

[위법성이론]

1. 위법성의 의의

'법질서 전체'의 관점에서 객관적으로 모순 충돌하는 것

2. 위법성과 불법과의 관계

(1) 위법성

- 1) 전체법질서에 반한다는 추상적인 **관계개념**, 규범과 행위의 충돌
- 2) 성질 - 단일하며 동일

(2) 불법

- 1) 위법한 행위와 결과 그 자체 = **실체개념**
- 2) 성질

질과 양의 정도에 차이가 있다-살인의 불법 > 상해의 불법

3. 소극적 성격

- (1) 불법여부의 최종적 판단
- (2) 구성요건에 해당하는 행위의 위법성이 위법성조각사유에 의하여 **조각 되는가** 라는 소극적 의미를 가질 뿐이다.
- (3) 적극적 형태로 제기되지 않는 이유는 범죄 유형적 위법성은 구성요건해당성에 의하여 **징표**되기 때문 (위법성론에서는 구성요건에 해당하는 위법성만이 문제되기 때문)

II. 구성요건해당성 및 책임과의 관계

1. 구성요건해당성과의 관계

- (1) 무관계설
- (2) 존재근거설
- (3) 인식근거설(통설)

2. 책임과의 관계

- 1) 위법성 - **행위**에 대한 **객관적** 반가치판단
- 2) 책임 - **행위자**에 대한 **주관적** 반가치판단

1. 위법성의 본질

(1) 형식적 위법성론

- 1) 규범에 대한 형식적 위반으로 보는 견해
- 2) 빈딩 "범죄는 규범에만 위반하는 것이다."
- 3) 비판
 - ① 실질적 내용이 없어 내용이 공허하다.
 - ② 구성요건에 해당하는 행위는 형식적으로 위법하게 되므로 형식적 위법성은 구성요건의 충족 이상의 의미를 가지고 있지 않다.

(2) 실질적 위법성론

- 권리침해, 법익침해, 사회질서위반 등 실질적 내용에서 파악하려는 견해
- 책임무능력자의 행위도 사회질서 위반이면 위법하기에 정당방위가 가능하다.
- ☞ 입법자에게 신범죄화와 비범죄화의 지침을 제공하고, 불법을 경중에 따라 구별하며, 초법규적 위법성조각사유'를 인정하게 된다.

<법익침해설 (통설) >- 사회유해적인 법익의 침해에 위법성의 본질이 있다.

2. 위법성의 평가방법

(1) 객관적 위법성론

- 1) 위법성- 객관적 평가규범으로서의 법규범에 위반하는 것 (통설)
- 2) 일반적, 객관적 **기준**에 의한 판단을 의미할 뿐, 위법성판단의 대상까지 반드시 객관적 요소만을 의미하는 것은 아니다.

(2) 주관적 위법성론- 주관적인 의사결정규범

	객관적 위법성론	주관적 위법성론
형법의 규범적 성격	평가규범	의사결정규범
규범의 수명자	모든 사람	책임능력자
책임무능력자의 침해	위 법	적 법
이에 대한 반격	정당방위	긴급피난
	결과반가치	행위반가치

[위법성조각사유]

- 구성요건에 해당하는 행위는 원칙적으로 위법
- 일반적인 금지규범이나 명령규범은 구체적인 경우의 대립규범으로서 허용규범을 내포-위법성조각사유
- 구성요건과 위법성조각사유는 원칙과 예외의 관계
- 구성요건에 해당하는 행위는 위법성조각사유가 없는 한 위법하다
- * 위법성조각 → 적법 → 형벌 X → 보안처분 X → 공범 X → 정당방위 X
- * 책임조각 → 위법 → 형벌 X → 보안처분 O → 공범 O → 정당방위 O

1. 의의

- 조각되어 처음부터 적법한 행위로 평가되어지는 것
- * 결과반가치 → 객관적 정당화 상황
- * 행위반가치 → 주관적 정당화 요소

2. 위법성조각사유의 법적 효과

- **적법**하다는 의미

[주관적 정당화 요소위법성조각의 일반원리]

- 위법성조각사유를 인정하기 위한 주관적 측면
- 위법성조각사유에 해당하기 위해서는 위법성조각사유의 객관적 요건이 존재하는 것으로 족하지 않고 정당화상황을 인식하고 이에 기하여 행위하였을 것이 필요
- 방위의사, 피난의사, 자구의사, 승낙

1. 의의

- 정당화 상황을 인식하고 이에 기하여 행위한다는 의사.
→ 고의와 대칭되는 개념으로, 위법성조각사유의 성립요건이다.(통)

2. 주관적 정당화요소의 요부

- (1) 불요설 - 결과반가치일원론, 객관적 위법성론
- (2) 필요설 (통, 판) - 인적불법론, 소극적구성요건표지이론

3. 주관적 정당화요소의 내용

(1) 문제점

- 1) 필요설에서도 내용이 목적, 동기까지 이를 것을 요하느냐에 견해가 대립한다.
- 2) 정당화요소가 필요할 경우 의욕하는 의사적 요소가 필요한가의 문제

(2) 정당화상황인식 요구설

(3) 정당화상황인식 + 정당화의사 요구설 (多)

→ 주관적요건 결할 경우 : 불능미수범설

(4) 개별적 검토설

- 1) 피해자의 승낙 - 의사적 요소가 필요 X
- 2) 정당방위, 긴급피난, 자구행위 - 의사적 요소 필요 O

(5) 의무 합치적 심사 요구설 - 성실한 검토의무

[위법성조각사유]

정당방위(제21조 제1항)

"자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다."

긴급피난 (제22조)

제1항 "자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다."

제2항 "위난을 피하지 못할 책임이 있는 자에 대하여는 전항의 규정을 적용하지 아니한다."

제3항 "전조 제2항과 제3항의 규정은 본조에 준용한다."

자구행위 (제23조)

제1항 "법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다."

제2항 "전항의 행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다."

피해자의 승낙 (제24조) "처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다."

[정당방위의 성립요건]

1. 현재의 부당한 침해가 있을 것

(1) 침해

1) 고의, 과실, 작위, 부작위

ex) 퇴거불응자 강제퇴거, 강제로 젖을 먹이게 하는 경우

2) 단순한 계약상의 채무불이행에 대해서는 정당방위가 인정되지 X

3) 인간의 행위이어야 한다.

4) 동물의 공격 -사육의 고의, 과실의 경우 인정 (없으면긴급피난의 문제)

(2) 침해의 현재성

- 법익에 대한 침해가 당장 급박한 상태에 있거나, 행해지거나, 계속

- 과거, 장래의 침해에 X

- 현재의 침해는 '객관적 상황'에 따라 결정

- 현재성의 판단시점 - 효과발생시(침해행위시) (

2) 계속적,지속적 위험

① 문제점 - 예방적 정당행위의 문제

② 정당방위의 성부

A. 판례 - 김보은양 사건 → 현재성은 인정하였으나, 상당성을 부정하여
정당방위 부정

"사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 아니한다."

B. 다수설 - 현재성은 엄격하게 해석하여야 하고, 반복위험 장래위험에
는 방위나 정당방위가 인정되지 않는다.

③ 긴급피난의 성부 - 현재의 위난에 해당할 수 있다.

(3) 침해의 부당성

형법상 구성요건에 해당하는 행위에 한하지 않고, 법질서 전체에 반하는 위법행위

2. 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위

(1) 자기 또는 타인의 법익

(2) 방위하기 위한 행위

1) 방위행위 (방위의사)

① 적극적 방위행위 - 공격적

② 소극적 방위행위

③ 타인을 위한 정당방위의 경우 - 타인의 의사는 문제되지 않는다. (多)

④ 판례-방위의사는 주관을 표준으로 하는 동시에 객관적으로

사회통념상 방위의사를 추정할 수있어야 하며, 사회통념상 방위에 필요한 행위라고 용인할 만한 정도이어야 한다.

3) 싸움과 정당방위

① 원칙 (통, 판) - 공격의사와 방위의사가 교차하는 경우이므로 정당방위가 인정X

② 예외

A. 일방이 중지 후 재차 공격

B. 예상할 수 있는 범위를 초과한 과격한 공격

C. 외관상 격투처럼 보이거나 일방적으로 불법한 공격 - 소극적 저항수단

③ 판례

A. 서로 공격할 의사 - 정당방위 X

B. 묵지 할머니 사건 - 소극적 저항수단

- 피해자로부터 갑자기 왼쪽 뺨을 맞고 머리를 시멘트 바닥에 내리 찍히자
피해자의 다리를 1회 물어버린 경우 조각

(2) 침해의 현재성

1) 의의

- ① 법익에 대한 침해가 당장 급박한 상태에 있거나, 행해지거나, 계속되고 있는 것
- ② 과거, 장래의 침해에 X
- ③ 절도의 현행범을 추적하여 장물 탈환 - 정당방위(통)
- ④ 현재의 침해는 '객관적 상황'에 따라 결정
- ⑤ 현재성의 판단시점 - 효과발생시(침해행위시) (오답 - 방위행위시)
- ⑥ 절도범의 침입에 대비하여 담장에 감전장치 - 현재성 인정

2) 계속적, 지속적 위험

- ① 문제점 - 예방적 정당행위의 문제
- ② 정당방위의 성부

- A. 판례 - 김보은양 사건 → 현재성은 인정하였으나, 상당성을 부정하여 정당방위 부정 - "사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 아니한다."
- B. 다수설 - 현재성은 엄격하게 해석하여야 하고, 반복위험 방위나 장래위험에는 정당방위가 인정되지 않는다.

[김보은양 사건-판례 22번]

1. 문제제기

2. 정당방위의 성부

- (1) 현재의 부당한 침해 - 예방적 정당방위의 문제
- (2) 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위
- (3) 상당한 이유

* 판례 - X

3. 정당화적 긴급피난의 성부

- (1) 현재의 위난
 - 1) 정당방위의 현재성보다 넓게 보는 견해 - 인정 O
 - 2) 정당방위의 현재성과 구별하지 않는 견해 - 인정 X
- (2) 위난을 피하기 위한 행위
- (3) 상당한 이유 - X

4. 정당행위 - X

5. 면책사유의 존부

- (1) 초법규적 기대불가능성 - 인정 어렵다.
- (2) 면책적 긴급피난의 경우 - 면책적 긴급피난을 인정하는 견해에서는 책임이 조각될 수도 있다

[긴급피난의 성립요건]

1. 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난이 있을 것

(1) 현재의 위난

1) 행위성, 위법성 - 불요

2) 정당방위의 현재성 보다 넓게 인정된다. (多) → 계속적·지속적 침해의 위험이 있는 경우에도 현재성 인정

3) 현재성 판단 - 이성적 관찰자 (적격 있는 전문가)의 시각에서 객관적, 개별적, 사후적으로 판단

(2) 자초위난

1) 목적에 의한 자초위난과 고의의 자초위난

① 원칙 - 고의에 의한 자초위난 긴급피난 허용 X (통)

② 예외 - 기대불가능한 경우, 예상외의 위난이 초래된 경우에 상당성 인정되는 한 예외적으로 가능

③ 강간범 물린 손가락 빼다 치아결손 된 사건 - 긴급피난이 아니고 오히려 강간치상죄이다. (상당성 X)

2) 과실의 자초위난

① 상당성이 인정되는 한 긴급피난이 가능하다. (통)

② 금성호 사건

- 7샤클이면 피조개양식장 재물손괴의 점에 대한 미필적 고의 인정
하지만 태풍으로 선원의 안전을 위해 긴급피난으로 범죄가 성립하지 않는다.

(재산 vs 생명)

* 닻줄을 길게 풀어놓는 것보다는 다른 해상으로 미리 이동시키는 것이
더욱 바람직한 조치이었으나 이를 이행하지 않다가 당한 일이므로 행위자
스스로 어느 정도 책임이 있는 사안이다. 따라서 상당성 심사를 매우 엄격하게
해야 하는 사례유형에 해당한다.

(3) 자기 또는 타인의 법익 - 사회적,국가적 법익도 포함

2. 위난을 피하기 위한 행위

- (1) 피난행위 - 피난행위의 상대방은 위난과 관계없는 제3자가 될 수도 있다.
- (2) 피난의사 - 높은 가치의 이익을 보호하기위한 의사

3. 상당한 이유가 있을 것

- (1) 보충성의 원칙 - 유일한 수단

판) 비오는 날 노면이 미끄러운 상태 미끄러져 중앙선 침범
- 부득이하게 중앙선을 침범한 것이다.

- (2) 상대적 최소피난의 원칙

판) 신고 없이 한 집회가 부득이 한 것이었다고 볼 수는 없다.

(3) 균형성의 원칙

1) 의의

- ① 본질적으로 우월한 것이어야 한다.
- ② 생명, 신체 > 자유, 명예 > 재산
- ③ 구조가능성이 높을수록 법익 침해 근거도 강해진다.
ex) 불난 집 아기 구조위해 던진 것
- ④ 생명은 양적, 질적 교량의 대상이 아니다. 기대가능성을 고려한 면책의 가능성은 있다.

판) 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할뿐더러 기형아 가능성도 없지 않다는 판단에 부득이 의사의낙태수술행위는 정당행위 내지 긴급피난에 해당되어 위법성이 없는 경우에 해당된다.

2) 방어적 긴급피난의 경우 - 완화

(4) 수단의 적합성의 원칙

1) 목적에의 적합한 수단 (목적설에 기초)

2) 생명을 구조하기 위해 제3자의 혈액을 강제 채혈하는 것은 적합성이 인정되지 않는다.

3) 부당하게 구속기소 된 피고인이 위증을 교사하거나 도주한 경우도 허용되지 않는다.

4) 판례

형법 제22조 제1항의 긴급피난의 '상당한 이유 있는 행위'에 해당하려면 ① 유일한 수단,

② 경미한 손해를 주는 방법, ③ 보전되는 이익이 우월, ④ 적법한 수단이어야 한다.

- 위성방송의 수신이 불가능하게 되자 경기동부방송의 시험방송 송출을 중단시키기 위해 방송 안테나를 절단하도록 입주자대표회의 회장이 지시한 것 - 긴급피난, 정당행위 X
- 낙선운동 - 시민불복종, 긴급피난, 정당행위 X
- 모의 건강상 이유로 군무이탈 - 긴급피난 X
- 뺨 한 대 맞고 핫김에 대검 뒷 자루로 치자 야전삽으로 대항하던 중 대검으로 쇠골을 찔러 사망- 긴급피난 X



