

예비의 중지

임 광 주*

차 례

- I. 머리말
- II. 예비중지와 제29조·제26조
 - 1. 예비중지의 개념
 - 2. 제29조에 따른 예비미수죄의 처벌규정
 - 3. 제26조의 규정내용
- III. 자의적 중단에 의한 예비미수행위
- IV. 예비미수행위 후 실행착수의 자의적 포기
 - 1. 제26조의 적용불가능
 - 2. 자수규정의 직접적용 가능
- V. 종래의 입장에 대한 비판적 검토
 - 1. 예비중지에 있어서 유추적용에 관한 학설
 - 2. 비판적 검토
- VI. 맺음말

* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

접수일자 : 2016. 4. 24. / 심사일자 : 2016. 5. 26. / 게재확정일자 : 2016. 5. 30.

I. 머리말

현행형법에는 “예비중지”를 처벌하는 명문의 규정이 없다. 그렇기 때문에 “중지범”을 규정하고 있는 제26조를 유추해석하여 유추적용할 수 있는지가 문제된다.

그런데 제26조는 제29조에 따라 미수행위를 독립된 미수범죄로 처벌하는 규정이 있음을 전제로 하여 그 미수범죄에 대한 필요적 감면형을 규정한다. 그러므로 종래의 입장이 말하는 “예비중지”에 대해 그러한 제26조가 직접 또는 유추적용될 수 있는지를 밝히려면, 먼저 “예비중지”의 개념이 무엇인지를 살펴볼 필요가 있다.

이에 따라 우선 종래의 입장은 “예비중지”의 개념을 어떻게 정의하고 있는지를 살펴보기로 한다. 그리고 종래의 입장이 말하는 “예비중지”를 예비미수행위가 존재하는 그러한 예비중지와 예비미수행위가 존재하지 않는 그러한 예비중지로 구별해 보기로 한다.

더 나아가, 예비미수행위가 존재하는 그러한 예비중지의 경우에는 제29조에 따라 예비미수행위를 독립된 예비미수죄로 처벌하는 규정이 현행형법에 있는지와 관련하여 제26조가 직접 또는 유추적용될 수 있는지를 따져보기로 한다. 그리고 예비미수행위가 존재하지 않는 그러한 예비중지의 경우에는 형법의 자수규정들이 직접 또는 유추적용될 수 있는지를 따져보기로 한다.

이러한 점들을 앞서 다룬 다음에, 예비중지의 경우에 대해 제26조 또는 자수규정들을 유추적용할 것인지를 둘러싼 종래의 입장들을 비판적으로 검토해 보기로 한다.

II. 예비중지와 제29조·제26조

1. 예비중지의 개념

예비중지의 개념에 대해서는 다음과 같이 크게 2가지의 견해로 나뉜다. 첫 번째 견해에 따르면, 예비중지란 예비(기수)행위로 향한 실행착수를 한

다음에 자의로 예비(기수)행위의 완성을 중단함 또는 예비(기수)행위를 완성한 다음에 목적인 기수범으로 향한 실행착수를 자의로 포기 내지 중단함을 뜻한다1).

두 번째 견해에 따르면, 예비중지란 예비(기수)행위를 완성한 다음에 목적인 기수범으로 향한 실행착수를 자의로 포기 내지 중단함을 뜻한다2).

첫 번째 견해는 예비중지의 개념적 내용에 ‘자의적 중단에 의한 예비미수행위’와 ‘예비기수행위 후 실행착수의 자의적 포기’를 모두 포함시키고 있다. 이와 달리, 두 번째 견해는 오직 ‘예비기수행위 후 실행착수의 자의적 포기’만을 예비중지의 개념적 내용으로 담고 있다.

예비기수행위로 향한 실행착수를 한 다음에 자의로 예비기수행위의 완성을 중단하는 경우에는, 예비미수행위가 있고, 예비기수행위는 없다. 이에 대해, 예비기수행위가 완성된 뒤에 목적인 기수범죄의 실현을 향한 실행착수를 자의로 하지 않을 때에는, 예비기수행위는 있지만, 목적인 기수범죄의 기수행위는 물론 그 기수범죄의 미완성에 그친 미수행위도 없다. 그러므로 미수범을 전제로 하는 제26조를 적용할 수 있는지를 따질 대상이 되는 것은, 예비미수행위가 있는 경우인 ‘자의적 중단에 의한 예비미수행위’이고, 예비미수행위가 없는 경우인 ‘예비기수행위 후 실행착수의 자의적 포기’는 아니다. ‘예비기수행위 후 실행착수의 자의적 포기’는 제26조를 적용할 수 있는지를 따질 대상이 아니라, 자수규정을 적용할 수 있는지를 따질 대상으로서 검토해야 한다.

2. 제29조에 따른 예비미수죄의 처벌규정

예비기수범의 구성요건행위인 예비기수행위로 향한 실행착수가 있으나, 그 예비(기수)행위의 완성에 이르지 못한 경우에는, 예비미수행위가 성립할 수 있다. 그런데 현행형법은 제28조에 따라 형법각칙에서 개별 예비기수범죄만을 처벌하는 규정을 두고 있을 뿐, 제29조에 따라 형법각칙에서 개별 예비미수범죄를 처벌하는 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 예비기수죄를 향한 실행착수를

1) 배종대, 형법총론 제8전정판, 535쪽; 이재상, 형법총론 제6판, 389-390쪽; 김선복, “예비의 중지”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002, 79쪽, 82쪽; 이상돈, 형법총론, 형법강의, 2010, 511쪽.

2) 오영근, 형법총론 제2판, 523쪽; 문채규, “예비죄의 공범 및 중지”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002, 41쪽, 주) 33.

한 다음 ‘자의적으로 중단하여’ 예비기수행위를 완성시키지 않음으로써 예비미수행위가 있게 되더라도, 예비미수죄로 처벌되지 않는다.

3. 제26조의 규정내용

‘장애’, ‘자의적 중단’ 또는 ‘결과발생의 불가능성’은 목적인 기수범죄의 구성요건행위가 미완성에 이르는 원인이 될 수 있다. 이러한 원인들이 범죄를 성립시키는 (구성요건)요소인지를 제대로 평가할 수 있으려면, 장애미수범, 중지미수범, 불능미수범이라는 미수범의 유형이 있고, ‘장애’, ‘자의적 중단’ 또는 ‘결과발생의 불가능성’이 각 미수범을 성립시키는 (구성요건)요소라고 먼저 단정해서는 안 된다. 그 무엇으로도 먼저 단정하지 않은 채, ‘장애’, ‘자의적 중단’ 또는 ‘결과발생의 불가능성’이 있는지에 따라 (미수)범죄가 성립하는지를 따져야만 그것들이 (미수)범죄를 성립시키는 (구성요건)요소인지를 제대로 평가할 수 있다. 이러한 견지에서 따져 보면, 기수범에 대응하는 의미의 미수범은 그러한 원인들이 없어도 다른 요소들만에³⁾ 의해 충분히 성립할 수 있다. 그러므로 ‘장애’, ‘자의적 중단’ 또는 ‘결과발생의 불가능성’은 미수범의 구성요건요소가 아니다⁴⁾. 따라서 ‘장애’, ‘자의적 중단’ 또는 ‘결과발생의 불가능성’을 전혀 구성요건요소로서 필요로 하지 않고, 그 밖의 것들을 구성요건요소로 하여 이루어진 그러한 미수범은 오직 하나뿐인 유일미수범이고⁵⁾, 그 유일미수범만이 기수범에 대응하는 의미의 미수범이다. 그러한 유일미수범의 구성요건을 규정하고 있는 것이 바로 제25조 1항이다⁶⁾. 이처럼 ‘자의적 중단’은 미수범의 구성요건요소가 아니므로, 만일 제26조가 폐지된다고 하더라도 ‘자의적 중단’으로 인해 미수행위에 그치는 경우에는 제25조 1항의 미수범이 성립하는 데 변함이 없다. 다만 폐지된 제26조의 필요적 감면형으로 처벌되지 않고, 제25조

3) 미수범의 구성요건요소에 대해서는, 임광주, 형법학, 2015, 234-254쪽 참조.

4) 이에 대한 자세한 논거는, “미수범의 유형에 대한 근본적인 재검토”, 법학논총 제26집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2009, 125-132쪽 참조.

5) 여기서 말하는 ‘유일미수범’이라는 용어는 종래의 입장이 여러 가지 유형의 미수범이 있는 것으로 보는 것과 다름을 나타내기 위하여 오직 한 가지뿐만 존재하는 그러한 미수범을 일컫는 것이다.

6) 이에 대해 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 법학논총 제26집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2009, 126-130쪽 참조.

2항의 임의적 감경형으로 처벌될 뿐이다.

범죄에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량은 ‘범죄’의 존재만을 필요충분조건으로 하여 법효과로서 성립하는 기본형량과 ‘범죄’의 존재와 더불어 그밖의 ‘형량 변경사유’의 존재를 필요충분조건으로 하여 법효과로서 성립하는 변경형량으로 나뉜다⁷⁾.

예컨대, 제250조 1항의 법정형은 ‘살인죄’라는 범죄의 존재만을 필요충분조건으로 하여 법효과로서 성립하는 형량이므로, 기본형량에 속한다. 이에 대해, 제250조 2항의 법정형은 ‘살인죄’라는 범죄의 존재와 더불어 ‘직계존비속관계’라는 ‘형량가중사유’의 존재를 필요충분조건으로 하여 법효과로서 성립하는 형량이므로, 변경형량에 속한다.

또한, 제25조 2항의 법정형은 ‘미수죄’라는 범죄의 존재만을 필요충분조건으로 하여 법효과로서 성립하는 형량이므로, (미수범의) 기본형량에 속한다. 이에 대해, 제26조 또는 제27조 단서의 법정형은 ‘미수죄’라는 범죄의 존재와 더불어 ‘자의적 중단’ 또는 ‘결과발생의 불가능성’이라는 ‘형량감면사유’의 존재를 필요충분조건으로 하여 법효과로서 성립하는 형량이므로, (미수범의) 변경형량에 속한다.

앞에서 밝힌 것처럼, ‘장애’, ‘자의적 중단’ 또는 ‘결과발생의 불가능성’은 유일미수범의 구성요건요소에 속하지 않는다. 그렇다면, 그것들은 어떠한 성격의 요소들인가?

제26조는 ‘자의적 중단’이 있는 때에 필요적 감면형을 법정하고 있으므로, ‘자의적 중단’은 유일미수범의 기본형량(즉, 제25조 2항에 법정된 형량)을 감면적으로 변경시키는 사유이다. 그리고 제27조 단서는 ‘결과발생의 불가능성’이 있는 때에 임의적 감면형을 법정하고 있으므로, ‘결과발생의 불가능성’은 유일미수범의 기본형량(즉, 제25조 2항에 법정된 형량)을 감면적으로 변경시키는 사유이다. 이와 달리, 현행형법은 ‘장애’가 있는 때에 그것을 고려하여 제25조 2항의 형량을 변경시킨 형량을 전혀 법정하고 있지 않으므로, ‘장애’는 유일미수범의 기본형량을 변경시키는 사유가 아니다.

7) 이에 대해 자세한 것은, 임광주, “기본형량구성요건”, 법학논총 제27집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 153쪽; 임광주, “변경형량구성요건”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 89-90쪽 참조.

따라서 제26조는 유일미수범에 있어서 ‘자의적 중단’을 형량변경사유로 삼아 형량을 법정하는 형량규정일 뿐, 독립된 미수범의 유형으로서 중지미수범의 구성요건을 규정하는 것이 아니다. 마찬가지로, 제27조 단서도 유일미수범에 있어서 ‘결과발생의 불가능성’을 형량변경사유로 삼아 형량을 법정하는 형량규정일 뿐, 독립된 미수범의 유형으로서 불능미수범의 구성요건을 규정하는 것이 아니다⁸⁾.

결국, 제26조의 ‘자의적 중단(·중지 또는 방지는)’은 ‘중지미수범’이라는 독자적인 미수범의 성립에 필요한 요소, 특히 구성요건요소도 아니고, 종래 말하는 ‘처벌조건’ 내지 ‘인적 처벌소멸·감경사유’⁹⁾도 아니다. ‘자의적 중단’은 제25조 2항에 법정된 기본형량을 변경시키는 사유(즉, 형량변경사유)일 뿐이다. 그러므로 유일미수범(즉, 제25조 1항의 미수범)이 성립할 때 그 미수에 이른 원인이 되는 ‘자의적 중단’이 있으면, 유일미수범의 기본형량은 필요적 감면형으로 변경된다는 것이 제26조가 규정하는 내용이다.

이러한 제26조의 ‘자의적 중단’은 오직 유일미수범을 대상으로 하여 그 법정형을 변경시키는 사유이고, 기수범을 대상으로 하여 그 법정형을 변경시키는 사유가 아니다. 그러므로 제26조가 적용될 수 있으려면, 반드시 제25조 1항이 규정하는 유일미수범의 구성요건을 충족시켜 미수범이 성립해야 한다.

III. 자의적 중단에 의한 예비미수행위

예비기수행위로 향한 실행착수를 한 다음에 자의로 예비기수행위의 완성을 중단하는 경우에는 예비미수행위가 있게 된다.

이러한 ‘자의적 중단에 의한 예비미수행위’에 대해서도 제26조를 적용할 수 있는지를 따져 보기로 한다.

위에서 설명한 것처럼, 제26조는 제29조에 따른 처벌규정이 있는 미수범을

8) 이에 대해 자세한 것은, 임광주, 앞의 글, 법학논총 제26집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2009, 133-134쪽; 임광주, 앞의 글, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 97쪽 참조.

9) 인적 처벌소멸·감경사유로 보는 견해는, 김용욱, “미수형태와 중지범” 형사법연구 제11호, 한국형사법학회, 1999, 85쪽.

대상으로 하여 ‘자의적 중단’을 고려하여 그 미수범의 변경형량을 규정하는 형량규정이다. 그런데 현행형법에 있어서 제29조에 따른 예비미수죄의 처벌규정이 전혀 없다. 그러므로 자의적 중단에 의한 예비미수행위가 있는 경우에, 아무리 제26조가 규정하는 ‘자의적 중단’이 있다고 하더라도 처벌될 수 있는 예비미수죄가 아예 처음부터 성립할 수 없기 때문에 제26조가 법정하는 ‘필요적 감면형’에 의해 처벌될 수 없다. 결국, 자의적 중단에 의한 예비미수행위는 범죄성립의 단계에서 ‘예비미수죄’라는 독립된 범죄로서 성립할 수 없을 뿐만 아니라, 형량법정의 단계에서 독립된 예비미수죄의 성립을 전제로 하여 그에 대한 ‘필요적 감면형’을 규정하고 있는 제26조를 (직접 또는 유추) 적용할 대상도 될 수가 없다.

IV. 예비기수행위 후 실행착수의 자의적 포기

예비기수행위가 완성된 뒤에 목적인 기수범죄의 실현을 향한 실행착수를 자의로 하지 않을 때에는, 목적인 기수범죄의 기수행위는 없지만 예비기수행위는 있다.

이처럼 예비기수행위 후 실행착수의 자의적 포기가 있는 경우에, 그 ‘예비기수행위’에 대해서도 제26조를 직접 또는 유추적용할 수 있는지, 아니면 자수규정을 적용할 수 있는지를 따져 보기로 한다.

1. 제26조의 적용불가능

(1) 제26조의 직접적용 불가능

‘예비미수죄를 처벌하는 규정’이 있더라도, 예비기수행위가 완성된 뒤에 목적인 기수범죄의 실현을 향한 실행착수를 하지 않을 때에는 일단 예비기수행위가 존재하므로 예비기수죄가 성립하고 예비미수죄는 성립할 수 없다. 그리고 예비기수행위를 완성한 다음에 목적인 기수범죄의 실현을 향한 실행착수를 했으나 목적인 기수범죄가 미완성하는 경우에, 그 기수범을 향한 실행착수가 있으므로 ‘미수범’이 성립할 수 있는 틈새는 있되, ‘예비미수범’이 성립할 수

있는 틈새는 전혀 없다. 따라서 예비기수행위를 완성한 다음에 목적인 기수범죄의 실현을 향한 실행착수를 하는 경우는 물론 하지 않는 경우에도, 모두 예비미수범이 아예 성립할 수가 없다. 예컨대, 살인예비행위를 끝내고 더 이상 살인죄를 향한 실행착수를 하지 않는 경우에는 살인예비죄만 성립할 뿐이고, 살인예비행위를 끝낸 뒤 살인죄를 향한 실행착수를 하여 미완성이 된 경우에는 살인미수죄가 성립할 뿐이므로, 두 경우에 모두 살인예비미수죄가 성립하지 않는다.

또한, 예비기수행위를 완성한 뒤에 목적인 기수범죄의 실현을 향한 실행착수를 자의로 포기할 때에는, ‘예비기수죄’만 성립할 뿐, ‘예비미수죄’는 물론 그 실현을 목적인 기수범죄의 미완성에 의한 ‘미수죄’도 성립하지 않는다. 예컨대, 살인예비행위를 끝내고 더 이상 살인죄를 향한 실행착수를 하지 않는 경우에는 살인예비죄만 성립할 뿐이고, 살인예비미수죄는 물론 살인미수죄가 성립하지 않는다.

위와 같이, 예비기수행위 후 실행착수의 자의적 포기가 있는 경우에는, ‘예비미수죄’의 성립은 전혀 없고 예비기수죄만 성립하므로 ‘미수범’의 성립을 전제로 하여 ‘자의적 중단’을 형량변경사유(즉, 필요적 감면사유)로 규정하는 제26조가 전혀 적용될 수 없다.

(2) 제26조의 유추적용 불가능

예비기수행위 후에 목적인 기수범죄를 향한 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우에는, 아예 처음부터 목적인 기수범죄를 향한 실행착수가 없으므로 예비기수행위 후의 미수행위는 전혀 없고, 오직 (예비)기수행위만 존재한다. 이와 달리 제26조의 경우에는, 목적인 기수범죄를 향한 실행착수가 있으면서 기수행위의 자의적 중단으로 인해 미수행위가 존재한다. 따라서 앞의 경우에는 (예비)기수범만이 존재하고, 뒤의 경우에는 미수범만이 존재한다.

그런데 제26조는 어디까지나 실행착수 이후 기수행위의 자의적 중단으로 인해 미수행위가 존재함으로써 이 미수행위에 의해 성립하는 ‘미수범’에 대해 ‘기수행위의 자의적 중단’을 고려하여 형량의 혜택을 주는 규정이다. 즉, ‘기수행위의 자의적 중단’은 미수행위를 이끄는 원인이므로 이 미수행위에 의해 미수범이 성립하기 때문에, 제26조는 그것을 미수범의 형량변경사유로 고려하여 필요적

감면형의 혜택을 주는 것이다. 따라서 제26조는 자의적 중단으로 인해 미수행위가 존재하여 ‘미수범’이 성립하는 경우에, 그 ‘미수범’을 대상으로 형의 혜택을 주는 그러한 구조를 갖는 규정이지, ‘기수범’을 대상으로 형의 혜택을 주는 그러한 구조를 갖는 규정이 아니다.

예비기수행위 후에 목적인 기수범죄를 향한 ‘실행착수의 자의적 포기’는 아예 미수행위를 이끄는 원인이 되지 못하여 미수범마저 성립시키지 못한다. 그렇기 때문에, 형법은 ‘실행착수의 자의적 포기’를 ‘기수행위의 자의적 중단’과 똑같이 미수범의 형량변경사유로서 고려하여 제26조의 필요적 감면형의 혜택을 줄 수 없다.

이러한 점에서 볼 때, 예비기수행위 후에 존재하는 ‘실행착수의 자의적 포기’와 제26조의 두 경우 사이에는 유추해석에 요구되는 ‘구조적인 유사성’, 그 가운데에서도 제26조가 규정하는 ‘요건과 법효과의 면에 있어서 구조적인 유사성’, 즉 실행착수를 포기하지 않고 나아가 기수행위의 자의적 중단으로 인해 성립하는 미수범에 대해 형의 혜택을 주는 그러한 구조의 유사성이 인정될 수 없다. 그렇기 때문에 실행착수가 없어서 아예 처음부터 미수범의 성립을 가져오지 못하는 그러한 ‘실행착수의 자의적 포기’를 실행착수는 있지만 미수범의 성립을 가져오는 그러한 ‘자의적 중단’이 미수범의 형량변경사유인 것과 비슷하게 (예비)기수범의 형량변경사유로 하여 필요적 감면형의 혜택을 줄 수 없다. 따라서 예비기수행위 후에 존재하는 ‘실행착수의 자의적 포기’를 (예비)기수범의 형량변경사유로 고려하여 (예비)기수범에 대해 형량의 혜택을 주기 위해 제26조를 유추해석하여 유추적용할 수 없다.

이처럼 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 (예비)기수범에 대해 형량의 혜택을 주기 위해 제26조를 유추해석하여 유추적용할 수 없지만, 그 ‘실행착수의 자의적 포기’를 ‘예비기수범’의 독자적인 형량변경사유로서 고려할 수 있는지는 별개의 문제이다. 특히, ‘실행착수의 자의적 포기’를 외부적으로 나타낼 수 있는 그러한 ‘자수’가 있는 경우에는, 범죄 후 ‘자수’에 따른 감면형의 혜택을 주고 있는 ‘자수규정’이 직접 적용될 수 있으므로 ‘실행착수의 자의적 포기’는 얼마든지 ‘(예비)기수범’의 독자적인 형량변경사유가 될 수 있다. 이제부터, 예비기수행위 후에 존재하는 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우에, 어떻게 ‘자수규정’

이 직접 적용될 수 있는지를 따져 보기로 한다.

2. 자수규정의 직접적용 가능

예비기수행위 후에 존재하는 ‘실행착수의 자의적 포기’를 예비기수범의 형량을 감면하는 사유로 고려할 필요가 있는 경우에, 그것이 외부적으로 존재하여 인식될 수 있으려면 ‘실행착수의 자의적 포기’를 의사로써 외부에 표시해야 한다. ‘실행착수의 자의적 포기’를 의사표시할 외부적 대상은 그 범위가 넓은데, 수사책임이 있는 관서는 그 대상의 하나가 될 수 있다. 예비기수죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수하는 것은 더 이상 ‘목적한 범죄를 향한 실행착수’를 하지 않을 것을 포함하므로, ‘이미 범한 예비기수죄에 대한 자수’는 ‘실행착수의 자의적 포기’까지도 포괄하는 내용이 된다. 그러므로 예비기수범의 형량을 감면하는 사유로 고려할 ‘실행착수의 자의적 포기’를 수사책임이 있는 관서에 자수하여 의사표시한 그것만에 한정할 것이냐가 문제된다. ‘실행착수의 자의적 포기’를 예비기수범에 있어서 특별히 형감면사유로 고려하여 혜택을 주는 경우에는, 특별한 혜택을 주는 만큼 비례성원칙에 맞게 그 요건은 엄격해야 한다. 따라서 자수에 의해 객관적으로 확인되고 또한 자수의 내용에 포함되는 그러한 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’만을 형감면사유로 해야 비례성원칙에 맞는 형감면사유가 된다.

그리고 ‘실행착수의 자의적 포기’를 예비기수범의 형량을 감면하는 사유로 규정할 필요가 있는 경우이더라도, 모든 예비기수범의 형량을 똑같이 감면하는 사유로 규정할 것인지, 아니면 비례성원칙을 고려하여 중한 죄에 대한 예비기수죄와 경한 죄에 대한 예비기수죄를 어느 정도 구분하여 감면형을 차별적으로 법정할 것인지도 고려해야 한다.

이러한 점들을 감안하여 현행형법은 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’를 그 자수의 내용에 포함하면서 그것이 존재함을 객관적으로 확인시켜 줄 수 있는 그러한 ‘자수’를 예비기수범에 있어서 특별히 형감면사유로 규정하고 있다.

그리고 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’를 포함하는 예비기수범에 대한 ‘자수’를 예비기수범에 대한 형량의 감면사유로 규정하되, 비례성원칙

에 맞게 ‘경한 예비기수죄들’에 대해서만 그 기본형량의 ‘필요적’ 감면사유로 규정하고, ‘중한 예비기수죄들’에 대해서는 그 기본형량의 ‘임의적’ 감면사유로 차별하여 규정하고 있다. 예컨대, 제101조 1항의 단서(외환유치예비죄 등의 자수), 제120조 1항의 단서(폭발물사용예비죄의 자수), 제175조의 단서(현주건조물방화예비죄 등의 자수), 제213조의 단서(통화위조예비죄 등의 자수) 따위에 규정된 ‘예비죄의 자수’는 ‘필요적’ 감면사유이다. 이에 대해, 제255조(살인예비죄) 또는 제343조(강도예비죄)와 관련한 제52조 1항(자수)에 규정된 ‘예비죄의 자수’는 ‘임의적’ 감면사유이다.

위와 같이 제28조에 따라 예비기수죄를 처벌하는 규정이 있으면서 그에 대한 개별적인 자수규정도 있는 경우에는, 자수에 포함되는 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’는 그 개별적인 자수규정이 법정하고 있는 형량에 따라 처벌하면 된다. 그러나 예비기수죄를 처벌하는 규정은 있지만, 그에 대한 개별적인 자수규정이 없는 경우에는, 자수에 포함되는 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’는 예비기수죄를 포함한 모든 범죄에 대한 자수를 규정하고 있는 일반적인 자수규정인 제52조 1항이 법정하고 있는 형량에 따라 처벌하면 된다. 예컨대 건조물등에의 일수예비죄를 처벌하는 규정으로서 제183조가 있지만, 그 예비기수죄에 대한 개별적인 자수규정은 없다. 그러므로 건조물등일수예비죄의 예비기수행위 후 ‘실행착수의 자의적 포기’, 즉 자수가 있으면, 일반적인 자수규정인 제52조 1항이 법정하고 있는 형량에 따라 처벌될 수 있다. 개별적인 자수규정이 없는 제191조, 제197조, 제224조따위들이 규정하고 있는 예비죄의 예비기수행위 후 ‘실행착수의 자의적 포기’, 즉 자수가 있는 경우에도 마찬가지이다.

‘예비(기수)범죄에 대한 자수’가 ‘실행착수의 자의적 포기’를 그 내용에 포함하는 때에는, 그 ‘자수’가 ‘실행착수의 자의적 포기’를 외부적으로 나타내주는 것이 된다. 그러므로 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’는 자수에 의해 그 존재가 외부적으로 인식될 수 있다. 이렇게 ‘실행착수의 자의적 포기’를 포함할 수 있는 ‘자수’를 현행형법은 ‘개별적인 예비죄의 자수규정’과 ‘예비범을 포함한 모든 범죄의 자수규정(제52조 1항)’에서 예비기수범의 성립을 전제로 하여 그 예비기수범의 형량을 감면하는 사유로 고려하고 있다. 나아가, 개별

예비기수죄에 대한 개별적인 자수규정들은, 비례성원칙을 고려하여 개별 예비기수죄의 경중에 따라 자수를 ‘임의적’ 감면사유와 ‘필요적’ 감면사유로 차별하여 규정하고 있다. 그리고 예비기수죄에 대한 개별적인 자수규정이 없는 경우에는 일반적인 자수규정인 제52조 1항에 의해 자수가 ‘임의적’ 감면사유로서 규정되어 있다. 따라서 예비기수행위 후에 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우는 그러한 자수규정들이 얼마든지 직접 적용될 수 있다. 이는 음모범죄에 대한 자수, 즉 음모기수행위 후에 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우에도 마찬가지다.

이처럼 예비기수행위 후 ‘실행착수의 자의적 포기’가 ‘자수’를 통해 외부적으로 나타나는 경우에는, 자수규정들이 직접 적용되어 이미 저지른 예비기수죄에 대한 형감면사유로서 고려되게 된다. 그러므로 ‘자수규정’을 통해 합리적인 형량의 법정이 이루어질 수 있다. 따라서 제26조가 적용되는 ‘자의적 중단’의 경우와 비교하여 형의 불균형이 있다고 할 수 없다. 오히려 형량의 혜택을 줌에 있어서 ‘자수’를 통해 나타나는 ‘실행착수의 자의적 포기’를 ‘(예비)기수범’에 대한 형감면사유로서 고려함으로써 ‘자의적 중단’을 ‘미수범’에 대한 형감면사유로서 고려하는 제26조와 비교하여 합리적인 차별이 된다.

V. 종래의 입장에 대한 비판적 검토

1. 예비중지에 있어서 유추적용에 관한 학설

(1) 중지미수규정의 유추적용설

예비중지에 대해 중지미수규정을 유추적용할 수 있는지를 둘러싸고 부정설과 긍정설로 나뉜다.

부정설은 예비중지에 대해 중지미수규정을 유추적용하지 않는다는 입장이다¹⁰⁾.

10) 김일수/서보학, 앞의 책, 2006, 551-552쪽; 신동운, 형법총론, 473-474쪽; 손동권, 형법총칙론, 367쪽, “예비 및 공범의 중지와 관련된 판례연구”, 판례월보, 1996, 9/20; 김선복, 앞의 논문, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002, 83-84쪽; 이광수, “예비의 중지-예비죄의 체계와 관련하여”, 국민대학교, 일감법학 제16호, 2008, 78쪽.

이에 대해, 긍정설은 중지미수규정을 유추적용하되, 그 방법과 범위를 둘러싸고 다시 다음과 같이 제한적 유추적용설과 전면적 유추적용설로 나뉜다.

제한적 유추적용설은 예비의 형이 중지미수의 형보다 무거울 때만 중지미수의 규정을 유추적용한다¹¹⁾는 입장이다. 이에 대해 전면적 유추적용설은 중지미수의 규정을 유추적용하되, 예비죄의 법정형을 기준으로 하여 필요적 감면한다는 입장이다¹²⁾.

(2) 자수규정의 유추적용설

예비중지에 대해 중지미수규정이 아니라, 자수의 필요적 감면규정을 유추적용한다는 입장이다¹³⁾.

2. 비판적 검토

(1) “중지미수규정을 유추적용한다”는 입장은 다음과 같이 유추해석 및 유추적용을 할 수 있는 구조적 유사성에 대한 오해가 있다.

현행형법은 처벌할 미수범죄를 각 본조에 정하도록 제29조에서 규정하고 있고, 각 본조에 정한 미수범죄들만을 전제로 그것들이 자의적 중단에 의해 성립하는 경우에는 ‘필요적 감면’이라는 형량을 그 미수범죄에 대한 법효과로서 제26조에서 규정하고 있다. 그러므로 각 본조에 정한 미수범죄들이 자의적 중단으로 인해 성립하는 경우에는 제26조가 직접 적용된다. 만일, 예비미수죄도 미수범의 한 종류로서 제29조에 따라 처벌하는 규정이 있다고 한다면 그것이 자의적 중단으로 인해 성립하는 경우에는 제26조가 직접 적용될 수 있다. 그런데 예비기수행위로 향한 실행착수를 한 다음에 자의로 예비기수행위의 완성을 중단함을 뜻하는 그러한 ‘예비중지’의 경우에는 예비미수행위가 존재하지만,

11) 배종대, 앞의 책, 536쪽; 이재상, 앞의 책, 391쪽; 조준현, 형법총론 개정판, 268쪽; 이형국, 형법총론 개정판, 267쪽; 박상기, 형법총론 제8판, 356쪽; 조준현, 형법총론, 법원사, 1998, 263쪽; 진계호 “예비죄”, 고시연구, 1986/5, 67쪽; 백형구, “예비죄”, 고시연구, 1988/5, 90쪽.
 12) 오영근, 앞의 책, 526쪽; 임웅, 형법총론 개정판, 349쪽; 손해목, “예비행위의 중지”, 법정, 1963, 11, 24쪽; 문채규, 앞의 논문, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002, 48-49쪽; 이상돈, 앞의 책, 512-513쪽.
 13) 김일수/서보학, 앞의 책, 552쪽; 김성돈, 사례연구 형법총론 제2판, 353쪽.

현행형법은 그것을 예비미수범죄로 처벌하는 규정을 각 본조에 두고 있지 않다. 그렇기 때문에 그러한 ‘예비중지’, 즉 자의적 중단으로 인해 예비미수행위가 존재하더라도, 처벌규정이 있는 미수범죄들만을 전제로 자의적 중단을 고려하여 ‘필요적 감면형’을 규정하는 제26조가 직접 적용될 수가 없다. 또한 제26조는 처벌규정이 있는 그러한 미수범죄들만을 전제로 하여 자의적 중단으로 인해 그것들이 성립하는 경우만을 규정하고 있다. 그러므로 현행형법에 (‘예비중지’의 명문규정이 없을 뿐더러) 독립된 미수범죄로 처벌하는 규정이 처음부터 아예 없는 그러한 예비미수행위에 속하는 ‘예비중지’에 대해서는 아예 제26조가 유추해석되어 유추적용될 수도 없다.

예비기수행위를 완성한 다음에 목적인 기수범죄로 향한 실행착수를 자의로 포기 내지 중단함을 뜻하는 그러한 ‘예비중지’의 경우에는 (예비기수행위 이후) 목적인 기수범죄를 향한 ‘실행착수’는 물론 목적인 기수범죄의 자의적 중단으로 인한 ‘미수행위’도 존재하지 않는다. 오직 예비기수행위에 의해 성립하는 기수범이 존재할 뿐이다. 이 경우에 ‘자의적 포기 내지 중단’의 대상은 어디까지나 (예비기수행위 이후) 목적인 기수범죄로 향한 ‘실행착수’이다. 이와 달리, 제26조가 직접 적용되는 미수범죄, 즉 ‘자의적 중단으로 인해 성립하는 미수범죄’의 경우에는 목적인 기수범죄로 향한 ‘실행착수’는 물론 목적인 기수범죄의 자의적 중단으로 인한 ‘미수행위’도 존재한다. 오직 실행착수 후의 미수행위에 의해 성립하는 미수범이 존재할 뿐이다. 이 경우에 ‘자의적 중단’의 대상은 어디까지나 (실행착수 이후) 목적인 기수범죄의 ‘기수행위’이다. 이처럼, 두 경우에 있어서 ‘실행착수와 미수행위’가 실제로 존재하는지가 서로 다르고, ‘자의적 포기 내지 중단’의 대상이 서로 다르다. 그러므로 ‘예비중지’의 경우는 제26조가 규정하는 ‘요건과 법효과의 관계에 있어서 구조적인 유사성’이 인정될 수가 없다. 이러한 점에서 보아, (예비)기수죄를 저지른 뒤 실행착수의 포기가 있는 경우는 그 ‘(예비)기수범’에 대해 실행착수의 포기가 있다는 이유로 형의 혜택을 주기 위해 미수범의 성립을 요건으로 하여 필요적 감면형이라는 법효과를 규정하는 제26조를 유추해석하여 적용할 수 없다.

그리고 제26조는 어디까지나 ‘자의적 중단’으로 인해 있게 되는 미수행위에 의해 성립하는 미수범에 대해 형의 혜택을 주기 위한 규정이다. 그러므로 ‘자의

적 중단'으로 인해 미수행위가 반드시 존재하여 미수범이 성립하는 때에만 제26조가 적용에 의한 형의 혜택을 받을 수 있다. 만일, 결과기수범의 실행착수 후에 '자의적 중단'이 있더라도 결과발생을 막지 못하여 기수행위가 성립하여 미수범이 성립하지 않으면, 제26조의 적용에 의한 형의 혜택을 받을 수 없다. 이는 '자의적 중단'이 있더라도 기수범이 성립하는 경우에는, 그 기수범에 대해 제26조의 적용에 의한 형의 혜택이 없음을 말해준다. 이러한 점에서 볼 때, 예비기수행위 후 '실행착수의 자의적 포기 내지 중단'이 있는 경우에도 '실행착수의 자의적 포기 내지 중단'이 있지만 (예비)기수범이 성립하므로, 그 (예비)기수범에 대해 제26조의 적용에 의한 형의 혜택을 똑같이 줄 수 없다. 오히려 예비기수행위 후 '실행착수의 자의적 포기 내지 중단'이 있는 경우에 성립하는 (예비)기수범에 대해 형의 혜택을 줄 필요가 있더라도 제26조가 규정하는 미수범에 대한 형의 혜택과는 차별이 있어야 비례성원칙에 맞아떨어진다. 이러한 점에서, (예비)기수죄를 저지른 뒤 실행착수의 포기가 있는 경우에 그 '(예비)기수범'에 대해 제26조와 똑같은 형의 혜택을 주기 위해 미수범의 성립을 전제요건으로 하여 형의 혜택을 주는 제26조를 유추해석하여 적용할 수 없다.

이와 같이 예비기수행위 이후 최종 목적인 기수범죄로 향한 '실행착수의 자의적 포기 내지 중단'이 있는 경우에는, 제26조를 유추해석하여 유추적용할 수 없다. 그렇지만 예비기수행위에 의해 이미 앞서서 성립한 (예비)'기수범'에 대한 형량의 혜택을 주는 사유로서 고려될 수는 있다. 왜냐하면 현행형법은 개별 예비기수죄에 대한 개별적 자수규정뿐만 아니라, 모든 (기수/미수)범죄들에 대한 일반적 자수규정(제52조 1항)을 두고 있기 때문이다. 그러므로 (예비기수행위 이후) 최종 목적인 기수범죄로 향한 '실행착수의 포기'가 있는 경우는 그러한 자수규정들에 의해 얼마든지 형량의 혜택을 받을 수 있다. 예컨대, 현행형법은 제52조 1항에서 '자수'를 (기수/미수)범죄 이후에 그 범죄에 대해 형량의 혜택(·임의적 형감면)을 주는 사유들 가운데 하나로서 규정하고 있으므로, (예비기수행위 이후) 목적인 기수범죄로 향한 '실행착수의 자의적 포기 내지 중단'이 있는 경우에는, (예비)기수범죄에 대해 '실행착수의 자의적 포기 내지 중단'을 외부적으로 나타내는 '자수'가 있으면 제52조 1항의 직접적용에

의해 그 (예비)기수범죄에 대한 형량의 혜택을 받을 수 있다. 마찬가지로 ‘제101조 1항의 단서(외환유치예비죄 등의 자수), 제120조 1항의 단서(폭발물사용예비죄의 자수)’와 같은 예비기수죄에 대한 개별적 자수규정에 의해서도 (예비)기수범죄에 대한 형량의 혜택을 받을 수 있다. 이처럼 현행형법은 ‘실행착수의 자의적 포기 내지 중단’을 외부적으로 나타낼 수 있는 ‘자수’를 형량의 혜택을 주는 사유로서 규정하고 있으므로, 이러한 자수규정들이 적용되어 얼마든지 형량의 혜택을 받아 균형있는 형량이 될 수 있는 길이 마련되어 있다. 그러므로 제26조가 적용되는 ‘자의적 중단’의 경우와 비교하여 형의 불균형이 있다고 할 수 없다. 그런데도 ‘중지미수규정의 유추적용설’은 현행형법상 형의 불균형이 있다고 잘못 생각하여 전혀 유추해석 및 적용을 할 수 없는 제26조를 유추적용하려는 잘못을 저지르고 있다.

(2) “자수의 필요적 감면규정을 유추적용한다”는 입장은 다음과 같은 잘못이 있다.

이미 설명했듯이, 현행형법은 ‘실행착수의 자의적 포기’를 외부적으로 나타낼 수 있는 그러한 ‘자수’를 (처벌규정이 있는) 예비기수범죄에 있어서 특별히 형감면사유로 규정하고 있다. 나아가, 목적인 기수범죄의 경중을 고려하여 그것을 목적으로 하는 개별 예비기수죄의 형량을 ‘임의적’ 감면형과 ‘필요적’ 감면형으로 차별하여 규정하고 있다. 그러므로 예비(기수)행위를 완성한 다음에 목적인 기수범죄로 향한 실행착수를 자의로 포기 내지 중단함을 뜻하는 그러한 ‘예비중지’의 경우에는 ‘실행착수의 자의적 포기’를 외부적으로 나타낼 수 있는 그러한 ‘자수’가 있는 한, ‘자수’를 ‘임의적’ 또는 ‘필요적’ 형감면사유로 정하고 있는 개별 예비기수죄의 규정이 직접 적용될 수 있다. 따라서 그러한 ‘예비중지’의 경우에 자수의 필요적 감면규정을 유추해석하여 유추적용하는 것은, 직접 해석하여 직접 적용되어야 할 현행형법의 명문규정에 정면으로 어긋나는 잘못된 해석 적용이다.

현행형법에 있어서 예비기수죄에 대한 개별 자수규정은 임의적 감면형 또는 필요적 감면형을 법정하고 있고, 모든 범죄에 대한 일반적 자수규정(제52조 1항)은 필요적 감면형을 법정하고 있다. 그러므로 예비기수행위 후 실행착수를

자의로 포기 내지 중단함을 나타내는 그러한 자수가 있는 경우에는, 그것에 직접 적용되는 자수규정에 따라 임의적 감면형 또는 필요적 감면형으로 처벌된다. 이렇게 (예비)기수범에 대한 자수의 법정형이 다르게 적용됨에 따라 (예비)기수범에 대한 자수의 법정형은 비례성원칙에 맞게 자의적 중단으로 인한 ‘미수범’에 대한 필요적 감면형을 규정하는 제26조의 법정형과 합리적으로 차별된다. 그러므로 자수의 ‘필요적’ 감면규정만을 유추적용한다는 주장은, 예비기수행위 후 실행착수를 자의로 포기하는 경우 임의적 감면형 또는 필요적 감면형을 법정하고 있는 자수규정의 직접 적용에 따라 비례성원칙에 맞는 법정형으로 처벌되도록 규정하고 있는 현행형법에 어긋난다.

VI. 맺음말

제26조는 제29조에 따라 현행형법에 처벌규정이 있는 미수범을 대상으로 하여 ‘자의적 중단’이 있는 경우에 그것을 고려하여 “필요적 감면형”으로 처벌하는 규정이다. 그러므로 종래의 입장이 말하는 “예비중지”에 제26조를 (유추해석하여) 적용할 수 있는지를 판단하려면, 현행형법에 제29조에 따라 예비미수행위를 독립된 예비미수죄로 처벌하는 규정이 있는지를 먼저 살펴보아야 한다.

그런데 종래의 입장이 말하는 ‘예비(기수)행위의 완성을 중단함’ 또는 ‘예비(기수)행위를 완성한 다음에 목적인 기수범으로 향한 실행착수를 자의로 포기 내지 중단함’ 가운데 앞의 경우에는 예비미수행위가 있으나, 뒤의 경우에는 예비미수행위가 없다.

‘자의적 중단에 의한 예비미수행위’가 있는 경우에는 비록 예비미수행위가 있지만, 현행형법에는 제29조에 따라 예비미수행위를 독립된 예비미수죄로 처벌하는 규정이 없다. 그러므로 자의적 중단에 의한 예비미수행위에 대해서는 미수행위에 대한 처벌규정이 있음을 전제로 하는 제26조를 아예 처음부터 (직접 또는 유추) 적용할 수가 없다.

그리고 예비기수행위 후에 최종 목적인 기수범을 향한 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우는 실행착수가 없음은 물론이거니와, 미수행위도 없어서 미수범이 존재하지 않는다. 오직 (예비)기수행위에 의해 성립하는 (예비)기수범

만이 존재한다. 이와 달리 제26조의 경우는 ‘실행착수’가 존재하되 기수행위의 자의적 중단으로 인해 ‘미수범’이 성립하여 존재한다. 그러므로 제26조는 어디까지나 실행착수 뒤 자의적 중단으로 인한 미수행위에 의해 성립하는 ‘미수범’에 대한 형의 혜택을 주는 규정이지, ‘기수범’에 대한 형의 혜택을 주는 규정이 아니다. 따라서 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우는 제26조의 경우와 비교하여 요건과 법효과의 면에 있어서 구조적 유사성이 전혀 없다. 그렇기 때문에 예비기수죄가 성립한 뒤 ‘실행착수의 자의적 포기’가 존재하는 경우에 대해 ‘자의적 중단’으로 인한 미수행위에 의해 성립하는 미수범을 전제로 형의 혜택을 주는 제26조를 유추해석하여 유추적용할 수 없다.

그렇지만 다음과 같이 자수규정이 직접 적용될 수 있는 길이 현행형법에 마련되어 있다. 현행형법은 ‘개별적인 예비죄의 자수규정’과 ‘예비범을 포함한 모든 범죄의 자수규정(제52조 1항)’에서 ‘자수’를 예비기수범의 성립을 전제로 하여 그 예비기수범의 형량을 감면하는 사유로 고려하고 있고, 비례성원칙을 고려하여 개별 예비기수죄의 경중에 따라 ‘임의적’ 감면사유와 ‘필요적’ 감면사유로 차별적으로 규정하고 있다. ‘예비(기수)범죄에 대한 자수’가 ‘실행착수의 자의적 포기’를 그 내용에 포함하는 때에는, 그 ‘자수’가 ‘실행착수의 자의적 포기’를 외부적으로 나타내주는 것이 된다. 그러므로 ‘실행착수의 자의적 포기’를 외부적으로 나타내주는 ‘자수’를 해당관서에 하는 경우에는, 그러한 자수규정들이 직접 적용될 수 있다.

따라서 제28조에 따라 예비기수죄를 처벌하는 규정이 있으면서 그에 대한 개별적인 자수규정도 있는 경우에는, ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’가 있고 자수가 그것을 포함하고 있으면 그 개별적인 자수규정이 법정하고 있는 형량에 따라 처벌된다. 그러나 예비기수죄를 처벌하는 규정은 있지만, 그에 대한 개별적인 자수규정이 없는 경우에는, ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’를 포함하는 자수가 있으면 (예비기수죄를 포함한 모든 범죄에 대한 자수를 규정하고 있는 일반적인 자수규정인) 제52조 1항이 법정하고 있는 형량에 따라 처벌된다.

이처럼 예비기수행위 뒤에 최종 목적인 기수범을 향한 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우는 자수하여 얼마든지 형의 혜택을 받을 수 있는 길이 현행형법

에 열려 있으므로, 제26조와 비교하여 형의 불균형이 있다고 할 수 없다. 오히려 현행형법은 자수규정을 두어 ‘실행착수의 자의적 포기’가 ‘자수’를 통해 ‘(예비)기수범’에 대한 형감면사유로서 고려되도록 함으로써 형의 혜택을 주는 데에 있어서 ‘자의적 중단’을 ‘미수범’에 대한 형감면사유로서 고려하는 제26조와 비교하여 비례성원칙에 맞게 합리적인 차별을 피하고 있다. 따라서 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우는 형의 혜택을 주는 자수규정이 직접 적용될 수 있으므로, 그에 대해 형의 불균형을 없애기 위해 제26조를 유추해석하여 유추적용할 필요도 없다.

결론적으로, 현행형법에 있어서 ‘예비기수행위 뒤 실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우에 제26조를 유추해석하여 유추적용할 수 없다. 왜냐하면 제26조는 어디까지나 ‘미수범’을 대상으로 하여 형의 혜택을 주는 규정이고, ‘예비기수행위 뒤 실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우는 ‘(예비)기수범’을 대상으로 형의 혜택을 줄 것인지에 관한 문제이기 때문이다. 그뿐만 아니라 현행형법에 있어서 ‘예비기수행위 뒤 실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우에 제26조의 경우와 비교하여 형의 불균형을 없애기 위해 굳이 제26조를 유추해석하여 적용할 필요도 없다. 왜냐하면 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우는 ‘자수’를 통해 그것이 나타나기만 하면 얼마든지 형의 혜택을 주는 현행형법의 자수규정이 직접 적용될 수 있어 제26조의 경우와 비교하여 형의 불균형이 없기 때문이다. 따라서 ‘예비기수행위 뒤 실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우, 그에 대한 합리적인 형량의 문제는 현행형법에 존재하는 자수규정의 직접 적용을 통해 충분히 해결될 수 있는 문제이다.

참 고 문 헌

<저서>

- 김성돈, 사례연구 형법총론 제2판, 대왕사, 1998.
김일수/서보학, 형법총론 제11판, 박영사, 2006.
박상기, 형법총론 제8판, 박영사, 2009.
배종대, 형법총론 제8전정판, 홍문사, 2005.
손동권, 형법총칙론, 율곡출판사, 2001.
신동운, 형법총론, 법문사, 2001.
오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2009.
이상돈, 형법강의, 법문사, 2010.
이재상, 형법총론 제6판, 박영사, 2008.
이형국, 형법총론 개정판, 법문사, 1999.
임광주, 형법학, 두성사, 2015.
임웅, 형법총론 개정판, 법문사, 2002.
조준현, 형법총론, 법원사, 1998.

<논문>

- 김선복, “예비의 중지”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002.
김용욱, “미수형태와 중지범” 형사법연구 제11호, 한국형사법학회, 1999.
문채규, “예비죄의 공범 및 중지”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002.
백형구, “예비죄”, 고시연구, 1988/5.
손동권, “예비 및 공범의 중지와 관련된 판례연구”, 판례월보, 1996, 9/20.
손해목, “예비행위의 중지”, 법정, 1963.
이광수, “예비의 중지-예비죄의 체계와 관련하여”, 국민대학교, 일감법학 제 16호, 2008.
임광주, “미수범의 유형에 대한 근본적인 재검토”, 법학논총 제26집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2009.

- 임광주, “기본형량구성요건”, 법학논총 제27집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010,
- 임광주, “변경형량구성요건”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010.
- 진계호 “예비죄”, 고시연구, 1986/5.

<국문초록>

예비의 중지에 대해 제26조 또는 자수규정을 유추적용할 수 있는지를 둘러싸고 견해가 나뉜다.

제26조는 제29조에 따라 현행형법에 처벌규정이 있는 미수범을 대상으로 하여 ‘자의적 중단’이 있는 경우에 그것을 고려하여 “필요적 감면형”으로 처벌하는 규정이다.

‘자의적 중단에 의한 예비미수행위’가 있는 경우에는 비록 예비미수행위가 있지만, 현행형법에는 제29조에 따라 예비미수행위를 독립된 예비미수죄로 처벌하는 규정이 없다. 그러므로 자의적 중단에 의한 예비미수행위에 대해서는 미수행위에 대한 처벌규정이 있음을 전제로 하는 제26조를 아예 처음부터 (직접 또는 유추) 적용할 수가 없다.

이에 대해, 예비기수행위 후에 ‘실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우는 최종 목적인 기수범죄에 대한 실행착수와 미수행위가 없어서 미수범이 성립하지 않고, 오직 (예비)기수행위만 있어서 기수범만이 성립한다. 그러므로 ‘기수행위의 자의적 중단으로 인해 미수범’이 성립하는 경우에 형의 혜택을 주는 제26조의 경우와 구조적 유사성이 전혀 없다. 따라서 ‘실행착수의 자의적 포기’가 존재하는 경우에 대해 미수범의 존재를 전제로 하는 제26조를 유추해석하여 유추적용할 수 없다.

현행형법은 개별적인 예비죄에 대한 자수규정은 물론, 모든 범죄를 대상으로 하는 일반적인 자수규정을 두고 있다.

‘예비(기수)범죄에 대한 자수’가 ‘실행착수의 자의적 포기’를 그 내용에 포함하는 때에는, 그 ‘자수’가 ‘실행착수의 자의적 포기’를 외부적으로 나타내주는 것이 된다. 그러므로 자수에 의해 그 존재가 외부적으로 인식될 수 있는 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’는 현행형법에 있어서 ‘개별적인 예비죄의 자수규정’과 ‘예비범을 포함한 모든 범죄의 자수규정(제52조 1항)’을 통해 예비기수범의 성립을 전제로 하여 그 예비기수범의 형량을 감면하는 사유로 고려될 수 있고, 비례성원칙을 고려하여 개별 예비기수죄의 경중에 따라 ‘임의적’ 감면사유와 ‘필요적’ 감면사유로 차별적으로 고려된다. 따라서 예비기수행위

후에 ‘실행착수의 자의적 포기’가 자수를 통해 있는 경우에는 그러한 자수규정들이 직접 적용될 수 있다. 따라서 ‘예비기수행위 후 실행착수의 자의적 포기’가 있는 경우, 그에 대한 합리적인 형량의 문제는 현행형법에 존재하는 자수규정의 직접 적용을 통해 충분히 해결될 수 있고, 제26조의 유추해석 및 유추적용을 통해 해결할 문제가 아니다.

제28조에 따라 예비기수죄를 처벌하는 규정이 있으면서 그에 대한 개별적인 자수규정도 있는 경우에는, 자수에 포함되는 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’는 그 개별적인 자수규정이 법정하고 있는 형량에 따라 처벌된다. 그러나 예비기수죄를 처벌하는 규정은 있지만, 그에 대한 개별적인 자수규정이 없는 경우에는, 자수에 포함되는 ‘(예비기수행위 후) 실행착수의 자의적 포기’는 예비기수죄를 포함한 모든 범죄에 대한 자수를 규정하고 있는 일반적인 자수규정인 제52조 1항이 법정하고 있는 형량에 따라 처벌된다.

주제어 : 예비중지, 실행착수의 포기, 예비기수행위, 예비미수행위,
제26조의 유추적용, 자수규정, 예비죄 및 그 밖의 범죄에 대한 자수

Der Rücktritt von der vollendeten Vorbereitungshandlung

Rim, Kwang-Joo*

§26 regelt, daß wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder den Erfolgseintritt abgewendet milder bestraft oder straflos wird. Es ist umstritten, ob §26 in dem Rücktritt von der vollendeten Vorbereitungshandlung die analoge Anwendung findet.

Wenn der Täter von der vollendeten Vorbereitungshandlung zurücktritt, liegt die unvollendete Vorbereitungshandlung vor. Im geltenden Strafrecht liegen aber nicht diejenige Vorschriften vor, die nach §29 die Bestrafung der unvollendeten Vorbereitungshandlung regeln. §26 läßt sich daher in dem Rücktritt von der vollendeten Vorbereitungshandlung von Anfang an nicht die analoge Anwendung finden.

Wenn der Täter nach der Vollendung der Vorbereitungshandlung freiwillig das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung des gezweckten Vollendungsdelikts aufgibt, liegt die vollendete Vorbereitungshandlung vor. §26 regelt im Gegenstand der unvollendete Tathandlung derer Strafmaß. §26 läßt sich daher in dem Aufgeben des Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung gar nicht die analoge Anwendung finden.

In dem Fall, daß der Täter nach der Vollendung der Vorbereitungshandlung freiwillig das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung des gezweckten Vollendungsdelikts aufgibt und sich sein Verhalten einer Dienststelle erklärt, §26 läßt sich die unmittelbare Anwendung finden. Der Grund dafür liegt darin, daß diejenige Vorschriften, die die Sich-Erklärung in bezug auf die einzelne Vorbereitungsdelikte und auf die Jede Delikte regeln, liegen im geltenden Strafrecht vor.

* Professor, School of Law in Hanyang University. Ph.D. in Law.

Key Words : Der Rücktritt von der vollendeten
Vorbereitungshandlung, die vollendete
Vorbereitungshandlung, die unvollendete
Vorbereitungshandlung, die analoge Anwendung von
§26, die Sich-Erklärung in bezug auf die einzelne
Vorbereitungsdelikte und auf die Jede Delikte

