

## 제1편 서론

### 제1장 형법의 기본개념

#### I. 형법의 의의

##### 1. 의의

- 형법이란 “범죄로써 형벌에 관한 규정을 내용으로 하는 법”을 말한다.
- 다시 말하면 어떠한 행위가 범죄이고 그 범죄에 대한 법률효과로서 어떠한 형벌을 부과할 것인가를 규정한 법규범이 형법이다.

##### 2. 형식적 의미의 형법과 실질적 의미의 형법

###### (1) 형식적 의미의 형법

형식적 의미의 형법이란 ‘형법’이라는 명칭이 붙어 있는 형법을 말하며 보통 형법이라 함은 형식적 의미의 형법을 말한다. 즉, 현행 형법전이 형식적 의미의 형법이 된다.

###### (2) 실질적 의미의 형법

- 실질적 의미의 형법은 명칭 여하를 묻지 않고 범죄와 형벌에 관한 내용을 담고 있는 규범이라면 모두가 실질적 의미의 형법이 된다.
- 실질적 의미의 형법으로는 소년법, 국가보안법, 특정범죄가중처벌등에관한법률, 식품위생법 등을 들 수 있다.

#### II. 형법의 체계상 지위

##### 1. 국내법

형법은 국가 간의 권리나 의무를 규정한 법규범이 아니라 국가와 개인 간의 관계를 규율하는 국내법이다.

##### 2. 공법

형법은 개인과 개인 간의 관계가 아니라 국가와 일반국민 또는 국가와 범죄인 간의 관계를 규율하는 공법에 속한다.

##### 3. 실체법

- 형법은 범죄와 그에 대한 효과로써 형벌을 규정하고 있는 실체법이다.
- 이에 비하여 형사소송법은 실체적 진실을 발견하고 형벌을 적용하는 절차에 관한 내용을 규정하고 있는 절차법이다.

### Ⅲ. 형법의 기능

#### 1. 보호적 기능

형법은 법익침해에 대하여 형벌을 부과하는 것을 주된 내용으로 함으로써 법익침해를 미연에 방지하여 법익을 보호하는 기능을 한다.

#### 2. 사회질서유지기능

형법은 형벌이나 보안처분을 통하여 국가나 사회질서의 교란을 방지하여 사회질서를 유지하고 보호하는 기능을 가진다.

#### 3. 보장적 기능

- 형법은 범죄의 유형과 그에 따른 형벌을 명확하게 규정함으로써 자의적인 형벌권의 남용을 방지하여 일반 국민의 기본권을 보장하는 기능을 한다(죄형법정주의의 본질적 역할).
- 다시 말하면 형법전에 금지하고 있는 범죄를 제외한 어떠한 행위를 하여도 범죄자로 처벌하지 않음으로써 국민에게 무한한 행동의 자유를 보장하는 기능을 한다(선량한 국민의 마그나카르타).
- 나아가 비록 범죄를 범한 범죄자라 하더라도 형법전에 규정된 이상의 형벌을 부과하는 것을 금함으로써 범죄자의 기본권이 필요 이상으로 침해되는 것을 방지하는 기능을 한다(범죄인의 마그나카르타).

## 제2장 형법이론

### I. 범죄이론

#### 1. 범죄의 개념

범죄란 타인의 법익에 대한 ‘부당한’ 침해를 말한다. 범죄는 형식적 의미의 범죄와 실질적 의미의 범죄로 구별된다.

##### (1) 형식적 의미의 범죄

- 형식적 의미의 범죄란 형법상 범죄의 구성요건으로 규정되어 있는 행위를 말한다. 여기서 형법이란 형식적 의미의 형법 뿐만 아니라 실질적 의미의 형법도 포함한다.

- 형식적 의미의 범죄개념에 의할 경우 어떤 행위가 아무리 비난 받아 마땅하더라도 그 행위를 형법전에 범죄로 규정하고 있지 않으면 범죄가 성립하지 않는다.
- 따라서 형식적 의미의 범죄는 규범종속적이다.
- 형벌의 전제조건으로서 범죄라 함은 형식적 의미의 범죄를 말한다.

## (2)실질적 의미의 범죄

- 실질적 의미의 범죄란 형법상 범죄의 구성요건으로 규정되어 있는가를 묻지 않고 범죄의 실질을 가지는 반사회적인 일체의 행위를 말한다.
- 따라서 어떤 행위가 반사회적인 성격을 가진다면 이를 형법전에 범죄로 규정하고 있지 않더라도 실질적 의미의 범죄가 된다.

## 2.객관주의와 주관주의(처벌의 대상이 범죄자의 범죄고의인가? 범죄의 결과인가?)

범죄의 본질이 행위자의 규범을 파괴하려는 주관적 의사인가(주관주의), 아니면 범죄자의 행위로 인하여 발생한 객관적인 법익침해의 사실인가(객관주의)에 관하여 견해의 대립이 있다.

### (1)객관주의

- 객관주의는 범죄의 본질을 ‘범죄자에 의하여 야기된 법익침해의 결과’에서 찾는 입장이다.
- 객관주의 이론에 의할 경우 행위자는 자신의 행위에 따른 ‘결과’에 상응하는 만큼만 책임을 지게 된다. 따라서 국가형벌권의 적정을 피할 수 있고 개인의 자유와 권리를 보장받게 된다.
- 이것은 객관주의가 개인의 자유를 중시하는 계몽주의를 사상적 배경으로 한 결과이다.
- 객관주의 범죄이론은 인간을 스스로의 자유의사에 의하여 의사를 결정할 수 있는 존재로 파악한다(비결정론).
- 그 결과 합법을 선택할 자유의지가 있음에도 불구하고 범죄를 선택한 범죄자에 대하여는 도의적 책임을 물을 수 있다고 한다(도의적 책임론).
- 한편 형벌은 법익침해의 결과를 야기한 범죄자를 처벌함으로써(응보형주의) 일반인으로 하여금 형벌의 엄중함을 깨닫게 하여 범죄로 나아가는 것을 방지하는 기능(일반예방주의)을 한다.

### (2)주관주의

- 주관주의는 “범죄자의 반사회적 성격이 범죄인정에 있어서 본질적 요소가 된다”는 견해이다.
- 주관주의 범죄이론에 의할 경우 형법적 가치판단의 대상이 되는 것은 ‘행위’가 아니라 ‘행위자’가 된다(행위자 중심의 사상).
- 그리고 형벌의 종류와 경중을 선택함에 있어서 고려되는 것은 범죄자가 객관적으로 사회에 끼친 해악이 아니라 범죄인의 악성 내지는 사회적 위험성이라고 한다.
- 한편, 미수와 기수는 범죄의사라는 주관적인 측면에서 동일하므로 그 처벌 역시 구별할 필요가 없어 동일한 형에 의하여야 한다고 한다. 따라서 행위자의 범죄의사가 확인되기만 하면 비록 범죄행위나 법익침해의 결과를 발생시키지 않았다 하더라도 범죄의 본질을 충족

한 것이므로 범죄자로 취급할 수 있게 된다.

## II. 형벌이론(형벌의 본질 또는 형벌의 정당성의 근거)

- 형벌이란 범죄에 대한 효과로써 공권력에 의하여 집행되는 일정한 법익의 박탈을 말한다. 형벌의 종류로는 생명형(사형), 자유형(징역, 금고, 구류), 명예형(자격상실, 자격정지), 재산형(벌금, 과료, 몰수, 추징) 등이 있다.
- 그런데 ‘타인의 법익의 박탈’이라는 점만을 놓고 보면 형벌과 범죄는 외견상 아무런 차이가 없다. 여기서 “왜 범죄는 부당하며, 형벌은 정당한가”라는 의문이 제기된다.

### 1. 응보형주의

#### (1) 응보형주의의 의의

응보형주의는 형벌의 본질을 범죄에 대한 정당한 응보로 파악하는 견해이다. 응보형주의에 의할 경우 형벌은 악에 대한 보복적 반동으로서 범죄의 예방이 목적이 아니라 형벌 자체가 목적인다고 한다(자기목적적).

#### (2) 주창자

응보형주의는 칸트와 헤겔에 의하여 주장되었다.

### 2. 목적형주의(예방형주의·공리형주의)

#### (1) 목적형주의의 의의

목적형주의란 형벌의 본질이 장래의 범죄를 예방하는 목적에 있다고 이해하는 견해이다. 목적형주의는 다시 일반예방주의와 특별예방주의로 나누어진다.

#### (2) 일반예방주의

##### 1) 소극적 일반예방주의

- 형벌의 본질을 잠재적 범죄자가 될 수 있는 일반인을 범죄로 나아가는 것을 방지하는데 ‘목적’이 있다는 형벌사상이다.
- 주창자로는 베카리아와 포이에르 바하가 있다.

##### 2) 적극적 일반예방주의

일반인으로 하여금 규범의식을 강화하여 법질서를 준수하게 하는데 ‘목적’이 있다는 형벌사상이다.

#### (2) 특별예방주의

- 특별예방주의란 형벌의 본질을 i) 이미 범죄를 행한 범죄자를 격리하여 사회를 보호하거나, ii) 범죄자를 교화·선도하여 건전한 시민으로 사회에 재복귀시키거나, iii) 범죄자로 하여금 형벌의 쓴 맛을 보게 함으로써 재범을 막는데 그 ‘목적’이 있다고 한다.
- 특별예방주의를 주장하는 학자로는 롬브로조, 페리, 가로팔로, 리스트 등이 있다.

### III. 형법학파

#### 1. 고전학파(구파)

##### (1) 고전학파의 사상적 배경

- 고전학파의 사상적 배경은 사회계약론과 천부인권사상이다.
- 그리하여 국가는 시민과의 계약에서 시민들이 국가에게 위임하기로 계약한 내용이상의 권리는 침해할 수 없고, 국가가 입법에 의하여 부여한 권리가 아닌 하늘이 부여한 권리인 천부인권은 법률에 의하여 제한할 수 없다고 하였다.

##### (2) 고전학파 이론의 내용

###### 1) 고전학파

- 고전학파는 동일한 범죄에 대하여 동일한 형벌의 부과를 주장하였다. 이러한 주장은 자의적인 형벌권의 남용의 폐해가 극심하였던 당시의 시대상황이 배경이 된다.
- 따라서 법관이 법해석을 하는 것이 부인된다.

###### 2) 신고전학파

- 동일한 범죄에 대하여 동일한 형벌을 부과하여야 한다는 고전학파의 주장은 자의적인 형벌권의 남용으로부터 시민의 인권을 보장하는 효과를 어느 정도 가져왔지만 또 다른 문제를 낳았다. 예를 들어 초범자와 상습범죄자, 소년범과 성년범, 고의범과 과실범을 동일한 범죄이면 동일하게 처벌하는 모순을 발생시켰던 것이다.
- 그리하여 고전학파의 이론을 일부 수정한 신고전학파이론은 법관의 재량을 제한적으로 인정하는 것으로 방향을 전환하였다.
- 그러나 신고전학파이론 역시 형벌부과의 판단기준은 범죄자의 객관적인 법익침해를 기준으로 판단되어야 하며 범의자의 의도는 고려되어서는 안된다고 한다.

##### (3) 주창자

###### 1) 칸트(응보형주창자)

- 칸트는 인간은 다른 목적을 위한 수단으로 전락되어서는 안 되므로 형벌 역시 범죄예방의 목적으로 활용되는 것은 반대하였다.<sup>1)</sup>
- 칸트는 형벌에 관하여 범죄자가 침해한 법익에 상응하는 형벌을 과하여야 한다고 주장하였다(동해보복).

###### 2) 헤겔(응보형주창자)

- 헤겔은 범죄는 '법의 침해'이므로 '법의 침해를 다시 침해'함으로써 범죄에 의하여 상실된 정의를 회복할 수 있다는 변증법적 방법으로 형벌을 설명하였다.
- 헤겔은 형벌에 관하여 칸트와 달리 동해보복이 아니라 침해된 법익과 가치에 있어서 상당한 것이면 족하다고 하였다(등가치응보론).

###### 3) 베카리아(일반예방론주창자)

고전학파의 선구자인 베카리아는 그의 저서 '범죄와 형벌'을 통하여 자의적이고 독단적인 법해석이나 형벌의 부과를 강력하게 비판하면서 다음과 같은 개혁안을 제시하였다.

---

1) 칸트에 의하면 형벌은 정의의 명령이므로 지구의 종말이 도래하여 국가가 해체되는 경우에도 사형수는 한 사람도 남기지 않고 사형을 집행하여야 정의가 실현된다고 하였다.

- 사회계약설을 주장하여 국가는 개인이 국가에 계약을 통하여 위임한 범위를 넘어서는 형벌권을 행사하여서는 안된다고 하였다.
- 범죄와 형벌은 미리 성문법에 규정함으로써 자의적인 형벌권의 남용으로부터 부당한 기본권의 침해를 방지하고자 하였다(죄형법정주의).
- 범죄의 본질은 범죄자에 의하여 객관적으로 침해된 법익이므로 이것을 기준으로 판단되어야 한다고 하였다. 그러므로 범죄자의 의도를 형벌부과의 자료로 하여서는 안된다고 주장했다(죄형균형론).
- 범죄와 처벌 사이의 시간적 간격은 짧을수록 처벌은 공정하고 효과적이라고 한다(신속한 처벌).
- 범죄를 예방할 수 있는 장치로서의 형벌은 강력한 형벌이 아니라 모든 범죄에 대하여 가능한 예외 없이 형벌을 과하는 것이 보다 효과적이라고 하여 확실한 처벌의 중요성을 강조하였다.
- 인간의 생명권은 국가와의 계약에서 위임하기로 한 권리가 아니므로 사형제도를 반대하였다. 그리고 사면제도 역시 공정한 법집행과 삼권분립의 원칙에 반하므로 폐지되어야 한다고 하였다.

#### 4)포이에르 바하(일반예방론주창자)

- 포이에르 바하는 인간은 쾌락을 추구하고 고통을 피하려는 속성을 가진 합리적인 존재라고 파악하였다.
- 그러므로 범죄로 인하여 쾌락을 얻을 수 있어도 그로 인하여 형벌이라는 더 큰 고통이 따른다면 합리적인 존재인 인간은 범죄로 나아가지 않는다고 하였다.
- 따라서 형벌을 성문법에 명시하여 형벌의 고통을 알게 함으로써 범죄로 나아가는 것을 포기하게 하여 범죄를 방지할 수 있다고 하였다(심리강제설).

## 2.근대학파(신파)

### (1)근대학파의 사상적 배경

- 18C~19C로 이행하면서 생물학, 물리학, 화학 등과 같은 눈부신 자연과학의 발전은 인문 분야에도 영향을 미쳤다.
- 그리하여 종래의 관념적이고 사변적인 철학적 주장에서 탈피하여 엄격한 논리와 실증적인 연구방법에 의하여 범죄의 원인을 밝혀야 한다고 주장되기 시작하였다.
- 실증주의이론의 가장 중요한 특징은 결정론이다. 고전주의학파이론과는 달리 범죄는 인간의 합리적 이성에 의한 선택의 산물이 아니며 심리학적, 생물학적, 사회환경학적 영향에 의하여 결정된다고 하였다.

### (2)주창자

#### 1)롬브로조

- 범죄학의 아버지로 불리우는 롬브로조는 그의 저서 '범죄인론'에서 생래적 범죄설을 주장하였다.
- 이 이론에 의하면 범죄인은 원시인과 유사하며 이러한 신체적 특성은 격세유전을 통하여 후대에 유전된다고 하였다.
- 그는 범죄인을 i)생래적 범죄인, ii)정신병범죄인, iii)기회범죄인 등으로 세분화하였고

이 중 생애적 범죄인은 교정교화의 효과를 기대할 수 없으므로 영구격리나 도태처분(사형)을 할 것을 주장하였다.

## 2)페리

- 페리는 범죄인류학과에 속하면서도 초기범죄사회학과로 범죄의 사회적 원인을 중시하였다.
- 그는 “일정한 사회에는 일정량의 범죄가 항상 존재하며 이것은 더 이상 늘지도 않고 줄지도 않는다” 범죄포화의 법칙을 주장하였다.
- 나아가 ‘형벌없는 형법전’을 주장하기도 하였는데 범죄를 억지하기 위하여 효과적인 수단은 형벌이 아니라 사회정책이라고 하였다(형벌대용물사상). 그리하여 형벌을 사회방위처분 내지 보안처분으로 일원화 할 것을 주장하였다.

## 3)가로팔로

- 가로팔로 역시 롬브로조나 페리와 마찬가지로 인간의 자유의지를 부정하고 결정론적 입장에서 범죄원인을 파악하였다.
- 그리고 범죄행위는 정상적인 사람이라면 누구나 이타적 심성이나 타인에 대한 연민의 감정을 가지고 있다고 하였다. 그런데 범죄는 이러한 감정이 결여된 심리적 혹은 도덕적 변종에 기인한다고 보았다.
- 그리하여 가로팔로는 범죄인을 자연범과 법정범으로 구분하였다.
- 자연범은 시대와 장소를 초월하여 누구나 범죄로서 규제하려는 행위를 말하며 이와는 달리 법정범은 범죄로 형법전에 규정되어 있는 범죄만을 말한다.
- 그는 범죄를 막기 위한 방법으로 다음의 세 가지를 주장하였다. 첫째, 개선 불가능한 범죄자는 사형에 처하여야 하고, 둘째, 유목생활이나 원시부족생활에 적합한 사람은 장기구금, 무기형 또는 추방하고 젊은 범죄자나 개선이 가능한 범죄자는 외판식민지에 고립시켜 위험을 제거하여야 한다고 하였다. 셋째, 재범의 가능성이 없으며 이타심의 결여로 범죄를 저지른 사람은 피해자에게 보상하는 방법을 취할 것을 주장하였다.

# 제3장 죄형법정주의

## I.의의

- 죄형법정주의란 “어떠한 행위가 범죄가 되며 그 범죄에 대하여 어떠한 형벌을 부과할 것인가는 미리 성문의 형법에 규정되어 있어야 한다는 형법의 대원칙”을 말한다.
- 근대형법의 기본원리로서 “법률 없으면 범죄 없고 형벌도 없다”는 격언은 죄형법정주의를 일컫는 것이다. 그러므로 어떠한 행위가 아무리 비난받아 마땅할 지라도 그러한 행위를 처벌하는 규정이 형법전에 존재하지 않는다면 범죄가 성립하지 않고 따라서 처벌할 수도 없다.<sup>2)</sup>
- 죄형법정주의는 국가형벌권의 확장과 자의적인 형벌권의 남용을 방지함으로써 국민의 기본권을 보장하는 중요한 역할을 한다(보장적 기능).<sup>3)</sup>

2) 그러나 죄형법정주의는 법망을 교묘히 빠져 나가는 소수의 범죄자를 보호하기 위한 것이 아니라 형벌권의 남용으로부터 다수의 일반 국민의 기본권을 보장하려는데 그 존재 의의가 있다.

## Ⅱ.죄형법정주의의 연혁과 사상적 기초

### 1.연혁

죄형법정주의는 1215년 영국의 대헌장(마그나카르타)에서 그 기원을 찾을 수 있으며, 이후 1776년 미국의 독립선언과 1789년 프랑스의 인권선언 등에서도 죄형법정주의를 천명하고 있다.

### 2.사상적 배경

#### (1)계몽주의

죄형법정주의는 18세기 계몽주의와 인권사상을 그 철학적 배경으로 하고 있다.

#### (2)권력분립론(몽테스키에)

몽테스키에는 입법·행정·사법의 권력분립을 주장하였고 사법부가 법률을 해석하는 것을 반대하였다. 그러므로 사법부는 입법부가 제정한 법률을 있는 그대로 적용하기만 하여야 한다고 주장하였다. 따라서 사법부가 형법을 해석하지 않고 있는 그대로 적용하기 위해서는 미리 범죄와 그에 따른 형벌을 성문법에 규정하는 것은 필요불가결하게 된다.

#### (3)심리강제설(포이에르 바하)

## Ⅲ.죄형법정주의의 내용

### 1.성문법주의

#### (1)의의

성문법주의란 “범죄와 형벌은 국회가 정한 형식적 의미의 법률에 의하여야 하며, 명령이나 규칙에 의하여 형벌을 규정할 수 없다”는 것을 말한다.

#### (2)관습형법금지의 원칙

- 관습법이란 일정한 관행이 법적 확신을 얻게 된 것을 말한다.
- 관습법은 민법의 법원이 될 수는 있으나 형법의 법원이 될 수는 없다. 왜냐하면 관습법은 시대와 장소에 따라 많은 차이가 있어서 무엇이 금지되는 것인지, 금지된다면 그에 따른 효과로써 어느 정도의 형벌이 부과될 것인지를 명확하게 알 수 없는 것이 보통이기 때문이다.
- 따라서 관습법을 형법의 법원으로 인정한다면 법적 안정성을 해할 우려가 있기 때문에 관습형법은 금지되는 것이다.

### 2.유추해석금지의 원칙

---

3) 따라서 죄형법정주의는 형법의 기능 중 보호적 기능이나 사회질서유지기능을 하는 것이 아니라 국민의 기본권을 보장하는 보장적 기능을 담당한다.



### (1)의의

- 유추해석이란 법률에 규정이 없는 사안에 관하여 그것과 유사한 성질을 가진 사안에 대한 규정이 있는 경우 이를 유추하여 적용하는 것을 금지하는 것을 말한다.<sup>4)</sup>
- 유추해석을 허용하면 법관이 입법부에서 제정한 법률을 자의적으로 해석하여 일반국민이 예상치 못한 형벌을 받을 우려가 있어 법적 안정성을 해할 수 있게 된다.
- 나아가 법률의 해석이 법관에 의한 법창조로 변질될 가능성도 있어 3권 분립의 원칙에도 반한다.

### (2)적용범위

- 유추해석은 피고인에게 ‘불리한’ 유추해석만이 금지되며 유리한 유추해석은 허용된다.
- 그리고 유추해석금지의 원칙은 실체법인 형법에 대해서만 적용되며 실체법인 형사소송법에 대해서는 유추해석이 허용된다.

### (3)확장해석의 문제

- 확장해석이란 ‘언어의 가능한 범위를 벗어나지 않는 해석’을 말한다.
- 통설은 유추해석은 금지되지만 피고인에게 유리한 확장해석은 허용된다고 한다.
- 종래의 통설은 피고인에게 불리한 확장해석 역시 허용된다고 하였다. 그러나 판례는 피고인에게 불리한 확장해석은 죄형법정주의에 반하므로 허용되지 않는다고 한다.

## 3.소급효금지의 원칙

### (1)의의

- 소급효금지의 원칙이란 “범죄와 그 처벌은 행위 당시의 법률에 의하여야 하고 행위 이후에 제정된 법률에 의하여 이전의 행위를 벌하는 것을 금지”하는 것을 말한다.
- 법률의 소급적용을 인정하게 된다면 국민의 예측가능성을 보장할 수 없어 법적 안정성을 침해할 우려가 있기 때문이다.
- 형법 제1조 1항도 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다”고 규정하여 소급 입법에 의한 처벌을 금하고 있다.

### (2)적용범위

#### 1)피고인에게 유리한 소급효

- 소급효 금지의 원칙은 자의적인 형벌권의 남용으로부터 일반 국민과 피고인의 이익을 보장하기 위한 것이다.
- 따라서 새로이 제정된 법률에 의하여 범죄가 되지 않거나 그 형이 행위 당시의 법률(구법) 보다 가벼운 경우에는 소급효 금지의 원칙이 적용되지 않는다.<sup>5)</sup>

4) 예를 들어 공CD를 훔치는 행위는 절도죄가 되어 6년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금형에 처해진다. 그런데 선박의 설계도면이 들어있는 CD를 몰래 가져와서 그 내용을 복사하여 돌려준다면 절도죄와 유사한 행위가 된다. 그러나 이러한 행위에 대하여 절도죄의 규정을 적용하여 6년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금형에 처한다면 이는 유추해석이 되어 금지된다. 왜냐하면 절도죄의 객체는 타인의 ‘재물’인데 CD에 들어 있는 설계도면은 비록 금전적 가치는 높으나 이를 재물이라고 해석하면 유추해석이 되어 금지되기 때문이다.

5) 제1조(범죄의 성립과 처벌)

① 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.

## 2)보안처분과 소급효

- 판례는 보안처분은 형벌이 아니므로 소급효금지의 원칙이 적용되지 않는다고 한다.
- 그러나 통설은 보안처분 역시 형벌 못지않은 자유제한을 포함하므로 소급효금지의 원칙이 적용되어야 한다고 한다.

## 3)형사소송법과 소급효 금지의 원칙

- 통설과 판례는 소급효금지의 원칙은 범죄의 성립과 처벌에 관한 실체법인 형법에 관해서만 적용되고 절차법인 형사소송법에 관해서는 적용되지 않는다고 한다.
- 따라서 친고죄를 비친고죄로 개정한다거나 공소시효기간을 연장하는 신법이 제정하여 이를 소급하여 적용하는 것은 허용된다.

## 4)판례의 변경과 소급효금지

- 행위 당시의 판례에 의하면 처벌받지 않던 행위가 처벌하는 것으로 판례가 변경된 경우 소급효금지의 원칙에 반하는가가 문제된다.
- 이에 대하여 판례는 “판례의 변경은 법률조항 그 자체를 변경한 것이라 볼 수 없으므로 헌법상 평등의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 반한다고 할 수는 없다”고 한다. 즉 판례의 변경은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다고 판시하고 있다.

## 4.명확성의 원칙

### (1)의의

- 명확성의 원칙이란 “범죄의 성립과 형벌은 가능한 그 내용이 명확하게 규정되어야 한다”는 원칙을 말한다.
- 무엇이 금지되어 있고 허용되어 있는지를 알 수 없고, 범죄에 따른 형벌을 어느 정도 받을 것인지가 불분명하다면 예측가능성과 법적안정성을 해하게 된다. 죄형법정주의의 파생원칙으로서 명확성의 원칙이 요구되는 것은 이런 이유에서이다.
- 이외에도 법관의 자의적인 법해석에 따른 국민의 기본권 침해의 가능성을 예방하고, 금지규범을 명확하게 알게 함으로써 범죄의 일반예방의 효과를 꾀할 수 있다.

### (2)구성요건의 명확성

어떤 행위가 범죄를 구성하는가를 일반인이라면 누구나 알 수 있도록 규정하여야 한다. 따라서 구성요건상의 용어는 구체적이고 확정적인 용어를 사용하여야 하며, 전문용어보다는 일상용어, 규범적 용어보다는 사실적 용어를 사용하는 것이 바람직하다.

#### [ 명확성의 요건에 반한다고 판시한 판례 ]

- 전기통신사업법 제53조의 불온통신의 개념을 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해 하는’이라고 표현하는 경우(헌재 2002.6.27, 99헌마480).
- 외국환 관리규정 소정의 ‘도박 기타 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위’라고 구성요건을 표현하는 경우(대

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.

판 1998.6.18, 97도2231).

- 미성년자보호법 제2조의2 제1호상의 '잔인성을 조장할 우려', '범죄의 충동을 일으킬 수 있게'라는 개념 및 구 아동복지법 제18조 제11호 상의 '아동의 덕성을 심히 해할 우려'라는 개념은 명확성의 원칙에 반한다(헌재 2002.2.28, 99헌가8).

#### [ 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 판시한 판례 ]

- 음란의 개념에 관하여 일반인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것이라고 표현하는 경우(대판 1995.6.16, 94도2413).
- 청소년보호법 제26조의2 소정의 "청소년에 대하여 이성 혼숙을 하게 하는 등 풍기를 문란하는 영업행위를 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 행위"의 개념(대판 2003.12.26, 2003도5980).
- 석유사업법 제33조 제3호, 제26조의 '석유화학제품', '유사석유제품'이라는 개념(헌2001.12.20. 2001 헌가6).
- 군형법 제92조 중 "계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다"라는 규정의 '기타 추행'의 개념(헌재 2002.6.27, 2001 헌바70).

### (3)형벌의 명확성

#### 1)의의

- 구성요건이 명확하더라도 범죄에 따른 형벌의 정도 역시 명확하여야 한다. 예를 들어 "타인의 재물을 절취한 자는 '엄벌'에 처한다"고 규정되어 있는 경우 절도죄의 구성요건은 명확하나 '엄벌'이 어느 정도의 형벌인가는 명확하지 않으므로 명확성의 원칙에 반하여 허용되지 않는다.
- 엄격한 형벌의 명확성을 요구하는 이유는 만약 형벌에 대한 명확성이 보장되지 않는다면 형벌권의 남용으로부터 국민의 기본권이 부당하게 침해되는 것을 피할 수 없기 때문이다.

#### 2)정기형과 부정기형

- 형벌의 명확성의 원칙을 관철한다 하더라도 개개의 범죄에 대하여 일률적이고 고정적인 형벌을 규정할 수는 없다. 따라서 일정한 경우 법관의 양심에 따라 법률의 해석을 허용하여 형벌을 규정할 수도 있다. 형벌에는 정기형과 부정기형이 있다.
- **정기형**이란 '징역1년' 또는 '금고3년'처럼 형기가 확정적으로 정하여져 있는 형벌을 말하며 성년범에게는 정기형이 부과된다.
- **부정기형**은 다시 절대적 부정기형과 상대적 부정기형으로 나뉜다.
- 먼저 절대적 부정기형이란 형기의 장기와 단기가 전혀 예정되지 않은 형벌로서 명확성의 원칙에 반하여 허용되지 않는다.
- 그러나 상대적 부정기형은 형벌의 장기와 단기가 특정되어 있는 부정기 형으로서 주로 '단기 1년, 장기 3년'의 형태로 선고된다.
- 상대적 부정기형은 명확성의 원칙에 반하지 않으며, 소년범에는 상대적 부정기형이 선고된다.

### 5.적정성의 원칙

#### (1)의의

- 현대적 의미의 죄형법정주의는 법을 해석하는 법관만을 구속하는 것이 아니라 법을 제정하는 입법자도 구속될 것을 요구한다.
- 그리하여 범죄와 형벌이 비록 법률로 명확하게 규정되어 있다 하더라도 그 내용이 처벌의 필요성이 있어야 하며 범죄와 형벌은 균형성이 있어야 비로소 죄형법정주의에 부합하게 된

다.

- 다시 말하면 “입법자라 하더라도 함부로 범죄를 규정할 수 없고 범죄로 규정할 필요가 있는 행위만을 범죄로 규정하여야 하며, 형벌 역시 범죄에 상응하는 내용으로 규정되어야 한다”는 것이 적정성의 원칙이다.

## (2)적정성

- 적정성이란 일정한 행위를 범죄로 규정할 경우 합리적인 근거가 있어야 하는 것을 말한다. 이를 실질적 의미의 죄형법정주의 또는 현대적 의미의 죄형법정주의의 원칙이라고도 한다.
- 그러므로 일정한 행위를 형법이 아닌 다른 규범으로 해결하는 것이 가능함에도 불구하고 형법으로 이를 해결하는 것은 적정성의 원칙 내지 필요성의 원칙에 반한다.
- 따라서 형법이 윤리적인 영역에는 개입하여서는 안된다(형법의 탈윤리화 내지 탈도덕화). 혼인방자간음죄나 간통죄를 비범죄화 하자는 논의는 이들 구성요건이 적정성의 요건을 갖추지 못하였기 때문이다.
- 한편 어떤 행위를 범죄로 규정하는 것이 적정성의 요건을 갖추기만 어떠한 형벌을 과하여도 타당하다는 것은 아니다. 형벌은 범죄자가 범죄로 인하여 사회에 끼친 해악에 비례하여야 한다. 이를 형벌규정의 적정성(균형성)이라 한다.<sup>6)</sup>

## 제4장 형법의 적용범위

### I.시간적 적용범위

#### 제1조(범죄의 성립과 처벌)

- ① 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.
- 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.행위시법주의(원칙)<sup>7)</sup>

- 범죄를 행할 당시의 법규(구법)와 그 범죄에 대한 재판을 할 당시의 법규(신법)가 법률의 변경에 의하여 서로 다를 경우 어느 법규를 적용할 것인가의 문제가 된다.
- 우리 형법은 제1조 제1항에서 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다”고 하여 행위시법주의를 원칙으로 하고 있다. 다시 말하면 행위 당시에는 범죄가 되지 않았으나 이

6) 형법 제93조의 여적죄에 대한 절대적 사형규정이나 형법 제268조의 업무상과실치사상죄의 법정형을 치사죄의 법정형과 동일하게 한 것, 형법 제301조(강간등상해·치상), 제324조의3(인질상해·치상), 제337조(강도상해·치상)에서 과실범과 고의범의 법정형이 동일한 것, 구 특정범죄가중처벌등에관한법률 제3조, 제4조, 제5조에서 이징규모 이상의 재산범죄, 재산해외도피죄, 뇌물죄 등에도 사형을 과할 수 있도록 했던 것 등은 과잉 형벌로써 적정성의 원칙에 반한다.

7) 소급효금지의 원칙이라고도 한다.

후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄가 된다 하더라도 이를 소급하여 적용하지 않는다.

- 그런데 통설과 판례에 의할 경우 행위시란 ‘범죄행위종료시’를 의미한다. 따라서 범죄행위가 계속되고 있는 중에 법률의 변경이 있는 경우에는 변경된 법, 즉 신법을 적용하여야 한다.

- 한편 다수설과 판례는 행위당시의 판례에 의하면 처벌대상이 되지 않았으나 판례의 변경에 의하여 처벌하는 것은 행위시법주의에 반하지 않는다고 한다.<sup>8)</sup>

#### [ 판례 ]

형을 종전보다 가볍게 형벌법규를 개정하면서 그 부칙으로 개정된 법의 시행 전의 범죄에 대하여 종전의 형벌법규를 적용하도록 규정하여 헌법상 형벌불소급의 원칙이나 신법우선주의에 반한다고 할 수 없다(대판 1999.7.9, 99도 1695).

## 2. 재판시법주의(예외)

- 행위시법주의에 의하여 신법의 소급효가 부정되는 이유는 행위 당시에는 처벌받지 않던 행위가 소급입법에 의하여 처벌을 받게 된다면 예기치 않는 처벌을 받게 되고 그 결과 법적 안정성과 인권침해의 위험이 발생할 우려가 있기 때문이다.
- 그러나 신법이 구법보다 행위자에게 유리한 경우에는 예외적으로 신법의 소급효를 인정한다. 다시 말하면 신법에 의할 경우 범죄를 구성하지 않거나 구법보다 신법의 형이 가벼울 경우에는 신법에 의한다(제1조 2항).
- 그리고 재판 확정 후 법률의 변경(신법)에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 않는 경우에는 신법을 소급 적용하여 형의 집행을 면제한다(제1조3항).<sup>9)</sup>
- 왜냐하면 이 경우에는 신법을 소급적용하여도 법적안정성이나 인권침해의 여지가 없기 때문이다.

#### [ 판례 ]

- 신·구 형법을 비교함에 있어서 형을 가중·감경하는 때에는 형을 가중 또는 감경한 후 비교하여야 한다(대판 1961.12.28, 4293형상664).
- 검사가 재판시법인 신법의 적용을 구하였다 하더라도 그 범행에 대한 형의 경중의 차이가 없으면 피고인의 방어권 행사에 실질적으로 불이익을 초래할 우려도 없어 공소장변경절차를 거치지 않고도 행위시법인 구법을 적용할 수 있다(대판 2002.4.12, 2000도3350).
- 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실하는 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소된 피고 사건은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로 결국 이 부분 공소 사실은 무죄라 할 것이다(대판 1999.12.24, 99도3003).

## 3. 한시법

### (1)의의

한시법이란 유효기간이 명시되어 있는 법규를 말한다(협의의 한시법). 그러나 판례는 유효기간이 명시된 법규 뿐만 아니라 유효기간이 명시되어 있지 않더라도 법령의 내용이나 목

8) 대판 1999.7.15, 95도2870 전원합의체 판결.

9) 예를 들어 간통행위를 할 당시에는 간통죄가 존재하고 있어서 징역 1년의 확정 판결을 받았으나 이후 법률의 변경(신법)에 의하여 간통죄가 폐지되었다면 징역 1년의 형 집행은 면제된다.

적이 일시적 특수사정에 대처하기 위한 임시법도 한시법으로 본다(광의의 한시법).

## (2)추급효의 인정여부

### 1)문제점

행위 당시에는 한시법이 유효하였으나 재판 당시에는 한시법의 유효기간이 경과하여 효력이 상실된 경우 과거의 한시법을 현재의 재판 규범으로 적용할 수 있는가가 문제된다. 이것이 한시법의 추급효의 문제이다.

### 2)명문의 규정이 있는 경우

한시법의 추급효를 인정하는 명문의 규정이 있는 경우에는 당연히 추급효를 인정한다.

### 3)명문의 규정이 없는 경우

그러나 우리 형법에는 한시법의 추급효에 관하여 명문 규정이 없으므로 추급효 인정여부에 관한 견해가 대립한다.

▪ **추급효인정설**은 비록 한시법이 효력을 다하여 폐지되었다 할지라도 한시법의 유효기간 중에 행하여졌던 범죄에 대해서는 한시법을 추급하여 적용되어야 한다고 한다. 그 논거는 i) 금지법규가 있음에도 불구하고 그것을 위반한 사람에게는 비난가능성이 있으므로 처벌해야 하고, ii)추급효를 인정하지 않는다면 유효기간이 가까워질수록 한시법의 위반자가 급증할 우려가 있고, iii)추급효를 인정하지 않는다면 입법자가 한시법의 효력기간을 필요이상으로 길게 잡을 우려가 있으며, iv)형법 제1조2항은 제1항에 대한 예외일 뿐 한시법의 추급효를 부인하는 근거가 아니라는 점을 든다.

▪ **추급효부정설**은 다음을 이유로 한시법의 추급효를 부정한다. i)제1조2항은 법률의 변경에 의하여 범죄를 구성하지 않는 경우에는 신법에 의하여 벌하지 않는다고 규정하고 있으므로 한시법이 폐지된 지금의 법(신법)에 의하면 처벌규정이 없어 벌할 수 없고, ii)한시법이 폐지되어 범죄를 구성하지 않음에서 과거의 한시법을 추급 적용하여 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반한다는 것을 한시법의 추급효 부인의 근거로 들고 있다.

▪ **동기설**(판례)은 한시법이 폐지된 동기를 살펴 법률 이념의 변경에 의하여 폐지된 경우에는 추급효를 부인하고, 그 법률 변경이 단순한 사실관계의 변화에 의한 경우에는 추급효를 인정해야 한다고 한다.

#### [ 추급효를 인정한 판례 ]

- 계엄령의 해제는 사태의 호전에 따른 조치이고 계엄령이 부당하다는 반성적 고려에서 나온 조치는 아니므로 위 반행위의 가벌성이 소멸된다고 할 수 없다(대판 1985.5.28, 81도1045).
- 도로운송차량법 시행규칙의 개정으로 자동차점검정비기간을 길게 연장한 경우(대판 1980.7.22, 79도2953).
- 도로교통법상 지정차로제의 폐지의 경우(대판 1999.11.12, 99도3567).
- 식품위생법 제30조의 규정에 의하여 단란주점의 영업시간을 제한하고 있던 보건복지부 고시의 유효기간이 만료되어 그 영업시간의 제한이 해제된 경우(대판 2000.6.9, 2000도764).

#### [ 추급효를 부인한 판례 ]

- 검사를 받지 아니한 개고기를 판매 목적으로 진열하였으나 그 후 축산물가공처리법의 개정으로 개고기가 동 법규대상에서 제외된 경우(대판 1979.2.27, 78도1690).
- 구청소년보호법 제2조 제5호의 개정으로 청소년의 숙박업소출입허용행위가 처벌대상에서 제외된 경우(대판 2000.12.8, 2000도2626).
- 건축법시행령의 개정으로 소규모 종교집회장에 대하여 용도변경의 허가를 받지 않아도 되는 것으로 변경된 경우(대판 1992.11.27, 92도2106).
- 재산명시절차에서 정당한 사유없이 명시기일에 출석하지 아니한 자에 대하여 형벌 대신 감치에 처하도록 법령이

개정된 경우(대판 2002.9.24, 2002도4300).

### (3)백지형법

[사례]

일본과 중국이 전쟁을 하고 있어 대통령이 중립명령(보충규범)을 하였음에도 불구하고 기계가공공장을 운영하는 A는 전차의 중요한 부품이 되는 물건을 중국에 판매하여 중립명령을 위반하였다. 이후 전쟁이 종료하여 중립명령의 효력이 사라진 후 A를 중립명령위반죄로 처벌하려고 하자 A는 법률의 폐지에 의하여 자신의 행위가 범죄를 구성하지 아니하므로 처벌받는 것은 부당하다고 주장한다. A의 주장은 타당한가?

- 백지형법이란 형벌의 전제가 되는 구성요건의 전부 또는 일부의 규정을 다른 법률이나 명령 또는 고시 등으로 보충해야 할 공백을 가진 형벌법규를 말한다. 중립명령위반죄<sup>10)</sup>가 대표적인 백지형법이다.
- 문제는 백지형법의 보충규범이 변경된 경우에도 이를 법률의 변경으로 보아 형법 제1조2항과 3항을 적용할 수 있는가에 대해서 견해가 대립한다.
- 소극설은 보충규범의 변경은 법률의 변경에 해당하지 않으므로 제1조2항과 3항을 적용할 수 없고 따라서 보충규범의 개폐에 의하여 형이 폐지되거나 가볍게 된 경우에도 행위시법을 적용하여야 한다고 한다.
- 적극설은 보충규범의 변경 역시 법률의 변경으로 보아 보충규범의 변경에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 그 형이 감경된 경우에는 별하지 않거나 신법에 의하여 형을 감경하여야 한다고 주장한다.
- 절충설은 보충규범의 개폐가 구성요건 자체를 정하는 법규의 개폐에 해당하는 경우에는 법률의 변경으로 보아 형법 제2조 내지 3조가 적용되고 단순한 구성요건의 사실면에 있어서 법규의 변경에 해당하는 것이라면 행위시법을 적용해야 한다고 한다.

## II.형법의 장소적 적용범위

제2조 (국내법) 본법은 대한민국영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다.

### 1.속지주의원칙

#### (1)의의

대한민국의 영역 내에서 발생한 모든 형사사건에 관하여 범죄자의 국적 여하를 불문하고 대한민국의 형법이 적용된다. 이를 속지주의원칙이라 한다.

#### (2)대한민국의 영역

대한민국의 영역이라 함은 한반도와 그 부속도서로 한다. 따라서 북한도 한반도에 속하므로 대한민국의 영역이 되고, 이론적으로 북한에서 발생한 범죄사실에 대해서도 대한민국의 형법이 적용된다.

---

10) 제112조(중립명령위반)

외국간의 교전에 있어서 중립에 관한 명령에 위반한 자는 3년 이하의 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

### (3)속지주의의 예외

- 외국의 대사관이나 영사관 및 문화원과 같은 장소에서 발생한 범죄에 대해서는 속지주의의 원칙이 적용되지 않고 해당 국가의 형법이 적용된다. 아울러 외국국적의 항공기나 선박 및 외교관의 차량 내에서 발생한 범죄 역시 속지주의가 적용되지 않아 대한민국의 형법이 적용되지 않는다.
- 외국의 원수 그 가족 및 내국인이 아닌 종자(從者), 신임된 외국 대사, 공사, 수행원, 그 가족 및 내국인이 아닌 종자에 대해서는 우리형법이 적용되지 아니한다. 외국 영사의 직무상의 행위에 대해서는 대한민국의 형법이 적용되지 않는다.
- 특수한 예로 승인받고 주둔하는 외국군인 및 군속에 대해서는 협정에 의하여 대한민국의 형법의 적용이 배제될 수 있다.

## 2.속인주의 가미

제3조 (내국인의 국외범) 본법은 대한민국영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.

### (1)원칙

속인주의란 범죄지 여하를 불문하고 범죄를 범한 사람의 국적이 대한민국이라면 대한민국의 형법을 적용하는 것을 말한다.

### (2)예외

#### 1)대통령

대통령은 내란이나 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상 소추를 받지 않는다(헌법 제84조).

#### 2)국회의원

국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 밖에서 책임을 지지 않는다(헌법 제45조).

## 4.기국주의

대한민국의 형법은 자국 영역 외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기 내에서 죄를 범한 외국인에게도 적용된다(제4조). 이를 기국주의라 한다.

## 5.보호주의

제5조 (외국인의 국외범) 본법은 대한민국영역 외에서 다음에 기재한 죄를 범한 외국인에게 적용한다.

1. 내란의 죄
2. 외환의 죄
3. 국기에 관한 죄
4. 통화에 관한 죄
5. 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄
6. 문서에 관한 죄 중 제225조 내지 제230조
7. 인장에 관한 죄 중 제238조



제6조 (대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범) 본법은 대한민국영역 외에서 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 전조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다. 단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.

- 보호주의란 외국인이 외국에서 범한 범죄라 할지라도 대한민국이나 대한민국 국민에 대한 범죄이면 대한민국의 형법을 적용한다는 것을 말한다.
- 보호주의는 속지주의의 흠결을 보충하는 기능을 한다.
- 제5조는 국가보호주의를 채택한 것이며, 제6조는 국가보호주의 및 상호주의를 채택한 것이다.

## 6.세계주의

- 세계주의란 당해 범죄가 테러나 인신매매 및 인종청소와 같은 인류가 보편적으로 보호하려는 공통된 법익에 해당하는 범죄이면 범죄자의 국적이나 범죄지를 묻지 않고 대한민국의 형법을 적용하는 것을 말한다.
- 세계주의는 범죄에 대한 사회방위의 국제적 연대성이라는 차원에서 주장되고 있으나 현행 형법에서 세계주의를 적용하는 근거 규정은 없으며 현실적으로 적용되는 일은 극히 드물다.

## 7.외국에서 받은 형 집행의 효력

제7조 (외국에서 받은 형의 집행) 범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

- 외국에서 범한 범죄에 대하여 해당국가에서 형 집행을 받은 자에 대해서는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
- 그러나 다시 대한민국의 형법을 적용하여 형을 집행한다고 하여 일사부재리의 원칙에 반하는 것은 아니다(대판 1988.1.19, 87도2287).

## 제2편 범죄론

### 제1장 범죄의 개념

#### 제1절 범죄의 일반적 개념

##### I. 형식적 범죄개념

(p.2 참고)

##### II. 실질적 범죄개념

(p.3 참고)

#### 제2절 범죄의 종류

##### I. 침해범과 위험범

###### 1. 침해범

범죄의 구성요건요소를 충족하기 위하여 일정한 법익의 침해가 있어야 하는 범죄를 침해범이라 한다. 살인죄, 상해죄, 사기죄, 절도죄 등이 침해범이다.

###### 2. 위험범

침해범과는 달리 법익침해의 가능성만 존재하면 구성요건요소를 충족하는 범죄를 위험범이라 한다. 위험범은 다시 법익침해의 구체적·현실적 위험발생을 요구하느냐에 따라 구체적 위험범과 추상적 위험범으로 구분된다.

###### (1) 추상적 위험범

- 추상적 위험범은 법익침해에 대한 구성요건적 행위만 있으면 성립하는 범죄로서, 구체적이고 현실적인 법익침해의 발생을 요하지 않는다.
- 추상적 위험범에서는 법익침해결과의 발생위험에 대한 인식이나 인용은 범죄의 고의를 평가함에 있어서 고려되지 않는다.<sup>11)</sup>
- 현주건조물방화죄(제164조), 공용건조물방화죄(제165조), 타인소유건조물방화죄) 등이 추상적 위험범이다.

###### (2) 구체적 위험범

---

11) 그러므로 현주건조물에 불을 놓아 ‘소훼’ 시키기만 하면 자신의 행위로 사람의 생명이나 신체를 해 할 수 있다는 사실을 인식하지 못하였다 하더라도 현주건조물방화죄가 성립한다.

- 구체적 위험범은 법익침해의 위험이 구체적이고 현실적으로 발생하여야 하는 범죄를 말한다.
- 구체적 위험범에 있어서 위험의 발생은 구성요건요소이므로 위험발생에 대한 인식 및 인 용은 고의의 요소가 된다.<sup>12)</sup>
- 중상해죄(제258조), 자기소유건조물등방화죄(제166조 제2항), 일반건조물방화죄(제167조) 등이 구체적 위험범이다.

## II. 결과범과 거동범

### 1. 결과범

- 범죄가 성립하기 위하여 일정한 결과의 발생을 요하는 것을 결과범이라 한다.
- 결과범은 행위와 결과사이에 인과관계와 객관적 귀속을 요한다.<sup>13)</sup>
- 살인죄(제250조), 상해죄(제257조), 강도죄(제333조), 손괴죄 등 대부분의 범죄가 결과범에 속한다.

### 2. 거동범

- 거동범은 일정한 행위(거동)만으로 범죄가 성립하며 법익침해의 구체적 결과발생을 요하지 않는 것을 말한다.<sup>14)</sup> 형식범이라고도 한다.
- 폭행죄(제260조), 상해죄(제257조), 위증죄(제152조 제1항조), 무고죄(제156조), 공연음란죄(제245조), 명예훼손죄(제307조 제1항), 모욕죄(제311조) 등이 거동범이다.

## III. 단일범과 결합범

### 1. 단일범

- 단일범이란 하나의 행위만으로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 말한다.
- 살인죄(제250조), 상해죄(제257조), 폭행죄(제260조) 등 대부분의 범죄들이 단일범에 속한다.

### 2. 결합범

- 두 개 이상의 행위가 결합하여 하나의 구성요건을 충족하는 것을 결합범이라 한다.
- 강도죄(제333조), 강간죄(제297조) 등이 결합범에 해당한다.<sup>15)</sup>

12) 따라서 자기 집에 방화하였으나 이로 인하여 사람이 다치거나 사망할 것을 인식 또는 인용하지 않았다면 고의는 성립하지 않고 과실만이 될 뿐이다.

13) 사람을 칼로 찔렀으나 입원한 병원에 불이 나서 사망하였다면 칼로 찌른 행위와 사망이라는 결과 사이에 인과관계가 인정될 수 없으며, 물에 빠진 사람을 구조하여 심폐소생술을 실시하다가 갈비뼈를 부러뜨렸다면 인과관계는 인정되나 객관적 귀속을 인정할 수는 없다.

14) 거동범인 폭행죄는 사람의 신체를 향한 일정한 유형력의 행사만 있으며 성립하는 거동범이지만, 상해죄는 상해라는 결과가 발생하여야 성립하는 결과범이다.

#### IV.즉시범·상태범·계속범

##### 1.즉시범

- 일정한 법익의 침해 또는 법익침해의 위험이 발생하며 바로 범죄가 완성되고 동시에 종료되는 것을 즉시범이란 한다.
- 살인죄(제250조), 절도죄(제329조), 강도죄(제333조) 등 대부분의 범죄가 즉시범에 해당한다.

##### 2.계속범

- 계속범은 법익침해의 사실이 있다하여 바로 범죄가 성립하는 것이 아니라 일정한 법익침해의 상태가 계속될 것을 요하는 범죄를 말한다.
- 그리고 이러한 법익침해의 상태가 계속되는 동안은 범죄가 종료하지 않고 계속되는 것으로 본다.
- 계속범은 기수시기와 범죄종료시가 일치하지 않는다.<sup>16)</sup> 그러므로 공소시효의 진행도 범행 종료시부터 기산되며 기수 이후에도 공동정범, 교사범, 방조범 등 공범이 성립한다.
- 주거침입죄, 체포·감금죄가 대표적인 계속범이다.

##### 3.상태범

- 상태범은 원칙적으로 즉시범이지만, 범행완료 후에도 범죄로 인한 위법상태는 계속되는 범죄를 말한다.
- 그리고 위법상태가 계속되는 상태에서 행한 행위에 대해서는 별도로 독립한 범죄가 성립하지 않는다.<sup>17)</sup>
- 상태범은 기수시기와 범행완료시기가 일치하며, 기수 이후에는 공범이 성립하지 않는다.

#### V.작위범과 부작위범

##### 1.작위범

작위범은 구성요건을 충족하기 위하여 일정한 신체의 거동을 요건으로 하는 범죄를 말한다.

- 
- 15) 강도죄는 폭행·협박과 재물(또는 재산상의 이익)의 강취, 강간죄는 폭행·협박과 간음이라는 두 개의 행위에 의하여 각각 강도죄와 강간죄라는 하나의 구성요건을 완성한다.
- 16) 예를 들어 체포·감금죄는 계속범이므로 사람을 체포·감금하였다 하여 바로 본죄의 기수가 되는 것이 아니라 일정한 시간이 경과하여야 한다. 따라서 체포·감금된 상태로 일정한 시간이 경과하여야 비로소 기수가 된다. 그러나 기수가 되었다 하여 범죄가 종료하는 것이 아니라 체포·감금이라는 법익침해 상태가 종료하여야 범죄도 종료한 것이 된다. 그러므로 계속범은 범죄의 기수시기와 범죄의 종료시기가 일치하지 않는다.
- 17) 절도범이 재물을 절취하면 그 즉시 절도죄는 기수가 된다. 이 경우 절도가 재물을 처분하였다면 타인의 재물 절취라는 위법상태가 계속되는 중에 한 행위이므로 독립한 별도의 장물죄가 성립하지 않는다.

## 2.부작위범

일정한 작위의무가 있는 자(보증인적 지위에 있는 자)가 작위의무를 다하지 않음으로써 성립시키는 범죄를 부작위범이라 한다.<sup>18)</sup>

## VI.일반범과 신분범

### 1.일반범

일반범이란 누구나 범죄의 주체가 될 수 있는 범죄를 말한다.

### 2.신분범

신분범이란 일정한 신분이 있어야 특정한 범죄의 주체가 될 수 있는 범죄를 말하며, 다시 진정신분범과 부진정신분범으로 나뉜다.

#### (1)진정신분범

- 진정신분범이란 일정한 신분에 있는 자만이 범죄의 주체가 될 수 있고 이러한 신분이 없는 자는 범죄의 주체가 될 수 없는 범죄를 말한다.
- 뇌물죄(제129조), 위증죄(제152조 제1항), 횡령죄 및 배임죄(제355조)가 진정신분범이다.<sup>19)</sup>

#### (2)부진정신분범

- 부진정신분범은 원칙적으로 비신분자도 주체가 될 수 있지만 특정한 신분을 가진 자의 범죄 행위는 그 신분으로 인하여 형이 가중되거나 감경되는 범죄를 말한다.
- 존속살해죄와 영아살해죄 및 촉탁·승낙살인죄는 대표적인 부진정신분범이다.<sup>20)</sup>

## VII.목적범과 경향범

### 1.목적범

목적범이란 범죄의 고의 이외에 일정한 목적이 있어야 구성요건을 충족하는 범죄의 유형을 말한다. 이것은 다시 진정목적범과 부진정목적범으로 구분된다.

#### (1)진정목적범

- 
- 18) 자신의 차량에 충돌한 피해자를 구조하여야 할 의무가 있는 자가 이를 하지 않아 피해자가 사망한 경우 부작위에 의한 살인죄가 성립한다.
- 19) 뇌물죄는 공무원 또는 중재인만이 주체가 될 수 있고 이러한 신분이 없는 자는 뇌물죄의 주체가 될 수 없는 진정신분범이다.
- 20) 살인죄는 누구나 주체가 될 수 있는 일반범이지만 아들이 아버지를 살해하면 직계비속이라는 신분으로 인하여 형이 가중된다. 이와는 달리 영아살해죄는 직계존속이라는 신분으로 인하여 형이 감경된다.

- 진정목적범이란 일정한 목적이 있어야만 범죄가 성립하고 이러한 목적이 없으면 범죄가 성립되지 않는 범죄를 말한다.
- 내란죄(제87조), 무고죄(제156조), 통화위조죄(제207조 제1, 2, 3항) 등이 진정목적범이다.

## (2)부진정목적범

- 부진정목적범이란 목적이 없어도 범죄는 성립하지만 목적으로 인하여 형이 가중되거나 감경되는 범죄를 말한다.
- 모해위증죄(제152조 제2항), 영리목적 미성년자 약취·유인죄(제288 제1항)은 목적으로 인하여 형이 가중되며, 결혼목적 약취·유인죄(제291조)는 형이 감경되는 부진정목적범이다.

## 2.경향범

경향범이란 고의 이외에 행위자에게 초과 주관적 구성요소<sup>21)</sup>로서 일정한 경향이 있어야 성립하는 범죄를 말한다. 공연음란죄가 경향범에 해당한다(제245조).<sup>22)</sup>

## 제3절 범죄의 처벌조건

### I.범죄의 성립요건

범죄가 성립하기 위해서는 구성요건에 해당하고 그 행위가 위법하여야 하며 마지막으로 행위자가 책임을 질 수 있어야 한다.

#### 1.구성요건과 구성요건해당

##### (1)구성요건

- 구성요건이란 형법에 규정된 범죄의 유형을 말한다. 예를 들어 살인죄의 구성요건은 “사람은 살해한 자는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다”는 형식으로 규정되어 있다.
- 구성요건은 다시 객관적 구성요건과 주관적 구성요건으로 구별된다. 객관적 구성요건은 범죄의 주체·객체·행위를 말하며, 주관적 구성요건으로는 고의와 과실이 있다.<sup>23)</sup>

##### (2)구성요건해당

구성요건과 구성요건해당은 구별되어야 하는데 구성요건에 해당한다 함은 현실적으로 모든 구성요건을 충족하는 것을 말한다. 예를 들어 살인죄에 있어서 각각 사람·타인·살해 및 고의는 구성요건이지만 사람이 타인을 고의를 가지고 살해하면 살인죄의 구성요건에 해당한

21) 주관적 구성요소란 고의나 과실을 말한다.

22) 불이 나서 미처 옷을 입지 못하여 알몸으로 거리에 나온 경우와 행인들을 희롱하여 ‘성적인 만족을 얻기 위하여’ 알몸으로 나온 경우에 있어서 전자는 초과주관적인 구성요건요소(성적인 만족을 얻기 위한 목적)가 없으므로 공연음란죄가 성립하지 않는다.

23) 살인죄의 객관적 구성요건으로서 주체는 사람이며 객체는 타인이 되고 행위로는 살해하는 것이 된다. 그리고 주관적 구성요건으로서 고의는 살해의 고의 또는 과실을 말한다.

다고 한다.

## 2. 위법성

- 위법성이란 구성요건에 해당하는 행위가 법률에 의하여 허용되지 않는 것을 말한다.
- 구성요건에 해당하는 모든 행위가 위법하다고 할 수는 없다. 예를 들어 군인이 교전 중 적군을 사살한 경우에는 살인죄의 구성요건에는 해당하지만 정당행위로써 ‘위법성이 조각’되어 위법하지 않기 때문이다. 따라서 위법하다는 것은 ‘위법성조각사유의 부존재’를 의미한다.

## 3.책임

- 책임이란 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 자에 대한 비난가능성을 말한다.
- 객관적으로 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 자라 할지라도 행위자에게 책임이 인정되지 않으면 범죄가 성립되지 않는다.<sup>24)</sup>

# II.범죄의 처벌조건

## 1.개념

어떤 행위가 구성요건에 해당하고 위법하며 행위자가 책임능력이 있다 할지라도 처벌을 하기 위한 일정한 조건이 필요한데 이를 처벌조건이라 한다.

## 2.종류

### (1)객관적 처벌조건

성립한 범죄에 대하여 형벌권의 발생을 좌우할 외부적·객관적 사유를 객관적 처벌조건이라 한다. 예를 들어 공무원이나 중재인이 아닌 자가 수뢰를 한 경우 공무원이나 중재인이라는 객관적 처벌조건을 갖추지 못하였으므로 벌할 수 없다. 따라서 공무원 또는 중재인은 수뢰죄의 객관적 처벌조건이 된다.

### (2)주관적 처벌조건(인적 처벌조각사유)

비록 범죄가 완전하게 성립하였다 하더라도 일정한 신분에 있는 자는 벌할 수 없는 경우가 있는데 이를 인적 처벌조각사유라 한다. 예를 들어 친족상도례에 있어서 ‘친족’이라는 신분, 국회의원의 면책특권에 의하여 책임을 지지 않는 경우 ‘국회의원’이라는 신분이 인적 처벌조각사유가 된다.

## 3.효과

---

24) 예를 들어 강도가 총으로 사람을 살해하였다면 불법한 의사결정에서 비롯된 사람의 살해라는 법익침해의 결과가 발생하였으므로 범죄가 성립한다. 그러나 7살 짜리 아이가 총으로 사람을 살해하였다면 비록 법익침해의 결과는 발생하였으나 범죄의 의사 및 사물변별능력을 인정할 수 없으므로 책임이 없다. 따라서 범죄가 성립하지 않고 처벌할 수 없다.

- 인적처벌조각사유에 의하여 벌하지 않는 행위라 할지라도 범죄는 성립하였으므로 이에 대한 정당방위는 가능하다.
- 인적 처벌조각사유를 갖추어 벌하지 않는 경우에도 범죄의 성립은 인정되므로 유죄의 판결을 하여야 하고 다만 그 형의 집행만을 면할 뿐이다.
- 그리고 공범의 경우에는 인적처벌조각사유가 적용되지 않으므로 공범은 벌한다.
- 처벌조건에 대한 인식은 고의의 내용이 되지 아니하므로 이에 대한 착오는 범죄의 성립에 영향을 미치지 않는다.<sup>25)</sup>

### Ⅲ. 범죄의 소추조건

#### 1. 개념

소추조건이란 형사소송을 개시하거나 계속하기 위한 조건을 말한다. 형사사건의 유무죄를 밝히기 위해서는 공판이 개시되어야 하는데 보통의 경우 검사의 독자적인 판단에 의하여 공소를 제기함으로써 공판이 개시된다. 그러나 일정한 경우 고소권자의 ‘고소’가 있거나 ‘명시한 의사’에 반하여 공소를 계속할 수 없는 경우가 있는데 ‘고소’나 ‘명시한 의사’가 소추조건이 된다.

#### 2. 친고죄

- 친고죄란 고소권자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 범죄를 말한다.
- 보통 범죄인의 처벌보다는 공판 계속 중에 발생할지 모르는 피해자의 이차적인 명예를 보호하기 위하여 친고죄로 규정하는 경우가 많다.
- 친고죄는 고소가 없으면 공소제기가 처음부터 불가능하므로 ‘정지조건부범죄’라고도 한다.
- 친고죄로는 강간죄, 강제추행죄, 간통죄 등이 있다.

#### 3. 반의사불벌죄

- 반의사불벌죄는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있으나 피해자가 처벌을 희망하지 않는다는 의사를 명시하면 소송을 제기할 수 없는 범죄를 말한다.
- 피해자가 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시를 하면 법원은 소추조건이 결여된 것을 이유로 공소기각판결을 하여야 한다.
- 반의사불벌죄는 일단 발생한 공소제기의 효력을 처벌을 희망하지 않는다는 의사에 의하여 해제시키므로 ‘해제조건부범죄’라고도 한다.

25) 친족상도례가 적용되기 위해서는 ‘동거친족’이어야 하는데 동거하지 않는 친족이 자신도 친족상도례가 적용되는 신분이라고 착오한 경우 처벌조건의 인식은 고의의 내용이 되지 않으므로 과실이 아니라 고의기수가 된다.



## 제5절 행위론

### I. 서설

#### 1. 의의

범죄란 구성요건에 해당하고 위법하며 책임질 수 있는 유책한 ‘행위’라고 한다. 그러나 이러한 범죄의 성립요건을 모두 갖추었다 하여 언제나 형벌을 과할 수 있는 것은 아니다. 예를 들어 i) 벼락이 내리쳐 사람이 사망하였거나, ii) 멧돼지가 밭에서 일하는 농부를 들이받아 살해한 경우, iii) 뒷사람에게 떠밀려 지하철을 기다리는 앞사람을 철도로 떨어지게 하여 사망하게 한 경우 이를 범죄라고 바로 평가하는 것은 무리가 있다. 왜냐하면 이 세 가지의 경우는 모두 형법적 평가의 전제가 되는 ‘행위’라고 하기 어렵기 때문이다. 이처럼 범죄가 성립하기 위한 전제조건으로서 행위의 개념이 무엇인가에 대해서는 견해의 대립이 있다.

#### 2. 형법상의 행위

##### (1) 형법상 행위

형법상 행위로 평가받는 것으로는 고의행위, 과실행위, 작위 및 부작위가 있다. 이때 부작위는 작위와 동일한 가치가 있다고 평가될 수 있는 것이어야 한다.

##### (2) 형법상 비행위

수면 중의 행위나 절대적 폭력하의 행위 및 무의식적 행위는 유의성이 없으므로 형법상 평가의 대상이 되는 행위가 아니다.

### II. 인과적 행위론

- 인과적 행위론은 행위를 의사에 기초한 신체적 동작으로 본다. 따라서 행위는 유의성과 거동성을 그 본질로 한다.
- 그러나 의사의 내용은 묻지 않아 행위개념에서 제외한다. 그리하여 고의나 과실 같은 의사의 내용은 책임요소로 보았다.
- 인과적 행위론은 의사의 내용은 책임요소라고 한 결과 미수범을 설명할 수 없다는 결점을 가지고 있다.<sup>26)</sup>
- 나아가 거동성을 행위의 요소라고 파악함으로써 거동성이 없는 부작위범을 설명하지 못한다.

### III. 목적적 행위론

- 행위는 목적 달성을 위한 수단이라고 한다. 그러므로 행위는 목적성과 거동성으로 이루어진다.

<sup>26)</sup> 흥기를 휘둘렀으나 사람이 사망하지 않은 미수인 경우 의사의 내용(살해고의인가, 상해고의인가)을 묻지 않으므로 살인미수인지, 상해미수인지 설명하지 못한다.

- 목적적 행위론은 행위개념을 파악하기 위하여 의사의 존재 뿐만 아니라 의사의 내용까지 고려하여야 한다고 한다.
- 따라서 고의·과실은 책임요소가 아니라 **주관적 구성요건요소**라고 한다.
- 목적적 행위론은 행위를 일정한 ‘목적’‘활동’을 그 요건으로 함으로써 목적이 없는 과실범과 활동이 없는 부작위를 설명하지 못한다는 비판을 받는다.

#### IV.사회적 행위론

- 사회적 행위론자들은 행위를 사회적으로 중요한 인간의 행태로 파악한다. 그리하여 행위를 인간의 의사에 의하여 지배되거나 지배될 수 있는 사회적 의미 있는 행위라고 한다.
- 고의·과실·작위·부작위를 모두 잘 설명하는 장점을 가지고 있다.
- 그러나 사회적으로 중요한 행위가 무엇인지 분명하지 않고, 자칫 중요한 행위를 넓게 해석하게 되면 자의적 해석으로 말미암아 보장적 기능을 해칠 수 있다는 비판을 받는다.

## 제2장 구성요건해당성론

### 제1절 구성요건이론

#### I. 구성요건의 개념

##### 1. 구성요건의 의의

구성요건이란 형법에 규정된 범죄의 유형을 말한다. 다시 말하면 형법상 금지 또는 요구되는 행위가 무엇인가를 추상적·일반적으로 기술해 놓은 규범체계를 구성요건이라 한다.

##### 2. 구성요건과 구성요건해당 (p.22 참고)

##### 3. 구성요건의 기능

- 구성요건은 범죄의 유형과 형벌을 형법전에 명시하여 수범자로 하여금 금지규범과 허용규범을 알게 함으로써 법정안정성을 꾀할 수 있다.
- 나아가 자의적인 형벌권의 남용으로부터 시민의 기본권이 침해되는 것을 방지 하는 보장적 기능을 수행한다.

#### II. 구성요건이론

[사례1]

A가 B의 머리를 야구 방망이로 강타하여 큰 상처를 입혔다. A는 살인 미수인가, 상해미수인가, 아니면 폭행치상인가?

[사례2]

A는 새로 구입한 칼라프린트의 성능을 시험해 보기 위하여 오만원권 지폐를 인쇄하였다. A의 행위는 구성요건에 해당하지 않는가, 아니면 구성요건에는 해당하지만 책임이 조각되는가?

##### 1. 벨링의 이론

- 벨링은 범죄는 구성요건에 해당하고 위법하며 유책한 행위라고 하여 3단계 범죄이론의 기초를 확립하였다.
- 벨링은 구성요건을 위법성이나 책임판단에 앞서는 독립된 범죄요소로 보았다. 그리하여 구성요건은 몰가치적이고 객관적 사실에 국한되어야 한다고 하였다.
- 따라서 몰가치적이라는 점에서 객관적 가치판단인 위법성과 구별되고 객관적 사실이라는 점에서 주관적 가치판단인 책임과 구별되어야 한다고 주장하였다.

## 2. 규범적 구성요건요소의 발견

마이어는 벨링과 마찬가지로 원칙적으로 구성요건은 몰가치적이고 객관적이나 구성요건에도 예외적으로 규범적 요소<sup>27)</sup>가 존재한다는 것을 발견하였다. 예를 들어 절도죄의 구성요건은 '타인의 재물을 절취하는 것'인데 이 때 재물의 타인성이란 규범적 요소로서 구성요건에도 규범적 요소가 존재한다는 것이다.

## 3. 주관적 구성요건의 발견

- 목적론적 행위론자인 벨첸은 벨링과는 달리 구성요건요소가 오로지 객관적이고 몰가치적인 사실에 국한되는 것은 부당하다고 하였다.
- 왜냐하면 행위자의 의사를 고려하지 않고서는 행위의 의미를 파악하기 어렵기 때문이다.<sup>28)</sup> 그리하여 고의나 과실과 같은 주관적 불법요소 역시 구성요건요소라고 보았다.

## 4. 소극적 구성요건요소 이론의 등장

- 록신과 카우프만은 위법성조각사유를 소극적 구성요건요소로 파악하였다.
- 그리하여 구성요건에 해당한다는 것은 위법성을 근거 짓는 적극적 구성요건요소의 존재와 소극적 구성요건요소의 부존재를 의미한다고 하였다.
- 따라서 구성요건에 해당한다고 하는 것은 바로 불법을 의미하는 것으로서 범죄는 불법구성요건과 책임의 2단계로 구성된다고 주장하였다.

## III. 구성요건요소의 유형

### 1. 기술적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소

#### (1) 기술적 구성요건요소

- 기술적 구성요건요소란 가치판단의 개입 없이 단순한 사실의 인식만으로 확인될 수 있는 구성요건요소를 말한다.
- 예컨대 살인죄의 구성요건요소로서 '사람'은 가치판단을 하지 않고서도 누구나 알 수 있는 개념이므로 객관적 구성요건요소가 된다.

#### (2) 규범적 구성요건요소

- 규범적 구성요건요소란 객관적이고 사실적 판단에만 의존하는 것이 아니라 규범적인 가치판단을 통하여 확정되는 구성요건요소를 말한다.
- 음화반포죄의 구성요건은 '공연히 음란한 문서나 도화 물건을 반포하는 것'이다. 이 때 '공연'의 개념이나 '음란'의 개념은 규범적 가치판단을 통하여 확정될 수 있는 것이므로 규

27) 전적으로 객관적 사실에 의존하는 것이 아니라 평가의 개념이 개입된다.

28) 만약 행위자의 의도와 같은 주관적 요소를 구성요건에서 완전히 배제한다면 구성요건단계에서는 범죄자의 의도를 파악하기 어렵다. 그리고 목적범의 경우에는 이를 구성요건단계에서 평가할 수 없고 책임단계에서 평가하여 소송경제에도 부합하지 않는 면이 있다.

범적 구성요건요소가 된다.

## 2. 객관적 구성요건요소와 규범적 구성요건요소

### (1) 객관적 구성요건요소

- 객관적 구성요건요소란 행위자의 행위나 행위자의 외부적·객관적 측면이 구성요건으로 되어 있는 것을 말한다.
- 살인죄의 구성요건은 '사람이 타인을 살해하는 것'인데 이 때 행위의 주체는 사람이며 객체는 타인이고 행위는 살해하는 것이다.
- 이처럼 행위의 주체·객체·객체는 외부적이고 객관적 측면으로서 객관적 구성요건요소가 된다.

### (2) 주관적 구성요건요소

- 주관적 구성요건요소는 행위자의 내부적·심리적 사정이 구성요건의 내용으로 되어 있는 것을 말한다.
- 주로 행위자의 고의·과실 또는 목적이 주관적 구성요건요소가 된다.

## 제2절 객관적 구성요건요소

### I. 범죄의 주체

- 범죄의 주체는 사람이다. 그런데 민법의 해석상 사람에는 자연인과 법인이 있다.
- 그런데 자연인 뿐만 아니라 법인도 범죄능력을 가지는가, 만약 범죄능력을 가진다면 형벌능력 역시 가지는가가 주요 논점으로 제기된다.
- 특히 현행 행정형벌에는 법인의 종업원의 범죄행위에 대해서는 종업원 뿐만 아니라 법인에 대해서도 벌금형을 부과하는 양벌규정을 두고 있다.
- 현행법은 명시적으로 양벌규정을 두고 있는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어져 있다. 양벌규정이 없는 경우에는 법인의 범죄능력과 형벌능력 모두를 부인하는 것이 통설과 판례의 태도이다.
- 그리고 명시적으로 양벌규정이 있는 경우에도 통설과 판례는 법인의 범죄능력은 부인하며 법인의 형벌능력만을 인정하고 있다.

### 1. 법인의 범죄능력

#### (1) 범죄능력부인설

법인이 범죄의 주체가 될 수 있는가에 관하여 통설과 판례는 이를 부인한다. 법인의 범죄능력을 부인하는 논거는 다음과 같다.

- 법인은 의사와 육체를 가질 수 없으므로 범죄의 주체가 될 수 없다.
- 법인은 그 기관인 자연인을 통하여 행위를 하므로 자연인만 처벌하면 족하고 법인가치 처벌할 필요는 없다.
- 사형과 자유형은 자연인에게만 집행가능하며 법인에게는 집행하는 것이 불가능하다.

- 법인을 처벌하면 범죄와 관련 없는 사람들까지 피해를 입게 되므로 개인책임 및 자기책임의 원칙에 반한다.
- 법인의 기관인 개인을 처벌하고 다시 법인을 처벌한다면 이중처벌이 되어 부당하다.

#### [판례]

법인이 배임죄의 주체가 될 수 없고 그 법인을 대표하여 사무를 처리하는 자연인인 대표기관이 바로 타인의 사무를 처리하는 자, 즉 배임죄의 주체가 된다(1984.10.10, 82도2595).

법인은 기관인 자연인을 통하여 행위를 하는 것이기 때문에, 자연인이 법인의 기관으로서 범죄행위를 하는 경우에도 행위자인 자연인이 범죄행위에 대한 형사책임을 지는 것이고, 다만 법률이 목적을 달성하기 위하여 특별히 규정하고 있는 경우에만 행위자를 벌하는 외에 법인에 대해서도 벌금형을 과할 수 있을 뿐이다(대판 1994.2.8, 93도1483).

### (2)범죄능력인정설

법인의 범죄능력을 인정하고 있는 소수설의 논거는 다음과 같다.

- 법인도 그 기관인 자연인을 통하여 범죄행위를 할 수 있다.
- 법인은 자연인인 기관을 통하여 행위를 하므로 법인과 기관인 자연인을 하나로 해석할 수 있다. 따라서 자연인과 법인을 각각 처벌하는 것은 이중처벌이 아니며, 자기책임의 원칙에도 반하지 않는다.
- 재산형이나 자격형은 법인에게도 효과 있는 형벌이고 생명형과 자유형은 각각 법인해산이나 영업정지의 형태로 법인에게도 과할 수 있다.
- 법인의 반사회적 활동으로부터 사회를 방위하기 위해서는 법인의 범죄능력을 인정할 필요가 있다.

## 2.법인의 형벌능력

법인의 형벌능력과 관련하여 현행법은 자연인 이외에 법인을 함께 처벌하는 양벌규정을 두고 있는 경우가 있다. 오늘날 법인에 의하여 발생하는 많은 문제들을 고려해 볼 때 개인에 대한 처벌 이외에 법인에 대한 책임을 물어야 한다는 점에는 의견이 모아지고 있다. 그러나 양벌규정에 의하여 법인을 처벌하는 근거가 무엇인가에 대해서는 학설의 대립이 있다.

### (1)무과실책임설

법인의 범죄능력을 부인하는 견해에 의하면 법인이 범죄를 범할 수 없음에도 불구하고 양벌규정에 의하여 처벌 받는 것은 무과실책임이라고 한다.

#### [판례]

도로교통법 제81조의 양벌규정은 도로에서 발생하는 모든 교통상의 위해를 방지, 제거하여 교통의 안전과 원활을 도모하기 위하여 도로교통법에 위반하는 행위자 외에 그 행위자와 위 법 소정의 관계에 있는 고용자 등을 아울러 처벌하는 이른바 질서벌의 성질을 갖는 규정이므로 비록 행위자에 대한 감독책임을 다하였거나 또는 행위자의 위반사실을 몰랐다고 하더라도 이의 적용이 배제된다고 할 수 없다.

### (2)과실책임설

과실책임설에 의하면 법인이 종업원의 범죄에 대하여 책임을 지는 것은 종업원에 대한 선

임·감독상의 과실에 대한 책임을 지는 것이라고 한다.

#### [판례]

양벌규정에 의한 영업주의 처벌은 금지위반행위자인 종업원의 처벌에 종속하는 것이 아니라 독립하여 그 자신의 종업원에 대한 선임감독상의 과실로 인하여 처벌되는 것이다(대판 1987.11.10, 87도1213).

과적차량을 운행한 자나 그 운행을 지시·요구한 자를 처벌하는 것은 직접 위반행위를 한 자를 처벌하는 것이고, 행정형벌법규에서 양벌규정으로 사업주인 법인 또는 개인을 처벌하는 것은 위반행위를 한 피용자에 대한 선임 감독의 책임을 물음으로써 행정규제의 목적을 달성하려는 것이다(헌재 2000.06.01, 99헌바73).

## II. 범죄의 객체

### 1. 행위의 객체

- 행위의 객체란 범죄행위의 대상을 말하며 보통 행위의 객체라고 한다.
- 행위의 객체가 무엇인가는 각각의 구성요건에 따라 형법각론에 개별적으로 서술되어 있다. 예를 들어 살인죄의 객체는 타인이며, 절도죄의 객체는 타인소유·타인점유의 재물, 강간죄의 객체는 부녀가 된다.
- 그러나 행위의 객체는 범죄의 유형에 따라 없는 경우가 있을 수도 있는데 다중불해산죄(제116조), 도주죄(제145조 제1항), 퇴거불응죄(제319조 제2항) 등이 그것이다.

### 2. 보호의 객체

- 보호의 객체란 구성요건에 의하여 보호되는 보호법익을 말한다. 살인죄의 행위의 객체는 타인이지만 보호법익은 ‘타인의 생명’이 된다. 그리고 강간죄의 행위의 객체는 부녀이지만 보호법익은 ‘부녀의 성적 자기결정권’이다.
- 보호법익은 행위의 객체와는 달리 법률에 명시적으로 규정되어 있지 않다.
- 행위의 객체가 없는 범죄는 살펴 본 바와 같이 있을 수 있지만 보호법익이 없는 범죄는 존재하지 않는다.<sup>29)</sup>

## III. 행위반가치·결과반가치

### 1. 행위반가치·결과반가치의 개념

- 행위반가치란 발생한 결과와 상관없이 어떠한 행위에 대한 부정적 가치판단을 말한다.<sup>30)</sup>
- 이에 비하여 행위와 상관없이 발생한 결과에 대한 부정적인 가치판단을 결과반가치라고 한다.<sup>31)</sup>

29) 보호법익이 없는 범죄를 형법에 구성요건으로 규정하고 있다면 이는 불필요한 법이 될 것이다.

30) 밤늦게 귀가하는 남편을 강도로 오인하고 방망이로 때려 살해하였다면 정당방위의 의사가 존재하였으므로 행위반가치는 없지만 정당방위상황이 존재하지 않았기 때문에 결과반가치는 인정된다.

31) 반대로 자신을 살해하려고 총을 겨누고 있는 사람을 살해의 의도로 먼저 총을 쏘아 살해하였다면 정당방위의 의사가 없으므로 행위반가치는 존재하지만 정당방위 상황이 존재하였으므로(물론 정당방위에는 방위의사가 있어야 하므로 이를 엄격하게 해석하면 정당방위는 아니다) 결과반가치는 부인된다.

## 2. 행위반가치론과 결과반가치론

### (1) 결과반가치론

- 불법의 본질을 결과반가치로 이해하는 견해에 의하면 구성요건이나 위법성과 같은 객관적 요소는 불법요소로, 주관적인 측면은 책임요소로 파악하였다.
- 포이에르 바하는 불법의 본질은 실질적인 법익의 침해라고 하여 권리침해가 없으면 위법도 범죄도 없다고 하였다. 리스트 역시 법익의 침해가 없으면 범죄가 성립하지 않는다고 하여 범죄의 본질은 결과반가치에 있다고 주장하였다.
- 결과반가치를 극단적으로 강조하면 예비나 음모 및 미수는 결과반가치가 존재하지 않으므로 처벌하지 않아야 한다는 문제가 발생한다.

### (2) 행위반가치론

- 불법의 본질은 행위자에 의하여 야기된 객관적 결과가 아니라 행위자의 의도, 즉 행위반가치에 있다고 보는 견해이다.
- 따라서 불법(구성요건과 위법성) 판단에 있어서 행위자의 고의나 과실과 같은 주관적 요소는 불법 판단의 본질을 이룬다고 한다.
- 행위반가치를 강조하면 예비나 음모 및 미수와 기수는 행위반가치라는 주관적 측면은 동일하므로 동일한 처벌을 하여야 한다는 결론에 도달하게 된다.

## IV. 인과관계와 객관적 귀속

제17조[인과관계]어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다.

[사례]

A는 B와 장난을 하다가 B의 얼굴에 조그만 상처를 내었다. B는 연고를 사기 위하여 약국으로 가던 중 교통사고를 당하여 사망하였다. 만약 A가 B의 얼굴에 상처를 내지 않았다면 B는 약국에 갈 필요가 없었고 그렇다면 B가 교통사고로 사망하지 않았을 것이므로 A는 B의 사망에 대하여 책임을 지고 살인죄의 죄책을 져야 하는가?

### 1. 문제의 제기

- 형법 제17조는 어떤 행위가 결과발생과 인과관계가 존재하지 않으면 벌하지 않는다고 규정하고 있다. 이를 반대로 해석하면 행위와 결과 사이에 인과관계가 존재한다면 벌한다는 뜻이 된다.
- 그렇다면 어떤 행위로 인하여 결과가 발생하였다면 예상치 못한 원인이 개입되었다 할지라도 발생한 결과에 모든 책임을 져야 하는 것인가가 문제된다.

### 2. 인과관계에 관한 학설

#### (1) 조건설

##### 1) 전통적 조건설



- 전통적 조건설은 ‘앞의 행위가 없었더라면 뒤의 결과도 발생하지 않았을 것’이라는 공식이 성립한다면 행위와 결과는 인과관계가 인정된다는 견해이다.
- 조건설에 의할 경우 결과의 발생에 영향을 미친 모든 조건은 인과관계를 인정함에 있어서 동등한 가치를 지닌다고 한다(등가설).
- 조건설은 인과관계의 범위를 지나치게 확대한다는 비판을 받는다.<sup>32)</sup>

## 2) 합법칙적 조건설

행위가 시간적으로 뒤 따르는 외부세계의 변화에 연결되고 합법칙적으로 결합되어 구성요건적 결과로 실현되었을 때 행위와 결과사이에 인과관계를 인정하는 견해이다.

## (2) 상당인과관계설

- 상당인과관계설은 행위와 결과 사이에 일반 경험칙상 그러한 결과가 발생하는 것이 상당하다고 인정되는 경우에 한하여 인과관계를 인정한다.
- 이 때 ‘상당성’이란 결과 발생에 대한 고도의 개연성을 의미한다.
- 상당성을 판단하는 기준은 다음과 같이 나누어진다.

### 1) 주관적 상당인과관계설

행위 당시 행위자가 주관적으로 인식하였거나 인식할 수 있었던 사정을 기초로 상당성을 판단한다.

### 2) 객관적 상당인과관계설

행위 당시 존재했던 모든 객관적인 사정을 기초로 상당성을 판단한다.

## 3) 절충설

행위당시 일반인이 인식할 수 있었던 사정과 행위자가 특히 인식하고 있었던 사정을 기초로 상당성을 판단한다.

## (3) 판례

판례는 상당인과관계설을 지지하고 있다.

### [인과관계를 인정한 판례]

고속도로를 무단횡단 하는 보행자를 충격하여 사고를 발생시킨 경우라도 운전자가 상당한 거리에서 보행자의 무단 횡단을 미리 예상할 수 있는 사정이 있었고, 그에 따라 즉시 감속하거나 급제동 하는 등의 조치를 취하였다면 보행자와의 충돌을 피할 수 있었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에는 자동차 운전자의행위와 보행자의사망의 결과사이에 인과관계가 인정된다(대판 2000.9.5. 2000도2671).

피고인이 주먹으로 피해자의 복부를 1회 강타하여 장파열로 인한 복막염으로 사망케 하였다면, 비록 의사의 수술 지연 등 과실이 피해자의 사망의 공동원인이 되었다 하더라도 피고인의 행위가 사망의 결과에 대한 유력한 원인이 된 이상 그 폭력행위와 치사의 결과 간에는 인과관계가 있다 할 것이어서 피고인은 피해자의 사망의 결과에 대해 폭행치사의 죄책을 면할 수 없다(대판 1984.6.26. 84도831).

상해행위를 피하려고 하다가 차량에 치어 사망한 경우 상해행위와 피해자의 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 하여 상해치사죄로 처단한 원심판결을 수긍한 사례(대판 1996.5.10. 96도529, 선고).

32) A가 B를 칼로 찔러 살해한 사례에서 A가 찔른 행위와 B의 사망이라는 결과 사이에는 인과관계가 인정된다. 그런데 조건설에 의하면 A의 부모가 A를 낳지 않았다면 B의 사망이라는 결과가 발생하지 않았을 것이므로 A가 B를 칼로 찔르는 행위와 A의 부모가 A를 낳는 행위는 B의 사망이라는 결과발생에 동일한 가치를 가진다고 하여 A의 부모 역시 B의 사망이라는 결과에 대하여 책임을 져야 한다는 결론에 도달하게 된다.

피고인이 자신이 경영하는 속셈학원의 강사로 피해자를 채용하고 학습교재를 설명하겠다는 구실로 유인하여 호텔 객실에 감금한 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 상당인과관계가 있다( 대판 1995.5.12, 95도425).

선행차량에 이어 피고인 운전 차량이 피해자를 연속하여 역과하는 과정에서 피해자가 사망한 경우, 피고인 운전 차량의 역과와 피해자의 사망 사이의 인과관계가 있다(대판 2001.12.11, 2001도5005).

#### **[인과관계를 부정한 판례]**

고등학교 교사가 제자의 잘못을 징계코자 왼쪽 뺨을 때려 뒤로 넘어지면서 사망에 이르게 한 경우 위 피해자는 두께0.5미터밖에 안되는 비정상적인 얇은 두개골이었고 또 뇌수출을 가진 심신허약자로서 좌측 뺨을 때리자 급성뇌성압 상승으로 넘어지게 된 것이라면 위 소위와 피해자의 사망 간에는 이른바 인과관계가 없는 경우에 해당한다(대판 1978.11.28, 78도1961).

강간을 당한 피해자가 집에 돌아가 음독자살하기에 이르러 원인이 강간을 당함으로 인하여 생긴 수치심과 장래에 대한 절망감 등에 있었다 하더라도 그 자살행위가 바로 강간행위로 인하여 생긴 당연의 결과라고 볼 수는 없으므로 강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 인정할 수는 없다(대판 1982.11.23, 82도1446).

피고인 운전의 차가 이미 정차하였음에도 뒤쫓아 오던 차의 충돌로 인하여 앞차를 충격하여 사고가 발생한 경우, 설사 피고인에게 안전거리를 준수치 않은 위법이 있었다 할지라도 그것이 이 사건 피해결과에 대하여 인과관계가 없다(대판 1983.8.23, 82도3222, 선고).

### **3.객관적 귀속**

#### **V.부작위범**

#### **제3절 주관적 구성요건요소**

##### **I .고의**

##### **II.과실**

#### **제4절 결과적 가중범**

#### **제5절 사실의 착오**

### **제3장 위법성론**

#### **제4장 책임론**

#### **제5장 미수론**

#### **제6장 공범론**

#### **제7장 죄수론**