

제1장 범죄의 기본개념

1. 형법의 의의

(1) 형법刑法의 개념

: 국가의 형벌권에 관한 법

: 범죄犯罪 + 범죄에 대한 법률효과인 형벌 刑罰 및
보안처분保安處分을 규정하는 법규범의 총체

- 형벌은 과거의 범죄행위에 대한 제재
- 보안처분은 행위자의 장래의 재범위험성에 대한 사회
방위처분

[설문] 갑은 경범죄처벌법을 위반하여 범칙금 납부의 통고를 받았다. 반면에 을은 건축법을 위반하여 과태료 납부의 통고를 받았다. 이 경우 갑과 을의 위반행위는 범죄인가?

- 형법 제41조[형의 종류]

정식형벌:사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류 등

- 보안처분(사회보호법)은 보호감호, 치료감호, 보호관찰

- 범칙금은 비범죄화의 형사정책에서 나온 Diversion 처분

(다이버전[전환조치, 사회제재의 최소화]의 유형은 ① 형사사법절차 이전의 단계: 비범죄화를 의미하며 경미한 범죄에 대한 실정법상의 다이버전, ② 구금의 대안으로서 다이버전: 경찰단계에서 교정단계에 이르기까지 전 형사사법단계에서 가능하며 경찰단계에서의 훈방, 검찰단계에서의 선도조건부기소유예, 재판단계에서의 형의 유예, 그리고 교정단계에서의 보호관찰부 가석방 등이 각 사법단계별 대표적인 다이버전)

- 과태료는 순수한 행정질서벌

(2) 형벌의 개념

비난적인 성격을 지니는 해악으로 가벌적인 행위에 대해 행위자책임에 따라 부과.
형벌의 최후수단성은 사회통제 전체체계 안에서 형법이 추구해야 할 과제와 목적
(형법 이외의 다른 통제수단을 보충해야 할 몫은 다른 규범들이 할 수 없는 사회
적으로 가장 중요한 이익, 즉 형법적 보호를 받을 자격이 있는 법익에 대한 침해)

- (1) 주체 : 국가(공적 제재수단)
- (2) 대상 : 개개의 범죄행위(책임)
- (3) 내용 : 법익 박탈 및 제한
- (4) 형벌의 제한 원리 : 책임
- (5) 형벌의 기능
 - 1) 응보 (범죄자)
 - 2) 일반예방 (일반시민)

(3) 형법의 범위

1) 실질적 의미(광의)의 형법:

- 범죄와 그에 대한 법적 효과로서 형사제재를 규정한 모든 법규범
- 형식적 의미의 형법(형법전) 외에 특별형법(국가보안법, 폭력행위등처벌에 관한 법률, 경범죄처벌법, 소년법 등) 행정형법(도로교통법, 식품위생법, 관세법 등)을 포괄

2) 형식적 의미(협의)의 형법: 1953년 공포, 시행된 형법전

2. 형법의 성격

(1) 법체계적 지위

- 1) **공법** 公法 (↔사법)
- 2) **사법법** 司法法(↔입법법, 행정법): 법적안정성 지도이념
- 3) **실체법** 實體法(↔절차법): 정의와 법적안정성 우위

(2) 규범(당위, 명령)적 성격

- 1) 가언적 규범; if-(요건: 범죄) then(효과: 국가형벌권)- 조건부규범
 - **행위규범**(~ 해서는 안 된다, ~해야 한다): 수명자는 일반국민
 - **재판규범**(재판의 준칙):수명자는 재판관
- 2) **평가규범**(좋은 행위, 나쁜 행위)
의사결정규범(좋은 행위를 할 것인가, 나쁜행위를 할 것인가)
:일정한 행위가 반가치적이라는 평가 후 이에 기초하여 그 행위를 범죄로 규정, 일반국민은 이 반가치를 실현하는 행위를 하여서는 안 된다는 의무를 짐

(3) 형법의 기능

1) **규제적 기능**: 형법의 행위규범 및 재판규범, 범죄를 처벌하는 기능

2) **보호적 기능** - 사회적 삶의 기본가치 보호

: 법익(생명.신체.재산.공공의 안전.사회도덕 등) 보호 - **피해자**

가) **법익**의 보호 : 형벌 보충성의 요구(형법 이외의 다른 수단으로서는 불가능한 경우에 최후의 수단으로 적용)와 비범죄화의 법익보호 요청
<자유주의, 법치주의> → **결과**강조 (결과반가치가 범죄의 본질)

나) **사회윤리적 행위가치**의 보호

: 행위불법과 결과불법간의 불가분성, '행위없이는 불법도 없다'
<범죄의 본질> → **행위**강조 (행위반가치가 범죄의 본질 : 살인죄의 경우 사망의 결과만 중시하는 것이 아니라 살인행위를 하지 않도록 규정한 것, 행위자의 의사형성 및 행위의 과정도 반가치평가의 대상이 됨)

3) 보장적 기능: 국가권력으로부터 국민의 자유와 권리의 보장 - 피고인(일반시민)

→ 국가로부터, 자의적 형법로부터 국민의 자유, 권리 보장

수단 : 죄형법정주의

가) 일반인에 대해 : “시민의 자유의 대헌장”

(형법에 규정되어 있는 범죄 이외에는 어떤 행위를 하더라도 범죄자로서 처벌되지 않는것을 보장)

나) 범죄인에 대해 : “범죄인의 대헌장”

(형법에 정해진 형벌의 범위에서만 처벌되고 형법에 규정되지아니한 법률효과에 의한 처벌 금지)

* 자유민주주의 사회에서 형법의 보장적 기능이 특히 강조
이러한 형법은 시민의 자유와 범죄인의 마그나 카르타

4) 사회보호적 기능

:형벌등의 수단을 통해 국가나 사회의 질서를 침해하는 범죄에 대하여 사회질서를 유지하고 보호하는 기능

※ 형법의 보호적 기능과 보장적 기능의 관계

: 반비례의 관계 -> 상호 조화가 필요

※ 형법의 보충성원칙 = 형사제재의 최후수단성 + 비례성원칙

3. 죄형법정주의(罪刑法定主義)

“Nullum crimen, nulla poena sine lege

(적정한)법을 없으면 범죄 없고 형벌 없다 ”

(1) 의의

- ① 어떠한 행위를 범죄로 규정하고
- ② 규정된 범죄에 대해 어떤 형벌을 과할 것인지
- ③ “미리”, “성문의 법률”에 규정되어 있어야 한다는 원칙.

- 국가의 무한한 형벌권의 확장과 자의적인 행사로 부터 국민의 자유를 보장하기 위한 형법의 최고원리
- 형법의 보장적 기능도 죄형법정주의를 근본원리로 삼음
- 죄형법정주의는 헌법적 원칙이므로 위에 위반되는 형법규정은 위헌!
- 사상적 뿌리 : 시민저항.혁명의 산물로 철학적.정신사적 기초 제공은 17. 18세기 계몽주의
[“ 법률 없으면 범죄 없고, 법률 없으면 형벌 없다” (포이에르바흐)]

(2) 실정법적 근거

-1215년 영국 Magna Charta대헌장에서 유래하여

17,18세기 자연법사상과 결부,

영국 due process of law와 함께 죄형법정주의 사상적 기원

18세기 미국헌법과 프랑스인권선언에 의해 확립

(근세 자연권적 인권사상, 계몽적 정치적 자유주의의 산물! 형법학의 산물X)

-헌법 12조1항: "누구든지 **법률과 적법한 절차에** 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."

-헌법 13조1항: "모든 국민은 **행위시의 법률에** 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다."

-형법 1조1항: "범죄의 성립과 처벌은 **행위시의 법률에** 의한다." (행위시주의)

-형사소송법 제323조 1항 " 형의 선고할 때에는 법령의 적용을 명시해야 한다."

(3) 죄형법정주의 파생원칙

법 **형식**에 있어서는---법률주의, 성문법주의, 관습형법의 금지
법 **내용**에 있어서는---명확성의 원칙, 적정성의 원칙, 절대적 부정기형의 금지
법 **적용**에 있어서는---유추해석금지의 원칙, 소급효금지의 원칙

1) 성문법률주의: 국가가 제정한 형식적의미의 '법률'

가) 범죄와 형벌은 성문의 법률로 규정되어야 한다

나) 법률: 형식적 의미의 법률->입법부(not 형식적 의미의 형법)

다) 관련문제

-**위임입법**->긴급,필요성/예측가능,구체적/형벌의 종류,범위규정 전제로 허용

-**관습형법**의 금지

금지 : 구성요건 가중, 창설 등 불리한 관습법

허용 : 유리한 관습법/ 위법성조각사유 확장 or 불리한 축소, 제한
보충적 관습법

2) 소급효금지의 원칙(사후입법에 의한 법률의 소급효 금지)

- 원칙; 행위시법주의 / 예외; 소급 가능

입법자에 대해서는 형법의 소급입법을 금지,

법관에 대해서는 형법의 소급적용을 금지

(국민의 예측가능성과 법적안정성 보장 위해)

가) 형벌법규는 시행 이후의 행위에만 적용(불리한 사후법의 소급금지)

나) 실체법상 가벌성과 형사제재에 관한 일체의 조건에 적용

다) 피고인에게 유리한 경우; 재판시법주의(제1조 제2항)

: [원칙] 피고인에게 유리한 경우엔 죄형법정주의가 적용되지 않는다

- 1) 사후입법의 금지 : 행위자에게 유리한 소급입법은 허용된다.
- 2) 보안처분의 문제 : 보안처분에 대해서도 타당하며 예외가 될 수 없다(통설)
보안처분에는 소급효금지원칙이 적용되지 않는다
(大判1997.6.13.97도703)

- 3) 소송법의 변경 : 소급적 변경이 얼마든지 가능
(소급효금지원칙은 실체법인 형법에만 적용-통설,판례)
다만 소송법규정이 '범죄의 가벌성'과 관련된 경우-원칙 적용X
ex ① 친고죄를 비친고죄로 개정 ② 공소시효 연장
소급변경하더라도 당사자의 법치국가적 권리가 침해된다고 보기는 어렵다.

cf 신법시행이전 고소기간 도과하였거나 공소시효가 완성된 때에는 적용O

- 4) 신법적용을 배제하는 경과규정
: 통설 판례는 형벌을 완화하는 개정을 하면서 구법시의 행위는 구법을 적용한다고 하는 경과규정을 신법에 두는것은 허용 된다고 한다

- 5) 형벌을 완화하는 법률과 소급효
: 인권보장에 유리한 경우에는 소급효 허용, 형벌을 폐지하거나 감경하는 내용의 법률은 소급효 인정될 수 있다

3) 유추해석금지의 원칙 -형사법관에 대한 구속원칙

: 유추해석(법률에 해당 사안에 관한 규정 없으면=>비슷한 규정 적용)

-법관에 의한 법형성, 사법에 의한 법 창조

: 예외- 피고인에게 유리한 경우 유추해석가능

가) 의의; '법규/언어의 가능한 문언의 의미'의 한계를 넘어 적용하는 것

나) 허용되는 형법해석의 방법

; 문리해석, 체계적 해석(논리해석), 목적론적 해석)

다) 유추해석금지의 적용범위; 피고인에게 유리한 경우에는 유추해석도 허용

4) 명확성의 원칙- 형사입법자에 대한 구속원칙

: 범죄와 형벌의 내용이 명확하게 규정되어 있어야 한다는 원칙

- by 미래에 대한 예측가능성, 법적 안정성
- => 형법의 규범적.보장적 기능(국민의 행위 준칙) 수행 可
- 의의; 명확성의 '정도'의 문제(not 유무)

가) 구성요건의 명확성 (구성요건; 법률에 정해놓은 범죄의 유형)

ex. 살인죄의 구성요건-사람을 살해한 자

- 구성요건의 내용이 명확하지 않은 범죄규정; 죄형법정주의에 반하므로 효력X
- 기준

: **예견가능성**(통상의 판단능력을 가진 사람이 그 의미를 이해할 수 있었는가-현재-
사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단-대법-
법관의 합리적 해석)

: **가치판단** (보호의 요소, 규범의 목표, 형법적 결단이 법률에 표현되어 있을 것)

: **구체화의 가능성**(용어의 사용이 입법기술상 불가피한 것인지)과
비례성의 원칙(형벌의 정도와 법익보호와의 침해사이의 비례)

나) 제재의 명확성

- 절대적 부정기형(형의 선고시에 기간을 특정않고 집행단계에서 결정)제도의 금지
- 형벌의 구분;
 - => 법정형(형법에 규정) vs. 선고형(법관이 구체적 사건에서 선고)
 - => 정기형 vs. 부정기형(分; 절대적 부정기형 vs. 상대적 부정기형)
- 법정형; 상대적 부정기형(기간 특정X 기간의 범위[장기.단기]는 특정O)
형기를 수형자의 개선, 갱생의 진도에 따르게 하여 교정교육의 효과를 기대하는 제도

ex. 절도죄- 6년 이하의 징역; 1개월(하한) 이상 6년(상한) 이하

[명확성의 원칙에 반한다고 본 판례]

‘행실이 불량한 자’, ‘민주적 사회질서의 원칙을 침해한 자’, ‘공공의 질서에 반하는 자’, ‘건전한 국민감정’, ‘공서양속’, ‘공공질서’ 등

[명확성의 원칙에 반하지 않는다고 본 판례]

‘음란한 문서,도화’, ‘음란한 물건’, ‘군사상의 기밀을 부당한 방법으로 탐지,수집한 자’ 등

5) 적정성의 원칙

-from 헌법 제37조 단서(비례원칙, 과잉금지원칙)

‘내용이 적정한 법률 없으면 범죄 없고 형벌도 없다는 원칙이 실질적 정의의 요청으로서 죄형법정주의의 내용이 되는 것’

:현대적 의미의 죄형법정주의

-법해석자 뿐 아니라 입법자도 구속될 것을 요, 즉 입법자라 하여 마음대로 범죄와 형벌을 규정할 수 없고, 범죄될 행위만을 범죄로 해야 하고, 범죄와 상응하는 형벌만을 규정할 것)

- 실질적 죄형법정주의

; 범죄와 형법이 가치와 기준(필요성, 보충성, 균형성(과잉금지), 인도성)을 원칙으로 정해져야 함

[죄형법정주의 판례]

1. 대가를 약속받고 접근매체를 대여하는 행위를 처벌할 필요성이 있다고 하더라도 그러한 행위를 구 전자금융거래법 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제2호에서 정한 ‘대가를 받고 접근매체를 대여’ 함으로 인한 구 전자금융거래법 위반죄로 처벌하는 것은 형벌법규의 확장해석 또는 유추해석으로서 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없다.
2. 일반음식점 영업자인 피고인이 주로 술과 안주를 판매함으로써 구 식품위생법상 준수사항을 위반하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 위 준수사항 중 ‘주류만을 판매하는 행위’에 안주류와 함께 주로 주류를 판매하는 행위도 포함되지는 않는다.
3. 중개사무소 개설등록을 하지 아니하고 부동산 거래를 중개하면서 그에 대한 수수료를 약속·요구하는 행위는 중개사무소 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 하는 행위에 해당되지 않는다.

4.피고인의 광고 내용인 화상채팅 서비스가 청소년보호법 제8조 등에 의한 청소년보호위원회 고시에서 규정하는 ‘불건전 전화 서비스 등’에 포함된다고 해석하는 것이 죄형법정주의에 반하지 아니한다.

5.건설공사의 수주 및 시공과 관련하여 발주자, 수급인, 하수급인 또는 이해관계인이 부정한 청탁에 의한 금품을 수수하는 것을 금지하고 형사처벌하는 건설산업기본법 제38조의2의 ‘이해관계인’ 규정은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

6.‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’ 제5조 제1항 제3호에서 부착명령청구 요건으로 정한 ‘성폭력범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다)’에 ‘소년보호처분을 받은 전력’이 포함되지 아니한다.

7.‘약국 개설자가 아니면 의약품을 판매하거나 판매 목적으로 취득할 수 없다’고 규정한 구 약사법 제44조 제1항의 ‘판매’에 무상으로 의약품을 양도하는 ‘수여’를 포함시키는 해석은 죄형법정주의에 위배되지 않는다.

8.구 병역법 제2조 제1항 제5호가 범행주체로 규정하고 있는 ‘고용주’에 사기업체의 대표이사가 아닌 실제 경영자가 포함되는 것으로 해석하는 것이 유추해석 금지 등 죄형법정주의의 원칙에 위배된다.

9.보험대리점 업체가 보험회사와 보험모집 법인 대리점 계약을 체결하면서 업체에서 퇴사한 직원의 동의 없이 그의 주민등록번호를 기재한 법인대리점 보험모집 유자격자명단을 보험회사에 제출한 경우, 타인의 주민등록번호를 신분확인과 관련하여 사용한 것으로 볼 수 없어 주민등록번호 부정사용죄에 해당하지 않는다.

10.화물자동차로 형식승인을 받고 등록된 벤형 자동차를 구 자동차관리법시행규칙에 정한 승용 또는 승합자동차에 포함된다고 해석하는 경우 명확성의 원칙에 위배된다.

4. 형법의 효력범위

(1) 시간적 효력범위- '어느 때에 행한 범죄에 대하여 형법이 적용되는가 '

제1조(범죄의 성립과 처벌) ①범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의한다.

②범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.

③재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다.

: 구법(행위시법)의 추급효(제1항)와 신법(재판시법)소급효(제2항)

1) 행위시법 적용의 일반원칙

행위시에 처벌법이 없는 경우 / 행위시의 법률이 신법보다 경한 경우

2) 피고인에게 유리한 재판시법(신법)적용의 특별원칙

재판시를 기준으로 이미 법률이 폐지된 경우 / 재판시의 법률이 경한 경우

3) 재판 후에 법률폐지가 있는 경우

4) 한시법 (限時法)

5) 백지형법과 보충규범

② 범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.

<2항>: '범죄 후'의 범위: 범죄행위의 종료 후~ 재판 확정 전
'법률'의 범위: 총체적 법률상태,

(형식적 의미의 법률 + 명령.규칙 등도 포함 + 형법 외 형법에 영향 미치는 다른 법률들(민법, 행정법등)도 포함 + 한시법 포함여부는 견해대립

⇒ 포함(추급효부정설) or 불포함(추급효인정설))

. 범죄가 안 되는 경우: 신법적용하여=> 면소판결! (추급효부정)

③ 재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 **형의 집행을 면제**한다

<3항>: because of 형평성

- 형소법 제326조: 범죄후 법령개폐로 형이 폐지 시
→ 면소판결

* 형소법 제326조 (면소의 판결)

다음 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다.

1. 확정판결이 있을 때
2. 사면이 있을 때
3. 공소의 시효가 완성되었을 때
4. 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때

1. 면소판결 (형사소송법 326조)

재판권의 부존재, 확정판결의 존재, 공소시효 완성 등으로 법원이 유무죄의 실체판단에 들어가지 않은 채 사건 종료시키는 것

2. 형면제 판결

법원의 심리 결과 유죄 인정할 수 있어 형벌선고해야 하나 친족상도례로 형면제되는 경우로 인해 유죄는 인정하나 형벌선고 안하는 것

3. 형집행면제

법원에서 유죄판결하여 형벌선고하였으나 사면 등으로 형벌을 현실적으로 집행받지 않게 되는 것

4. 공소기각판결(형소법 327조)

공소제기절차가 법률규정에 위반하여 무효인 경우, 공소제기된 사건이 재기소된 경우, 친고죄의 고소가 취소된 경우 등의 형식판결

5. 유,무죄 판결

(4) 장소적 효력범위

[원칙] 속지주의 屬地主義원칙 + [보충] 속인주의屬人主義와 보호주의

- 속지주의(제2,4조): 자국영역 내(영토,영공,영해) 범죄에 대해 관할권
(기국주의 포함-제4조)
- 속인주의(제3조): 자국민의 범죄에 대해 관할권
- 보호주의(제5,6조): 자국민에 대한 범죄에 대해 관할권
- 세계주의: 범죄통제를 위한 국제연대(테러범죄.돈세탁방지)

(5) 인적 적용범위

[원칙] 시간.장소적 범위 내에서 모든 사람에게 적용

[예외]

- 대통령(헌법 제84조); 재직 중 형사소추 금지(cf내란외환죄)
- 국회의원(헌법 제45조); 직무상 발언, 표결에 대한 면책특권
- 치외법권; 외국의 원수, 외교관 및 그 가족 등
- 외국의 군대