



유튜브에서 **신광은 형사법**을 검색하세요

2025 미래인재 경찰학원

# 신광은 형법

총론

신광은 형사법 / 형법 / 형소법 | 신과함께

[cafe.naver.com/wiithske](https://cafe.naver.com/wiithske)

경찰채용 · 승진 · 간부 / 해경채용 · 승진 · 간부  
법원직 · 검찰직 · 변호사 · 법행

- 2024년 1차 전 직렬 최신 기출문제, 판례 모두 반영
- 체계적이고 정확한 형법공부를 위한 최고의 기본서
- 이론 / 학설 / 조문 / 판례 최신 경향 완벽 반영

### 「신광은 형법」총론 개정판을 출간하면서...

먼저 「신광은 형법」총론을 명실공히 최고의 수험서로서 자리 잡게 해준 많은 수험생들의 애정과 아낌없는 응원에 진심으로 감사의 인사를 전합니다.

「신광은 형법」총론을 출간한 이후 「신광은 형법」총론에 많은 응원과 박수를 보내주었던 수험생들의 애정에 보답하고 그 기대에 부끄럽지 않은 조력자로서 수험생들의 합격에 밑거름이 될 수 있도록 하기 위해 이번 개정판에서도 수험시간과 노력 대비 효율성을 높이기 위해 노력했고, 특히 형법 공부는 기초와 체계가 가장 중요하므로 체계적이고 정확한 이해를 위해서 꼭 필요한 중요설문과 판례를 빠짐없이 수록하였습니다.

「신광은 형법」총론 개정판의 주요 특징은 다음과 같습니다.

#### 1. 교재의 핵심내용을 강조함으로써 학습효과 증진 및 시간부족의 문제점 해결

교재를 보면서 특히 중요한 부분과 덜 중요한 부분을 구분하여 공부할 수 있도록 핵심내용을 중요도에 따라 색상을 넣거나 굵은 글씨로 처리하여 강조함으로써 빠른 시간 안에 주요 내용을 파악하는 데 도움이 되도록 하였습니다. 이는 교재를 전부 읽지 않아도 주요 내용을 알 수 있게 하는 방법으로 적은 시간을 투자하여 보다 신속하고 효과적인 공부를 함으로써 수험생들에게 중요한 절대적인 시간 부족의 문제점을 해결하고자 하였습니다.

※ 반드시 보아야 하는 중요내용은 칼라로 표시하고, 다음으로 중요한 내용은 굵게 처리를 하여 교재 내용의 중요도를 체크하고 표시된 내용만 봐도 주요 핵심을 모두 파악할 수 있도록 하였습니다.

#### 2. 전 직렬의 최근 기출지문 완벽 반영

최근에 시행된 24년 순경1차, 경찰승진, 경찰간부, 해경승진, 해경간부, 23년 순경2차, 해경3차, 법원직, 7급국가직, 법학특채 등 최신기출지문을 포함하여 최근기출지문을 완벽하게 반영하였습니다. 또한 시험출제 경향에 맞추어 변호사시험·법원행시 등의 기출지문을 반영함으로써 앞으로의 24년과 25년 시험을 준비하는 수험생에게 적합한 교재가 되도록 노력하였습니다.

### 3. 최신판례와 기출판례 완벽 반영

최근에 시행된 시험을 비롯하여 전 직렬의 시험에 출제된 모든 판례와 올해 새롭게 변경되거나 추가된 최신판례, 그리고 시험에 출제될 가능성이 있는 판례까지 빠짐없이 보충하여 별도의 판례집 없이 기본서만으로 충분히 시험에 대비할 수 있도록 하였습니다.

### 4. 기출지문과 중요설문 아이콘 표시로 출제경향 파악 및 문제적응력 향상

주요 기출지문과 중요설문 및 키워드는 **Tip**으로, 함정에 빠지기 쉬운 지문과 키워드는 **주의** 등으로 표시해서 중요한 부분과 틀리기 쉬운 부분이 어디인지 한눈에 보이도록 하여 출제경향을 파악하고 문제에 대한 적응력을 높일 수 있게 하였습니다.

### 5. 교재의 핵심내용을 강조함으로써 학습효과 증진 및 시간부족의 문제점 해결

「신광은 형법」총론 개정판은 ‘교재의 단권화’를 통한 공부방법이 필자가 강조하는 것인 만큼 이번에도 그 취지를 살려 별도의 판례집이나 문제집을 보지 않고도 본 교재 한권만으로도 충분히 시험에 대비할 수 있도록 주요 판례, 중요 설문 등 시험에 꼭 필요하고 중요한 내용을 빠짐없이 수록하고자 노력하였습니다.

그동안 신광은 형사법 교재 출간에 앞서 아낌없는 애정과 조언을 해 준 많은 수험생들에게 진심으로 감사의 인사를 전하며, 모쪼록 본서를 통해 수험생들이 형사법에서 만점의 성과를 거둘 수 있기를 기원합니다.

더불어 수험준비로 힘든 생활 속에서도 건강 잃지 않기를 바라며, 성실하고 능력 있는 공무원이 되고자 하는 자신의 꿈을 이룰 수 있기를 희망합니다.

*Bravo your life !!*

편저자 **신광은**

**제1편 서론**

**제1장 형법의 기본개념** ..... 3

**제1절 형법의 의의** ..... 3

    I. 형법의 개념 ..... 3

    II. 형식적 의미의 형법과 실질적 의미의 형법 ..... 3

**제2절 형법의 지위와 성격** ..... 3

    I. 형법의 법체계적 지위 ..... 3

    II. 형법의 성격 ..... 3

**제3절 형법의 기능** ..... 4

    I. 형법의 기능 ..... 4

    II. 위험형법 ..... 5

**제2장 형법이론** ..... 6

**제1절 범죄이론** ..... 6

**제2절 형벌이론** ..... 7

**제3절 형법학파** ..... 8

**제4절 범죄체계론** ..... 8

**제3장 죄형법정주의** ..... 10

**제1절 의의 및 기능** ..... 10

**제2절 죄형법정주의의 내용** ..... 10

    I. 법률주의(성문법률주의, 관습형법금지의 원칙) ..... 11

    II. 명확성의 원칙 ..... 16

    III. 적정성의 원칙 ..... 20

    IV. 유추해석금지의 원칙 ..... 22

    V. 소급효금지의 원칙(소급입법 금지의 원칙) ..... 46

**제4장 형법의 적용범위** ..... 53

**제1절 시간적 적용범위** ..... 53

    I. 행위시법주의와 재판시법주의 ..... 53

    II. 제1조 제1항(구법 적용, 행위시법 적용, 추급효 인정) ..... 53

    III. 제1조 제2항(신법 적용, 재판시법 적용, 소급효 인정) ..... 54

    IV. 제1조 제3항 ..... 59

    V. 제1조 제2항과 제3항의 적용배제 ..... 59

    VI. 한시법 ..... 61

    VII. 백지형법 ..... 62

**제2절 장소적 적용범위** ..... 62

    I. 입법주의 ..... 62

    II. 속지주의 원칙 ..... 62

    III. 속인주의에 의한 보충 ..... 64

    IV. 보호주의에 의한 보충 ..... 65

    V. 세계주의 ..... 67

    VI. 외국에서 받은 형 집행의 효력 ..... 67

**제3절 인적 적용범위** ..... 69

    I. 원칙 ..... 69

    II. 인적 적용범위의 예외 ..... 69

**제4절 형법 총칙의 적용범위** ..... 70

제6절 기대가능성	252	제2절 공동정범	296
I. 의의	252	I. 의의	296
II. 기대가능성의 지위와 기능	252	II. 공동정범의 본질(공동의 의미)	297
III. 기대가능성의 판단기준	253	III. 성립요건	297
IV. 기대불가능성으로 인한 책임조각사유	255	IV. 공동실행의 의사 관련 문제	301
V. 강요된 행위	256	V. 공동의 실행행위 관련 문제	306
제6장 미수론	259	VI. 공동정범의 처벌	311
제1절 미수범의 일반이론	259	제3절 합동범과 동시범	313
I. 범죄의 실현단계	259	I. 합동범	313
II. 미수범의 처벌근거	259	II. 동시범	315
제2절 예비·음모죄	260	제4절 간접정범	320
I. 의의	260	I. 의의	320
II. 법적 성격과 실행행위성	260	II. 성립요건	320
III. 성립요건	262	III. 처벌	323
IV. 관련문제	264	IV. 간접정범과 착오	323
제3절 장애미수	265	V. 간접정범의 한계	323
I. 의의	265	VI. 특수교사·방조	325
II. 성립요건	265	제5절 교사범	326
III. 처벌	270	I. 의의	326
IV. 관련문제	272	II. 성립요건	326
제4절 중지미수	273	III. 교사범의 처벌	331
I. 의의	273	IV. 교사의 미수	332
II. 법적 성격(필요적 감면의 근거)	273	V. 교사의 착오	333
III. 중지미수의 성립요건	273	제6절 종범(방조범)	335
IV. 중지미수의 처벌	277	I. 의의	335
V. 관련문제	277	II. 성립요건	335
제5절 불능미수	279	III. 종범의 처벌	342
I. 의의	279	IV. 종범의 착오	343
II. 성립요건	280	V. 관련문제	344
III. 불능미수의 처벌	285	제7절 공범과 신분	345
IV. 관련문제	286	I. 의의	345
제7장 공범론	287	II. 신분의 의의와 종류	345
제1절 공범의 일반이론	287	III. 제33조의 해석	346
I. 범죄참가형태	287	IV. 제33조의 적용	347
II. 필요적 공범	288	V. 제33조 적용 효과	349
III. 임의적 공범	291	VI. 소극적 신분과 공범	352

**제3편 죄수와 형벌론**

**제1장 죄수론 ..... 357**

**제1절 죄수의 일반이론 ..... 357**

- I. 죄수론의 의의 ..... 357
- II. 죄수결정의 기준 ..... 357

**제2절 일죄 ..... 360**

- I. 의의 ..... 360
- II. 법조경합 ..... 360
- III. 포괄일죄 ..... 369

**제3절 수죄 ..... 382**

- I. 상상적 경합 ..... 382
- II. 실제적 경합 ..... 393

**제2장 형벌론 ..... 401**

**제1절 형벌의 의의와 종류 ..... 401**

- I. 의의 ..... 401
- II. 사형 ..... 401
- III. 자유형 ..... 402
- IV. 명예형 ..... 403
- V. 재산형(벌금·과료·몰수) ..... 404
- VI. 형의 경중 ..... 417

**제2절 형의 양정 ..... 418**

- I. 의의 ..... 418
- II. 형의 가중·감경 ..... 418
- III. 형의 가감례 ..... 420
- IV. 양형(형의 양정) ..... 422

**제3절 형의 면제 ..... 422**

**제4절 판결선고 전 구금과 판결의 공시 ..... 423**

**제5절 자수와 자복 ..... 424**

- I. 의의 ..... 424
- II. 시기와 방법 ..... 424

**제6절 누범 ..... 426**

- I. 의의 ..... 426
- II. 누범가중과 책임주의 ..... 426

- III. 누범 가중 요건 ..... 427
- IV. 누범의 효과 ..... 430
- V. 판결선고 후의 누범 발각(제36조) ..... 430
- VI. 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률상 누범 ..... 430

**제7절 선고유예 ..... 431**

- I. 의의 ..... 431
- II. 선고유예의 요건 ..... 431
- III. 선고유예의 효과 ..... 433
- IV. 선고유예의 실효 ..... 434

**제8절 집행유예 ..... 435**

- I. 의의 ..... 435
- II. 집행유예의 요건 ..... 435
- III. 집행유예의 효과 ..... 437
- IV. 집행유예의 실효와 취소 ..... 439

**제9절 가석방 ..... 440**

- I. 의의 ..... 440
- II. 가석방의 요건 ..... 440
- III. 가석방의 효과 ..... 441
- IV. 실효와 취소 ..... 442

**제10절 형의 시효·소멸·기간 ..... 443**

- I. 형의 시효 ..... 443
- II. 형의 소멸 ..... 444
- III. 형의 기간 ..... 445

**제11절 보안처분 ..... 446**

- I. 의의 ..... 446
- II. 형벌과의 구별 ..... 446
- III. 보안처분의 종류 ..... 446
- IV. 형벌과의 관계 ..... 447
- V. 현행법상 보안처분 ..... 447

# PART 01

## 서론

제1장 형법의 기본개념

제2장 형법이론

제3장 죄형법정주의

제4장 형법의 적용범위





## 제1절 형법의 의의

## I 형법의 개념

형법이란 범죄가 성립하기 위한 요건과 범죄가 성립하는 경우 어떠한 제재(형벌과 보안처분)를 과할 것인가를 규정한 법규범의 총체를 말한다.

## II 형식적 의미의 형법과 실질적 의미의 형법

형식적 의미의 형법	1953년 법률 제293호로 공포, 시행되고 있는 ‘형법전’을 의미한다. 즉, 형법이라는 명칭이 붙여진 형법전을 의미한다.(협의의 형법)
실질적 의미의 형법	법률의 명칭과 상관없이 그 내용이 범죄와 형벌에 관한 규정을 포함하고 있는 모든 법규범을 말한다.(광의의 형법) 예 국가보안법, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률

## 제2절 형법의 지위와 성격

## I 형법의 법체계적 지위

형법은 i) 사법(私法)이 아니라 국가의 형벌권에 관한 공법(公法)이며 ii) 행정법이 아니라 형사재판에 적용되는 형사법(刑事法)이며 iii) 절차법이 아니라 범죄와 형벌을 규정하는 실체법(實體法)이다.

## II 형법의 성격

## 1. 가설적 규범

형법은 “사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”와 같이 일정한 범죄를 전제조건으로 하여(if...) 그 법적 효과를 규정하는 가설적 형태를 취한다.

## 2. 행위규범과 재판규범

형법은 일반 국민에게 일정한 행위를 금지 또는 명령함으로써 행위의 기준을 제시하는 행위규범임과 동시에 법관에 대하여 사법활동의 기준을 제시하는 재판규범이다. (23순경차)

## 3. 평가규범과 의사결정규범

형법은 일정한 행위가 가치에 반하고 위법하다는 것을 평가하는 평가규범임과 동시에 일반국민에게 이러한 가치에 반하는 행위를 결의해서는 안된다는 의무를 지게 하는 의사결정규범이다.

### 제3절

### 형법의 기능

#### I 형법의 기능

##### 1. 규제적 기능

형법은 행위규범 및 재판규범으로서 국민과 법관을 규제한다. 형법의 가장 근원적 기능으로써 보호적 기능, 보장적 기능이 여기에서 파생된다.

##### 2. 보호적 기능

###### (1) 법익의 보호기능(목표·결과 측면)

형법은 형벌이라는 수단을 통하여 주로 ‘법익을 보호하는 기능’을 하며, ‘법익’이란 생명, 신체, 명예, 자유와 같은 법률을 통해 보호할 가치 있는 이익을 의미한다. (23순경차)

###### (2) 사회윤리적 행위가치의 보호기능(수단·행위 측면)

형법은 사회공동체의 일환으로서 개인이 실천해야 할 윤리적 의무를 이행하도록 함으로써 사회윤리적으로 가치있는 행위를 보호하는 기능을 한다.

###### (3) 보충성의 원칙

형법이 다른 법과 비교할 수 없는 가혹한 제재를 수단으로 한다는 점에서 형법은 다른 법에 의해서 법익을 보호할 수 없을 때 최후의 수단으로 적용되어야 한다는 원칙을 말한다. (비범죄화의 요청, 형법의 단편적 성격)

**Tip** 형법은 법규범으로 법공동체의 평화를 유지하기 위하여 부과된 것으로서 강제력이 수반되기 때문에 신중하게 규정되어야 한다. (23순경차)

#### 참고하기

#### 형법의 보호적 기능과 불법

	법익 보호기능	사회윤리적 행위가치 보호기능
형법의 성격	평가규범	의사결정규범
범죄의 본질	법익침해	의무위반
불법의 본질	결과반가치	행위반가치
위법성 평가	객관적 위법성론	주관적 위법성론

**기출 설문**

- Tip** 객관주의는 미수범의 처벌근거를 구성요건적 결과실현에 근접한 위험에 있다고 주장하고, 주관주의는 행위자의 법적대적 의사에 있다고 주장한다. (22.순경2차)
- 주의** 객관주의는 공동정범의 본질을 행위 속에 표현된 의식적인 공동작용이라고 주장하고, 주관주의는 공동정범이 각자 최소한 하나의 객관적 구성요건 실현에 스스로 참여한 것이라고 주장한다. (X) (22.순경2차)
- 주의** 객관주의는 책임의 근거를 행위자의 반사회적 성격에 기인해 행위자가 사회방위처분을 받아야 하는 지위가 책임이라 주장하고, 주관주의는 행위자가 적법행위를 할 수 있었음에도 불구하고 위법행위를 했기 때문에 가해자는 도의적 비난이라 주장한다. (X) (22.순경2차)
- 주의** 객관주의는 공범의 종속성에 대해 타인으로 하여금 죄를 범하게 하려는 의사 자체가 외부로 표명되는 이상 정범의 실행행위와 상관없이 독자적으로 가벌성이 인정된다고 주장하고, 주관주의는 정범의 실행행위가 있어야 그 정범의 실행행위에 종속해서만 공범이 성립할 수 있다고 주장한다. (X) (22.순경2차)

**제2절**

**형벌이론**

**1. 응보형주의**

형벌의 본질이 범죄에 대한 정당한 응보에 있다고 하는 사상으로 형벌은 다른 목적이 없고 그 자체가 목적인다고 본다.(형벌의 자기목적성, 절대설) 형벌은 범죄, 특히 책임과 일치할 것을 요구한다. (죄형균형론, 책임주의)

**2. 목적형주의**

형벌은 그 자체가 목적이 아니라 장래의 범죄를 예방하기 위한 수단이라는 사상이다.(상대설)

일반예방주의	① 형벌의 목적을 <b>일반인의 범죄를 예방</b> 하는 데 있다고 보는 견해이다. ② 범죄로 인해 받는 형벌을 통하여 범죄를 단념케 하는 소극적 일반예방과 형벌을 통하여 일반인의 규범의식을 강화하여 법규범에 자발적인 복종을 통해 범죄를 예방하는 적극적 일반예방으로 나누어진다.
특별예방주의	① 형벌의 목적을 <b>범죄인의 재범을 방지</b> 하는 데 있다고 보는 견해이다. ② 형벌을 통하여 스스로 범죄를 억제할 수 있도록 하고, 범죄인을 개선·교육시켜 사회의 일원으로 복귀시키는 것을 말한다.(형벌의 개별화) ③ 특별예방에 기초한 제도로 선고유예, 집행유예, 가석방, 상습범가중, 누범가중, 상대적 부정기형 등이 있다.

**3. 결합설**

응보형주의, 일반예방주의, 특별예방주의 어느 하나만으로는 형벌의 의미와 목적을 설명할 수 없으므로 각 이론의 장점을 결합하여 파악해야 한다는 견해이다.(다수설)

## CHAPTER

## 03

## 죄형법정주의

## 제1절 의의 및 기능

## 1. 죄형법정주의의 의의

- (1) 어떤 행위가 범죄로 되고 그 범죄에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가를 미리 성문의 법률로 규정하여야 한다는 원칙을 말한다.(법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다.)
- (2) 죄형법정주의는 헌법적 원칙(헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항)의 지위를 가지므로 이에 위반되는 형벌법규는 위헌이며 무효가 된다.

## 2. 죄형법정주의의 기능


죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. (11.9급개론, 18.9급개론, 21.해경승진, 24.해경승진) 이를 통해 국가의 형벌권 발동에 대한 국민의 예측가능성을 높여주고, **형법의 보장적 기능의 실현**과 관계가 깊다. (14.순경2차, 18.해경승진)

## 3. 죄형법정주의의 현대적 의의


현대적 의미의 죄형법정주의는 실질적 법치국가원리에 의해 법률이라는 형식에 그치지 않고 법률의 내용도 실질적 정의에 합치되어야 한다는 실질적 의미의 죄형법정주의를 의미한다.(적정한 법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다.)

## 제2절 죄형법정주의의 내용

죄형법정주의는 i) 법률주의 ii) 명확성의 원칙 iii) 적정성의 원칙 iv) 유추해석금지의 원칙 v) 소급효 금지의 원칙을 내용으로 한다.

▶ **관련판례**  **위임법률이 법률주의에 위반되는 경우(포괄위임)**

- ① “약국을 관리하는 약사 또는 한약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하여야 한다”는 약사법 제19조 제4항의 규정 위반자를 200만원 이하의 벌금에 처하도록 한 약사법 제77조 제1호 중 ‘제19조 제4항’ 부분은 헌법상 포괄위임입법금지원칙 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다. (헌법재판소 99헌가5)
- ② 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조 제1항의 “정부관리기업체”라는 용어는 주체에 관한 구성요건의 규정을 지나치게 광범위하고 불명확하게 규정하여 전체로서의 구성요건의 명확성을 결여한 것이며, 나아가 그 법률 자체가 불명확함으로 인하여 그 법률에서 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없는 경우라 할 것이므로 위임입법(委任立法)의 한계를 일탈한 것으로서 위헌이다. (헌법재판소 93헌바50)
- ③ 전기통신사업법 제53조 제2항은 “제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있는바 이는 포괄위임입법금지원칙에 위배된다. (헌법재판소 99헌마480) (16.7급국가, 23.9급개론)
- ④ 구 건축법 제54조 제1항 중 제48조의 규정에 의하여 허가 없이 한 대통령령이 정하는 용도변경행위를 건축으로 보아 처벌하는 것은 그 위임내용을 예측할 수 없는 경우로서 결국 그 구체적인 내용을 하위법령인 대통령령에 백지위임하고 있는 것이라 하지 않을 수 없으므로, 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다. (헌법재판소 98헌가9)
- ⑤ “의료업무에 관한 광고의 범위 기타 의료광고에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.”는 의료법 ‘제46조 제4항’ 부분은 하위법령에서 어떤 행위가 금지될 것인지에 예측할 수 없게 하므로 포괄위임입법금지원칙에 위반된다. (헌법재판소 2006헌가4)

▶ **관련판례**  **위임법률이 법률주의에 위반되지 않는 경우(포괄위임 아님)**


- ① 식품위생법 제11조 제2항이 과대광고 등의 범위 및 기타 필요한 사항을 보건복지부령에 위임하고 있는 것은 과대광고 등으로 인한 형사처벌에 관련된 법규의 내용을 빠짐없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능하다는 고려에서 비롯된 것이고, 또한 같은법 시행규칙 제6조 제1항은 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 예측할 수 있도록 구체적으로 규정되어 있다고 할 것이므로 위임입법의 한계나 죄형법정주의에 위반된 것이라고 볼 수는 없다. (대법원 2002도2998) (14.순경1차, 19.경간)
- ② 청소년보호법에서 직접 청소년유해매체물의 범위를 확정하지 아니하고 행정기관(청소년보호위원회 등)에 위임하여 그 행정기관으로 하여금 청소년유해매체물을 확정하도록 하는 것은 부득이하다고 할 것이고, 그 대강을 예측할 수 있도록 하고 있으므로 위임의 한계를 벗어나거나 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다. (헌법재판소 99헌가16)
- ③ 유해화학물질관리법 제35조 제1항에서 금지하는 환각물질을 구체적으로 명확하게 규정하지 아니하고 다만 그 성질에 관하여 ‘흥분·환각 또는 마취의 작용을 일으키는 유해화학물질로서 대통령령이 정하는 물질’로 그 한계를 설정하여 놓고, 같은 법 시행령 제22조에서 이를 구체적으로 규정하게 한 것은 위임의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다. (대법원 2000도4187) (18.경찰승진, 21.해경간부)
- ④ 석유제품에 다른 석유제품 또는 석유화학제품을 혼합하거나 석유화학제품에 다른 석유화학제품을 혼합하는 등의 방법으로 제조된 것으로서 대통령령이 정하는 제품(유사석유제품)의 생산, 판매를 처벌 하도록 한 석유사업법 제33조 제3호, 제26조는 죄형법정주의상의 명확성원칙과 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 않는다. (헌법재판소 2001헌가6)

- ⑤ 공직선거및선거부정방지법은 선거일 전 180일부터 선거에 영향을 미치는 시설물 설치 등을 하는 것을 금지하면서 **설치가 허용되는 간판의 규격과 같은 세부적이고 기술적인 사항을 중앙선거관리위원회 규칙에서 정하도록 위임하였다** 하여 이를 죄형법정주의와 포괄위임금지의 원칙에 어긋난다고 볼 수도 없다.(대법원 2004도7360)
- ⑥ **건설폐기물을 배출, 수집·운반, 보관, 중간처리하는 기준 및 방법을 대통령령으로 정하도록** 하고 있는 ‘건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 제13조 제1항’은 포괄위임입법금지원칙 및 죄형법정주의에 위배되지 아니한다.(헌법재판소 2009헌바183)
- ⑦ 게임산업진흥에 관한 법률 제32조 제1항 제7호가 **‘환전, 환전 알선, 재매입 영업행위를 금지하는 게임머니 및 이와 유사한 것’을 대통령령이 정하도록 위임하고** 있는 것은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있다는 고려에서 비롯된 것이므로 형벌법규의 포괄위임입법금지 원칙이나 죄형법정주의에 위배되지 않는다.(대법원 2008도11017)
- ⑧ ‘게임산업진흥에 관한 법률’ 제28조 제3호가 **게임물 관련사업자에 대하여 ‘경품 등의 제공을 통한 사행성 조장’을 원칙적으로 금지시키고, 예외적으로 경품제공이 허용되는 경우를 대통령령이 정하도록 위임한** 것은 죄형법정주의 내지 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.(헌법재판소 2017헌바463) (21.순경2차)
- ⑨ 공공기관의 운영에 관한 법률 제53조가 **공기업의 임직원으로서 공무원이 아닌 사람은 형법 제129조(수뢰)의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다**고 규정하고 있을 뿐 구체적인 공기업의 지정에 관하여는 그 하위규범인 기획재정부장관의 고시에 의하도록 규정하였다 하더라도 죄형법정주의에 위배되거나 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다.(대법원 2013도1685) (14.순경1차·경찰승진, 17.7급국가, 19.경찰승진, 21.경간, 24.순경1차)
- ⑩ **주식회사의 외부감사에 관한 법률 제13조가 금융감독위원회에게 구성요건 중 하나인 ‘회계처리기준’의 구체적 내용의 정립을 위임한** 것을 위임입법의 한계를 벗어나는 등 죄형법정주의의 원칙에 위배된 것이라고는 볼 수 없다.(대법원 2005도7474)


## 5. 위임받은 하위법령의 요건

### ▶ 관련판례

- ① 법률의 시행령은 **모법인 법률의 위임 없이 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에서 규정하지 아니한 새로운 내용을 규정할 수 없고**, 특히 법률의 시행령이 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 **법률의 명시적인 위임범위를 벗어나 처벌의 대상을 확장하는** 것은 죄형법정주의의 원칙에도 어긋나는 것이므로, 그러한 시행령은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다.(대법원 2015도16014 전합) (18.9급국가·7급국가, 20.9급개론, 21.해경승진, 24.경찰승진·경간)
- ② 법률의 시행령이나 시행규칙은 그 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없지만, 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지 및 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴 보아 **모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 않았다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다.**(대법원 2008두13637) (24.경간)

▶ **관련판례**  **법률주의에 위반되는 경우(위임범위를 벗어남)**

- ① 구 근로기준법 제30조 단서에서 임금·퇴직금 청산기일의 연장합의의 한도에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니함에도 불구하고, 같은 법 시행령 제12조에서 기일연장을 3월 이내로 제한한 것은 형사처벌의 대상을 확장하는 결과가 되므로 죄형법정주의의 원칙에 위배되고 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다. (대법원 98도1759 전합) (23.순경2차)
- ② 구 도로교통법 시행령 제49조 제7항, 구 도로교통법 시행규칙 제69조 제1항의 위임에 따라 제정된 자동차운전면허 사무처리지침은 그 제8조 제1항에서 “구 도로교통법 시행령 제49조 제1항 단서 중 ‘글을 알지 못하는 사람’이라 함은 초등학교 중퇴 이하의 학력자로서 글을 전혀 읽지 못하거나 잘 읽을 수 없는 사람을 말한다.”고 규정하고 있는바, 이는 초등학교 졸업 이상의 학력을 가진 문맹자가 구술시험을 통하여 운전면허를 취득할 수 있는 기회를 합리적인 근거 없이 제한한 것으로서 모법의 위임범위를 벗어난 무효이다. (대법원 2006도8189)
- ③ 의료법 제41조가 “환자의 진료 등에 필요한 당직의료인을 두어야 한다.”라고 규정하고 있을 뿐인데도 시행령 조항은 당직의료인의 수와 자격 등 배치기준을 규정하고 이를 위반하면 의료법 제90조에 의한 처벌의 대상이 되도록 함으로써 형사처벌의 대상을 신설 또는 확장하였다. 그러므로 시행령 조항은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이다. (대법원 2015도16014 전합) (19.순경2차·해경1차, 20.경간, 21.7급국가, 22.해경간부)
- ④ 총포·도검·화약류등 단속법시행령 제3조 제1항은 법 제2조 제1항의 위임에 따라 총포의 범위를 구체적으로 정하면서도 제3호에서 모법의 위임범위를 벗어나 총의 부품까지 총포에 속하는 것으로 규정함으로써, 법 제12조 제1항 및 제70조 제1항과 결합하여 모법보다 형사처벌의 대상을 확장하고 있으므로, 이는 결국 위임입법의 한계를 벗어나고 죄형법정주의 원칙에 위배되어 무효이다. (대법원 98도2816 전합)
- ⑤ 행정법상 징벌의 일종인 금지처분을 받은 자에 대하여 금지기간 중 집필을 전면 금지한 행정법시행령 제145조 제2항 본문 부분은, 모법과 상이한 사유를 원인으로 집필의 자유를 박탈하고 있으므로 금지처분을 받은 수형자의 집필에 관한 권리를 법률의 근거나 위임 없이 제한하는 것으로서 법률유보의 원칙에 위반된다. (헌법재판소 2003헌마289)

▶ **관련판례**  **법률주의에 위반되지 않는 경우(위임범위 내에서 규정)**

- ① 농업협동조합법 등 관련 법령의 내용을 종합해 볼 때, 농업협동조합중앙회는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조 제1항 제2호에서 정한 ‘정부관리기업체’에 해당한다고 보기에 충분하므로, 위 법률 제4조 제1항의 위임을 받은 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 시행령 제2조 제48호가 농업협동조합 중앙회를 정부관리기업체의 하나로 규정한 것이 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 위헌·위법이라고 할 수 없다. (대법원 2007도8373) (14.순경2차)
- ② 수협중앙회와 그 회원조합은 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조 제1항 제2호가 규정하고 있는 정부관리기업체의 범주에 포함될 수 있어 같은 법 제4조 제2항의 위임을 받은 같은 법 시행령 제2조 제50호가 수산업협동조합중앙회와 그 회원조합을 같은 법 제4조 제1항 소정의 정부관리기업체의 하나로 규정한 것이 위임입법의 한계를 벗어난 위헌·위법한 규정이라고 할 수 없다. (대법원 2007도1038)
- ③ 수질환경보전법시행규칙이 특정수질유해물질 중 하나로서 “구리(동) 및 그 화합물”을 규정하면서 그 기준수치를 정하지 않은 것은 모법의 기본적인 입법 목적, 폐수배출시설설치의 허가제도에 담긴 취지 등에 부합하는 것으로서, 이를 두고 모법의 위임범위에 벗어났다고 할 수 없다. (대법원 2002도6931)



- ④ 구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령 제71조 제1항 제19호 [별표 20]에서 '계획관리지역 안에서 건축할 수 없는 건축물' 중 하나로서 특정수질유해물질이 구 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 시행령 제31조 제1항 제1호에 따른 기준 이상으로 배출되는 공장시설 등을 구체적으로 열거한 것은 모법인 국토계획법이 위와 같이 예정하고 있는 바를 구체화, 명확화한 것이라고 볼 수 있을 뿐, 모법의 위임 범위를 뛰어넘은 것이라고 평가하기는 어렵다.(대법원 2019도3795)
- ⑤ 「결혼중개업법」 제10조의2 제4항에 의하여 대통령령에 규정하도록 위임된 '신상정보의 제공 시기'를 이용자와 상대방의 만남 이전으로 규정한 「결혼중개업법 시행령」 제3조의2 제3항은 결혼중개업법 제10조의2 제4항에서 위임한 범위를 일탈하여 위임입법의 한계를 벗어났다고 볼 수 없다.(대법원 2018도7989) (21.법학특채, 23.9급개론)
- ⑥ 구 「어선법시행규칙」에서 어선검사증서에 기재할 사항을 구체적으로 규정하면서 기재할 사항에 총 톤수를 포함시킨 것은 법의 위임에 따른 것으로서 위임입법의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다.(대법원 2017도13426) (21.해경1차·해경간부, 22.해경승진)

## II 명확성의 원칙

### 1. 의의

명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다. 법관의 자의를 방지하여 국민의 기본권을 보장하고, 국민의 예측가능성을 부여하여 일반예방의 목적을 실현하는데 필요하다.

**Tip** 형벌법규를 하위법령에 위임할 때 처벌법규의 기본사항에 관하여 구체적 기준이나 범위를 정함이 없이 포괄적으로 하위법령에 위임하였다면 명확성의 원칙에 위배되어 죄형법정주의에 반한다. (17.9급국가, 18.해경승진, 22.해경승진, 24.경찰승진)

### 2. 구성요건의 명확성

#### ▶ 관련판례

#### 명확성의 정도

- ① 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다.(대법원 2006도920) (12.7급국가, 16.경간, 20.9급개론, 22.9급국가·개론·해경승진, 23.경찰승진·경간·해경3차)
- ② 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.(헌법재판소 95헌가16) (12.경찰승진, 20.9급개론, 22.순경1차·해경승진)
- ③ 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석 기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아니다.(대법원 2003도451) (24.경간)



- ③ 예금통장에 기재된 계좌번호가 포함된 면을 촬영하도록 허락한 것에 지나지 않는다면 이는 접근매체를 용도대로 사용하는 것이 애초에 불가능하므로, 접근매체의 대여에 해당한다고 볼 수 없다.(대법원 2016도8957)
- ④ 대가를 약속받고 접근매체를 대여하는 행위를 처벌할 필요성이 있다고 하더라도 그러한 행위를 구 전자금융거래법 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제2호에서 정한 '대가를 받고 접근매체를 대여' 함으로 인한 구 전자금융거래법 위반죄로 처벌하는 것은 형벌법규의 확장해석 또는 유추해석으로서 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없다.(대법원 2015도354)
- ⑤ 전자금융거래법 제6조 제3항 제2호에서 정한 '접근매체의 대여'란 대가를 수수·요구 또는 약속하면서 일시적으로 다른 사람으로 하여금 접근매체 이용자의 관리·감독 없이 접근매체를 사용해서 전자금융거래를 할 수 있도록 접근매체를 빌려주는 행위를 말하고, '대가'란 접근매체의 대여에 대응하는 관계에 있는 경제적 이익을 말한다.(대법원 2017도16946)
- ⑥ 통신사기피해환급법에서 처벌하는 '전기통신금융사기를 목적으로 하는 정보 또는 명령의 입력'이란 '타인에 대한 전기통신금융사기 행위에 의하여 자금을 다른 계좌(사기이용계좌)로 송금·이체하는 것을 목적으로 하는 정보 또는 명령의 입력'을 의미하고, 여기에서 정보 취득의 대상인 타인은 '전기통신금융사기의 대상이 된 사람'을 의미하고, '타인'에 사기이용계좌 명의인까지 포함된다고 볼 수는 없다. 따라서 전기통신금융사기로 인하여 피해자의 자금이 사기이용계좌로 송금·이체된 후 계좌에서 현금을 인출하기 위하여 정보처리장치에 사기이용계좌 명의인의 정보 등을 입력하는 행위는 '전기통신금융사기를 목적으로 하는 행위'가 아닐 뿐만 아니라 '전기통신금융사기의 대상이 된 사람의 정보를 이용한 행위'가 아니라서, 처벌조항이 정한 구성요건에 해당하지 않는다.(대법원 2015도15101 전합)
- ⑦ 전자금융거래법 제6조 제3항 제2호('대가를 수수 또는 약속하면서 접근매체를 보관하는 행위')에서 정한 접근매체의 '보관'은 타인 명의 금융계좌를 불법적으로 거래하거나 이용할 수 있도록 타인 명의 접근매체를 점유 또는 소지하는 행위를 말하고, '대가'란 접근매체의 보관에 대응하는 관계에 있는 경제적 이익을 말하는데, 타인 명의 금융계좌를 불법적으로 이용하는 행위에 대하여 대가를 받기로 약속하고 그 불법적인 이용을 위하여 접근매체를 보관한 경우라면 접근매체의 보관에 대응하는 경제적 이익을 약속받은 것으로 볼 수 있다. 따라서 타인 명의 금융계좌에서 범죄로 인한 피해금을 인출해 주는 일을 하고 수수료를 받기로 약속한 후 그 금융계좌에 연결된 접근매체를 전달받아 보관한 것은 전자금융거래법위반에 해당한다.(대법원 2021도10861)

**▶ 관련판례** **군형법**

- ① 군형법 제64조 제1항의 상관면전모욕죄에서 '면전에서'라 함은 얼굴을 마주 대한 상태를 의미하는 것이 분명하므로, 전화를 통하여 통화하는 것을 면전에서의 대화라고는 할 수 없다.(대법원 2002도2539) (12.경간, 14.순경1차, 15.순경2차, 16.경찰승진, 18.경찰승진, 22.경찰특공대·해경간부)
- ② 군형법상 상관모욕죄의 객체인 '상관'에 대통령이 포함된다고 보아야 한다.(대법원 2013도4555) (15.해경3차)
- ③ 군형법상 상관에 대한 폭행·협박·상해의 죄와 상관모욕죄에서의 상관에는 명령·복종 관계가 없는 경우의 상위 계급자와 상위 서열자도 포함되고, 상관이 반드시 직무수행 중일 것을 요하지 아니한다.(대법원 2015도11286) (18.9급개론, 19.9급개론)
- ④ 군형법 제28조 초병의 수소이탈죄에서 말하는 초병에는 실제로 수소에 배치되어 근무하는 자는 물론이고, 초병근무명령을 받아 경계근무감독자에게 신고하고 근무시간에 임박하여 경계근무의 복장을 갖춘 자도 포함된다.(대법원 2005도8933)

- ⑤ 군형법 제74조 소정의 **군용물분실죄는 행위자의 의사에 의하지 아니하고 물건의 소지를 상실하는 소위 과실범을 말한다** 할 것이므로, 행위자의 하자있는 의사에 기해 재산적 처분행위를 하여 **재물의 점유를 상실함으로써 편취당한 것과는 구별된다**고 할 것이고, 군용물의 소지 상실시 행위자의 의사가 개입되었는지의 여부에 관계없이 군용물의 보관책임이 있는 자가 결과적으로 군용물의 소지를 상실하는 모든 경우로 확장해석하거나 유추해석할 수는 없다. (대법원 98도1719) (20.해경간부)

▶ **관련판례**



**국가보안법상 탈출**(대법원 2004도4899 전합)

- ① (탈출 ○) 국가보안법상 탈출이란 **대한민국의 통치권 또는 지배력으로부터 벗어나는 행위를** 뜻한다고 볼 것이고, 대한민국의 통치권은 대한민국의 영역은 물론 국민에 대하여도 미치는 것이므로 그러한 **통치권이 실지로 미치는 지역 또는 상태에서 벗어나 통치권이 사실상 행사되기 어려운 지역 또는 상태로 이탈하는 행위**는 모두 위 각 조항의 탈출에 해당할 수 있다.
- ② (탈출 ○) **누구라도 대한민국의 통치권이 실지로 미치는 지역을 떠나 직접 또는 외국을 거쳐 바로 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 들어가는 행위 외에 대한민국 국민이 외국에 거주하다가 대한민국의 통치권이 사실상 행사되기 어려운 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 들어가는 행위도 포함된다.**
- ③ (탈출 ×) 대한민국 국민이 아닌 사람이 외국에 거주하다가 그곳을 떠나 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 들어가는 행위는, 대한민국의 영역에 대한 통치권이 실지로 미치는 지역을 떠나는 행위 또는 대한민국의 국민에 대한 통치권으로부터 벗어나는 행위 어디에도 해당하지 않으므로 탈출 개념에 포함되지 않는다.
- ④ (탈출 △) 독일에서 거주하다가 대한민국 국적을 상실한 사람이 국적 상실을 전후하여 북한을 방문한 경우, 대한민국 국적을 상실하기 전의 방문행위는 국가보안법 제6조 제2항의 탈출에 해당하지만 국적 상실 후의 방문행위는 탈출에 해당하지 않는다.

▶ **관련판례**



**총포·도검·화약류 등 단속법**

- ① **총포·도검·화약류 등 단속법 시행령 제23조 제2항에서의 '사용'에는 쏘아 올리는 꽃불류의 '설치행위'도 포함되는 것으로 해석하는 것이 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석이나 유추해석에 해당하는 것으로 볼 수는 없다.** (대법원 2009도13332) (12.순경2차, 19.해경간부)
- ② **총포·도검·화약류등단속법에서 말하는 '소지'란 같은 법 소정의 물건의 보관에 관하여 실력지배관계를 갖는 것을 말한다**고 할 것이므로, 몸 또는 몸 가까이에 소지하는 것뿐만 아니라 **자신의 실력지배관계가 미치는 장소에 보관하는 경우에도 같은 법 소정의 '소지'에 해당한다.** (대법원 98도1304)

**비교판례**

폭력행위등처벌에관한법률 제7조에서 말하는 **위험한 물건의 '휴대'**라 함은 범죄현장에서 사용할 의도 아래 위험한 물건을 몸 또는 몸 가까이에 소지하는 것을 말하는 것이고, **자기가 기거하는 장소에 보관하였다**는 것만으로는 위 법조에서 말하는 위험한 물건의 **휴대**라고 할 수 없다. (대법원 92도381)

- ③ **구 총검단속법에서 정한 총포 등의 '사용'은 반드시 탄알·가스 등의 격발에 의한 발사에까지 이르지 아니하였다**라도 그와 밀접한 관련이 있는 행위로서 그로 인하여 인명이나 신체에 대하여 위해가 발생할 위험이 초래된다면 총포 등의 본래의 목적이나 기능에 따른 사용으로서 위 규정에서 정한 '사용'에 해당한다. (대법원 2015도10254)

**Tip**

"총으로 쏘 죽인다."라고 말하며 탄환이 장전되어 있지 아니한 공기총을 꺼내어 들고 총구를 하늘로 향하여 1회 격발하여 협박한 경우 '사용'에 해당한다.

## 제1절 범죄의 의의와 구성요소

## I 범죄의 의의

형식적 범죄개념	형벌법규에 의하여 형벌이 부과되는 행위 즉, 형법에 의해 범죄로 규정되어 있는 행위를 말한다.
실질적 범죄개념	사회적으로 유해하거나 법익을 침해하는 반사회적 행위를 말한다.

## II 형식적 범죄개념의 구성요소

	성립요건(죄)			처벌조건(벌)	소추조건
	구성요건 해당	위법	책임		
결여시 재판	무죄			형면제	형식재판
고의의 인식대상	인식대상 ○	인식대상 ×			
정당방위 성립	정당방위 ×	정당방위 ○			
공범 성립	공범 성립 ×	공범 성립 ○			

## 제2절 범죄의 성립요건

## I 범죄의 성립요건

범죄가 성립하기 위해서는 그 행위가 범죄 구성요건에 해당하는 위법한 행위이어야 하고, 행위자에게 책임을 물을 수 있어야 한다. i) 구성요건 해당성 ii) 위법성 iii) 책임 세 가지를 범죄의 성립요건이라고 한다.

## 1. 구성요건해당성

구성요건이란 형법이 규정하고 있는 범죄가 되기 위한 요건을 말한다. 범죄가 되기 위해서는 그 행위가 구성요건에 해당하는 행위이어야 한다.

사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.(형법 제250조 제1항)

→ '사람' : '사람'을 살해해야 살인죄가 성립하고, 동물을 죽이는 것은 살인죄가 아니다.

→ '살해' : 사람을 '살해'해야 살인죄가 성립하고, 사람을 때리는 것은 살인죄가 아니다.

## 2. 위법성

### (1) 위법성의 의미

위법성이란 구성요건에 해당하는 행위가 전체 법질서에 위배되는 성질을 말한다. 구성요건에 해당하는 행위가 범죄가 되기 위해서는 그 행위가 전체 법질서에 위배된다고 평가될 수 있어야 한다.

### (2) 구성요건해당성과 위법성의 관계(위법성 추정)

구성요건에 해당하는 행위를 하였다든 것은 결국 범죄에 해당하는 행위를 한 것이 되므로 구성요건에 해당하면 일단 위법한 행위를 한 것으로 추정된다.

**Tip** ▶ 범죄는 법에서 금지하는 행위이고, 금지하는 행위를 한 것은 법을 위반한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

### (3) 위법성 조각사유

① 형법에서는 구성요건에 해당하는 행위이지만 일정한 경우 예외적으로 이를 허용하는 경우를 규정하고 있는데, 이를 위법성 조각사유라고 한다.

**예** 정당방위, 법률에 의한 정당행위, 긴급피난 등

② 어떠한 행위가 위법성 조각사유에 해당하면 그 행위는 구성요건에 해당해도 위법한 행위라고 하지 않게 되고, 따라서 무죄가 된다.

**Tip** ▶ 교도관이 사형수에 대하여 사형을 집행하는 것은 '사람'을 '살해'하는 행위로 살인죄의 구성요건에 해당하지만, 위법성 조각사유에 해당하여 무죄가 된다.

**Tip** ▶ 구성요건에 의해 추정된 위법성은 위법성조각사유에 해당하는 경우 깨어진다.

## 3. 책임

### (1) 책임의 의미

위법한 행위를 한 사람에 대하여 가해지는 비난가능성을 의미한다. 구성요건에 해당하고 위법한 행위가 범죄가 되기 위해서는 그 행위를 한 사람에 대하여 비난 즉, 책임을 물을 수 있어야 한다.

### (2) 책임 조각사유

① 형법에서는 위법한 행위를 하였음에도 일정한 경우 그 행위자에 대하여 책임을 묻지 않는 경우(비난할 수 없는 경우)를 규정하고 있는데 이를 책임 조각사유라고 한다.

**예** 형사미성년자(만 14세 미만), 심신상실자 등

## 2. 침해범과 위험범(법익침해 정도)

침해범	보호법익이 현실적으로 침해되어야 구성요건이 충족되는 범죄 예 살인죄, 상해죄, 절도죄 등 주로 개인적 법익에 관한 죄	
위험범	구체적 위험범	<b>법익침해의 현실적 위험이 야기되어야</b> 구성요건이 충족되는 범죄를 말한다. (17.9급국가, 18.경찰승진, 22.해경승진) 예 자기소유 일반건조물방화죄, 타인소유·자기소유 일반물건방화죄, 중손괴죄, 중상해죄
	추상적 위험범	① 법익침해의 일반적 위험성만으로 구성요건이 충족되는 범죄를 말한다. ② 법익침해의 현실적 위험을 요하지 않고, 일정한 <b>행위가 있으면 당연히 위험이 있는 것으로 간주되는</b> 경우로 대부분의 거동범이 해당된다. 예 타인소유 일반건조물방화죄, 현주건조물방화죄, 강제집행면탈죄, 공무집행방해죄, 업무방해죄, 일반교통방해죄, 폭행죄, 모욕죄, 명예훼손죄, 신용훼손죄, 유기죄

	위험	위험 발생			
구체적 위험범	현실적 위험	위험발생 필요 ○	구성요건 ○	고의의 인식대상 ○	입증 필요 ○
추상적 위험범	일반적 위험	위험발생 필요 ×	구성요건 ×	고의의 인식대상 ×	입증 필요 ×

**주의** 추상적 위험범에서 위험은 객관적 구성요건요소이며, 위험이 발생했을 때 비로소 객관적 구성요건이 충족된다. (×) (21.해경승진)

**주의** 중감금죄는 구성요건의 충족을 위해 구체적 위험의 발생을 요구하는 범죄이다. (×) (11.순경차, 16.경간·해경간부, 18.순경2차, 19.순경차, 20.경찰승진, 21.경간·해경간부)

## 3. 즉시범, 상태범, 계속범

즉시범	기수가 되면 범죄행위가 종료되고, 위법상태도 종료되는 범죄 예 살인죄, 군무이탈죄, 도주죄, 범죄단체조직죄
상태범	기수가 되면 범죄행위는 종료되나, 위법상태는 계속되는 범죄 예 내란죄, 학대죄, 절도죄
계속범	기수가 된 후에도 범죄행위와 위법상태가 모두 계속되는 범죄 예 체포죄, 감금죄, 약취·유인죄, 직무유기죄, 일반교통방해죄, 범인도피죄
구별실익	① 즉시범과 상태범은 기수 이후에는 범죄행위가 종료되므로 <b>즉시 공소시효가 진행</b> 하고, <b>정당방위와 공범 성립이 불가능</b> 하다. (22.경찰대면임, 23.순경차) ② 계속범은 기수 이후에도 행위가 계속되기 때문에 공소시효가 진행하지 않고, 정당방위와 공범이 성립 가능하다. (10.순경차, 21.해경간부, 22.경찰대면임, 23.순경차)

	기수	기수 이후	특징	공소시효 기산점 (행위종료시)	공범성립 시기 (행위종료시까지)	정당방위 가능시기 (현재의 부당한 침해)
즉시범	행위종료		기수시기 = 종료시기	종료시 (기수시 ○)	종료시까지 가능 (기수시까지 가능/기수 이후 불가능)	
	위법상태종료					
상태범	행위종료		기수시기 = 종료시기	종료시 (기수시 ○)	종료시까지 가능 (기수시까지 가능/기수 이후 불가능)	
		위법상태계속				
계속범		행위계속	기수시기	종료시 (기수시 ×)	종료시까지 가능 (기수 이후에도 가능)	
		위법상태계속	≠ 종료시기			

**Tip** 상태범은 범죄의 기수시기와 종료시기가 일치하지만, 계속범은 범죄의 기수시기와 종료시기가 일치하지 않고 분리된다. (23.순경1차)

**Tip** 상태범의 경우 행위의 계속과 위법상태의 계속은 일치하지 않고, 계속범의 경우 행위의 계속과 위법상태의 계속은 일치한다. (22.경찰대편입)

**Tip** 계속범의 공소시효는 기수시부터가 아니라 범죄종료시로부터 진행하므로 범죄가 종료한 때로부터 공소시효가 진행된다. (23.순경1차)

**Tip** 상태범은 행위자의 행위가 위법상태를 한번 야기함으로 기수가 되고 동시에 종료되는 범죄로, 이미 야기한 위법상태에 포섭되는 기수 후의 행위는 불가벌적 사후행위가 된다. (17.9급국가)

**주의** 상태범은 기수와 범죄행위의 종료시, 범죄행위의 종료시와 위법상태의 종료시가 모두 일치한다. (×) (18.경찰승진)

**주의** 공소시효는 범죄가 종료된 때부터 진행되므로 계속범에 있어서는 구성요건적 결과의 발생 시가 시효의 기산점이 되며, 상태범에 있어서는 위법상태가 종료된 때가 시효의 기산점이 된다. (×) (22.경찰대편입)

**주의** 상태범과 계속범의 경우 정당방위는 기수시까지 가능하다. (×) (23.순경1차)

**주의** 계속범에 있어 공소시효의 기산점은 범행의 종료시점이 아니라 기수시점이다. (×) (10.순경1차, 21.경찰승진, 22.해경승진)

▶ 관련판례

- ① **군형법 제79조에 규정된 무단이탈죄는 즉시범**으로서 허가없이 근무장소 또는 지정장소를 일시 이탈함과 동시에 완성되고 그 후의 사정인 이탈 기간의 장단 등은 무단이탈죄의 성립에 아무런 영향이 없다. (대법원 83도2450) (20.9급개론)
- ② 구 정당법 제53조, 제22조 제1항에서 규정하는 공무원이나 사립학교 교원이 정당의 당원이 된 죄와 국가공무원법 제84조, 제65조 제1항 및 구 지방공무원법 제82조, 제57조 제1항에서 규정하는 **공무원이 정당 그 밖의 정치단체에 가입한 죄는 공무원이나 사립학교 교원 등이 정당 등에 가입함으로써 즉시 성립하고 그와 동시에 완성되는 즉시범**이므로 그 범죄성립과 동시에 공소시효가 진행된다. (대법원 2013도828) (23.경찰승진)
- ③ 국외여행 기간연장허가를 받지 않고 미국에서 장기간 불법체류 상태로 지내다가 입영의무 등이 면제되는 연령이 넘어 귀국하여 국외여행허가의무 위반으로 인한 병역법위반죄로 기소된 경우, **국외여행허가의무 위반으로 인한 병역법위반죄는 즉시범**으로 공소시효는 국외여행허가기간 만료일로부터 진행된다. (대법원 2019도5925)
- ④ **부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용하는 주차장법위반의 죄는 이른바 계속범**으로서, 종전에 용도 외 사용행위에 대하여 처벌받은 일이 있다고 하더라도 그 후에도 계속하여 용도 외 사용을 하고 있는 이상 종전 재판 후의 사용에 대하여 다시 처벌할 수 있다. (대법원 2005도7283)
- ⑤ **공익법인이 주주관청의 승인을 받지 않은 채 수익사업을 하는 행위는 시간적 계속성이 구성요건적 행위의 요소로 되어 있다는 점에서 계속범**에 해당한다고 보아야 할 것인 만큼 승인을 받지 않은 수익사업이 계속되고 있는 동안에는 아직 공소시효가 진행하지 않는 것이다. (대법원 2004도4751)

## 제1절

## 구성요건의 일반이론

## I 구성요건의 의의

구성요건이란 형법상 금지 또는 요구되는 행위가 무엇인가를 추상적·일반적으로 기술해 놓은 것을 말한다. 어떤 행위가 법적 구성요건에 일치하는 성질을 구성요건해당성이라고 한다.

## II 구성요건과 위법성의 관계

## 1. 인식근거설(통설)

## (1) 위법성의 징표 및 인식근거

구성요건은 위법성의 징표 및 인식근거이다. 구성요건은 법에서 특별히 금지하는 행위를 정형화하여 구성요건에 규정한 것이므로 **구성요건에 해당하면 곧 위법하다고 추정**할 수 있다.

**Tip** 구성요건에 해당하는 행위는 위법성이 추정되므로 행위자에게 그 행위가 위법할 수 있음을 경고하는 기능을 한다. (경고·환기 기능)

## (2) 잠정적 반가치판단

구성요건해당성에 의해 추정된 위법성은 위법성조각사유가 있는 경우 제거될 수 있다. 따라서 구성요건해당성은 행위의 위법성에 대한 **중국적 판단**이 아니라 **잠정적 판단**에 지나지 않는다.

## (3) 소극적인 방식으로 위법성 판단

불법은 구성요건해당성과 위법성으로 구성되는데 구성요건에 해당하면 위법성이 추정된다. 따라서 위법성의 판단은 구성요건해당성을 전제로 추정된 위법성을 제거할 수 있는지 즉, 위법성조각사유에 의해 위법성이 조각되는지를 검토하는 소극적인 방식으로 이루어진다.

## 2. 소극적 구성요건표지이론(소극적 구성요건요소이론)

## (1) 위법성조각사유도 구성요건

위법성조각사유를 소극적 구성요건요소로 이해하고, 통상의 구성요건(적극적 구성요건)과 함께 구성요건에 통합이 되어 **총체적 불법구성요건**이 된다. 따라서 범죄체계도 구성요건과 책임의 2단계로 구성된다.

**Tip** 총체적 불법구성요건에 해당하기 위해서는 적극적으로 통상의 구성요건에 해당하고, 소극적으로 위법성 조각사유가 부존재해야 한다.

**Tip** 소극적 구성요건표지이론에 의하면 구성요건과 위법성조각사유는 불법구성요건을 확정하는 동일한 기능을 가지지만, 전자는 불법을 적극적으로, 후자는 소극적으로 확정하는 차이가 있다. (16.경간)

(2) 위법성의 존재근거

(총체적 불법)구성요건에 해당한다는 것은 구성요건에 해당하고, 위법성조각사유가 존재하지 않는 것까지 확인되는 것이기 때문에 (총체적 불법)구성요건에 해당하면 위법성이 인정되게 된다. 즉, 구성요건해당성은 곧 **위법성의 존재여부를 결정하는 존재근거**가 된다.

(3) 단정적 반가치판단

(총체적 불법)구성요건에 해당하면 언제나 위법하다고 평가되기 때문에 구성요건해당성은 잠정적인 판단이 아니라 **유보없는 종국적이고 단정적인 반가치판단**이 된다.

**주의** ▶ 불법구성요건에 해당한다는 것은 행위에 대한 잠정적 반가치판단을 의미하며 구성요건해당성은 위법성의 인식근거가 아니라 존재근거가 된다. (X) (11.순경2차)

**주의** ▶ 구성요건의 경고적 기능을 충분히 고려하고 있다. (X) (11.순경2차)

(4) 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오는 구성요건 착오

위법성조각사유를 소극적 구성요건요소로 보기 때문에 **위법성조각사유의 부존재를 고의의 인식대상에 포함**시킨다. 따라서 위법성조각사유 및 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오는 구성요건적 착오가 되어 **고의가 부정되고 과실범 성립여부가 문제**된다. (13.9급국가, 19.순경차)

**Tip** ▶ 위법성조각사유의 전제사실에 대한 착오를 과실범으로 처벌하는 근거를 용이하게 설명할 수 있다는 평가를 받는다. (11.순경2차)

(5) 위법성의 독자성 무시

위법성조각사유가 존재하는 경우에도 구성요건해당성이 부정된다는 점에서 **처음부터 구성요건에 해당하지 않는 행위와 구성요건에 해당하지만 위법성이 조각되어 허용되는 행위 사이의 질적 차이를 무시**한다는 비판을 받는다. (18.경간)

	범죄체계			내용
인식근거설	구성요건	위법	책임	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 3단계 범죄체계(구성요건, 위법성, 책임)</li> <li>• 위법성조각사유는 고의의 인식대상 아님</li> <li>• 위법성조각사유에 대한 착오는 금지착오</li> </ul>
소극적 구성요건 표지이론	구성요건(=불법)		책임	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 2단계 범죄체계(불법과 책임)</li> <li>• 위법성조각사유는 고의의 인식대상 포함</li> <li>• 위법성조각사유 착오는 구성요건적 착오</li> </ul>
	적극적 구성요건	소극적 구성요건 (위법성조각사유)		

	구성요건 해당	위법성조각사유 존재
인식근거설	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 금지되는 행위이므로 위법성이 추정(잠정적 판단)</li> <li>• 구성요건은 위법성의 인식근거(징표)</li> </ul>	구성요건에 해당하나 조각사유에 의해 위법성 추정이 깨짐(위법 X)
소극적 구성요건 표지이론	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 구성요건에 해당하면 불법 확정(단정적 반가치판단)</li> <li>※ 총체적 불법구성요건</li> <li>• 구성요건은 위법성의 존재근거</li> </ul>	구성요건해당성이 부정(처음부터 금지된 행위가 아니다.)