

긴급피난의 본질과 면책적 긴급피난

이 형 국*

국문요약

긴급피난은 피난행위에 의하여 손해를 입는 자가 위난과 무관한 제3자이므로 정당한 이익 사이의 충돌, 즉 정당정의 관계의 긴급행위라는 특성을 지닌다. 이 때문에 긴급피난은 정당화될 수 없고 책임을 조각할 뿐이라는 견해가 나오게 되었고 정당정의 관계라는 특성에도 불구하고 개인적으로나 사회적으로 최선의 선택으로 볼 수 있는 피난행위는 위법하지 아니하다는 견해도 출현하였는데 그 척도에 있어서는 우월적 이익의 원칙을 내세운 이익형량설(범익형량설)과 정당한 목적에의 적합한 수단을 내세운 목적설의 대립이 있었다.

긴급피난의 특성에 비추어 위법성조각이나 책임조각의 어느 하나만을 내세우는 단일설(일원설)로는 미흡하므로 일정한 기준에 따라 긴급피난을 정당화적 긴급피난과 면책적 긴급피난의 두 영역을 모두 인정하는 이분설(이원설)이 등장하게 되었고 독일은 이분설에 따른 긴급피난규정을 두고 있다.

우리나라에 있어서는 긴급피난을 규정한 제22조 제1항을 위법성조각 사유로만 해석하는 학자들 중에도 입법론적으로는 이분설을 타당하다고 보는 경우가 많고 이론적으로 볼 때에도 이분설이 단일설보다 설득력이 더 크다고 볼 수 있다. 이러한 점에 비추어 이분설에 기초한 면책적 긴급피난의 법리와 도입문제를 검토해 볼 필요가 있다.

한국 형법학에 면책적 긴급피난규정을 도입함에 있어서는 외국의 입법례와 학계에서 거론되는 면책적 긴급피난의 법리(法理)를 참고함은 물론 기존의 제22조 제1항의 재검토, 제12조(강요된 행위) 및 제22조 제3항에 의한 야간 기타 불안상태하에서 공포, 경악, 흥분, 당황으로 인한 과잉피난의 흡수문제, 기타 형사정책적 관점 등에도 유념해야 할 것이다.

* 한림대학교 석좌교수, 법학박사

I. 머리말

자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난이 있는 경우에 그 법익을 보전하기 위하여 위난과 관련 없는 제3자에게 손해를 입히는 행위를 일반적으로 피난행위(또는 구제행위)라고 부른다. 한국형법학에 있어서는 형법 제22조 제1항의 규정에 따라 긴급피난을 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 상당한 이유가 있는 행위라고 정의하는 것이 일반적 경향이다.

우리나라를 비롯한 동양에 있어서는 긴급피난이론이 19세기 이후 법률의 근대화 과정에서 도입되었지만 유럽에 있어서는 이미 로마법, 중세 교회법 등에 긴급피난에 해당하는 규정이 있었고¹⁾ 카롤리나 형법전에도 굶주려 위급한 상황에 처한 자기자신 또는 처나 자녀들을 위하여 식품을 절취하는 것을 허용하였다(제166조). 제도적으로는 1794년의 프러시아 일반국법(제1115조)을 비롯하여 1810년의 프랑스 형법전(제64조), 1871년의 독일제국 형법(제54조) 등이 생명과 신체의 위난을 구하기 위한 긴급피난을 인정하였다. 우리나라는 일제시대와 해방 후 현행 형법이 제정되기까지 일본 형법(제37조)이 의용되다가 1953년의 형법제정을 통하여 제22조에 긴급피난규정을 두기에 이르렀다.

피난행위에 의하여 손해를 입는 자가 위난과 무관한 제3자이므로 긴급피난은 정당한 이익간의 충돌, 즉 정당정의 관계로 불리워지며 이러한 특성 때문에 긴급피난의 본질을 어떻게 볼 것인가에 관하여서도 견해가 대립되고 있다. 이러한 견해의 대립은 긴급피난을 규정하고 있는 형법 제22조 제1항의 해석과 관련하여서도 나타나고 있으며 면책적 긴급피난 규정을 신설하는 문제도 거론의 대상이 되고 있다. 본고에서는 먼저 긴급피난의 본질문제를 살펴본 후 면책적 긴급피난 규정의 신설문제를 다루어 보고자 한다.

면책적 긴급피난 규정을 신설함에 있어서는 그 이론적 근거를 어디에 두고 정당화적 긴급피난과의 차이점을 어떻게 도출해 낼 것인가가 관심의 대상이 된다. 이와 관련하여 면책적 긴급피난을 규정하고 있는 독일과 오스트리아의 입법례를 살펴보고 이어서 면책적 긴급피난의 법리를 검토함

1) Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1. Bd, 26. Aufl. 1932, S.200.

과 아울러 규정을 신설할 때 유의해야 할 사항이 무엇인가에 관하여서도 언급하고자 한다.

II. 긴급피난의 본질

긴급피난의 본질, 즉 긴급피난이 범죄성립과 관련하여 형법에서 어떤 의미를 갖는 법리인가에 관하여서는 대체로 19세기 이래 이를 責任阻却事由나 違法性阻却事由의 어느 하나로 보는 單一說과 긴급피난의 내용에 따라 정당화적 긴급피난이 될 수도 있고 면책적 긴급피난이 될 수도 있다고 보는 二分說이 대립되어 오늘에 이르고 있다.

1. 단일설(일원설)

1) 責任阻却說

이 설은 긴급피난을 단지 책임조각사유로만 인정하는 견해이다. 일찍이 포이엘바하(Feuerbach)는 긴급상황을 통하여 야기된 저항할 수 없는 압박은 책임능력을 배제한다고 보아²⁾ 긴급피난을 책임능력의 결여로 인하여 범죄성립을 조각하는 사유로 이해하였고, 엠. 에. 마이어(M. E. Mayer)를 비롯한³⁾ 다수의 학자가 독일 구형법상의 긴급피난규정(제52조 강요된 행위, 제54조 긴급피난)의 해석과 관련하여 책임조각설을 취하였다. 우리나라⁴⁾와 일본의 일부학자들도⁵⁾ 책임조각설을 취하였다. 현재 우리나라는 형법 제22조 해석과 관련하여 이를 전적으로 책임조각사유로 보는 학자를 찾아보기 어렵다.

책임조각설의 논거는 무엇보다도 긴급피난이 부당한 침해자를 대상으로 하는 정당방위와 달리 위난과 무관한 제3자에게 손해를 입히는 행위라는 점에 있다. 자기에 대해 닥친 위험을 자신이 감당하지 아니하고 전혀 관

2) aa.O.

3) M. E. Meyer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S.304ff.

4) 박문복, 형법총론, 법정사, 1959, 263면; 백남익, 형법총론, 법문사, 1960, 208면.

5) 龍川幸辰, 植松正, 平場安治 등이 이러한 입장을 취하였다(阿部純二, 「緊急避難」, 刑法講座 第2卷, 1963, 147면; 大谷實, 刑法講義, 第3版, 成文堂, 1992, 270면 등 참조).

계없는 제3자에게 전가시키거나 타인의 위험에 개입하여 위난을 관계없는 다른 사람에게 전가시키는 것이 긴급피난이고 따라서 긴급피난은 정당화될 수 없고 위법하다는 것이다.

긴급피난은 이처럼 위법하지만 비정상적인 긴급 상태 하에서 갈등과 충격을 받으면서 행하는 긴급행위이므로 책임조각사유로는 될 수 있다고 보게 된다. 그러나 어느 정도의 피난행위를 면책사유로 할 것인가는 각국의 형사입법정책의 문제이지만 이론적으로는 행위정황 특히 기대가능성 유무의 문제가 중시된다고 볼 수 있다.

책임조각설에 대하여서는 ① 긴급피난이 이익형량을 근거로 하는 제도라는 점을 간과하고 우월적 이익을 보전하는 경우까지 위법하게 보는 것은 부당하고 ② 모든 피난에 정당방위로 대항할 수 있고 제한 종속형식에 의할 경우 모든 긴급피난에 대한 공범이 성립하는 문제점이 있고⁶⁾ ③ 상당성을 긴급피난의 요건으로 하고 과잉피난을 인정하는 우리 형법의 해석론에도 합치되지 아니한다는 비판⁷⁾이 있다.

2) 違法性阻却說

긴급피난을 위법성조각사유로 인정하는 견해는 관점에 따라 그 근거를 이익형량설 또는 목적설에 근거를 두고 논리를 전개해 왔다.

헤겔(Hegel)에 의하면 생명과 재산이 충돌하는 경우에 생명의 편에 긴급권이 주어져야 한다.⁸⁾ 왜냐하면 재산은 생명을 위하여 사용될 때에만 가치가 있는 것이기 때문이다. 이러한 헤겔의 주장은 아벡(Abegg), 쾰스틀린(Köstlin), 헬쉬너(Hälschner) 등 헤겔학파에 의하여 계승·발전되었으며 루돌프 메르켈(R. Merkel)에 이르러 이익형량설(또는 법익형량설)로 집성되고 우월적 이익의 원칙을 그 핵심적 척도로 삼게 되었다.⁹⁾ 이에 의하면 이익이 충돌하는 상황에서 작은 이익의 희생 위에 큰 이익을 보전하

6) 정성근/박광민, 형법총론, 제3판, 삼지원, 2006, 240면; 차용석, 형법총론강의, 고시연구사, 1988, 571면.

7) 박광민, 긴급피난의 정당화원리, 형사법연구, 제7호(1994), 55면.

8) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts. 8. Aufl., der Philosophischen Bibliothek, Bd. 124a, 1930, §121.

9) Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895, S.41.

는 것은 전체의 이익과 윤리적 가치관에 합치하는 것이고 따라서 위법성이 조각된다고 본다. 벨링(Beling), 메츠거(Mezger), 랭크너(Lenckner) 등이 이 설을 취하였다.

목적설은 자연법사상을 단서로 하여 발전된 이론이다. 일찍이 그로티우스(Grotöus), 푸펜도르프(Pufendorf) 등 자연법학파의 학자들은 「긴급상태에서는 법질서 자체가 파기되는 것」이라고 주장하여¹⁰⁾ 긴급피난은 법질서 위반이 아니라는 입장을 취하였다. 이러한 주장이 리스트(Liszt), 도나(Dohna), 슈미트(Eberhard Schmidt) 등에 의하여 집성된 목적설의 단서라고 볼 수 있다. 목적설은 위법성조각의 척도로서 「행위가 만일 정당하게 승인된 목적에의 적합한 수단인 때에는 위법하지 않다」라는 형식을 내세운다. 목적설은 본래 실질적 위법성에 관한 학설로서 위법성조각의 일반원리로 주장되었으나 도나(Dohna)를 거쳐 슈미트(Eb. Schmidt)에 이르러서는 긴급피난 이론에도 적용되었다. 슈미트는 피난행위가 정당한 목적에의 적합수단일 때에는 적법한 행위가 된다고 보았다.¹¹⁾

양 학설의 전개과정에서 이익형량설의 우월적 이익의 원칙과 목적설의 적합한 수단의 원칙을 결합시키려는 입장이 나타나게 되었고 독일 형법 제34조는 이러한 결합사상을 도입하고 있다. 종래 목적설의 지지자를 포함하여 다수의 학자가 이를 받아들이고 있으나 적합한 수단의 원칙은 필요치 않다는 일부 학자들의 비판도 있다.

독일에는 긴급피난을 위법하지는 않지만 동시에 적법하지도 아니한 방임된 행위로서 법에서 자유로운 영역에 속하다는 견해¹²⁾도 있었으나 형법에서 위법과 적법 사이에 중간영역을 설정하는 것은 하등의 실익이 없는 일이므로 이 견해는 호응을 얻지 못하였다.

우리나라 형법 제22조 제1항은 긴급피난을 「자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다」고 규정하여 상당성 판단의 척도가 무엇이며 벌하지 아니한다는 의미가 무엇인가를 해석에 맡기고 있다. 전통적으로 우리나라의 다수설은 이 조문의 벌하지 아니한다를 위법성조각의 의미로 이해하여 오고

10) Liszt/Schmidt, a.a.O. S.200.

11) a.a.O. S.201.

12) Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885, S.158.

있으나 상당한 이유의 해석에 관하여서는 이론적 변천이 있었다. 8. 15해방 이후 비교적 최근에 이르기까지는 그 해석의 척도로서 보충성의 원칙과 법익균형의 원칙이 거론되었는데 여기에서 법익균형의 원칙이란 피난행위에 의하여 보전하려는 법익이 피난행위를 통하여 침해된 법익의 정도를 초과하지 아니한 경우에만 긴급피난이 성립될 수 있다는 원칙으로 이해되었다.¹³⁾ 이처럼 충돌하는 법익이 대등한 경우까지 포용하는 법익균형의 원칙은 우월적 이익의 원칙과는 차이가 있다.¹⁴⁾ 보호되는 이익과 침해되는 이익이 우열을 가리기 어려운 정도로 대등하거나 비슷할 때에는 위난을 무관한 제3자에 전가시키는 것보다 위난을 당한 자가 스스로 감당하는 것이 법질서의 정신이나 사회윤리에 합치된다. 따라서 이러한 경우는 긴급피난으로서 위법성을 조각한다고 보기 어렵다. 이러한 법리의 확산과 더불어 오늘날은 이익형량에 있어서 보전법익이 침해되는 이익보다 우월할 때에만 상당성을 인정하는 입장이 다수설로 되어 있다.¹⁵⁾ 또한 피난행위는 적합한 수단일 것을 요하는 수단의 적합성의 원칙도 상당한 이유의 해석에 있어서 그 척도의 하나로서 인정되고 있다.¹⁶⁾ 위법성조각설에 대하여서는 위난을 무관한 제3자에게 전가시키는 행위는 사회윤리규범에 반한다든가¹⁷⁾ 생명 대 생명의 관계처럼 처음부터 이익형량이 불가능한 경

13) 김용식, 신형법총론, 보문각, 1953, 174면; 박문복, 앞의 책, 264면; 심현상, 형법총론, 위민문화사, 1949, 117면; 옥조남, 정해 형법강의, 법조사, 1959, 103면; 엄정철, 형법총론, 한국사법행정연구, 1966, 103면; 유기천, 형법학(총론강의), 박영사, 1960, 206면; 정영석, 형법총론, 삼중당, 1961, 164면; 황산덕, 형법총론, 법문사, 1960, 132면 등.

14) 일제시대와 해방 후 형법전 제정시까지 의용되었던 일본 형법 제37조 제1항은 「...그 행위로부터 발생한 해가 피하려 하던 해의 정도를 초과하지 아니한 경우에 한하여 벌하지 아니한다」라고 규정하고 있다.

15) 김성천/김형준, 형법총론, 동현출판사, 1999, 291면; 김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 박영사, 2006, 341면; 박상기, 형법총론, 제5판, 박영사, 2002, 193면; 손해목, 형법총론, 법문사, 1998, 479면; 안동준, 형법총론, 학현사, 1998, 116면; 이재상, 형법총론, 제5판(보정판), 박영사, 2005, 244면; 이형국, 형법총론연구 I, 법문사, 1984, 318면; 임웅, 형법총론, 개정판, 법문사, 2002, 234면; 정성근/박광민, 형법총론, 제3판, 삼지원, 2006, 248면 등.

16) 김성돈, 사례연구 형법총론, 제2판, 대왕사, 1998, 197면; 김성현/김형준, 앞의 책, 293면; 박상기, 앞의 책, 195면; 손동권, 형법총론, 율곡출판사, 2004, 17 6면; 손해목, 앞의 책, 484면; 신동운, 형법총론, 제2판, 법문사, 2006, 299면; 안동준, 앞의 책, 117면; 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002, 350면; 이재상, 앞의 책, 245~246면; 이형국, 앞의 책, 345면; 정성근/박광민, 앞의 책, 250면; 진계호, 형법총론, 제7판, 대왕사, 2003, 339면 등 다수설.

17) 정성근/박광민, 앞의 책, 240면 참조.

우가 있음에도 불구하고 이익형량에 근거한 위법성조각적 긴급피난만 인정하는 것은 부당하다는 비판¹⁸⁾이 있다.

2. 二分說(二元說)

이분설(또는 이원설)은 일정한 기준에 따라 긴급피난을 위법성을 조각하는 긴급피난(정당화적 긴급피난)과 책임을 조각하는 긴급피난(면책적 긴급피난)으로 구분하여 이 두 영역을 모두 인정하는 견해이다. 독일은 이미 이분설에 기초한 긴급피난 규정을 제도화하였고 우리나라에는 형법 제22조 제1항의 해석과 관련하여 이분설을 취하는 견해와 제22조 제1항은 정당화적 긴급피난이지만 이론상 또는 입법론적으로는 이분설이 타당하다고 보는 견해가 있다.¹⁹⁾

1) 이분설의 등장과 독일 형법

긴급피난을 규정했던 독일 구형법 제54조는 자기 또는 친족이 생명·신체에 대한 위난을 피하기 위한 경우만을 별하지 아니한다고 규정하였고 이 규정은 면책사유로 해석되었다. 또한 긴급피난의 일종으로 취급되었던 강요된 행위의 규정(제52조 제1항)도 면책사유로 인정되고 있었다. 이처럼 제도상으로 인정되는 긴급피난은 모두 책임조각사유였으나 메르켈(R. Merkel), 프랑크(Frank), 도나(Dohna) 등 다수의 학자들은 정당화적 긴급피난도 함께 인정해야 한다는 이분설적 주장을 내세웠다.

이러한 정황속에서 1927년 3월 11일 독일제국법원은 낙태사건에 관한 판결에서 임부의 생명, 즉 인간의 생명은 형성중인 태아의 생명보다 더 중요하다는 법익형량의 원칙을 내세우면서 위법성을 조각하는 초법규적 긴급피난을 인정하였다.²⁰⁾ 이 판결은 하급심이 택하였던 목적설의 원칙 대신에 법익형량의 원칙을 택한 것이어서 목적설과 이익형량설의 지지자들 사이의 논쟁을 유발하기도 하였으나²¹⁾ 이분설을 더욱 활성화하는 계기가

18) 손해목, 앞의 책, 472면; 정성근/박광민, 앞의 책, 240면 등 참조.

19) 입법론적 관점에서 이분설을 지지하는 입장으로는 윤용규, 긴급피난규정의 이해와 입법론적 검토, 형사법 연구 제22호 특집호(2004 겨울), 155면; 임웅, 앞의 책, 231면 등을 들 수 있다.

20) RGSt. 61, 242.

되었다고 볼 수 있다. 그 이후의 판결들도 원칙적으로 이 판결의 입장을 따랐다.²²⁾ 제도상의 면책적 긴급피난과 판례상의 초범규격 정당화적 긴급피난의 이원적 체계가 형성됨에 따라 형법개정의 움직임이 있을 때마다 이분설에 의한 긴급피난규정의 개정문제가 검토되어 왔고²³⁾ 1975년 1월 1일에는 이분설에 따라 긴급피난을 제도화 한 독일 형법 제34조(정당화적 긴급피난)와 제35조(면책적 긴급피난)가 발효되기에 이르렀다. 이에 따르면 자기 또는 타인의 모든 법익에 대한 달리 피할 수 없는 현재의 위난을 피하려는 행위는 우월한 이익을 보전하고 적합한 수단인 경우에 위법성이 조각되고(제34조) 자기, 친족 또는 기타 밀접한 관계에 있는 자의 법익을 보전하기 위하여 긴급상황하에서 위법한 행위를 한 경우는 면책사유로 된다(제35조). 이분설의 제도화에 따라 독일에 있어서는 책임조각설과 위법성조각설의 대립이 입법을 통하여 사실상 해소되었다고 볼 수 있다.

2) 한국 형법 제22조 제1항의 긴급피난에 관하여서는 이를 위법성조각사유로 보는 것이 다수설임을 언급했거니와 이 규정을 이분설적 방법으로 이해하는 학자들도 있다.²⁴⁾

이 견해는 다음의 두 가지 경우로 나누어 볼 수 있다. ① 사물에 대한 긴급피난은 위법성조각사유로 되지만 생명과 생명 또는 신체와 신체가 충돌하는 경우에는 이익형량이 불가능하므로 책임이 조각된다는 입장이 있다. 이러한 견해에 대하여서는 신체와 신체가 충돌하는 경우라 할지라도 신체에 대한 중대한 위난을 피하기 위하여 타인의 신체에 경미한 손상을 입힌 경우에는 형량이 가능하고 생명 또는 신체 이외의 법익에 있어서도 동가치인 경우에 위법성조각을 인정하기 어렵다는 점²⁵⁾, 제22조는 다른 위법성조각사유와 마찬가지로 상당한 이유를 그 척도로 하고 있어 이를 면책근거로 해석하는 것이 적절하지 못하다는 비판 등이 제기되고 있다. ②

21) 이에 관한 상세한 내용은 이형국, 「긴급피난이론으로서의 이익형량설과 목적설」, 황산덕박사 화갑기념논문집, 1979, 393면 이하 참조.

22) RGSt. 62, 137; RGSt. 72, 60; BGHSt. 1, 329; BGHSt. 2, 111; BGHSt. 14, 1 등.

23) 1927년의 독일형법 개정초안 제25조, 1930년의 초안 제25조, 1959년 제2차 초안 제39조, 40조, 1962년 초안 제39조, 40조 등 참조.

24) 이건호, 형법학개론, 제5판, 1977, 113면; 이수성, 「긴급피난의 범죄」, 고시연구, 1977, 8, 43면; 황산덕, 형법총론, 제7정판, 1982, 168면 등.

25) 정성근/박광민, 앞의 책, 241면; 정영일, 형법총론, 박영사, 2005, 180면 등.

보전되는 법익이 피난행위에 의하여 침해되는 이익보다 우월한 경우에는 위법성이 조각되지만 양자가 동가치인 경우에는 비록 위법성은 인정되지만 적법행위에의 기대불가능성으로 인하여 책임이 조각된다는 견해가 있다.²⁶⁾ 그러나 충돌하는 법익이 동가치적이면 항상 적법행위에의 기대가능성이 없는 것으로 단정할 수 없다는 문제점이 있다.

결과적으로 우리 형법 제22조 제1항을 이분설에 기초하여 해석하는 것은 적절하다고 보기 어렵다. 그러나 이론적으로 볼 때 책임조각이나 위법성조각의 어느 하나를 내세우는 단일설 보다는 이분설의 설득력이 더 크다고 보며 입법론적 관점에서 이를 제도화시키는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

III. 免責的 緊急避難의 立法例

면책적 긴급피난 규정을 두고 있는 입법례를 보면 독일의 경우처럼 이분설적 입장에서 정당화적 긴급피난규정과 함께 면책적 긴급피난규정을 두는 예가 있고 오스트리아 형법처럼 긴급피난을 책임조각사유로서만 규정하는 예가 있다. 이하에서는 독일 및 오스트리아의 면책적 긴급피난규정을 간단히 살펴보기로 한다.

1. 독 일

독일 형법 제35조는 면책적 긴급피난(entschuldigender Notstand)이라는 표제하에 다음과 같이 규정한다: “① 생명, 신체 또는 자유에 대한 달리 피할 수 없는 현재의 위난 속에서 자기, 친족, 기타 밀접한 관계에 있는 자의 위난을 피하기 위하여 위법한 행위를 한 자는 책임이 없다. 정황에 비추어 스스로 위험을 초래하였거나 특별한 법률관계로 인하여 위난을 감수할 것이 기대될 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다. 그러나 만일 특별한 법률관계를 고려하지 않고 위험을 감수하지 아니한 때에도 제49조 제1항에 의하여 형을 감수할 수 있다. ② 행위자가 행위시에 제1항에 의

26) 손해목, 앞의 책, 473면; 차용석, 형법총론강의(Ⅰ), 고시연구사, 1988, 577면 등.

하여 면책되는 정황을 오인한 때에는 그 착오를 회피할 수 있었던 경우에만 처벌한다. 제49조 제1항에 의하여 그 형을 감경한다.”

위의 규정을 독일 구형법 제54조와 비교해보면 몇 가지 차이점을 찾아볼 수 있다 : ① 제35조는 구형법에 비하여 피난행위에 의하여 보전되는 법익의 범위를 약간 확대하였다. 구형법상의 보전법익은 자기 또는 친족의 신체 또는 생명이었던 것을 현행법은 자기, 친족 이외에도 밀접한 관계에 있는 자의 생명, 신체 그리고 자유까지 포함시키고 있다. 밀접한 관계에 있는 자(nahestehende Person)란 비록 친족은 아니지만 행위자와 가족공동체 속에서 같이 살거나 행위자와 친족과 같은 연대감을 갖고 있는 사람을 의미한다.²⁷⁾ 신체는 불가침(Unversehrtheit)의 대상이라는 의미에서의 신체이고 자유는 신체적 활동의 자유를 의미한다.²⁸⁾ ② 현행법은 구법과 달리 「...위난을 피하기 위하여 위법한 행위를 한 자」라는 표현을 두어 면책적 긴급피난규정은 언제나 피난행위가 위법한 때에만 적용하도록 함으로써 정당화적 긴급피난에 대한 보충적 규범이라는 성격을 갖게 하였다.²⁹⁾ ③ 위협을 야기한 자 및 법률상 특별의무자에 대한 긴급피난 배제규정 및 면책적 정황에 대한 착오를 금지착오로 취급하는 규정을 두고 있다.

2. 오스트리아

오스트리아 형법은 면책사유로서의 긴급피난만을 제10조에 다음과 같이 규정하고 있다 : “① 자기 또는 타인에 대한 직접적이고 급박하고 중대한 불이익을 피하기 위하여 형벌을 과하는 행위를 범한 자는 그 행위로 인하여 위협받는 손해가 피하려는 손해보다 지나치게 무겁지는 아니하고 행위자의 입장에서 볼 때 법적으로 보호되는 가치에 결부된 어떤 사람에 의해서도 다른 행동이 기대될 수 없었던 경우에는 면책된다. ② 행위자가 법령에서 인정한 사유없이 의식적으로 자기를 위협에 처하게 한 경우에는 면책되지 아니한다. 행위자가 그의 행위가 면책될 수 있는 전제조건을 과실에 기인하여 오인하고 과실범 처벌규정이 있는 때에는 과실범으로 처벌된다.”

27) Schönke/Schröder/Lencker/Perron, StGB, 26. Aufl., 2001, §35, Rn. 15.

28) Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl., 1999, §35, Rn. 3.

29) a.a.O. §35, Rn. 1.

오스트리아 형법에 의하면 긴급피난의 객관적 전제조건은 자기 또는 타인의 법익이 직접적이고 급박한 위난에 처한 것이라고 볼 수 있고 피난행위에 의하여 보전되는 이익은 자기 또는 타인의 모든 이익이다. 「불이익을 피하기 위하여」라는 표현은 피난의사를 필요로 한다는 의미로 볼 수 있고 「형벌을 과하는 행위를 범한 자」란 범죄가 성립되어 형벌부과의 대상이 되는 자를 의미한다. 이상과 같은 요건을 갖춘 피난행위는 피난행위로서 침해당하는 이익이 피하려는 이익보다 지나치게 무겁지 아니하고 다른 행동을 기대할 수 없었던 때에는 면책이 된다. 오스트리아 형법은 면책적 긴급피난의 척도로서 범익형량과 적법행위예의 기대가능성을 모두 택하고 있다.

IV. 免責的 緊急避難의 法理

1. 序 言

면책적 긴급피난은 피난행위가 위법하다는 것을 전제로 한다. 단일설의 입장에서 긴급피난은 위법하다는 것을 전제로 하는 입장은 긴급피난이 자기 또는 타인에게 닥친 위난을 위난과 관련 없는 제3자에게 전가시키는 행위는 정당한 사람에게 손해를 입히는 행위로서 정당화 될 수 없고 일정한 요건하에서 면책만 가능하다고 보게 된다. 이분설의 입장에서는 면책적 긴급피난은 피난행위가 정당화되지 아니할 때에만 문제로 되는 보충적 성격을 지니며³⁰⁾ 그 행위가 정당화 요건에 해당하지 아니하여도 일정한 요건하에서 면책은 될 수 있다고 보게 된다. 이처럼 양자는 그 출발점을 달리하다보니 긴급피난의 요건을 보는 시각도 다소 차이를 드러내고 있다.

2. 免責的 緊急避難의 成立要件

1) 긴급상황

면책적 긴급피난에 있어서도 그 전제조건으로서 일정한 범익에 대한 달

30) Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl. 1999, §35, Rn. 1.

리 피할 수 없는 현재의 위난이 있어야 한다. ① 피난행위에 의하여 보전되는 범익은 국가의 형사입법정책에 따라 달라질 수 있겠으나 정당화적 긴급피난규정을 두고 있는 경우에는 이보다 그 범위를 축소하는 입장을 취하게 된다.³¹⁾ 그 중요한 이유의 하나는 면책적 긴급피난이 적법행위예의 기대불가능성을 기초로 하는 제도라는 점에 있다. 그러므로 타인을 위한 긴급피난의 범위가 친족, 밀접한 관계에 있는 자 등으로 제한될 수밖에 없고 보전되는 범익도 생명, 신체 등 고도의 인격적 범익으로 제한되는 내재적 한계를 갖게 된다.³²⁾ 한편 정당화적 긴급피난규정을 두지 않고 면책적 긴급피난규정만 두고 있는 경우에는 보전범익의 범위를 상대적으로 넓게 인정하는 입장을 취한다고 볼 수 있다. 예컨대 자기 또는 타인의 모든 범익을 면책적 긴급피난에 의하여 보전되는 범익으로 규정하고 있는 오스트리아 형법 제10조가 이에 해당한다. ② 위난을 피난행위 이외의 방법으로 피할 수 없는 상황이라야 한다. 이러한 원칙을 보충성의 원칙이라고도 부른다. 면책적 긴급피난에 있어서는 이러한 상황을 엄격하게 객관적으로 판단할 것이 아니라 모든 정황을 고려할 때 행위자의 입장에서 피할 수 있었는가 여부를 판단해야 할 것이다. 그러므로 「달리 피할 수 없는 위난」도 기대가능성의 원리와 관련된다고 볼 수 있다.³³⁾ ③ 현재의 위난이 있어야 한다. 현재의 위난이란 이미 위난이 발생하여 계속되고 있거나 즉각적인 대응조치를 취하지 않는 한 위난의 발생이 거의 확실시 되는 것을 말한다. 위난의 현재성의 개념도 면책적 긴급피난에 있어서는 정당화적 긴급피난의 경우보다도 넓게 인정된다. 그리하여 계속적 위난(Dauergefahr)도 현재의 위난으로 보게 된다.³⁴⁾ 계속적 위난이란 위난의 상태가 오랜 시간동안 지속되거나 반복되면서 매번 동일한 손해가 예상되는 경우로서³⁵⁾ 예컨대 폭력범의 계속적인 협박이라든

31) 예컨대 독일 형법 제35조.

32) 송명섭, 긴급피난에 관한 연구(하), 외법논집 제6권, 외국어대 법학연구소, 1999, 166면.

33) Jescheck/Weigend, Strafrecht, 5. Aufl., 1996, S. 482; Lackner/Kühl, a.a.O. §35, Rn. 2a; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, StGB, 26. Aufl., 2001, §35, Rn. 2a.

34) 김일수, 장기적 위난과 면책적 긴급피난, 판례연구(서울지방법원호사회), 제7집, 1994, 318면; 윤용규, 앞의 논문, 154면; 이용식, 정당방위와 긴급피난의 몇가지 요건, 형사판례연구, 제3권, 1995, 81면; 이인영, 면책적 긴급피난에 관한 연구, 진리논단, 제9호, 천안대학교, 2004, 323면; 조준현, 정당방위와 긴급피난의 법리에 관한 사례연구, 형사판례연구, 제6권, 1998, 110면 등. 독일에 있어서는 Lackner/Kühl, §35, Rn. 2a; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, §35, Rn. 11 등.

가³⁶⁾ 부당한 성관계를 지속적으로 강요해 온 의붓아버지를 살해한 사건³⁷⁾에서 찾아볼 수 있는 위난이 이에 해당한다고 할 수 있다.

2) 행위자에게는 피난의사가 있어야 하는데 이 경우의 피난의사는 주관적 면책요소에 해당한다.³⁸⁾ 피난의사는 행위자가 위난을 인식하고 이를 피하려는 의사를 의미한다고 볼 수 있다. 피난의사가 결여되면 다른 요건을 갖추었다고 할지라도 면책이 되지 아니하며 발생한 결과에 대한 형사책임을 지게 된다.

3) 면책의 근거

면책의 근거가 무엇인가에 관하여서는 여러 가지 다양한 견해들이 거론되고 있다. ① 피난행위의 책임을 조각시키는 기본적인 원리를 적법행위예의 기대가능성이 없다는 점에서 찾는 견해가 있다. 자기나 가족 또는 밀접한 관계에 있는 자의 생명, 신체, 또는 자유에 대한 위난으로 인하여 극복하기 어려운 심리적 압박하에 놓이게 되고 이에 대응하는 행위가 일반적으로 요구되는 정도의 규범을 준수할 것을 기대할 수 없다는 점이 그 척도로 인정되는 것이다. ② 관점에 따라서는 불법의 감소가 책임조각의 근거가 된다는 주장도 있다. 이에 의하면 행위자가 정당한 목적을 추구함으로써 행위불법이 감소되고 생명, 신체, 자유 등 법익을 보전함으로써 결과불법도 감소됨으로 인하여 책임비난을 조각 내지 현저히 감경시키기 때문에 책임이 조각된다고 한다.³⁹⁾ ③ 면책의 근거로서 형벌목적이라는 형사정책적 관점을 강조하는 견해가 있다. 이에 의하면 피난행위가 일반예방과 특별예방의 목적에 비추어 형벌을 과할 이유가 없을 때에 담책성(答責性)을 인정할 수 없게 된다고 한다.⁴⁰⁾ ④ 적법행위예의 기대불가능성과 일반예방의 목적상 처벌이 필요 없기 때문이라는 점을 결합시키는 입장이 있다. 이 견해는 적법행위예의 기대불가능성을 면책의 근거로 보되 면책의 한계라는 관점에서 일

35) 이용식, 앞의 논문, 81면; 이인영, 앞의 논문, 330면 등.

36) Lackner/Kühl, §35, Rn. 2a.

37) 대판 1992.12.22, 52도2540.

38) Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, §35, Rn. 16.

39) Haft, Strafrecht, AT, 6. Aufl., 1994, S. 136; Hirsch, LK, §35, Rn. 4 등.

40) Roxin, Strafrecht, AT, Bd. I, 2. Aufl., 1994, §22, Rn. 4.

반예방적 목적을 끌어들이기 기대불가능성은 면책의 필요조건으로 하고 일반 예방적 관점에서의 처벌 불필요성은 면책의 충분조건으로 보는 것이 책임과 예방과의 상호제약적 관계를 설정하여 가치와 목적에 합리적으로 부합하는 방법이라고 주장한다.⁴¹⁾ ⑤ 오스트리아 형법에서 볼 수 있는 것처럼 면책적 긴급피난의 책임조각근거를 적법행위에의 기대불가능성과 더불어 법익균형의 원칙에 두는 입장이 있다. 법익형량의 원칙은 일반적으로 정당화적 긴급피난의 척도로 사용되는 원칙이나 오스트리아 형법은 정당화적 긴급피난 규정을 두지 않고 면책적 긴급피난규정만 두면서 보전법익의 범위도 넓게 규정하기 때문에 두 가지 원칙을 모두 면책의 근거로 삼고 있다고 판단된다.

이상에서 여러 가지 견해를 살펴보았거니와 필자로서는 적법행위에의 기대불가능성이 면책적 긴급피난에 있어서 가장 기본적인 면책근거라고 생각한다. 그러나 적법행위의 기대가능성이 없는 경우가 모두 면책이 되는 것은 아니다. 그러므로 기대불가능성 이외에도 다른 요소가 함께 책임비난을 근거지울 수 있는 것이다. 이러한 관점에서 면책적 긴급피난에 있어서도 행위수단과 결과에 관련된 제반 정황이 기대불가능성과 더불어 면책의 근거로 작용할 수 있다고 본다. 예컨대 피난행위가 용인할 수 없는 만유리적 수단이거나⁴²⁾ 피난행위로 인한 손해가 보전된 이익보다 현저히 큰 경우에는 책임비난을 면하기 어려울 것이다.

V. 免責的 緊急避難規定의 도입문제

1. 신설의 필요성

우리나라 형법 제22조 제1항에 규정된 긴급피난은 다수설에 의하면 위법성조각사유이다. 면책과 관련하여서는 긴급피난의 특수한 경우인 강요

41) 송명섭, 긴급피난에 관한 연구(상), 외법논집, 제4권, 외국어대학교 법학연구소, 1997, 420면.

42) 송명섭, 긴급피난에 관한 연구(상), 411면은 영국 선박 Mignonette호 사건에서 사람을 살해하여 인육을 먹고 연명한 행위는 행위반가치가 사회적으로 용인할 수 있는 한계를 넘었다고 본다.

된 행위(제12조)의 규정과 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분, 당황으로 인한 과잉피난(제22조 제3항)의 규정이 있을 뿐이다. 그러므로 생명 대 생명이 충돌하는 경우는 우월적 이익의 원칙상 정당화 될 수 없고 적법행위예외의 기대불가능성으로 인한 초범규칙 면책사유로 될 수 있을 뿐이다. 이러한 초범규칙 해결보다 합리적 입법을 통한 실정법적 해결이 바람직한 일임은 물론이다.

이미 언급했듯이 일부 학자들은 제22조 제1항의 긴급피난규정을 이분설적 입장에서 해석하지만 같은 표현의 조문을 이원적으로 다르게 이해하고 있어 무리가 따르며 여러 가지 비판이 제기되고 있다. 그러므로 이분설의 입장에서 합리적 요건을 명문화 한 면책적 긴급피난규정의 도입이 필요하다고 보아야 할 것이다.

정당화적 긴급피난규정과 더불어 면책적 긴급피난규정을 두는 것은 긴급피난의 특성 내지 본질에 합치되는 태도이다. 위난에 무관한 제3자에게 손해를 전가시키는 긴급피난의 특성상 정당화의 범위는 상당히 제한될 수밖에 없다. 그러나 정당화되기는 어려우나 방치할 수도 없는 갈등적 상황이 있다. 바로 이 부분이 면책적 긴급피난에서 검토해야 할 영역이다.

이분설에 따라 면책적 긴급피난을 택하는 것은 시기상조이고 현행규정을 그대로 둔 채 학설에 맡기면 된다는 의견도 있으나⁴³⁾ 이러한 소극적 태도보다는 적극적으로 면책적 긴급피난규정의 도입을 검토하고 추진해 나아가는 것이 바람직하다고 본다.

2. 면책적 긴급피난규정의 신설시 유의할 점

1) 면책적 긴급피난규정을 신설하는 경우에 이와 불가분적 상관관계에 있는 정당화적 긴급피난의 규정을 함께 검토하여 이론적으로나 실무적으로 그 해석과 적용에 어려운 문제가 발생하지 않도록 유념해야 할 것이다.

2) 면책적 긴급피난규정의 신설을 통하여 형법 제12조의 강요된 행위와 제22조 제3항의 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분,

43) 법무부, 형사법개정특별심의회 회의록, 제2권, 1987, 119~122면.

당황으로 인한 과잉피난규정을 폐지할 수 있도록 그 내용구성에 유념하는 것이 바람직할 것이다.

강요된 행위는 긴급상태가 부당한 강요를 통한 위난에 의하여 조성된다는 특성을 지니기는 하나 긴급피난의 특수한 형태이고 기대불가능성에 근거한 면책사유이다. 그러므로 면책적 긴급피난규정이 그 보전 범익에 자기 또는 친족의 생명, 신체를 포함시키고 있는 한 현행 형법 제12조는 무리 없이 이에 흡수될 수 있을 것이다.

형법 제22조 제3항의 과잉피난, 즉 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분, 당황으로 인한 과잉피난도 다수설은 면책사유로 보고 있다. 면책적 긴급피난규정을 신설하면서 면책적 과잉피난규정을 그대로 존치시키는 것은 적절하다고 보기 어렵다. 그러므로 가능한 한 이 규정도 면책적 긴급피난에 흡수할 필요가 있다. 다만 제22조 제3항의 경우에도 보전 범익의 범위는 자기 또는 타인의 모든 범익이기 때문에 이것을 면책적 긴급피난규정과 어떻게 조절할 것인가가 어려운 문제로 남게 된다.

3) 면책적 긴급피난의 보전범익은 정당화적 긴급피난의 경우보다 제한하는 것이 적절하다고 본다. 그러나 보전 범익의 범위를 어느 정도로 할 것인가는 각국의 형사입법정책에 속하는 문제이기도 하다. 독일 형법은 그 범위를 자기, 친족 또는 기타 밀접한 관계에 있는 자의 생명, 신체 또는 자유로 제한하고 있고 오스트리아 형법은 자기 또는 타인의 이익으로 넓게 인정하고 있다.

필자의 생각으로는 보전되는 범익의 주체는 자기, 친족 또는 밀접한 관계에 있는 자로 제한하고 범익 자체의 종류에는 제한을 두지 아니하는 절충적 방법이 좋을 듯 하다. 범익주체에 있어서 타인의 범위를 제약하는 것은 면책적 긴급피난이 적법행위에의 기대불가능성을 주된 근거로 한다는 점을 고려한 것이고 범익의 종류를 제한하지 않는 것은 형법 제12조 뿐만 아니라 제22조 제3항의 과잉피난도 상당부분 흡수한다는 것과 생명, 신체, 자유 이외의 범익과 관련하여서도 대등한 범익간의 충돌을 면책적 긴급피난의 관점에서 검토할 수 있도록 하는 의미를 지니기 때문이다.

4) 보충성의 원칙을 긴급상황의 한 요건으로서 조문에 표현할 필요가

있다. 구성요건에 해당하는 피난행위에 의하지 아니하고는 법익을 보전할 수 없는 위난이라야 긴급피난이 인정된다는 보충성의 원칙은 한국형법학에 있어서는 긴급피난의 상당성 판단의 한 척도로 이해되고 있으나 그 기본적인 성격은 위난의 상황에 관한 것으로 긴급상태의 한 요건을 이룬다고 볼 수 있다. 이러한 긴급상황은 면책적 긴급피난에도 필요하다. 다만 면책적 긴급피난에 있어서는 이러한 상황이 적법행위예의 기대가능성에도 연결된다. 독일 형법 제35조는 보충성의 원칙을 「달리 피할 수 없는 위험(nicht anders abwendbare Gefahr)」이라고 표현하고 있는데 입법상 참고가 될만한 표현이라고 판단된다.

5) 주관적 면책요소로서 피난의사가 필요하며 이를 조문에 표현함에 있어서는 제22조 제1항의 경우처럼 「피하기 위한」이라는 용어를 사용하면 무난할 것으로 판단된다.

6) 여러 가지 구제방법이 있을 경우 행위자는 그 중 가장 경미한 손해를 주는 방법을 택해야 한다는 원칙인 상대적 최소피난의 원칙은 면책적 긴급피난에 있어서는 행위자가 과연 그러한 방법을 택할 수 있었는가라는 기대가능성의 문제에 결부된다. 그러므로 이 원칙은 별도로 명문화 할 필요가 없다고 본다.

7) 면책의 근거로서 적법행위예의 기대불가능성을 조문에 명문화 할 것인가에 관하여서는 신중한 검토가 필요하다. 이러한 표현이 없어도 긴급상태에 관한 규정이 기대불가능성에 기초하고 있는 것을 암시하고 있다. 또한 관점에 따라서는 기대불가능성 이외에도 다른 요소(예컨대 불법 감소라든가 사회적 연대성 등)가 함께 작용한다는 입장, 행위수단이 사회윤리적 적합성을 지녀야 한다는 입장 등 그 견해가 다양하다. 그러므로 좀 더 포괄적인 표현으로서 「제반 정황에 비추어 비난할 수 없을 때」라는 표현을 사용해도 좋을 것으로 생각한다.⁴⁴⁾

44) 필자의 면책적 긴급피난규정사안에 관하여서는 이형국, 형법상 위법성 관련조문과 그 체계적 정비방안, 한국형사정책연구원, 2006, 89면 참조.

VI. 맺는 말

긴급피난은 위난과 무관한 제3자에게 손해를 입히는 특성을 지니므로 그 본질에 관하여 책임조각설, 위법성조각설, 요건에 따라 위법성 또는 책임이 조각된다고 보는 이분설 등의 대립이 지속되고 있다. 긴급피난을 규정하고 있는 우리나라 형법 제22조 제1항과 관련하여서도 책임조각설이 있었으나 오늘날은 그 지지자를 찾아볼 수 없고 이 규정을 위법성조각사유로 보는 입장이 다수설로 되어 있으며 이를 이분설적 입장에서 해석하려는 견해가 소수설로서 함께 존재하고 있다.

이론적으로 볼 때 긴급피난의 본질은 위법성조각과 책임조각의 이분설적 입장에서 이해하는 것이 타당하나 우리나라는 면책적 긴급피난규정을 별도로 두고 있지 아니하다. 그러므로 우리는 입법론적 관점에서 면책적 긴급피난규정의 신설문제를 검토할 필요를 느끼게 된다.

면책적 긴급피난을 규정하고 있는 입법례로서는 독일 형법 제35조와 오스트리아 형법 제10조를 들 수 있다. 이분설적 입장에서 면책적 긴급피난을 규정한 독일 형법은 보전 범익을 자기, 친족 기타 밀접한 관계에 있는 자의 생명, 신체, 자유로 제한하고 피난행위가 위법한 경우에만 면책적 긴급피난규정을 적용하게 하여 보충적 성격을 갖게 하였다. 면책의 근거에 관하여서는 견해의 대립이 있으나 주로 적법행위에의 기대불가능성에 기초하고 있으며 범익형량의 원칙에는 관련시키고 있지 아니하다. 책임조각설 일원론에 기초한 오스트리아 형법은 보전되는 범익도 자기와 타인의 모든 범익으로 하고 면책의 근거로서는 범익균형의 원칙과 적법행위에의 기대불가능성을 모두 규정하고 있다.

면책적 긴급피난에 있어서 그 전제조건에는 정당화적 긴급피난과 공통되는 면이 많으나 달리 해석되는 부분들도 있다. 이분설에 근거하여 면책적 긴급피난규정을 두는 한 보전되는 범익, 특히 타인을 위한 긴급피난의 폭은 좁아질 수밖에 없다. 반면에 위난의 현재성은 좀 더 신축성 있게 해석되어 계속적 위난도 현재의 위난에 포함될 수 있다고 보게 된다. 보충성의 원칙이나 상대적 최소피난의 원칙도 기대가능성의 판단에 관련될 수 있다. 관점에 따라서는 행위수단의 반윤리성, 심한 불균형을 드러내는 범익 손상 등이

기대불가능성의 원리와 더불어 책임조각여부에 영향을 미친다고 보게 된다.

이분설적 입장에서 면책적 긴급피난규정을 신설함에 있어서는 기존의 정당화적 긴급피난규정도 함께 검토하여 그 해석과 적용에 문제점이 발생하지 않도록 해야 한다. 또한 면책사유로 인정되고 있는 강요된 행위(제12조)와 제22조 제3항의 과잉방위와의 관련성을 검토하여 흡수, 폐지 또는 보완적 조치를 취할 필요가 있다고 본다. 면책적 긴급피난의 요건을 설정함에 있어서는 외국의 입법례와 기존의 연구성과를 충분히 참고하면서 바람직한 법리의 개발에도 창의적인 노력을 기울여 나가야 할 것이다.

Das Wesen des Notstandes und entschuldigender Notstand

Lee, Hyung-Kook*

Das §22k StGB(Notstand) Abs. 1 regelt; "Handelt der Täter um eine gegenwärtige Gefahr für rechtlich geschützte Interessen seiner selbst oder eines anderen abzuwenden, so ist die Handlung nicht strafbar, für sie angemessene Gründe Vorliegen.⁴⁵⁾

Nach h. M. ist diese Regelung der allgemeine rechtfertigende Notstand, der auf dem Grund der Interessenabwägung und Angemessenheit der Handlung steht.

Es befindet sich noch andere Meinung, die diese Regelung nicht nur Rechtfertigungsgrund, sondern auch Entschuldigungsgrund mit erfaßt. Nach dieser Meinung wird die Rettungshandlung bei der Kollision der Sachen durch §22 Abs. 1 gerechtfertigt, während die Handlung bei der Kollision vom Leben oder Leib nur entschuldigt wird. Gegen diese Auffassung wird die Kritik vorgelegt, die diese Auffassung vom Rechtssatz des §22 Abs. 1 abweichend sei.

Es ist aber beachtenswert, daß viele Strafrechtler neulich die Einführung der Regelung des entschuldigenden Notstands auf Grund der Differenzierungstheorie theoretisch für richtig halten.

Bei der Einführung dieser Regelung wäre es wünschenswert, ① neben der neuen Regelung über den entschuldigenden Notstand zugleich den geltenden §22 Abs. 1 als rechtfertigender Notstand überzuprüfen, ② den geltenden §12(Nötigungsstand) und teilweise §22. Abs. 3(Notstands-exzeß) zur neuen Regelung einzubeziehen, ③ gesetzgeberische und wissenschaftliche Ergebnisse über Notstand des

45) Dr. Paul K. Ryu, Das Koreanische Straggesetzbuch, Sammlung Außer deutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung LXXXIX, 1968. 5. S. 11.

* Prof. Dr. iur. Universität Hallym

In-und Auslandes in Betracht zu ziehen.

주제어 : 긴급피난, 정당화적 긴급피난, 면책적 긴급피난

Keywords : Notstand, rechtfertigender Notstand, entschuldigender Notstand