

자초위난에 대한 긴급피난의 한계

A Study on the Permissible Limit of the Incurred Notstand

이 승 호*
Lee, Seung-Ho

목 차

- | | |
|-----------------|-------------|
| I. 문제 제기 | IV. 구체적인 기준 |
| II. 기존의 논의 | V. 맺는 말 |
| III. 부정여부와 판단지점 | |

이 글은 자초위난에 대한 긴급피난의 허용한계를 검토하고 있다. 이를 위해 기존의 학설을 정리·평가하였으며, 대표적인 두 개의 판결인 ‘땃줄피해 사건(85도221)’과 ‘강간치상 사건(94도2781)’을 분석하였다. 이 글은 종합설의 관점을 취하면서, 긴급피난의 성립요건인 ‘상당성’의 판단에서 자초위난의 문제를 해결하고자 시도한다. 아울러 위난의 감수의 무에 관한 형법규정(형법 제22조 2항) 역시 자초위난의 특수사례를 처리하는데 사용될 수 있음을 인정한다. 그러면서 이 글은 자초위난의 논제를 해결하기 위한 구체적 기준을 제시하였는데, 그 결론은 다음과 같이 정리된다. ① 자초위난이 행위자에 의해 도발된 경우에는 긴급피난이 불허된다. ② 자초행위가 고의인 경우에는 원칙적으로 긴급피난이 불허된다. 다만 자초행위와 위난발생 간에 직접적 관련성이 결여되거나, 보호법익에 비해 침해법익이 현저하게 경미한 경우에는 예외적으로 긴급피난이 허용될 수 있다. ③ 과실의 자초행위에 의해 위난이 발생된 경우에는 보충성과 균형성의 엄격한 잣대의 통과를 전제로 긴급피난이 허용된다. ④ 행위자에게 위난 감수의 의무가 존재하는 경우에는 긴급피난이 불허된다.

[주제어] 자초위난, 긴급피난, 상당성, 위난감수의무, 긴급행위

투고일 : 2015. 8. 31. / 심사일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, The Law School of Konkuk University

I. 문제 제기

정당방위 및 자구행위와 더불어 형법이 규정하는 긴급행위의 한 유형인 긴급피난은 전 2자 보다 인정되는 상황의 범위가 넓다. 정당방위처럼 ‘부당한’ 침해의 상황이 요구되지도 않으며, 자구행위가 전제하는 ‘청구권의 보전불능’이라는 상황이 필요한 것도 아니다. 긴급피난의 상황요건인 ‘위난’은 규범적으로 무색(無色)일 뿐 아니라 권리개념과도 거리가 멀다. 모든 위난이 긴급행위의 공통적 요건인 급박성의 요소만 충족하면 긴급피난의 전제상황에 포함된다.

따라서 긴급피난에는 일정한 제약이 필요해진다. 피난자가 처한 위난의 돌파구로 ‘타인에 대한 법익침해’를 허용해 주는 법제이니 만큼 엄격한 규제가 요청되는 것이다. 그래서 개발된 기제가 상당성의 축소라는 점은 주지하는 바이다. 긴급피난에서는 정당방위나 자구행위와 비교하여 상당성의 판단기준이 엄격하다. 특히 상당성의 중심요소인 균형성에서는 보호되는 법익보다 침해되는 법익이 우월하지 말아야 한다는 기준이 제시된다.¹⁾ 그렇지 않으면 위난의 전가(轉嫁)가 수인될 수 없을 것이기 때문이다.

그러면서 하나 더, 자초위난의 사안에 대한 논란이 제기된다. 자초위난이란 피난자의 유책한 사유로 발생된 위난을 말한다. 따라서 그러한 위난까지 타인에게 전가하는 조치가 허용되어야 하는지 문제되는 것이다.²⁾ 자초위난도 위난이라는 점을 고려하면 긴급피난의 인정범주에서 배제시킬 수 없겠지만, 자초의 측면에 주목하면 감수의 의무도 부담지을 수 있게 된다. 위난의 순간에는 긴급피난의 요건이 충족될지라도 그 원인이 피난자에게 있다면 위난의 전가에 한계가 설정될 수밖에 없을 것이기 때문이다. 여기서 ‘자초위난에 대한 긴급피난의 한계’라는 논제가 제기된다. 피난자가 위난을 자초한 경우 긴급피난이 부정될 수 있는가? 부정될 수 있다면 부정의 법리는 긴급피난의 제 요건 중 어떤 지점에 형성시키는 것이 적절한가? 그리고 부정의 구체적인 기준은 무엇인가? 이 글은 이러한 물음에 답하고자 하는 바, 이를 위해 우선 기존의 학설과 판례부터 검토해 보기로 한다.

-
- 1) 정당화적 긴급피난은 보호되는 법익이 침해되는 법익보다 커야 하고, 양자가 동일하거나 형량 불가능인 경우에는 면책된다.
 - 2) 정당방위에서도 자초침해의 사례가 발생될 수 있지만, 대상자가 위법한 행위를 한 경우이므로 원칙적으로 정당방위의 성립에 지장이 없고, 다만 도발의 의도로 침해한 경우에만 정당방위가 부정된다는 것이 일반적인 견해이다. 이에 반해, 긴급피난은 적법한 대상자에게 위난을 전가하는 것이므로 자초위난의 사례에서는 허용여부가 본격적으로 논란될 수 있다.

Ⅱ. 기존의 논의

1. 학설

기존의 학설은 전면인정설과 전면부정설 및 이분설로 구분된다. 이분설에서는 당연히 인정과 부정의 한계 설정이 문제되는데, 과거의 문헌 중에는 자초의 유형에 따라 형식적으로 인정여부를 판단하자는 견해도 발견된다. 하지만 최근에는 이익교량이나 권리남용과 같은 실질적 기준이 이분의 판단기준으로 제시되는 경향이며, 그에 덧붙여서 다른 요소들까지 종합적으로 고려하여 성립여부를 판단하자는 견해도 제안된다. 하나씩 정리하면 다음과 같다.

1.1 전면인정설

긴급피난은 위난에 대해 피난자의 무책(無責)을 요구하지 않는다는 견해이다. 피난자가 위난에 대하여 고의나 과실의 개입이 있더라도 그것에 대한 논책과는 별개로 긴급피난이 가능하다는 것이다. 무엇보다 형법 제22조 제1항이 긴급피난의 성립요건에 피난자의 자초 여부에 따른 제한을 명시적으로 두고 있지 않다는 점이 가장 중요한 근거로 제시된다.³⁾ 덧붙여서, 긴급피난의 본질을 책임조각에서 찾으면 피난행위는 위법해도 되므로 자초위난에 대해서도 긴급피난이 성립될 수 있다는 주장에 힘이 보태지기도 한다.⁴⁾

1.2 전면부정설

자초한 위난에 대해서는 긴급피난의 구조(救助)가 허용될 수 없다는 견해이다. 근거로는 두 가지 점이 제시된다. 첫째, 긴급피난의 성립요건인 위난이 개념적으로 자초위난을 포함하지 않는다고 한다. 긴급피난의 위난은 천재 및 기타 뜻하지 않게 발생한 법익침해의 사태만을 의미한다는 인식 하에, 행위자의 유책한 사유로 발생한 위난을 제외시키는

3) 진계호, 신고 형법총론 전정판, 대왕사, 1993, 530쪽.

4) 대표적인 문헌으로는 김덕용, “자초위난에 관한 소고”, 법학연구 제25집, 한국법학회, 2007년 2월, 333쪽을 들 수 있다. 이에 따르면, 긴급피난의 성립에 피난행위의 위법 여부가 문제되지 않으므로 자초위난에 대한 긴급피난이 전면적으로 허용될 수 있다고 설명한다.

것이다.⁵⁾ 둘째, 위난을 자초한 자는 그로 인한 법익침해를 감수해야 한다는 주장도 제기된다.⁶⁾ 즉, 행위자에게 위난의 감수의무가 부과된다는 것이다. 확정판결에 의해 교도소에 수감된 수형자는 감금을 감수해야 하므로 이를 피하기 위한 긴급피난이 인정될 수 없다는 사례가 그 예로서 거론된다.⁷⁾

1.3 형식적 이분설

자초가 고의에 의한 것이면 긴급피난이 부정되고 과실에 의한 것이면 긴급피난이 인정될 수 있다는 견해이다.⁸⁾ 고의와 과실의 질적 차이에 착안점을 두고 있다. 고의의 위난은 행위자 주도의 사태이기 때문에 타인에게 위난의 전가를 수인하도록 요구하는 것이 긴급피난의 남용일 뿐 아니라 기대가능성의 법리에 비추어 보더라도 수용하기 곤란한 일이라고 한다. 하지만 과실은 실수에 불과하기 때문에 행위자에 대한 배려가 가능하다는 것이 이 견해의 설명이다.

1.4 이익교량설

자초의 유형만으로 긴급피난의 성부를 결정짓는 것은 너무 단순하므로 실질적 기준이 제시되어야 한다는 인식 하에, 긴급피난의 성립요건인 이익교량의 기제에 주목하는 견해이다.⁹⁾ 긴급피난은 적법한 대상자에게 위난을 전가하는 것이기 때문에 보호되는 법익과 침해되는 법익 간의 교량이 엄격해질 필요가 있다. 그러한 잣대에 추가하여, 자초의 사실도 교량의 요소에 포함시킴으로써 긴급피난의 인정여부를 판단하면 된다는 것이 이익교량설의 요체이다. 교량의 방법으로는 자초의 무게만큼 보호되는 법익의 무게를

5) 과거에는 자초위난의 경우 위난의 ‘현재성’이 부정된다는 설명도 제시된 바 있다(유기천, 형법학 총론강의, 일조각, 1978, 177쪽). 자초된 위난은 사전에 예상될 수 있었던 것이므로 현재의 위난이라고 말할 수 없다는 견해인 것으로 이해된다.

6) 따라서 형법 제22조 2항이 규정하는 ‘위난을 피하지 못할 책임이 있는 자’에 해당한다는 것이다(신동운, 형법총론 제8판 보정판, 법문사, 2015, 453쪽).

7) 임웅, 형법총론 제6정판, 법문사, 2014, 252쪽.

8) 정영석, 형법총론 제5전정판, 법문사, 1984, 145쪽; 황산덕, 형법총론 제7전정판, 방문사, 1983, 165쪽; 자초위난을 의도적 자초와 유책적 자초로 구분하면서 전자의 경우에는 긴급피난을 부정하고 후자에는 인정하는 견해도 제시된다(김성돈, 형법총론 제3판, 성균관대학교 출판부, 2014, 290-291쪽, 손동권/김재윤, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011, 213쪽).

9) 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011, §18 17; 박상기, 형법총론 제9판, 박영사, 2012, 205-206쪽.

공제하는 방안이 제시된다.

1.5 권리남용설

실질적 이분설의 또 다른 진영에서는 권리남용의 법리를 활용하여 자초위난에 대한 긴급피난의 인정여부를 판단하자는 견해를 제시한다.¹⁰⁾ 즉, 자초의 내용이 과도할 때에는 긴급피난의 주장이 권리남용에 해당된다는 것이다. 그러면서 그러한 사안의 대표적 인 것으로 의도적 자초를 거론한다. 피난을 수단으로 대상자의 법익을 침해하려는 의도 하에 위난이 기획된 경우라면 그러한 위난을 피한다는 명분의 긴급피난은 권리남용이라는 설명이다.¹¹⁾ 긴급피난을 피난자의 권리로 파악한다는 특색을 지닌다.

1.6 종합설

실질적 이분설의 판단기준으로서 긴급피난의 성립요건에 관한 여러 요소들을 복합적으로 제시하는 견해도 발견된다. 거론하는 요소들에는 위난의 개념, 보충성의 원칙, 적법한 목적을 위한 상당한 수단, 이익교량의 기준 등이 광범하게 포함된다.¹²⁾ 그러면서 의도적 자초를 긴급피난이 부정되는 대표적인 사례로 설명하기도 한다.¹³⁾ 앞에서 소개한 부정설과 이분설에서 제시하는 요소들을 종합하고 있는 셈이다.

2. 판례

자초위난에 대한 긴급피난의 인정여부를 판시한 판례로는 ‘땃줄피해 사건(85도221)’과 ‘강간치상 사건(94도2781)’이 발견된다.¹⁴⁾ 전자에서는 긴급피난을 인정하였으며, 후

10) 이형국, 형법총론연구 I, 법문사, 1984, 315쪽; 이용식, “자초위난에 관한 시론-권리남용설에 의한 해결-”, 법학 제101호, 서울대학교 법학연구소, 1996, 9, 375-382쪽.

11) 이용식 교수에 의하면 의도의 단계까지 가지 않더라도 긴급피난상황의 발생을 인식한 상태에서 자초한 위난이라면 긴급피난이 인정되지 않는다고 한다. 이를 고의적 자초라고 명명한다(이용식, 위의 글, 382-383쪽).

12) 차용석 교수는 현재의 위난과 보충성 및 법익균형성을 거론하고(차용석, 형법총론강의, 고시연구사, 1984, 601쪽), 오영근 교수는 이익교량과 적법한 목적을 위한 상당한 수단 등을 거론한다(오영근, 형법총론 제2판 보정판, 박영사, 2012, §20 22-23).

13) 오영근, 위의 책, §20 22-23.

자에서는 부정하였으므로, 양자는 대비되는 판결인 셈이다. 정리하면 다음과 같다.

2.1 닻줄피해 사건(85도221)

이 사건의 사실관계는 3단계로 진행되었다. 첫째, 피고인이 휴지선(休止船)을 당국의 허가 없이 타인의 피조개 양식장 근방에 정박시켜 놓았다. 둘째, 태풍이 내습하여 선원들이 탑승한 휴지선의 전복이 우려되는 위난이 발생되었다. 셋째, 이를 피하기 위해 피고인이 닻줄을 늘임으로써 늘어진 닻줄이 바다 밑을 끌고 지나가 피조개 양식장에 피해를 끼치게 되었다. 즉, <① 휴지선 정박이라는 자초행위 → ② 태풍의 내습으로 인한 위난발생 → ③ 닻줄 연장이 야기한 재물손괴>가 차례로 진행된 것이다.

검사는 피고인을 손괴죄로 기소하였고,¹⁵⁾ 피고인은 긴급피난을 주장하였다.¹⁶⁾ 그리하여 휴지선을 피조개 양식장 근방에 허가 없이 정박시켜 놓은 피고인의 행위가 긴급피난의 성부에 어떤 영향을 미치는지 문제되었는데, 대법원은 “미리 선박을 이동시켜 놓아야 할 책임을 다하지 아니함으로써 위와 같은 긴급한 위난을 당하였다는 점만으로는 긴급피난을 인정하는데 아무런 방해가 되지 아니한다.”고 판시하였다. 즉, 자초의 책임이 있긴 하지만 닻줄의 연장은 선박과 선원들의 안전을 위한 긴급피난에 해당된다는 것이다.

2.2 강간치상 사건(94도2781)

이 사건은 강간범이 피해자의 저항을 피하는 와중에서 피해자에게 상해를 입힌 사안이다. 역시 사건의 진행은 3단계로 분석된다. 첫째, 피고인이 피해자에게 강간을 시도하였고, 둘째, 피해자가 피고인의 손가락을 깨물며 반항하였으며, 셋째, 피고인은 피해자에

14) 교통사고 관련판례인 <트럭운전 사건(90도536)>과 <봉고차운전 사건(86도1142)>을 자초위난의 사례로 설명하는 문헌도 있다(김남현, “도로교통사범과 긴급피난”, 경찰학연구 제8호, 경찰대학, 2005, 211-213 쪽 참조). 하지만 양자는 모두 교통사고처리특별법상의 중앙선침범 여부가 논란되는 사안으로서, 중앙선 침범에 초점을 맞춘다면 전자는 자초위난의 점이 발견되지 않으며 후자는 긴급피난의 검토할 필요 없이 구성요건해당성의 배제로 해결될 사안이다. 판례 역시 양 사안 모두 중앙선침범의 개념을 설명하면서 문제를 해결하고 있다.

15) 손괴죄 이외에 공유수면관리법위반죄도 기소죄명에 포함되었는데, 이 점에 대해서는 피고인이 휴지선의 관리인에 불과하여 해당범죄의 주체가 되지 못하는 것으로 판단되었다.

16) 긴급피난의 주장 이외에 재물손괴의 고의가 없다는 점도 변론되었는데, 이에 대해서는 미필적 고의가 있는 것으로 판단되었다.

게 물린 손가락을 비틀어 빼는 과정에서 피해자에게 치아결손의 상해를 입힌 것이다. 즉, <① 강간시도라는 자초행위 → ② 피해자의 저항에서 발생한 피고인의 위난 → ③ 손가락을 빼면서 야기된 치아결손의 상해>라는 구조가 이 사안의 주된 골격이다.

검사는 피고인을 강간치상죄로 기소하였고, 피고인은 치상의 점에 대해 긴급피난의 법리로 변호하였다. 즉, 강간의 시도는 유죄이지만, 치아결손의 상해는 손가락 절단의 위난을¹⁷⁾ 피하기 위한 행위이므로 긴급피난에 해당된다고 주장한 것이다. 하지만 대법원은 피고인의 주장을 받아들이지 않았는데, 가장 중요한 이유는 위난이 자초된 것이라는 점이다. 즉, “피고인이 스스로 야기한 범행의 와중에서 피해자에게 위와 같은 상해를 입힌 소위를 가리켜 법에 의하여 용인되는 피난행위라 할 수 없다.”고 판시한 것이다.

2.3 비교

‘뺨칠피해 사건’과 ‘강간치상 사건’은 앞에서 정리한 바와 같이 진행구조가 같다. <자초행위→위난발생→피해야기>의 3단계로 사건이 진행된 것이다. 따라서 결말인 피해야기의 범죄성이 중간 다리인 위난발생을 피하기 위한 행위로 인정되어 문힐 수 있을지, 아니면 시발인 자초행위로 인해 처벌되어야 하는지 논란되는 공통적인 쟁점을 안고 있는 셈이다. 그런데 대법원은 양 사건의 판단을 달리하였다. 즉, ‘뺨칠피해 사건’에서는 긴급피난을 인정하면서도 ‘강간치상 사건’에서는 긴급피난을 부정한 것이다. 그러면서 대법원은 양 사건에서의 판단의 차이에 대한 근거를 명시적으로 판시하지 않고 있다. 따라서 분석이 필요해지는데, 차이의 요체는 자초행위와 위난발생의 ‘관계’에서 찾을 수 있다는 것이 이 글의 이해이다. 즉, ‘뺨칠피해 사건’에서는 휴지선의 정박(자초행위)이 태풍의 내습(위난발생)을 직접적으로 불러일으키지 않았음에 반해, ‘강간치상 사건’에서는 강간시도(자초행위)가 피해자의 저항(위난발생)을 직접적으로 초래하였다. 따라서 전자에서는 자초행위가 다음 단계(위난발생→피해야기)의 법적 평가에 영향을 미치지 않는 반면, 후자에서는 그럴 수 없는 구조가 발견되는 것이다. 이렇게 자초행위와 위난발생의 ‘관계’는 긴급피난의 성부를 좌우하는 중요한 기준의 하나라는 것이 이 글의 생각인 바, 이에 관한 구체적인 내용은 IV장에서 설명하기로 한다.

17) 피해자가 피고인의 손가락을 깨문 행위는 정당방위에 해당된다. 하지만 긴급피난의 요건인 ‘위난’은 위법을 요하지 않기 때문에 정당방위의 침해상황도 포함한다.

Ⅲ. 부정여부와 판단지점

1. 부정여부 - 학설의 검토 -

1.1 긴급피난의 본질과 부정의 필요성

문제가 얽혀 있을 때 답은 본질에서 찾는 것이 정도이다. 자초위난에 대한 긴급피난의 부정여부를 판단하는 작업 역시 긴급피난의 본질에 대한 검토에서 시작될 필요가 있다. 긴급피난이 처벌되지 않는 근거가 과연 자초위난을 배척하는지 살펴보아야 하는 것이다. 주지하는 바와 같이, 긴급피난이 수인되는 근거로는 사회연대와 공리주의가 제시된다.¹⁸⁾ 전자는 소위 동료의식에 바탕을 둔 가치적 담론이다. 이에 따르면, 개인의 위난을 공동체의 구성원들이 나누어 부담한다는 가치가 긴급피난의 근거법리로 제시된다. 반면에 후자에서처럼 실용적 관점에서 이익최대화를 추구하면, 개인 간의 위난의 전가가 총량적으로 평가할 때 이익이 된다는 계산이 긴급피난의 수인근거가 된다. 따라서 양 이론은 관점을 달리 한다.¹⁹⁾ 하지만 굳이 갈등하는 것은 아니다. 사회연대라는 가치와 공리주의라는 이익이 어우러져서 긴급피난의 법제를 받치고 있는 것으로 설명될 수 있기 때문이다.²⁰⁾

그렇다면 자초위난에서도 그러한 양 토대가 흔들림 없이 지탱될 수 있을까? 우선 사회연대의 가치부터 살펴보면, 자초위난은 부정적 요소로 작용되기에 충분하다. 사회연대의 바탕이 되는 동료의식은 불행하게 위난에 처한 동료 구성원에게 발휘되는 것이 스스로 위난을 초래한 자에게까지 동일하게 베풀어질 수는 없는 일이기 때문이다. 위난이 자초된 경우라면 사회연대애의 호소보다 자율적 해결이 더 설득력 있다. 즉, 자초위난은 자율성의 원칙이라는 또 다른 가치가 더 어울리는 영역이며, 따라서 긴급피난의 토대

18) 자기보호를 제시하는 견해도 있다(박광민, “긴급피난의 정당화 원리”, 형사법연구 제7호, 한국형사법학회, 1994. 12, 64-65쪽). 하지만 자기보호는 부당한 침해에 대항하는 정당방위의 근거원리로는 설득력을 지니지만, 위난을 피하기 위해 무관한 제3자에게 피해를 주는 긴급피난의 근거원리로는 어울리지 않는다.

19) 사회연대와 공리주의의 법철학적 의미에 대해서는 김학태, “긴급권에 관한 법철학적 근거 - 긴급피난을 중심으로 -”, 법철학연구 제8권 제2호, 한국법철학회, 2005. 12, 226-230쪽에 잘 소개되어 있다.

20) 유사한 맥락에서, “긴급피난의 정당성 근거는 긴급상황 하에서 피난행위자에 의해 보호되는 이익이 침해되는 이익보다 본질적으로 중요한 경우에 한하여 허용된다는 점이 공동체의 연대라는 측면과 국가적 가치재분배의 목적을 달성하기 때문”이라고 설명하는 견해도 있다(김영중, “긴급피난의 상당성에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2013.2, 94쪽).

가 부정될 수 있는 것이다. 반면에 공리주의적 사고는 자초위난의 사안에서도 작동될 가능성이 있다. 이익의 총량이 중요하다는 관점에서는 자초된 위난일지라도 그로부터 발생하는 손해를 줄이는 일은 유익한 것으로 평가될 수 있기 때문이다. 하지만 손익의 계산에서는 위난의 자초가 부(負)의 요소로 취급될 가능성이 있다. 즉, 자초의 분량만큼 피난자의 보호이익이 삭감될 수 있고 이는 곧 수인될 수 있는 긴급피난에 한계가 설정될 수 있음을 의미한다. 결국 사회연대의 관점에서처럼 강력하지는 않을지라도 공리주의적 사고 역시 자초위난의 긴급피난을 축소시키는 셈이다.

이렇게 볼 때, 자초위난에 대해서도 제한 없이 긴급피난이 인정되어야 한다는 전면인정설은 긴급피난의 본질에 어긋난다. 형법규정의 해석에서도 그러하다. 전면인정설의 핵심논거는 형법 제22조 제1항이 위난의 원인에 명시적인 제한을 두고 있지 않다는 점이다.²¹⁾ 하지만 긴급피난의 또 다른 필수요건인 ‘상당한 이유’가 자초위난에 부정적일 수 있다는 점을 전면인정설은 간과하고 있다. 상당성은 규범적 평가와 이익의 교량을 포함하는 개념이므로 자초위난에 충분히 시비를 걸 수 있다. 따라서 자초위난을 배제하는 명시적 요소가 없다는 전면인정설의 주장은 수용되기 힘든 것이다.²²⁾ 덧붙여서, 긴급피난의 법적 성격을 책임조각으로 설명하는 전면인정설 역시 설득력을 갖지 못한다는 것이 이 글의 판단이다. 책임조각의 타당성 여부는 별개로 하더라도, 위난의 자초는 동 전해가 주장하는 ‘면책’의 범위를 상당 부분 좁힐 수 있기 때문이다. 따라서 자초위난의 경우에는 긴급피난의 부정 필요성이 제기된다. 문제는 전면부정할 것인지 사안에 따라 이분할 것인지 여부인데, 항을 바꾸어 검토한다.

1.2 전면부정설의 과도함

자초위난을 긴급피난의 구조대상에서 일률적으로 배제시키는 전면부정설은 긴급피난의 순수성을 지향하고 수호한다. 동료의식에 바탕을 둔 사회연대를 자초위난의 경우에는 거두어들이는 것이니 연대의 대상이 선별되고, 공리주의의 이익교량 역시 자초위난의 배제를 통해서 품격의 향상을 도모한다.²³⁾ 하지만 그런 수준으로까지 긴급피난의

21) 긴급피난의 전제가 ‘현재의 위난’으로만 설정되어 있으니 자초위난도 배제될 수 없다는 주장이다.

22) 덧붙여서, 전면인정설의 또 다른 갈래는 긴급피난의 본질을 책임조각에서 찾으면서 이를 자초위난 수용의 근거로 설명하는데(이 글의 II. 1. 1.1에서 소개한 바 있음), 이에 대해서는 첫째, 긴급피난의 중심은 위법성조각에 있다는 점 뿐 아니라 둘째, 면책적 긴급피난의 경우에도 위난이 자초되었다면 면책의 범위가 좁아질 수 있다는 반론의 제기가 가능하다.

순수성을 끌어올리는 것은 법을 매정하게 한다. 자초된 위난일지라도 상황은 위난인데 자초의 내용도 묻지 않고 긴급피난의 울타리에서 축출하는 것이 과연 살만한 사회의 법이냐는 이야기이다. 사안을 떠올려보아도 그러하다. 과실로 화재를 일으킨 투숙객이 문을 부수고 탈출하는 행위(소위 ‘촛불화재 사건’)를 손괴죄로 처벌하는 법은 수범자를 숨 막히게 한다. 그에게도 실화의 죄책을 별개로 하고 생명을 구하기 위해 문을 부수는 행위 정도는 허용되어야 하는 것이다.

형법규정의 해석에 관해서도 전면부정설은 무리수를 둔다. 첫째 논거인 위난의 개념 한정이 대표적이다. 전면부정설은 긴급피난의 성립요건인 위난에서 자초위난을 개념적으로 배제하는데, 그렇게 위난의 개념을 한정하여 해석하는 근거가 찾아지지 않는다. 법문의 위난을 ‘천재 및 기타 뜻하지 않게 발생한 법익침해의 사태’로 좁혀서 해석하는 것은 용어의 일상적 의미를 축소하는 것이다. 그러면서 피고인에게 불리하다. 이렇게 피고인에게 불리한 축소해석이 허용되지 말아야 한다는 것은 죄형법정주의의 핵심 메시지이다. 전면부정설의 둘째 논거에서도 자의성이 확인된다. 위난을 자초한 자는 형법 제22조 2항이 규정하는 ‘위난을 피하지 못할 책임이 있는 자’에 해당된다는 주장인데, 이는 동 조항의 취지를 과도하게 확장하는 이해이다. 형법이 긴급피난의 예외로 설정하는 위난 감수의 책임이란 법적 책임을 의미한다는 것이 일반의 이해이다. 따라서 수형자의 경우에는 형의 집행을 수인해야 할 법적 책임이 있으므로 이를 피하기 위한 긴급피난이 허용되지 않는다. 하지만 그러한 법적 책임이 위난을 자초한 자 모두에게서 확인되는 것은 아니다. 앞에서 제시한 ‘촛불화재 사건’의 경우만 살펴보아도, 실화자에게 생명의 위협을 감수해야 할 법적 책임이 부과되지 않음은 당연하다. 따라서 형법이 규정하는 예외적인 감수의무를 근거로 삼아 자초위난에 대한 긴급피난을 전면부정하는 것은 타당한 해석이 아니다.

1.3 이분설의 방향

전면인정설과 전면부정설이 모두 타당하지 않다면 결국 해답은 이분설에서 찾아질 수밖에 없다. 즉, 자초위난의 사안을 구분하여 긴급피난의 성부를 달리 판단하는 것이다. 이를 위해 사안 구분의 기준이 설정되어야 하는데, 가장 손쉬운 방법은 고의자초와 과실

23) 사안이 어땠든 총량의 이익이 보장되면 ‘만사 오케이’라는 수준 낮은 공리주의가 아니라 사안을 따져서 이익을 취하겠다는 품격 갖춘 공리주의인 셈이다.

자초를 구분하는 형식적 이분설이다. 이에 따르면 위난의 자초가 고의에 의한 것이면 긴급피난이 금지되는 반면, 과실자초는 긴급피난의 여타 요건이 충족될 경우 구제의 가능성을 지닌다. 따라서 앞에서 제시한 ‘촛불화재 사건’에서는 문을 부순 행위의 긴급피난 성립이 가능해진다. 그러면서 판례가 ‘강간치상 사건’에서 치아결손 행위의 긴급피난을 부정한 점도 이해될 수 있다. 강간으로 초래된 위난이므로 고의자초의 사안이기 때문이다.

하지만 또 다른 판례인 ‘땃줄피해 사건’에서는 긴급피난의 인정에 대한 설명이 불가능해진다. 여기서도 위난의 자초는 휴지선의 정박이라는 고의행위이고, 그 점에서 ‘강간치상 사건’과 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 양식장에 입힌 손괴를 긴급피난으로 처리하였으니, 형식적 이분설과는 배치되는 셈이다. 따라서 ‘땃줄피해 사건’의 판례가 틀린 것이 아니라면²⁴⁾ 고의자초의 경우에도 긴급피난이 인정되는 또 다른 요소를 찾아내는 작업이 필요해진다. 바로 이 부분에서 형식적 이분설을 넘어 실질적 이분설에 관심을 가져야 하는 까닭이 발견된다. 기실 자초위난의 사안은 형식적 이분설의 관념처럼 그렇게 단순하게 구분되지 않는다. 특히 긴급피난을 금지시키는 고의자초의 사안은 일률적이지 않다. 이익교량의 문제만 해도 사안별로 다양할 수 있다. ‘강간치상 사건’에서는 보호법익(손가락의 완전성)과 침해법익(치아의 완전성)이 비슷한 수준임에 반하여, ‘땃줄피해 사건’의 경우에는 보호법익(선원의 생명과 선박의 보존)이 침해법익(양식장의 보존) 보다 월등하게 크다. 따라서 달리 판단될 여지가 생기고, 이를 고려하기 위해서는 이분의 기준으로 고의와 과실이라는 형식적 유형 이외에 긴급피난의 성부에 영향을 미치는 실질적인 요소들에 대한 검토가 필요해지는 것이다.

이익교량설이나 권리남용설 등은 그러한 시도로 평가된다. 특히 이익교량설은 긴급피난의 본질에 관한 공리주의 담론을 문제해결의 기제로 사용함으로써 철학적 바탕도 마련한다. 앞에서 설명한 바와 같이 이익교량은 긴급피난의 성부를 판단함에 있어서 필수적으로 고려되어야 할 중요 사항이다. 따라서 위난의 자초를 보호법익과 침해법익 간의 교량에서 변수로 개재시키겠다는 발상은 나름대로 경청할 가치를 지닌다. 권리남용설은 또 다른 각도에서 자초위난의 문제점을 재단(裁斷)한다. 자초의 내용이 긴급피난의 취지를 몰각시킬 정도로 심각하면 긴급피난의 주장이 권리남용에 해당된다는 설명이다. 따라서 이익교량설이 사실적 이론이라면 권리남용설은 규범적 이론이라고 할 수

24) 동 사건의 처리에서 대법원의 판단은 합리적이다. 휴지선의 정박에 문제가 있다고 해서 태풍으로 인한 선박 전복을 수인하도록 요구할 수는 없는 일이기 때문이다.

있다. 긴급피난을 피난자의 권리로 파악하는 관점이 옳은지는 별개로 하더라도²⁵⁾ 남용의 여부로 긴급피난의 성부를 결정짓기 위해서는 규범적 판단이 필수적일 것이기 때문이다.

하지만 이익교량설이든 권리남용설이든 일면적(一面的) 해결이라는 한계를 지닌다. 긴급피난은 규범적 차원에서의 연대가치와 사실적 차원에서의 공리적 이해를 아우르는 구조제도이고, 따라서 자초위난에 대한 긴급피난의 성부 판단에도 그러한 양 측면이 종합적으로 고려될 필요가 있다. 그리하여 결국 종합설이라는 마지막 제안에까지 이르게 되는 것인데, 문제는 기존의 종합설이 정치함을 갖추지 못하고 있다는 점이다. 위난의 개념, 보충성, 수단의 상당성, 이익교량 등의 요소를 종합적으로 고려하여 긴급피난의 인정여부를 판단하자고 할 뿐, 고려의 순서와 방법 등에 대한 지침이 없다. 따라서 이 글은 나머지 지면에서 종합설의 구체적인 내용을 구축해보고자 한다. 이를 위해 우선 자초위난의 문제점이 긴급피난의 여러 요건영역 중 어떤 지점과 관련되는지 검토한 후, 이를 바탕으로 긴급피난의 성부를 판단하는 기준과 매뉴얼을 기획하기로 한다. 항을 바꾸어 진행한다.

2. 판단지점

2.1 성립요건의 영역

먼저 검토할 사항이 있다. 긴급피난이 과연 권리인가 하는 점이다. 이는 권리남용설에 대한 평가의 성격을 지니는데, 이를 먼저 검토하는 이유는 문제해결의 올바른 스탠스를 정립하기 위해서이다. 긴급피난을 피난자의 권리로 보면 자초위난의 문제는 남용 여부로 해결될 수 있다. 긴급피난의 성립요건을 들여다 볼 필요가 없으며, 따라서 판단지점의 고민도 무용해진다. 권리남용이라는 일반적 규준이 자초위난의 사안에서 어떻게 발현될 수 있는지만 설명하면 되는 것이다. 긴급피난의 실정법 규정에서 자유로워지니 그만큼 논의가 수월하다. 매력적인 첫 단추인 셈이다.

하지만 긴급피난을 권리의 수준으로까지 끌어 올리려는 것은 과도한 시도이다. 긴급피난은 타인의 법익을 침해하는 행위이다. 그런데 그것이 권리라면 피난자가 타인의 법익을 침해할 수 있는 권리를 갖게 된다는 이야기이다. 과연 사인(私人)에게 어떻게 그러한 권리가 부여될 수 있는가? 위난을 피하는 권리라면 몰라도 타인의 법익을 침해할

25) 이 글은 이 점에 대하여 반대한다. 구체적인 설명은 III. 2. 2.1에서 하기로 한다.

권리가 인정될 수는 없는 일이다. 긴급피난은 전자와 후자가 연결된 행위, 즉, 위난을 피하기 위해 타인의 법익을 침해하는 행위이므로, 권리개념은 전자 뿐 아니라 후자까지를 포섭해야 한다. 하지만 긴급피난의 권리이론은 전자에만 주목하는 듯하다. 긴급피난의 본질을 자기보호로 설정하면서 긴급 상황에서의 자기보호가 긴급권으로 보장된다고 설명하는 것이다.²⁶⁾ 그러나 이는 타당하지 않다. 자기보호가 긴급피난의 바탕철학으로 원용될 수 있는지를 차치(且置)하고라도²⁷⁾ 긴급피난은 자기보호를 위해 타인의 법익을 침해하는 행위이므로 후자까지 권리로 포섭될 수 없는 한 긴급피난의 권리개념은 수용될 수 없을 것이기 때문이다.²⁸⁾

긴급피난이 권리가 아니라면 자초위난의 논제는 남용 여부가 아니라 긴급피난의 성립 요건에서 그 한계가 찾아져야 한다. 즉, ‘현재의 위난을 피하기 위해 상당한 행위’라는 울타리의 특정 지점에서 문제되는 자초위난의 사례를 걸러내야 하는 것이다. 이를 위해 울타리의 구성이 해부될 필요가 있는데, 일반적인 분석을 따르면 ① 현재의 위난 ② 피난행위 ③ 피난의사 ④ 상당성이 중심축으로 설정된다. 그런데 여기서 ② 피난행위와 ③ 피난의사는 논제해결과 무관하다. 이 두 가지의 요건은 위난의 자초여부와 상관없이, 발생한 위난을 ‘피하기 위한 행위’라면 -즉, 별도의 공격행위가 아니라면- 제약 없이 인정되는 것이기 때문이다. 따라서 남는 지점은 ① 현재의 위난과 ④ 상당성인데, 전자의 문제점은 이미 앞에서 서술한 바 있다. 자초위난을 ‘현재의 위난’이라는 개념범주에서 배제시키는 방안은 행위자에게 불리한 축소해석으로서 죄형법정주의에 반한다는 내용이다.²⁹⁾ 그렇다면, 자초위난의 논제는 긴급피난의 마지막 요건인 ‘상당성’의 충족여부로 해결될 수밖에 없다. 자초위난의 사례 중에서 긴급피난이 허용되는 경우와 그렇지 않은 경우를 상당성의 판단기준으로 구분하는 것이다. 그리고 하나 더, 형법이 긴급피난의 규정에 ‘위난을 피하지 못할 책임이 있는 자’라는 배제범주를 설정하고 있다는 점(형법 제22조 2항)도 자초위난의 논제를 해결하기 위해 활용될 수 있는지 검토가 필요하다. 결론적으로, ‘상당성’과 ‘감수의무’가 중국적인 판단지점으로 떠오르게 되는데, 항을 바

26) 이용식, 앞의 글, 376-378쪽.

27) 이 글은 이 점에 대해서도 각주 18)에서 문제점을 지적한 바 있다.

28) 대상자의 측면에서도 긴급피난의 권리개념은 부당하다. 한쪽의 권리는 상대방의 의무를 낳는다. 긴급피난이 피난자의 권리라면 대상자에게는 법익침해 수인의 의무가 부담되는 셈이다. 하등의 잘못도 없는 대상자가 의무로서 자신의 법익침해를 수인해야 한다는 주장은 설득력이 없다. 따라서 긴급피난은 권리나 의무라는 개념으로 설명될 수 있는 기제가 아니다.

29) 구체적인 내용은 전면부정설의 문제점을 지적하면서(이 글의 III. 1. 1.1) 서술하였다.

꾸어 설명한다.

2.2 상당성의 요소

상당성은 긴급피난의 성립요건 중에서 다용도로 활용될 수 있는 도구이다. 나머지 요건들은 의미가 정해져 있음에 반하여 상당성은 열려진 개념이어서 판단에 재량이 부여될 수 있기 때문이다. 자초위난의 논제를 해결하는 기제로서 상당성이 추천되는 이유도 바로 그러한 장점 때문이다. 하지만 용도의 다양성은 자칫 혼동을 초래하기도 한다. 코에 걸면 코걸이 식의 잣대가 되면 긴급피난의 경계가 모호해져서 법적 안정성이 흔들리게 된다. 따라서 상당성의 요소를 구성하는 일이 중요한 과제가 되는데, 일반적인 견해에 의하면 ① 보충성 ② 균형성 ③ 적합성이 상당성의 3가지 필수요소라고 한다.

보충성은 피난행위가 최후의 구제수단인면서 최소의 침해행위여야 한다는 지침이다. 따라서 위기를 벗어나는 다른 방법이 있는 경우에는 침해의 정도에 대한 비교가 요구된다.³⁰⁾ 그 결과 피난행위보다 경미한 침해에 머무르는 다른 구제방법이 있다면 피난행위를 선택하는 것이 상당성에 어긋나게 된다. 이렇게 다른 구제수단들과의 비교에 초점을 맞추는 외부 판단의 잣대가 보충성임에 반하여, 균형성은 긴급피난의 내부구조에 주목하여 피난행위에 의해 보호되는 법익이 침해되는 법익보다 클 것을 요구하는 지침이다. 같거나 형량이 불가능한 경우에도 긴급피난이 인정되긴 하지만, 법적 성격은 정당화 사유가 아니라 면책 사유라는 것이 일반적인 설명이다. 반면에 보호법익보다 침해법익이 크다고 교량되는 피난행위는 균형성이 설정하는 한계를 벗어나게 된다. 상당성의 마지막 요소인 적합성은 피난행위가 법정신과 윤리에 합치될 것을 요구하는 지침이다. 보충성과 균형성이 사실 개념이라면, 적합성은 규범적 잣대라고 할 수 있다. 따라서 적합성의 영역에서는 외부의 다른 구제수단들과의 비교 및 내부의 법익형량을 모두 통과한 피난행위일지라도 규범적 판단에 의해 배제하는 것이 가능해진다.³¹⁾

30) 달리 법익을 보호할 수 있는 수단이 있는 경우에는 그 자체만으로 보충성이 부정된다는 견해도 제시된다(신동운, 앞의 책, 305쪽). 하지만 이렇게 피난행위가 법익보호의 유일한 방법일 것을 요구한다면 긴급피난의 성립범위가 피난자에게 가혹할 정도로 축소될 위험이 있다. 법익보호의 다른 방법이 있더라도 피난행위가 침해의 최소화를 충족한다면 보충성이 인정되어야 할 것이다.(같은 견해로는 한정환, “긴급한 피난행위에서의 상당한 이유”, 현대형사법의 쟁점과 과제(동암 이형국 교수 화갑기념논문집), 법문사, 1998, 261쪽.)

31) 적절한 사례로서 <강제채혈 사건>이 제시되기도 한다. 특수 혈액형의 환자를 살리기 위해 동일 혈액형의 사람으로부터 강제채혈을 하는 행위는 보충성과 균형성이 인정되더라도 사람을 도구로 사용하는 것이므로

이렇게 긴급피난의 성립요건인 상당성이 보충성 및 균형성이라는 사실적 지침과 적합성이라는 규범적 지침을 모두 포함한다는 점은 자초위난의 논제에 대한 판단지점으로서의 유용성을 한층 제고한다. 자초위난은 긴급피난의 근거담론인 사회연대와 공리주의에 공히 부정적 영향을 미치는 사유여서 규제가 요구되는 것인데,³²⁾ 사회연대라는 규범담론은 적합성 지침의 바탕이고, 사실담론인 공리주의는 보충성과 균형성의 토대이기 때문이다. 따라서 자초위난이 사회연대에 끼치는 균열은 적합성의 지침으로 처리하고, 공리주의에 초래하는 혼동은 보충성과 균형성의 판단에서 감당하는 것이 가능해진다. 구체적인 방법은 이 글의 IV에서 설명하기로 한다.

2.3 또 다른 판단지점

자초위난의 논제를 해결함에 있어서 주목할 또 다른 판단지점은 ‘위난을 피하지 못할 책임이 있는 자’에게 긴급피난이 적용되지 않는다는 형법의 규정이다(형법 제22조 2항). 이는 군인, 경찰관, 소방관, 의사 등과 같이 직무의 내용에 위난의 감수가 포함되어 있는 자들을 대상으로 한다는 것이 일반적인 설명이다. 즉, 법률이나 업무 및 관습에 의해 특정한 위난을 감수할 의무가 부여된 자들에게 의무이행을 촉구하는 규정이라는 이야기이다. 그런데 그에 덧붙여서 동 규정은 자초위난의 특수한 사례를 해결하는 기제로도 활용될 수 있다는 견해가 제기된다. 대표적인 경우가 수감자의 사례이다. 자신의 범죄로 감금의 위난을 자초한 수감자에게는 감금의 감수가 법적으로 요구되는 불이익이므로 ‘위난을 피하지 못할 책임이 있는 자’의 일원이 된다는 것이다. 현행범으로 체포되는 사람이라든지 재산을 압류 당한 사람의 경우에서도 같은 설명이 가능하다. 하지만 이러한 처리는 특수사례를 대상으로 한다는 점에서 자초위난 논제의 주된 해결방안이 되지 못한다. 결국 상당성이라는 주된 판단지점에 부수하는 또 다른 판단지점의 지위를 갖는 셈인데, 구체적인 활용방법은 역시 이 글의 IV에서 설명한다.

로 적합성이 충족되지 않는다는 것이다.(구체적인 내용은 김영중, 앞의 책, 164쪽 참조.)

32) 이 글의 III, 1. 1.1에서 설명한 바 있다.

IV. 구체적인 기준

1. 사례와 구조

1.1 6가지 사례유형

이 장에서는 자초위난에 대한 긴급피난이 허용되는지 여부를 판단하기 위한 매뉴얼을 작성하고자 한다. 이를 위해 우선 자초위난의 대표적인 사례들을 정리해 보자. 참고로 앞서서도 잠깐 언급했듯이 자초위난의 사례는 <㉠ 위난을 자초하는 행위의 실행→㉡ 위난의 발생→㉢ 피난행위로 인한 법익침해>의 3단계 구조를 지니는 바, 이를 적시하여 정리하면 다음과 같다.

- ① 도발 사건 : 이웃집 개의 짖는 소리에 시달리던 甲은 개를 도발하여 공격해오면 처치하기로 작정하고, ㉠ 개의 꼬리를 밟았다. ㉡ 개가 덩벼들자, 갑(甲)은 몽둥이로 ㉢ 개를 때려서 죽였다.
- ② 강간치상 사건 : 을(乙)은 B에게 ㉠ 강간을 시도하였는데, ㉡ B가 손가락을 깨물자, 손가락을 빼내는 과정에서 B에게 ㉢ 치아결손의 상해를 입혔다.
- ③ 자살시도 사건 : 병(丙)은 C가 운영하는 여관방에서 자살하기 위해 문을 막고 ㉠ 가스를 틀어 놓았는데, ㉡ 가스가 방 전체에 퍼지자, 살아야겠다는 생각이 들어 ㉢ 문을 부수고 탈출하였다.
- ④ 닢줄피해 사건 : 정(丁)은 ㉠ 휴지선(休止船)을 당국의 허가 없이 D의 피조개 양식장 근방에 정박시켜 놓았는데, ㉡ 태풍이 내습하여 선원이 탑승한 휴지선의 전복이 우려되는 위난이 발생되자, ㉢ 휴지선의 닢줄을 늘임으로써 피조개 양식장에 피해를 끼쳤다.
- ⑤ 촛불화재 사건³³⁾ : 무(戊)는 요리를 하다가 ㉠ 과실로 불이 났는데, ㉡ 불이 통제되지 않자, ㉢ E의 집에 허락도 받지 않고 뛰어 들어가 소화기를 가지고 가서 사용하였다.
- ⑥ 현행범 사건 : 기(己)는 ㉠ 소매치기를 하다가 ㉡ F에게 체포되자, 탈출하기 위해 A에게 ㉢ 폭행을 가하였다.

33) ‘촛불화재 사건’은 과실로 화재를 일으킨 투숙객이 문을 부수고 탈출하는 행위로 설정할 수도 있다. 하지만 여기서는 ‘자살시도 사건’의 여관방 스토리와 구별하기 위해 자신의 집에 발생된 실화(失火)로 꾸며 보았다.

1.2 분석

위의 6가지 사례들은 모두 자초위난의 사례에 필수적인 3단계 구조를 지니고 있지만, 각 단계의 내용은 동일하지 않다. 이를 분석하면 다음과 같다.

먼저, <㉠ 자초행위>의 단계에서는 행위자의 의사내용이 도발과 고의 및 과실로 구분된다. 도발은 고의의 일종이지만 이후의 사태전개를 행위자가 계획하고 있다는 점에서 나머지의 고의 유형보다 중하게 평가된다. <① 도발 사건>에서 확인되는 행위자의 의사내용이 그러하다. 갑(甲)은 <㉠ 개의 꼬리를 밟은 행위 뿐 아니라 이를 통해 ㉡ 개가 덩벼들도록 한 후 ㉢ 개를 죽이는> 시나리오 전체를 기획하고 지배한 것이다. 반면에, <② 강간치상 사건>은 도발에는 이르지 않은 단순한 고의 자초행위의 사례이다. 을(乙)의 <㉠ 강간시도>는 고의이지만, 이후의 사태전개에서는 을(乙)의 사전계획이 확인되지 않기 때문이다. <③ 자살시도 사건>과 <④ 닦줄피해 사건> 및 <⑥ 현행범 사건>도 마찬가지이다. 각기 <㉠ 자초행위>에 해당되는 가스 유출(丙)과 휴지선 정박(丁) 및 소매치기(己)는 고의로 행해졌지만, 각 행위자가 이후의 사태전개까지 기획·지배한 것은 아니다. 반면에, <⑤ 촛불화재 사건>은 과실의 자초행위에 해당되는 사례라고 할 수 있다. 위난발생의 자초행위가 무(戊)의 <㉠ 실화(失火)>이기 때문이다.

다음에, <㉡ 위난발생>의 단계에서는 발생한 위난이 자초행위로부터 직접 야기된 것인지에 대한 검토가 필요하다. 대부분의 사례들에서는 자초행위와 위난발생 간의 직접적 관련성이 확인된다. 예를 들어, <① 도발사건>의 경우 개의 꼬리를 밟았기 때문에 개가 덩벼든 것이고, <② 강간치상 사건>에서도 강간을 시도했기 때문에 피해자가 손가락을 깨문 것이다. <③ 자살시도 사건>과 <⑤ 촛불화재 사건> 및 <⑥ 현행범 사건>에서도 사정은 마찬가지이다. 하지만, <④ 닦줄피해 사건>에서는 자초행위와 직접적 관련성 없이 위난이 발생하였다는 특이점이 발견된다. 즉, 태풍의 내습이라는 위난은 자초행위인 휴지선 정박으로부터 야기된 것이 아니라, 별도로 발생한 자연재해인 것이다. 그러면서 휴지선 정박이라는 <㉠ 자초행위>는 오히려 <㉢ 법익침해>에 원인을 제공하는 색다른 구조를 지니게 된다.

또한 <㉢ 법익침해>의 단계에서도 침해의 내용이 보충성과 균형성을 갖추고 있는지 여부가 검토될 수 있다. 일단 보충성의 지침에 관한 한 위의 6가지 사례에서는 모두 특별한 부정의 사유가 발견되지 않는다. 법익침해의 방법 이외에 위난 회피의 수단이 없는 상황이라는 점이 인정되는 것이다. 하지만, 균형성의 판단에서는 구체적인 검토가

요구된다. 우선 <③ 자살시도 사건>의 경우에는 생명을 보호하기 위해 경미한 수준의 손괴가 행해졌으므로 저울추가 보호법익의 편으로 일방적으로 기운다. <⑤ 쫓불화재 사건>에서도 침해법익의 추에 주거침입의 피해가 첨가되기는 하였지만 역시 보호법익의 추가 생명보호이므로 사정이 다르지 않고, <④ 닳줄피해 사건>도 선원의 생명보호가 절대명제이므로 같은 맥락에서 판단될 수 있다. 또한 <① 도발 사건>은 보호법익이 생명이 아니라 신체라는 차이가 있으나 침해법익이 손괴이므로 균형성의 판단에서 문제가 발생할 것 같지는 않다. 하지만 <② 강간치상 사건>은 상해를 피하기 위해 상해를 행한 사례이고, <⑥ 현행범 사건>은 자유를 보호하기 위해 신체를 침해한 사례이므로 앞의 사례들과 비교된다. 균형성의 저울추가 한쪽으로 확실하게 기울는 사안이 아닌 것이다.

마지막으로 문제되는 사항은 행위자에게 위난 감수의 의무가 있는지 여부이다. 이를 위해서는 <㉠ 자초행위>와 <㉡ 위난발생> 및 <㉢ 법익침해>의 내용이 종합적으로 검토되어야 한다. 어렵지 않게 찾아지는 사례가 <⑥ 현행범 사건>이다. 소매치기의 현행범(㉠)이므로 체포의 위난(㉡)을 감수해야 하고, 따라서 상대에 대한 폭행(㉢)이 허용되지 않는 것이다. 반면에, 나머지 사례들에서는 그러한 유형의 특수사정이 발견되지 않고, 따라서 위난 감수의 의무가 주어지지 않는다.

지금까지의 분석내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

〈6가지 사례에 대한 분석〉³⁴⁾

	㉠ 자초행위 -의사내용-	㉡ 위난발생 -직접적 관련성-	㉢ 법익침해 -보충성/균형성-	기타 -감수의무-
① 도발 사건	도발	직접관련 있음○	보충성○/균형성○	감수의무×
② 강간치상 사건	고의	직접관련 있음○	보충성○/균형성△	감수의무×
③ 자살시도 사건	고의	직접관련 있음○	보충성○/균형성◎	감수의무×
④ 닳줄피해 사건	고의	직접관련 없음×	보충성○/균형성◎	감수의무×
⑤ 쫓불화재 사건	과실	직접관련 있음○	보충성○/균형성◎	감수의무×
⑥ 현행범 사건	고의	직접관련 있음○	보충성○/균형성△	감수의무○

34) 균형성 관련 표시 중에서 ○는 통상적으로 충족, ◎는 상당히 우월하게 충족, △는 보호법익과 침해법익이 비슷한 수준을 의미한다.

2. 매뉴얼

2.1 도구와 순서

이 글은 자초위난의 사례를 판단하는 주된 도구로서 긴급피난의 성립요건인 ‘상당성’을 추천한 바 있다. 문제는 도구의 사용법인데, 이를 기안하기 위해 주목되는 부분이 자초위난 사례의 3단계 시나리오이다. 즉, ㉠ 자초행위와 ㉡ 위난발생 및 ㉢ 법익침해의 각 단계를 ‘상당성’의 기준으로 평가하는 것이다. 평가의 순서는 ‘앞에서 뒤로’가 자연스럽다. 자초행위의 의사내용이 상당성과 어울리는지 검토한 후, 위난발생의 원인을 상당성의 잣대로 재단하고, 마지막으로 법익침해의 정도에 대해서까지 상당성의 평가를 수행하는 것이다. 그리고 이에 덧붙여서 특별한 자에게 요구되는 위난감수 의무의 존재여부를 보조적인 도구로 사용하는 것이 매뉴얼의 기본골격이다. 항을 바꾸어 설명한다.

2.2 자초행위의 의사내용

자초위난의 사례에서 긴급피난이 허용되는지 여부를 판단하기 위하여 가장 중요하게 검토해야 하는 항목은 자초행위의 의사내용이다. 왜냐하면 의사내용이 어떤 수준인지에 따라 자초위난의 성격이 달라지기 때문이다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 자초행위가 도발의 의도로 기획·지배된 것이라면 긴급피난은 불허되는 것이 마땅하다. 행위자가 덮을 놓아 피해자의 법익을 침해하는 구조이니 규범적인 차원에서 불허되는 것이다. 상당성의 요소와 관련해서는 ‘적합성’의 부정으로 설명하면 된다. 도발은 법정신 및 윤리에 위배되어 긴급피난으로 적합하지 않고, 그것만으로도 긴급피난의 세계에서 배제되기에 충분하다. 따라서 <① 도발 사건>은 긴급피난 부정의 대표적인 사례가 된다.

둘째, 자초행위가 과실로 야기된 경우에는 긴급피난의 허용가능성이 생긴다. 적어도 규범적 차원에서의 배제 사안에는 해당되지 않는 바, 이는 행위자가 자초행위의 의사를 법에서 자유롭기 때문이다. 따라서 적합성의 요소는 충족되며, 보충성과 균형성을 비롯한 여타 요건의 충족을 전제로 긴급피난이 인정되는 것이다. <⑤ 쫓불화재 사건>이 대표적인 사례이다.

셋째, 자초행위가 고의로 행해진 사안이라면³⁵⁾ 긴급피난의 인정여부에 대한 판단이

일단 보류된다. 규범적 평가인 적합성의 충족 여부가 아직은 판단되지 못하기 때문인데, 이를 마무리하기 위해서는 위난발생의 원인에 대한 분석이 추가될 필요가 있다. 항을 바꾸어 설명한다.

2.3 위난발생의 원인

자초위난 사례의 대부분은 자초행위와 위난발생이 직접적 관련성을 갖는다. 즉, 자초행위로부터 직접 위난이 발생하는 것이다. 하지만 그렇지 않은 예외의 경우도 생겨날 수 있다. 고의 자초행위의 사안에서는 어느 쪽인가 따라 긴급피난의 허용여부가 달라지므로, 직접적 관련성이 있는 경우와 없는 경우를 구별하여 살펴보기로 한다. 이해의 편의를 위해 후자를 먼저 설명하기로 한다.

첫째, 고의의 자초행위와 위난발생이 직접적 관련성을 갖지 않는 경우에는 긴급피난의 허용가능성이 생긴다. 자초행위가 고의로 행해졌더라도 위난이 자초행위와는 별개의 원인으로 발생한 경우라면 굳이 긴급피난을 규범적으로 배제할 필요가 없을 것이기 때문이다. 따라서 적합성의 요소가 충족되며, 여타의 긴급피난 요건까지 충족된다면 긴급피난이 허용되는 것이다. <④ 닻줄피해 사건>에서 긴급피난을 인정한 판례는 그러한 판단을 한 것으로 이해된다.

둘째, 고의의 자초행위가 위난을 직접 발생시킨 경우라면 긴급피난이 ‘원칙적’으로 불허된다. 고의는 도발이 지니는 불법성에는 미치지 못하지만 위난발생의 직접적 관련성과 결합하면서 자초의 불법성이 강화되기 때문이다. 따라서 상당성의 요소인 ‘적합성’이 탈락될 수 있다. 하지만 ‘예외’의 가능성이 있다는 점에서 도발의 사안과는 구별된다. 긴급피난이 허용되는 예외는 침해법익이 현저하게 경미한 경우인데, 이는 법익침해의 항목에서 설명될 사항이다.

2.4 법익침해의 정도

자초위난은 보충성과 균형성이라는 사실적 평가에서도 특수한 교량기준을 요구할 수밖에 없다. 위난을 자초했다는 점이 보호법익에 부(負)의 요소로 작용하고, 이는 곧 침해법익의 증가와 동등한 가치를 의미하기 때문이다. 따라서 자초위난의 사례에서 긴

35) 여기서의 고의 사안이란 도발까지는 이르지 않은 단순 고의의 사안을 말한다.

급피난이 인정되기 위해서는 보다 엄격한 보충성과 균형성의 잣대를 통과해야 한다. 판례가 <② 강간치상 사건>에서 긴급피난을 부정한 이면에는, 자초행위와 위난발생이 직접적 관련성을 지니므로 적합성이 탈락될 수 있다는 판단과 더불어, 법익교량에 대한 엄격성의 판단도 개재된 것으로 이해된다.³⁶⁾ 하지만 아무리 엄격한 잣대를 들이대더라도 보호법익에 비해 침해법익이 현저하게 경미한 경우라면 긴급피난의 불허가 오히려 법정신에 위배될 수 있음에 주의를 요한다. 이는 <③ 자살시도 사건>에서 극명하게 확인된다. 고의로 자살시도의 자초행위가 행해졌고, 생명위급의 위난이 자초행위에서 직접 발생되었지만, 생명을 보호하기 위해 현저하게 경미한 법익침해인 문의 손괴가 행해진 사안이므로 긴급피난이 인정될 수 있는 것이다.

2.5 위난 감수의 의무

자초위난의 사례를 처리하는 매뉴얼에서 빼놓을 수 없는 마지막의 지침은 위난 감수의 의무에 대한 검토이다. 이는 형법 제22조 2항의 규정에 근거를 둔다. 구체적인 내용은 앞에서 설명한 바 있으므로³⁷⁾ 반복을 피하기로 한다. 이 지침에 의해 <⑥ 현행범 사건>에서 체포를 면탈하기 위한 폭행은 긴급피난에 해당되지 않게 된다는 점도 이미 설명한 바 있다.

2.6 종합

지금까지 소개한 매뉴얼에 의할 때 자초위난의 사례 중에서 긴급피난이 허용되는 경우와 불허되는 경우를 종합적으로 정리하면 다음과 같다.

첫째, 자초위난이 행위자에 의해 도발된 경우에는 긴급피난이 불허된다.

둘째, 자초행위가 고의인 경우에는 원칙적으로 긴급피난이 불허된다. 다만 자초행위와 위난발생 간에 직접적 관련성이 결여되거나, 보호법익에 비해 침해법익이 현저하게 경미한 경우에는 예외적으로 긴급피난이 허용될 수 있다.

셋째, 과실의 자초행위에 의해 위난이 발생된 경우에는 보충성과 균형성의 엄격한 잣대의 통과를 전제로 긴급피난이 허용된다.

36) 통상의 사안이라면 면책적 긴급피난 정도는 인정될만하다. 신체 대 신체의 사례이기 때문이다.

37) 이 글의 III. 2. 2.3 참조.

넷째, 행위자에게 위난 감수의 의무가 존재하는 경우에는 긴급피난이 불허된다.

V. 맺는 말

이 글의 서두에서 밝혔듯이, 긴급피난에서 자초위난이 특히 문제되는 이유는 침해법익의 주체가 법의 울타리를 넘지 않은 준법자이기 때문이다. 따라서 긴급피난의 허용범위가 축소되어야 할 필요성이 제기되는 바, 이 글은 그에 대한 이론적 근거와 해석학적 논증을 제시함과 동시에 불허의 판단기준을 구체적으로 기안해 보고자 시도하였다. 이를 통해 자초위난의 대표 판례인 “뺨줄피해 사건”과 “강간치상 사건”이 왜 결론을 달리하는지 설명될 수 있을 뿐 아니라, 여타의 자초위난 사례들도 체계적으로 해결될 수 있으리라 생각된다. 이 글의 제안을 굳이 기존 학설의 편 가름에 편입시키고자 한다면 실질적 이분설, 그 중에서도 종합설의 구역에 위치시켜도 무방하다. 그러면서 종합설의 내용을 구체적으로 정립해 보려는 시도, 그것에 이 글의 의미를 두고자 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법총론 제3판, 성균관대학교 출판부, 2014.
- 김영중, 긴급피난의 상당성에 관한 연구, 서울대학교 법학박사학위논문, 2013년 2월.
- 박상기, 형법총론 제9판, 박영사, 2012.
- 손동권/김재윤, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011.
- 신동운, 형법총론 제8판 보정판, 법문사, 2015.
- 오영근, 형법총론 제2판 보정판, 박영사, 2012.
- 유기전, 형법학 총론강의, 일조각, 1978.
- 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011.
- 이형국, 형법총론연구 I, 법문사, 1984.
- 임 옹, 형법총론 제6정판, 법문사, 2014.
- 정영석, 형법총론, 제5전정판, 법문사, 1984.
- 진계호, 신고 형법총론 전정판, 대왕사, 1993.
- 차용석, 형법총론강의, 고시연구사, 1984.
- 황산덕, 형법총론, 제7전정판, 방문사, 1983.

2. 학술지

- 김남현, “도로교통사범과 긴급피난”, 경찰학연구 제8호, 경찰대학, 2005년 봄·여름, 202-235쪽.
- 김덕용, “자초위난에 관한 소고”, 법학연구 제25집, 한국법학회, 2007년 2월, 319-346쪽.
- 김학태, “긴급권에 관한 법철학적 근거 -긴급피난을 중심으로-”, 법철학연구 제8권 제2호, 한국법철학회, 2005년 12월, 215-242쪽.
- 박광민, “긴급피난의 정당화 원리”, 형사법연구 제7호, 한국형사법학회, 1994년 12월, 51-74쪽.
- 이용식, “자초위난에 관한 시론-권리남용설에 의한 해결-”, 법학 제101호, 서울대학교 법학연구소, 1996년 9월, 360-387쪽.

한정환, “긴급한 피난행위에서의 상당한 이유”, 현대형사법의 쟁점과 과제(동암 이형국 교수 화갑기념논문집), 법문사, 1998, 253-276쪽.

[Abstract]

A Study on the Permissible Limit of the Incurred Notstand

Lee, Seung-Ho*

This paper studies on the permissible limit of 'Notstand(act out of necessity)' when such necessity is brought on himself. We find various opinions on this theme and two representative judicial precedents. After reviewing them, this paper suggests a standard of judgement to allow or not. It can be summed up as follows: ① The provoked necessity is excluded from the permissible conditions so that Notstand is not admitted in such case. ② The intentionally inflicted necessity is also in principle excluded from the permissible conditions except when such necessity is caused by another disaster or the infringed benefit is remarkably much slighter than the protected benefit. ③ The negligently committed necessity is included into the permissible condition so that the doer is not punished if other requirements of Notstand are satisfied. ④ The special obligation blocks the excuse of Notstand because the doer should put up with danger in such case.

[Key Words] Act out of necessity, The provoked necessity, The intentionally inflicted necessity, The negligently committed necessity, The probable cause

* Professor, The Law School of Konkuk University