

## 자구행위의 해석상 몇 가지 문제점\*

전 지 연

연세대학교 법학전문대학원 교수

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 자구행위는 사후적 긴급행위인가?
- III. 자구행위에서 청구권의 범위에 대한 논란
- IV. 자구행위에서 청구권의 귀속주체
- V. 결어

### I. 서론

우리 형법 제23조는 '자구행위'라는 표제하에 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 이유가 있는 행위에 대하여 이를 벌하지 아니한 것으로 규정하고 있다. 그리고 이와 유사한 규정이 민법에도 존재하며, 다만 민법은 제209조에 이를 '자구행위'가 아니라 '자력구제'라는 용어를 사용하여, 점유자는 그 점유를 부정히 침탈 또는 방해하는 행위에 대하여 자력으로써 이를 방위할 수 있고, 점유물이 침탈되었을 경우에 부동산일 때에는 점유자는 침탈 후 즉시 가해자를 배제하여 이를 탈환할 수 있고 동산일 때에는 점유자는 현장에서 또는 추적하여 가해자로부터 이를 탈환할 수 있다고 규정하고 있다. 물론 이러한 민법상의 자력구제는 형법상의 자구행위와 달리 자력구제를 행사하기 위한 전제도 일반

\* 심사위원 : 이정원, 박기석, 김성룡

투고일자 : 2009. 1. 26, 심사일자 : 2009. 3. 15, 게재확정일자 : 2009. 3. 20.

청구권이 아니라 민법상의 점유권의 침해로 국한하여 점유침해에 대한 구제규정으로 이해되고 있다.

우리 형법이 자구행위를 명문으로 입법화한 것은 매우 이례적인 일이다. 독일 형법의 경우에도 자구행위를 법률로 규정하지 아니하고, 자구행위의 성립요건을 포함한 모든 내용을 학설과 판례에 맡기는 태도를 취하고 있다. 여기서 다수의 형법학자들은 판례와 민법상의 규정을 근거로 하여 형법상의 자구행위의 문제를 다루고 있다.<sup>1)</sup> 즉 학설과 판례는 독일 민법 제229조와 제230조 제1항과 같은 일반규정<sup>2)</sup>을 근거로 소위 '관현을 위한 행위'(Das Handeln pro magistratu) 중의 하나로 보아 자구행위가 정당화된다고 보았다.<sup>3)</sup> 일본의 경우에도 1927년의 형법개정에비초안(제20조, 제21조)과 1940년의 개정형법가안(제20조)에 자구행위의 규정이 있을 뿐 현행의 형법전에는 이를 규정하고 있지 않다.<sup>4)</sup> 이런 이유로 대심원판례 중에는 한때 형법상의 자구행위를 부인하기도 하였으나, 그 후 최고재판소에서는 구체적 사안에 따라 자구행위가 위법성을 조각시키는 경우가 있음을 시사하였고, 마침내 하급심에서는 자구행위를 이유로 하여 위법성조각을 인정하였다. 학설로서도 자구행위를 위법성조각사유로 인정하는 데에 거의 일치하고 있다.<sup>5)</sup> 이와 같이 계수사적으로 우리의 형법에 커다란 영향을 끼친 독일

- 1) Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 27.Aufl., Vor § 32 Rn.66; LK-Hirsch, StGB, 11.Aufl., Vor § 32 Rn.158; BGHSt 17,87; BGH NSTZ 1987,455; 장규원/강동욱, 형법총칙 비교법 자료집, 2006, 213면.
- 2) 독일민법 제229조는 “자력구제의 목적으로 물건을 침탈·파괴 또는 손괴한 자나 도주할 우려가 있는 의무자를 체포하거나 마땅히 수인해야 할 행위에 반하는 의무자의 저항을 제거한 자는 만일 적시에 관현의 협조를 얻을 수 없고 즉각적인 조치가 없이는 청구권의 실현이 무효화되거나 본질적으로 위협하게 될 경우에는 위법하지 아니하다”고 규정하여 자력구제의 요건과 행위의 태양을 예거하고 있다. 한편 제230조 제1항은 “자력구제는 위협의 방지에 필요한 한도를 넘어서는 안된다”고 규정함으로써 그 일반적 한계를 필요성의 원칙에 의하여 제한하고 있다. 양 조문의 내용에 대하여는 Roxin, Strafrecht, AT 1, 4.Aufl., 2006, 17/29 참조.
- 3) Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 5.Aufl., 1996, 397면; Roxin, Strafrecht, AT 1, 4.Aufl., 2006, 15/28
- 4) 일본에서 개정형법가안 제20조에서 규정하였던 자구행위를 개정형법 준비초안에서 제외해 버린 이유는 자구행위는 그 범위를 표현하는 것이 너무 힘들어서 자칫 잘못하면 너무 좁게 되거나 너무 넓어질 수 있고, 우리의 입법은 법치국가의 원리와 상응할 수 없는 자구행위의 시행의 폐단을 초래할 우려가 있기 때문이라고 한다(이형국, 형법상 위법성관련조문과 그 체계적 정비방안, 2006, 106면 참조).
- 5) 井田 良, 講義刑法學 總論, 有斐閣, 2008, 311-312면; 이재상, 형법총론(제6판), 2008, 256면; 진계호, 「자구행위」, 고시연구(1992.10), 52면

이나 일본의 경우에도 자구행위에 관한 명문의 규정이 없고, 우리의 경우 구형 법에도 자구행위에 관한 규정이 없는 상황에서 자구행위를 입법화한 것은 일본 개정형법가안의 영향으로 보이며,<sup>6)</sup> 우리 입법자의 과감한 결단이었다고 생각된다.

이러한 과감한 결단에 의한 자구행위의 명문화에도 불구하고 해당 규정에 대한 입법적인 흠결이나 이로 인한 처벌의 결함 등 자구행위의 조문화로 인한 문제는 별로 제기되지 않고 있다. 다만 동일하게 위법성조각사유로서 평가되는 정당방위나 긴급피난과 자구행위를 비교하여 보면, 긴급피난과 자구행위에 대한 대법원의 판례를 살펴보면 현재의 대법원의 홈페이지에서의 판례검색에서 판시 사항부분에서 긴급피난이나 자구행위를 언급한 것은 숫적으로 그리 많지 않으며,<sup>7)</sup> 긴급피난과 자구행위 모두 거의 비슷한 상태에 있다. 그러나 긴급피난과 자구행위와 관련한 학술적인 연구에서는 엄청난 차이를 나타내고 있다.<sup>8)</sup> 특히 자구행위와 관련한 전문 학술적인 연구는 거의 없는 것으로 보이고 다만 이전에 수협용 잡지에 발표된 연구가 거의 대부분이다. 따라서 현재의 자구행위에 대한 연구는 교과서의 내용과 일부 수협용 연구내용이 거의 전부이다. 따라서 자구행위의 명문화에도 불구하고 자구행위는 해석론과 실무에서 커다란 문제없이 적용된 것으로 보인다.

이하에서는 자구행위에 대한 해석론과 관련하여 몇 가지 쟁점에 대하여 논의하고자 한다. 여기서의 논의는 특히 자구행위의 성립요건과 관련하여 핵심이 되는 사항을 쟁점별로 살펴보고 그에 대한 합리적인 해석을 제공하고자 한다. 특히 자구행위는 긴급행위라는 점에는 모두 동의하나 그것이 사전적인 긴급행위인가 사후적인 긴급행위인가의 문제, 자구행위의 상황을 이루는 법정절차에 의한 청구권의 보존이 불가능한 상황에서 해당 청구권의 구체적인 종류와 청구권의 주체에 대한 논란에 대하여 살펴본다.

6) 이형국, 형법상 위법성관련조문과 그 체계적 정비방안, 2006, 102면 참조.

7) 대법원의 판례검색사이트(<http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do>)를 방문하여(2009.5.2), 긴급피난과 자구행위라는 용어로 대법원의 판례를 검색하여 본 결과 긴급피난은 6개, 자구행위는 8개의 대법원 판례가 검색되고 있다.

8) 국회의 도서관 사이트(<http://www.nanet.go.kr/main/index.jsp>)에서 긴급피난으로 검색한 결과 단행본 99건, 학위논문 130건, 학술지 103건이 검색되었고, 자구행위로 검색한 결과 단행본 17권, 학위논문 18건, 학술지 33건이 검색되었다. 물론 여기에는 형법과 관련되지 아니하는 해당 용어의 결과도 포함되어 있다.

## II. 자구행위는 사후적 긴급행위인가 ?

### 1. 논의상황

자구행위가 사후적 긴급행위인가에 대하여 통설<sup>9)</sup>에 의하면 자구행위는 부정(不正) 대 정(正)의 관계이고 과거의 부당한 청구권침해에 대한 사후적 긴급행위라는 점에서 현재의 부당한 침해나 현재의 위난에 대한 사전적 긴급행위로서의 정당방위나 긴급피난과는 본질적으로 다른 법적 성질을 가지고 있다고 한다. 따라서 청구권에 대한 부당한 침해가 없는 경우에는 자구행위를 할 수 없고, 긴급피난만이 가능하다고 한다.

이에 대하여 일부의 견해에서는 자구행위에서의 자구행위상황을 청구권에 대한 부당한 침해로 제한하여 해석하는 것은 피고인에게 유리한 규정을 축소해석하는 것으로 적절하지 못하며, 자구행위는 현실적 이익으로 실현되기 이전단계인 청구권을 보전하는 것이므로 오히려 자구행위가 사전적 긴급행위라고 할 수 있다고 한다.<sup>10)</sup>

### 2. 자구행위의 긴급행위성

원시사회에서는 국가의 권력체제가 확립되지 못하였기 때문에 개인의 권리행사나 법익의 보호는 자력으로 할 수 밖에 없었다. 그러나 국가의 통치체제가 확립되고 모든 사회의 질서유지는 공권력에 의해서만 인정되던 시대에 와서는 자력에 의한 권리행사와 법익보호는 원칙적으로 금지되었다. 따라서 현대에서의 자구행위는 원칙적으로 금지된다.<sup>11)</sup> 그러나 현대와 같이 국가권력과 법률제도가 발달하여 권리보호를 위한 소송제도 내지는 권리구제절차가 완비되어 있다고 할지라도 신속성과 효율성이 요구되는 모든 권리실현에 항상 완전을 기할 수 있는 것은 아니다. 만일 공권력에 의한 권리실현이나 구제가 곤란하거나 불

9) 김일수/서보학, 형법총론(9판), 322면; 박상기, 형법총론(제8판), 203면; 배종대, 형법총론(9판), 403면; 신동운, 형법총론(제2판), 2006, 303면; 이재상, 형법총론(6판), 257면; 임웅, 형법총론(개정판), 242면; 정영일, 형법총론(개정판), 2007, 218면.

10) 오영근, 형법총론(제2판), 2009, 366-367면 참조.

11) Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 5.Aufl., 1996, 397면.

가능한 긴급사정이 있는 경우에, 이에 대신할 긴급구제방법으로서 자구행위를 인정하지 않는다면 법이 개인에게 불가능을 강요하는 것이 되어 도리어 정의나 공평의 이념에 반하게 된다.<sup>12)</sup> 반면에 이를 무제한으로 용인하게 되면 실력행사가 횡행하여 폭력주의적 풍조가 조성되고 사회질서를 유지할 수 없음은 물론 권리보호에 있어서도 개인적 실력의 정도의 차이에 따라 보호에 차이가 생기게 되므로 공평도 기할 수 없게 된다. 따라서 형법은 긴급한 상황하에서의 구조행위로서 자구행위를 인정하고 있는 것이며, 이러한 의미에서 자구행위가 긴급행위라는 점에는 동의한다.

### 3. 자구행위의 '사후적' 긴급행위성

자구행위가 '사후적' 긴급행위라는 주장에 대하여는 다음과 같은 점에서 의문이 제기된다.

자구행위가 사후적 긴급행위라면 과연 무엇에 대하여 '사후적'이라고 말하는 것인가이다. 자구행위를 사후적 긴급행위로 인정하는 다수의 견해는 사후적의 의미를 "정당방위와 긴급피난이 현재의 위난에 대한 사전적 긴급행위임에 대하여, 자구행위는 현재의 침해를 피하기 위한 행위가 아니라 이미 침해된 청구권을 구조하기 위한 사후적 긴급행위"<sup>13)</sup>라고 한다. 또한 비슷한 취지로 "자구행위는 부정 대 정의 관계에 있다는 점에서 정당방위와 동일하지만, 정 대 정의 관계에 있는 정당화적 긴급피난과 차이가 난다. 그리고 자구행위는 과거에 침해된 권리에 대한 '사후적' 구제수단이라는 점에서, '현재의' 침해나 위난에 대하여 '사전적' 긴급행위로서 인정되는 정당방위 및 긴급피난과 구별된다."<sup>14)</sup>라고 하거나, 또는 "자구행위를 초래한 원인은 상대방의 채무불이행에 있으므로 정당방위와 같은 사전적인 법익보호책이라기 보다는 사후적인 법익보호책이라고 할 수 있다"<sup>15)</sup>고 지적한다.

12) Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 5.Aufl., 1996, 397면; 高橋敏雄, 自救行爲, 刑法講座(2), 188면; 이재상, 형법총론, 255면.

13) 이재상, 형법총론(제6판), 2008, 257면.

14) 임응, 형법총론, 242면. 여기서 더 나아가 자구행위의 이러한 성질로부터 부정 대 정의 관계로 이익형량은 엄격히 요구하지 않으나, 사후적 긴급행위라는 점에서 보충성의 원칙과 수단의 적합성원칙은 더 엄격히 요구된다고 한다(임응, 형법총론, 242면 참조).

15) 박상기, 형법총론, 204면.

결국 다수설에서 이야기하는 '사후적'은 법익침해나 또는 권리침해가 일어난 다음에 이를 회복하기 위하여 스스로 구제행위를 한다는 점에서 사후적이라고 이해하고 있는 것으로 보인다. 따라서 절도범이 자신의 물건을 훔쳐 달아나는 경우 이를 추적하여 훔친 물건을 탈환하거나,<sup>16)</sup> 또는 도난당한 그 다음날 우연히 자신의 물건을 훔친 절도범을 만나 경찰 등의 도움을 받을 수 없는 상황에서<sup>17)</sup> 자구행위를 할 수 있으며, 이러한 의미에서 자신의 '법익'이 이미 침해된 이후에 이를 회복한다는 의미에서 사후적이라고 판단한다.

그러나 우리의 자구행위는 엄격히 말하면 '법익'을 보호하기 위한 긴급행위가 아니라 청구권을 보전하는 것이 불가능한 상황에서 하는 청구권보전행위이므로 법익의 보호와는 차이가 있다. 이러한 차이는 우리 형법상 자구행위 조문의 모델이 되었던 일본의 형법개정안들과 관련하여 살펴보면 쉽게 파악할 수 있다. 1927년의 일본 개정형법예비초안의 제20조에서는 자구행위를 "불법하게 침해된 자기 또는 타인의 권리를 구제하는 데에 있어 급속을 요하여 법률상 절차에 따르기 위하여 유예할 때에는 회복할 수 없는 손해를 입을 우려가 있는 경우에 그 구제를 위하여 한 행위는 죄로 되지 않는다."라고 규정하였다. 이에 반하여 1931년 7월의 형법개정기초위원회는 기초위원회 초안 제20조에서 자구행위에 관한 조문을 "① 부정하게 침해된 자기 또는 타인의 이익을 구제하는 데에 있어 급속을 요하여 법률상 절차에 따르기 위하여 유예할 때에는 회복할 수 없는 손해를 입을 우려가 있는 경우에 그 구제에 나선 행위는 그 때의 정황에 비추어 상당한 때에는 죄로 되지 않는다. ② 자구행위가 정도를 초과한 경우에는 정상에 따라 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다."라고 규정하였다. 이러한 초안은 형법 및 감옥법개정조사회위원회에서 다시 수정되어 일본개정형법가안 제20조에 "① 청구권을 보전하는 데에 상당한 시기에 법률상의 절차에 따라 구제를 받을 수 없는 경우에 그 청구권의 실행이 불능하게 되거나 또는 현저히 곤란하게 되

16) 이것을 자구행위로 볼 수 있을 것인가에 대하여는 다툼이 있으나, 이를 정당방위로 보는 견해, 자구행위로 보는 견해, 정당행위로 보는 견해 등 다양하나 위법성조각사유가 결합될 수 있다는 점에서 앞서의 위법성조각사유가 중복적으로 성립할 수 있을 것이다. 그러나 기본적으로는 민법상의 법률에 따라 허용되는 자력구제인 한에는 법률에 의한 행위가 인정되는 것이 타당할 것으로 생각된다. 상세히는 Roxin, Strafrecht, AT 1, 4.Aufl., 2006, 15/28; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 27.Aufl., § 32 Rn.15; LK-Spendel, StGB, 11.Aufl., § 32 Rn.122.

17) 박상기, 형법총론, 204면; 손해목, 「자구행위」, 고시계(1987.5), 78면; 이재상, 형법총론, 256면..



는 것을 피하기 위하여 스스로 구제하는 데로 나아간 행위는 그 때의 정황에 비추어 상당한 때에는 죄로 되지 않는다. ② 자구행위가 정도를 초과한 경우에는 정상에 따라 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”는 조문으로 완성되었다. 그리고 이러한 개정형법가안은 우리 형법의 자구행위의 조문화에 직접적인 영향을 끼쳤던 것이다.<sup>18)</sup>

일본에서의 입법과정에서 보는 바와 같이 초기의 권리나 이익에 대한 구제행위가 자구행위에 해당하여 이 경우에는 보호의 측면에서 정당방위나 긴급피난과 유사하고 다만 사후적인 특징을 나타내고 있었다. 그러나 자구행위의 대상이 권리나 이익이 아니고 청구권으로 국한되는 경우에는 그 해석에 있어 다음과 같은 차이가 있다.

첫째, 법익이나 권리의 경우에는 그에 대한 침해가 존재하고 그에 기초하여 청구권이 발생한다. 따라서 법익이나 권리가 침해된 후에 성립된 청구권을 보존하는 행위는 법익이나 권리의 측면에서 보면 이미 침해된 것을 사후에 청구권을 통하여 보전한다는 의미에서 ‘사후적’이라고 판단할 여지가 있다. 그리고 대부분의 견해는 이러한 취지에서 자구행위를 ‘사후적’ 긴급행위라고 이해하는 것으로 보인다. 즉 물건을 도난당한 후 길거리에서 우연히 절도범인을 만나 도품을 탈환하는 것을 자구행위로 보고, 여기서 물건의 도난으로 인하여 이미 자신의 재산적 법익이 침해되었고 사후에 이를 구제하는 행위이기 때문에 사후적 긴급행위라고 이해한다.

그러나 우리 형법규정은 “법정절차에 의하여 청구권의 보전이 불가능”한 것을 요건으로 하고 있으므로 법익이나 이익의 침해는 자구행위의 성립과 원칙적으로 관련이 없다. 즉 자구행위의 성립에는 법익의 침해여부와 관계없이 법정절차에 의하여 청구권의 보전이 불가능한 상황만 존재하면 충분한 것이다. 이것은 앞서의 일본의 입법과정에서도 보는 바와 같이 자구행위의 성립에 법익이나 이익의 침해를 요건으로 하다가 결국에는 이를 포기하고 있는 것과 동일하다. 그럼에도 불구하고 여기서 법익침해나 이익침해를 요건으로 하여 자구행위의 성립을 인정하면 명문의 규정을 유추해석하여 자구행위의 성립범위를 축소하는 것으로 피고인에게 불리한 축소해석으로 허용되지 않는다고 생각한다.<sup>19)</sup>

18) 이와 같은 일본 개정형법가안은 우리나라의 형법제정에 상당히 영향을 끼쳤으나, 일본 내에서는 1940년 이후 일본이 본격적인 전시체제로 들어가면서 그들의 형법개정작업은 이 가안의 형태로 중단되었다.

19) 비슷한 지적으로 오영근, 형법총론, 366면.

둘째, 설사 법익침해를 요건으로 하여 자구행위의 성립을 제한하는 해석이 허용된다고 할지라도 자구행위가 사후적 긴급행위라는 주장에는 문제가 있다. 전술한 예인 우연히 만난 절도범인으로부터 도품의 탈환이 자구행위라고 이해하고 이것이 법익침해 후에 사후적으로 법익을 회복한다는 점에는 동의한다고 하더라도 자구행위가 모두 이와 같은 법익침해를 전제로 하고 있지는 않다. 예컨대 채무자가 채무를 변제하지 않고 외국으로 도주하기 위하여 비행기를 타는 것을 발견한 채권자가 채무자를 잡은 경우, 채권자에게 자구행위가 성립한다는 점에는 이론이 없고, 다수설과 판례도 동의한다.<sup>20)</sup> 그러나 엄밀히 말하면 이와 같은 경우에는 채권자에게 법익이나 이익에 대한 침해가 존재하고, 이에 대한 사후책으로 자구행위가 이루어지는 상황이 아니기 때문에 다수설의 설명대로 한다면 자구행위의 상황이 아니다. 또한 여기서 혹시 “이미 침해된 청구권을 구조하기 위한”<sup>21)</sup> 사후적 행위에 해당하는 것은 아닌가 의심스럽다. 부분적으로는 채권자의 청구권이 침해되어 사후적으로 청구권을 보전하는 경우도 있을 수 있으나, 일률적으로 청구권의 침해를 전제로 하지는 않는 것으로 생각된다. 왜냐하면 청구권의 보전이 불능한 상황이면 되는 것이지 해당 청구권이 이미 침해되었는지 여부는 자구행위의 성립에 직접적으로는 관련이 없는 것으로 생각된다.<sup>22)</sup> 왜냐하면 예컨대 전술한 사례에서와 같이 채무자가 외국으로 도주하려고 하는 경우 채권자는 해당 채권의 만기가 도래하였는지 아직 만기가 도래하지 않았는지 관계없이, 즉 청구권의 침해여부에 관계없이 채권자는 자구행위를 할 수 있다고 보이기 때문이다.<sup>23)</sup> 오히려 이러한 경우에는 청구권과 관련한 침해는 사후적이 아니라 사전적 이라고 보이기 때문에 사전적으로 자구행위를 할 수 있는 것으로 보인다. 결국 청구권의 침해여부와 관계없이 청구권의 보전이 불가능한 상황이라면 자구행위가 가능하다고 생각되기 때문에 청구권의 침해여부 역시 자구행위의 성립과는 관련이 없다.

결론적으로 통설에서 이야기하는 자구행위가 ‘사후적’ 긴급행위라는 주장은 자구행위의 모든 유형을 포섭할 수 있는 것이 아니라 특정한 유형만 포섭할 수

20) 이재상, 형법총론, 255-256면; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 27.Aufl., Vor § 32 Rn.66; RGSt 69,308; BGHSt 17,87.

21) 이재상, 형법총론, 257면.

22) 여기서와 동일한 의문을 제기하는 것은 백형구, 「자구행위」, 고시계(1989.9), 18면 참조.

23) 통설에 따르는 경우 이에 대한 불합리한 면을 지적한 것은 이형국, 형법상 위법성판련조문과 그 체계적 정비방안, 2006, 108면.



있고, 오히려 자구행위를 인정하려고 하였던 '기본적 유형'<sup>24)</sup>에서는 '사후적' 긴급행위라는 표현은 적절하지 아니하다.<sup>25)</sup> 따라서 통설이 표현하는 자구행위가 사후적 수단이라는 주장은 수정되어야 한다.

### III. 자구행위에서 청구권의 범위에 대한 논란

#### 1. 논의상황

자구행위는 청구권이 있어야 한다. 즉 자구행위의 보호대상은 청구권이고, 청구권은 타인에게 일정한 행위(작위 또는 부작위)를 요구하는 사법상의 권리이다. 따라서 청구권이 없을 때에는 자구행위도 할 수 없다. 문제는 여기서의 청구권을 어떤 범위의 청구권까지 인정할 것인가이다.

재산상의 청구권에 국한된다는 견해는 자구행위의 보전대상인 청구권은 어떠한 권리에서 발생되든지 간에 채권적 청구권이나 물권적 청구권 등과 같은 재산상의 청구권에 국한된다는 입장이다.<sup>26)</sup> 이는 제23조 제1항의 청구권은 과거에 일정한 권리(이 권리는 상대권이든 인격권·가족권과 같은 절대권이든 모든 권리를 의미한다)가 침해된 후 이로부터 발생하는 청구권이므로, '소구하여 직접강제할 수 없는 청구권'까지도 자력구제할 수 있도록 하는 것은 부당하므로 재산상의 청구권에 한하여 자구행위가 허용된다고 해석해야 한다고 하면서, 예컨대 가출한 아내를 우연히 발견하고 민법상의 동거청구권을 보전하기 위하여 체포·감금하는 행위를 자구행위로 허용할 수 없다고 한다.<sup>27)</sup>

24) 기본적 유형이라고 표현한 이유는 우리 형법의 자구행위규정을 입법화할 당시 제정자료집에 의하면 자구행위의 경우를 예시적으로 설명하며, 오직 다음의 예만을 거론하고 있었다는 의미에서 이러한 유형을 기본적 유형이라고 표현하였다: "예를 들면 자기한테 대한 상당한 다액의 채무를 진 사람이 저 부산부두에 가서 멀리 여행의 길을 떠나가지고 언제 돌아올지 모르는 그런 사람을 보았을 적에 직접 내 '빚'을 갚고 가라고 붙잡았다면 그 때 이 규정이 없으면 불법체포나 불법감금에 걸릴 것입니다. 그러나 그러한 규정이 있다면 내 '빚'을 갚고 가야지 '빚' 안 갚고 갈 수 있느냐 했다 하더라도 이것은 불법체포나 불법감금에 걸리지 않는다. 이러한 의미입니다." (한국형사정책연구원(신동운 편), 형사법령제정자료집(1), 형법, 214면).

25) 여기서의 결론과 동일한 결론에 이르는 주장은 오영근, 형법총론, 367면; 이정원, 형법총론(인터넷공개판), 208면 참조.

26) 오영근, 형법총론, 368면; 임웅, 형법총론, 242-243면.

그러나 다수설은 여기서의 청구권에 그 권원이 채권인가 물권인가는 묻지 않으며, 나아가 청구권은 반드시 실체법상의 전형적인 권리에 한하지 아니하며 무체재산권, 친족권, 상속권 등의 절대권<sup>28)</sup>의 경우에도 여기에서의 청구권으로 인정하여야 한다고 주장한다.<sup>29)</sup> 왜냐하면 자구행위가 권리보호를 위해서 인정되고 있는 이상 재산상의 청구권으로 한정하여야 할 근거도 없고,<sup>30)</sup> 자구행위를 명문으로 규정하지 않은 일본의 경우에도 대체로 넓은 의미의 청구권으로 이해하고 있다.<sup>31)</sup>

## 2. 원상회복이 불가능한 권리

거의 일치하여 자구행위에서 청구권과 관련하여 자구행위 자체가 원상회복이 가능한 것을 전제로 하므로 원상회복이 불가능한 권리, 예컨대 생명, 신체, 자유, 정조, 명예 등의 권리에 대하여는 자구행위를 하지 못한다고 주장한다.<sup>32)</sup> 그리고 이에 대한 예로 이미 오래전에 판례에서 다루어졌던 사건을 들고 있다. 즉 다른 친구들 앞에서 피고인의 전과사실을 폭로함으로써 명예를 훼손하였기 때문에 행위자를 구타한 경우 그 소행은 자구행위에 해당하지 않는다는 것이다.<sup>33)</sup> 여기서 명예를 훼손한 행위는 이미 종료한 것으로 회복이 불가능하기 때문에 자구행위를 할 수 없다는 취지의 판결로 원용하고 있다.

그러나 이러한 경우들은 다수설이 말하는 것과 같이 원상회복이 불가능한 권리나 법익이라는 이유로 자구행위가 불성립하는 것이 아니라, 해당 권리나 법익 자체가 우리 형법상의 자구행위에서 보호되는 대상이 아니다. 즉 처음부터 해당

27) 오영근, 형법총론, 368면; 임웅, 형법총론, 243면,

28) 절대권과 상대권은 해당 권리를 모든 제3자에게 주장할 수 있으나 또는 특정한 사람에게만 주장할 수 있는가에 따라 구별하는 견해에 의하면 물권은 절대권, 채권은 상대권으로 파악된다(김형배, 민법학강의(제7판), 2008, 387면).

29) 김일수/서보학, 형법총론, 322면; 박상기, 형법총론, 204면; 배종대, 형법총론, 391면; 이재상, 형법총론, 258면; 장규원/강동욱, 형법총칙 비교법 자료집, 2006, 210면; 정성근/박광민, 형법총론, 263면; 정영일, 형법총론, 219면.

30) 정성근, 「자구행위」, 고시계(1983.7), 57면 참조.

31) 岡野光雄, 刑法要説總論, 成文堂, 2001, 144면 참조.

32) 김일수/서보학, 형법총론, 322면; 박상기, 형법총론, 203면; 배종대, 형법총론, 391면; 이재상, 형법총론, 258면; 정성근/박광민, 형법총론, 263면.

33) 대판 1969.12.30, 69도2138.

권리나 법익은 자구행위에서 말하는 '법정절차에 의하여 보호되는 청구권'에 포함되지 않기 때문에 자구행위가 부정되는 것이다.

그럼에도 불구하고 여기서 이러한 회복불가능한 권리들이 이야기되는 것은 이미 지적한 바와 같이 일본의 형법개정과정에서 자구행위의 보호대상이 법익이나 이익 또는 권리의 침해에 대한 구체적인 성격을 지닌 것으로 파악하였던 경험이 있고, 자구행위의 조문이 없는 일본의 현행 형법에서도 '청구권'이 아니라 '권리'의 구제를 위한 자구행위가 허용된다고 해석되고 있기 때문에,<sup>34)</sup> 이러한 해석을 그대로 우리 형법의 해석으로 들여오는 과정에서 발생한 오인으로 생각된다.

따라서 생명, 신체, 명예 등과 같은 경우 이것이 침해되면 자구행위가 부정되는 것은 해당 법익에서 유래하는 신체의 자기결정권, 명예권, 성적 자기결정권 등이 원상회복되는 것이 불가능하여 자구행위가 부정되는 것이 아니라 해당 권리가 청구권에 해당하지 않아 자구행위가 부정되는 것이다. 더 나아가 예컨대 과실로 사람을 상해한 자가 피해자를 그대로 놓아둔 채 도주하거나 다른 사람을 모욕한 자가 도주하는 경우에는 해당 법익의 침해에도 불구하고 피해자에게 불법행위로 인한 손해배상청구권과 같은 청구권이 존재하므로 이러한 청구권의 보전이 불가능한 상황(가해자의 이름이나 주소 등을 전혀 알지 못하는 경우 등)에서는 청구권을 보전하기 위한 자구행위가 가능한 것이다.<sup>35)</sup>

결국 자구행위가 성립하기 위하여 중요한 것은 (원상회복이 가능한) 권리의 침해여부가 아니라 행위자에게 '청구권'이 존재하였는가의 여부이다.

### 3. 재산상의 청구권으로 제한(?)

일부 견해는 자구행위에서의 청구권을 재산상의 청구권으로 제한하여 해석한다. 이러한 해석의 취지는 전술한 바와 같이 '소구하여 직접 강제할 수 없는 청구권'<sup>36)</sup>까지도 사력구제할 수 있도록 하는 것은 부당하다는 취지에서 재산상의 청구권으로 제한하고 있다.

34) 岡野光雄, 刑法要說總論, 成文堂, 2001, 143-144면; 井田 良, 講義刑法學 總論, 有斐閣, 2008, 311면.

35) 임용, 형법총론, 243면.

36) 임용, 형법총론, 243면.

그러나 이러한 제한은 다음과 같은 두 가지 의미에서 받아들이기 어렵다.

첫째, 형법 제23조는 '법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한'이라고 명확하게 규정하고 있기 때문에 여기서 이를 재산상의 청구권으로 국한하여 해석하는 것은 명문의 규정을 축소해석하여 자구행위의 성립범위를 축소하고 상대적으로 범죄의 성립범위를 확대하므로 해당 행위자에게 불리한 해석이다. 따라서 합목적적인 근거가 없는 한 이러한 해석은 받아들이기 어렵다.

둘째, 소송을 통하여 직접 강제할 수 있는 청구권이라는 제한을 가지고 재산상의 청구권으로 제한하는 것은 논증에 있어 적절하지 못하다. 직접강제가 불가능한 청구권의 경우 자구행위가 불가능하고, 결국 직접 강제할 수 있는 청구권만 인정되며 따라서 재산상의 청구권만 자구행위가 가능하다는 주장은 직접강제가 가능한 것을 재산과 동일한 것으로 논증하고 있는 것이다. 그러나 재산상 청구권이 아니라도 직접강제의 가능, 불가능 여부와 관계없는 청구권도 존재할 수 있다. 예를 들면 친자확인청구권과 같은 가족법상의 청구권의 경우 친자확인을 통하여 상속과 같은 재산적인 관련성도 가지고 있지만 재산과 관계없는 여러 가지 가족법적인 측면에서의 효과를 가질 수 있다. 그리고 이와 같은 친자확인청구권은 소송을 통하여 직접 강제할 수 있는지의 여부가 아니라 법적으로 해당 관계가 존재하는가에 대한 확인인 것이다. 기타 다양한 가족법상의 청구권 역시 이러한 특징을 가지고 있다고 보여지므로 자구행위에서의 청구권을 재산상의 청구권으로 제한하여야 할 필요가 있는 것은 아니다.

이상과 같은 이유에서 재산상의 청구권으로 제한하여 해석하는 것은 부적절한 것으로 보인다, 그러나 다른 한편 직접 강제할 수 없는 청구권의 경우에도 이에 대한 자구행위를 인정하는 것 역시 문제는 있다. 예를 들면 가출한 아내를 우연히 발견하고 민법상의 부부간의 동거청구권을 보전하기 위하여 아내를 강제로 체포하거나 감금하는 행위를 자구행위로 보기는 어렵다.<sup>37)</sup> 부부간에는 동거의무가 있으며(민법 제826조 제1항), 동거의무를 불이행한 경우에는 동거를 명하는 직접적 또는 간접적 강제는 허용되지 않으며 이혼원인이 될 뿐이다.<sup>38)</sup> 따라서 이러한 경우 법정절차에 따른 청구권에는 해당하나, 처음부터 청구권의 내용대로의 실현이 불가능한 청구권인 경우에는 "청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위"가 아니다. 왜냐하면 청구권의 실행불능 또는

37) 동일한 취지로 오영근, 형법총론, 368면; 임웅, 형법총론, 243면.

38) 김형배, 민법학강의(제7판), 2008, 1691면.

실행곤란이란 요건은 해당 청구권이 실현가능하다는 전제하에 해당 실현이 불가능하거나 곤란하게 되는 것을 피하기 위해서 행위하는 것이 자구행위이기 때문이다. 따라서 소구하는 경우에도 원래부터 직접 청구권의 내용대로 실현될 수 없는 청구권에 해당하는 경우에는 자구행위에서의 '청구권'에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다.

어떠한 청구권이 이와 같은 처음부터 실현불가능한 청구권인가에 대하여 민법 전문가의 도움을 통하여 해결할 수 있으리라고 생각된다, 적어도 일부에서 거론되었던 전술한 부부간의 동거청구권은 그 하나의 예가 될 것이다. 기타 가족법상의 다양한 청구권의 검토를 통하여 이를 확정할 수 있을 것으로 생각된다.<sup>39)</sup>

## IV. 자구행위에서 청구권의 귀속주체

### 1. 논의상황

법률의 규정에는 단순히 “법정절차에 의한 청구권보전이 불가능한” 경우에 자구행위를 할 수 있다고 규정하여 청구권의 귀속주체에 대하여는 아무런 제한이 없다. 그럼에도 불구하고 현재의 학설은 일치하여<sup>40)</sup> 자구행위에서의 청구권은 반드시 '자기의 청구권'이어야 하는 것으로 해석하고 있으며, 따라서 타인의 청구권을 위한 자구행위는 허용되지 않는다.<sup>41)</sup>

### 2. 자기의 청구권이라는 논증

39) 가족법상의 혼인의 출생자의 인지청구권과 같은 청구권은 여기에서의 실현불가능한 청구권은 아니다(김일수/서보학, 형법총론, 322면).

40) 이전에는 이것에 반대하여 타인의 청구권에 대하여도 자구행위가 성립할 수 있다는 견해가 주장되기도 하였다(유기천, 형법학(총론강의), 개정판, 1980, 202면),

41) 김일수/서보학, 형법총론, 322면; 박상기, 형법총론, 204면; 배종대, 형법총론, 391면; 오영근, 형법총론, 368면; 이재상, 형법총론, 258면; 이형국, 형법상 위법성 관련조문과 그 체계적 정비방안, 108면; 임웅, 형법총론, 243면; 정성근/박광민, 형법총론, 263면. 동일한 주장으로 이전의 문헌에 대하여는 백형구, 「자구행위」, 고시계(1989.9), 19면; 정성근, 「자구행위」, 고시계(1983.7), 57면 참조.

자구행위에서의 청구권이 '자기의' 청구권에 국한된다는 주장에는 거의 일치하고 있으나 어떤 근거로 '자기의' 청구권에 한정되는 지에 대한 논증은 거의 없다. 단지 몇몇의 교과서에서 그에 대한 간단한 논증을 시도하고 있을 뿐이다. 이와 같은 논증을 요약하여 살펴보면, 첫째, 청구권의 행사여부는 본인에게 달려 있는 것이므로 타인의 청구권에 대한 자구행위는 허용되지 아니하고, 둘째, 자구행위는 자기 자신이 스스로를 구제하는 의미가 있다는 점에서 타인의 청구권은 고려되지 아니한다. 이것은 자구행위라는 용어가 Selbsthilfe라는 점에서 타인구제(Fremdhilfe)는 허용되지 않는 것으로 해석할 수도 있다는 것이다.<sup>42)</sup> 셋째, 형법 제23조 제1항의 범문에 '자기 또는 타인의' 청구권이라는 표현이 없는 데, 이를 정당방위나 긴급피난과 대비하여 해석하면 정당방위의 경우에는 "자기 또는 타인의 범익에 대한 현재의 부당한 침해"라고, 긴급피난의 경우에는 "자기 또는 타인의 범익에 대한 현재의 위난"이라고 규정되어 있는 것과 체계적 해석을 하면 자구행위의 청구권은 자기의 청구권에 한정된다는 것이다.<sup>43)</sup>

### 3. 비판적 검토

#### 1) '자기의' 청구권이라는 논증에 대한 검토

전술한 논증은 청구권을 자기의 청구권으로 국한하기에는 너무 취약하다. 청구권행사여부가 본인의 의사에 달려있다는 주장은 청구권행사여부와 관계없이 법정절차에 의하여 청구권보전이 불가능한 상황인지의 판단에는 전혀 영향을 주는 문제가 아니다. 또한 자구행위가 자기 스스로 구제행위를 한다는 의미를 내포한 다는 것 역시 형법에서의 다양한 용어들이 항상 언어적으로 동일한 의미로 사용되는 것은 아니라는 점이다. 예를 들면 동시범특례라고 표현하기는 하나 동시 뿐만 아니라 이시의 경우도 동시범의 특례규정이 적용가능하다고 해석하며, 피해자의 승낙도 피해자가 승낙할 수 없는 상황에 빠진 경우 다른 사람이 피해자를 대리하여 승낙한 경우에도 피해자의 승낙으로 본다. 따라서 표제의 용어에 국한되어 이를 해석할 필요는 없다. 가장 의미있는 논증으로 보이는 것은 세 번째의 체계적 해석론으로 보인다. 사실 다른 유사한 위법성조각사유의 규정

42) 이와 같은 논증은 오영근, 형법총론, 368면 참조.

43) 이러한 논증은 임웅, 형법총론, 243면 참조.



들은 '자기 또는 타인의'라고 표현되어 있으나 자구행위에서는 이를 표현하지 아니한 것은 자기의 청구권으로 국한된다고 해석할 수 있는 좋은 논거라고 생각된다. 그러나 다른 한편 뒤집어 보면 만일 '자기의' 청구권으로 국한하려고 하였다면 왜 청구권 앞에 아무런 수식어도 없는 것이 아니라 법정절차에 의하여 '자기의' 청구권을 보전하기 불능한 경우로 표현하지 아니하였는가. 혹시 청구권의 귀속주체를 명문으로 표현하지 않음으로서 자기 뿐만 아니라 타인의 청구권에 대한 자구행위의 허용여부를 해석에 맡겨 둔 것은 아닌가 하는 생각이다.

## 2) 위임에 의한 자구행위의 허용

전술한 바와 같이 거의 모든 학설이 일치하여 자기의 청구권에 국한된다고 주장하면서, 다른 한편으로는 청구권자로부터 자구행위의 실행을 위임받은 자는 자구행위를 할 수 있다고 주장하고, 여관주인이 사환에게 숙박비를 지급하지 않고 달아난 손님을 붙들어 오게 한 경우나 채권자로부터 채권추심을 의뢰받은 사람이 해외로 도피하는 채무자를 제지하는 경우 이를 자구행위로 본다.<sup>44)</sup> 그러나 이 경우에도 어떻게든 사환이나 채권추심자의 입장에서는 자기의 청구권이 아니라 타인의 청구권이다.<sup>45)</sup> 그런데 왜 이 경우에는 타인의 청구권임에도 자구행위를 인정하는 것인가. 여기서 원래의 청구권자로부터 위임을 받았기 때문에 사정이 달라지는 것인가. 그렇지 않다. 청구권자로부터 위임받았다는 사실은 청구권의 행사를 위임받았거나 청구권의 집행을 위임받았다는 것이지 청구권의 위임은 존재하지 않으며, 경우에 따라서 청구권의 양도가 존재할 뿐이다. 따라서 여전히 청구권의 귀속주체는 위임여부에 따라 달라지지 않으므로 이러한 예로 거론하는 것 자체가 자기의 청구권이라는 주장에는 적절한 것이 아니다.

44) 박상기, 형법총론, 204면; 오영근, 형법총론, 368면; 이재상, 형법총론, 258면; 이형국, 형법상 위법성 관련조문과 그 체계적 정비방안, 108면; 임웅, 형법총론, 243면; 정영일, 형법총론, 219-220면.

45) 일부 견해에서는 이와 같이 청구권을 위임 받은 자의 행위에 대하여는 형법 제23조에 규정이 없기 때문에 명문의 규정에 반할 가능성이 있으므로 이를 명문화할 필요가 있는 것으로 보았다. 그리고 이를 해소하기 위하여 형법 제23조 제1항의 후단에 "이 규정은 청구권자의 위임을 받은 자의 행위에도 준용한다"고 삽입하거나, 아니면 "청구권자의 위임을 받은 자의 행위에도 제1항과 제2항의 규정을 준용한다"는 내용으로 제3항을 신설하는 것을 제안하고 있다(이형국, 형법상 위법성 관련조문과 그 체계적 정비방안, 108-110면 참조).

따라서 현재의 명문의 규정에도 불구하고 청구권의 귀속주체를 자기의 청구권으로 제한하는 것이 합리적인 논거를 가지고 있다고 보기는 곤란하다.

### 3) 입법자의 의사

우리 형법의 자구행위에 관한 규정의 제정과정을 살펴보면 여기서의 청구권의 귀속주체에 관한 몇 가지 중요한 단서가 발견된다. 우리 형법의 제정과정에 서 가장 영향을 끼친 것은 물론 일본의 개정형법가안이다. 그러나 이 개정형법가안이 나오기 까지의 자구행위의 입법과정과 내용을 잠시 살펴보면 다음과 같다.<sup>46)</sup>

1927년의 일본 사법성내의 실무자들이 중심이 되어 '형법개정예비초안'을 성안하였으며, 여기서의 자구행위는 다음과 같이 규정하였다:

형법개정예비초안 제20조 불법하게 침해된 자기 또는 타인의 권리를 구제하는 데에 있어 급속을 요하여 법률상 절차에 따르기 위하여 유예할 때에는 회복할 수 없는 손해를 입을 우려가 있는 경우에 그 구제를 위하여 한 행위는 죄로 되지 않는다.

이후 1931년 형법개정기초위원회는 기초위원회 초안을 형법 및 감옥법개정조사위원회에 제출하였으며, 이 초안에 의하면 자구행위의 규정은:

형법개정기초위원회 초안 제20조 ① 부정하게 침해된 자기 또는 타인의 이익을 구제하는 데에 있어 급속을 요하여 법률상 절차에 따르기 위하여 유예할 때에는 회복할 수 없는 손해를 입을 우려가 있는 경우에 그 구제에 나선 행위는 그 때의 정황에 비추어 상당한 때에는 죄로 되지 않는다. ② 자구행위가 정도를 초과한 경우에는 정상에 따라 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

라고 규정되었다. 기초위원회 초안은 형법 및 감옥법개정조사위원회에서 다시 수정되어:

46) 이하의 설명은 신동운, 형법 제23조 자구행위규정의 성립 경우, 김일수교수화갑기념논문집, 2006, 41면 이하를 주로 참고하였다.

형법기초위원회 수정안 제20조 ① 청구권을 보전하는 데에 상당한 시기에 법률상의 절차에 따라 구제를 구할 수 없는 경우에 그 청구권의 실행이 불능하게 되거나 또는 현저히 곤란하게 되는 것을 피하기 위하여 스스로 구제하는 데로 나아간 행위는 그 때의 정황에 비추어 상당한 때에는 죄로 되지 않는다. ② 자구행위가 정도를 초과한 경우에는 정상에 따라 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

로 규정되었다. 그리고 이 형법기초위원회 수정안 제20조는 커다란 수정없이:

개정형법가안 제20조 ① 청구권을 보전하는 데에 상당한 시기에 법률상의 절차에 따라 구제를 받을 수 없는 경우에 그 청구권의 실행이 불능하게 되거나 또는 현저히 곤란하게 되는 것을 피하기 위하여 스스로 구제하는 데로 나아간 행위는 그 때의 정황에 비추어 상당한 때에는 죄로 되지 않는다. ② 자구행위가 정도를 초과한 경우에는 정상에 따라 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

는 조문으로 완성되었고, 이 개정형법가안은 우리 형법의 자구행위의 조문화에 직접적인 영향을 끼쳤다.<sup>47)</sup>

우리나라의 경우 일본개정형법가안을 모델로 하여 우리의 표현에 맞는 방식으로 수정을 가하였으며, 내용에서는 거의 차이가 없다. 그리고 우리 형법에서의 자구행위의 조문을 성안하는 과정에서 그에 대한 상세한 논의는 거의 없었고,<sup>48)</sup> 우리 여기서 다루고자 하는 청구권과 관련하여 자기의 청구권에 국한되느냐 타인의 청구권도 포함되느냐에 관한 논의도 전혀 없었다. 따라서 우리 형법의 자구행위에 대한 입법자의 의사를 파악하는 것은 가능하지 않은 것으로 생각된다.

그러나 일본의 자구행위의 조문이 성안되는 과정에서 보는 바와 같이 1927년 형법개정예비초안 제20조와 1931년의 형법개정기초위원회 초안 제20조에서는 '자기 또는 타인의' 권리(또는 이익)이라는 표현을 하여 타인을 위한 자구행위가 가능한 취지였으나, 형법기초위원회 수정안 제20조와 일본개정형법가안 제20조

47) 우리 형법전의 성립경위에 대하여 상세히는 신동운, 개정형법의 성립경위, 형사법연구, 제20호(2003 겨울), 9-52면 참조.

48) 자구행위에 관한 규정은 법전편찬위원회의 형법초안의 규정이 그대로 법사위의 수정안으로 되었으며, 다만 초안에서의 자구행위의 필요성 요건이 수정안에서는 상당성요건(정당방위나 긴급피난과 동일하게)으로 대체된 정도에 불과하다. 그리고 이 수정안은 본회의에서 거의 문제없이 그대로 통과되었다(한국형사정책연구원, 형사법령제정자료집(1), 형법, 214면 참조).

에서는 '청구권'으로 그 범위를 제한하였으며, '자기 또는 타인의'라는 표현을 삭제하였다. 그리고 이 삭제된 조문이 우리 형법에 그대로 계수된 것으로 보인다. 여기서 의문스러운 것은 왜 기초위원회 수정안과 그 이후의 안에는 '자기 또는 타인의'이라는 표현이 삭제되었는가이다. 이것에 대하여 당시 기초위원회의 수정안을 마련한 속기록에 의하면 한편으로는 자기의 청구권이 기본이 된다고 생각하나, 자구행위의 관념이 아직 확실하지 아니한 상태에서 좁게 규정하여 두고 해석을 통해 확장하는 것이 가능하다고 생각되기 때문에 이러한 표현의 사용을 포기하는 것이 적절하다고 생각되어진다고 보았다. 둘째, 자기 또는 타인의 청구권이라는 규정을 포기함으로써 이를 해석에 맡겨 실제상의 해결에 합리성을 기하려고 하였고, 셋째, 청구권이 자기의 것이냐 타인의 것이냐 또는 위임에 의한 것이냐에 따라 자구행위가 처음부터 성립이 제한되는 것이 아니라 자구행위의 상황은 존재하나 이러한 청구권의 차이에 따라 상당한 이유를 판단함에 차이가 있어 결국 상당성의 문제로 귀착될 수 있다는 점에서 청구권의 귀속 주체를 명시하는 것을 포기하였다고 한다.<sup>49)</sup>

결론적으로 입법자의 의도는 청구권자를 자기의 청구권으로 국한한 것이 아니라 타인의 청구권도 포함하는 것으로 해석할 여지를 남겨두기 위하여 자구행위에서의 명문의 표현을 포기한 것이다. 따라서 이러한 입법자의 의도를 고려하면 여기서의 청구권은 자기의 청구권으로 제한할 필요는 없고, 이러한 의미에서 타인의 청구권도 가능하고, 청구권을 위임받은 자의 자구행위도 가능하고 다만 자구행위의 상당성을 판단함에 있어 자기의 청구권인가 타인의 청구권인가에 따라 상당성 판단의 정도가 달라질 수 있을 것으로 생각된다.

## V. 결어

자구행위와 관련한 이제까지 문제점의 지적과 이에 대한 개인적인 견해의 피력을 요약하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 통설에서 말하는 자구행위는 사후적 긴급행위라는 주장에 대하여 자구행위가 긴급행위라는 점에는 동의하나, '사후적' 긴급행위라는 점에는 동의하기

49) 신동운, 김일수교수화갑기념논문집, 50-51면 참조.

어렵다. 자구행위의 유형을 살펴보면 법익의 침해 후에 사후적으로 청구권을 보전하기 위한 행위를 하는 경우도 있으나, 본래 자구행위에서 생각하였던 유형인 채권자의 도주채무자에 체포와 관련하여서는 '사후적' 이라기 보다는 오히려 '사전적'에 가깝다. 따라서 사후적 긴급행위라는 통설의 내용은 수정되어야 한다.

둘째, 자구행위의 성립요건으로 다루는 법정절차에 따른 청구권 보전이 불가능한 경우에서 청구권의 범위에 대하여는 재산상의 청구권에 국한된다는 견해, 가족법적 청구권도 포함된다는 견해 등 다양한 견해가 대립되고 있다. 그러나 여기에서의 청구권은 재산상의 청구권이나 가족법상의 청구권 등 원칙적으로 청구권의 종류를 묻지 않는다. 다만 청구권의 내용에 소송을 통하여 강제할 수 없는 청구권에 해당하는 경우에는 청구권의 실현 자체가 불가능하므로 자구행위의 대상이 되는 청구권으로 보는 것은 곤란하다고 생각한다. 어떠한 청구권이 이러한 청구권에 해당하는가는 민법학자의 도움을 통하여 해결하여야 할 것이다.

셋째, 자구행위에서 청구권의 귀속주체는 자기의 청구권이라는 점에 대하여는 거의 이론이 없는 상태이다. 그러나 필자의 생각으로는 여기서의 청구권은 자기의 청구권뿐만 아니라 타인의 청구권도 포함되는 것으로 보았다. 그 이유는 이미 통설이 지적하는 바와 같이 청구권의 위임에 의한 자구행위가 가능하며, 자구행위의 입법화의 과정을 살펴보면 처음부터 타인의 청구권을 배제하려 한 것이 아니라 해석을 통하여 청구권의 범위를 축소하거나 상당성판단을 통하여 자구행위의 성립범위를 제한하려고 하였던 것이다. 따라서 명문의 규정이 없는 한 타인을 위한 청구권의 보전이 불가능한 상황에서도 자구행위를 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

주제어 : 자구행위, 위법성조각사유, 긴급행위, 자력구제, 긴급피난

## 참 고 문 헌

- 김일수·서보학, 형법총론(9판), 박영사, 2008.
- 김형배, 민법학강의(제7판), 신조사, 2008.
- 박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009.
- 배종대, 형법총론(8판), 홍문사, 2006.
- 백형구, 「자구행위」, 고시계(1989.9).
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992.
- 손해목, 「자구행위」, 고시계(1987.5).
- 신동운, 형법총론(제2판), 법문사, 2006.
- 신동운, 형법 제23조 자구행위규정의 성립 경우, 김일수교수화갑기념논문집, 2006.
- 신동운, 개정형법의 성립경위, 형사법연구, 제20호(2003 겨울).
- 오영근, 형법총론(2판), 박영사, 2008.
- 유기천, 형법학(각론강의 하), 일조각, 1982.
- 이재상, 형법총론(제6판), 박영사, 2008.
- 이정원, 형법총론(인터넷판), 2008.
- 이형국, 형법상 위법성관련조문과 그 체계적 정비방안, 한국형사정책연구원, 2006.
- 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2005.
- 장규원·강동욱, 형법총칙 비교법 자료집, 한국형사정책연구원, 2006.
- 정성근, 「자구행위」, 고시계(1983.7).
- 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2006.
- 정영일, 형법총론(2판), 2008.
- 진계호, 「자구행위」, 고시연구(1992.10).
- 한국형사정책연구원(신동운 편), 형사법령제정자료집(1), 형법.

Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 27.Aufl., 2006.

LK-Hirsch, StGB, 11.Aufl., Vor § 32 Rn.158; BGHSt 17,87; BGH NStZ 1987,455; 213.



LK-Spendel, StGB, 11.Aufl., § 32 Rn.122.

Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 5.Aufl., 1996.

Roxin, Claus, Strafrecht, AT I, Bd. I, 4.Aufl., 2006.

Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 54.Aufl., 2007.

岡野光雄, 刑法要說總論, 成文堂, 2001.

井田 良, 講義刑法學 總論, 有斐閣, 2008.

[Zusammenfassung]

## Einige auffassende Probleme in der Selbsthilfe

Jun, Ji-Yun

Professor, Yonsei Universität

Dieser Aufsatz richtet sich auf die einige Probleme der Selbsthilfe in der Auffassung. Der Koreanische Gesetzgeber hat die Nothilfe ausdrücklich in § 23 Abs. 1 KStGB geregelt. In fast aller Ländern sind dagegegn die Nothilfe nicht ausdrklich geregelt, sondern zu den Rechtsprechungen oder Auffassungen zugeordnet.

Der Rechtsstaat verbietet grundsätzlich die Anwendung privater Gewalt zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche und verweist den Gläubiger auf die Anrufung der Justiz. Wenn jedoch obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist oder zu Unrecht verweigert wird und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, ist Selbsthilfe erlaubt.

Die einige in diesem Aufsatz behandelte Probleme sind folgendes: 1. Es ist wirklich richtig, dass die Selbsthilfe keine frühere, infolgedessen spätere Notstanshandlung ist. 2. Bei der Bejahung der Selbsthilfe ist der Anspruch vorausgesetzt. Hier man sich fragt, ob sich der Anspruch auf den in der Vermögen bezogene Ansprüche beschränkt oder nicht, so die in der Familienrecht bestehende Ansprüche eingeschlossen werden kann. 3. Ferner, fraglich ist es bei der Selbsthilfe zugelassen worden, für eigenen sowohl als auch einen anderen Anspruch die Selbsthilfe leisten zu können.

Schlüsselwörter : Selbsthilfe, Rechtfertigungsgrund, Nothandlung, Notstand