

형법총론 주요 용어

- ◆ 죄형법정주의 : 사전에 법률로 규정된 범죄에 한하여, 법률로 확정된 형벌의 종류와 정도로 처벌할 수 있다는 원칙
- ◆ ‘죄형법정주의’에서 파생된 원칙 : 법률주의, 형벌 불소급의 원칙(소급효 금지의 원칙), 명확성의 원칙, 유추해석 금지의 원칙, 적정성의 원칙
 - ✓ 형벌 불소급의 원칙(소급효 금지의 원칙) : 형법은 그 시행 이후의 행위에만 적용되고, 시행 이전의 행위에 대해서는 소급하여 적용할 수 없다는 원칙
 - ✓ 명확성의 원칙 : 형법의 범죄 구성요건과 형벌은 법관의 자의적인 판단이 가능하지 않을 정도로 구체적이며, 명확하게 규정되어 있어야 한다는 원칙
 - ✓ 유추해석 금지의 원칙 : 법률에 규정이 없는 어떤 사항에 대하여, 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 다른 법률 규정을 적용하는 것을 금지하는 원칙
 - ✓ 적정성의 원칙 : 범죄와 형벌을 규정하는 내용이 실질적 관점에서 인권의 보장을 위해 적정해야 한다는 원칙
- ◆ 범죄의 성립요건 : 구성요건 해당성, 위법성, 책임
 - ✓ 구성요건 해당성 : 구체적인 행위가 법에 규정되어 있는 범죄의 구성요건을 충족하는 것
 - ✓ 위법성 : 구성요건에 해당하는 행위가 법질서 전체의 입장에서 허용되지 않는다는 부정적인 가치판단
 - ✓ 책임 : 위법 행위자에 대한 비난가능성
- ◆ 친고죄 : 피해자 등 고소권을 가진 자의 고소가 있어야만, (검사의) 공소 제기가 가능한 범죄
예) 사자의 명예훼손죄, 모욕죄, 비밀침해죄, 업무상 비밀누설죄 등
- ◆ 반의사불벌죄 : 원칙적으로 (검사의) 공소 제기가 가능하지만, 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시한 경우 공소권이 소멸되는 죄 예) 폭행죄, 협박죄, 명예훼손죄, 과실치상죄 등
- ◆ 거동범(형식범) : 결과의 발생이 있어야 하는 것이 아니라, 행위(거동)만 있으면 구성요건을 충족하는 범죄 예) 폭행죄, 주거침입죄, 무고죄 등 ↔ 결과범
- ◆ 위험범 : 보호법익에 대한 현실적인 침해가 있어야 하는 것이 아니라, 보호법익에 대한 위험 상태의 야기만으로 구성요건을 충족하는 범죄 ↔ 침해범
 - ✓ 추상적 위험범 : 현실적 위험 불필요 예) 현주건조물 방화죄, 명예훼손죄, 비밀침해죄 등
 - ✓ 구체적 위험범 : 구체적, 현실적 위험이 야기돼야 예) 자기소유 일반건조물방화죄, 일반물건방화죄 등
- ◆ 계속범 : 법익 침해의 상태가 일정기간 지속되어야 범죄가 성립하고(기수), 당해 범죄행위가 위법상태가 유지되는 동안에도 계속됨(기수시기≠종료시기) 예) 체포죄, 감금죄, 주거침입죄 등 ↔ 즉시범
- ◆ 진정 신분범 : 일정한 신분이 있는 자만이 정범이 될 수 있는 경우 예) 수뢰죄(공무원 또는 중재인), 위증죄(선서한 증인)
- ◆ 부진정 신분범 : 신분 때문에 형이 가중되거나 감경되는 경우 예) 존속살해죄
- ◆ 목적범 : 고의 이외에 일정한 행위의 ‘목적’이 있어야 범죄의 구성요건이 충족되는 범죄
예) 내란죄(대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나, 국헌을 문란하게 할 목적, 출판물에 의한 명예훼손죄(사람을 비방할 목적), 무고죄(타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적)
- ◆ 부작위범 : 작위 의무가 있음에도 불구하고, 하지않음(부작위)로 범하는 범죄

- ✓ **진정 부작위범** : 구성요건이 부작위에 의하여서만 실현되는 경우 예) 퇴거불응죄, 다중불해산죄
- ✓ **부진정 부작위범** : 법률에 작위범으로 규정되어 있으나, 부작위에 의해서도 범할 수 있는 범죄
예) 산모가 (살인의 고의로) 아이에게 젖을 주지 않아, 굶어 죽게 한 경우 — 부작위에 의한 살인죄

◆ **인과관계** : 결과범에 있어서...발생한 결과를 행위자의 행위에 의한 것으로 귀속시키는데 필요한, 행위와 결과 사이의 일정한 연관관계

- ✓ **상당인과 관계설** : 사회생활상 일반적인 생활경험에 비추어 **개연성**이 인정될 때(그러한 행위로 부터 어떤 결과가 발생하는 것이 **상당할 때**), 행위와 결과 사이에 인과관계 있음을 인정하는 학설(통설. 판례)

◆ **고의** : 죄의 성립요소인 사실을 **인식**하고(지적 요소), 구성요건을 실현하려는 **의사**(의지적 요소)

- ✓ **미필적 고의** : 구성요건의 실현**가능성**을 인식하고, 그 결과 발생을 **용인** 혹은 **묵인**(의지적 요소)하려는 심리상태

◆ **사실의 착오(구성요건적 착오)** : 행위자가 주관적으로 인식한 사실과 객관적으로 발생한 **범죄사실**의 불일치

- ✓ **구체적 사실의 착오** : 인식한 객체와 결과 발생 객체가 동일한 가치가 있으나(동일한 구성요건), 구체적으로 일치하지 않는 경우

예) A라고 믿고 사살하였으나, 사실은 B였던 경우 / A를 향해 발사했으나, 빗나가 B가 사망한 경우

- ✓ **추상적 사실의 착오** : 인식한 객체와 결과 발생 객체가 서로 다른 구성요건에 속하는 경우

예) 도자기를 깨려고 돌을 던졌으나, 사람이 맞아 다친 경우

- ◆ **법정적 부합설** : 행위자가 인식한 범죄사실과, 현실적으로 발생한 범죄사실이 법정적(구성요건 혹은 죄질)으로 부합하는 경우에 고의 기수를 인정, 불일치하는 경우에는 “인식사실의 미수와 발생사실의 과실의 상상적 경합”

위의 구체적 사실의 착오의 예 : 모두 발생사실에 대한 고의 기수를 인정... B에 대한 살인기수

위의 추상적 사실의 착오의 예 : 도자기에 대한 손괴미수와 사람에 대한 과실치상의 상상적 경합

◆ **과실** : 사회생활상 요구되는 주의의무를 위반(정상의 주의를 태만히)하여 범죄가 되는 구성요건적 결과 발생을 예견하지 못하거나 회피하지 못한 경우

- ✓ **업무상 과실** : 일정한 업무에 종사하는 자가 당해 업무 수행상 요구되는 주의의무를 태만히 한 경우. 업무를 지속적으로 하므로 예견가능성이 크기 때문에 과실에 대해 중하게 처벌

- ✓ **중과실** : 근소한 주의만 기했어도 결과 발생을 방지할 수 있었는데 부주의해서 예견하지 못한 경우. 경과실 보다 중하게 처벌

◆ **과실의 제한 원리**(과실범의 성립을 제한하려는 원리)

- ✓ **허용된 위험** : 위험을 수반하는 경우, 결과의 회피를 위한 충분한 조치가 있었다면 침해의 결과가 발생한 경우에도 형사책임을 지지 않는다는 원리 예) 실험행위, 건설공사, 교통 등

- ✓ **신뢰의 원칙** : 규칙을 지키며 운전하는 경우, 다른 운전자들의 준법운전을 신뢰하며 운전하면 족하고, 다른 운전자들의 교통규칙 위반을 예상하여 방어하면서 운전할 것까지 기대할 수는 없다는 원칙

◆ **결과적 가중범** : 행위자의 고의에 기초한 기본범죄에 의하여 **의도하지 않았던 중한 결과가 발생**한 경우, 가중되어 처벌되는 범죄 → 기본범죄와 중한 결과 사이에 인과관계가 있고, 중한 결과에 과실(예견 가능성)이 있으면... 결과적 가중범이 성립

예) 상해치상죄, 강도치상죄, 강간치상죄 등

- ◆ 객관적 위법성론 : 행위의 위법성 여부를 사회 질서의 관점에서 평가. 개인의 주관적 의사결정에 대한 평가가 아님. 따라서 의사결정능력이 없는 책임무능력자의 행위 또한 객관적으로 위법하다고 보는 입장
- ◆ 위법성 조각사유 : 구성요건에 해당하는 행위는 일단 위법하다고 **추정**이 됨. 그러나 이 추정을 깨뜨리는 특별한 사유가 인정되면 적법한 것으로 간주, 이런 특별한 사유를 “위법성 조각사유”라 함. 예) 정당행위, 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙 등
- ◆ 위법성 조각 정당화요소 : 객관적 정당화 상황이 존재하고, 주관적 정당화 사유 즉, 정당화 상황에 대한 인식과 이에 기하여 행위한다는 의사가 필요(통설. 판례 입장)
- ◆ 정당방위 : 자기 또는 타인의 법익에 대한 **현재의 부당한 침해**를 **방위하기 위한 행위**는 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 조각됨 → 범죄 불성립
 - ✓ 과잉방위 : 현재의 부당한 침해에 대한 과도한 방위행위로서 “상당성”이 결여된 경우
 - ✓ 오상방위 : 객관적으로 정당방위 상황이 없음에도, 있다고 오인하고 방위행위를 한 경우
예) 장난감 총을 진짜 총으로 오인하고, 생명에 위협을 느껴 방위행위를 한 경우
- ◆ 긴급피난 : 자기 또는 타인의 법익에 대한 **현재의 위난**을 **피하기 위한 행위**는 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 조각됨 → 범죄 불성립
- ◆ 자구행위 : 법률에서 정한 절차에 따라서는 청구권을 보전할 수 없는 경우에 그 청구권의 실행이 불가능해지거나, 현저히 곤란해지는 상황을 피하기 위하여 한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 위법성이 조각됨 예) 채무를 변제하지 않고 국외로 도망가는 채무자를 채권자가 체포하는 경우, 음식값을 지불하지 않고 도주하는 손님을 붙잡는 경우 등
- ◆ 피해자의 승낙 : 처분할 수 있는 자의 유효한 승낙에 의해 그 법익을 훼손한 행위는 위법성이 조각됨
 - ✓ **추정적 승낙** : 피해자의 현실적인 승낙이 없었다고 하더라도 행위 당시의 객관적 사정에 비추어 만일 피해자 내지 승낙권자가 그 행위의 내용을 알았더라면 당연히 승낙하였을 것으로 기대될 수 있는 경우에는 유효한 승낙으로 인정
- ◆ 정당행위 : 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 않아 법적 공동체에 의해 정당한 것으로 인정되는 행위(위법성 조각사유의 일반적 규정)
- ◆ **책임주의원칙** : 책임이 없으면 형벌을 부과할 수 없고, 형량도 책임의 정도에 따라 결정해야 한다는 원칙
- ◆ **책임능력** : 행위자가 법규범의 의미, 내용을 이해하여 명령과 금지를 인식할 수 있는 통찰능력(사물 변별능력)과 이 통찰에 따라 행위를 할 수 있는 조종능력(의사결정능력)
 - ✓ 책임무능력자 : 형사미성년자, 심신상실자(책임 조각 → 범죄 불성립)
 - ✓ 한정책임능력자 : 심신미약자(임의적 감경), 청각 및 언어장애인(농아자...필요적 감경)
- ◆ 원.자.행(원인에 있어 자유로운 행위) : 행위자가 고의 또는 과실로 자신을 심신상실이나 심신미약 상태에 빠지게 한 후(예 : 음주) 그 상태에서 구성요건적 결과를 야기한 경우에는... 책임능력자의 행위로 취급함. (즉, 심신상실 상태라도 처벌하고, 심신미약 상태라도 감경하지 않는다)
- ◆ **위법성의 인식** : 자신의 행위가 공동사회의 질서에 반하고, 법적으로 금지되어 있다는 것을 인식하는 것. → 자신의 행위가 위법하다는 것을 인식하지 못하고 위법행위를 하는 경우 책임이 조각되거나 감경됨
- ◆ **위법성의 착오(금지착오, 법률의 착오)** : 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는... 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 책임 조각 → 범죄 불성립
- ◆ ‘정당한 이유’가 있느냐의 여부 : 정당한 이유는 ‘회피가능성’이라고도 하며, 위법성을 인식할 수 있는 지적 능력이 있었음에도 불구하고 위법성을 인식하지 못한 경우에는...회피가능성이 인정되기에...정당한 이유가 없다고 판단한다.
- ◆ **기대가능성** : 행위시의 구체적인 사정에 비추어 행위자에게 적법행위를 할 것을 기대할 수 있는 가능성

→ 적법행위를 기대할 수 없으면, 비난가능성도 없고 책임도 물을 수 없음

- ♦ **강요된 행위** : 저항할 수 없는 폭력이나, 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 이루어진 행위 → 적법행위에 대한 기대가능성이 결여된 행위로 보아 책임 조각

- ♦ **예비** : 범죄의사를 실현하기 위한 일체의 외부적 준비행위 * **실행의 착수에 이르기 전 단계**

음모 : 2인 이상이 일정한 범죄를 실현하기 위하여 서로 의사를 교환하고, 합의하는 것

- ♦ **미수** : ‘**실행의 착수**’에는 이르렀지만... 행위를 종료하지 못하였거나, 결과가 발생하지 않은 경우

- ♦ ‘**실행의 착수**’ 판단기준에 관한 학설 : 형식적 객관설, 실질적 객관설, 주관설, 절충설 등 다양....판례는 **밀접행위설**

✓ 공동정범의 실행의 착수시기 : 일부실행 전부책임의 원칙(공동정범 중 1인이 공동의 행위계획에 따라 실행에 착수한 때에 전원에 대하여 실행의 착수 인정)

✓ 교사범, 종범의 실행의 착수시기 : 정범의 실행행위가 있는 때

- ♦ **장애미수** : 행위자가 의외의 장애로 인하여 자신의 의사에 반하여 행위를 종료하지 못하였거나, 결과가 발생하지 아니한 경우(임의적 감면)

- ♦ **중지미수** : 범죄의 실행에 착수했으나 기수에 이르기 전에 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나, 결과의 발생을 방지한 경우(필요적 감면)

✓ ‘**자의성**’ 판단기준에 관한 학설 : 객관설, 주관설, 절충설(판례: 사회 일반의 통념상 타율적 중지는 장애미수, 자율적 동기에 의한 중지는 중지미수로 봄)

- ♦ **불능미수** : 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과 발생이 불가능하지만, **위험성**이 있어 처벌하는 경우(임의적 감면) * 위험성도 없어 처벌할 수 없는 경우를 “불능범”이라 함

✓ ‘**위험성**’ 판단기준에 관한 학설 : 구 객관설, 추상적 위험설, 구체적 위험설(신 객관설) 등 다양

- ♦ **정범** : 자기의 범죄를 스스로 행하는 자 예) 단독정범, 공동정범 / 직접정범, 간접정범

- ♦ **공범**(협의) : 타인의 범죄에 참가(가담)하는 자 예) 교사범, 종범(방조범)

- ♦ 정범과 공범의 구별 : 록신(Roxin)의 행위지배설

✓ 행위지배 : 구성요건에 해당하는 사건의 진행을 조종,장악하는 것 또는 사태의 핵심현상을 지배하는 것

✓ 행위지배를 통해 자기 의사대로 구성요건의 실현을 저지하거나 진행할 수 있는 자는 정범, 행위지배 없이 행위를 야기하거나 촉진한 자는 공범

- ♦ **임의적 공범** : 1인이 단독으로 실현할 것이 예정된 범죄를... 2인 이상이 협력하여 실현하는 경우

예) 공동정범, 간접정범, 교사범, 종범

- ♦ **필요적 공범** : 구성요건 자체가 처음부터 2인 이상의 행위자에 의해서만 범죄가 실현될 수 있도록 규정된 경우 예) **집합범**(소요죄, 대란죄 등)와 **대향범**(도박죄, 뇌물수수죄, 인신매매죄 등)

✓ 형법총칙의 제2장 제3절 공범규정은 필요적 공범에는 적용되지 않는다!!!

- ♦ (협의의) 공범(교사범과 종범)은 정범에 종속하여 성립하는가? 독립적으로 성립하는가? → 판례는 **공범 종속성설**

- ♦ 공범종속성설에 의할 때라도, 정범이 어느 정도까지 범죄성립요건을 갖추어야 공범이 성립되는가?

→ 판례는 **제한적 종속형식**(정범의 행위가 구성요건에 해당하고, 위법하기만 하면... 공범이 성립)

- ♦ **간접정범** : 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자 → 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌함(교사라면 정범과 동일한 형으로 처벌, 방조라면 정범의 형보다 필요적 감면)

- ♦ **공동정범** : 2인 이상의 자가 공동의 계획에 따라 각자가 범죄 실행의 기능을 분담하여 이행하는 정범

형태 → 각 자를 그 죄의 정범으로 처벌

- ✓ 주관적으로 공동실행의 의사(공모)가 있어야...2인 이상이 상호간 공동실행에 대한 의사의 연락이 존재해야 함 cf. 편면적 공동정범은 부정, 승계적 공동정범은 인정, 과실범의 공동정범은 인정(판례)
- ✓ 객관적으로 공동의 실행행위, 즉 기능적 역할분담이 있어야. cf. 공모공동정범 인정(야쿠자 두목 처벌)
- ✓ 공모관계의 이탈 : 실행의 착수 이전에 이탈하려면, 주관적으로 범행포기 의사를 다른 공모자에게 표시해야 하고, 객관적으로는 자신의 범행기여(기능적 역할분담)를 제거해야 함
- ✓ 공동정범의 처벌 : 일부실행 전부책임의 원칙(각 자를 그 죄의 정범으로 처벌하므로 일부를 실행한 자도 범행 결의 내 발생한 결과 전체에 대하여 책임을 짐)
- ◆ 교사범 : 타인으로 하여금 범죄를 결심하게 하고 실행하게 한 자 → 정범과 동일한 형으로 처벌
 - ✓ 타인의 심리에 영향을 끼쳐 범죄실행의 결의를 하게 해야 하므로 부작위에 의한 교사, 과실에 의한 교사는 성립하기 어렵다
 - ✓ 피교사자(정범)의 실행행위가 있어야 교사범 처벌을 논할 수 있음(공범종속성!!)
- ◆ 중범(방조범) : 타인의 범죄 실행을 용이하게 하는 자 → 정범의 형보다 필요적 감경
 - ✓ 부작위에 의한 방조(작통 판매를 방조하여 점주를 처벌받게 한 백화점 staff), 편면적 방조도 가능
 - ✓ 중범의 성립과 처벌도 정범의 실행행위가 전제되어야 논할 수 있음(공범종속성!!)
- ◆ 죄수론 : 범죄의 수(數)를 정하는 문제
- ◆ 죄수를 정하는 기준 관련 학설 : 행위표준설, 법익표준설, 의사표준설, 구성요건표준설
- ◆ 일죄(一罪) : 하나의 죄
 - ✓ 범조경합 : 1개 또는 수개의 행위가 외관상 수개의 구성요건에 해당하는 것으로 보이나, 실체는 한 구성요건이 다른 구성요건을 배척하여 하나의 죄만 성립하는 경우
 - 예) 직계존속을 살해 → 일반살인죄도 되고, 존속살해죄도 되지만, 존속살해죄만 성립
 - 살인에 수반된 의복 손괴 → 살인죄만 성립 / 훔친 물건을 손괴 → 절도죄만 성립
 - ✓ 포괄일죄 : 수개의 행위가 포괄적으로 한 개의 구성요건에 해당하여 단순히 하나의 죄를 구성하는 것
 - 예) 폭행.협박 후 재물 탈취 → 폭행.협박죄 + 절도죄 (X) → 강도죄 하나만 성립,
 - 수 일간 무허가 영업행위 → 하나의 무허가영업죄, 상습범.영업범.직업범
- ◆ 수죄(數罪) ; 여러 개의 죄
 - ✓ 상상적 경합 : “하나의 행위”가 수개의 죄에 해당하는 경우 → 가장 중한 죄의 형으로 처벌
(실질적으로는 수죄이지만, 하나의 형으로 처벌 - 그래서 ‘과형상의 일죄’라는 별칭)
 - 예) 술 먹고 무면허운전 → 주취운전과 무면허운전의 상상적 경합 → 중한 주취운전으로 처벌
 - / 폭탄을 던져 10명 사망 → 10개 살인죄의 상상적 경합 → 하나의 살인죄로 처벌
 - ✓ (실체적) 경합 : 수개의 행위로 수개의 구성요건을 충족하는 경우 → 흡수, 가중, 병과형으로 처벌
 - 예) 5명의 피해자에 대하여 각 피해자별로 기망하여 각각 재물을 편취 → 5개 사기죄의 경합범 / 10명을 각기 다른 날짜에 다른 방법으로 살해 → 10개 살인죄의 경합범

- 끝 -