

제 1 주차 살인의 죄

I. (보통)살인죄

<p>제250조 (살인) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제254조 (미수범) 전4조의 미수범은 처벌한다.</p> <p>제255조 (예비, 음모) 제250조와 제253조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>제256조 (자격정지의 병과) 제250조, 제252조 또는 제253조의 경우에 유기징역에 처할 때에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.</p>
--

1. 의 의

(1) 개념

살인죄는 사람을 (고의로) 살인함으로써 생명을 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 형법에는 보통살인죄 이외에도 형법상 내란목적살인죄(제88조)¹⁾, 현주건조물등방화치사죄(제164조 제2항), 존속살해죄(제250조 제2항), 영아살해죄(제251조), 촉탁승낙살인죄(제252조 제1항), 위계등살인죄(제253조), 강간등살인죄(제301조의2), 인질살해죄(제324조의4), 강도살인죄(제338조), 해상강도살인죄(제340조 제3항) 등이 규정되어 있다. 그 밖에도 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」상 형사사건의 증인 등에 대한 보복목적살인죄(동법 제5조의9), 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 강간등살인죄(동법 제9조 제1항)²⁾ 등이 규정되어 있다.

-
- 1) 제88조(내란목적의 살인) 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 사람을 살해한 자는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.
 - 2) 제9조(강간 등 살인·치사) ① 제3조부터 제7조까지, 제14조(제3조부터 제7조까지의 미수범으로 한정한다)의 죄 또는 형법 제297조(강간)부터 제300조(미수범)까지의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. ② 제4조부터 제6조까지 또는 제14조(제4조부터 제6조까지의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 사망에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다. ③ 제7조 또는 제14조(제7조의 미수범으로 한정한다)의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

현행 형법은 살인과 살해를 혼용하고 있으나, 구별의 실익이나 특별히 구별하여 사용할 필요성은 없다고 본다. 살해란 살인을 하여 해를 입힌다는 의미로 볼 수 있는 바, 이렇게 본다면 절도해죄, 강간해죄, 방화해죄 등이라고 해야 논리일관적이지만 그렇게 죄명을 호칭하고 있지는 않다. 살인 등의 범죄를 저지르게 되면 당연히 일정한 해를 입히기 마련이므로 단순히 '살인죄'라고 표현하는 것이 타당하다.

또한 외국의 경우(독일 형법 제211조 제2항³⁾ · 제212조 제1항⁴⁾, 미국 모범형법전 제210-2조⁵⁾ · 제210-3조, 프랑스 형법 제221-1조 · 제221-3조 · 제221-4조, 오스트리아 형법 제75조 · 제76조, 스위스 형법 제112조, 대만 형법 제271조 · 제273조, 舊 일본 형법(1880년) 제292조 · 제294조 등)에는 모살(謀殺, 중살인죄, Mord, murder)과 고살(故殺, 보통살인죄, Todsschlag, manslaughter)을 구분하여 처벌을 달리하고 있으나, 우리나라의 경우에는 이러한 구분을 하고 있지 않다. 모살이란 고의 외에 행위자의 특별한 내적 동기나 목적 또는 특별한 행위방법으로 사람을 살해한 경우에 성립함에 반하여, 이러한 특별한 사항이 없는 경우를 고살이라고 하여, 고살의 경우 모살에 비하여 경하게 처벌한다.

우리나라의 경우 모살과 고살을 구별하자는 주장⁶⁾과 구별하지 말자는 주장⁷⁾이 대립하고 있다. 구별설은 불법과 책임의 내용에 따른 차이를 인정하여 살인죄를 유형화하는 것이 합리적이라는 점, 구별을 통하여 보통살인죄의 범정형에서 사형을 배제함으로써 살인죄에 대한 극형의 범위를 제한할 수 있다는 점, 중살인죄를 신설할 경우 내란목적살인죄 · 강도살인죄 · 보복목적살인죄 · 강간살인죄 등의 가중처벌 유형들을 별도로 둘 필요가 없다는 점 등을 논거로 제시하고 있다. 반면에 불구별설은 중살인죄와 보통살인죄를 구별할 기준이 명확하지 않다는 점, 살인죄에 대해서만 불법과 책임을 세분화할 필요가 없다는 점, 현행법상으로도 중살인죄에 해당하는 규정이 세분화되어 있다는 점, 중살인죄를 도입할 경우 중살인죄에 해당하는 경우 구체적인 사정의 고려 없이 무거운 형벌을 부과하여 구체적 타당성이 결여되어 형벌권이 남용된다는 점 등을 논거로 제시하고 있다.

생각건대 불구별설이 타당하다고 본다. 왜냐하면 행위자의 특별한 요인은 먼저 현행 형법상의 살인과 관련한 다양한 구성요건으로 어느 정도 해결할 수 있고, 다음으로 양형에서 고려될 수 있기 때문이다. 또한 외국에서 모살과 고살의 실질적인 구별실익은 사형의 부과시

3) 독일 형법 제211조 제2항('살해하려는 욕망에서나 성욕을 만족시키기 위해서거나 혹은 탐욕이나 기타 비열한 동기를 가지고 사악하거나 잔인하거나 위험한 물건으로써 범행하거나 혹은 다른 범죄를 수행하거나 은폐하기 위해 사람을 살해한 자는 모살자이다')과 제212조.

4) 독일 형법 제212조 제1항('고살자는 모살자에 해당하지 아니한 자로 사람을 살해한 자이다').

5) 미국 모범형법전 제210-2조('다음의 경우는 모살이다. (1) 살해의 목적으로 혹은 고의적으로 행해진 살인, 행위자가 강도, 강간 또는 성폭력, 방화, 범죄목적 주거침입, 유괴, 중도주 등의 범행의 기수, 미수 또는 그 공범이거나 동 범죄의 기수나 미수 후 도주 중에 살해를 한 경우 과실과 (인간생명에 대한 극단적) 무관심이 추정된다').

6) 오영근, §2/3.

7) 김성돈, 29면.

모살의 경우에 한정하여야 한다는 사형제한론에 있는데, 우리나라의 경우 실질적인 사형폐지국의 입장에 있으므로 사형제한론과 관련된 구별실익은 별로 없다고 볼 수 있다.

(2) 보호범의

보호범의는 사람의 생명이며, 보호의 정도는 침해범이다. 살인죄의 보호범의를 논함에 있어서 ‘절대적’ 생명보호의 원칙보다는 ‘최대한’⁸⁾ 생명보호의 원칙이 우리 형법의 태도에 부합한다. 그 이유로는 ① 사형제도의 인정, ② 정당방위상황에서의 생명침해 인정⁹⁾, ③ 기대불가능상황에서의 생명침해 인정, ④ 전쟁상황에서의 생명침해 인정, ⑤ 적극적 안락사의 인정¹⁰⁾, ⑥ 「장기 등 이식에 관한 법률」상 뇌사자에 대한 생명침해 인정 등이 허용되고 있기 때문이다.

2. 객관적 구성요건

(1) 주 체

작위에 의한 살인죄의 경우 피해자 이외의 모든 사람(자연인)이 주체가 되므로 비신분범에 해당한다. 하지만 부작용에 의한 살인죄가 성립하는 경우에는 주체의 요건으로 보증인적 지위를 요하므로 진정신분범이 된다. 모든 범죄는 부작용에 의하여 발생할 수 있는데, 그렇다면 모든 범죄는 신분범으로 보아야 하는 문제가 있다.

자살의 경우는 살인죄의 구성요건해당성이 없는 것이다. 따라서 자살행위의 경우 자살자는 본죄의 주체가 될 수 없다. 그러므로 자살미수자의 경우에도 별다른 형사처벌을 가할 수는 없다.

자신을 살해하도록 촉탁승낙을 하였으나 죽지 않고 살아남은 자에게 촉탁승낙살인 미수죄의 교사범을 인정할 수 있는가의 문제가 있다. 이에 대하여 살아남은 자는 촉탁승낙살인죄에 의하여 보호되는 범의의 향유자로서 불가벌적 대상자에 해당하므로 공범의 성립을 부정하는 견해¹¹⁾ 등의 학설의 대립이 있다.

(2) 객 체

8) 김성돈, 28면, 34면; 임웅, 10면; 배종대, §12/1.

9) 대법원 1968. 5. 7. 선고 68도370 판결.

10) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결.

11) 김성돈, 30면.

1) 사 랫

행위자 이외의 사람(자연인), 즉 살아있는 타인을 의미하기 때문에 죽은 사람은 이에 해당하지 아니한다. 이미 죽은 사람에게는 사체오육죄(제159조)¹²⁾ 내지 사체손괴죄(제161조 제1항)¹³⁾의 성립 여부가 문제될 뿐이다. 또한 출생 전의 상태인 태아 또는 배아도 사람은 아니다.

한편 사람의 상태는 문제되지 아니한다. 따라서 자살 중인 자¹⁴⁾, 사형판결이 확정되어 집행대기 중인 자, 낙태행위로 인하여 살아있는 영아¹⁵⁾, 인공적인 생명연장장치로 연명하고 있는 환자, 생존능력이 없는 미숙아 등도 객체가 된다.

2) 사람의 시기(始期)

생리적 과정으로서 사람의 출산과정을 보면 수정된 난자는 배포체(blastocyst)로 성장된 후 7일이 지나서 배아(embryo)를 형성하게 된다. 그리고 배아는 8주 정도의 배아단계를 지나 태아(fetus)단계에 도달해서 약 30주간의 기간이 지나 출산을 하게 된다.

먼저 자연분만수술의 경우 사람의 출생시기와 관련하여 학설이 대립하고 있다. ① 자궁경부의 자궁구가 열리고 태아가 태반으로부터 분리되기 시작하면서 느끼는 산모의 진통이 있는 시기로 보는 (개방¹⁶⁾)진통설 또는 분만개시설(판례¹⁷⁾ 및 다수설¹⁸⁾, ② 태아의 신체 일부가 모체에서 노출되는 시기로 보는 일부노출설(일본의 다수설 및 판례), ③ 태아의 신체 전부가 모체에서 완전히 노출되는 시기로 보는 전부노출설(우리나라 민법상의 다수설¹⁹⁾), ④

12) 제159조(사체등의 오욕) 사체, 유골 또는 유발을 오욕한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

13) 제161조(사체등의 영득) ① 사체, 유골, 유발 또는 관내에 장치한 물건을 손괴, 유기, 은닉 또는 영득한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

14) 대법원 1948. 5. 14. 선고 4281형상38 판결: 피해자가 자살 도중이라도 이에 가공하여 살해의 목적을 달성한 경우에는 살인죄가 된다.

15) 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결: 낙태되는 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없는 것이므로, 피고인이 살아서 출생한 미숙아에게 염화칼륨을 주입한 것을 낙태를 완성하기 위한 행위에 불과한 것으로 볼 수 없고, 살아서 출생한 미숙아가 정상적으로 생존할 확률이 적다고 하더라도 그 상태에 대한 확인이나 최소한의 의료행위도 없이 적극적으로 염화칼륨을 주입하여 미숙아를 사망에 이르게 한 피고인에게는 미숙아를 살해하려는 범의도 있었던 것으로 보아야 한다.

16) 이는 분만 개시 전에 느끼는 사전진통과 분만 개시 후에 느끼는 압박진통의 중간에서 느끼는 진통을 의미한다. 진통설이라는 용어는 자연분만의 경우에 통용될 수 있으나 제왕절개수술의 경우에는 진통을 느끼지 못하므로 진통설 보다는 분만개시설이 보다 정확하고 통일적인 용어의 사용이 될 것이다 (同誌 김성돈, 31-32면; 임웅, 14면).

17) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결: 사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법의 해석으로는 규칙적인 진통을 동반하면서 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)가 사람의 시기라고 봄이 타당하다.

18) 김성돈, 31면; 오영근, §2/9.

태아가 태반에 의한 호흡을 멈추고 독립하여 폐에 의한 호흡을 하는 시기로 보는 독립호흡 설 등의 대립이 그것이다.

생각건대 분만개시설이 타당하다. 왜냐하면 영아살해죄에는 ‘분만 중 또는 분만직후의 영아’라는 개념을 사용하고 있는데, ‘영아’는 사람의 한 형태이기 때문이다. 따라서 분만을 개시하면 사람으로 보아야 한다. 이는 출산과정에서 발생할 수 있는 (의사의) 부주의로 인한 사고에 대한 경각심을 일깨워 사람의 생명을 보다 앞선 단계에서 보호하고자 한 것이다.²⁰⁾

다음으로 개방진통이 시작되기 전에 행하는 제왕절개수술²¹⁾에 의한 분만의 경우 사람의 출생시기와 관련하여 학설이 대립하고 있다. ① 복부피하지방층절개시설²²⁾, ② 자궁절개시설²³⁾, ③ 일부노출설²⁴⁾ 등의 대립이 그것이다. 판례의 태도²⁵⁾는 자궁절개시 이후로 보는 듯하다.

생각건대 자궁절개시설이 타당하다. 복부피하지방층절개시점에 사람에 대한 직접적인 위

-
- 19) 민법은 권리능력의 주체가 될 수 있는지의 여부를 기준으로 사람의 시기를 결정한다.
 - 20) 대법원 1982. 10. 12. 선고 81도2621 판결: 사람의 생명과 신체의 안전을 보호법익으로 하고 있는 형법상의 해석으로서 사람의 시기는 규칙적인 진통을 동반하면서 태아가 태반으로부터 이탈하기 시작한 때 다시 말하여 분만이 개시된 때(소위 진통설 또는 분만개시설)라고 봄이 타당하며 이는 형법 제251조(영아살해)에서 분만 중의 태아도 살인죄의 객체가 된다고 규정하고 있는 점을 미루어 보아도 그 근거를 찾을 수 있는 바이니 조산원이 분만 중인 태아를 질식사에 이르게 한 경우에는 업무상 과실치사죄(‘업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다’)가 성립한다(사실관계: 조산사가 임신부의 해산을 조력함에 있어 임신부의 골반이 태아에 비하여 협소할 뿐만 아니라 분만지통의 통증이 극심하고 또 양수가 파수되는 등 난산으로 정상분만이 어려운 상태임에도 불구하고 정상분만할 수 있으리라고 경신하여 전문의의 지시나 진찰을 받게 하지 아니하고 수습회에 걸쳐 산모의 배를 훑어 내리고 자궁수축제를 10여회 주사한 결과 분만중인 아이를 질식사에 이르게 하였다).
 - 21) 동 수술은 복부피하지방층절개 → 복막절개 → 자궁절개 → 양막절개 → 태아의 머리 적출 → 태반 적출 → 근육층 봉합 → 피하지방층 봉합 → 피부층 봉합의 순으로 진행된다.
 - 22) 오영근, §2/10.
 - 23) 김성돈, 31면(‘자궁구가 열리고 태아가 태반으로부터 분리되기 시작하는 시점으로써 개방진통의 시기와 가장 근사한 시점인 자궁절개시가 바로 분만개시가 되는 시점으로 타당하다’).
 - 24) 이정원, 35면.
 - 25) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2005도3832 판결: 제왕절개 수술의 경우 ‘의학적으로 제왕절개 수술이 가능하였고 규범적으로 수술이 필요하였던 시기’는 판단하는 사람 및 상황에 따라 다를 수 있어, 분만개시 시점 즉, 사람의 시기도 불명확하게 되므로 이 시점을 분만의 시기로 볼 수는 없다. 현행 형법이 사람에 대한 상해 및 과실치사상의 죄에 관한 규정과는 별도로 태아를 독립된 행위객체로 하는 낙태죄, 부동의 낙태죄, 낙태치상 및 낙태치사의 죄 등에 관한 규정을 두어 포태한 부녀의 자기낙태 행위 및 제3자의 부동의 낙태행위, 낙태로 인하여 위 부녀에게 상해 또는 사망에 이르게 한 행위 등에 대하여 처벌하도록 한 점, 과실낙태행위 및 낙태미수행위에 대하여 따로 처벌규정을 두지 아니한 점 등에 비추어 보면, 우리 형법은 태아를 임신부 신체의 일부로 보거나, 낙태행위가 임신부의 태아 양육, 출산 기능의 침해라는 측면에서 낙태죄와는 별개로 임신부에 대한 상해죄를 구성하는 것으로 보지는 않는다고 해석된다. 따라서 태아를 사망에 이르게 하는 행위가 임신부 신체의 일부를 훼손하는 것이라거나 태아의 사망으로 인하여 그 태아를 양육, 출산하는 임신부의 생리적 기능이 침해되어 임신부에 대한 상해가 된다고 볼 수는 없다(사실관계: 37세의 임신부가 출산을 위해 조산원에 입원하였는데, 당시 진통은 없었으나 분만에정일을 14일이나 넘겨 태아가 5.2킬로그램까지 성장한 상태이어서 의학적으로 자연분만이 부적절하여 제왕절개 수술이 유일한 출산방법이었다. 그런데 조산사는 태아의 자연분만을 시도하다가 업무상의 과실로 인하여 그 태아를 사망에 이르게 하였다. 결론은 무죄이다.) 평석: 임신부는 분만을 위한 규칙적인 진통이 없었으므로 진통설에 의하면 그 태아는 사람이 아니다. 또한 제왕절개수술에 의한 분만이 가능했지만 하지 않았는데, 제왕절개수술이 가능했고 또 필요했던 시점을 사람의 시기로 볼 수도 없으므로 그 태아 역시 사람이 아니다. 따라서 조산사에게 업무상 과실치사죄가 부정된다.

험이 초래된다고 보는 것이 너무 이르기 때문에 적어도 자궁 내에서 사람이 되기 직전의 단계에 있는 태아에 대한 직접적인 위험의 초래 시점이라고 볼 수 있는 자궁절개시점이 분만 개시설의 취지와 동일하기 때문이다.

3) 사람의 종기(終期)

사람의 사망시기에 대해서는 학설의 대립이 있다. ① 호흡이 영구히(불가역적으로) 정지한 시기로 보는 호흡중지설, ② 뇌의 기능이 영구히 정지한 시기로 보는 (전)뇌사설²⁶⁾, ③ 심장의 고동인 맥박이 영구히 정지한 시기로 보는 맥박중지설 또는 심장사설²⁷⁾, ④ 종합판정설²⁸⁾ 등의 대립이 그것이다.

생각건대 심장사설이 타당하다. 왜냐하면 현행법이 뇌사자를 사망한 것으로 보지 않기 때문이다. 「장기 등 이식에 관한 법률」 제3조 제4호에 의하면 ‘살아있는 자’라 함은 사람 중에서 뇌사자를 제외한 자를 말하며, ‘뇌사자’라 함은 동법에 의한 뇌사판정기준 및 뇌사판정절차에 따라 뇌 전체의 기능이 되살아 날 수 없는 상태로 정지되었다고 판정된 자를 말한다. 또한 동법 제17조에 의하면 ‘뇌사자가 이 법에 의한 장기 등의 적출로 사망한 때에는 뇌사의 원인이 된 질병 또는 행위로 인하여 사망한 것으로 본다’고 한다. 이는 뇌사자도 사망할 수 있다는 의미이다. 동법은 뇌사자의 장기이식을 일정한 경우 허용하고 있는 것인데, 이는 심장사설에 입각하여 장기이식을 법령에 의한 행위로 위법성을 조각시키는 역할을 한다고 보아야 한다. 또한 뇌사자의 연고자는 가족으로, 사망한 자의 연고자는 유족으로 표현하고 있기도 하다(동법 제3조 제5호, 제18조 제3항). 결론적으로 동법은 뇌사자를 사망한 것으로 간주하지 않기 때문에 뇌사설을 채택한 것으로 보기는 어렵다.

뇌사설과 심장사설의 대립은 장기이식수술과 관련하여 문제가 되어 왔는데, 뇌사를 확정할 수 있는 신뢰할 만한 기준이나 방법이 없다는 점, 장기이식을 위해 뇌사인정이 악용될 수 있다는 점, 우리의 정서에 반한다는 점 등에서 뇌사설을 취하는 것은 시기상조로 보여진다.

(3) 행 위

26) 대뇌, 소뇌, 뇌간 등 뇌의 모든 기능이 불가역적으로 소실되면 사망으로 본다. 뇌사설은 1968. 8. 9. 제22차 세계의사학회에서 채택된 Sydney선언에서 비롯되었다.

27) 김성돈, 33면.

28) 호흡의 중지, 맥박의 중지, 동공의 확대 및 고정, 대광반사의 소실 등의 징후를 종합적으로 고려하여 사망의 시기를 결정한다(3징후설 내지 종합판정설). 1986년 일본에서 뇌가 죽은 사람은 뇌가 생성하는 항 이노 호르몬이 부족하다는 사실에 주목하여 뇌사에 이른 환자에 대해 이 호르몬을 투여한 결과 3일 내에 죽었을 환자가 평균 23일 동안 살았다는 보고서가 신경외과 학술지에 발표되면서 뇌사를 인간의 죽음으로 받아들일 수 없다고 하였다.

살해하는 것이다. 살해란 고의로 사람의 생명을 자연적인 사기(死期)에 앞서 인위적으로 단절시키는 것을 말한다. 살해의 수단이나 방법에는 제한이 없으나, 살해행위로서의 사회적 정형성은 갖추고 있어야 한다. 예를 들면 처마 밑에 칼에 꽂힌 인형을 넣어 두고 타인의 사망을 기도했는데 그 타인이 사망한 경우, 그림 속의 인물에 대하여 저주하며 석궁을 쏘았는데 그 인물이 사망한 경우 등에서는 살인행위의 사회적 정형성이 없을 뿐만 아니라 형법상의 인과관계도 부정된다.

또한 작위뿐만 아니라 부작위²⁹⁾에 의한 살해도 가능하다. 예를 들어 의사가 응급환자의 진료를 거부하여 사망하게 한 경우, 부모가 유아를 방치하여 사망하게 한 경우, 수상안전요원이 물에 빠진 사람을 구조하지 않아 사망하게 한 경우 등에서 부작위에 의한 살인죄가 성립할 수 있다.

간접정범의 형태로도 살인죄를 범할 수 있으나, 기망에 의하여 피해자를 자살하게 한 경우에는 살인죄의 간접정범이 아니라 자살자가 자살의 의미를 이해할 경우에는 위계 · 위력에 의한 살인죄가 성립한다. 하지만 자살자가 자살의 의미를 이해하지 못할 경우에는 살인죄의 직접정범이 성립한다.

무고나 위증 등의 방법으로 재판을 통하여 사형을 당하게 하는 경우 살인죄가 성립할 수 있는가에 대하여 법원의 직권에 의한 실체진실발견의무를 인정하고 있는 형사소송법상 고발인, 증인에 의한 재판지배(우월적인 의사지배)를 인정할 수 없으므로 살인죄의 간접정범이 성립할 수 없다는 부정설³⁰⁾과 법관의 착오를 유발하거나 살해위협 등의 강요로 인하여 배후인이 재판을 지배하는 것이 가능하고, 소송사기처럼 법원에 대한 기망이 인정된다는 점을

29) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결: 형법 제18조에 의하면 위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생한 결과에 의하여 처벌하도록 규정되어 있는바, 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가, 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다고 할 것이다. 피고인이 조카인 피해자 1(10세)과 2(8세)를 살해할 것을 마음먹고, 피해자들을 불러내어 미리 물색하여 둔 저수지로 데리고 가서 인적이 드물고 경사가 급하여 미끄러지기 쉬운 제방쪽으로 유인하여 함께 걷다가, 피해자 1로 하여금 위와 같이 가파른 물가에서 미끄러져 수심이 약 2미터나 되는 저수지 물속으로 빠지게 하고, 그를 구호하지 아니한 채 앞에 걸어가고 있던 피해자 2의 소매를 잡아당겨 저수지에 빠뜨림으로써 그 자리에서 피해자들을 익사하게 한 것이라면, 소론과 같이 피해자 1이 스스로 미끄러져서 물에 빠진 것이고, 그 당시는 피고인이 살인죄의 예비단계에 있었을 뿐 아직 실행의 착수에는 이르지 아니하였다고 하더라도, 피고인은 피해자들의 숙부로서 위와 같은 익사의 위험에 대처할 보호능력이 없는 나이 어린 피해자들을 급한 경사로 인하여 미끄러지기 쉬운 위와 같은 익사의 위험이 있는 저수지로 데리고 갔던 것이므로, 피고인으로서의 피해자들이 물에 빠져 익사할 위험을 방지하고 피해자들이 물에 빠지는 경우 그들을 구호하여 주어야 할 법적인 작위의무가 있다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 상황에서 피해자 1이 물에 빠진 후에 피고인이 살해의 범의를 가지고 그를 구호하지 아니한 채 그가 익사하는 것을 용인하고 방관한 행위(부작위)는 피고인이 그를 직접 물에 빠뜨려 익사시키는 행위와 다름없다고 형법상 평가될 만한 살인의 실행행위라고 보는 것이 상당하다(피고인은 무기징역형에 처해졌다).

30) 김성돈, 35면.

고려할 때, 살인죄의 간접정범이 성립할 수 있다는 긍정설의 대립이 있다. 이에 대한 판례는 아직 없다.

(4) 인과관계

살인죄는 살인행위와 사망이라는 결과 사이에 인과관계를 구성요건요소로 하는 결과범에 속한다. 이러한 살인의 실행행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생하게 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이어야만 되는 것은 아니므로, 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다고 하더라도 그와 같은 사실이 통상 예견할 수 있는 것에 지나지 않는다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 한다.³¹⁾ 또한 피고인의 행위가 피해자를 사망하게 한 직접적 원인은 아니었다고 하더라도 이로부터 발생된 다른 간접적 원인이 결합되어 사망의 결과를 발생하게 한 경우라도 그 행위와 사망간에는 인과관계가 있다고 할 것이지만³²⁾, 형법상의 인과관계가 부정되면 미수범으로 처벌된다. 한편 부검은 사망 이전의 질병 경과나 사망을 초래한 직접 혹은 간접적 요인들을 자세한 관찰 및 검사를 통하여 규명하는 것으로서, 사망원인의 인정 내지 추정을 위하여는 단편적인 개별 소견을 종합하여 최종 사인에 관한 판단에 이르는 추론의 과정을 거쳐야 한다. 따라서 부검의(剖檢醫)가 사체에 대한 부검을 실시한 후 어떤 것을 유력한 사망원인으로 지시한다고 하여 그 밖의 다른 사인이 존재할 가능성을 가볍게 배제하여서는 아니 되고, 특히 형사재판에서 부검의의 소견에 주로 의지하여 유죄의 인정을 하기 위해서는 다른 가능한 사망원인을 모두 배제하기 위한 치밀한

31) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도3612 판결: 피해자는 피고인들의 이 사건 범행으로 입은 자상으로 인하여 급성신부전증이 발생되어 치료를 받다가 다시 폐염·패혈증·범발성혈액응고장애 등의 합병증이 발생하여 1993. 3. 17. 사망한 사실, 급성신부전증의 예후는 핏뇨형이나 원인질환이 중증인 경우에 더 나쁜데, 사망률은 30% 내지 60% 정도에 이르고 특히 수술이나 외상 후에 발생한 급성신부전증의 경우 사망률이 가장 높은 사실, 급성신부전증을 치료할 때에는 수분의 섭취량과 소변의 배설량을 정확하게 맞추어야 하는 사실, 위 피해자는 외상으로 인하여 급성신부전증이 발생하였고 또 소변량도 심하게 감소된 상태였으므로 음식과 수분의 섭취를 더욱 철저히 억제하여야 하는데, 이와 같은 사실을 모르고 콜라와 김밥 등을 함부로 먹은 탓으로 체내에 수분저류가 발생하여 위와 같은 합병증이 유발됨으로써 사망하게 된 사실 등을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 위 피고인들의 이 사건 범행이 위 피해자를 사망하게 한 직접적인 원인이 된 것은 아니지만, 그 범행으로 인하여 위 피해자에게 급성신부전증이 발생하였고 또 그 합병증으로 위 피해자의 직접사인이 된 패혈증 등이 유발된 이상, 비록 그 직접사인의 유발에 위 피해자 자신의 과실이 개재되었다고 하더라도 이와 같은 사실은 통상 예견할 수 있는 것으로 인정되므로, 위 피고인들의 이 사건 범행과 위 피해자의 사망과의 사이에는 인과관계가 있다고 보지 않을 수 없다.

32) 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2525 판결: 진단서에는 직접사인 심장마비, 호흡부전, 중간선행사인 패혈증, 급성심부전증, 선행사인 자상, 장골 정맥파열로 되어 있으나, 증인의 증언에 의하더라도 망인의 경우 패혈증은 자창의 감염과 2차에 걸친 수술, 과다한 수혈때문이며, 망인의 증상에 비추어 수술과 수혈은 불가피했다는 것이고 심부전증, 심장마비는 몸 전체의 기관의 기능이 감소되어 생긴 것이라는 것이므로 피해자가 이 사건 범행으로 부상한 후 1개월이 지난 후에 패혈증 등으로 사망하였다고 하더라도 그 패혈증이 자창으로 인한 과다한 출혈과 상처의 감염 등에 연유한 것인 이상 피고인의 행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계의 존재를 부정할 수는 없다.

논증의 과정을 거치지 않으면 아니 된다. 더구나 사체에 대한 부검이 사망으로부터 상당한 시간이 경과한 후에 실시되고 그 과정에서 사체의 이동·보관에 따른 훼손·변화 가능성이 있는 경우에는 그 판단에 오류가 포함될 가능성을 전적으로 배제할 수 없다.³³⁾

3. 주관적 구성요건

(1) 고 의

살인죄에 있어서의 고의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고, 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의로도 인정되는 것이다.³⁴⁾ 또한 피고인이 범행 당시 살인의 범의는 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생 가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없는 것이다.³⁵⁾ 더 나아가 행위자가 미리 살해할 결의를 한 경우에 한하여 성립되는 것은 아니다. 고의가 없는 경우³⁶⁾에는 과실치사죄, 상해치사죄, 폭행치사죄 등의 범죄 성립이 문제될 뿐이다.

한편 에이즈 환자가 제3자에게 에이즈를 감염시킨 경우에 살인죄가 성립하는가에 대한 논란이 있었으나, 이러한 행위는 「후천성면역결핍증 예방법」 제19조(‘감염인은 혈액 또는 체액을 통하여 타인에게 전파매개행위를 하여서는 아니 된다.’)의 규정에 위반하여 3년 이하의 징역에 처해지므로(동법 제25조 제2호), 입법적으로 해결되었다.³⁷⁾

33) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결.

34) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9867 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도507 판결; 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결; 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2231 판결; 대법원 1998. 3. 24. 선고 97도3231 판결 등.

35) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9867 판결: 피고인이 사소한 이유로 성인 여성 1명을 때려 숨지게 하고, 몇 달 지나지 않아 다시 자신의 힘으로 스스로를 방어하기 힘든 여자 어린이 2명을 유인하여 강제추행한 다음 살해한 점, 그 후 이를 은폐하기 위하여 치밀한 계획 아래 사체들을 여러 토막으로 절단하고 이를 야산에 나누어 묻거나 하천에 버리는 등 그 범행수단이 잔혹하고 무자비하여 온 사회를 경악하게 만든 점, 이 사건 각 범행에 이르게 된 동기에 전혀 납득할 만한 사정이 없는 점, 피고인의 수사기관과 법정에서의 진술 태도에 비추어 피고인이 진심으로 그 잘못을 뉘우치고 있는지에 대하여 의심이 가고, 오히려 여성 및 사회를 닦하면서 자신의 행위를 합리화하려는 경향이 있으며 개선 교화의 여지도 거의 없고, 또한 동일한 범행을 반복한 점에 비추어 재범의 위험성이 매우 큰 점 등을 종합적으로 고려하여 피고인에게 사형을 선고한 조치는 정당한 것이다(세칭 ‘해진·예슬양 사건’).

36) 대법원 1957. 5. 24. 선고 4290형상56 판결: 경찰관이 질주하는 화물자동차의 승강구에 뛰어올라 동 차에 적재되어 있는 임산물에 대한 부정성 여부를 조사하기 위하여 정차를 명함에 있어 화주가 이를 피하기 위하여 경찰관을 폭행하여 동 차로부터 추락시킨 결과 사망케 한 경우, 위 사실만으로는 가해자가 피해자를 살해할 것을 결의하였다고 속단할 수는 없다.

37) 이에 대하여 형법상 중상해죄를 인정하는 견해(김성돈, 35면)가 있다.

피해자에 대한 가해행위를 직접 실행한 피고인이 피해자의 머리카락이나 가슴 등 치명적인 부위가 아닌 허벅지나 종아리 부위 등을 주로 찔러 칼로 피해자를 20여회나 힘껏 찔러 그로 인하여 피해자가 과다실혈로 사망하게 한 경우³⁸⁾, 강도가 배개로 피해자의 머리 부분을 약 3분간 누르던 중 피해자가 저항을 멈추고 사지가 늘어졌음에도 계속하여 누른 경우³⁹⁾, 건장한 체격의 군인이 키 150cm, 몸무게 42kg의 왜소한 피해자를 상대로 폭력을 행사하였고 특히 급소인 목을 15초 내지 20초 동안 세게 졸라 피해자의 실골이 부러질 정도였던 경우⁴⁰⁾, 무술교관출신으로서 인체의 급소를 잘 알고 있으면서도 무술의 방법으로 피해자의 울대를 가격하여 피해자를 사망하게 한 경우⁴¹⁾, 범행의 도구로 사용된 엽총은 통상 사냥하기 직전에 총알을 장전하는 것인데도 사냥과는 전혀 관계없는 범행 당시 이미 총알이 장전되어 있었고, 실탄의 장전 유무는 탄창에 나타나는 표시에 의해서 쉽게 확인될 수 있어 총기에 실탄이 장전된 것인지 몰랐다고 하기 어려울 뿐 아니라, 안전장치를 하지 않은 상태에서 방아쇠를 잡고 있었던 상황에서 총알이 장전되어 있는 엽총의 방아쇠를 잡고 있다가 총알이 발사되어 피해자가 사망한 경우⁴²⁾, 피해자와 말다툼을 하던 중 피해자가 피고인에게 욕설을 하고 얼굴에 침을 뱉는 등으로 모욕을 주자 이에 격분하여 그 주변 길바닥에 있던 가로 15cm, 세로 6cm, 길이 153cm(무게 7kg)의 목재를 들고 길바닥에 누워 있던(길바닥에 머리가 닿아 있는 상태였던 것으로 보인다) 피해자의 머리(왼쪽 귀 윗부분)를 1회 때려 피해자로 하여금 그 자리에서 외상성뇌지주막하출혈로 사망하게 한 경우⁴³⁾, 9세의 여자 어린이에 불과하여 항거를 쉽게 제압할 수 있는 피해자의 목을 감아서 졸라 실신시킨 후 그곳을 떠나버린 경우⁴⁴⁾, 피고인이 소란을 피우는 피해자를 말리다가 피해자가 욕하는데 격분하여 예리한 칼로 피해자의 왼쪽 가슴부분에 길이 6cm, 깊이 17cm의 상처 등이 나도록 찔러 곧바로 좌측심낭까지 절단된 경우⁴⁵⁾, 시위대원 3명과 같이 시내버스를 탈취한 후, 술이 취한 채 탈취한 버스를 운전하여 그때 시위대를 진압하기 위하여 차도를 차단하여 포진하고 있는 충남경찰국 기동대원을 향하여 시속 50킬로미터의 속력으로 돌진하자, 이러한 경우 그들이 버스에 치어 사망할 것이라는 점을 충분히 인식할 수 있음에도 불구하고 계속 같은 속도로 운행하면서 차도에서 인도 쪽으로 피하는 대원들을 따라 일부러 핸들을 우측으로 틀면서 돌진하여 위 버스 전면 차체부위로 피해자들을 들이받아 쓰러뜨려 피해자를 두개골 골절 등으로 사망하게 한 경

38) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002도4089 판결.
 39) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001도6425 판결.
 40) 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000도5590 판결.
 41) 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2231 판결.
 42) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96도3364 판결.
 43) 대법원 1998. 6. 9. 선고 98도980 판결.
 44) 대법원 1994. 12. 22. 선고 94도2511 판결.
 45) 대법원 1991. 10. 22. 선고 91도2174 판결.

우⁴⁶), 평소 피고인에게 고분고분하던 피해자가 반항한다고 격분하여 길이 31cm나 되는 식칼을 들고 나와 도망가는 피해자를 쫓아가서 흉대동맥, 폐 및 간부위에 자창상이 생길 정도로 가슴부위를 두 번이나 세게 찌른 경우⁴⁷), 피고인이 과도를 소지하고 범행현장에 가게 된 동기가 살상하기 위한 계획적인 의도가 없었다고 하더라도 범행현장에서 피해자로부터 폭행을 당하자 소지하고 간 길이 30센티미터의 과도로 피해자를 힘껏 찔러 사망케 한 경우⁴⁸), 비록 순간적이거나 피해자를 살해할 것을 결심하고 피해자를 밀어서 땅에 넘어뜨리고 손으로 그 목을 졸라 실신시킨 다음 약 5내지 6보 도망가다가 피해자가 신음 소리를 내며 그 옆에 있는 군사용 개인호 안으로 굴러 떨어지자 되돌아와서 피해자가 가지고 있던 핸드백 끈을 두 겹으로 하여 그 목에 1회 감아 양손으로 힘껏 졸라 즉시 그곳에서 그녀를 질식사하게 하여 사망한 경우⁴⁹), 부엌에 있던 과도를 들고 피고인 집에서 약 2킬로미터나 떨어진 청과물조합 숙직실 앞까지 가서 그곳에 있던 피해자의 좌측 옆구리를 1회 찌름으로써 피해자로 하여금 병원으로 가던 중 사망에 이르게 한 경우⁵⁰), 피고인은 길이 26cm 가량의 식칼로 피해자의 복부를 1회 찌르고 다시 약 20미터가량 도망하다가 배를 움켜쥐고 엎드려 있는 피해자를 추격하여 그의 오른쪽 옆구리를 1회 찌름으로써 그 자리에서 사망에 이르게 한 경우⁵¹), 브래지어로 목을 졸라서 이로 인하여 사망하게 한 경우⁵²), 피고인과 정교관계를 가졌던 피해자로부터 금품요구와 협박을 받아 오다가 피해자를 타이르던 중 반항하는 피해자를 순간적으로 살해하기로 결의하고 양손으로 피해자의 목을 졸라 질식사하게 한 경우⁵³), 피해자를 아파트에 유인하여 양 손목과 발목을 노끈으로 묶고 입에 반창고를 두 겹으로 붙인 다음 양손목을 묶은 노끈은 창틀에 박힌 시멘트 못에, 양발목을 묶은 노끈은 방문손잡이에 각각 잡아매고 얼굴에 모포를 씌워 감금한 후 수차 아파트를 출입하다가 마지막 들어갔을 때 피해자가 이미 탈진 상태에 이르러 박카스를 마시지 못하고 그냥 흘러버릴 정도였고 피고인이 피해자의 얼굴에 모포를 덮어씌워 놓고 그냥 나오면서 피해자를 그대로 두면 죽을 것 같다는 생각이 들은 경우⁵⁴) 등에 있어서는 살인죄의 (미필적) 고의를 인정할 수 있다.

(2) 사실의 착오

-
- 46) 대법원 1988. 6. 14. 선고 88도692 판결.
 - 47) 대법원 1986. 6. 10. 선고 86도783 판결.
 - 48) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87도2195 판결.
 - 49) 대법원 1986. 7. 22. 선고 86도1070 판결.
 - 50) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도1046 판결.
 - 51) 대법원 1986. 5. 27. 선고 86도367 판결.
 - 52) 대법원 1984. 4. 10. 선고 84도331 판결.
 - 53) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도1817 판결.
 - 54) 대법원 1982. 11. 23. 선고 82도2024 판결.

법정적 부합설⁵⁵⁾에 의하면 구체적 사실의 착오의 경우 방법의 착오이든 객체의 착오이든 고의를 조각하지 못하여 살인죄의 고의가 인정된다. 그러나 구체적 부합설에 의하면 구체적 사실의 착오 중 방법의 착오의 경우 인식사실의 고의미수범과 발생사실의 과실범의 상상적 경합이 된다.

(3) 사건진행과정(인과과정)의 착오

1) 의 의

사건진행과정의 착오⁵⁶⁾란 행위자가 인식 · 의욕하였던 사건진행과정과 실제 발생한 사건진행과정이 불일치하는 것을 말한다. 즉 행위자가 의도하였던 구성요건적 결과는 발생하였으나, 이 결과가 행위자가 의도하였던 과정이 아닌 다른 과정을 거쳐 발생한 경우이다.

2) 종류

① 개괄적 고의사안

㉠ 개괄적 고의와 개괄적 고의사안의 구별

개괄적 고의는 종래 두 가지의 의미로 사용되고 있는데, 결과발생은 확정적이나 그 객체가 불확정한 경우에서의 고의(예를 들어 불특정의 사람을 살해하기 위하여 군중이 있는 곳에 폭탄을 투척하는 행위에서 존재하는 고의)라는 것과 행위자가 두 개의 행위 중 제1의 행위를 통해 구성요건적 결과를 발생시키려고 하였으나, 실제로는 제2의 행위에 의해 구성요건적 결과가 발생한 경우가 그것이다. 전자를 개괄적 고의, 후자를 개괄적 고의사안이라고 한다. 이와 같이 개괄적 고의사안은 법적으로 행위가 둘로 나누어져 있다는 점, 제2의 행위

55) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83도2813 판결(형수.조카살해사건): 피고인의 형수의 등에 얹혀 있던 피고인의 조카(남, 1세)에 대하여는 살인의 고의가 없었으니 과실치사죄가 성립할지언정 살인죄가 성립될 수 없다는 주장을 살피건대, 피고인이 먼저 형수를 향하여 살의를 갖고 소나무 몽둥이(증 제1호, 길이 85센티미터 직경 9센티미터)를 양손에 집어 들고 힘껏 후려 친 가격으로 피를 흘리며 마당에 고꾸라진 동녀와 동녀의 등에 얹힌 조카의 머리 부분을 위 몽둥이로 내리쳐 조카를 현장에서 두개골절 및 뇌좌상으로 사망하게 한 소위를 살인죄로 의율한 원심조처는 정당하게 공인되며 소위 타격의 착오가 있는 경우라고 할지라도 행위자의 살인의 범의 성립에 방해가 되지 아니한다. 같은 견해로는 대법원 1954. 4. 27. 선고 4286형상73 판결; 대법원 1968. 8. 23. 선고 68도884 판결.

56) 우리말에서 인과과정의 착오라는 말은 일정한 행위가 일정한 결과를 발생시킬 수 없는데도 불구하고 발생시킬 수 있다고 생각하였거나 그 행위가 그 결과를 발생시킬 수 있는데도 불구하고 없다고 생각한 경우를 지칭하는 것이라고 할 수 있다. 전자는 불능미수범, 후자는 과실범의 문제이다(오영근, “사건진행과정에 대한 착오”, 법학논총 제11집, 한양대학교 법학연구소, 1994. 10, 127면).

는 제1의 행위의 일부라고 할 수 없다는 점, 제1행위시 고의는 살인의 고의이지만 제2행위시 고의는 사체은닉의 고의라는 점, 피해자의 사망의 결과는 제2행위에 의하여 발생했다는 점 등을 그 특징으로 하고 있다.

㉠ 견해의 대립

㉡ 기수설

행위자는 제1행위에 의해 피해자가 사망할 것이라고 인식하였고 실제로는 제2행위에 의해 피해자가 사망하였으므로 행위자가 인식했던 결과발생과정과 실제의 결과발생과정에 차이가 있지만, 이러한 차이는 본질적인 것이 아니기 때문에 발생한 결과의 고의기수책임을 진다고 한다.

한편 판례⁵⁷⁾는 ‘피해자가 피고인들의 살인의도로 행한 구타행위에 의해 직접 사망한 것이 아니라 죄적을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의해 사망하게 되었다고 하더라도, 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 피고인들은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다’고 판시함으로써 살인기수죄의 책임을 묻고 있다.

㉢ 미수설

제1행위와 제2행위는 별개의 행위이고, 사망이라는 결과발생은 제2행위에 의한 것인데, 제2행위시에 행위자에게 살인의 고의는 없었으므로 행위자에게 살인죄의 고의기수책임을 물어서는 안 된다고 한다. 고의는 항상 행위시에 존재하고 있어야 한다는 점을 그 전제로 한다. 그리하여 살인미수죄와 과실치사죄의 경합범을 인정한다.

㉣ 결 토

개괄적 고의사안은 범죄행위가 두 가지인 경우이다. 제1행위는 살인행위이고, 제2행위는

57) 대법원 1988. 6. 28. 선고 88도650 판결(피고인1은 순간적으로 분노가 폭발하여 피해자를 살해하기로 마음먹고 피해자의 배 위에 올라타 돌맹이로 피해자의 가슴을 2회 내려치고, 피고인2도 이에 합세하여 돌맹이로 피해자의 머리를 2회 내려친 후 다시 피해자를 일으켜 세워 피고인2가 복부를 1회 때려 뒤로 넘어지게 하여 피해자가 뇌진탕 등으로 인하여 정신을 잃고 축 늘어지자 그가 죽은 것으로 오인하고 그 사체를 몰래 파묻어 증거를 인멸할 목적으로 피해자를 그 곳에서부터 약 150미터 떨어진 개울가로 끌고 가 삽으로 웅덩이를 파고 피해자를 매장하여 피해자로 하여금 질식사하여 사망에 이르게 하였다).

사체은닉행위인 것이다. 결국 개괄적 고의사안이라는 특별한 개념을 인정할 필요는 없고, 이 사안을 사건진행과정의 착오의 한 유형으로 인정할 필요도 없다. 따라서 조기결과발생사안이나 교각살해사안과 같이 범죄행위가 하나인 경우에만 사건진행과정의 착오라는 문제로 다루어야 한다. 생각건대 88도650 판결 사안의 경우 제1행위는 살인미수죄와 과실치상죄(500만원 이하의 벌금, 구류, 과료)의 경합범, 제2행위는 사체은닉(7년 이하의 금고)미수죄와 과실치사죄(2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금)의 경합범이므로, 양자의 경합관계를 인정할 수 있겠다.

② 조기결과발생사안(반대형태의 개괄적 고의사안)

행위자가 제1행위로는 결과를 발생시키기에 충분하지 않다고 생각하였으나, 실은 제1행위에 의해 결과가 발생한 경우이다. 예를 들어 행위자가 피해자에게 폭행을 가하여 실신시킨 후에 피해자를 달려오는 KTX 열차에 던져 살해하려고 생각하고 행위를 하였으나 피해자가 KTX 열차에 던져지기 전에 이미 폭행에 의하여 사망한 경우이다.

이에 대하여 실제 범행과정과 행위자가 인식한 범행과정의 차이가 비본질적인 것이므로 고의기수책임을 인정하는 견해와 살인미수죄와 과실치사죄의 경합범을 인정하는 견해가 있다. 하지만 이는 **살인죄의 실행의 착수 여부에 따라 결정**해야 한다. 조기결과발생사안은 피해자를 폭행할 당시에 피해자를 실신시킨 후에 살해하려는 고의가 이미 존재한 경우이다. 이 경우 살인죄의 실행의 착수시기는 폭행행위를 가한 시점이다. 따라서 행위시에 살인의 고의가 있었고 결과를 고의행위에 귀속시킬 수 있는 경우에는 행위자가 인식한 결과발생과정과 실제의 결과발생과정 사이의 차이가 비본질적이라고 할 수 있으므로 고의살인죄의 기수가 인정된다.

③ 교각살해사안

교각살해사안이란 피해자를 강물에 익사시키기 위해 강물로 던졌으나 피해자가 교각에 머리를 부딪쳐 사망한 경우를 말한다. 생각건대 행위자가 인식한 결과발생과정과 실제의 결과발생과정 사이의 차이가 비본질적이라고 할 수 있으므로 살인죄의 기수가 인정된다고 본다.

4. 위법성조각사유

(1) 정당행위

「경찰관직무집행법」 제10조의4의 무기사용행위⁵⁸⁾, 「장기 등 이식에 관한 법률」 제18조의 뇌사자에 대한 장기이식행위, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제91조의 사형수에 대한 사형집행행위 등은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다.

전쟁이 발생했을 경우 적군을 사살하는 행위 등은 업무로 인한 행위로 위법성이 조각된다.

살인행위가 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 위법성이 조각되는 경우는 소위 안락사의 문제에서 다루어진다는 견해⁵⁹⁾가 있으나, 촉탁 · 승낙살인죄의 위법성조각사유에서 다루는 것이 타당하다.

(2) 정당방위

정당방위의 요건이 충족되는 경우 위법성이 조각될 수 있다.⁶⁰⁾

58) 경찰관직무집행법 제10조의4(무기의 사용)

① 경찰관은 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 무기를 사용할 수 있다. 다만, 형법에 규정한 정당방위와 긴급피난에 해당하는 때 또는 다음 각호의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게 위해를 주어서는 아니 된다.

1. 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제삼자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
2. 체포·구속영장과 압수·수색영장을 집행할 때에 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 도주하려고 할 때 또는 제삼자가 그를 도주시키려고 경찰관에게 항거할 때 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
3. 범인 또는 소요행위자가 무기·흉기등 위험한 물건을 소지하고 경찰관으로부터 3회 이상의 투기명령 또는 투항명령을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 체포하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
4. 대간첩작전수행에 있어 무장간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우

59) 오영근, §2/27.

60) 대법원 1968. 5. 7. 선고 68도370 판결(배희칠랑 사건): 피고인은(피고인은 상병이다) 소속대의 경비병으로 복무를 하고 있는 자로서 1967. 7. 28. 오후 10시부터 동일 오후 12시까지 소속 연대장숙소 부근에서 초소근무를 하라는 명령받고 근무 중, 그 이튿날인 1967. 7. 27. 오전 1시30분경 동소에서 다음번 초소로 근무를 하여야 할 상병 공소외인과 교대시간이 늦었다는 이유로 언쟁을 하다가 피고인이 동인을 구타하자 공소외인(22세)은 소지하고 있던 카빈소총을 피고인의 등 뒤에 겨누며 실탄을 장전하는 등 발사할 듯이 위협을 하자 피고인은 당황하여 먼저 동인을 사살치 않으면 위험하다고 느낀 피고인은 뒤로 돌아서면서 소지하고 있던 카빈소총을 동인의 복부를 향하여 발사함으로써 동인을 사망케 하였다는 것이다. 그렇다면 피고인과 공소외인과의 사이에 언쟁을 하고, 피고인이 동인을 구타하는 등의 싸움을 하였더라도, 다른 특별한 사정이 없는 한, 구타를 하였음에 불과한 피고인으로서 공소외인이 실탄이 장전되어있는(초소 근무인 만큼 실탄이 장전되어 있다) 카빈소총을 피고인의 등 뒤에 겨누며 발사할 것 같이 위협하는 방위 행위는 위와 같은 싸움에서 피고인이 당연히 예상하였던 상대방의 방위행위라고는 인정할 수 없으므로 이는 부당한 침해라고 아니할 수 없고, 원심이 인정 한 바와 같이 피고인이 동인을 먼저 사살하지 않으면 피고인의 생명이 위험하다고 느낀 나머지 뒤로 돌아서면서 소지 중인 카빈소총을 발사하였다는 행위는 현재의 급박하고도 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 행위라고 아니할 수 없고, 만일 공소외인이 피고인의 등 뒤에서 카빈소총의 실탄을 발사하였다면, 이미 그 침해행위는 종료되고 따라서 피고인의 정당방위는 있을 수 없을 것임에도 불구하고, 원심이 위와 같은 사실을 인정하면서 피고인이 발사를 할 때까지는 공소외인이 발사를 하지 아니한 점으로 보아, 동인에게 피고인을 살해 할 의사가 있다고는 볼 수 없으므로 피

(3) 긴급피난

긴급피난의 경우 상당성 요건을 충족시킬 수 없기 때문에 원칙적으로 위법성이 조각될 수는 없다. 하지만 경우에 따라서는 책임조각(이른바 책임조각적 긴급피난)이 가능할 수 있다.

부작위에 의한 살인죄의 경우 의무의 충돌의 법리에 따라 위법성이 조각되는 경우가 있을 수 있다.

(4) 자구행위

살인죄에 있어서는 자구행위에서 말하는 '법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우'와 무관하기 때문에 자구행위로 인하여 위법성이 조각될 수는 없다.

(5) 피해자의 승낙

피해자의 승낙은 살인죄의 위법성을 조각시키지 못하고, 촉탁 · 승낙살인죄가 성립한다. 이 경우에 피해자의 승낙은 형벌을 감경시켜주는 효과를 가진다.

5. 책 입

살인죄가 성립하기 위해서는 행위자에게 책임능력⁶¹⁾, 기대가능성 등이 있어야 한다. 한편 살인죄는 가장 대표적인 범죄이므로 법률의 착오를 이유로 책임이 조각되는 경우는 현실적으로 불가능하다고 할 수 있다.

고인의 생명에 대한 현재의 위험이 있다고는 볼 수 없다는 취지로 판시함으로써, 위와 같은 피고인의 행위를 정당방위가 아니라는 취지로 판시하였음은 정당방위에 관한 법의를 오해한 위법이 있다고 아니할 수 없을 뿐 아니라, 가사 피해자인 공소외인에게 피고인을 상해할 의사가 없고 객관적으로 급박하고 부당한 침해가 없었다고 가정하더라도 원심이 인정한 사실자체로 보아도 피고인으로서의 현재의 급박하고도 부당한 침해가 있는 것으로 오인하는데 대한 정당한 사유가 있는 경우(기록에 의하면 공소외인은 술에 취하여 초소를 교대하여야 할 시간보다 한 시간 반 늦게 왔었고, 피고인의 구타로 동인은 코피를 흘렸다는 것이며, 동인은 코피를 닦으며 흥분하여 "월남에서는 사람하나 죽인 것은 파리를 죽인 것이나 같았다. 너 하나 못 죽일 줄 아느냐"라고 하면서 피고인의 등 뒤에 카빙총을 겨누었다고 한다)에 해당된다고 아니할 수 없음에도 불구하고, 원심이 위와 같은 이유로서 피고인의 정당방위의 주장을 배척하였음은 역시 오상방위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

61) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도857 판결: 피고인들은 상습적으로 대마초를 흡연하는 자들로서 이 사건 각 살인범행 당시에도 대마초를 흡연하여 그로 인하여 심신이 다소 미약한 상태에 있었음은 인정되나, 이는 위 피고인들이 피해자들을 살해할 의사를 가지고 범행을 공모한 후에 대마초를 흡연하고, 위 각 범행에 이른 것으로 대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로, 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다.

6. 미 수

(1) 예비 · 음모⁶²⁾

1) 살인예비죄

살인의 실행을 위한 심리적 준비행위 이외의 준비행위로서 실행의 착수에 이르지 않은 일체의 행위를 말한다. 하지만 살해의 대상자가 확정되지 않으면 살인죄로 의율할 수 없다.⁶³⁾ 살인예비죄가 성립하기 위하여는 형법 제255조에서 명문으로 요구하는 살인죄를 범할 목적 외에도 살인의 준비에 관한 고의가 있어야 하며, 나아가 실행의 착수까지에는 이르지 아니하는 살인죄의 실현을 위한 준비행위가 있어야 한다. 여기서의 준비행위는 물적인 것에 한정되지 아니하며 특별한 정형이 있는 것도 아니지만, 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로는 그것이 있다고 할 수 없고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 한다.⁶⁴⁾ 한편 사람을 살해하라고 교사한 자는 피교사자의 범죄실행결의의 유무와 관계없이 그 행위 자체가 독립하여 살인예비죄를 구성한다.⁶⁵⁾

2) 살인음모죄

살인의 실행을 위한 심리적 준비행위로서 2인 이상의 합의를 말한다.

(2) 실행의 착수시기

피고인이 격분하여 피해자를 살해할 것을 마음먹고 밖으로 나가 낫을 들고 피해자에게 다가서려고 하였으나 제3자 이를 제지하여 그 틈을 타서 피해자가 도망함으로써 살인의 목적

62) 형법상 개인적 법익을 침해하는 범죄 가운데 예비·음모 처벌규정을 두고 있는 것으로는, 살인·존속살인죄(제250조), 위계 등에 의한 촉탁살인죄(제253조), 약취·유인·인신매매의 죄(제287조 내지 제292조), 강도죄(제333조), 특수강도죄(제334조), 준강도죄(제335조), 인질강도죄(제336조), 강도상해·살인죄(제337조), 강도살인·치사죄(제338조), 강도강간죄(제339조), 해상강도죄(제340조) 등이 있다.

63) 대법원 1959. 9. 1. 선고 4292형상387 판결: 살해의 용도에 공하기 위한 흉기를 준비하였다고 하더라도 그 흉기로서 살해할 대상자가 확정되지 아니한 경우에는 살인예비죄로 다스릴 수 없다.

대법원 1959. 7. 31. 선고 4292형상308 판결: 피고인은 「간첩에 당하여 불특정 다수인인 경찰관으로부터 체포 기타 방해를 받을 경우에는 이를 배제하기 위하여 무기를 휴대한」 것이 명백한 바 이 경우에 있어서의 무기 소지는 법령 제5호 위반으로 문책함은 별론이라고 할 것이나 살인 대상이 특정되지 아니한 살인예비죄의 성립은 이를 인정할 수 없다.

64) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7150 판결: 甲이 乙을 살해하기 위하여 丙, 丁 등을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우, 甲에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의뿐만 아니라 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있다.

65) 대법원 1950. 4. 18. 선고 4283형상10 판결.

을 이루지 못한 경우 피고인이 낫을 들고 피해자에게 접근한 시점⁶⁶⁾, 소속 중대장을 살해할 목적으로 수류탄의 안전핀을 빼고 그 사무실로 들어간 시점⁶⁷⁾에 각각 살인의 실행행위에 착수하였다고 할 것이지만, 중앙청 내 개천철 경축식장에서 수류탄을 투척하여 이대통령을 살해할 목적으로 피고인이 사직공원에서 실행담당자에게 수류탄 2개를 교부하였다고 해도 이를 범죄실행의 착수로 볼 수는 없다.⁶⁸⁾

(3) 미수

대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3687 판결: 불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생 또는 범의 침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 경우를 말하는 것이다. ‘초우뿌리’나 ‘부자’는 만성관절염 등에 효능이 있으나 유독성 물질을 함유하고 있어 과거 사약으로 사용된 약초로서 그 독성을 낮추지 않고 다른 약제를 혼합하지 않은 채 달인 물을 복용하면 용량 및 체질에 따라 다르나 부작용으로 사망의 결과가 발생할 가능성을 배제할 수 없는 사실을 알 수 있는 바, 피고인이 원심 공동피고인 공소외 1과 공모하여 일정량 이상을 먹으면 사람이 사망에 이를 수도 있는 ‘초우뿌리’ 또는 ‘부자’ 달인 물을 피해자(공소외 1의 남편)에게 마시게 하여 피해자를 살해하려고 하였으나 피해자가 이를 토해버림으로써 미수에 그친 행위는 불능범이 아닌 살인미수죄에 해당한다.

대법원 1990. 7. 24. 선고 90도1149 판결: 피고인이 원심공동피고인에게 피해자를 살해하라고 하면서 준 원비-디병에 성인 남자를 죽게 하기에 족한 용량의 농약이 들어 있었고 또 피고인이 피해자 소유승용차의 브레이크호스를 잘라 브레이크액을 유출시켜 주된 제동기능을 완전히 상실시킴으로써 그 때문에 피해자가 그 자동차를 몰고 가다가 반대차선을 따라 오던 자동차와의 충돌을 피하기 위하여 브레이크 페달을 밟았으나 전혀 제동이 되지 아니하여 사이드브레이크를 잡아 당김과 동시에 인도에 부딪치게 함으로써 겨우 위기를 모면하였다면 피고인의 위 행위는 어느 것이나 사망의 결과발생에 대한 위험성을 배제할 수 없다고 할 것이므로 피고인에게 각 살인미수죄로 다스린 것도 정당하다.

대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2967 판결: 원심은 피고인이 남편인 공소외인을 살해할 것을 결의하고 배추국 그릇에 농약인 종자소독약 유제3호 8ml 가량을 탄 다음 위 공소외인에게 먹게 하여 동인을 살해하고자 하였으나 이를 먹던 위 피해자가 국물을 토함으로써 그 목적을 이루지 못하고 미수에 그친 사실을 인정하고 피고인에 대하여 형법 제254조, 제250조 제

66) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85도2773 판결.

67) 대법원 1970. 6. 30. 선고 70도861 판결.

68) 대법원 1956. 11. 30. 선고 4289형상217 판결.

1항, 제25조, 제55조 등을 적용하여 처단하고 있다. 농약유제 3호는 동물에 대한 경구치사량에 있어서 LD 50이 kg당 1.590mg이라고 되어 있어서 피고인이 사용한 위의 양은 그 치사량에 현저히 미달한 것으로 보이고, 한편 형법은 범죄의 실행에 착수하여 결과가 발생하지 아니한 경우의 미수와 실행수단의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 경우의 미수와는 구별하여 처벌하고 있으므로 원심으로서는 이 사건 종사소독약유 제3호의 치사량을 좀 더 심리한 다음 피고인의 소위가 위의 어느 경우에 해당하는지를 가렸어야 할 것임에도 불구하고 원심이 이를 심리하지 아니한 채 그 판시와 같은 사유만으로 피고인에게 형법 제254조, 제250조 제1항, 제25조의 살인미수의 죄책을 인정하였음은 장애미수와 불능미수에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

대법원 1973. 4. 30. 선고 73도354 판결: 우물과 펌프에 혼입한 농약이 악취가 나서 보통의 경우 마시기가 어렵고, 그 혼입한 농약의 분량으로 보아 사람을 치사에 이르게 할 정도가 아닌 경우 결과발생의 가능성이 있으므로 불능미수가 되지 않고 장애미수가 된다.

7. 공 범

(1) 공동정범

형법상 공모라고 함은 반드시 사전에 이루어질 필요는 없고, 사전 모의가 없었더라도 우연히 모인 장소에서 수인이 각자 상호간의 행위를 인식하고 암묵적으로 의사의 투합, 연락하에 범행에 공동가공하면 수인은 각자 공동정범의 책임을 면할 수 없다.⁶⁹⁾

(2) 교사범

교사자가 피교사자에 대하여 상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우에, 일반적으로 교사자는 상해죄에 대한 교사범이 되는 것이고, 다만 이 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의

69) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결: 피고인들은 대항세력인 김일국파와 이민석파를 가해한 후 그 대항세력들로부터 보복공격을 받을 것을 우려하여 각자 생선회갈, 사제대검 등을 몸에 지니고 다니고, 야구방망이, 칼 등을 차에 싣고 다니면서 이에 대비하는 한편, 여러 차례의 단체훈련을 통하여 흉기사용법 등을 익혀 왔음을 알 수 있고, 이 사건 살인의 경우에 있어서도 비록 그 싸움의 경위는 판시와 같이 우발적으로 일어난 것이기는 하나 피고인들이 싸움현장에 나와 각기 판시와 같은 가해행위를 분담하여 실행한 이상 피고인들은 상호간 암묵적인 의사합치를 보고 이 사건 범행을 공동가공한 것이라고 보아야 할 것이다.

교사범으로서의 죄책을 지울 수 있다.⁷⁰⁾

(3) 방조범

대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결: 보호자가 의학적 권고에도 불구하고 치료를 요하는 환자의 퇴원을 간청하여 담당 전문의와 주치의가 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 한 행위에 대하여 보호자, 담당 전문의 및 주치의가 부작위에 의한 살인죄의 공동정범으로 기소된 경우, 담당 전문의와 주치의에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범의 고의는 인정되나 환자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려워 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지배가 흠결되어 있어 작위에 의한 살인방조죄가 성립한다.

8. 죄수 및 다른 범죄와의 관계

(1) 죄수

대법원 1991. 8. 27. 선고 91도1637 판결: 피고인이 단일한 범의로 동일한 장소에서 동일한 방법으로 시간적으로 접촉된 상황에서 처와 자식들을 살해하였다고 하더라도 휴대하고 있던 권총에 실탄 6발을 장전하여 처와 자식들의 머리에 각기 1발씩 순차로 발사하여 살해하였다면, 피해자들의 수에 따라 수개의 살인죄를 구성한다.

대법원 1969. 12. 30. 선고 69도2062 판결: 피고인은 1966. 4. 16. 02:00경 피고인 자택에서 생활고에 못 이겨 가족을 모두 죽이고 자신도 자살할 생각으로 쇠망치로 잠자고 있는 피고인의 처 공소외 1(30세), 장녀 공소외 2(5세), 장남 공소외 3(11세)의 차례로 동인들의 머리를 서너 차례씩 강타하여 각 그들로 하여금 두개골파열 및 뇌수일탈 등으로 즉사하게 하여 살인한 것이라는 것이므로 이와 같은 경우에는 피해법익이 다르고, 각 피해자를 살해하려는 의사가 각각 성립한 것이어서 단일한 범의하의 행위라고는 할 수 없으니, 동일한 장소에서 동일한 방법에 의하여 시간적으로 접촉된 행위라고 하더라도 이를 포괄적인 1죄라고는 할 수 없다.

대법원 1965. 9. 28. 선고 65도695 판결: 살해의 목적으로 동일인에게 일시와 장소를 달리하

70) 대법원 1997. 6. 24. 선고 97도1075 판결.

고 수차에 걸쳐 단순한 예비행위를 하거나 또는 공격을 가하였으나 미수에 그치다가 드디어 그 목적을 달성한 경우에 그 예비행위 내지 공격행위가 동일한 의사발동에서 나왔고 그 사이에 범의의 갱신이 없는 한 각 행위가 같은 일시 장소에서 행하여졌거나 또는 다른 장소에서 행하여 졌거나를 막론하고 또 그 방법이 동일하거나 여부를 가릴 것 없이 그 살해의 목적을 달성할 때까지의 행위는 모두 실행행위의 일부로서 이를 포괄적으로 보고 단순한 한 개의 살인기수죄로 처단할 것이지 살인예비 내지 미수죄와 동 기수죄의 경합죄로 처단할 수 없는 것이다.

(2) 다른 범죄와의 관계

사람을 살해한 자가 그 사체를 다른 장소로 옮겨 유기하였을 때에는 별도로 사체유기죄가 성립하고, 이와 같은 사체유기를 불가벌적 사후행위로 볼 수는 없다.⁷¹⁾ 또한 형법 제161조의 사체은닉이라 함은 사체의 발견을 불가능 또는 심히 곤란하게 하는 것을 구성요건으로 하고 있는바, 살인이나 강도살인 등의 목적으로 사람을 살해한 자가 그 살해의 목적을 수행함에 있어 사후 사체의 발견이 불가능 또는 심히 곤란하게 하려는 의사로 인적이 드문 장소로 피해자를 유인하거나 실신한 피해자를 끌고 가서 그곳에서 살해하고 사체를 그대로 둔 채 도주한 경우에는 비록 결과적으로 사체의 발견이 현저하게 곤란을 받게 되는 사정이 있다 하더라도 별도로 사체은닉죄가 성립되지 아니한다고 봄이 타당하다.⁷²⁾

내란목적살인죄는 국헌을 문란할 목적을 가지고 직접적인 수단으로 사람을 살해함으로써 성립하는 범죄라 할 것이므로, 국헌문란의 목적을 달성함에 있어 내란죄가 '폭동'을 그 수단으로 함에 비하여 내란목적살인죄는 '살인'을 그 수단으로 하는 점에서 두 죄는 엄격히 구별된다. 따라서 내란의 실행과정에서 폭동행위에 수반하여 개별적으로 발생한 살인행위는 내란행위의 한 구성요소를 이루는 것이므로 내란행위에 흡수되어 내란목적살인의 별죄를 구성하지 아니하나, 특정인 또는 일정한 범위 내의 한정된 집단에 대한 살해가 내란의 와중에 폭동에 수반하여 일어난 것이 아니라 그것 자체가 의도적으로 실행된 경우에는 이러한 살인행위는 내란에 흡수될 수 없고 내란목적살인의 별죄를 구성한다.⁷³⁾

대법원 1996. 4. 26. 선고 96도485 판결: 형법 제164조 후단이 규정하는 현주건조물방화치사상죄는 그 전단이 규정하는 죄에 대한 일종의 가중처벌 규정으로서 과실이 있는 경우뿐만

71) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1142 판결; 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2263 판결.

72) 대법원 1986. 6. 24. 선고 86도891 판결: 피고인이 실신한 피해자를 숲속으로 끌고 들어가 살해하고 그 장소에 방치한 채 그대로 하산하였을 뿐이고 그 밖에 사체의 발견을 불가능 또는 현저하게 곤란하게 하는 어떤 행위를 한 바도 없는 이 사건에 있어 강도살인죄 이외에 별도로 사체은닉죄가 성립한다고 볼 수 없다.

73) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

아니라, 고의가 있는 경우에도 포함된다고 볼 것이므로 사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우에는 현주건조물방화치사죄로 의율하여야 하고 이와 더불어 살인죄와의 상상적 경합범으로 의율할 것은 아니며, 다만 존속살인죄와 현주건조물방화치사죄는 상상적 경합범 관계에 있으므로, 법정형이 중한 존속살인죄로 의율함이 타당하다.

대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결: 형법 제164조 전단의 현주건조물에의 방화죄는 공중의 생명, 신체, 재산 등에 대한 위험을 예방하기 위하여 공공의 안전을 그 제1차적인 보호법익으로 하고 제2차적으로는 개인의 재산권을 보호하는 것이라고 할 것이나, 여기서 공공에 대한 위험은 구체적으로 그 결과가 발생됨을 요하지 아니하는 것이고 이미 현주건조물에의 점화가 독립연소의 정도에 이르면 동죄는 기수에 이르러 완료되는 것인 한편, 살인죄는 일신전속적인 개인적 법익을 보호하는 범죄이므로, 이 사건에서와 같이 불을 놓은 집에서 빠져 나오려는 피해자들을 막아 소사케 한 행위는 1개의 행위가 수개의 죄명에 해당하는 경우라고 볼 수 없고, 위 방화행위와 살인행위는 법률상 별개의 범의에 의하여 별개의 법익을 해하는 별개의 행위라고 할 것이니, 현주건조물방화죄와 살인죄는 실체적 경합관계에 있다.

9. 형 별

사형은 인간의 생명 자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 문명국가의 이성적인 사법체도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할 만한 객관적인 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 하고, 따라서 사형을 선고함에 있어서는 형법 제51조가 규정한 사항을 중심으로 한 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행 후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로소 사형의 선택 여부를 결정하여야 할 것이고, 이를 위하여 법원으로서 마땅히 기록에 나타난 양형조건들을 평면적으로만 참작하는 것에서 더 나아가, 피고인의 주관적인 양형요소인 성행과 환경, 지능, 재범의 위험성, 개선교화 가능성 등을 심사할 수 있는 객관적인 자료를 확보하여 이를 통하여 사형선택 여부를 심사하여야 할 것은 물론이고, 피고인이 범행을 결의하고 준비하며 실행할 당시를 전후한 피고인의 정신상태나 심리상태의 변화 등에 대하여서도 정신의학이나 심리학 등 관련 분야의 전문적인 의견을 들

어 보는 등 깊이 있는 심리를 하여 본 다음에 그 결과를 종합하여 양형에 나아가야 한다.⁷⁴⁾

II. 존속살해죄

제250조 (존속살해)

② 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제254조 (미수범)

전4조의 미수범은 처벌한다.

제255조 (예비, 음모)

제250조와 제253조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

제256조 (자격정지의 병과)

제250조, 제252조 또는 제253조의 경우에 유기징역에 처할 때에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

1. 의 의

(1) 존폐의 논의

존속대상범죄 가운데 가장 논란이 되는 범죄가 존속살해죄인데, 존속살해죄는 1995년 형법 개정을 통하여 기존에 사형과 무기징역을 규정하였던 법정형에 7년 이상의 징역을 추가하여 형벌을 다소 완화하였다.⁷⁵⁾ 이러한 존속살해죄의 법정형만을 기준으로 본다면 그 자체가 위헌이라고 하기에는 다소 무리가 있다.⁷⁶⁾ 하지만 가중처벌규정을 별도로 둘 필요성이 있느냐에 대한 접근이 이루어지면 존속대상범죄 가중처벌을 폐지하자는 견해⁷⁷⁾와 존치하자는 견해⁷⁸⁾로 나눌 수 있다. 즉 존속살해죄의 합헌성을 인정하는 것이 곧바로 존속살해죄의

74) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9867 판결; 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도924 판결.

75) 이는 개정 이전의 법정형이 보통살인죄의 형벌에 비해 현저히 무거웠기 때문에 평등의 원칙과 비례의 원칙에 반한다는 위헌의 문제를 입법적으로 보완한 것이다.

76) 이와는 달리 존속살해죄 자체가 위헌이라고 보는 견해(이정원, 49-50면; 임웅, 31면)도 있다.

77) 김성돈, 42면; 김성천, 535면; 배종대, §14/16; 백승민/정웅석, 767면; 오영근, §2/56.

78) 김일수/서보학, 32면; 정영일, 17면; 박상기, 27면; 백원기, “한국형법상 생명보호에 관한 죄에 대한 회고적 성찰과 새로운 입법방향”, 형사법연구 제19권 제3호(통권 제32호)(상), 한국형사법학회, 2007. 9. 391면. 백원기 교수는 존속을 살해의 대상으로 한 살해행위의 무거운 책임성과 범죄학적 고려를 가중처벌의 근거로 삼고 있는 프랑스형법의 정신에 입각해서 존속살해죄의 규정을 개정할 필요가 없다고 하면서 다만 비속살해죄를 가중처벌하는 규정을 두는 것이 합리적이라고 한다. 하지만 프랑스

존치가 필요하다는 입장으로 연결되는 것은 아니다. 위헌성을 인정하는 입장에서는 곧바로 존속살해죄의 폐지와 연결되는 것이 논리적이라고 할 수 있지만, 합헌성을 인정하는 입장에서는 존속살해죄의 존폐문제 단계로 넘어오게 되면 존치의 입장과 폐지의 입장으로 견해가 갈리게 된다. 법정형의 완화와는 별개로 그 정당성의 문제는 여전히 현재진행형인 것이다. 현재 두 입장 중에서는 폐지의 입장이 다수의 위치를 점하고 있는 것으로 보인다. 하지만 존속대상범죄에 대하여 헌법재판소가 2002. 3. 28. 선고한 2000헌바53 결정(형법 제259조 제2항 위헌소원)⁷⁹⁾에서는 재판관 전원의 일치된 의견으로 합헌결정을 내린 바 있다.

(2) 존속대상범죄의 개념

일반적으로 존속살해죄, 존속상해죄, 존속폭행죄 등을 통칭하는 용어로 존속범죄라는 개념이 사용되고 있다. 즉 행위의 객체가 '자기 또는 배우자의 직계존속'에 한정되어 형이 보통의 경우보다 가중되는 특수한 경우를 말한다. 여타의 범죄에 있어서는 행위의 주체를 중심으로 개념정의가 되는 반면에, 존속범죄는 예외적으로 행위의 객체를 중심으로 개념정의가 된다는 점에 특징이 있다. 즉 공무원범죄, 여성범죄, 청소년범죄, 외국인범죄 등에서 말하는 수식어는 모두 행위의 주체를 염두에 두고 강화상 부르는 것인데 비하여, 존속범죄는 정반대의 경우이다. 이러한 점에서 존속범죄라는 개념이 당해 범죄의 유형들을 통칭할 수 있는 가장 정확한 용어인지가 문제될 수 있다. 대표적으로 영아살해죄의 경우를 존속범죄라고 할 수 있는가의 문제가 있을 수 있다. 영아살해죄를 행위주체의 측면에서 바라보면 직계존속만이 행할 수 있으므로 존속범죄라고 볼 여지도 있기 때문이다. 하지만 영아살해죄를 존속범죄의 한 유형으로 분류하는 견해는 찾아볼 수 없다. 이는 크게 두 가지의 이유로 인한 것으로 보이는데, 첫째, 영아살해죄는 보통살인죄와 비교하여 형이 가중되는 것이 아니라 형이 감경되는 경우라는 점, 둘째, 영아살해죄의 객체는 직계존속이 아니라 직계비속이라는 점이 그것이다. 이러한 점을 고려할 때 존속범죄라는 개념보다는 존속대상범죄라는 개념이 보다 더 정확한 용어의 사용이라고 판단된다. 또한 존속대상범죄는 첫째, 일반범죄에 비하여 형이 가중되어 있을 것⁸⁰⁾, 둘째, 행위의 주체가 아닌 행위의 객체가 존속에 한정되어 있을

형법전의 정신이 우리나라 형법 제250조 제2항의 가중처벌의 합헌성 논쟁에서 어떠한 실질적 의미가 있는 것인지는 의문이다(하태영, “인간의 존엄과 생명보호 -형법학의 과거·현재·미래-”, 형사법연구 제19권 제3호(통권 제32호)(상), 한국형사법학회, 2007. 9. 411면).

79) 동 사건의 청구인은 2000. 3. 23. 부(父) 정○문에게 두부출혈상을 가하여 사망에 이르게 하였다는 내용의 존속상해치사죄로, 같은 해 4. 29. 서울지방법원 동부지원 2000고합119호로써 기소되었는데, 위 사건이 계속 중이던 2000. 5. 17. 존속상해치사죄에 관한 형법 제259조 제2항이 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하고, 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위배되며, 헌법 제17조의 사생활의 자유를 침해할 뿐 아니라 헌법 제36조의 혼인·가족제도 보장의 원칙에 위배된다는 등의 이유로 같은 지원 2000초471호 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2000. 6. 19. 기각되었고, 이에 같은 해 7. 11. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

80) 형법상 특수폭행죄(제261조), 특수체포감금죄(제271조), 특수협박죄(제284조)의 경우는 행위의 객체

것이라는 요소가 필수적으로 요구된다고 하겠다. 보다 정확하게 표현하자면 ‘직계비속이 직계존속에 대하여 일정한 범죄(살해, 상해 등)를 행함으로써 형벌이 가중되는 범죄의 총체’라고 하는 것이 정확하겠지만, 존속대상범죄라고 불러도 무방하리라고 본다.

(3) 존속대상범죄의 변천과정

1) 우리나라의 경우

우리나라에서의 존속대상범죄는 효도를 강조하는 유교적 전통사상과 밀접한 관련을 맺고 있다.⁸¹⁾ 일찍이 경국대전에서는 존속에 대한 범죄를 열 가지의 가장 큰 죄악(소위 ‘十惡’) 중의 하나로 규정하여 처벌한 바 있다. 이후 1905년에 제정된 형법대전 제473조 이하에서 범행수단이나 동기에 따라 살인행위 유형을 상당히 세분하여 규정하고 있었는데, 제498조 이하에서 존속살인과 비속살인에 대한 처벌규정을 두고 있었다. 한편 1912년에 시행된 조선형사령에 의하여 일본형법이 의용되었는데, 일본형법 제200조⁸²⁾에 의하면 ‘자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다’고 규정되어 있었다.

1953. 9. 형법이 제정되면서 제250조 제2항에 일본형법 제200조와 동일한 내용이 계수되었다. 형법제정당시 정부초안(‘자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다’(제267조 제2항))에 대한 국회심의과정에서는 존속살해죄에 대한 별다른 이견이 없이 그대로 국회를 통과하였다. 이 당시 입법자의 의도는 효도를 형법이 보호해야 할 하나의 법익으로 파악한 것이라고 평가할 수 있다. 하지만 형법 제정 당시의 사회와 60여년이 흐른 지금의 사회에서는 급격한 변화를 겪게 되어 많은 관념들의 변화도 이루어 졌다. 전통적 가치로서의 효는 이제 우리사회에서도 더 이상 법률에 의하여 강제될 수 있는 법적 속성을 지닌 것으로 평가하기보다는 오히려 자발적으로 권장할 도덕규범의 영역으로 점차 편입되어가고 있는 것이다.

1992년 형법개정작업과정에서는 존속살해죄를 삭제하자는 주장이 있었으나 존속에 대한 패륜적 범죄를 무겁게 비난하는 것은 우리의 전통적 법률문화이고 다른 범죄의 존속에 대한 가중규정을 존치하면서 존속살해죄만 법정형이 무겁다는 이유로 삭제하는 것은 체계상 모순된다⁸³⁾는 이유로 존속살해죄를 존치시키되 사형 또는 무기징역으로 되어 있던 법정형에 7

가 존속인 경우에도 일반범죄와 비교할 때 형벌에 있어서 아무런 차이가 없다. 그렇다고 하여 동 유형의 범죄들을 존속대상범죄에서 제외하는 견해는 없다. 위의 3가지 유형은 입법상의 불비로 보여진다.

81) 하지만 유교적 전통을 보유하고 있는 아시아의 다른 국가, 즉 중국, 일본, 북한의 형법전에는 현재 존속살해죄를 가중처벌하는 규정이 없다.

82) 동 조항의 제정 배경에는 중국고법제에 근원한 울령제도와 도쿠가와(德川) 막부의 법제에서도 보이는 존속살해 중벌사상이 있다.

83) 존속살해죄뿐만 아니라 형법상의 모든 존속대상범죄 가중처벌조항을 삭제한다면 이러한 체계상의 모

년 이상의 징역을 추가하여⁸⁴⁾, 법정형을 다소 완화하는 개정안을 제시하였고, 이것이 1995. 12. 제3차 형법개정을 통해 반영되었다.⁸⁵⁾

2) 외국의 경우

① 프랑스

존속살해죄의 규정은 역사적으로 1810년 프랑스 舊형법전에서 유래하고 있다. 프랑스는 현재에도 존속살해에 대한 규정(제221-4조 제1항 제2호)을 두고 있는데, 이와 함께 미성년자살해에 대한 규정(제221-4조 제1항 제1호⁸⁶⁾)도 동시에 두고 있는 것이 특징이다. 프랑스 형법 제221-4조 제1항에 의하면 ‘고의로 사람을 살해한 경우 다음 각 호에 해당하는 때에는 무기징역에 처한다(Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu’il est commis).’고 하면서 동조 동항 제2호에서 ‘피해자가 법률상 또는 사실상의 직계존속이거나 양부 또는 양모의 경우(Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs)’를 규정하고 있다.⁸⁷⁾ 우리나라와 다른 점은 법률상의 직계존속뿐만 아니라 사실상의 직계존속도 이에 포함하고 있다는 점이다. 또한 동조 동항 제9호에서 ‘피해자의 배우자 또는 동거인 또는 피해자와 결합된 동반자에 의한 경우(Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité)’에도 가중처벌하고 있는데, 이는 배우자살인죄를 보통살인죄보다 더 중하게 보고 있는 것이다.

② 대 만

대만의 경우 1935년 형법 제정 당시부터 존속살해에 대한 가중처벌 규정(제272조)을 두고 있으면서, 보통살인죄의 형벌(‘사형, 무기 또는 10년 이상의 징역’)보다 가중처벌(‘사형 또는 무기징역’)하고 있다.

순은 극복될 것이고 오히려 형법의 전반적인 체계에 부합하게 될 것이다.

84) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 120면.

85) 1995년 개정을 통해 존속상해죄, 존속폭행죄, 존속학대죄, 존속유기죄, 존속협박죄 등의 경우 지나치게 형을 가중하는 것은 타당하지 않을 뿐만 아니라 존속에 대한 범죄라고 할지라도 그 침해행위가 경미하거나 또는 존속에게 비난가능성이 많을 때 등을 고려하여 법정형에 벌금형이 선택형으로 추가되었다.

86) 프랑스 형법은 피해자가 15세 미만의 미성년자인 경우(Sur un mineur de quinze ans)에 무기징역형에 처하고 있다. 동 조항을 근거로 프랑스가 비속살해죄를 인정하고 있다고 보는 견해도 있으나, 엄격히 말하자면 비속살해죄가 아니라 미성년자살해죄를 가중처벌하는 것으로 보아야 한다.

87) 그 밖에도 프랑스 형법 제222-3조 제3호(존속가중고문, 가혹행위), 제222-8조 제1항 제3호(존속가중폭행치사), 제222-12조 제1항 제3호, 제222-13조 제1항 제3호 등에서도 존속대상범죄를 가중처벌하고 있다.

③ 일본

일본에서는 형법상 존속대상범죄로서 존속살해⁸⁸⁾, 존속상해치사, 존속유기, 존속체포감금, 존속체포감금지사상 등의 범죄가 과거에 규정되어 있었다. 일본이 존속대상범죄를 규정한 결정적인 이유는 형법 제정당시에 프랑스형법을 상당부분 참조한 것에서 비롯된다고 보여진다. 이에 대하여 기존의 일본 최고재판소⁸⁹⁾는 존속살해죄의 형 가중에 대하여 일본 헌법 제14조 제1항의 평등원칙에 위반되지 않는 합헌의 규정이라고 판단하여 왔지만, 1973. 4. 4. 일본 최고재판소는 존속살해죄의 가중처벌을 위헌이라고 판시하였다.⁹⁰⁾ 총 15인의 재판관 중 14인이 위헌이라고 판단하였는데, 이 중 8인(다수의견)은 가중처벌 때문이 아니라 중벌로 인해 위헌이라고 한 반면에, 6인(보충의견)은 가중처벌규정 자체가 위헌이라고 하였다. 다수의견은 두 단계의 관점에서 존속살해죄를 판단하는데, 먼저 입법목적의 합리성을 인정한 다음, 비례성을 살피는데, 존속살해죄의 형벌이 사형 또는 무기징역으로서 두 번의 감경을 하더라도 3년 6개월 이상의 유기징역이 되어 존속살해죄에 대해서는 언제나 집행유예를 선고할 수 없게 되고 이러한 차별은 합리적 차별이라고 할 수 없다는 것이었다. 즉 피해자가 존속이라는 이유로 형을 가중하는 규정을 두었다고 하여 이러한 차별취급을 합리적인 근거가 없는 것이라고 단정할 수는 없지만, 가중의 정도가 극단적이어서 심히 균형을 잃어 이를 정당화할 수 있는 근거를 찾을 수 없는 때에는 그 차별은 현저히 불합리하다는 것이다. 이에 비해 보충의견에 의하면 존속살해죄는 도덕의 견지에서 서 있는 것으로 애정과 효의 발로에 맡기는 것이 상당하므로 규정 자체가 위헌이라고 판단하였다.⁹¹⁾

이후 1995. 5. 12. 존속살해죄를 포함한 모든 존속대상범죄에 관한 규정을 폐지하였다.⁹²⁾ 왜냐하면 존속살해죄에 대한 위헌판결 이후 나머지 존속대상범죄를 존치시키는 것은 균형을

88) 구 일본형법 제200조에서는 '자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.'고 규정한 반면에 구 일본형법 제199조에서는 '사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.'고 규정하여 보통살인과 존속살인의 형벌 차이가 컸었다.

89) 日最判 1950. 10. 25, 刑集 4-2126; 日最判 1950. 10. 11, 刑集 10-2037.

90) 日最判 1973. 4. 4, 刑集 27卷 3號 265面. 昭和 48年 4月 4日 大法廷判決 昭和 45年 (あ) 第1310號 尊屬殺人被告事件. 동 사건은 아버지로부터 14세 때부터 약 15년 동안 강간당하면서 5명의 아이까지 출산한 피고인이 그 정을 모르는 청년으로부터 구혼을 받고 그 때까지의 생활을 청산하고 인간다운 생활을 시작하려는 피고인과 이를 거부하면서 종래의 관계를 유지하려는 아버지와 사이에서 갈등이 계속되던 중 그 아버지를 살해한 것이다.

91) 특이한 점은 동 판결 후 일본 최고재판소는 존속살해죄 이외의 다른 모든 존속대상범죄에 대해서는 합헌판결을 내렸다는 것이다. 예를 들면 존속상해치사죄에 대한 日最判 1977. 9. 26, 刑集 28卷 6號 329面; 日最判 1979. 2. 6, 刑集 30卷 1號 1面 등이 그것이다.

92) 당시 존속살해죄의 폐지 대신 법정형의 하한을 5년 내지 7년으로 하는 대안도 제시되었으나, 실무에서는 이미 최고재판소의 위헌판결 이후 22년 동안 보통살인죄의 규정을 적용하여 왔던 관계로 오히려 대안은 법정형의 상향을 의미하는 결과를 초래하였기 때문에 단순 폐지로 의견이 모아졌다 (Aso/Inoue/Miura/Sonobe, Zum Gesetz zur Teilreform des Strafrechts, in: Koya Matsuo(hrsg.), 刑法의 平易化, 1995, 58면 이하 참조).

상실하는 것이었기 때문이다. 현재 일본에서는 입법론적으로 존속살인뿐만 아니라 그 이외의 범죄에 있어서도 형법상에 존속대상범죄에 대한 가중처벌규정을 두자는 견해는 더 이상 존재하지 않는다고 말할 수 있다.⁹³⁾

④ 독일

독일의 경우 1941년에 존속살해죄(제217조)를 삭제하여, 현재는 존속에 대한 특별한 가중처벌규정을 두고 있지 않다. 다만 모살과 고살을 구분하여 처벌하고 있을 뿐이다(제211조 - 제213조). 또한 독일 舊형법은 제223조 제2항에 존속상해죄를 두었으나 제6차 형법개정(1998. 1. 26.)을 통하여 존속상해규정을 삭제하고, 대신 보통상해죄의 법정형을 기존 3년 이하의 징역 또는 벌금형에서 5년 이하의 징역 또는 벌금형으로 변경하였다.

2. 존속대상범죄 가중처벌의 타당성 여부 검토

(1) 존속대상범죄 가중처벌에 관한 기존의 논거

형법상 존속에 대한 범죄를 가중처벌하는 근거에 대하여 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 직계비속의 패륜성⁹⁴⁾으로 인해 그에 대한 비난가능성, 즉 일반범죄와 비교하여 책임⁹⁵⁾이 커진다고 하는 책임가중설(다수설)⁹⁶⁾과 존속살해죄의 주된 보호법익은 생명이지만 효를 중심으로 한 인륜관계를 부차적 보호법익으로 파악하여 존속에 대한 존중을 사회의 기본질서로 인정해야 하기 때문에 불법이 가중된다고 하는 불법가중설(소수설)⁹⁷⁾이 대립하고 있다.⁹⁸⁾

93) Keiichi Yamanaka/서보학 역, “일본에서의 존속살해에 관하여”, 형사법연구 제16호(특집호), 한국형사법학회, 2001. 겨울, 177면.

94) 상대적으로 보면 존속살해보다는 존속상해나 존속폭행이 더 패륜적 행위라고 할 수 있다. 전자의 경우는 정신이상이나 피해자의 학대 등이 주요한 동기인 반면에, 후자의 경우는 이욕의 목적이나 욕구 불만 등이 주요한 동기로 작용하기 때문이다(김지선, “존속범죄에 대한 소고”, 형사정책연구소식 통권 제35호, 한국형사정책연구원, 1996. 6, 56면 참조).

95) 행위자의 패륜성으로부터 심정반가치를 추론하고 이것이 책임을 가중시켜 형량이 증가한다면 형벌근거책임과 양형책임을 구분하는 지배적인 견해에 따르자면 여기서의 책임은 양형책임이 된다는 견해(정철호, “존속살해가중에 대한 비판적 검토”, 한 . 독 사회과학논총 제17권 제2호, 한독사회과학회, 2007. 가을, 314면)가 있는 반면에, 패륜성을 우선 가중된 심정반가치, 즉 우리사회 공동체 구성원들 간에 무시할 수 없을 정도의 규범의식으로 자리잡은 내면적 비난동기로 한 후, 이러한 가중된 심정반가치를 기술되지 아니한 책임요소로 해석해야 한다는 견해가 있다(조상제, 앞의 논문, 184면).

96) 백원기, 앞의 논문, 391면; 이형국, “존속살해죄의 제문제”, 고시연구, 1994. 7, 152면; 임웅, 29면; 조상제, 앞의 논문, 183면.

97) 김성돈, 41면; 김일수/서보학, 28면; 이정원, 48면(‘법률적으로 인지절차가 완료되기 이전에父를 살해하거나 또는 어려서부터 친부모와 같이 돌봐 준 사람을 살해한 경우에는 행위자의 중한 심정반가치를 인정할 수 있음에도 불구하고 존속살해죄가 아니라 보통살인죄가 성립한다.’).

98) 존속살해죄를 불법가중구성요건이라고 한다면 같이 을에게 존속살해죄를 교사한 경우 불법은 연대한

책임가중설은 비속의 패륜성이라고 하는 정상을 ‘존속’이라는 구성요건요소로 객관화하여 도덕적 윤리를 보호한다는 합리적 근거에 기한 것이라는 점을 논거로 들고 있고, 불법가중설은 첫째, 직계존속을 살해하면 비난가능성(책임)이 더 크다는 것도 결국은 효를 인륜의 근본으로 한 가족주의적 윤리관을 가지고 있는 동양사회의 가치체계에서 비롯된 사회적 평가의 문제이므로 불법가중설이 타당하다는 점⁹⁹⁾, 둘째, 책임가중설에 따르면 신분관계가 책임을 가중한다고 하면서도 다시 이 신분관계가 행위자의 고의의 인식대상이 된다고 하는 것은 모순이라는 점, 셋째, 존속대상범죄를 일률적으로 책임가중구성요건으로 보는 것은 사실에 부합하지 않는다는 점¹⁰⁰⁾ 등을 논거로 들고 있다.

(2) 가중처벌근거에 대한 비판적 검토

1) 책임가중설에 대한 검토

① 존속대상범죄의 발생원인

우리나라 존속살해죄에 대한 현황과 특징을 통계적으로 연구한 문헌은 그리 많지 않다. 최인섭 박사와 김지선 박사가 공동연구 한 1996년 보고서가 현재까지 최초이자 마지막으로 시도된 연구로 보여 진다.¹⁰¹⁾ 하지만 동 보고서가 발간된 지 약 18년이 지났고, 또한 보고서의 기초가 된 통계수치가 1986년부터 1994년까지의 자료이기 때문에 현재의 존속대상범죄 평가를 위한 기준으로 삼기에는 다소 무리가 있다. 존속대상범죄와 관련된 통계자료 산출이 어려운 이유는 존속대상범죄를 별도로 정리한 국가기관의 자료가 전무하기 때문에 일일이 해당 검찰청 내지 법원의 자료를 수집하여 비교·분석해야 하는 번거러움과 접근의 어려움 때문인 것으로 보인다. 존속대상범죄를 체계적으로 분석하고 정리하는 국가차원의 작업이 절실히 요구된다. 하지만 현재 보고되어 있는 자료가 한정되어 있는 관계로 위의 보고서를 기준으로 존속대상범죄의 발생원인을 간략히 살펴보면 다음과 같다.

일반적으로 직계존속을 살해한 경우에 직계비속의 패륜성이 추정된다고 할 수 있으나 이는 어디까지나 번복이 가능한 추정에 불과할 뿐 예외사례는 얼마든지 등장할 수 있고, 오히려 이러한 예외사례가 다수를 차지하고 있다. 위 연구보고서의 수치는 이를 방증하고 있

다는 원칙에 의해, 갑과 을은 각각 존속살해죄의 교사범과 정범의 죄책을 진다. 하지만 존속살해죄를 책임가중구성요건이라고 한다면 을은 존속살해죄의 정범이 되지만, 갑은 형법 제33조 단서의 적용을 받아 보통살인죄로 처벌된다.

99) 김성돈, 41면.

100) 김일수/서보학, 28면.

101) 당시 대검찰청의 자료전산과의 도움을 얻어 1986년부터 1994년까지의 자료를 수집하였는데, 전국 11개 지방검찰청에 있는 기록 중 총 428건의 존속대상범죄(존속살해(84건), 존속상해(242건), 존속폭행(102건))를 활용하여 보고서가 작성되었다.

다.¹⁰²⁾ 존속살해죄에 있어서 패륜에 해당하는 이욕(利慾)을 범행원인으로 하는 경우는 7.1%에 불과하고 오히려 피해자의 학대를 원인으로 하는 경우가 26.2%에 이르는 사정에 비추어 보면 국가가 존속에 의한 가정폭력에 대한 보호책을 마련하지 못하고 있다 할 것임에도 이러한 상태에서 존속에 대한 범죄를 가중 처벌하는 것은 존속에 의한 폭력을 감수할 것을 강요하는 것이다. 그 밖에도 존속살해죄의 범행이유 중 가해자의 정신이상인 36.9%, 가정불화가 10.9% 등으로 집계되고 있다.¹⁰³⁾

이와 같이 범죄사회학적으로 보면 현실적으로 직계존속의 패륜적 행위가 범죄를 유발하는 경우가 적지 않다. 존속살해사건의 실제 사례를 보면 범죄인의 인륜을 저버리는 극악무도한 사건이 있는가 하면 직계비속의 패륜성보다는 오히려 직계존속의 패륜성이 원인이 된 사건도 적지 않다. 이는 존속살해죄의 원인과 배경이 직계비속에의 문제로만 환원될 수 없다는 사실을 보여준다.

② 직계비속의 패륜성 문제

책임은 행위자가 행한 불법에 대한 비난을 그 내용으로 한다. 그러므로 비난의 내용과 정도는 행위 자체가 가지는 불법에 상응해야 한다. 행위자의 패륜적 심정반가치에 근거한 책임가중설에 의하면 개별 존속살해 사례에서 직계비속의 패륜성을 반드시 검토하고 난 후 이것이 인정되는 경우에 한해서 존속살해죄를 인정해야만 한다. 만약 패륜성이 부정된다면 존속살해죄가 아닌 보통살인죄로 의율해야 하는 것이 논리적으로 타당하다.

2) 불법가중설에 대한 검토

① 형법적 범의의 포섭범위

일각에서는 직계존속이 아닌 통상인에 대한 살인죄, 상해죄, 폭행죄 등도 형사상 처벌되고 있는 이상, 직계존속에 대한 범죄를 가중처벌한다 하여 가족관계상 비속의 사생활이 왜곡된다거나 존속에 대한 태도 및 행동 등에 있어서 효의 강요나 개인 윤리문제에의 개입 등 외부로부터 부당한 간섭이 있는 것이라고 말할 수는 없다고 한다. 또한 패륜적·반도덕적 행위의 가중처벌을 통하여 친족 내지 가족에 있어서의 자연적·보편적 윤리를 형법상 보호함

102) 이에 대한 자세한 내용은 최인섭/김지선, 앞의 논문, 37-145면 참조.

103) 최인섭/김지선, 존속범죄의 실태에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 78-80면. 동 논문에 의하면 1986년부터 1994년까지 살인 중 존속살해가 차지하는 비율은 평균 약 6% 정도이고, 그 형량도 사형이나 무기징역형은 단 한 건도 없었다(최인섭/김지선, 앞의 논문, 39면, 56면). 또 다른 보고서에 의하면 전체 살인 사건 중 존속살해죄에 해당하는 비율이 약 4%에 불과하다는 통계자료도 있다(박형민, 살인범죄의 실태에 관한 연구(II), 한국형사정책연구원(2003-21), 2003. 12, 292면).

으로써 개인의 존엄과 가치를 더욱 보장하고 이를 통하여 올바른 사회질서가 형성될 수 있다고 보아야 할 것이라고도 한다.

하지만 인격적 법익론에 의하면 개인적 법익이 우선하며, 보편적 법익은 개인의 매개된 이익에서 보호될 수 있고, 그 결과 개인의 보호에 의해 기능화되고 제한되어질 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이에 의하면 보편적 법익을 인격적 법익의 기능에서 이해하고 국가형벌권의 정당성을 인간에 의해 인정하기 때문에 사회적 또는 국가적 법익의 보호는 인간으로서의 개인의 이익 안에서만 이루어져야 한다.

불법가중설은 효도를 사회질서의 일부로 파악하여 이를 형법상 보호해야 할 법익으로 취급한다. 따라서 존속살해죄의 성립에서 행위자의 패륜성은 검토할 필요가 없고, 직계존속을 살해하였다는 사실관계만이 문제될 뿐이라고 한다.¹⁰⁵⁾ 하지만 효도를 형법상의 법익으로 파악하는 것은 법과 도덕의 한계를 구별하지 않는 것과 비견될 수 있을 것이다.

② 법과 도덕의 구별

불법가중설에 의하면 존속대상범죄 가중처벌규정이 도덕원리를 법에 반영시켜 이를 강제한다는 비판이 있으나, 비록 법과 도덕이 준별된다 하더라도 책임판단에 있어서 윤리적 요소를 완전히 제거할 수는 없는 것이고, 법에 의한 도덕의 강제가 아니라 패륜으로 인한 책임의 가중을 근거로 형을 가중하는 데 지나지 않는 것이며, 법에 의하여 도덕이 강제될 수 없다 하더라도 사회도덕의 유지를 위한 형법의 역할을 전적으로 부정할 수는 없을 뿐만 아니라, 구체적 사건의 양형에 있어서 직계존속이 피해자라는 점이 범정(犯情)의 하나로 중시되는 것이 허용되는 이상 이를 법규의 형식으로 유형화하여 형의 가중요건으로 삼는다 하더라도 그러한 차별적 취급이 곧 합리적 근거를 결하는 것이라고 말할 수도 없다고 한다.

또한 혼인과 혈연에 의하여 형성되는 친족에 있어서는 존경과 사랑이 그 존재의 기반이라고 말할 수 있고, 이를 바탕으로 직계존속은 비속에 대하여 경제적 측면에서는 물론 정신적·육체적 측면에서 올바른 사회구성원으로 성장할 수 있도록 양육하며 보호하고 그 비속의 행위에 대하여 법률상·도덕상 책임까지 부담하는 한편, 비속은 직계존속에 대하여 가족으로서의 책임 분담과 존경과 보은(報恩)의 기본적 의무를 부담하게 되는데, 이는 인류가 가족을 구성하고 사회를 형성하기 시작한 이래 확립되어진 친족 내지 가족에 있어서의 자연적·보편적 윤리로서, 이러한 윤리는 가정은 물론 사회를 유지·발전시키는 기본질서를 형성하게 된다는 점에서 형법상 보호되어야 할 가치이며, 이는 배우자의 직계존속에 대하여도 마찬가지라고 한다.¹⁰⁶⁾

104) W. Hassemmer, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in: FS für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1989, S. 90 ff.

105) 김일수/서보학, 28면.

생각건대 효는 원칙적으로 도덕의 영역에 속한다. 존속대상범죄를 가중처벌하는 것은 존속에 대한 비속의 도덕적 의무, 즉 효를 강요하는 것으로서 개인의 윤리문제에 직접 개입하는 결과가 된다. 친자(親子)간의 효(孝)라는 도덕을 관철하기 위한 것으로서 입법목적이 정당하다고 할 수 없고 윤리의 문제를 형벌로 강요한다는 점에서 수단의 적정성도 인정할 수 없다. 불효라는 것은 도덕적 비난의 대상이 되는 것이지 형사제재의 대상이 결코 될 수 없다.¹⁰⁷⁾ 도덕을 근거로 형벌을 가중하는 것은 범감정상 일응 설득력이 있어 보이지만 적어도 법적인 관점에서 허용될 수는 없다.¹⁰⁸⁾ 도덕적 가치는 범규범에 앞서 있는 도덕규범에 의하여 보호되어야 하고, 그렇지 않으면 사회통제체계를 파괴하는 영역침범이 발생하여 무절제한 형벌 투입의 결과를 초래하여 형법의 범치국가성이 상실된다.¹⁰⁹⁾

3) 평등의 원칙 위배 검토

평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니므로, 비속을 차별 취급하더라도 거기에 합리적 근거가 있으면 헌법상의 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다. 결국 차별취급의 합리적 근거 유무에 의해 존속대상범죄의 정당성이 판단된다. 이에 대하여 합헌설에 의하면 합리적인 근거가 있다고 보는 반면에, 위헌설에 의하면 합리적인 근거가 없다고 한다. 아래에서는 평등의 대상을 중심으로 합리적 이유의 유무에 대하여 구체적으로 검토하기로 한다.

① 일반인 對 직계존속

합헌설에 의하면 존속대상범죄는 법률로써 비속의 직계존속에 대한 도덕적 의무를 특히 중요시한 것으로, 그 입법목적은 가해자인 비속의 패륜성 내지 반윤리성을 엄벌하여 그와

106) 한편 친자관계를 지배하는 도덕적 가치가 반드시 봉건적 사상이라고는 할 수 없으므로 존속살해죄의 규정은 효를 중심으로 한 우리 고유의 전통적 법사상이 계승되어 있는 것이라고 볼 수도 있다는 견해(김성돈, 42면)가 있다. 하지만 존속살해죄의 규정을 효를 중심으로 한 우리 고유의 전통적 법사상이라고 할지라도 이러한 전통적 법사상이 현재 및 미래에까지 '계승'되어야 하는 사상인가에 대해서는 다시 한번 생각해 보아야 할 문제이다.

107) 처벌에 대한 두려움이 윤리 도덕을 지켜는 주요동기가 된다면 그것은 오히려 윤리의식의 퇴보를 의미하는 것이며 그것은 예컨대 불효를 형벌로서 다스려 효도를 강요할 때 그 효도는 이미 참 의미의 효도가 아닌 것이다(헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82 결정 중 김양균 재판관의 반대의견에서 발췌). 효도와 같은 도덕적 가치는 형벌의 가중으로 보호되거나 증대될 수 있는 것이 아니며 국가가 이를 강제적으로 요구해서도 안 되는 성질을 지니고 있기 때문이다.

108) 김영환, "법과 도덕의 관계 -특히 한국형법을 중심으로", 법학논총 제25집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2008. 12, 13면.

109) 배종대, §14/14.

같은 죄의 발생을 특히 억제하고자 함에 있는 것이지 피해자인 존속을 더 보호하고자 함에 있는 것은 아닐 뿐만 아니라, 결과적으로 존속이 강한 보호를 받게 된다고 하더라도 이는 반사적 이익에 불과하고 개개인의 일생을 통하여 보면 결국에는 각자 동등한 보호를 받게 된다는 점에서 처벌의 정도를 달리 함에 대하여 그 합리적 근거를 부인할 수는 없다고 한다.

하지만 직계존속의 생명을 일반인의 생명보다 중하게 보호하는 것은 평등의 원칙을 위배하게 된다고 보아야 한다. 패륜성으로 인하여 가중처벌이 타당하다는 판례와 학설의 취지대로라면 사실상의 직계존속도 직계존속의 범위에 포함하는 것이 논리일관적이나 이러한 주장은 찾아 볼 수 없다. 또한 혼인외의 출생자가 그 생부에 의해 인지되기 이전에 그의 생부를 살해한 경우에도 존속살해죄로 의율하는 것이 논리일관적이지만 이를 부정하는 입장을 비판하는 견해도 극히 드물다.

또한 생명의 가치는 유무의 문제이지 정도의 문제가 결코 되어서는 아니 된다. 즉 생명의 가치를 논함에 있어서 경중을 평가해서는 안 된다. 존속살해죄의 보호법익도 인간의 생명인 한도 내에서 보통살인죄의 보호법익과 동일하다고 볼 수 있다. 하지만 형벌에 차등을 두는 것은 근본적으로 동일한 생명의 가치를 다르게 평가한 것으로써 헌법상의 정신에도 위배된다.

② 직계존속 對 직계비속

㉠ 신분관계 발생의 문제

먼저 헌법 제11조 제1항의 차별금지조항을 열거규정이 아니라 예시규정으로 보는 헌법재판소의 입장¹¹⁰⁾에 따르면, 직계존비속의 관계는 당연히 헌법상 평등권의 적용범위에 포섭된다. 이는 행위의 속성이 아닌 행위자의 속성으로 형벌을 가중하는 것이므로 책임주의에 반하는데, 존속은 출생시킬 자유를 가지기 때문에 이를 근거로 형벌을 가중할 수 있지만, 비속은 출생하는 자유를 가지지 못하기 때문에 이를 기초로 형법상의 책임을 무겁게 하는 것은 사회적 신분에 의한 차별에 해당한다.¹¹¹⁾

㉡ 범죄의 방향의 문제

110) 헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정.

111) 이러한 주장은 '내가 나오고 싶어 나왔소'라는 수준 이하의 있는 자식의 항변으로서 자연법칙을 거역한다는 식의 일상이론은 될 수 있을지 몰라도 법학의 논거가 되기는 어렵다는 견해(배종대, §14/6)가 있다.

현재 우리나라에서는 존속의 비속에 대한 범죄는 가중처벌하지 아니하면서도 “자기 또는 배우자의 직계존속”에 대한 범죄를 가중처벌하도록 함으로써 비속을 차별하고 있다.¹¹²⁾ 하지만 반인륜성 내지 패륜성이라는 점에서 보면 존속살해와 비속살해는 차이가 없음에도 불구하고 존속살해만 가중처벌하는 것은 평등의 원칙 위배이다. 자기 부모를 살해한 자는 존속살해죄로 처벌되는 반면에, 자기 자식을 살해한 자는 보통살인죄로 처벌하는 것은 신분적 도덕에 의해 형벌을 달리하는 것이기 때문에 평등의 원칙에 반한다.

만약 존속살해죄를 존치하려면 비속살해죄를 신설¹¹³⁾하여 도덕의 불평등을 해소하는 것이 합당하지만 이러한 태도는 현대의 작은 형벌지향목표에 반한다. 모든 인격적 가치에 대해 평등관계를 요구하고 있는 현대의 법사상에 비추어 보면 비속살해죄의 가중처벌을 별도로 두는 것까지 요구해야 도덕적 불평등 문제까지 해소할 수 있을 것인데, 이러한 입법방식을 취하는 국가는 프랑스가 유일하다.

③ 직계존속 對 방계존속

패륜성이 형의 가중요인이라면 반드시 직계존속만을 그 대상으로 할 당위성이 부족하다. 왜냐하면 사실상의 직계존속을 살해한 경우, 혼인외의 출생자가 부의 인지 전에 부를 살해한 경우, 법률상의 직계존속이 어렸을 때 사망하여 친부모와 동일하게 돌보아 준 사람(예를 들면 삼촌·고모·이모 등의 방계존속)을 살해한 경우 등의 경우에도 존속살해죄를 인정해야 논리적으로 모순이 없기 때문이다. 하지만 이러한 경우 다수설과 판례는 보통살인죄를 인정하고 있다. 왜냐하면 아무리 패륜성이 강하다고 하더라도 존속살해죄가 아닌 보통살인죄로도 충분히 그 패륜성을 양형상 참작하여 형을 선고할 수 있기 때문에 이러한 해석이나 판례의 태도에 대하여 비판하는 주장은 거의 찾아보기 힘들다.

직계존속과 방계존속의 차별취급은 현행법의 규정상 불가피한 것이지만 해석론적으로 불가피한 일일지라도 입법론적으로 타당한가 여부의 심사는 재고를 요하는 부분이다. 이러한 문제에 대한 해결방안으로는 첫째 직계존속과 방계존속을 구별하지 않고 존속이기만 하면 가중처벌하는 방법, 둘째 직계존속과 방계존속을 구별하지 않고 일반인과 동일하게 보통살인죄로 처벌하는 방법 등을 상정해 볼 수 있는데, 전자의 경우보다 후자가 보다 타당한 것으로 보인다.

112) 이러한 의미에서 조국 교수는 형법 제250조 제2항은 비속의 행위반가치만을 상정하고 있기에 일면적인 입법이라고 한다(조 국, “존속살해죄의 전제와 근거에 대한 재검토”, 형사법연구 제16호(특집호), 한국형사법학회, 2001. 겨울, 193면).

113) 이미 영아살해죄와 미성년자살해죄를 처벌하는 규정을 두고 있으므로 비속이 성년인 경우 일정한 요건하에 처벌하는 입법을 생각해 볼 수 있다.

④ 존속대상범죄 상호간의 형벌비교

현행 형법상 존속대상범죄와 일반범죄 사이의 법정형을 비교해 보면 다음과 같다.

<일반범죄와 존속대상범죄의 법정형 비교>

죄 명	일반범죄	존속대상범죄
살인죄	사형, 무기 또는 5년 이상의 징역(제250조 제1항)	사형, 무기 또는 7년 이상의 징역(제250조 제2항)
상해죄	7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금(제257조 제1항)	10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(제257조 제2항)
중상해죄	1년 이상 10년 이하의 징역(제258조 제1항)	2년 이상의 유기징역(제258조 제3항)
상해치사죄	3년 이상의 유기징역(제259조 제1항)	무기 또는 5년 이상의 징역(제259조 제2항)
폭행죄	2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(제260조 제1항)	5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금(제260조 제2항)
특수폭행죄	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제261조)	벌금(제261조)
유기죄	3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금(제271조 제1항)	10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(제271조 제2항)
중유기죄	7년 이하의 징역(제271조 제3항)	2년 이상의 유기징역(제271조 제4항)
학대죄	2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금(제273조 제1항)	5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금(제273조 제2항)
유기등치상죄	7년 이하의 징역(제275조 제1항)	3년 이상의 유기징역(제275조 제2항)
유기등치사죄	3년 이상의 유기징역(제275조 제1항)	무기 또는 5년 이상의 징역(제275조 제2항)
체포감금죄	5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금(제276조 제1항)	10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(제276조 제2항)
중체포감금죄	7년 이하의 징역(제277조 제1항)	2년 이상의 유기징역(제277조 제2항)
특수체포감금죄	그 외에 정한 형의 2분의 1까지 가중(제278조)	
(중)체포감금치상죄	1년 이상의 유기징역(제281조 제1항)	2년 이상의 유기징역(제281조 제2항)
(중)체포감금치사죄	3년 이상의 유기징역(제281조 제1항)	무기 또는 5년 이상의 징역(제281조 제2항)
협박죄	3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(제283조 제1항)	5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금(제283조 제2항)
특수협박죄	7년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제284조)	

이와 같이 형법상 존속대상범죄의 가중처벌규정은 모두 개인적 범익에 관한 죄에 규정되어 있는 것이 특징이다. 효라는 보호범익을 위한다는 것은 일종의 공동체 질서의 하나에 속하는 것으로 존속대상범죄는 사회적 범익을 침해하는 범죄로 이해할 수도 있지만 존속대상범죄를 사회적 범익에 대한 침해범죄로 파악하는 견해는 우리나라에서는 없는 것 같다. 그리고 이를 면밀히 검토해 보면 다음과 같은 불합리한 점이 있음을 발견할 수 있다. 첫째, 일반범죄와 비교할 때 존속대상범죄의 가중정도가 일정한 비율에 따르지 않고 개별 범죄마다 각각 다르다. 적게는 1.4배(존속살해죄의 경우)에서 많게는 약 4배¹¹⁴⁾(존속중체포감금죄, 존속유기등치상죄의 경우)까지 다양하다. 이는 일반범죄의 동일한 불법과 책임에 단지 존속이라는 신분의 요소가 가미된 범죄 사이에서도 합리적인 근거가 없이 차별취급하는 심각한 문제를 발생시키고 있다.

둘째, 자격정지의 부과를 살펴보면, 살인의 죄, 상해와 폭행의 죄, 체포와 감금의 죄 등에서는 이를 인정하고 있는 반면에, 유기와 학대의 죄, 협박의 죄 등에서는 인정하지 않고 있는데, 이러한 차별취급에도 합리적인 이유를 발견하기가 어렵다.

셋째, 특수폭행죄, 특수체포감금죄, 특수협박죄의 경우에는 일반범죄와 존속대상범죄 사이에 형벌의 차이가 존재하지 아니한다. 다른 존속대상범죄와 달리 동 죄들에 대한 형벌의 차이가 부정되는 이유도 찾아볼 수 없다.

넷째, 다른 개인적 범죄와의 형평성 문제도 야기되는 바, 존속강간죄, 존속명예훼손죄, 존속강도죄 등에 대한 가중처벌조항이 없는 것이 그것이다.

3. 구성요건

(1) 주 체

피해자의 직계비속 또는 그 직계비속의 배우자이다(신분범).

(2) 객 체

우리 형법은 존속대상범죄에서 말하는 존속의 범위에 관하여 '자기 또는 배우자의 직계존속'이라고 명시적으로 밝히고 있다. 물론 존속살해죄의 객체를 '직계'존속에 한정하는 것이 입법론적으로 타당한가에 대한 의문이 제기될 수 있겠지만 적어도 해석론적으로는 이를 바탕으로 이론을 전개해 나가야 하기 때문에 동 규정을 전제로 존속에 대한 분석을 하면 다음

114) 2010. 4. 15. 형법의 개정으로 유기징역의 상한이 최고 30년으로 상향조정되었다.

과 같다.

1) 자기의 직계존속

자기의 직계존속이란 자기의 부모, 조부모, 증조부모, 외조부모 등을 말한다. 직계존속의 개념은 민법에 의하여 정해지는데, 법률상의 직계존속에 국한되고 사실상의 직계존속은 제외된다.¹¹⁵⁾ 친자관계라는 사실은 가족관계등록부상의 기재여하에 의하여 좌우되는 것은 아니며 가족관계등록부상 친권자라고 등재되어 있다고 하더라도 사실에 있어서 그렇지 않은 경우에는 법률상 친자관계가 생길 수 없다.¹¹⁶⁾ 따라서 반드시 가족관계등록부의 기재가 절대적인 기준이 되는 것은 아니다. 또한 직계존속이란 법률상의 개념¹¹⁷⁾으로서 사실상 혈족 관계가 있는 부모관계일지라도 법적으로 인지절차를 완료하지 아니한 한 직계존속이라 볼 수 없고¹¹⁸⁾, 아무런 특별한 관계가 없는 타인 사이라도 일단 합법한 절차에 의하여 입양관계가 성립한 뒤에는 직계존속이라 할 것이다.¹¹⁹⁾ 하지만 庶父母와 嫡子(정실(아내를 첩에 상

115) 민법 제844조(부의 친생자의 추정) ① 처(妻)가 혼인 중에 포태한 자는 부(夫)의 자(子)로 추정한다.

② 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다.

116) 대법원 1983. 6. 28. 선고 83도996 판결: 피고인은 호적부상 아버지 공소외 1, 어머니 공소외 2 사이에 태어난 친생자로 등재되어 있으나 이건 피해자인 공소외 1과 공소외 2는 1943년경 결혼하여 황해도 웅진군에서 동거하다가 6.25사변당시 월남한 후 공소외 1이 집을 떠나 객지로 다니면서 행상을 하는 사이에 공소외 2가 식모살이를 하면서 공소외 성명불상인과 정교관계를 맺어 피고인을 출산한 사실을 인정하고 피고인과 공소외 1과는 친자관계가 없으므로 피고인이 공소외 1의 친자임을 전제로 한 존속상해죄는 성립될 수 없다.

117) 대법원 1980. 9. 9. 선고 80도1731 판결: 혼인 외의 출생자와 생모간에는 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친족관계가 생기는 것이다.

118) 대법원 1970. 3. 10. 선고 69도2285 판결: 혼인 외의 출생자와 부 사이에는 인지절차를 거치지 않는 한 직계존속관계가 없다.

119) 대법원 1981. 10. 13. 선고 81도2466 판결: 공소외 1의 남편인 공소외 2는 경찰과 검찰에서 피고인은 자기들 부부 사이에 출생한 자식이 아니고 자기의 문전에 버려진 생후 몇 시간 밖에 되지 아니한 영아를 주어다 길러 호적에는 친자식으로 입적하였다고 진술하고 있으니 피고인이 공소외 1의 친생자가 아님이 분명하다. 그리고 당사자 간에 양친자관계를 창설하려는 명백한 의사가 있고 나아가 기타 입양의 성립요건이 모두 구비된 경우에 입양신고 대신 친생자 출생신고가 있다면 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 있다고 해석함이 가할 것이나, 이 사건에 있어서는 이 점에 관하여는 아무런 심리와 판단이 없다. 피살자(여, 55세)가 그의 문전에 버려진 영아인 피고인을 주어다 기르고 그 부(夫)와의 친생자인 것처럼 출생신고를 하였으나 입양요건을 갖추지 아니하였다면 피고인과의 사이에 모자관계가 성립될 리 없으므로, 피고인이 동녀를 살해하였다고 하여도 존속살인죄로 처벌할 수 없다.

대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도8333, 2007감도22 판결: 민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정되기 전의 것) 제874조 제1항에 의하면 처가 있는 자는 공동으로 함이 아니면 양자를 할 수 없다. 그리고 당사자가 입양의 의사로 친생자 출생신고를 하고 거기에 입양의 실질적 요건이 구비되어 있다면 그 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 발생하고, 이 경우의 허위의 친생자 출생신고는 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 입양신고의 기능을 하게 되는 것이다. 기록에 의하면, 피해자는 그의 남편인 공소외인과 공동으로 피고인 겸 피치료감호청구인(이하 '피고인'이라 한다)을 입양할 의사로 1978. 3. 16. 피고인을 친생자로 출생신고를 하고 피고인을 양육하여 오다가 위 공소외인이 1984년경 사망한 후에도 계속하여 피고인을 양육하여 온 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 위 법률규정과 법리에 비추어 피고인을 친생자로 한 출생신고는 피해자와 피고인 사이에서도 입양신고로서 효력이 있으므로 피고인은 피해자의 양자라고 할 것이고, 피고인이 피해자를 살해한 경우 존속살

대하여 부르는 말)이 낳은 아이), 嫡母와 庶子(본 부인이 아닌 다른 여자에게서 태어난 아이), 繼父母와 繼子는 직계존비속관계가 아니다.

종래에는 입양의 경우 양부모뿐만 아니라 친생부모도 직계존속에 포함되었다.¹²⁰⁾ 하지만 2008. 1. 1. 시행된 민법에서 신설된 친양자제도(민법 제908조의3 제2항 본문¹²¹⁾)에 의하면 입양한 양자는 원칙적으로 양친과의 친족관계만 인정하고 종전의 친족관계를 종료시키고 있다. 따라서 친양자가 친생부모를 살해한 경우에는 보통살인죄가 성립한다고 보아야 한다.

2) 배우자의 직계존속

배우자의 직계존속¹²²⁾이란 (법률상의) 배우자의 부모, 배우자의 조부모, 배우자의 증조부모 등을 말한다. 배우자의 직계존속도 법률상의 직계존속에 국한되고 사실상의 직계존속은 제외됨은 물론이다.

다수설¹²³⁾과 판례에 의하면 법률상의 혼인관계는 사망으로 인하여 소멸하고, 배우자는 생존 중의 배우자를 말하기 때문에 배우자가 사망한 후에 그 직계존속을 살해한 경우에는 보통살인죄가 성립한다고 한다. 다만 배우자의 신분관계는 실행행위시에 있으면 충분하기 때문에 동일한 기회에 배우자를 먼저 살해하고 이후 배우자의 직계존속을 살해한 경우에는 존속살해죄가 성립한다.

그러나 부부 일방이 사망한 경우에는 생존 배우자가 재혼한 경우에 한하여 인척관계가 소멸되기 때문에 재혼하기 이전에는 장인, 장모, 시아버지, 시어머니 등의 관계는 소멸되지 아니한다. 따라서 재혼 이전에 배우자였던 자의 직계존속을 살해한 경우에는 존속살해죄가 성립한다고 보아야 한다.

(3) 고 의

대법원 1977. 1. 11. 선고 76도3871 판결: 피해자 2가 피해자 1로부터 피고인이 음주후 행패를 부린 사실을 듣고 피고인을 “그놈 쳐 넣어야겠다”고 말하는 것을 피고인이 들었다는 것

해죄가 성립한다.

120) 대법원 1967. 1. 31. 선고 66도1483 판결: 타가에 입양된 자라 하여도 친생부모와는 자연혈족관계가 소멸되지 않으므로 직계존속관계는 그대로 유지된다.

121) 민법 제908조의3(친양자 입양의 효력) ① 친양자는 부부의 혼인 중 출생자로 본다. ② 친양자의 입양 전의 친족관계는 제908조의2 제1항의 청구에 의한 친양자 입양이 확정된 때에 종료한다. 다만, 부부의 일방이 그 배우자의 친생자를 단독으로 입양한 경우에 있어서의 배우자 및 그 친족과 친생자간의 친족관계는 그러하지 아니하다.

122) 배우자의 혈족(시부모, 처부모)은 민법상 인척에 불과하나, 형법은 ‘배우자의 직계존속’에 대해서 자기의 직계존속과 동일하게 취급하고 있다.

123) 오영근, §2/46; 김성돈, 44면.

만으로서 그 부 피해자 2를 살해할 결의를 하였다고 볼만한 사유로 삼을 수는 없다고 본다. 거기에서 이건 범행전모의 경위와 순서가 위에서 본 바와 같은 것임을 아울러 고찰하여 볼 때 피고인이 피해자 1에게 위 고자질한 일을 따지러 가서 식도를 꺼내들고 죽인다고 협박을 할 때 피해자 1이 무서워서 그 자리를 피해 버리자 제분에 이기지 못하여 식도를 휘두르는 피고인을 말리거나 그 식도를 뺏으려고 한 그 밖의 피해자들을 닥치는대로 찌르는 무차별 횡포를 부리던 중에 그의 부까지 찌르게 된 결과를 빚은 것으로 엿보일 뿐 피고인이 칼에 찔려 쓰러진 피해자 2를 부축해 데리고 나가지 못하도록 한 일이 있다는 1심 채택 증거 중의 일부 진술정도로써 피고인이 그의 부 피해자 2를 살해할 의사로 식도로 찔러 살해하였다는 사실을 인정하기는 어렵다고 봄이 상당하다 할 것이다.

(4) 사실의 착오

1) 존속살해의 고의로 보통살인의 결과를 발생하게 한 경우

객체의 착오인 경우에는 존속살해죄의 (불능)미수와 과실치사죄의 상상적 경합을 인정하는 견해, 보통살인죄를 인정하는 견해, 존속살해죄의 (불능)미수와 보통살인죄의 기수의 상상적 경합을 인정하는 견해¹²⁴⁾, 구체적 부합설이나 법정적 부합설 중 구성요건부합설에 의하면 존속살해죄의 미수와 과실치사죄의 상상적 경합이 인정되지만, 법정적 부합설 중 죄질 부합설에 의하면 보통살인죄의 기수를 인정하는 견해¹²⁵⁾ 등으로 나뉘어진다.

전자의 견해는 고의의 범리에 중대한 오해가 있는 것으로 보인다. 예를 들어 갑이 병을 자기의 아버지 을로 오인하고 살해한 경우에 과연 갑이 병을 살해할 고의가 없었고 따라서 병을 살해한 것이 아니라 치사했다고 할 수는 없다고 본다. 비록 갑에게 병을 자기의 아버지 을로 잘못 인식한 동기의 착오는 있었지만 현실적으로 병을 염두에 두고 병에게 살해행위를 하였으며, 병은 이로 인하여 사망하였다. 그러므로 병에 대한 갑의 고의는 부정되지 아니한다. 비록 객체를 존속으로 오인하였다고 할지라도 오인된 대상도 사람인 한 그 사람에 대한 고의, 즉 보통살인의 고의는 당연히 인정된다고 보아야 한다.

방법의 착오인 경우에는 법정적 부합설에 따르면 보통살인죄의 기수가 되지만, 구체적 부합설에 따르면 존속살해죄의 (장애)미수와 과실치사죄의 상상적 경합이 인정된다.

2) 보통살인의 고의로 존속살해의 결과를 발생하게 한 경우

124) 김성돈, 44면(‘존속살해의 불능미수가 인정되고 형법 제15조 제1항의 해석론상 존속살해의 고의 속에는 보통살해의 고의가 당연히 포함되어 있다고 할 수 있어 보통살인죄의 기수도 인정되고 양자는 상상적 경합이 된다’).

125) 오영근, §2/47.

객체의 착오인 경우에는 제15조 제1항('특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 별하지 아니한다.')에 의하여 보통살인죄가 성립¹²⁶⁾한다.

방법의 착오인 경우에는 법정적 부합설에 따르면 발생한 사실인 존속살해죄의 기수가 인정되지만, 제15조 제1항이 적용되어 보통살인죄가 인정된다. 반면에 구체적 부합설에 따르면 보통살인미수죄와 과실치사죄의 상상적 경합이 된다.

4. 공 범

(1) 비신분자가 신분자에게 가담한 경우

존속살해죄는 신분관계로 인하여 형이 가중되는 부진정신분범이다. 따라서 형법 제33조¹²⁷⁾가 적용된다. 먼저 다수설은 제33조 단서를 부진정신분범의 성립과 처벌에 관한 규정이라고 해석하므로, 갑과 을이 공동으로 갑의 아버지 병을 살해한 경우 갑은 존속살해죄의 공동정범, 을은 보통살인죄의 공동정범이 된다고 한다. 하지만 판례는 제33조 본문이 진정신분범과 부진정신분범의 성립에 관한 규정이고, 제33조 단서는 부진정신분범의 처벌에 관한 규정이라고 해석하므로, 제33조 본문에 의해서 갑과 을은 모두 존속살해죄의 공동정범이 되지만, 제33조 단서에 의해서 을은 보통살인죄로 처벌된다고 한다.

(2) 신분자가 비신분자에게 가담한 경우

대법원 1961. 8. 2. 선고 4294형상284 판결: 實子와 더불어 남편을 살해한 처는 존속살해죄의 공동정범이다.

Ⅲ. 영아살해죄

제251조 (영아살해)

직계존속이 치육을 은폐하기 위하거나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만 중 또는 분만 직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

126) 대법원 1960. 10. 31. 선고 4293형상494 판결: 직계존속임을 인식하지 못하고 살인을 한 경우는 형법 제15조 소정의 특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위에 해당한다.

127) 제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 별하지 아니한다.

다.

제254조 (미수범)

전4조의 미수범은 처벌한다.

1. 의의 및 입법론

행위자의 특별한 동기를 고려하여 보통살인죄에 비하여 형을 감경한 구성요건이다(부진정 신분범).¹²⁸⁾ 형감경의 근거에 대하여는 ① 불법이 감경된다는 견해¹²⁹⁾, ② 출산으로 인한 비정상적인 심리상태로 인해 책임이 감경된다는 견해, ③ 일정한 동기와 상황으로 인해 직계존속에 적법행위의 기대가능성이 감경된다는 견해¹³⁰⁾, ④ 직계존속의 명예구제 때문에 책임이 감경된다는 견해 등이 주장된다.

생각건대 ③설의 타당하다. ①설의 경우 영아의 생명이 일반인의 생명 보다 가치가 낮다고 할 수 없으므로 타당하지 않다. 오히려 저항할 능력조차 없는 영아를 살해하는 것은 불법이 가중된다고 보아야 한다. ②설의 경우 영아살해죄의 주체를 산모가 아닌 직계존속으로 하고 있는 형법에 태도에 반한다. ④설의 경우 직계존속의 명예가 영아의 생명보다 귀중하다는 것이 전근대적인 사상에 입각한 것이라는 점에서 타당하지 않다. 하지만 ③설도 입법론적으로는 타당하지 않다고 본다.

입법론적으로 영아살해죄는 폐지되어야 할 것이다. 의용형법은 영아살해죄를 규정하지 않았으나¹³¹⁾, 1953년 제정형법에서 본 규정을 둔 이유는 그 당시 곤궁과 전쟁으로 인한 시대 상황(여성들의 원하지 않은 출산)을 반영한 것이었다. 하지만 오늘날의 시대상황은 본 규정의 입법당시와는 전혀 다르다. 또한 영아에 대해서만 감경적 구성요건을 두는 것은 인간의 생명에 차등을 두고 있다는 점, 영아는 보호되어야 할 사회적 약자임에도 불구하고 그렇지 못하다는 점, 영아살해죄가 삭제되더라도 보통살인죄의 법정형에서 양형을 고려하여 처리할 수 있다는 점, 구성요건 중 ‘특히 참작할 만한 동기로 인하여’의 범위가 너무 광범위하다는 점 등에서 폐지되어야 하겠다.¹³²⁾

2. 구성요건

128) 2005년부터 2009년 7월까지 영아살해 혐의로 붙잡힌 피의자 46명 중 17명(37%)이 20세 이하였다. 이어 21~30세가 16명(35%), 31~40세 8명(17%), 41~50세 1명(2%) 등이었다. 또한 전체 46명 가운데 구속은 14명(30%)이었고, 나머지 32명(70%)은 불구속 입건됐다.

129) 김성돈, 45면.

130) 오영근, §2/57.

131) 동죄는 1940년 일본형법개정가안 제337조의 영향을 받은 것이다. 하지만 이후 일본은 1961년 개정형법준비초안이나 1974년 개정형법초안에서 이를 받아들이지 않았다.

132) 同旨 김성돈, 45면; 오영근, §2/58.

(1) 주 체

직계존속이라는 신분을 요하는 부진정신분범이다. 먼저 직계존속의 범위와 관련하여 다수설¹³³⁾은 산모뿐만 아니라 모든 직계존속을 의미한다고 보는 반면에, 소수설은 산모에 제한한다고 본다. 외국의 경우 오스트리아 형법 제79조, 스위스 형법 제116조, 대만 형법 제274조 등에서는 행위의 주체를 母에 한정하고 있다.¹³⁴⁾ 생각건대 다수설이 타당하다. 왜냐하면 소수설은 피고인에게 유리한 규정을 축소해석하는 것이기 때문에 허용되지 않는 해석이기 때문이다.

다음으로 직계존속의 성격과 관련하여 다수설¹³⁵⁾은 법률상의 직계존속 이외에 사실상의 직계존속도 포함된다고 하나, 판례¹³⁶⁾는 법률상의 직계존속만을 의미한다고 한다. 생각건대 다수설이 타당하다. 왜냐하면 원칙적으로 법전상 의미의 직계존속이란 법률상의 직계존속을 의미하는 것이지만, 본죄의 경우에는 사실상의 직계존속도 포함하는 것이 다른 범죄의 경우와는 달리 피고인에게 유리한 결과를 가져오기 때문에 이를 인정해도 무방하기 때문이다.

(2) 객 체

분만 중 또는 분만 직후의 영아이다. 분만 중이란 개방진통이 시작한 때로부터 분만이 완료될 때까지를 말하며, 분만 직후란 분만 완료 후 분만으로 인한 비정상적인 심리상태가 계속되는 동안뿐만 아니라 사회통념상 적법행위를 기대하기 어려운 시점까지를 말한다.

영아(嬰兒)란 유아(乳兒)보다 더 어린 개념으로 젖을 먹지 못하는 갓난 아기를 의미한다.¹³⁷⁾

(3) 주관적 구성요건

133) 김성돈, 46면; 오영근, §2/59.

134) 독일은 종래 산모만을 주체로 인정하고 있었던 영아살해죄 규정(제217조)을 1998. 1. 26. 개정을 통해 폐지하였다.

135) 김성돈, 46면; 오영근, §2/59.

136) 대법원 1970. 3. 10. 선고 69도2285 판결: 남녀가 사실상 동거한 관계가 있고 그 사이에 영아가 분만되었다고 하여도 그 남자와 영아와의 사이에 법률상 직계존속·비속의 관계가 있다고 할 수 없으므로 그 남자가 영아를 살해한 경우에는 보통살인죄에 해당한다(사실관계: 甲남과 乙녀는 혼인신고를 하지 않고 동거를 해 오던 중 乙녀가 임신을 한 후 출산을 하였다. 아이를 낳고 싶은 생각이 없었고 또한 양육에 부담을 느낀 甲남은 갓 태어난 아이를 살해하였다).

137) 대구고등법원 1968. 3. 26. 선고 67노317 판결: 영아살해죄의 객체가 되는 것은 산모의 분만 중 또는 분만 직후의 생존아를 말하는 것이고 생후 2개월이 경과한 때에는 형법에 규정된 영아라고 할 수 없다.

고의(영아를 살해한다는 인식 및 의사) 이외에 초과주관적 구성요건으로 치욕을 은폐하거나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기가 필요하다. 이러한 특별한 동기가 없는 경우에는 보통살인죄가 성립한다.

치욕은폐의 사유로는 강간으로 인한 출산, 과부나 미혼모의 출산, 친족간의 성관계로 인한 출산 등을 예로 들 수 있다. 양육할 수 없음을 예상할 수 있는 사유로는 경제적인 곤궁, 기형아의 출산 등을 예로 들 수 있다. 특히 참작할 만한 동기의 사유로는 앞의 2가지 경우 이외의 포괄적인 경우를 들 수 있다.

한편 본죄에서 규정하고 있는 한정적인 동기 이외에 다른 참작할 만한 사유가 있는 경우에는 작량감경의 규정이 적용될 수도 있다.

IV. 촉탁 · 승낙 살인죄

제252조 (촉탁, 승낙에 의한 살인등)

① 사람의 촉탁 또는 승낙을 받아 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

제254조 (미수범)

전4조의 미수범은 처벌한다.

제256조 (자격정지의 병과)

제250조, 제252조 또는 제253조의 경우에 유기징역에 처할 때에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

1. 의 의

촉탁 · 승낙 살인죄, 소위 동의살인죄는 보통살인죄에 비하여 형을 감경하는 감경적 구성요건이다. 감경의 근거에 대하여는 피해자의 의사에 근거한 생명침해이기 때문에 불법이 감경된다는 불법감경설¹³⁸⁾, 생명은 처분할 수 없는 법익이기 때문에 촉탁 또는 승낙에 의하여 불법은 감경될 수 없고, 동정이나 원조 등의 동기로 인해 책임이 감경된다는 책임감경설, 불법 및 책임감경설 등의 대립이 있다. 생각건대 불법감경설이 타당하다. 피해자의 의사에 반하는 살인과 피해자의 의사에 합치하는 살인의 경우 불법의 양은 달라질 수 있기 때문이다.

한편 촉탁살인죄가 승낙살인죄보다 불법의 양이 적다고 할 수도 있다. 즉 승낙살인죄의

138) 김성돈, 47면; 오영근, §2/64.

경우 피해자의 승낙이 있기 이전에 이미 살해의 고의가 있음을 전제로 하기 때문에 촉탁살인죄와 비교하여 그 불법이 적은데, 양자를 동일한 법정형으로 두는 것은 문제가 있다고 본다.

본죄는 피해자의 승낙(제24조)이 있어도 처벌되는 ‘법률의 특별한 규정’이다.

2. 구성요건

(1) 객 체

자신에 대한 살해를 촉탁 또는 승낙한 자이다. 이러한 자는 죽음의 의미를 이해할 수 있는 생명에 대한 가치판단능력과 자유로운 의사결정능력이 있어야 한다. 그러므로 유아나 심신상실자는 본죄의 객체가 될 수 없다. 한편 자기 또는 배우자의 직계존속으로부터 촉탁 내지 승낙을 받아 살해한 경우에도 동죄가 성립한다. 동죄는 제250조 제2항에 대한 특별규정이기 때문이다.

(2) 행 위

1) 촉탁 또는 승낙

촉탁이란 이미 죽음을 결심한 피해자의 부탁을 받고 가해자가 살해의 결의를 하는 것이다. 승낙이란 이미 살해의 결의를 하고 있는 가해자가 피해자로부터 살해에 대한 동의를 받는 것이다. 이러한 촉탁과 승낙은 명시적 · 직접적이어야 한다. 이에 대하여 촉탁은 명시적이어야 하나 승낙은 묵시적이어도 무방하다는 견해가 있는데, 양자 모두 명시적인 것에 한해야 한다고 본다. 또한 촉탁과 승낙의 상대방은 반드시 특정되어 있을 필요가 없고 불특정 다수인에 대한 것도 무방하지만, 상대방이 특정된 경우에는 제3자에 대해서는 동죄가 성립하지 아니한다. 한편 촉탁과 승낙은 피해자 자신이 한 것이어야지, 제3자에 의한 것이라면 보통살인죄가 성립한다.

2) 살 해

살해의 촉탁을 얻는 단계만으로는 불가벌적 예비단계에 그친다. 하지만 살해의 승낙을 받은 단계는 예비의 단계를 지나 미수의 영역으로 들어오게 된다. 이 경우 자의로 중지한 경우 승낙살해죄의 중지미수가 성립한다. 대부분의 범죄의 중지미수 효과는 필요적 감경에 해

당되겠지만, 위의 경우에 있어서는 충분히 필요적 면제까지도 가능하다고 본다.

(3) 고 의

촉탁 또는 승낙이 있음을 인식하고 피해자를 살해한다는 점에 대한 인식과 의사를 내용으로 하는 고의가 필요하다.

(4) 사실의 착오

1) 촉탁 또는 승낙이 없음에도 불구하고 있는 것으로 오인한 경우

제15조 제1항에 의하여 본죄가 성립한다.

2) 촉탁 또는 승낙이 있음에도 불구하고 없는 것으로 오인한 경우

객관적 감경사유가 존재하므로 촉탁 · 승낙살인죄가 된다는 견해, 보통살인죄가 된다는 견해, 보통살인죄의 미수와 촉탁 · 승낙살인죄의 상상적 경합이 된다는 견해¹³⁹⁾, 촉탁승낙살인죄가 불법감경구성요건이라는 점을 고려하여 주관적 정당화요소가 결여된 경우의 예에 따라 보통살인죄의 불능미수가 된다는 견해¹⁴⁰⁾, 객체의 착오의 경우에는 보통살인죄의 미수와 촉탁승낙살인죄의 기수의 상상적 경합이 성립하고, 방법의 착오의 경우에는 보통살인죄의 미수와 과실치사죄의 상상적 경합이 성립한다는 견해 등의 대립이 있다.

3. 위법성조각사유로서의 안락사

V. 자살교사 · 방조죄(자살관여죄)

제252조 (촉탁, 승낙에 의한 살인등)

② 사람을 교사 또는 방조하여 자살하게 한 자도 전항의 형과 같다.

제254조 (미수범)

139) 김성돈, 49면(‘제15조 제1항의 취지에 따라 큰 고의(보통살해의 고의)에는 작은 고의(촉탁승낙살해의 고의)가 포함되어 있는 것이므로 촉탁승낙살인죄가 인정되고, 보통살인죄의 결과가 실현되지 않았기 때문에 보통살인죄의 미수가 되고 양자는 상상적 경합이 된다’).

140) 오영근, §2/71.

전4조의 미수범은 처벌한다.

제256조 (자격정지의 병과)

제250조, 제252조 또는 제253조의 경우에 유기징역에 처할 때에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

1. 의 의

자살교사 · 방조죄, 소위 자살관계죄는 보통살인죄에 비하여 불법이 적어 형을 감경하는 감경적 구성요건이다. 불법이 감경되는 이유는 피해자의 의사에 반하지 않는 생명침해라는 점인데, 이러한 점에서 촉탁·승낙살인죄의 법정형과 동일하다. 본죄는 총칙상의 공범규정에 대한 특칙으로써, 형법 제31조 및 제32조는 적용되지 아니한다. 즉 자살은 살인죄의 구성요건에 해당하지 아니하므로 공범종속성설에 따르게 되면 자살을 교사 · 방조하는 경우에도 범죄가 성립하지 않는다. 그러나 비록 자살을 별하지 않더라도 자살을 교사 · 방조하는 행위는 비난가능성이 있기 때문에 공범종속성설을 따른 특별규정이라고 볼 수 있다.¹⁴¹⁾

입법론적으로는 자살교사죄와 자살방조죄를 동일한 법정형으로 규정하고 있는 현행법을 탈피하여, 자살교사죄에 비하여 자살방조죄의 법정형을 보다 완화하는 것이 타당하다고 본다. 또한 촉탁살인죄의 경우에는 비록 촉탁이나 승낙이 있더라도 직접 살해행위를 한다는 점에서 교사 또는 방조를 통하여 자살을 유발하거나 용이하게 해 준 공범적 성격의 행위와 불법의 정도가 다르다는 점에서 촉탁살인죄에 비하여 자살교사죄와 자살방조죄의 법정형을 보다 완화하는 것이 타당하다고 본다.

2. 구성요건

(1) 객 체

행위자 이외의 자연인이다. 다만 자살의 의미를 이해하고 자유로운 의사결정능력이 있어야 한다. 따라서 자살의 의미를 이해할 수 있는 능력이 없는 정신병자, 유아 등을 교사 또는 방조한 때에는 살인죄의 직접정범이 성립한다.¹⁴²⁾ 또한 자살의 의미를 이해할 수 있는 자에

141) 이에 비하여 공범독립성설에 의하면 범죄가 아닌 자살에 가공한 행위를 처벌하는 본죄는 형법이 공범독립성설을 취하고 있다는 실정법적 근거가 되고, 본죄의 교사 또는 방조는 총칙상의 교사 또는 방조와 그 내용이 같은 것이므로 제31조와 제32조의 규정은 본죄에도 적용된다고 보게 된다.

142) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도2395 판결: 피고인이 7세, 3세 남짓 된 어린자식들에 대하여 함께 죽자고 권유하여 물속에 따라 들어오게 하여 결국 익사하게 하였다면 비록 피해자들을 물속에 직접 밀어서 빠뜨리지는 않았다고 하더라도 자살의 의미를 이해할 능력이 없고 피고인의 말이라면 무엇이든 복종하는 어린 자식들을 권유하여 익사하게 한 이상 살인죄의 범의는 있었음이 분명하다(사실관

대해서 위계 또는 위력으로 의사결정의 자유를 침해하여 자살하게 한 경우에는 위계·위력에 의한 살인죄가 성립한다.

(2) 행 위

1) 자살교사

자살의 의사가 없는 자에게 자살을 결의하게 하는 것이다. 이미 자살할 결심을 한 사람을 교사한 경우에는 자살교사죄가 아니라 자살방조죄가 성립한다.

2) 자살방조

자살방조죄는 자살하려는 사람의 자살행위를 도와주어 용이하게 실행하도록 함으로써 성립되는 것으로서, 그 방법에는 자살도구인 총, 칼 등을 빌려주거나 독약을 만들어 주거나 조언 또는 격려를 한다거나 기타 적극적, 소극적, 물질적, 정신적 방법이 모두 포함된다.¹⁴³⁾ 그러나 이러한 자살방조죄가 성립하기 위해서는 그 방조 상대방의 구체적인 자살의 실행을 원조하여 이를 용이하게 하는 행위의 존재 및 그 점에 대한 행위자의 인식이 요구된다.¹⁴⁴⁾ 한

계: 아버지(피고인)가 생활고를 비관하여 자살하기로 결심하고 그의 7세, 3세 된 아들들에게 '아버지가 못나서 미안하다. 우리 함께 죽자'고 말하였다. 아들들이 고개를 끄덕이자 아버지가 먼저 한강으로 걸어 들어가 아들들에게 '너희들도 어서 들어와라'고 말하자, 아들들은 제 발로 깊은 물속으로 걸어 들어가 익사하였다. 그러나 아버지는 지나가던 행인에 의해 구조되었다).

143) 대법원 1992. 7. 24. 선고 92도1148 판결(강기훈씨 유서대필 사건): 피고인은 망인이 공소장에 기재된 상황에서 분신자살을 하겠다는 생각을 갖고 있음을 알고 그 실행을 용이하게 도와주겠다는 의도로 1991. 4. 27.경부터 같은 해 5. 8.까지의 어느 날에 서울 어느 곳에서 리포트 용지에 검은 색 사인펜으로 유서 2장을 작성하여 줌으로써 유서내용에 의하여 위 망인에게 그의 분신자살이 조국과 민족을 위한 행위로 미화될 것이며 사후의 장례의식을 포함한 모든 문제도 전국민족민주운동연합에서 책임진다는 것을 암시하는 방법으로 분신자살의 실행을 용이하게 도와주어 망인의 자살을 방조하였다는 내용으므로, 이는 결국 적극적, 정신적 방법으로 자살하려는 사람에게 자살의 동인과 명분을 주어 자살을 용이하게 실행하도록 하였다는 것으로서 자살방조죄에 해당된다.

144) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도2328 판결: 피해자가 이 사건 당일 새벽에 피고인과 말다툼을 하다가 죽고 싶다 또는 같이 죽자고 하며 피고인에게 기름을 사오라는 말을 하였고, 이에 따라 피고인이 피해자에게 휘발유 1병을 사다주었는데 그 직후에 피해자가 몸에 휘발유를 뿌리고 불을 붙여 자살한 사실을 인정한 후 위와 같은 피해자의 자살경위에 피해자의 자녀문제와 고부갈등, 경제적 어려움 등으로 인한 피고인과 피해자 사이의 가정불화 등을 보태어 보면, 피고인이 이 사건 당시 피해자에게 휘발유를 사다주면 이를 이용하여 자살할 수도 있다는 것을 충분히 예상할 수 있었음에도 피해자에게 휘발유를 사다주어 피해자가 자살하도록 방조한 것이다.

대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도1373 판결: 피고인들의 이 사건 판매광고 등의 행위는 단지 금원 편취 목적의 사기행각의 일환으로 이루어진 것일 뿐 그 후 다른 경로로 입수한 청산업을 이용한 위변사자들의 자살행위에 어떠한 물질적 혹은 유형적 기여도 하지 못한 점, 위 변사자들이 위 자살 관련 카페에서의 상호 교감을 통해 이미 자살을 결의하고 구체적 실행방법만을 물색하고 있던 상황인데다가 피고인들의 위 판매광고가 사기행각임이 발각되기까지 하였음에 비추어 피고인들이 위 변사자들의 자살의 실행에 정신적 혹은 무형적으로 기여하였다고 보기도 어려운 점, 기록에 의하면 위 변사자들의 자살에 사용된 청산업의 효능에 대하여는 이미 위 자살 관련 카페의 회원들 사이에서는 주지

편 타인의 자살행위 도중에 개입하여 살해를 한 경우에는 본죄가 성립하지 않고 보통살인죄가 성립한다.¹⁴⁵⁾

(3) 고 의

단순히 자살의 결의만 시킬 고의가 있는 경우에는 본죄가 성립하지 아니한다. 자살을 교사한 이후에 자살을 방조한 경우에는 포괄일죄로서 자살교사죄만이 성립한다.

3. 실행의 착수시기

본죄는 자살의 공범이 아니라 독립된 범죄로서 자살의 교사·방조 그 자체를 실행행위로 보아야 하므로 행위자가 자살을 교사·방조한 때에 실행의 착수가 있다는 교사·방조시절, 교사·방조시절에 의하면 기도된 교사(제31조 제2항, 제3항)에 한하여 살인의 예비·음모에 준하여 처벌하는 살인죄보다 중하게 처벌되어 균형이 맞지 않으므로 피해자가 자살행위에 들어간 때에 본죄의 실행의 착수를 인정하는 자살행위시절, 자살교사의 경우에는 피해자의 자살의 착수 여부를 불문하고 자살의 교사시에 실행의 착수가 인정되지만, 자살방조의 경우에는 살인죄의 기도된 방조가 불가벌인 것과의 균형상 피해자가 자살에 착수했을 때 실행의 착수가 인정된다는 이분설¹⁴⁶⁾ 등의 대립이 있다.

생각건대 교사·방조시절이 타당하므로 교사 또는 방조행위를 기준으로 실행의 착수시기가 정해진다. 따라서 자살의 교사 또는 방조행위는 하였으나 상대방이 자살행위로 나아가지 않은 경우에는 자살교사 또는 방조죄의 미수범이 성립한다. 또한 자살의 교사 또는 방조를 받은 자가 자살행위에 실패한 경우, 자살의 교사 또는 방조와 자살행위 사이에 인과관계가 없는 경우 등도 본죄의 미수범이 성립한다.

의 사실이었던 것으로 보이는 점 등의 사정에 비추어 피고인들의 위 행위가 위 변사자들이 실행한 자살행위를 원조하여 이를 용이하게 한 방조행위에 해당한다고 보기 어렵다 할 것이고, 나아가 위와 같은 사정하에서라면 단지 가짜 청산염 판매광고의 수법으로 금원을 편취하고자 한 피고인들에게 위 변사자들의 구체적 자살행위에 관한 방조의 범의가 있다고 보기도 어렵다(사실관계: 이 사건 변사자들은 2004. 3. 9.경 동반 자살하기에 앞서 '자살에 관하여' 등 그 판시 인터넷 사이트 내 자살 관련 카페(동호회) 등지에서 자살에 사용할 청산염 등 유독물의 구입처와 동반 자살자를 물색하여 오던 중 2004. 2. 18.경부터 같은 해 2. 25.경까지 위 카페 게시판에 청산염 등 자살용 유독물의 일반적 효능 소개를 결들인 판매 광고용 글을 올린 피고인 1과 사이에 위 청산염 구입을 위한 상담용 이메일을 주고받고 통화까지 하였으나, 피고인들은 실제로는 위 청산염을 소지한 바도 없이 단지 금원 편취의 의도로 위 판매광고 등을 한 것으로 보이고, 변사자 1 또한 2004. 2. 25.경 이를 알아채고서 그 후 피고인들과의 접촉을 중단하고 다른 불상의 경로를 통해 청산염을 입수한 다음 변사자 2, 변사자 3 등 나머지 변사자들을 그의 소재지로 불러 모아 동반 자살하였다).

145) 대법원 1948. 5. 14. 선고 4281형상38 판결: 피해자가 자살 도중이라도 이에 가공하여 살해의 목적을 달성한 경우에는 살인죄가 된다.

146) 손동권, 24면.

4. 죄수 및 다른 범죄와의 관계

(1) 자살방조죄와 촉탁살인죄와의 관계

양죄는 행위자가 타인의 자살에 관여한 점에서는 동일하다. 양죄의 구별과 관련하여, 행위자에게 행위지배가 있으면 촉탁살인죄이고 자살자에게 행위지배가 있으면 자살방조죄라는 행위지배기준설, 자살의 주도적 역할을 행위자가 담당하면 촉탁살인죄이고 자살자가 담당하면 자살방조죄라는 주도적 역할기준설¹⁴⁷⁾ 등의 대립이 있다.

(2) 자살교사죄와 촉탁살인죄와의 관계

자살을 교사하여 자살을 결의시키고, 그의 촉탁을 받아 살해한 경우에는 촉탁살인죄만이 성립한다(법조경합 중 보충관계).

(3) 동반자살(合意同死)의 문제

합의에 의한 동반자살을 시도하다가 생존자가 발생한 경우, 생존자를 처벌할 수 있는가에 대한 문제가 제기될 수 있는데, 이는 경우를 나누어서 살펴보아야 한다.

첫째, 두 사람 모두 진심으로 자살하기를 원했으나 그 중 한 사람이 생존한 경우에는 자살교사 · 방조죄가 성립한다.

둘째, 두 사람 중 한 사람만 진심으로 자살하기를 원했고 나머지 한 사람은 허위로 자살을 가장하고 생존한 경우에는 위계에 의한 살인죄가 성립한다.

VI. 위계 · 위력에 의한 살인죄

제253조 (위계등에 의한 촉탁살인등)
전조의 경우에 위계 또는 위력으로써 촉탁 또는 승낙하게 하거나 자살을 결의하게 한 때에는 제250조의 예에 의한다.

제254조 (미수범)
전4조의 미수범은 처벌한다.

제255조 (예비, 음모)

147) 김성돈, 51면.

제250조와 제253조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

제256조 (자격정지의 병과)

제250조, 제252조 또는 제253조의 경우에 유기징역에 처할 때에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

1. 의 의

본죄는 외형상으로는 촉탁승낙살인죄 또는 자살교사죄와 유사하지만 피해자의 진정한 의사에 반한다는 점에서 살인죄와 더 유사하다. 특히 위계 · 위력으로써 자살하게 한 경우에는 살인죄의 간접정범에 해당하지만, 별개의 형법상 독립된 범죄로 규정한 것이다. 한 가지 주의할 점은 위계 · 위력으로써 자살을 방조한 경우에는 동죄에 해당하지 않고, 단순히 자살방조죄에 해당한다는 점이다.

2. 구성요건

위계 또는 위력으로 사람의 촉탁 또는 승낙을 받아 그를 살해하거나 자살하게 하는 것이다. 위계란 진실의 은폐, 기망, 유혹 등을 수단으로 하여 상대방의 부지(不知), 착오 등을 이용하는 것을 말한다. 예를 들어 적군에게 포위당했다고 기망하여 자살하게 만든 경우이다. 위력이란 사람의 의사를 제압할 수 있는 무형적, 유형적 힘을 말한다. 폭행이나 협박을 사용한 경우뿐만 아니라 사회적 · 경제적 · 정치적 지위를 이용한 경우도 이에 해당한다.

위력자살결의죄 내지 위력자살결의방조죄가 성립하기 위하여는 피해자에 대한 폭행이나 협박 등의 위력이 피해자의 항거를 불가능하게 하여 피해자가 그 의사결정 능력을 완전히 상실하거나 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 하여 피해자가 자살 이외의 방법을 선택하는 것이 극히 곤란한 상황에 처하여 자살에 이를 정도의 것이어야 하고, 이러한 위력의 정도가 피해자의 의사결정 능력을 완전히 상실하거나 피해자가 자살 이외의 방법을 선택하는 것이 극히 곤란한 상황에 이를 정도의 것이었는지 여부는 위력의 강약 그 자체만으로 판단할 것은 아니며, 유형력을 행사한 당해 위력의 내용과 정도, 위력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 자살 당시의 정황 등 구체적인 제반 사정을 종합하여 판단하여야 하고, 이 경우에 위력이 어느 정도에까지 이르렀는가는 구체적인 상황하에서 피해자의 단순한 주관이나 심리 상태만에 의할 것이 아니라 사회통념에 비추어 그 행위의 내용이 일반적으로 피해자의 항거를 현저하게 곤란하게 하여 자살 이외의 방법을 선택하는 것이 극히 곤란한 상황에 처하여 자살에 이를 정도의 것이었는가는 객관적인 판단에 의하여 결정해야 한다.¹⁴⁸⁾ 하지만 위력

자살결의죄는 자살의 의사가 없는 사람으로 하여금 위력을 이용하여 자살하도록 결의하게 함으로써 성립되는 것이고 그 법정형이 살인죄에 준하도록 규정되어 있음에 비추어 살인에 비금갈 정도의 죄책을 질 경우이어야 하므로 자신의 처와 정(情)을 통한 피해자를 수일간에 걸쳐 폭행·협박하고 심하게 책임추궁을 하여 피해자가 죄책감에 괴로워하던 끝에 자살을 결의하게 되었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 위력자살결의죄가 성립되지 아니한다.¹⁴⁹⁾

148) 부산고등법원 1996. 10. 30. 선고 96노502 판결: 피고인 1이 피해자를 대구에서 범행 현장까지 피해자의 의사에 반하여 강제적으로 승용차에 태워서 데려온 다음 피해자에게 남편인 피고인 2와의 불륜관계를 청산하라고 요구하자 피해자가 "죽었으면 죽었지 헤어지지는 못하겠다."고 대답하자 피고인 1이 18ℓ 들이 석유 2통을 피해자의 몸에 뿌리고, 1회용 가스라이터를 피해자에게 건네주면서 "죽을 자신이 있으면 죽어라."고 말하여 어느 정도의 위력을 행사하여 피해자가 피고인 1로부터 건네받은 라이터로 자신의 몸에 불을 붙여 즉석에서 전신화염화상으로 사망한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 피해자는 1995. 11. 10.부터 같은 해 12. 26.까지 피고인들이 경영하는 청해진짬집에서 종업원으로 일하였는데, 1995. 12. 일자불상경 피해자와 피고인 2가 서로 성관계를 맺게 되면서 이로 인하여 피고인들 사이에 불화가 발생하게 되었고, 피고인 1이 피해자를 만나서 피고인 2와의 불륜관계를 청산할 것을 다짐받고는 피해자를 용서하기로 하여 계속하여 찻집에서 일하였으나, 피고인들 사이에 그 문제로 인하여 불화가 계속되자 피해자는 더 이상은 찻집에서 일하지 못하고 대구에 있는 친구 공소외인의 집으로 가 버린 사실, 그 후 1996. 1. 3. 피해자와 피고인 2가 서로 전화통화를 하다가 피고인 1에게 발각되어 피고인 1이 이를 따지기 위하여 피고인 2와 함께 승용차를 타고 거창에서 대구까지 가서 피해자를 만나 그 날 12:00경 피해자를 태우고서 다시 거창으로 돌아오면서 피고인 1이 피해자에게 피고인 2와의 관계를 단절할 것인지에 관하여 추궁하였으나 피해자는 헤어질 수 없다고 대답한 사실, 이에 순간적으로 화가 난 피고인 1이 피해자를 죽이던지 살리던지 자신이 알아서 할 것이니 석유를 가져오라고 하여 피고인 2가 피고인들의 집에 있던 석유 2통을 자동차에 싣고 이견 범행 현장으로 가던 중 피고인 1의 지시에 따라 피고인 2가 석유 1통(18ℓ)에 거창읍 대평리 소재 중동주유소에서 석유를 구입한 사실, 피고인들이 위 피해자를 데리고 대구에서 범행 현장까지 오면서 피해자를 폭행하지는 않았으나, 피고인 1이 피해자에게 "잘 대해 주었는데도 은혜를 원수로 갚는 자는 죽어야 마땅하다."는 취지로 죽음을 암시하였던 사실, 피고인 1이 위 피해자에게 "죽을려면 죽어라." 등으로 고함을 치면서 석유를 뿌릴 때에도 피해자는 고개를 숙인 채 가만히 서서 있었을 뿐 별다른 저항을 하지는 않았던 사실, 피해자는 비록 당시 19세의 미성년의 소녀이기는 하지만 피고인 1이 피해자에게 위력을 행사하였다는 범행시간이 14:30경으로 낮시간이었고, 범행의 장소는 경남 거창군 남상면 매산부락에서 감악산에 있는 연수사로 가는 중간지점의 산중턱의 밭으로서 도로에서 약 10m 정도 떨어진 곳으로서 도로에서 시야가 제한되지 아니한 곳이었던 사실 등을 인정할 수 있으므로 이러한 사정과 아울러 피해자가 피고인들로부터 도망하는 데에 별다른 장애가 있었다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인들에게는 피해자가 피고인 1의 집요한 불륜관계에 대한 추궁으로 육체적, 정신적으로 압박을 받은 나머지 스스로의 죄책감과 이러한 압박을 모면하고자 자살할지도 모른다고 인식하면서도 위에서 인정한 바와 같이 위력을 행사한 것이라 할 것이지만, 피고인들이 피해자에게 가한 위력의 정도는 피해자의 의사결정 능력을 완전히 상실하거나, 피해자가 자살 이외의 방법을 선택하는 것이 극히 곤란한 상황에 처하여 자살에 이를 정도의 것이었다고 합리적 의심을 배제할 정도로 단정하기에는 부족하다 할 것이므로 이 점을 지적하는 피고인들의 항소 논지는 이유 있다(인정된 죄명: 폭행한 자는 자살교사죄, 석유를 사온 자는 자살방조죄).

149) 서울고법 1989. 2. 24. 선고 88노3543 판결.