정당방위와 긴급피난

정당방위

형법은 이러한 행위가 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 않기로 하였다. 그 이유에 관하여는 정당방위는 위법성이 조각되기 때문이라고 보는 것이 일반적이다. 왜냐하면 부당한 침해, 즉 불법 앞에서 권리를 양보시킬 수는 없기 때문이다. 정당방위의 요건은 다음과 같다.

① 현재의 부당한 침해가 있어야 한다. 현재의 침해라 함은 당장에 절박해 있든가 또는 아직 계속인 침해를 말하며, 장래에 이르러 비로소 나타날 침해라든가 또는 이미 끝나 버린 침해는 포함되지 않는다. 그리고 이러한 침해는 부당한 것이라야 한다. 왜냐하면 부당한 침해라야만 피해자는 그것을 인수할 의무를 가지지 않기 때문이다. 따라서 합법적인 공무집행행위 기타 정당한 이유가 있는 침해에 대하여는 정당방위는 허용되지 않는다. 그리고 여기의 부당한 침해는 형법상의 범죄행위에만 국한되는 것은 아니며, 민법상 ·행정법상의 모든 불법이 포함될 수 있고, 그리고 형사미성년자나 심신상실자의 침해도 여기에 해당될 수 있다. 침해는 타인의 권리에 대한 공격을 말한다. 반드시 인간에 의한 것이라야 하며, 동물이나 자연현상에 의한 침해는 이것을 부당하다고 인정할 수 없으므로 그것에 대한 정당방위는 성립될 수 없고, 경우에 따라서 긴급피난이 가능할 뿐이다. 그러나 주인에 의하여 사주된 동물의 침해에 대하여는 정당방위가 가능할 것이다.

② 자기 또는 타인의 법익을 방위하기 위하여 상당한 이유가 있어야 한다. 여기의 타인은 친족에만 국한되지는 않는다. 어떠한 법익도 보호되어야 하는 것처럼 누구의 법익도 방위될 수 있다. 이러한 법익 속에는 형법상 보호되는 법익뿐만이 아니라 기타의 모든 법익이 포함된다. 생명 ·신체 ·자유 ·명예 ·정조 ·소유권 ·점유권 등은 그 대표적인 예가 된다. 그리고 정당방위는 이러한 법익에 대한 '침해를 방위하기 위한 행위'라야 한다. 따라서 방위자에게는 방위의사가 있어야 한다. 왜냐하면 그저 불법을 행할 목적으로 감행된 것을 정당한 방위라고 인정할 수는 없기 때문이다. 방위행위는 침해자에 대하여 행하여져야 하며, 제3자에 대한 것일 경우에는 경우에 따라 긴급피난이 될 수 있을 뿐이다.

③ 방위행위는 상당한 이유가 있어야 한다. 사회통념에 비추어 상당하다고 인정되어야 하므로, 작은 법익을 방위하기 위하여 지나치게 큰 법익에 대한 반격을 가하였을 경우에는 정당방위라고 인정되지 않는다. 따라서 방위행위가 그 정도를 초과하였을 경우에는 그것을 정당한 방위라고 인정할 수는 없고, 다만 정황에 따라 그 형을 감경 또는 면제할 수 있을 뿐이다. 다만 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포 ·경악 ·흥분 또는 당황으로 인한 때에는 벌하지 않기로 하였다.

정당방위는 민법에서도 문제가 되고 있다. 즉, 타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제3자의 법익을 방위하기 위하여 부득이 그 타인에게 손해를 가한 행위는 정당방위가 되어 그 손해를 배상할 책임이 없다고 민법은 규정하고 있다. 그러나 이 때의 피해자는 불법행위자에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다.

긴급피난

긴급피난은 위난상태에 빠진 법익을 보호하기 위해서, 다른 법익을 침해하지 않고는 달리 피할 방법이 없을 때 인정되는 정당화 사유의 하나다. 이처럼 위난에 처한 특정한 이익을 즉시 긴급조치를 통해서 보호하지 않으면, 그 효과가 없을 경우가 있다. 이때 국가를 대신하여 법익침해를 야기한 긴급보호 조치행위를 허용해 준다는 의미에서 긴급피난은 하나의 허용규범이다.

긴급상태에서 자기나 타인의 법익을 보호하기 위한 긴급행위라는 점에서, 긴급피난은 정당방위와 일치한다. 그러나 정당방위는 언제나 부당한 공격을 전제로 하고 있을 뿐만 아니라, 그 공격을 해온 자에 대해서는 방위행위가 가능하다. 하지만 부당한 침해에 대해서 뿐만 아니라 부당하지 않은 침해에 대해서도 가능하며, 위난을 야기한 자 이외의 자에 대해서도 피난행위가 가능하다는 점에서 정당방위와 차이가 있다.

긴급피난의 일반적 근거가 된 것은 물론 형법 제22조다. 하지만 여기에 한정되지 않고 민법 제761조 2항, 형사소송법 제212조, 의사의 의료법상 치료행위 및 나아가 초실정법적 일반원리에 의해서도 긴급피난 행위를 인정할 여지가 있다. 그렇기 때문에 긴급피난에 의한 죄의 불성립은 오직 형법 제22조에 국한해서만 생각해서는 안 되고, 법질서 전체에서 통일적으로 검토해야 한다.

피난행위는 현재의 위난을 피하기 위하여 객관적으로 상당한 이유가 요구될 뿐만 아니라, 주관적으로도 구조의사가 요구된다. 따라서 피난행위는 객관적 피난행위와 주관적 피난의사로 성립된다. 객관적 피난행위란 피난주체가 우월적 법익보호를 위해 침해법익에 대하여, 부득이하게 침해하는 상당한 이유있는 행위임을 말한다. 피난주체는 긴급피난의 의미와 효과를 이해할 수 있는 능력의 소유자라야 한다. 책임능력이 없으면 당연히 죄가 성립될 수 없으므로, 책임능력이 있는 자만이 긴급피난의 주체가 될 수 있는 것은 아니다. 책임능력이 없더라도 피난행위의 주체가 될 수 있으며, 그런 자가 긴급피난의 의미를 이해한다. 긴급피난의 의사로 행위할 경우에는 책임이 조각되는 것이 아니라, 위법성이 조각된다.

피난행위가 상당한 이유를 가지려면 그 행위가 보충성과 균형성, 그리고 피난수단의 적정성을 충족해야 한다.긴급피난에서 위난은 피난행위에 의한 어느 범죄의 구성요건 해당행위에 의하지 않고서는, 당해 법익을 보호할 수 없는 경우여야 한다. 그러므로 보호할 가치가 없는 법익이나 보호할 가치가 있다 하더라도 달리 피할 수 있으면, 긴급피난행위는 위법성이 조각되지 않는다.

카르네데아스의 널

BC 2세기경의 그리스 철학자 카르네아데스는, 바다에서 배가 난파하였을 때 1인만이 붙잡을 수 있는 한 조각의 판자를 붙들고 있는 사람을 밀어내고, 판자를 빼앗아 자기 목숨을 구하는 일은 정당한가 하는 문제를 제기하였다. 그 뒤로 이 사례가 형법상 긴급피난의 본질과 요건을 논할 경우에 자주 인용되었다.

한국 형법은 '타인'의 권리에 대한 위난까지도 긴급피난의 성립을 인정하였고, 그 성립요건으로서 가한 해가 피하려는 해의 정도를 넘지 않을 것을 요구하고 있으므로, 긴급피난의 본질을 위법조각사유로 보는 것이 통설이다. 이에 따르면 '카르네아데스의 널'의 경우도 사람의 목숨은 법적으로 가치가 같으므로, 가한 해가 피하려는 해의 정도를 넘었다고 할 수 없다. 따라서, 그 행위는 긴급피난으로서 위법성이 조각되어 처벌되지 않는다고 해석된다.

관련 지문

2017학년도 법학적성시험 [1~3]

넓은 바다에서 여러 사람을 태운 배가 난파하였다. 바다에 빠진 선원 A는 바다 위에 떠 있는 널판을 발견하였다. 널판은 한사람을 겨우 지탱할 만큼 밖에 되지 않았다. 선원 A가 널판으로헤엄쳐 갈 때, 마침 미처 붙잡을 만한 것을 찾지 못한 선원 B도 널판 쪽으로 헤엄쳐 왔다. 선원 A와 선원 B는 동시에 그 널판을 붙잡게 되었다. 두 사람이 계속 붙잡고 있다가는 널판이 가라 앉을 것이기 때문에 선원 A는 둘 다 빠져 죽을까 걱정하여 선원 B를 널판에서 밀어내었다. 선원 B는 결국 물에 빠져 죽었고 선원 A는 구조 되었다.
이는 고대 그리스의 철학자 카르네아데스가 만든 가상의 사건 '카르네아데스의 널'을 바탕으로 재구성한 사례 이다. 이 사례는 윤리적으로 허용될 수 있는지도 논란거리가 되지만, 형법상 처벌되어야 하는지도 따져 볼 만하다.
범죄는 '구성요건에 해당하고,위법하며,유책한 행위'라고 정의된다. 이 세 가지 요소 가운데 하나라도 빠지면 범죄는 성립하지 않는다. 이 중 구성요건이란 형벌을 부과할 대상이 되는 위법한 행위를 형법에 유형화하여 기술해 놓은 것을 말한다. 예를 들면, 형법 제250조 제1항은 "사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다."라고 규정하는데, 여기서 사람을 살해한다는 것이 구성요건이다. 따라서 구체적인 사실이 구성요건에 해당할 때에는 일반적으로 위법하다. 구성요건에 해당하더라도 위법하다고 볼 수 없을 때가 있다. 잘 알려진 것으로는 정당방위, 긴급피난에 해당하는 경우가 있다. 정당방위는 자기 또는 타인의 법익을 현재의 위법한 침해로부터 방위하기 위하여 상당한 이유가 있는 행위를 하는 것을 말한다. 여기에는 법이 불법에 양보할 필요가 없다는 전제가 깔려 있다. 긴급피난은 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위하여 상당한 이유가 있는 행위를 하는 것을 말한다. 생명과 같이 대체할 수 없는 큰 법익을 지키기 위해 어쩔 수 없이 재산과 같은 법익을 희생시킨 일을 가지고 사회적인 해악을 일으킨 위법한 행위라 하지 않는 것이다. 긴급피난은 꼭 위법한 침해 행위로 일어난 위난에 대하여만 인정하는 것이 아니라는 점에서 정당방위와 다르다. 앞의 사례에서 선원 A와 선원 B가 동시에 널판을 잡은 행위는 저마다의 생명을 생각할 때 불가피한 일이었다. 이 상황은 선원A의 입장에서 급박한 위난이었고, 선원 A의 이어진 행위는 위난을 피하는 데 절실한 것이었다. 이러한 선원 A의 행위에 대해 정당방위가 인정된다고 생각하는 이나, 긴급피난이 성립하여 위법성이 없다고 파악하는 이가 있을지 모른다. 그러나 그 어느 쪽도 해당하지 않는다고 해야 한다.
우선 정당방위의 요건을 생각할 때 위난에 빠진 선원 B의 행위에 대한 선원 A의 행위를 정당방위로 볼 수는 없으며, 또한 긴급피난이 성립하려면 보호한 법익이 침해한 법익보다 훨씬 커야하는데 이 사례는 여기에 해당하지 않는다. 그렇다고 해서 곧바로 선원 A에게 범죄가 성립한다고 단정할 수는 없다. 범죄가 성립하기 위해서는 '책임'이라고 하는 점도 고려해야 하기 때문이다. 범죄는 유책한 행위, 곧 행위자에게 책임을 물을 수 있는 행위여야 성립할 수 있는 것이다. 따라서 유책하지 않은 행위를 들어 형벌을 부과할 수 없다. 위법성은 개인의 행위를 법질서와의 관계에서 판단하는 것이어서, 행위자 개인의 특수성은 위법성 판단의 기준이 되지 않는다. 형법에서 위법한 행위를 한 행위자 개인을 비난할 수 있는가 하는 것이 바로 책임의 문제이다. 형법상 책임은 행위자에 대한 법적 비난 가능성의 문제인 것이다. 이는 구체적인 상황에서 행위자가 위법한 행위 말고 다른 행위를 할 수 있었겠는가 하는 기대가능성으로 볼 수 있다. 적법한 행위를 할 수 있었는데도 위법한행위를 한 데에 대하여는 윤리적인 비판뿐만 아니라 법적인 비난이 가해져야 하기 때문이다. '카르네아데스의 널'을 재구성한 사례에서 선원 A가 자신의 목숨을 희생하는 쪽을 선택하였다면 숭고한 선행임에 틀림없지만, 그렇게 하지 않은 데 대하여 윤리적인 비판은 몰라도 법적인 비난을 하기는 어렵다고 보는 것이 일반적이다.