

이른바 ‘절도범 뇌사 사건’ 판결에 비추어 본 정당방위 · 과잉방위에 관한 비판적 고찰*

-대법원 2016. 5. 12. 선고 2016도2794 판결

(원심 판결: 서울고등법원 2016. 1. 29. 선고 2015노11 판결)-

A Critical Review on Self-defense and Excessive Self-defense in the Light of so Called the Case of Thief's Brain Death

-Supreme Court Decision 2016DO2794 Decided May 12, 2016-

박 정 난**

Park, Jung-Nan

목 차

- | | |
|-----------------------------|----------------------------|
| I. 문제의 제기 | IV. 정당방위 · 과잉방위에 대한 판례의 경향 |
| II. 대상사건의 사실관계 및 판결 | V. 대상 판결에 대한 검토 |
| III. 정당방위 · 과잉방위에 대한 이론적 검토 | VI. 결론 |

대상 판례는 자신의 주거지에 침입한 절도범을 폭행하여 사망에 이르게 한 행위가 정당방위, 과잉방위에 해당되는가에 관한 것이다. 법원은 방위의사가 결여된 공격행위이므로 정당방위 및 과잉방위 모두 성립하지 않는 것으로 판단하고 다만 피고인의 사정을 양형에서 참작하는데 그쳤다. 우리 법원은 이 판결뿐만 아니라 대다수의 사안에서 정당방위 및 과잉방위의 성립을 잘 인정하지 않고 국민들에게 아무리 긴급한 상황이라 하더라도 침착함과 고도의 윤리의식을 요구하고 있다. 또한 법원은 정당방위의 상당성에 대하여 침해법익,

투고일 : 2018. 8. 1. / 심사회의일 : 2018. 9. 17. / 게재확정일 : 2018. 10. 8.

* 이 논문은 2018년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임.

** 건국대학교 법학전문대학원 조교수

Assistant Professor, School of Law, Konkuk University

방어법익, 침해방법 등 구체적 사정을 참작하여 판단해야 한다고 설시하면서도 정작 그러한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 상당성의 기준을 지나치게 높게 설정하여 정당방위를 배척하고, 그 다음 단계인 과잉방위에 대하여도 구체적 검토 없이 인정하지 않고 있다. 정당방위의 침해의 현재성은 침해가 급박한 경우에도 인정되고, 상당성은 사회윤리적 제한이라는 별도의 요건을 요구할 필요 없이 상대적 최소침해의 원칙과 아울러 법익간 균형, 행위간 균형, 방위행위자의 심리상태 등 제반사정을 고려하여 판단하는 것이 타당하다. 따라서 대상 사건의 경우 객관적으로 주거침입의 위법상태가 해소되지 않았고 절도범이 절취행위는 중단하였으나 계속하여 움직이려고 하는 상황이었기 때문에 제2의 위해를 가할 수 있었다는 점에서 침해의 현재성 및 방위의사가 충분히 인정된다. 또한 ‘상대적’ 최소침해의 원칙 및 구체적 정황을 고려할 때 피고인이 발로 쓰러진 절도범의 머리를 수 회 폭행한 것은 절도범이 계속하여 움직이려고 하는 상황에서 피고인 입장에서는 아직 절도범이 충분히 제압되지 않았고 또한 어떤 신체능력을 갖고 있을지 모르는 절도범이 자신을 공격할 수도 있다는 생각에서 충분히 가능한 방어행위로 상당성이 인정된다 하겠다. 상당수 국가들이 입법화한 주거방위 법리 측면에서도, 주거침입 자체가 치명적인 불법행위이고 주거라는 밀폐된 장소에서의 방어가 매우 취약하며, 강간·감금 등과 같은 중범죄로 연결되기 쉬운 점 등을 고려할 때 상당성은 충분히 인정된다. 설령 침해의 현재성 및 상당성을 부인한다고 하더라도 침해가 직전에 발생하였고 시간적·장소적으로 밀접한 상황이므로 일련의 행위가 전체로서 방어행위에 해당되고 적법행위에 대한 기대가능성이 적으므로 최소한 과잉방위를 인정하는 것이 타당하다. 형사상 범죄자가 될 지도 모른다는 두려움에 국민들이 힘 없이 범죄 피해를 받아들이는 불합리한 상황이 초래되는 것을 피하기 위하여 정당방위, 과잉방위에 대한 실무의 유연한 접근이 필요하다고 생각된다.

[주제어] 절도범 뇌사사건, 정당방위, 주거방위, 과잉방위, 상대적 최소침해의 원칙

I. 문제의 제기

평석 대상판례는 소위 언론에 의하여 ‘도둑뇌사사건’이라 보도된 사건에 관한 판례이다. 대법원 판결은 항소심 판결이 정당하다고 판시하고 특별히 추가한 내용은 없으므로 본고에서는 항소심 판결을 중심으로 검토하고자 한다.

대상판례는 자신의 주거지에 침입하여 절도를 하려고 한 도둑을 폭행하여 사망에 이르게 한 행위에 대하여 형법 제21조의 정당방위 및 과잉방위 모두 성립하지 않는다고 판단하였다. 이러한 법원의 판단에 대하여는 대다수의 국민들이 공감하지 않는 등 큰 사회적 반향을 일으킨 바 있다.¹⁾

1) “국민 10명 중 7명 ‘도둑뇌사 집주인’ 정당방위” 아시아투데이 <<http://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20141103010001408>>, 2014.11.3.(당시 여론조사 결과 국민 76.2%가 정당방위로 무죄가 맞다고 생각한다)

우리 법원은 이 판결뿐만 아니라 대다수의 사안에서 정당방위·과잉방위의 성립을 잘 인정하지 않고 있다. 그러나 정당방위가 문제되는 상황은 피해자가 먼저 피의자 또는 제3자에 대하여 선행적으로 불법한 침해를 가한 경우로서, 정당방위·과잉방위의 성립을 엄격하게 판단하는 것은 결과적으로 범법자를 보호하게 되는 것으로 법적 타당성이 없다고 생각된다.

대상판례는 정당방위의 성립요건인 침해의 현재성, 상당성 등을 현실과 괴리되게 매우 좁게 해석하여 정당방위를 인정하지 않았고, 나아가 과잉방위에 대하여는 구체적인 논증 없이 정당방위가 아니므로 과잉방위도 아니라는 결론을 내리고 있다. 따라서 본고에서는 선행적으로 정당방위 및 과잉방위의 요건 등 일반론을 면밀히 검토한 후 이를 바탕으로 대상판례를 비판적으로 분석하면서 정당방위 및 과잉방위를 인정하는 것이 어떠한 이유에서 타당한지 논증하고자 한다.

II. 대상사건의 사실관계 및 판결

1. 사실관계

피고인은 만 19세의 청년으로, 2014년 3월 7일 군입대 신체검사를 받은 후 20:00경부터 친구들과 어울려 술을 마시다가 다음날 03:15경 자신의 주거지에 귀가하였다.

피고인의 주거지는 단독주택으로 1층에는 외조부모가 거주하고 2층에는 피고인과 모친이 함께 생활하였는데 피고인의 모친은 밤 10시경부터 다음 날 오전 10시경까지 식당에서 일하고 있었다. 다만 피고인의 누나가 가끔씩 찾아와 2층에서 생활하기도 했다. 피고인은 집으로 가는 골목에서 2층에 불이 꺼져 있어야 하는데 불이 켜져 있는 것을 발견하고 의아하게 생각하고 2층 현관문을 열었는데 그 순간 거실에 서서 서랍장을 뒤지며 절취품을 물색하던 도둑인 피해자를 발견하였다.

이에 피고인은 피해자에게 “당신 누구야”라고 소리쳤는데 피해자가 대답을 얼버무리며 도망가려고 하자 달려가 주먹으로 피해자의 얼굴을 수 회 때려 넘어뜨렸다. 이에 눈가에 피를 흘리면서 바닥에 쓰러진 피해자가 다시 일어나려고 하자 피고인은 주먹과 발로 피해자의 온 몸을 수 회 때렸다.(이하 이를 최초 폭행이라 한다.)

이후 피고인은 경찰에 신고를 하기 위하여 전화기가 있는 1층으로 내려가려고 현관문을 나서려고 하는데 피해자가 다시 몸을 반쯤 일으켜 세우고 거실 우측 장롱 앞쪽으로 기어가는 것을 발견하고 발로 피해자의 뒤통수를 수 회 차고, 거실에 있던 알루미늄 빨래 건조대를 집어 들어 피해자의 등 부분을 수 회 때리고, 피고인이 허리에 차고 있던 가죽벨트를 풀어 쇠부분을 잡고 띠부분으로 피해자의 등 부분을 수 회 때렸다.(이하 이를 추가 폭행이라 한다.) 피고인은 112에 신고하였고 도착한 경찰이 119를 불러 피해자를 병원으로 후송하였다. 피해자는 피고인의 폭행으로 치료기간을 알 수 없는 외상성 경막하 출혈 등의 상해를 입었다.

이에 대하여 검사는 피고인이 위험한 물건인 빨래 건조대를 휴대하여 상해를 가하였음을 이유로 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호, 형법 제257조 제1항을 적용하여 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)죄로 기소하였다.

2. 1심 및 항소심 판결

2.1 1심 판결

1심²⁾에서 피고인은, 정당방위 또는 과잉방위에 해당한다고 주장하였다. 그러나 법원은 피해자가 흥기 등을 전혀 소지하지 않았고 피고인을 만나자 그냥 도망가려고만 한 점, 피고인이 절도범인 피해자를 제압하기 위하여 폭행하였다고 하더라도 아무런 저항 없이 도망간 가려고 한 피해자의 머리 부위를 장시간 심하게 때린 점, 피고인의 폭행으로 피해자가 의식을 잃어 응급실에 후송되었고 그로부터 5개월이 지난 시점까지 의식이 돌아오지 않은 채 사실상 식물인간 상태인 점 등을 고려할 때 피고인의 방위행위는 사회통념상 용인될 수 없다고 판단하고 정당방위, 과잉방위 주장을 모두 배척하였다.

양형에 있어서는 피고인의 범행이 비난가능성이 크고, 피해자의 보호자 역할을 한 피해자의 형이 병원비 등에 부담을 느끼고 자살을 하였고 피해자의 유족이 엄벌을 구하는 점을 이유로 실형을 선고한다고 하면서 다만 피고인이 초범인 점, 범행 발생에 피해자에게 일부 책임이 있는 점, 피고인이 피해자 측에 500만원을 공탁한 점 등의 정상을 참작하여 작량감경 하여 징역 1년 6월을 선고하였다.

2) 춘천지방법원 원주지원 2014. 8. 13. 선고 2014고단444 판결.

2.2 항소심 판결

1심 판결에 대하여 피고인은 1심에서와 마찬가지로 정당방위 또는 과잉방위에 해당한다고 주장하였고, 피고인이 피해자를 때릴 때 사용한 알루미늄 빨래 건조대는 위험한 물건에 해당하지 않는다고 주장하였다.

한편 1심 선고 이후 의식불명 상태이던 피해자가 치료를 받던 중(사건 발생일로부터 약 9개월 후) 폐렴으로 사망하였기 때문에 항소심에서 검사는 죄명 및 범죄사실을 상해치사로 공소장 변경을 하였다.(따라서 원심은 상해치사죄로 공소장 변경되었기 때문에 빨래 건조대가 위험한 물건인지 여부에 대하여는 판단하지 않았다.)

항소심³⁾은 피고인이 최초 폭행한 것은 정당방위로 충분히 인정된다고 하였다. 그러나 추가 폭행의 경우는, 이미 최초 폭행으로 피해자가 바닥에 쓰러져 대항하지 못하고 있었으므로 피해자의 부당한 침해는 종료한 상황임에도 불구하고 피고인이 공격의사로 한 폭행이라고 보아야 한다고 판단하였다. 또한 피해자가 최초 폭행을 당한 이후 몸을 반쯤 일으켜 이동을 하려고는 하였으나, 성인 남성의 보폭으로 세 발자국 정도밖에 되지 않고, 피고인은 피해자가 부엌에서 칼을 가지고 올 가능성도 있었다고 주장하나 이는 추측에 불과하고 피해자의 공격이 임박한 상황이라고도 보기 어렵다고 판단하였다. 즉 피고인의 최초 폭행 이후 피해자가 피고인 또는 가족의 생명, 신체를 중대하게 위협하였다고 하거나 피고인의 재산이나 주거의 평온에 대한 추가적 침해를 우려할 정황을 발견할 수 없는 점, 피해자를 도망가지 못하게 하기 위하여는 피해자의 손발을 테이프, 넥타이 등으로 잠시 묶어두거나 큰 소리를 질러 1층에 거주하는 외조부모 또는 이웃 주민들에게 자신이 처한 상황을 알리는 등 다른 경미한 대체수단으로도 충분히 방위 목적을 실현할 수 있었던 점 등을 고려할 때 피고인의 방위행위는 상당한 이유가 없어 정당방위가 성립하지 않는다고 판단하였다. 그리고 방위의사가 인정되지 않으므로 과잉방위도 인정되지 않는다고 판단하였다.

다만 항소심은 ‘오상방위’ 여부를 검토하면서, 피고인이 수사기관에서 피해자를 추가 폭행한 이유에 대하여 피해자가 자꾸 도망가려고 해서 그렇게 했다고 진술한 점, 피해자의 혈흔을 보면 피해자가 부엌에서 멀어지는 방향으로 이동한 점, 강도나 강간 피해를 입었을까봐 걱정되었다는 어머니, 누나가 집안에 있는지, 괜찮은지 등의 확인을 전혀 하지 않은 점 등을 고려해 볼 때 피고인은 피해자가 공격 의사 없이 도망가려고만 했다는

3) 서울고등법원 2016. 1. 29. 선고 2015노11 판결.

것을 명백히 인식하고 있었다고 보여져 피고인의 착각에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 나아가 형법 제21조 2항의 과잉방위가 성립하지 않으므로 같은 조 제3항도 검토할 수 없다고 판단하였다.

그러나 양형에 있어서 절도범인 피해자를 제압하려다 흥분한 나머지 우발적으로 범행에 이른 것은 책임 제한사유로 충분히 참작할 수 있는 점, 피고인이 초범이고 본 건으로 정신적 충격을 받고 치료를 받고 있는 점 등을 참작하여 1심과 달리 실형을 선고하지 않고 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고하였다.

2.3 대법원 판결

피고인은 항소심에 불복하여 상고하였으나, 대법원⁴⁾은 항소심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 보면 정당방위, 과잉방위 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다고 하면서 상고를 기각하였다.

III. 정당방위 · 과잉방위에 대한 이론적 검토

1. 정당방위의 개념 및 근거

형법 제21조 제1항은 ‘자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다’고 규정하여 위법성조각사유로서 정당방위를 인정한다.

정당방위의 근거는 자기보호의 원리와 법수호의 원리에 있다.⁵⁾ 전자는 타인이 위법하게 법익 침해행위를 하는데 국가의 보호를 받을 수 없는 경우 피해자 스스로 방위할 수 있는 개인의 권리를 정당방위라고 설명한다. 후자는 정당방위를 통하여 국민들은 일반적인 평화질서 내지 법질서를 지킬 수 있다고 설명한다. 이렇듯 법수호의 원리도 정당방위의 근거이므로 정당방위는 개인적 권리로 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 법수호의 이익이 없는 경우 제한될 수 있다.

4) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2016도2794 판결.

5) 이재상, 형법총론 제9판, 박영사, 2017, 230쪽.

그런데, 정당방위가 문제되는 대부분의 상황은 국가공권력의 행사를 기다릴 시간적 여유가 없고 침해가 목전에 있는 상황으로 방어행위의 정도에 대하여 엄격하게 잣대를 가하여 제한한다면 모순적이게도 오히려 범법행위를 한 사람을 더 보호하는 결과를 초래하여 결국 법질서의 붕괴를 가져올 것이라고 생각된다. 즉 정당방위의 자기 보호의 측면이 일차적으로 우선되어야 하고 법질서 수호의 측면은 보충적이고 소극적으로 적용되는 것이 타당하다.

이와 관련하여 정당방위상황 자체가 국가의 시민보호기능이 제대로 작동하지 못한 국가의 시민보호의 실패 결과라고 볼 수 있기 때문에 법질서 수호를 다시 방어행위자에게 요구하는 것은 국가의 책임회피이자 모순이라는 견해가 있고 타당하다고 생각한다.⁶⁾

2. 정당방위의 성립요건

2.1 현재의 부당한 침해

정당방위는 우선 정당방위 상황으로서 현재의 부당한 침해가 있어야 한다.

현재의 침해는 침해가 급박한 상태에 있거나 바로 발생하였거나 아직 계속되고 있는 것을 말한다.⁷⁾ 이 경우 장차 침해가 예상되고 사전에 예방하지 않으면 방어가 불가능하거나 피해가 현저하게 증대될 가능성이 있는 상황에 대한 예방적 조치로서의 정당방위, 소위 ‘예방적 정당방위’를 인정할 수 있는지가 문제된다. 통설은 이러한 상황은 침해가 급박한 상태라고도 볼 수 없으므로 정당방위의 현재성을 인정할 수 없다는 견해이다. 정당방위는 국가의 보호를 기다릴 수 없는 긴급상태에서 예외적으로 국민들의 자기사법을 허용하는 제도이므로 침해의 현재성은 엄격하게 해석해야 하는 점 등을 근거로 주장한다.⁸⁾ 판례는 지속적으로 성폭행을 해온 의붓아버지를 살해한 사건에서⁹⁾ 의붓아버지가 성폭행을 하거나 그 직전 상황이 아니었음에도 불구하고 ‘현재의 부당한 침해상태가 있었다고 볼 여지가 없는 것은 아니다’고 판시하여 예방적 정당방위에 있어서 침해의

6) 신동일, “정당방위권 역사와 도그마틱; 중세적 출발점과 현대적 수용”, 형사정책연구 제24권 제3호, 한국형사정책연구원, 2013, 23쪽.

7) 이재상, 앞의 책, 233쪽.

8) 김성돈, 형법총론 제5판, SKKUP, 2017, 276쪽; 김일수/서보학, 새로운 형법총론 제12판, 박영사, 2014, 203쪽; 배중대, 형법총론 제13판, 홍문사, 2017, 234쪽; 신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 2017, 304쪽; 오영근 형법총론 제4판, 박영사, 2018, 194쪽; 이재상 앞의 책 233쪽.

9) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결.

현재성을 인정한 바 있다.¹⁰⁾

2.2 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위

방위행위는 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위여야 한다. 방위행위에 있어서는 방위의사가 필요한데, 이 경우 방위의사는 방위행위의 동기가 되거나 유일한 요소일 필요가 없고 증오, 분노, 복수 등 다른 동기가 함께 작용해도 방위의사가 주된 의사인 이상 무방하다. 또한 방위의사가 인정된다면 공격자의 공격을 피하고 순수하게 방어하는 보호방위 뿐만 아니라 적극적으로 공격자를 공격하는 공격방위도 인정된다.¹¹⁾

2.3 상당한 이유

방위행위를 하게 된 상당한 이유가 인정되어야 한다. 상당성의 개념은 법치국가원칙의 핵심인 비례성의 원칙으로부터 유래한다. 방위행위자의 방위행위는 공격행위에 대하여 비례적이어야 하는데 그 ‘비례’의 내용이 상당성이다. 다만 정당방위 상황의 특수성이 방위행위에 대한 엄격한 법치국가적 구속을 불가능하게 하므로 정당방위의 비례성은 ‘약화된 비례성’이다.¹²⁾

상당성의 판단기준과 관련하여 통설은 보충성의 원리와 균형성의 원리는 적용되지 않는다고 해석한다.¹³⁾ 즉 정당방위는 부정(不正) 대 정(正)의 관계로 단순히 개인의 법익을 보호하는 것에 나아가 법질서 수호의 측면도 가지고 있으므로 방위행위 이외에는 다른 피난방법이 없었을 것이라는 보충성의 원리 및 침해된 법익이 방위된 법익을 가치적으로 초과하지 않아야 한다는 균형성의 원리를 요하지 않는다. 정당방위 상황이 방위행위자가 여러 가지 요소를 사려 깊게 저울질하여 행동할 수 있을 만큼 여유로운 상황이 아니라는 점을 고려할 때 타당하다.

그렇다면 상당성은 무엇을 의미하는지에 대하여는 학설의 대립이 있다.

첫째, 적합성과 필요성이라고 설명하는 견해¹⁴⁾는 적합성은 방위행위가 공격을 확실

10) 그러나 이 판결에서는 방위행위의 상당성을 인정하지 않아 결론적으로는 정당방위의 성립을 부정하였다.

11) 이재상, 앞의 책, 236-237쪽.

12) 박재운, 주석형법 형법총칙 제2판, 한국사법행정학회, 2011, 607쪽.

13) 이재상, 앞의 책, 237쪽.

14) 김일수/서보학, 앞의 책, 203쪽; 이재상, 앞의 책, 238쪽.

하고 종국적으로 마감시킬 수 있는 수단이어야 함을 의미하고 필요성은 방위에 적합한 여러 수단 가운데에서 공격자에게 가장 경미한 손실을 입히는 수단을 선택해야 함(상대적 최소침해의 원칙이라고 함)을 의미한다고 한다. 그리고 이 견해에 의하면, 상당성과 별개로 정당방위의 내재적 제한으로 사회윤리적 제한을 벗어나서는 안 된다. 정당방위의 근거가 개인의 권리 보호뿐만 아니라 법질서 수호를 위함에 있으므로 법질서를 방어할 이익이 없는 때에는 당연히 정당방위를 제한되어야 한다고 주장한다. 사회윤리적 제한이 적용되는 경우는 유아, 정신병자 등 책임 없는 자에 의한 침해, 가족 등 긴밀한 인적관계에 있는 자에 의한 침해, 극히 경미한 법익에 대한 침해, 방위자의 도발 또는 책임 있는 침해로 설명한다.

둘째, 필요성과 사회윤리적 제한이라고 설명하는 견해¹⁵⁾는 상당성과 별도로 사회윤리적 제한의 요건을 인정하는 것이 아니라 상당성 안에 사회윤리적 제한이 포함된다고 주장하는 측면에서 첫째 견해와 구별된다.

셋째, 사회윤리적 제한을 상당성 개념에 포함시킬 필요가 없다는 견해이다. 사회윤리적 제한이 필요하다는 주장은 독일 형법의 정당방위 요건으로 ‘상당성’이 아닌 ‘필요성’만을 규정하고 있어¹⁶⁾ 필요성만 인정되면 사소한 법익 침해에 대하여 지나친 방위행위를 하여도 정당방위가 인정되어 사회윤리적으로 타당하지 않다는 반성적 고려에서 비롯된 것으로, 우리 형법은 ‘필요성’이 아닌 ‘상당성’을 명문화하였으므로 굳이 사회윤리적 제한을 고려할 필요가 없다고 주장한다.¹⁷⁾ 또한 형법적인 문제를 사회윤리라는 기준으로 판단하는 것은 형법의 도덕화를 가져올 수 있고 어떤 사회윤리가 유지, 고양되는지를 법률가의 자의적 판단에 맡김으로써 형법의 법치국가원칙에도 정면으로 배치될 수 있다고 비판한다. 뿐만 아니라 사회윤리적 제한의 유형인 4가지 유형에 대하여도 비판한다. 즉 책임 없는 자에 대한 정당방위가 제한되는 것은 책임원칙의 부분적 반영에 지나지 않고, 부부 등 긴밀한 인적관계가 있는 사람에 대한 정당방위가 제한되는 것은 가정 등 일정 영역에 대한 형법의 불필요한 개입을 제한하는데 근거하는 것이지 사회윤리적 제한으로 설명할 필요가 없다고 주장한다. 또한 극히 경미한 침해에 대한 정당방위가 제한되는 것은 형법의 보충성의 원칙 때문이고, 도발된 침해에 대한 정당방위가 제한되는 것은 도발행위가 공격자로 하여금 도발자의 범죄도구로 이용되었다고 볼 정도에

15) 박상기, 형법학 제2판, 집현재, 2015, 118쪽 이하; 신동은, 앞의 책, 284쪽 이하.

16) 독일형법 제32조 제2항에서 “정당방위는 자기 또는 타인에 대한 현재의 위법한 공격을 회피하기 위하여 필요한 방위행위이다”라고 규정하고 있다.

17) 조규홍, “정당방위의 상당성의 의미 및 구체적 판단기준”, 법조 제60권 6호, 법조협회, 2011, 86-87쪽.

이르렀을 때 도발자가 간접정범의 죄책을 저야 할 문제이지 사회윤리적 제한의 문제가 아니라고 주장한다.¹⁸⁾ 한편 세 번째 견해를 주장하는 학자들의 경우 상당성의 개념을 어떻게 볼 것인지에 대하여 세부적인 내용에서 다소 차이가 있는데, 적합성과 필요성이라고 주장하는 견해¹⁹⁾가 있고, 적합성과 필요성, 요구성(방위행위가 규범적 요청에 부합하는 적절한 수준의 방어로서 방어권의 남용에 이르지 않아야 한다고 주장한다.)이라고 주장하는 견해²⁰⁾가 있으며, 필요성, 침해법익-보호법익 간 균형 및 침해행위-방위행위 간 균형, 방위상황 등을 모두 고려하여 판단해야 한다는 견해²¹⁾가 있다.

생각건대, 정당방위 행위가 상당한지 여부는 기본적으로 적합성의 원칙이 충족되어야 한다고 생각되고 대부분의 방위행위가 충족될 것이다. 또한 필요성 즉 상대적 최소침해의 원칙도 ‘절대적’이 아닌 ‘상대적’이라는 측면에서 부당하지 않다고 생각된다. 즉 절대적으로 최소침해의 원칙을 요구한다면 불법적인 침해를 당한 긴급한 상황에서 방위행위자에게 공격자를 배려하여 가장 피해가 적은 방법을 강구하여 선택하라는 것으로 어불성설이지만, 긴급성의 상황에 따라 방위행위자에게 요구할 수 있는 범위에서 공격자에게 최소한의 피해를 주는 수단을 선택할 것은 요구할 수 있다고 생각된다. 예를 들어 길거리에서 자신에게 욕설을 하는 사람을 칼로 찔러 죽이는 것은 상대적 최소침해의 원칙에 어긋나는 상당성 없는 방위행위이다.

문제는 사회윤리적 제한이 정당방위의 상당성 요건으로 필요한지이다. 개인적 소견으로는 위 이론이 주장된 독일과는 달리 우리 형법조문에는 ‘상당성’이라는 포괄적 요건을 규정하고 있으므로 이를 통하여 이 요건의 해석을 통하여 충분히 지나친 방위행위를 제어할 수 있고 별도로 사회윤리적 제한을 요구할 필요는 없다고 본다. 사회윤리적 제한이라는 개념 자체가 명확하지 않고, 필요성 요건의 검토와 더불어 구체적 사안에서 선제적 침해행위와 방위행위 간 균형, 선제적 침해행위로 인하여 침해된 법익과 방위하고자 하는 법익 간 균형, 방위행위를 할 당시 방위행위자의 주관적 심리상태 및 당시 긴급성의 정도 등 정황 등을 모두 고려한다면 과연 상당한 방위행위인지 여부에 대한 적절한 판단이 충분히 가능하다고 생각된다.

한편 대법원은 정당방위의 상당성에 관하여 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류 등 일체의 구체적 사정을

18) 배종대, 앞의 책, 240쪽 이하.

19) 배종대, 위의 책, 240쪽 이하.

20) 김성돈, 앞의 책, 281쪽 이하.

21) 오영근, 앞의 책, 196쪽 이하.

참작하여 방위행위가 사회적으로 상당한 것이라고 인정될 수 있어야 한다고 판시하거나²²⁾ 피고인이 그와 같은 행위에 이르게 된 경위, 목적 및 수단, 행위자의 의사 등 제반 사정에 비추어 상당한지를 판단해야 한다고 판시하고 있다.²³⁾ 그런데 법원은 상당성을 부정한 대부분의 사안에서 피고인의 방어행위가 어떠한 측면에서 상당성의 기준에 부합되지 않는다는 구체적인 논증 과정 없이 사회통념상 용인될 수 없다는 이유로 정당방위가 성립하지 않는다는 결론을 내리고 있다. 이러한 판례의 태도에 대하여는 정당방위의 상당한 이유를 판단함에 있어서 전술한 바와 같이 침해되는 법익의 종류, 정도, 침해의 방법, 침해행위의 완급과 방위행위에 의하여 침해될 법익의 종류 등 구체적 사정을 참작하여 사회적으로 상당해야 한다고 실시하면서도 왜 해당 사안이 사회적으로 상당한지 또는 상당하지 않은지에 대한 논증을 생략하고 있다는 비판이 적지 않다.²⁴⁾ 또한 구체적 사정을 과연 참작했을까 하는 의문이 들 정도로 상당성의 기준을 높게 설정하여 정당방위를 배척하는 사안이 적지 않다.

3. 주거공간에서의 정당방위

3.1 영미의 주거방위 법리(Castle Doctrine)

주거방위 법리는 자신의 주거 내에서 사람이나 재산을 보호하기 위하여 치명적 수단을 포함한 방위행위가 가능하며 이 때 회피가능성이 인정되더라도 회피할 필요가 없다는 법리(no duty to retreat)로 영미 보통법에서부터 인정되었고, 영국 및 미국 내 많은 주법들이 위 주거방위 법리를 명문화하고 있다.²⁵⁾ 정당방위 상황이 방위행위자의 사적 주거공

22) 대법원 1984. 4. 24. 선고 84도242 판결.

23) 대법원 1989. 8. 8. 선고 89도358 판결.

24) 이원상, “정당방위의 성립에 대한 비판적 고찰-춘천지방법원 원주지원 2014고단444 판결을 대상으로-”, 비교형사법연구 제17권 제2호, 한국비교형사법학회, 2015, 177쪽.

25) 예를 들어 캘리포니아 형법(California Penal Code) 198.5에서 ‘Any person using force intended or likely to cause death or great bodily injury within his or her residence shall be presumed to have held a reasonable fear of imminent peril of death or great bodily injury to self, family, or a member of the household when that force is used against another person, not a member of the family or household, who unlawfully and forcibly enters or has unlawfully and forcibly entered the residence and the person using the force knew or had reason to believe that an unlawful and forcible entry occurred’라고 규정하고 있는데, 가족 구성원이 아닌 사람이 불법적이고 강제적으로 주거에 침입하거나 침입했다고 합리적으로 믿은 상황에서, 자기의 주거지 내에서 무력을 행사하여 살인이나 중상해를 의도하거나 야기했을 경우 자기, 가족에 대한 죽음 또는 치명상의 즉각적인 위협이

간에서 발생한 경우 일반적인 정당방위와 구별하여 방위행위를 폭넓게 보호하는 것으로, 주거방위 법리에 따르면 형사책임뿐만 아니라 민사상 손해배상책임도 면제된다.²⁶⁾

주거방위 법리를 인정하는 이유는 첫째, 침입자가 불법으로 주거에 침입하려는 시도 자체가 치명적 위협이고 둘째, 공개된 장소가 아닌 주거에서의 방어는 취약하고 셋째, 방어자는 주거에서 특별한 재산특권을 갖고며 넷째, 주거 침입은 프라이버시, 존엄성, 명예에 대한 침입이고 나아가 강간이나 감금과 같은 범죄로 확대될 수 있다는 점 등에 있다.²⁷⁾ 주거에 대한 권리는 사생활의 비밀의 자유 나아가 행복추구권과 연결되는 인간의 헌법상 기본권이다. 따라서 우리 형법은 주거침입죄를 처벌하고 있고 나아가 일반 절도보다 주거에 침입하여 행해진 절도에 대하여, 그리고 일반 강간보다 주거에 침입하여 행해진 강간에 대하여 그 불법성이 높음을 고려하여 가중처벌하고 있는 것이다. 또한 주거라는 폐쇄된 공간에서는 나와 가족 이외 다른 사람들의 도움을 전혀 받을 수 없고, 그 폐쇄성 때문에 강간이나 감금 등 다른 중범죄들로 연결되기 쉬운 점 등을 고려할 때 일반 범죄보다 주거에서 행해진 범죄에 대한 방어를 넓게 인정할 필요가 있다.

이러한 주거방위 법리는 이후 미국에서 더욱 확대되어 소위 후퇴의무 배제법(Stand-Your-Ground-Laws)이 상당수 주법에서 명문화되었는데,²⁸⁾ 이는 주거방위 법리가 인정되는 장소적 범위를 주거지에서 ‘정당한 권리를 가지는 장소’로 확대 해석한다.²⁹⁾

3.2 기타 국가의 주거방위 법리 수용

독일연방대법원은 자신의 가택을 수색하려는 경찰관을 자신을 죽이려는 경쟁클럽 단원으로 오인하고 총을 쏜 사건에서 정당방위를 인정하는 등 주거방위 법리를 수용한 바 있고,³⁰⁾ 프랑스는 형법 제122-6조에 ‘야간에 문호, 장벽의 손괴, 폭력 또는 속임수의 방법으로 사람이 현주하는 장소에 침입하는 것을 격퇴하는 행위’는 정당방위로 추정하는 조문을 규정하고 있고,³¹⁾ 아일랜드는 2011년 형법(주거 및 방위법)을 별도로 입법화하

있다고 판단할 합리적인 두려움이 있었던 것으로 추정된다.

26) 김슬기, “정당방위의 상당성에 대한 고찰”, 원광법학 제33권 2호, 원광대학교 법학연구소, 2017, 32-33쪽.

27) 김병수, “도둑뇌사사건은 과잉방위이다”, 형사법연구 제27권 3호, 한국형사법학회, 2015, 278쪽.

28) 최초(2005년) 입법화한 주법이 플로리다주법이다(Florida Statutes Sections 776.012, 776.013).

29) 김슬기, 앞의 논문, 32-33쪽.

30) BGH 375 11(Urt v. 1. 3. 2011).

31) 법무부, 프랑스형법 번역본, 2008, 21쪽.

여 위 법률 제2조에서 주거 내에 있는 거주자는 타인의 상해, 폭행, 감금, 살인 등 범죄행위에 대하여 폭력을 사용하여 방어할 수 있음을 규정하는 등 상당수 국가들이 주거방어를 강화하는 법을 마련하였다.³²⁾

4. 과잉방위의 성립요건

형법 제21조 제2항에 의하면, 방위행위가 그 정도를 초과할 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 일반적으로 정당방위의 성립요건 중 ‘상당성’을 갖추지 못한 경우 위 형법 제21조 제2항의 과잉방위가 될 수 있다. 또한 같은 조 제3항에 의하면, 제2항의 과잉방위가 야간 기타 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 경우 별하지 않도록 되어 있다.

과잉방위는 질적 과잉방위(내포적 과잉방위라고도 함)와 양적 과잉방위(외연적 과잉방위라고도 함)로 구별될 수 있다. 전자는 방위행위의 정도가 방위에 필요한 정도를 넘는 경우이고, 후자는 침해가 아직 발생하지 않았거나 이미 종료되었음에도 시간적 범위를 초과하여 방위행위를 하는 경우이다.³³⁾ 이에 대하여는 질적 과잉방위는 과잉방위 규정이 적용될 수 있는 전형적인 과잉방위의 유형이라는 의미에서 ‘본래적 과잉방위’, 양적 과잉방위는 시간적 한계를 초과한 것으로 본래적 과잉방위의 범위로부터 확장되었지만 일정한 범위에서는 과잉방위로 볼 수 있다는 의미에서 ‘확장적 과잉방위’로 분류하는 견해도 있다.³⁴⁾

질적 과잉방위는 전형적인 과잉방위로 인정되나 양적 과잉방위는 침해의 현재성이라는 정당방위의 요건을 충족하지 않는다는 점에서 과연 과잉방위라고 할 수 있는지가 문제되는데 부정설이 통설이다. 우선 양적 과잉방위 중 침해가 아직 발생하지 않았음에도 방위행위를 한 경우인 예방적 과잉방위는 전술한 바와 같이 인정하지 않는 것이 통설이다. 그리고 침해가 이미 종료되었음에도 시간적 범위를 초과하여 방위행위를 하는 사후적 과잉방위에 대하여는 통설은 이미 정당방위 상황이 부존재하기 때문에 과잉방위의 전제가 사라졌으므로 과잉방위는 될 수 없고, 다만 오상방위의 문제가 생길 뿐이라

32) 권영법, “주거방위법리 및 그 수용가능성의 검토”, 형사법의 신동향 제43호, 대검찰청, 2014, 284-285쪽; 한영수, “과잉방위의 개념을 제한적으로 해석하는 판례에 대한 비판적 고찰”, 아주법학 제10권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2016, 160쪽.

33) 김성돈, 앞의 책, 287쪽.

34) 이강민, “형법상 과잉방위규정의 적용범위”, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011, 105-107쪽.

고 설명한다.³⁵⁾

그런데 발생한 침해가 이미 종료되었음에도 지속적으로 방위행위를 하는 경우, 직전 침해와 방위행위 간 시간적으로 밀접한 범위 내에 있다고 한다면, 침해의 현재성은 존재하고 다만 방위행위자가 시간적으로 초과하여 지나치게 방위행위를 한 것으로 볼 수 있고 따라서 그 범위 내에서는 과잉방위가 성립할 수 있다고 생각된다. 즉 구체적 사안에 따라서는 방위의 의사로 수개의 반격이 일련의 행위로 이루어지고 그 가운데 어느 행위가 방위행위가 가능한 시간적 범위를 넘어 행해진 경우 일련의 행위가 전체로서 방어행위에 해당되는 것으로 보는 것이 오히려 법적 타당성이 있는 경우가 있을 것이다.³⁶⁾ 또한 경우에 따라서는 침해 종료 전 이루어진 제1의 반격행위와 침해 종료 후 이루어진 제2의 반격행위를 전체로서 하나의 반격행위로 보지 않더라도 하더라도 바로 직전에 침해가 있었고 그 종료 시로부터 얼마 지나지 않은 경우라면 또 다른 침해 가능성을 전혀 배제할 수 없다는 점에서 침해의 급박성 및 현재성을 인정할 수 있고 과잉방위로 의율할 필요 없이 정당방위로도 인정할 수 있다고 판단된다. 비록 침해는 종료되었으나 가해자와 피해자가 같은 공간 안에 여전히 공존하고, 침해의 원인이 해소된 상황이 아니라면 침해자는 언제든지 다시 공격이 가능하다 할 것이므로 이 경우 침해가 급박해있다고 보아야 한다. 정당방위에 있어서 침해의 현재성은 긴급피난과 달리 엄격하게 판단되어야 하지만, 침해가 직전에 있었다는 점에서 전혀 침해가 없었으나 과거 침해에 비추어 예방적으로 하는 정당방위와는 분명히 구별된다고 생각된다. 다만 이 경우 제2의 반격행위는 방위의사로 이루어진 행위여야 하고 방위의사가 있었는지 여부는 제2의 반격행위를 하게 된 경우, 당시 침해자의 상황, 방위행위자의 심리상태 등을 모두 종합적으로 고려하여 일반인의 건전한 법감정과 상식, 경험칙에 따라 합리적으로 판단해야 할 것이다.

우리 대법원 판례의 경우 대부분 정당방위 성립을 인정하지 않으면 과잉방위의 성립도 부정한다. 즉 대부분의 판례의 문구가 ‘방위행위로서의 한도를 넘어선 것이고 따라서 이러한 방위행위는 사회통념상 용인될 수 없는 것이므로 자기의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방어하기 위한 행위로서 상당한 이유가 있는 경우라거나, 방위행위가 그 정도를 초과한 경우에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 피고인의 이 사건 범행은 정당방위 또는 과잉방위에 해당하지 않는다.’고 표현되어 있다. 반면 과잉방위를 인정한 판례를

35) 김성돈, 앞의 책, 287쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 199쪽; 박상기, 앞의 책, 124쪽.

36) 김성규, “과잉방위의 요건과 한계-이른바 양적 과잉방위의 사안과 관련해서-”, 외법논집 제40권 제2호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2016, 82쪽.

보면 판결문에서 ‘방위행위가 그 정도를 초과한’이라는 문구를 사용하고 있다. 이러한 판례의 태도에 대하여는 법원이 방위행위로서의 한도를 넘어서면 방어의사가 인정되는 방위행위가 더 이상 아닌 것으로 판단하는 것이고, 반면 방위행위로서의 한도를 넘어서지는 않았으나 그 정도를 초과하는 경우는 최소한 방위행위는 인정되므로 과잉방위가 성립하는 것으로 판단하는 것이라고 해석하는 견해가 있다.³⁷⁾ 즉 판례에 따르면 과잉방위가 성립하려면 방위행위가 정도를 초과하되 방위행위로서의 한도에는 다다르지 말아야 한다는 것이다.

그러나 상당성 요건이 충족되지 않아 정당방위가 성립하지 않는 경우 다음 단계로서 왜 형을 임의적 감면하는 과잉방위나 책임이 조각되는 과잉방위가 성립하지 않는지에 대한 구체적 검토를 생략하고 바로 정당방위와 과잉방위를 같이 부정하고 있는 법원의 태도는 타당하지 않다.³⁸⁾

IV. 정당방위·과잉방위에 대한 판례의 경향

1. 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도3336 판결

1.1 사실관계

피고인은 중학교 교사로서, 남편인 피해자와 14년 전 결혼하였다. 피해자는 자주 바람을 피웠고 술을 마시면 피고인을 자주 구타하였고, 심지어 자녀들 및 친정식구들도 폭행을 하였다. 사건 당일 저녁 20:00경 피고인의 집에서 피해자가 술에 취하여 귀가한 후 피고인이 차려준 술상을 받아 계속 술을 마시면서 피고인에게 의무증이 있어 같이 살 수 없으니 집을 나가라고 욕설을 하고 피고인의 옷을 벗기고 목살과 머리채를 잡아 벽에 수 회 쳐박고 주먹과 발로 전신을 구타하였다. 그렇게 계속 피고인을 폭행하다가 다음 날 02:00경 부엌에서 칼을 가지고 와 피고인의 목에 칼을 들이대며 “같이 죽자”라고 하였으나 피고인이 저항하면서 칼을 밀어내자 다시 칼을 자신의 목에 갖다 대며 “그럼

37) 김준호, “절도범을 제압하기 위한 폭행이 방위행위로서의 한도를 넘어서었다고 본 사례-춘천지방법원 원주지원 2014. 8. 13. 선고 2014고단444 판결-”, 법조 제64권 6호, 법조협회, 2015, 154-155쪽; 김성규, 앞의 논문, 80쪽.

38) 김슬기, 앞의 논문, 39쪽; 김병수, 앞의 논문, 265-266쪽.

내가 먼저 죽을까’라고 하면서 여러 번 칼을 피고인의 목과 피해자의 목에 갖다 대었다. 피고인은 계속된 극심한 폭행에 감정이 격앙되어 살의를 일으켜 피해자가 칼날을 자기 목에 들이대는 순간 갑자기 칼을 피해자의 목으로 밀어붙여 목 부위를 찌르고 피해자가 피를 흘리면서 칼을 붙잡고 방바닥에 넘어지자 칼을 다시 빼앗아 피해자의 목 뒷부분 등을 수 회 찔러 피해자는 즉시 그 자리에서 후경부다발성자창으로 인한 심혈로 사망하였다.

1.2 판결요지

피해자가 칼에 찔려 쓰러짐으로써 더 이상 피고인에 대한 침해행위를 할 수 없음에도 피고인이 칼로 신체의 중요부분인 피해자의 목 부위를 수차례 찌른 것은 비록 피해자로부터 새로운 침해행위가 있을지도 모른다는 염려가 있었다 하더라도 공격성에 비추어 자기의 생명, 신체를 방위하기 위한 행위라고 보기 어렵다고 판시하였다.

1.3 검토

이 사안에서는 정당방위 요건 중 침해의 현재성이 문제된다. 대법원은 최초 칼로 피해자의 목 부위를 찌른 행위는 정당방위로 인정하였고, 이후 칼에 찔린 피해자의 목 등을 다시 칼로 수 회 찌른 행위는 방위하기 위한 행위가 아니라 공격행위로서 정당방위도 과잉방위도 해당하지 않는다고 판단하였다.

즉, 대상사건인 도둑뇌사 사건과 비슷하게 피고인의 폭행행위를 최초 폭행과 추가 폭행으로 나누어 정당방위 여부를 판단하였다. 그리고 도둑뇌사 사건과 마찬가지로 추가 폭행의 경우는 당시 피해자의 침해가 전혀 없었던 상황을 고려할 때 방위의사로운 방위행위라고 보기 어렵다고 판단하였다. 그러나 판례가 ‘비록 피해자로부터 새로운 침해행위가 있을지도 모른다는 염려가 피고인에게 남아 있었다 하더라도’라는 문구에서 인정하는 것처럼 피고인 입장에서는 충분히 피해자가 다시 새로운 위해를 가할 수도 있다고 즉 방위상황이 존재한다고 판단할 수 있고, 따라서 자신을 보호하기 위하여 방위 의사에 의하여 방위행위를 한 것이라고 볼 수 있다. 피고인이 최초 폭행에 이르게 된 경위인 피해자가 주먹과 칼로 피고인의 전신을 구타하고 식칼로 오랜 시간 동안 피고인과 피해자의 목에 번갈아 갖다 대며 누굴 먼저 죽일까라고 협박하는 상황 및 그러한

폭력적인 성향의 피해자가 칼에 찔린 채 계속해서 움직이려 하는 상황을 상상할 때, 누구든지 피고인과 같은 상황에 처하였다면 아무리 피해자가 칼에 찔렸다 하더라도 피해자가 보복으로 어떠한 공격을 할지 모르는 상황에서 자신을 보호하기 위하여 극단적인 행동을 선택할 수 있다고 충분히 생각된다. 즉 피고인의 행위는 방위의사가 있는 방위행위임이 분명하다. 다만, 추가 폭행의 경우 이미 칼에 찔린 피해자를 ‘수차례’ 칼로 찌른 행위는 ‘상당성’의 정도를 초과하였다고도 볼 수 있기 때문에 상당성의 문제는 고민할 수 있다. 즉 법원이 상당성 단계가 아닌 그 전단계로서 방위의사, 방위행위 자체를 부정한 것은 타당하지 않다. 한편 비록 상당성을 초과하여 정당방위가 인정되지 않는다 하더라도 당시 정황을 고려할 때 적어도 형법 제21조 제2항 또는 제3항의 과잉방위는 성립한다고 생각된다.

2. 대법원 2001. 5. 15. 선고 2001도1089 판결

2.1 사실관계

피고인은 남편인 피해자와 13년 전 결혼하였고, 피해자가 일정한 직업이 없어 경제적으로 빈곤하여 피고인이 생계를 위하여 여러 가지 일을 하였다. 그런데 피해자가 피고인의 남자관계를 의심하며 자주 폭행, 협박을 하고 변태적인 성행위를 강요하는 등 부부갈등이 심해져 사건 발생일시로부터 1년 전 별거를 시작했고 사건 발생일시 무렵 이혼소송을 제기하였다. 사건당일 아침 피고인이 이혼소송의 취하를 요구하기 위하여 피해자의 집에 찾아와 문을 두드리자 피고인은 피해자가 칼로 행패를 부릴 것을 염려하여 식칼을 방안 침대에 숨긴 후 문을 열어주었다. 피해자는 방안에 들어가 피고인에게 소송 취하를 요구하면서 ‘이혼소송을 해도 상관이 없다. 찾아가 죽여버릴 수도 있다’고 협박하고 부엌에서 가위를 가져와 피고인의 다리를 긁고 목에 들이대기도 하였다. 피고인이 도망가자 뒤쫓아 가 머리채를 잡고 방으로 끌고 들어간 후 장롱 안 넥타이를 자르면서 ‘너도 말을 안 들으면 이렇게 잘라버리겠다’라고 협박을 하고 뺨을 수 회 때리고 피고인에게 변태적인 성행위를 요구하였다. 이를 피고인이 거부하자 ‘죽여버리겠다’라고 하면서 피해자가 가위를 들고 침대에서 일어나는 순간 피고인은 침대 밑에 숨겨 놓은 식칼로 피해자의 복부 명치끝을 찔러 그 자리에서 피해자가 사망하였다.

2.2 판결요지

피고인이 피해자로부터 먼저 폭행, 협박을 당하다가 이를 피하기 위하여 피해자를 칼로 찔렀다고 하더라도, 피해자의 폭행·협박의 정도에 비추어 피고인이 칼로 피해자를 찔러 즉사하게 한 행위는 피해자의 폭력으로부터 자신을 보호하기 위한 방위행위로서의 한도를 넘어서는 것으로 사회통념상 용인될 수 없는 것이므로 정당방위 또는 과잉방위에 해당하지 아니한다.

2.3 검토

이 사안에서는 정당방위의 성립요건 중 상당성이 문제된다. 법원은 방위행위자가 먼저 피해자로부터 폭행, 협박을 당하였다 하더라도 그 폭행, 협박의 정도에 비추어 칼로 피해자를 찌르는 것은 방위행위의 한도를 넘어서 사회통념상 허용되지 않으므로 정당방위 및 과잉방위 모두 성립되지 않는다고 판단하였다.

법원은 피해자의 선제적 폭행, 협박을 아무 근거 없이 경미한 것으로 치부하고 이에 대한 피고인의 방어행위가 그 한계를 넘어서는 공격행위라고 판단하고 있다. 그러나 가위로 사람의 다리를 긁고, 목에 들이대고, 머리채를 잡아 끈 후 넥타이를 자르며 너도 이렇게 잘라버리겠다고 협박하고, 변태적인 성행위를 강요하는 등의 폭행, 협박은 결코 경미한 것으로 치부될 수 없고 충분히 한 사람의 생명, 신체, 성적 자기결정권 등의 법익이 중대하게 위협되는 상황이라고 하지 않을 수 없다. 이러한 상황에서 살기 위하여 본능적으로 자신을 위협하는 상대방을 칼로 찌른 행위는 당연히 방위의사가 인정되고, 방위의 적합성 및 필요성도 인정되지 방위행위의 한도를 넘었다고 볼 수 없다.

설령 칼로 복부를 찌른 것까지는 과도했다고 평가되어 정당방위의 상당성이 인정되지 않는다 하더라도 지속적인 가정폭력으로 인하여 생명, 신체, 성적 자기결정권 등에 대한 침해가 반복되어 왔고 방위행위 당시 상황에서도 그러한 침해가 행해지고 있었던 점, 피해자의 폭행, 협박의 정도가 상당히 심하여 그 상황에 처한 평균적 일반인이라면 누구든지 공포, 불안 등에 휩싸여 최소한의 침해수단으로 자신을 방어하기 위하여 논리적, 체계적으로 행동할 수 없다고 보이는 점 등을 고려할 때 적어도 과잉방위는 성립한다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 법원은 피고인의 방위행위가 사회통념상 허용되지 않는다고 실시하고 있는데 오히려 그와 같은 법원의 판단이 사회통념 및 건전한 법감정에

반한다고 생각된다.

3. 소결론

두 판례 모두 종래 법원의 입장처럼 정당방위의 성립을 부정한 후 다음 단계로 과잉방위가 성립되지 않은 이유를 따로 판단하지는 않고 동시에 정당방위, 과잉방위 모두 성립하지 않는다는 결론을 내리고 있다.

대법원은 위 두 사안의 판결들뿐만 아니라 상당수의 가정폭력 사안에서 정당방위, 과잉방위의 성립을 부정하였고 그 기저에는 남성 또는 가장 중심의 가족운리를 사회통념으로 생각하는 것이 깔려있음을 엿볼 수 있다. 그러나 부부, 가족들 간에 있어서 정당방위의 제한은 상호 신뢰가 존재하는 경우에 한하여야 하고 상대방이 자신의 생명, 신체에 대한 중대한 침해를 가하는 경우에는 배제하는 것이 마땅하다.³⁹⁾ 단순히 가족이라는 이유로, 부부라는 이유로 자신의 생명, 신체에 대하여 중대한 침해를 하는 것에 대하여 묵묵히 받아들이라는 것은 타당하지 않다. 특히 남편에게 지속적으로 가정폭력을 당해 온 여성들이 겪는 소위 매 맞는 여성증후군(Battered Woman Syndrome)의 경우 당해 여성은 무기력 등 정신적 후유증을 겪고 남편의 폭력이 중단된 이후에도 계속해서 살해의 위험이 있다고 느낀다는 점을 고려할 필요가 있다.⁴⁰⁾

실제로 하급심 판례 중에는 이 사안과 비슷한 가정폭력을 행하던 피해자를 살해한 사건에서 형법 제21조 제2항의 과잉방위를 인정한 것⁴¹⁾이 있다. 우리나라에 온 지 10개월 정도 되는 임신 중인 18세의 캄보디아 출신 아내인 피고인이 20세 정도 연상인 남편이 술을 마시고 발로 피고인의 배를 차고 주먹으로 피고인의 머리를 때리자 칼로 남편의 복부를 찔러 사망에 이르게 한 사안으로, 법원은 정당방위는 인정하지 않았으나, 피고인이 입국한지 10개월 밖에 되지 않아 국내 생활에 익숙하지 않았던 외국 여성으로 적절한 방법을 찾는데 제약이 있었음이 인정되고 심리적으로 매우 불안한 초산의 임신부라는 점을 고려하여 과잉방위를 인정하고 형을 감경하였다.

39) 김태명, “가정폭력사건에 있어서 정당방위 성립요건의 판단절차와 기준”, 형사법연구 제25호, 한국형사법학회, 2006, 104-105쪽.

40) 김병수, 앞의 논문, 277쪽.

41) 대구지방법원 서부지원 2009. 7. 23. 선고 2009고합23 판결.

V. 대상 판결에 대한 검토

1. 정당방위의 성부

1.1 침해의 현재성 검토

우선적으로 정당방위의 성립요건 중 ‘침해의 현재성’이 인정되는지 검토한다.

사안에서 피해자인 절도범은 야간에 타인의 주거에 침입하여 절취행위를 착수하였기 때문에(판례에 의하면 아직 재물을 취득하지는 못한 것으로 보인다.) 형법 제330조의 야간주거침입절도죄의 미수에 해당하는 범죄를 저질렀다. 이는 법정형이 10년 이하의 징역으로 중범죄이기 때문에 벌금형을 선택할 수 없도록 규정되어 있다. 주간에 비하여 타인의 침해에 대하여 스스로 또는 타인의 보호를 받아 방어하기가 어려운 야간을 선택하여 범행을 한 점, 일상생활을 영위하는 주거지에 침입한 점 등을 고려할 때 일반 절도죄보다 불법성이 크기 때문이다. 또한 나아가 (판결문에는 정확하게 실시되어 있지 않지만) 피해자인 절도범이 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 손괴하고 침입하였다면 형법 제331조 제1항의 특수절도죄에 해당하여 법정형이 1년 이상 10년 이하의 징역에 처하도록 되어 있다. 이처럼 피해자는 부당한 침해를 하였고 그 불법성은 매우 큰 상황이었다. 그리고 피고인이 귀가했을 때 피해자가 절취할 물건을 물색하고 있는 상황이었으므로 ‘침해의 현재성’이라는 정당방위의 요건도 당연히 충족한다.

그런데 대상 판결에서는, 최초 폭행 이전 상황은 피해자의 부당한 침해 및 현재성이 인정되나(정당방위를 인정하였다.), 최초 폭행 이후 상황은 피해자가 이미 바닥에 쓰러져 세 걸음 정도의 거리만을 움직였고 그것이 피고인을 공격하기 위한 행위로 볼 수 없기 때문에 침해의 현재성을 인정할 수 없고, 따라서 피고인의 폭행의도는 방위의사가 아니라 공격의사라는 취지로 판시하였다. 그러나 피해자가 바닥에 쓰러진 것으로 침해행위가 종료되었다고는 볼 수 없고 침해의 현재성이 충분히 인정된다.

우선 객관적으로 주거침입의 위법상태가 아직 완전히 해소된 것이 아니라는 점에서 침해의 현재성이 있다. 즉 주거침입의 위법상태는 무단 침입자가 주거로부터 완전히 퇴거해서 비로소 해소되는 것이고 절도의 목적으로 들어온 범죄자가 주거 내에 있는 한 주거의 평온은 계속적으로 침해되고 있는 것으로 보아야 한다.⁴²⁾

42) 한영수, 앞의 논문, 162쪽.

또한 피해자가 바닥에 쓰러진 채로 그대로 움직이지 않았다면 모르겠지만 피해자는 어디론가 자리를 이동하려고 몸을 계속하여 움직였고 이러한 상황이라면 절도범을 맞닥트린 피고인 입장에서는 충분히 피해자가 제3의 위해를 가할 수 있다고 판단하고 그러한 급박한 침해에 대하여 방위행위를 할 수 있을 것이라고 생각된다. 즉 야간주거침입절도범인 피해자가 계속하여 자리에서 이동하려고 하는 상황은 그가 어딘가에 숨겨놓은 흉기를 꺼내기 위한 것이거나 집 밖에서 대기하고 있는 공범을 호출하기 위한 행동으로 판단할 수 있는 충분한 객관적 정황이 존재한다. 침해의 현재성은 침해가 급박한 경우에도 인정되고 대상 사건과 같이 이미 침해가 있었고 그와 시간적 간격이 밀접한 상황에서는 침해의 급박성은 유연하게 인정될 필요가 있다. 특히 전술한 주거방위 법리에 따라서도 밀폐된 공간에서는 타인의 도움을 받지 못한 채 중범죄의 피해자가 될 가능성이 크다는 측면에서 더욱 그러하다. 따라서 피고인의 방위행위는 법원의 판단과 달리 방위 의사가 충분히 인정되는 방어행위일 뿐 공격행위가 아니다.

결론적으로 최초 폭행과 추가 폭행 모두에 있어서 침해의 현재성 및 정당방위 의사가 인정된다.

1.2 상당성 검토

다음으로 정당방위 성립요건 중 ‘상당성’을 검토한다.

대상 판결에서는 최초 폭행으로 피해자를 바닥에 쓰러뜨렸다면 그 이후에는 도망가지 못하게 하기 위하여 피해자의 손발을 테이프, 넥타이 등으로 잠시 묶어두거나 큰 소리를 질러 1층에 거주하는 외조부모 또는 이웃 주민들에게 자신이 처한 상황을 알리는 등 다른 경미한 대체수단으로 충분히 방위 목적을 실현할 수 있었던 점 등을 고려할 때 피고인의 추가 폭행에 의한 방위행위는 상당한 이유가 없다고 판단하였다. 즉 ‘상당성’의 요건 중 필요성의 원칙에 어긋난다고 판단한 것으로 보인다.

그러나 필요성은 ‘상대적’ 최소침해의 원칙으로 방위상황의 긴급성의 정도가 클수록 ‘상대성’은 더욱 유연하게 해석되어야 한다. 대상 판례와 같이 범죄 피해를 당한 피해자에게 무엇이 더 경미한 침해수단인지 판단하여 논리적이고 체계적으로 대응할 것을 요구하는 것은 경험칙이나 일반 법감정에 부합하지 않는다고 생각된다. 물론 그 방위행위가 칼 등의 흉기를 사용하였고 침해당하는 법익, 침해 상황 등 구체적 정황을 고려할 때 지나치게 과도하다면 재검토해야겠지만, 사안의 경우는 그러하지 않다. 피고인이

빨래건조대와 허리벨트라는 도구를 사용하기는 하였으나 알루미늄 재질의 빨래건조대와 자신의 가죽 허리벨트라는 점, 피해자의 등 부위를 가격했다는 점 등에서 침해의 정도가 과도하다고 보여지지 않는다.

다만 피고인이 발로 피해자의 머리 부위를 수 회 가격한 것이 문제될 수 있다. 그런데 피고인으로서의 최초 폭행으로 피해자를 완전히 제압하였다고 판단하였는데 피해자가 다시 움직이므로 아직 피해자를 제압할 정도의 물리력이 행사되지 않았다고 판단할 수 있고, 피해자가 어느 정도의 신체상태이고 싸움능력이 어떻게 되는지 알 수 없는 피고인으로서의 순간적으로 자신을 보호하기 위하여 최초 폭행보다 정도가 더 강한 폭행을 했을 가능성이 크고 이에 대하여 경미한 침해수단을 사용하지 않았다고 비난하기는 어렵다고 판단된다. 특히 피고인은 전과가 전혀 없었던 사람으로 특별히 폭력적 성향이나 습벽이 발로되었다고 보기도 어렵다.

2. 과잉방위의 성부

설사 피고인이 발로 피해자의 머리 부위를 수 회 가격한 것이 상당성의 요건을 충족시키지 못한다고 하더라도 적어도 과잉방위에는 분명히 해당된다고 생각된다. 그러나 대상 판결은 피고인의 추가 폭행이 일반적인 방위의 한도를 현저하게 넘어서는 것으로 방위의사에 의한 방위행위가 아니라 공격행위로 평가되어 과잉방위를 논할 여지가 없다고 판시하였다. 이러한 판례의 태도는 전술한 바와 같이 그 전의 법원의 태도를 그대로 답습한 것으로 보인다.

그러나 대상 사건은 적어도 분명히 양적 과잉방위에 해당될 수 있다. 판례는 피고인의 폭행으로 피해자가 바닥에 쓰러진 후 피고인이 112에 신고하려고 한 상황을 기준으로 전자의 폭행을 최초 폭행, 후자의 폭행을 추가 폭행으로 구별하여 추가 폭행 당시는 절도범인 피해자의 불법한 침해행위가 종료되었다고 보고 있다. 그러나 책임이 감소 내지 소멸되는 과잉방위에 해당되는지 판단하는 경우에는 과연 행위자가 처한 상황에서 그러한 행위를 한 것에 대하여 개별적으로 비난할 수 있는지의 문제이므로 행위자가 처한 주관적, 심리적 상황도 반드시 고려해야 한다. 물론 수차례의 반격행위 간의 간격이 상당히 떨어져 있었다고 한다면 각각의 행위 개별적으로 현재의 침해가 있는지 여부로 과잉방위를 판단해야 할 것이나, 수차례의 반격이 있었고 그 간격이 어느 정도 좁혀되어 있는 경우라면 앞서의 반격이 정당성을 지닌 이상 이어진 제2의 행위에 대하여도 일련의

행위로서 평가하여 과잉방위 성부를 판단하는 것이 타당하고 사안의 경우도 최초 폭행과 추가 폭행은 일련의 행위로 평가될 정도로 시간, 장소적으로 접착되어 있다.⁴³⁾

또한 상당성을 초과한 부분에 대하여도 당시 구체적 사정을 고려할 때 피고인에게 온전한 책임을 묻는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 즉 시간대가 밤이었던 점, 피해자는 자신의 주거지에 절도범으로 침입한 사람으로 피고인으로부터 폭행당한 이후에도 지속적으로 움직이며 또 다른 위해가능성을 배제할 수 없게 만든 점, 1층에 비록 가족들이 있었으나 연세가 많은 조부모였던 점, 모친 및 누나가 2층에서 생활하였기 때문에 모친, 누나에 대한 강간 등 위해가능성을 상상할 수 있었던 점 등을 고려할 때 상당성을 초과한 방위를 하게 된 정황이 수긍되고 충분히 형을 감면할 수 있는 과잉방위에 해당한다고 판단된다.

뿐만 아니라 당시 야간이었고 주취상태인 피고인이 자신의 주거지에 침입한 절도범을 맞닥뜨린 상황을 고려할 때 형법 제21조 제3항의 야간 기타 불안스러운 상태에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 행위로 충분히 인정되어 책임이 조각된다고도 할 수 있다. 실제로 정당방위, 과잉방위를 인정한 몇 안 되는 판례 중 대상 사건과 유사한 양적 과잉방위 사안에서 형법 제21조 제3항으로 무죄를 선고한 판례⁴⁴⁾가 존재한다. 위 사안에서, 피고인의 오빠인 피해자는 무직 상태로 거의 매일 술에 취하여 어머니에게 술값을 달라고 요구하며 집기를 부수는 등 행패를 부렸고 교통사고를 당하여 머리에 큰 상해를 입은 후에는 술주정과 행패의 정도가 더욱 심해졌다. 사건 전날 밤에도 피해자는 만취하여 행패를 부리고 집기를 집어던지는 등 난동을 계속하였고 겁을 먹은 피고인 등 가족들이 안방으로 피해 들어갔으나 5시간 이후인 사건 당일 새벽 05:00경까지 행패가 지속되어 안방 문이 거의 부서질 지경에 이르게 되었다. 견디다 못한 어머니가 방에서 나오자 피해자는 주방에서 식칼을 가지고 와 어머니를 향해 “이년, 너부터 찢러 죽이고 식구들을 모두 죽여 버리겠다”고 소리치며 칼을 어머니의 얼굴 가까이에 들이대어 어머니가 기절하였고, 이를 목격한 남동생이 어머니의 생명이 위험하다고 느끼고 뛰어나가 피해자로부터 칼을 뺏으려 하였으나 피해자가 오히려 손으로 남동생의 목을 움켜쥐면서 숨을 못 쉬게 하였다. 이에 피고인은 뛰어나가 피해자에게 달려들어 두 손으로 피해자의 목을 감아쥐고 조르면서 뒤로 밀자, 피해자가 넘어졌고 피고인은 계속하여 피해자의 몸 위에 타고 앉은 채로 피해자의 목을 눌렀고 이러한 상황을 나중해야 알게 된 남동생이

43) 한영수, 앞의 논문, 173쪽.

44) 대법원 1986. 11. 11. 선고 86도1862 판결.

“누나, 왜 이래”하고 소리치자 피고인이 그제서야 피해자의 목에서 손을 떼었으나 피해자가 사망하였다.

이 사건에서 판례는, 피고인의 행위를 두 개로 나누어 최초 피고인에게 달려들어 목을 조르면서 넘어뜨린 행위는 정당방위를 인정하였다. 그리고 이후 뒤로 넘어진 피해자의 몸 위에 올라타 계속하여 목을 조른 행위에 대하여는 피해자가 피고인의 몸 아래 깔려 더 이상 침해행위를 계속하는 것이 불가능하거나 또는 적어도 현저히 곤란한 상황이었으므로 정당방위의 요건인 상당성을 결여한 행위이나, 최초 폭행과 추가 폭행이 극히 짧은 시간 내에 계속하여 행하여진 것으로 이는 일련의 행위로 전체로서 하나의 행위로 보아야 할 것이므로, 방위 의사에서 비롯된 피고인의 연속된 전후행위는 하나로써 형법 제21조 제2항의 과잉방위에 해당하고, 나아가 당시 야간에 공포한 성격에 술까지 취한 피해자가 식칼을 들고 피고인을 포함한 가족들의 생명, 신체를 위협하는 불안스러운 상태 하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황 등으로 말미암아 저질러진 것이라고 보아야 할 것이므로 형법 제21조 제3항에도 해당되어 무죄라고 판시하였다.

한편, 대상 판례는 책임이 감소, 소멸되는 과잉방위는 인정하지 않으면서도 양형 판단 부분에서, 피고인의 집에 무단 침입하여 절도 범행을 하려던 피해자를 제압하려다 흥분한 나머지 우발적으로 범행에 이른 것은 위법성 조각사유는 될 수 없어도 책임 제한의 사유로는 충분히 참작될 수 있다고 설시하였는데 이는 종래 법원이 취한 것과 마찬가지로 양형으로의 도피적 태도라고 볼 수 있다.⁴⁵⁾ 판시처럼 피고인의 책임이 제한된다고 판단하였다면 형법 제21조 제2항의 과잉방위의 성립을 인정해야 함에도 이를 부정하고 양형에서 소극적으로 검토한 것은 논리적 모순이고 타당하지 않다.

VI. 결론

정당방위는 불법적인 침해를 받은 피해자가 국가의 보호를 받을 수 없는 긴급한 상황에서 자기 또는 타인의 소중한 법익을 지키기 위하여 선택하는 행위이다. 그런데 대상판례에서 확인한 바와 같이 국민들에게 긴급하고 절박한 상황에서 기대할 수 없는 아니 기대해서는 안 되는 지나친 침착함과 높은 윤리의식을 요구하면서 정당방위를 거의 인정하지 않는 것이 우리 법원의 태도이다. 적어도 과잉방위는 인정되어야 하는 사안에

45) 한영수, 앞의 논문, 178쪽.

관하여도 설득력 있는 논증 없이 방위행위가 아니므로 정당방위와 동시에 과잉방위도 성립하지 않는다는 판단을 하고 있다. 대상 판례의 경우, 비록 폭행당한 절도범이 바닥에 쓰러졌다고 하나 주거침입 상태는 계속되고 있었고 절도범이 어딘가로 움직이려고 하였다는 점에서 침해의 급박성, 현재성은 충분히 인정된다. 영미의 주거방위 법리에 비추어 보아도 그러하다. 또한 피고인이 흉기를 사용하지 않았고 당시 구체적 정황에 비추어 피고인의 폭행 정도는 상당성도 충족한다. 설령 상당성을 인정하기 어렵다 하더라도 야간이었고 피해자가 주거에 침입하여 절도행각을 하고 있었던 점, 피고인이 술을 마신 상태였던 점, 피해자가 완전히 제압되지 않고 어딘가로 계속 움직이려고 한 점, 당시 집에는 고령의 조부모 이외에 물리적으로 피고인을 도와 줄 사람이 없었던 점 등을 고려할 때 적어도 과잉방위는 인정하는 것이 마땅하다.

형사상 범죄자가 될지도 모른다는 두려움에 국민들이 자신의 생명, 신체 등에 대한 중대한 침해가 가해지는 것을 힘없이 당해야 하는 불합리한 상황이 초래되는 것을 피하기 위하여 정당방위, 과잉방위에 대한 실무의 유연한 접근이 필요하다고 생각된다. 즉 수사기관 및 법원은 구체적인 사안별로 정당방위의 성립요건인 침해의 현재성, 상당성 등을 유연하게 해석하고 설령 정당방위에 해당하지 않을지라도 적어도 형을 감면하거나 책임을 조각해주는 과잉방위는 적극적으로 인정해 줄 필요가 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법총론(제5판), SKKUP, 2017.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014.
- 박상기 형법학(제2판), 집현재, 2015.
- 배종대, 형법총론(제13판), 홍문사, 2017.
- 신동운, 형법총론(제10판), 법문사, 2017.
- 오영근 형법총론(제4판), 박영사, 2018.
- 이재상, 형법총론(제9판), 박영사, 2017.
- 주석형법 형법총칙(제2판), 한국사법행정학회, 2011.

2. 학술지

- 권영법, “주거방위법리 및 그 수용가능성의 검토”, 형사법의 신동향 제43호, 대검찰청, 2014, 282-334쪽.
- 김병수, “도둑뇌사사건은 과잉방위이다”, 형사법연구 제27권 제3호, 한국형사법학회, 2015, 261-285쪽.
- 김성규, “과잉방위의 요건과 한계-이른바 양적 과잉방위의 사안과 관련해서-”, 외법논집 제40권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016, 77-91쪽.
- 김슬기, “정당방위의 상당성에 대한 고찰”, 원광법학 제33권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2017, 27-43쪽.
- 김준호, “절도범을 제압하기 위한 폭행이 방위행위로서의 한도를 넘어섰다고 본 사례-춘천지방법원 원주지원 2014. 8. 13. 선고 2014고단444 판결-”, 법조 제64권 제6호, 법조협회, 2015, 144-173쪽.
- 김태명, “가정폭력사건에 있어서 정당방위 성립요건의 판단절차와 기준”, 형사법연구 제25호, 한국형사법학회, 2006, 85-112쪽.
- 신동일, “정당방위권 역사와 도그마틱: 중세적 출발점과 현대적 수용”, 형사정책연구 제24권 제3호, 한국형사정책연구원, 2013, 5-29쪽.

- 이강민, “형법상 과잉방위규정의 적용범위”, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011, 103-127쪽.
- 이원상, “정당방위의 성립에 대한 비판적 고찰-춘천지방법원 원주지원 2014고단444 판결을 대상으로-”, 비교형사법연구 제17권 제2호, 한국비교형사법학회, 2015, 169-194쪽.
- 조규홍, “정당방위의 상당성의 의미 및 구체적 판단기준”, 법조 제60권 6호, 법조협회, 2011, 78-118쪽.
- 한영수, “과잉방위의 개념을 제한적으로 해석하는 판례에 대한 비판적 고찰-판례평석(대법원 2016.5.12. 선고 2016도2794판결)-원심판결: 서울고등법원 2016.1.29. 선고 (춘천)2015노11 판결”, 아주법학 제10권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2016, 147-186쪽.

[Abstract]

A Critical Review on Self-defense and Excessive Self-defense in the Light of so called the Case of Thief's Brain Death

-Supreme Court Decision 2016DO2794 Decided May 12, 2016-

Park, Jung-Nan*

This case is whether a homeowner's act that injured burglar's body and resulted in his death is considered as self-defense or excessive self-defense. The court decided that the act was an attack without defense intention so it was not both self-defense and excessive self-defense but reduced the sentence considering the circumstances. The court has been stingy in recognizing self-defense or excessive self-defense in many cases including this case and demands people should stay calm and have high-degree sense of ethics despite they are in an emergency. Also according to the court, it must take infringed legal interest, the legal interest to defend, the degree of infringement etc. into consideration in order to decide whether it is self-defense or excessive self-defense. However in many cases, the court has not accepted as self-defense while not taking into the circumstances and establishing unrealistic standard and also has not accepted as excessive self-defense without concrete explanation. In this case, in considering that housebreaking didn't end and the burglar kept moving which could lead to another attack, the presence of attack and the intention of defense are accepted naturally. Also in consideration of the principle that the infringement should be minimum 'relatively', the reasonableness is accepted. In a situation that the burglar kept moving, the defendant might judge the burglar wasn't overpowered so he could attack again so it is possible defense. In addition, the reasonableness is accepted by 'Castle Doctrine'. Even if the presence of attack and the reasonableness are not accepted, excessive self-defense should be accepted at least, because a series of act is defense overall and a possibility of expectation to legal

* Assistant Professor, School of Law, Konkuk University

act is little. In order to avoid the absurd situation that people bear infringement inevitably with fear that they might become criminals, the flexible approach to self-defense and excessive self-defense is urgently needed.

[Key Words] the case of thief's brain death, self-defense, Castle Doctrine, excessive self-defense, the principle that the infringement should be minimum 'relatively'