

한국과 중국의 위법성조각사유에 대한 비교법적 소고*

A comparative study on Justifications between Korean and China Criminal Laws

송진경**
Song, Jin-Kyung

목 차

- I. 들어가며
- II. 한·중 형법상 위법성조각사유의 비교
- III. 마치며

국문초록

옛 학자는 “로마법상 자력구제는 공인시대, 금지시대, 그리고 제한시대라는 역사적 변천을 걸어왔다.”고 분석하면서, 이러한 변천사를 통해 내릴 수 있는 결론은 “권리자가 재판상의 보호를 구하는 것이 불가능하여 행하는 긴급제도로서의 자력구제는 어떠한 시대, 어떠한 법령에서도 항상 허용되었다는 사실을 확인하게 한다.”라고 서술한 바 있다.

정당방위, 긴급피난, 자구행위는 개인이 급박한 상황에 처하였을 때 공권력이 아닌 개인의 힘으로 위기로부터 벗어나는 것이라는 측면에서 공통된다. 그

논문접수일 : 2014.03.20

심사완료일 : 2014.04.30

게재확정일 : 2014.05.01

* 이 논문은 2013. 8. 19. 동아대학교 법학연구소 주최 학술대회 “한·중 형법의 비교법적 고찰”에서 발표한 논문을 보완한 것임

** 법학박사·동의대학교 시간강사

렇다면 긴급한 상황 하에서 공권력이 아닌 자력(自力) 혹은 사력(私力)에 의한 구제라고 통칭할 수 있을 것이다.

결국 국가제도가 고도로 정비된다고 할지라도 개인이 위기에 처한 때 순간마다 국가가 경찰력 등을 동원하여 구제한다는 것은 불가능에 가깝다. 개인이 위기에 처한 바로 그 순간 경찰이 해당 장소에 있지 않는 한 개인은 자신의 힘으로 침해를 막아낼 수밖에 없다.

현재 한국형법과 중국형법이 위법성조각사유로서 긴급행위를 허용하고 있는 것도 바로 국가가 완벽하게 모든 위기상황으로부터 개인을 구제할 수는 없다고 하는 현실적 한계에 대한 자각에서 기인하는 것이 아닐까 한다. 다만 중국형법상의 무한방위제도는 범죄예방 및 범죄로부터 국민의 법익을 보호해야 할 국가의 책무를 일반시민에게만 전가할 수 있는 위험성을 내포하고 있기에 시급한 제도적 보완이 필요하다고 여겨진다.

주제어 : 위법성조각사유, 중국 형법상 무한방위, 긴급행위, 국가의 책무, 사력에 의한 법익보호

1. 들어가며

국가는 인간의 존엄과 가치를 핵심으로 하는 국민의 기본권을 모든 생활영역에서 보호하는 임무를 진다(헌법 제10조).¹⁾ 국가는 개인의 생명, 신체, 자유, 재산 등 법익을 보호하기 위한 도구이다.²⁾ 그런데 만약 오늘날처럼 경찰력을 포함한 국가의 경비체계가 고도로 정비된 사회라고 할지라도 우리가 다음과 같은 상황에 처하게 된다면 어떠한 대처방법이 가능할지 함께 고민해 보고자 한다.

사례 1. 甲과 乙(甲과 乙은 이견 강제추행치상 사건의 피고인들임)은 공동

1) 허영, 헌법이론과 헌법(新2判), 박영사, 2008, 839면 참조.

2) Manfred Mäck/최석윤 이기현(譯), 양형론, 한국형사정책연구원, 1997, 38면.

으로 인적이 드문 심야에 혼자 귀가중인 丙女가 골목길로 들어가는 것을 보고 뒤에서 느닷없이 달려들어 丙女の 양팔을 붙잡고 어두운 골목길로 약 10m 정도 더 끌고 들어가서 丙女를 담벽에 쓰러뜨린 후 甲이 음부를 만지며 반항하는 丙女の 옆구리를 무릎으로 차고 억지로 키스를 하는 등으로 그녀에 대해 추행하고 이로 인해 그녀에게 전치 2주간의 우측흉부좌상 등의 상해를 입혔다. 이에 丙女는 貞操(性的自己決定權)와 身體의 安全을 지키려는 일념에서 영겁결에 甲의 혀를 깨물어 그에게 舌切斷傷을 입히게 되었다. (대법원 1989. 8. 8. 선고 89도358 판결³⁾)

위의 사례에서 만약 우리가 병녀의 입장이었다면 어떠한 선택을 하였을까? 경찰을 비롯한 국가공권력의 조력을 즉시 받을 수 있었다면 스스로 방위행위를 하지 아니할 수도 있었겠지만, 그렇지 않은 상황에서는 우리는 자신의 힘 즉 자력(自力) 또는 공권력이 아닌 사력(私力)으로 법익이 침해되기 이전에 방위행위를 할 수밖에 없다. 하지만 병녀는 갑의 혀를 절단하여 중상해를 입혔다고 할 수 있다. 따라서 이후 이 문제를 어떻게 해결할 수 있는가에 대한 논의가 남게 된다.

사례 2. 휴지선(休止船)인 금성호는 P선박주식회사의 소유로서 갑과 을이 그 관리업무를 맡고 있었다. 갑과 을은 A가 설치한 피조개 양식장 앞의 해상에 공유수면점용허가를 받지 않고 금성호를 정박시켜 놓고 있었다. A는 갑과 을에게 금성호를 이동시키라고 요구하였으나, 선박 이동에 필요한 관련 허가 와 예인선에 소요되는 비용 때문에 금성호를 이동하지 못하고 있던 중 갑자기 태풍이 내습하게 되었다. 갑과 을은 금성호가 전복되는 것을 막기 위해 평소 5샤클(125미터)로 해두었던 닻줄을 7샤클(175미터)로 늘렸다. 당시 금성호에는 태풍에 대비하여 7, 8명의 선원이 타고 있었다. 태풍이 도래하여 심한 풍량이 이는 과정에서 금성호의 늘어진 닻줄이 A의 양식장 바다 밑을 쓸고 지나가면서 피조개 양식장에 막대한 피해가 발생하였다(대법원 1987. 1. 20. 선

3) 대법원 1989. 8. 8. 선고 89도358 판결 【폭력행위등처벌에관한법률위반,강간치상,강제추행치상】(집37-2, 형737: 공1989, 1388)

고 85도221 판결).

위의 사례에서 우리가 금성호에 탑승하고 있던 갑과 을의 입장이라면 어떠한 조치를 취하였을까? 동력장치가 없는 휴지선이 태풍에 의해 침몰되지 않으려면 닻줄을 평소보다 늘임으로써 생명이나 신체의 안전을 확보할 수밖에 없었을 것이다. 반면 타인의 피조개 양식장을 엉망으로 만들었고, 평소에 닻줄을 5사클로 감아놓은 이유가 타인에게 피해를 입히지 않기 위해서였다면 닻줄을 7사클로 늘일 때에는 적어도 타인에게 피해를 입혀도 어쩔 수 없다고 하는 이른바 미필적 고의를 가졌다는 것이 문제된다. 따라서 이후 해당 문제를 어떻게 해결할 수 있는가에 대한 논의가 남게 된다.

사례 3. 갑은 을에게 3000만원을 빌려주었으나 변제기가 지나도 갚지 않고 있었다(債務不履行). 갑은 어느 날 부두에서 배에 승선하려는 을을 우연히 목격하게 되었다. 을이 이민용 트렁크를 가지고 있는 것으로 보아 언제 돌아올지 기약도 없어 보였다. 다급해진 갑은 을이 배에 오르려는 순간에 내 '빛'을 갓고 가야지 '빛' 안 갓고 갈 수 있느냐며 붙들었다.⁴⁾

위의 사례에서 갑의 을에 대한 채권은 변제기가 이미 지났기에 침해되고 있다. 이러한 채무불이행 상태에서 을이 기약 없이 외국으로 잠적해 버린다면 향후 청구권을 보전하기는 곤란하다. 하지만 옆에 해양경찰을 비롯하여 갑에게 즉시 조력할 수 있는 공권력이 없다면 우리 역시 갑처럼 일단 을이 가지 못하도록 붙들지 않았을까? 하지만 사람을 일시적으로 붙들게 되면 체포죄에 해당하게 되고 이 상황을 어떻게 해결할 것인가에 대한 문제가 남겨진다.

위에서 언급한 세 가지 사례를 통해 알 수 있는 것은 경찰력을 비롯한 국가 공권력이 고도로 정비된 현 시점에도 공권력을 조력을 제때에 받을 수 없는

4) 해당 사례는 한국형법 제정 과정에서 업상섭 위원이 자구행위를 설명하면서 예로 든 사례를 기초로 조금 변형을 가한 것이다. 1953년 6월 26일 제16회 10차 국회임시회의속기록, 신동운(편), 형사법령제정자료집(I) 형법, 한국형사정책연구원, 1990, 214면 참조.

긴급한 상황이 얼마든지 발생할 수 있으며 이러한 상황에서 개인은 스스로 긴급 대응조치를 취할 수밖에 없다는 것이다. 따라서 사적인 복수가 금지되고 국가형벌권이 인정되고 있는 오늘날에도 개인적 법익이 침해될 긴박한 상황에서는 그에 대한 대응조치를 허용하여 위법성조각사유로서 인정하고 있다. 한국 형법은 위법성조각사유로서 정당방위(제21조), 긴급피난(제22조), 자구행위(제23조), 피해자의 승낙(제24조), 정당행위(제20조)를 규정하고 있다. 아울러 상당한 정도를 벗어난 행위에 대해서도 '정황에 따라서 형을 감경 또는 면제'할 수 있도록 배려하고 있다(한국형법 제21조 2항, 제22조 3항, 제23조 2항). 중국 형법도 정당방위(제20조)와 긴급피난(제21조)을 규정하고 있다.

II. 한·중 형법상 위법성조각사유의 비교

1. 위법성조각사유로서 한국형법 제20조의 정당행위와 구성요건해당성의 제한원리로서 중국형법 제13조의 비교

한국형법은 어떠한 행위가 범죄구성요건을 충족하는 경우에 대해 형식적으로 접근하여 일단 구성요건해당성을 긍정한다. 하지만 형법 제20조⁵⁾에 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 둬으로써 '법질서단일'의 원칙을 아울러 규정한 것인 동시에 실질적 범죄개념을 가미한 것⁶⁾으로 평가되고 있다. 실질적 범죄개념은 범죄를 사회공동체의 유지에 필수적인 법익을 침해하는 행위라고 보는 시각이다.⁷⁾

이에 비해 중국형법 제13조는 “국가주권과 영토의 완전성 및 안전을 위해하

-
- 5) 한국형법 제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다.
- 6) 허일태, “형법체계에 관한 소고”, 형법연구Ⅱ, 동아대학교 출판부, 2004, 142-143면; 허일태, “객관적 귀속이론에 있어서 허용된 위협의 법리”, 앞의 책, 245면; 허일태, “형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 재조명”, 앞의 책, 283면.
- 7) 신동운, 형법총론(제7판), 법문사, 2013, 73면 참조; 허일태, “형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 재조명”, 앞의 책, 283면 참조.

거나 국가를 분열시키고, 人民民主專政 정권을 전복시키고 사회주의제도를 무너뜨리거나 사회질서와 경제질서를 파괴하거나 국유재산이나 노동군중집체 소유의 재산을 침범하거나 공민 개인 소유의 재산을 침범하거나 공민의 인신에 대한 권리와 민주권리 및 기타 권리를 침범하거나 기타 사회에 위해를 가하는 일체의 행위로서 법률에 따라 형법에 의한 처벌을 받아야 하는 행위는 모두 범죄이다. 다만 사안이 현저히 경미하여 위해가 크지 아니한 경우에는 범죄로 인정하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이로써 중국형법은 실질적 범죄 개념을 취하여 현저히 경미하여 위해가 크지 아니한 경우에 대해서는 처음부터 범죄성립의 판단체계 중 구성요건해당성의 검토 단계에서부터 배제하여 형사사건화 하지 않는다는 것이므로 실질적 범죄개념을 채택하고 있는 것으로 여겨진다.

2. 정당방위에 대한 한·중 형법의 비교

한국형법	중국형법
제21조(정당방위) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다. 違法性阻却	제20조[정당방위] 국가, 공공이익, 본인 또는 타인의 인신, 재산 및 기타 권리에 대한 현재 진행 중의 불법침해를 막기 위하여 불법침해저지행위를 취하는 과정에 불법침해자에게 손해를 초래한 것은 정당방위에 속하며 형사책임을 지지 않는다.
② 방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 過剩防衛 : 刑의 任意的 減免	정당방위가 분명히 필요한 한도를 넘어서 중대한 손해를 초래한 경우에는 형사책임을 저야한다. 그러나 그 처벌을 감경하거나 면제하여야 한다. 過剩防衛 : 刑의 必要的 減免
③ 전항의 경우에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 아니한다. 夜間 其他 不安스러운 狀況 下에서의 過剩防衛 : 責任阻却	진행 중인 폭행, 살인, 강도, 강간, 납치 및 기타 인신안전을 엄중하게 위협하는 폭력범죄에 대하여 방위행위를 취하는 과정에 불법침해자의 사상을 초래한 것은 과잉방위에 속하지 않으며 형사책임을 지지 않는다. 無限防衛制度 ⁸⁾

(1) 정당방위의 객관적 성립요건에 대한 비교

1) 방위행위에 의한 보호법익의 범위

한국형법 제21조 제1항의 정당방위는 '자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해(정당방위상황: 객관적 전제상황)', '방위하기 위한 행위', '상당한 이유'의 세 가지를 성립요건으로 한다. 이 중 첫 번째 요건인 '자기 또는 타인의 법익'에서 자신의 법익은 생명·신체·자유·재산·명예 등 모든 개인적 법익을 말하며, 형법상 보호되는 법익뿐만 아니라 다른 법률에 의하여 보호되는 법익을 포함한다. 이 경우 특히 타인을 위한 정당방위는 '긴급구조(Nothilfe)'라고 한다.

중국형법은 '본인 또는 타인의 인신, 재산 및 기타 권리'를 한국형법은 '자기 또는 타인의 법익'이라고 하여 양자 모두 개인의 전반적인 법익을 정당방위에 의한 방위의 대상으로 설정하고 있다는 점에서는 공통된다.

나아가서 중국형법은 개인적 법익뿐만 아니라 '국가, 공공이익'도 정당방위행위에 의한 원칙적인 방위의 대상으로 명시하고 있다. 이에 비해 한국에서는 타인을 위한 정당방위의 범위에 개인뿐만 아니라 국가적·사회적 법익을 위한 정당방위가 허용되는가 여부에 대해서는 학설의 대립이 있다.

상술하면 개인적 법익이 아닌 국가의 권위나 사회의 풍속과 같은 국가적 법익, 사회적 법익에 대한 정당방위는 원칙적으로 허용되지 않는다는⁹⁾ 부정설이 있는 반면, 타인은 개인에 반드시 국한되는 것은 아니며 국가와 공법인도 포함되므로 문언해석에 충실하자면 국가적·사회적 법익을 위한 정당방위도 허용된다¹⁰⁾는 긍정설도 있다. 그 외에 정당방위가 보호하는 법익의 보호주체가 국가라 할지라도 그 법익이 - 예컨대 국유 건물이나 물건에 대한 절도·손괴·방화 등- 개인적 법익일 경우에는 정당방위가 허용될 수 있으나, 국가의 자유·민주주의질서, 법치국가질서와 같은 국가적 법익 또는 국가질서는

8) 하유, 한국·중국 정당방위제도에 관한 비교 연구, 경상대학교 대학원, 석사학위논문, 2011, 89면 이하 참조.

9) 이정원, 형법총론, 신론사, 2012, 150-151면 참조.

10) 임용, 형법총론(제4정판), 법문사, 2012, 226면 참조.

경찰이나 검찰 등 공권력에 의해 보호되어야 하고 개인의 정당방위로 방어되어야 할 성질이 아니라고 설명¹¹⁾하는 입장도 있다. 나아가서 이러한 견해의 대립은 이론상의 차이에 불과하고 실제에 있어서는 별 차이가 없는데 국가나 사회적 법익을 위한 정당방위는 허용되지 않더라도 정당행위의 문제로 간명하게 해결할 수 있다¹²⁾고 보는 견해도 있다.

이러한 견해 대립의 밑바탕에는 정당방위의 인정근거(즉 근본이념)에 대한 이해의 차이가 자리하고 있을 것으로 여겨진다. 정당방위의 인정근거를 개인의 자기보존 본능에 기초한 개인의 자연권(자기보호의 원리)이라는 측면에서 접근하게 되면 정당방위는 개인적 법익을 보호하기 위한 경우에 한정하여 허용되게 될 것이다. 반면 개인적인 정당방위에 의해 사회의 평화와 법질서를 수호하게 되는 사회적 측면이 있다고 하는 이른바 법질서수호의 원리를 자기보호의 원리와 동등한 차원에서 보게 되면 국가적·사회적 법익에 대한 정당방위를 긍정하는 견지에 서게 된다.

그런데 오늘날 국가의 경찰조직을 비롯한 치안체계가 고도로 정비되었다고 할지라도 형법상 정당방위, 긴급피난, 자구행위 등 개인의 긴급행위가 허용되는 까닭은 개인이 위기에 처한 모든 순간순간마다 국가가 나서서 조력을 다 한다는 것은 결코 불가능하다는 것에 대한 인식에 근거한다. 개인의 긴급행위를 통해서 보호하고자 하는 것도 그리고 개인이 위기에 처하였을 때 만약 국가가 조력할 수 있었다면 공권력으로 수호하고자 하였을 것도 모두 개인의 법익에 핵심이 있다. 따라서 긴급행위의 본질은 국가를 대항하는 행위(이른바 대항행위)가 아니라 개인의 권리행위¹³⁾라고 여겨지며, 부당한 침해·위난·청구권의 실행곤란이라는 위기로부터 개인의 법익을 보호함으로써 국가의 법질서도 수호되는 결과로 이어지는 것이라고 여겨진다. 요컨대 이른바 자기보호의 원리가 정당방위를 포함한 긴급행위의 본질적 요소라고 판단된다.

11) 배종대, 형법총론(제11판), 홍문사, 2013, 344면 참조.

12) 오영근, 형법총론(제2판 보정판), 박영사, 2012, 352면 참조.

13) 같은 취지에서 형법 입법자의 한 사람인 엄상섭은 '긴급행위에 대한 시론'이라는 글에서 정당방위와 긴급피난 그리고 자구행위 3자를 긴급행위이면서 권리행위라는 공통성을 가지는 것으로 설명한 바 있다(엄상섭/허일태·신동운(편), "긴급행위에 대한 시론", 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003, 103~107면 참조).

2) 정당방위의 객관적 전제조건으로서 한국형법상 현재의 부당한 침해와 중국형법상 현재 진행 중의 불법침해의 비교

① 침해의 현재성 범위에 대한 비교

행위자가 정당방위로 나아가게 되는 객관적 전제상황에 대해 중국형법은 '현재 진행 중의 불법침해', 한국형법은 '현재의 부당한 침해'라고 규정하고 있다. 한국학계에서 '침해의 현재성'은 '범의에 대한 침해가 급박한 상태에 있거나 바로 발생하였거나 아직 계속되고 있는 상태'를 의미한다.¹⁴⁾ 따라서 한국형법상 정당방위는 현재의 진행 중인 불법침해행위에 대한 것으로 한정되지 않고 '침해가 곧 행해지려고 하는 급박한 상태'에 대해서도 가능하다고 이해된다. 나아가서 견해에 따라서는 현재성의 기준시점은 '침해행위시'에 있는 것이 방위행위시에 있는 것이 아니라고 설명하기도 한다. 예컨대 절도에 대비하여 담 위에 고압전선을 설치해 두는 경우처럼 미리 방위행위(이른바 방어준비행위)를 해 두고 침해행위가 행해지는 시점에서 방위행위의 효과가 발생하는 경우에도 정당방위가 성립한다는¹⁵⁾ 것이다.

② 한국형법상 '부당'한 침해와 중국형법상 '불법침해'

방위행위의 대상으로서 한국형법상 '부당한 침해'에 대하여 일각에서는 이는 입법의 오류로서 '위법한'으로 수정하여야 하며, 그 이유는 부당성은 세계관, 윤리관, 정치관 또는 개인적 경험의 차이에 따라서 달라질 수 있기 때문이라고 한다.¹⁶⁾ 하지만 위법성조각사유가 인정되는 전체 취지를 고려할 때 정당방위의 대상으로서 '부당'한 침해는 당해 공격행위가 법질서 전체에 반한다는 의미¹⁷⁾로 선해(善解)할 수 있다고 여겨진다. 아울러 한국형법의 입법자는 정당방위의 대상을 '부당한 침해'라고 규정하고 있는데 언어적 의미에 있어서 부당은 위법보다 넓은 개념이라고 볼 수 있다. 만약 부당을 위법으로 축소해석한다

14) 배종대, 앞의 책, 345면; 오영근, 앞의 책, 329면; 이정원, 앞의 책, 151면.

15) 이정원, 앞의 책, 153면; 임웅, 앞의 책, 224면.

16) 배종대, 앞의 책, 345면 참조.

17) 신동운, 앞의 책, 275면 참조.

면 이는 피고인에게 유리한 규정을 축소해석하는 것이 되어 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다고 할 것이다.¹⁸⁾

한편 중국형법은 정당방위의 대상으로서 '불법침해'를 규정하고 있다. 그 의미에 대해 객관설은 객관적으로 사회적 위해성이 있는 위법행위이면 '불법침해'가 되고 행위자의 책임능력과 책임의사는 문제되지 않는다는 입장이다. 주관설은 객관적으로는 사회에 대한 위해행위가 있어야 하고, 주관적으로는 책임의사가 있어야 하고 행위자에게 책임능력이 있어야 한다는 3가지 요건이 충족되어야 '불법한 행위'가 된다는 입장이다.¹⁹⁾

한국 형법학계에서는 책임무능력자의 공격행위에 대해서도 정당방위가 가능하다²⁰⁾고 보며, 다만 '상당한 이유' 즉 '상당성'과 관련하여 정당방위의 범위를 해석상 제한하고 있다.

3) 방위행위의 상대방

한국형법상 정당방위의 상대방은 '현재의 부당한 침해'에 대한 방위행위를 근거로 할 때 '침해행위를 해 오는 바로 그 사람'이라고 이해된다. 중국형법은 '불법침해를 막기 위하여 불법침해저지행위를 취하는 과정에 불법침해자에게 손해를 초래한 것은 정당방위'에 속한다고 하여 이를 더욱 명백히 규정하고 있다고 여겨진다.

18) 같은 취지에서 오영근, 앞의 책, 325면: "유추해석금지의 원칙은 모든 형벌법규의 구성요건과 가벌성에 관한 규정에 준용되는데(당원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결 참조), 위법성 및 책임의 조각사유나 소추조건에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용하게 되면 행위자의 가벌성의 범위는 확대되어 행위자에게 불리하게 되는데, 이는 가능한 문언의 의미를 넘어 범죄구성요건을 유추적용하는 것과 같은 결과가 초래되므로 죄형법정주의의 파생원칙인 유추해석금지의 원칙에 위반하여 허용될 수 없다고 할 것이다."라고 판시한 대법원 1997. 3. 20. 선고 96도1167 전원합의체 판결 참조.

19) 하유, 앞의 논문, 38-39면 참조.

20) 신동운, 앞의 책, 275면: 같은 취지에서 "형사미성년자나 정신병자 등 책임능력 없는 자의 공격에 대한 정당방위도 가능하다"고 하는 배종대, 앞의 책, 346면: "책임무능력자의 행위, 강요된 행위 등 위법하지만 책임이 조각되는 행위에 대해서도 정당방위가 가능하다"고 하는 오영근, 앞의 책, 325면: "부당성의 요건은 ... 유책성을 요구하지 않는다. 따라서 명정자·정신병자·형사미성년자의 부당한 침해에 대해서도 정당방위가 가능하다"고 하는 이정원, 앞의 책, 154면 등 참조.

4) 방위행위의 허용정도

① 한국형법상 '상당성'의 요건

한국형법상 위법성조각사유 중 정당방위, 긴급피난, 자구행위에 공통적으로 규정되어 있는 요건은 '상당성'이다. 한국형법의 제정 과정에서 법전편찬위원회가 국회에 제출한 정부초안 제21조는 "자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 필요행위는 벌하지 아니한다. 방위행위가 필요한 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다."고 규정하고 있었다. 이 정부초안은 국회에 회부되어 법제사법위원회에서 심의되는 과정에서 지금과 같이 상당성을 요건으로 하는 규정으로 수정되었다. 당시 국회법제사법위원회의 위원이었던 엄상섭 의원은 국회본회의(제39차 회의)에서 "우리의 양식을 가미해 가지고 어떠한 때에는 정당방위의 범위가 좁아지는 때도 있고 또 이런 때에는 정당방위의 범위를 넓혀서 그때그때의 형편에 따라서 교주고슬(膠柱鼓瑟)²¹⁾이 되지 아니하게끔 한다는 의미에서, 옛적에 말하던 필요성이라는 것을 상당성으로 고치자는 것이 근대형법학설의 추세입니다."²²⁾라고 하여, 필요성을 상당성으로 수정한 이유에 대해 설명하고 있다. 입법자는 구체적인 경우에 따라서 정당방위의 허용범위의 광협(廣狹)을 탄력적·유동적으로 조절할 수 있도록 하려는 의도에서 상당성이라는 요건을 규정하였다고 할 수 있다.

방위행위는 현재의 위법한 침해에 대한 방위('不正' 對 '正'의 關係)이기에 방위행위자는 공격을 '즉시, 확실하게 그리고 중국적으로' 물리칠 수 있는 수단을 선택할 수 있다. 따라서 정당방위에 있어서 상당성은 특히 피난행위자 자신에게 닥친 위난을 제3자에게 전가하는 형태인 공격적 긴급피난에서의 상당성과 구별된다. 긴급피난의 경우에 상당성이 인정되기 위해서는 피난행위에 의해 보전되는 이익이 피난행위로 인해 희생되는 이익보다 우월하여야 한다는 '우월적 이익의 원칙(이익형량의 한 형태)', 피난행위가 위난에 처한 법익을 보전하

21) 교주고슬(膠柱鼓瑟): 야교플로 비파나 거문고의 기러기발을 붙여 놓으면 음조를 바꿀 수 없다는 뜻으로, 고지식하여 조금도 융통성이 없음을 이르는 말.

22) 신동운(편), 형법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990, 207면 참조.

기 위한 유일한 수단이어야 한다는 '보충성', 피난행위 자체가 법질서 전체의 관점에서 적합한 수단이어야 한다는 '수단의 적합성'을 요구한다.²³⁾ 방위행위가 상당성의 요건을 충족하지 못하는 경우에는 과잉방위의 문제가 된다.

② 중국형법상 무한방위제도

중국형법 제20조 제1항은 '불법침해를 막기 위하여 불법침해저지행위를 취하는 과정에 불법침해자에게 손해를 초래한 것은 정당방위에 속하며 형사책임을 지지 않는다.'라고 하며 정당방위가 어느 정도로 허용되는가, 예컨대 나의 금고에서 돈을 훔치고 있는 절도범에 대해 단순한 체포를 넘어서 흉기를 사용하여 상해를 입혀도 되는가 혹은 총기를 사용하여 사망에 이르게 하는 것까지 허용되는가와 관련하여서는 어떠한 명확한 한계를 설정하고 있지 않다.

한편 우리는 통상적으로 개인의 생명이나 신체를 재산이라는 법익에 비해 우월한 가치를 가지는 것으로 여긴다. 중국형법 제20조 제3항을 보면 '진행 중인 폭행, 살인, 강도, 강간, 납치 및 기타 인신안전을 엄중하게 위협하는 폭력범죄'에 대해 방위행위를 하는 과정에서 불법침해자에 대해 사상(死傷)을 초래한 경우에는 과잉방위로 취급하지 않고 형사책임을 지지 않는다고 규정함으로써 정당방위와 마찬가지로 법적 효과를 부여하고 있는 것으로 판단된다.

1997년 10월 1일부터 현재까지 시행되고 있는 무한방위제도의 입법 배경은 중국의 사회치안이 혼란해지고, 차량강도와 노상폭력배에 대한 국민의 불만이 극대화됨에 따라서 사회치안을 파괴하는 범죄자에 대해 중대하게 타격을 가함과 동시에 민중이 자발적으로 불법한 침해에 대항할 수 있는 법적 무기를 제공할 필요에서 정당방위의 요건이 완화되어야 한다고 하는 형법학계의 공통된 인식이 형성되었고, 이것이 입법기관에 의해 받아들여진 것이라고 한다.²⁴⁾ 무한방위권의 특징은 방위수단의 '무한성'에 있기에 국민이 정당방위권을 행사하여 불법침해자에 대하여 반격을 가할 때에는 어떠한 강도(強度)의 수단을 취하든 아무런 제한이 없고 이때에는 불법침해자를 치사케 하는 수단

23) 배종대, 앞의 책, 380-381면; 신동운, 형법총론(제7판), 301-302면; 오영근, 앞의 책, 353-355면; 임웅, 앞의 책, 244-246면 참조.

24) 하유, 앞의 논문, 89면 및 김종국, 중국의 신형법 시행, 법률신문 제2635호, 1997, 15면 참조.

까지도 포함하여 형사책임을 추궁 당하지 아니한다.²⁵⁾ 그러나 무한방위는 '진행 중인 폭행, 살인, 강도, 강간, 납치 및 기타 인신안전을 엄중하게 위협하는 폭력범죄'에 대해 허용되는 것이기에 국가이익, 공공이익 또는 국민의 인신의 안전을 위협하는 것이 아닌 재산적 법익에 대한 위급한 폭력범죄침해는 무한방위의 대상이 아니다.²⁶⁾

중국형법 제20조 제3항과 같은 무한방위에 대한 규정은 한국형법에는 명문이 없다. 한국의 학계에서는 정당방위의 상당성에 대한 판단과 관련하여 사회윤리적 조정사례에 대한 논의²⁷⁾ 혹은 과잉방위의 문제²⁸⁾가 논의되고 있는 것을 볼 수 있다. 생각건대 생명과 신체를 재산보다 상대적으로 우월한 가치를 지닌다고 보는 것은 한국과 중국 나아가서 세계적으로 공통된 법 감정이라고 할 것이다. 다른 한편 중국형법의 무한방위는 위급한 상황에서 개인의 방어권이 회복되는 의미를 넘어 국가의 범죄예방 및 범죄로부터 국민을 보호하는 책무를 간과하고 모든 책임을 일반국민에게 떠넘겨버리는 것으로 남용될 수 있다는 점에서 치명적인 문제점을 내포하고 있다. 비록 그가 법익을 침해하고 있는 자 즉 범죄자라고 할지라도 그 역시 시민이라는 점을 국가로서는 도외시하여서는 아니 될 것이다.

(2) 정당방위의 주관적 성립요건으로서 '방위의사'

현재 한국 형법학자의 다수는 정당방위 규정에서 '방위하기 위한 행위'라는 문언에 근거²⁹⁾하거나 또는 행위반가치의 상쇄³⁰⁾와 관련하여 정당방위의 주관

25) 하유, 앞의 논문, 92면.

26) 하유, 앞의 논문, 94면 참조.

27) 신동운, 앞의 책, 280-281면 참조.

28) 이 견해는 예컨대 사탕 몇 알을 훔쳐 도망가고 있는 경우와 같이 지극히 경미한 법익침해는 대부분 형법에 의한 불법인정이 의문스러운 행위이고 따라서 형법의 보충성이라는 차원에서 접근할 때 정당방위의 대상성을 부정한다. 그리하여 이러한 경미한 침해자에 대해 중상을 입히거나 살해하는 경우는 사회윤리적 제한이라는 기준이 없더라도 해결할 수 있다고 한다(배종대, 앞의 책, 356면 참조).

29) 배종대, 347-348면; 오영근, 앞의 책, 332면; 이정원, 앞의 책, 157면.

30) 신동운, 앞의 책, 266면; 정영일, 형법강의 총론, 학림, 2013, 173면.

적 정당화요소로서 '방위의사'가 요구된다고 설명한다. 이는 긴급피난에 있어서는 피난의사, 자구행위에 있어서는 자구의사의 요구와 같은 맥락이다.

한편 한국형법 입법자의 한 사람인 엄상섭 선생은 자구행위 등 위법성조각 사유는 객관적으로 볼 때 침해 상황에 있고 그에 대해 방어행위 또는 피난행위를 한 것이면 그로써 충분히 성립한다고 여겼다. 따라서 주관적 요소로서 방위의사, 피난의사, 자구의사 등이 없다고 하더라도 객관적인 침해상황이 존재하고 그에 대항하는 행위를 한 것이라면 정당방위, 긴급피난, 자구행위 등의 성립한다고 보아야 한다고 주장한 바 있다.³¹⁾

한국형법의 제정 당시는 '객관적인 것은 불법으로 주관적인 것은 책임으로'라는 명제로 그 특성을 표현할 수 있는 고전적 범죄체계의 영향 아래에 있던 시절이었다.³²⁾ 이후 목적적 행위론은 고의·과실의 이중적 지위 즉 구성요건 요소 및 책임요소로서 역할을 발견³³⁾하게 하였다.

고의는 행위자의 내부에 존재하는 것이므로 외부에서 직접 관찰될 수 없고, 따라서 고의의 내용은 외부로 드러난 구체적인 행위자의 행위, 행위수단·방법 등을 관찰하여 판단할 수밖에 없다. 객관적 제3자의 시각에서 관찰할 때 폭행행위, 협박행위, 상해행위 등 행위가 있으면, 폭행의 고의, 협박의 고의, 상해의 고의 등 주관적 요소도 아울러 존재하였던 것으로 통상의 경우 판단하게 된다.

주관적 정당화요소로서 '방위의사'를 요구하게 되면 비록 '정당방위로 나아갈 수 있는 객관적 전제상황이 존재'했다고 하더라도 방위의사가 없었다고 한다면, 정당방위의 성립이 부인된다. 따라서 이때 특정한 범죄구성요건에 해당하는 행위로서 위법하고 달리 특별한 책임조각사유가 발견되지 않는 한 범죄가 성립하게 된다. 다만 해당 범죄가 기수이나 미수이나에 대해 견해가 나뉠 수 있고, 객관적 정당화상황이 존재하였던 경우로서 결과불법이 없는 경우라고 보게 되면

31) 엄상섭/허일태·신동운(편), "긴급행위에 대한 시론", 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003, 127면.

32) 신동운, "효당 엄상섭 형법논집 해제", 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003, 322-324면 참조.

33) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht(11. Aufl.), ruyter & Co, 1969, 33-38면; 허일태, "형법상의 행위개념의 재구성", 형법연구 I, 부산: 세종출판사, 1997, 25-28면 참조.

미수범으로 논하게 된다. 형법은 기수범을 처벌하는 것을 원칙으로 하므로 미수범은 그에 대한 처벌규정이 있는 경우에 한하여 처벌된다(한국형법 제29조).

한편 정당방위의 성립에 주관적 정당화요소로서 방위의사를 요구하지 않는 견해에 의하면 정당방위로 나아갈 수 있는 객관적 정당화상황이 존재하면 위법성이 조각되어 불가벌이 된다. 주관적 정당화요소의 요구 여부는 객관주의와 주관주의의 경향과도 관련되는 것으로 보인다. 객관주의에 가까울수록 위법성조각사유의 인정에 있어서 객관적 정당화상황만을 요구하게 될 것이다. 사회가 평온하고 안정적일수록 객관주의로 흐르고 혼란할수록 주관주의로 가는 경향이 있다.³⁴⁾ 주관주의는 국가나 사회의 번영을 중시함에 비해 객관주의는 개인의 인권을 중시한다³⁵⁾는 측면에서 엄상섭은 절충적 객관주의 형법이론에 서있던 것으로 평가³⁶⁾된다. 위법성조각사유의 성립에 있어서 주관적 정당화요소 불요설은 바로 이러한 맥락에서 나온 것이다.³⁷⁾

(3) 정당방위의 법적 효과 : 한국형법상 '벌하지 아니한다'의 입법배경에 대한 소개³⁸⁾

1953년 제정된 현행 형법은 정당방위, 긴급피난, 자구행위 등 일련의 위법성조각사유에 대한 효과로서 '벌하지 아니한다'고 규정하고 있다. 그러나 엄상섭 위원은 정당방위, 긴급피난, 자구행위 등을 위법성조각사유로서 확실히 이해하였다.³⁹⁾ 그는 위법성조각사유라는 이론적 의미를 확연히 반영하려는 취지에서 그 법적 효과를 '죄가 되지 않는다'로 수정하고자 하였음을 형법요강해설에서 아래와 같이 적고 있다.

34) 허일태, “장도의 형법이론과 형법사상”, 인권과 정의 제380호, 대한변호사협회, 2008.4, 141면 참조.

35) 허일태, 위의 논문, 127면 참조.

36) 허일태, “엄상섭 선생의 형법사상과 형법이론”, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003, 281면.

37) 허일태, 위의 논문, 282면 참조.

38) 송진경, 형법 제23조 자구행위에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2009, 36-37면 참조.

39) 엄상섭/허일태·신동운(편), “긴급행위에 대한 시론”, 법조협회잡지 제1권 5호(1949년8월), 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003, 128면:

“위법성에 관하여는 정당방위, 정당한 업무행위 및 법령에 의한 행위, 긴급피난 등을 규정할 것인바 현행 형법⁴⁰⁾에서는 위법성이 없는 행위를 ‘벌(罰)치 아니한다’라고 규정하였으나 ‘죄로 안 된다’라고 하여서 그 이론상 근거를 조문상에도 반영시킬 것이고”⁴¹⁾

그 배경에는 1931년의 일본 개정형법가안 총칙이 구성요건에 해당하나 위법성이 조각되는 경우에 대해서는 ‘죄가 되지 아니한다’고 하고 구성요건에 해당하고 위법하지만 책임이 조각되는 경우에 대해서는 ‘벌하지 아니한다’라고 구별하고 있었던 점도 작용하였다.⁴²⁾ 이에 대한 구별은 牧野英一에게서 볼 수 있는데 그는 행위의 위법성은 객관적 위법과 주관적 위법으로 구별할 수 있다고 하면서 당시의 일본 형법은 그것을 구별하지 않고 모두 ‘벌하지 아니한다’라고 규정되어 있으나 객관적 위법이 결여되면 ‘죄가 되지 않는다’는 것으로 주관적 위법이 결여되는 행위는 ‘그것을 벌하지 아니 한다’라고 관념하고 있다.⁴³⁾

이 양자의 구별실익은 보안처분의 부과 여부의 차이에 있다. ‘죄가 되지 아니한다’는 법적 효과가 부여되는 경우에는 보안처분을 부과할 수 없지만 ‘벌하지 아니한다’는 효과가 부여되는 경우에는 보안처분을 과할 수 있다.⁴⁴⁾ 하지만 한국 입법자는 보안처분의 도입을 유보하면서⁴⁵⁾ 위와 같은 일본개정형법가안의 구별을 채택하지 아니하였다.⁴⁶⁾

40) 여기에서 현행 형법은 ‘의용 형법’을 말한다.

41) 엄상섭, “형법요강해설”, 법정 제3권 10호, 1948.10.(엄상섭/신동운·허일태(편), 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부(2003), 50~51면에 재수록.

42) 신동운 “공범론조문체계의 성립에 관한 연혁적 고찰”, 우범 이수성 선생 화갑기념논문집: 인도주의적 형사법과 형사정책, 서울: 동성사, 2000, 73~77면; 신동운, 형법제정 연혁에 비추어 본 전면개정의 필요성 -일본 개정형법가안과의 관련성을 중심으로-, 형사법 개정 연구 자료집, 법무부, 2008.12, 89~90면 참조.

43) 牧野英一, 刑法總論, 東京: 日本評論社, 1940, 140면 참조.

44) 牧野英一, 앞의 책, 140면; 신동운, “형법제정 연혁에 비추어 본 전면개정의 필요성” -일본 개정형법가안과의 관련성을 중심으로-, 형사법 개정 연구 자료집, 법무부, 2008.12, 89-90면 참조.

45) 엄상섭, “형법요강해설”, 법정 제3권 제10호, 1948.10.(엄상섭/신동운·허일태(편), 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교 출판부(2003), 55면; 신동운, “공범론 조문체계의 성립에 관한 연혁적 고찰”, 인도주의적 형사법과 형사정책(又凡 이수성 선생 華甲기념논문집), 서울: 東星社, 2000.12, 76면; 신동운, “제정형법의 성립경위”, 형사법연구 제20권, 한국형사법학회, 2003.11, 17-18면;

1931년의 일본개정형법가안은 이를 뚜렷이 구별하여 위법성조각사유에 대해서는 '죄가 되지 않는다'고 규정하였으나, 1949년 법전편찬위원회초안 및 1951년 정부초안, 1952년 국회 법사위수정안 그리고 1953년 국회를 통과한 형법전에서는 '벌하지 아니한다'는 것으로 규정되어 현재에 이르고 있다.⁴⁷⁾

(4) 과잉방위

한국형법은 방위행위의 상당성이 결여된 경우인 과잉방위에 대해 형의 임의적 감면을 규정하고 있으나, 중국형법은 형의 필요적 감면을 규정하고 있다. 한편 한국형법은 제21조 제3항에서 야간 기타 불안스러운 상황 하에서의 과잉방위에 대해 벌하지 아니하도록 규정하고 있으며 이때에는 책임이 조각됨을 의미한다고 이해된다.

2. 긴급피난에 대한 한·중 형법의 비교

한국형법 제22조 제1항은 피난행위에 의해 보호될 수 있는 법익으로서 '자기 또는 타인의 법익'을 규정하고 있다. 지배적인 학설은 이때 법익의 범위에 는 개인적 법익뿐만 아니라 사회적·국가적 법익도 긴급피난의 대상이 된다⁴⁸⁾고 새기고 있다. 그러나 국가경찰권이 제때에 투입되지 않는 법익보호의 사각지대에서 시민개인이 어떠한 국가적 법익을 형법의 보호법익을 침해하면서 보호할 수 있는 경우는 이른바 저항권(抵抗權)을 행사할 수 있는 상황 이외에는 없다는 점에서 국가를 위한 긴급피난 즉 국가긴급구조는 부정되어야 한다는 견해도 주장된다.⁴⁹⁾ 요컨대 한국형법상 국가나 사회를 위한 긴급피난

46) 신동운, "형법제정 연혁에 비추어 본 전면개정의 필요성" -일본 개정형법가안과의 관련성을 중심으로-, 형사법 개정 연구 자료집, 법무부, 2008.12, 89-90면 참조.

47) 신동운, "가인 김병로 선생의 범죄론체계와 한국형법의 총칙규정", 서울대학교 법학 제49권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2008.3, 23면 참고.

48) 신동운, 형법총론(제7판), 법문사, 2013, 298면; 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2012, 242면; 임웅, 앞의 책, 244면; 정영일, 앞의 책, 185면.

49) 배종대, 앞의 책, 376면. 같은 맥락에서 오영근, 앞의 책, 350면 참조.

의 허용 여부는 확설의 대립이 있다. 하지만 중국형법은 국가나 공공의 이익을 위한 긴급피난을 명시하고 있는 점에서 한국형법과 구별된다.

한국형법	중국형법
제22조(긴급피난) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다. ② 위난을 피하지 못할 책임이 있는 자에 대하여는 전항의 규정을 적용하지 아니한다. ③ 전조 제2항과 제3항의 규정은 본조에 준용한다.	제21조[긴급피난] 국가, 공공이익, 본인 또는 타인의 인신, 재산 및 기타 권리에 대한 현재 발생중의 위험을 막기 위하여 부득이 긴급피난행위를 취하는 과정에 손해를 초래한 경우에는 형사책임을 지지 않는다. 긴급피난이 필요한 한도를 넘어서 부당한 손해를 초래한 경우에는 형사책임을 져야 한다. 그러나 그 처벌을 감경하거나 면제하여야 한다. 제1항에서 본인의 위험방지에 대한 규정은 직무상, 업무상 특정책임이 있는 자에게는 적용되지 않는다.

한국형법 제22조 제2항의 '위난을 피하지 못할 책임 있는 자'는 군인·경찰관·소방관·의사 등 직무상 당연히 일정한 위난을 감수할 의무가 있는 자에 대한 긴급피난의 제한을 설정한 것이다.⁵⁰⁾ 이는 중국형법 제21조 제3항과 일맥상통하는 것으로 보인다.

한국형법 제22조 제3항은 과잉방위에 대한 임의적 형의 감면규정과 야간 기타 불안스러운 상태 하에서 과잉방위에 대한 책임조각을 준용하고 있다. 따라서 과잉피난에 대해서도 임의적 형의 감면, 야간 기타 불안스러운 상태 하에서의 과잉피난에 대해서는 책임조각이라는 법적 효과를 부여하게 된다.

중국형법 제22조 제2항은 중국형법 제21조 제2항의 과잉방위에 대한 것과 마찬가지로 필요적 형의 감면을 규정하고 있는 점에서 한국형법상 과잉방위나 과잉피난에 대한 임의적 형의 감면과 차이를 보이고 있다. 한편 중국형법은 한국형법에서 보는 바와 같은 야간 기타 불안스러운 상태 하에서의 과잉방위나 과잉피난에 대한 책임조각을 규정하고 있지는 않다.

50) 이재상, 앞의 책, 247면; 정영일, 앞의 책, 189면 참조.

3. 한국형법의 자구행위

한국형법 제23조는 자구행위라는 표제 하에 제1항에서 “법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “전항의 행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”라고 하여 과잉자구행위에 대해서도 형을 임의적으로 감면할 수 있도록 규정하고 있다.

정당방위와 긴급피난이 각각 현재의 부당한 침해와 현재의 위난을 전제조건으로 하여 법익이 침해되기 이전 즉 사전에 구제하는 행위라고 한다면, 자구행위는 침해가 종료한 이후에 청구권보전을 위한 사후적 구제행위라는 점에서 구별된다.

하지만 오늘날 각국 형법 가운데 명문의 위법성조각사유로서 자구행위에 대한 규정을 둔 입법례는 우리 형법 이외에는 찾아볼 수 없다. 따라서 현대 형법은 자구행위에 대한 규정을 두지 않는 것이 다수라고 할 때 수적인 측면에서만 본다면 우리 형법이 극히 예외적인 입법례라고도 할 수 있다. 그러나 형법상 자구행위 규정이 없는 입법례에서는 이른바 ‘사회적 상당성’⁵¹⁾이나 ‘법질서통일(Einheit der Rechtsordnung)’⁵²⁾ 이론에 의해 자력구제와 관련한 사안을 해결하고 있다. 즉 형법상 자구행위에 대한 명문규정을 들으로써 얻을 수 있는 실익의 하나는 형식적 측면에서는 형법상 자구행위에 대한 명문의 규정이 없는 경우에는 이론을 구성하거나 다른 법 영역에 있는 규정을 끌어올 수밖에 없으나, 명문의 위법성조각사유로서 자구행위에 대한 규정을 두면 해당 규정을 근거로 간명하게 해결할 수 있다는 점을 들 수 있다.

그러나 1953년 제정 형법의 시행 이후 2013년 현재까지 대법원판례가 자구행위를 긍정한 예는 없고, 다만 하급심판례로서 제주지방법원 판결⁵³⁾이 채권

51) H. Welzel, Das deutsche Strafrecht (11. Aifl.), Berlin: Walter de Gruyter, 1969, 55-58, 93, 328면 참조.

52) C. Roxin, Strafrecht AT 1(4. Aufl.), München: Beck, 2006, 577-578 및 613-615면; Jescheck·Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil(5. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot, 1996, 327, 341면.

자가 채무변제를 독촉하여 채무를 변제받고 정산한 잔액을 채무자에게 돌려준 사안에서 “채권자의 행위가 공갈죄의 갈취에 해당하지 않는다.”고 판단하여 그 취지상 자구행위를 긍정한 것으로 볼 수 있다. 또한 서울고등법원⁵⁴⁾이 과잉자구행위를 긍정한 바 있다.

4. 한국형법의 피해자의 승낙

한국형법 제24조는 ‘피해자의 승낙’이라는 표제 하에 “처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.”라고 규정하여 피해자의 승낙을 위법성조각사유의 하나로 명시하고 있다. 하지만 피해자의 승낙은 위법성조각사유의 배후정신인 ‘사회상규에 위배되지 아니’하여야 하는 한계를 가진다. 예컨대 갑과 을이 보험금을 편취할 목적으로 갑이 을의 승낙을 받아서 상해를 입게 한 경우에 사기죄와 함께 상해죄로 처벌⁵⁵⁾한 것을 볼 수 있다. 그 외에도 피해자의 승낙이 있다고 하더라도 축탁·승낙살인죄(한국형법 제252조 제1항), 축탁·승낙낙태죄(한국형법 제269조 제2항, 제270조 제1항) 등 범죄의 구성요건에 해당하는 경우 역시 위법성이 조각되지 않는다.

III. 마치며

2001년부터 2012년까지 한국 경찰청 통계를 보면 경찰관 1인이 담당하는 인구수는 해마다 줄어들고 있으며 2012년 경찰관 총수는 102,386명이고 1인당 담당인구는 498명이다.

53) 제주지방법원 1997. 4. 2. 선고 96노384 판결 【폭력행위등처벌에관한법률위반】(하집1997-1, 620)
54) 서울고등법원 2005. 5. 31. 선고 2005노502 판결 【특수강도·인질강도·감금치상·강요·점유강취】(각공2005, 1361)
55) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도9606 판결 【사기·특수절도·상해·사문서위조·도로교통법위반(무면허운전)】(미간행)

한국 경찰관 총수 및 1인당 담당인구 변화⁵⁶⁾

년도	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
경찰관	90,819	91,592	92,165	93,271	95,336	95,613	96,324	97,732	99,554	101,108	101,239	102,386
인구	526	527	523	519	513	510	509	504	498	492	501	498

언론보도에 따르면 2010년부터 112신고 운영체계가 3단계로 개편된 결과 긴급출동에 소요되는 시간이 5분 25초 이내로 되었으며, 이는 기존보다 1분 38초 단축된 것이라고 한다.⁵⁷⁾

112 신고 출동 소요시간⁵⁸⁾

구분 연도	범 죄 현 장 도 달 시 간 출 동 소 요 시 간				
	소 계	3분 이내	5분 이내	10분 이내	10분 이상
2001	3,143,484	2,005,148	910,657	185,655	42,024
2002	3,332,025	2,245,324	894,245	168,194	24,262
2003	3,755,008	2,073,797	1,119,017	455,674	106,520
2004	4,317,392	1,942,099	1,517,273	712,072	145,948
2005	4,617,895	1,962,526	1,818,065	722,508	114,796
2006	4,994,249	2,206,210	1,933,949	750,924	103,166
2007	5,720,761	3,097,842	2,100,028	492,430	30,461
2008	6,370,323	3,544,595	2,143,588	637,241	44,899
2009	6,334,272	3,645,442	1,896,623	700,804	91,403

위의 자료를 통해서 확인할 수 있는 것은 개인이 긴급 상황에서 경찰력에

56) 경찰청 통계자료실(<http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200188>)

57) 문화일보, "112 신고하면 5분 25초 안에 출동", 2010년 1월 1일자 참조. 해당 기사에 따르면 '코드 1'인 긴급출동의 경우 인명이나 신체, 재산 등을 보호해야 하는 사안으로 신속한 범인검거 등을 위해 즉각 현장으로 출동하게 되고, '코드 2'는 일반출동으로 코드1에 속하지는 않지만 현장조치가 필요할 경우로 한정되며, '코드 3'인 비출동은 불법주차, 생활소음, 단순불편 등 경찰소관 이외의 업무이거나 현장조치가 불필요한 단계로 관련기관에 통보하거나 안내하게 된다고 한다.

58) 경찰청, 경찰통계연보 2008(제52호), 2009.8, 106-107면 및 경찰청, 경찰통계연보(2011), 93면 참조.

의한 공력구제(公力救濟)를 받고자 하더라도 경찰이 현장에 도착하기까지는 짧게는 3분 길게는 10분 이상 소요된다는 점이다.

옛 학자는 “로마법상 자력구제는 공인시대, 금지시대, 그리고 제한시대라는 역사적 변천을 걸어왔다.”고 분석⁵⁹⁾하면서, 이러한 변천사를 통해 내릴 수 있는 결론은 “권리자가 재판상의 보호를 구하는 것이 불가능하여 행하는 긴급 제도로서의 자력구제는 어떠한 시대, 어떠한 법령에서도 항상 허용되었다는 사실을 확인하게 한다.”⁶⁰⁾라고 서술한 바 있다.

정당방위, 긴급피난, 자구행위는 개인이 급박한 상황에 처하였을 때 공권력이 아닌 개인의 힘으로 위기로부터 벗어나는 것이라는 측면에서 공통된다. 그렇다면 긴급한 상황 하에서 공권력이 아닌 자력(自力) 혹은 사력(私力)에 의한 구제라고 통칭할 수 있을 것이다.⁶¹⁾

결국 국가제도가 고도로 정비된다고 할지라도 개인이 위기에 처한 때 순간마다 국가가 경찰력 등을 동원하여 구제한다는 것은 불가능에 가깝다. 개인이 위기에 처한 바로 그 순간 경찰이 해당 장소에 있지 않는 한 개인은 자신의 힘으로 침해를 막아낼 수밖에 없다.

현재 한국형법과 중국형법이 위법성조각사유로서 긴급행위를 허용하고 있는 것도 바로 국가가 완벽하게 모든 위기상황으로부터 개인을 구제할 수는 없다고 하는 현실적 한계에 대한 자각에서 기인하는 것이 아닐까 한다. 다만 중국형법상의 무한방위제도는 범죄예방 및 범죄로부터 국민의 법익을 보호해야 할 국가의 책무를 일반시민에게만 전가할 수 있는 위험성을 내포하고 있기에 시급한 제도적 보완이 필요하다고 여겨진다.

59) 小野村胤敏, “刑法に於ける自力救済の研究”, 東京: 弘文堂書房, 1938, 20~44면.

60) 小野村胤敏, 위의 책, 44~45면.

61) ‘정당방위·긴급피난·자력구제는 틀림없이 자력에 의해 권리·이익을 확보하는 수단’이라고 하는 서술(小野村胤敏, 위의 책, 486면)도 같은 취지일 것이다. 강조는 본고에 의함.

참고문헌

1. 국내문헌

- 배종대, 형법총론(제11판), 홍문사, 2013.
- 신동운, 형법총론(제7판), 법문사, 2013.
- 오영근, 형법총론(제2판 보정판), 박영사, 2012.
- 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2012.
- 이정원, 형법총론, 신론사, 2012.
- 임웅, 형법총론(제4정판), 법문사, 2012.
- 신동운(편), 형사법령제정자료집(I) 형법, 한국형사정책연구원, 1990.
- 임상섭/허일태·신동운(편), 호당 임상섭 형법논집, 서울대학교 출판부, 2003.
- 허영, 헌법이론과 헌법(新2判), 박영사, 2008.
- 신동운, “가인 김병로 선생의 범죄론체계와 한국형법의 총칙규정”, 서울대학교 법학 제49권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2008.
- _____, “공범론조문체계의 성립에 관한 연혁적 고찰”, 우범 이수성 선생 화갑 기념논문집: 인도주의적 형사법과 형사정책, 서울: 동성사, 2000.
- _____, 형법제정 연혁에 비추어 본 전면개정의 필요성 -일본 개정형법가안과의 관련성을 중심으로-, 형사법 개정 연구 자료집, 법무부, 2008.
- 송진경, 형법 제23조 자구행위에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2009.
- 허일태, “객관적 귀속이론에 있어서 허용된 위협의 법리”, 형법연구Ⅱ, 동아대학교 출판부, 2004.
- _____, “장도의 형법이론과 형법사상”, 인권과 정의 제380호, 대한변호사협회, 2008.
- _____, “형법체계에 관한 소고”, 형법연구Ⅱ, 동아대학교 출판부, 2004.
- _____, “형법상의 행위개념의 재구성”, 형법연구Ⅰ, 부산: 세종출판사, 1997.
- _____, “형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 재조명”, 형법연구Ⅱ, 동아대학교 출판부, 2004.

하유, 한국·중국 정당방위제도에 관한 비교 연구, 경상대학교 대학원, 석사학
위논문, 2011.
경찰청, 경찰통계연보 (2008)
경찰청, 경찰통계연보(2011)

2. 외국문헌 및 번역서

C. Roxin, Strafrecht AT 1(4. Aufl.), München: Beck, 2006.
H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht(11. Aufl.), ruyter & Co, 1969.
Jescheck·Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil(5. Aufl.),
Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
Manfred Mäck/최석윤·이기헌(譯), 양형론, 한국형사정책연구원, 1997.
牧野英一, 刑法總論, 東京: 日本評論社, 1940.
小野村胤敏, “刑法に於ける自力救済の研究”, 東京: 弘文堂書房, 1938.

[Abstract]

A comparative study on Justifications between Korean and China Criminal Laws

Song, Jin-Kyung

a part-time instructor, Dong-eui University

An ancient scholar analyzed, “Self-help in the Roman law was initially authorized, in next step prohibited, in these days permitted in limited circumstances.” With this changes, the scholar came to the conclusion that self-help as a emergency measure was allowed all the time when a rightful

person can't apply for judicial protection.

Self-defense, necessity and self-help are the individual's emergency actions if the country could not help individual. Therefore, we can call these actions rescue by individual's power in emergency situations, by not governmental authority.

As a result, it is not possible that a state put in action the police power when an individual is at a crisis constantly although the system of state is complete. A person should stand on the defensive by oneself if not police is at the place when the person fall into crisis.

At present time, Korean criminal law and Chinese criminal law allow emergency actions as justifications. So, I think that the legislators of China and Korea are aware of practical limitations that the state can not help the person at the crisis all the time. However, the unlimited self-defence of China criminal code has a risk that the government imputes the government's responsibility for prevention of crimes and the protection of each individual person's legal interest from crimes to the people, and thus I think that the unlimited self-defence should be revised urgently.

Key words : Justifications, Unlimited Self-defence of China Criminal Code,
Emergency Action, the Government's Responsibility,
Protecting Legal Interest by Personal Power