

부진정 결과적 가중범의 미수 및 예비·음모에 관한 입법론

Legislation on Attempt, Inchoate Offense of Untrue Consequently Aggravated Crime

김 영 철*

Kim, Young-Cheol

목 차

- | | |
|-----------------|--------------------|
| I. 서론 | III. 예비·음모에 관한 입법론 |
| II. 미수범에 관한 입법론 | IV. 결론 |

결과적 가중범 이론은 종래 결과책임주의 형법운용을 책임주의 형법운용으로 전환하고자 하는 노력의 일환으로 태동하였고, 형법전(刑法典)에 입법화까지 된 것이다. 진정 결과적 가중범은 외형상 고의의 기본적 범죄와 중한 결과 과실범의 결합되어 1개의 구성요건 형태로 나타나는데, 기본범죄에 내재하는 전형적 위험성이 현실화한 것이라는 특성으로 인해 기본범죄와 중한 결과 과실범의 상상적 경합보다 더 중한 형으로 처벌하는 근거가 되었다. 부진정 결과적 가중범은 입법화 되지 않은 개념으로서 필연적으로 진정 결과적 가중범과의 관계 속에서 추출할 수밖에 없는데, 입법미비가 초래하는 형벌의 불균형을 해소하고자 하는 현실적인 필요성에서 학설과 판례가 인정한 것이다.

부진정 결과적 가중범에 관한 태생적 입법 불비로 말미암아 법 적용 과정에서 여러 가지 난관을 피할 수 없게 되었다. 현재의 미흡한 입법수준에서라도 적절한 법 적용을 담보할 최소한의 추가적 입법이 필요하다고 본다. 그 중에서도 미수범 및 예비·음모죄에 관한 입법의 보완이 시급하다. 그리하여 본고에서는

(1) 과실범의 미수, 나아가 과실의 결과발생을 요건으로 하는 진정 결과적 가중범의 미수는 인정하지 않음을 전제로 한다.

투고일 : 2017. 8. 23. / 심사외일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, School of Law, Konkuk University

(2) 부진정 결과적 가중범 중 고의의 기본범죄에 고의의 중한 결과 범죄가 결합된 범죄만을 대상으로 한다.

(3) 미수범의 입법론은 기본범죄나 중한 결과범죄 가운데 어느 하나에라도 미수범 처벌 규정이 있는 범죄를 중점대상으로 한다.

(4) 예비·음모의 입법론도 기본범죄나 중한 결과범죄 어느 하나에라도 예비·음모 처벌조항이 있는 범죄를 중점대상으로 한다.

는 원칙하에 형법 각칙의 각 해당 조항별로 미수범 및 예비·음모의 입법론을 제시하여 보았다.

[주제어] 결과적 가중범, 부진정 결과적 가중범, 미수, 예비, 음모, 입법론

I. 서론

부진정 결과적 가중범의 개념은 필연적으로 진정 결과적 가중범과의 연관 속에서 정립되어야 할 것이다. 진정 결과적 가중범이란 고의의 기본범죄에 기하여 과실로 중한 결과를 발생케 한 경우를 말한다. 기본범죄에 내포하는 전형적 위험이 직접적으로 연관되어 실현됨으로써 중한 결과가 발생한 경우 그 불법은 단순한 상상적 경합의 경우에 비하여 현저히 증가한다고 평가하기 때문에,¹⁾²⁾ 결과적 가중범의 형은 기본범죄의 형과 중한 결과 과실범의 상상적 경합으로 처벌하는 것보다 무겁다.

결과적 가중범 이론의 탄생과 입법화는 전근대적인 결과책임주의 형사법운용으로부터 벗어나 책임주의에 입각한 형사법운용으로 전환하고자하는 노력의 결과라고 할 수 있다. 프랑스 나폴레옹 형법전(刑法典)에는 상해의 고의는 있으나 사망의 고의가 없는 상해치사죄의 규정이 없었다. 당시에는 이러한 사실관계에 대하여 미필적 고의 이론을 비약 적용하여 살인죄로 처벌하였던 것이다. “책임 없으면 형벌 없다”는 책임주의를 무시하고, 결과책임주의를 극대화한 케이스다. 상해치사죄 같은 결과적 가중범의 성립에는 기본범죄인 상해의 고의와 그로 인하여 죽을 수도 있으리라는 것을 행위자가 행위 당시부터 예견가능 했던 경우에 한하여 처벌하여야 하고, 그에 대한 예견가능성이 없었

1) 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011, 201쪽.

2) 부진정 결과적 가중범의 본질과 관련하여, 기본범죄인 제1범죄행위를 한 자로 범죄의 주체가 한정되고, 제1범죄의 실행에 착수한 자가 주체가 됨으로써 형량을 가중시키는 신분을 취득하여 그 법 효과로서 형량이 가중되어 결합범이라는 단일구성요건을 이루어 가중 처벌되는 일종의 신분범이라는 견해도 있다. 임석원, “결합범의 본질과 부진정 결과적 가중범”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 186쪽.

다면 단순히 상해죄로만 처벌해야 한다는 주장이 대두되었다. 이러한 주장이 1909년 독일 형법초안에 반영되고, 1931년 일본 개정형법가안을 거쳐 1953년 우리나라 제정 형법 제15조 제2항에 입법화됨으로서 결과적 가중범이 우리 형법체계 안으로 들어오게 된 것이다.³⁾ 한 걸음 더 나아가, 책임주의를 관철하자는 입장에서, 1925년 독일 형법초안 및 1953년 구독일 개정형법 제56조의 규정에 나타난 바와 같이 결과적 가중범의 성립에는 기본적 범죄에 대한 고의와 중한 결과발생에 대한 과실이 있는 경우로 한정하여야 한다는 법리로 발전하였다.⁴⁾⁵⁾

부진정 결과적 가중범이란 기본범죄에 고의가 있고, 중한 결과에는 과실 뿐만 아니라 고의가 있는 경우에도 성립하는 형태의 결과적 가중범을 말한다.⁶⁾ 부진정 결과적 가중범은 형법의 적용과정에서 입법 미비에서 비롯된 형벌의 불균형을 시정하기 위하여 학설과 판례가 인정한 개념이다. 형법 제15조 제2항에 따라 중한 결과를 예견할 수 있으면 결과적 가중범이 성립하는 것이므로 여기에 중한 결과에 대하여 고의가 있는 경우가 제외된다고 해석할 수는 없으며, 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생케 한 경우를 형법이 진정 결과적 가중범에 비하여 무겁게 벌하는 구성요건을 별도로 마련하고 있지 않을 때에는 적어도 과실의 경우보다 경하게 벌하지 않도록 부득이 부진정 결과적 가중범의 개념을 인정할 수밖에 없다⁷⁾는 것이 그 이론적 근거이다.

그러나 부진정 결과적 가중범에 관한 태생적 입법 불비로 말미암아 법 적용 과정에서 여러 가지 난관을 피할 수 없게 되었다. 현재의 미흡한 입법수준에서라도 최소한의 적절한 법적용을 담보할 보완 입법이 필요하다고 본다.

-
- 3) 박동희, 형법학총론, 1977, 법문사, 171쪽; 황산덕, “결과적가중범”, 사법행정 제4권 제4호, 한국사법행정학회, 1963, 21쪽; 김영철, “부진정결과적 가중범의 본질 및 죄수론에 관한 비판적 검토”, 일감법학 제35호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 134쪽.
 - 4) 유기천, 개정형법학 총론강의영인본, 법문사, 2011, 160쪽; 조상제, “결과적가중범의 객관적 가중표지와 주관적 귀속형식”, 안암법학 제2권, 안암법학회, 1994, 348쪽; 김영철, 위의 논문, 135쪽.
 - 5) 우리 정부의 형법일부개정법률안(2011.3.25. 의안번호 1811304호)은 우리 형법 제15조 제2항의 결과적 가중범 조항을 제15조에서 독립시켜 “제14조(결과적 가중범) 결과로 인하여 형이 무거운 죄의 경우에 그 결과 발생에 대하여 과실이 없는 때에는 무거운 죄로 벌하지 아니한다.”고 함으로써 결과적 가중범의 성립요건으로서 ‘예견가능성’ 대신에 ‘과실’을 그 요건으로 입법을 시도하였다.
 - 6) 오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2012, 214쪽; 김영철, 앞의 논문, 136쪽.
 - 7) 김일수/서보하 형법총론 제11판, 박영사, 2006, 468쪽; 박상기, 형법각론 7판, 박영사, 2008, 292쪽; 배종대, 형법총론 제9개정판, 홍문사, 2008, 696쪽; 손동권, 제2개정판 형법총론, 율곡출판사, 2005, 344쪽; 신동운, 형법총론 제3판, 법문사, 2008, 248쪽; 오영근, 위의 책, 214쪽; 유기천, 앞의 책, 161쪽; 이영란, 제3판 형법학 총론강의, 형설출판사, 2011, 175쪽; 이재상, 앞의 책, 202쪽; 이형국, 형법총론, 법문사, 1990, 391쪽; 임웅, 형법총론 개정판보정, 법문사, 2005, 512쪽; 진계호, 신고형법총론, 대왕사, 1984, 205쪽.

본고에서는 특히 형사법 실무에서 자주 문제되는 부진정 결과적 가중범의 미수와 예비·음모죄의 입법 불비에 따른 문제점 및 입법론을 제시하는 데 중점을 두고자 한다.

II. 미수범에 관한 입법론

1. 문제의 제기

고의의 기본범죄와 과실의 가중결과가 결합된 진정 결과적 가중범과 고의의 기본범죄에 중한 결과 고의범이 결합된 부진정 결과적 가중범의 미수에 관한 형법 각칙규정은 누더기 입법이라 할 정도로 그 원칙의 일관성과 입법통일성이 결여되어 있어 법 해석상의 문제점이 적지 않게 드러나고 있다.⁸⁾

1.1 미수범에 관한 형법의 규정

미수범이란 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때를 말한다(제25조). 현실적으로 결과는 발생하지 않았으나 그 위험성이 있기 때문에 불능범과 달리 처벌규정을 둔 것이다. 우리 형법 체계상 미수범에 있어서도 고의, 즉 구성요건 실현의 결의가 있어야 하며 고의가 아닌 과실범의 미수는 생각할 수 없다.⁹⁾ 미수범은 형법 각칙에 규정이 없어도 처벌할 수 있는 독립된 구성요건이 아니라 개별적으로 처벌규정을 둔 때에 한하여 처벌할 수 있다(제29조).

우리 형법은 미수범의 처벌에 관하여 원칙적으로 기수범과 동일하고 정상에 따라 형을 감경할 수 있는 임의적 감경의 원칙을 채택하고 있다(제25조 제2항). 미수범의 형을 임의적으로 감경하도록 한 것은 미수의 처벌근거에 대한 절충설의 표현이라고 할 수 있다.¹⁰⁾ 미수의 처벌근거는 행위자의 범죄의사와 그 위험성에 있기 때문에 결과의 발생여부에 따라 원칙적으로 형에 차이가 있을 수 없고, 미수의 위험성과 범죄의사의 강도에 따라 형을 감경할 수 있다는 사고에 바탕을 둔다.

8) 손동권, “결과적 가중범과 고의 결합범의 입법통일성 결여에 따른 문제점”, 형사정책 제27권 제3호(통권 제47호), 한국형사정책학회, 2015, 129쪽.

9) 이재상, 앞의 책, 363쪽.

10) 이재상, 위의 책, 371쪽.

1.2 결과적 가중범 미수의 성립가능성

결과적 가중범에 대하여 미수범이 성립할 수 있는가가 우선 문제된다. 우리 형법은 결과적 가중범 중 강도치상(형법 제337조 후문), 강도치사(형법 제338조 후문), 해상강도치사상(형법 제340조 제2항, 제3항), 인질치상(형법 제324조의3), 인질치사(형법 제324조의4), 현주건조물일수치사(형법 제177조 제2항 후문) 등에 미수범 처벌조항을 두고 있으나¹¹⁾ 나머지 대부분의 결과적 가중범에는 미수범 처벌조항을 두고 있지 않아 해석상의 혼란을 초래한다.

1.2.1 진정 결과적 가중범의 미수

형법에 결과적 가중범에 대한 미수범처벌 규정이 있더라도 이는 입법상의 실수이고 결과적 가중범의 미수는 있을 수 없다는 부정설¹²⁾과 형법이 결과적 가중범에 대하여 미수범 처벌규정을 두고 있고 미수와 기수는 결과불법의 정도에 큰 차이가 있으므로 이를 인정해야 형법의 과도한 법정형을 완화할 수 있어 책임원칙에 부합한다는 긍정설¹³⁾이 대립하고 있다.

진정 결과적 가중범의 미수와 관련해서는 ① 기본범죄는 미수인데 중한 결과가 발생한 경우, ② 기본범죄도 미수이고 중한 결과도 미수인 경우, ③ 기본범죄는 기수이나 중한 결과가 미수인 경우의 3가지 유형으로 나누어 생각해 볼 수 있다.¹⁴⁾

중죄(Verbrechen)에 대하여는 각론의 개별적 처벌규정이 없더라도 일반적으로 미수를 인정하는 독일에서는 중죄에 해당하는 결과적 가중범의 미수도 인정하는 것이 일반적이다.¹⁵⁾ 그 논리적 근거는 중한 결과에 과실의 요소가 내포된 경우에도 기본범죄의 구성요건에 속하는 행위가 고의를 전제로 하는 한 이 범죄의 형태는 고의범으로 이해하기 때문이라 한다.¹⁶⁾

11) 특별법인 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 제15조의 특수강도강간치사상죄, 특수강간치사상죄, 친족관계에 의한 강간치사상죄, 장애인간음치사상죄 등에도 미수범 처벌규정을 두고 있으나 여기에서는 논외로 한다.

12) 김일수/서보하, 앞의 책, 478쪽; 배종대, 앞의 책, 710쪽; 신동운, 앞의 책, 529쪽; 오영근, 앞의 책, 225쪽; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2008, 448쪽; 황산덕, 앞의 논문, 23쪽.

13) 박상기, 형법총론, 박영사, 2007, 303쪽; 손동권, 앞의 책, 304쪽; 임웅, 앞의 책, 517쪽.

14) 천종철, “결과적 가중범의 미수의 문제”, 사회과학연구 제16권, 서원대학교 미래창조연구원, 2003, 153쪽.

15) 손동권, 앞의 책, 352쪽.

16) 성낙현, “결과적 가중범의 미수에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 154쪽.

그런데 우리 형법은 일반 과실범에 대하여 미수범처벌 규정을 두지 않을 뿐만 아니라, 결과가 발생하지 않는 단순한 주의의무 위반에는 과실범 자체가 불성립한다고 해석하는 것이 일반적이다. 우리 형법체계 안에서 볼 때 위 ②, ③의 유형은 결과적 가중범의 미수로서가 아니라 결과적 가중범 자체가 불성립하는 것으로 보아¹⁷⁾ 단순히 기본범죄의 미수로 다루면 될 것이다. 그러므로 진정 결과적 가중범에서 논란이 되는 유형은 고의의 기본범죄가 미수에 그쳤으나 과실로 중한 결과가 발생한 경우에 한 한다.

그러나 인정설은 다음과 같은 이유로 부당하다 생각한다.

첫째, 진정 결과적 가중범은 기본범죄와 중한 결과 과실범이 결합하여 단일 구성요건이 된 경우로서 중한 과실범의 요소도 기본범죄 고의범 못지않은 비중을 차지하고 있다고 볼 수 있는데, 미수를 인정한다면 과실범의 미수는 처벌하지 않는다는 우리 형법의 일반적 원칙과 충돌할 우려가 있다.

둘째, 기본범죄에 내포하는 전형적 위험이 직접적으로 연관되어 실현됨으로써 중한 결과가 발생한 경우 그 불법은 단순한 상상적 경합의 경우에 비하여 현저히 증가한다는 결과적 가중범의 특성을 살리기 위해서는 이미 기수에 이르렀다고 보는 것이 논리적으로 더 적합하다.

셋째, 미수범 인정설 배경의 하나인 과도한 법정형의 완화문제는, 미수범을 인정하더라도 중지미수가 아닌 한 임의적 감경사유에 불과하여 그 실질적 효과를 기대하기 어렵고, 형법 제51조의 작량감경사유를 적절히 활용한 법관의 양형재량으로 어느 정도 형벌 감경효과를 기대할 수 있다.¹⁸⁾

그러므로 우리 형법상 구태여 진정 결과적 가중범의 미수를 인정할 할 필요는 없다 생각한다. 우리 대법원의 판례 또한 부정설을 지지한다.¹⁹⁾ 진정 부작위범에 미수범 처벌 조항을 두고 있는 입법은 기술상의 실수로서 이를 삭제하여야 한다고 생각한다.

17) 김일수/서보하, 앞의 책, 477쪽; 박상기, 앞의 책(각주 8), 295쪽; 오영근, 앞의 책, 225쪽; 진계호, 앞의 책, 259쪽.

18) 미수범에 대한 감경은 임의적 감경으로서 형의 감경여부는 여부는 결국 법관의 재량에 의하여 결정될 수밖에 없다.

19) 대법원 1985. 10. 22. 선고 85도2001 판결은 “강도강간, 강도치상 등의 죄는 강도의 제제에 강간 또는 치상의 결과가 발생하면 되는 것이지 강도의 기수나 미수를 가리지 않는다.”고 판시하고 있다. 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007도10058 판결 외 다수도 같은 취지이다. 다만, 하급심인 대구고등법원 2013. 5. 29. 선고 2012노776 판결은 결과적가중범의 미수를 인정한다.

1.2.2 부진정 결과적 가중범의 미수

부진정 결과적 가중범은 과실로 중한 결과 상해를 일으킨 경우와, 고의로 중한 상해를 가한 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자의 경우는 진정 결과적 가중범으로서 앞에서 이미 논증한 바 있으므로, 여기서는 후자인 기본범죄와 중한 결과범 모두에 고의가 있는 경우로 한정하여 논하고자 한다. 중한 결과가 과실이 아닌 고의에 의하여 발생한 형태이므로 진정 결과적 가중범과는 별도로 미수범 성립여부를 논의할 수 있다.

부진정 결과적 가중범의 미수범도 ① 기본범죄는 미수인데 중한 결과범이 기수인 경우, ② 기본범죄와 중한 결과범 모두 미수인 경우, ③ 기본범죄는 기수이나 중한 결과범은 미수인 경우로 나누어 생각해 볼 수 있는데,²⁰⁾ ①의 경우 기본범죄가 미수이나 기수이나에 상관없이 결과적 가중범의 기수를 인정할 수 있으므로 구태여 미수범 입법을 논할 필요가 없음은 앞에서 본 바와 같고²¹⁾ ②, ③의 경우 고의가 있었으나 중한 결과가 발생하지 않았다는 공통점이 있으므로 통틀어 고의 있는 결과적 가중범의 미수로 논의하여도 무방할 것이다.²²⁾

부진정 결과적 가중범의 미수 인정여부에 관하여도 부정설과 인정설이 대립된다.

부정설은 그 논거가 다양하지만 현행법상 부진정 결과적 가중범의 미수를 처벌하는 규정이 체계적으로 마련되어 있지 않으므로 미수범을 인정할 수 없다는 견해,²³⁾ 부진정 결과적 가중범 역시 그 본질적 개념요소는 ‘중한결과의 발생’에 있기 때문에 중한 결과가 발생하지 않는 경우에는 결과적 가중범의 범주에 들어올 수 없기 때문이라는 견해²⁴⁾ 등이 있다.

인정설은 부진정 결과적 가중범의 미수는 고의범의 미수를 인정하는 것과 다름이

20) 손동권, 앞의 책, 354-355쪽.

21) 물론 이에 대하여는 반대의 견해가 있다. 변종필, “결과적가중범에서 기본범죄가 미수인 경우의 범해석”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004, 363쪽; 성낙현, “결과적가중범의 미수에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 171쪽; 손동권, “결과적 가중범에서의 기본범죄유형”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 121쪽; 조현욱, “결과적가중범의 미수”, 홍익법학 제14권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 733쪽.

22) 성락현, 형법총론, 동방문화사, 2010, 447쪽.

23) 형법이 같은 부진정 결과적 가중범의 성질을 가지는 현주건조물방화치사상죄나 교통방해치사상죄에 관하여는 미수범처벌 규정을 두지 않고 있는 점에 미루어 볼 때 현주건조물일수치사상죄의 경우에만 그 미수범을 처벌해야 할 이유가 없으므로, 형법 제182조 규정에도 불구하고 다른 규정과의 균형을 고려하여 제182조의 미수범 규정은 단순 고의범인 현주건조물일수죄에만 적용해야 하고 부진정 결과적 가중범인 현주건조물일수치사상죄에는 적용할 수 없다는 이유로 부진정결과적가중범의 미수를 부정하는 견해가 대표적이다. 이재상, 앞의 책, 375쪽.

24) 배종대, 앞의 책, 2005, 734쪽.

없으므로 이를 긍정할 수 있다는 견해,²⁵⁾ 미수를 인정하지 않으면 단순히 기본범죄 1개로 처벌하거나 기본범죄와 중한결과 미수의 상상적 경합으로 처벌하게 되어 부당하다는 견해²⁶⁾가 있다.

1.2.3 소결

생각건대 미수범 인정여부를 판단함에 있어서는, 부진정 결과적 가중범은 기본범죄 고의범과 중한 결과 고의범이 결합한 형태로서 기본범죄에 내포하는 전형적 위험이 직접적으로 연관되어 중한 결과가 발생한 경우이므로 그 불범은 단순한 상상적 경합범이나 고의의 결합범보다 현저히 크다는 특성을 갖는다는 점과 중한 범죄의 고의범에는 일반적으로 미수범처벌 규정이 있다는 점을 염두에 두어야 한다.

부정설은 결과적으로 고의범의 미수범 성립가능성을 이론상으로 부인하는 것이 되어 찬성하기 어렵다. 그리고 미수범 성립을 부인하여 단순히 기본범죄로만 처벌하거나 기본범죄와 중한 결과 범죄 미수의 상상적 경합범으로 처벌하자는 것은 결과적 가중범의 특성을 부인하는 것이 되어 부당하다. 또한 고의범과 고의범의 결합인 부진정 결과적 가중범은 고의범과 과실범의 결합인 진정 결과적 가중범보다 그 불범이 더 크므로 그 형도 더 중하게 다스림이 마땅하다. 이러한 견지에서 인정설에 찬성한다. 우리 형법의 입법자도 그 인식의 궤를 인정설과 같이하고 있음을 단편적으로나마 엿볼 수 있다. 강간자가 사람을 살해한 강간살인에 대하여 구형법(1995년 개정 이전)에서는 중한 결과가 과실에 의한 것인가 고의에 의한 것인가를 구분하지 않고 일괄하여 제301조의 강간치사상죄로 묶고 “5년 이상의 징역형”에 처하도록 했는데,²⁷⁾ 1995년 개정형법에서는 제301조의2 강간살인죄 조항을 신설하여 그 형을 “사형 또는 무기징역”으로 가중 입법한 것이 그 예이다.

우리 형법에 규정된 부진정 결과적 가중범의 미수는 제182조에 의하여 인정되는 제177조 제2항 전문의 현주건조물일수치상죄가 유일하다.²⁸⁾ 현주건조물일수치상죄에 있어서의 미수란 곧 중한 결과인 상해에 고의가 있는 경우의 미수범, 즉 현주건조물일수상

25) 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 763쪽.

26) 김선복, “결과적 가중범의 미수”, 비교형사법연구 창간호, 한국비교형사법학회, 1999, 111-112쪽; 임석원, “결과적 가중범의 제문제”, 비교법연구 제6권 제1호, 동국대학교 비교법문화연구소, 2005, 75쪽.

27) 대법원 1990. 5. 8. 선고 90도670 판결 참조.

28) 같은 조항에 규정되어 있는 현주건조물일수치사죄는 부진정 결과적 가중범으로 보기 어렵기 때문에 여기서는 논외로 한다.

해죄의 미수를 일컫는다.²⁹⁾

이와 같이 부진정 결과적 가중범의 미수는 이론상 가능하므로 미수범 규정의 체계화와 법적용상의 혼란을 없애기 위해서 다음과 같은 보완 입법이 필요한 것이다.

2. 입법론의 전개방향

이상의 논의를 바탕으로 부진정 결과적 가중범의 미수와 예비·음모죄에 대한 입법론의 전개방안은 다음과 같다.³⁰⁾ 편의상 “현주건조물방화치사상죄”와 같이 “치사상죄”와 “살인·상해죄”를 구분하지 않은 현행 입법을 그대로 둔 상태임을 전제로 한다.

(1) 과실범의 미수, 나아가 진정 결과적 가중범의 미수는 인정하지 않음을 전제로 한다.

(2) 부진정 결과적 가중범 중 고의의 기본범죄에 고의의 중한결과 범죄가 결합된 범죄만을 대상으로 한다.

(3) 미수범의 입법론은 부진정 결과적 가중범의 구성요소인 기본범죄와 중한 결과범죄를 구분하여 관찰할 때, 기본범죄나 중한 결과범죄 중 어느 하나에 미수범 처벌규정이 있는 범죄를 중점대상으로 한다.

(4) 예비·음모의 입법론도 각 요소를 분리하여 관찰 할 때, 기본범죄나 중한 결과범죄에 예비·음모 처벌조항이 있는 범죄를 중점대상으로 한다.

3. 개별 범죄에 관한 입법론

3.1 현주건조물방화치사상죄(제164조 제2항)의 미수범 입법론

3.1.1 규정안

제174조(미수범): 제164조 제2항 (단, 중한 결과발생에 대한 고의가 있는 경우에 한한다)의 미수범은 처벌한다.

29) 오영근, 앞의 책, 226쪽.

30) 김종원 교수는 그의 논문 “형법각칙 개정연구(8): 형법각칙상의 미수범규정의 정비방안”, 형사정책연구원 연구총서, 2007, 7쪽에서 다음과 같은 정비방안을 제시하였다.

(1) 생략 (2) 일반범죄에는 미수범처벌규정이 있는데, 보다형이 무거운 특수범죄에 미수범처벌규정이 없으면 이를 둔다. (3) 해석상 ‘고의있는 결과적 가중범’을 인정해야 할 경우에, 이 고의범을 입법화하고, 필요에 따라 미수범처벌규정을 둔다. (4) ‘치사상죄’의 경우에, 먼저 ‘상해죄와 치사죄’, ‘살인죄와 치사죄’로 나누어서 각각 서로 차등을 두고, 다음으로 필요에 따라 ‘상해죄와 살인죄’에 각각 미수범처벌규정을 둔다.

3.1.2 이유

사람을 살해할 생각으로 현주건조물물에 방화하였으나 사람이 사망하지 않은 경우의 미수범처벌 입법에 관한 것이다. 연혁적으로 보면, 구형법(1995년 12월 29일 개정 전)에서는 제174조에 현주건조물방화치사죄(제164조 후문)의 미수범을 처벌하는 조항을 두고 있었다. 그러나 1995년 12월 29일 개정형법은 제164조 제2항을 신설하여 구형법 제164조 후문조항을 옮겨놓음과 동시에³¹⁾ 미수범 처벌규정인 제174조에는 제164조 제1항 현주건조물등의 방화죄부분 미수범조항은 유지시킨 반면 제164조 제2항은 추가하지 않음으로서 적용대상에서 배제하였던 것이다.³²⁾ 33)

현주건조물방화를 수단으로 살인을 하고자 하였으나 미수에 그친 경우에 현행 형법 아래서는 미수범조항이 없으므로 현주건조물방화치사죄를 적용할 수 없고 기본범죄인 현주건조물방화죄와 살인미수죄의 상상적 경합으로 처벌할 수밖에 없다.³⁴⁾ 이 경우에 형법 제40조에 의하여 형이 무거운 살인미수죄를 적용하여 “사형, 무기 또는 5년 이상의 징역”에 처하게 되지만, 미수범 처벌조항이 있는 경우의 형보다 가볍게 된다. 이렇게 되면 다음과 같은 2가지 해석상의 문제가 생기게 될 것이다. 첫째, 기본범죄 및 중한 결과범죄 모두가 고의범으로 구성된 부진정 결과적 가중범은 기본범죄와 중한결과범의 상상적 경합범보다 그 불법의 정도가 더 커서 책임주의 원칙상 처벌의 수위 또한 더 높아야 할 것인데, 미수범조항이 없어 이를 반영할 수 없으므로 결과적 가중범의 특성을 훼손하게 된다. 둘째, 위 범죄를 현주건조물방화치사죄의 미수로 다룰 수 있었다면, 단일

31) 개정 전 형법조항과 현행 형법조항은 다음과 같다.

(법률 제293호, 1953.9.18, 제정) 제164조 (현주건조물등에의 방화): 불을 놓아 사람의 주거에 사용하거나 사람의 현존하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 이로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

(법률 제5057호, 1995.12.29, 전문개정) 제164조(현주건조물등에의 방화): ① 불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물, 기차, 전차, 자동차, 선박, 항공기 또는 광갱을 소훼한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

② 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

32) 개정 전 형법조항과 현행 형법조항은 아래와 같다.

(법률 제293호, 1953.9.18, 제정) 형법 제174조 (미수범): 제164조, 제165조, 제166조 제1항 또는 그 각조의 예에 의한 제172조의 죄 또는 전조 제1항, 제2항의 미수범은 처벌한다.

(법률 제5057호, 1995.12.29, 일부개정) 제174조 (미수범): 제164조 제1항, 제165조, 제166조 제1항, 제172조 제1항, 제172조의2 제1항, 제173조 제1항과 제2항의 미수범은 처벌한다.

33) 이렇게 변경함에 뚜렷하게 합리적인 이유가 발견되지 않으므로 단순한 입법상의 실수라고 생각한다.

34) 박상기, 앞의 책(각주 14), 323쪽.

구성요건 내에서 체계적 적용이 가능할 것인데 미수범 규정이 없음으로 인하여 이러한 체계화시스템에서 이탈하는 결과를 초래하여 부당하다. 미수와 기수는 이른바 보충관계로서 범죄의 예비단계를 거쳐 실행의 착수에 이르고 중국적으로 기수로 진행하는데, 이때에는 범행과정을 각 단계별로 분리하여 경합범으로 처벌하는 것이 아니라, 하나의 범죄라는 울타리 내에서 단일범죄 1개로만 처벌하는 체계이다. 판례³⁵⁾도 “살해의 목적으로 동일인에게 일시 장소를 달리하고 수차에 걸쳐 단순한 예비행위를 하거나 또는 공격을 가하였으나 미수에 그치다가 드디어 그 목적을 달성한 경우에 그 예비행위 내지 공격행위가 동일한 의사발동에서 나왔고 그 사이에 범의의 갱신이 없는 한 ...중략... 그 살해의 목적을 달성할 때까지의 행위는 모두 실행행위의 일부로서 이를 포괄적으로 보고 단순한 한 개의 살인 기수죄로 처단할 것이다”고 하여 같은 입장을 보이고 있다. 미수범을 인정하여야 할 당위성이 있는 범죄인데도 미수범조항이 결여되어 타 범죄의 구성요건을 차용해서 적용하여야 한다면 이는 형법의 체계를 뒤흔드는 결과를 불러온다.

결론적으로 중한 결과발생에 고의가 있는 부진정 결과적 가중범의 경우 이론상 미수가 인정되고, 기본범죄인 현주건조물방화죄는 물론 중한 결과범인 살인죄에도 모두 미수범 처벌 규정을 둔 점을 감안하면 현주건조물 방화치사죄 중 고의적 살인죄의 성격을 띤 부분, 즉 현주건조물방화살인죄에는 미수범 처벌규정을 두는 것이 형법의 체계적합성, 형벌의 균형성, 형사정책적 차원에서 타당하다.

또한 중한 결과가 상해인 경우에도 똑같은 이유로 미수범 처벌규정을 둘 필요가 있다.

3.2 특수공무집행방해치상죄(제144조 제2항 전문)의 미수범에 관한 입법론

3.2.1 규정안

제144조 제3항: 제2항 전문(단, 중한 결과발생에 고의가 있는 경우에 한한다)의 미수범은 처벌한다.

3.2.2 이유

위 3.1.2 이유에 기재된 내용을 그 성질이 허용하는 범위 내에서 원용한다. 덧붙일 내용은 아래와 같다. 첫째, 기본범죄인 제144조 제1항(특수공무방해)은 “단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제136조, 제138조와 제140조 내지 전조의

35) 대법원 1965. 9. 28. 선고 65도695 판결.

죄를 범한 때”로서 제136조 등의 단순한 공무집행보다는 불법정도가 훨씬 무거워 미수범 처벌 적합성이 있고,³⁶⁾ 중한 결과에 해당하는 상해죄 부분에 대하여는 제257조 제3항에서 미수범을 처벌하고 있다. 둘째, 상해부분에 대한 형을 비교해보면, 제144조 제2항 전문의 경우 “3년 이상의 유기징역”으로 하고 있음에도 미수범 조항이 없는 반면, 제257조 제1항 상해죄의 형은 “7년 이하의 징역이나 자격정지 또는 벌금”에 그치고 있어 전자의 형보다 훨씬 가벼움에도 미수범 조항이 있다.

3.3 폭발성물건파열치상죄(제172조 제2항 전문), 가스·전기등방류치상죄(제172조의2 제2항 전문), 가스·전기등공급방해치상죄(제173조 제3항 전문)의 미수범 입법론

3.3.1 규정안

제174조(미수범): 제172조 제2항 전문, 제172조의2 제2항 전문, 제173조 제3항 전문(단, 각 조항의 경우에 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우에 한한다)의 미수범은 처벌한다.

3.3.2 이유

위 3.1.2 이유 기술 내용을 그 성질이 허용하는 범위 내에서 원용한다. 덧붙일 내용은 다음과 같다. 첫째, 기본범죄인 제172조 제1항, 제172조의2 제1항, 제173조 제1항과 제2항은 각 제174조에서 미수범조항을 두고 있고, 중한 결과인 상해부분에 대하여는 제257조 제3항 상해죄에서 미수범을 처벌하고 있다. 둘째, 제172조 제2항 전문과 제172조의2 제2항 전문의 상해부분은 공통적으로 “무기 또는 3년 이상의 징역”에 처하고, 제173조 제3항 전문의 상해부분은 “2년 이상의 유기징역”에 처하도록 하고 있어 제257조 제1항 상해죄의 “7년 이하의 징역”형보다 훨씬 중함에도 미수범 처벌조항이 없는 반면 제257조 상해죄는 같은 조 제3항에서 미수범 조항을 두고 있다. 형벌의 불균형, 체계적합성의 결여를 시정하기 위하여 위 범죄들에 미수범 조항을 신설할 필요가 있다.

3.4. 교통방해치상죄(제188조 전문)의 미수범 입법론

3.4.1 규정안

제190조(미수범): 제188조 전문(단, 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우에 한한다)의

36) 그 중 제140조 내지 제142조에 대하여는 제143조에 의하여 미수범 처벌조항도 두고 있다.

미수범은 처벌한다.

3.4.2 이유

역시 위 3.1.2 이유 기술 내용을 그 성질이 허용하는 범위 내에서 인용한다. 덧붙일 내용은 다음과 같다. 첫째, 기본범죄에 해당하는 제185조 내지 제187조는 각 제190조에서 미수범 조항을 두고 있고, 중한 결과에 해당하는 상해부분에 대하여도 제257조 제3항, 제257조 제1항에서 미수범을 처벌하고 있다. 둘째, 제188조 전문 상해부분은 “무기 또는 3년 이상의 징역”에 처하도록 하고 있고, 제257조 제1항 상해죄의 형은 “7년 이하의 징역”에 그치고 있어 전자의 형이 훨씬 중하다. 형이 중한 전자의 범죄에 대하여는 미수범 조항이 없는 반면, 후자의 범죄에는 미수범 조항이 있어 불합리하다. 이를 시정하기 위하여 미수범 조항의 신설이 필요하다.

3.5 음용수혼독치상죄(제194조)의 미수범 입법론

3.5.1 규정안

제196조(미수범): 제194조 전문(단, 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우에 한한다)의 미수범은 처벌한다.

3.5.2 이유

역시 위 3.1.2 이유 기술 내용을 그 성질이 허용하는 범위 내에서 인용한다. 덧붙일 내용은 다음과 같다. 첫째, 기본범죄에 해당하는 제192조 제2항, 제193조 제2항은 각 제196조에서 미수범 조항을 두고 있고, 중한 결과에 해당하는 상해부분에 대하여도 제257조 제3항, 제257조 제1항에서 미수범을 처벌하고 있다. 둘째, 제194조 전문의 상해부분은 “무기 또는 3년 이상의 징역”에 처하도록 하고 있는데, 제257조 제1항 상해죄의 형은 “7년 이하의 징역”에 그치고 있어 전자의 형이 훨씬 중하다. 그럼에도 형이 무거운 전자의 상해부분은 미수범 규정이 없는 반면, 형이 가벼운 후자의 상해부분은 미수범 처벌규정이 있어, 이러한 불합리를 시정하기 위하여 미수범 조항의 신설이 필요하다.

3.6 체포,감금치상죄(제281조 제1항 전문), 존속체포감금등치상죄(제281조 제2항 전문)의 미수범 입법론

3.6.1 규정안

제281조 제3항: 제281조 제1항 전문, 제281조 제2항 전문 (단, 각 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우에 한한다)의 미수범은 처벌한다.

3.6.2 이유

역시 위 3.1.2 이유 기술 내용을 그 성질이 허용하는 범위 내에서 인용한다. 덧붙일 내용은 다음과 같다. 첫째, 기본범죄에 해당하는 제276조 내지 제280조의 죄는 각 제280조에서 미수범 조항을 두고 있고, 중한 결과에 해당하는 상해부분에 대하여도 제257조 제3항, 제257조 제1항에서 미수범을 처벌하고 있다. 둘째, 상해부분의 형을 비교할 때, 제281조 제1항 전문의 경우 “1년 이상의 유기징역”이고, 제281조 제2항 전문의 경우 “2년 이상의 유기징역”에 처하도록 하고 있는데, 제257조 제1항 상해죄의 형은 “7년 이하의 징역”에 그치고 있어 전자의 형이 중하다. 형이 무거운 전자의 상해부분에는 미수범조항이 없는 반면, 형이 가벼운 후자의 상해부분에는 미수범 조항이 있어 불합리하다. 그러므로 이러한 불합리를 시정하기 위하여 위 범죄들에 대하여 미수범조항을 신설할 필요가 있다. 제280조의 미수범 조항이 기본범죄에 대한 것임을 감안하여 신설할 미수범 처벌조항은 제281조 제3항으로 따로 두기로 한다.

3.7 중손괴치상죄(제368조 제2항 전문)의 미수범 입법론

3.7.1 규정안

제371조(미수범): 제368조 제2항 전문(단, 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우에 한한다)의 미수범은 처벌한다.

3.7.2 이유

역시 위 위 3.1.2 이유 기술 내용을 그 성질이 허용하는 범위 내에서 인용한다. 덧붙일 내용은 다음과 같다. 첫째, 기본범죄에 해당하는 제366조와 제367조의 죄는 각 제371조에서 미수범 조항을 두고 있고, 중한 결과에 해당하는 상해부분에 대하여도 제257조 제3항,

제257조 제1항에서 미수범을 처벌하고 있다. 둘째, 상해부분에 대한 형을 비교해보면, 제281조 제1항 전문의 경우 “1년 이상의 유기징역”에 처하도록 하고 있는데, 제257조 제1항 상해죄의 형은 “7년 이하의 징역”에 그치고 있어 전자의 형이 중하다. 그럼에도 형이 무거운 전자의 범죄에는 미수범 조항이 없는 반면, 형이 가벼운 후자의 범죄에는 미수범 조항이 있어 불합리하다. 이러한 불합리를 시정하기 위하여 전자의 범죄에 미수범 조항 신설이 필요하다.

III. 예비·음모에 관한 입법론

1. 예비·음모의 의의와 입법론 제기의 필요성

1.1 개념

예비란 특정범죄를 실현할 목적으로 하는 준비행위로서 아직 실행의 착수에 이르지 않는 일체의 행위를 말한다. 그러나 심리적 결심 내지 표명만으로는 부족하고 이에 더하여 외부적 준비행위가 있어야 한다. 음모란 2인 이상이 일정한 범죄를 실현하려는 합의이다. 상대방에게 범죄의사를 일방적으로 전달하는 것이나, 설령 상호간에 범죄의사의 교환이 있었다라도 합의에 이르지 못했다면 단순히 범죄의사의 표현일 뿐 음모는 아니다. 실행의 착수 이전이라는 점에서 예비와 동일하고, 형법은 예비와 음모를 동등하게 취급하고 있다.³⁷⁾

1.2 예비·음모에 대한 형법의 규정

일반적으로 형법의 가벌적 행태는 행위반가치와 결과반가치의 요소를 모두 구비해야 한다. 예비·음모 단계를 넘어 실행의 착수에 이른 미수는 이 요건을 충족시키므로 원칙

37) 예비와 음모의 의미상 차이에 관하여 ① 음모를 예비의 일종으로 보는 견해, ② 음모는 예비에 선행하는 범죄발전의 일단계라는 견해, ③ 물적 준비행위는 예비이고, 인적 준비행위는 음모라는 견해, ④ 음모는 범죄에 대한 의사연락 내지 심리적인 상호교류이고, 예비는 그 이외의 일체의 준비행위로서 양자 간에는 선후의 차이가 없다는 견해 등으로 나뉘나, 형법 각칙은 예비, 음모죄를 함께 처벌하기 때문에 구별할 실익은 없을 것이다.

적으로 처벌이 가능하다. 반면에 실행의 착수에 이르지 못하고 예비·음모단계에 머무른 경우에는 법익평온상태의 교란이라는 결과반가치가 없이 단지 행위반가치만 있을 뿐이다. 가벌적 예비는 행위반가치만으로 처벌하는 예외적 현상이다. 이 때문에 법익의 중대성을 고려하여 몇몇 구성요건에 한하여 예비죄 처벌 규정을 두고 있는 것이다.

현행 형법은 “범행의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니 한다”(제28조)고 규정하여 원칙적으로 예비·음모를 처벌하지 않는 태도를 취하고 있다. 예비·음모는 범죄의 실현과는 비교적 먼 단계에 있기 때문에 법익침해의 위험성이 상대적으로 적고(실체법적 이유), 예비·음모의 단계에서는 행위의 고의성을 입증하기가 곤란하고(소송법적 이유), 행위자 스스로 범행을 자제하도록 유도하는 것이 바람직하다(형사정책적 이유)고 보기 때문이다.³⁸⁾

1.3 입법론 제기의 필요성

현행 형법 각칙 규정 중 부진정 결과적 가중범에 관련된 범죄에 관하여 예비·음모의 처벌규정을 둔 곳은 현주건조물방화죄(제164조 제1항), 폭발성물건파열죄(제172조 제1항), 가스전기등방류죄(제172조의2 제1항), 가스전기등공급방해죄(제173조 제1항, 제2항), 현주건조물일수죄(제177조 제1항), 기차선박등교통방해죄(제186조), 기차등전복죄(제187조), 음용수독물혼입죄(제192조 제2항), 수도음용수독물혼입죄(제193조 제2항) 등이다. 형법이 법익의 중대성을 고려하여 특별히 예비·음모단계에서도 처벌규정을 둔 것이다. 그렇다면 위 범죄들을 기본범죄로 포용하면서 더 나아가 고의로 중한 결과의 초래를 기도한 부진정 결과적 가중범에도 예비·음모처벌 규정을 두어야 형법이 체계일 관성을 유지하고 있다고 평가할 수 있을 것이다. 문제는 위 기본범죄를 토대로 한 고의의 부진정 결과적 가중범에는 예비·음모의 처벌조항을 두고 있지 않다는 데에 있다.

이에 대하여는 현행 형법이 기본범죄의 예비죄와 중한 결과 고의범의 예비죄 처벌규정을 두고 있으므로 별문제가 안 된다는 견해가 있다.³⁹⁾ 부진정 결과적 가중범인 현주건조물방화치사죄에 있어서 사망의 결과에 대한 고의가 있는 경우에는 기본범죄인 현주건조물방화죄 예비(제175조)와 중한 결과에 대한 고의범인 살인죄 예비(제255조)의 상상적

38) 김일수/서보학, 앞의 책, 2006, 547쪽; 정영일, 형법총론, 박영사, 2007, 373쪽.

39) 임웅, “예비, 미수, 기수의 구별에 관한 소고”, 성균관법학 제19권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 385쪽.

경합으로 처벌하면 된다는 것이다. 그러나 결과적 가중범의 중한 결과는 기본범죄에 내재하는 전형적인 위험성의 현실화로서, 기본범죄의 위험성에 의하여 주어진 경고를 무시하고 더 나아가 중한 결과를 발생케 한 점에서 그 불법이 더 무거워 기본범죄와 중한 결과 고의범의 상상적 경합으로 처벌하는 경우보다는 가중 처벌해야 한다는 데에 그 본질이 있음을 감안한다면, 위 견해에 찬성하기 어렵다. 고의의 부진정 결과적 가중범에 대한 예비·음모에 대한 별도의 독립적인 입법이 필요하다고 생각한다. 아래에 해당 범죄별로 입법론을 검토해 보고자 한다.

2. 개별적 입법론

2.1 현주건조물방화치사상죄(제164조 제2항)의 예비·음모

2.1.1 규정한

제175조(예비·음모): 제164조 제2항(단, 중한 결과 발생에 대한 고의가 있는 경우에 한한다) 전문의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년 이하의 징역에 처하고, 같은 항 후문의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 15년 이하의 징역에 처한다.

2.1.2 이유

사람을 살해하거나 상해할 고의로 현주건조물에 방화하였으나 그 의도한 결과가 발생하지 않은 현주건조물방화치사상죄에 예비·음모죄의 조항을 두는 것이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 기본범죄인 현주건조물방화죄는 예비·음모 처벌조항을 두고 있는데, 기본범죄에 더하여 고의로 사람을 살해 또는 상해하는 범죄, 즉 현주건조물방화 살해 또는 상해의 죄는 법익침해의 중대성이 훨씬 더 큼에도 예비·음모 조항이 없음은 불합리하다. 둘째, 부진정 결과적 가중범인 현주건조물일수치상죄(제177조 제2항 전문)의 경우 제183조에서 예비·음모 처벌 입법을 하고 있는데, 이 범죄보다 불법의 정도나 가벌성이 더 높은 현주건조물방화치사상죄 예비·음모 규정의 불비는 형법의 체계 적합성이나 형벌의 불균형을 초래한다. 셋째, 1995년 개정 전 구형법은 이 범죄를 예비·음모죄의 처벌대상으로 하였는데,⁴⁰⁾ 1995년 개정형법에서 제164조 후문의 내용을 신설한

40) 개정 전 형법조항과 현행 형법조항은 다음과 같다.

(법률 제293호, 1953.9.18, 제정) 제175조(예비, 음모): 제164조를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년

같은 조 제2항으로 옮기면서 예비·음모죄 처벌대상에서 빠지게 된 것인데, 여기에 어떠한 합리적인 이유도 찾아보기 어렵고 단순한 입법상의 실수가 아닌가 생각한다. 이상과 같은 불합리와 입법상의 실수를 시정하기 위하여 제164조 제2항의 상해와 살인부분을 각 예비·음모죄의 처벌대상으로 포함시킴이 타당하다. 다만 형량은 가중된 불법을 반영하여 위 기본범죄에 대한 예비죄보다 중하게 하되, 상해죄(제257조)가 7년 이하의 징역, 살인예비죄(제255조)가 10년 이하의 징역임을 감안하여 각 규정안 같이 정하였다.

2.2 폭발성물건파열치상죄(제172조 제2항 전문), 가스·전기등방류치상죄(제172조의2 제2항 전문), 가스·전기등공급방해치상죄(제173조 제3항 전문)의 예비·음모

2.2.1 규정안

제175조(예비·음모): 제172조 제2항 전문, 제172조의2 제2항 전문, 제173조 제3항 전문(단, 각 조항 중 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우에 한한다)의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

2.2.2 이유

기본범죄에 더하여 중한 결과인 상해의 고의가 있는 범죄인 폭발성물건파열상해의 죄(제172조 제2항 전문), 가스·전기등방류상해의 죄(제172조의2 제2항 전문), 가스·전기등공급방해상해의 죄(제173조 제3항 전문)에 대하여도 예비·음모 처벌조항을 두는 것이 타당하다.

그 이유는 앞의 2.1.2 내용을 성질이 허용하는 한 원용한다. 덧붙일 내용은 다음과 같다. 기본범죄에 해당하는 제172조 제1항, 제172조의2 제1항, 제173조 제1항과 제2항은 모두 제175조에서 예비·음모죄로 처벌하고 있는데, 이들 범죄에 더하여 고의로 중한 결과인 상해를 기도하는 하는 범죄, 즉 폭발성물건파열상해의 죄(제172조 제2항 전문), 가스·전기등방류상해의 죄(제172조의2 제2항 전문), 가스·전기등공급방해상해의 죄(제173조 제3항 전문)는 그 불법과 법익침해의 중대성이 훨씬 더 크다. 그러므로 이들 범죄에도 예비·음모 처벌조항을 둬야 옳다. 그 형량 또한 그 가중된 불법에 비례하여 기본범죄에 대한 예비죄보다 다소 상향 조정하였다.

이하의 징역에 처한다.

(법률 제5057호, 1995.12.29, 전문개정) 제175조(예비, 음모): 제164조 제1항을 범할 목적으로...이하 생략.

2.3 교통방해치상죄(제188조 전문)의 예비·음모

2.3.1 규정안

제191조(예비·음모): 제188조 전문(단, 중한 결과 발생에 고의가 있는 경우에 한한다)의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

2.3.2 이유

기본범죄에 더하여 중한 결과인 상해의 고의가 있는 부진정 결과적 가중범인 교통방해상해의 죄(제188조)에 대하여도 예비·음모 처벌조항을 두는 것이 타당하다. 그 이유로는 앞의 2.1.2 이유에 기술한 내용을 성질이 허용하는 한 원용한다. 덧붙일 내용은 다음과 같다. 기본범죄에 해당하는 기차선박등교통방해죄(제186조), 기차등전복죄(제187조)는 제191조에 의하여 각 예비·음모죄로 처벌하고 있는데, 위 기본범죄에 더하여 고의로 사람을 상해하는 범죄, 즉 제188조의 교통방해상해의 죄는 그 불법과 법익침해의 중대성이 훨씬 더 큼에도 불구하고 예비죄 조항을 두지 않음은 부당하다. 형량은 가중된 불법에 비례하여 기본범죄에 대한 예비죄보다 다소 상향 조정하였다.

2.4 음용수혼독치상죄(제194조 전문)의 예비·음모

2.4.1 규정안

제197조(예비·음모): 제194조 전문(단, 중한 결과에 대한 고의가 있는 경우에 한한다)의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

2.4.2 이유

기본범죄에 더하여 상해의 고의가 있는 부진정 결과적 가중범인 음용수혼독상해의 죄(제194조 전문)에 대하여도 예비·음모 처벌조항을 두는 것이 타당하다.

그 이유로는 앞의 2.1.2 이유에 기술한 내용을 성질이 허용하는 한 원용한다. 덧붙일 내용은 다음과 같다. 기본범죄에 해당하는 음용수독물혼입죄(제192조 제2항), 수도음용수독물혼입죄(제193조 제2항)는 제197조에 의하여 예비·음모죄를 처벌하고 있음에도 위 기본범죄에 더하여 고의로 사람을 상해하는 범죄인 음용수혼독상해의 죄는 그 불법과 법익침해의 중대성이 훨씬 큼에도 예비·음모죄 조항을 두지 않음은 불합리하다. 형량 또한 가중된 불법을 반영하여 위 기본범죄에 대한 예비죄보다 다소 상향조정하였다.

IV. 결론

결과적 가중범은 기본범죄에 내재하는 전형적 위험성이 직접적으로 연관되어 중한 결과를 발생케 함으로써 현실화한 것이라는 특성을 갖는데, 전통적으로 (진정)결과적 가중범의 입법은 외형상 고의의 기본적 범죄와 중한 결과 과실범의 결합범 형태로 나타난다. 결과적 가중범 이론은 종래 결과책임주의 형법운용을 책임주의 형법운용으로 전환하고자 하는 노력의 일환으로 태동하였고, 입법으로까지 연결된 것이다.

그런데 기본적 범죄와 중한 결과 고의범의 결합형태인 부진정 결과적 가중범은 명문의 규정은 없으나 형벌의 불균형을 해소하기 위하여 이론과 판례가 인정하는 것으로 태생적 입법의 불비로 인하여 법 적용 과정에서 여러 가지 난점에 부딪치게 된다. 현재의 미흡한 입법수준에서라도 최소한 결과적 가중범 상호간 법규정 적용상의 균형을 이룰 수 있는 보완 입법이 필요하다고 본다. 그 중에서도 미수범 및 예비·음모죄에 대한 입법의 보완이 시급하다고 본다. 그리하여 본고에서는 (1) 과실범의 미수, 나아가 진정 결과적 가중범의 미수는 인정하지 않음을 전제로 한다. (2) 부진정 결과적 가중범 중 고의의 기본범죄에 고의의 중한결과 범죄가 결합된 범죄만을 대상으로 한다. (3) 미수범의 경우에 기본범죄나 중한 결과범죄에 미수범 처벌규정이 있는 범죄를 중점대상으로 한다. (4) 예비·음모의 경우 기본범죄나 중한 결과범죄에 예비·음모 처벌조항이 있는 범죄를 중점대상으로 한다. 라는 원칙하에 형법 각칙의 각 해당 조항별로 미수범 및 예비·음모의 입법론을 제시하여 보았다. 현재 법정형이 과중하여⁴¹⁾ 책임주의와의 관계에서 조화를 이루기 어려움을 지적하고 법정형의 하향조정 등의 필요성을 주장하는 견해가 상당수 있다.⁴²⁾ 그 취지에는 동감한다. 결과적 가중범에 합리적인 이유도 없이 기본범죄

41) 법정형이 중한 대표적 결과적 가중범죄의 예로서 현주건조물방화치사죄를 들 수 있다. 우리 형법 제정 시 일본 형법가안(日本刑法假案)의 영향을 많이 받았는데, 구일본 형법 제108조의 주택방화죄는 “사형, 무기 또는 5년 이상의 징역”으로 엄히 처벌하였고, 이는 역사적으로 방화죄를 중죄로 보기 때문이었다. 당시 세계적 입법추세를 반영하여 방화죄의 형에 사형을 제외한 일본 형법가안 제254조의 영향을 받은 우리 제정형법(1995년 개정 전 형법) 제164조는 현주건조건조물방화죄를 “무기 또는 5년 이상의 징역”에 처하도록 하고, 결과적 가중범인 현주건조물방화치사죄에는 “사형, 무기, 7년 이상의 징역”에 처하도록 규정함으로써 오늘에 이르게 된 것이다. 유기천, 전정 신판 형법학 각론강의 (하)-영인본, 일조각, 16쪽.

42) 김혜경, “결과적가중범의 법정형정비 기본원리”, 형사정책연구 제19권 제1호(통권 제73호), 한국형사정책연구원, 2008, 59쪽; 문채규, “결과적가중범과 그 미수범에 관한 선행연구의 분석과 형법각칙상 해당규정의 총체적 정비를 위한 구체적 개정입법모델에 관한 연구”, 비교형사법연구 제14권 제1호, 한국비교형사법학회, 2012, 25쪽; 최정일, “결과적가중범규정의 개선방향에 관한 고찰”, 영남법학 제36호, 영남대학교 법학연구소, 2013, 85쪽

와 중한 결과의 상상적 경합으로 처벌하는 것보다 불합리하게 무거운 형벌을 가한다면 이 또한 책임주의 형법 정신을 제대로 반영하지 못하고 결과책임주의적 사고에서 벗어나지 못했다는 비판을 면치 못할 것이기 때문이다. 그러나 이 부분은 별도의 연구과제이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교출판부, 2008.
- 김일수/서보학, 형법총론 제11판, 박영사, 2006.
- 박동희, 형법학총론, 법문사, 1977.
- 박상기, 형법총론 제7판, 박영사, 2007.
- _____, 형법각론 제7판, 박영사, 2008.
- 배종대, 형법총론 제9개정판, 홍문사, 2008.
- 손동권, 제2개정판 형법총론, 율곡출판사, 2005.
- 손해목, 형법총론, 법문사, 1996.
- 성락현, 형법총론, 동방문화사, 2010.
- 신동운, 형법총론 제3판, 법문사, 2008.
- 오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2012.
- _____, 형법각론, 박영사, 2005.
- 유기천, 개정 형법학 총론강의-영인본, 법문사, 2011.
- 이영란, 제3판 형법학 총론강의, 형설출판사, 2011.
- 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011.
- 이형국, 형법총론, 법문사, 1990.
- 임 응, 형법총론 개정판보정, 법문사, 2005.
- 정성근/박광빈, 형법총론 제4판, 삼지원, 2008.
- 진계호, 신고형법총론, 대왕사, 1984.
- 천진호, 형법총론, 준커뮤니케이션즈, 2016.
- 황산덕, 형법총론 제7정판, 방문사, 1982.

2. 학술지

- 김선복, “결과적 가중범의 미수”, 비교형사법연구 창간호, 한국비교형사법학회, 1999, 93-112쪽.

- 김영철, “부진정결과적 가중범의 본질 및 죄수론에 관한 비판적 검토”, 일감법학 제35호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 133-156쪽.
- 김혜경, “결과적가중범의 법정형정비 기본원리”, 형사정책연구 제19권 제1호(통권 제73호), 한국형사정책학회, 2008, 33-60쪽.
- 문채규, “결과적가중범과 그 미수범에 관한 선행연구의 분석과 형법각칙상 해당규정의 총체적 정비를 위한 구체적 개정입법모델에 관한 연구”, 비교형사법연구 제14권 제1호, 한국비교형사법학회, 2012, 1-28쪽.
- 변종필, “결과적가중범에서 기본범죄가 미수인 경우의 법해석”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004, 347-365쪽.
- 성낙현, “결과적가중범의 미수에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 153-174쪽.
- 손동권, “결과적 가중범에서의 기본범죄유형”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 111-125쪽.
- _____, “결과적 가중범과 고의결합범의 입법통일성 결여에 따른 문제점”, 형사정책 제27권 제3호(통권 제47호), 한국형사정책학회, 2015, 109-134쪽.
- 임석원, “결합범의 본질과 부진정결과적 가중범”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 175-200쪽.
- _____, “결과적 가중범의 제문제”, 비교법연구 제6권 제1호, 동국대학교 비교법문화연구소, 2005, 63-87쪽.
- 임 웅, “예비, 미수, 기수의 구별에 관한 소고”, 성균관법학 제19권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 377-388쪽.
- 조상제, “결과적가중범의 객관적 가중표지와 주관적 귀속형식”, 안암법학 제2권, 안암법학회, 1994, 346-378쪽.
- 조현욱, “결과적가중범의 미수”, 홍익법학 제14권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2013, 717-738쪽.
- 천종철, “결과적 가중범의 미수의 문제”, 사회과학연구 제16권, 서원대학교 미래창조연구원, 2003, 151-176쪽.
- 최정일, “결과적가중범규정의 개선방향에 관한 고찰”, 영남법학 제36호, 영남대학교 법학연구소, 2013, 71-90쪽.
- 황산덕, “결과적가중범”, 사법행정 제4권 제4호, 한국사법행정학회, 1963, 21-23쪽.

[Abstract]

Legislation on Attempt, Inchoate Offense of Untrue Consequently Aggravated Crime

Kim, Young-Cheol*

The theory of consequently aggravated crime has emerged as a result of efforts to shift conventional resultant liability theory into the responsibility theory for the criminal justice system, and it is connected to the legislation to penal code.

The consequently aggravated crime without intent appears as a single constitutional form combining the extrinsic intention basic crime with aggravated consequences of negligence, because of the fact that the typical risk inherent in basic crime is realized, it became a basis for more severe punishment than the imaginative concurrence of basic crime and aggravated consequences of negligence.

The concept of untrue consequently aggravated crime which is offense aggravated by consequence with intent must inevitably be extracted from the relationship with the offense aggravated by consequence without intent, in order to solve the penalty imbalance caused by the insufficiency of legislation, it is recognized in the doctrine and case law.

Due to the inherent legislative invalidity of the offense aggravated by consequence with intent, many difficulties have not been avoided in the legal practice.

It is necessary to adopt legislation that guarantees at least adequate legal capacity even at the present level of insufficient legislation. Among them, it is imperative to supplement legislation on the attempt, preparation and plot offence.

So in this article,

(1) It is premised that the attempt of the criminal negligence, further aggravated by consequence without intent with the requirement of the result of the negligence is not recognized.

* Professor, School of Law, Konkuk University

(2) Subject to only the aggravated by consequence involved in the crime resulting from intentional deliberation of the intentional basic crime.

(3) In the case of an criminal attempt, the emphasis is on crimes that are subject to punishment for attempted basic crimes or serious consequences.

(4) In the case of inchoate crime, the crime with the inchoate offense penalties for basic crimes or serious result crimes shall be the focus.

under the principle, presented the legislation of attempt, inchoate crimes for each applicable clause of the criminal law.

[Key Words] consequently aggravated crime, untrue consequently aggravated crime, attempt, inchoate crime, legislation

