



1 형법의 의의

1. 형법의 개념

형법은 범죄(법률요건)와 형벌 및 보안처분(법률효과)을 규정한 국가법규범의 총체를 의미한다.

2. 형법의 범위

(1) 형식적 의미의 형법(협의의 형법)

"형법"이라는 명칭을 가진 형법전만을 말하며 보통 형법이라고 할 때에는 이것을 의미한다.

(2) 실질적 의미의 형법(광의의 형법)

범죄와 형벌을 규정한 모든 실체적 형벌규범을 의미하며, 형법전을 비롯하여 국가보안법, 폭력행위등처벌에관한법률, 특정범죄가중처벌등에관한법률, 도로교통법, 경범죄처벌법, 식품위생법, 조세범처벌법 등이 포함된다.

3. 형법의 기능

(1) 보호적 기능

- ① 법익보호 : 형법은 일정한 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 형벌을 과함으로써 법익을 보호하는 기능을 한다(결과측면의 보호).
- ② 사회윤리적 행위가치보호 : 형법은 사회공동체의 일원으로서 개인이 실천해야 할 행위의 가치를 보호하는 기능도 갖는다(행위측면의 보호).
- ③ 형법의 보충성의 원칙 : 형법은 형벌이라는 가장 강력한 수단을 사용하는 것이므로 다른 수단에 의하여는 법익을 보호하기가 불가능하거나 부적절한 경우에 최후의 수단으로서 보충적으로 적용되어야 한다.

(2) 보장적 기능

형법이 국가형벌권의 발동한계를 명확하게 하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 국민의 자유와 권리를 보장하는 기능으로서, 죄형법정주의가 근본원리이다. 자유민주주의사회에서 가장 강조되는 기능이며 마그나 카르타(Magna Charta)적 기능이라고도 한다. 형법의 보호적 기능과 보장적 기능은 상호 모순관계에 있다.

① 일반국민의 마그나 카르타

② 범죄인의 마그나 카르타

■ 2 범죄의 개념

1. 형식적 범죄개념

형벌법규에 의하여 형벌이 과하여지는 행위, 즉 범죄는 구성요건에 해당하는 위법하고 책임 있는 행위를 말하며 범죄의 법률적 의의라고도 한다. 형법의 해석을 통하여 형벌권의 구체적 범위를 확정함으로써 형법의 보장적 기능에 이바지한다. 구성요건해당성, 위법성, 책임성이 범죄성립요건으로 되며, 이들을 범죄성립의 3요소라고도 한다.

2. 실질적 범죄개념

실정형법의 범죄개념과 무관하게 범죄의 본질을 추구하는 범죄개념으로 범죄란 사회적 유해성 내지 법익을 침해하는 반사회적 행위를 의미한다. 범죄의 본질에 관한 문제로서 형사정책의 중요한 수단이 되므로 범죄의 형사정책적 의의라고도 한다.

3. 양 개념의 관계 : 상호보충적인 관계

■ 3 범죄의 성립요건

(1) 구성요건해당성 : 구체적인 범죄사실이 형법 각 본조가 규정하는 추상적 구성요건에 해당하면 구성요건해당성이 인정되며, 아무리 반사회적·반도덕적 행위라도 구성요건에 해당하지 않으면 범죄는 성립하지 않는다.

(2) 위법성 : 구성요건에 해당하는 행위가 법률상 허용되지 않는 성질을 말하며, 구성요건에 해당하는 행위는 원칙적으로 위법하다고 할 수 있다.

(3) 책임성 : 당해 행위를 한 행위자에 대한 비난가능성을 말한다.

■ 4 범죄의 처벌조건

일단 성립한 범죄를 처벌하기 위한 조건, 즉 성립한 범죄에 대하여 형벌권을 발동시키기 위한 조건을 말한다.

① 특 징

- 처벌조건이 결여되어 벌할 수 없는 경우에도 공범의 성립과 정당방위가 가능하다.
- 처벌조건에 대한 인식은 고의의 인식대상이 아니므로 이에 대한 착오는 범죄성립에 영향이 없다.

- 성립요건을 결하면 무죄판결, 처벌조건을 구비하지 못하면 형면제판결을 해야 한다.

- ② 객관적 처벌조건 : 범죄의 성부와 관계없이 일단 성립한 범죄의 가벌성만을 좌우하는 외부적 · 객관적 사유를 말하며, 가벌조건 또는 혐의의 처벌조건이라고도 한다.

예) 사전수뢰죄에 있어서 공무원 또는 중재인이 된 사실(§ 129 ②)과 파산범죄에 있어서 파산선고가 확정된 때(파산법 § 366, § 367)

- ③ 인적 처벌조각사유 : 이미 성립한 범죄에 관하여 행위당시에 존재하는 행위자의 특별한 신분관계로 형벌권이 발생하지 않는 경우를 말한다.

예) 친족상도례에서의 직계혈족 · 배우자 · 동거친족가족 그 배우자, 국회의원의 면책특권, 외교사절의 외교특권

5 범죄의 소추조건

일단 성립한 범죄의 소추에 필요한 조건, 즉 공소제기와 소송수행을 위하여 소송법상 요구되는 조건을 말하며, 소송조건이라고도 한다. 처벌조건을 결한 경우에는 형면제의 실체재판을 하고, 소송조건을 결한 경우에는 공소기각 등 형식재판을 한다.

① 친고죄

공소제기를 위하여는 피해자 기타 고소권자의 고소가 있을 것을 요하는 범죄를 말하며, 정지조건부 범죄라고 한다.

i) 종류

(가) 상대적 친고죄 : 범인과 피해자 사이에 일정한 신분관계가 있음으로써 비로소 친고죄로 되는 것

(나) 절대적 친고죄 : 상대적 친고죄 이외의 친고죄

ii) 구별이유

(가) 절대적 친고죄 : 고소의 주관적 불가분의 원칙 적용

(나) 상대적 친고죄 : 고소의 주관적 불가분의 원칙 부적용

- ② 반의사불벌죄 : 피해자의 고소가 없더라도 공소제기는 가능하나 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소제기를 할 수 없는 범죄를 말하며, 해제조건부 범죄라고 한다.

- ③ 특별법상의 고발 : 조세범처벌법 제6조, 관세법 제200조에서는 관계공무원의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

CF) 친고죄와 반의사불벌죄 비교

	친고죄	반의사불벌죄
기타	모욕죄(제311조), 비밀침해죄(제316조), 업무상비밀누설죄(제317조), 사자명예훼손죄(제308조)	외국원수에 대한 폭행·협박·모욕죄(제107조), 외국사절에 대한 폭행·협박·모욕죄(제108조), 외국국기·국장모독죄(제109조), 폭행·존속폭행죄(제260조) 협박·존속협박죄(제283조), 명예훼손죄(제307조), 출판물 등에 관한 명예훼손죄(제309조), 과실상해죄(제266조)
친족상도례규정	절도, 사기, 공갈, 횡령, 배임, 장물, 권리행사방해죄의 일부(제328조 참조)	※ 특수폭행죄(제261조), 특수협박죄(제284조), 학대·존속학대죄(제273조), 업무상과실·중과실상해죄(제268조) 등은 반의사불벌죄가 아니다.

강조 • 사자명예훼손죄는 친고죄이나 명예훼손죄는 반의사불벌죄임에 유의

출처 : 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022, 81쪽

CF) 범죄의 성립요건·처벌조건·소추조건의 구별실익

구 분	성립요건	처벌조건	소추조건
재판의 종류	성립요건 구비시 유죄 판결 성립요건 결여시 무죄 판결	객관적 처벌조건의 결여시 형 면제 판결	소추조건 결여시 공소기각 판결
고의의 인식대상	구성요건 해당사실 → 인식 결여시 고의조각	처벌조건·소추조건은 고의의 인식대상 아님 → 인식 결여 시 고의불조각	
정당방위의 가능성	위법성이 조각된 행위 → 정당방위 불가	처벌조건·소추조건이 결여된 행위에 대해서도 정당방위 가능	
간접정범·공범의 성립 가능성	구성요건해당성·위법성이 결여된 타인의 행위 이용 시 → 간접정범 성립	처벌조건·소추조건이 결여된 타인의 행위 이용 시 → 공범 성립(간접정범은 성립 안 됨)	

출처 : 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022, 81쪽

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1. 죄형법정주의 개념

죄형법정주의는 어떠한 행위가 범죄로 되며, 그 범죄에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가를 미리 성문의 법률로 규정해 놓아야 한다는 원칙으로서 죄형전단주의에 대립하는 주의이다.

1. 죄형법정주의의 기능

국가권력에 의한 형벌권의 자의적 행사를 방지함으로써 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 형법의 최고원리이다(형법의 보장적 기능).

2. 실정법적 근거

(1) 헌법상의 규정

- ① 제12조 제1항은 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다.
- ② 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다.”고 규정하여 죄형법정주의를 선언하고 있다.

(2) 형법상의 규정

제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.”고 규정하여 죄형법정주의에 의한 소급효금지의 원칙을 선언하고 있다.

3. 연혁과 사상적 배경

(1) 연 혁

- ① 영국 : 죄형법정주의의 기원은 영국의 대헌장(Magna Charta)에서 유래하며, 권리청원, 인신보호법, 권리장전 등을 통하여 계승되었다.
- ② 미국 : 1776년 버지니아 권리장전에 표현되었고, 1787년 헌법은 ‘형사사후법의 금지’ 및 ‘법률의 적정한 절차’를 규정하여 죄형법정주의를 최초로 헌법상의 원칙으로 선언하였다.
- ③ 프랑스 : 1789년의 인권선언에서 명문으로 인정되었고, 1810년 나폴레옹 형법은 죄형법정주의를 형법에 최초로 규정하였다.

(2) 사상적 배경

- ① 계몽주의·자연법사상

- ② 책임주의
- ③ Montesquieu의 권력분립론
- ④ Feuerbach의 심리강제설

■ 2. 죄형법정주의 내용

1. 관습형법금지의 원칙(법률주의, 성문법주의)

- (1) 관습법에 의한 형의 가중·처벌 → 불허
- (2) 관습법에 의한 성문형법규정 폐지, 구성요건의 축소, 형의 감경 → 허용
- (3) 관습법에 의한 간접적 법원성(성문형법규정 해석) → 형법의 개념이 민법 또는 행정법 등 다른 법률에 의존하고, 그 다른 법률이 관습법의 법원성을 인정할 경우에도 관습법은 간접적으로 형법의 법원이 된다(오영근, 『형법총론』 46면).
- (4) 관습법에 의한 책임조각사유, 인적 처벌조각사유, 위법성조각사유의 인정 → 허용

cf) 위임입법의 허용조건

- ① 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우일 것
- ② 수권법률(위임법률)이 구성요건에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 범위를 명확히 규정할 것

[관련판례]

공공기관의 운영에 관한 법률 제53조가 공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조의 적용에서는 이를 공무원으로 본다고 규정하고 있을 뿐 구체적인 공기업의 지정에 관하여는 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정하였더라도 죄형법정주의에 위배되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다(大判 2013.6.13, 2013도1685).

II. 소급효 금지의 원칙

- (1) 소급입법의 금지 : 입법자의 자의로부터 개인의 자유와 안전 보장
- (2) 소급적용의 금지 : 법관의 자의로부터 개인의 자유와 안전 보장
- (3) 불이익한 법률의 소급효 금지

[관련판례]

보험사기방지법은 2016. 3.29. 법률 제14123호로 제정되어 같은 법 부칙에 따라 공포 후 6개월이 지난 2016. 9.30.부터 시행되었다. 따라서 보험사기방지법이 시행되기 전에 피고인이 피해자 회사에 보험금을 청구하여 보험금을 지급받아 기수에 이른 범행에 대해서는 피고인을 보험사기방지법 위반죄로 처벌할 수 없다(대법원 2022. 1.13. 2021도10855 나이롱환자 소급 처벌 사건)

(4) 보안처분도 소급효 금지

- ① 긍정설 : 보안처분도 형벌 못지않은 자유제한처분이기 때문이다. 독일 형법과 달리 보안처분의 소급효를 인정하는 명문규정이 없는 우리 형법에서는 보안처분에도 소급효 금지의 원칙이 적용되어야 한다(다수설).
- ② 부정설 : 보안처분은 과거의 불법에 대한 책임에 기초하는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회방위를 위한 합목적적인 조치이므로 소급효 금지의 원칙이 적용되지 않는다는 견해이다(판례).

[관련판례]

1. 보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분의 성격을 갖는 것으로서 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치이므로, 그에 관하여 반드시 행위 이전에 규정되어 있어야 하는 것은 아니며 재판 시의 규정에 의하여 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 해석이 형벌불소급의 원칙 내지 죄형법정주의에 위배되는 것이라고 볼 수 없다(대법원 1997. 6.13. 97도703 보호관찰 소급적용 사건)
2. 법원이 형을 양정함에 있어서 참고할 수 있는 자료에 달리 제한이 있는 것도 아닌 터에 법원이 양형기준이 발효하기 전에 공소가 제기된 범죄에 관하여 형을 양정함에 있어서 양형기준을 참고자료로 삼았다고 하여 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있다고 할 수 없다.(대법원 2009.12.10. 2009도11448 양형기준 소급적용 사건)
3. 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지지만 한편으로 이는 가정폭력범죄행위에 대하여 형사 처분 대신 부과되는 것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로 이에 대하여는 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다(대법원 2008. 7.24. 2008어4 사회봉사 200시간 사건).

(5) 판례의 변경

판례를 변경하여 그 변경 이전의 행한 범죄를 처벌할 수 있는가의 문제인 바, 학설은 대립

하나 통설, 판례는 소급효금지의 원칙을 부정한다.

[관련판례]

형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 형법 조항에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여 이로써 그 법률조항 자체가 변경된 것이라고 볼 수는 없으므로, 행위 당시의 판례에 의하면 처벌 대상이 되지 아니하는 것으로 해석되었던 행위를 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 형법 조항에 근거하여 처벌한다고 하여 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다. (대법원 1999. 9.17. 97도3349 판례 변경 처벌 사건)

(6) 소급법규정

소급효 금지의 원칙은 범죄의 성립과 처벌에 관한 실체법규정에 대하여만 적용되므로 소수법규정에 대하여는 적용되지 않는다(통설·판례). 하지만 소급효부정설은 소급효 금지의 원칙은 실체법뿐만 아니라 절차법적 문제도 함께 규정하고 있기 때문에 금지의 원칙이 적용되어야 한다는 견해이다(오영근, 『형법총론』 56면).

3.. 명확성의 원칙

(1) 구성요건의 명확성

가능한 한 명백하고 확장할 수 없는 개념을 사용하여야 하며, 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 있어야 한다.

(2) 제재의 명확성

형법은 그 범죄에 대하여 어떤 형벌 또는 보안처분을 과할 것인가를 정하여야 한다. 그러나 절대적 형벌은 형사정책적으로 불합리하므로 형벌의 종류와 범위를 특정하면 된다.

[관련판례]

1. 법규범의 문언은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없는 것이기 때문에 명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서, 그 문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다. (대법원 2008.10.23. 2008초기264)
2. 부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에 의하면 ‘동조 제1항에 예비, 음모와 미수는 처벌한다’고 규정하고 있으나 동 예비, 음모의 형에 관하여 아무런 규정이 없으며, 이를 본범이나 미수범에 준하여 처벌함은 죄형법정주의 원칙상 허용할 수 없으니 결국 위 소위는 처벌할 수 없다. (대법원 1979.12.26. 78도957 마산시위 발포명령 사건)

4. 유추해석 금지의 원칙

(1) 형벌법규의 모든 요소에 대하여 적용

(2) 피고인에게 불리한 유추해석 → 불허

(3) 피고인에게 유리한 유추해석 → 허용

(4) 소송법규정의 유추해석 → 허용(다수설)

(5) 확장해석과 유추해석의 한계

- ① 확장해석의 의의 : 어의의 최대한의 한계 내에서 지금까지의 구성요건해석에는 포섭되지 않던 사례를 목적론적 견지에서 최대한 넓게 적용하는 것
- ② 확장해석의 허용 : 확장해석은 구성요건상의 어의의 한계 내에 속하므로 허용
- ③ 확장해석과 유추해석의 구별기준 : 문제된 법규의 어의의 최대한의 한계
- ④ 허용여부 : 통설은 확장해석과 유추해석을 구별하여 확장해석은 허용되나 유추해석은 원칙적으로 금지된다고 본다. 그러나 판례는 확장해석이나 유추해석을 구별하지 않으며 모두 금지된다고 판시하고 있다.

[관련판례]

- 1. 유기징역형에 대한 법률상 감경을 하면서 형법 제55조 제1항 제3호에서 정한 것과 같이 장기와 단기를 모두 2분의 1로 감경하는 것이 아닌 장기 또는 단기 중 어느 하나만을 2분의 1로 감경하는 방식이나 2분의 1보다 넓은 범위의 감경을 하는 방식 등은 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다. (대법원 2021. 1.21. 2018도5475 손승 임의적 감경 새로운 해석론 사건)
- 2. 항로(航路)는 공중(空中)의 개념을 내포한 말로 지상(地上)의 항공기가 이동할 때 '운행중'이 된다는 이유만으로 그때 다니는 지상의 길까지 '항로'로 해석하는 것은 문언의 가능한 의미를 벗어나므로, 피고인이 푸시백(pushback) 중이던 비행기를 탑승구로 돌아오게 한 행위는 항공기의 '항로를 변경하게 한 것'에 해당하지 않는다. (대법원 2017.12.21. 2015도8335 손승 조현아 땅콩회항 사건)
- 3. 사전자기기록등위작죄에서 정한 '위작'의 포섭 범위에 권한 있는 사람이 그 권한을 남용하여 허위의 정보를 입력함으로써 시스템 설치운영 주체의 의사에 반하는 전자기록을 생성하는 행위를 포함하는 것으로 보더라도, 이러한 해석이 '위작'이란 낱말이 가지는 문언의 가능한 의미를 벗어났다거나 피고인에게 불리한 유추해석 또는 확장해석을 한 것이라고 볼 수 없다. (대법원 2020. 8.27. 2019도11294 손승 가상화폐거래량 허위입력 사건)
- 4. 법정·국회회의장모욕죄에 관한 형법 제138조에서의 '법원의 재판'에 헌법재판소의 심

판이 포함된다고 보는 해석론은 문언이 가지는 가능한 의미의 범위 안에서 그 입법 취지와 목적 등을 고려하여 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적 해석에 해당할 뿐 피고인에게 불리한 확장해석이나 유추해석이 아니다. (대법원 2021. 8.26. 2020도 12017 통합진보당 해산심판소동사건)

3. 국내에 있는 불특정 또는 다수인에게 무상으로 의약품을 양도하는 수여행위도 구 약사법 제44조 제1항의 ‘판매’에 포함된다고 보는 것이 체계적이고 논리적인 해석이다. (대법원 2011.10.13. 2011도6287 타미플루 구매사건)

■ 현대적의미의 죄형법정주의(적정성의 원칙)

(1) 의의

범죄와 형벌을 규정하는 법률의 내용은 기본적 인권을 실질적으로 보장할 수 있도록 적정해야 한다는 원칙

(2) 내용

- ① 헌법적 가치체계에 일치해야 한다.
- ② 필요 없으면 형벌 없다.
- ③ 불법 없으면 형벌 없다.
- ④ 죄형 간에 균형이 유지되어야 한다.
- ⑤ 책임 없으면 형벌 없다.

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 시간적 적용범위

형법이 어떠한 시기에 발생한 범죄에 관하여 적용되는가의 문제로서, 시제형법이라고도 한다. 특히 행위시와 재판시 사이에 형벌법규의 변경이 있는 경우에는 신·구 양법의 적용상의 문제가 생긴다.

I. 원칙 - 행위시법주의

제1조 【범죄의 성립과 처벌】① 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.

II. 예외 - 재판시법주의

제1조 【범죄의 성립과 처벌】② 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.

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

1. 행위시의 결정기준

형법의 시간적 적용범위를 결정하기 위해서는 행위시점을 확정하여야 하는데, 통설과 판례는 범죄의 실행행위 종료시를 행위시로 보고 있다.

[관련판례]

포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 '신법'을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(大判 2009.4.9, 2009도321 게임법 개정사건)

2. 범죄 후에 재판확정 전(前) 경한 형으로 법률이 변경된 경우(제1조 제2항 후단)

→경한 신법을 적용한다.

① 법률변경

- i) 신법의 형이 구법보다 경한 경우 : 신법 적용
- ii) 신법의 형이 구법보다 중한 경우 : 구법 적용
- iii) 신·구법의 형의 경중이 없는 경우 : 구법 적용.
- iv) 행위시법과 재판시법 사이에 중간시법이 있는 경우 : 가장 경한 법 적용

② 신·구법 경중의 비교

- i) 법정형을 비교 : 주형, 부가형 포함, 제50조가 기준
- ii) 가중·감경할 형이 있는 때 : 가중·가감한 형을 비교(판례)

[관련판례]

형법 제1조 제2항 및 제8조에 의하면 범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있으나, 신법에 경과규정을 두어 이러한 신법의 적용을 배제하는 것도 허용된다(大判 1999.12.24, 99도3003).

형법 제257조 제1항의 가중적 구성요건을 규정하고 있던 폭처법 제3조 제1항(집단, 흥기등 상해)을 삭제하는 대신에 위와 같은 구성요건을 형법 제258조의2 제1항(특수상해죄)에 신설하면서 그 법정형을 폭처법 제3조 제1항보다 낮게 규정한 경우(대법원 2016. 1. 28, 1015도17907).

3. 재판확정 후 법률변경으로 그 행위가 범죄를 구성하지 않게 된 경우(제1조 제3항)

→ 형의 집행을 면제한다.

Ⅲ. 한시법

1. 한시법의 개념

(1) 협의의 한시법

일정한 유효기간을 미리 직접 명시하여 제정된 법률이나, 형벌법규의 폐지 이전에 유효기간이 정해진 법률만이 한시법이라는 견해이다(통설).

(2) 광의의 한시법

협의의 한시법 외에 법령의 내용이나 목적이 일시적 특수 사정에 대응하기 위하여 제정된 것이면 모두 한시법이라는 견해이다(판례).

2. 한시법의 추급효

(1) 문제점

한시법의 유효기간 중에 위반행위가 있는 후, 유효기간의 경과로 한시법이 폐지·실효된 후에도 처벌할 수 있겠는가?

(2) 학설

- ① 추급효부정설(통설, 판례)
- ② 추급효인정설
- ③ 동기설 (최근 대법원판례 폐기)

[관련판례]

형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 적용 여부를 판단하기 위한 기준과 방법 및 위 규정들이 말하는 '법령의 변경'의 의미 (이른바 '동기설'의 폐기 여부 - 적극) 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법보다 가벼

위진 경우에는 신법에 따라야 하고 (형법 제1조 제2항) 범죄 후의 법령 개폐로 형이 폐지 되었을 때는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다 (형사소송법 제326조 제4호). 이러한 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호의 규정은 입법자가 법령의 변경 이후에도 종전 법령 위반행위에 대한 형사처벌을 유지한다는 내용의 경과규정을 따로 두지 않는 한 그대로 적용되어야 한다. 따라서 범죄의 성립과 처벌에 관하여 규정한 형벌법규 자체 또는 그로부터 수권 내지 위임을 받은 법령의 변경에 따라 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 가벼워진 경우에는 종전 법령이 범죄로 정하여 처벌한 것이 부당하였다거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에 따라 변경된 것인지 여부를 따지지 않고 원칙적으로 형법 제1조 제2항과 형사소송법 제326조 제4호가 적용된다.(대법원 2022.12.22., 2020도16420 손승 동기설 폐기 사건)

2 장소적 적용범위

I. 형법의 태도

1. 속지주의의 원칙

① 속지주의

제2조 【국내법】 본법은 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다.

[관련판례]

1. 대한민국 국민이던 사람이 대한민국 국적을 상실하기 전 4회에 걸쳐 북한의 초청에 응하여 거주하고 있던 독일에서 출발하여 북한을 방문하였고 그 후 독일 국적을 취득함에 따라 대한민국 국적을 상실한 후에도 거주지인 독일에서 출발하여 북한을 방문한 사안에서 대한민국 국적을 상실하기 전의 방문행위는 국가보안법 제6조 제2항의 탈출에 해당하지만 대한민국 국적을 상실한 후의 방문행위는 국가보안법 제6조 제2항의 탈출개념에 해당하지 않는다.(송두울 교수사건, 大判 2008.4.17, 2004도 4899전합체)
2. 피고인이 북한의 지령을 받고 국내에 잠입하여 활동하던 중 그 목적수행을 위하여 서울 김포공항에서 대한항공편으로 중국 북경으로 출국한 후 중국 북경에서 북한 평양으로 들어간 행위는 대한민국 영역 내와 대한민국 영역 외에 있는 대한민국의 항공기 내 및 대한민국의 통치권이 미치지 아니하는 제3국에 걸쳐서 이루어진 것이라고 할 것인 바, 이와 같은 경우에는 비록 피고인이 캐나다 국적을 가진 외국인이라고 하더라도 형법 제2조, 제4조에 의하여 대한민국의 형벌법규가 적용되어야 할 것이고, 형법 제5조, 제6조에 정한 외국인의 국외범 문제로 다룰 것은 아니다(大判 1997.11.20, 97도2021).

② 기국주의

제4조 【국외에 있는 내국선박 등에서 외국인인 범한 죄】 본법은 대한민국 영역 외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기 내에서 죄를 범한 외국인에게 적용한다.

2. 속인주의의 가미

제3조 【내국인의 국외범】 본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.

① 취지 : 속인주의에 의하여 속지주의 보충

② 대한민국의 국적을 가진 자(범행 당시 대한민국 국민임을 요구함)

[관련판례]

1. 국제협정이나 관행에 의하여 대한민국 내에 있는 미국문화원이 치외법권지역이고 그곳을 미국 영토의 연장으로 본다 하더라도 그 곳에서 죄를 범한 대한민국 국민에 대하여 우리 법원에 먼저 공소가 제기되고 미국이 자국의 재판권을 주장하지 않고 있는 이상 속인주의를 함께 채택하고 있는 우리나라의 재판권은 동인들에게도 당연히 미친다 할 것이며, 미국문화원 측이 동인들에 대한 처벌을 바라지 않았다고 하여 그 재판권이 배제되는 것도 아니다(大判 1986.6.24, 86도403).
2. 형법 제3조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.”고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고, 또한 국가정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 좀 더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역개발지원에관한특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다(大判 2004.4.23, 2002도2518 ; 2001.9.25, 99도3337).

3. 보호주의

제5조 【외국인의 국외범】 형법은 대한민국 영역 외에서 내란의 죄, 외환의 죄, 국기에 관한 죄, 통화에 관한 죄, 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄, 문서에 관한 죄 중 제225조 내지 제230조, 인장에 관한 죄 중 제238조의 죄를 범한 외국인에게 적용된다.

제6조 【대한민국과 대한민국 국민에 대한 국외범】 대한민국 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 제5조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게도 형법이 적용된다. 다만 이 경우에는 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.

[관련판례]

1. 내국 법인의 대표자인 외국인이 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용한 데 따른 횡령죄의 피해자는 당해 금전

을 위탁한 내국 법인이므로 그 행위가 외국에서 이루어진 경우에도 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우가 아니라면 그 외국인에 대해서도 우리 형법이 적용되어 (형법 제6조)

2. 형법 제239조 제1항의 사인위조죄는 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니하므로, 중국 국적자가 중국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조한 경우에는 외국인의 국외범으로서 그에 대하여 재판권이 없다(大判 2002.11.26, 2002도4929).
3. 형법 제6조 단서와 행위지 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 우리 형법을 적용하여 처벌할 수 없고, 이 경우 행위지 법률에 의하여 범죄를 구성하는지는 엄격한 증명에 의하여 검사가 이를 증명하여야 한다(大判 2011.8.25, 2011도6507).

4. 외국에서 받은 형집행의 효력

제7조 【외국에서 받은 형의 집행】 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다.

[관련판례]

형사사건으로 외국 법원에 기소되었다가 무죄판결을 받은 사람은, 설령 그가 무죄판결을 받기까지 상당 기간 미결구금되었더라도 이를 유죄판결에 의하여 형이 실제로 집행된 것으로 볼 수는 없으므로, ‘외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람’에 해당한다고 볼 수 없고, 그 미결구금 기간은 형법 제7조에 의한 산입의 대상이 될 수 없다. 또한 외국에서 형이 집행된 것이 아니라 단지 미결구금되었다가 무죄판결을 받은 사람의 미결구금일수를 형법 제7조의 유추적용에 의하여 그가 국내에서 같은 행위로 인하여 선고받는 형에 산입하여야 한다는 것은 허용되기 어렵다. (대법원 2017. 8.24, 2017도5977 숲숨 필리핀 5년 미결구금 사건)

3 인적적용 범위

1. 원칙 : 형법은 시간적 · 장소적 적용범위 내의 모든 사람에게 적용된다.

2. 예외

(1) 국내법상의 예외

- ① 대통령 : 대통령은 내란 · 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다(헌법 제84조).
- ② 국회의원 : 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다(헌법 제45조).

(2) 국제법상의 예외

- ① 치외법권자 : 외국의 원수, 외교관, 그 가족 및 내국인이 아닌 종자
- ② 외국군대 : 대한민국과 협정이 체결되어 있는 외국군대
- 예 한미 간의 군대지위협정(SOFA) → 공무집행 중의 미군 범죄에 대하여는 형법 적용 배제

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



Ⅰ 범죄의 종류

I. 결과범과 형식범(결과가 구성요건요소로서 필요한가의 여부에 의한 구분)

1. 결과범

구성요건이 행위 이외에 일정한 결과의 발생도 요소로 삼는 범죄

2. 형식범

구성요건의 내용이 결과의 발생을 요하지 않고, 법에 규정된 행위를 함으로써 충족되는 범죄

예) 주거침입죄, 모욕죄, 명예훼손죄, 공연음란죄, 무고죄, 위증죄 등
[주의] 주거침입죄를 결과범으로 보는 견해도 있다.

Ⅱ. 침해범과 위험범(행위객체에 대한 위해의 강도에 따른 구분)

1. 침해범

범죄가 완성되기 위해서는 구성요건적 실행행위에 의하여 법익이 현실적으로 침해될 것을 요하는 범죄

2. 위험범

(1) 의의

구성요건적 실행행위에 의하여 법익이 현실적으로 침해될 필요는 없고, 단지 침해의 위험성만 있으면 성립되는 범죄

(2) 종류

① 추상적 위험범 : 법익침해의 현실적 위험성을 필요로 하지 않고 일반적 위험성만 있으면 가벌성이 인정되는 범죄

예) 현주건조물방화죄(제164조), 공용건조물방화죄(제165조), 위증죄, 무고죄, 유기죄,

② 구체적 위험범 : 법익침해의 현실적 위험의 발생을 요건으로 하는 범죄

예) 자기소유일반건조물방화죄(제166조 제2항), 일반물건방화죄(제167조),
[주의] 유기죄에 대해서 구체적 위험범이라는 견해가 있다.

낙태죄에 대해서 침해범이라는 견해가 있다.

cf) 핵심정리

구분	추상적 위험범	구체적 위험범
위험의 정도	일반적(추상적)인 위험만으로 성립한다.	현실적(구체적)인 위험이 발생해야 성립한다.
위험의 발생	구성요건요소가 아니다.	구성요건요소가 된다(법조문에 대체로 위험이라고 써져 있다).
위험에 대한 인식 여부	인식 불요(즉, 고의의 내용이 아니다)	인식 필요(인식해야 고의가 되며, 범죄가 성립한다. 즉, 고의의 내용이 된다)
범죄의 성질	거동범적 성격이 강하다.	결과범적 성격이 강하다.
위험발생의 입증 여부	불요하다.	필요하다.

Ⅲ. 즉시범 · 계속범 · 상태범

(행위에 의해 야기된 위법상태의 계속성 여부에 따른 구분)

1. 즉시범

구성요건적 실행행위가 시간적 계속성을 필요로 하지 않고 실행행위에 의하여 일정한 법익의 침해 또는 침해의 위험성이 있으면 바로 완성되고 종료되는 범죄

예) 살인죄, 방화죄

[주의] 주거침입죄와 퇴거불응죄, 약취·유인죄의 법적 성질에 대해서는 계속범설(통설)과 상태범설의 대립이 있다.

2. 계속범

구성요건적 행위가 위법상태의 야기뿐 아니라 시간적 계속을 요하는 범죄

예) 체포감금죄, 약취유인죄, 주거침입죄

3. 상태범

구성요건의 실행행위에 의하여 법익의 침해가 발생함으로써 범죄는 기수가 되어 종료되지만 기수 이후에도 위법상태가 계속되는 범죄

예) 절도죄 등 재산범죄

Ⅳ. 일반범 · 신분범 · 자수범

1. 일반범 : 누구나 정범이 될 수 있는 범죄

2. 신분범

(1) 의의 : 구성요건이 행위의 주체에게 일정한 신분을 요하는 범죄

(2) 종류

① 진정신분범 : 일정한 신분이 있는 자만이 주체가 될 수 있는 범죄

- 예) 수뢰죄, 횡령죄, 배임죄, 위증죄, 유기죄, 업무상비밀누설죄,
- ② 부진정신분범 : 신분이 없어도 범죄가 성립하나, 신분이 있음으로 인해서 형이 가중되거나 감경되는 범죄
 - 예) 존속살해죄, 영아살해죄, 업무상횡령죄, 업무상배임죄,
- ③ 구분실익
 - i) 진정신분범에 가담한 비신분자 → 진정신분범의 구성요건에 따라 처벌(제33조 본문)
 - ii) 부진정신분범에 가담한 비신분자 → 일반범죄의 구성요건에 따라 처벌(제33조 단서)

[주의]

업무상비밀누설죄, 허위진단서작성죄는 진정신분범에 유의
 도박죄는 신분범이 아니나 상습도박죄는 부진정신분범이다.
 비밀침해죄, 공무집행방해죄, 강간죄, 낙태죄는 신분범이 아님

3. 자수범

- ① 의의 : 자연인인 정범 자신이 직접 범행을 저질렀을 때 범죄가 성립하고, 타인을 이용해서 그 범행을 저지를 수 없는 범죄
 - 예) 위증죄, 군무이탈죄
- ② 특색 : 직접 · 단독정범만이 성립 가능하고, 간접정범이나 자수적 실행 없는 공동정범의 성립은 불가능. 그러나 교사범 · 종범은 성립 가능

2 행위의 주체

I. 서론

(1) 자연인 : 원칙적인 행위(범죄)의 주체(연령 · 행위능력 불문)

(2) 법인

- ① 행위(범죄)의 주체가 될 수 있는가? → 법인의 범죄능력의 문제
- ② 범죄능력을 부정하는 경우에도 처벌할 수 있는가? → 법인의 형사책임의 문제

II. 법인의 범죄능력

1. 서설

(1) 비교법적 고찰

- ① 대륙법계 : 범죄의 주체를 윤리적 인격자로 파악하는 대륙에서는 부정
- ② 영미법계 : 실용주의적 형법관에 바탕을 두고 있는 영미에서는 법인단속의 사회적 필요

성을 중시하여 인정

2. 학설

(1) 부정설(통설 · 판례)

- ① 법인에게서는 의사와 육체가 없으므로 행위능력이 없다.
- ② 법인은 기관인 자연인을 통하여 행위하므로 그 자연인에게 형사책임을 인정하면 충분하지 법인 자체를 처벌할 필요는 없다.
- ③ 법인을 처벌하면 범죄와 관계없는 법인의 구성원까지 처벌 → 자기책임의 원칙에 반한다.

(2) 긍정설

- ① 법인도 기관을 통하여 행위할 수 있다.
- ② 재산형과 자격형, 몰수 · 추징 등은 법인에게 효과적인 제재이다. 또한 생명형과 자유형에 대하여 해산과 자격정지를 과할 수 있다.
- ③ 법인의 기관의 행위는 기관의 구성원인 개인의 행위임과 동시에 법인의 행위라는 양면성을 가지므로, 법인을 처벌한다고 해도 이중처벌이 아니다.

[관련판례]

배임죄에서 타인의 사무를 처리할 의무의 주체가 법인이 되는 경우라도 법인은 다만 사법상(私法上)의 의무주체가 될 뿐 범죄능력이 없는 것이며, 그 타인의 사무는 법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 대표행위에 의하여 실현될 수밖에 없어 그 대표기관은 마땅히 법인이 타인에 대하여 부담하고 있는 의무 내용대로 사무를 처리할 임무가 있다 할 것이므로, 법인이 처리할 의무를 지는 타인의 사무에 관하여는 법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자, 즉 배임죄의 주체가 된다(大判 1984.10.10, 82도2595 전원합의체 판결).

3 법인의 처벌

1. 법인의 형벌능력

(1) 법인의 범죄능력 긍정설 → 당연히 형벌능력 긍정

(2) 법인의 범죄능력 부정설

- ① 부정설 : 법인의 형벌능력을 부정하는 견해
- ② 긍정설 : 행정형법에 대해서는 법인도 형벌능력을 가진다는 견해
- ③ 결론 : 긍정설이 타당(다수설)

2. 법인처벌의 근거

(1) 무과실책임설

(2) 과실책임설

- ① 과실추정설 : 법인의 종업원 선임·감독상의 주의의무 해태의 책임을 입법자가 법률상 추정한 것으로 보는 견해
- ② 과실의제설 : 종업원의 위반이 있으면 법인의 과실은 법률상 당연히 존재하는 것으로 의제되고 따라서 무과실증명으로 면책될 수 없다고 하는 견해
- ③ 과실책임설 : 법인이 사업경영의 주재자로서의 지위에서 종업원의 업무 전반에 대한 위반행위 방지의무와 주의의무 태만에서 오는 자기행위에 기인한 과실책임이라고 보는 견해(판례, 다수설)

[관련판례]

양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이므로 종업원의 범죄성립이나 처벌이 영업주 처벌의 전제조건이 될 필요는 없다. (대법원 2006. 2.24. 2005도7673 여행사 직원 사건)

[참고문헌 및 사이트]

- 1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
- 2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 서설

I. 작위·부작위의 개념

1. 작위

- ① 일정한 신체운동을 하는 적극적 태도
- ② 규범적으로 금지되어 있는 것을 하는 것 → 금지규범의 위반
- ③ 물리적으로 볼 때 항상 신체운동으로 가능

2. 부작위

- ① 일정한 신체운동을 하지 않는 소극적 태도
- ② 아무것도 하지 않는 무위·정지가 아니라 규범적으로 요구되는 것을 하지 않는 것 → 명령규범의 위반
- ③ 물리적으로 볼 때 신체운동뿐만 아니라 신체정지로서도 가능

[주의]

작위와 부작위의 구별은 법적 문제이므로 형태의 사회적 의미를 고려하여 결정해야 한다. 그러나 이 경우에도 부작위는 작위에 대해서 보충적 지위에 있으므로 작위를 우선적으로 검토해야 한다.

2 작위범과 부작위범

I. 개념

- 1. 작위범 : 작위에 의하여 범하는 범죄
- 2. 부작위범 : 부작위에 의하여 범하는 범죄

II. 부작위범의 종류

1. 진정부작위범

구성요건이 부작위에 의해서만 실현될 수 있는 범죄

- 예) 다중불해산죄(제116조), 퇴거불응죄(제319조 제2항), 전시군수계약불이행죄(제103조 제1항), 전시공수계약불이행죄(제107조 제1항), 집합명령위반죄(제145조 제2항)

2. 부진정부작위범

부작위에 의하여 작위범의 구성요건을 실현하는 범죄 → 부작위에 의한 작위범

3. 양자의 구별기준

(1) 형식설

① 의의 : 실정법의 규정형식에 따라서 구별하는 견해(통설)

② 차이

i) 진정부작위범 : 법률에 명문으로 부작위를 처벌하도록 규정한 경우

ii) 부진정부작위범 : 법률상의 규정형식은 작위범이지만, 부작위에 의해서도 실행될 수 있는 범죄

(2) 실질설

요구된 행위를 단순히 부작위함으로써 성립되는 범죄를 진정부작위범(거동범)이라 하고, 부작위 이외에 구성요건적 결과의 발생이 있어야 성립하는 범죄를 부진정부작위범(결과범)이라고 하는 견해이다.

Ⅲ. 부작위범의 구조

1. 일반적 행위가능성

예) 낙동강에 빠진 사람에 대하여 서울에 있는 사람에게 부작위범의 문제는 일어나지 않는다.

2. 부작위범의 구성요건

(1) 구성요건적 상황

(2) 요구된 행위의 부작위

(3) 개별적인 행위가능성

3 부진정부작위범의 구성요건

I. 서설

1. 구성요건적 결과 및 인과관계

2. 부작위의 동치성

(1) 부진정부작위범은 부작위에 의하여 작위범의 구성요건을 실현하는 것이므로 부작위범의 일반적인 구성요건을 구비해야 할 뿐만 아니라, 그 부작위가 작위에 의하여 실현된 것과 같이 평가할 수 있어야 한다.

(2) 동치성의 두 가지 요건

① 보증인적 지위 : 구성요건에 해당하는 결과를 방지하지 않은 자가 결과의 발생을 방

지할 의무가 있는 자(보증인)이어야 한다.

- ② 실행행위의 동가치성(Gleichwertigkeit) : 부작위가 작위에 의한 구성요건의 실현과 같이 평가할 수 있어야 한다.

3. 작위의무의 체계적 지위

(1) 위법성 요소설

부진정부작위범의 구성요건은 위법성을 징표하지 못하며 구성요건적 결과를 방지해야 할 법적 의무 있는 자가 그 의무에 위반하여 부작위를 한 때 비로소 위법하게 된다는 견해

(2) 구성요건요소설(보증인설 – Nagler)

보증인 지위와 그 기초가 되는 보증인의 의무를 모두 구성요건요소로 보는 견해

(3) 이분설(다수설)

보증인 지위는 부진정부작위범의 구성요건요소이나 보증인의무는 위법성요소라고 하는 견해

[사례] 이분설(통설)에 의할 때의 사례해결

1. 사례 : 저수지에 어린 아이가 빠졌는데, 아이의 부(父)가 이를 구하지 않아서 사망한 경우
우
2. 부(父)가 저수지에 빠진 아이를 보고도 자기의 아이인 줄을 모르고(타인의 아이라고 생각함) 이를 구하지 않은 경우 : 이때 부(父)는 자신이 아버지가 아닌, 즉 보증인 지위가 없다고 착오를 한 것이므로 구성요건착오가 되어 고의가 조각되고 과실이 있는 경우에는 과실치사죄가 될 수 있다.
3. 부(父)가 저수지에 빠진 아이가 자신의 아이인 줄은 알았으나 자신은 아이를 구할 의무가 없다고 생각하고 이를 구하지 않은 경우 : 이때 부(父)는 자신의 보증인의무에 대한 착오를 한 것이므로 금지착오가 되어 착오에 정당한 이유가 있는 경우에는 책임이 조각되나, 정당한 이유가 없다면 부작위에 의한 살인죄(부진정부작위범)가 된다

4. 작위의무의 발생근거

(1) 서설

형법 제18조는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.”라고 하여 위험발생방지의무와 선행행위로 인한 작위의무만을 규정하고 있으므로 작위의무의 구체적 내용은 학설·판례 등의 이론에 의하여 논할 수밖에 없다.

(2) 학설

① 형식설

- i) 의의 : 작위의무의 실질적 내용보다 그 형식에 중점을 두어 작위의무를 확정하려는 견해(판례)

ii) 발생근거 : 법령, 법률행위(계약, 사무관리), 선행행위, 사회상규(신의성실, 관습, 조리)

② 기능설

i) 의의 : 작위의무의 내용을 법익보호라는 실질적 기준에 따라 결정하고 그 한계를 정하려는 견해

ii) 발생근거 : 보호의무, 안전의무

③ 절충설(다수설)

i) 의의 : 형식설과 기능설의 관점을 결합하는 견해

ii) 결론 : 이 견해가 타당(오영근, 『형법총론』 267면)

(3) 보증인 지위의 내용

① 작위의무의 근거

i) 법령에 의한 작위의무 : 작위의무가 법령에 근거하여 발생하는 경우

사법상의 ㉠ 친권자의 보호의무(민법 제913조), 친족 간의 부양의무(민법 제974조), 부부 간의 부양의무(민법 제926조)

공법상의 ㉠ 경찰관직무집행법에 의한 경찰관의 보호조치의무(동법 제4조), 의료법에 의한 의사의 진료와 응급조치의무(동법 제16조), 도로교통법에 의한 운전자의 구호의무(동법 제50조)

ii) 법률행위로 인한 작위의무 : 사법상의 법률행위, 특히 계약·사무관리에 의하여 작위의무가 발생하는 경우

㉠ 고용계약에 의한 보호의무, 간호원의 환자간호의무, 신호수의 직무상의 의무, 의무 없이 환자나 노약자를 인수한 자의 보호의무

iii) 선행행위로 인한 작위의무 : 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자의 위험발생방지의무(제18조 후단)

㉠ 자동차사고를 낸 운전자는 피해자를 구호해야 하며, 실화자는 소화조치를 하여야 한다.

iv) 사회상규에 의한 작위의무

㉠ 동거하는 피용자에 대한 고용주의 보호의무, 목적물의 하자에 대한 신의칙상의 고지의무

4 기타관련 문제

I. 부작위범의 인과관계

1. 진정부작위범

형식범적 성격을 갖기 때문에 인과관계문제가 거론될 여지가 없다(통설). 하지만 형식범에 있어서도 실행미수는 불가능하지만 착수미수는 가능하다는 견해도 있다.

2. 부진정부작위범

결과범적 성격을 갖기 때문에 인과관계 필요

Ⅱ. 부작위범과 미수

1. 진정부작위범의 미수

- ① 거동범이므로 미수 부정(다수설)
- ② 형법상 퇴거불응죄, 집합명령위반죄는 미수규정 존재 → 학설은 부정

2. 부진정부작위범의 미수

- (1) 결과범이므로 미수 인정
- (2) 실행의 착수시기
법익에 대한 직접적인 위험증대기준설(다수설).

Ⅲ. 부작위범과 공범

1. 부작위에 의한 공범

- ① 부작위에 의한 교사 : 부정(통설)
- ② 부작위에 의한 방조 : 인정(통설 · 판례)
- ③ 부작위에 의한 공동정범 : 인정
- ④ 작위범과 부작위범 사이의 공동정범 : 인정

2. 부작위범에 대한 공범

- ① 부작위범에 대한 교사 : 인정
- ② 부작위범에 대한 방조 : 인정
- ③ 부작위범을 도구로 이용한 간접정범 : 인정

[참고문헌 및 사이트]

- 1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
- 2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 고의의 의의

I. 개념

자기의 행위가 불법구성요건을 실현함을 인식하고 인용하는 행위자의 심적 태도

II. 개념요소

1. 지적 요소

- ① 의의 : 객관적 구성요건요소에 해당하는 사정의 인식
- ② 형법규정 : 제13조 본문 전단 → ‘죄의 성립요소인 사실의 인식’
- ③ 결여의 효과 : 구성요건적 착오의 문제

2. 의지적 요소

- ① 의의 : 구성요건의 실현을 위한 의사
- ② 형법규정 : 명시하고 있지 않으나, 당연히 전제
- ③ 결여의 효과 : 인식 있는 과실의 문제

2 체계적 지위

I. 책임요소설

인과적 행위론에 의하면 유의적인 결과의 야기만이 행위의 요소이므로 그 의사 내용인 고의는 책임요소 내지 책임조건이라고 한다(인과적 행위론, 고전적·신고전적 범죄체계).

II. 구성요건요소설

목적적 행위론이나 사회적 행위론의 일부에서 고의는 구성요건적 사실을 인식하고 이를 실현하려는 의사로서 행위의 본질적 요소이므로 체계상 주관적 구성요건요소라 한다(목적적 행위론).

III. 구성요건요소 및 책임요소설

고의가 형태의 방향결정요인으로서 구성요건요소로서 행위반가치의 핵심이 되고, 그러한 행위방향으로 법질서에 반하여 동기설정을 하였다는 심정반가치로서는 책임요소가 된다는 견해(사회적 행위론)

3 고의의 본질

I. 문제점

형법 제13조의 '범죄사실의 인식'이란 어느 정도의 인식을 의미하는가?

II. 학설

1. 인식설

- ① 내용 : 구성요건적 사실에 대한 인식 또는 표상만 있으면 고의를 인정하여 지적 요소를 강조하는 견해
- ② 비판 : 인식있는 과실도 고의에 속하게 되어 고의의 범위가 부당히 확대

2. 의사설

- ① 내용 : 고의는 구성요건적 사실에 대한 인식만으로는 부족하고 나아가 그 실현을 희망 또는 의욕하는 의사라고 하여 고의의 의지적 요소를 강조하는 견해
- ② 비판 : 고의 범위가 부당하게 축소, 즉 미필적 고의는 의지적 요소가 결여된 것이므로 고의가 될 수 없게 된다.

3. 인용설(통설·판례)

- ① 내용 : 행위자가 결과발생의 가능성을 인식한 경우를 의사적 측면에서 구별하여, 결과발생을 인용한 경우는 고의이고, 인용이 없는 경우는 과실이라고 하는 견해
- ② 결론 : 고의는 지적 요소와 의지적 요소와의 통합 → 의사설과 인식설은 일면만을 강조. 따라서 인용설이 타당

[관련판례]

大判 2004.2.27, 2003도7507에 의하면 “미필적 고의라 함은 결과발생이 불가능한 경우, 즉 결과발생의 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있음을 요한다고 판시하여 인용설의 입장을 확고히 하고 있다.

4 고의의 내용

I. 고의의 지적 요소

1. 서설

- ① 고의는 모든 객관적 구성요건요소를 인식해야 성립
- ② 객관적 구성요건요소는 기술적 요소와 규범적 요소로 구성되므로, 고의의 지적 요소도 사실의 인식과 의미의 인식으로 구별

2. 구성요건적 사실의 인식

- (1) 기본적 구성요건요소
 - (2) 가중적·감경적 구성요건요소
 - (3) 인과관계 : 인식 필요(통설)
 - (4) 결과적 가중범 : 기본범죄에 대해서만 인식·인용이 필요
 - (5) 주관적 사실 : 객관적 사실이 아니므로 인식 불요
 - (6) 처벌조건·소추조건 : 인식 불요
 - (7) 위법성의 인식
 - ① 고의설 : 인식 필요 → 위법성의 인식이 고의에 포함(인과적 행위론)
 - ② 책임설 : 인식 불요 → 위법성의 인식은 고의와 독립된 책임요소(목적적 행위론)
- [핵심체크] 고의의 인식대상이 아닌 것
- 고의, 과실, 목적 등 순수한 주관적 구성요건요소, 상습도박죄의 '상습성'
 - 객관적 처벌조건, 인적 처벌조각사유, 소추조건, 추상적 위험범의 '위험'
 - 위법성의 인식(책임설), 결과적 가중범의 '중한결과'

5 고의의 종류

I. 확정적 고의와 불확정적 고의

1. 확정적 고의

구성요건적 결과에 대한 인식·인용이 확정적인 경우

2. 불확정적 고의

구성요건적 결과에 대한 인식·인용이 불명확한 경우

- (1) 미필적 고의 : 행위자가 객관적 구성요건의 실현가능성을 인식하고 또한 그것을 감수하는 의사를 표명한 경우

cF) 인식 있는 과실과의 구별

① 구별 이유

형법은 고의범을 원칙적으로 처벌하고 과실범을 예외적으로 처벌하기 때문에, 형사 책임의 한계를 명백히 하기 위하여 구별 필요

② 학설 및 판례의 태도(용인설)

- i) 행위자가 발생가능한 것으로 예견한 결과를 내심으로 용인한 때
→ 미필적 고의
- ii) 결과발생을 내심으로 거부하거나 그 불발생을 희망한 때
→ 인식 있는 과실

[핵심체크]

행위자의 심적 상태를 판단했을 때

- ① ...한 결과가 발생해도 좋다 → 미필적 고의
- ② ...한 결과가 발생해도 어쩔 수 없다 → 미필적 고의
- ③ 설마 ...한 결과가 발생하랴 → 인식 있는 과실
- 예 • 갑에게 적중할지도 모른다고 인식은 하였지만 적중되어도 할 수 없다고 생각하면서 발사 → 미필적 고의
 - 산에서 노루를 쏘려고 겨누었을 때 부근에 사람이 있는 것을 알고도 설마 맞지 않겠지 하고 발사한 것이 사람에게 맞은 경우 → 인식 있는 과실

(2) 인과과정의 착오(개괄적 고의)

- ① 의의 : 행위자가 이미 첫 번째 행위에 의하여 범행의 결과가 발생하였다고 믿었으나 실은 두 번째 행위에 의하여 비로소 결과가 발생한 경우를 말한다. 개괄적 고의를 인과관계의 착오의 한 형태로 본다.
 - 예 살해의 의도로 목을 졸라 실신하자 사망한 것으로 알고 범죄를 은폐할 목적으로 매장하였으나 사실은 매장으로 인하여 사망한 경우(大判 1988.6.28, 88도650)
- ② 효과 : 인과과정이 행위자의 고의와 다른 것이 비본질적이기 때문에 발생결과의 고의기수범을 인정하는 견해(다수설 · 판례)

[참고문헌 및 사이트]

- 1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
- 2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



I. 구성요건적 착오의 의의

1. 개념

행위자가 주관적으로 인식·인용한 범죄사실과 현실적으로 발생한 객관적인 범죄사실이 일치하지 아니하는 경우

2. 금지착오와의 구별

(1) 구성요건적 착오 : 구성요건의 객관적 표지에 대한 착오 → 고의 조각

(2) 금지착오 : 위법성에 대한 착오 → 정당한 이유가 있으면 책임 조각

3. 착오의 대상

(1) 객관적 구성요건요소 : 구성요건적 고의의 지적 요소의 대상이 되는 모든 객관적 구성요소가 착오의 대상

(2) 객관적 구성요건요소가 아닌 사실 : 이에 대한 착오는 구성요건적 착오 아니다.

4. 사실의 착오와 구별개념

(1) 인식사실은 범죄사실이 아니나 발생사실은 범죄사실인 경우

(2) 인식사실은 범죄사실이나 발생사실은 범죄사실이 아닌 경우

(3) 인식사실은 범죄사실이나 발생사실도 범죄사실인 경우

II. 사실의 착오의 유형

1. 구체적 사실의 착오

2. 추상적 사실의 착오

III. 사실의 착오와 고의의 성부

1. 사실의 착오를 논하는 실익

실제에 있어서 행위자가 인식한 사실과 현실적으로 발생한 사실 사이에는 완전히 일치하는 경우가 드물다. 양자가 다소 불일치한 경우에 고의가 조각된다고 하면 고의를 인정할 수 있는 경우는 거의 없게 된다. 따라서 어느 정도 일치하여야 고의를 인정할 수 있는지의 문제를 해결하기 위해 사실의 착오문제를 다루는 것이다. 즉, 사실의 착오는 고의의 기수 범위에 관한 문제이다.

2. 형법의 태도

제15조 제1항은 “특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 별하지 않는다.”고 규정하고 있다. 이는 추상적 사실의 착오 중 경한 범죄사실을 인식하고 중한 결과를 발생시킨 경우만을 규정한 것으로 기타의 경우에는 학설·판례에 맡기고 있다.

IV. 사실의 착오에 관한 학설

(1) 구체적 부합설

행위자가 인식한 사실과 현실로 발생한 사실이 구체적으로 일치하는 경우에 한하여 발생 사실에 대한 고의·기수를 인정하고, 일치하지 않는 경우에는 발생사실에 대한 고의가 조각된다는 견해이다.

(2) 법정적 부합설

행위자가 인식한 범죄사실과 현실로 발생한 범죄사실이 동일한 구성요건 또는 죄질에 속하는 경우에는 발생사실에 대한 고의·기수를 인정하고, 구성요건이나 죄질을 달리하는 경우에는 고의가 조각된다는 견해이다(통설·판례).

(3) 추상적 부합설

범죄의 고의에 기하여 범죄사실이 발생한 이상, 즉 인식사실과 발생사실이 모두 범죄사실인 이상 범죄의 종류나 구성요건에 관계없이 인식사실과 발생사실이 추상적으로 일치하는 한 고의·기수를 인정하고, 다만 인식사실보다 발생사실이 중한 경우에는 형법 제15조 제1항에 의하여 중한 죄의 고의·기수로 논할 수 없다는 견해이다.

★ 구성요건적 착오 학설·판례의 태도 ★

종 류		구체적 부합설	법정적 부합설	추상적 부합설
구체적 사실의 착 오	객체의 착 오	발생사실에 대한 기수		
	방법의 착 오			
추상적 사실의 착 오	객체의 착 오	인식사실에 대한 미수와 발생사실에 대한 과실범의 상상적 경합		① 경죄고의로 중죄발생시 → 경죄기수와 중죄과실범의 상상적 경합
	방법의 착 오			② 중죄고의로 경죄발생시 → 중죄미수와 경죄기수범의 상상적 경합

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著, 박영사, 2022.



1 서설

I. 과실의 의의와 종류

1. 의의

(1) 개념

행위자가 구성요건의 실현가능성을 예견하거나 예견할 수 있었는데도 구체적인 상황에서 구성요건적 결과의 발생을 회피하기 위하여 사회생활상 요구되는 주의의무를 위반하는 것.

(2) 형법규정

정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못하는 것(제14조)

(3) 본질 : 주의의무 위반

(4) 처벌

불법과 책임이 고의범에 비하여 가볍기 때문에 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌

* 과실범이 처벌되는 범죄

일반과실범	업무상과실범	중과실범
실화죄(제170조)	업무상실화죄(제171조)	중실화죄(제171조)
과실일수죄(제181조)	무	무
과실폭발성물건파열죄 (제172조)	업무상과실폭발성물건파열죄 (제173조의2 ②)	중과실폭발성물건파열죄 (제173조의2 ③)
과실교통방해죄 (제189조 제1항)	업무상과실교통방해죄 (제189조 제2항)	중과실교통방해죄 (제189조 제2항)
과실치상죄(제266조)	업무상과실치상죄(제268조)	중과실치상죄(제268조)
과실치사죄(제267조)	업무상과실치사죄(제268조)	중과실치사죄(제268조)
무	업무상과실장물죄(제374조)	중과실장물죄(제364조)
과실가스·전기등방류죄 (제173조 제2항)	업무상과실가스·전기등방류죄 (제173조 제2항)	중과실가스·전기등방류죄 (제173조 제2항)
과실가스·전기등공급방해죄 (제173조 제2항)	업무상과실가스·전기등공급방해죄 (제173조 제2항)	중과실가스·전기등공급방해죄 (제173조 제2항)

강조

- ① 우리 형법에서는 중과실과 업무상과실을 동일한 법정형으로 보통과실(경과실, 일반과실)보다 가중처벌한다.
- ② 재산죄에는 업무상장물죄와 중과실장물죄 이외에는 과실범처벌규정이 없다.
- ③ 폭발성물건파열죄에는 과실범규정이 있으나 폭발물사용죄에는 과실범규정이 없다.

2. 종류

- (1) 인식 있는 과실과 인식 없는 과실
- (2) 보통과실과 업무상과실 및 중과실

2 과실범의 성립요건

I. 과실범의 구성요건

1. 주의의무 위반

(1) 주의의무의 의미

구체적인 행위로부터 발생할 수 있는 보호법익에 대한 위험을 인식·예견하고 구성요건적 결과의 발생을 방지하기 위하여 적절한 방어조치를 취하는 것

(2) 내용

- ① 결과예견의무 : 구체적인 행위로부터 발생할 수 있는 보호법익에 대한 위험을 인식할 의무
- ② 결과회피의무 : 구성요건적 결과의 발생을 방지하기 위해 적절한 방어조치를 취할 의무

(3) 주의의무의 표준

일반인의 주의능력을 표준으로 하여 주의의무 위반 유무를 판단하려는 견해

[관련판례]

의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고, 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다(大判 2003.1.10, 2001도3292).

2. 결과발생·인과관계 및 예견가능성

[관련판례]

피고인이 트럭을 도로의 중앙선 위에 왼쪽 바깥바퀴가 걸친 상태로 운행하던 중 피해자가 승용차를 운전하여 피고인이 진행하던 차선으로 달려오다가 급히 자기 차선으로 들어가면서 피고인이 운전하던 트럭과 교행할 무렵 다시 피고인의 차선으로 들어와 그 차량의 왼쪽

앞부분으로 트럭의 왼쪽 뒷바퀴 부분을 스치듯이 충돌하고 이어서 트럭을 바짝 뒤따라가던 차량을 들이받았다면, 설사 피고인이 중앙선 위를 달리지 아니하고 정상 차선으로 달렸다 하더라도 사고는 피할 수 없다 할 것이므로, 피고인이 트럭의 왼쪽바퀴를 중앙선 위에 올려놓은 상태에서 운전한 것만으로는 위 사고의 직접적인 원인이 되었다고 할 수 없다(大判 1991.2.26, 90도2856).

3 관련문제

I. 과실범의 미수

불인정(고의범처럼 결과발생을 인식·인용하여 실행에 옮기는 과정이 없기 때문)

II. 과실범의 공범

1. 과실에 의한 교사·방조 → 불인정
2. 과실범에 대한 교사·방조 → 간접정범
3. 과실범의 공동정범 → 견해 대립. 판례는 인정(행위공동설)

4 신뢰의 원칙

I. 서설

1. 의의

신뢰의 원칙이라 함은 위험을 수반하나 사회생활상 필요한 일에 있어서 행위자가 스스로 지켜야 할 규칙을 준수하면서 타인의 규칙준수를 신뢰하고 행위할 때에는 법익침해적 결과가 발생하더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 허용하는 원칙을 말한다.

2. 연혁

신뢰원칙은 도로교통과 관련하여 독일 판례에서 형성하여 오늘날에는 도로교통의 범위를 초월하여 다수인의 업무분담이 요구되는 과실범의 경우에 주의의무의 한계를 확정하는 원칙으로 발전

3. 신뢰의 원칙의 적용한계

- 1) 상대방의 규칙위반을 이미 인식한 경우 → 적용 ×
- 2) 상대방의 규칙준수를 신뢰할 수 없는 경우 → 적용 ×
- 3) 운전자가 스스로 교통규칙을 위반한 경우 → 규칙위반이 사고발생에 영향을 미친 경우에 한하여 적용 ×
- 4) 상대방과의 사이에 보호감독 또는 감시의 관계에 있는 경우

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著 , 박영사, 2022.



1 서설

I. 의의

결과적 가중범이란 고의에 기한 기본범죄에 의하여 행위자가 예견하지 않았던 중한 결과가 발생한 때에 그 중한 결과로 인해 형이 가중되는 범죄를 말한다. 형법은 기본범죄가 과실에 의한 경우(과실의 결과적 가중범)는 인정하지 않고, 기본범죄가 고의에 의한 경우(고의의 결과적 가중범)로 한정하고 있다.

II. 단순한 과실범보다 중하게 벌하는 이유

중한 결과가 고의적인 기본범죄에 전형적으로 내포된 잠재적 위험의 실현이라는 점에서 단순한 과실범의 결과 야기보다 행위반가치성이 크기 때문이다.

III. 법적 성격

형법 제15조 제2항에서 결과적 가중범에 관한 규정을 두고 있는 바, 우리 형법은 독일과는 달리 기본범죄가 과실범인 경우는 결과적 가중범을 인정하지 않고 있으므로 기본범죄는 고의범에 제한된다. 따라서 결과적 가중범은 고의범과 과실범의 결합된 형태라고 볼 수 있다.

2 종류

I. 진정결과적 가중범과 부진정결과적 가중범

1. 진정결과적 가중범

고의에 의한 기본범죄에 의하여 과실로 중한 결과를 발생케 한 경우

예) 폭행치사죄(제262조), 상해치사죄(제259조) 등 대부분의 결과적 가중범

2. 부진정결과적 가중범

(1) 의의 : 중한 결과를 과실뿐만 아니라 고의에 의해서도 발생케 한 경우

예) 현주건조물방화치사상죄(제164조 후단), 교통방해치상죄(제188조), 특수공무집행 방해치상죄, 중상해죄(제258조) 등

(2) 인정 여부

처벌의 균형을 위하여 필요하다는 견해(다수설 · 판례)

[관련판례]

1. 특수공무집행방해치상죄

과실이 있는 경우뿐만 아니라 고의가 있는 경우까지도 포함하는 결과적 가중범이다(大判 1996.1.20, 94도2842). → 공무집행을 방해하는 집단행위과정에서 일부 집단원이 고의행위로 살상을 가한 경우에도 다른 집단원에 그 결과가 예견가능한 것이었다면 그 결과에 특수공무방해치상죄의 책임을 진다(大判 1990.6.26, 90도765).

2. 현주건조물방화치사죄

사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망하게 한 경우 현주건조물방화치사죄로 의율하여야 하고(판례) 이와 더불어 살인죄와 상상적 경합범으로 의율할 것(다수설)은 아니며, 다만 존속살인죄와 현주건조물방화치사죄는 상상적 경합관계에 있다(大判 1996.4.26, 96도485).

II. 고의의 결과적 가중범과 과실의 결과적 가중범

과실에 의한 결과적 가중범은 있을 수 없다.

3 성립요건

I. 구성요건해당성

1. 기본범죄행위

- (1) 고의에 의한 기본범죄가 있어야 함, 기본범죄행위에 행위주체, 객체, 수단 등에 관해 구성요건상 특별한 규정이 있는 때는 그와 같은 표지를 갖추어야 한다.
- (2) 기본범죄는 기수·미수 불문

2. 중한 결과의 발생

- (1) 기본범죄행위를 초과하는 중한 결과 발생
- (2) 과실에 의한 발생. 그러나 부진정결과적 가중범은 고의에 의해서도 발생한다.

3. 인과관계 및 객관적 귀속

[관련판례]

- 1. 피고인이 자신이 경영하는 속셈학원의 강사로 피해자를 채용하고 학습교재를 설명하겠다는 구실로 유인하여 호텔 객실에 잠금한 후 강간하려 하자, 피해자가 완강히 반항하던 중 피고인이 대실시간 연장을 위해 전화하는 사이에 객실 창문을 통해 탈출하려다가 지상에 추락하여 사망한 사안에서, 피고인의 강간미수행위와 피해자의 사망과의 사이에 상당 인과관계가 있다고 보아 피고인을 강간치사죄로 처단하여야 한다(大判 1995.5.12, 95도425).
- 2. 피고인의 구타행위로 상해를 입은 피해자가 정신을 잃고 빈사상태에 빠지자 사망한 것

으로 오인하고, 자신의 행위를 은폐하고 피해자가 자살한 것처럼 가장하기 위하여 피해자를 베란다 아래의 바닥으로 떨어뜨려 사망케 하였다면, 피고인의 행위는 포괄하여 단일의 상해치사죄에 해당한다(大判 1994.11.4, 94도2361).

3. [1] 피고인의 행위가 피해자를 사망하게 한 직접적 원인은 아니었다 하더라도 이로부터 발생한 다른 간접적 원인이 결합되어 사망의 결과를 발생하게 한 경우 그 행위와 사망 사이에는 인과관계가 있다고 할 것이다.

[2] 사안에서, 甲이 두부 손상을 입은 후 병원에서 입원치료를 받다가 합병증으로 사망에 이르게 되어 피고인의 범행과 甲의 사망 사이에 인과관계를 부정할 수 없고, 사망 결과에 대한 예견가능성이 있었으므로 상해치사죄가 인정된다(大判 2012.3.15, 2011도17648).

4. 중한 결과에 대한 과실 : 중한 결과에 대한 예견가능성이 존재해야 한다.

4 관련문제

I. 결과적 가중범의 미수

- (1) 과실범에 미수 없듯이 결과적 가중범에도 미수가 있을 수 없다(다수설).

- (2) 미수범처벌규정이 있는 결과적 가중범의 경우

기본범죄의 미수·기수에 따라 결과적 가중범의 미수·기수가 결정된다.

- 예 인질치사상죄(제324조의5)와 강도치사상죄(제342조)의 미수는 기본범죄행위인 인질강요행위와 강도행위가 미수인가 또는 기수인가에 따라 결과적 가중범의 미수범 또는 기수범으로 처벌된다.

II. 결과적 가중범과 공범

1. 결과적 가중범의 공동정범

- (1) 학설의 태도

긍정설과 부정설이 대립하는데 과실범의 공동정범은 인정할 수 없으므로, 고의범인 기본범죄에 대해서만 공동정범이 성립하고, 과실에 의한 중한 결과에 대해서는 각자에게 과실이 있는 경우에 동시범이 될 뿐이라는 부정설이 다수설이다.

- (2) 판례의 태도—긍정설

결과적 가중범의 공동정범은 기본범죄를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없다(大判 1978).

[관련판례]

결과적 가중범인 상해치사죄의 공동정범은 폭행 기타의 신체침해행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립되고 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 여러 사람이 상해의 범의로

범행 중 한 사람이 중한 상해를 가하여 피해자가 사망에 이르게 된 경우 나머지 사람들은 사망의 결과를 예견할 수 없는 때가 아닌 한 상해치사의 죄책을 면할 수 없다(大判 2000.5.12, 2000도745).

2. 결과적 가중범의 교사·방조

기본범죄에 대한 교사, 방조자가 중한 결과에 대해서 스스로의 과실이 있는 경우에 결과적 가중범의 교사·방조 성립(통설·판례).

[관련판례]

교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우, 일반적으로 교사자는 상해죄에 대한 교사범이 되는 것이고, 다만 이 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지울 수 있다(大判 1997.6.24, 97도1075).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 서설

1. 의 의

자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유가 있는 행위

2. 긴급피난과의 구별

(1) 같은 점 : 현재의 위난에 대한 긴급행위

(2) 다른 점

① 정당방위 : 위법한 침해에 대한 방어라는 점에서 不正 대 正의 관계

② 긴급피난 : 위법한 침해일 것을 요하지 않는다는 점에서 正 대 正의 관계

3. 자구행위와의 구별

(1) 같은 점 : 위법한 침해에 대한 자력보호행위로서 부정 대 正의 관계

(2) 다른 점

① 정당방위 : 현재의 침해에 대한 사전적 긴급행위

② 자구행위 : 침해된 청구권을 보전하기 위한 사후적 긴급행위

2 성립요건

1. 현재의 부당한 침해가 있을 것

1. 침해

(1) 의의

법익에 대한 침해 또는 위협을 야기시키는 인간의 행위 → 고의, 과실행위, 책임 없는 행위 포함

(2) 사람의 침해

① 침해는 행위로서의 성질을 가져야 한다. → 무의식적 행위에 의한 침해 제외(이에 대한 긴급피난은 가능)

② 동물·물건에 의한 침해 제외(긴급피난 가능). 그러나 동물을 이용한 사람의 침해에 대해서는 정당방위 가능

(3) 침해의 방법

침해는 고의행위·과실행위를 불문하며, 작위 이외에 부작위에 의한 침해도 가능하다.

2. 침해의 현재성

(1) 의의

법익에 대한 침해가 급박한 상태에 있거나 바로 발생하였거나 아직 계속되고 있는 것

(2) 범위

- ① 과거의 침해, 장래의 침해 : 정당방위 불가(통설). 하지만 과거의 침해가 있었고 미래의 침해가 예상되는 경우에 현재의 침해가 있다고 볼 수 있는가에 대해서 대법원 판례는 현재성을 인정하고 있지만(김보은 양 살인사건),
- ② 침해행위의 실행의 착수 이전 : 방어를 지체함으로써 방어의 기회가 어려워지는 때는 침해의 현재성 인정(장전된 권총을 집어 드는 때)
- ③ 침해행위의 기수 이후 : 법익침해가 현장에서 계속되는 상태에 있으면 침해의 현재성 인정. 따라서 절도의 현행범을 추격하여 도품을 탈취하는 것은 정당방위에 해당한다(다수설).

(3) 판단

- ① 기준 : 현재의 침해의 존부는 피침해자의 주관에 의해 결정되는 것이 아니라 객관적 상황에 따라 결정
- ② 시기 : 방위행위 시가 아니라 침해 시.

3. 침해의 부당성(위법)

(1) 의의

부당한 침해란 위법한 침해, 즉 침해행위가 객관적으로 법질서에 위반함을 말한다. 위법은 전제로서의 법질서에 반하는 것을 의미하기 때문에 형법상의 불법뿐만 아니라 민법상의 불법에도 정당방위가 가능하다(통설).

(2) 적법한 침해 : 정당방위 불가능. 하지만 긴급피난 가능

(3) 싸움의 경우

- ① 원칙 : 정당방위 불가
- ② 예외 : 예상되는 정도를 초과한 과격한 침해행위에 대해서는 정당방위 가능(판례)

[관련판례]

일반적인 경우 싸움은 공격과 방어가 교차되기 때문에 정당방위 상황인 '부정 대 정'의 관계가 아니어서 당사자 간에 정당방위가 성립하지 않지만, 본 사안과 같이 당연히 예견되는 통상의 수단을 넘어서 침해한 때에는 정당방위가 가능하다(大判 1968.5.7, 68도370).

4. 유책성은 불필요

명정자, 정신병자, 유아 침해 → 정당방위 가능(객관적 위법성론)

[관련판례]

경찰관의 행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수밖에 없다면, 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법 체포로 인한 신체

에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(大判 2000.7.4, 99도4341).

Ⅱ. 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위일 것

1. 자기 또는 타인의 법익

(1) 법익의 범위

- ① 법에 의하여 보호되는 모든 이익, 따라서 생명, 신체, 명예, 재산 등 형법상 법익은 물론 가족관계, 애정관계 같은 구성요건에 해당하지 않는 법익을 방위하기 위한 정당방위도 가능. 단 판례는 언어에 의한 명예훼손에 대하여 정당방위 부정(현재의 급박, 부당한 침해가 아니라는 이유)
- ② 자기의 법익뿐 아니라 타인의 법익도 포함(긴급구조)
→ 타인의 법익에 국가적·사회적 법익도 포함되는가는 문제

(2) 국가적·사회적 법익

- ① 원칙: 부정
- ② 예외: 국가가 스스로 보호조치를 취할 여유가 없는 급박한 경우에는 인정한다.

2. 방위하기 위한 행위

(1) 방위의사(주관적 정당화 요소)

- ① 방위행위에는 주관적 정당화 요소로서 방위의사가 있을 것
- ② 방위의사는 그 유일한 요소일 것을 요하는 것이 아니라 주된 기능을 하면 족하다.
- ③ 타인의 법익을 위한 정당방위에 있어서는 그 타인의 의사는 문제되지 않음

(2) 방위행위

침해 그 자체를 배제하기 위한 반격행위를 말하며 보호방위와 공격방위를 포함한다. 따라서 방위행위는 침해자나 그 도구에 대하여 행해져야 하며, 이와 무관한 제3자에 대한 반격은 긴급피난만이 가능할 뿐이다.

Ⅲ. 상당한 이유가 있을 것

1. 의의

방위행위는 행위 당시의 사정으로 보아 방위에 필요하고 사회윤리적으로 용인될 수 있어야 한다는 것

2. 내용

(1) 방위의 필요성

- ① 방어수단의 균형성 요구 → 최소침해의 원칙
- ② 보충성의 원칙, 균형성의 원칙 → 부적용
- ③ 적합성의 원칙과 최소침해의 원칙: 방위행위가 방어를 위한 적합한 수단이어야 하

고 여러 가지 가능한 수단 중에서 상대방에게 가장 경미한 손해를 주는 수단을 택해야 하므로 적합성의 원칙과 최소침해의 원칙은 적용된다.

(2) 사회윤리적 제한

사회윤리적으로 비난받지 않는 방위행위이어야 한다는 것으로, 정당방위의 제한문제로 다룬다.

[관련판례]

1. 이혼소송중인 남편이 찾아와 가위로 폭행하고 변태적 성행위를 강요하는 데에 격분하여 처가 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 경우, 그 행위는 방위행위로서의 한도를 넘어선 것으로 사회통념상 용인될 수 없다는 이유로 정당방위나 과잉방위에 해당하지 않는다(大判 2001.5.15, 2001도1089).
2. 의붓아버지의 강간행위에 의하여 정조를 유린당한 후 계속적으로 성관계를 강요받아 온 피고인이 상피고인과 사전에 공모하여 범행을 준비하고 의붓아버지가 제대로 반항할 수 없는 상태에서 식칼로 심장을 찔러 살해한 행위는 사회통념상 상당성을 결여하여 정당방위가 성립하지 아니한다(大判 1992.12.22, 92도2540).

3 정당방위의 제한

1. 책임없는 자의 침해에 대한 방위

어린이, 정신병자, 술에 만취한 자와 같이 책임능력이 결여된 자로부터 공격을 받을 경우 침해된 법익을 피할 수 없는 때가 아니면 정당방위가 허용되지 않는다.

2. 도발된 침해에 대한 방위

(1) 목적에 의한 도발

- ① 의의 : 정당방위상황을 이용하여 공격자를 침해할 목적으로 공격을 유발한 경우.
- ② 정당방위의 허용 여부 : 성립할 수 없다(통설·판례).
- ③ 근거 : 법질서를 방위해야 할 필요성이 없기 때문이라는 견해

(2) 책임 있는 도발

- ① 의의 : 침해에 대하여 방위자에게 책임이 있는 경우

4 과잉방위

제21조[정당방위]

- ② 방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
- ③ 전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 별하지 아니한다.

(1) 형법규정

- ① 제21조 제2항 : 임의적 감면
- ② 제21조 제3항 : 불가별(과잉방위행위가 야간 기타 불안한 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때)

(2) 임의적 감면, 불가별의 근거

긴급상황으로 인하여 적법행위의 기대가능성이 감소·소멸된다는 견해(다수설)

[참고문헌 및 사이트]

- 1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
- 2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 긴급피난의 본질

1. 단일설

(1) 방임행위설

긴급피난은 현재의 위난을 제3자에게 전가하는 것이므로 위법행위도 적법행위도 아닌 법으로부터 자유로운 영역에 속한다는 견해.

(2) 책임조각설

적법행위에 대한 기대가능성이 없기 때문에 책임이 조각된다는 견해

(3) 위법성조각설(다수설)

이익교량설에 입각하여 긴급피난행위는 이로 인하여 보호받는 이익이 침해받는 이익보다 우월성이 인정될 때 정당화된다는 견해.

2. 이분설

(1) 생명·신체에 대한 긴급피난의 책임조각설

긴급피난을 사물에 대한 긴급피난과 사람의 생명·신체에 대한 긴급피난으로 나누어, 전자는 위법성조각사유이고, 후자는 책임조각사유라고 해석하는 견해

(2) 법익 동가치의 책임조각설

긴급피난을 우월적 이익의 원칙이 적용되는 경우와 법익 동가치인 경우로 구별하여, 전자는 위법성조각사유이고, 후자는 책임조각사유라고 해석하는 견해

3. 결 론

상당한 이유의 개념을 정당방위 자구행위의 경우보다 확대해석하는 것은 제22조의 법문에 반하여 부당. 따라서 위법성조각설이 타당!

2 긴급피난의 성립요건

I. 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난이 있을 것

1. 자기 또는 타인의 법익

(1) 법익의 범위

- ① 법률에 의해 보호되는 이익인 한 반드시 형법상 보호되는 법익일 필요는 없다.
- ② 법익인 한 정당방위와는 달리 개인적 법익은 물론 국가적·사회적 법익도 포함.

(2) 자기 또는 타인

자기 또는 타인의 모든 법익, 타인은 자기 이외의 모든 자연인, 법인을 총칭

2. 현재의 위난

(1) 현재성

- ① 의의 : 법익에 대한 침해가 즉시 또는 곧 발생할 것으로 예견되는 경우이다. 긴급피난의 현재성은 정당방위의 현재성보다 넓게 인정된다.
- ② 판단기준과 시기 : 객관적·개별적으로 범행에 앞선 사전적 시기에서 사후적으로 위난이 현존하는가 판단(객관적·사전적 표준)

(2) 위난

- ① 의의 : 위난이란 법익에 대한 실해 또는 위험이 있는 상태
- ② 위난의 원인
 - i) 행위성 불요 : 사람의 행위이건 자연현상이건 동물에 의한 침해이건 마찬가지로
 - ii) 위법성의 불요
- ③ 자초위난
 - i) 현재의 위난이 피난자의 유책한 사유로 발생한 경우 긴급피난은 피난상황에 대한 책임의 유무를 불문하므로 권리남용이 아닌 한 가능하다는 것이 통설과 판례이다. 과실 또는 책임 있는 도발(大判 1987.1.20, 85도221, 일명 금성호사건)
 - ii) 그러나 긴급피난상황을 이용할 목적 또는 고의에 의하여 피난상황을 유발한 경우에는 긴급피난을 인정할 수 없다(통설).

[관련판례]

피고인이 스스로 야기한 강간범행의 와중에서 피해자가 피고인의 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뺏다가 피해자에게 치아결손의 상해를 입힌 소위를 가리켜 법에 의하여 용인되는 피난행위라 할 수 없다(大判 1995.1.12, 94도2781).

Ⅱ. 위난을 피하기 위한 행위일 것

1. 피난행위

(1) 의의

긴박한 위난을 사전에 방지하거나, 현재 계속 중인 위난을 피하기 위한 일체의 행위

(2) 유형

- ① 방어적 긴급피난 : 위난의 원인에 대해서 직접 반격행위를 해서 법익을 보전하는 경우
- ② 공격적 긴급피난 : 위난과 관계없는 제3자의 법익을 희생시키고 위난을 모면하는 경

우

2. 피난의사

피난행위에는 주관적 정당화 요소로서 피난의사가 있어야 한다. 다만 피난의사가 유일한 동기일 것을 요하는 것은 아님

3 상당한 이유가 있을 것

1. 의의

위난을 피하기 위한 행위로서 사회상규상 당연하다고 인정되는 것

2. 내용

(1) 보충성의 원칙

- ① 의의 : 피난행위가 위난에 빠져 있는 법익을 보호하기 위한 유일한 방법이어야 한다.
→ 적법하게 위난을 피할 다른 방법이 있을 때에는 긴급피난 불가
- ② 상대적 최소피난의 원칙 : 최소 법익 침해에 제한된다.

[관련판례]

- 1. 불구아 낙태사건 : 임신의 지속이 모체건강에 대한 우려가 현저하고 불구아를 산출할 가능성이 있다는 판단하에 의사가 부득이 낙태수술을 한 경우(大判 1976.7.13, 75도1205) - 정당행위 내지 긴급피난
- 2. 아파트 입주자대표회의 회장이 다수 입주민들의 민원에 따라 위성방송 수신을 방해하는 케이블TV 방송의 시험방송 송출을 중단시키기 위하여 케이블TV방송의 방송 안테나를 절단하도록 지시한 경우
(대법원2006. 4.13, 2005도9396 안테나 절단사건) 긴급피난 x 정당행위 x 업무방해죄 성립

(2) 균형성의 원칙

- ① 의의 : 긴급피난에 의하여 보호되는 법익이 침해되는 법익보다 본질적으로 우월한 것이어야 한다(우월적 이익의 원칙).
- ② 균형성의 판단기준
 - i) 법익의 가치가 가장 중요한 판단기준이 되는 바, 일반적으로 인격적 법익은 재산적 법익보다 우월하며, 형량이 중한 경우가 우월하다.
 - ii) 생명 대 생명 : 생명은 그 존재 자체만으로 절대적으로 보호되어야 할 법익이므로 교량 불가, 위법성이 조각될 수 없다. 다만 기대가능성 유무에 따라 책임에 영향

(3) 적합성의 원칙

- ① 의의 : 피난행위 자체가 사회윤리나 법정신에 비추어 적합한 수단이어야 한다.
- ② 내용

- i) 사회윤리적 적합성 : 피난행위는 사회윤리적으로 적합한 행위이어야 한다. 따라서 강제채혈은 인간의 자기결정권이 침해되어 적합성이 인정되지 않음
- ii) 법적 절차 : 법익에 대한 위난을 방지하기 위한 법적 절차가 마련된 경우에는 그 법적 절차에 따라야 한다.

4 자구행위의 성립요건

I. 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우일 것

1. 청구권

- (1) 의의 : 타인에게 일정한 권리를 요구하는 사법상의 권리
- (2) 범위
 - ① 재산적 청구권 : 물권 · 채권 불문
 - ② 비재산적 청구권 : 친족권 · 상속권 등에 기한 청구권도 포함
 - ③ 원상회복가능성 필요 : 생명, 신체, 자유, 정조, 명예 제외
- (3) 귀속주체
 - ① 원칙 : 자기의 청구권이어야 한다. 타인의 청구권을 위한 자구행위 불가
 - ② 예외 : 청구권자로부터 자구행위의 실행을 위임받은 경우에는 가능

2. 청구권에 대한 침해

- (1) 불법한 침해

청구권에 대한 침해는 과거의 불법한 침해이어야 한다(통설).
- (2) 정당방위와의 한계
 - ① 절도피해자의 재물탈환행위
 - i) 절도범을 현장에서 추격하여 재물을 탈환하는 경우
 - 범죄가 기수가 된 이후에도 법익침해가 현장에서 계속되는 상태에 있으면 침해의 현재성을 인정할 수 있으므로 정당방위가 성립한다(다수설).
 - ii) 상당한 시일의 경과 후에 그 재물을 탈환하는 경우
 - 과거의 침해이므로 자구행위
 - ② 퇴거불응자에 대한 강제퇴거행위
 - 자구행위만 가능하다는 견해도 있지만, 정당방위에 있어서의 침해를 반드시 작위에 제한하여야 할 이유는 없으므로 정당방위가 성립한다(통설).

3. 법정절차에 의한 청구권보전의 불가능

- (1) 법정절차
- (2) 청구권보전의 불가능

Ⅱ. 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위일 것

1. 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란

(1) 이중의 긴급성

법정절차에 의한 청구권보전 불가능 외에 즉시 자력으로 구제하지 않으면 후일에 청구권의 실행이 불가능 또한 곤란한 사정이 있어야 한다.

(2) 충분한 인적·물적 담보가 있는 경우 : 자구행위 인정 안 됨

2. 피하기 위한 행위

3. 자구의사

Ⅲ. 상당한 이유가 있을 것

1. 의의

자구행위는 객관적으로 사회상규에 비추어 일반인의 입장에서 상당하다고 인정되는 경우이어야 한다.

2. 내용

(1) 보충성의 원칙

법정절차에 의하여 청구권을 보전하는 것이 불가능한 때에만 자구행위 허용

(2) 균형성의 원칙

정 대 정의 관계이므로 긴급피난과 같이 엄격한 균형성을 요하는 것은 아니나 정당방위 보다는 엄격하다.

(3) 적합성의 원칙

① 자구행위는 사회윤리적 견지에서 용인될 수 있어야 한다.

② 자구행위는 보전수단이 아닌 이행수단이 아니므로 재산을 임의로 처분하거나 이행을 받을 수 없다.

[관련판례]

자구행위에 해당하지 않는 경우 (x)

인근 상가의 통행로로 이용되고 있는 토지의 사실상 지배권자인 피고인이 토지에 철주와 철망을 설치하고 포장된 아스팔트를 걷어냄으로써 통행로로 이용하지 못하게 한 경우 (대법원 2007.12.28. 2007도7717 아스팔트 제거사건) 일반교통방해죄와 업무방해죄 성립

Ⅳ. 과잉자구행위와 오상자구행위

Ⅰ. 과잉자구행위

1. 의의

청구권을 보전하기 불가능한 긴급상황은 있으나, 이에 대한 보전수단이 상당성을 초과한 경우

2. 효과

- ① 위법성불조각
- ② 형법 제23조 제2항 → 책임감면(임의적 감면)

Ⅱ. 오상자구행위

객관적으로 자구행위의 요건이 존재되어 있지 아니함에도 불구하고 주관적으로 존재한다고 오신하여 자구행위를 한 것을 말한다. 자구행위가 아니므로 위법성이 조각되지 않지만, 위법성조각사유의 전제사실의 착오에 관한 문제로 사실의 착오로 보는 견해(다수설)와 법률의 착오로 보는 견해의 대립이 있다.

[참고문헌 및 사이트]

- 1. 통합형법 총론, 남상근 編著, 베스트에듀, 2022,
- 2. 형법총론, 오영근 著 , 박영사, 2022.



1 피해자의 동의의 형법적 의의

1. 피해자의 동의가 형의 감경사유로 되어 다른 구성요건에 해당하는 경우

- ① 보통살인죄에 대한 촉탁승낙살인죄
- ② 일반건조물방화죄에 대한 자기소유일반건조물방화죄
- ③ 일반물건방화죄에 대한 자기물건방화죄
- ④ 부동의낙태죄에 대한 동의낙태죄

2. 피해자의 동의유무를 묻지 않고 범죄가 성립하는 경우

- ① 13세 미만자에 대한 간음·추행죄(제305조)
- ② 피구금자에 대한 간음죄(제303조)

3. 피해자의 동의가 있으면 구성요건해당성이 부정되는 경우 → 양해

각칙상의 개인의 자유·재산·사생활의 평온을 보호하기 위한 죄의 대부분

예 강간죄(제297조), 손괴죄(제366조), 비밀침해죄(제316조), 주거침입죄(제319조)

4. 피해자의 동의가 있으면 구성요건에는 해당하나 위법성이 조각되는 경우

→ 피해자의 승낙에 의한 행위(제24조)

2 피해자의 승낙 위법성조각의 요건

- 1. 당해 법익을 처분할 수 있는 자의 유효한 승낙이 있어야 한다.
- 2. 승낙에 의한 법익침해행위가 있어야 한다.
- 3. 상당성이 존재해야 한다. → 승낙에 의한 행위는 법질서 전체의 정신이나 사회윤리적으로 용인될 수 있어야 한다.
- 4. 법률에 특별한 규정이 없어야 한다.

[관련판례]

- 1. 형법 제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙이어야 할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적·도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다. (대법원 2008.12.11. 2008도9606 보협사기 상해사건)
- 2. 위법성조각사유로서의 피해자의 승낙은 언제든지 자유롭게 철회할 수 있고, 그 철회의 방

법에는 아무런 제한이 없다. (대법원 2011. 5.13, 2010도9962 안산 상가철거사건)

3. 피고인이 기관장들의 조찬모임에서의 대화내용을 도청하기 위한 도청장치를 설치할 목적으로 손님을 가장하여 그 조찬모임 장소인 음식점에 들어간 경우 (대법원 1997. 3.28, 95도2674 초원복집 사건)(추정적)승낙 x 초원복집사건은 2022년 3월 대법원판례의 변경으로 주거침입죄 부정함
4. 피고인(산부인과 전문의 수련과정 2년차인 의사)이 피해자의 병명을 자궁근종으로 오진하고 피해자에게 자궁적출술의 불가피성만을 강조하여, 진단상의 과오가 없었으면 당연히 설명받았을 내용을 설명받지 못한 피해자로부터 수술 승낙을 받아 그의 자궁을 적출한 경우 (대법원 1993. 7.27, 92도2345 자궁적출 사건) 유효한 승낙 × 업무상과실치상죄 성립

3 정당행위의 내용

1. 법령에 의한 행위

(1) 공무원의 직무집행행위

- ① 법령에 의한 직무집행행위 : 공무원이 법령에 근거하여 당해 공무원의 직무범위 내에서 정규의 절차에 의하여 직무를 수행하면 정당행위로서 위법성이 조각된다.
- ② 상관의 명령에 의한 행위
 - i) 의의 : 법령상의 근거에 의하여 적법하게 내려진 상관의 명령에 복종한 행위
 - ii) 위법성조각의 요건
 - (가) 부하의 신분·직무에 대한 감독권한이 있을 것
 - (나) 명령은 부하의 직무에 관한 것일 것
 - (다) 명령은 가능·적법할 것
 - iii) 구속력 있는 위법한 명령에 복종한 경우
→ 위법한 명령은 불법을 법으로 만들 수 없고, 다만 기대불가능성에 의하여 초법규적 책임을 조각시킨다는 견해(통설·판례)
 - iv) 구속력 없는 위법한 명령에 복종한 경우 → 위법성·책임불조각

[관련판례]

공무원이 그 직무를 수행함에 즈음하여 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이며, 또한 하관은 소속상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무가 없다(大判 1999.4.23, 99도636).

(2) 징계행위

① 의의 : 법령상 허용된 징계권의 적정한 행사로 간주되는 행위

예) 학교장의 징계 및 처벌(교육법 제76조), 친권자, 후견인의 징계(민법 제915조, 제945조)

② 위법성조각의 요건

i) 주체적 요건 : 교육의 의사의 존재

ii) 객관적 요건

(가) 충분한 징계사유가 존재해야 한다.

(나) 교육목적달성에 필요하고 적절한 정도여야 한다.

(3) 사인의 현행범인체포

① 의의 : 현행범은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(형소법 제212조).

② 한계 : 직접 체포에 필요한 행위 즉 협박, 체포 또는 도주의 저지 등에 제한. 현행범인에 대한 살인, 상해, 현행범인 체포를 위한 타인의 주거침입 등은 위법성이 조각되지 않음

(4) 노동쟁의행위

① 목적상의 한계 : 근로조건개선, 근로자의 경제적 지위향상에 국한

② 수단상의 한계 : 폭력, 파괴행위, 안전시설의 정상운영 방해 등의 행위는 할 수 없다.

[관련판례]

1. 정리해고나 부서·조직의 통폐합 등 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다(大判 2003.12.26, 2001도3380).

2. 민사소송법 제335조에 따른 법원의 감정인 지정결정 또는 같은 법 제341조 제1항에 따른 법원의 감정촉탁을 받은 경우에는 감정평가업자가 아닌 사람이더라도 그 감정사항에 포함된 토지 등의 감정평가를 할 수 있고, 이러한 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각 된다(대법원 2021.10.14. 2017도10634 산양삼 손실보상액 평가사건)

2. 업무로 인한 행위

(1) 의사의 치료행위

① 위법성조각설(판례)

② 구성요건해당성 조각설

③ 피해자의 승낙설

(2) 변호인의 변론, 성직자의 행위

- ① 변호사의 변론
- ② 성직자의 업무행위

[관련판례]

1. 신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 말한 경우 (대법원 2011.7.14., 20115639 검찰신문 취재부장 사건) 협박죄 불성립 [19 경찰승진, 19 경찰채용]
2. 재건축조합의 조합장이 조합탈퇴의 의사표시를 한 자를 상대로 ‘사업시행구역 안에 있는 그 소유의 건물을 명도하고 이를 재건축사업에 제공하여 행하는 업무를 방해하여서는 아니된다’는 가처분의 판결을 받아 건물을 철거한 경우 (대법원 1998.2.13., 97도 2877) 손괴죄 불성립
3. 의사가 모발이식시술을 하면서 이에 관하여 어느 정도 지식을 가지고 있는 간호조무사로 하여금 모발이식시술행위 중 일정 부분을 직접 하도록 맡겨둔 채 별반 관여하지 않은 경우 (대법원 2007.6.28, 2005도8317 간호조무사 모발이식 사건) 의료법 위반죄 성립 [22 경간부, 19 경찰채용]
4. 피고인이 찜질방 내에 침대, 부항기 및 부항침 등을 갖춰 놓고 찾아오는 사람들에게 치료비를 받고 부항을 뜨는 방법으로 치료를 한 경우 (대법원 2004.10.28. 2004도3405 부항뜸 사건) 의료법위반죄 성립

3. 사회상규에 위배되지 않는 행위

- ① 상대방의 도발·폭행·강제연행을 피하기 위한 소극적 저항
- ② 법령상의 징계권이 없는 자의 징계행위
- ③ 자기 또는 타인의 권리를 실행하기 위한 행위
- ④ 피해자에게 치료비를 이행하지 않으면 고소 또는 구속하겠다고 하는 행위
- ⑤ 부랑인 수용소의 책임자가 야간도주를 방지하기 위하여 취침시간 이후에 출입문을 잠그는 행위

[관련판례]

택시 운전사인 피고인이 고객인 가정주부들에게 입에 담지 못할 욕설을 퍼부은 데서 발단이 되어 가정주부인 피해자 등으로부터 핸드백과 하이힐 등으로 얻어맞게 되자 그 때문에 입은 상처를 고발하기 위해 파출소로 끌고 감을 빙자하여 피해자의 손목을 잡아 틀어 상해를 가했다면 피고인의 행위가 사회통념상 용인될 만한 상당성이 있는 정당행위라고 볼 수는 없다(大判 1991.12.27, 91도1169).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著 , 박영사, 2022.



I. 서 설

1. 의의

책임능력이란 행위자가 법규범의 의미내용을 이해하고(사물변별능력) 그 규범에 따라 의사를 결정할 수 있는 능력.

2. 본질

(1) 도의적 책임론 : 책임능력 = 범죄능력

(2) 사회적 책임론 : 책임능력 = 형벌능력

II. 책임능력의 규정방법

1. 생물학적 방법

형법이 행위자의 비정상적인 상태를 기술하고 그러한 상태가 있으면 바로 책임능력이 없다고 하는 방법

2. 심리적 또는 규범적 방법

사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없으면 책임능력이 없다고 규정하는 방법

3. 혼합적 방법(통설)

(1) 내용 : 행위자의 비정상적인 상태는 생물학적 방법으로 규정하고, 이러한 생물학적 요인이 시비변별력과 의사결정력에 미치는 영향은 심리적 방법에 의하도록 규정하여 책임능력을 판단하는 방법

(2) 결론

① 생물학적 방법과 심리적 방법의 결합을 상호 보완한 이 견해가 타당

② 형벌 제10조도 이 방법에 의하여 규정

[관련판례]

형법 제10조에 규정된 심신장애는, 생물학적 요인으로 인하여 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에, 심리학적 요인으로 인한 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다. (대법원 2018. 9.13, 2018도7658 인천 초등생 살인사건)

Ⅲ. 형법상 책임무능력자

1. 형사미성년자

- (1) 14세 되지 아니한 자(제9조) → 생물학적 방법
- (2) 절대적 책임무능력자
- (3) 연령의 판단방법 : 사실문제이므로 호적이 절대적 기준이 아니고 형사미성년자의 여부는 행위 시가 아니라 판결 선고시를 기준으로 한다(통설·판례).
- (4) 효과 : 책임조각

2. 심신상실자

제10조 : ① 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.

[관련판례]

- 1. 형법 제10조 제1항 및 제2항 소정의 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 및 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다(大判 1994.5.13, 94도581)
- 2. 피고인이 심한 만성형 정신분열증에 따른 망상의 지배로 말미암아 아무런 관계도 없는 생면부지의 행인들의 머리를 이유 없이 도끼로 내리쳐 상해를 가한 것이어서 범행 당시 심신상실상태에 있었다고 본다(大判 1991.5.28, 91도636).
- 3. 자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서, 특단의 사정이 없는 한 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 그 이상으로 사물을 변별할 수 있는 능력에 장애를 가져오는 원래의 의미의 정신병이 도벽의 원인이라거나 혹은 도벽의 원인이 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 그로 인한 절도 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야한다.(대판1999.4.27,99도)

Ⅲ. 형법상 한정책임능력자

1. 심신미약자

제10조 : ② 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.

2. 농아자

제11조 : 농아자의 행위는 형을 감경한다.

Ⅳ. 원인에 있어서 자유로운 행위

1. 의의 및 특징

(1) 의의

행위자가 고의 또는 과실에 의하여 자기를 심신장애의 상태에 빠지게 한 후 이러한 상태에서 범죄를 실행하는 것

(2) 특 징

- ① 행위와 책임의 동시존재의 원칙과의 조화문제
- ② ‘원인행위’와 ‘책임능력결함상태하의 행위’ 중 조화문제.
- ③ 우리 형법은 원인에 있어서 자유로운 행위를 처벌한다고 규정하여 그 가벌성을 입법적으로 해결하였다(형법 제10조 제3항).

2. 가벌성의 근거

- (1) 원인설정행위에 책임의 근거를 인정하는 견해(종래의 다수설) ⇨ 행위와 책임의 동시원칙을 유지하는 견해이다.
- (2) 원인행위와 실행행위의 불가분적 연관에서 책임의 근거를 인정하는 견해(결합설)
원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거는 원인설정행위(책임능력 있는 상태)와 실행행위(책임능력 없는 상태)의 불가분적 연관성 때문에 원인설정행위에 책임비난의 근거가 있다는 이론이다. ⇨ ‘행위와 책임의 동시존재의 원칙’에 대한 예외가 된다(현재 다수설).
- (3) 책임능력결함상태에서의 실행행위에 책임의 근거를 인정하는 견해.
심리학상 반무의식상태의 존재를 근거로 원인행위는 예비단계에 불과하고 ⇨ 반무의식상태에서 행하여지므로 실행행위에도 주관적 요소를 인정할 수 있다.

3. 유형 및 실행의 착수시기

- (1) 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위
- (2) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위

4. 형법 제10조 3항의 요건과 효과

(1) 요건

- ① 위험 발생을 예견할 것
- ② 자의로 심신장애를 야기할 것.
- ③ 실행행위가 있을 것
- ④ 원인행위와 심신장애 및 결과발생 사이에 인과관계가 있을 것

(2) 효과

책임능력자의 행위로 취급되어 책임능력자와 동일하게 처벌된다.

[관련판례]

1. 형법 제10조 제3항은 ‘위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니 한다’고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된다. (대법원 1992. 7.28. 92도999 음주 만취 후 운전사건 1)
2. 피고인이 자신의 차를 운전하여 술집에 가서 술을 마신 후 운전을 하다가 교통사고를 일으켰다면, 이는 피고인이 음주할 때 교통사고를 일으킬 수 있다는 위험성을 예견하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하여, 가사 사고 당시 심신미약상태에 있었다고 하더라도 심신미약으로 인한 형의 감경을 할 수 없다(大判 1995.6.13., 95도826 음주 만취 후 운전사건 2).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著, 박영사, 2022.



1 의의 및 구별의 개념

1. 의 의

행위자가 구성요건적 사실을 인식하였으나 행위가 법률상 허용되지 않음을 모르거나 허용된다고 오인한 경우를 말하며, 위법성의 착오 또는 금지의 착오라고도 한다.

2. 구별의 개념

(1) 적극적 착오

위법하지 않은 행위를 위법한 행위로 오인한 경우(환각범) → 구성요건해당성 없다(반전된 금지착오).

(2) 소극적 착오

위법한 행위를 위법하지 않은 행위로 오인한 경우로서 형법상 법률의 착오문제가 된다.

2 법률의 착오 유형

1. 직접적 착오

① 법률의 부지

i) 의의 : 행위자가 법률상 금지되어 있는 법규 그 자체의 존재를 인식하지 못한 경우.

ii) 법률의 착오인가의 여부

(가) 판례 : 부정

(나) 학설 : 통설은 법률의 부지도 금지의 착오로 인정한다(통설).

[관련판례]

1. 유흥접객업소의 업주가 경찰당국의 단속대상에서 제외되어 있는 만18세 이상의 고등학생이 아닌 미성년자는 출입이 허용되는 것으로 알고 있었더라도 이는 미성년자보호법 규정을 알지 못한 단순한 법률의 부지에 해당하고 특히 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 적극적으로 그릇 인정한 경우는 아니므로 비록 경찰당국이 단속대상에서 제외하였다 하여 이를 법률의 착오에 기인한 행위라고 할 수 없다(대판 1985. 4. 9, 85도 25).

2. 형법 제16조는 단순한 법률의 부지(不知)를 말하는 것이 아니고 일반적으로는 범죄가 되지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우 별하지 않는다는 취지이고 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력, 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다

(대법원 2015. 2.12, 2014도11501) 초등학교만 골라 성관계한 사건, 법률의 부지(不知)는 금지의 착오에 해당하지 않음을 주의할 것

② 효력의 착오

행위자가 일반적 구속력을 가지는 법규정을 잘못 판단하여 그 규정이 무효라고 오인한 경우

③ 금지규정에 대한 해석의 착오(포섭의 착오)

구성요건적 사실은 인식하였으나 그 법률적 의미에 착오를 일으켜 자기행위가 허용된다고 믿는 경우

2. 간접적 착오

(1) 위법성조각사유의 존재와 허용한계에 대한 착오 → 금지착오

(2) 위법성조각사유의 요건사실에 대한 착오(후술)

3 법률의 착오 효과

1. 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위
2. 정당한 이유가 인정되면
3. 벌하지 아니 한다 : 책임이 조각된다.

[관련판례]

1. 광역시의회 의원인 피고인이 선거구민들에게 의정보고서를 배부하기에 앞서 미리 관할 선거관리위원회 소속 공무원들에게 자문을 구하고 그들의 지적에 따라 수정한 의정보고서를 배부한 경우 (대법원 2005. 6.10. 2005도835 수정 의정보고서 사건) 공직선거법위반죄 불성립
2. 초등학교 교장이 도 교육위원회의 지시에 따라 교과내용으로 되어 있는 꽃양귀비를 교과식물로 비치하기 위하여 양귀비 종자를 사서 교무실 앞 화단에 심은 것이라면 이는 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위로서 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 할 것이다(大判 1972.3.31, 72도64).
3. 변호사 자격을 가진 국회의원인 피고인이 보좌관을 통해 관할 선거관리위원회 직원에게 구두로 문의하여 답변을 받은 결과 ‘의정보고서를 발간하는 것이 선거법규에 저촉되지 않는다’고 오인한 후 선거에 영향을 미칠 수 있는 내용이 포함된 의정보고서를 발간한 경우 (대법원 2006. 3.24. 2005도3717 송영길 의원 사건) 공직선거법위반죄 성립
4. 부동산중개업자인 피고인이 부동산중개업협회의 자문을 통하여 인원수 제한 없이 중개보조원을 채용하는 것이 허용된 것으로 믿고 제한인원을 초과하여 중개보조원을 채용한 경우 (대법원 2008.8.18. 2000도2943 부동산중개업법위반죄 성립

4 위법성조각사유 요건(전제사실)에 대한 착오

1. 의 의

행위자가 객관적으로 존재하지 않는 위법성조각사유의 객관적 전제사실이 존재한다고 착오로 잘못 믿고 위법성조각사유에 해당하는 행위를 한 경우(객관적 정당화상황의 착오)

2. 학 설

(1) 고의설

고의는 책임요소이며, 위법성인식 또는 그 인식가능성은 고의의 내용. → 사실의 착오에 해당하여 고의는 조각되고 단지 과실범의 문제가 된다는 견해

(2) 소극적 구성요건표지이론

소극적 구성요건요소가 되므로 위법성을 조각하는 행위상황에 대한 착오는 구성요건적 착오가 되고 따라서 고의를 조각하게 된다.

(3) 엄격책임설

행위자는 구성요건적 사실 그 자체는 인식하고 있으므로 고의는 조각될 수 없고 다만 착오로 인하여 위법성의 인식을 하지 못한 것이므로 법률의 착오로 취급 → 형법 제16조를 적용해야 한다는 견해.

(4) 제한적 책임설

① 사실의 착오규정을 유추적용해야 한다는 설

구성요건적 고의는 존재하지만 행위자가 구성요건적 불법을 실현하려는 적극적인 결단이 없으므로 고의범으로서 행위반가치가 탈락하여 사실의 착오에 관한 규정을 유추적용하여 고의를 조각한다는 견해

② 법효과제한적 책임설

고의의 이중기능을 인정하는 입장에서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오가 있는 경우에는 구성요건적 고의는 그대로 인정되지만 책임요소로서의 고의가 부정되어 → 법적 효과에 있어서는 마치 처음부터 구성요건적 고의가 조각된 것처럼 과실범의 문제로 취급해야 한다는 견해(다수설).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 범죄의 실현단계

(1) 범죄의사

(2) 예비와 음모

- ① 예비 : 범죄실행을 위한 물적 준비행위로서 범죄장소의 물색, 범죄도구의 구입 등이 이에 해당하다.
- ② 음모 : 2인 이상이 범죄실행을 위하여 행하는 심리적 준비행위로서 2인 이상이 범죄실현을 논의하는 것이다.
- ③ 예비·음모는 범죄의사가 외부적으로 표현되는 제1단계의 행위로서 실행의 착수 이전의 단계이다.

(3) 미수

범죄의 실행에 착수하였으나 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 경우를 미수라고 한다. 미수는 실행에 착수한 점에서 예비·음모와 구별되고, 범죄가 완성되지 않은 점에서 기수와 구별된다.

(4) 기수와 종료

- ① 기수 : 행위가 법률이 정하는 범죄구성요건의 모든 요소를 충족한 경우를 말한다.
- ② 종료 : 범죄의 기수가 성립한 후 보호법익에 대한 침해행위가 실질적으로 끝난 경우를 말한다.
- ③ 기수와 종로의 구별실익
 - (ㄱ) 공소시효는 범행의 종료시부터 진행한다.
 - (ㄴ) 기수 이후에도 종료 이전까지는 공범의 성립이 가능하다(종범은 가능하나, 교사는 안 된다).
 - (ㄷ) 기수 이후 종료 이전에 정당방위가 가능하다. 즉, 정당방위에서 침해의 현재성을 범행의 종료시점까지 인정하게 된다.

2 예비·음모죄

(1) 예비와 음모의 구별

- ① 다수설 : 음모는 심리적 준비행위이고, 예비는 물적 준비행위로서 서로 구별되지만 양자간에 시간적 선후관계는 없다.
- ② 판례 : 음모는 예비에 선행하는 범죄발전의 한 단계이며, 형법상 예비와 음모는 언제나

병렬적으로 규정되어 있으므로 구별실익이 없다.

[관련판례]

형법상 음모죄가 성립하는 경우의 음모란 2인 이상의 자 사이에 성립한 범죄실행의 합의를 말하는 것으로, 범죄실행의 합의가 있다고 하기 위하여는 단순히 범죄결심을 외부에 표시·전달하는 것만으로는 부족하고, 객관적으로 보아 특정한 범죄의 실행을 위한 준비행위라는 것이 명백히 인식되고, 그 합의에 실질적인 위험성이 인정될 때에 비로소 음모죄가 성립한다(大判 1999.11.12, 99도3801).

(2) 미수와의 구별

(3) 형법상 예비·음모죄의 처벌규정

3 예비죄의 법적 성격

(1) 기본범죄와의 관계

예비는 기본범죄의 발현형태에 지나지 않고, 예비죄는 독립된 범죄 유형이 아니라 효과적인 법익보호가 필요한 경우에 미수 이전의 단계까지 구성요건을 확장한 기본적 구성요건의 수정형식으로 보는 견해(다수설·판례)

[관련판례]

형법 각칙의 예비죄를 차단하는 규정을 바로 독립된 구성요건개념에 포함시킬 수는 없다고 하는 것이 죄형법정주의의 원칙에도 합당하는 해석이다. (대법원 1976. 5.25. 75도1549 강도예비 방조사건)

(2) 예비죄의 실행행위성

예비죄를 독립된 범죄유형으로 이해할 때에는 예비죄의 실행행위성이 당연히 인정되나, 예비죄를 기본범죄의 발현형태로 보는 경우에는 실행의 착수 이전의 예비행위의 실행행위성은 인정할 수 없다는 부정설과, 예비죄는 기본범죄의 수정적 구성요건인 이상 예비죄의 실행행위성을 인정할 수 있다는 긍정설(다수설)이 대립하고 있다.

(3) 예비죄의 성립요건

① 예비의 고의

과실에 의한 예비죄나 과실범의 예비죄는 성립할 수 없다.

② 기본범죄를 범할 목적

예비죄는 고의뿐만 아니라 기본범죄를 범할 목적이 있을 것을 요하는 목적범이다.

[관련판례]

강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 ‘강도’를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다. (대법원 2006. 9.14. 2004도6432 준

강도 목적 사건)

③ 외부적 준비행위

예비행위는 외부적 준비행위일 것을 요한다. 단순한 범죄계획, 의사표시 또는 내심의 준비행위는 예비가 아님

④ 실행의 착수 이전의 행위일 것

① 예비행위는 실행의 착수 이전의 단계에 머물러야 한다.

② 실행의 착수 이후에는 예비는 미수·기수에 흡수된다.

[관련판례]

1. 피고인이 히로뽕 제조원료 구입비로 금 3,000,000원을 제1심 공동피고인에게 제공하였는데 공동피고인이 그로써 구입할 원료를 물색 중 적발되었다면 피고인의 소위는 히로뽕제조에 착수하였다고 볼 수 없다(大判 1983.11.22, 83도2590).

2. 소를 흥정하고 있는 피해자의 뒤에 접근하여 그가 들고 있던 가방으로 돈이 들어 있는 피해자의 하의 왼쪽 주머니를 스치면서 지나간 행위는 단지 피해자의 주의력을 흐트려 주머니속에 들은 금원을 절취하기 위한 예비단계의 행위에 불과한 것이고 이로써 실행의 착수에 이른 것이라고는 볼 수 없다(大判 1986.11.11, 86도1109).

(4) 처 벌

법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예비죄로 처벌된다(제28조).

[관련판례]

부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에 동법 제5조 제1항의 예비음모는 이를 처벌한다고만 규정하고 있을 뿐이고 그 형에 관하여 따로 규정하고 있지 아니한 이상 죄형법정주의의 원칙상 위 예비음모를 처벌할 수 없다(大判 1977.6.28, 77도251)

4 예비죄의 중지, 예비죄의 공범

(1) 예비죄의 중지

예비의 중지란 이미 예비행위를 한 자가 예비행위를 자의로 중지하거나 실행의 착수를 포기하는 것을 말한다.

① 중지미수규정의 준용문제 : 실행의 착수 후에도 자의로 중지하면 중지미수의 규정에 의해 필요적 감면이 인정되는데, 실행의 착수 전에 예비행위를 자의로 중지한 경우에는 필요적 감면규정이 없어 예비·음모로 처벌되어야 한다는 형의 균형상 불합리가 발생한다. 이 때 형의 불균형을 시정하기 위하여 예비의 중지에 중지미수규정을 준용할 것인가에 대해 판례와 학설이 대립한다.

(ㄱ) 부정설(판례) : 중지미수는 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이므로, 실행의 착수가 있기 전인 예비·음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서는 중지미수의 규정을 준용할 수 없다.

[관련판례]

중지범은 범죄의 실행에 착수한 후 자의로 그 행위를 중지한 때를 말하는 것이고 실행의 착수가 있기 전인 예비음모의 행위를 처벌하는 경우에 있어서 중지범의 관념은 이를 인정할 수 없다(大判 1999.4.9, 99도424 ; 1991.6.25, 91도436).

(ㄴ) 긍정설(다수설) : 예비의 형이 중지미수의 형보다 무거운 때에는 형의 균형상 중지미수의 규정을 준용해야 한다.

(2) 예비죄의 공범

① 예비죄의 공동정범

⇒ 예비죄의 공동정범을 인정하는 것이 통설·판례의 입장이다.

② 예비죄의 교사범과 종범

(ㄱ) 예비죄의 교사범

형법이 기도된 교사(실패한 교사, 효과 없는 교사)를 예비·음모에 준하여 처벌하고 있으므로 범죄를 교사하였으나 피교사자가 예비행위에 그친 경우에는 예비·음모에 준하여 처벌된다(제31조 ②·③).

(ㄴ) 예비죄의 종범

④ 긍정설

예비행위의 실행행위성을 인정할 수 있다는 점과 예비와 미수의 구별은 공범의 성립에 영향이 없다는 점을 근거로 하여 예비죄의 종범을 인정한다.

⑤ 부정설(다수설·판례)

공범이 성립하려면 정범의 실행행위가 전제되어야 하는데 예비죄에는 미수에 있어서와 같은 실행행위가 없고, 방조의 방법에 제한이 없으며, 예비의 종범을 처벌할 때에는 그 처벌이 부당하게 확대될 염려가 있을 뿐만 아니라 법감정에 반한다는 것을 근거로 하여 예비죄의 종범을 부인한다.

[관련판례]

정범이 실행의 착수에 이르지 아니한 예비의 단계에 그친 경우에는 이에 가공하는 행위가 예비의 공동정범이 되는 경우를 제외하고는 종범의 성립을 부정하고 있다고 보는 것이 타당하다(大判 1976.5.25, 75도1549).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著, 박영사, 2022.



1 서설

I. 의의

행위자가 자신의 의사에 반하여 범죄를 완성하지 못한 경우(제25조 제1항)

II. 중지미수 · 불능미수와 의 구별

2 성립요건

I. 주관적 요건 : 고의

II. 객관적 요건

1. 실행의 착수

(1) 의의 : 구성요건 실현을 직접적으로 개시하는 것 → 예비와 미수의 구별기준

(2) 학설 검토

i) 객관설

(가) 형식적 객관설 : 엄격한 의미에서의 구성요건에 해당하는 정형적인 행위 또는 그 일부를 개시한 때에 실행의 착수가 있다고 보는 견해

(나) 실질적 객관설

(a) Frank의 공식 : 자연적으로 보아 구성요건적 행위와 필연적으로 결합되어 있어 그 구성요소로 보이는 거동이 있으면 구성요건 실현의 전 단계의 행위라 하더라도 실행의 착수가 있다고 보는 견해

(b) 밀접행위설 : 행위가 보호법익에 대하여 직접적인 위험을 야기시킨 때 또는 법익침해에 밀접한 행위가 있을 때 실행의 착수를 인정하는 견해

ii) 주관설 : 범죄란 범죄적 의사의 표현이므로, 범죄의사를 명백하게 인정할 수 있는 외부적 행위가 있는 때에 실행의 착수가 있다는 견해

iii) 주관적 객관설(절충설) : 행위자의 주관적인 범죄계획에 비추어(주관적 기준), 범죄의사의 분명한 표명이라고 볼 수 있는 행위가 보호법익에 대한 직접적 위험을 발생시킨 때(객관적 기준) 실행의 착수가 있다는 견해(다수설)

iv) 판례 : 일정치 않다. 즉, 종래 객관설을 지지하는 듯한 판례가 많았으나 밀접행위설적인 경우도 있고, 간접죄의 경우 주관설에 따르는 판례도 있으며, 절충설적인 것도

보인다.

[관련판례]

1. 야간이 아닌 주간에 절도의 목적으로 피해자의 다세대주택에 침입하여 재물을 찾으려고 신발을 신은 채 거실을 통하여 안방으로 들어가 여기저기를 살펴보고 절취할 재물을 찾지 못하고 다시 거실로 나와서 두리번거리고 있다가 피해자와 마주치자 체포면탈 목적으로 피해자를 상해한 경우, 다른 사람의 주거에 침입하여 절취할 재물의 물색행위를 시작하는 등 그에 대한 사실상의 지배를 침해하는 데에 밀접한 행위를 개시하면 절도죄의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.(大判 2003.6.24, 2003도1985).
2. 피고인이 강간할 목적으로 피해자의 집에 침입하였다 하더라도 안방에 들어가 누워 자고 있는 피해자의 가슴과 엉덩이를 만지면서 간음을 기도하였다는 사실만으로는 강간의 수단으로 피해자에게 폭행이나 협박을 개시하였다고 하기는 어렵다(大判 1990.5.25, 90도607).
3. 소송에서 주장하는 권리가 존재하지 않는 사실을 알고 있으면서도 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기하면 이로써 실행의 착수가 있었다고 할 것이고, 피해자에 대한 직접적인 기망이 있어야 하는 것은 아니다(大判 1993.9.14, 93도915).
4. 은행 강도 범행으로 강취할 돈을 송금 받을 계좌를 개설한 것만으로는 범죄수익 등의 은닉에 관한 죄의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없다(大判 2007.1.11, 2006도5288). → 은닉행위의 실행에 착수하는 것은 범죄수익 등이 생겼을 때 비로소 가능하므로, 아직 범죄수익 등이 생기지 않은 상태에서는 범죄수익 등의 은닉에 관한 죄의 실행에 착수하였다고 인정하기 어렵다.

2. 범죄의 미완성

범죄의 미완성이란 구성요건적 결과가 발생하지 않은 것을 말한다. 이에선 다음과 같은 두 가지 경우가 있다.

	착수미수	실행미수
내용	실행에 착수하였으나 실행행위 그 자체를 종료하지 못한 경우	실행행위는 종료하였으나 결과가 발생하지 않은 경우
예	살해의 의사로 방아쇠를 당기려는 순간 제지당하여 발사하지 못한 경우	살해의 의사로 방아쇠를 당겼으나 명중하지 않았거나 명중하였지만 상해에 그친 경우

출처: 주 교재 297쪽

3 미수범의 처벌 근거

I. 형법 각칙에 특별한 규정이 있는 경우에만 처벌

II. 임의적 감경 : 주형에 대해서만 감경 가능. 부가형 · 보안처분은 감경 못한다.

Ⅲ. 미수범 처벌의 근거

- ① 이론적 근거 : 주관주의와 객관주의의 절충
- ② 미수범의 불법 : 행위반가치(주관적인 범인의 범죄의사) + 결과반가치(객관적인 법익침해의 위험)
- ③ 불능범의 처벌 : 불가벌(위험성이 없기 때문)
- ④ 미수범의 처벌 : 임의적 감경

* 참고자료*

	객관설	주관설	절충설
이론적 근거	객관주의	주관주의	객관주의 + 주관주의
미수범의 불법	결과반가치	행위반가치	결과반가치 + 행위반가치
불능범의 처벌	불가벌	처벌	불가벌
미수범의 처벌	필요적 감경	기수범과 동일	임의적 감경

4 관련문제

I. 거동범과 미수

Ⅱ. 부작위범의 미수

Ⅲ. 결과적 가중범과 미수

1. 기본범죄의 미수

기본범죄가 미수라도 중한 결과가 발생한 때에는 미수가 아니라 결과적 가중범의 기수가 된다.

2. 진정결과적 가중범의 미수

가중된 결과에 대하여 행위자의 고의가 없고 과실이 있을 뿐이므로 미수란 생각할 수 없다.

3. 부진정결과적 가중범의 미수 : 결과적 가중범 참고

Ⅳ. 과실범의 미수

미수의 주관적 요건으로 고의 존재를 요하므로 이론상 과실범의 미수를 생각할 수 없으며, 형법도 과실범의 미수처벌규정을 두고 있지 않다.

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 서설

I. 의의

범죄의 실행에 착수한 자가 그 범죄가 완성되기 전에 자의로 이를 중지하거나 결과의 발생을 방지한 경우(제26조)

II. 법적 성질

1. 형사정책설

중지미수를 특별히 취급하는 이유가 범죄의 기수를 방지하려는 형사정책적 고려에 있다는 견해이다(황금교이론).

2. 법률설

(1) 위법성(불법) 소멸·감소설

미수범에 있어서 결의 즉 고의는 주관적 불법요소이고 위법성 요소이므로, 이에 대응하여 중지의 결의는 위법성을 소멸·감소시키는 주관적 요소가 된다는 견해

(2) 책임소멸·감소설

중지미수에 있어서는 자기행위의 가치를 부정하는 규범의식의 각성 또는 중지행위에 나타난 행위자의 인격태도로 인하여 책임이 감소하거나 소멸된다는 견해

3. 결합설

중지미수에 대한 형의 면제는 형사정책설에 의하고, 형의 감경은 책임감소설에 의하여 설명하는 견해(다수설)

4. 형벌목적설

중지미수는 그 처벌이 형벌의 목적(일반예방 또는 특별예방)에 비추어 불필요한 경우라는 견해

5. 보상설

중지에 의하여 법적대적 의사를 포기하고 법의 세계로 돌아오면 미수의 불법과 일반인의 법적 안정감 및 법에 대한 신뢰가 회복되므로 이에 대한 중지자의 공적을 보상하여 형을 감경·면제하는 것이라는 견해(공적설, 은사설)

■ 성립요건

I. 주관적 요건

1. 일반적 주관적 요건 : 고의

2. 특별한 주관적 요건 : 자의성

(1) 자의성과 판단기준

① 객관설

- i) 외부적 사정에 의한 범죄 미완성 → 장애미수
- ii) 내부적 동기에 의한 범죄 미완성 → 중지미수

② 주관설

- i) 후회, 동정, 양심의 가책, 연민 등 윤리적 동기에 의하여 중지한 경우 → 중지미수
- ii) 그 이외의 동기로 인하여 중지한 경우 → 장애미수

③ Frank의 공식

- i) 할 수 있었음에도 불구하고 하기를 원하지 않아서 중지한 경우 → 중지미수
- ii) 하려고 하였지만 할 수가 없어서 중지한 경우 → 장애미수

④ 절충설(다수설 · 판례)

- i) 범행 당시의 객관적 사정과 행위자의 내부적 원인을 종합하여, 일반사회관념상 범죄 수행에 장애가 될 만한 사유가 있는 경우 → 장애미수
- ii) 위의 사유가 없음에도 불구하고 자기 의사에 의하여 중지한 경우 → 중지미수

[관련판례]

1. 중지미수라 함은 범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지하는 것으로서 장애미수와 대칭되는 개념이나, 중지미수와 장애미수를 구분하는 데 있어서는 범죄의 미수가 자의에 의한 중지이냐 또는 어떤 장애에 의한 미수이냐에 따라 가려야 하고, 특히 자의에 의한 중지 중에서도 일반사회통념상 장애에 의한 미수라고 보여지는 경우를 제외한 것을 중지미수라고 풀이함이 일반이다(大判 1985.11.22, 85도2002).
2. 피고인이 피해자를 강간하려다가 피해자가 다음번에 만나 친해지면 응해주겠다는 취지의 간곡한 부탁을 하자 강간행위를 그만 둔 경우 중지미수에 해당한다(大判 1996.10.12, 93도1851 친해지면 응해주겠다는 사건)

II. 객관적 요건

1. 실행의 착수

2. 범죄의 미완성(행위의 중지 또는 결과의 방지)

중지미수가 성립하기 위하여는 객관적으로 실행행위를 중지(착수미수)하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지(실행미수)하여야 한다.

(1) 착수미수와 실행미수의 구분

① 의의

i) 착수미수 : 범죄실행에 착수하였으나 행위를 종료하지 못한 경우

ii) 실행미수 : 실행행위는 종료하였으나 결과가 발생하지 않은 경우

② 구별의 필요성 : 착수미수는 행위계속의 포기로 족하나, 실행미수는 결과발생의 적극적인 방지가 필요한 점

(2) 착수미수의 중지

① 의의 : 실행행위에 착수한 행위를 실행행위 종료 이전에 자의로 중지하는 것을 말함

② 행위자가 행위의 계속을 중지하였음에도 불구하고 결과가 발생한 때는 이미 기수에 이른 것이므로 중지미수 불성립

(3) 실행미수의 중지

① 의의 : 실행행위에 착수한 행위 그 자체는 종료하였으나 이 행위로 인한 결과의 발생을 방지하는 것을 말한다.

② 방지행위는 인과의 진행을 의식적·의혹적으로 중단하기 위한 적극적 행위임을 요한다. 소극적 부작위로는 부족하다.

[심화학습]

결과발생이 처음부터 불가능하지만 행위자가 이를 모르고 결과방지를 위한 진지한 노력을 한 때에도 중지미수가 성립할 수 있는가가 문제된다. ㉠ 소화제를 독약으로 오인하고 먹인 후 후회하고 해독제를 먹인 경우

① 부정설(판례) : 행위자의 방지행위에 의하여 결과가 발생하지 않은 것은 아니므로 중지미수가 성립할 여지가 없다는 견해이다.

② 긍정설(다수설) : 불능미수의 형은 임의적 감면이지만 중지미수의 형은 필요적 감면이므로, 부정설에 의하면 결과발생의 위험성은 적는데 결과방지를 위한 노력은 동일한 경우를 결과발생의 위험성이 큰 경우보다 중하게 취급한다는 불균형이 발생하므로 이 경우에도 중지미수의 성립을 인정해야 한다는 견해이다(오영근, 『형법총론』 513면).

3 처벌

I. 예외적 처벌 : 형법 각칙에 특별규정이 있는 경우에만 처벌

II. 필요적 감면 : 착수중지·실행중지 불구별

4 관련문제

I. 공범과 중지미수

1. 의의

범죄에 대하여 다수인이 가담한 경우(공동정범, 간접정범, 교사범, 종범)에 중지미수의 성립요건 및 그 효과가 미치는 범위에 대한 문제

2. 중지미수의 효과가 미치는 범위

(1) 공동정범과 중지미수의 범위

① 자의로 중지·방지한 자 : 중지미수

② 다른 공동정범 : 장애미수

(2) 협의의 공범과 중지미수의 범위

① 정범의 자의로 중지·방지한 경우

┌ 정범 → 중지미수
└ 공범 → 장애미수

② 협의의 공범이 자의로 정범의 실행을 중지·방지한 경우

┌ 정범 → 장애미수
└ 공범 → 중지미수

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.

2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 서설

I. 의의

행위자의 고의에 의해 표상된 구성요건표지가 애당초 충족될 수 없기 때문에 결과발생은 불가능하지만 위험성으로 인하여 미수범으로 처벌되는 경우(제27조)

II. 형법 제27조의 성격

제27조는 장애미수(제25조)·중지미수(제26조)와는 다른 별개의 미수형태인 불능미수를 규정하

III. 구별개념

1. 불능범

(1) 의의

사실상 결과의 발생이 불가능할 뿐만 아니라 위험성이 없기 때문에 벌할 수 없는 행위

(2) 불능미수와 구별

① 같은 점 : 결과발생의 불가능

② 다른 점 : 불능범은 위험성이 없어서 불벌이나, 불능미수는 위험성이 있으므로 처벌

2. 미신범

실현불가능한 비과학적 미신수단으로 범죄를 저지르려는 행위로 합법적으로 의미가 없는 행위이다.

3. 환각범

사실상 허용되고 있는 행위를 금지되거나 처벌된다고 오인한 경우(반전된 금지착오). 이에 반해 불능미수는 구성요건요소가 존재하지 아니함에도 불구하고 이를 존재한다고 착오한 경우(반전된 사실의 착오)

2 성립요건

I. 주관적 요건 : 고의, 확정적 행위의사, 특수한 주관적 구성요건요소

II. 객관적 요건

1. 실행의 착수 : 불능미수도 미수의 일종이기 때문에 고의를 가지고 실행에 착수해야 한다.

2. 결과발생의 불가능

(1) 서설

- ① 형법 제27조 : 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능할 것을 요구한다. 이 점에서 결과발생이 가능한 장애미수와 구별된다.
- ② 결과발생의 불가능 : 결과발생의 불가능은 사실적·자연과학적 개념이며, 실행착수 단계를 기준으로 법관이 객관적·사후적으로 판단한다.

(2) 수단의 착오

- ① 의의 : 행위자가 선택한 수단으로서 결과의 발생이 불가능하여 행위자가 기수로 될 수 없는 경우 → 수단의 불가능성
- ② 방법의 착오와의 구별 : 수단 그 자체에 착오가 있는 경우라는 점에서, 행위자가 인식한 것과는 다른 객체에 결과가 발생한 착오와 구별

(3) 대상의 착오

- ① 의의 : 행위자가 범죄의 객체로서 인식했던 대상이 행위자의 표상과는 달리 당해 범죄의 객체로 될 수 없는 경우 → 객체의 불가능성
- ② 객체의 불가능의 원인
 - i) 사실상 불가능한 경우 : 예) 시체에 대한 살인행위
 - ii) 법률상 불가능한 경우 : 예) 피해자가 승낙한 재물에 대한 절도

(4) 주체의 착오

- i) 의의 : 신분 없는 자가 신분 있는 것으로 오인하고 진정신분범을 범한 경우
- ii) 문제점 : 형법 제27조는 결과발생의 불가능의 원인으로 실행의 수단, 대상의 착오만을 열거 → 주체의 착오로 인하여 결과발생이 불가능한 경우 불능미수가 성립할 수 있는가 → 불능미수가 성립할 수 없다는 견해가 다수설이다.

3. 위험성이 있을 것

(1) 위험성의 판단기준

① 구객관설

- i) 결과발생이 개념적으로 불가능한 절대적 불능 → 불능범

ii) 구체적·특수한 경우에만 불가능한 상대적 불능 → 불능미수

iii) 불능범을 가장 넓게 인정한다.

[관련판례]

불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생의 위험이 절대로 불능한 경우를 말하는 이른바 ‘히로뽕’ 제조를 시도하였으나 그 약품배합 미숙으로 완제품을 제조하지 못하였다면 성질상 결과발생의 위험성이 있다고 할 것이므로 이를 미수범으로 처단한 것은 정당하다(85도206).

② 법률적 불능, 사실적 불능설

i) 법률적 불능 → 불능범

ii) 사실적 불능 → 불능미수

③ 구체적 위험설(다수설)

i) 행위 당시에 행위자가 인식한 사정과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 일반적 경험법칙에 따라 객관적·사후적으로 판단하여 위험성의 개연성이 있는 경우 → 불능미수

ii) 결과발생의 개연성이 없는 경우 → 불능범

④ 추상적 위험설(판례)

i) 행위시에 행위자가 인식한 사정을 기초로 하여, 행위자가 생각한 대로 사정이 존재하였으면 일반인의 판단에서 결과발생의 위험성이 있는 경우 → 불능미수

ii) 위험성이 없는 경우 → 불능범

[관련판례]

불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 ‘위험성’은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다. (대법원 2019. 3.28. 2018도16002 소심 만취한 것으로 오해 사건)

⑤ 주관설

→ 불능범 부정. 다만 미신범은 구성요건적 행위가 없기 때문에 미수범의 범위에서 제외

3 처벌

미수범처벌규정이 있는 경우 → 임의적 감면

[관련판례]

1. 피고인이 원심 상피고인에게 피고인을 살해하라고 하면서 준 원비-디 병에 성인 남자를 죽게 하기에 족한 용량의 농약이 들어 있었고, 또 피고인이 피해자 소유 승용차의 브레이크 호스를 잘라 브레이크액을 유출시켜 주된 제동기능을 완전히 상실시킴으로써 그 때문에 피해자가 그 자동차를 몰고 가다가 반대 차선의 자동차와의 충돌을 피하기 위해 브레이크

페달을 밟았으나 전혀 제동이 되지 아니하여 사이드브레이크를 잡아당김과 동시에 인도에 부딪치게 함으로써 겨우 위기를 모면하였다면 각 피고인의 위 행위는 어느 것이나 사망의 결과발생에 대한 위험성을 배제할 수 없다 할 것이므로 각 살인미수죄를 구성한다(大判 1990.7.24, 90도1149)

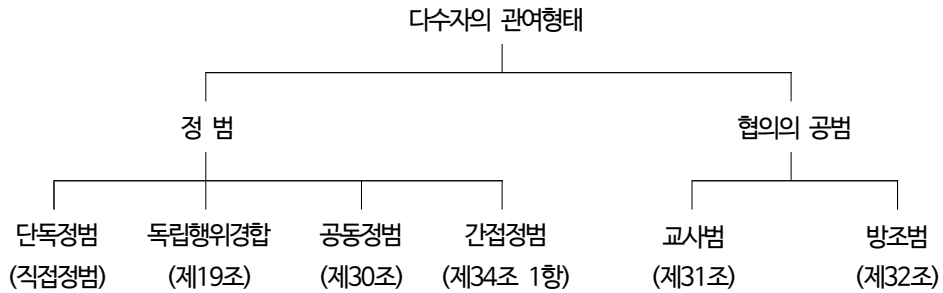
2. 피고인이 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기하였다가 담당 판사로부터 소송비용의 확정은 소송비용액 확정절차를 통하여 하라는 권유를 받고 소를 취하한 경우 (대법원 2005.12. 8. 2005도8105 소송비용 사건)
3. 피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음하였으나 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않았다면 이는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였고 실제로 그러한 결과가 발생하였다고 할 수 없으나, 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었으므로 준강간죄의 불능미수가 성립한다. (대법원 2019. 3.28. 2018도16002 소음 만취한 것으로 오해 사건)

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著 , 박영사, 2022.



I. 공범의 유형



자료출처 : 주 교재 313 쪽

II. 정범의 개념

1. 제한적 정범개념

- (1) 의의 : 구성요건에 해당하는 행위를 스스로 행한 사람만이 정범이고, 구성요건적 행위 이외의 다른 행위에 의하여 결과야기에 가공한자는 정범이 될 수 없다는 견해
- (2) 내용
 - ① 공범(교사범, 종범) : 원래 정범만이 가벌적이나 형법이 공범(교사범, 종범)의 처벌규정을 둔 것은 정범의 처벌범위를 확장하는 처벌확장사유
 - ② 정범과 공범의 구별 : 객관설과 결합

2. 확장적 정범개념

- (1) 의의 : 구성요건적 결과발생에 조건을 설정한 자는 그것이 구성요건에 해당하는 행위인가를 불문하고 모두 정범이 된다는 견해
- (2) 내용
 - ① 공범(교사범, 종범) : 교사범, 종범은 원래 정범으로 처벌되어야 할 것이지만 공범규정에 의해 특별취급을 받게 된 것이므로 공범규정은 정범의 처벌범위를 축소하는 처벌축소사유
 - ② 정범과 공범의 구별 : 주관설과 결합(모든 조건은 평등하므로 객관적 요소에 의해서 공범, 정범을 구별할 수 없으므로)

3. 정범과 공범의 구별기준

- (1) 형식적 객관설 : 직접 스스로 행한 자가 정범이고, 그 실행행위 이외의 방법으로 단지

조건을 제공한 자는 공범이라는 견해

- (2) 실질적 객관설 : 인과관계론의 원인설을 근거로, 결과발생에 직접 원인을 주었는가 단순한 조건을 주었는가라는 행위가담의 위험성의 정도에 따라 정범과 공범을 구별하는 견해
- (3) 주관설 : 인과관계에 관한 조건설을 전제로, 정범과 공범은 모두 결과에 대해서 조건을 제공한 점에서 차이가 없으므로 정범과 공범의 구별은 주관적 요소에 의해서만 가능하다는 견해

4. 구별의 필요성 및 정범개념의 우위성

- ① 구성요건해당성의 판단 및 양형의 구체적 적용
- ② 간접정범과 교사범의 구별 및 공동정범과 종범의 구별
- ③ 공범과 대립하는 개념이 정범이므로 공범의 개념은 정범의 개념을 어떻게 정하는가에 따라 반사적으로 정립될 수 있다. 따라서 정범으로 하여금 정범이 되게 하는 요소가 무엇인가라는 문제는 공범이론보다 먼저 취급할 필요가 있는데, 이러한 사정을 정범 개념의 우위성이라 한다.

Ⅲ. 종속성의 유무

1. 의 의

공범은 정범의 현실적인 실행행위가 있어서 성립되는가(종속적인가) 아니면 정범의 실행행위와 독립하여 성립하는가(독립적인가)의 문제

2. 학 설

- (1) 공범종속성설 : 정범이 구성요건에 해당하는 실행행위로 나아가야만 이에 종속하여 공범의 성립이 가능하다는 견해
- (2) 공범독립성설 : 정범의 실행행위가 없더라도 교사·방조행위 자체가 실행행위로서 독립된 범죄를 구성한다는 보는 견해
- (3) 양설의 해석상의 차이점

	공범종속성설	공범독립성설
범죄이론	객관주의	주관주의
공범의 미수	① 정범의 행위가 가벌미수로 된 때에만 공범의 미수 인정 ② 기도된 교사(제31조 2, 3항) → 특별규정	① 정범의 실행행위가 없는 경우에도 공범의 미수 인정 ② 기도된 교사(제31조 2, 3항) → 공범독립성설의 근거이다

간접정범	피이용자의 행위를 정범의 행위로 볼 수 없으므로 이용자는 정범이 된다→ 간접정범개념 긍정	교사·방조행위가 있는 이상 공범은 성립할 수 있으므로 이용자는 정범이 아니라 공범이다 → 간접정범개념 부정
공범과 신분	신분의 연대성을 규정한 제33조 本文을 당연규정으로 본다	신분의 개별성을 규정한 제33조 단서를 원칙적 규정으로 본다
자살관계죄	자살이 범죄가 아님에도 불구하고 교사·방조자를 처벌하는 것 → 특별규정으로 본다	제252조 2항을 공범독립성설의 유력한 근거로 본다

자료출처 : 주 교재 316쪽

3. 공범의 종속정도(M. E. Mayer)

(1) 최소한 종속형식

정범의 행위가 구성요건에 해당하는 실행행위만 있으면 그 행위가 위법·유책하지 않은 경우에도 공범이 성립한다는 종속형식

예 폭행의 고의로 교사를 교사하여 미성년자를 징계하도록 한 경우 교사자는 폭행죄의 교사범이고 교사(정범)는 위법성이 없으므로 무죄이다.

(2) 제한적 종속형식

정범의 행위가 구성요건에 해당하고 다시 위법하기만 하면 유책하지 않은 경우에도 공범이 성립한다는 종속형식(통설)

예 책임무능력자를 교사한 경우 교사범의 책임을 질 수 있다. 즉, 12세의 소년에게 범행을 교사한 경우 교사자는 교사범으로 처벌된다.

(3) 극단적 종속형식

정범의 행위가 구성요건에 해당하는 위법·유책행위인 경우에 비로소 공범도 성립한다는 종속형식

예 책임무능력자를 교사한 경우 교사자는 공범이 될 수 없고 간접정범이 된다.

(4) 초극단적 종속형식

정범의 행위가 구성요건에 해당하고 위법·유책할 뿐만 아니라 신분에 의한 가중·감경 및 가별성의 조건까지도 갖추어야 공범이 성립한다는 종속형식

IV. 공범처벌의 근거

1. 문제점

공범은 정범에 종속하여 성립하지만, 직접 범죄를 실행하지 아니함에도 불구하고 처벌되는 근거는 무엇인가?

2. 처벌근거

공범은 정범에게 구성요건적 법익침해를 야기시키거나(교사범), 조연과 원조를 통해 정범

의 행위에 조력(종범)하기 때문에 처벌되며, 이 경우 공범의 불법은 모두 정범의 불법에 종속하지만, 책임에 있어서는 공범 스스로 유책행위를 하는 것이라고 보는 견해(다수설).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 서설

I. 의의

타인을 생명 있는 도구로 이용하여 간접적으로 범죄를 실행하는 것(제34조)

II. 구별개념

1. 직접정범

	직접정범	간접정범
도구의 성질	생명 없는 도구	생명 있는 도구
정범의 표지	실행지배	의사지배

2. 교사범

	교사범	간접정범
피이용자	고의범의 정범	처벌되지 않는 자 과실범
이용자	공범	정범

3. 공동정범

	공동정범	간접정범
정범의 표지	기능적 행위지배	의사지배

출처 : 주 교재 322쪽

2 간접정범의 본질

I. 문제의 의의

- ① 타인을 이용한다는 점에서 교사범과 유사
- ② 행위지배를 한다는 점에서 직접정범과 유사
 - 정범과 공범의 한계선상에 위치 → 정범인가 공범인가?

II. 학설

1. 정범설

(1) 확장적 정범개념이론

구성요건적 결과발생에 조건을 준 자는 모두 정범이고, 형법의 공범규정은 처벌축소사유이므로 간접정범은 당연히 정범이며, 간접정범의 개념을 특별히 인정할 필요도 없다는 견해

(2) 공범종속성설

직접정범이 물적 도구를 이용함과 같이 간접정범은 타인을 단지 인적도구로 이용할 뿐이므로 양자는 법적 평가에 차이가 없어 간접정범도 정범이며 피이용자의 가별성을 전제로 하는 공범 특히 교사범과 구별된다는 견해

2. 공범설

(1) 제한적 정범개념이론

스스로 구성요건적 행위를 한 자가 정범이고, 공범은 처벌확장사유이므로 간접정범은 공범의 일종이라는 견해

(2) 공범독립성설

공범을 자기의 범죄수행을 위해 타인의 행위를 이용하는 모든 경우로 보므로 간접정범은 공범의 일종일 뿐이라는 견해

3 간접정범의 성립요건

I. 피이용자(어느 행위로도 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자)

(1) 구성요건에 해당하지 않는 행위를 이용하는 경우

- ① 피이용자의 행위에 구성요건의 객관적 표지가 결여된 경우
- ② 피이용자의 행위에 구성요건의 주관적 표지가 결여된 경우

(2) 구성요건에 해당하지만 위법하지 않은 행위를 이용하는 경우

- ① 정당행위를 이용하는 경우
- ② 정당방위를 이용하는 경우
- ③ 긴급피난을 이용하는 경우

(3) 구성요건에 해당하는 위법행위이지만 책임 없는 행위를 이용하는 경우

- ① 서설 : 제한적 종속형식에 의하면 간접정범 · 교사범 모두 가능(통설) → 의사지배가 기준(정범개념의 우위성에 의하여 먼저 간접정범의 성립 여부를 심사)
- ② 피이용자의 강요된 행위를 이용하는 경우 : 피이용자가 자유 없이 행동하는 도구인 경우

이용자는 간접정범이 된다.

- ③ 피이용자의 정당한 이유 있는 금지착오를 이용한 경우 : 이용자가 착오를 야기하였거나 이를 인식하고 이용한 경우 간접정범이 성립한다. 그러나 피이용자의 착오를 알지 못하였다면 교사범이 된다.
- ④ 피이용자의 책임무능력상태를 이용하는 경우
- ⑤ 기대불가능성으로 인해 초법규적으로 책임이 조각되는 자의 행위를 이용하는 경우
 - 예) 甲이 의사 乙을 칼로 위협하여 자기 애인 丙에 대한 낙태수술을 하게 한 경우

(4) 과실범으로 처벌되는 자

II. 이용행위

- 1. 교사 또는 방조 : 간접정범은 이용자의 의사지배가 있어야 하므로 법문의 ‘교사 또는 방조’란 교사범이나 방조범에 있어서의 그것이 아니라 사주 또는 이용의 의미이다.
- 2. 부작위에 의한 간접정범의 인정 여부
 - 피이용자에 의사지배를 인정하기 곤란하므로 부정설이 다수설이다.

III. 피이용자에 의한 범죄행위의 결과발생

- 1. 결과발생 : 범죄행위의 결과발생이란 구성요건에 해당하는 사실을 실현하는 것을 말하며, 결과범에 있어서의 결과발생을 의미하는 것은 아니다. 범죄행위의 결과가 발생하지 않아도 실행의 착수가 있으면 간접정범의 미수범으로 처벌
- 2. 인과관계 : 결과발생, 인과관계가 없는 경우 → 간접정범의 미수

4 간접정범의 처벌

I. 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌

II. 간접정범의 기수의 처벌

- 1. 이용행위가 교사에 해당하는 경우 : 정범과 동일한 형으로 처벌
- 2. 이용행위가 방조에 해당하는 경우 : 정범의 형보다 감경
- 3. 입법론

간접정범은 정범인데 공범의 예에 의해서 처벌하는 것은 부당하다는 견해도 있다.

5 관련문제

I. 간접정범의 한계

1. 신분범과 간접정범

- ① 문제점 : 비신분자가 신분범의 간접정범이 될 수 있는가?
- ② 부정설(통설·판례) : 형법 제33조는 비신분자가 신분자와 함께 신분범의 공동정범·교사범·종범이 될 수 있다는 것이지, 비신분자가 단독으로 신분범의 정범이 될 수 있다는 것은 아니다.

[관련판례]

- 1. 공무원이 아닌 자는 형법 제228조 (공정증서원본등의부실기재) 의 경우를 제외하고는 허위공문서작성죄의 간접정범으로 처벌할 수 없으나, 공무원이 아닌 자가 공무원과 공동하여 허위공문서작성죄를 범한 때에는 공무원이 아닌 자도 형법 제33조, 제30조에 의하여 허위공문서작성죄의 공동정범이 된다. (대법원 2006. 5.11. 2006도1663 재해대장 사건)
- 2. 허위공문서작성죄의 주체는 그 문서를 작성할 권한이 있는 명의인인 공무원에 한하고 그 공무원의 문서작성을 보조하는 직무에 종사하는 공무원은 허위공문서작성죄의 주체가 될 수 없다. 따라서 보조 직무에 종사하는 공무원이 허위공문서를 기안하여 허위임을 모르는 작성권자의 결재를 받아 공문서를 완성한 때에는 허위공문서작성죄의 간접정범이 될 것이지만, 이러한 결재를 거치지 않고 임의로 작성권자의 직인 등을 부정 사용함으로써 공문서를 완성한 때에는 공문서위조죄가 성립한다. 이는 공문서의 작성 권한 없는 사람이 허위공문서를 기안하여 작성권자의 결재를 받지 않고 공문서를 완성한 경우에도 마찬가지이다. (대법원 2017. 5.17. 2016도13912 전투비행단 관리사장 사건)

2. 자수범과 간접정범

- (1) 자수범의 의의 : 정범 자신이 구성요건적 행위를 직접 실행해야 범할 수 있는 범죄
- (2) 자수범의 특성
 - i) 자수범에 대해서는 직접정범만이 성립가능하고, 간접정범이나 자수적 실행 없는 공동정범은 성립 불가능
 - ii) 자수범의 이용자는 교사범·방조범만이 될 수 있다.

[관련판례]

강제추행죄는 사람의 성적 자유 내지 성적 자기결정의 자유를 보호하기 위한 죄로서 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없으므로 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수

있다. 여기서 강제추행에 관한 간접정범의 의사를 실현하는 도구로서의 타인에는 피해자도 포함될 수 있다고 봄이 타당하므로, 피해자를 도구로 삼아 피해자의 신체를 이용하여 추행행위를 한 경우에도 강제추행죄의 간접정범에 해당할 수 있다. (대법원 2018. 2. 8. 2016도17733 셀프추행 강요 사건)

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著 , 박영사, 2022.



1 서설

I. 의의

1. 개념

공동정범이란 2인 이상이 공동의 범행의사에 의하여 실행행위를 분업적으로 행함으로써 기능적 역할분담을 하여 죄를 실행하는 정범의 한 형태이다.

2. 정범성의 표지 : 기능적 행위지배(분업적 행위실행과 기능적 역할분담)

3. 구별개념

- ① 단독정범 : 공동정범은 기능적 행위지배라는 점에서 실행지배하는 단독정범과 구별
- ② 간접정범 : 공동정범은 기능적 행위지배라는 점에서 의사지배인 간접정범과 구별
- ③ 동시범 : 공동정범은 사전에 의사연락을 요함. 동시범은 사전에 의사연락을 요하지 않음
- ④ 필요적 공범 : 공동정범은 1인에 의해서도 가능한 범죄를 2인 이상이 실행하는 임의적 공범이라는 점에서 구성요건상 2인 이상을 요하는 필요적 공범과 구별
- ⑤ 협의의 공범 : 2인 이상이 기능적 행위지배를 통하여 정범을 실현한다는 점에서 단지 타인의 범죄에 가담하는 협의의 공범과 구별
- ⑥ 합동범 : 공동정범의 특수한 형태이나 현장성을 요구한다는 점에서 구별

II. 본질

1. 서설

공동정범은 무엇을 공동으로 하는 것인가? → 공동정범의 성립범위에 관계된다.

2. 학설

(1) 범죄공동설

- ① 의의 : 공동정범은 수인이 공동하여 특정한 범죄를 행하는 것이므로 한 개의 동일한 고의범 즉 수인일죄에 한하여 공동정범이 성립한다는 견해
- ② 이론적 배경 : 객관주의

(2) 행위공동설

- ① 의의 : 공동정범은 2인 이상이 구성요건에 해당하는 실행행위를 공동하여 각자가 자기의 범죄를 실행하는 것이므로, 수인일죄의 경우는 물론 수인수죄의 경우에도 공동정범이 성립하고, 각자의 고의·과실의 범위 내에서 발생된 결과 모두에 대해서 책

임을 부담한다는 견해

② 이론적 배경 : 주관주의

3. 양설의 차이

	범죄공동설	행위공동설(판례)
이종·수개의 구성요건 사이의 공동정범	부정	긍정
승계적 공동정범	부정	긍정
부분적 공동정범	부정	긍정
과실범의 공동정범	부정	긍정
고의범과 과실범의 공동정범	부정	긍정

자료출처 : 주 교재 334쪽

2 성립요건

I. 주관적 요건

1. 공동실행의 의사

(1) 의의

2인 이상이 실행행위를 공동으로 하려는 의사 → 기능적 행위지배의 본질적 요건이며, 이로 인하여 개별적인 행위가 전체로 결합되어 실행된 행위 전체에 대한 책임 인정이 가능

(2) 내용

① 의사의 상호이해

i) 의의 : 공동정범은 모두 각자의 역할분담과 공동작용에 대한 상호이해가 필요

ii) 내용 : 공동정범 상호간의 면식은 불요이므로 미리 알고 있어야 할 필요는 없다

② 동시범 : 공동의사가 없는 경우는 동시범. 이 경우 형법은 제19조에서 각자를 미수로 처벌한다고 규정

③ 편면적 공동정범

i) 의의 : 행위자 일방만이 공동실행의 의사를 가진 경우(의사의 상호이해가 없는 경우)

ii) 공동정범 여부 : 의사의 상호이해가 없어 공동정범 불성립, 동시범 또는 종범이 됨(통설 · 판례)

(3) 의사연락의 방법

① 공동실행의 의사는 반드시 명시적일 것을 요하는 것은 아니고, 묵시적인 의사연락이 인정되면 족하다.

② 전원이 동일장소에 모여 직접 모의할 것 불요. 연차적 · 간접적인 의사연락도 가능

[관련판례]

1. 피해자 일행을 한 사람씩 나누어 강간하자는 피고인 일행의 제의에 아무런 대답도 하지 않고 따라 다니다가 자신의 강간 상대방으로 남겨진 공소외인에게 일체의 신체적 접촉도 시도하지 않은 채 다른 일행이 인근 숲 속에서 강간을 마칠 때까지 공소외인과 함께 이야기만 나눈 경우, 피고인에게 다른 일행의 강간범행에 공동으로 가공할 의사가 있었다고 볼 수 없다(大判 2003.3.28, 2002도7477).
2. 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서의 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서의 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한바, 주관적 요건으로서의 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(大判 2000.4.7, 2000도576).
3. 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이다(大判 1999.4.23, 99도636 ; 1997.10.10, 97도1720).

2. 승계적 공동정범

(1) 서설

- ① 의의 : 공동의 범행결의가 선행자의 실행행위의 일부 종료 후 그 기수 이전에 성립한 경우

예) 甲이 강도의 의사로 乙에게 폭행을 가하여 반항을 억압한 후 친구인 丙에게 그 사실을 이야기하고 공동하여 乙의 재물을 탈취하는 경우 甲을 선행자, 丙을 후행자라고 한다.

② 문제점

- i) 선행자와 후행자 사이에 공동정범이 성립하는가?
- ii) 후행자에게 전체 행위에 대한 공동정범의 성립을 인정할 것인가?

(2) 공동정범의 성립가능성

- ① 부정설 : 의사의 연락은 공동행위 이전에 존재하여야 하므로 승계적 공동정범의 관념을 인정할 수 없고 후행자는 방조범이 될 수 있을 뿐이라는 견해(다수설)
- ② 긍정설 : 의사연락은 반드시 공동행위 이전에 존재할 필요는 없고, 행위의 과정에 있어서 존재하면 족하므로 승계적 공동정범의 관념을 인정하여야 한다는 견해

- ③ 판례 : 승계적 공동정범의 개념을 부정하고 선행자의 실행행위에 후행자가 가담한 경우를 공동정범의 일반례에 의하여 해결한다고 본다(다수설, 오영근, 『형법총론』 575면).

(3) 공동정범의 귀책범위(후행자의 책임범위)

- ① 적극설 : 후행자에 대하여도 전체 행위에 대한 공동정범의 책임을 인정해야 한다는 견해
 ② 소극설 : 후행자에게 그 가담 이후의 행위에 대해서만 공동정범의 성립을 인정하는 견해(통설 · 판례)

[관련판례]

1. 포괄일죄의 범행 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할 때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 진다(大判 1997.6.27, 97도163).
2. 미성년자의 약취 · 유인에는 가담한 바 없으나 그 후 그 정을 알면서 이를 미끼로 한 재물요구행위에 가담한 경우 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의2 제2항 제1호 위반죄의 종범에 해당한다(大判 1982.11.23, 82도2024).

3. 과실범의 공동정범

(1) 서설

- ① 의의 : 2인 이상이 공동의 과실로 인하여 과실범의 구성요건적 결과를 발생케 한 경우에 과실범의 공동정범이 성립하는가의 문제
 ② 문제점 : 어떤 구성요건표지를 의사연락으로 볼 수 있는가? → 범죄의사의 연락인가, 범죄의사와 무관한 단순한 행위의사의 연락인가?

(2) 판례 : 행위공동설

공동정범은 특정한 범죄의 공동이 아니라 행위의 공동이 있으면 족하고, 공동의 의사도 행위를 공동으로 할 의사이면 족하므로 과실범의 공동정범도 인정된다는 견해(판례)

(3) 학설 : 부정설

공동정범의 본질은 기능적 행위지배에 있고, 기능적 행위지배는 공동의 결의에 기초한 역할분담을 의미하는데, 과실범에는 이러한 공동의 범행결의가 불가능하므로 공동정범이 성립할 여지가 없다는 견해(다수설)

[관련판례]

1. 성수대교와 같은 교량이 그 수명을 유지하기 위하여는 건설업자의 완벽한 시공, 감독공무원들의 철저한 제작시공상의 감독 및 유지 · 관리를 담당하고 있는 공무원들의 철저한 유지 · 관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 위 각 단계에 참여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 교량붕괴의 원인이 되지 않았다는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다(大判

1997.11.28, 97도1740).

2. 건물(삼풍백화점) 붕괴의 원인이 건축계획의 수립, 건축설계, 건축공사공정, 건물 완공 후의 유지·관리 등에 있어서의 과실이 복합적으로 작용한 데에 있다고 보아 각 단계별 관련자들을 업무상과실치사상죄의 공동정범에 해당한다(大判 1996.8.23, 96도1231).

II. 객관적 요건

1. 공동의 실행행위

공동정범이 성립하려면 공동실행의 의사 외에도 객관적으로 공동실행의 사실이 있어야 하는바, 공동실행이란 각자 범죄계획에 따라 구성요건에 해당하는 행위를 분담·실행하는 것을 말한다.

2. 공모공동정범

(1) 서설

- ① 의의 : 2인 이상의 자가 공모하여 그 공모자 가운데 일부가 공모에 따라 범죄의 실행에 나아간 때에는 실행행위를 담당하지 아니한 공모자에게도 공동정범이 성립한다는 이론
- ② 연혁 : 집단적·조직적·지능적 범죄의 배후조종자인 거물·간부를 직접 실행행위를 한 부하들과 같이 공동정범으로 취급하기 위하여 판례에 의해서 인정된 이론
- ③ 문제점 : 직접 실행행위를 하지 않은 자에게도 공동정범의 성립을 인정할 것인가? 인정한다면 책임주의에 반하지 않는가?

(2) 판례의 태도

2인 이상의 이심별체인 개인이 일정한 범죄를 범하려는 공동목적을 실현하기 위하여 동심일체가 되고, 따라서 그 가운데 일부의 행위는 공동의사주체의 행위가 되므로 직접 실행행위를 분담하지 않은 다른 공모자도 공동정범으로 처벌되어야 한다는 견해(부산 미문화원방화사건 大判 1983.3.8, 82도3242)

3. 공동정범과 합동범

① 합동범의 의의

- i) 개념 : 2인 이상이 합동하여 범하는 죄에 대하여 가중처벌이 되는 경우의 범죄를 합동범이라 한다.
- ii) 형법규정 : 특수절도(제331조 제2항), 특수강도(제334조 제2항), 특수도주(제146조) 등 3가지가 있고, 성폭력범죄의처벌및피해자보호에관한법률에 특수강간및특수강제추행죄(제6조)가 있다.
- iii) 문제점 : 2인 이상이 '합동'하여 죄를 범하는 합동범과 2인 이상이 '공동'하여 죄를 범하는 공동정범이 어떠한 관계에 있는지, 따라서 총칙상의 공범규정이 합동범에도 적용되는지와 관련하여 합동범의 본질론이 문제된다.

② 현장에 있지 아니한 자의 합동범의 공동정범 성립가능성

① 학설 : 부정설

시간적·장소적으로 협동한 자만이 합동범의 정범이 될 수 있고 현장 이외의 장소에서 가공한 공동정범은 합동범의 공동정범이 아니라 기본범죄에 대한 공동정범으로 처벌된다고 보는 견해이다(다수설)

② 판례 : 과거 판례는 합동범의 공동정범을 부정하여 단순절도의 공동정범 또는 특수절도의 방조범이 성립한다고 판시하였으나(大判 76도2725), 신용카드로 현금을 인출한 사건에서 3명 이상이 절도를 공모한 후 2명이 절도 현장에 가고 나머지 1명은 현장에 가지 않았더라도 3명 모두 특수절도의 공동정범이 된다고 판시하였다.

3 처벌 : 각자를 그 죄의 정범으로 처벌

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 서설

I. 의의

타인을 교사하여 범죄실행의 결의를 생기게 하고 이 결의에 의하여 범죄를 실행시키는 자

II. 구별개념

1. 공동정범

교사범은 스스로 실행행위를 분담하지 않는다는 점에서 공동정범과 구별된다.

2. 간접정범

타인의 이용이라는 점에서 간접정범과 유사한 구조를 갖지만, 간접정범은 타인을 단지 도구로 이용하여 의사지배를 가지는 것이므로 교사범과 다름

3. 종범

교사범은 타인에게 범죄의 결의를 생기게 하였다는 점에서 이미 범죄실행을 결의하고 있는 자의 범죄실행을 방조하거나 범의를 강화시키는 종범과 구별

III. 본질

1. 공범독립성설

피교사자로 하여금 범죄의 실행을 결의 있게 하는 것 자체가 반사회적 악성의 징표이므로 교사행위는 정범과는 관계 없이 독자적으로 범죄를 구성하고 교사행위 자체를 범죄실행행위로 본다.

2. 공범종속성설

교사범은 정범의 성립에 종속하는 것으로 이해하고, 교사행위 자체는 범죄의 실행행위가 아니고 그것이 범죄로 되려면 정범(피교사자)의 실행행위가 있어야 한다고 본다.

3. 형법의 태도

공범종속성설에 공범독립성설을 가미(기도된 교사를 예비·음모에 준해서 처벌)

■ 2 성립요건

I. 교사자의 교사행위

1. 교사행위

(1) 의의

- ① 개념 : 범죄를 저지를 의사가 없는 타인에게 범죄실행의 결의를 가지게 하는 것
- ② 문제되는 경우
 - i) 이미 구체적 범행을 결의하고 있는 자에 대해서 동일한 범죄를 교사한 경우
→ 교사 아님. 단 중범 또는 교사의 미수는 성립 가능
 - ii) 이미 범죄의 결의를 하고 있는 자에게 가중적 구성요건을 실현하도록 교사한 경우 → 전체 범죄의 교사가 성립한다는 견해(다수설)
 - iii) 이미 범죄의 결의를 하고 있는 자에게 경미한 죄를 범하도록 교사한 경우
→ 위험의 감소로 객관적 귀속을 인정할 수 없어 교사 불성립하지만 방조 성립은 가능하다(다수설).

(2) 수단에는 제한이 없다.

부작위에 의한 교사와 과실에 의한 교사 ⇨ 부작위에 의한 교사와 과실에 의한 교사는 부정된다.

2. 교사자의 고의

(1) 이종의 고의 필요

- ① 교사의 고의 : 교사범은 교사의 고의가 있어야 하므로, 과실에 의한 교사는 있을 수 없다.
- ② 정범의 고의 : 교사는 또한 정범의 고의를 가져야 하므로 정범에 의하여 실현되는 범죄의 본질적 요소에 대한 인식이 있어야 한다.

(2) 고의의 내용

① 구체적 고의

- i) 특정한 정범에 대한 인식
- ii) 특정한 범죄에 대한 인식
 - (가) 교사자는 정범에 의하여 행하여진 특정한 범죄에 대한 고의가 있어야 한다.
 - (나) 정범이 범할 범죄의 일시와 장소, 구체적 실행방법, 정범의 가별성 인식 불요

② 기수의 고의

- i) 의의 : 교사자의 고의는 범죄의 기수 즉 구성요건적 결과를 실현할 의사여야 한다.

ii) 미수의 교사

(가) 의의 : 피교사자의 행위가 미수에 그칠 것을 예견하면서 교사하는 경우 → 함정수사의 형사책임

(나) 효과

㉠ 피교사자 : 미수범처벌규정이 있으면 당해 범죄의 미수범으로 처벌

㉡ 교사자 : 교사자의 고의는 피교사자의 실행행위로 인한 결과발생에 대한 인식을 요한다고 보아야 하므로 미수의 교사는 교사의 고의가 없기 때문에 교사범이 성립하지 않는다는 견해(통설)

II. 피교사자의 실행행위

1. 피교사자의 결의

(1) 인과관계

① 의의 : 피교사자는 교사에 의하여 비로소 범죄실행의 결의를 가져야 한다. 그러나 교사가 유일한 조건일 것 요하지 않는다(판례).

② 과실범에 대한 교사 : 부정(교사에 의한 범행결의라는 심리적 과정이 없기 때문) → 간접정범 성립

(2) 인과관계가 없는 경우

① 실패한 교사

i) 피교사자가 범죄실행을 승낙하지 아니한 경우 : 교사자는 예비음모에 준하여 처벌

ii) 이미 범행결의를 하고 있는 자에 대하여 교사한 경우 : 교사자는 예비·음모에 준하여 처벌 그러나 종범 성립도 가능

② 편면적 교사 : 피교사자가 교사 받고 있다는 사실을 알지 못하는 경우 → 교사 불성립

2. 피교사자의 실행행위

(1) 실행행위의 정도

① 실행의 착수 : 피교사자는 적어도 실행의 착수를 하였을 것을 요한다. 실행에 착수한 이상 기수·미수 불문

② 실행의 착수가 없는 경우 : 효과 없는 교사 → 교사자·피교사자는 예비·음모로 처벌

(2) 교사범의 종속성

정범의 실행행위는 구성요건에 해당하고 위법해야 하나 유책할 필요는 없다(제한적 종속형식).

3 교사의 착오

I. 실행행위에 대한 착오

1. 의의 : 교사자의 교사 내용과 피교사자가 현실로 실행한 행위가 일치하지 않는 경우

2. 유형 및 효과

(1) 구체적 사실의 착오

- ① 의의 : 교사자의 교사 내용과 피교사자의 실행사실이 동일한 구성요건인 경우 → 구성요건적 착오의 일반이론에 의하여 해결
- ② 효과 : 교사자의 고의 불조각(법정적 부합설) → 발생사실에 대한 교사범 성립

(2) 추상적 사실의 착오

① 의의 : 교사자의 교사 내용과 피교사자의 실행사실이 상이한 구성요건인 경우

② 유형 및 효과

i) 교사 내용보다 적게 실행한 경우

(가) 원칙 : 교사자는 피교사자가 실행한 범위 내에서만 책임이 있다(공범의 종속성 때문).

(나) 예외

㉠ 강도를 교사했으나 절도를 실행한 경우

→ 형이 중한 강도 예비·음모로 처벌

㉡ 살인을 교사했으나 상해를 실행한 경우

→ 형이 중한 살인 예비·음모로 처벌

ii) 교사 내용을 초과하여 실행한 경우

(가) 질적 초과

㉠ 의의 : 실행된 범죄가 교사된 범죄와 질적으로 전혀 다른 범죄인 경우

㉡ 효과

(a) 질적 차이가 본질적인 경우

㉢ 실행된 범죄에 대한 교사범 불성립

㉣ 교사한 범죄에 예비·음모의 처벌규정이 있는 경우 → 예비·음모로 처벌

예 ㉤ 상해를 교사받고 절도를 행한 경우 상해죄의 예비·음모로 되어 처벌하지 못한다. 강도를 교사받고 강간을 범한 경우 강도죄의 예비·음모로 처벌된다.

(나) 양적 초과

㉠ 의의 : 실행된 범죄가 교사된 범죄와 죄질을 같이하나 그 정도를 초과한

경우

㉔ 효과

(a) 실행된 범죄의 초과 부분에 대해서는 책임 없고, 교사한 범죄의 교사범으로 처벌

예 절도를 교사했는데 강도를 실행한 경우 절도죄의 교사범이 된다.
상해를 교사했는데 살인을 한 경우 상해죄의 교사범이 된다.

(b) 정범이 결과적 가중범을 실현한 경우 : 중한 결과에 대하여 과실이 있는 경우에 결과적 가중범의 교사 성립

4 방조행위의 시기

① 정범의 예비행위를 방조한 경우에는 그 후에 정범이 실행에 착수하면 종범이 성립한다.

② 실행행위 중에 우연히 방조하는 우연적 종범이나 실행행위의 일부를 종료한 후 방조하는 승계적 종범도 인정된다.

③ 정범의 행위가 기수가 된 뒤에도 그 범죄가 종료되기 전까지는 종범이 성립한다.

예 절도의 현행범을 추격하는 자의 진로를 방해한 경우 절도죄의 종범이 된다.

④ 범죄실행의 종료 후에 그 범죄의 주체 또는 객체에 관여하는 행위는 종범이 아니라 독립된 범죄이다. 즉, 사후방조는 방조가 아니다.

예 장물을 은닉할 장소를 물색 중인 절도범을 도와 장물을 보관해 준 경우 절도죄의 종범이 아니라 장물보관죄가 성립한다.

[관련판례]

종범은 정범의 실행행위 중에 이를 방조하는 경우는 물론이고 실행의 착수 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 성립한다(大判 1997.4.17, 96도3377; 1996.9.6, 95도2551).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 서설

I. 의의

신분이 범죄의 성립이나 형의 가감에 영향을 미치는 경우에 신분자와 비신분자가 공범관계에 있을 때 이를 어떻게 취급해야 할 것인가를 다루는 문제

1. 형법규정

신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전 3조의 규정을 적용한다. “단 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 벌하지 아니한다”(제33조)고 규정. 본문이 공범의 종속성 내지 연대성을 규정, 단서는 공범의 독립성 또는 책임의 개별성 규정

2. 공범이론과의 관계

(1) 공범종속성설(다수설)

공범의 범죄성과 가별성은 정범의 그것에 종속되므로, 신분의 연대성을 규정한 본문이 원칙적 규정이고 단서는 예외적 규정으로 본다.

(2) 공범독립성설

공범의 범죄성과 가별성은 정범의 그것과 독립하여 공범행위 자체에 의하여 결정되므로 책임의 개별성을 규정한 단서가 원칙적 규정이고 본문은 예외적 규정으로 본다.

II. 신분의 의의와 종류

1. 신분의 의의

남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격뿐만 아니라, 널리 일정한 범죄행위에 대한 범인의 인적관계인 특수한 지위나 상태(통설)

2. 신분의 종류

① 적극적 신분

i) 구성적 신분 : 행위자에게 일정한 신분이 있어야 범죄가 성립하는 경우의 신분 → 진정신분범

ii) 가감적 신분 : 일정한 신분이 없어도 범죄는 성립하지만 신분이 있으면 형벌이 가중 또는 감경되는 경우의 신분 → 부진정신분범

② 소극적 신분

- i) 의의 : 행위자에게 일정한 신분이 있으면 범죄의 성립 또는 형벌이 조각되는 경우의 신분
- ii) 유형
 - (가) 위법조각적 신분 : 특정한 신분을 가진 자에 대해서 일반인에게 금지되어 있는 행위를 특히 허용하는 경우의 신분
 - (나) 책임조각적 신분 : 행위자에게 일정한 신분이 존재함으로써 책임이 조각되는 경우의 신분
 - (다) 처벌조각적 신분 : 범죄 자체는 성립하지만 일정한 신분이 존재함으로써 형벌이 면제되는 경우의 신분

Ⅲ. 형법규정

1. 형법 제33조의 내용

- (1) 본문 : 공범의 연대성 · 종속성을 규정
- (2) 단서 : 공범의 독립성, 책임의 개별성을 규정

2. 형법 제33조의 규율범위

- (1) 적극적 신분인 진정신분범과 부진정신분범에 비신분자가 가공한 경우만을 규정
- (2) 신분자가 비신분자에게 가공한 경우와 소극적 신분과 공범의 문제에 대해서는 규정이 없다.

2 형법 제33조의 해석론

I. 서론

1. 제33조와 공범이론과의 관계

(1) 공범종속성설(다수설)

공범의 범죄성과 가별성은 정범의 그것에 종속되므로 신분의 연대성을 규정한 본문이 원칙적으로 규정이고, 가감적 신분의 개별성을 인정한 단서는 예외적 규정으로 본다. 그러나 제한적 종속형식(다수설)을 취할 경우 책임의 개별성을 인정한 단서규정도 당연한 규정이다.

(2) 공범독립성설

공범의 범죄성과 가별성은 정범의 그것과 독립하여 공범행위 자체에 의하여 결정되므로, 책임의 개별성을 규정한 단서가 공범독립성설을 입법화한 원칙적 규정이고, 신분의 연대적 작용을 인정한 본문은 공범종속성설을 규정한 예외적 규정으로 본다.

2. 제33조 본문과 단서의 관계

- ① 통설 : 본문은 진정신분범에 가공한 비신분자에게도 신분의 연대적 작용을 규정한 것이며, 단서는 부진정신분범의 공범성립과 과형에 대한 규정으로 이해하는 견해
- ② 소수설(판례) : 본문은 진정·부진정신분범을 포함한 신분범 일반에 대하여 공범의 성립 문제를, 단서는 특히 부진정신분범에 한하여 과형의 문제를 규정한 것으로 이해하는 견해

구분	제33조 본문 [연대성 : 신분자와 같은 범죄가 된다는 것]	제33조 단서 [개별성 : 신분자와 다른 자기 자신의 범죄가 된다는 것]
통설	진정신분범의 공범의 성립과 과형을 규정한 것이라 함	부진정신분범의 공범의 성립과 과형을 규정한 것이라 함
판례	① 진정신분범의 공범의 성립과 과형을 규정한 것은 물론, ② 부진정신분범의 공범의 성립까지 규정한 것이라 함	부진정신분범의 공범의 과형을 규정한 것이라 함

1. 구 지방공무원법 제58조 제1항 본문이 그 주체를 지방공무원으로 제한하고 있기는 하지만, 위 법조항에 의하여 금지되는 ‘노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위’의 태양이 행위자의 신체를 수단으로 하여야 한다거나 행위자의 인격적 요소가 중요한 의미를 가지는 것은 아니므로, 위 행위를 처벌하는 같은 법 제82조가 지방공무원이 스스로 위 행위를 한 경우만을 처벌하려는 것으로 볼 수는 없다(→ 자수범이 아님). 따라서 지방공무원의 신분을 가지지 아니하는 사람도 구 지방공무원법 제58조 제1항을 위반하여 같은 법 제82조에 따라 처벌되는 지방공무원의 범행에 가공한다면 형법 제33조 본문에 의해서 공범으로 처벌받을 수 있다(大判 2012.6.14, 2010도14409).
2. 은행원이 아닌 자가 은행원들과 공모하여 업무상배임죄를 저질렀다 하여도, 이는 업무상 타인의 사무를 처리하는 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우이므로, 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제2항에 따라 처단하여야 한다(大判 1986.10.28, 86도1517).

Ⅱ. 구성적 신분과 공범(제33조 본문의 해석)

1. 비신분자가 신분자에게 가공한 경우

(1) 공범의 연대성

진정신분범에 가담한 비신분자는 진정신분범의 공범 및 공동정범이 된다.

(2) 공범의 성립범위

① 교사범·종범 : 비신분자에게도 이에 종속하여 교사범·종범 성립

[관련판례]

피고인이 건축물조사 및 가옥대장 정리업무를 담당하는 지방행정서기를 교사하여

무허가건물을 허가받은 건축물인 것처럼 가옥대장 등에 등재케 하여 허위공문서 등을 작성케 한 사실이 인정된다면, 허위공문서작성죄의 교사범으로 처단한 것은 정당하다(大判 1983.12.13, 83도1458).

② 공동정범

i) 문제점 : 진정신분범의 정범적격인 신분이 없는 비신분자도 진정신분범의 공동정범이 될 수 있는가?

ii) 입법적 해결 : 제33조는 “전 3조(공동정범·교사범·종범)의 규정을 적용한다.”고 하여 비신분자도 진정신분범의 공동정범이 될 수 있음을 규정

[관련판례]

신분관계가 없는 사람이 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 경우에는 신분관계가 있는 사람과 공범이 성립한다. 이 경우 신분관계가 없는 사람에게 공동가공의 의사와 이에 기초한 기능적 행위 지배를 통한 범죄의 실행이라는 주관적·객관적 요건이 충족되면 공동정범으로 처벌한다. (대법원 2019. 8.29. 2018도13792 손승 국정농단 최순실 사건 1) (同旨 대법원 2019. 8.29. 2018도2738 손승 국정농단 이재용 부회장 사건)

③ 간접정범

i) 문제점 : 간접정범은 교사·방조의 예에 의하여 처벌되므로, 교사·방조에 대하여 적용되는 제33조 본문이 간접정범에도 적용되어 비신분자도 신분자를 이용하여 진정신분범의 간접정범이 될 수 있는가?

ii) 학설

(가) 긍정설 : 형법 제34조 제1항이 간접정범을 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌하도록 하고 있으므로, 여기에는 당연히 제33조도 적용되어 비신분자는 진정신분범의 간접정범이 될 수 있다는 견해

(나) 부정설(다수설·판례) : 간접정범도 성질상 단독정범의 한 형태이므로 비신분자가 신분자를 이용하여 진정신분범의 간접정범이 될 수는 없다는 견해

2. 신분자가 비신분자에게 가공한 경우

(1) 문제점 : 형법상 규정 없다 → 역시 제33조 본문을 적용할 것인가?

(2) 학설

① 긍정설 : 신분자가 비신분자의 행위에 가공한 때에도 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 것이라고 보아야 하므로 본문이 적용되어야 한다는 견해

② 부정설(통설) : 진정신분범에 있어서 신분은 구성요건요소이므로 신분 없는 자의 행위는 구성요건해당성이 없게 되어, 이를 이용한 신분자는 신분 없는 고의 있는 도구를 이용한 간접정범이 성립되고 따라서 본문을 적용할 여지가 없다는 견해

예) 공무원이 공무원 아닌 자를 교사하여 뇌물을 수수한 경우 비신분자는 불벌이며

신분자는 수뢰죄의 간접정범이 된다.

Ⅲ. 가감적 신분과 공범(제33조의 단서)

1. 비신분자가 신분자에게 가공한 경우

(1) 공범의 독립성

비신분자와 신분자 사이에 보통범죄와 부진정신분범의 공범관계가 성립

(2) 책임의 개별화

① 가중적 신분 : 비신분범은 보통범죄의 공동정범 · 교사범 · 종범으로 처벌

예) 甲과 乙이 공동하여 乙의 父를 살해한 경우, 甲은 보통살인죄의 공동정범, 乙은 존속살해죄의 공동정범이 된다. 甲이 乙을 교사 · 방조하여 乙의 父를 살해한 경우, 甲은 보통살인죄의 교사범 · 종범, 乙은 존속살해죄의 정범이 된다.

② 감경적 신분

i) 문제점 : 제33조 단서는 비신분자를 그 책임에 따라 별한다고 규정하지 않고 “중한 형으로 별하지 아니한다.”고 규정 → 비신분자를 언제나 경한 죄로 처벌해야 하는가?

예) 직계존속인 갑과 직계존속이 아닌 을이 갑의 영아를 살해한 경우 을의 죄책은?

ii) 학설

(가) 소수설 : 형법이 명문으로 중한 형으로 별하지 아니한다고 규정하고 있는 이상 비신분자는 언제나 경한 죄로 처벌해야 한다는 견해이다.

예) 직계존속인 甲과 직계존속이 아닌 乙이 甲의 영아를 살해한 경우 甲 · 乙 모두 영아살해죄가 된다.

(나) 통설 : 비신분자를 경한 죄로 처벌한다면 제33조 단서의 책임개별화원칙에 반하므로 감경사유는 언제나 신분자에 한하고, 비신분자는 보통범죄로 처벌해야 한다는 견해이다.

예) 직계존속인 甲과 직계존속이 아닌 乙이 甲의 영아를 살해한 경우 甲은 영아살해죄, 乙은 보통살인죄가 된다.

2. 신분자가 비신분자에게 가공한 경우

본문과는 달리 단서는 이 경우에도 적용

예) 甲이 乙을 교사 · 방조하여 자기의 父를 살해한 경우 甲은 존속살해죄의 교사범 · 종범, 乙은 보통살인죄의 정범이 된다.

[관련판례]

1. 피고인 甲이 A를 모해할 목적으로 乙에게 위증을 교사한 이상 가사 정범인 乙에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도 형법 제33조 단서규정에 의하여 피고인 甲의 乙 모해위증

교사죄로 처단할 수 있다(大判 1994.12.23, 93도1002 모해위증교사사건).

2. 의료인일지라도 의료인 아닌 자의 의료행위에 공모하여 가공하면 무면허의료 행위의 공동정범으로서의 책임을 진다(大判 1986.2.11, 85도448).
3. 치과의사가 치과기공사들에게 내원환자를 진료하도록 지시하여 치과기공사들이 각각 단독으로 진료행위를 하였다면 치과의사는 무면허의료행위의 교사범에 해당한다(大判 1986.7.8, 86도749 치과기공사 사건).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著 , 박영사, 2022.



1 서설

I. 죄수론의 의의

일정한 범죄행위가 존재하게 되면 이에 상응하는 일정한 법률효과로서 형벌이 과하여지므로 죄수는 과형의 전제조건이 된다. 중요한 문제는 어떠한 표준에 의거하여 범죄의 개수를 결정하여 과형의 기초로 마련할 것인가 하는 것이 죄수론의 근본과제이다. 따라서 범죄의 수가 한 개인가 수개인가, 일죄인 경우라도 이론상 당연히 일죄인가 아니면 처분상(과형상) 일죄인가 하는 문제이다.

II. 취급상의 실익

- ① 실체법적 실익 : 범죄와 형벌은 법률로 규정해야 한다는 죄형법정주의의 표현이며, 이는 경합범의 근거를 이루고 형벌부과의 전제조건이 된다.
- ② 소송법적 실익 : 소송의 시효와 범위, 기판력의 범위를 결정하는 중요한 의미를 갖는다.

2 죄수결정의 기준

I. 행위표준설

- 1. 의의 : 자연적 의미의 행위의 수에 의하여 죄수를 결정하는 견해(객관주의)
- 2. 내용
 - ① 행위는 원칙적으로 의사의 표현과 결과를 포함
 - ② 연속범 : 수죄
 - ③ 상상적 경합 : 1죄

II. 법익표준설

- 1. 의의
행위에 의하여 침해 또는 위태롭게 되는 법익의 수, 또는 행위로부터 발생하는 결과의 수를 가지고 죄수를 결정하는 견해(객관주의)
- 2. 내용
 - ① 전속적 법익(생명, 신체, 자유, 명예 등) : 법익주체마다 하나의 범죄 성립

- ② 상상적 경합을 실질상 수죄이지만 형법이 일죄로 취급하는 예외적인 경우로 이해
- ③ 판례 : 수인의 피해자에 대하여 각별로 기망행위를 하여 각각 재물을 편취한 경우에는 범의가 단일하고 범행방법이 동일하더라도 각 피해자의 피해법익은 독립한 것이므로 이를 포괄일죄로 파악할 수 없고 피해자별로 독립한 사기죄가 성립된다(大判 2001.2.28, 2001도6130).

Ⅲ. 의사표준설

1. 의의 : 행위자의 범죄의사의 수를 기준으로 죄수를 결정하는 견해(주관주의)

2. 내용

- ① 1개의 범죄의사가 있으면 1죄, 수개의 범죄의사가 있으면 수죄
- ② 상상적 경합, 연속범 : 의사의 단일성이 인정되면 1죄
- ③ 판례 : 피해자를 1회 강간하여 상처를 입게 한 후 약 1시간 후에 장소를 옮겨 같은 피해자를 다시 1회 강간한 행위는 그 범행시간과 장소를 달리하고 있을 뿐만 아니라 각 개별의 범의에서 이루어진 행위로서 형법 제37조 전단의 실체적 경합범에 해당한다(大判 1987.5.12, 87도694).

Ⅳ. 구성요건표준설

1. 의의

법률상의 구성요건에 해당하는 횟수를 기준으로 하여 죄수를 결정하는 견해(다수설)

2. 내용

- ① 상상적 경합은 본래 수죄이지만, 형법 제40조에 의해 처분상 1죄로 인정
- ② 판례 : 조세포탈의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족횟수를 기준으로 하여, 예컨대 소득세포탈범은 각 과세연도 소득세마다, 법인세포탈범은 각 사업연도 법인세마다 1죄가 성립(2001.3.13, 2000도4880)

■ 수죄의 처벌

I. 병과주의

1. 의의

각 죄에 대하여 독자적인 형을 확정 한 후 이를 합하여 형을 부과하는 방법 → 영미법

2. 형법규정

경합범에서 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종(異種)의 형인 경우에 병과주의를 채택하고 있다(제38조 제1항 제3호).

II. 흡수주의

1. 의의

수죄 가운데 가장 중한 죄에 정한 형을 적용하고, 다른 경한 죄에 정한 형은 여기에 흡수시키는 방법

2. 형법규정

상상적 경합(제40조)의 경우와 경합범 가운데 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때(제38조 제1항 제1호)에 흡수주의를 채택하고 있다.

III. 가중주의

1. 의의

각 범죄에 대한 개별적 형벌을 확인한 다음, 이들 중 가장 중한 죄에 정한 형을 가중하는 방법으로 하나의 전체형을 만들어 이를 적용하는 방법

2. 가중의 한계 : 전체형은 개개의 형의 합계를 넘지 못한다.

3. 형법규정

경합범에서 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 경우에 가중주의를 채택하고 있다(제38조 제1항 제2호).

4 법조경합

1. 의의

한 개 또는 수개의 행위가 외관상 수개의 구성요건에 해당하는 것같이 보이나, 이중평가금지 원칙상 실제로는 한 구성요건이 다른 구성요건을 배척하기 때문에 단순일죄가 되는 경우

2. 흡수관계

(1) 의의

어떤 구성요건에 해당하는 행위의 불법과 책임 내용이 다른 행위의 불법과 책임을 포함하지만 특별관계나 보충관계가 아닌 경우

(2) 종류

- ① 불가별적 수반행위 : 행위자가 특정한 죄를 범하면서 그 죄와 논리적으로 필연적인 것은 아니지만 일반적·전형적으로 결합되어 있는 다른 구성요건을 충족하고, 그 구성요건의 불법 내용이 주된 범죄에 대하여 경미하기 때문에 고려되지 않는 경우를 말함

예 살인에 수반된 재물파괴행위, 낙태죄와 부녀의 신체에 대한 상해행위

상해를 가하면서 행한 협박행위, 감금의 수단으로 행한 폭행·협박

② 불가별적 사후행위

i) 의의 : 범죄에 의하여 획득한 위법한 이익을 확보하거나 사용·처분하는 구성요건에 해당하는 사후행위가 이미 주된 범죄에 의하여 완전히 평가된 것이기 때문에 별죄를 구성하지 않는 경우

ii) 요건

(가) 사후행위는 범죄의 구성요건에 해당해야 한다.

(나) 사후행위는 주된 범죄와 피해자·법익을 같이해야 한다.

(다) 사후행위는 주된 범죄의 침해의 양을 초과하지 않아야 한다.

(라) 주된 범죄는 재산죄에 한하지 않는다.

(마) 주된 범죄에 의하여 행위자가 처벌받았을 것을 요하지 않는다.

iii) 효과 : 사후행위는 선행행위와 함께 평가되어 처벌되기 때문에 별도로 처벌되지 않는다.

[관련판례]

1. 불가별적 사후행위를 인정한 판례

① 절도범인으로부터 장물보관의를뢰를 받은 자가 그 정을 알면서 이를 인도받아 보관하고 있다가 임의처분하였다 하여도 장물보관죄가 성립하는 때에는 이미 그 소유자의 소유물 추구권을 침해하였으므로 그 후의 횡령행위는 불가별적 사후행위에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다(大判 2004.4.9, 2003도8219; 1976.11.23, 76도3067).

② 금융기관 발행의 자기앞수표는 그 액면금을 즉시 지급받을 수 있는 점에서 현금에 대신하는 기능을 가지고 있어서 장물인 자기앞수표를 취득한 후 이를 현금 대신 교부한 행위는 장물취득에 대한 가별적 평가에 당연히 포함되는 불가별적 사후행위로서 별도의 범죄를 구성하지 아니한다(大判 1993.11.23, 93도213). - 유사판례 大判 1987.1.20, 86도1728

③ 열차승차권은 그 자체에 권리가 화체되어 있는 무기명증권이므로 이를 곧 사용하여 승차하거나 권면가액으로 양도할 수 있고 매입금액의 환불을 받을 수 있는 것으로서 열차승차권을 절취한 자가 환불을 받음에 있어 비록 기망행위가 수반한다 하더라도 절도죄 외에 따로 사기죄가 성립하지 아니한다(大判 1975.8.29, 75도1996).

④ 주식회사 대표이사인 피고인 甲이 자신의 채권자 乙에게 차용금에 대한 담보로 회사명의 정기예금에 질권을 설정하여 주었는데, 그 후 乙이 피고인 甲의 동의하에 정기예금 계좌에 입금되어 있던 회사 자금을 전액 인출하였다고 하여도, 위와 같은 예금인출 동의 행위는 이미 배임행위로서 이루어진 질권 설정행위의 사후조처에 불과하여 불가별적 사후행위에 해당하고 따라서 별

도의 횡령죄를 구성하지 않는다. (대법원 2012.11.29. 2012도10980 예금통장 질권 사건)

2. 불가별적 사후행위를 부정한 판례

- ① 대마취급자가 아닌 자가 절취한 대마를 흡입할 목적으로 소지하는 행위는 절도죄의 보호법익과는 다른 새로운 법익을 침해하는 행위이므로 절도죄의 불가별적 사후행위로서 절도죄에 포괄흡수된다고 할 수 없고 절도죄 외에 별개의 죄를 구성한다고 할 것이며, 절도죄와 무허가대마소지죄는 경합범의 관계에 있다(大判 1999.4.13, 98도3619).
- ② 신용카드를 절취한 후 이를 사용한 경우 신용카드의 부정사용행위는 새로운 법익의 침해로 보아야 하고 그 법익침해가 절도범행보다 큰 것이 대부분이므로 위와 같은 부정사용행위가 절도범행의 불가별적 사후행위가 되는 것은 아니다(大判 1996.7.12, 96도1181).
- ③ 사람을 살해한 다음 그 범죄의 흔적을 은폐하기 위하여 그 시체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 살인죄와 사체유기죄의 경합범이 성립하고 사체유기를 불가별적 사후행위라 할 수 없다(大判 1984.11.27, 84도2263).
- ④ 타인의 부동산을 보관 중인 자가 그 부동산에 근저당권설정등기를 경료함으로써 일단 횡령행위가 기수에 이르렀다 하더라도 그 후 같은 부동산에 별개의 근저당권을 설정하여 새로운 법익침해의 위험을 추가함으로써 법익침해의 위험을 증가시키거나 해당 부동산을 매각함으로써 기존의 근저당권과 관계없이 법익침해의 결과를 발생시켰다면, 이는 근저당권으로 인해 당연히 예상될 수 있는 범위를 넘어 새로운 법익 침해의 위험을 추가시키거나 법익침해의 결과를 발생시킨 것이므로 특별한 사정이 없는 한 불가별적 사후행위로 볼 수 없고, 별도로 횡령죄를 구성한다(대법원 2015. 1. 29. 2014도12022).

5 상상적 경합

I. 서설

1. 의의

- (1) 개념 : 한 개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우
→ 1개의 행위에 대한 수개의 법적 평가

(2) 구별개념

- ① 법조경합 : 상상적 경합은 수죄 간의 진정한 경합이라는 점에서 외관상의 경합인 법조경합과 구별
- ② 경합범 : 상상적 경합은 행위가 1개라는 점에서 수개의 행위를 요건으로 하는 경합

범과 구별

2. 본질

- ① 일죄설 : 상상적 경합의 경우 비록 수개의 구성요건에 해당할지라도 오직 하나의 행위만이 존재하므로 일죄가 인정될 뿐이라는 견해(행위표준설과 의사표준설의 결론)
- ② 수죄설 : 비록 외적으로 볼 때, 하나의 행위가 존재하지만 수개의 형벌법규를 침해하는 것이므로 수죄라는 견해(구성요건표준설 · 법익표준설의 결론으로서 우리나라 다수설 · 판례 입장)

II. 요건

1. 한 개의 행위가 있을 것

2. 수개의 죄에 해당할 것

[관련판례]

1. 피고인이 여관에서 종업원을 칼로 찔러 상해를 가하고 객실로 끌고 들어가는 등 폭행 · 협박을 하고 있던 중, 마침 다른 방에서 나오던 여관의 주인도 같은 방에 밀어 넣은 후, 주인으로부터 금품을 강취하고, 1층 안내실에서 종업원 소유의 현금을 꺼내 갔다면, 여관 종업원과 주인에 대한 각 강도행위가 각별로 강도죄를 구성하되 피고인이 피해자인 종업원과 주인을 폭행 · 협박한 행위는 법률상 1개의 행위로 평가되는 것이 상당하므로, 위 2개의 죄는 상상적 경합범관계에 있다고 할 것이다(大判 1991.6.25, 91도643).
2. 절도범이 체포면탈을 목적으로 경찰관에게 폭행 · 협박을 가한 때에는 준강도죄와 공무집행방해죄를 구성하고 상상적 경합관계에 있으나, 강도범이 체포면탈을 목적으로 경찰관에게 폭행을 가한 때는 강도죄와 공무집행방해죄가 실체적 경합관계이고 상상적 경합관계에 있는 것이 아니다(大判 1992.7.28, 92도917).
3. 피고인들이 피해자들의 재물을 강취한 후 그들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우, 피고인들의 행위는 강도살인죄와 현주건조물방화치사죄에 모두 해당하고 두 죄는 상상적 경합범관계에 있다. (대법원 1998.12. 8. 98도 3416 강도 방화살인 사건)
4. 동일한 공무를 집행하는 여럿의 공무원에 대하여 폭행 · 협박 행위를 한 경우에는 공무를 집행하는 공무원의 수에 따라 여럿의 공무집행방해죄가 성립하고, 위와 같은 폭행 · 협박 행위가 동일한 장소에서 동일한 기회에 이루어진 것으로서 사회 관념상 1개의 행위로 평가되는 경우에는 여럿의 공무집행방해죄는 상상적 경합의 관계에 있다. (대법원 2009. 6.25. 2009도3505경찰관 2명 폭행사건)

Ⅲ. 효과

상상적 경합이 인정되면 수개의 죄 가운데 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다(제40조). 여기서 가장 중한 형이란 법정형을 의미하며, 형의 경중은 형법 제50조에 따라 정한다.

■ 6 실체적 경합범(경합범)

제37조 【경합범】 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 경합범이라 한다.

[관련판례]

- ① 횡령죄를 교사한 후 그 횡령한 물건을 취득한 경우 → 횡령교사죄와 장물취득죄의 경합범
- ② 위조된 문서를 사용하여 재물이나 재산상 이익을 취득한 경우 → 위조문서행사죄와 사기죄의 실체적 경합(판례) ↔ 상상적 경합(다수설)
- ③ 법원을 기망하여 승소판결을 받고 그 확정판결에 의하여 소유권이전등기를 경료한 경우 → 사기죄와 공정증서원본부실기재죄의 실체적 경합(판례)
- ④ 사람을 살해한 후 그 범죄를 은폐하기 위하여 시체를 다른 장소로 옮겨 유기한 경우 → 살인죄와 사체유기죄의 경합범
- ⑤ 예금통장을 강취하고 예금청구서를 위조한 다음 이를 은행원에게 제출·행사하고 돈을 교부받은 경우 → 강도죄·사문서위조 및 동행사죄·사기죄의 실체적 경합(판례)
- ⑥ 무면허운전으로 인한 도로교통법위반죄에 있어서는 운전한 날마다 무면허운전으로 인한 도로교통법위반의 1죄가 성립한다고 보아야 할 것이고, 비록 계속적으로 무면허운전을 할 의사를 가지고 여러 날에 걸쳐 무면허운전행위를 반복하였다 하더라도 이를 포괄하여 일죄로 볼 수는 없다(大判 2002.7.23, 2001도6281 이틀 무면허운전사건).

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1 서설

I. 형벌의 의의

1. 개념

형벌은 국가가 형벌권에 기하여 범죄에 대한 법률상의 효과로서 범죄자에 대하여 책임을 전제로 하여 과하는 법익의 박탈을 말한다. 형벌은 책임을 기초로 과하는 제재인 점에서, 범죄인의 위험성을 기초로 하는 보안처분과 구별되며, 징계처분이나 행정벌(과태료·과징금·범칙금) 또는 민사상 손해배상책임 등은 형벌이 아니다.

2. 보안처분과의 구별

	보안처분	형벌
부과의 기초	위험성	책임
작용의 방향	미래	과거

2 사형

I. 서설

1. 의의 : 수형자의 생명을 박탈하는 것을 내용으로 하는 형벌(극형)

2. 집행방법

- ① 형법 : 교도소 내에서 교수하여 집행
- ② 군형법 : 총살

3. 사형범죄의 범위

- ① 절대적 법정형으로 사형만이 규정된 범죄 : 여적죄
- ② 상대적 법정형으로 사형과 자유형이 선택적인 범죄(대부분 범죄)

II. 사형존폐론

1. 사형폐지론

- ① 사형은 야만적이고 잔혹하며, 인간의 존엄과 가치의 전제인 생명권을 침해하는 것이므로 헌법에 반한다.
- ② 오판의 경우 회복할 길이 없다.

- ③ 사형은 일반인이 기대하는 것처럼 위협적 효과를 가지지 못한다.
- ④ 형벌의 목적을 개선과 교화에 있다고 볼 때, 사형은 이러한 목적을 전혀 달성할 수 없는 원시적이고 무의미한 형벌에 지나지 않는다.
- ⑤ 사형제도를 폐지한 국가 : 포르투갈, 스위스, 독일, 오스트리아, 영국, 스페인, 프랑스

2. 사형존치론

- ① 사형이 위협적 효과를 가지는 것을 부정할 수 없다.
- ② 형벌의 본질이 응보에 있는 이상 극악한 범죄인에게는 사형을 선고하지 않을 수 없다.
- ③ 사형의 폐지가 이상론으로는 바람직할지라도 사회적 법의식이 이를 요구할 때에는 사형은 적당하고 필요한 형벌이 된다.
- ④ 사형제도가 존재하는 국가 : 미국, 일본, 대한민국

3. 결론

- ① 판례도 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정을 고려하여 사형을 합헌이라고 인정한다(헌재 1996.11.28, 95헌바1).
- ② 우리는 1998년 이후 사형 집행된 경우가 단 1건도 없다. 국제사회에서도 사형제도가 존재하지만 10년 동안 사형이 집행된 사실이 없으면 사형제도가 없는 것으로 인정한다. 2007년 10월 10일에 시민단체에서 사형제도 폐지를 촉구하는 회의를 개최하였다. 조만간 폐지될 것으로 보인다

3 자유형

I. 의의

수형자의 신체적 자유를 박탈하는 것을 내용으로 하는 형벌

II. 형법상의 자유형

1. 징역

(1) 의의

수형자를 교도소 내에 구치하여 정역에 복무하게 하는 것을 내용으로 하는 형벌(제67조)

(2) 종류

- ① 유기 : 1월 이상 30년 이하. 가중시 50년 이하(제42조)
- ② 무기 : 종신형. 그러나 20년이 경과한 후에는 가석방 가능

2. 금고

(1) 의의

수형자를 교도소 내에 구치하여 자유를 박탈하는 것을 내용으로 하는 형벌이지만 정역

을 과하지 않는 것(제68조)

(2) 종류 : 징역과 동일

3. 구류

(1) 의의

수형자를 교도소 내에 구치하는 것을 내용으로 하는 자유형이지만, 그 기간이 1일 이상 30일 미만인 것(제46조) → 신청에 의하여 작업부과

(2) 구별개념

① 구금 : 형사절차의 진행과 증거물의 확보를 위한 강제처분에 불과하다는 점에서 구별

② 노역장유치 : 벌금 또는 과료를 납부하지 않을 때 일정기간 동안 수형자를 노역장에 유치하는 대체자유형에 불과하다는 점에서 구별. 유치기간은 벌금은 1일 이상 3년 이하, 과료는 1일 이상 30일 미만(제69조 제2항)

4. 자유형의 개선

① 단기자유형의 폐지 : 6개월 이하의 자유형은 폐지하거나 제한하여야 한다는 주장으로 대체방안으로는 벌금에의 환형, 선고유예 · 집행유예제도의 활용 등이 있다.

② 자유형의 단일화문제 : 징역, 금고, 구류의 3종류의 자유형의 구별을 폐지하고 자유형을 단일화해야 한다(통설적 견해).

4 재산형

I. 의의

범인으로부터 일정한 재산을 박탈하는 것을 내용으로 하는 범죄

II. 형법상의 재산형

1. 벌금

(1) 의의

범죄인에 대하여 일정한 금액의 지불의무를 강제적으로 부담하게 하는 것을 내용으로 하는 재산형

(2) 현행법상 벌금

개정형법은 선택형으로 벌금형을 추가하는 경우를 많은 범죄에 확대하였다.

예 직권남용죄, 공무집행방해죄, 무고죄, 위조통화취득죄, 허위유가증권작성죄, 허위공문서작성죄, 사문서위조 · 변조죄, 존속폭행 · 상해죄, 유기죄, 존속유기죄, 존속학대죄, 체포 · 감금죄, 존속체포 · 감금죄, 허위사실적시명예훼손죄 등

(3) 벌금형제도의 개선책

- ① 일수벌금형제도 : 불법과 책임에 따른 ‘일수(日數)’와 피고인의 경제적 사정을 고려한 ‘일수정액(日數定額)’을 분리하여 벌금형을 선고함으로써, 총액벌금형제도(현행 형법)의 문제점을 시정해야 한다는 주장이다.
- ② 벌금분납제도 : 벌금의 미납입시 대체자유형으로 전환되어 단기자유형의 폐해를 드러내는 문제점을 시정해야 한다는 주장이다.
- ③ 벌금형의 집행유예제도 : 자유형보다 가벼운 벌금형의 집행유예를 부정하는 것(제62조)은 균형에 맞지 않을뿐더러 벌금형 미납입시 노역장 유치처분이 가능하므로 이에 대하여는 집행유예가 내려져야 한다는 주장이다.

2. 과료

(1) 의의

- ① 개념 : 범죄인에게 일정한 금액의 지불의무를 강제적으로 부담하게 한다는 점에서 벌금형과 동일하나, 경미한 범죄에 대하여 부과되며 그 금액이 적다는 점에서 벌금과 구별되는 재산형
- ② 과태료와의 구별
 - i) 과태료 : 행정상의 제재
 - ii) 과료 : 형법상의 형벌

3. 몰수

(1) 서설

- ① 의의 : 범죄의 반복을 방지하거나 범죄로부터 이득을 얻지 못하게 할 목적으로 범죄 행위와 관련된 재산을 박탈하여 이를 국고에 귀속시키는 재산형
- ② 종류
 - i) 임의적 몰수 : 원칙적(제48조) → 법관의 자유재량 인정
 - ii) 필요적 몰수 : 뇌물죄의 뇌물(제134조), 아편에 관한 죄의 아편·모르핀이나 그 화합물, 아편흡식기(제206조), 배임수재죄 ‘재물’ 등. 또한 특별법상의 몰수는 거의 필요적 몰수이다.
- 예 관세법상의 금제품 몰수, 주세법에 의한 무면허주류, 총포·도검·화약류등단속법위반의 물건, 마약류관리에관한법률위반의 물품, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제13조, 국가보안법 제15조

(2) 몰수의 대상(몰수의 대물적 요건)

- ① 물건 : 몰수의 대상은 물건
- ② 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건
 - 예 살인에 사용한 칼·총, 무면허의료행위에 사용하려고 준비된 의약품
- ③ 범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건
 - 예 문서위조죄에 있어서 위조된 문서, 절취한 절취물

④ 전 2호의 대가로 취득한 물건(제48조 제1항 제3호)

예) 장물의 매각대금, 인신매매 대금

(3) 몰수의 요건(몰수의 대인적 요건)

① 범인 이외의 자의 소유에 속하지 아니할 것

예) 피해자 소유의 물건, 강도행위 하려고 타인으로부터 빌린 흉기 등은 몰수할 수 없다. 국가소유의 물건 → 국고수표, 등기부, 공문서 등은 몰수할 수 없다.

② 범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서 취득한 물건 : 범인 이외의 자의 소유에 속하더라도 제3자가 취득당시 그 물건이 제48조 제1항 각호에 해당한다는 사실을 알고 있었으면 몰수의 대상이 된다.

(4) 추징·폐기

몰수대상인 물건을 몰수하기 불능한 때는 그 가액을 추징하고(제48조 제2항), 문서·도화·전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수에 해당할 때는 그 부분을 폐기한다(제48조 제3항). 추징은 몰수에 갈음하여 그 가액의 납부를 명하는 사법처분이거나, 몰수의 취지를 관철하기 위한 제도라는 점에서 부가형의 성질을 가진다.

① 몰수하기 불능한 때란 소비·분실·훼손 등 사실상의 원인 또는 혼동·선의취득 등의 법률상 원인으로 판결당시에 몰수할 수 없는 경우를 말한다.

예) • 뇌물로 받은 금원이나 자기앞수표를 소비한 후 동액 상당을 반환한 경우 가액을 추징한다.

• 뇌물인 수표를 예금한 후 액면상당금원을 반환한 때 가액을 추징한다.

② 수인이 공모하여 뇌물을 수수한 경우 가액을 추징할 경우에 원칙적으로 개별 추징해야 하나 개별적으로 그 액을 알 수 없으면 평등하게 분할한 액을 추징해야 한다.

③ 추징은 실질적으로 부가형의 성질을 지니므로 1심에서 선고하지 않은 추징을 항소심에서 선고하면 불이익변경금지의 원칙에 위반된다.

④ 추징가액의 산정시점은 판결선고시를 기준으로 정한다.

⑤ 수뢰자가 뇌물을 그대로 보관하였다가 증뢰자에게 반환한 때에는 증뢰자로부터, 뇌물의 소비로 인정되는 경우는 수뢰자로부터 각 추징한다.

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 저, 박영사, 2022.



1. 선고유예

I. 의 의

- (1) **개념** : 범정이 경미한 자에게 일정기간 형의 선고를 유예하고, 그 기간을 특정한 사고 없이 경과하면 형의 선고를 면하게 하는 제도
- (2) **집행유예와 구별** : 형의 선고 자체를 유예한다는 점에서 형을 선고하고 그 집행만을 유예하는 집행유예와 구별
- (3) **취지** : 피고인의 사회복귀에 도움
- (4) **법적성질** : 형법이 규정하고 있는 고유한 종류의 제재로서의 성질을 가진다는 견해(다수설)와 형벌도 보안처분도 아닌 독자적인 제3의 형사제재수단이라는 견해가 있다.

II. 요 건

1. 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우

- (1) 주형과 부가형을 포함한 처단형 전체를 의미, 주형을 선고유예하는 경우 부가형인 몰수나 추징도 선고유예 가능(판례)
- (2) 형을 병과하는 경우에는 그 일부에 대하여 선고유예를 할 수 있다(제59조 2항).

[관련판례]

형법 제59조에 의하더라도 몰수는 선고유예의 대상으로 규정되어 있지 아니하고 다만 몰수 또는 이에 갈음하는 추징은 부가형적 성질을 띠고 있어 그 주형에 대하여 선고를 유예하는 경우에는 그 부가할 몰수·추징에 대하여도 선고를 유예할 수 있으나, 그 주형에 대하여 선고를 유예하지 아니하면서 이에 부가할 몰수 추징에 대하여서만 선고를 유예할 수는 없다(大判 1988.6.21, 88도551 ; 1979.4.10, 78도3098).

2. 개전의 정상이 현저할 것

- (1) 의의 : 형을 선고하지 않아도 재범의 위험이 없다고 인정되는 것을 말함
- (2) 판단의 기준 : 형법 제51조에 규정된 양형의 조건
- (3) 판단의 시기 : 판결시

3. 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 없을 것

[관련판례]

선고유예의 결격사유인 '자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자'에 해당하는 경우형의 집행유예를 선고받은 사람이 그 선고가 실효 또는 취소됨이 없이 정해진 유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고가 효력을 잃게 되었더라도, 이는 형의 선고의 법적 효과가 없어질 뿐이고 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 없어지는 것은 아니므로 그는 형법 제59조 제1항 단서에서 정한 선고유예 결격사유인 '자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자'에 해당한다. (대법원 2012. 6.28. 2011도10570)

4. 선고유예와 보호관찰

제59조 : ① 형의 선고를 유예하는 경우에 재범자를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다.
② 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 1년으로 한다.

* 주의) 선고유예는 사회봉사명령이나 수강명령제도가 없고, 선고유예에는 취소제도가 없다.

Ⅲ. 효 과

1. 선고

선고유예판결을 할 것인가는 법원의 재량, 그러나 판결을 하는 경우에는 범죄사실과 선고할 형을 정하여 한다.

2. 유예기간경과의 효과

형의 선고유예를 받은 날로부터 2년이 경과한 때는 면소된 것으로 간주(제60조). 선고유예기간을 일률적으로 2년으로 규정된 점에서 집행유예와 구별된다.

Ⅳ. 실 효

1. 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예된 형을 선고한다.
2. 제59조 2의 규정에 의하여 보호관찰을 명한 선고유예를 받은 자가 보호관찰기간 중에 준수사항위반하고 그 정도가 무거운 때에는 유예한 형을 선고할 수 있다.

2 집행유예

I. 의의

- ① 개념 : 일단 유죄를 인정하여 형을 선고하고 정상을 참작하여 일정한 요건하에 일정한 기간 그 형의 집행을 유예한 후, 유예기간 중 특정한 사고 없이 그 기간을 경과하면 형의 선고의

효력을 상실시킴으로써 형의 선고가 없었던 것과 동일한 효과를 발생하는 제도

② 취지 : 단기자유형의 폐해 제거, 범인의 자발적인 사회복귀 도모

II. 요건

1. 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금형을 선고할 경우

(1) 3년 이하의 징역 또는 금고일 것 : 선고형을 의미

(2) 우리 형법 학계에서는 사형과 벌금형의 집행유예제도를 도입하여야 한다는 주장이 있어 왔다. 그 근거로는 사형에 집행유예제도의 도입은 사형을 제한하기 위한 것이고, 벌금형의 집행유예제도를 도입하자는 견해는 벌금형을 납입하지 않는 경우 노역장 유치가 되는데 노역장유치에 대해서는 집행유예제도가 없으므로 가난한 사람에게는 자유형의 집행유예보다 벌금형이 더 무거운 결과를 초래한다는 것을 근거로 제시하였다. 이와 같은 요구를 받아들여 2018년부터 시행되는 벌금형에 대하여 집행유예제도를 도입한 것은 다행이라 본다.

2. 정상에 참작할 만한 사유일 것

3. 금고이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년 까지의 기간에 범한 죄가 아닐 것

III. 집행유예와 보호관찰, 사회봉사명령 및 수강명령

제62조의2 【보호관찰, 사회봉사, 수강명령】① 형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 한다. 다만, 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰기간을 정할 수 있다.

③ 사회봉사명령 또는 수강명령은 집행유예기간 내에 이를 집행한다.

IV 효과 및 실효와 취소

1. 집행유예의 선고 : 1년 이상 5년 이하의 범위에서 법원의 재량에 의해 결정

2. 집행유예기간경과의 효과

① 형의 선고는 효력을 잃는다.

② 선고가 효력을 잃는다는 것은 형의 집행이 면제되고 처음부터 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 것이므로 전과자가 되지는 않으나, 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실까지 없어지는 것은 아니므로 선고에 의하여 이미 발생한 법률효과에는 영향을 미치지 않는다.

3. 실효

집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃게 되며 유예되었던 형은 집행된다.

[참고문헌 및 사이트]

1. 통합형법 총론, 남상근 편저, 베스트에듀, 2022.
2. 형법총론, 오영근 著 , 박영사, 2022.