

正當防衛에 있어서 侵害의 現在性 *

成 樂 賢**

대상판결: 대판 1992.12.22 제1부(아) 판결 92도2540 살인

I. 사건개요

피고인 김보은은 약 12살 때부터 의붓아버지인 피해자 김영오의 강간 행위에 의해 계속적으로 정조를 유린당하여 왔으며, 그 밖에 행동의 자유를 구속받아 오던 중 상피고인 김진판에게 이러한 관계를 고백하자 김진판은 피해자를 살해하고 강도로 위장하기로 함께 공모한 후, 범행 전날 미리 범행에 사용할 식칼, 공업용 테이프, 장갑 등을 구입하여 범행장소인 충주로 내려가 전화로 김보은과 범행시간을 정하였다. 약속시간인 1992.1.17 01시 30분경 범행장소인 김보은의 집에 도착하여 술에 취해 잠들어 있는 피해자의 방에 들어가 양무릎으로 피해자의 양팔을 눌러 반항을 불가능하게 한 상태에서 피해자를 깨워 김보은을 더 이상 괴롭히지 말라는 취지의 말을 몇마디 한 후 들고 있던 식칼로 피해자의 심장을 1회 찔러 그 자리에서 숨지게하고는 강도살인으로 위장하기 위해 죽은 피해자의 양 발목을 공

* 1994. 9. 14. 제12회 판례연구발표회에서 발표한 내용임.

** 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士

업용 테이프로 묶고 현금은 찾아 불에 태우고 장농, 서랍 등을 뒤져 물건들을 훔쳐 놓고 김보은의 양 손목과 발목을 묶은 다음 달아났다. 손발이 묶인 김보은은 그 상태로 옆집에 가서 강도를 당하였다고 신고했다.

II. 판결요지

피해자의 피고인 김보은에 대한 침해행위가 반복하여 계속될 염려가 있었다면, 이 사건 범행 당시 피고인 김보은의 신체나 자유등에 대한 현재의 부당한 침해상태가 있었다고 볼 여지가 없는 것은 아니나, 그렇다고 하여도 피고인들의 이 범행은 형법 제 21조의 正當防衛나 과잉방위에는 해당하지 않는다.

正當防衛가 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 것이었다고 인정할 수 있어야 하는데¹⁾, 피고인들이 범행을 공모하고 준비하여 판시와 같이 실행에 옮긴 상황은 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵고, 피고인들의 범행동기나 목적을 참작하여도 그러하므로 정당방위 혹은 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 과잉방위의 경우에 해당한다고 할 수 없다.

정당방위의 성립요건으로서의 방어행위에는 순수한 수비적 방어뿐 아니라 적극적 반격을 포함하는 공격방어의 형태도 포함된다고 할 수 있으나, 그 방어행위는 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있어야 하는데, 피고인들의 행위가 그 상당성을 결여한 것인 이상 정당방위행위로 평가될 수는 없는 것이므로, 원심이 피고인들의 이 사건 범행이 현재의 부당한 침해를 방위할 의사로 행하여졌다고 보다는 공격

1) 대판 1984.4.24, 84도242; 대판 1966.3.16, 66도63.

의 의사로 행하여졌다고 인정한 것이 적절하지 못하다고 하더라도, 정당방위행위가 되지 않는다는 결론에 있어서는 정당하여, 이 사건 판결의 결과에 영향이 없는 것이다.

그 밖에 심신장애 등의 이유로 인한 적법행위에 대한 기대가능성 결여의 문제는 부정된다.

Ⅲ. 논점

대법원은 본 사건 피고인의 행위에 대하여 정당방위에 의한 위법성의 조각을 부정했다. 이러한 결론을 얻기 위해 대법원이 초점을 맞춘 곳은 정당방위 행위의 사회상당성이었다. 그러나 본 사건에서 정당방위를 검토함에 있어서는 사회상당성보다 앞서서 검토되어야 하며 이 보다 더 근본적인 요소는 정당방위 상황이며 이 중에서도 특히 침해의 현재성이라 하겠다.

1. 正當防衛의 법적 성질

본 사안에서는 피고인들의 행위가 구성요건에 해당한다는 사실에 의문이 없으므로 그 다음 단계로서 정당방위에 의한 위법성조각의 가능성이 있는가의 여부에 대한 검토가 이루어져야 한다. 정당방위는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위법한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유있는 행위를 말한다. 즉 침해위험에 놓여 있는 법익을 보호하기 위해 부득이 공격자의 법익을 침해하는 행위는 정당성이 인정된다. 이를 위해 요구되는 요소로서 (1) 正當防衛狀況 (Notwehrlage) (2) 防衛行爲 (Notwehrhandlung) (3) 防衛意思 (Verteidigungswille) 등의 요건이 갖추어져야 한다.

1) 正當防衛狀況

정당방위상황으로서 자기 또는 타인의 법익²⁾을 위협하거나 침해하는 현재의 위법한 공격이 있어야 한다. 공격이란 자기 또는 타인의 법익을 위협하는 일체의 인간행태라 할 수 있으며 이것은 반드시 고의적일 필요가 없고 과실에 의한 것이나 유책하지 아니한 행위라도 상관없다. 그러나 적어도 형법상 행위의 성질은 지녀야 한다.³⁾ 피해자의 김보은에 대한 정조의 유린과 자유의 구속 등의 행동은 여기서 말하는 공격에 해당한다고 할 수 있고, 이는 또한 정당한 사유가 없으므로 위법한 공격이라는데 이의가 없다.

(1) 공격의 현재성에 대한 일반이론

정당방위상황에서 요구되는 공격은 현재성을 띠어야 한다. 바로 이 현재성은私人인 피공격자에 의한 공격자의 법익을 침해하는 행위에 정당성을 부여하는 본질적 요소이다. 침해의 현재성이 요구되는 두 가지 의미는 공격받는 법익과 정당방위에 의해서 침해되는 법익간의 균형성의 요구를 완화시킬 뿐 아니라 계획에 의한 범죄의 예방이나 침해된 법익의 원상회복 등은私人이 아닌 경찰의 의무라는 점에 있다. 즉, 법제도에 의한 합법적 절차를 밟아 법익을 보호할만한 시간적 여유가 있는 경우에는 법익보호의 국가독점권이 사인에게 인정될 여지가 없는 것이다.

침해의 현재성이 인정되는 경우란 법익에 대한 침해가 급박하거나 이미 시작되었거나 아직도 계속될 때를 말한다.⁴⁾ 임박한 침해라는 점에서는 실행의 착수가 있을 것을 요구하는 것은 아니며 착수 이전이라고 하더라도 지금 당장 방어행위를 하지 않으면 법익보호가 불가능하거나 현저히 어려워지는 시점이면 침해의 현재성이 인정된다.⁵⁾ 비록 공격이 예상된다고 하

2) 법질서에 의해 보호되는 이익에 한정된다.

3) Jescheck, Strafrecht AT 4. Aufl., 303면.

4) BGHSt 27, 336 (339).

5) 이재상, 형법총론, 1994, 226면.

더라도 위에서 말한 이 시점 이전에는 정당방위상황은 - 통설6)에 의하면 - 부정된다. 다시 말해 이런 경우는 법질서의 수호와 법익보호라는 임무가 私人이 아닌 국가에 의해 수행될만한 시간적 여유가 있는 것이다. 위법한 공격이 이미 끝난 후도 마찬가지이다. 정당방위의 목적은 법질서와 법익의 보호에 있는 것이지 공격자에 대한 피해자의 개인적 보복에 있는 것이 아니기 때문이다.

(2) 침해의 현재성에 대한 이론대립

본 사건에 있어 대법원은 “...또한 그러한 침해행위가 그 후에도 반복하여 계속될 염려가 있었다면, ...현재의 부당한 침해상태가 있었다고 볼 여지가 없는 것은 아니나”라고 판시하여 침해의 현재성을 인정하고 있다.

정당방위의 권한을 침해의 현재성이 인정되는 경우로 제한하는 법문의 명시적 요구와 관련하여 다음과 같은 문제점이 발생한다. 즉 당장의 공격은 없으나 미래의 공격이 확실히 예견되고 그러한 공격이 현재의 방위행위를 통해서만 방지될 수 있는 경우 정당방위를 인정할 것인가하는 문제이다.

다음과 같은 사례를 예로 들 수 있다. 갑은 을과 병의 대화를 우연히 엿듣다가 이 두사람이 바로 내일 자신을 살해할 계획을 가지고 있음을 알고 그 공격으로부터 자신의 생명을 구하기 위해 을과 병에게 독을 탄 음료수를 마시게하여 사망케 했다. 이것은 경찰이나 이웃에 알리거나 도망할 가능성이 없는 갑이 자신의 생명을 구할 수 있는 유일한 수단이라고 생각한 것이다.

독일형법도 우리형법과 마찬가지로 32조 2항에 침해의 현재성을 명시하고 있으므로 이 같은 경우는 정당방위상황이라 칭할 수는 없고 정당방위 유사상황(notwehrähnliche Lage) 혹은 예방정당방위(Präventivnotwehr)⁷⁾

6) Roxin, Tjiong-GedS, S. 148; ders, NSTZ 1993, 335; BGHSt 39, 137; Sch-Sch-Lenckner, § 32 Rdnr. 14에 의하면 침해의 현재성의 범위는 더욱 축소되어 공격의 시작 후부터 종료까지로 본다.

라 일컫는다. 통설은 이 사례의 경우에 대하여 미래의 범죄행위에 대한 범죄예방행위는 국가에게 전적으로 위임된 사항이며 국가가 그러한 예방행위를 할 수 없는 부득이한 경우에만 정당방위가 허용된다는 이유를 들어 정당방위상황을 부정한다. 그러나 소수설⁸⁾은 정당방위, 즉 '공격에 대한 방위'라는 개념 자체에 이미 예방이라는 의미가 불가결하게 포함되는 것이라면 공격과 방위의 시간적 간격만이 문제시될 수 밖에 없다고 전제하고 그 시간적 간격으로서는 통설이 인정하는 바와 같이 국가가 법질서 수호와 법익보호의 임무를 수행할 수 없을 정도의 긴급성이 요구된다고 한다면 보기의 사례의 경우에도 국가의 그 같은 의무이행이 불가능하다는 점에서 다른 보통의 정당방위상황과 동일한 긴급성은 인정된다고도 할 수 있다고 본다. 따라서 침해의 현재성의 판단기준은 공격이 임박했는가 혹은 이미 시작되었는가에 따라 결정될 것이 아니라 방위행위의 객관적 필요성 여부에 따라 결정되어야 한다는 견해를 나타낸다.⁹⁾ 소수설은 따라서 위의 사례와 같은 경우 정당방위유사상황으로서 독일형법 32조 2항을 유추적용하여 정당방위를 인정할 것을 추천한다. 그러나 유추적용금지의 원칙이라는 점과 함께 정당방위상황으로서 요구되는 조건을 위의 견해와 같이 완화시킨다면 과도하게 성급하거나 적극적인 자기보호행위를 통해 사회의 법질서는 오히려 위태당할 수 있다는 점을 들어 통설은 이를 거부한다.

본 사건의 경우에도 정당방위유사상황은 인정될수 있을지라도 공격의 현재성은 부정되어야 하므로 정당방위상황은 부정된다. 피해자가 사건 당시 피고인에 대하여 정조 혹은 그 밖의 법익을 침해하기 위해 공격을 하려는데 이에 반항하기 위해 살해를 했다면 현재성이 인정될 수 있으나 피해자는 사건 당시 피고인에 대해 전혀 공격을 한 일이 없고 술에 취해 잠을 자고 있었기 때문이다. 이는 오히려 예모에 의한 살인이라고 할 수 밖에

7) von Heintschel-Heinegg, Prüfungstraining Strafrecht Bd. I, Rdnr. 370.

8) Suppert, Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage, S. 381 ff.; SK-Samson, § 32 Rdnr. 10.

9) Renzikowsky, Notstand und Notwehr, S 104.

없다. 사실상 피해자의 피고인에 대한 추후의 반복적인 공격이 예상된다고는 하지만 이것은 위의 결론에 대해 아무런 영향을 줄 수가 없다.

피고인들은 그러나 침해의 현재성에 대한 착오를 가졌거나 현재성이 없다는 사실을 알면서도 이를 무시한 채 정당방위를 한다는 인식을 가졌을 수도 있다. 공격이 이미 끝났거나 공격의 현재성이 도래하기 이전에라도 공포, 경악, 흥분 또는 당황 등의 심리적 불안상태로 인한 방어행위도 外延的 過剩防衛로서 과잉방위의 일종으로 보는 이론도 있으나 통설은 이를 객관적으로 정당방위 상황이 존재하지 않는다는 이유를 들어 과잉방위에서 제외하고 誤想防衛의 가능성 밖에는 없다고 본다.¹⁰⁾ 우리의 실정법상 통설의 입장을 따르는 것이 타당하다.

2) 방위행위

방위행위에 있어서는 방어자의 현재의 위법한 침해로부터 법익을 보호하기 위해 공격자에게 반격을 한다는 인식과 의도가 있어야 한다. 여기서 방위행위의 대상은 공격자에 한정되고 그 밖의 제3자에 대한 침해행위는 정당방위가 아닌 긴급피난에 해당할 수 있을 뿐이다.¹¹⁾ 본 사건에서 피고인들의 방어대상이 자신의 법익에 대한 침해자라는 점에는 의문이 없으나 정당방위에 대한 인식과 의도가 있었는지는 아직 검토의 필요성이 있다.

3) 相當한 이유

위에서 침해의 현재성결여로 정당방위상황이 부정된 이상 상당성에 대한 검토는 이미 불필요해졌다. 그러나 본 판례가 상당성의 결여를 이유로 정당방위를 부정했다는 점에 대해 일고의 필요성이 있겠다. 본 판례는 피고인들이 범행을 공모하고 준비하여 피해자를 반항불능의 상태로 만든 후 칼로 심장을 찔러 살해한 행위가 사회통념상 상당성을 결여했다고 밝히고

10) 통설. 김일수, 한국형법 I, 608면.

11) 김일수, 한국형법 I, 609면.

있으나 피해자가 피고인에 대하여 계속 반복적인 강간행위와 자유의 구속을 통해 침해한 법익을 보호하고 방위하기 위해 피해자를 살해한 행위에 정당방위를 인정할만한 상당성이 없다고 단정하기는 어려운 점이 있다.

정당방위는 위법한 공격에 대해 정당하게 법익을 보호하고자 하는 행위로써 不正 對 正의 관계에 있으며 법익보호의 원칙 외에 법질서수호의 원칙이 작용하므로 피공격자는 부당한 공격을 단순히 피하거나 도망할 필요가 없고 수비방어 뿐 아니라 경우에 따라 공격방어도 인정될 수 있다. 그러나 이러한 정당방위의 과단성도 무한정하게 허용되는 것은 아니고 보호법익과 침해법익의 관계, 공격과 방어의 수단과 구체적 상황에 따라 정당방위의 요구성과 필요성의 범위내로 한정된다.

그 구체적 내용으로 우선 피공격자는 상대방의 공격으로부터 법익을 보호하기 위한 여러가지 방어수단 가운데 공격자에게 피해가 가장 적은 수단을 택할 것이 요구되나 선택의 여지가 없거나 선택할만한 정신적 여유가 없는 때에는 비교적 큰 피해를 주는 방어행위도 상당성이 인정된다.¹²⁾ 예를 들어 과수원에서 사과 몇개를 따서 도망가는 어린이들에게 공기총을 쏘는 행위에서와 같은 극단적 불균형의 경우에는 상당성을 인정하기 어려우나¹³⁾ 본 사건의 경우에는 상충되는 법익을 교량했을 때 물론 정조와 행동의 자유라는 법익에 비해 생명이 더 높은 법익이기는 하지만 그러한 극단적 불균형은 아니다.

또한 침해의 현재성이 인정되는 경우라면 물론이겠거니와 그렇지 않은 경우라도 미래에 예상되는 법익침해를 방지하기 위해 현재 피고인이 할 수 있는 유일한 수단이 피해자를 본 사건의 경우와 같은 방법으로 살해하는 것이었다면 그것은 방어행위로서 필요하고 적합한 행위였다. 사실상 피고인과 피해자의 관계를 감안한다면 피고인에게는 자신의 법익을 보호하기 위해 경찰 혹은 기타 외부의 도움을 구한다는 것은 지극히 곤란한 현실이

12) 이재상, 형법총론, 1994, 230면.

13) Haft, Strafrecht AT, 3. Aufl., S.81.

있음을 인정할 수 있다. 정당방위유사상황을 지지하는 입장에서는 정당방위로 인정할 수도 있는 상황이라고 하겠다.

따라서 정당방위가 부정되는 이유는 상당성의 결여가 아닌 침해의 현재성결여가 되어야 한다.

2. 誤想防衛

또 한가지 검토할 사항은 오상방위와 관련된 고의 혹은 책임의 문제이다. 오상방위란 정당방위상황이 객관적으로 존재하지 않음에도 불구하고 그것이 존재한다고 믿고 방위행위를 하는 경우를 말한다. 오상방위의 법효과에 대해서는 견해가 갈리고 있는데 고의설에 의하면 이러한 허용구성요건착오의 경우 불법인식이 없으므로 고의가 부정되고 제한책임설에 의하면 고의불법은 배제되고 과실불법 혹은 책임고의의 문제가 남는다.¹⁴⁾ 엄격책임설에 의하면 허용구성요건착오의 경우는 금지착오로서 항상 고의는 인정되고 착오의 회피가능성 여부에 따라 책임의 阻却 혹은 감경의 문제로 다루어 진다.

여기서 피고인들이 침해의 현재성이 있다고 믿었는가의 여부에 대한 검토가 중요시되는데 이는 피고인들의 내면적 문제라는 점과 이들이 법률에 대한 지식이 없는 문외한으로서 침해의 현재성에 대한 이해가 없다는 점에서 상당히 어려운 평가작업이 될 수 있다. 이 문제는 따라서 합리적으로 사고하는 제3자인 법관이 법적 지식과 경험에 비추어 비전문가층의 평가와 평행한 평가에 의해 사후적 평가를 내리는 도리 밖에 없다고 하겠다.

이러한 평가기준에 따라 사고한다면 평균인인 경우 정당방위란 현재 눈앞에 닥친 위험으로부터 벗어나기 위해 공격하는 행위로 인식한다고 인정하면 본 사건의 피고인들은 범행 며칠 전부터 모의, 예비하여 잠자고 있던 피해자를 항거불능의 상태에서 깨워 살해한 경우 침해의 현재성이 있었

14) 통설. 이재상, 형법총론, 1994, 239면.

던 것으로 믿었다고 보기에는 어려움이 있다. 따라서 오상방위의 적용가능성은 부정된다.

3. 기타

침해의 현재성이라는 요건은 정당방위에서 보다는 긴급피난에서 훨씬 완화된다고 볼 수 있다. 즉 그 범위가 한층 넓어져 본 사례와 같은 지속적 위험도 포함된 가능성이 있으므로 침해의 현재성이라는 표지에 대해서는 긴급피난의 범위에서 더 합리적으로 해결될 수 있다. 그러나 여기에서 이에 대한 검토는 별론으로 한다면, 그 밖에 검토할만한 위법성조각사유는 없고 책임조각사유가 존재하지 않는 것도 판시에서 인정하는 바와 같다.

계부녀의 관계는 민법상 친족관계가 인정되지 아니하므로 존속살해죄가 적용될 여지는 없다.

IV. 결론

본 판결이 내린 결론과 같이 정당방위라는 위법성조각사유가 부정됨에 차이가 없으나 그 논거는 상당성의 결여가 아닌 침해의 현재성의 결여에 있다고 보는 것이 타당하다.