

# 刑法 第27條(不能未遂)에 관한 研究

李 敬 鎬

## A Study on the interpretation of Article 27 of the Korean criminal law

*Lee, - Kyung—Ho*

### 目 次

- |                   |                   |
|-------------------|-------------------|
| 一. 序 論            | Ⅲ. 但書規定           |
| 二. 不能犯과 刑法 第27條   | Ⅳ. 事實의 欠缺과 第27條   |
| 三. 刑法 第27條에 대한 考察 | Ⅴ. 刑法 第27條와 未遂犯體系 |
| Ⅰ. 刑法 第27條의 犯罪定型  | 四. 結 論            |
| Ⅱ. 不能未遂의 成立要件     |                   |

### Summary

Article 27 of the Korean criminal code provides, under the title of Impossible Crime, that even though the occurrence of a crime is impossible because of means adopted for the commission of the crime or because of mistake of objects, the punishment shall be imposed there has been a resulting danger, but the punishment may be reduced or remitted. The notion of Impossible Crime has been recognized theoretically until the present Criminal Law was enacted. It is, therefore, true that the principle of interpreting Article 27 is not established accordingly.

The concept of Impossible Crime is understood differently according to criminal scholar. It is thought that Impossible Crime is such a crime that has impossibility of results naturally because of no realizable constituting requisites (Tatbestand). To make clear its concept it is necessary to compare with the concept of Criminal Attempts.

Criminal Attempts is delict which did not realize the content of constituting requisites completely but has its realizability while Impossible Crime is such a delict that has no possibility of realizing the content of constituting requisites at all and that the conduct is not so dangerous and so estimated no-crime that it is recognized non-punability.

In analysing the structure of Article 27, there are following theories: (1) to understand it the Impossible crime (2) to recognize separate crime patterns, medium form of Crime Attempts and Impossible Crime, and (3) to interpret Crime Attempts, The latter is majority opinion.

in Korea, which it is agreed with.

Accordingly, it is apprehended that Article 27 is Provision of Crime Attempts—New Pattern Crime Attempts distinguishing Crime Attempts of Article 25, and that “the Occurrence of a crime is impossible” means theoretically Crime Attempts that it is criterion of distinguishing Crime Attempts of Article 25 and Crime Attempts of Article 27, “A resulting danger” Connnotes Such an expression that it is grounded on the Standard of the dangerousness distinguishing Crime Attempts of Article 27 and Impossible Crime.

To interpret Article 27, it is most important to ascertain What “the Occurrence of a crime is impossible” and “a resulting danger” mean, namely the criterion of distinguishing Article 25, Article 27 and Impossible Crime respectively, many theories are divided; (1) Objective theory (2) the concrete dangerousness theory (3) the abstract dangerousness theory (4) the Subjective dangerousness theory (5) the pure Subjective theory so on. In my opinion the special theory needs To make clear “the occurrence of a crime is impossible” and the subjective dangerousness theory is reasonable “a resulting danger”.

## 一. 序 論

現行刑法 第27條는 不能犯이라는 標題下에 「實行의 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 結果의 發生이 不可能하더라도 危險性이 있을 때에는 處罰한다. 但 刑을 減輕 또는 免除할 수 있다.」고 規定하고 있다. 不能犯이라는 概念은 現行刑法이 制定되기 전까지는 다만 講學上으로만 認定되어 오던 概念에 不遇하였던 것<sup>1)</sup>으로 원래 處罰하지 않는 것 즉 犯罪가 아닌 것이었다. 그런데 舊刑法에 없던 新設된 條文인 刑法 第27條는 不能犯이라는 標題에도 불구하고 「……危險性이 있을 때에는 處罰한다.」고 하고 있으므로 어떠한 行爲를 不能犯으로 볼 것인가, 刑法 第27條의 犯罪定型은 무엇으로 볼 것인가. 그리고 刑法 第27條의 本文은 어떻게 解釋할 것인가 등에 대한 理論이 具體적으로 定立되어 있지 않고 學說이 나누어져 있는 實情이다.

따라서, 本稿에서는 現行刑法上 새로이 明文으로 規定된 소위 <不能犯>에 대한 問題를 밝히고 同 規定의 犯罪定型을 파악하여 刑法 第27條가 지니는 의미를 分析檢討하고 그에 따른 새로운 未遂犯 體系를 통하여 刑法 第27條의 解釋上的 문제점을 해결하는데 이바지 하고자 한다.

## 二. 不能犯과 刑法 第27條

刑法 第27條의 標題는 不能犯이고 그 本文은 “實行의 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 結果의 發生이 不可能하더라도 危險性이 있을 때에는 處罰한다.”고 규정하고 있기 때문에 不能犯을 可罰的 不能, 不可罰的 不能으로 나누는 등 혼란을 일으키고 있다. 따라서 刑法 第27條에 관한 올바른 犯罪定型의 파악을 위하여 먼저 不能犯의 概念을 分明히 하고 第27條와의 關係를 정립하고자 한다.

우선 諸學者들의 不能犯에 對한 概念을 살펴보면 “行爲의 性質上 結果發生이 不可能하므로 未遂

1) 安明基, 刑法 第27條 解釋上的 문제점(上), 司法行政, 1973. 2. p. 31.

犯으로 處罰할 수 없는 경우”<sup>2)</sup>, “構成要件의 內容이 實現될 可能性이 全無하여 可罰성이 없는 行爲”<sup>3)</sup>, “行爲가 그 性質上 犯罪을 實現할 危險성이 없으므로 刑法上 犯罪로서 評價되지 않는 行爲”<sup>4)</sup>, “行爲의 性質上 構成要件을 實現할 可能性이 없는 行爲”<sup>5)</sup>, “構成要件 實現의 可能性이 없는 行爲에 의하여 犯罪을 犯하고자 하는 것”<sup>6)</sup>, “犯罪을 實現하려고 한 行爲가 그 性質上 犯罪을 實現할 可能性이 없고 또 刑法上 犯罪行爲로서 評價할 만한 價値가 없는 것”<sup>7)</sup>, “...性質上 結果發生이 不可能한 未遂”<sup>8)</sup>, “形式上 一定한 行爲가 있었지만 實質上 犯罪構成要件을 充足할 可能性이 없는 行爲”<sup>9)</sup>, “犯罪의 實行에 着手하였으나 行爲 그 자체의 性質上 또는 行爲의 對象인 客體의 性質上 犯罪의 構成要件의 內容을 완전히 實現할 可能性 즉 危險性(Gefährlichkeit)이 없어 未遂犯으로도 處罰할 수 없는 경우”<sup>10)</sup>, “行爲의 性質上 一定한 犯罪構成要件을 實現할 可能性이 없는 것”<sup>11)</sup>, “危險성이 없는 行爲, 危險성은 刑法的 評價上的 構成要件의 實現可能性을 뜻하는데 여기에서는 刑法的 評價上的 結果發生의 可能性으로 보아도 상관없다고 하는 경우”<sup>12)</sup>, “事實上 結果發生이 不可能할 뿐만 아니라 危險성도 없는 行爲”<sup>13)</sup> 등이다. 以上の 諸見解들을 종합하여 보면 不能犯이란 犯罪構成要件을 實現할 可能性이 없고 刑法上 犯罪行爲로서 評價할 價値가 없는 경우라고 할 수 있겠다.

본래 不能犯은 刑法理論에 있어서 客觀主義立場에서 認定된 것으로 行爲의 客觀的 性質에 基礎를 두어 그 客觀的 事實에 對한 危險性 및 構成要件該當性を 標準으로 犯罪의 成立을 이해하려는 것이다. 요컨대 客觀적으로 侵害事實이 발생한 경우(既遂)에 犯罪가 成立하는 것을 원칙으로 하고 다만 侵害事實의 발생이 없으나 發生 가능한 경우(未遂)에 例外的으로 犯罪의 成立을 인정하고 侵害的 事實의 발생이 不可能한 경우에는 犯罪의 成立을 認定할 수 없게 된다.

그런데 未遂犯의 本質은 犯罪의 客觀的 構成要件이 缺如된 것으로 行爲者의 犯罪의 意思의 定型化(Verkörperung)에 있으므로 行爲者의 主觀的 危險성이 客觀化 되었을 때 즉 犯罪의 意思의 表現 이 實行의 着手에 이르렀다고 할 수 있을 때 비로소 犯罪의 成立을 인정할 수 있다. 그리고 行爲者의 主觀的 危險성이 犯罪의 定型을 띠지 못했을 경우에는 陰謀, 豫備에 불과하거나 단순한 思想上 지나지 않는 것으로 犯罪라고 할 수 없다. 이렇게 볼 때 主觀主義的 見地에서도 不能犯의 概念을 인정하지 않을 수 없고, 특히 現行 刑法 第27條에 있어서의 不能犯에 대한 태도는 主觀主義的 見地에 입각한 未遂와 不能犯의 구별이라 理解된다.<sup>14)</sup>

- 2) 姜瑞龍, 新刑法要義, 法制新報社, 1956. p. 88.
- 3) 白南憶, 刑法總論, 法文社, 1961. p. 252.
- 4) 廉政哲, 刑法總論, 韓國司法行政學會, 1366. p. 417.
- 5) 李建鎬, 刑法講義(總論), 博英社, 1960. p. 194.
- 6) 孫海睦, 不能犯(上), 考試界, 1966. 8. p. 43.
- 7) 申東旭, 未遂犯의 理論構造, 考試界, 1974. 6. p. 24.
- 8) 黃山德, 刑法總論, 邦文社, 1981. p. 236.
- 9) 劉基天, 刑法學(總論講義), 一潮閣, 1981. p. 265.
- 10) 鄭榮錫, 刑法總論, 法文社, 1981. p. 218.
- 11) 南興祐, 刑法總論, 博英社, 1981. p. 207.
- 12) 金鍾源 外 7人 共著, 韓國司法行政學會, 1981. p. 302.
- 13) 陳奕鎬, 刑法總論, 大旺社, 1981. p. 340.
- 14) 劉基天, 「總論」, p. 273. 274. 鄭榮錫, 「總論」, p. 224 참조.  
여기에 대하여는 뒤에서 상술하고 있음.

따라서 刑法 第27條와 관련하여 不能犯의 개념을 보면 어떤 犯罪意思로 行爲를 하였더라도 그 實行의 手段 또는 對象의 錯誤로 一般的으로 보아 그 目的으로 하는 結果의 발생이 不可能하고(즉 客觀的 結果發生의 可能性이 없고), 法益侵害意思의 定型化에도 이르지 못하여(즉 行爲의 主觀的 危險性도 없다고 평가되어) 그 可罰性을 인정 할 수 없는 行爲라고 하였다. 요컨대 不能犯은 結果發生이 없었다는 점에서 未遂와 恰似한 것 같으나 本質적으로 전혀 犯罪가 될 수 없으므로 未遂의 概念에 포함시킬 수 없다.<sup>15)</sup>

원래 不能犯이란 未遂犯으로서도 處罰할 수 없는 경우를 가리키는 講學上, 便宜上의 名稱이며 犯罪가 아니다. 그런데 現行 刑法 第27條는 그 標題가 「不能犯」이라고 規定하고 있으나 本文의 內容이 結果의 發生이 不可能하다도 法益侵害의 危險性이 있기 때문에 處罰하는 未遂犯에 관한 것이므로 이에 따라 同條의 犯罪定型과 未遂犯體系에 대한 分析·檢討가 요구된다. 그리고 或者는 不能犯과 第27條의 本文內容을 同意語로 사용하는 경우도 있으나 부당하다. 독일에서는 이에 대하여 未遂的 性格을 가지고 있다는 점에서 不能未遂(untauglich Versuch)라고 하고 있으며<sup>16)</sup> 우리 刑法 第27條도 未遂犯이지만 結果의 發生이 '不可能'한 未遂라는 뜻에서 「不能未遂」라고 부름이 타당하다<sup>17)</sup>고 본다.

### 三. 刑法 第27條에 대한 考察

#### I. 刑法 第27條의 犯罪定型

刑法 第27條는 그 標題가 '不能犯'이고 本文의 內容은 '未遂犯'이므로 同條의 犯罪定型이 무엇인가 하는 문제는 同條에 대한 해석과 現行 刑法上 未遂犯의 體系에 있어 요체가 되는 것이다.

刑法 第27條의 犯罪定型에 대한 學說은 매우 다양하지만 대체로 (1) 不能犯에 관한 規定으로 보는 見解, (2) 中間形態로서 準不能犯으로 보는 見解, (3) 未遂犯으로 보는 見解가 있고, 未遂犯으로 보는 見解는 다시 ① 第25條의 障礙未遂犯과 구별하지 않는 立場(未遂犯 同類說)과 ② 第25條의 障礙未遂犯과 區別하는 立場(未遂犯 異類說)으로 나눌 수 있다.<sup>18)</sup>

##### 1. 不能犯說

南興祐 教授는 刑法 第27條의 本文內容을 反對解釋하여 「危險性이 없는 不能犯」, 즉 不可罰的 不能犯으로 파악하고 있으면서 다른 한편으로 “不能犯의 處罰에 관한 立法例는 여러가지 있으나 現行 法은 刑을 減輕 또는 免除할 수 있도록 하였다.”<sup>19)</sup>고 함으로써 同條의 不能犯이라는 標題와 관련하여 그 犯罪定型을 잘못 파악한 것으로 보인다.<sup>20)</sup>

15) 鄭榮錫, 「總論」, p. 218. 第27條의 犯罪定型에서 상술하고 있음.

16) 廉政哲, 「總論」, p. 417.

17) 金鍾源 教授, 陳發鎬 教授는 第27條를 不能未遂라고 부르고 있음.  
(金鍾源 「前揭共著」 p. 300, 陳發鎬 「總論」, p. 338).

18) 筆者는 편의상 第25條의 障礙未遂와 第27條의 未遂를 區別하지 않는 立場을 未遂犯 同類說, 區別하는 立場을 未遂犯 異類說이라고 命名하고자 한다.

19) 南興祐, 「總論」, p. 217, p. 218.

20) 朴貞根, 刑法 第27條의 犯罪定型과 未遂犯의 新體系, 法政 1968. 5(214號), p. 36 참조.

2. 準不能犯說

이 說은 刑法 第27條의 “結果發生이 不可能하더라도 危險性이 있는 경우를 不能犯과 未遂犯의 中間位置에 있는 別個의 概念이라고 하고 이러한 危險性은 있으나 未遂犯이 아닌 경우를 準不能犯이라고 한다.”<sup>21)</sup> 그러나 不能犯과 未遂犯의 中間領域에 可罰的인 不能犯 즉 準不能犯을 인정하는 것은 危險性이 있으면 未遂犯, 危險性이 없으면 不能犯이라는<sup>22)</sup> 點에서 타당하다고 볼 수 없다.

3. 未遂犯說

現行 刑法 第27條에 대하여 오늘날 대다수의 學者들이 그 犯罪定型을 未遂犯으로 보고 있으나 이에 대한 논거나 주장이 未遂犯의 體系와 關係하여 다양하게 나누어져 있는 바 2가지로 大別하여 그 주요 見解를 살펴보고자 한다.

(가) 未遂犯 同類說

刑法 第27條를 未遂犯으로 보기는 하나 第25條의 未遂犯과 구별하지 않는 立場인데 그 見解를 보면,

黃山德 博士는 “刑法 第27條는 結果發生이 不可能하더라도 危險性이 있으면 未遂犯으로 處罰하고 그러한 危險性이 없으면 不能犯이 되어 처벌되지 아니한다는 뜻의 規定이라는 것은 곧 짐작할 수 있다.”<sup>23)</sup>고 하여 刑法 第27條를 未遂犯에 대한 규정이라고 하지만 “結果發生이 없었을 뿐만 아니라 危險性도 없어야만 不能犯의 成立을 인정하고 만일 危險性이 있으면 未遂犯의 成立을 인정하는 것이 學界의 通說로 되어 있는 이상, 未遂犯 외에 소위 可罰的 不能犯을 인정하는 것은 이해할 수 없는 일이다. 이리하여 第25條의 未遂犯과 第27條의 未遂犯을 各別로 인정하자는 意見도 나왔던 것이지만 이렇게 된다면 第25條의 未遂犯은 因果關係의 欠缺로 말미암아 結果發生이 없는 경우가 되고 第27條의 未遂犯은 기타의 사유로 말미암아 結果發生이 없는 경우가 될 것인데 構成要件의 要素中에서 因果關係에 속하는 行爲의 部分과 기타의 行爲의 部分을 價值的으로 구별하는 것이 근거가 없다.”<sup>24)</sup>고 하여 第27條의 未遂를 別途로 인정하지 않고 있다.

廉政哲 교수는 刑法 第27條가 “그 刑의 任意的 減免을 인정하고 있으나 이것은 任意的 減輕事由를 인정한 障礙未遂(第25條)와 必要的 減免을 인정한 中止未遂(第26條)의 刑과도 다르다. 따라서 刑만을 重視할 경우에는 不能犯과 未遂犯과의 中間에 속하는 別個의 處罰概念을 인정한 것이라 할 수 있다. 그러나 不能犯으로 되지 않을 경우에는 未遂犯 이외에 그 犯罪類型이 없으므로 결국 未遂犯의 범주에 속하게 되며 刑만을 輕하게 處罰하는 趣旨라 解釋된다.”<sup>25)</sup>고 하여 同條의 犯罪類型을 第25條의 障礙未遂犯과 구별하지 않는다.

(나) 未遂犯 異類說

刑法 第27條를 未遂犯으로 보면서 第25條의 未遂犯과 다른 類型의 未遂犯으로 파악하는 立場인데 학자들의 論旨를 보면,

21) 柳乘震, 韓國刑法總論, 1957. p.162~163.  
 22) 大判 54. 12. 21.  
 23) 黃山德, 「總論」, p. 242.  
 24) 黃山德, 「總論」, p. 243.  
 25) 廉政哲, 「總論」, p. 423.

鄭榮錫 교수는 “實行的 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 結果發生이 絶대적으로 不可能하더라도 行爲의 危險性이 인정되는 경우에는 모두 未遂犯으로 處罰하는 主義를 擇하고 다만 이 경우는 보통 未遂와는 달리 法官의 裁량에 의하여 刑의 減輕뿐만 아니라, 특히 免除까지도 할 수 있는 특별한 未遂를 인정하고 있다.”<sup>26)</sup>고 한다. 따라서 鄭教授는 第25條의 未遂는 普通未遂로, 第27條의 未遂는 特別未遂로 구별하고 있다.

劉基天 博士는 “第27條의 경우는 結果의 발생이 不可能한 때에라도 危險性있는 경우이고 第25條는 結果發生이 可能하지만 그 구체적인 때에 結果를 발생하지 못한 때를 意味하므로 刑法 第27條의 未遂와 刑法 第25條의 未遂를 구별하는 것이 타당하다.”<sup>27)</sup>고 하여 刑法 第25條의 未遂와 第27條의 未遂의 二種의 未遂를 인정하고 있다.

朴貞根 교수는 “現行 刑法은 第27條에서 欠缺未遂犯을 규정하고 있다.…… 따라서 障礙未遂로 된 同法 第25條의 犯罪定型과 第27條의 그것이 다른 것은 前者가 「實行的 對象 또는 手段이 存在하는 때도 불구하고 犯罪의 實行에 着手하였다가 自意에 의하지 아니하고 그것을 완성하지 못한 일반적 경우를 말하는데 반하여 後者는 특별히 「實行的 手段 또는 對象의 不存在」 즉 欠缺로 인하여 實行에 着手한 犯罪를 自意에 의하지 아니하고 완성하지 못한 경우를 말한다. 그러므로 第27條의 未遂犯을 第25條의 未遂犯과 構成要件上 서로 구별할 수 있는 핵심점은 「實行的 手段 또는 對象의 不存在」 즉 「欠缺」이나 「存在」나 하는 점에 있다고 생각되고 따라서 그 犯罪定型을 특별히 欠缺未遂라고 命名한 것이다.”<sup>28)</sup>고 하여 第25條의 障礙未遂와 區別하여 第27條를 欠缺未遂라고 한다.

金鍾源 교수는 “第27條는 新刑法에서 新設된 規定인데 만약 <本文規定>만 있다면 未遂犯을 不能犯으로부터 구별케 하는 規定으로서 소극적인 의미를 가질 뿐이다(물론 事實의 欠缺의 문제에 관한 立法的 해결의 面도 가지지만). 그러나 同條 <但書規定>에 의하여 本文에서 規定하는 未遂犯은 刑의 任意的 減免을 받도록 되는데, 條25條의 未遂犯은 刑의 任意的 減輕, 第26條의 未遂犯은 刑의 必要的 減免을 받도록 되어 있다. 이와 같이 第25條, 26條, 27條에서 規定하는 未遂犯이 各各 다르게 취급받도록 되어 있으므로 결국은 第27條에 의하여 더 정확하게는 同條 但書에 의해서 現行刑法 下에서 未遂犯은 세 가지라는 결론이 나온다.”<sup>29)</sup>고 논술하고 있다.

陳癸鎬 教授는 “비록 刑法 第27條의 標題가 「不能犯」이라고 되어 있지만, 同條는 障礙未遂 및 中止未遂와 구별되는 새로운 형태의 未遂, 즉 不能未遂를 立法化한 것으로 이해함이 妥當하다. 왜냐하면 規範性이란 條文內容 그 자체에서 나오는 것이지 標題에서 나온다고 볼 수 없으며, 또한 不能犯은 위험성이 없기 때문에 未遂犯으로서도 처벌할 수 없는 편의상의 명칭에 불과하며 不能犯이라는 犯罪가 있는 것도 아닌데, 同條는 소극적으로 不能犯의 不可罰性을 規定하는 형식이 아니라 적극적으로 未遂犯의 可罰性을 規定하는 形式으로 되어 있으며, 나아가 同條의 未遂犯은 障礙未遂(25條)와는 달리 그 刑이 任意的으로 減免되기 때문이다.”<sup>30)</sup>고 밝히고 있다.

26) 鄭榮錫, 「總論」, p. 225.

27) 劉基天, 「總論」, p. 275.

28) 朴貞根, 欠缺未遂, 考試界, 1969. 1, p. 22.

29) 金鍾源 外 7人 共著, 「總論」, p. 306.

金鍾源, 刑法 第27條와 未遂犯, 法政, 1963. 11. p. 29, 刑法 第27條, 法政, 1975. 8. p. 47 참조.

以上과 같이 刑法 第27條의 犯罪定型은 未遂犯 異類說의 立場에 있는 學者들의 論據처럼 刑法 第25條의 未遂와는 다른 새로운 未遂라고 보는 것이 多數說이다. 周知한 바와 같이 第27條의 標題가 비록 「不能犯」으로 되어 있지만 同條의 本文內容 자체가 危險性이 있을 때는 處罰하는 未遂犯이고, 그리고 第25條의 障礙未遂의 刑이 任意的 減輕인데 비하여 第27條는 任意的 減免을 받도록 되어 있으므로 同條는 새로운 形態의 未遂로서 不能犯을 극히 제한하려는 主觀主義的 立法化<sup>31)</sup> 라고 할 수 있다.

이렇게 되면 現行 刑法下에서 未遂犯은 第25條의 未遂와 第27條의 未遂, 그리고 第26條의 中止未遂의 세가지의 體系로 나뉘어지고 특히 第27條의 未遂와 第25條의 未遂가 모두 障礙未遂로서 그 要件이 어떻게 다른가가 문제이다. 이 점에 대하여 분명히 통일된 견해는 없으며 학자마다 다르게 언급하고 있음은 위에서 이미 본 바와 같다.

그리고 第27條를 第25條와 區別하는 경우에도 「第27條의 未遂」에 대한 命名에 대하여 見解가 분분하여, 「特別한 未遂」, 「第27條의 未遂」, 「欠缺未遂」, 「不能未遂」, 「第27條의 이른바 危險性이 있을 때의 未遂」<sup>32)</sup>, 「可罰的 不能犯」 등등을 사용하고 있는데, 이미 밝힌 바처럼 「不能未遂」라고 부르는 것이 가장 적당하다고 본다. 이리하여 그 명칭이 여하튼 第25條의 未遂 및 不能犯과 구분될 수 있는 第27條 不能未遂의 成立要件을 分明히 하지 않으면 안된다.

## II. 不能未遂의 成立要件

刑法 第27條 不能未遂(Untauglicher ; elèblit impossible; Infraction impossible)는 「實行的 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 結果의 發生이 不可能하더라도 危險性이 있다.」고 평가되는 未遂를 말하는 바 그 成立要件은 다음과 같다.

### 1. 實行的 着手이 있을 것

不能未遂도 未遂의 一種이므로 그 成立에는 未遂犯 一般의 成立要件인 犯罪實行的 着手이 있음을 요한다. 實行的 着手의 概念定立 내지 時期判定의 標準에 관하여서는 學說이 크게 客觀說, 主觀說, 折衷說 등으로 나누어 지는데 豫備段階로부터 未遂段階에로의 移行을 定함에 있어서는 客觀的인 측면에 重點을 두어서 劃定하는 것이 妥當하리라 보므로, 行爲者의 個別的인 犯罪計劃을 고려하면서 직접으로 犯罪構成要件의 실현에서의 始動이 있을 때는 實行的 着手이 있다고 보는 ‘客觀的 折衷說’이 妥當하다고 본다.

### 2. 實行的 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 結果의 發生이 不可能할 것

이 要件에 의하여 不能未遂는 錯誤없이 客觀的 結果發生이 可能하였으나 현실적 結果發生이 없었던 第25條의 障礙未遂와 區別된다.

#### (가) 實行的 手段 또는 對象의 錯誤

結果發生이 不可能한 原因은 實行的 手段 또는 對象의 錯誤에 있음을 요한다. 예컨대, 사람을 毒

30) 陳癸鎬, 刑法總論, 大旺社, 1981. p. 118.

31) 註 14) 참조

32) 白南憶, 「總論」, p. 273.

殺할 意思로 독약을 넣어서 먹인다는 것이 설탕을 넣어서 먹인 경우나 彈丸이 들어 있는 줄 알고 쏜 총을 쓰는 경우는 手段의 錯誤로 인한 不能未遂의 例이고 屍體를 살아 있는 사람으로 알고 쏜 경우나 잉태하지 아니한 婦女를 잉태한 줄 알고 落胎를 시키는 경우 등은 對象의 錯誤(客體의 錯誤)로 인한 不能未遂의 例이다.

그런데, 여기서의 「手段의 錯誤」는 構成要件의 錯誤(事實의 錯誤)의 경우에 있어서의 「方法의 錯誤」와는 엄격히 구별되어야 한다. 즉 前者는 手段 그 자체에 錯誤가 있는 경우로서 殺人의 手段으로 독약을 사용한다는 것이 설탕을 사용한 경우임에 反하여, 後者는 打擊의 錯誤라고도 하듯이 豫想과는 다른 客體에 작용된 것으로서 甲을 죽이려고 쏘았던 바 그 총알이 옆에있던 乙에게 맞은 경우이다.<sup>33)</sup> 그리고 실형 構成要件의 實現이 不可能하더라도 그 원인이 構成要件要素中 行爲의 主體 또는 行爲狀況을 결여한데 있다면 不能未遂가 성립되지 않는다.<sup>34)</sup>

#### (나) 結果發生의 不可能

「結果發生이 不可能하다」고 함은 예컨대 殺人의 意思로 설탕을 먹이거나 屍體를 殺害의 意思로 쏜 경우와 같이 일반적으로 보아 그 目的으로 하는 結果의 發生이 不可能한 것 즉 「客觀적으로 結果發生이 不可能한 것」을 말한다. 여기서의 結果發生 可能性의 有無는 後述하는 危險性의 有無와는 다르며 第25條의 障礙未遂와 第27條의 不能未遂를 구별하는 標準이 되는 것이다. 여기에 대하여 從來의 理論은 結果發生 可能性을 危險性과 같은 것으로 다루고 있으나 有力說은 筆者와 같은 입장에 있으면서 이 경우의 結果發生 可能性을 事實判斷의 문제로 보아 이것을 事實上 結果發生 可能性<sup>35)</sup>이라고 하나 刑法上 評價의 主觀的 要素를 지닌 結果發生 可能性이 「事實的, 固定的인 것」<sup>36)</sup>이라 함은 妥當하지 않다고 본다. 생각컨대 同說은 「實行의 手段 또는 對象의 錯誤로 인한 結果不發生」의 모든 경우가 同一한 刑法的 價値를 부여받을 수 없다는 點을 간과하고 있는 것 같다. 예컨대 ① 致死量의 毒물로 알고 致死量에 未達된 毒물을 먹인 경우, ② 殺害의 意思로 독약을 먹인다는 것이 설탕을 먹인 경우, ③ 설탕으로 殺人을 하려고 한 경우나 硫黃의 粉末로 殺人을 하려고 한 경우가 모두 手段의 錯誤로 인한 結果不發生인데 이들 세가지 경우에 대하여 刑法上 同一한 評價를 부여할 수는 없다. 요컨대 現行 刑法에 의하면 筆者는 上記例, ③의 경우는 客觀的 結果發生 可能性도 없고 行爲의 主觀的 危險性도 없는 경우이므로 不能犯의 問題이고, ②의 경우에는 行爲의 主觀的 危險性은 있으나 客觀的 結果發生 可能性이 없다고 할 수 있으므로 刑法 第27條의 不能未遂에 해당하며, ①의 경우는 行爲의 主觀的 危險性과 客觀的 結果發生 可能性도 있으므로 第25條의 障礙未遂라고 본다. 그런데 事實判斷說에 의하면 ①의 경우도 ②의 경우와 마찬가지로 事實上 結果發生 可能性이 없는 경우이므로 同一한 法的 評價를 받아서 不能未遂라고 보게 된다.<sup>37)</sup>는 點은 妥當하지 않다고 생각된다.

33) 金鍾源 外 7人 共著, 「總論」, p. 302.

34) 陳奕鎭, 「總論」, p. 340.

35) 金鍾源 外 7人 共著, 「總論」, p. 302, 陳奕鎭, 「總論」, p. 339, 朴東熙, 「總論」, p. 192.

36) 金鍾源 教授는 그 獨창적인 그래프를 통해서 事實상 結果 발생 可能性 유무의 線을 사설 판단을 나타내는 것으로 고정적이라 함(金鍾源 外 7人 共著, 「總論」, p. 307).

37) 陳奕鎭, 「總論」, p. 340. 金鍾源 教授도 같은 立場임.



3. 危險性이 있을 것

第27條의 不能未遂가 되려면 結果發生이 不可能하더라도 危險性이 있어야 하며 이 점에서 危險性이 없는 「不能犯」과 區別된다. 不能未遂를 處罰하는 理由는 客觀적으로 結果發生이 不可能하지만 危險性이 있기 때문이다. 그리고 危險性的 有無는 同條의 不能未遂와 不能犯을 구별하는 중요한 표준이 되므로 進술한 結果發生 可能性의 有無와는 다르다. 여기서 結果發生 可能性은 行爲者의 主觀的 危險과 行爲의 客觀的 危險 전체에 대한 危險性的 評價(즉 客觀的 危險性的 문제)인데 비하여 不能未遂와 不能犯의 구별표준으로서 危險性은 단순히 行爲者가 結果發生이 可能하다고 믿는 主觀的 危險<sup>38)</sup>만을 基礎로 한 危險性的 評價(즉 主觀的 危險性的 문제)라고 하겠다.

요컨대 刑法 第27條의 危險性은 그 취지가 종래 客觀主義 理論의 立場에서 광범위하게 인정하였던 不能犯을 主觀主義 理論의 立場에서 극히 제한하려는 것으로<sup>39)</sup> 비록 錯誤로 인하여 行爲의 客觀的 結果發生은 不可能하더라도 行爲者의 主觀的 危險에 대한 可罰性的 評價라고 할 수 있다. 그런데 이러한 危險性 有無의 判斷基準에 대하여는 종래의 많은 학설이 있는데 다음과 같이 5개의 學說로 大別할 수 있다.

(가) 客觀的 危險說(舊 客觀說: Objektive Theorie)

이 說은 絶對的·不能·相對的 不能說이라고도 하는 바, 포이에르바하(Feuerbach) 이래 미테르마이어(Mittermayer), 콘(Cohn), 大場 등 주로 前世紀에 주장된 學說로 結果發生의 可能性을 單純히 客觀적으로 考察하여<sup>40)</sup> 行爲가 抽象적으로 보아 結果發生의 可能性이 있을 때에는 未遂犯이고 그렇지 않을 때에는 不能犯이라고 보는 說이다. 이 說은 行爲後에 밝혀진 事情도 모두 고려에 넣는 點에 특징이 있다. 그리고 이 說은 實行의 手段 또는 對象이 어떠한 경우에도 結果를 발생시킬 수 없는 경우, 예컨대 殺人的 意思로써 硫黃을 음식물에 섞어서 먹게 하거나 屍體를 살아 있는 사람인 줄 알고 殺人的 意思로 쏘는 경우는 絶對的 不能(absolute Untauglichkeit)으로 不能犯이나, 實行의 手段 또는 對象이 일반적으로는 結果를 발생시킬 수 있으나 구체적인 特殊한 事情으로 因해 結果를 발생시킬 수 없는 경우, 예컨대 毒약을 먹였으나 그것이 致死量에 未達했거나 사람을 殺害하려고 심장을 향하여 쏘았으나 相對方이 防彈조끼를 입고 있었던 경우에는 相對的 不能(relative Untauglichkeit)으로 未遂犯이 된다고 한다.<sup>41)</sup>

(나) 具體的 危險說(新客觀說: Theorie der Konkreten Gefährlichkeit)

리스트(Liszt), 힙펠(Hippel), 泉二, 團藤 등에 의하면 이 說은 行爲當時의 具體的 事情下에서 行爲者가 인식한 事實 및 一般人이 인식할 수 있었던 事情을 危險判斷의 基礎로 하여 一般的 經驗法則에 비추어 危險性的 有無를 判斷하는데 危險性이 있다고 인정되면 未遂犯이 되고 危險性이 없다고 인정되면 不能犯이 된다고 한다.<sup>42)</sup> 이 說은 迷信犯(abergläubisches Verbrechen)의 경우는 客觀

38) 劉基天 교수는 刑法 第27條의 危險性은 日本改正刑法 假案 第22條의 영향을 받았으며 同 22條의 危險이란 主觀的 危險을 의미한다고 보고 있다(劉基天, 「總論」, p. 273).

39) 鄭榮錫, 「總論」, p. 224.

40) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil(3. Aufl. 1965), S. 431.

41) 프랑스 判例가 이 學說에 따라 임신하지 않은 婦女에 대한 落胎는 不能犯이므로 無罪라고 함(佛判例. 1859. 1. 6).

42) Liszt, Lehrbuch. 23. Aufl. 1921, S. 209; Hippel, Strafrecht, 1930, 425ff; 국내학자로는 金龜源, 白

의 危險이 없다 하여 不能犯이라 하고, 事實의 欠缺이 인정되는 경우는 거의 다 具體的 危險이 있다 하여 未遂로 이해하게 된다. 예컨대 一般 周圍事情上 잉태했다고 생각되는 婦人에게 落胎手術을 하였지만 사실은 그 婦人이 잉태하지 않았던 경우나, 彈丸이 채워져 있는 줄 알고 발사했으나 실은 彈丸이 없었던 것이 判明된 경우 등은, 對象 또는 手段의 絕對的 不能이지만 具體的 危險성이 있으므로 未遂犯이 된다. 그러나 이 說은 行爲者 뿐만 아니라 一般人也 危險判斷의 기초로 삼기 때문에 예컨대 수영 선수임을 모르고 수영 선수를 물에 빠뜨려 죽이려 한 경우나 실탕을 독약으로 오인하여 他人에게 복용시킨 경우 등의 對象 또는 手段의 不能은 具體的 危險성이 없으므로 不能犯이 된다고 한다.

(다) 抽象的 危險說(Theorie der abstrakten Gefährlichkeit)

이 說은 法秩序에 대한 危險說이라고도 하는 바, 바첸펠트(Wachenfeld), 프랑크(Frank) 등에 의하면 行爲當時에 行爲者가 인식한 主觀的 事情을 基礎로 하여 一般人的 判斷에서 結果發生의 危險성이 있으면 未遂犯이고, 結果發生의 危險성이 없으면 不能犯이라는 見解로서<sup>43)</sup>, 前述한 학자들이 주로 行爲의 客觀的 危險성에 중점을 두는데 反하여, 行爲者의 主觀的 危險성에 重點을 두는 학설이다. 이 說의 특징은 「事實의 欠缺」(Mangel am Tatbestand)을 未遂·不能犯과 次元을 달리하는 別個의 犯罪不成立의 경우라고 하는 점에 있다.

(라) 主觀的 危險說(Theorie der Subjektiven Gefährlichkeit)

이 說은 抽象的 危險說과 비슷하나 「事實의 欠缺」理論을 별도로 취급하지 않는 점이 다르다. 즉, 危險判斷의 기초를 行爲者의 主觀에 두고, 危險性判斷의 主體를 一般人에게 두어 一般人的 立場에서 危險하다고 인정되면 未遂犯이 되고 危險하지 않다고 인정되면 不能犯이 된다고 한다.<sup>44)</sup> 예컨대, 실탕을 독약인 줄 잘못 알고 먹인 경우에는 未遂犯이 되지만 실탕에 殺人力이 있다고 믿고서 실탕을 먹인 경우에는 不能犯이 되며 迷信犯의 경우에도 그러한 危險성이 없으므로 不能犯이 된다. 그리고 主觀的 危險說을 行爲者 危險說이라고도 부른다.<sup>45)</sup> 따라서 迷信犯은 그러한 危險성이 없으므로 不能犯이 된다고 해석하게 된다.

(마) 純主觀說(Subjektive Theorie)

이 說은 철저한 主觀主義를 未遂論에 적용한 것으로 부리(Buri), 쉬뢰더(Schröder), 마우라하(Maurach), 벨첼(Welzel), 게르만(German), 宮本 등에 의하면 犯罪를 實現하려는 意思를 표현하는 行爲가 있으면 이로써 犯人的 危險성은 微表되었으므로 結果發生의 客觀的인 危險성의 如何를 不問하고 未遂犯으로 보는 학설이다.<sup>46)</sup> 다만 이 학설에 의해서도 迷信犯(abergläubisches Verbrechen)만은 「處罰의 가치가 없으므로」(Welzel), 「非現實이므로」(Maurach), 「愚昧」하기 때문에 (Sch-

南億, 南興祐, 朴貞根 교수 등이 있다(金鍾源「7人 共著」, p. 303, p404 참조).

43) Wachenfeld, Lehrbuch, 1914, S. 179 ff; Frank, Strafgesetzbuch(18. Aufl. 1931) S. 85ff.

44)李建鎬, 「總論」, p. 168; 鄭錫雲, 刑法學, p. 278; 黃山德, 「總論」, p. 241; 陳癸鎬, 「總論」, p. 344; 牧野, 刑法總論(上卷), 昭和 12年, p. 231; 木村, 新刑法讀本, 昭和 29年, p. 270. 宮本, 刑法大綱, 昭和 10年, p. 190 이하.

45) 黃山德, 「總論」, p. 240.

46) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 14. Aufl, 1969, § 43- II, 1; Maurach, Strafrecht, S. 430.

Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 14. Aufl, 1969, S. 192.

röder) 또는 「希望이 있었을 뿐이므로」(Germann), 例外的으로 處罰되지 않는다고 한다.<sup>47)</sup> 그리고 이 說은 獨逸判例의 立場인데 客觀說을 지지해온 프랑스의 判例에 영향을 주어 잉태하지 않은 婦女에 대하여 燒酒와 化粧수의 혼합물을 注入케 한 行爲를 프랑스 刑法 第317條 第2項의 落胎罪의 未遂라고 判示하였다.<sup>48)</sup>

(사) 結 語

以上에서 危險性의 有無의 判斷基準에 관한 學說을 不能犯을 가장 넓게 인정하는 客觀的 見地에서부터 가장 좁게 인정하는 主觀的 見地까지 순서대로 살펴 보았다.

생각컨대, 우리 現行刑法 第27條는 外國의 立法例와 다른 것으로 危險性의 判斷基準에 대한 立場도 다르지 않을 수 없는 것인데 종래의 우리 學說이 刑法 第27條의 危險性을 論함에 있어 不能犯과 未遂犯의 區別표준으로서의 危險性만을 고려하였다. 그런데, 現行刑法 第27條는 不能犯과 不能未遂에 대한 區別표준인 「危險性」外에 障礙未遂와 不能未遂의 區別標準이 되는 「結果發生의 可能性」에 대한 判斷基準을 함께 고려에 넣지 않으면 안된다.

이리하여 筆者는 前述한 바와 같이 障礙未遂와 不能未遂의 區別標準이 되는 「結果發生의 可能性」은 客觀的 結果發生 可能性에 의함이 타당하다고 보며 不能未遂와 不能犯의 區別標準이 되는 「危險性」은 主觀主義的 見地에서 不能犯을 극히 제한하려는 刑法 第27條의 立法 취지와 위의 結果發生의 可能性에 대한 관계를 고려할 때 主觀的 危險說이 타당하다고 본다. 그리고 이 說은 主觀的인 行爲者의 危險과 客觀的인 危險判斷을 잘 綜合 調節하고 事實의 欠缺을 특별히 취급하지 않고 있으며, 行爲者가 인식하였던 사정과 一般人이 인식할 수 있었던 사정이 相互矛盾되는 경우에 불합리한 結論이 나오는 「具體的 危險說」의 矛盾을 해결할 수 있고 迷信犯의 不可罰을 설명할 수 있다.<sup>49)</sup>

이상에서 主觀的 危險說에 의하여 不能未遂와 不能犯의 구별 標準을 명백히 하였거니와 危險判斷의 主體인 일반인의 標準을 어떻게 이해할 것인가. 이에 대해서는 普通의 一般人을 標準으로 하자는 說이 있으나<sup>50)</sup> 刑事訴訟法에 鑑定制度를 둔 立法精神을 상기할 때 科學的 知識을 가진 一般人을 標準으로 하는 것이 妥當하다고 생각한다.<sup>51)</sup>

Ⅲ. 但書規定

不能未遂는 第27條 但書에 의하여 「刑을 減輕 또는 免除할 수 있다」. 이는 狹義의 障礙未遂의 刑이 任意的 減輕事由이고, 中止未遂의 刑이 必要的 減免事由임에 反하여 不能未遂는 刑의 任意的 減免事由를 밝힌 것이다. 그리고 同條但書는 그 立法의 由來가 스위스 刑法 第23條에서 영향을 받은 規定으로 同條本文과 마찬가지로 主觀主義的 立法이지만 法官의 재량에 의하여 그 苛酷함을 緩和하고자 한 취지이기도 하다.<sup>52)</sup> 不能未遂를 任意的 減免事由로 규정하고 있는 第27條에 대하여, 우리

47) 黃山德, 「總論」, p. 240.

48) 劉基天, 「總論」, p. 270.

49) 陳癸鎬, 「總論」, p. 344.

50) 牧野, 刑法研究(2卷), 1950, p. 95.

51) 木村「讀本」, p. 266 및 1917. 9. 10 日大判도 同趣旨

52) 劉基天, 「總論」, p. 274.

刑法이 任意的 免除의 未遂까지 인정한 것은 立法上의 추세를 逆行한 立法的 過誤라고 주장하나<sup>53)</sup> 同條를 狹義의 障礙未遂 및 中止未遂와는 다른 새로운 形態의 未遂, 즉 不能未遂에 관한 규정으로 본다면 타당하다고 볼 수 없다.<sup>54)</sup>

## VI. 事實의 欠缺과 第27條

「構成要件의 事實의 欠缺」(Mangel am Tatbestand)이라 함은 行爲당시에 客觀적으로 當該 構成要件所定の 요소가 결여되어 있음에도 불구하고, 行爲者는 그것이 구비되어 있는 것으로 誤信하고 行爲를 한 경우를 말하는 것으로 「事實의 欠缺」 또는 「構成要件의 欠缺」이라고도 한다.

이러한 事實의 欠缺은 ① 主體에 관한 事實의 欠缺(예컨대 非公務員이 자기를 公務員이라고 믿고서 收賂한 경우), ② 客體에 관한 事實의 欠缺(예컨대 자기의 소유물을 他人의 物건으로 誤信하여 竊取한 경우), ③ 手段에 관한 事實의 欠缺(예컨대 殺人力이 없는 물질을 殺人力이 있다고 誤信하여 그것으로써 殺人行爲를 한 경우), ④ 行爲狀況에 관한 事實의 欠缺(예컨대 火災時가 아닌데 火災時라고 誤信하여 鑛火用의 시설을 隱匿한 경우), ⑤ 因果關係에 관한 事實의 欠缺(예컨대 殺人的 意思로써 권총을 발사했으나 命中하지 않은 경우) 등으로 분류할 수 있다. 그런데, 事實의 欠缺은 幻覺犯(錯覺犯)과 구별하여야 한다. 幻覺犯이란 處罰規定이 전혀 존재하지 않음에도 불구하고 자기의 行爲를 犯罪行爲로 誤信하고 行爲를 한 경우(예컨대 배우자 없는 자 사이의 姦通行爲)를 말하며, 이 경우에는 行爲者가 違法이라고 誤信한 事實이 발생하더라도 不可罰로 띄어 未遂犯이나 不能犯의 문제는 생기지 않는다.

그리고 事實의 欠缺理論은 獨逸에서 발달한 이론으로서, 未遂犯, 不能犯과 밀접한 관계를 가진다. 事實의 欠缺에 관한 종래의 견해에 의하면 因果關係에 관한 事實의 欠缺은 未遂犯이 되지만 그 이외의 要素에 관한 事實의 欠缺의 경우에는 不可罰 내지 不能犯이 된다는 것으로, ① 事實의 欠缺이 있으면 構成要件該當性 자체가 缺如되므로, 未遂犯이나 不能犯이 문제될 여지도 없이 犯罪가 성립되지 않는다는 견해<sup>55)</sup>, ② 事實의 欠缺이 있으면 實行行爲의 定型性이 缺如되어 構成要件 該當性 자체가 缺如되기 때문에 未遂犯의 成立을 처음부터 문제 삼을 필요가 없으며 따라서 事實의 欠缺과 不能犯은 이론상 구별이 불가능하다고 보는 견해<sup>56)</sup>, ③ 事實의 欠缺이 있으면 그 行爲의 違法性이 缺如되므로 犯罪가 성립되지 않는다는 견해<sup>57)</sup>, ④ 事實의 欠缺을 幻覺犯의 一種으로 보는 見解<sup>58)</sup> 등이 있었다.

그러나, 近者에 와서 事實의 欠缺의 경우를 당연히 不可罰 내지 不能犯으로 보는 것을 否定하고 事實의 欠缺이라는 概念 그 자체를 부인하며, 行爲者에 적어도 實行行爲가 있고 그 構成要件의 내용을 완전히 實現하지 못한 때이므로 그 本質은 未遂의 경우(또는 不能犯의 경우)이며 또 이에 따라

53) 黃山德, 「總論」, p. 243.

54) 金鍾源 外 7人共著, p. 305; 陳癸鎬, 「總論」, p. 345.

55) 小野, 新訂刑法講義論(總論), 昭和 30年, p. 192 이하.

56) 白南億, 「總論」, p. 269; 南興祐, 「總論」, p. 216; 圖藤刑法綱要總論, 昭和, p. 114.

57) 瀧川, 犯罪論序說, 昭和 22年, p. 260.

58) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 329.

解消되어야 하므로 이 兩者의 구별은 未遂犯과 不能犯의 區別標準에 따라 決定될 것이라고 한다.<sup>59)</sup> 생각컨대, 刑法 第27條 本文에 「實行的 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 結果의 發生이 불가능하다더라도 危險性이 있을 때에는 處罰한다」라고 規定함으로써 事實의 欠缺의 경우에 一律적으로 취급하지 않고 「手段과 客體」에 관한 事實의 欠缺의 경우에는 未遂犯을 論할 수 있도록 立法的으로 해결하였다. 그러나 <主體, 行爲狀況>에 관한 事實의 欠缺에 관하여는 規定하는 바가 없으므로 學說, 判例에 一任한 것으로 일반 이론에 의하여 行爲의 構成要件該當性 자체를 否定할 수 밖에 없으며 따라서 欠缺된 事實이 違法性的 要素로 되어 있다면 犯罪가 성립되지 않는다고 하겠다.

#### V. 刑法 第27條와 未遂犯體系

刑法 第27條에 대한 犯罪定型을 不能未遂라는 새로운 形態의 未遂를 立法化한 것으로 볼 때 우리 刑法上 未遂犯體系는 舊法 <日本刑法>式的 未遂犯論體系와는 區別되어야 한다. 그래서 現行 刑法上 未遂犯은 廣義의 障礙未遂와 中止未遂(第26條)로 나누어지고, 廣義의 障礙未遂는 다시 狹義의 障礙未遂(第25條)와 不能未遂(第27條)로 나누어야 한다.

따라서 세가지 未遂犯을 인정하는 우리 刑法에서 未遂犯論은 첫째로 未遂犯 一般을 論하고 둘째로 中止未遂를 설명하고 셋째로 不能未遂를 論해야 할 것이다.

### 四. 結 論

刑法 第27條 標題의 「不能犯」이라는 概念은 원래 客觀主義的 見地에서 인정되었던 것으로 犯罪性(可罰性)이 없었던 것이나 우리 刑法 第27條는 그 本文內容이 行爲者의 主觀的 危險性만을 基礎로 可罰性을 인정하므로 主觀主義的 見地에서 不能犯을 극히 制限하려는 취지의 規定이라고 하겠다. 이리하여 刑法上 不能犯이란 行爲의 可罰性을 인정할 수 없는 것으로 犯罪가 되지 아니하는 講學上의 名稱에 지나지 않는 것이고 現行 刑法 第27條의 反對解釋에 의하더라도 不能犯의 概念은 犯罪意思로 實行에 着手하였으나 行爲의 手段 또는 對象의 錯誤로 危險性이 없기 때문에 處罰할 수 없는 것이라고 하겠다. 그런데 刑法 第27條의 本文의 內容은 「危險性이 있기 때문에」 處罰하므로 未遂犯에 대한 規定이라고 할 수 있다. 그리고 同條의 未遂犯은 障礙未遂(第25條)와는 달리 그 刑이 任意的 減免으로 되어 있으므로 第25條의 未遂와는 다른 새로운 形態의 未遂 즉 不能未遂에 대한 規定이라고 본다.

그리고 刑法 第27條가 「…結果의 發生이 不可能하다더라도 危險性이 있을 때에는 處罰한다」고 規定하고 있으므로 同條의 「結果發生 可能性」과 「危險性」은 다른 것으로 파악하지 않을 수 없다. 더 나아가서 同條에 있어서의 「危險性」은 從來의 學說上에 있어서 不能犯과 未遂犯을 구별하는 基準으로서의 「危險性」과는 다른 次元의 것으로서 不能犯과 不能未遂의 구별 基準으로 보아야 하며 이에 따라

59) Welzel, Strafrecht, S. 194; 牧野, 重訂日本刑法(上卷), 昭和 15年, p. 325; 黃山德, 「總論」, p. 237, 劉基天「刑法學」, p. 271 이하; 鄭暢雲, 「刑法學」, p. 275; 金鍾源 外 7人 共著, p. 305.

중래의 危險性에 대한 理論은 再考하지 않을 수 없다. 요컨대 刑法 第27條는 그 犯罪定型이 새로운 형태의 未遂인 不能未遂에 대한 立法이고 同條의 「結果發生이 가능한가 아니한가」 하는 문제는 「行爲의 主觀的·客觀的 危險」을 모두 그 基礎로 하는 危險判斷에 관한 것이며 同條의 「危險性이 있느냐 없느냐」 하는 문제는 「行爲의 主觀的 危險」을 基礎로 하는 危險判斷에 대한 것이기 때문이다. 따라서 前者의 「結果發生 可能性」은 障礙未遂(第25條)와 不能未遂(第27條)의 區別標準이 되는 것으로 客觀的 危險說에 의하여 해결할 수 있으며 客觀的 結果發生 可能性을 의미한다고 하겠다. 이에 비하여 後者の 「危險性」은 從來에 많은 학설이 나누어져 있었으나 從來의 見解인 未遂(第25條)와 不能犯의 區別標準이 아니라 不能未遂(第27條)와 不能犯의 區別標準이며 同條가 主觀主義的 見地에서 不能犯을 극히 제한하려는 立法임을 미루어 主觀的 危險說이 妥當하다고 하겠다.

이리하여, 刑法 第27條의 不能未遂는 「어떤 行爲가 實行의 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 客觀的으로 보아 그 目的으로 하는 結果의 發生이 不可能하지만(즉, 客觀的 結果發生 可能性이 없지만) 그 行爲의 主觀的 危險性 즉, 法益侵害 意思의 定型性이 있다고 평가되어 處罰되는 未遂犯이라고 하겠다. 그리고 우리 刑法上 未遂犯은 그 體系가 廣義의 障礙未遂와 中止未遂(第26條)로 나누어지고, 廣義의 障礙未遂는 不能未遂(第27條)와 狹義의 障礙未遂(第25條)로 나누어 지는바 三種의 未遂를 인정하고 있는 셈이다.

## 參 考 文 獻

### 1. 國內文獻

#### A. 論 文

- 金鍾源, 現行刑法 下에 있어서의 未遂犯體系(考試界, 1964. 10, p. 55~59).  
 金鍾源, 刑法 第27條(法政, 1975. 8, p. 38~49).  
 朴文福, 不能未遂와 危險性(考試界, 1960. 8(42), p. 61~75).  
 黃山德, 不能犯(考試界, 1963. 3(73), p. 85~90).  
 金鍾壽, 刑法 第27條를 論함(法政, 1965. 8(182호), p. 47~50).  
 朴貞根, 刑法 第27條의 犯罪定型과 未遂犯의 新體系(法政, 1968. 5(214), p. 35~38).  
 孫海睦, 不能犯(上·下), (考試界, 1968. 8. 11).  
 鄭暢雲, 不能犯(上·下), (司法行政, 1967. 11. 12, p. 45~47, p. 64).  
 朴貞根, 欠缺未遂(考試界, 1969. 1. (143). p. 21~26).  
 鄭暢雲, 迷信犯(司法行政, 1967. 7. (67), p. 33~34).  
 申東旭, 未遂犯의 理論構造—不能犯에 關하여(考試界, 1974. 6. p. 24~31).  
 白南憶, 不能犯(司法行政, 1963. 6, p. 24~27).  
 金鍾源, 刑法 第27條와 未遂犯(法政, 1963. 11(161), p. 26~29).  
 安明基, 刑法 第27條(不能犯)의 해석상의 문제점(司法行政, 1973. 1. 3. p. 31~34, p. 34~37).

#### B. 著 書

- 金鍾源 外 7人 共著, 刑法總論, 韓國司法行政學會, 1981.  
 陳癸鎬, 刑法總論, 大旺社, 1981.  
 朴東熙, 刑法總論, 法文社, 1977.

- 南興祐, 刑法總論, 博英社, 1981.  
 鄭榮錫, 刑法總論, 法文社, 1981.  
 劉基天, 刑法總論, 一潮閣, 1981.  
 黃山德, 刑法總論, 邦文社, 1981.  
 李建鎬, 刑法講義, 博英社, 1960.  
 朴文福, 刑法總論, 1981.  
 廉政哲, 刑法總論, 1966.  
 白南憶, 刑法總論, 法文社, 1961.  
 柳秉震, 韓國刑法總論, 1957.  
 姜瑞龍, 新刑法要義, 法制新報社, 1956.

II. 外國文獻

- 小野清一郎, 新訂法講義論(總論), (昭和 30年).  
 牧野英一, 重訂日本刑法(上卷), (昭和 15年).  
 ———, 刑法總論(上·下卷), 昭和 12年).  
 ———, 刑法研究(2卷), 1950年.  
 木村龜二, 新刑法讀本(昭和 29年).  
 ———, 刑法總論(昭和 34年).  
 瀧川幸辰, 刑法講義(昭和 26年).  
 ———, 犯罪論序說(昭和 22年).  
 藤重光, 刑法綱要總論(昭和 33年).  
 宮本英修, 刑法大綱(昭和 10年).  
 Beling, Die Lehre Vom Verbrechen, 1909.  
 Frank, Strafgesetzbuch(18. Aufl. ) 1931.  
 Hippel, Deutsches Strafrecht(1. Bd. 1925) 2. Bd(1930).  
 Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts(23. Aufl. 1921).  
 Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil (3. Aufl. 1965).  
 Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch(Kommentar. 14. Aufl. 1969).  
 Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.  
 Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung(14. Aufl. 1969).

