

---

# 정당방위에 있어서 방위의사의 필요성

유인창\*

## Necessity of Intent for Defense in Case of Legitimate Self-defense

Yoo In Chang\*

**요 약** 정당방위는 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유가 있는 행위라고 정의된다(형법 제21조). 이러한 정당방위가 성립하려면 ‘자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해’라는 객관적 정당화상황과 상당한 이유 이외에도 주관적 요소로서 방위의사가 필요하다는 것이 일반적인 견해이다. 정당방위의 객관적 정당화상황에 대한 인식을 의미하는 방위의사는 정당방위에 있어서 주관적 정당화요소로 인정된다. 방위의사와 관련하여서는 오늘날 이러한 방위의사필요성여부 뿐만 아니라 방위의사의 내용에 대하여 행위자가 객관적 정당화 상황의 존재의 인식으로 충분한가 혹은 그것을 넘어 일정한 목적이나 동기까지 요구되는가의 문제, 방위의사가 결여되었을 경우에 기수로 처벌할 것인가 혹은 미수나 준미수로 처벌할 것인가의 문제 등 다양한 측면에서 많은 논의가 되고 있지만 명확한 규정은 없는 실정이다. 본고는 방위의사필요설의 전제하에 우선 방위의사의 내용을 검토하고, 방위의사결여시의 형법적 효과 및 과실범에 있어서 방위의사 등에 대한 내용을 검토하였다.

**주제어** : 인식, 정당방위, 방위의사, 기수범, 미수범, 과실범

**Abstract** Self-defense is defined as 'an act which is performed in order to prevent impending and unjust infringement of one's own or another person's legal interest'(Article 21, the Criminal Act). To establish such a self-defense, it is generally suggested that it requires an intent for defense as subjective element as well as objective precondition of impending and unjust infringement of one's own or another person's legal interest' and considerable reason. Intent for defense which means an awareness for objective circumstance of self-defense is recognized as objective justification element for self-defense.

With regard to intent for defense, there are various discussions on not only necessity of such an intent for defense but whether it is necessary for both actor's recognition of circumstance and specific purpose or motive and which should be applied for its punishment in case of lack of the intent for defense: consummated, un consummated or semi-consummated. However, there is no clear regulations. This article reviews the contents of intent for defense based on opinion that it is necessary for intent for defense and then examines contents on criminal effect in case of lack of intent and intent for defense in case of criminal negligence.

**Key Words** : awareness, self-defense, intent for defense, consummated crime, un consummated crime, criminal negligence

---

### 1. 서론

정당방위는 ‘쓰여진 법이 아니고 스스로 생겨난 법’이란 키케로의 말처럼 오래전부터 인간의 자기방어권으로서 형법상 대표적인 위법성조각사유라고 할 수 있다. 우리 형법도 제21조에서 정당방위를 자기 또는 타인의 법

익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 상당한 이유가 있는 행위라고 규정하고 있다.

정당방위가 성립하기 위해서는 ‘자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해’라는 객관적 정당화상황이 있는 것만으로는 부족하고, 정당방위의 객관적 정당

---

\*중부대학교 경찰행정학과 부교수

논문접수: 2012년 8월 6일, 1차 수정을 거쳐, 심사완료: 2012년 8월 17일

화상화에 대한 인식을 의미하는 주관적 정당화요소가 필요하다는 것이 일반적인 견해이다. 주관적 정당화요소란 위법성이 조각되는 행위를 하고 있다는 것을 인식 또는 의욕하는 내심상태를 말한다.[1] 주관적 정당화요소는 위법성조각사유의 주관적 요소로서 행위자가 위법성이 조각되는 행위를 함에 있어서 위법성조각사유의 객관적 요건에 해당하는 사실을 인식하고서 행위 할 것을 요구한다. 다시 말하면 정당방위의 객관적 정당화상황에 대한 인식을 의미하는 방위의사는 정당방위에 있어서 주관적 정당화요소로 인정된다.

주관적 정당화요소는 외부적 객관적 측면만을 불법에 귀속시키는 고전적 객관적 불법론의 입장에서는 그 논의가 없었으나, 인적불법론이 등장함에 따라 위법성의 영역에서도 주관적 정당화요소의 개념과 그 역할에 대한 논의가 본격적으로 시작되었다. 그 결과 오늘날 거의 대부분의 학자들은 주관적 정당화요소는 불법을 조각하는 행위가치적 요소로서 정당화를 위해서 객관적 정당화상황의 존재뿐만 아니라 행위자의 일정한 주관적 태도 즉 정당화요소가 필요하다는 입장을 취하고 있다.

그러나 오늘날에 있어서도 정당방위의 주관적 정당화요소인 방위의사의 필요성 여부, 필요하다면 그 내용은 무엇인가 등에 관한 견해의 대립은 계속되고 있다. 본고에서는 이들 대표적인 논쟁들을 검토함과 더불어 방위의사의 결여시 그 법적 효과는 어떻게 취급하는가에 대한 제 문제를 검토하고자 한다.

## 2. 방위의사의 필요성 여부

정당방위에 있어서 방위의사의 인정여부를 둘러싼 논쟁은 주관적 불법요소가 위법성을 평가함에 있어서 어느 정도까지 인정되는가 라는 문제와 관계되고 있다. 객관적 불법론과 인적 불법론을 출발점으로 하여 각각 주장되는 불요설과 필요설을 살펴보면 다음과 같다.

### 2.1 고의범의 방위의사 필요성여부

#### 2.1.1 방위의사불요설

정당방위가 성립하기 위해서는 객관적 정당화상황이 있는 것으로 충분하고, 별도로 객관적 정당화상황에 대한 인식을 의미하는 주관적 정당화요소인 방위의사는 필요없다는 견해[2]이다. 주요논거로서는 첫째 위법성의

실질을 범익침해에 있다고 보는 객관적 위법성론과 결과반가치일원론의 입장에서 방위의사가 없더라도 정당화사유의 객관적 정당화상황이 갖추어지는 것만으로 결과반가치가 탈락하므로, 정당방위가 성립하기 위하여 별도의 방위의사는 필요 없고, 둘째 객관적 위법성론입장에서 모든 외부적·인과적인 것만이 행위판단 내지 위법판단의 대상이 되고, 내부적·심리적인 것은 책임판단의 대상이 되므로 원칙적으로 위법성판단에는 방위의사 같은 주관적 요소는 요구되지 않으며, 셋째 방위의사를 실제로 증명할 수 없다는가, 심정형벌에 빠질 우려가 있다는 점[3] 등을 들고 있다.

#### 2.1.2 방위의사필요설

정당방위가 성립하기 위해서는 정당방위의 객관적 정당화상황이 있는 것만으로는 부족하고, 방위자에게 객관적 정당화상황에 대한 인식을 의미하는 주관적 방위의사가 필요하다는 견해이다. 우리나라의 통설[4]이다. 주요 논거로서는 첫째 행위의 목적적 성격과 관련하여 정당화행위도 정당화 되는 결과를 지향하는 목적적 행위의 수행이라고 볼 때, 개별적인 정당화 사유의 허용된 범위안에서 정당화 행위가 실행되도록 조종, 통제하기 위하여는 최소한의 외부적 사태에 대한 인식 즉 주관적 정당화요소가 요구된다는 점,[5] 둘째 불법의 본질을 객관적 요소인 결과반가치와 주관적 요소인 행위반가치의 결합에 의하여 이루어져 있다고 보는 이원적·인적 불법론의 이론에 의하면 결과반가치와 함께 행위반가치도 제거되는 경우에만 정당화가 나타날 수 있으므로 행위반가치를 제거하기 위해서는 주관적 정당화요소인 방위의사가 필요하다는 점, 셋째 행위반가치만을 주장하는 일원적·인적 불법론의 이론에 의하여도 위법성의 본질은 행위불법에 있고 주관적 정당화요소가 있어야 행위반가치가 없어질 수 있으므로 방위의사가 없는 경우에는 행위반가치가 있고 위법성도 인정되어야 한다는 점, 넷째 형법 제21조 제1항의 ‘방위하기 위한 행위’, 제22조 제1항의 ‘피난하기 위한 행위’, 제23조 제1항의 ‘실행곤란을 피하기 위한 행위’, 제24조의 ‘승낙에 의한 행위’ 라고 규정한 것은 주관적 정당화요소인 방위의사를 명문으로 요구한 것이며,[6] 다섯째 정당방위의 본질은 불법한 침해에 대하여 불법이 무가치성을 명백히 하여 정당한 법질서를 확인함으로써 가치질서를 보존하는데 있는 것이므로 방위의사가 없이 범죄실현의 의사로 행한 경우에는 법익 내지 가치질서를

보존하기 위한 행위라고 할 수 없다는 점[7]등을 들 수 있다.

### 2.1.3 학설의 비판 및 검토

방위의사불요설은 철저한 객관적 위법성론과 결과반가치일원론에 근거한 견해이다. 인간이 일정한 행위를 한 경우에 그 행위가 갖는 의미는 행위에 있어서 행위자의 주관에 빠고서는 옳게 이해할 수 없다고 하는 인적 불법론의 입장에서 보면 행위의 외부적 객관적 결과만 중시하고 행위자의 의사를 전혀 고려하지 않는 것은 형식에 불과하므로 타당하지 않다. 형법은 평가규범과 의사결정규범의 성질을 동시에 가지고 있으므로 평가규범에 위반하는 것이 불법이고 결정규범은 책임에서만 문제가 된다는 것은 형법의 규범을 편면적으로 이해하는 결과가 되기 때문이다.[8]

방위의사필요설은 방위의사불요설로부터 다음과 같은 비판에 제기된다. 첫째 필요설에 의하여 주장되고 있는 방위의사의 정의 자체가 불명확하고, 둘째 만일에 필요설에 의하여 방위의사가 필요하다고 한다면 그것이 형법체계 중에 어떤 위치를 갖는 것인지가 불명확하며, 셋째 방위의사를 비록 주관적 정당화요소로 인정하더라도 방위의사의 인식정도는 어느 정도를 요하는지가 불분명하고, 넷째 필요설에 의하면서 정당방위의 의사로 긴급피난의 문제가 생긴 경우에 행위자는 방위의사만 있고 피난의사가 없는데도 긴급피난을 인정한다면 피난의사불요설을 취한 것은 아닌지 의문이라는 비판을 제기하고 있다.

그러나 방위의사는 일반적으로 상대방으로부터 현재의 부당한 침해에 인식하고 이에 대하여 자기 또는 타인의 법익을 방위코자 하는 의사라고 정의되므로 이를 기초로 구체적인 태양에 따라 방위내용을 다양화할 수 있는 것이고, 방위의사는 주관적 정당화요소이며 위법성조각사유로서 정당방위의 주관적 요소임이 분명하므로 형법체계 가운데 그 위치나 성격은 분명하며, 방위자가 현재의 부당한 침해에 대하여 법익을 지키고자 하는 의사로서 반격한 경우에는 거기에 현재의 위난을 피하기 위하여 행동하고자 하는 의사가 포함되었다 하여 피난의사불요설을 취한다는 것은 논리의 비약이다.

이원적·인적 불법론의 입장에서 불법은 결과반가치와 행위반가치가 있을 때 인정되므로 불법이 완전히 부정되기 위해서는 결과반가치 뿐만아니라 행위반가치도 탈락

해야하며, 주관적 정당화요소가 있는 때에는 주관적 불법요소인 고의가 상쇄되어 행위반가치가 탈락하므로 주관적 정당화요소인 방위의사가 필요하다는 통설이 타당하다. 판례도 ‘정당방위가 성립하기 위해서는 건전한 사회통념에 비추어 그 행위의 동기나 목적이 정당하여야 하고, 정당방위·과잉방위나 긴급피난·과잉피난이 성립하기 위해서는 방위의사 또는 피난의사가 있어야 할 것이다’라고 판시(대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 판결)하여 방위의사필요설의 입장을 분명히 밝히고 있다. 이는 원칙적으로 행위자의 주관을 표준으로 해야 하지만 이러한 의사가 명백하지 않을지라도 객관적으로 사회통념상 추정할 수 있으면 충분하다는 것으로 이해된다.

## 2.2 과실범의 방위의사 필요성여부

정당방위 등이 통상 고의범의 형식으로 행해지는 이유때문인지는 몰라도 과실범에 있어서의 방위의사에 관한 논의는 우리나라에서 소극적으로 취급해 왔었다고 할 수 있다. 그러나 고의·과실이 단순히 책임요소에 그치지 않고 주관적 정당화요소라는 사실이 널리 인정됨으로써 체계론상 과실행위의 정당화사유로서 정당방위 등에 대하여 논할 여지가 생겼다는 점, 그리고 방위의사필요설의 입장에서도 그 의사내용이 상당히 완화되어 해석되고 있는 견해에서는 과실범의 경우에도 방위의사 등 주관적 정당화요소를 인정할 수 있는 여지가 있다고 할 수 있다는 점에서 과실범에 있어서 방위의사를 논할 필요성이 있다. 예컨대 강도의 의사를 갖고 있는 을이 자동차 고장을 가장하여 차에서 내려서 갑에게 접근하였는데 갑은 이러한 사정을 모른 채 운전부주의로 갑을 치어 부상시켰을 경우에 갑에게 과실에 의한 정당방위를 인정할 수 있는가?[9]하는 문제이다.

### 2.2.1 부정설

고의범과 마찬가지로 과실범의 경우에도 주관적 정당화요소인 방위의사가 필요하지 않다는 견해이다. 객관적 불법론의 입장이다. 주요논거는 첫째 과실범에서도 객관적 정당화상황이 존재하면 법익침해나 법익위태화에 놓여있는 결과반가치는 없어지고, 남은 것은 행위반가치인데 이것은 미수상황이 되고 과실범의 미수는 처벌의 대상이 되지 않기 때문에 굳이 행위반가치를 주관적 정당화요소로 상쇄할 필요가 없으며, 둘째 주관적 정당화요소인 방위의사는 행위불법을 조각하는 기능을 가지는 것

에 불과하므로 과실범에 있어서는 행위자가 객관적인 정당화상황하에서 행위하면 그것으로 행위불법은 조각되기 때문에 방위의사는 필요없고, 셋째 과실범의 경우 고의범과 달리 행위반가치의 내용을 달리 한다는 점을 들어 행위반가치는 객관적 주의의무위반이 있었는가에 따라 정해지므로 구체적으로 충돌하는 법익에 비추어 법질서가 그 위험을 예외적으로 허용해야 하는 경우에는 당해 행위는 주관적 정당화요소가 없어도 과실범의 불법에서 배제될 수 있기 때문이라고 한다.[10]

### 2.2.2 긍정설

과실범의 경우에도 고의범과 마찬가지로 행위반가치와 결과반가치의 존재에 의하여 방위의사가 필요하다는 견해[11]이다. 주요근거로는 고의범과 과실범의 정당화구조를 동일하게 파악하여야 하므로 고의범에서 위법성 조각사유가 인정되기 위해서는 객관적 정당화상황과 주관적 정당화요소가 요구되는 것과 같이 과실범의 경우에도 행위가치적 요소로서 방위의사가 필요하기 때문이라고 한다.

### 2.2.3 부분긍정설

과실범의 경우에 방위의사가 필요한가에 대해서는 부분적으로만 이를 긍정하는 견해로서 두 가지로 구분할 수 있다. 첫째 기본적으로 긍정설의 입장에 서면서 과실범의 불법구조가 가지는 특성으로 인하여 과실결과범의 경우 고의범과 달리 과실미수범에 대한 처벌규정이 없기 때문에 행위만으로는 처벌되지 않으므로 방위의사는 불필요하나, 과실거동범의 경우에는 행위자가 정당화사유를 통해 그에게 부여된 권한을 행사하려는 의도하에서 행위하여야 하기 때문에 방위의사가 필요하다고 한다. 둘째, 과실범의 경우 원칙적으로 주관적 정당화요소가 필요하지 않으나, 예외적으로 가치있는 결과가 의무위반 행위 자체에 의해서가 아니라 다른 행위를 통하여 달성되어지는 경우에는 그러한 가치있는 결과를 지향하는 의사 즉, 주관적 정당화요소가 있어야만 한다는 입장이다. 예컨대 술에 취한 의사가 자신의 운전능력을 깨닫지 못하고 음주운전 중 교통사고 피해자가 있는 장소에서 피해자를 구조한 경우 음주위반이라는 의무위반행위가 아니라 별도의 구조행위가 중요한 의미를 가지므로 가치있는 결과를 지향하는 의사, 즉, 피해자 구조의 목적이 있었던 경우에만 한정적으로 정당화가 인정된다고 한다.[12]

### 2.2.4 학설의 비판 및 검토

정당화사유는 특정한 예외적 상황에 놓여진 인간의 행위를 규제하는 것이라고 볼 때, 행위자의 행위와는 전혀 무관한 객관적 정당화상황의 존재만으로 행위가 정당화되어야 할 것은 아니라고 본다. 또한 과실범의 미수는 불가벌이므로 굳이 과실범의 경우에 행위불법을 주관적 정당화요소로 상쇄시키려고 하는 노력은 별의미가 없다고 하나 이는 정당화사유가 긍정될 수 있는가의 문제와 미수성립여부문제는 별개의 문제이며, 과실범의 경우에도 행위반가치는 존재하는 것이므로 이에 대한 상쇄를 위하여는 주관적 정당화요소를 필요로 한다고 본다. 따라서 방위의사불요설의 논거에 대하여는 동의하기 어렵다. 부분적 긍정설에 대하여도 과실의 결과범의 경우에 방위의사가 불필요하다고 주장하는 부분에 대하여는 방위의사필요설을 기초로 한 부정설에 대한 비판이 그대로 적용될 수 있다할 것이다.

행위시에 있어서 행위자의 주관을 빼고서는 행위의 의미를 이해할 수 없다. 과실범에 의한 경우라고 방위의사 없이 우연히 사후에 인정된 객관적 정당화상황의 존재만으로 행위가 정당방위로 인정된다고 할 수는 없다. 과실범의 경우에도 객관적 주의의무위반이라는 행위불법에 대응하여 이를 상쇄할 수 있는 행위가치적 요소로서 방위의사가 필요하다는 견해가 타당하다할 것이다.

## 2.3 방위의사의 내용

### 2.3.1 고의범에서의 방위의사의 내용

정당방위가 성립하기 위하여 방위의사가 필요하다는 전제하에 방위의사의 내용의 범위를 검토할 필요가 있다. 방위의사의 범위에 따라 정당방위의 인정범위가 차이가 있을 수 있기 때문이다. 방위의사가 정당방위상황의 인식을 본질적 내용으로 한다는 점에서는 이론이 없다. 문제는 인식적 요소이외에 의사적 요소(방위하고자 하는 의사)도 포함시킬 것인가 하는 점이다. 방위의사의 내용이 무엇인가에 관하여는 대체로 인식설, 의사설, 인식·의사요구설 등으로 견해가 나누어지고 있다.

인식설이란 방위의사란 정당방위상황에 대한 인식으로 충분하고 그 이상의 방위의 목적나 동기까지 요구되는 것은 아니라는 견해[13]로써 정당화요건이 객관적으로 존재할 때 방위자가 정당화사정을 인식하면서 객관적으로 허용되는 행위를 하는 경우에는 정당방위로 인정된다고 한다. 이 견해는 정당화상황에 대한 인식은 미필적

인식으로 족하므로 정당방위를 행한다는 내심의 의사가 요구할 필요는 없다고 한다. 그러나 정당화사정의 인식이 있는 이상 방위의사 이외의 복수심이나 증오 및 분격 등 복합적 동기가 개입하더라도 방위의사를 인정할 수 있음은 물론 공격의 의사가 병존하고 있는 경우 및 공격을 받은 것에 편승하여 적극적 가해행위로 나온 경우에도 방위의사가 인정될 수 있음으로써 우연방위의 경우 이외에는 정당방위가 부당하게 확대될 수 있다는 비판이 있다. 예컨대, 갑과 원수지간인 을이 때마침 병을 살해하고자 하는 장면을 목격한 갑은 병을 구할 의사없이 순전히 복수의 일념으로 을을 살해한 경우에도, 인식설에 의할 경우 갑에게 방위상황에 대한 인식은 있으므로 정당방위가 성립한다는 부당한 결론을 내릴 수밖에 없다.

의사설은 방위행위자가 정당방위상황에 대한 인식만으로는 부족하고 방위행위를 추구·실현한다는 정당화 목적이나 동기를 갖고 행위를 하여야 한다는 견해이다. 이 견해에 의하면 방위목적이라는 엄격한 주관적 요소를 요구하므로 침해에 대한 방위목적 없이 공격위험으로부터 단순히 벗어나고자 인과적으로만 이루어진 행위는 정당방위가 인정되지 않는다. 그러나 방위목적만 있으면 방위의 의사로 행위한 자가 분노, 복수 등의 감정을 가지고 있었다고 하더라도 정당방위는 성립한다. 이 견해는 처벌의 대상은 행위임에도 불구하고 이러한 목적이나 동기가 결여되었다고 하여 정당방위를 인정하지 않는 것은 심정형벌로 귀착될 가능성이 많으며, 결국 정당방위의 성립범위를 크게 축소시킬 우려가 있다는 비판이 제기된다.

인식·의사설은 방위행위자가 정당방위상황에 대한 인식뿐만 아니라 자기행위를 정당화 하려는 방위행위의 의사가 있어야 한다는 견해[14]이다. 이 견해의 특이한 점은 객관적 정당화상황의 인식은 정당화사정의 기초에 해당하므로 객관적 정당화상황에 대한 확실한 인식이 있는 대부분의 경우는 의사도 함께 존재한다고 보는 점이다. 즉 객관적 정당화상황에 대한 확실한 인식이 있으면 주관적 정당화요소는 갖추어진 것으로 판단해도 좋다는 것이다. 주요 논거는 주관적 정당화요소는 주관적 불법요소인 고의 반대요소로서 고의의 지적 요소와 의지적 요소를 상쇄시키기 위해서는 객관적 정당화상황에 대한 인식과 함께 자신의 행위를 정당화하려는 의사가 있어야 한다는 점을 들고 있다. 인식·의사설은 정당방위상황을 인식하고 방위행위를 추구·실현한다는 의사를 가져야 한다는 점에서는 의사설과 같지만, 그 의사의 내용에 확실

한 정당방위의 목적성을 가지지 않는다는 점이 다르다. 따라서 자신의 행위가 정당방위에 해당한다는 사실만 인식하면서 행위로 나갈 경우에는 정당방위가 성립하지만, 자신이 공격받고 있다는 사실을 인식하지 못하고 행위로 나아가는 자는 방위의사를 가질 수 없기 때문에 정당방위가 성립하지 않는다.

위의 각 견해의 공통점은 객관적 정당화상황에 대한 인식이 있어야 한다는 점에서는 일치하지만, 인식설은 방위행위의 인용이나 의욕의사를 가지지 않는 것이고, 의사설은 방위행위에 대한 의욕의사를 가진 것이며, 인식·의사설은 방위행위에 대한 인용의사를 가진 것에 대한 차이가 있을 뿐이다. 그러나 현실적으로 방위상황에 대한 인식이 있으면 방위행위로 나아가고, 방위행위는 방위상황의 인식을 기초로 하므로 인식·의사설이 타당하다고 생각한다. 범죄사실에 대한 인식과 의사를 내포하는 주관적 불법요소를 상쇄시키자면 주관적 정당화요소를 목표지향적 의욕단계까지는 아니라 하더라도 어느 정도는 필요로 하기 때문이다. 또한 인식설에 의하면 정당방위의 범위가 부당하게 확대될 수 있고, 의사설에 의하면 반대로 매우 협소해질 우려가 있다.

### 2.3.2 과실범에서의 방위의사의 내용

과실범의 경우 주관적 정당화요소가 필요하다는 입장에서 정당화요소의 구체적인 내용이 무엇인지에 대하여 고의범과 같은 논의가 제기된다. 정당방위에 있어서 결정적인 것은 정당방위상태의 인식이다. 그러나 범익침해의 인식과 지향이 결여되어 있는 과실범에 있어서 단순히 객관적 주의의무위반이라는 행위반가치적 요소를 상쇄하기 위해서 정당화상황의 인식뿐만 아니라 의사를 요구하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 그러므로 주관적 정당화요소의 내용으로 인식적 요소가 있으면 족하다. 인식의 대상에 있어서도 구체적으로 나타난 결과에 대해서 까지 행위자의 인식이 미쳐야 한다고 볼 수 없고, 적어도 과실행위의 행위자가 선택할 수 있는 상황에서 객관적 정당화상황에 대한 인식이 존재하면 방위의사를 인정할 수 있다.

## 3. 방위의사결여시의 법적 효과

전술하였듯이 정당방위의 모든 객관적 정당화상황은

갖추어져 있으나 방위의사만 결여된 경우를 말한다. 예컨대 갑이 살해의 의사로서 총격을 가하여 을을 사망케 하였던 바, 사실은 을이 먼저 갑을 살해하려고 권총을 발사하려던 위험한 상황이었다는 것을 나중에 확인한 경우같은 사례를 말한다. 이러한 경우를 우연적 방위라고 부르는데 행위자인 갑에게 어떤 형사책임을 물어야 하는지가 문제로 된다. 주관적 정당화요소인 방위의사의 필요성과 결부되어 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

### 3.1 무죄설

위법성이 조각됨에 주관적 정당화요소가 필요없다는 방위의사불요설에 의하면 객관적 정당화상황만으로 정당방위의 성립을 인정하기 때문에 주관적 정당화요소의 존재와 상관없이 위법성이 조각되어 무죄가 된다는 견해이다. 객관적 불법론 내지 결과반가치론의 이론이다.

### 3.2 기수법설

방위의사불요설의 입장에서 행위자가 객관적 정당화상황의 존재를 인식하지 못하고 행위한 경우에는 객관적·주관적 구성요건은 실현된 것이고, 위법성조각사유에 의한 정당화도 객관적·주관적 정당화요소의 결합에 의해서만 인정될 수 있기 때문에 주관적 정당화요소가 결여된 경우에는 위법하므로 기수범으로 처벌해야 한다는 견해이다. 주요 논거로는 객관적 정당화상황이 존재한다고 하더라도 구성요건적 결과가 발생한 이상 결과반가치를 부정할 수 없고 또한 행위반가치도 있으므로 기수범의 불법을 인정해야 하며, 불능법설에 의한 경우 구성요건적 결과가 발생하였음에도 불구하고 단순한 미수범으로 처벌하는 것은 미수범의 본질을 망각한 것이며, 침해행위가 과실이나 미수에 그친 때에는 과실범의 미수 또는 미수범의 미수에 해당하게 되어 처벌이 불가능한 결과가 생긴다는 점을 들고 있다.

### 3.3 불능미수법설

우연방위가 주관적 정당화요소가 흠결된 상태에서 구성요건적 결과는 실현되었지만 객관적 정당화상황의 존재로 말미암아 결과반가치가 상쇄되어 기수범의 결과반가치가 부정되는 것이 마치 불능미수가 객체와 수단의 착오로 인하여 구성요건적 결과가 발생하지 않아 기수범의 결과반가치가 부정되는 것처럼 양자가 결과반가치가 부정되는 점이 유사하므로 우연방위를 불능미수는 아니

지만 불능미수규정을 유추적용하여 불능미수와 같이 취급해야 한다는 견해이다. 주요논거는 불법의 본질은 행위반가치와 결과반가치를 모두 포함하는데, 객관적으로 주어져 있는 정당화상황으로 말미암아 이에 대한 인식 여하에 관계없이 결과반가치가 상쇄되기 때문에 범침해 의사에서 나타난 주관적 행위반가치만으로 완전한 불법성이 인정되지 않는다는 점을 들고 있다. 즉 객체와 수단의 착오로 인하여 구성요건적 결과가 발생하지 않는 불능미수의 경우나, 주관적 정당화상황의 흠결로 인하여 일정한 결과가 발생하였으나 불법한 것으로 평가되지 않는 우연방위의 경우 양자 모두 결과불법이 부인된다는 점에 그 근거를 두고 있다. 우리나라 다수설[15]의 입장이다.

### 3.4 학설의 비판 및 검토

무죄설은 행위자의 주관적 태도를 고려하지 않는다는 점에서 근본적인 문제점을 가지고 있다. 뿐만 아니라 객관적 정당화상황을 인식하지 못하고 행위한 경우와, 이를 인식하고 행위한 경우를 구별하지 않고 동일하게 평가한다는 것은 형법의 엄격성과 통설인 이원적·인적 불법론의 입장에서 수용하기 어려운 견해이다.

불능미수법설의 가장 큰 주장은 객관적 정당화상황이 존재하는 경우와 그것이 존재하지 않는 경우는 불법에서 차이가 생기므로 양자를 분리하여 객관적 정당화상황이 존재하지 않는 경우는 기수범으로 하고, 그것이 존재하는 경우는 결과반가치가 상쇄되는 측면이 있으므로 범효 과면에서 미수로 처리하자는 것이다. 요컨대 객관적 정당화상황이 없는 경우는 행위반가치와 결과반가치가 모두 존재지만, 객관적 정당화상황이 있는 경우는 결과반가치는 탈락하기 때문에 행위반가치만 존재하여 양자를 구분해야 하는 데 기수법설은 양자를 동일하게 취급하므로 타당하지 않다는 것이다.

위와 같은 불능미수법설의 주장은 구조적 모순점에 의하여 동의하기 어렵다. 방위의사가 결여된 우연방위의 경우에는 당해행위자는 구성요건해당성을 인식, 인용하고 그 인식한 바대로 객관적으로 실현했기 때문에 구성요건해당성에는 하등 흠결이 없고 단지, 사후에 정당화사유에 상당한 결과가 우연하게 존재했다는 사실이 판명된 것에 불과한 반면에 불능미수의 경우에는 주관적으로는 범죄사실의 실현을 의욕했으나 객관적으로 구성요건의 실현이 불능케 된 것이므로, 이 경우에는 구성요건해

당성 판단에 있어서 기수범으로서의 구성요건적 사실의 발생이 흠결되어 있는 경우인 것이다.

결국 방위의사결여의 경우를 불능미수로 이해하는 견해는 우연히 주어진 객관적 정당화상황을 구성요건해당성의 흠결과 동시성 하는 것과 마찬가지로 되는 것이며, 나아가서는 구성요건과 위법성의 질적 차이를 간과한 것으로서 불능미수범설의 이러한 입장은 구성요건해당성의 판단과 위법성내지 정당화의 판단을 혼동한 것이 아닌가 하는 지적은 타당하다.

이와 관련하여 불능미수범설은 객관적 정당화상황이 존재하면 범질서 목적상 불법을 보호하거나 불법에 양보할 수 없다는 이유로 법익침해라는 결과반가치가 상쇄되어 우연방위를 형법 제27조의 불능미수범처럼 미수범으로 처벌해야 한다고 주장한다. 이점에 대해서도 법이론상 동의하기 어렵다. 이원적·인적 불법론의 입장에서 행위반가치와 결과반가치 둘 중 하나만 결여되면 궁극적 불법평가는 배제되기 때문에, 우연방위도 불능미수범설이 주장하는 바대로 결과반가치가 없다면 미수범으로 처벌받는 것이 아닌 무죄로 처리해야 논리적으로 맞는다. 그럼에도 불구하고 우연방위를 미수범으로 처벌한다는 것은 통설의 입장에서 논리모순이라고 아니 할 수 없다. 처음부터 결과발생이 불가능한 불능미수를 미수범으로 처벌하는 이유는 법익침해의 위태화로 인하여 통설에 의하여 결과반가치가 인정되기 때문이다. 따라서 불능미수범설에서 방위의사가 결여된 상태에서 결과가 발생하는 우연방위를 전혀 논리와 구조가 다른 불능미수규정을 유추적용한다는 것은 유추해석금지 원칙에 반할 수 있는 것이다.

미수범성립에 관하여도 불능미수범설은 기수범설의 비판에 논리적인 답을 제시하지 못한다. 예컨대 우연방위로 사람을 살해하였을 경우, 불능미수범설은 기수범의 결과반가치가 불가능하다는 점이 불능미수와 유사하므로 미수범규정을 유추적용해야 한다고 할 뿐, 이미 결과가 발생하여 고의기수가 된 범죄가 왜 미수로 처벌받는지 형법적 논리를 제시하지 못하고 있는 것이다. 불능미수범설에 의한 우연방위의 미수범처리는 미수범에 대한 형법의 근본 이론과 본질을 도외시 한 것으로서 사실상 또다른 미수범을 의제한 것이라고 아니 할 수 없다. 이 경우 기수범설에 의하면 기수범이 성립하므로 형법이론상 논리정연한 결과가 도출된다.

우연방위는 이름만 방위행위이지 처음부터 고의를 가

지고 특정 결과를 목표로 실행에 착수하여 일정한 결과를 발생시킨 행위로서 객관적 정당화상황이 있었다고 하여 불법을 상쇄받을 이유는 없는 것이다. 이와 같은 불능미수설의 모든 불합리한 결론은 우연방위와 불능미수의 상이한 구조를 동일선상에 올려놓고 행위자에게 유리한 결과를 도출하려는 무리에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.

행위자가 객관적 정당화상황을 인식하지 못하여 주관적 정당화요소인 방위의사를 결한 경우에 기수범설을 취하게 되면 불능미수범설보다 형법원칙에 충실하고 논리적으로 타당한 결과를 도출해 낼 수 있다.

#### 4. 결론

형법상 책임을 근거할 때는 자기책임의 원칙에 충실하여야 하기 때문에 행위자의 의사활동과는 무관하거나 우연히 생긴 결과를 행위자에게 불리하게도 또는 유리하게도 적용하여서는 아니된다는 것은 기본적 당위이다. 이원적·인적 불법론의 본질도 행위자관련적인 행위만 불법으로 한다. 불능미수범설은 행위자와 전혀 연관이 없는 우연의 소산을 죄책결정의 기초로 하고 있다는 점에서 형법이론상 부합하지 않는다. 행위자의 주관적 정당화요소를 무시하는 불능미수설은 불가벌결과 마찬가지로 결과책임주의를 지나치게 강조한 것으로 보여진다.

행위자의 주관적 정당화요소를 고려한 기수범설에 의한 본고의 내용을 정리하면 다음과 같다.

방위의사 필요성여부에 관하여는 방위의사불요설은 행위의 외부적 객관적 결과만을 중시하는 철저한 객관적 위법성론과 결과반가치 일원론에 근거하고 있다는 점에서 부당하므로, 불법의 본질을 객관적 요소인 결과반가치와 주관적 요소인 행위반가치의 결합에 의하여 이루어져 있다고 보는 이원적·인적 불법론의 입장에서 방위의사불요설이 타당하다고 본다.

과실범의 방위의사필요성여부에 관하여서도 행위자의 행위와는 전혀 무관한 객관적 정당화상황의 존재만으로 행위가 정당화되기 때문에 방위의사가 필요없다는 부정설은 부당하고, 객관적 주의의무위반이라는 행위불법에 대응하여 이를 상쇄할 수 있는 행위가치적 요소로서 방위의사가 필요하다는 긍정설이 타당하다할 것이다.

방위의사의 내용에 관하여는 인식설은 정당방위상황에 대한 인식만으로 충분하다는 견해로써 정당방위가 부

당하게 확대될 수 있는 우려가 있다는 점에서 부당하고, 의사결은 방위행위자가 정당방위상황에 대한 인식만으로는 부족하고 방위행위를 추구·실현한다는 정당화 목적이나 동기를 갖고 행위를 하여야 한다는 견해이나 정당방위의 성립범위를 크게 축소시킬 우려가 있다는 부당하므로, 정당방위의 기능과 관련하여 주관적 정당화요소는 주관적 불법요소인 고의의 반대요소로서 고의의 지적 요소와 의지적 요소를 상쇄시키기 위해서는 객관적 정당화상황에 대한 인식과 함께 자신의 행위를 정당화하려는 의사가 있어야 한다는 인식·의사결이 타당하다고 할 수 있다.

방위의사가 결여된 우연방위를 기수범으로 처벌할 것인지 또는 불능미수범으로 처벌할 것인지에 대하여는, 불능미수범설은 구성요건해당성의 판단과 위법성 내지 정당화의 판단을 혼동하고 있는 점, 불능미수범설이 주장하는 바대로 우연방위의 결과반가치가 없다면 이원적·인적 불법론의 입장에서 무죄로 처리해야 되는데도 불구하고 미수로 처벌하여 논리가 모순되고 있는 점, 이미 결과가 발생하여 기수가 되어 있는 범죄의 경우에 미수라고 하는 근거가 명백하지 않다는 점 등에서 불합리하므로 주관적 정당화요소가 결여된 경우에는 위법하므로, 기수범으로 처벌해야 한다는 기수범설이 타당하다고 할 수 있다. 왜냐하면 우연방위의 경우에는 단지 사후에 객관적 정당화상황이 우연하게 존재했다는 사실이 판명된 것에 불과할 뿐이고, 이와 아무 관련 없는 행위자는 고의에 의한 구성요건에 해당하는 행위를 실현한 것이기 때문이다.

형법전에 명문화되어 있어도 해석에 의하여 결론이 달라지는데 하물며 형법전에 명문규정이 없는 경우는 그 정도가 더욱 자심하다. 과잉방위처럼 입법제정을 통하여 형법전에 명문화할 필요가 있다.

## 참 고 문 헌

- [1] 오영근(2012). 형법총론. 박영사, 290면.
- [2] 차용석(1998). 형법총론강의 I. 고시연구사, 596면.
- [3] C. Roxin(1991). Strafrecht. AT. Band I. S.400.
- [4] 박상기(2009). 형법총론. 박영사, 178면 ; 김일수/서보학(2006). 형법총론. 박영사, 277면. 정성근/박광민(2008). 형법총론. 삼지원, 207면.
- [5] Welzel(1969). Das Deutsches Strafrecht, 11. Auf.,

S.83.

- [6] 배종대(2009). 형법총론 제9개정판. 홍문사, 295면; 이재상(2011). 형법총론제7판. 박영사, 218면.
- [7] 정성근(1987). 우연적 방위. 고시연구 통권 166호, 87면.
- [8] 이훈동(1999). 정당방위에 있어서 방위의사에 관한 연구. 비교형사법연구 창간호. 한국비교형사법학회, 12면.
- [9] Stratenwerth(1981), Strafrecht, AT, Bd. I, 3. Aufl., S. 121.
- [10] 신양균(1993). 주관적 정당화요소에 대한 검토. 형사법의 과제와 전망 성시탁교수 화갑기념논문집, 239면.
- [11] 임웅(2008). 형법총론. 법문사, 505면 ; 김일수/서보학(2006). 형법총론. 박영사, 490면.
- [12] 이인영(2002). 주관적 정당화요소. 법학연구 제12권 제4호. 연세대학교 법학연구원, 31면.
- [13] 성낙현(2000). 주관적 정당화요소의 성격과 기능. 형사법연구제14호. 한국형사법학회, 179면.
- [14] 이진권(2010). 주관적 정당화요소와 위법성의 본질에 관한 고찰. 법학연구제39집. 한국법학회, 252면.
- [15] 성낙현(2011). 형법총론. 동방문화사, 218면 ; 김태명(2008). 정당방위의 요건과 오상방위·우연방위의 효과. 고시계 제51권 제5호 통권612호, 113면.

## 유 인 창



- 1988년 2월 : 청주대학교 법학과(법학사)
- 1991년 2월 : 청주대학교 법학과(법학석사)
- 1998년 2월 : 청주대학교 법학과(법학박사)
- 1999년 3월 ~ 현재 : 중부대학교 경찰행정학과 부교수

· 관심분야 : 공법, 위헌법.

· E-mail : cosmos@joongbu.ac.kr