형사정책연구 Korean Criminological Review
제24권 제3호(통권 제95호, 2013 · 가을호)

정당방위권 역사와 도그마틱*:
중세적 출발점과 현대적 수용

신 동 일*

국 | 문 | 요 | 약

형법 제21조 정당방위는 자기보호원리와 법질서수호원리의 두 이념으로 정당성을 설명한다. 통설적인 지위를 가지고 있는 이러한 설명에 최근 연구는 의문을 제기하기도 했다. 주된 의문점은 두 가지 이념을 이원론으로 설명하는 것은 개별적인 이념의 고유한 특성을 진지하게 고려하지 못했다는 것이다. 일부 연구는 정당방위권에서 자기보호원리를 보다 중심적으로 평가할 수 있다고 한다. 정당방위권의 정당화 과정을 보면 자기보호원리는 정당방위권의 핵심적인 구성원리이다. 반면에 법질서수호원리는 정당방위권의 입법과정에서 등장하는 법정책적인 이념을 반영한다. 어떤 면에서 현재의 정당방위권은 자기보호원리를 사회윤리에 맞추어 제한하고, 시민의 보호를 국가가 위임하는 역사적인 상황 자체를 법질서수호원리에 각인시킨 결과다. 그러므로 정당방위권의 본질은 여전히 자기보호원리에 있으며, 법질서수호원리는 시민의 안전을 책임지는 국가의 의무를 말한다. 그런 측면에서 정당방위권의 해석에서 상당성 개념을 정당방위권을 행사해야 할 시민이 지켜야하는 객관적 윤리로 보는 것은 정당방위에서 자기보호원리의 의미를 축소시키는 결과를 만든다. 정당방위권의 남용은 정당방위권 자체의 문제가 아니라 도발에 의한 정당방위나 과잉방위, 오상방위 등의 규범에서 이미 제도적으로 해결된 역사적 흔적일 뿐이다. 개념적으로 성립한 정당방위를 또다시 형법 제21조의 "상당한 때" 문언에 따라 사회윤리를 통해 정당방어행위 자체를 심사할 수 있다고 보는 것은 법이념과 도그마틱적으로 오해일 수 있다.

❖ 주제어 : 정당방위, 정당방위 상황, 자기보호원리, 매맞는 여성 증후군, 정당화사유, 사회윤리적 제한

---

* 이 글은 국립 한경대학교의 2013년 "해외 유수연구기관 공동연구 프로그램"의 일환으로 독일 괴팅엔 대학교와 공동으로 수행하고 있는 "한-독 형사 판례와 이론 비교 연구"의 결과 중 일부이다. 공동연구자이며 많은 도움을 준 괴팅엔대학교 군나 두트게(Gunnar Duttge) 교수와 2013년 1월과 2월 두 달간 독일에서 필자와 함께 연구자료 조사와 토론에 적극 참여해준 한경대학교 법학부 김욱종 군, 김다솜 양, 이승수 군에게 감사의 마음을 전한다.

** 국립한경대학교 법학과 교수, 법학박사

Ⅰ. 들어가며

형법상 정당방위[1]는 한동안 눈에 띄는 논쟁점은 없었다. 형법 제21조에 대한 법원의 일부 결정[2]들에 대한 비판적인 글들이 있었지만, 형법 개정론이나 법률 자체의 문제점을 지적하는 경우는 없었던 것으로 보인다. 그런데 얼마전 발표된 한국해양대학교의 최석윤 교수의 논문[3]과 서울대학교 이용식 교수의 논문[4], 그리고 김정환 교수의 논문[5] 등은 잠잠하던 정당방위에 대하여 새로운 토론을 시작했다. 최 교수는 정당방위 근거에 대한 이원론의 근거가 상호주관적 이해틀에서 새롭게 구성되어야 한다고 주장한다. 이원론에 대한 비판은 이용식 교수와 김정환 교수의 논문들에서도 제기되었다. 특히 이용식 교수는 이원론의 개별 원리들이 단순 병립적으로 결합되는 것에 대해 의문을 제기했다.[6] 김정환 교수는 좀 더 나아가 법철학적인 논거를 통해 자기보호원리를 강조하는 논의를 이끌었다. 주지하다시피 이원론은 자기보호원리와 법질서의 수호원리로 구성된다. 그동안 교과서나 연구문헌에서 이 두 이념원리의 유래나 구조에 대해서는 상세하게 다루지 않았던 것으로 보인다. 최 교수의 지적처럼 개인의 자기보호는 생물의 본능적인 특성이라고 할 수 있지만, 이 원리만으로 현대적 법체계에서 정당방위 행위가 정당화되기는 어렵다. 마찬가

1) 개념상 우리의 “정당방위”에는 정당한 방어행위라는 의미가 포함된다. 반면에 영미법이나 독일형법은 “자기방위; 긴급방어”(self-defense; Notwehr)다. 우리와 같은 용어를 사용하는 국가는 일본이고 프랑스 형법은 “정당한 방위”(legitime defense)라고 한다.

2) 소위 “의붓아버지 살해사건”(대법원 1992.12.22, 선고 92 도 2540 판결)은 정당방위 도그마틱의 공황상태를 만들었다.

3) 최석윤, 정당방위의 근본사상에 관한 연구, 형사법연구 제21권 제3호, 2010, 259 이하. 최석윤 교수는 글에서 “이원론은 이론적 전제와내용의 면에서 문제점을 지닌 개인권적 일원론과 사회권적 일원론을 고유한 핵심내용도 없이 단순히 첨가하는 방식으로 절충한 한계가 있다.”라고 한다.

4) 이용식, 경찰관에 의한 구조의 가능성과 정당방위. 정당방위의 본질 및 인정근거에 기초한 그 허용과 제한의 문제를 중심으로, 경찰학논총 제6권 제2호, 2011, 89 이하.

5) 김정환, 정당방위의 기본사상으로서의 법질서수호원리? 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006, ; 김혜경, 예방적 정당방위의 성립가능성, 형사판례연구 제15권, 2007, 23 이하.

6) 이용식, 위의 논문, 97 이하는 자기보호원리와 법질서수호원리의 한계점을 잘 설명하고 있다. 이용식 교수에 따르면 자기보호원리는 정당방위권을 제한하는 이유를 설명할 수 없으며, 법질서수호원리는 국가권력 독점의 정당성에 대한 의문점이 남아 있다는 것을 지적한다. 반면에 김혜경, 위의 글, 31 이하에서는 사회적 권리로서의 법질서수호원리가 작동하지 않는 상황에서는 정당방위권이 인정될 수 없다고 한다.

지로 법질서 수호원리는 불법과 법의 관계를 설명하고, 국가의 기능적 역할을 말해줄 수 있지만, 방위행위 상황에 처한 긴급성을 감안하면 정당방위의 필요성과 현실적으로 모순될 수도 있다. 이러한 원리들을 결합시킨 이원론은 두 가지 원리를 통해 새로운 설명모델을 만들었다. 그러나 각각의 약점을 그대로 유지하고 있기도 하다.[7)]

이원론의 입장에서 정당방위권을 간단히 정리하면 "정당방위자는 국가가 법을 스스로 보호할 수 없는 상황들에서 법의 대리수행자로서 자신의 이익을 보호할 수 있는 당연한 권리를 보장하는 것"이다. 자기보호원리나 법질서수호원리의 개별적인 문제에 대한 최근 논문들은 정당방위 도그마틱을 다시 생각하는 계기가 되었다. 우리 형법 제21조 제1항 문언은 "자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니 한다."이다. 국내 교과서들과 연구문헌들은 정당방위권을 설명하면서 이 규정에서 정당방위 도그마틱의 기본 원칙인 침해성, 현재성, 상당성 등을 설명한다. 정당방위 행위는 부당한 공격이 있고(침해성), 그 공격에 대한 방어행위가 공격과 동시에 존재해야 하며(현재성), 방어행위는 공격의 정도와 상응(상당성)해야 한다. 도그마틱상 미세한 차이점은 현재성의 범위해석과 상당성의 이중적 의미 인정여부다. 우선 현재성을 즉시성으로 볼 것인가의 의견대립이 있다.[8)] 그리고 상당성을 침해성과 현재성과 별개로 독립적인 사회윤리적 제한요소로 파악하는 것과 독일 형법처럼 상당성을 정당방위의 필요 또는 요구로 볼 수 있다는 견해가 구분된다.[9)]

이하에서는 정당방위권의 형성에 관한 역사적 논의들을 검토해보고, 정당방위권이 근대 형법이론을 통해 규범화되는 과정을 설명하기로 한다. 이를 위하여는 한스 쉬미트-레어만(Hans Schmitt-Lermann)의 "일반 형법학에서 정당방위론에 대하

7) 같은 지적은 김정환, 위의 논문, 7 이하. 김정환 교수는 자기보호원리를 매우 설득력있게 강조하고 있다.(20 이하)

8) 현재성의 해석 논의는 1992년 대법원의 한 판결(의붓아버지 살해사건)에 대한 학자들의 비판에서 비롯된 것으로 생각한다. 이 판결은 정당방위에 대한 다양한 판례 평석을 만들기도 했다. 90년대 이후 발표된 정당방위 관련 논문들은 대체로 이 판결에 대한 불만이나 대안 모색이라고 볼 수 있을 정도로 많았다. 현재성의 개념적 재해석에 관한 연구는 신정훈, 정당방위 상황에 있어서 현재성에관한 연구, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 1 이하.

9) 김일수/서보학, 형법총론, 박영사 2011, 296 이하.

여"(Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts)[10] 를 중심으로 15세기 카롤리나 형법전으로부터 최근의 정당방위 도그마틱이 어떻게 형성되고 변화되었는지를 소개한다. 이를 토대로 근대 형법이론의 정당방위 규범화과정에 대한 설명과 우리나라의 정당방위권이 역사적 맥락에서 볼 때 어떤 의미를 가질 수 있는가를 검토해볼 것이다.

Ⅱ. 정당방위권의 법제도화

1. 역사

독일 형법학자 한스 쉬미트-레어만은 국내에는 거의 알려져 있지 않았다. 저자는 정당방위에 대한 법사학적 연구서를 검색하던 중 우연히 독일 괴팅엔 대학교 형법 도서관에서 그의 책을 발견했다. 이 책은 정당방위권의 역사를 다룬 다른 저서들과 비교하면 매우 상세한 당시의 상황과 논의 내용을 담고 있다. 간략하게 그 내용을 요약하면 독일의 15~19세기 형법학에서 정당방위 도그마틱은 이론적으로 로마법과 이태리 형법학에서 주로 영향을 받았고, 근대국가 형성과정에서 정당방위권은 현실적인 법정책적 필요성에서 입법화되었다. 이 연구에서 확인한 중요한 내용은 정당방위권의 입법과정은 법철학의 결론이라기 보다, 국가구조의 개편과 시민권리를 반영한 법체계의 현실적 정책 결론이었다는 점이다.[11]

레어만의 설명에 따르면 독일에서 정당방위 도그마틱은 15세기 카롤리나 형법전 이전에는 구체적으로 논의되지 못했다.[12] 로마법이나 고전 게르만법에는 정당방위에 대한 구체적 입법이 발견되지 않는다. 그전에는 일종의 자연법적인 권리로 여겨

10) Hans Schmitt-Lermann, Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Schoetensach(Hrsg.), Strafrechtliche Abhandlungen, Breslau-Neukirch 1935.

11) 정당방위에서 대한 기본사상(이념)을 자기보호원리와 법질서수호원리 등으로 보는 관점들은 주로 철학적 이해를 근거로 설명한다. 물론 이런 설명방식이 갖는 장점을 무시할 수는 없다. 그러나 법률은 단순한 철학적 논증의 결론은 아니다. 법은 오히려 역사와 문화적 맥락에서 "결정"되는 경우가 흔하기 때문이다.

12) 자세한 설명은 조규창, 로마형법, 고려대학교 출판부 1998, 70 이하.

졌다. 반면에 당시에도 정당방위 상황을 이론적으로 구성하고 법률로 정할 필요성은 존재했다. 그 입법을 위해서 정당방위권을 이론적으로 설명하는 시도가 등장한다. 15세기 독일 형사법의 토대를 마련한 밤베르크의 계몽학자(Hofmeister) 요한 폰 쉬바르첸베르크(Johann von Schwarzenberg, 1463-1528)는 독일형법사에서 처음으로 이를 시도한 사람이다.[13] 쉬바르첸베르크는 키케로의 사상을 전수받은 계몽적 학자로서 근대 독일 형사절차의 모범이 되는 "밤베르크 형사칙령"(Bambergische Peinliche Halsgerichtsordnung, Bambergensis)을 1507년 기안한 인물이다. 이 칙령은 1530년 계몽군주 카알 5세의 카롤리나 형법전(Constitutio Criminalis Carolina Kaiser Karls V.)으로 개편되어 같은 해 아욱스부르크 의회에서 통과되고, 1532년에는 레겐스부르크 의회에서 비준된다. 레어만에 의하면 쉬바르첸베르크는 근대 독일 형사법을 인본주의를 근간으로 당시 건전한 독일인의 의식에 따라 제정할 것을 주장했다고 한다.[14] 형사절차의 중요한 변화는 형사소송을 개인간의 대립으로 보는 관점에서 국가와 시민의 대립으로 보는 관점으로 변화되었다는 점이다. 개인간 소송의 경우는 공격자와 방어행위자간의 상황이 문제의 중심이지만, 국가와 시민간의 소송에서는 공격자와 제1차적 방어의무자인 국가기관의 역할이 새롭게 정당방위 상황에서 등장한다. 자기방어와 달리 법질서 내에서의 방어행위의 의미와 성격이 부각될 수 있다.[15]

오래된 법인식에서 정당방위란 "단순한 복수의 실행"(ein Rache als Racherecht)이다. 반면에 중세 이후 새롭게 형성된 이해는 정당방위는 "평화교란에 대한 자기방어를 위한 권리"(ein Recht zur Selbstverteidigung gegen Friedlosigkeit)가 된다.[16] 중세를 지나면서 이성법(자연법)이나 교회법으로 개인의 폭력행사는 금지 되기 시작한다. 개인은 더이상 복수행위를 스스로 행사하지 못한다. 형성된 근대국가의 폭력의 독점이 시작되었다. 폭력을 독점한 국가는 시민의 안전에 대한 의무도

13) 당시의 이름은 지금처럼 명확하지 않았다. 쉬바르첸베르크는 그의 가문을 부르는 명칭이고 당시 어법으로는 zu Schwarzenberg이라고 불렀다. 그의 정식 이름은 ‚Johann Freiherr zu Schwarzenberg' 이다.

14) H. Schmitt-Lermann, 4; 김태명, 정당방위의 요건으로서의 상당성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2000, 49 이하.

15) H. Schmitt-Lermann, 5.

16) H. Schmitt-Lermann, 12 이하.

함께 진다. 이 시기의 정당방위권이란 국가의 폭력독점의 한계를 의미한다.[17] 레어만은 이 시기에 정당방위가 비로소 인정되기 시작했다는 것이 아니라고 한다. 그 반대로 중세 유럽에서 정당방위는 언제나 승인되는 법률 이전의 정당한 권리다. 정당방위는 처벌되지 않았다. 방위행위에 의해 상해 또는 살인이 발생해도 일정한 벌금만 내면 그만이다. 15세기의 첨예한 논쟁은 이러한 정당방위행위를 단지 민사법으로 해결하느냐, 아니면 범위를 초과한 비윤리적인 방위행위를 형사법으로 금지하느냐에 집중된다.[18] 사적 방위행위의 형사법적인 제한가능성에 대한 논의들이 시작된다. 처음 반응은 부정적이었다. 시민의 자기보호를 위한 자연권적인 방위행위를 공법인 형법으로 제한할 수 없었다. 당시 유명한 학자들은 대부분 이 금지 자체를 반대한다. 예를 들면 철학자 피히테는 "정당방위 상황은 법질서가 미치지 못하는 권한 밖의 상황이므로 형벌을 귀속할 수 없는 경우"라고 했으며, 가이거는 "정당방위는 가벌성이 없는 복수"라고 한다. 칸트는 "정당방위 상황에서 공격을 받는 자는 사회계약 이전에 가지고 있던 무한한 방어권 행사를 포기하는 계약의 효력을 없는 상황에 처한 것"이라고 했으며, 헤겔은 "공격은 불법이므로, 논리적으로 방어행위는 법이다"라고 했다. 자연권적인 자기보호원리는 ,죽지 말라'는 기독교적인 교리에 따라 더욱 강조되었다. 도그마틱적인 근거로 정당방위를 하는 자에게는 불법의식이 없다는 점이 빈번하게 강조되었다.[19]

17) 로마법에서는 "폭력을 폭력으로 되갚는 것을 승인한다"(vim vi repellere licet)는 원칙이 있다. 그러나 교회법과 이성법에 의하여 이 복수권을 "민회"(commune)가 대신 행사하게 된다.(...jus naturale est, commune omnium nationum...vilentiae per vim repulsio) 유사한 설명은 김혜경, 위의 글, 35 이하. 이에 대한 김혜경 교수의 지적은 매우 적절하다고 생각한다.

18) H. Schmitt-Lermann, 14.

19) 로마법의 원칙은 다음과 같다. "생명, 신체, 명예를 지키기 위해 고의가 아니라 어쩔 수 없는 방위행위를 한 경우는 요구된 살인 또는 필요한 살인이다."(I. Cornelius de sicc 80: Coactum seu necessarium homicidium est, quod non dolo, sed quodam modo coacte, ob vitae, corpus, honoris dacultatumque defensionem committitur)

2. 도그마틱

근대 형법이론이 점차 세련되면서 방위행위의 긴급성이나 필요성에 대한 세밀한 분석이 시작된다. 당시에는 도그마틱적으로 정당방위는 다른 중요한 정당화사유인 긴급피난과 분명하게 구분되지 못했다. 레어만의 연구에 따르면 정당방위를 근대적으로 설명하기 시작한 것은 이태리 형법 이론가들이었다. 쉬바르첸베르크는 긴급피난과 정당방위를 구분하기 위해 당시 이태리 형법 이론을 인용한다. 이태리 형법은 이론적으로 정당방위행위와 과잉방위행위를 구분하고 있었다.[20] 이태리 형법의 기준은 다음과 같다.: "방위행위가 필요한 때는 과하지 않게 적절하게 실행되어야 한다."(defensio necessaria quae fit cum moderamine inculpatae tutelae, M.I.T. 상당성 기준)[21] 이 상당성 기준은 당시 "긴급방어"(Notwehr)를 규범적으로 제한하여 과잉방위와 구분하는 기준이다. 상당성원리는 다시 주관성(caus), 현재성(tempus), 적정성(modus) 등으로 구분된다. 먼저 방어 행위는 단순 복수 목적이 아니라 (정당)방위행위여야 하고, 방위행위는 공격과 동시에 또는 즉시 이루어져야 한다. 현재성은 공격행위가 발생하는 연속적인 시간관련성 안에서 방어행위가 있어야 함을 의미한다.[22] 즉, 시간적으로 끊어짐이 없는 상태(in continenti)다.[23] 방

20) H. Schmitt-Lermann, 23.

21) 이 말의 원 뜻은 "Vim vi repellere licit, modo fiat moderamine inculpatae tutelae, non ad sumendam vindictam, sed ad propulsandam innuriam."(복수를 위한 것이 아니라 부당함을 회복시키기 위하여 적절한 방식으로 방어하는 것은 폭력을 통해 복수를 하더라도 허용된다)

22) 정당방위에 대한 국내의 통설은 "행위 종료가 없는 상태"를 현재성의 범위로 보고 있다. 김성돈, 형법총론, 261; 김성천, 형법총론, 204; 김일수/서보학, 형법총론, 294; 박상기, 형법총론, 158; 배종대, 형법총론, 340; 손동권, 형법총론, 173; 신동운, 형법총론, 273; 이재상, 형법총론, 223; 이형국, 형법총론, 148; 임웅, 형법총론, 221 등. 다소 확장된 현재성에 대한 글은 신정훈, 위의 글, 1 이하.

23) 방어행위의 상당성과 현재성을 중심으로 정당방위를 해석하는 우리 법원이 이해해야 하는 것은 정당방위를 위한 현재성 기준이 "현시성" 또는 "즉시성"이 아니라는 점이다. 공격이 개시되고 종료되지 아니 한 상황, 즉 평화교란이 지속되는 상황에 대한 방어행위에 한정하는 것을 의미한다. 예방적 정당방위를 금지시키면서 침해 순간으로 방위행위를 제한하는 것은 정당방위를 지금처럼 너무 제한적으로 보게 만든다. 대법원의 1992.12.22, 선고 92도 2540 판결에서는 현재성을 방어행위의 "즉시성"으로 좁게 보고 있다. 원래 현재성의 기준은 다음과 같다. "moderamen temporis: in continenti, non ex intervallo."(시간의 적정성은 연속성의 범위를 말하며, 시간적 간격이 없는 것을 말한다) 근대로 오면서 정당방위 도그마틱에서 현재성 기준은 좀 더 제한적으로 변했다. H. Schmitt-Lermann, 52 이하.

어행위의 적정성을 평가하는 또다른 기준은 무기평등성(paritas armorum)이다.[24] 중세 이태리 형법이론의 정당방위 요건들은 현대 형법학의 도그마틱에도 남아있다: 방위행위성(defensio)과 적정성(moderamen) 원리.[25]

MIT 공식은 당시 사회적으로 절박하게 필요했던 사적 복수와 결투살해 금지와 연관된다고 한다.[26] 지금도 일부 법문화권(특히 영미법제)에서는 성인간의 단순 싸움은 범죄가 아닌 경우가 많다. 중세 독일의 문화에서도 결투에 의한 살인은 관습법적으로 인정되었다. 레어만은 "보통법에서 도망갈 의무를 요구하고 있는 것은 당시 시대의 암울했던 상황을 보여주는 것이다."[27] 결투를 신청하는 경우에 이를 회피하는 것은 남성답지 못한 것으로 여겨졌고, 그 결과 결투로 상해를 입거나 사망하는 사건들이 사회 문제로 등장했기 때문이다. 이를 해결하기 위하여 입법으로 개인간의 결투를 금지하고, 과잉방위행위를 처벌하기 시작한다. 자기방어의 필요성을 넘는 과잉방어를 구분하기 위해 이론적으로 제안된 것이 "무기평등성"이다. 이는 사용된 무기의 단순비교를 말한다. 여기서 현재 정당방위의 상당성원리의 해석근거가 발견될 수 있다. 뒤에서도 언급하겠지만 정당방위권의 사회윤리적 제한으로 제안된 상당성원리란 스스로 자초한 정당방위행위나 오상방위행위, 또는 무기불평등을 근거로 한 과잉방위행위를 제한하여 정당방위 성립을 제한하는 원리로 형성되었다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 오늘날 일부 해석에서 시도하는 것처럼 이미 성립된 방위행위를 다시 제한하는 이중의 원리로 보기는 어렵다.

---

24) H. Schmitt-Lermann, 24 이하. 카롤리나 형법전은 지금 형법과 다르다. 형사 증거법을 근간으로 하는 형사소송절차로 보는 것이 타당하다. 그래서 정당방위에 대한 규정은 통합되어 규정되지 않고 각기 다른 조항에 흩어져 있다. 주요 규정은 제140조, 제143조, 제144조이다.

25) H. Schmitt-Lermann, 24. "Es passte gut zu den verschiedensten Einschränkungen der freien Selbstverteidigung." 당시 이태리 형법학의 카롤리나 형법에 대한 영향력에 대해서는 F. Schaffstein, Strafrechtliche Begriffsbildung durch die Carolina, in: ders, Abhadlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte, Scientia Verlag 1986, 79.

26) H. Schmitt-Lermann, 59.

27) H. Schmitt-Lermann, 62. "Im vor. Jahrhundert wurde die Meinung ausgesprochen, die große Bedeutung des Abwägungsgedankens im gemeinen Recht sei darauf zurückführen, dass die Notwehr gleichsam als eine Übertragung des staatlichen Strafrechts auf den Angegriffenen aufgefasst wurde, der deshalb in seiner Verteidigung zur Berücksichtigung der objektiven Gerechtigkeit verpflichtet gewesen sei."

3. 레비아탄 모델

근대국가에서 국가의 폭력독점이 완성되는 시점에 정당방위권이 법률화되었다는 사실은 우연한 것이 아닐 수 있다. 잘 알려진 레비아탄의 가설[28]은 개인적 자기보호원리인 정당방위권을 국가의 손에 넘겨주는 과정을 잘 보여준다. 비극적인 자연상태의 악순환을 끊기 위하여 모든 사람들은 평화조약(제1 계약)을 맺고, 그에 따라 자기 권리의 일부를 포기하는 과정을 거쳐야 한다는 홉스의 사회계약론은 국가가 모든 폭력을 독점하는 한편, 모든 시민들을 보호하는 의무를 생성시킨다는 가설이다. 홉스는 명확하게 "*평화를 준수해야 하는 모든 시민들은... 타인들도 이에 동의할 때, 평화를 위하여 그리고 자기 보호를 위하여 모든 것에 대한 자기 권리를 포기할 것을 숙고해야 한다.*"(강조는 원문)라고 말하고 있다.[29] 이와 같은 주장은 존 로크의 저서에서도 반복된다. "...그가 국가에서 누리고 있는 재산권은 안전하지 못하고 불안정하다. 그 때문에 시민들은 자유롭지만 상호살해의 공포와 지속적인 위험이 존재하는 자연상태(state of nature)를 포기하고 만다. 이성적으로 그는 자신들의 생명과 자유, 그리고 토지, 즉 일반적으로 말해서 재산을 지키려는 의도로 이미 결속력있는 집단을 이루고 있는 다른 사회구성원들과 연합하거나 또는 그러한 연합을 모색하는 집단과 연합하게 된다."[30] 요컨대 사회구성원들이 본래 가지고 있는 자기보호권리는 근대 국가의 형성과 함께 보호받을 권리로 변환될 수 있다. 이를 국가의 "합법적인 폭력독점"(das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkei

---

28) T. Hobbes, C.B.MacPherson(ed.), Hobbes Leviathan, in Pelican Classics Series, Penguine Books 1980, 189 이하.

29) "*That every man, ought to endevour Peace.....Taht a man be willing, when others are so too, as farre-forth, as for Peace, and defence of himself he shall think it necessary, to lay down this right to all thing*." T. Hobbes, C.B.MacPherson(ed.), Hobbes Leviathan, in Pelican Classics Series, Penguine Books 1980, 190.

30) J. Locke, Two Treaties of Government: "...the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very unsecure. This makes him willing to quit a condition, which, however free, is full of fears and continual dangers: and it is not without reason, that he seeks out, and is willing to join in society with others, who are already united, or have a mind to unite, fort he mutual preservation of their lives, liberties and estates, which I call the general name, property."

t)[31]이라고 한다. 결국 정당방위의 법제도화는 개인간의 복수를 금지하기 시작한 근대 국가의 폭력독점의 결과와 관련하여 파악할 수 있다. 토마스 홉스의 레비아탄 국가 모델이나 마키아벨리의 합리적 군주론과 같은 이론들은 고대 국가 이해에서 개인간의 다양한 폭력과 사적 형벌과 복수와 같은 현상을 통제할 필요성과 함께 고려된다. 추측컨대 토마스 홉스의 레비아탄 모델은 단순히 가상의 전설을 채용한 설명이 아니라 당시 교회법 또는 국가법적으로 진행되는 국가의 폭력독점 현상을 토대로 구성한 설명일 것같다. 실제로 19세기까지 경찰형법(또는 행정형법)과 일반형법이 엄격히 구분되고 있었으며, 17세기까지 교회법과 세속법이 별도의 독자적인 효력을 가지고 있던 유럽의 사회적인 특성을 보면 이러한 관점이 이해 가능하다.

초기 정당방위권에 대한 과정을 통해 보면 법이념적 대립점이 좀 더 명확해진다.[32] 자기보호원리를 중심으로 관습법적으로 인정되던 정당방위권은 점차 근대 국가가 개인의 폭력행사를 금지하고, 폭력을 독점하면서 법질서수호원리의 의미가 강해지기 시작한다. 그 배경은 물론 근대 국가권력의 확장의 결과이기도 하지만, 보다 현실적으로는 레어만이 설명하듯이 당시 만연한 사적 형집행(lynch)과 결투와 같은 폭력적인 상황에 대한 사회내부의 이성적 반성에 의한 것일 수 있다. 이런 의미에서 이원론의 개별적인 두가지 원리들에 대한 역사적 형성과정과 배경이 보다 분명히 이해되어야 한다. 우리 형법에서 개인간의 (복수를 위한) 폭력행사는 금지되고, 특별한 예외(현행범인 체포 등)가 아니라면 모든 폭력은 불법이다. 그 이유는 국가의 폭력독점에 따른 개인간의 폭력행사 금지명령 때문이다. 이를 법질서수호원리로 불 수 있다. 그러나 정당방위 상황은 국가의 보호권이 미치지 못하는 예외적 상황이다. 즉 국가의 법질서수호기능의 실패다. 자기보호원리는 자연권적 요구이므로 한계 상황에 처한 시민 개인에게 요구된다. 그러므로 홉스의 자연상태 가설

31) Max Weber, Politik als Beruf 1919. In: Max Weber Gesamtausgabe Bd. 17, hrsg. von W.J.Mommesen, 1992: 원문은 "...als eine Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) in Anspruch nimmt."

32) 초기 입법에 대한 자료는 F.von Listzt, Die Forderung der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Bd., J. Guttentag Verlagsbuchhandlung 1905, 113 이하.

을 전제해서 개인적인 자기보존권은 레비아탄 모델에 의해 국가로 위임되고, 이성적인 법질서가 정상적으로 기능되고 있을 것이 전제되어야 한다.[33] 근대사회의 정당방위는 "국가의 법질서유지 기능흠결에 대한 개인적 법보충행위에 대한 예외적 처벌유보"라고 볼 수 있다.[34] 결국 정당방위권의 핵심가치는 언제나 자기보호권이고, 법질서수호원리는 국가의 시민 보호 기능의 정상적 작동의 전제에서 오상방위, 과잉방위 그리고 도발에 의한 정당방위 남용 등을 제한하는 원리(사회윤리적 제한원리)의 근거이다.[35]

Ⅲ. 자기보호권의 재평가

1. 사적 방어행위

정당방위권 형성의 역사에서 보면, 정당방위권은 관습법으로 인정되던 사적 복수를 제한하고, 국가의 사회안전기능을 강화시키기 위하여 정책적으로 입법화된다. 형법의 역사에서 보면 정당방위권은 사적 복수 또는 정당한 방위행위를 정당화하는 것 목적뿐 아니라, 정당방위 행위자에 대해 탄핵근거를 구성하는 이론이기도 하다. 입법을 통해 정당방위권을 규범화한 주요 목적은 정당방위를 처벌하지 않겠다는 것이 아니다. 오히려 그동안 처벌하지 않고 방임하던 사적 복수나 개인적 방위행위의 객관적으로 제한하기 위한 목적도 가지고 있다.[36] 정당방위는 "현재의 부당

33) 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사 1994. 이 책은 국가 모델변화에 따른 형법이념의 변화와 규범승인의 절차와 정당성에 대한 역학을 잘 설명하고 있다.

34) 일부 견해(오영근, 형법총론, 대명출판사 2010, 357; 임웅, 형법총론, 법문사 2010, 219)는 법질서수호원리만으로 기본이념을 구성하면 개인적 법익에 대한 정당방위가 불가능하고, 자기보호원리로만 구성하면 일반적 법익에 대한 정당방위가 불가능한 것으로 설명하지만 이는 기본이념과 도그마틱상의 체계 목표를 혼동한 것으로 보인다. 두 가지 원리의 차이는 단순히 개인적 근거와 사회권적 근거의 차이일 뿐이다. 김일수/서보학, 형법총론, 박영사 2006, 291 이하.

35) 오래된 문헌으로 C.Roxin, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75(1963), 541-590. 이 글은 도발에 의한 방위행위가 법질서 남용이거나 원인에 있어서 자유로운 행위에 의해 정당방위로 승인되지 못한다고 설명한다. 그 이념적 근거는 사회윤리로 보고 있다. 즉 사회적 상당성은 이미 입법상 정당방위 구성원리로 설명된다.

한 공격에 대한 자기 또는 타인을 위한 적정한 방어행위"이기 때문에 정당화된다는 관념은 매우 현대적인 인식이다. 법사학적으로 숨겨진 인식은 결투와 사적 복수, 국가권력의 법집행을 기다리지 않고 무자비한 사적 처벌이 만연한 상태에서 정도를 초과한 결투와 사적인 복수를 제한하고, 국가권력이 방어해주지 못한 상황에서 원칙적으로는 사적 폭력행위는 금지하고 예외적으로 긴급한 방어행위만 정당방위로 허용하는 것이다.

그렇기 때문에 정당방위 제도의 본질은 현재에도 "자기보호"에 있다.[37] 오늘날 생각할 수 있는 자기보호원리 강조의 역기능은 도발에 의한 정당방위 상황이나 예방적 정당방위와 같은 왜곡된 방어가장공격까지 정당화하는 것이다.[38] 현재 도발에 의한 정당방위나 예방적 정당방위를 정당방위행위로 승인하는 법제도는 없다. 여기서 정당방위권에 대해 독일이나 우리나라 보다 다소 넓은 인정범위를 가지고 있는 영미법상의 정당방위를 생각하면 좀 더 분명해진다. 미국의 경우 모범형법전 제3.04에 규정된 정당방위는 각 주의 형법에서도 유사하게 인정되고 있다. 마찬가지로 영국은 - 통일적인 규정이 존재하지 않지만 - "사적인 방어행위"(private defense)로서 보통법으로 방어행위를 정당화한다.[39] 영미법제의 정당방위권에서

36) 조규창, 위의 책, 70은 명쾌하게 다음과 같이 설명한다: "정당방위는 고대사회에서 확립된 자연법상의 원칙이며 동시에 국제사회에서 모든 국가는 부당한 침해를 배격하여 자신을 보호할 수 있다는 자위권의 정당화의 근거가 된다. 그러나 국가질서가 확립된 사회에서 개인의 자력구제는 허용되지 않는다. 왜냐하면 국가공권력이 부당한 침해에 개입하여 개인을 침해에서 보호하기 때문이다. 따라서 자력구제나 정당방위는 국가의 구제를 청구할 수 없는 긴급한 사정하에서 개인에게 인정된 예외조치에 지나지 않는다."

37) 정당방위의 기본 이념에 대해 상호주관적 승인이론을 제안하는 관점(에를 들어 최석윤, 위의 글(주 2), 271)은 법효력에 대한 승인이론을 중심으로 새로운 시도를 하고 있다는 장점에도 불구하고 정당방위의 정당화근거를 분명히 설명하지 못한다고 믿는다. 그 이유는 상호주관적 승인이라는 것은 규범승인의 과정을 말해줄 뿐이고, 이것만으로는 법효력의 정당화를 설명하기 어렵다. 상호주관적 승인의 내용이 명확하지 않고, 그 기준이 무엇인지도 설명이 필요하다. 실천이성의 문제와 인식론은 구분해야 할 것같다. 다른 측면에서 김정환, 위의 글, 20 이하는 자기보호원리의 성격을 잘 말해주고 있다: "따라서 정당방위의 경우에 법익비례성이 필요하지 않음을 논증하기 위해 정당방위의 기본사상으로 법질서수호(법확증)원리를 논증할 필요가 없다. 자기보호를 위한 개인주의적 논거를 가진 정당방위권이 인정되는 것이다."(25)

38) 신동운, 형법총론, 법문사 2011, 304. 지속적 위험을 설명하면서 정당방위권 남용의 위험성을 지적한다.

39) 초기 정당방위는 사람과 재산을 구분하지 않는다. 국가 경찰권의 강화로 사적인 정당방위의 필요성은 감소하여 소위 공적 방어가 이루어지고 있지만, 한계 상황에서의 사적 방어는 여전히 필요할

가장 중요한 것은 방어행위자의 주관적 인식이다.[40] "정당방위를 행사하여 자기(또는 상대방)에게 가해지는 상대방의 공격을 제압하기 위하여는 공격행위가 있어야 하며, 최소한 공격행위가 범죄 또는 불법행위라고 믿었어야 한다."[41] 즉, 방어행위의 필요성 인식(reasonable Belief in Necessity for force)이 중요하다.[42] 영미보통법상 정당방위에서는 국가의 평가적 역할이 대륙법제에 비해 제한적이다. 또한 정당방위의 인정범위가 넓을 뿐아니라, 이념적으로도 자기보호원리를 중심으로 구성된다. 개인의 사적 공간에 침입 (trespass)하였다는 상황만으로도 방위권 행사가 인정되며, 그로 인한 사적 공격권이 승인될 수 있다. 용어에서 표현되듯이 사적인 "자기방어권"(self- defense)이다. 여기서 방어행위의 적절성을 객관적으로 평가하는 것은 방위행위자가 가지고 있는 기본적 자기보호권과 소송에서의 변론권을 침해할 수 있다. 특히 당사자주의 소송의 경향이 강한 영미법제에서 정당방위 상황임을 주장하는 사람에게 특별한 탄핵증거가 제시되지 않는 한 그 권리를 제한하기는 어렵다고 본다. 여기서 정당방위는 성립/불성립만 문제된다. 즉, 성립된 정당방위는 법관의 심사대상이 아니다.

2. 방어상황의 특수성: 소위 "매맞는 여성 증후군"

이와 별도로 방어행위 상황에서 행위자는 합리적인 판단을 하기 어려울 수 있다는 점도 고려되어야 한다. 만약 긴급한 상황에서 행위자가 합리적이고 사회윤리적

수 있다. 결국 이는 법효력과 승인의 문제이다. 법효력과 관련한 승인이론에 대한 자세한 설명은 변종필, 형법해석과 논증, 세창출판사 2012.

40) W. R. LaFave, Substantive Criminal Law, 2nd. Ed., 2. Sections, Thompson 2003, 142 이하.

41) W. R. LaFave, 위의 책, 144: "In order that one be entitled to use force in self-defense (or in defense of others)to oppose the force of his adversary, it is necessary that the adversary's force be, or at least that the defendant resonably believe it to be, "unlawful" force – meaning, in general, that it be a crime ort ort for the adversary to use the force." 모범형법전 제3.04에서는 "Subject to the provisions of this Section and of Section 3-09, the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary fort he purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion."

42) Beard v. United States, 158 U.S. 550, 15 S.Ct. 962, 39 L.Ed. 1086(1895); Shorter v. People, 2. N.Y. 193, 51 Am.Dec. 286(1849).

기준에 맞는 방어행위를 선택하는 정도로 이성적이라면, 이 행위는 방어가 아니라 고도로 계산된 복수에 불과 할 수 있다. 또한 지속적인 가정폭력과 같은 상황에서도 폭력을 방어하기 위하여 법질서가 요구하는 일련의 합리성 기준을 행위자에게 요구하는 것은 무리다. 그에 합당한 조치를 취할 정도의 상황이라면 이미 정당방위의 요건을 결여한다. 최근 논의되는 소위 "매맞는 여성 증후군"(Battered Women Syndrome) 주장들은 이러한 정당방위 상황과 직접 관련되고 있다.[43] 누군가에게 공격을 당하는 사람의 주관적 인식은 해당 공격행위가 치명적인가 그렇지 않은가[44] 또는 언제 공격이 끝나는지 정도만 인지하는 수준의 매우 기본적 인식일 수 있다. 그리고 지속적인 공격의 피해자는 정확한 공격의 시작과 끝을 인지하지 못하는 것이 일반적이다. 그에게 현재의 상황은 전체적인 부당한 침해로 인지될 수 있다. 심리적으로 이러한 상황에 처한 피해자는 합리적인 결정을 못한다. 즉, 매맞는 여성 증후군과 같은 조건은 정당방위와 관련하여 새로운 논쟁점을 구성할 수 있다. 그 증후군이 부당한 공격과 인과적으로 연관되면 곧바로 정당방위 또는 형법 제21조 제3항의 과잉방위의 감면사유를 검토할 수 있는 조건으로 될 것이다. 매맞는 여성 증후군이 부당한 침해로 인해 발생한 경우 정당방위의 일반적 구성요건을 좀 더 탄력적으로 검토해볼 수 있다.[45]

이런 전제에서 현재성에 대한 재해석은 가장 우선적으로 시도해볼 수 있다.[46] 특히 일상화된 가정폭력이나 학교폭력처럼 회피할 수 없는 지속적 공격행위가 있다고 인정되면 소위 반격의 즉시성(Imminance of Attack)은 기대 할 수 없다.[47] 특히 가정폭력은 일반적으로 폭력행위가 지속되는 것이 아니라 일시적으로 발생한 폭력행위가 중단되고 가해자에 의해 피해자에게 용서가 구걸되며, 평화로운 시기가 잠시 존재한다. 그 후 비선형적으로 폭력이 반복/증가되는 패턴을 가진다. 이와 같은

43) W. R. LaFave, 위의 책, 148 이하.

44) 영미법은 방어행위를 주관적으로 어떻게 인지하는가를 중요하게 본다. 소위 치명적(deadly)방어와 비치명적(non deadly) 방어를 구분한다.

45) 조국, 매맞는 여성 증후군 이론의 형법적 함의, 형사법연구 제15호(2001), 37 이하, 특히 52.

46) 신정훈, 위의 글, 17 이하는 현재성에 대한 새로운 해석을 시도한 글이다.

47) Van Sambeek, Patricide as Self-Defense, 7 Law & Ineq. 87(1988); L.Walker, Battered Women Syndrome and Self-Defense, 6 Notre Dame J.L. Ethics & Pub.Pol. 321(1992); 중요사례로는 Bechtel v. State, 840 P.2d 1(Okl.Cr.1992)

패턴 때문에 각 공격행위의 시점에서만 방어행위를 요구하는 것은 방어행위자의 입장에서는 현실적으로 불가능하다. 대체로 폭력 피해자인 여성이나 아동이 방어행위를 결정하거나 실행할 수 있는 조건은 너무 제한적이다. 실제로 공격자가 수면 중이거나 무기력한 상황에 있어야만 방어행위가 가능할 수 있다. 보다 분명히 파악해야 하는 것은 지속적인 폭력의 피해자에게 합리적인 방어행위를 요구하기 어렵다는 점이다. 지속적 폭력에 노출된 피해자는 자기방어를 할 수 있는 정신적-육체적 가능성도 낮아진다. 이를 해결하는 방법으로 우선 실질적 방어상황을 감안하여 방어행위를 위한 기준을 탄력적으로 평가하자는 것이 "매맞는 여성 증후군" 논의의 주요내용이다.[48)]

예를 들어 우리에게 유명한 "의붓아버지 살해사건"에 적용을 해보면, 당시 피고인은 평생에 걸쳐 부당한 공격을 받았고, 이미 수차례 적법한 국가의 방어행위를 요구했지만 국가의 구조행위는 구조적으로 공격자에 의해 차단되었다. 법원은 이 사건에서 방어행위가 피해자의 수면 중에 발생하여 현재성 기준을 충족하지 못했다고 보고 있다. 그리고 덧붙여서 법원은 피고인이 이와 같은 상황에서도 살인금지라는 법질서의 기본 규범을 존중했어야 한다는 결론을 내린다. 이 주장은 우선 상황에 대한 판단에서 볼 때 비현실적이다.[49)] 법원은 피고인의 정당방위권을 현재성 결여와 반사회윤리적이라는 근거로 제한하고 있다. 정당방위는 이미 발생한 결과를 사후적으로 객관적으로 평가하는 것이다. 그렇기 때문에 행위발생 당시의 상황을 방어행위자가 어떻게 인식하고 있었는가를 우선 기준으로 해야 한다.[50)] 즉, 방어행위는 방위행위자가 주관적으로 인지하는 수준에서 평가될 수 있어야 한다. 예

48) S. Trechsel, KritV 2000, 183; F. Herzog, NK-StGB, § 32 Rn. 30.

49) 일부 학자들의 견해에 따르면 이 경우 면책적 긴급피난의 법리를 적용해야 한다는 주장이 있다. 김일수, 장기적 위난과 면책적 긴급피난, 판례연구 제7집, 1994, 310; 하태훈, 형법 제21조의 정당방위 상황, 차용석 교수화갑기념논문집, 1994, 189; 최근에는 이용식, 위의 글, 438. 면책적 긴급피난 법리에 따른 해결방식은 독일이 우리의 의붓아버지 살해사건과 유사한 사례인 Haustyrannenmord (지속적인 가정폭력사건) 사건해결에 독일 형법 제34조를 적용하면서 발전된 것이다. 그러나 우리의 긴급피난 규정으로 면책적 긴급피난을 유추하는 이론 전개는 다소 무리가 있다고 본다. 독일과 달리 우리 형법은 정당화사유에 면책적 긴급피난의 규정이 없고, 정당행위나 피해자승낙, 자구행위 등으로 훨씬 다양하게 규정되어 있다는 점도 감안해야 한다.

50) 좀 더 명확한 설명은 Dölling/Duttge/Rössner(Hrsg.), Gesamtes Strafrecht. Handkommentar, 2. Aufl., Nomos 2008, 378.: "objektiven Perspektive ex ante"(Duttge)

를 들어 공격행위가 간헐적으로 두 세번에 그치고, 그 사이에 방어행위가 있었다는 것도 지금까지의 법원의 견해에 따를 때 현재성이 부정될 수 있다. 그러나 공격이 일상화되고 예측불가능한 상황에서 발생하는 것이라면 방어행위의 현재성은 개별적인 상황에 따라 평가될 수 있어야 한다. 이 사건의 경우 방어행위자의 주관적 인식에서는 몇 차례의 간헐적 공격행위가 아니라 지속적인 하나의 긴 공격 상태(in continenti)이다.[51] 원래 정당방위의 현재성 기준은 (긴급한) 방위행위와 (계산된) 복수행위를 구분하는 방법이다. 만일 일상화되고 지속적인 폭력이나 강간을 당하는 피해자에게 이성적인 판단을 기대할 수 없고, 이를 국가가 개입해서 보호할 수 없다면 법은 방어행위자에게 그 상황에서 도망을 갔어야 한다던지, 더 적합한 방어수단을 선택했어야 했다고 요구하기 어렵다.

3. 상당한 이유의 재해석

정당방위권의 형성과정을 통해 자기보호원리의 중요성을 다시 생각할 때 가장 큰 문제로 지적될 수 있는 것은 상당한 이유의 의미다. 나는 형법 제21조 제1항의 "상당한 때"는 이미 성립된 정당방위 행위가 전체 법질서에 – 게다가 윤리적으로 - 부합되느냐를 결정하기 위한 기준으로 사용될 수 없다고 생각한다. "상당한 때"는 오히려 정당방위행위의 본질상 "정당화사유가 존재해서 방어행위가 요구되는 때"를 의미한다고 봐야 할 것같다.(요구성 원리!) 긴급한 자기방어 행위임을 인정하면서도 그 행위를 – 주로 판사의 주관적 윤리에 따른 – 사회적 상당성 기준으로 또다시 평가하는 것은 엄밀히 말해서 법관의 권한을 넘어서는 법창설행위다. 그렇기 때문에 사회윤리는 정당방위 성립을 제한하는 근거가 아니다. 위에서 언급했듯이 상당성원리 또는 사회윤리적 제한원리는 이미 법질서수호이념에 포함되어 있다. 형법 제21조 제1항은 "부당한 침해" 방어를 위한 행위에 대 국가의 관여금지를 명령한다.(국가 폭력독점의 포기) 법논리적으로 볼 때도 긴급한 자기방어행위 자체를 사회윤리로 다시 제한할 수 있다면, 동조 제2항의 과잉방위 감면기준인 "정황"이나

51) 김혜경, 위의 논문, 23 이하는 예방적 정당방위를 승인하고 있지만, 실제로는 공격에 대한 방어행위의 시간적 가능성을 확장하는 것과 같은 결론으로 보인다. 반면에 하태훈, 위의 글, 190에서는 이 경우 공격의 현재성을 인정하고 있다.

동조 제3항의 과잉방위에 대한 심리적 면책기준인 “공포”, “경악”, “흥분”, “당황” 등을 별도로 규정하는 이유가 무엇인지 애매해진다. 이미 과잉방어는 긴급한 자기방어행위의 정도가 초과된 경우이기 때문에 제1항의 상당한 이유에서 정당방위 제한조건으로 설명할 수 있다. 제3항의 과잉방위의 면책조건들도 사회윤리적 제한으로 평가 할 수 있다. 생각컨대 법문은 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위”를 ‚자기방어행위’로 인정한다. 상당한 이유가 있을 때는 위의 조건들이 존재하는 경우를 반복적으로 언급하는 것으로 해석할 수 있다. 단순화하면: 상당한 이유=현재 자기 또는 타인에게 가해지는 부당한 공격을 방어할 필요성이다.[52] 우리 형법 제22조와 제23조에서 동일하게 반복되는 “상당한 이유가 있을 때”를 감안해도 정당방위 행위를 사회윤리적 제한하는 사유로 해석하기 어려워 진다. 제22조와 제23조의 “상당한 이유”는 위난을 피하기 위한 행위와 침해된 법익간의 이익균형을 의미하고, 청구권 회복불가능에 대한 실질적 상황성을 의미하기 때문이다.

정당방위권을 소극적으로 평가하는 다른 이유는 법률이 정당방위의 대상을 부당한 법익침해로 규정하기 때문이다. 생각컨대 정당방위는 인적인 공격에 대한 방어만으로 대상을 제한할 필요가 있다. 그렇지 않고 모든 법익에 대한 침해에 대해 방어행위가 가능하다고 보면, 당연히 논리적으로도 방어행위에 대한 제한 필요성이 확대될 수 있다. 형법 제21조의 공격대상은 법익이다. 법익은 생명, 신체 뿐 아니라 재물과 공공의 이익, 심지어 선량한 풍습 등을 포함하는 개념이다. 예를 들어 독일 형법 제32조는 “자기 또는 타인에 대한 위법한 공격”으로 규정하지만, 우리는 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 공격”으로 규정한다. 개념상으로 일반법익에 대한 공격과 사람에 대한 공격[53]으로 구분된다. 사실 재물에 대한 방어행위가 가능하다는 것은 비합리적일 수 있다. 오래된 유럽국가들 형법에서도 정당방위

52) 같은 지적은 이용식, 정당방위와 긴급피난의 몇 가지 요건, 현대형법이론 I, 박영사 2008, 421.

53) 독일 형법에서도 정당방위에 재물과 국가의 이익에 대한 방어행위도 포함될 수 있다고 주장된다. 정당방위의 대상은 법적으로 승인된 이익을 포함하기 때문이다. 제한적으로 인정하는 견해는 Maurach/Zipf, Strafrecht AT. Teilband 1., C.F.Möller Juristischer Verlag 1987, 345, 360; Stratenwerth, AT, 134; Himmelreich, Nothilfe und Notwehr: Insbesondere zur sog. Interessenabwägung, MDR 67, 366. 반대하는 견해는 K. Adomeit, Wahrnehmung berechtiger Interessen und Notwehrrecht, JZ 1970, 495 이하, 499; Samson SK § 32 Rn. 9. 등.

규정 안에 재물과 명예 등에 대한 방어권이 포함했다. 그러나 재물에 대한 방어행위를 인정하는 정당방위 법규정들을 오늘날 유럽과 영미형법에서는 사라지고 있다.[54] 인간의 생명과 신체에 대한 공격행위만을 중심으로 생각해야 정당방위가 보다 명확해질 수 있다. 그리고 상당성을 사회윤리적 제한근거로 보고자 하는 심리적 태도에서 쉽게 떠날 수 있다. 도그마틱적으로 재물이나 다른 법익에 대한 정당방위권이 문제될 때는 그 행위로 인해 인간의 생명과 신체에 대한 침해가 수반될 때에 한하여 논의될 수 있다고 본다. 현대적 의미에서 정당방위는 사람의 생명과 신체의 안전성을 보호하기 위한 방어행위만으로 국한할 것이 필요하다고 본다.

신동운 교수의 지적[55]처럼 정당방위권 남용을 제한해야 하는 필요성은 분명히 있다. 그러나 정당방위 상황은 국가에게 위임된 평화로운 법질서가 존재치 못한 상황이다. 그리고 정당방위권은 유명한 법문처럼 "법은 불법에 길을 비켜줄 필요가 없다."의 의미 맥락 속에서 논의되어야 한다. 남용가능성이 있다는 이유로 시민의 정의실현을 제한하는 것은 정당방위의 일부 원칙인 것이지 전부는 아니다. 현재 법적 보호도 못받고 있는 무고한 시민들은 왜 여전히 불법을 피해 도망만 다녀야 하는 이유는 무엇인가?

54) 영국에서는 재물에 대한 방어행위(defense of property)는 드물게 인정된다. R v Hussey(1924) 18 Cr App R 160 사건은 부당하게 방으로 침입하려는 집주인을 저지 하던 중 총으로 쏴서 상해를 입힌 경우다. 이 사건에서 법원은 피고인에게 자신의 주거를 방어하는 정당방위권을 인정하여 무죄를 선고했다. 그러나 1967년 형법령(Criminal Law Act 1967)에 따라 재물에 대한 정당방위권은 이제 거의 인정되지 않고 있다. 이에 따라 구성된 판례는 Forrester[1992] Crim LR 792로써 사건에서는 타인의 주거를 침입한 사람에 대한 집주인의 과격한 폭력사용을 방어하기 위한 행위를 정당방위로 인정한 경우다. 이 판결에서 법원은 집주인의 방어권을 부정하고 반대로 침입자의 방어행위를 합리적인 폭력(reasonable force)으로 정당방위로 판단했다. 자세한 내용은 Clarckson/Keating, Criminal Law. Texts and Materials, Thompson 2007, 301 이하.

55) 신동운, 위의 책, 304

Ⅳ. 결론

정당방위의 변하지 않는 본질은 자기생존이다. 자기보호원리는 근대 국가 체계에서 법질서수호원리와 결합된다. 법질서수호원리는 엄밀하게 보면 자기보호원리의 외연을 규범적으로 제한하는 이념이다. 정리하면: 정당방위권을 위한 기본 이념은 자기보호원리이고, 그 남용을 방지하기 위한 사회윤리적 근거는 법질서수호원리이다. 원칙적으로 법질서수호의 의무는 국가만 부담한다. 시민들에게 법질서수호 책임은 예외적이다. 정당방위 상황은 한시적 국가의 위험예방기능의 흠결에서 발생한다. 그렇기 때문에 시민의 자기보호와 생존이 문제되는 때에는 정당방위권은 원래의 자연권적 의미에서 해석되어야 한다. 우리 형법 제21조은 자기보호 목적의 방어행위를 현재의 자기 또는 타인의 법익침해로 제한한다. 방어행위의 조건을 정해서 부당한 침해에 대해 공격이 가해지는 시점에 정당방위권을 행사할 것을 제안하고 있다. 정당방위권의 규범화 과정에서 자기보호원리와 법질서수호원리는 구조화되었다. 그렇기 때문에 정당방위 개념은 여전히 두 가지 이념의 관계 속에서 설명되어야 한다.

정당방위 상황의 존재 자체가 국가의 시민보호의 실패 결과로 볼 수 있기 때문에 법질서수호를 다시 방어행위자에게 부담시킨다는 것은 국가의 책임회피이며 모순이다. 따라서 정당방위 도그마틱은 정당방위 행위자의 변론권 보장을 위해 더 유리하게 구성될 필요가 있다. 행위자가 부당한 공격을 인식하고, 방어행위의 필요성을 인식하여 방위행위를 선택하는 것으로 성립한다. 필요성(상당성) 판단 역시 방어행위자의 주관적 인식을 중심으로 평가해야 한다.(ex ante) [56] 소위 최소방위의 원칙

56) 최석윤, 정당방위의 상당성과 사회윤리적 제한, 비교형사법연구 제4권 제1호(2001), 426 이하는 “요컨대 구체적 행위상황을 고려한다면 피고인의 행위에 대해 방위행위의 상당성을 인정할 여지가 있는 것으로 본다.”라고 하고 있다. 필자의 생각에 구체적 상황을 고려하여 상당성을 고려하는 것보다는 정당방위의 상당성 평가란 방위행위자의 주관적 인식을 기준으로 결정되어야 하는 것으로 보는 것이 도그마틱의 정형성을 더 높여준다고 본다. 이러한 생각은 행위기준설과 결과기준설 간의 차이에 따른 관점의 변화를 설명하는 박강우, 정당방위의 상당성, 형사정책연구 통권 제46호(2001), 115 이하에서 이미 제시되고 있다. 같은 설명은 H.-J.Rudolphi, in: Armin Kaufmann-GS, 386. 입법론적으로는 “상당한 때”를 독일 형법의 요구성 또는 미국 모범형법상의 필요성과 같은 용어로 변경하고, 정당방위의 주관적 요건으로 하는 것이 필요할 수 있다.

이나 최소침해의 원칙을 정당방위 행위자에게 실제로 요구할 수 있는지는 좀 더 면밀한 검토가 필요하다. 최소침해 또는 최소방위와 같은 비례적 방어행위의 논의는 신중하게 제시되어야 한다. 이를 위해 이익균형을 고려하라는 설명은 정당방위 도그마틱에서 논의될 수 없다. 이익균형이나 법익침해 교량은 긴급피난시 침해-보호 이익을 고려할 때 사용하는 법리이다.[57] 방어행위자의 주관적 상황은 이렇게 이성적인 판단을 할 수 없는 경우가 많다는 점도 고려되어야 한다.

그리고 형법 제21조 제1항에서 규정하고 있는 상당성 개념은 좀 더 분명해져야 한다. 또한 법익균형성을 상당성의 기준으로 설명하는 것[58]과 사회윤리적 제한을 상당성으로 해석하는 것은 좀 더 깊이 평가해봐야 한다. 현재 우리 형법의 문언상 정당방위를 사회윤리적 근거로 이중으로 제한하는 것이 완전히 불가능하지는 않다. 그러나 그 법이론적인 근거는 박약하고, 법관의 주관적 판단에 지나치게 의존하게 만들 수 있다. 입법론적으로 우리 형법에서 정당방위의 대상은 부당한 법익침해가 아니라 부당한 인적 공격행위로 보다 단순화되어야 한다. 자기 또는 타인에 대한 법익침해를 규정하여 정당방위가 재물에 대한 침해, 더 나아가서는 국가를 위한 정당방위권까지 포함하는 것처럼 해석될 수 있는 현행 규정은 이제 개정될 필요가 있다. 재물이나 국가의 이익을 방어하기 위한 행위를 정당방위의 범주에 포함시키는 것은 넌센스다. 국가의 이익과 법익을 위한 정당방위는 우리 법률해석상으로도 근거가 약한 확대해석일 뿐 아니라 모순이다. 결국 정당방위는 시민기본권의 핵심 가치라는 점이 강조될 수 있어야 한다.

---

57) 특히 긴급피난에서 논의되는 이익교량 또는 의무비교의 기준과 법효과는 우리 형법상 분명하지 않다. 그럼에도 불구하고 우리 형법학에서는 독일의 긴급피난 논의를 그대로 따르고 있다는 인상을 준다. 우리의 긴급피난 규정은 정당화적 긴급피난과 면책적 긴급피난으로 분명하게 구분되지 않기 때문에 이익교량에 따른 법익경중을 어떤 기준에 따라야 할지 좀 더 세밀하게 논의해야 한다. 법익비교를 위한 명확한 규기준을 규정한 독일 형법의 경우은 독일 민법의 해당 규정(방어적 긴급피난의 경우 제228조, 공격적 긴급피난의 경우 제904조)으로 간단하게 해결된다.

58) 이에 대해 국내 형법학자들은 대체로 부정적이다. 오영근, 위의 책, 367 이하; 다른 견해로는 이용식, 정당방위와 긴급피난의 몇 가지 요건, 형사판례연구 3(1995), 88.

참고문헌

김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2006

김정환, 정당방위의 기본사상으로서의 법질서 수호원리? 비교형사법연구 제8권 제2호, 2010, 1-29

김태명, 정당방위의 요건으로서의 상당성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2000

김혜경, 예방적 정당방위의 성립가능성, 형사판례연구 제15권, 2007, 23-53

박강우, 정당방위의 상당성, 형사정책연구 통권 제46호, 2001, 115-148

변종필, 연구형법해석과 논증, 세창출판사, 2012

신동운, 형법총론, 법문사, 2013

신정훈, 정당방위 상황에 있어서 현재성에 관한, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 1-21

오영근, 형법총론, 대명출판사, 2010

이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사, 1994

이용식, 경찰관에 의한 구조의 가능성과 정당방위. 정당방위의 본질 및 인정근거에 기초한 그 허용과 제한의 문제를 중심으로, 경찰학논총 제6권 제2호, 2011, 89-111

이용식, 정당방위와 긴급피난의 몇 가지 요건, 형대형법이론 I, 박영사, 2008

임웅, 형법총론, 법문사, 2010

조국, 매맞는 아내 증후군 이론의 형법적 함의, 형사법연구 제15호(2001), 37-62

조규창, 로마형법, 고려대학교 출판부, 1998

최석윤, 정당방위의 근본사상에 관한 연구, 형사법연구 제21권 제3호, 2010, 259-280

최석윤, 정당방위의 상당성과 사회윤리적 제한, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2001, 417-436

하태훈, 형법 제21조의 정당방위상황, 차용석박사 화갑기념논문집, 1994, 190

Adomeit, Klaus, Wahrnehmung berechtiger Interessen und Notwehrrecht, JZ 1970, 495

Clarckson/Keating, Criminal Law. Texts and Materials, Thompson 2007

Dölling/Duttge/Rössner(Hrsg.), Gesamtes Strafrecht. Handkommentar, 2. Aufl., Nomos 2008

Himmelreich, Nothilfe und Notwehr: Insbesondere zur sog. Interessenabwägung, MDR 67, 366

Hobbes, Thomas, Leviathan, C.B.MacPherson(ed.), Hobbes Leviathan, in Pelican Classics Series, Penguine Books 1980

LaFave, W. R., Substantive Criminal Law, 2nd. Ed., 2. Sections, Thompson 2003

Locke, John, Locke: Two Treaties of Civil Government, Peter Laslett(ed.), Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1988

Maurach/Zipf, Strafrecht AT. Teilband 1., C.F.Möller Juristischer Verlag 1987

Roxin, Claus, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75(1963), 541-590

Rudolphi, H.-J., Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, in: Armin Kaufmann-GS, Heymann, 1989, 371-386

Sambeek, Mavis van, Patricide as Self-Defense, 7 Law & Ineq. 87(1988), 87-106

Samson, in: Systematischer Kommentar, § 32, Carl Heymanns, 2002

Schaffstein, Friedrich, Strafrechtliche Begriffsbildung durch die Carolina, in: ders, Abhadlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte, Scientia Verlag 1986

Schmitt-Lermann, Hans, Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Schetensach(Hrsg.), Strafrechtliche Abhandlungen, Breislau-Neukirch, 1935

Walker, L., Battered Women Syndrome and Self-Defense, 6 Notre Dame J.L. Ethics & Pub.Pol. 321(1992), 30-37

Walker, L., Post Traumatic Stress Disorder in Women: Diagnosis and Treatment of Battered Women Syndrome, Psychotherapy, vol.28, no1 21-29

Weber, Max, Politik als Beruf 1919. In: Max Weber Gesamtausgabe Bd. 17, hrsg. von W.J.Mommesen, 1992

Zur Geschichte und Dogmatik der Notwehr
Die Umwandlungen vom Mittelalter bis heute

Prof.Dr.Dongyiel Syn, HKNU*

Eine Handlung, die erfolgt, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf die eigenen oder auf fremde Rechtsgüter abzuwenden, wird nicht bestraft, wenn es einen angemessenen Grund hierfür gibt (§ 21 StGB). Die koreanische Rechtsprechung erkennt Notwehrrecht an. Dennoch fand man manchmal das Notwehrrecht in den koreanischen Rechtsprechungen immer subsidiär. Theoretisch beruhen die Gründe der Rechtfertigung der Notwehr noch auch auf zwei Prinzipien: dem Individualschutz und der Rechtsbewährung. In der Tat müssen die Prinzipien des Individualschutzes und der Rechtsbewährung bei einem Notwehrfall zusammenwirken. Die Notwehrdogmatik entspricht im Wesentlichen allerdings der dualistischen Notwehrkonzeption der Rechtsbewährung und des Individualschutzes als “Verteidigung gegen die Erfahrung von Missachtung.”

Die Geschichte der Notwehrlehre und seiner Dogmatik gibt wertvolle Einblicke in das Rechtsleben vergangener Zeiten. Und eine Rückschau auf die Entwicklung eines wichtigen Teilgebietes der koreanischen Strafrechtslehre kann nicht schaden in einer Zeit, in der das koreanische Strafrecht an einem Wendepunkt steht. Die Peinliche Gerichtsordnung ist ein Gesetzbuch, sie schafft Recht; was in ihr richtig erklärt ist, ist richtig, auch wenn in römischen Quellen Gegenteiliges steht. Schwarzberg(Verfasser der Karolina) schöpfte nicht nur aus dem römischen Recht, sondern auch aus dem Recht der deutschen Vergangenheit, besonders aber aus seinem eigenen warmherzigen, volksnahen Rechtsempfinden, und aus seinem gesunden Menschenverstand. Hans Schmitt-Lermann sagt in seinem Buch 1935, “Das römische

* Professor Dr Dongyiel Syn Faculty of Law Hankyong National University

Recht kennt keine allgemeine Regelung der Notwehr; diese wird vielmehr nur in einzelnen Fällen erwähnt, die unter sich nicht im Zusammenhang stehen. Dagegen hat die italienische Jurisprudenz des Spätmittelalters und des 16. Jahrhunderts in freier Bearbeitung der römischen Quellen eine umfassende Notwehrlehre geschaffen; sie ist damit für die gemeinrechtliche Wissenschaft bis ins 18. Jahrhundert hinein von allergrößter Bedeutung gewesen.”

Das scharfe Auseinanderhalten verwandter Rechtsgebiete, wie der Notwehr und des Notstands, erscheint modernem Rechtsdenken erst dann möglich, wenn man die betreffenden Rechtsbegriffe klar bestimmt hat. Die Benennung “rechte Notwehr” bedeutet so viel wie “exzeßfreie Notwehr” und stimmt inhaltlich mit dem bei den meisten Strafrechtlern gebräuchlichen Ausdruck überein: “defensio necessaria quae fit cum moderamine inculpatae tutelae.”(sog. MIT Formel)

Über die Umwandlungen von dem ausländischen Gesetzesprogramm, haben wir keine Zeit für die Notwehrdogmatik noch genug zu überprüfen. In der Rechtsprechung wird die Notwehr beim Stiefvatermord-Fall(kHGSt 1992.12.22, Ent. 92Do2540) abgelehnt, weil der Angriff von S nicht gegenwärtig ist und eine solche Präventivmaßnahme nicht durch Notwehr gedeckt werden kann. Dagegen ist eine Kritik, daß es hier einen übergesetzlichen entschuldigenden Notstand gibt. Andere Kritik über die Rspr ist so auch, dass es ein Missverständnis für “gegenwärtigen” Angriff, dessen Zeitraum in diesem Fall länger und ständiger dauert, gibt. Kritisiert die koreanische herrschende Meinung an den Rechtsprechungen zu Rechtfertigungsgründen vor allem, daß sich der Begriff der gesellschaftlichen Sitten zu abstrakt, komplex und unbestimmt darstelle. An dem auf ersten Blick peripheren Phänomen des exzessiven Angriffs bei Notwehr werden die theoretischen Bestandteile einer bislang weithin unbestrittenen Dogmatik fragwürdig.

Nicht bestreitbar ist, wann die Rechtsfertigungsvoraussetzungen der Tat einschätzt werden dürfen. Die herrschende Meinung und die Rechtsprechung folgen eine ex post objektiv Betrachtung. Der Verteidiger hätte sonst eine Duldungspflicht gehabt. In dem genannten Fall dann erlaubt wenige Möglichkeit

der Abwehr grundsätzlich. Dennoch darf man die Erforderlichkeit der Verteidigung tatsächlich mit einer ex-ante Betrachtung bestimmen. Die Verteidigung wird durch die konkreten Umstände des Einzelfalles bestimmt. Normalerweise kommt es auf die Gefährlichkeit des Angegriffenen an. In der Lage des Angegriffenen muss es mit einer Drohung der Beschädigung eigener Güter begnügen. M.E. kann diese ex- post Betrachtungsmethode eine heimliche Einschränkung des Notwehrrechts sein.

Der Begriff "sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts" ist umstritten. Unklar ist, dass das gesetzliche "angemessene Verteidigung" die sozialethische Verteidigung bedeutet. Sozialethische Einschränkungen sind nicht rechtliche Einschränkungen. Praktisch hat der Begriff im Rahmen der Wert kein Konsens. Wenn die Richter als Dritter – schon mit der ex-post Betrachtung – aktiv die Sozialethik über die Verteidigung entscheiden sollen, dann wird das Urteil widerrechtlich. Das Gericht has kein Autorität für die Entscheidung über die Ethik. Sozialethisch begründete Einschränkungen könnten nur im Hinblick auf besonderen Gründen dann in Betracht kommen: rigorose Trutzwehr oder rein defensive Schutzwehr ohne Rechtsbewährungszweck. So Notwehrprovokation, die durch den Angegriffenen die Notwehr provoziert wurde, und Absichtsprovokation, die es dem Angegriffenen gerade darauf unter dem Deckmantel der Notwehr den Angreifer zu verletzen ankommt, werden kaum als Notwehrsituation angesehen. Da der Angegriffene quasi der Angreifer ist, muss das Notwehrrecht oder der Rechtfertigungsgrund vollständig entfallen.

❖ Key words : Notwehr, Notstand, Battered Women Syndrome, Rechtfertigungsgründe, Notwehrzustand, Sozialethische Einschränkung

투고일 : 8월 5일 / 심사(수정)일 : 9월 25일 / 게재확정일 : 9월 25일