



제418회국회(정기회)
제19차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈 예방적 정당방위 도입 〉

■ 조경태 의원 대표발의(의안번호 제2202790호)

2024. 12.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	2

I. 제안경위

1. 발 의 자: 조경태의원 등 10인
2. 발 의 일: 2024. 8. 13.
3. 회 부 일: 2023. 8. 14.

II. 제안이유 및 주요내용

현행법은 정당방위를 “현재의 부당한 침해”를 방위하기 위한 행위로 규정하고 있음. 여기서 ‘현재의 침해’란 반드시 이미 발생한 침해만을 의미하는 것은 아니며, 앞으로 일어날 침해인 ‘급박한 침해’ 역시 포함되는 것으로 이해됨.

다만, 그럼에도 불구하고 현행법이 ‘현재’라는 표현을 사용함으로써 ‘미래의 침해’의 경우 대단히 제한적인 범위에서만 정당방위로 인정될 수 있다는 지적이 제기되고 있음.

이에 정당방위의 대상을 “현재 또는 임박한 미래의 부당한 침해”로 수정하여, 정당방위가 인정되는 범위를 확대하려는 것임(안 제21조).

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안 내용

개정안은 현행 「형법」상 정당방위의 요건 중 침해의 현재성 요건을 완화하여 현재뿐만 아니라 “임박한 미래”의 부당한 침해에 대해서도 정당방위가 인정될 수 있도록 하려는 것임(안 제21조제1항).

현행	개정안
제21조(정당방위) ① <u>현재</u> 의 부당한 침해로부터 자기 또는 타인의 법익(法益)을 방위하기 위하여 한 행위는 상당한 이유가 있는 경우에는 별하지 아니한다. ②·③ (생략)	제21조(정당방위) ① <u>현재 또는 임박한 미래</u> ----- ----- ----- -----. ②·③ (현행과 같음)

2. 정당방위 일반론 및 외국 입법례

1) 정당방위는, 현재의 부당한 침해로부터 자신이나 타인을 방위하려다가 침해자에게 불이익을 입힌 경우에는 비록 방위자의 행위가 구성요건에 해당하더라도 위법성이 인정되지 않는다고 하는 위법성 조각사유 중의 하나임(「형법」 제21조제1항). 정당방위는 불법한 침해에 대하여 개인은 자신을 스스로 방위할 수 있다는 자기보호의 원리와 불법한 침해에 대한 방위행위는 사회 전체의 법질서를 지키는 것이 된다는 법수호의 원리에 기초하고 있음.¹⁾

1) 주석형법 제3판(총칙 I), 한국사법행정학회(2020), 530면(김문성).

2) 정당방위가 성립되기 위해서는 ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해, ② 방위하기 위한 행위, ③ 상당한 이유라는 세 가지 요건이 충족되어야 함.²⁾

이 중 ①의 침해의 현재성을 정당방위의 요건으로 규정하고 있는 것은, 반격행위도 일정 부분 허용된다고 해석하는 정당방위에 있어서, 침해의 시간적 범위를 제한하여 방위가 가능한 범위를 제한하여 예방적 또는 사후적 방위의 남용을 방지하기 위한 것으로서, 부당한 복수와 정당한 방어를 구분하는 기준 역할을 함.³⁾

이와 관련하여 2023년도 대법원 판결은 “‘침해의 현재성’이란 침해행위가 형식적으로 기수에 이르렀는지에 따라 결정되는 것이 아니라 자기 또는 타인의 법익에 대한 침해상황이 종료되기 전까지를 의미하는 것이므로 일련의 연속되는 행위로 인해 침해상황이 중단되지 아니하거나 일시 중단되더라도 추가 침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우에는 그 중 일부 행위가 범죄의 기수에 이르렀더라도 전체적으로 침해상황이 종료되지 않은 것으로 볼 수 있다”고 하여 침해의 현재성에 대하여 판시한바 있음.⁴⁾

2) 주석형법 제3판(총칙 I), 한국사법행정학회(2020), 534~555면(김문성).

3) ‘정당방위 요건 중 ‘침해의 현재성’에 대한 소고’, 김환권, 외법논집 제47권 제2호(2023.5), 76~77면.

4) 대법원 2023. 4. 27. 선고 20206874 판결. 이 판결과 관련하여, ‘예방적 정당방위’의 전면적 인정에 나아간 것은 아니지만 그동안 이론상으로만 인정되던 ‘침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우’ 침해의 현재성이 인정된다고 명시적으로 인정한 것에 의의가 있고(김환권 위 논문 91면), ‘현재성’ 요건의 판단기준을 공격자인 가해자의 관점이 아닌 방어자인 피해의 입장에서 그 침해상황의 종료를 기준으로 새롭게 명시적으로 선언한 것은 진일보한 것으로 타당(‘2023년 분야별 중요판례분석-형법총칙, 이주원, 법률신문, 2024.8.14.)하다는 평가가 있음.

3) 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제8조제1항은 “이 법에 규정된 죄를 범한 사람이 흥기나 그 밖의 위험한 물건 등으로 사람에게 위해를 가하거나 가하려 할 때 이를 예방하거나 방위하기 위하여 한 행위는 벌하지 아니한다”고 규정함으로써 ‘위해를 가할 때 이를 방위하기 위한 행위’와 ‘위해를 가하려 할 때 이를 예방하기 위하여 한 행위’를 구분하고 있는바, 후자는 ‘예방적 방위행위’를 정당화하는 것으로⁵⁾ 「형법」의 일반적인 정당방위보다 침해의 현재성 요건을 완화하고 있음.⁶⁾

<「형법」과 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」에 따른 정당방위 요건 비교>

「형법」	「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」
제21조(정당방위) ① <u>현재의 부당한 침해로부터 자기 또는 타인의 법익(法益)을 방위하기 위하여 한 행위는 상당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다.</u> ② 방위행위가 그 정도를 초과한 경우에는 정황(情狀)에 따라 그 형을 감경하거나 면제할 수 있다. ③ 제2항의 경우에 야간이나 그 밖의 불안한 상태에서 공포를 느끼거나 경악(驚愕)하거나 흥분하거나 당황하였기 때문에 그 행위를 하였을 때에는 벌하지 아니한다.	제8조(정당방위 등) ① 이 법에 규정된 죄를 범한 사람이 흥기나 그 밖의 위험한 물건 등으로 사람에게 <u>위해(危害)를 가하거나 가하려 할 때 이를 예방하거나 방위(防衛)하기 위하여 한 행위는 벌하지 아니한다.</u> ② 제1항의 경우에 방위 행위가 그 정도를 초과한 때에는 그 형을 감경한다. ③ 제2항의 경우에 그 행위가 야간이나 그 밖의 불안한 상태에서 공포·경악·흥분 또는 당황으로 인한 행위인 때에는 벌하지 아니한다.

5) 주석형법 제3판(총칙 I), 한국사법행정학회(2020), 538면(김문성).

6) ‘정당방위 요건 중 ‘침해의 현재성’에 대한 소고’, 김환권, 외법논집 제47권 제2호(2023.5), 76~73면.

4) 한편, 가정폭력, 학교폭력, 군대폭력 등 가해자와 피해자가 시공간적으로 분리되기 어려운 이른바 ‘상습적 가해 상황’의 경우 침해의 현재성 요건을 완화시켜서 적용할 여지가 있는지에 대한 논의가 있으며,⁷⁾ 이와 관련하여 21대 국회에서는 가정폭력에서 침해의 현재성을 완화하려는 개정안이 발의된바 있음.⁸⁾

5) 외국 입법례를 살펴보면, 독일은 형법 제32조제2항에서 ‘현재의 위법한 공격’을, 일본은 형법 제36조제1항에서 ‘급박부정한 침해’를, 프랑스는 형법 제122-5조제1항에서 ‘부당한 침해에 직면하여 그 즉시’를 각각 요건으로 명시하고 있는바, 대표적인 대륙법계 국가들인 독일, 일본, 프랑스에서 모두 침해의 현재성을 정당방위의 요건으로 규정하고 있음.⁹⁾

독일	독일 형법 제32조(정당방위) ① 정당방위에 의한 범행을 실행한 자는 위법하게 행위한 것이 아니다. ② 정당방위는 자기 또는 타인에 대한 <u>현재의 위법한 공격</u>을 회피하기 위하여 필요한 방위행위이다. 제33조(과잉방위) 행위자가 당황, 공포 또는 경악으로 인하여 정당방위의 한계를 넘어서는 경우에는 벌하지 아니한다.
일본	일본 형법 제36조(정당방위) ① <u>급박부정한 침해</u>에 대하여 자기 또는 타인의 권리를 방위하기 위하여 부득이하게 행한 행위는 벌하지 아니한다. ② 방위의 정도를 초과한 행위는 정상에 따라 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
프랑스	프랑스 형법 제122-5조(정당방위) ① 자기 또는 타인에 대한 <u>부당한 침해에 직면하여 그 즉시</u> 정당방위의 필요성에 의한 행위를 한 자는 형사상 책임이 없다. 다만, 이용된 방위수단과 침해의 중대성 사이에 불균형이 있는 경우는 그러하지 아니한다. ② 재산에 대한 중죄 또는 경죄의 실행을 저지하기 위하여 살인 이외의 방위행위를 하는 자는 형사상 책임이 없다. 이 경우 방위행위는 이용된 수단이 범죄의 중대성에 비례하여야 하며 추구된 목적을 위하여 엄격하게 필요한 것이어야 한다.

7) 정당방위 요건 중 ‘침해의 현재성’에 대한 소고, 김환권, 외법논집 제47권 제2호(2023.5), 80~84면.

8) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안(정춘숙의원 대표발의, 제2100603호).

9) 정당방위 요건 중 ‘침해의 현재성’에 대한 소고, 김환권, 외법논집 제47권 제2호(2023.5), 74~76면.

3. 검토의견

정당방위에 있어서 침해의 현재성 요건과 관련해서는, 가정폭력 사건과 같이 지속적인 폭력이 자주 이루어지는 ‘상습적 가해 상황’의 경우 침해의 현재성을 좀 더 넓게 인정할 필요가 있다는 견해들이 주장되어 왔고,¹⁰⁾ 21대 국회에서는 가정폭력 사건에서 침해의 현재성을 완화하려는 법안이 발의되기도 하였음.¹¹⁾

다만, 개정안과 같이 ‘임박한 미래의 부당한 침해’에 대해서도 정당방위를 허용할 경우, 정당방위의 범위 확장에 따른 남용 우려가 당연히 제기된다는 점을 고려해야 할 것으로 보임.

앞서 살펴본 바와 같이 우리나라를 포함하여 독일, 일본, 프랑스 등이 정당방위 요건으로 ‘침해의 현재성’을 요구하는 것은 침해와 방위가 가능한 시간적 범위를 제한하여 정당방위의 남용을 막고자 하는 취지인바, 개정안과 같이 예방적 정당방위를 확장할 경우 자기 보호의 범위가 강화되는 측면과 아울러 타인의 범익침해 가능성은 높아지는 등 사적보복의 증대로 인한 법질서의 혼란 등이 초래될 수 있다는 측면도 함께 고려할 필요가 있음.¹²⁾

또한, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(이하 “폭력행위처벌법”)은 ‘예방적 정당방위’를 인정하고 있으나, 폭력행위처벌법은 ‘폭력행

10) 주석형법 제3판(총칙 I), 한국사법행정학회(2020), 538~539면(김문성).

11) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안(정춘숙의원 대표발의, 의안번호 제 2100603호).

12) 정당방위 요건 중 ‘침해의 현재성’에 대한 소고, 김환권, 외법논집 제47권 제2호(2023.5), 91~92면.

위처벌법에 규정된 죄'를 범한 사람이 '흉기나 그 밖의 위험한 물건 등으로 위해를 가하거나 가하려 할 때'로 규정하여 중대한 범죄 피해를 예방·방위하기 위한 목적·도구·시점 정당방위행위의 인정요건을 보다 엄격하게 제한하고 있는바,¹³⁾ 이러한 구체적 제한 없이 예방적 정당방위를 기본법인 「형법」에 일반적으로 도입하는 것은 신중할 필요가 있을 것으로 사료됨.

아울러 앞서 살펴본 2023년 대법원 판결도 '침해가 곧바로 발생할 객관적인 사유가 있는 경우' 침해의 현재성을 인정하여, 정당방위 관련 재판실무가 침해의 현재성 개념을 완화하는 등 상당한 진전¹⁴⁾을 보이고 있는 점도 충분히 고려하여 입법의 필요성을 논의하여야 할 것으로 보임.

문 의 처
02)6788-5056

13) 폭력행위처벌법 제8조(정당방위 등) ① 이 법에 규정된 죄를 범한 사람이 흉기나 그 밖의 위험한 물건 등으로 사람에게 위해(危害)를 가하거나 가하려 할 때 이를 예방하거나 방위(防衛)하기 위하여 한 행위는 벌하지 아니한다.

14) '2023년 분야별 중요판례분석-형법총칙, 이주원, 법률신문, 2024.8.14.; '정당방위 요건 중 '침해의 현재성'에 대한 소고', 김환권, 외법논집 제47권 제2호(2023.5), 91면.