

不能(未遂)犯에 관한 研究

孫 徠 權

(建國大學校 法科大學 法學科)

목 차

- | | |
|---|-------------------|
| I. 서론 | 結果發生이 원래부터 不可能할 것 |
| II. 刑法 제27조〔不能犯〕의 標題語에 관한 問題 | 3. 危險性이 있을 것 |
| III. 不能未遂의 構成要件, 특히 우리 형법상의 '危險性' 要件에 대한 문제 | IV. 關聯問題 |
| 1. 개관 | 1. 迷信犯 |
| 2. 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 | 2. 幻覺犯 |
| | 3. 不能·中止未遂의 問題 |
| | V. 맺는말 |

I. 서론

우리 刑法 제27조〔不能犯〕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 있는 때에는 處罰한다. 단 刑을 減輕 또는 免除할 수 있다”고 規定하고 있다. 먼저 이 規定의 ‘法律要件’에 해당하는 부분에 대하여 國內의 통설은 行爲者가 主觀的으로 構成要件實現(既遂)의 犯罪意思(故意)를 가지고 實行에 着手한 경우로 이해한다. 그리고 同條가 그 실행착수에도 불구하고 結果가 발생하지 않은 경우를 規定한 것도 명백하다. 따라서 同條의 내용은 개념적으로는 未遂犯의 領域에 해당하는 것이다. 다만 同條의 내용이 보통의 未遂(障礙未遂, 可能未遂)와 다른 것은 結果의 발생이 처음부터 不可能한 점에 있다. 그런데 우리 刑法은 結果의 發生이 처음부터 不可能한 이러한 경우에도 危險性이 있는 경우와 危險性이 없는 경우를 區別하면서 前者의 경우에만 處罰할 수 있게 하고 後者の 경우는 處罰할 수 없게 規定하였다. 이 兩者에 대해 前者를 處罰되는 不能未遂(untauglicher Versuch), 後者를 處罰되지 아니하는 不能犯이라는 용어로서 부르는 것이 國內의 일반경향에 해당한다.¹⁾ 즉 不能犯은 構成要件의 結

果의 發生이 不可能할 뿐 아니라 危險性이 없기 때문에 처벌할 수 없는 경우임에 반하여, 不能未遂는 結果의 發生은 不可能하지만 危險性으로 인하여 未遂犯으로 處罰되는 경우를 의미한다는 것이다. 여하튼, 우리 刑法의 上記와 같은 규정내용상 刑法 제27조를 둘러싼 論議의 核心은 可罰的 不能未遂와 不可罰的 不能犯을 限界지우는 '危險性'이 무엇을 意味하는가에 있을 수밖에 없다. 다음으로 구체적 '法律效果'에 있어서 우리 刑法 제27조는 任意的 刑減輕事由에 불과한 障礙未遂와는 달리 不能未遂를 任意的 刑減輕事由로 규정하고 있다. 즉 同條는 不能未遂의 경우에는 刑免除의 餘地까지 法官에게 附與하고 있다. 이러한 취지의 내용은 獨逸刑法에도 존재한다. 다만 獨逸刑法은 이를 별도의 요건으로 法에 明示하고 있는 점에서 우리 刑法과는 다르다. 오히려 獨逸刑法은 보통의 不能未遂에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 그 때문에 處罰에 있어서 보통의 不能未遂는 障礙未遂와 같이 刑法 제49조 1항에 따라 任意的으로 刑減輕만 될 뿐이다. 그러나 獨逸刑法은 不能未遂가 行爲者의 '현저한 無知(grobes Unverstand)'에 의한 경우를 특별히 규정하면서 그 處罰에 있어서는 法官이 裁量으로 刑罰을 免除하거나, 刑法 제49조 2항에 따라 法定刑의 短期까지 減輕하거나 罰金刑으로 代替할 수 있게 규정하였다(제23조 3항). 따라서 獨逸刑法 내용에서는 '可能未遂(障礙未遂)와 效果에 있어서 동일한 보통의 不能未遂'와 '刑免除까지 可能的 不能未遂'의 限界를 決定하는 '현저한 無知'가 무엇인가도 중요한 논쟁점이 될 수밖에 없다. 그런데 獨逸에서 현저한 無知로 인한 不能未遂, 즉 刑免除될 수 있는 不能未遂는 具體的 危險性은 물론이고 抽象的 危險性도 없는 경우로 이해되고 있다.²⁾ 그러나 우리 刑法 제27조의 규정에 의하면 刑免除될 수 있는 不能未遂도 '危險性'이 있음을 요건으로 하고 있다. 따라서 獨逸刑法의 '현저한 無知'로 인한 刑免除될 수 있는 不能未遂와 우리 刑法上 刑免除될 수 있는 '可罰的 不能未遂'는 그 실질이 서로 다른 것으로 이해하여야 한다. 오히려 현저한 無知로 인한 不能未遂가 獨逸에서 아무런 危險性 없는 -具體的 危險性은 물론 抽象的 危險性도 없는- 경우로 이해되는 한 우리 刑法體系 內에서 그것은 '不可罰的인 不能犯'의 카테고리에 속할 수 있을 뿐이다.³⁾ 이상과 같은 우리 형법의 내용상 특징을 기초로하여 아래에서 더 자세히 검토하기로 한다.

II. 刑法 제27조[不能犯]의 標題語에 관한 問題

총래 우리나라의 多數說은 제27조에 대해 危險性을 기준으로하여 未遂犯과 不能犯을 구분하

1) 예컨대, 沈在宇, 不能未遂犯, 考試研究 82年 10月, 12面 이하; 김종원, 不能未遂, 考試研究 96年 6月, 78面; 정진연, 不能未遂에 있어서의 危險性, 박양빈교수 화갑기념논문집(1996年), 576面 등.

2) Rudolphi, SK, §23 Rn. 6.

3) 현저한 無知로 인해 아무런 危險性도 없는 不能行爲에 대하여 우리 刑法과는 달리 일단 可罰性을 認定하는 것과 관련하여 獨逸內에서의 批判을 적절히 소개한 것으로는 하태훈, 不能未遂, 刑事法研究 제4호(1991年), 64面 이하.

는 규정으로 바라보았다.⁴⁾ 이 견해는 不能犯을 危險性 없는 것으로 보는 점에서는 일면 妥當性 이 있는 것으로 판단된다. 그러나 이 說은 危險性 있는 未遂犯의 概念에서는 行爲의 性質上 結果의 發生이 可能하였는가 不可能하였는가에 따라 可能未遂(tauglicher Versuch)와 不能未遂(un-tauglicher Versuch)로 나누는 意味있는 尺度를 度外視하고 있다.⁵⁾ 그렇기 때문에 그와 正 반대 의 方向에서 刑法 제27조의 표제어와 相關하여 不能犯과 不能未遂를 同義語로 함께 사용하는 見解 가 대두되었다.⁶⁾ 즉 刑法 제27조의 表제어인 不能犯은 危險性 있는 不能未遂를 그처럼 表現한 것에 불과하다는 것이다. 다만 이 견해는 제27조를 論함에 있어서 두 용어 중 어느 것을 사용 하여도 무방하겠으나 不能未遂犯이라는 용어가 不能犯이라는 용어보다는 犯行의 단계적 特性을 보다 明確히 表現한다는 觀點에서 더 適切하다고 한다. 그러나 이 견해도 우리 刑法 제27조 가 消極的으로 上정하고 있는 危險性 없는 不可罰的인 不能의 犯罪에 대해서 적절한 名칭을 找을 수 없는 弱點이 있다. 危險性 없는 不可罰的인 不能의 犯罪에 대해 名칭을 붙인다면, '不能未遂' 보다는 '不能犯'이라는 용어가 더욱 어울릴 것이다. 따라서 오늘날의 多數說은 危險性 있는 (可罰的) 不能未遂犯과 危險性 없는 (不可罰的) 不能犯을 나누어 各개의 名칭을 부여하고 있다. 이러한 오늘날의 多數見解가 앞에 기술된 종래의 多數說 및 小數說과 比較하여 일단 상대 적으로 우월한 것으로 판단된다. 그러나 오늘날의 多數見解는 行爲者가 實行着手을 하였지만(즉 概念的으로는 未遂犯이지만) 結果의 發生이 불가능하면서 위험성도 없기 때문에 불가별적인 경 우를 양자중의 어디에 넣어야 할 것인지에 대해서 明確한 指침을 줄 수 없는 한계를 지니고 있 다. 왜냐하면 이 경우에는 概念的으로는 實行着手段階를 거쳤으므로 不能未遂'의 용어가 타당 하지만, 危險性이 없어서 不可罰이라는 면에서는 不能犯이라는 名칭이 더욱 어울리기 때문이다. 이러한 오늘날 多數見解의 弱點 때문에 實行着手의 與否에 의하여 不能未遂와 不能犯으로 나누 는 또 다른 小數說도 등장한다. 實行着手段階를 넘으면 항상 危險性 및 可罰性을 認定하면서 不能未遂라는 용어만이 이에 대해 타당하다는 것이다.⁷⁾ 반면에 豫備段階에 그친 경우에는 危險性 없는 不可罰的인 것으로서 不能犯이라는 용어가 適合하다는 것이다. 이러한 見解는 '실행착 수=위험성=가별적'이라는 등식이 성립될 때에는 타당하다. 그러나 이 견해는 우리 刑法의 規定上 '危險性'을 可罰的 不能未遂의 成立을 위해 特別히 明示的으로 요구하는 것과 상응하지 아 니한다. 만약 '실행착수=위험성'이라면 立法者가 굳이 제27조에서 '實行'하였더라도 '危險性'이 있어야 處罰한다고 別個概念으로 규정하지는 않았을 것이기 때문이다. 따라서 '실행착수=가

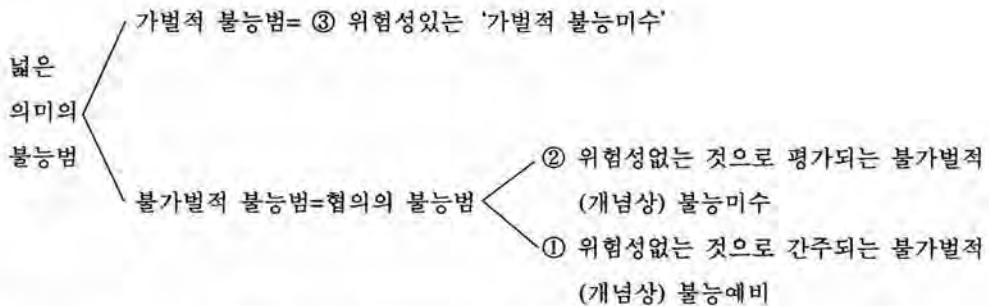
4) 이에 대한 주장자들(예컨대 남홍우, 박동희, 백남익, 신동욱, 손해목, 이진호, 정창운, 황산덕)을 구체적으로 소개한 것 으로는 이형국, 不能未遂(上), 考試研究 83年 7月, 124面.

5) 이형국, 前揭論文, 125面.

6) 이형국, 上揭論文, 128面.

7) 김일수, 韓國刑法 III(總論 下), 199面; 同一한 趣旨으로는 신양균, 不能未遂의 法的 性格, 김중원교수 화갑기념논문집, 412面.

벌적 위험성'의 등식은 우리 刑法에서는 認定하기 곤란한 등식이다. 특히 刑法 제27조의 '危險性'을 (아래에서 說明할 客觀說과 같이) 嚴格하게 解釋하는 見解에 의하면 設想을 獨약으로 착각하여 실행에 착수하는 행위(예컨대 상대방의 차잔에 獨약이라 착각한 設想을 넣는 행위)를 하였다 하더라도 그 行爲는 可罰的인 危險性 있는 不能未遂로 認定될 수 없게 된다. 상기한 비판을 통하여 本人은 제27조의 표제어와 관련하여서 다음과 같이 정리하고자 한다. 우선 '不能犯'은 結果發生이 원래 不可能하다는 상위개념으로, '不能未遂'는 그 중에서 行爲가 實行의 着手 段階에 이르렀다는 시간개념으로 이해되어야 한다.⁸⁾ 그리고 行爲가 實行着手에 이르면 概念上未遂로서 비로소 可罰的인 것이 '될 수 있다'. 반면에 結果發生이 원래 不可能하고 行爲도 實行 着手段階에 이르지 못한 경우에는 概念的으로 未遂가 될 수 없을 뿐만 아니라 危險性이 없어서 可罰的일 수도 없다. 그리고 實行着手의 段階에 이른 行爲에게 刑法 제27조에서 말하는 '危險性'까지 갖추게 되면 그 行爲에는 '可罰的 不能未遂'라는 용어가 獨自的으로 성립된다. 그러나 實行着手의 段階를 넘은 경우에도 危險性이 없으면 概念的으로는 (不能)未遂犯이지만 '可罰的' 不能未遂라는 용어는 成립될 수 없다. 왜냐하면 實行着手한 不能未遂이더라도 危險性이 없으면 不可罰的이기 때문이다. 이를 정리하면, 제27조는 ① 결과발생이 원래 불가능하면서 行爲가 예비단계에 그친(당연히 危險성도 없는) 경우 ② 실행착수는 있으나 형법 제27조가 의미하는 危險성이 없는 경우 ③ 실행착수단계를 지나면서 危險성이 있는 경우의 모두를 규정한 것으로 보아야 한다. 이 중에서 ①은 危險성없는=불가벌적 불능범이고, ②는 危險성없는=불가벌적 불능'미수'이며, ③은 危險성있는=가벌적=불능미수가 된다. 형법 제27조의 表제어[불능범]는 이 三者의 上位개념인 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 以上の 本인전해를 도표로 그리면 다음과 같다.



8) 우리나라에서는 不能'未遂'에서 '未遂'를 결정하는 實體로서 '危險性'을 드는 것이 대부분이다. 즉 危險性이 있기 때문에 비로소 概念上 (不能)未遂犯이 된다는 것이다(특히 김종원, 刑法 제27조와 未遂犯, 法政 1963年 11月, 29面). 그러나 未遂概念은 犯罪實行의 發展過程과 관련된 時的 概念이지 危險性 概念은 아니다. 오히려 '危險性'에 대해서는 時的 觀點에서 결정되는 概念上 (不能)未遂犯 中에서 '可罰的' 未遂犯을 결정하는 實體로 보는 것이 더욱 妥當할 것이다.

III. 不能未遂의 構成要件, 특히 우리 刑法上的 '危險性' 要件에 대한 問題

1. 概 觀

우리 刑法 제27조에 의하면 可罰的 不能未遂의 成立要素는 實行의 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 結果發生이 원래 不可能하여야 하고 危險性이 있어야 하는 것이다. 여기서 結果發生이 不可能하게 되는 錯誤의 根據로는 同條가 정한 手段과 對象 以外에 行爲主體도 있을 수 있다. 問題는 行爲主體의 錯誤로 말미암아 原始的으로 構成要件이 實現될 수 없는 경우에도 可罰的 不能未遂를 認定할 수 있는가에 있다. 그리고 同條의 '危險性'은 結果發生이 처음부터 不可能함에도 불구하고 實行行爲의 可罰性을 認定할 수 있는 當罰性(Strafwürdigkeit)의 핵심요소가 되는 것은 실정법상 명백하다. 그러나 同條의 '實行'이 시간적으로 實行着手의 段階에 이른 것을 意味하는지 實定法上 明白하지 않다. 만약 刑法 제27조가 넓은 의미의 不能犯을 규정한 것이라면, 여기의 實行은 시간적 제한없이 犯罪意思를 表出하는 一體의 行爲로(따라서 실행착수 이전의 예비행위도 포함됨) 이해될 수 있을 뿐이다. 반면에 刑法 제27조의 可罰的 行爲가 概念的으로 (不能)未遂犯을 규정한 것이라면, 여기의 '實行'은 實行着手段階를 넘어선 경우를 의미할 것이다. 왜냐하면 實行着手없이 概念的으로 未遂犯의 成立은 不可能하기 때문이다. 그리고 未遂犯은 主觀的인 側面에서는 行爲者에게 既遂犯에 해당하는 故意가 있어야 성립될 수 있다. 따라서 行爲者가 主觀的으로 結果發生이 不可能함을 이미 알면서 行爲하였다면(즉 미수의 고의를 가졌다면) 不能未遂의 成立은 不可能하게 된다. 따라서 刑法 제27조의 '實行의 手段 또는 對象의 錯誤'라는 것도 行爲者가 그 錯誤로 인해 結果發生이 可能하다는 既遂故意를 가지고 行爲하였다는 의미를 포함하고 있다. 이러한 未遂犯에 共通的인 成立要素에 대한 說明은 여기서 생략하고, 아래에서는 우리 刑法 제27조의 不能未遂에 固有한 成立要素를 상세히 論하고자 한다.

2. 手段 또는 對象의 錯誤로 인하여 結果發生이 원래부터 不可能할 것

2.1. 顛倒된 禁止錯誤(法律의 錯誤)와 區別되는 顛倒된 構成要件의 錯誤(事實의 錯誤)

不能(未遂)犯은 犯罪構成要件이 실제로 存在하고 行爲者는 그 存在에 대해서는 錯誤가 없으나, 그 構成要件의 事實要素가 실제상 존재하지 아니함에도 불구하고 이를 존재한다고 錯誤한 경우에 成立한다. 따라서 不能未遂는 顛倒된 構成要件의 錯誤/事實의 錯誤(umgekehrter Tatbestandsirrtum)의 狀態에서 實行되는 경우이다. 이와는 달리 處罰하는 犯罪構成要件 自體가 없음에도 불구하고 이를 존재한다고 錯誤한 경우가 있을 수 있다. 예컨대, 同性戀愛를 犯罪가

된다고 생각한 경우라든가, 女子와 키스하는 것도 姦淫罪가 된다고 생각한 경우 등이 여기에 해당한다.⁹⁾ 이는 顛倒된 禁止錯誤/法律의 錯誤(umgekehrter Verbotsirrtum)가 된다. 前者의 顛倒된 構成要件錯誤에 의한 實行行爲를 不能(未遂)犯이라고 하듯이, 後者の 顛倒된 禁止錯誤에 의한 實行行爲를 幻覺犯(Wahndelikt)이라고 한다. 兩者는 그 行爲의 性質上 多같이 結果의 發生이 不可能한 것이지만 前者는 그 行爲에 대한 構成要件이 存在하기 때문에 處罰되는 不能未遂犯이 될 수 있지만, 後者는 해당초 刑法에 그러한 構成要件이 存在하지 않는 경우이므로 處罰되지 않는다.

2.2. 錯誤類型

1) 不能對象(untauglicher Objekt)과 不能手段(untauglicher Mittel)의 (적극적) 錯誤

刑法 제27조가 명시적으로 규정하고 있는 不能對象의 錯誤란, 行爲者가 認識했던 客體가 構成要件實現의 客體로 될 수 없는 경우를 말한다. 예컨대 死體를 殺害하려고 한 경우(RGSt 1, 452), 自己의 物件을 竊取하려 한 경우, 妊娠하지 않은 産婦에 대해 落胎하려 한 경우(RGSt 8, 201; 34, 218), 犯罪者 아닌 者를 隱匿하려 한 경우(BGHSt 15, 210),¹⁰⁾ 金品이 없는 他人의 호주머니를 털려고 한 경우(대판 1980.11.25, 86 도 2090) 등이 여기에 해당한다. 그리고 역시 刑法 제27조가 명시하고 있는 不能手段의 錯誤란, 行爲者가 선택한 수단에 의해서는 결과의 발생이 불가능한 경우를 말한다. 예컨대 아무런 效果없는 약으로 落胎하려 한 경우(RGSt 1, 440; 17, 159; 68, 13), 진실한 사실을 거짓으로 생각하면서 偽證하려 한 경우, 설탕을 毒藥으로 잘못 알고 사람을 殺害하려고 한 경우,¹¹⁾ 권총탄자가 불량하여 발사되지 않은 경우(대판 1954.1.30, 4286 형상 103), 農藥으로 殺害하려 한 경우(대판 1973.4.30, 73 도 354; 대판 1984.2.28, 83 도 3331) 등이 여기에 해당한다. 그리고 不能한 手段과 對象을 同時에 錯誤하는 경우도 있다. 예컨대, 장전되지 않은 권총으로 시체를 살해하려 한 경우가 여기에 해당한다.

2) 不能主體(untauglicher Subjekt)의 (積極的) 錯誤에 관한 論議

a) 見解의 對立

不能主體의 錯誤란, 진정신분범(Sonderdelikt)에서 身分 없는 자가 자기에게 構成要件의으로 특별히 요구되는 身分이 있는 것으로 誤認하고 行爲한 경우를 말한다. 예컨대 軍인 아닌 단순한 軍속(Zivilangestellter)이 탈영을 시도하는 경우, 시청의 청소부로 고용된 자 또는 임용이 무

9) 심재우, 前掲論文, 13面.

10) Rudolphi, SK, §22 Rn. 25

11) Rudolphi, a.a.O.

효로 판명된 자가 (유효한) 공무원이라고 생각하고 수뢰를 시도하는 경우 등이 여기에 해당한다. 이러한 不能主體의 錯誤로 인한 行爲 중에서 그 錯誤가 이미 客體의 錯誤로부터 나오는 경우에는 概念的으로 不能未遂가 된다는 것이 獨逸에서의 通說이다.¹²⁾ 예컨대 실제로 딸 아닌 자를 딸이라 생각하면서 獨逸 刑法 제173조가 규정하는 親族間의 姦淫(Beischlaf zwischen Verwandten; Blutschandel)을 시도한 경우가 여기에 해당한다.¹³⁾ 이 경우에는 그 대상이 딸이라고 착각함으로써 동시에 자기가 그와 親族關係있는 者라는 行爲主體에 관한 錯誤가 있게 되는 것이다. 이에 반하여 行爲客體와 관련되지 아니하는 고유한 진정신분범(eigentliches Sonderdelikt)에서의 身分의 錯誤에 있어서는 見解의 對立이 있다. 이에 대해 우리나라에서는 可罰的 不能未遂가 成立한다는 肯定說과¹⁴⁾ 可罰的 不能未遂가 成立할 수 없다는 否定說의 對立이 있다. 後者의 否定說에는 主體의 錯誤는 顛倒된 禁止錯誤로서 幻覺犯이 될 뿐이라는 見解와¹⁵⁾ 概念的으로 不能未遂는 可能하지만 '危險性' 있는 可罰的 不能未遂는 될 수 없다는 見解로¹⁶⁾ 나누어진다. 獨逸에서도 見解가 나누어져 있다.¹⁷⁾ 어느 정도의 多數說은 이 경우에 (不能)未遂犯이 成立될 수 있다는 입장이다. 진정신분범에서의 신분은 객체 내지 수단과 마찬가지로 構成要件要素이고, 行爲者가 그 존재를 積極的으로 錯誤하는 것은 顛倒된 構成要件錯誤이며, 이는 다른 積極的 錯誤와 差別없는 (不能)未遂犯의 구조라는 것이다.¹⁸⁾ 이와는 정반대로 主體의 錯誤는 處罰되지 아니하는 幻覺犯에 해당한다는 小數의 見解도 있다.¹⁹⁾ 진정신분범에서는 특정한 자만이 의무자로 지정되고, 국외자는 단순한 착오에 의하여 그 의무주체성을 취득할 수 없다는 데에 소수설은 그 근거를 두고 있다. 따라서 이 설은 主體의 積極的 錯誤에 관한한 構成要件欠缺理論과 同一한 結論에 이른다. 그러나 오늘날의 유력설은 진정신분범과 관련된 主體錯誤의 경우를 顛倒된 構成要件錯誤와 顛倒된 包攝錯誤(法律的 錯誤의 一種)로 나누는 2분설이다. 前者는 主體의 錯誤에서 身分犯의 主體를 근거지우는 상황(Sachverhalt)에 대한 積極的 錯誤가 行爲者에게 있을 때에만 顛倒된 構成要件錯誤로서 (不能)未遂犯이 成立된다는 것이다. 예컨대 交通事故를 야기하였다고 잘못 생각한 運轉者가 뺑소니를 시도한 경우, 또는 공무원임용이 무효임을

12) Jescheck, Lb, §50 III 3.; Rudolphi, SK, §22 Rn. 26; Maurach/Gössel/Zipf, AT/2, S. §38; S./S./Eser, §22 Rn. 76; Stratenwerth, AT, Rn. 701; Welzel, Lb, S. 195

13) 우리나라 構成要件과 관련하여 적절한 예를 든 것으로는 김일수, 韓國刑法 III[刑法總論 下], 211面.

14) 이형국, 刑法總論, 298面; 박상기, 刑法總論, 347面.

15) 김일수, 前掲書, 213面; 하태훈, 不能主體의 可罰性, 448面.

16) 배종대, 刑法總論, 468面; 이재상, 刑法總論, 356面 (더나아가 이재상교수는 主體錯誤를 處罰하는 것은 罪刑法定主義에도 反한다고 한다)

17) 獨逸의 論議를 자세히 소개한 글로는 하태훈, 不能主體의 可罰性, 김중원교수화갑기념논문집, 435面. 이하

18) RGSt 72, 112; Blei, AT, S. 231 ff.; Bruns, Die Strafbarkeit des Versuches eines untauglichen Subjekts, GA 1979, S. 161 ff. usw.; Stöger는 行爲者가 潜在的 主體(potentieller Täter)인 경우에 處罰할 수 있는 것으로 制限하고 있다 (Versuch des untauglichen Täters, S. 68 ff.).

19) Baumann/Weber, AT, S. 498; Hardwig, Der Versuch bei untauglichem Subjekt, GA 1957, S. 175; Stratenwerth, AT, Rn. 696 ff. usw

알지 못하고 여전히 공무원신분이 있다고 誤認한 者が 收賂를 시도한 경우 등에는 -未遂犯 處罰規定이 있다면- 可罰的 (不能)未遂犯이 될 수 있다. 反面에 後者は 行爲主體를 근거지우는 상황에 대해서는 積極的 錯誤없이 義務主體者라고 잘못 해석한 경우, 즉 規範的 構成要件要素를 근거시키는 상황과는 관계없이 一般的으로 잘못된 包攝(falsche Subsumtion)이 있는 경우이라면 이는 顛倒된 包攝의 錯誤(禁止錯誤/法律의 錯誤로 取扱됨)에 해당하는 不可罰的인 幻覺犯이 될 뿐이라는 것이다.²⁰⁾ 이러한 區別에 의하면 시정에서 근무한다고 공무원인 것으로 착각한 청소부가 賂物受領을 시도한 경우, 法官이 證人으로 선서시키자 僞證罪의 主體가 된다고 생각한 被告人이 僞證을 시도한 경우(BGHSt 10, 8)에는 顛倒된 包攝의 錯誤(法律의 錯誤)로서 處罰되지 아니하는 幻覺犯이 된다.²¹⁾

b) 批判

本人은 概念的인 部分에서는 2분설이 옳다고 생각한다. 왜냐하면 法的 地位를 根據지우는 狀況(事實要素)과 法的 地位 그 自體(法的 要素)를 잘못 錯誤(包攝)한 경우는 서로 區別되어야 하기 때문이다. 따라서 眞正心分범의 主體착오에 대해 幻覺犯(顛倒된 法律의 錯誤, 不能犯)만을 인정하는 견해는²²⁾ 일단 타당하지 않다. 그러나 2분설에 의해 개념적으로 不能未遂가 된다는 것과 우리 刑法 제27조에서 규정하는 '危險性' 있는 可罰的 不能未遂가 된다는 것은 서로 구별되어야 한다. 前述한 바와 같이 身分主體를 근거지우는 狀況(事實要素)에 대한 積極的 錯誤는 顛倒된 事實의 錯誤로서 概念的으로 (不能)未遂犯이 된다. 반면에 상황에 대한 착오없이 단순히 身分主體라는 規範的 構成要件에 대해 잘못 包攝한 경우에는 顛倒된 法律의 錯誤 및 幻覺犯으로서 概念的으로 不能犯이 될 뿐이다. 그러나 前者의 概念上的 不能未遂가 우리 刑法 제27조의 危險性 있는 可罰的 不能未遂犯이 될 것인가는 別個의 問題이다.²³⁾ 이에 대해 국내에서는 주로 主體錯誤에는 '危險性있는' 可罰的 不能未遂의 成立이 不可能한 것으로 보고 있다(특히 이는 배종대 교수의 견해이다). 만약 刑法 제27조의 '危險性'을 엄격하게 해석하면 -특히 客觀說을 취하게 되면- 主體의 錯誤에 대해 可罰的 不能未遂의 成立을 否定하는 것이 옳을 것이다. 그러나 그 危險性을 넓게 解釋하게 되면 主體의 錯誤도 우리 刑法上 危險性있는 可罰的 不能未遂로 포섭될 수 있을 것이다. 다만 그것은 不法의 實質이 아주 가볍고 형벌부과의 예방적 필요성도 거의 없는 刑免除되는 可罰的 不能未遂가 될 것이다(즉, 訴訟上으로는 이 경우에 無罪判決이 아니라 刑免除判決을 하게 된다. 이 점에서 前述한 否定說과 다르다. 否定說은 이미 可罰性이 없으므로 無罪判決을 하게 된다). 따라서 主體의 錯誤가 可罰的 不能未遂가 될 것인가의 問題는

20) 이렇게 구별하는 대표자로는 Rudolphi, SK, §22 Rn. 28 f.; Jescheck, Lb, §50 III. 2. c)

21) Jescheck, Lb, §50 III. 2. c)

22) 前述한 바와 같이 國內에서는 김일수교수와 하태훈교수가 여기에 해당한다.

23) 獨逸에서 이러한 觀點에서 不能主體의 錯誤를 다시 나눈 Vogler, LK, §22. Rn. 157 ff.와 이를 獨逸法體系에서 批判한 Rudolphi, SK, §22 Rn. 28a

후술할 위험성문제의 결과에 달려 있다. 여하튼 主體의 錯誤에 대해서는 아예 概念的으로 不能未遂를 否定하거나 不能未遂로서의 可罰性を 否定하여 無罪判決을 하던지 아니면 극소의 가벌성만을 인정하여 刑免除判決을 하던지 하여야 한다. 따라서 總括적으로 被告人이 刑罰執行을 받지 않는다는 점에서는 어떠한 견해에 의하던 結論을 같이 하게 된다. 따라서 우리나라에서 主體錯誤의 問題를 크게 論議할 實益은 사실상 적다.²⁴⁾

3) 違法性阻却狀況의 客觀的 存在에 대한 不認識(Unkenntnis einer objektiv gegebenen Rechtfertigungssituation), 즉 不能 違法性的 積極的 錯誤

예컨대 落胎가 許容되는 적용사유가 존재함에도 불구하고 이를 모르고 落胎를 행한 경우와 같이 違法性阻却狀況의 客觀的 存在에 대해 積極的 錯誤를 범하는 경우가 있다. 이 경우에 대해서 不法의 實體를 結果反價値에서만 바라 보는 客觀的 違法性論의 입장에서는 이미 行爲의 違法性은 阻却된다.²⁵⁾ 이 見解에 의하면 違法性阻却의 要素로서 主觀的인 것은 必要로 하지 않기 때문이다. 그러나 不法의 實體를 結果反價値뿐만 아니라 行爲反價値에서 바라 보는 人的不法論(personale Unrechtslehre)의 입장에서는 結果反價値는 물론이고 行爲反價値도 동시에 없어야 비로소 違法性이 阻却된다. 따라서 人的不法論에서는 客觀的으로 存在하는 정당화 사정을 알지 못한 경우에 違法性阻却은 不可能하게 된다. 後者が 오늘날의 通說이고 또한 妥當하다. 문제는 착오한 자를 구체적으로 어떠한 범죄로 처벌할 것인가에 있다. 이에 是遂犯을 認定하는 見解와²⁶⁾ 不能未遂犯을 認定하여야 한다는 見解의²⁷⁾ 對立이 있다. 本人은 後者의 見解가 妥當하다고 생각한다. 만약 不法의 實質을 行爲反價値(Handlungsunwert)만으로 이해하는 견해에 의하면 이 경우에 行爲者는 是遂의 故意를 가지고 實行하였으므로(즉 行爲反價値에 관한 한 是遂犯이 된다) 是遂犯으로 處罰되는 것이 옳다. 그러나 結果反價値와 연결되지 않은 行爲反價値만으로 犯罪不法은 결정될 수 없다.²⁸⁾ 왜냐하면 전혀 刑法上 保護價値있는 法益에 대한 侵害 내지 危殆化 없는 行爲를 -是遂犯은 물론이고 未遂犯으로도- 규율하는 것이 刑法의 任務이 아니기 때문이다. 그런데 객관적으로 존재하는 정당화사정을 알지 못한 경우에는 行爲反價値는 있지만 是遂犯에 해당하는 結果反價値는 원래적으로 없는 경우이다. 따라서 行爲反價値와 結果反價値의 結合에서 不法의 實質을 바라보게 되면 그러한 錯誤者를 是遂犯으로 處罰하는 것은 妥當하

24) 비슷한 趣旨로는 배중대, 刑法總論, 468面.

25) Spindel, LK, 32 Rn. 138 ff.

26) Welzel, Lb, S. 192 ff.; Maurach, AT, 4. Aufl., S. 492 f., 505 ff.; Hirsch, LK, §22 Rn. 59 ff.

27) 獨逸 및 우리나라의 多數說에 해당한다. 代表的으로 Rudolphi, SK, §22 Rn. 29; Jescheck, Lb, §31 IV 2; Roxin, AT, 14/101; 김일수, 前揭書, 222面.

28) Rudolphi는 그의 論文 "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Maurach-FS, S. 51 ff."에서 이 點을 철저히 強調하고 있다.

지 않게 된다. 결국 남는 것은 (不能)未遂犯으로의 處罰可能性 뿐이다.²⁹⁾ 그런데 이 경우에 錯誤者는 -비록 客觀的으로는 違法阻却狀況이 存在하지만- 故意로 타인의 법익을 침해하는 行爲를 하였으므로 結果反價値에 指向된 行爲反價値를 表出하였다. 즉 이 경우에 錯誤者의 行爲反價値는 結果反價値와 절연된 것이 아니고 그와 結合된 것이므로³⁰⁾ 不能未遂의 成立에는 아무런 문제가 발생하지 않는다.

3. 危險性이 있을 것

3.1. 國內 教科書에 紹介되는 여러 理論

1) 構成要件欠缺의 理論(Die Lehre vom Mangel am Tatbestand)

刑法 제27조의 危險性은 原則的으로 處罰되는 (不能)未遂와 處罰되지 아니하는 不能犯의 區別을 限界지우는 要素이다. 그런데 處罰되는 不能未遂와 處罰되지 아니하는 不能犯을 '危險性' 이라는 觀念과 직접 연결시키지 않고 구별하는 견해의 하나가 소위 構成要件欠缺理論이다. 이 理論은 行爲가 因果的으로 作用하는 마지막 作品(Schlußstück)인 結果의 欠缺만이 있을 경우에 비로소 未遂概念을 認定한다.³¹⁾ 반면에 이 설은 構成要件實現(既遂)에 이를 수 없는 결과 아닌 다른 필수요소 的 결여로는 論理的으로 未遂가 될 수 없다고 본다. 즉 결과 아닌 그 외의 構成要件要素인 犯罪의 主體, 客體, 手段 또는 行爲狀況등이 欠缺된 경우에는 不可罰的인 不能犯이 된다는 理論이다.³²⁾ 이를 우리나라 實定法의 '危險性' 과 연결시켜 표현한다면 다른 요소는 正常的으로 充足되면서 결과만의 흡결이 있는 경우에는 危險性 있는 (可罰的인) 未遂이고, 기타의 대상 또는 수단과 같은 構成要件要素의 欠缺이 있는 경우에는 危險性 없는 (不可罰的인) 不能犯이 된다. 즉 이는 不能未遂의 概念을 거의 認定하지 아니하는 見解이다. 따라서 이 설에 의하면 예컨대 자기물건에 대한 횡령은 客體의 欠缺에 불과하므로 (不能)未遂가 成立되지 않는다. 그리고 不可能의 手段의 경우에도 (不能)未遂가 성립될 수 없다. 그러나 刑法 제27조의 不能未遂는 그 客體, 手段 또는 行爲狀況에 欠缺이 있더라도 危險性이 있으면 處罰하도록 하고 있으므로 이 설은 타당하지 않다. 따라서 오늘날 이 說을 지지하는 者는 없다.³³⁾

29) Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Maurach-FS, S. 58

30) 이 경우에 單純히 結果反價値에 指向된 行爲反價値는 물론이고 法益平溫狀態의 錯亂이라는 結果反價値 自體도 실제 로 있다는 見解로는 金일수, 前揭書, 222面.

31) 우리나라에서는 構成要件의 欠缺理論이란 未遂를 構成要件要素 中 因果關係가 欠缺된 場合に 局限시키는 見解로서 正義하기도 한다(예컨대 이재상, 刑法總論, 352面). 그러나 因果關係는 結果가 發生하였을 때 問題되는 것이기 때문에 그 正義는 精確한 표현이 아니다.

32) 이는 아주 오래전 Dohna, Frank, Sauer 등에 의해 주장되었던 견해이다.

2) 客觀說(objektive Theorie)

前述한 構成要件欠缺理論에 못지 않게 원칙적으로 처벌되는 (危險性있는) 不能未遂의 인정이 아주 엄격하게 제한되는 이론에 해당하는 것은 다음에 설명할 客觀說이다. 客觀說은 行爲에 의해 야기된 保護客體에 대한 事實上的 危險性(tatsächliche Gefährdung des geschützten Handlungsobjektes)을 可罰性的 實質로서 요구한다. 즉 客觀說은 未遂犯의 處罰實質도 結果反價值(Erfolgsunrecht)에서 나온다고 하는 견해이다. 그러나 客觀說은 '行爲者の 行爲에 대한 表象(seine Vorstellung von der Tat)'이라는 주관을 기초로하여 -不能未遂를 포함하여- 未遂犯 概念을 인정하는 獨逸刑法 제22조와 상응하지 않는 관계로 현재 獨逸에서는 主張者가 거의 없지만,³⁴⁾ 우리나라에서는 아래에서 보는 바와 같이 新客觀說(具體的 危險說)을 따르는 學者가 상당히 있으며, 특히 우리나라 判例에는 舊客觀說을 따른 것도 있다. 여하튼 客觀說에는 舊客觀說과 新客觀說로 다시 나누어 볼 수 있다.

a) 舊客觀說(Die ältere objektive Theorie)

이 說은 絶對的 不能과 相對的 不能으로 구분하여 法官이 事後的 觀點에서(ex post) 이를 판단 단계 하는 견해이다. 과거 Feuerbach에 의하여 기초되었고, Mittermaier, Abegg, Berner에 의하여 발전된 이론이라고 한다.³⁵⁾ 우리나라의 判例에도 이 理論에 기초한 것이 없지 않다. 예컨대 우리나라 大判 1973.4.3. 선고, 73도354는 “혼입한 농약의 분량으로 보아 사람을 치사에 이르게 할 정도는 아니라 하더라도 위 농약의 혼입으로 결과가 발생할 위험성이 절대로 없다고 단정할 수 없다”고 判示하여 絶對的 不能과 相對的 不能을 區別하는 舊客觀說을 따르고 있다.³⁶⁾ 여기서 絶對的 不能이라 함은 어떠한 경우에도 構成要件實現이 不可能한 것으로서 不能犯이 되고, 相對的 不能이라 함은 一般的으로는 構成要件實現이 가능하지만 당해 특정한 경우에 있어서 불가능한 것으로서 未遂犯이 된다고 한다. 絶對的 不能의 예로는 설탕으로 살해하든가 사체를 살해하는 경우이고, 相對的 不能의 예로는 독약이 치사량미달인 경우이다. 그리고 임신하지 않은 부녀에 대한 낙태시도는 절대적 불능이지만 소량의 낙태약에 의한 낙태시도는 상대적 불능에 해당한다. 이 說은 行爲客體가 실재로 존재하기 때문에 그 자체로서는 可能的이지만 行爲者의 기대와는 달리 현장에 없었던 경우에 그것이 絶對的 不能인지 아니면 相對的 不能인지의 區別

33) 近年의 한 때에 이 說을 지지한 獨逸學者로는 Schmidhäuser, AT, S. 607

34) 現行 獨逸刑法에서도 客觀說을 主張하는 者로는 Spindel, NJW 1965, S. 1881; dersel., in: Stock-FS, S. 89 ff.; Dicke, JuS 1968, S. 16 f.

35) Maurach/Gessel/Zipf, AT/2, 7. Aufl., 40 IV Rn. 133

36) 大判 1985.3.26, 85 도 206이 “不能犯은 犯罪行爲의 性質上 結果發生의 危險이 絶對로 不能한 경우를 말하는 것인 바, 항정신성의약품인 메스암페타민 속칭 히로뽕제조를 시도하였으나 그 약품배합 미숙으로 그 완제품을 제조하지 못하였다면 이 소위는 그 性質上 結果發生의 危險性이 있다고 할 것이므로 이를 習慣性醫藥品製造 未遂犯으로 處斷하는 것은 正當하다”고 判示하여 ‘絶對로 不能한 경우’를 不能犯의 표지로 삼은 것도 역시 舊客觀說의 論旨에 該當한다.

이 不可能하다는 批判을³⁷⁾ 받는다.³⁸⁾ 따라서 舊客觀說은 오늘날 더 이상 지지받지 못한다.

b) 新客觀說(Die neuere objektive Theorie)

v. Liszt에서 시작하여 Frank, v. Hippel, Beling, Kohlrausch, Schmidt 등이 이어서 주장한 이 설은 行爲의 保護客體에 대한 客觀的 危險性에서 不能未遂의 當벌성을 바라보는 점에서는 舊客觀說과 동일하다. 다만 평가방법에 있어서 新客觀說은 行爲者의 특별한 인과인식을 포함하여 事前的으로(ex ante) 행위당시로 돌아가 사려있고 통찰력있는 一般 觀察者가 認識 可能한 모든 상황을 기초로 하여 事後的 豫測(nachträgliche Prognose)에 의해 危險性을 判斷하는 점에서 舊客觀說과 다르다. 그리고 이 설은 行爲當時의 具體的 事情을 고려하여 客觀的 危險性을 判斷한다는 점에서 具體的 危險說이라고도 불리워 진다.³⁹⁾ 이 견해에 의하면 예컨대 제3자가 몰래 총알을 쏘 권총으로 살인을 시도하였다면, 재판사의 사후적 판단을 기초로 하는 舊客觀說에 의하면 絶對的 不能이지만, 행위당시로 돌아가 장래적으로 예측하는 新客觀說에 의하면 危險한 可罰的 未遂라고 한다.⁴⁰⁾ 이러한 具體的 危險說에 대하여는 行爲者가 認識한 事情과 一般人이 認識한 事情이 一致하지 않는 경우에 어느 사정을 기초로 판단할 것인가가 명확하지 않다는 批判이 있다.⁴¹⁾ 이 批判에 대해서는 一般人이 認識한 사정을 기초로 삼고 行爲者가 특히 알고 있었던 사정을 고려하면 된다는 反論이 제시된다.⁴²⁾

3) 法律的 不能 및 事實的 不能說

이 설은 法律的 不能을 不能犯, 事實的 不能을 未遂犯으로 보는 견해이다. 이에는 다시 絶對的 不能 및 相對的 不能과 동일한 것으로 이해하여 絶對的 不能을 法律的 不能으로 相對的 不能을 事實的 不能으로 연결지우는 프랑스 學者 Roux의 見解와 法律的 不能을 構成要件의 欠缺(즉 진정신분범에서 그 주체가 신분을 결여하였을 때)로 보고 事實的 不能은 단순한 事實上的 犯罪要件이 缺如된 경우로 보는 Garraud의 見解로 區分된다.⁴³⁾ 이 설에 대해서는 前述한 舊客觀說과 構成要件의 欠缺理論에 대한 批判論이 그대로 적용된다.

37) 이러한 批判으로는 Jescheck, Lb, AT, 2. Aufl., S. 400

38) 이러한 경우에 Spendel은 지갑이 다른 주머니에 있는 경우에는 不能未遂가 되고 相對方이 전혀 돈을 갖고 있지 않은 경우에는 不可罰(不能犯)이라고 하여 양자의 區分을 시도한다.(Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in: Stock-FS, S. 107)

39) 우리나라에서 이 설을 主張者로는 8人共著/김종원, 新考 刑法總論, 1978, 304面; 성시탁, 不能未遂, 김종원교수 화갑 기념논문집(1991년), 401面; 이재상, 刑法總論, 신정판, 358面; 배종대, 刑法總論, 전정수정판, 470面.

40) Welzel, Lb, S. 192

41) 손해목, 不能犯, 考試界 1966年 8月, 47면.

42) 이재상, 前掲書, 358面.

43) 이를 소개한 이형국, 不能未遂犯에 있어서의 危險性, 考試研究, 92年 2月, 34面.

4) 主觀說

이 설은 未遂犯의 處罰根據는 外部的인 意思實現 자체가 危險할 것을 要求하지 않고 行爲에 의해 實現된 法敵對的 意思(im durch Handlung betätigten rechtsfeindlichen Willen) 있다는 見解이다. 따라서 主觀說에 의하면 行爲者가 可能的이라고 착각한 이상 結果發生이 客觀的으로 不可能하여 아무런 客觀的 危險性이 없더라도 未遂犯으로 處罰하여야 하며,⁴⁴⁾ 다만 迷信犯의 경우에는 未遂에서 요구되는 構成要件의 行爲가 없으므로 이에서 制外된다고 한다. 主觀說에 의하면 비임신부에 대한 낙태시도, 시체에 대한 살인시도, 청구권이 있는 것을 모르고 한 기망 시도, 빈호주머니에 대한 절도시도, 아무도 누워 있지 않은 침대에의 발포 등도 可罰的인 不能未遂가 된다고 본다.⁴⁵⁾ 그러나 이 설에 대해서는 迷信犯을 不能未遂로 포섭하지 않는 이유를 合理的으로 설명해 줄 수 없을 뿐만 아니라,⁴⁶⁾ 法 敵對的인 意思 내지 心情이라는 不法없는 責任(Schuld ohne Unrecht)만을 根據로하여 處罰하는 것이라는 批判이 있다.⁴⁷⁾

5) 抽象的 危險說(法秩序에 대한 危險說), 主觀的 危險說(subjektive Gefährlichkeitstheorie)

우리나라에서 抽象的 危險說은 行爲當時에 行爲者가 認識한 사정만을 기초로 하여 一般人이 그러한 사정 아래서 危險性을 느낄 수 있었다면 抽象的 危險性이 있으므로 가별적 不能未遂가 된다는 理論이다. 이 설은 法秩序에 대한 危險說(Die Theorie der Gefahr für die Rechtsordnung)이라고도 불리워진다. 그리고 이 설은 과거 獨逸 帝國法院(Reichsgericht)의 태도이었다고 한다.⁴⁸⁾ 그런데 우리나라에서 이 설은 主觀的 危險說(subjektive Gefährlichkeitstheorie)과 같은 것으로 취급되기도 하고, 달리 취급되기도 한다. 이를 달리 취급하는 견해는 抽象的 危險說은 構成要件欠缺을 認定하는 反面에 主觀的 危險說은 이를 否認하는 점에서 다르다고 한다.⁴⁹⁾ 現在 抽象的 危險說은 우리나라의 多數說이 지지하는 理論이기도 하다. 그리고 우리나라 '大判 1978.3.28, 77 도 4049'가 "위험성의 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있는가를 따져야 하므로 히로뽁 제조

44) Alwart(Strafwürdiges Versuchen, 1982, S. 163 ff., 172 ff., 185 ff.)와 Schmidhäuser (StuB, 11/16 ff.)에 의해 開發된 二元的 未遂論(dualistische Versuchstheorie)은 未遂犯을 危險的 未遂와 意圖的 未遂로 나누면서, 前者는 事後的으로(ex post) 確認된 危險性, 소위 危險反價値(Gefährdungsunwert)에 의해 成立되는데 반하여 後者는 構成要件의 不法狀況을 야기하겠다는 目的, 즉 意圖反價値(Zielunwert)에 의해 成立된다고 한다. 따라서 이 설에 따르면 結果發生이 不可能함에도 불구하고 단순히 直接故意 또는 未必的 故意를 가지고 實行한 未遂는 不可罰이 될 뿐이다. 이 점에서 二元的 未遂論은 意圖反價値에 制限되지 아니하는 主觀說과 차이가 있다. 그리고 二元的 未遂論은 危險性判斷을 事後的으로(ex post) 하기 때문에 이를 事前的으로 行하는 新客觀說과 차이가 난다. 이에 대한 소개로는 Rudolph, SK, Vor §22 Rn. 13a

45) Welzel, Lb. S. 192

46) S./S./Eser, §22 Rn. 65

47) Dicke, Zur Problematik des untauglichen Versuches, JuS 1968, S. 158

48) Maurach/Gössel/Zipf, AT/2, 40 IV Rn. 135

49) 이러한 言及으로는 이형국, 不能未遂(下), 考試研究 1983年 8月, 91面.

를 위하여 에페트린에 빙초산을 혼합한 행위가 불능범이 아니라고 인정하려면 위와 같은 사정을 놓고 객관적으로 제약방법을 아는 과학적 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있어야 한다"고 判定한 것도 이 說의 趣旨에 가까운 것으로 判斷된다. 여하튼 상기한 의미의 抽象的 危險說에 대하여는 行爲者가 경솔하게 잘못 안 경우에도 그 사실만을 기초로 하여 危險性을 判斷해야 한다는 것은 不當하다는 批判이 提起되고 있다.⁵⁰⁾

6) 主客觀的 混合說 또는 印象說(gemischte subjektiv-objektive Theorie oder Eindruckstheorie)

이 설은 未遂의 可罰根據를 行爲者의 法 敵對의인 意思 그 自體가 아니라 그것이 共同體에 미친 影響에서 찾는 見解이다. 사회생활을 객관적으로 형성하는 힘으로서의 法秩序의 效力에 대한 일반의 신뢰는 重大犯罪를 진지하게 實行着手한 者가 不可罰로 머물게 된다면 타격을 받게 될 것이다. 이는 不能未遂를 處罰하지 않는 경우에도 마찬가지이다. 즉 可能未遂와 不能未遂는 모두 一般人의 法平穩感을 착란시키는 점에 共通分母를 가진다. 다만 可能未遂는 保護된 行爲客體에 대한 具體的 危險性을 추가로 야기할 뿐이다. 이러한 내용의 인상설은 (積極的) 일반예방을 추구하는 刑法任務에 상응하는 견해일 뿐만 아니라 未遂의 可罰根據를 파악하는데 있어서 主觀과 客觀의 양면을 고려한다는 점에서 오늘날 獨逸에서는 多數說로서 지지받고 있다.⁵¹⁾ 그러나 우리나라에서 인상설은 不能未遂의 處罰與否를 決定하는 '危險性'의 判斷基準이 되기에 너무 막연하고 포괄적인 欠이 있다는 批判을 받는다.⁵²⁾

3.3. 批判 및 小結

우선 理論的인 면에서는 물론이고 우리 刑法의 규정형식과 관련하여서도 따를 수 없는 견해는 純粹한 主觀說이다. 왜냐하면 主觀說에는 이론적인 면에서 迷信犯을 不能未遂에서 구별하여야 할 근거가 모호할 뿐만 아니라 行爲者의 意思 외에 外적·客觀적 要素를 무시하는 難點이 있으며, 우리 刑法이 법문상 명시적으로 '危險性'이라는 客觀要素를 요구하는 것보다도 상응하지 않기 때문이다. 그러나 '危險性'이라는 客觀要素를 行爲客體의 保護法益에 대한 危險性, 즉 結果發生의 危險性으로 보는 客觀說은 不能未遂를 刑免除까지 可能하게 한 우리 刑法의 규정형식과 완전히 일치시키는 데에는 역시 限界가 있다. 물론 客觀說과 같이 結果發生이 可能的 可能未遂보다도 처음부터 結果發生이 不可能한 不能未遂가 그 可罰性的 實質로서 더 엄격히 요구되는 것은 당연하다. 그러나 그 엄격성을 위해 事後的 法官의 立場에서 行爲客體의 具體的 法益에 대한 客觀的 危險性, 즉 相對的 結果發生의 可能性(舊客觀說) 내지 事前的 一般人의 觀點에

50) 이재상, 刑法總論, 신정판, 359面; 이형국, 不能未遂, 考試研究, 83年 7月, 91面.

51) 우리나라에서는 김일수, 前揭書, 217面; 이형국, 刑法總論, 302面; 박상기, 刑法總論, 348面.

52) 배중대, 前揭書, 470面.

서 가지는 結果發生의 可能性(新客觀說)까지 事實的으로 요구하는 것은 우리나라 立法者의 意思가 아닌 것으로 사료된다. 왜냐하면 우리 刑法上 不能未遂의 法定刑은 可能未遂와 동일한 刑減輕만 있는 것이 아니고 刑免除까지도 可能하도록 되어 있기 때문이다. 그런데 行爲客體의 具體的 保護法益에 대하여 客觀的 危險性까지 발생되는 不能未遂라면 그것은 障礙·可能未遂와 거의 맞먹는 것이고, 따라서 그에 대한 法定刑은 刑減輕에 한하는 것이 타당하다. 반면에 이에 대해 刑免除까지 一般的으로 可能하도록 규정하는 것은 不合理할 것이다. 그러나 우리 刑法 제 27조에는 刑免除되는 不能未遂까지 포함되어 있다. 우리 立法者가 이렇게 刑免除까지 가능한 不能未遂를 규정한 것은 具體的 保護法益에 대해 具體的 危險性이 없는 그 이하 정도의 危險性이 있는 경우에도 可罰的 不能未遂의 實質에 포섭시키려는 것이 틀림없다. 純粹 主觀說이 아닌 것 중에서 行爲客體에 대한 具體的 危險性 以下에 해당하는 危險性을 요구하는 見解로는 양자의 차이를 精確하게 구분하기 곤란한 '抽象的 危險說'과 '인상설'이 있다.⁵³⁾ 따라서 本人은 우리 刑法 제27조의 '危險性'을 다음과 같이 나누어 이해하고자 한다. 刑減輕만 되는 不能未遂에서의 '危險性'은 具體的 危險說(新客觀說)에 의하여 決定하고, 刑免除가 可能한 不能未遂에서의 '危險性'은 抽象的 危險說 또는 인상설에 의하여 결정하여야 한다.⁵⁴⁾ 다만 迷信犯은 抽象的 危險性 또는 一般人에 대한 法 동요적 인상조차도 야기하지 못하고 幻覺犯은 法秩序 自體를 해치는 客觀要素가 없는 경우이므로 不能未遂에서 말하는 危險性이 根本的으로 缺如되는 것이다. 그리고 不能行爲에 抽象的 危險說 또는 인상설이 의미하는 最小限의 危險性만 있는 것으로 판단되는 경우에 法官은 具體的 危險性이 없다는 이유로 無罪判決을 하여서는 안되고 刑免除判決을 하여야 한다.

[小結] 刑法 제27조의 '危險性'은 單一概念이 아니고 法定刑(既遂刑罰에서의 減輕 또는 免除)에 상응하는 等級概念이다. 刑減輕에 상응한 '危險性'은 具體的 危險說이 의미하는 比較的 嚴格한 '危險性'이고, 刑免除(無罪事由가 아님)에 해당될 수 있는 '危險性'은 抽象的 危險說 또는 인상설이 의미하는 未遂犯 成立을 위해 最小限으로 요구되는 '危險性'이다. 따라서 적어도 刑減輕과 刑免除되는 不能未遂의 하나에 포섭될 수 있는 最小限의 危險性은 後者의 (抽象的) 危險性이 된다. 그리고 具體的 危險性도 없고 抽象的 危險性(一般人에 대한 法동요적 인상야기의 危險性)도 없는 경우에는 不可罰的인(無罪判決의 事由) 不能犯이 된다.

53) 우리 實定法은 '危險性'이라는 용어를 쓰고 있으므로, 抽象的 危險說이 인상설 보다 우리 刑法解釋에 있어서는 더 우월한 것으로 사료된다. 이와 유사한 觀點을 비친 것으로는 김중원, 不能未遂, 考試研究, 96年 6月, 85면, 註24)

54) 刑法 제27조가 規定한 危險性의 有無를 判斷함에 있어서 科學的 一般人的 判斷을 基準으로 할 것인가 普通人的 判斷을 基準으로 할 것인가가 問題된다. 本人은 이것도 나누어 살펴보아야 한다고 생각한다. 즉 刑減輕되는 不能未遂의 경우에 요구되는 具體的 危險性은 科學的 一般人的 判斷을 基準으로 하여 決定하여야 하지만, 刑免除까지 可能한 不能未遂의 경우에 요구되는 抽象的 危險性은 普通人的을 基準으로 決定하여야 한다.

IV. 關聯問題

1. 迷信犯(abergläubischer oder irrealer Versuch)

迷信犯이란 과학적 인식에 있어 존재하지 아니하는 수단이나 효력에 의지하거나 非現實의 對象에 대하여 犯罪을 저지르려 시도하는 것을 말한다. 예컨대 주문을 외워서 사람을 살해하려는 경우와 같은 것이다. 이러한 迷信犯을 刑法上 어떻게 평가할 것인가의 문제가 발생한다. 그런데 獨逸刑法은 不能未遂의 成立要件으로 '危險性'을 특별히 들지 않는다. 단지 法律效果만 관련하여 任意的 刑減輕對象으로서의 보통의 不能未遂와 刑免除까지 가능한 '현저한 무지'로 인한 不能未遂로 나눌 뿐이다. 이와 관련하여 獨逸에서 迷信犯은 刑減輕만 가능한 보통의 不能未遂가 아니라는 것에는 의견이 통일되어 있다. 見解對立이 있는 것은 迷信犯을 刑免除까지 가능한 '현저한 무지'로 인한 不能未遂로 볼 것인가,⁵⁵⁾ 아니면 아예 未遂犯으로서의 不法실질을 인정할 수 없는 것으로 볼 것인가에 있다. 이를 우리나라 刑法 제27조에 적용해 본다면 迷信犯에 대해 刑免除되는 不能未遂를 인정할 것인가, 아니면 不可罰的인 不能犯으로 볼 것인가에 있다. 이것은 訴訟에 있어서 法官이 迷信犯에 대해 刑免除判決을 하여야 할 것인가, 아니면 無罪判決을 하여야 할 것인가에 影響을 미친다. 반면에 迷信犯에 대해 刑減輕만 가능한 不能未遂의 성립을 인정하는 것은 우리 刑法에서도 不可能하다. 양자의 가능성 중에서 本人은 아예 迷信犯에 대해서는 未遂犯의 實質이 없는 것으로 보는 것이 妥當하다고 생각한다. 왜냐하면 현실적으로 존재하지 아니하는 힘을 통한 犯行시도는 構成要件의 實行行爲로서 인정될 수 없고,⁵⁶⁾ 따라서 行爲者에게는 그 構成要件에 상응하는 故意도 缺如된 것으로⁵⁷⁾ 평가되기 때문이다. 더 나아가 실명 迷信犯에 대해 實行行爲와 故意가 認定되더라도 그것은 중국적으로 未遂犯 成立을 위해 요구되는 共同體의 法感情을 등요시키는 인상을 야기한 것으로도 볼 수 없다.⁵⁸⁾ 따라서 迷信犯에 대해서 法官은 아예 未遂犯의 實質을 否定하면서 訴訟上으로는 無罪判決을 하여야 한다.

2. 幻覺犯(Wahndelikt)

不能未遂와 幻覺犯은 行爲者가 자기에게 不利益한 積極的 錯誤를 하는 점에서는 공통된다. 그러나 양자의 다음과 같은 차이가 있다. 不能未遂는 構成要件要素가 존재하지 아니함에도 불구하고 이를 존재한다고 錯誤한 경우에 성립한다. 따라서 事實의 錯誤의 反對形態(umgekehrter

55) Baumann/Weber, AT, 9. Aufl., S. 499; Stratenwerth, AT, Rn. 692 ff.

56) Maurach/Goessel, AT/2, 41/82

57) Jescheck, Lb, §50 I 6

58) Rudolphi, SK, §23 Rn. 35; Jescheck, Lb, §50 I 6

Tatbestandsirrtum)가 되는 경우이다. 반면에 幻覺犯이란 事實上 許容되고 있는 行爲를 禁止되거나 處罰된다고 誤認한 경우를 말한다. 소위 顛倒된 禁止의 錯誤(umgekehrter Verbotsirrtum)의 경우이다. 前者의 不能未遂는 處罰하는 構成要件이 존재하기 때문에 그 錯誤에 危險性이 있으면 處罰되고, 後者の 幻覺犯은 處罰하는 構成要件 自體가 처음부터 없기 때문에 當該犯罪에 관한 處罰되지 않는다. 幻覺犯이 처벌되지 않는 것은 개인이 착각하였다고 法이 창설되는 것은 아니고, 만약 이를 처벌하면 罪刑法定主義에 反하게 되기 때문이다. 또한 幻覺犯의 경우에는 構成要件의 存在를 근거로 인정되는 故意도 概念上 充足될 수 없다. 이러한 幻覺犯(顛倒된 禁止錯誤)에는 여러가지 유형이 있다. 가장 전형적인 것으로는 存在하지 아니하는 禁止規範을 存在하는 것으로 착각하는 경우이다. 예컨대 同性戀愛에 대해 禁止하는 法이 존재하는 것으로 착각하고 同性戀愛를 행하는 경우가 여기에 해당한다. 다음으로 顛倒된 許容錯誤(umgekehrter Erlaubnisirrtum)의 형태가 있다. 이것은 존재하는 違法性阻却事由를 몰랐거나 그 適用範圍를 좁게 해석하여 자기의 행위가 禁止되었다고 錯誤한 경우이다. 예컨대 他人을 위한 正當防衛는 禁止된다고 착각한 경우, 私人은 現行犯人을 逮捕할 수 없다고 착각한 경우 등이 여기에 해당한다. 더 나아가 幻覺犯은 그 자체 올바르게 이해한 행위를 構成要件에 잘못 包攝시킴으로써 處罰받는 것으로 착각한 경우에도 인정될 수 있다. 이러한 착오를 소위 顛倒된 包攝의 錯誤(umgekehrter Subsumtionsirrtum)라고 한다. 그러나 顛倒된 包攝의 錯誤로서 幻覺犯이 되는 경우와 어떤 상황을 規範的 구성요건표지에 포섭되는 상황이라고 잘못 착각함으로써 不能未遂가 되는 경우는 구별되어야 한다.⁵⁹⁾ 예컨대 명의인 없는 문서라는 상황을 잘 아는 행위자가 명의인 없는 문서도 형법상 문서가 된다고 법적으로 잘못 포섭한 경우에는 처벌되지 않는 환각범이 되지만, 그러한 법적 포섭 이전에 이미 명의인없는 문서를 명의인있는 상황으로 착각한 경우에는 가별적인 불능미수가 된다. 그리고 단순히 접촉사고만 일으킨 운전자가 도주하는 것도 ฆ소니죄의 구성요건에 포섭된다고 잘못 생각한 경우에는 불가별적인 환각범이 되지만, 단순히 접촉사고만 일으킨 운전자가 업무상과실치사상죄를 범하였다고 상황을 잘못 인식하고서 도주한 경우에는 ฆ소니죄의 불능미수가 된다. 또한 납세채무 없는 자가 납세채무있는 상황으로 착각하고서 고의로 불납한 경우에는 조세포탈죄의 불능미수가 성립되며, 타인에 대한 소유권이전계약이 무효임에도 불구하고 유효한 것으로 착각하고서 보관물을 囑령한 경우에는 囑령죄의 불능미수가 성립된다.

59) 아래의 例와 더불어 이에 대해 비교적 상세히 論한 것으로는 Rudolphi, SK, §22 Rn. 32a

3. 不能·中止未遂의 問題

3.1. 論點과 見解의 對立

결과발생이 처음부터 불가능함에도 불구하고 行爲者가 이를 모르고 結果防止를 위하여 진지하게 노력을 한 경우에 中止未遂의 特例規定(刑法 제26조)이 그에게 적용될 수 있는가, 즉 不能未遂에 대한 中止未遂가 가능한가의 문제가 발생한다. 이에 대하여 中止未遂를 규정한 刑法 제26조는 -이에 대해 明示規定이 있는 獨逸刑法(제24조 1항 2단)과는 달리- 아무런 지침을 줄 수 없다. 따라서 국내에서는 이에 대해 學說의 대립이 있다. 먼저 (a) 消極說은 이미 不能未遂規定에 의하여 刑減免이 가능하므로 中止未遂規定을 특별히 적용할 實益이 없을 뿐만 아니라, 이 경우에는 結果의 發生이 처음부터 不可能하였기 때문에 防止行爲와 結果不發生 사이에 因果關係가 없었으므로 中止未遂가 성립할 여지가 없다고 한다. 반면에 (b) 積極說은 任意的 刑減免에 그치는 不能未遂規定보다는 必要的 刑減免이 귀속되므로 中止未遂規定을 적용할 實益이 있을 뿐만 아니라 合法則的 條件說에 의하면 重疊的 因果關係의 경우에도 因果關係가 인정되므로 不能未遂에 대한 中止未遂도 가능하다고 한다. 생각컨대 不能未遂의 刑은 任意的 減免이지만 中止未遂의 刑은 必要的 減免이므로, 不能未遂에 대하여 中止未遂의 規定을 적용하지 않는 경우에는 結果發生의 危險性이 적은 경우를 危險性이 큰 경우보다 무겁게 취급하는 것이 되어 均衡이 맞지 아니한다. 그러므로 이러한 경우에도 中止未遂의 成립을 인정하는 積極說이 타당하다고 본다. 그러나 이러한 경우에는 단순한 中止만으로는 中止未遂가 될 수는 없고 行爲者가 不能事實을 몰라야 되고(알았다면 실패된 범행기도), 또한 반드시 結果防止를 위한 자의적이고 진지한 노력을 하여야 中止未遂규정이 적용될 수 있다.

上記한 不能未遂의 경우와 유사한 것으로 제3자의 구조행위에 의해 결과가 발생하지 않는 경우가 있다. 우리나라에서는 이러한 경우에 결과방지와 행위자의 중지행위 사이에 因果關係가 없다는 이유로 중지미수의 성립이 대체로 부정되고 있다. 그러나 독일에서는 이러한 경우에도 행위자가 그 사실을 모르고(알았다면 실패된 범행기도) 자의로 진지하게 결과방지를 위해 노력하였다면 法規定上으로 中止未遂가 될 수 있다(獨逸刑法 제24조 1항 2단). 本人은 中止未遂의 效果가 刑免除에 한하는 獨逸에서 이러한 경우에 中止(未遂)犯을 인정하는데 그 效果가 刑減輕에 그칠 수 있는 우리나라에서 이러한 경우에 中止未遂를 부정할 이유는 없다고 본다. 따라서 이러한 경우에도 中止未遂의 特例가 적용되어야 한다.⁶⁰⁾

60) 이러한 見解와 더불어 中止(未遂)犯의 全般을 論한 本人의 글로는 '中止(未收)犯에 관한 研究, 박양민교수 화갑기념논문집(1996年), 241面 이하.

V. 맺는말

本文에서 지적한 바와 같이, 우리 刑法은 가별적인 不能未遂의 요건으로서 '危險性'이라는 객관요소를 명시하고 있으므로 순수한 의미의 主觀說은 우리 刑法에서는 통용될 수 없다. 그러나 '危險性'이라는 客觀要素를 사후에 法官의 입장에서 내리는 行爲客體의 具體的 法益에 대한 客觀的 危險性, 즉 相對的 結果發生의 可能性(舊客觀說) 내지 事前的으로 일반인의 관점에서 가지는 結果發生의 可能性(新客觀說)으로 이해하는 것도 우리나라 立法者의 意思가 아닌 것으로 사료된다. 우리 刑法上 不能未遂의 法定刑은 可能未遂와 동일한 刑減輕만 있는 것이 아니고 刑免除까지도 可能하다. 그런데 行爲客體의 具體的 保護法益에 대하여 客觀的 危險性까지 발생되는 不能未遂라면 그것은 障礙·可能未遂와 거의 맞먹는 것이고, 따라서 그에 대한 法定刑은 刑減輕에 한하는 것이 妥當하다. 그러나 우리 立法者는 刑免除까지 可能한 不能未遂도 規定하고 있다. 그 의도는 具體的 保護法益에 대한 結果發生의 危險性이 없는 그 이하 정도의 危險性에 대해서도 可罰的 不能未遂에 포섭시키려는 것이 틀림없다. 따라서 우리 刑法 제27조에서 刑免除의 法律效果와 연결되는 不能未遂의 '危險性'에 대한 판단은 抽象的 危險說에 의한 것으로 만족하여야 한다. 결국, 刑法 제27조의 '危險性'은 단일개념이 아니고 法定刑(기수형벌에서의 감경 또는 면제)에 상응하는 등급개념이 된다. 그리고 刑法 제27조가 규정하는 不能未遂의 실질에 해당될 수 있는 最小限의 危險性은 抽象的 危險性이 된다. 반면에 具體的 危險性도 없고 抽象的 危險性도 없는 迷信犯, 幻覺犯 또는 현저한 無知로 인한 不能事實의 錯誤의 경우에는 不可罰的인(無罪判決의 事由) 不能犯이 된다.

參 考 文 獻

-國內-

- 김일수, 不能未遂를 論함, (1) 考試界 1985年 5月, 44面 이하;
 ——, (2) 考試界 1985年 6月, p.142 이하; (3) 考試界 1985年 11月
 ——, 韓國刑法 II [總論 下], 博英社, 1992年
 김중원, 刑法 第27條와 未遂犯, 法政 1963年 11月, 26面 이하
 ——, 不能未遂, 考試研究, 1996年 6月, 78面 이하
 박상기, 刑法總論, 改訂版, 博英社, 1996年
 배중대, 刑法總論, 전정수정판, 홍문사, 1996年
 성시탁, 不能未遂, 김중원교수 화갑기념논문집(1991年), 法文社, 377面 이하
 손동권, 中止(未遂)犯에 관한 研究, 박양빈교수 화갑기념논문집(1996年), 法文社, 241面 이하

- 손해목, 不能犯, 考試界, 1966年 8月, 47面.
- 신양균, 不能未遂의 法的 性格, 김중원교수 화갑기념논문집, 法文社, 1991年, 405面 이하
- 심재우, 不能未遂犯, 考試研究, 1982年 10月, 12面 이하
- _____, 未遂犯에 있어서의 行爲不法과 結果不法, 考試界 1983年 2月
- 이재상, 刑法總論, 新訂版, 博英社, 1995年
- 이형국, 不能未遂犯에 있어서의 危險性, 考試研究, 1992年 2月, 29面 이하
- _____, 不能未遂(上), 考試研究, 1983年 7月, 121面 ;
- _____, (下), 考試研究, 1983年 8月, 82面 이하,
- 정진연, 不能未遂에 있어서의 危險性, 박양빈교수 화갑기념논문집(1996년), 法文社, 575面 이하
- 하태훈, 不能未遂, 刑事法研究 第4號(1991年), 64面 이하
- _____, 不能主體의 可罰性, 김중원교수 화갑기념논문집, 法文社, 1991年, 435面 이하
- 8인 공저, 新考 刑法總論, 1978年, 304面

- 獨逸 -

- Baumann/Weber, - Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985
- Bruns, - Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes, Zur Problematik des Umkehrprinzips in der Irrtumslehre, GA 1979, S. 161 ff.
- Dicke, - Zur Problematik des untauglichen Versuchs, JuS 1968, S. 157 ff.
- Gössel, - Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz, Zugleich ein Versuch zur Definition des irrealen Versuchs, GA 1971, S. 225 ff.
- Hardwig, - Der Versuch bei untauglichem Subjekt, GA 1957, S. 175
- Jescheck, - Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl.
- Jescheck/Ruß, - Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, 1985
- Jescheck/Weigend, - Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl.
- Maurach/Gössel/Zipf, - Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl.
- Neumann/Jung, - Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 1995
- Rudolphi, - Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Maurach-FS, S. 51 ff.
- Rudolphi/Horn/Günter/Samson, - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band I, Luchtrhand
- Schmidhäuser, - Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984
- Schönke/Schröder, - Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl.
- Spindel, - Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW 1965, S. 1881 ff.
- Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in: Stock-FS, S. 107
- Stöger, - Versuch des untauglichen Täters, S. 68 ff.
- Stratenwerth, - Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981
- Welzel, - Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969

Zusammenfassung

Untersuchung über das untaugliche (Versuchs-)Verbrechen

Dong-Kwun Son

(Juristische Fakultät der Kon-Kuk Universität)

In §27 des koreanischen StGB ist geregelt, daß der zwar untauglicher, aber gefährlicher Versuch, der nach der Art des Gegenstandes oder des Mittels überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, strafbar ist. Das Gericht kann dabei nur von Strafe absehen oder die Strafe mildern. Entscheidendes Kennzeichen des untauglichen Versuchs ist also ein Irrtum des Täters über die fehlende Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens. Hierher gehören ohne Zweifel Versuche am untauglichen Objekt und mit untauglichen Mitteln. Problematisch erscheint aber Versuch des untauglich Subjekts, der im kStGB nicht ausdrücklich geregelt ist. Im Falle des untauglichen Täters ist ein strafbarer Versuch beim Irrtum über den Sachverhalt gegeben. Ein strafloses Wahndelikt liegt dagegen dann vor, wenn der Täter trotz richtiger und vollständiger Sachverhaltskenntnis allein auf Grund einer falschen Subsumtion zum Ergebnis gelangt, daß sein Verhalten einem Sondertatbestand unterfalle. Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs findet nach dem kStGB ihre Rechtfertigung in der etwa objektiven Lehre, die sich auf der konkreten oder abstrakten Gefährdung beruht. Strafflos bleiben der irrealer oder abergläubische Versuch und das Wahnverbrechen, weil in ihnen weder eine konkrete noch eine abstrakte Gefährdung besteht. Der untauglicher Versuch aus grobem Unverstand nach §23 III des deutschen Strafgesetzes soll in Korea auf gleichem Grunde straflos bleiben, da nach §27 des kStGB nur der gefährliche untaugliche Versuch bestraft werden kann.