

# 형사법

## 키워드

- 부작위 살인 vs 유기치사
  - 부작위범 요건  
일반적 행위가능성, 부작위, 개별적 행위가능성, 결과발생, 인과관계
  - 부진정부작위 요건  
부작위범 요건 + 보증인지위, 행위정형 동가치성
- 307 2항 몰랐음 307 1항
- 긴급피난 (경유보상)
  - 경미한 손해
  - 위난에 처한 법익 보전의 유일한 수단
  - 보전될 이익이 침해될 이익보다 큼
  - 상당성
- 상습
  - 동종 전과, 수단과 방법의 동일성, 습벽의 발현
- 포괄일죄
  - 단일하고 계속된 범의 아래 동종의 범행을 동일하거나 유사한 방법으로 반복하여 동일한 법익 침해


## 문구

### 형총

- 인과관계

조건설, 합법칙적 조건설 등의 견해대립 있으나 판례는 행위와 결과 사이에 경험칙상 인정될 수 있는 유력한 원인이 있다면 직접적이거나 유일한 원인이 아니라 하여도 인과관계를 인정할 수 있다는 상당인과관계설의 입장

행위와 결과 사이에 다른 원인인 개재되어 그 사실이 직접적인 원인이 되었더라도 통상 예견 가능한 일이지 아니하다면 행위와 결과 사이의 인과관계가 인정됨
- 보증인 지위의 발생 근거

작위의무는 법적인 의무이어야 하므로 단순한 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않으나, 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론이고 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 법적인 작위의무는 있다
- 구성요건적 착오 / 법정적 부합설 

구성요건적 착오란 행위자에게 행위시 자신이 실현한 결과의 객관적 구성요건에 대한 인식이 없는 경우

인식사실 == 발생사실 (동가치) : 구체적 사실의 착오 (사람-사람)

인식사실 != 발생사실 (이가치) : 추상적 사실의 착오 (사람-개)

객체의 동일성 착오 : 객체의 착오 (갑으로 알고 을을)

“이는 단순히 객체의 동일성에 관한 착오로서 객체의 착오에 해당하므로 이로써 살인의 고의가 없다고 볼 수 없다”

행위방법의 착오 : 방법의 착오(=타격의 착오) (갑 대상 실수로 을을)

인식==발생결과 구체적으로 부합해야 고의전용(구체적 부합설)의 인정 범위가 너무 좁음, 범죄사실 발생한 이상 경한 범죄에 대해서는 고의기수 인정하는 추상적 부합설(발생하지 않은 경한 죄의 기수 인정하여 부당) 있으나 판례는 인식과 발생사실이 동일한 구성요건인 경우 고의의 전용 인정하는 법정적 부합설의 입장

#### ● 교사범의 구체적 사실의 착오

교사범 : 이 때 교사범에게는 정범의 고의와 교사의 고의가 모두 인정되고 피교사자의 실행행위 있어야 한다

객체의 착오(공범종속성의 원칙상 정범의 착오 형태까지 종속됨) vs 방법의 착오(발생사실이 교사자의 고의에 포함되어있지 않다는 입장) -> 죄책에서 부합설

“피교사자의 객체의 착오를 교사자에게도 객체의 착오로 인정해야 한다는 견해 있으나, 교사자와 피교사자가 독립된 주체일 뿐만 아니라 피교사자를 행위의 수단으로 보아 교사자가 원하지 않은 결과가 발생한 것으로 보아야 하므로 방법의 착오로 보는 것이 타당하다.”

or

피교사자의 착오에 관하여 공범종속성의 원칙상 정범인 피교사자의 착오를 교사자의 착오로 인정해야 한다는 객체의 착오설 있으나, 통설은 발생한 사실이 교사자의 고의에 포함되어있지 않으므로 방법의 착오로 이해해야 한다는 입장이다.

#### ● 피교사자 책임조각되어 처벌 안 되는 경우 교사자는?

“공범의 종속 정도와 관련하여 공범(교사범 or 종범)이 성립하려면 피교사자의 행위가 구성요건에 해당하고 위법한 것으로 족하고 반드시 책임이 있을 것을 요하지 않는다는 제한적 종속형식설에 의하면,” 피교사자가 책임능력 없어 죄책 안 저도 교사자는 교사범으로 처벌

#### ● 부작위범의 정범 vs 방조범 성부

보증인적 지위에 있는데 작위범의 범행 알고도 저지하지 않은 부작위

부작위 정범(보증인지위에 있는데 저지하지 않았으니까)? 종범(작위자가 현실적으로 행위지배하고 있으므로 부작위만으로 작위와 행위정형의 동가치성 인정X)?

“작위의무에 위배하여 작위 정범의 범행 방치했다는 부작위만으로는 실행행위의 동가치성 인정할 수 없음, 방조범 성립”

but 작위범이 이미 실행행위 종료하고 현장을 떠난 후에 비로소 구성요건적 상황 인식하여 부작위로 나아간 경우 : 작위범의 현실적 행위지배 인정되지 않음=> 이 경우에는 부작위에 작위의 행위정형 동가치성 인정됨, 부작위의 정범 성립함

#### ● 우연방위

위법성조각사유의 객관적 요건 충족되었으나 행위자가 그러한 객관적 상황에 대한 인식 or 자신의 행위 정당화시키려는 의사 없이 행위한 경우에 해당

무죄설(주관적 정당화요소 불요, 정당방위, 무죄) / 기수설(주관적 정당화요소 필요, 정당방위X, 기수) / 불능미수설(주관적정당화요소 필요, 정당방위X 동일, 불법이원론 - 불능미수)

행위반가치는 인정되지만 객관적 정당화상황 존재하므로 결과반가치 축소하여 불능미수 인정하는 것이 타당함

#### ● 오상방위 (위전착)

객관적 위법성조각사유 존재하지 않으나 존재한다고 오신하고 위법성조각사유에 해당하는 행위를 한 경우에 해당

○ 사실의 착오로 해석하는 소구역표이론

■ 위법성조각사유 전제사실 == 소극적 구성요건요소 ∴ 사실의 착오

■ 인식이능성 있다면 과실범(+의사지배 있으므로 간접정범) or 없다면 무죄(+간접정범)

○ 법률의 착오로 해석하는 엄격책임설

■ 구성요건사실 인식 있으나 위법성 인식 X

- 인식가능성 있다면 고의범(+정범이므로 교사범 ∴ 정범배후정범X) or 무죄(+간접정범)
  - 제3의 착오 유형으로 해석하는 제한책임설, 법효과 제한적 책임설 대립한다.
    - 제한책임설 : 구성요건적 실행의사 없으므로 사실의 착오(13조) 유추적용
      - 인식가능성 있다면 과실범(의사지배 있는 경우 간접정범) or 없다면 무죄
    - 법효과제한책임설 : 구성요건적 고의는 인정, 착오로 인해 책임고의 인정되지 않으므로 법적 효과에 있어서는 구성요건적 고의 조각됨
      - 인식가능성 있다면 과실범, 약의의 가담자는 과실범의 간접정범
- 명시적 판례는 없으나, 군부대에서의 오상정당행위와 관련하여정당한 이유 인정된다면 위법성 조각된다는 입장

## ● 불능미수

불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 '위험성'은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다.

## ● 공갈죄 사회통념상 허용된 범위

협박죄에서 고지된 해악의 실현은 반드시 그 자체가 위법한 것임을 요하지 아니하며, 협박을 수단으로 상대방을 겁먹게 하여 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 사회통념상 허용된 범위를 넘는다면 공갈죄 성립한다. 사안에서 ~~~는 위법하지 않더라도, 이를 수단으로 하여 재물을 취득한 행위는 사회통념상 수인한도를 넘어서므로 ~

## ● 장물성 왜 안 사라짐?

원칙적으로 장물은 재산죄로 인하여 취득한 물건 자체를 말하며 이를 처분한 대가는 장물로 볼 수 없다. 그러나 자기앞수표는 현금에 대신하는 기능이 인정되며 거래상 현금과 동일하게 취급되므로 장물인 수표를 입금했다가 동일 액수의 현금으로 인출한 경우 이러한 현금은 장물성이 그대로 인정된다.

## ● 포괄일죄

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해범의도 동일한 경우

## ● 과실범의 공동정범

긍정설(행위를 공동으로 할 의사만 있으면 성립한다- 행위공동설) vs 부정설(기능적 행위지배 위한 공동가공의 의사가 있어야 성립한다)

판례는 공동정범의 형법상구성요건이 고의범/과실범 불문하므로 행위를 공동으로 할 의사이면 족함, 서로의 의사연락하에 과실행위 하면 과실범의 공동정범이다

## ● 307조 2항 모르고 한 경우

'비방할 목적'에 관하여, 판례는 공공의 이익 위한다는 주관적 의도 인정되는 경우 그와 대척되는 비방할 목적 인정하지 않는다.

공공의 이익은 다수 일반인의 이익 뿐만 아니라 특정 구성원 또는 집단의 이익도 인정하며 부수적으로 사익적 동기 있어도 무방(판례)

“사안의 경우, ~~ 따라서 공공의 이익 위하는 점 인정되고 사실이라 믿은 바 제15조 1항 의해 제307조 2항의 허위사실에 의한 명예훼손죄의 고의 조각되므로 동조 1항의 성립 여부를 검토해야 한다. 이 때 진실한 사실임을 전제로 위법성의 조각을 인정하는 제310조의 명예훼손에 관한 위법성 조각의 특칙을 적용할 수 있는지가 문제된다.”

“이에 대해 위법성의 전제사실에 관한 착오를 적용해야 한다는 견해있으나, 판례는 진실한 사실로 오인한데에 객관적으로 상당한 이유 있다면 위법성 조각된다고 판시한 바 있다. 생각건대 표현의 자유를 보호해야 한다는 점 고려할 때 판례의 태도가 타당하다.”

## ● 위전착

- 구성요건적 착오 : 객관적 구성요건에 해당하는 사실에 대한 착오

- 위전착은 사실에 관한 것이기는 하나 객관적 구성요건요소가 아닌, 위법성 조각사유의 객관적 요소에 대한 사실에 관한 착오
- 금지착오(허용 규범에 대한 착오) vs 위전착(허용되는 상황에 대한 착오)
- 위전착 vs 형법16조

## 형각

- 특가5-11 위험운전치사상

‘정상적인 운전이 어려운 상태’

음주로 인하여 운전자가 현실적으로 전방주시능력, 판단력 등이 저하되어 운전요구되는 주의의무를 다할 수 없거나 운전요구 필수적인 자동차의 조작방법 등을 준수할 수 없는 상태

- 서명사취

타인을 기망하여 서류에 서명을 받은 경우에 대하여 피기망자에게 처분행위에 대한 인식이 있어야 하는 지에 관해 견해대립이 있음

절도와 구분하기 위하여 처분의사가 있어야 한다는 견해와 객관적으로 손해가 발생한 이상 처분의사를 요하지 않는다는 견해 나뉨

판례는 “피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못했다 하여도, 피기망자의 행위가 직접 재산적 손해를 초래하는 처분행위로 평가되고 / 서명이나 날인행위에 대한 인식이 있었던 이상 처분행위에 상응하는 처분의사가 인정된다” 고 하여 처분의 결과까지 인식하여야 처분의사를 인정할 수 있는 것은 아니라는 입장

처분행위 자체에 대한 인식과 행위 있다면 사기죄의 처분행위로 인정됨