### 【살인의 죄】

- 1. 살인죄의 의의- 형법에 있어서의 생명보호
  - 절대적 생명보호의 원칙(헌법 제10조)
  - 살 가치 없는 생명은 있을 수 없음.
- 2. 구성요건의 체계
- (1) 기본적 구성요건 살인죄(제250조 1항)
- √2) 살인죄에 대한 가중적 구성요건 존속살해죄(제250조 2항,책임가중)
- (3) 감경적 구성요건 영아살해죄(제251조) → 책임감경
  촉탁,승낙에 의한 살인죄(제252조 1항) → 불법감경
  자살 교사,방조죄(제252조 2항) → 불법감경
- (4) 위의 죄 모두 미수범 처벌(제254조)
- (5) 제250조와 제252조는 예비,음모를 처벌(제255조)

- 1. 구성요건
  - (1) 객관적 구성요건
    - 1) 행위의 객체 사람
    - ① 사람의 시기 출생
    - ② 사람의 종기 사망
  - 2) 행위 살해
  - ① 살해의 태양
    - 살해의 수단,방법에는 제한 없음.
    - 부작위에 의한 살인도 가능
  - ② 기수시기
    - 본죄는 침해범
    - 사망이라는 결과에 이른 때에 본죄는 기수

- (2) 주관적 구성요건 고의
  - 미필적 고의로도 족함
  - 인과관계인식도 고의의 내용
- 2. 위법성
- (1) 일반적 위법성조각사유
- (2) 안락사와 존엄사
- 3. 죄수
- 피해자의 수에 따라 결정
- 살인행위에 따른 의복의 손괴 불가벌적 수반행위

#### (1) 객관적 구성요건

- 1) 행위의 객체 사람
  - 생존능력의 유무는 묻지 않음.(뇌사상태에 있는 환자, 기형아, 불구자, 낙태에 의하여 출생하여 살 능력은 없으나 아직 살아 있는 영아, 불치병 환자, 사형판결이 확정된 사람 등도 포함)
  - 자살은 본죄에 해당하지 않음.
  - (판례) 자살을 결의하여 실행하고 있는 자를 타인이 살해한 때에는 여기의 사람에 해 당.
- ① 사람의 시기 출생
- i. 진통설(분만개통설) 통설,판례
- ii. 일부노출설 일본의 통설과 판례
- iii. 전부노출설 영미
- iv. 독립호흡설 폐에 의한 호흡
  - \* 제왕절개수술 자궁의 절개시
- \* 본죄의 객체가 사람임을 요하는 시기 행위가 그 객체에 작용하는 시기(독일의 통설)

- ⇒ 진통설이 타당
  - 형법은 태아에게 상해를 가하고나 과실로 낙태한 경우를 처벌하지 않음 분만 중의 영아의 보호필요성→분만중의 영아도 사람으로 봐야 함.
  - 형법 제251조는 영아살해죄를 규정하고 있는데 이는 타학설로는 설명이 불가능
- ② 사람의 종기 사망
  - i. 호흡종지설
  - ii. 맥박종지설 통설
  - iii.뇌사설

# 2) 행위 - 살해

- ① 살해의 태양
  - 살해의 수단, 방법에는 제한 없음.
  - → 간접정범에 의하여도 가능.
  - 부작위에 의한 살인도 가능

(판례) 감금한 자가 탈진상태에 빠져 있는 피해자를 구조하지 아니하여 죽게 한 경우

## ② 기수시기

- 본죄는 침해범
- 사망이라는 결과에 이른 때에 본죄는 기수
- (판례) 행위자의 행위가 피해자의 사망에 대한 유일한 원인이 되어야
  - 인과관계가 인정 되는 것은 아니다.
- 불능미수 가능(위험성이 있을 경우)

치사량 미달 - 불능미수

피해자에게 치사량미달이였으나 일반적으로는 사람을 살해할 수 있는 정도일 경우

:장애미수

## (2) 주관적 구성요건 - 고의

- (판례) 순간적 감정이나 우발적으로 사람을 살해할 것을 결의한 때에도 살인의 확정적 고의를 인정.
- 미필적 고의로도 족함

(판례) 피해자가 맞아 죽어도 무방하다고 생각하고 총을 발사한 경우

/돌이나 각목으로 사 람의 머리를 강타한 경우

/칼로 사람의 복부나 목을 찌른 경우

/사람의 목을 조르는 경우

/질주하는 차에서 사람을 추락시킨 경우

- 인과관계인식도 고의의 내용

# 2. 위법성

- (1) 일반적 위법성조각사유
- 피해자의 승낙은 본죄의 위법성조각사유가 될 수 없음.
- 긴급피난도 위법성이 조각되지 않음.
- 정당방위는 가능
- (2) 안락사와 존엄사
- 1) 안락사 간접적 안락사(고통제거의 부수적 결과로써 생명단축이 발생)의 경우만 허용.
- 2) 존엄사 사기에 임박한 환자의 존엄사는 위법성 조각

- III. 존속살해죄
- 1. 의의
- 부진정신분범
- 2. 구성요건
- (1) 자기 또는 배우자의 직계존속
- 1) 직계존속
- ✓ 법률상의 개념(인지절차를 완료해야):민법에 의한 친자관계
- 타인사이라도 입양관계가 성립(합법절차)하면 직계존속
- 양자가 양친을 살해한 경우 : 본죄에 해당혼인외 출생자가 그 생모를 살해한 경우 : 본죄에 해당
- 혼인외 출생자가 그 생부를 살해한 경우 : 본죄에 해당하지 않음.

# 2) 배우자

- 법률상의 배우자
- 사망한 배우자의 직계존속을 살해한 경우 : 본죄성립하지 않음.
- 배우자의 신분관계는 살해행위에 착수했을 때 존재하면 족함.

# (2) 고의

- 존속살해의 의사로 살인죄를 발생케 한 경우는 살인죄에 해당.

## IV. 감경적 구성요건

#### 1. 영아살해죄

- (1) 의의
  - 감경이유: 행위자의 책임이 감경(비정상적인 심신상태)
- (2) 구성요건
- 1) 주체
  - 사실상의 직계존속도 포함
  - \* 직계존속의 범위(견해대립)

통설: 직계존속은 모두 본죄의 주체

이재상: 산모에 제한(감경이유를 고려해 볼 때)

#### 2) 객체

- 분만중(진통시부터 전부노출시까지) 또는 분만직후의 영아. 여기에서 분만직후는 심리적으로 파악해야 하는 개념으로 분만으로 인한 흥분상태가 계속되는 동안을 의미.

#### 3) 행위 - 살해

- 부작위에 의해서도 가능
- 치욕을 은폐하기 위한 경우: 개인이나 집안의 명예를 지키기 위한 경우예) 강간으로 인한 임신, 과부나 미혼모가 사생아를 출산하는 경우
- 양육할 수 없음을 예상한 경우 : 경제사정
- 기타 참작할 만한 동기로 인한 경우
  - : 조산으로 인하여 생육할 가능성이 없거나, 불구 또는 기형아를 출산하는 경우

### (3) 공범

- 제33조 단서가 적용
  - \* 갑남이 산모을을 교사,방조하거나 공동하여 본죄를 범한 경우

을 : 본죄의 정범

갑:살인죄의 공범 또는 공동정범

= 산모 을이 갑을 시켜 본죄를 범한 경우도 같음.

### 2. 촉탁, 승낙에 의한 살인죄

### (1) 의의

- 동의살인죄/ 감경이유 : 불법이 감경(자살관련죄와 유사)
- 객체: 촉탁 승낙의 능력자
- 착수시기- 살해행위에 착수한 떄

# (2) 구성요건

- 1) 촉탁과 승낙
- ① 촉탁,승낙의 의의
- 촉탁: 이미 죽음을 결의한 피해자의 요구에 의하여 살해의 결의를 하는 것.
  행위자의 의사에 적극적으로 영향을 미쳐야 한다.
- 승낙 : 살해의 결의를 한 자가 피해자로부터 이에 대한 동의를 받는 것. 이는 명시적일 필요는 없지만, 촉탁은 직접적,명시적이어야 한다.
- 촉탁, 승낙은 살해행위 이전에 있어야 한다. 또는 이는 취소가 가능하다.

#### ② 촉탁,승낙의 요건

- i) 촉탁,승낙은 피해자의 진의에 의한 것일 것. 따라서 일시적 기분에 의한 촉탁,승낙도 진의에 의한 것 아님.
- ii) 진지한 촉탁,승낙 생명의 가치와 반가치를 판단할 수 있는 능력이 있을 것을 전제.
  예) 의사결정 무능력자,판단무능력자,정신병자,명정자,중독/우울
  /일시적 흥분 상태에서 의 촉탁,승낙

## 2) 고의

- : 피해자의 진의에 의한 촉탁 또는 승낙이 있음을 인식하는 것도 고의의 내용
- 촉탁, 승낙이 없음에도 불구하고 있다고 오인한 경우 : 본죄성립(제15조 1항)
- 촉탁,승낙이 있음에도 불구하고 없다고 오인한 경우(견해대립)

## 3. 자살교사, 방조죄(=자살관여죄)

- (1) 의의
  - 형법은 자살을 벌하지 않음(이유에 대한 견해대립)
  - 촉탁,승낙에 의한 살인죄와 같은 형으로 처벌.
  - 총론상의 공범에 관한 규정의 특칙.
- (2) 구성요건
- 1) 주체 모든 자연인
- 2) 객체 자기 또는 배우자의 직계존속도 해당 자살이란 자유로은 의사결정에 의하여 생명을 단절하는 것.
- 이러한 의사결정능력이 없는 유아와 정신병자는 본죄의 객체가 될 수 없음.

## 3) 행위

- ① 교사와 방조
- 교사 : 자살의사 없는 자에게 자살을 결의하게 하는 것
- 방조 : 이미 자살을 결의하고 있는 자에게 도움을 주어 자살을 용이하게 하는 것.
- 착수시기: 자살을 교사 방조한 떄

#### ② 자살

- 교사,방조와 자살사이에 인과관계가 있어야
- 자살의 의미를 이해할 능력이 없는 자를 교사 또는 방조한 경우
  - : 살인죄의 간접정범
- ③ 촉탁,승낙에 의한 살인죄의 구별
- 정범과 공범의 구별문제: 행위지배 또는 실행지배의 유무에 의하여 그것이 없는 경우 본죄가 성립
- # 타인을 교사하여 자살을 결의하게 하고 나아가 그 촉탁을 받아 살해한 경우
  - 촉탁살인죄만 성립.

## VI. 살인 예비,음모죄

- 예비: 실행에 착수하지 않는 것 객관적인 준비행위가 있을 것. 예)권총을 교부하면서 살인하려고 하는 것, 행동자금을 교부하는 경우.
- 음모: 2인 이상의 자 사이에 성립하는 범죄실행의 합의
- 미필적 인식으로는 부족 따라서 적어도 살해할 대상자는 구체적으로 특정되어야
- 중지미수의 성립여부
- (판례) 부정
- (통설) 긍정: 형의 균형과 중지범의 입법취지상