

예비의 중지 - 예비죄의 체계와 관련하여*

이 광 수**

목 차

- | | |
|-------------------------------------|------------------------|
| I. 서론 | 1. 중지미수의 의의 |
| II. 예비죄 개관 | 2. 형벌감면의 근거 |
| 1. 예비죄에 관한 입법례 | IV. 예비죄의 중지의 경우 형벌감면여부 |
| 2. 예비죄의 법적 성격 | 1. 부정설 |
| 3. 예비죄의 실행행위성 | 2. 긍정설 |
| 4. 예비죄의 성립요건 | 3. 절충설 |
| 5. 예비죄의 처벌 | 4. 판례의 입장 |
| III. 중지미수의 법정형의 필요적 감면규정
에 관한 해석 | 5. 소결 |

I. 서론

어떤 범죄(고의범)가 실행되기 위해서는 일련의 단계적 발전과정을 거치게 된다. 즉 먼저 어떤 범죄를 실행할 것을 결의하고 그 결의를 수행하기 위한 계획을 수립하며 그 계획에 따라 필요한 범행수단을 준비하고 범행현장에서 구성요건적 정형성이 있는 실행행위로 나아가게 된다. 예비란 이러한 범죄 실현의 단계적 과정에서 특정한 범죄를 실현하기 위한 의사가 외부로 발현되어 준비행위에 돌입한 단계로서 아직 실행의 착수에 이르지 아니한 일체의 행위를 말한다. 이러한 예비행위를 처벌대상으로 하는 범죄가 예비죄이다. 로마법 이래 형법의 기본적인 입장은 “누구든지 생각만으로는 처벌받지 않는다(Congitationis poenam

* 이 원고는 2008년도 국민대학교 교내연구지원비의 지원을 받은 연구논문이다.

** 변호사

nemo pacitur)"¹⁾는 것이다. 그러므로 예비는 원칙적으로 처벌되지 않지만 예외적으로 예비죄를 처벌하는 규정을 둔 경우에는 처벌이 된다. 어떤 예비행위를 처벌대상으로 규정할 것인가 여부는 특정한 시기와 장소적 범위로 한정된 사회집단이 구체적인 범죄적 의사활동의 실현단계에서 어느 단계에 국가형벌권의 개입을 허용할 것인가 여부에 관한 입법적 결단의 문제라고 할 것이다.

이러한 예비행위는 범죄의 결의 또는 미수와 구별되는데, 범죄의 결의는 단지 행위자의 범죄 실행결의가 내적으로 형성되었거나 외적으로 표현된 단계에 불과하고 예비는 이러한 범죄 실행결의가 객관화된 구체적인 형태를 갖고 있다는 점에서 구별되며, 예비와 미수는 실행의 착수 여부에 따라 구별된다.

그런데 이렇게 예비와 미수를 구별하는 경우에 예비단계의 행위가 진행되다가 자의로 이를 중지한 경우에 예비죄에 관하여 중지미수의 규정을 적용 또는 준용할 수 없을 것인가 여부는 논란이 있다. 법규정을 엄격하게 해석하는 경우에는 예비와 미수는 실행의 착수 여부에 따라 구별되고, 예비죄에 관하여 별도로 중지미수와 같이 그 형벌을 감경 또는 면제한다는 규정을 두고 있지 않는 한 예비행위 단계에서 이를 자의로 중지하더라도 예비죄에 정한 형을 감경 또는 면제할 수는 없다고 할 것이다. 그러나 기본범죄의 실행에 착수한 이후에 이를 자의로 중지하는 경우에는 법관의 양형에 따라 그 형벌이 감경되거나 심지어 면제되는 경우가 있을 수 있음에 비하여 예비죄의 경우에는 자의로 이를 중지하였음에도 반드시 처벌하여야 하는 불합리한 결과가 초래될 수 있는 것이다. 중지미수에 관하여 그 형을 감경 또는 면제하도록 하여 장애미수에 비하여 그 처벌을 가볍게 하는 이유에 관하여 뒤에서 살펴보는 것과 같이 여러 견해의 대립이 있지만 일반적으로 통용되는 결합설의

1) Jescheck, Ruß. Willms, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 33 Lieferung, 6쪽; 차용석, “예비죄”, 법학논총 제1권(숭실대학교 법학연구소, 1985), 123쪽에서 재인용.

입장에서 형사정책적 합목적성을 고려한다면 위와 같은 결과는 불합리한 것이라고 볼 여지가 충분히 있으므로 종래 예비죄의 중지에 관하여 형벌을 감경 또는 면제할 수 있는가를 둘러싸고 학설상 논란이 있어왔다. 이 글에서는 이러한 종래의 견해를 검토해 보면서 형벌규정이 표현하는 문언의 합리적 의미를 벗어난 합목적적 해석이 가능한가에 관하여 살펴보고 이에 관한 형사소송법적 입장에서의 논거를 제시해보고자 한다. 글의 순서는 우선 예비죄 일반에 관한 개괄적 고찰과 중지미수의 형벌감면의 근거를 고찰해보고, 예비죄의 실행 단계에서 그 행위를 자의로 중지한 경우에 형벌감면이 가능한가 여부를 검토하는 순서가 될 것이다.

II. 예비죄 개관

1. 예비죄에 관한 입법례

예비죄에 관한 각국의 입법태도를 살펴보면 다음과 같다. 독일형법은 총칙에 예비죄에 관한 일반규정이 존재하지 않으나 각칙상 예비죄를 처벌하는 규정을 두고 있는데 그러한 범죄에는 침략전쟁예비(제80조), 내란예비(제83조), 태업을 위한 정보수집활동(제87조), 통화 및 우표·인지 등 위조예비(제149조), 유로수표의 위조예비(제152조의a 제1항 제2호), 정치적 약취·유인예비(제234조의a Ⅲ), 공정증서의 위조예비(제275조), 폭발물·방사선 범죄의 예비(제311조의b), 항공기 및 선박의 운항 방해·파괴예비(제316조의c 제3항) 등이 이에 해당한다.

프랑스형법은 구 형법시대에 국가의 안전에 대한 중죄와 경죄에 관한 장에서 국토보전에 대한 침범, 음모, 기타 위법행위, 국가를 교란하는 중죄 그리고 헌법에 대한 중죄와 경죄에 관한 장에서 공무원의 불법동맹

과 관련한 공모와 예비행위를 처벌하는 조항을 두고 있었으나, 1994년 3월 개정형법에서는 범죄 실행 이전의 공모는 원칙적으로 그 처벌대상에서 제외하고 공화국의 제도 및 국토의 보전에 대한 침해행위에 관한 장에 규정된 제412-2조에서 예비행위의 정도에 이른 공모를 처벌하는 규정을 두고 있다.

일본형법은 독일형법과 마찬가지로 총칙에 예비죄에 관한 일반규정이 존재하지 않으나 각칙상 예비죄를 처벌하는 규정을 두고 있는데 그러한 범죄로는 내란죄(內亂罪), 외환유치죄(外患誘致罪), 시설제공이적죄(施設提供利敵罪), 물건제공이적죄(物件提供利敵罪), 간첩죄(間諜罪), 일반이적죄(一般利敵罪), 사전죄(私戰罪), 현주건조물방화죄(現住建造物放火罪), 타인소유비현주건조물방화죄(他人所有非現住建造物放火罪), 통화위조죄(通貨僞造罪), 살인죄(殺人罪), 강도죄(強盜罪), 신대금유괴죄(身代金誘拐罪)가 있다.

영미법계에서는 예비라는 용어는 일반화되어 있지 않고 그 처벌에 있어서도 음모가 전제되지 않는 단순한 예비행위는 처벌대상에서 제외되고 있어 실행의 착수 이전 단계의 처벌대상은 원칙적으로 음모라고 할 수 있다.²⁾ 영미법상 음모죄는 보통법상의 음모죄와 실정법상의 음모죄로 구분할 수 있는데, 영국에 있어서 음모는 보통법상의 경죄로서 불법한 행위 또는 불법한 방법에 의한 적법한 행위를 할 것을 합의하는 것을 의미한다. 보통법상의 음모죄로는 기망으로 인한 이익취득, 공중도덕의 추락행위, 사회적 품위의 손상행위가 이에 해당한다. 1977년에 제정된 영국형법(Criminal Law Act) 제1조는 다수인들간에 범죄수행을 하기로 합의한 경우에는 범죄를 실행하기 위한 음모에 대한 책임을 져야 한다고 규정하고 있고 제5조는 보통법상의 음모죄를 규정하고 있다. 또 기망에 의한 이익취득을 위한 음모죄는 1987년 제정된 형사사법법

2) 영미법상 예비죄의 입법태도에 관한 자세한 설명은 최상욱, “예비죄(豫備罪)에 관한 각국의 입법례”, 연세법학연구 제6권 제2호(연세법학회, 1999), 216쪽 이하 참조.

(Criminal Justice Act) 제12조에도 규정되어 있어 보통법과 형법에 의한 처벌이 모두 가능한 경우에 해당한다. 구체적으로 어느 법률에 의하여 처벌할 것인가는 담당법관의 재량에 속한다고 한다.

미국의 경우 음모죄는 각 주의 형법전과 연방법전(U.S. Code) 및 모범 형법전에 규정되어 있다. 모범형법전 제5.03조 제1항은 음모의 정의에 관한 규정으로서 범죄 실행을 조장 또는 촉진할 것을 목적으로 1명 또는 수명의 타인과 범죄를 구성하는 행위에 참여할 것을 합의하는 자 또는 범죄를 계획하거나 실행하는 타인 또는 타인들과 방조할 것을 합의하는 자를 음모죄로 처벌한다. 또한 동법 제5.03조 제2항은 음모관계의 범위로 제1항의 규정에 의하여 음모의 책임을 지는 자가 그와 범행을 모의하는 자가 타인 또는 타인들과 동일한 범죄의 실행을 음모하였다는 사실을 아는 때에는 그가 그들의 정체를 알고 있는지의 여부를 불문하고 그 타인 또는 타인들과 관계에서도 음모죄의 죄책을 인정한다. 그러나 동법 제5.03조 제6항은 행위자가 범행을 음모한 후에 완전하고 자발적인 범행의 포기가 명백한 상황에서 그 음모의 성취를 좌절시킨 경우를 적극적인 항변사유로 인정하고 있다고 한다.

우리 형법은 제28조에서 “범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.”고 규정하고, 제31조에서 효과 없는 교사와 실패한 교사의 경우 “예비·음모에 준하여 처벌한다.”고 규정하고 있으며, 각칙에서 일수죄 중 현주건조물·공용건조물·일반건조물일수죄의 예비죄(제183조), 교통 방해죄 중 기차등교통방해죄·기차등전복죄의 예비죄(제191조), 음용수에 관한 죄 중 음용수·수도음용수독물혼입죄·수도불통죄의 예비죄(제197조), 유가증권에 관한 죄 중 유가증권위조·자격모용유가증권작성·인지우표위조죄의 예비죄(제224조), 방화죄 중 현주건조물·공용건조물·일반건조물방화죄·폭발성물건파열죄·가스등방류죄·가스등공급 방해죄의 예비죄(제175조), 폭발물사용죄의 예비죄(제120조), 통화위조

죄의 예비죄(제213조), 내란죄·내란목적살인죄의 예비죄(제90조), 외환유치죄·여적죄·이적죄·간첩죄의 예비죄(제101조), 외국에 대한 사전죄의 예비죄(제111조), 도주원조죄·간수자도주원조죄의 예비죄(제150조)를 처벌하는 규정을 두고 있다.

2. 예비죄의 법적 성격

2.1. 예비죄와 기본범죄의 관계

위에서 본 것처럼 우리 형법은 예비죄를 원칙적으로 처벌하지 않지만 각칙에서 예외적으로 처벌규정을 두어 이를 처벌하는 경우가 있다. 이처럼 예비죄를 처벌하는 경우에 있어서 기본범죄와 예비죄가 어떤 관계에 있는가에 관하여는 (i) 예비죄는 독립된 범죄유형이 아니라 효과적인 법익보호가 필요한 경우에 미수 이전의 단계까지 구성요건을 확장한 수정적 구성요건에 해당하는 것으로서 기본범죄의 발현형태라고 하는 발현형태설과³⁾ (ii) 미수범의 처벌규정은 “~죄의 미수범은 처벌한다.”라는 형식으로 되어 있어 기본범죄의 부수적 형태로 규정되어 있지만 예비죄의 처벌규정은 “~의 죄를 범할 목적으로 예비한 자”라는 형식으로 되어 있어 예비행위 자체를 독립된 범죄로 규정하고 있으므로 예비죄는 기본범죄와 독립하여 그 자체로 불법의 실질을 갖추고 있는 범죄라는 독립범죄설⁴⁾ 및 (iii) 예비죄를 예비행위에 대하여 구성요건을 확대한

3) 현재 우리나라의 다수설이다. 박상기, 제6판 형법총론(중판)(박영사, 2005), 340쪽; 손동권, 제2개정판 형법총론(울곡출판사, 2005), 446쪽; 오영근, 보정판 형법총론(중판)(박영사, 2006), 487쪽; 이재상, 제5판 보정판 형법총론(중판)(박영사, 2006), 402쪽; 이형국, 형법총론 제4판(법문사, 2007), 224쪽; 임웅, 개정판보정 형법총론(법문사, 2005), 342쪽; 정성근/박광민, 형법총론 제2판(삼지원, 2005), 368쪽; 정영일, 형법총론(박영사, 2005), 288쪽; 문채규, “예비죄의 공범 및 중지”, 비교형사법연구 제4권 제1호(한국비교형사법학회, 2002), 31쪽; 차용석, 앞의 논문, 137쪽.

4) 김일수/서보학, 제10판 새로 쓴 형법총론(중판)(박영사, 2005), 548쪽; 배종대, 제8전정판

경우와 실질적으로는 다른 범죄의 예비행위에 해당하지만 이를 독립된 범죄로 처벌하는 형태의 예비(침략전쟁예비죄 제80조, 통화·유가증권 위조예비죄 제149조, 보험사기예비죄 제265조)등으로 나누어 파악하는 2분설 등이 있으나 2분설은 우리 형법 체계와 부합하지 않는 해석론으로 우리나라에서 이를 지지하는 학자가 없고, 독립범죄설에 대하여는 예비보다 무겁게 처벌하는 미수의 경우도 기본적 구성요건의 수정형태로 파악하는데 미수보다 가벼운 예비를 기본범죄와 독립된 별개의 범죄로 보는 것은 부당하다는 비판을 받는다.

판례는 “범죄의 구성요건 개념상 예비죄의 실행행위는 무정형 무한정한 행위이고 종범의 행위도 무정형 무한정한 것이고 형법 제28조에 의하면 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다고 규정하여 예비죄의 처벌이 가져올 범죄의 구성요건을 부당하게 유추 내지 확장해석 하는 것을 금지하고 있기 때문에 형법각칙의 예비죄를 처단하는 규정을 바로 독립된 구성요건 개념에 포함시킬 수는 없다고 하는 것이 죄형법정주의의 원칙에도 합당하는 해석이라 할 것”⁵⁾이라는 태도를 유지하고 있어 발현형태설을 취하고 있는 것으로 보인다.

형법은 국가 형벌권의 행사근거와 기준을 규정하고 이러한 기준에서 벗어난 형벌권의 행사를 금지함으로써 개인의 자유와 권리를 보장하는 보장적 기능을 수행하고 이러한 형법의 보장적 기능은 구성요건규정의 명확성을 요구한다. 그런데 예비죄를 독립된 범죄 형태로 파악하게 되면 대법원 판례가 지적하는 바와 같이 그 구성요건의 정형성이 너무 넓어져서 명확성을 결하게 되고 이는 형법의 보장적 기능을 훼손하는 결과를 초래하게 된다. 이 점에서 예비죄는 기본적 구성요건을 수정하여 예외적

형법총론(홍문사, 2005), 553쪽.

5) 대법원 1976. 5. 25. 선고 75도1549 판결. 같은 취지로 대법원 1979. 5. 22. 선고 79도552 판결; 동 1979.11.27. 선고 79도2201 판결.

으로 처벌하는 규정이라고 파악하는 발현형태설이 타당하다고 생각한다.

3. 예비죄의 실행행위성

예비죄에 독자적인 실행행위성을 인정할 것인가의 문제는 예비죄의 본질을 어떻게 보는가와 관련이 있다. 독립범죄설을 취하는 경우에는 실행행위성도 당연히 인정되지만, 발현형태설을 취할 경우에는 실행행위성의 인정 여부에 관하여 실행행위성 부정설과 긍정설로 견해가 나뉜다.

실행행위성 부정설은 실행행위는 정범의 행위로 한정되므로 실행의 착수 이전 단계의 예비행위에는 실행행위성을 인정할 수 없다⁶⁾고 하는 반면, 실행행위성 긍정설은 실행행위 여부는 상대적, 기능적으로 평가되는 것이고 예비죄도 수정적 구성요건인 이상 그 실행행위성을 인정할 수 있다는 입장이다.⁷⁾ 이에 대하여는 발현형태설을 취하면서 실행행위성을 인정하는 것은 논리적으로 모순이라는 비판을 받는다.

생각건대, 예비는 원칙적으로 기본 범죄의 실행을 준비하기 위한 행위이므로 일반적인 경우에 예비의 실행행위성을 논할 수는 없다고 할 것이다. 그러나 형법각칙에서 예비죄를 별개의 독립한 구성요건으로 규정하여 처벌하고 있는 경우에 있어서는 그 예비죄의 구성요건을 실현하는 행위로서 구성요건적 정형성이 인정되는 범위 내에서는 예비죄의 실행행위성도 긍정하여야 한다고 생각한다. 예비죄를 기본범죄와 독립된 범죄형태로 규정하여 처벌할 것인가 여부의 문제와 예비죄에 실행행위성을 인정할 것인가 여부의 문제는 구별하여 고려하는 것이 타당하기 때문이다.⁸⁾

6) 오영근, 앞의 책, 488쪽; 임웅, 앞의 책, 344쪽; 정영일, 앞의 책, 289쪽.

7) 배종대, 앞의 책, 554쪽; 이재상, 앞의 책, 403쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 374쪽; 진계호, 선고형법총론 제7판(대왕사, 2003), 479쪽; 문채규, 앞의 논문, 32쪽.

4. 예비죄의 성립요건

4.1. 주관적 요건

4.1.1. 예비죄의 고의

예비죄가 성립하려면 주관적 요건으로서 고의가 있어야 한다. 그런데 이때의 고의를 기본범죄 실행행위의 고의와 동일시하는가 아니면 예비행위 자체의 고의를 인정할 것인가 여부에 따라 예비고의설과 실행고의설이 나뉜다. (i) 예비행위자체고의설은 예비죄의 고의는 예비행위 자체의 고의라고 하는 견해⁹⁾로 그 근거는 ① 예비행위와 기본범죄 사이에는 질적인 차이가 있으며, ② 예비행위 자체에 고의가 있어야 예비행위에 그친 자의 책임을 물을 수 있고, ③ 형법각칙상 예비죄의 구성형식이 “...죄를 범할 목적으로”라고 목적범 형식으로 규정되어 있으므로 준비행위 자체에 대한 인식을 필요로 한다는 점을 든다. 이에 대하여는 예비죄의 규정형식에서 목적범 형식은 일반적인 목적범형식과 다른 것으로서 일반 목적범은 고의만으로도 사회 의미적 관점에서 불법이라고 평가할만한 실질을 갖추고 있는데 목적이라는 ‘초과’주관적 구성요건요소로 인하여 불법성이 더욱 확장된 경우임에 비하여 예비죄의 목적은 예비죄를 성립하게 하는 당연한 주관적 요소로서 ‘초과’된 요소가 아니라는 점에서 구별된다는 비판이 있다.¹⁰⁾ 이에 반하여 (ii) 기본범죄 실행고의설은 예비죄의 고의는 기본범죄 실행행위의 고의와 같은 내용이라고 하는 견해¹¹⁾로 그 근거는 ① 예비는 미수와 같은 구성요건의 수정형식이

8) 같은 취지로 문채규, 앞의 논문, 32쪽.

9) 김일수/서보학, 앞의 책, 550쪽; 손동권, 앞의 책, 447쪽; 손해목, 형법총론(법문사, 1998), 827쪽; 이재상, 앞의 책, 404쪽; 임웅, 앞의 책, 345쪽; 문채규, 위의 논문, 34쪽; 차용석, 앞의 논문, 135쪽.

10) 문채규, 위의 논문, 34-35쪽.

11) 박상기, 앞의 책, 341쪽; 이형국, 앞의 책, 225쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 370쪽; 정영일, 앞의 책, 290쪽.

며, ② 예비·미수·기수는 행위의 일련의 발전단계로서 고의의 내용은 같다고 해야 하고, ③ 기본범죄를 고려하지 않은 준비행위에 대한 인식은 무의미하므로 기본범죄 실행의 고의와 준비행위의 고의는 구별되지 아니한다는 점을 든다. 즉 기본범죄의 실행행위성과의 관련성을 무시한 채 사실행위로서의 예비행위 자체만으로는 법적 의미를 획득할 수 없으므로 당연한 귀결로서 그것만을 인식·의욕한다는 것도 법적으로는 무의미하다는 것이다. 설사 예비죄의 독자적인 고의를 기본범죄의 준비행위라는 점에 대한 인식을 배제하고 사실행위 그 자체로서의 인식만을 가리키는 것으로 이해하더라도 그러한 인식은 기본범죄를 목적으로 한다는 인식 속에 당연히 포함되는 것이므로 사실행위 그 자체에 대한 인식을 예비죄의 독자적인 고의로 별도로 이해할 필요는 없다고 한다.¹²⁾

사건으로는 예비죄의 실행행위를 기본범죄의 실행을 위한 단순한 사실행위로만 파악하는 기본범죄실행고의설의 논거를 수궁할 수 없다. 기본범죄와 예비죄를 막론하고 각 구성요건을 실현하는 행위는 자연적으로 관찰할 때에는 일련의 사실행위에 불과하며 여기에 행위자의 주관적 의도를 고려하여 법이 보호하고자 하는 이익 또는 가치를 침해 또는 위태롭게 할 만한 행위로 사회적으로 평가를 내린 것이 실행행위라고 본다면 예비죄의 실행행위는 단순한 사실행위에 불과하고 기본범죄의 실행행위는 사회적으로 유의미한 법률적 행위라고 당연히 구분할 수 있는 것은 아니라고 할 것이다. 일반적인 예비행위는 위와 같은 사실행위에 해당할 수 있을 것이나 형법적으로 문제가 되는 것은 예비죄라는 구성요건규정에 의하여 처벌되는, 즉 위 구성요건규정에 포섭되는 예비행위만이 문제가 되는 것이므로 예비행위의 독자적 실행행위성을 인정할 수 있고 이러한 독자적 실행행위성이 인정되는 범위 내에서는 그 실행행위에 대한 고의도 기본범죄와 구별하여 논할 수 있다고 할 것이다.

또 예비죄의 목적은 일반목적법의 목적과 달리 ‘초과’주관적 구성요

12) 문채규, 앞의 논문, 34쪽.

건요소가 아닌 주관적 구성요건요소에 불과하므로 예비죄의 고의를 독자적으로 논할 수 없다는 견해 역시 동의할 수 없다. 예비죄의 구성요건적 정형성이 있는 실행행위를 하고 있는 자는 그 실행행위의 의미와 그로 인하여 초래될 결과 또는 위험성에 대한 인식과 의사를 갖고 행위하는 것이며, 그러한 인식과 의사가 기본범죄를 수행할 목적이라는 초과주관적 구성요건요소에 의하여 강화되었을 때 비로소 예비죄로 처벌할 수 있는 것이지 기본범죄에 대한 목적이 바로 주관적 구성요건요소를 구성하고 있어서 기본범죄에 대한 고의 이외에 예비죄의 고의를 별도로 논할 필요가 없는 것은 아니기 때문이다.

그러므로 예비죄가 성립하기 위해서는 주관적으로 기본범죄를 실행하려는 목적과 기본범죄를 위한 준비행위를 한다는 예비의 고의를 필요로 한다고 할 것이고 따라서 예비죄의 고의는 예비행위 자체에 대한 고의라고 보아야 할 것이다.

4.1.2. 기본 범죄를 범할 목적

예비의 고의를 준비행위 자체의 고의로 파악한다면 예비죄의 성립을 위해서는 예비행위 자체의 고의 이외에 기본범죄를 범할 목적이 있어야 한다. 그러므로 예비죄는 목적범이라고 할 수 있다. 목적의 인식 정도에 관하여 (i) Metzger가 목적범의 분류로 제시하는 단축된 결과범과 불완전한 2행위범¹³⁾ 중 예비죄는 불완전한 2행위범에 해당하므로 미필적

13) 초과주관적 구성요건요소로서의 목적을 가진 목적범의 내용에 따른 분류로서 단축된 결과범이란 본래의 구성요건적 결과를 초과하는 목적 실현이라는 부가적 결과가 다른 별개의 행위를 필요로 하지 않고 행위자의 구성요건행위 자체에 의하여 직접 야기되는 경우로서 내란죄(제87조)의 국헌문란의 목적, 출판물 등에 의한 명예훼손죄(제309조)에서 사람을 비방할 목적, 준점유강취죄(제325조 제2항)·준강도죄에서 ‘재물의 탈환을 항거할 목적’, 각종 위조죄에서 ‘행사의 목적’, 재산상의 이익에 대한 강도(제333조), 사기(제347조), 공갈죄(제350조 제1항)에서 ‘불법이익의 의사’ 등이 이에 해당한다. 불완전한 2행위범이란 본래의 구성요건적 결과를 초과하는 목적 실현이라는 부가적 결과가 행위자의 구성요건행위 자체만으로는 실현될 수 없고 다른 별개의

인식으로 족하다는 견해¹⁴⁾와 (ii) 예비죄의 입법취지상 미필적 인식만으로는 부족하고 확정적 인식을 필요로 한다는 견해가 나뉜다.¹⁵⁾ 예비죄를 불완전한 2행위범으로 파악하는 견해에는 수긍할 수 없다. 각칙상 예비죄는 기본범죄의 발현형태이기는 하지만 기본범죄의 실행 여부와 무관하게 예비행위 자체만으로 구성요건해당성을 충족하는 수정적 구성요건이므로 단축된 결과범으로 파악하는 것이 타당할 것이다. 또한 Metzger의 분류개념을 받아들이지 않더라도 예비죄를 기본범죄를 실행하기 위한 목적범으로 파악하는 이상 목적에 대한 미필적 인식이라는 관념은 상상하기 어렵다는 점에서 확정적 인식을 필요로 한다고 할 것이다.

4.2. 객관적 요건

4.2.1. 예비행위가 있을 것

4.2.1.1. 외적 예비행위

예비행위는 단순히 범죄계획이나 의사표시 또는 내심의 준비행위만으로는 부족하고 범죄의 실행을 목적으로 하는 외부적 준비행위를 필요로 한다. 음모는 심리적 준비행위임에 비하여 예비는 그 이외의 행위 또는 물적 준비행위라는 다수설과 판례의 견해¹⁶⁾를 따를 경우 단순한 심리적 준비행위는 예비행위로 볼 수 없다. 또 여기서 말하는 준비행위

행위를 필요로 하는 경우로서 무고죄(제156조)에서 ‘타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적’, 음행매개죄(제242조)·영리목적약취유인죄(제288조)에서 ‘영리의 목적’, 절도죄(제329조)·재물에 대한 강도죄(제333조)에서 ‘불법영득의 의사’가 이에 해당한다. 이를 구별하는 실익은 단축된 결과범에서는 확정적 인식을 필요로 하지만, 불완전한 2행위범은 별개의 행위를 추가로 필요로 하므로 미필적 인식만으로 족하다는 데에 있다.

14) 김일수/서보학, 앞의 책, 550쪽; 손해목, 앞의 책, 827쪽; 임웅, 앞의 책, 345쪽.

15) 배종대, 앞의 책, 554쪽; 손동권, 앞의 책, 448쪽; 이재상, 앞의 책, 404쪽.

16) 김일수/서보학, 위의 책, 546쪽; 박상기, 앞의 책, 333쪽; 배종대, 위의 책, 551쪽; 손동권, 위의 책, 444쪽; 오영근, 앞의 책, 484쪽; 이재상, 위의 책, 401쪽; 이형국, 앞의 책, 221쪽; 임웅, 위의 책, 341쪽; 정영일, 앞의 책, 286쪽.

는 특정한 범죄의 실현을 위한 준비행위라는 것이 객관적으로 명백한 행위일 것을 요한다.¹⁷⁾

결과발생이 객관적으로 가능한 조건적 행위여야 하므로 결과발생이 불가능한 경우의 예비 즉 불능예비는 예비가 될 수 없다.

4.2.1.2. 물적 예비와 인적 예비

예비는 물적 준비행위에 제한되어야 한다는 견해¹⁸⁾도 있지만, 범죄 실현을 준비하기 위한 행위임이 객관적으로 명백한 이상 물적 준비행위 이건 인적 준비행위이건 불문한다는 견해¹⁹⁾가 통설이다.

Frank는 공범자의 모집, 범죄 공모, 범죄도구의 조달과 준비, 범행 기회의 탐사, 범행 현장에 나아가는 것, 대기, 범행을 용이하게 하는 것 내지 처벌을 면하기 위한 행위 등을 예비행위의 예로 들고 있고²⁰⁾, Wachenfeld는 실행행위의 난이성의 검토, 범행의 기회 및 방법의 탐사, 범비용구의 조달, 방조자의 모집, 범행 현장에 나아가는 것, 발각을 방해하는 수단의 강구, 범죄에 의한 이익을 얻거나 정범자 및 공범자의 신변의 안전을 확보하기 위한 방법을 꾀하는 것 등을 들고 있다.²¹⁾ 또 Jagusch는 범죄를 위한 방법, 용구 및 요원을 조달하고 정비하는 것, 공범자의 모집, 효과 없는 교사, 피교사자를 구하는 것, 공동실행의 의사의 형성, 범행기회의 탐사, 범행 장소로 자주 나가는 것, 범행 장소로의 범행용구

17) “형법상 음모죄가 성립하는 경우의 음모란 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄 실행의 합의를 말하는 것으로, 범죄 실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 단순히 범죄 결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고, 그 합의에 실질적인 위험성이 인정될 때에 비로소 음모죄가 성립한다.”(대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3801 판결)

18) 齊藤誠二, 豫備罪の研究(風間書房, 1971), 174쪽 이하.

19) 김일수/서보하, 앞의 책, 550쪽; 손동권, 앞의 책, 449쪽; 오영근, 앞의 책, 490쪽; 이재상, 앞의 책, 405쪽; 임웅, 앞의 책, 343쪽.

20) Frank, *Strafgesetzbuch für des Deutsche Reich*, 18. Aufl., 87쪽; 차용석, 앞의 논문, 132쪽 참조.

21) Wachenfeld, *Lehrbuch des Deutsche Strafrecht*, 174쪽; 차용석, 위의 논문, 132쪽 참조.

의 운반, 행위객체에 접근하는 것, 범행발각을 곤란하게 하는 것(알리바이의 조작), 범죄에 의한 이익을 확보하는 것(잠복장소의 확보) 등을 들고 있다.²²⁾

구체적으로는 ① 범죄에 사용할 목적으로 물품을 구입, 조달, 제작하는 등의 준비행위, ② 범죄 실행의 시기 및 장소에 대하여 연구·탐사하는 행위, ③ 범죄 행위를 위하여 그 장소로 나아가는 행위 - 다만 범행현장에 대한 단순한 접근이 아니라 구체적으로 범행에 직접 필요한 상황을 설정하는 접근의 경우에 한한다, ④ 범죄 행위를 하기 위해 피해자가 오는 것을 기다리거나 피해자를 쫓아 미행하는 것, ⑤ 사전에 알리바이를 조작하거나 범행입증을 곤란케 하는 반증을 만들어 내거나 도망장소나 도피수단을 준비하는 것 또는 절도를 기도하는 자가 장물을 은닉 내지 매각하기 위한 기회를 구하는 것과 같이 범행행위를 하기에 앞서 형벌을 모면하기 위한 대책을 강구하거나 범죄로 인한 이익을 확보하기 위한 방도를 강구하는 행위 등이 예비행위에 속한다고 할 수 있을 것이다.²³⁾

행위자가 강간행위를 할 것을 결의하고 세밀하게 범행계획을 수립한 후 피해자가 올 것이라고 예상한 장소에서 피해자를 기다리는 경우에는 설사 그 장소에 피해자가 나타나지 않았다 하더라도 강간죄의 실행행위를 인정하여야 한다거나 곧 불을 붙이려는 생각으로 방화 재료를 목적물 옆에 쌓아두거나 또는 목적물에 기름을 붓는 행위는 점화전이라도 이미 예비단계를 지나 방화의 착수가 있다고 보아야 한다는 견해도 있으나 이러한 단계의 행위들은 예비행위에 해당한다고 보는 것이 타당할 것이다.²⁴⁾

22) Jagusch, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. I., 8 Aufl., 218쪽; 차용석, 앞의 논문, 132쪽 참조.

23) 차용석, 위의 논문, 134-135쪽.

24) 차용석, 위의 논문, 132쪽.

4.2.1.3. 자기예비와 타인예비

예비행위와 관련하여 덧붙일 것은 타인예비의 문제이다. 자기예비란 행위자 스스로 또는 타인과 공동하여 기본범죄를 실행할 목적으로 준비 행위를 하는 경우를 말하고, 타인예비란 타인의 기본범죄 실행을 위하여 예비행위를 하는 경우를 말한다. 자기예비가 예비행위에 해당함에는 이론이 없지만, 타인예비행위도 예비행위로 인정할 것인가에 관하여는 견해가 나뉜다. (i) 긍정설²⁵⁾은 타인예비도 법익침해의 실질적 위험성의 면에서 자기예비와 아무런 차이가 없고, “...죄를 범할 목적으로”에는 스스로 죄를 범할 목적 외에 타인에게 행위를 시킬 목적도 포함된다고 보아야 하고, 실질적으로 타인예비에 해당하는 교사의 미수를 형법이 예비로 처벌하는 점에 비추어 타인예비도 예비에 해당한다고 보아야 한다. 또 법익침해성과 관련하여 행위를 분류할 때 법익의 직접침해행위와 간접침해행위로 나누어 볼 수 있는데, 공범행위와 예비행위는 간접침해행위라는 점에서 교사·방조와 예비행위는 일반적인 근사성을 갖는다고 한다.²⁶⁾ (ii) 이에 반하여 부정설²⁷⁾은 타인이 예비행위로 인하여 기본범죄의 실행에 착수하는 경우에는 예비행위자는 타인과 공범이 되어야 하므로 동일한 예비행위에 대하여 타인이 실행에 착수하는가 여부에 따라 타인예비의 정범 또는 기본범죄의 공범의 성립으로 그 취급을 달리 하게 되는 것은 부당하고, 법익침해 면에서 타인을 통하여 간접적으로 범죄를 실행하게 할 의사만 있는 타인예비를 스스로 범죄를 실행할 의사를 갖고 있는 자기예비와 동등하게 취급할 수 없고, 형법상 예비죄의 규정형식이 “...죄를 범할 목적으로”라고 되어 있는 것은 예비자 스스로

25) 차용석, 앞의 논문, 132쪽.

26) 차용석, 위의 논문, 131쪽.

27) 김일수/서보하, 앞의 책, 549쪽; 박상기, 앞의 책, 341쪽; 배종대, 앞의 책, 555쪽; 손동권, 앞의 책, 449쪽; 오영근, 앞의 책, 491쪽; 이재상, 앞의 책, 406쪽; 임웅, 앞의 책, 346쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 370쪽; 정영일, 앞의 책, 290쪽.

가 실행할 의사를 필요로 하는 것이라고 보아야 한다는 점을 근거로 한다. 사건으로도 범문의 규정형식상 자기에비만 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.

4.2.2. 실행의 착수 이전 단계의 행위일 것

예비는 실행의 착수 이전 단계의 준비행위이므로 예비행위가 더 진전되어 실행의 착수가 있는 것으로 평가될 수 있는 단계에 이른 경우에는 미수죄가 성립하고 범죄가 실현된 경우에는 기수죄가 성립할 뿐 예비죄는 성립하지 않는다. 범죄 실현을 위한 전단계의 범죄는 같은 법익에 대한 다음 단계의 침해가 있으면 독자적 의의를 잃게 되기 때문이다. 예비는 미수와 기수에 대하여 각 법조경합의 보충관계에 있게 된다.²⁸⁾ 다만 이 경우에 보충관계가 인정되려면 여러 단계의 범죄 실현이 단일한 범죄의사에 의한 것임을 요하고 경과범죄가 다음단계의 행위보다 중대한 불법내용을 가져서는 아니된다. 이러한 보충관계를 묵시적 보충관계라고 한다.

이처럼 예비는 미수의 보충관계에 있기 때문에 이 글에서 살펴보려는 바와 같이 예비의 중지에 관하여 중지미수의 규정이 당연히 적용될 수는 없다는 문제가 생기는 것이다.

5. 예비죄의 처벌

예비죄는 별도로 처벌규정이 있는 경우 외에는 처벌할 수 없다. 단순히 예비·음모를 처벌한다는 규정이 있는 것만으로는 부족하고 구체적인 형벌규정의 존재를 필요로 한다.²⁹⁾ 하나의 기본범죄 실행을 위하여

28) 김일수/서보학, 앞의 책, 681쪽; 손동권, 앞의 책, 452쪽; 배종대, 앞의 책, 770쪽; 손해목, 앞의 책, 1128쪽; 이재상, 앞의 책, 515쪽; 이형국, 앞의 책, 369쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 371쪽.

29) “부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에 동법 제5조 제1항의 예비음모는 이를 처벌한

수개의 예비행위가 있더라도 수개의 예비행위는 상호 보완하여 전체로서 하나의 준비행위가 되므로 하나의 예비죄만 성립한다. 예비행위가 실행에 착수하여 미수 또는 기수로 발전한 경우에는 기본범죄만 성립하고 기본범죄의 보충관계에 있는 예비죄는 따로 성립하지 않는다는 점은 이미 위에서 살펴본 바와 같다.

예비죄에 대하여 공범이 성립할 수 있는가에 관하여는 공동정범 및 교사범과 방조범의 경우를 나누어서 살펴보아야 한다.

2인 이상이 공동하여 범죄를 실행하기 위한 준비행위를 하던 중 실행의 착수에 이르기 전에 그치고 그 준비행위가 예비죄의 구성요건을 충족하는 경우에 이들 사이에 예비죄의 공동정범이 성립하는가 여부에 관하여는 (i) 예비죄의 실행행위성을 부정하기 때문에 예비죄의 공동정범을 인정할 수 없고 기본범죄의 음모죄가 성립한다는 견해³⁰⁾와, (ii) 예비죄의 성격을 독립범죄로 파악하거나, 발현형태로 파악하더라도 실행행위성을 부정할 수는 없으므로 예비죄의 공동정범을 인정하는 것이 타당하다는 긍정설³¹⁾ 및 (iii) 예비죄의 공동정범이 문제가 되는 경우를 나누어 2인 이상이 공동하여 범죄를 실행하기 위한 준비행위를 하던 중 실행의 착수에 이르기 전에 그치고 그 준비행위가 예비죄의 구성요건을 충족하는 경우에는 예비죄의 공동정범이 성립하지만, 2인 이상 중 어느 1인이 실행할 범죄를 목적으로 2인 이상이 공동으로 예비행위를 하는 경우에는 예비행위의 실행행위성과 타인예비를 부정하여야 하므로 예비죄의 공동정범이 성립하지 않는다고 하는 견해³²⁾가 있는데, 사건으로는

다고만 규정하고 있을 뿐이고 그 형에 관하여 따로 규정하고 있지 아니한 이상 죄형법정주의의 원칙상 위 예비음모를 처벌할 수 없다.”(대법원 1977. 6. 28. 선고 77도251 판결)

30) 임웅, 앞의 책, 346쪽.

31) 김일수/서보하, 앞의 책, 553쪽; 박상기, 앞의 책, 342쪽; 배종대, 앞의 책, 556쪽; 손동권, 앞의 책, 450쪽; 이재상, 앞의 책, 407쪽; 이형국, 앞의 책, 279쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 375쪽; 정영일, 앞의 책, 291쪽.

공동정범의 성립여부를 논하는 것은 그 공동행위의 가별성을 전제로 하는 것인데 예비의 경우에는 예외적으로 형법 각칙에서 예비죄에 대한 처벌규정을 두고 있는 경우에만 가별성이 문제될 것이고, 이처럼 예비죄를 별개의 독립한 구성요건으로 규정하여 처벌하고 있는 경우에 있어서는 해당 구성요건을 실현하는 행위의 정형성이 인정되는 범위 내에서 예비죄의 실행행위성을 긍정하여야 한다고 보므로 예비죄의 공동정범도 인정될 수 있다고 생각한다.

예비죄의 교사범에 관련해서는 두 가지 경우를 나누어서 생각해 볼 필요가 있다. 첫째는 처음부터 피교사자의 행위가 예비에 그칠 것을 인식하고 교사한 경우인데 학설은 이 경우에 교사자에게는 기본범죄에 대한 교사의 고의가 없으므로 예비죄의 교사범으로 처벌할 수 없다고 한다.³³⁾ 그 근거로는 정범의 실행행위성이 인정되지 않는다는 점, 혐의의 공범은 제한적으로 인정하려는 것이 형법의 입장이라는 점, 사회일반의 법감정에 반한다는 점 등을 들고 있다.³⁴⁾ 일본에서는 예비죄를 독립예비죄³⁵⁾와 기본범죄 수정형식 예비죄로 구분하여 독립예비죄의 경우에는 교사범이 성립할 수 있다는 견해도 있으나 우리 형법에는 독립예비죄를 규정하고 있지 않으므로 고려할 것이 못된다. 그러나 예비행위 일반과 달리 형법각칙상 예비죄를 처벌하는 경우에는 예비죄의 실행행위성도 긍정할 수 있고 이에 대한 고의도 인정할 수 있으므로 예비죄에 대하여 공동정범을 인정하는 것과 마찬가지로 피교사자가 예비죄의 실

32) 오영근, 앞의 책, 493쪽.

33) 김일수/서보학, 앞의 책, 645쪽; 박상기, 앞의 책, 342쪽; 오영근, 앞의 책, 607쪽; 이형국, 앞의 책, 230쪽; 임웅, 앞의 책, 347쪽.

34) 이형국, 위의 책, 230쪽.

35) 예를 들면 일본형법 제153조는 “화폐, 지폐 또는 은행권의 위조 또는 변조에 사용할 목적으로 기계 또는 원료를 준비한 자는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처한다. 貨幣、紙幣又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的で、器械又は原料を準備した者は、三月以上五年以下の懲役に処する(平7法91·全改)”라고 규정하고 있는데 이런 유형을 독립예비죄라고 한다.

행행위를 할 의사를 가지고 예비죄를 교사한 경우에는 예비죄의 교사가 성립한다고 하여야 할 것이다. 둘째는 피교사자에게 기본범죄를 실행하게 할 의사를 가지고 교사를 하였으나 피교사자가 예비행위에 그친 경우인데 이 경우에는 형법 제31조 제2항의 ‘효과 없는 교사’에 해당하므로 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌하므로 논란의 여지가 없다고 할 수 있다.

마지막으로 예비죄의 중범이 문제되는 경우는 정범이 기본범죄의 실행행위를 예비하는 단계에서 예비행위를 방조하였는데 정범이 기본범죄의 실행행위로 나아가지 않은 경우이다. 만일 정범의 예비행위를 방조하였는데 정범이 기본범죄의 실행행위로 나아간 경우라면 예비행위의 방조행위도 결국 기본범죄의 방조행위로 평가되어 기본범죄에 대한 중범이 성립할 것이기 때문이다. 이에 관하여 공범독립성설에 의하면 정범이 예비단계에 그친 여부와 무관하게 예비의 중범은 그 자체가 중범의 미수로 처벌받게 된다. 그러나 공범종속성설에 따르면 정범의 행위가 예비에 그쳐서 실행행위성이 인정되지 않는 경우에 방조범이 성립할 수 있는가 여부가 문제될 수 있다. 공범종속성설에 의할 경우에도 (i) 정범이 예비죄로 처벌되는 경우 공범을 중범으로 처벌하는 것은 공범종속성설의 입장에서 당연하고, 예비죄도 각칙에 규정되어 있는 경우에는 실행행위성을 인정할 수 있으며, 예비와 미수의 구별은 공범의 성립여부와는 무관한 것이라는 점을 근거로 예비죄의 방조범을 긍정하는 견해³⁶⁾와 (ii) 부정설은 예비죄는 미수와 달리 실행행위를 인정할 수 없으며, 방조의 방법에 아무런 제한이 없고, 예비행위도 정형성을 필요로 하지

36) 김일수/서보학, 앞의 책, 554쪽; 권문택, “예비죄의 중범”, 황산덕박사화갑기념논문집 (1979), 166쪽. 과거에는 이러한 견해가 다수설이었다. 엄정철, 형법총론(한국사법행정학회, 1970), 356쪽; 유기천, 형법학(총론강의)(일조각, 1983), 303쪽 등. 이에 반하여 배종대, 앞의 책, 557쪽은 예비죄의 실행행위성을 인정한다면 예비죄의 중범을 인정하는 것이 논리적으로 맞지만 예비죄의 중범은 공동정범이나 교사범과 달리 매우 낮은 불법성만을 가지므로 구태여 처벌하지 않는 것으로 보아도 무방하다고 한다.

아니하므로 예비죄의 중범을 처벌하게 되면 처벌이 부당하게 확대될 우려가 있고, 예비의 중범을 처벌하는 것은 법감정에 반한다는 점을 근거로 하여 예비죄의 중범을 인정하지 않는 부정설³⁷⁾이 나뉜다. 사건으로는 공범의 독립성을 인정할 것인가 여부와 무관하게 정범이 예비단계에 그친 경우에도 그 행위가 형법각칙에 특별히 구성요건유형으로 규정되어 있는 경우라면 이 구성요건 실현행위를 방조하는 행위는 해당 구성요건의 중범에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 판례는 일관해서 예비죄의 중범을 인정하지 않고 있다.³⁸⁾

Ⅲ. 중지미수의 법정형의 필요적 감면규정에 관한 해석

1. 중지미수의 의의

중지미수란 범죄의 실행에 착수한 자가 그 범죄가 완성되기 전에 자의로 실행행위를 중지하거나 결과의 발생을 방지하는 경우를 말한다. 중지미수는 실행의 착수 이후에 문제가 된다는 점에서 앞서 본 것처럼 예비와 구별된다. 형법 제26조는 “범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형을 감경 또는 면제한다.”고 규정하고 있다.

2. 형벌감면의 근거

이처럼 형법이 중지미수를 일반적인 미수와 구별하여 그 형벌을 필요

37) 박상기, 앞의 책, 343쪽; 손동권, 앞의 책, 451쪽; 오영근, 앞의 책, 495쪽; 이재상, 앞의 책, 408쪽; 이형국, 앞의 책, 230쪽; 임웅, 앞의 책, 347쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 375쪽; 정영일, 앞의 책, 292쪽.

38) 대법원 1976. 5. 25. 선고 75도1549 판결; 동 1977. 5. 18. 선고 77도541 판결; 동 1979. 5. 22. 선고 79도552 판결; 동 1979. 11. 27. 선고 79도2201 판결.

적으로 감경 또는 면제까지 할 수 있도록 하는 이유에 관하여는 다음과 같이 견해가 나뉜다.

2.1. 형사정책설

범죄의 기수를 방지하려는 형사정책적 고려에서 중지미수를 특별하게 취급한다는 이론으로서 「황금의 다리 이론」이라고도 한다. 이 이론은 이미 범죄의 실행에 착수한 자에게 그 범행을 중지하거나 결과 발생을 방지하여 적법한 세계로 되돌아 올 수 있는 황금의 다리를 마련해 주기 위한 것이 중지미수 규정이라는 견해이다. 그러나 행위자가 범죄의 실행에 나아갈 때에는 중지미수를 유리하게 취급한다는 약속은 고려대상이 되지 아니하고, 중지미수에 대하여 필요적이기는 하지만 면제가 아닌 감경도 가능하도록 함으로써 형사정책적 효과가 미미하고 어떤 경우에 감경과 면제를 구별할 것인가에 대한 기준제시가 없다는 비판을 받는다.

2.2. 보상설(공적설)³⁹⁾

자의로 범행을 중지한 자의 공적에 대한 보상으로 관대한 취급을 하는 것이라고 하는 견해이다. 은사설이라고도 한다. 그러나 보상설에 대해서는 행위자의 공적에 대한 보상은 형법의 영역에서 일반예방이나 특별예방 등 형벌의 목적과 관련하여 다루어지는 것이지 형법 영역 이외의 정책의 문제로 다루어질 것이 아니라는 비판이 가해진다.

2.3. 책임이행설

보상설과 비슷한 입장으로 행위자 자신이 초래한 행위 및 결과에 대

39) 보상설과 형벌목적설을 형사정책설의 한 부류로 취급하는 입장(김일수/서보학, 앞의 책, 533쪽; 임웅, 앞의 책, 351쪽; 정영일, 앞의 책, 268쪽)과 독립된 견해로 취급하는 입장(박상기, 앞의 책, 348쪽; 배종대, 앞의 책, 522쪽; 손동권, 앞의 책, 411쪽; 오영근, 앞의 책, 500쪽; 이재상, 앞의 책, 369쪽; 이형국, 앞의 책, 245쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 390쪽)이 있으나 그 분류를 어떻게 하느냐는 별로 중요한 것이 아니라고 생각한다.

하여 행위자의 중지를 통하여 원상회복의무를 이행한 것이라고 보아 형벌을 감면한다는 책임이행설도 있다. 책임이행설에 대하여는 범죄의 실행에 착수한 것만으로 법익에 대한 위협을 초래하였음에도 불구하고 실행의 중지나 결과의 방지만으로 원상회복의 책임을 이행하였다는 것은 타당하지 않다는 비판을 받는다.

2.4. 형벌목적설

형벌의 목적을 일반예방이나 특별예방으로 보는 경우에 중지미수는 그러한 예방의 필요성이 없거나 적은 경우이므로 처벌을 가볍게 한다는 견해이다. 중지미수는 일반예방의 관점에서 범죄인에 대한 처벌을 통하여 일반인에게 위하의 목적을 달성할 필요가 없고, 자의로 범행을 중지하였으므로 더 이상 사회적 위험성이나 재범의 위험성이 없어 특별예방의 관점상 형벌을 부과할 필요가 없다는 것이다. 그러나 행위자가 다음 기회를 모색하면서 자의로 범행을 중지한 경우와 같이 행위자의 위험성이 미수시에 이미 완성단계에 이를 정도로 강력한 경우 또는 행위자의 위험성이 기수 단계와 별반 차이가 없을 정도로 높은 경우에는 중지미수의 경우에도 형벌이 필요하다는 점에서 비판을 받는다.

2.5. 법률설

2.5.1. 위법성 소멸·감소설

행위반가치의 관점에서 행위자의 중지결의는 고의의 위법성을 소멸·감소시키는 사유가 되며, 결과반가치의 관점에서는 중지행위에 의하여 법익침해의 위험성이 소멸 또는 감소되므로 중지미수는 위법성 또는 불법을 소멸·감소시킨다는 이론이다. 이에 대하여는 일단 발생한 위험은 사후에 소멸·감소할 수 없으며, 위법성이 소멸·감소되는 것이 중지범의 감면근거라면 공범자 중 1인의 중지는 다른 공범자에게도 그 효과가 미치게 된다고 하게 되어 중지범의 일신전속성에 반하게 되며, 위법

성이 소멸되었다면 무죄판결을 선고하여야지 형 면제 판결을 할 것이 아니라는 비판이 가해진다.

2.5.2. 책임소멸·감소설

중지행위에 나타난 행위자의 인격적 태도 내지 규범의식의 각성으로 비난가능성이 감소하거나 소멸한다는 견해이다. 위법성감소·소멸설과 달리 중지범의 1인 전속성을 유지할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이에 대하여는 책임이 감소되는 경우에도 형이 면제될 수 있는 이유를 설명할 수 없고, 책임이 소멸되는 경우에는 무죄판결을 선고하여야지 형 면제 판결을 선고할 것이 아니며, 중지에 의하여 책임이 조정(감경)될 수는 있어도 조각된다고 할 수 없다는 비판이 있다.

2.6. 결합설

결합설은 이상의 여러 이론 중 두 가지 혹은 세 가지 이론을 결합하여 중지범의 필요적 감면 근거를 설명하고자 하는 입장인데 (i) 위법성의 감소와 형사정책적 고려에서 찾는 견해, (ii) 책임의 감소와 형사정책적 고려를 결합하여 형벌의 감경은 책임감소에서, 형의 면제는 형사정책적 고려에서 찾는 견해⁴⁰⁾, (iii) 위법성의 감소·책임의 감소·형사정책적 고려를 결합하여 행위의 중지 또는 결과 발생 방지로 인하여 장애미수와 같은 정도로 위법성이 감소하였으므로 임의적 감경이 가능하고, 자의성이 있는 중지이므로 책임이 감경되어 필요적 감경이 가능하며, 행위자에게 형을 면제하는 보상을 통하여 법익침해의 위험이나 결과를 방지하려는 목적 때문이라고 하는 견해⁴¹⁾, (iv) 책임감소 및 보상설을 결합하여 중지미수의 형이 감경되는 것은 책임이 감소되기 때문이고, 형이 면제되는 것은 보상설에 입각한 때문이라고 하는 견해⁴²⁾, (v) 책임감소 및

40) 진계호, 앞의 책, 504쪽.

41) 오영근, 앞의 책, 503쪽.

42) 이형국, 앞의 책, 246쪽.

형사정책설·보상설을 결합하여 형이 감경되는 것은 책임감소에서, 형이 면제되는 것은 형사정책적 관점에서 범행의 중지를 장려하고 그 중지에 대한 보상을 하고자 하는 취지라고 하는 견해⁴³⁾, (vi) 책임감소설과 형벌목적설을 결합하여 실행의 착수로 인해 이미 발생한 책임은 중지에 의해 소멸되지는 않지만 자의성으로 인해 감소되므로 형벌감경이 가능하게 되고 자의성에 의해 일반예방이나 특별예방의 관점에서 처벌의 필요성이 약화되었기 때문에 필요적으로 형벌을 면제할 수 있다고 하는 견해⁴⁴⁾, (vii) 행위, 행위자, 형사정책적 관점, 형벌목적, 체계적 관점 등 모든 접근 가능한 관점을 종합하여 근거를 찾는 견해⁴⁵⁾ 등 다양한 견해가 나누어진다.

결합설에 의한 경우에는 형벌이 면제되는 경우는 중지의 일신전속성 때문에 인적 처벌조각사유가 되고, 형벌이 감경되는 경우는 책임감소 또는 위법성 감소사유에 해당한다고 본다. 이에 대하여는 중지미수에 대한 일관성 있는 설명이 불가능하고, 형의 면제와 감경의 구별기준을 제시하지 못한다는 비판이 있다.

2.7. 소결

어느 하나의 기준에 의하여 중지미수의 형벌감면을 통일적으로 설명하는 것은 대단히 어려운 일이다. 단순히 형벌을 감경하는 경우라면 위법성 또는 책임의 감소에서 근거를 구할 수도 있을 것이나 중지미수는 이에서 그치지 않고 형을 면제하는 것까지 허용하고 있는데 일단 실행에 착수한 이후에 범행의 계속이나 결과발생을 중지한 경우에 위법성이나 책임이 없다고 하는 것은 수긍할 수 없으므로 결국 형사정책적 고려와 위법성·책임의 감소에서 중지미수의 감면의 근거를 찾아야 한다고 할

43) 이재상, 앞의 책, 373쪽; 임웅, 앞의 책, 352쪽.

44) 김일수/서보학, 앞의 책, 535쪽.

45) 배종대, 앞의 책, 524쪽.

것이다.

Ⅳ. 예비죄의 중지의 경우 형벌감면여부

예비행위는 실행행위 이전 단계에서 성립하고 미수는 실행행위에 착수한 이후 단계이므로 예비죄에는 미수가 성립할 수 없다. 그러나 예비행위의 실행자가 실행의 착수 단계 이전에 예비행위를 자의로 중지하거나 범행을 포기한 경우에 중지미수 규정을 유추⁴⁶⁾하여 예비죄의 형을 필요적으로 감경 또는 면제하여야 하는가에 관하여는 논란이 있다. 예를 들면 살인죄에는 예비죄 처벌규정(제255조)이 있는데 사람을 납치하여 살해하기 위하여 할부로 자동차를 구입하였으나 범행을 포기하고 자동차를 다시 팔아버린 경우 이를 살인죄의 예비죄를 적용하여 10년 이하의 징역형으로 처벌할 것인가 아니면 살인죄의 예비죄의 중지범을 인정하여 필요적으로 그 형을 감경 또는 면제할 것인가가 문제인 것이다. 이에 관하여는 다음과 같이 견해가 나뉜다.

1. 부정설

부정설은 (i) 예비의 중지라는 개념 자체를 인정할 수 없다고 하면서 다만 예비죄의 처벌규정이 있는 경우에는 형의 균형상⁴⁷⁾ 기본범죄의

46) 중지범 규정을 ‘준용’하여야 한다고 설명하는 견해도 있으나(이형국, 앞의 책, 228쪽; 임웅, 앞의 책, 348쪽), ‘준용’이란 동일한 내용을 반복규정 하는 것을 피하기 위한 입법기술이고 규정이 없는 경우에 그와 유사한 다른 규정을 적용하도록 해석하는 것이 아니기 때문에 예비죄의 중지 문제는 ‘준용’이 아닌 ‘유추’의 문제로 보는 것이 정확하다(오영근, 앞의 책, 518쪽).

47) 예비의 중지미수를 인정하지 않는다면 기본범죄로 나아가기 전 단계인 예비단계에서 행위를 중지하였더라도 예비죄로 처벌되는 반면, 예비의 단계를 지나 실행의 착수

중지미수에 대하여도 형 면제는 허용하지 않아야 한다고 하는 견해⁴⁸⁾와 (ii) 예비행위자가 자수에 이르렀거나 능동적 후회의 표현에 이르렀을 때 중지미수가 아닌 자수의 필요적 감면규정을 유추적용 하여야 한다고 하는 견해⁴⁹⁾로 나뉜다.

2. 긍정설

긍정설은 예비죄의 법정형과 관계없이 일반적으로 중지미수 규정을 유추적용할 수 있다는 견해이다.⁵⁰⁾ 실행의 착수 이후에 중지를 하는 경우에는 형을 면제까지 할 수 있음에 비하여 실행의 착수 이전에 행위를 중지하는 경우에는 형을 면제할 수 없다면 형의 불균형을 초래한다는 점을 이유로 한다. 긍정설에서도 감경·면제의 기준이 되는 형은 기본범죄의 형을 기준으로 한다는 견해와 예비죄의 형을 기준으로 한다는 견해가 나뉜다.⁵¹⁾

3. 절충설

절충설은 예비죄의 법정형이 기본범죄의 중지미수의 형보다 무거운 경우에만 예비죄에 중지미수 규정을 유추적용하고 기본범죄의 중지미수의 형이 예비죄의 법정형보다 무거운 경우에는 중지미수 규정을 유추적용할 필요가 없다는 견해이다.⁵²⁾

이후에 자의로 범행을 중지한 경우에는 형을 면제받을 수 있게 되는 불합리한 결과가 초래될 수 있다.

48) 남흥우, 형법총론 개정판(박영사, 1983), 207쪽.

49) 김일수/서보학, 앞의 책, 552쪽; 손동권, 앞의 책, 426쪽.

50) 오영근, 앞의 책, 520쪽; 차용석, 앞의 논문, 138쪽.

51) 이러한 견해의 대립에 관하여는 차용석, 위의 논문, 138쪽 참조.

52) 김성천/김형준, 형법총론(동현출판사, 1998), 450쪽; 박상기, 앞의 책, 362쪽; 배중대, 앞의 책, 536쪽; 손해목, 앞의 책, 893쪽; 이재상, 앞의 책, 385쪽; 이형국, 앞의 책,

4. 판례의 입장

판례는 일관되게 중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고, 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서는 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없다고 한다.⁵³⁾

5. 소결

우선, 부정설 중 (i)의 견해는 기본범죄의 중지범과 예비죄의 중지범 사이의 양형상의 불균형을 시정하기 위한 목적에서 아무런 근거도 없이 기본범죄의 중지범에 대하여 형면제 규정의 적용을 배제하자는 것이므로 피고인에게 유리한 규정을 축소해석 하는 결과를 가져오게 된다. 이는 죄형법정주의에 반하므로 수긍할 수 없는 해석이라 할 것이다.

다음으로, 부정설 중 (ii)의 견해나 긍정설은 모두 예비행위를 자의로 중지한 경우에 관하여 그렇지 않은 경우에 비하여 가볍게 처벌하여야 한다는 공통된 인식에서 출발하여 그러한 보장을 해석에 의한 법률상 감면규정의 유추에서 찾고자 하는데 그 취지에는 충분히 공감할 수 있고 형사정책의 필요상 합목적적으로 타당한 결론을 얻기 위한 불가피한 해석상의 기술이라고 볼 수도 있다. 그러나 해석론에 있어서 합목적성을 앞세운 나머지 지나치게 실정법적 근거를 무시하는 해석은 정당한 해석이라고 할 수 없을 것이다. 이런 관점에서 예비죄의 중지미수에 관하여 중지미수의 규정을 유추적용할 수 있는 여지를 허용하는 견해는 수긍할 수 없다.

사건으로는 판례가 지적하고 있는 것과 마찬가지로 「예비죄의 중지

228쪽; 임웅, 앞의 책, 349쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 373쪽.

53) 대법원 1991. 6. 25. 선고 91도436 판결; 동 1999. 4. 9. 선고 99도424 판결.

미수」는 입법론으로는 경청할 필요가 있는 주장이라고 하겠지만 명문의 규정이 없는 형법의 해석론으로는 받아들일 수 없다고 생각한다. 부정설을 취한다고 해서 반드시 긍정설에서 주장하는 것과 같은 불합리한 결과가 발생할 것이라고는 생각하지 않는다. 필자는 이러한 문제는 양형의 합리화에 의하여 얼마든지 해결할 수 있다고 생각한다. 아직 기본범죄의 실행에 착수하기 이전의 예비 단계에서 행위를 중지한 경우는 기본범죄의 실행의 착수 이후에 중지한 경우에 비하여 불법비난의 정도가 가볍다 할 것이므로 법관이 형을 정함에 있어서 당연히 전자를 후자에 비하여 가볍게 처벌하는 처단형을 정하여야 할 것이기 때문이다. 형의 양정은 법관의 재량에 속하는 것이기는 하지만 그 재량의 범위는 무제한적인 것이 아니고 합리적이고 수긍할 수 있는 범위 내의 재량으로 한정된다. 만일 예비행위의 중지를 실행의 착수 이후의 중지미수에 비하여 무겁게 처단하는 형이 선고된 경우에는 그 판결은 「판결에 영향을 미친 사유가 있는 때」(형사소송법 제364조 제2항) 또는 「형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때」(형사소송법 제383조 제4호 후문)에 해당하여 파기사유가 된다고 할 것이다.⁵⁴⁾ 물론 이와 같은 해석론에 의할 경우 양형부당이 상고사유에 해당하려면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한하고, 예비행위의 중지에 대하여는 형 면제가 선고될 수 없다는 한계가 있기는 하지만 이는 애초에 예비죄에 관하여 중지미수와 같이 형면제가 가능하도록 하는 일반규정을 두고 있지 않은 입법적 불비에서 기인하는 것이고 이러한 입법적 불비를 형법 규정의 체계를 무시한 무리한 합목적적 해석으로 보충하는 것은 적절하지 않다고 생각한다.

각 견해의 차이를 구체적 사례를 통해 살펴보면 이와 같다. 강도죄(제333조)와 일반이적죄(제99조)를 예로 들어 살펴보자면 강도죄(제333조)

54) 다만 양형부당이 상고사유가 되려면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한한다(형사소송법 제383조 제4호).

의 경우 법정형이 3년 이상의 유기징역이므로 강도죄의 중지미수의 경우에는 1년 6월 이상 7년 6월 이하의 유기징역 또는 형면제를 선고할 수 있다. 그러나 강도예비죄의 법정형은 7년 이하의 유기징역이므로 형면제를 제외한다면 기본범죄인 강도죄의 중지미수가 강도예비죄의 형보다 무겁다. 그러므로 절충설에 의할 경우에는 구태여 강도예비행위의 중지에 대하여 기본범죄인 강도중지미수의 형을 유추적용할 필요 없이 바로 강도예비죄에 정한 형으로 처단하면 족하다고 하게 된다. 부정설에 의할 경우에도 절충설과 마찬가지로 결론에 도달하게 된다. 그러나 긍정설은 기본범죄의 중지미수와 예비죄의 법정형을 비교하지 않고 무조건 기본범죄의 중지미수 규정을 유추적용하여야 한다고 하므로 강도예비죄의 중지의 경우에는 형을 감경·면제하여 3년 6월 이하의 유기징역 또는 형면제의 범위 내에서 선고형을 정하여야 한다고 하게 된다.

그러나 일반이적죄(제99조)의 경우에는 이와 사정이 달라지게 된다. 일반이적죄의 법정형은 무기 또는 3년 이상의 유기징역이므로 일반이적죄의 중지미수의 경우에는 1년 6월 이상 15년 이하 또는 형 면제를 선고할 수 있는 반면, 일반이적죄의 예비죄의 법정형은 2년 이상 15년 이하의 유기징역으로 규정되어 있어 기본범죄인 일반이적죄의 중지미수의 경우에 비하여 일반이적죄의 예비죄의 선고형이 더 무겁게 될 수 있다. 절충설에 의할 경우에는 이런 경우에는 일반이적죄의 예비죄에 중지미수를 유추적용하여 1년 6월 이상 15년 이하 유기징역 또는 형 면제의 범위 내에서 선고형을 정하여야 한다고 한다. 이 경우에는 중지미수규정 적용 부정설과 같은 결론에 이르게 된다. 반면에 긍정설에서는 예비죄에도 중지미수의 규정이 무조건 유추적용되므로 일반이적죄의 예비중지행위에 대하여는 1년 이상 7년 6월 이하 유기징역 또는 형면제의 범위 내에서 처벌할 수 있다고 하게 된다.

사건은 어느 경우이나 중지미수의 규정이 유추적용되지 아니하므로 강도예비행위의 중지의 경우에는 강도예비죄의 법정형인 7년 이하 유기

징역의 범위 내에서, 일반이적예비죄의 중지의 경우에는 일반이적예비죄의 법정형인 2년 이상 15년 이하 유기징역의 범위 내에서 각 처벌하여야 한다고 하게 된다. 다만 예비죄의 중지미수를 기본범죄의 중지미수와 함께 처벌하는 경우에는 기본범죄의 중지미수의 경우보다 가볍게 처벌하여야 하며 이를 위배한 경우에는 파기사유가 된다고 하는 것이다. 각 견해별로 예비죄의 중지미수에 대한 법정형의 범위를 정리해보면 다음과 같다.

	강도죄(제333조)	일반이적죄(제99조)
법정형	3년 이상의 유기징역	무기 또는 3년 이상의 유기징역
중지미수	1년 6월 이상 7년 6월 이하의 징역 또는 형 면제	1년 6월 이상 15년 이하의 또는 형 면제
예비	7년 이하 유기징역	2년 이상 15년 이하의 유기징역
비고	기본범죄중지형>예비형	기본범죄중지형<예비형
절충설	예비의 중지 ⇨ 7년 이하의 유기징역 또는 형 면제	일반이적죄 ⇨ 1년 6월 이상 15년 이하의 유기징역 또는 형 면제
긍정설	예비의 중지 ⇨ 3년 6월 이하의 유기징역 또는 형면제	예비의 중지 ⇨ 1년 이상 7년 6월 이하의 유기징역 또는 형면제로 처벌
부정설	7년 이하 유기징역	2년 이상 15년 이하 유기징역
사건	예비의 중지 ⇨ 7년 이하의 유기징역. 다만 기본범죄 중지미수와 동시처벌시 가볍게 처벌(위반시 파기사유)	예비의 중지 ⇨ 2년 이상 15년 이하의 유기징역. 다만 기본범죄 중지미수와 동시처벌시 가볍게 처벌(위반시 파기사유)

(투고일 2009년 6월 11일, 심사일 2009년 6월 18일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어 : 예비, 예비죄, 중지미수, 예비의 중지

참고문헌

1. 단행본

- 김성천·김형준, 형법총론, 동현출판사, 1998.
- 김일수/서보학, 제10판 새로 쓴 형법총론(중판), 박영사, 2005.
- 남홍우, 형법총론 개정판, 박영사, 1983.
- 박상기, 제6판 형법총론(중판), 박영사, 2005.
- 배종대, 제8전정판 형법총론, 홍문사, 2005.
- 손동권, 제2개정판 형법총론, 율곡출판사, 2005.
- 손해목, 형법총론, 법문사, 1998.
- 염정철, 형법총론, 한국사법행정학회, 1970.
- 오영근, 보정판 형법총론(중판), 박영사, 2006.
- 유기천, 형법학(총론강의), 일조각, 1983.
- 이재상, 제5판 보정판 형법총론(중판), 박영사, 2006.
- 이형국, 형법총론 제4판, 법문사, 2007.
- 임 옹, 개정판보정 형법총론, 법문사, 2005.
- 정성근/박광민, 형법총론 제2판, 삼지원, 2005.
- 정영일, 형법총론, 박영사, 2005.
- 진계호, 신고형법총론 제7판, 대왕사, 2003.
- 齊藤誠二, 豫備罪の研究, 風間書房, 1971.
- Frank, *Strafgesetzbuch für des Deutche Reich*, 18. Aufl.
- Jagusch, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. I., 8 Aufl.
- Wachenfeld, *Lehrbuch des Deutche Strafrecht*

2. 논문

- 권문택, “예비죄의 중범”, 황산덕박사화갑기념논문집, 1979.

문채규, “예비죄의 공범 및 중지”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002.

차용석, “예비죄”, 법학논총 제1권, 숭실대학교 법학연구소, 1985.

최상욱, “예비죄(豫備罪)에 관한 각국의 입법례”, 연세법학연구 제6권 제2호, 연세법학회, 1999.

[Abstract]

The voluntary abandonment of the preperation crime

Kwang-Soo Lee*

Determination of the crime, planning, preparation, and act typical criminal action are steps of committing the crime. The “preperation” is the step of doing something that is preparing the crime on the intention of committing the crime. It is different with “determination of the crime” and “criminal attempts”. The substance of the “preperation” is adjusted ‘Tatbestand’, but if there are punishment clauses in the Criminal Act, it is needed typical criminal action in the “preperation”.

There are some adverse criticisms whether the voluntarily ceased the “preperation” must be treated as the voluntarily ceased crime. Someones answer “yes”, but others are not, and some others are eclectic. It is my conclusion that the voluntarily ceased the “preperation” cannot be treated as the voluntarily ceased crime without explicit clause. But if there happens disproportion in the examination of an offense, it must be adjusted. As the disproportion in the examination of an offense is the cause of appeal in our Criminal Procedure Act, so that case may be cancelled by the higher court and the disproportion in the examination of an offense can be corrected. It must be an explicit clause to meet other problems about the voluntarily ceased the “preperation”.

* Lawyer

Key Words : the preperation, the preperation crime, the voluntary abandonment, the voluntary abandonment of the preperation crime