

긴급피난 규정으로서 「형법」 제22조 제1항과 「민법」 제761조 제2항의 관계

The Relationship between the Criminal Act Article 22 (1) and the Civil Act Article 761 (2) as Regulations about Acts of Necessity

도 규 엽*
Do, GyuYoup

목 차

- | | |
|---|---------------------------------|
| I. 들어가는 글 | IV. 「민법」 제761조 제2항의 문제점 및 개선 방안 |
| II. 형법상 불법조각사유로서의 정당화적 긴급피난 | V. 나오는 글 |
| III. 현행법상 「형법」 제22조 제1항과 「민법」 제761조 제2항의 관계 | |

「형법」은 긴급피난 규정으로서 제22조 제1항을 두고 있고, 「민법」은 제761조 제2항을 두고 있으며, 양자 모두 정당화사유로서의 성격을 갖고 있다. 그러나 긴급피난을 형법상 정당화사유로 보아 범죄의 성립을 부정하는 것은 충분히 납득이 가지만, 민법상 위난에 있어서 귀책사유가 전혀 없는 피해자에게 긴급피난행위자가 입힌 손해를 감수하도록 강요하는 것에 대하여는 의문이 생긴다. 민법상 긴급피난행위는 부당한 침해로 가하는 상대방에 대하여 이루어진 정당방위행위와 같이 취급할 수는 없을 것이다.

긴급피난에 대한 우리 「형법」과 「민법」의 태도를 정리하자면, 긴급피난을 ‘위법성조각사유’로 취급하여 형법상 정당화사유가 되는 것은 물론 민법상으로도 불법행위책임을 조

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021.48.465>

투고일: 2021. 1. 15. / 심사외의일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 경북대학교 법학전문대학원 강사, 목포대 법학과 강사, 법학박사

Lecturer of Kyungpook National University Law School and Mokpo National University, Ph. D. in Law

각하는 정당화사유로 정하고 있다고 할 수 있다. 우선 위법성과 불법 개념 구별을 기초로 하여 각 개별법상 인정되는 정당화사유는 해당 개별법의 영역 내에서만 효과를 가지는 개별법상 ‘불법조각사유’로 보아야 할 것이다. 나아가 형사절차와 민사절차가 엄격히 분리되어 있고, 형법적 원리와 민법적 원리는 매우 상이하다는 점을 고려할 때, 피난행위자의 행위로 인하여 선의의 피해자에게 손해가 발생하는 사례에 있어서 긴급피난 행위자에게 불법행위책임을 묻지 않고 그 손해를 피해자에게 부담시키는 결론은 타당성이 결여되었다고 생각한다. 원칙적으로 피난행위자에게 부담지우는 것이 손해의 공평한 분담에 부합하는 태도일 것이다. 즉 긴급피난은 ‘형법상 불법조각사유’에 불과할 뿐, 민법상 불법조각사유는 될 수 없다고 해야 할 것이고, 현행법상 「형법」 제22조 제1항과 「민법」 제761조 제2항의 관계 역시 이러한 관점에서 재정립하는 것이 형법의 보충성 내지 최후수단성에 부합하는 태도라 생각된다.

결론적으로 긴급피난을 민법상의 정당화사유로 규정하고 있는 「민법」 제761조 제2항의 규정은 삭제하거나 혹은 원칙적으로 긴급피난자의 손해배상책임을 인정하되 특별한 사정이 있는 경우 이를 고려하여 손해배상책임의 감면을 인정하는 방향으로 개정함이 바람직하다고 본다.

[주제어] 긴급피난, 형법 제22조 제1항, 민법 제761조 제2항, 정당화사유, 정당방위

I. 들어가는 글

우리 「형법」은 긴급피난 규정으로서 제22조 제1항을 두어 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다”고 정하고 있다. 그리고 우리 「민법」 역시 형법과의 통일성을 기하여 긴급피난 규정을 마련하고 있다. 「민법」 제761조 제1항에서는 “타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제삼자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다. 그러나 피해자는 불법행위에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다”라고 하여 정당방위에 대하여 규정하고 있고, 제2항에서 “전항의 규정은 급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 경우에 준용한다”라고 하여 긴급피난에 대하여 규정하고 있다.

형법상 긴급피난 규정과 민법상 긴급피난 규정의 관계에 대한 이해를 위하여 우선 정당방위 및 긴급피난 사례에 대한 형법 및 민법의 결론을 생각해 볼 필요가 있다. 정당방위 관련 사안으로, A는 새벽 3시에 자신의 집에 침입하여 흉기를 들고 보석을 내어 놓으라고 협박하는 B를 제압하는 과정에서 B의 손목을 강하게 움켜잡는 유형력을 행사하였다. 이때 A의 행위는 형법상 폭행죄의 구성요건에 해당하지만 현재의 부당한 침해를

방위하기 위한 정당방위로서 「형법」 제21조 제1항에 의거하여 범죄 성립이 부정되고, 또한 「민법」 제761조 제1항에 의거하여 B에게 상해를 입힌 부분에 대하여 손해배상책임이 부정된다. 정당방위의 경우, 형법상 불법은 물론 민법상의 불법도 조각되는 이러한 결론에 대하여 충분히 납득할 수 있다.¹⁾

그러나 정당방위와 함께 위법성조각사유로 취급되는 긴급피난에 관한 다음 두 가지 사례의 결론에 대해서는 의문을 제기할 여지가 있다고 본다. 첫 번째 사례로서, 길을 걸어가던 C는 머리 위에서 떨어지는 화분을 피하기 위해 황급히 오른쪽으로 몸을 날렸고, 옆에서 나란히 지나가던 행인 D에게 강하게 부딪히게 되었다. C는 행인 D가 자신의 옆에 있었던 것을 진작부터 알고 있었고 그쪽으로 몸을 날리면서 D에게 부딪혀 D가 다치게 되어도 어쩔 수 없다고 생각했다. 충동로 인해 D는 바닥에 쓰러지게 되면서 팔에 골절상을 입게 되었다. 그리고 두 번째 사례로서, E는 길에서 마주친 주인 없는 야생동물이 맹렬히 돌진해 오자 이를 피하기 위하여 F소유 건물의 출입문 유리를 파손하고서 문을 열고 건물 안으로 들어갔다. 첫 번째 사례에서 C는 상해의 고의로 D에게 상해를 입혔으므로 상해죄의 구성요건에 해당한다. 하지만 이는 자신의 생명 또는 신체에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위로서 「형법」 제22조 제1항의 긴급피난 규정이 적용되어 범죄 성립이 부정된다. 두 번째 사례 역시 자신을 공격하는 주인 없는 야생동물의 추격을 피하기 위하여 F소유 건물을 파손하고 그 안으로 들어간 E의 행위는 손괴죄와 주거침입죄의 구성요건에 해당하지만 형법상 긴급피난으로서 정당화되어 범죄 성립이 부정된다. 그리고 두 사례 모두 「민법」 제761조 제2항에 의거하여 C와 E의 손해배상책임이 부정된다. C와 E에게 범죄의 성립을 부정하는 결론에 대하여는 거부감이 크게 느껴지지 않는다. 그런데 C와 E의 손해배상책임을 부정하는 동시에 귀책사유가 전혀 없는 D와 F에게 손해를 감수하도록 하는 결론에 대해서는 위화감이 느껴진다.²⁾ 부당한 침해

1) 물론 정당방위의 경우에도 형사절차와 민사절차가 각각 별개의 독립된 소송절차에 따라 진행되고 형사법 및 민사법 고유의 법원리에 입각하여 판결이 이루어지기 때문에 구체적 사안에 있어서 형법상 정당방위의 성립 여부와 민법상 정당방위의 성립 여부가 일치하지 않는 경우가 발생할 수 있다. 민법상 정당방위로 인하여 불법행위 성립이 부정되는 효과에 대한 제한적 방향의 검토로는 김천수/임종수, “불법행위법상의 정당방위”, 저스투스 통권 제122호, 한국법학원, 2011. 2, 115쪽.

2) 유사한 문제의식을 드러낸 글로는 가정준, “불법행위책임에서 위법성조각사유에 대한 이론적 고찰 - ‘긴급피난’을 중심으로 -”, 재산법연구 제37권 제2호, 한국재산법학회, 2020. 8, 186쪽 이하; 박신욱, “긴급피난과 손해배상청구권에 관한 비교법적 고찰”, 홍익법학 제13권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2012. 12, 357쪽 이하; 윤일규, “민법상 긴급피난과 그 피해자의 구제”, 법학논총 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011. 8, 326쪽.

를 가하는 상대방에 대하여 이루어진 정당방위행위와 같이 볼 수는 없지 않을까? 이 글은 이러한 문제의식을 바탕으로 현행법상 「형법」 제22조 제1항과 「민법」 제761조 제2항의 관계를 규명하고 이를 재정립하는 것을 주된 목적으로 삼는다.

II. 형법상 불법조각사유로서의 정당화적 긴급피난

1. 형법상 정당화사유 중 하나로서의 긴급피난

형법상 긴급피난의 본질과 관련하여 정당화사유로서의 성격만을 가지고 있는 것인지 아니면 정당화사유로서의 긴급피난 외에 면책사유로서의 긴급피난도 있는 것인지에 대하여 학설이 대립하고 있다. 그리고 후자인 이원설의 입장을 전제로 「형법」 제22조 제1항의 긴급피난 규정이 정당화적 긴급피난과 면책적 긴급피난을 동시에 규정하고 있는 것인지 아니면 정당화적 긴급피난만을 규정한 것인지에 대하여도 견해의 대립이 있다. 그렇지만 긴급피난이 본질적으로 정당화사유로서의 성격을 가지고 있다는 점에 대해서는 국내의 모든 형법학자들이 의견을 같이하고 있다.³⁾ 그리고 나아가 긴급피난에 관한 우리 「형법」 제22조 제1항이 정당화사유로서의 긴급피난을 규정하고 있다는 것에 대하여도 이론이 거의 없다고 볼 수 있다.

한편 “정당화사유”의 다른 이름은 “위법성조각사유”로 통일되어 있다고 해도 과언이 아니다.⁴⁾ 그런데 우리 형법학에서는 “위법성”과 “불법” 개념을 구별하여 사용하고 있기에 “위법성”조각사유라는 용어 역시 이러한 관점에서 의미를 해석할 수밖에 없다. 이하에서는 위법성과 불법의 개념 구별을 기초로 하여 과연 긴급피난을 ‘위법성조각사유’로 취급하는 것이 바람직한 것인지에 대하여 논하고자 한다.

3) 종래 독일과 일본에서 긴급피난을 정당화사유가 아닌 책임조각사유 등으로 보는 입장이 있었지만, 현재 우리나라에서는 이러한 견해를 지지하는 형법학자는 없는 것으로 보인다.

4) 권오걸, 「스마트 형법총론」, 형설출판사, 2011, 179쪽 이하; 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교출판부, 2015, 274쪽 이하; 김신규, 「형법총론 강의」, 박영사, 2018, 248쪽 이하; 김일수/서보화, 「형법총론」, 박영사, 2018, 181쪽 이하; 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2009, 145쪽 이하; 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2013, 287쪽 이하; 손동권, 「형법총론」, 율곡출판사, 2011, 159쪽 이하; 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」, 박영사, 2019, 227쪽 이하; 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2019, 213쪽 이하; 정성근/박광민, 「형법총론」, 성균관대학교출판부, 2012, 212쪽 이하; 황태정, “정당화와 면책의 비교법적 고찰”, 한국사회연구 제18권, 경기대학교 사회과학연구소, 2015. 12, 9쪽.

2. 위법성과 불법 개념의 구별

우리 형법학계에서 일반적으로 ‘위법성’ 개념과 ‘불법’ 개념은 구별되어 사용되고 있다.⁵⁾⁶⁾ “위법성”이라 함은 구성요건에 해당하는 행위가 전체 법질서에 배치 또는 위배된다고 하는 성질을 의미한다.⁷⁾ 즉 위법성은 특정 행위와 전체 법질서 사이의 관계 개념으로서의 성격을 갖는 동시에 성질 판단인 것이고, 그 판단은 전체 법질서에 비추어 항상 단일하게 내려진다.⁸⁾ 따라서 모든 법영역에 걸쳐 ‘위법하다’ 또는 ‘위법하지 않다’라고 하는 유무의 판단만이 가능한 것이고, 그 질과 양에 대한 평가는 내릴 수가 없다.⁹⁾

이와 구별하여 “불법” 개념을 정의하자면, “전체 법질서에 배치된다고 평가된 실체, 즉 위법이라는 부정적 가치판단을 받은 내용 내지 실질”,¹⁰⁾ “행위에 의하여 실현되고 법에 의하여 부정적으로 평가된 반가치 자체”,¹¹⁾ 또는 “위법하다고 평가된 행위, 즉 위법행위”¹²⁾라고 할 수 있다.

법질서 전체와의 관계에 비추어 단일하게 판단되는 위법성 개념과는 별도로 실체개념으로서의 불법 개념이 필요하다고 본다. 그 필요성은 양자의 차이점을 고찰함으로써 찾을 수 있다. 형법상 구성요건화되는 것은 위법성 자체가 아니라 위법성판단을 받은 실체로서의 불법이기 때문에 불법은 구성요건에 의하여 ‘실정화’, ‘유형화’, ‘구체화’된다고 말할 수 있는 것이고, 이러한 관점에서 구성요건은 불법유형이고, ‘불법구성요건’이란 용어가 일반화되어 있는 것이다.¹³⁾ 그리고 위법한지 아닌지의 유무의 판단만이 가능

5) 권오걸, 앞의 책, 179쪽; 김성돈, 앞의 책, 264쪽; 김신규, 앞의 책, 242쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 178쪽; 박상기, 앞의 책, 145쪽; 배종대, 앞의 책, 287쪽; 손동권, 앞의 책, 159쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 228쪽; 임웅, 앞의 책, 197쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 207쪽.

6) 한편 우리나라에서는 불법과 위법이라는 말이 실제로 거의 같은 개념으로 사용되고 있기 때문에 구별 실익이 없다는 점을 근거로 위법성과 불법 개념의 구별을 부정하는 견해가 있다. 즉 위법성과 불법 양자 모두 관계 개념이자 실체 개념으로 사용되고 있다는 것이다(오영근, 「형법총론」, 박영사, 2012, 133쪽).

7) 김성돈, 앞의 책, 262쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 79쪽; 임웅, 앞의 책, 197쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 206쪽.

8) 김성돈, 앞의 책, 264쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 228쪽; 임웅, 앞의 책, 197쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 207쪽.

9) 김성돈, 앞의 책, 264쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 228쪽; 임웅, 앞의 책, 198쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 207쪽.

10) 임웅, 앞의 책, 197-198쪽.

11) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 228쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 207쪽.

12) 中 義勝, 刑法總論, 有斐閣, 2007, 75頁.

13) 임웅, 앞의 책, 198쪽.

한 위법성과는 달리 실체개념으로서의 불법은 질과 양의 측면에서 정도의 차이가 평가될 수 있다.¹⁴⁾ 불법은 개별 법영역의 테두리 내에서 문제되는 개념이므로 형법상 불법, 민법상 불법, 행정법상 불법 등이 별도로 존재할 수 있고, 어느 한 영역에서는 불법이지만 다른 법영역에서는 적법이라는 판단이 가능하다.¹⁵⁾

3. ‘위법성’조각사유와 ‘불법’조각사유

형법상 정당화사유가 전체 법체계상 어떠한 지위를 가지는지에 대하여 고찰할 필요가 있다고 본다. 정당화사유의 체계적 지위와 관련하여, 형법학계에서는 일반적으로 범죄체계론 내에서 정당화사유를 범죄구성요건에 해당하는 행위에 대하여 위법성을 조각시켜 범죄성립을 부정하는 기능을 하는 지위를 갖는 것으로 본다.

형법상 정당화사유는 “위법성조각사유”라는 명칭으로 불리고 있을 뿐이고, 정당화적 긴급피난 역시 “위법성조각사유”로 취급될 뿐, “불법조각사유”라는 명칭을 사용하는 경우를 찾아볼 수는 없다. 위법성과 불법 개념을 구별하는 입장에서 볼 때 “위법성조각”사유라 함은 개별법 질서상의 정당화 효과만을 전제로 한 것이 아니라 전체 법질서에서의 정당화, 즉 모든 개별법상의 정당화 효과를 발생시키는 사유가 된다고 할 수 있다.¹⁶⁾ 즉 형법상 정당화사유가 위법성조각사유로 인정되는 경우 해당 행위는 모든 법체계의 관점에서 정당화되어 형법상 범죄가 되지 않을 뿐 아니라 다른 모든 법에 의해서도 문제가 되지 않는 행위가 된다고 할 수 있다.

만약 이와 달리 “위법성과 불법은 구별된다”고 하면서 정당화사유를 “위법성조각사유”라 명명하고 이것이 “형법상 불법조각의 효과만을 가진다”라고 하는 한다면, 그것은 그 자체로 모순이라고 본다.

한편 형법상 모든 정당화사유들에 대하여 위법성조각의 효과를 인정하는 경우에도 특별히 문제될 것은 없는 것처럼 여겨질 수 있는데, 이는 형법상 정당화에 관한 논의는 항상 범죄구성요건과 관련하여 이루어지기 때문이다. 즉 범죄구성요건에 해당하는 행위

14) 김성돈, 앞의 책, 264쪽; 손동권, 앞의 책, 159쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 228쪽; 임웅, 앞의 책, 198쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 207쪽.

15) 김성돈, 앞의 책, 264쪽; 손동권, 앞의 책, 159쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 228쪽; 임웅, 앞의 책, 198쪽.

16) 위법성 불법 구별 부정설에 따르면 위법성은 관계 개념인 동시에 실체 개념이 되고, 개별법상 정당화사유를 “위법성조각사유”라고 부를 수도 있을 것이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 위법성과 불법 개념은 구별이 가능하고 또 구별의 실익이 있기에 형법 학계의 절대 다수의 입장과 같이 위법성 불법 개념은 구별하여 사용하는 것이 바람직하다고 본다.

에 국한하여 형법상 위법성 단계에서의 논의로서 정당화 여부가 문제되는 것이기 때문에 이때의 정당화사유가 전체 법질서에서의 정당화 효과가 있진 아니면 형법질서 내에서만 정당화 효과가 있진 범죄 성립에 결부된 모습으로는 차이가 없다는 것이다. 다만 타법질서에서 나타나는 모습에서는 큰 차이가 있게 된다. 형법상 정당화사유의 위법성조각 효과를 인정하게 되면 별도로 타법질서에서 정당화사유가 마련되어 있지 않더라도 그 정당화 효과가 통일적으로 인정될 것인 반면, 형법상 불법조각 효과만을 인정한다면 그러한 사유들을 각 개별법이 정당화사유로 두고 있는 경우에 해당 법질서의 범위 내에서만 정당화 효과가 인정될 것이기 때문이다.

그러나 개별법상 존재하는 정당화사유를 전체 법질서 관점에서 정당화하는 위법성조각사유로 비약해서는 안 된다. 형법상 정당화사유의 본질 및 성격이 법질서 전체에 대한 합치성에 있는 것이 아니라 형법이라는 개별법에 대한 합치성에 있다면, 그 법적 효과 또한 법질서 전체 차원에서 파악할 것이 아니라 형사영역에 국한하여 인정해야 한다. 만약 그렇지 않다면 아예 형법상 구성요건에 해당하지 않는 행위를 한 경우에는 타법상의 불법성이 인정되어 제재를 받을 수 있는 반면, 형법상 구성요건에 해당하는 행위를 하였으나 특정 정당화사유가 인정되는 경우에는 단순히 범죄성립이 부정되는 것뿐만 아니라 나아가 모든 개별법상의 제재 또한 면제되어 버리는 기이한 결과가 도출될 수도 있다. 전체 법체계에 미치는 효과를 고려한다면 한 개별법의 정당화사유를 “위법성조각사유”로 인정하는 것은 개별법 간의 차별성과 독립성을 무시하는 결론을 초래할 수 있다.

이처럼 위법성이라는 개념은 전체 법질서를 기준으로 하므로 어느 법에라도 배치되면 위법성이 인정되는 것이고 개별법을 기준으로 “민법상 위법성이 인정되지만 형법상 위법성이 부정된다”라는 표현은 존재하지 않는다. 반면 불법은 개별법을 기준으로 하므로 ‘민법상 불법이지만 형법상 불법은 아닌’ 행위가 존재할 수 있다.

위법성이 아닌 불법의 관점에서 정당화구조를 살펴볼 때, 불법성이 소멸되는 정당화의 경우에도 ‘형법상 불법이 아니지만, 민법상 불법’인 경우가 존재할 수 있는 것이고, 이는 ‘형법상 정당화되지만 민법상 정당화되지 않는’ 행위로 표현될 수 있다. 다시 말해, ‘형법상 불법이 조각되지만, 민법상 불법이 조각되지 않는’ 경우에 해당하는 것이다. 그렇다면 마땅히 우리 법체제도 이러한 경우의 존재에 대한 여지를 남겨두어야 할 것임에도 정당화사유를 일률적으로 “위법성조각사유”로 간주함으로써 개별법을 기준으로 한 불법조각사유라는 관념은 인정되지 않고 있다.

형법상 인정되는 정당화사유를 위법성조각사유가 아니라 형법상 “불법조각사유”로 취급함으로써 불법의 정당화에 있어서 범법체계적 합리성을 도모할 수 있다. 정당방위, 긴급피난 등의 요건이 갖추어지는 경우 일률적으로 모든 법영역에 있어서 정당화가 이루어지는 것으로 보지 않고 각 개별법의 관점에서 정당화 여부를 결정할 수 있고, 위법성조각을 통한 일률적 정당화에 비하여 구체적 타당성을 더욱 기할 수 있게 되는 것이다.

한편 실질적으로는 개별법상 존재하는 정당화사유를 각 개별법의 차원에서 불법을 조각하는 사유로 파악함에도 불구하고 이 정당화사유를 칭함에 있어서 “위법성조각”이라는 용어를 사용함으로써 개별법상 독자적인 “위법성조각사유”가 존재하는 것으로 표현하는 태도 또한 법체계상 혼란을 초래할 수 있다는 점에서 잘못된 것으로서 시정되어야 한다고 본다. 형법상의 정당화사유에 대하여 “위법성조각사유”라는 용어의 사용을 배제하는 것만으로, 즉 “정당화사유” 혹은 “형법상 불법조각사유”라는 정확한 용어를 사용하는 것만으로 이러한 용어 사용의 혼란 및 이로 인해 초래될 수 있는 정당화사유의 범법체계적 효과의 오류를 방지할 수 있다.

4. 형법상 ‘불법조각사유’로서의 정당화적 긴급피난

앞서 살펴본 바와 같이 개별법상 존재하는 정당화사유는 해당 개별법의 이념 및 목적의 관점에서 정당화 여부를 결정짓는 성격을 가지고 있기 때문에 위법성조각사유가 아니라 불법조각사유라고 보아야 한다. 한편 개별법상 존재하는 정당화사유 중 모든 개별법의 관점에서 그 정당화가 인정되는 경우가 예외적으로 존재할 수는 있다. 이처럼 전체 법질서의 관점에서 비추어 정당화되는 것이 마땅한 경우에는 위법성조각사유로 취급하여 모든 개별법상의 제재가 부정될 것이다. 예를 들어, 정당방위의 경우 부당한 침해(不正)에 대하여 방위행위(正)로서 대응한 경우이므로 형법은 물론 다른 모든 법의 관점에서도 정당화됨이 바람직하고, 따라서 위법성조각사유로 취급될 수 있다고 본다. 「형법」 제21조 제1항과 「민법」 제761조 제1항이 통일하여 정당방위를 정당화사유로 규정하고 있는 점이 이를 나타내고 있다고 할 수 있다. 물론 정당방위의 경우에도 형법전의 정당방위 규정과 민법전의 정당방위 규정의 법문언이 다소 상이하고 그 요건에도 차이가 있을뿐더러 형사절차와 민사절차가 각각 별개의 독립된 소송절차에 따라 진행되고 형사법 및 민사법 고유의 법원리에 입각하여 판결이 이루어지기 때문에 구체적 사안

에 있어서 형법상 정당방위의 성립 여부와 민법상 정당방위의 성립 여부가 일치하지 않는 경우가 발생할 수는 있다.

그런데 정당방위와 달리 긴급피난의 경우에는 위난이 부당할 것을 요하고 있지 아니하므로 정당한 위난(正)을 피하기 위한 피난행위(正)가 있을 수 있다. 이때 위난에 대한 피난행위 상대방의 귀책사유 유무를 불문하고 민사상 손해배상책임을 면제하는 것은 귀책사유가 전혀 없는 자에게 손해를 감수하도록 강요하는 결과가 될 수 있으므로 바람직하지 않다. 이러한 점을 고려할 때, 긴급피난의 경우에는 형법상 불법조각사유로 취급함이 옳다고 본다.

만약 긴급피난의 성격을 위법성조각사유가 아니라 형법상 불법조각사유로 보게 된다면, 긴급피난이 성립하는 경우 형법상의 범죄 성립은 부정되지만 다른 법에 의한 불법성 인정의 가능성은 여전히 남아있게 된다. 민법상 불법행위로 인한 손해배상책임의 인정 여부에 대해서는 민법의 관점에서 별도로 검토하면 되는 것이다. 긴급피난을 위법성조각사유로 본다면 「민법」 제761조 제2항은 「형법」 제22조 제1항과의 통일성을 기한 당연한 규정으로 보아야 하겠지만, 긴급피난을 형법상 불법조각사유로 본다면 형법상 정당화 규정의 존재에 구애받지 않고 「민법」 제761조 제2항이 민법의 관점에서 적절한 정당화 규정인지를 따져볼 수 있다.

III. 현행법상 「형법」 제22조 제1항과 「민법」 제761조 제2항의 관계

1. 현행법의 취지 : 위법성조각사유로서의 긴급피난 규정

정당화사유 혹은 위법성조각사유에 대한 논의는 형법을 중심으로 이루어지고 있음을 부정할 수는 없다.¹⁷⁾ 「형법」은 정당행위(제20조), 정당방위(제21조 제1항), 긴급피난(제22조 제1항), 자구행위(제23조 제1항), 피해자의 승낙(제24조)의 정당화사유들을 명문화하여 규정하고 있고, 우리 민법은 이를 거의 그대로 수용하는 양상을 띠고 있다.¹⁸⁾

17) 가정준, 앞의 글, 178-180쪽; 김천수/임종수, 앞의 글, 96쪽; 소성규, “불법행위법에 있어서 이른바 ‘위법성조각사유’”, 비교사법 제4권 제1호, 한국비교사법학회, 1997. 6, 544쪽 참조.

18) 이 중 「민법」이 명문의 규정을 두고 있는 것은 제761조 제1항의 정당방위, 동조 제2항의 긴급피난, 제209조의 자력구제에 한하지만, 민법학계에서는 강학상 정당행위와 피해자의 승낙도 정당화사유로 인정하고 있다(가정준, 앞의 글, 179-180쪽; 송덕수, 「채권각론」, 박영사, 2019, 509쪽; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2020,

긴급피난 역시 기본적으로는 형법상 정당화사유로서 규정되어 있는 것이고, 이를 민법에서 수용한 것이라 할 수 있다. 긴급피난행위는 일단 형법상 범죄성립이 부정되는 행위이고, 더 나아가 민법상으로도 정당화되는 행위라고 취급하는 것이다. 즉 「민법」 제761조 제2항의 긴급피난 규정은 형법상 정당화사유인 긴급피난의 위법성조각 효과를 인정하는 차원에서의 명문화라고 볼 수 있는 것이다.

앞서 언급한 긴급피난에 관한 두 사례에서 긴급피난행위를 한 C와 E는 형법 제22조 제1항에 의거하여 그 행위가 정당화됨으로써 범죄 성립이 부정됨과 동시에 「민법」 제761조 제2항에 의거하여 민법상 불법행위책임, 즉 손해배상의무까지도 면하게 된다. 「형법」 제22조 제1항은 정당화사유 중 하나로서 긴급피난을 규정하고 있고, 우리 「민법」 제761조 제2항은 형법의 긴급피난 법리를 수용하여 급박한 위난을 피하기 위한 긴급피난행위를 통해 부득이 타인에게 손해를 가한 자의 배상책임을 부정함으로써 전체 법질서 차원에서 위법성조각사유의 법 체계적 통일성을 기하고 있다고 할 수 있다.

형법은 물론 민법의 제정에 지대한 영향을 미친 김병로¹⁹⁾의 위법성에 대한 설명은 이러한 평가를 어느 정도 뒷받침한다. 김병로는 “위법성은 즉 반상규적 특별성을 말함이지요 사회적 상규는 공의 질서와 선량한 풍속을 말함이니 공서양속은 위법성의 가치판단의 기초가 됨은 물론이요 사회 공존의 관계에 대한 비행을 판단함에 있어 유일한 명감이 되니 공법과 사법을 물론하고 일반 법률의 목표가 되는 것이라고 말하지 않을 수 없다”라고 하였다.²⁰⁾ 이는 민법과 형법이 법원(法源)의 측면에서만 다를 뿐 법률해석에 있어서는 원칙 적용에 차이가 없다는 마키노 에이이치(牧野英一)의 입장에서부터 영향을 받은 것이라 볼 수 있다.²¹⁾²²⁾

실제로 민법의 제정 과정에 대한 자료를 살펴볼 때 정부민법제정안 원문에서는 정당

1752-1753쪽 참조).

- 19) 신동운, “형법 제정에의 김병로의 기여”, 서울대학교 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014. 12, 313, 315쪽.
- 20) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, 법학계 제3호, 1915. 12, 3쪽 이하(신동운, “가인 김병로 선생의 범죄론체계와 한국형법의 총칙규정”, 서울대학교 법학 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008. 3, 13쪽에서 재인용).
- 21) 김성돈, “한국 형법의 사회상규조항의 계보와 그 입법적 의의”, 형사법연구 제24권 제4호, 한국형사법학회, 2012. 12, 16쪽.
- 22) 김병로는 1913년 일본 메이지 대학(明治大學) 법학부를 졸업하고, 1913년부터 1915년까지 메이지 대학과 주요 대학(中央大學)이 공동으로 운영하는 ‘법률고등연구과’에서 법학 공부를 계속하였는데, 그때 바로 마키노 에이이치로부터 형법을 배웠다고 한다(신동운, “가인 김병로 선생의 범죄론체계와 한국형법의 총칙규정”, 2쪽).

방위 및 긴급피난에 대한 규정이 존재하지 않고, 당시 국회의회의록상으로는 민법제정안에 대하여 수 차례에 걸쳐 심층적으로 이루어진 국회본회의에서의 검토에서도 해당 규정들에 대한 언급은 찾을 수 없으며, 법사위 심사보고서에서도 마찬가지이다. 조심스레 추측건대 법전편찬위원회 위원장직을 수행한 가인 김병로의 사상이 위법성조각사유로서의 긴급피난을 법전화하는 데 있어서 일정한 영향을 끼친 것일 수도 있다고 본다.

2. 「형법」 제22조 제1항과 「민법」 제761조 제2항 관계의 재정립

2.1 형사절차와 민사절차의 분리

법체계상 형사법과 민사법은 엄연히 독립된 별개의 법 영역이고, 각 소송절차는 형사소송절차와 민사소송절차로 엄격히 분리되어 있다. 하나의 사건에 대하여서도 형사절차와 민사절차는 완전히 별개로 진행되는 것이고, 어느 한 쪽의 판결이 다른 영역의 판결에 기판력을 가지는 등 직접적으로 영향을 미치지 않는다. 즉 형법과 민법 모두가 정당화사유로 인정하고 있는 정당방위 혹은 긴급피난의 성립 여부가 문제되는 사안에 있어서 형사판결과 민사판결 중 어느 한 쪽의 판결이 존재한다고 하더라도 나머지 한 측의 판결은 선행하는 판결의 결론과 상반되는 판결을 내릴 수 있는 것이다. 그리고 형법의 지배원리와 민법의 지배원리가 다르다는 점은 양 절차의 단절성을 더욱 강화시킨다.

2.2 형법적 원리와 민법적 원리의 상이성

형사책임은 가해자의 행위를 중심으로 형벌이 부과되는 하향식 책임제도의 성격을 지니고 있지만, 민사상 불법행위책임은 행위보다 피해자에게 발생한 손해를 우선하여 손해 발생 여부를 파악하고 손해의 원인이 행위자의 고의 또는 과실인지여부에 따라 책임을 확정하는 상향식 책임제도의 성격이 있는데, 이 차이로 인하여 불법행위책임 대상 범위가 형사책임 대상 범위보다 넓어지게 된다.²³⁾ 또 불법행위책임의 대상 행위는 손해배상제도의 원리인 손해의 공평·타당한 지도원리에 따라 결정된다는 점에서 형사

23) 가정준, 앞의 글, 177쪽.

책임과 구별된다.²⁴⁾ “불법행위에 따른 형사책임은 사회의 법질서를 위반한 행위에 대한 책임을 묻는 것으로서 행위자에 대한 공적인 제재(형벌)를 그 내용으로 함에 비하여, 민사책임은 타인의 법익을 침해한 데 대하여 행위자의 개인적 책임을 묻는 것으로서 피해자에게 발생한 손해의 전보를 그 내용으로 하는 것이고, 손해배상제도는 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 것이므로, 형사상 범죄를 구성하지 아니하는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지 여부는 형사책임과 별개의 관점에서 검토하여야” 하는 것이다.²⁵⁾ 나아가 민법의 불법과 형법의 불법 개념이 서로 다르고, 형사상 책임과 민사상 책임은 그 범위가 상이하므로 형법상으로는 긴급피난이 인정되어 처벌되지 아니하는 경우라 하더라도 민사상으로는 불법행위책임을 면하지 못하는 경우가 발생할 수 있다.²⁶⁾

위법성과 구별되는 불법 개념은 각 개별법들을 기준으로 하여 파악되는 것이고, 이는 개별법들의 독자성을 존중하는 법 체계적 사고와 일맥상통하는 것이다. 형법과 민법의 관계에서 형법의 독자성, 민법의 독자성 관념은 우리에게 매우 익숙하다. 법체계상 이론의 여지 없이 형사책임과 민사책임은 각각 분리되어 독자적으로 평가된다. 그리고 우리는 형법상 구체적 쟁점 중 민법과 긴밀한 관련이 있는 부분이라 할지라도 민법상의 평가에 종속되지 않고 형법 독자적 관점에서 반대의 평가가 이루어지는 경우들이 있음을 알고 있다. 예를 들어, 민법상 점유로 인정되는 간접점유 및 상속에 의한 점유의 이전 등은 형법상 점유로 인정되지 아니하고, 반대로 민법상 점유로 인정되지 아니하는 점유보조자의 점유는 형법상 점유로 인정된다. 이러한 개별법의 독자성, 즉 형법의 독자성, 민법의 독자성은 정당화사유를 정함에 있어서도 고려됨이 마땅하다. 그럼에도 불구하고 정당화사유의 성격을 파악함에 있어서 형법상은 물론 민법상으로도 일률적으로 위법성 조각사유로 파악하는 것이 일반화되어 있다. 이는 개별법들간의 관계에 있어서 각각의 독자성을 존중하고자 하는 사고와 배치된다.

24) 가정준, 앞의 글, 177쪽.

25) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다6713 판결.

26) 소성규, 앞의 글, 534쪽.

2.3 형법의 보충성

형법의 개입은 형벌 부과를 목적으로 한다. 형벌은 개인의 중대한 기본권에 대한 직접적 제한을 내용으로 한다. 예를 들어 사형의 경우에는 생명권의 박탈을, 주된 형벌에 해당하는 징역의 경우 신체의 자유에 대한 제한을 본질적 내용으로 하고 있다. 이는 주로 개인 간의 재산적 이해관계를 조율하는 민법이나 행정질서의 도모를 위하여 행정제재를 부과하는 행정법 등의 간섭과는 차원이 다른 것이다. 이처럼 형법은 공권력 중 가장 강력한 물리력의 행사이므로 형법의 개입은 다른 법에 비하여 보충적으로, 다시 말해 최후수단으로서 이루어져야 한다.

당벌성 혹은 필벌성이 인정되지 아니하는 행위가 존재하는 경우, 형사제재는 보다 낮은 강도의 법적제재에 자리를 양보하고 한걸음 물러남이 마땅하다. 그리고 이때 최후수단인 형사제재의 부과는 자제되어야 하지만 그보다 약한 제재수단인 민사제재 및 행정제재 등을 통한 간섭가능성은 여전히 남아있다고 보아야 할 것이다.

형법에서 논의되는 정당화사유를 모조리 위법성조각사유로 보게 되면 ‘형법상 정당화되지만 민법상 혹은 행정법상 정당화되지 않는’ 경우, 즉 형사제재의 부과는 허용되지 않지만 민사제재 혹은 행정제재를 통한 간섭은 허용되는 경우는 존재불가능하다. 이는 형법의 보충성 관념에 부합하지 않는다.

반면 형법상 불법조각사유의 존재를 인정하게 되면 ‘형법상 정당화되지만 민법상 혹은 행정법상 정당화되지 않는’ 경우, 즉 형사제재의 부과는 허용되지 않지만 민사제재 혹은 행정제재를 통한 간섭은 허용되는 경우를 상정할 수 있게 되어 형법의 보충성 내지 최후수단성에 충실한 정당화 체계를 구축할 수 있게 된다.

2.4 비교법적 고찰

독일 「민법」 제228조는 소위 ‘방어적 긴급피난’이라 불리는데, 이는 정당방위에 가깝다고 볼 수 있고,²⁷⁾ 제904조의 소위 ‘침해적 긴급피난’이 긴급피난에 대한 규정이라 할 수 있다.²⁸⁾ 제904조는 “타인이 현재의 위험을 회피하기 위하여 물건에 간섭하는 것이 불가피하고 임박한 손해가 그 간섭으로 인하여 소유자에게 발생할 손해보다 과도하게

27) 가정준, 앞의 글, 190면; 박신욱, 앞의 글, 361쪽.

28) 가정준, 앞의 글, 190면; 박신욱, 앞의 글, 365쪽.

큰 경우에는, 물건의 소유자는 물건에 대한 간섭을 금지할 권리를 가지지 아니한다. 소유자는 그에게 발생하는 손해의 보상을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있다. 독일 형법상 긴급피난도 우리와 마찬가지로 ‘우월적 이익의 원리’에 입각하여 정당화가 이루어지고 있는데, 독일 민법상 긴급피난은 ‘임박한 손해가 발생할 손해보다 과도하게 큰 경우’에만 인정되므로 성립 범위가 훨씬 좁다. 그리고 물건에 대한 간섭은 가능하지만 손해배상책임을 지는 경우가 상정되어 있다. 이러한 점들을 고려할 때 우리 민법상 긴급피난보다 정당화 효과가 훨씬 제한되는 것으로 볼 수 있다.

일본 「민법」 제720조는 ‘정당방위 및 긴급피난’에 대한 규정으로서 우리 「민법」 제761조와 매우 유사한 구조를 띠고 있다. 동조 제1항은 정당방위에 대한 규정으로서 “타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제3자의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 방위하기 위하여 부득이하게 가해행위를 한 자는 손해배상의 책임을 지지 아니한다. 다만, 피해자의 불법행위를 한 자에 대한 손해배상의 청구를 방해하지 못한다”라고 하고 있고, 제2항은 “전항의 규정은 타인의 물건에서 발생한 급박한 재난을 피하기 위하여 그 물건을 손상한 경우에 대하여 준용한다”라고 하여 긴급피난에 대하여 정하고 있다. 일본의 경우 ‘타인의 물건으로부터 발생한 급박한 위난을 피하기 위하여 그 물건을 손상한 경우’에 한하여 손해배상책임을 부정하고 있다는 점에서 우리 민법의 긴급피난에 비하여 적용범위가 훨씬 좁다.

그리고 스위스의 경우에는 「채무법」 제52조 제2항에서 “자기 또는 타인에 대한 급박한 손해 및 위협을 피하기 위하여 타인의 재산을 침해한 자는 법관의 재량에 의해서 손해배상을 하여야 한다”고 규정하고 있다. 긴급피난에 있어서 침해의 대상을 ‘타인의 재산’에 한정하고 있다는 점, 법관의 재량에 따른 손해배상책임을 부과하고 있다는 점에서²⁹⁾ 우리 「민법」의 긴급피난에 비하여 정당화 효과가 훨씬 제한되어 있는 것으로 평가할 수 있다.

이처럼 독일, 일본, 스위스의 태도 모두 민법에 긴급피난에 해당하는 규정을 마련하고는 있으나, 형법상의 긴급피난 법리를 거의 그대로 수용하고 있는 경우는 찾아볼 수 없다. 즉 형법상 긴급피난에 속하는 경우 대체로 피난행위자의 피해자에 대한 손해배상책임을 인정하고 있고, 그 중 일부에 한하여 피난행위자의 손해배상책임을 부정한다.

29) 윤일구, 앞의 글, 315쪽.

IV. 「민법」 제761조 제2항의 문제점 및 개선방안

1. 형사상 불법조각사유와 민사상 불법조각사유의 차별화에 대한 요청

「형법」 제22조 제1항과 「민법」 제761조 제2항 관계를 재정립할 필요가 있다는 점은 앞에서 본 바와 같다. 즉 개별법상 존재하는 불법조각사유를 전체 법질서 관점에서 정당화하는 위법성조각사유로 비약해서는 안 된다는 전제하에, 형법상 불법조각사유를 민법적 원리에 따른 검토 없이 그대로 민법상 불법조각사유로 수용하는 태도는 잘못된 것이라고 본다. 이는 형법상 불법조각사유를 근거로 민법상의 불법을 조각시키는 것과 같다. 따라서 형법상 불법조각사유와 민법상 불법조각사유는 차별화되어야 하고, 각 법체계의 목적 및 원리에 따라 파악될 필요가 있다. 그리고 그 구체적 적용에 있어서는 형법의 보충성에 대한 충분한 고려가 필요하다.

앞서 살펴본 사례-피난행위자의 행위로 인하여 선의의 피해자에게 손해가 발생하는 상황에서 긴급피난행위를 한 C와 E는 범죄구성요건에 해당하지만 긴급피난으로서 정당화되는 행위를 한 경우가 되어 범죄 성립이 부정되는데, 이는 불법의 관념에서 바라보았을 때 ‘형법상 불법’이 조각되는 것이라 할 수 있다. 그리고 역시 C와 E는 우리 민법상 긴급피난으로서 불법행위책임이 면제되는데, 이는 ‘민법상 불법’이 조각되는 것이라 할 수 있다. 이때 긴급피난행위를 한 자에게 불법행위책임을 묻지 않는다면 선의의 피해자는 발생한 손해를 감수할 수밖에 없게 된다. 생각건대, C와 E에게 범죄의 성립을 부정하는 형법상 불법조각에 대하여는 위화감이 크게 느껴지지 않는 반면, C와 E에 대한 위난에 있어서 귀책사유가 전혀 없는 D와 F에게 C와 E가 입힌 손해를 감수하도록 강요하는 민법상 불법조각에 대해서는 쉽게 수긍이 가지 않고 D와 F에게 지나치게 가혹하다는 생각을 떨치기 어렵다. 이러한 결론은 불법행위법이 추구하는 ‘손해의 공평한 분담’이라는 법원칙에 배치된다는 비판을 면하기 어렵다고 본다.³⁰⁾ 어쩔 수 없는 상황이었다고는 하지만 어쨌든 C와 E의 행위가 직접적 원인이 되어 D와 F에게 손해를가한 이상 원칙적으로 C와 E에게 그 손해를 배상하도록 함이 바람직하다고 본다. 결국 위 두 사례의 행위가 긴급피난으로서 형법상 불법조각이 인정되어 범죄가 성립하지 않지만, 민법상 불법조각은 원칙적으로 인정되지 않아 민법상 손해배상책임이 있다는 결론이 타당하다고 생각된다. 이러한 결론은 긴급피난을 법질서 전체의 관점에서 일반적으로 정당화시

30) 가정준, 앞의 글, 182쪽.

키는 ‘위법성’조각사유로 파악해서는 도달할 수가 없다.

2. 「민법」 제761조 제2항의 개선방안

긴급피난을 형법상 불법조각사유로 본다면 형법상 정당화규정의 존재에 구애받지 않고 「민법」 제761조 제2항이 민법의 관점에서 적절한 정당화 규정인지를 따져볼 수 있다. 긴급피난의 원인을 제공하지 않은 자에 대하여 손해를 감수하도록 정하는 것은 긴급피난이 오히려 불공정하고 불합리한 손해 분배의 원인이 된다는 비판을 받을 수 있다.³¹⁾ 위난에 있어서 귀책사유가 전혀 없는 피해자에게 긴급피난행위자가 입힌 손해를 감수하도록 강요하는 것은 민법적 관점에서 공평의 원칙상 받아들이기 힘들다고 판단되므로 긴급피난을 민법상의 정당화사유로 규정하고 있는 「민법」 제761조 제2항의 규정은 삭제 또는 개정이 불가피하다고 본다. 동조를 삭제하는 경우 급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 긴급피난 사례는 민법의 일반원칙에 따라 원칙적으로는 긴급피난행위자의 손해배상책임이 인정되지만 만약 손해를 입은 자의 귀책사유가 인정되는 등 특별히 고려할 사유가 있다면 손해배상책임이 감면될 수 있을 것이므로, 동조를 대체하는 규정이 없어도 민사적 해결에 있어서 큰 문제는 없을 것이라고 본다. 삭제가 아닌 개정을 통하여 해결하고자 한다면, 「민법」 제761조 제2항은 “급박한 위난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 경우에는 피해자의 귀책사유 기타 사정을 고려하여 손해배상책임을 감경 또는 면제할 수 있다” 정도로 개정함이 바람직하다고 본다. 이는 실질적으로 더 이상 긴급피난을 민법상의 정당화사유 취급하지 않게 된다는 점에서 「민법」 제761조 제2항을 삭제하는 방식과 큰 틀에서 같다고 볼 수 있지만, 개정조항을 두게 된다면 해당 규정을 근거로 하여 긴급피난행위자의 손해배상책임에 대한 감경이 동조를 삭제하는 경우에 비하여 더 적극적으로 이루어지게 될 것이므로 손해의 배분에 있어서 양자는 차이가 있다고 할 것이다.

V. 나오는 글

「형법」은 긴급피난 규정으로서 제22조 제1항을 두고 있고, 「민법」은 제761조 제2항을

31) 가정준, 앞의 글, 186-187쪽.

두고 있으며, 양자 모두 정당화사유로서의 성격을 갖고 있다. 형법상 긴급피난의 본질에 대하여는 첨예한 학설의 대립이 있지만, 긴급피난이 본질적으로 정당화사유로서의 성격을 가지고 있다는 것과 「형법」 제22조 제1항이 정당화사유로서의 긴급피난을 규정하고 있다는 것에 대하여는 이론이 거의 없다고 볼 수 있다. 그리고 형법학계에서 정당화사유에 대하여는 보편적으로 “위법성조각사유”라는 용어를 사용하고 있다. 우리 형법학에서는 위법성과 불법 개념을 구별하여 사용하고 있기에 “위법성”조각사유라는 용어 역시 이러한 관점에서 의미를 해석할 수밖에 없다.

일반적으로 정당화사유는 위법성조각사유와 동일한 의미로 사용되고, 긴급피난 역시 일반적으로 위법성조각사유로 해석된다. 앞서 살펴본 ‘위법성’이라는 개념을 그대로 수용하여 ‘위법성조각’사유의 법적 효과를 파악해 보자면, 위법성조각사유가 있음이 인정되는 경우 해당 행위는 모든 법체계의 관점에서 정당화되어 형법상 범죄가 되지 않을 뿐 아니라 다른 모든 법에 의해서도 문제가 되지 않는 행위가 된다고 할 수 있다. 그러나 개별법상 존재하는 정당화사유를 전체 법질서 관점에서 정당화하는 위법성조각사유로 비약해서는 안 된다. 한편 ‘위법성’조각사유라는 표현을 사용하더라도 아무런 문제가 없는 것처럼 느껴질 수 있지만, 이는 형법체계 내에서는 전체 법질서를 기준으로 하는 위법성 판단이라는 것은 범죄성립 여부에 관한 것으로서 형사상 불법의 판단에 국한되어 포착되기 때문이다. 전체 법체계에 미치는 효과를 고려한다면 한 개별법의 정당화사유를 ‘위법성조각’사유로 인정하는 것은 개별법 간의 차별성과 독립성을 무시하는 결론을 초래할 수 있다. 한편 실질적으로는 각 개별법의 차원에서 불법을 조각하는 사유로 파악함에도 불구하고 이를 개별법마다 독자적인 “위법성조각사유”가 존재하는 것으로 표현하는 것 또한 법체계상 혼란을 초래할 수 있다는 점에서 잘못된 태도로서 시정되어야 한다고 본다.

형사절차와 민사절차가 엄격히 분리되어 있고, 형법적 원리와 민법적 원리는 매우 상이하다는 점을 고려할 때, 피난행위자의 행위로 인하여 선의의 피해자에게 손해가 발생하는 사례에 있어서 긴급피난 행위자에게 불법행위책임을 묻지 않고 그 손해를 피해자에게 부담시키는 결론은 타당성이 결여되었다고 생각한다. 원칙적으로 피난행위자에게 부담시키는 것이 손해의 공평한 분담에 부합하는 태도일 것이다. 즉 긴급피난은 ‘형법상 불법조각사유’에 불과할 뿐, 민법상 불법조각사유는 될 수 없다고 해야 할 것이다. 긴급피난을 형법상 불법조각사유의 존재를 인정하게 되면 ‘형법상 긴급피난으로서 정당화되지만 민법상 정당화되지 않는’ 경우, 즉 범죄 성립이 부정되어 형벌 부과는

허용되지 않지만 불법행위에 기한 손해배상책임은 인정되는 경우를 상정할 수 있게 되어 형법의 보충성 내지 최후수단성에 충실한 정당화체계를 구축할 수 있게 된다.

민법적 관점에서 생각해 보건대, 위난에 있어서 귀책사유가 전혀 없는 피해자에게 긴급피난행위자가 입힌 손해를 감수하도록 강요하는 것은 공평의 원칙상 받아들이기 힘들다고 판단되므로 긴급피난을 민법상의 정당화사유로 규정하고 있는 「민법」 제761조 제2항의 규정은 삭제하거나 혹은 원칙적으로 긴급피난자의 손해배상책임을 인정하되 특별한 사정이 있는 경우 이를 고려하여 손해배상책임의 감면을 인정하는 방향으로 개정함이 바람직하다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 「스마트 형법총론」, 형설출판사, 2011.
- 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2015.
- 김신규, 「형법총론 강의」, 박영사, 2018.
- 김일수/서보학, 「형법총론」, 박영사, 2018.
- 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2009.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2013.
- 손동권, 「형법총론」, 을곡출판사, 2011.
- 송덕수, 「채권각론」, 박영사, 2019.
- 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2012.
- 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」, 박영사, 2019.
- 임 응, 「형법총론」, 법문사, 2019.
- 정성근/박광민, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2012.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2020.
- 中 義勝, 「刑法總論」, 有斐閣, 2007.

2. 학술지

- 가정준, “불법행위책임에서 위법성조각사유에 대한 이론적 고찰 - ‘긴급피난’을 중심으로 -”, 재산법연구 제37권 제2호, 한국재산법학회, 2020. 8, 173-203쪽.
- 김성돈, “한국 형법의 사회상규조항의 계보와 그 입법적 의의”, 형사법연구 제24권 제4호, 한국형사법학회, 2012. 12, 3-45쪽.
- 김천수/임중수, “불법행위법상의 정당방위”, 저스티스 통권 제122호, 한국법학원, 2011. 2, 95-126쪽.
- 박신욱, “긴급피난과 손해배상청구권에 관한 비교법적 고찰”, 홍익법학 제13권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2012. 12, 353-375쪽.

- 소성규, “불법행위법에 있어서 이른바 ‘위법성조각사유’”, 비교사법 제4권 제1호, 한국비교사법학회, 1997. 6, 519-544쪽.
- 신동운, “형법 제정예의 김병로의 기여”, 서울대학교 법학 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014. 12, 313-363쪽.
- _____, “가인 김병로 선생의 범죄론체계와 한국형법의 총칙규정”, 서울대학교 법학 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008. 3, 1-26쪽.
- 윤일구, “민법상 긴급피난과 그 피해자의 구제”, 법학논총 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011. 8, 309-335쪽.
- 윤형렬, “독일 불법행위법에서의 위법성”, 재산법연구 제29권 제3호, 한국재산법학회, 2012. 11, 115-178쪽.
- 황태정, “정당화와 면책의 비교법적 고찰”, 한국사회연구 제18권, 경기대학교 사회과학연구소, 2015. 12, 5-40쪽.

[Abstract]

The Relationship between the Criminal Act Article 22 (1) and the Civil Act Article 761 (2) as Regulations about Acts of Necessity

Do, GyuYoup*

The article 22 (1) of the Criminal Act states that “An act which is performed in order to avoid impending danger against the one’s own or another person’s legal interest shall not be punishable when there are reasonable grounds” under the title of ‘Necessity.’ Being related to ‘Necessity,’ in addition, the Civil Act regulates ‘Self-Defense and Act of Necessity’ as article 761. The article 761 (1) states that “A person who, in order to protect his own interest or that of a third person against an unlawful act of another, unavoidably causes damages to another person shall not be liable for such damages: Provided, That the injured party may claim for damages in respect of the unlawful act” and the article 761 (2) states that “The provisions of paragraph (1) shall apply mutatis mutandis where a person unavoidably caused damages to another person in order to avert an imminent danger.” The rule for ‘Necessity’ is the article 761 (2), of course.

Though it is reasonable to recognize an act of necessity as a fact barring illegality which inhibits constitution of a crime, questions arise about forcing victims who have no cause attributable to the danger to bear the damages caused by an actor of necessity under civil law. There is a need to reestablish a relationship between the Criminal Act article 22 (1) and the Civil Act article 761 (2) by considering the following points.

First, a justifiable cause recognized in each individual law system should be considered to have an effect only within the scope of the individual law. Secondly, not only the criminal trial procedures and the civil trial procedures are strictly separated, but also the principles of criminal law and civil law are very different from each other. Lastly, It is necessary to

* Lecturer of Kyungpook National University Law School and Mokpo National University, Ph.D. in Law.

consider the supplementary nature of criminal law. In other words, criminal law should be applied as a last resort compared to other laws, including civil law.

To conclude, the article 761 (2) of the Civil Act, which stipulates acts of necessity as a justifiable cause under the Civil Act, should be deleted or revised to make actors of necessity liable for damages in principle.

[Key Words] Acts of necessity, Criminal Act article 22 (1), Civil Act article 761 (2), Justifiable cause, Self-defense