

정당방위의 확대와 대처방안

김 병 수*

국 | 문 | 요 | 약

최근 정당방위를 인정할 것인가를 두고 법원의 판결과 국민의 법감정 사이에 큰 간격이 있어 논란이 일고 있다. 이는 1953년 형법이 제정된 이후 지금까지 60여년의 역사 속에서 법원이 정당방위를 인정한 사례는 고작 14건에 불과하여 국민들로부터 정당방위의 인정에 인색하다는 비판과 함께 법원이 그 구체적인 판단기준을 제시하고 있지 못하여 국민들로부터 비난을 받고 있다. 이러한 문제점들을 극복하기 위해서는, 법원은 정당방위의 성립범위를 확대하여야 한다. 왜냐하면 앞으로 법원이 정당방위를 확대하지 않고 과거처럼 그 인정범위를 좁게 본다면, 시민들이 부당한 침해로부터 자신을 정당방위로 보호하기가 어려울 것이고 또한 정당방위로 인정받아야 할 것이 제대로 인정받지 못하여 억울한 피해자가 생겨 그만큼 국민의 권리가 침해되기 때문이다. 이를 위해 첫째, 싸움이나 소극적 저항행위의 경우 정당방위를 확대하고 ‘매맞는 여성 증후군’의 경우 과잉방위로 인정하여야 한다. 둘째, 법질서수호의 원리 보다 자기보호의 원리를 우선하여 정당방위를 원칙적으로 인정하되 다만 정당방위를 빙자한 폭력을 제한하는 방향으로 전환할 필요가 있다. 셋째, 정당방위의 발생원인과 진행상황 등 구체적인 경위를 분석하여야 한다. 넷째, 상당성 판단의 기준을 구체적이고 명확하게 하여야 한다.

그리고 이제는 일반 시민들도 사고 현장에서 “남이 하겠지”라고 생각하며 방관하지 말고 국가와 사회를 위해 무엇을 할 것인지를 결정하여야 한다. 국가나 사회 탓만 하며 자신은 방관자나 비겁자가 아니라는 변명만 늘어놓기보다는, 지금 내가 도와주지 않으면, 내 가족, 내 이웃 그리고 나 자신도 피해자가 될 수 있다는 생각으로 적극적으로 행동하는 시민이 되어야 한다. 그래서 폭력현장 등을 목격하면 먼저 신고하고 폭행을 제지할 힘이 없다면 가지고 있는 핸드폰으로 동영상 촬영을 해서 증인으로 나서야 한다. 그리고 정당방위 상황에 처한 사람은 주위 사람들에게 연락처 등을 구해서 사후에 정당방위 주장을 위해 증인이나 증거를 확보하여야 한다.

❖ 주제어 : 정당방위, 정당방위의 확대, 정당방위의 대처방안, 상당성, 과잉방위

* 부산대학교 법학연구소 연구교수/법학박사

I. 문제의 제기

우리 형법에는 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다”고 하여 정당방위를 규정하고 있다(제21조 1항). 그런데 최근 도둑뇌사사건에서 정당방위를 인정할 것인가를 두고 법원의 판결과 국민의 법감정 사이에 큰 간격이 있어 논란이 일고 있다.¹⁾ 이 도둑뇌사사건은 집에 침입한 도둑을 빨래건조대로 때려 식물인간으로 만든 집주인에게 정당방위를 인정하지 않고 실형을 선고한 법원의 판결에 많은 국민들이 의문을 표시하고 있다. 즉, 야간에 그 도둑이 어떤 흥기를 가지고 어떠한 위해를 끼칠지도 모르는 상황에서 나타난 결과만 가지고 정당방위 성립을 부정한 법원의 결정을 상당수의 국민들은 수긍하기 힘들다는 것이다.

이는 1953년 형법이 제정된 이후 지금까지 60여년의 역사 속에서 법원이 정당방위를 인정한 사례는 고작 14건에 불과하여 국민들로부터 정당방위의 인정에 인색하다는 비판과 그 맥을 같이 한다. 정당방위를 인정한 사례도 보면, 야간에 길을 지나가던 사람이 행인들로부터 도둑으로 오인 받아 무차별 구타를 당하는 상황에서 주변에 있는 곡괭이나 식도를 휘둘러 사람을 다치게 하면 정당방위가 인정되지 않고 손톱깎기칼을 휘둘러 다치게 하면 정당방위를 인정한다는 식이다. 즉 판례는 야간에 무차별 폭행을 당하여 죽을 것 같은 위협에 처하더라도 주변을 차분히 더듬어 보아 곡괭이나 식도 그리고 빨래건조대가 손에 잡히면 미련없이 버리고 손톱깎기칼을 골라서 휘둘러야 정당방위가 된다는 것이다.

판례가 이렇다 보니 일반 국민들 사이에는 “싸움나면 무조건 맞아라?”라는 말이 상식처럼 되어 버렸다. 또한 국민들의 일반사회생활에도 영향을 주어 공공장소에서 싸움이 나더라도 “괜히 끼어들어 말리다가 같이 폭행죄로 엮일까봐” 지켜만 보고

1) 자기 집에 침입한 도둑을 폭행해 뇌사 상태에 빠지게 한 20대 남성이 1심에서 실형을 선고받으면서 ‘정당방위’ 논란이 한창이다. 판결 내용을 접한 네티즌들은 “도둑이 집에 들어와도 가만히 있으면 말이나”며 법원을 비판하고 있다. 이 남성이 도둑을 때릴 때 사용한 빨래건조대를 놓고도 “그걸 어떻게 흥기로 볼 수 있느냐”는 의견이 많다. 조선일보, “허리띠 풀어 때렸는데...정당방위 논란 빛은 ‘뇌사 도둑’ 사건 전말”, 2014.10.28.

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2014/10/29/2014102902506.html?Dep0=twitter

있고, 가해자에 비해 상대적으로 약한 노인이나 여성 등이 폭력에 일방적으로 당하고 있는 것을 보고도 “말리려 나서봐야 자기만 손해다”라는 생각에 못 본 척하는 것이 현실인 것이다. 사회질서를 올바르게 세워야 할 법이 국민들로 하여금 방관자로 비겁자로 만들고 있는 것이다. 이러한 현실은 시민들로 하여금 가정에 침입한 범죄자에 대한 대처방법이나 정당방위상황에서 어떻게 행동하여야 할지를 몰라 범죄와 폭력에 두려움을 나타내고 있다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 정당방위에 관한 판례의 문제점을 검토하고 (Ⅱ), 해결방안으로서 정당방위의 확대와 대처방안을 검토하고자 한다(Ⅲ).

Ⅱ. 정당방위에 관한 판례의 문제점

1. 원칙적 부정

우리 형법 제21조 제1항은 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유있는 때에는 벌하지 아니한다”고 하여 정당방위를 명시적으로 규정하고 있다. 그런데 우리 형법의 60여년 역사에서 정당방위를 인정한 사례는 14건에 불과하다.²⁾ 대법원이 60여년 동안 단 14건만을 정당방위로 인정하였다는 것은, 정당방위는 1년에 단 1건도 인정되는 않는 경우가 많았고 4~5년에 한 번 정도 나오는 희귀한 판례라는 것이다. 실무에서 좀처럼 정당방위를 인정하려고 하지 않는다는 것을 보여주는 것으로, 법원은 정당방위를 원칙적으로 부정한다고 볼 수도 있다.

이처럼 정당방위 인정 판례가 좀처럼 볼 수 없는 드문 판례가 된 원인에는, 정당

2) 대법원 2011.5.26. 선고 2011도3682판결; 대법원 2006.11.23. 선고 2006도2732 판결; 대법원 2006.9.8. 선고 2006도148 판결; 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도300 판결; 대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결; 대법원 1999. 6. 11. 선고 99도943 판결; 대법원 1989.10.10. 선고 89도623 판결; 대법원 1989.8.8. 선고 89도358 판결; 대법원 1989.3.14. 선고 87도3674 판결; 대법원 1986.10.14. 선고 86도1091 판결; 대법원 1981.8.25. 선고 80도800 판결; 대법원 1977.5.24. 선고 76도3460 판결; 대법원 1974.5.14. 선고 73도2401 판결; 대법원 1970.9.17. 선고 70도1473 판결.

방위가 성립하는 데 필요한 조건들을 법원이 엄격하게 해석하기 때문이다. 정당방위가 성립하기 위해서는, 객관적 요건으로서 첫째 ‘현재의’ ‘부당한’ 침해가 있어야 하며, 둘째 ‘자기 또는 타인의 법익’에 대한 방위행위여야 하며, 셋째 ‘상당한 이유’가 있어야 한다. 그리고 주관적 요건으로서는 ‘방위의사’라는 주관적 정당화요소가 필요하다. 그런데 법원은 이러한 정당방위의 성립요건들을 지나치게 엄격하게 판단하고 있다. 이러한 현상은 특히 싸움에 관한 판례에서 두드러진다. 즉 대법원은 싸움에 있어서는 공격과 방어가 교차되기 때문에 한편의 행위만을 부당한 침해라고 하고 다른 한편의 행위는 방어라고 단정할 수 없으므로 원칙적으로 침해가 있다고 볼 수 없으며,³⁾ 싸움에서는 방어의사가 없으므로 방위행위에 해당한다고 보기는 어려우며,⁴⁾ 싸우는 자들은 서로 침해를 유발하고 있기 때문에 정당방위를 인정할 수 없다⁵⁾는 것이다. 다만, 예외적으로 ① 일방이 싸움을 중지하였거나, ② 싸움에서 당연히 예상할 수 있는 범위를 넘는 공격이 있는 때, ③ 외관상 서로 싸움을 하는 자 사이라도 실제로 상대방의 일방적인 불법폭행에 대하여 자신을 방위하기 위하여 유형력을 행사한 때에만 정당방위가 성립할 수 있다고 한다.⁶⁾ 그러나 대법원이 싸움에서 예외적으로 정당방위를 인정하는 ①, ②, ③의 경우를 자세히 보면, 싸움이 일단 중단되었거나(①의 경우), 외관상 싸움으로 보일 뿐 실제로는 상대방의 일방적인 불법폭행이라면(③의 경우) 이들 상황은 더 이상 싸움의 상황이 아니기 때문에 싸움에서의 정당방위 인정 사례로 판단하기는 곤란하다. 따라서 ②의 경우(싸움에서 당연히 예상할 수 있는 범위를 넘는 공격이 있는 때)만이 싸움에서 정당방위가 가능할 뿐이다. 그러나 이것은 정당방위를 인정할 수 있는 싸움의 범위를 지나치게 축소하

3) 대법원판결 가운데는 싸움의 경우에 정당방위가 성립하지 않는다는 이유로 침해가 아니라고 하는 판결도 있다. 대법원 1960.2.17.선고 4292형상860판결; 대법원 1960.9.7.선고 4293형상411판결; 대법원 1984.5.22.선고 83도3020판결; 대법원 2000.3.28.선고 2000도228판결; 대법원 2004.6.25.선고 2003도4934판결; 대법원 1993.8.24.선고 92도1329판결; 대법원 1986.12.23.선고 86도1491판결; 대법원 1984.6.26.선고 83도3090판결 등 참조.

4) 대법원 1968.1.24.선고 68도1229판결. 대법원 2000. 3. 28.선고 2000도228; 대법원 1971. 4. 30.선고 71도527판결; 대법원 1984. 1. 24. 선고 83도1873판결; 대법원 1993. 8. 24. 선고 92도1329판결.

5) 일련의 상호 쟁투 중에 이루어진 구타행위는 서로 상대방의 폭력행위를 유발한 것이므로 정당방위 또는 과잉방위는 성립하지 아니한다. 대법원 1986.12.23.선고 86도1491판결.

6) 대법원 2010.2.11.선고 2009도12958판결; 대법원 1968.5.7.선고 68도370판결; 대법원 1957.3.8.선고 4290형상18판결

는 것이다. 또한 대법원은 싸움의 경우 공격과 방어가 교차되는 상호간 공격행위의 동시성으로 말미암아 원칙적으로 침해가 있다고 볼 수 없으며 한 쪽만의 방어 의사나 방어행위성을 인정할 수 없다고 한다. 그러나 싸움에 있어서는 공격과 방어가 교차되었다고 하여 침해가 없다고 하는 것은 옳지 않다. 싸움에서 공격과 방어는 모두 부당한 침해이지 부당한 침해가 없는 것은 아니기 때문이다.⁷⁾

2. ‘자기보호의 원리’보다는 ‘법질서수호의 원리’를 강조

오늘날 정당방위의 기본사상은 개인적·권리적인 관점에서 침해되는 개인의 보호를 위한 ‘자기보호의 원리’와 사회적·법적 관점에서 법질서를 보호하기 위한 ‘법질서수호의 원리’에서 구하는 견해가 널리 인정되고 양자가 함께 정당방위의 기본원리로 보는 것이 현재의 통설이다.⁸⁾ 즉, 정당방위는 타인에 의한 현재의 위법한 침해에 대하여 개인이 스스로 자기의 법익을 보호한다는 자기보호의 측면과 국가가 위법한 침해에 대하여 법질서를 유지할 수 없을 경우 개인이 이를 대신한다는 법질서수호의 측면을 동시에 가지고 있다는 것이다. 그런데 정당방위에 내재되어 있는 자기보호의 원리와 법질서수호의 원리는 공동체의 역사적·문화적 배경에 따라 반드시 양립하는 것은 아니다. 개인주의와 자유주의의 사상이 강한 서구에서는 정당방위의 개인보호의 측면이 강조되었으며 그 결과 정당방위의 확대·확장의 과정을 걸으며 매우 과감하게 인정되었다. 그러나 정당방위의 과도한 행사의 문제가 대두되자 오늘날에 있어서는 정당방위에 일정한 사회윤리적 제한을 가하려는 노력이 보편화되기에 이르렀다. 이러한 서구와는 대조적으로 전통적 윤리의식에 의하여 정당방위의 개인의 기본적 권리로서의 측면을 제대로 경험하지 못한 우리나라에서는 독일과 일본에서 제기된 정당방위의 사회윤리적 제한사상에 영향을 받은 상당한 이유를 도입하여 정당방위를 포괄적으로 제한하게 되었던 것이다. 즉, 독일의 경우 지나친 정당방위권의 행사에 대한 반성에서 정당방위의 사회윤리적 제한이 주장되는 것인데 반

7) 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011, 223면.

8) 신동운, 형법총론, 법문사, 2012, 275-276면; 박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009, 167-168면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2011, 219-220면; 오영근, 형법총론 제2판(보정판), 박영사, 2012, 323면; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2011, 341-342면.

하여는 우리는 일반적으로 정당방위를 제한하는 포괄적 법적 근거로서의 역할을 해왔다. 이처럼 서구와는 다른 역사적·문화적 배경을 가진 우리는 정당방위를 개인의 기본적 권리로서의 측면보다는 전통적 윤리의식에 입각한 공동체의 법질서라는 측면이 강조되어 정당방위의 성립을 제한하였던 것이다.⁹⁾

3. 정확한 경위 분석 또는 구체적 논증 없이 판단

최근 정당방위가 문제된 도둑뇌사사건의 판결문을 살펴보면 “절도범인 피해자를 제압하기 위해 피해자를 폭행했다고 하더라도, 피고인이 아무런 저항없이 도망가려고 했던 피해자의 머리 부위를 장시간 심하게 때려 사실상 식물인간 상태로 만든 행위는 절도범에 대한 방위행위로서의 한도를 넘어선 것”이라고 하여 피고인이 빨래 건조대와 허리에 차고 있던 벨트 등으로 피해자를 수차례 때렸다는 점과 피해자가 식물인간 상태가 되었다는 등의 결과만을 가지고 판단하고 있다.¹⁰⁾ 물론 해당

9) 임웅, “정당방위의 「상당성」 요건과 정당방위의 제한”, 형사법연구 제10호, 1997, 5면.

10) 인터넷한국일보, ‘정당방위 논란’ 도둑 뇌사 사건 판결 일부 공개돼, 2014. 10.24. [범죄사실] 피고인은 2014. 03. 08. 03:15경 자신의 주거인 ***에 귀가하여 문을 열자 거실에 서서 서랍장을 뒤지며 절취품을 물색하던 피해자 ***을 발견하고는 “당신 누구야?”라고 말한 뒤, 피해자에게 다가가 주먹으로 피해자의 얼굴을 수 회 때려 넘어뜨리고, 피해자가 넘어진 상태에서도 계속하여 도망을 하려 하자 피해자가 팔로 감싸고 있던 뒤통수를 수 회 차고, 뒤이어 위 주거지 거실 내에 놓인 위험한 물건인 빨래 건조대를 집어들고 피해자의 등 부분을 수 회 때린 뒤, 피고인의 허리에 차고 있던 벨트를 풀어 피해자의 등 부분을 수 회 때렸다. 이로써 피고인은 위험한 물건을 휴대하여 피해자에게 치료기간을 알 수 없는 외상성 경막하 출혈 등의 상해를 가하였다. [정당방위여부 판단] 피고인이 술을 마시고 사건 당일 새벽 3시 무렵에 귀가하였는데, 불을 켜 상태에서 절취품을 물색 중인 피해자를 발견하고 피해자를 제압할 목적으로 피해자를 때려눕힌 사실, 당시 피해자는 흥기 등을 전혀 소지하지 않았고 피고인을 만나자 그냥 도망가려고만 했던 사실, 피고인은 피해자가 계속 피고인을 피해 도망가려고 하자 쓰러져 있던 피고인의 머리 부위를 발로 여러 차례 걷어차고, 주위에 있던 빨래 건조대로 등 부위를 가격하였으며, 허리띠를 풀어 피해자를 때린 사실, 이로 인해 피해자는 의식을 잃어 응급실에 후송되었고 그로부터 5개월이 지난 현재까지 의식이 돌아오지 않고 있는 사실(앞으로도 의식이 돌아올 가능성은 높지 않다고 한다)이 인정된다. 피고인이 이와 같이 절도범인 피해자를 제압하기 위하여 피해자를 폭행하였다고 하더라도, 피고인이 아무런 저항없이 도망만 가려고 했던 피해자의 머리 부위를 장시간 심하게 때려 사실상 식물인간 상태로 만든 행위는 절도범에 대한 방위행위로서의 한도를 넘어선 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 방위행위는 사회통념상 용인될 수 없는 것이므로, 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 경우라거나, 방위행위가 그 정도를 초과한 경우에 해당한다고 할 수 없다. <http://economy.hankooki.com/lpage/society/201410/e20141024172758117920.htm>

사건의 전체 판결문을 공개하지 않고 언론을 통해 일부만 공개된 상황이라 구체적인 내용은 검토하여야 하겠지만, 구체적 경위나 상황 그리고 동기의 분석 없이 결과만을 가지고 판단하는 것은 문제가 될 수 있다. 특히 새벽에 어두운 상태라 도둑이 흥기를 가지고 있는지 또한 도둑이 20대인지 50대인지를 분별했는지, 도둑이 방어행위자의 누나방에서 나와서 누나가 성폭행을 당했는지 살해를 당했는지 알 수 없는 급박한 사정 등이 있었는지는 고려의 대상이 되지 않았다는 것이 문제이다. 또한 피고인이 피해자를 계속 때린 동기가 무엇인지, 술에 취한 상태여서 올바른 판단이 가능했는지 그리고 야간 기타 불안스러운 상황에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인하여 행위를 하였는지 등은 검토하였는지 의문이다.

과거에도 법원이 정확한 경위나 구체적 논증 없이 판단한 많은 판례들이 있다. 대표적인 것이 “싸움” 또는 “소극적 저항행위”의 경우이다. 단지 “싸움” 또는 “소극적 저항행위”라는 이유로 사건의 정확한 경위 분석이나 논증 없이 정당방위에 해당하지 않는다고 판단한 경우가 많다는 것이다. 싸움이 벌어지게 된 경위나 상황을 면밀히 살펴보지 않고 단순히 ‘싸움의 경우 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로’ 정당방위나 과잉방위를 인정하지 않아 많은 비판을 받고 있다. 대법원 2000.03.28. 선고 2000도228 판결에서는 술에 취한 피해자가 피고인의 처인 누나를 구타하고, 피고인(62kg)보다 20kg 이상이나 무거운 피해자(85kg)가 피고인의 가슴 위에 올라타 자신의 목을 눌러 호흡이 곤란한 상황에서 피고인이 위협을 예감하고 손에 잡힌 과도로 피해자의 허벅지에 자상을 입혔다 하더라도, 이는 싸움이라는 이유로 구체적인 경위나 논증 없이 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다고 판단하고 있다.¹¹⁾ 이 사안은 전형적인 정당방위의 상황이며 피고인의 행

11) 원심은, 피고인이 1996. 8. 19. 10:00경 서울 강서구 공항동 664의 13 소제 피고인의 처남인 피해자의 집에서 피해자의 왼쪽 허벅지를 길이 21cm 가량의 과도로 1회 찔러 피해자에게 약 14일간의 치료를 요하는 좌측대퇴외측부 심부자상 등을 가하였지만, 피해자가 술에 만취하여 누나인 공소외인과 말다툼을 하다가 공소외인의 머리카락을 잡고 때렸으며, 당시 공소외인의 남편이었던 피고인이 이를 목격하고 화가 나서 피해자와 싸우게 되었는데, 그 과정에서 몸무게가 85kg 이상이나 되는 피해자가 62kg의 피고인을 침대 위에 넘어뜨리고 피고인의 가슴 위에 올라타 목부분을 누르자 호흡이 곤란하게 된 피고인이 안간힘을 쓰면서 허둥대다가 그 곳 침대 위에 놓여있던 과도로 피해자에게 상해를 가한 사실을 인정한 다음, 위와 같은 이 사건의 발생경위와 그 진행과정을 고려하여 피고인의 행위는 피고인의 신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위가 그 정도를 초과한 경우인 과잉방위행위에 해당한다고 판단하였다. 그러나 사실관계가 위와 같다 하더라도,

위는 자신의 생명 또는 신체에 대한 부당한 침해에 대항하여 방어하기 위한 것이다. 피고인이 처한 상황은 정당방위가 제한되는 상황도 아니다. 피해자가 술에 취하였으므로 책임능력이 제한적이라고 볼 수도 있겠지만 자신의 목을 누르는 상황에서는 방어적 방법에 의한 정당방위는 사실상 불가능하다. 그럼에도 불구하고 판례가 이를 싸움으로 단순화하여 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 것이라고 결론을 내린 것은 사실관계에 대한 분석을 하지 않은 것이다.¹²⁾

또한 우리 형법 60년 동안 대법원이 인정한 정당방위가 14건에 불과한 것은 정당방위로 해결해야 할 사안을 정당방위로 판단하지 않고 일반적 위법성조각사유인 정당행위로 판단했기 때문이다. 이것은 우리 판례가 상대방의 부당한 행패를 저지하기 위한 본능적인 소극적 방어행위 또는 소극적 저항행위를 정당방위의 요건에 관한 심사 없이 정당행위의 한 경우로 취급하여왔기 때문이다. 그것은 정당행위의 형법 제20조의 구조가 정당방위의 형법 제21조보다 간단하여 소극적 방어행위를 정당방위로 판단하여 복잡한 논증절차를 거치기보다는 정당행위로 이론 구성하여 쉽게 인정할 수 있기 때문이다.¹³⁾ 이러한 일반조항으로 해당 행위의 위법성여부를 엄밀하게 따져 볼 필요도 없이 정당행위로 판단하는 것은 정당방위로 해결하든 사회상규에 위배되지 않는 행위로 해결하든 위법성이 조각된다는 점에서는 마찬가지라

피고인의 행위는 피해자의 부당한 공격을 방어하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 것이라고 봄이 상당하고, 이와 같은 싸움의 경우 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다(출처 : 대법원 2000.03.28. 선고 2000도228 판결[폭력행위등처벌에관한법률위반] > 종합법률정보 판례).

- 12) 박상기, 앞의 책, 185-186면; 김태명, “가정폭력사건에 있어서 정당방위 성립요건의 판단절차와 기준”, 형사법연구 25호(2006.06), 한국형사법학회; 김태명, “경찰관의 무기사용에 대한 정당방위의 성립여부”, 형사판례연구 15호(2007.09).
- 13) 즉 형법 제21조의 정당방위는 ‘자기 또는 타인의 법익’, ‘침해의 현재성’, ‘침해의 부당성’, ‘상당성’ 등을 각각 검토하여야 하는 등 상대적으로 복잡하다. 그러나 정당행위의 판단기준은 법령에 의한 행위, 업무로 인한 행위, 그리고 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위로 세 가지뿐이다. 앞의 두 가지는 해석에 어려움이 있을 것이 없다. 법령에 의한 행위에서는 ‘징계행위’에 포함시킬 수 있는지가, 또 업무로 인한 행위에서는 ‘안락사’에 대한 위법성인정 여부가 쟁점이 되어 있는 정도이다. 그러나 세 번째 ‘기타 사회상규’는 일반조항으로 되어 있어 대법원이 위법성을 조각하고 싶은 곳에 갖다 붙이기만 하면 언제나 쉽게 결론이 나오는 포괄적 규정인 것이다. 배종대, “정당방위의 이론과 현실”, 고려법학 제49호(2007.10), 고려대학교 법학연구원, 43-44면.

고 생각하기 때문인 것 같다.¹⁴⁾ 그러나 이러한 태도는 다음과 같은 문제점이 발생한다.

첫째, 형법규정의 체계적 해석상 일반적 위법성조각사유인 정당행위(제20조)는 정당방위(제21조), 긴급피난(제22조), 자구행위(제23조) 등 구체적 위법성조각사유에 해당사항이 없으면 보충적으로 적용하라는 것이 입법자의 명령이다.¹⁵⁾ 그런데 정당방위나 긴급피난에 해당할 수 있는 행위에 대해서 이를 검토하지 않고 정당행위로 파악하는 것은 위법성조각사유의 전체 체계와 법해석의 기본원리에 반하는 것으로서 정당행위 이외의 위법성조각사유를 무의미하게 할 가능성이 있다.¹⁶⁾

둘째, 구체적 위법성 조각사유에 해당하는 정당방위, 긴급피난, 자구행위 등을 검토하고 보충적으로 일반법의 위치에 있는 정당행위를 검토하여야 할 것이다. 이러한 검토과정을 거치지 않고 바로 제20조 정당행위를 적용하는 것은 구체적 논증의 생략 내지 은폐수단으로 제20조 정당행위를 사용하는 것이다.¹⁷⁾

셋째, 선(先)결론 후(後)논증의 문제이다. 즉 구체적인 논증을 해보기도 전에 결론부터 내리고 그 결론에 맞추어 논증방식을 선택한다는 것이다. 그러나 이러한 선결론 후논증의 방식은 다른 견해나 가능성을 차단하여 사실자체를 왜곡할 수 있고 진실발견을 오도할 수 있다는 점에서 이는 매우 위험한 논증방식이다.¹⁸⁾

4. 상당성 판단기준의 모호성

형법 제21조 소정의 정당방위의 요건으로 ‘상당한 이유’ 즉 상당성이란 침해에 대한 방위가 사회상규에 비추어 상당한 정도를 넘지 아니하고 당연시 되는 것을 말한다. 그런데 이 ‘상당성’의 의미가 포괄적이고 추상적이어서 어떤 기준으로 적용되는지 모호한 경우가 대부분이다. 이러한 용어는 명확성의 원칙을 요구하는 형법학

14) 오영근, 앞의 책, 320면.

15) 김영환, “형법 제20조 정당행위에 대한 비판적 고찰”, 김중원화갑논문집, 1991, 140면; 하태훈, 판례중심 총·각론, 법지사, 2006, 127면; 손동권, 형법총론, 율곡, 2004, 215면.

16) 박상기, 앞의 책, 165면.

17) 배종대, 앞의 책, 307면.

18) 김병수, “싸움에서 정당방위의 확대”, 형사법연구 제24권 제4호(2012), 한국형사법학회, 57-58면.

에서 결과적으로 법관에게 지나치게 광범위한 규범해석상의 재량권을 부여하게 되어 법관의 자의가 개입될 여지가 크다.¹⁹⁾ 이 때문에 그 동안의 판례가 방위의사나 정당방위 상황까지도 상당성이라는 요건에 묶어 판단하는 바람에 사실상 판단기준이나 절차도 없이 법관이 자의적으로 상당성을 판단하여 왔다는 비판을 받고 있다. 또한 상당한 이유라는 불확정개념 때문에 대법원이 어쩔 수 없이 반복적으로 사용하는 동일한 표현도 문제가 있다. 즉, 대법원이 정당방위의 요건으로 형법 제21조 소정의 상당성을 설명할 때, “형법 제21조 소정의 정당방위가 성립하려면 침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류, 정도 등 일체의 구체적 사정들을 참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이어야 한다.”²⁰⁾라고 하거나 “그 행위에 이르게 된 경위, 목적, 수단, 의사 등 제반 사정에 비추어 사회통념상 허용될 만한 정도의 것이어야 한다.”²¹⁾라고 동일하게 판시하는 것이다. 이처럼 대법원이 스스로 제시한 이러한 기준에 부합하는가의 여부를 구체적으로 검토하거나 구체적 사정들을 어떻게 참작했는지 아무런 언급도 없이 실제 판례들 중 상당수가 위와 같은 문구를 똑같이 열거하면서 막상 상당성 여부에 대한 사실 판단에 있어서는 구체적인 분석을 생략하고 막 바로 결론만 제시하는 식의 판결로 일관하고 있는 것도 많았었다.²²⁾ 결국 정당방위의 성립을 제한하기 위하여 대법원이 제시하고 있는 상당성의 판단기준이 일반 국민들이 수긍할 수 있을 만큼 구체적이지 못하여 국민의 공감을 얻지 못하고 있다.

19) 이러한 개념의 다면성과 모호성으로 인하여 대법원(대법원 2001.5.15. 선고 2001도1089; 1992.12.22. 선고 92도2540)은 정당방위의 성립여부를 판단하는데 있어서 ‘상당성’을 ‘사회통념’이라는 다른 모호한 개념으로 대체하여 사용하기도 한다. 박상기, 앞의 책, 177면.

20) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003도4735 판결; 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결; 대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결; 대법원 1984. 6. 12. 선고 84도683 판결; 대법원 1966. 3. 5. 선고 66도63 판결.

21) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99도943 판결; 1996. 12. 23. 선고 96도2745 판결; 대법원 1989. 10. 10. 선고 89도623 판결; 1989. 8. 8. 선고 89도358 판결; 대법원 1986. 10. 14. 선고 86도1091 판결.

22) 조규홍, 앞의 글, 114면.

5. 시민의 법의식에 악영향

수사실무상으로도 아예 정당방위는 잘 인정되는 것이 아니라는 고정관념에 의하여 정당방위 성립여부를 염두에 두지 않고 수사를 하게 된 것이다. 싸움의 피해자는 ‘가해자로부터 신체적 침해’를 받았을 뿐만 아니라, 되레 수사과정에서 피의자로 입건되어 조사를 받고 정당방위가 인정되지 않아 형사처분까지 받게 되는 등 ‘국가로부터 불이익’과 함께 억울한 처지에 놓일 수 있게 된다. 실무상 폭력사건의 경우에 상대방으로부터 거의 일방적으로 억울하게 폭행과 상해를 당한 피해자가 상대방을 폭력혐의로 신고하거나 고소하면 상대방도 자신의 범행을 희석시키기 위하여 자기도 피해자로부터 폭행을 당하였다고 하면서 사소한 찰과상 등을 이유로 진단서를 제출하면서 피해자를 폭력혐의로 신고하거나 맞고소하는 경우가 비일비재하다. 그러한 경우 엄밀하게 보면 피해자가 설령 폭력행위를 하였다 하더라도 정당방위에 해당한다고 볼 수 있는 경우가 많음에도 불구하고 수사과정에서는 구성요건해당성 여부에 수사의 초점이 맞추어지고 정당방위 여부에 대하여는 명확한 수사가 이루어지지 않고 있는 것이 현실이다. 결국 피해자도 함께 처벌되거나 기껏해야 범죄혐의는 인정되나 정상에 참작할 점이 있다는 이유로 기소유예 처분되는 경우가 많다.²³⁾ 그러므로 정당방위의 인정 범위가 좁아진다는 것은 그만큼 국민은 위법한 침해로부터 자신을 정당방위로 방어할 권리가 축소되고, 정당방위로 인정되어 처벌되지 않아야 될 국민이 부당하게 처벌되어 결과적으로 가벌성의 범위가 확장된 것이다.

상황이 이렇다 보니 일반 국민들 사이에는 “싸움나면 무조건 맞아라?”라는 말이 상식처럼 되어 버렸다. 이것은 정당방위가 원칙적으로 인정되지 않기 때문에 싸움에서 쌍방이 폭행죄 등으로 처벌되거나 조금이라도 때려 상처가 나면 치료비 등을 배상하여야 하는 등의 합의를 보느니 차라리 맞는게 돈을 번다는 것이다.²⁴⁾ 이러한 생각은 국민들의 일반사회생활에도 영향을 주어 공공장소에서 싸움이 나더라도 “괜히 끼어들어 말리다가 같이 폭행죄로 엮일까봐” 지켜만 보고 있고, 가해자에 비해 상대적으로 약한 노인이나 여성 등이 폭력에 일방적으로 당하고 있는 것을 보고도

23) 조규홍, 앞의 글, 79-80면.

24) 김병수, 앞의 글, 47면.

“말리려 나서보야 자기만 손해다”라는 생각에 못 본 척하는 것이 현실인 것이다. 최근 왕십리 지하철역에서 무차별 폭행을 당하는 사람을 아무도 말리지도 도와주지도 않았던 사건²⁵⁾은 이러한 국민의 상식(?)이 반영된 결과다. 사회질서를 올바르게 세워야 할 법이 국민들로 하여금 방관자로 비겁자로 만들고 있는 것이다. 결국 일반 국민의 사법에 대한 불신이 생길 수밖에 없다.

Ⅲ. 정당방위의 확대와 대처방안

1. 정당방위 확대의 필요성

우리나라의 경우처럼 지나치게 정당방위의 인정에 인색하여 정당방위 판례가 좀처럼 볼 수 없는 드문 판례가 된 원인에는, 정당방위를 너무 쉽게 인정하면 우리나라의 사회 현실상 정당방위를 빙자하여 오히려 폭력사태가 증폭될 가능성이 있다는 우려가 작용하였다.²⁶⁾ 그러나 지구상의 어느 나라도 정당방위의 성립범위가 넓다고 해서 정당방위를 빙자하여 폭력사태가 빈번한 나라는 없다. 근거없는 우려로 정당방위를 제한하기 보다는 합리적인 기준에 의하여 정당방위의 성립범위를 확대하여야 한다. 왜냐하면 앞으로 법원이 정당방위를 확대하지 않고 과거처럼 그 인정범위를 좁게 본다면, 시민들이 부당한 침해로부터 자신을 정당방위로 보호하기가 어려울 것이고 또한 정당방위로 인정받아야 할 것이 제대로 인정받지 못하여 억울한 피해자가 생겨 그만큼 국민의 권리가 침해되기 때문이다. 다만, 확대할 경우 어떤 부분을 확대할 것인가와 그 기준이 무엇인지가 핵심이다.

25) 서울의 한 지하철역 승강장에서 신원 미상의 남성이 취객을 무차별 폭행한 사건이 발생했다. 승강장에는 많은 사람들이 있었으나 피해자를 도와주거나 경찰에 신고한 이는 아무도 없었다. 폭행 당시 승강장에는 지하철을 타고 내리는 사람들이 많았다. 하지만 쓰러진 조씨를 도와주거나 경찰에 신고한 이는 없었다. 경찰 관계자는 “CCTV를 보면, 많은 이들이 폭행 장면이나 쓰러진 피해자를 봤을 텐데 아무도 도와주지 않았다. 신기할 정도”라고 말했다. 피해자 조씨는 “바로 내 옆에도 2명 정도가 있었다. 이들조차 경찰에 신고하지 않고 현장에서 사라졌다”고 말했다. 경향신문, “왕십리역 ‘폭행 날벼락’ 아무도 도와주지 않았다” 2014. 11.20.

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201411202148325&code=940202

26) 조규홍, 앞의 글, 80면.

먼저 싸움에서 정당방위를 확대하여야 한다. 싸움에서 서로 쌍방을 공격한다고 부당한 침해가 없는 것은 아니며 구체적인 상황에 따라서는 방위의사가 인정될 수 있다. 또한 위법한 공격을 받아서 어쩔 수 없이 싸우게 된 자까지도 상호 도발한 것으로 간주할 수는 없다. 싸움에 있어서 공격과 방어는 모두 부당한 침해이지 부당한 침해가 없는 것은 아니다. 싸움의 경우에도 구체적 사정에 따라서는 방위의사가 존재한다. 그러므로 싸움에 있어서 정당방위가 가능한가는 부당한 침해가 있느냐 또는 방위의사가 있는가의 문제가 아니라 그것이 방위행위인가 또는 정당방위를 인정할 수 있는 경우인가(정당방위의 제한)에 의하여 결정될 문제라고 보아야 한다.²⁷⁾ 지금까지의 판례와 학설에서의 논의처럼 ‘싸움’을 처음부터 정당방위를 한계문제로 보는 것은 타당하지 않다. ‘싸움’이란 단순한 객관적 사실유형에 불과하며 그것이 정당방위를 배제하는 법적 판단기준이 될 수 없기 때문이다. 따라서 개념확정이 어려울 뿐만 아니라 형법이 설정한 법적 기준도 아닌 ‘싸움’을 정당방위를 배제하는 법적 판단기준으로 삼아서는 안 된다. 구체적인 사안이 싸움의 형태로 보이는 경우라도 다른 상황에서와 마찬가지로 먼저 정당방위의 성립요건을 충족하는가를 검토해야 할 것이다. 다만 정당방위상황과 방위행위가 인정되더라도 싸움에서는 상호 책임이 있는 경우가 많으므로 계속하여 상당성의 판단에서 정당방위의 제한이 인정되는가를 검토할 필요가 있다. 그러므로 싸움의 경우에 정당방위가 원칙적으로 성립하지 않는다는 고정관념을 버리고 싸움의 경우에도 정당방위는 성립할 수 있다는 사고의 전환이 필요하다.

둘째, 상대방의 부당한 행패를 저지하기 위한 본능적인 소극적 방어행위 또는 소극적 저항행위를 정당방위로 판단하여야 한다. 대법원은 이들을 정당방위의 요건에 심사 없이 정당행위의 한 경우로 취급해 왔다. 이는 법해석학적으로 문제가 될 뿐만 아니라 위법성조각사유간의 체계적 위치에도 반한다. 따라서 소극적 방어행위나 소극적 저항행위를 정당행위로 판단할 것이 아니라 정당방위로서의 위법성조각 여부를 먼저 검토하여야 할 것이다. 즉 설사 소극적 방어행위인 보호방위에 그친 경우라도 정당방위의 요건이 갖추어진 한은 정당행위가 아니라 정당방위에 해당하는 것으로 봄이 타당하다.

27) 이재상, 앞의 책, 223면.

2. 과잉방위의 확대

방위행위가 상당성의 정도를 넘은 때에 이를 과잉방위라고 한다. 우리나라 형법상 과잉방위에 대한 다양한 법적효과(형법 제21조 2, 3항)가 인정되지만, 과잉방위를 인정한 판례가 많지는 않다. 특히 과잉방위를 인정하면서 처벌하거나 아예 면제되는 경우는 찾아볼 수 없다. 그러나 앞으로는 정당방위상황에서 상당성의 정도를 초과하여 방어행위를 한 경우는 과잉방위로 적용하여 그 대상을 확대하여야 할 것이다. 특히 가정폭력의 경우와 같이 ‘지속적 위난’ 즉 과거에 계속적으로 법익침해가 있었고 앞으로도 법익침해가 계속될 것이라고 예상되는 경우에는 법익침해 직전이라고 할 수 없기 때문에 침해의 현재성을 인정하기 어려워 정당방위를 인정하지 않고 있다.²⁸⁾ 판례도 “피고인이 장기간 피해자로부터 가정폭력에 시달려왔고, 이 사건 당일 피해자가 칼로 피고인에게 위협을 가하였다고 할지라도 피해자가 잠이 든 상태에서 피고인이 피해자를 살해한 점 등에 비추어 볼 때, 그것이 피해자의 피고인에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위라고 보기 어렵다”²⁹⁾고 하여 정당방위를 부정하고 있다. 이 사건에서 대법원은 가정폭력의 특수성을 감안하지 않고 정당방위의 침해를 개별적인 구타와 협박 등으로 한정하여 개별적 구타와 협박에 대해서만 방위행위가 가능하다고 판단한 점에서 문제가 있고, 가해자가 피해자를 매일 구타하는 가정폭력상황에서는 가해자가 피해자를 때린 시간뿐만 아니라 구타가 멈춘 시점부터 구타가 다시 시작되는 다음 날까지도 가정폭력이 멈추지 않는다는 가정폭력의 특수성을 대법원은 간과하였다는 비판이 있다.³⁰⁾ 그러나 지속적 위난을 정당방위에 포함시킬 경우 자칫 정당방위가 남용될 우려가 있고 지속적 위난은 면책적 긴급피난으로 해결하는 것이 바람직하며 정당방위 규정에 편입하는 것은 적당치 않다.³¹⁾ 따라서 이러한 경우 형법 제21조 2, 3항의 과잉방위를 적용하는

28) 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2006, 294면; 오영근, 앞의 책, 330면; 배종대, 앞의 책, 344면; 이재상, 앞의 책, 224면.

29) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2012도9477 판결.

30) 김푸른솔, “가정폭력 피해자의 정당방위 주장”, 공익과 인권 통권 제14호, 서울대학교 공익인권법센터·서울대학교 법학전문대학원 인권법학회 공동발간, 2014, 231-237면 참조.

31) 전지연·이호중·이진국, “위법성 분야 개정방안”, 형사법연구 제21권 제1호(2009), 59-60면.

것이 타당할 것이다. 특히, 남편에게 상습적으로 맞아 오다가 ‘외상 후 스트레스 장애’로 인한 심신장애상태로 남편을 살해한 경우 소위 ‘피학대여성증후군(battered woman syndrome)’³²⁾의 경우에도 과잉방위의 적용을 검토할 필요가 있다. 과거 이혼소송 도중 가정폭력 가해자가 피해자를 찾아와 목에 가위를 갖다 대는 등 피해자를 위협한 사건에서 대법원은 “피고인이 피해자로부터 자주 폭행·협박을 당하고 변태적인 성행위를 강요당하는 등 피해자로부터 먼저 폭행·협박을 당하다가 이를 피하기 위하여 피해자를 칼로 찔렀다고 하더라도, 피해자의 폭행·협박의 정도에 비추어 피고인이 칼로 피해자를 찔러 즉사하게 한 행위는 피해자의 폭력으로부터 자신을 보호하기 위한 방위행위로서의 한도를 넘어선 것이라고 하지 않을 수 없고, 따라서 방위행위로 용인될 수 없다”고 하여 정당방위를 부정하였다.³³⁾ 하지만 앞으로는 이러한 사건들은 형법 제21조 2항을 적용하여 형을 감경 또는 면제하거나 야간 기타 불안스러운 상황에서 공포·경악·흥분 또는 당황으로 인해 정도를 초과한 제21조 3항의 과잉방위로 적용하여 책임이 조각되어 범죄가 성립되지 않는다고 하여야 할 것이다.

3. 법질서수호의 원리보다 자기보호의 원리의 우선

정당방위는 타인에 의한 현재의 위법한 침해에 대하여 개인이 스스로 자기의 법익을 보호한다는 자기보호의 측면과 국가가 위법한 침해에 대하여 법질서를 유지할 수 없을 경우 개인이 이를 대신한다는 법질서수호의 측면을 동시에 가지고 있고 양자가 조화를 이루어야 한다는 것이 통설이었다. 그러나 정당방위의 근거가 되는 근본사상이 정당방위의 성립범위 및 정당방위의 한계 내지 제한에 직접적인 관련이 있다는 자각에서 정당방위의 근본사상에 대한 연구들이 잇따르고 있다.³⁴⁾ 이와 관

32) 피학대증후군은 가정폭력피해자에게 나타나는 정신적 후유증을 포괄적으로 지칭하기 위한 용어로서, 피해자들은 학습된 무기력 등으로 대표되는 후유증을 겪기에 특이한 행동 패턴을 보인다. 구타가 중단된 뒤에도 계속해서 살해 위협 등이 있다고 인식하게 된다는 것이다. Lenore E. Walker, *The battered Woman Syndrome*, 1st ed., Springer Publishing company, 1984, 86-104면 참조.

33) 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001도1089 판결.

34) 김태명, “정당방위의 본질에 관한 고찰”, 카톨릭법학 창간호, 2002, 103면 이하; 김정환, “정당방위의 기본사상으로서 법질서수호원리?”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006, 1면 이하; 최석윤, “정

런하여 최근 정당방위권의 핵심가치는 자기보호권이고, 법질서수호원리는 국가의 시민보호 기능이 정상적으로 작동하는 것을 전제로 오상방위, 과잉방위 그리고 도발에 의한 정당방위 남용 등을 제한하는 원리라는 견해가 있다.³⁵⁾ 즉, 정당방위상황은 국가의 시민보호기능이 제대로 작동할 수 없는 상황인데, 방어행위자에게 법질서를 수호할 것을 요구할 수 있느냐는 것이다. 정당방위상황의 존재 자체가 국가의 시민보호의 실패 결과로 볼 수 있기 때문에 법질서수호를 다시 방어행위자에게 부담시킨다는 것은 국가의 책임회피이며 모순이라는 것이다. 이처럼 정당방위상황에 처한 방어행위자는 급박한 상황에서 자신의 생명에 중대한 위협에 처해 있는데, 어떻게 법질서를 지킬 것인지를 강요하는 것은 무리라고 생각한다. 법질서를 준수하는 것은 법질서가 평온한 상태에서 가능한 것인데 이미 위법한 침해로 인한 정당방위상황과 같이 법이 파괴된 상태에서는 방어행위자에게 법질서를 준수하는 것은 불가능에 가깝다. 따라서 정당방위상황에서는 자기보호의 원리가 우선되어야 하며, 법질서수호의 원리를 보충적으로 판단하거나, 오상방위나 과잉방위시에만 판단하여야 할 원리인 것이다.

4. 구체적인 경위분석과 논증의 필요

대법원 1993. 8. 24. 92도1329 판결에서처럼 싸움에 대한 구체적 경위분석도 없이 “피해자 일행 중 1명의 뺨을 때린 데에서 비롯된 가해자 등의 행위는 피해자 일행의 부당한 공격을 방위하기 위한 것이라기보다는 서로 공격할 의사로 싸우다가 먼저 공격을 받고 이에 대항하여 가해하게 된 것이라고 봄이 상당하고 이와 같은 싸움의 경우 가해행위는 방어행위인 동시에 공격행위의 성격을 가지므로 정당방위 또는 과잉방위행위라고 볼 수 없다”라고 판시하는 것은 문제가 있다. 이 사건에서 병이 피해자 가운데 한 명의 뺨을 때렸지만 이는 술에 취한 20여명의 피해자들이

당방위의 근본사상에 관한 연구”, 형사정책연구 제21권 제3호(통권 제83호, 2010년 가을), 259면 이하 참조.

35) 신동일, “정당방위권 역사와 도그마틱: 중세적 출발점과 현대적 수용”, 형사정책연구 제24권 제3호(2013), 14-23면 참조.

자신이 운영하는 나이트클럽에 들어와 술값 외상을 요구하는 과정에서 언쟁이 붙어 이를 나무라는 취지의 것에 불과하고 그 정도도 가볍기 때문에 정당행위에 해당한다고 볼 수 있다. 오히려 피해자들은 병의 구타에 흥분하여 피고인을 포함한 나이트클럽 종업원 등을 구타하고, 기물손괴를 하였으며, 피고인 갑은 이에 대응한 것이라고 보아야 한다. 즉 갑의 행위는 병은 물론이고 자신의 법익을 지키기 위한 정당방위에 해당하는 것이다. 그럼에도 불구하고 대법원이 이 사건의 발생경위나 진행과정 등을 전혀 고려하지 않고 정당방위(혹은 이 사건에서 최소한 과잉방위)를 인정하지 않는 것은 잘못이다. 그래서 헌법재판소는 싸움을 말리려다가 상대방의 공격으로 말미암아 폭행을 하게 된 피의자에 대한 검사의 불기소처분(기소유예)이 부당하다고 하면서 싸움에 이르게 된 과정을 살펴볼 것을 요구하고 있다.³⁶⁾

특히 집단적인 싸움의 경우에 오직 말리기 위해서 서로의 팔을 꺾어거나 또는 서로 반대편으로 밀어 내리는 등의 과정에서 상대방에게 상해를 입힌 경우에, 상해를 입은 상대방은 말린 사람을 포함하여 상대방 모두를 폭행죄나 폭행치상죄 등으로 고소하는 경우가 많다. 이 경우 수사기관의 입장에서는 공격과 방어에 대한 엄격한 구별이 사실상 곤란하다는 이유로 현장에 있었던 사람을 모두 기소하게 되고, 따라서 정말 더 큰 피해를 막기 위해서 싸움을 말린 사람이 억울하게 전과자가 되는 경우가 많다는 것이다. 그러므로 싸움의 경위분석도 없이 언제나 가담자 상호간에 정당방위를 인정할 수 없다고 보는 것은 타당하지 않다. 싸움의 경위를 분석하여 공격과 방어행위의 동시성이 인정될 수 있는지 여부를 판단하여야 한다. 이를 위해서 경찰청에서 제시하고 있는 “경찰수사단계에서의 정당방위 8가지 기준”³⁷⁾은 구체적인 경위분석에 좋은 자료가 될 것이다. ① 침해행위에 대한 방어하기 위한 행위일 것 ② 침해행위를 도발하지 않았을 것 ③ 먼저 폭력행위를 하지 않았을 것 ④ 침해행위가 저지·종료된 후에는 폭력행위를 하지 않았을 것 ⑤ 폭력행위의 정도가 침해

36) 헌법재판소결정 2001. 4. 26, 2001헌마15.

37) 2011년 3월 경찰청에서는 상호간의 폭력사건에 대한 발생경위, 방어행위 여부 등을 고려하지 않고 양쪽 모두를 기계적으로 입건하는 ‘쌍방입건’ 관행을 해결하고자 경찰 수사 단계에서 정당방위를 인정하기 위한 8가지 기준을 제시하였다. 지침은 8가지 전형적 정당방위의 판단요건을 제시하고 이 요건을 모두 충족하는 경우에는 정당방위로 처리하되, 이 요건 중 일부가 결여되더라도 방어에 필요한 한도 내의 행위로 인정할 특별한 사정이 있으면 정당방위로 처리하도록 규정하고 있다.

행위의 수준보다 중하지 않을 것 ⑥ 흉기나 위험한 물건을 사용하지 않았을 것 ⑦ 상대방의 피해 정도가 본인보다 중하지 않을 것 ⑧ 치료에 3주 이상을 요하는 상해를 입히지 않을 것이다.

5. 상당성 판단기준의 설정

제21조 상당한 이유 즉 ‘상당성’의 의미가 포괄적이고 추상적이어서 어떤 기준으로 적용되는지 모호한 경우가 대부분이었다. 이로 인해 법관의 자의가 개입될 여지가 크다. 또한 실제 판례들 중 상당수가 구체적인 분석을 생략한 채 막 바로 결론만 제시하는 식의 판결이 많았었다. 이것은 대법원 자체의 명확한 판단기준이 없을 뿐만 아니라 학계도 통일된 판단기준을 마련하고 있지 못하기 때문에 발생하는 현상이다. 따라서 판단의 근거를 좀 더 자세히 제시함으로써 비록 불확정 개념이지만 일반국민들이 어느 정도 예측할 수 있도록 해 주는 것이 필요하다.

방위행위의 필요성과 사회윤리적 제한을 상당성의 내용으로 보는 것이 다수설이다. 물론 사회윤리적 제한을 상당성에 포함시킬 것인지에 대해 이견이 있지만, 사회윤리적 제한을 상당성과는 별개의 개념으로 취급하여 정당방위의 성립을 상당성으로 제한할 뿐만 아니라 사회윤리적 제한으로도 또 다시 제한하는 것은 정당방위를 이중으로 제한하게 되어 형법 제정 이후 14건 밖에 되지 않는 정당방위 사안을 더욱 결핍하게 만들 수도 있다. 또한 우리 형법이 계수한 독일 형법상에서는 필요성만으로 정당방위가 성립하다 보니 정당방위의 과도한 성립이 문제되었었다. 이를 제한하기 위하여 사회윤리적 제한이라는 개념이 발생하였는데, 우리 형법이 이를 무비판적으로 도입하여 상당성과 별개의 개념으로 사회윤리적 제한으로 정당방위를 제한하는 것은 이중으로 제한을 가하는 것이므로 불필요한 것이다.

상당성 판단에 있어서 방위행위는 방위에 필요한 행위여야 한다는 필요성이 요구된다는 데에 대하여는 거의 이론이 없다.³⁸⁾ 사회윤리적 제한을 상당성과 별개로 판단하는 지 여부와 상관없이 대부분의 학설들은 사회윤리적 제한을 판단함에 있어

38) 필요성이 우리 형법에서는 상당성의 한 내용으로서 필요성이란 특별한 의미를 가지는 것이 아니라고 할 수 있고, 언급할 필요도 없다는 입장도 있다. 오영근, 앞의 책, 329-330면.

‘보충성의 원리’와 ‘균형성의 원리’를 소극적으로 참작·고려되는 경우가 많다. 극히 경미한 침해에 대한 방위는 균형성의 원리가, 나머지는 보충성의 원리가 소극적으로 고려되는 경우가 많다. 이 점은 정당방위가 개인의 법익에 대한 보호뿐만 아니라 법질서의 유지를 위하여도 인정되는 것이므로 긴급피난의 경우와는 달리 반드시 다른 피난방법이 없었을 것(보충성의 원리)을 요하지 아니하고, 침해된 법익이 방위된 법익을 가치관계에서 초과하지 않을 것(균형성의 원리)을 요하는 것도 아니지만 ‘보충성의 원리’와 ‘균형성의 원리’도 소극적으로 상당성 판단에 참작·고려될 수는 있다는 점과 비슷하다. 따라서 사회윤리적 제한을 상당성에 포함시킬 것인지에 대한 문제는 상당성 판단기준에 대한 본질적 문제가 아닐 수 있다. 오히려 방위행위는 침해를 즉시 그리고 효과적으로 배제하기에 필요한 정도의 것이어야 한다는 필요성의 내용이 중요하다. 이러한 필요성은 방위행위가 침해를 배제하는데 충분하고 적합한 수단이어야 한다는 ‘수단의 적합성’과 상대적으로 경미한 피해를 주는 방법을 선택하여야 한다는 ‘상대적 최소침해의 원칙’을 그 내용으로 한다. 방어행위가 방어를 위한 적합한 수단이고 그것이 공격자에게 상대적으로 경미한 피해를 주는 정도이면 방위행위의 필요성은 인정된다. 따라서 상당성의 판단기준으로 방어행위가 침해를 배제하는데 적합하여야 한다는 수단의 적합성과 상대적으로 경미한 피해를 주어야 한다는 상대적 최소침해의 원칙을 엄격하게 적용하여야 한다. 다만 이러한 필요성은 행위당시의 ‘구체적인 사정’을 고려하여 객관적으로 판단해야 한다. 정당방위를 인정할 수 있는 구체적인 사정으로 ① 침해행위에 대한 방어하기 위한 행위일 것 ② 침해행위를 도발하지 않았을 것 ③ 먼저 폭력행위를 하지 않았을 것 ④ 침해행위가 저지·종료된 후에는 폭력행위를 하지 않았을 것 ⑤ 폭력행위의 정도가 침해행위의 수준보다 중하지 않을 것 ⑥ 흉기나 위험한 물건을 사용하지 않았을 것 ⑦ 상대방의 피해 정도가 본인보다 중하지 않을 것 ⑧ 치료에 3주 이상을 요하는 상해를 입히지 않을 것 등을 들 수 있는데, 이들 중 ⑤, ⑥, ⑦, ⑧의 요건은 수단의 적합성과 상대적 최소침해의 원칙에 따라 상대적으로 판단하여야 할 것이다. 즉 ⑤ 폭력행위의 정도가 침해행위의 수준보다 중하지 않아야 하지만, 경우에 따라서는 불가피한 경우 침해행위의 수준보다 중한 폭력행위를 사용할 수도 있을 것이고 ⑥ 원칙적으로 흉기나 위험한 물건을 사용하지 않아야 하지만 침해행위에 대한 유일한 저

항도구가 흉기나 위험한 물건밖에 없을 때에는 예외를 인정하여야 하며, ⑦ 상대방의 피해 정도가 본인보다 중하지 않을 것을 요구하지만 불가피한 경우는 상대방의 피해가 중하더라도 정당방위를 인정하여야 할 것이다. ⑧ 경우에 따라서는 치료에 3주 이상을 요하는 상해를 입히는 경우도 있을 것이다.³⁹⁾

6. 일상생활에서 정당방위 상황 발생시 대처방안

일반 국민들 사이에는 “싸움나면 무조건 맞아라?”라는 말이 상식처럼 되어 버렸다. 또한 국민들의 일반사회생활에도 영향을 주어 공공장소에서 싸움이 나더라도 “괜히 끼어들어 말리다가 같이 폭행죄로 엮일까봐” 지켜만 보고 있고, 가해자에 비해 상대적으로 약한 노인이나 여성 등이 폭력에 일방적으로 당하고 있는 것을 보기도 “말리려 나서봐야 자기만 손해다”라는 생각에 못 본 척하는 것이 현실인 것이다. 이러한 현실은 시민들로 하여금 가정에 침입한 범죄자에 대한 대처방법이나 정당방위상황에서 어떻게 행동하여야 할지를 몰라 범죄와 폭력에 막연한 두려움을 나타내고 있다. 그러나 이제는 일반 시민들도 사고 현장에서 “남이 하겠지”라고 생각하며 방관하지 말고 국가와 사회를 위해 무엇을 할 것인지를 결정하여야 한다. 국가나 사회 탓만 하며 자신은 방관자나 비겁자가 아니라는 변명만 늘어놓기보다는, 지금 내가 도와주지 않으면, 내 가족, 내 이웃 그리고 나 자신도 피해자가 될 수 있다는 생각으로 적극적으로 행동하는 시민이 되어야 한다. 그래서 폭력현장 등을 목격하면 먼저 신고하고 폭행을 제지할 힘이 없다면 가지고 있는 핸드폰으로 동영상 촬영을 해서 증인으로 나서야 한다. 그리고 정당방위 상황에 처한 사람은 주위 사람들에게 연락처 등을 구해서 사후에 정당방위 주장을 위해 증인이나 증거를 확보하여야 한다.

39) 김병수, 앞의 글, 69-70면.

IV. 나가며

최근 정당방위를 인정할 것인가를 두고 법원의 판결과 국민의 법감정 사이에 큰 간격이 있어 논란이 일고 있다. 이는 1953년 형법이 제정된 이후 지금까지 60여년의 역사 속에서 법원이 정당방위를 인정한 사례는 고작 14건에 불과하여 국민들로부터 정당방위의 인정에 인색하다는 비판과 함께 법원이 그 구체적인 판단기준을 제시하고 있지 못하여 국민들로부터 비난을 받고 있다. 이러한 문제점들을 극복하기 위해서는, 법원은 정당방위의 성립범위를 확대하여야 한다. 왜냐하면 앞으로 법원이 정당방위를 확대하지 않고 과거처럼 그 인정범위를 좁게 본다면, 시민들이 부당한 침해로부터 자신을 정당방위로 보호하기가 어려울 것이고 또한 정당방위로 인정받아야 할 것이 제대로 인정받지 못하여 억울한 피해자가 생겨 그만큼 국민의 권리가 침해되기 때문이다. 이를 위해 첫째, 싸움이나 소극적 저항행위의 경우 정당방위를 확대하고 ‘매맞는 여성 증후군’의 경우 과잉방위로 인정하여야 한다. 둘째, 법질서수호의 원리 보다 자기보호의 원리를 우선하여 정당방위를 원칙적으로 인정하되 다만 정당방위를 빙자한 폭력을 제한하는 방향으로 전환할 필요가 있다. 셋째, 정당방위의 발생원인과 진행상황 등 구체적인 경위를 분석하여야 한다. 넷째, 상당성 판단의 기준을 구체적이고 명확하게 하여야 한다.

그리고 이제는 일반 시민들도 사고 현장에서 “남이 하겠지”라고 생각하며 방관하지 말고 국가와 사회를 위해 무엇을 할 것인지를 결정하여야 한다. 국가나 사회 탓만 하며 자신은 방관자나 비겁자가 아니라는 변명만 늘어놓기보다는, 지금 내가 도와주지 않으면, 내 가족, 내 이웃 그리고 나 자신도 피해자가 될 수 있다는 생각으로 적극적으로 행동하는 시민이 되어야 한다. 그래서 폭력현장 등을 목격하면 먼저 신고하고 폭행을 제지할 힘이 없다면 가지고 있는 핸드폰으로 동영상 촬영을 해서 증인으로 나서야 한다. 그리고 정당방위 상황에 처한 사람은 주위 사람들에게 연락처 등을 구해서 사후에 정당방위 주장을 위해 증인이나 증거를 확보하여야 한다.

참고문헌

- 김일수/서보학, 형법총론(제11판), 박영사, 2006.
- 박상기, 형법총론(제11판), 박영사, 2009.
- 배종대, 형법총론(제10판), 홍문사, 2011.
- 손동권, 형법총론, 을곡, 2004.
- 신동운, 형법총론(제6판), 법문사, 2012.
- 오영근, 형법총론(제2판 보정판), 박영사, 2012.
- 이영란, 형법학 총론강의(제3판), 형설출판사, 2011.
- 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011.
- 이정원, 형법총론, 법지사, 2004.
- 임웅, 형법총론, 법문사, 2011.
- 정영일, 형법총론, 박영사, 2007.
- 하태훈, 판례중심 총·각론, 법지사, 2006.
-
- 김병수, “싸움에서 정당방위의 확대”, 형사법연구 제24권 제4호(2012), 한국형사법학회.
- 김영환, “형법 제20조 정당행위에 대한 비판적 고찰”, 「김종원화갑논문집」, 1991.
- 김정환, “정당방위의 기본사상으로서 법질서수호원리?”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006.
- 김태명, “정당방위의 상당성요건에 대한 해석론”, 형사법연구 제14권 한국형사법학회, 2000.
- 김태명, “정당방위의 본질에 관한 고찰”, 카톨릭법학 창간호, 카톨릭대학교 법학연구소, 2002.
- 김태명, “가정폭력사건에 있어서 정당방위 성립요건의 판단절차와 기준”, 형사법연구 25호(2006.06), 한국형사법학회.
- 김태명, “경찰관의 무기사용에 대한 정당방위의 성립여부”, 형사판례연구 15호

(2007.09).

김푸른솔, “가정폭력 피해자의 정당방위 주장”, 공익과 인권 통권 제14호, 서울대학교 공익인권법센터·서울대학교 법학전문대학원 인권법학회 공동발간, 2014.

배종대, “정당방위의 이론과 현실”, 고려법학 제49호(2007.10), 고려대학교 법학연구원.

신동일, “정당방위권 역사와 도그마틱: 중세적 출발점과 현대적 수용”, 형사정책연구 제24권 제3호(2013).

양화식, “형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 관한 고찰”, 형사법연구 제19호, 2003.

임웅, “정당방위의 「상당성」 요건과 정당방위의 제한”, 형사법연구 제10호.

조규홍, “정당방위의 상당성의 의미 및 구체적 판단기준”, 법조 제657권(2011.6), 법조협회.

전지연·이호중·이진국, “위법성 분야 개정방안”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009.

정현미, “싸움과 정당방위”, 법학논집 제5권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2000.

최석윤, “정당방위의 근본사상에 관한 연구”, 형사정책연구 제21권 제3호(통권 제83호, 2010년 가을).

황정익, “공무집행방해죄에 있어서 정당방위이론 남용의 문제점”, 경찰학논총 제4권 제1호(2009).

허일태, “형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 재조명”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002.

Enlargement and Preparation plan of Self-Defense

Kim, Byung-Soo*

Recently, there is a big gap between people's legal sentiment and court's ruling in a range of self-defense. Only 14 cases were justified as self-defense by the Supreme Court almost 60 years so far after the Korean Criminal Law was enacted in 1953. The Court has been criticized from the people, because it has been stingy in recognizing self-defense. If eventually fewer accepted as self-defense, so is insufficient to protect the rights of the people. To solve these problems, the court shall extend the range of self-defense. Firstly, it shall extend self-defense in fight and passive resistance and allow excess defense in battered woman syndrome. Secondly, the principle of self-protection is to be preferred to the principle of guardian of law and order. Thirdly, causes and progress of self-defense must be analyzed. Fourthly, the judgment standard of reasonableness should be specific and clearly.

And now general citizens do not neglect scenes of an accident and I must decide what to do, do not stand for the state and society. If you do not help them now, my family, my neighbors and I can become a victim. We will be a citizen to act aggressively. If you witness a violent scene, first, call the police and act as a witness by shooting video with your mobile phone when you have no power to restrain the violence. And those in self-defense situations should ensure witnesses or evidences to argue self-defense and obtain the contacts of people around you.

❖ Keyword: self-Defense, enlargement of self-defense, Preparation plan of Self-Defense, reasonableness, excessive self-defense

투고일: 11월 30일 / 심사(수정)일: 12월 17일 / 게재확정일: 12월 17일

* Research Professor, Institute of Law Studies, Pusan National University/ Ph.D.