

중지미수범의 성격과 자의성 판단

박광민*, 송승은**

I. 머리말	III. 자의성
II. 중지미수범의 성격 형감면의 근거와 범죄체계적 지위	1. 심리적 관점
1 논의의 필요성	2. 규범적 관점(규범설)
2 중지미수범의 형감면의 근거	3 판례의 태도
3 중지미수범의 범죄체계적 지위	IV 맺음말

I. 머리말

형법 제26조는 중지범이라는 제목하에 “범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형을 감경 또는 면제한다”고 규정하고 있다. 이 조항은 비록 표제어가 ‘중지범’이라고 되어있지만, 미수범의 일반적인 구성요건 표지 이외에 ‘자의성(Freiwilligkeit)’이라는 요건을 추가하고 있는 중지미수범¹⁾에 관한 규정으로, 범죄의 실행에 착수한 행위자의 자의성에 기한 행위미종료 또는

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사

** 배재대학교 강사, 박사과정 수료.

1) 미수범의 일형태로 보는 것이 통설이다 김봉태, “중지미수”, 형사법강좌II(서울 박영사, 1984), 589면, 김성돈, 「사례연구 형법총론」(서울 대왕사, 1998), 329면, 김성천/김형준, 「형법총론」(서울·동원출판사, 1998), 425면; 김일수/서보하, 「형법총론」(서울 박영사, 2004), 515면; 김종원, “중지미수”, 고시연구, 1996.5, 64면, 박상기, 「형법총론」(서울 박영사, 2004), 348면, 배종대, 「형법총론」(서울 홍문사, 2004), 428면, 백원기, 「미수론연구」(서울·삼지원, 1995), 127면, 손동권, “중지(미수)범에 관한 연구”, 현대형사법론, 죽헌박양빈교수화갑기념논문집, 1996, 247면, 신동운, 「형법총론」(서울·법문사, 2001), 453면, 신양균, “판례에 나타난 중지미수”, 고시연구, 1998.5, 65면, 안동준, 「형법총론」(서울·학현사, 1998), 186면, 오영근, 「형법총론」(서울 대명출판사, 2002), 554면; 유기천, 「형법학(총론강의)」(서울 일조각, 1983), 253면, 이재상, 「형법총론」(서울·박영사, 2003), 355면, 이정원, 「형법총론」(서울·법지사, 2001), 273면; 이준걸, “중지미수에 관한 논점”,

결과불발생을 고려하여 미수범의 처벌에 있어 가장 경한 필요적 감면이라는 법적 효과를 부여하고 있는 것이다. 즉 우리 형법상 미수범의 체계는 장애미수(제25조), 중지미수(제26조), 불능미수(제27조)가 각각 독립된 형태로 병존하고 있는데, 제26조는 미수범에 공통되는 객관적 구성요건표지인 범죄의 미완성을 ‘자의로’ 실현하였다는 점에서 여타의 미수범(제25조, 제27조)과 구별되는 중지미수범을 규정한 것으로 본다.²⁾³⁾ 우리 대법원도 “중지미수라 함은 범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지하는 것으로서 장애미수와 대칭되는 개념”이라고 하여 같은 입장을 취하고 있다.⁴⁾

이러한 중지미수범의 특징은 범행을 자의로 중지한 자에게 형의 필요적 감경 또는 면제라는 혜택을 부여하고 있다는 점에 있다. 따라서 중지미수범에 대한 논의는 범행을 중지한 자에게 형벌의 혜택을 주는 이유와 중지미수범 성립의 핵심적 표지인 ‘자의성’에 대한 고찰이 무엇보다 중요하다 하겠다. 왜냐하면 중지미수범의 형 감면 혜택의 근거를 어떻게 이해하느냐에 따라 ‘자의성’의 판단 기준에 영향을 미치게 되고, ‘자의성’이 인정되는 범위에 따라 중지미수범의 성립범위도 결정되기 때문이다. 예컨대 중지미수범의 형벌 특혜를 자의적 중지자의 공적에 대한 보상적 성격 내지 형벌목적의 부합성 여부에 따라 판단하게 되면 ‘자의성’ 판단은 중지동기가 규범목적에 상응하는 보상을 받을만한 평가를 받을 수 있는가의 여부로 결정하는 것이 논리적 귀결인데, 이 경우 과연 ‘자의’라는 심리적인 측면을 도외시 할 수 있느냐가 문제로 된다.

이하 본고에서는 종래 중지미수의 본질 내지 법적 성격으로 일괄해서 논의되고 있

현대형사법론, 죽헌박양빈교수화갑기념논문집, 1996, 424면, 이형국, 「형법총론」(서울 법문사, 2003), 242면; 임웅, 「형법총론」(서울 법문사, 2002), 350면, 조준현, 「형법총론」(서울 법문사, 2004), 342면, 정성근/박광민, 「형법총론」(서울 삼지원, 2001), 393면, 최우찬, “중지미수”, 고시계, 1998 9, 63면, 하태훈, “중지미수의 성립요건”, 형사판례연구[7], 1999, 66면 독일의 경우엔 예컨대 Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht AT*, 10.Aufl., Bielefeld Ernst und Werner Gieseking, 1995, S 562(Rn.1), Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht AT*, 30.Aufl., Heidelberg C F Müller, 2000, S 201(Rn.626).

- 2) 형법 제26조는 미수범의 한 형태를 규정한 것이 아니라는 견해로는 김용욱, “미수형태와 중지범”, 형사법연구 제11호, 한국형사법학회, 1999, 85면; 유인모, “중지미수의 법적 성격”, 김종원 교수화갑기념논문집, 1991, 375면.
- 3) 물론 중지범이라는 문언을 다르게 해석할 수 있지만, 우리 입법자는 제26조의 규정을 중지미수, 즉 미수범으로 보고 있다고 여겨진다. 법정 편집부, “조선법제편찬위원회기초요강(二)”, 법정 제3권 제7호(통권 제21호), 1948.7, 45면; 신동운/허일태 편저, 「효당 임상섭 형법논집」, 서울대학교출판부, 2003, 51면 참고로 1992년의 형법개정법률안도 표제를 ‘중지미수’로 하고 있다. 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료 X IV), 1992.10, 41면.
- 4) 대판 1985.11.12, 85도2002.

는 필요적 형감면의 근거에 대한 문제를 자의로 중지한 자에게 형감면의 혜택을 부여하는 이유와 중지미수범의 범죄론체계상의 지위 문제로 나누어 고찰하고, 중지미수범의 주관적 성립요건인 '자의성'에 대해 살펴보고자 한다. 특히 이 자의성과 관련해서는 최근에 대두되고 있는 규범설에 대한 타당성 및 비판적 고찰이 필요하다 하겠다.

II. 중지미수범의 성격: 형감면의 근거와 범죄체계적 지위

1. 논의의 필요성

형법은 중지미수범의 형을 필요적으로 감경하거나 면제하도록 규정하고 있는데, 이렇게 특별히 관대한 취급을 하는 이유가 무엇인가가 문제로 된다. 이러한 논의에 대해선 중지미수를 필요적으로 감면처벌하게 된 입법동기를 묻고 있을 뿐이라고⁵⁾ 하거나 그 자체 실익이 없는 논쟁이고 그것이 중지미수의 요건 특히 자의성의 해석에 영향을 주는 한도에서만 의미가 있다⁶⁾는 견해도 있으나, 미수범체계에서 여타의 다른 미수범과의 구별에 중요한 판단기준이 되며 형감면 근거를 고찰함으로써 중지미수범의 처벌을 면제하거나 불가별로 하는 것이 더 효과적이지 않는가라는 입법론적 방향도 제시할 수 있는 것이다.

그리고 중지미수범의 경우에 여타의 다른 미수범에 비해서 왜 처벌상의 관대한 취급을 하는지의 문제와 자의성에 기한 범행의 중지가 범죄론 체계에서 어떠한 지위를 갖느냐의 문제는 구별되어야 할 것이다. 왜냐하면 범죄체계적 지위는 법적 성격 내지 본질을 파악한 후에 그 귀결로써 형법체계내에서 차지하는 모습이기 때문에 양자는 구별된다 하겠다. 예컨대 중지미수범을 관대하게 처벌하는 이유를 위법성이나 책임의 소멸 내지 감소에서 찾는 법률설은 중지미수범의 필요적 형감면이라는 혜택을 부여하는 근거가 무엇인가에 대한 논의라기보다는 범죄 체계론적 지위에 관한 문제인 것이다. 따라서 본고에서는 중지미수범의 형감면의 근거(Ratio)와 범죄론 체계상의 지위(systematische Standort)는 구별하여 고찰한다.⁷⁾

5) 배종대, 전제서, 443면.

6) 오영근, 전제서, 558면.

7) 박상기, 전제서, 348면, 손동권, 전제논문, 245면 이하, 유인모, 전제논문, 365면; Haft, Fritjof, *Strafrecht AT*, 8 Aufl., München:C.H.Beck, 1998, S.234, Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23.Aufl., München C.H.Beck, 1999, S.185(Rn.1, 2); Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.Aufl., München:C.H.Beck, 2001, S.423(Rn.2), 424(Rn.4).

2 중지미수범의 형감면의 근거

중지미수범의 형의 감면근거에 대해선 다양한 견해가 주장되나 대략 세가지 견해, 즉 형사정책설, 은사설, 형벌목적설로 대별할 수 있으며,⁸⁾ 이외에 책임이행설이 논의되기도 한다.

(1) 형사정책설

형사정책설(Kriminalpolitische Theorie)은 중지미수범에 대해 관대한 처벌을 하는 이유를 범죄의 기수를 방지하려는 형사정책적인 고려에 있다⁹⁾고 보는 견해로, 형의 감면이 범죄자로 하여금 불법의 세계에서 적법의 세계로 되돌아 가게 하는 황금의 다리(goldene Brücke)와 같은 기능을 한다는 황금의 다리 이론으로 대표된다.¹⁰⁾ 그러나 이 학설은 행위자가 중지미수의 시점에 이러한 특별취급에 대해 미리 알고 있을 것은 전제로 하는데 대부분의 경우에 행위시에 그러한 고려를 하지 않으므로 범죄자의 범행 중지결심에 별 실효성이 없고¹¹⁾ 또한 중지미수범의 처벌을 불가벌로 하는 독일형법과 달리 필요적 감면에 지나지 않는 우리 형법에 있어서는 그 정책적인 효과가 반감된다는 비판을 받는다.¹²⁾

(2) 은사설

은사설(Gnadentheorie)은 범규정이 자의로 중지한 공적을 보상해주는 것이라는 견해로 보상설(Prämientheorie) 또는 공적설(Verdienstlichkeitstheorie) 등으로 표현된다.¹³⁾ 이 설에 의하면 결과의 발생을 방지하고 합법의 세계로 회귀한 것은 미수의 불법과 일반

8) Vgl. Haft, Fritjof, *a.a.O.*, S.234; 유인모, 전제논문, 366면 이하

9) Mezger, Edmund, *Strafrecht AT*, Ein Lehrbuch, 3.Aufl., Berlin Dunker & Humblot, 1949, S.403.

10) RGSt 6, 341, 17, 243(244), 63, 158(159), 72, 349(350), 73, 53(60), Haft, Fritjof, *a.a.O.*, S.234, Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *a.a.O.*, S.201(Rn.626), 박상기, 전제서, 348면

11) Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *a.a.O.*, S.564(Rn.7), Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *a.a.O.*, S.201(Rn.626).

12) 박상기, 전제서, 348면, 유인모, 전제논문, 367면, 이준걸, 전제논문, 427면, 정성근/박광민, 전제서, 394면.

13) Bockelmann, Paul, "Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?", *NJW* 1955, S.1420, Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend Tomas, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.Aufl., Berlin Dunker & Humblot, 1996, S.539; Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, *Strafrecht AT*, Teilband 2, 7.Aufl., Heidelberg C.F.Müller, 1989, S.57(Rn.10); Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *a.a.O.*, S.201(Rn.626).

인의 범의식에 대한 행위자의 부정적 작용을 회복시킨 것이므로, 법률이 중지자에 대하여 그의 공적을 보상한다는 것이다.¹⁴⁾ 이 학설은 중지자에 의한 법적대적 의사의 포기에 대한 보상을 하는데 중지미수범의 특별취급의 근거가 있다고 보므로 중지미수범의 성질을 통일적으로 설명할 수 있다. 즉 중지미수의 형 감면의 근거를 중지자의 공적에 따른 보상이라는 한가지 척도로 설명할 수 있다는 것이다.¹⁵⁾ 그러나 이 학설은 우선 미수행위에 의하여 이미 발생하여 요구되는 형벌이 예외적인 경우에 포기 또는 감경되어야 하는 것은 은사의 문제가 아니라, 형벌의 목적을 달성하기 위한 형벌이 중지미수의 경우에 처음부터 필요한가라는 형법적인 문제라는 것을 간과한 것이라는 비판을 받는다.¹⁶⁾ 그리고 은사 내지 보상은 중지미수규정의 효과이지 그 규정의 근거를 설명하는 것은 아니라는 것이다.¹⁷⁾ 즉 자의에 의한 중지행위가 중지미수의 처벌상 특혜규정에 의해서 보상된다는 것 자체는 사실이나 중지미수범의 경우에 왜 가벌성이 감소 내지 소멸되며 무슨 이유로 보상되는냐의 보상의 근거가 규명되어야 한다는 것이다.¹⁸⁾ 그리고 형법은 범죄자를 보상하기 위한 목적을 갖지 않으며, 단순히 중지자의 공적이 관용을 받을 만한 가치가 있기 때문에 법률이 보상한다는 것은 법조문을 부연해서 설명하는 것일뿐 구체적인 내용에 대한 적절한 대답이 될 수 없고, 만약 칭찬할 만한 중지행위를 보상한다는 것으로 본질을 규명할 경우 자의성 개념을 윤리적이거나 도덕적인 기준에 의해 해석하게 될 위험성을 내포하게 될 것이라는 비판을 받는다.¹⁹⁾

(3) 형벌목적설

형벌목적설(Strafzwecktheorie)은 중지미수는 그 처벌이 형벌의 목적, 즉 일반예방이나 특별예방의 목적에 비추어 볼 때 불필요 내지 필요성이 감소되는 경우라고 한다. 이 학설은 독일 연방대법원(BGH)의 판례가 취하고 있는 태도이며 다수학자에 의해 지지되고 있다.²⁰⁾ 이 학설에 따르면 자의로 합법의 세계로 돌아온 경우는 범죄의사가

14) Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend Tomas, *a.a.O.*, S.539, Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *a.a.O.*, S.201(Rn.626); 정성근/박광민, 전게서, 396면, 이재상, 전게서, 371면, 이형국, 전게서, 246면, 임웅, 352면.

15) 그러한 보상의 구체적 내용은 책임감소, 형벌목적 및 형사정책적 관점을 모두 고려하여 판단한다. 정성근/박광민, 전게서, 396면.

16) 박상기, 전게서, 349면; 이재상, 전게서, 371면

17) Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *a.a.O.*, S.565(Rn.7).

18) 유인모, 전개논문, 368면.

19) 유인모, 전개논문, 367-368면.

20) BGHSt 9, 52; 14, 80; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *a.a.O.*, S.565(Rn.8); Blei, Hermann, *Strafrecht I, AT*, 18.Aufl., München C.H.Beck, 1983, S.236; Burkhardt, Björn,

범죄의 실행에 필요할 정도로 강력하지도 않고, 행위자의 법익에 대한 위험성도 사후적으로 제거 내지 현저히 감소되었기 때문에 과형의 필요성이 감소 내지 소멸된다고 보는 입장이다.²¹⁾ 이 학설의 이론적 출발점은 미수를 처벌하는 근거가 무엇인지를 파악하면 반대로 미수를 처벌하지 말아야 할 근거를 찾을 수 있다는 것이다. 즉, 미수범 처벌근거인 인상설(Eindruckstheorie)에 의하면 미수를 처벌하는 이유가 행위자가 자신의 행위를 통해 범죄적 의지와 범 적대적 성향을 표출하였고 또 범질서에 대한 일반인의 신뢰를 무너뜨렸기 때문이므로, 반대로 실행행위를 포기함으로써 범 적대적 성향이 사라지고 사회 일반인에 대한 부정적 심리적 영향도 소멸된 경우에는 처벌할 근거가 없다는 것이다.²²⁾ 이 학설에 대해선 중지행위는 우연한 외부적 상황(zufällige äußere Umstände)에 의해서도 일어날 수 있기 때문에 미수의 시점에서 행위자의 의사가 범죄의 완성에 이를 정도로 강력할 수도 있고, 또한 행위와 행위자의 위험성도 일반적으로 중지행위로 인하여 반드시 약화된다고 볼 수 없다는 비판이 있다.²³⁾

(4) 책임이행설

책임이행설(Schulderfüllungstheorie)은 행위자가 자의로 중지한 경우는 자신에게 부여된 책임을 이행한 것이기 때문에 형벌이 면제된다고 보는 견해이다.²⁴⁾ 즉 범죄의 실행에 착수한 자는 기수에 이르지 않거나 결과의 발생을 방지할 의무가 발생되는데, 그 상황에서 이러한 의무이행의 책임을 다하게 되면 법률관계는 다시 원상회복되고 따라서 행위자에게는 책임을 물을 수 없게 되므로 형벌이 면제된다는 것이다. 그러나 책임이란 미수행위시에 확정되는 것이고 민법에서처럼 변제될 수 있는 것이 아니며, 왜 책임이 변제되는가를 다시 물어야 하므로 합당한 설명이라 할 수 없다.²⁵⁾

Der „Rücktritt“ als Rechtsfolgebestimmung, Berlin/Dunker & Humblot, 1975, S.195ff; Kühl, Kristian, *Strafrecht AT*, 3.Aufl., München-Franz Vahlen, 2000, S.553(Rn.5f), Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht AT*, 6 Aufl., Berlin Walter de Gruyter, 2000, S.257(Rn.4), Schönke, Adolff/Schröder, Horst/Eser, Albin, *a a O*, S.424(Rn.2b); 김용욱, 전개논문, 85면, 박상기, 전게서, 349면; 손동권, 전개논문, 246면, 신양균, 전개논문, 66면, 유인모, 전개논문, 369면.

21) Haft, Fritjof, *a a O*, S.234, 김종원, 전개논문, 67면, 이재상, 전게서, 372면.

22) 김성천/김형준, 전게서, 428면.

23) Jescheck, Hans-Heinrich/Wegend Tomas, *a a O*, S.539. 이러한 비판에 대해선 중지미수의 핵심적 표지인 자의성을 해석함에 있어서 행위자의 합법예외의 의지가 범죄실행의사를 철회시킬 수 있을 만큼 강하게 요구하고 있으며, 또한 우연한 외부적 상황에 의한 중지행위는 결코 자의적인 중지로 인정될 수 없으므로 그다지 설득력이 없다고 반론한다 유인모, 전개논문, 369면.

24) Herzberg, Rolf Dietrich, "Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch", in: *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, S.46ff.

생각전대 범행을 자의로 중지하여 결과발생을 방지한 자는 합법의 세계로 복귀한 것이고 법이 이에 대해 그의 공적을 보상한다는 은사설이 형법 제26조가 규정한 형의 필요적 감면의 근거를 설명하는데 적합하다고 생각된다. 자의로 중지한 행위자는 그 처벌이 형벌의 목적(일반예방이나 특별예방)에 비추어 볼 때 불필요 내지 필요성이 감소된다고 보는 형벌목적설도 설득력이 없지 않으나, 기본적으로 양설은 형감면의 근거를 동일적으로 해결하겠다는 점에서 같은 부류에 속하고 또한 자의에 의한 중지에 대한 보상도 형벌목적에 대한 고려의 대상에 포함시킬 수 있기 때문에 형벌목적설이 은사설과 반드시 배치되는 이론이라 할 수 없다는 점²⁶⁾과 자의에 의한 중지행위가 형법 제26조라는 중지미수범의 처벌상 특별한 취급규정에 의해 보상된다고 하는 그 자체는 틀림없는 사실이라는 점²⁷⁾을 고려할 때 본고에서는 중지미수범의 형 감면의 근거를 은사설에 따라 이해한다.

3. 중지미수범의 범죄체계적 지위

법률설(Rechtstheorie)은 중지미수가 범죄성립요건 가운데 하나를 소멸 또는 감소시키기 때문에 형벌을 감면해야 한다는 이론이다. 이 견해는 다시 행위자의 행위중지나 결과발생방지가 위법성을 소멸시키는 주관적 요소가 된다고 하는 위법성(불법)감소·소멸설, 실행중지 또는 결과발생의 방지로 인해 행위자에 대한 비난가능성 즉, 책임이 감소, 소멸되었기 때문에 중지미수를 특별 취급하는 것이라고 하는 책임감소·소멸설로 나뉜다.²⁸⁾ 그러나 우선 이미 발생한 위법성이나 책임이 사후에 소급하여(ex tunc) 소멸될 성질의 것이라고 하기 어렵고,²⁹⁾ 공범중속성설에 의하면 정범의 중지행위로 위법성이 소멸되면 공범에도 그 효과가 미치게 되므로 중지미수범의 일신전속적 성질에 반한다.³⁰⁾ 그리고 책임의 감소만으로 형의 면제를 설명할 수 없고, 독일형법의 경우

25) 김성천/김형준, 전게서, 429면, 유인모, 전게논문, 370면; Shonke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin, *a.a.O.*, S 424(Rn.2c) 참조.

26) 안동준, 전게서, 187면, 이재상, 전게서, 372면; 형벌목적설과 은사설의 내용은 그 고려방법에 있어서 기본적으로 동일하다 Maurach, Renhart/Gossel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, *a.a.O.*, S.57(Rn 14), Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *a.a.O.*, S 201(Rn 626), 유인모, 전게논문, 368면

27) 유인모, 전게논문, 368면.

28) 이재상, 전게서, 370면 참조

29) Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *a.a.O.*, S.564(Rn.5), Otto, Harro, *a.a.O.*, S.257(Rn.5), 김용욱, 전게논문, 85면, 오영근, 전게서, 558면; 이정원, 284면.

30) 김성천/김형준, 전게서, 429면, 유인모, 전게논문, 371면; 이정원, 전게서, 384면, 이재상, 전게서, 370면, 정성근/박광민, 전게서, 394면

중지미수범에 관해 ‘벌하지 아니한다(nicht bestraft)’로 규정하고 있으므로 책임이 조각되어 무죄로 된다고 해석³¹⁾할 수 있으나, 우리 형법은 중지미수범에 대해 ‘형을 감면한다’고 명백히 규정하고 있으므로 미수범으로서의 범죄는 여전히 존재하는 것이고 따라서 이는 형법상 유죄라는 의미이고 형면제의 판결도 유죄판결의 일종이므로³²⁾ 책임 감소·소멸설도 타당하다고 할 수 없다.

다음에 중지미수의 체계적 지위를 인적 처벌조각사유(personlicher Strafaufhebungsgrund)로 보는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 미수행위 그 자체는 범죄로서 인정되나, 자의에 의한 중지로 사후적으로 그 가벌성만이 조각된다고 본다.³³⁾ 그러나 인적 처벌조각사유라는 범주는 친족상도라든지, 국회의원의 면책특권과 같이 일반 법정책적인 필요성의 차원에서 인정되는 것이므로, 형벌의 목적에 따라 형사정책적인 차원의 고려를 해야하는 중지미수의 본질을 설명하는 것으로는 합당하지 않다.³⁴⁾ 그리고 중지미수를 미수범이라 한다면 그것은 구성요건적 결과가 발생하지 않은 것, 즉 구성요건단계에서의 심사대상이 되는 것이므로, 행위·구성요건해당성·위법성·책임이 확인된 후에 비로소 문제되는 인적 처벌조각사유로 보기는 곤란하다 하겠다.³⁵⁾

따라서 중지미수범은 형벌의 목적을 고려한 특별한 양형의 기준(Strafzumessungsregel)으로 볼 수 있다. 즉 입법자가 형의 필요적 감경은 물론 필요적 면제까지도 인정하는 양형상의 재량권을 법원에 부여한 것이라고 볼 수 있는 것이다.³⁶⁾ 이는 독일의 경우에 중지미수에 대해 불벌이라는 단일한 효과만을 부여하고 있기 때문에 양형기준으로

31) 면책근거설(Entschuldigungsgrund)을 취하는 견해는 Haft, Fritjof, a.a.O., S.234.

32) 손동권, 전개논문, 245면, 신동운, 전개서, 459면, 오영근, “중지미수에 관한 연구”, 형사정책연구 제14권 제1호(통권 53호), 한국형사정책연구원, 2003, 169면.

33) 독일의 다수설이다. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, a.a.O., S.564(Rn.5), Blei, Hermann, a.a.O., S.247, Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend Tomas, a.a.O., S.548, Kühl, Kristian, a.a.O., S.554(Rn.8), Lackner, Karl/Kühl, Kristian, a.a.O., S.185(Rn.1), Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, a.a.O., S.88(Rn.130), Otto, Harro, a.a.O., S.257(Rn.5), Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50.Aufl., München C.H.Beck, 2001, S.190(Rn.2), Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlin Walter de Gruyter, 1969, S.196; Wessels, Johannes/Beulke, Werner, a.a.O., S.201(Rn.626): RGSt 72, 350; BGHSt 7, 299.

34) 신양균, 전개논문, 66면, 유인모, 전개논문, 373면

35) 우리 형법 제26조의 중지범은 실행의 착수 이후에 비로소 표출된 행위자의 인적 태도를 문체 참고 있는 것이며, 이것은 가벌적인 미수죄(가능미수 또는 가벌적 불능미수)를 전제로 하여 중지범의 혜택을 주기위한 전제조건을 규정한 것이고 독자적인 미수형태가 아니라는 견해에 의하면 제26조의 규정을 인적 처벌소멸 감경사유로 본다. 김용욱, 전개논문, 85면.

36) 박상기, 전개서, 350면, 신동운, 「판례백선 형법총론」, 서울 경세원, 1999, 381면, 신양균, 전개논문, 66면, 유인모, 375면, 이정원, 전개서, 284면.

보기에 어려운 점이 있으나, 우리 형법의 경우엔 양형의 선택범위가 있으므로 해석상 양형기준으로 파악하는데 무리가 없다고 보여진다.³⁷⁾

III. 자의성

중지미수범이 성립하려면 실행에 착수한 행위를 ‘자의로’ 중지하거나 결과발생을 방지하여야 한다. 즉 범행의 자의적 중단이 중지미수범의 형을 필요적으로 감면하는 전제조건이며 핵심적 성립요건이다. 그리고 이 자의성의 문제는 범행의 시도가 가능한 경우에만 논의되며, 처음부터 범행의 계속적 수행이 불가능한 경우에는 중지미수범의 성립을 고려할 여지가 없다.³⁸⁾

자의성을 어떻게 이해할 것인지에 대해서는 아래와 같이 다양한 견해가 제시되고 있다.

1. 심리적 관점

(1) 내부적 동기설(객관설)

내부적 동기설은 중지의 원인을 내부적 동기(*innere Beweggründe*)로 인한 것과 외부적 사정(*äußere Umstände*)으로 인한 것으로 구분하고 내부적 동기에 의한 중지의 경우에만 자의성을 인정하려고 한다. 즉 외부적 사정에 의해 범죄를 완성하지 못한 경우는 장애미수범이고, 내부적 동기에 의해 범죄를 완성하지 못한 경우는 중지미수범이라 한다.³⁹⁾

그러나 내부적 동기의 형성에는 언제나 일정한 외부적 사정이나 환경 등의 영향을 받으므로 구체적인 경우에 어떤 경우가 내부적 동기에 의한 것인지, 외부적 사정에 의한 것인지를 구분하기 곤란하다.⁴⁰⁾ 즉 외부적 사정과 내부적 동기는 서로 절연되어 있는 것이 아니고 서로 얹혀 있어서 상호 작용하는 관계에 있는 것이므로 구체적인

37) 유인모, 전게논문, 375면

38) 정성근/박광민, 전게서, 397면 현실적으로 구성요건실현이 가능함에도 불구하고 행위자가 그의 표상(*Vorstellung*)에 따라 불가능하다고 생각하거나 더 이상 의미가 없다고(*keinen Sinn*) 판단하고 그만 둔 경우에는 소위 실패한 미수(*fehlgeschlagener Versuch*)에 해당하여 중지미수범을 고려할 여지가 없다 Vgl. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend Tomas, *a.a.O.*, S.543.

39) Von Hippel, Robert, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Berlin, 1932, S.156.

40) 정성근/박광민, 전게서, 397면

경우에 그 구별이 어렵다. 예컨대 절취할 재물의 가치가 근소해서 그만 둔 경우에, 그 중지를 재물의 가치가 근소하다는 외부적 사정에 의한 것으로 볼 것인지 아니면 근소한 가치의 재물은 훔치지 않겠다는 행위자의 내부적 동기로 인한 것으로 볼 것인지 그 판단이 쉽지 않다.⁴¹⁾ 그리고 내부적 동기를 해석함에 있어서 행위자의 심리상태에 의존해야 하기 때문에 중지미수범의 성립범위가 지나치게 확대될 위험이 있다. 예컨대 경찰이 실제로 오지 않음에도 오는 것으로 착각하여 중지한 경우에 외부적 장애사정이 없음에도 불구하고 중지한 것이므로 자의성을 인정해야 한다.⁴²⁾

(2) 윤리적 동기설(주관설)

윤리적 동기설은 범죄의사를 포기하거나 동정, 후회, 양심의 가책 등 윤리적 동기(sittliche Qualität des Motivs)에 의하여 범죄를 완성하지 못한 경우에는 자의성을 인정되어 중지미수범이 성립하고, 그 이외의 사정에 의해 범죄를 완성하지 못한 경우엔 장애미수범이 성립한다고 한다.⁴³⁾ 이 학설은 중지미수가 성립하기 위해서는 행위자가 자기의 범죄의 실행이 가능하지 않다고 생각하는 감정, 즉 넓은 의미의 후회 감정으로 중지한 경우에 한하고, 이러한 경우에 범인의 반규범성이 보통의 미수범에 비해 경미하므로 형의 감면이 인정된다고 한다.⁴⁴⁾ 그러나 이 견해는 자의성과 윤리성을 혼동하여 자의성을 윤리적 동기로 근거 없이 전환시킬 뿐만 아니라, 윤리적 동기에서 중지한 경우만 자의성을 인정하기 때문에 중지미수범의 성립범위가 지나치게 협소하게 만든다. 예컨대 절도의 실행에 착수한 자가 지난 밤 꿈자리가 사나웠다는 점을 상기하고는 그만 둔 경우, 강도가 재물탈취를 위해 피해자를 칼로 위협하는 순간 그가 선친의 모습과 닮았기에 ‘돌아가신 아버지가 재수 없게 여기까지 와서 내 일을 방해하네’라고 생각하면서 그만 둔 경우 등은 윤리적 각성이 없었던 이상 자의성을 인정할 수 없게 된다.⁴⁵⁾ 그리고 이렇게 자의성의 범위를 지나치게 제한하게 되면 범죄미연방지라는 정책적 효과를 등한시하게 된다.⁴⁶⁾

(3) 프랑크(Frank) 공식

41) 임웅, 전제서, 354면

42) 김용욱, 전제논문, 96면; 하태훈, 전제논문, 69면.

43) 宮本英脩, 『刑法大綱』(東京:弘文堂, 1935), 183面 以下.

44) 김봉태, 전제논문, 607-608면 참조.

45) 김용욱, 전제논문, 96면; 하태훈, 전제논문, 69면.

46) 정성근/박광민, 전제서, 398면.

프랑크 공식은 ‘목표를 달성하려면 할 수 있지만 하고 싶지 않다(Ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte)’고 생각하고 중지한 경우엔 자의성이 인정되고, ‘목표를 달성하고 싶지만 달성할 수가 없다(Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte)’고 생각하고 중지한 경우엔 자의성을 부정된다고 본다.⁴⁷⁾ 예컨대 금고 안의 현금이 예상보다 훨씬 적다거나 재물의 가치가 근소해서 절취를 그만 둔 경우는 전자, 즉 ‘할 수 있지만 원하지 않아서’ 그만 둔 것이므로 중지미수가 되고, 공포심으로 범행을 그만 둔 경우는 후자, 즉 ‘하려고 해도 할 수가 없어서’ 그만 둔 경우에 해당되어 장애미수가 성립한다고 본다.⁴⁸⁾ 이 공식은 우선 ‘자의’ 그 자체는 행위자의 내심적 심리상태인데, 이 공식이 이에 기초하고 있다는 점에서 일면 타당하다는 평가를 받는다.⁴⁹⁾

그러나 이 공식에 대하여 범행을 ‘할 수 있다’는 것이 심리적·물리적 가능성인지 또는 윤리적 가능성을 뜻하는지 명확하지 않다는 비판을 받는다. 예컨대 아들이 아버지를 향해서 발포한다는 것은 심리적·물리적으로는 가능하지만 윤리적으로는 불가능하다고 할 수 있다. 그래서 만약 자기 부친을 원수로 오인하고 사살하려다가 그만 둔 경우에는 이 공식의 ‘할 수 있다’라는 뜻을 윤리적 가능성의 뜻으로 해석하면 장애미수가 되고, 물리적 가능성으로 해석하면 중지미수가 된다는 것이다.⁵⁰⁾ 그리고 자의성과 실행행위의 가능성을 혼동하였고, 가능성이란 개념은 다의적이기 때문에 그것이 주관적 가능성인지 아니면 객관적 가능성인지 명백한 기준을 제시해 주지 못하며,⁵¹⁾ 자의성 여부를 계속적인 범행수행의 가능성 유무에 따라 구별하고 있으나 자의성 문제는 범행수행의 가능성이 있음을 전제로 해서만이 문제로 되는 된다는 점에서 타당하지 않다⁵²⁾는 비판을 받는다. 또한 이 공식에 따를 때 자의적 중지가 부정되는 ‘하려고 했지만 할 수가 없어서(Ich kann nicht, selbst wenn ich konnte)’는 사실상 처음부터 실패한 미수의 여부를 묻고 있는 것에 불과하다는 결정적인 취약점을 드러낸다.⁵³⁾ 따라서 이

47) 정영석, 「형법총론」(서울·법문사, 1987), 227-228면.

48) 임웅, “중지미수에 있어서의 자의성”, 형사판례의 연구 I, 지송이재상교수화갑기념논문집, 2003, 546면.

49) 정성근/박광민, 전게서, 399면.

50) 김봉태, 전게논문, 610면; 김종원, 전게논문, 74-75면.

51) 이재상, 전게서, 374면, 하태훈, 전게논문, 69면.

52) 박상기, 전게서, 351면: 이외에 자의성 판단기준을 순전히 행위자의 주관적인 심리상태에 맞추고 있기 때문에 자칫 행위자의 주장에 따라 결론이 다르게 나올 수 있다는 비판은 김일수/서보학, 전게서, 538면, 배종대, 전게서, 444면

53) Otto, Harro, a.a.O., S.264(Rn.36), Roxin, Claus, *Strafrecht AT.*, Band II, 8.Aufl., Munchen:C.H.Beck, 2003, S.503(Rn.79), S.618(Rn.432), Shonke, Adolf/Schroder, Horst/Eser,

공식에 의하여 자의성이 인정된다 하더라도 단지 실패한 미수가 아니라는 점만을 징표하기 때문에 중지의 자의성에 관해 더 이상의 상세한 고찰이 필요하게 되는 것이다.⁵⁴⁾ 그리고 나중에 형사고소나 처벌이 두려워서 중지한 경우에는 ‘할 수 있지만 하고 싶지 않아서(Ich will nicht, selbst wenn ich könnte)’에 해당되어 자의성을 부정하게 된다. 그러나 이러한 결론은 실무적으로나 형사정책적으로 바람직하지 않다고 보아야 할 것이다.⁵⁵⁾ 그리고 위의 예에서 재물의 가치가 근소해서 절취를 그만 둔 경우는 ‘할 수 있지만 원하지 않아서’ 그만 둔 것이므로 중지미수가 된다는 결론도, 만약 일정한 액수를 목표로 하고 있었는데 실제 거기에 미치지 못했기 때문에 취하지 않고 떠난 경우라고 한다면 이는 실패한 미수에 해당한다⁵⁶⁾고 볼 수 있으므로 행위자의 동기여하와 상황에 따라 결론이 달라질 수 있다.⁵⁷⁾

이와 같은 비판에 대해서 프랑크 공식을 지지하는 견해는 이 공식의 취지에 비추어 심리적·물리적 가능성으로 이해하고 또 행위자의 능력에서 본 주관적 가능성으로 이해함이 당연하고, 자의성에 관한 모든 학설이 구성요건설현의 ‘가능’ 또는 ‘불가능’을 전제로 설정해 놓은 후에 행위자가 범행을 중지한 것이 ‘행위자의 지배영역 안’에서 발생한 것으로 판단할 수 있는냐를 문제삼는 것이라고 볼 때 프랑크 공식은 가능하지만 ‘안한’것인지, 불가능하기 때문에 ‘못한’것인지를 가리는 학설이므로 이 공식이 자의성과 ‘가능성’을 혼동한 것이라는 비판은 타당하지 않다고 한다.⁵⁸⁾ 그리고 두려움·공포·심·놀람으로 범행을 그만 둔 경우에도 그것이 범행에 보통 수반될 정도의 ‘단순한 두

Albin, aaO., S 426(Rn.9), Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, aaO., S 196(Rn.21). 예컨대 실패한 미수에 해당하는 취침중인 사람을 이미 죽어 있는 사람으로 오인하고 더 이상의 범행을 포기한 예의 경우, ‘하려고 했으나 할 수가 없어서’에 해당한다고 볼 수 있다.

54) 김용욱, 전제논문, 96면.

55) Roxin, Claus, *Strafrecht AT*, Band II, S.618(Rn 432) 자의성 여부를 자율적 동기와 타율적 동기에 의하여 구분하고 이를 사회일반인의 관점에서 판단하는 절충설에 의하면 이와 같은 경우는 타율적 동기에 해당하므로 자의성이 부정된다 김용욱, 전제논문, 99면.

56) 김성돈, 전제서, 346면, 김용욱, 전제논문, 88면.

57) 이 사례의 경우에 행위자의 범행동기에 터잡은 단지 ‘하나’의 ‘상황해석’에 불과하므로 또 다른 ‘상황해석’이 가능하다면, 만약 행위자가 ‘흠치려면 이번에 한탕 크게 해야지 그렇지 않으면 내 인생은 절망이다’는 식의 강박관념을 갖고 있었다면 가치가 미미한 재물은 실패의 상징물이 되어 그것을 가져가는 것이 오히려 심리적 고통을 가져다 주어 그의 강박심리가 더욱 강박상태로 빠져들게 되는 경우가 있을 수 있는데, 그렇다면 이와 같은 경우는 행위자가 ‘나는 (절취를) 하고는 싶으나 (이 재물을 가져가는 것을) 할 수가 없다’고 말할 것이라고 해석할 수 있다는 견해로는 이상돈, “중지미수에서 자의성 개념의 기호론적 재구성”, 저스티스 제33권 제1호, 한국법학원, 2000.3, 116-117면

58) 임용, 전제서, 357면

려움·공포심·놀람'으로 인한 것일 때에는 '할 수 있지만 원하지 않아서'에 해당하여 중지미수가 성립되고, 행위자가 자신의 의사나 동작에 대한 통제가 불가능할 정도로 심한 '극도의 두려움·공포심·놀람'으로 인한 것일 때에는 '하려고 해도 할 수가 없어서'에 해당하여 장애미수가 성립되므로 이 공식의 실제 적용상의 유용성이 잘 나타난다고 한다.⁵⁹⁾ 그러나 프랑크 공식에서의 가능성 개념을 심리적·물리적 가능성으로 보는 것은 너무나도 確한 이해이긴 하지만, 절충설과는 아무런 차별성도 드러내 주지 못하며, 또한 재물의 가치가 근소해서 절취를 그만 둔 경우에도 절충설에 의하면 행위자는 성공의 상장을 얻기 위하여(목적 동기) 절취를 완성할 수는 있으나 자의로 그만 두는 의사결정을 할 수 있는 반면, 프랑크 공식에 의하면 실패의 심리적 고통이 주는 압박 때문에(원인 동기) 절취를 완성하고 싶지만 절취를 그만두는 의사결정을 하지 않을 수 없게 된다는 결론이 나올 수 있으므로 동기심리학적 분석에 따라 그 결론의 방향이 마치 바람의 방향처럼 쉽게 달라질 수 있다는 비판을 받는다.⁶⁰⁾

(4) 절충설

절충설은 일반사회관념상 범죄수행에 장애가 될만한 사유가 있는 경우엔 자의성을 부정하고 그러한 사유가 없음에도 불구하고 자기의사에 의하여 중지한 경우엔 자의성을 긍정한다. 즉 행위자의 표상을 기초로 삼고 사회일반인의 관점에서 자율적 동기(autonome Motiv)로 중지한 경우는 자의성이 인정되지만, 행위자의 자기 결정의 자유를 마비시키는 강제적 장애사유 때문에 타율적 동기(heteronome Motiv)로 중지한 경우엔 자의성이 부정된다는 견해로 우리 나라의 판례⁶¹⁾ 및 다수견해⁶²⁾라 할 수 있다. 그리고 이 견해는 현재 독일의 연방대법원(BGH)이 취하고 있는 견해라고 할 수 있다.⁶³⁾

이 견해에 따르면 형법 제26조의 '자의성'은 행위자의 심리적 형상을 의미하므로, 중지당시 행위자의 표상을 기초로 사회일반인(재판관)의 관점에서 행위자가 자율적 동

59) 임용, 전제논문, 547면

60) 프랑크 자신도 그의 교과서(Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 18 Aufl, 1931, S.97)에서 자의성이 인정되는 공식은 "자율적인, 스스로 설정한 동기에서 중지"한 경우의 '다른 표현'임을 분명하게 서술하고 있다고 한다. 이상돈, 전제논문, 116-117면.

61) 대판 1985.11.12, 85도2002

62) 김용욱, 전제논문, 98면; 배중대, 445면, 손동권, 전제논문, 250면; 이재상, 전제서, 375면, 이준걸, 전제논문, 442면; 이형국, 전제서, 248면.

63) BGHSt 21, 216; 35, 186; vgl. Roxin, Claus, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 100 Entscheidungen für Studium und Referendariat mit Fragen und Antworten, München:C.H.Beck, 1998, S 90-91.

기에 따라 중지하였느냐 아니면 타율적 동기에 의해 중지하였느냐를 심사한다.⁶⁴⁾ 그리고 행위자가 여전히 자기결정의 주체(der Täter noch 'Herr seiner Entschlüsse')로서⁶⁵⁾ 중지한 경우라고 판단되는 경우에 자율적 동기에 의한 중지, 즉 자의성이 인정된다고 한다. 즉 행위자가 그의 범행계획에 따는 범죄실행이 여전히 가능하다고 생각했고 외부적 장애사유(äußere Zwangslage)나 정신적 압박(seelische Druck)에 의해 의사결정의 자유를 잃지도 않았고 또 범죄완성에 이를 수 없었던 것도 아니었기 때문에 행위자 자신이 여전히 자기결정의 주체로서 범행을 중지한 경우엔 자의성을 인정할 수 있고, 그 반대의 경우엔 자의성이 부정된다고 본다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

따라서 예컨대 후회, 피해자에 대한 동정, 양심의 가책, 수치심 등의 이유로 범행을 중지하거나, 피해자 또는 제3자에게 설득당해서 중지한 경우, 또는 피범벅이가 된 피해자를 보고 자기행위의 자각이 생겨서(zum Bewußtsein kommen) 중지한 경우, 운이 나쁘다거나 예감이 좋지 않아서 중지한 경우 등은 자의성이 긍정된다.

반면에 범행의 발각 및 처벌에 대한 두려움 때문에 중지하거나, 상대방 부녀가 생리 중 또는 임신 중이었기 때문에 강간에 적합치 않아서 그만 둔 경우, 강간에 착수하였으나 심리적 쇼크로 성욕을 상실하거나 또는 성교불능의 상태에 빠져 그만 둔 경우, 극복할 수 없는 공포심 등으로 중지한 경우는 자의성이 부정된다.⁶⁸⁾

이 학설에 대해선 '일반 사회통념' 내지 '사회일반의 경험'에 대한 확정이 어렵고,

64) 김용욱, 전제논문, 98-99면.

65) BGHSt 35, 184f; Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, a.a.O., S.84(Rn.106), Otto, Harro, a.a.O., S.265(Rn.38), Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, a.a.O., S.195(Rn.19), Wessels, Johannes/Beulke, Werner, a.a.O., S.212(Rn.651), Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend Tomas, a.a.O., S.544

66) Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, a.a.O., S.195(Rn.19), 김용욱, 전제논문, 99-100면.

67) 자세히 보면 절충설은 종래의 사회통념설과 자율적 동기설의 결합된 모습이라고 생각된다 즉 중지에 이른 의사형성과정을 객관적으로 관찰하여 그것이 우리의 일상경험상 범죄수행의 장애가 될 만한 사정이 있었느냐에 따라 자의성을 인정하는 견해(사회통념설 김봉태, 전제논문, 611면; 김중원, 전제논문, 75면, 대판 1985.11.12, 85도2002)에 따를 때, 범죄수행의 장애가 될만한 사정에 의해 유발된 중지였느냐의 결정기준을 그것이 자율적 동기에 의한 중지였는가 아니면 타율적 동기에 의한 중지였나로 판단(자율적 동기설 김성돈, 전제서, 338면, 이정원, 전제서, 286면, 정성근/박광민, 전제서, 400면; 하태훈, 전제논문, 74면, Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, a.a.O., S.569(Rn.17), Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend Tomas, a.a.O., S.544, Maurach, Reinhart/ Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, a.a.O., S.84(Rn.109), Wessels, Johannes/Beulke, Werner, a.a.O., S.212(Rn.651))하는 것으로 이해된다.

68) Otto, Harro, a.a.O., S.265(Rn.39, 40); Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, a.a.O., S.195(Rn.19), Wessels, Johannes/Beulke, Werner, a.a.O., S.212(Rn.651), S.213(Rn.652); 김용욱, 전제논문, 99-100면, 하태훈, 전제논문, 75-79면.

자의성이 곧 자율성이라는 설명은 공허한 용어대치에 불과하고 중지의 동기가 자율이나 타율이나라는 판단은 자의나 타의나라는 심리적 판단보다도 더 난해하고 그 판단이 자의성판단보다도 쉽지 않기 때문에 그다지 유용한 해결방법이 못된다는 비판을 받는다.⁶⁹⁾

그러나 절충설에 의하면 사회일반인(재판관)을 판단주체로 하여 자율적 동기로 인한 중지나를 심사(결정기준)하는데, 여기서 자율적 동기나여부는 행위자가 '자기결정의 주체'로서 중지했느냐를 판단하므로 여타의 다른 학설에 비해서 유용한 해결방법이라 생각된다.

2. 규범적 관점(규범설)

규범설은 자의성 여부를 행위자의 심리적 사실이 아니라 규범적인 관점을 기준으로 판단하려는 견해이다.⁷⁰⁾ 이 설에 의하면 중지동기의 심리적 강제동기는 수많은 등급이 있어 어떤 특정한 등급으로 자율적 또는 타율적 중지를 판단하기는 불가능하고 설령 가능하더라도 그것은 자의적일 수밖에 없으므로, 오로지 중지행위에 대한 규범적 평가를 통해서만 자의성이 이해되고 판단되어야 한다고 본다.⁷¹⁾ 즉 중지행위에 대한 형벌상의 특혜는 범인의 범행중지에 대한 보상적 성격의 유무와 형벌목적(일반예방 및 특별예방적 관점)에 부합하는지의 여부를 기준으로 판단해야 한다는 것이다. 그러므로 중지동기가 규범목적에 상응하는 보상을 받을 만한 평가를 받을 수 있느냐의 기준이 중요하다고 한다.⁷²⁾

이 견해는 자의성을 판단함에 있어서 아직까지 구체적이고 통일적인 기준의 제시가 없이, 범행의 중지가 범죄자 도덕(Verbrechermoral)의 관점에 따를 때 비이성적인 것(unvernünftig)으로 평가될 수 있느냐를 묻거나, 행위자가 형벌목적설에 따를 때 법에 충실한 행태로 회귀(Rückkehr)로 볼 수 있는지 또는 중지행위를 통해서 행위자가 합법의 궤도(Bahnen)로 들어 간 것으로 평가할 수 있는지, 그리고 일반인의 규범신뢰에 대한 동요(Erschütterung)를 다시 후퇴하게끔 했는지의 여부를 묻는 등 다양하게 나타난다.⁷³⁾ 예컨대 록신(Roxin)은 소위 범죄자이성이론(die Lehre von der Verbrecherversunft)

69) 임웅, 전거서, 355-356면

70) Roxin, Claus, *Strafrecht AT*, Band II, S.591(Rn.355).

71) 박상기, “중지미수의 성격과 자의성 판단”, 형사법연구 제14호, 한국형사법학회, 2000, 316면 이하.

72) 박상기, 전거논문, 316면

73) Vgl. Otto, Harro, *a a O.*, S.265(Rn.42), Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, *a a O.*, S.196(Rn.20).

을 주장하는데, 이에 의하면 중지미수에 있어서 자의성은 행위자가 범죄자이성의 기준으로부터의 배반(Abfall von den Normen der Verbrechensvernunft)한 것을 벌질서가 보았기 때문에 인정된다고 한다. 즉 범행의 중지가 범죄자 집단의 기준에서 보면 비이성적인 행동으로 나타나고 법적인 관점에서 보면 합법성으로의 회귀를 나타낸다는 점을 중지의 자의성 인정여부를 평가할 때 고려해야 한다는 것이다. 따라서 중지행위가 이성적인 것(vernünftig)으로 평가면 자의성이 부정되고, 비이성적인 것(unvernünftig)으로 평가되면 자의성이 긍정된다고 본다.⁷⁴⁾

규범설에 따르면 범행도중에 계획했던 대로 진행되지 않자 보다 더 유리한 기회를 잡기 위해서 범행을 연기한 경우, 절도범이 기대보다 적은 금액을 보고 실망한 나머지 범행을 중지한 경우 혹은 특정한 범행대상을 발견하지 못하여 중지한 경우, 지나가는 경찰차를 보고 곧 체포될 것 같은 두려움을 갖는 경우처럼 구체적 공포심에서 비롯된 중지의 경우의 경우엔 자의성이 부정된다고 한다. 반면에 막연한 공포심이나 체포될지 모른다는 두려움 때문에 중지한 경우, 다음에 만나 친해지면 응하겠다는 부탁을 듣고 강간행위를 중지한 경우처럼 피해자의 설득에 의해 범행을 중지한 경우, 형사처벌에 대한 두려움이나 피해자에 대한 동정심 또는 연민의 정, 피해자가 당하는 고통의 모습을 보고 중지한 경우엔 자의성이 긍정된다고 한다.⁷⁵⁾

그러나 이 견해는 자의성 판단을 사실적·심리적 기준에 의해 획일적으로 결정하지 않고 순수한 법률적 척도에 의해서 개별사안에 따라 합목적적으로 결정할 수 있는 장점을 갖는다는 평가를⁷⁶⁾ 받는 반면에 규범적 관점이 제시한 기준이 모호하고 불명확하며, 자의성을 사실을 토대로 하지 않은 순수한 평가의 문제로 보기 때문에 원하는 결과를 얻기 위한 평가의 조작이 개입될 수 있다는 문제점을 안고 있으며, 또한 자의라는 개념 속에 들어 있는 심리적 형상으로서의 측면을 무시하고 완전히 새로운 의미인 규범적 평가로 근거없이 전환시킨다는 비판을 받는다.⁷⁷⁾

3. 판례의 태도

74) Roxin, Claus, Strafrecht AT., Band II, S 600f(Rn 383f.)

75) 박상기, 전게논문, 316-317면.

76) 김용욱, 전게논문, 97면.

77) 김용욱, 전게논문, 98면, 이상돈, 전게논문, 118-119면; 하태훈, 전게논문, 73면 자의성을 규범적 고찰방법에 따라 평가하면 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 행위자에게 불리한 유추해석이 될 수 있다는 견해는 김일수, 「한국형법Ⅱ」(서울·박영사, 1993), 233면 독일의 경우 마찬가지로 규범적 평가의 확대는 독일기본법 제103조 제2항(죄형법정주의) 위반이라는 견해는 Lackner, Karl/Kühl, Kristian, a.a.O., S.193(Rn.18), Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, a.a.O., S.196(Rn 20).

앞에서 본바와 같이 자의성에 대한 대법원의 입장은 기본적으로 절충설에 따르고 있다고 볼 수 있다. 즉 「중지미수라 함은 범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지하는 것으로서 장애미수와 대칭되는 개념이나 중지미수와 장애미수를 구분하는데 있어서는 범죄의 미수가 자의에 의한 중지이나 또는 어떤 장애에 의한 미수이냐에 따라 가려야 하고 특히 자의에 의한 중지 중에서도 일반사회통념상 장애에 의한 미수라고 보여지는 경우를 제외한 것을 중지미수라고 풀이함이 일반이다」라고 하고 있다.⁷⁸⁾

이러한 기준에 따라 판례는 “피해자를 강간하려다가 피해자의 다음 번에 만나 친해지면 응해 주겠다는 취지의 간곡한 부탁으로 인하여 그 목적을 이루지 못한 후 피해자를 자신의 차에 태워 집까지 데려다 준 경우”⁷⁹⁾ 사회통념상 범죄실행에 대한 장애라고 볼 수 없다고 하여 자의성을 인정한다. 절충설에 따를 때 이 사안의 경우 중지의 의사결정이 강요 내지 강제된 것이 아니므로 자율적 동기로 보게 됨은 당연하다. 그러나 중지미수범이 범행을 자의로 중지한 행위자의 공적을 보상하여 형 감면의 혜택을 부여하는 것이라고 이해한다면, 이 사안과 같이 더 유리한 기회를 잡기 위해 범행을 일시 중지 내지 연기하는 치밀하고 교활한 자에게까지도 중지미수범을 인정하여 형 감면의 혜택을 줄 필요가 있는지는 의문이다.⁸⁰⁾

반면 판례는 “강도행위를 하던 중 피해자를 강간하려고 작은 방으로 끌고가 팬티를 강제로 벗기고 음부를 만지던 중 피해자가 수술한 지 얼마 안되어 배가 아프다면서 애원하는 바람에 그 뜻을 이루지 못한 사안”에서 이는 일반의 경험상 강간행위를 수행함에 장애가 되는 외부적 사정에 의하여 범행을 중지한 것에 지나지 않는 것으로서 중지범의 요건인 자의성을 결여하였다고 하여 중지미수범의 성립을 부정하였다.⁸¹⁾ 이에 대해 이는 사회통념상 외부적 장애라기보다는 피고인들의 주관적 판단에 따른 것으로 보아야 하므로 자의성을 인정하여 한다는 견해가 있다.⁸²⁾ 그러나 이 경우에 피고인이 피해자를 불쌍히 여겼거나 설득되어 중지했다고 볼 수도 있으나, 피해자의 복부수술로 인한 통증으로 상황이 불리해졌다고 보아야 한다. 즉 외부적 사정에 의한 내부적인 강제상태에서 타율적으로 중지한 것이다.⁸³⁾

78) 대판 1985.11.12, 85도2002

79) 대판 1993.10.12, 93도1851.

80) 김용욱, 전개논문, 93면

81) 대판 1992.7.28, 92도917, 마찬가지로 “강도가 강간하려고 하였으나 잠자던 피해자의 어린 딸이 잠에서 깨어 우는 바람에 도주하였거나, 또 피해자가 시장에 간 남편이 곧 돌아온다고 하면서 임신중이라고 말하자 도주한 경우”에도 자의성을 부정하였다(대판 1993.4.13, 93도347).

82) 오영근, 전개논문, 181면

또한 “피해자를 살해하려고 그의 목 부위와 왼쪽 가슴 부위를 칼로 수 회 찔렀으나 피해자의 가슴 부위에서 많은 피가 흘러나오는 것을 발견하고 겁을 먹고 그만 둔 경우⁸⁴⁾”와 “장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길에 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈 경우⁸⁵⁾”에 모두 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아 자의에 의한 중지미수가 아니라고 판시하였다. 이에 대해선 “많은 피가 흘러나오는 것을 발견하고 겁을 먹고 그만 둔 경우”에 피해자의 가슴에서 피가 나는 것이 사회통념상 외부적 장애라고 볼 수 없으며, 오히려 피해자의 가슴을 찔렀는데 피가 나지 않기 때문에 중지했다면 그것이 외부적 장애에 의한 중지라고 할 수 있으므로 이 사안의 경우 자의성을 인정해야 하며, 마찬가지로 “불길에 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈”경우도 불길에 치솟는다는 것은 사회통념상 방화죄가 순조롭게 진행된다는 것을 의미하므로, 이에 겁먹고 불을 끈 것은 외부적 장애가 아니므로 자의성을 인정해야 한다는 견해가 있다.⁸⁶⁾ 그러나 이와 같은 경우에 예상치 못한 외부적 사정의 변화(다량의 출혈, 치솟는 불길)로 피해자에 대한 불쌍한 생각이 들어 중지한 것인지, 아니면 그로 인해 범행 발각의 두려움이 생겨 중지한 것인지를 구체적으로 구별하여 판단해야 할 것이다. 만약 많은 피가 흘러나오는 것이나 치솟는 불길은 일반적으로 살인죄와 방화죄에 수반되는 행위상황이고 따라서 예상할 수 없었고 극복할 수 없는 정도의 사후적 위험증대로 볼 수 없다면 행위자는 여전히 자신의 의사결정을 지배할 수 있는 상황에 놓여 있다고 보게 된다.⁸⁷⁾

IV. 맺음말

형법 제26조는 중지범이라는 제목하에 “범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지

83) 이정원, 전개서, 287면, 하태훈, 전개논문, 79면. 따라서 “피해자가 시장에 간 남편이 곧 돌아온다고 하면서 임신중이라고 말하자” 그만 둔 경우(대판 1993 4.13, 93도347)도 마찬가지로 이해하여야 한다.

84) 대판 1999.4.13, 99도640.

85) 대판 1997.6.13, 97도957.

86) 오영근, 전개논문, 180면, 하태훈, 전개논문, 80면. 참고로 독일 연방대법원(BGH)은 「행위자가 손도끼로 소녀의 머리를 여러 번 내리친 후, 그 소녀가 피투성이가 된 채 의식을 잃고 바닥에 쓰러진 모습을 내려다 보고는 자신의 범행결과를 깨달아 그만 둔」사안에서 자의성을 인정하였다 Otto, Harro, a.a.O., S.265(Rn 39).

87) 하태훈, 전개논문, 80면.

하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형을 감경 또는 면제한다”고 규정하고 있는데, 이 조항은 미수범에 공통되는 객관적 구성요건표지인 범죄의 미완성을 ‘자의로’ 실현하였다는 점에서 여타의 미수범과 구별되는 중지미수범을 규정한 것으로 이해된다.

이 중지미수범의 형감면 근거는 범행을 자의로 중지하여 합법의 세계로 복귀한 자에 대해 형의 필요적 감면이라는 혜택을 부여하여 그 공적을 보상하는 것이라고 본다(은사설) 그리고 중지미수범의 범죄체계론적 지위와 관련하여 형법 제26조는 형벌의 목적을 고려하여 입법자가 형의 필요적 감면이라는 양형상의 재량권을 부여한 특별한 양형기준으로 보아야 한다.

중지미수범이 성립하려면 실행에 착수한 행위를 ‘자의로’ 중지하거나 결과발생을 방지하여야 하므로, ‘자의성’은 중지미수범의 필요적 형감면의 전제조건이며 핵심적 성립요건이 된다. 이러한 중지미수범의 핵심적 표지인 ‘자의성’은, 그 자체 행위자의 내심적 심리상태에 기초하고 있고⁸⁸⁾ 그 문리적 의미는 스스로 결정한다는 결정의 자유를 뜻하는 것이다. 따라서 스스로 설정한 자율적 동기에서 행위를 더 이상의 행위를 중지하거나 결과발생을 방지한 경우에 자의성이 인정된다고 보아야 한다. 그리고 이러한 자율적 동기의 여부는 행위자가 여전히 자기결정의 주체로서 범행을 중지했느냐에 의해 판단되는 것이며, 이 판단의 주체는 사회일반인이 된다. 즉 중지당시 행위자의 표상을 판단자료로 사회일반인의 사회통념에 따라 그 중지행위가 행위자의 자율적 동기에 의한 것이냐를 묻는 것이다(절충설).⁸⁹⁾

다만 규범설과 절충설은 구체적인 사례를 적용함에 있어 그 결론이 거의 동일하지만, 행위자가 보다 더 유리한 기회에 재차 범행을 시도하기 위해서 구체적인 범행을 일시적으로 포기한 경우에 규범설은 법에 충실한 심정의 표현이 아니라든지 중지의 동기가 보상을 받을 가치가 없다는 이유로 자의성을 부정한다. 반면 절충설에 의하면 행위자의 중지의 의사결정이 강제되거나 강요된 것이 아니므로 자율적 동기로 보게된다.

그러나 중지미수범은 범행을 중지한 행위자가 불법의 세계에서 합법의 세계로 회귀한 것에 대해 법률이 그의 공적을 보상하여 형을 감경 또는 면제하는 것이라고 이해하는 한, 더 유리한 기회를 잡기 위해 범행을 일시 중지 내지 연기하는 것 같이 치밀

88) 정성근/박광민, 전게서, 400면.

89) 그러므로 이 학설은 심리적 측면과 규범적 측면을 모두 고려한다고 볼 수 있다. 자율적 동기설이 규범적 측면도 고려한다고 보는 견해는 김성돈, 전게서, 338면, 정성근/박광민, 전게서, 399면

하고 교환한 자에게까지 형 감면 혜택을 줄 근거가 없다고 하는 것이 형법 제26조를 규정한 취지에 부합한다.⁹⁰⁾



● 박광민 · 송승은

중지미수범(Rücktritt vom Versuch) 자의성(Freiwilligkeit)
 자의적 중지(freiwillige Rücktritt) 공적(Verdienstlichkeits)
 보상(Belohnung) 형의 감면(Strafbefreiung und -milderung)
 형벌목적(Strafzweck) 자율적 동기(autonome Motiv)
 타율적 동기(heteronome Motiv)

90) 김성돈, 전게서, 338면; 김용욱, 전게논문, 93면.

[Zusammenfassung]

Eine Studie über die Natur und das Bestimmung der Freiwilligkeit des Rücktritt vom Versuch

Park, Kwang-Min · Song, Seung-Eun

Der Rücktritt vom Versuch führt nach Maßgabe des §26 KStGB zur Strafbefreiung und -milderung. Wegen Versuchs wird strafbefreiend oder strafmildernd, wer freiwillig die weitere ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert.

Die Begründung der Strafbefreiung und -milderung des Rücktritt ist umstritten. Eine weit verbreitete Auffassung sieht in der Strafbefreiung und -milderung eine Art Belohnung für den Täter, der zurücktritt; er habe sich durch seine Rückkehr in die Legalität die Strafbefreiung und -milderung gleichsam verdient. Diese Verdientlichkeitstheorie durch den Versuch begründete spezial- und generalpräventiv Bestrafungsbedürfnis so weit, daß eine strafrechtliche Reaktion auf dieses Versuchsdelikt nicht mehr erforderlich ist. Aus diesem Gedanken leicht erklärbar ist z.B. das Freiwilligkeitserfordernis, das §26 KStGB an den strafbefreienden und -mildernden Rücktritt stellt, sowie die Figur des sog. fehlgeschlagenen Versuch, bei dem ein Rücktritt ausgeschlossen sein soll.

Und Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld des Versuchs werden durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. Die Rücktrittsregel entfaltet ihre strafbefreiend und -mildernde Wirkung erst, nachdem diese Strafbarkeitsvoraussetzungen bereits erfüllt sind. Eine Schuld ausschluß ex tunc gibt es nicht. Daher ist die Regelung des §26 eine vorwiegend präventiv orientierte Strafzumessungsregel.

In allen Fällen des §26 wird nur freiwilligem Rücktrittsverhalten strafbefreiende und -mildernde Wirkung beigemessen. Bei der Bestimmung der Freiwilligkeit werden psychologische Lehren solchen

normativert Art gegenübergestellt.

Ausgangspunkt der psychologischen Bestimmung der Freiwilligkeit war und ist z.T. noch - als grobe Faustregel - die sog. Frank'sche Formel. Danach handelt freiwillig, wer sich sagt: „Ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte“, unfreiwillig, wer einsehen muß: „Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte“. Diese berühmte Formel bezeichnet in Wirklichkeit den fehlgeschlagenen Versuch.

Heute wird die Freiwilligkeit überwiegend an dem Begriffspaar *heteronome* und *autonome* Motiven gemessen. Freiwillig handelt derjenige, der sich auf Grund autonomer Motiv zum Rücktritt entschließt, d.h. in freier Selbstbestimmung von der weiteren Tatausführung Abstand nimmt. Entscheidend ist, ob der Täter noch „Herr seiner Entschlüsse ist“ und die Ausführung seiner Tat noch für möglich.

Nach diesen Kriterien ist ein Rücktritt z.B. freiwillig, wenn der Täter aus Scham und Mitleid mit dem Opfer oder aus Gewissensbissen die Tathandlung abbricht, wenn ihm beim Anblick seines blutüberströmten Opfers die Folgen seiner Tat zum Bewußtsein kommen oder wenn er nach Beruhigung durch Dritte den Tatplan aufgibt.

Unfreiwillig ist der Rücktritt z.B., wenn der Täter infolge eines Schocks oder infolge von Erregung nicht weiterhandeln kann, wenn er bei einer Vergewaltigung in einen derartigen Anstzustand gerät, daß dadurch sein Triebverlangen beseitigt wird oder wenn sich dem Täter nach den gesamten Umständen die Gefahr baldiger Entdeckung und Bestrafung so aufdrängt, daß er sie vernünftigerweise nicht auf sich nehmen will und daher von der Ausführung der Tat absehen muß.

Gegen diese psychologische Betrachtungsweise sind die Einwände erhoben worden, die von einer normativen Auslegung des Freiwilligkeitskriteriums ausgehen. So heben die einen in der Frage der Freiwilligkeit darauf ab, ob nach der „Verbrechermoral“ der Rücktritt unvernünftig ist, andere, ob er nach der Strafzwecktheorie eine Rückkehr zu rechtstreuem Verhalten bedeutet oder ob der Tater durch den Rücktritt in die Bahnen des Rechts zurückkehrt.

Aber eine solche normativ Auslegung des Freiwilligkeitskriteriums überschreitet die von Art. 26 KStGB gezogen Wortlautgrenzen.