

6주차 위법성론-정당방위

제3장 違法性論

제1절 違法性 一般論

[1] 위법성의 의의

1. 위법성

(1) 의의, 성격: ① 범죄성립요건의 두번째 요소가 違法性.

② 違法性이란 行爲가 법에 위반되어 허용되지 않는다는 평가 즉, 행위가 전체로서의 법 질서로 부터 否定的 價值判斷을 받는 것을 말한다. 행위가 構成要件에 해당한다고 판정되면 일단 違法性의 存在가 인정될 수 있다.

(2) 형법상의 위법성조각사유: 우리 刑法은 違法性阻却事由를 매우 포괄적으로 규정하여 正當行爲, 正當防衛, 緊急避難, 自救行爲, 被害者의 承諾에 의한 行爲 등을 규정

2. 위법성과 구성요건해당성

構成要件에 該當한다고 해서 언제나 違法한 것은 아니다. 違法性은 개개의 刑罰法則의 문제인 構成要件該當性과는 달리 刑罰法規 이외의 法規와 許容規定도 포함하여 고려되는 것이며 法秩序 全體의 견지에서 내려지는 判斷인 까닭이다. 違法性阻却事由가 존재하면 構成要件에 해당하는 행위라도 違法性이 排除된다.

[2] 違法性 阻却事由

행위가 구성요건에 해당하더라도 위법성을 배제하는 근거가 되는 사유.

위법이 아닌 행위는 적법한 행위이므로 정당화 사유라고도 한다.

正當行爲(제20조), 正當防衛(제21조), 緊急避難(제22조), 自救行爲(제23조) 및 被害者의 承諾에 의한 行爲는 例示的 事由에 불과한 것이고 違法性 阻却事由가 여기에 한정되는 것은 아니다.

형식적으로 실정법상 명문이 없어도 전체로서의 법질서의 정신에 비추어 실질적 위법성에 관한 초법규적 원리에 입각하여 違法性阻却事由를 인정해야 할 경우도 있다.

예컨대 刑法 제20조가 규정한 “其他 社會常規에 違背되지 아니하는 罰하지 아니한다.”

II. 위법성조각사유의 일반이론

여러 정당화사유의 정당화 근거를 통일적인 일반원리로 설명할 수 있는가 그 원리는 무엇인가

1. 一元論

2. 多元論

III. 주관적 정당화 요소

1. 서론

위법성조각사유가 성립되기 위해서는 객관적 정당화 상황이 존재하는 것으로 족하지 않고, 행위자가 이와 같은 정당화 상황을 인식하고 이에 근거하여 행위를 하였음을 요한다. 즉 정당방위에서의 방위의사, 긴급피난의 경우 피난의사, 자구행위에 있어서의 자구의사와 피해자의 승낙에 있어서 승낙이 있었다는 사실이 그것이다.

이를 주관적 정당화 요소 → 고의와 대칭되는 개념, 통설은 주관적 정당화 요소를 위법성 조각사유의 성립요소로 본다.

2. 주관적 정당화 요소의 要否

3. 주관적 정당화 요소의 내용

주관적 정당화요소는 주관적 불법요소인 고의에 대칭되는 것이므로 이를 상쇄시킬 정도가 되어야 한다. 따라서 객관적 정당화상황을 인식하고 이를 전제로 한 행위수행을 위한 목적 이 필요하다고 본다. 그러나 경우에 따라서는 이 이외에도 행위자가 위법성조각사유의 객관적 요건에 대한 의무에 맞는 검토 또는 양심에 따른 심사가 필요하다고 본다. 예를 들어 추정적 승낙의 경우 같이 상황인식과 행위의 목적의 예로 추정적 승낙의 상황이 있는지를 의무에 맞게 또는 양심에 따라 검토해야 할 필요 있다고 보는 것이 독일판례와 우리나라의 몇몇 학자의 견해.

4. 주관적 정당화 요소가 결한 경우의 효과

(1) 문제점

① 갑은 남편이 매번 까페에서 술을 마시고 늦게 귀가. 혼내줄려고 빨래방망이를 들고 문 뒤에서 기다리다 마침 아파트 문을 열고 들어오는 자가 있어 내리쳤는데 나중에 알고 보니 도둑이었고 도둑이 피를 흘리며 쓰러져 있었다.

: 정당화상황 인식 없이 방위의사 없는 경우

② A는 피해자가 연탄가스에 질식해 있는 줄 모르고 손괴의 의사로 유리창에 돌을 던져 깨버리고 달아난 경우, 이로 인해 피해자가 살아난 경우

: 정당화상황 인식 없이 피난의사 없는 경우

(2) 견해의 대립

① 위법성조각설

② 기수범설(既遂犯說)

③ (불능)미수범설

④ 요약, 결론

불능미수설에 대해서는 ① 구성요건적 결과 즉 상해 또는 손괴의 결과가 나타났음에도 미수로 처벌하는 불합리 ② 위법성 조각사유의 성립요건 = 주관적 정당화요소 + 객관적 정당화요소이므로 객관적 정당화 상황의 존재가 결과를 법적으로 허용된 것으로 평가하게 할 수 없는 점이 비판점

→ 따라서 기수범설이 정당화상황 있는 경우와 없는 경우를 동일시한다는 비난이 있어도 위법성조각 사유의 성립요건을 고려하면 타당한 이론, 해결이다.

제2절 정당방위

[1] 서론

1. 의의

국가가 침해된 법질서를 회복시키는 것을 기다릴 수 없을 정도로 긴급한 경우는 개인의 실력행사를 허용하여 법익의 부당한 침해 방지. 제21조 1항

2. 구별개념

(1) 긴급피난과의 구별: 正 對 正 (정당방위는 不正 對 正)

이익교량이 필요없다는 점에서도 구별 (정당방위에 의해서 침해된 법익과 방어된 법익 사이의 균형을 요하지 않음)

(2) 자구행위와의 구별: 사후적(정당방위는 사전적)

II. 위법성조각의 근거

1. 개인권적 근거 (= 자기보호의 사상)
2. 사회권적 근거 (=법질서수호, 법확증의 원리)

[2] 정당방위의 성립요건

I. 정당방위상황

1. 현재의 부당한 침해

- (1) 침해의 현재성
- (2) 침해의 부당성
- (3) 侵害

자연인만이 침해가 가능, 침해행위는 인간의 행위여야 한다. 그러나 사람에 의해 사주된 개에 의한 공격은 침해이다. → 동물을 도구로 이용한 사람에 의한 침해. 자연 현상에 의한 침해는 여기서의 침해아님 → 긴급피난

(a) 침해는 不作爲에 의하여도 가능 (b) 과실행위도 가능

2. 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위한 행위

II. 방위하기 위한 행위

1. 방위행위

2. 방위의사

III. “상당한 이유”가 있을 것

상당한 이유란 구체적 사정에 비추어 법익을 수호하기 위하여 필요하며, 그 수단에 있어 상당하다고 인정되는 경우를 말한다. 여기서 상당하다는 것은 방위행위가 객관적으로 사회 상규에 위배되지 않거나 사회통념상 당연히 받아들여지는 경우를 말한다.

방어의 필요성이 인정되면 정당방위의 경우는 긴급피난의 경우와 달리 다른 방법이 없었을 것(보충성)을 요구하지는 않으며, 또 정당방위는 ‘부정 대 정’의 관계에 있으므로 방위되는 법익이 침해되는 법익보다 우월하거나 적어도 동등이상의 것(법익균형성)임을 요건으로 하지도 않는다.

- (1) 적합성의 원칙
- (2) 최소침해의 원칙

3. 정당방위의 (사회윤리적) 제한

[3] 정당방위의 효과

정당방위의 성립요건을 갖춘 정당방위는 구성요건에는 해당하나 위법하지 않는, 즉 실질적인 불법이 탈락되어 범죄불성립.

[4] 과잉방위와 오상방위

- I. 과잉방위
- II. 오상방위

제3절 긴급피난

[1] 서론

1. 개념

긴급피난이란 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유가 있는 행위를 말하며 긴급행위의 일종이다

2. 정당방위와의 구별

- (1) 정당방위와 비교: 부정 대 정 (긴급피난: 정 대 정)
- (2) 정당방위는 위법한 침해에 대한 정당한 방어: 법은 불법에 양보할 필요가 없기 때문에 불법을 부정하여 법을 실현
- (3) 긴급피난은 정 대 정이기 때문에 피난행위는 방위행위보다 엄격히 제한

II. 긴급피난의 본질

(1) 생명 대 생명, 신체 대 신체의 경우 책임을 조각한다고 보는 것은 생명, 신체는 인격의 근본으로서의 어떠한 경우에도 상호 비교될 수 없는 자기목적적인 존재이며 따라서 어떠한 긴급상태에서도 타인의 인격을 상해한다는 것은 위법한 것이라 아니할 수 없으며 다만 인간의 자기보존본능을 간과할 수 없기 때문에 법은 이 경우에도 적법행위의 기대가능성이 없다고 보아 책임을 조각한다고 인정해야 한다는 것이다.

(2) 우리 형법의 입장 (§22)

현행 형법 해석상 위법성조각사유: 상당성의 요건으로서 법익균형성의 원칙이 요구. 또 타인을 위한 긴급피난도 인정하고 있는 점에 미루어 입법론적으로는 우월적 이익의 원칙과 법익동가치를 고려하여 이분하는 것도 고려. 왜냐하면 타인을 위한 긴급피난은 행위자의 기대가능성의 유무와 관계없기 때문

(3) 현행법 해석상 “정당화” 근거는 어디에?

자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위 → 자기보호의 원리와 법익교량의 원리가 정당화 근거. 즉 서로 충돌하는 두가지 법익 내지 이익을 교량하여 행위자에 의해서 보호된 이익이 침해된 이익보다 현저히 우월할 때, 또 정당한 목적을 위한 정당한 수단이라고 평가될 때 정당화 된다.

[2] 성립요건

- I. 긴급피난상황

1. 자기 또는 타인의 법익

2. 현재의 위난

(1) **현재성**: 손해발생이 근접한 상태, 법익침해가 즉시 또 이미 발생한 것이라도 그대로 두면 손해 증대할 경우 → 따라서 정당방위의 현재성보다 넓은 개념

(2) **위난의 원인**: 사람행위, 동물 행위(정당방위와 구별)

* **자초위난**: 위험발생의 원인이 위난자의 귀책사유로 인하여 야기된 경우, 긴급피난이 가능한가?

II. 피난행위 (위난을 피하기 위한 행위)

1. 피난의사

2. 피난행위의 態樣과 상대방

III. 상당한 이유

1. 개념

정 대 정 관계이므로 상당성은 정당방위의 경우보다 엄격히 해석

2. 보충성의 원리

3. 균형성의 원칙

[3] 과잉피난과 오상피난.

1. 과잉피난

2. 오상피난

[4] 의무의 충돌

동시에 긴급하게 이행할 작위의무가 상충되어, 선택에 곤경을 겪는 경우, 즉 동시에 서로 충돌되는 다수의 의무이행이 요구되어 어느 한편의 의무를 이행하면 다른 의무의 이행을 소홀히 할 수밖에 없는 긴급상황 하에서 다른 의무를 방치하고 어느 일방만의 의무를 이행하는 것을 ‘의무의 충돌’이라고 한다. 민법상의 보호의무를 갖는 친권자가 긴급상태 하의 두 아들 중 어느 하나만을 구하게 되는 경우를 상상할 수 있다.

의무의 충돌이 위법성조각사유가 되기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야한다.

1. 의무의 충돌

2. 의무충돌에 있어서 주관적 정당화 요소

3. 상당한 이유

제4절 自救行爲

[1] 서론

I. 자구행위의 의의

1. 개념

일정한 권리를 침해당한 자가 국가의 공권력의 발동에 의해 보호를 받는 것이 불가능

하거나 대단히 곤란한 경우에 자력에 의하여 그 권리를 구제, 실현하는 행위

cf. 민법상의 자력구제: 점유자의 자력 방위(민법 제209조 1항), 자력 탈환권(민법 제209조 2항)

2. 자구행위제도의 존재의의

사법절차가 확립되지 않았던 고대사회에서는 자구행위가 널리 인정되었으나, 법치국가에서는 권리가 침해된 경우에는 국가에 의한 공적구제가 원칙, 그러나 현실적으로 사태의 긴급성에 비추어 보면 국가기관에 의한 구제가 언제나 신속하고 효과적으로 가능한 것은 아니다. 이런 경우에도 자력구제를 인정하지 않는다면 법이 오히려 부정을 옹호, 방관하는 결과가 된다. → 정의와 공평의 이념에 반한다. 때문에 법은 국가권력에 의한 구제가 어려운 긴급한 사정을 고려하여 자구행위 규정(§23)

II. 법적 성질

1. 위법성조각사유의 하나라는 점에는 의견이 없다. 정당화 근거는?

2. 다른 정당화 사유와의 관계

(1) 不正 대 正의 관계 * 정당방위 - 불법한 침해에 대한 자기 보존행위

(2) 사후적 긴급행위

이미 침해된 청구권을 구제하기 위한 사후적 * 사전적 긴급행위: 정당방위 긴급피난 (현재의 침해, 위난)

(3) 상당한 이유가 있는 행위 - 정당방위, 긴급피난과 동일

(4) 자기의 법익침해에 한정: 자기의 청구권이 침해된 경우만 → 정당방위, 긴급피난은 타인의 법익보호 경우도 가능

[2] 자구행위의 성립요건

1. 청구권 보존 필요상황(법정절차에 의해서 청구권을 보전할 수 없는 경우)

2. 자구행위(청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 행위)

3. 상당한 이유가 있을 것

* 절도피해자의 절취재물탈환행위

* 퇴거불용자에 대한 강제퇴거행위

* 권리남용-채무자의 출국을 저지하기 위한 공항폐쇄, 채무자의 아이 납치 등