 고의가 결여되어 단지 미수범의 불법을 근거지울 수 있을 뿐이다. 그리하여 그 귀속가능한 결과는 단지 과실의 관점에서 의미를 갖게 될 것이다(미수와 과실의 상상적 경합). 이로써 착수미수와 고의결과의 결합은 그 불법면에서 미수로 평가되는 것이다. 여기에는 착수미수는 고의기수범의 성립을 근거지우는 기초로는 충분치 못하다는 사고가 바탕에 깔려 있다고 말할 수 있다.⁶²⁾ 이를 기수에 충분한 고의가 결여되어 그 결과의 주관적 귀속, 즉 고의에의 귀속이 부정된다고 표현하기도 한다.⁶³⁾ 결국 객관적 귀속이 인정되는 결과가 ‘고의’라는 주관적 구성요건 단계에서 귀속되지 않는 것으로 혹은 발생하지 않은 것으로 취급되는 것이다.

C. 미수고의가 작위범의 중지미수에 미치는 영향

1. 중지미수 긍정설

이러한 미수의 고의론은 특별히 착수미수의 중지가 실패한 사례해결을 염두에 둔 이론은 아니다. 착수미수 단계에서 행위자의 계획에 반해서 이미 발생한 결과가 고의기수범의 불법을 근거지울 수 있는가 하는 일반적인 고의귀속에 관련한 것이다. 중지문제와 일차적인 관련성은 없다. 예컨대 결과의 조기실현 사례에서 행위자가 중지의 기회를 받을 수 없게 되는 경우와 관련하여 논의되는 수가 있다.⁶⁴⁾ 그런데 이 미수고의론이 중지가 실패하여 결과가 발생한 사례영역에서는 고의기수범의 성립이 부정되어야 한다는 형태로 영향을 미칠 수 있다.⁶⁵⁾ 즉 착수미수 단계에서 더 이상의 실행행위를 포기하면 이와 동시에 기수고의의 성립이 부정되고, 따라서 발생한 결과는 단지 미수고의에 기초한 것이고, 이러한 미수의 고의는 고의기수책임을 근거짓기에는 충분하지 않다는 것이다.

그렇다면 착수미수의 중지자는 발생한 결과에 대하여 기수책임을 부담하지 않

62) Wolter, *ZStW* 89 (1977), 700; Wolter, *FS-Lefferenz*, S.563, 567f.

63) Frisch, *Zurechnung des Erfolges*, S.602; Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, S.34, 56.

64) 김성룡, 전계논문, 73면 이하.

65) Vgl. Bach, *Rücktritt vom Versuch*, S.94ff., 102ff.; Noak, *Tatverlauf und Vorsatz*, Diss. Hamburg, 1966, S.71ff.; Scheurl, *Rücktritt vom Versuch*, S.41ff.

게 되는 결론에 다시 이르게 되며, 실행미수의 중지에서 비로소 그 발생된 결과에 대하여 책임을 부담하게 된다.⁶⁶⁾ 즉 형법 제26조 자체가 결과의 귀속에 관하여 규정한 것이라고 이해하는 입장을 취하지 않더라도, 미수고의론은 — 구성요건차원에서 고의의 구조를 근거로 하는 일반적인 귀속을 통해 — 동일한 결론에도달하게 해준다. 미수고의를 긍정하는 입장을 취한다면, 중지미수를 긍정하는 이 견해가 논리일관된 것으로 보인다.

하지만 착수중지에서 행위자는 실행에 착수하여 결과를 발생시키는 행위를 계속하다가 그때까지 행한 행위만으로는 결과가 발생하지 않는다고 생각하고 실행행위를 계속할 수 있지만 번의하여 중지한 경우인데, 이때 결과를 발생시키는 실행행위를 하던 행위자에게 (기수)고의가 존재하지 않는 것인지 의문이다. 고의는 실행행위가 결과를 발생시킬 가능성을 인식하고 있느냐 하는 문제이지, 그때까지 행한 실행행위의 효과가 문제되는 것은 아니기 때문이다. 그러므로 설사 일반적으로 미수의 고의론을 긍정한다고 할지라도, 작위범의 착수중지의 경우에 그러한 미수고의는 인정되지 않는다고 보여진다. 중지미수에서 미수의 고의를 긍정하는 것은 구성요건과 중지의 차원을 분리시켜 고찰하지 아니하고 혼합하여 보기 때문이라고 생각된다.⁶⁷⁾

2. 중지부정·미수긍정설

독일에서는 착수중지가 실패하여 결과가 발생한 사례의 경우 기수의 고의가 부정되어, 고의기수범에 충분한 행위불법은 결여되고 있다는 견해가 있다. 그러므로 고의기수범으로 처벌될 수 없으며 미수처벌이 상당하다고 한다. 그러나 행위자가 창출한 위험이 결과에 실현되었으므로 객관적으로 귀속가능한 결과가 발생한 것이고, 따라서 중지범의 혜택을 받을 수 없다는 것이다.⁶⁸⁾ 이러한 입장은 ‘중지가 배제되는 착수미수’라는 형태로 기수범과 중지미수를 절충하는 태도이다.⁶⁹⁾

이에 대하여는 독일형법이 우리형법 제26조와 같은 필요적 감경의 중지미수를

66) 김성룡, 전계논문, **형사법연구** 제19호, 204면, 218면은 결과가 발생한 경우에 중지미수를 인정하지만 필요적 감경만을 인정하며, 성공한 중지범에게는 필요적 면제를 인정한다. 그러나 착수중지에서 성공한 중지범에 대하여는 항상 필요적 면제를 인정해야 한다는 점에 관하여는 의문이 없지 아니하다.

67) 미수의 고의가 논란되는 결과의 조기실현 사례는 구성요건 단계의 문제이다.

68) Wolter, *ZStW* 89 (1977), 697ff.; Wolter, *FS-Leferenz*, 1983, S.560ff. 또한 Munoz-Conde, *GA* 1973, 40.

69) Wolter, *ZStW* 89 (1977), 697.

가지고 있지 않기 때문에, 이러한 이상한 형태의 절충설이 나오게 되었다는 지적이 있다.⁷⁰⁾ 또한 형법이론적으로 미수가 인정된다고 하면서 왜 중지가 배제되는지 분명하지 아니하다.

V. 기수고의의 결여와 부작위범의 중지미수

A. 부작위범에서 착수·실행미수의 현대적 의미의 구별설 — 미수고의를 근거로

이제 위에서 살펴본 작위범에서의 일반적인 미수고의론이 부작위범의 중지미수에 원용될 수 있을 것인가 하는 점을 검토해 보아야 할 것이다. 미수고의론의 관점에서는 작위범에서와 상응되게 부작위범의 경우에도 착수중지와 실행중지에서 미수고의·기수고의의 차별성이 인정될 수 있어야 한다. 그리하여 부작위 착수중지에서 원래 요구되는 작위를 행함으로 기수의 고의가 부정되게 된다. 부작위범에서 착수미수와 실행미수의 구별설은 이제 고의차원에 투영되기에 이르렀다. 부작위범의 기수고의는 행위자가 결과방지를 위하여 원래 요구되는 행위를 하면 결과방지를 할 수 있는 초기단계를 경과했을 때 비로소 인정된다. 이러한 만회가능한 단계가 경과되기 전까지는, 고의기수의 불법을 근거짓기에 충분하지 못한 단지 착수고의 혹은 미수의 고의만이 존재하는 것이다.⁷¹⁾ 그러나 기수고의가 인정되기 위해서 이러한 착수단계가 경과한 후 행위자가 — 부작위를 더 계속하여, 즉 아직도 남아있는 결과방지가능성을 무시함으로써 — 결과를 야기하려는 결의를 할 필요는 없다.

B. 미수고의론의 부진정부작위범에의 원용 불가설

착수고의와 기수고의의 차별성을 — 이론적으로 논란이 극심하고 복잡하지만 — 부작위범에 원용하는 것은 확실히 개념적으로 가능한 것으로 보여진다. 그렇게 되면 중지의 실패로 결과가 발생했을 때 중지미수를 인정할 수 있게 되는 효과를 가져오게 된다.⁷²⁾ 그러나 부작위범에서는 기수고위와 미수고의를 작위범에

70) 김성룡, 전계논문, 207면.

71) Wolter, *Objektive und personale Zurechnung*, S.258ff., 264ff.; Gropp, *AT*, §9 Rn.72.

72) 김성룡, 전계논문, 209면 이하, 218면.

상응하여 구별하는 것을 부정하는 입장이 있다.⁷³⁾

작위범에서 기수고의와 미수고의를 구별하는 사고는 ‘위험상황의 인식’ 여하에 기초하고 있다. 착수미수 단계에서는 행위자의 관점에서 행위자는 ‘더 이상의 작위를 하지 않아도 결과발생에 이르게 되는 위험상황’을 아직은 야기하지 않았다.⁷⁴⁾ 그러한 위험상황을 야기하려는 결의를 가지고 단지 그것을 향해 나아가고 있다. 행위자가 자신의 결의를 유지하여 실행행위를 종료했을 때 그러한 위험상황을 실현하는 것이다.⁷⁵⁾

이와 달리 부진정부작위범에서는 결과가 스스로 야기되어질 수 있는 위험상황이 원래 존재하고 행위자는 그 위험상황과 실행의 착수시에 이미 마주하게 된다.⁷⁶⁾ 실행착수시에 이미 존재하는 이러한 위험상황은 구조적으로 작위범이 실행행위 종료단계에서 기수의 고의로 창출한 위험상황과 비견된다. 그러므로 위험의 실현을 방지하지 않음으로써 결과를 야기한다는 부작위범의 고의는 ‘결과가 스스로 발생되어질 위험’을 창출한다는 기수고의에 상응된다. 그러므로 작위범에서는 착수고의 내지 미수고의를 가지고 위험상황을 향해 단지 나아가는 단계(착수미수)의 행위와 기수고의를 가지고 위험상황을 창출하는 단계(실행미수)의 행위가 구분될 수 있겠지만, 이를 부작위범에 원용하는 것은 불가능하다.

그러므로 설사 미수의 고의를 일반적으로 작위범의 영역에서 인정하는 입장을 취하더라도, 부진정부작위범에서는 미수의 고의를 인정할 수 없다. 따라서 부작위범의 착수미수에서 원래 요구되는 작위를 함으로써 중지행위를 하였지만 실패하여 결과가 발생한 경우에는, 기수가 성립되고 따라서 중지미수는 배제된다.

VI. 맺으며

A. 논의의 결론

부진정부작위범의 중지미수는 작위범의 실행미수의 경우와 같이 자의로 기수

73) Küper, *ZStW* 112 (2000), 40ff.; Schliebitz, *Die Erfolgszurechnung*, S.160; Roxin, *AT II*, §30 Rn.140.

74) Küper, *ZStW* 112 (2000), 41; Roxin, *AT II*, §30 Rn.140, §29 Rn.62ff.

75) Vgl. Struensee, *GS-Armin Kaufmann*, S.527ff.; Frisch, *Zurechnung des Erfolges*, S.602; Murmann, *Versuchsunrecht*, S.9ff.

76) Küper, *ZStW* 112 (2000), 41; Roxin, *AT II*, §30 Rn.140. Vgl. Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, S.318f.

를 방지하는 형태로 적극적 작위에 의한 중지행위를 전제로 한다. 이러한 의미에서 부작위범의 중지미수는 작위범의 종료미수에 관한 규정(형법 제26조 후단)이 준용된다. 그렇지만 부작위범에서 착수미수와 실행미수의 구별은 개념적으로 가능하고 또한 의미가 전혀 없는 것은 아니다. 그것은 결과가 발생하지 않은 경우 중지미수의 요건을 심사할 때 기준이 되는 중지행위의 태양을 구체화시켜주는 기능을 할 수 있다는 데 제한된다. 이러한 맥락에서 부작위범의 착수미수는 행위자의 관점에서 결과를 방지하기 위하여 원래 (실행착수시) 요구되는 작위를 함으로써 족한 경우에 인정되고 실행미수는 그 이상의 다른 태양의 중지행위가 필요하다는 구분은 일정한 기준을 제시한다는 의미를 가질 수 있다. 그러나 이러한 미수단계의 구분에 우리나라의 극소수설이나 독일의 통설과 같이 부작위범의 중지미수가 실패하여 결과가 발생했을 때, 착수중지의 경우에는 결과에 대한 책임을 부담하지 아니하고 따라서 중지미수가 인정되고 실행중지의 경우에는 그렇지 않다는 의미가 부여되는 것은 아니다. 결과를 방지하기 위한 중지행위에도 불구하고 객관적으로 귀속가능한 결과가 발생하면, 부작위범의 착수중지의 경우에도 이미 성립된 고의기수범이 부정되지 아니한다. 중지행위는 단지 양형의 요소로 고려될 수 있을 뿐이다.

B. 극소수설의 의미내용과 비판적 검토의 요약

아직 위험이 비교적 심화되지 않은 착수미수 단계에서 행위자가 법익을 유지하려는 중지행위를 통하여 그가 원래 의도했던 결과를 더 이상 원하지 않는다는 사실을 분명히 보여주었음에도 불구하고, 결과가 발생했다고 하여 그 행위자를 고의기수범으로 처벌하고 중지행위는 단지 양형에서 고려된다는 것이 상당한가 하는 의문이 제기될 수 있다. 부작위범과 관련한 우리나라의 극소수설이나 독일의 통설은 바로 이러한 사고를 배경으로 하고 있다고 생각된다. 그렇기 때문에 부작위범에서 착수미수와 실행미수를 구별하여 전자의 경우에서만 고의기수범의 형사책임을 면하게 해 주려는 구별설이 나타나게 되었다. 부작위범의 착수중지가 실패하여 결과가 발생한 경우에 중지미수를 인정하자는 구별설의 이론적 시도는 두 가지로 요약될 수 있다.

하나의 형법 제26조를 결과발생시 그 결과에 대하여 책임을 부담할 것이냐 아니냐에 관하여 규정한 것으로 이해하는 것이다. 제26조가 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지하면 중지미수가 성립되는 것으

로 규정하고 있으므로, 우리 법문이 결과방지를 필요로 하는 것은 본조 후단의 실행중지의 경우만이라고 하는 것이다. 본조 전단의 착수중지의 경우에는 결과방지를 명문으로 요구하지 않으므로, 결과가 발생한 경우 그 결과에 대한 책임을 부담시키지 않겠다고 규정한 것이라고 해석한다. 이와 같이 중지규정인 제26조를 발생한 결과의 귀속에 관하여 규정하고 있다고 파악하는 것은 중지와 구성요건 차원을 구분하지 아니하고 혼동하거나 혼합하는 태도라고 할 수 있다. 결과가 발생한 경우에 그 결과에 대하여 기수범인가 미수범인가는 구성요건 차원에서 검토되는 것이다. 미수범으로 결정되면 이러한 미수범을 전제로 하여 제26조의 중지여부를 심사하게 된다. 이에 따라 우리 형법도 제2장 제2절 미수범이라는 제목 하에서 제26조 중지범을 규정하고 있는 것이다. 그러므로 제26조의 중지미수는 그것이 착수중지이든 실행중지이든 기수방지를 전제하고 있는 것이다.

그렇기 때문에 구별설의 다른 하나의 이론적 시도는 중지미수의 실패로 객관적으로 귀속가능한 결과가 발생한 경우에 기수범인가 미수범인가, 즉 결과의 귀속여부를 검토하는 구성요건 단계에서 미수범을 확보하려는 것이다. 이 경우 결과의 객관적 귀속은 긍정되고 있으므로 주관적 구성요건에서 고의를 문제삼아 기수를 부정하여 미수를 긍정하려고 시도한다. 그리하여 고의작위범 영역에서 일반적으로 결과의 귀속과 관련하여 등장한 미수의 고의론을 근거로 기수고의를 부정하여 문제사례에서 미수가 인정된다고 한다. 그리고 이러한 미수를 전제로 제26조 중지범의 요건을 검토하여 중지미수가 성립된다는 결론에 이른다. 이러한 미수의 고의론은 통설에 의하여 받아들여지지 않고 있다. 그러나 실사 미수의 고의론을 취한다고 하더라도 이는 작위범의 영역에서 가능한 것이지, 부작위범에서는 이론적으로 인정될 수 없다.

C. 우리나라 지배적 통설의 타당성

본고의 고찰을 통하여 극소수설이나 독일의 통설이 타당하지 아니하고, 우리나라의 지배적 통설이 타당하다는 결론에 이르렀다. 그러나 문헌상 이러한 지배적 통설은 그 결론만을 아주 간단히 지적하고 있을 뿐이다. 그러한 결론은 당연한 것으로 받아들여져 왔고 논의의 대상이 되지 아니하였다. 너무 당연한 것이기 때문에 그 근거의 모색과 제시가 이루어지지 않았던 것도 또한 당연한 것이었다. 이는 거꾸로 지배적 통설의 의미도 또한 드러나지 않게 되는 결과가 되었다. 그런데 최근에는 깊이있는 논거들을 가지고 그러한 결론에 대하여 의문을 제기하

는 견해가 나타났다. 그리하여 그들이 제시하는 관점과 논거들을 검토함으로써 다시 지배적 통설이 기초하고 있었던 근거들이 드러나게 된다고 생각된다. 본고에서는 그러한 근거들을 고찰하려고 시도하여 보았고, 이를 통해 지배적 통설이 어떠한 의미와 내용을 가지고 있는가를 조금이나마 모색해 보았다. 이러한 논의들이 중지미수의 구조를 이해하는데 도움이 되면서도 또한 많은 어려운 과제들을 남겨주고 있다는 점도 확인된다.

주제어 : 부작위범의 중지미수, 착수중지, 실행중지, 실패한 중지, 미수의 고의

<Resume>

Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikt

Yong-Sik Lee*

Es stellt sich die Frage, ob der Rücktritt vom Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikt zwischen unbeeendeten und beeendeten Versuch unterschieden werden kann. Nach der Mindermeinung in Korea ist diese Unterscheidung nicht möglich bzw. erforderlich, da auf jeden Fall ein aktives Rücktrittsverhalten wie beim beeendeten Versuch des Begehungsdelikts verlangt wird. Insofern gelten für den Rücktritt vom Unterlassungsdelikt die Regeln des beeendeten Begehungsversuchs entsprechend. Zum Teil in der Mindermeinung ist diese Unterscheidung festgehalten, jedoch nur in harmlosen Sinne, dass es allein um die Präzisierung der erforderlichen Rücktrittshandlung gehe. Die überwiegende Ansicht nimmt einen unbeeendeten Versuch des Unterlassungsdelikts an, solange der Täter mit Nachholung der ursprünglich gebotenen Handlung den Erfolg noch abwenden kann. Ein beeendeter Unterlassungsversuchs soll dagegen vorliegen, wenn der Erfolg nicht mehr mit der ursprünglich gebotenen Handlung, aber mit einer andersartigen außergewöhnlichen Rettungshandlung abgewendet werden kann.

Aber nur vereinzelt in dieser überwiegenden Meinung in Korea ist bejaht, dass der Garant im unbeeendeten Versuch kein Vollendungsrisiko trage. Fast alle koreanischen Autoren nehmen das Vollendungsrisiko des Garantens vom Tatbeginn an. Es ist aber in der herrschenden Meinung bis heute völlig ungeklärt, warum der Garant vom Tatbeginn an das Vollendungsrisiko trägt. Der Hintergrund der Differenzierungstheorie, die den Garant beim unbeeendeten versuch aus der Erfolgshaftung für vollendetes Delikt entlässt, ist auch noch kaum in Korea eingeführt.

* College of Law, Seoul National University

Die vorliegende Abhandlung behandelt die Frage, welche Bedeutung das Erfolgsrisiko beim unbeendeten Unterlassungsversuch hat. Dadurch unterstützt der Autor die herrschende Meinung in Korea. Die vereinzelt Ansicht, die eigentlich an deutsche herrschende Ansicht anlehnt, ist dogmatisch nicht begründet. Ein Verständnis des Art.26 kStGB als Erfolgzurechnungsnorm und die Verneinung eines Vollendungsvorsatz werden von der vorliegenden Abhandlung abgelehnt.

Key Words : Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikt, Unbeendeter Versuch, Beendeter Versuch, Misslungener Rücktritt, Vollendungsvorsatz