

# 過剩防衛에 관한 研究\*

孫 德 權

(建國大學校 法科大學 副教授)

## < 目 次 >

I. 序	IV. 過剩防衛의 效果
II. 過剩防衛의 類型과 犯罪體系上 意味	1. 刑법 제21조 3항이 규정한 불가벌 효과의 법적성질과 근거
III. 內包的 過剩防衛의 成立要件	2. 제2항 임의적 형벌감면의 해석
1. 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해가 있을 것	3. 不可罰(免責) 效果의 適用範圍
2. 그 침해에는 現在性이고 不當할 것	V. 誤想過剩防衛의 문제
3. 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한행위일 것	1. 우리나라에서 특히 문제되는 法的 性質論
4. '상당한 이유'가 없을 것	2. 類型에 相應한 取扱
	VI. 맺는말

## I. 序

우리 형법 제21조 1항은 '자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다'고 규정하고 있다. 여기서 '자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위'는不正에 대한 正의 방위행위를 말하고, 여기서의 '상당한 이유'는 법익침해를 방위하기 위한 필요성(Erforderlichkeit) 및 요구성·허용성(Gebotenheit)이 충족된다는 것을 의미하며, 여기서 '벌하지 아니한다'는 위법성이 조각되기 때문에 범죄가 성립할 수 없으므로 결국 벌할 수 없다는 것을 의미한다. 이러한 내용을 가진 제21조 1항은 위법성조각을 위해 요구되는 객관적 정당화상황과 주관적 정당화 요소 및 상당성의 모두를 갖춘 소위 완전히 위법성이 조각되는 정당방위를 규정한 것이다. 이러한 정당방위에서 침해행위와 방어행위의 관계를 표현한다면, 침해는 不法 또는 不正인데 반하여 방어는 위법

\* 이 글은 건국대 교내연구비의 지원에 의해 작성된 '誤想·過剩防衛에 관한 研究'의 일부분이다. 다른 일부분은 '誤想防衛의 效果'라는 제목으로 형사법연구 제12호 115면 이하에 게재되었다.

성이 조각되는 (適)法 또는 正이다. 즉 정당방위의 상황에서는 不法 대 法(Recht gegen Recht) 또는 不正 대 正의 관계가 형성된다. 이러한 관계에서 “법은 불법에 길을 양보할 필요가 없다 (Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen)”는 것이 정당방위의 기본사상이다. 정당방위가 위법성이 조각되는 근거로는 2가지 원칙이 적용된다. 우선 정당방위에는 個人保護原則 (Individualschutzprinzip)이 적용된다. 이것은 타인의 위법한 침해로부터 스스로 자기법익을 보호·방위하는 것은 법적으로 허용된다는 원칙이다. 이 원리에는 정당방위를 개인의 권리로서 파악하는 면이 강한 것이다. 그러나 이 원리만으로는 자기법익의 보호와는 관계없는 제3자를 위한 정당방위를 근거지울 수 없다. 제3자를 위한 정당방위까지 근거지울 수 있는 것은 法守護原則 (Rechtbewährungsprinzip)이다. 이것은 피침해자의 자기방위가 동시에 일반적인 평화질서 내지 법질서를 지키는 것이므로 적법하다는 원리이다. 자기보호의 원칙과 범수호의 원칙이 상호 보완됨으로써 제3자를 위한 정당방위도 무리없이 인정될 수 있다.

本稿는 상기와 같은 특징을 지닌 정당방위 그 자체를 연구대상으로 삼으려는 것이 아니다. 오히려 상기한 정당방위의 파생형태에 해당하는 과잉방위와 오상과잉방위가 本稿의 주된 연구대상이 된다. 전자의 과잉방위(Notwehrexzeß)는 객관적으로 존재하는 정당방위의 상황에서 방위위사를 가지고 방어행위를 하였으나 상당성을 초과하는 경우를 말한다. 그리고 후자의 오상과잉방위(Putativnotwehrexzeß)는 행위자가 객관적으로 존재하지 아니하는 정당방위상황을 주관적으로 존재하는 것으로 착각하면서 방위행위(소위 오상방위행위)를 하면서 동시에 상당성을 초과하는 과잉방위를 하는 경우를 말한다. 전자의 과잉방위에 대하여 우리 형법은 그 형을 감경 또는 면제할 수 있는 임의적 형감경규정을 특별히 두고 있다(제21조 2항). 더 나아가 과잉방위행위가 야간 기타 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 필요적으로 벌하지 아니한다는 규정도 두고 있다(제21조 3항). 이러한 규정에 근거하여서 과잉방위의 경우에는 제21조 제2항(임의적 형벌감면)과 제3항(불가벌)이 정한 범효과의 법적 성질이 무엇이며, 벌하지 아니하는 실질적 근거는 무엇인가가 우선적으로 문제된다. 그리고 이에 대한 결론은 형법 제21조 3항의 불가벌 효과를 과잉방위의 여러 유형 중에서 어느 범위까지 적용할 수 있는가와 밀접하게 관련되어 있다. 예컨대 형법 제21조 3항의 불가벌 효과는 인식있는 과잉방위, 외연적 과잉방위, 제3자의 법익을 침해하는 과잉방위, 방위자 자신이 도발한 과잉방위 및 오상과잉방위의 경우에도 인정될 수 있겠는가? 이에 대한 대답도 본고의 주된 연구대상이 된다. 이상의 과잉방위와는 달리 오상과잉방위에 대해서는 우리 형법에 직접적인 법규정은 존재하지 아니한다. 그런데 독일 형법교과서에서는 이에 대하여 주로 불가벌적 과잉방위규정(우리나라 형법 제21조 3항에 해당하는 규정)의 적용가능성 여부가 다루어지는데 반하여, 우리나라에서는 오히려 오상과잉방위를 오상방위의 일종으로 볼 것인가 아니면 과잉방위의 일종으로 볼 것인가의 법적 성질론이 주로 다루어지고 있다. 본고는 우리나라에서 특별히 문제되는 이상의 문제점에 대해서 상세히 고찰하고자 한다.

## II. 過剩防衛의 類型과 犯罪體系上 意味

전형적 과잉방위는 객관적으로 존재하는 정당방위의 상황에서 주관적 정당방위의 의사를 가지고 방어행위를 하였으나 상당성을 초과한 경우를 말한다. 이것은 과잉방위의 유형을 內包的 過剩防衛와 外延的 過剩防衛로 나눌 때에, 전자의 내포적 과잉방위(intensiver Notwehrexzeß)에 해당한다. 예컨대, 집단구타를 당하는 자가 공포탄 발사로서 방어에 충분하지만 이를 초과하여 상대방을 향해 실사격하여 그들에게 치명상을 입히는 경우이다. 반면에 이에 대응하는 외연적 과잉방위(extensiver Notwehrexzeß)는 침해의 현재성 요건이 충족되지 않는 상태에서 방위행위를 한 경우를 말한다(時的 限界의 초과). 침해가 임박하지 않은 상태에서의 예방적 방위행위와 침해가 종료한 이후에 행하는 사후적 방위행위가 여기에 해당한다. 違法性(減少)과 관련하여 이야기 할 때의 과잉방위는 내포적 정당방위만을 의미하게 된다. 왜냐하면 외연적 정당방위는 아예 정당방위의 개념을 충족시켜주지 못하므로 위법성의 평가에는 거의 영향력을 발휘할 수 없기 때문이다. 그러나 책임평가의 단계에서는 외연적 과잉방위도 상당한 의미를 가질 수 있다. 왜냐하면 책임은 개인이 처한 구체적 상황에 대한 평가이기 때문이다. 따라서 과잉방위에 대한 책임감면 내지 형벌면제를 규정한 제32조 2항, 불가벌을 규정한 제32조 제3항의 적용여부와 관련하여서는 외연적 과잉방위도 일정한 역할을 할 수 있다. 즉 외연적 과잉방위가 과잉방위의 개념에 포섭될 것인가와 제32조 제2항과 제3항의 적용여부의 문제는 별개로 보아야 한다.

그리고 과잉방위의 유형은 인식있는 과잉방위와 인식없는 과잉방위로도 나눌 수 있다. 전자는 방위행위자가 정당방위의 한계를 초과하는 부분에 대해 인식한 경우를 의미하고, 후자는 그것을 인식하지 못한 경우를 의미한다. 양자는 범죄의 성립이 있는 경우에 고의범 또는 과실범 중에서 어느 것의 불법 및 책임을 인정할 것인가에 영향을 미친다. 그리고 인식없는 과잉방위의 경우는 당연히 제32조 제2항 및 제3항에 의한 임의적 형벌감면과 불가벌의 효과를 인정할 수 있겠으나, 인식있는 과잉방위의 경우에도 그러한 효과가 인정될 것인가에 대해서는 견해의 대립이 있다(이에 대해서는 후술함). 아래에서는 위법성의 단계에서 상당한 의미를 가지는<sup>1)</sup> 내포적 과잉방위의 성립요건에 대해서 먼저 살펴보기로 한다.

## III. 內包的 過剩防衛의 成立要件

### 1. 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해가 있을 것

1) 과잉방위에 대해서는 완전한 위법성조각은 불가능하지만 행위반가치와 결과반가치와 관련된 불법감소는 얼마든지 인정될 수 있다.

전형적인 과잉방위는 방위행위가 위법성조각을 위한 기타의 요건을 충족하면서 단지 그 정도(상당성)를 초과하는 것을 말한다. 따라서 전형적 정당방위가 되기 위해서는 적어도 정당방위상황에서의 방위행위 그 자체가 존재하여야 한다. 정당방위상황은 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해가 존재하여야 비로소 인정될 수 있다. 여기서 침해란 인간행태를 통한 법익에 대한 공격 또는 위협을 말한다. 여기에는 고의의 침해는 물론이고 과실에 의하거나 책임없는 행위에 의한 침해도 포함된다. 또한 작위에 의한 침해는 물론이고 부진정부작위범의 이론에 상응한 범위 내에서의 부작용에 의한 침해도 포함된다. 예컨대 퇴거불응자를 강제로 퇴거시키는 것이나 보증인지위에 있는 어머니가 아이에게 젖을 먹이지 않는 부작용에 대해 강제로 젖을 먹이게 하는 것도 정당방위상황에서의 행위가 될 수 있다. 그러나 단순히 민사상 채무를 이행하지 아니하는 부작용에 대해서는 정당방위가 불가능하다. 그리고 형법상 행위로서 평가할 수 없는 거동을 한 자도 여기의 침해자가 될 수 없다. 따라서 수면상태에서 공격적인 거동을 무의식적으로 행하는 자에 대해서는 정당방위가 인정될 수 없다(그러나 긴급피난은 가능함). 더 나아가 여기의 침해는 자기법익에 대한 침해는 물론이고 타인법익에 대한 침해도 포함된다. 그러나 여기의 침해는 사람의 침해에 한하고, 동물의 침해에 대해서는 정당방위상황이 인정되지 않는다(그러나 긴급피난의 상황은 인정될 수 있다). 다만, 사람에 의해 사주된 동물의 침해는 사람의 침해로 보아 정당방위의 상황이 될 수 있다.<sup>2)</sup> 그리고 법인(juristische Person)의 경우는 법인 그 자체는 침해자가 될 수 없고, 위법행위를 행하는 자연인만이 침해자가 될 수 있다. 그리고 결과불능행위(untauglicher Versuch)도 원칙상 여기의 침해가 인정될 수 없다. 따라서 자기를 쏘려는 자의 권총에 총알이 장전되지 않았다는 것을 이미 알고 있는 사람은 상대방을 되쏘아 죽이면서 정당방위를 할 수는 없다. 다만, 경우에 따라서는 주관적 착오에 의한 오상방위가 인정될 수 있는 것은 물론이고, 예컨대 상대방이 강도인 경우와 같이 비록 살인·상해에 관한 결과불능행위이지만 다른 범죄(강요죄, 강간죄)는 성립가능하므로 이때에는 완전한 정당방위상황도 인정될 수 있다.<sup>3)</sup> 그리고 싸움에 있어서는 공격과 방어가 서로 교차되기 때문에 한편의 행위만을 부당한 침해라고 하고 다른 한편의 행위를 방어라고 단정할 수 없으므로 원칙상 정당방위상황이 인정될 수 없다. 그러나 예컨대 싸움이 중지된 상태에서 한편이 갑자기 다시 공격하는 경우(대판 1957.3.8, 4290형상18)와 약속된 맨손싸움을 초과하여 한편이 살인의 흉기 등을 사용하여 공격하는 경우(대판 1968.5.7, 68도370)에서는 당연히 정당방위상황이 인정될 수 있다.

## 2. 그 침해에는 現在性있고 不當할 것

현재의 침해는 법익에 대한 침해가 임박한 상태에 있거나(예컨대 장전된 권총을 집어 드는

2) Samson, SK, § 32 Rn. 14

3) 이에 대해서는 Roxin, Lb. 3. Aufl., § 15 III 9

경우), 바로 발생하였거나, 아직 계속되고 있는 것을 말한다. 그리고 감금죄 및 주거침입죄와 같은 계속범(Dauerdelikt)에 있어서는 위법상태가 계속되는한 침해행위도 계속된다. 문제는 상태범(Zustandsdelikt)에서 형식적인 기수에 달한 후에 실질적으로 완료되지 않은 경우(예컨대, 법익침해가 현장에서 계속되는 경우)에도 현재성이 인정될 것인가에 있다. 예컨대, 절도자를 추적하여 재물을 탈취하기 위한 행위는 정당방위를 위한 행위가 될 것인가? 이에 대해서는 현재성을 부인하고 사후구제적인 자구행위상황만을 인정하는 견해도 있으나 다수설은 침해의 현재성, 즉 정당방위상황을 인정한다. 그리고 강요 또는 공갈을 위해 협박행위를 종료한 자에 대해서도 정당방위는 가능하다. 이 경우 협박행위가 이미 종료되었다는 것을 근거로 침해의 현재성을 부정하는 견해도 있으나,<sup>4)</sup> 종료된 협박행위에 의한 심리적 영향력은 계속되므로 침해의 현재성도 긍정되어야 한다.<sup>5)</sup> 이러한 범위 밖에 있는 과거의 침해나 장래에 나타날 침해에 대해서는 정당방위상황이 인정될 수 없다. 따라서 쟁투하다가 패주하는 피해자를 추격하여 그가 소지하였던 식도를 탈취하여 그를 찔러 죽인 행위는 정당방위라 할 수 없고(대판 1959.7.24, 4291형상556), 도둑맞은 다음날 길거리에서 만난 절도자를 구타하고 자기재물을 탈환한 경우에도 정당방위상황을 인정할 수 없다. 또한 장래의 침해를 예견하고 이를 방지하기 위하여 미리 상대방에게 방어행위를 하는 소위 예방적 방어행위에서도 정당방위상황이 인정될 수 없다. 따라서 남편의 계속적인 가정폭행에 시달리는 아내, 의붓아버지의 계속적인 성폭행에 시달리는 딸을 위하여 잠자고 있는 장래적 공격자에 대해 가해행위(살해행위)를 하였던 우리나라 사해에 대해서는 아예 정당방위상황이 없었던 것으로 평가하여야 한다.<sup>6)</sup> 참고로, 독일에서는 이러한 계속적 위험성(Dauergefahr)이 있는 경우에는 '현재의 위난'이라는 긴급피난의 상황은 인정된다(다만 긴급피난에 의한 위법성조각의 요건은 정당방위상황과는 달리 매우 까다롭다). 그러나 장래의 침해를 예견하여 예방도구를 장치하였을 뿐이고, 그 이후 실제로 침해행위가 있는 때에 비로소 그 도구가 작동한 때에는(예컨대 강도를 예방하여 미리 전류장치를 해 둔 것이 그 이후 강도침입자에게 비로소 작동하여 그를 상해케 경우에는) 정당방위상황이 인정될 수 있다. 왜냐하면 '현재성'의 판단기준은 예방방어의 조치시가 아니라 실제로 상대방의 공격이 이루어지는 때를 기준으로 하여야 하기 때문이다. 그리고 현재성의 판단기준은 피침해자의 주관이 아니라 객관적인 상황에 따라 결정된다.

다음으로 공격자의 행위는 부당하여야 하는데, 여기서 부당하다는 것은 범죄체계상 구성요건에 해당하고 違法하다는 것을 의미한다. 공격행위는 위법한 것으로 족하기 때문에 명정자, 정신병자 또는 유아의 침해에 대해서도 원칙적으로 정당방위상황이 인정된다. 반면에 정당방위, 긴

4) S./S./Lenckner, § 32 Rn. 16

5) Samson, SK, § 32 Rn. 22; Roxin, Lb, § 15 Rn. 28

6) 우리나라 김보은양 사건에서는 과잉방위도 부정되어야 한다(그러나 김보은양 사건에 대해 우리나라 대판 1992.12.22, 92도2540은 과잉방위라는 취지로 판시하였다). 왜냐하면 과잉방위가 인정되기 위해서는 적어도 정당방위상황 만큼은 충족되어야 하는데, 김보은양사건의 경우에는 침해의 현재성이라는 정당방위상황 자체가 부정되어야 하기 때문이다.

급피난 또는 징계권자의 징계권행사에 의한 침해는 위법한 침해가 아니므로 정당방위상황이 인정될 수 없다.

### 3. 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위일 것

여기의 정당방위능력있는(notwehrfähig) 법익에는 생명, 신체, 명예, 재산, 자유, 주거권 등 형법상의 법익은 물론이고 가족관계, 애정관계와 같은 비형법적 법익도 포함된다. 따라서 부부 사이의 성관계를 엿보는 자에 대한 정당방위가 가능하다. 다만, 야간에 사생활영역 밖에 속하는 공원에서의 애무행위는 정당방위에 의해 보호되는 법익이 될 수 없다(독일 BayObLG NJW 1962, 1782의 태도이기도 함). 또한 자기의 법익은 물론이고 타인의 법익에 대한 정당방위도 가능하다. 이와 같이 제3자를 위한 정당방위는 긴급구조(Nothilfe)라고 불리어진다. 그리고 사람이 가지는 동물사랑의 마음도 정당방위가 가능한 법익에 해당될 수 있으므로 동물학대(Tierquälereien)를 저지시키는 정당방위도 인정되어야 한다.<sup>7)</sup> 더 나아가 여기의 법익은 대부분 개인적 법익이 되겠지만, 국가적·사회적 법익의 경우에도 그것이 국가의 개별법익이라면 이에 대한 정당방위가 가능한 것으로 보아야 한다. 따라서 예컨대 국가소유의 건물 또는 물건에 대한 방화, 절도, 손괴에 대해서도 정당방위가 가능하다. 그러나, 전체로서의 국가질서 또는 사회질서에 해당하는 법익에 대해서는 개인이 정당방위할 성질의 것이 아니다. 예컨대 운전면허없이 자동차를 운전하거나 음란한 영화상영을 하는 자에 대해서 그들의 행위를 막기위하여 폭행하는 것은 정당방위로 허용될 수 없다. 다만 음주운전 또는 무면허운전으로 인하여 개인의 법익이 위협하게 된다면 정당방위의 대상이 될 수 있을 것이다.

다음으로 정당방위로서 위법성이 조각되기 위하여는 행위자에게 방위의사(Verteidigungswille)가 있어야 한다. 따라서 방위의사는 주관적 정당화 요소가 된다. 행위자에게 방위의사가 있는 한, 그것이 증오·분노·복수와 같은 다른 동기와 함께 작용하여도 정당방위가 인정될 수 있다. 그리고 방위행위는 순수한 방어적 방위인 보호방위(Schutzwehr)와 공격적 방위행위인 공격방위(Trotzwehr)로 나눌 수 있다. '싸움'의 경우는 원칙적으로 객관적으로는 방위행위로 볼 수 없고, 주관적으로는 방어의사가 있었다고 볼 수도 없다. 다만, 전술한 바와 같이 일방이 싸움을 중지한 상태에서 갑자기 공격하거나 싸움에서 당연히 예상되는 범위를 넘는 공격이 있는 경우에는 정당방위가 가능하다. 방어행위시 부수적으로 공격자 이외의 제3자에게 해를 끼친 경우에는 정당방위로 평가될 수는 없고 긴급피난만이 인정될 수 있을 뿐이다.

### 4. '상당한 이유'가 없을 것

7) S./S./Lenckner, § 32 Rn. 8; Roxin, Lb, § 15 VI 34

이상의 요건을 모두 충족하고 '상당한 이유'가 있는 방어행위는 완전히 위법성이 조각되는 정당방위가 된다. 반면에 '상당한 이유'가 없는 방어행위는 위법성조각이 불가능한 내포적 과잉방위가 될 뿐이다. 그런데 정당방위에서의 '상당한 이유'는 다음과 같은 내용을 담고 있다.

(1) 필요성(Erforderlichkeit)

정당방위는 不正 대 正의 관계이기 때문에, 正 대 正의 관계인 긴급피난과는 달리 보충성의 원칙과 균형성의 원칙은 적용되지 않는다. 정당방위에서의 상당한 이유는 우선적으로 침해된 법익에 대한 방위의 필요성이 있는 것을 요구한다. 방어의 필요성은 법익에 대한 침해 또는 위협성을 즉각적으로 확실히 배제하는데 효과있는 조치일 때에 인정된다. 예컨대 주거침입자가 집주인에게 들켜서 집밖으로 나가려는데 집주인이 그를 폭행하였다면 필요성이 충족되지 아니하는 방어행위를 한 경우이다. 왜냐하면 주거권침해를 방어하기 위하여 필요한 행위는 그 침해자를 밖으로 내 보내는 것인데, 이미 밖으로 나가는 자를 폭행하는 것은 주거권방어의 필요성이 없기 때문이다. 반면에 절도자를 추적하여 잡았으나 뿌리치며 다시 도망가려 하자 몸등이로 배를 때려 중상해를 입힌 사례에서 뿌리치고 도망가는 자에 대한 상해행위는 재물탈환의 필요성이 있는 경우이다. 그리고 법익침해에 대한 방어에 효과없는 것(예컨대, 도주하는 절도자에게 '서라'고 경고하는 것)은 정당방위를 위해 필요한 조치가 아니다. 그리고 방위행위로서 필요한 것으로 인정되면, 방어행위로 인해 상대방의 법익이 다소 중하게 침해되더라도 정당방위는 인정된다. 따라서 대법원은 '강제추행범의 허를 깨물어 혀절단상을 입힌 경우에도 정당방위가 성립할 수 있다'고 판시하였다.<sup>8)</sup> 다만, 방어에 효과있는 조치가 여러가지 있는 경우에는 가장 경미한 피해방법을 선택하여야 위법성조각의 정당방위가 인정된다. 그리고 필요성 여부는 객관적으로 판단하여야 한다. 이에 대해 우리나라 대법원은 '침해행위에 의하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급, 방어행위에 의하여 침해될 법익을 고려하여 구체적으로 방어행위가 사회적으로 상당한 것으로 인정할 수 있는 것이어야 한다'고 표현하고 있다.<sup>9)</sup> 이상의 필요성 요건을 갖추지 못한 방어행위는 과잉방위가 될 것이다.

(2) 요구성(Gebotenheit)

상대방의 불법한 현재의 공격에 대한 방위행위는 법익침해를 방어하기에 필요한 행위인한 보충성의 원칙 내지 이익교량의 원칙의 제한없이 위법성이 조각되는 것이 원칙이다. 그러나 법익침해를 방지하기에 필요성이 있는 방위행위라 하더라도 무제한으로 위법성의 조각을 허용할 수

8) 대법원 1989.8.8 선고, 89도358 판결

9) 대법원 1984.4.24 선고, 84도242 판결

없는 경우가 있다. 입법자는 원칙적으로 상당성의 범위내에서 불법에 대하여 강력하게 방어할 수 있는 권리를 피침해자에게 부여하였다. 그러나 다른 권리와 마찬가지로 정당방위에도 권리 남용금지의 원칙에 의한 제한이 내재한다. 따라서 정당방위의 모든 요건이 갖추어 졌더라도 정당방위의 기본원리인 법수호의 원리와 자기보호의 원리가 피공격자의 방어행위를 정당화할 수 없는 경우가 있다. 즉 정당방위의 권리는 단순히 법형식요건이 갖추어졌다고 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 일정한 사회윤리적 제한(sozialethische Einschränkung)을 받아야 한다. 이 점을 독일형법(제32조 1항)은 요구성·허용성(Gebotenheit)이라는 문구로서 규정하고 있는데 반하여, 우리나라에서는 다수설에 의해서 인정되고 있다. 정당방위권이 사회윤리적으로 제한되는 것으로 인정되는 영역은 다음과 같은 경우이다.

① 책임없는 자의 공격에 대한 방위행위

공격행위가 위법하기만 하면 -책임비난이 불가능하더라도- 그에 대한 정당방위권은 법적으로 인정된다. 따라서 유아·정신병자·명정자·회피불가능한 금지착오에 의하여 행위하는 자와 같은 책임없는 자의 침해에 대한 정당방위도 가능하다. 그러나 그 침해자가 정상적인 상태에 있는 자가 아니기 때문에 그에 대한 정당방위는 사회윤리적인 제한을 받는다는 것이 통설이다.<sup>10)</sup> 이 경우 구체적으로 다음의 3가지 제한을 받게 된다. 우선 피공격자는 자신에 대한 별다른 위험없이 회피가능하고 방어행위에 의해 공격자에게 중대한 손해를 입히게 될 때에는 일단 그 공격을 회피하여야 한다(ausweichen). 다음으로, 공격자에 대한 큰 피해없이 방어가 가능한 범위에서 제3자(경찰, 선생님 등)의 도움(fremde Hilfe)을 요청하여야 한다. 그러나 피공격자가 상대방의 공격에 대해 회피할 수도 없고 도움을 요청할 수도 없는 경우에는 그는 필요한 모든 -위법성이 조각되는- 방위행위를 할 수 있다.

② 피공격자에 의해 위법하게 도발된 공격에 대한 방위행위

상대방의 공격에 대하여 정당방위를 하는 자가 그 상대방의 공격을 스스로 위법하게 야기한 경우가 있다. 이러한 경우에 정당방위가 사회윤리적으로 제한되어야 한다는 것은 일반적인 견해이다. 그 제한에 대해서는 도발의 유형을 나누어 접근하여야 한다.

㉠ 意圖的 挑發(Absichtsprovokation)의 경우

의도적 도발이란 정당방위상황을 핑계삼아 공격자를 침해할 목적으로 그 공격을 유발하는 경우를 말한다. 의도적 도발에 의한 방위행위에 대해서는 단지 회피의무와 경한 침해의 감수의무

10) 단지 Spendel(in: LK, 11. Aufl., § 32 Rn. 309)은 어떠한 정당방위의 제한도 부정한다.

만 부과될 뿐이고 그것을 초과하여 정당방위권이 완전히 부정되는 것은 아니라는 견해,<sup>11)</sup> 정당방위권 그 자체는 항상<sup>12)</sup> 또는 회피가능성이 없는 경우에 한하여<sup>13)</sup> 인정하면서 도발자를 소위 원인에 있어서 불법한 행위이론(actio illicita in causa)에 의하여 결과에 대한 고의범으로 처벌하려는 견해, 정당방위권을 전면적으로 인정할 수 없다는 것이 견해(다수설) 등이 대립된다. 그리고 다수설의 근거로서는 여러 가지가 제시되고 있다. 예컨대, 도발한 외관상 방어행위자가 오히려 고유한 공격자(eigentlicher Angreifer)에 해당한다는 견해,<sup>14)</sup> 승낙에 유사한 법익보호의 포기(einwilligungsähnliches Verzicht auf Rechtsgüterschutz)가 있다는 견해,<sup>15)</sup> 방위의사는 없고 공격의사만 있다는 견해<sup>16)</sup> 등은 아예 정당방위의 전제조건 그 자체를 부정하고 있다. 그러나 다수견해는 권한남용(Rechtsmißbrauch)을 근거로 의도적 도발자의 정당방위권을 부정한다.<sup>17)</sup> 즉, 방어행위를 의도적으로 남용하는 자는 정당방위권 근거의 하나인 법질서의 대변자 또는 보장자로서의 자격을 상실하는 것은 물론이고, 또 다른 정당방위권의 근거가 되는 자기보호의 이익도 인정될 수 없다는 것이다.

생각건대, 의도적 도발의 경우에도 회피가능성이 없다면 정당방위권이 유지된다는 견해는 우선적으로 설득력이 없다. 왜냐하면 의도적 도발에 의한 방위상황은 도발자 스스로 그 상황을 조작하여 이루어 낸 회피된 결과이기 때문에 근본적으로 회피가능성이 없다는 개념은 이 경우 인정될 수 없기 때문이다. 그리고 원인에 있어서 자우로운 불법행위의 이론은 동일한 방어행위를 한편으로 적법하다고 평가하면서 동시에 위법하다고 평가하여 이론상 모순되는 것이므로 역시 설득력이 없다. 따라서 의도된 도발의 경우에 권한남용을 근거로 정당방위권을 완전히 부정하는 견해가 가장 설득력이 있다.

### ㉠ 책임있는 도발의 경우

책임있는 도발이란 공격자를 침해할 목적으로 유발하는 의도적 도발은 아니나 유발자에게 고의 또는 과실의 책임이 있는 경우를 말한다. 가장 전형적인 도발은 방어자가 먼저 모욕하는 경우이다. 모욕행위에 대해 상대방이 공격하는 것은 정당방위에 해당하지 아니하는 위법한 공격이 된다. 왜냐하면 모욕은 말을 함으로써 이미 과거의 침해가 되어 정당방위의 대상되는 현재성이 없기 때문이다. Bockelmann은 방어자의 도발이 있는 경우에도 어떠한 정당방위권의 제한이 있어서는 안된다는 견해를 취하지만,<sup>18)</sup> 대다수의 학자들은 정당방위권의 사회윤리적 제한을 인

11) Jescheck/Weigend, AT, § 32 III 3 a; S./S./Lenckner, § 32 Rn. 57

12) Schmidhäuser, StuB AT, 2. Aufl., 6/83; Baumann, AT, 8. Aufl., § 21 I 3b

13) S./S./Lenckner, § 32 Rn. 57; Haft, AT, 6. Aufl., 81

14) Blei, AT I, 18. Aufl., S. 144; Wessels, AT, 23. Aufl., § 8 V 3

15) Maurach/Zipf, AT I, 26/43

16) Blei, AT I, S. 144; Geilen, AT, 5. Aufl., S. 96; LK-Hirsch, Rn. 62 vor § 32

17) 예컨대, Roxin, Die "sozialethische Einschränkungen" des Notwehrrechts, ZStW 93(1981), S. 87; Rudolphi, SK, § 32 Rn. 27; BGH MDR 1954, 335.

18) Bockelmann, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Honig-FS, S. 19

정한다. 다만, 책임있는 도발의 경우에는 의도적 도발의 경우와는 달리 정당방위가 전적으로 부정되는 것은 아니다. 이 경우 정당방위를 인정할 것인가 또는 어느 범위까지 인정할 것인가에 대하여 다양한 견해가 제시된다. 소위 「원인에 있어서 불법한 행위이론(actio illicita in causa)」에 의하면 이 경우 정당방위행위 자체는 위법성이 조각되나 불법한 원인행위는 위법성이 인정된다.<sup>19)</sup> 이것은 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우 원인이 자유로우면 책임무능력상태하의 범죄행위를 처벌하듯이, 원인이 불법하면 위법성조각상황하의 방위행위도 처벌하여야 한다는 이론이다. 이 경우의 방위행위에 대한 처벌은 원인행위가 고의이면 방위행위도 고의범이 되고, 원인행위가 과실이면 방위행위도 과실범이 된다고 한다. 그러나 이 견해는 전술한 바와 같이 설득력이 없다. 따라서 대부분 유책적 도발의 경우에도 권리남용(Rechtmißbrauch)의 이론에 기초하고 있다. 이 경우 Roxin(ZStW 93, 1981, 87)과 Rudolphi( SK, § 32 Rn. 27)는 고의적 도발의 경우에는 의도적 도발과 같이 정당방위권을 부정할 정도의 권리남용에 해당된다고 한다. 다만 미필적 고의와 과실있는 도발의 경우에만 제한적 정당방위권을 인정할 수 있을 뿐이라는 것이다. 그 제한의 내용은 도발한 방어자에게 회피의무(BGHSt 24, 358; 26, 145), 단순한 보호방위의 의무, 경미한 피해감수의 의무가 있으나(BGHSt 26, 145), 도발한 방어자에게 중대한 피해위험이 존재하는 경우에는 완전한 방어권이 회복된다는 것이다(BGHSt 26, 257). 문제는 정당방위권이 제한되기 위해서는 그 도발행위가 반드시 법적으로 위법하여야 하는지 아니면 사회윤리적으로 반가치적인 것만으로(예컨대 상대방을 무시하는 손가락질, 일방적으로 창문을 활짝 열어 상대방을 무시하는 태도 등) 족한지가 문제된다. 양자 중에서 법적으로 위법한 도발행위에 한하는 전자가 타당하다고 생각한다.<sup>20)</sup> 왜냐하면 사회윤리적으로 반가치적이라는 모호한 개념으로 법적 권리가 좌우되어서는 안되기 때문이다. 여하튼, 위법하지도 않고 사회윤리적으로 정당화되는 도발에 근거한 공격에 대한 방위행위는 정당방위로서 인정되어야 한다. 예컨대 정치집회에서 상대방을 공격하는 언어는 위법하지 않은 정당한 행위이므로 이로 인하여 상대방이 공격할 때에는 정당방위가 가능하다고 보아야 하고, 채무불이행도 사회윤리적으로 비난되는 것이 아니므로 정당방위권의 제한은 인정될 수 없다(BGHSt 27, 337).

㉔ 긴밀한 인적관계에 있는 자(예컨대 배우자)의 침해에 대한 방위

부부나 가족과 같은 긴밀한 인적 관계에 있는 사람 사이에는 상호간에 상대방의 법익을 보호하여야 할 보증의무를 지게 된다. 이러한 경우 어느 일방이 공격을 한다면 상대방은 자기에게 허용되는 정당방위권을 타방에 대해 지는 법익보호의 의무를 조정하는 범위내에서 행사할 수

19) Baumann, Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962, S. 350; Lenckner, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, S. 299; Schröder, Anmerkung zur BGH, JR 1962, S. 187

20) Roxin, in: ZStW 93(1981), S. 89 ff.; S./S./Lenckner, § 32 Rn. 59; Samson, SK, § 32 Rn. 54; Herzog, NK, § 32 Rn. 121; Maurach/Zipf, AT/1, 26/46; Otto, Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht usw., in: Würtemberger-FS, 1977, S. 145; BGHSt 24, 359

있다. 따라서 보증관계있는 자 사이의 정당방위권은 상호간의 연대의무(Solidaritätspflicht)가 해체되지 아니하는 한에서는 사회윤리적으로 제한되어야 한다. 특히 생명의 위험을 야기하는 방어행위는 제한되어야 한다. 그러나 연대의무가 해체되는 경우에는 정당방위권은 아무런 제한 없이 행사될 수 있다. 연대의무가 해체되는 경우는 크게 2가지를 들 수 있다. 하나는 의사의 수술을 요할 정도의 중한 법익에 대한 침해가 있을 때이다. 이 경우 상대방은 중한 법익침해의 위험을 감수할 의무는 없다. 그리고 여성은 비록 경한 법익침해이더라도 계속적인 학대행위를 감수할 의무는 없다.

㉔ 극히 경미한 침해에 대한 방위행위

원칙적으로 정당방위에 의한 위법성조각에는 이익교량의 원칙이 적용되지 않는다. 즉 경미한 법익을 지키기 위하여 그 보다 중요한 법익을 희생시키며 정당방위를 할 수도 있는 것이 원칙이다. 그러나 양법익 사이에 현저한 불균형이 있을 때에는 정당방위로 위법성이 조각되어서는 안된다. 예컨대 과일밭 주인이 수많은 과일 중에서 한개를 따서 도망치는 학생을 추적하다가 놓칠 위기에 있자 총을 쏘아 다치게 하였다면 정당방위로 위법성이 조각되지 않는다.

#### IV. 過 剩 防 衛 의 效 果

우리 형법 제21조 2항은 방위행위가 상당성을 초과한 경우, 즉 과잉방위(Notwehrexzeß)의 경우에는 완전한 위법성조각은 불가능하고 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있을 뿐 이라고 규정하고 있다. 그리고 과잉방위행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 필요적으로 별하지 아니한다(제21조 3항). 즉 제3항이 정한 공포·경악·당황과 같은 심약적 충동(asthetischer Affekt)에서<sup>21)</sup> 행위한 과잉방위는 불가벌이라는 것이다. 그런데 여기서(제3항) '별하지 아니한다'는 것의 법적 성질이 무엇이며, 별하지 아니하는 실질적 근거는 무엇인가? 그리고 제2항의 형벌감면의 법적 성질과 근거는 무엇인가? 이에 대해서 살펴보기로 한다.

##### 1. 형법 제21조 3항이 규정한 不可罰 效果의 法的 性質과 根 據

형법 제21조 3항의 '별하지 아니한다'는 불가벌효과에 대해 국내의 일부견해는 공포·경악·당황과 같은 심약적 충동요소가 충족되는 경우에 행위자에게 적법행위의 기대가능성이 없어서 책

21) '흥분'은 오히려 공격성향적 충동(sthenischer Affekt)에 해당하므로 우리 형법이 그것을 심약적 충동상태의 하나로 규정하는 것은 입법상 실수라는 견해로는 김일수, 한국형법 II, 142면

임이 조각되는 것으로 이해한다.<sup>22)</sup> 그리고 독일에서는 우리형법 제21조 3항에 해당하는 조문(즉, 독일형법 제33조)에 대해 종래 인적처벌조각사유를 규정한 것으로 이해하기도 하였다. 그러나 현재 독일의 통설은 이에 해당하는 규정을 면책사유(Entschuldigungsgrund)로 이해한다. 우리나라에서도 형법 제21조 3항의 형벌포기를 면책사유라고 보는 견해가 등장하고 있다.<sup>24)</sup> 생각건대, 공포·경악·당황과 같은 심약적 충동 그것만으로 적법행위에 대한 기대가능성이라는 책임실질을 완전히 조각할 수 있는 사유가 된다면 그러한 상태에서 행위한(과잉방위자 아닌) 일반 범죄자의 경우도 마찬가지로 완전히 책임조각되어야 할 것이다. 그러나 입법자는 이러한 결론을 결코 바라지 않을 것이다. 따라서 심약적 충동상태가 달리 행위할 수 있다는 의미의 책임 그 자체를 완전히 조각한다는 견해는 설득력이 없다. 그리고 독일에서 종래 주장되었다는 인적 처벌조각사유설도 우리나라에서는 범형식의 측면에서 좌절될 수밖에 없다. 왜냐하면 우리나라에서 인적 처벌조각사유는 ‘형을 면제한다’는 형식으로 표현되는데 반하여, 제21조 3항과 같은 ‘벌하지 아니한다’는 표현은 범죄성립 자체를 부정하는 것으로 사용되기 때문이다. 책임 그 자체가 완전조각되지 않으면서 불가벌적인 경우를 설명할 수 있는 것이 바로 독일의 통설인 면책사유설이다. 문제는 형벌포기(면책)를 가능하게 하는 실질적 근거가 무엇인가에 있다. 이에 대해서는 독일에서도 견해가 나누어진다. 많은 학자는 면책효과의 실질적 근거를 불법 및 책임의 이중감소에서 찾는다. 이에 대해 Rudolphi는 다음과 같이 설명한다.<sup>25)</sup> 과잉방위도 일부분에 있어서는 법익침해를 방위한 것이기 때문에 과잉부분의 결과반가치에 대응하는 結果價値(Erfolgswert)를 창출하였다. 그리고 행위자의 주관적 의사도 과잉부분에 대해서는 타인법익의 침해에 지향되었지만, 비초과부분에 있어서는 자기법익의 보호와 불법에 대한 범수호에 지향되어 있다. 즉 과잉방위의 경우에는 행위반가치도 감소된다. 이러한 불법감소에 더하여 심약적 충동상태라는 책임감소사유가 결합하게 되면 면책될 수 있다. 특히 Rudolphi는 당황·공포·경악과 같은 심약상태의 존재 이외에 바로 과잉방위에 내재하고 있는 불법감소가 형벌포기(면책)를 가능케 하는 결정적 표지가 되는 것으로 본다. 그러나 Roxin은 -과잉방위에 내재하는 불법감소를 면책의 주된 결정요인으로 강조하는 Rudolphi와는 달리- 일반예방과 특별예방의 형벌목적에 비추어 본 처벌의 필요성이 면책여부를 결정하는 주된 근거가 되는 것으로 본다. 이러한 형벌목적에 비추어 불가벌이 되는 경우를 그는 달리 행위할 수 있다는 의미의 책임개념과 구별되는 형벌책임성(Verantwortlichkeit; 기타 答責性, 罰責性 등으로 번역된다)이 부정되는 것으로 본다. 심약적 충동에서의 과잉방위에 대해 이를 부정하는 Roxin의 근거는 다음과 같다.<sup>26)</sup> 그 자신 위법한 공격의 희생자가 될 처지에 있고 당황·공포·경악과 같은 심약상태에서 법률을 위반하는 자는 이미 ‘사회적으로 통합된 시민(ein sozial integrierter Bürger)’이기 때문에 특별예방의 관

22) 이재상, 형법총론, 211면; 박상기, 형법총론, 186면

23) 이를 소개한 김일수, 한국형법 II, 139면

24) 김일수, 한국형법 II [총론 하], 139면; 손해득, 형법총론, 463면

25) 아래의 논지는 Rudolphi, SK, § 33 Rn. 1

26) 아래의 논지는 Roxin, Lb(AT), § 22 Rn. 69

점에서 형벌을 가할 필요성은 나오지 않는다. 그리고 심약적 충동상황에서 행하는 약자범죄(Schwächedelikt)에 대해 형벌을 가하지 않아도 범죄모방은 되지 않으며, 자기 스스로 귀책사유 있는 공격자에 대해 피공격자가 방어하는 것은 법평화의 동요를 야기하지도 않는다. 이 점은 일반예방적 관점에서도 형벌부과의 필요성을 부정하는 근거가 된다. 이상의 Rudolphi와 Roxin이 제시하는 면책결정의 실질적 근거는 불가벌(면책) 규정의 적용범위와 관련하여 결론의 차이를 나타내게 된다(후술함).

## 2. 제2항 임의적 형벌감면의 해석

제3항에 해당하지 아니하는 과잉방위에 대하여 우리 형법은 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있는 임의적 형감면사유로 규정하고 있다(제21조 2항). 이의 법적 성질(근거)에 대하여는 위법감소·소멸설, 책임감소·소멸설<sup>27)</sup>, 위법성·책임 감소·소멸설<sup>28)</sup> 등이 있다. 우선, 제2항의 형면제효과의 근거에 대해 그것이 위법성이든 책임이든 '소멸'이라는 용어를 사용하는 것은 적절치 않은 것으로 판단된다. 왜냐하면 위법성이 소멸하거나 책임이 소멸하면 범죄가 성립되지 않고, 이 경우 우리나라 입법자는 '벌하지 아니한다'는 용어를 사용하기 때문이다(재판은 무죄판결). 그럼으로 제2항의 형벌면제는 위법성 또는 책임의 '소멸' 때문이 아닌 것은 명백하다. 다음으로, 제21조 2항에서 형벌감면의 방향으로 '일반적으로' 작용하는 실체가 있다면 그것은 위법성의 감소만일 것이다. 왜냐하면 전술한 바와 같이 과잉방위도 정당방위상황의 존재를 전제로 방위의사를 가지고 행위하기 때문에 적어도 불법감소는 있기 때문이다. 반면에 단순히 상당성을 초과하는 과잉방위라는 것만으로 책임을 감소시키는 사유가 일반적으로 나오지는 않는다. 오히려 책임요소는 구체적 상황에서 행위자가 달리 행위할 수 있는가의 표지에 의하여 결정된다. 과잉방위의 실제사례에서는 이러한 책임요소가 많이 작용할 수 있을 것이다. 여기에는 제3항이 규정하고 있는 불안·공포·경악과 같은 심약적 충동도 있을 수 있고, 복수·분노·이기심 등과 같은 공격적 충동도 있을 수 있다. 전자의 경우는 형벌감경적으로 작용하겠지만, 후자는 오히려 형벌가중적으로 작용할 것이다. 이것을 제21조 2항은 '정황에 의하여---'라는 문구로 표현하였을 것이다. 결국 제21조 2항에서 말하는 임의적 형감면은 다음과 같이 해석할 수 있을 뿐이다: 법원은 과잉방위자에 대해 -형법 제21조 3항의 불가벌 요건을 충족하지 못하는 경우에- 과잉방위에 내재하는 일반적인 불법감소사유를 전제로 하여, 실제사례에서 정황에 따라 작용할 수 있는 책임요소, 일반예방과 특별예방의 형벌목적사상 등의 모든 양형사유를 종합적으로 평가하여 형감경요소가 우세하거나 형벌필요성을 부정할 만큼 현저한 경우에는 형을 감경 또는 면제까지 할 수 있다.

27) 이재상, 형법총론, 210면; 배종대, 형법총론, 307면; 이형국, 총론연구 I, 303면; 박상기, 형법총론, 185면

28) 정성근, 형법총론, 1996년, 269면; 차용석, 형법총론강의 I, 605면

### 3. 不可罰(免責) 效果의 適用範圍

#### (1) 인식있는 과잉방위의 경우

독일의 소수설과 우리나라의 일부견해는<sup>29)</sup> 행위자가 허용된 방위범위를 의식적으로(=고의로) 초과한 때에는 독일 형법 제33조와 우리 형법 제21조 3항에 의한 면책은 인정될 수 없다고 한다. 불가벌규정은 무의식적 초과の場合에만 행위자가 면책을 가능하게 하는 당황·경악·공포 등으로 인하여 방어행위를 하였다고 평가할 수 있을 뿐이고, 고의적 초과의 경우에는 이러한 평가를 할 수 없다는 것이다. 소수설에 의하면, 고의의 과잉방위자는 물론이고 인식있는 과실의 과잉방위자도 형법 제21조 3항의 면책효과를 원용할 수 없게 된다. 그러나 형법 제21조 3항의 불가벌근거는 전술한 바와 같이 당황·공포·경악으로 인하여 규범에 합치되는 의사결정이 곤란하다는 것뿐만 아니라 행위자가 행위당시에 현재의 위법한 침해를 일부방위하였다는 불법감소의 사유에도 있다. 그런데 고의적 과잉방위의 경우에도 이러한 불법감소사유와 당황·공포·경악과 같은 책임감소사유가 존재하게 된다. 따라서 불가벌규정은 의식적 과잉방위에도 적용되어야 한다.<sup>30)</sup> 만약 이를 부정한다면 제21조 3항의 면책사유는 인식없이 과잉방위를 한 자(즉 과잉부분에 관한 인식없는 과실범)에게만 적용되어야 한다. 그런데 심약적 충동상태에서 인식없이 과잉방위를 함으로써 창출된 과실범의 불법은 굳이 제21조 3항의 원용없이도 판례가 인정하는 기대불가능성(Unzumutbarkeit)의 이론에 의해서 처벌되지 않는다. 즉 형법 제21조 3항의 규정이 인식없는 과잉방위자(즉, 과실범)에만 적용된다면 동규정은 별 필요없는 입법이 된다. 이러한 관점으로부터도 제21조 3항의 면책효과는 인식있는 과잉방위자(특히 고의범)에게도 그 요건을 충족하는한 적용되어야 한다는 결론이 나온다. 다만, 방위자가 적개심을 가지고 냉혈적으로 인식있는 과잉방위를 하였다면 심약적 충동을 요하는 제21조 3항의 요건을 아예 충족시킬 수 없기 때문에 그는 면책될 수 없을 것이다. 독일의 다수설과 판례도<sup>31)</sup> 우리 형법 제21조 3항과 같은 불가벌적(면책적) 과잉방위에 대하여 인식없는 과잉방위의 경우는 물론이고 인식있는 과잉방위의 경우에도 성립가능하다고 한다. 그리고 심약적 충동상태에서 인식있는 과잉행위를 할 수 있다는 것은 이론상 모순이 아니라고 한다.<sup>32)</sup>

#### (2) 外延的 過剩防衛의 경우

제21조 3항의 불가벌(면책)효과는 객관적인 정당방위위상황이 실제로 존재한 내포적 과잉방

29) 이재상, 형법총론, 211면

30) Rudolphi, SK, § 33 Rn. 4

31) RGSt 21, 189; 56, 33; BGHSt NStZ 1987, 20; 1989, 474

32) Kuhl, Lb(AT), 1994, § 12 Rn. 148(S. 398)

위의 경우에 적용되는 것은 당연하다. 문제는 침해의 현재성이라는 시적 한계를 초과하는 외연적 과잉방위의 경우에도 동일하게 적용할 수 있는가에 있다. 위법성(조각)과 관련하여 이야기 할 때의 과잉방위는 내포적 정당방위만을 의미하게 된다. 왜냐하면 외연적 정당방위는 아예 정당방위의 개념을 충족시켜주지 못하기 때문이다. 그러나 책임(내지 형벌필요성)과 관련하여 이야기 할 때의 과잉방위는 외연적 과잉방위도 포함시킬 수 있다. 왜냐하면 외연적 과잉방위의 경우에도 똑같이 야간 기타 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인하여 행위 할 수 있고 이 경우 형벌책임성이 있는가의 문제가 대두되기 때문이다. 이에 대하여 면책의 근거로서 객관적 정당방위상황의 존재에 의한 불법감소를 중요시하는 Rudolphi는 외연적 과잉방위에 대하여 원칙적으로 면책가능성을 부정한다(또한 독일판례 및 다수설의 태도). 왜냐하면 외연적 과잉방위는 불법을 감소시키는 객관적 정당방위상황 그 자체가 충족되지 않기 때문이다. 그러나 면책의 근거로서 불법감소사유의 존재여부 보다는 특별예방 및 일반예방에 기한 형벌필요성을 더욱 중요시하는 Roxin은 심약적 충동에서 나오는 외연적 과잉방위에 대해서도 면책효과를 인정할 수 있다고 한다.<sup>33)</sup> 왜냐하면 예방적 형벌필요성이라는 관점에서 보면 내포적 과잉방위와 외연적 과잉방위 사이에는 차이가 없기 때문이라고 한다. 즉 심약적 상태에 있는 어떤 자가 방어에 필요한 것 이상으로 무작정 두 번 내려치는 것(내포적 과잉방위)과 한차례 내려쳐 방어한 후(즉 방위상황의 종료후)에 또 한 번 내려치는 것(외연적 과잉방위) 사이에는 형사정책적 관점에서 동일하다는 것이다. 다만, 외연적 과잉방위에 대해서 면책의 효과를 부여하기 위해서는 반드시 심약적 충동요건을 충족하여야 하는데, 이것은 시적 한계의 초과가 크지 않아야 인정될 수 있다. 따라서 상대를 바닥에 넘어뜨려 방어행위를 종료한 후 어느 정도 시간이 지나서 또다시 외연적 과잉방위를 한 자에 대해서는 아예 당황·공포·경악과 같은 심약적 충동요건이 부정된다고 한다. 생각건대, 외연적 과잉방위에서는 면책효과를 부정하는 Rudolphi의 견해가 타당한 것으로 생각한다. 외연적 과잉방위에는 정당방위상황 그 자체가 부정되므로 불법감소의 사유가 나오지 않기 때문이다. 다만 형벌부과가 불필요한 것으로 Roxin이 제시하는 상기한 특수 사례는 우리나라에서는 형법 제21조 2항의 임의적 형벌감면으로 처리하면 될 것이다.

### (3) 제3자의 법익을 침해한 경우

과잉방위자가 자기를 공격하는 상대방 이외에 제3자의 법익을 침해하였을 때에도 면책적 과잉방위규정이 유추적용될 수 있는가가 문제된다. 예컨대 불법한 공격자에 대해 방위자의사로서 권총을 발사하였는데, 옆에 있는 다른 사람이 맞은 경우에 방위자가 행위시 심약적 상태에 있었다면 면책적 과잉방위규정이 적용될 수 있는가에 있다. 생각건대, 이 경우 제3자는 불법한 공격을 한 자가 아니므로 그에 대한 행위는 실은 不正대 正의 과잉정당방위가 아니라 正대 正의 과

33) Roxin, Lb(AT/I), § 22 Rn. 88 ff.

잉긴급피난이 될 뿐이다. 이에 대해서 독일의 통설은 형법 제21조 3항과 같은 면책규정은 이러한 경우를 포섭할 수 없다고 한다. 면책적 과잉방위의 규정에서 형벌부과의 일반예방적 필요성이 부정되는 이유는 스스로에게 책임있는 불법공격자에게 방위하였다는 점에 있는데, 제3자의 경우는 그러하지 않기 때문이라는 것이다. 다만 심약적 상태에서의 제3자에 대한 범의침해에 대해서는 제35조(면책적 긴급피난규정)에 의한 형벌포기는 가능하다고 한다. 그런데 우리나라는 면책적 과잉긴급피난의 규정(제22조 3항)을 별도로 두고 있어서, 이 문제가 독일과는 달리 검토되어야 한다(후술함).

#### (4) 자신이 도발한 방위상황에서의 과잉방위의 경우

독일의 판례(BGH NJW 1962, 308; OLG Hamm NJW 1965, 1928 f.)는 과잉방위자가 상대방의 공격을 유책적으로 도발한 경우에는 불가벌(免責)의 법효과를 받을 수 없다고 하였다. 그러나 도발된 방위상황에서의 과잉방위에 대해서는, Rudolphi가 적절히 지적한 바와 같이,<sup>34)</sup> 2가지 경우로 나누어 살펴보아야 한다. 첫째, 정당방위상황이 방위자 자신에 의해 도발되었기 때문에 위법성조각의 정당방위권 자체가 부정되는 경우가 있다. 방위자에게 회피가능성이 있는 경우가 여기에 해당한다. 이 경우 먼저 회피하지 않고 곧 바로 과잉방위를 하였다면 당시의 정신상태가 불안·공포·경악과 같은 심약적 충동상태였다고 하더라도 그에게 제21조 3항의 면책효과는 귀속될 수 없다. 왜냐하면 이 경우의 과잉방위는 실은 진정한 내포적 과잉방위가 아니라 방위행위자에게 정당방위권이 부정되는(따라서 Rudolphi가 면책요소로서 중요시하는 불법감소사유가 없는) 외연적 과잉방위에 불과하기 때문이다. 둘째, 자신이 비록 도발하였더라도 방위행위자에게 정당방위권이 여전히 인정되는 경우가 있다. 범의침해를 회피할 가능성이 전혀 없는 경우가 여기에 해당한다. 이 경우에 방위행위자가 심약적 정신상태에서 과잉방위를 하였다면 불법감소와 책임감소의 이중적 책임감소사유는 존재하기 때문에 과잉행위자에게 형법 제21조 3항이 정한 불가벌(면책)의 효과가 귀속될 수 있다.

#### (5) 다른 위법성조각사유의 경우

우리나라는 다른 위법성조각사유 중에서는 면책적 과잉피난규정(제22조 3항)을 두고 있다. 그러나 독일에서는 다른 위법성조각사유에서는 과잉행위에 대한 면책규정은 없다. 따라서 독일에서는 동규정의 유추적용여부가 문제된다. 예컨대, 일반인이 현행법을 보고서 심약적 상태에서 권총을 쏘아서 체포한 경우(과잉정당행위), 개가 달려들자 위협사격으로 충분히 방어가 가능하지만 당황하여 조준사격을 하여 죽여버린 경우(과잉긴급피난)가 여기에 포섭될 수 있다. 이에

34) Rudolphi, SK, § 33 Rn. 5

대해 Rudolphi는 정당방위의 경우에서 보다는 많이 제한되겠지만 불법을 감소시키는 요소가 있으면,<sup>35)</sup> Jakobs는 피해자의 유책적 유발행위가 있는 경우에,<sup>36)</sup> Roxin은 정당방위상황과 같이 직접적인 위협성이 있는 경우(예컨대 개가 달려들자 두려움에 권총으로 쏘아 죽인 경우)<sup>37)</sup> 제한하여 인정하고자 한다. 반면에 Spendel은 다른 위법성조각사유에 대한 유추적용의 가능성을 전면적으로 부정한다.<sup>38)</sup> 생각건대, 과잉정당방위와 유사한 상황의 다른 위법성조각사유에서는 비록 과잉정당방위 보다는 상대적으로 제한되겠지만 면책의 여지가 긍정되어야 한다. 이에 우선 급박한 상태에서의 방어적 긴급피난이 해당될 수 있다. 예컨대 달려드는 개를 조준사격하여 죽임으로써 과잉방어한 자가 그 당시 심약적 충동상태에 있었다면 면책된다고 보아야 할 것이다. 이 경우 독일에서는 면책적 과잉방위의 규정을 유추적용하여야 하지만, 우리나라에서는 형법 제22조 3항의 면책적 과잉긴급피난의 규정으로 해결하면 될 것이다. 그러나 선의의 제3자에 대한 공격적 과잉긴급피난은 그것이 심약적 상태에서 이루어졌다고 할지라도 거의 면책될 수 없을 것이다. 왜냐하면 아무런 잘못이 없는 제3자가 피해자가 됨에도 불구하고 과잉피난자가 심약적 정신상태에 있었다는 이유만으로 그를 면책시킬 수는 없기 때문이다. 그리고 일반인이 심약적 정신상태에서 권총을 쏘아 맞추어 현행범을 체포한 경우에도 그에게 면책의 특혜를 주어서는 안된다. 왜냐하면 일반인에게는 체포시의 권총사용 그 자체가 금지되어 있고 정당방위상황에서와 같은 현재적으로 공격받는 긴급상황도 없기 때문이다.<sup>39)</sup> 참고로, Jakobs(AT, 20/32)는 이 경우 현행범이라는 피해자의 자기책임이 있기 때문에 면책적 과잉방위규정의 유추적용을 가능한 것으로 본다.

## V. 誤想過剩防衛의 문제

### 1. 우리나라에서 특히 문제되는 法的 性質論

오상과잉방위(Putativnotwehrerzeß)에 대해서 우리나라에서는 먼저 고의범 또는 과실범의 성립여부와 관련되는 오상방위로 취급할 것인가 아니면 과잉방위로 취급할 것인가의 문제가 대두된다. 즉, 이를 ① 오상방위와 함께 취급하되 엄격책임설에 따라 고의범에서의 금지착오의 일례로 해결하려는 견해와<sup>40)</sup> 오상방위로 취급하되 제한책임설에 따라 해결하려는 견해(우리나라의 다수설이고, 이에 따르면 과실범만이 인정될 수 있음)<sup>41)</sup>, ② 오상방위는 과실범, 과잉방위는

35) Rudolphi, SK, § 33 Rn. 1a

36) Jakobs, Lb(AT), 20/32

37) Roxin, Lb(AT), § 22, Rn. 98-99

38) Spendel, LK 11. Aufl., § 33 Rn 76

39) 비슷한 논지는 Roxin, AT, § 22 Rn. 98

40) 정성근, 형법총론(1996년), 290면; 진계호, 형법총론(1989년), 297면

고의범이 되는 것을 전제로 하여서 경우를 나누어 과잉성을 인식한 협의의 오상과잉방위는 과잉방위로, 착오로 그 정도를 초과한 광의의 오상과잉방위는 오상방위로 처리하려는 견해<sup>42)</sup>, ③ 오상방위 또는 과잉방위의 어느 하나로 귀속시킬려는 노력을 포기하고 고유한 별개의 범죄유형으로 보려는 견해<sup>43)</sup> 등이 주장되고 있다. 그런데 우선적으로 오상과잉방위를 일괄하여 오상방위의 경우로 볼 수는 없다. 특히 오상과잉방위를 오상방위로 보면서 제한적 책임설을 취하여 고의범의 성립가능성을 완전히 부정하는 우리나라의 다수설은 형평의 관점에 크게 어긋난다. 실제로 존재하는 진정한 정당방위상황에서 과잉방위를 한 자는 고의범으로 처벌될 수 있는데 반하여, -우리나라의 다수설에 의하면- 존재하지 아니하는 허위의 상황에서 과잉방위를 한 자는 오히려 과실범으로 경하게 취급되기 때문이다.<sup>44)</sup> 따라서 오상과잉방위의 유형을 나누어 살펴보는 ②설이 ①설 보다는 우월한 방법론이 된다. 그러나 ②설이 과잉방위를 항상 -즉 과잉부분에 대해 인식없는 경우에도- 과잉결과에 대한 고의범으로 보는 점은 문제된다. 왜냐하면 ②설에 따르면 '정당방위상황이 존재하지 아니하는 오상상태에서의' 인식없는 과잉방위는 과실범이 되는데 반하여, '정당방위상황이 실제로 존재하는 상태에서의' 인식없는 과잉방위는 고의범이 되어서 역시 형평의 관념에 맞지 않기 때문이다.<sup>45)</sup> 결국 오상과잉방위의 법적 성질을 오상과 과잉이 결합된 별개유형으로 이해하는 ③설이 가장 타당하다. 그런데 오상과잉방위의 유형은 ㉠ 행위자가 방위행위시 과잉부분에 대하여 인식을 하였는가에 따라 고의적 오상과잉방위와 과실적 오상과잉방위로 구분될 수 있고, ㉡ 방위행위시의 행위자의 특수상태에 따라 공격성향적 오상과잉방위와 심약적 오상과잉방위로 구분될 수 있다.<sup>46)</sup> ㉠의 경우는 고의범 또는 과실범의 성립 여부가 문제되는 구분이고, ㉡의 경우는 고의 또는 과실의 인정 이후 주로 책임비난단계에서 문제되는 구분이다.

## 2. 類型에 相應한 取扱

### (1) 보통의 誤想防衛狀況에서 故意的 過剩防衛와 過失的 過剩防衛의 取扱

보통의 오상방위 상황에서 고의적 과잉방위를 한 경우에는 고의범이 된다. 이 경우 오상방위의 부분은 과잉방위(고의범)의 부분에 흡수되고 만다.<sup>47)</sup> 이에 반하여 과잉결과를 인식하지 않고

41) 이재상, 형법총론(1999년), 230면; 박상기, 형법총론(1999년), 174면; 배종대, 형법총론(1999년), 288면; 손해목, 형법총론(1996년), 464면; 안동준, 형법총론(1998년), 111면; 조준현, 형법총론(1998년), 196면

42) 차용석, 형법총론강의(1988년), 625면

43) 문채규, 오상과잉방위, 안암법학 제2집(1994년), 382면; 비슷한 견해로는 김일수, 한국형법 I, 148면 이하

44) 손동권, 불가법적 과잉방위규정(제21조 제3항)의 적용범위, 고시연구 99년 3월, 35면; 이정원, 형법총론(1999년), 165면; 김성천/김형준, 형법총론(1998년), 276면

45) (ii)설의 미비점을 더욱 구체적으로 논한 것으로는 문채규, 오상과잉방위, 안암법학 제2집(1994년), 377면

46) 이러한 구분으로는 김일수, 한국형법 II[총론 하], 1992년, 147-8면

행위한 경우에는 '초과결과에 관한' 과실범이 인정된다. 그러나 '전체적으로' 행위자에게 순수한 오상방위자와 같이 과실범을 인정하기는 어렵다. 왜냐하면 과실범효과가 귀속되는 순수한 오상방위는 '객관적으로' 상당성의 범위내에서 이루어지는 경우만을 의미하기 때문이다.<sup>48)</sup> 따라서 오상과잉방위자에게는 경우에 따라서 결과적 가중범이 성립될 수 있다(예컨대, 상해고의에서 오상방위하는 자가 과실로 과잉된 사망의 결과를 야기한 경우에는 상해치사죄가 성립). 다만, 앞서 시작된 고의행위가 초과된 과실범죄에 포섭될 수 있는 경우에는 전체적으로 과실범만이 성립될 수 있다(예컨대 손괴고의로 오상방위하는 자가 과실로 초과된 사망의 결과를 야기한 경우에는 앞의 고의손괴는 뒤의 과실치사죄에 포섭되어 과실치사죄만이 적용될 수 있다).

(2) 특수한 衝動狀態에서 행한 誤想過剩防衛의 取扱

오상방위상황에서 방위행위자가 흥분·분노·증오·발광과 같은 공격성향적 충동상태에서 과잉방위를 하였다면 과잉부분에 대해서 고의를 가진 것으로 인정되므로 당연히 고의범이 성립될 것이다.<sup>49)</sup> 그리고 공격성향적 오상과잉방위에 대해서는 형법 제21조 3항의 불가벌규정을 적용할 수 없는 것은 명백하다. 왜냐하면 불가벌의 효과를 귀속시키는 제21조 3항은 심약적 충동상태에서의 과잉방위행위를 전제로 하기 때문이다. 그리고 공격성향적 오상과잉방위의 경우에는 제21조 2항에 의한 형벌감면도 인정될 수 없다. 왜냐하면 제21조 2항의 형벌감면은 실제로 존재하는 정당방위상황과 어느 정도 양형상 형감경적으로 고려할 만한 추가사유가 존재하는 것을 전제로 인정하려는 취지이기 때문이다. 그런데 오상과잉방위는 실제로 존재하지 아니하는 정당방위상황에서의 행위일 뿐만 아니라 공격성향적 충동상태에서의 행위는 오히려 양형상 형벌가중사유로 작용하게 된다. 따라서 공격성향적 오상과잉방위의 경우에는 제21조 2항의 요건을 전혀 충족시킬 수 없다. 반면에 공포·경악·당황과 같은 심약적 충동상태에서의 오상과잉방위에 대해서는 적어도 형법 제21조 2항과 3항의 적용이 문제된다. 그러나 오상과잉방위에서 제21조 3항의 불가벌(면책)의 효과는 원칙적으로 적용될 수 없다. 왜냐하면 오상과잉방위의 피해자는 사실 아무런 위법한 공격을 하지 않은 제3자로서 과잉방위의 희생자가 된 것이므로, 이러한 선량한 피해자의 법익보호를 위해서는 오상과잉방위자에게 예방적 형벌필요성을 인정하여야 하기 때문이다. 그러나 예외는 있을 수 있다. 특히 '피해자'에 의해 자초된 오상과잉방위의 경우가 우선적인 예외에 해당된다. Spendel은 이 경우에도 오상과잉방위자에게 완전한 형벌을 부과하여야 한다고 주장한다.<sup>50)</sup> 그는 피해자에게 원인제공책임이 있다고 하더라도 이것이 합법적인 정당방위를 하여야 할 의무를 면제시켜 줄 수는 없기 때문이라는 것이다. 그러나 피해자가 방위자

47) 이를 정확히 지적한 문채규, 오상과잉방위, 안암법학 제2집(1994년), 379면

48) Hruschka, Strafrecht, 2. Aufl., S. 270

49) 김일수, 한국형법 II(총론 하), 149면

50) Spindel, LK, 11. Aufl., § 33 Rn. 33

에 대해 공격을 자초하여 방위자로 하여금 오상방위에 빠지게 함으로써 그 원인을 제공한 잘못이 있는 경우에는 심약상태에서의 과잉방위자에게 형법 제21조 3항의 불가벌(면책) 효과는 귀속될 수 있을 것이다. 이 경우까지 피해자를 특별히 보호할 필요가 없고 동시에 일반·특별예방적으로 행위자를 무겁게 처벌할 필요성도 없기 때문이다. 그리고 Rudolphi는 '회피불가능한' 오상방위에 근거하여 심약적 상태에서 과잉방위를 한 경우에도 면책될 수 있다고 한다.<sup>51)</sup> 이 경우에는 오상방위 자체가 행위자에게 책임없는 것으로 평가되므로, 이러한 상태에서의 과잉방위행위에는 진정한 과잉방위에서와 마찬가지로 행위반가치가 감경된다고 한다. 이러한 행위반가치(위법성)의 감소와 심약적 정신상태에 의한 책임감소라는 이중적 감소에 의해 오상과잉방위자는 면책될 수 있다는 것이다. 그러나 행위자측에게만 (그 자신 책임없이 착오를 일으켰으므로 과잉방위에는) 행위반가치가 감소된다는 이유로 선량한(즉 아무런 책임없는) 자의 범의침해에 대해 일반적으로 면책시킨다는 것은 옳지 않다.<sup>52)</sup> 따라서 루돌피가 제시하는 회피불가능한 오상방위상황의 경우는 형법 제21조 (제3항이 아닌) 제2항으로서<sup>53)</sup> 처리하는 것이 더욱 바람직할 것이다.

## VI. 맺는말

본문에서 기술한 바와 같이 형법 제21조 3항의 '불가벌'은 면책사유를 규정한 것으로 해석하여야 한다. 그리고 과잉방위에 대해 불가벌(면책)의 법효과를 부여하기 위해서는 책임을 크게 감소시키는 심약적 충동요소(공포·경악·당황)에 더하여 반드시 불법감소사유를 추가로 요구하는 Rudolphi의 엄격한 태도가 타당하다고 생각한다. 이에 의하면, 정당방위상황 자체가 없는 외연적 과잉방위, 선량한 제3자의 범의를 침해한 과잉방위, 스스로 도발함으로써 정당방위권을 상실한 자의 과잉방위의 유형에서는 불법감소사유가 나오지 않기 때문에 면책이 불가능한 것으로 해석된다. 이러한 Rudolphi의 엄격성은 우리나라 형법의 해석에 특별히 유용하다. 왜냐하면 우리 형법은 제3항에 의한 필요적 '불가벌(면책, 무죄판결)'을 위해서는 아주 엄격한 요건을 요구하고, 제2항에 의한 '형면제'(형감경 포함)는 이러한 엄격성을 충족하지 못하는 경우에 고려한다는 해석이 타당하기 때문이다. 그리고 우리형법 제22조 3항이 면책적 과잉방위와 똑같은 조건에서 면책적 과잉피난을 규정한 것은 바람직하지 못한 것으로 사료된다. 왜냐하면 과잉방위는 상대방이 불법한 침해를 하는 '不正 대 正'의 상태에서의 과잉이지만, 과잉피난은 주로 선량한

51) Rudolphi, SK, § 33 Rn. 6

52) 비슷한 취지로는 Kühl, AT, § 123 Rn. 158; Roxin, AT, § 22 Rn. 96

53) 오상과잉방위에 대해서는 제21조 2항의 적용가능성도 전면적으로 부정하는 견해가 우리나라에 많다. 그러나 제2항은 형감면이 -필요적이 아닌- '임의적'이고, 형면제만이 아닌 '형감경'도 규정되어 있다. 적어도 '공포·경악·당황과 같은 행위자의 심약상태'에 대해서 제2항의 임의적 형감경은 적용하여도 무방할 것으로 생각한다.

자를 희생시키는 '正 대 正'의 상태에서의 과잉이기 때문이다. 따라서 면책적 과잉긴급피난은 과잉정당방위보다 더욱 더 엄격히 해석되어야 한다.

그리고 오상과잉방위의 법적 성질은 일괄적으로 오상방위 또는 과잉방위로 취급하여서는 안 되고, 오상과 과잉이 결합된 형태로서 있는 그대로 이해하는 것이 타당하다. 오상과잉방위에 형법 제21조 3항의 불가벌효과(면책사유)를 적용할 수 있는가의 문제는 다음과 같이 귀결된다. 오상과잉방위에서는 면책사유의 필수적인 근거가 되는 불법감소사유가 나오지 않기 때문에 제21조 3항(불가벌)의 적용은 불가능하다. 다만 회피불가능한(과실없는) 오상의 방위상황과 심약적 충동상태에서 과잉방위를 한 경우에는 제21조 2항의 형면제규정에 의해 형벌로부터 해방될 수 있다. 그리고 과실있는 오상방위상황이더라도 심약적 충동상태에서 과잉방위를 한 경우에는 제21조 2항의 -형면제는 어렵지만- 형감경이 가능할 것이다.

《參考文獻》

-國內-

- 김성천/김형준, - 형법총론, 동현출판사, 1998년  
김일수, - 한국형법 II [총론 하], 박영사, 1992년  
박상기, - 형법총론, 진정판, 박영사, 1999년  
배종대, - 형법총론, 제5판, 홍문사, 1999년  
문채규, - 오상과잉방위, 안암법학 제2집(1994년), 382면  
손동권, - 불가벌적 과잉방위규정(제21조 3항)의 적용범위, 고시연구 1999년 3월, 35면  
손해목, - 형법총론, 법문사, 1996년  
안동준, - 형법총론, 학현사, 1998년  
이재상, - 형법총론, 제4판, 박영사, 1999년  
이정원, - 형법총론, 법지사, 1999년  
이형국, - 형법총론연구 I, 법문사,  
정성근, - 형법총론, 진정판, 법지사, 1996년  
조준현, - 형법총론, 법원사, 1998년  
진계호, - 형법총론, 대왕사 1989년  
차용석, = 형법총론강의 I, 고시연구사, 1988년

- 獨逸 -

- Baumann, Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962, S. 350  
Baumann/Weber, - Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985  
Bockelmann, - Notwehr gegen verschuldete Angriffe, in: Honig-FS, S. 19 ff.  
Hruschka, - Strafrecht, 2. Aufl.  
Jakobs, - Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl.  
Jescheck, - Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl.  
Jescheck/Ruß, - Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, 1985  
Jescheck/Weigend, - Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl.  
Kühl, - Strafrecht, Allgemeiner Teil  
Lenckner, - Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, S. 299  
Maurach/Gössel/Zipf, - Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl.  
Neumann/Jung, - Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 1995

- Otto, - Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht usw., in: Würtemberger-FS, 1977, S. 145
- Roxin, - Die "sozialethische Einschränkungen" des Notwehrrechts, ZStW 93(1981), 87 ff.  
- Strafrecht AT I, 3. Aufl.
- Rudolphi/Horn/Günter/Samson, - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1,  
Luchetrhand
- Schmidhäuser, - Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984
- Schönke/Schröder, - Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl.
- Schröder, - Anmerkung zur BGH, JR 1962, S. 187
- Stratenwerth, - Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981
- Welzel, - Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969

## Zusammenfassung

### Untersuchungen über den Notwehrexzeß

**Dong-Kwun Son**

(Juristische Fakultät der Kon-Kuk Universität)

Nach § 21 Abs. 3 des koreanischen Strafgesetzes wird Überschreitung der Notwehr aus den asthenischen Affekte(z.B. aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken) nicht bestraft. § 21 Abs. 3 müßte einen Entschuldigungsgrund geregelt haben. Überschreitet der Täter bei bestehender Notwehrlage das Maß der erforderlichen Verteidigung, so ist seine Tat zwar nicht mehr gerechtfertigt, doch ist ihr materieller Unrechtsgehalt gemindert. Die Tatsache, daß der Täter aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken gehandelt hat, schließt die Fähigkeit des Täters zu sinnbestimmtem Handeln nicht aus, sondern sie und damit die Schuld des Täters lediglich herab. Aufgrund dieser doppelten Minderungsgründe will § 21 Abs. 3 bestimmte Überschreitung der Notwehr nicht bestrafen. § 21 Abs. 3 soll auf den sog. intensiven Notwehrexzeß anwenden. Nicht erfaßt werden hingegen von § 21 Abs. 3 alle Fälle eines extensiven Notwehrexzesses. Dann ist § 21 Abs. 3 sowohl auf unbewußte als auch auf bewußte Notwehrüberschreitungen anwendbar. Hat der Täter den Angriff provoziert, so sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Ist auf Grund der Provokation ein Notwehrrecht des Täters ausgeschlossen, so ist § 21 Abs. 3 nicht anwendbar. Wird dagegen durch die Provokation die Verteidigungsbefugnis des Täters nicht berührt, so ist § 21 Abs. 3 anwendbar. Bei dem Putativnotwehrexzeß soll eine analoge Anwendung des § 21 Abs. 3, da es dabei an dem für die Entschuldigung erforderlichen Unrechtsminderungsgrund fehlt, nicht in Betracht kommen. Eine analoge Anwendung des § 21 Abs. 3 auf die Überschreitung anderer Rechtfertigungsgründe ist prinzipiell nicht ausgeschlossen.